

עונש שמענו, אזהרה מניין?

דבר תורה פרשת משפטים, ד"ר חזות גבריא

על הפסוק: וּמִקְלָל אָבִיו וְאִמּוֹ מוֹת יוּמָת: (שמות כא, יז), אומר המדרש:

עונש שמענו אזהרה מניין, ת"ל (שמות כב, כז): "אלהים לא תקלל"; אם דיין הוא אביך, הרי הוא בכלל אלהים לא תקלל, ואם נשיא הוא, הרי הוא בכלל (שמות כב, כז) "ונשיא בעמך לא תאור";הרי אתה דן בנין אב מבין שלשתן, לא הרי דיין כהרי נשיא, ולא הרי נשיא כהרי דיין, ולא זה זה כהרי חרש, ולא הרי חרש כהרי זה זה, הצד השווה שבהן, שהם בעמך ואתה מוזהר על קללתם, אף אביך שבעמך, אתה מוזהר על קללתו. (מכילתא דרבי ישמעאל משפטים - מסכתא דנזיקין פרשה ה.)

הדרשן תר אחר אזהרה לעבירת מקלל אביו ואמו שעונשה מיתה בסקילה. בסוף הדיון המדרשי נמצאת האזהרה בבניין אב מצירוף שלשה מקורות שונים בהם הוזכרה קללה: דיין, נשיא וחרש. זהו מבנה מורכב של הצד השווה משלשה כתובים ולא משניים. אזהרה בלשון חכמים היא עבירת לאו (ראו לשון הרמב"ם בשורש ח). ברי לחז"ל שלא ניתן לענוש אלא אם קיים מקור נוסף הקרוי אזהרה. במלים משפטיות: יש חובה לקבוע תחילה כי מעשה מסוים אסור, כלומר, הוא מהווה עבירה ורק אחר כך לקצוב את עונשו.

בעולם המשפט מחלקים בין כללי הכרעה (decision rules), דהיינו: ענישה, לבין כללי התנהגות (conduct rules), דהיינו: אזהרות ומצוות. בפילוסופיה של המשפט קיימות גישות פוזיטיביסטיות כמו זו של האוסטרי הנס קלזן, המגדיר את המשפט כמערכת של כללי הכרעה בלבד אשר קובעים את גבולות הפעלת הכוח על ידי בתי המשפט. לכללי ההתנהגות אין מקום במסגרת החוק, כלומר אין צורך להזהיר. בחוק העונשין הישראלי לדוגמה, אין כלל סעיף האוסר רצח או גניבה אלא קציבה של העונש בלבד (ראו: חיים כהן, המשפט, ירושלים, תשנ"ב, עמ' 653).

בהלכה המצב שונה. קיימים כללים משני הסוגים ולמעשה לא ניתן לענוש ללא אזהרה. הכלל- "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", מוצג בחז"ל, כמו במדרשנו, בניסוח הבא: "עונש שמענו, אזהרה מניין?". שני כללים מוכרים לנו בהקשר זה: "אין עונשין מן הדין" ו-"אין מזהירין מן הדין". גם מי שחלוק על אין עונשין מסכים עם אין מזהירין. לכללים אלו מספר סייגים; בהיקש, גז"ש ומה מצינו.

מהו דין בלשון חכמים? הפירוש המקובל הוא קל- וחומר. הרמב"ם בשורש השני סובר כי דין הוא כל המידות שהתורה נדרשת בהן. לטענתו, לא מזהירין כלל מכוח דרשות. עם זאת, יש להבחין כאן הבחנה דקה. לפי רוב השיטות, עצם קיומו של איסור ודאי ניתן להילמד מן הדין, שהרי מידות הדרש מהוות מקור לאיסורים רבים. האזהרה מן הדין אינה קבילה רק לעניין הענישה. כלומר: לא ניתן לענוש על סמך אזהרה הנלמדת מן הדין. היוצא מכך, גם ענישה מן הדין וגם אזהרה מן הדין עוסקות בענישה ברבדים משפטיים שונים.

הרמב"ם, בהקדמתו למניין המצוות מעיר כי לכאורה מדרשנו סותר את הכלל של אין מזהירין, שכן האזהרה נלמדת מן הצד השווה, אחת ממידות הדרש. קושיה זו אינה עולה כלל לפי שיטות רוב הראשונים שהרי אין מדובר כאן על קל וחומר. הרמב"ם מיישב קושי זה בכך שכאן האזהרה קבילה, שכן העונש על מקלל אביו ואמו כתוב במפורש בתורה. אין להעלות על הדעת שהתורה תצווה על עונש מפורש מבלי שתמצא לכך האזהרה. עובדה זו גופה מהווה תמריץ מדרשי למציאת מקורה של האזהרה החסרה. גם החולקים על הרמב"ם בעניין הגדרת דין, יאמצו בודאי תובנה זו במקרים הרלוונטיים.

מקור ל- אין מזהירין מצאנו (יבמות כב ע"ב), טעם לא מצאנו. ניתן להניח כי הנימוקים ל- אין עונשין (שיפורטו אי"ה במאמרים אחרים בעתיד) רלוונטיים במידת מה גם לאין מזהירין.