

תורה שבע"פ ובירורי הלכה

הרב ד"ר אליעזר בן-שלמה

עקרונות דיני עונשין ביהדות

שני עיקרים גדולים הם בחוקיות החוק: אין "עבירה" אם לא נאסרה בחקיקה גלויה ומפורשת, ואין "אחריות" למעשה אם לא נתלוותה לו מידה של ידיעת אדם רצונו וכוונתו. נרחיב בעיקר השני:

ב"מעשה אדם" ישנם שני מרכיבים: **(א) המעשה - הפעולה (act); (ב) המחשבה - הרצון** - בלעדיהם המעשה יכול להיות "מעשה קוף". המחשבה - הכוונה והרצון, הם מרכיב חיוני ב"מעשה". הם נותנים את המימד האנושי, את האחריות, את המשמעות המשפטית למעשה.

במצוות עשה קיימים שני המרכיבים: **"מעשה המצווה" והכוונה (לשמה)**. אף האיסורים מורכבים מ**מעשה העבירה וממחשבת העבירה**. בהם נעסוק במאמר זה - בעיקר, במקרים בהם לא מתבצעת עבירה מושלמת בכוונה תחילה. נבחן השפעת החסר על "המעשה" ועל "הכוונה", נברר אחריותו של אדם לעבירה שאיננה מושלמת, את גדרם של החוטא בשגגה ובאונס וכיוצא בהם. נבחן גם קיום **עונש על מעשה בשגגה** - אם עונש אחד או ריבוי עונשים - אם העונשים חופפים או מצטברים.

חלק א - מעשה וכוונה

פרק א - המעשה האסור ומחשבת עבירה

נבהיר להלן את גדרו של "מעשה אסור" וכיצד המעשה נאסר וגדרה של המחשבה הנדרשת, כדי שהאדם יתן את הדין על המעשה.

העיקר הראשון הוא שאין עבירה - בלא שהתורה **אסרה** את המעשה. עיקר זה גלום בכלל "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" (יבמות פא, ע"א). הוא מוגדר בשיטות המשפטיות המודרניות "כעקרון החוקיות". הוא מציב תריס בפני השלטון מלהעניש בשל התנהגות, אפילו נראית היא ראויה לכך, אלא אם הוכרזה במפורש ונאסרה קודם למעשה על ידי החוק (ראה "עיקרים באחריות פלילית" - לוי לדרמן, עמ' 62 ואילך).

המדרש (בראשית רבה כ"ב) בתארו את המשפט הפלילי הראשון בחיי האנושות, קין רוצח את אחיו הבל - מבליט את הרעיון הזה; ר' נחמיה אומר לא כדינם של הרוצחים דינו של קין, קין הרג ולא היה לו ממי ללמוד, מכאן ואילך "כל הורג - ייהרג", לאמור; הרוצח הראשון שלא ידע בשעת מעשה כי מעשהו אסור - פטור. מכאן ולהבא מוכרז דינו של ההורג למיתה.

האיסור חייב להיות ברור, ונפרש אותו על דרך הצמצום. נדגים באיסורי שבת: במכילתא שמות, (כי תישא ל"א, ו) נדרשו אזהרה ועונש למחלל שבת בלילה (שהרי בלילה סיים הקבי"ה מלאכת ששת ימי בראשית), למחלל שבת ביום, וכן הבחנת עונש במזיד והתראה (מות יומת) וממזיד ללא התראה (כרת). בעשרת הדברות קבעה התורה את חובת שמירת השבת: "ויום השביעי לה' אלוקיך, לא תעשה כל מלאכה..." (שמות כ, י). אזהרה נוספת נמצאת בפרשת כי תשא: "ושמרתם את השבת" (ל"א, יד) ובעקבותיה שלושה פסוקים של עונש; "ושמרתם את השבת כי קדש היא לכם, מחלליה מות יומת" (ל"א, יד) - בלשון נקבה והיא מתאימה לליל שבת (עונש לעושה מלאכה במזיד והתראה בליל שבת). "וביום השביעי שבת שבתון... כל העשה מלאכה ביום השבת מות יומת" (שם, טו) - עונש לעושה מלאכה במזיד והתראה ביום שבת.

"ונכרתה הנפש ההיא מקרב עמה" (שם, יד) - המזיד ללא עדים והתראה.

העיקר השני הוא שאי אפשר להטיל אשמה ואחריות פלילית על האדם ללא ידיעתו וכוונתו של האדם. לאמור, גם לאחר שמצינו בתורה שהמעשה אסור - ניתן להטיל אשמה ואחריות על האדם שעשה את המעשה האסור, רק אם הייתה לו מחשבת עבירה וכוונה פלילית.

השיטה הפלילית במשפט הקדום נשלמה על ידי עקרון האחריות המוחלטת. במרבית המקרים - די היה בהוכחת ביצוע המעשה על ידי הנאשם, כדי לבסס את אחריותו ולהצדיק את ענישתו. תיאוריית "המחשבה הפלילית" - המחייבת בחינת מידת האשם של המבצע, נקלטה במשפט הכללי רק במאה ה-13, עם גבור השפעתם של המשפט הרומי והחוק הקאנוני היונק רבות מהחוק היהודי (עיקרים באחריות הפלילית - לוי לדרמן, עמ' 396 ואילך).

הדרישה ל"מחשבה פלילית" נקבעה במדינת ישראל בסעיפים 18-22 לחוק העונשין. היא הוגדרה כ"מודעות לטיב המעשה, ולקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה".

"המחשבה הפלילית" - מתפרטת לשלוש רמות:

1. **כוונה** - במטרה לגרום לאותן תוצאות;
2. **אדישות** - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה האמורה, או קלות דעת בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;
3. **רשלנות** - אי מודעות לטיב המעשה, לקיום נסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט.

בהלכה נזכרים המושגים: "מזיד", "שוגג", "אנוס", "טועה", "אומר מותר", "הורו בית דין".

בעושה במזיד - נבחין בכוונתו הפלילית באמצעות ההתראה של שני עדים. ואילו בעושה בשוגג - נדרשת אבחנה מפורטת של ידיעתו של הנאשם, כוונתו ורצונו. בגדרים של חוסר מחשבה פלילית מתחייב דיון מה היא הטעות המשחררת לחלוטין מעבירה, ומה היא הטעות שהיא גדר "שוגג". כן מתחייב דיון נוסף בדינו של אדם שלא ידע מעולם את האיסור, כתינוק שנשבה, או אדם שסבר שהמעשה מותר, או שהורו בית דין בטעות שהמעשה מותר.

לשם הגדרת הסף של העבירה קבעו חכמים מערכת של מושגים; "מתעסק" "דבר שאינו מתכוין" וחרג מהם - אם "נהנה". "מלאכה שאינה צריכה לגופה" ו"פסיק רישיה ולא ימות" ואלה סוייגו במבחן "אם ניחא ליה".

פרק ב - אין עונשין ואין מזהירין מן הדין

חברות מתוקנות הגיעו בדורנו להכרה שעל הוראות החוק הפלילי, הקובעות איסורים ומטילות סנקציות ועונשים על מפריהם, להיות גלויות, ידועות ומפורשות. בשנת תשנ"ד נקבע במדינת ישראל בסעיף ראשון בחוק העונשין: "אין עבירה ואין עונש עליה, אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו".

יותר מכך היא הדרישה בהלכה: דרישה ראשונה היא, לפרש את האיסור - האזהרה ולפרט בנפרד את העונש "אין עונשין אלא אם כן מזהירין"; "לא ענש הכתוב אלא אם כן הזהיר" (סנהדרין נד, ע"א; ספרא קדושים כ, ט (ק"ד). ההלכה דורשת כי שני האלמנטים (האזהרה והעונש) יהיו מפורשים בתורה "אין עונשים מן הדין" (מהנלמד במידת קל וחומר) "ואין מזהירין מן הדין". לאמור, אין יוצרים איסורים ואין מטילים עונשים בסברות הגיוניות כי אם בהוראת חוק מפורשת. "קל וחומר" (=מסקנה הגיונית שדינו של ה"חומר" לא יפחת מדינו של ה"קל") היא מידה שהתורה נדרשת בה. אפשר להסיק באמצעותה פרטי דין, אך לא ליצור באמצעותה את עצם האיסור, ואף לא את העונש על מפירו.

המקור לכללים אלו הוא בפרשת העריות הנשנות בפרשיות אחרי מות - קדושים. בפרשת אחרי מות (פרק י"ח) מפורטים איסורי העריות ואילו בפרשת קדושים (פרק כ') חוזרת התורה על רשימת העריות בצרוף עונשם של העבריינים, ללמדנו, שאין עונשין אלא אם כן מזהירין.

מפרשת העריות למדנו גם את הכללים "אין עונשין מן הדין" ו"אין מזהירין מן הדין". כך דרשה הגמרא: "איש אשר יקח את אחותו בת אביו או בת אמו" (כי, יז) - "אין לי אלא בת אביו שלא בת אמו, ובת אמו שלא בת אביו, בת אמו ובת אביו ענן? - תלמוד לומר 'ערוח אחותו גילה' (שם) - הא לפדת שאין עונשין מן הדין" (חזרה התורה פעם נוספת "אחותו" בסוף הפסוק בו פרטה עונש כרת הן את בת אחיו ובת אמו - ללמדנו דאילו לא נכתב בפירוש, לא היינו מענישים מי שנשא את מי שהיא אחותו גם מאב וגם מאם - משום שאין עונשין מן הדין).

"עונש שפענן (שאין עונשין מן הדין) אזהרה ענן? (שאין מזהירין מן הדין) - תלמוד

לומר 'ערות אחותך בת אביך או בת אפך' (וייח, ט) אין לי אלא בת אביו שלא בת אביו ובת אביו שלא בת אביו, בת אביו ובת אביו ענין? – תלמוד לומר "ערות בת אשת אביך פולדת אביך אחותך היא" (וייח, יא) – אם הזהיר על בת אשת אביו שלא בת אביו ובת אביו שלא בת אביו, בת אביו ובת אביו לא כל שכן – הא לפדת שאין פזהירין בן הדין" (מכות ה, ע"ב; יבמות כב, ע"ב).

את הכלל "אין עונשין בן הדין" מנמק המהרש"א (סנהדרין סד, ע"ב) על פי דברי הסמ"ג, שמא העובר עבירה חמורה – אין מתכפר בעונש המפורש בקלה ממנה (אין סמכות לבית הדין להענישו בעונש שלא יתכפר בה). הנמקתו של המהרש"א בטעם "אין עונשין בן הדין" אינה מסבירה את הכלל "אין פזהירין בן הדין". טעם אחר כתב בשו"ת הרשב"א ח"ג ט, בהתייחס למיגבלה של "קל וחומר" שהוא הבסיס לשני הכללים, תמצית דבריו היא: הואיל ואדם דן בעצמו "קל וחומר", גם אם לא קיבלה מרביות, "דילצא יש פיוכא לקל וחומר". ועל כן עצם העבירה – ההרשעה – מוטעים. הרשב"א (בבא בתרא פח, ע"ב ד"ה למעוטי) מוסיף להנמקה את ההיבט של העברין, כי האפשרות שניתן לפרוך את הקל וחומר, תוכל לשמש טענת הגנה בידי העברין עצמו; **העובר** על מה שאזהרתו מקל וחומר לא יקבל התראה, "דאפר עהיכי תתרי ב, פהאי קל וחומר? דילצא אית ליה פיוכא".

הכללים "אין עונשין בן הדין" ו"אין פזהירין בן הדין" – הם מוסכמים ומקורם בדיני עריות (אחותו). ברם, הם חלים על החוק – על הדין ואין להחילם על פרטים טכניים של מציאות, כפי שעולה מדברי האחרונים בשני נושאים נוספים בהלכה בהתייחס לכללים אלה; חמץ וטומאת אהל המת. (מפאת קוצר היריעה כאן לא נוכל לפרטם).

פרק ג – עבירות בשוגג

העובר עבירה "בשוגג" חייב קרבן (ויקרא ד'). אולם מלמדים חכמים כי לא כל "טעות" מחייבת קרבן, ישנה "טעות" שהיא פחות מ"שוגג" והעושה – פטור מקרבן.

1. מתעסק ושוגג

מהכתוב בחיוב קרבן חטאת "אשר חטא בה" (ויקרא ד, כג) למדו חכמים פטור של מתעסק; "פרט לעתעסק" (כריתות יט). מה הוא הימתעסק? ובמה שונה הוא מכל שוגג?

א. אם אדם טעה בעובדה, ואילו מצב הדברים במציאות היה על פי טעותו – היה מותר – הרי הוא פטור. לדעת רש"י; "הטעות בעובדה" היא בשני גופים (גוף של היתר וגוף של איסור). להלן נמצא דעת תוספות כי גם טעות בעובדה בגוף אחד – פטור. פירש רש"י במסכת סנהדרין סב, ע"ב ד"ה שבשאר המצוות: "כגון נחשוך להגביה את החלוש (בשבת) וחתך את המחובר – פטור, שנאמר (ויקרא ד, כג) 'אשר חטא בה' עד שנחכוך למלאכה זו, פרט למתעסק בדבר אחר ועלמך בידו מלאכה זו". רש"י במסכת פסחים לג, ע"א ד"ה תאמר במעילה – מדגים את ההבדל בין איסור מעילה לבין איסורים אחרים, היו כאן גיזי חולין וגיזי עולה ונתכוון ליטול של חולין

והלכה ידו על של עולה, ומכיר הוא מי עולה ומי חולין, אלא שנסתכל במקום אחר, דהיינו שאינו מתכוין **למעשה זה**, וחייב במעילה, "וחטאה בשגגה" כל דהו כתיב, ולא כתב בה מיעוטא כדכתב בשבת "מלאכת מחשבת". וכתוב בשאר מצוות "אשר חטא בה" - פרט למתעסק, והיינו שמתעסק בדבר אחר ובא זה לידו.
ביאר ב"קהילת יעקב" על מסכת שבת סי' ל"ד: "טעות ידיעה" - חשוב שוגג, טעות **ראיה וטביעת עין** - נחשבת מתעסק... דכוותא בתינוקות כשזימנו של ראובן למול בשבת, ושל שמעון - אחר השבת, והוא מל את שמעון; אם מכיר שזה שמעון אלא שהיה סבור שזמנו בשבת - אין זה מתעסק אלא שוגג. אבל אם עינו הטעתו לחשוב שזה ראובן - זהו 'מתעסק' דכל התורה".

בתוספות על כריתות יט, ע"ב ד"ה דהם מקשים, למה פטור המתעסק, מטעם "דלא התכוון לאיסור, מאי שנא משוגג בכל התורה, שלא התכוון לאיסור - וחייב?!" מבאר רש"י שם, כי שוגג הוא באותה חתיכה עצמה, ואילו מתעסק - הוא בשתי חתיכות. ביאר דבריו ב"ברית כרותה" צ"ד: במתעסק לחתוך תלוש המותר ונדחה ידו על ידי טרדה וחתך דבר אחר מחובר, הרי אף אם היה נגלה לו שזה מחובר, עדיין היה טרוד לחתוך את התלוש, הטרדה לחתוך התלוש - המותר היא גדר "מתעסק". ואילו בשוגג כשנתכוון מתחילה לחתוך חתיכה זו עצמה שחתך עכשיו, אלא שטעה בדעתו וסבר שהיא תלוש ונמצא מחובר, ואם ידע שהוא מחובר לא היה חותך כלל ולא היה טרוד בדבר אחר מלבד אותה שחתך בטעות וכל טרדתו באה מהטעות שסבר שתלוש היא - אמרין דהו"ל לדקדק שמחבר הוא ולא לטעות.

ב. לבד מפטור כללי של "מתעסק" מצינו גדר מיוחד בהלכות שבת "עלאכת פחשבת אשה תנויה" (ביצה יג, ע"ב) ביאר מקורו ברש"י שם, שנסמכה פרשת שבת למלאכת המשכן בויקהל, והתם "מלאכת מחשבת" כתיב (שמות ל"ה, לג). שמואל (במסכת סנהדרין סב, ע"ב וכן בשבת עב, ע"א) פטר (במתכוון לתלוש) משום "עלאכת פחשבת אשה תנויה". הקשו בתוספות (סנהדרין סב, ע"ב, ד"ה להגביה את התלוש) מדוע זקוק שמואל לפטור מלאכת מחשבת, מדוע אינו מסתפק בפטור של "מתעסק". ביארו תוספות דמקרא "בה" נשמע רק היכא דנתכוון להיתר כתלוש ונמצא מחובר, דנעשית **מחשבתו לאותו דבר...** דהוא לא נתכוון אלא **להיתר**. אבל היכא דנתכוון לאיסור, לחתוך מחובר זה, וחתך מחובר אחר - ליכא למיפטור מאשר חטא "בה", בזה פטר שמואל **בשבת** דבעינן מלאכת מחשבת. פטור זה קיים רק במלאכות שבת, ואינו קיים באיסורים אחרים.

הרב שטרנבוך (מועדים וזמנים ח"ז סי' רח) ביאר דפטור מטעם "מלאכת מחשבת" הוא שחסר במרכיב "מלאכה" ופטור דלא עשה "עבירה", ואילו "המתעסק" עשה מעשה עבירה, אלא שפטור מגדרי אנוס, ואינו צריך כפרה דהוא אנוס (ראה שו"ת ר' עקיבא איגר סי' ח).

ג. כדוגמת ה"מתעסק" הוא ה"טועה בדבר מצוה". לאמור, לפני ששגג ושכח את האיסור - הייתה מוטלת עליו מצוה כמילת התינוקות, שבאמת הייתה מוטלת עליו המצוה למול את התינוק שנולד בשבת, אלא שמחמת ה**טירדה** של המצוה והבהילות

לקיימה, החליף ומל את התינוק של ערב שבת (שבת קלו). וכן בערב פסח שחל בשבת, אחר חצות שמוטל עליו להקריב קרבן פסח, אלא שטעה ושחט בהמה אחרת (פסחים עב) - דכל כהאי גוויי הטיירה דמצוה גוררת את השגגה - ופטור.

ואולם אם נעלם ממנו טומאתו וזכר את הקודש ואכל - חייב קרבן עולה ויורד, משום שאם לא שכח טומאתו הרי באמת לא חלה עליו מצות אכילת קדשים, אדרבא, אסור הוא עקב טומאתו באכילת קדשים, אין הוא טרוד במצות אכילת קדשים, ורק לאחר ששכח טומאתו טעה לחשוב שהוא מצווה לאכול קדשים. כהאי גוויא שהטעות גורמת את הטיירה ולא המצוה - אין זה טועה בדבר מצוה - וחייב ("קהילות יעקב" נדרים טז).

ד. לפטור "מתעסק" ישנה הגבלה; מתעסק ועלה בידו אכילת חלבים או עריות - חייב שכן נהנה.

ביאר ב"קהילות יעקב" (כריתות י"ב) דמתעסק בחלבים, היינו שהיה אמור להיות פטור שטעה בהכרתו ונדמה לו על החלב שהוא זה שמכירו לשומן אי נמי אפילו לא הכיר מעולם, ומתוך טביעת עינו הכריע שזה שומן - מיחשב "מתעסק" - אלא שכאן חייב "שכן נהנה". ברם, מה עושה "שכן נהנה", איזה חיסרון הוא ממלא, שהוא מחייב. באתון דאורייתא (כלל כ"ד) מבאר דפטור דמתעסק הוא חיסרון **במעשה** העבירה דכיוון שהיה "מתעסק" נחשב כאילו נעשה מאליו. ואין כאן "מעשה אדם", אבל היכא שנהנה - ההנאה היא האיסור, דרחמנא אחשביה להנאה מעשה. כך ביארו התוספות בבא קמא דף לב ד"ה איסור - חייב האשה בעריות דרחמנא אחשביה. כמעשה דכתיב "ונכרתו הנפשות העושות" (ויקרא י"ח, כא) ואילו לדעת "קהילות יעקב" (שבת ל"ה) פטור המתעסק הוא משום חסרון **כוונה**, כי התורה לא חייבה על המעשה ללא כוונה, שענין הכוונה היא השתתפות הנפש במעשה הגוף. והיכא דנהנה - הרגשת ההנאה היא בנפש - ונחשבת ככוונה.

ה. טעה **בעבירה** - אם התכוון לעבירה אחת - ועשה עבירה אחרת, או אם התכוון לבצע העבירה בצורה אחת - וביצעה בגוף אחר או בצורה אחרת - באנו למחלוקת ר' אליעזר ור' יהושע במשנה כריתות יט, ע"א;
"חלב ונוותר לפניו - ואכל אחד מהן ואינו ידוע איזה מהם - ר' אליעזר פחייב ור' יהושע פוטר".

ביארה הגמרא (שם) את דעת ר' יהושע **"אשר חטא בה"** - עד שיוודע לו במה חטא. מה הן גבולות המחלוקת בין ר' אליעזר לבין ר' יהושע - חלקו בכך ר' שמעון ור' יהודה. ר' שמעון ור"ש שזורי אומרים (שם) לא נחלקו ר' אליעזר ור' יהושע על דבר שהוא משם אחד (רש"י: **"כגון שני חילנות לפניו ולא ידע אם מזכ לקט אם מזכ לקט"**) שהוא חייב (רש"י: **"שכרי ידע שם האיסור שחטא בלקיפת תאנים"**). על מה נחלקו - על דבר שהוא משני שמות (רש"י: **"כגון ספק קלר ספק טחן... ד"צה" דכתיב בקרא צין אידיעא צין אחטא, לר' יהושע - עד שנתכוין לחטא צה ולעת הידיעה ידע צמה חטא. ולר' אליעזר - כיון שנתכוון לדבר שיש צו חטא ולעת ידיעה נודע לו שחטא - סגי"**).

מעתה, במלאכות שבת, אם ספק איזו מלאכה עשה או נתכוון למלאכה זו ועשה מלאכה אחרת, ושניהם שם איסור אחד (כאב ותולדה) אף על פי שפעולתם מחולקין. לדעת ר' שמעון ור"ש שזורי - הן לר' אליעזר והן לר' יהושע - אשר חטא בה - וחייב. אם נתכוון למלאכה זו ועשה מלאכת אחרת, והם שני שמות, איסורי מלאכות שונות - בזה חלקו ר' אליעזר ור' יהושע. לדעת ר' יהושע פטור מדכתיב "אשר חטא בה" - עד שנתכוון לחטא בה - כמו שפטור במתכוון לחתוך תלוש וחתך מחובר. שם במשנה ר' יהושע מרחיק לכת בהסברת הפטור אליבא דר' יהושע: "אפילו נתכוון ללקוט תאנים וליקט ענבים, ענבים וליקט תאנים, שחורות וליקט לבנות, לבנות וליקט שחורות - ר' אליעזר מחייב חטאת ור' יהושע פטור. אפר ר' שמעון תפיהו אם פטר בה ר' יהושע".

שמואל שם (כ, ע"א) מבאר את גבולות המחלוקת בין ר' יהושע ור' שמעון. כיוון ש"כוונה" כוללת הן רצון והן מחשבה - האם די יהיה למבחן הכוונה - לחייבו - כאשר שגג רק באחד מהם. חלקו ר' יהודה ור' שמעון אם לא הייתה התאמה בין רצונו (הראשוני - ללקט תאנים) ובין מחשבתו (העכשווית) לבצור ענבים.

2. דבר שאינו מתכוון - מלאכה שאינה צריכה לגופה

מלבד גדר "מתעסק" מצינו עוד שני גדרים ובהם חלקו ר' יהודה ור' שמעון במעשה המלאכה ובכוונה המלווה את המלאכה.

"דבר שאינו מתכוון" - שעושה אדם פעולה, שאינה אסורה, וכתוצאה ממנה, ממילא נעשית פעולה אחרת שהיא אסורה - אלא שהעושה את הפעולה המותרת אינו מתכוון לתוצאתה האסורה. אם התוצאה היא בלתי נמנעת - והאדם מעוניין בתוצאה "ניתא ליה" לדעת כולם חייב - "פסיק רישיה ולא יצות" (החותך ראשו של אדם ואומר שאינו מתכוון להרגו, או חותך ראשו של בעל חיים בשבת ואומר שאינו מתכוון ל"נטילת נשמה") - אין שומעין לו (שבת קלג, ע"א ור"ח שם). אם העושה אינו מעוניין בתוצאה ואינו נהנה ממנה ("לא ניתא ליה") - הרי הוא ככל דבר שאינו מתכוון בו, ובאנו למחלוקת ר' יהודה ור' שמעון;

ר' יהודה אוסר - כיוון שידוע שהתוצאה תיעשה - גם זה נקרא מתכוון ("קהלות יעקב" שבת ס"ב). על כן ר' יהודה אומר כל הכלים אינם נגררים (זו פעולה שאינה אסורה - אך עלול להיעשות חריץ בקרקע - שהיא תולדת "חורש" בשדה, ותולדות "בונה" בבית - "תפארת ישראל" שם) חוץ מן העגלה שהיא כובשת. (משנה ביצה פרק ב', משנה י'). ואילו ר' שמעון אומר: "גורי אדם עטה כסא וספסל ובלבד שלא יתכוון לעשות חריץ" (בבלי, ביצה כג, ע"ב).

3. מלאכה שאינה צריכה לגופה

העושה-מתכוון לפעולה כגון מכבה גחלת שלא תזיק (שבת דף מב) - הוא מתכוון לכיבוי ושם המלאכה הוא "מכבה", אלא שאין לו עניין בכבוי. לר' יהודה - חייב, כיון שהפעולה בעצמותה היא מלאכה ואותו אסרה התורה - די בכך לאסור, אף שאינו מתכוון לתכלית הפעולה ואינו צריך לה.

ב"ברית כרותה" ס"י צ"ט פרק ב' מבאר דכיבוי כשלעצמו הוי מלאכה - שאינה צריכה לגופה ומקלקל (שבת ל', ע"א ברש"י), אלא דהיכא דצריך לפחמין או בפתילה להבהבה - הוי צריך לגופה. על כן, למ"ד מלאשצליג פטור - בעי מכבה על מנת להבעיר אח"כ הפחמין, או כדי שתאחז בפתילה מהר. ואילו למ"ד משאצליג - חייב, חס על הנר או על השמן ג"כ חייב (רבא שבת לא, ע"א).

בניגוד למלאכת "מכבה", הרי באיסור "צידה" - דבר שאין במינו ניצוד, במין זה לא שייכת כלל מלאכת "צידה" ואם אין כוונתו לצוד, הרי מעשה אין כאן ומחשבה אין כאן - ופטור גם אליבא דר' יהודה ("ברית כרותה" ס"י ק' פרק א'). תוספת ביאור מצאנו בחידושי רבי אברהם משה (המבורג, ירושלים תשנ"א) לשבת ס"י מ"ג דאיסור "צידה" הוא שיכניס בע"ח לרשות האדם. ואילו כשמכריח בע"ח להשאר במקומו (כופה עליו כלי, קושרו) במטרה להנצל מנשיכתו אין זו צידה. זה ודאי דבר שאינו מתכוון ומלאכה שאינה צריכה לגופה, לדעת שמואל דבר שאינו מתכוון במלאכת שבת, מותר לכתחילה - הרי זו פעולה מותרת לגמרי.

הרמב"ם פוסק כר' יהודה, ופוסק כדלעיל, שגם לר' יהודה, כופין כלי על עקרב כדי שלא ינשכנו (שבת פ"י, הכ"ה). ואילו הטור והשו"ע פוסקים כר' שמעון שדבר שאינו מתכוון ומלאכה שאינה צריכה לגופה - פטור, על כן אינם צריכים להזכיר היתר כפיית כלי על מזיק כלל.

4. מתי נשתמש במושג "דבר שאינו מתכוון" ומתי במושג "מלאכה שאינה צריכה לגופה"?

בבבא קמא ק"ג, ע"א אומרת הגמרא כי המתיר ללבוש כלאיים כדי להבריה את המכס סובר "דבר שאינו עתקין - עותק". מקור הדיון בלבוש כלאיים הינו במשנה כלאיים פרק ט', משנה ו' (בבלי בשבת כט, ע"ב) בענין מוכרי כסות כלאיים המניחים על עצמם בגדים הוי דבר שאינו מתכוין, לר"ש - מותר, ולר' יהודה - אסור.

מקשה ב"חיות יאיר" קפ"ח - הרי הוא מתכוון ללבישה ובכוונה הוא לובש כדי להבריה (את המכס), אלא שאינו מעוניין בהנאת הלבשה, עדיף היה לו שלא ללבוש ולא לשלם את המכס. אי"כ הרי זה "פלאכה שאינה צריכה לגופה", ומדוע הגדירה הגמרא כ"דבר שאינו עתקין"? שאלה דומה הקשה הרשב"א במסכת שבת קלג, שם לומדת הגמרא "עול בשר עולתן" - אף על פי שיש בהרת - ימול. מקשה הגמרא, למה צריכים פסוק מיוחד, הרי הוא "דבר שאינו עתקין"? מיישב אב"י שאנו זקוקים ללמוד מהפסוק: "ימול בשר ערלתו" לשיטת ר' יהודה הסובר "דבר שאינו עתקין - אסור".

הקשה הרשב"א, הרי הוא מתכוון לקציצת הבהרת אלא שאינו צריך לגופה - לקציצת הבהרת אלא לקציצת הערלה - למילה, והרי זו "פלאכה שאינה צריכה לגופה"? תירץ הרשב"א, כי בתורה לא כתוב איסור קציצת בהרת אלא, השמר בנגע הצרעת לשמור מאד ולעשות ככל אשר יורו אתכם הכהנים" - (דברים כ"ד, ח). לאמור, אין איסור בקציצה כשלעצמה, אלא תוצאת הפעולה שהיא מניעת טהרתו. ואם הכהן יקצץ הבהרת לא יכול לטהר על ידי הכהן, אבל אם מתכוון לחתוך

הערלה לשם מילה ואינו מתכוון לקצוץ כדי ל"טהרו" לכן המל בצרעת נקרא "אינו פתכוון".

מבאר ב"ברית כרותה" סי' ק פרק א' שהוא הדין בלבוש כלאיים כדי להבריא את המכס, דעיקר האיסור בלבישת בגד כלאיים הוא בהנאה מהבגד הבאה לאחר הלישה (יבמות ה, ע"ב וברשב"א שם מוכח דמלבוש שלא להנאתו - לא מקרי לבישה. ב"מפרשי היס" שם הביאו כן מתוספות נדה סא, ע"א. וכן פירש הגר"א במשנה כלאיים ט', ו). אם כן, אם לא התכוון כלל להנות מהכלאיים בלבישת הבגד, לא עשה איסור בלבישה עצמה, ולהנאה - הרי לא התכוון. ואף שפסיק רישיה אסור בדבר שאינו מתכוון - כאן דלא ניחא ליה - מותר (ראה בי"ח ליוורה דעה ל"א).

בניגוד לביאורו של בעל "ברית כרותה" שעיקר האיסור בלבישת כלאיים הוא בהנאה, מבאר בעל "קהילות יעקב" על פי דעת ה"ערוך", דעצם הלישה או העלאה דכלאים אסרה תורה "לא תלבש... לא יעלה" - אפילו אינו נהנה. לר' שמעון שרינן גבי מוכרי כסות דעצם הלישה מקרי לגבי איסור כלאים "דבר שאינו מתכוון", כיוון שאין כוונתו להלביש את הגוף (הוא לבוש בגדים אחרים - לכן לא הוא "פסיק רישיה" (תוס' שבת כט, ע"ב, ד"ה ובלבד).

אדרבה, הגוף משמש עכשיו - קולב להניח עליו הבגד - אינו מתכוון ללבישה כי אם למען החפץ המונח עליו וזה נחשב דבר שאינו מתכוון. כן דעת רש"י במסכת ביצה דף לג - דאהל הוא שאויר שתחת הגג יהיה מקורה. אבל אצטבא שנועדה להניח עליה חפצים (ולא תחתיה) - איננה "אוהל" והוי דבר שאינו מתכוין לר' שמעון (כן דעת רש"י בבכורות כה בגוזה שתי שערות שחורות בפרה אדומה, אינו עובר באיסור "לא תגוז". אף שהתכוון לפעולת הגזיזה אינו עובר באיסור, שאינו מתכוון להשתמש בגזיזה אלא למתן תקנת הפרה.

ב"בית הלוי" ח"א סי' א' אות ה' ביאר דלשיטת רש"י, גם לבישת כלאיים, אפי' את"ל שעצם הלישה אסרה תורה - "הוי הני מוכרי כסות דבר שאינו מתכוון" דלא לשם לבישה מכיוון (שהבגד ישמש הגוף להלבישו), אלא לתועלת הבגד הונח על הגוף. על לבישה זו כתב ה"ערוך" דהוי פס"ר דהא ודאי לבוש כלאיים - רק דהוי פס"ר דלא ניחא ליה, שהרי לבוש כבר בגדים הצריכים לו ואת בגדי השעטנו נושא כדי למכור לאחרים ואין לו "ניחותא" מזה שגופו נעשה קולב לבגדים.

מקשה הר"ן (שבת סוף שמונה שרצים) דביבמות ד' נלמד היתר מוכרי כסות דבעינן דומיא דלבישה דאית בה הנאה ואילו רש"י ביבמות פירש שההיתר הוא מטעם "דבר שאינו מתכוון". עוד הקשה הרמב"ן שם הא לר"ש שרינן דבר שאינו מתכוון, למה בעינן ילפותא מיוחדת בכלאים. וביאר דהאי "דבר שאינו מתכוון" דהכא שאני מכל "דבר שאינו מתכוון" דהא לבש ומעלה הבגד בכוונה - רק שאינו לטובת הגוף כי אם לטובת החבילה ולכך צריך לימוד מיוחד לפוטרו ("קהילת יעקב", ביצה יא).

ר' יהודה אוסר בדבר שאינו מתכוון וכן מחייב במלאכה שאינה צריכה לגופה. ר' שמעון פוטר במלאכה, שאצ"ל ומתיר דבר שאין מתכוון ומחייב אם התוצאה היא בדרגת ודאות של "פסיק רישיה ולא ימות". ברם, אף בזה הוא פוטר, אם "לא ניתא ליה".

הצל"ח (שבת מא' ע"ב) מחדש כי בדבר שאינו מתכוון וגם לא ניחא ליה - לרי יהודה לא יהא חמור יותר מפסיק רישיה ולא ניחא ליה לרי שמעון. לכן לא מחייב רי יהודה חימום המים לכהן הגדול ביום הכיפורים מטעם "מצרף" (יומא לד, ע"ב) דלא ניחא ליה שהמים יצננו את הברזל.

פרק ד - הורו בית דין בטעות - חוקיות החוק

בחטא בשגגה מצינו בתורה שתי אפשרויות: אפשרות אחת היא השגגה של החוטא, אפשרות אחרת היא שהשגגה היא של העדה - הורו בית דין בטעות. שתי האפשרויות חוזרות ונשנות בשני מקורות בתורה של העושה בשגגה.

1) בפרשת ויקרא פרק ד': "נפש כי תחטא בשגגה מכל מצות השם אשר לא תעשינה ועשה אחת מהנה" (ב). לשון הכתוב ברורה כי החוטא הוא העושה בפועל עבירה נגד איסור לא תעשה. מפרטת שם התורה הן חטא הציבור והן חטא היחיד. "ואם כל עדת ישראל ישגו ונעלם דבר מעיני הקהל ועשו אחת מכל מצות ה' אשר לא תעשינה ואשמו, ונודעה החטאת אשר חטאו עליה והקריבו הקהל פר בן בקר לחטאת" (יג-יד). הוא הידוע כ"פר העלם דבר". "ואם נפש אחת תחטא בשגגה מעם הארץ, בעשתה אחת ממצות השם אשר לא תעשינה ואשם, או הודע אליו חטאתו אשר חטא והביא קרבנו שעירת עזים (כז-כח). ואם כבש יביא קרבנו לחטאת נקבה..." (לב). לחוטא - הפרט - קיימת בחירה להביא כבשה או שעירה לחטאת.

2) בפרשת שלח (במדבר ט"ו) והוא מוקשה בהשוואה למקור הראשון. הפתיחה היא: "וכי תשגו ולא תעשו את כל המצות האלה אשר דבר ה' אל משה" (כב) והוא דורש ביאור; בפרשת ויקרא מדובר על עקירת לאו ב"קום ועשה" - ואילו כאן הניסוח הוא לכאורה ב"שב ואל תעשה", האם אי קיום מצות עשה מחייבת קרבן חטאת? אף בפרשת שלח מפרטת התורה חטא הציבור וחטא היחיד - ובהן הבדלים בקרבנם לעומת המבואר בפרשת ויקרא; "והיה אם מעיני העדה נעשתה לשגגה, ועשו כל העדה פר בן בקר אחד לעלה... ושעיר עזים אחד לחטאת" (כד). בעוד שבויקרא מביא הציבור פר בן בקר לחטאת: "ואם נפש אחת תחטא בשגגה והקריבה עז בת שנתה לחטאת" (כז). בניגוד לויקרא לא ניתנה כאן הבחירה בין עז לכבש.

הרמב"ן שולל את האפשרות לפרש מילות הפסוק בפרשת שלח "וכי תשגו ולא תעשו" (כב) כפשוטו, שהתורה בבמדבר באה להוסיף ולחייב קרבן על מי שביטל מצוות עשה בשגגה. שהרי מיד בפסוק הבא נאמר "והיה אם מעיני העדה נעשתה לשגגה" (כד) השגגה הייתה המעשה שעשו, לאמור, עברו על איסור לא תעשה. כן הלשון גם בסיום העניין "והנפש אשר תעשה ביד רמה" (ל). גם בלשון בפרשת ויקרא מוכח כי "המניעות בלא תעשה תיקרא מצוות כנאמר (ויקרא ד', ב): "כי תחטא בשגגה מכל מצוות ה' אשר לא תעשינה" (רמב"ן שם). על כן דרשו חז"ל כי הנושא בפרשת שלח "וכי תשגו ולא תעשו את כל המצות

האלה" (כב) הוא "בעובר על פצוה אחת השקולה כנגד כל הפצוות – וזו עבודת כוכבים" (הוריות ח, ע"א). בהדגשה הנשנית בפסוק "אשר דבר ה' אל משה את כל אשר צוה ה' אליכם" (כג) אפשר למצוא אסמכתא לכך שמדובר בחטא עבודה זרה, "דיתנא דבי ל' ישעאל אנכי ולא יהיה לך" – פפי הגבורה שפענא" (הוריות ח, ע"א). חידשה תורה, שפתוחה הדרך לתשובה הן בחטא "רגיל", והן בחטא עבודה זרה, במרידה בה', בעקירת התורה כולה.

מהי "הוראה מוטעית"?

אחד הנושאים הנכבדים בדיון הפלילי הוא מידת האחריות הפלילית של הפרט המציית לפקודות והממלא הוראות. מתי תחול האחריות על **נותן ההוראה**, ומתי תחול האחריות על **המבצע**. מסכת שלמה בש"ס, מסכת הוריות, הוקדשה לביור האחריות כאשר "הורו בית דין" והתברר שהורו בטעות. המקור לדיון הם שתי הפרשיות של החוטא בשגגה. כמה מהעיקרים יבוארו לפנינו.

א. הוראה שהינה בלתי חוקית בעליל – בטלה, ולא יכול הפרט להסתמך עליה; "הוראה" הינה בלתי חוקית בעליל, אם עקרו מצווה שלמה, את החוק כולו, או אם פירשו את הוראת החוק בניגוד למילותיו המפורשות. דרשו חכמים (הוריות ד, ע"א) את הפסוק בויקרא; "ונעלם דבר מעיני הקהל" (ויקרא ד, ג) – "ולא שערק הפצוות כולה. כיצד? – אפח אין נדה בתורה, אין שבת בתורה, אין עבודת כוכבים בתורה – יכול יהיו חייבין? ת"ל 'ונעלם דבר' – ולא שנתעלם פצוה כולה – הרי אלו פטורין, איבא 'דבר' כולה פילתא שפע? (המפרש: דהא לא כתיב 'מדבר', ואימא איפכא, דהורו לבטל במקצת ולקיים במקצת – יהיו פטורין, וכי הורו לעקור כל הגוף יהיו חייבין)? אזי עולא קרי ביה; 'ונעלם דבר' (המפרש: דהאי 'מס' דנעלם שדיא אי'דבר', ד'מס' נדרשת לפנינו ולאחריו. וקרי ביה 'ונעלם מדבר' דמשמע מדבר ולא כל דבר).

חזקיה אפר: (מסיפא דקרא) 'זעשו אחת עכל פצוות ה'" (ויקרא ד, יג) – "עכל פצוות ולא "כל פצוות" (המפרש: דמשמע מכל מצוות של שבת – דהוי ביטול מקצת וקיום מקצת. או מכל מצוות של עבודת כוכבים – דהוי ביטול מקצת וקיום מקצת, או מכל מצוות נדה – דהוי ביטול מקצת וקיום מקצת, ולא כל מצוות השבת דהוי עוקר כל הגוף, ולא כל מצוות נדה ועבודת כוכבים, דעוקר כל גוף).

ב. "הוראה" היא רק במקרה שהכתוב דורש תורה שבעל-פה. לא יכול הפרט להסתמך על "הוראה" שהיא בניגוד למפורש בכתוב (שם הוריות ד, ע"א). "אפר ל' יהודה אפר שפואל; אין בית דין חייבין עד שיוור בדבר שאין הצדוקין עודין בו, אבל בדבר שהצדוקין עודין בו – פטורין, בא' טעפא? זיל קרי בי רב הוא (המפרש: דכיון דאפשר לו ללמד ולידע – לא הוי שוגג מעליא וקרוב למזיד הווי).

ג. יחיד אינו פטור מאחריות רק משום שרבים עשו כמוהו. כדי להפטר מאחריות דרוש מבחן "הוראה" מוטעית, ורוב הציבור נהג על פיה. דרשו חכמים את הכתוב "בהעלם דבר" בפרשת ויקרא, "ואם כל עדת ישראל ישגו, ונעלם דבר מעיני הקהל" (ויקרא ד, יג) – "ישגו" – יכול יהו חייבין על שגגת פעשה (בלבד)? – ת"ל 'ישגו ונעלם דבר' –

אין חייבין אלא על העלם דבר עם שגגת פיעשה" (הוריות ז, ע"ב).
וכן בעבודת כוכבים: "תנו ונען לפי שיצאה עבודת כוכבים לדון בעצמה, יכול יהיו חייבין על שגגת פיעשה, נאפר כאן פיעני ("אם מעיני העדה נעשתה לשגגה" - במדבר ט"ו, כב) ונאפר להלן פיעני ("ונעלם דבר מעיני הקהל" - ויקרא ד, יג) פה להלן אין חייבין אלא על העלם דר עם שגגת פיעשה, אף כאן אין חייבין, אלא ע העלם דבר עם שגגת פיעשה" (הוריות ז, ע"ב).

ד. אחריות פלילית מוטלת בגין ביצוע עבירה על מבצע העבירה.
"תורה אחת יהיה לכם לעושה בשגגה" (ט"ו, כט) בביטוי זה דרשו חכמים שני עקרונות; האחד, שהעבירה תהא במעשה ולא בדיבור, והשני, שהעושה חייב ולא הגורם לזולת לעשות.

1. הוקשה כל התורה לעבודת כוכבים, מה עבודת כוכבים עד דעביד מעשה בגופיה (כדכתיב "לעושה בשגגה") - אף כל התורה כן (שבת קנ"ג, ע"ב). מכאן מוכיח רבא (שם) שבמחמר בשבת דליכא מעשה אינו חייב בשוגג קרבן, וכן במזיד - כשם שאין חייבין בעבודת כוכבים סקילה, עד שיעשה מעשה בגופו - כך בכל המצוות. כן למדו במסכת כריתות (ב, ע"א) בדין מגדף - שאינו חייב על שגגתו חטאת (ב"הודע לו") ועל "לא הודע" שלו - אשם תלוי - משום "שאינו עושה מעשה".

2. עוד דרשו בתורת כהנים (צו) באיסור אוכל חלב "ונכרתה הנפש האוכלת פיעיה" (ויקרא ז', כה) - ולא המאכלת (הנותן לחברו לאכול חלב - עובר על "לפני עוור לא תתן מכשול" - אבל אינו עובר על איסור חלב).

פרק ה - אי ידיעת החוק

השיטות המשפטיות המודרניות מתלבטות אם ניתן לחייב אדם שלא ידע את החוק. על כן דורש "עקרון חוקיות" כי החוק יפורסם והשיטות המשפטיות יצרו "הנחה" שאזרח "יודע חוק". מהנחה זו נבעה המסקנה שאי ידיעת החוק אינה פוטרת (לוי-לדרמן, עיקרים באחריות פלילית).

בסעיף 12 לחוק העונשין תש"ל-1977 נקבעה כנורמה משפטית הדוקטרינה ש"אי ידיעת הדין לא תשמש עילה לפטור מאחריות לעבירה, אלא אם נאמר שידיעת הדין היא אחד מיסודות העבירה". בשנת תשנ"ד-1994 שונה נוסח הסעיף ומיקומו בחוק. נאמר בסעיף 34 י"ט: "לעניין האחריות הפלילית אין נפקא מינה אם אדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר".

בניגוד לכך, בהלכה, אין בית דין עונשין (מלקות או מיתת בית-דין) אלא אם כן התרו בנאשם שני עדים סמוך לביצוע העבירה (סנהדרין מא, ע"א ובנסמן שם). עיקרה של ההתראה, כדי להבחין בין שוגג למזיד. מעתה, מה דינו של מי שלא יודע את החוק כלל ועבר על לא תעשה - בלי דעת!!
במסכת שבת (סח, ע"ב) חלקו אמוראים, רב ושמואל אמרי תרומיהו אפילו תינוק

שנשבה בין הנכרים וגר שנתגייר לבין הנכרים (אשר לא ידעו מעולם אל החוק) - דינו כהכיר ולבסוף שכח וחייב על השבת ועל החלב והדם שאכל.

ר' יוחנן וריש לקיש אמרי תרומיהו, דווקא הכיר ולבסוף שכח - חייב, אבל תינוק שנשבה וגר שנתגייר בין הנכרים פטור (פרש"י: "דקסברי אומר מותר - אנוס הוא ולא שגגה"). "באומר מותר" חלקו (במסכת מכות ז, ע"ב) אביי ורבא; רבא אמר: "בשגגה" - פטור לאומר מותר, הקשה אביי; "אומר מותר" - אנוס הוא, ולא איצטריך קרא לפטור!?

לדעת "ברית כרותה" (סי' י' פרק א') רבא סובר כרב ושמואל (לפי פירוש רש"י דלעיל) דאומר מותר לאו אנוס הוא, לכך הוא זקוק לכתוב "בשגגה" - בחייבי גלות - למעט "אומר מותר". ואילו אביי סובר כר' יוחנן וריש לקיש שבכל התורה "אומר מותר" אנוס הוא, ואין צורך בכתוב למעטו בדינים ספציפיים.

על פי המבואר במסכת שבת (סח, ע"ב) בדין תינוק שנשבה חלקו תנאים; לדעת חכמים, "תינוק שנשבה בין הנכרים וגר שנתגייר בין הנכרים ועשה פלאכות בשבתות הרבה - חייב חטאת אחת, וחייב על הדם (רש"י: "שאל כל ימיו") אחת (רש"י: "וכן על כל דבר כרת שצוה") ועל החלב אחת ועל עבודה זרה - אחת, עונש פטור. טעמא דעונש - דכתוב (בפדבר ט"ו, כט-ל); 'תורת אחת תהיה לעושה בשגגה. והנפש אשר תעשה ביד רפה... נכרתה הנפש ההיא מקרב ענה' - הקיש שוגג (לענין חטאת) לענין כרת; ענה ענין שהיתה לו ידיעה אף שוגג שהיתה לו ידיעה".

מוסיף רש"י שמקור הלימוד לדעת מונבז הינו בהיקש דווקא ולא ב"בנין אבי": "ואף על גב דלא דמי (שוגג ומזיד) - על כרחך הקישן ככתוב. "אזנין אז" ודאי לא סמוך למיעבד שוגג דומיא דמזיד - דהאי שוגג חילוף דמזיד, וליכא לדמותם דהאי חייב ודאי פטור". ברם, מונבז אינו אומר דין כלל ש"אומר מותר" אנוס הוא, אלא הוא לומד מהיקש של שוגג למזיד, שתינוק שנשבה בין הגויים פטור.

על כן סוברים תוספות ד"ה אבל תינוק וכן ריטב"א שם, שגם ר' יוחנן וריש לקיש, הסבורים כמונבז, בדין תינוק שנשבה, אינם סוברים בהכרח ש"אומר מותר" אנוס הוא. ויש הבדל בין השניים; "אומר מותר" היה לו ללמוד ולידע איסורי תורה על כן הוא חייב. ואילו תינוק שנשבה - לא היה לו ממי ללמוד.

דברי רש"י ד"אומר מותר" הוי אנוס דורשים ביאור. הרמב"ם הגדיר חיובו של השוגג: "שהשוגג היה לו לדקדק ולבדוק, ואילו בדק יפה ודקדק בשאלות לא היה בא לידי שגגה, ולפי שלא טרח בדרישה ובחקירה ואחר כך עשה - הרי זה צריך כפרה" (שגגות פ"ה, ה"ו). א"כ אף "האומר מותר" היה לו לדקדק וללמד - ואם לא למד - לא יצא מכל שוגג. מדוע מגדירו רש"י כאנוס!?

לדעת ה"ברית כרותה" (שם) מחדש רש"י כי ב"אומר מותר" יש לבחון את המניע והמקור לטעותו. הבחנה זו מצינו ב"עודע ביהודה" תנינא יו"ד צ"ו בדין נישאת על פי עדים, אעפ"י שמותרת להינשא על פיהם, המקור הוא בטעות, שהרי העדים שיקרו והטעו אותה ונחפזה להינשא ולא המתינה עד שתחקור ותדרוש אחר הדבר. טעות זו הינה שגגה ולא אנוס.

ואילו אם שימשה שלא בשעת וסתה, שמותרת לשמש על פי דין תורה ואין כאן

טעות, אם פירסה נדה בשעת ביאה, אונס הוא. כמו כן אשה שנתייבמה אחרי ג' חדשים, על פי דין תורה מותר היה לו לייבמה, אם נמצאת אחר כן מעוברת הרי זה אונס ולא שגגה.

מעשה אם "אומר מותר" - מקורו בטעות, שכוח זכרוננו הטעהו, ואם היה חוקר ודורש ומדקדק לשאול, או אם היה חוקר בטעותו - היה פורש מהעבירה, אם כן שורש אונסו הוא בטעות - ואונס שמקורו בטעות - אינו אונס. ואילו תינוק שנשבה שלא הייתה לו ידיעה כלל, ולא שייך לומר בו שהיה לו ללמד ולדקדק ולשאול בין הגויים - הרי הוא אונס - ופטור. לאמור, יש להבחין מה הוא הגורם ל"אומר מותר" ולדרג אותו על פי מידת האפשרות של החוטא ללמד לחקור ולידע.

הגר"ר מרגליות (בי"נפש חיה" ק"ד, ו) מסכם מספר מקורות. הרמב"ם (הלכות רוצח ו', י) פוסק כרבא במכות (ז, ע"ב), דבמתכוון להרוג חייב אף האומר מותר. מנמק הגר"ר שאם מתכוון להרגו, אף שמדמה שמותר אף על פי דין תורה - לא יכופר בגלות.

כדוגמתו נפסק באבן העזר סימן קע"ח, ג על גדולה שזינתה בשוגג, שסברה שמותר לזנות, אסורה לבעלה כמזידה. טעמו, כדכתיב "ומעלה בו מעל" (במדבר ה', יב) - והיא נתכוונה למעול בו - הרי נאסרה כמזידה.

"ברכת מרדכי" (ת"א ט', ח) מבחין בין "אונס" שנהג היתר ברשות התורה, ואירע שנכשל באיסור (כאשה שפרסה נידה בשעת תשמיש שלא בשעת וסתה, שעל פי דין לא היה צריך לחוש) - אונס כזה אינו צריך כפרה (כיוור דעה קפה, ד) - ואילו "אונס" שמעשהו נעשה שלא ברשות התורה, אין להענישו - אבל נצרך הוא לכפרה. לכן אף תינוק שנשבה לבין הנכרים - חייב להביא קרבן להתכפר.

עוד יש להבחין בין מי שאינו יודע כלל האיסור, לבין היודע עיקר המצווה אלא שלא ידע אחד מפרטיה. רש"י בכריתות ב, סוף ע"א ד"ה ועל לא הודע: "אלל אומר מותר לגמרי, דעוקר כל כגוף, לאו שוגג הוא אלל אונס הוא ופטור". "אומר מותר" כזה הוא דוגמת תינוק שנשבה, שאינו יודע כלל מעיקר המצווה.

ואילו היודע עיקר המצווה אלא שאינו בקי בפרטיה, אינו אונס, כי היה לו לשאול וללמוד. אם שאל, והמורה התיר לו בטעות - באמת דין השואל כאונס (סנהדרין לג, ע"א תנוד"ה מה שעשוי, ובשו"ת "שבות יעקב" ח"א, ס"א).

נושאים שעל כל אחד לדעתם - יישא באחריות. פסק הרמב"ם מלכים י', א; "בן נח שעלה על לבו שמותר לו לעבור על אחת מז' מצוות, הרי זה קרוב למזיד ונהרג, ולא תיחשב זו להם שגגה, מפני שהיה לו ללמד ולא למד". ביאר הגר"א, כי לאשר ז' מצוות הן "שכליות" - דינם כישראל "חבר" דלא בעי התראה (סנהדרין ח, ע"ב) וכמו מקרי דרדקא, שתלא, טבחא, אומנא וספר מתא - שכולן כמותרין ועומדין (בבא מציעא קט, ע"ב).

* חלק ב של המאמר העוסק ב"ריבוי עונשים בחוטא בשגגה" על חמשת פרקיו - יתפרסם בע"ה בגליון הבא של "שמעתי", מפאת אורכו - המערכת.