

טענת איידיעת הדין במשפט הפלילי העברי

מאת

אהרן אנקר*

יש האומרים כי טענת איידיעת הדין פוטרת את הנאשם מאחריות פלילית במשפט העברי. אמנם, המשפט העברי מתנה את ענישתו של העבריין בעונשי החובה של התורה בכך שיתרו בו עובר לעשיית העבירה, כי מעשהו הוא עבירה והעונש עליו במיתה או מלקות, ושהוא גם יקבל על עצמו את ההתראה ויתיר את עצמו למיתה. אך דין זה קשור במחשבה הפלילית המיוחדת הנדרשת להטלת עונשי התורה, שהעבירה תיעשה תוך חילול שם שמים. אין לו ענין עם אותן רמות נמוכות יותר של עבריינות ואותם שיקולי ענישה המקבילים לחוק המודרני. גם במשפט העברי, איידיעת הדין אינה פוטרת את העבריין מכל אחריות פלילית, ולעמים ההתייחסות לאיידיעתו תהיה חמורה. בהרבה מקרים, איידיעת הדין נחשבת שוגג במשפט העברי, כמו טעות בעובדה. ובמקרים מיוחדים, היא נחשבת קרובה למזיד. המחבר מנתח שלש סוגיות בהן דין המשפט העברי את הטועה בדין כקרוב למזיד. כהסבר לסוגיות אלו הוא מציע את התיזה שהמשפט העברי מחמיר עם הטועה בדין, לעומת הטועה בעובדה, כאשר העבריין מתכוון לפגוע באינטרס המוגן על ידי החוק. או מתנכר לאינטרס זה ואדיש לו, למרות הטעות שלו לגבי הדין החל בעינו.

א. מבוא

שלושים ושש עבירות על דין התורה נענשות בעונש מיתה. מאתיים ושבע נענשות במלקות¹. עם כל זאת, כידוע, יהיה זה נדיר ביותר שאדם ייענש בעונשים אלה מדין תורה, גם כאשר הסנהדרין יושבת בלשכת הגזית ודנה דיני עונשין בסמכותה המלאה. דרישות קפדניות בתחום המשפט המהותי, וכן בתחום סדרי הדין ודיני הראיות, יוצרות מצב לפיו קשה מאוד להרשיע אדם בבית דין באותה רמה של אחריות פלילית המחייבת הטלת עונש מעונשים אלה מדין תורה.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

1 רשימת העבירות שדינן מיתה נמצאת ברמב"ם, סנהדרין, טו, י-יג. אלו שדינן מלקות רשומות שם, יט, א-ד.

אחת מאותן דרישות קפדניות היא דרישת ההתראה. כלל גדול בתורה שאין מענישים אדם בעונש מיתה או מלקות אלא אם התרו בו תוך כדי דיבור עובר לביצוע העבירה שהמעשה שהוא מתכוון לעשות אסור על פי התורה וכי עונשו כן וכך. וגם בזה אין די. הנהוג בראש או מתן סימן אחר המראה כי העבריין שמע את ההתראה והבין אותה אינם ממלאים אחרי דרישות אלו. על העבריין להשיב למתרים שהוא עושה את העבירה על אף האיסור והעונש ועל מנת כן. בלשונה של ההלכה, עליו להתיר את עצמו למיתה².

מכאן גורסים רבים כי שונה יחסו של המשפט הפלילי העברי להגנת אידיעת הדין מזה של המשפט הנוהג בחברה המודרנית, ובמיוחד מיתחו של המשפט הפלילי המקובל האנגלי. במשפט הפלילי העברי, כך אומרים, טענת אידיעת הדין משמשת הגנה³, שעה שעל פי הדין החילוני, "אידיעת הדין לא תשמש עילה לפטור מאחריות לעבירה..."⁴.

ואולם, השוואה זו של שתי שיטות המשפט פשטנית מדי. היא אינה מתחשבת בגורם הדתי שבמשפט העברי ובגישתו המיוחדת של המשפט העברי לסוגיית המחשבה הפלילית עקב גורם זה. אין לזהות את דרישת ההתראה במשפט העברי עם הסוגייה המודרנית של אידיעת הדין. אמנם הובעה בתלמוד דעתו של רבי יוסי בר יהודה, שחבר – תלמיד חכם – אינו צריך התראה, כי חזקה עליו שהוא יודע את הדין⁵, אך לא כך נפסקה ההלכה⁶. גם תלמיד חכם צריך התראה כתנאי להרשעתו בעבירה ולענישתו לפי דין התורה, אף כי הוא יודע את הדין. וכן, כפי שראינו, אין די בכך שיוודעו לעבריין כי המעשה אסור. עליו לקבל את ההתראה ו"להתיר את עצמו למיתה". על כן ברור, כי גם אדם היודע את הדין יכול להיות מווכח בדין מחמת העדר התראה, כולה או מקצתה. הוא אשר אמרנו, דרישת ההתראה במשפט העברי באה להבטיח את קיומם של תנאים אחרים לענישת העבריין, ואינה קשורה בנושא ידיעת הדין דווקא.

מעשה עבירה אינו נענש בדין תורה בגלל היחס האנטי-חברתי שהוא מגלה אצל העבריין. ביסוד התפישה הדתית של דין התורה, עיקרה של העבירה הוא החטא כלפי האלוקים, הכרוך בהפרת מצוותיו "בשאת נפש" וכדי "להכעיס",

2 שם, יב, א-ב.

3 ראה למשל *H. Silving Constituent Elements of Crime* (1967) 361; Ryu & Silving "Error in Penal Law" *Juris: A Comparative Study* 24 *U. Chi. L. Rev.* (1957) 421, 424-425; *Encyclopedia Judaica* 222, 226-227 (1972). עבור דיון מקיף ומפורט יותר מטעם אותו מחבר שכתב את הערך הנ"ל באנציקלופדיה יודיקה, ראה H. Cohn "Human Rights in Jewish Law" (1964) 229; H. Cohn "The 'Defense of Legality' in Talmudic Law" *Heb. Union Coll. Ann.* (1987) 251.

4 חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיף 12.

5 סנהדרין, ת, ב. וראה הסברו של רש"י לדעתו של רבי יוסי: "שלא יכול לומר סבור הייתי שמתור". שם, בדיבור המתחיל "אלא להבחין".

6 רמב"ם, סנהדרין, יב, ב.

מתוך מרד והתרסה כלפי שמים ומתוך המריית פיו של מי שאמר והיה העולם⁷. מכאן דרישת ההתראה בהלכה, שהעברייין "יקבל" את ההתראה ויעבור את העבירה "אף על פי כן", תוך שיתיר את עצמו למיתה. עניינה של דרישת ההתראה לבחון אם עבר העברייין את העבירה תוך חילול שם שמים, ולא לוודא שידע את הדין. אין בדרישת ההתראה דבר הדומה לשיקולים של מחשבה פלילית הנוהגים בשיטות משפט חילוניות.

מול מרכזיותם של שיקולים דתיים אלה בשיטת המשפט העברי, המשפט הפלילי המודרני, הנוהג בפועל בבתי המשפט שלנו, הוא מערכת משפט חילונית, אשר עניינה הגנת החברה מפני נזקם של עבריינים. מושג המחשבה הפלילית של מערכת זו נוגע למודעותו של הנאשם כי הוא פוגע באינטרס של אחר, או שהוא מסכן אינטרס כזה⁸. על כן, אין למערכת החילונית עניין בדרישות של התראה ובקבלתה. המושג לפיו על הנאשם "להתיר את עצמו למיתה" זר למטרות אלו. פרטי הדינים בסוגיית אי-ידיעת הדין מותאמים למטרה חברתית-חילונית זו ונגזרים ממנה.

ויש פן נוסף להשוואת שיטת המשפט העברי עם שיטות משפט מודרניות, בכל הנוגע לסוגיית אי-ידיעת הדין. רבים גם בין אלה העוסקים בלימוד המשפט העברי דרך קבע, חושבים כי עברייין שלא הותרה ולא קיבל את ההתראה לפני שעשה את העבירה אינו "אשם" בעבירה, כאילו הוא זכאי בדין. אמנם כן, עבריינים אלה אינם אשמים בעבירה עד כדי הטלת עונשי מיתה ומלקות, שהן עונשי חובה מן התורה, אך אין זאת אומרת שהם "זכאים". קיימות בהלכה דרגות ביניים של אחריות ושל אשם משפטי, עם סנקציות ועונשים קלים יותר, המשתנים לפי העבירה ולפי דרגת אשמתו של העברייין.

כפי שנראה להלן, לא תמיד תעמוד טענת אי-ידיעת הדין כהגנה בדרגות ביניים אלו של אחריות. אורבא, במקרים מסוימים, תתבסס אשמתו של החוטא על כך שלא למד את הדין ולא ידע אותו. במקרים אחרים, עשויה אי-ידיעתו לשמש אף גורם המחמיר את מידת אשמתו. יש וטעות בדין היא שוגג, ויש שהיא מזיד או קרוב למזיד. הרבה תלוי בטיבה של העבירה המסוימת ובהשפעת טעותו של העברייין על המחשבה הפלילית שלו. אם נבחן את שאלת האחריות המשפטית בפרספקטיבה רחבה כזו המוצגת כאן, יתברר שההבדלים הגטעניים בין המשפט העברי ובין המשפט של היום בעניין סוגיית אי-ידיעת הדין, אינם כה גדולים ורחבים כפי שהיה נראה במבט הראשון.

בבואנו לבחון את הסנקציות ואת העונשים החלים במקרים אלה של דרגות הביניים של האחריות הפלילית, עלינו לתת את דעתנו שנית על אופיו הדתי של

7 הרחבתי את הדיון ביסור זה של חילול השם והמרד נגד האלוקים בענישה בדין תורה במאמרי "יסודות במשפט הפלילי העברי" משפטים כד (תשנ"ד) 177.

8 ש"ז פלר יסודות בדיני העונשין (תשמ"ד, כרך א) 489-488; "לוי וא' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א) 402-403.

המשפט העברי. בחלק מן המקרים, יהיו העונשים דומים לאלה הנוהגים במשפט הפלילי החילוני – מוות, מאסר ואף עונשי גוף כגון מלקות. אולם, במקרים רבים אחרים, יישאו העונשים של המשפט העברי אופי דתי מובהק, שאין לו מקביל במשפט החילוני-החברתי הנוהג היום. יחכן, למשל, שהעברין יהיה חייב עונש בירי שמים, ובמקרים מסוימים יהא עליו להביא קרבן חטאת בבית המקדש. אין מקבילות לסנקציות אלה במשפט המודרני החילוני. הניסיון להשוות את המשפט המודרני עם המשפט העברי יהיה חסר וחלקי בלבד אם לא ייתן את דעתו גם לסנקציות אלו ולדרישות החוק לגביהן.

ועוד. אף כי נכון לומר שאידיעת הדין אינה משמשת הגנה כשיטת המשפט המקובל האנגלי, הרי גם כאן עיקר משמעותו של הכלל הוא שאידיעת הדין אינה פוטרת את הנאשם באופן מלא מאחריות פלילית. גם שופט האמון על שיטת המשפט המקובל עשוי לשקול את טעותו הכנה של הנאשם בדין, לפי הנסיבות, כבואו לגזור את עונשו. ההבדל בין שתי השיטות הינו במידת מה עניין של הבדלים במבניהן של השיטות יותר משהוא הבדל במהות.

המשפט הפלילי המודרני מבחין בין שני השלבים של המשפט – הכרעת הדין וגזר הדין. בשלב השני, שלב גזר הדין, רשאי השופט לשקול – לקולה או לתומרה – שיקולים מסוימים שאינם שייכים לעניין הכרעת הדין. אך לא כן המבנה של המשפט הפלילי התורני: אין בו הפרדה בין שלב ההרשעה ובין גזר הדין, ואין לשופט שהרשיע את העברין בהתאם לדין התורה שיקול דעת לקבוע את העונש שיטיל עליו, תוך שקילת מידת אשמתו ולקחת בחשבון של שיקולים פיננולוגיים אחרים.⁹ העונשים של המשפט העברי התורני ומידותיהם נקבעים בדין והם פועל יוצא מממצאי בית המשפט כאשר לדרגת האשמה של הנאשם, כפי שגם היא קבועה בהלכה. הבדלים אלה במבנה המשפט עלולים לגרום לטעות אופטית בהשוואת השיטות. למעשה, שתי השיטות שוקלות שיקולים דומים, בדרך כלל, בכל הנוגע לקביעת דרגת האשם של הנאשם, אם בהכרעת הדין במשפט העברי ואם בשלב של גזר הדין במשפט המודרני. ההבדל העיקרי ביניהן הוא שהשיטה המודרנית מעניקה לשופט מידה רבה יותר של שיקול דעת בעניין זה.¹⁰ ובסוף הרשימה נציין, כי עם הזמן נוטה גם המשפט המודרני יותר ויותר להכיר בהגנה של אידיעת הדין במקרים מסוימים. במיוחד נכון הדבר כאשר

9 רמב"ם, סנהדרין, יד, ב-ג: טו, א.

10 הספרות המודרנית מתארת בהרחבה את המערכות המשפטיות של רשות ושל שיקול דעת של המשפט העברי, העומדות בצדם של דיני התורה הנוקשים. מערכות משלימות אלו דואגות לתיקון החברה ולהגנתה מפני נזקם של עבריינים, והן המקבילות האמיתיות של המשפט העברי למשפט הפלילי המודרני. במערכות משלימות אלו, אין צורך בהתראה ובשאר התנאים המוקדמים הפורמליים הידועים לנו מדין התורה. ראה, למשל, אנקר, לעיל הערה 7. על כן יש מקום, לכאורה, לטענה שאין ללמוד מדין התורה לקחים היכולים להיות ישימים במשפט המודרני. עם כל זאת, נראה לי שיש ערך פרקטי להשוואה, ולא רק ערך עיוני, בתנאי שעורכים אותה בזהירות הראויה.

טעותו של הנאשם מולידה מצב בו חסרה אצלו המחשבה הפלילית הנדרשת להרשעתו. כמו כן, קיימת נטייה בשיטות משפט אחדות להעניק לנאשם הגנה כאשר הטעות בלתי נמנעת, או כאשר הנאשם הסתמך בתום לב על חוות דעת של רשות או של גוף ציבורי המופקד על ביצוע החוק ועל אכיפתו¹¹. גם התפתחות זו מצמצמת את ההבדל בין השיטות.

ניתן לסכם דברי פתיחה אלה כדלקמן. אי-ידיעת הדין משמשת הגנה בפני אחריות פלילית במשפט העברי ביחס לדרגה הגבוהה ביותר של אשמה פלילית, אשר הייתה מחייבת את בית המשפט להטיל על הנאשם את עונשי החובה התורניים של מיתה או מלקות, מפני שעונשים אלה מוטלים בדין תורה רק כאשר הנאשם מפר את מצוות האלוקים מתוך מרדנות גלויה ומתוך התרסה כלפי שמים, בגדר של חילול ובזיוז שם שמים. אין מקביל במשפט המודרני לדרגה מיוחדת זו של אשם פלילי, המבוססת על תפישות דתיות. בדרגות הנמוכות של האחריות הפלילית, בהן העברייני נקי ממרדנות כלפי שמים, אי-ידיעת הדין לא תמיד תפטור אותו, הן במשפט העברי והן במשפט המודרני. עם זאת, שתי השיטות ישקלו את הטעות כבואן לקבוע את דרגת אשמתו ואת העונש שראוי להטיל עליו, כל אחת בהתאם לתפישתה הייחודית ובדרכים המיוחדות שלה. בדרגות נמוכות אלו של האחריות הפלילית יבטאו ההבדלים בין השיטות, לפעמים, עניין עדין של הדגש ומתודה יותר מעניין של מהות.

כדי שההשוואה בין השיטות תהיה מועילה ומדריכה, נדרשים בדיקה ועיון קרובים וקפדניים. המשפט העברי מגלה, בדרך כלל, הערפה ניכרת לשיטחיות ולחשיבה מבנית בעניינים שהמשפט המקובל משאיר לשיקול הדעת הבלתי מודרך של השופט¹². בקשר לנושא הנידון כאן, הגנת אי-ידיעת הדין במשפט הפלילי, התייחסותו של המשפט העברי אל סוגי הטעויות השונים, בהקשרים השונים, עשויה להיות לתועלת לשיטות משפט אחרות, אם הדברים ילובנו היטב ויוכנו כראוי. נבחן את הדברים האלה במשפט העברי לגבי שלוש סוגיות – רצח, ניאוף והפרשת תרומה טמאה. ננסה לדלות מהן את יחסו העקרוני של המשפט העברי לסוגיית אי-ידיעת הדין.

ב. "שוגג" – דין הטעות במשפט העברי

בדרך כלל, במשפט העברי, הטעות הינה שוגג. במקרים קיצוניים, כאשר לא ניתן לבדוק את המצב מקרוב יותר, או כאשר הנסיבות הן כאלו שלא היה עולה על דעת אף אחד לבררן בצורה קפדנית יותר, הטעות נחשבת בלתי נמנעת. מעשה

11 ראה למשל ע' אור "אי-ידיעת הדין ועצה רשמית מוטעית במשפט הפלילי" עיוני משפט י (תשמ"ה) 535.

12 פרופ' פלטר ערך השוואה מקבילה בין מה שהוא כינה הגישה ה"שטוחה" ("flat") של המשפט המקובל האנגלי ובין הגישה ה"מבנית" ("structured") של המשפט האירופאי. ראה מאמרו 949 *Harv. L. Rev.* (1985) "The Right and the Reasonable".

עבירה שנעשה במצב זה חפשי מכל אשם. הוא נחשב אונס, מילה שמשמעותה המקורית היא אילוף או כפייה. טעותו של העושה כופה עליו לעשות מעשה שהוא לא היה עושה אותו אילו הכיר את העובדות לאשורן. אולם, כאשר ניתן היה לברר את הנסיבות ומן הראוי היה שהאדם יעשה כן, מעשהו נחשב שוגג, ולא אונס¹³. שוגג הוא דרגת אחריות שיש בה אשם, אם כי, כמובן, במידה פחותה מזו של חטא מכוון וזדוני. שוגג הוא אותה דרגת אשם ואחריות המתבטאת באי בדיקה מספקת של המצב לאמיתו. מעשה עבירה שנעשה בשוגג עלול להיענש. הוא גם יהיה חייב תשובה וכפרה.

קבוצה אחת של מקרים שכיחים וטיפוסיים של עבירה בשוגג במשפט העברי היא קבוצת העבירות אשר העובר עליהן בשוגג חייב להביא קרבן חטאת בבית המקדש¹⁴. בעבירות אלו, שוגג כולל הן טעות בעובדה והן טעות בדין¹⁵. למשל, המחלל שבת בשוגג חייב קרבן. ייתכן שעבר את העבירה משום שטעה בעניין קביעת היום. הוא חשב שהיום יום שישי, שבו מותר לעשות מלאכה, והנה התברר שהוא שבת, בה אסורה המלאכה. זו, כמובן, טעות בעובדה. אפשר גם שעשה את המלאכה האסורה בידעו שהיום הוא יום השבת, אך מבלי לדעת שעשיית מלאכה אסורה בשבת, או מבלי לדעת שהמעשה שביקש לעשות נחשב בהלכה מלאכה אסורה. אלו הן טעויות בדין. אין זה משנה. בכל שלושת המקרים הללו, חטא האדם בשגגה ועליו להביא קרבן חטאת במקדש¹⁶.

ברומה לכך, מי שאכל חלב בשוגג חייב להביא קרבן, הן כאשר חשב בטעות שאותה חתיכת אוכל הייתה שומן, המותר לאכילה, והן כאשר אכל את החלב בידעין אך טעה בדין ולא ידע שאסור לאכול חלב¹⁷.

13 ראה סיכום המקורות באנקר כורח וצורך בדיני עונשין (תשל"ז) 155-158. הדמיון למושג הרשלנות במשפט המודרני ברור לעין. בכל זאת, אני מהסס להשוות את המושגים לגמרי. אין במשפט העברי מושג זהה לחלוטין ל"אדם הסביר". נדמה לי כי קנה המידה לאשם ולאחריות במשפט העברי חמור יותר וקפדני יותר בהשוואה למשפט המודרני. במשפט המודרני שוקלים זה מול זה את האינטרסים המתחרים. העניין העומד על הפרק במשפט העברי הוא קיום מצוות האלוקים, אשר השלכותיה עשויות להרחיק לכת מעבר לתפיסת האדם, וזה בוודאי משפיע על עריכת השקילה. גם הגדרת הרמב"ם לדרגות השוגג בעבירת רצח (רמב"ם, רוצח, ו, ב-ד) מותירה רושם כי דרישת הנהירות חורגת מ"סבירה", אך אולי יש הקפדה מיוחדת בעניין זה בגלל ערך החיים.

14 רמב"ם, שגגות, א, א. מדובר בעבירות שהעובר עליהן במזיד דינו כרת לפחות.

15 שם, ב, ו. ואלה דברי המשנה למלך (הרב יהודה רוזניס, שחי בטורקיה במאות ה'17 וה'18), מנושאי כליו של הרמב"ם, בפירושו על הלכות שגגות ב, ב:

המתבאר מהסוגיא דפרק כלל גדול דאיכא תרי מיני שגגות. האחד הוא במציאות, כגון סכור שומן הוא ואכלו, והיה חלב. והשני הוא ששגג בדין, כגון שהיה סכור דפעולה זו היא מותרת... ובשני מיני שגגות אלו חייב הכתוב חטאת.

16 רמב"ם, שגגות, א, ד; ז, ב-ד.

17 שם, א, ד; ז, ב.

בשתי קבוצות הדוגמאות, חילול שבת ואכילת חלב, הטעות האחת הינה טעות בעובדה, והשנייה – טעות בדין. אין חשיבות להבדל זה בסוגי הטעויות. התוצאה זהה בשניהם. החוטא חייב להביא קרבן חטאת למקדש, הן כאשר טעה לגבי העובדות והן כאשר טעה בדין, כי בכל מקרה חטא בשוגג. בשתי קבוצות הדוגמאות, אין המדובר בהמריית פי ה' בזדון, שהרי האנשים עשו את המעשים תוך טעות ביחס לעובדות או ביחס לדין הנוגעים לעניינם. ברור, אפוא, שאין הם ראויים לעונשים החמורים שנקבעו בתורה לעבירות אלו. ככל זאת רובצת עליהם מידה של אחריות משפטית, על כך שלא ביררו דין את העובדות בקבוצה הראשונה ואת הדין – מה היא מצוות האלוקים – בקבוצה השנייה. על כן, על אנשים אלה לכפר על חטאם בהבאת קרבן חטאת למקדש. ברמה זו של אשמה משפטית אין הדין העברי מבחין בין שני סוגי הטעות. זה, אפוא, הכלל במשפט העברי: "אומר מותר", טעות בדין, וכן אי-ידיעת הדין, הינן שוגג כמו טעות בעובדה, כי היה לו ללמוד והוא לא למד¹⁸.

ג. שוגג בעבירת רצח

על הרקע של כלל זה, נבחן עתה שלושה מקרים בהם דן המשפט העברי את מי שטעה בדין באופן חמור יותר מן הטעה בעובדה. המקרה הראשון הוא עבירת רצח.

עבירת רצח נידונה, כמובן, בחומרה בהלכה היהודית. עונשה בתורה מיתה¹⁹. אולם, גם בעבירה חמורה זו, חלים אותם התנאים המוקדמים הרגילים הנדרשים להטלת עונש מוות, הכוללים לענייננו את הדרישות של מסירת ההתראה ושל קבלתה²⁰. הנה, שוב, מהותה של העבירה ברמה של ענישה תורנית היא הפרה מופגנת של מצוות האלוקים, תוך חילול השם, וזאת אפילו בעבירת רצח החמורה²¹. לכן, אם לא התרו ברוצח עובר למעשה, ואם הוא לא קיבל את

18 על ההבדלים בין טעות בדין ובין אי-ידיעת הדין במשפט העברי, ראה לאחרונה Isaacson, "Ignorance in Jewish Law", 5 Nat'l Jewish L. Rev. (1990-1991) 1, 18-19 וראה גם מ' רורוי "שגגה במשפט העברי: טעות בדין וטעות בעובדה (לעניין הניאוף בשגגה)" שנתן המשפט העברי א (תשל"ד) 72; ד' ורהפטיג "טעוין לאי-ידיעת הדין בדיני נפשות" בתוך ספרו מחקרים במשפט העברי (תשמ"ה) 229. כל שלושת המקורות מרגישים בהקשר זה של אי-ידיעת הדין את ההבחנה בין שני סוגי מצוות – אלו שבין אדם לחברו ואלו שבין האדם למקום. גישתי שונה, כפי שאפתח את הדברים בהמשך.

19 שמות, כא, יב-יד; במדבר, לה, טו-כא, כט-לד.

20 רמב"ם, רוצח, ד, ח.

21 ראה אנקר, לעיל הערה 7. וכן ראה ש' פישר, בית ישי, (תשמ"ו, כרך ב) שפא-שפב.

ההתראה והתיר את עצמו למיתה, לא חל לגביו עונש מוות כעונש חובה מן התורה²². רוצח זה לא חטא מתוך מרד והתרסה כלפי שמים ואינו נענש בכל חומרת הדין. על כן, גם מי שרצח את חברו בכוונה, אך לא ידע שהתורה אוסרת את מעשהו, איננו נענש בעונש מיתה מן התורה. ברמה זו של ענישה תורנית, אי-ידיעת הדין הינה הגנה.

יהיה זה נדיר, כמובן, שאדם אכן לא ידע שאסור לרצוח אחר. בפועל, במישור הפרגמטי של יישום ההלכה למעשה, נטה לדחות טענה זו של אי-ידיעת הדין כבלתי מהימנה וכשקריית בעליל. יש להניח כי טענת טעות בדין תוכל להתקבל על דעתנו כמהימנה, רק כאשר הטעות אינה נוגעת לעצם האיסור, אלא קשורה לפרט זה או אחר בדיני הרצח, או לתנאים המיוחדים בנוגע לטענה של הגנה, כגון פרטי הגנה עצמית. יתכן, איפוא, שהתעניינותנו בשאלת האחריות הפלילית של אדם שאכן טעה בדין בנוגע לעבירת רצח היא תיאורטית בעיקרה.

ובכל זאת, חשוב, לדעתי, לעמוד על ההבחנה בין המודעות לאיסור המוסרי ברצח, ואף הידיעה שהחוק האנושי אוסר הריגת אדם, ובין הידיעה שתורת האלוקים אוסרת אותו. כפי שראינו, מהותו של החטא נגד התורה הוא הפרת מצוות האלוקים, ולא הפגם והפגיעה המוסריים שבמעשה. יכול אדם לדעת שהוא עושה עוול מוסרי, ואף לדעת שהוא עובר עבירה על חוקי החברה שהוא חי בה, וכל זאת בלי שידע שהוא עושה מעשה נגד מצוות האלוקים. לכן, ככל שהמקרה יהיה נדיר, יש חשיבות עקרונית לעמדת ההלכה לגביו, שלפיה, מי שהורג אחר בכוונה, ללא ידיעה כי התורה אוסרת את המעשה, אינו נושא בעונש מיתה מדין תורה.

בתי המשפט מוסמכים להעניש רוצחים אלה לפי שיקול דעתם, לאסרם ולהטיל עליהם עונשי גוף, ובמקרים קיצוניים אף להרגם. אך כאמור, עונשים אלה מוטלים על פי שיקול הדעת של בית המשפט, בהתאם לחומרת המעשה המסוים, ולפי צורכי הזמן והחברה, ולא בגין חומרת החטא כלפי שמים. לא כן המצב בשאר העבירות נגד דין התורה. בהן, אם לא התקיים תנאי מתנאי התורה להטלת עונש, כגון שלא התרו בעבריו או שהוא לא קיבל את ההתראה, אין בית-הדין רשאי להענישו לפי שיקול הדעת. הסיבה לשוני זה בין העבירות ברור. רוב שאר העבירות הן עניין של אמונה דתית. פגיעתן בחברה היא עקיפה. בשונה מהן, עבירת רצח משחיתה את חיי העולם התקינים. הגנת החברה מפני הרוצח, ומפני אחרים כמותו, מחייבת את בית המשפט להעניש את הרוצח, למטרות מניעה והרתעה²³.

22 ניתן להעניש רוצח זה בעונש כיפה, שהוא חריג לכלל דיני העונשין של התורה, בגלל החומרה המיוחדת של עבירה זו. ראה רמב"ם, רוצח, ד, ת-ט.

23 למשל, השוכר אחר כדי להרוג את קרבו חייב מיתה בידי שמים, אך בית-הדין מוסמך להעניש אותו על פי שיקול דעתו, משיקולים של הרתעה כללית. רמב"ם, רוצח, ב, ד.

1. דרגות השוגג ברצח

כאשר הרצח נעשה בשוגג, קובע דין תורה עונש גלות לעיר מקלט²⁴. הגליית הרוצח מענישה אותו ומכפרת על מעשיו ואף מגנה עליו מפני זעמם של בני משפחת הנרצח, המבקשים לנקום את דם אחיהם שנשפך²⁵. דין השוגג בעבירת רצח שונה מדינו בעבירות האחרות, כגון חילול שבת ואכילת חלב, שתיארנו למעלה. כאן מכיר החוק בהבחנות דקות יותר, המבחינות בין דרגות שונות של שוגג. בנוסף על השוגג הרגיל, שדינו כאמור גלות לעיר מקלט, יש גם שוגג

- 24 במדבר, לה, ט-לד. עבירת רצח שונה מעבירות אחרות בכך שאין העובר בשוגג יכול להיטהר מן העבירה על ידי הבאת קרבן במקדש. בכך שונה דין התורה, כנראה, מן המשפט היווני. Greenberg "The Biblical Concept of Asylum" 78 J. Biblic. Lit. (1959) 125, 129-30. כחפישה התורה, אין לכפר על הרגת אדם, שנכרא בצלם אלוהים, על ידי הריגת בהמה. השווה גם גרינברג "הנחות יסוד של החוק הפלילי המקראי" תורה נדרשת (תשמ"ד) 13.
- 25 במחקר שהתפרסם לאחרונה, טוען המחבר שמטרת עיר המקלט בדין המקראי הייתה אך ורק הצלת הרוצח בשוגג מנקמתם של קרובי הנרצח, וכי הדעה שנלות משמשת גם עונש וכפרה לרוצח היא דעה מאוחרת יותר, מן התקופה הרבנית. Eliash, "Negligent Homicide in Jewish Criminal Law: Old Wine in a New Bottle" 3 Nat'l Jewish L. Rev. (1988) 65. תזה זו אינה משכנעת אותי. הפסוקים בדברים, יט, א-יג מדברים אמנם בהצלת הרוצח מגואל הדם ולא בענישתו, אך ענינם בכריחת הרוצח לעיר המקלט מיד אחרי הרצח, בטרם נשפט. גם הפסוקים בדברים, ד, מא-מג עוסקים במנוסת הרוצח לעיר המקלט עד למשפט. התורה עוסקת בפסוקים אלה בהצלת הרוצח מנקמתו של גואל הדם ולא בהגלייתו כעונש, כי טרם הוכרע דינו בידי השופטים. בספר במדבר, לה, ט-לד, התורה מכחישה באופן ברור למדי בין שני השלבים, זה של טרם משפט זה שלאחר הדין וההרשעה, ומגדירה את מטרת הגלות בהתאם. פסוקים יא ויב דנים בשלב שלפני המשפט. "והקריחם לכם ערים, עיר מקלט תהינה לכם, ונס שמה רוצח מכה נפש בשגגה. והיו לכם הערים למקלט מגאל, ולא ימות הרוצח עד עמדו לפני העדה למשפט." בשלב זה, מטרת עיר המקלט היא להציל את הרוצח מגואל הדם, כדי שיעמוד למשפט לפני העדה. המשך הפרשה עוסק בשלבי המשפט עצמו ובתוצאותיו. בית המשפט מחזיר את הרוצח מעיר המקלט כדי לכוון במשפט אם הוא חייב מיתה (פסוקים טז-כא) או גלות (פסוקים כא עד הסוף), או אם יצא זכאי מכול. והיה אם הרג בשוגג, דינו לגלות. "והצילו העדה את הרוצח מיד גאל הדם והשיבו אותו העדה אל עיר מקלטו אשר נס שמה וישב בה עד מות הכהן הגדול אשר משח אותו בשמן הקדש. ... כי בעיר מקלטו ישב עד מות הכהן הגדול, ואחרי מות הכהן הגדול ישוב הרוצח אל ארץ אבותיו" (שם, פסוקים כה-כח). פסוקים אלה מטילים חובה על רשויות המשפט להגלות את הרוצח ולדאוג לכך שהוא ישהה בגלות עד מות הכהן הגדול, שמיתתו מכפרת. אילו הייתה מטרת הגלות רק לספק הגנה לרוצח מפני גואל הדם, היה הרוצח רשאי לוותר על הגנה זו כאשר נראה לו שאינו זקוק לה. וכן מלמדת ההוראה המיוחדת, שם בפסוק לב: "ולא תקחו כופר לגוסס אל עיר מקלטו, לשוב לשבת בארץ עד מות הכהן". פסוק זה בא מיד אחרי ההוראה המקבילה האוסרת על בית-הדין לקחת כופר נפש מרוצח במדיר "אשר הוא רשע למות, מות יומת" (שם, פסוק לא). הגלות מקבילה למיתה. שתיהן עונשים, זו לרוצח בשגגה וזו לרוצח במזיד.

הקרוב למזיד וכן שוגג הקרוב לאונס. כפי ששמם מעיד עליהם, השוגג הקרוב למזיד נחשב חמור יותר מן השוגג הרגיל. אמנם אין הוא מזיד ממש, אך הוא קרוב אליו. באופן דומה, אך בכיוון הפוך, השוגג הקרוב לאונס נדון כקל יותר מן השוגג הרגיל.²⁶

שני סוגי השוגג הנוספים האלה שווים בדינם, אך טעמם שונה. בשניהם אין ההורג גולה לעיר מקלט, אך השוגג הקרוב למזיד אינו גולה כי אשמתו חמורה מכדי שהגלות תכפר בעדו, ואילו השוגג הקרוב לאונס אינו גולה כי אשמתו קלה עד שאין הוא זקוק לכפרה כזו. יש גם הבדל מעשי חשוב בין שני סוגים אלה של שוגג. במקרהו של השוגג הקרוב לאונס, אין ההורג זקוק להגנת עיר המקלט מפני קרובי הנהרג. החוק עצמו מגן עליו, בגלל אשמתו המזערית. אם יפגע בו גואל הדם, יישא הלה בעונשו של החוק. לעומתו, ההורג בשוגג קרוב למזיד זקוק להגנה מפני גואל הדם, אך איננו זוכה לה. גואל הדם יכול להרגו ללא פחד מעונשו של החוק אפילו בתוך עיר המקלט עצמה.²⁷

במקרים השונים של הריגה שלא בכוונה, שבהם ההורג אינו מתכוון להרוג את זולתו ואף אינו מודע לכך שהתנהגותו מסוכנת לחיי אחר, מידת שגגתו של ההורג נקבעת על פי מידת הסיכון שבהתנהגותו. הדבר דומה במקצת להערכותיו של המשפט המודרני המבחין בין רשלנות רגילה ובין רשלנות רבתי.²⁸ אך מה דינה של הריגה מכוונת הנעשית ללא ידיעת האיסור שבה? האם מקרה כזה הוא שוגג רגיל, בדומה למקרים של איידיעת הדין בעבירות של חילול שבת ואכילת חלב? או שמא מקרה זה של "אומר מותר" שונה משוגג רגיל?

2. שיבוץ "אומר מותר" ברצח לדרגות השוגג

בתלמוד מובאת מחלוקת בעניין זה בין רבא ואבאי.²⁹ אבאי סובר כי "אומר מותר אנוס הוא", כאשר כוונתו כנראה שדינו קרוב לאנוס. לדעת רבא, "האומר מותר קרוב למזיד הוא". מעניין שאבאי ורבא מסכימים שניהם שרוצח זה שאמר מותר אינו גולה לעיר מקלט, ואין בתלמוד אף חנא או אמורא אחר הסובר שהוא גולה. כנראה שהייתה מסורת הלכתית חד משמעית בעניין זה. כל הדיון והמחלוקת שבין החכמים

26 רמב"ם, רוצח, פרק ו. התלמוד דן במספר רב של מקרי רצח שלא במזיד בדרך קוואיסטית. הרמב"ם מעביר את המקרים ומעצב אותם בדרך משלו, בהתאם לתפיסות כלליות של דירוג השוגג.

27 שם, הלכות א-ה.

28 אך ראה הסייג להשוואה זו בהערה 13 לעיל. כאמור שם, הדברים האמורים שם שייכים ביתר שאת כשמדובר בעבירות רצח.

29 מכות, ז, ב. וראה גם מכות, ט, ב.

עסקו בהסבר ההגיון ההלכתי של הדין המקובל. האם כך הדין מפני שהמקרה שלו חמור מכדי שייהנה מן ההטבות שמעניקה הגלות, כדעת רבא, הסובר שדינו קרוב למזיד, או שמא אין הוא גולה מפני שמעשהו קל עד כדי שאינו זקוק להגנת עיר המקלט, כדעת אבאי, הסובר שדינו כאונס.

הרמב"ם פוסק כדעת רבא³⁰. מי "שעלה על דעתו שמוותר להרוג", כלשון הרמב"ם, נמנה על אלה שדינם קרוב למזיד. אשמתו של רוצח זה חמורה משוגג רגיל ולא חלים עליו דין עיר מקלט וההגנה שדין זה מעניק. עם זאת, דרגת אשמתו של רוצח זה פחותה מזו הנדרשת להטלת עונש מיתה מדין תורה.

עד כאן דין תורה. אין זה ברור לגמרי אם רוצח זה, ההורג ללא ידיעת הדין, ראוי לעונשם של בתי הדין לפי שיקול דעתם. יתכן שהדין מסתפק בהשארת גורלו של רוצח זה להחלטתו של גואל הדם³¹. באותה הלכה בה פירט הרמב"ם את סמכותו של בית המשפט להעניש רוצחים שאין דינם מיתה מן התורה, ובה הטיל הרמב"ם על בית המשפט את החובה "להכותם מכה קרובה למיתה, לאסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים", הוא לא התייחס במפורש למקרה שלנו של רצח מכוון תוך אי-ידיעת הדין. אך לשונו רחבה דיה כדי לכלול את המקרה³². המקור היחיד שמצאתי העוסק בשאלה מפרש את דברי הרמב"ם ככוללים בעונשים אלה גם מקרים של רצח מתוך טעות בדין³³.

נראה לי שיש מקום לחשוב כי הרמב"ם השאיר את השאלה פתוחה, ביודעין. כפי שאראה בהמשך הדברים, אין לחתוך את מידת האשמה של נאשם זה ואת חומרת העונש המגיע לו על פי הקביעה המשפטית הפורמלית לאיזו קטגוריה משלוש דרגות הרשלנות יש לסווג אותו, בהתאם להגדרה המופשטת של קטגוריות אלו, כאילו כל המקרים של אי-ידיעת הדין שווים בחומרתם. דרגת אשמתו של הרוצח הטועה בדין תלויה בנתונים נוספים המשתנים ממקרה למקרה.

יוצא, אפוא, שבמקרה של עבירת רצח, טעות בדין אינה שוגג רגיל. דינו של האומר מותר חמור יותר מן השוגג הרגיל. שתי שאלות מתעוררות בעניין זה. הראשונה, מי הוא רוצח זה שאינו יודע את הדין בנוגע לרצח? האם ענייננו כאן באותו רוצח שאינו יודע את עצם האיסור של "לא תרצח" שבתורה? או שמא ענייננו באחד שיוודע שרצח אסור אך הוא טועה לגבי פרט זה או אחר מדיני

30 רמב"ם, רוצח ו, י.

31 לגבי אותם רוצחים שאינם גולים, כי הם קרובים למזיד, אומר הרמב"ם: "ומה יעשה זה? ישב וישמור עצמו מגואל הדם". שם, הלכה ה.

32 "וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחויבים מיתת בית דין..." שם, ב, ד.

33 י' מ' גינצבורג משפטים לישראל (תשט"ו) שלד, הערה לג. נותר בעיני ספק בעניין, כי בכל אותם המקרים המנויים שם על ידי הרמב"ם דין הרוצחים מיתה בידי שמים. לכן מצווה בית הדין להענישם בעונשי גוף חמורים, אף אם הם פטורים מעונש מיתת בית דין. לא מצאתי מקור הקובע כי רצח האומר מותר חייב מיתה בידי שמים.

הרצח, כגון, התנאים והגבולות של הגנה עצמית³⁴? והשאלה השנייה, למה מחמירה ההלכה בדינו של האומר מותר בעבירת רצח לעומת דינו של האומר מותר בעבירות האחרות שהזכרנו? מסתבר שיש קשר מהותי בין שתי השאלות, שהרי לכאורה הסברה אומרת, שככל שהטעות בדין יסודית יותר, עשויה דרגת השגגה להיות חמורה יותר.

3. המקור לכלל שלפיו "אומר מותר" ברצח קרוב למזיד

מפרשי התלמוד עסקו בהסברת המקור בתורה לדין המיוחד בעבירת רצח, ולא בהבנת הרציונל שלו. כעלי התוספות מציינים³⁵, למשל, כי המילה "בשגגה" מופיעה יותר מפעם אחת בפרשת התורה העוסקת בדינו של ההורג בשוגג³⁶. מריכוזי מותר זה של המילה – "שגגה יתרה", בלשונם – לומדים התוספות, כנראה, שהשגגה מחולקת לדרגות בעבירה זו, וכי האומר מותר יצא מכלל השוגג הרגיל, שרק הוא חייב גלות.

אולם, אין זה ברור למה דיוק זה בנוסח הכתוב מלמד על דין האומר מותר דווקא. ניתן היה להבין שהריכוז במילה "שגגה" מלמד על ריכוז דרגות של שוגג, בהתאם לנסיבות המשתנות של המקרים ולדרגות הסיכון השונות שבהם, ללא קשר מיוחד לשאלת דינו של האומר מותר דווקא. בכל מקרה, אף לפי המסקנה שניתן ללמוד מדיוק זה בפסוקים שדינו של האומר מותר שונה מזה של השוגג הרגיל, חסר עדיין הבסיס העיוני למסקנה שדינו של האומר מותר חמור יותר מדינו של השוגג הרגיל. מה הבסיס להכריע מן הדיוק הזה שדרגת אשמתו של האומר מותר קרובה דווקא למזיד, כדעת רבא, ואינה קרובה לאונס, כדעת אב"י? הבסיס הערכי של הדין, לפיו אומר מותר ברצח חמור משוגג רגיל, והמדיניות המשפטית עליה מושתתת החמרה זו, נמצאים כנראה במישור אחר, בסברה, ולא בדרשת הפסוקים. הרמב"ן³⁷ מציע הסבר שונה למקור ההבחנה בין דין האומר מותר ברצח ובין דינו בעבירות האחרות, כגון חילול שבת ואכילת חלב. לדעתו, ההבחנה מעוגנת בלשונה המפורשת של התורה. את חובתו של מי שעובר עבירה בשוגג להביא קרבן חטאת במקדש אנו לומדים מן הפסוק: "ואם נפש אחת תחטא בשגגה,

34 במשפט המודרני, הנוהג הלכה למעשה בכתי המשפט, יכול אדם לטעות בנוגע לפרטי הדין הקובע חובת נסיגה ובנוגע ליישומי המיוחדים, וכן לגבי מידת המידיות הנדרשת להגנה עצמית. לעניין אי הבהירות בכל הקשור לחובת הנסיגה, ראה ביין "חובת הנסיגה בהגנה מפני התקפה" הפרקליט כג (תשכ"ז) 375, 221. לעניין הספק בנוגע לדרשת המידיות, ראה א' אנקר ור' קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין", פלילים ג (תשנ"ג) 5. עד לתיקון האחרון של החוק כעניין הגנה עצמית, הייתה גם אי בהירות רבה בנוגע להיקף הרשות להתערב להגנת הזולת. ראה א' אנקר כורח וצורך בדיני עונשין (תשל"ז) 117-125: ע"פ 89/78, אפנ"ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (3) 141.

35 מכות, ז, ב, בדיבור המתחיל "אלא פרט".

36 במדבר, לה, יא, וכן לה, טו.

37 בחידושי למכות, ז, ב, בדיבור המתחיל "פרט לאומר מותר".

והקריבה עז בת-שנחה לחטאת"³⁸. ביטוי זה – "תחטא בשגגה" – רחב דיו כדי לכלול בתוכו הן את שגגת העוברות והן את שגגת הדין. אולם בדין ערי המקלט עבור ההורג בשוגג נאמר: "ונס שמה רוצח מכה-נפש בשגגה"³⁹. מכאן, לדעת הרמב"ן, ששגגתו של הרוצח חייבת להיות ביחס למעשה ההמתה, לפעולת ההכאה עצמה. מי שמכה נפש בכוונה, בגלל טעותו בנוגע לדין, לא הכה נפש בשגגה.

ובכל זאת, ולמרות הדיוק בנוסח הכתוב, נראה לי שוב שמסתתר כאן בין השיטין שיקול ערכי, כי בהעדר יסוד רציונלי להבחנה בין המקרים, ניתן היה להתחייס להבדל זה בניסוח הפסוקים כאל שינוי סגנוני בלבד. בכל מקרה, גם כאן חסר יסוד להכרעה בין דעותיהם התולקות של אב"י ורבא. דיוקו של הרמב"ן מלמד, לכל היותר, כי ההורג בכוונה בגלל טעות בדין אינו גולה לעיר מקלט, אך אין בו כדי ללמד אם דינו קרוב לאונס או למזיד. עבור תשובה לשאלה אחרונה זו אנו נזקקים לסברה.

הסבר שלישי נמצא בדברי הריטב"א⁴⁰. הוא מביא את דעתם של אחרים המבקשים ליישב את הסתירה בין המקרים השונים באמצעות הבחנה בין אידיעת הדין ובין טעות בדין. שוגג הוא רק מי שיודע שהדין אוסר עבירה מסוימת, כגון חילול שבת או אכילת חלב, אך טועה בפרט זה או אחר של האיסור. מי שאינו יודע את עצם האיסור עצמו אינו שוגג והוא אינו מביא קרבן חטאת במקדש. כדי ליישב את הסתירה בין הטקסטים התלמודיים, מסבירה אותם דעה זו כדלקמן: המקור הקובע שטעות בדין בנוגע לאיסור חילול שבת או לאיסור אכילת חלב היא שוגג, דן במקרה שבו החוטא יודע את עיקר האיסור אך טועה בפרט מפרטיו. המקור הקובע כי אומר מותר ברצח אינו גולה, כי הוא קרוב למזיד, דן ברצח שאינו יודע את עיקר האיסור של "לא תרצח" בתורה.

גישה זו משיגה את מטרתה העיקרית – יישוב הסתירה בין הטקסטים השונים, אך יש בה קשיים רבים. אין היא מתיישבת עם פשוטם של הטקסטים. בנוסף לכך, היא אינה הולמת את ההלכה הפסוקה, לפיה אין הבדל, לעניין החיוב בקרבן חטאת, בין מי שטועה בעיקר הדין למי שטועה בפרטיו⁴¹. כמו כן, על פי הסבר זה, מי שרוצח מתוך טעות בפרטי הדין צריך להיות נדון כרוצח בשוגג, הגולה לעיר מקלט, אך ברור שגם זה נוגד את הדין הנפסק. ובסוף השורה, הגה שוב, כמו בהסבריהם של בעלי התוספות והרמב"ן, אין בהסבר זה שהובא על ידי

38 במדבר, טו, כז.

39 שם, לה, יא.

40 בחידושי למכות, ז, ב, בריבור המתחיל "אימא, פרט לאומר מותר".

41 ראה למשל רמב"ם, שנגות, ז, ב. Isaacson מרחיב את הדין בנושא זה. ראה לעיל הערה 18,

בעמ' 18-19. מקרה קיצוני של אידיעה – כגון מי שגדל כגור בין הגויים, לא ידע שהוא יהודי ולא למד תורה – עשוי להיות נדון כאתוס. אך זה שונה ממקרה רגיל של אידיעה אצל יהודי שלא למד מספיק.

הריטב"א כדי להכריע אם אומר מותר ברצח קרוב למזיד או קרוב לאונס. עם כל זאת, ניעזר בדברי הריטב"א בהמשך הדברים, כאשר נבחן את האפשרות להבחין בעבירת רצח בין סוגים שונים של טעות בדיון. כבר עוררתי למעלה את השאלה, מיהו אותו רצח שאינו יודע שאסור לרצוח. טענת הטעות בדיון מהימנה יותר במקרים של חילול שבת ושל אכילת חלב מאשר בעבירת רצח, אך לא נראה לי שהבדל זה מספיק כדי להסביר את השוני בין דינו של האומר מותר בעבירת רצח ובין דינו בעבירות האחרות. דינים אלה, כך נראה לי, מבוססים על נימוקים של עקרונות משפטיים מהותיים ולא על שיקולים פרגמטיים של פרוצדורה ושל אמצעי הוכחה. ענייננו כאן במשפט התורה בטהרתו ובמלוא עצמתו העיונית, בטרם הושפע משיקולים מעשיים הקשורים בקשיי אכיפתו בשטח הלכה למעשה.

4. הצעת הסבר לרציונל של הכלל

אכן נראה לי, כי ההבחנה בין עבירת רצח ובין העבירות האחרות שהזכרנו נעוצה בטבען של העבירות השונות. רק ברמה הגבוהה ביותר של אשמה לפי דיני התורה, בגין מרד כוזב נגד מצוות האלוקים, ניתן להשוות עבירות כגון חילול שבת ואכילת חלב עם רצח. כאשר מהות העבירה שהיא המרד באלוקים, אין משמעות מיוחדת למעשה המסוים שעשה החוטא בניגוד לרצונו. אולם בדרגות הנמוכות יותר של האשם הפלילי, המקבילות לאלו של המשפט הפלילי הנוהג בחברה בת ימינו, יש חשיבות לאופיה המיוחד של העבירה לקביעת מידת אשמתו של הנאשם וחומרת העונש שראוי להטיל עליו. בדרגות אלו של אחריות פלילית נמוכה יותר – יחסית כמובן – קיים הבדל גדול בין העבירות שאנו עוסקים בהן.

מעשים של חילול שבת ושל אכילת מאכלים אסורים אינם מזיקים מעצם טבעם ואין פגיעתם ברוחה. אין הם מזיקים לחברה באופן מוחשי ומידי. ערכם השלילי של מעשים אלה הוא, בעיקרו, באי-הציות לרצון האלוקים. לכן, כאשר אדם עושה מעשים אלה, בלא שהוא יודע שהם אסורים, לא זו בלבד שאינו מורד במזיד במלכות שמים, אלא שהוא גם אינו נושא במידת האחריות הקרובה למזיד. הוא אינו מודע לכך שמעשהו עלול לפגוע בערך כלשהו או להעמיד בסכנה אינטרס שהחוק בא להגן עליו. אמנם, אין האיש הזה חסר אשמה לחלוטין. היה עליו ללמוד את החוק ולדעת שמעשיו אסורים. אולם, דרגה זו של אחריות פלילית הינה שוגג, בדיוק כזו של אדם שטעה לגבי העובדות כי לא בדק את המצב העובדתי בקפדנות מספקת. טעויות כאלו הן שוגג רגיל ומחייבות את בעליהן בהבאת קרבן חטאת בבית המקדש, אך לא יותר.

שונה מצבו של אחד ההורג את חברו תוך אי-ידיעת האיסור שבמעשהו. אמנם נכון, כי היות שאינו יודע שהאלוקים אסר עליו להרוג את חברו, אין במעשהו דחייה מודעת של מצוות האלוקים והתרסה כלפיו; על כן, אין הוא נושא בעונש מיתה מדיון תורה. ואולם, הרי הוא יודע שהוא מזיק לחברו, שהוא שולל ממנו את

הטוב שבחיים, את חייו עצמם. רוצח זה התכוון לגרום לחברו נזק מוחשי וברור, אף אם לא ידע שהוא עובר בכך עבירה נגד התורה. הוא גילה במעשהו יחס חברתי מושחת ונכונות לפגוע באחרים. מי שהורג את חברו בכוונה נושא באשמה חמורה יותר ממי שהורג אחר במקרה, גם אם אינו יודע את הדין האוסר את מעשיו, כי המחשבה הפלילית שלו משקפת ומבטאת התנכרות ואדישות לחייהם של אחרים. לכן, כעבירת רצח, מחמירה ההלכה על ההורג את חברו בכוונה, תוך אי-ידיעת הדין, לעומת מי שהורג את חברו בשוגג, ללא כוונת קטילה. ההבדל באופיין של העבירות השונות הנידונות כאן מספק את היסוד להבדלים בדין ביניהן. טעות בדין אינה משמשת הגנה בעבירת רצח באותה מידה כמו בעבירות של חילול שבת ואכילת חלב, כי הרוצח יודע שהוא פוגע באינטרס חשוב. מי שמחלל שבת או אוכל חלב מחמת אי-ידיעת דינים אלה אינו יודע שהוא פוגע באינטרס כלשהו.⁴²

ההבחנה שאני מציע כאן מבוססת על הבנה מסוימת של מושג המחשבה הפלילית, שהיא מודעותו של העבריין לכך שהתנהגותו פוגעת באינטרס מסוים או מעמידה אינטרס זה בסכנת פגיעה. זה עומק של התפיסה היסודית של המחשבה הפלילית, לפיה נדרשת מודעותו של העבריין לכלל המרכיבים של המעשה הפלילי. כאשר קיימת אצלו מודעות כאמור, הוא יודע שהוא פוגע באינטרס זה שהחוק מבקש להגן עליו, או לפחות שהוא מעמיד אותו בסכנת פגיעה. אמנם, כרי שהמעשה יהיה עבירה פלילית, צריך להתקיים תנאי נוסף, לפיו אותו אינטרס מסוים אכן מוגן על ידי הוראת החוק הקובעת את המעשה כעבירה, אבל אין תנאי שהעבריין ידע שהחוק מגן על אינטרס זה שהוא מוכן לפגוע בו. התנאי הנוסף הזה, שהאינטרס יוגן על ידי חוק הקובע את העבירה, משמש בשפתנו המודרנית חלק מדרישת עקרון החוקיות, אך אינו מהווה מרכיב בדרישות המחשבה הפלילית.

על כן, ההבחנה שאני מציע כאן שונה מן ההבחנה הקלאסית בחשיבה הרתית בין מצוות שבין אדם לאלוקים ובין אלו שבין אדם לאדם, למרות הדמיון השטחי הקיים לכאורה בין שני סוגי ההבחנות. הבדל זה בין שני סוגי ההבחנות נראה דק במיוחד במסגרת של עבירת רצח, כי בולט בעבירה זו הפן האנטי-חברתי יותר מאשר בכל עבירה אחרת. הדברים יתחדדו כאשר נדון בדוגמאות הנוספות של סוגיית אי-ידיעת הדין בהלכה, בעבירת ניאוף ובמצוות הפרשת תרומה. בינתיים, אציין רק כי הנזק הנגרם בעבירת רצח הינו מוחשי וממשי – הוא פיזי – וטיבו

42 על כך שהתורה מייחסת חשיבות להבדל בין עבירה כמו רצח, שהזיקה החברתי מוחשי וברור, ובין עבירות אחרות שהזיקן אינו ברור על פניהן, אפשר ללמוד מסיפורי התורה על חטאי הקדמונים. האלוקים לא הזהיר את קין שאסור לרצוח. בכל זאת העניש אותו על רציחת הבל, אם כי לא בעונש מיתה. אבל האלוקים הזהיר את אדם וחווה מראש, שאסור לאכול מעץ הדעת. ראה על מקורות אלה אנקר, לעיל הערה 7, בעמ' 203-204.

ידוע לרוצח וברור לו, גם אם אינו יודע שהדין אוסר עליו את המעשה.

5. ההשלכות ההלכתיות של הרציונל המוצע

ההסבר המוצע על ידינו להכנת הבסיס הרציונלי העומד מאחורי הכלל שאידיעת הדין בעבירת רצח אינה שוגג רגיל, כי אם שוגג הקרוב למזיד, מעורר את השאלה שמא ראוי להבחין בין סוגים שונים של טעויות. ההורג את חברו בכוונה ובזדון מתנכר, כאמור, לערך המוגן של קדושת החיים, גם אם אינו יודע שהחוק אוסר רצח. אולם, שונה לחלוטין מצבו של מי שהורג את חברו במצב של התגוננות מפני תקיפה אלימה, תוך שהוא חורג מתנאי זה או אחר של ההגנה העצמית, מפני שאינו יודע את הגבולות המדויקים של הגנה זו. "רוצח" זה אינו מתנכר לחיי חברו ולערך של קדושת החיים⁴³. מעשה הקטילה נעשה בכוונה אך לא במזיד, ואף לא באופן קרוב למזיד, כי הוא אינו מבטא אדישות והתנכרות לחיי הזולת. דוגמה למקרה שמידת חומרתו עומדת בין שני קצוות אלו יכול לשמש מקרה של חייל ההורג אויב שנכנע, כי אינו יודע שהחוק מגן על שבויים ואוסר את הריגתם. מידת זדונו של חייל זה פחותה מזו של הרוצח את חברו ואינו יודע שהחוק אוסר רציחה, אולם ברור שהיא חמורה בהרבה מזדונו של הטועה לגבי גבולותיה של ההגנה העצמית.

על כן, מתבקשת השאלה אם הכלל של המשפט העברי, שלפיו אידיעת הדין בעבירת רצח קרובה למזיד, נאמר בהלכה באופן גורף ובמידה שווה לגבי כל טעות בדין, ללא הבדל בין סוגי הטעויות והשפעתן המשתנה על הערכת מידת הזדון של ההורג, או שמא מבחין המשפט העברי בין המקרים השונים בהתאם להבדלים ביניהם לגבי יחסם הדיפרנציאלי של הנאשמים לקדושת חיי האדם. אולי ניתן לפרש ולומר שהכלל שלפיו אידיעת הדין בעבירת רצח נחשבת קרובה למזיד נאמר רק לגבי אותם מקרים קיצוניים בהם מתבקשת המסקנה מהתנהגותו של הנאשם כי הוא מתנכר לחיי זולתו וכי הוא נכון לפגוע בחיי אחרים כדי להשיג את מטרותיו האישיות. במקרים אחרים, כאשר הטעות של ההורג נוגעת לפרט זה או אחר של הדין, אשר גם אדם שומר חוק היה עלול לטעות לגביו, ואשר אינו מעיד על זלזול מצדו בחיי זולתו ועל אדישות כלפיהם, אולי יתייחס הדין אל טעותו של הנאשם בדרך סלחנית יותר, כך שטעותו תיחשב קרובה יותר לשוגג רגיל. במקרים קיצוניים יותר, בהם הטעות של הנאשם הינה סבירה ואף מתקרבת — כלשונו של המשפט בן זמננו — למצב של טעות בלתי נמנעת, בהם יהיה קשה ביותר לצפות שאדם מן היישוב השומר חוק ידע את הנקודה המדויקת שבה קובע החוק את הגבול בין המותר והאסור, אולי אף תיחשב הטעות כקרובה לאונס.

43 ראה הערה 34 לעיל.

המקורות שבידינו אינם מרחיבים את הדין בשאלה זו, אך נראה לי כי אותם מקורות מעטים הקיימים נוטים ברובם המכריע לכיוון שהצענו כאן. כך, למשל, הדעה שהביא הריטב"א, שיש להבחין בין אי-ידיעת הדין ובין טעות לגבי פרטי הדין, כדי ליישב את הסתירה שבין המקורות בענייני שבת וחלב ובין רצח. רק אי-ידיעה מלאה של הדין (הקרויה "עקירת האיסור מן השורש") קרובה למזיד. טעות בפרטים הינה שוגג רגיל. אמנם ההבחנה לא נראתה לנו כבסיס ליישוב המקורות, כי נעשתה בצורה רחבה מדי, ואינה תואמת את ההלכה הפסוקה בנוגע לדיני שבת וחלב. אילו קבלנו אותה, היינו צריכים לפסוק שהטועה בפרטי הדין של עבירת רצח הוא שוגג גמור וגולה לעיר מקלט, גם זה בניגוד לדין המקובל. בכל זאת, יש בדברים אלה המוכאים אצל הריטב"א כדי לתמוך בעמדה שלנו, שאין לקבוע דין אחד השווה לכל המקרים של טעות בדין בעבירת רצח. יש להבחין בין טעויות שונות בהתאם למידת הארישות לחיי אדם וההתנכרות להם המשתקפות מן המקרים השונים.

נראה לי שגם דברי רש"י נוטים לצמצם את דינו של רבא, שהאומר מותר ברצח הינו קרוב למזיד, למקרה של אחד שאינו יודע את עיקר הדין, שהתורה אוסרת רציחה. בפירושו לדברי רבא, המעמידים את דברי הברייתא שההורג במזיד אינו גולה "באומר מותר", מסביר רש"י: "סבור שמותר להרוג את ישראל וזהו מזיד שלו".⁴⁴ על פי פשוטם של דבריו, מסביר רש"י את דינו של רבא על אחד שעוקר את איסור רציחה משורשו, שהוא אינו יודע את הדין המופשט והכללי, שאסור להרוג ישראל, ולא על מי שיודע את האיסור אך טועה ביישומו למקרה מסוים.

הרמב"ם אינו דן בשאלה שלנו במפורש, אך נראה כי גם הוא נוטה לתמוך בהצעתנו, שיש להבחין בין סוגים שונים של טעויות בדין. בהלכות רוצח מפרט הרמב"ם את האנשים הגורמים למותו של הזולת, ודינם קרוב למזיד, וביניהם את זה "שעלה על דעתו שמותר להרוג".⁴⁵ ביטוי זה מעורפל במקצת, והוא יכול להתפרש לשני הכיוונים: כחל רק על מי שטועה בעיקר הדין שאסור להרוג, ומצד שני, כחל גם על מי שיודע את הכלל שאסור לרצוח אך טועה בדין לגבי המקרה המסוים העומד בפניו. אבל בהלכות מלכים מרחיב הרמב"ם את הדיון במקצת. שם דן הרמב"ם בחובתם של כל בני המין האנושי לשמור ולקיים את שבע מצוות בני נוח. הוא קובע:

44 מכות, ז, ב, בדיבור המתחיל "באומר מותר". דברי רש"י קרובים לדעה שהובאה בריטב"א, אבל יש הבדל חשוב כיניהם. רש"י מבחין בין מי שאינו יודע את עצם האיסור ובין מי שטועה בפרטי האיסור בעבירת רצח בלבד. אין הוא מזכיר בדבריו הבחנה דומה בעבירות אחרות, כגון שבת וחלב. דברי רש"י הולמים את הסברה המוצעת כאן, המבחינה בין רצח ובין העבירות האחרות בגלל השוני באופיין.

45 רמב"ם, רוצח, ו, י.

בן נח ששגג באחת ממצותיו פטור מכלום, חוץ מרוצח בשגגה, שאם הרגו גואל הדם אינו נהרג עליו.⁴⁶

והוא ממשיך, תוך קביעת ההבחנה בין בן נח הטועה בעובדה וזה הטועה בדין:

במה דברים אמורים, בשגג באחת ממצות ועבר בלא כונה, כגון שבעל אשת חבירו ודמה שהיא אשתו או פנויה. אבל אם ידע שהוא אשת חבירו ולא ידע שהיא אסורה עליו, אלא עלה על לבו שדבר זה מותר לו, וכן אם הרג והוא לא ידע שאסור להרוג, הרי זה קרוב למזיד ונהרג. ולא תחשב זה להם שגגה, מפני שהיה לו ללמוד ולא למד.⁴⁷

נראה לי שגם כאן, כמו בדברי רש"י שהבאנו למעלה, פשוטם של דברי הרמב"ם בנוגע לטעות של הרוצח שהטעות מתייחסת לעצם האיסור להרוג – "והוא לא ידע שאסור להרוג"⁴⁸. בכל מקרה, דברים ברורים עוד יותר אמר הרמב"ם בנוגע למי שעבר על איסור בעילת אשת חבירו. דברי הרמב"ם "אבל אם ידע שהוא אשת חבירו ולא ידע שהיא אסורה עליו" מתפרשים כפשוטם אך ורק למי שאינו יודע את עיקר האיסור של בעילת אשת איש, ולא למי שטועה באיזה עניין צדדי, אף כאשר אותו עניין צדדי הוא עניין שבדין⁴⁹. ואם זה הפירוש הנכון לדברי הרמב"ם בעניין איסור אשת איש, נראה לי שיהיה זה סביר להניח שזו כוונתו גם לגבי עבירת רצח. מכאן נראה כי גם הרמב"ם נוטה לצמצם את הדין שאומר מותר ברצח הינו קרוב למזיד למקרים של טעות קיצונית וגסה, בהתאם להבדלים בין מקרי הטעות השונים לגבי מידת האשם של ההורג, ולא להחיל אותו על כל טעות בדין, ללא הבחנה בין סוגי הטעויות השונים.

תמיכה נוספת לעמדתנו נמצאת, לדעתי, בספר ערוך השולחן של הרב יחיאל מיכל אפשטיין. ספר זה, שנכתב בסוף המאה ה-19, עוקב אחר סדר הנושאים והדינים כפי שהם מובאים בשולחן ערוך של הרב יוסף קארו, תוך הרחבה ניכרת של המצע ההלכתי. הספר משלב בדיון חלקים ניכרים מדברי הרמב"ם במשנה תורה. בשולחן הערוך של הרב יוסף קארו, הדיון בעבירת רצח מצומצם ביותר⁵⁰, והרב אפשטיין מביא בספרו קטעים נרחבים מן המשנה תורה כדי להרחיב באמצעותם את הדיון. בתוך הקטע הדן במקרים הנחשבים כקרובים למזיד, הלקוח

46 רמב"ם, מלכים, י, א.

47 שם, שם.

48 כך הבין הרב יוסף קארו את דברי הרמב"ם האלה, בפרושו "כסף משנה", שם. כמו רש"י, אין הרמב"ם מבחין בעבירות של חילול שבת ואכילת חלב בין אידיעה ובין טעות.

49 על היסוד הרעיוני להבחנה זו בעבירות ניאוף, ראה פרק ד להלן.

50 ראה שו"ע, חו"מ, תכה.

ברובו הגדול מהלכות רוצח שבמשנה תורה, כמעט מילה במילה, כולל הרב אפשטיין את המקרה של רוצח האומר מותר. הוא מתאר את המקרה של אומר מותר במילים אלו: "שהיה הרוצח - א"ש סבור בדעתו המשובשת שמותר להרוג, ואומר מותר הרי קרוב למזיד"⁵¹.

המילים המודגשות על ידיו – "בדעתו המשובשת" – אינן מופיעות בדברי הרמב"ם שציטטנו למעלה, ואשר מהם נלקח קטע זה של ערוך השולחן. מילים אלו הן תוספת משל הרב אפשטיין. נראה לי שהוספתן משמשת דברי פרשנות מטעם המחבר הנכבד ומלמדת אותנו כי גם הוא הבין את פסיקתו של הרמב"ם כדעת רבא, לפיה "אומר מותר" ברצח הינו קרוב למזיד, כמוגבלת לאותם מקרים קיצוניים בהם טעותו של הרוצח מעידה עליו כי ערכי המוסר שלו ויחסיו עם החברה שהוא חי בה משובשים. אמנם ניתן לומר שאין כל פרשנות בביטוי זה, ושהמילים "דעתו המשובשת" כמוהן כ"דעתו המוטעית", אולם, אם זאת הייתה כוונת המחבר, לא היה צורך בתוספת לשון כלשהי לדברי הרמב"ם. פשוטה של המילה "משובשת" נראה לי חריף יותר מפשוטה של "מוטעית". הערכה זו של ההורג, כמי ש"דעתו משובשת", אינה הולמת אדם הטועה טעות בדין. טעות שאדם רגיל בחברה עלול לטעות בה, כמו, למשל, טעות לגבי התנאים המפורטים של ההגנה העצמית.

דברי הרב אפשטיין הנוגעים לנושא הדיון שלנו עוזרים לנו בנקודה נוספת. המקורות אליהם הפנינו את תשומת הלב עד כה נוטים לתמוך בהבחנה בין מי שטועה ואינו יודע את עיקר הדין האוסר רציחה ובין מי שיודע את עיקר האיסור אך טועה בנוגע לפרט זה או אחר הנוגע אליו. הגישה המוצעת על ידיו אינה שוללת הבחנה זו, אך היא אינה כה מוגבלת. ההבחנה בין טעות ובין אי-ידיעה בולטת לעין וברורה, אך אין בה כדי למצות את היקף הדירוג האפשרי והראוי במקרים אלה. ההבחנה העקרונית, לדעתי, הינה זו שבין טעות המעידה על יחס של אדישות חלול כלפי הערך המוגן של חיי אדם, ובין טעות אחרת שאינה מעידה על אי כיבודם של חיי אחרים, כי הטעות מתייחסת לפרט שקשה לדעת אותו מראש ואשר אדם שומר חוק ומכבד את זכויות חבריו היה עלול לטעות לגביו. גישה עקרונית זו מכירה באפשרות של דרגות ביניים של אשם. ניסוחו של הרב אפשטיין אינו מוגבל להבחנה הקואיסיטית בין אי-ידיעה מלאה ובין טעות. גישתו הולכת בדרך העקרונית ומבחינה בין מי שדעתו משובשת ובין אחרים⁵².

51 ערוך השולחן, חו"מ, תכה, מו.

52 בדרך זו אפשר להבין גם את דברי אב"י, לפיהם האומר מותר ברצח הינו אנוס, דברים הנשמעים מוזרים – ואף צורמים – לאוזניו המודרניות. על פי דברינו, יהיו אכן מקרים מסוימים בהם הטעות קרובה לאתס, כי אדם סביר היה קרוב לטעות באותו עניין. דרך מקובלת היא בפירוש התלמוד לנסות ליישב מחלוקת חכמים, או לפחות לצמצם אותה, על ידי אבחון הדעות השונות וייחוסן למקרים שונים. אולי ניתן להציע שאב"י ורבא מסכימים זה עם זה לגבי המקרים הקיצוניים, לכאן ולכאן, והמחלוקת ביניהם נוגעת רק למקרי הגבול.

תמיכה נוספת לגישתנו ניתן למצוא, לדעתי, בדרך ההיקש, מהלכה נוספת ברמב"ם. במקרה של אדם הרודף אחרי חברו להרגו, מתיר המשפט העברי לנרדף, וגם לאחרים, לפגוע ברודף ואף להרגו, כדי להציל את הנרדף מפגיעתו. אולם, על המגן לפגוע ברודף בפגיעה הקלה ביותר שבאמצעותה הוא יכול להציל את הנרדף. בשפת ההלכה נאמר כי יש לפגוע ברודף "באחד מאבריו", אם דבר זה אפשרי. כותב הרמב"ם:

...אבל הרודף אחר חברו להרגו, אפילו היה הרודף קטן, הרי כל ישראל מצווין להציל הנרדף מיד הרודף, ואפילו בנפשו של רודף... ואם יכולים להצילו באבר מאברי הרודף, כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסייף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו, עושין. ואם אינן יכולין לכונן ולא להצילו אלא אם כן הרגוהו לרודף, הרי אלו הורגין אותו, ואף על פי שעדיין לא הרג...⁵³

ומה דינו של אחד שיכול היה להציל את הנרדף באחד מאיברי הרודף אך לא עשה כן והרג את הרודף? ממשיך הרמב"ם וקובע:

כל היכול להציל באבר מאבריו ולא טרח בכך, אלא הציל בנפשו של רודף והרגו, הרי זה שופך דמים וחייב מיתה, אבל אין בית-דין ממיתין אותו.⁵⁴

יש המקשים על דבריו האחרונים אלה של הרמב"ם. למשל, הרב יעקב בן רבינו אשר, מחבר ארבעת הטורים, כתב: "ואיני יודע, כיון שחייב מיתה, למה אין בית-דין ממיתין אותו"⁵⁵. אחרים מציעים הסברים שונים לדברי הרמב"ם. הסבר נפוץ אחד הוא שמטרתו העיקרית של המציל הייתה להציל את הנרדף, ולכן אין להקפיד עמו עד כדי להמיתו, אף כי הוא הגזים והרג את הרודף כאשר היה עליו לפגוע בו באחד מאיבריו בלבד.⁵⁶ יש המבחינים בין הנרדף עצמו, שקשה לו להקפיד ולדייק במקום המכה שהוא נותן, כי הוא בהול להציל את חייו, ובין אדם אחר הבא להציל אותו, שאינו בהול על נפשו הוא.⁵⁷ בכל מקרה, אם הרמב"ם

53 רמב"ם, רוצח, א, ו-ז.

54 שם, הלכה יג.

55 טור, חו"מ, חכה, ד, בהשמטות הצנזור.

56 פרישה שם; כסף משנה, רוצח, א, יג.

57 משנה למלך, חובל ומזיק, ח, י. בסוף דבריו; וראה גם אמרתו הידועה של השופט הולמס: "Detached reflection cannot be demanded in the presence of an uplifted knife". *Brown v. United States*, 256 U.S. 335, 343 (1921). השופט אגונט בפרשת גרינוולד, ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 2083, 2017.

נטה להקל על מי ש"לא טרח" להשתמש בכוח המינימלי הנדרש, כאשר הוא בא להציל נפש נרדפת, נראה לי שיהיה זה סביר לחשוב שהוא יהיה נכון להקל גם על אדם אחר, הפועל אף הוא כדי להציל חיי נרדף, אך טועה טעות סבירה בנוגע לגבולות המותר ואסור בהגנה עצמית.

ממקור מודרני אחד משתמעת גישה שונה. בספרו "משפטים לישראל", המכיל סיכום ממצה של דיני הרצח בזמן הזה על פי ההלכה, מסכם הרב יעקב משלם גינצבורג את נושא הטעות בדין כדלקמן:

היה טועה בדין, וחשב שבמקרה שלפניו מותר לו להרוג אותו האיש, הרי זה קרוב למזיד. כל ההורג אדם באופן שהוא קרוב למזיד, על בית-הדין להענישו במאסר לזמן ממושך⁵⁸.

מדברי המחבר משתמע כי הוא אינו מבחין בין סוגים שונים של טעות בדין, ודין כולן קרוב למזיד הנושא בעונש חמור. הרב גינצבורג אף נותן מספר דוגמאות למקרים של טעות בדין, דוגמאות הנראות לי כבעלות דרגות חומרה משתנות, בלי להבחין ביניהן כלל. והנה, אחת הדוגמאות שהוא מציע הינה המקרה שבו טועה ההורג בנוגע לגבולות של הגנה עצמית⁵⁹. יוצא, אם כן, שלדעת הרב גינצבורג, יש להעניש הורג זה בעונש של "מאסר לזמן ממושך" כי הוא קרוב למזיד. כאמור, שונה גישתו של הרב גינצבורג מגישתנו. בכל מקרה, אין מעמדו של ספר זה כמעמדם של המקורות האחרים שהוזכרו.

נסכם את דעתנו. טעות בדין נענשת באופן חמור יותר בעבירת רצח מאשר בעבירות האחרות שדנו בהן, כי ההורג את חברו מתוך טעות בדין מתכוון, בכל מקרה, לפגוע בקרבנו. התנהגותו של רוצח זה משקפת ומבטאת אדישות לחיי הזולת ולזכויותיו והתנכרות לאינטרס זה המוגן על ידי החוק, גם אם אינו יודע שהחוק אוסר את המעשה. על יסוד הכנה זו של המשפט העברי, הצענו שההלכה תבחין בין סוגים שונים של טעויות בדין, ותעניש על חלקן בעונש קל יותר מעונשן של האחרות. יתכן גם שהדין יפטור מאחריות נאשם אשר טעה טעות סבירה בנוגע להבחנות דקות של מותר ואסור, הבחנות שגם אדם רגיל מן היישוב היה מתקשה להבחין ביניהן, כי במקרה כזה אין הטעות מבטאת מחשבה פלילית של התנכרות לערך המוגן של חיי הזולת. מקורותינו אינם מתייחסים לשאלות אלו בהרחבה, אך מצאנו בהם תמיכה מסוימת לגישתנו.

ניתן להניח כי הסיבה לכך שאין לנו מקורות מפורשים יותר הדנים בשאלות שעוררנו, קשורה לעובדה שהתעניינותו של המשפט העברי בשאלות של דיני עונשין הייתה, לרוב, עיונית יותר ממעשית. לקהילות ישראל לא ניתנה אוטונומיה פנימית בעניינים פליליים באותה מידה ובהיקף דומה לאוטונומיה שניתנה להן

58 בעמ' שלג-שלד.

59 שם, בהערה רמט; וכן בעמ' שכא, ב"הערות", בדיבור המתחיל "אמור מעתה".

בענייני ממונות ובשאלות של ארגון הקהילה. באותם מקרים מעטים יחסית, שבהם ניתנה לקהילה סמכות אוטונומית לדון גם בעניינים פליליים, הנסיבות כפו עליה, לרוב, לדון בעניינים אלה אד הוק, ולא על יסוד ההלכה התלמודית. לכן לא נוצר הבסיס האמפירי לפיתוח דינים אלה לפרטיהם. אחת הדרכים להעמיד את התיאוריות שלנו במבחן ההלכה בפועל היא לבחון את הכללים הדנים באי-ידיעת הדין בתחומים נוספים של ההלכה, שהיו נושא ליישום מעשי ולא רק מצע לעיון תיאורטי. לדרך זו אנו פונים עתה, בדיוננו בעבירת הניאוף.

ד. ניאוף

1. רקע הלכתי

עבירת ניאוף מוגדרת בהלכה כמעשה משגל בין איש לאשה הנשואה לאחר. התורה מרשה לגבר לשאת יותר מאשה אחת. לכן, יחסי מין שלו עם יותר מאשה אחת אינם ניאוף. אולם, אסור לאשה להיות נשואה לשני גברים באותה עת. לכן, מצבה — אם היא נשואה או לא — הוא הקובע אם קיום יחסי מין בינה ובין גבר שאינו בעלה הינו ניאוף. אם אכן מדובר בניאוף, מפני שהיא נשואה לאחר, שני הצדדים לניאוף — הן הגבר והן האשה — עברו עבירה ושניהם יהיו צפויים לעונש בגינה.

אין זה קל לקבוע ולהגדיר את מהותה של עבירה זו. חוסר הסימטריה בדין התורה, שלפיה מותר לגבר לשאת שתי נשים אך לאשה אסורים נישואין בו בעת עם שני גברים, מלמד, לדעתי, כי מהותה של עבירה זו אינה הבגידה בכך הזוג והפגיעה ביחסים האישיים בין הבעל והאשה, שהיא התוצאה של קיום יחסים עם אדם אחר. היחסים האישיים בין בני הזוג נפגעים באותה מידה כאשר הבעל בוגד באשתו כמו כאשר האשה מקיימת יחסי מין עם גבר אחר. פגיעות אלו ביחסים האישיים בין שני בני הזוג ראויות לתגובה ולטיפול במישור האנושי. זהו עניין שבינו לבינה — הבעל והאשה יכולים, אם רצונם בכך, לנסות לשקם את היחסים ההדדיים, או להתגרש⁶⁰. אולם, כאמור, לא נראה לי שפגיעה זו מבטאת את הרציונל של עבירת ניאוף, בין השאר מפני שההלכה אינה מותירה מיגוון אפשרויות כזה בידי בני הזוג. עליהם להתגרש ולסיים את נישואיהם, ללא קשר לרצונם האישי. על כן, נראה לי, שעיקרה של עבירת ניאוף הוא החטא כלפי שמים. נישואין הלכתיים הם קידושין, המתבטאים בייחוד האשה לבעלה. עבירת ניאוף היא פגיעה בקדושה זו.

עונשה של עבירת ניאוף בתורה הוא מיתה⁶¹. כאשר מתמלאים התנאים הקפדניים של ההלכה להטלת עונשי גוף, מוטל עונש זה על שני המנאפים, ללא

60 ראה הלפרין "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" מחקר משפט ז (תשמ"ט) 297.

61 שמות, כ, יג; רמב"ם, סנהדרין, טו, יג.

הבדל ביניהם. כמו ברצח ובעבירות אחרות שדינן מיתה, תנאי מוקדם להטלת העונש הוא שהעבריינים עשו את העבירה בזדון, אחרי שהותירו כי מעשם הינו עבירה נגד התורה וכי עונשו מיתה, ואחרי שקיבלו את ההתראה ו"התירו את עצמם למיתה", כנדרש⁶². כמו בעבירות האחרות, עבירת ניאוף במקרה כזה היא יותר ממעשה פסול הפוגע בקדושת הנישואין. זוהי התרסה ומרד נגד האלוקים ונגד רצונו שבא לידי ביטוי בחוק שהוא קבע בתורה.

כאשר תנאים מוקדמים אלה אינם מתמלאים, לא יוטל על המנאפים עונש מיתה, אולם יכול שתחולנה סנקציות אחרות. לעניין זה חשוב הדין שהזכרנו למעלה, לפיו אסור לאשה הנואפת ולבעלה להמשיך ביחסי הנישואין שביניהם. אין זה עניין של "זכותו" של הבעל לגרש את אשתו הנואפת. חובתו לגרשה, ללא קשר לרצונו ולשיקול דעתו, והיא מפסידה את כתובתה⁶³. כמו כן, אסור לאשה לשאת את בן זוגה לניאופין, אחרי שבעלה מגרשה. בלשון התלמוד, האשה אסורה לבעלה ולבעלה⁶⁴. דין זה חל גם כאשר הנואפים לא הותרו לפני המעשה. בהיעדרה של התראה, אין לומר שהמנאפים עברו את העבירה מתוך מרד באלוקים. אולי גבר עליהם יצרם והם עברו את העבירה מרוב תשוקה. על כן, אין להענישם בעונש מיתה. עם זאת, הם נאפו מרצון, בניגוד לתפיסת התורה בנוגע לקדושת הנישואין. לכן, אין הם רשאים ליהנות עוד ממצב של נישואי קודש והם אסורים זו לבעלה וכן זה לזו.

דין זה, האוסר על האשה להמשיך לחיות עם בעלה כאשתו, חל כאשר האשה זנתה מרצונה. הוא אינו חל כאשר האשה נאנסה על ידי האחר. "אונס רחמנא פטריה"; התורה פוטרת מעונש אדם שנאנס לעבור עבירה. כן הדין גם כאשר האשה נואפת עם אחר בשוגג. היות שהיא עשתה את המעשה בטעות, בלא יודעין, אין הבעל חייב לגרש אותה. מותר לה ולבעלה להמשיך לחיות יחד⁶⁵. המקרה שהובא במשנה להדגמת כלל זה של פטור מחובת גירושין עבור שוגג הוא מקרה של טעות בעובדה⁶⁶. שני גברים התחתנו עם שתי נשים, ואחרי כן התחלפו הזוגות, בטעות, כך שכל אחד האמין בתום לב שהוא מתייחד עם בן/בת זוג/תו. היות שהצדדים לא ידעו את העובדות לאשורן, אין במעשיהם הפרה זדונית של הדין האוסר על התייחדות בין גבר ובין אשה הנשואה לאחר, ואין צורך לאמר שהם לא התכוונו למרוד נגד מצוות האלוקים שלא לנאוף. ברור גם שהם לא התכוונו להפר את קדושת נישואיהם. לכן, כל אחת משתי הנשים רשאית

62 שם, יב, א-ב; רוצח, ד, ח-ט.

63 שו"ע, אה"ע, יא, ג.

64 משנה, סוטה, ה, א; רמב"ם, סוטה, ב, יב.

65 משנה, יבמות, ג, י; יבמות, לג, ב; רמב"ם, אישות, כד, יט. השווה 3 [1972] *R v. Collins*, W.L.R. 243 (Ct App).

66 משנה, יבמות, ג, י. ראה גם דברי רש"י, סוטה, כח, א בריבוי המתחיל "סוטה לא עשה בה".

לחזור אל בעלה ולהמשיך לחיות עמו בקדושה⁶⁷. עם זאת, אין אנשים אלה נקיים מכל עוון. הם יכלו לברר את העובדות הנכונות אילו נזהרו יותר. זהו מצב של שוגג, דרגת אחריות קלה יחסית, כדרגת האשמה של מי שאכל חלב או חילל שבת בטעות. כמו העבירות ההן, גם עבירת ניאוף בשוגג מחייבת את הצדדים להביא קרבן חטאת במקדש, אך לא יותר⁶⁸. אין היא מחייבת את סיום הנישואין.

2. דין האומר מותר בעבירת ניאוף

כפי שראינו, במקרים של אכילת חלב ושל חילול שבת, דינו של מי שטועה בדין זהה לדין הטועה בעובדות. גם מקרה של אומר מותר נחשב שוגג. האם חל דין זה גם על עבירת ניאוף? מה הדין כאשר אשה נשואה נבעלת ביודעין לאיש שאינו בעלה, אך היא אינה יודעת שהדין אוסר עליה לקיים יחסים כאלה? האם מקרה זה של אומר מותר הינו שוגג, כמו באיסורי חלב ושבת, ועל כן מותר לאשה לחזור אל בעלה, או שמא דנה ההלכה מקרה זה באופן שונה, כמזיד, ואוסרת את האשה על בעלה?

שאלה זו הוצגה לפני המהרי"ק, הרב יוסף קולון, פוסק שחי באיטליה במאה ה-15, כשאלה אקטואלית במעשה שהיה. תשובתו של המהרי"ק הפכה להיות האסמכתא העיקרית בשאלה⁶⁹. הוא השיב שאין זה דומה למקרה רגיל של טעות בדין שהינו שוגג. אדרבא, מקרה זה הינו מזיד והאשה אסורה לבעלה. אשה המכירה את העובדות לאשורן, ויודעת שהאיש אשר עמו היא מתייחדת אינו בעלה, אך אינה יודעת שהדין אוסר עליה להתייחד עמו, איננה שוגגת לצורך הדין שאשה נשואה המקיימת יחסים עם גבר זר בשוגג מותרת לבעלה. אשה זו שאמרה מותר אסורה לבעלה ולבועלה.

המהרי"ק הביא סימוכין לפסיקתו מפסוק בתורה. בפרשת האשה הסוטה נאמר: "איש איש כי תשטה אשתו ומעלה בו מעל". אין התורה דורשת כתנאי לעבירה שהאשה תתכוון למעול מעל בה⁷⁰, אשר ממנו היינו לומדים שנדרשת ידיעת האשה שהמעשה הינו עבירה נגד מצוות האלוקים. די לעבירה זו שהאשה מתכוונת למעול מעל בבעלה. במקרה שנידון לפני המהרי"ק, ידעה האשה שהיא נשואה לאחר ושאותו גבר עמו התייחדה לא היה בעלה. בלשונו, "היא מתכוונת לזנות". לכן, סיכם המהרי"ק, אשה זו איננה שוגגת והיא אסורה לבעלה.

67 הדין מחייב את הצדדים להיפרד זה מזו לתקופה של שלושה חודשים, כדי לברר מי האב של הוולד במקרה שאחת הנשים הרה (משנה, יבמות, ג, י). אין בכך כל עונש. בתום תקופת ההמתנה והבירור, יכולים כל בני הזוג לחדש את חייהם המשותפים.

68 שו"ת מהרי"ק, תשובה קסז, בעמ' קפג. השווה משנה, יבמות, י, ב; רמב"ם, שגגות, יד, ג.

69 שו"ת מהרי"ק, תשובה קסז.

70 במדבר, ה, יב. וראה גם שם בפסוק כז: "והשקה את המים, והיתה אם נטמאה, ותמעל מעל באישה...". השווה שם פסוקים ה-ו: "וידבר ה' אל משה לאמר. דבר אל בני ישראל, איש או אשה כי יעשו מכל חטאת האדם למעל מעל בה', ואשמה הנפש ההיא".

הרב קולון לא היה הראשון שדן בשאלה זו, אם כי, כאמור, תשובתו הפכה להיות האסמכתא המובילה בסוגיה. גם הרשב"א (הרב שלמה בן אדרת), שחי בספרד במאה ה-13, נתבקש לפסוק את הדין במקרה שבו טענה אשה נואפת טענה של טעות בדין⁷¹. במקרה זה שהוצג לפני הרשב"א היה מדובר בשניים שהסכימו ביניהם – וכין משפחותיהם – להתחתן⁷². החתן, שגר כנראה בעיר אחרת והתארס אצל חותנו המיועד, ביקש מחותנו שיזמין את הכלה להצטרף אליו בשולחן הסעודה. כנראה, מעשה כזה לא היה בהתאם למקובל, והאב סירב להיענות לבקשת החתן כל עוד לא נתן טבעת לכלה. החתן עשה כפי שדרשו ממנו, ונתן לכלה את הטבעת, ואז היא התיישבה ליד השולחן יחד עמו ועם שאר האורחים. נראה שלא נעשה דבר נוסף כדי לממש נישואים אלה והסכם האירוסין בוטל בדרך כלשהי, כי האשה התחתנה מאוחר יותר עם גבר אחר. מבלי שניתן לה גט כריחות כדי לנתק את קשריה עם הראשון. שנים לאחר מכן התעוררה שאלה בנוגע למעמדה של אשה זו. האשה טענה שלא ידעה כי הייתה נשואה לאיש הראשון.

הרשב"א פסק תחילה שאשה זו אכן הייתה נשואה לאיש הראשון, על ידי מעשה נתינת הטבעת לפני הצטרפותה לאורחים ליד השולחן. לא ניתן ליחס לנתינת הטבעת משמעות אחרת מאשר מעשה קידושין. על כן, נישואי האשה ל"בעלה" השני היו חסרי תוקף. אדרבא, יחסיה עם השני היו יחסי ניאוף, כי היא לא קיבלה גט מבעלה הראשון. הוא פסק גם, כמו שפסק המהרי"ק יותר ממאה שנים אחריו, שמקרה זה אינו מקרה של שוגג. לכן, גם אם אותו בעל ראשון יתן גט פיטורין לאשה, עדיין יהיה אסור לה להתחתן עם האיש השני, אשר עמו היא חיה במשך השנים ללא גט מן הראשון, שהרי הדין הוא שאשה מנאפת אסורה לבעלה ולבועלה.

הנימוקים שנתן הרשב"א לביסוס פסיקתו שונים מאלה שנתן המהרי"ק בתשובה המאוחרת שלו. בעיקרם, הם מתבססים על חוסר הסבירות הקיצוני של דבריה, כאילו לא הבינה שמתן הטבעת על ידי הראשון היה מעשה של קידושין. לכן סוברים פרשנים ופוסקים מסוימים שקיימת מחלוקת הלכתית בין הרשב"א והמהרי"ק לעניין השאלה בה אנו עוסקים. לי נראה שאין מחלוקת ביניהם והשאלה שהתעוררה במקרה שבא לפני הרשב"א הייתה שונה מזו שנידונה במקרה שבו דן המהרי"ק, וזו סיבת ההבדל בנימוקיהם. אנו נחזור לדון בנושאים אלה כאשר נבחן את שאלת ההיקף של פסיקתו של המהרי"ק ואת האפשרות להבחין בין סוגים

71 שו"ת הרשב"א, חלק א, תשובה אלף קפט. וראה גם שם, תשובה י.

72 כידוע, מבחינה ההלכה בין שלשה מצבים שונים ביחסים בין בני זוג. הראשון הוא ההסכם האישי ביניהם להתחתן זה עם זה. השני הוא הקידושין, היוצרים זיקה אישית בין בני הזוג, זיקה שניתן להחזיר רק בגט או במיתת אחד מהם. השלישי הוא הנישואין. במקרה זה שדן בו הרשב"א, השלב הראשון היה מאחוריהם כאשר אירעו הדברים שעוררו את השאלה המתוארת בתשובתו.

שונים של טעויות⁷³.

כאמור, תשובתו של המהרי"ק הינה האסמכתא המובילה בנושא דיונו, ופסיקתו מקובלת על רוב גדולי ישראל הרבנים. הרב יוסף קארו ציין אותה בחיבורו בית יוסף לטור שולחן ערוך אבן העזר⁷⁴, אך הוא לא רשם הלכה זו בקוד שלו עצמו, הוא השולחן ערוך⁷⁵. שתיקתו גרמה לפרשן אחד, לפחות, הרב יהודה עייש, להסיק שהרב קארו החליט לדחות את מסקנתו של המהרי"ק⁷⁶. אחרים דוחים מסקנה זו וסוברים שגם הרב קארו הסכים עם דעתו של המהרי"ק. את שתיקתו בשולחן ערוך הם מסבירים בדרכים שונות, ביניהן הטענה שיהיה זה נדיר ביותר, לדעתם, שהשאלה תתעורר הלכה למעשה⁷⁷.

הרב משה איסרלס (הרמ"א), שחי בפולין במאה ה-16, ואשר הערותיו והוספותיו לשולחן ערוך, ה"מפה", משולבות בדפוסים של חיבור אחרון זה, משלים את ההוראות של השולחן ערוך בענינו ומביא את פסיקתו של המהרי"ק⁷⁸. גם המהרש"ל (הרב שלמה לוריא), שחי אף הוא במזרח אירופה במאה ה-16, תמך בפסיקתו של המהרי"ק בספרו ים של שלמה⁷⁹. נראה לי שגם הרמב"ם, אשר כמובן קדם למהרי"ק בכארבע מאות שנים, הסכים עם דעתו, אם כי לא אמר דברים מפורשים בנדון⁸⁰.

3. הצעת רציונל לכלל לפיו אומר מותר בניאוף אינו שוגג

כפי שראינו, המהרי"ק מצא תמיכה לפסיקתו, המבחינה בין טעות בעובדה ובין טעות בדיון לעניין עבירת ניאוף, בנוסח הכתוב בתורה, לפיו האשה הנואפת מועלת מעל בבעלה. מחברים אחדים בני זמננו מסיקים, בהתבססם על הפסוקים ועל דברי המהרי"ק, כי עבירת ניאוף הינה עבירה של האשה נגד הבעל, כעבירה בין אדם לאדם, וכי הנפגע על ידי עבירה זו הינו הבעל הנבגד⁸¹. מסקנה זו אינה נראית לי. "האינטרס המוגן" על ידי עבירת ניאוף, אם נשתמש בביטוי מודרני זה, אינו זכות הבעל ביחסי אשתו. כפי שראינו, אילו היה זה המצב, היה הבעל רשאי

- | | |
|----|--|
| 73 | ראה להלן ליד הערות 106-107. |
| 74 | בית יוסף, אה"ע, קטו. |
| 75 | שו"ע, אה"ע, קעח. |
| 76 | לחם יהודה, פרק כד, בעמ' 228-230. הרב עייש, שחי בצפון אפריקה במאה ה-18, חשב בטעות שהרב קארו השמיט את פסיקתו של המהרי"ק גם מחיבורו בית יוסף על הטור. |
| 77 | החיד"א (הרב חיים יוסף דוד אזולאי, שחי בארץ ישראל במאה ה-18) השיב לביקורת של הרב עייש על המהרי"ק בספרו חיים שאל, חלק א, סימן מח. ראה הדיון בנקודה זו אצל דרורי, לעיל הערה 18, בעמ' 87-88. |
| 78 | שו"ע, אה"ע, קעח, ג. |
| 79 | ים של שלמה על יבמות ס' יז, בעמ' טו. המקורות והרעות השונות שסקרנו כאן בקצרה נדונו בהרחבה אצל דרורי, לעיל הערה 18, בעמ' 75-92. |
| 80 | ראה להלן, ליד הערות 100-104. |
| 81 | ראה דרורי, לעיל הערה 18, בעמ' 96; Isaacson לעיל הערה 18, בעמ' 25-27. |

להתעלם ממעשי הניאוף של אשתו ולנסות לשקם את היחסים האישיים ביניהם, במסגרת המשך קיומם של נישואיהם המשותפים. הוא היה רשאי לוותר על הפגיעה בזכויותיו ובאינטרסים שלו, אילו רצה בכך. אולם, כפי שראינו, אין זה הדין. הבעל חייב לגרש את אשתו, אסור לו לשהות עמה⁸². יתר על כן, אסור לאשה להתחתן עם שותפה לניאוף, אשר בוודאי איננו צד שנפגע על ידי העבירה. האינטרס שנפגע על ידי מעשי הניאוף הוא הקדושה והטהרה שהדין העברי שואף ליצור ולכסס בנישואים יהודיים. קדושה זו נפגעת כאשר האשה נואפת ביודעין עם גבר זר, אף אם אינה יודעת שהתורה אוסרת עליה לעשות כן. בתפישה היהודית, חיי אישות הם "קידושין", מצב של קדושה וטהרה. הגרעין של קידושין אלה הוא ייחודה של האשה לבעלה. אשה נשואה המקיימת יחסי מין ביודעין עם גבר אחר מתכוונת לפגוע בייחודיות זו, אף כאשר אינה יודעת שבכך היא עוברת עבירה על החוק. היא ושותפה לניאוף מתכוונים שהיא תקיים עם בעלה יחסי נישואים שאינם ייחודיים, ושהינם על כן נטולים כל יסוד של קדושה. זו הכוונה הזדונית המהווה עיקר פגיעתה של עבירת ניאוף.

נראה לי כי כאשר התכנס המהרי"ק על הפסוק בתורה המדבר על כך שהאשה הנואפת מועלת מעל לבעלה, במקום שיאמר שהיא מועלת בה', הוא בקש להגדיר את המחשבה הפלילית של עבירה זו, ולא את האובייקט שלה. יושם לב עד כמה המהרי"ק מדגיש את יסוד המחשבה הפלילית בתשובתו. הוא אומר שהאשה לא הייתה שוגגת כי "היא מתכוונת לזנות". כדבריו, אין התורה מדברת על אשה המועלת מעל בה', אשר ממנו היינו לומדים ש"הדבר תלוי בכוונת האיסור". האשה מתכוונת לזנות אבל אינה יודעת שהדבר אסור. די בכך כדי לאסור אותה על בעלה. המחשבה הפלילית של עבירה זו היא כוונת האשה להפר את חובת הייחודיות שלה ביחס לבעלה, ולא כוונתה להפר את מצוות ה'. על כן מתבקשת המסקנה שידעת הדין אינה יסוד מיסודותיה של העבירה. היא אינה שוגגת, אף כי אינה יודעת שמעשה הניאוף שלה אסור על פי הדין, כי היא מתכוונת לנאוף ולמעול מעל לבעלה.

יוצא, איפוא, כי במקרה של עבירת ניאוף, כמו במקרה של עבירת רצח, החריג לכלל לפיו אי-ידיעת הדין היא שוגג מבוסס על אופיה המיוחד של העבירה הנדונה ועל המשמעות של אופי מיוחד זה לעניין המחשבה הפלילית הנקבעת לעבירה. ניאוף, כמו רצח, שונה מעבירות אחרות כגון אכילת חלב וחילול שבת, כי הנואף שיודע את העובדות אך טועה לגבי הדין מתכוון לפגוע בערך המוגן על ידי החוק הקובע את העבירה, הוא ערך קדושת הנישואין הבא לידי ביטוי בייחודה של האשה לבעלה.

יתכן כי השותפים למעשה הניאוף אינם רואים כל פסול בהתנהגותם, בין מפני שהם אינם יודעים את הדין ובין כאשר הם יודעים אותו אבל אינם מקבלים על

82 דרורי כותב כי "הבעל זכאי לדרוש מאשתו כי תתגרש מעמו". לעיל הערה 18, בעמ' 95. זה נגזר, כנראה, מגישתו כאילו הבעל הוא הנפגע על ידי מעשה הבגירה של האשה.

עצמם את מרותו. בכל מקרה, מערכת הערכים האישית שלהם שונה בהרבה מזו שעליה מבוסס הדין. נואפים אלה אינם שותפים לערך הקדושה שבנישואים. ברור; על כן, שנישואיהם אינם יכולים להיות ספוגים קדושה. הנה שוב, כמו בעבירת רצח, מצב זה של יחס ערכי שלילי מטעם החוטא כלפי האינטרס שהחוק נועד להגן עליו אינו דומה כלל לטעות בעובדה, שמקורה בהעדר בירור מספיק. מצב זה שונה גם מטעות בדין הנובעת מחוסר לימוד ועיון. שוגג פירושו טעות, חוסר מודעות. ניאוף הוא התנהגות המשקפת ומבטאת מערכת ערכים אישית השונה מזו של התורה. אידיעת הדין אינה שייכת בהקשר זה.

יש לציין גם את ההבדלים בין רצח וכין ניאוף. במקרה של רצח, כפי שראינו, הנזק שנגרם מוחשי וברור לעין. הרוצח מתכוון לגרום נזק גופני חמור לקרבנו, ואולי אף ליטול ממנו את חייו. לכן, מגיע לו עונש חמור על מעשהו, אף אם אינו יודע שהוא אסור. שונה מזה בהרבה הנזק שהנואף מבקש לגרום. הוא פוגע בקדושת הנישואים, שהוא עניין שברור. זהו דבר עדין יותר. ייתכן שהפגיעה בקדושת הנישואים על ידי הנואף נובעת מחוסר רגישות לעניינים של רוח וקדושה, ולא מנכונות מודעת לפגוע באחרים ולנשלם מזכויותיהם⁸³. לכן, מעשה של ניאוף שנעשה מתוך אידיעת הדין אינו נענש באותה חומרה כמו רצח שנעשה מתוך אידיעת הדין, למרות העובדה שטעות כזו חמורה יותר משוגג בשתי העבירות. למעשה, ניאוף שנעשה מתוך אידיעת הדין אינו גורר עמו עונש פלילי טיפוסי כלשהו, אולם הצדדים אינם יכולים להמשיך לחיות חיי קידושין, כי הפרו את קדושת הנישואים. הסנקציות השונות, במקרים של רצח וניאוף שנעשו תוך אידיעת הדין, הולמות את הנזקים השונים ואת המחשבה הפלילית השונה במקרים אלה⁸⁴. מה שההלכה שוללת מן הנואפים האלה הוא מה שהם שללו מעצמם – מחסה של קדושה לנישואיהם.

4. ההשלכות ההלכתיות של הרציונל המוצע

והנה, שוב, כמו במקרה של עבירת רצח, אחת השאלות המתעוררות לדין לאור ניתוח זה של הסוגיה הינה, האם המשפט העברי מבחין בין סוגים שונים של

83 השווה דברי הרב משה סופר, שחי בגרמניה ובהונגריה בסוף המאה ה-18 ובתחילת המאה ה-19, שנאמרו בעניין כוהנים שפיגלו במקדש:

...אפילו סבר לו אביי בעלמא אומר מותר קרוב למזיד הוא, מכל מקום הכא, בהזיק שאינו ניכר, לא שייך לחייבו בין לטעמא שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומוזיק לחבורו, דהרי היה סבור שאינו מזיק ומותר לשתות, וכין למאן דאמר כדי שיוזיעהו דהא הכא לא כיון לצעוריה לחבריה דאומר כותר לאכול איתו פיגול אינו מצער כלל ולא יזיעהו, על כן פטרוהו בשוגג ואומר מותר...

שו"ת חתם סופר, חושן משפט, חשוכה כב, בע' יד, א, בדיבור המתחיל "ובמנותות".

84 על השאיפה הרצויה להתאים את העונש לעבירה בצורתו, ולא רק במידתו, ראה A. Enker "Aptness As a Criterion of Just Punishment" 25 Isr. L. Rev. (1991) 620.

טעויות בדין. המקורות שהזכרנו למעלה דנו במקרה בו ידעה האשה שהיא נשואה לאחד ושהיא נואפת עם השני. טעותה בדין מתייחסת לאיסור לנאוף. מה הדין במקרה השונה בו טועה האשה בדין הקובע את מעמדה כנשואה וחושבת שהיא אינה נשואה לראשון? מקרה כזה יכול להתעורר כאשר האשה חושבת בטעות שהנישואין בינה ובין האיש הראשון לא תפסו בגלל פגם משפטי בטקס הנישואין או בגלל העדר כשרותם של בני הזוג. כן יתכן שאשה תטעה בענין מעמדה כנשואה לראשון, מפני שהיא מאמינה בתום לב, אך בטעות, כי הגט שקיבלה ממנו תקף מבחינה משפטית. טעויות אלו והדומות להן הינן בבירור טעויות בדין. האם יהיה זה מן הראוי להתייחס אליהן כמו שהדין מתייחס לטעות בנוגע לאיסור הניאוף עצמו?

ההבחנה המוצעת כאן דומה לזו המוכרת בהרבה שיטות משפט מודרניות, וכן במשפט הישראלי, המבחינות בין טעות לגבי הנורמה המשפטית של החוק הפלילי, הקובעת את המותר והאסור, ובין טעות בנוגע לדין לבר פלילי, הקובע את המצב המשפטי עליו חלה הנורמה הפלילית, אך אינו קובע את הנורמה של מותר ואסור עצמה. טעות בנוגע לנורמה הפלילית הקובעת את המותר והאסור אינה פוטרת. אולם, טעות בנוגע לדין אחר, מחוץ לנורמה הפלילית, נחשבת כטעות במצב הדברים והיא פוטרת באותה מידה ובאותם תנאים החלים על טעות בעובדה.⁸⁵

למשל: אם טעה נאשם וחשב שגניבה מותרת, שמותר לקחת רכוש הזולת, ולקח את רכוש חברו ביודעין, לא תעמוד לו טעות זו כהגנה מפני אישום והרשעה בפלילים. אבל אם טעה בנוגע לדיני הקניין, הקובעים מי הם הבעלים של הרכוש ולמי הזכויות בו, תעמוד לו הגנת טעות, למרות העובדה שטעה בדין. אם טעה באמת בנוגע לזכויות הבעלות והחזקה בחפץ, וחשב בתום לב שהחפץ שלו, לא הייתה לו הכוונה לקחת רכוש של הזולת, שהיא מיסודות עבירת הגניבה. במקרה זה, אין זה משנה שהטעות נוגעת לדין. מבחינת האחריות הפלילית, הטעות בעניין הבעלות על הנכס דומה לטעות של אדם שהתבלבל בין פריט שלו ובין פריט אחר השייך לחברו, ולקח את של חברו בטעות. בשני המקרים כאחד, כאמור, לא התכוון ה"גנב" לקחת דבר מן הזולת, ולכן אין הוא אשם בעבירת גניבה, בין אם

85 ראה למשל ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב, חשמ"ז-1987) 564-557, וכן G. Williams *Criminal Law, The General Part* (2d edition) 321-327, 333-335, 341-344; H. Silving *Constituent Elements of Crime* (1967) 361; Perkins "Ignorance or Mistake of Law Revisited" 2 *Utah L. Rev.* (1980) 473. But see the criticism in G. Fletcher *Rethinking Criminal Law* (1978) 732. בישראל ראה גם ע"פ 291/64 ריינברג נ' מדינת ישראל פ"ד יט (1) 150; ד' בין "טעות בעובדה, טעות בחוק וחביעת זכות בתום לב" הפרקליט כב (חשכ"ו) 152; ש"ז פלר "טעות בחוק הפלילי או הלב-פלילי — היכן הגבול" משפטים ה (תשל"ג) 508; ע' אור "אי-ידיעת הדין ועצה רשמית מוטעת במשפט הפלילי" עיתון משפט י (תשמ"ה) 535.

דוגמה שנייה ליישומו של כלל זה במשפט המודרני, הקרובה יותר לענינו, נוגעת לעבירת הביגמיה, ריבוי הנישואין. הגדרת עבירה זו בישראל הינה: "נשוי הנרשא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר"⁸⁶. תנאי הוא לעבירה זו שהנאשם היה נשוי לאחר בשעת עריכת הנישואים הביגמיים. טעות בעובדה לעניין יסוד זה, כגון אמונתו המוטעית של הנאשם שבן זוגו הקודם נפטר, או שבני הזוג התגרשו, משמשת הגנה לעבירה זו⁸⁷. וכן, וכאותה מידה, גם נאשם המאמין בתום לב שאינו נשוי, כגלל טעות מצדו בנוגע לפרט זה או אחר בדיני האישות — נישואין וגירושין — פטור מאחריות פלילית כגלל טעותו בדין⁸⁸.

לעתים, מתייחס המשפט לטעויות כאלה בדין כאילו היו טעות בעובדה, כי הטעות נוגעת כאמור למערכת המשפטית הקובעת את מצב הדברים עליו חל האיסור הפלילי ולא לאיסור הפלילי עצמו⁸⁹. במקרים אחרים מעניק המשפט הפלילי את הגנתו על יסוד הקביעה שחסרה לנאשם המחשבה הפלילית הנדרשת להרשעה, כמו בדוגמה שלנו בעניין גניבה⁹⁰. בכל מקרה, ההבחנה האמורה בין

- 116

שני סוגי הטעות בדין מבוססת היטב במשפט והיא נחוצה לתפקוד הראוי והצודק של המשפט הפלילי, גם אם ישנם קשיים ביישומה במקרים שוליים. הרציונל העומד מאחורי הבחנה זו ברור. מי שעושה מעשה שלא כדין מתוך טעות בנוגע לדין הפלילי הקובע את הנורמה של המותר והאסור, פועל בהתאם לנורמה פרטית משלו הסותרת את הנורמה של הדין. הוא יודע שהוא לוקח את רכשו של הזולת ומתכוון לעשות כן. במקרה של עבירה ביגמיה, הוא יודע שהוא נשוי לאחת, אך מתחתן עם אחרת למרות ידיעה זאת. בשני המקרים, טעותו נוגעת לנורמות של התנהגות ראויה, כפי שהן קבועות בחוק, והוא פועל על פי ערכי התנהגות פרטיים משלו, הנוגדים את ערכי המשפט. בשני המקרים מבטאים מעשיו התנכרות לערך המוגן על ידי החוק הפלילי ונכונות מצדו לפגוע באינטרס זה. "טעות" כזו אינה משמשת הגנה.

אבל מי שטועה בנוגע לדין אחר, שאינו משמש חלק מן הנורמה של המשפט הפלילי, אלא קובע את מצב הדברים עליו חלה הנורמה הפלילית, אינו מתנכר אל הנורמה המשפטית המוכרת בחברה ואינו פועל על בסיס נורמות פרטיות משלו תוך נכונות לפגוע באינטרסים מוגנים של אחרים. אין הוא מתכוון לקחת את רכוש הזולת. אדרבא, בגלל הטעות שלו בדיני הקניין, הוא מאמין בתום לבו שהרכוש שייך לו. אילו היה זה המצב, היה מעשהו משקף את הנורמה המשפטית המוכרת, לפיה מותר לאדם לקחת רכוש של עצמו. וכן במקרה של ריבוי נישואין, אין הוא מתכוון לשאת אשה בידעו שהוא עדיין נשוי לאחרת. בגלל טעותו בדיני האישות, הוא מאמין שאינו נשוי ושהוא חפשי לשאת אחרת, כמו כל אדם אחר שאינו נשוי⁹¹.

91 למרות הביקורת המושמעת מטעם מלומדים מסוימים על ההבחנה בין טעות בדין הפלילי לטעות בדין הלבר פלילי, המבוססת בעיקרה על הקשיים המתעוררים לעתים ביישום ההבחנה (ראה למשל Fletcher, לעיל הערה 85), הבחנה זו נראית לי רצויה ואף חיונית כדי שמערכת דיני העונשין תהיה הוגנת וצודקת. וראה ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב, תשמ"ז-1987) 557-564. נראה לי כי ה"סתירות", כביכול, שמצאו חוקרים בין פסקי-הדין השונים, נובעים ברובם מכך שבתי המשפט קובעים את הגבול בין פלילי ולבר פלילי מעבירה לעבירה, על פי שיקולים של מדיניות משפטית משתנים מעבירה לחברתה בהתאם לאינטרס המוגן על ידה. בעניין ויינברג, למשל, ע"פ 291/64, לעיל הערה 85, אין ספק כי מטרת המתוקק, בהוראתו כי נישואים שנערכו בחו"ל והיו תקפים שם ימשיכו להיות תקפים בישראל, הייתה למנוע את הפגיעה שהייתה נגרמת – אלמלא הוראה זו – לבן זוג לא יהודי שהתחתן עם יהודי בחו"ל ועלה עמו לישראל. גם אם הנאשם ויינברג לא ידע כי הוא עדיין נשוי לאשתו – טענה שיש מקום להטיל בה ספק לאור תיאור העובדות בפסק הדין – הוא ידע שהיה נשוי לה עד שהם עלו לישראל ושלא נקט שום צעד כדי להתגרש ממנה, לא שם ולא בישראל אחרי עלייתם. לכן, הוא ידע שהוא פוגע באינטרס שלה, אשר חוק זה בא להגן עליו, אף אם הוראת החוק עצמה לא הייתה ידועה לו. נראה לי כי פסקי-הדין בעניין ויינברג הולם את גישתו של המשפט העברי לטענת ארידיעת הדין.

הניתוח המוצע כאן של גישת המשפט העברי בעניין טעות בדין בעבירת ניאוף תומכת בעשיית אותה הבחנה. אשה נשואה הנבעלת לאחר בידעה שהיא נשואה, מתכוונת לפעול בניגוד לאותה ייחודיות וקדושה ביחסיה עם בעלה, הנדרשים על ידי החוק, בין אם היא יודעת שמעשיה אלה אסורים ובין אם אינה יודעת את האיסור שבמעשיה. לכן אין היא שוגגת, והיא אסורה לבעלה ולבועלה. אולם, אשה נשואה, הנבעלת לאחר מתוך אמונה מוטעית שהיא אינה נשואה, כי היא חושבת בטעות שהגט שקיבלה חקף, ואינה יודעת שהוא פגום מהותית באופן השולל את תוקפו, אינה מתכוונת להפר את מצב הייחודיות ביחסיה עם בעלה. אשה זו איננה "מתכוונת לזנות", כלשונו של המהרי"ק, והיא אינה מתכוונת למעול מעל בבעלה, שהרי היא חושבת לתומה שאין לה בעל. אין מקום במקרים אלה לבוא אליה בטענות, כאילו היא מעמידה סולם ערכים פרטי משלה מעל לערכים של התורה, ושהיא מתכוונת לקיים חיי נישואים הנטולים קדושה. על כן, יש להתייחס אל אשה זו כשוגגת, למרות העובדה שהיא טועה בדין⁹². אולי ניתן לומר שהיא ושותפה למעשה הניאוף נושאים באשם על שלא למדו את הלכות גיטין וקידושין בעיון ובהעמקה, ולכן טעו לגבי מעמדה המשפטי. אך סוג זה של אשם, כפי שראינו בנוגע לחילול שבת ואכילת חלב, הוא שוגג רגיל. הוא מחייב את הצדדים בהבאת קרבן חטאת, כמו במקרה של טעות בעובדה, אבל לא יותר מזה. בהקשר שלנו, אין הוא צריך לאסור את האשה על בעלה.

ההבחנה המוצעת כאן אכן נתמכת על ידי אסמכתות הלכתיות רבות, אף כי יש גם הדוחים אותה. נחזור עתה לתשובת הרשב"א שהזכרנו למעלה, אשר הקדים את המהרי"ק בכמאה וחמשים שנה. הן בתשובה זו והן במקום אחר בתשובותיו⁹³, דן הרשב"א בשאלה, איך יכול היה דוד המלך לחזור ולקיים חיי נישואים עם אשתו מיכל בת שאול, אחרי ששאל לקח אותה ממנו ונתנה לפלטי בן ליש⁹⁴. אחד ההסברים שנתן הרשב"א, הסבר המבוסס על מקורות תלמודיים⁹⁵, הוא שמיכל טעתה בדיני האישות וחשבה שהיא לא הייתה נשואה לדוד בדין. על כן, לפי הסבר זה של הרשב"א, היא לא ידעה שיחסיה עם פלטי הינם יחסי ניאוף. במילים אחרות, מיכל שגגה כאשר היא חיה עם פלטי ולכן מותר היה לה לחזור

92 החוקרים האחרים בני זמננו עסקו בנושא זה בדרכים שונות. דרורי אינו דן באפשרות להשתמש בהבחנה האמורה כדי להבין באמצעותה את המשפט העברי, למרות היכרותה בפסיקה ובספרות הישראלית. (לעיל הערה 18, בעמ' 72, 86, 90-97). גם Isaacson, שמחקרו אזכר בהערה 18 לעיל, אינו כזכיר את ההבחנה, אולי מפני שהמשפט האמריקאי אינו מרבה להשתמש בה. המשפט האמריקאי הושפע רבות מן הקוד הפלילי לדוגמה, הן בסוגיית הטעות, הן טעות בעובדה והן בטעות בדין, כחלק מסוגיית המחשבה הפלילית. ראה סעיף (a) (1) 2.04 של הקוד. ד"ר ורהפטיג מזכיר את ההבחנה בתחילת מחקרו אך אינו נעזר בה בגלל הקשיים ביישומה המעשי, כמתואר במאמרו של פרופ' פלר. לעיל הערה 18, בע' 230-232.

93 שו"ת הרשב"א, ח"א, י.

94 האירוע מתואר בספר שמואל א, יח, יז-כט; שם, כה, מב-מד; שמואל ב, ג, יד-טז.

95 סנהדרין, יט, ב.

אל דוד. אם נניח, כפי שמניחים אחרים⁹⁶, שאין מחלוקת עקרונית בין הרשב"א ובין המהרי"ק בענייננו, נראה כי הרשב"א מקבל גם את ההבחנה המוצעת כאן בין אמונה מוטעית בנוגע לדין האוסר על אשה נשואה לקיים יחסים עם אחר, שזה אינו שוגג, ובין אמונה מוטעית שהאשה אינה נשואה, אמונה המבוססת על טעות בדיני האישות, שהוא שוגג⁹⁷.

האסמכתא הראשונה – מבחינה היסטורית – הידועה לי, הדנה בהבחנה שלנו במפורש, נמצאת בספרו של המהרש"ל, ים של שלמה, שהזכרנו למעלה.⁹⁸ המהרש"ל, כמו המהרי"ק שקדם לו, גרס שטעות לפיה מותר לאשת איש לנאוף הינה מזיד ולא שוגג. במקרה זה, לדעתו, האשה אסורה לבעלה ולבועלה. אולם, הוא הבחין מפורשות בין מקרה בו יודעת האשה שהיא נשואה אך טועה וחושבת שמותר לה בכל זאת לקיים יחסים עם אחר, ובין מקרה שונה בו מאמינה האשה שהיא אינה נשואה מחמת טעות בדיני האישות. במקרה האחרון, האשה נחשבת לשוגגת ומותר לה לחזור לבעלה. המהרש"ל מסתמך על דברי המהרי"ק בענייננו. מקרה דומה לזה שעוררנו כאן הובא לפני הרב משה פיינשטיין ז"ל מניו יורק, שהיה אחד הפוסקים החשובים ביותר של דורנו⁹⁹. גם הוא הבחין בין שני סוגי הטעויות בדין אשר בהן אנו עוסקים כאן, ושוב חוץ הסתמכות על דברי המהרי"ק. במקרה שבא לפניו, דובר באשה שהתגרשה מבעלה שנים רבות לפני כן בגירושים אזרחיים. בני הזוג לא דאגו לגט פיטורין, כנדרש בדין תורה. אולם, בשעתו ניתן לה מסמך – כפי הנראה מטעם הרב של בית כנסת מסוים, שלא היה אורתודוקסי – שצויין בו שמה העברי, ונאמר לה שהיא גרושה גם על פי הדין הדתי.

בהסתמכה על "גט" זה, התחתנה האשה שנית. מאוחר יותר הרהרה כנראה בשאלה אם אכן התגרשה מבעלה הראשון כדין. רב אחר, אורתודוקסי הפעם, טיפל בעניין ודאג להשיג עבורה גט פיטורין מבעלה הראשון. השאלה שהופנתה אל הרב פיינשטיין הייתה אם אשה זו רשאית עתה להינשא ל – "בעלה" השני, שהרי היא עכשיו פנויה מן הראשון, או שמא אסור לה להתחתן עמו כי קיימה עמו יחסי "ניאוף" לאורך תקופת "נישואיהם", כאשר על פי הדין הייתה נשואה לראשון. האם יחסים אסורים אלה בינה ובין השני היו בשוגג או במזיד?

96 למשל, דרכי משה, אה"ע, קצח, טו. וראה גם בית שמואל, שו"ע, אה"ע, קצח, ד, המסביר את פסיקתו של הרמ"א כמו המהרי"ק באמצעות אותם הנימוקים עליהם הסתמך המהרי"ק עצמו, ומביא יחד עם זה את האירוע שנידון אצל הרשב"א, ללא כל רמז על סתירה או מחלוקת ביניהם. אחרים גורסים שהרשב"א והמהרי"ק חלוקים בדעותיהם. ראה להלן ליד הערות 105-106.

97 לפי המקור החלמדי עליו מבסס הרשב"א את דבריו, הסתמכה מיכל על פסיקה של בית דין, לפיה אין היא נשואה לדוד. ראה על כך להלן, ליד הערות 106 ו-107.

98 לעיל הערה 79.

99 שו"ת אגרות משה, אה"ע חלק א, תשובה נד, בעמ' קלד.

הרב פיינשטיין הבחין בין מקרה זה ובין המקרה שנידון לפני המהרי"ק. הוא קבע שתידושו של המהרי"ק אינו אוסר את האשה במקרה שלפניו על כן זוגה השני, כי היא התחתנה עמו בתום לב, באמונה כנה אך מוטעית שהיא התגרשה כדין מבעלה הראשון. ואלה דבריו:

והנה, זה ודאי שאין זה עניין לזינתה שהייתה סכורה שמותרת לזנות, שאיפסק ברמ"א... שהיו כמזידה ואסורה לבעלה, דהטעם הוא דלא כתיב ומעלה בה' אלא "ומעלה בו"... והוא ממהרי"ק, דהכא מה שאמרה מותר הוא משום שחשבה שהיא מגורשת ואינו שוב בעלה, ואין זה מעילה בו...¹⁰⁰

נראה לי כי ניתן למצוא תמיכה נוספת לתיזה המוצגת כאן – אף כי לא בצורה כה מפורשת – לפיה מן הראוי להבחין בין שני סוגי הטעות בדיון במשפט העברי, מדברי הרמב"ם העוסקים בסוגיית אידיעת הדין אצל לא יהודים, המצווים באותן שבע מצוות בני נח המחייבות את האנושות כולה. כבר הזכרנו קטע זה מדברי הרמב"ם בדיון שלנו אודות אידיעת הדין בעבירת רצח, כי הרמב"ם דן בנושא טעות בדיון אצל בני נח, בשתי העבירות – רצח וניאוף – ביחד.¹⁰¹

הרמב"ם מפרט תחילה את תוכן של אותן שבע המצוות שבני נח מצווים בהן ואת העונשים המוטלים על כן נח העובר עבירה נגד אחת ממצוות אלו. אחרי כן הוא ממשיך ודן בדיון החל כאשר כן נח עובר עבירה בשוגג. ואלה דבריו:

בן נח ששגג באחת ממצותיו פטור מכלום במה דברים אמורים, בשגג באחת ממצות ועבר בלא כוונה, כגון שבעל אשת חבירו ודמה שהיא אשתו או פנויה. אבל אם ידע שהוא אשת חבירו ולא ידע שהיא אסורה עליו, אלא עלה על לבו שדבר זה מותר לו, וכן אם הרג והוא לא ידע שאסור להרוג, הרי זה קרוב למזיד ונהרג, ולא תחשב זו להם שגגה, מפני שהיה לו ללמוד ולא למד.¹⁰²

ראשית, יש בדברים אלה של הרמב"ם תמיכה לכאורה לעמדת המהרי"ק, אשר גם הוא הבחין בין אחד שטעה ולא ידע שהוא בועל אשה נשואה, ובין זה שידע

100 בהמשך תשובתו, שם, בוחן הרב פיינשטיין את האפשרות שאישה זו תיאסר על בעלה בגלל גזרות ותקנות חכמים שונות שאינן מענייננו כאן. השווה גם את ההבחנה הדומה שהבחין הרב הראשי לישראל, הרב יצחק אייזיק הרצוג ז"ל, בהקשר קרוב לענייננו. שו"ת היכל יצחק על שו"ע אבן העזר, חשוכה פא, בע' רצב-רצג.

101 ראה הדיון לעיל, ליד הערה 46.

102 רמב"ם, מלכים, י, א.

את העובדות לאשורן "אלא עלה על לבו שדבר זה מותר לו"¹⁰³. הרמב"ם, כמו המהרי"ק אחריו, מתייחס למקרה השני כקרוב למזיד, ולא כשוגג רגיל. שנית. הדוגמה שהביא הרמב"ם למקרה של טעות בדין שאינה פוטרת הינה מקרה של אחד שאינו יודע שעבירת ניאוף אסורה. אין הוא מזכיר כאן את המקרה של זה הטועה בדיני האישות הקובעים מי נשוי למי, אשר כתוצאה מטעות זו הוא חושב שהאשה אשר עמה הוא מתייחד אינה נשואה כלל לאחר. כנראה, מקרה אחרון זה נדון לקולה, לדעת הרמב"ם, בהתאם לאמור על ידו במשפט הקודם, "כגון שבעל אשת חבירו ודמה שהיא... פנירה". על פי הבנה זו בדברי הרמב"ם, הנראית לי כפשוטם של דבריו, עמדתו תואמת את זו שהוצעה כאן. יתרה מזאת, יושם לב לכך שהרמב"ם משלב את דיונו בהשלכות של הטעות בדין בעבירת ניאוף עם הדיון שלו באותו נושא בעבירת רצח¹⁰⁴. גם זה מראה, כך נראה לי פשוטם של דבריו, שלדעתו יש קשר פנימי בין שני הנושאים ושהוא מסכים עם ההבחנה המוצעת כאן בין סוגים שונים של טעות בדין. אין זה מתקבל על הדעת לומר שיש להרוג אדם שבעל אשת איש תוך שטעה בתום לב בנוגע לדיני האישות וחשב שהיא פנויה, "מפני שהיה לו ללמוד ולא למד". לכן משתמע מדברי הרמב"ם, כי היסוד הרעיוני להלכות אלו נערץ באופיין המיוחד של העבירות ובקשר שבין הטעות של הנאשם ובין הכוונה הפלילית שלו¹⁰⁵.

103 בעסקו באשה יהודייה שזנחה, מבחין הרמב"ם בין מזיד ושוגג לעניין היותה אסורה לבעלה, בלי לפרט את עניין הטעות בעובדה והטעות בדין. רמב"ם, אישות, כד, יט; רמב"ם, סוטה, ב, יב. המהרש"ל, אשר כאמור קיבל את פסיקתו של המהרי"ק, קבע שיש להבין את דברי הרמב"ם המתירים שוגגת לבעלה כחלים על שוגגת בעובדות בלבד. ראה לעיל הערה 79.

104 הבהרנו למעלה, ליד הערות 46-47, כי קטע זה בדברי הרמב"ם תומך גם בהבחנות שהצענו בסוגיית אי-ידיעת הדין בעבירת רצח.

105 הרב יהודה עייש, אשר כזכור חלק על הבנתו של המהרי"ק בין טעות בעובדה לטעות באיסור של ניאוף (ראה לעיל ליד הערה 76), דחה הוכחה זו מדברי הרמב"ם כבלתי מחייבת, כי הדין מחמיר על בני נח יותר מאשר על יהודים. דחייה זו אינה נראית לי. המחשבה כאילו הדין מחמיר עם בני נח מבוסס על השוואה מוטעית של דיני בן נח עם דין התורה החל על יהודים. על יהודים חלים שתי מערכות של דינים, דין התורה ודין המלך. דין המלך של יהודים ודיני בן נח זהים ומלמדים זה על זה. ראה אור שמח, מלכים, ג, י. ההבדל בין יהודים ובני נח שייך לעונשי החובה של התורה בגין חילול שם שמים. דין התורה מחמיר על היהודי דווקא, ומקל על בני נח. ישראל מצווה על קידוש השם, ונידון בעונשי תוכה כאשר הוא עובר עבירה תוך חילול שם שמים. בן נח אינו מצווה על קידוש השם, ולכן לא חלים עליו אותם דיני ראיות ואותה פרוצדורה המיוחדת למישור זה. ראה רמב"ם, מלכים, י, ב. על כן אפשר לומר שהרמב"ם והמהרי"ק מסכימים זה עם זה ומבססים את פסיקותיהם על עקרונות רציונליים ואוניברסליים של אחריות מוסרית. על היחס ועל הדיקה בין דיני בן נח לדיני ישראל ראה אנקר, לעיל הערה 7. A. Enker "Aspects of Interaction Between the Torah Law, The King's Law, and the Noachide Law in Jewish Criminal Law 12 Cardozo L. Rev. (1991) 1137, 1147-1155. וכן

מקורות רבניים אחרים דוחים את ההבחנה שהצענו בין סוגי הטעות השונים ואינם מיישמים אותה כדרכנו כאן. מקורות אלה מסתמכים על הבנה שונה בדברי הרשב"א. המקיף מכל המקורות האלה, המביא גם את דעות קודמיו ומסתמך עליהן, הינו פסק-דין של בית-דין-רבני בישראל¹⁰⁶.

עובדות המקרה היו כדלהלן. אשה, שזה לא מזמן התגרשה מבעלה, ואשר הייתה בשלב מתקדם של הריון, בקשה להתחתן עם אבי הילד. ברור היה לבית-הדין כי בני הזוג חיו ביחד עוד בטרם התגרשה האשה מבעלה. בין הסיבות שהולכו למסקנה זו, בנוסף על השלב המתקדם של ההריון, הייתה העובדה כי בני הזוג נהנו לבית-הדין לא פחות משלושה הסברים שונים וסותרים לגבי המועד שבו התחילו לחיות ביחד. הם גם העלו במהלך הדיונים מספר טענות סותרות אודות מצב ההתקדמות של ההריון. לבסוף הודו בני הזוג כי התחילו לחיות ביחד בטרם התגרשה האשה מבעלה, אך טענו שחיהם המשותפים התחילו רק אחרי שבית-הדין פסק לה גט. לטענתם, הם האמינו בטעות כי פסק-דין זה היווה הוא עצמו מעשה גירושין אשר שחרר אותה מבעלה, ושמאו ואילך היא הייתה פנויה להתחתן עם אחר. טענתם הייתה, איפוא, שהם טעו בדיני האישות הקובעים את מעמדה של האשה כנשואה, ועל כן לא חלה לגביהם הלכת המהרי"ק. לטענתם, לא התכוונה האשה למעול מעל בבעלה וכן לא התכוונה לזנות, כי חשבה שאינה נשואה עוד, ועל כן מותר להם להתייחד זה עם זה.

ברור כי בית-הדין לא האמין אף לגירסה זו, אך הוא בחר בכל זאת לבחון את ההשלכות של הטענה, כאילו הייתה זו מהימנה עליו. בית-הדין הודה בכך שההיגיון העומד מאחורי הלכתו של המהרי"ק תומך בהבחנה המוצעת בין הסוגים השונים של טעות. לכן, ניתן לטעון, אין לאסור על האשה לשאת את אבי הילד, כי לפי טענתה האחרונה, היא חשבה שהיא הייתה מגורשת כבר כאשר הם התחילו לחיות יחד, והיא לא התכוונה למעול מעל בבעלה. אולם, בית-הדין דחה את ההבחנה, לפחות לגבי המקרה הזה.

לדעת בית-הדין, שהסתמך בעניין זה על אסמכתאות קודמות¹⁰⁷, חולק הרשב"א על המהרי"ק בנקודה זו. הרשב"א גורס שטעות בנוגע לדיני האישות – גיטין ונישואין – פוטרת רק כאשר הטעות מבוססת על פסק-דין מפורש של בית-דין מוסמך, שהתגלה כמוטעה. בית-הדין-הרבני אמר שבמקרה שהובא לפני הרשב"א, לא נימק הלה את מסקנתו שהאשה אסורה לבעלה בנימוקו של המהרי"ק. פסיקתו לאסור את האשה על בעלה התבססה על הבחנה שהבחין בתשובתו בין המקרה התנ"כי של מיכל בת שאול, אותו הזכרנו למעלה, ובין המקרה שהובא לפניו. הרשב"א הסביר כי מיכל הסתמכה על פסק-דין מוטעה של בית-הדין. אך במקרה שהובא לפניו, הוא הבהיר, לא יכלה האשה להבין את

106 תיק מס' 713/ש"ל, ביה"ד הרבני האזורי לנפת אשקלון, פד"ר ח 184.

107 העיקרי שביניהם היה דברי הרב חיים מוולוז'ין בשו"ת חוט המשולש סימן יג. אולם, מקור זה קטוע בחלקו הגדול.

דרישת אביה שהחתן ייתן לה טבעת, כתנאי להסכמתו שהיא תצטרף אל שולחן האורחים יחד עם החתן, אלא כמעשה של קידושין. לטענת האשה שהיא חשבה שאינה נשואה לראשון לא היה על מה להסתמך. על טענה כזאת אמר הרשב"א, שאילו הייתה מתקבלת כשוגג, "כל הנשים שזינו נתיר ונאמר סבורה הייתה שאינה אסורה בכך". לדעת בית-הדין, אילו הסכים הרשב"א לדעת המהרי"ק לא היה מקום לחשש זה, שהרי לדעת המהרי"ק, אשה שזנתה תחת בעלה, בחשבה שהיא "אינה אסורה בכך", אינה שוגגת כי אם מזידה, והיא אסורה לבעלה.

פירוש זה של דברי הרשב"א אינו נראה לי. אדרבא, נראה לי שתשובתו של הרשב"א דווקא תומכת בדברי המהרי"ק והולמת את ההבחנה המוצעת כאן. האשה שעניינה הובא לפני הרשב"א לא טענה כי ידעה שהיא נשואה לראשון אך חשבה, עם זאת, שמותר לה לזנות, כפי שהיה במקרה שנידון אצל המהרי"ק. טענתה הייתה שטענה בדיני האישות, וחשבה שאינה נשואה לראשון. לכן, לא יכול היה הרשב"א לנמק את פסיקתו לאסור את האשה על בעלה באותו נימוק שנתן המהרי"ק שנים רבות לאחר מכן, שאשה החושבת שמותר לה לזנות הינה מזידה. שני המקרים שונים זה מזה בעובדות והם מעוררים שאלות הלכתיות שונות.

הרשב"א אסר את האשה על בעלה כי לטענתה שהיא חשבה שהיא לא הייתה נשואה לראשון לא היה על מה להסתמך. בשום מקום לא העמיד הרשב"א תנאי כל יעבור להתרת האשה שהיא תסתמך על פסק-דין מפורש של בית-דין מוסמך. את המקרה של מיכל, שהסתמכה על פסק-דין כזה, העמיד הרשב"א בתשובתו כניגוד קיצוני למקרה שלפניו, בו הייתה ה"טעות" של האשה, כאמור, חסרת כל בסיס. מקרי ביניים, כגון זה שהובא לפני הרב פיינשטיין, בהם טענת האשה נשמעת מהימנה ואינה נטולת יסוד, יידונו לפי הבנתו של הרב הפוסק בעניין, והוא יוכל להתיר את האשה לבעלה גם אם הטעות שלה לא התבססה על פסק-דין של בית דין. על רקע זה נראה לי כי דברי הרשב"א, לפיהם אילו נתקבלה טענת האשה כי לא ידעה שהיא נשואה לראשון, הייתה כל אשה שזנתה יכולה לטעון שהיא חשבה "שאינה אסורה בכך", יש להבין כבאים לומר שקבלת טענה כה בלתי מבוססת ובלתי מהימנה כזו שבמקרה שלפניו הייתה פותחת פתח בפני כל אשה המזנה תחת בעלה להמציא טענה דומה, החסרה כל בסיס בעובדות.

עד כה עסקנו בשאלת אי-ידיעת הדין מן ההיבט העקרוני והעיוני שבה. בעולמו של בית-דין, הנדרש לפסוק הלכה למעשה, אי אפשר לעסוק בעניינים אלה על יסוד העיקרון הטהור והמופשט ללא התחשבות בשיקולים פרגמטיים. למעשה, יש הבדל בין דרישה וחקירה עיונית בחומר התלמודי ובין פסיקת בית-דין במקרים קונקרטיים. לכן, לדעתי, אין להתעלם מכך שבתיק זה שנידון בבית-הדין הרבני, מדובר היה בשני בני זוג שמידת מהימנותם בעיני בית-הדין הייתה נמוכה ביותר, בדומה למידת המהימנות הנמוכה מאד של אותה אשה שעניינה נדון אצל הרשב"א. בנקודה זו שונים שני מקרים אלה מן המקרה שדן בו הרב משה פיינשטיין בתכלית השינוי. הרב פיינשטיין טרח להדגיש בתשובתו כי לדעת אותו

רב שפנה אליו בשאלה "ניכרין הדברים וברור לו שאומרת אמת שכן הייתה סבורה."

שיקולים של מדיניות חברתית דורשים לעתים שהבחנות, שהן שרירות ותקפות במישור הרעיוני-העקרוני הטהור, ירוככו ואף יסויגו במידת מה כאשר הדבר נדרש כדי להבטיח את המערכת מפני התחמקות ועקיפה. לכן, נראה לי סביר להציע שבית-הדין הרבני וקודמו הושפעו בגישתם על ידי שיקולים מעשיים כאלה. ייתכן שהחלטת בית-הדין, וכן דבריהם של פוסקים ומורי הלכה קודמים שתמכו בגישה הנקוטה בפסק-הדין, משקפים התאמה מסוימת של העיקרון הטהור כדי לאפשר התמודדות עם צורכי הזמן כפי הבנתם. קיימת סכנה ממשית – במיוחד בתנאים של חיינו היום – שמאחורי טענה של טעות בדיני האישות עומד למעשה יחס של אדישות כלפי הנורמות הדתיות של חיי נישואין על פי ההלכה, ואף הסתייגות מהן, כפי שאכן מסתבר שהיה במקרה שנדון בבית-הדין הרבני, ואולי גם במקרה שהוצג לפני הרשב"א. יחס כזה, כמובן, אינו שוגג. ואולי יש פן נוסף לפסק דינו של בית-הדין הרבני. בישראל, בית-הדין הוא הגוף המוסמך לקבוע אם אדם מסוים נשוי או לא, או אם התגרש מבן זוגו באמצעות גט תקף. גישת בית-הדין בסוגיה שלנו שוללת מן המתדיינים לפניו את האפשרות לטעון טענת טעות המבוססת על חוות דעת של גוף אחר. פסק-הדין הרבני מחייב את תושבי הארץ, למעשה, לפנות אל בית-הדין במקרה של ספק לגבי מעמד, בטרם יעשו מעשה. מבחינת ראותו של בית-הדין, זו מגמה רצויה. אלא שהרבה מן המקרים בהם קיימת בעייתיות והסתבכות הלכתית אירעו בחו"ל, בה יש פלורליזם יהודי, ובמקרים רבים דווקא פלורליזם זה הינו מקור ההסתבכות, כפי שאכן קרה במקרה שנדון אצל הרב פיינשטיין. אם בית-הדין יהיה עקבי בגישתו, יהיה עליו לאסור על בעלה אשה כזו שעניינה נדון לפני הרב פיינשטיין, וזו כאמור תוצאה מרחיקת לכת, גם לאורן של רוב האסמכתאות הנוגעות לעניין. לסיכום הנושא, הניתוח שהעלינו כאן מראה שההבחנה המוצעת בין הסוגים השונים של טעות בדין תקפה ומקובלת במשפט העברי. בסופו של דבר, כך נראה לי, ההחלטה של בית-הדין הרבני והמקורות האחרים שעליהם ביסס בית-הדין את מסקנותיו אינם דוחים את ההבחנה המוצעת באופן מוחלט. לכל היותר, יש לראות בהם סיוג ועידון מסוימים של ההבחנה והתאמתה למציאות החברתית אותה הם מבקשים לכוון ולהדריך. מטרתם הינה לחייב בני אדם לבקש הנחיה הלכתית בתחום רגיש זה של חיי האישות מגוף רבני מוסמך¹⁰⁸. עקרון העל נשאר תקף. יש הבחנה מוסרית והלכתית בין מי שטועה ואינו מכיר את הנורמה ההלכתית

108 וזה הכדל נוסף בין נושא הטעות בדין בעבירת רצח ובין טעות בדין בעבירת ניאוף. שאלות בנוגע לגבול בין מותר ואסור בעבירת רצח תתעוררנה, בדרך כלל, בתנאי חרום, שאין בהם אפשרות לשאול שאלת חכם לפני המעשה. ראה למשל הדין בשאלות של הריגת אחר כדי להציל את הרבים במצב של חרום. א' אנקר, "רצח מתוך הכרח וצורך במשפט העברי", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ג) 154; א' אנקר, הכרח וצורך בדיני עונשין (תשל"ז) 211-188. בענייני אישות ניתן לקבל הדרכה תורתית בדרך כלל.

הקובעת מה מותר לאדם ומה אסור לו ובין מי שטועה ואינו מכיר את דיני האישות הקובעים את המציאות המשפטית – המעמד – עליה חלות הנורמות של מותר ואסור. תוס' לבם של הצדדים והצורך בפיקוח רבני כדי להקטין במידת האפשרות הסבירה את מספר הטעויות האלה הינם גורמים שכית'דין ישקול כאשר הוא דן במקרים מיוחדים לאור עיקרון זה.

ה. תרומה

תרומה הינה אחת ממתנות הכהונה שההלכה מחייבת להפריש מן התוצר החקלאי של ארץ ישראל. אסור לאכול מיבול הארץ שלא נפרשה ממנו תרומה, הנקרא טבל. אכילת התרומה שהופרשה מן היבול מותרת רק לכהנים ולבני משפחותיהם, וגם זאת רק כאשר הם במצב של טהרה. נטמא הכהן, אסור לו לאכול את התרומה עד שייטהר. נטמאה התרומה, אסור לכהן לאכול אותה. במקרה אחרון זה, מותר לו לשרוף אותה וליהנות מאש זו, למשל, כדי לבשל באמצעותה אוכל אחר¹⁰⁹. ברור, על כן, שערכה הכלכלי של תרומה שנטמאה נמוך מזה של תרומה טהורה. מדין תורה, אם יש לחקלאי יכול טהור ויכול שנטמא, מותר לו להפריש את תרומתו מן התרומה הטמאה ולתיתה לכהן, ולפטור בכך את חובתו להפריש תרומה לגבי כל היבול, הטהור והטמא גם יחד. מובן, שמעשה כזה יגרום הפסד לכהן, כי הוא יקבל תרומה שאסור לו לאכלה ושערכה הכלכלי מועט. על כן גזרו הרבנים שלא להפריש תרומה טמאה כנגד יכול טהור¹¹⁰, כדי למנוע הפסד זה לכהן¹¹¹. מי שיש לו תוצר חקלאי החייב בהפרשת תרומה משני הסוגים, טמא וטהור, חייב להפריש את תרומתו מן התוצר הטהור, או לפחות מכל סוג בנפרד, היינו – מן הטמא כדי לפטור את היבול שנטמא ומן הטהור כנגד היבול הטהור. על פי גזירה זו, אסור לו להפריש את תרומתו מן התוצר הטמא כדי לפטור את התוצר הטהור.

הסנקציה המוטלת על מי שמפר גזירה זו ומפריש תרומה מן הטמא על הטהור הינה שמעשה ההפרשה אינו עולה לו. מדין תורה, כאמור, מועילה ההפרשה. ליבול אין עוד דין טבל, כי הופרשה ממנו תרומה, ומותר לבעל הבית לאוכלו. אולם, גזרו חכמים על מי שמפר את גזירתם ומפריש תרומה מן הטמא על הטהור, שפעולתו תהיה חסרת תוקף ועליו להפריש את תרומתו מחדש, כמצוות חכמים, מן הטהור בלבד או, לכל היותר, מן הטמא על הטמא ומן הטהור על הטהור, כל סוג בנפרד. סנקציה זו חלה כאשר בעל הבית עובר על גזירת החכמים במזיד. היא אינה חלה כאשר בעל הבית עובר על הגזרה בשוגג¹¹².

109 רמב"ם, תרומות, ב, א; ב, יד; ו, א; ז, א; יב, א.

110 משנה, תרומות, ב, ב.

111 ראה, למשל, הפירושים של רבנו שמשון משנן והרב עובדיה ברטנורה על המשנה שם; רש"י, פסחים, לג, א בריבור המתחיל "אין תורמין"; ודב"ז, תרומות, ה, ח.

112 משנה, תרומות, ב, ב.

מהו קו הגבול בין מזיד לשוגג במקרה זה? ברור כי שוגג כולל כאן מקרים של טעות בעובדה, כמו כשאר המקרים. אם בעל הבית הפריש תרומה מן הטמא על הטהור כי לא ידע שחלק מן היבול שלו נטמא, ההפרשה תהיה תקפה, כי הוא הפר את הגזירה בשוגג ולא במזיד. אולם, מה הדין כאשר בעל הבית ידע שהיבול נטמא וידע שהוא מפריש מיבול טמא על יבול טהור, אך לא ידע שחכמים אסרו עליו לעשות כן? האם מקרה זה של אומר מותר הינו שוגג, כמו המקרים של טעות בדין בעבירות חילול שבת ואכילת חלב? או שמא מקרה זה שונה מן המקרים ההם, ודינו של בעל הבית שטעה ולא ידע שאסור לתרום מן הטמא על הטהור הוא שהפרשת התרומה לא עלתה לו, כדין מי שעבר על הגזירה במזיד. הרמב"ם פוסק במפורש כי שוגג בעבירה זו על גזירת חכמים הוא רק מי שטעה בעובדות ולא ידע שהוא תורם מן הטמא על הטהור. מי שתורם מן הטמא על הטהור בידע, אך ללא ידיעה על גזירת החכמים האוסרת לעשות כן, נחשב מזיד. ואלה דבריו:

אין תורמין מן הטמא על הטהור, ואם תרם בשוגג, תרומתו תרומה.... כמה דברים אמורים? שלא ידע בטומאה. אבל אם ידע ושגג שמותר לתרום מן הטמא על הטהור, הרי הוא כמזיד.¹¹³

גם רש"י סובר כן, כנראה. בפירושו לתלמוד מסביר רש"י את המילה "שוגג" בעניינו כדלקמן: "שלא ידע שטבל או טמא"¹¹⁴. על-פי דברי רש"י אלה סביר להניח שגם הוא מתכוון להוציא מכלל השוגגים את זה שטעה בדין, אם כי דבריו פחות מפורשים מדברי הרמב"ם.

לא ידועה לי אסמכתא משפטית מפורשת עליה ביססו רש"י והרמב"ם את דעתם המצמצמת את השוגג בעניין הפרשת תרומה למי שטעה בעובדות, והוציאו ממנו את האומר מותר, הטועה בדין העבירה¹¹⁵. כמה מפרשני הרמב"ם¹¹⁶ מבססים את דבריו אלה על דברי רבי יהודה במשנה, שמי שידע בתחילה שהתוצר שלו טמא ושכח ותרם ממנו על הטהור אינו שוגג¹¹⁷. הרדב"ז, למשל, אומר בפירושו לרמב"ם, כי מקרה כזה, לדעת רבי יהודה, הינו שוגג קרוב למזיד.¹¹⁸ אולם, יש מספר קשיים בזהווי מקורו של הרמב"ם בדברי רבי יהודה. האחד הוא שהרמב"ם קבע בפירושו למשנה שאין ההלכה בדברי רבי יהודה. הרדב"ז נאלץ לומר שהרמב"ם חזר בו ב"יד החזקה" מדבריו בפירוש המשנה, ונדחק להסביר

113 רמב"ם, תרומות ה, ח. ראה גם פירוש הרמב"ם למשנה, תרומות, ב, ב.

114 רש"י, פסחים, לג, א כדבור המתחיל "בשוגג".

115 השאלה הועלתה בתלמוד הירושלמי, אך לא הוכרעה. ירושלמי, תרומות, פרק ב, הלכה ב.

116 למשל, הכסף משנה והרדב"ז, תרומות, ה, ח. הרדב"ז חי בצפת ובמצרים במאה ה-17.

117 תרומות, ב, ב.

118 תרומות, ה, ח.

את הסיבה לתפנית זו.

קושי שני הוא שגם אילו פסק הרמב"ם כדעת רבי יהודה, לא הייתה פסיקתו גוררת עמה את המסקנה שגם האומר מותר דינו קרוב למזיד, כי המקרים שונים. רבי יהודה דן במקרה של טעות בעובדה שעה ששאלתנו עוסקת בטעות בדין. הרדב"ז עצמו מודע להבחנה בין המקרה שבו דן רבי יהודה ובין המקרה שלנו, כפי שמתגלה בספר תשובותיו¹¹⁹. לכן, אף אילו הייתה ההלכה נפסקת כדעת רבי יהודה, עדיין היה עלינו לשאול אם אומר מותר בתרומות דומה יותר לאומר מותר ברצח ובניאוף, שם הוא קרוב למזיד, או לחילול שבת ולאכילת חלב¹²⁰. נראה לי, איפוא, שרש"י והרמב"ם ביססו את דעתם שלפיה שוגג בהקשר זה של הפרשת תרומה טמאה כנגד יכול טהור הוא רק מי שטעה בעובדות ולא ידע שטבלו נטמא, על הסברה.

כאשר בעל הבית יודע שטבלו נטמא, והוא תורם ממנו על הטבל הטהור למרות זאת, הוא מתכוון לגרום הפסד לאותו כהן אליו ייתן את התרומה. הוא יודע שהוא נותן לכהן תרומה טמאה. הוא יודע גם שתרומה זו שווה פחות לכהן, כי לכהן אסור לאכול אותה, ומותר לו לשרוף אותה בלבד¹²¹. אמנם הוא אינו יודע שהוא עובר על גזירת חכמים, אבל הוא יודע שהוא גורם נזק לכהן, וזה אותו נזק שהגזירה באה למנוע. לפי הגישה שהצענו כאן, מחשבה פלילית כזאת אינה מתישבת עם מצב של שוגג והיא חמורה ממנו. לכן קובעים רש"י והרמב"ם, כי במקרה זה של הפרשת תרומה מן הטמא על הטהור, האומר מותר הינו כמזיד ועליו להפריש תרומה מחדש, בהתאם לתקנת החכמים.

הנה, שוב, ההבדל בין המקרים השונים קשור לשאלת המחשבה הפלילית של העבריין. כאשר מעשהו מגלה נכונות לפגוע באותו אינטרס אשר החוק בא להגן עליו, והוא אף מתכוון לפגוע באינטרס זה או הינו אדיש לו, אין הוא שוגג כמו חברו העושה אותו מעשה מתוך טעות בעובדות. עבריין זה, המתגבר לערך המוגן על ידי החוק, נחשב מזיד, או לפחות קרוב למזיד. דוגמה זו מסוגיית הפרשת תרומה מלמדת אותנו גם שאין הבדל בעניין הגדרת השוגג והמזיד בין עבירות נגד איסורי התורה ובין עבירות על גזירות חכמים. אכן, עשו חכמים את דבריהם כדברי תורה.

119 חלק ד (ללשונות הרמב"ם), תשובה אלף שעה. וראה גם דברי הר"י קורקס על הלכות תרומות ה, ח, שהודפסו במהדורת פרנקל של המשנה תורה.

120 במשנה הסמוכה במסכת תרומות, ב, ג, מובאים מספר דינים הנוגעים להלכות שבת, אשר גם בהם מבחינה המשנה בין עובר עבירה במזיד ובשוגג. הרמב"ם אינו מבחין לגבי דינים אלה בין טעות בעובדה ובין אומר מותר (שבת, כג, ח; שם, ו, כג). זאת, לכאורה, מפני שבהלכות שבת אומר מותר הינו שוגג כמו הטעות בעובדה.

121 אני מניח שמי שידע להפריש תרומה כדי לחיותה לכהן ואף יודע להבחין בין טמא וטהור, יודע גם שאסור לכהן לאכול תרומה טמאה.

ו. סיכום

כדי להגיע להבנה נכונה של עמדת המשפט העברי בעניין סוגיית אידיעת הדין, יש לבדוק בזהירות ובקפדנות את הדרגות השונות של המחשבה הפלילית בכל עבירה לאחר. אידיעת הדין הינה הגנה מפני עונשי מיתה ומלקות של התורה, כי איסורי התורה ועונשיה עוסקים במישור היחסים שבין אדם ואלוקים. עונשים אלה מוטלים על מי שמפר את מצוות האלוקים ביודעין, "בשאת נפש", תוך מרד והתרסה כלפיו וכלפי רצונו. אדם המפר את מצוות אלוקים ללא ידיעה אודות תוכן מצוותו, אינו עובר על החוק בדרגה חמורה זו של מחשבה פלילית. טעותו הינה שוגג, כי היה לו ללמוד והוא לא למד, והוא נדון כמו מי שטעה בעובדה. על חוטא זה להביא קרבן חטאת במקדש.

יש עבירות בהן אידיעת הדין קרובה יותר למוד. במקרים אלה, אין החוטא מתכוון לפעול בניגוד לרצון האלוקים דווקא. אולם, כוונתו לפגוע באותו אינטרס שהחוק בא להגן עליו, או לפחות הוא אדיש לסכנת הפגיעה באינטרס זה. לכן, טעותו בדין אינה נחשבת שוגג רגיל ודינו כמי שקרוב למוד.

נראה לי כי הניתוח שהוצע כאן אינו תלוי בהבחנה הידועה בין עבירות שבין אדם למקום לעבירות בין אדם לאדם. הניתוח המוצע כאן חקף במידה שווה בשני סוגי העבירות. רצח הינו עבירה כלפי אדם וכלפי אלוקים גם יחד. ניאוף הוא עבירה בין אדם למקום. אף כאשר יש בעבירה זו הפרה של זיקת הייחודיות של האשה כלפי בעלה, מהות העבירה הינה הפגיעה בקדושת הנישואין. גם דיני התרומה וטהרתה אינם הולמים את החלוקה הפשטנית בין עבירות נגד האלוקים ועבירות נגד אדם.

נראה לי כי הגישה המוצעת כאן עשויה לספק קו מנחה לפסיקה המודרנית העוסקת אף היא לעתים באותה שאלה קשה של מתיחת הקו בין המקרים השונים, ומנסה לקבוע מתי להכיר בטעותו של הנאשם כפוטרת אותו מאחריות פלילית ומתי לא להכיר בה כהגנה. ההבחנה בין טעות לגבי הנורמה המשפטית הנקבעת בדין הפלילי ובין טעות בדין הלבד פלילי הקובע את מצב הדברים עליו חל החוק הפלילי אינה קלה ופשוטה¹²², ואין לחפש אחר מבחן עיוני ומופשט היכול, כביכול, לספק תשובה אחידה לכל המקרים שיתעוררו. בבואו להכריע בשאלה זו, מן הראוי שבית המשפט יעמיד לנגד עיניו את השאלות, מהו הערך המוגן שנפגע על ידי העבירה המסוימת בה מואשם הנאשם, ומהי המחשבה הפלילית הנדרשת להרשעה בעבירה זו. אם, למרות הטעות, התכוון הנאשם לפגוע באותו אינטרס חברתי שהעבירה המסוימת ביקשה להגן עליו, או היה אדיש לסכנת הפגיעה באינטרס זה, נראה כי טעותו נוגעת לחוק הפלילי עצמו. אינני טוען שמבחן זה יכתיב לשופט פיתרון למקרים השונים. אדרבא, יתרונו של המבחן המוצע הוא, לדעתי, שהוא מגדיר עבור השופט את השאלה הראויה לו לשאול את עצמו במקרים אלה ואשר לגביה עליו לשקול את דעתו השיפוטית.

122 ראה המאמרים של פרופ' פלד ושל ד"ר ביין, לעיל הערה 85.