

סעיף 134 העדר שליטה

134. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה ולא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועותיו הגופניות, לענין אותו מעשה, כמו מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית שהעושה לא יכול להתגבר עליה, תוך תגובה רפלקטורית או עוויתית, בשעת שינה, או במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה.

2 פרק ראשון : מבוא

4 פרק שני : עקרון הבחירה החופשית כתנאי לאחריות פלילית

5 פרק שלישי : אוטומטיזם - פעולה בלתי מודעת

5 א. מבוא

5 ב. כשרותו המשפטית של הישן

7 ג. עבירה שנעברה בשעת שינה

7 1. היסוד העובדתי

8 2. היסוד הנפשי

9 ד. השוואה בין שינה לבין סוגים אחרים של אוטומטיזם

10 ה. סיכום

10 פרק רביעי : כפייה גופנית מודעת

10 א. מבוא

10 ב. היסוד העובדתי

12 ג. הצורך בכפרה

12 ד. מעשה הנעשה מתוך אונס ורצון כאחד

14 ה. כניסה מחמת כורח למצב של כפייה פיזית

17 פרק חמישי : כניסה למצב בהתנהגות פסולה

19 א. היסוד הנפשי

21 ב. התנהגות פסולה

22 סיכום

פרק ראשון: מבוא

סעיף 34 מהווה הסדר כללי למצבים בהם מוענק פטור מאחריות פלילית בשל "העדר שליטה". מצב של "העדר שליטה" הוא מצב בו העושה נתון בחוסר אפשרות פיזית לבחור בין עשיית המעשה לאי-עשייתו. הרציונל העומד בבסיסו של הסעיף הוא שהטלת אחריות פלילית בנסיבות שבהן לא הייתה לעושה אפשרות בחירה ממשית בין עשיית המעשה לאי-עשייתו, אינה מגשימה את מטרת המשפט הפלילי, שהרי במצבים אלו העבירה הפלילית אינה תופעה אנטי-חברתית הראויה לגינוי, ואף אין כאן שום שיקול הרתעתי, שהרי עונש חמור ככל שיהיה לא יוכל למנוע מאדם לעבור עבירה בעתיד בהעדר שליטה¹.

סוגיית "העדר שליטה" מעוררת שתי שאלות עקרוניות חשובות. ראשית, לאיזה יסוד מיסודות העבירה יש לשייך את "העדר השליטה"? כידוע, העבירה מורכבת מיסוד עובדתי (Actus reus) ויסוד נפשי (Mens rea). בספרות ובפסיקה התלבטו באיזה מן היסודות יש לשבח עקרון זה, אם בכלל².

שנית, יש לבחון אלו מקרים נופלים לגדרו של סייג זה. כפי שהובהר ע"י מנסחי תיקון 39 לחוק העונשין, המקרים המנויים בסעיף אינם בגדר רשימה סגורה, והם בבחינת הדגמה בלבד³. יש לבחון אפוא מה הם המקרים הנופלים לגדרו של סעיף זה, בדגש על ההבחנה בין "העדר שליטה" ל"אי-שפיות הדעת".

אחד השינויים המרכזיים בעקרון "העדר שליטה" שנעשו בתיקון 39 היה שינוי טרמינולוגי. במקום "העדר רצייה", שהיה הביטוי המקובל בפסיקה ובספרות, הוחלט לכנות עקרון זה "העדר שליטה". יסודו של שינוי זה בכך שהביטוי "העדר רצייה" גרם לאי-הבנות לא מעטות, שכן הוא קישר את המושג ליחס הרצוני של האדם לתוצאות אפשריות של התנהגותו ואף להתנהגותו עצמה⁴. הביטוי "העדר שליטה", מונע בלבול זה, ומורה רק על חוסר אפשרות לבחור בחירה פיזית, בין אם פעל האדם מתוך הכרה מודעת ובין אם לאו⁵.

¹ ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין**, חלק א, עמ' 74 ואילך (1984) (להלן: פלר); יורם רבין ויניב ואקי, **דיני עונשין** (2010), כרך ב, עמ' 661 ואילך (להלן: רבין וואקי).

² ראה דברי ההסבר לסעיף 42 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, הצ"ח (תשנ"ב), עמ' 134 (להלן: דברי ההסבר לתיקון 39).

³ ראה דברי ההסבר לתיקון 39, לעיל, הערה 2. עקרון זה נלמד מהשימוש במילה "כמו", המרמזת על כך שאין המדובר ברשימה סגורה.

⁴ ראה י' לוי וא' לדרמן, **עיקרים באחריות פלילית** (1981) (להלן: לוי-לדרמן), עמ' 241-243. וראה דברי השופט אגרנט בע"פ 118/53 **מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד י 281, הכותב שמשמעות המונח "רצייה" היא בחירה "בין התנהגות שהיא כשרה בעיני המוסר לבין התנהגות שהחוק הפלילי מביט עליו בעין רעה".

⁵ דברי ההסבר לתיקון 39, לעיל, הערה 2, בעמ' 134; רבין וואקי, לעיל, הערה 1, בעמ' 664.

חוסר הוודאות בטיבו של המונח "העדר רצייה" עורר מחלוקת בשאלה, לאיזה יסוד מיסודות העבירה יש לשייך דרישה זו: היסוד העובדתי או הנפשי. בעניין זה התפתחו שלוש אסכולות.⁶ יש שהבינו שתנאי זה שייך ליסוד העובדתי שבעבירה. לדעתם, מעשה שנעשה בהעדר שליטה אינו מיוחס למבצע, וכמוהו כמעשה שנעשה על ידי אחר.

לעומתם, טענו אחרים שדרישת השליטה שייכת ליסוד הנפשי שבעבירה, מפני שהשליטה היא כוח נפשי להחליט בין אלטרנטיבות ולהעדיף אחת מהן על פני רעותה, ואילו שיוך השליטה ליסוד העובדתי עלול לטשטש את ההבחנה בין התנהגות לבין מצב נפשי.⁷ כפי שמציין פלר, אף שההלכה הפסוקה לא גיבשה דעה חד-משמעית בשאלת יסוד העבירה שאליו משתייך העיקרון, הסתמנה נטייה חזקה לשיוכו ליסוד הנפשי דווקא, עד תיקון 39.⁸

גישה שלישית טענה שדרישת השליטה אינה שייכת לא ליסוד העובדתי ולא ליסוד הנפשי של העבירה, אלא היא תנאי מקדמי, שרק לאחר בדיקת קיומו ניתן לגשת לבדיקת קיומם של היסוד העובדתי והנפשי של העבירה.⁹ גישה זו אומצה בתיקון 39, וכך נאמר בדברי ההסבר לתיקון¹⁰: "דרישת השליטה" במובן זה של אפשרות בחירה בין עשיית מעשה העבירה לבין אי-עשייתו, היא דרישה כללית **ופרלימינארית**¹¹ כדי שאותו מעשה יצמיח עבירה פלילית וכמובן אחריות לה".

נקודה עקרונית נוספת, הנגזרת מהמחלוקת שבין האסכולות הללו, ואשר השתנתה בתיקון 39, נוגעת לכלליותו של העיקרון. כאמור, הפסיקה בארץ נטתה לאמץ את הגישה השנייה, לפיה יש לשייך את עקרון "העדר השליטה" ("העדר הרצייה" בעבר) ליסוד הנפשי של העבירה. תפיסה זו הובילה לדעה שדרישת הרצייה אינה חלה על עבירות רשלנות או על עבירות של איסורים מוחלטים. הגיונה של מסקנה זו נבע משיוכה של דרישת הרצייה ליסוד הנפשי, שאינו נדרש בעבירות מסוג זה¹². עם זאת, בית המשפט קבע שבמקרים שהתערב גורם זר או אסון טבע בלתי צפוי בעשיית העבירה, יש לפטור את הנאשם, גם בעבירות רשלנות או איסורים מוחלטים, לאור ההגנה של העדר שליטה.

⁶ לסקירה מפורטת של האסכולות השונות והוגיהן, ראה לוי-לדרמן, לעיל, הערה 4, עמ' 248 ואילך, והאסמכתאות המובאות שם.

⁷ פלר, לעיל, הערה 1, בעמ' 84.

⁸ פלר, שם, ובפסיקה המובאת בהערות על אתר.

⁹ מאיר דן כהן, "רצייה כתנאי לאחריות פלילית", הפרקליט כט (1975), עמ' 364, 369: "דרישת הרצייה היא תנאי מוקדם לאחריות פלילית. ובחינת תנאי מוקדם היא קודמת לדיון בעבירה הספציפית ולהתייחסות ליסודותיה - הפיסיים והנפשיים גם יחד. הרצייה היא תנאי מוקדם לעצם היווצרות האחריות הפלילית. כמוה כשאלה אם המעשה שנעשה - על ידי אדם בעל כושר פלילי נעשה". ראה גם פלר, לעיל, הערה 1, בעמ' 85.

¹⁰ דברי ההסבר לתיקון 39, לעיל, הערה 2, בעמ' 134.

¹¹ ההדגשה אינה במקור.

¹² ראה ד"ר 11/65 גדיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 57 (1966). להרחבה בנקודה זו ראה פלר, לעיל, הערה 1, בעמ' 84 ואילך; לוי-לדרמן, לעיל, הערה 4, בעמ' 281 ואילך.

לפי תיקון 39, סייג "העדר השליטה" יחול "ללא הבחנה ואבחונים הכרוכים בצורת הרכיב ההתנהגותי של העבירה או בסוג היסוד הנפשי, שבו היא מותנית"¹³. אולם הפסיקה עדיין לא החליפה את הפסיקה הקודמת לאור המינוח החדש "העדר שליטה", בקביעה שתחול הגנת העדר שליטה גם בעברות רשלנות ואחריות קפידה.

את המצבים השונים של העדר שליטה מקובל לחלק למספר קבוצות וקבוצות משנה, על פי הבחנה בין פעולה הנעשית בהעדר כל מודעות של האדם למעשיו, לבין פעולה שהוא מודע לה, ובכל זאת אינו יכול להימנע מעשייתה¹⁴. להלן נבחן את עמדת המשפט העברי באשר לכל אחת מקבוצות אלה.

פרק שני: עקרון הבחירה החופשית כתנאי לאחריות פלילית

כפי שראינו במבוא, הרציונל העומד בבסיסו של הסעיף הוא שאין הצדקה להטיל אחריות פלילית בנסיבות שבהן לא הייתה לעושה אפשרות בחירה ממשית בין עשיית המעשה לאי-עשייתו.

בכך הולך החוק בעקבות תפיסתו של המשפט העברי, שיכולת הבחירה החופשית מהווה תנאי בסיסי לענישתו של אדם על עבירה שביצע, ואף לעצם היכולת לחייב אותו במצוות ובאיסורים¹⁵. עקרון זה בא לידי ביטוי בדברי הרמב"ם¹⁶:

ואילו היה האדם מוכרח על מעשיו, היו בטלים הצווי וההזרה התוריים, והיה כל זה שוא גמור, הואיל ואין בחירה לאדם במה שיעשה. וכמו כן היה מתחייב ביטול הלימוד, והחינוך, ולמידת המלאכות כולן, כל זה היה הבל, הואיל והאדם אין מנוס לו בהכרח, בגלל מושכו מבחוץ, לשיטת מי שסובר כן, ממעשה פלוני שיעשהו, וממדע פלוני שידעוהו, וממידה פלונית שתיקנה לו. והיה השכר והעונש גם כן עוול גמור, הן ממנו קצתנו לקצתנו, והן מה' לנו. לפי שזה שמעון ההורג לראובן, אם היה זה כפוי ומוכרח להרוג, וזה כפוי ומוכרח להיהרג - למה נענש את שמעון? ואיך יתכן גם כן עליו יתעלה, צדיק וישר, שיענישוהו על מעשה שאין מנוס לו מעשותו, ואפילו השתדל שלא יעשהו לא היה יכול? והיו גם כן בטילות ההכנות כולן עד האחרונה שבהן, מבניית הבתים, וקניית המזון, והבריחה בעת הפחד, וזולת זה, כי אשר נגזר שיהיה - אין מנוס מהיותו. וזה כולו שוא ושקר גמור, ונגד המושכל והמורגש, והריסת חומת התורה, ויחוס עוול לה' יתעלה, חלילה לו מזה!

¹³ דברי הסבר לתיקון 39, לעיל, הערה 3, בעמ' 134.

¹⁴ ראה י' לוי, "רצייה ואחריות פלילית", **רבעון לקרימינולוגיה משפט פלילי ומשטרה**, כרך א (תשל"ב), עמ' 3, בעמ' 13 ואילך. רבין וואקי, בעמ' 665, מביעים את דעתם שהחלוקה בין תתי-קבוצות שונים אינה רלוונטית כיום, ואף יש בה כדי להטעות. הטעם לכך הוא שהבחנה בין בעיה פיזית לנפשית הוא בעייתי כיום, גם מבחינה רפואית. לשיטתם, רשימת המקרים הנכנסים בגדרו של סעיף 34 היא פתוחה בלאו הכי, והדגש הוא על "העדר שליטה על תנועותיו הגופניות" של האדם, ולא על סיווג הרפואי של הבעיה כפיזית או נפשית. לטענה זו ראה גם אצל עדי פרוש, "אי-שפיות, העדר שליטה וסעיף 34 של חוק העונשין", **עיוני משפט** כא (תשנח), עמ' 139, 171.

¹⁵ לגישות חריגות יחסית בהקשר זה, עיין: אור ה', מאמר ב, כלל ה'; חובות הלבבות, שער עבודת ה', פרק ח.

¹⁶ רמב"ם, הקדמה לפירוש למסכת אבות, פרק ח, בתרגום ר"י שילת.

הרמב"ם מדגיש כאן שההצדקה לענישה נובעת מן הבחירה בפועל בין ביצוע העבירה לבין ההימנעות מביצועה. וכן הוא מדגיש גם במקום אחר¹⁷:

אילו הא-ל היה גוזר על האדם להיות צדיק או רשע... היאך היה מצוה לנו על ידי הנביאים עשה כך ואל תעשה כך?... ומה מקום היה לכל התורה כולה, ובאי זה דין ואיזה משפט נפרע מן הרשע או משלם שכר לצדיק? 'השופט כל הארץ לא יעשה משפט'!!

השקפת היהדות, כפי שבאה לידי ביטוי בדברים אלו של הרמב"ם, עומדת בניגוד לאסכולה הדטרמיניסטית, שטענה שכל מה שמתרחש נקבע באורח חד-משמעי על ידי מערכת יחסים כללית וקבועה מראש, ושללה את הבחירה החופשית¹⁸.

פרק שלישי: אוטומטיזם - פעולה בלתי מודעת

א. מבוא

הקבוצה הראשונה של מצבי העדר שליטה היא של פעולות לא מודעות - מצב המכונה אוטומטיזם. במצב זה מבצע האדם פעולות פיזיות שאין בינן לבין תודעתו ולא כלום. יש המבחינים בתוך קבוצה זו בשתי קבוצות משנה: האחת - אוטומטיזם שאינו נובע מפגם נפשי כלשהו, כדוגמת רפלקס, תנועתו של אדם ישן, ויש כולים בקבוצה זו אף את פעולותיו של מי שנמצא תחת השפעה היפנוטית. במקרים לא-מעטים זוכו נאשמים שעשו מעשה פלילי מתוך שינה¹⁹.

קבוצת המשנה השנייה היא אוטומטיזם שמקורו בפגם נפשי. לגבי קבוצת משנה זו, נחלקו המשפטנים האם פגם נפשי שאינו מחלת נפש ייכלל בהגנת אי שפיות או בהגנת העדר שליטה²⁰.

על דינו של הפועל באוטומטיזם, לפי המשפט העברי, ניתן ללמוד מתוך עמדתו לגבי האדם הישן. נדון תחילתו בכשרותו המשפטית ולאחר מכן באחריותו הפלילית.

ב. כשרות המשפטית של הישן

אם בעל ממנה שליח לכתוב גט לאשתו, רשאי השליח לכתוב את הגט גם בשעה שהבעל ישן, וזאת בניגוד למקרה שהבעל נשתטה, שאז השליח אינו רשאי לכתוב את הגט²¹. הרי שישן נחשב בעל כשרות משפטית.

¹⁷ רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ה, הלכה ד. וראה גם אמונות ודעות, מאמר ד.

¹⁸ רמב"ם, שם, כותב שזוהי דעתם של "טפשי אומות העולם ורוב גולמי בני ישראל".

¹⁹ לסקירה של מספר מקרים מפורסמים, ראה אצל רבין וואקי, לעיל, הערה 1, בעמ' 667-668.

²⁰ ראה לוי-לדרמן, לעיל, הערה 2, בעמ' 258, שיש הגורסים שבפגם נפשי שהוא מחלת נפש, תעמוד לנאשם הגנת אי-שפיות, ובפגם נפשי שאינו מחלת נפש, כדוגמת אפילפסיה, נזירוזת היסטורית כלשהי וכיוצא בזה, יוכל הנאשם להתגונן בהגנת "העדר שליטה". ושם, בעמ' 262 ואילך, מתוארת מגמה בפסיקה האנגלית הגורסת שכל המקרים של אוטומטיזם שמקורם בפגם נפשי יידונו כחלק מסוגית אי-השפיות. על פי מגמה זו, רק פעולות מכניות כמו רפלקס, תנועה לא הכרתית מקרית בשינה וכדומה, נכללות בסייג של העדר שליטה, ואילו כל מקרי האוטומטיזם שמקורם בפגם נפשי יידונו כחלק מהגנת אי-השפיות. ראה עוד אצל פלר, בעמ' 95-96.

כך ניתן להוכיח גם מן ההלכה בהלכות שבת, שמי שהיה ישן בדרך בכניסת שבת, "קנה שביתה" שם, דהיינו שרואים כאילו התכוון לשבות בשבת באותו מקום, ומותר לו ללכת בשבת מאותו מקום למרחק של אלפיים אמה לכל כיוון - כשיעור תחום שבת²². השוטה, לעומת זאת, נחשב כמי שאינו ראוי "לקנות שביתה"²³.

חידוש גדול, המלמד על כשרותו המשפטית של הישן, מצוי בדברי השולחן ערוך: ישן יכול להצטרף למניין מתפללים ולהשלימו, וזאת בניגוד לשוטה שאינו מצטרף למניין. הטעם לכך הוא, שהישן נחשב כגדול בר דעת ומחויב במצוות, והשינה מהווה רק עיכוב "טכני", המונע ממנו לענות אמן על הברכות שאומר שליח הציבור²⁴.

יש הסוברים שאדם ישן יכול להיחשב לעיתים אף כמי שקיים מצוות שהוא חייב בהן²⁵, וזאת בשונה מן השוטה, שאין שום משמעות למצווה שעשה בזמן שהיה בלתי שפוי²⁶. הכוונה לאדם ישן שעשה מעשה ממשי של מצווה, כגון שבעל את אשתו, שהוא מקיים בכך מצוות פרייה ורבייה; אין בכלל זה תנועות מקריות הנעשות מתוך שינה²⁷. מכאן, שגם אדם ישן נחשב בעל כשרות משפטית²⁸.

ההבדל בין השוטה לבין הישן בא לידי ביטוי גם בתחום דיני הנזיקין. לפי המשפט העברי, שוטה שהזיק פטור מתשלום הנזק²⁹, ואילו מי שהזיק מתוך שינה חייב³⁰. אמנם, יש שמסבירים חיוב זה בכך שהוא לא נקט אמצעי זהירות מספיקים לפני שנרדם, ועל כן מוטלת עליו אשמה בנזק שגרם³¹. אך יש הסוברים שהישן חייב בתשלומים גם על נזק שלא היה עליו לצפות לפני שנרדם³². לפי

²¹ גיטין ע"ב. אמנם, לשיטת הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, פסולם של הגירושין כאשר הבעל נשתטה הוא מדרבנן בלבד; עיין קצות החושן, סימן קפת, ס"ק ב. אך גם לשיטה זו, ניתן לראות שחכמים הבחינו בין דינו של השוטה לדינו של הישן, שהרי לא פסלו גט שנכתב כשהבעל ישן אף מדרבנן.

²² שולחן ערוך, אורח חיים, סימן תא, סעיף א.

²³ עיין שולחן ערוך, אורח חיים, סימן תט, סעיף ח, ומשנה ברורה, שם, ס"ק מא, שהשולחן שוטה להניח עבורו "עירוב תחומין" במקום מסוים, אינו קונה שביתה שם, מפני שאין לו כוח לקנות שביתה. אלא שאפשר לדחות הוכחה זו ולומר שדווקא לאדם אחר אינו יכול לקנות שביתה, אבל הוא יכול לקנות שביתה לעצמו במקום הימצאו בפועל בכניסת השבת.

²⁴ שולחן ערוך, אורח חיים, סימן נה, סעיפים ו, ח. וראה מגן אברהם, שם, ס"ק ח; ביאור הגר"א, שם.

²⁵ ראה שדי חמד, כללים, מערכת י, כלל לד.

²⁶ ראש השנה כח ע"א.

²⁷ אבל ייתכן שאף שוטה שבעל בשנתו והחלים, קיים בכך את מצוות פרייה ורבייה, שכן ייתכן שבעצם קיומם של ילדיו הוא מקיים את המצווה. הדבר תלוי בשאלה, האם מצוות פרייה ורבייה תלויה בביאה או בתוצאה. עיין מנחת חינוך, מצוה א; תוספות, בבא בתרא יג ע"א, ד"ה כופין; חלקת מחוקק, סימן א, ס"ק ח.

²⁸ גם החולקים על דעה זו, הסוברים שהישן אינו יוצא ידי חובת המצווה שקיים בעת שנתו, אינם שוללים את כשרותו משפטית, אלא נימוקם הוא שאינו יכול לקיים מצוות כיוון שחסרה לו כוונה.

²⁹ משנה, בבא קמא, פרק ח, משנה ד; שם פז ע"א.

³⁰ משנה, בבא קמא, פרק ב, משנה ו; שם כז ע"א.

³¹ תוספות, בבא קמא כז ע"ב, ד"ה ושמואל, בבא בתרא צג ע"ב, ד"ה חייב, וסנהדרין עו ע"ב, ד"ה רוצח.

³² חידושי הרמב"ן, בבא מציעא פב ע"ב, ד"ה ואתא ר' יהודה.

השיטה האחרונה, בולט ההבדל בין מעשה של שוטה, שאינו מטיל אחריות בנזיקין, לבין מעשה שנעשה על ידי הישן, המטיל אחריות זו.

כשרותו המשפטית של הישן באה לידי ביטוי בדבריו של הרב משה פיינשטיין: "הישן אינו פטור ממצוות ומאיסורים, ורק מדין אנוס לא מתחייב בעונשין על מה שעשה איסור כשהיה ישן"³³. אכן, אף שהישן נחשב כבעל כשרות משפטית, אין זה אומר שהוא נושא באחריות לעברות שעבר בעת שישן. בשאלת אחריותו הפלילית של הישן, נדון בסמוך.

ג. עבירה שנעברה בשעת שינה

1. היסוד העובדתי

אין חולק על כך שלא ייענש אדם על עבירה שעבר בעת שישן, אם לא היה יכול לדעת לפני שנרדם שהוא עתיד לעבור עבירה בשנתו. אולם ניתן להסביר פטור זה בשני אופנים: (א) מעשה של אדם ישן אינו מקיים את היסוד הנפשי, משום שהישן לא היה מודע לעבירה שהוא מבצע, כך הוא נחשב כאנוס. (ב) מעשה של אדם ישן אינו מקיים את היסוד העובדתי, משום שהעושה לא היה בהכרח בעת שעשה את המעשה, ועל כן לא ניתן לייחס התנהגות זו לאדם הישן, ודינו קל יותר אף מאדם אנוס.

תיתכן נפקות בין שני הנימוקים, בעניין אדם הגורם לחברו לעבור עבירה מתוך שינה. אם עבירה זו נחשבת כעבירה באנוס, קיימת חובה להפריש אדם מעבירה הנעשית בעת שהוא ישן, כשם שהחובה קיימת כלפי אדם העובר עבירה באנוס³⁴. לעומת זאת, אם בעבירה מתוך שינה לא מתקיים היסוד העובדתי, והישן נחשב שלא עבר שום עבירה - הדעת הנותנת שמותר אף לגרום לאדם לעבור עבירה מתוך שינה, ובוודאי שלא תהיה חובה להפרישו מעבירה זו.

אחד ההקשרים שבהם עלה נושא זה לדיון הוא כהן הישן בבית שנמצא בו מת, ועובר בכך על האיסור לכהן להיטמא למת. מהרי"ל נשאל אם קיימת חובה בנסיבות אלו להעיר את הכהן, ובתשובתו הוא כותב³⁵:

נראה דאפילו נושאים המת לחוץ, אפילו הכי צריך להקיצן, דאפילו בלי שהייה קעבר הכהן, ואף על גב דלא ידע, מכל מקום איסור עביד בשוגג. ואף על גב דאינו מעשה, איסורא איכא, ואחרניי דידעי מצווין להפרישן.

³³ שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק א, סימן רל, ענף ד.

עם זאת, ייתכן שקיימות במשפט העברי גם גישות אחרות, הרואות את הישן בזמן שנתו כבלתי-שפוי. עיין: רא"ש, גיטין, פרק ח, סימן ד (נתינת גט לאשה ישנה); ט"ז, אורח חיים, סימן נה, ס"ק ד; פרי חדש, אורח חיים, סימן נה, ס"ק ו; משנה ברורה, סימן נה, ס"ק לד (שלשתם - לעניין צירוף ישן למניין); מחנה אפרים, הלכות קנין חצר, סימן יב (הקנאה לאדם ישן).

³⁴ עיין שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן ח (בעניין חובת הפרשה מעבירה של מי שמוגדר כ"מתעסק").

³⁵ שו"ת מהרי"ל, סימן סה.

לדעת מהרי"ל, הכהן הישן נחשב שעבר על איסור היטמאות למתים, והעובדה שהוא ישן פוגמת בקיומו של היסוד הנפשי בלבד, וגורמת להחשיבו כמי שעבר את העבירה באונס³⁶. דין זה של מהרי"ל נפסק להלכה על ידי הרמ"א³⁷.

יש המבחינים בעניין זה בין מצוות ואיסורים שחיובם מן התורה לבין אלו שחיובם מדברי חכמים. לדעתם, בדינים שחיובם הוא מן התורה, יש משמעות לקיומו של היסוד העובדתי גם כאשר לא מתקיים היסוד הנפשי, ועל כן מי שעבר עבירה מן התורה כשהוא ישן, נחשב שעבר עבירה. לעומת זאת, בדינים שחיובם הוא מדברי חכמים, אין משמעות ליסוד העובדתי בלי היסוד הנפשי. לדעתם, אין איסור עצמי בעבירות דרבנן, והאיסור בהן הוא רק בהמראת דברי חכמים, ועל כן מי שעבר על איסור דרבנן בשנתו - כאילו לא עשה דבר. לפי שיטה זו, אין חובה להפריש את הישן מאיסור דרבנן, ועל כן, למשל, אין חובה להעיר כהן הישן במקום בו הטומאה היא רק מדברי חכמים³⁸.

2. היסוד הנפשי

אחד המקורות לפטורו של מי שעבר עבירה מתוך שינה הוא בדברי המשנה³⁹: "כל עריות... אחד ער ואחד ישן - הישן פטור". המשנה פוטרת מעונש את הבוהל (או את הנבעלת) בעילת איסור בשעת שינה. מכאן, שהישן אינו נחשב אף כשוגג, אלא כאנוס, שהרי העובר עבירה בשגגה חייב להביא קרבן, ואילו הישן פטור אף מקרבן, כמו האנוס⁴⁰. כך עולה גם מסוגיית התלמוד במסכת יבמות⁴¹, המעלה הצעה שהמקרה של "הבא על יבמתו... באונס", המוזכר שם במשנה, פירושו שהבוהל ישן⁴².

משנה זה משמשת מקור לפטור מעונש גם בעברות אחרות שנעשו תוך שינה. כך, למשל, כותב רבי חיים פלאגיי, שמי שנשבע לשקר בחלום, אינו צריך כפרה על כך, משום שהוא נחשב כאנוס⁴³. על סמך דברים אלו, קבע השדי חמד⁴⁴ כלל: "ישן שעבר עבירה אינו נענש, דיין לאו בר דעת הוא להיות נענש".

³⁶ נראה שאף שמהרי"ל השתמש בביטוי שוגג, כוונתו לאונס. וכך הבין בדבריו הגרש"ז אורבך - ראה: ספר הסוכה השלם, פסקים והערות הגרש"ז אורבך, סעיף כז.

³⁷ רמ"א, יורה דעה, סימן שעב, סעיף א. משום כך, אסר הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק א, סימן רל, ענף ד, לטמא כהן בשעה שהוא נמצא במצב של הרדמה, אף שאין זו שינה טבעית אלא הרדמה הנעשית באופן מלאכותי. הוא מעלה ספק, האם גם במצב שהוא איננו יכול להתעורר מעצמו, ויש צורך במעשה בכדי להעירו, הוא נחשב כישן, או שמא במצב זה דינו כשוטה.

³⁸ עיין: ש"ד, יורה דעה, סימן שעב, ס"ק ב; נתיבות המשפט, סימן רלד, ס"ק ג. אולם אחרים סוברים שגם באיסורים דרבנן יש משמעות לעבירה שנעברה בלא קיומו של יסוד נפשי. לפירוט הדעות עיין שו"ת יביע אומר, חלק א, יורה דעה, סימן יד.

³⁹ משנה כריתות, פרק ב, משנה ו; שם יא ע"א.

⁴⁰ שו"ת שאילת יעבץ, חלק ב, סימן מט, נוקט: "שאיין אונס בעריות אלא בישן".

⁴¹ יבמות נג ע"ב.

⁴² אף שהסבר זה למשנה איננו נשאר למסקנת הסוגיה, אין הסוגיה חוזרת בה מן ההגדרה שישן נחשב כאנוס.

⁴³ שו"ת חיים ביד, סימן נב. אמנם עיקר דיונו הוא בשאלה אחרת, מהו מעמדו ההלכתי של חלום, אך לצד זה הוא מוסיף את העיקרון הנוגע לנו, שמעשה שנעשה תוך שינה נחשב למעשה באונס.

⁴⁴ שדי חמד, כללים, מערכת י, כלל לד, ד"ה ובהורמנותיה דמר.

במקום אחר, רבי חיים פלאגי מבאר, שפטורו של מי שעבר עבירה מתוך שינה אמור שמי שישן שינה עמוקה. בשינה מסוג זה, קיימת אפשרות שאדם יבעל אישה בלא שיהיה מודע למעשיו, או שהאישה תיבעל בלא שתרגיש דבר, ועל כן הם ייחשבו לאנוסים. וכך הוא כותב⁴⁵:

אם יהיה הענין שראוי להאמינה, כגון שראינו שהיתה ישינה במיטתה שינה גמורה, ומה גם היכא דטבעה היא להיות לה כובד שינה, כאשר שמעתי מפי מגידי אמת באדם אחד שהיה לו שינה כבידה ביותר עד שהיה קם והולך ושואב מים מן המעיין והוא ישן, ואם כן יהיה אפשר שתהיה לאשה זאת כובד שינה הרבה מצד טבעה או מחמת עייפות הדרך או מחמת איזו מלאכה... וכשבא עליה אדם לא הרגישה.

מן המקורות דלעיל משמע אפוא שהישן נחשב לאנוס, דהיינו כמי שעשה את העבירה בלי יסוד נפשי, ועל כן הוא פטור מעונש⁴⁶. בהתאם לכך, יש הכותבים שגם ההורג מתוך שינה, כגון שהניחו תינוק לידו בשעה שישן, ותוך כדי שינה חנק אותו - הוא נחשב לאנוס ואינו זקוק לשום כפרה⁴⁷. אולם ר' בנימין סלניק כתב שהעובר עבירה תוך כדי שינה זקוק לכפרה⁴⁸.

ד. השוואה בין שינה לבין סוגים אחרים של אוטומטיזם

כפי שראינו⁴⁹, לענין גירושין יש הבדל בין ישן לשוטה: שליח לכתוב גט יכול לכתוב אותו כשהבעל ישן, אבל לא כשהבעל שוטה.

לענין זה, התלמוד⁵⁰ קובע, שאדם המשולל יכולת בחירה ורק רפואה יכולה להשיבו למצבו הראשוני - דינו כשוטה. לעומת זאת, אדם המשולל יכולת בחירה אך הוא עתיד לצאת ממצב זה

⁴⁵ שו"ת חיים ושלום, חלק א, סימן י.

⁴⁶ אכן, נראה שלפי המשפט העברי, העובר בעירות של אחריות קפידה תוך כדי שינה נושא באחריות.

⁴⁷ שו"ת מהרי"ל, סימן מה, כפי שבארו בשו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן קפד.

אמנם בשו"ת דבר אליהו (לרמון), סימן נה, כתב שההורג מתוך שינה חייב גלות, אולם נראה מדבריו שהוא עוסק במי שידע לפני שנתו שאדם אחר שוכב לידו, כך שהיה לו להעלות על דעתו את האפשרות שיהרוג מתוך שינה - ראה ליד ציון הערה 102.

⁴⁸ שו"ת משאת בנימין, סימן כו. הוא כותב שההורג מתוך שינה חייב בכפרה על עצם העובדה שגרם לשפיכות דמים אף שהיה אנוס באנוס גמור ולא יכול היה להעלות על דעתו שכך יקרה, מפני שמדובר בעבירה חמורה של שפיכות דמים. מגן אברהם, סימן תרג, מפנה לדבריו. ועיין על כך שו"ת חתם סופר, קובץ תשובות, סימן יח.

בדומה לשיטה זו, שו"ת פנים מאירות, חלק ג, סימן כב, מעלה אפשרות שבעילת איסור שנעשתה בשעת שינה נחשבת לשגגה ולא לאנוס. כנראה, הוא מבין שהמשנה בכריתות (לעיל, ליד ציון הערה 39) פטרה את הישן רק מחיוב מיתה, אבל הוא חייב קרבן כדן שוגג. אשר לסוגיה ביבמות (לעיל, ליד ציון הערה 41), המגדירה את הישן כאנוס, הוא מעלה אפשרות שמדובר שם ביבם שהתקשה בשעה שישן, ולאחר מכן הדביקוהו נכרים על היבמה נגד רצונו, ועל כן הוא נחשב כאנוס. מדבריו עולה, שיש הבדל, מבחינת חומרת המעשה, בין עבירה שנעברה מתוך שינה לבין עבירה שנעברה עקב כפייה גופנית שכפאו אדם אחר: במקרים מן הסוג השני, אין האנוס חייב אף בכפרה, ואילו בעברות הנעברות מתוך שינה עשוי האדם להיחשב לא כאנוס אלא כשוגג.

⁴⁹ לעיל, ליד ציון הערה 21.

⁵⁰ גיטין ע"ב. שם מובאת מחלוקת ריש לקיש ורבי יוחנן בשאלה זו, והלכה כרבי יוחנן, שאם הוא זקוק לרפואה, דינו כשוטה.

בעצמו - אין דינו כשוטה אלא כישן, ובלבד שהתנהגותו בשעה שהוא משולל יכולת בחירה איננה התנהגות המאפיינת שוטה⁵¹. מכאן, שכדינו של הישן יהיה הדין גם במקרים אחרים של אוטומטיזם שאינו נובע מפגם נפשי, כגון במעשה שנעשה מתוך תגובה רפלקטורית⁵².

ה. סיכום

הישן הוא בעל כשרות משפטית, ומתקיים היסוד העובדתי בעבירה שנעברה בשינה. היסוד הנפשי, לעומת זאת, איננו מתקיים, ועובר העבירה נחשב כאנוס. עם זאת, יש הסוברים שבעברות החמורות כדוגמת שפיכות דמים, עובר העבירה זקוק לכפרה.

נראה שניתן להקיש מדין ישן לשאר מצבים של אוטומטיזם שאינו נובע מפגם נפשי.

פרק רביעי: כפייה גופנית מודעת

א. מבוא

הקבוצה השנייה של פעולות הנעשות בהעדר שליטה כוללת פעולות הנעשות באופן הכרתי מודע, אלא שהן נעשות בכפייה, השוללת מן המבצע את היכולת לשלוט בגופו ולהימנע מעשייתן. גם בקבוצה זו קיימת הבחנה בין שתי קבוצות משנה: האחת כוללת פעולות כפויות שמקורן חיצוני, כאשר, למשל, אדם השתמש בגופו של אחר כמכשיר לביצוע פעולה, או שגרם נזק בשעת מעידה⁵³.

קבוצת המשנה השנייה כוללת פעולות כפויות שמקורן בכפייה נפשית פנימית, כאשר הפעולה נעשית מחמת "דחף לאו בר כיבוש", שאינו עולה כדי מחלת נפש⁵⁴. אכן, המגמה הקיימת בפסיקה הישראלית, שהתפתחה עוד לפני תיקון 39, היא ש"דחף לאו בר כיבוש" מעין זה אינו פוטר מאחריות פלילית. עם זאת, בשנים האחרונות נשמעות דעות הסוברות שלאור לשונו של סעיף 34ח, אין זה מעלה או מוריד אם "העדר השליטה" נבע מבעיה פיזית או נפשית, ושייתכן שגם "דחף לאו בר כיבוש", שאינו עולה כדי מחלת נפש, ייחשב ל"העדר שליטה"⁵⁵.

ב. היסוד העובדתי

האם, לפי המשפט העברי, היסוד העובדתי מתקיים במעשה שנעשה עקב כפייה גופנית של אדם אחר? לשון אחרת: האם הכפוי לעשות מעשה נחשב שעשה אותו, אמנם באנוס, או שאינו נחשב שעשה אותו כלל?

⁵¹ שהרי אם התנהגותו מאפיינת שוטה, דינו כדין מי שהוא "עיתים חלים ועיתים שוטה", שהוא אף שיוצא בעצמו ממצב השטות, דינו באותה שעה כדין שוטה - עיין ראש השנה כח ע"א.

⁵² כך מוגדרות נסיבות אלו גם לעניין נזיקין. עיין קידושין כד ע"ב; חוק לישראל, נזיקין, עמ' 272, 45; הערות רז"ג גולדברג, שם, עמ' 351.

⁵³ יש להדגיש, שבקטגוריה זו נכללות רק פעולות שנעשו עקב הפעלת כוח פיזי שהאדם לא יכול היה להתגבר עליו. אין היא כוללת פעולות שנעשו עקב איום שהימנעות מעשיית המעשה תגרור נזק חמור ומידי לאותו אדם. במקרים אלו בוצע המעשה מתוך שליטה, ועל כן חל הסייג של כורח ולא של העדר שליטה. ראה פלר, בעמ' 77.

⁵⁴ ראה פלר, בעמ' 82.

⁵⁵ ראה רבין וואקי, לעיל, הערה 14; פרוש, לעיל, הערה 14.

התלמוד⁵⁶ קובע שאם נכרים אנסו אדם להשתחוות לבהמה השייכת לו, ההנאה מבהמה זו אסורה בנסיבות מסוימות מדין "נעבד" (חפץ שעבדו אותו כעבודה זרה נאסר בהנאה). אולם החלת איסור "נעבד" על חפץ יכולה להיעשות רק על ידי בעל החפץ, ולכן מתעוררת השאלה, כיצד ניתן ליחס את ההשתחוואה לבעל הבהמה, בעוד שהוא עשה את מעשהו עקב כפייה?

לדעת התוספות⁵⁷, אין מדובר במעשה של כפייה פיזית, אלא במצב של כורח: "שאמרו להרגו אם לא ישתחוה מאליו". לשיטתם, לא ניתן לפרש "שכפפו קומתו בעל כרחו, דאם כן הוא לא היה עושה כלום, אלא הם עשו מעשה בגופו, ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו". משתמע מדבריהם, שפעולה בהעדר שליטה, שנגרמה על ידי אדם אחר, איננה נחשבת כמעשהו של האנוס אלא כמעשהו של האנוס. אם כן, מבחינת האנוס, לא מתקיימים בנסיבות אלו היסודות העובדתיים של העבירה.

לעומתם, ר' ירוחם יהודה ליב פרלמן⁵⁸ ביאר שסוגיית התלמוד עוסקת בנכרים שכפו את בעל הבהמה בכפייה פיזית, וגם בנסיבות אלו מתקיימים יסודותיה העובדתיים של העבירה, והכפוי נחשב שהשתחוה לבהמתו, ועל כן היא נאסרת מדין "נעבד". לפי דעה זו, סיבת הפטור מעונש במי שעבר עבירה עקב כפייה פיזית היא שהמבצע נחשב אנוס, היינו שהוא נעדר יסוד נפשי, אף שמתקיימים יסודותיה העובדתיים של העבירה.

יש⁵⁹ העושים הבחנה בין סוגים שונים של עבירות. לדעתם, בעבירות הדורשות מעשה, אכן לא מתקיים היסוד העובדתי אם העבירה נעברה עקב כפייה פיזית. אולם, בעבירות הנעברות ב"שב ואל תעשה", מתקיים היסוד העובדתי גם אם הן נעשו כתוצאה מכפייה פיזית. לכן, למשל, אם אישה נבעלת בעילה אסורה, בין אם הסכימה להיבעל כתוצאה מאיום שאיימו על חייה ובין אם נבעלה בלי הסכמתה בכפייה פיזית, היא פטורה מעונש מטעם אנוס ולא מטעם אי-התקיימותו של היסוד העובדתי. זאת משום שהעבירה של האישה היא ב"שב ואל תעשה". בעבירה של השתחוואה לעבודה זרה, לעומת זאת, שיש בה מעשה, יש הבדל בין שני סוגי האנוס, כפי שהבאנו לעיל בשם תוספות.

על פי הבחנה זו, מבאר החתם סופר⁶⁰ את שיטת הראשונים⁶¹ הסוברים שאישה שמאיימים להורגה אם לא תסכים להיבעל בעילה אסורה, רשאית להסכים לבעילה אם בלאו הכי יכול האנוס לבעול אותה בעל כורחה תוך כפייה פיזית:

⁵⁶ עבודה זרה נד ע"א.

⁵⁷ תוספות, עבודה זרה נד ע"א, ד"ה כגון.

⁵⁸ שו"ת אור גדול, סימן א. הוא כותב כך בדעתם של חלק מהראשונים: רבנו דוד, המובא בחידושי הר"ן, סנהדרין סא ע"ב; חידושי הרמב"ן, שבת עב ע"ב, ד"ה אלא; שו"ת הריב"ש, סימן שפז.

⁵⁹ שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן קלג; חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה א; שו"ת עונג יום טוב, סימן מ.

⁶⁰ שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן קלג.

⁶¹ מלחמות ה', סנהדרין יז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר הכותב; נימוקי יוסף, סנהדרין יז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה וא"ת אמאי; חידושי הריטב"א, יבמות נג ע"ב, ד"ה תני ר' חייא.

והטעם, כיון שאם ירצה יכול לכופה ולהשכיבה על כרחה ולדבוק בה, ואין חילוק בין ביאה לביאה, לעולם נדבק בה ובא עליה על כרחה, נהי שאסור לה לעשות מעשה להביא הערוה על עצמה, מכל מקום לשכב ולהפקיר עצמה מפני אונס מיתה מותרת, כיון דביכולת הגוי לעשות כן... וכל זה בגילוי עריות, אבל בעבודה זרה, אף על פי שהגוי יכול לכפוף קומתו על כורחו, מכל מקום אסור להשתחוות מעצמו מפני אימת מיתה... אינו דומה עבודת כפיפת קומתו על כרחו כדורך⁶² עץ לפני עבודה זרה, למשתחוה בעצמו דמחזי כעובד ממש, אף על גב דלבו לשמים. ואינו דומה לבעילה דאין חילוק בין הבעילות אי משכיבה על כרחה או שהיא שוכבת בעצמה.

האמור לעיל עוסק בכפייה גופנית שהתבצעה על ידי אדם אחר. אך נראה ששונים הם פני הדברים באשר לעבירה שנעשתה תוך כפייה גופנית של גורם שאינו אנושי. אם זו עבירה תוצאתית, כגון גרימת מוות, אין חולק על כך שמעשהו של האנוס מקיים את היסוד העובדתי. דוגמה לכך היא מי שגרם למוות בנהיגתו, כתוצאה מכך שלא יכול היה לעצור את מכוניתו⁶³. לעומת זאת, בעברות שאינן תוצאתיות, שהעיקר בהן הוא המעשה, אין שום משמעות למעשה שנעשה תוך העדר שליטה כתוצאה מכפייה גופנית של כוחות הטבע. על כן, למשל, אם רוח תכופף אדם להשתחוות לפני בהמתו - לא תיאסר הבהמה כדין בהמה שנעבדה לעבודה זרה. גם לשיטות הסוברות שהשתחוואה לבהמה מתוך כפייה פיזית נחשבת למעשה של עבודה זרה, הרי זה משום כוונת האונס, המעניקה למעשה צביון של עבודה זרה, מה שאין לומר בכפי על ידי גורם טבעי.

ג. הצורך בכפרה

במקרים שנעשתה העבירה בניגוד לרצונו של האנוס, לא מתקיים היסוד הנפשי הנדרש, ועל כן עובר העבירה לא ייענש. עם זאת, יש האומרים שבעבירה של שפיכות דמים שנעברה עקב כפייה גופנית, עובר העבירה זקוק לכפרה, כמו במי שעבר עבירה מתוך שינה⁶⁴.

הצורך בכפרה מותנה בכך שמעשהו של האנוס מקיים את היסוד העובדתי. על כן, יש מקום לומר שאם נגרם היעדר השליטה כתוצאה מכפייה פיזית של אדם אחר, האנוס אינו זקוק לכפרה, לשיטות שסוברות שהוא נחשב כמי שלא עשה דבר⁶⁵.

ד. מעשה הנעשה מתוך אונס ורצון כאחד

ייתכנו מצבים בהם נעשתה אמנם העבירה במסגרת של כפייה גופנית, אך האנוס היה מעוניין בה. האם במצבים כאלו ייחשב האדם כמי שעבר את העבירה מרצונו? אמנם שאלה זו אינה מתעוררת בדין הפלילי, משום שאין אפשרות להוכיח את רצונו של עובר העבירה, ואף הודאתו לא תועיל, שהרי "אין אדם משים עצמו רשע"; אך יש מקום לומר שהוא ייענש בדיני שמים.

תשובה לשאלה זו ניתן למצוא בסוגיית התלמוד במסכת כתובות⁶⁶, שם נחלקו אבוה דשמואל ורבא בשאלת דינה של אשה שנאנסה, אך רצתה בבעילה זו, וכך נאמר שם:

⁶² כנראה צ"ל: כזורק.

⁶³ ראה להלן, ליד ציון הערה 81, וכן ליד ציון הערה 64, ובהערה שם.

⁶⁴ לפירוט השיטות ראה שו"ת יחווה דעת, חלק ה, סימן טז, ד"ה אולם.

⁶⁵ תוספות, לעיל, הערה 57.

אמר אבוב דשמואל: אשת ישראל שנאנסה - אסורה לבעלה, חיישינן שמא תחלתה באונס וסופה ברצון... ופליגא דרבא, דאמר רבא: כל שתחלתה באונס וסוף ברצון, אפילו היא אומרת, הניחו לו, שאלמלא (לא) נזקק לה היא שוכרתו - מותרת, מאי טעמא? יצר אלבשה.

מחלוקתם של אבוב דשמואל ורבא היא בשאלת ההתייחסות לרצונה של האישה - כאשר הוא מובע תוך כדי האונס - כרצון אמיתי. לדעת אבוב דשמואל, רצון זה נחשב לרצון אמיתי, ועל כן הוא סובר שאשת ישראל שנאנסה תיאסר לבעלה, מחשש שמא רצתה את הבעילה. לעומתו, סובר רבא ש"יצר אלבשה", דהיינו שרצונה נגרם כתוצאה ממעשה האונס של הבעל, ועל כן אין להתייחס לכך כאל רצונה האמיתי⁶⁷. התלמוד מוסיף, שלדעת אבוב דשמואל, אשת ישראל שנאנסה מותרת לבעלה רק אם יעידו עדים שהיא גילתה סימני התנגדות מתחילת הבעילה ועד סופה.

ההלכה במחלוקת זו נפסקה כרבא, הן לעניין היתרה של האישה לבעלה, הן לעניין פטורה של האישה מעונש⁶⁸. אולם מדבריו של רבא עולה, שהוא מסכים לעיקרון שמעשה שנעשה עקב כפייה אבל נלווה אליו רצון אמיתי, אינו נחשב כאונס לעניין היתר אישה לבעלה, והוא חלוק על אבוב דשמואל רק בשאלה האם הבעת הסכמה מצד האישה היא רצון אמיתי.

מכאן הסיקו אחדים מן האחרונים⁶⁹, שעבירה שנעשתה כתוצאה מכפייה פיזית, ונלווה אליה רצון - דינה כעבירה שנעברה מרצון, לא רק לעניין איסורה של אישה לבעלה, אלא גם לעניינים אחרים, כגון לעניין ענישה בידי שמים. נראה שהסוברים כך נמנים על האסכולה הרוואה גם מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית כמקיים את היסוד העובדתי⁷⁰.

⁶⁶ כתובות נא ע"ב.

⁶⁷ כסף משנה, על הרמב"ם שם, מוסיף: ואם "יקשה בעיניך, אם כן כל עוברי עבירה פטורים דהא ודאי יצרם מתגבר עליהם?... לא מטעם יצרה נתגבר עליה לחוד היא דפטורה, אלא... כיון דמכח אונס קאתי [=הוא בא]", כלומר, התגברות היצר נבעה מהמצב שהבעל הכניס אותה אליו נגד רצונה. אפשר ללמוד מכאן לפטור מאחריות פלילית שבוי שעבר שטיפת מוח בכפייה, אם אכן היה בה כדי לפגוע ברצונו החפשי.

⁶⁸ רמב"ם, הלכות אישות, פרק כד, הלכה יט; הלכות איסורי ביאה, פרק א, הלכה ט; הלכות סנהדרין פרק כ, הלכה ג.
⁶⁹ חזון איש, יורה דעה, סימן סח, אות ב; הפלאה, כתובות ג ע"א, ד"ה בתוס', וד"ה וסברא; קובץ הערות, יבמות, סימן מט. עיין גם בית הלוי על התורה, שמות, פרק ב, פסוק כה.

שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן רב, כתב: "ולענין עונש שמים, לית דין ולית דיין דאונס רחמנא פטריה, אפילו סופו ברצון". אך גם הוא מסיים: "ומכל מקום קצת תשובה צריך". זאת ועוד: החתם סופר עוסק במקרה שרק סופו היה ברצון, וייתכן שהוא מסכים שאם רצה האדם את העבירה מלכתחילה, דינו חמור יותר. אשר לסוגיה בכתובות, החתם סופר בחידושו, שם, מסביר שיש לסייגה: "חיישינן שמא תחלתה באונס וסופה ברצון. לענין חיוב ועונשין בודאי שאין חיוב... חיוב ליכא על כוונה והנאה בלא מעשה; ורק לבעלה אסורה, דעל כל פנים מעלה מעל באישה, וכדעת מהרי"ק". הוא מתכוון לשו"ת מהרי"ק, שורש קסז, המסביר שיסוד איסורה לבעל של אשת איש שזינתה אינו באיסור שעשתה, אלא בבגידה בבעל. החתם סופר מבין שמוקדה של בגידה זו אינו במעשה, כבאיסורים אחרים, אלא ביחסה הנפשי של האישה לאירוע.

⁷⁰ אמנם במקרה הנידון, המעשה מלווה ברצונה של האישה, אך אם מעשה שנעשה תחת כפייה אינו נחשב למעשה של האונס, הרי זה שביעות רצון של האישה ממעשה שאינו שלה.

ה. כניסה מחמת כורח למצב של כפייה פיזית

לשאלת קיום היסוד העובדתי במעשה שנעשה עקב כפייה גופנית, עשויה להיות השלכה גם למי שמאיימים להורגו אם לא ייאזר לעבור עבירה במצב של העדר שליטה.

אדם שמאיימים להורגו אם לא יעבור על אחת מן העברות החמורות: עבודה זרה, גילוי עריות או שפיכות דמים, מצווה להיהרג ולא לעבור.⁷¹ האם כך הדין גם במי שאנשים מאיימים להורגו אם לא יאפשר להם לגרום לו לעבור על אחת מן העברות הללו באמצעות כפייה גופנית?

בעלי התוספות סוברים שמי שמאיימים להורגו אם לא יעבור עבירה ב"שב ואל תעשה", רשאי לעבור, ואינו מצווה למסור את נפשו.⁷² ברור שלפי דעתם, מי שאנשים מאיימים להורגו אם לא יאפשר להם לגרום לו לעבור עבירה באמצעות כפייה גופנית, אינו מצווה למסור את נפשו, כיון שהעבירה תיעשה באופן שהאנוס לא יעשה פעולה פיזית מכוחו - "שב ואל תעשה". הרי לשטיטה זו, לענין חובת מסירות הנפש אין חשיבות לשאלה האם מעשה הנעשה עקב כפייה גופנית נחשב כמעשהו של האנוס או לא.

שאלתנו מתעוררת רק לפי הסוברים שבאופן עקרוני גם בעבירה הנעברת ב"שב ואל תעשה" חובה להיהרג ולא לעבור. לשטתם, דינו של מי שאנשים מאיימים להורגו אם לא יאפשר להם לגרום לו לעבור עבירה באמצעות כפייה גופנית, תלוי בשאלה, האם מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית מקיים את היסוד העובדתי.

המחלוקת בעניין זה עלתה לגבי מי שמאיימים להורגו אם לא יאפשר להם להשליכו על תינוק באופן שיביא למותו. יש הסוברים שהמושלך על התינוק אינו נחשב כמי שהרג, ועל כן אין הוא מצווה ב"יהרג ואל יעבור", ויש החולקים וסוברים שהמושלך נחשב כמי שהרג, ועל כן הוא מצווה להיהרג ולא לאפשר להם להשליכו על התינוק.

בין הסוברים שהמושלך על התינוק אינו נחשב כלל כמי שהרג, הם המנחת חינוך⁷³ ור' חיים הלוי סולוביציץ⁷⁴. לדעתם, אפשר להסיק זאת מהסוגייה במסכת בבא מציעא, העוסקת בשאלת חובתו של אדם להציל את חברו על ידי פגיעה בחייו שלו. וכך נאמר שם⁷⁵:

שנים שהיו מהלכין בדרך, וביד אחד מהן קיתון של מים, אם שותין שניהם - מתים, ואם שותה אחד מהן - מגיע לישוב. דרש בן פטורא: מוטב שישתו שניהם וימותו, ואל יראה אחד מהם במיתתו של חברו. עד שבא רבי עקיבא ולימד: "וחי אחיך עמך" - חייך קודמים לחיי חבריך.

⁷¹ סנהדרין עד ע"א.

⁷² תוספות, יומא פב ע"א, ד"ה מה רוצח, יבמות נג ע"ב, ד"ה אין, וסנהדרין עד ע"ב, ד"ה והא.

המאירי, בית הבחירה, סנהדרין עד ע"ב, ד"ה ויש גורסים, מוסיף שכך הדין גם במקרה שיהודי היה מושלך בבור, ואמר אנוס ליהודי אחר: "הזהר שלא תעלהו, שאם תעלהו אני אהרוג אותך", שהיהודי אינו חייב להעלותו.

⁷³ מנחת חינוך, מצוה רצו, אות כג, עמ' תכז, בהוצאת מכון ירושלים, תשמ"ח.

⁷⁴ חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה א.

⁷⁵ בבא מציעא סב ע"א.

לדעת רבי עקיבא, שהלכה כמותו⁷⁶, אדם אינו מצווה למסור את נפשו כדי למנוע את מותו של חברו. מדין זה מביא המנחת חינוך ראייה שאדם אינו מחויב למסור את נפשו כדי שלא ישליכוהו על תינוק.

במקרה שבו עסק רבי עקיבא, אין חולק על כך שבעל קיתון המים אינו נחשב כמי שהרג את חברו בכך ששמר אותו לעצמו. ההשוואה שערך המנחת חינוך בין דינו של המושלך לבין דינו של רבי עקיבא, מלמדת שלפי תפיסתו, גם המושלך אינו נחשב כמי שהרג, אלא, לכל היותר, כמי שנמנע מלהציל.

כאמור, זו גם שיטת ר' חיים הלוי. על עמדתו בסוגיה זו ניתן ללמוד מהסברו בדעת הרמב"ם, שמצד אחד סובר (לפי הבנת ר' חיים הלוי) שהמושלך על התינוק איננו מצווה למסור את נפשו, ומצד שני סובר שנערה מאורסה שמאיימים להורגה אם לא תיאות להיבעל לזר - מצווה למסור את נפשה. הסברו להבדל בין במקרים הוא זה:

דהתם איהו לא הוי רוצח כלל, ולא עבר על שפיכות דמים, דהא לא הוי רק כאבן ועץ ביד הרוצח שמשליך אותו, דמי שהשליך אותו הוא הרוצח, ולהכי לא חייב למסור את עצמו; מה שאין כן בנערה המאורסה, אף דלא קעבדה מעשה, מכל מקום הרי היא עוברת על גילוי עריות, ולהכי שפיר הדין נותן דתהרג ואל תעבור.

לפי הסברו של ר' חיים הלוי, הרמב"ם פוסק שבשלוש העבירות החמורות, חובה למסור את הנפש גם שלא לעבור ב"שב ואל תעשה", ורק במקרים בהם נחשב האנוס כמי שלא עושה דבר, הוא אינו מחויב למסור את נפשו. על כן, המושלך על התינוק, שאינו מקיים את היסוד העובדתי של עברת ההריגה, אינו מחויב למסור את נפשו. לעומת זאת, נערה המאורסה הנבעלת בעילה אסורה מקיימת את היסוד העובדתי אף כאשר היא במצב של העדר שליטה, ועל כן עליה להיהרג ולא לאפשר לבעול אותה תוך כפייה פיזית. הבחנה זו, בין עבירת ההריגה לבין עבירתה של אישה הנבעלת בעילה אסורה, תואמת את ההבחנה שהובאה לעיל⁷⁷ בין עבירות הכרוכות במעשה לבין עבירות של "שב ואל תעשה".

בגישה שונה מחזיקים ר' ירוחם יהודה ליב פרלמן⁷⁸ והחזון איש⁷⁹. לדעת רי"ל פרלמן, גם המושלך על התינוק נחשב כמי שהרג, בניגוד לדעתו של המנחת חינוך. הוא דוחה את ההשוואה שערך המנחת חינוך בין מחלוקת בן פטורא ורבי עקיבא לבין דינו של מי שרוצים להשליכו על תינוק. לדעתו, אדם שהשליכוהו על תינוק והרג נחשב כמי שהרג בגופו, אף שלא עשה שום מעשה מצידו, ואף שלא הייתה לו, בעת ההריגה, שום שליטה על תנועתו הגופנית. על כן אין, לדעתו, להשוות

⁷⁶ ראה טור, יורה דעה, סימן רנא, בשם רבנו סעדיה; בירור הלכה, בבא מציעא שם; נ' רקובר, מסירות נפש, עמ' 89.

⁷⁷ ראה לעיל, ליד ציון הערה 59.

⁷⁸ אור גדול, סימן א, ד"ה ובמח"כ. שיטה זו של האור גדול באה לידי ביטוי גם בדבריו שהובאו לעיל, ליד ציון הערה 58, ובהערה שם.

⁷⁹ גליונות חזון איש על חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה א.

בין מקרה זה לבין דינו של רבי עקיבא, שקבע שאדם אינו מחויב להציל את חברו אם ההצלה תביא למותו שלו, משום שרבי עקיבא לא עסק בהריגה, אלא רק בהימנעות מהצלה.

החזון איש, הנמנה אף הוא על אסכולה זו, חולק על ר' חיים הלוי, וסובר שלדעת הרמב"ם, מי שאיימו שיהרגוהו אם לא יעלה על הגג כדי שיוכלו להשליכו על תינוק - "ייהרג ואל יעבור". וכך כותב החזון איש:

ואילו עלה לראש הגג כדי שיפול ברוח מצויה על התינוק ויהרגנו - חשיב רוצח. ואם שאינו חייב מיתה, דלא חשיב רוצח לענין חיוב מיתה אלא בהמית בכוחו, וכמו שכתבו תוספות סנהדרין עז ע"א, אבל עבירת רציחה יש כאן. ואילו אמרו לו: "עלה על הגג ותפול על התינוק, ואם אינך עולה, נהרגך" - יהרג ואל יעבור. ואין חילוק אם רוח משליכו או שור או נכרי, כל שהרציחה מזומנת. ואם אינו אצל התינוק, ואומרים לו שילך ויעמוד אצל התינוק כדי שישליכוהו - יהרג ולא יעבור.

בניגוד לר' חיים הלוי, הסובר שהמושלך נחשב רק כעץ ואבן בידו של המשליך, שהוא המוגדר כרוצח, סובר החזון איש שאף שהמושלך לא הרג בכוחו, הוא נחשב שרצח⁸⁰. על כן מחויב אדם להיהרג ולא להכניס את עצמו למצב שישליכוהו על התינוק באופן שיגרום למותו. לדעתו, ההבדל בין מי שהרג בכוחו לבין מי שהרג על ידי נפילתו, נוגע רק לחיוב מיתה, ולא לדין "ייהרג ואל יעבור".

לדעת ר' חיים הלוי, לעומת זאת, נראה שיש להבחין בין מקרה שהנפילה על התינוק נגרמת כתוצאה מכפייה גופנית של אדם אחר, לבין מקרה שהנפילה על התינוק נגרמת כתוצאה מרוח או מכוחות טבע אחרים. במקרה הראשון, יש לייחס את המעשה למשליך, ועל כן המושלך נחשב שלא עשה דבר. במקרה השני, לעומת זאת, היות שאין אדם אחר שניתן לייחס לו את המעשה, מיוחס המעשה אל המושלך, הנחשב כמי שהמית⁸¹.

⁸⁰ אולם ייתכן שלדעת החזון איש המושלך נחשב שרצח רק אם הכניס את עצמו למקום שבו הרג בהעדר שליטה, מה שאינו כן אם הוא הוכנס בעל כרחו למקום זה. סיוע לכך ניתן להביא מדברי החזון איש, בבא קמא, סימן ד, אות ג, ד"ה ול' הר"מ, שם הוא כותב ביחס למי שהושלך על תינוק והזיק לו: "דמעשה ההיזק אי אפשר ליה לאהדורי, ולא מקרי כלל מעשיו".

שו"ת משנה הלכות, חלק ט, סימן שפז, כותב שאדם שעומדים להזריק לו נגד רצונו זריקה של סם שיגרום לו לעבור עבירה, אינו חייב למסור את נפשו ולא לקבל את הזריקה, גם אם הזריקה תגרום לו לעבור על אחת העבירות החמורות שדין "ייהרג ואל יעבור" (והביא בשם ר' חיים גולבסקי, להט החרב המתהפכת, עמ' טז, שהוא חייב למסור את הנפש אם הזריקה תגרום לו לרצוח). ושם, סימן שצד, כתב שאדם שהולכים להשקותו יין ויגיע לשכרותו של לוט ואח"כ יאנסוהו לבוא על אחת מן העריות, אינו חייב למסור את נפשו שלא ישקוהו, כיון שכשיעשה את האיסור, יהיה בלי דעת ויהיה אנוס.

⁸¹ מדברי ר' חיים הלוי משמע שהמושלך על התינוק לא יתחייב אף בנזיקין, וזאת בשונה מדינו של הנופל מראש הגג אף ברוח שאינה מצויה והזיק, שחייב בתשלום הנזק (בבא קמא כז ע"א; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק א, הלכה יב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף יא), ועל כן צריך לבאר את דבריו כמו שכתבנו. בסיס להבחנה זו ניתן למצוא גם בדברי תוספות, בבא קמא ו ע"א, ד"ה לאתווי, הכותבים שאף שבדרך כלל המבעיר אש חייב בנזקים שגרמה האש, אם שרף ראובן בגד של שמעון באש שהדליק לוי - לוי פטור, משום שראובן השורף נחשב כמזיק.

בסיכום, לדעת המנחת חינוך ור"ח הלוי, המושלך על התינוק אינו נחשב שהרג, ועל כן אינו מצווה ב"ייהרג ואל יעבור"; ואילו לדעת ר' ירוחם יהודה ליב פרלמן והחזון איש, הוא נחשב שהרג, ומצווה ב"ייהרג ואל יעבור".

פרק חמישי: כניסה למצב בהתנהגות פסולה

א. מבוא

במקרים מסוימים, עובר העבירה עצמו תרם להימצאותו במצב של "העדר שליטה" שבו עבר את העבירה, והיה באפשרותו למנוע מצב זה. במקרים אלו, מופעלת הדוקטרינה המכונה *actio libera in cause* - התנהגות חופשית במקור, או "כניסה למצב בהתנהגות פסולה". על פי דוקטרינה זו, ניתן, למשל, להטיל אחריות על אדם שנרדם בעת הנהיגה וגרם לתאונה, אם ברגעים שקדמו לתאונה חש בסכנת התרדמה, ובכל זאת המשיך לנהוג⁸².

דוקטרינה זו מעוגנת בסעיף 34ד(א):

הוראות סעיפים 34ז... לא יחולו אם העושה היה מודע או אם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה, ואם העמיד את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה באותו מצב.

זו דוקטרינה כללית, והיא אינה נוגעת רק לסייג של "העדר שליטה" אלא גם למספר סייגים נוספים. אולם, קושי מיוחד מתעורר ביישום הדוקטרינה במצבים של "העדר שליטה": כיצד אפשר לראות אדם שהיה במצב של חוסר מודעות לסובב אותו, מחמת שינה וכדומה - כמי שעבר עבירה פלילית, רק משום שהכניס את עצמו למצב זה? הרי סוף סוף, בשעת עשיית המעשה, לא הייתה לעושה שום יכולת שליטה על מעשיו?

שני הסברים הוצעו כדי ליישב קושי זה. יש האומרים שאנו מקשרים את ההתנהגות הרשלנית שהתרחשה קודם היווצרות המצב של "העדר השליטה" עם התוצאה שאירעה לאחר מכן. כלומר, אנו מתייחסים ליסוד העובדתי כאילו נעשה לפני אובדן השליטה. לעומתם, אומרים אחרים, שמשמעות הדוקטרינה היא, שאם אדם בוחר ליצור מצב שבו תיתכן התנהגות חסרת שליטה - והבחירה עצמה נעשתה מתוך שליטה - יש לראות את ההתנהגות חסרת השליטה עצמה כפרי רצונו⁸³.

⁸² פלר, בעמ' 97-98. פלר מדגיש שיש להיזקק לדוקטרינה זו רק במקרים שבהם התהוות העבירה מותנית בהתנהגות ספציפית, כאשר התנהגות זו נעשתה ב"העדר שליטה". לעומת זאת, בעברות המותנות בתוצאה בלבד, ללא תלות בשאלה כיצד נגרמה התוצאה, אין צורך להזדקק לדוקטרינה זו, כיוון שהשלב הראשון שנעשה מרצון יש בו כשלעצמו כדי להחשיב את המבצע כמי שעבר את העבירה.

⁸³ ראה י' לוי, לעיל, הערה 14, בעמ' 29-30; מאיר דן כהן, לעיל, הערה 9, בעמ' 375; י' לוי, "רציה כתנאי לאחריות פלילית - הערות בתשובה לביקורתו של מר מאיר דן כהן", הפרקליט כט (תשל"ד-תשל"ה), עמ' 395.

החוק אומר עוד, שהאפשרות להשתמש בדוקטרינה זו לשם הטלת אחריות על עבירה שנעברה בהעדר שליטה, מותנית בכך שההתנהגות הרצונית הייתה התנהגות פסולה. אם לא כן, אין מטילים אחריות, שהרי התנהגות שאיננה פסולה מותרת⁸⁴.

סעיף 34ד(ב) לחוק קובע:

במקרה כאמור בסעיף קטן (א), רואים את האדם כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות, אם העבירה מותנית גם בתוצאה; נכנס אדם למצב כדי לעבור את העבירה, והיא מותנית גם בתוצאה, רואים אותו כמי שעבר את העבירה בכוונה.

קביעה זו מעוררת תמיהה. כפי שציטטנו לעיל, סעיף קטן (א) מטיל אחריות לא רק במקרים בהם העושה עצמו היה מודע לכך שהוא עלול לעשות את המעשה בהעדר שליטה, אלא גם במקרים בהם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע לכך. בהמשך לקביעה זו קובע סעיף קטן (ב), כי במקרים אלו יראו את האדם כאילו עשה את המעשה במחשבה פלילית. לפי קביעה זו, ניתן יהיה לראות אדם כאילו עבר עבירה מתוך מחשבה פלילית אף שבאופן סובייקטיבי לא לווה מעשהו ביסוד הנפשי הדרוש. דברים אלו סותרים את העיקרון שכדי לייחס לאדם מחשבה פלילית חייב היסוד הנפשי להיות סובייקטיבי ולא אובייקטיבי. לפי החוק, אם יש יסוד נפשי אובייקטיבי בלבד, ניתן לראות את הנאשם לכל היותר כאילו עשה את המעשה מתוך רשלנות, ולא כעושה מתוך מחשבה פלילית⁸⁵. מכאן, שאם הנאשם עצמו לא היה מודע, בשעה שנכנס למצב של העדר שליטה, לכך שהוא עלול לעשות את המעשה בהעדר שליטה, ורק אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע לכך, יש לראות את הנאשם כמי שעבר את העבירה ברשלנות, ולא מתוך מחשבה פלילית.

יש לציין, שההצעה שהגישה הוועדה בראשות השופט אגרנט, אכן הבחינה בין שימוש בדוקטרינת "התנהגות חופשית במקור" לצורך הטלת אחריות על עבירה ברשלנות, לבין שימוש בה הטלת אחריות על עבירה מתוך מחשבה פלילית. בהצעתם נאמר שהוראות הסעיף העוסק בהעדר רצייה לא יחולן⁸⁶ -

כאשר אדם ידע, **ובעברות של רשלנות כאשר צריך היה לדעת**, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו כי הוא עלול לעשותו, והעמיד עצמו מרצונו וללא סיבה סבירה באותו מצב.

זוהי גם דעתם של פלר⁸⁷ ולוי ולדרמן⁸⁸, והיו מי שביקרו את נוסח החוק עקב כך⁸⁹. לעומתם, היו מי שהגנו על נוסח החוק⁹⁰. יש לציין שבית המשפט המחוזי⁹¹ קבע שלאור חוק יסוד: כבוד האדם

⁸⁴ ראה דברי הסבר לתיקון 39, לעיל, הערה 2, בעמ' 138.

⁸⁵ ראה סעיף 19 לחוק העונשין.

⁸⁶ ראה שמואל תמיר, "אל ציבור המשפטנים", **משפטים** י (תש"מ) 202, 209, בסעיף 39 להצעה.

⁸⁷ פלר, לעיל, הערה 1, בעמ' 98-99.

⁸⁸ לוי-לדרמן, לעיל, הערה 2, בעמ' 280.

⁸⁹ מ' גור-אריה "סטיות מעקרון באשמה", מחקרי משפט יג (תשנ"ו), עמ' 129. יש לציין שביקורת זו אינה נוגעת לסייג של העדר שליטה בלבד, אלא גם לסייגים האחרים שהסעיף מתייחס אליהם.

וחרותו, יש לפרש את הסעיף בפרשנות צרה, ואין להטיל אחריות של מחשבה פלילית על מי שנהג ברשלנות. לפי פרשנות זו, נהג שנרדם ברשלנות וגרם למותו של אדם יואשם בגרימת מוות ברשלנות ולא בהריגה.

ב. היסוד הנפשי

מה דינו, לפי המשפט העברי, של אדם המכניס עצמו בהתנהגות פסולה למצב של העדר שליטה? על כך ניתן ללמוד מן הסיפור המקראי על לוט שבא על בנותיו מתוך שינה. בהקשר למעשה זה דורשים חז"ל את הפסוק "כי ישרים דרכי ה' וצדיקים ילכו בס' ופושעים יכשלו בס'" (הושע יד, י), כמרמז על התנהגותם של לוט ושתי בנותיו: "הן שנתכוונו לשם מצווה - וצדיקים ילכו בס'; הוא שנתכוין לשם עבירה - ופושעים יכשלו בס'".⁹²

התלמוד מבאר, שלוט אמנם בא על בנותיו בעת שישן והיה במצב של העדר שליטה, אך כניסתו למצב זה בלילה השני נחשבת כפשעיה: לאחר שנודע לו ששתיית היין בלילה הראשון הביאה לכך שהוא בא על בתו הבכירה, היה עליו להימנע משתיית היין בלילה השני, מחשש שמא יחזור הדבר על עצמו. משלא עשה כן, ושתה גם בלילה השני, ובעקבות כך בא על בתו הצעירה - הוא נחשב "פושע".⁹³

בדינו של המכניס את עצמו מרצון למצב של העדר שליטה, יש להבחין בין שני מקרים: המקרה האחד הוא שאדם מכניס את עצמו מרצונו למצב שבו הוא יודע **בוודאות** שהוא יעבור את העבירה בהעדר שליטה, כך שהיסוד הנפשי הוא של כוונה; והמקרה השני הוא שאדם מכניס את עצמו מרצונו למצב שבו היה יודע או שעליו לדעת שקיימת **אפשרות** שהוא יעבור עבירה בהעדר שליטה, כך שהיסוד נפשי הוא של פזיזות (קרוב למזיד) או רשלנות (שוגג).

האבני נזר⁹⁴ כותב, שבמקרה הראשון, שהאדם יודע **בוודאות** שיאנסו אותו לעבור את העבירה, הוא נחשב כאילו התכוון לכך⁹⁵. במקרה השני, שהאדם מודע **לאפשרות** שיאנסו אותו לעבור את העבירה, הוא אינו נחשב לאנוס, אף שאינו נחשב כמי שעשה מרצון. הוא מסביר שהפטור בעבירה

⁹⁰ מ' קרמניצר, "עקרון האשמה", מחקרי משפט יג (תשנ"ו-תשנ"ז), עמ' 109, בעמ' 125.

⁹¹ תפ (ח"י) 128/02 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו). וראה עוד דפנה נתיהו, "כניסה למצב בהתנהגות פסולה", פלילים ג (תשנ"ג), עמ' 233.

⁹² נזיר כג ע"א.

⁹³ אמנם, שם מדובר על שתיית יין, ואם כן דין זה שייך לכאורה לסייג של שכרות, בסעיף 34ט, אך נראה שהיות שבסופו של דבר נעברה העבירה שם בעת השינה, אפשר ללמוד משם על עבירה שנעברה בהעדר שליטה. כך מוכח גם מדברי ר' חיים פלאגי, בשו"ת חיים ושלוש, סימן י, שהוכיח ממעשה לוט ששינה נחשבת כאנוס: "מקרא מלא בתורה מעשה דלוט שלא ידע בשכבה ובקומה, והרי הדברים קל וחומר: אם האיש המוציא זרעו בתשמיש בשינה יכול שלא ידע ושלא ירגיש בבעילה, כל שכן האשה, שבודאי אין הרגשת ירידת הזרע נרגשת לאשה כמו לאיש עצמו".

⁹⁴ שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן רמה. הוא מתבסס על שו"ת הריב"ש, סימן קעא. וראה גם שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רעב. אך יש לציין שאבני נזר אינו עוסק בעניישה אלא באי-קיום תנאי מחמת אונס.

⁹⁵ אבני נזר, שם, ס"ק טז. הוא משווה זאת ל"פסיק רישיה", העקרון שהעושה מעשה שידוע שיביא לתוצאה מסוימת, נחשב כאילו התכוון לאותה תוצאה. אולם יש להעיר על כך שהמושג הזה מתייחס בדרך כלל למי שעושה פעולה אחת ויודע שתוך כדי פעולה זו תתבצע פעולה אחרת. אין הדבר דומה לענייננו, שהעבירה מתרחשת רק אחרי הכניסה למצב של העדר שליטה.

שנעברה באונס מבוסס על הכלל "אונס רחמנא פטריה", ומשמעות הכלל היא "שבעצם יש חיוב על המעשה, רק שהאונס פוטר", אבל הפטור הוענק רק למי שלא תרם להיווצרות האונס. מי שתרום ברשלנותו להיווצרות האונס - וכל שכן אם פעל מתוך פזיזות - אינו זכאי לפטור זה, ועל כן מוטלת עליו אחריות פלילית⁹⁶.

מה דינו של מי שהכניס את עצמו למצב של העדר שליטה מתוך **כוונה לעבור** את העבירה? נידון זה אינו דומה לגמרי לנידון של אבני נזר, שכן אבני נזר דן במי שיודע בוודאות שהוא עומד לעבור את העבירה, ואילו שאלתנו היא במקרה שאין וודאות, אלא כוונה לבדה.

תשובה לשאלה זו ניתן ללמוד מן הדיון באדם שנאנס לעבור עבירה, אלא **שרצה** לעבור את העבירה - האם הוא נחשב לאונס או למי שפעל מרצון?

ה'הפלאה'⁹⁷ מחדש שבמצב זה האדם אינו נחשב אנוס אלא כמי שפעל מרצון. הוא מוכיח את דבריו מדעתו של אבוב דשמואל, שראינו לעיל⁹⁸, שאישה שנאנסה אסורה לבעלה מחשש שהתרצתה בסוף הביאה. ולכאורה, מה בכך שהתרצתה, הרי אנסו אותה? ומכאן שאף שאנסו אותה, אם היא רצתה בכך, אינה נחשבת אנוסה. ואף שרבה חולק על אבוב דשמואל, הוא אינו חולק על יסוד זה. לחידוש זה הסכימו אחדים מן האחרונים⁹⁹.

מכאן, שמי שהכניס את עצמו למצב של העדר שליטה בכוונה לעבור את העבירה, נחשב שעשה את העבירה מרצון, אף שבפועל אחרים אנסו אותו לעשות את העבירה.

⁹⁶ על כן, בעבירה של בגידת אישה בבעלה, אינה נאסרת על בעלה אף אם הכניסה את עצמה למצב בו היא **עלולה** להיאנס, משום שבעבירה זו התורה הדגישה שהיא אסורה לבעלה רק אם נבעלה מרצון, וכניסה למצב אינה נחשבת רצון, אלא שהיא לא אנוסה. לעומת זאת, במצב הראשון, אישה הנכנסת מרצון למקום שיש **וודאות** שהיא תיאנס, אסור לבעלה כאילו נבעלה מרצון. וראה גם שו"ת צמח צדק (ליובביטש), אבן העזר, סימן לט.

דין דומה מצאנו בתחום דיני הנזיקין: הנופל מן הגג והתהפך תוך כדי נפילתו ונפל על חברו, וידע שהתהפכותו תביא לביושו של חברו, נחשב כמי שהתכוון לבייש - אף אם בפועל לא התכוון לכך - משום שידיעה ודאית כמוה ככוונה. כך כתב ניומקי יוסף, בבא קמא יא ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה חייב על הבושת (אבל ים של שלמה, בבא קמא, פרק ב סימן לט, כותב שהוא חייב רק אם התהפך כדי ליפול על חברו ולהזיק לו). עיין גם רמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה ד; אור גדול, סימן א, ד"ה שם ברמב"ם.

⁹⁷ הפלאה, כתובות ב ע"ב, ד"ה תוד"ה וסברה דאניס (הובא בשו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן ה). עיין עוד הפלאה, כתובות קי ע"ב, ד"ה תוספות ד"ה הוא אומר לעלות.

⁹⁸ לעיל, ליד ציון הערה 66.

⁹⁹ עיין: פני יהושע, כתובות ב ע"ב, ד"ה ברש"י; שו"ת חלקת יואב, חלק א, דיני אונס, ענף ב; בית הלוי, על התורה, פרשת שמות (עמי צד, במהדורת ירושלים תשמ"ט). עיין עוד: קובץ הערות, סימן מט; ברכת שמואל, כתובות, סימנים ז-ט; תזון איש, יורה דעה, סימן סז, ס"ק א; בית זבול, חלק ב, סימן ז, אות א; הרב מ"צ נריה, 'בן נח שרצח באונס וברצון', התורה והמדינה יא-יג (תשי"ד-תשכ"ב), עמי לט ואילך; נ' רקובר, מטרה המקדשת את האמצעים, ירושלים תשי"ס, עמי 134-138.

שו"ת איגרות משה, יו"ד, חלק ג, סימן מד, כותב שמי שהניח לחברו להפנט אותו, ועשה בציוויו דבר אסור, אינו נחשב אנוס בדבר, כיוון שהביא את עצמו לכך. וראה בדיונו בסעיף 34ט, על חיובו של מי שעבר עבירה תוך שכרות, מצד שהשתכר ברצון.

ג. התנהגות פסולה

על אף האמור עד כה, לא בכל מקרה תוטל אחריות על אדם המכניס את עצמו מרצונו למצב בו הוא יודע שקיימת אפשרות או שיש וודאות שיעבור עבירה בהעדר שליטה. תנאי להטלת אחריות הוא שהאדם הנכנס לאותו מצב יודע, או שעליו לדעת, שהתנהגותו אינה כדוּן. כדי לקבוע אם ההתנהגות היא כדוּן, יש להתייחס לפרמטרים הבאים: המניע למעשה; מידת הסיכון שבו; והאם הוא נחשב לדרך התנהגות רגילה ומקובלת.

התחשבות בפרמטרים אלו ניתן למצוא בדוגמה של אישה שהשכיבה את התינוק שלה לידה כדי להניקו, ובבוקר מצאה אותו מת, כאשר סביר להניח שהיא הרגה אותו על ידי כובד גופה. החתם סופר כותב שהיות שהמניע למעשה היה לטובת התינוק, אין היא נחשבת כרוצחת בשוגג, ואין היא זקוקה אלא לכפרה מועטה, שהיות "ותחילת לקיחתו היה לטובתו לצורכו להניק... הוי ליה אונס ולא שוגג"¹⁰⁰.

לעומתו, ר' יוסף חיים מבגדד כותב שאין להתחשב במניע בלבד, כיון שהתנהגות זו היא מסוכנת, והיה עליה להניק את בנה בישיבה באופן שאינו מסכן את חיי התינוק¹⁰¹.

לדעת חתם סופר¹⁰², הוא הדין גם באישה שהשכיבה את התינוק שלה לידה כדי שיינצל מן ה'מזיקין', כי סברה שבמיטתה אין מזיקין, וככל הנראה שכבה עליו ומת. כיון שהכניסה את עצמה למצב זה כדי להציל, היא נחשבת אנוסה.

מחלוקת זו אמורה בנסיבות בהן המניע למעשה היה חיובי. מה הדין אם המניע לא היה חיובי, אבל גם לא היה פסול? תשובה לכך ניתן ללמוד ממה שנפסק לגבי נוהג במכונית שגרם למוות: אם נהג בזהירות הראויה, ובהתאם לחוקי התנועה, אך בכל זאת גרם למוות תוך העדר שליטה מחמת חוסר יכולת לעצור את המכונית, הוא נחשב אנוס, אף שידע מראש שעצם הנסיעה במכונית עלולה להביא אותו למצב כזה. לעומת זאת, אם עבר על חוקי התנועה, וכתוצאה מכך גרם למוות תוך העדר שליטה - אינו נחשב כאנוס, ו"שגגתו עולה זדון"¹⁰³. מכאן שאחד הפרמטרים שיש לבחון כדי לקבוע האם התנהגותו של האדם הייתה שלא כדוּן, הוא האם התנהגותו הייתה התנהגות רגילה ומקובלת; אם אכן הייתה כזאת, אינו נושא באחריות.

¹⁰⁰ שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן קפד. הוא כותב שמכל מקום "תעשה קצת תיקונים [=לשם כפרה], אבל לא להחמיר בתענית".

בעניין מי שהרג כאשר התכוון לטובה, כותב שו"ת מהרש"ל, סימן צו, שאינו צריך כפרה, מפני שיש לדאוג לתקנת הכלל, ואם יצטרך כפרה, אנשים עלולים להימנע מלהציל, מחשש שיגרמו למיתה.

¹⁰¹ שו"ת רב פעלים, חלק ג, אורח חיים, סימן לו. וזו לשונו: "כי פשעה בזה התינוק שהוא בן ט"ו ימים להניח הדד בפיו ותשכיבהו בין זרועותיה להניקו. כיון דשינה שכחא ובאה בעל כורחה, צריך לחוש שמא מחמת שינה תעקם גופה קצת לצד זרועה שהתנוק מוטל שם ויחנק מכובד גופה, וזה דבר המצוי ושכיח, ולא זו הדרך להניק תינוק בין ט"ו ימים כד, אלא ראוי שתשב ותניחהו בחיקה ותשים הדד בפיו, דאז אם תתגבר שינה עליה לא יצא מזה תקלה להיות כובד גופה על התינוק".

¹⁰² שו"ת חתם סופר, קובץ תשובות, סימן יח.

¹⁰³ שו"ת יחוה דעת, חלק ה, סימן טז. עיין גם שו"ת הרא"ש, כלל קא, אות ה.

יש להדגיש, שבכל מקרה, גם אם התנהגותו של האדם הייתה פסולה, הוא נושא באחריות רק אם התקיים היסוד העובדתי. על כן, למשל, לפי האסכולה הסוברת שמי שהשליכו אותו על תינוק והרג אותו אינו נחשב שהרג¹⁰⁴, הוא לא ייחשב שהרג גם אם ידע מראש שהוא מכניס את עצמו למצב שישליכוהו על התינוק, והכניס את עצמו למצב זה תוך התנהגות פסולה.

סיכום

בעקרון "העדר השליטה", יש להבחין בין מצבים אחדים:

בעברות שנעברו מתוך שינה, מתקיים היסוד העובדתי, ועקרון "העדר השליטה" פוטר את עובר העבירה משום שלא מתקיים היסוד הנפשי, שכן פעל מתוך חוסר מודעות וחוסר רצון. נראה שהוא הדין למצבים אחרים של אוטומטיזם שאינם נובעים מפגם נפשי, כגון במעשה שנעשה מתוך תגובה רפלקטיבית.

בעברות שנעשו עקב כפייה פיזית, יש הסוברים שלא מתקיים אף היסוד העובדתי, ויש הסוברים שמתקיים היסוד העובדתי אך לא מתקיים היסוד הנפשי. יש העושים הבחנה בין עברות ש"בשב ואל תעשה", שבהן מתקיים היסוד העובדתי, ובין עברות שהם "עשה", שבהן אין מתקיים היסוד העובדתי. כל זאת בכפייה שבוצעה על ידי גורם אנושי, אבל בכפייה שנגרמה על ידי כוחות הטבע, אם מדובר בעבירה תוצאתית, מתקיים היסוד העובדתי.

הכללת המצבים של אוטומטיזם שאינם נובעים מפגם נפשי, בסייג של העדר שליטה, ולא בסייג של אי שפיות, תואמת את עמדת המשפט העברי.

מי שהכניס את עצמו, תוך התנהגות פסולה, למצב שבסופו של דבר עבר עבירה בהעדר שליטה, והתכוון לעבור את העבירה בהעדר שליטה, או שידע ידיעה וודאית שתבצע העבירה בהעדר שליטה - נחשב שהתכוון לעבור את העבירה. במקרים אחרים הוא לא יחשב כאנוס, אך גם לא כמי שעבר את העבירה בכוונה. כמו כן, מי שהיה רשולן בכניסה למצב, ייחשב כרשולן בביצוע העבירה, אך לא כבעל מחשבה פלילית.

לעומת זאת, לפי פרשנותו הפשוטה של החוק, אף אם היה רשולן, היינו שלא היה מודע לכך שהוא עלול לעבור עבירה בהעדר שליטה אבל האדם הסביר היה מודע לכך - הוא עשוי להיחשב כמי שעבר עבירה זו במחשבה פלילית. אבל היו ביקורות על כך, והייתה אף פרשנות מצמצמת של בית המשפט המחוזי, שכאמור נתמכת גם על ידי המשפט העברי¹⁰⁵.

¹⁰⁴ לעיל, ליד ציון הערה 73. ראה שם את המחלוקת בעניין זה.

¹⁰⁵ לעיל, ליד ציון הערה 91, וליד ציון הערה 103.