

גניבה וגזילה במשנת רמב"ם: בין הלכה לפילוסופיה

אליעזר חרד*

א. מבוא

על פי דין תורה גנב חייב בתשלומי כפל (שמות כא 3) ואילו גולן חייב רק להשיב את הגזילה (ויקרא ה 23). הבדל זה הטריד את חז"ל והם ניסו לקשר בין ההבדל באופי ביצועם של גניבה ושל גזילה – גניבה נעשית בסתר וגזילה נעשית בגלוי¹ – לבין ההבדל ביניהם בנוגע לחובות ההשבה.

שאלו תלמידיו את רבן יוחנן בן זכאי וכי מה ראת תורה להחמיר בגנב יותר מבגולן

אמ' להן גולן השוה עבד לקוניו וגנב חלק כבוד לעבד יתר על כבוד קוניו כביכול עשה גנב עין העליונה כולה?² אינה רואה ואת האזן שאינה שומעת שנ' הוי המעמיקים מה' וגו' ויאמרו לא יראה יה וגו' כי אמרו אין רואה אותנו עזב ה' את הארץ (תוספתא, בבא קמא ז, ב).

לפי רבן יוחנן בן זכאי, ההחמרה בעונש הגנב נובעת מכך שבפעולתו מתבטא זלזול גדול יותר באל מאשר בבני אדם בניגוד לגולן המזלזל בשניהם באופן שווה. גולן העושה מעשיו בגלוי מייחס ראייה הן לקב"ה הן לבני אדם, אך אינו חושש משניהם. גנב העושה מעשיו בסתר מייחס ראייה לבני אדם, אך אינו מייחס ראייה לקב"ה. אילו היה מאמין בהשגחת הקב"ה היה מבין שאין טעם בהסתתרות. לכן מעשיו מעידים שהוא חושש רק מבני אדם וכופר כליל ביכולתו של הקב"ה לראות את מעשיו.³

* אני מודה למורי פרופ' זאב הרוי ולידידיי פרופ' יצחק ברנד ופרופ' יוסף שטרן על הערותיהם. תודה לקורא האנונימי ולעורכי כתב העת שהערותיהם הביאו להעמקת המאמר.

1 כך עולה מן התוספתא לקמן. למקורות חז"ל נוספים ראו BERNARD JACKSON, THEFT IN THE EARLY JEWISH LAW 26-28 (1971). הוא מציין שבמקורות התנאים והאמוראים השימוש בכוח אינו נכלל בהגדרה היסודית של הגזלה.

2 "צ"ל: כילו (=כאילו) אינה וכו'" (תוספתא נזיקין, מהדורת ליברמן 28, הערה 5).

3 אי אפשר לפרש שהוא חולק כבוד רב יותר לעבד בכך שהוא חושש מפניו ולא מקונו, בגלל הנימוק והפסוקים המגבים אותו. ייתכן שהמדרש משקף פער בין האמונה החיצונית של

הרמב"ם לא התייחס בכתביו להסבר זה וכמורה נבוכים הציע הסבר אחר להבדל בין דיני גנב לדיני גזלן.⁴ תפיסת ההשגחה של הרמב"ם אינה מאפשרת להבין הסבר זה כפשוטו,⁵ אם כי ייתכן לראות בו הסבר השייך לתחום האמונות ההכרחיות.⁶ במאמר זה ברצוני להציג את הסברו של הרמב"ם כמורה נבוכים ולהשוות אותו לדבריו במשנה תורה. לדעתי, גם במשנה תורה משתמע הסבר להבדל זה, אך אין הוא זהה לחלוטין להסבר כמורה נבוכים. כמורה נבוכים הציב הרמב"ם את עקרון ההרתעה כיסוד ההבחנה

הגנב בהשגחת האל לבין מעשיו המבטאים אל נכון את עמדתו הפנימית.

4 ראו נחום אליעזר רבינוביץ **משנה תורה עם פירוש יד פשוטה** נזיקין ב (התשס"ז). הוא מציע בזהירות שהרמב"ם ניסה לתת נופך רציונאלי להסברי התנאים, לפחות בנוגע להבחנה בין תשלומי ארבעה ותשלומי חמישה. ראו גם חנה כשר "קווים להצדקת העונש בהגות ימי הביניים" הגות א 57, 75-76 (התשנ"ט).

5 תפיסת ההשגחה של הרמב"ם אינה פשוטה. היא זכתה לדיון כבר בימי חייו על ידי ר' שמואל אבן תיבון, ומאו ועד ימינו הועלו הצעות שונות על ידי פרשניו וחוקריו בנוגע לדעתו האמיתית. ראו: Z. Diesendruck, *Samuel and Moses ibn Tibbon on Maimonides' Theory of Providence*, 11 HUCA 341 (1936); בנוגע לאופן שבו מבין אבן תיבון את הסתירות כמורה נבוכים, על פי שאלותיו בנושא ההשגחה, ראו: אביעזר רביצקי "ר' שמואל אבן תיבון וסודו של מורה הנבוכים" דעת 10 19, וגם אביעזר רביצקי **עיונים מיימוניים: חברה, פילוסופיה וטבע בכתבי הרמב"ם ותלמידיו** 79 (התשס"ו). נראה שהעמדה השמרנית ביותר הועלתה על ידי שם טוב פלקירא **מורה המורה**, בפרק השני לנספח (מהדורת שיפמן 337). משה אבן תיבון סבר (באיגרת שהובאה אצל Diesendruck לעיל) שדבקותו של השלם בשכל הפועל מאפשרת ידיעה של המקרים מראש, ועל ידי כך הינצלות מהם. בעת החדשה אחז בדרך זאת יוליוס גוטמן **הפילוסופיה של היהדות** 158-159 (צ' וויסלבסקי עורך, י"ל ברוך מתרגם, 1951). אך שם, בהערה 453, הוא מציין את הקשיים שמתעוררים בנוגע למורה נבוכים ג, כג ומורה נבוכים ג, נא על פי תפיסה זו. למרות זאת הוא הציע להישאר בתפיסה היסודית של פרק יז, עד "שבעיה זו לא תתברר בירור ודאי ומכריע" (שם בהערה, עמ' 393). דומה שמאז נתבררה בעיה זו באופן די משכנע, ונראים דברי החוקרים הממשיכים למעשה את העמדה המשתקפת בדברי שמואל אבן תיבון עם פתרון הבעיות שהתלבט בהן. ראו: A. J. Reines, *Maimonides' Concepts of Providence and Theodicy*, 43 HUCA 169 (1972); אברהם נוריאל "השגחה והנהגה כמורה נבוכים" **תריץ** מט, ג-ד 346 (התש"ס); אברהם נוריאל "הרמב"ם על מקריות בעולם ההווה וההפסד"; **גלוי וסמוי בפילוסופיה היהודית בימי הביניים** 83 100 (התש"ס); Ch. M. Raffel, *Providence as Consequent upon the Intellect: Maimonides' Theory of Providence*, 12 1 AJSR 25 (1987). גם עברי הלך בדרך זו, אך הוא הדגיש את האופי הנאו־פלטוני של עמדת הרמב"ם. ראו: A. L. Ivry, *Providence, Divine Omniscience and Possibility: The Case of Maimonides*, in *DIVINE OMNISCIENCE AND OMNIPOTENCE IN MEDIEVAL PHILOSOPHY* 143 (T. Rudavsky ed., 1985) (reprinted in: *MAIMONIDES* 175 [J. A. Buijs ed., 1988]). לסיכום העמדות, ראו אליעזר חדר "לא תרצח" בכתבי הרמב"ם: בין אתיקה לפוליטיקה" **מחקרי ירושלים במחשבת ישראל** כד 91 (התשע"ה).
 חנה כשר "מיתוס 'האל הכועס' כמורה נבוכים" **אשל באר** שבע ד 95 (התשנ"ו).

בין הדינים ואילו במשנה תורה הוא הציב את עקרון הצדק כבסיס ההבדל.⁷ עקרון הצדק מופיע גם במורה נבוכים, אך הוא עיקרון מסדר שני שיש לפרשו כמידתיות. לעומת זאת, עקרון הצדק במשנה תורה הוא עיקרון בלעדי המהגיש את הגמול. אולם דיון מעמיק במשנה תורה מראה שאין לצדק ערך עצמי ונראה שהוא לתכלית חינוכית. לאחר הצגת תפיסת הרמב"ם במורה נבוכים ובמשנה תורה, אעגן את עמדותיו בתיאוריות עונשיות שנידונו בקרימינולוגיה ובפילוסופיה של המשפט והמוסר.

ב. גניבה וגזילה במורה נבוכים

הרמב"ם הבהיר את ההבדל בין גניבה לגזילה במסגרת דיונו בטעמי קבוצת המצוות השייכת לדיני עונשים. תכליתם של דיני עונשים לדעתו היא ההרתעה, "כי אם לא ייענש העבריין, לא יסולק שום נזק כלל ולא יירתע מי שמתכוון לעבור עבירה" (מורה נבוכים ג, לה).⁸ ההרתעה מחייבת שהעבריין ייפגע ולכן אין להסתפק בהחזרת הנזק שיצר לזולתו.

לעקרון ההרתעה יש להצמיד את עקרון המידתיות, הקובע את מידת העונש שיש להעניש את העבריין כדי להרתעו. עיקרון זה מחייב התאמה בין הנזק שנגרם לבין העונש: "בררך-כלל נקבע עונשו של כל התוקף את זולתו שיעשה לו כאשר עשה בשווה. אם הזיק לגוף יינזק בגופו, ואם הזיק לממון יינזק בממונו" (מורה נבוכים ג, מא).

משני עקרונות אלו נגזר שירות דין הגנב. "מי שהזיק ממון יינזק בממונו באותו סכום ממש: אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו (שם [שמות], כב, 8). את אשר לקח,

7 היחס בין תפיסת המצוות במורה נבוכים מול משנה תורה נידון בכמה זוויות מבט. זאב הרוי טען שהרמב"ם כפוסק יישם את התפיסה הפוליטית של הרמב"ם כפילוסוף ופסק את אלוהיותה של התורה. ראו זאב הרוי "בין פילוסופיה מדינית להלכה במשנת הרמב"ם" עיון כט ד 198 (התשמ"א). יעקב לוינגר הצביע על ההבדלים בין טעמי המצוות במורה נבוכים לבין העולה מפסיקת הרמב"ם במשנה תורה וראה בהם ביטוי לתפיסתו ההיסטורית של הרמב"ם את התפתחות ההלכה. במורה נבוכים הרמב"ם מפרש את המקרא כפשוטו ועוסק בטעמי המצוות בגישה היסטורית פילולוגית, ובמשנה תורה הוא כותב את ההלכה והמשפט התקפים לימיו. לכן במורה נבוכים ג, מא הוא מפרש "עין תחת עין – ממש" ואילו במשנה תורה, הלכות חובל ומזיק א, א הוא פוסק "עין תחת עין – ממון". ראו יעקב לוינגר הרמב"ם כפוסק וכפילוסוף 56-66 (התש"ן). יצחק טברסקי מציין גם הוא את הגישה ההיסטורית במורה נבוכים לעומת ההתעלמות ממנה במשנה תורה. אך הוא מוסיף גם את התמקדותו של הרמב"ם בהיבטים המוסריים-חינוכיים והאישיים של המצוות במשנה תורה בניגוד להיבטים החברתיים-מדיניים המובלטים במורה נבוכים. ראו יצחק טברסקי מבוא למשנה תורה לרמב"ם 322, 323, 332 (מ"ב לרנר מתרגם, התשנ"א).

8 כל הציטוטים ממורה נבוכים על פי מהדורת שורץ. ראו אליעזר גולדמן "פילוסופיה מדינית ומשפטית ב'מורה נבוכים'" מחקרים ועיונים: הגות יהודית בעבר ובהווה 131, 136-137 (התשנ"ז).

ועוד סכום שווה לו לוקחים מממונו של הגנב" (מורה נבוכים ג, מא). אם כן, תשלומי כפל בגניבה נובעים מעקרון ההרתעה התובע לפגוע במזיק ומעקרון המידתיות התובע לפגוע בו בדיוק כפי שהזיק. עליו להשיב תחילה את מה שלקח ונוסף על כך להינזק באותה מידה.⁹

הרמב"ם טוען שעקרון המידתיות נכלל במונח "צדק". הוא מכנה אותו בשם זה כאשר הוא דן בעונשם של עדים זוממים. אומנם כאן אין תשלומי כפל מכיוון שהעדים לא הצליחו לממש את זממם, אך הענשתם כפי שזממו מיישמת הן את עקרון ההרתעה הן את עקרון הצדק.

כן דין עדים זוממין שיעשה בהם בדיוק מה שביקשו לעשות: אם ביקשו להרוג, ייהרגו, ואם ביקשו להכות, יוכו. ואם ביקשו לחייב בתשלום, יוטל עליהם תשלום שווה למה שביקשו שיוטל. הכוונה בכול להשוות את העונש לפשיעה. גם זאת משמעות של היות המשפטים צדיקים (דברים ד', 8) (מורה נבוכים ג, מא).

במורה נבוכים ג, כו, הרמב"ם מתבסס על הפסוק "חקים ומשפטים צדיקים" (דברים ד 8), כדי לטעון שלכל מצוות התורה יש טעם. במורה נבוכים ג, לט הוא מתבסס על פסוק זה כדי להבהיר שמגמת מצוות התורה היא להקנות "מידות מאוזנות" (אלאכ'לאק אלמעטדלה).¹⁰ במורה נבוכים ב, לט הוא מתבסס על פסוק זה כדי לטעון שמצוות התורה מאוזנות ומקשר זאת לחוכמה הטמונה בהן.

יודע אתה שצדיקים פירושה "מאוזנים" [מעטדלה], כי הם עבודות שאין בהן טורח והגזמה כמו הנזירות ונדידת הסגפנים וכיוצא בהם, ולא אי-ספיקה הגוררת תאוותנות והתמכרות עד שהשלמות האנושית נפגמת במידותיה ועיונה כמו כל חוקות האומות שחלפו. כאשר נדבר בספר זה על טעמי המצוות, יתברר לך מאיזון ומחוכמתן [אעתדאלהא וחכמתהא] מה שראוי שיתברר (מורה נבוכים ב, לט).

9 בכך הרמב"ם מאמץ תפיסה תועלתנית, אך משלב בה יסוד דיאונטולוגי. ראו כשר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 57-58, בנוגע להבחנה בין מיל לקאנט.

10 המידות המאוזנות מודגמות בכך שאין התורה מצווה להגן על כל בן חסות ואורח אלא לבחון את אשמתו. שורץ תרגם "מידות בינוניות", אך נראה ש"מאוזנות" תואם יותר את מגמתו במורה נבוכים. ראו יוסף שטרן החומר והצורה במורה נבוכים לרמב"ם 285-290 (2017). שם, שטרן מצביע על כך שבמורה נבוכים משמעות האיזון היא התאמת האידיאל עם המציאות שבה יש ריבוי דרישות מתחרות ולא תפיסה אידיאלית של "דרך האמצע" כמו בשמונה פרקים.

הצדק שבמצוות מבטא אפוא את חוכמת האיזון. עקרון המירתיות החוסה תחת מושג הצדק נועד לאזן את תכלית ההרתעה ולרסן את מידת הפגיעה שנועדה להרתיע מפני עשיית הפשע.

הרמב"ם הצביע על כך שעקרונות אלו מיושמים גם במקרה של "מוציא שם רע", אדם המעליל על אשתו עלילות שווא כדי לגרש אותה ללא תשלומי המוהר המגיעים לה.¹¹ הוא פותח בהנחיה לקורא להתבונן בצדק שיש בחוקי התורה ומפנה שוב לפסוק מספר דברים: "התבונן-נא בגורל יושרם של חֲקִים ומשפטים צדיקים (דברים ד', 8) אלה" (מורה נבוכים ג, מט). מוציא שם רע מחויב בתשלום כפול; גם את מה שרצה למנוע מאשתו כדין וסכום נוסף הזהה לו.

לכן העליל עליה והשמיץ אותה בטופלו עליה דברים בלתי-אפשריים, כדי למנוע ממנה את המגיע לה ממנו, כלומר, חֲמִשִּׁים כסף (שם, שם, 29), כי זה הוא מהר הבתולות (שמות כ"ב, 16) המוגדר בתורה. לכן הוא יתעלה דן אותו ושיקנסו אותו במאה כסף (דברים כ"ב, 19) מתוך יישום העיקרון אשר ירשיעון אלהים – ישלם שנים לרעהו (שמות כ"ב, 8), וכדין עדים זוממין כמו שהבהרנו. כן זה המוציא שם רע ביקש להפסידה את החמישים המגיעים ממנו ונקנס מאה. זה העונש על שמנע את המגיע לה ממנו וביקש לקחתו (לעצמו) (מורה נבוכים ג, מט).

הרמב"ם חותם את דבריו בהתפעלות מכך שמאחורי שלושה מקרים שאינם קשורים לכאורה זה לזה עומד עיקרון משפטי אחד.

התבונן כיצד השווה את דין המוציא שם רע, שביקש למנוע את המגיע ממנו, לדין הגנב שלקח את ממון זולתו, וקבע את דינו של עד זומם שביקש לגרום נזק, אף-על-פי שלא נגרם, כדין מי שהזיקו ועשקו, כלומר, גנב ומוציא שם רע. דין שלושתם תורה אחת ומשפט אחד (במדבר ט"ו, 16).

11 נראה שהרמב"ם הבין שהכתובה המירה את המוהר הראשוני. הדבר עולה מכך שהרמב"ם קובע בהקדמה להלכות אישות שמצוות עשה "לישא אשה בכתובה וקידושין" ומצוות לא תעשה "שלא תבעל אשה בלא כתובה וקידושין". מכאן משמע שכתובה היא מדאורייתא. לעומת זאת, בהלכות אישות י, ז: "וחכמים הם שתיקנו כתובה לאשה כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה". נראה שלדעתו חכמים הפכו את תשלום המוהר (חמישים שקל = מאתיים זוז) לחוב שניתן לאישה אם הבעל מת או מגרש אותה ולכן יסוד הכתובה מהתורה אף שהיא תקנת חכמים. ראו עדיאל שרמר "תשלומי נישואין: ממוהר לכתובה" זכר ונקבה בראם: הנישואין בשלהי ימי הבית השני ובתקופת המשנה והתלמוד 228 (התשס"ד). לדעתו, המעבר נבע מן השינוי בביקוש; מוהר מבטא ביקוש נשים וכתובה – ביקוש גברים. אך בניגוד לתיאוריה מטריאליסטית זו, אפשר לתלות שינוי זה בטיעון ערכי. לאחר שנפסק שיקדושין נעשים בשווה פרוטה (כדי להצביע על כך שאין מדובר בתשלום המבטא את ערכה הכספי של האישה), לא רצו חכמים ליטול את כספה של האישה והפכו אותו לחוב.

התפעל אפוא התפעלות רבה מחוכמת דיניו יתעלה כמו שאתה מתפעל מחוכמת יצירותיו. הוא אמר: הצור תמים פָּעֵלוּ כי כל דרכיו משפט (דברים ל"ב, 4). הוא אומר שכשם שיצירותיו בתכלית השלמות, כן דיניו בתכלית היושר [אלעדאלה] (מורה נבוכים ג, מט).

בדיני גנב, עדים זוממים ומוציא שם רע התורה מיישמת את עקרון ההרתעה ואת עקרון הצדק. מקרים אלו מייצגים שלושה סוגי נזק; בקצה אחד עומד הגנב שהזיק את זולתו בפועל בכך שחיסר ממנו את ממונו, בדרגה נחותה יותר עומד מוציא שם רע שעשק את הזולת בכך שרצה למנוע ממנו את המגיע לו ובקצה השני עומדים עדים זוממים שרק התכוונו להזיק, אך לא הזיקו בפועל. חוקים אלו משמשים עדות לכך שבבסיס חוקי התורה עומדים עקרונות רחבים המיושמים במקרים פרטיים רבים, בדומה לפעולתם של חוקי הטבע.¹²

לכאורה בניגוד לכך הרמב"ם מסביר את דין הגזול על בסיס שכיחותו הנמוכה של הגזל.

את הגזול אין מחייבים היטל נוסף בבחינת קנס – שהרי החמ"ש הוא רק כפרה על שבועת שקר – בגלל מיעוט מקרי גזילה.^[1] נזק הגניבה מצוי יותר מהגזול כי הגניבה אפשרית בכל מקום ואילו הגזל אפשרי בתוך הערים רק בקושי.^[2] ועוד שהגניבה אפשרית במה שגלוי ובמה שנזהרו להסתיר ולשמור, ואילו הגזל מתאפשר רק במה שגלוי וחשוף.^[3] האדם יכול להישמר מפני הגזול, להיזהר ולהתכונן לו. דבר זה אינו אפשרי ביחס לגנב.^[4] כמו כן הגזול ידוע. ניתן לחפש אותו ולצפות להשבת מה שלקח. ואילו הגנב אינו ידוע. מכול הסיבות האלה הטילו קנס על הגנב, ולא על הגזול (מורה נבוכים ג, מא).¹³

הרמב"ם מציין ארבע סיבות לשכיחותו הנמוכה של הגזל: א. צמצום המקומות שבהם הגזל אפשרי; ב. צמצום החפצים שבנוגע להם הגזל אפשרי; ג. אפשרות גדולה יותר של מניעת הגזל; ד. אפשרות גדולה יותר של השבתו, אם המניעה לא צלחה. בגלל סיבות אלו הסתפקה התורה בהשבת הגזילה בלבד.

לכאורה התביעה להשיב את הגזילה בלבד אינה מיישמת את כללי היסוד של דיני העונשים, שהרי הגזול ידוע שהוא יתחייב לכל היותר להחזיר את מה שגזל ולא יפסיד דבר אם ייתפס. נראה שלדעת הרמב"ם נסיבות הגזל מצמצמות את אפשרותו במידה מספקת ואין צורך בהרתעה נוספת. ברור שגם יישום עקרון ההרתעה בגניבה

12 ראו JOSEF STERN, PROBLEMS AND PARABLES OF LAW : MAIMONIDES AND NAHMANIDES ON REASONS FOR THE COMMANDMENTS (Ta' AMEI HA-MITZVOT) (1998) 16-20; אליעזר חדר התורה והטבע בכתבי הרמב"ם (2011).

13 המספור לא במקור.

אינו מבטל אותה לחלוטין, שהרי גניבות ממשיכות להתרחש. ייתכן שהרמב"ם סובר שהרתעה נוספת בגזל לא תביא לצמצום התופעה, או שאין צורך בצמצום נוסף שלה. די בנסיבות המתקיימות בגזל כדי להרתיע את הגזלנים במידה מספקת.

יוצא אפוא שעקרון ההרתעה הוא העיקרון היסודי של דיני העונשים. העיקרון השני של הצדק (=איוון, מידתיות)) מופעל רק כאשר יש צורך לפגוע במזיק כדי להרתיעו, כדי להגדיר את מידת הפגיעה.¹⁴ ואכן, במורה נבוכים ג, לה, כאשר הרמב"ם מגדיר בקצרה את טעמה של כל קבוצה מארבע-עשרה הקבוצות של המצוות, הוא כולל גם את דין הגנב וגם את דין הגזלן בקבוצת העונשים ומציין את עקרון ההרתעה בלבד כטעמה של קבוצה זו.

התועלת של זה ברורה ומחורת כי אם לא ייענש העבריין, לא יסולק שום נזק כלל ולא יירדע [וירדע] מי שמתכוון לעבור עבירה. אין הדבר כאיוולתו של מי שטוען שהימנעות מעונשים מהווה חמלה כלפי הבריות, אדרבה, זאת היא עצם האכזריות כלפיהם ושיבוש סדרי המדינה. אלא החמלה היא מה שהוא יתעלה ציווה: שפטים ושטרים תתן לך בכלל שעריך (דברים ט"ז, 18) (מורה נבוכים ג, לה).

באופן דומה, במורה נבוכים ג, מא, בהקדמה, הרמב"ם קובע, "שגודל העונש וחומרת הכאבתו או קטנותו והקלות לשאת אותו הם בהתחשב בארבעה דברים" (חומרת הפשע, תדירותו, ההתפתות לעשייתו וקלות ביצועו). כל הקריטריונים שנמנו שם קשורים להרתעה בלבד ולא לצדק.

ג. גניבה וגזילה במשנה תורה

הרמב"ם לא דן ישירות בהבחנות בין גניבה לגזילה במשנה תורה. הוא נדרש לשאלה מדוע גנב משלם כפל, אך הוא אינו מתייחס מפורשות לשאלה מדוע גזלן חייב רק בהשבת הגזילה, אלא הסתפק בעיגון דבריו בפסוקים. עם זאת הוא פתח את הלכות גניבה ואת הלכות גזלה ואבדה בתבנית לשונית דומה המזמינה את הקורא להשוואה. בדברים הבאים אנסה לחלץ את התשובה העולה ממשנה תורה לשאלה זו באמצעות השוואה מדוקדקת של דבריו בשני קובצי ההלכות.¹⁵ אנסה להראות שמתוך ההבדלים

14 גולדמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 137. גולדמן מעיר, שהרמב"ם מתעלם מהערת אריסטו שאין להביץ את השוואת העונש והעבירה כגמול מדויק, אך בדין הגזל, הרמב"ם למעשה מיישם את טענת אריסטו.

15 בדברים הבאים אתבסס על מאמר שפרסמתי לפני שנים רבות ואוסף עליו כהנה וכהנה. אלי חדר "שיטת הרמב"ם ב'תבארא או שתיה'" עלון שבות 112 19 (התשמ"ה). הרב רבינוביץ

בניסוח ההלכות יוצא שמן ההבדל בין אופן ביצוע הגניבה לבין אופן ביצוע הגזילה נגזר גם ההבדל בחובת ההשבה.

1. הגדרות גנב וגזלן

הלכות גזלה ואבדה א, ג	הלכות גניבה א, ג
איזה הוא גזול, זה הלוקח את ממון האדם	איזה הוא גנב, זה הלוקח ממון האדם
בחזקה ¹⁷	בסתר
כגון שחטף מטלטלין מידו,	ואין הבעלים יודעין,
או שנכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים	כגון הפושט ידו לתוך כיס חברו ולקח
ונטל כלים משם,	מעותיו
או שתקף בעבריו ובהמתו ונשתמש בהן,	ואין הבעלים רואין, וכן כל כיוצא בזה.
או שירד לתוך שדהו ואכל פירותיה	אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא ובחוזק
וכל כיוצא בזה, הוא הגזול,	יד,
כענין שנאמר "ויגזול את החנית מיד	אין זה גנב אלא גזלן.
המצרי" (שמ"ב כג, כא). ¹⁸	לפיכך לסטים מזויין שגנב אינו גזלן
	אלא גנב,
	אף על פי שהבעלים יודעים בשעה
	שגנב. ¹⁶

- צעד בדרך דומה ולכן אציין דברים נוספים בשמו. ראו יד פשוטה, לעיל ה"ש 4. עם זאת, כפי שייזכר הקורא, דרכינו חלוקות בפרטים אחדים ובטיעון העקרוני.
- 16 כל הציטוטים ממשנה תורה על פי מהדורת יוחאי מקבילי התשס"ו. כך היא הגרסה ברוב כתבי היד, אך לפני הראב"ד עמדה גרסה אחרת: "לפיכך ליסטים מזויין שגנב אינו גנב אלא גזלן, אף על פי שאין הבעלים יודעין בשעה שגנב", ולכן השיג על הרמב"ם.
- 17 הגדרה זו מופיעה רבות בדברי ראב"ע. בויקרא ה' 21 הוא מפרש שגזל הוא "בחזקה", בויקרא י"ט 13 הוא מפרש שגזל הוא "בגלוי בחזקה", במיכה ב' 2 הוא מפרש ש"וגזלו" פירושו "בחזקה" ובתהילים סב 11 מפרש "והגזל בחזקה". בנוגע להשפעת ראב"ע על הרמב"ם, ראו: יצחק טברסקי "ההשפיע ראב"ע על הרמב"ם?" RABBI ABRAHAM IBN EZRA: STUDIES IN THE WRITINGS OF TWELFTH CENTURY JEWISH POLYMATH 21 (I. Twersky and J. M. Harris eds., 1993).
- 18 בהלכה ד מופיעה הגדרת עושה המצטרף לגזלן בגלל שהדבר נעשה בחזקה: "איזה הוא עושה, זה שבא ממון חברו לתוך ידו ברצון הבעלים, וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חברו הלואה, או פקדון, או שכירות, והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה, על זה נאמר 'לא תעשק את רעך' (ויקרא י"ג 13)".

בהלכות אלו הרמב"ם מגדיר את ההבדל היסודי בין גניבה לגזול; גניבה נעשית "בסתר" וגזול נעשה "בחזקה". לכאורה יש פער בין שתי ההגדרות והן לא מונחות על מכה משותף אחד; הניגוד ל"בסתר" הוא "בגלוי" והניגוד ל"בחזקה" הוא "שלא בחזקה". בהלכות גניבה הרמב"ם מגדיר את הגזול על פי שני קריטריונים: גם "בגלוי" וגם "בחזק יד", אך בהלכות גזלה הוא מסתפק בקריטריון השני בלבד. לכן נראה ש"בחזקה" הוא מוקד הגדרת הגזול.¹⁹

מן הדוגמאות בהלכות גזלה עולה שלקחת רכוש הזולת בגלוי ללא הסכמתו, אפילו שלא בפניו, נחשבת כפעולה "בחזקה". שהרי אם "נכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים ונטל כלים משם [...] או שירד לתוך שדהו ואכל פירותיה", לא עשה זאת בהכרח באלימות פיזית. נראה אפוא שפעולה "בחזקה" אינה מבטאת בהכרח אלימות ושימוש בכוח, אלא התרסה, עזות פנים וחוסר חשש. לאור זאת, ייתכן שגם ההגדרה של גזולן בהלכות גניבה לא כוללת שני קריטריונים אלא אחד. בהגדרת גזולן כמי ש"לקח בגלוי ובפרהסיא בחזק יד", יש להבין את "בחזק יד" כתמורה ל"בגלוי ובפרהסיא" ולא כתוספת. עצם הלקיחה בגלוי ובפרהסיא היא ביטוי לחזק יד שאין בו חשש.²⁰

אם כן, יוצא שהקריטריון המרכזי להבחנה בין גנב לגזולן הוא החשש או אי-החשש מפני ידיעת מעשיו או מן ההתנגדות שייקל בה. גנב שחושש מכך עושה מעשיו "בסתר", גזולן שאינו חושש מכך עושה מעשיו "בחזקה", דהיינו בגלוי, וכאשר מתנגדים לו הוא משתמש בכוח.²¹

19 כך עולה גם מדברי הרמב"ם בהלכות גניבה ז, יא: "המסיג גבול רעהו והכניס מתחום שלחברו בתוך תחום שלו אפילו מלוא אצבע, אם בחזקה עשה הרי זה גזול ואם הסיג בסתר הרי זה גנב". ראו יד פשוטה, לעיל ה"ש 4, בעמ' כד-כה, דוגמאות נוספות להבחנה זו בדברי הרמב"ם.

20 ייתכן שיש בכך הדהוד של הביטויים המקראיים "בחזק יד" (שמות יג 3, 14, 16) ו"ביד חזקה" (שמות יג 9 ובעוד מקומות) המתייחסים להוצאת בני ישראל ממצרים, לא רק בכוח אלא גם בגלוי.

21 כאמור, במורה נבוכים הרמב"ם קשר הבדל זה בשאלת ההרתעה. רוב בני האדם חוששים מפני ידיעתם של אחרים ואין בהם אומץ לקחת את רכוש הזולת בגלוי. חשש זה משמש הרתעה יסודית מפני גזול, אך אין בו כדי להרתיע מפני גניבה הנעשית בסתר. לכן יש צורך בהרתעה נוספת מפני גניבה באמצעות חיוב בקנס. מסקנת הרמב"ם בסוף הלכה ג מהלכות גניבה בנוגע ל"ליסטים מזויין שגנב" נובעת מתפיסה זו. העובדה שהוא עושה מעשהו בסתר מוכיחה את חששו, ולכן הוא נידון כגנב אפילו אם הבעלים יודעים. מדברי הרמב"ם לא ברור כיצד "הבעלים יודעין". האם הם מסתרים ורואים אותו (כך פירש הרב רבינוביץ ביד פשוטה, לעיל ה"ש 4, בעמ' כו) או שגם הליסטים עצמו רואה את הבעלים ואין הוא חושש מהם בגלל שהוא מזויין (כך פירש אבן האזל). החידוש בדברי הרמב"ם הוא שהוא נחשב כגנב, אפילו אם ראו אותו הבעלים אך נמנעו מלהתערב בגלל חששם ממנו. מקרה

הדוגמה של הרמב"ם לגניבה היא של **כיס ומעות**, ואילו בגזילה הדוגמאות הן של **חפצים** שונים. כפי שאנסה להוכיח בהמשך, הרמב"ם רומז בכך להבדל נוסף בין גניבה לגזל. בגניבה אנו רואים את הגנב כמי שהתכוון לגנוב את הערך הממוני של החפץ ובגזל אנו רואים אותו כמי שהתכוון לגזול את החפץ עצמו ולא את ערכו. נראה שהבדל זה משתקף בהבדלי הניסוח בין הפתיחות לשני קובצי ההלכות.

2. הגדרות האובייקט שנגנב או נגזל

הלכות גניבה א, א	הלכות גזלה ואבדה א, א
כל הגונב ממון משהו פרוטה ולמעלה	כל הגוזל את חברו ²² שוה פרוטה
עובר על לא תעשה שנאמר "לא תגנבו"	עובר בלא תעשה, שנאמר "ולא תגזל"
(ויקרא יט 11).	(ויקרא יט 13).

המילה "ממון" שנוספה בהלכות גניבה נועדה להבחין בין גניבה זו לגניבת נפשות המופיעה בהמשך.²³ למרות זאת, נראה לי שהיא מכוונת את הקורא גם לכך שבגניבה אנו מתייחסים לערכה הממוני של הגניבה ולא לחפץ עצמו.²⁴ הביטוי "משהו פרוטה ומעלה" שנאמר בהלכות גניבה מעניק לאובייקט שנגנב אופי כמותי ומעריך אותו לפי שוויו הממוני. אינו דומה גונב פרוטה לגונב מאה פרוטות ויש משמעות לגובה הסכום שנגנב.

בניגוד לכך, בהלכות גזלה הביטוי "שוה פרוטה" נועד להגדיר את הרף המינימלי של איסור גזל. מבחינת האיסור אין משמעות לערכו של החפץ ודין חפץ השווה פרוטה כדין חפץ השווה מאה.²⁵ אובייקט הגניבה מוגדר על פי ערכו הממוני "משהו פרוטה ומעלה" בטור עולה, ואילו אובייקט הגזל מוגדר על ידי כך שמדובר בחפץ שחצה

זה מגדיר את הגניבה על פי אופן ביצועה "בסתר" כלפי שאר בני האדם, אף שהיא נעשית "בחזקה" כלפי הבעלים.

22 בנוגע לתוספת מילה זו, ראו בהמשך.

23 הלכות גניבה ט, א.

24 יד פשוטה, לעיל ה"ש 4, בעמ' ה.

25 הרב רבינוביץ, יד פשוטה, לעיל ה"ש 4, בעמ' יד-טו הן בהבדל זה. לדעתו הדבר נובע מכך שבגניבה שנעשתה בסתר ייתכן שהבעלים מוחל על כמות מועטת ולכן ייתכן שרק כשגזול יותר משהו פרוטה יתחייב, אך בגזל עצם ההתנגדות של הבעלים מוכיחה שאינו מוחל ולכן בשווה פרוטה תמיד יתחייב. אך הסברו קשה, שהרי "משהו פרוטה ומעלה" אין הכוונה שלעיתים יעבור בפרוטה ולעיתים ב"ומעלה", אלא שזו הגדרת הגניבה ובכל גניבה של שווה פרוטה ומעלה יתחייב. הבחנתו בין גזל לגניבה בהלכות אישות ה, ח, אינה מתבססת על הכתובים. "הנכנס לבית חברו ולקח כלי או אוכל וכיוצא בהן וקדש בו אשה, ובא בעל הבית..." יכול להיחשב גזל ולא רק גניבה. אם הוא נכנס בגלוי ולקח את החפץ בפני אנשים אחרים הוא ודאי נחשב גזלן ולא גנב. כפי שראינו לעיל, גם בגזל ייתכן מצב שבו הבעלים אינם יודעים ואינם מתנגדים לגזלן. יתירה מזאת, הרמב"ם חותם הלכה זו בקביעה "הרי זה גזל ואינה מקודשת. ואם קדשה בדבר שאין הבעל מקפיד עליו [...] הרי זו

את הרף של "שוה פרוטה". ברגע שהחפץ הגזול שווה פרוטה, יש חובה להשיבו ואין משמעות לערכו מעבר לכך.

המשך הלכות אלו מבליט את ההבדל בין נקודות המבט השונות בנוגע לאובייקט שנגנב או נגזל.

הלכות גניבה א, א (המשך)	הלכות גזלה ואבדה א, א (המשך)
ואין לוקין על לאו זה שהרי ניתן לתשלומין	ואין לוקין על לאו זה שהרי ניתן לעשה,
שהגנב חייבה אותו תורה לשלם.	שאם גזל חייב להחזיר,
	שנאמר "והשיב את הגזלה אשר גזל" (ויקרא ה 23)
	זו מצות עשה.
	ואפלו שרף הגזלה אינו לוקה
	שהרי הוא חייב לשלם דמיה,
	וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו.

ההבדל בניסוח חובת ההשבה הבסיסית מבליט את ההבדל בין תפיסת הגניבה לפי ערכה הממוני לבין התייחסות לחפץ עצמו בגזל. בהלכות גניבה החובה הראשונית היא "לשלם" תמורת החפץ לפי ערכו, ובהלכות גזלה החובה היא "להחזיר" את החפץ עצמו. באופן מפתיע לא מוזכרת מצוות השבת החפץ בהלכות גניבה והרמב"ם מונה את החובה להשיב את החפץ כמצווה בפני עצמה רק בהלכות גזלה.²⁶

נראה שהחובה לשלם תמורת הגניבה היא תוצאה ישירה של החוב הממוני שנוצר בעקבותיה ולכן אין צורך בפסוק מיוחד בתורה להגדיר חובה זו. הרמב"ם קובע שכל נזקי ממון הם "כמי שלווה מחברו ממון שהוא חייב לשלם" (הלכות נזקי ממון ב, ז). יש לראות אפוא את הגניבה כנזק ממוני שיוצר חוב השווה לערך הגניבה.²⁷ לעומת זאת,

מקודשת מספק". אף שהמונח "גזל" כאן כולל גם גניבה, ברור מלשונו שגם בגזל במובנו המצומצם תיתכן אפשרות שבעל הבית אינו מקפיד.

26 ראו ר' יוסף ראזין, **צפנת פענח כללי התורה והמצוות** חלק א קיז, סעיפים יב-יג, קלב סעיף נ (מהר"ם מנחם כשר, התשכ"ז), בערך גזל המוגדר כלאו הניתק לעשה ובערך גניבה המוגדר כלאו הניתן לתשלומין ולא לאו הניתק לעשה. לעומת זאת, ראו פרי משה גניבה וגזילה ב. **תוספות רי"ד**, בבא קמא סה, ע"א, סבר שאף אם החפץ קיים והזול, משלם את ערכו. לדעת הרב רבינוביץ, **יד פשוטה**, לעיל ה"ש 4, בעמ' מו-מו, הרמב"ם סובר כתוספות רי"ד. הוא מביא ראיה לדבריו מחמץ שעבר עליו הפסח. בהלכות גזילה ג, ד הרמב"ם פסק שאומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה, אך לא פסק כך בגניבה בשום מקום. לכן לדעתו בגניבה מחזיר כשעת הגניבה.

27 **יד פשוטה**, לעיל ה"ש 4, בעמ' טז-יז, המציין זאת, אך אינו מבחין בין גזל לגניבה.

בגזל לא נוצר חוב ממוני השווה לערך החפץ, אלא חובת ההשבה היא מצווה חרשה ונפרדת המתייחסת לחפץ עצמו ולא לערכו. חובת התשלומים המזכרת בהמשך הלכות גזלה היא תוצאה עקיפה של השמדת החפץ ואין היא נובעת ישירות מן הגזל. למעשה, רק אם הגזלן שרף את הגזלה הוא הופך להיות מזיק שחייב בתמורתה.

ביטוי בולט לתפיסה זו מצוי בפסיקת הרמב"ם בנוגע לחובת ההשבה כשהשתנה ערך החפץ. הרמב"ם מבחין בין גנב לגזלן בניגוד למשתמע מן הסוגיה הבבליה.²⁸

הלכות גניבה א, יד	הלכות גזלה ואבדה ג, א-ב
גנב בהמה או כלי וכיוצא בהן,	הגזל חבית שליין מחברו ²⁹
ובשעת הגנבה היה שוה ארבעה,	היתה שוה בשעת הגזלה ארבעה, ³⁰
ועכשיו בשעת עמידה בדין שוה שנים,	ובשעת הוצאה מן העולם דינר,
משלם קרן כשעת הגנבה	משלם ארבעה כשעת הגזלה,
ותשלומי כפל או ארבעה וחמשה כשעת	בין ששבר אותה בין ששתייה,
עמידה בדין.	בין שנשברה או אבדה מאליה
	וכן כל כיוצא בזה.
היה שוה בשעת הגניבה שנים,	והרי היא שוה דינר בשעת הגזלה,
ובשעת עמידה בדין ארבעה,	והוקרה אצלו ועמדה בארבעה.
אם שחט או מכר	אם שבר את החבית, או שתה אותה,
או שבר הכלי או אבדו,	או מכרה, או נתנה במתנה, אחר
[משלם קרן כשעת הגנבה] ³¹	שהוקרה,
משלם תשלומי כפל או ארבעה וחמשה	משלם ארבעה כשעת הוצאה מן העולם,
כשעת העמדה בדין.	שאלו הניחה היתה חוזרת בעצמה.
ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו,	נשברה מאליה או אבדה,
משלם תשלומי כפל כשעת הגנבה. ³²	משלם דינר כשעת הגזלה. ³³

28 הסוגיה בכבא קמא סה, ע"א, מציבה את רב ורבה כחלוקים, רב אמר שמשלם כשעת הגניבה ורבה כשעת השבירה. לפי תוכן מימרותיהם, רב עסק בגניבה ורבה עסק בגזילה, אך הסוגיה אינה מבחינה בין גניבה לגזילה והיא מיישבת בין דעותיהם. אם ערך החפץ ירד והוא שבר בידיים משלם כשעת הגניבה, ואם ערכו עלה, יש לחלק; אם שבר בידיים משלם כשעת השבירה ואם נשבר ממילא משלם כשעת הגניבה. ראו חדר, לעיל ה"ש 15 ויד פשוטה, לעיל ה"ש 4, בעמ' מה-מז.

29 גם כאן הוסיף הרמב"ם את הביטוי "מחברו" בניגוד לגניבה.

30 החלפתי את סדר ההלכות והקדמתי את המקרה שהוזל למקרה שהוקר, כדי להתאימו לסדר המופיע בהלכות גניבה. בהלכות גזילה הרמב"ם מציין את הדוגמה של חבית יין ומקדים את המקרה שבו הוקרה החבית בהתאם לדברי רבה בסוגיה.

31 הוספתי שורה זו כדי להדגיש שאין שינוי בדין תשלומי קרן שהוזכרו במקרה הקודם.

32 יד פשוטה, לעיל ה"ש 4, בעמ' מז – משלם כשעת הגניבה ולא כשעת העמדה בדין, בגלל שכעת אין כלל שווי לחפץ שאינו קיים. אומנם אם איבדו בידיים, ללא פעולתו החפץ היה קיים ומשלם לפי שוויו כעת. אך כאן רגע החיוב הוא הגניבה בלבד ולכן משלם לפיו.

33 שאילתות, פ' ויקרא, סימן עא (מהדורת העמק שאלה); סימן פה (מהדורת מירסקי): "וודאי

הגנב משלם תמיד את הקרן כפי ערך החפץ בשעת הגניבה (ורק ערך הכפל משתנה), מכיוון שמייד ברגע הגניבה נוצר חוב השווה לערכו הממוני של החפץ. לעומת זאת, הרמב"ם מחלק בגזול בין המקרים שבהם הוקר החפץ או הוול. אם החפץ הוול, הגזולן משלם כשעת הגזילה, ואם החפץ הוקר כשעת השבירה. מכיוון שגזולן חייב להשיב את החפץ עצמו, הוא משלם כשעת הגזילה כשהחפץ אינו קיים.³⁴ אך אם הגזולן שבר אותו לאחר שעלה ערכו, הוא מונע מהם את הרווח שנוצר מעליית המחיר, "שאלו הניחה היתה חוזרת בעצמה".³⁵

3. הגדרת האדם שנגנב או נגזל

הלכות גניבה א, א-ב	הלכות גזלה ואכדה א, ב
ואחד הגונב ממון ישראל	ואסור לגזול כל שהוא דין תורה.
או הגונב ממון גוי עובד עבודה זרה.	ואסור לגזול כל שהוא דין תורה.
ואחד הגונב את הגדול ואחד הגונב את הקטן.	ואסור לגזול כל שהוא דין תורה.
אסור לגנוב כל שהוא דין תורה.	ואסור לגנוב דרך שחוק,
ואסור לגנוב דרך שחוק,	או לעשקו,
או לגנוב על מנת להחזיר,	ואם גזלו או עשקו יחזיר. ³⁶
או לגנוב על מנת לשלם,	
הכל אסור שלא ירגיל עצמו בכך.	

לכאורה הרמב"ם משווה בין גניבה לגזל בשני דינים.

1. הוא מדגיש שאף על פי שחובת ההשבה בגניבה ובגזל קיימת רק כאשר מדובר בשווה פרוטה, אסור מדין תורה לגנוב ולגזול אף פחות מכך ("כל שהוא").³⁷

אי תברה ממילא – משלם זוזא, השתא לא קא עביד מעשה, אמאי קא מחייב ליה מר? אגזילה קמא, וגזילה קמא זוזא הוה שוויה".

34 ר"ף, בבא מציעא, פרק ג, סימן שמח: "דבחסיר ליכא מאן דאמר דמשלם כי השתא, דתנן: כל הגזולנים משלמים כשעת הגזלה". יד פשוטה, לעיל ה"ש 4, נזיקין ב מג (התשס"ז) מביא את השאלות (שם) כבסיס לדבריו, "כיון דמשעת גזילה איחייב ביה בתשלומי גזל, השתא במאי מיפטר? השבה לא עבר, אחיובה דמעיקרא קא משלם, הילכך כדמעיקרא משלם".

35 ר"ף, בבא מציעא, פרק ג, סימן שמח, בדין תברא ושתיא (גזל), "מאי טעמא? כיון דאי איתה הדרה למרה בעינא, ההיא שעתה דקא שתי לה או דקא תבר לה קא גזל לה". נראה שזה מקור לשון הרמב"ם.

36 יד פשוטה, לעיל ה"ש 4, בעמ' רנד, מדייק מכך שיחזיר, שלפי דעת הרמב"ם האיסור לא תגזול והחובה להחזיר מתייחסת גם לגוי. אף על פי שיסודה שבע מצוות בני נח.

37 בנוגע ליסודו של דין זה נחלקו הפרשנים. יש סבורים שהוא נגזר מהעיקרון "חצי שיעור אסור מן התורה" (המגיד משנה) ויש סבורים שהוא נגזר מפשט לשון התורה בנוגע לאיסור

2. הוא מציין ששני האיסורים חלים גם ביחס לגוי עובד עבודה זרה.

בכל זאת נראה שיש הברדל בין דין גניבה ודין גזילה ביחס לגוי. איסור גניבה מגוי משתלשל ישירות מהדין הבסיסי של איסור גניבת ממון, לכן הוא מצוי מייד בהמשך הלכה א. הניסוח "ואחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון גוי עובד עבודה זרה ואחד הגונב את הגדול או את הקטן", יוצר שוויון מוחלט באיסור גניבה ביחס לכולם; ישראל, גוי, גדול וקטן. בהלכות גניבה אין משמעות לשאלה מיהו הנגנב. נראה שהרמב"ם לא טרח לציין שאם גנב את הגוי ישלם, מכיוון שכל ההשלכות בנוגע לגניבה מגוי זהות לחלוטין לגניבה מישראל.³⁸

לעומת זאת, איסור גזל הגוי מוזכר בהלכה ב רק לאחר איסור גזל "כל שהוא" ואינו נובע מן הדין היסודי של הגזל. יתר על כן, הרמב"ם יוצר הבחנה בין גזל ישראל לגזל הגוי על ידי המילה "אפילו". משמע שהבחנה בין גזל ישראל לגזל הגוי עולה על הדעת. הוא גם טורח לציין שאם גזל את גוי, יחזיר, בניגוד להלכות גניבה ששם הדבר לא צוין. נוסף על כך, הרמב"ם לא תלה את חובת ההשבה בגוי בפסוק מן התורה. נראה אפוא שאיסור גזל ומצוות השבת הגזילה אינם כוללים בהגדרתם הראשונית את הגוי. אפשר לדייק זאת מדברי הרמב"ם בפתיחת הלכות גזלה: "כל הגזול את חברו שוה פרוטה עובר בלא תעשה" (הלכות גזלה ואברה א, א) – "חברו" ולא גוי – בניגוד לתחילת הלכות גניבה שלא מוזכר בה סיוג זה.³⁹ עם זאת, נראה שגזל הגוי נאסר מדין תורה, והוא נלמד מאיסור גזל פחות משווה פרוטה. כשם שאיסור גזל פחות משווה

גניבה וגזילה שאין בה שיעור, אך חכמים שיערו שבפחות משווה פרוטה הנגנב או הנגזל מוחל (יד המלך). ההסבר הראשון קשה מכיוון שהרמב"ם מזכיר את המונח "חצי שיעור" בנוגע לאיסורי אכילה בלבד, וההסבר השני קשה מכיוון שהרמב"ם מגדיר מפורשות שהאיסורים "לא תגנובו" ו"לא תגזלו" אינם חלים על פחות משווה פרוטה, לא רק חובת ההשבה. המונח "דין תורה" מצביע על כך שאיסור זה נלמד מן התורה, אף שאין הוא כלול באיסורים המפורשים. המקור המפורש (והיחיד?) בתלמוד הבבלי לכך שיש איסור גזל בפחות משווה פרוטה הוא דברי רב פפא בנוגע לאיסור גזל בשבע מצוות בני נח (סנהדרין נז, ע"א). לכן נראה שאיסור זה מלמד שמדין תורה יש איסור אף בפחות משווה פרוטה. נראה שהרמב"ם רומז למקורותיו על ידי המשך הלכה ב בשני קובצי ההלכות. בהלכות גניבה הרמב"ם מצרף לדין זה את האיסור לגנוב דרך שחוק ועל מנת להחזיר ובהלכות גזלה הוא מצרף לדין זה את איסור גזל הגוי. הגמרא מסבירה שאיסור גזל בפחות משווה פרוטה תקף גם אם בן נח גזל את ישראל, מכיוון שהנגזל מצטער בשעת הגזל אף על פי שהוא מוחל על כך לאחר מכן. טיעון זה נכון גם בנוגע לגנוב דרך שחוק ועל מנת להחזיר.

38 וכן הרב רבינוביץ, **יד פשוטה**, לעיל ה"ש 4, בעמ' יט.

39 הרב רבינוביץ, **יד פשוטה**, לעיל ה"ש 4, בעמ' רמט, טוען שהתוספת "חברו" נועדה להרהר את דברי ר' יוחנן בבבלי, בבא קמא ק"ט, ע"א: "כל הגזול את חברו שוה פרוטה, כאילו נוטל את נשמתו ממנו", והיא מבטאת עימות בין הגזול לנגזל שאינו קיים בגניבה. אך הרמב"ם הביא את דברי ר' יוחנן בהל' יג. לכן נראה שהדגשה זו נועדה לסייג את איסור

פרוטה נאסר מדין תורה, אף שהוא אינו כלול באיסור לא תגזול, כך "אפילו גוי [...] אסור לגזול [...] ואם גזל [...] יחזיר" **מדין תורה**.⁴⁰

התלות בין איסור גזל פחות משווה פרוטה לבין גזל הגוי מובילה לכך שיסוד שניהם הוא בשבע מצוות בני נח.⁴¹ הרמב"ם פוסק שאיסור גזל של בן נח כולל גם פחות משווה פרוטה.

בן נח חייב על הגזל בין שגזל גוי בין שגזל ישראל. ואחד הגזול או הגונב ממון או גונב נפש, או הכובש שכר שכיר וכיוצא בו, אפלו פועל שאכל שלא בשעת מלאכה, על הכל הוא חייב, והרי הוא בכלל גזלן. מה שאין כן בישראל. וכן חייב על פחות משווה פרוטה (הלכות מלכים ט, ט).

אצל בן נח אין הבחנה בין גזילה לגניבה והכול בכלל הגזל והוא חייב על פחות משווה פרוטה. לישראל אסור מדין תורה לגזול פחות משווה פרוטה וגם לגזול את הגוי, מכיוון שאדם מישראל הוא בכלל בני נח. איסור "לא תגזול" מתייחס רק לגזל מישראל ורק ביחס לחפץ ששווה פרוטה לפחות, אך איסור "לא תגנובו" מתייחס ביסודו גם לגניבה מגוי.

נראה שההבדל בין גניבת הגוי לגזל הגוי נובע גם הוא מן ההבדל היסודי בין גניבה לגזל. גניבה מתייחסת לערך הממוני האנונימי של החפץ ולכן אין זה משנה מי היו בעליו. לכן הגוי נכלל בה ואפילו קטן. לעומת זאת, גזל מתייחס לחפץ קונקרטי בעל ייחוד הקשור בזהותו של המחזיק בו. לכן, דין גזל מתייחס דווקא לחברו (ישראל) וגוי אינו כלול בו, ואילו דין גניבה מתמקד בממון (אשר לפי טיבו הוא אנונימי וניטראלי) שנגנב מאדם אחר ללא התייחסות לשאלה מי היו בעליו.

בהלכות גניבה בולטת תוספת ההדגשה בנוגע ל"דרך שחוק" או "על מנת להחזיר". נראה שמדובר בסייג שהוא איסור מדרבנן בלבד, בגלל הנימוק "שלא ירגיל עצמו בכך".

גזל דווקא ביחס לישראל מדין תורה בניגוד לאיסור גניבה. כך פירש ר' חיים מוולוז'ין בשו"ת **חוט המשולש** חלק א, סימן יז.

40 הכסף משנה סבר שלדעת הרמב"ם איסור גזל הגוי אינו מן התורה אלא רק מדרבנן.
41 הרב רבינוביץ, **יד פשוטה**, לעיל ה"ש 4, בעמ' רנד, סובר שאכן איסור לא תגזול וחיוב ההשבה לא נאמרו בנוגע לגוי, אך חל איסור מן התורה לגזול את הגוי בגלל שבע מצוות בני נח המחייבות גם את ישראל. את חובת ההשבה מדין תורה למדו חז"ל לדעתו ממקור אחר ("וחשב עם קונהו"). נראה לי, שהרמב"ם קישר את גזל הגוי לגזל כלשהו, מכיוון שרק בנוגע לשבע מצוות בני נח מופיע בגמרא הקישור בין גזל לפחות משווה פרוטה. לכן נראה שזה מקור דברי הרמב"ם. ראו בבלי, סנהדרין נז, ע"א. רב פפא קובע שאיסור גזל של שבע מצוות בני נח חל גם על פחות משווה פרוטה. ייתכן שלדעת הרמב"ם גזל הגוי אינו נכלל בדיני ממונות, אלא באיסורים.

נראה שהרמב"ם טרח להוסיף איסור זה דווקא בגניבה, מכיוון שיש בה מרכיב של תחבולה והסתר⁴² המזמין פעולות "דרך שחוק".

הלכות גניבה	הלכות גזלה ואבדה א, ו
	הגזול פחות משוה פרוטה, ⁴³
	אף על פי שעבר אינו בתורת השב גזלה.

אף שהרמב"ם קבע שקיים איסור ב"כל שהוא" הן בגניבה הן בגזל, רק בהלכות גזלה הוא טורח להדגיש שוב (את מה שכבר הובן קודם לכן), שהוא אינו חייב להחזיר חפץ פחות משווה פרוטה ("אינו בתורת השב"). נראה שיש להדגיש דין זה דווקא בגזל, מכיוון שלחפץ יכול להיות ערך איכותי, אף על פי שכמותית הוא אינו שווה פרוטה. אין הלכה מקבילה לכך בהלכות גניבה, מכיוון שאין ערך ממוני למה שהוא פחות משווה פרוטה. לכן ברור שאין חובת תשלומים ולמעשה אין אפשרות תשלומים בגניבת פחות משווה פרוטה.

4. נימוקי הדינים

הלכות גניבה א, ד	הלכות גזלה ואבדה א, ה
גנב שהעידו עליו עדים כשרים שגנב,	כל הגזול
חייב לשלם שנים לבעל הגניבה,	חייב להחזיר הגזלה עצמה,
אם גנב דינר משלם שנים,	שנאמר "והשיב את הגזלה אשר גזל"
גנב חמור או כסות או גמל משלם שנים	(ויקרא ה 23).
בדמיה.	ואם אבדה או נשתנית משלם דמיה.
נמצא מפסיד כשעור שבקש לחסר את	בין שהודה מפי עצמו בין שבאו עליו
חברו.	עדים שגזל,
	הרי זה חייב לשלם הקרן בלבד.
	אפלו גזל קורה ובנה אותה בבירה, הואיל
	ולא נשתנית
	דין תורה הוא שיהרוס את כל הבנין
	ויחזיר קורה לבעליה.

42 ראו ספר המצוות, לא תעשה רמז (מהדורת הרב קאפח רצח): "שהגנבה היא לקיחת דבר מה של הזולת בתחבולה [באלאחתיאל] ובהסתר, והוזהרנו על מעשה זה באמרו לא תגנבו כמו שבארנו. והגזול הוא לקיחת דבר של הזולת באונס וחזקה בגלוי כמו שעושים שורדי הדרכים".

43 וכן בהלכות גזלה ואבדה ז, ז: "וכן הגזול פחות משוה פרוטה וכפר ונשבע אינו חייב בחומש שאין פחות משוה פרוטה ממון".

בהלכות גניבה, הרמב"ם מזכיר מפורשות את הנימוק לחיוב כפל בגניבה, "נמצא מפסיד כשיעור שבקש לחסר את חברו". נימוק זה מדגיש את עקרון הצדק (מידה כנגד מידה) בלבד ללא עקרון ההרתעה. הוא מדגיש שהחובה הבסיסית היא "לשלם" לפי הערך הממוני המדויק של מה שנגנב ולא להחזיר את החפץ. את הדגמותיו הוא פותח במכוון בגניבת כסף ("דינר") כדי לאפיין את כוונת הגנב לרווח ממוני ורק לאחר מכן הוא עובר לגניבת חפצים, שגם אותם יש לתרגם לערך ממוני בתשלום ("שנים בדמיה").

בניסוח הנימוק מודגשת כוונת הגנב ("בקש לחסר את חברו" "שיעור" מסוים) והדין נקבע כאילו כתוצאה ישירה ("נמצא מפסיד") מכוונותיו. כביכול, הרצון להזיק לזולת יוצר פגיעה עצמית. ברור שנימוק זה מכיל באופן סמוי גם הרתעה, אך הרמב"ם לא התייחס מפורשות לנימוק ההרתעה, אלא הדגיש את הצדק הטמון בדין. הרמב"ם לא מגבה נימוק זה בפסוק מן התורה ונראה שאין צורך בו מעבר לנימוק הגיוני זה.⁴⁴

שונים הם פני הדברים בהלכות גזלה. במקום נימוק מופיעה החובה הייחודית של השבת החפץ עצמו כשהיא מגובה בפסוק. חובה זו מודגשת עד כדי קעקוע כל המבנה, כדי להחזיר את הקורה שנגזלה על פי "דין תורה".⁴⁵ חובת השבת החפץ מאפילה על כל ההפסדים שייגרמו לגזולן מכך. אומנם אם החפץ כבר אינו קיים במציאות ("אבדה או נשתנית") ישלם תמורתו. נראה לי, שההקבלה בין הלכות גניבה לגזילה מרמזת שבהלכה זו יש למצוא את הנימוק לכך שבגזל אין תשלומי כפל וגם כאן יש לעמוד על כוונת הגזולן המתמקדת בחפץ כדי לחשוף את הנימוק לדין.

כוונתו של הגזולן היא לקחת את החפץ עצמו ואילו כוונתו של הגנב היא לזכות בערכו הממוני. לכן בגניבה החובה היא לשלם את ערכו הממוני של החפץ ואילו בגזילה החובה היא להשיב את החפץ עצמו ללא התחשבות במידת הפסד שתיגרם לגזולן בשל כך. מנקודת מבט זו החפץ הוא עצם ייחודי, חד-פעמי, שלא ניתן עקרונית להערכה, לשכפול ולהמרה. התביעה להעריך כמותית את החפץ ולשלם פי שניים מערכו "מחללת" את מהותו הייחודית של החפץ. לכן החובה היא להשיב את החפץ עצמו אפילו אם

44 בספר המצוות, לא תעשה רמז, הרמב"ם מציין את הפסוק "שנים ישלם" (שמות כב, ב) כבסיס לתשלומי כפל, וכן בפירושו למשנה תרומות ו, ד. נראה שפסוק זה מובלע בתחילת ההלכה בניסוח הרמב"ם "חייב לשלם שנים", אך הרמב"ם אינו כותב כדרכו "שנאמר". בהלכה הבאה הרמב"ם מציין במפורש את הפסוק "אֲשֶׁר יִרְשִׁעַן אֱלֹהִים, יִשְׁלַם שְׁנַיִם לְרַעְהוּ" (שמות כב, ח) רק כדי לחייב את הגנב על פי עדים ולפטור את מי שהודה מעצמו ולא כדי ללמד על עיקר דין כפל.

45 אומנם בגלל "תקנת השבים" אפשר לא להחזיר את החפץ עצמו אלא את ערכו. תקנת חכמים זו מופיעה בהמשך ההלכה: "אבל תקנו חכמים מפני תקנת השבים שיהיה נותן את דמיה ולא יפסיד הבנין, וכן כל כיוצא בזה. אפילו גזל קורה ועשה אותה בסוכת החג ובא בעל הקורה לתבוע בתוך ימי החג נותן לו את דמיה, אבל אחר החג הואיל ולא נשתנית ולא בנאה בטיט מחזיר את הקורה עצמה".

לגזלן ייגרם בשל כך הפסד הרבה יותר גדול מאשר ה"שיעור שבקש לחסר את חברו", כמו במקרה של גזל קורה.

השאלה העולה כעת אינה מדוע הגנב משלם כפל והגזלן משלם רק את הקרן, אלא מדוע אנו קובעים שמגמתו של הגנב היא לזכות בערך החפץ ואילו מגמתו של הגזלן היא לקחת את החפץ עצמו. נראה שיש לקשר בין ההבדלים שהוזכרו לעיל בהגדרת גניבה וגזל לבין ההבדל בכוונת הגנב והגזלן.

הרמב"ם כאמור מגדיר גם במשנה תורה את ההבדל בין גנב לגזלן על בסיס החשש שלהם; גנב חושש להיתפס ולכן עושה מעשהו בסתר וגזלן אינו חושש ולכן גוזל בכוח ובגלוי. נראה שגנב חושש להיתפס ולכן הוא מנסה להיפטור מן החפץ שגנב במהירות האפשרית. הוא אינו רוצה בחפץ עצמו אלא בערכו הממוני ולכן הוא חייב להשיב את ערכו ולשלם כפל, כדי שיפסיד את מה שרצה לחסר את חברו.

בניגוד לכך גזלן החוטף חפץ בחוזקה ובגלוי אינו חושש להשאירו אצלו. הוא רוצה בחפץ המסוים שנמצא אצל זולתו ואינו חושש ממנו ולכן הוא לוקח אותו בחוזקה. לכן דווקא מכיוון שהוא רוצה בחפץ מסוים הוא חייב להחזיר את החפץ עצמו לבעליו ולפעול כנגד רצונו בחפץ. החפץ שאותו גזל אינו ניתן להמרה ולהערכה כמותית, לכן לא מתאים במקרה זה לחייבו בכפל.

ניתן לסמוך ראייה זו של הגניבה על פרשיות התורה. בדין גניבה התורה פותחת בדין גנב שטבח ומכר (שמות כא 37) ורק לאחר מכן מביאה את דין חיובי כפל (שמות כב 3). מכאן נראה שהגניבה הקלאסית היא גניבה המסתיימת בטביחה ומכירה, דהיינו בסילוק החפץ. רק במקרה שהגנב לא הצליח להשלים את הגניבה והגניבה נמצאה בידו ("אם הַמָּצֵא תִמְצָא כְּיָדוֹ הַגֵּנֵב מְשׁוּר עַד חָמוֹר עַד שֶׁהָיִים שְׁנַיִם יְשָׁלֵם" – שמות כב 3),⁴⁶ הוא חייב בכפל. בניגוד לגזילה שאין זו תכליתה, אלא היא תולדה של הרצון בחפץ עצמו.

אם כן, גנב דומה למזיק המוציא את החפץ מן העולם, והוא מתחייב מייד בערכו הממוני, אלא שגנב מבצע פעולת היזק המתחילה בהוצאת החפץ מרשות הבעלים ומסתיימת בהוצאת החפץ מרשותו וזכייה בתמורתו. בניגוד לכך, גזלן אינו מזיק ביסודו, אלא אדם הרוצה בחפץ של חברו לעצמו ולכן עליו להחזיר את החפץ עצמו. הנזק שנגרם לנגזל הוא תוצאה עקיפה של מעשיו.

46 JACKSON, לעיל ה"ש 1, בעמ' 41-48. הוא תולה את סדר הפסוקים בהתפתחות החוק מן המוקדם של המאוחר, אף שהוכחת הגניבה בטבח ומכר היא מורכבת יותר מאשר אם נמצאה הגניבה בידו.

העמדת החפץ במוקד הלכות גזלה משתקפת בכך שהרמב"ם מצרף להלכות אלו גם את האיסור לא תחמוד ולא תתאוה המכוונים כלפי החפץ.⁴⁷ הרמב"ם גם צירף את דיני השבת אבדה להלכות גזלה, שכן חובת השבת החפץ עצמו היא הדין המהותי בהם. באיסור לחמוד, נקודת מבטו של החומד הופכת את החפץ לייחודי, בדיני השבת אבדה זיקת הבעלים הופכת את החפץ לייחודי. בהלכות גזלה קשה לקבוע אם דווקא רצונו של הגזולן בחפץ זה הופך אותו לייחודי או שמא זיקתו של הבעלים אליו. ההשוואה להלכות גניבה, שאינה מתחשבת בזיקת הבעלים ואוחזת בנקודת המבט הכמותית של הגנב, מוכיחה שנקודת המבט של הגזולן היא המעניקה ייחודיות זו לחפץ הנגזל. לאור זאת על הגזולן להחזיר את מה שביקש לקחת לעצמו ולא את מה "שביקש לחסר את חברו". ברור שהעיקרון המרכזי כאן אינו הרתעה, אלא תיקון מידותיו של הגזולן. עיקרון שעל הגזולן להפנים על ידי כך שהוא עצמו יוציא מרשותו ויחזיר את החפץ שאותו חמד.

ד. סיכום ומסקנות

במורה נבוכים הרמב"ם מציג את ההרתעה כתכלית דיני עונשים. מתוך הנחה זו הוא מסביר את ההבדל העקרוני בין גניבה לגזילה. גניבה זקוקה להרתעה ולכן הגנב חייב לשלם כפל, ואילו גזולן אינו חייב בכפל מכיוון שבמקרה זה אין צורך בהרתעה. עקרון הצדק נספח לעקרון ההרתעה והוא עיקרון מסדר שני, שנועד לאזן בין ההרתעה לבין צמצום הפגיעה בגנב.

לעומת זאת במשנה תורה נראה שהעיקרון המרכזי של דיני עונשים הוא עקרון הצדק, שמוצג כעיקרון חינוכי. גנב חייב להפסיד בדיוק את הסכום שרצה להפסיד את חברו, ואילו גזולן צריך לאבד את החפץ שאותו חמד שלא כדין. עונש זה אמור להפנים אצל האדם את ההבנה שפעולתו הרעה לא תפגע בזולתו אלא בעצמו.

מקובל לחלק את ההצדקות לענישה לשני סוגי תיאוריות; תועלתניות וגמולניות (תוצאתניות ודיאונטולוגיות). התיאוריות התועלתניות צופות פני עתיד ורואות בעונש אמצעי להגדלת התועלת העתידית של החברה, והתיאוריות הגמולניות צופות פני עבר ולפיהן הענישה מגשימה את הצדק כערך עצמי.

עקרון ההרתעה שייך להצדקות התועלתניות הצופות פני עתיד ותכליתו להרתיע פושעים פוטנציאליים, וגם את העבריין עצמו. תיאוריה תועלתנית נוספת נשענת על

47 גם במורה נבוכים ג, מ הרמב"ם קושר בין האיסורים: "ידוע שהתאוה נאסרה בגלל החמידה, והחמידה – בגלל הגזל. (החכמים) ז"ל הבהירו זאת". אך בניגוד למשנה תורה הוא מבהיר שהסבר של האיסור שונה מן הסבר של העונש ולכן אי אפשר להסיק את טיב העברה מתוך העונש.

עקרון התיקון, שלפיו מטרת העונש היא טיפול בעבריינין ושיקומו.⁴⁸ בניגוד לכך, התיאוריה הגמולנית אינה נשענת על תועלת כלשהי המופקת מן הענישה. לפי תיאוריה זו עקרון הצדק מחייב את הענשת העבריינין ללא צורך בהצדקה נוספת. אדרבה, לפי תפיסתו הדיאונטולוגית של קאנט, ענישה שמציבה את האדם כאמצעי להשגת תועלת חיצונית פוגעת בכבוד האדם ועומדת בניגוד לצו הקטגורי המחייב את ראייתו כתכלית.⁴⁹

התיאוריות התועלתניות תואמות את הגישה הפילוסופית היסודית של הרמב"ם. בעקבות התפיסה הטליאולוגית של אריסטו, גם הרמב"ם ראה בתכליתיות עקרון יסוד של החוק הטבעי ושל החוקה המדינית המקבילה לו.⁵⁰ לכן הצדקתה של פעולה נגזרת מתכליתיה. עקרון ההרתעה שפותח במורה נבוכים תואם אפוא את תפיסתו היסודית. יתר על כן, על פי הפילוסופיה הפוליטית שהרמב"ם אוחד בה ההרתעה היא אמצעי יסוד של השלטון. תפיסה זו מתבטאת היטב במשל חלפן הכספים.⁵¹

כגון שישאלך השואל: "היש שליט לארץ הזאת?" ותאמר: "כן, בלי ספק!" "ומה הראיה לכך?" ואתה תאמר לו: "החלפן הזה הוא, כפי שאתה רואה, איש חלש, קטן בגופו, לפניו כמות גדולה זו של דינרים, ואיש זה, האחר, בעל הגוף הגדול, החזק והעני עומד לפניו ומבקש ממנו שייתן לו צדקה כדי יגרה אחת. אך הוא לא עשה כן, אלא גער בו ושילח אותו מעל פניו בדברים. לולא הפחד וכיזף מפני השליט היה (העני הגברתן)

48 תיאוריה תועלתנית נוספת מבוססת על עקרון המניעה, שלפיו תכלית העונש היא הגבלת העבריינין והרחקתו מן החברה כדי למנוע אותו מלפשוע. קשה למצוא את הד לעיקרון זה בדברי הרמב"ם לעיל.

49 ההצדקות לענישה נידונו בפילוסופיה של האתיקה בפילוסופיה של המשפט ובקרימינולוגיה. ראו: שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת **עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק** 73–164 (2009); ברנדה גייגר ואורי תימור "ההצדקות הפילוסופיות והמוסריות להענשת עבריינים" **סוגיות בתורת הענישה בישראל** 23 (שלמה גיורא שוהם ואורי תימור עורכים, 2009); רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" **מחקרי משפט** 39 י 42–76 (1993); ANTHONY ELLIS, *THE PHILOSOPHY OF PUNISHMENT*; (2012) Exeter: Imprint Academic). בנוגע להצדקות הענישה במשפט העברי ראו אהרן קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי: פרק בהשקפה הפינולוגית של חז"ל ושל הראשונים" **עיוני משפט** יב 253 (1987); דרור ארליך "תאוריות הצדקת העונש בתפיסת הגיהינום בהגותו של רב סעדיה גאון" **תרכיץ** עט ב 249 (התש"ע-התשע"א); דרור ארליך "תיאוריית הענישה הגמולנית בדיונים על הגיהינום במחשבת חז"ל" **JSIJ** 13 (2015) 1.

50 על התכליתיות כעקרון יסוד בטבע ובתורה ראו חדר **התורה והטבע** 21–105, לעיל ה"ש 12.

51 ראו גולדמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 131.

קם להורגו או להודפו ולקחת את הכסף שברשותו. זאת היא הראיה שיש לעיר הזאת מלך". הרי שהבאת כראיה למציאותו את הסדר השורר באותה מדינה, אשר סיבתו הפחד [כ'וף] מפני השליט והאימה [ותוקע] מפני עונשו (מורה נבוכים א, מו).

כאמור, במשנה תורה הרמב"ם ביסס את תורת הענישה שלו על עקרון הצדק, אך גם עיקרון זה התפרש על ידו באופן תכליתי והוא ייחס לו משמעות חינוכית. לכאורה יש לשייך תפיסה זו לעקרון התיקון שפותח בתיאוריות הענישה התועלתניות. אך מבט מדויק יותר על עקרון התיקון שולל לדעתי זיהוי זה. תיאוריית התיקון שמה דגש על הפן השיקומי של העבריין ולא על הרתעתו. תכליתה להפוך את העבריין לאזרח שומר חוק ולקדם את שילובו בחברה. בתפיסה זו על השופט להתאים את העונש לעבריין יותר מאשר לעבירה, ולכן קשה לראות בתפיסת הצדק של הרמב"ם ביטוי לעמדה זו.⁵²

התיאוריה הגמולנית של הענישה כצדק תואמת יותר לדעתי את עמדת הרמב"ם. אומנם היסוד הדיאונטולוגי של תפיסה זו שאין לה עניין בשינוי התנהגות העבריין, זר לתפיסתו התועלתנית של הרמב"ם. אבל יש שהוסיפו ממד תוצאתני להצדקת הענישה הגמולנית בהישענם על תפיסתו של היגל. היגל אחז בעמדה גמולנית, אך הוא הצדיק את הענישה באופן שונה. לדעתו הפשע שולל את הצדק, היסוד החיובי, לכן העונש חייב לשלול את הפשע ולהשיב את האיזון המחייב את הצדק. הפשע שולל זכות ולכן העונש שולל את השלילה ומחייב זכות שנאכפת על הפושע עצמו. עונש התואם את חומרת הפשע נועד לבסס מחדש את הנורמה החברתית שהופרה. על בסיס עמדת היגל פותחה "תיאוריה אקספרסיבית של גמול". לפי תיאוריה זו, העונש הוא "מעשה דיבור" ואפשר לייחס לו תכלית חינוכית. הוא מעביר מסר חינוכי לא רק לפושע שהורשע אלא גם לכל אדם בחברה שעשוי להתפתות לפשע.⁵³ המסר החינוכי שאמור לעבור לפי תפיסת הרמב"ם הוא שפגיעה בזולת מובילה בסיכומו של עניין לפגיעה עצמית.

52 תיאוריה זו הרבתה להסתמך על ידע פסיכולוגי ורפואי בגלל התמקדותה בעבריין. הוא נתפס כבעל פתולוגיה שבה יש לטפל ולכן נקבע לו מאסר בלתי קצוב שהרופא קבע את נחיצותו בהתאם לטיפול. גישה זו גרמה להתמרמרות קשה בקרב האסירים. תקופת המאסר הוארכה בחמישים אחוז מן המקרים והביאה להתפרצות מהומות. שיטת התיקון התערערה קשות בעקבות המידע הסטטיסטי שהבהיר שהיא אינה משיגה את מטרתה השיקומית. דומה שהפגיעה בתחושת הצדק היוותה גם היא מכשול בפני המטרה החינוכית של תפיסה זו. ראו **עבירות ועונשים**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 130-145.

53 ראו Jean Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, 208 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 13(3) (1984); Joshua Kleinfeld, *Embodied Ethical Life and the Criminal Law*, in *THE NEW PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW* 37 (C. Flanders and Z. Hoskins eds., 2015)

רעיון הפגיעה העצמית שייך לתפיסת ההשגחה של הרמב"ם.⁵⁴ רוב הרעות שקורות לבני האדם נגרמות בשל מעשיהם שלהם. גנב או גזלן אמורים להפנים את התפיסה שמעשיהם הרעים נובעים מהמידות המגונות שלהם.⁵⁵ העונש הוא "מעשה דיבור" שאמור להביא את האדם להבנת הפגיעה העצמית שיש בפשע.

זהו מה שאין אתה מוצא מי שאינו פושע בו כלפי עצמו, להוציא מעטים. זהו מה שבאמת יש לגנות בגללו את הנפגע, ויאמר לו כמו שנאמר מידכם היתה זאת לכם (מלאכי א', 9), ונאמר [נאָף חסר־לב] משחית נפשו הוא יעשנה (משלי ו', 32). על מין זה של רעות אמר שלמה: אֱוֹלַת אָדָם תִּסְלַף דְּרָכּוֹ [ועל ה' יזעף לבו] (שם, י"ט, 3) (מורה נבוכים ג, יב).

אפשר שבכך הרמב"ם מתכתב עם מדרש חז"ל התולה את ההכרל בעונש בין הגנב לגזלן בהבדל בתפיסתם את ההשגחה האלוהית. לפי פרשנותו את ההשגחה כפגיעה עצמית, הרמב"ם רואה בענישה אמצעי חינוכי להפנמת תפיסה זו. מורה נבוכים מציג את הפילוסופיה הפוליטית של הרמב"ם, שלפיה צמצום הפשע ייעשה על ידי הרתעה. משנה תורה, לעומת זאת, הוא ספר חוקים שמנסה לצמצם את הפשע במדינה באמצעות חינוך.⁵⁶

54 לעיל ה"ש 5.

55 הרעות שנגרמות לקורבן הגניבה והגזלה שייכות לרעות מן המין השני (של פגיעת האדם בזולתו), אך הרעות שנגרמות לגנב או לגזלן שייכות לרעות מן הסוג השלישי (של פגיעת האדם בעצמו). ראו מורה נבוכים ג, יב.

56 הבחנה זו מתיישבת הן עם דברי לוינגר הן עם דברי טברסקי, לעיל ה"ש 7.