



# עו"ד על הפרשה

פרשת השבוע, שלח לך, תשע"ה  
גיליון מס' 30  
עורך: אלישי בן-יצחק, עו"ד  
עורכת לשונית: עינב פלק

"ויניחו אותו במשמר כי לא פורש מה יעשה לו"

על חובת האזהרה ועל עקרון החוקיות במשפט הפלילי

אברהם סופר\*

אין עבירה בלי חוק, והמלה 'חוק' פירושה כאן:  
חוק כתוב, חוק מפורש...<sup>7</sup>

עיקרון זה תקף בענישה בגין עבירות פליליות שנעשו בידי אדם והן נאכפות בידי אדם, כגון מיתה בידי אדם או מלקות.<sup>8</sup> יתר על כן, עיקרון זה אינו מצריך כי האזהרה והענישה יהיו סמוכות זו לזו, ודי בעצם אזכורן אף במקומות נפרדים. למשל, האיסור "לא תרצח" מובא בספר שמות<sup>9</sup> ובספר דברים,<sup>10</sup> ואילו עונשו מופיע בספר במדבר.<sup>11</sup> האיסור "לא תנאף" מובא בספר שמות,<sup>12</sup> ועונשו מופיע בספר ויקרא.<sup>13</sup>

## תוכן האזהרה ובהירותה

חובת ההתראה במשפט העברי עומדת על כך שאזהרה צריכה להיות פרטנית, להיאמר לאדם בטרם ביצוע המעשה האסור ולהעמיד אותו הן על פליליות המעשה והן על העונש שבצדו. על משמעותה של חובה זו עומד בעל ספר החינוך:

כי לא יספיק לנו הזכרת העונש במצוה מבלי אזהרה. וזהו שיאמרו רבותינו ז"ל תמיד 'עונש שמענו אזהרה מניין?', והעניין הוא מפני שאם לא תבוא לנו בדבר מניעת האל, אלא שיאמר עושה דבר פלוני יענש בכך, היה במשמע שיהיה רשות ביד כל הרוצה לקבל העונש.<sup>14</sup>

## אקדמות מילין

בשלהי הפרשה<sup>1</sup> אנו קוראים על איש ישראלי שנמצא מקושש עצים ביום שבת. בעטיו של מעשה זה הוא מובא לפני משה ואהרן, ואלו מניחים את המקושש במשמר; זאת מן הנימוק המפורש במקום, "כי לא פרש מה יעשה לו".<sup>2</sup> לאחר בירור דינו מורה האל כי עונשו של המקושש הוא מיתה.

פרשה זו נוגדת לכאורה כלל יסוד במשפט העברי, "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".<sup>3</sup> עיקרון זה מושרש בלוגיקה ההלכתית, ולכן במקומות רבים בתלמוד נשמעת התהייה "אזהרה שמענו, עונש מניין?"<sup>4</sup> או "עונש שמענו, אזהרה מניין?".<sup>5</sup> חכמינו, אשר עמדו על עיקרון זה, הקפידו שהוא יפורש באופן דווקני ומצמצם. הם גם נמנעו מלקבוע עבירה שאינה כתובה בחוק ואיסורים מכוח השכל הישר או על דרך קל וחומר.<sup>6</sup> נאים בעניין זה דבריו פרופ' זילברג:

מן המפורסמות היא, כי דרכי האינטרפרטציה של החוק הפלילי, שונות הן מדרכי האינטרפרטציה של כל חוק אחר. כאן שורר העקרון של פירוש מצומצם, דווקני... אסור להשתמש בקל וחומר או בכל שיקול הגיוני אחר, כדי ליצור עבירה אשר לא כתובה בחוק. כבר בתלמוד נאמר: 'אין עונשין מן הדין'... והמכסימה הזאת נתקבלה גם דווקא בשיטות המשפט החדישות ביותר. *nulla poena sine lege* או *nullum crimen sine lege* אומר הפתגם הקלאסי הידוע, והוא קנה לו שביתה בכל שיטות המשפט הנאורות. אין עונש בלי חוק, או

\*עו"ד אברהם סופר, מומחה במשפט פלילי, עוזר מחקר במכללת כרמל ומגשר.

<sup>1</sup> במדבר טו, לב-לו.

<sup>2</sup> במדבר טו לד.

<sup>3</sup> בבלי, סנהדרין נו, ע"ב. בעניין זה חשוב לציין כי האזהרה המקראית מתאפיינת בארבע לשונות: "לא"; "הישמר"; "פן"; "אל". ראו בעניין זה ספר המצוות, שורש ח.

<sup>4</sup> בבלי, יבמות ג, ע"ב.

<sup>5</sup> בבלי, סנהדרין נד, ע"א.

<sup>6</sup> בבלי, מכות ה, ע"ב.

<sup>7</sup> משה זילברג כן דרכו של תלמוד 94-95 (תשכ"ד).

<sup>8</sup> ראו "אזהרה" אנציקלופדיה תלמודית כרך א, קצד-קצה. ויודגש כי בעבירות שעונשן בידי שמים, כגון כרת או מיתה בידי שמים, נענשים גם ללא התראה.

<sup>9</sup> שמות כ יג.

<sup>10</sup> דברים ה יז.

<sup>11</sup> במדבר לה, טז-יח, לא.

<sup>12</sup> שמות כ יד.

<sup>13</sup> ויקרא כ י.

<sup>14</sup> ספר החינוך, מצווה ס"ט.

עמומות, כגון עבירת ההמרדה,<sup>25</sup> המקימות חשש כי חירותו של הפרט תהיה נתונה לגחמות שיפוטיות.

### מאסר על תנאי

בהירות החוק ובהירות פרשנותו אינן נדרשות רק מן המחוקק העוסק במלאכת החקיקה, אלא הן חובה החלה גם על השופט, על הדיין ועל כל מי שאמון על פרשנות החוק.

כך היה מעשה בעורך דין שנשא בעונש של השעיה מלשכת עורכי הדין, ובה בעת עשה פעולה שנתייחדה לעורך דין – עריכת חוזה למכירת דירה וחתימה על מסמכים. בעקבות כך הוגשה נגדו קובלנה לבית הדין המשמעתי המחוזי, ובה יוחסו לו עבירות של התחזות לעורך דין פעיל ועשיית פעולות שנועדו לעורך דין, מעשים הפוגעים בכבוד המקצוע והתנהגות שאינה הולמת את המקצוע. המערער הודה בעובדות שיוחסו לו, הורשע ונדון לשישה חודשי השעיה ולשלוש שנות השעיה על תנאי. בדעת רוב הוחלט להפעיל את עונש השעיה על תנאי בן שנתיים שעמד נגדו בתיק קודם. עונש התנאי בתיק הקודם נקבע "על כל עבירה נשוא כתב האישום". עבירות אלו הן בין היתר איסור שותפות, שמירת כבוד המקצוע ומעשה שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין. מבחינה עובדתית נקבע בהכרעת הדין בתיק הקודם כי המערער חבר לאחר שאינו עורך דין במקצועו והקים משרד עורכי דין בערד, אשר נוהל "בצורה מוחלטת" על ידי האחר. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית הדין הארצי ונדחה, ועל כך הוגש ערעור לבית המשפט העליון ונטען בו כי בית הדין המחוזי שגה כשהפעיל את עונש השעיה על תנאי, הואיל והעבירות שבהן הורשע הפעם לא היו ממין "עבירות התנאי". בית המשפט העליון דחה את הערעור, אולם מעניין לראות את דעתו של השופט הנדל:

**כפי שאל לתנאי להיות מעורפל – אין לפרשו בצורה רחבה עד כדי יצירת סוג של אי בהירות וחוסר ודאות בתשובה לשאלה האם חל התנאי על המקרה אם לאו. כלל העל המנחה בכגון דא הוא ש'אין עונשין אלא אם מזהירין'... כוחו של כלל זה יפה בכל מקרה של ענישה, אך נדמה כי הוא נכון ביתר שאת בעונש המותנה בשל מאפייניו. עונש על תנאי הינו במובן מסוים חוזה חד צדדי בין בית המשפט לבין הנאשם. על מנסח החוזה לעשות כן בבהירות ובהירות. מהותו של התנאי אמורה להיות מובנת לנאשם שהורשע בעת גזירת העונש על תנאי. מובנת – משמעה על דרך הפשט ולא על דרך הפלפול.<sup>26</sup>**

### אחרית דבר

צא ולמד, עוד מקדמת דנא היה עקרון החוקיות עקרון-על שהנחה והדריך הן את החוק והמחוקק הן את חכמי ההלכה בבואם לפרש את החוק. עקרון החוקיות משתלב היטב עם שמירה על זכויות אדם, וביתר שאת עם שמירה על זכויות נאשמים.

כלומר, הטעם שהתורה אינה מסתפקת בניסוח תמציתי של העונש נובע מהחשש שיהיה אפשר לומר כי המעשה אינו אסור באופן מוחלט, ויש ביד העושה לבחור לעשותו ולשלם את המחיר הנלווה לו.<sup>15</sup> גישה זו מנוגדת בתכלית לגישת התורה כי החוק אינו בא להסדיר את מערכת היחסים בין הבריות ותו לא, אלא מטרתו אף לעצב מודל התנהגות ערכי.<sup>16</sup>

### חריגים לכלל

כדרכם של כללים, גם לכלל זה יש יוצא מן הכלל. כך למשל פסק הרמב"ם:

**יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה וכיוון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה.<sup>17</sup>**

הוא הדין במקרה של גנב הבא במחתרת. בעניינו נקבע כי אין חובה להתרות בו, שכן "מחתרתו זו היא התראתו".<sup>18</sup> קרי, ההתגנבות באישון לילה מלמדת על מודעותו של הגנב לאיסור שבדבר ולהשלכותיו.

### עקרון החוקיות

עקרון האזהרה מתיישב עם עקרון החוקיות בדיני העונשין, הקובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פי".<sup>19</sup> אין אפוא להעניש נאשם אלא אם כן מעוגן הדבר בהוראת דין מפורשת.<sup>20</sup> בבסיסו של עיקרון זה מושכלות ראשונות שעליהן מושתת המשפט כולו: הגינות, הגנה על זכויותיו של הפרט, חשש מכוחה הבלתי מרוסן של הרשות ושמירה על התכלית המניעתית והחינוכית של הדין העונשי.<sup>21</sup> מכאן נובעת החשיבות שלא רק מקור הדין יהיה ברור אלא גם ניסוחו, וראוי שיהיו הבהירות והדיוק בהגדרתו כדי שהפרט יוכל לכלכל את צעדיו על פיה. עד כדי כך מגיעים הדברים שכן ניסוח מעורפל של דרישות החוק יכול שלא יעמוד בדרישות החוקיות של חוק היסוד, וזאת חרף הקושי להגיע לרמת דיוק מרבית באמצעות השפה המדוברת.<sup>22</sup> מעניין לציין כי גם במדינת ישראל קיים חריג מתמשך לעקרון החוקיות<sup>23</sup> בדמות תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. תקנות אלו מקנות לרשויות המדינה סמכויות חירום רבות ורחבות, שנועדו להגן על ביטחון המדינה והציבור ולאפשר אספקת שירותים חיוניים בזמני חירום. כוחן של התקנות לשעת חירום עולה על כל חוק, אך למעשה הן לא בוטלו מאז הקמת המדינה, ותוקפן מתחדש מעת לעת.<sup>24</sup> אף בחוק העונשין קיימות עבירות

<sup>15</sup> ראו דברים ברוח דומה בע"פ 6420/10 סלסנר נ' מדינת ישראל, תק-על 2011(3), 2959.

<sup>16</sup> ראו עוד: א' שורץ "אכיפת מוסר במערכת המשפט" פרשת השבוע

118 (אביעד הכהן ומיכאל יוגודה עורכים, תשס"א).

<sup>17</sup> משנה תורה, פרק כד, הלכה ד.

<sup>18</sup> בבלי, סנהדרין עב, ע"ב.

<sup>19</sup> סעיף 1 בחוק העונשין, תשל"ז-1977.

<sup>20</sup> יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 73 (מהדורה שנייה, תשע"א).

<sup>21</sup> שם, 76.

<sup>22</sup> יורם הלוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 497-500 (תשמ"א).

<sup>23</sup> חיים ה' כהן המשפט 655 (1991).

<sup>24</sup> מיכל צור תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (1999).

<sup>25</sup> סעיף 136 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 קובע שהמרדה היא בין היתר "לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ" וכן "לעורר מדינים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין".

<sup>26</sup> על"ע 5674/08 ע"ד אבני נ' הוועד הארצי של לשכת עורכי הדין (פורסם בבנו).