

סעיף 34ה

נטל ההוכחה בסייגים לאחריות הפלילית

34כב. נפקותו של ספק

- (א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.
(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.

34ה. נטל ההוכחה

מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית.

התוכן

- 2..... פרק ראשון : מבוא
- 3..... פרק שני : שתיקה בשעת התראה או בבית הדין
- 5..... פרק שלישי : אומדנא ותקנת הציבור
- 7..... פרק רביעי : העדר שליטה
- 9..... פרק חמישי : קטינות
- 11..... פרק שישי : אי-שפיות ושכרות
- 12..... פרק שביעי : כורח
- 13..... פרק שמיני : צידוק
- 14..... פרק תשיעי : סיכום

פרק ראשון: מבוא

עיקרון בסיסי במשפט הפלילי הוא כי "חובת ההוכחה"¹ רובצת על שכמה של הקטגוריה עד סוף כל הסופות"². עיקרון זה, הקבוע בסעיף 34כב(א) לחוק, קובע כי אדם הוא בחזקת זכאי עד שתוכיח התביעה את אשמתו מעבר לספק סביר.

ברם, בנוגע להוכחת קיומם או העדרם של הסייגים לאחריות הפלילית, נקבע כלל שונה. סעיף 34 לחוק קובע חזקה כי המעשה נעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית. חזקה זו פוטרת את התביעה מן הצורך להוכיח שלא עומד לזכותו של הנאשם אחד מן הסייגים הפוטרים מאחריות. בדברי ההסבר להצעת החוק³ נאמר שקביעה זו מבוססת על ההנחה שעבריינים מבצעים את עברותיהם בדרך כלל במצב שאין בו כדי לשלול את פלילות המעשה. מכאן שקיומו של סייג הוא חריג, ועל כן הוא טעון הוכחה. הלוי⁴ מציין כי הרציונל העומד בבסיסה של חזקה זו הוא הרצון לאפשר מסגרת דיון יעילה ועניינית, שבה "אין צורך להטיל על התביעה את הנטל להוכיח מעל לספק סביר את היעדר התקיימותם של כלל הסייגים לאחריות הפלילית בלא שהתעוררה שאלת קיומם".

מצד שני, קובע החוק⁵ שאם הנאשם עורר ספק סביר שמא נתקיים אחד מסייגים, עובר נטל ההוכחה לפתחה של התביעה. ביסודה של קביעה זו עומד הכלל שהנאשם הוא הנהנה מכל ספק בפלילים, גם כאשר מדובר בסייגים לאחריות הפלילית⁶. בהקשר זה, יש לציין שבהצעת החוק הוראה זו הייתה בסעיף הדין בנטל הראיה בסייגים לאחריות הפלילית, ואילו בנוסח הסופי של החוק הועברה הוראה זו לסעיף 34כב, העוסק בנפקותו של ספק באופן כללי. נראה כי שינוי זה נועד להדגיש שהוראה זו אינה ייחודית דווקא לסייגים לאחריות פלילית, והיא מבוססת על הכלל היסודי בדין הפלילי שהנאשם הוא הנהנה מכל ספק בפלילים.

לפני שנתקבל תיקון 39, הבחין החוק בין סוגים שונים של סייגים. בסייגים של "טירוף הדעת", "שכרות" או "צורך"⁷ היה נטל הראיה מוטל על כתפיו של הנאשם. כמו כן, בסייגים אלו נטל השכנוע נבחן במאזן הסתברויות, לאמור, לא היה די שהנאשם הראה שיש ספק בדבר קיומם של הסייגים, אלא היה עליו להראות שקיומם של הסייגים סביר יותר מאי-קיומם. התביעה לא נדרשה אפוא, במקרים אלו, להוכיח את העדרם של הסייגים. לעומת זאת, דינם של שאר הסייגים

¹ לשם הבהרת הדברים והדיון בהמשך, נבאר כבר עתה: נטל ההוכחה (או חובת ההוכחה) כולל שני סוגי נטל: נטל הראיה - הקובע מיהו הצד שעליו להביא ראיה לקיומה של עובדה רלוונטית, ונטל השכנוע - המתייחס לרמת המהימנות הנדרשת כדי להוכיח שהתקיימו העובדות הרלוונטיות. להרחבה, ראה: גבריאל הלוי, **תורת דיני העונשין** (2010), כרך ג, עמ' 66.

² ע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה' 1187, 1196 (1951).

³ דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ב-1992, סעיף 41.

⁴ גבריאל הלוי, **תורת דיני העונשין** (2010), כרך ג, עמ' 67-68.

⁵ ס' 34כב(ב) לחוק.

⁶ דברי ההסבר, שם, סעיף 42.

⁷ סעיפים 19, 20, 22 לנוסח הישן של החוק.

היה זהה לדין יסודות העברה, והיה על התביעה להוכיח שאין כל בסיס אף לקיומו של ספק סביר שמא עומדת לנאשם טענת הגנה כלשהי. בסייגים אלו, די היה בספק שמא עומד אחד מהם להגנתו של הנאשם כדי שיצא זכאי בדין.⁸

הוראה זו, שמקורה במשפט האנגלי, שונתה כאמור בתיקון 39, הן בנוגע לנטל הראיה הן בנוגע לנטל השכנוע.⁹

לעניין נטל הראיה, מחמיר אפוא החוק שלאחר התיקון עם הנאשם, וקובע שהוא יוטל עליו בכל הסייגים, ולא רק בשלושת הסייגים הנזכרים לעיל. אולם לעניין נטל השכנוע מקל החוק שלאחר התיקון עם הנאשם, ודי בכך שיעורר ספק סביר כדי שיצא זכאי בדין.

בפרקים להלן נברר את עמדת המשפט העברי בשאלה על מי נטל הראיה בדבר קיום סייגים לאחריות.

פרק שני: שתיקה בשעת התראה או בבית הדין

כאשר מדובר בעונשי מיתה ומלקות על פי דין תורה, רק לעתים רחוקות מתעוררת שאלת נטל הראיה בסייגים לאחריות הפלילית. הסיבה לכך היא שכדי להטיל עונשים אלו, יש בדרך כלל צורך בהתראה. ההתראה היא אזהרה שמזהירים את העבריין, בסמוך לביצוע העברה, כי הוא עומד לעשות מעשה האסור על פי התורה. רק אם שמע הנאשם את ההתראה, ואמר שלמרות ההתראה הוא נחוש לבצע את המעשה, ניתן להענישו בעונשי התורה. אם התרו בנאשם, והוא לא אמר למתרים שיש סייג לאחריותו הפלילית, יש להניח שסייג זה לא היה קיים. וכך כותב הרשב"א¹⁰:

ואם זה התרו בו, ואפילו הכי לא חשש לומר להם בשעת התראה (שנתכוון לדבר אחר או שהוא אנוס), וכל שכן כשאמר: 'אף על פי כן', ודאי אינו נאמן לפטור את עצמו מן המלקות לאחר מכאן.

הצורך בהתראה פוטר אפוא מהצורך להוכיח את העדרם של חלק גדול מן הסייגים לאחריות הפלילית.

ברם, אין בתגובתו של הנאשם להתראה כדי להוכיח את העדרם של כל הסייגים לאחריות הפלילית. כך, למשל, אף אם אמר הנאשם לאלו שהתרו בו שהוא מבצע את העברה למרות התראתם, אין בדבריו כדי להוכיח שלא עומד לזכותו הסייג של קטינות, שכרות או אי-שפיות. כמו כן נראה, שאין בתגובתו של הנאשם להתראה כדי להוכיח בוודאות גמורה את העדרו של הסייג של

⁸ קדמי, על הראיות, חלק ב, הוצאת דיונון 1991, עמ' 820-823. ראה גם ע"פ 10/49 היועץ המשפטי נ' פתניאב, פ"ד ב 424.

⁹ ראה קדמי, על הראיות, עדכון והשלמה, הוצאת דיונון 1995, עמ' 149.

¹⁰ שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קט; הובא בבית יוסף, יורה דעה, סימן רכח. מדבריו שם משמע שכך יהיה גם בחיוב מיתה. מסקנה דומה עולה גם מדברי הרמב"ם, הלכות שבועות, פרק ב, הלכה יב. וראה גם רש"י, סנהדרין לג ע"ב, ד"ה טעה בנואף ונואפת, שהביא מקרה שפטר בית הדין את הרוצח משום שאמר: "הוא היה רודפני"; משמע שצריך שיאמר זאת. מסתבר שמדובר ברוצח שטען זאת בפני אלו שהתרו בו, משום שאם כוונת רש"י שהטענה נטענה על ידי הנאשם בבית הדין, אין צורך בדבריו, שהרי אם טענה כזו מתקבלת, היא תתקבל גם אם הנאשם לא יעלה אותה מעצמו. ראה להלן, ליד ציון הערה 14 ובהערה שם.

העדר שליטה: תיתכן אפשרות שאף שאמר הנאשם שהוא מתכוון לבצע את העברה, לחיצתו על ההדק נעשתה בסופו של דבר מתוך תגובה רפלקסיבית ולא מתוך רצון. זאת ועוד, לעתים גם בעונשי מיתה ומלקות אין צורך בהתראה¹¹, ובמקרים אלו תתעורר שאלת נטל הראיה בכל הסייגים לאחריות הפלילית.

לעומת עונשי מיתה ומלקות, הרי בחיובים אחרים, כגון גלות, קרבן¹² וממון, שאין בהם צורך בהתראה, עשויה להתעורר שאלת נטל הראיה לעתים קרובות יותר. כמו כן עשויה להתעורר שאלת נטל הראיה בנוגע לפסלות לעדות של עובר עברה, שאינה ענישה.

הבדל נוסף, הנוגע לענייננו, בין עונשי מיתה ומלקות לבין חיובים אחרים, הוא ההתייחסות לנאשם שאינו טוען בבית הדין לסייג לאחריותו. בחיובי ממון, גלות או קרבן, תיחשב שתיקתו של הנאשם כהודאה¹³, וממילא יהיה התובע פטור מלהוכיח את העדרו של הסייג. לעומת זאת, בחיובי מיתה ומלקות, אין בשתיקה כשלעצמה כדי לפטור את התביעה מחובת ההוכחה, גם אם שתיקתו תיחשב כהודאה, שהרי אין אדם מתחייב מיתה או מלקות על פי הודאתו¹⁴. אכן, גם לעניין זה, יש להבחין בין הסייגים השונים, ומסתבר שבסייגים של קטינות או אי-שפיות לא ניתן יהיה להחשיב את

¹¹ יש אומרים, למשל, שתלמיד חכם היודע את הדין אינו צריך התראה. כמו כן יש מספר עברות ספציפיות שבהן אין צורך בהתראה. לפרטם של דברים, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך התראה, כרך יא, עמ' רצא-שיד.

¹² לגבי חיוב קרבן, ראה כריתות יב ע"א, שיש אומרים שבכל מקרה אדם נאמן על עצמו אף נגד עדים. לדעה זו, לא תתעורר שאלת נטל הראיה בחיובי קרבן כלל, שהרי בכל מקרה האדם נאמן בטענותיו, אף אם לא הביא כל ראיה לדבריו. ואולם רבי מאיר (כריתות יא ע"ב) סובר שאדם אינו נאמן על עצמו לפטור את עצמו מקרבן נגד עדים. ואפשר להסביר שהוא סובר שמטרת הקרבן היא עונש, וכפי שכתב יד דוד, פסקי הלכות, חלק א, עז ע"א, אין אדם נאמן על עצמו לפטור את עצמו מעונש. וראה מ' מינקביץ, המחשבה הפלילית, ניו-יורק תשכ"א, עמ' 118, הערה 42, הסובר שמטרת הקרבן היא עונש, על סמך התלמוד שבת ע ע"א: "מחלליה מות יומת - ... אם אינו ענין למזיד, דכתיב כל העשה מלאכה יומת - תנהו ענין לשוגג, ומאי יומת - יומת בממון".

¹³ לעניין חיוב ממון, ראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פא, סעיפים ו-ז. וראה גם שו"ת עזרת כהן, סימן צד, שכתב שכאשר יש לפנינו ספק נוקטים בכלל 'שתיקה כהודאה'. לעניין חיוב קנסות, כאשר יש עדים על עיקר המעשה, וההודאה דרושה רק לפרטי המעשה, ראה: רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ה, הלכות ו-ז; מגיד משנה, שם, הלכה ו; שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קי. לעניין גלות, ראה תוספות, מכות ב ע"א, ד"ה מעידין (השני), וחידושי הריטב"א שם. לעניין קרבן, ראה רמב"ם, הלכות שגגות, פרק ג, הלכה ב.

¹⁴ רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ו. וראה מהרש"א, מכות ב ע"א, ד"ה מעידין. מדברי המהרש"א מוכח שהכלל שאין אדם מתחייב מיתה ומלקות על פי הודאת עצמו נאמר גם במקרה זה, שעדים מעידים שעשה את המעשה. זהו המצב גם לפי החוק. ראה ע"פ 240/84 חטיב נ' **מדינת ישראל**, פ"ד לט(2) 36: "אין בית המשפט פטור מלבחון טענת הגנה אפשרית במשפט פלילי, אף אם זו לא נטענה במפורש על ידי הנאשם או בא כוחו, אם טענה זו עולה למעשה מחומר הראיות שהובא בפני בית המשפט".

לעניין זה יש להבדיל בין שתיקה בבית הדין, שאין בה כדי להסיר את נטל ההוכחה מן התביעה, לבין שתיקה בשעת ההתראה, המתפרשת כאישור שאין סייגים לזכותו של הנאשם, ופוטרת את התביעה מלהוכיח זאת. שתיקה בבית הדין אינה מלמדת בהכרח על מחשבותיו של הנאשם או על כוונותיו בזמן ביצוע העברה, ועל כן אין מתחשבים בה. לעומת זאת, שתיקה בשעת ההתראה מלמדת על כוונותיו בזמן ביצוע העברה, ויש להתחשב בה. זוהי הסיבה להענשת נאשם שאמר בעת שביצע את המעשה שהוא שמע את ההתראה. אך אם הוא לא אמר זאת בעת ביצוע העברה, ורק הודיע אחר כך בבית הדין שהוא מודה ששמע את ההתראה - לא יתחשבו בדבריו.

שתיקתו של הנאשם כהודאת בעל דין¹⁵, אף לא בחיובים שבדרך כלל נחשבת בהם שתיקה כהודאה.

לסיכום: בחיובי ממון, גלות וקרבת, תתעורר שאלת נטל הראיה בסייגים לאחריות פלילית רק אם טען הנאשם בבית הדין שיש סייג לאחריותו. אך אם שתק הנאשם בבית הדין, לא תתעורר בדרך כלל השאלה, משום ששתיקתו מתפרשת כהודאה. לעומת זאת, בחיובי מיתה ומלקות, תתעורר שאלת נטל הראיה גם אם שתק הנאשם בבית הדין ולא טען דבר. אבל בחיובים אלו, תוכל התביעה להסתפק בחלק מן המקרים בראיה שבזמן שהתרו בנאשם הוא לא טען שעומד לזכותו סייג.

פרק שלישי: אומדנא ותקנת הציבור

ככלל, אין להרשיע אדם בעברה עד שיוכח שאכן עבר את העברה בנסיבות המחייבות את ענישתו. נטל הראיה הוא על התביעה, ועליה להוכיח, באמצעות חקירת העדים, את פרטי העברה ונסיבותיה. וזה לשון הרמב"ם¹⁶:

החקירות והדרישות הן הדברים שהן עיקר העדות, ובהן יתחייב או יפטר, והן כוונת המעשה שעשה וכיוון הזמן וכיוון המקום.

אשר לכוונתו של האדם לעבור את העבירה קובע הרמב"ם¹⁷:

כיצד דנין דיני נפשות? כשיבואו עדים לבית דין ואומרים 'ראינו פלוני זה שעבר עבירה פלונית', אומרין להן: 'מכירין אתם אותו, התריתם בו?'. אם אמר 'אין אנו מכירין אותו' או 'נסתפק לנו', או שלא התרו בו, הרי זה פטור.

אם אחד מן העדים אינו יודע לענות על השאלה אם התרו בו, העדות בטלה, ולא ניתן להעניש את הנאשם¹⁸.

עם זאת, ניתן לעתים להסתמך על אומד ועל חזקות להרשעתו של הנאשם. כך, למשל, נעזרים באומד כדי לברר את היקף המחשבה הפלילית - האם הנאשם היה שוגג או מזיד? אם עדים מעידים שפלוני הרג על ידי שנשמט הברזל מקת הגרון בשעה שחטב עצים ביער, ניתן לחייב אותו בגלות לעיר מקלט מתוך הנחה שהרג בשוגג, והוא לא יוכל להיפטר מגלות בטענה שהוא הרג במזיד. מאידך גיסא, אם ההורג ידוע כשונאו של הנהרג, יש המניחים שעשה את מעשהו בכוונה, ולדעתם הוא לא יהיה נאמן לומר שהיה שוגג¹⁹.

¹⁵ מקרה נוסף, מתחום חיובי הממון, שלא תיחשב בו שתיקה הנתבע כהודאה, הוא ביתומים הנתבעים לשלם חוב של אביהם. במקרה זה יטען בית הדין עבור היתומים את הטענות שעשויות לפטור אותם מתשלום החוב, בתנאי שטענות אלו הן סבירות. ראה תוספות, בבא בתרא ע"ב, ד"ה מ"ד נשבע.

¹⁶ רמב"ם, הלכות עדות, פרק א, הלכה ה.

¹⁷ רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יב, הלכה א.

¹⁸ רמב"ם, הלכות עדות, פרק ב, הלכה א.

¹⁹ תוספות, מכות ב ע"א, ד"ה מעידין (השני). ראה גם מכות ט ע"ב.

עקרונות אלו נכונים גם בנוגע לסייגים לאחריות הפלילית אשר בקיומם לא מתגבשת עברה כלל²⁰. בסייגים אלו מוטל, באופן עקרוני, נטל הראיה על התביעה. אך אם לאור נסיבות המעשה קיימת סבירות גבוהה²¹ שהוא נעשה בלא סייגים, תהיה התביעה פטורה מלהביא ראיות ישירות על העדרם של אותם סייגים, ונטל הראיה על קיומם של סייגים אלו יוטל על הנאשם²². בכך אין, מבחינה עקרונית, פטור של התביעה מחובת הראיה, אלא עמידה באותה חובה - הסבירות הגבוהה נחשבת לראיה, וכעת על הנאשם לסתור ראיה זו אם הדבר ביכולתו.

במקרים אחדים יש שיקול נוסף להעברת נטל הראיה אל הנאשם, והוא תקנת הציבור²³. מדובר בסייגים לאחריות המצויים מטבעם בתחום ידיעתו הבלעדי של הנאשם, כך שקשה מאוד לתביעה להוכיח את העדרם. הטלת נטל הראיה במקרים אלו על כתפי התביעה היתה מאפשרת לנאשמים

²⁰ דוגמא לכך שלא מתקיימים כלל יסודות העברה ניתן למצוא בד"ר הבא: אדם רשאי לעתים לעשות דין לעצמו, ולהשיב לעצמו בכוח חפץ שנגזל ממנו, ואף להכות את הגולן. בעניין זה פסק השולחן ערוך, חושן משפט, סימן ד, סעיף א: "יכול אדם לעשות דין לעצמו. אם רואה שלו ביד אחד שגזלו, יכול לקחתו מידו. ואם האחר עומד כנגדו, יכול להכותו עד שיניחנו (אם לא יוכל להציל בדרך אחרת)... והוא שיוכל לברר ששלו הוא נוטל בד"ר". החובה להוכיח שהחפץ שייך לו לא נועדה אך ורק להתיר לו לכתחילה לתפוס את החפץ. היא נדרשת גם בדיעבד: אם תפס את החפץ, ולא הצליח להוכיח שהחפץ שייך לו, יוצא החפץ מידו (ראה באר אליהו, חושן משפט, סימן ד, אות ה, שכתב שגם בתלמיד חכם, אף שיש המתירים לו לתפוס את החפץ גם בלא שיוכל להוכיח את בעלותו עליו, הרי אם תבעו אותו לדין, ולא הצליח להוכיח זאת, הוא חייב להשיב את החפץ). הטלת נטל הראיה במקרה זה על כתפי הנתבע נובעת מתקנת הציבור, משום שאם לא נדרוש מן הנאשם להביא ראיה להצדקת מעשהו, יהיה תוהו ובוהו: "דאם כן, לא שבקת חיי לכל בריה, דכל אחד יאמר לחבירו: ודאי דידי מגזל קגזלת לי, ויכה אותו ויחטוף אותו, ויאמר: עבידנא דינא לנפשאי" (מרדכי, בבא קמא, סימן ל; וראה גם שם, סימן קצג). אמנם, ניתן לטעון שהדין מבוסס על הכלל "חזקה מה שתחת ידו של אדם שלו הוא" (ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יד, ערך חזקת מטלטלים), אולם נראה שאף כלל זה יסודו בשיקולים הנוגעים לתקנת הציבור - ראה קובץ שיעורים, בבא בתרא, אות קנג. זוהי אפוא קביעה ייחודית לנסיבות מעין אלו. בנסיבות אחרות, שבהן הטלת נטל הראיה על התביעה לא תביא לאנדרלמוסיה, יהיה הנאשם פטור מלהביא ראיה לטענתו, אלא אם כן זוהי טענה בלתי סבירה לאור נסיבות המקרה.

²¹ אין אנו נכנסים במסגרת זו למידת הסבירות, מאחר שאנו עוסקים רק בשאלת נטל ההוכחה ולא בשאלת מידת ההוכחה.

²² לדעת ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין, חלק ב, עמ' 539, סייג של טעות במצב דברים שונה מן הסייגים האחרים באשר לשאלת נטל הראיה. לדעתו, בסייג זה נטל הראיה נשאר מוטל על שכמה של התביעה. טעם הדבר הוא, שמשמעות ההגנה של טעות במצב דברים היא של העדר יסוד מיסודות העבירה, ועל כן ברור שבעניין זה התביעה היא הנושאת בנטל הבאת הראיות. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, אין כל הבדל עקרוני לעניין נטל הראיה בין הסייג של טעות במצב הדברים לבין סייגים אחרים. כך, למשל, כותב שו"ת חכם צבי, סימן קמו (ראה גם פסקי הלכות, יד דוד, חלק א, עז ע"א, על בסיס דברי הרמב"ם, הלכות שבועות, פרק ב, הלכה יב), בעניין אישה שאין ראיות שזנתה, אלא שהיא מודה בכך, אבל טוענת שנאנסה. החכם צבי כותב שהיא נאמנת, שכן: "מה לי אמתלא שהייתה צועקת ולא נשמעת, או שסתם פיה, או אמתלא שסבורה הייתה שהוא בעלה".

²³ רציונל זה קיים גם בחוק הישראלי, ובטא ע"י השופט חשין בע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, נג(4) 337 (1999): "חלק מן ההגנות הפזורות בדין עניינן במידע המצוי בידיעתו הבלעדית של הנאשם, ובמקרים אלה לו זו בלבד שאין הצדק להקל עמו, אלא שהכבדה עליו בנטל ההוכחה תהווה תמריץ כי יגלה את כל האמת ולא אך יספק עצמו בקטעי אמת" (פסקה 53 לפסק הדין). אכן, דבריו אמורים ביחס ל"הגנות", להבדיל מסייגים, אולם אין זה משנה את עובדת קיומו של העיקרון במשפט הישראלי, גם אם אופן יישומו שונה מעט.

לטעון טענות סרק בלא שתוכל התביעה לסותרם, ובאופן זה לא ניתן יהיה לקיים מערכת ענישה יעילה.²⁴

בעניין זה, הרדב"ז²⁵ קובע כלל: "אין כל אדם נאמן לומר: 'יראתי מדבר פלוני', אם אין הדבר מצוי ואירע כיוצא בו. והכל לפי ראות בית דין". והוא מנמק זאת בשיקול של תקנת הציבור: "דאי לא תימא הכי, אין קיום לשום מעשה, אם יוכל לטעון 'אנוס הייתי'".

מכאן, שהגדרת ההגנה כסייג או כפגם ביסודות העברה תלויה במידת הסבירות שיש בטענתו של הנאשם, ובמקרים מסוימים בתקנת הציבור; וזאת, בין אם המדובר בטענה המוגדרת על פי החוק כסייג ובין אם מדובר בטענה הנוגעת ליסודות העברה. להלן נביא דוגמאות אחדות לבסס את דברינו.

פרק רביעי: העדר שליטה

הדוגמה הבולטת ביותר לאפשרות השימוש בחזקת המחשבה הפלילית בנוגע לסייג לאחריות פלילית היא בדין נערה מאורסה שנאנסה. אם זינתה נערה מאורסת, דהיינו נבעלה לזר ברצון, היא והבועל עשויים להתחייב מיתה בסקילה. אולם אם נאנסה הנערה, היא אינה נעשית, ורק הבועל - האונס - עשוי להתחייב מיתה. אפשרות השימוש בחזקה במקרה זה מופיעה כבר בתורה עצמה, הקובעת כי נערה מאורסה שנבעלה בעיר היא בחזקת נבעלה ברצון, ואילו אם נבעלה בשדה, חזקה שנאנסה (דברים כב, כג-כז):

²⁴ יש לציין שאותה טענה עצמה עשויה להוות בנסיבות מסוימות טענת סייג לאחריות הפלילית, ובנסיבות אחרות - חלק מיסודות העברה. כך, למשל, טענת אונס, המהווה בדרך כלל טענת סייג לאחריות הפלילית, המקבילה לטענת כורח המצויה בחוק העונשין, עשויה לעתים לגרום לאי-התקיימותם של יסודות העברה עצמם. דוגמה לדבר ניתן למצוא בדיני שבועות. לפי ההלכה, העובר על שבועתו חייב עונש מלקות. אם יטען הנשבע שעבר על שבועתו באונס, תהיה טענתו סייג לאחריותו הפלילית. לעומת זאת, אם יטען ששבועתו נעשתה באונס, משמעות טענתו היא שיסודות העברה אינם מתקיימים כלל, משום ששבועה שנשבע אדם באונס אינה תקפה, והרי היא כאילו לא נאמרה כלל, וממילא 'העובר' עליה לא עבר כל עברה. יתר על כן, יש להבחין בין המקרה האחרון לבין סייגים אשר בהתקיימם לא מתגבשת כל עברה. בסייגים אשר בהתקיימם לא מתגבשת כל עברה, מדובר באירוע בעייתי שהתרחש, אלא שהנאשם נחשב כמי שלא עבר את העברה. לעומת זאת, בשבועה שנשבע אדם באונס, ההפרה כביכול של השבועה כלל אינה אירוע בעייתי. ברם, על אף שבמקרה של שבועה באונס טענת האונס היא מיסודות העברה, יש שנטל הראיה בטענה זו מוטל על הנאשם ולא על התביעה: אדם שעבר על שבועתו, וטוען שנשבע באונס, לא תתקבל טענתו, והוא חייב מלקות, אלא אם כן הראה שיש יסוד לטענתו זו - רמ"א, יורה דעה, סימן רלב, סעיף יב [האחרונים נחלקו בהבנת דברי הרמ"א. יש שכתבו שלדעתו בכל מקרה אין אדם נאמן לאחר מעשה לטעון שהיה אנוס; ויש אומרים שרק מעונש מלקות הוא לא ייפטר בטענת אונס, אך לעניין שאר דברים יהיה נאמן. ראה: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יורה דעה, סימן סח, ד"ה ואף; גיליון מהרש"א, יורה דעה, סימן רלב, סעיף יב, על רמ"א, ד"ה אבל. לעניין זה יש להבחין גם בין נאמנותו של אדם הנוגעת לעצמו לבין נאמנותו בדברים הנוגעים גם לאחרים. ראה: ש"ך, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק כה; פסקי הלכות, יד דוד, חלק א, עז ע"א בהגהה. הבחנה בין דברים הנוגעים לאנוס עצמו לבין דברים הנוגעים גם לאחרים יש גם לעניין אדם הנראה בריא, אך הוא טוען שהוא חולה ועליו לעבור איסור תורה. ראה שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, תשובה פב. דבריו הובאו במשנה ברורה, סימן תריז, ס"ק ו]. אחד הטעמים לקביעה זו הוא ששבועה באונס היא דבר שאינו שכיח, ועל כן אין לחשוש לו (ראה ש"ך, יורה דעה, סימן רלב, ס"ק כה).

²⁵ שו"ת הרדב"ז, חלק ו, סימן ב אלפים שז.

כי יהיה נערה בתולה מאורשה לאיש ומצאה איש בעיר ושכב עמה... וסקלתם אותם באבנים ומתו, את הנערה על דבר אשר לא צעקה בעיר... ואם בשדה ימצא האיש את הנערה המאורשה... ולנערה לא תעשה דבר אין לנערה חטא מות... כי בשדה מצאה, צעקה הנערה המאורשה ואין מושיע לה.

בהסבר הבחנה זו כותב הרמב"ן²⁶:

כי כאשר יראו עדים מרחוק איש תופס בנערה ושכב עמה בעיר, והרימו העדים קולם והתרו בהם - על דעת רבותינו, יתחיבו שניהם סקילה, שגם האישה בחזקת מזנה לדעת, כיון שלא צעקה כלל, כי דרך כל אנוסה לצעוק בעיר להושיעה ולהצילה. ואם יראו אותה בשדה, שיחזיק בה וישכבנה, הרי זו בחזקת אנוסה ופטורה.

ומוסיף הרמב"ן, שהצעקה היא רק ביטוי אחד של התנגדות של האישה, ויכולות להיות גם צורות אחרות של התנגדות:

ולא ידעתי בדין הצעקה, אם ראינו נערה שהחזיק בה האיש, והיא נלחמת בו בכל כחה, ובוכה ואוחזת בבגדיו או בשערותיו להמלט ממנו, ולא ידעה לצעוק, למה תִּסְקַל? אלא גם הצעקה בהווה, לדון בה מן הסתם בעיר מפותה ובשדה אנוסה.

מכאן, ששאלת נטל הראיה על היותה או אי-היותה של הנערה אנוסה, תלויה בנסיבות העניין: אם התרחש המקרה בעיר, והנערה לא צעקה, ולא גילתה סימני התנגדות אחרים, תהיה חייבת להוכיח שנאנסה; ואם לא תעשה זאת, תתחייב סקילה. לעומת זאת, אם התרחש המקרה מחוץ לעיר, היא לא תיענש, אלא אם תוכיח התביעה שהבעילה הייתה ברצונה.

תפיסה זו מעוררת קושי לאור דיני ההתראה. כפי שכתבנו לעיל, בעונשים הדורשים התראה, תגובתו של הנאשם להתראה עשויה ללמד על קיומו של הסייג או העדרו. מכאן, שלא מיקומו של המעשה צריך לקבוע אם מדובר באונס, אלא תגובתה של הנערה להתראה: אם התרו בה, וקיבלה את ההתראה - אין להחשיבה כאנוסה, אף אם התרחש המעשה בשדה; ואילו אם לא התרו בה, או שהתרו בה וטענה שהיא אנוסה - אין להענישה, אף אם מדובר בעיר. ואכן, יש שכתבו שהתורה תיארה את המציאות הרווחת, אך למעשה אין נפקות בין עיר לשדה לגבי עונשים הדורשים התראה. לדבריהם, השימוש בחזקה הנ"ל ייעשה רק לגבי קנס ממוני, שאינו דורש התראה²⁷.

ברם, לאור משמעותם הפשוטה של פסוקי התורה שהובאו לעיל, שלפיהם יש נפקות לעניין הענישה, יש מפרשים²⁸ שהשימוש בחזקה נעשה גם לעניין חיובה של האישה במיתה. כדי ליישב את הקושי הנובע מדיני ההתראה, הם מסבירים שמדובר בשהעדים ראו את האישה והתרו בה לאחר שכבר החלה להיבעל. במקרה זה, אף אם קיבלה האישה את ההתראה, אם תחילת הבעילה הייתה באונס היא תיפטור, משום ש"תחילתה באונס וסופה ברצון - פטורה". לדעתם, השימוש בחזקה נעשה לבירור אופן התחלת הבעילה. וכך כותב בעל "משך חכמה":

²⁶ רמב"ן, דברים כב כג.

²⁷ ראה: רמב"ם, הלכות נערה בתולה, פרק א, הלכה ב; ערוך השולחן, אבן העזר, סימן קעז, סעיף ג; כנסת הגדולה, אבן העזר, סימן קעז, הגהות הטור, אות ב, בשם שו"ת מהר"ם די בוטון, סימן נב. לדעת הראב"ד, בהשגותיו על הרמב"ם, שם, גם לעניין קנס לא נסמוך על החזקה, ובכל מקרה יש לנהוג לפי הכלל "המוציא מתברו עליו הראיה", "והעיר והשדה שוות הם".

²⁸ משך חכמה, דברים כב, כד, ד"ה בספרי; העמק דבר, דברים כב, כג.

אם מצאנה עדים נבעלת לאיש בעיר, והתרו בה, והיא רוצה לבלי להפרש ממנו - חזקה שתחילת הביאה ברצון היה, וחייבת מיתה. אבל בשדה אין זו עדות, דאימור תחילת ביאה באונס, וכעת יצרה אלבשה, דבשדה בסתם שהיא אנוסה.

יש לציין שהדגש בדין זה הוא האם הנסיבות הספציפיות יוצרות חזקה שהאישה נאנסה או זינתה מרצון, ואין זה דומה להוראת חוק שיוצרת חזקה כללית, לפיה העברה בוצעה בלא התקיימות סייג כלשהוא.

דוגמה נוספת להתחשבות בנסיבות העניין לקביעת נטל הראיה, ניתן למצוא בדיונים של הפוסקים בדבר אשת איש שנבעלה לאדם זר וטוענת שנבעלה בשעה שישנה, כלומר טענתה של האישה היא שדינה כדין אנוסה, כיוון שהיא ישנה בשעת הבעילה²⁹. כל הפוסקים מסכימים שבאופן עקרוני מתקבלת טענתה של האישה, אף אם אינה מביאה ראיה לדבריה, אלא אם כן טענתה אינה סבירה לאור נסיבות העניין. יש מן הפוסקים הכותבים שאם אין עדים שהאישה נבעלה, והחשש שזנתה הוא משום שנכנסה להריון בעת שבעלה לא היה בעיר, היא נאמנת לומר שישנה בשעה שנבעלה, כי היא יכלה לטעון שבעלה בא בסתר וקיים עמה יחסים³⁰. "כנסת הגדולה" חולק³¹ וסובר שאין לקבל את טענתה של האישה, משום שאין זה סביר שהאישה ישנה בשעת הבעילה. הוא מוסיף, שגם לפי הדעה שהאישה נאמנת, הרי אם "יש עדים שראו דברים מכווערים, ולא ראו שהיא הייתה ממאנת, רחוק הוא לומר שהייתה... משוקעת בשינה כל כך שלא תרגיש".

בהקשרים אחרים, יש המבחינים בין מעשה שנעשה בלילה לבין מעשה שנעשה ביום: בלילה, כיוון שרוב בני האדם ישנים, מתקבלת טענתו של האדם שעשה את המעשה בשעת שינה אף בלא הבאת ראיות; אך ביום, זמן שבו רוב בני האדם אינם ישנים, יש צורך להביא ראיה לכך שהמעשה נעשה בשעת שינה³².

גם כאן, אפוא, שאלת נטל הראיה תלויה במידת הסבירות שבטענת הסייג.

פרק חמישי: קטינות

הסייג של קטינות פוטר את הנאשם מעונש³³, ואף שאין הדבר חד משמעי, ניתן לשייך סייג זה לסוג הסייגים שבהתקיימם נחשב הנאשם כמי שלא עבר כל עברה³⁴.

²⁹ אמנם, מדובר בשאלה הנוגעת לאיסור ולא לענישה, אך אשר לנטל הראיה מדובר בשאלה דומה.

³⁰ שו"ת פנים מאירות, חלק ג, סימן כב. במצב זה, הוויכוח הוא בינה לבין בעלה, כאשר היא טוענת "בוודאי הייתי ישנה", והוא טוען "שמא היית ערה", וברי ושמא - ברי עדיף.

³¹ כנסת הגדולה, אבן העזר, סימן יא, הגהות הטור, אות יג. מטעם זה הוא דחה את דברי הסוברים ששאלה זו תהיה תלויה בשאלת נאמנותה של האישה לומר שהייתה אנוסה. כך פסק גם שו"ת עבודת הגרשוני, סימן כז. ראה גם שו"ת מהרי"ק, סימן קכט, שהטוענת שהייתה מעולפת בזמן הבעילה צריכה להביא ראיה לדבריה. ואולם, שם הנידון הוא תביעת ממון שלה מן הבעל. ראה גם שו"ת ראני"ח, סימן יז.

³² שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן רטו, עושה הבחנה זו לענין בעל שזרק גט לחצרה של אשתו, ואין ידוע אם היתה ערה באותו זמן.

³³ ראה למשל נזיר נז ע"ב: "והאי קטן, הואיל והוא גופיה לאו בר עונשין הוא".

המקור לשאלת הראיה על גילו של הנאשם, מצוי בתלמוד בנוגע לנאמנותו של אב³⁵:

'בני זה בן י"ג שנה ויום אחד', 'בתי זו בת י"ב שנה ויום אחד' - נאמן לנדרים ולחרמים ולהקדשות ולערכים, אבל לא למכות ולעונשים.

משמעות "מכות" הוא חיוב מלקות מדברי **חכמים**, חיוב שאינו מותנה בהתראה; ומשמעות "עונשים" הם עונשי **התורה**, מיתה ומלקות, הדורשים התראה³⁶. מכאן שאין האב נאמן לומר שבנו אינו קטין, ולגרום לחיובו, בין בעונשים הדורשים התראה ובין בעונשים שאינם דורשים התראה³⁷. על פי זה פסק הרמב"ם³⁸:

אין סומכין על הנשים במנין השנים... אלא על פי שני עדים כשרים להעיד. האב שאמר... 'בני זה בן שלש עשרה שנה ויום אחד', 'בתי זו בת שתיים עשרה שנה ויום אחד' - נאמן לנדרים ולערכין ולחרמים ולהקדשות, אבל לא למכות ולא לעונשים.

רש"י³⁹ כותב שמדובר בבן שהיו בגופו סימני גדלות (דהיינו שתי שערות), ואף על פי כן יש צורך בעדות על שנותיו, משום שיש צורך בהתקיימות שני תנאים כדי להחשיבו לגדול: הן הבאת סימנים הן מלאת לו שלוש עשרה שנים.

על דברים אלו הקשו התוספות⁴⁰:

וקשה, דאם כן כל הנשים הבאות לפנינו לחלוץ, היאך יחלוצו, אף על גב שיש להם סימנים, כיון שאין אנו יודעים שנותיהם לא מהני... וכל האנשים הבאים על העריות, היאך הן נהרגים, ואף על גב שיש להם שערות, מכל מקום אין אנו יודעים שנותיהן, ושמהם הם קטנים!

מדבריהם עולה, שלא ניתן להעניש אדם כל עוד אין אנו משוכנעים שהוא אינו קטין. נטל הראיה בסייג זה מוטל אפוא על התביעה, וכל עוד לא הובאה הוכחה שלזכותו של הנאשם לא עומד הסייג של קטינות - הוא לא ייענש.

אכן, גם כאן ניתן להיעזר באומדן ובחזקה, אם לסימני הגדלות שבגופו מצטרף סיוע נוסף המעיד שלא היה קטין בשעה שעבר את העברה. סיוע זה יכול להיות מראהו החיצוני של הנאשם, כגון ריבוי שערותיו⁴¹ או קומתו⁴², המוכיחים שלא היה קטין⁴³.

³⁴ ראה שו"ת שבט סופר, אבן העזר, סימן ח, בדין מי שהוא ספק גדול ספק קטן. אמנם, קיים דיון ענף בשאלה, האם מעשהו של קטן יכול שייחשב מעשה עברה לעניין נפקויות שונות (ראה בית הלוי, חלק א, סימן יג-יד), אך ודאי שלעניין דיני עונשין מדובר בחפות מוחלטת של הקטן.

³⁵ קידושין סג ע"ב - סד ע"א.

³⁶ תוספות, קידושין סג ע"ב, ד"ה בני זה.

³⁷ פני יהושע, על דברי התוספות, שם.

³⁸ רמב"ם, הלכות אישות, פרק ב, הלכות כב-כג.

³⁹ רש"י, קידושין סג ע"ב, ד"ה בן.

⁴⁰ תוספות, קידושין סג ע"ב, ד"ה בני. גם רא"ש, קידושין, פרק ג, סימן ט, שהקשה קושיה זו. אבל בניגוד לתוספות, התקשה הרא"ש לעניין היכולת לייבם בלי עדות ברורה על גיל היבם, ולא לעניין היכולת להמית את עוברי העברה בלא עדות ברורה על גילם. הסיבה לכך היא שלדעתו ניתן לומר שעוברי עברה אכן אינם נהרגים אלא על פי עדים ששנותיהם ידועות להם. ראה קרבן נתנאל, שם, אות ק.

מכאן עולה, שכאשר התעורר ספק סביר בדבר גילו של הנאשם, כגון שאין לו ריבוי שערות או שהוא נמוך, על בית הדין להוכיח שהוא אינו קטין. לשון אחר: על התביעה להוכיח את העדרו של הסייג.

פרק שישי: אי-שפיות ושכרות⁴⁴

גם בסייג אי-שפיות, חזקה על האדם שביצע את מעשיו בשפיות, ורק אם התעורר ספק סביר בדבר שפיותו, יהיה צורך להוכיח שהיה שפוי⁴⁵. ואף אם ידוע לנו שהתנהג בעבר פעם אחת או פעמיים בדרך של שטות, אין בהתנהגות זו כדי להפקיע את החזקה שעשה את מעשה העברה מתוך שפיות, עד שנדע שהתנהג בעבר שלוש פעמים בדרך שטות⁴⁶, או שנדע שבשעה שעבר את העברה התנהג בדרך שטות, אף אם לא עשה זאת שלוש פעמים קודם לכן⁴⁷. דין זה נאמר גם כאשר מדובר באדם שלא הכרנוהו כלל קודם לכן, ושלא הוחזק אצלנו בחזקת שפוי. ביסוד הדבר עומדת הסתמכות על הרוב: רוב בני אדם אינם שוטים⁴⁸. ואולם, אם יש סיבה להסתפק אם האדם שלפנינו אינו שפוי,

⁴¹ תוספות, שם, בשם ר"י בתירוץ הראשון; הרא"ש, שם; חידושי הריטב"א, קידושין סד ע"א, ד"ה והא דתניא; חידושי הרשב"א, קידושין סג ע"ב, ד"ה בני זה. הרשב"א כתב שבמקרה זה סומכים על נאמנות האב אף למכות ולעונשין, והוסיף שכן כתבו התוספות. אך בדברי התוספות שלפנינו לא נאמר שבמקרה זה סומכים על נאמנות האב, וניתן להבין מדבריהם שבכגון זה אין צורך בעדותו של האב כלל, ואף בלא דבריו אנו מחזיקים את האדם שלפנינו בחזקת גדול, משום שאין דרך ריבוי שערות לבוא קודם שלוש-עשרה שנה.

⁴² תוספות, שם. וראה גם לחם משנה, הלכות אישות, פרק ב, הלכה כב, בנוגע לאדם קטן קומה.

⁴³ חידושי הריטב"א, שם. בנוסח הריטב"א, הוצאת מוסד הרב קוק, נכתב שהחזק על פי השנים, אך בהערת המהדיר שם הביא את נוסח הנימוקי יוסף, שנכתב בו שהחזק על פי השנים.

לעניין ההסתמכות על החזקה, ראה גם חזון איש, אבן העזר, סימן קיד, אות ז, ובמקורות שהביא שם. וראה גם תוספות, שם, בשם ר"י, בתירוץ השני, שכתבו שאם יש לאדם שתי שערות אין צורך בעדות על גילו, ושבסוגיית התלמוד מדובר באדם שעבר את העברה שנה או שנתיים קודם לכן, שאז יש צורך בעדות כדי לדעת אם בשעה שעבר את העברה מלאו לו שלוש-עשרה שנה או הביא סימנים; ואף על פי שבדרך כלל אין די שימלאו לו שלוש-עשרה שנה כדי להחשיבו כגדול, הרי אם עתה יש לו סימנים, ואנו יודעים שבשעה שעבר את העברה היה בן שלוש-עשרה שנה, אנו מחזיקים אותו כמי שהביא סימנים כבר ביום שהיה בן שלוש-עשרה. ראה: שו"ת הרא"ש, כלל לג, סימן ה; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לה, סעיף א; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חושן משפט, סימן ד; חידושי הרשב"ש על דברי התוספות שם. בכך מיושבת תמיהתו של מהר"ם על תירוץ התוספות - עיין שם.

⁴⁴ יש לציין שרבים מן המקורות שיובאו להלן אינם עוסקים בהכרח בדיני עונשין, אלא בדיני איסורים שונים, אך כללי החזקות והבירורים בנוגע לגיל ולמצב הנפשי דומים בשני התחומים, חוץ ממקום שמצוין אחרת.

⁴⁵ בחגיגה ג ע"ב, ובירושלמי, תרומות, פרק א, הלכה א, מוזכרים סימנים שבהתקיימם נחשב האדם לבלתי-שפוי. מכאן, שבלא סימנים שיצביעו על היותו בלתי-שפוי, הוא ייחשב שפוי, בלא צורך להביא לכך ראיות.

ראה גם: טור, חושן משפט, סימן רלה, בשם הרא"ש; שולחן ערוך, שם, סעיף א, ברמ"א.

⁴⁶ בית יוסף, חושן משפט, סימן לה, ד"ה שוטה פסול להעיד; ש"ך, יורה דעה, סימן א, ס"ק כג; בית שמואל, סימן קיט, ס"ק יב. פרי מגדים, יורה דעה, סימן א, שפתי דעת, אות כג, כתב שנכון להחמיר גם בפעם אחת.

⁴⁷ דעת תורה (שוואדרון), יורה דעה, סימן א, ס"ק מ.

⁴⁸ טורי אבן, חגיגה ג ע"ב, ד"ה והלן בבה"ק; פתחי תשובה, אבן העזר, סימן קכא, ס"ק ב, בשם תשובות מהרי"ם מבריסק, סימן ל. אפשר לנמק את ההבדל בין הסייג של קטינות לבין הסייג של אי-שפיות בשתי דרכים: (א) בנוגע לאי-שפיות המיעוט אינו שכיח, ואילו בקטינות המיעוט שכיח. (ב) בקטינות יש חזקת קטינות נגד הרוב, שהרי אדם זה היה קטן, ולכן הוא בחזקת קטן, עד שנדע בבירור שיצא מחזקה זו.

יוטל נטל הראיה על התביעה. על כן, למשל, אם ידוע לנו שהאדם שלפנינו עתים פיקח ועתים שוטה, הוא לא ייענש, עד שתוכיח התביעה שבשעה שעבר את העברה היה פיקח⁴⁹.

הוא הדין בנוגע לשכרות⁵⁰. בנוגע לאדם שחרף את חברו וקרא לו "בן הזונה", ולאחר מכן התנצל וטען שלא היה שפוי בעת אמירת הדברים, פסק ר' חיים בנבנשתי⁵¹:

ומה שהתנצל לומר שיצא מדעתו בשעה שדבר אותם דברים, אין זה התנצלות לפטור אותו מהעונש, דלאו כל כמיניה לומר כשיצא מדעתו דבר אותם הדברים, כמו שאמרו רבותינו [סוטה ג ע"א]: אין אדם חוטא אלא אם כן נכנס בו רוח שטות. ומה שהרא"ם⁵² פטר לשיכור שאמר שטימא את אשת חבירו, התם היינו טעמא, שראו אותו שיכור, ושלא היה שפוי בדעתו כשדיבר דברים אלו. אבל אם אין אנו רואין אותו שיכור, אלא שהוא אמר שהיה שיכור - לאו כל כמיניה.

מכאן עולה, שאף שנטל הראיה מוטל על התביעה, חזקה שהסייג לא קיים, ורק אם התעורר ספק סביר בדבר קיומו של הסייג, יחזור נטל הראיה לתביעה.

פרק שביעי: כורח

לדעת "אבני נזר"⁵³, משמעות האונס במובן זה שלא התגבשה העברה כלל, היא רק באשת איש שזנתה: "דאין איסור [האישה לבעלה] רק אם לא נאנסה. ואם כן, אם נאנסה, אין כאן התחלת איסור". לעומת זאת, בשאר עברות, טענת אונס היא טענת פטור, שמשמעותה שהחיוב קיים, אלא שניתן להיפטר ממנו בטענת אונס. מכאן מסיק "אבני נזר", שאף שלעניין אשת איש שזנתה, נטל הראיה מוטל על בית הדין כדי לאסור אותה על בעלה, בשאר עברות יוטל נטל הראיה על הנאשם. וכך הוא מבאר את הדברים:

ש'אונס רחמנא פטריה' אין הפירוש שאין התחלת חיוב... אלא ודאי חיוב יש, והאונס פטור, וצריך להביא עדים על הפטור⁵⁴, כמו טענת 'מחלת'⁵⁵.

⁴⁹ ראה רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ה; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלה, סעיף כא; בית יוסף, אבן העזר, סימן קכא, ד"ה ואם הוא עתים חלים; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קכא, סעיף ג; בית שמואל, סימן קכא, ס"ק ד; פתחי תשובה, אבן העזר, סימן קכא, ס"ק ב; רמ"א, אבן העזר, סימן מד, סעיף ב.

⁵⁰ ראה רמב"ם, הלכות נזירות, פרק א, הלכה יב.

⁵¹ שו"ת בעי חיי, חושן משפט, חלק א, סימן רלו.

⁵² הכוונה לשו"ת רבי אליהו מזרחי, סימן עב.

⁵³ שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן רמה, אות ח.

⁵⁴ שמא זהו גם הטעם לדינו של הנאשם ברצח הטוען שעשה זאת כגואל דמו של הנרצח. גואל הדם שהרג את הרוצח פטור מעונש, אף אם טרם נגזר דינו של הרוצח למיתה בבית דין. סיבת הפטור היא שהתורה מחשיבה את גואל הדם כאנוס, משום ש"חם לבבו" בגלל הריגת קרובו (ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך גואל הדם, כרך ה, עמ' רכד ושם בהערה 37). מי שרצח, וטוען שעשה זאת כגואל הדם, לא תתקבל טענתו, אלא אם כן הראה שיש בטענה זו מן הסבירות. לדוגמה, ראובן שהעידו עליו שרצח את שמעון, לא יוכל לטעון להגנתו שעשה את מעשהו כגואל הדם של לוי, שנרצח על ידי שמעון, אלא אם כן יביא ראיה מספקת שאכן רצח שמעון את לוי (רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכה ה, והשגות הראב"ד, שם; וראה מה שכתבו על כך: כסף משנה, מגדל עוז, אבן האזל, שם; ערוך השולחן, חושן משפט, סימן תכה, סעיף מד; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן לח). אפשר לנמק הלכה זאת על פי דברי אבני נזר, שהטוען שפעל מתוך אונס (כגון היותו גואל הדם) צריך להביא ראיה לדבריו.

ביטוי נוסף לכך ניתן למצוא בסוגיית התלמוד במסכת סנהדרין⁵⁶, המספרת שדנו את יואב בן צרויה על הריגת אבנר בן נר. יואב טען להגנתו שהרג את אבנר בהיותו גואל הדם של אחיו עשהאל; ואף על פי שעשהאל רדף אחר אבנר, ולכאורה פעל אבנר מתוך הגנה עצמית, ואין כאן מקום לגאולת דם, טען יואב שהיה על אבנר להציל את עצמו על ידי פגיעה באחד מאיבריו של עשהאל בלא להורגו, ומשלא עשה כן, התחייב אבנר מיתה. על הטענה שאבנר לא היה יכול להציל את עצמו על ידי פגיעה באחד מאיבריו עשהאל, השיב יואב: "השתא בדופן חמישית כיון ליה... באחד מאבריו לא יכיל ליה?!". כלומר, לאור מיומנותו של אבנר, סביר, אף כי אין זה ודאי⁵⁷, שהיה יכול לפגוע באחד מאיבריו. בית הדין לא דרש אפוא מיואב להוכיח בצורה ודאית את טענתו שפעל כגואל הדם, אלא דרש ממנו רק להוכיח שטענתו זו היא סבירה. אם לא היה עומד בנטל זה, לא היה נפטר מעונש⁵⁸.

נראה שגם כאן הסיבה להטלת נטל הראייה על הנאשם היא העובדה שעברת הרציחה ודאי נעברה⁵⁹. טענתו של יואב היא אפוא טענת פטור, ועליו לעורר ספק סביר לטענתו.

דוגמה נוספת ניתן למצוא בעניין פסילה לעדות של מי שעבר על שבועתו. ההלכה היא שאדם העובר על שבועתו במזיד, נפסל לעדות. בקשר לזה מתעוררת שאלת נטל הראייה, אם העידו עדים על אדם שעבר על שבועתו, אך אותו אדם טוען שלא עשה זאת במזיד. הרמ"א פוסק⁶⁰: "מי שבאו עדים שעבר על שבועתו, אינו נאמן לומר 'שוגג' או 'אנוס הייתי' להכשיר עצמו". נטל הראייה מוטל אפוא על הנאשם, וכל עוד לא הוכיח שעבר על שבועתו באונס, ייפסל לעדות.

פרק שמיני: צידוק

דוגמה לצידוק ניתן למצוא בדיני נזיקין, במי שמזיק את חברו תוך כדי מרוצתו סמוך לכניסת השבת. הדין הוא שהרץ ברשות הרבים, ותוך כדי ריצתו הזיק את חברו שהלך שם, חייב לשלם. אולם, מי שרץ בערב שבת בין השמשות והזיק את חברו, פטור מפני ש"רץ ברשות"⁶¹. סיבת הפטור היא שאנו מניחים שריצתו בערב שבת הייתה לצורך השבת.

⁵⁵ הוא מתכוון לדברי רמ"א, חו"מ, עח, א, שלוה אינו נאמן לטעון שהמלווה מחל לו על החוב, מפני שגם לדבריו היה חיוב, אלא שהוא טוען טענת הגנה, לפטור אותו מהחיוב.

⁵⁶ סנהדרין מט ע"א.

⁵⁷ ראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן מט.

⁵⁸ וראה בערוך לנר, סנהדרין מט ע"א, ד"ה בגמרא א"ל ניזל אבנר: "לא שהודו לו בזה שאבנר רוצח היה על שיכול להציל באחד מאבריו ולא הציל... אלא ודאי לא יכול להצילו... אלא שלא היו יכולים להרוג יואב על זה, שיכול לומר שבדעתו היה יכול להצילו ולא הצילו". וראה גם רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכה ה, שגם אם יש רק עד אחד על רצח, עדות שאינה קבילה בבית דין, והרג גואל הדם את הרוצח, הוא פטור; ואבן האזל הסביר שהדרישה לשני עדים היא רק כדי שבית דין יוכל להעניש, ולענין ההיתר לגואל הדם להרוג את הרוצח, דרישה זו אינה קיימת. ההיגיון שבדבריו הוא שאם גואל הדם עורר ספק סביר שמי שהוא (גואל הדם) הרג הוא רוצח, אין בית הדין יכול להרגו.

⁵⁹ ראה חזון איש, חושן משפט, סימן יז, אות א.

⁶⁰ רמ"א, חושן משפט, סימן לד, סעיף ה. וראה גם דין דומה בנוגע לעובר על החרם, שו"ת הרמ"א, בסימן מד. ואולם ראה ש"ך, שם, ס"ק ח.

⁶¹ בבא קמא לב ע"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שעה, סעיף ח.

בריצה בערב שבת, יידרש התובע להראות שהמזיק רץ לצרכיו האישיים ולא לצורך השבת, ועל כן לא עומד לו הסייג של צידוק, ויש לחייבו⁶². כל זמן שלא עמד התובע בנטל הראיה, ייפטר המזיק, משום שחזקה שמי שרץ בערב שבת, רץ לדבר מצווה⁶³. עם זאת, לא ניתן ללמוד מכאן על כלל דין הצידוק, משום שכאן קבעו חכמים חזקה, ואין מכאן ראיה שאם הוכיח אדם ספק ביחס לקיום סייג הצידוק, יחול נטל הראיה על התובע.

פרק תשיעי: סיכום

לפי המשפט העברי, אין הבדל עקרוני בין טענות המוגדרות בחוק טענות של סייג לאחריות הפלילית לבין טענות המוגדרות טענות הנוגעות ליסודות העברה. העקרונות לעניין הטלת נטל הראיה זהים בשני המקרים.

העיקרון הוא ההתחשבות בנסיבות המקרה, שעל פיהם יקבע בית הדין אם טענות ההגנה של הנאשם הן סבירות, בין אם הן נוגעות לסייגים לאחריות הפלילית בין אם הן נוגעות ליסודות העברה עצמן. אם ימצא בית הדין שבנסיבות העניין טענות הנאשם אינן סבירות, יוטל עליו נטל הראיה. לעומת זאת, אם ימצא בית הדין שטענות הנאשם סבירות, ומעוררות ספק, יוטל נטל הראיה על התביעה.

שיקול נוסף הוא תקנת הציבור. אם מדובר בטענות שמטבען ידועות לנאשם בלבד, ושקשה מאוד לתביעה לסותרן, עשוי נטל הראיה לחול על כתפי הנאשם - וזאת על מנת למנוע אפשרות שיטען הנאשם טענות שלא ניתן לסותרן. הדברים אמורים במצב שלא ניתן ללמוד מנסיבות העניין על מידת סבירותן של טענותיו של הנאשם.

עולה מדברינו, שיש דמיון בין המשפט העברי לחוק הישראלי: אם התעורר ספק סביר בדבר קיומו של סייג, נטל ההוכחה יחול על התביעה.

לאור דברינו, הסעיף הנוכחי מתאים למשפט העברי.

⁶² נימוקי יוסף, בבא קמא טו ע"ב, בדפי הרי"ף, בשם הרמ"ה; רמ"א, חושן משפט, שם; ערוך השולחן, חושן משפט, סימן שעה, סעיף יח. ואולם, יש שדייקו מלשון הרמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ו הלכה ט, שלדעתו גם מי שרץ בערב שבת בין השמשות **לשאר צרכיו** - פטור. ראה פרישה, שם, ס"ק ח; סמ"ע, שם, ס"ק יא.

⁶³ אמנם מדובר בדיני ממונות, אך מהביטוי "רץ ברשות" ניתן להסיק שלכל דבר ועניין יחשב בנסיבות אלו כמי שיש לו הגנת צידוק אלא אם כן יוכח אחרת.