

סעיף 4

ביטול העבירה לאחר עשייתה

4. נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה - תתבטל האחריות הפלילית לעשייתה; ההליכים שהוחל בהם - יופסקו; ניתן גזר-דין - יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 1

פרק שני: שינוי בהוראות חכמים 3

פרק שלישי: שינוי בהוראות המלך 4

א. כיבוד ציווי המלך 4

ב. כיבוד דיני המלך - "דינא דמלכותא" 4

פרק רביעי: שינוי בתקנות הקהל 5

א. מקור תוקפן 5

ב. כיבודן 6

ג. תקנה שבוטלה אחרי מעשה העבירה 6

ד. תקנה שעונשה חרם 7

פרק חמישי: שינוי בחוקי הכנסת 8

פרק שישי: סיכום והצעת נוסח לפי המשפט העברי 8

נספח: גזרי מורד במלכות 9

פרק ראשון: מבוא

סעיפים 4-6 עוסקים להשלכותיהם של שינויים בחוק הפלילי, על דינו של אדם שעבר עבירה קודם שינוי החוק. הסעיף שבפנינו עוסק במצב ששינוי החוק ביטל את העבירה לגמרי, והוא קובע שבמצב כזה תוסר כל אחריות פלילית וכל סנקציה מהאדם שעבר את העבירה לפני ביטולה¹.

¹ חשוב לקרוא את סעיף 4 עם סעיף 6 המסייג אותו. סעיף 6 קובע שאם נקבע בחיקוק המקורי שהוא יעמוד בתוקפו לתקופה מסויימת, או שנובע מטיבו שהוא נתון לשינויים מזמן לזמן - לא תוסר האחריות הפלילית ממי שעבר את העבירה, גם לאחר ביטולה. טעם הדבר הוא, שאם גם במקרה זה תוסר האחריות הפלילית, יהיה בכך פתיחת פתח לעבור את העבירה בזמן חלותה, מתוך ידיעה שהחא תבוטל עד מועד ההעמדה בדין.

סעיף 4 נוסף לחוק העונשין במסגרת תיקון 37 לחוק העונשין. עמדת המחוקק הישראלי קודם לתיקון החוק היתה שונה: הנורמה שהייתה בתוקף בשעת עשיית המעשה, ליוותה את העבריין עד למיצוי הדין, ללא התחשבות בתמורות הנורמטיביות שחלו לאחר זמן ביצוע המעשה.² תיקון החוק מנוגד גם לעמדת המשפט האנגלי המקובל, לפיה ביטול העבירה אינו מבטל את העונש המוטל על המבצע אם כבר נגזר דינו.³ ברוב מדינות ארה"ב אף נחקק "saving provision", הקובע שביטול עבירה אין בו כדי לעצור הליכים נגד המבצע, גם קודם שנגזר גזר הדין, אלא אם הסעיף המבטל את העבירה קובע במפורש שהאחריות הפלילית בוטלה רטרואקטיבית.⁴

ההנמקה לעמדתה הנוכחי של החוק מוסברת בדברי פרופ' ש"ז פלר:⁵ "פני האחריות הפלילית מופנית כלפי העתיד... כאשר מדובר במעשה שחדל להוות עבירה פלילית, אין עוד טעם ותכלית בענישה עליו, אין במה לטפל וממה להרתיע, ואף לשופט עצמו מותר לעשות את המעשה".⁶

אמנם בשעת המעשה עבר העבריין על החוק בודעיו, תוך שהוא פוגע בערך של כיבוד החוק, אך הגישה שאומצה בסעיף זה אינה רואה בעצם השמירה על החוק ערך מוגן, שמצדיק הטלת אחריות פלילית וסנקציה על הפוגע בו.⁷

זאת ועוד: בעמדה זו של החוק טמונה הבחנה ערכית בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת והרשות השופטת. בכל עבירה פלילית שנעשתה בכוונה תחילה יש זילזול בסמכותה של הכנסת ובהוראותיה. אך הכנסת אינה מוגנת בחוק מפני מי שפוגע בסמכותה בדרך זו. החוק אמנם מגן על

סייג זה מצביע על הבחנה נוספת: אם ביטול העבירה נובע משינוי בערכים החברתיים, השינוי הוא בעל משמעות רטרואקטיבית, מפני שלפי ערכיה החדשים של החברה ושל המחוקק, אין ההתנהגות האמורה פוגעת בערך מוגן. לעומת זאת, אם שינוי החוק נובע משינוי בנסיבות, בלי שהיה שינוי בערכים, אין לו תחולה רטרואקטיבית. לדוגמה, פעולה שהיה בה משום סיכון לביטחון המדינה בתקופה מסויימת, עשויה להיות מותרת בתקופה אחרת. ואולם, מי שעבר את העבירה בזמן שהיה בה משום סיכון בטחון המדינה, הרי שגם לאחר ביטולה, הוא עדיין נחשב מבחינה ערכית כמי שעבר עבירה.

² ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין, חלק א, סעיף 312, עמ' 229.

³ LaFave and Scott, Substantive Criminal Law, West Publishing Co. 1986, sec. 2.5, Repeal or Amendment of Statute, p. 148.

⁴ שם, sec. 2.5(b), בעמ' 150. ראה שם בעמ' 153, ביקורת על המצב במדינות אלו, והערה שלעתיים קרובות מתעלמים מהם.

⁵ פלר, שם, סעיף 307, עמ' 226.

⁶ נראה שהחוק רואה בכנסת מי שפוסק בשאלות של צדק ומוסר מוחלטים. לכן אם שינתה הכנסת את עמדתה בשאלה מסוימת, היא מבטלת את תוקפה המוסרית של הכרעתה הקודמת באותה השאלה.

השווה סעיף 18(א) להצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, שבנוי על אותו העיקרון שעומד ביסוד הסעיף שבפנינו: "אין מביאים אדם בפלילים בשל מעשה או מחדל שלא היו עבירה על פי חוק שעמד בתקפו בשעת עשייתו, ואין גוזרים עליו עונש כבד משהיה קבוע בחוק, ואם בוטל החוק או שונה לקולא - על פי החוק העומד בתוקפו בשעת גזר הדין". יש להעיר שמנוסח זה משתמע שאם בשעת ביצועו, המעשה היה עבירה, ניתן להעמיד את מבצעו לדין, אם בעת כלשהי יחזור המעשה להיות עבירה; זאת, גם אם באמצע היתה תקופה שבוטל בחיקוק האיסור עליו. לעומת זאת, מלשון הסעיף שבפנינו, בחוק העונשין, ניתן להבין שעם ביטול העבירה - מתבטלת האחריות הפלילית כליל, ושוב לא תוכל להיוולד מחדש עם שינוי החוק וחדוש העבירה.

⁷ פלר, שם, מסביר מדוע אין מתחשבים בפגיעה בערך של שמירת החוק: "האדם אמנם הוכיח עצמו כמי שלא שמע לציווי הנורמה הפלילית שאסרה בזמנו על מעשהו, אבל הענישה צמודה לעבירה נתונה, לפי מהותה וחומריתה, נועדה להרתיע מביצוע עבירה מסוג זה בלבד, ולעשות דין צדק אך ורק לגביה, ולא, תוך כדי כך, לגבי כל תחום הסבירות אשר אותו אדם ואחרים כמותו עלולים לעבור בעתיד".

בתי המשפט בקבעו עונש למי שמבזה אותם; הוא מגן על הפיקוד הצבאי בקבעו עונש למי שמפר פקודה; אולם אין במקביל חוק המגן על סמכות הכנסת. מי שעבר עבירה ולאחר מכן בוטל האיסור, אינו נענש על פגיעתו ברשות המחוקקת.

להלן נבדוק את עמדת המשפט העברי בשאלה זו.

פרק שני: שינוי בהוראות חכמים

"התורה לא תהיה מוחלפת"⁸ - מצוות התורה אינן משתנות. עם זאת, רשאי בית דין, בתנאים מסויימים, לבטל תקנות וגזירות של קודמיו. כמו כן, מותר היה לבית הדין הגדול לחלוק על קודמיו בפרשנות מצוות התורה.

האם לאחר שביטל בית הדין את ההלכה שקבע קודמו, ייפטר ללא עונש מי שביצע מעשה בעודו מוגדר עבירה על ידי בית הדין הראשון? אם השתנתה הפרשנות לעבירה מסויימת, לא ייענש העבריין על עבירה זו, שהרי לפי הפרשנות המקובלת בשעת הדיון, הוא כלל לא עבר על העבירה?⁹

אך אין עובדה זו מנקה אותו מהעוון של פגיעה בסמכות חכמים. הוא עבר על המצוות המחייבות אדם לציית לדברי חכמים¹⁰ ללא קשר לתוכנם: מצוה "לשמוע בקול בית דין הגדול ולעשות כל מה שיצוו אותנו בדרכי התורה... ועל זה נאמר (דברים יז, י): 'ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך'... על הכל אנו חייבין לשמוע להן"¹¹. "נמנענו מלחלוק על בעלי הקבלה ע"ה ומלשנות את דבריהם ולצאת ממצותם בכל ענייני התורה, ועל זה נאמר (דברים יז, יא): 'לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל'... ועל דרך האמת והשבח הגדול בזאת המצוה, אמרו ז"ל: 'לא תסור ממנו ימין ושמאל - אפילו יאמרו לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, לא תסור ממצותם', כלומר שאפילו יהיו הם טועים בדבר אחד מן הדברים אין ראוי לנו לחלוק עליהם אבל נעשה כטעותם. וטוב לסבול טעות אחד ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטוב תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו, שבזה יהיה חורבן הדת וחילוק לב העם והפסד האומה לגמרי"¹².

החיוב לציית לדברי בית הדין הגדול - שהוא המכריע האחרון של ההלכה - הוא עצמאי, ללא כל קשר לתוכן ההלכה שפסק בית הדין.

⁸ "אני מאמין", שלוש עשרה עיקרי האמונה, ע"פ פירוש הרמב"ם למשנה, סנהדרין, הקדמה לפרק חלק, היסוד התשיעי.
⁹ כך נאמר ביומא פ ע"א, שמי שאכל כמות של מאכל אסור שיש בה השיעור המחייב לדעת החכמים בשעת העבירה, ולאחר מכן החכמים קבעו שצריך כמות גדולה יותר כדי לחייב עליו, הוא פטור. אבל יש להעיר ששם הדיון הוא בחיוב להביא קרבן חטאת על אכילת איסור בשוגג, בעבירה שנעברה בזמן שבית המקדש חרב (ואולי אף לא היו סנהדרין), כך שלא היה יכול להביא קרבן, אבל יתכן שאם חטא בזמן שהיה אפשר לבצע את העונש, העונש חל עליו, ויבוצע גם אם אחר כך הדין השתנה.

¹⁰ ר' אלחנן וסרמן, קונטרס דברי סופרים, סימן ד, ס"ק ט, מסייג זאת, בכך שאם "הורו שלא כדין משום חסרון ידיעה, שאילו היתה להם ידיעה כמותו היו הם ג"כ מורים כדבריו ולא כדבריהם, אין זו הוראה אלא טעות".

¹¹ ספר החינוך, מצוה תצה.

גם לרמב"ן, בהשגותיו לספר המצוות לרמב"ם, שורש א, המבחין בין תקנות חז"ל לבין פרשנות חז"ל למצוות התורה, כל מי שעובר על הוראת חכמים עובר על המצווה לציית לדבריהם; לדעתו, מי שעבר על תקנותיהם עובר על חיוב דרבנן (ויש מי שכותב שגם לרמב"ן החיוב הוא דאורייתא - ראה הערות למנחת חינוך, מהדורת מכון ירושלים, מצוה תצו, הערה יב) המעוגן באסמכתא.

¹² ספר החינוך, מצוה תצו.

עם זאת, אין עונש פרטני על עצם אי-הציות לדברי חכמים. אף על פי שמי שאינו מציית עובר בלאו "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל", אין לוקים על לאו זה, מפני שהוא "לאו הניתן לאזהרת מיתת בית דין"¹³ - בנסיבות קיצוניות, הפוסק בניגוד להכרעת בית הדין הגדול חייב מיתה בתור "זקן ממרא"¹⁴, ולא הניתן לאזהרת מיתת בית דין אין לוקים עליו אם לא נתקיימו הנסיבות שמחייבות מיתה.

פרק שלישי: שינוי בהוראות המלך

א. כיבוד ציווי המלך

המצווה "שום תשים עליך מלך" מחייבת כל אדם לציית לציווי המלך¹⁵, כיוון שמינוי המלך - קבלת עולו¹⁶ - משמעותו נכונות לציית לציוויו. לא זו בלבד, אלא יש למלך רשות להמית את מי שאין מציית לו: "כל זמן שיצווה המלך הזה ציווי שלא יהיה סותר מצוה מן התורה, הנה אנחנו חייבים לשמוע מצוותו. ומי שיעבור על מצוותו ולא ישמע אליו, הנה מותר למלך להרגו"¹⁷. "כל המורד במלך ישראל, יש למלך רשות להרגו, ואפילו גזר על אחד משאר העם שילך למקום פלוני ולא הלך, או שלא יצא מביתו ויצא - חייב מיתה. ואם רצה להרגו, יהרג... ויש לו לאסור ולהכות בשוטין לכבודו"¹⁸.

העונש של המורד נקבע בגין פגיעתו בסמכותו של המלך. משום כך, נראה שהמלך רשאי (ולא חייב, כמו שבכל מורד במלכות זו רק רשות) להעניש את מי שעבר על פקודתו, גם אם המלך ביטל את הפקודה אחרי שהעבריון עבר עליה.

ב. כיבוד דיני המלך - "דינא דמלכותא"

סמכותו של המלך אינה מצטמצמת להוצאת צווים. יש לו גם סמכות לחוקק חוקים, בהגבלות מסוימות, והעובר עליהם נענש, לא משום שהוא מורד במלכות¹⁹, אלא מכוח החוק עצמו, אם החוק קובע עונש למי שעובר עליו. כך כותב הרמב"ם²⁰: "רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות, וקוצב לו מכס, ואסור להבריא מהמכס שלו. ויש לו לגזור שכל מי שיגנוב מהמכס

¹³ רמב"ם, הלכות ממרים, פרק א, הלכה ב.

¹⁴ על עונשו של "זקן ממרא", החולק על בית הדין הגדול, עיין רמב"ם, הלכות ממרים, פרק ג. נראה שזקן ממרא יוצא להורג גם אם עד שעת ביצוע העונש השתנה הרכב הסנהדרין, ורובו פוסק כדעת הזקן, שהיה בשעת עבירה בדעת מיעוט.

¹⁵ רמב"ם, ספר המצוות, עשה קעג, כולל במצוות מינוי מלך את החיוב "לשמוע מצוותו".

¹⁶ כך אומר מכילתא, יתרו, מסכתא דבחודש, פרשה ו, שה' אומר לישראל: "קיבלתם מלכותי באהבה; קבלו גזרותי".

¹⁷ רמב"ם, ספר המצוות, עשה קעג.

¹⁸ רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ג, הלכה ח. לגדרי מורד במלכות, ראה בנספח.

¹⁹ כך כותב מאירי, סנהדרין מט ע"א (ד"ה כבר ביארנו): "יש רשות למלך להרוג כל המורד בו והעובר על מצוותו, או כל שדיניו שלו מסכימים להרגו, אעפ"י שאין בדין תורה כן, שנאמר 'כל איש אשר ימרה את פיך' [וכו]". מדבריו אלה אנו למדים שיש הבחנה בין מי שנהרג בתור מורד במלכות כיוון שעבר על "מצוותו" של המלך, לבין מי שנהרג משום "שדיניו" של המלך "מסכימים" לעונש זה. לדעת המאירי, שתי הסמכויות של המלך להוציא אדם להורג נלמדות מאותו הפסוק בספר יהושע.

²⁰ רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ד, הלכה א.

יילקח ממונו או ייהרג, שנאמר 'ואתם תהיו לו לעבדים', ולהלן הוא אומר 'יהיו לך למס ועבדוך'. מכאן שנותן מס וקוצב מכס, ודיניו בכל אלו הדברים וכיוצא בהן - דין".

כפי שראינו לעיל²¹, המצווה למנות מלך כוללת את החובה לציית לציווי המלך. לעומת זאת, החיוב לשמור את חוקי המלך - "דינא דמלכותא דינא" - אינו כלול במצוות מינוי המלך, אלא הוא נובע מהסמכויות שיש לכל מלך עם מינויו; החיוב הוא **השלכה** של מינוי המלך ולא הגדרתו של המינוי²². על כן, מי שעובר על חוקים אלה אינו עובר על מצוות התורה, אף שהוא פוגע בסדר הציבורי כפי שהיה מקובל בעולם גם קודם מתן תורה, כלשון החתם סופר²³: "מסתמא, גם אילו לא ניתנה תורה, וקודם מתן תורה היו דינין ונימוסין, וכל מלך במשפט יעמיד ארץ".

לכן אם המלך התחרט וביטל אחד מהחוקים האלה, אחרי שמישהו עבר עליו, אין להעניש את העובר בעונש שנקבע בחוק בשעת העבירה, כיון שאינו בגדר "מורד במלכות" ולא עבר על המצווה "שום תשים עליך מלך". אולם נראה שרשאי המלך - על פי אותם "דינין ונימוסין" - להענישו כדי להרתיע את מי שעלול לעבור על חוקיו.

פרק רביעי: שינוי בתקנות הקהל

א. מקור תוקפן

מקור תוקפן של תקנות הקהל מבואר בתשובות אחדות של הרשב"א. הוא כותב שעל היחיד לציית ל"מה שיגזרו או יסכימו רובו של קהל בצרכי קהילה, שכיוון שעשו כן הרוב, אפילו בעל כרחם של יחידים, מה שעשו עשוי... לפי ש[ב]כל ציבור וציבור, היחידים כנתונים תחת הרבים, ועל פיהם הם צריכים להתנהג בכל ענייניהם, והם לאנשי עירם ככל ישראל לבית דין הגדול או למלך"²⁴. "אין כל אדם רשאי לפטור את עצמו מתקנות הקהל והסכמותיהם, לפי שהיחידים משועבדים הם לציבור... כל יחיד ויחיד משועבד לציבור שבעירו"²⁵. "כל ציבור וציבור יש להם רשות על יחידיהם. שכל ציבור רשאי לגדור ולתקן בעירם כמו שבית דין הגדול יכולים לגדור ולתקן על כל ישראל. ומקרא מלא

²¹ לעיל, ליד ציון הערה 15.

²² הדברים אמורים גם לגבי סמכויות המלך המנויות ב"פרשת המלך" שבספר שמואל א' ח, יא-יז, והובאו ברמב"ם, הלכות מלכים, פרק ד. האמורא שמואל, בסנהדרין כ"ב, אומר ש"כל האמורא בפרשת המלך, מלך מותר בו", וכך פוסק הרמב"ם שם. לעומת זאת, דעתו של האמורא רב היא: "שלא נאמרה פרשה זו אלא לאיים עליהם". העובדה שיש מחלוקת כזאת מלמדת שסמכויות אלה אינן חלק מהגדרת מינויו של המלך.

²³ שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סי' רח.

²⁴ שו"ת הרשב"א, חלק ג, סי' תיא. ביטוי דומה יש שם, חלק ה, סי' קכו.

²⁵ שו"ת הרשב"א, חלק ג, סי' תיז.

דיבר הכתוב: 'במארה אתם נארים הגוי כולו' (מלאכי ג, ט), והרוב ככולם²⁶. הציבור רשאי אף להעניש את מי שעובר על תקנותיו²⁷.

ב. כיבודן

בניגוד להוראותיו של בית דין ולציוויו של מלך, שהתורה מצווה על כיבודן, אין מצוה **לכבד** את תקנות הציבור²⁸. אמנם אסור לעבור עליהן, אך בדומה ל"דינא דמלכותא", מקור האיסור כאן אינה מצוה, אלא סמכות המעוגנת בסדר הציבורי המקובל, מעין "דרך ארץ" שקדמה לתורה, ולכן אין לתקנות אלה מעמד המחייב לכבדן.

הבחנה זו מוצאת את ביטוייה לענין הכבוד המגיע לאישים המייצגים את בית הדין ואת הקהל. לענין דין, השולחן ערוך²⁹ פוסק שחובה לכבדו: "מצוה על הציבור לנהוג כבוד בדין, ויהיה אימתו עליהם. וגם הוא לא יתבזה ולא ינהג קלות ראש לפניהם, שכיון שנתמנה אדם פרנס על הציבור, אסור לו לעשות מלאכה בפני שלשה, כדי שלא יתבזה בפניהם. וקל וחומר שאסור לו לאכול ולשתות (ולהשתכר) בפני רבים". אולם הדברים אמורים רק בדין שדן בדין תורה, ולא בראשי הקהל, כפי שמדגיש מהרש"ל³⁰, שה"פרנס" שהשולחן ערוך שם מדבר עליו "לאו פרנסים שלנו - דהיינו מנהיגי הקהילה - אלא תלמיד חכם שהוא דין לרבים לדון את הציבור". טעם הדבר הוא, שחקיקה שמטרתה השמירה על הסדר הציבורי, כמו תקנות הקהל, אינה דורשת מהמחוקק אותו ריחוק שנשמר לדין, ואינה מזכה אותו בכבוד כמו של דין.

ג. תקנה שבוטלה אחרי מעשה העבירה

מי שעבר על תקנת הקהל, והיא בוטלה לאחר מכן - האם הוא ייענש?

ר' שמעון ב"ר צמח דוראן³¹ קובע שדינו תלוי במנהג המקום וברצון רוב הציבור: "העובר על ההסכמה הזאת קודם לכן [=לביטולה], אע"פ שאסור לעבור עליה, אם רצו הציבור למחול לו הרשות בידם... ואם רצו להחרימו ולקנסו הרשות בידם. הכל כמנהג המדינה לעובר על נדרן [=גזירתם], והכל על פי רוב הקהל במעמד טובי העיר".

²⁶ שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' רפ. הביאו את דבריו: שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן נט; שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ג, סימן כג; שו"ת צמח צדק (ליובביטש), יורה דעה, סימן קצה; שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן ה; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ב, סימן כג, וחלק כב, סימן פו. הפסוק שמביא הרשב"א כבסיס לתוקפן של תקנות הציבור מובא בעבודה זרה לו ע"א-ע"ב כמקור לכך שתוקפן של תקנות חכמים מותנה בקבלתם ע"י הציבור.

גם שו"ת הריב"ש, סי' רמט, מביא פסוק זה כבסיס לתוקפן של תקנות הציבור.

²⁷ בבא בתרא ח ע"ב.

²⁸ תשב"ץ, חלק א, סי' קכג, בהשוואתו בין גזירות חכמים לתקנות הציבור לענין ביטולן על ידי רוב הציבור, כותב: "מה לי שמן [של גוים] שנאסר מפני איסור לאו ד'לא תסור', ומה לי תקנה קלה, שנאסרה משום גזירת ציבור וחרמם". מכאן שהחובה לציית לתקנות הציבור אינה מעוגנת במצווה.

²⁹ שו"ע, חושן משפט, סי' ח, סעיף ד.

³⁰ ים של שלמה, קידושין, פרק ד, סי' ד.

³¹ תשב"ץ, חלק א, סי' קכג, ד"ה והשלישית (הובא בתשובת ר' יוסף טאיטאצאק, שנדפסה בפסקי הגאון מהרי"ט, סי' ט, עמ' עא, ובשו"ת אהלי תם, סימן ריג, עמ' תכט).

יסודם של דברים הוא, שאין עניינן של תקנות הקהל לקבוע אמות מוסר מוחלטות, בניגוד למצוות התורה שכתב והתורה שבעל פה. לא רק התוכן של התקנות נטול ערך נשגב ונצחי, אלא גם מקור סמכותו של הציבור לתקן תקנות אינו מושרש בצו אלוהי, אלא בצרכים הפרגמטיים של כל חברה. משום כך אין חובה לכבדן, כאמור, ועל כן עונשו של מי שעבר על תקנה שבוטלה לאחר מכן - תלוי בהחלטת הקהל, שנגזרת משיקולים פרגמטיים בלבד, כגון מידת הצורך להרתיע.

לא נזכר בדברי הפוסקים מהי ברירת המחדל, אם הציבור לא קבע דבר לגבי דינו של עבריין שהעבירה בוטלה אחרי עשייתה. לפי ההסברים הנ"ל, נראה שברירת המחדל היא שהעבריין לא ייענש, כיוון שכעת המעשה שעשה אינה נחשבת דבר פסול, וגם עצם אי-ציותו לתקנת הקהל אינה פגיעה בערך חשוב המחייב עונש.

ד. תקנה שעונשה חרם

ביטול תקנות קהל אחרי העבירה מעורר בעיה ייחודית, שכן מקובל היה שהתקנה הטילה חרם דתי על מי שעובר עליה. אם כן, כבר ברגע העבירה הוטל העונש ובוצע באופן אוטומטי, והמצב מקביל לזה שעליו אומר החוק "ניתן גזר-דין - יופסק ביצועו". אבל בשונה מגזר דין על עבירה על חוקי הכנסת, כאן יש לחרם תוקף דתי, וצריך הליך דתי מיוחד כדי לבטל אותו³².

הראשונים נחלקו בשאלה איך אפשר לבטל את החרם הציבורי, הן מכאן ולהבא, שהעובר עליו בעתיד לא יהיה בחרם, והן לשעבר, שמי שעבר עליו ישוחרר מהחרם. לא כאן המקום להרחיב בשאלה זו, אבל נציג בקיצור את שתי השיטות העיקריות, בגלל השלכותיהן על דינו של מי שעבר לפני ביטול החרם.

לדעת הרשב"א³³, אפשר להתיר חרמי ציבור כי מראש הטילו את החרם על דעת שיוכלו להתיר; ועל כן הם ניתרים רק מכאן ולהבא. לעומת זאת, לפי הרא"ש³⁴, אם חכם מתיר את הנדר, הוא עוקר אותו מעיקרו למפרע.

בהתאם לזה, כותב מהרי"ט³⁵ שלפי הרשב"א שהחרם ניתר רק מכאן ולהבא, מי שעבר לפני שהותר, נענש; ואילו לפי הרא"ש, חכם יכול להתיר את החרם מעיקרו, שמי שעבר עליה למפרע לא יהא עליו עונש.

³² גם תשב"ץ שם עוסק בתקנה עם חרם. אבל נראה שהציטוט הנ"ל מהתשב"ץ מוסב על מקרה כמו נידונו, שבנוסח התקנה לא נאמר "כל העושה כך וכך יהא בחרם" וכדומה (שאו חל חרם אוטומטי על העובר), אלא אמרו "אותן תקנות קבלום עליהם בכח חרם", שמשמעותו היא שאם מישהו יעבור על התקנה, יחרימו אותו, ולא שחל חרם באופן אוטומטי (כך מבואר בדבריו בד"ה ונניח). היות שעדיין לא חל חרם על העובר, הוא אומר שדי שיאמרו שרוצים לבטל את התקנה, ואין צורך בהליך דתי מיוחד לשם כך, ויש להם שיקול דעת אם להעניש את העובר או לא, כיון שעוד לא חל עליו החרם.

³³ שו"ת הרשב"א ח"א סי' תרצה.

³⁴ שו"ת הרא"ש, כלל ז', סי' ד.

שו"ת מהרי"ט, חלק א, סי' סט (ד"ה ועוד יש לי), מביא דברים אלו של הרא"ש, לגבי מה שכתב רא"ש, שבועות, פרק ג, סי' כג, ושו"ת הרא"ש, כלל ז', סי' ט, שחרמי ציבור הם כעין נידוי (שלא כחרם של אדם פרטי שהוא כשבועה), ולכן כדי לבטל אותו די בהחלטה של הציבור. גם אח"כ (בד"ה ונראה בעיני), הוא נוקט שהציבור יכול למחול על החרם מעיקרו. אבל האמת היא שמה שכתב הרא"ש שנעקר מעיקרו הוא לגבי מקרה שחכם התיר את החרם.

³⁵ שו"ת מהרי"ט, חלק א, סי' סט, ד"ה עוד כתב מר (על הרשב"א) וד"ה ונראה בעיני (על עקירה מעיקרו).

פרק חמישי: שינוי בחוקי הכנסת

סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים מקבילה לסמכותם של בני העיר לתקן תקנות באותה עיר³⁶. מכאן שאין מצוה עצמית לכבד את סמכותה של הכנסת³⁷. על כן, עם ביטולו של חוק מסויים רשאי הכנסת לבטל גם את עונשו של מי שעבר עליו, בדומה לבני העיר שביטלו תקנה, אבל הכנסת איננה חייבת בכך. השיקול אם לבטל את העונש אם לאו הוא שיקול פרגמטי וחברתי בלבד - הכל כמו בתקנת קהל. אלא שבשונה מבני העיר, שיכולים להתכנס ולהחליט אם להעניש עבריין מסוים, הרי הכנסת אינה יכולה להחליט החלטות לגבי אדם מסוים. על כן, ניתן ליישם את מרחב שיקול הדעת לגביו חוקי הכנסת רק בכך, שהכנסת יכולה לקבוע בכל עבירה ספציפית, אם ראתה צורך בכך, שגם אם תבוטל, ייענש מי שעבר עליה לפני הביטול.

הרקע הרעיוני של הדברים הוא, שהמשפט העברי רואה בכנסת גוף שתפקידו לתקן תקנות לטובת הסדר הציבורי, ולא גוף שתפקידו להכריע הכרעות מוחלטות בשאלות של צדק ומוסר. לכן כנסת המבטלת חוק קיים, מאמצת אמנם גישה חברתית שונה לשאלה "מה היא טובת הציבור?", אך מכיון שלא מדובר בפסיקה ברמה של צדק מוחלט, אין בכך לפסול את לגיטימיותה המוסרית של הכרעתה הראשונית. על כן אין זה מן הראוי לקבוע באופן אבסולוטי שהעובר עבירה לפני ביטולה פטור מעונש, אלא לשיקול שיקולים פרגמטיים, ולהותיר את העונש על כנו במצבים שהדבר נראה מוצדק ומועיל.

פרק שישי: סיכום והצעת נוסח לפי המשפט העברי

לפי החוק, אם עבירה בוטלה בחוק, תוסר כל אחריות פלילית וכל סנקציה מהאדם שעבר את העבירה לפני ביטולה.

לפי המשפט העברי, אם בית דין שינה את הפרשנות הקודמת לעבירה מסויימת, ועקב כך נמצא שמה שעשה העבריין לא נחשב עבירה, לא ייענש העבריין על עבירה זו. אף שהוא פגע במוסד בית הדין, אין ענישה על עצם הפגיעה.

גם תשב"ץ שם עוסק בהשלכות של התרת החרם על דינו של מי שעבר לפני ההתרה (אך הוא אינו אומר שזו מחלוקת בין הרשב"א לרא"ש), באופנים השונים של ההתרה, אבל השאלה שהוא דן בה היא האם מועילה התנגדותו של אחד מהציבור להתרת החרם המוטל על מי שעבר. הוא כותב (בד"ה אבל שדינא, ובד"ה האחד), שאם הציבור התיר את החרם בעצמו (כנראה הוא מתכוון לשיטת הרשב"א הני"ל), אין ההיתר מועיל אם יש מי שמתנגד, כי יש לכל אחד מהציבור חלק בחרם, ואי אפשר להפר חלקו של אחד שלא בהסכמתו. לעומת זאת, הוא כותב (בד"ה ונודה ובד"ה השנית) שאם שלשה מומחים התירו את החרם, שזו עקירת החרם מעיקרה כבהתרת חכם, אם יש יחיד שמתנגד אין חלקו מופר, אבל חלק השאר מופר. לא ברור מה ההבדל בין שני האופנים.

³⁶ ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל, "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים", התורה והמדינה, גל' ה-ו (תשי"ג-תשי"ד), עמ' טז = בצומת התורה והמדינה, חלק א, עמ' 83; ר' אברהם שפירא, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו", תחומין ג, עמ' 238; ר' מרדכי אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", תחומין ג, עמ' 242.

³⁷ אבל ר' דוב ליאור, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו", תחומין ג, עמ' 247, כותב שיש תוקף הלכתי מדאורייתא לחוקי הכנסת מכוח סמכות של מלכות, וזאת על סמך דברי ראי"ה קוק, שו"ת משפט כהן, ס"י קמד (עמ' שלו-שלח): "נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו לענין כמה משפטי המלוכה, ובייחוד למה שנוגע להנהגת הכלל... כשמתמנה מנהיג האומה לכל צרכיה בסגנון מלכותי, על פי דעת הכלל ודעת בית דין, ודאי עומד הוא במקום מלך, לענין משפטי המלוכה הנוגעים להנהגת הכלל". עם זאת, נראה שגם לדעתו מי שאינו מציית לחוקי הכנסת אינו נחשב "מורד במלכות", ולכן לא ייענש אם העבירה תבוטל.

מי שעבר על ציווי של מלך, ואחר כך המלך ביטל את ציוויו, עדיין נחשב מורד במלכות. אבל אם עבר רק על חוק ממערכת החוקים של המלך, והמלך ביטל את החוק, אין להעניש את העובר בעונש שנקבע בחוק בשעת העבירה, כיון שאינו בגדר "מורד במלכות". אולם רשאי המלך - על פי אותם "דיני ונימוסין" - להענישו כדי להרתיע את מי שעלול לעבור על חוקיו.

מי עבר על תקנת הקהל, והקהל החליט לעקור את התקנה מעיקרה, לא ייענש. כך גם אם הקהל החליט בפירוש מי שעבר לפני העקירה לא ייענש (גם אם לא ביארו שהתקנה תיעקר מתחילתה), או במקום שיש מנהג שמי עובר לפני ביטול התקנה, אינו נענש. העברין ייענש רק אם החליט הקהל להעניש אותו אף שהתקנה בוטלה. ברירת המחדל היא שהעברין לא ייענש.

לאור זה, נוסח הסעיף תואם את עמדת המשפט העברי, שכן ברירת המחדל היא (הן באיסורי תורה והן בתקנות קהל) שהעברין פטור אם בוטלה העבירה אחרי שעבר אותה. אמנם הכנסת רשאית להחליט להעניש את העברין במצבים מסוימים, משיקולים שנראים לה כמצדיקים זאת, אבל כפי שראינו, הדרך היחידה לעשות כן היא לקבוע לגבי כל עבירה ספציפית שהעברין ייענש גם אם תבוטל העבירה. על כן אין צורך להזכיר זאת בסעיף כללי זה, אלא המקום המתאים הוא בכל חוק ספציפי.

נספח: גדרי מורד במלכות

כפי שראינו לעיל³⁸, יש למלך רשות להמית את מי שמורד בו. אך לא כל מי שעובר על חוקי המלך מוגדר "מורד במלכות". דעתו של ר' יחיאל יעקב ויינברג היא ש"נחשב מורד במלכות רק מי שפגע במשטר המלכותי או בחוקי היסוד"³⁹. זאת ועוד: אדם יוגדר מורד במלכות "רק במה שנוגע לבזיון כבוד המלך עצמו, אבל לא במה שנוגע לחוקי המלך. שהמלכות מקפדת שישמרו חוקיה ותקנותיה, וכל העובר ענוש ייענש ונתן בפלילים, אבל לא נחשב כמורד במלכות"⁴⁰.

ר' שאול ישראלי עושה הבחנה שונה: "צו שניתן לכל ישראל, ועבר אחד עליו, לא מצד רצון מפורש של פגיעה במלכות, רק מצד שלא התגבר על יצרו, אין לזה שום שייכות למורד במלכות"⁴¹. זו הבחנה בין פקודה הניתנת לפרט לבין צו "שניתן לכל ישראל": רק מי שעבר על פקודה שקיבל באופן אישי נחשב מורד במלכות. אבל הבחנה זו קשה: (א) גבולותיה אינם ברורים - היא אינה קובעת מה דינו של מי שמפר הוראת מלך שניתנה לו ולמשפחתו, או לכל ישראל מלבד אדם אחד. (ב) לא ברור מה הוא היסוד הרעיוני שמאחוריה - הרי רבים המתעלמים מצו שנתן להם המלך פוגעים בסמכותו באותה מידה כמו יחיד שנוהג כך.

³⁸ לעיל, ליד ציון הערה 17.

³⁹ שו"ת שרידי אש, חלק ב, סימן לח, אות ג (=חלק ב, סי' עח, במהדורה הראשונה).

⁴⁰ שו"ת שרידי אש, חלק א, סימן קא (=חלק ג, סי' לח, במהדורה הראשונה).

⁴¹ עמוד הימיני, סימן ט, סעיף ב. בהמשך דבריו מוכיח ר"ש ישראלי שלרמב"ם אין אדם חייב מיתה בעברו על פקודה רגילה של המלך: "וודאי צ"ל כן, שאל"כ כל פקודה של המלך העובר עליה הרי הוא מורד במלכות, ולמה הוצרך הרמב"ם [הלכות מלכים, פרק ד, הלכה א] לפרש שכוח ביד המלך לגזור עונש מוות למי שאינו משלם המס?". הוא מוצא רמז להבחנתו בדברי הרמב"ם, הלכות מלכים, פרק ג, הלכה ח: "ואפילו גזר על אחד משאר העם".

ר' משה פיינשטיין חולק על שתי ההבחנות הללו, של רי"י ויינברג ושל ר"ש ישראל. כך עולה מפירושו⁴² לדברי הסוגיה בסנהדרין⁴³: "מה עשה [המלך חזקיהו]? נעץ חרב על פתח בית המדרש, ואמר: כל מי שאינו עוסק בתורה - יידקר בחרב זו". מתעוררת השאלה: מה יסוד סמכותו של חזקיהו להרוג מי שאינו עוסק בתורה? ר"מ פיינשטיין פירש שלימוד התורה היה "ציווי מלך, לא גרע ציווי זה מציווי על איזה דבר בעלמא", ולכן מי שהתעלם מהציווי הוגדר "מורד במלכות", ומכאן נבעה סמכותו של חזקיהו להורגו. הרי שלדעתו העובר על הוראת מלך נחשב מורד במלכות גם אם היא הופנתה לכל ישראל, כמו גזירת חזקיהו (שלא כדעת ר"ש ישראל), וגם אם נושא הציווי הוא "איזה דבר בעלמא" ולא "חוקי יסוד" (שלא כדעת רי"י ויינברג).

נראה שיש לעשות הבחנה אחרת: רק הוראה המחייבת או אוסרת פעולה מסויימת, בסגנון כמו "המלך מצווה עליכם" או "המלך אוסר עליכם", נחשב ציווי מלכותי, שהעובר עליה נחשב מורד במלכות. לעומת זאת, תקנה המנוסחת בלשון אחרת, לדוגמה קביעה שמי שנהג בדרך מסויימת ייקנס או ייאסר, אך אינה כוללת לשון חובה או איסור - אינה נחשבת ציווי לעניין זה. מי שעובר עליה ייקנס או ייאסר, אך הוא אינו נחשב מורד, מכיוון שלא נצטוו לקיים אותה. ייתכן שגם תקנה שבה מודיע המלך ש"חייב האזרח" בפעולה מסוימת, אינה נחשבת ציווי, מכיוון שהיא לא מנוסחת בלשון ציווי: "המלך מצווה אתכם" או "עליכם לפעול"⁴⁴.

סוג מיוחד של הוראה של המלך היא זו שמיועדת להיות תקנה לדורות. בדרך כלל, תוקפם של ציוויי המלך הוא לשעתם בלבד. כשמלכי ישראל ביקשו לתקן תקנות לדורות, לא תיקנו אותן כציווי מלכותי אלא כתקנות חכמים במסגרת ישיבתם בבית הדין. לדוגמה, יהושע בן נון, שסמכותו היתה שווה לזו של מלך⁴⁵ ואסור היה למרות את ציווי⁴⁶, תיקן בעת כניסת בני ישראל לארץ "עשרה תנאים"⁴⁷ - תקנות חברתיות - לא כציווי מלך אלא כ"תנאי בית דין"⁴⁸. כמו כן, התלמוד מזכיר תקנות של דוד ושלמה שתוקפן נמשך עד היום, והרמב"ם מציג אותן כתקנות שתיקנו דוד ושלמה

⁴² שו"ת אגרות משה, או"ח, חלק ה, סי' כ. כמוהו מפרש גם אהבת איתן (נדפס בעין יעקב), סנהדרין צד ע"ב.

⁴³ סנהדרין צד ע"ב.

⁴⁴ אבל אם **הסגנון** הוא של ציווי, העובר עליו נחשב מורד במלכות גם אם לא נקט המלך **לשון** "ציווי". כך מוכח מתוספות, שבת נו ע"א (ד"ה דאמר), וקידושין מג ע"א (ד"ה מורד), וממלבי"ם, שמואל ב' יא, ח, האומרים שאוריה מרד במלכות בכך שלא הלך לביתו כמצוות דוד, אף שדוד אמר "רד לביתך ורחץ רגליך" (שמואל ב' יא, ח), ולא נקט לשון "ציווי". אך רש"י, שבת נו ע"א (ד"ה ואדוני יואב), וקידושין מג ע"א (ד"ה ואדוני יואב), פירש בדרך אחרת מדוע אוריה נחשב מורד במלכות, הרי שסירובו לקיים את דברי דוד "רד לביתך" אינו נחשב מרידה, לדעת רש"י, וייתכן שטעמו הוא שדוד לא נקט לשון "ציווי".

המלבי"ם, הכרמל, ערך "צוה", מבחין בין דברי פרעה למיילדות העבריות: "**ויאמר** מלך מצרים למיילדות" (שמות א, טו), לבין דבריו לעמו: "**ויצו** פרעה לכל עמו", כך: "למיילדות היתה אמירה בלבד, ולא נענשו כשעברו על פקודתו; אבל לעמו בא דרך מצוה בזריזות, והעניש העוברים". אך ייתכן שגם לדעתו, לשון "ציווי" אינו נחוץ בדווקא, וגם לשון "אמירה" בלבד הוא לעיתים ציווי (כפי שכותב המלבי"ם שם בעניין הוראת ה' לנח להכין את התיבה), ורק העובדה שהמיילדות לא נענשו מוכיחה שלא היה באמירתו של פרעה משום ציווי.

⁴⁵ שו"ת משפט כהן, סי' קמד.

⁴⁶ יהושע א, יח; סנהדרין מט ע"ב.

⁴⁷ בבא קמא פ ע"ב.

⁴⁸ בבא קמא פא ע"ב.

בבית דינם, ולא כציוויים מלכותיים⁴⁹. ובכן, ברור שהעובר על תקנות מסוג זה אינו נחשב מורד במלכות.

⁴⁹ ביבמות ע"ב נאמר: "נתינים דוד גזר עליהם", ואילו רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק יב, הלכה כד, כותב בהנמקה לאותה גזירה: "ולמה גזר עליהם הוא ובית דינו?". כמו כן, בשבת יד ע"ב נאמר: "שתיקן שלמה... נטילת ידיים", ואילו הרמב"ם, הלכות אבות הטומאה, פרק ח, הלכה ח, כותב: "שלמה ובית דינו גזרו על כל הידיים".