

פרק עב. הגינות בענישה**שדמ. ענישה רק על פי החוק¹**

"אין עונשין אלא אם כן מזהירין"²

כותב רב סעדיה גאון: "אילו היה אפשר שיתן לו שכר על מה שלא צוה היה אפשר שיענישהו על מה שלא הזהירו והרי יהיה זה עוול"³. כותב רב נסים גאון: "... והיאך יתכן לעונשן על דבר שלא נתחייבו בו ולא ניתן להם והלא יש להם להשיב כי אילו נצטוונו היינו עושים ואילו הוזהרנו היינו נוהרים ומקבלים..."⁴.

בית דין הגדול פוסק המהרי"ק: "דפשיטא ופשיטא, דאפילו ב"ד הגדול שבירושלם אין כח להכות ולענוש שלא מן התורה אלא היכא שבודאי יש שם קצת דררא דאיסורא, כי ההיא שרכב על סוס בשבת וכן ההוא שהטיח באשתו תחת התאינה וכו'".⁵

גדולי הדור פוסק הרא"ש: "חכמים הקלו משום עגונה והתירו לאשת איש לינשא על פי עד אחד וסמכו על זה דאשה דייקא ומנסבא... ואם נשאת באיסור החמירו בה. אבל בעוד שלא נשאת ולא עשתה עבירה למה יקנסו אותה? עדיין תוכל לדקדק קודם שתנשא"⁶. כותב חידושי הרי"ם להרב לייב איגר: "מה שציוה הרב דק' להכריז שלא ימולו אחרי חצות היום ושהעובר נקרא עברייך... פשוט שלא כדין. מפורש בש"ס שכל היום וכו' אלא שזריזין מקדימין... ולא מצינו לשום א' מהחכמים הראשונים והאחרונים שמי שאינו מזרו א"ע... שיהי' נקרא ח"ו..."⁷. זו דרך הבורא. אומר הירושלמי: "אין הקב"ה עונש אלא אם כן הזהיר"⁸.

זו מדת התורה. כותב הרב זלמן נחמיה גולדברג: "שכל שלא נכתב בתורה בדרך ציווי אינו חיוב, אף שכתוב בתורה בדרך הנהגה ומעלה טובה, מכל מקום בלי ציווי אינו חיוב..."⁹. בשני מקרים מותר להעניש, גם כאשר אין חוק כתוב. א. הפרת מנהג ידוע.¹⁰ ב. "ומצינו בתורה שכל מי שיכול להבין אף על פי שלא נצטווה נענש עלי' על שלא שם על לבו"¹¹.

¹ ראה חוק העונשין התשל"ז – 1977 סעיף 1.

² נראה, שבטוי זה מופיע לראשונה בספר משיבת נפש הוספות, תשובות המינים.

³ הנבחר באמונות ובדעות ד ה. הערת הרב נבצל: "צ"ב, דהא יש שכר גם לאינו מצווה ועושה".

⁴ רב נסים גאון, תלמוד בבלי, הקדמה לש"ס.

⁵ שו"ת מהרי"ק קפח. וראה סעיף שלט.

⁶ שאלות ותשובות הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים סימן יז.

⁷ מאיר עיני הגולה ב לג. וראה ליקוטי שו"ת חתם סופר לונדון תשכ"ה, סי' פב אות יא.

⁸ ירושלמי יומא א ה. וראה בבלי יומא פא א; בבלי סנהדרין מג ב: "אמר ר' יוחנן וכו'". רש"י בבלי סנהדרין נז א ד"ה ותשחת הארץ. ספר החינוך מצוה סט. וראה אנציקלופדיה תלמודית ערך אזהרה: "האזהרה היא תנאי מוקדם לכל חיוב עונש שבתורה".

⁹ הרב זלמן נחמיה גולדברג, "בענין איסור מחלוקת", מוריה קסט – ע, מנחם אב תשמ"ו עמ' סד.

¹⁰ ראה סעיף לו.

¹¹ ספר חסידים (מרג.) קנג. וראה תוס' בבלי בבא בתרא טז ב ד"ה בא, שעשו בא על נערה המאורסה, ואעפ"י שבני נח לא נצטוו על כך מ"מ מכוזר הדבר. וראה דרשות הר"ן ז: "כי העונשים שנאמרו בתורה הם כללים שישגו לכל אדם, אבל יש עוד עונשים חלוקים כפי הפרטים". וראה שו"ת אבני נזר חו"מ לב בשם חידושי הרי"ם על פירוש המשנה "מי שפרע מדור המבול וכו'". וראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), על מסכתות יבמות כתובות סימן לט ד"ה על כן נלע"ד. על מוסר טבעי ראה סעיף מ הערה 7. הדרוש השביעי.

אין עבירה ואין עונש אם ניסוח החוק אינו ברור ומובן¹²

כותב הכלי חמדה: "... דאין להמית אדם מישראל במה שכל האיסור הוא רק מכח הסברא, ואף על פי דסברא דאורייתא הוא מ"מ לא מצאנו שמכח סברא נוכל להרוג אדם מישראל בבית דין".¹³

כיוצא בזה, אין מענישים כאשר קיימת מחלוקת בין הפוסקים. מבאר הכסף משנה: "ורבינו לא פסק כמ"ד כשר משום דהוי ספיקא ולחומרא ולא פסק כמ"ד פגול וחייב כרת משום דספק עונשים להקל".¹⁴ פוסק מהר"ח פאלאגיי: "כל שהדבר ספק במחלוקת הפוסקים אין מוציאים דבר מחזקתו ואין להוריד אדם מאומנותו ולא לענוש אותו בשום עונש כלל".¹⁵

זו דרך הבורא. "זה אחד מגי' דברים שאמר משה לפני הקב"ה ואמר לו למדתני. אמר לפניו: רבונו של עולם... כשנתת את התורה לא נתת אותה להם ואף לא היו עומדים שם שנאמר: 'ויעמוד העם מרחוק', ולא נתת אותה אלא לי שנאמר: 'ואל משה אמר עלה אל ה'. ונתת את הדברות לא נתת להם. לא אמרת אני ה' אלוקים. אלא 'אנכי ה' אלקיך'. לי אמרת! - שמא חטאתי? אמר לו הקב"ה: חייך, יפה אמרת, למדתני. מכאן ואילך אני אומר בלשון: 'אני ה' אלוקים'.¹⁶ אומר המדרש: "קין הרג ולא היה לו ממני ללמוד, מכאן ואילך כל הורג קין יהרג".¹⁷ זו מדת התורה. לפיכך אין לוקים על לאו שבכללות¹⁸ ואין מזהירים מן הדין.¹⁹ גם כאשר חוק אינו ברור ומובן, רשאי בית דין לקבוע שעברו עליו.²⁰

אין עונשים אלא עונש הנקוב בחוק בשעת מעשה

בית דין הגדול פסוק מפורש: "ויאמר להם כה אמר ה' אלקי ישראל שימו איש חרבו על ירכו... והרגו איש את אחיו...".²¹ ומבאר רש"י: "שעדיין לא נתפרשו להן ארבע מיתות בית דין

ונראה שבמקרים אלו גם אם אין חטא מפורש הרי שממדת הטוב והישר ברור שאין לעשות זאת, ראה סעיף לט.

¹² ראה סעיף שג.

¹³ כלי חמדה וארא ד ג. וראה בית האוצר א כלל קלא אי מצינו איסור מחמת סברא. וראה א"ת ערך אין עונשים מן הדין; בית האוצר כלל נו טז. וראה בבלי סנהדרין עד א, שלדעת ר"ש, הדורש טעמא דקרא, עונשין מן הדין. וראה שו"ת שרידי אש ג קז ב: "בשר אדם, בודאי הוא נגד רצון התורה בלי שום ספק, ומכל מקום כיון שלא נכתב בתורה לאו מפורש יש מן הראשונים שסוברים שאיסור זה אינו אלא דרבנן". הערת הרב נבנצל: "אך בבשר אדם מישראל יש איסור הנאה וחייב קבורה".

¹⁴ כסף משנה על הרמב"ם פסולי המוקדשין טז ט.

¹⁵ חקקי לב יו"ד מז.

¹⁶ במדבר רבה יט לג. מובא בשינויים בדבר"ר ג יא ובילקוט כי תשא שצב, וראה רש"י שמות כ א.

¹⁷ בראשית רבה כב יב.

¹⁸ ראה רמב"ם סנהדרין יח ב – ג וכן ספר המצוות לרמב"ם שורש ט.

¹⁹ ראה א"ת ערך אין מזהירים מן הדין.

²⁰ ראה סעיף לד. וראה חזו"א יו"ד קנ יא: "ומה שנראה לחכם שראוי להבינו בכלל גזירתם, זהו באמת בקשת הגוזרים ומבוקש גזירתם". וראה רש"י בבא מציעא צו ב ד"ה נמעלו בית דין: "של ישראל שבאותו דור שכל תקנות משפט תלויה בהן ועל ידיהן נהגות חוקות המתוקנים לציבור". ושם זו כוונת החזו"א.

²¹ שמות לב כז.

ונידונו במיתת בני נח שכל מיתתן בסיף".²² מבאר העקידת יצחק: "מה ראה פנחס שלא ראה אותו משה... והנה הוא ע"ה לא עשה בידו לפי שהוא היה ב"ד הגדול בישראל ולא נמסר זה לב"ד של מטה".²³

כותב המשך חכמה: "... אבל על בית דין שביבנה, אם המרה אינו נהרג, ששם אין כהן משרת. ואף אם חזרו סנהדרין ללשכת הגזית, כיון שבשעת המראתו לא היו בית דין בלשכת הגזית רק חוץ לירושלים, אינו חייב הזקן הממרה מיתה...".²⁴ לדעת הרב נבנצל, אם בית הדין הגדול חוזר בו הרי זקן ממרא שלא קיבל את ההוראה המקורית אינו נענש.²⁵

מאידך גיסא, יש להעניש את מי שעבר על מה שהיה אסור בשעת העבירה אפילו אם לאחר מכן האיסור בוטל. פוסק המחבר: "אין נדרי ציבור ניתנים אלא מכאן ולהבא אבל לא על מה שעבר".²⁶ פוסק הרב הירשנזון: "בחרמי ציבור יכולין לעקור מעיקרו... אבל לענין עונש שגזרו על מי שעובר ועבר נלכד בענשו... אפילו אם גזרו עונש מות מות יומת".²⁷

מה שאינו אסור הוא בחזקת מותר

דין תורה שנינו בתוספתא: "בתחלה היו שנים אחד אוסר ואחד מתיר אחד מטמא ואחד מטהר, האוסר והמטמא עליו להביא ראיה וכל המחמיר עליו להביא ראיה".²⁸ פוסק הרשב"א: "וכל מה שלא אסרתו התורה הרי הוא בכלל התר גמור".²⁹ ערוך השלחן אמר למורה הוראה: "כשתבוא לפניך שאלה באיסור תורה עליך לחשוב מקודם כי שאלה זו בחזקת היתר עומדת, ורק לאחר שתעיין בראשונים ולא תמצא איזה צד היתר, מחויב אתה לאסור".³⁰

תקנות חכמים פוסק המגיד משנה: "ובמה שלא התקינו בפירוש אפילו תפס מוציאין מידו".³¹

דינא דמלכותא פוסק הרב באב"ד: "... היכא דאיכא פלוגתא אם שייך בהא דד"מ אוקימינן אדינא אף להוציא מיד מוחזק".³²

²² רש"י בבלי יומא סו ב ד"ה זיבח וקיטר. וראה רש"י שם. וראה משך חכמה בראשית מב כב. וראה סעיף שדמ.

²³ עקידת יצחק שער שלשה ושמנים. וראה בבלי סנהדרין פב ב.

²⁴ משך חכמה דברים יז ח. וראה אמונה ותורה, יסודי התורה ה, שאם חוק מיפה את כח המלך להטיל עונש מות אלא שבפועל הוא אינו מעניש, ראוי שלא לדווח על אותה עבירה.

²⁵ ראה ביצחק יקרא א סג. בית דין עשוי לחזור בו או משום שהוא מכיר בטעותו או משום שהדיינים חזרו בהם מסברתם או מסברת קודמיהם. ויש לדון האם הרב נבנצל מקל גם במקרה השני.

²⁶ שו"ע יו"ד רכח כו. וראה רמב"ם נדרים יב יט; שו"ת חתם סופר יו"ד יג; משמרת שלום, קונטרס תיקון עולם כח; דרכי תשובה שו"ע יו"ד א ס"ק רכא. ויש לעיין בסוגיה בבלי זבחים יב ב בעי רבי ירמיה, ואכמ"ל.

²⁷ אלה דברי הברית ג פרק י סעיף ב. וראה שם: "והוא גם חק נמוסי בכל מדינה ומדינה אם אחד עבר חוק נענש אם שאחר כך נתבטל החוק... נתבטל רק מכאן ולהבא ואשר עברו מקודם... נענשים על פריצת גדר והעברת חוק".

²⁸ בבלי סנהדרין תוספתא ז ד. וראה חזון יחזקאל שם. וי"ל בבבלי יבמות ח א: "לקולא ולחומרא לחומרא מקשינן", וראה תוס' בבלי בא קמא ג א ד"ה דומיא דרגל, שזו מדה בתורה. וראה שו"ת שבת הלוי א קמו.

²⁹ שו"ת הרשב"א א שסד. וראה שו"ת הרשב"א א קסז: "נראה שכל שלא נאסר בגמרא באותן המנויין בדרכי האמורי אין לנו לאסרן". וראה תפארת ישראל משנה ידים פרק ד ס"ק כז.

³⁰ שרי המאה חלק ו עמ' 112.

³¹ מגיד משנה על רמב"ם גזילה ואבדה ד ז. וראה שו"ת שואל ומשיב מהדורה קמא ב קב.

חרם פוסק השבות יעקב: "אכן גם על זה אין בידינו לכופו אפי' בודאי חרם... וכל שכן בנידון שלפנינו דהוי ספק, דאפשר דעבריינא ג"כ לא מקריי".³³

תקנת הקהילה פוסק הרשב"א: "כל שיש ספק במשמעות התקנות בנדון שלפנינו הולכים להקל לנתבע. חדא, שכל שהוא חוץ מגדר הדין אי אתה יכול להכניסו עד שיהא ברור".³⁴ פוסק תרומת הדשן: "ובחילוק כל דהו אמרינן הבו דלא לוסיף עלה".³⁵ פוסק המחבר: "דבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על דין תורה".³⁶ פוסק הדברי חיים: "הנה דעתי ידדי כיון שלא עשו תקנה בפירוש שלא יסחרו בה לא ידעתי מקום למחות מלסחר בזה".³⁷ פוסק הרב טיטלבוים: "וכלל אני אומר בכל עניני תקנה שאין בו רק מה שמבואר בפירוש וכל שיש שום ספק אמרינן אוקמי אדין תורה... דאין ספק תקנה מוציא מידי ודאי דין תורה".³⁸

מנהג פוסק הרא"ש: "אומר אני, כיון שאין בירור למנהג, יעמוד הדבר על דין תורה".³⁹ פוסק הרשד"ם: "ואם יש שום ספק במנהג אז יש לנו לחזור כפי מה שיגזור דין התורה".⁴⁰ החיד"א מורה: "כל הבא מכח תנאי או מכח מנהג להוציא ולדון עם מי שבא מכח הדין עליו הראיה להוכיח שכן הי' התנאי או התקנה וכן כל כיוצא בזה".⁴¹

גם כיום תקפות כל ההוראות הנוגעות לענישה.⁴²

*

³² שו"ת חבצלת השרון חו"מ ח. וראה קובץ שיעורים ב, קונטרס דברי סופרים א לג: "במלך שאסור להמרות את פיו, נראה דגם ספיקו אסור ככל ספיקא דאורייתא". ושמה יש לחלק בין הוראת המלך ובין חוק המלך. וראה שו"ת דבר אברהם א כט. וראה סעיף לג.

³³ שו"ת שבות יעקב א קד. על ספק בחרם דרבינו גרשום ראה שו"ת מהרש"ם ז יז. וראה א"ת ערך חרם.

³⁴ שו"ת הרשב"א ג שצז. דבריו מובאים בשינויים קטנים מאד בב"י חו"מ סוסי"י יג. וראה שו"ת אלשיך פד המדייק שזו כוונת הרמב"ם מלוה ולוה ב ג ובעוד מקומות. כן מכריע המחנה אפרים ב הלכות גבית חוב ב. וראה שו"ת הרשב"א ה רפא.

³⁵ שו"ת תרומת הדשן פסקים וכתבים רסז.

³⁶ שו"ע אבהע"ז קיח ו. וראה שם ב"ש ס"ק ה; סמ"ע שו"ע חו"מ יח ס"ק י.

³⁷ שו"ת דברי חיים חושן משפט ב ס.

³⁸ שו"ת השיב משה חו"מ צ.

³⁹ טור חשן משפט ס בשם הרא"ש בעניני שעבוד של מטלטלים.

⁴⁰ שו"ת מהרשד"ם חו"מ לג. וראה דיני מנהגי ארגי"ל כב ד.

⁴¹ שו"ת חיים שאל ב לח. החיד"א מסתמך על שו"ת הרדב"ז ב אלפים רצג.

⁴² ראה תחוקה לישראל על פי התורה ג, הצעת החוקה של ד"ר כהן, עמ' 5 – 16 סעיף 13 7): "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". וראה חוק העונשין (תיקון תשנ"ד) 34 כא: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". וראה תחוקה לישראל על פי התורה ג שם סעיף 13 7: "שום תקון חוק לא יחול למפרע במדה בה מחמיר את העונש או משנה, לרעת הנאשם, את דיני העדות". וראה שם בעמ' 41 הערת הרב קניאל: "למה דוקא את דיני העדות ולא את דיני ההוכחות בכלל?" שאר הרבנים לא העירו מאומה.

לפני כשלוש מאות שנה נקבע באנגליה שעונש על עבירה פלילית מוטל רק על מי שעבר על חוק מפורש.⁴³ כיום מיושם עקרון זה בכל המדינות הדמוקרטיות, וכל מה שלא נאסר בחוק הוא בגדר המותר.⁴⁴ כמו כן, מקובל כיום העקרון שלפיו אין להטיל על העבריין עונש יותר חמור מהעונש שהיה קצוב לאותה עבירה פלילית בשעה מעשה.⁴⁵

ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם קובעת: "לא יורשע אדם בעבירה פלילית על מעשה או על הזנחה שלא נחשבו בשעתם לעבירה פלילית לפי החוק הלאומי או הבינלאומי. לא יוטל עונש חמור מהעונש שהיה נוהג בזמן שעבר את העבירה הפלילית".⁴⁶

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מוסיפה וקובעת: "... אם, לאחר שנעברה העבירה, ניתנה הוראה בחוק לשם הטלת עונש קל יותר, יהנה מכך העבריין. אין בסעיף זה כדי לפגוע בשפיטתו או בעונשו של כל אדם בשל מעשים או מחדלים אשר היו בשעת עשייתם פליליים בהתאם לעקרונות המשפט הכלליים המוכרים על ידי כלל האומות".⁴⁷

הכלל שאין ענישה ללא חקיקה מופיע ברבות מן החוקות.⁴⁸ חוקות אחדות קובעות, שמה שלא נאסר בחוק הוא מותר, וכי ניתן לכופף רק מה שהחוב מחייב.⁴⁹ כמה חוקות מדגישות כי כלל זה תקף גם בשעת חירום.⁵⁰

במדינות אחדות קיימת הוראה חוקתית השוללת מתן עונש חמור מזה שהיה בתוקף בעת מעשה העבירה.⁵¹ באחדות קיימת הוראה חוקתית שלפיה אם חוק שונה לקולא יהא זה לטובת הנאשם.⁵²

⁴³ ראה The Constitution of Liberty עמ' 171. יש להוסיף בעקבות Law, Legislation and Liberty ח"א עמ' 117 שיש תוקף גם לעקרונות שלא נכתבו אם הם סבירים ומתקבלים. זו ההצדקה של בתי משפט להעניש על סמך הפרשנות שהם נותנים לחוקים.

⁴⁴ ראה הצהרת זכויות האדם והאזרח הצרפתית משנת 1789 סעיף ה, חירות ומשטר מסמך 6. וראה The Constitution of Liberty עמ' 240, שלשיטת המשטר הקומוניסטי ששרר בברית המועצות כל דבר היה אסור אלא אם כן הוא הותר במפורש. על מדינה טוטליטרית ראה סוף סעיף פח.

⁴⁵ גם החמרת עונש על חוק קיים מכונה בשם חקיקה רטרואקטיבית (בלטינית ex post facto law, והפירוש המילולי: חקיקה שלאחר מעשה), ראה EB (2008), ex post facto law, וראה סעיף שה. יש הסוברים שראוי לכלול בהגדרה זו גם מקרים בהם חלו שינויים בסדר הדין באופן שלפי ההליכים החדשים מצבו של הנאשם הורע באופן משמעותי, ראה 11.9 Constitutional Law (b). יש שהוסיפו להגדרה גם מקרה בו נתקבלה החלטה הפוגעת דה פקטו בעבריינים באופן שרירותי לאחר שריצו את עונשם, ראה 11.9 Constitutional Law (c), וראה סעיף שמב בדיון על כפל עונש.

⁴⁶ הכרזה יא 2.

⁴⁷ כתבי אמנה 15 1040 1 - 2 (ולא ברור לשם מה נזכר עקרון זה גם לגבי עונש מות בסעיף 6 2). הספר ההח"מ 874 מונה לזכות להליכים ראויים של הדין שלושה תתי זכויות. א. זכות להכרה כאישיות בפני הדין. ב. זכות להליכים שיפוטיים הוגנים. ג. חופש מדין פלילי בעל תחולה למפרע. על הזכות להכרה כאישיות בפני הדין ראה סעיף ל הערה 42. על הזכות להליכים הוגנים ראה סעיפים שמב שמג.

⁴⁸ ראה ICL חוקת פאראגוואי 17 (3); חוקת ברזיל 5 (0) XXXIX; חוקת ספרד 25 (1) וחוקת יפן 39. הבטוי הלועזי המקובל ברבות מן החוקות הוא: "Nulla Poena Sine Lege", בלטינית: אין ענישה ללא חקיקה.

⁴⁹ ראה ICL חוקת פאראגוואי 9 (2); חוקת סלובקיה 2 (3); חוקת שויצריה 5 (1) וחוקת ארגנטינה 19 I.

⁵⁰ ראה ICL, חוקת פורטוגל 19 (6). על זכויות אזרח בשעת חירום ראה סעיף שכה.

⁵¹ ראה ICL חוקת שבדיה 2 10 (1) וחוקת הודו 20 (1).

⁵² ראה ICL חוקת סלובקיה 50 (6).

שמה. ענישת אנוס

פסוק מפורש בתורה: "ולנערה לא תעשה דבר, אין לנערה חטא מות כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה"¹, ופוסק הרמב"ם בהלכות סנהדרין: "ולנערה לא תעשה דבר" זו אזהרה לבית דין שלא יענשו את האנוס"². בהלכות יסודי התורה פוסק הרמב"ם: "וכל מי שנאמר בו יהרג ואל יעבור ועבר ולא נהרג הרי זה מחלל את השם... ואף על פי כן מפני שעבר באנוס אין מלקין אותו ואין צריך לומר שאין ממיתין אותו בית דין אפילו הרג באנוס שאין מלקין וממיתין אלא לעובר ברצונו ובעדים והתראה..."³. כותב ר' חסדאי קרשקש: "... בפעולות שהוא מוכרח ואנוס - לא יתכן בהם גמול ועונש, ולפי שהגמול והעונש שרש משרשי התורה הוא, מחויב שהאדם בעל רצון משולח בפעולותיו ונקי מכל אנוס והכרח"⁴.

גם בעניני איסור והתר אנוס אינו נדון כחוטא.⁵ הוא אינו חייב בקרבן לכפרה,⁶ ראשי לשמש שליח ציבור,⁷ ועוד.

זו דרך הבורא. המדרש אומר: "והמים להם חומה", שירד סמאל ואמר לפניו רבונו של עולם לא עבדו ישראל עבודה זרה במצרים ואתה עושה להם ניסים?... מיד השיב לו הקב"ה: שוטה שבעולם, וכי לדעתם עבודה? והלא לא עבדוה אלא מתוך שעבוד ומתוך טרוף דעת, ואתה דן שוגג כמזיד ואנוס כרצון?"⁸

גם כיום אסור להעניש אנוס.

*

המדינות המפותחות אינן מטילות אחריות פלילית על עבריינין שפעל מתוך אנוס,⁹ אולם אינן נותנות לכך בטוי חוקתי.

¹ דברים כב כו.

² רמב"ם סנהדרין כ ב. וראה ספר המצוות ל"ת רצד; ספר חינוך תקנו. לעומתם סובר הרמב"ן בהשגות על ספר המצוות שם, שאין כאן לא אלא רק הוראה שלא לדון אנוס, וראה א"ת ערך אנוס, ושם ערך אומר מותר.

³ רמב"ם יסודי התורה ה ד. וראה שם שהוא מתחייב בנפשו בדיני שמים. ראוי להעיר כי הרמב"ם פוסק: "כענין שנאמר באונסין כך אמרו בחלאים. כיצד מי שחלה ונטה למות ואמרו הרופאים שרפואתו בדבר פלוני מאיסורים שבתורה עושין, ומתרפאין בכל איסורין שבתורה במקום סכנה חוץ מעבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכת דמים שאפילו במקום סכנה אין מתרפאין בהן ואם עבר ונתרפא עונשין אותו בית דין עונש הראוי לו". מפרשי הרמב"ם הרחיבו את הדבור על החילוק בין הנדונים, ואכמ"ל.

⁴ אור ה' מאמר ב כלל ה פרק א.

⁵ ראה מו"נ ג מא: "האנוס כבר באר בו שאין עליו עונש ולא אשמה כלל". וראה שו"ע או"ח תה ה.

⁶ ראה רמב"ם שגגות ב י; שם י ח. וראה הרמב"ם שגגות ב ו ויש לחלק בין אנוס לאנוס ואכמ"ל.

⁷ ראה ערוך השלחן או"ח נג ט.

⁸ ילקוט בשלח קלד. וראה בבלי שבת קמט ב בענין צדקיה.

⁹ ראה A Theory of Justice פרק 38. וראה סעיף שה. וראה חוק העונשין (תיקון תשנ"ד) 34 ז: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה ולא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועותיו הגופניות, לעניין אותו מעשה, כמו מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית שהעושה לא יכול להתגבר עליה, תוך תגובה רפלקטורית או עוייתית, בשעת שינה, או במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה".

שמו. ענישת האחד על חטא האחר

פסוק מפורש בתורה: "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא ימותו על אבות איש בחטאו יומתו"¹, ומבאר המדרש: "כשעמדו ישראל בסיני ונתן להם הקב"ה את המצוות, אמר: לשעבר היו הדורות לוקים על עבירות של אחד מהם. מכאן ואילך אין הדור לוקה על אחד"².

בית הדין הגדול פוסק הראי"ה קוק: "... שהאיסור לענוש את מי שאינו חייב, בעבור חטא החייב, למדנו מהמקרא המפורש של 'לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות', שמה למדנו ק"ו שאנשים זרים לא יוכלו להעניש בגלל חטא של אחר, ומשום הכי אין כח ביד חכמים לעשות כן, דזה מקרי כבר לעבור על דבר תורה..."³.

בית דין כותב המלבי"ם: "איך יעלה על הדעת שהב"ד שנאמר בהם והצילו העדה שמחוייבים לחפש זכות בכל האפשרות יחייבו מות עוד בשביל חטא אחרים"⁴.

זו דרך הבורא. פסוק מפורש בתורה: "מי אשר חטא לי אמחנו מספרי"⁵, ומפרש הרמב"ן שם: "החוטא אמחנו מספרי ולא אותך שלא חטאת"⁶. אומר הנביא: "הנפש החוטאת היא תמות. בן לא ישא בעון האב ואב לא ישא בעון הבן צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת רשע עליו תהיה"⁷.

פסוק מפורש בתורה: "ויגש אברהם ויאמר... חלילה לך מעשות כדבר הזה להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע"⁸. פסוק מפורש בתורה: "כלי חמס מכרתיהם", ומפרש הרמב"ן: "יעקב קצף על שמעון ולוי בהרגם אנשי העיר בעבור שעשו חמס, כי הם לא חטאו להם כלל ובאו בבטח ונמולו"⁹. פסוק מפורש בתורה: "האיש אחד יחטא ועל כל העדה תקצף"¹⁰. פסוק מפורש בתורה: "וללוי אמר... תריבהו על מי מריבה", ומפרש רש"י: – נסתקפת לו לבא בעלילה, אם משה אמר: "שמעו נא המורים, אהרן ומרים מה עשו?"¹¹

זו מדת חכמים. בכמה מקומות מצאנו: "לדידיה קנסו רבנן לבריה לא קנסו רבנן"¹². פשיטא לה לגמרא: "טוביה חטא וזיגוד מינגיד"¹³, "וכי זה חוטא וזה מתחייב"¹⁴. פשיטא להם לבעלי

¹ דברים כד טז.

² תנחומא ראה ג. וראה במדר"ר יט לג. וראה בבלי יבמות צה א: "שכיבתה אוסרתה ואין שכיבת אחותה אוסרתה". וראה בבלי מכות ב א: "ועשיתם לו כאשר זמם – לו, ולא לזרעו". וראה רמב"ם עדות יג א. וראה סעיף שדמ.

³ שו"ת דעת כהן קצג. וראה שם שאין להעניש כן אפילו למיגדר מלתא.

⁴ מלבי"ם דברים פרק כד טז.

⁵ שמות לב לג.

⁶ פירוש הרמב"ן על התורה שם.

⁷ יחזקאל יח כ.

⁸ בראשית יח כד – כה וראה רש"י שם, וראה בבלי עבודה זרה ד א. וראה בראשית כא יד שאברהם אבינו משלח לא רק את ישמעאל כי אם גם את אמו, וראה פירוש הרמב"ן על התורה, בראשית כא ט וספורנו שם כא י.

⁹ פירוש הרמב"ן על התורה בראשית מט ה. וראה רד"ק שם. וראה כלי חמדה פרשת וזאת הברכה א א.

¹⁰ במדבר טז כב.

¹¹ רש"י על דברים לג ח. וראה ספרי שם.

¹² בבלי מו"ק יג א. וראה רמב"ם יום טוב ז ד; שם שמיטה ויובל ב יג; שם בכורות ב ז; שם חובל ומזיק ז ג; שם עבדים ח א.

התוספות: "דמה פשע כהן שיש לנו להפקיר ממונו"¹⁵ הרמב"ם מבאר שעזרא קנס רק את הלויים שבזמנו ולא את צאצאיהם.¹⁶

כך פוסקים ראשונים ואחרונים. הרי"ף פוסק: "שאלה. כהן שיצא מן הכלל ונשאר בניו בדין ישראל... פסולים לכהונה או לא. תשובה: אינן פסולין לכהונה, שאינם נתפשים בעון אביהם, וכן כתיב: 'בן לא ישא בעון האב ואב לא ישא בעון הבן'".¹⁷ הרשב"א פוסק: "שאלתם תקנה התקינה בעיר לענוש כל העובר עבירה... ועכשיו היתה ללוי מניקה אחת יהודית שתניק לו את הילד ואותה מניקה הלכה ביי"ט אחרון של פסח לרחוץ בנהר והברורים תובעים מלוי קנס שרצו לקנוס אותו על מה שעשתה מניקתו... תשובה: רואה אני את לוי פטור לגמרי... שהמניקה אינה שלו והוא אינו מתחייב על מה שיעבור ויעשה כל אורח שיכנס בביתו, ולא עוד אלא אפילו עבד אחד מבני ביתו אינו מחייב הוא בכך, שהם אינם שלו".¹⁸ בעל אינו משלם קנסות המוטלים על אשתו.¹⁹

חכמים מבארים, כיצד יש להבין פסוקים מפורשים בתורה שמשמע מהם כאילו הם עומדים בניגוד לכלל שאין מענישים אחד על חטא חברו.

- פסוק מפורש: "פקד עון אבות על בנים ועל שלשים ועל רבעים לשנאיי",²⁰ וחכמים מבארים: "הא כשאוחזין מעשה אבותיהם בידיהם".²¹
- פסוק מפורש: "איש איש מבני ישראל... אשר יתן מזרעו למלך מות ימות... ואם העלם יעלימו עם הארץ את עיניהם מן האיש ההוא... ושמתי אני את פני באיש ההוא במשפחתו...". וחכמים אומרים: "וכי מה חטאה המשפחה? אלא ללמדך שאין לך משפחה שיש בה מוכס שאין כולה מוכסים, שיש בה לסטים שאין כולה לסטים מפני שמחפים עליה".²²

¹³ בבלי פסחים ק"ג ב. וראה בבלי מכות י"א א: "הכא אמרינן: טוביה חטא וזיגוד מנגיד. התם אמרי: שכס נסיו ומבגאי גזיר. וראה בבלי סנהדרין לה א: "אם העם חטאו ראשי העם מה חטאו". וראה שם סנהדרין מד ב: "אם הוא חטא בניו ובנותיו מה חטאו".

¹⁴ בבלי חגיגה י ב. וראה בבלי כתובות לג ב.

¹⁵ תוס' בבלי יבמות צ א ד"ה אזיל.

¹⁶ ראה רמב"ם מעשר א ד. הערת הרב נבנצל: "אבל גם לאלו שבא"י". וראה גליוני הש"ס גיטין מד ב ד"ה תוד"ה נטיבה.

¹⁷ שו"ת הרי"ף ירושלים תשכ"ט שז.

¹⁸ שו"ת הרשב"א ג שיח. וראה שו"ת הריב"ש רלו.

¹⁹ ראה שו"ע אבהע"ז צא ד בהגה. וראה דיונים בדבריו שם ח"מ ס"ק י; ב"ש ס"ק יג; ט"ז ס"ק ג; באר היטב ס"ק י; שו"ת נובי"ת אבהע"ז צו; פתחי תשובה שם ס"ק א; שו"ת ציץ אליעזר ב כה. הרחבת דברים בענין חובות הבעל לתשלומי אשתו, ראה חוק לישראל, נזיקין סעיף 18.

²⁰ שמות כ ה.

²¹ בבלי ברכות ז א.

²² תורת כהנים על ויקרא כ ה. וראה רש"י על ויקרא שם. וראה בבלי ע"ז ד א: "וממקדשי תחלו, ותני רב יוסף: אל תקרי ממקדשי אלא ממקודשי, אלו בני אדם שקיימו את התורה מאליהם ועד תי"ו!... כיון שהיה בידם למחות ולא מיחו". וראה רד"ק מלכים ב ה כז: "... ואם גחזי חטא בניו מה חטאו אלא מלמד שבניו ידעו בדבר". וראה אור החיים בראשית לד כה: "ורמב"ם... נתן טעם להריגת אנשי שכס.. ובהכרח לומר שהם היו בעוזרו ובעצתם עשה מה שעשה". וראה סעיף קעד.

- פסוק מפורש: "ויהי בחצי הלילה וה' הכה כל בכור בארץ מצרים מבכור פרעה הישב על כסאו עד בכור השבי אשר בבית הבור..."²³, ואומרים חכמים: "ר' הונא בשם ר' אחא בשם ר' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי אפי' שפחות הנמכרות לרחיים היו אומרות רצוננו בשעבודנו וישראל בשעבודן".²⁴

במקומות רבים אומרים חז"ל והראשונים והאחרונים, שבדיני שמים תמיד נעשה צדק.²⁵

בכמה מקרים קובעת התורה שעל בית דין להעניש גם חלק מבני משפחתו של העבריין

- פוסק הרמב"ם: "והיאך דין עיר הנדחת... נמצאו כל העובדים מיעוטה סוקלים אותן ושאר העיר ניצול... ואם נמצאו העובדים רובה מכים את כל הטף ונשים של עובדים לפי חרב...".²⁶
- הרמב"ם עצמו מבאר את שיטתו במורה נבוכים: "... כל זה כדי למחות אותם העקבות אשר גרמו להפסד העצום".²⁷ ר' אהרן ב"ר משולם מלוניל מבאר: "חומר שהחמיר הקב"ה בע"ז... להחרים ולהשמיד הכל למען ישמעו ויראו הנשארם כי יש לך אדם שבנו קטן חביב עליו מגופו".²⁸ החתם סופר מבאר: "דודאי רשע שהוא מין ואפיקורס ופוקר בתורה אזי קרוב לודאי שילמוד אמונתו המזויפת גם לבניו אחריו ואז יהיו גם הבנים בכלל יכל באיה לא ישובון ולא ישיגו ארחות חיים' אז י"ל מן הסברא דאין לחוש על הבנים".²⁹ יתכן שפוגעים בטף משום החשש שלאחר שיגדלו הם ירצו לנקום את דם הוריהם.³⁰ פוסקים אחדים חולקים על הרמב"ם, ולדעתם אין הורגים את הטף בשום מקרה.³¹

²³ שמות יב כט.

²⁴ ילקוט שמעוני שמות קפו. וראה פירוש הרמב"ן על התורה, במדבר טז לב: " ואת כל האדם אשר לקרח' - קנה לו עבדים ושפחות ובני בית היו לו, מצריים וכושיים וכנעניים קנין כספו, ונעשו בכלל הרכוש שלהם שהם לקו בגופם ובממונם".

²⁵ ראה בבלי סוטה לא א: "גדול העושה מאהבה יותר מן העושה מיראה, שזה תלוי לאלף דורו וזה תלוי לאלפים דור...". אמור מעתה כי נח לו לכל אחד שצדיקים יזכו לאלף ולאלפי דור ורשעים יחיבו עד דור רביעי, מאשר שכל אחד יהיה נדון רק בפני עצמו. וראה בבלי מכות כד א: "משה אמר פוקד עון אבות על בנים, בא יחזקאל וביטלה: 'הנפש החוטאת היא תמות'". וראה חידו"א שם. וראה הנבחר באמונות ובעדות ט סוף ב, שהקב"ה גומל לטף בעולם הבא על מה שסבלו בעולם הזה. וראה ספר העיקרים א ח: "אבל כשיעורבו יחד טובות העולם הזה המגיעות לרשע עם הרעות והעונשים המגיעות לו בעולם הבא, וכן הרעות המגיעות לצדיק בעולם הזה עם הטובות המגיעות לו בעולם הבא, נמצא שני הגמולים צודקים יחד".

²⁶ רמב"ם עבודה זרה ד ו. וראה מנ"ח מצוה תסד ס"ק כ; מרגליות הים על סנהדרין קיב א אותיות ז - ט. וראה ליקוטים מהגר"א סוף ספר שנות אליהו סדר זרעים, שדין עיר הנדחת הוא כדין עובדי כוכבים ולפיכך אין התראה, מיתתם בסיף וממונם הפקר. וראה שו"ת תשובות והנהגות ד עמ' תעב: "הגר"ח ס"ל דמה שבעיר הנדחת הורגים את הטף כשעבדו ע"ז מיירי כשהם בני דעת דשייך אצלם עבירה". וראה מנחת חינוך מצוה כו: "... נראה דהשיעור של קטן גבי ב"נ שאינו תלוי בשנים ולא בשערות רק תלוי בב"ד אם רואין שיש בו דעת חייב בעונשים ואם לאו פטור". וראה משך חכמה במדבר טז ל ועל פסוק לב, שקרח ועדתו נדונו כעיר הנדחת.

²⁷ מורה נבוכים א נד. וראה סעיף רחצ בדיון על מטרות הענישה וסעיף שלא על המצוה למחות את עמלק.

²⁸ סנהדרין גדולה, סנהדרין א, עמ' קפז. וראה סעיף של הערות 10 - 12.

²⁹ שו"ת חתם סופר יו"ד שכב. וראה פירוש הרא"ש בבלי נדרים סו ב ד"ה ימותו כל בני אלמנה: "בני אלמנות אין להם אב להדריכם בדרך ישרה ואינן בני תרבות". וראה סעיף שלא בענין עונשו של עמלק.

³⁰ ראה סעיף רצג הערה 26.

- פסוק מפורש בתורה: "לא יבא ממזר בקהל ה'..."³², ומבאר הרמב"ם: "כדי להרחיק מן העריות נאסר שיבא ממזר על בת ישראל, כדי שידע הנואף והנואפת שאם עושים זאת הרי הם פוגמים בזרעם פגם שאין לו תרופה לעולם, וגם בגלל פחיתות בן הזנונים תמיד בכל דת ובכל אומה, נתכבד זרע ישראל מלהתערב באותו הממזר"³³. החינוך מבאר: "לפי שתולדת הממזר רעה מאד, שנעשית בטומאה ובמחשבת פיגול ועצת חטא, ואין ספק כי טבע האב צפון בבן"³⁴.
- פסוק מפורש בתורה: "ובת איש כהן כי תחל לזנות את אביה היא מחללת באש תשרף"³⁵, ודורשת הגמרא: "היה רבי מאיר אומר: מה תלמוד לומר 'את אביה היא מחללת' - שאם היו נוהגין בו קודש - נוהגין בו חול, כבוד - נוהגין בו בזיון, אומרי: ארור שזו ילד, ארור שזו גידל, ארור שיצא זו מחלצו. אמר רב אשי: כמאן קרינן רשיעא בר רשיעא ואפילו לרשיעא בר צדיקא, כמאן - כהאי תנא"³⁶. הרמב"ם פוסק: "ויש אומרים דמי שיש לו בת שהמירה לעבודת כוכבים או שזנתה אין מחייבים עוד לקדשו כי אביה היא מחללת"³⁷. השבות יעקב משיג על דברי הרמב"ם: "ובשיירי כנסת הגדולה... סיים ואין נוהגין כן אפילו בזינתה. לכן נ"ל... במי שהוא מוחזק לכהן... ועכשיו יקראו באמצע קרואים אין לך ביוש והלבנת פניו גדול מזה... לכן נ"ל פשוט וברור שאם יקראו לס"ת יקראו אותו בראש כקדושתו קדושת כהונה"³⁸.
- הרמב"ם פוסק בהלכות תעניות: "ואי זה הוא הראוי להתפלל בתעניות אלו איש שהוא רגיל בתפילה... ולא יהיה בבניו ובבני ביתו וכל קרוביו הנלוים עליו בעל עבירה..."³⁹, אך מבאר האבני נור: "...ודאי כוונתו באלו אשר הי' יכול להוכיחם ולהחזירם בתשובה... ועוד יש לפרש קרובים במחפה עליהם"⁴⁰.

³¹ ראה מנ"ח מצוה תסד (א) [כ]. וראה בבלי סנהדרין עא א, שיש הסוברים שער הנדחת לא היתה ולא תהיה.

וראה שו"ת חתם סופר יו"ד שיז.

³² דברים כג ג.

³³ מו"נ ג מט. וראה סעיף קפז הערה 25.

³⁴ ספר החינוך מצוה תקס.

³⁵ ויקרא כא ט.

³⁶ בבלי סנהדרין נב א. ועי' עינים למשפט ומרגליות הים שם. וראה תשב"ץ ג קטו: "עוד שאלת חכם שבניו הם נוהגיי שלא כשורי ומתקוטטי עם בני אדם ומקללין אבותיהם והם כשומעין חרפתם וקללת אבותיהם משיבי' להם ומקללים אביה' החכם אם חייבי' נדוי או לאו: תשובה. המקלל אחד מישראל עביר' היא בידו ורשע הוא שהרי הוא עובר בל וכיון שהוא רשע מותר לקלל אביו החכם וזה למדנו מהתור' שנאמר 'את אביה היא מחללת'..."

³⁷ שו"ע או"ח קכח מא וראה שו"ע חו"מ תכ לח בהגה.

³⁸ שו"ת שבות יעקב ב ב. וראה שו"ת חוות יאיר סה הדין בנדון דידן ומסכם: "גם לא ברירא לי זו ההלכה".

וראה שו"ת מבי"ט ג רו; שו"ת ציץ אליעזר יז.

³⁹ רמב"ם תעניות ד ד.

⁴⁰ שו"ת אבני נור או"ח ל.

בכמה מקרים התורה מיפה את כוחו של בית דין לפגוע במדת מה גם במי שלא חטא

- אומרת הגמרא: "אוי לרשע ואוי לשכנו".⁴¹ פוסק הראי"ה קוק: "וע"ד אשר דרש מר לחוות דעתי העניי ע"ד הפרנס הפושע, שאחרי חלולו את יום הקדוש באכילה ושתיה ומלאכה, מכרו לו בביהכ"נ מפטיר יונה, שהעיז הרשע ההוא לקנותה ואמרה, ומר קנס את ביהכ"נ הנ"ל באמרו להפרנס הראשי, שאם לא יקנסו את הפושע במניעת עלי לתורה איזה שנים לא יבא עוד לדרוש בביהכ"נ הזה... אם הדבר נוגע לתיקון העולם ולמנוע חילול שם שמים בפרהסיא, מותר למגדר מילתא, לענוש גם את מי שאינם חייבים בדבר אם השעה צריכה לכך".⁴²
- פוסק הרמ"א בהלכות גיטין: אבל אם יש לו אשה בעבירה, לכולי עלמא כופין בשוטים... ומכל מקום יכולין לגזור על כל ישראל שלא לעשות לו שום טובה או לישא וליתן עמו או למול בניו או לקברם עד שיגרש".⁴³ כיוצא בזה פוסק הרמ"א בהלכות נדוי: "ויש רשות לבית דין להחמיר עליו שלא ימולו בניו ושלא יקבר אם ימות ולגרש את בניו מבית הספר ואשתו מבית הכנסת עד שיקבל עליו הדין".⁴⁴ רבים מן האחרונים חולקים על פסק זה של הרמ"א. מעיר הבאר היטב: "ומהרש"ל כתב חלילה לבטלם שהעולם אינו מתקיים אלא בהבל פיהם של תינוקות. גם מ"ש להוציא אשתו מבית הכנסת לא נהירא אם הוא חטא היא מה חטאה וכי".⁴⁵

בקהילות היו קונסים קרובי משפחה על חטא קרובם.⁴⁶ בונציה החליטו: "ובהיות שנראה ברור הנזק וההפסד מרובה הנמשך לבית הכנסת שלנו ממיעוט גבאים... לכן יוכלו אנשי הועד לבחור להיות גבאים... ומי שישאר על פי סדר הנ"ל לא יוכל לסרב, בקנס הנ"ל, ויהיה מחויב בעד הקנס הזה האב בעד בנו והאח בעד אחיו".⁴⁷

גם כיום אין מענישים אחד על חטא השני. כותב הרב סולובייצ'יק: "עלתה על הפרק שאלת התינוקות הבלתי נימולים – אם שמותיהם ראויים להיספח על רשימת היהודים בפנקסי

⁴¹ בבלי סוכה נו ב.

⁴² שו"ת דעת כהן קצג. מדברי הראי"ה קוק משמע שניתן להעניש במקרה כזה בכל סוגי העונש אך הדוגמא ממסכת סוכה והמקרה שבו עוסקת התשובה היא רק לעונש של שלילת זכויות.

⁴³ שו"ע אבהע"ז קנד כא בהגה.

⁴⁴ שו"ע יו"ד שלד ו בהגה. וראה שם סעיף י. וראה שו"ת הרא"ם טו: "גם כל ישראל קבלו עליהם שאם ר' שלתיאל או אחד מבניו יעבור בשום א' מהנז' שיעמדו כנגדו לרדוף אותו... ושיאסר על כל ישראל אבלו וגילו ולוייתו וקבורתו וחתונו בו בזרעו ובזרע זרעו". וראה משא מלך, מיסים וארנוניות מערכת ע אות לה: "כל זה משום תקנת הציבור... התקינו אפילו לעבור על דת תורה...".

⁴⁵ שו"ע יו"ד שלד באר היטב שם ס"ק יב. וראה יש"ש ב"ק פרק עשירי סימן יג, וראה תשובת ר' יוסף ב"ר שלמה פיאמיטא, חותנו של השמש צדקה, פחד יצחק ערך גלוי עריות שאלה, באחת התשובות שם.

⁴⁶ וראה סעיף שכד, שלשלטון סמכות ליטול ממון על דעת שהלה יתבע את בני עירו להחזיר את המגיע לו.

⁴⁷ פנקס ועד ק"ק איטאליאני בוויניציאה ז משנת ת"ד לפ"ק. וראה תקנות מדינת מעהרין ועד גאי ת"י לפ"ק צה: "איזה קהלה שלא הולכה וסילקה מעות מדינה שלה, אזי אין הר"מ או מבורר רשאי לעכב שום יחיד או יחידים מאותו הקהלה... אמנם אם הר"מ הם כבר ה' ימים בחרם, יכולים לעכב אפילו יחידים מאותו קהלה". על מנהג המלכים בענין זה ראה סעיף שכד.

הקהילה... עמד ר' חיים על רגליו ואמר... התינוק עדיין לא חטא כלל וכלל, ורק אביו לא קיים את חובתו.⁴⁸

לא זו בלבד שענישת האחד על חטא זולתו אינה מועילה אלא שהיא עלולה לגרום לחילול השם. פוסק המהר"ם שיק: "בזמן הזה שלא למול את הבן משום רשעת האבות הוא בעיני ההמון דבר זר ואכזרי, ואינו ראוי לפי דעתם ושיקולם, וזה גורם שמדברים תועה עוד יותר על הרבנים שבדור הזה... שיהיה בדבר הזה קידוש השם ומיגדר מילתא... זה לא יעלה על הלב".⁴⁹ פוסק המשנה ברורה: "דבזמן הזה אין מנהג לפסול כהן בשביל זנות או המרת דת של בנו ובתו".⁵⁰ פוסק הרב שלמה זלמן אויערבאך, שאין להחרים אב שגר במושב דתי ובניו מבקרים אותו בשבת מתוך כוונה לאלצו להשפיע על הבנים להפסיק לבקרו בשבת.⁵¹ עם זאת, גם כיום יש מקום לשקול שלא למנות לתפקיד רוחני ושלא לכבד בבית הכנסת את מי שקרוביו עוברים עבירות חמורות.⁵²

*

אחד העקרונות הבסיסיים במחשבה המדינית והמשפטית בימינו הוא שאין מענישים את האחד על חטא זולתו.⁵³ בכמה חוקות נקבע כי אחריות פלילית היא אישית⁵⁴ חוקות אחדות קובעות שאף אזרח לא יקבל יחס מפלה בשל מעשים שנעשו על ידי קרוב משפחה.⁵⁵ חוקות אחרות מדגישות שהדברים אמורים גם בבוגד.⁵⁶

⁴⁸ איש ההלכה גלוי ונסתר, איש ההלכה עמי' 79.

⁴⁹ שו"ת מהר"ם שיק או"ח דש.

⁵⁰ משנה ברורה סימן קכח ס"ק קנד, ועיי' א"ת ערך בת כהן בסופו.

⁵¹ ועלהו לא יבול ב עמי' ריח.

⁵² ראה שו"ת דעת כהן ז' שאין למנות שוחט שיש לו בניו מחללי שבת הסמוכים על שלחנו, וזאת משום חשש לחילול השם. אורח משפט יג פוסק שאין למנות כגבאי בבית כנסת, אדם שאשתו מחללת שבת בפרהסיא. וראה שו"ת אגרות משה יו"ד ב עג: "נשאלתי מרב אחד אם יניחו לבן הנוול לישראלית הנשואה לנכרי לקראו לתורה ביום הבר מצוה שלו, והשבתי שאף שפשוט שיש להבן דין ישראל לכל דבר... אבל למעשה אם עדיין אמו ברשעתה עומדת ודורה עם הנכרי ומופקרת לכל האיסורין ומתחנך הבן אצלם יש למיגדר מלתא בכל האפשר שלא יקראו אותו לתורה ביום הבר מצוה שלו ולא יעשו איזה שמחה שם, וכך היה טוב שלא לקבלו ללמוד בהת"ת מאותו הטעם למיגדר מלתא..."

⁵³ בתעודת החירות של מסצ'וסטס (The Massachusetts Body of Liberties) משנת 1641 (שהיא ספר החוקים הראשון שהיה למהגרים שגרו בצפון מזרח ארצות הברית (New England), והמכונה לעיתים בשם המגנה כרטה של אמריקה), נאמר בסעיף 1, שאין לגזול מאדם את אשתו או את ילדיו אלא אם הדבר הוא בתוקף של איזה חוק מפורש או בהתאם לרוחו של חוק המרשה את הדבר.

⁵⁴ ראה ICL חוקת איטליה 27 (1); חוקת ברזיל 5 (0) XLV.

⁵⁵ ראה ICL חוקת דרום קוריאנה 13 (3) וחוקת פאראגוואי 18 (2).

⁵⁶ ראה ICL חוקת ארגנטינה 119, שאפילו כשמדובר בבוגד שסייע לאויב לא יענש איש זולתו ובכלל זה גם בני משפחה. ראה חוקת ארצות הברית של אמריקה, סעיף ג 3 ב, שלא יוחרם רכושו של בוגד אלא בחייו, ואף לא יוטל פסול במשפחתו. על הרקע ההיסטורי של הוראה זו ראה EB (2008), attainder

שמוז. הגינות בענישה כשמלך ופרנסים יושבים בדין¹

מלך יושב בדין

"אין עונשים אלא אם כן מזהירים"²

פסוקים מפורשים בספר שמואל: "... ויאל שאל את העם לאמר ארור האיש אשר יאכל לחם עד הערב... ויפדו העם את יונתן ולא מת", ומבאר המדרש: " ויפדו העם... אר"י: וכי לחם אכל והלא לא אכל לחם אלא דבש..."³ פסוק מפורש בספר שמואל: "והיה היא רכבת על החמור וירדת בסתר ההר", ומבארת הגמרא: "אמרה לו: וכי דנין דיני נפשות בלילה? - אמר לה: מורד במלכות הוא, ולא צריך למידייניה. - אמרה לו: עדיין שאל קיים, ולא יצא טבעך בעולם. - אמר לה: 'וברוך טעמך וברוכה את אשר כלתני [היום הזה] מבוא בדמים'."⁴ אומר הזהר הק': "... על מה שקטל ליה לנבות ונטל כרמה דיליה קטולא. אמאי קטיל ליה? אלא על דקטיל ליה בלא דינא אתענשי."⁵

¹ על סדר הדין שלפניו דן מלך ראה סעיף כד הערה 7 והערה 27. על סדר הדין שעל פיו דנים הפרנסים ראה סעיף כה הערה 4.

² ראה סעיף שדמ הערה 2. וראה עיון יעקב על עין יעקב עבודה זרה י ב ד"ה חד קטיל וכו': "מלך שאני, שיש לו רשות להרוג לעבדיו...". וראה שם שמדובר בהריגת עבדים חפים מפשע, ומשמע מדבריו, שאין למלך רשות להרוג מי שאינו עבד, וראה שו"ע הרב חו"מ גזלה וגנבה יט; סעיף שכו הערה 32. וראה בירת מגדל עוז, אבן בוחן, פנה א עה, דף כט ב: "וכן כל המורדים במלכים בין באונס בין בשגגה מחייבים ראשם, ואפילו בחטא קל מתחייבין, כי חמת מלך מלאכי מות, אבל אין דמו מסור ביד כל אדם, אלא ביד המלך בלבד". לאור דברי ר' יעקב עמדין מסתבר, שגם העיון יעקב מתיר למלך להרוג עבדים חפים מפשע רק כאשר הם עלולים לסכן את חייו, דומיא דהמסופר בתוסי' עבודה זרה שם ד"ה חד קטיל אבבא דבי רבי.

וראה העמק דבר בראשית ט ה: "... ואפילו מלך ישראל מותר לעשות מלחמת הרשות אע"ג שכמה מישראל יהרגו עי"ז", ומוסיף בהרחב דבר על אתר: "והיינו דאיתא בקידושין מג מה חרב בני עמון אי אתה נענש עליו כך אוריה החתי אי אתה נענש עליו. ויש להבין הדמיון, אבל באשר אוריה לא היה באמת מורד במלכות אלא שדוד המלך דנהו למורד במלכות. וקאמר שיש למלך רשות לזה כמו שהיה לו רשות לעשות מלחמה עם בני עמון". וראה מרומי שדה קידושין מג א ד"ה מה חרב בני עמון; מרומי שדה מגילה יד א ד"ה וכי דנים דיני נפשות בלילה. יש לדון בדברי הנצי"ב. הראיה מהגמרא בקידושין צ"ע שהרי דיו לבא מן הדין להיות כדון, וכשם שמלך יוצא למלחמת רשות רק כדי להרבות בגדולתו ושמעו כך היה מקום להתיר לדוד המלך להרוג את אוריה רק אם היה בהריגתו כדי להרבות בגדולתו ושמעו. ואם תאמר שדוד המלך הרג את אוריה כדי למנוע מעצמו בזיון, והוי דומיא דלהרבות בגדולתו ושמעו, עדיין קשה, שהרי כשם שמלך יוצא למלחמת רשות רק ברשות בית הדין הגדול כך היה על דוד לקבל את רשות בית הדין הגדול להרוג את אוריה. ומסתבר שהנצי"ב הולך בשיטתו, שלפיה מלך יוצא למלחמת רשות גם ללא קבלת רשות מבית הדין הגדול, ראה סעיף קלה הערה 9. לולי דבריו נ"ל שכוונת הגמרא בקידושין היא, שכשם שהיתה לדוד סמכות לצאת למלחמה כנגד בני עמון כך בסמכותו לקבוע את מי יש להעמיד אל מול פני המלחמה החזקה.

על דין מלך הרודף שלא כדין אחר אחד האזרחים ראה סעיף כג הערה 4. וראה סעיף שמוז.

³ ילק"ש שמואל א קיח. הערת הרב נבנצל: "יונתן גם לא שמע את השבועה".

⁴ בבלי מגילה יד ב.

⁵ זהר בראשית קצב ב. וראה תוסי' בבלי סנהדרין כ ב ד"ה מלך.

אין עונשים אלא עונש הנקוב בחוק בשעת מעשה

כותב החתם סופר: "המורדים על משה רבינו ע"ה במדבר לא נתחייבו מיתה... עדיין לא קיבלו עליהם ישראל בחרם להמית המורד במלכות".⁶

ענישת אנוס

כותב ספר חסידים: "ויאמר העם אל שאול היונתן ימות וגו' - לא יתכן מפני שלא ידע".⁷ פסוק מפורש בספר שמואל: "ויאמר שאול אל מיכל למה ככה רמיתני ותשלחי את איבי וימלט ותאמר מיכל אל שאול הוא אמר אלי שלחני למה אמיתך".⁸ פוסק הרמ"א: "... ואף על פי שהרוגי מלך אין צריכין התראה כמו שפסק הרמב"ם בהלכות מלכים מ"מ קרוב לפושע בעיני".⁹

ענישת אחד על חטא חברו

כותב ספר חסידים: "אם רואה אדם שעשו לו רעה ומספר בגנותם, אם יש צדיק ביניהם אין לומר: אתם עשיתם, לפי שכולם מצרף, שהרי אביה המלך חשד את ירבעם ואמר: 'ועמכם עגלי זהב' והיה אחיה השלוני ביניהם... לכך ניגף אביה".¹⁰ פוסק מהרי"ט צהלון: "שזה דין המלכים ליקח כל ממון שמשיהן כשכועסין עליהם וכו'... היינו דוקא ממון של שמשיהן שהוא שלהן אבל אם יתברר שאינה חצרו או שדהו אלא שגזלה זה, חלילה... ואם יעשה כן לא יקרא דינא דמלכותא אלא חמסנותא דמלכותא".¹¹

ענישת בנים על חטא אבותם¹²

מפורש בנביא על המלך אמציה: "ואת בני המכים לא המית ככתוב בספר תורת משה אשר צוה ה' לאמר לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו יומת".¹³ הספורנו מבאר: "לא יומתו אבות על בנים - אפילו על חטא המורד במלכות ישראל, שמנהג מלכים הקדמונים היה להרוג גם את בניהם שלא יקומו לשונאים למלכות... מכל מקום אסרה תורה מלכי ישראל להרוג זה בשביל זה".¹⁴

מבאר הרד"ק בפרשת בני שאול: "ואם תאמר מפני מה נענש זרעו במה שחטא הוא יתכן כי אלו הבנים היו מההורגים הגבעונים... גם יתכן... וזו המיתה אף על פי שהיתה בידי אדם במצות

⁶ שו"ת חתם סופר או"ח רח.

⁷ ספר חסידים (וויס.) סימן תתצ. וראה שו"ת הריב"ש שלא: "... ואע"פ שיש נראה לו קצת פשיעה בדבר, שאע"פ שלא היה שם בהשביע שאול את העם, מ"מ כשהיה רואה כל העם נמנעין מלאכול היה לו להרגיש בדבר". וראה שו"ת הרמ"א מד: "ונראה, דאינו רוצה לומר דשאול היה יודע דיהונתן לא ידע מן החרם ואפ"ה רצה להורגו דזה אינו, דהא אונס רחמנא פטריה מולנערה לא תעשה וכו', אלא ששאול לא רצה להאמינו שלא ידע מן החרם ואין אדם נאמן על זה ולכך רצה להורגו". וראה א"ת ערך חרם.

⁸ שמואל א יט יז.

⁹ שו"ת הרמ"א מד.

¹⁰ ספר חסידים מרג. תפב.

¹¹ שו"ת מהריט"ץ החדשות לד.

¹² ראה ילקוט שמעוני אסתר תתרנז: "עשרת בניו של המן היו סנקתדרין של אחשורוש, כיון שבאו לזכותו של מרדכי היו מדלגים". מכאן שהם היו שותפים להמן באופן פעיל. על סנקתדרון ראה סעיף סד הערה 18. וראה במדבר רבה יד א שהמן ובניו נענשו משום שהיו עמלקים. נראה ששני הפירושים תלויים בשאלה האם מצות מחית עמלק מוטלת על הציבור או גם על יחידים, ראה משפט המלחמה עמי יט. וראה רד"ק על שמואל ב ג עט: "אם יואב חטא מה חטאו בית אביו לא אמר אלא על המסייעים אותו והסומכים את ידו".

¹³ מלכים ב יד ו. וראה העמק דבר דברים כד טז.

¹⁴ ספורנו דברים כד טז. וראה שו"ת הריב"ש החדשות סימן ט.

האל היתה והרי היא כמיתה בידי שמים".¹⁵ פסוקים מפורשים בספר שמואל: " ... ויטהו יואב אל תוך השער לדבר אתו בשלי ויכהו שם החמש וימת... וישמע דוד מאחרי כן ויאמר נקי אנכי וממלכתי מעם ה' עד עולם מדמי אבנר בן נר. יחלו על ראש יואב ואל כל בית אביו..."¹⁶, ומבאר האברבנאל: "לא קילל אלא המסייעים אותו בזה והסומכים את ידו".¹⁷

עם זאת, בשעת מרד הרגו השליטים את תושבי העיר שממנה יצאו המורדים מבלי להבחין בין צדיק ורשע. אומר המדרש: "מלך בשר ודם שמרדה עליו מדינה ועמדה וקללו את המלך או שלוחיו עשרה או עשרים מהם משלח שם לגיונותיו ועושה במ אנדרלמוסיה והורג הטובים עם הרעים לפי שאינו מכיר בהם מי מרד ומי לא מרד מי כבד את המלך ומי קלל..."¹⁸.

פסוק מפורש בספר שופטים: "וישב גדעון בן יואש מן המלחמה... ואת מגדל פנואל נתץ ויהרג את אנשי העיר".¹⁹ מפורש בסוף ספר שופטים: "ויצו אותם לאמר לכו והכיתם את יושבי גלעד לפי חרב והנשים והטף".²⁰ אומר הנביא: "ואת נב עיר הכהנים הכה לפי חרב מאיש ועד אשה מעולל ועד יונק..."²¹, ומבאר האברבנאל: "צוה עוד שאול שיכה את העיר לפי חרב... כדי שכל ישראל ישמעו ויראו ויפתחו אם יבא דוד עוד ביניהם שיתפשו אותו ואת אנשיו חיים ויביאום אל שאול".²² דוד אומר על נבל: "אם אשאר מכל אשר לו עד אור הבקר משתין בקיר".²³

פרנסים יושבים בדין

אין עונשים אלא אם כן מזהירים כותב הרמב"ן: "וזה היה טעותו של יפתח בבתו... ולא ידע כי חרם המלך והסנהדרין חל על המורדים לכלותם או על העובר גזירתם ותקנתם, אבל לחול הנדר לעשות עולה מדבר שאין ראוי לה' חס וחלילה".²⁴

בפוזנא תקנו: "כל המנויים הנרשמים על דף זה אל יפסקו שום שבועה גם שום דין שבעולם, רק מי שילך חוץ לשטה ויעשה דבר רע..."²⁵.

¹⁵ רד"ק שמואל ב כא א. וראה אברבנאל שם. וראה מראות הצובאות למהר"ם אלשיך שם. על הרושם שעונש זה עשה בזמנו ראה במדבר רבה ח ד; ירושלמי סנהדרין ו ז; בבלי יבמות עט א.

¹⁶ שמואל ב ג כז – כט.

¹⁷ אברבנאל שמואל ב ג כז וראה רד"ק שם פסוק כט.

¹⁸ במדבר רבה יח יא.

¹⁹ שופטים ח יז.

²⁰ שופטים כא י. וראה פירוש הרמב"ן על התורה ויקרא כז כט: "... שכל מלך בישראל או סנהדרי גדולה במעמד כל ישראל שיש להם רשות במשפטים, אם יחרימו על עיר להלחם עליה, וכן אם יחרימו על דבר, העובר עליו חייב מיתה, והוא חיובן של אנשי יבש גלעד..."

²¹ שמואל א כב יט.

²² אברבנאל שמואל א כב יט. וראה מלבי"ם שמואל ב כא ו. וראה שו"ת חתם סופר או"ח רח: "ורגיל אני לומר דלא יומתו אבות על בנים דעיקור קרא על עדות קאי שלא יעידו קרובים [כסנהדרין כ"ז ע"ב] וסיפא איש בחטאו ימות קאי דלא ימות זה בעבור זה. יש להקשות דמהיכי תיתי יעלה על הדעת להמית קרובים אלו בשביל אלו? אלא משום דבלי ספק העובר עבירה גדולה... וכבר נתקלקלו מעשיו בצינעא מכמה שנים, ואילו היו הקרובים מודיעים כן לב"ד ולמלך לא בא לכלל זה". הערת הרב נבנצל על דברי החתם סופר: "אמצ"י מדת חסידות עשה. וראיה לדבריו משאול הצדיק שהרג כל נוב עיר הכהנים, ואף דענש על זה היינו משום דבאמת לא הי' אחימלך מורד". וראה סעיף שלד.

²³ שמואל א כה כב. וראה ירושלמי סנהדרין ב ג בענין דברי אביגיל, וראה אברבנאל שמואל א כב יט.

²⁴ פירוש הרמב"ן על התורה ויקרא כז כט.

עונש הנקוב בשעת מעשה פוסק כסף הקדשים: "בני עיר שעשו תקנה בלי ידיעת חבר עיר ועברו עליה ואחר כך באו בני עיר להחבר להסכים עמהם לקנוס העובר אין ביד חבר עיר לקנוס למפרע כיון שעברו על התקנה לא הי' בס' כח כיוון שהיתה בלי הסכמת חבר העיר..."²⁶

ענישת אנוס פוסק מהרשד"ם: "... אם הדברים כנים כמי"ש בשאלה הממונים לא עשו כהוגן וגזלה היא בידם... אחר שעניינו הרואות שכל מה שהיה עושי' היה עושי' מחמת האונס"²⁷.

ענישת אחד על חטא הזולת ועד ארבע ארצות כתב לפרנסי פוזנא: "... ובכך הגם בעניינו כפלא, הפלא ופלא, על אותם האנשים, כי לו יהי' כדבריהם שיש להם איזה תביעה בעולם על כמי' אהרן הנ"ל, עם כל זאת הבן מה חטא ועוון יש בו, וכי אבות יאכלו בסר ושני בנים תקחינה? הלא 'לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות' "²⁸ בוירונו הוחלט: "כמה פרנסים ממשמרות שעברו... נשאו פנים לכמה מהאנשים הרשומים... ולא גבו מהם... ואחר כך באים הפרנסים הנ"ל... ורוצים להפרע מבני הק"ק, ולא מהיחידים הרשומים... ואינה היא המדה; האיש אחד יחטא ועל כל העדה יכסו"ף? טוביא חטא וזיגד מינגד"²⁹

כיום שלטון נדרש לעשות מאמץ עילאי כדי שלא לפגוע בחפים מפשע גם בשעה שהוא מדכא מרד.³⁰

כיום פרנסים אינם יושבים בדין.³¹

²⁵ פנקס הכשרים של קהילת פוזנא שלא תקנה משנת שצ"ח לפ"ק.

²⁶ כסף הקדשים שוי"ע חו"מ רלא סוף הסימן. וראה רמב"ם שגגות ו יג: "הכל הולך אחר שעת המעשה".

²⁷ שו"ת מהרשד"ם חו"מ עח.

²⁸ פנקס ועד ארבע ארצות קנ.

²⁹ פנקס קהל וירונוה ג תכג, החלטה משנת ש"צ לפ"ק.

³⁰ ראה סעיפים של שלא.

³¹ ראה סעיף כה.