

# משפטי התורה והשיקול האנושי

## יוסקה אחיטוב



עיקרים במשפט הפלילי העברי

אהרן אנקר, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן 2007

הדוגלים במשפט התורה ומבקשים להשתית את מדינת ישראל על בסיסו של המשפט העברי, מתעלמים לעתים מן העובדה הפשוטה שעיקרי המשפט הפלילי חסרים בדיני התורה. גזלן, על דרך משל,

ישלם את הגזלה אשר גזל, ובתנאים מסוימים יוסיף חמישיתו עליו ואף יחויב

בקורבן, אבל אין בדיני התורה וההלכה ענישה שמטרתה להרתיעו מלחזור על העברה. דומה לו גורלו של הגנב, שפרט לתשלום הגנבה או כפלה יוכל לשבת בביתו ועם משפחתו, ואין במשפט התורה המלצה להפעלה של כל סנקציות אחרות כלפיו. גם האונס לא יישא בשום עונש, פרט לפיצויים שהוא אמור לשלם לאבי הנערה ולמחויבותו לשאתה לאישה בבחינת "שותה בעציצו". אמנם, במקרה של אונס הכרוך בגילוי עריות - דינו יהיה מוות, אבל כידוע על פי הפרוצדורה השיפוטית ודיני הראיות המחמירות, עונש חמור זה כמעט אינו יכול להתממש. וכשאלו לא יתממשו במילואם - העברייני שוחרר לביתו. גם אין במשפט העברי ענישה על גרימת מוות, ולא על השוכר את חברו לרצוח, כי אין שליח לדבר עברה. אנקר מצטט בהקשר הזה את הרשב"א שפירש כך, על דרך המליצה, את המימרה בחז"ל ש"לא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו את דבריהם על דין תורה", משום ש"אם אתם מעמידים הכל על הדינים הקצובים בתורה...

הכותב הוא חבר  
קיבוץ עין צורים,  
מרצה במרכז  
יעקב הרצוג בעין  
צורים ועמית  
מחקר במכון  
הרטמן בירושלים

נמצא העולם חרב” (שו”ת הרשב”א, ג, שצג). ברור אפוא שאין כל אפשרות להסתמך אך ורק על דיני תורת ישראל כדי לקיים חברה מתוקנת. ואולם, אם בכל זאת נרצה לשלב את דיני התורה במשפט המודרני, האפשרות לעשות זאת מותנית ביכולתנו לחשוף את המושגים המהותיים המשפטיים של המשפט העברי, שלא תמיד הם גלויים, ואז יהיה אפשר להציע לאמץ אותם במשפט הנוהג בימינו בשינויים המתחייבים מן הנסיבות. זו המשימה שאנקר מקבל עליו בספרו, מתוך ראייה מפוכחת ומושכלת.

פרופ’ אנקר מחזק תוכנה זו בחלק הראשון של ספרו. לא היה צריך להמתין לדברי הר”ן איש המאה הארבע-עשרה, בדרשותיו<sup>1</sup> כדי להגיע למסקנה שאין לדיני התורה יומרה להבטיח את תקינותה של החברה. תפקיד חיוני זה מיועד למלך או למוסדות שיפוטיים אחרים האמורים להפעיל שיקול דעת אנושי בהתאם למציאות שבה הם פועלים, והם אף רשאים לאמץ כללי הנהגה ודרכי ענישה מן הנהוג בעולם הסובב אותם, כל עוד הם הגונים, מידתיים ויעילים.

בהקשר הזה עולה כמובן בכל חריפותה השאלה, לשם מה צריך את דיני התורה? מבין העמדות האפשריות השונות שהוצגו בסוגיה זו מאמץ אנקר את העמדה של הר”ן שלמשפטי התורה, ובייחוד לכל חוקי הענישה, יש מטרה דתית. העברייך הוא חוטא בראש ובראשונה כלפי האלוהים, ועליו לכפר על מעשיו. לכך בעיקר נועדו משפטי התורה. את חשבוננו של העברייך עם החברה לא חוקי התורה באים ליישב. זה מצוי לחלוטין בסמכותו של המלך – לדעתם של כמה מן הראשונים – או של בית הדין שפועל בתחום זה על פי שיקול דעתו, על בסיס דבריו הידועים של רבי אליעזר בן יעקב: ”שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה” (סנהדרין מו, ע”א ומקבילות), ובלשונו של הרמב”ם: ”כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו” (רמב”ם, הלכות סנהדרין, כד, י’).

ביטוי מובהק לאופי ה”דתי” של מערכת העונשים התורניים עולה מן העובדה שמשפטי התורה אינם מותירים לדיין כל שיקול דעת עצמאי בקביעת העונש. משעה שעל פי הפרוצדורה ההלכתית ודיני הראיות הרלוונטיים נמצא העברייך אשם, חייב בית הדין להטיל עליו את העונש הקצוב בתורה ולבצע אותו. לנסיבות אישיות או ציבוריות של מעשה העברה יש מקום רק בשיקול האנושי של בית הדין ובהערכתו את ההשלכות החינוכיות או ההרתעתיות שעה שהוא עומד לקצוב את עונשו של העברייך שלא על פי דיני התורה. לשיקולים אלה אין מקום בהקשר של מעמדו של העברייך לפני האל.

עמדה זו מעוררת את שאלת ההצדקה לעונשיהם של בני נח, שלכאורה גם הם קצובים מראש ואינם נתונים לשיקול דעתם של הדיינים. בן נח חייב מיתה אם עבר על אחת משבע מצוות בני נח שהוא חייב בהן. יתרה מזו, הוא יהיה חייב מיתה, למשל, אף אם גזל פחות משווה פרוטה, עברה שישראל אינו חייב בה כלל. כך עולה לכאורה גם מלשונו של הרמב”ם שהיא בעניין זה חדר-משמעית וחמורה:

1 ראו דרשות הר”ן, ירושלים תשל”ד, דרשה יא.

בן נח חייב על הגזל, בין שגזל עכו"ם בין שגזל ישראל, ואחד הגוזל או הגונב ממון או גונב נפש, או הכובש שכר שכיר וכיוצא בו, אפילו פועל שאכל שלא בשעת מלאכה, על הכל הוא חייב, והרי הוא בכלל גזלן, מה שאין כן בישראל, וכן חייב על פחות משהו פרוטה, ובן נח שגזל פחות משהו פרוטה ובא אחר וגזלה ממנו, שניהן נהרגין עליה (רמב"ם, הלכות מלכים, ט, ט).

כידוע, על בסיס עמדה זו מלמד הרמב"ם סנגוריה על מעשיהם של שמעון ולוי באנשי שכם. הם כולם חייבים מיתה משום שלא הושיבו דיינים:

וכיצד מצווין הן על הדיינים, חייבין להושיב דיינין ושופטים בכל פלך ופלך לדון בשש מצות אלו, ולהזהיר את העם, ובן נח שעבר על אחת משבע מצות אלו יהרג בסיף, ומפני זה נתחייבו כל בעלי שכם הריגה, שהרי שכם גזל והם ראו וידעו ולא דנוהו (שם, הלכה יד).

לפרופ' אנקר, כמו לרבים מאתנו, חשוב מאוד להאמין שערכי הצדק האוניברסלי המוכּנים בתורה עצמה אינם אמורים להפלות בין יהודי למי שאינו יהודי, לפחות בדיני עונשין. נהפוך הוא, היה מקום לטעון ולומר שדווקא יהודי, שחובותיו כלפי הקדוש ברוך הוא רבות יותר, יחמירו בעונשו יותר מבעונשו של בן נח, שמאחר שהוא פטור מרוב המצוות גם עונשו יהיה חמור פחות. אנקר גם אינו מוכן לקבל את העמדה שהקדוש ברוך הוא מקל בעונשם של ישראל משום שהוא אוהב אותם. נהפוך הוא, הרי נאמר שהוא מדקדק עם קרוביו כחוט השערה, "בקרוכי אקדש" (עמ' 88)

ה"פתרון" שאנקר מהלך בו הוא באימוץ עמדותיהם של אותם חכמים, בייחוד אלה של המאה התשע-עשרה, הסבורים שגם העונשים של בני נח אינם חובה על הדיינים, ולמעשה כל מדרג העונשים ביחס לבני נח נתון לשיפוטם של השופטים והדיינים מנקודת מבט אנושית-חברתית. עונש המיתה החמור הקצוב להם נועד רק כדי לחנכם ולהזהירם ולא נועד מלכתחילה שיופעל כלפיהם. דומני שקשה להתעלם מהשפעת רוח התקופה על הפוסקים בסוגיה זו, שכאמור רובם הם בני המאה התשע-עשרה, גם אם היא אינה גלויה.

פרופ' אנקר מצליח להראות בניתוחו המדוקדק של דברי הפוסקים השונים שאפשרות פרשנית זו, אף אם היא איננה הכרחית ואיננה מייצגת את רוב הפוסקים, אכן קיימת, והיא לגיטימית. אנקר עושה זאת במחיר העדפה מנומקת של נוסח הדפוס של הרמב"ם בהלכות מלכים ודנות בבני נח על פני נוסח כתב-היד (עמ' 147). בכך יכולה גם פרשנות זו להצטרף לקבוצת המהפכות הפרשניות שעליהן עמד משה הלברטל בספרו **מהפכות פרשניות בהתהוותן**<sup>2</sup>. על פי הפרשנות הזאת, גם בני נח נכללים במערכת השיפוט האנושית הכללית בדומה למערכת השיפוטית המסורה למלך או לבית הדין, והמונחת על פי העקרונות הראויים של תקינות החברה. הוא גם מציין את דעתו של פרופ' יעקב בלידשטיין הרואה בדיני המלכות ובדיני בני נח מסכת אחידה ושיטתית.

המסקנה מרחיקת הלכת של אנקר היא שאם אנו שואפים להשתית את המשפט הפלילי על דין התורה, כי אז יש לאמץ את התחום של בני נח, לאחר הרחבה והשלמה ראויה. "כל ניסיון להנהיג בחברה את הלכות בני נח למעשה יחייב פיתוח של מושגי

2 משה הלברטל, **מהפכות פרשניות בהתהוותן**, ירושלים תשנ"ז.

משפט משלימים שיקבעו את דרגת החומרה של העבירות... כן יהיה צורך להגדיר את מושגי האחריות הפלילית באופן מפורט יותר... [ו]פיתוח מקביל של מגוון עונשים, נוסף על עונש מיתה וקביעת דירוג העונשים לפי חומרתם" (עמ' 80). בכך מקבל אנקר את עמדתו של ר' מאיר שמחה מדווינסק, שראה גם הוא את דיני בני נח כ"תורה נימוסית" הראויה לתיקון המדינה. ובלשונו, "דינם [של עונשי המלכות] כמו שנתנה התורה הנימוסית לבני נח, וזה ענין מושכל" (אור שמח על הלכות מלכים, ג, י).<sup>3</sup> אנו עדים כאן למהלך מרתק של דיונים למדניים מעמיקים התואמים עמדה מוסרית ליברלית שאינה מוכנה לקבל הפליה מהותית בין ישראלי לבין נח, והמניחה תשתית למצע משותף בכל הנוגע לניהול תקין של החברה האנושית. עמדה זו מפנימה הלכי רוח מודרניים הדוגלים באינדיבידואציה של הענישה, שתהא תואמת את הנסיבות הפרטיות של העבריין ושל העברה, ומכלילה שיקולים של גמול צודק ושל שיקום החוטא לצד השגת מטרת ההרתעה.

### משפט המלך ומשפט הסנהדרין

דומני שלמותר לציין כי עמדה זו איננה רווחת כיום בחוגים ציוניים דתיים רבים וגם לא בחוגים חרדיים. רבים מהם עדיין משתעשעים באמונתם, שאפשר לקיים באופן סביר חברה ומדינה על פי משפט התורה, מבלי להיזקק למשפט המלך, וודאי שלא למשפטי בני נח. בעבורם הבידול מהמסד הכלל-אנושי הוא עיקרון מרכזי וחיוני. ביטויים רבים אפשר למצוא לעמדות אלה, ובהם קבלה מסויגת של חוקי הכנסת, דחייה גורפת של היזקקות לבתי משפט ישראליים הנחשבים לערכאות של גויים, והפעולות המוזרות למדי - בעיניי - סביב הקמת הסנהדרין.

השאלה והאתגר העומדים לפתחו של אנקר הם כמובן בהצגה ברורה של ערכים ייחודיים יהודיים במערכת המשפט הכללית הזאת, שתהיה להם יכולת להתחרות במשפטי העמים שסביבנו.

דומני שמן הראוי להזכיר שלמעשה, כידוע, פעלו קהילות ישראל השונות לאורך הדורות גם בתחום המשפט הפלילי. בתוך גבולות האוטונומיה השיפוטית שהגדירו בשבילן השלטונות, התקיימה מערכת מפותחת של ענישה בבתי דין פנים-יהודיים - מערכת שקלטה והפנימה עקרונות ענישה של המערכת המשפטית של האומות שבתוכן ישבו היהודים, תוך התאמה למצב הפנים-יהודי. ספרות השו"ת מלאה בדיווחים על ענישה של עבריינים למיניהם, וניתוח סוגי הענישה השונים וההצדקות שנתלוו להם מוכיח שהם פעלו בשני מישורים: במישור ה"דתי", הכולל שיקולים כגון כפרה וקידוש השם, ובמישור הכללי, הכולל שיקולים כגון תגמול, הרתעה, מניעה ושיקום, שאין בינם לבין ענישה במשפט האזרחי הכללי ולא כלום. אותם עקרונות קיימים כאן ושם, ואופייניים מבחינה זו דברי הסיכום של השופט אליהו בן זמרה במאמרו על 'שיקולי ענישה בספרות השו"ת':

שיקולי ענישה אלו יפים, לכאורה, גם לדורנו. לאחר שבאמצעות חוק יסודות המשפט תש"ם-1980 הוכר המשפט העברי כמקור עליו רשאי בית המשפט להסתמך בפסיקתו בנסיבות מסוימות, עשויים שיקולי ענישה שהוזכרו

3 ר' מאיר שמחה כהן מדווינסק, אור שמת, ירושלים תשנ"ג.

בסקירתנו, לשמש לעזר לא מבוטל במלאכת הענישה של בתי המשפט במדינת ישראל.<sup>4</sup>

נראה לי שאפשר לאשר את גישתו של אנקר, המבחינה בין ההיבטים ה"דתיים" של הענישה הפלילית ובין ההיבטים הכלליים שלה, אם נשווה את סוגי הענישה עם מידת האוטונומיה השיפוטית שהוענקה ליהודים בארצות הגולה השונות. כך עולה בכירור מן ההשוואה בין הענישה ביהדות אשכנז בימי הביניים לזו שביהדות ספרד באותם דורות. באשכנז, שבה האוטונומיה השיפוטית של היהודים הייתה מוגבלת, נידונו עבריינים לעונשים האלה: גלות, מלקות, פסילה לעדות ולשבועה, הכרזה ברבים, קללה ברבים, בקשת מחילה ברבים, קנס של ממון, נידוי לפי שעה עד שיפצה את חברו וכיו"ב. ואילו ביהדות ספרד, בעת שהוענקה בה ליהודים אוטונומיה שיפוטית רחבה, הענישו את העבריינים אף בעונשי גוף עד כדי קציצת איברים, בדומה ל"מה שהמלכות עושה". אפשר להסיק מכך שגם בהעדר עצמאות מדינית, יש הצדקה לקיומן של שתי מערכות ענישה במסגרת הקהילתית, זו המקבילה למשפט המלך, הנועדה לניהול תקין של חיי הקהילה, וזו המקבילה למשפט הסנהדרין, שמטרתה להציע לעבריין דרכי כפרה. לעניות דעתי אין לזלזל בעונשי הכפרה ה"דתיים", המקלים על מצפוננו של העבריין שקיבל על עצמו עונשי כפרה אלו, ומאפשרים לו להמשיך בשגרת חייו.

החלק השני של הספר דן בסוגיות חמורות ומרתקות שמעסיקות גם את גדולי הפילוסופים של המשפט ושל האתיקה בימינו, וניתוחיו הלמדניים, המעמיקים והבהירים של אנקר מוכיחים עד כמה גדולה יכולה להיות התרומה של המשפט העברי בסוגיות אלה. בגלל קוצר היריעה אציין בקצרה כמה מהן.

בחלק זה עובר אנקר מדיונים הנוגעים למוסדות השיפוט ולתורת הענישה אל דיונים העוסקים בסיטואציות של בני אדם העומדים שלא ברצונם או שלא בידעתם בפני ביצוע מעשים חמורים, ואף בסיטואציות שבהן בני אדם פועלים להצלה של עצמם או של אחרים תוך כדי גרימת מוות לאחרים בעקיפין או במישרין. בניסוח הלכתי קשורות בעיות אלה בשאלת הגדרת דין "רודף" כאשר הרודף הוא קטין או גם כאשר הרודף אינו מודע כלל לכך שבפועל הוא מסכן את האחר או את האחרים. כך למשל, בשאלה אימתי מותר להרוג עובר המסכן את חיי אמו; האם יהודים, שהסתתרו בבונקר בימי השואה וגרמו כמו ידיהם למותו של תינוק שסיכן את כולם בכיור, נהגו כשורה; ומה דינו של נהג משאית שאיבד את השליטה במכוניתו וכדי להימנע מדריסת קבוצה של אנשים על מדרכה אחת הסיט במו ידיו את רכבו לעבר המדרכה האחרת והרג אדם שעמד שם.

מקרה נוסף שבו דן אנקר בספרו הוא אסון צור<sup>5</sup> שבלבנון, שבו בעקבות פיצוץ מכונית תופת שחדרה לבניין שחיילי צה"ל שהו בו, קרס הבניין. רבים נלכדו בקומות התחתונות ומעטים בקומות העליונות. כדי להציל את הרבים שבקומות התחתונות היה הכרח להרוס את הקומות העליונות גם במחיר מותם של המעטים הלכודים שם. כיצד ראוי היה לכוחות ההצלה לנהוג?

4 שנתון המשפט העברי, ח (תשמ"א), עמ' 36-37.

5 אסון זה אירע ב-1983 וכונה אסון צור השני. אסון צור הראשון אירע כשנה לפני כן אבל הוא לא נגרם מפעילות עוינת אלא מדליפת גז. בשניהם נהרגו עשרות רבות של חיילים.

החידוש החשוב של פרופ' אנקר הוא שיש להבדיל באופן קטגורי בין סיטואציות כאלה המתרחשות בהקשר של קידוש השם, ובין אותן סיטואציות המתרחשות בהקשרים אחרים. כאן מוצא אנקר הזדמנות להצהיר ולרמוז גם על מציאות ימינו: "יש מקרים שבהם חובת הערכות ההדרית וההתלכדות שיהודים חייבים זה לזה דורשת לעמוד איתן נגד דרישות שרירותיות של צוררים... חיי חברה משותפים יהיו בלתי נסבלים אם יוכלו בני בליעל טרוריסטים החיים מחוץ לחוק להטיל אימה על הציבור ולהציג לפניו דרישות ככל העולה על רוחם" (עמ' 407). לדעתו, הלכה זו, בדומה להלכה ש"אין פודין את השבויים ביתר על דמיהן", אינה הלכה דתית אלא הלכה לאומית, והיא קשורה למושג קידוש השם.

גם הרמב"ם רמז להבחנה זו בספרו, שכן את ההלכות הידועות המורות, למשל, לסיעה של בני אדם להימסר כולם למיתה ולא להציל את עצמם במסירה של אחד מהם למיתה, וכן את ההלכה המורה לסיעה של נשים שלא למסור אף אחת מהן להיטמא לנוכרים אף שעקב כך כולן עלולות להיטמא בידי הנוכרים - את כל אלה הוא מיקם בהלכות קידוש השם ולא בהלכות רוצח או בהלכות אישות. מכאן שבתנאים אחרים של דילמות דומות שבהן אין דרישות שרירותיות ומרושעות של נוכרים כלפי יהודים כאשר הם יהודים - אפשר לשקול ולהעריך אם חיי האחד עדיפים על חיי חברו ובוודאי אם חיי הרבים עדיפים על חיי היחיד. כבר הגמרא רמזה לכך בבססה את הדברים על סברה ולא על מקור תורני כלשהו. וכשם שהמערכת השיפוטית של דיני המלך ובית הדין, שנידונו בחלק הראשון של הספר, נתונה בלעדית לשיקול הדעת האנושי, כך גם בקבוצת מקרים זו. יש בה היבט אוניברסלי, הרלוונטי גם במציאות של ימינו.

הקורא את דיוניו הלמדניים והמשפטיים כאחת יוצא נשכר גם בכמה תובנות כלליות. אחת מהן קשורה בכך שאנקר מכיר עקרונית במקרים גבוליים שבהם "החוק מגיע לגבול יכולתו" (עמ' 385-386) ואין ביכולתו להכריע. למשל, כאשר המתמודדים על חייהם שווים מכל בחינה משפטית ומוסרית. ייתכן שאז יימנע החוק - וכך גם ההלכה - מלהתערב ביניהם וישאיר את ההתמודדות הגורלית הזאת להם מבלי לנקוט כל עמדה שהיא. בלשונו של בעל 'מנחת חינוך', במקרה זה ה"פתרון" הוא "כל דאליים גבר". ברור שבמקרה כזה גם יהיה אסור לאדם שלישי להתערב. עם זה אנקר מראה כי בניגוד לחכמים כגון ר' יוסף קארו והרב קוק, שמהססים בעניין זה, הרמב"ם מציג עמדה החלטית בסוגיה זו, ולדידו, בשום מקרה אין להתיר לאדם להציל את חייו במחיר חיי חברו המסכן אותו, כאשר חברו חף מפשע, משום שהערך של "לא תרצח" חשוב יותר מן החיים. מקרים קיצוניים דומים לאלה התרחשו בפועל, ונידונו גם בספרות המשפטית הכללית, כמו למשל, במקרה של נוסעים בספינה המיטרפת בים, ונוסעים רבים גודשים את סירות ההצלה וקרובה הסכנה שכולם ימותו. האם מותר במקרה כזה להוריד בכוח חלק מהנוסעים כדי להבטיח את חיי האחרים?

חשיפת העקרונות שבתשתית שתי המערכות המשפטיות הללו מאפשרת לערוך השוואה ביניהן ולהבהיר ביתר חדות את עיקרי המשפט העברי בשאלות קיומיות וראשוניות מסוג זה. אין ספק שיש לזקוף הישג זה של הספר שלפנינו לביורגריה האישית של המחבר, שמעיד על עצמו בהקדמה: "זכיתי בשני עולמות: עולם של תורה ועולם של מדע. תורה למדתי בצעירותי מחכמי לובלין ומאוחר יותר מחכמי טלז, סלובודקה ובריסק. משפטים למדתי אצל פלר ופרוינד, הארט וסאקס, בראון ובייקר."