

הבא במחותרת - לייחסו של המדרש לפשט

א

פרשת גנב הבא במחותרת הוכרה כבר בידי ראשונים כנקודת מוצא לדיון על יחסו של המדרש לפשט. שכן בעקבות חז"ל¹ כותב הרמב"ם (הל' גנבה, ט', ז-י), כי "הבא במחותרת בין ביום בין בלילה אין לו דמים... היה הדבר ברור לבעל הבית שזה הגנב הבא עליו אינו הורגו ולא בא אלא על עסקי ממון אסור להרגו... שנאמר 'אם זרחה השמש עליו' (שמות, כ"ב, ב) - אם ברור לך הדבר כשמש שיש לו שלום עמך אל תהרגהו". ועל כך כתב שם הראב"ד בהשגותיו:

"א"א איני נמנע מלכתוב את דעתי שנ"ל אע"פ שדרשו חכמים 'אם זרחה השמש עליו' דרך משל... אעפ"כ אין מקרא יוצא מידי פשוטו: ביום אינו רשאי להרגו, שאין גנב בא ביום אלא להשטמה... ואינו מתעכב... על בעליו להרגו אלא גנב בלילה... וחיי ראשי כל מבין די לו בזה!"

וכבר העיר בעל 'מגיד משנה' על אתר:

"ומה עשה הרב [=הראב"ד] בפסוק 'וקצתה את כפה' (דברים, כ"ה, יב) ובפסוק 'עין תחת עין' (שמות, כ"א, כד) ובפסוק 'וגם בעליו יומת' (שם, כט), שכל אלו נדרשין בממון שלא כפשטן?!"

הנה כי כן עומדת כאן לדיון השאלה, כיצד יש להבין את מקומו של הפשט ביחס להלכה? שאלה זו צריכה להיבחן בכל עניין לגופו, ובנידון דידן צריכים אנו תחילה לנסות לקבוע מהו פשוטו של מקרא, כדי שאפשר יהא לדון על יחסו של המדרש אליו.

ב

בדברי הרמב"ם והראב"ד שהובאו לעיל כבר הוצגו שתי השיטות העיקריות בפירושו של הכתוב: השיטה הרואה בהבחנה בין 'מחותרת' לבין 'זרחה השמש' עניין של משל בלבד, והקובעת את ההבחנה לפי סוגו של הגנב, והשיטה הרואה את הדברים כמשמעם, והמוצאת כאן הבחנה בין גנב הבא ביום לזה שבא בלילה. שיטה אחרונה זו היא הנקוטה בידי רוב בניין ורוב מניין של מפרשי

1 ראה: רמ"מ כשר, תורה שלמה על אתר, אות יב-טו.

2 לשאלה זו בכללה ראה מאמרי בהמעין, ניסן ותמוז תשל"ז, ובמגדים ד, עמ' 9-22. אשר למקראות שהביא כאן בעל מגיד משנה, יוכל הראב"ד להשיב שאף בהם יש לפשט תפקיד הלכתי בצדו - או ביסודו - של הדרש; לעניין 'וקצתה את כפה' עיי' ספרי שם פ"סי רצג, ועיי' רמב"ם, רוצח, א', ז וראב"ד שם ואכ"מ; לעניין 'עין תחת עין' ראה דברי בהמעין, תמוז תשל"ז, עמ' 53-54; ולעניין 'וגם בעליו יומת' עיי' 'כלי חמדה' לדברים י"ז, ו, דף קג-קד, ואכמ"ל. על מחלוקת הרמב"ם והראב"ד ביחס לפשט עיי' ר"ש אלגזי, גופי הלכות, כללי הא' אות ג; שו"ת שואל ומשיב, מהד' ד, ח"ג, סי' כד, דף כה טור ג, ד"ה והנה. יש שרצו לומר שאין הראב"ד שולל כאן הוצאת כתוב מפשרו בכלל, אלא רק ראיית מקרא בתורה כמשל בלבד, והשווה השגת הראב"ד בהל' מלכים, י"ב, א ומרכבת המשנה שם (ראה, למשל, ר"י גוטקובסקי, קול יעקב, ת"א, תש"ו, עמ' קא-קב, ועוד). אך ספק אם הסבר זה מכוון לדעת הראב"ד, שהרי דין מחותרת אינו אלא אחד משלושה דברים בתורה שהיה ר' ישמעאל דורשם דרך משל (עיי' מכילתא משפטים, מסכתא דנזיקין, פרש' ו, מהד' הורוביץ-רבין עמ' 270 ושי"ט), ולא מצינו בשאר שני הדברים שהראב"ד יקיים בהם את הפשט להלכה.

המקרא וחוקריו³. בעיקרם שלדברים, שתי השיטות אחת הן: יסודה של פרשת מחתרת לשתיהן הוא בפיקוח נפשו של בעל הבית ובראיית הגנב כרודף שניתן להציל את הנרדף בנפשו.

ברם, כבר הוכיח יואל אליצור⁴, כי לשונו של הכתוב כדיוקן וכפשוטו מורה בבירור, ש"אם זרחה השמש עליו" אינו תיאור של מקרה אחר ושל גנב אחר (הבא ביום ולא בלילה, או הידוע כמי שאינו בא להרוג), אלא יש כאן תיאור של שלב מאוחר יותר באותה גנבה עצמה: אם במחתרת ימצא הגנב וגוי אין לו דמים, אך אם לא נמצא במחתרת, כי אם מאוחר יותר, כש"זרחה השמש עליו" - דמים לו⁵. לפיכך, כנראה, פירש ר"י בכור שור בפירושו על-אתר פירוש חדש, יחיד למיטב ידיעתי בין פרשני המקרא⁶ (והועתקו דבריו, כרגיל, בחזקוני על-אתר): "אם זרחה השמש עליו - שיצא מן המחתרת לאוויר העולם, מקום זריחת השמש".

נמצינו למדים לפירושו, ש"אם זרחה השמש עליו" באמת אינו מציין מקרה גנבה אחר, אלא שלב נוסף באותו תהליך גנבה עצמו: הגנב לא נמצא **בשעת מעשה** הגנבה ממש, במחתרת, אלא הספיק כבר לצאת הימנה, ולא נתפס אלא לאור השמש⁷. והרי זה כשיטת ר' חייה בירושלמי (סנהדרין, פ"ח, ה"ח; כו, ע"ג): "במחתרת אין לו דמים, חוץ למחתרת יש לו דמים". וכן פסק הרמב"ם (הל' גנבה, ט', יא)⁸.

מהו יסוד ההבדל לשיטה זו בין הרישא, שבה "אין לו דמים", לסיפא שבה "דמים לו"? שאלה זו מזקינתנו להשיב על שאלה נוספת: **למי** אין דמים? אם תאמר - כמוחס ליונתן וסיעתו - לבעל הבית, דהיינו אין לו עוון שפיכות דמים, נמצא הנושא חסר מן המשפט: אם במחתרת ימצא **הגנב** והִקָּה [הגנב] ומת [הגנב] אין לו [לבעל הבית!] דמים. פשוטו של הכתוב הוא אפוא כרש"י, המפרש: אין לו - לגנב - דמים. אלא שרש"י פירש, כי משמע הדברים הוא, שהגנב חשוב כמת מעיקרו שאין לו דם; ודבר זה אינו קרוב לפשוטו של מקרא (השווה ראב"ע שם). נראים אפוא דברי החזקוני: "דמים לו" - יש לו לגנב על ההורגו תביעת תשלומי שפיכות דמים". ובמקביל יתפרש "אין לו דמים" - אין לגנב על ההורגו תביעת תשלומי שפיכות דמים. מעתה מוסב אכן "לו" על הגנב, והכול עולה

3 לעניין פרשני המקרא ראה תורה שלמה על אתר אות טו, ולעניין מצב המחקר ראה ציוני של י' אליצור, 'פשט חדש לדין הבא במחתרת', מגדים ו (אלול תשמ"ח), עמ' 9, הע' 3, וראה עוד ציוניה של צ' בן שאול, דיני הגנבה במקרא ובקבצי החוקים של עמי המזרח הקדום (דיסרטציה), ת"א תשלי"ט, עמ' 22-26.

4 שם (לעיל, הע' 3), עמ' 9-10.

5 ראה הוכחותיו של אליצור שם. על יסוד זה מפרש שם אליצור ש"אם במחתרת" היינו בשעת מעשה הגנבה עצמו, ו"אם זרחה השמש עליו" היינו למחרת, כשרדף בעל הבית אחר הגנב ומצאו. מבחינת הפרשנות כיוון אפוא אליצור לפירושו של ר"י בכור שור המובא בסמוך בפנים, אלא שר"י בכור שור מיצה תפיסה זו עד תומה ופירש שזריחת השמש אין משמעה "ביום", למחרת הגנבה אליבא דאליצור, אלא בהמשך העניינים, משיצא הגנב מן המחתרת לאור השמש. ואילו מבחינת העיקרון שביסוד הפרשה מבאר אליצור שהרי זה 'עביד איניש דינא לנפשיה': זכאי בעל הבית לעשות דין לעצמו ולמנוע את הגנבה אף באלימות, ואם הגיע הדבר לידי מות הגנב הרי הוא פטור, כל שמדובר בשעת מעשה. ברם יש לתמוה: 'עביד איניש דינא לנפשיה' הרי אינו מותר לבעל דין לעשות יותר מן המותר לבית הדין, והיכן הותרה לבית דין הריגת אדם בכי האי גוונא? שכן אפילו לאחר מעשה מותר לבעל הבית להכות את הגנב כדי להשיב את הגנבה, ורק הריגתו היא האסורה ומחייבת, ונמצא על כרחנו שבשעת מעשה מותרת אף הריגה מכוונת ממש, וזה ודאי אינו כלול בדין 'עביד איניש'.

6 פירוש קרוב מאוד לזה של הבכור שור מעלה אף הרמב"ן בהסבר תרגום אונקלוס שם, אלא שהוא מוסיף בעקבות אונקלוס את גורם העדים ('ואם עינא דסהדיא נפלת עלוהי'), ועי"י כך מתעמעם העניין עי"ש.

7 דיוקם של חז"ל, 'ויכי השמש עליו בלבד זרחה, וחלא על כל העולם כולו זרחה', מתיישב מעתה ללא צורך בהוצאת הכתוב לדרך משל: השמש אמנם זורחת עתה במיוחד עליו, לפי שהוא דווקא זה שנסתר הימנה קודם לכן בכניסתו למחתרת.

8 ושלא כשיטת ר"ש בר יוחי שם ש"אפילו חוץ למחתרת אין לו דמים", לפי שעדיין מצוי בעל-הבית בסכנה אם ירדוף אחריו - כפי טבע הדברים - להשיב את ממונו, עי"ש בירושלמי. שיטת רב הונא שם, הפוטר במקרה זה משום 'כי יחס לבבו', היא שיטה שונה מיסודה (שלא כבעל פני משה שם, אלא כקרובן העדה, ועי' גם תורה שלמה שם, אות ד), הפוטר את בעה"ב בלא להזדקק לעניין פיקוח נפשו, אלא כדרך שנפטר גואל הדם על הריגת הרוצח בשוגג - מתוך התחשבות במצבו הנפשי. וראה להלן הע' 21.

יפה⁹. פירוש זה מבוסס על התפיסה, כי עונשו של הרוצח לפי המשפט המקראי מיוסד על "נפש תחת נפש" (שמות, כ"א, כג)¹⁰ או "נפש בנפש" (דברים, י"ט, כא); אין כאן רק עונש על העבירה לשמיים שעבר הרוצח בהורגו אדם, אלא יש כאן אף **תביעת דמי הנרצח**, "וגם דמו הנה נדרש" (בראשית, מ"ב, כב)¹¹; וללא 'תביעה' שכזו מצד הנרצח לא יתחייב הרוצח מיתת בין דין¹². והרי משום כך קבעה תורה ש"גאל הדם הוא ימית את הרצח" (במדבר, ל"ה, יט), לפי שגואל הדם הוא "**תבע דמא**" (המיוחס ליונתן שם)¹³, הוא התובע את ענישת הרוצח בשם הנרצח¹⁴, והרי זו 'תביעת תשלומי שפיקות דמים' שבין אדם לחבירו, ולא עונש על עברה לשמיים, שאינה עניין אלא לבית הדין. וכך אמנם פירש הרמ"ה בחידושו לסנהדרין (עב, ע"א), בצרפו את פירוש הכתוב ליסודו של עונש הרוצח כפי שנתבאר:

- 9 וכנראה שלזה נתכוון גם הרשב"ם בפירושו כאן עיי"ש, ושלא כני לכוּבִיץ, עיונים חדשים בספר שמות, ירושלים, תשל"ל, עמ' 272. בספר השורשים (ברלין תרנ"ו, עמ' 110) כותב ר"י גיאנח: "דמים לו, אין לו דמים, אין לו דם - ענינים אצלי כופר, כאילו אמר אין לו כופר, והוא כמו דברי רבותינו אל תעמוד על המקח בשעה שאין לך דמים, ומן העניין הזה אצלי וייקר דמם בעיניו (תהלים, ע"ב, יד), כלומר ויכבד ערכם ושיאם [עיי"ש הע' א] בעיניו". בתורה שלמה שם, אות ו רצה לבאר שכוונת ר' גיאנח לומר שתפיסת יורשי הגנב את ערכו בכסף מבעל-הבית לא תועיל כאן, אף לסובר שיש דמים לבן חורין; והדברים רחוקים מאוד. ב' ליפשיץ, 'האין אדם מת ומשלים', שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א), עמ' 225-226, מבאר שהכוונה לומר שדין הגנב למיתה, ואין כופר מועיל לפוטרו מעונש זה (כמו 'ולא תקחו כפר לנפש רצח' - במדבר, ל"ה, לא). אך לפי זה נמצא כאילו "והכה ומת" משמעו "מות יומת", ואין לזה כל מקום בפירוש הכתוב (והשווה צ' בן שאול [לעיל, הע' 3], עמ' 26). נראה אפוא שכוונת ר' גיאנח לביאורו של החזקוני וסיעתו: אם הוכה הגנב ומת אין לו כופר, היינו אין לו תמורה וערך (כהמשך דבריו על הכתוב בתהלים), ומשמעות הדבר שאין לו זכות לתבוע את כופר דמו בהריגת בעל-הבית.
- 10 בין אם הינפש' שצריך ליתן 'תחת נפש' היא נפש ממש, ובין אם הכוונה לממון (ראה מחלוקת התנאים במכילתא על-אתר ועוד), על כל פנים הרי זה "תחת נפש", היינו תמורת נפש, ולא כעונש לשמיים.
- 11 כבר עמד הרש"י ז"ל, לאור ההלכה, ת"א, תשי"ז, עמ' שכג, על לשון הכתובים בפרשת רציחה שבבראשית, ט', ה: "ואך את דמכם לנפשותיכם אדרש מיד כל חיה אדרשנו ומיד האדם מיד איש אחי אדרש את נפש האדם": "הלשון 'דרשה' במונח של תביעה לא מציינו בשום מקום על עבירות שבין אדם למקום... במושג 'דרשה' משתמשים במקרא על תביעת דבר של אחרים, אם ממון או נפש". והרי זה מתאים לדרכנו: הקב"ה **תובע** מהרוצח את דמי הנרצח אשר שפך, ואין זה עונש על עבירה שבין אדם למקום בלבד. את הכתוב בהמשך שם ו: "שפך דם האדם באדם דמו ישפך כי **בצלם אלהים עשה את האדם**" יש לפרש אפוא לא כנימוק לעונשו של הרוצח כשהוא לעצמו, אלא כנימוק להבחנה שנתבארה שם לעיל בין הורג אדם להורג חיה: דווקא את הריגת האדם יש **לדרוש**, אך לא את הריגת החיה, שכן רק האדם נברא בצלם אלוהים. את קושיית רש"י ז"ל שם הע' 39 מן הכתוב "האיש אשר לא ישמע את דברי אשר ידבר בשמי אנכי אדרש" (דברים, י"ח, יט), אין צורך ליישב - כהצעתו שם - על-ידי הדרש המבאר שהפסוק עוסק אף בנביא הכובש נבואתו עיי"ש; שכן אפילו נניח ש"אדרש" כאן הוא במשמע תביעה, יש לפרש כי מקרא קצר הוא זה: אנכי אדרש - את כבוד הנביא ויראתו - מעמו. אף ענין מאבד עצמו לדעת, שבו מעוניין שם הרש"י ז"ל לפי דרכו, אינו אמור בכתוב שבבראשית לפי פשוטו, עיי' ראבי"ע שם.
- 12 על תפיסה זו בעונשו של רוצח כבר עמדו הר"מ חברוני, משאת משה, סנהדרין, סי' יט (עמ' 28, ד"ה ועיי'); הר"ש ויינגרט, יד שאול, ת"א תשי"ג, עמ' תיד (ושנית בתוך: רי"י ויינברג, שו"ת שרידי אש, ח"א, עמ' רצא); הר"יב זולטי, משנת יעבץ, חו"מ, סי' יג, אות ד-ה; הר"ש ישראלי, עמוד הימיני, ת"א, תשכ"ו, עמ' קצד (וראה להלן הע' 19). ועיי' עוד במה שציינו באוצר מפרשי התלמוד למכות, ו, ע"א, הע' 169. כל אלה, אגב, לא עמדו על מושג 'גואל הדם', שכמדומה מוכיח את הדבר בבירור. והשווה: D. Dambe, *Studies in Biblical Law*, Cambridge 1947, p. 121 ff.
- 13 וכבר העירו באנציקלופדיה התלמודית, עי' גואל הדם, כרך ה, הע' 10, שכן בדיוק תרגם יונתן בתהלים, ט', יג, את הביטוי "דרש דמים". ויש להוסיף שעצם לשון 'גואלה' שבכאן יש להבין כגואלה האמורה בויקרא, כ"ה, כגון בפסי' כה שם: "כי ימוך אחיך ומכר מאחזתו ובה גאלו הקרב אליו וגאל את ממכר אחיו". אף גואל הדם תובע להשיב כביכול למשפחה את הדם שנגזל ונשפך - על-ידי הריגת הרוצח.
- 14 עיי' חידושי הר"ן סנהדרין, מה, ע"ב: "גואל הדם יטעון טענותיו בפני ב"ד על שראוי להמיתו... וכדאמרין בפי' אחד דיני ממונות 'חובתיה דמאן? חובתיה דגואל הדם', אלמא הוא טוען כל טענות שיוכל לטעון נגד הרוצח, וגייכ כשפטשו ב"ד את הרוצח למות מצווה ביד גואל הדם להמיתו שישפוך עליו חמתו". וראה עוד: ש"א ליונשטם, 'דין הניאוף ודין הרצח במשפט המקרא ובמשפט המסופוטמי', בית מקרא יג (תשכ"ב), עמ' 58; הנ"ל, 'דיני הניאוף והרצח במקרא', שם יח-יט (תשכ"ד), עמ' 77.

"ויש לפרש: דמים לו - יש לדמיו תשלומין, כעניין שנאמר 'שפך דם האדם באדם דמו ישפך'¹⁵, 'ולארץ לא יכפר לדם אשר שפך בה כי אם בדם שפכו'".

לפי דרכנו למדנו, כי מעולם לא הותרה בפרשתנו - לפי פשוטה - הריגתו של הגנב לכתחילה; לא נאמר כאן אלא שאם הוכה הגנב (בשעת מעשה) - אין לחייב את הורגו מיתה. אך האם מורין לו לכתחילה שרשות בידו להרוג את הגנב? על כך לא נאמר כאן דבר. כן לא נאמר כאן מי הוא זה שהיכה את הגנב; ומסתימת הכתוב יש ללמוד, כפי שנפסק להלכה (סנהדרין, עב, ע"ב; רמב"ם, שם, ה"ז), כי "והוכה - בכל אדם".

מדוע אם כן אין לגנב תביעת שפיכות דמים כלפי הורגו? כאן אנו מגיעים למקום נוסף בתורה, שבו נקבע במקרה של רצח ש"אין לו דם", והוא בפרשת הרוצח בשגגה, במדבר, ל"ה, כו-כז: "ואם יצא יצא הרצח את גבול עיר מקלטו אשר ינוס שמה. ומצא אתו גאל הדם מחוץ לגבול עיר מקלטו ורצח גאל הדם את הרצח אין לו דם".

אף כאן קובעת ההלכה¹⁶, כי אין לרוצח בשוגג תביעת שפיכות דמים כלפי כל מי שהרגו בשעת יציאתו מעיר המקלט, ולא רק כלפי גואל הדם. ונקבע כאן להלכה, שלכתחילה אסור לכל אדם (חוץ מגואל הדם) להרוג את הרוצח בשוגג, אלא שאם הרגו אינו חייב עליו¹⁷. יסוד הדברים מתבאר ברמב"ם, רוצח ושמירת הנפש, ה', י:

"נכנס לעיר מקלטו ויצא חוץ לתחומה בזדון זה התיר עצמו למיתה ורשות לגואל הדם להורגו, ואם הרגו כל אדם אין חייבין עליו, שנאמר 'אין לו דם'".

למדנו אפוא שאין לרוצח בשוגג דם לפי שהתיר, הפקיר, עצמו למיתה, בכך שיצא מעיר מקלטו. ברי לפי זה שאין לכל אדם רשות להרוג לכתחילה - שהרי אינו בן-מוות; אך אף-על-פי-כן אם נהרג אין לו תביעת שפיכות דמים כלפי הורגו, שהרי ידע בצאתו מן העיר שמסתכן הוא במוות מידי גואל הדם, והמפקיר עצמו למיתה אינו יכול אחר-כך לבוא בתביעה על שנהרג¹⁸. חוק התורה מגן דרך כלל על כל אדם מפני רצח, בקובעו דין מוות לרוצח; אבל באופן שהאדם עצמו גורם למותו בעוברו על

15 למרות הנימוק שבהמשך כתוב זה, המובא לעיל הע' 11, רואה הרמ"ה דווקא בו סיוע לתפיסה זו בעונש הרוצח. והרי זה חיזוק לפירושונו דלעיל שם.

16 משנה, מכות, א, ז; רמב"ם, רוצח, ה', י. והיינו שהכתוב "ורצח גאל הדם את הרצח" לא דיבר אלא בהווה, שגואל הדם הוא העשוי להרוג, אבל הוא הדין כל אדם שהרגו פטור. והוא ששינינו בספרי שם: "ומצא אתו גאל הדם - בכל אדם". שהרי המייחד את גואל הדם משאר אדם - הלוא הוא עניין "יחס לבבו" - אינו קיים באותה מידה זמן רב לאחר הרצח, משנקלט הרוצח בעיר המקלט. עתה פטור ההורג לא משום חוס הלבב, אלא מפני התרת הרוצח עצמו למיתה, כמבואר להלן, ומסיבה זו יש לפטור בכל אדם. ועי' להלן הע' 18.

17 ר' עקיבא במשנה שם (לגירסת כל עדי הנוסח, חוץ מכ"י מינכן, ועיי"ש בגליון השי"ס ובהגהות הגר"א, ועיי' עי' גואל הדם באנציקלופדיה תלמודית שם, הע' 32), ועיי' רמב"ם המובא להלן בפנים; ריטב"א, מכות, יב, ע"א; מאירי, שם; הרי"ש איגר, חידושי רעק"א לכתובות, לג, ע"ב; חזון איש, סנהדרין, סי' יט, סק"א, ועוד. ולא כשו"ת גליא מסכת, יו"ד, סי' ה, עיי"ש.

18 כבר נתבאר לעיל (הע' 16) שלפי פשוטו של מקרא לא נאמרה כאן הלכה מיוחדת לגואל הדם, ואין לו כל מצווה או רשות להרוג את הרוצח שיצא מעיר המקלט, ולא נאמר כאן אלא פטור בדיעבד לכל מי שהרגו, לפי שאין לו דם, שחייב עצמו במיתה. ההלכה שנפסקה כאן, שלגואל הדם מעמד מיוחד בהריגת הרוצח, היא אפוא תוספת לכתוב שנמסרה בתורה שבעל-פה, המיישמת כאן את עניינו של גואל הדם ברצח במזיד: כשם שהרוצח החייב מיתה דינו ליהרג לכתחילה בידי גואל הדם, אף רוצח בשוגג הטילה תורה סאנקציה על עונש גלותו, והפקידה את ביצועה לכתחילה בידי גואל הדם; הרוצח בשוגג חייב גלות, ואם יפקיע עצמו מגלותו התיירה תורה את דמו - אלא שלכתחילה לא התיירה כן אלא לגואל הדם. נמצאו כאן שתי מערכות, זו על גבי זו: פטור לכל אדם על הריגת הרוצח בשוגג, לפי שהתיר עצמו למיתה, כמבואר בתורה שבכתב; ורשות לכתחילה לגואל הדם להורגו, כחלק מדיני גואל הדם, כנמסר בתורה שבעל-פה. והרי זו מקבילה מדויקת למה שיימצא להלן בעניין מחתרת. והשווה חידושי הרי"ז הלוי, רוצח, א', יג.

החוק, אין הוא יכול לצפות אחר-כך להגנתו של החוק¹⁹. וכבר אמרנו לעיל, שאין רוצח חייב אלא על יסוד 'תביעת' הנרצח את דמו, והעברה שנעשתה לשמיים אין בה לבדה כדי לחייב מיתת בית-דין. מעתה נבין על שום מה אין דם לגנב הבא במחותרת כשנהרג. שכן שנינו בסנהדרין, עב, ע"ב, שגנב הבא במחותרת אין צריך התראה, לפי ש"מחותרת זו היא התראתו". ופירש ר"מ המאירי ב'בית הבחירה' שם: "מתחרתו זו היא התראתו ומתיר עצמו למיתה הוא"²⁰. ונתבאר הדבר ב'שיטה ישנה' לכתובות, לד, ע"ב (מובא בשיטה מקובצת שם): "דמידע ידיע דאדם בהול על ממונו, ואם ימצאו בעל הבית יהרגו". והוא אשר פירש החזקוני בפרשת מחותרת שם: "אין לו דמים" - כי יודע הוא שאם ימצאו בעל הממון ישים נפשו בכפו להציל ממונו". הרי לנו הקבלה ברורה לעניינו של הרוצח בשוגג: אף גנב הבא במחותרת מפקיר עצמו למיתה בכך שנכנס הוא למחותרת - כשם שהרוצח בשוגג מתיר עצמו למיתה בכך שיוצא מעיר מקלטו; בשני המקרים לא יגן החוק על מי שעבר עליו ובכך גרם למותו, ולכך כל אדם ההורגם פטור²¹. אף-על-פי-כן אין ההקבלה שלמה, שכן שונה דינו של הגנב מדין הרוצח: רוצח בשוגג אסור לכל אדם להורגו לכתחילה, ואילו הגנב הבא במחותרת נקבע להלכה שרשות יש לכול להורגו לכתחילה. שוני זה מביאנו למדרשו של הכתוב ולייחסו לפשוטו.

ג

מפשוטו של מקרא עולה, כמות שנתבאר, שכל ההורג גנב הבא במחותרת פטור לפי שאין לו דם, שכן התיר עצמו למיתה במחותרתו, בידועו שבעל הבית עלול להרגו, שהרי 'אין אדם מעמיד עצמו על ממונו'. אך משעה שיצא מן המחותרת לאור השמש וכבר אינו בשעת מעשה הגנבה, אין הוא עוד מתיר עצמו למיתה, ויש לו דמים. ולפי זה בלבד לא היה מותר לכתחילה להרוג את הגנב - כשם שאסור לכל אדם לכתחילה להרוג את הרוצח בשוגג היוצא מעיר המקלט. וכאן מיתוספת ההלכה שבתורה שבעל-פה, הצועדת צעד אחד הלאה: הואיל ויודע הגנב שבעל הבית עלול להורגו, הרי אפשר שבכוונת הגנב להיכנס אף לעסקי נפשות, ואם כך יש לדמותו לרודף אחר חברו להורגו, שניתן להצילו בנפשו (משנה, סנהדרין, ח', ז). וכך נתבאר בחידושי הר"ן לסנהדרין, עב, ע"א: "ודאי שאין כל הגנבים באים על עסקי נפשות, ואי קאי בעל הבית לאפיה ושקיל ממוניה מיד גנב לא קטיל ליה... אלא בעל הבית הוא העומד כנגדו על מנת להרוג אם לא יניח לו את הכלים מיד, שאע"פ שאינו בדין להרוג על כך, חזקה שאין אדם מעמיד עצמו על ממונו, והגנב שהוא יודע זה כשהוא

19 לביאור זה נמצא שהתרת אדם עצמו למיתה אין די בה כשהיא לעצמה כדי לפטור על הריגתו; ויש צורך בצירוף היסוד הסובייקטיבי הזה לעברה אובייקטיבית על החוק, באופן שלא יגן החוק על מי שסיכן עצמו בעוברו עליו. לפיכך אין מקום להסיק מאופיו של עונש הרוצח (כעניין שבין אדם לחברו, כדלעיל) את המסקנה המפליגה שההורג מי שהרשהו לעשות כן פטור, ללא שעשה הנהרג דבר מלבד עצם הפקרת עצמו, כפי שיוצא מדברי הר"ש ישראלי (לעיל, הע' 12), ע"ש, ועי' רש"י ז"ן (לעיל, הע' 11), עמ' שלג.

20 כך פירש המאירי בפירושו הראשון שם, ובפירושו השני הביא דברי רש"י בפירושו, אלא שלפיהם לשון "מחותרת זו היא התראתו" דחוקה ע"ש. ועי' עוד מרכבת המשנה לרמב"ם, גנבה, שם, ה"ח. על כך שגנב הבא במחותרת התיר עצמו למיתה עמד גם בעל יד דוד לסנהדרין שם.

21 לרב הונא (לעיל, הע' 8), אין כאן רק הקבלה, אלא שעצם יסוד דין מחותרת נעוץ ביסודו של דין גואל הדם, "כי יחס לבבו". אלא שאין זה דין גואל הדם היוצא מעיר המקלט, אלא גואל הדם ההורג את הרוצח קודם שהגיע לעיר המקלט. ויסוד הפטור לפי זה אינו נעוץ בהתרת עצמו למיתה, אלא במצבו הנפשי של ההורג. וכבר הובא לעיל שם שאין הלכה כרב הונא. ואמנם, ההקבלה הלשונית בין פרשת מחותרת לפרשת גואל הדם (לשון "אין לו דם") קיימת דווקא ביחס ליוצא מעיר המקלט; ואילו פטורו של גואל הדם בדרך לעיר המקלט אינו מפורש בתורה, ואף שנוי במחלוקת תנאים; עי' גואל הדם באנציקלופדיה התלמודית, שם, ציון 41 ואילך. ומכל מקום למדנו משיטת רב הונא יסוד נוסף לכך שלכתחילה אין רשות להרוג את הגנב הבא במחותרת, שהרי רוצח בשוגג - כולי עלמא לא פליגי שברך לעיר המקלט אסור לגואל הדם להרגו, ולא נחלקו אלא בפטורו בדיעבד; עי' ערך הני"ל שם, ציון 48 ואילך.

עומד כנגדו על עסקי נפשות הוא עומד, והוא שהתחיל במריבה, ובא במחותרת עשאו הכתוב רודף ואמר שאין לו דמים²².

נמצא מעתה, כי שתי מערכות לפנינו, זו על גבי זו: המערכת הבסיסית היא זו שנתבארה בתורה שבכתב, ולפיה לא נאמר בגנב הבא במחותרת אלא פְטוּר מן החיוב על הריגתו, כשעודו במחותרת; זאת על יסוד כך שהתיר עצמו למיתה בהיכנסו למחותרת, שהרי יודע הוא שאין אדם מעמיד עצמו על ממונו. המערכת השנייה, שנמסרה בתורה שבעל-פה, מוסיפה על הראשונה וקובעת, שהואיל ואין אדם מעמיד עצמו על ממונו, לפיכך אפשר שהגנב בא על עסקי נפשות, ויש לדמותו לרודף²³, ומשום כך מותר לכתחילה להורגו. במערכת זו, שיסודה בפיקוח נפשו של בעל הבית, ההבחנה אינה בין שעת מעשה לזו שאחריה, אלא בין גנב שמעוּתד להרוג את בעל הבית לזה שאין הימנו חשש זה; בין שהבחנה זו נעשית על-פי הגנב בלבד, ובין שנקבעת היא גם על-פי נסיבות הגנבה, ביום או בלילה. כפילות זו ביסודה של פרשת מחותרת באה לידי ביטוי בניסוח ההלכה בידי הרמב"ם (גנבה, ט', ז):

"הבא במחותרת... אין לו דמים, אלא אם הרגו בעל הבית או שאר האדם פטורין.

ורשות יש לכול להרגו, בין בחול בין בשבת וכו'.

וכבר עמד על לשון זה הר"י הלוי בחידושיו לרמב"ם (רוצח, א', יג):

לשונו צ"ב [=צריך באור] שחילקן לשניים: הדין דאם הרגוהו פטורין והדין דרשות להרגו, וגם נקט מתחילה הדין דאם הרגוהו פטורין ואח"כ כתב דרשות להרגו, ולכאורה צ"ע, דהלא אדרבא עיקר הדין של הבא במחותרת הוא דניתן להורגו משום הצלת הנרדף, וזהו מלתא דממילא דכיוון דרשות להרגו ממילא דליכא חיובא על הריגתו, ולמה חילקן הרמב"ם לשניים?! ועוד, דאיזה דין של פטור יש בזה, הלא כיוון דניתן להרגו א"כ הא נמצא דאין הריגתו בכלל רציחה ושפיכות דמים כלל, ולמה נקט הרמב"ם הדין דאם הרגוהו פטורין?!"

איהו מותיב לה ואיהו מפרק לה:

אכן נראה, דהרמב"ם השמיענו בזה, דעיקר דינו של בא במחותרת הוא דרחמנא שוויה ל'אין לו דמים', ועל כן ממילא דהא דאם הרגוהו פטורין אינו תלוי בזה שרשות להרגו משום הצלת הנרדף, כי אם דפטורו מצד עצמו, משום דחלה עליו בעצמו דין דאין לו דמים, ואף אם היינו יכולים למצוא הריגה שאין בה הצלת הנרדף ג"כ פטורין עליו כדין אין לו דמים וגברא קטילא, והן הן דברי הרמב"ם דהבא במחותרת אין לו דמים ומשום הכי אם הרגוהו פטורין, וזהו עיקר הפטור משום דאין לו דמים. ונמצא דבאמת שני דינים הם: חדא, הדין של אין לו דמים, שהוא חלות דין בגופו של הרודף²⁴ ובא במחותרת שנחשב כגברא קטילא ופקע מיניה חיוב רציחה וזהו הדין דאם

22 ועיי עוד יד רמ"ה לסנהדרין שם. אמנם, מלשון הרמב"ם דייקו האחרונים שאינו מודה בהסבר זה; עיי אבן האזל לרמב"ם שם, ועוד.

23 דמיון זה אינו יוצר זהות הלכתית, ואין הבא במחותרת מוגדר כרודף ממש. שני ההבדלים העיקריים: א. מצווה וחובה להרוג את הרודף, ואילו הבא במחותרת אין אלא רשות להרגו (עיי ספר המפתח ברמב"ם הוצ' פרנקל שם). ב. אם אפשר למנוע את הרודף מזממו באמצעות פגיעה באחד מאיבריו, אסור להרוג, ואם הרגו "הרי זה שופך דמים וחיוב מיתה, אבל אין בית דין ממיתין אותו" (רמב"ם, רוצח, א', יג, ועיי להלן, הע' 24). ואילו בגנב הבא במחותרת לא נאמר שייג שכוה, וההורגו פטור בכל גוונא (עיי שו"ת שבות יעקב, ח"ב, סי' קפז; בית זבול, ח"ב, סי' ב, ועוד). לפי כל המבואר עד כה אפשר להבין את שני הדברים: הגנב אינו רודף ממש, כביאורו של הר"ן דלעיל בפנים, ולכך לא ניתנה אלא רשות להרגו, משום רדיפתו האפשרית, ואין כאן מצווה וחובה. והואיל ויסוד דינו של הבא במחותרת הוא, כמבואר, התרת עצמו למיתה, וכל ההורגו פטור ללא קשר להצלת בעל הבית, לכך ההורג את הגנב, כשאפשר היה לפגוע באחד מאיבריו בלבד, אינו נחשב כשופך דמים ואינו חייב מיתה.

24 הר"י הלוי היה סבור שדין "אין לו דמים" חל אף ברודף, ולא רק בגנב הבא במחותרת. בכך רצה לבאר את דברי הרמב"ם (לעיל, הע' 23), שההורג רודף שאפשר היה להסתפק בפגיעה באחד מאיבריו פטור ממיתה ב"י. לדרכנו צריך היה אפוא

הוצאת תבונות מכללת הרצוג

הרגוהו פטורין, ועוד נכלל בהקרא דאין לו דמים דין של רשות שניתן להרגו משום הצלת הנרדף, וזהו שחילקן הרמב"ם לשניים".

הרי"ז הלוי, כדרכו, מסתפק בנייתוח ההלכה לגורמיה, ובתלייתה בגזרת הכתוב; ואין בדבריו ביאור למקורם של אותם שני דינים ולטעמיהם.

לדרכנו, נתבארו הדברים: הדין האחד, דין "אין לו דמים", יסודו בתורה שבכתב, ושוורו - התרת הגנב עצמו למיתה במחתרתו. ואילו הדין השני, הצלת הנרדף בנפש הגנב, יסודו בתורה שבעל-פה, המוסיפה לעיקר דין הגנב את דמיונו לרודף ואת פיקוח נפשו של בעל הבית.

מעתה מתיישב אף הקושי הבסיסי בסדר הכתובים שבפרשה זו: מה עניין זכותו של בעל הבית להגן על עצמו בעסקי נפשות, לעניין תשלומי הגנב, כפל ארבעה וחמשה, וכיצד הועמדה זכות זו של בעל הבית בעניין נפשות בתוך ענייני חיוב הממון של הגנב²⁵. מעתה נמצא, כי שאלה זו אין יסודה אלא בעירוב תוכנה של הפרשה מבחינת תורה שבכתב בזה שמבחינת תורה שבעל-פה: מבחינת פשוטו של הכתוב מעולם לא נאמרה כאן זכותו של בעל הבית להרוג את הגנב, ולא נקבע כאן אלא שאם הוכה הגנב בדיעבד המכהו פטור. אין כאן אפוא זכות של בעל הבית בעסקי נפשות, אלא חובה לגנב מתוך אופייה של גנתו: הנכנס למחתרת, מחתרתו זו היא התראתו, ואין לו זכות תביעת דמים אם ייהרג. הלכה זו - מדיני הגנבה היא, ממש כתשלומי ד' וה', אלא שדרגות דרגות הן בגנבה: הגנב במחתרת מתיר ומחייב עצמו במיתה, ואילו סתם גנב מחייב את ממונו. הוא שכתב הרמב"ם בספר המצוות (עשה רל"ט): "הוא שציונו להורות בדין הגנב, שנקנסו אותו בדין תשלומי כפל או תשלומי ד' וה', או נהרגו אם בא במחתרת, או נמכרו, ובכלל כל משפטי הגנב". הרי שדין מחתרת מחיובי הגנבה הוא, ולא מדין פיקוח נפש הכללי²⁶. ואילו ההיתר שלכתחילה להרוג את הגנב מחמת דמיונו לרודף אינו אלא תוספת של התורה שבעל-פה - שאמנם אינה מתימרת להשתלב בסדר הכתובים בהקשרם, אלא רק בתוכנה של ההלכה ובטעמה.

להסביר, שאף הרודף התיר עצמו למיתה, כדברי הרדב"ז (הל' מלכים, ט', ד) בחסבר הלכה זו: "דכיוון שהוא רודף הפקיר עצמו למיתה, שהרי יודע הוא שהנרדף יעמוד על נפשו". אבל באמת מבואר מלשונו של הרמב"ם (לעיל, שם), שההורג רודף שניתן להציל באחד מאיבריו חשוב שופך דמים וחייב מיתה, ואין כאן אלא מגבלה טכנית צדדית המונעת את ביה"ד להמיתו, וכפי שעמד על כך הרי"פ פרלא בביאורו לספר המצוות של רס"ג, פרשה לג (כרך ג, דף קעד). ונמצא שדווקא מכאן מוכח שברודף לא חל דין "אין לו דם". ובאמת אין ברודף התרת עצמו למיתה כגנב הבא במחתרת (ע"י הרש"י ז"ן [לעיל, הע' 11] עמ' שלד, והר"ש ישראלי [לעיל, הע' 12], עמ' קעו). אמנם, בפרק ח' מהל' חובל ומזיק, הל' יב, כתב הרמב"ם: "רודף שהיה רודף אחר חברו להרוג או לדבר עברה ושביר את הכלים... פטור מן התשלומין מפני שהוא מתחייב בנפשו, שכיוון שרדף התיר עצמו למיתה". ברם, כבר עמד הרי"ש ישראלי שם, עמ' קצה, על כך שדבר זה לא כתב הרמב"ם בעיקר דיני רודף, בהל' רוצח, אלא דווקא כאן, לעניין פטורו מתשלומים. התרת עצמו למיתה אינה משמשת אפוא כיסוד לעצם דין רודף, לעניין נפשות שבו, שכן באמת לא התיר עצמו הרודף למיתה מבחינתו הסובייקטיבית (שלא כמו הבא במחתרת והרוצח בשוגג), אלא שכיוון שהדין קובע שניתן להצילו בנפשו, לכך כל שרדף הכניס עצמו למצב אובייקטיבי של התרת דמו, ודי בזה לפטורו מתשלומים. הרמב"ם הוצרך לנימוק זה כאן, לפי שאינו דומה רודף לשאר חייבי מיתה הנפטרים מתשלומים, שהללו אמנם חייבי מיתה הם, ואילו הרודף אינו טעון אלא מניעת זממו, ואסור להרוג כשאין בכך צורך הצלה, ונמצא שאינו מתחייב בנפשו כשאר חייבי מיתה. לכך הוצרך הרמב"ם להסביר, שעל-כל-פנים הכניס עצמו למצב שבו עקרונית דמו מותר, אף-על-פי שבפועל לא ימומש הדבר בהכרח, ודי בזה לפטורו מתשלומים.

25 ע"י אליצור (לעיל, הע' 3), עמ' 10.

26 ראי' שך, אבי עזרי לרמב"ם, גנבה, שם, הסיק מלשונו זו של הרמב"ם בספר המצוות, שדין מחתרת אינו אלא חיוב לגנב במסגרת דיני גנבה, ואין לו כל זיקה לפיקוח נפשו של בעל-הבית. באופן קיצוני זה אין הדברים יכולים להתקבל, לפי שהם נסתרים מכל מקורות חז"ל, המייחסים לבא במחתרת דין רודף ופיקוח נפש. הנכון הוא כהרי"מ חברוני, משאת משה, קידושין, סי' מ, שעמד אף הוא על העולה מן הניסוח בספר המצוות והסיק מתוך כך ששני עניינים כלולים בהלכה זו: דין בחיובי גנבה ודין רודף. אלא שאת הדין הראשון הוא מפרש כעונש לגנב על גנתו, ולא על יסוד התרת עצמו למיתה, ואף אינו עומד על כך שלפי הדין הראשון אין כאן עדיין היתר להרוג את הגנב, אלא רק פטור בלבד.