פרק נט. עקרונות ענישה

רצז. ענישה כאמצעי אחרון

התורה מיפה את כח הפרנסים לקצוב עונשים לעוברים על תקנותיהם וכן להחמיר בעונשים על עבירות שהתורה קובעת,[1] אולם ראוי להם להשתמש בסמכות זו רק כאשר אין מנוס מכך.[2]

אומרת הגמרא במסכת סנהדרין: "אמר ר' יוחנן כנגד מקל ורצועה תהא זריז", ומבאר הבן יהוידע: "תהיה זריז להנהיג את העם בדרך ישרה שלא תצטרכו לעשות מעשה במקל ורצועה".[3]

זו מדת התורה.

התורה מצמצמת מאד את סמכויות הענישה של בתי הדין

- התורה מקלה בדינו של שיכור כלוט.[4]
- חרש, שוטה וקטן אינם בני ענישה.[5]
- אין ענישה על אונאת דברים,[6] לשון הרע, רכילות או הוצאת שם רע.[7]
- אין ענישה על כונה לעבור עבירה ואפילו על עבירה חמורה מאד.[8]
- אין ענישה על הכשלה בעבירה[9] ועל הסתה לעבירה.[10]
- אין ענישה למשלח לדבר עבירה.[11]
- אין ענישה על סיוע לדבר עבירה, לפני מעשה, בשעת מעשה או לאחריו.

---

1 ראה סעיפים שמח – שנד.

2 על ההבדל בין ישראל ובין אומות העולם ביחס לענישה ראה בבלי ב"ק קיד א: "לא שנו אלא עכו"ם, משום דדייני בגיתי וכו' ", וראה רש"י שם ד"ה בגיותא. וראה תנחומא שופטים א: "ומהו 'משפטים בל ידעום' אלו דקדוקי הדין, שכך שנינו מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים, ובני נח הורגים בעד אחד ובדיין אחד ושלא בהתראה, משא"כ בישראל...". וראה רש"י בבלי בבא מציעא ל ב ד"ה דמגיזתא: "גוזאי הדנין ביסורים ובחזקה". וראה צרור המור שמות כא א: "ואין לדון בדיני הכותים לפי שהם באים מכח הדין... ואין להם פשרה ורחמים". וראה סמ"ע חו"מ תכה ס"ק יח: "שאילו יש מלחמה, על זה אמרו טוב שבעכו"ם הרוג... ובספר שבט יהודה כתב בזה תשובות למינים, והוא, שטוב שבמדות העכו"ם הוא זה שדנים דין הריגה ומיתה לחוטאין ואין מחפשים זכות לעושי עולה...". וראה קוי אור עמ' מד. וראה מש"כ הרב קופל כהנא בספרו The Case for Jewish Civil Law in the State of Israel עמ' 85 – 93. וראה חוק לישראל, נזיקין סעיף 76 במיוחד פרקים חמישי - שביעי וכן פרק תשיעי שבדין תורה השומה בדיני נזיקין מקלה מאד על המזיק. וראה The Jewish Community ח"ב עמ' 227, המעיד על קלות העונשים בקרב היהודים בהשואה לקבוצות אחרות. וראה דעת חכמה ומוסר ח"א עמ' רמח: "העולם התרבותי משתדל להקל במשפטים", ודבריו צ"ע. וראה סעיף ש הערה 40. על שיקול דעת שניתן לדיינים בכל הנוגע לענישה ראה סעיפים שא שלט.

3 בן יהוידע סנהדרין ז ב.

4 ראה רמב"ם נזירות א יב; תשב"ץ ג רלט; חוק לישראל, נזיקין סעיף 9 פרק שלישי ב.

5 ראה א"ת ערך גדול; א"ת ערך חייבי מיתות בית דין. במדינת ישראל קטין חייב בעונשין ובאחריות לנזיקין החל מגיל 12 ראה חוק העונשין, התשל"ז – 1977 סעיף 34ו ופקודת הנזיקין תשל"ז סעיף 5 (ג) 9 (א).

6 ראה א"ת ערך אונאת דברים וספר החינוך שלח.

7 ראה בבלי תמורה ג א תוס' שם ד"ה והרי מימר. הערת הרב נבנצל: "אבל בדיני שמים העונש חמור מאד".

8 ראה שו"ת אגרות משה יו"ד ב ו.

9 ראה ספר החינוך רלב.

10 זולת עבודה זרה, ראה רמב"ם עבודה זרה ה א.

11 ראה, לדוגמא, שו"ת הרשב"א א תקעא. וראה חוק לישראל, נזיקין על סעיף 12 עמ' 59 – 68.

- אין ענישה על עבירה שנעשתה בשב ואל תעשה, ואפילו אם התוצאה חמורה כגון נזק גדול לרכוש או לגוף[12] או אבדן חיי אדם.[13]
- "גרמא בנזיקין פטור"[14]
- מי שהשתרש בחטאו אינו נענש ביתר חומרא.[15]
- מי שלא התחרט על מעשיו אינו נענש ביתר חומרא.[16]
- אין עונשי מיתה או מלקות אלא לאחר התראה שהעבריין מודע לה. פוסק הרמב"ם: "וכיצד מתרין בו אומרין לו פרוש או אל תעשה שזו עבירה היא וחייב אתה עליה מיתת בית דין או מלקות... עד שיתיר עצמו למיתה ויאמר על מנת כן אני עושה... וצריך שיעבור ויעשה תיכף להתראה בתוך כדי דיבור".[17]
- פוסק הרמב"ם: "הכוהו עשרה בני אדם בעשר מקלות ומת בין שהכוהו בזה אחר זה בין שהכוהו כאחת כולן פטורין ממיתת בית דין".[18]
- עבריין שנגזרו עליו מיתה[19] או מלקות[20] אינו משלם מאומה. העובר עבירה שחייבים עליה מיתה פטור מתשלומים גם אם היא נעשתה בשוגג.[21]

סדר הדין ודיני ראיות של התורה מצמצמים מאד ענישה בידי בית דין

- בכל משפט מתקבלת רק עדות של עדים יראי שמים.[22] מבאר ספר החינוך: "שכל מי שעל עצמו לא חס ולא יחוש על מעשיו הרעים, לא יחוש על אחרים, ועל כן אין ראוי להאמינו בדבר".[23] נכרים פסולים לעדות.[24] עד מדינה פסול אף הוא.[25]
- לא מתקבלת עדות של מי שנוגע בדבר, ולו גם נגיעה עקיפה. פוסק החתם סופר: "... עדים מאותה העיר אינם נאמנים להורידו מהתמניותו של אותה העיר דכולם נוגעים בעדות הם".[26]

---

12 ראה חוק לישראל, נזיקין סעיף 35 פרק שלישי.

13 ראה רמב"ם רוצח ושמירת נפש א טז. וראה שו"ת ציץ אליעזר יט סג, בענין מי שהיה בידו להציל ולא הציל.

14 בבלי בבא קמא ס א. וראה א"ת ערך גרמא. וראה חוק לישראל, נזיקין סעיף 26 בענין כליאת שוא.

15 קיימים שלושה יוצאים מן הכלל. א. עבירות חמורות מאד, ראה, לדוגמא, רמב"ם סנהדרין יח ד – ה. ב. בדיני שמים, ראה, לדוגמא רמב"ם תשובה ג יד; מו"נ ג מז בענין טומאת צרעת; חפץ חיים פתיחה, ארורין ג. מחוץ לכתלי בית דין ובעיקר בדיני איסור והתר עשוי להיות הבדל בין התגובה למי שחטא פעם אחד ובין התגובה למי שעבר ושנה, ראה, לדוגמא, שו"ע יו"ד ב ב בהגה וכן סעיף ה; ש"ך שם ס"ק טז ובאחרונים.

16 ראה חידושי בתרא על חידושי המסביר במסכתות סוכה וסנהדרין, סנהדרין אות תקעא.

17 רמב"ם סנהדרין יב ב. וראה א"ת ערך התראה ובירור הלכה סנהדרין ח ב ציונים א ב.

18 רמב"ם רוצח ושמירת הנפש ד ו.

19 ראה רמב"ם נערה בתולה א יד; שם גניבה ג א.

20 ראה רמב"ם גניבה ג א.

21 ראה רמב"ם נערה בתולה א יד.

22 ראה רמב"ם עדות ה א. וראה הרבנות והמדינה עמ' 338: "זה שולל גם העינויים שהיו נוהגים בבתי הדין של האינקויזיציה לשם סחיטת הודאה מהנאשם... רק עבירה פומבית בפני שני עדים... גוררת עונש".

23 ספר החינוך עה.

24 ראה רמב"ם עדות ט ד. וראה לפרקים עמ' שעב, שפסול נכרים הוא משום שעדות היא פעולה דתית.

25 ראה שו"ת משנה הלכות ט שלד נתיב ד.

26 שו"ת חתם סופר חו"מ קסב.

- אין מענישים על פי עד אחד. פוסק הרמב"ם: "אין חותכין דין מן הדינין על פי עד אחד לא דיני ממונות ולא דיני נפשות, שנאמר 'לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת'...".[27]
- אין מענישים עונשי גוף וממון על פי אומדנא.[28] המהרי"ק פוסק: "שאין מנדין ושאין משמתין עד שיודע הדבר בעדות ובראיה גמורה... דהא שמתא חמירא מנגידא".[29]
- עדות בכתב אינה קבילה.[30]
- אומרת הגמרא: "ואין אדם משים את עצמו רשע".[31] פוסק הרמב"ם: "אין אדם משלם קנס בכל מקום בהודאת פיו אלא על פי עדים".[32]
- סדרי דין מחמירים במיוחד קיימים בהליכי משפט של דיני מלקות, של רוצח בשגגה[33] ושל דיני נפשות.[34]
- בעבירות חמורות מאד הדיינים עצמם מצווים ללמד זכות על נאשם. פוסק הפרי מגדים: "שמיסוד המשפט הוא דכשם שבעינן 'ושפטו העדה' ובית דין חייבים לדון את החייב – כך הם חייבים לקיים 'והצילו העדה' ".[35]
- במקרים מסוימים עונש מות אינו מתבצע בגלל סיבות שאינן נוגעות לבית הדין.[36]

משחרב בית המקדש פחתו סמכויות בתי הדין. פוסק הרמב"ם: "אין דנין דיני נפשות אלא בפני הבית".[37] אין דנים רוצח בשגגה[38] ולא דיני מלקות. ומאז שפסקה סמיכה פחתו עוד יותר סמכויות בתי הדין.[39] פוסק השלחן ערוך: "בזמן הזה... דברים שאינם מצויים, אף על פי שיש בהם חסרון כיס, כגון בהמה שחבלה בחברתה, או דברים שאין בהם חסרון כיס אף על פי שהם מצויים, כגון תשלומי כסף וכן כל הקנסות שקנסו חכמים... וכן כל המשלם יותר ממה שהזיק... אין דינן אותו...".[40] בנוסף לכך אין דנים כלל נזקי בעלי חיים, ודנים חובל בחברו רק באופן חלקי.[41]

---

[27] רמב"ם עדות ה א. וראה בבלי ב"ק קיד א שאצל אומות העולם סומכים על עדות של אדם חשוב כאילו שנים העידו.

[28] ראה רמב"ם סנהדרין כ א. וראה הרב יהושע בן מאיר, "ראיה נסיבתית במשפט העברי", דיני ישראל יח עמודים פז - קמג. וראה א"ת ערך אומדנא. על גלאי שקר ראה יביע אומר ז חו"מ ח.

[29] שו"ת מהרי"ק צג.

[30] ראה רמב"ם עדות ג ד.

[31] בבלי יבמות כה ב. וראה א"ת ערך אין אדם משים את עצמו רשע.

[32] רמב"ם נערה בתולה ב יב.

[33] ראה רמב"ם סנהדרין יא ד. וראה אור שמח על הלכה א.

[34] ראה בבלי סנהדרין לו ב. וראה רמב"ם סנהדרין יא א. וראה א"ת ערך דיני נפשות. ראה שו"ת אגרות משה יו"ד ד נז: "דהא אף שהזהירו לעוברי עבירה וקבלו ההתראה, יודעים שאפשר שלא יהרגום הב"ד מצד רוב הדרישות וחקירות להעדים".

[35] שושנת העמקים, ורפא ירפא, עמ' מז הערה יג. וראה סעיף רמה הערה 33.

[36] ראה רמב"ם סנהדרין יד ח בענין עדים שנקטעה יד אחת מהן.

[37] רמב"ם סנהדרין יד יא. וראה סעיף שכו.

[38] ראה תשובות הגאונים שערי צדק חלק ד שער ז סימן לט: "... שאם נתחייב גלות כיצד הוא עושה ולהיכן הוא גולה?". וראה חוות יאיר קמו; אורים ותומים סימן ב אורים אות ב.

[39] וראה אגרות הראיה א כ על פי הירושלמי סנהדרין ז ב.

[40] שו"ע חו"מ א א.

[41] ראה שו"ע חו"מ א ב – ג.

התורה מקנה לבתי הדין סמכויות ענישה מעטות יחסית בשל הנימוקים הבאים

- יש להנהיג ציבור בנחת ולא בהטלת אימה יתירה[42]
- חשש מפני עיוות הדין התפארת ישראל כותב: "כל עוות הדין אפשר ע"י א' מד' דברים ב' ע"י הדיין, וב' ע"י הבעל דין (א) שהדיין רשע בטבע, ובגאותו וחזקתו עושה עול וחמס במשפט, וכשחוק בעיניו להטות דין בזדון.[43] (ב) שהדיין שכח המעשה, או טועה בדין, והוא חושב שמצדיק צדיק ומרשיע הרשע, ועושה בהיפך.[44] (ג) שא' מבעה"ד הוא איש נכבד ואהוב להדיין, והדיין נושא לו פנים. (ד) שא' מבעה"ד נתן שוחד להדיין, והשוחט יעור עיני חכמים ויסלף דברי צדיקים...".[45]

  בנוסף לכך אחד מבעלי הדין עשוי להיות אדם אלים והדיין חושש לדונו דין אמת.[46] עדי שקר עלולים להטעות את הדיינים.[47] עדי אמת אינם באים להעיד, או שהם טועים בפרטים שוליים ולפיכך עדותם לא מתקבלת.
- חשש מפני קציבת עונש לא מידתי[48] כותב המהר"ל: "כי השכינה בישראל, והיא שעושה משפט ברשעים, ולפיכך אין על בית דין של מטה לעשות דבר שאפילו כחוט השערה אין ראוי להיות".[49] כותב הנצי"ב: "דלשפוט באמת להציל עשוק מיד עושקו לכוון לצמצם כפי הצורך לא יותר, ולהטיל אימה רק כפי הצורך לא יותר ולא מעט, זהו מהנמנע מאנוש עלי תבל".[50]

בשל הסיבות הבאות קשה מאד לקצוב עונש מידתי

- כמעט בלתי אפשרי לקבוע את הקף הנזקים שעבריין גורם, ובעיקר קשה לאמוד את הנזקים העקיפים.[51]
- כמעט בלתי אפשרי לאמוד את השפעת מעשהו של העבריין על אחרים.[52]
- כמעט בלתי אפשרי לאמוד את מדת האחריות האישית של העבריין. כותב הרב וינגורט: "זכורני שבשעת שיעור פתיחה שנתן הרב וינברג למסכת בבא קמא... העיר לרגע קט... שיסוד כל דיני החברה שבתורה בפסוק 'וחי אחיך עמך' ובחברה הבנויה על

---

[42] ראה סעיפים פה - פח. וראה סעיף רעב.

[43] ראה סעיפים קנ קנט.

[44] ראה סעיף ע, שעל הדיין להכיר את המציאות ולהכיר את התורה. וראה א"ת ערך טעות הדיינים.

[45] תפארת ישראל אבות ד כב ס"ק קכג. וראה ספורנו קהלת ג טז ; שו"ת חתם סופר או"ח נד.

[46] ראה מהרש"א על בבלי סנהדרין ו ב חידו"א ד"ה אוהב שלום ורודף שלום.

[47] ראה בבלי סנהדרין מד ב רש"י ד"ה דבעיא מכסא.

[48] ראה סעיפים רחצ רצט.

[49] באר הגולה, הבאר השני, עמ' כו.

[50] עמק הנצי"ב על הספרי דברים א ט.

[51] ראה נפש החיים א יב-יד ; אורות התשובה, תוספות תשובה ב. וראה ספר חסידים (מרג.) תרנט: דע והבן כי ההורג את הנפש או העושה רע לאדם אינו נענש על אותו האחד בלבד אלא על כל שמצטער עליו שנאמר 'וגם דמו הנה נדרש גם לרבות דמו' של זקן וכל שמצטער עליו".

[52] ראה חדושי מרן ר"י הלוי על התורה בסוף, שלעתיד לבא יהיה בירור סופי ואז יהיה סוף כל החשבונות.

דיני התורה, אם אדם מגיע למצב בו נזקק לגנוב, אין זה אלא... משום שלא קיימו בו 'וחי אחיך עמך' ".[53]

- כמעט בלתי אפשרי לאמוד את מדת הפתוי או לחילופין את מידת הקושי להמנע מעבירות. כותב ר' ישראל מסלנט: "בודאי יש בחינות רבות, מה שמגדיל ערך הזכיות והעונות... בחינה אחת כי נודע כי המצות נערכות נגד צער קיומם... וכן בענין העבירות תתחלף עונשם לפי גדר ערך צער מניעת העבירה...".[54]
- קשה לקבוע את מדת החוצפה של העבריין. כותב נפש החיים: "... יתכן, ששני אנשים עושין עברה אחת, ועם כל זה אין ענשן שוה, או מפני שהאחד שכלו והשגתו יותר גדולה מחברו, מצד ששרש נשמתו ממקום גבוה ועליון משל חברו... גם לא יהיה שוה ענש שני האנשים מטעם שלא היתה מחשבת שניהם שוה בעת עשית העון".[55]
- יש לקחת בחשבון את האפשרות שהעבריין יחזור בתשובה. כותב ספר חסידים: "האוכל תרומה בשוגג משלם קרן וחומש והגוזל במזיד אינו משלם אלא הגזל ולא יותר הטעם אם היית מחייב הגזלן יותר מאשר גזל לא היה חוזר בתשובה".[56]

כדי להבטיח את שלטון החוק יש לנקוט באמצעים הבאים

- חינוך ליראת שמים ולשמירת מצוות וחוקים.[57]
- דוגמא אישית של הפרנסים.[58]
- טיפוח המודעות לערכה של הערבות הדדית על כל המשתמע ממנה.[59] פוסק הרב הרצוג: "בזמן שהדור מתוקן, והפורץ (גדר) כבר מקבל עונשו המוסרי בגינוי של הקהל כולו שנעשה ללעג ולשמצה, אין לבית דין רשות להלקותו".[60]
- נקיטת כל האמצעים המקובלים להשלטת חוקים ומצוות.[61]
- טיפוח מערכות המשפט והפיקוח[62]
- טיפוח שיתוף פעולה בין התושבים ובין מערכות אכיפת החוק[63]

---

[53] חידושי בעל השרידי אש עמ' תקו בהערה. וראה משך חכמה דברים כא יח: "לפי זה גם בירושלים היה תודה ושלמים ומעשר שני... והיו אוכלים בשר הרבה ויין מעשר שני. לכן אין חטא אם בא הנער אל מידת הזוללות, ופשוט". וראה סעיף קלב הערה 7.

[54] אור ישראל ח. וראה אבן שלמה א ח.

[55] נפש החיים א יד.

[56] ספר חסידים (מרגליות) תקלט.

[57] ראה סעיפים קסב קסד רעב.

[58] ראה סעיפים מט נ.

[59] ראה סעיפים קעא – קעד קעט – קפא.

[60] תחוקה לישראל על פי התורה א עמ' 35.

[61] ראה סעיף רלט. וראה Bureaucracy: What Government Agencies Do And Why They Do It עמ' 295 – 297, שבארצות הברית פקחי הבטיחות הממונים על אכיפת תקנות בטיחות בעבודה עוסקים בעיקר בהכנת דו"חות. בשבדיה לעומת זאת הם עוסקים בעיקר ביעוץ ובהדרכה ומגישים דו"חות רק במקרים קיצונים. ממדת התורה לנהוג איפוא בדרך השניה.

[62] ראה סעיפים רמ רמא רמה.

- החדרת ההכרה שעבריין אשר לא יקבל את העונש הראוי בידי אדם יענש בידי שמים.[64] כותב הרב דסלר: "יסוד כל עונשי בית דין הוא, שלא הטילה התורה על בית דין להעניש את החוטא בעונש המגיע לו, כי השי"ת בעצמו מעניש כרצונו והרבה שלוחים למקום. אלא הכוונה שבית דין ילמדו דעת ולזה די במה שהעונש כתוב בתורה, וישנה אפשרות ואפילו רחוקה, להוציאו לפועל".[65]

"זו תורת משה לא תבטל",[66] אולם כיום ראוי להמנע מקבלת תקנות הקוצבות עונשים במקרים נוספים על אלו שהתורה קוצבת אפילו יותר מאשר בימי חז"ל בשל הטעמים הבאים

- יותר מבעבר יש להנהיג את הציבור בנחת.[67]
- יותר מבעבר יש להשמר מפני השתררות השלטון.[68] כותב רבי יוסף קארו: "עכשיו יש לחוש לבתי דינים מקולקלים בהרבה ענינים... וכן הוא בעונותינו כמעט כלינו בארץ בתגבורת חנופה וניצוח או שכחה וטעות".[69] כותב ספר יום תוכחה: "ובזמנינו שנתקלקלו הדורות השליכוה באחד הבו"רות, ששמשו שלא כדרכן אך יצא יצא להשתרר בתוך אהלם... ומקצתם הזילוה ושמוה לשמה שעשאום עטרה להתגדל בהמה בעל מנת לקבל פרס בכסף מלא... ולהיות צ"ר ושופט במחיר יורה".[70]
- יותר מבעבר קיים חשש שהדיינים יטעו. הרמב"ם פוסק: "נתרבו בתי דינין שאינם הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ובעלי בינה".[71]
- יותר מבעבר קיים חשש שהעדים יטעו את בתי הדין.[72]

---

[63] ראה סעיף קצז.

[64] ראה ספר החינוך שלח: "... אבל אין לוקין עליו לפי שאין בו מעשה. וכמה מלקיות מבלי רצועה של עגל ביד האדון המצוה על זה, יתברך ויתעלה". וראה מהרש"א בבלי סוטה יג חידו"א ד"ה ותניא, שמי שלא חזר בתשובה נענש בדיני שמים יותר ממה שהוא נענש בדיני בשר ודם. וראה סעיף נא על השתדלות ובטחון.

[65] מכתב מאליהו ג עמ' 298. וראה נתיבות עולם, נתיב הדין א. וראה פנקס ועד ק"ק פאדוואה ב החלטה רטז משנת הש"ע: "הושם פארטי.. שאם עבר העובר כנ"ל בשגגה יכופר לו ואם עבר בזדון יתחייב לשים בקפה מתן בסתר של כנסת אשכנזים... ואם יעברו החי' ימים הנ"ל ולא ישים כנ"ל אז יובן שיהיה תכף בנדוי ובחרם ובשמתא וארור...".

[66] ראה סעיף עג הערה 3.

[67] ראה סעיפים פה פו.

[68] ראה סעיף קנ.

[69] שו"ת אבקת רוכל יח.

[70] ספר יום תוכחה, להרב יהודה כ"ץ מליסא פרק א (דף ה א).

[71] רמב"ם סנהדרין כד ב.

[72] ראה חפץ חיים הלכות לשון הרע כלל ז באמ"ח ס"ק יב ושם הלכות רכילות ו באמ"ח טו.

על הענישה בימות המשיח כותב הרד"ק: "כל כך יהיו דבריו והנהגת מלכותו בנחת עד שאפילו החלושים לא ירגישו בו. ודמה החלושים לקנה רצוץ ולפשתה כהה שענינם שהיא קרובה לכבות, ולא יעלה על דעתך לפי שיהיה נח ורפה לא יעשה משפט אלא אעפ"כ לאמת יוציא משפט כי לא יבצר ממנו מזימה".[73] כותב הראי"ה קוק: "השגחת השי"ת היא יסוד המוסר האנושי והצלחתו, ולכשיתברר יפה בעולם בדעה גדולה ובהירה הוא יהיה יסוד האושר, 'לא ירעו ולא ישחיתו בכל הר קדשי כי מלאה הארץ דעה את ה' '".[74]

*

בקרב משפטנים רווח החשש שבתי המשפט לא תמיד מגיעים לחקר האמת.[75] זו אחת הסיבות לכך שבמרבית המדינות המפותחות בעולם אין עונש מות.[76]

---

[73] רד"ק ישעיה מב ג. וראה חידושי הרשב"א קידושין עב ב שיהיו בעתיד ממזרים. וראה סוף סעיף נב.

[74] אגרות הראיה א אגרת צא. ראה גם שמונה קבצים קובץ ז' קע.

[75] ראה פרופ' מנחם אלון, "הדין, האמת, השלום והפשרה", מחקרי משפט יד 2 תשנ"ח - 1998 עמ' 269 - 341, שמונה את הסיבות המקשות על שופט בימינו לדון דין אמת לאמיתו: א. המחוקק פוטר עדים מסוימים מלהעיד כגון עדים שעשויים להפליל את עצמם. ב. העדים פסולים כגון קרובים וכו'. ג. יש מקומות שבהם אין מקבלים ראיות שהושגו באמצעים פסולים. ד. לעיתים מזרזים את ההליך המשפטי כדי למנוע ענוי הדין. ה. כשמדובר בשאלה הנוגעת לגורלו של קטין עשויים לא לחשוף את כל האמת הנוגעת להורים.

[76] ראה סעיף שמח.

רחצ. מטרות הענישה

כאשר פרנסים קוצבים עונשים בחקיקה,[1] עליהם להשתמש רק באמצעי ענישה המקדמים את יעודי התורה.[2] הוא הדין לדיינים המענישים על פי גדרי הוראת שעה.[3]

עונשים מיועדים לחיזוק הדת ולתיקון העולם.[4] כותב הראי״ה קוק: ״יסוד כל העונשים, אפילו עונש של הורג נפש, צריך שיהי׳ נשקל על פי הפלס של תיקון העולם בעתיד״.[5]

זו מדת התורה. כותב המהר״ל: ״כי התורה הנושא שלה הטוב והזכות כמו שאמר הכתוב: ׳דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום׳. אף כאשר אמרה התורה להרוג ולשרוף ולסקול כל זה הוא להעמיד הטוב והנעם ולבער הרע״.[6]

אסור להשתמש בענישה כאמצעי נקמה. זו דרך הבורא. כותב הרב חסדאי קרשקש: ״וכן כשיישר השם את האדם אין הכוונה הנקמה ממנו... אבל הכוונה הטוב לכלל האומה, והוא המכוון בו״.[7] כותב הרב דסלר: ״וידוע שעונשי הקב״ה לא בדרך נקמה ח״ו אלא בדרך לימוד לתקן החטא״.[8]

זו מדת התורה. פוסק הרמב״ם: ״אין משפטי התורה נקמה בעולם״.[9] כותב הרמב״ם: ״כאשר צוה להשמיד שבעה עממים... סמך לכך מיד ואמר ׳למען אשר לא ילמדו אתכם לעשות ככל תועבתכם אשר עשו לאלהיהם׳... אמר אל תחשוב כי זו אכזריות או שאיפת נקמה, אלא היא פעולה שמחייבת אותה המחשבה האנושית, לסלק כל מי שסטה מדרכי הצדק...״.[10]

לענישה המטרות הבאות או חלק מהן

חינוך ושיקום הרב דסלר מבאר: ״עיקר דין העונש הוא למען ילמד החוטא מזה״.[11]

זו דרך הבורא. פסוק מפורש בספר מלכים: ״ויהיו דברי אלה אשר התחננתי לפני ה׳ קרבים אל ה׳ אלוקינו יומם ולילה לעשות משפט עבדו ומשפט עמו ישראל דבר יום ביומו״, ומבאר

---

1 ראה סעיף רצז.

2 ראה סעיפים ח י יט כב ש שלט.

3 ראה סעיף שלט.

4 ראה סעיף מו.

5 אגרות הראיה א פט. וראה שו״ת חתם סופר אבהע״ז ב קעד: ״מה שיש לעיין מנ״ל הא דאמרי׳ רבנן באי׳ שרכב סוס בשבת והביאו לב״ד וסקלוהו שהשע׳ צריכ׳ לכך מנ״ל... ונ״ל דמבן סורר ומורה נפקא לן דנידון על שם סופו וימות זכאי ואל ימות חייב...״. וראה סעיף מו.

6 תפארת ישראל נט.

7 אור ה׳ מאמר ב כלל ה פרק ג. וראה דרשות הר״ן י: ״... ומה שיתואר הש״י עליה באמרו י׳א-ל קנא ונוקם׳, איננו מתואר בה מצד הנקמה בעצמה, אבל מצד הטוב הנמשך ממנה״. ויש לעיין בדברי המלבי״ם דברי הימים ב יב ז: ״... שיש הבדל בין אם ה׳ מעניש דרך השחתה להנקם ובין אם מכה דרך רפואה להשיבם...״. מעין דברי המלבי״ם ראה בית הלוי הנזכר בהערה 13.

8 מכתב מאליהו א עמ׳ 195. וראה עין איה ברכות א פרק שלישי לח.

9 רמב״ם שבת ב ג. על מדת התורה ראה סעיף מד.

10 מו״נ א נד. על מלחמה בשבעת העממים ראה סעיף שלא.

11 מכתב מאליהו ג עמ׳ 297.

הרלב״ג: ״ולא יסתיר פניו מהם בעת העוותם אבל יוכיחם בדרך שיחזרו למוטב״.[12] כותב בית הלוי: ״... דהנה בעונש של גיהנם יש לומר... שהוא בגדר תיקון וכביסה, וכמו שמכבסין בגד שנבלע בו לכלוכית, מכבסין אותו ברותחין עד שפולט על המאוס שבו ונשאר נקי ומצוחצח וכמו כן נפש הרשע... אש הגיהנם מכבסם ומוציא הרע שנשרש בהם עד שנשארו נקיים כקודם החטא״.[13]

זו מדת התורה. פסוק מפורש בתורה: ״... ורצע אדניו את אזנו במרצע ועבדו לעלם״, ומבאר הרש״ר הירש: ״... ציותה התורה להביא את העבריין לתוך בית משפחה, כדרך שאנו היינו נוהגים לגבי נער עבריין על מנת לתקנו״.[14] כותב הראי״ה קוק: ״העונשים החברתיים... יש להם שני מקורות נפשיים. האחד נובע מתוך ההכרה שאסור לעשות עוולה, והעושה עוול צריך שיוסר כדי שתתחזק ההכרה הטובה הזאת, והשני בא מתוך צרות עין, שהאיש האחר אין לו ליהנות בשלי, או לנגוע בשלי... וכל המשפטים האלקיים... הכל נובע ממקור הטוב של האמת והיושר כשהוא לעצמו״.[15]

כפרה כותב הרש״ר הירש: ״לדעת חכמינו כל עונש הוא כפרה, לא כפרה על מדת הצדק שלקתה אלא כפרה לפושע עצמו״.[16] כותב האדמו״ר מליובאוויטש: ״התורה היא תורת חסד, כולל גם חלק העונשין שבה, כי עונשי התורה אינם אלא בשביל הכפרה והתיקון״.[17]

פיצוי לניזק[18]

הרתעה כותב הרמב״ם במורה: ״ודע שכל שיהיה מין אותו הפשע מרובה ומצוי וקרובה עשייתו, נתחייב שיהא עונשו יותר חמור כדי למנוע אותו...״.[19] במשנה תורה פוסק הרמב״ם: ״וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבין מיתת בית דין... בית דין חייבים מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה, לאסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים שלא יהיה הדבר להם לפוקה ולמכשול ויאמר הריני מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטר״.[20] כותב הרלב״ג: ״ראוי להשתדל בכל הפנים

---

[12] רלב״ג מלכים א ח נט.

[13] שו״ת בית הלוי, דרוש יג. וראה שם שיש שתי מטרות לגיהנם, נקמה לרשעים גמורים הנשארים בגיהנם לנצח נצחים ותיקון הנפש של רשעים שאינם גמורים, השוהים בגיהנם רק שנים עשר חדש.

[14] פירוש הרש״ר הירש שמות כא ב.

[15] שמונה קבצים קובץ ב רסז. הראי״ה קוק מבחין שם בין ענישה של התורה, ובין ענישה של החברה הפוליטית של האנושיות. וראה כיו״ב דרש משה ריש פרשת קדשים.

[16] פירוש הרש״ר הירש בראשית ט ו. וראה בבלי קידושין לה א; בבלי סנהדרין מב ב; בבלי מכות ב ב. וראה חידושי הלכות למהרש״א בבלי סנהדרין סד ב ד״ה גמרא ומזרעך, שאין עונשין מן הדין כי יתכן שלעבירה החמורה אין כפרה בעונש המתאים לעבירה קלה. וראה רמב״ם רוצח ושמירת נפש ו ד; רמב״ם תשובה א א וכח התשובה סימן מא ג; משנה עם פירוש הרמב״ם תרומות ז א וצפנת פענח על ויקרא כב יד. וראה ערוך השלחן העתיד סנהדרין נא יא ושם שם נב ט. הערת הרב נבנצל: ״מגמת מחדשי הסמיכה בימי המהר״י בי רב היתה לאפשר לאנוסי ספרד להתכפר במלקות״.

[17] רשימות ב חוברת כה, עמ׳ 216. וראה חשוקי חמד בבא קמא עמוד קב.

[18] על מדה כנגד מדה ראה סעיף רצט הערה 4.

[19] מו״נ ג מא.

[20] רמב״ם רוצח ושמירת נפש ב ה. וראה בבלי סנהדרין מד א, ורש״י שם ד״ה לרדותן - ״שיראו את קלקולו ויזהרו בעצמן ולא יוסיפו למעול בחרם״.

לשפוט עושה הרע כרשעתו לבער הרע מן הארץ כי בזה יוסרו שאר האנשים״.[21] כותב הראי״ה קוק: ״יראת העונש בחיי היחיד ובחיי הכלל היא תופסת מקום גדול בחינוך הטוב ליחיד ולציבור...״.[22]

זו דרך הבורא. כותב הר״ן: ״שאין העונש הבא מהש״י על בני אדם מכוון לעצמו, אבל להישיר אותם או להגן אחרים שלא ילמדו ממעשיהם״.[23]

זו מדת התורה. פוסק הרמב״ם: ״וארבעה צריכין הכרזה, זקן ממרא, ועדים זוממין, והמסית, ובן סורר ומורה, שהרי בכולן נאמר ישמעו וייראו״.[24]

הגנה על הציבור מבאר רב סעדיה גאון: ״לפי שהשכל מחייב כמו שנראה לאדם עצמו שכריתת מקצת אבריו אם ניזוקו ברעל או במחלה, טובה היא לו להציל שאר גופו, כך נראה למין האדם שהריגת מי שהושחת מהם והשחית בארץ, דבר נכון כדי להציל שאר בני אדם...״.[25]

זו מדת התורה. כותב הרמב״ן: ״... בן סורר ומורה... לא הומת בגודל חטאו אלא ליסר בו את הרבים, ושלא יהיה תקלה לאחרים״.[26] כותב האור שמח: ״והנראה, דבעונשי ב״ד יש שהוא חיוב על העבר, שעל זה שעשה נענש, ויש שחיובו משום להבא, שלא יוסיף עוד להרוג״.[27]

הרחקה מן הציבור זו מדת התורה. כותב ספר החינוך: ״מצוה על בית דין להשליך מכה נפש בשגגה מעירו לערי מקלט ועל הרוצח בעצמו ללכת שם... ועוד תועלת בדבר לבלי יראו קרובי המוכה הרוצח לעיניהם תמיד במקום שנעשתה הרעה, וכל דרכי התורה נועם״.[28]

מחיית שרידי העבירה זו מדת התורה. מבאר הרמב״ם: ״בלי ספק שייהרג זרע עובדי עבודה זרה ואף על פי שהם קטנים... כל זה כדי למחות אותם העקבות אשר גרמו להפסד העצום״.[29] מפורש בתורה: ״תמחה את זכר עמלק״, ומפרש רש״י: ״... שלא יהא שם עמלק נזכר אפילו על הבהמה לומר בהמה זו משל עמלק היתה״.[30]

---

[21] רלב״ג מלכים א ב מו התועלת הי״ב.

[22] עין איה שבת א פרק ראשון עא.

[23] דרשות הר״ן דרוש י. וראה מלאכת מחשבת פרשת שלח ד״ה אם יראו את הארץ: ״לפי שהעונש בא לא לכפר העון אלא להיות סייג לפושעים... שממנו יקחו מוסר וכל העם ישמעו ויראון. וזהו שאמר: 'אם יראו את הארץ'...״.

[24] רמב״ם ממרים ג ח.

[25] הנבחר באמונות ובדעות ד ב. וראה ערוך השלחן העתיד סנהדרין נא יב: ״... לבד ברוצח שריבתה תורה, שאם אי אתה יכול להמיתו במיתה הכתובה בו שאתה ממיתו בכל מיתה שאתה יכול. והטעם נראה מפני תקון העולם שלא יהרוג עוד בני אדם״. סברה זו בענין בן סורר ומורה ראה רש״י דברים כא יח ומו״נ ג לג. וראה גליוני הש״ס פסחים צא ב שיש בגמרא הו״א לחייב קטן הבא על אשת איש וכו׳ לא מצד הכפרה אלא מצד הצורך להגן על הציבור.

[26] פירוש הרמב״ן על התורה דברים כא יח. וראה בבלי סנהדרין נד א: ״... והאשה המביאה את הבהמה - בסקילה. אם אדם חטא בהמה מה חטאת... דבר אחר: שלא תהא בהמה עוברת בשוק ויאמרו זו היא שנסקל פלוני על ידה״.

[27] אור שמח הלכות עדות כ ז. וראה ספר החינוך רלו. גלות מגינה על הרוצח, ראה ספר החינוך תי ושם תיח.

[28] ספר החינוך תי.

[29] מו״נ א נד. וראה ספר החינוך תסד. וראה רש״י בבלי סנהדרין מו א ד״ה שם שמים מתחלל: ״שמזכירים שזה בירכו״. וראה סעיפים שלא שמו.

[30] ראה רש״י דברים כה יט ד״ה תמחה את זכר עמלק, וראה סעיף שלא. וראה שו״ת הרלב״ח עט.

קידוש השם ומניעת חילול השם הרא"ש פוסק: "אלמנה אחת נתעברה מישמעאל אחד וכריסה בין שניה, וקלא דלא פסיק נפק עלה...ושהאלמנה הנזכרת נתנה רוב נכסיה לישמעאל שהיא חשודה עמו. ושאלו ממנה היהודים, כשראוה מעוברת, ממי נתעברה, והודתה בפניהם שמן הישמעאל שהיתה חשודה עמו... על כן אני מחלה פניך היקרים והנעימים, שתנחני בעצתך הנכונה כיצד אדון אותה, כדי שלא יהיו משפטי תורתנו קלים ובזויים בעיני העמים... תשובה: הנכבד החכם רבי יהודה בן ואקר, ש"צ, יפה דנת, ליסרה כדת..."[31].

פשיטא, שלא כל אמצעי ענישה משרת את המטרות כולן.

גם כיום תקפים כל עקרונות הענישה.[32]

*

מאז ומעולם היו הפילוסופים, המשפטנים ואנשי הדת חלוקים בדעותיהם באשר למטרות הענישה.[33] מאחר ואין בנמצא תיאוריה אחת ויחידה המספקת מערכת המתאימה לכל המטרות, כל שיטת ענישה מחייבת את מקבלי ההחלטות לבחור בין התיאוריות השונות.[34] על כל פנים, הכל תמימי דעים כי במקרה של גרימת נזק על המזיק לפצות את הניזק.

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובעת: "מערכת בתי הכלא תכלול טיפול באסירים אשר מטרתו העיקרית היא תיקונם ושיקומם החברתי".[35]

חוקות אחדות קובעות כי מטרת הענישה היא חינוך של העבריין[36] ושיקומו.[37] בקצת מהמדינות קובעת החוקה שאחת ממטרות המאסר היא הגנה על החברה.[38]

---

[31] שו"ת הרא"ש יח יג. וראה שו"ת מהר"י ברונא קב. על קידוש השם בענישה ראה סעיף שא.

[32] עקרונות הענישה אינם נדונים בהצעת החוקה של ד"ר כהן, ראה תחוקה לישראל על פי התורה ג עמ' 5 – 16. על שיקול של כפרה בימינו ראה עלינו לשבח דברים ב עמ' רכא: "... הרי הבן שלך הרג נפש, וזקוק לכפרה, ואולי אולי יהיה בכח המאסר הזה להעניק לו קצת כפרה, ואיך תבקש להמעיט מהשנה וחצי שנגזרה עליו?"

[33] ראה EB (2008), crime and punishment, Theories and objectives of punishment. וראה הענישה הפלילית פרק שלישי. הרעיון של שיקום בא לידי בטוי בעיקר בעונשים קלים המקובלים בימינו כגון פיקוח של קצין מבחן, עונש על תנאי, או עבודות שירות, עונשים שאינם מוציאים את העבריין ממשפחתו מחברתו ומעירו.

[34] ראה EB (2008), crime and punishment, Theories and objectives of punishment, Theories in conflict. ראה A Theory of Justice פרק 38, שאין צורך לתת עונשים כבדים אך על הציבור לדעת שיש תגובה לעבירה. וראה שם עמ' 240, שאסור שאזרח יחשוב שאחרים אינם שומרים על החוקים.

[35] כתבי אמנה 1040 10 3. וראה ההה"מ 864. בית המשפט העליון בארצות הברית לא קיבל את הטענה שעונש של החרמת רכוש נועד לפצות את המדינה על ההוצאות הגדולות שיש לה בגין טיפול בעברינים, ראה AUSTIN, v. UNITED STATES 509 U.S. 602 (1993).
לגבי הדילמה מי אמור לשלם את ההוצאות הנגרמות בגלל עבריינים ראה בית הבחירה על מועד קטן ו א ד"ה באחד באדר: "... והיא היא שלמדתנו להיות שכרן ניטל מתרומת הלשכה שאם משלהם אין לנו לחוס על ממון פושעים להשתדל שתהא מלאכתם בשעת הזול". וראה סעיף רמ הערה 38.

[35] ראה ICL חוקת איטליה 27 (3) ; חוקת ספרד 25 (2).

[36] ראה ICL חוקת איטליה 27 (3) ; חוקת ספרד 25 (2).

[37] ראה ICL חוקת ספרד 25 (2) ; שם חוקת פאראגוואי 20 (1).

[38] ראה ICL חוקת פאראגוואי 20 (1).

רצט. ענישה מדתית

כאשר פרנסים קוצבים עונשים בחקיקה,[1] עליהם לקצוב אך רק עונשים מדתיים. כותב הרמב"ם: "המטרה בכל השוית העונש לעברה, וגם זה הוא ענין היות המשפטים צדיקים... המעשים אשר תוצאותיהם הפסד גדול עונשן חמור, והמעשים אשר תוצאותיהם הפסד קל ומועט עונשן קל".[2] הוא הדין לדיינים המענישים על פי גדרי הוראת שעה.[3]

העונש שהתורה קוצבת לעבירות שבין אדם לחברו הוא מדה כנגד מדה.[4] כותב הרמב"ם: "עשה עונש כל פושע נגד זולתו באופן כללי שייעשה בו כאשר עשה בשוה...".[5]

העונש שקוצבת התורה למי שעבר במזיד על לאו שבין אדם למקום הוא מלקות.[6]

במקרים הבאים התורה מחמירה בענישה

- כותב הרמב"ם: "שהדברים המצויים יותר צריך למנען בעונש חמור, אבל מעט המציאות הרי עונש קל עם מיעוט מציאותן מספיק במניעתן... כי פגע הגניבה יותר מצוי מן הגזל, כי הגניבה אפשרית בכל מקום, והגזל לא יתכן בתוך הערים כי אם בקושי. ועוד שהגניבה אפשרית בדבר הגלוי ובדבר שנזהרו להסתירו ולשמרו, והגזל אינו אפשרי אלא בדבר שהוא נראה וגלוי, ואפשר לאדם להשמר מן הגזלן... ועוד שהגזלן ידוע... ולכן מחמת כל הסבות הללו דן את הגנב בקנס ולא דן כן את הגזלן".[7]
- כותב הרמב"ם: "כי הדבר שיש לאדם העזה לעשותו, אם מפני שהתאוה מושכת אליו מאד או לתוקף ההרגל, או לגודל הצער שבעזיבתו, הרי לא ימנע ממנו כי אם חשש דבר גדול...

---

[1] ראה סעיף רצז.

[2] מו"נ ג מא. וראה מו"נ ג נג: "אבל מלת צדקה היא נגזרת מן צדק... ופירושו להביא לכל בעל זכות את המגיע לו וליתן לכל מצוי מן הנמצאים כפי הראוי לו".

[3] ראה סעיף שלט.

[4] ראה מו"נ ג מא. וראה בבלי סוטה ח ב: "במדה שאדם מודד בה מודדין לו"; שם סנהדרין צ א: "שכל מדותיו של הקב"ה מדה כנגד מדה"; ספר העיקרים ד ט. וראה רש"י קידושין כח א ד"ה יהא בנדוי.

[5] מו"נ ג מא. וראה פירוש המשניות לרמב"ם אבות ב ז.

[6] ראה מו"נ ג מא.

[7] מו"נ ג מא. ראה בבבלי גיטין נג א: "ואי אשמעינן מדמע משום דשכיח, אבל מטמא דלא שכיח אימא לא". וראה בבלי ב"ק ד א שאחד השיקולים לחייב על נזקי רגל הוא שהיזקה מצוי, וראה גם שם דף י ב וכן שם ס א בענין גדיש. וראה פירוש הרמב"ן על התורה שמות כא טו; שם על במדבר ה ו; ספר החינוך תקעז. וראה ראב"ע הארוך שמות כ ו, מפני מה החמירה התורה באיסור שבועת שוא: "ואשר הרגיל עצמו להשבע לשוא, ישבע ביום אחד שבועות אין מספר". וראה בבלי בכורות ג א, שחכמים לא החמירו בדינו של מי שמכר עבד לנכרי שלא כדין, כי על "מילתא דלא שכיחא לא גזור רבנן". ראה בבלי ע"ז סב ב: "פועל דלא נפיש אגריה - לא קנסוהו רבנן וכו' ". וראה אגרות הראיה א פט: "כיון שכספו הוא, והאדם חס על כספו, ולא תארע כל כך בנקל הריגת עבד בזדון מפני הפסד ממונו, על כן 'לא יוקם' ". על דברי הרמב"ם שגניבה יותר שכיחה מאשר גזל צ"ל, שמה שפסק הרמב"ם באיסורי ביאה כב יט ש"רוב בגזל", הכונה לאו דוקא לגזל אלא גם ללאוין הדומים לגזל כגון לא תעשק, לא תגנבו וכו', ראה מסילת ישרים ריש פרק יא. הסבר שונה על ההבדל בין גנב וגזלן ראה בבלי בבא קמא עט ב, ולפיו גנב נענש יותר מגזלן משום החוצפה שבמעשיו כלפי שמיא.

ויש במקצת המאכלות כרת, בדם מחמת עוצם להיטותם על אכילתו באותם הזמנים... ולפיכך נאמרה בו הדגשה מרובה...״.[8]

- כותב הרמב״ם: ״קלות עשיית אותה הפעולה בהעלם ובהסתר כדי שלא ירגישו בו אחרים, הרי ההרתעה מזה לא תהא כי אם בחשש עונש קשה וחמור... נעשו תשלומי גונב הצאן כפלים מתשלומי שאר המטלטלין...כי גניבתן היא המצויה תמיד כיון שהן במדברות ובמקום שאי אפשר להסגירן כדרך שסוגרים על דברים שבתוך הערים... ותשלומי גניבת הבקר נוספו עוד כפל אחד, כי אפשרות גניבתן יותר, כי הצאן רועות מקובצות ואפשר לרועה לראותן... אבל הבקר רועות מפוזרות מאד... ואי אפשר לרועה לראות את כולן, ולפיכך מתרבים בהם הגניבות״.[9]
- כותב הרמב״ם: ״אבל עושה ביד רמה הוא המזיד המתחצף ומתפרץ ועובר בפרהסיא וכאילו אינו עובר לעצם התאותנות או להשגת מה שמנעה אותו התורה מלהשיגו מחמת רוע מדותיו בלבד, אלא מפני שהוא מתנגד לתורה ומתקומם נגדה... ואפילו אכל, לדעתי, אדם מישראל בשר בחלב או לבש שעטנז או גלח פאת ראש מתוך בזיון וזלזול מחמת השקפה המתפרש ממנה שאינו מאמין אמיתת התורה הזו, הרי זה, לדעתי, את ה׳ הוא מגדף, ונהרג כהריגת כופר לא הריגת עונש״.[10]

אומרת התורה: ״וכי יכה איש את עבדו וגו׳ בשבט ומת תחת ידו נקם ינקם״, ומבאר הנצי״ב: ״... ההורג את עבדו הוא בכח ממשלה ולא מכעס, ואם כן הוא אכזריות וינקם״.[11]

על פרנסים ועל דיינים להתאים כל עונש למעשה העבירה.[12] כותב הפלא יועץ: ״חיובא רמיא על יושבי כסאות למשפט ומנהיגי הקהלות לקנוס את החוטאים לפי החטא ולפי מה שהוא אדם... אבל צריך פלס ומאזני משפט לשקול בשקל הקדש שלא להוסיף ושלא לגרוע...״.[13]

---

[8] מו״נ ג מא. וראה בבלי ב״ק ג א שאחד השיקולים להעניש על נזקי בהמה הוא ״דיש הנאה להיזקו״. מעיר הרב נבנצל: ״צ״ע דהנאה לבהמה והתשלום מהבעלים״.

[9] מו״נ ג מא. הערת הרב נבנצל: ״בגמרא אמרו טעמים אחרים״. וראה ראב״ע על דברים כז טו – כה ״... והטעם להזכיר אלה י״א עבירות בעבור שיוכל לעשותם בסתר״.

[10] מו״נ ג מא. וראה ספר העיקרים ג כה: ״כי היא תשער הענשים הראויים כפי המרי״. לשיטה זו, מובן מפני מה בן סורר ומורה נסקל. וראה בבלי ברכות ד ב, שהעובר על דברי חכמים חייב מיתה. וראה דרשות הר״ן הדרוש השביעי: ״... העובר על דברי חכמים, אחר היותו שומר דברי תורה, לא יהיה זה מתולדת היצר ותקיפתו אבל מצד הבזיון, ולכן יתחייב מיתה״. הערת הרב נבנצל: ״צ״ע, אטו המבזה תורה אינו חייב מית׳?״ וראה שו״ת מהר״ם שיק יו״ד רט״ו אות ב: ״... בכל מה שתמה הרמב״ן עליו בזה מישב בספר קרית ספר בהקדמתו... דהרמב״ם נמי מודה דהדברים עצמן שתקנו העובר עליהן מחמת תאוותו ויצרו הוא עובר על איסור דרבנן אבל החולק עליהן וממרה בהן ובתקנתן ובגזרתן הוא איסור דאורייתא...״.

[11] העמק דבר שמות כא כ. וראה שם כא כו.

[12] כאשר יוזמים ענישה יש לדרג לא רק את העבירות אלא גם את העונשים.
ראה בבלי כתובות לב א, שהגמרא דנה מה חמור יותר מלקות או ממון. וראה ערוך לנר על סנהדרין פא א ד״ה בתוס׳ ד״ה איתגורי, שאם מדובר במעט ממון פשיטא שעדיף לתת ממון. צריך להוסיף שמי שידו אינה משגת אינו יכול לתת גם מעט ממון, וראה בבלי ברכות לג ב: ״משל לאדם וכו׳ ״.
ראה רמב״ם יום טוב א כב ושם ח יז, שנדוי חמור ממכת מרדות. וראה שו״ת המהרשד״ם חו״מ עח. לשיטת הפרי חדש שעל הדיין להחליט אם להעניש את העובר במילי דרבנן בנדוי או במלקות, ראה סעיף שא

אסור להחמיר בענישה יתר על המדה. פוסק הרדב״ז: ״נשאלתי על ההסכמות שעשו קהל טריפול יצ״ו... עוד גזרו שכל מי שיסרב מלקיים הסכמתם יהיו נכסיו הפקר גמור... ושאלת אם יש ממשות בהסכמות הללו. תשובה... לא היה בידם כח לזה... ואפילו לפי שיטתם שחשבו שהסכמתם הסכמה היה להם לקנוס העובר עליה אבל להפקיר ממונו כזו לא שמענו...״.[14] המשא מלך פוסק: ״העיקר בדיני המסים... הוא המנהג... והוא שיש מנהג בלתי יוצא מן היושר כ״כ... אבל אם נהגו למסור ממונו על ידי גויים ולאבדו בידים בכה״ג לא הוי מנהג״.[15]

המחמיר בענישה יתר על המדה[16] נדון כמי שפוגע בזולת שלא כדין.[17] את דברי החכם מכל אדם: ״אל תרשע הרבה״, מבאר הספורנו: ״להתאכזר אפילו על הרשעים יותר מן הראוי כאמרו ׳ארבעים יכנו ולא יוסיף׳ ״.[18] זו דרך הבורא. מבאר רש״י: ״אף על פי שהוא חזק כשמביא פורענות על עוברי רצונו לא בשטף הוא מביא כי אם בדין כי תמים פעלו״.[19]

פרנסים ודיינים המענישים יתר על המדה נענשים בחומרא בידי שמים.[20] כותב הרמב״ן: ״ודע והבן כי ענין פילגש בגבעה... והנה שתי הכתות ראויות להענש... ובני בנימין היו גבורים, ועריהם בצורות, והשחיתו בישראל הבוטחים בזרוע בשר, והוסיפו עונש על ענשם, כי די היה להם להבריח ישראל מן הגבעה, והם הכו בהם למשחית איבת עולם והפילו מהם עם רב ועצום כ״ב אלפים״.[21]

הערה 16. וראה שו״ת מקום שמואל צט. וראה באר היטב, שו״ע חו״מ ח ס״ק ז, שאף על פי שנדוי חמור ממכת מרדות, לענין נאמנות חמור דין מכת מרדות מדין נדוי, שכן אין פוגעים בגופו של אדם ללא עדים.
ממנהג הקהילות אפשר להסיק שממון קל ממאסר, ראה לדוגמא פנקס מדינת ליטא ועד שפ״ג לפ״ק טז; תקנות מדינת מעהרין רפ משנת תי״י לפ״ק.
וראה שו״ת חקקי לב ב (חו״מ) ה: ״... דודאי קיל טפי חבישה בבית האסורים מהכאה...״.
וראה חקקי לב שם שחבישה בבית האסורים קלה מנדוי ומחרם, וראה שו״ת הרלב״ח ל. וראה שו״ת רדב״ז ח קצג שנימוקו עמו: ״וטעמא רבה איכא שזה עונש לגוף וזה עונש לנפש״. פשיטא שבכל דיון על חבישה בבית הסהר צריכים לקחת בחשבון את משך המאסר ואת תנאי המאסר.
וראה שו״ת חתם סופר אבהע״ז ב קעד, שעונש אכזרי עלול להיות חמור יותר מאשר עונש מיתה.

13 פלא יועץ, קנס. וראה מו״נ ג מא: ״... ולפיכך עמלק... ועמון ומואב אשר נטפלו לנו בציקנות וגרמו נזק בנכליהם נענשו... לא יותר. כל הדברים הללו גזרה אלקית לעונש כדי שלא יהא בו הגזמה ולא חסור אלא כמו שבאר יתעלה ׳כדי רשעתו׳״.

14 שו״ת הרדב״ז שני אלפים רמח. וראה בבלי ב״מ צ ב: ״א״ל אביי דיין שקנסת עליהם מכירה״. וראה ישׁ״ש ב״ק ט ז: ״... אלא בא למעוטי שלא יקנוס הדיין אלא כפי שהסברא נוטה, כגון הכא, דלא קנסיה רב נחמן אלא בפלגא. כפי מה שהשביחו השוורים, כדא״ל, אטו נמי כולה קאמינא, פלגא קאמינא. משמע, אף על פי דהוי קנסא, מ״מ לא הוי ליה רשותא למיקנס בכולהו שבחא, על זה כיון הרי״ף דקנסינן דוקא בכה״ג״.

15 משא מלך אחרית דבר בסוף הספר.

16 הערת הרב נבנצל: ״וכן כתב המאירי בברכות במעשה דהורידו רבן גמליאל מנשיאותו עיי״ש [בית הבחירה על ברכות כז ב]״.

17 ראה סעיף פד.

18 ספורנו על קהלת ז טז.

19 רש״י דברים לב ד.

20 ראה סעיפים פז פח.

21 פירוש הרמב״ן על התורה בראשית יט ח.

גם כיום יש להקפיד על ענישה מדתית.[22]

*

המגנה כרטה קובעת: "בן חורין לא יהא נענש בגלל עבירה קטנה, אלא לפי דרגת העבירה, ובגלל פשע גדול בהתאם לחומרה שבו".[23] כיוצא בזה, קובעת המגנה כרטה בנוגע לסוחרים ולאצילים.[24]

מדינות רבות מדרגות עבירות לפי מידת חומרתן.[25] לאחרונה התקבל חוק במדינת ישראל: "העקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומדת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו...".[26] באמנות השונות אין הוראה כללית

---

[22] בהצעת החוקה של ד"ר כהן, תחוקה לישראל על פי התורה ג עמ' 5 – 16 לא נזכר העקרון שלפיו על העונשים להיות מידתיים.

[23] מגנה כרטה סעיף 20, ראה חירות ומשטר 1. ראוי לציין כי מבחינה עיונית יש מקום להבחין בין הדרישה לענישה מידתית ובין הדרישה שלא לקצוב עונש אכזרי ולא רגיל, שכן מי שמבצע פשע אכזרי ולא רגיל אינו יכול להתלונן אם נותנים לו עונש אכזרי ולא רגיל, מדה כנגד מדה. וראה הערה 30.

[24] שם סעיפים 20 21. עקרון זה נזכר גם בכתב הזכויות של המלך ויליאם השלישי.

[25] ראה EB (2008), crime and punishment, Classifications of crimes, שמקובל שעבירות חמורות נדונות בבית משפט בדרגה גבוהה יותר.

[26] תיקון לחוק העונשים (תיקון מס 113) התשע"ב סעיף 40 ב. בהמשך התיקון קובע החוק: 40 ג. (א) בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה... (ב)... בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור. 40 ו. מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם מפני ביצוע עבירה נוספת... רשאי הוא להתחשב בשיקול זה... 40 ז. מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם.... רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם. 40 ח. קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב... במצבו הכלכלי של הנאשם... 40 ט. בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה... יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה... 1. התכנון שקדם לביצוע העבירה. 2. חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומדת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה. 3. הנזק שצפוי היה להגרם מביצוע העבירה. 4. הנזק שנגרם מביצוע העבירה. 5. הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה. 6. יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו. 7. יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו, לרבות עקב התגרות של נפגע העבירה. 8. מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה. 9. הקרבה לסייג לאחריות פלילית כאמור בסימן ב' לפרק ה'1. 10. האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע העבירה או ניצולו. 11. הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או של יחסיו עם נפגע העבירה. 40 יא. בגזירת העונש המתאים לנאשם... רשאי בית המשפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה... 1. הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו. 2. הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם. 3. הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשעתו. 4. נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב. 5. מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה. 6. שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק; ואולם, כפירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו. 7. התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה. 8. נסיבות חיים קשות של הנאשם שהיתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה. 9. התנהגות רשויות אכיפת החוק; 10. חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה. 11. עברו הפלילי של הנאשם או העדרו. 40 יב. אין בהוראות... כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשקול נסיבות נוספות הקשורות

שלפיה יש להתאים את העונש לעבירה, אך האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים קובעת: "מדינה חברה תבטיח כי עינויים מהווים עבירות על פי דיניה הפליליים... מדינה חברה תעשה שעבירות אלה יענשו בעונשים מתאימים, תוך התייחסות לאופיין החמור".[27]

עקרונות הענישה אינן מופיעים בדרך כלל בחוקות. לא מצאנו חוקות הקובעות עקרון כולל ומקיף שעל עונש להיות מידתי. עם זאת, בכמה מדינות אוסרת החוקה הטלת קנסות מופרזים[28] ופשיטא שהכונה היא לאסור ענישה שאינה מידתית.[29]

מדינות אחדות קובעות בחוקתן מה הן העבירות שאליהן יש להתיחס כעבירות חמורות במיוחד.[30]

בביצוע העבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם, וכן נסיבות נוספות שאינן קשורות בביצוע העבירה לשם גזירת העונש המתאים לנאשם".

[27] כתבי אמנה 1039 4 1 - 2 .

[28] ראה חוקת ארצות הברית של אמריקה, התוספת השמינית; ICL חוקת פאראגוואי 44.

[29] בחוקת ארצות הברית מופיעה הוראה שאסור לקצוב עונש אכזרי ולא רגיל, ראה סעיף שמט. אפשר להבין שכוונת המחוקקים היתה שבסתמא עונש אכזרי ולא רגיל הוא עונש שאינו מדתי, וראה Blacks Law Dictionary ערך Punishment, cruel and unusual punishment. כך הבין כנראה בית משפט לערעורים בקליפורניה (People v. Almodovar (1987) 190 Cal.App.3d 732, 739-740) אשר פסק שיש לעשות שלשה מבחנים המאפשרים לקבוע אם עונש הוא אכזר ולא רגיל: א. בדיקה עד כמה העבירה או העבריין מסוכנים לחברה. ב. השוואת העונש המוצע לעבירות יותר חמורות באותה מערכת משפט. ג. השוואת העונש המוצע לעבירות זהות במערכות משפט אחרות. אך במשפט RUMMEL v. ESTELLE, 445 U.S. 263 (1980), בבית המשפט העליון בארצות הברית נדון עבריין אשר עבר שלש עבירות במשך תשע שנים: א. השתמש בכרטיס אשראי לא לו וקנה סחורה ב 80 $. ב. נתן צ'ק מזויף על סך 28.36$. ג. רכש במרמה סחורה בעבור 120.75$. על העבירה הראשונה נענש בשלש שנות מאסר. על העבירה השניה נענש בארבע שנות מאסר ועל העבירה השלישית הוא קיבל מאסר עולם. הוא ערער לפני בית המשפט העליון על העונש האחרון בטענה שמדובר בעונש אכזרי ולא רגיל וטענתו נדחתה, בנימוק שעונש אכזרי נקבע לפי סוג העונש ולא לפי מדת השימוש בו. כיו"ב, פסק אותו בית משפט גם בתיק Harmelin v. Michigan 501 U.S. 957 (1991), שם הורשע העבריין בערכאה ראשונה בהחזקת סמים במשקל 650 גרם ונדון למאסר עולם ללא אפשרות של חנינה, וערער על חומרת העונש. שופט בית המשפט העליון סקליה (A. G. Scalia) דחה את הערעור בנימוק שאין אמת מדה אוביקטיבית לקבוע מה נחשב לאכזרי וציין שבמשך כל ההיסטוריה של ארצות הברית השתמשו בעונש זה. השופט אף לא קיבל את הטענה שבמדינות אחרות לא מקובל לתת עונש כה חמור משום שלדעתו, כל מדינה צריכה לקבוע את העונשים בהתאם לצרכים ולדאגות המקומיים והנתונים החברתיים. השופט סקליה מסכים שעל עונש להיות מדתי, אך יחד עם זאת הוא חולק על השופטים בקליפורניה וסובר שהמדתיות נקבעת לפי המקום והזמן.

[30] ראה ICL חוקת ברזיל 5 (0) XLIII שכמה מעשים נדונים כמעשים שפלים ונתעבים, בכללם עינויים, מסחר בסמים והטלת טרור, והעבריינים, ובכללם כל מי שהיה בידו למנוע את המעשים ולא מנע, יענשו בחומרה ולא יהיו זכאים לשחרור בערבות או לחנינה. וראה שם XLIV שהתקוממות אלימה כנגד הסדר החוקתי והדמוקרטי, תחשב אף היא כעבירה חמורה במיוחד.