

עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

אלול תשע"ח, ספטמבר 2018

כרך יד

משפט ומדעי הרוח

5	דבר העורך אבישלום וסטרייך.....
9	איך לעשות דברים עם משפט וספרות (בישראל) ענת רוזנברג.....
33	דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית: על מעמד המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון בישראל אלעד ליסון.....
101	"על כן אנו מבקשים להיות לו לפה": הנרטיב המשפטי והאתוס הלאומי: עיון מחודש בפסק דין יגאל עמיר ליאת פרידגוט נצר.....
143	"מעשה לילית" כפאניקה מגדרית ומשפטית: על ציד מכשפות בישראל 2014, בין מיתולוגיה, חברה ומשפט אורית קמיר.....
175	"הסוף הטוב": דילמות של צדק משפטי מול צדק פואטי בסיפורי מארי דה פראנס דניאלה גורביץ'.....
203	הכול בעיני המתבונן: חברת הדבורים כמשל לחברה האנושית ברומא העתיקה רחל (ראקלה) חסן.....
225	עונשי מוות חדשים באימפריה הקרולינגית ויקי מליכסון.....
249	"שהלב עיקר האדם ועיקר כל המצות וכל העבירות" (רבינו בחיי): על ניסיון בלתי צליח במשפט העברי שלמה גליקסברג ואילן סלע.....

עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

אלול תשע"ח, ספטמבר 2018

כרך יד

עורך

אבישלום וסטרייך

רכזי המערכת – תשע"ז

ערן אגם, יערה כליף

חברי המערכת תשע"ז

רחל בירון, אנואל בלושטיין, מאי גורן, שלי גרינברג, עומר דגן, יעל דוד, אלונה דרורי, דנה הלפרט, אילנה טל, רחל פאלק, ברוריה פריד, קטי רוזין, עדן רוש, שיר שטרית, עמית שרון

רכזות המערכת – תשע"ח

רחל פאלק, שיר שטרית

חברי המערכת תשע"ח

שרון אלטבך, מירי בוחניק, צחי הוק, משה זילברמן, אסף יהודה חרלופסקי, עדה יעקבי, דניאל כהן, לידר לוגסי, עומר לוי, אליהו קראוזה

מזכירת המערכת

גלי כהן

עריכה לשונית

יהודית ידלין

הפקה

ענת זקון

הוצאה לאור



המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

נשיא המרכז האקדמי – פרופ' משה כהן אליה

דיקן בית הספר למשפטים – פרופ' יעד רותם

דיקן בית הספר למנהל עסקים – פרופ' גל רו

ראש החוג לחשבונאות – ד"ר רימונה פלס

דיקן הפקולטה למדעי המחשב (בהקמה) – ד"ר אבי יוסיפוף

סגל ההוראה בבית הספר למשפטים:

ד"ר שלי קרייצר-לוי	פרופ' משה כהן אליה	עו"ד מיכל אהרוני
עו"ד רותם רוזנברג רובניס	עו"ד סאני כלב	ד"ר טלי אמיר
פרופ' יעל רונן	גב' הלן כצנלסון	ד"ר דניאלה בייניש
פרופ' יעד רותם	ד"ר אייל כתבן	ד"ר אורי בן אוליאל
עו"ד אורטל רייסמן	עו"ד שרה לואיס	גב' גלית בנצור
עו"ד הישאם שבאיטה	מר רן לוסטיגמן	פרופ' ליסה ברנשטיין
ד"ר גיא שגיא	עו"ד ליאת לייזר	ד"ר דניאל גולדשטיין
ד"ר קרני שגל-פפרקורן	ד"ר איתי ליפשיץ	ד"ר גרשון גונטובניק
ד"ר סיגל שהב	פרופ' פבלו לרנר	ד"ר חאלד גנאים
מר יואב שוטן	עו"ד אסף מנשה	פרופ' יוסי דהאן
פרופ' גילה שטופלר	ד"ר דורון מנשה	ד"ר רועית דהן
ד"ר עודדה שטיינברג	ד"ר דב סולומון	ד"ר ליאור דוידאי
ד"ר אילנה שילה	ד"ר עופר סיטבון	ד"ר רונית דוניץ-קידר
פרופ' פנחס שיפמן	עו"ד יעל סנאי	פרופ' אביחי דורפמן
עו"ד קרן שמש פרלמוטר	פרופ' בועז סנג'רו	פרופ' שחר דילברי
ד"ר בועז שנור	גב' דנה פאר	ד"ר אסף הראל
	פרופ' עידו פורת	ד"ר יניב ואקי
	ד"ר מרים פיינברג	עו"ד שירה וייסברג
	ד"ר רחל פריד דה וריס	עו"ד ליאב וינבאום
	עו"ד עמיר פרידמן	ד"ר אבישלום וסטרייך
	ד"ר נורית צימרמן	ד"ר הדר ז'בוטינסקי
	פרופ' רינת קיטאי-סנג'רו	ד"ר קים טרייגר-ברעם
	ד"ר אבישי קליין	ד"ר מרגלית יחזקאל

רשימת המשתתפים בכרך

ד"ר דניאלה גורביץ', ראש הרב תחומי במדעי הרוח, אוניברסיטת בר-אילן
הרב ד"ר שלמה גליקסברג, דיין וחבר בית הדין ביוהנסבורג
ד"ר אבישלום וסטרייך, בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
ד"ר רחל (ראקלה) חסן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר אלעד ליסון, החוג לאזרחות, המכללה האקדמית הרצוג
ד"ר ויקי מליכסון, ספריית פומנטו, המכללה האקדמית תל אביב-יפו
השופט ד"ר אילן סלע, שופט בית משפט השלום בירושלים
ד"ר ליאת פרידגוט נצר, האוניברסיטה הפתוחה; אוניברסיטת בר אילן
ד"ר אורית קמיר, המרכז הישראלי לכבוד האדם; המסלול האקדמי – המכללה למנהל,
ראשון לציון
ד"ר ענת רוזנברג, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; חוקרת אורחת
(2017–2019), הפקולטה להסטוריה, אוניברסיטת קיימברידג' והמכון ללימודי משפט
מתקדמים, אוניברסיטת לונדון

מאמרי כתב העת עוברים בחינה של מערכת כתב העת ושיפוט-עמיתים אנונימי.
להגשת מאמרים ופניות בנושא כתב העת: avishalomw@clb.ac.il

דבר העורך

במסתו המפורסמת: "הלכה ואגדה" כתב חיים נחמן ביאליק:

להלכה – פנים זועפות, לאגדה – פנים שוחקות. זו קפדנית, מחמרת, קשה כברזל – מדת הדין; וזו ותרנית, מקילה, רכה משמן – מדת הרחמים. זו גוזרת גזרה ואינה נותנתה לשעורים: הן שלה הן ולא שלה לאו; וזו יועצת עצה ומשערת כחו ודעתו של אדם: הן ולא ורפה בידה. זו – קלפה, גוף, מעשה; וזו – תוך, נשמה, כוונה.

המשפט והרוח נדמים לעיתים כשני עולמות נפרדים – הלכה ואגדה: עולם של זכות וחובה, נוקשות דוקטרינאית ורציונליות מובנית, אל מול העושר שברוח, "לשון מנומרת בצבעים – שלטון הרגש". אלא שביאליק יצא כנגד הפרדה בין השניים:

על חלופי כינויים אלה שבין הלכה לאגדה אפשר להוסיף עוד, עד אין שעור, ובכולם היא מצד ידוע אבק אמת, אבל כלום יש לשמוע מזה – כסברת רבים – שההלכה והאגדה הן שתי צרות זו לזו, דבר והיפוכו?

האומרים כך מחליפים מקרה בעצם וצורה בחומר, ולמה הם דומים? למי שמחליט על הקרח והמים בנהר, שהם שני חמרים שונים. ההלכה והאגדה אינן באמת אף הן אלא שתיים שהן אחת, שני פנים של בריה אחת... קול המונה של תביעת הלב בשטף מרוצתה לנקודת שאיפתה – זוהי האגדה; מקום החנייה, ספוק התביעה לפי שעה והשתקתה – זוהי ההלכה. החלום הרץ ונמשך אל הפתרון, הרצון אל המעשה, המחשבה אל המלה, הפרח אל הפרי – והאגדה אל ההלכה.

השיח המשפטי כשהוא לעצמו הרי הוא כ"הלכה" לבדה. אך בלא רוח האדם על מורכבותה, הרי הוא כחומר בלי צורה. ההתבוננות על המשפט איננה צריכה להסתפק אם כן בעיון בד' אמותיו של המשפט, אלא יש לפרוץ את גדריו. יש לראותו יחד עם רוח האדם וכחלק מיצירה חובקת כל של רוח זו. הכרך הארבעה עשר של כתב העת "עלי משפט" מוקדש אפוא לנקודות המפגש שבין משפט ורוח.

היכן נפגש המשפט עם (מדעי) הרוח? המשפט הוא יצירה ספרותית. כלים ספרותיים מסייעים לחשיפת רבדיו השונים. המשפט הוא אירוע היסטורי. ניתוח היסטורי מסייע להבנת הכוחות המניעים אותו וחושף את השפעותיו בעבר ובהווה. המשפט הוא כמובן גם תופעה חברתית, אנושית, פוליטית, מדינית, פילוסופית, דתית ועוד ועוד. בראש ובראשונה, המשפט הוא יצירתה של הרוח – וככזה, נכון לא רק לומר משפט ומדעי הרוח, אלא גם: המשפט הוא הוא מדעי הרוח.

כרך זה עוסק כאמור במפגש ובשילוב בין חקר המשפט לבין מדעי הרוח. רבים מהכרכים הקודמים של כתב העת בחנו את המשפט מנקודת מבט דיסציפלינארית, לעיתים תוך מתן דגש תיאורטי ולעיתים תוך מתן דגש פוזיטיבי. הכרך הנוכחי מבקש נקודת מבט שונה: מטרתו

להעלות אל מעל לפני השטח היבטים הנוגעים למשפט כתופעה השייכת לעולם מדעי הרוח (ואולי נכון היה יותר לומר: מדעי האדם), מושפעת ממנו ומזינה אותו. שמונת המאמרים בכרך הנוכחי תורמים את חלקם להארת קשר זה, ובעיקר לשני היבטיו הנזכרים למעלה: משפט והיסטוריה ומשפט וספרות. המאמר הפותח את הכרך הוא מאמרה של ענת רוזנברג "איך לעשות דברים עם משפט וספרות (בישראל)". המאמר ממפה וממשיג את תחום משפט וספרות בישראל, מצעדיו הראשונים, דרך ההווה ועד לאתגריו בעתיד. בכך מניח המאמר את התשתית המבואית לענף משפט וספרות בישראל.

המאמר השני בכרך, מאמרו של אלעד ליסון "דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית: על מעמדו המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון בישראל", בוחן את מושג שלטון החוק ואת מעמדו של בית המשפט העליון בישראל תוך שימוש מושאל במושג ה"קדושה", ובכלים מושגיים של דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית. במובן מסוים מאמר זה מניח אף הוא תשתית מבואית חשובה להיכרות עם המשפט הישראלי – באמצעות הפרספקטיבות המושגיות הייחודיות שאותן מציע המאמר ודרךן הוא צועד.

שלושת המאמרים הבאים שבים ומתרכזים בהיבטים של משפט וספרות (לצד היבטים של היסטוריה ומשפט). ליאת פרידגוט נצר במאמרה "על כן אנו מבקשים להיות לו לפה": הנרטיב המשפטי והאתוס הלאומי: עיון מחודש בפסק דין יגאל עמיר", מנתחת את הנרטיב שמבנה פסק דין יגאל עמיר, נרטיב של חורבן ושואה, שבאמצעותו הוא מבנה אתוס לאומי. המאמר טוען כי אתוס השואה מצוי במפתיע בעניין עמיר, כי בית המשפט משנה את האתוס המוכר ומוסיף לו מטענים לפי מטרותיו הלב-משפטיות של פסק הדין וכי אתוס השואה בהקשר של רצח רבין מובנה גם בעזרת ההסדרים החקיקתיים שהתלוו לעיצוב הזיכרון של אירוע זה. אורית קמיר "מעשה לילית" כפאניקה מגדרית ומשפטית: על ציד מכשפות בישראל 2014, בין מיתולוגיה, חברה ומשפט", מנתחת את השיח התקשורת-משפטי סביב מקרה האישה מקריית גת, שקיימה מגעים מיניים עם מאות נערים, ומגדירה אותו כ"התפרצות של פאניקה מגדרית המושתתת על סיפור מעשה לילית". שני מאמרים אלו מתמקדים אפוא במה שניתן להגדיר כניתוח ספרותי של המשפט. היבט אחר של משפט וספרות – המשפט בספרות – עולה במאמרה של דניאלה גורביץ' "הסוף הטוב": דילמות של צדק משפטי מול צדק פואטי בסיפורי מארי דה פראנס", הבוחן ייצוגים ספרותיים של משפט וצדק כפי שהם באים לידי ביטוי בשני סיפורים קצרים מסוף המאה השתיים-עשרה ותחילת המאה השלוש-עשרה. מתוך כך בוחן המאמר את המתח הסמוי שבין צדק משפטי (המלך) לסמכות דתית (הכנסייה), ובין אלה לבין צדק פואטי.

שלושת המאמרים האחרונים בכרך נוגעים בהיבטים נוספים של משפט ורוח: היסטוריה, פילוסופיה פוליטית ומשפט עברי. מאמרה של רחל חסן "הכול בעיני המתבונן: חברת הדבורים כמשל לחברה האנושית ברומא העתיקה", מתחקה אחר הקשר שבין התמורות המדיניות שחלו ברומא בין סוף המאה הראשונה לפני הספירה לאמצע המאה הראשונה לספירה לבין השינוי בפרשנות שניתנה על ידי כותבים בני התקופה למתרחש בתוך כוורת הדבורים, ומצביע על היותה של האחרונה, הכוורת, משל להשקפותיו המדיניות של המתבונן. ויקי מליכסון במאמרה "עונשי מוות חדשים באימפריה הקרולינגית" בוחנת את ההשפעה של עונשי המוות התנ"כיים על החוק ועל הענישה באימפריה הקרולינגית בשנים 800–877, ובכלל זה שימוש בעקרונות

המקראי של "עין תחת עין", עונש מוות בגין כישוף ועוד. מליכסון מראה כיצד קרל הגדול, שביקש לבנות אימפריה נוצרית ודאג לצמצם את עונשי המוות, סלל בדבקותו הדתית – שלא במתכוון – את הדרך לגזירת עונשי מוות חדשים. מסיים את הכרך מאמרם של שלמה גליקסברג ואילן סלע "שהלב עיקר האדם ועיקר כל המצות וכל העבירות" (רבינו בחיי): על ניסיון בלתי צליח במשפט העברי". המאמר מנתח מקורות מתורת התנאים ומספרות הראשונים העוסקים בניסיון עבירה בלתי צליח במגוון סוגיות הלכתיות, כמו גם בפרשנותם לסיפור המקראי של מכירת יוסף. מתוך ניתוח המקורות מבחין המאמר בין גישה הרואה את הציווי כעיקר (ולפיכך מכריזה על עבירה ומוכנה להטיל עונש על ניסיון בלתי צליח) לבין גישה הרואה את המעשה כעיקר (ולפיכך שוללת ענישה שכזו). משפט ורוח פונים במאמר זה, החותם את הכרך, לכיוון הפילי, לשאלת המתח שבין כוונה ומעשה במשפט העברי. לכל אחד מהמאמרים הנזכרים ייחודיות ותרומה חשובה בתחומו, לצד זאת, מגוון המאמרים בכרך, כמכלול אחד, מצטרף לתמונה שלמה, שיש בה לטעמי אמירה רבת חשיבות על הקשר ההכרחי, ההשפעה ההדדית ואולי גם חוסר היכולת להפריד בין שני החלקים של השלם האחד, בין המשפט לבין מדעי הרוח.

בברכת שנה טובה

וקריאה נעימה ומועילה,

ד"ר אבישלום וסטרייך

המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

מרחשוון תשע"ט – אוקטובר 2018

”שהלב עיקר האדם ועיקר כל המצות וכל העבירות” (רבינו בחי): על ניסיון בלתי צליח במשפט העברי

מאת

שלמה גליקסברג ואילן סלע*

על פי גישת המשפט המקובל, לצורך התגבשותה של עבירה פלילית יש צורך בהתקיימותם של שני יסודות: עובדתי ונפשי. עקרונות אלו מונחים כבר מקדמת דנא בבסיס דיני העונשין במשפט העברי. לפיו, אין אדם נענש על מחשבה רעה, או אין אדם מוערך על מחשבה טובה בלא שמחשבותיו יצאו אל הפועל בביצוע מעשה עבירה או מעשה מצווה.

במאמר זה ייעשה ניסיון לבחון את אחת הסוגיות מן המחודשות שיש במסגרת דיני העונשין של המשפט העברי והיא סוגיית הניסיון הבלתי צליח. החידוש במקרה של ניסיון בלתי צליח הוא כי ניתן לזהות במקורות התנאיים קיומה של עבירה ואף הטלת עונש גם במקרים שבהם לא התמלאו הנסיבות הנדרשות לקיומה של עבירה. זאת לכאורה אך בשל כוונתו של המבצע לבצע עבירה בסוברו כי הנסיבות לקיומה של עבירה אכן מתמלאות, ועם השלמת מעשהו תושלם העבירה.

מקורות תנאיים אלו במשנה ובתוספתא במסכת נזיר עוסקים באישה המתכוונת לבצע עבירה של הפרת נדר נזירות, כאשר האפשרות לקיומה בפועל נידונה לכישלון מלכתחילה משום שבעלה הפר לה את נדר הנזירות מבלי שהאישה ידעה על כך, טרם שעברה עליו. עיון במשנה ובתוספתא העלה כי אישה זו ראויה לעונש, יהא זה עונש מלקות הקבוע בתורה למי עבר על נזירותו, או עונש ”מכת מרדות” מדרבנן. אכן, יש גם מי מהתנאים הסובר שאישה זו אינה נענשת כלל בבית דין של מטה, אך בכך אין כדי לפטור את האישה לגמרי, וכפי שעולה מהלכה אחרת בתוספתא, אישה זו, גם אם אינה נענשת בבית דין של מטה, צריכה סליחה וכפרה. כך עולה מדברי ר' עקיבא, אשר אף למד ממקרה זה (של האישה שנדרה בנזיר) לכל התורה כולה כי כל אדם שנתכוון לבצע עבירה, ולפי השקפתו על הנסיבות הוא אף ביצעה בפועל, אלא שלאמיתו של דבר המציאות הייתה שונה, צריך סליחה וכפרה.

בהמשך המאמר נבקש לעמוד על מהותו של חידוש זה כפי שניתן לדלות מעיון בדברי הראשונים והאחרונים שעסקו בפירושם של מקורות תנאיים אלו. בדברינו נבקש להבחין בין הגישה המבטאת את התפיסה שמשמעותם של מעשי האדם נבחנת לפי יחסו לציוי האלוקי מבלי לראות במצוות ובעבירות פעולות בעלות ערך פנימי הנושאות משמעות ריאלית, ארצית או שמימית, לבין אלו הגישה הרואה דווקא במעשה העבירה את העיקר.

* הרב ד"ר שלמה א' גליקסברג, דיין וחבר בית הדין ביוהנסבורג; ד"ר אילן סלע, שופט בית משפט השלום בירושלים.

עוד נבקש לעמוד על הביטוי שקיבלה סוגיית הניסיון הבלתי צליח בדברי האחרונים בדיונים בפרשת מכירתו של יוסף והדו-שיח שלו עם אחיו לאחר מעשה ולאחר פטירתו של יעקב אביהם, שבו הוא מרגיע אותם מפני חששם כי עתה אחר מות אביהם יבולע להם בשל מכירתו על ידיהם. במסגרת העיון בסוגיה זו, נחשפו מבעד לתירוצים השונים הגבלות שונות בדינו של ר' עקיבא, שלפיו "מי שנתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה חייב סליחה וכפרה".

מבוא ; 1. מצוות ועבירות "מושלמות" – מעשה וכוונה ; 2. מצוות ועבירות "חלקיות" ; 3. נושא הדיון: ניסיון בלתי צליח. א. ניסיון בלתי צליח – המקורות ; 1. ענישה בידי אדם ; 2. התקיימותה של עבירה: "סליחה וכפרה". ב. ניסיון בלתי צליח – הרציונל ; 1. גישה א – "להשיב את יצרו" ; 2. גישה ב – "סוף מעשה במחשבה תחילה" – המעשה כביטוי למחשבה ; 3. גישה ג – "לא המחשבה עיקר אלא המעשה" ; 4. גישה ד – "מגלגלין חובה על ידי חייב" – המעשה כביטוי למעמדו הרוחני הכולל של העבריין. ג. ניסיון צליח וניסיון בלתי צליח. ד. מכירת יוסף כמקרה מבחן ; 1. הבחנה בין מעשה שתוצאתו מצווה למעשה שתוצאתו דבר הרשות ; 2. הבחנה בין עבירות שבין אדם למקום לעבירות שבין אדם לחברו. סיכום. חתימה.

מבוא

1. מצוות ועבירות "מושלמות" – מעשה וכוונה

על פי גישת המשפט המקובל, ובמסגרת זו גם במשפט הישראלי, להתגבשותה של עבירה פלילית יש צורך בהתקיימותם של שני יסודות: עובדתי ונפשי.¹ היסוד העובדתי (actus reus) מתייחס להתקיימות אובייקטיבית של מרכיבי העבירה כפי שהם מוגדרים בחיקוק הרלוונטי, ובכלל זה התקיימות הרכיב ההתנהגותי המהווה את העבירה והתקיימות נסיבותיה המיוחדות.² היסוד הנפשי (mens rea) עניינו בעמדה הנפשית הסובייקטיבית של העבריין כלפי רכיבי העבירה, לאמור מעשה העבירה, נסיבותיו המיוחדות והתקיימות תוצאותיו אם מדובר במעשה שהתוצאה היא חלק ממרכיביו.³ דרך כלל אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה שעשה בלי שנתלווה לאותו מעשה גם יסוד נפשי פסול (Nullum Crimen Sine Culpa),⁴ ובאותה מידה אין אדם אחראי בפלילים למחשבה רעה שחשב לעשות אך לא הוציאה לפועל (Nullum Crimen Sine Actu).⁵

עקרונות אלו מונחים כבר מקדמת דנא בבסיס דיני העונשין במשפט העברי. אין אדם נענש על מחשבה רעה בלא שהיא יצאה אל הפועל בביצוע מעשה עבירה לפי גדריו, בבחינת

1 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226. כן ראו רע"פ 4827/95 ה. ג. פולק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 106, 97 ואילך (1995).
2 סעיף 18 לחוק העונשין ; ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 376-375 (1983).
3 סעיף 20 לחוק העונשין ; פלר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 485.
4 שם, בעמ' 41-42.
5 שם, בעמ' 31 ; יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 53 (1981).

"מחשבה רעה אין הקב"ה מצרפה למעשה". מנגד, אין מענישים אדם על מעשה עבירה שעבר אם מעשה זה לא לווה במחשבה פלילית. זאת, בשל החשיבות הרבה שמעניקה התורה למחשבתו של האדם.⁶ רק צירופם של שני אלו – המעשה והמחשבה – מקים אחריות למעשה עבירה, ורק בהתקיימותם של אלו מקיים האדם מצווה ממצוותיה של תורה בשלמותה. עם זאת יש לציין כי ליסוד הנפשי דרגות שונות, המשפיעות בדרך כלל על חומרת הענישה.⁷ במקומות שונים מבחינה התורה בין מי שעובר עבירה במזיד לבין מי שעושה כן בשוגג. עמד על כך רבינו בחיי בן אשר בפירושו לתורה סביב הפרשה העוסקת בדינו של הרוצח:

ונס שמה רוצח מכה נפש בשגגה. אבל אינו חייב מיתה כיון שלא הרגו במזיד, והדין הזה יורה שהלב עקר האדם ועקר כל המצות וכל העבירות ועל כן הוא נענש בגלות ולא במיתה לפי שלא היה לבו בהסכמת הרציחה ואין חיוב העונש במיתה עד שיהיו הגוף והלב משותפין באותה רציחה הגוף בתנועתו והלב בכונתו וכיון שלא הסכימו שניהם בכך גולה ואינו נהרג, וכן לענין המצות הכל תלוי בלב שאם עשה מצוה ולא נתכוון בה בלבו לעשותה לשם שמים אין לו שכר מזה שיצטרך האדם שיתכוין במצות לעשותה לשם שמים וכן אמר דוד ע"ה (תהלים קי"ט) ואשא כפי אל מצותיך אשר אהבתי ונשיאות כפים הוא הכוונה כענין שכתוב (איכה ג) נשא לבכנו אל כפים.⁸

מעשי מצווה ועבירה מושלמים הם אפוא רק אלו המכילים את שני הרכיבים: מעשה ומחשבה על כל משמעויותיהם; מעשה – נסיבות ותוצאה אם זו נדרשת לקיום המצווה או העבירה, ומחשבה – התקיימות היחס הנפשי הנדרש לכל אחד מרכיבים אלו.⁹

6 בבלי, יומא, כט עא: "הרהורי עבירה קשו מעבירה". על משמעות קביעה זו ראו רמב"ם מורה נבוכים, ג, ח; רבנו בחיי בן יוסף אבן פקודה חובות הלבבות הקדמה ושער חשבון הנפש, פרק ג; מאיר מינקוביץ המחשבה הפלילית במשפט התלמודי ובמשפט המקובל האנגלי 37 (התשכ"א).
7 אהרן שמש "שוגג קרוב למזיד": לבריור יצירתו של המושג בתורת האמוראים" שנתון המשפט העברי כ 399 (התשנ"ה-התשנ"ו). הדרגות השונות של היסוד הנפשי במשפט הישראלי – סעיפים 20-21 לחוק העונשין; כוונה, פזיזות שבאדישות, פזיזות שבקלות דעת ורשלנות (להבחנה שבין קלות דעת ורשלנות ראו למשל ע"פ 3158/00 מגידש נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 80 (2000); פלר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 492-653.
8 רבינו בחיי בן אשר בפירושו לפרשת מסעי לבמדבר לה 11; מדרש רבינו בחיי, על חמישה חומשי תורה, במדבר לה 11 (ההדגשה שלנו).
9 על היחס בין המעשה לכוונה ראו חיים טשרנוביץ תולדות ההלכה חלק ב 134 (התש"ח); יצחק ד' גילת "כוונה ומעשה במשנת תנאים" ספר השנה למדעי היהדות והרוח של אוניברסיטת בר אילן ד-ה 104 (התשכ"ז); יוחנן סילמן "בין משמעות הכוונה בהלכה למקור התקופה" עיונים במשפט עברי ובהלכה 263 (התשנ"ט); מינקוביץ, לעיל ה"ש 6, בעמ' 37-40; Solomon Zeitlin, *Intention as a Legal Principle*, J.J.L.P 229 (1919); LOUIS GINZBURG ON JEWISH LAW AND LORE 77 (1955); יעקב בזק "המחשבה והרצון כחלק מיסוד הכוונה הפלילית בהלכה ובמשפט" סיני קכג-קכד, נג (התש"ס).

2. מצוות ועבירות "חלקיות"

אכן, יש מצבים שונים שבהם לא כל הרכיבים הדרושים לקיום מצווה או לביצוע עבירה מתקיימים בשלמותם: פעמים שרכיב המעשה או אינו נמצא בשלמותו. פעמים שהחיסרון הוא בתוצאת המעשה. מקרים אלו מחדרים את היחס שבין מעשה העבירה האובייקטיבי לבין המחשבה השלילית הסובייקטיבית של המבצע, ומכאן חשיבות העיון בהם. באמצעותם יהיה ניתן לחשוף את הרכיב הדומיננטי ביותר להתקיימותה של עבירה או מצווה, לפי המשפט העברי. במסגרת קטגוריית ביניים זו של מעשי מצווה ועבירה שאינם מושלמים ניתן לכלול מקרים שונים.¹⁰ למשל, ניתן לכלול בקטגוריה זו ניסיונות לביצוע עבירה שלא צלחו, כשאלו נחלקים לשני סוגים: האחד, ניסיונות שלא צלחו בשל אי-השלמת מעשה העבירה בידי המבצע: אם מחמת חוסר הצלחה (כגון היורה בחברו והחטיא), אם מחמת סיכול המעשה טרם השלמתו בידי גורם זר (משטרה, אדם שלישי וכד'), ואם מחרטה של המבצע טרם השלמת מעשה העבירה;¹¹ האחר, ניסיונות של צלחו משום שהנסיבות המקימות את העבירה או הנסיבות המסייעות לקיומה לא התקיימו. ייחודם של מקרים אלו הוא בכך שהמבצע היה סבור, לפי העובדות הידועות לו, שמעשה זה לכשיתקיים יהיה מעשה עבירה מושלם, ולעיתים הוא סבור כן אף לאחר שהשלים את ביצועו, ורק אז, לאחר מעשה, התברר לו כי המעשה שנעשה על ידיו אינו נופל בגדרו של מעשה עבירה כלשהו. מקרה מעין זה מכונה בספרות המשפטית הכללית "ניסיון כשל" או "ניסיון בלתי צליח" (impossible attempts).¹²

10 קטגוריית ביניים זו כוללת גם את המקרים המכונים בספרות חז"ל בשם "הערמה", דהיינו אדם הפועל למימוש תוצאה שהמחוקק התכוון לאוסרה וראה בה עניין שלילי, אך הוא משיג מטרה זו ללא שהוא עושה את מעשה העבירה שנאסר בחוק. למשל, התורה אסרה על אדם מישראל להלוות בריבית, והוא מלווה בריבית, אך הוא עושה זאת ללא קיום מעשה עבירה בהגדירו את מעשה ההלוואה כעסקה אחרת. במשפט הכללי מקרים מעין אלו אינם מהווים עבירה פלילית, מאחר שכאמור, מכללי היסוד הוא שאין עבירה ללא שעשה אדם מעשה המוגדר בחוק עבירה. ראו בעניין זה משה זילברג כך דרכו של תלמוד, בתוך כתבי משה זילברג 464 (1998); שמואל שילה "ההערמה בתלמוד שנתון המשפט העברי ח 309 (התשמ"א); אורי דסברג "הערמה בדיני תורה ובתקנות חז"ל" שנה בשנה 215 (התשמ"ב); דניאל חרד "קנוניה, מרמה והערמה משפטית" מגל יד 244 (התשמ"ד). הדיון בנושא זה חורג ממסגרת הדיון שלנו.

11 חוק העונשין, סעיף 28.

12 התייחסות למקרה מעין זה מצויה במפורש בחוקי מדינת ישראל בחוק העונשין, סעיף 26: "לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו". סעיף זה, שהוכנס במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד 1994, ס"ח 348, מיום 23.8.1994, אימץ את שנקבע עובר לתיקון זה בע"פ 675/85 גרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 763 (1985) בשלב שבו שררה אי-בהירות מסוימת בסוגיה זו. ראו למשל ע"פ 41/67 מדינת ישראל נ' סימן טוב, פ"ד כא(2) 340 (1967); ע"פ 560/70 סעדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(1) 704 (1970); ע"פ (מחוזי ת"א) 1297/82 מגרלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"מ התשמ"ד(1) 120 (1982). סעיף 26 לחוק העונשין קובע למעשה כי אין הבחנה בין סוגים שונים של אי-יכולת לבצע את העבירה; לא חשוב אם אי-יכולת נובעת מאי-התאמת האובייקט שבו נעשת העבירה, מאי-התאמת האמצעים או בשל היעדרן של נסיבות רלוונטיות ושאינן רלוונטיות. מכל מקום, אם לפי הכרתו של העבריין הוא היה יכול

עם זאת חשוב לציין כי עיוננו סביב מקרים מעין אלו במשפט העברי יתמקד בשאלה אם בנסיבות אלו יש לדון את העבריין כמי שעבר על העבירה המושלמת אף שלמעשה היא לא התקיימה. יש לשים לב גם שהמקרים שבהם נדון במסגרת עיוננו זה הם אך אלו שבהם העבריין פעל למעשה להוציא את כוונתו אל הפועל, ולא במקרים שבהם נותרה כוונתו בגדר הרהורי עבירה בלבד, והעבריין לא עשה דבר כדי לקדם את כוונתו ולהוציא את זממו לפועל, מקרים שאינם נחשבים לעבירה, כאמור.

קיים מצב נוסף שבו האדם ביצע מעשה עבירה מתוך כוונה לעבור עבירה, ברם חרף כוונתו ומעשיו¹³ התוצאה של המעשה בכללותה בשל נסיבות חיצוניות שאינן תלויות בעבריין, היא חיובית. במסגרת קטגוריה זו יש לתת את הדעת הן למקרים שבהם התוצאה החיובית התרחשה בד בבד עם התוצאה שבגינה נאסר המעשה,¹⁴ והן למקרים שבהם התוצאה החיובית התרחשה כעבור זמן מהתרחשות התוצאה שבגינה נאסר המעשה.¹⁵

יש מקום להבחין גם בין מקרה שבו המבצע היה מודע בזמן ביצוע העבירה לתוצאה החיובית שתצמח ממעשיו, לבין מקרה שבו המבצע לא היה מודע כלל לתוצאה זו. במסגרת מקרים אלו יש לתת את הדעת גם למקרים שבהם המבצע היה מודע מלכתחילה, בזמן עשיית המעשה, לתוצאות החיוביות שיכולות לנבוע ממעשיו לצד התוצאה השלילית. כך יש להבחין גם בין מקרים שבהם המחוקק עצמו העדיף את התוצאה החיובית על פני התוצאה השלילית (כדוגמת הצלת נפשות העדיפה על חילול שבת) לבין מקרים שבהם העדפת התוצאה החיובית

להשלים את העבירה – הניסיון הוא בר-ענישה. רק חוסר אפשרות לבצע את העבירה מסיבות שבדין ישלול את פליליות הניסיון.

13 וחרף התקיימות התוצאה שבגינה נאסר המעשה בידי המחוקק.

14 לדוגמה בתלמוד הבבלי, מנחות סד ע"א, דנים על מקרה שבו אדם שפרס מצודה ביום השבת על מנת להעלות דגים מן הים, דבר האסור בשבת משום צידה, אלא שבפועל נוסף על הדגים "ניצוד" ברשתו גם תינוק שחיוו נצלו ממעשה הצידה.

15 דוגמת הסיפור המקראי על יוסף ואחיו המופיעה בפרשת ויישב (בראשית לו). מעשה המכירה הושלם, כוונת האחים הייתה למעשה עבירה, אך בפועל, לכל הפחות על פי דברי יוסף עצמו, התוצאה הכוללת של המעשה הייתה חיובית ופעלה אך לטובה: "ואתם חשבתם עלי רעה אלקים חשבה לטובה למען עשה כיום הזה להחיות עם רב" (בראשית נ 20). במקרה זה התוצאה החיובית לא אירעה עם התרחשות מעשה העבירה. התוצאה השלילית הישירה של פעולת המכירה שבגינה נאסר מעשה זה אכן התקיימה, ורק ההשלכות של המעשה, או התוצאות הרחוקות, היו חיוביות, לפי דברי יוסף. במסגרת המשפט הכללי נכון לדון מקרים מעין אלו במסגרת הגנת הצורך (ס' 34 יא לחוק העונשין). נציין כבר עתה שכלל שהתוצאה החיובית שנוצרה ממעשה העבירה רחוקה מהמעשה, הן בזמן והן מבחינת צפיותה על ידי עושה העבירה, כן הקושי שנוצר בהפעלת הגנה זו רב יותר. ראו בעניין זה גם ת"א (מחוזי י-ם) 6157/04 דבש נ' אדלר חומסקי & ורשבסקי (פורסם בנבו, 7.11.2006) וכן דיון מעניין במקרה שבו אדם גנב תיק מחוף הים, ובסופו של דבר התברר כי היה מדובר בפצצה שהוטמנה במקום בידי מחבל, ו"גנבתה" מהמקום הצילה חייהם של רבים – פול ה' רובינסון "גניבת הפצצה – למהותן של הגנות הצדק" עיוני משפט כב 65 (1999). ונדון בכך להלן בפרק ד.

נעשתה בידי המבצע עצמו, בניגוד לחוק האוסר את המעשה גם כשהוא עשוי להצמיח תוצאות חיוביות אלו.¹⁶ כל אחד ממקרים אלו דורש לימוד ועיון בפני עצמו, אך יש בו כמובן גם כדי לתת מענה לשאלת היסוד בדבר היחס שבין המעשה לכוונה ולתוצאה שבמעשי מצוות ועבירות במשפט העברי ובהלכה בכלל.

3. נושא הדיון: ניסיון בלתי צליח

בדיון שלפנינו נתמקד אך במקרים שהוגדרו לעיל "ניסיון בלתי צליח": מקרים שבהם ביצוע העבירה, כהגדרתה בחוק, נידון לכישלון מלכתחילה, והעומד מן הצד, המודע למצב הדברים לאשורו, רואה מראש את חוסר האפשרות של העושה לבצע את העבירה ולהגשים את מזימתו.¹⁷ דוגמה לכך היא זו: המנסה להרוג את חברו מבלי שהיה מודע לכך שהאקדח שבאמצעותו הוא מנסה לבצע את זממו חסר נוקר. או מי שמנסה לשאת אישה נוספת, כך לפי הכרתו, בעוד שלמעשה אשתו הראשונה כבר איננה בחיים או שנישואיו לה אינם תקיפים וכדומה.¹⁸

16 מקרים מעין אלו מוגדרים בתלמוד "עבירה לשמה" (בבלי, נזיר כג ע"ב; בבלי, הוריות י ע"ב), היינו: אכן מדובר במעשה עבירה מושלם, אלא שהוא נעשה "לשמה", לאמור: לשם מטרה חיובית, שלפי החוק היא אינה עולה בערכה על התוצאה השלילית שבעטייה נאסר מעשה העבירה. ברור שרק באשר לעניינים ספציפים מיוחדים יוצאים מן הכלל בעלי חשיבות מיוחדת נאמר הביטוי "עבירה לשמה", אך הכלל הוא שאין לעבור עבירה לצורך קיום מצווה – מצווה הבאה בעבירה. דוגמה מקראית לכך הוא המסופר בבראשית, פרק לח, על תמר כלתו של יהודה, אשר על מנת לקיים את תכליתה של מצוות הייבום בנישואין לאחי בעלה המת, התחזתה לזונה לנבעלה לחמיה. וראו נחום רקובר מטרה המקדשת את האמצעים 35 ואילך (התש"ס); אליאב שוחטמן מעשה הבא בעבירה (התשמ"א).

17 פלר, לעיל ה"ש 2, כרך ב, בעמ' 117.

18 אכן, חשוב לציין כי הבחנה זו של מקרי ניסיון מסוימים והגדרתם ניסיון "כשל" מעוררת בעיה, שהרי הכישלון בהשגת המטרה שאליה נתכוון העבריין, ואי-השלמת ביצוע העבירה, מאפיין את הניסיון על כל צורותיו. עצם העובדה שהעושה לא הספיק או לא הצליח להגשים את מזימתו מעידה שבתנאי העניין לא ניתן להשלימה, ולכן למעשה כל ניסיון נידון מלכתחילה לכישלון, ואילו היו התנאים כאלה שהיה ניתן להשלים את העבירה, היא הייתה נשלמת (פלר, לעיל ה"ש 2, כרך ב, בעמ' 118). בהנחה שאין בעולם דברים מקריים, הרי שכל דבר הוא פועל יוצא הכרחי של מכלול הגורמים שהביאו אליו, ובשביל מי שמסוגל לאתר ולהעריך את משקלם הגרימתי – הכול צפוי; מי שיועד שאין נוקר באקדחו של היורה, מי שרואה שכמות הרעל בכוס שהלה מגיש ל"קורבנו" אינה מספקת, ולו במספר מילגרמים בודדים, כדי להורגו – רואה את חוסר היכולת הגלום במעשה מלכתחילה. אך באותה מידה גם מי שיצליח לחזות במדויק את מהירות הרוח בעוד שבירי שנייה בזמן הירי, ידע שהיורה לא יפגע ב"קורבנו", וגם במקרה זה ניתן לומר שחוסר היכולת גלום במעשה מלכתחילה.

קושי זה בעצם הגדרתו של ניסיון הכשל הוביל לראיית הנושא כאחד מהנושאים הקשים ביותר בדיני העונשין. די אם נזכיר לצורך העניין את דבריו של המלומד ג'רום הול, הפותח את דבריו על סוגיית הניסיון בכלל במילים: "כל שדן בנושא הניסיון הפלילי יסכים כי הוא מסקרן כפי שהוא מסובך, והבנתו קשה מכל ענף בדיני העונשין" (Jerome Hall, General Principles of Criminal Law 558 (2nd ed. 1960)). בתת-פרק הדין בנושא הניסיון הכשל הוא קובע: "מכל

א. ניסיון בלתי צליח – המקורות**1. ענישה בידי אדם**

כאמור, אין המשפט העברי מעניש אדם שניסה לעבור עבירה אך הדבר לא עלה בידו. "מחשבה רעה אין הקב"ה מצרפה למעשה"¹⁹. ברם מפתיע לגלות שדווקא כשמדובר במקרים שניתן לכנותם "ניסיונות בלתי צליחים", להבדיל מ"ניסיונות צליחים", מצינו בדברי חז"ל שהם ראויים לעונש. בפרק זה נסקור בקצרה את המקורות התנאיים המועטים שהתייחסו לסוגיה זו, נעמוד על הדעות השונות הנזכרות בהם וניתן את הדעת בעיקר למשנתו של רבי עקיבא בסוגיה זו ועל היחס שניתן ללמוד מדבריו על היחס שבין המעשה לכוונה בעבירה הפלילית. פרופ' אהרן קירשנבאום דן במקורות אלו בהרחבה במאמרו המקיף בסוגיית הניסיון במשפט העברי בכללותה.²⁰ אנו נביא את המקורות לשם בירור עמדות המפתח של התנאים בסוגיה כבסיס לדיון במשמעויות שיש ליתן לעמדות אלו וההשלכות שלהן על היסוד המחייב בדין הפלילי העברי, בעיקר בשאלת היחס שבין המעשה למחשבה במסגרת דיני העונשין בהלכה.

(א) האישה שנדרה בנזיר**(1) המשנה**

דוגמה לניסיון בלתי צליח ניתן למצוא במשנה במסכת נזיר. משנה זו עוסקת באישה המתכוונת לבצע עבירה, במקרה זה הפרת נדר נזירות, כאשר האפשרות לקיומה בפועל נידונה לכישלון מלכתחילה, מאחר שלא נתקיימו התנאים הדרושים לביצועה.²¹ המשנה דנה באישה שקיבלה על עצמה נזירות – התחייבות האוסרת אותה בין השאר בשתיית יין ובהטמאות למתים.²² קבלת נזירות הינה סוג של נדר, ולפיכך חלים עליה דיני הנדרים. אחד מדיני הנדרים המפורטים בתורה בפרשת הנדרים²³ הוא זכותו ויכולתו של הבעל להפר את נדרי אשתו במשך אותו היום שבו היא נדרה. המשנה שלפנינו עוסקת אפוא באישה שנדרה נדר נזירות, ובעלה הפר לה נדר זה ללא ידיעתה. כך שנינו במשנה:

הבעיות המשפטיות של 'הנסיון הפלילי', זו הנוגעת ל'נסיון הבלתי אפשרי' מספקת את הקשיים העיקריים" (שם, בעמ' 586). כן ראו את דבריו של הלורד ברידג' באחד מפסקי דינו: "אין במשפט הפלילי שדה פורה יותר לויכוח ולחילוקי דעות חוקיים מזה הנוגע ל'נסיון הכשל'" (Anderton v. Ryan, 81 CR App, R. 179 (1985). וראו גם דבריו של השופט כך בעניין גרציאנו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 768).

19 בבלי, קידושין לט ע"ב

20 אהרן קירשנבאום "נסיון פלילי והמזל שבמוסר (moral luck) במקורות היהדות" מחקרי משפט כ 97 (2003).

21 בבלי, נזיר ד, כג ע"א.

22 מהי נזירות? ראו במדבר ו 1–21; רמב"ם משנה תורה, נזירות א, א ואילך; אריאל פורסטנברג "תקופת הנזירות והטקס שבסופה – עיון בפרשנות התנאית" סידרא כב 57 (התשס"ז).

23 על נדרים ראו במדבר ל 2–17.

האשה שנדרה בנזיר, והייתה שותה ביין ומיטמא למיתים, הרי זו סופגת את הארבעים. היפר לה בעלה, והיא לא ידעה שהפר לה בעלה, והייתה שותה ביין ומיטמא למיתים, אינה סופגת את הארבעים. ר' יהודה א' אם אינה סופגת את הארבעים תיספוג מכות מרדות.

כפי שעולה מן המשנה, האישה עצמה הייתה סבורה בעת שתיית היין וההטמאות למתים שעברה על נדר הנזירות שלה, אך למעשה המתבונן מהצד והיודע את העובדות לאשורן מכיר בכך שבשעה שעשתה את "מעשה העבירה" המהווה את הפרת הנזירות – שתיית יין או היטמאות למת – לא הייתה האישה נזירה כלל, מאחר שנדר הנזירות שלה הופר עוד קודם לכן בידי בעלה, שכאמור בידו להפר את נדריה. במקרה זה קובעת המשנה בבירור שהאישה "אינה סופגת את הארבעים", לאמור: האישה אינה נענשת בעונש הקבוע לעבירה של הפרת נדר נזירות, הוא עונש המלקות.²⁴

דבר זה יש בו כדי ללמד שאין זהות מבחינת העונש בין המקרה הנידון במשנה לבין המבצע עבירה מושלמת. ברם עדיין אין אנו יודעים אם במקרה הנידון במשנה לא עברה האישה עבירה כלל, או שמא אף שהאישה לא ביצעה מעשה עבירה מבחינה אובייקטיבית, הדבר נחשב לה לעוון, מאחר שלפי מחשבתה היא ביצעה את העבירה. ומשום שהתכוונה לבצע את העבירה היא תקבל עונש אחר – הפחות בחומרתו מעונש המלקות שהייתה מקבלת אם היה מתקיים היסוד העובדתי.

ואכן, רבי יהודה קובע שגם אישה זו נענשת, אלא שלא בעונש מלקות (שהוא כאמור העונש הקבוע מן התורה למי שעבר על נדרו), אלא היא לוקה "מכת מרדות" – עונש שמקורו בדבריהם של חכמים ולא בדין תורה.²⁵

לעומת זאת התנא קמא שבמשנה לא גילה דעתו בשאלת ענישתה של אישה זו. אין הוא מזכיר עונש אחר בדבריו, אך הוא גם אינו מציין שהיא פטורה לחלוטין. הוא רק קובע בבירור שבעונש הקבוע לעבירה המושלמת היא איננה מתחייבת. מפשרה של משנה עולה כי תנא

24 במקרה זה, העוסק בנדר נזירות, האישה הייתה לוקה פעמיים: אחת על הלאו "לא יחל דברו", הכולל את כל הנדרים, ואחת על האיסור המיוחד לנזיר לעבור על נזירותו (רמב"ם, משנה תורה, ספר הפלאה, הלכות נזירות, פרק א, הלכה ב). מלקויות אלו, שהן מהתורה, מספרן ארבעים חסר אחת (דברים כה 2-3; משנה, מכות ג, משנה י"א [י]).

25 שמספרן אינו קבוע אלא הן כפי ראות עיני הדיין וכפי צורך השעה. "ולמה קוראים אותן 'מכות מרדות'? שמכים את העבריין מפני שמרד בדברי תורה ובדברי סופרים" (ערוך, ערך מרד). הגדרנו מלקויות אלו כקלות יותר מארבעים מלקות של תורה, אף שיש בהן חומרה, שכן מכים את העבריין בלא אומד ומספר, ויש שמכים אותו עד שתצא נפשו או עד שיקבל עליו דברי חכמים, משום שמלקות אלו אינן חזקות כשל תורה, ואין מדקדקין בהן שיהיו ברצועה, ויש אומרים שבדרך כלל מספרן הוא שליש ממספר המלקויות של תורה (ר' יוס' טוב ליפמן הלר, תוספות יוס' טוב, נזיר ד, ג; ר' ישראל ליפשיץ, תפארת ישראל, מכות ג, א. על מכת מרדות ראו אליאב שוחטמן "מכת מרדות במשנת הרמב"ם: גישה חדשה לסוגיית ההשמטות במשנה תורה לרמב"ם" מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל 9, 91 (משה בר ערוך, התשנ"ד) (להלן: שוחטמן "מכת מרדות במשנת הרמב"ם").

קמא חולק על רבי יהודה, ולעומת רבי יהודה, המחייבה מכת מרדות, תנא קמא פוטר אותה אף מעונש זה.²⁶

יש משניות שבהן נדמה שקיימת מחלוקת בין התנאים, אך למעשה הדעה השנייה במשנה באה לפרש את דעתו של התנא הראשון.²⁷ אפשר שכך הדבר גם במשנה זו, ודבריו של רבי יהודה באים לפרש את דעתו של תנא קמא ולא לחלוק עליו.²⁸

יש לשים לב ללשון המיוחדת שבה משתמש רבי יהודה: "אם אינה סופגת את הארבעים תספוג מכת מרדות", שממנה עולה צליל של הסתייגות מקביעתו החד-משמעית של תנא קמא, שלפיה אין האישה סופגת את הארבעים, וכביכול דבריו נאמרים כתגובה לשיטתו של תנא קמא. רצונו לומר: לשיטתכם, אף אם אינה סופגת את הארבעים, לכל הפחות תספוג מכת מרדות.

אם כנים אנו בפרשנותו זו לדברי רבי יהודה, ניתן לומר שהוא עצמו הסתייג מהפטור שנתן תנא קמא לאישה זו מעונש המלקות, ואפשר שהוא סבור שהיא אכן נענשת בעונש מלקות אף שמבחינה אובייקטיבית לא נעברה עבירה כלל.

(2) התוספתא

ואכן, בתוספתא מצאנו דעה הסבורה שבמקרה הנידון במשנתנו מעשיה של האישה מחייבים אותה בעונש התואם את העונש המושת על אישה שביצעה מעשה עבירה מושלם ורגיל (שתתה יין או נטמאה למתים בהיותה נזירה) – מלקות ארבעים.²⁹ זו לשון התוספתא:

האשה שנדרה בנזיר, היפר לה בעלה, והיא לא ידעה שהיפר לה בעלה, הייתה שותה יין ומיטמאה למתים, הרי זו סופגת את הארבעים.

רבי דוד פארדו מזהה את התנא שבתוספתא שלפנינו כרבי יהודה שבמשנה, אלא שלדבריו, יש להגיה את לשון התוספתא ולהשלימה כלשון האמורה במשנה – והאישה אינה סופגת את הארבעים.³⁰ גם הר"ש ליברמן מזהה את התנא שבתוספתא כרבי יהודה שבמשנה.³¹ אך לעומת ר' דוד פארדו, הוא אינו מגיה את התוספתא אלא טוען שהכוונה בתוספתא היא למכת מרדות, כפי שרבי יהודה מציין במשנה, אך הלשון "סופגת את הארבעים" אינה מדויקת, שהרי מכות אלו אינן דווקא ארבעים במספר.

26 וכך אומנם סבורים בעלי התוספות נזיר, דף כא ע"ב ד"ה לעולם.

27 כתב י"נ אפשטיין מבואות לספרות התנאים 124 (התשי"ז): "ואפילו במקום ששנה רבי: ר' יהודה אומר לא תמיד ר' יהודה חולק עלתנא קמא, אלא שרבי חולק ושנה הדברים בשם יחיד, למשל פסחים פ"ה מ"ז, נזיר פ"ד מ"ג, או שחולק על תנא שנוכר לפניו, אבל תנא קמא (הסתם) הוא ר' יהודה, כמו בעירובין פ"ד מ"ט, "ובא קמ"ל מאן ת"ק ר' יהודה".

28 לדעתו של רבי יוסף קארו (כסף משנה על הרמב"ם, נדרים יב, יח), מפסיקת הרמב"ם בהלכותיו (שם) עולה כי הרמב"ם פירש את המשנה כך. ואולם ר' פיהמ"ש לרמב"ם (נזיר ד, ג): "וממה שאמר ר' יהודה הלכה כמותו", משמע שהרמב"ם סבור שר' יהודה חולק על תנא קמא.

29 תוספתא (ליברמן), נזירות ג, יד

30 ר' דוד פארדו חסדי דוד טז, שעא-שעב (התשנ"ד).

31 תוספתא כפשוטה, באור ארוך לתוספתא חלק ז: סדר נשים 531 (התשכ"ז).

אולם לדברינו, רבי יהודה אכן סובר שעונשה של האישה במקרה שבמשנה ובתוספתא הוא ארבעים מלקות, ודבריו במשנה לא נאמרו אלא לשיטתו של תנא קמא. דעה זו מרחיקת לכת לכאורה משום שהיא משווה את עונשה של אישה שמבחינה אובייקטיבית לא עשתה מעשה עבירה, לעונשה של אישה שהפרה במזיד את נדר הנזירות. לא מן הנמנע שקושי זה הוא הרקע להגהת התוספתא בידי ר"ד פארדו ולפירושו של הר"ש ליברמן. יתרה מזאת, יש לשים לב שגם אם התוספתא מחייבת רק במכת מרדות, כדעתם של הר"ד פארדו והר"ש ליברמן, עדיין עולה ממנה שאישה זו, אף שלא עברה עבירה אלא לפי מחשבתה, היא נענשת בפועל בידי בית הדין. מדברי התוספתא למדנו שאדם שחשב לעבור עבירה ואף עשה את מעשה העבירה – אך לא עבר על העבירה בפועל משום שנסיבה הכרחית לא התקיימה – ייענש בידי בית הדין בעונש של תורה, או לכל הפחות בעונש מדברי סופרים, אף אם מבחינה אובייקטיבית לא נעברה עבירה בפועל.

(ב) מכת מרדות – גמול או הרתעה

אומנם ניתן לפרש שבמקרה הנידון במשנה, מאחר שמבחינה אובייקטיבית לא נעברה עבירה, האישה פטורה מענישה שמטרתה לגמול לה על מעשיה. מכת המרדות שבה היא מתחייבת לדעתו של ר' יהודה, אינה באה כעונש על המעשה שנעשה אלא כהרתעה בלבד. לשון אחרת, מאחר שראינו שאישה זו לא חששה לעבור על איסורי הנזירות – שהרי לפי ידיעתה היא הייתה נזירה, ובכל זאת לא נשמרה באיסורי הנזירות – צריך להרתיע אותה כדי שבמקרה אחר, שבו כן יהיה איסור בפועל, היא תיזהר ולא תעבור עליו.³² ואכן, כך מפרש רש"י את חיוב מכת המרדות: "כדי להוכיחה שלא תהא מזידה", לאמור: לא כעונש הצופה פני עבר אלא כהרתעה הצופה פני עתיד. מכאן שעל מחשבתה לעבור איסור, ואפילו על המעשה שעשתה האישה, אין היא נענשת.³³

חשוב להדגיש כי גם אם יש בפירושו של רש"י כדי להסביר את דינו של ר' יהודה במשנה, אין בו כדי להסביר את דעתו של התנא שבתוספתא (לפי הגרסה שבפנינו), הסבור שהאישה לוקה מלקות ארבעים. מהתוספתא די ברור שאף שמבחינה אובייקטיבית מעשיה של האישה

32 הבחנה זו נעשתה מתוך הנחה שכעיקרון עונשי התורה לא ניתנו לצורך הרתעה אלא כתגובה על המעשה שנעשה, לצורך כפרה או מטעמי גמול וכדומה. ראו אהרון אנקר "יסודות במשפט הפלילי העברי" משפטים כד 177, בעיקר מעמ' 191 (1994). על מהות הענישה במשפט העברי ראו אליהו בן זימרה "על שיקולי ענישה בספרות השאלות והתשובות" שנתון המשפט העברי ח 7 (התשמ"א).

33 ככלל מכת מרדות נועדה להפריש את האדם מאיסור – למשל שוחטמן "מכת מרדות במשנת הרמב"ם", לעיל ה"ש 9, בעמ' 91–92; תוספות יום טוב על מסכת נזיר, משנה ג' בשם הר"ן: "ולמה קורין אותו מכת מרדות מפני שמרד בדברי תורה ובדברי סופרים"; רבי עקיבא איגר, תוספות רע"א, אות כט: "וברש"י ביבמות פכ"ס כ' מאי לוקה לא מכות ארבעים אלא ריצוי מדרבנן שנהג קלות ראש בעציו. והריב"ש בסי' צ' כתב והתוס' אמרו שגם במכות מרדות המספר מכות הם כמספר התורה אלא שאינן חזקות כמותן..."; תוספתא כפשוטה, שם: "ויש לחלק בין מכות מרדות על סירוב לקיים מצות עשה, ובין מכת מרדות על עבירה שעבר". על היחס בין מלקות של תורה למכות המרדות הניתנות מדרבנן ראו חידושי רבי עקיבא איגר, קידושין כח ע"א.

אינם עולים לכדי מעשה עבירה מושלם, מאחר שמבחינתה של האישה היא עשתה מעשה עבירה, היא נענשת על המעשה שעשתה. ממילא, גם את דעת ר' יהודה במשנה ניתן להסביר כך, לאמור: שהענישה במכת מרדות היא על המעשה שנעשה ולא רק כהרתעה לעתיד. ואכן, בהביאו את דין המשנה להלכה, הרמב"ם מטעים: "ומכין אותה מכת מרדות מפני שנתכוונה לאיסור", לאמור: העונש בא כתגובה על המעשה שנעשה בעבר ולא רק כהרתעה לעתיד.

2. התקיימותה של עבירה: "סליחה וכפרה"

(א) דיני אדם ודיני שמים

כאמור, במשנה ובתוספתא ניתן לזהות אפוא דעות שונות באשר לענישתו של מי שניסה להוציא לפועל את מחשבתו הרעה אך הדבר לא צלח בידו מחמת אי־התקיימות הנסיבות המהוות את העבירה: התנא בתוספתא המחייב את האישה מלקות;³⁴ ר' יהודה במשנה המחייבה מכת מרדות;³⁵ התנא קמא במשנה שאינו מזכיר בדבריו עונש כלשהו שבו מתחייבת האישה.³⁶

ברם יש לציין כי גם אם אין מעשיה של האישה ענישים בבית דין של מטה (כדעת תנא קמא במשנה), אין בכך כדי ללמד שלא נעברה עבירה כלל בידי האישה. במשפט העברי אנו עדים למקרים רבים שבהם מתבצעת עבירה שאין בית דין של מטה מעניש עליה. כך במקרה שנעברה עבירה במזיד אך לא התרו בעברייך כדין, הן בעבירות שעונשן מלקות והן בעבירות שעונשן מיתה.³⁷ לדוגמה, כאשר אדם הורג אדם אחר, ולא התרו בו שזוהי עבירה שעונשה מיתה – הוא פטור מעונש המיתה³⁸ אף שאין כל ספק שהוא עבר עבירה.³⁹ יש גם לא מעט מקרים שבהם נקבע במפורש כי אף שהאדם פטור בדיני אדם, הוא חייב בדיני שמים.⁴⁰

34 תוספתא (ליברמן), נזירות ג, יד.

35 בבלי, נזיר ד, כג ע"א. אפשרות שדבריו נאמרו לשיטת תנא קמא, והוא עצמו סבור כתנא שבתוספתא.

36 שם. ראו לעיל הדיון בתוספתא בפרק א.1 בשאלה אם תנא קמא ורבי יהודה שבמשנה חלוקים, או שר' יהודה בא לפרש דברי תנא קמא.

37 אורי דסברג "התראה: מקור הדין וטעמו" תחומין יב 307 (התשנ"א).

38 בבלי, סנהדרין פא ע"ב; רמב"ם, משנה תורה, סנהדרין יב, ב.

39 בבלי, מכות י ע"ב.

40 המשנה, בבא קמא ו, ד, דנה בכמה מקרים שבהם הדין הוא פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים. דומה כי מונח זה יכול להתפרש בדומה למונח: "לצאת ידי שמיים", ומשמעו אי אפשר לחייב זאת במסגרת בית דין, אולם עדיין חלה החובה לצאת ידי שמיים. החיוב בדיני שמיים הוא אפוא דרישה מוסרית גבוהה יותר, ובמעשה של גרמא אף שפטור מתשלום, יש חובה לצאת גם ידי שמיים ולשלם. אכן, יש שפסקו שלהגדרה זו יש השלכות גם לבית הדין. כך למשל במאירי, שם (מהדורת הר"י סופר), בעמ' 171–172: "ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמיים פסול הוא לעדות עד שישביב". כך גם מובא ביס של שלמה, בבא קמא ו, ו: "היכא דאיתמר חייב בדיני שמיים אף על גב דאין לבית הדין לכופו לשלם מכל מקום בדברים בלי כפיה יש לדוחקו". וראו בירור הלכה, בבא קמא נה, ע"ב (בעמ' קלג). הדעות השונות באשר למשמעות החיוב בדיני שמיים; אנציקלופדיה תלמודית, ערך "גרמא", כרך ו, תצב–תצג (התשי"ד). כמו כן קיים גם עונש של מיתה בידי שמיים. ראו יי זיכל "כרת, ערירי ומיתה בידי שמים – גדריהם"

משכך, על מנת להכריע בשאלה אם, לפי המשפט העברי, אדם שביצע ניסיון בלתי צליח עבר עבירה או לא, אין די בבחינת דינו בידי בית דין של מטה, ויש לבחון את דינו כלפי שמים. בשאלה זו עוסקת הברייתא המובאת הן בתוספתא והן בתלמודים בצידה של המשנה בנוזר שבה דנו לעיל. נדון בכך בסעיף הבא.

(ב) דינו של רבי עקיבא – נתכוון לאכול בשר חזיר ואכל בשר טלה

בתוספתא נאמר:

האשה שנדרה בנוזר היפר לה בעלה והיא לא ידעה שהיפר לה בעלה היתה שותה יין ומיטמאה למתים הרי זו סופגת את הארבעים. וכשהיה ר' עקיבא מגיע לדבר הזה היה בוכה ואמ' אם מי שנתכוון לעלות בידו בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה ואכלו צריך כפרה המתכוין לעלות בידו בשר חזיר ועלה בידו בשר חזיר על אחת כמה וכמה צריך כפרה וסליחה.⁴¹

מן התוספתא עולה כי ר' עקיבא משווה בין דינה של אישה שעברה על נזירותה בלא שידעה שבעלה הפר לה אותו קודם לכן, לבין דינו של אדם שנתכוון לעבור על איסור אכילת בשר חזיר ואף אכל את הבשר בחושבו שהוא בשר חזיר, אלא שבדיעבד התברר שמדובר בבשר טלה המותר באכילה. הדמיון בין המקרים בולט: בשניהם אדם ניסה לעבור עבירה, עשה כל שביכולתו כדי לבצעה, אלא שלא עלה בידו מחמת אי-התקיימות הנסיבות המהוות את העבירה, היינו ניסיון בלתי צליח. ברם למרות דמיון זה ולמרות ההשוואה שעורך רבי עקיבא בין מקרים אלו, אין הוא משווה את דינם לחלוטין, כדלהלן: בדין הראשון שמוזכר בברייתא שבתוספתא נאמר שהאישה חייבת מלקות בבית דין של מטה. בנסיבות אלו אך מתבקש היה שר' עקיבא, הלומד את דינו של מי שנתכוון לעלות בידו בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה מהדין הראשון האמור בתוספתא (וכפי שעולה מלשון הברייתא המדגישה "כשהיה מגיע לדבר הזה"), היה מגיע למסקנה שאף האוכל בשר טלה, בחושבו שזהו בשר חזיר, נענש בבית דין של מטה בעונש מלקות כדינו של האוכל בשר חזיר. ברם ר' עקיבא אינו מציין אלא שהוא "צריך סליחה

מגל יא 203 (התשנ"ה); יעקב רבינוביץ "ויך את המצרי": בענין מיתת ב"ד ומיתה בידי שמים" פרת יוסף – עיונים לכבוד הרב ד"ר יוסף שפרן נא (התשנ"ב).

41 בהקשר זה חשוב לציין כי אנו יוצאים מנקודת הנחה שקיימת קורולציה בין שתי קביעות אלו, לאמור: משמעות הקביעה כי אין הקב"ה מצרף מחשבה למעשה היא לא רק שאין בית דין של מעלה מענישים במקרה של מחשבה בלבד, אלא שגם האדם אינו זקוק לסליחה וכפרה. ומנגד, מי שזקוק לסליחה וכפרה אינו "נקי" מדינו של מקום. אומנם ראו דברי ר' יהודה אסאד בתשובה בשו"ת יהודה יעלה, חלק ב, אה"ע-ח"מ, סימן רנה, הסבור כי העובדה שאדם "צריך סליחה וכפרה" אינה מלמדת בהכרח שהוא ייענש בדיני שמים, אם לא יזכה לסליחה וכפרה אלו. בלשונו: "אבל האודאייפה הבאת ראי' דעכ"פ הוא צריך כפרה על מחשבתו שהיתה לשעה כמ"שוד' יסלח לה, והיינו בלא שום חיוב עונש לא בידי אדם ולא בידי שמים, ונ"מ שצריך לעשות תשובה להגן על יומן הייסורי...". אך על דבריו יש להעיר, שאם אין על העבריין "שום חיוב עונש" גם "לא בידי שמים", מה היא אפוא משמעות הייסורים שיבואו עליו אם לא יעשה תשובה. וכי ייסורין לאו עונש בידי שמים הם?!

וכפרה", היינו שמעשיו אינם ענישים בבית דין של מטה, והוא נדרש רק לכפרה של האל. הא ותו לא. לאמור, בניגוד לדינה של האישה, האוכל בשר טלה בחושו שבמדובר בבשר חזיר, אינו נענש בעונש מלקות כדינו של האוכל בשר חזיר ממש, וכדינו של כל מי שעובר על מצוות לא תעשה שאין עונש אחר בצידה.⁴²

(1) מקור הדין

דברי ר' עקיבא המובאים בברייתא שבתוספתא נזכרים הן בסוגיית הירושלמי והן בסוגיית הבבלי העוסקות בביאור המשנה שבמרכז דיוננו. ברם מהברייתא כפי שהיא מופיעה לפנינו בתוספתא עולה כי ר' עקיבא הגיע למסקנתו על סמך הדין הנזכר בתוספתא העוסק באישה שנדרה בנזיר, ואילו בברייתא המובאת בתלמוד הבבלי סמך ר' עקיבא את דבריו לפסוק העוסק בדין זה:

ת"ר: "אישה הפרם וה' יסלח לה"⁴³ – באשה שהפר לה בעלה והיא לא ידעה הכתוב מדבר, שהיא צריכה כפרה וסליחה. וכשהיה מגיע רבי עקיבא אצל פסוק זה היה בוכה, ומה מי שנתכוון לעלות בידו בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה – טעון כפרה וסליחה, המתכוון לעלות בידו בשר חזיר ועלה בידו בשר חזיר – על אחת כמה וכמה!⁴⁴

מעיון בברייתא זו עולה בבירור שדברי ר' עקיבא במקורם נאמרו בסמיכות לפסוק ולא בסמיכות לדין כפי שהוא מוזכר בתוספתא. ברור גם שדברי ר' עקיבא לא נסמכו לדין האמור במשנה, שהרי במשנה לא נאמר דבר על חיובה של האישה שעברה על נדרה אחר שהופר בידי בעלה שלא בידיעה. אדרבה, במשנה רק נזכר שהיא פטורה ממלקות, וממילא לא היה ר' עקיבא יכול ללמוד מהמשנה שהאישה צריכה סליחה וכפרה במקרה זה.

נראה אפוא כי דברי ר' עקיבא נאמרו במקורם בסמיכות לפסוק שבמקרא, וכפי שכאמור, הדבר בא לידי ביטוי בברייתא המובאת בסוגיית הבבלי: "וכשהיה מגיע ר' עקיבא אצל פסוק זה". מסקנה זו עולה גם משימושו של ר' עקיבא בביטוי "סליחה וכפרה" העולה בקנה אחד עם לשון המקרא "וה' יסלח לה".⁴⁵ סמיכת דברי רבי עקיבא לדין בתוספתא אכן מעוררת את הקושי הנזכר באשר לחוסר השוויון שבין הדינים, קושי שאינו קיים אם דברי רבי עקיבא נסמכו במקורם לפסוק שבמקרא.

42 קושי זה יש בו אולי כדי לחזק את דבריהם של בעל ה"חסדי דוד" ושל הר"ש ליברמן, שלפיהם התנא של הברייתא בתוספתא סבור כדעתו של ר' יהודה במשנה, היינו שהאישה לוקה מכת מרדות ולא מלקות מן התורה. אולם גם אם נקבל את טענתם כי כוונת התנא שבתוספתא היא שהאישה לוקה מכת מרדות (או שמא אף יש לגרוס כך בתוספתא, כטענת ה"חסדי דוד"), אין בכך כדי להסביר מדוע לא למד ר' עקיבא שהמתכוון לאכול בשר חזיר ואכל בשר טלה נענש במכת מרדות וצ"ע רק שהוא צריך סליחה וכפרה.

43 במדבר ל 13.

44 בבלי, נזיר כג ע"א.

45 במדבר ל 9

(2) החידוש שבדברי רבי עקיבא

כך או אחרת, יש להבין מהו החידוש שבדברי ר' עקיבא שמי שנתכוון לאכול בשר חזיר ואכל בשר חזיר צריך סליחה וכפרה, עד שהיה צריך ללמוד דין זה בקל וחומר מהאמור בפרשת נדרים, והלא זהו דין ברור ופשוט – שהאוכל בשר חזיר עבר על האמור בתורה, ומשכך הוא צריך סליחה וכפרה ככל העובר על אחד מאיסורי תורה. יתרה מזאת, המתכוון לאכול בשר חזיר ואכל בשר חזיר אינו נפטר בסליחה וכפרה בלבד, והוא נענש בעונש המלקות. תירוצים שונים נאמרו בעניין זה.⁴⁶ ברם מעיון בהמשך סוגיית התלמוד ניתן להבין כי רבי עקיבא התייחס לסיטואציה מסוימת, ובהקשר זה אמר את דבריו. נבאר את כוונתנו.

(3) הדמיון לאשם תלוי

התנא של הברייתא שהובאה בסוגיה הבבליית שם, אחר שהזכיר את דברי ר' עקיבא, סמך להם דין נוסף שבו ראה דמיון לדינו של ר' עקיבא:

כיוצא בדבר אתה אומר: "ולא ידע ואשם ונשא עונו"⁴⁷ – ומה מי שנתכוון לעלות בידו בשר טלה ועלה בידו בשר חזיר, כגון חתיכה ספק של שומן ספק של חלב, אמר קרא ונשא עונו, מי שנתכוון לעלות בידו בשר חזיר ועלה בידו בשר חזיר – על אחת כמה וכמה! איסי בן יהודה אומר: ולא ידע ואשם ונשא עונו – ומה מי שנתכוון לעלות בידו בשר טלה ועלה בידו בשר חזיר, כגון שתי חתיכות אחת של חלב ואחת של שומן – ונשא עונו, המתכוון לעלות בידו בשר חזיר ועלה בידו בשר חזיר – על אחת כמה וכמה! על דבר זה ידו הדווים.

בפסקה שלפנינו עוסקת הברייתא באדם שלפניו מאכל שיש בו ספק איסור (בין שמדובר בחתיכה אחת שאין ידוע מה טיבה – אסורה או מותרת – ובין שמדובר בשתי חתיכות שאחת מהן בוודאי אסורה ואין ידוע מהי) והתעלם מן הספק ואכל את המאכל, ועתה אינו יודע אם עבר איסור אם לאו. אדם זה על פי דין התורה חייב להביא קורבן אשם תלוי.⁴⁸ לפי דברי הברייתא, אדם זה "נושא עונו" גם בשלב שבו טרם נתברר אם בפועל אכל איסור או היתר, וגם אם הדבר לא יתברר לעולם. לחלק מהדעות החיוב בקורבן הוא גם אם בסופו של דבר יתברר

46 ראו הרב חיים דב אלטוסקי חידושי בתרא יש מקשים במסכת נזיר קצו–קצח (התשמ"ה): "יש דמקשים דמה חידושו, פשוט שיש איסור, ואולי י"ל דמיירי כגון שרצה לאכול חתיכה אחת של בשר חזיר ועלה בידו חתיכה אחרת של בשר חזיר. והנה פירוש זה מתאים לפי לישנא שר"ע דנתכוון "לעלות בידו" בשר חזיר 'ועלה בידו' בשר חזיר, דשפיר י"ל דכוון לעלות אחת והעלה אחרת. אבל המאירי ז"ל לא ציטט לישנא דר"ע והשמיט 'ועלה בידו'... מי שנתכוון לאכול בשר חזיר ואכל בשר חזיר על אחת כמה וכמה... ולכאורה צ"ל דהמאירי מפרש כונת ר"ע שבא להבהיר חומר האיסור להרהר בעבירה ולהוציאה לפועל. דאם בהרהור בלבד בלי מעשה טעון כפרה, עד כמה מתרבה החטא כשמוסיף גם הלמעשה". וראו גם התירוץ המובא בחידושי גאונים על העין יעקב בשם איי הים המובא להלן בטקסט ליד ה"ש 73.

47 ויקרא ה 17.

48 ויקרא ה 17–19; רמב"ם, משנה תורה, שגגות, פ ח; אנציקלופדיה תלמודית, ערך "אשם תלוי", כרך ב, רעד–רעד (התשי"ב).

ששפר מזלו והוא אכל את החתיכה המותרת.⁴⁹ לדברי התנא של הברייתא, מקרה זה דומה לדינו של ר' עקיבא "מי שנתכוון לעלות בידו בשר טלה ועלה בידו בשר חזיר", וכפי שמורה הלשון "כיוצא בדבר אתה אומר", היינו שמדובר בשני מקרים דומים. לאמור, גם במקרה זה עבר האדם על איסור, והוא צריך "סליחה וכפרה" גם אם מבחינה אובייקטיבית לא נעשו היסודות העובדתיים של העבירה כולם.⁵⁰

ברם דמיון זה אינו נהיר דיו, שכן הן במקרה הנידון במשנה ובתוספתא (האישה שנדרה בנזיר) והן בדינו של ר' עקיבא (המתכוון לאכול בשר חזיר וכו') עובר העבירה מתכוון לעבור איסור, ומנקודת מבטו לאור כל הנסיבות הידועות לו הוא אכן יעבור איסור בעשייתו. כך האישה הנזירה השותה יין ומטמאת למתים אינה יודעת שנדרה הופר בידי בעלה, וכך האוכל – בדינו של ר' עקיבא – סבור בטעותו שלפניו בשר חזיר. לא כן במקרה הנידון בסיפה של הברייתא, שם האוכל אינו מתכוון לאכול איסור. הוא אומנם מודע לקיומו של ספק במאכל, אך הוא מקווה שיעלה בידו ההיתר. לו ידע אותו אדם בוודאות כי לפניו דבר איסור – מן הסתם לא היה אוכל. ומבחינה זו מעשהו חמור פחות.

כך גם במקרה הנידון במשנה ובתוספתא ובדברי ר' עקיבא, בסופו של דבר לא נעשה כל "מעשה" עבירה – נדרה של האישה הופר, והתברר שהאוכל אכל בשר טלה. חטאו של ה"עבריין" נותר אפוא בעיקר במחשבתו, בנכונותו לחטוא ובניסיונו לעשות כן. לא כן במקרה הנידון בסיפה של הברייתא, שבה העבריין עשה "מעשה" אסור, מאחר שהתורה אסרה באכילה את המאכל שהתעורר בו ספק מצד עצמו ולא רק מחמת החשש שמא יעלה בידו איסור ודאי. במקרה זה האדם עשה "מעשה" איסור גם אם במחשבתו ציפה שיעלה בידו דבר היתר. אכן, בדברי הסוגיה עצמה נידונו הבדלים אלו שבין המקרים,⁵¹ אלא שהבדלים נידונו כדי להסביר את הצורך של בעל הברייתא להזכיר כל אחד מהמקרים ואת החידוש שבו, אך בעל הסוגיה לא ראה בהבדלים אלו שהם מערערים את התשתית לעצם ההשוואה בין המקרים.

דומה כי עצם ההשוואה של דין אשם תלוי לדינו של ר' עקיבא מלמד כי ר' עקיבא לא אמר את דבריו על אדם שהתכוון לאכול חזיר במזיד מתוך רצון בתוצאה ובידיעה ודאית שהבשר המונח לפניו הוא בשר חזיר. כאמור, במקרה כזה אין כל צורך בקל וחומר (כלשון רבי עקיבא: "על אחת כמה וכמה") וחיובו פשוט וברור. ר' עקיבא דן באדם שלא ידוע לו בוודאות שלפניו

49 כריתות ו, א.

50 יש להדגיש כי מקרים אלו מובחנים ממקרה של חיוב בקורבן חטאת. חטאת מביא אדם שעבר איסור במחשבה שהוא עושה דבר מותר, ואילו במקרים הנידונים כאן האדם סבור במחשבתו שהוא עושה איסור כשלמעשה הוא עושה מעשה מותר.

51 בבלי, נזיר כג ע"א: "וכל הני למה לי? צריכין, דאי תנא גבי אשה, התם הוא דבעיא כפרה וסליחה, משום דמעיקרא לאיסורא איכוון, אבל חתיכה ספק של חלב ספק של שומן, דלהיתרא איכוין – לא בעי כפרה וסליחה", לאמור: ההבדל הוא בכוננתו של העבריין – במקרה של האישה היא התכוונה לאיסור, ואילו האוכל התכוון להיתר. שם: "ואי איתמר הדא, דאיכא איסורא, אבל אשה דהפר לה בעלה, דהתירא – לא תיבעי כפרה וסליחה; ואי איתמר הני תרתני, הוה אמינא הני תרתני הוא דסגי להון בכפרה וסליחה, דלא איקבע איסורא, אבל שתי חתיכות אחת של חלב ואחת של שומן, דאיקבע איסורא – לא סגי ליה בכפרה וסליחה, קמ"ל דלא שנא", לאמור: ההבדל הוא ב"מעשה" האיסור – האישה בפועל אכלה דבר היתר, ואילו האוכל אכל דבר שנקבע איסורו.

בשר חזיר והוא גם אינו משוכנע בכך. הוא אומנם "מתכוון לאכול בשר חזיר" ורוצה בכך, אך לולי חידושו של ר' עקיבא לא היה בכך די כדי לחייבו. על מנת שאדם יעבור עבירה במזיד הוא צריך להיות מודע לכך שמעשיו, בצירוף הנסיבות הקיימות לפניו, מקימים את מעשה העבירה. כל עוד האדם לא היה משוכנע שמעשיו והנסיבות הקיימות מאפשרים לו לעבור את העבירה – הוא אינו נחשב לעבריין במזיד גם אם התכוון ורצה לעבור עבירה, אלא לכל היותר למי שהסתכן ונהג בקלות דעת נוכח האפשרות שיעבור עבירה. לשון אחר: לולי דברי ר' עקיבא, היינו סבורים שאדם המתכוון ורוצה לעבור עבירה אך אין הוא משוכנע שהנסיבות שלפניו מאפשרות לו לעשות זאת, לא היה ניתן להגדירו עבריין הפועל במזיד. חידושו של ר' עקיבא הוא אפוא כי אין צורך בידיעה ודאית בדבר התקיימות הנסיבות המקימות את העבירה, אלא די בכך שקיים בפני האדם חשד כי מדובר בנסיבות המהוות עבירה, והוא פועל בנסיבות אלו מתוך מגמה לעבור עליה, כדי שהדבר ייחשב לביצוע עבירה.⁵²

בדברים אלו יש להבהיר את החידוש שבסיפה של דברי ר' עקיבא, בדינו של מי שנתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר חזיר, אך אין בהם כדי לתת טעם לדין האמור בתחילת דבריו של ר' עקיבא, העוסק במי שנתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה. מדין זה כמו גם מהדין האמור במשנה ובתוספתא (האישה שנדרה בנוזיר וכו') עולה כי אדם המתכוון לעבור עבירה, ומחשבתו זו מלווה בעשיית מעשה שלפי מחשבתו הוא מעשה עבירה – נחשב למבצע עבירה גם אם בפועל מבחינה אובייקטיבית לא התקיימו הנסיבות לביצוע אותה עבירה. מהמשנה ומהתוספתא אף עולה כאמור שניתן להעניש בבית דין של מטה במצב דברים שכזה. דין זה דורש אפוא הסבר, מאחר שכפי שהזכרנו לעיל, עבירה מורכבת ממעשה עבירה וממחשבה פלילית בעשייתה. ממילא נשאלת השאלה מדוע זקוקה האישה במקרה הנידון במשנה ובתוספתא לסליחה וכפרה אחר שהתברר שבשעת שתיית היין היא לא הייתה נזירה כלל, ומדוע נזקק לסליחה וכפרה מי שנתכוון לאכול בשר חזיר ואכל בשר טלה. על מחשבת העבירה אי אפשר להעניש מאחר שכאמור, אין מענישים על דברים שבלב, ועל מעשה העבירה אין להעניש היות שבפועל לא נתקיימו התנאים לקיומה של עבירה.

ב. ניסיון בלתי צליח – הרציונל

הדין סביב שאלת הניסיון הבלתי צליח במשפט העברי ובהלכה וגם הסוגיה במסכת נזיר העוסקת בעניין זה לא זכו להתייחסות נרחבת בספרות הראשונים והאחרונים, לא במסגרת

52 ההדגשות והפיסוק שלנו. דין דומה קיים במשפט הישראלי, בסעיף 20 לחוק העונשין, הקובע כי "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם". לאמור, אדם העוצם עינו במתכוון מלראות עובדה כלשהי נכוחה, כמוהו כיודע את אותה עובדה. סעיף זה מאמץ למעשה את הקונסטרוקציה של "עצימת עיניים", שהייתה מקובלת גם עובר לתיקון 39 לחוק העונשין. בפסיקה ראו למשל ד"נ 8/68 המטפרסט נ' היועמ"ש, פ"ד כב(2) 536 (1968); ע"פ 228/87 כרמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 332 (1987); ע"פ 538/89 ורשבסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 870 (1968); ע"פ 5689/92 מן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.10.1994).

הספרות הפרשנית לתלמוד ולא במסגרת השאלות והתשובות. כמו כן בחלק מהמקורות שבהם כן מצאנו התייחסות לסוגיה היה העיסוק בסוגיה מנקודת מבט תאולוגית ולא דווקא הלכתית-מעשית. בשל העובדה כי דיוננו מתמקד אף הוא, במסגרת זו, בפן המהותי של הדין ולא בשאלה המעשית, לא נמנענו מלכלול גם במקורות אלו בעיונינו. למותר לציין כי למהות של הדין יש השפעה על ההכרעה המעשית במקרים שונים. עיוננו העלה כי ניתן לזהות ולאפיין שלוש גישות שונות לניסיון בלתי צליח: גישה אחת רואה במחשבתו הרעה של העבריין ובכניעה ליצרו הרע את הנקודה העיקרית והמכרעת לביצוע עבירה; גישה אחרת מדגישה אף היא את מחשבת העבירה כעיקר אך רואה במעשה העבירה ביטוי חיצוני לגיבושה או חשיפתה של מחשבה זו; בניגוד לשתי גישות אלו, השמות את המחשבה במרכז, יש מי שראה דווקא במעשה העבירה את העיקר.

1. גישה א – "להשביע את יצרו"

ר' מנחם המאירי כותב בפירושו לסוגיה הבבליה במסכת נזיר:

אסור לאדם להדריך יצרו לשום הרהור עבירה שהרהור מביא לידי מעשה, וכל שהרהור בעבירה והשביע את יצרו מצד הרהורו אף על פי שנודמן לידו דבר היתר, הואיל ועשה מעשה במחשבת עבירה עון הוא וצריך כפרה... והוא שאמרו כאן אישה הפרם וה' יסלח לה במה הכתוב מדבר, באשה שנדרה בנזיר והיפר לה בעלה והיא לא ידעה שהפר לה והולכת ושותה יין ומיטמאה למתים ואע"פ שהפר לה בעלה צריכה כפרה, הה"ד וה' יסלח לה...⁵³

מדבריו עולה כי הכוונה הרעה היא העומדת ביסוד ענישתו של אדם, אך בכוונה גרידא אין די כל עוד האדם לא "השביע את יצרו". האדם מונע מכוחות שונים: יצר טוב ויצר רע, וענישתו של אדם היא על שנכנע ליצרו הרע, פעל בכוונה רעה על פי עצתו והגיע לכדי סיפוק עם השלמת המשימה שבה חפץ יצרו הרע. לכן כל עוד לא מימש האדם את כוונתו הרעה בשלמותה בפועל, הוא עדיין לא "השביע" את יצרו. אולם במקרה שהאדם סבור שהוא הצליח להוציא לפועל את מחשבתו הרעה בשלמותה, ולו רק מבחינתו שלו, הוא למעשה נכנע ליצרו הרע בשלמותו. תחושותיו הלוא נוצרות לפי תודעתו, ומנקודת מבט זו מעשה העבירה הושלם, ובשלב זה הוא חש תחושת סיפוק מלאה, ועל כך יש צורך בכפרה.

משכך, אדם שיצרו מפתהו לאכול בשר חזיר, כל עוד לא אכל כלל, אזי אף אם עשה מאמצים מרובים, הוא עדיין לא "השביע את יצרו הרע". לעומת זאת כאשר אכל בשר בחושבו שהוא בשר חזיר, הרי שהוא "השביע" בכך את יצרו, ושוב אין משמעות לשאלה אם אכן היה הבשר בשר חזיר או שהיה בשר טלה. האדם נענש אפוא על שהביא את כוונתו הרעה לידי מעשה מושלם (לפי דעתו) ובכך הוציא לפועל את כוונתו הרעה בשלמותה ונכנע ליצרו הרע.

53 בית הבחירה, נזיר כג ע"א. וכך כתב גם בפירושו בית הבחירה לקידושין פא ע"ב.

יש לשים לב כי לפי האמור, "ניסיון בלתי צליח" תלוי בתפיסתו של המבצע את העבירה שביצע, ובין היתר את התמונה המצטיירת לעיניו בכל הנוגע להשלמתה. אם המבצע סבור לפי תפיסתו המוטעית כי כל יסודות העבירה הושלמו, והוא למשל אכל בשר חזיר, הוא יענש. לעומת זאת אם המבצע גילה עוד לפני שסבר כי הוא השלים את העבירה כי אינו יכול להשלימה, או כי לא עלה בידו להשלימה, למשל במקרה שבו הוא החטיא ולא פגע באדם שביקש להרוג, הוא יהיה פטור. הבחנה זו אינה תואמת בהכרח את ההבחנה המקובלת במשפט הכללי בין "ניסיון צליח" ל"ניסיון בלתי צליח", שכן במשפט הכללי "ניסיון בלתי צליח" נוצר בשל אי-קיום אוביקטיבי של היכולת לבצע את העבירה בלא תלות בשאלה אם לאחר שביצע את העבירה העבריין סבור, לפי ראייתו המוטעית את המציאות, כי השלים את מעשה העבירה, אם לאו.

אומנם לפי שיטה זו ניתן להסיק כי מי שנתכוון להרוג את חברו, ירה בו ופגע אלא שלבסוף התברר כי חברו כבר לא היה בין החיים זה מכבר ("ניסיון בלתי צליח"), מעשהו חמור משל מי שירה בחברו על מנת להורגו והחטיא, או אפילו פגע בו, אך הרופאים הצליחו להציל את חייו ("ניסיון צליח"). ייתכן אפוא שבמקרה השני אין העבריין נדרש אף לא לסליחה וכפרה. להבחנה בין מקרה זה של ניסיון צליח למקרה שבו אנו עוסקים עתה, נתייחס להלן בפרק ג.

2. גישה ב – "סוף מעשה במחשבה תחילה" – המעשה כביטוי למחשבה

המצדדים בגישה זו רואים במחשבת האדם המלווה לכל מעשה ומעשה שהוא עושה, את הרכיב החשוב והדומיננטי ממעשה המצווה או העבירה עצמו, יהא זה מעשה מצווה או מעשה עבירה. הרעיון שביסוד תפיסה זו הוא ראיית החלק השכלי שבאדם כמרכיב העיקרי בהווייתו, וממילא גם ביחסיו עם אלו. כדברי רבינו בחיי שצוטטו לעיל: "...והדין הזה יורה שהלב עקר האדם ועקר כל המצות וכל העבירות... וכן לענין המצות הכל תלוי בלב, שאם עשה מצוה ולא נתכוון בה בלבו לעשותה לשם שמים אין לו שכר מזה, שיצטרך האדם שיתכוון במצות לעשותה לשם שמים...".

כאמור, מכללי היסוד של המשפט העברי והמשפט המודרני הוא שמחשבה רעה בלבד, כשאינה היא יוצאת אל הפועל בעשייה כלשהי – אינה ענישה לא בבית דין של מטה ואף לא בבית דין של מעלה, אולם דברי חז"ל אלו לא באו לשלול את החומרה שבמחשבה הרעה, אלא רק לומר שעד שהאדם לא הוציא לפועל את מחשבתו הרעה במעשה גלוי וכבד משקל, יש בכך כדי ללמד שמחשבתו הרעה אינה כנה והחלטית דייה, ומשום כך היא גם אינה בת-ענישה. ייתכן גם שלכל הפחות, במה שנוגע לענישה על המחשבה בידי בית דין של מטה קיימת גם בעיה ראייתית, כדברי מהר"י אסאד בשו"ת יהודה יעלה "דמי יחייבהו על המחשבה שאין מכיר בו אלא הקב"ה, דאטו אנן בתונוי דליבי' יתבינן (=האם אנו יושבים בחדרי הלב)?!"⁵⁴

54 שו"ת יהודה יעלה (אסאד), חלק ב, אבן העזר, חושן משפט, סימן רנה. גם במשפט הכללי קיימים רציונלים שונים לכלל שאין עונשין על דברים שבלב. חלקם בדגש על ההיבט הראייתי – בקושי להוכיח השקפות וכוונות, ורובם בהיבט המהותי, ועימם ניתן למנות את זאת המציינת כי סכנה לציבור נוצרת רק כאשר האדם מוכיח יכולת להוציא מהכוח אל הפועל את ייחוס השלילי לערכים

באותה מידה גם לא כל גילוי חיצוני יש בו כדי להצביע על רצינות הכוונה. גם אם אדם עסוק בהכנות לביצוע העבירה, עדיין אין בזה כדי להעיד על רצינותו, על החלטיותו ועל כנותה המוחלטת של מחשבתו הרעה, מאחר שאפשר שככל שיקרב מועד הביצוע, יתברר שאין בכוחו הנפשי לעשות את המעשה,⁵⁵ או שרצונו בביצוע המעשה אינו מושלם. ברם אם פעל האדם פעולה מושלמת, כאשר על פי הידוע לו, יש במעשים אלו כדי להוציא את כוונתו הרעה אל הפועל, אזי הוא ייענש גם אם בפועל מעשיו לא צלחו. העונש שיקבל במקרה זה הוא על הכוונה ולא על המעשה או התוצאה שבאו (או לא באו) בעקבותיה.

מהר"י אסאד מנמק באחת מתשובותיו לבנו במפורש את הצורך בסליחה וכפרה במקרה מעין זה על מחשבתו הרעה של העבריין. באותה תשובה דן מהר"י אסאד בדינו של אדם שבא על אישה בסוכרו שהיא אשת איש, אך התברר בדיעבד שזו הייתה אשתו.⁵⁶ בתשובתו הוא

המוגנים באמצעות דיני העונשין, ואת ההנחה הבסיסית שביסוד משטר דמוקרטי כי האידיאולוגיה ורגשותיו של האדם כלפי ערכי החברה הם נחלתו הפרטית ואינם מענייניו של המשפט, וודאי שאינם בתחום הסדרתו של המשפט הפלילי. במדינה מתוקנת אין כל אינטרס חברתי להתוות באמצעי כפייה משפטיים כיוונים או דפוסי חשיבה, כל עוד הם אינם באים לידי מימוש בהתנהגות חיצונית, הגלויה לעין, של בעליהם. ראו פלר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 31 ואילך.

55 ואכן, הצבת הגבול בין שלב ההכנה לבין שלב הניסיון אינה פשוטה כלל ועיקר, והיא מהשאולת הקשות שכל שיטת משפט מתמודדת איתן. בפסיקה הישראלית, כמו גם בפסיקה של מדינות רבות אחרות, מוכרים מבחנים שונים לקביעת קו הגבול בין ההכנה לבין הניסיון, אך הגדרה ברורה אין בנמצא, ונראה שגם לא תוכל להיות. כדוגמה ניתן לציין את מבחן הפעולה הראשונה (James F. Stephan, A Digest of Criminal Law 26 (8th ed. 1947); R. v. Osborn, (1919) 84 J. P. 63; ע"פ 180/83 סרור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 444 (1984); ע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 183 (1994)); מבחן המעשה האחרון (R. v. Eagleton, (1843) All E.); ע"פ 121/65 ווינדפלד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 7 (1966); מבחן המידה הקרובה למדי (יש הרואים בעניין סרור הנ"ל כמאמץ מבחן זה); ומבחן "הסרט האילם" (זה). לסקירה רחבה של נושא זה ראו אריה קמר "על ה- ACTUS REUS של עבירת ה'ניסיון'" הפרקליט ל 464 (1976); מרדכי קרמניצר "עוד על היסוד ההתנהגותי ב'אקטוס ראוס' של ה'ניסיון' משפטים ט 274 (התשל"ט). בהקשר זה מעניינים דבריו של המהר"ל (גבורות ה', פרק יט), הרואה גם הוא בהרמת היד פעולת הכנה, והוא אף מגדיר את הגבול שבין הכנה, שאין לראות בה ניסיון, כהליכה למקום שבו תבוצע עבירת ההכאה, לבין הכנה הקרובה דייה למעשה המוגמר, כהרמת יד, עד שיש לראות בה ניסיון: "...כי הרמת יד הוא התחלת היציאה להרשיע לחבירו ולכך הוא רשע, וזה, כי אין רשע רק כאשר הוא יוצא להיות רע לבריות ובוזה נקרא רשע בהרמת יד שהרי זה יציאה להרע, אבל אם הולך להכות אין זה רשע שדרך בני אדם ללכת ממקום למקום ואין זה מוכח הכאה ורשעות ואין זה יציאה להרע. אבל הרמת יד הוא היציאה להרע..." יש לציין כי מבחן זה דומה למבחן "הסרט האילם" הנזכר, שלפיו מעשה נכנס בגדר ניסיון כשיש בהתנהגות משום צעד אפקטיבי לכיוון הביצוע, וההתנהגות מצביעה חד-משמעית על הכוונה לבצע את העבירה, בדומה לסעיף הניסיון בחוק העונשין עובר לתיקון 39 (סעיף 33): "רואים אדם כמנסה לעבור עבירה, אם הוא מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמתה..." וכפי שנקבע בעניין ווינדפלד הנ"ל, שלפיו מעשה נכנס בגדר ניסיון כאשר המעשה נעשה בכוונה לבצע את העבירה, ויש בה כדי לגלות כוונה זו (לאחר תיקון 39, סעיף 25 הרחיב את תחום הניסיון, לכיוון מבחן הפעולה הראשונה).

56 מעניינת בהקשר זה הסתפקותו אם לדמות מקרה זה לסוגייתנו או למקרה של נתכוון להרוג את הבהמה והרג את האדם. ראו דיון בעניין זה להלן פרק ג.

מציין לשבח את ההשוואה שערך בנו (השואל) בין מקרה זה למקרה הנדון בסוגייתנו: "אבל הא ודאי יפה הבאת ראי' דעכ"פ הוא צריך כפרה על מחשבתו שהיתה לשעה כמ"ש וד' יסלח לה..."⁵⁷.

ביטוי לגישה זו ניתן למצוא גם בדבריו של הר"מ פיינשטיין באחת מתשובותיו.⁵⁸ בתשובה זו עוסק הר"מ פיינשטיין בשוחט שהציע את עצמו למשרת חזנות בבית כנסת קונסרבטיבי. הרב השואל פנה אל הר"מ פיינשטיין בשאלה אם נהג כשורה באוסרו על בני קהילתו לקנות בשר מאותו שוחט. ביסוד השאלה הייתה העובדה שבפועל חפצו של השוחט לא התממש מאחר שהוא לא התקבל בסופו של דבר לאותה משרה, ועתה מעידים עליו שני רבנים שומרי תורה שכיום הוא נוהג כשורה.

הר"מ פיינשטיין כותב בתשובתו שבנסיבות העניין אין לאסור את שחיטתו של אותו שוחט, והוא מנמק:

...מאחר שעדיין לא נעשה עבריינ ממש אף שהיה זה משום שלא רצו לקבלו, מאחר דעבירה בפועל הא עכ"פ [=על כל פנים] לא עשה אף אם ידע חומר האיסור. ומשמע שלדינא לא נפסל אדם לעדות כשנתכוין לעבור על איסור דאורייתא ונזדמן שלא עבר, כהא דנתכוין לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה שמה שלא עשה האיסור לא היה מפני שלא רצה לעשות במעשה, דהא לפי מחשבתו עשה מעשה האיסור ממש שאכל בשר חזיר כיון שנדמה לו על בשר הטלה שהוא בשר חזיר, שגרע זה ממחשבה בעלמא לעשות איסור ולא נזדמן לו, שאפשר שאם יזדמן לו יתחרט ממחשבתו ולא יעשה, אבל בחשב שהוא בשר חזיר ומ"מ אכל הרי עשה גם במעשה כמחשבתו.⁵⁹

בתשובה אחרת דן הר"מ פיינשטיין בכשרותו של אדם שגזל והשיב את הגזלה מפני שבית הדין כפה עליו להחזירה ולא מרצונו שלו.⁶⁰ הרמ"פ מציין כי אין בעובדה שהגזלן השיב את הגזלה, ובכך עקר את תוצאת המעשה, כדי למחוק את העבירה, משום שעיקרה של העבירה הוא בכוננת הגזלן לגזול. ביטול תוצאת מעשה העבירה אינו מבטל את כוונת העבריין לעבור על העבירה שבבסיס העבירה, ודאי כשהדבר נעשה שלא מרצונו החופשי של העושה.

57 שו"ת יהודה יעלה (אסאד), חלק ב, אבן העזר, חושן משפט, סימן רנה.

58 שו"ת אגרות משה, חלק יורה דעה, חלק ב, סימן ו, ד"ה הנה בדבר.

59 שם (ההדגשה שלנו). עם זאת הר"מ פיינשטיין עומד על כך שאף שהמתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה צריך כפרה וסליחה, אין הוא נחשב "כעבריין ממש", ולכן למשל הוא אינו נפסל לעדות במעשה זה. ראייתו היא מהעובדה שהברייתא מציינת שרבי עקיבא בכה בלומדו דין זה. טענת הר"מ פיינשטיין היא ש"אם נחשבה (את האשה שנדרה בנוזר וכו') כעבריין ממש, שבאיש כה"ג (=כהאי גוונא) היה נפסל לעדות, לא היה שייך לבכות ע"ז, אלא ודאי לא נחשב כעבריין בזה שרצה וגם עשה מעשה כרצונו בדמיונו שעובר העבירה". לפיכך הוא מסיק בשאלה שנשאל כי מאחר שלמעשה השוחט לא הוציא לפועל את כוונתו, אף שהוא מצד מניעת אחרים, אין להחשיבו לעבריין. ומאחר שעתה הוא מתנהג כשורה, אין להחמיר עימו שלא לאכול משחיטתו.

60 שו"ת אגרות משה, חלק חושן משפט, חלק ב, סימן יב.

וא"כ מוכרחין לומר דקיום עשה דהשבה נתקיימה בהכרח אף ששילם ע"י ב"ד ונעקר הלאו ונתקן, ויהיה מתוקן מן החטא הגדול של הלאו דגזילה, אך ישאר עכ"פ עליו חטא דנתכוין לעשות חטא הגדול דלאו דגזילה שצריך ג"כ כפרה אף שנזדמן שלא נעשה החטא כהא דנתכוין לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה כדאיתא בסוף קידושין שהוא רק בתשובה, וכ"ש בגזילה שעבר ממש אף שנזדמן שנתבטלה ע"י עקירה דתשלומין ע"י ב"ד שנענש בעונש זה דנתכוין לעשות איסור.

גם מתשובה זו עולה בבירור כי הרמ"פ רואה בכוונה את המרכיב העיקרי בעבירה.⁶¹

3. גישה ג – "לא המחשבה עיקר אלא המעשה"

בניגוד לשתי הגישות הקודמות, שלפיהן כאמור עיקר ענישתם של עוברי עבירה הוא על הכוונה הרעה, קיימת עמדה אחרת שלפיה עיקר הענישה הוא דווקא על המעשה והתוצאה בניגוד לאמור, הרכיב העיקרי שבעבירה, וממילא הענישה בגינה, הוא הצד המעשי – קיומו בפועל של מעשה העבירה והתוצאה שנגרמה בעקבותיו, כשתפקיד הכוונה הוא אך להגדיר את מהותו של המעשה וחומריו, ויש בה ממילא גם כדי להשפיע על חומרת עונשו של העבריין.

לפי גישה זו, לא היה מקום להעניש, ואף לא להצריך סליחה וכפרה, אדם אשר עשה מעשה בחושבו שהוא עושה מעשה עבירה, ובפועל התברר שהנסיבות הקיימות אינן עולות לכדי מעשה עבירה. שהרי מאחר שהדגש הוא על המעשה, ובפועל לא נעשה מעשה עבירה – לא נתקיימה עבירה. שכן מאחר שהדגש בביצוע הציוויים האלוקיים כמו גם בהמתם הוא על המשמעות הריאלית המונחת בבסיסם, הרי שמקום שבו הנתונים המציאותיים אינם עולים כדי ביצוע עבירה אין משמעות לעובדה שהאדם סבור כי הוא מבצע עבירה.

לפי גישה זו, חידוש גדול חידשה התורה בפסוק "וה' יסלח לה", שעליו עמד ר' עקיבא, שכן אף שכאמור מעשה העבירה עיקר, ומעשה זה נידון מנקודת מבט אובייקטיבית לכשלוך, הפסוק מלמדנו שקיימת מעין פיקציה, שלפיה אף שבפועל לא התקיימו הנסיבות היוצרות את העבירה, מאחר שהעבריין, מנקודת מבטו הסובייקטיבית, היה סבור שמתקיימות נסיבות כאלה, ולפיהן פעל – יש להחשיבו למי שעשה מעשה עבירה.

גישה זו באה לידי ביטוי בדבריו של ר' יצחק זאב סולובייצ'יק בהסבר דברי הרמב"ם.⁶² הרמב"ם בהלכות נדרים הביא להלכה את דין משנתנו, בזו הלשון:

61 כהערה יש לציין כי ביסודן של שתי גישות אלו מונחת אפוא התפיסה כי משמעותם של מעשי האדם נבחנת לפי יחסו לציווי האלוקי. קיום מצווה מבטא נאמנות וכפיפות לצו האל, ואילו ביצוע עבירה הוא ביטוי למרד בקב"ה (נומינליזם). לפי גישה זו אין להתייחס למצוות ולעבירות כפעולות בעלות ערך פנימי הנושאות משמעות ריאלית, ארצית או שמימית. ראו יוחנן סילמן "מצוות ועבירות בהלכה – ציות ומרי או תיקון וקלקול" דיני ישראל טז, קפג (התשנ"ב); יוחנן סילמן "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם – עיונים בפילוסופיה של ההלכה" דיני ישראל ל 1 (התשע"ה).

62 בחידושו לנזיר כג ע"א.

נדרה והפר לה האב או הבעל והיא לא ידעה שהפר ועברה על נדרה או על שבועתה בזדון הרי זו פטורה ואעפ"י שנתכוונה לאיסור הואיל ונעשה ההתר פטורה, ועל זה נאמר וה' יסלח לה כי הניא אביה אותה, ומכין אותה מכת מרדות מפני שנתכוונה לאיסור.⁶³

לטענת הגרי"ז, מלשון הגמרא עולה כי הפסוק "וה' יסלח לה" בא לחייב ולחדש שהאישה צריכה כפרה על שנתכוונה לאכול בשר חזיר, ואילו מדברי הרמב"ם הנזכרים שכתב – "ואעפ"י שנתכוונה לאיסור" – עולה בבירור כי הפסוק אינו בא לחייב אלא לפטור. לאמור, לולי הפסוק היינו סבורים שהאישה תלקה ממש מחמת שנתכוונה לאיסור ואף עשתה מעשה איסור, והפסוק בא להקל ולפטור אותה מהמלקות אף שהאישה עשתה מעשה איסור. החידוש בדברי הגרי"ז הוא בהתייחסותו למקרים אלו כמקרים שנעשה בהם "מעשה איסור" (!) אף שבפועל לא נתקיימו התנאים להתקיימות העבירה, עד כדי כך שהיה צורך בלימוד מיוחד של התורה לפטור מעונש במקרה שכזה. ובלשונו:

וצריכים לומר דבאמת בנתכוין לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה, יש כאן מעשה איסור... ולפי"ז נמצא דהא דצריכה כפרה וסליחה אינו רק משום מחשבה לעשות איסור אלא באמת יש כאן מעשה איסור. ולכן ניחא דהיכא דרק חשבה במחשבה לאכול דבר אסור, לא באופן זה דנתכוין לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה, אינה צריכה כפרה, דהא דצריכה כפרה אינו משום המחשבה לעשות איסור אלא שנקרא באמת מעשה איסור אע"פ שהיה בשר טלה...⁶⁴

הגרי"ז מדגיש אפוא כמה פעמים כי העבירה נתקיימה לא בגלל מחשבת האיסור אלא בגלל מעשה האיסור. הסיבה לכך היא אותה "פיקציה", הבוחנת את מעשה האיסור דרך משקפיו של העבריין ולא דרך משקפיים אובייקטיביים. לפי גישה זו, מדובר במעשה איסור של ממש עד כדי כך שאף היה מקום להעניש את העבריין בעונש הקבוע לאותה עבירה ממש ללא חידושה של התורה לפטור במקרה זה מעונש. למשל, האישה שנדרה בנזיר והפר לה בעלה, והיא לא ידעה שהפר לה בעלה והייתה שותה יין ומטמאה למתים, היה עלינו להענישה בעונש המלקות כדין העובר על נזירותו, וכפי שאכן מצאנו דעה כזאת בתוספתא כאמור, אלא שהתנא של המשנה סבור שהפסוק "וה' יסלח לה" מיעט אישה זו ממלקות, במפורש.⁶⁵

לדברי הגרי"ז, יסוד זה, שלפיו ניתן להחשיב מעשה למעשה עבירה גם כשמבחינה אובייקטיבית אין בנסיבות הקיימות כדי להיחשב מעשה עבירה, עולה מההשוואה המובאת בתלמוד, שעליה עמדנו לעיל, בין דינו של המתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה

63 רמב"ם, משנה תורה, הלכות נדרים יב, יח.

64 חידושי הגרי"ז הלוי, חלק א, חידושים וביאורים למסכתות סוטה נזיר זבחים, ירושלים התשל"ב, מהדורת בני ברק התשנ"ג, בעמ' ע (ההדגשות שלנו).

65 וכדברי הגרי"ז כתב גם בחידושי בתרא, נזיר, בעמ' קצה. וראה גם מנחת ביכורים על התוספתא הנ"ל.

לדינו של המתחייב באשם תלוי. הגרי"ז עומד על כך שהשוואה נעשית דווקא לקורבן אשם תלוי ולא לקורבן חטאת, אף שגם המתחייב בקורבן חטאת התכוון לאכול בשר היתר. לדברי הגרי"ז, עיקר החידוש בחיוב אדם בקורבן אשם תלוי הוא שאף שמדובר במקרה של ספק, וייתכן שאין מתקיימות נסיבות המהוות עבירה, כך למשל ייתכן שהחתיכה העומדת בפני האדם הינה חתיכה של שומן ולא של חלב, אף על פי כן האוכל חתיכה מסופקת זו, נחשב לעושה מעשה איסור בוודאי.⁶⁶

חידוש התורה בדינה של האישה שנדרה בנזיר והפר לה בעלה שהיא צריכה סליחה וכפרה, דומה לחידוש התורה בדין אשם תלוי. בשני המקרים מלמדת התורה כי יש להתייחס למעשה כמעשה עבירה אף שהנסיבות אינן עולות כדי עבירה, או לכל הפחות לא ברור שהן עולות כדי כך:

וזהו דאמרינן הכא כיוצא בדבר אתה אומר באשם תלוי, דכמו בזה יסלח לה,
נכלל בזה דהוי מעשה איסור ולא דהחיוב כפרה בעד המחשבה וכהנ"ל, כמו"כ
באשם תלוי נכלל בזה דהוי גם מעשה איסור.⁶⁷

יתרונה של גישה זו על פני קודמותיה הוא בכך שיש בה כדי להנהיר את הדעות הסבורות שהאישה שנדרה בנזיר והפר לה בעלה – נענשת בפועל על ידי בית הדין, אם בעונש המלקות אם במכת מרדות. לפי הגישות הקודמות שהזכרנו, עיקרה של העבירה היא המחשבה הרעה, וכמחשבה אין היא ענישה בבית דין של מטה, גם אם יש במעשה שנעשה כדי ללמד על קיומה של מחשבה רעה ועל רצינותה וכנותה, כאמור. לעומת זאת לפי גישתו של הגרי"ז, עיקר החידוש הוא שמדובר במעשה אסור, וכמעשה הוא ראוי לענישה גם בבית דין של מטה.

4. גישה ד – "מגלגלין חובה על ידי חייב" – המעשה כביטוי למעמדו הרוחני הכולל של העבריין

דרך אחרת להסבר אי-הענישת העבריין במקרה של ניסיון בלתי צליח היא בעלת היבט תאולוגי. לפי גישה זו, לצורך ענישתו של אדם לא נכון לבחון את המעשה הספציפי שבו נידון העבריין בשעה זו כשלעצמו, אלא יש להשקיף דרך מעשה זה על מצבו הרוחני הכללי של האדם, כשהמקרה הנידון בא אף כדי לחשוף מצב כללי זה. יש אפוא לבחון את תוצאת המעשה, וכל

66 בהקשר זה מתייחס הגרי"ז לשיטתו של הרמב"ם, הסבור שספק דאורייתא נידון מן התורה לקולא, ורק חכמים החמירו בו. האחרונים נתקשו בדין זה, שהרי חיוב אשם תלוי מכוון למקרי ספק, ומכאן שהתורה היא המצריכה כפרה גם במקרי ספק. הגרי"ז מיישב, שהרמב"ם היה מודע לקושי זה, ועל כן כתב בהלכות טומאת מת פ"ט, הלכה י"ב, כי אף ש"כל הספיקות בין בטומאות, בין במאכלות אסורות, בין בעריות ושבתות אין חוששין להן אלא מדברי סופרים", מכל מקום, "דבר שחייבין על זדונו כרת – ספיקו אסור מן התורה שהרי העושה אותו חייב באשם תלוי". משמעות הדבר לפי הגרי"ז היא שחידוש הוא שחידשה תורה בדין אשם תלוי, שיש להתייחס אל מקרה של ספק איסור, בעבירות שזדונו כרת, כמעשה איסור ממש ולא רק כהחמרה מצד הספק. וזו הסיבה לחיוב באשם תלוי.

67 חידושי הגרי"ז, שם, בעמ' עא.

עוד לא נגרמה תוצאה אסורה על ידיו – אין העברייני נענש אף אם היה חפץ בכל מאורד בתוצאה האסורה ואף עשה כל שביכולתו להוציאה לפועל ולהביאה לידי גמר. כל זאת לא מטעם שאנו מייחסים חשיבות של ממש לתוצאה האסורה בפני עצמה. נהפוך הוא, התוצאה עצמה אינה מעלה ואינה מורידה בעניין מעשה העבירה הספציפי שבו נידון העברייני שבפנינו, אלא מאחר שמגלגלין חובה על ידי חייב, הרי שאם נגרמה תוצאה אסורה (=חובה) בידי אדם פלוני, על כורחנו שאדם זה בכלל אישיותו הוא בבחינת "חייב", שאם לא כן לא היה מתגלגל לידו איסור כזה שתוצאתו מחייבת מיתה. משום כך גם אם לא התרחשה התוצאה האסורה, אף אם הסיבה לאי־התרחשותה אינה תלויה בעברייני והוא מבחינתו עשה הכול כדי להשלימה – אין הוא חייב הגם שהייתה לו כוונה רעה, והוא אף עשה מעשה לפי כוונה זו. אדם זה פטור מאחר שאי־התרחשות התוצאה היא עצמה "סימן" המלמד אותנו שאדם זה אינו במדרגת "חייב", שהרי לא "נתגלגלה" על ידיו "חובה", ולפיכך אינו נענש.

לשון אחרת: התוצאה שהתרחשה בפועל היא המלמדת – בבחינת סימן ולא בבחינת סיבה – אם האדם שלפנינו, עושה המעשה, הגדיש את הסאה והגיע למדרגת "חייב", וממילא יש להענישו (שהרי נגרמה בידו "חובה" בפועל), או שמא עדיין לא הגיע למדרגה שכזו, ולכן נמנעה ממנו התוצאה האסורה. ממילא אם יצא אל הפועל מעשה עבירה על ידי פלוני, סימן שהוא הגדיש את סאתו עד שהוא ראוי לאותו העונש הקבוע למי שעבר על אותו מעשה עבירה שיצא לפועל על ידיו. לעומת זאת אם מעשה העבירה לא צלח מכל סיבה שהיא (כגון שירה בפלוני והחטיא או שהאקדח שירה בו היה מקולקל), הדבר מהווה לנו סימן שהאדם עדיין לא הגיע למדרגת "חייב", ומטעם זה לא גלגלו "חובה" על ידיו.

ביטוי לגישה זו ניתן לראות בדבריו של יוחנן ב"ר מאיר מקרמניץ, בעל "אורח מישור", לסוגייתנו.⁶⁸ בהמשך הסוגיה התלמוד מביא מימרה של רבה בר בר חנה בשם רבי יוחנן, המפרש את הפסוק "כי ישרים דרכי ה' צדיקים ילכו בו ופושעים יכשלו בו" בדרך משל: "משל לשני בני אדם שצלו את פסחיהן אחד אכלו לשום מצוה ואחד אכלו לשום אכילה גסה זה שאכלו לשום מצוה – וצדיקים ילכו בו וזה שאכלו לשום אכילה גסה – ופושעים יכשלו בו". ריש לקיש אינו מקבל הסבר זה לפסוק, משום שלדבריו, אין לכנות את זה שאכל פסח לשם אכילה גסה בשם "רשע". לכל היותר ניתן לראות בו אדם שלא קיים מצווה מן המובחר. על כן מביא ריש לקיש משל משלו להסבר הפסוק: "משל לשני בני אדם זה אשתו ואחותו עמו וזה אשתו ואחותו עמו, לזה נזדמנה לו אשתו ולזה נזדמנה לו אחותו, זה שנזדמנה לו אשתו – צדיקים ילכו בו וזה שנזדמנה לו אחותו – ופושעים יכשלו בו".⁶⁹

על דברי ריש לקיש אלו הביא בעל "אורח מישור" את קושייתם של ר' שלמה אלגאזי בספריו רצוף אהבה⁷⁰ ותאוה לעינים,⁷¹ שהקשו מדוע סבור ריש לקיש שיש לכנות את זה

68 מאת הרב יוחנן ב"ר מאיר מקרמניץ.

69 אורח מישור, בדפוס וילנא דף עג"ב, בעמ' 146.

70 פפד"א תנב.

71 זולצבך תמו.

שנזדמנה לו אשתו בשם "צדיק", ואילו את זה שנזדמנה לו אחותו – בשם "פושע", והלא הדבר תלוי אך במזל, וכלשון ריש לקיש עצמו: "נזדמנה לו".
על כך מיישב בעל "אורח מישור" כי –

דודאי כבר עבר עבירות במזיד בהזדמנו לו עבירה כזה בשוגג כדאיתא בנדרים דף י' דאין הקב"ה מביא תקלה בשוגג לצדיקים שיוכלו להביא קרבן חטאת שאינו בא בנדבה רק בשגגת עבירה לכך חסידים ראשונים היו מתאווים להביא קרבן חטאת היו מתנדבים נזירות למקום כדי שיתחייבו קרבן חטאת...

לאמור, אכן במקרה הנידון במשלו של ריש לקיש קרה הדבר לכאורה בדרך מקרה (=נזדמנה לו), אך מאחר שהעולם נידון בהשגחה אלוהית פרטית, העובדה שלאחד "נזדמנה" אשתו ולאחר "נזדמנה" אחותו אינה מקרה כי אם נגרמה במכוון על ידי הקב"ה: ה"צדיק" – סובב הקב"ה שלא תיגרם תקלה על ידיו, ועל כן "נזדמנה" לו אשתו. לעומתו, ה"פושע" זה מכבר מעבירות קודמות – זימן לו הקב"ה תקלה על ידיו, וממנה אנו למדים שאותו אדם הוא חייב זה מכבר.⁷²

ייתכן שסמיכות משלו של ריש לקיש לסוגיית האישה שנדרה בנוזיר יש בה כדי ללמד כי הרעיון שבבסיס שני עניינים אלו דומה.

ואכן, בחידושי גאונים על עין יעקב⁷³ הביא בשם "איי הים" הסבר לחידוש של ר' עקיבא, שלמד מהפסוק "וה' יסלח לה" שהמתכוון לעלות בידו בשר חזיר, ועלה בידו בשר חזיר שהוא טעון כפרה וסליחה, שעל אודותיו דנו לעיל. בעל "איי הים" מציין:

...דעיקר למודו בזה היה למי שנתכוין לאכול בשר חזיר, כלומר. לא שלקח בשר חזיר בידו ואכל מיד (דזהו לא צריך לימוד וכמ"ש) רק שנתכוין לאכול באיזה פעם בשר חזיר. כלומר בעת שיזדמן לידו. ואח"כ קרה מקרה שלקח איזה בשר. והיה סבור שהוא בשר טלה ולא נתכוין אז לאכול בשר חזיר, רק שבאמת הענין היה זה הבשר חזיר. וא"כ היה אז באותו מעשה שוגג גמור. בזה למד ר"ע ק"ו שצריך כפרה. דמצרפינן מעשה האכילה בפועל אל כוונתו אשר היתה לו מאז מכ"ש (=מכל שכן) ממי שלא עשה מעשה האיסור בפועל. רק מחשבת איסור ומעשה היתר [ההדגשות שלנן].

הקב"ה מגלגל אפוא מעשה עבירה לידיו של אדם שבזמן כלשהו בעבר התכוון לעבור עבירה זו אך הדבר לא עלה בידו, על מנת להענישו, ואין הוא מגלגל "חובה" לידיו של אדם "זכאי". החידוש העיקרי הוא בכך שמשפט האל הדין את האדם בסקירה אחת כוללת משפיע גם על הדין הנדון בבית דין של מטה.

72 בדומה לזה פירש גם המהרש"א בחידושי אגדות שלו להוריות י ע"ב: "לכאורה מה שייך צדיק ופושע בדבר שנזדמנה לו. ויש לפרש למאי דס"ד השתא עד לא יאונה לצדיק כל און ואיירי דזה היה נתכוין לאשתו והש"י הזמין לו אשתו כי צדיקים ילכו במ וזה נתכוין לאחותו ונזדמנה לו".

73 נזיר שם, בדפי העין יעקב, עה ע"ב.

כללו של דבר, הצורך בסליחה וכפרה במקרה של ניסיון בלתי צליח נובע אם מחמת היות הכוונה עיקרה של העבירה ואם מחמת ה"פיקציה" הבוחנת את מעשה העבירה מנקודת ראותו של העבריין. הסיבה לאי-הענשתו בבית דין של מטה במקרה זה נעוצה אם בקשיים הראייתיים להוכיח את רצינות הכוונה בשל כישלוננו בפועל להוציאה אל הפועל, ואם משום שלא נתקיים התנאי לענישתו של אדם, והוא הכלל "מגלגלין חובה על ידי חייב".

ג. ניסיון צליח וניסיון בלתי צליח

עד עתה עסקנו בבירור דינו של ניסיון בלתי צליח. להלן נעסוק בניסיון צליח בתוך כדי בחינת היחס בין הדין במקרה זה לבין הדין במקרה של ניסיון בלתי צליח. ניסיון צליח הוא כאמור כאשר העבריין מבחינתו פעל להוציא לפועל את העבירה, ללא שהייתה מניעה כלשהי להוציא אותה לפועל, אולם בסופו של דבר הפעולה נכשלה. דוגמה לכך: אדם שירה בחברו על מנת להורגו והחטיא, או אדם שהשקה את חברו כוס רעל, אך בסופו של דבר הצליחו הרופאים להציל את חייו.

אכן, בניסיון בלתי צליח ראינו דעות שונות באשר לחיובו של העבריין (החל מדעות הסוברות שניתן להענישו גם בבית דין של מעלה באותו עונש הקבוע לעבירה המושלמת וכלה בדעות הסבורות שאין להענישו כלל בבית דין של מטה והוא צריך "רק" "סליחה וכפרה"), ואילו באשר לניסיון צליח, ניתן לזהות הסכמה כללית בדברי חז"ל שהעבריין המנסה פטור מעונש, לכל הפחות באשר לענישה בבית דין של מטה. מסקנה זו עולה בין היתר מהמשנה במסכת סנהדרין,⁷⁴ שם שנינו:

נתכוון להכות את הגדול והיה בה כדי להמית את הגדול והלכה לה על הקטן ומת חייב. רבי שמעון אומר אפילו נתכוון להרוג את זה והרג את זה פטור.

ר' שמעון ותנא קמא שבמשנה חלוקים באשר למידת הזדון הנדרשת לחיוב אדם בעונש מיתה בעבירת הרצח – אם די בזדון במעשה כשלעצמו, ודי בכוונה להרוג אדם, או שיש צורך גם בזדון באשר לזיהויו של הנרצח ובכוונה להרוג אדם מסוים. ברם הכול מודים שאילו התכוון להרוג את "זה" ולא הרג אף אחד, לא "זה" ולא "אחר", שהוא פטור. הרי לפנינו שאין המשפט העברי מעניש ענישה בידי אדם מי שחשב לעבור על עבירת הרציחה, ואף עשה מעשה להגשמת כוונתו זו, אלא שהדבר לא צלח בידו מחמת נסיבות שאינן תלויות בו. זאת ועוד, כאמור, יש בין התנאים הסבורים שבמקרה של ניסיון בלתי צליח קיימת ענישה אף בידי בית דין של מטה (דעת התנא בתוספתא המחייב את האישה מלקות; דעת ר' יהודה במשנה המחייבה מכת מרדות⁷⁵), ואילו במקרה של ניסיון צליח, לא מצאנו שום תנא המחייבו בעונש בבית דין של מטה.

74 סנהדרין ט, ב.

75 לעיל ציינו אפשרות שדבריו נאמרו לשיטת ת"ק והוא עצמו סבור כתנא שבתוספתא. וראו עוד בדיון לעיל בשאלה אם ת"ק ור"י שבמשנה חלוקים, או שר' יהודה בא לפרש דברי ת"ק.

כאמור, העובדה שאין ענישה במקרה שכזה בבית דין של מטה אין בה די, ויש לבחון אם במקרה זה נתקיימה עבירה. עיון במקורות השונים לא העלה התייחסות לשאלה אם מקרה של ניסיון צליח מחייב ענישה בידי שמיים, או שנדרשת במקרה זה "סליחה וכפרה". אכן, במקור אחד מצאנו שיטה הסבורה כי גם במקרה של ניסיון צליח יש צורך בסליחה וכפרה. כך נאמר במשנת רבי אליעזר, בנו של ר' יוסי הגלילי:⁷⁶

וכן את מוצא בלבן "ארמי אבד אבי". וכי הרגו? אלא כיון שחישב להרגו כאלו עשה. והרי אין הקב"ה נפרע מן האדם על ידי מחשבה אלא על ידי המעשה, שנ' "און אם ראיתי בלבי לא ישמע יי" (תהלים סו, יח). אלא שתי מחשבות [הן] מחשבה שיש עמה מעשה הרי הוא כמעשה, ומחשבה שאין עמה מעשה אינה כמעשה. כיצד? רוצח שחישב להרוג, נטל את כלי זינו ויצא ולא השיג חבירו, זו מחשבה שיש עמה מעשה, מעלין עליו כאלו הרגו. חשב ולא נטל את הזיין, זו מחשבה שאין עימה מעשה ואינה כמעשה. נואף שהערה ולא הספיק לגמור עד שנטרפו, זו מחשבה שיש עמה מעשה, לא הערה, אע"פ שהרהר בלבו, זו מחשבה שאינה כמעשה.

ברם נדמה כי גישה זו היא חריגה ואינה עולה בקנה אחד עם מכלול המקורות התנאים שבהם נזכר הצורך בסליחה וכפרה רק בנסיבות של ניסיון בלתי צליח, כפי שזכור בהרחבה לעיל. אומנם א' קרשנבאום סבור במאמר העוסק בשאלת עבירת הניסיון במשפט העברי⁷⁷ כי אין להבחין בין המקרים, והוא מסיק כי משנת התנאים מצריכה סליחה וכפרה בכל מקרה של ניסיון לעבור עבירה, יהיה זה ניסיון צליח או בלתי צליח.⁷⁸ את מסקנתו זו הוא תומך בין היתר בפירושו של המאירי לדברים המובאים בסוגיית התלמוד במסכת קידושין (מ ע"א), שם נאמר: "מחשבה טובה מצרפה למעשה שנאמר 'אז נדברו יראי ה' איש אל רעהו ויקשב ה' וישמע ויכתב ספר זיכרון לפניו ליראי ה' ולחשבי שמו'. מחשבה רעה אין הקב"ה מצרפה למעשה שנאמר "און אם ראיתי בלבי לא ישמע ה'". המאירי מפרש את המחשבה הנזכרת בדברי התלמוד הללו כמחשבה ערטילאית, "הרהור".⁷⁹ מכאן מסיק קרשנבאום: "שאילו היתה המחשבה הרעה מלווה מאמצים למשה, אז אולי היה הכתוב מעלה עליו כאילו עשאו במובן זה שהאדם היה צריך כפרה או סליחה". ברם כפי שנוכחנו לעיל, המאירי עצמו סבור כי הכפרה והסליחה נדרשות רק במקרה שהניסון הוביל למעשה מושלם, ולו מנקודת מבטו של העבריין ("נתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה"), משום שרק במקרה זה העבריין "השביע את

76 משנת ר' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי, או מדרש שלושים ושתים מדות, מהדורת הלל גרשם הימן, ענעלאו ניו יורק התרצ"ד, בעמ' 163. על הספר ראו י' נ' אפשטיין "למשנת רבי אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי" מחקרים בספרות התלמוד ובלשונו שמיית 221 (התשנ"ד); ש' ליברמן מחקרים בתורת א"י 157 (התשנ"א).

77 קרשנבאום, לעיל ה"ש 20, בעמ' 37.

78 שם, בעמ' 118 אפשויות אחרות.

79 ר' מנחם המאירי, בית הבחירה, קידושין לא ע"ב, במהדורת ר"א סופר, ירושלים התשל"א, בעמ' 202.

יצרו". ברור אפוא מדברי המאירי כי לא הושלם מעשה העבירה, אין העבריין נדרש לסליחה וכפרה אפילו לוותה המחשבה הרעה במאמצים לממשה.

הבחנה זו בין ניסיון צליח לניסיון בלתי צליח דורשת הסבר. הלוא בשני המקרים מדובר באדם שניסה לעבור עבירה ועשה כל שביכולתו להגשימה במעשה, והדבר לא עלה בידו. מדוע אפוא במקרה של ניסיון בלתי צליח עבר העבריין עבירה והוא נענש עליה, ייתכן אף בבית דין של מטה, ולעומת זאת במקרה של ניסיון צליח אין העבריין נענש בבית דין של מטה, ואף ייתכן שאינו צריך סליחה וכפרה.⁸⁰ להלן נבקש לתת מענה לשאלה זו לפי כל אחת מהגישות הנזכרות לעיל באשר ליחס שבין הכוונה למעשה בביצוע עבירה.

לאמיתו של דבר, ההבחנה בין מקרים אלו עומדת ביסוד הגישה הראשונה, הבאה לידי ביטוי בדבריו של המאירי, ולפיהם האדם נענש על ש"השביע את יצרו". לפי גישה זו, מוסברת היטב ההבחנה בין מקרה של ניסיון בלתי צליח, שבו העבריין עשה כל שביכולתו על מנת לעבור עבירה, והוא סבור שהגשמתה עלתה בידו, שאז הוא אכן "השביע את יצרו", לבין ניסיון צליח שבו העבריין נכשל בהגשמת כוונתו, גם מנקודת מבטו שלו, וממילא לא "השביע את יצרו". משכך חומרת מעשיו פחותה.⁸¹

גם לפי הגישה השלישית, הסבורה שהמעשה הוא עיקר העבירה, מוסברת היטב ההבחנה שבין המקרים. לפי גישה זו, הרכיב העיקרי שבעבירה וממילא הענישה שבגינה, הוא הצד המעשי – הקיום בפועל של מעשה העבירה, כשתפקיד הכוונה הוא אך להגדיר את מהותו של המעשה ואת חומרתו. לפי גישה זו, מובן אפוא הדין העולה ממשנת סנהדרין הנזכרת, שאין מקום להעניש את המתכוון להרוג את האדם ואף פעל לצורך הגשמת מחשבתו זו, אך הדבר לא עלה בידו מחמת נסיבות שאינן תלויות בו, שהרי בפועל לא נעברה כל עבירה. מטעם זה גם אין להצריכו סליחה וכפרה. הסיבה להענשת האישה במשנת נזיר, אף שגם שם לא נעשה מעשה עבירה בפועל, נעוצה בחידושה של המשנה, שיש לבחון את מעשיו של העבריין מנקודת מבטו של העבריין. לאמור, כאשר לפי מחשבתו של העבריין הוא ביצע מעשה עבירה, יש להתייחס לכך כביצוע בפועל של מעשה עבירה. לא כך כאשר גם לפי מחשבתו של העבריין לא בוצע מעשה עבירה. במקרה שכזה נותרנו עם הכוונה בלבד, ועל כך אין מקום להענישו.

לעומת זאת המצדדים בגישה השנייה, השמה את הדגש על הכוונה, יתקשו לתת פשר להבחנה שבין ניסיון צליח לניסיון בלתי צליח. לפי גישה זו, ענישת העבריין היא על מחשבתו הרעה, ועל כן ממילא אין מקום להבחין בין הסיבות השונות שמנעו הוצאת מחשבתו לפועל. גם האדם המנסה להרעיל את חברו בהשקותו משקה שהוא סבור שהוא רעל, ולאחר מכן התברר שהמשקה היה יין ולא רעל, וגם האדם היורה בחברו על מנת להורגו ומחטיא, שניהם התכוונו לבצע עבירת רצח ואף פעלו בגלוי ככל יכולתם להגשמתה, ויש להענישם על כוונתם זו.

80 ואכן, כאמור, המשפט הישראלי, למשל, שולל במפורש את ההבחנה בין ניסיון צליח לניסיון בלתי צליח, וקובע בסעיף 26 לחוק העונשין כי "לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו".

81 וראו על כך דברינו לעיל, פרק ב, סוף גישה א.

ואכן, כך עולה מדבריו של הר"מ פיינשטיין, שכאמור דבריו תואמים גישה זו, שלא הבחין בין שני מקרים אלו. בתשובתו שהוזכרה לעיל הוא משווה בין דינו של השוחט, אשר היה מעוניין במשרת חזנות בבית כנסת קונסרווטיבי והדבר לא עלה בידו מחמת נסיבות חיצוניות שאינן תלויות בו ("משום שלא רצו לקבלו"), לדינו של מי שנמנעה ממנו האפשרות מלכתחילה לעבור את העבירה משום שהנסיבות האובייקטיביות לא אפשרו זאת, כמי שנתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה.⁸² הר"מ פיינשטיין משווה בתשובתו בין שני המקרים ואינו רואה לנכון להבחין ביניהם. הוא קובע בכירור שבשני המקרים נעברה עבירה מאחר שהעברין עשה כל שביכולתו כדי להוציא את מחשבתו הרעה לפועל לפי הידוע לו.⁸³

ברם כפי שראינו, השוואה זו בין המקרים אינה עולה בקנה אחד עם ההבחנה הקיימת בין המשנה וסוגיית הגמרא בנוזר לבין המשנה בסנהדרין. שכן, בניגוד לאמור במשנה ובתוספתא בנוזר בנוגע לניסיון בלתי צליח, נראה כי המשנה במסכת סנהדרין פוטרת את המנסה שנכשל במעשיו מעונש בבית דין של מטה, ולא מצאנו מקור המחייבו בו דיניי שמיים או המצריכו סליחה וכפרה כפי שעולה מהשוואה שעורך הר"מ פיינשטיין.

ד. מכירת יוסף כמקרה מבחן

אחד המקרים שנזכרו בדבריהם של כמה מן האחרונים בקשר לדין זה של ניסיון בלתי צליח ("נתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה") הוא מעשה מכירת יוסף בידי אחיו,⁸⁴ אגב עריכת השוואה בין מקרה זה לדינו של רבי עקיבא. השוואה זו מצאה מקום גם בהיבט ההלכתי אך גם בהיבטים אחרים כפרשנות ופרשנות הדרוש.

למשל, בספר חידושי גאונים על ה"עין יעקב" בשם בעל "נזר הקודש"⁸⁵ תלה את הסיבה לכך שרבי עקיבא הוא שלמד את הדין של "המתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה" מהפסוק "וה' יסלח לה" בעובדה שרבי עקיבא היה אחד מעשרה הרוגי מלכות. לפי האמור במדרש,⁸⁶ מיתתם בייסורים של עשרה הרוגי מלכות נקנסה עליהם כעונש על מכירת יוסף,

82 בניגוד לדבריו של קירשנבאום, לעיל ה"ש 20, בעמ' 131, הסבור כי מדברי הרמ"פ עולה כי ניסיון בלתי צליח חמור מניסיון צליח.

83 אומנם ייתכן שניתן להבחין בין המקרים. לדעת הרמ"פ, יכול להיות שהחזון היה מתחרט ודוחה את התפקיד גם אילו נבחר. אפשרות של חרטה חסרה במקרים של האישה שנדרה והאיש שביקש לאכול חזיר. שיקול זה נדון רבות בספרות ובפסיקה הדנות בעבירת ניסיון. במקרים שבהם העובר עושה את מעשה העבירה עצמו אך חסרה נסיבה, הוא גילה את נחישות דעתו לעבור את העבירה. הוא חצה את הגבול עד שאין עוד אפשרות שיתחרט (מה שנקרא בספרות המשפטית locus poenitentiae). במקרים שבהם העובר אינו מצליח להגיע לשלב כה מתקדם בתוכניתו – למשל מישאו מונע ממנו להשלים את זממו – נותרת אפשרות שהוא היה מתחרט וחוזר בו מיוזמתו בטרם ישלים את זממו. לפעמים שיקול זה הוא ממשי. לפעמים הוא נותר תאורטי בלבד.

84 בראשית לו.

85 דף תיט ע"ב.

86 מדרש "אלה אזכרה" – עשרת הרוגי מלכות, אוצרה מדרשים (אייזנשטיין), בעמ' תלט, ד"ה כשברא הקב"ה; אלתר ולנר עשרת הרוגי מלכות במדרש ובפיוט (התשס"ה).

שבה השתתפו עשרת אחיו לבד מבנימין, אשר שהה אותה עת עם אביו. מהפסוק על אודות האישה שנדרה בנוזיר ושצריכה סליחה וכפרה על מחשבתה לעבור עבירה אף שבפועל לא נתקיימה מחשבתה מאחר שבעלה הפר לה, למד רבי עקיבא שאכן ראויים היו אחי יוסף (שר' עקיבא וחבריו באו במקומם) לעונש על מכירת יוסף אף שבסופו של דבר צמחה טובה ממעשה מכירה זה. וכמו שאמר להם יוסף לימים: "ואתם חשבתם עלי רעה אלקים חשבה לטובה למען עשה כיום הזה להחיות עם רב". בעל "נזר הקודש" מטעים כי רבי עקיבא נענש בעונש הקשה ביותר מבין עשרת הרוגי מלכות, משום שהוא היה "גלגול" של שמעון, שהיה ראש המדברים בעניין מכירתו של יוסף,⁸⁷ אשר על כן דווקא ר' עקיבא נצטער ובכה בהגיעו למקרא זה. ברם השוואה זו אינה ברורה, מאחר שבניגוד למקרה של מי שנתכוון לאכול בשר חזיר ובפועל אכל בשר טלה, שם לא נתקיימה כלל התוצאה האסורה, במקרה של מכירת יוסף כוונתם הרעה של האחים והתוצאה האסורה נתקיימה במשך שנים רבות. התוצאה הטובה באה לידי ביטוי בשלב מאוחר הרבה יותר. כשם שלא יעלה על הדעת לומר שאדם שחילל שבת ונסע למקום כלשהו לא ייענש על חילול השבת, שעשה רק בשל כך שבאותו מקום בחלוף כמה שעות ואולי ימים הוא נקלע לסיטואציה שבה הציל נפשות. בדומה לזה גם לא יעלה על הדעת לומר שמעשה העבירה שעברו האחים עם מכירת יוסף, שהיה מעשה מושלם ומוגמר הן מבחינת המעשה והן מבחינת התוצאה, יתבטל בחלוף כמה שנים רק בשל כך שצמחו ממנו תוצאות טובות. הסתייגות מהשוואה זו מצאה ביטוי בדבריו של בעל החידושי גאונים:

אף כי נראה דבריו (של בעל נזר הקודש) מתוקים אינם צדיקים. כי גם אם נאמר דדין דבשר טלה פטור, היינו מפני שאין במעשה שום נדנדד איסור דהבשר טלה כשר אכל, ולמה יומת מה עשה. ועל המחשבה אשר היה חושב כי בשר חזיר אוכל לא דיינינן כעושה מעשה. אמנם בדין המכירת יוסף, נהי דהאלהים חשבה לטובה למען החיות כו', עכ"ז עכ"פ עברו על מאמר וגנב איש ומכרו גו' מות יומת. הגע עצמך הגונב דבר להחיות א"ע (=את עצמו), אטו אינו חייב לפי שכוונתו להחיות א"ע? ! אנו אין לנו רק חיוב המעשה. ועוד, כי מלשון הש"ס נראה, כי עקר בכיתו וצערו היה על סוף מאמרו והוא שנתכוון לבשר חזיר ועלה בידו בשר חזיר ע"ש.

אכן, מלשון הפסוק עולה כי האחים אינם ראויים להיענש בידי יוסף אף שהם ראויים לעונש בידי שמיים על מעשה המכירה. בתגובתו של יוסף לחשש שביטאו האחים כי עם מות אביהם יעקב הם חשופים לענישה מצידו הוא אומר: "אל תיראו כי התחת אלקים אני. ואתם חשבתם עלי רעה אלקים חשבה לטובה למען עשה כיום הזה להחיות עם רב".⁸⁸ מדברי יוסף "התחת אלקים אני" עולה לכאורה כי הוא לא יעניש אותם, אך בבית דין של מעלה הם ראויים לעונש.

87 על הפסוק (בראשית לז 19): "ויאמרו איש אל אחיו הנה בעל החלומות הלזה בא. ועתה לכו ונהרגהו ונשלכהו באחת הבורות ואמרנו חיה רעה אכלתהו ונראה מה יהיו חלומתיו", ציין רש"י (בראשית מט 5) על פי המדרש כי הכוונה לשמעון ולוי.

88 בראשית נ 19.

מסקנה זו אכן עולה אכן בקנה אחד עם דינו של המתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה, הפטור בדיני אדם אך צריך סליחה ומחילה. ברם אין כל הכרח לפרש את הפסוק פירוש שלפיו הביטוי "התחת אלקים אני" בא לומר כי לו היה יוסף "אלוהים", הוא היה יכול להענישם, ורק מאחר שמדובר בעונש בידי אדם אין מקום להענשתם במקרה זה. רש"י למשל מפרש כי כוונת יוסף הייתה להרגיע את אחיו ולומר להם שאין לו היכולת (להבדיל מזכות) להעניש אותם, ובלשונו: "שמא במקומו אני בתמיה אם הייתי רוצה להרע לכם כלום אני יכולה לא אתם כולכם חשבתם עלי רעה והקדוש ברוך הוא חשבה לטובה, והיאך אני לבדי יכול להרע לכם". די ברור אפוא כי אין כל ראייה מן הפסוקים שאח"י יוסף לא היו ראויים לעונש בידי אדם על מעשה המכירה.

משכך, יש להבין את דברי ר' חיים בן עטר בפירושו לתורה ("אור החיים"), שהעובדה שמעשה המכירה הצמיח טובה גדולה פוטרת את אחי יוסף מעונש הן בידי אדם והן בידי שמיים, אף שכוונתם הייתה לרעה. בעיקר יש לתת את הדעת לכך שה"אור החיים" השווה את דינם של אחי יוסף למי שנתכוון להשקות את חברו כוס יין והשקהו רעל, שגם אדם זה לפי ה"אור החיים" פטור אף מדיני שמיים, ובלשונו: "והרי זה דומה למתכוון להשקות חברו כוס מות והשקהו כוס יין שאינו מתחייב כלום והרי הם פטורים וזכאים גם בדיני שמים".⁸⁹ דבריו אלו סותרים את דברי המשנה והתוספתא שהזכרנו.⁹⁰

כמה תשובות נאמרו בשאלה זו שביסודן גדרים שונים בדינו של המנסה לעבור עבירה ולא עלתה בידו, שיש בהם גם כדי ללמד על מהותו של הדין.

1. הבחנה בין מעשה שתוצאתו מצווה למעשה שתוצאתו דבר הרשות

תשובה אחת לשאלה זו ניתנה בידי ר' יקותיאל יהודה הלברשטאם בעל שו"ת דברי יציב, שהבחין בין מקרה שבו התוצאה היא מצווה לבין מקרה שבו התוצאה היא רשות:

ואמרתי ליישב דבש"ס מיירי בעלה בידו בשר טלה בשר הרשות, משא"כ בכה"ג שעלה בידו לעשות מצוה להחיות את חברו שבמקום כוס של מיתה השקהו עוד כוס של יין ולא רק של מים, אינו מתחייב בידי שמים, דאין זה כעלה בידו בשר טלה אלא כעלה בידו בשר קדשים ודו"ק. וזה שאמר להם יוסף אלקים חשבה לטובה להחיות עם רב, ונמצא שעלתה בידכם מצוה גדולה וממילא פטורים וזכאים גם בדיני שמים, וכדברי האוה"ח הקדוש.⁹¹

ברם מלבד הקושי בהגדרת המקרה של השקיית חברו ביין כמעשה מצווה ולא כמעשה רשות, גם ההבחנה בין מקום שבו התוצאה היא מצווה למקום שבו התוצאה היא רשות מעוררת קושי לא מבוטל. לפי הגישות הראשונה והשנייה שהזכרנו לעיל בנוגע לניסיון בלתי צליח, העונש על עשיית עבירה מכוון נגד הכוונה הרעה שליוותה והניעה את העבריין. השלמת המעשה בפועל

89 אור החיים, בראשית נ 20.

90 וכך הקשה בכלי חמדה לר' מאיר דן פלוצקי, בראשית, פרשת ויחי, בעמ' 134.

91 שו"ת דברי יציב, חלק יורה דעה יו"ד, סימן סז.

נדרשת או כדי לקיים את התנאי של "השבעת היצר", הנדרש לצורך הענישה (גישה א), או כדי להעיד על רצינות הכוונה (גישה ב). משכך, בניסיון בלתי צליח עבר העבריין עבירה, והוא זקוק לסליחה וכפרה מאחר שהשלמת המעשה, ולו במשקפיו הסובייקטיביים, ממלאת דרישות אלו. לפי שיטות אלו, אין צורך להבחין בין מקום שבו תוצאה מעשה העבירה הייתה מצווה לבין מקום שבו היא הייתה דבר רשות, שהרי התוצאה לא נקבעה בידי העבריין ואינה פרי כוונתו. הוא הלוא התכוון לרעה, ועל כך הוא ראוי לעונש, מקום שבו הושלם המעשה ולו מנקודת מבטו. גם לפי השיטה השלישית שהזכרנו לעיל, שלפיה המעשה הוא העיקר בענישה אלא שחידשה תורה שהמעשה נמדד במשקפיו של העושה, אין מקום להבחנתו של בעל ה"דברי יציב". מנקודת מבטו של העבריין הוא השלים מעשה עבירה, מה לי אפוא אם מבחינה אובייקטיבית התוצאה היא מעשה מצווה או דבר רשות?⁹²

הבחנתו של בעל ה"דברי יציב" אף נסתרת מסוגיית הגמרא במסכת מנחות.⁹³ הסוגיה במנחות דנה במקרה בו נעשה מעשה איסור של חילול שבת כשכד בבר עם מעשה האיסור וכתוצאה ממנו ניצולה נפשו של תינוק. נביא אפוא את הסוגיה בלשונה:

א"ל רבינא לרב אשי: נמצאת הראשונה כחושה בבני מעיין, מהו? בתר מחשבתו אזלינן וגברא לאיסורא קא מיכוין, או דלמא בתר מעשיו אזלינן? א"ל: לאו היינו דרבה ורבא? דאיתמר: שמע שטבע תינוק בים, ופרש מצודה להעלות דגים והעלה דגים – חייב, להעלות דגים והעלה דגים ותינוק – רבא אמר: חייב, ורבה אמר: פטור, ועד כאן רבה לא קא פטר, אלא כיון דשמע, אמרי' נמי דעתיה אתינוק, אבל לא שמע לא. ואיכא דאמרי, א"ל: היינו פלוגתייהו דרבה ורבא; דאיתמר: (לא) שמע שטבע תינוק בים, ופרש מצודה להעלות דגים והעלה דגים – חייב, להעלות דגים והעלה תינוק ודגים – רבה אמר: פטור, ורבה אמר: חייב; רבה אמר פטור, זיל בתר מעשיו; ורבה אמר חייב, זיל בתר מחשבתו.

מהסוגיה עולה כי על אף המחלוקת העקרונית בין רבה לרבא בשאלה אם סיבת חיובו של האדם נעוצה בכוונתו ("זיל בתר מחשבתו") או במעשיו ("זיל בתר מעשיו"), קיימת הסכמה לפי שתי הגרסאות המובאות בסוגיה למחלוקת זו, כי אם בשעה שפעל להעלות דגים מן הים לא ידע העבריין כלל שטבע תינוק, אין לו פטור מקורבן חטאת מאחר שהוא התכוון לעבירה. מכאן אפוא שגם אם תוצאת המעשה הייתה מצווה, אפילו מצווה גדולה כהצלת נפשות, אין בה כדי לפטור את העבריין מהצורך בסליחה וכפרה על מעשיו מקום שבו הוא עצמו התכוון לאיסור.

92 אומנם ניתן להציע ולומר כי במקום שבו מבחינה אובייקטיבית תוצאת מעשה העבריין היא מצווה, אי אפשר לייחס לעושה מצווה מצד אחד ומעשה עבירה מצד אחר.

93 מנחות סד ע"א.

2. הבחנה בין עבירות שבין אדם למקום לעבירות שבין אדם לחברו

ישוב אחר לדברי ה"אור החיים" מציע ר' מאיר דן פלאצקי, המסייג את הדין האמור במשנה ובתוספתא בנוגע לניסיון בלתי צליח רק לתחום העבירות שבין אדם למקום. לדבריו, בעבירות שבין אדם לחברו ניסיון בלתי צליח אינו עניש ואף אינו מצריך כפרה. מפאת חשיבות דבריו נביאם במלואם:

ולהצדיק את הצדיק [=ר' חיים בן-עטר] שלא יהיה דבריו הקדושים תמוהין ומופלאין כל-כך נראה לעניות דעתי בכוונתו, דאע"ג דפליגי רבה ורבא אי אזלינן בתר מחשבתו או בתר מעשיו היינו דווקא בעבירה שבין אדם למקום, כיון דלהקב"ה אין נפקא-מינה או מחשבה או מעשה שהכל גלוי לפניו לכן אע"פ שאין הקב"ה מצרף מחשבה גרידא מכל מקום כשעושה אותה בפועל הוא עבירה גמורה ושפיר יש לומר דאזלינן בתר מחשבתו ואפילו למאן דסבירא ליה דאזלינן בתר מעשיו היינו שיהיה חיוב גמור אבל עכ"פ צריך כפרה. משא"כ בעבירה שבין אדם לחברו שעיקר הכוונה באיסור זה מפני שהרע לחבירו מפני זה אסרה זה התורה הקדושה לכן בזה כולל-עלמא מודים דאם המעשה הוא טוב ואדרבה נצמח מזה טובה לחבירו אזלינן בתר מעשיו ואע"ג דזה פשוט דגם המחשבה הוא איסור ומקרא מלא דיבר הכתוב לא תשנא את אחיך בלבבך מכל מקום כשעשה איזהו מעשה רע לחבירו ונתגלה שזה היה מעשה טובה וגם חבירו מודה לזה שאם היה יודע תחילת מעשה זו היה מקבל עליו בלב שלם מה שעושה לו זה שוב אין עליו עונש אף בדיני שמיים כיוון דאדרבה חבירו מחזיק לו טובה על זה שעשה לו שנצמח מזה ישועה וכיוון שכן אין לו עונש על מה שרצה לעשות לחבירו כיוון דשורש האיסור שלא להרע לחבירו וחבירו הרי הוא מרצה ומקבל נחת עתה ממעשיו של זה ואין ללמוד מעבירה שבין אדם למקום לעבירה שבין אדם [ההדגשות שלנו].

אכן, אם נדייק בדבריו של ר' מאיר דן פלוצקי, נבחין שגם הוא שם את הדגש על כך שהניסיון לא רק נכשל אלא שהוא גם הצמיח טובה, ואילו במקום שבו הניסיון נכשל ולא צמח ממנו לא טוב ולא רע, עולה מדבריו שכן יש צורך בכפרה וסליחה.

ר' מאיר דן אף מוכיח זאת⁹⁴ מדברי התוספות במסכת קידושין, שם מספרת הסוגיה על רב הונא שקרע את בגדיו של בנו, רבה, בפניו כדי לבחון אותו אם הוא מקיים כראוי את מצוות כיבוד אב ואם ולא יכעס על אביו. בעל הסוגיה מתקשה כיצד רב הונא פעל כך, והריקיים חשש שהבן ייכשל ויכעס ויעבור בכך על מצוות כיבוד אב ואם. ממילא יש איסור במעשהו זה של רב הונא משום "לפני עור לא תתן מכשול"⁹⁵. התירוץ שמובא בסוגיה הוא שעובר לניסיון שערך רב הונא לבנו הוא מחל על כבודו, והדין הוא ש"אב שמחל על כבודו – כבודו מחול"⁹⁶. על כך

94 כלי חמדה, לעיל ה"ש 90, בעמ' 134.

95 ויקרא יט 14; פסחים כב ע"ב.

96 קידושין לב ע"א.

העירו בתוספות: "וצריך לומר שהודיעו [=רב הונא לבנו] קודם לכן [=שהוא מוחל על כבודו] שלא יהיה כמכויין לאכול בשר חזיר ואכל בשר טלה דצריך כפרה".⁹⁷ מכאן מסיק ר' מאיר דן פלוצקי, שאע"ג שכיבוד אב היא ממצוות שבין אדם לחברו,⁹⁸ העובר על מצווה זו צריך כפרה וסליחה על הניסיון כשלעצמו, שהרי מטעם זה הצריכו התוספות לומר שהאב הודיע לבנו שמחל לו על כבודו קודם שעשה הבן את המעשה. עם זאת הוא מציין כי במקרה שבו החבר שכלפיו פעלו רע חפץ בסופו של דבר ב"רע" שעשה לו חברו, מכיוון שנתגלה לו שזה למעשה הטוב האמיתי עבורו, לא שייך להעניש את העושה על המחשבה אף בדיני שמיים, משום ששורש החטא שבין אדם לחברו הוא שלא להרע לחברו, ובמקרה זה שלחברו צמח אך טוב, הרי שלא חטא חברו כלפיו כלל. מכאן אפוא שר' מאיר דן פלוצקי סבור כי בניסיון בלתי צליח שלא צמח ממנו טוב למי שהיה עלול להיפגע מהעבירה, יש צורך בסליחה וכפרה גם בעבירות שבין אדם לחברו. הבחנה זו כאמור מעוררת קשיים.

עם זאת וחרף הראיה מדברי התוספות, נראה שלמעשה ר' מאיר דן פלוצקי אינו מסייג את דבריו שבעבירות שבין אדם לחברו אין הניסיון הבלתי צליח צריך כפרה וסליחה רק למקרים שצמחה מהם טובה לחברו, אלא שהוא מאמץ חלוקה זו, שבין מצוות שבין אדם למקום לבין מצוות שבין אדם לחברו, גם למקרים שבהם לא צמחה לחברו טובה ממעשהו של העבריין. לכל הפחות מדבריו עולה כי הוא מסתפק בכך.

בדבריו שם⁹⁹ ה"כלי חמדה" מסתפק: אם אדם החושב להרוג את חברו ואף פעל להשגת מטרה זו, אך בדיעבד התברר כי בשעה שהוא עשה זאת חברו כבר לא היה בין החיים, עבר עבירה וצריך כפרה, או שמא מאחר שחברו כבר לא היה בעולם בשעה שהוא "הרג" אותו, שוב אין שום משמעות למחשבתו והוא פטור.

לצורך התרת ספק זה הוא מביא את דברי ר' חיים אלפנדרי,¹⁰⁰ שהסתפק במקרה דומה באשר לאשת איש שזינתה, שאחת מתוצאותיה של עבירה זו היא שהאישה שזינתה אסורה הן לבעלה והן לזה שזינתה עימו.¹⁰¹ המקרה שבו הוא מסתפק עוסק באישה שזינתה תחת בעלה ואחר כך נתודע שבשעה שזינתה בעלה כבר לא היה בין החיים, והשאלה היא אם האישה מותרת לזה ש"זינתה" עמו.

ר' חיים אלפנדרי מציין שר' יום-טוב אלגזי¹⁰² תמה עליו כיצד ניתן להתיר אותה לבעול, והרי אמרו בגמרא שמי שנתכוון להעלות בשר חזיר ועלה לו בשר כבש ואכלו צריך כפרה וסליחה, הרי שנעברה עבירה, וברור שנאסרה לבעול. ר' חיים אלפנדרי מפקפק בדברים אלו וסובר שאין ראייה מכך שצריך כפרה בידי שמים לכך שהיא אסורה על הבעול, משום שאיסור נזות נעוץ במעל שמעלה האישה בבעלה ובכך נטמאה. במקרה זה, מאחר שבשעה שהאישה

97 תוספות, קידושין לב, ד"ה דמחל ליה ליקריה.

98 כמו שכתב הרמב"ם בפירוש המשנה, פאה א, א.

99 כלי חמדה, לעיל ה"ש 90, בעמ' 135.

100 ר' חיים אלפנדרי, שו"ת מוצל מאש, סימן מו.

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

102 ר' יום-טוב אלגזי קדושת יו"ט סימן יד.

נבעלה לזר, בעלה לא היה בין החיים, הרי שהיא לא מעלה בו, וממילא לא נטמאה כלל, ואין מקום לאוסרה על הבועל.¹⁰³

בניגוד לעמדתו של ר' מאיר דן פלוצקי, יש תשובות לא מעטות שבהן לא נמצאה ההבחנה בין מצוות שבין אדם למקום למצוות שבין אדם לחברו בהקשר זה. בכמה תשובות נקבע כי אדם העובר על עבירת הגזל לפי דעתו, צריך סליחה וכפרה גם אם לאמיתו של דבר לא נעשה מעשה גזלה. כך למשל בתשובה של ר' יוסף קאנוויץ,¹⁰⁴ שבה הוא דן באדם הנכנס לפרדס חברו על מנת לגנוב מפירותיו בלא שהוא יודע כי הפירות הם ערלה. הוא קובע כי נכון לכנות אדם זה בשם גזלן, ואפילו בשם רשע, אף שהפירות הם פירות ערלה, האסורים בהנאה, וממילא אין בהם דין גזל. הוא מנמק זאת בכך ש"אחרי שעשה מעשה גזלן, אף שלא עלתה בידו כלום מכיון שאין בערלה משפט גזל, הרי זה כמו שאמרו בקידושין דף פ"א ע"ב: מי שנתכוין לאכול בשר – חזיר ועלה בידו בשר – טלה, אמרה תורה: צריכה כפרה וסליחה ועיי"ש, ומפני שמעשיו מוכיחים שרוצה בגזל, גזלן הוא".

בתשובה אחרת, שנידונה בשו"ת "תורה לשמה",¹⁰⁵ העוסקת אף היא בעבירת הגזל, נקבע כי דין זה של המתכוון לאכול בשר חזיר ואכל בשר טלה שצריך סליחה וכפרה נכון גם לעבירה זו. בעל ה"תורה לשמה" נשאל על אודות:

אחד שיש לו משרת בן בית בביתו ורוצה לנסותו בענין הנאמנות שישליך מעות בחדר אחד מחדריו באופן שנראה למוצאם שלא הונחו שם בכוונה כי אם נפלו מבעה"ב בלא כונה, ואז הוא שולח את המשרת ההוא לאותו חדר שיביא לו חפץ ובזה יראה, שאם יגנבם ויקחם לעצמו, אז ידע שהוא גנב, ואם יביאם אליו או לא יקח מהם כלום אז ידע כי הוא נאמן. או יעשה המצאה אחרת שישלח עמו מאה זוזים לחברו והוא ימסור בידו מאה ועשרה ויאמר לו בפיו תוליך מאה זוזים אלו לפלוני ויצוהו שיחזור וימנה אותם ויראה אם הם מאה שלמים ואז אם זה אחר שימנה אותם וימצאם יתרים יחזיר המותר לרבו אז ידע שהוא נאמן ואם יקח המותר לעצמו ויתן המאה להמקבל ה"ז גנב וכן יש לו עוד המצאות כאלו לנסות אותו בהם ונסתפקנו אם מותר לעשות המצאות כאלו לנסותו בהם כי אולי זה יגנוב ונמצא המנסהו עובר על לאו לפני עור לא תתן מכשול וכן נסתפקנו אם שרי לנסות את משרתו או את בנו בדבר ערוה. לדעת אם יתקפהו יצרו לעשות איסור ע"י המצאה שיעשה לו גם כן לנסיון או"ד (=או דילמא) דאסור לנסות בזה משום לפני עור דדילמא יחטא. יורנו המורה לצדקה ושכמ"ה (=ושכרו כפול מן השמים).

103 גם מהרי"ק – ר' יוסף קולון, ספר שאלות ותשובות מהרי"ק, שורש קסז, מציין שהיסוד של איסור אשת איש הוא המעילה בבעל.

104 שו"ת דברי יוסף, סימן ט, ד"ה גם ביאורו.

105 שו"ת תורה לשמה, סימן תז ד"ה אם מותר.

בעל ה"תורה לשמה" מורה לשואל כי אסור לעשות ניסיונות מעין אלו מחשש "שמא זה יעבור ויחטא ונמצא זה עובר על לפני עור לא תתן מכשול כי הוא הביאו לידי מכשול ע"י המצאות שעשה לו..." בהמשך התשובה הוא מוסיף כי אי אפשר לפתור בעיה זו בכך שהמנסה "יקנה לו את הממון שהוא מנסה בו קודם שינסהו ויזכה אותו לו ע"י אחר שלא בידיעתו שזכין לאדם שלא בפניו ונמצא אם גנב אח"כ את שלו הוא נוטל ואין כאן גניבה". הטעם לכך שאין בפתרון זה להתיר את העניין נעוץ לדעת ה"תורה לשמה" בדין המתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה. לדבריו:

כיון דלא ידע זה שזה הממון שלו הוא אלא לוקח אותו בתורת גניבה ה"ז עבד איסורא משום דאיהו לאיסורא קא מכוין ונמצא ג"כ זה מכשילו וראיה לזה ממ"ש בגמרא דקידושין דף פ"א ע"ב... דתניא אישה הפרם וה' יסלח לה במה הכתוב מדבר באשה שנדרה בנזיר ושמע בעלה והפר לה והיא לא ידעה שהפר לה בעלה והיתה שותה יין ומטמאה למתים ר' עקיבה כי הוה מטי להאי פסוקא בכי אמר ומה מי שנתכוון לאכול חזיר ועלה בידו בשר טלה אמרה תורה צריכה כפרה וסליחה מי שנתכוון וכו' ע"ש... נמצא אע"ג דהתירא עבד כיון דאכוון לאיסורא ה"ז צריך כפרה וסליחה ואיך יכשילנו בזה.¹⁰⁶

עולה אפוא כי ההבחנה בין עבירות שבין אדם למקום לעבירות שבין אדם לחבריו בהקשר זה של ניסיון בלתי צליח, שלפיה בעבירות שבין אדם לחבריו אין צורך ולו בסליחה וכפרה (במקרה שהנסיון לעבור עבירה צלח מנקודות מבטו של העבריין אך לאמיתו של דבר גרם תועלת לזולת, או אולי אפילו לא גרם לו לא תועלת ולא נזק), אינה מוסכמת על כלל הפוסקים. יש מהם, כפי שראינו, הסבורים כי גם בעבירות שבין אדם לחברו, המנסה צריך סליחה וכפרה על מעשיו.

אכן, היסוד להבחנה עולה יפה עם הגישות הרואות בכוונה את עיקרה של העבירה (ואת הצורך במימושה בפועל אך כתנאי להוכחת רצינותה של הכוונה או להשבעת יצרו של העבריין). לפי הבחנה זו, רק בעבירות שבין אדם למקום הכוונה הרעה היא העיקר, ואילו בעבירות שבין אדם לחברו ההרעה לחברו בפועל היא מהותה של העבירה. לפיכך גם במקום שהכוונה של העבריין הייתה רצינית דייה ובאה לידי ביטוי במעשה מושלם מבחינת העבריין, וגם השביע את יצרו, כל עוד חברו לא ניזוק, לא נעברה כלל עבירה, ואין צורך בסליחה וכפרה. עם זאת ניתן לראות ברצון להרע לזולת עבירה כדרך שהדבר נכון בעבירות שבין אדם למקום, וממילא אין מקום להבחנה זו. ניתן לראות בכל עבירה שבין אדם לחברו גם עבירה למקום, וגם מטעם זה עצמו אין מקום להבחנה זו.

106 לתשובה בעניין דומה ראו שו"ת שרידי אש, חלק א, סימן נו, שם נשאלה השאלה אם מותר לבעל עסקים לנסות את עוזרו אם הוא איש נאמן. וכן משתמע מדברי הר"מ פיינשטיין שו"ת אגרות משה, חו"מ ב, סימן יב, ששייך "נתכוון וכו'" גם לאיסור גזל.

סיכום

בדברים שלפנינו נעשה ניסיון לבחון את אחת הסוגיות המיוחדות ביותר במסגרת דיני העונשין של המשפט העברי והיא סוגיית הניסיון הבלתי צליח. ככלל, כתנאי לענישה אין די בקיומה של מחשבה פלילית, ויש צורך בהתקיימות מלאה של כלל הנסיבות הנדרשות לקיומה של העבירה ו"מחשבה רעה אין הקב"ה מצרפה למעשה". החידוש במקרה של ניסיון בלתי צליח הוא כי ניתן לזהות במקורות התנאיים קיומה של עבירה ואף הטלת עונש גם במקרים שבהם לא התמלאו הנסיבות הנדרשות לקיומה של עבירה. זאת לכאורה אך בשל כוונתו של המבצע לבצע עבירה בסוכרו כי הנסיבות לקיומה של עבירה אכן מתמלאות ועם השלמת מעשהו תושלם העבירה.

מקורות תנאיים אלו במשנה ובתוספתא במסכת נזיר עוסקים באישה המתכוונת לבצע עבירה של הפרת נדר נזירות, כאשר האפשרות לקיומה בפועל נידונה לכישלון מלכתחילה, בשל העובדה כי בעלה הפר לה את נדר הנזירות מבלי שהאישה ידעה על כך טרם שעברה עליו. עיון במשנה ובתוספתא העלה כי אישה זו ראויה לעונש, יהא זה עונש מלקות הקבוע בתורה למי עבר על נזירותו, או עונש "מכת מרדות" מדרבנן. אכן, יש גם מי מהתנאים הסובר שאישה זו אינה נענשת כלל בבית דין של מטה, אך בכך אין כדי לפטור את האישה לגמרי, וכפי שעולה מהלכה אחרת בתוספתא, אישה זו, גם אם אינה נענשת בבית דין של מטה, צריכה סליחה וכפרה. כך עולה מדברי ר' עקיבא, אשר אף למד ממקרה זה (של האישה שנדרה בנזיר) לכל התורה כולה כי כל אדם שנתכוון לבצע עבירה, ולפי השקפתו על הנסיבות הוא אף ביצעה בפועל אלא שלאמיתו של דבר המציאות הייתה שונה, צריך סליחה וכפרה.

בהמשך לכך ביקשנו לעמוד על מהותו של חידוש זה כפי שניתן לדלות מעיון בדברי הראשונים והאחרונים שעסקו בפירושם של מקורות תנאיים אלו. הבחנו בין הגישה המבטאת את התפיסה שלפיה המשמעות של מעשי האדם נבחנת לפי יחסו לציווי האלוקי מבלי לראות במצוות ולעבירות כפעולות בעלות ערך פנימי הנושאות משמעות ריאלית, ארצית או שמימית, לבין אלו הגישה הרואה דווקא במעשה העבירה את העיקר. בעלי הגישה הראשונה יש מביניהם מי שראה במחשבתו הרעה של העבריין ובכניעה ליצרו הרע את הנקודה העיקרית והמכרעת לביצוע עבירה, ותלה בכך את עונשו של מבצע ניסיון בלתי צליח. ויש בהם מי שראה במעשה העבירה ביטוי חיצוני לגיבושה או לחשיפתה של מחשבה זו. בעלי הגישה השנייה רואים בצד המעשי – הקיום בפועל של מעשה העבירה והתוצאה שנגרמה בעקבותיו – את הרכיב העיקרי בעבירה ואת הסיבה המרכזית לענישה, בעוד תפקיד הכוונה הוא אך להגדיר את מהותו של המעשה וחומרתו. לפי גישה זו, חידושה של התורה בפסוק "וה' יסלח לה" הוא כי אף שמנקודת מבט אובייקטיבית המעשה שבוצע נועד לכישלון ואינו ממלא אחר התנאים לקיום מעשה עבירה, יש להחשיב את המבצע כעושה מעשה עבירה בשל קיומה של מעין פיקצייה, הבוחנת את המציאות בעיניו הסובייקטיביות של המבצע. כנגד גישות אלו הצגנו גישה אחרת, היוצאת מנקודת מבט תאולוגית, ולפיה יש לבחון כל מעשה עבירה כביטוי למעמדו הרוחני הכולל של העבריין. לפי גישה זו יש לבחון את תוצאת המעשה, וכל עוד לא גרם העבריין תוצאה אסורה – אין הוא נענש בבית דין של מטה אף אם היה חפץ בכל מאודו בתוצאה האסורה ואף עשה כל שביכולתו כדי להוציאה לפועל ולהביאה לידי גמור. זאת, משום שהקב"ה

מגלגל חובה על ידי חייב, ואם במקרה מסוים לא נגרמה "חובה", תהא הסיבה לכך אשר תהא, יש בכך עדות שהמבצע אינו בגדר "חייב".

עמדנו גם על הביטוי שקיבלה סוגיית הניסיון הבלתי צליח בדברי האחרונים בדיונים בפרשת מכירתו של יוסף ובדו-שיח שלו עם אחיו לאחר מעשה ולאחר פטירתו של יעקב אביהם, שבו הוא מרגיע אותם מפני חששם כי עתה אחר מות אביהם יבולע להם בשל מכירתם אותו. עמדנו על הקושי שבהשוואה זו ועל הזיקה שיצר ה"אור החיים" בין פרשת מכירת יוסף לסוגיית הניסיון הבלתי צליח. במסגרת העיון בסוגיה זו נחשפו מבעד לתירוצים השונים הגבלות שונות בדינו של ר' עקיבא שלפיו "מי שנתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה חייב סליחה וכפרה". כך יש מי שהבחינו בין מעשה שתוצאתו מצווה לבין מעשה שתוצאתו דבר הרשות, ויש מי שהבחינו בין עבירות שבין אדם למקום לבין עבירות שבין אדם לחבירו. הבחנות אלו עולות בקנה אחד עם הגישות הרואות בכוונה את עיקרה של העבירה, שכן לפי גישות אלו אכן ניתן לקבל כי רק בעבירות שבין אדם למקום הכוונה הרעה היא העיקר, ואילו בעבירות שבין אדם לחברו ההרעה לחברו בפועל היא מהותה של העברה. לכן גם במקום שהכוונה של העבריינית הייתה רצינית דייה ובאה לידי ביטוי במעשה מושלם מבחינת העבריינית, וגם כאשר בעל העבירה "השביע את יצרו", כל עוד חברו לא ניזוק, לא נעברה כלל עבירה על ידיו, והוא אינו זקוק לסליחה וכפרה.

חתימה

הנה כי כן, עיוננו העלה כי המשמעות שרוחשת ההגות היהודית לליבו של האדם, כוונותיו ורצונותיו היא בעלת חשיבות רבה משייחסו לה בתחילה. דבריו של רבנו בחיי שבהם פתחנו, ולפיהם אף "שהלב עקר האדם ועקר כל המצות וכל העבירות" אין בית דין מעניש את האדם "עד שיהיו הגוף והלב משותפין באותה רציחה, הגוף בתנועתו והלב בכונתו", מתפרשים אפוא ביתר בהירות. שכן בניגוד להבנה כי מעשה עבירה מושלם הוא זה שחוכרים בו יחדיו כוונה סובייקטיבית מחד ומעשה אובייקטיבי מאידך, בחינת סוגיית הניסיון הבלתי צליח חידשה כי היסוד הסובייקטיבי, כוונת הלב, ונקודת השקפתו של העושה, היא שיש בידה כדי לקבוע גם את מהותו של הרכיב העובדתי. לשון אחרת, גם הרכיב העובדתי אינו נבחן כפי שהוא לעצמו אלא לפי נקודת מבטו של המבצע; גם כוס יין אמיתי תיחשב לכוס המכילה רעל, אם מי שהשקה את חברו בכוס זו סבר שמדובר בכוס רעל. ליבו ותודעתו של האדם הם עיקר לא רק בשל חשיבותם ביחס לרכיב המעשי הנדרש להשלמת מעשה עבירה, אלא גם משום שהם שקובעים למעשה את המציאות שלפיה ייבחן הרכיב העובדתי. באמצעות תודעתו (גם המוטעית) בכוחו של האדם ליצור מציאות כזו שבית הדין יתייחס אליה כמציאות עובדתית של ממש.

אומנם הדברים נוסחו בחדות רבה מאוד בדבריו של הגרי"ז כי "המחשבה לעשות איסור" נקראת ש"באמת יש כאן מעשה איסור", אולם למעשה זו המשמעות העולה גם מהגישות האחרות שהצגנו להבהרת דינו של המבצע מעשה ניסיון בלתי צליח. למשל, ב"השבעת היצר" רואה המאירי מציאות של ממש אף שלאמתו של דבר היא קיימת אך בתודעתו של המבצע.

למעלה מכך, לפי אחת הגישות שעליה עמדנו בדברנו לעיל תיבחן כל מציאות לא רק לפי תודעתו של מבצע עבירה בנקודת הזמן שבה בוצעה העבירה אלא גם מתוך חשבון כללי וראיית המציאות הכוללת המביאה בחשבון את כלל מעשיו של המבצע במהלך חייו. בחינת אישיותו של מבצע עבירה על כל קורותיו מובאת בחשבון לא אך במסגרת הטיעונים לעונש כמקובל במשפט הכללי אלא כבר בקביעת הרכיבים הנדרשים לשם ההכרעה בשאלה אם בוצעה עבירה אם לאו. מעשה זהה יכול אפוא שייחשב למעשה עבירה לגבי אחד ולא ייחשב כזה לגבי אחר. זוהי דוגמה נוספת כיצד היסודות התאולוגיים המובהקים של היהדות, ובהם ההכרה בהשגחתו של האל על העולם, וכי המשפט לאלוקים הוא, הם בעלי השפעה מכרעת במשפט העברי.