

## סעיף 34 טעות במצב דברים

טעות במצב דברים

34 (א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.

(ב) סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות היתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב).

## התוכן

|         |  |
|---------|--|
| 3.....  | פרק ראשון : מבוא   |
| 4.....  | פרק שני : הכלל   |
| 6.....  | פרק שלישי : טעות כנה   |
| 6.....  | א. מבוא  |
| 7.....  | ב. מידת האחריות כשיש ספק אם המעשה הוא איסור                          |
| 8.....  | 1. ספק בדבר קיומו של איסור במעשה                                     |
| 10..... | 2. ספק בדבר הכשרות הפלילית   |
| 11..... | 3. הסתמכות על ספק שאינו סביר   |
| 11..... | 4. המנעות מלברר אפשרות שאינה סבירה                                   |
| 12..... | ג. סיכום   |
| 12..... | פרק רביעי : טעות בלתי-סבירה  |
| 12..... | א. מבוא  |
| 14..... | ב. דרגות שונות של אי-סבירות  |
| 14..... | 1. התנהגות שגרתית - לא העלה על דעתו קיומו של איסור                   |
| 17..... | 2. הבחנה בין מעשה מסוכן למעשה שאינו מסוכן                            |
| 21..... | 3. התנהגות בהתאם לכללי הזהירות הנדרשים                               |
| 26..... | 4. ידיעת מצב הדברים כחלק מיסודות העבירה                              |
| 28..... | 5. ידיעת מצב הדברים בגזל   |
| 31..... | 6. טעות שאינה סבירה - רשלנות   |
| 32..... | סיכום  |
| 32..... | פרק חמישי : הטלת אחריות פלילית בהתאם למצב שדימה הנאשם                |
| 32..... | א. מבוא  |
| 34..... | 1. הבחנה בין טעות ב"עברת אם" לטעות בעבירה שונה                       |
| 34..... | 2. מחשבה מוטעית שאין עבירה לעומת מחשבה מוטעית שמדובר בעבירה קלה יותר |
| 36..... | ב. הבחנה בין טעות ב"עברת אם" לטעות בעבירה שונה                       |
| 39..... | ג. סיכום   |
| 39..... | פרק שישי : טעות הנוגעת לסייגים לפליליות המעשה                        |
| 39..... | א. מבוא  |
| 40..... | ב. הבחנות בין טעות ביסודות העבירה לטעות בסייגים                      |
| 55..... | ג. סיכום   |
| 55..... | סיכום  |

## פרק ראשון: מבוא

התיאוריה המקובלת במשפט הפלילי הכללי בשאלת היסוד הנפשי היא התיאוריה הקוגניטיבית, הקושרת את היסוד הנפשי בעיקר במודעות להתקיימות יסודות העבירה. לפי תיאוריה זו, יש לבחון את המודעות האישית של הנאשם כלפי היסודות העובדתיים של העבירה כפי שהם מוגדרים בהוראת החוק המתאימה. כדי להרשיע את הנאשם, יש להוכיח את קיומה של מודעות הן ביחס לרכיב ההתנהגותי, הן ביחס לנסיבות העבירה, ובעבירה תוצאתית, דהיינו שאחד מיסודותיה הוא גרימת תוצאה פיזית מסוימת, יש להוכיח את המודעות של הנאשם גם ביחס לאפשרות גרימת התוצאה. לפי גישה זו, גם במצב שלא הייתה לנאשם ודאות אודות התקיימות נסיבות העבירה, אלא חשד בלבד להתקיימותם, ניתן להרשיעו, מאחר שהנאשם העלה בדעתו, על כל פנים, את אפשרות התקיימות יסודות העבירה<sup>1</sup>.

הגנת 'טעות במצב דברים', לפי גישה זו, היא אפוא היפוכה של המחשבה הפלילית. לאמור, במצב של טעות במצב דברים אין מודעות, וממילא המחשבה הפלילית אינה מתקיימת. על כן, בעברות בהן נדרשת מחשבה פלילית, אם הנאשם טעה טעות כנה, הרי שלא היה מודע ליסודות העבירה - והוא יזוכה. בעברות שבהן די ביסוד נפשי של רשלנות, דהיינו עמידה בנורמה של סבירות, טעות סבירה, מעצם הגדרתה, תוציא את הנאשם ממצב של רשלנות.

כנגד בעלי הגישה הקוגניטיבית, שעוסקת בעיקר בשאלת המודעות ליסודות העובדתיים, ישנם המצדדים בגישה **נורמטיבית**, הבוחנת את אשמתו המוסרית של הנאשם כמכלול, ולא בבחינה של מודעותו לכל פרט ופרט מפרטי העבירה. גישה זו מתבססת על תיאוריות פסיכולוגיות מודרניות החושפות את תת-המודע ואת מורכבות הליך קבלת ההחלטות של האדם. מצדדיה מעלים ספק בשאלה האם ניתן בכלל להבחין בין מודעות לאי-מודעות. לפי גישה זו, המתבוננת באדם כיצור חברתי הפועל בתוך קהילה, ישנם לעיתים מצבים, בהם התנהגות אנטי-חברתית נתפסת כהתנהגות שיש להוקיעה אף אם לנאשם הספציפי אין מודעות ברורה למשמעות התנהגותו זו. לשיטתם, עצם העובדה שהאדם פועל בצורה אנטי-חברתית עד כדי כך שאין הוא מתייחס בכבוד וברגישות הראויה לסביבתו, מצביעה על אשמה ומאפשרת ענישה. דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק הדין האנגלי Caldwell<sup>2</sup>. פסק הדין עסק באדם שהצית את מקום עבודתו לשעבר מתוך כוונה לגרום נזק לרכוש כנקמה על פיטוריו. דא עקא, באותה שעה היו במקום אנשים, ולכן הואשם המצית גם בהצתה בכוונה לסכן חיים, בנוסף על כוונתו לגרום נזק לרכוש. הנאשם טען כי כלל לא התכוון לסכן חיי אדם, וכלל לא חשב על כך. השאלה שנידונה הייתה האם ניתן להאשימו בכוונה לסכן חיי אדם, שעה שלא חשב על אפשרות זו כלל. על פי הגישה המסורתית, יש לזכות את הנאשם, כיוון שלא היה לו כל חשד בהתקיימות הנסיבות וממילא אין מחשבה פלילית בפעולתו. ואולם, בית המשפט הרשיע אותו בעבירת הריגה תוך פזיזות (פזיזות זו כונתה בספרות 'פזיזות

<sup>1</sup> ראה יורם רבין ויניב ואקי, **דיני עונשין**, כרך א, 351 ואילך (2010) (להלן: רבין וואקי).

<sup>2</sup> R v Caldwell [1982] AC 341 (להלן: עניין Caldwell). חשוב לציין, כי הלכת Caldwell בוטלה ב-2003 על ידי בית הלורדים בפסק הדין המכונן: R v G [2003] 3 W.L.R 1060. ראה: "י קוגלר, "שני מושגים של אדישות", **עלי משפט** ה 119 (תשס"ו) בה"ש 27.

אובייקטיבית<sup>3</sup>. על פי הגישה הנורמטיבית, לא חייבת להיות מודעות בפועל. התנהגותו האנטי- חברתית של הנאשם, עד שאין הוא מעלה בדעתו שמא פעולתו עשויה לגרום נזק חמור לאדם כלשהו, יש בה כשלעצמה אשמה מוסרית, שניתן להעניש בגינה. בעברות שהיסוד הנפשי הנדרש לגביהן הוא רשלנות, אין כל חידוש בבחינת ההתנהגות על פי נורמות חברתיות. החידוש הגדול בגישה זו הוא בכך שניתן להרשיע גם בעברות שיש בהן דרישה למחשבה פלילית<sup>4</sup>.

סעיף 34 מבטא את העיקרון שעל פיו בעברות שאינן עברות של רשלנות, דנים את האדם על פי מצב הדברים כפי שדימה אותו, ולא על פי מצב הדברים האובייקטיבי.

בשונה מסייגים אחרים, לטעות במצב הדברים יש זיקה מהותית אל יסודות העבירה: כשהאדם טועה בנסיבות הרלוונטיות להתהוות העבירה, אין מתקיים כלל היסוד הנפשי הדרוש, וממילא אין נעשית מלכתחילה עבירה - אלא אם כן מדובר בעבירה של רשלנות. מכאן, שיש לדון בסוגיית הטעות במצב הדברים תוך זיקה לסעיף 20 לחוק, העוסק בצורך במחשבה הפלילית. מסיבה זאת, היו גם שטענו כי סעיף זה אינו מחדש דבר מהותי, וכי די בדוקטרינות הקיימות בנוגע למחשבה פלילית כדי להגיע לתוצאה של זיכוי במקרים של טעות כנה, ולתוצאה של הרשעה במקרים של היעדר טעות, או במקרים של טעות שאינה סבירה. במובן זה, סעיף 34 תורם להיבטים האמורים במישור הדקלרטיבי, אך לא במישור המהותי<sup>5</sup>.

עם זאת, ניתן להצביע על עניינים ייחודיים לסעיף 34, אשר אינם נכללים במסגרת סעיף 20, ונודעת להם חשיבות ממשית. כך, סעיף 34 מאפשר במקרה של טעות להטיל על הנאשם אחריות בהתאם למצב הדברים אשר היה קיים על פי מחשבתו המוטעית. כמו כן, תרומתו של הסעיף נוגעת גם לממשק שבין הגנת טעות במצב דברים לסייגים נוספים, סוגיה המוכרת כ'סייגים מדומים' אשר תידון להלן בהרחבה. במקרים אלו טעות במצב הדברים יוצרת תמונה מדומה של קיום הסייג, אשר עשויה לשלול מן העושה את אחריותו הפלילית, חרף ביצוע מעשה העבירה מבחינה אובייקטיבית.

## פרק שני: הכלל

משמעותה של טעות במצב הדברים, כשמדובר ביסודות העבירה, הינה אי-התקיימותו של היסוד הנפשי שבעבירה. מכאן, שעמדת המשפט העברי בסוגיית הטעות במצב הדברים תלויה בראש ובראשונה ביסוד הנפשי הנדרש בכל אחת מן העברות.

על פי ההלכה, אין ממיתים אדם שעבר עבירה שעונשה מיתת בית דין, ואין מלקים אדם שעבר עבירה שעונשה מלקות, אלא אם כן התרו בו לפני ביצוע העבירה. ההתראה כוללת הודעה למבצע המעשה על קיומו של האיסור, והודעה שבנסיבות אלה מתקיים איסור<sup>6</sup>. מכאן, שעונשי מיתת בית

<sup>3</sup> ORMEROD DAVID, SMITH AND HOGAN'S CRIMINAL LAW 121 (13<sup>th</sup> ed., 2011)

<sup>4</sup> לדיון מקיף ומעמיק ב'מאבק' בין התורה הקוגניטיבית לתורה הנורמטיבית ביחס לאשמה הפלילית, ראה ע' אור אשמה, **פיזיות ורשלנות במשפט הפלילי** 41 ואילך (1999).

<sup>5</sup> רבין וואקי (לעיל הערה 1), כרך ב, עמ' 880.

<sup>6</sup> ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך התראה.

דין ומלקות לא יכולים להיות מוצאים לפועל במקרה של טעות במצב הדברים, שכן עצם ההתראה יש בה כדי להבטיח אי-קיומה של טעות מעין זו.

עם זאת, העובר עבירה מתוך טעות במצב הדברים, אינו בהכרח פטור לחלוטין, גם כאשר מדובר בעברות שעונשן מיתת בית דין או מלקות. אדם זה עשוי להיחשב כמי שעבר עבירה בשוגג, והוא מתחייב קרבן; ואם הוא רוצח, עשוי להיחשב כ"קרוב למזיד" ולהתחייב במצבים מסוימים בעונש מוות.<sup>7</sup>

בנוסף, להבדיל מעונשי מיתת בית דין ומלקות, בחיובים ממוניים המוטלים בעברות – עוולות של גזלה וגרימת נזק – בין נזקי גוף בין נזקי ממון – אין צורך בהתראה. מכאן, שגם חיובים אלו עשויים להיות מוטלים בנסיבות של טעות במצב הדברים. חשוב להדגיש, כי שלא כבחוק הישראלי, לפיו המזיק או הגזלן נתונים להיתבע הן בתביעה פלילית והן בתביעה אזרחית, במשפט העברי התביעה היא אחת – תשלום הנזק או השבת הגזלה. תביעה זו לתשלום, דומה במהותה לתביעה אזרחית, ועל כן, לכאורה, היכולת ללמוד ממנה לעניין החוק הפלילי היא מוגבלת. אלא שבהקשר לכך יש לציין את תשלום הכפל שמתחייב בו הגנב, אשר מהווה עונש<sup>8</sup>, וניתן לדמותו לחוק הפלילי. זאת ועוד, ייתכן שגם את חיוביהם של הגזלן והמזיק ניתן לראות כחיובים שאינם נושאים אופי אזרחי בלבד, אלא גם עונשי. סיוע לכך ניתן למצוא, על פי גישות מסוימות, הרואות בתשלום של הגזלן והמזיק משום עונש, וזאת בהלכה הקובעת שעל אף שהגזלן עובר על איסור תורה של "לא תגזול", הוא איננו נענש בעונש מלקות כדין העובר על איסור תורה, משום שהוא משלם ממון, ו"אין אדם לוקה ומשלם"; ומכאן, שתשלום הממון נחשב גם תחליף לעונש המלקות.<sup>9</sup>

עוד יש לציין את איסורה של אשת איש שזינתה על בעלה. איסור זה אינו מותנה בהתראה, ועל כן הוא עשוי להיות מופעל גם במקרים של טעות במצב הדברים.<sup>10</sup>

אמנם, אף שחיובים רבים מוטלים גם במקרה של טעות במצב הדברים, היסוד הנפשי הנדרש בכל אחד מהם איננו זהה. בחיובי התשלומים קיימת הבחנה בין תשלום הנזק לבין תשלומי צער, ריפוי ושבתי, ובין חיובים אלו לבין חיוב תשלום הבושת: חיוב תשלומי הנזק קיים אף כאשר הנזק נעשה

<sup>7</sup> אם המדובר בגר תושב יתחייב עונש מוות, ואם המדובר בישראל לא יהיה זכאי להגנת עיר המקלט ויהיה חשוף לפגיעה מצד גואל הדם של הנרצח. ראו: מכות ט ע"א; תוספות שם, ד"ה כסבור בהמה; רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ה, הלכה ד; פרק ו, הלכה י.

<sup>8</sup> ראה רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ב, הלכה ח.

<sup>9</sup> ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך גזל, והמקורות הנזכרים שם בהערה 7. ייתכן, ששאלת מעמד חיובים ממוניים אלו כעונש, תלויה במחלוקת הראשונים בנוגע ליישום הפטור של "קיים ליה בדרבה מיניה" בחיובי ממון שאדם מתחייב מדעתו. ראה בעניין זה: בבא מציעא צא ע"א; רש"י, שם, ד"ה רבא; שיטה מקובצת, שם, ד"ה אתנן; קצות החושן, סימן כח, ס"ק א; אמרי בינה, הלכות דיינים, סימן מז. וראה בעניין זה גם אלבק, פשר דיני הנוזקין בתלמוד, דביר תש"ן, עמ' 40. אשר לראיית תשלום הממון כתחליף לעונש, ראה חידושי הרמב"ן, מכות ב ע"א, ד"ה כיצד. תימוכין לאופיים העונשי של חיובי ממון בנוזקין ניתן לראות בחידושי הרשב"א, בבא קמא ב ע"ב, ד"ה אבל.

<sup>10</sup> אמנם, אין זה ברור אם יש לראות באיסור זה עונש או תוצאה הכרחית של מעשה הזנות, וראה בפרק טעות במצב משפטי, הערה 72.

באונס; חיוב תשלום צער, ריפוי ושבת, במקרה של נזקי גוף, חל רק כשנעשתה החבלה באופן המוגדר "קרוב למזיד"; ואילו חיוב תשלום הבושת קיים רק כשנעשה הנזק במכוון<sup>11</sup>.

חיובי קרבן וגלות הם חיובים על מעשים שנעשו בשוגג, אך גם כאן יש הבחנה: חיוב קרבן, בעברות שהוא קיים בהן, חל בכל סוג של שגגה; ואילו היקף חיוב הגלות מצומצם יותר<sup>12</sup>. אשת איש שזינתה נאסרת על בעלה רק אם התנהגה באופן המוגדר "מזיד" או "קרוב למזיד"<sup>13</sup>. בנוסף לחיובים אלו, ישנם חיובים אחרים, דוגמת חיובו של הגנב בתשלום הקרן וכפל, שלגביהם נחלקו הדעות ביחס ליסוד הנפשי הנדרש, כמבואר להלן<sup>14</sup>.

כאמור לעיל, שאלת דינו של עובר עבירה מתוך טעות במצב הדברים תלויה במהות היסוד הנפשי הנדרש באותה עבירה. מכאן, שההבדלים ביסוד הנפשי הנדרש בכל אחד מן החיובים דלעיל גורמים להבדלים גם בסוג הטעות במצב הדברים שיוטל בה כל אחד מחיובים אלו. על הבדלים אלו נעמוד להלן, ובמסגרת זו נבחין גם בין מצבים של טעות לבין מצבים של אי-ידיעה.

כן נדון להלן בטעות בסייגים לאחריות הפלילית, ובשאלת האפשרות לחייב את הנאשם בהתאם למצב הדברים שדימה, ולא כמתבקש מן העבירה שביצע.

## פרק שלישי: טעות כנה

### א. מבוא

על פי נוסחו הישן של חוק העונשין, בטרם תיקון 39, יכול היה נאשם להתגונן בטענת טעות במצב הדברים רק כשטעותו כנה<sup>15</sup>. על נוסח זה של הסעיף נשמעה ביקורת רבה, אשר גרסה כי תנאי **הכנות** הוא מיותר, מאחר שטעות שאינה כנה אינה טעות כלל<sup>16</sup>. ואכן, דרישת הכנות הושמטה מן הסעיף בתיקון 39. כפי שנכתב בדברי ההסבר להצעת החוק<sup>17</sup>, הנימוק להשמטה הוא ש"דרישה זו אינה מוסיפה יסוד ממשי לדרישת קיומה של טעות. אם הטעות לא הייתה כנה, לא הייתה כלל טעות".

לעומת זאת, היו שסברו כי התנאי של טעות כנה אינו מיותר. לדעתם, הדרישה לכנות הטעות באה להדגיש כי "עצימת עיניים", דהיינו מצב שבו חשד אדם בדבר קיומו של מצב הדברים ולא בדק את טיבו האמיתי, אינה בגדר טעות<sup>18</sup>. דעה זו נדחתה על ידי פרופ' פלר<sup>19</sup>, הסבור שאין צורך לציין את

<sup>11</sup> בבא קמא כו ע"ב - כז ע"א; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק א, הלכות י, יב. וראה גם: מגיד משנה, שם, הלכה יב. לשאלת חיוב נזיקין באונס גמור נתייחס להלן.

<sup>12</sup> ראו: תוספות, מכות ז ע"ב, ד"ה אלא; תוספות, סנהדרין סב ע"א, ד"ה ורבה; תוספות, שבת עב ע"ב, ד"ה באומר מותר; שו"ת חוט המשולש, סימן יג. וראה עוד להלן.

<sup>13</sup> פרט למקרה של טעות בדין, שאז תיאסר האישה על בעלה אף אם הייתה שוגגת.

<sup>14</sup> ראה הערה 141 ואילך.

<sup>15</sup> ראה סעיף 17 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

<sup>16</sup> ראה ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין**, כרך ב 525 (1987) (להלן: פלר).

<sup>17</sup> דברי הסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, סעיף 54.

<sup>18</sup> ראה Taylor v. Kenyon 1952 2 All E.R.P. 726; ע"פ 46/53 שורקה נ. היועץ המשפטי, פ"ד ז, 545.

דרישת כנות הטעות בחוק, משום שמוכן מאליו ש"עצימת עיניים" אינה בגדר טעות, "שכן מודעות לאפשרות קיומו של מצב דברים זה, התעלמות מודעת מאפשרות זו והימנעות מודעת, גם היא, מבדיקת המצב, סותרות מעיקרן את עצם המושג של טעות". מכל מקום, המצב של "עצימת עיניים" עוגן במפורש בחוק בתיקון 39<sup>20</sup>, ועל כן גם אלו שסברו בעבר כי היה טעם בהוספת המילה 'כנה' לסעיף, על מנת ללמוד לעניין "עצימת עיניים", יודו שכיום הוספה זו מיותרת.

### ב. מידת האחריות כשיש ספק אם המעשה הוא איסור

על פי המשפט העברי, כאשר אדם מסופק, האם ביצוע מעשה מסוים כרוך באיסור תורה, עליו להימנע מעשיית המעשה<sup>21</sup>. אם ביכולתו לברר את העובדות לאשורן, עליו להימנע מלעשות את המעשה, אף כאשר מדובר בספק איסור דרבנן<sup>22</sup>. כאשר עבר ועשה את המעשה בניסיון אלו, דינו עשוי להיות תלוי במחלוקת, אם התראת ספק נחשבת התראה או שאינה נחשבת התראה. מחלוקת זו, היא במי שהתרו בו קודם שעמד לבצע מעשה, ואמרו לו שקיימת אפשרות שיש במעשה זה משום איסור: רבי יוחנן סובר שהתראת ספק נחשבת התראה, ועל כן מי שהתרו בו באופן זה, והתברר שאכן היה במעשהו משום איסור, ייענש כמי שעשה את המעשה במזיד; ואילו ריש לקיש סובר שהתראת ספק אינה נחשבת התראה, ועל כן לא ייענש הנאשם באופן זה כמזיד<sup>23</sup>. להלכה נפסק כרבי יוחנן, שהתראת ספק נחשבת התראה<sup>24</sup>. ואולם, יש מי שאומר שהלכה זו נאמרה רק לעניין חיוב מלקות, אך לעניין חיוב מיתה התראת ספק אינה נחשבת התראה<sup>25</sup>.

בשאלת היקפה של מחלוקת זו וגדריה המדויקים, וכן בשאלת הדין כשלא הייתה התראה כלל, נחלקו המפרשים. מדבריהם עולה שיש להבחין בסוגיה זו במספר מצבים, שיידונו להלן:

א. כאשר היה הנאשם מסופק שמא יש במעשה שהוא עומד לעשות משום איסור.

<sup>19</sup> פלר, שם.

<sup>20</sup> ס' 20(ג1) לחוק העונשין.

<sup>21</sup> כאשר מדובר בספק איסור תורה, קובעת ההלכה כי "ספיקא דאורייתא לחומרא" (ביצה ג ע"ב), ועל כן, משום הספק על האדם להחמיר ולהימנע מעשיית המעשה. נחלקו הראשונים אם חובת החמרה זו היא מדאורייתא (חידושי הרשב"א, קידושין עג ע"א ד"ה ממזר) או מדרבנן (רמב"ם, הלכות טומאת מת, פרק ט הלכה יב). בשערי יושר, שער הספקות, פרק ג, כתב שאף לשיטת הרמב"ם, שחובת החמרה זו היא רק מדרבנן, עצם האיסור אינו מתבטל, ואם התברר שעבר על איסור, עשה מעשה נגד רצון התורה, ועל כן גם על פי דין תורה, מי שחש על נפשו ראוי לו לפרוש מספק איסור.

<sup>22</sup> כאשר מדובר באיסורים דרבנן, אף ש"ספק דרבנן לקולא", כל עוד ניתן לברר את העובדות לאשורן, אין לעשות את המעשה במצב של ספק. ראו: שולחן ערוך, יורה דעה, סימן צח סעיף ג; שו"ת בנימין זאב, סימן שיד; שו"ת רדב"ז, חלק ד, סימן יט; שו"ת נודע ביהודה קמא, יורה דעה, סימן מג.

<sup>23</sup> מכות טו ע"ב.

<sup>24</sup> רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק טז, הלכה ד. וראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך התראת ספק, כךך יא, עמ' שטו-שלב.

<sup>25</sup> שו"ת נודע ביהודה תניינא, אבן העזר, סימן עז, ד"ה והנה מה שכתבתם. וראה אור שמח, הלכות סנהדרין, פרק טז, הלכה ד, שהוכיח מן הירושלמי שלא כדבריו.

- ב. כאשר ידע הנאשם שהמעשה שהוא עומד לעשות הוא מעשה אסור, אלא שהיה מסופק שמא הוא חסר כשרות פלילית.
- ג. כאשר ידע הנאשם מראש שמרבית הסיכויים הם שיש במעשה שהוא עומד לעשות משום איסור.
- ד. כאשר ידע הנאשם מראש שמרבית הסיכויים הם שאין במעשה שהוא עומד לעשות משום איסור.

### 1. ספק בדבר קיומו של איסור במעשה

כאשר היה האדם מסופק קודם שעשה את המעשה, שמא יש במעשה שהוא עומד לעשות משום איסור, קיימת הבחנה בין מי שהתרו בו לפני ביצוע המעשה לבין מי שלא התרו בו.

באשר למי שהתרו בו, יש להבחין בין שני סוגי מקרים:

המקרה הראשון הוא כאשר ספקו של הנאשם נובע מחוסר ידיעה על קיומן של נסיבות שאינן מצויות לפניו, המהוות תנאי להגדרת מעשהו של הנאשם כמעשה אסור. לדוגמה, השוחט את קרבן הפסח מתוך אי-ידיעה אם יש באותה שעה חמץ בביתו, והימצאותו של החמץ גורמת לכך שהשחיטה תיחשב לאיסור תורה<sup>26</sup>. הדין במקרה כגון זה יהיה תלוי במחלוקת בשאלת התראת ספק, אם שמה התראה או אין שמה התראה<sup>27</sup>. מאחר שכאמור לעיל, ההלכה היא שהתראת ספק שמה התראה, ייענש הנאשם במקרה זה, אם התרו בו, כמזיד.

המקרה השני הוא כאשר ספקו של הנאשם נובע מחוסר ידיעה על מהות החפץ המצוי לפניו. לדוגמה, כאשר מונחת בפניו של אדם חתיכה אשר הוא אינו יודע אם היא חתיכת שומן, המותר באכילה, או חתיכת חלב, האסור באכילה. גם כאן, ההלכה היא שיענש הנאשם - אם התרו בו - כמזיד. אך יש מי שכתב שבמקרה זה יודו גם הסוברים שהתראת ספק אין שמה התראה שהנאשם נחשב כמזיד. הטעם לכך הוא שבמקרה זה ראו הנאשם והעדים המתרים לפני ביצוע המעשה את כל הנתונים הרלוונטיים<sup>28</sup>.

כאשר לא התרו בנאשם, נחלקו המפרשים בדינו. יש הסוברים שגם בנסיבות אלו הוא ייחשב מזיד, ואף שבהעדר התראה לא ייענש כמזיד, תימנע ממנו מטעם זה האפשרות להביא קרבן כשוגג<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> שמות כג, יח.

<sup>27</sup> ראה פסחים סג ע"ב; תפארת ישראל, בועז, פרק ט, אות ד.

<sup>28</sup> תפארת ישראל, שם. וכן כתב שערי יושר, שער הספקות, פרק ד, ד"ה ונחזור, בדעת תוספות, יבמות פ ע"א, ד"ה נעשה. אולם מן התוספות, חולין יא ע"ב, ד"ה וכי תימא, לא משמע כן. וראה עוד בעניין זה להלן.

<sup>29</sup> רש"י, כריתות יז ע"ב, ד"ה אכל; תוספות שם, יז ע"א, ד"ה ספק, על פי ערוך לנר, שם; חידושי הרמב"ן, יבמות לה ע"ב, ד"ה החולץ; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה החולץ. וראה שם, קיט ע"א, ד"ה ורבנן, שכתב שיבמה מעוברת נחשבת לעניין הזדקקותה ליבום, כמי שמצויה בספק שקול; ועל כן אין לומר שרק מטעם רוב מחשיב הרשב"א בדף לה ע"ב את הבא על יבמתו במקרה זה כמזיד. ואמנם, אין מפורש בדבריהם אם רק לעניין פטור מקרבן נחשבים כמזיד, או גם לעניין חיוב כרת. אך שערי יושר, שער א, פרק ג, כתב בפשטות שאפילו לסוברים שהתראת ספק אין שמה התראה, אף



לעומת זאת, סוברים אחרים, כי לעניין חיוב קרבן, ייחשב הנאשם בנסיבות אלו שוגג<sup>30</sup>. לשיטה האחרונה, צריך לומר שרק כאשר מתרים בנאשם, אף שהתראה זו היא על הספק, עצם העזתו לעבור על דברי המתרים מגדירה אותו כמזיד. אולם, כאשר עשה את המעשה בלא התראה, אף שהוא מסופק בדבר, אין כאן העזה, ועל כן נחשב שוגג<sup>31</sup>.

האמור לעיל נוגע לחיובי קרבן ומלקות, ולא לדינו של ההורג, אשר לגביו קיימים כללים שונים. מחד גיסא, דבר ברור הוא שמי שהיה מסופק אם לפניו אדם, וירה בו והרגו, ונמצא אדם, לא ייחשב שוגג אלא קרוב למזיד<sup>32</sup>. מאידך גיסא, נראה שבמקרה זה אף אם הותרה, לא ייחשב ההורג כמי שהרג במזיד, גם לסוברים שהתראת ספק שמה התראה, משום שלא הייתה לו הכוונה הדרושה בכדי לחייבו, שהרי הוא התכוון להרוג את הספק, ולא את הוודאי, ועל הריגת ספק (כאשר הספק אינו מתברר) אין נענשים<sup>33</sup>.

בנוגע לחיובים הממוניים המוטלים על גרימת נזק, הרי שעל פי ההלכה יוטלו חיובים אלו גם כאשר עשה המזיק את מעשהו מתוך אי-ידיעה אם הוא רשאי לעשות את אותו מעשה. במקרה מסוג זה דן הרא"ש<sup>34</sup>. ראובן טען כנגד שמעון "שנכנס לחדרו וגנב ספריו והוציא מרשותו". שמעון הודה כי אכן הוציא את הספרים, אך לטענתו היה זה מחמת אי-ידיעה: "אמת כי הוצאתים, אלא כך היה הענין, שבקשתי קרובתי כלתך להוציאם החוצה, כי לא יכלה שאתם, ולא ידעתי של מי הם, או שלך או שלה". הרא"ש חייב את שמעון לשלם עבור הספרים שגנב: "כי מה לו ליכנס בחדרו שלא בידיעתו להוציא ממון משם. כי כל המונח בביתו של אדם הוא בחזקת שלו".

דברי הרא"ש נפסקו להלכה בשולחן ערוך<sup>35</sup>. בהתאם לכך גם נפסק להלכה, כי ה"שואל שלא מדעת", דהיינו הלוקח חפץ בשאלה בלא נטילת רשות מבעליו, נחשב גזלן, אף שאין ידוע אם בעל החפץ מתנגד לשימוש בו<sup>36</sup>.

שבית דין לא יענישוהו, מכל מקום ייחשב כמזיד גם לעניין חיוב עונש בידי שמים. וראה גם חידושי רבי עקיבא איגר, על שולחן ערוך, יורה דעה, סימן טז, סעיף ח, לדברי הש"ך, שם, ס"ק יז, שכתב שבמקרה זה ייפסל גם לעדות מן התורה, אף שהעובר על לאו שאין לוקין עליו אינו נפסל מן התורה, משום שכאן הלאו הוא "לאו שלוקין עליו".

<sup>30</sup> שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן כט. וראה ערוך לנר, יבמות לה ע"ב, שנראה שסובר כן בדעת תוספות, שם, ד"ה החולץ, ובדעת התוספות, כריתות יז ע"א, ד"ה ספק אכל. ואמנם, למעשה גם לדעת התוספות ייפטר מקרבן, אך לא מטעם שנחשב מזיד, אלא משום ש"לא שב מידיעתו".

<sup>31</sup> ראה דברי המהדיר על חידושי הריטב"א, הוצאת מוסד הרב קוק, יבמות לה ע"ב, סוף הערה 3.

<sup>32</sup> שהרי אף אם סבר שלפניו בהמה ונמצא אדם, נחשב קרוב למזיד, ראה רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ו, הלכה י.

<sup>33</sup> זאת גם אם מוכנים לראות כוונה לספק ככוונה לוודאי, משום הכלל שספק נפשות להקל; ראה שערי יושר, שער הספקות, פרק ד, ד"ה עוד נ"ל, בדעת תוספות, כתובות טו ע"א, ד"ה וספק נפשות. ואולם, ראה דברי הרב שלמה זלמן אוירבאך, בהערות על שב שמעתא, שמעתא א, פרק ג, אות כה, שרצה לומר שבמקרה זה יהיה דינו כמזיד; אך הוסיף שמדברי התוספות אין משתמע כן. וראה בעניין זה עוד להלן, בפרק העוסק בהטלת אחריות בהתאם למצב שדימה הנאשם.

<sup>34</sup> שו"ת הרא"ש, כלל קא, סימן ז.

<sup>35</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שמח, סעיף ח.

<sup>36</sup> רמב"ם, הלכות גזלה, פרק ג, הלכה טו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שנט, סעיף ה.

אמנם, אין להקיש מדיני נזקין לדין הפלילי, משום שבנזיקין החיוב הוא רחב יותר, שכן אדם עשוי להתחייב תשלום ממוני גם אם היה רשולן, אף שלא חשד בדבר מעשה פלילי כלשהוא, ולעומת זאת אדם נושא באחריות פלילית רק אם היה בעל מחשבה פלילית.

לסיכום, בדין הפלילי חשד בדבר איסור כמוה כמחשבה פלילית. כפי שראינו, כך הדין במעשה פלילי אם התרו בנאשם, ולהרבה דעות גם אם לא התרו בו; כך הדין גם ביחס לרוצח, שנחשב קרוב למזיד, וכך גם לדיני ממונות, אם כי יש להסתייג מלימוד מדיני הממונות לדין הפלילי.

## 2. ספק בדבר הכשרות הפלילית

כאשר ידע הנאשם שיש איסור במעשהו, אך סבר כי הוא חסר כשרות פלילית, הוא ייחשב מזיד גם לדעת הסוברים שהתראת ספק אין שמה התראה. מקרה מסוג זה מופיע בגמרא במסכת יבמות<sup>37</sup>, שעוסקת במי שהוא בן שתיים-עשרה ויותר, אך לא היו בגופו סימני בגרות. על פי ההלכה הוא נחשב לקטן החסר כשרות פלילית, אלא אם כן התברר שהוא סריס. אם הוא סריס, אנו מחשיבים אותו לגדול בעל כשרות פלילית, אף שלא הביא סימני בגרות, משום שאנו מניחים שחוסר הסימנים אינו נובע מהיותו קטן, אלא מהיותו סריס. ונחלקו רב ושמואל בשאלה, מאימתי אנו מחשיבים אותו לגדול: לדעתו של רב, משעה שנולדו בו סימני סריס, אנו מניחים שכבר בגיל שתיים-עשרה היה גדול, אף על פי שלא היו בו אז סימני בגרות; ואילו לדעתו של שמואל, סימני הסריסות מעידים שהוא גדול רק מכאן ולהבא, ולא למפרע: "אכל חֶלֶב מִבֵּן שְׁתַּיִם עֶשְׂרֵה וַיּוֹם אֶחָד"<sup>38</sup> עד בן שמונה עשרה, ונולדו בו סימני סריס... רב אמר: נעשה סריס למפרע; ושמואל אמר: קטן היה". ההלכה במחלוקת זו נפסקה כרב<sup>39</sup>.

לדברי תוספות, משמעות פסיקת ההלכה כדעת רב היא, שניתן להלקות על עברות שעבר בתקופת הביניים<sup>40</sup>; וזאת אף לדעה הסוברת שהתראת ספק אינה התראה, משום שכאן התברר למפרע שהיה גדול בשעה שאכל. שלא כמי שאכל חתיכה שהיא ספק חֶלֶב ספק שומן והתברר שאכל חֶלֶב, שהוא פטור.

יש לחלק אפוא בין מקרה בו הספק הוא בגוף האיסור לבין מקרה בו הספק הוא במעמדו של הנאשם<sup>41</sup>: בעוד שבספק שבגוף האיסור, ייתכן שאין כאן כל איסור; הרי כשהספק הוא במעמדו של הנאשם, הרי בכל מקרה מדובר במעשה אסור. אמנם, עובר העבירה סבור שיתכן שהוא לא ייענש על מעשהו, מחמת היותו חסר כשרות פלילית, אך גם על פי מחשבתו זו, אין הוא רשאי

<sup>37</sup> יבמות פ ע"א.

<sup>38</sup> אף שלשון הגמרא הוא לשון זכר, מדובר בבת, ועל כן נקטה הגמרא גיל שתיים-עשרה ולא שלוש-עשרה (רש"י, שם, ד"ה נעשה). כלשון הגמרא, נשתמש גם אנו בעניין זה בלשון זכר.

<sup>39</sup> רמ"א, אבן העזר, סימן קנה, סעיף יב. וראה פתחי תשובה שם, ס"ק ד, שהביא דעות חולקות.

<sup>40</sup> תוספות, שם, ד"ה נעשה. וראה תוספות הרא"ש, שם, ד"ה רב אמר. וראה תפארת ישראל, סנהדרין, פרק ט, בועז, אות ו, שביאר זאת על פי שיטתו שהובאה לעיל, בסמוך לציון הערה 27.

<sup>41</sup> ראו: פני יהושע, קידושין, קונטרס אחרון, סימן צא; חידושי רבי שמעון שקאפ, כתובות, סוף סימן לט.

לעשות לכתחילה מעשה שיש בו עבירה. על כן, אם יתברר שהיה גדול ובר חיוב בשעה שעבר את העבירה, אין כל סיבה לפוטרו מעונש, שהרי נמצא שעבר את העבירה בשעה שהיה בר עונשין.<sup>42</sup>

### 3. הסתמכות על ספק שאינו סביר

ההלכה קובעת כי יש ללכת אחר הרוב.<sup>43</sup> על כן, כשאדם יודע כי רוב הסיכויים הם שיש איסור במעשהו, אסור לו לעשותו. עבר ועשה את המעשה - אם התרו בו, ייענש כמזיד, אף לסוברים שהתראת ספק אין שמה התראה. לכן, הרוצח בעדים ובהתראה חייב מיתה, אף שיכול לטעון שהיה מסופק שמא הנרצח היה טרפה, שהורגו פטור - משום שרוב בני אדם אינם טריפה.<sup>44</sup> כמו כן, אשת איש שזינתה חייבת מיתה, ואין היא יכולה לומר שסברה שקידושיה יבוטלו למפרע. אחד הנימוקים לכך הוא "דאזלינן בתר רובא"<sup>45</sup>.

גם כאשר לא התרו בו, יודו הכול שבכגון זה הנאשם נחשב מזיד<sup>46</sup> או לכל הפחות קרוב למזיד<sup>47</sup>.

### 4. המנעות מלברר אפשרות שאינה סבירה

הכלל שהולכים אחר הרוב מופעל גם במקרה הנגדי, כשאדם סובר כי מרבית הסיכויים הם שאין איסור במעשהו. במקרה זה מותר לו לעשות את המעשה לכתחילה, ומובן מאליו שאף אם יתברר לאחר זמן שמעשהו היה אסור - לא ייענש<sup>48</sup>. אמנם, אין זה אלא כשלא ניתן לברר מהי המציאות האמיתית; אך כשניתן לבררה, אסור לאדם לסמוך על הרוב ולהימנע מלברר את העובדות<sup>49</sup>. זאת ועוד, מסתבר שההיתר לפעול לכתחילה על פי הרוב נאמר רק כאשר מדובר בעניינים שבין אדם למקום, אך בעניינים שבין אדם לחברו אסור לאדם לעשות לכתחילה מעשה שעשויה להיות בו פגיעה בממון חברו או בגופו, אף אם הוא סבור שרוב הסיכויים הם שלא תהיה בכך כל פגיעה<sup>50</sup>. מכאן, שבעברות אלו, אם עבר ועשה את המעשה, והתברר שפגע בממון חברו או בגופו, ייענש.

<sup>42</sup> וראה עוד: שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק א, סימן ג; שערי יושר, שער א, פרק ג. לדעה חולקת ראה שב שמעתא, שמעתא א, פרק ג.

<sup>43</sup> חולין יא ע"א; רמב"ם, הלכות מאכלות אסורות, פרק ח, הלכה יא; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן סג, סעיף א.

<sup>44</sup> תוספות, חולין יא ע"ב, ד"ה וכי תימא. וראה גם: שו"ת שואל ומשיב קמא, סימן שה; שערי יושר, שער ג, פרק א, ד"ה ובה נלע"ד.

<sup>45</sup> תוספות, גיטין לג ע"א, ד"ה ואפקעינהו.

<sup>46</sup> ראה חידושי הריטב"א, יבמות לה ע"ב, ד"ה החולץ ליבמתו, שהבא על יבמתו בשעה שהיתה מעוברת חייב כרת, משום שרוב נשים יולדות וולד של קיימא, ועל כן הבא עליה נחשב כמי שעבר במזיד על איסור אשת אח, וכן נראה שסוברים גם תוספות, הרמב"ן והרשב"א שם, אשר הגדירו אותו במצב זה כמזיד.

<sup>47</sup> בית הבחירה, יבמות לה ע"ב, ד"ה אמר המאירי כנסה.

<sup>48</sup> ראו: רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכה ג; קרן אורה, נזיר מג ע"א, ד"ה כגון, ד"ה והרמב"ם.

<sup>49</sup> ר"ן, חולין ג ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה גרסי'. וראה שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורה קמא, סוף סימן קז, הסובר שלעיתים סומכים על הרוב גם בכגון זה.

<sup>50</sup> שהרי אין הולכים בממון אחר הרוב (בבא בתרא צב ע"ב).

אשר לדיני נפשות, גם אם נניח שהולכים בהם אחר הרוב (ראה תוספות, בבא קמא כז ע"ב, ד"ה קמ"ל), אין זה אלא לעניין ענישה, אך לא מצאנו שיתירו לכתחילה להרוג יצור אשר רוב הסיכויים שאינו אדם ומיעוט הסיכויים שהוא אדם. וראה גם רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכה ג, הכותב: "וייש הורג בשגגה ותהיה השגגה קרובה לאונס, והוא

לעניין הריגה, מסתבר שמקרה זה ייחשב קרוב למזיד<sup>51</sup>.

## ג. סיכום

נמצינו למדים אפוא כי גם המשפט העברי מבחין בין טעות או אי-ידיעה שנעשו בתום בלב לבין טעות או אי-ידיעה אשר נבעו מ'עצימת עיניים'. על פי המשפט העברי, מעשה שנעשה מתוך 'עצימת עיניים' ייחשב במקרים רבים כמעשה שנעשה במזיד, ובכך קיים דמיון בין עמדתו של המחוקק הישראלי לבין עמדת המשפט העברי.

## פרק רביעי: טעות בלתי-סבירה

### א. מבוא

תיקון משמעותי נוסף שנעשה בתיקון 39 בסוגיית טעות במצב דברים, היה השמטת המונח 'סבירה' מן הסעיף. בטרם תיקון 39, נדרשה טעות סבירה בכל סוגי העברות, והסייג של טעות לא עמד לזכות מי שטעה טעות שאינה סבירה, אף אם הייתה זו טעות כנה<sup>52</sup>. כך, למשל, לא עמדה הגנת הטעות למי שאנס מתוך הנחה כנה ובלתי-סבירה שהאישה מסכימה למעשיו<sup>53</sup>; או למי שלקח חפץ השייך לזולתו בהנחה כנה, אך בלתי-סבירה, שהחפץ הוא שלו<sup>54</sup>. מצב זה שונה בחוק החדש, ועל פיו גם טעות שאינה סבירה תפטור את הנאשם מעונש, על עברות הדורשות מחשבה פלילית. יש לציין כי בפועל - הן לפני תיקון 39 והן לאחריו - התפיסה הרווחת בספרות ובהלכה הפסוקה בדבר היחס שבין הכנות לסבירות הוא, כי שאלת הסבירות משמשת בדרך כלל כאבן בוחן המעידה על כנות הטעות<sup>55</sup>, זאת לאור התפיסה שתנאי של סבירות אינו הולם עבירות של מחשבה פלילית<sup>56</sup>.

שינוי נוסח החוק נעשה בעקבות הטענה, שהנוסח הקודם של החוק הביא לידי אבסורד. פרופ' פלר ציין שמשום שהנחת היסוד של המחוקק היא שכל עבירה דורשת מחשבה פלילית, אלא אם כן נקבע אחרת במפורש, ממילא, לצורך הרשעה, יש צורך במודעות בפועל של הנאשם לטיב התנהגותו ולנסיבות מעשהו; ואם מודעות זו אינה קיימת, לא יורשע הנאשם, אף אם אדם סביר היה מודע לאותן נסיבות (ובלבד שאין מדובר בעצימת עיניים). לעומת זאת, הקביעה כי הגנת טעות תעמוד לנאשם רק אם הייתה טעותו סבירה, פותחת את האפשרות להרשעה גם במקרים בהם הנאשם לא היה מודע בפועל לנסיבות - כאשר אי-מודעות זו הייתה בלתי-סבירה, ובכך היא מבטלת בעצם את

שיארע במיתת זה מאורע פלא שאינו מצוי ברוב מאורעות בני אדם, ודינו שהוא פטור מן הגלות". הרי שלא בכל מיעוט ייחשב ההורג לאנוס, אלא רק במיעוט הנחשב "מאורע פלא". בטעם הדבר, ראה שערי יושר, שער ג, פרק ג.

<sup>51</sup> ראה רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכה ד, שהגדיר כקרוב למזיד מקרים בהם "היה לו להיזהר ולא נזהר". אם כן, כלול בהגדרתו כל מקרה שהיה על האדם להימנע מלעשות את המעשה מלכתחילה.

<sup>52</sup> סעיף 17 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קבע: "העושה מעשה או מחדל בהנחה כנה וסבירה, אך מוטעית, בדבר מצב דברים - אינו נושא עליהם באחריות גדולה מזו שהיה נושא בה אילו היה מצב הדברים לאמיתו כפי שהניח".

<sup>53</sup> ראה ע"פ 256/78, הן נ' מדינת ישראל, פ"ד ל"ד (3) 589.

<sup>54</sup> ראה פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך ב, עמ' 529.

<sup>55</sup> ראה אצל רבין וואקי, לעיל הערה 1, בעמ' 887 ואילך, הסוקרים את פסקי הדין המרכזיים שקבעו הנחה זו.

<sup>56</sup> פלר, לעיל הערה 16, בעמ' 379-380.

הצורך במחשבה פלילית לשם הרשעה.<sup>57</sup> פרשנות מעין זו יוצרת לכאורה עבירות חדשות יש מאין - כגון גניבה ואיננו ברשלנות - אשר אינן מעוגנות בחוק, וחמור מכך, סותרות את עקרון המחשבה הפלילית בדיני העונשין.<sup>58</sup> עמדה זו הובעה גם על ידי מלומדים בארה"ב ובאנגליה.<sup>59</sup>

ברם, הקביעה החדשה, אף שיש בה בכדי ליישב את ההיגיון הפנימי של החוק, עלולה להביא לזיכוי עבריינים רבים, שהתנהגותם מהווה סכנה לציבור. הדוגמה הבולטת לבעייתיות זו היא בעבירת האיננו. על פי החוק, די בטעות של הנאשם בדבר הסכמת הקרבן או גיל הקרבן כדי להביא לזיכוי. במצב זה לא תהיה לציבור הגנה מפני נאשמים עם תפיסות מציאות מעוותות, המאמינים שהאישה מסכימה למעשיהם, בנסיבות שבהן האדם הסביר לא היה חושב כן.<sup>60</sup> בעיה זו אינה ייחודית לעברת האיננו, והיא עלולה להתעורר גם בעברות אחרות.

כפי שנסקר בהרחבה על ידי רות קנאי,<sup>61</sup> כדי לפתור בעיה זו פותחה באנגליה גישה לפיה יש לעתים מקום להרשיע אדם אף אם לא היה מודע לנסיבות המעשה.<sup>62</sup> מדובר במקרים בהם אי-המודעות מבטאת מידה דומה של אשמה כמו מודעות לנסיבות והתעלמות מהן. גישה זו, שפותחה בעברת איננו, גורסת<sup>63</sup>:

אדם שאינו נותן כל חשיבות לשאלת ההסכמה, ולכן אינו נותן דעתו כלל לאפשרות קיומה או העדרה ("couldn't care less"), מגלה אותה מידה של אשמה פלילית כמו אדם שמודע לאפשרות שאין הסכמה ובכל זאת ממשיך במעשיו. שניהם מגלים חוסר איכפתיות ואדישות לרצונה של האישה, שניהם מוכנים לקדם את האינטרסים שלהם, אף במחיר של פגיעה באינטרס הזולת.

יש בגישה זו בכדי לפתור את הבעיה שהעלינו, הן בנוגע לעברת האיננו הן בנוגע לעברות אחרות, אך נראה כי לא ניתן לאמץ אותה בארץ בנוסחו הנוכחי של החוק.<sup>64</sup>

<sup>57</sup> ראו: פלר, שם, עמ' 530 ואילך; פלר "איננו מתוך רשלנות על סמך אימרת אגבי", **משפטים** י 373 (תש"ס) (להלן: פלר, איננו). וראה גם דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), הצ"ח (תשנ"ב), עמ' 139-140.  
<sup>58</sup> כאמור, בפועל, גם בטרם תיקון 39 היה ביהמ"ש ער לבעייתיות זו, ועל כן נקבע כי דרישת הסבירות שבחוק תשמש כמעין אבן בוחן לכנות הטעות. ראה למשל דברי השופט גולדברג בע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302, 386 (1993) (להלן: עניין בארי).

<sup>59</sup> Smith and Hogan, *Criminal Law*, seventh edition, p. 216; G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, second edition, p. 132

<sup>60</sup> עניין בארי, לעיל הערה 58, פסקה 94 לפסק דינו של הנשיא שמגר. הנשיא שמגר מציין, שכאשר מדובר בחולה נפש או במפגר, אף שהם נעדרי אחריות פלילית, החוקים הרלוונטיים מסדירים את מעמדם ומגנים על הציבור מפניהם, מה שאין כן במקרה של "הפסיכופט המאציו".

<sup>61</sup> רות קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" **מחקרי משפט** יא 147, 163-168 (1994) (להלן: קנאי).  
<sup>62</sup> ראה עניין Caldwell, לעיל הערה 2. כאמור לעיל בהערה 2, הלכה זו אמנם בוטלה בינתיים, אך אין בכך כדי לפגוע בטענתה העקרונית של קנאי, שם.

<sup>63</sup> קנאי, שם, 165.

<sup>64</sup> ר' קנאי, שם, עמ' 172. וראה עמדתם השונה של י' לוי וא' לדרמן, שם הערה 142.

## ב. דרגות שונות של אי-סבירות

המונחים "טעות סבירה" ו"טעות שאינה סבירה" הינם מונחים מודרניים, ואינם קיימים בלשון זו במשפט העברי. עם זאת, גם המשפט העברי מבחין בין סוגים שונים של טעות במצב הדברים: יש טעויות המביאות להגדרתו של עובר העבירה כ"שוגג", ויש טעויות המביאות להגדרתו כ"אנוס" או "קרוב לאנוס". המקורות שיובאו להלן מבדילות בין טעות שנעשתה בפשיעה, לטעות שנעשתה שלא בפשיעה. לשם הקלה על הלימוד, אנו נשתמש בביטויים שבחוק, כאשר טעות שנעשתה בפשיעה והעושה אותה מוגדר כשוגג תיקרא "טעות שאינה סבירה", וטעות שנעשתה שלא בפשיעה, והעושה אותה מוגדר כאנוס או קרוב לאנוס, תיקרא "טעות סבירה".

טעות שאינה סבירה עשויה לחייב את עובר העבירה בכל החיובים שמתחייב בהם השוגג. יוצאות מכלל זה עברות שידיעת מצב הדברים בהן היא חלק מיסודות העבירה. בעברות אלו ייפטר האדם, אף אם טעה טעות שאינה סבירה, משום שהוא נחשב כמי שלא עבר כל עבירה. טעות סבירה תפטור את עובר העבירה מאחריות, אמנם יש לכך חריגים.

להלן נפרט את גדרי הטעות הסבירה, נמנה את החריגים, שבהם הטועה נחשב כמי שלא עבר כל עבירה, וכן נתייחס למקרה הבולט ביותר של טעות בלתי-סבירה, טעות הנובעת מחוסר תשומת לב מספקת.

### 1. התנהגות שגרתית - לא העלה על דעתו קיומו של איסור

במקרים רבים, כאשר מדובר בהתנהגות שגרתית, אין אדם מחויב לחשוש שמא הוא טועה במצב הדברים. טעות בנסיבות אלו תיחשב כטעות סבירה והאדם לא ייענש עליה. רק כאשר מתעורר באדם חשד שמא הוא טועה, או במקרים בהם קיימת סיבה מיוחדת המחייבת תשומת לב מיוחדת למצב הדברים, רק אז תיחשב טעותו כטעות בלתי-סבירה, והוא ייענש.

עיקרון זה בא לידי ביטוי במקרים רבים. אחת הדוגמאות לכך היא מקרה של אשת איש שנבעלה לאדם זר מתוך מחשבה מוטעית שהוא בעלה<sup>65</sup>. מקרה זה מוגדר על ידי הראשונים כ"אנוס גדול", ועל כן הם כותבים שהאישה לא תיאסר על בעלה (אם אינו כהן). כך, למשל, כותב הר"ן<sup>66</sup>: "כיון שאפילו לפי דבריה סבורה הייתה שהוא בעלה, אין לך אנוס גדול מזה".

האישה נחשבת במקרה זה לאנוסה, משום שלא הייתה צריכה להעלות על דעתה שאותו אדם אינו בעלה<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> ראו: יבמות לג ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק כד, הלכה יט; רמ"א, אבן העזר, סימן קעח, סעיף ג.

<sup>66</sup> ר"ן, נדרים צא עא, ד"ה ההיא איתתא; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ג, סימן מז.

<sup>67</sup> הדבר מוגדר כ"אנוס גדול" לא מפני שאנו מניחים שמלכתחילה לא הייתה אפשרות שהיא תדע שאין זה בעלה. בעניין זה אכן יש להניח שהיא באפשרותה לברר ולראות שזהו אדם זר. לא הטעות מוגדרת כאנוס גמור, אלא המעשה שנעשה כתוצאה מן הטעות. כלומר, מאחר שהיא הייתה משוכנעת שמדובר בבעלה, ממילא לא הייתה מוטלת עליה כל חובת זהירות, בדיקה או בירור נוסף, והתנהגותה (על פי מחשבתה המוטעית) הייתה התנהגות נורמלית כפי שכל אישה נוהגת עם בעלה. אולם, ראה להלן, ליד הערה 71, שחייבת בקרבן. ואם כן, היא מוגדרת כאנוסה ביחס לאיסור לבעלה, אך כשוגגת ביחס לחיוב קרבן. יש לציין שמספיק להיות שוגגת כדי שתהיה מותרת לבעלה (רמב"ם, הלכות אישות,

כך פוסק גם הרמב"ם בדינו של מי שאינו יהודי שטעה טעות דומה :

בן נח ששגג באחת ממצוותיו פטור מכלום... במה דברים אמורים? בשגג באחת ממצוות, ועבר בלא כוונה, כגון שבעל אשת חבירו, ודמה שהיא אשתו או פנויה<sup>68</sup>.

גם כאן נחשבת טעותו של הבעל טעות סבירה הפוטרת מעונש, משום שלא היה צריך להעלות על דעתו שהאישה שלפניו אינה אשתו - ועל כן פטור<sup>69</sup>.

דוגמה נוספת לטעות סבירה הפוטרת מאחריות, ניתן למצוא במקרה המובא בתלמוד, העוסק בהריגה שנבעה מאי-ידיעת העובדות. מדובר באדם שישב ואבן מונחת בחיקו, אך לא ידע זאת, וכשקם ממקומו נפלה האבן והרגה אדם אחר<sup>70</sup> :

הייתה אבן מונחת לו בחיקו, ולא הכיר בה, ועמד ונפלה... לענין גלות פטור... הכיר בה ושכחה, ועמד ונפלה... לענין גלות חייב.

התלמוד מבחין אפוא בין אדם שלא ידע שאבן מונחת בחיקו לבין אדם שידע זאת אך שח. במקרה הראשון הוא נחשב כמי שהרג באונס, ועל כן אינו חייב גלות לעיר מקלט; ואילו במקרה השני הוא נחשב כמי שהרג נפש בשגגה, וגולה לעיר מקלט.

גם כאן נובע הדין מכך שהאדם אינו חייב להעלות על דעתו שיש עבירה במעבר ממצב ישיבה למצב עמידה. על כן, רק כאשר ידע האדם שהאבן נמצאת בחיקו, אך שחך זאת, הוא ייחשב כמי שהרג נפש בשגגה, משום שטעות בנסיבות אלו של ידיעה ושכחה נחשבת לטעות בלתי-סבירה (רשלנות), והוא חייב גלות.

העולה מדברינו, שיש להבחין בין טעות סבירה, הפוטרת מאחריות פלילית, לבין טעות שאינה סבירה, שמבצע העבירה יישא באחריות פלילית ברמה של רשלנות. אמנם יש דינים בהם עשוי אדם להתחייב בקרבן או בתשלום אף אם פעל מתוך טעות סבירה, אולם, כפי שבארנו בהקדמה, ההיקף מדינים אלו לדין הפלילי אינו נכון בכל מקום.

הדין האחד הוא חיוב קרבן. אדם שסבר בטעות שהאישה שלפניו היא אשתו - טעות שהוגדרה לעיל כטעות סבירה (אונס) - לא תפטור אותו מחיוב קרבן, אם התברר שהאישה הייתה אסורה עליו באיסורי עריות<sup>71</sup>. כמו כן, אדם שאכל בטעות חֶלֶב, האסור באכילה, מתוך מחשבה מוטעית שמדובר בשומן, המותר באכילה, יתחייב קרבן, אף שלא היה עליו להעלות על דעתו את האפשרות

פרק כד, הלכה יט). וראה רמ"א, אבן העזר, סימן קצח, סעיף ג, שמבחין בין אישה שסברה שאדם פלוני הוא בעלה, שאינה נאסרת לבעלה, לבין אישה שסברה שמותר לזנות, שאסורה לבעלה.

<sup>68</sup> רמב"ם, הלכות מלכים, פרק י, הלכה ב.

<sup>69</sup> וראה שו"ת יהודה יעלה, אבן העזר-חושן משפט, סוף סימן רנה, שתמה מדוע בן נח פטור אף שישראל חייב קרבן במצב כזה, וראה להלן בסמוך להערה 84.

<sup>70</sup> בבא קמא כו ע"ב. וראה רש"י שם; רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכות יד-טו.

<sup>71</sup> כריתות יז ע"ב.

שמדובר בחֶלֶב<sup>72</sup>. הטעם לכך הוא ש"מתעסק בחלבים ועריות חייב, שכן נהנה"<sup>73</sup>, ומפרש רש"י<sup>74</sup>:  
 "הלכך חשיב בכוונה". בהסבר הדברים, כותב הקהלת יעקב<sup>75</sup>:

דבאמת גם מתעסק חשיב מעשה, אלא שחסר הכוונה, והתורה לא חייבה עבור מעשה בלא כוונה, והיכא  
 דנהנה, נחשב הרגשת ההנאה בגופו ככוונה, שעניין כוונה הוא השתתפות הנפש במעשה הגוף, וגם הרגשת  
 הנאה היא בנפש החיונית ונחשבת ככוונה.

לשון אחר: כאשר אדם עושה מעשה שלא התכוון אליו, אין עליו אחריות, משום שהתורה חייבה  
 רק על מעשה שיש בו כוונה. אך, אם בעת עשיית המעשה הוא נהנה, לא ניתן עוד לומר שהוא אינו  
 מתכוון למעשה שהוא עושה כעת, שכיון שנהנה, הוא מתכוון למעשה שעושה, ולכן שוב אינו נחשב  
 כמתעסק אלא כשווגג. נראה שבדין זה, אין להקיש מדין קרבן לדין הפלילי, משום שיש לקרבן  
 מימד של כפרה ולא של ענישה, ויש להניח שההנאה מצריכה כפרה, על אף שמדובר בטעות  
 סבירה<sup>76</sup>.

דין שני הוא בחיוב נזיקין. טעות במצב הדברים אינה פוטרת את המזיק מתשלום. כפי שכתבנו  
 לעיל<sup>77</sup>, ההלכה מבחינה בדינו של החובל בחברו והזיקו בין חיובים שונים: בתשלום דמי הנזק,  
 החובל מתחייב גם כאשר עשה את מעשהו באונס; ואילו מתשלום החיובים האחרים (צער, ריפוי,  
 שבת ובושת) הוא פטור. לכן, החובל באחר יתחייב בתשלום הנזק, גם אם טעה טעות סבירה.

ראיה לכך ניתן להביא מן המקרה של "הייתה אבן מונחת לו בחיקו". הריגה בנסיבות אלו הוגדרה  
 לעיל<sup>78</sup> כהריגה תוך התנהגות שגרתית אשר אינה גוררת חיוב גלות. אולם, שלא כבהריגה, בחבלה  
 בנסיבות אלו, ייפטר אמנם החובל מתשלום החיובים האחרים, אך הוא יתחייב בתשלום הנזק.  
 וכך נאמר בעניין זה בתלמוד<sup>79</sup>:

הייתה אבן מונחת לו בחיקו, ולא הכיר בה, ועמד ונפלה: לענין נזיקין חייב, לענין ארבעה דברים פטור.

חיוב תשלום הנזק בנידון דידן מבוסס על העובדה שהאדם היה צריך לחשוש שמא בכל זאת הונח  
 דבר מה בחיקו<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> ראה דברי רבי חיים מוולוז'ין, שו"ת חוט המשולש, סימן יג: "והלא הוא עצמו, השוגג השנוי ברוב התלמוד, סבור  
 שהוא שומן, ונמצא חֶלֶב, סבור שהוא אשתו, ונמצא אחותו". יש להעיר, שדבריו נאמרו ביחס לשיטת אביי, בניגוד  
 לשיטת רבא, הסבור שמקרה שכזה מוגדר כמתעסק (שבת עב ע"ב - עג ע"א).

<sup>73</sup> כריתות יט ע"ב.

<sup>74</sup> רש"י, סנהדרין סב ע"ב, ד"ה שכן נהנה.

<sup>75</sup> קהלת יעקב, חלק ג (שבת, עירובין), סימן לה.

<sup>76</sup> ואמנם, יש להעיר על כך מרמב"ם, הלכות שגגות, פרק ה, הלכה ו, שם אדם שבא על אשתו שלא בזמן הווסת וראתה  
 דם תוך כדי תשמיש, פטור מקרבן, אף שחטא בעריות ונהנה, משום שהוא אנוס בדבר.

<sup>77</sup> ליד הערה 11.

<sup>78</sup> ליד הערה 70.

<sup>79</sup> בבא קמא כו ע"ב. וכן נפסק להלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף י.

<sup>80</sup> ראה נימוקי יוסף, בבא קמא יא ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה לענין נזקין. אמנם, הרמב"ן בחידושיו למסכת בבא מציעא,  
 פב ע"ב ד"ה ואתא, מוכיח מסוגיה זו שאדם המזיק חייב אף באונס גמור. הראשונים החולקים על הרמב"ן התמודדו



נראה שגם כאן, אין להקיש מדין זה לדיון הפלילי, משום שהאחריות בדיון הנזיקי רחבה יותר, והאדם מתחייב בנזק גם באונס.

מן המקובץ עולה שיש להבדיל בין טעות סבירה לטעות שאינה סבירה, והטועה טעות שאינה סבירה יישא באחריות פלילית כרשמן.

## 2. הבחנה בין מעשה מסוכן למעשה שאיננו מסוכן

בתלמוד נחלקו אביי ורבא בדינו של ההורג ה"אומר מותר"<sup>81</sup>. אביי מתחשב במחשבתו הסובייקטיבית של ההורג, וסובר ש"אומר מותר, אנוס הוא"; ואילו רבא קובע את הדיון על פי קריטריונים אובייקטיביים וסובר ש"אומר מותר, קרוב למזיד הוא", שהרי אילו היה חוקר ובודק לא היה טועה<sup>82</sup>. על פי דברי התלמוד, נחלקים אביי ורבא לא רק בטעות במצב משפטי, אלא גם בטעות במצב דברים, כגון מי שהרג אדם משום שסבר בטעות שיש לפניו בהמה ולא אדם<sup>83</sup>.

בפסיקת הרמב"ם ישנה אי-בהירות בעניין זה. בהלכה אחת הוא פסק שאין מטילים אחריות על ההורג מתוך טעות במצב הדברים<sup>84</sup>:

בן נח ששגג באחת ממצותיו פטור מכלום... במה דברים אמורים, בשגג באחת ממצות ועבר בלא כוונה, כגון שבעל אשת חבירו ודמה שהיא אשתו או פנויה. אבל אם ידע שהוא אשת חבירו ולא ידע שהיא אסורה עליו, אלא עלה על לבו שדבר זה מותר לו, וכן אם הרג והוא לא ידע שאסור להרוג, הרי זה קרוב למזיד ונהרג, ולא תחשב זו להם שגגה מפני שהיה לו ללמוד ולא למד.

על פי הלכה זו, מטילים אחריות רק על ההורג מתוך טעות במצב משפטי, אך לא על ההורג מתוך טעות במצב הדברים<sup>85</sup>.

מנגד פוסק הרמב"ם בהלכות רוצח<sup>86</sup> לעניין יהודי שהרג: "אפילו נתכוין להרוג... בהמה, ונמצא ישראל, הרי כל אלו קרובין למזיד, ואינן נקלטין [בעיר מקלט]". על פי פסק זה, מי שנתכוון להרוג בהמה, ומחמת טעות במצב הדברים הרג ישראל, נחשב כקרוב למזיד, ואינו זכאי להגנה ולכפרה של עיר המקלט. בשונה מדברי הרמב"ם בנוגע לבן נח, מהם עולה כי רק טעות במצב משפטי

עם פרשנות זו; ראה נמוקי יוסף, בבא קמא, יא ע"א דפי הרי"ף, ד"ה דומיא; חידושי הראב"ד, בבא קמא כט ע"א, ד"ה בתרתי; חידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש, בבא קמא כו ע"א, ד"ה מתניי.

<sup>81</sup> מכות ז ע"ב. וראה בהרחבה בפרק טעות במצב משפטי, ליד הערה 45 ואילך.

<sup>82</sup> ראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורה קמא, חלק א, סימן טו, ד"ה במסכת כריתות.

<sup>83</sup> מכות ט ע"א; רש"י שם, ד"ה כסבור בהמה. יש המבארים שמלכתחילה נחלקו אביי ורבא בטעות במצב הדברים ולא בטעות במצב משפטי. ראה חידושי הרמב"ן, מכות, ז ע"ב, ד"ה פרט לאומר מותר, בשם יש מפרשים; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה אבל אחרים פירשו.

<sup>84</sup> רמב"ם, הלכות מלכים, פרק י, הלכה א.

<sup>85</sup> וראה כסף משנה, שם, שכתב שהרמב"ם פסק כרבא, שאומר מותר קרוב למזיד. האחרונים הקשו עליו, שהרמב"ם חילק כאן בין טעות במצב הדברים לבין טעות במצב משפטי; ואילו לדעתו של רבא, גם טעות במצב הדברים נחשבת קרוב למזיד, כפי שהבאנו לעיל. ראה בעניין זה: ערוך לנר, מכות ט ע"א, ד"ה אומר מותר אנוס הוא; משפט המלוכה, על הרמב"ם, שם.

<sup>86</sup> רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכה י.

מוגדרת כ"קרוב למזיד", מדבריו בהלכות רוצח עולה שגם טעות במצב דברים תוגדר כ"קרוב למזיד".

ביישוב הסתירה בפסקי הרמב"ם, מציע בעל ה"ערוך לנר"<sup>87</sup> שני הסברים, המבוססים על ההבחנה בין מקרים בהם מוטלת על האדם חובה מיוחדת לבדוק היטב את מצב הדברים לבין מקרה שבו הוא רשאי להסתמך על כך שאינו טועה.

בהסברו הראשון הוא כותב שיש לחלק בין מקרה בו טעה האדם מגוף לגוף, כגון שהתכוון לפגוע בבהמה אך החטיא את המטרה, ופגע באדם, שאז נחשב קרוב למזיד, משום "שהיה לו לזהר שלא יפול על האדם"; לבין מקרה של טעות במצב הדברים, כשטעה האדם בזיהוי, וסבר על אדם שהוא בהמה, שאז "אין עליו אשמה, רק שהיה לו לעיין בתחילה", ובזה דעת הרמב"ם שאין להטיל עליו אחריות<sup>88</sup>. טעות מגוף לגוף היא טעות לגבי תוצאות המעשה, ועל כן אינה שייכת להגנת טעות במצב הדברים. לעומת זאת, טעות בזיהוי היא טעות במצב הדברים הניתן לקליטה בשעת המעשה.

על פי הסבר זה, תעמוד אפוא להורג, במקרה של טעות בזיהוי, הגנת הטעות במצב הדברים, ובנסיבות אלו לא תוטל עליו אחריות.

על פי הסברו השני של "ערוך לנר", המסתבר לו יותר, יש לחלק בין מקרה ש"לא עלה בדעתו שיכול לבוא לידי איסור, ושיש לו לעיין בזה", שאז אין מטילים עליו אחריות, לבין מקרה בו "עלה בדעתו שאפשר שישגוג, ושיש לו לעיין, ולא עיין", שאז ייחשב כקרוב למזיד. על פי זה הוא מבאר, שבנתכוון לבהמה ונמצא אדם, ודאי עלה בדעתו שיש לו לעיין, "דאם לא כן, אזריקה בלבד הוה ליה קרוב למזיד, שאסור לו לזרקו במקום שאפשר שיש אדם שם... וכיון שזכר בשעת זריקה שעל אדם אסור לו לזרוק, רק דימה שזה בהמה, חשבינן ליה קרוב למזיד, שהיה לו לעיין שפיר"<sup>89</sup>. לעומת זאת, הבא על אשת חברו ודימה שהיא אשתו, לא העלה על דעתו כלל את האפשרות שמדובר באשת חברו, ועל כן לא חשב שצריך לבדוק היטב אם אכן מדובר באשתו, ולכן לא ייחשב כקרוב למזיד, וייפטר.

על פי הסבר זה, ישנם מקרים בהם גם כשהאדם סבור שהוא עושה מעשה מותר, עדיין מוטלת עליו חובה מיוחדת לבדוק את מצב הדברים. מדובר במעשה העלול לסכן אחרים, אף אם הוא מותר. בנתכוון לזרוק על הבהמה, גם לפי מחשבתו המוטעית שלפניו בהמה, עדיין חייב הוא לבדוק היטב את מצב הדברים על מנת לוודא שלא יפגע בטעות באדם הנמצא בסביבה. על כן תיחשב טעות

<sup>87</sup> ערוך לנר, מכות ט ע"א, ד"ה אומר מותר.

<sup>88</sup> וראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק א, סימן טו, ד"ה במסכת כריתות, שכתב שלא ייתכן לומר שבטעות כזו בזיהוי ייחשב כקרוב למזיד "דכיון דעל הבהמה אינו מצווה, שוב לפי דעתו היה היתר גמור לכולי עלמא, והוה אנוס, דלא צריך לבדוק", ועל כן נשאר בצריך עיון על דברי רבא.

<sup>89</sup> וראה שו"ת חוט המשולש, סימן יג, שכתב שהחובה לעיין טוב יותר אמורה גם באדם בקי ומיומן, אשר היה משוכנע שאין לפניו אדם: "דמי לא עסקינן בציד אשר יצוד חיות הרבה בכל יום, ורגיל בזה כל הימים, ונזדמן לו אדם כבהמה נדמה, וירה חץ להרגו?!".

במצב הדברים בנסיבות אלו טעות בלתי-סבירה, והפוגע לא ייפטר מאחריות<sup>90</sup>. לעומת זאת, כשהוא בועל את אשת חברו מתוך מחשבה מוטעית שמדובר באשתו, הרי לפי מחשבתו המוטעית אינו חייב לבדוק את מצב הדברים, שהרי הוא איננו עלול להזיק לאיש - ועל כן אם התברר שטעה במצב הדברים, תיחשב טעותו טעות סבירה, והוא ייפטר מאחריות למעשהו. במילים אחרות, הכלל הוא כי יש צורך בטעות סבירה בכדי לפטור את הנאשם, אך הסבירות היא תלויה נסיבות. כאשר ההתנהגות היא התנהגות יוצרת סיכון מטבעה, רמת הזהירות הנדרשת גבוהה יותר; ואילו כאשר ההתנהגות אינה יוצרת סיכון מטבעה, הנורמה הנדרשת נמוכה יותר.

באופן דומה מתבאר גם דין המופיע בתוספתא<sup>91</sup>, שאדם שידע שיש תינוק בעריסה, וישב עליו והרגו, אינו גולה, משום שהוא קרוב למזיד. הרב יחזקאל אברמסקי, בביאורו לתוספתא, כותב כי היא עוסקת בהורג שידע שיש תינוק בעריסה, אך טעה במקום הנחתו של התינוק בתוך העריסה, וישב עליו; והתוספתא מחדשת, שאף שסבר היושב שהוא נזהר דיו, הוא בכל זאת נחשב כקרוב למזיד<sup>92</sup>.

התנהגותו של היושב במקרה זה נחשבת קרובה למזיד, משום שעלתה במחשבתו האפשרות שהישיבה על העריסה עלולה להביא למותו של התינוק - שהרי ידע על הימצאותו של התינוק שם - והיה עליו לוודא טוב יותר היכן בדיוק שוכב התינוק; ומשלא עשה כן, הוא נחשב כקרוב למזיד.

דוגמה נוספת היא דין הזורק אבן ופגעה באדם והרגו, כאשר הזורק לא ידע שאותו אדם נמצא במקום נפילתה של האבן. התלמוד מבחין בעניין זה בין שלושה מצבים: הזורק אבן לרשות הרבים והרג, ייחשב קרוב למזיד, אף שלא ידע על הימצאותם של אנשים במקום; הזורק אבן למקום שאין דרכם של בני אדם להימצא בו כלל, ייחשב אנוס, משום שלא היה עליו להעלות על דעתו את הימצאותו של האדם במקום; ואילו הזורק את האבן למקום שלעתים רחוקות עשויים בני אדם להימצא בו, ייחשב שוגג, משום שהיה עליו להעלות על דעתו את אפשרות הימצאותו של האדם שם<sup>93</sup>. בהתאם לכך פוסק הרמב"ם<sup>94</sup>:

הזורק אבן לרשות הרבים והרג, או הסותר כתלו לרשות הרבים ונפלה אבן והמיתה, בין שסתרו ביום בין שסתרו בלילה - הרי זה קרוב למזיד ואינו נקלט, מפני שזו פשיעות היא, שהרי היה לו לעיין ואחר כך יזרוק או יסתור. סתרו לאשפה בלילה: אם הרבים מצויין בה, הרי זה קרוב למזיד ואינו נקלט; ואם אין הרבים מצויין בה כלל הרי זה קרוב לאנוס ופטור מן הגלות. היתה האשפה עשויה להפנות בה בלילה, ואינה עשויה

<sup>90</sup> אמנם, לא ידונו אותו כרוצח במזיד, אך הוא יחשב "קרוב למזיד" ולא יוכל ליהנות מההגנה ומהכפרה של עיר המקלט.

<sup>91</sup> תוספתא מכות (מהד' צוקרמאנדל), פרק ב, הלכה ד.

<sup>92</sup> חזון יחזקאל, שם.

<sup>93</sup> מכות ח ע"א; וראה תוספות, שם, ד"ה באשפה. יש להדגיש כי כללים אלו הם אובייקטיביים, ואין צורך להוכיח שהזורק עצמו היה מודע לאפשרות שבני אדם עלולים להימצא באותו מקום. ממילא, אין לראות בחיוב כאן חיוב מחמת "עצימת עיניים", המופיע בסעיף 1(ג)20 לחוק. הבחנה דומה בנוגע לאי-ידיעה על מציאותו של אדם במקום שנהרג בו נזכרת גם בבבא קמא לב ע"ב, שם מבחין התלמוד בין "שוליא דנפח" שרבו מסרהב בו לצאת לבין אדם אחר. וראה גם רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכות ו, יא; לחם משנה, הלכות חובל ומזיק, פרק א, הלכה יז; פני יהושע, בבא קמא לב ע"ב, ד"ה והא דפריך. וראה גם אנקר, הכרח וצורך בדיני עונשין, עמ' 159-163.

<sup>94</sup> רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכות ו-ח.

להפנות בה ביום, ונקרה אדם וישב שם ונפלה עליו אבן בשעת סתירה ומת - הרי זה גולה. ואם אחר שנפלה האבן בא זה וישב ונפלה עליו ומת הרי זה פטור מן הגלות.

על פי הלכות אלו, ככל שעולה מידת הסיכון שבמעשהו של האדם, כך עולה מידת חובתו לדעת את הנסיבות לאשורן.

דוגמה לעיקרון זה ניתן למצוא בדין נוסף המובא התוספתא<sup>95</sup>:

לא היה יודע שיש תינוק בעריסה וישב עליו והרגו; לא היה יודע שיש אדם בבור וזרק את האבן בבור והלכה לה על האדם והרגתו - הרי זה גולה.

בהסבר דין זה אומר התלמוד הירושלמי<sup>96</sup>:

אמר רבי יצחק: כל מילה ומילה לדעתיה. ישב לו על גבי מיטה ביום ואין דרך התינוק לינתן על גבי מיטה ביום - גולה. בלילה ודרך התינוק הנתון על גבי מיטה בלילה - אינו גולה. ישב לו על גבי עריסה ביום ודרך התינוק לינתן על גבי עריסה ביום - אינו גולה. בלילה ואין דרך התינוק לינתן על גבי עריסה בלילה - גולה.

על פי התלמוד הירושלמי, נחשב ההורג ביום קרוב למזיד, משום שרגילים לתת את התינוק ביום בעריסה; ואילו ההורג בלילה ייחשב שוגג, ויגלה לעיר מקלט, משום שהסיכוי להימצאותו של תינוק שם בלילה הוא קטן.

יש לציין, שכפי שהבאנו לעיל בדין "היתה אבן מונחת לו בחיקו", התלמוד מבחין בין אדם שידע על מציאותה של האבן ושכת, שנחשב שוגג לעניין גלות, לבין אדם שלא ידע זאת מעולם, שנחשב אנוס. הבחנה מעין זו אינה מופיעה בדינו של הזורק את האבן שלא ידע על הימצאותו של אדם במקום שנפלה בו. נראה שהדבר נובע מן ההבדל בין פעולה של מעבר ממצב של ישיבה למצב של עמידה, כבדין "היתה אבן מונחת לו בחיקו", לבין פעולה של זריקת אבן למקום ציבורי: פעולה של מעבר ממצב של ישיבה למצב של עמידה ולהפך, היא במהותה פעולה שגרתית שאין בה כל סיכון, ועל כן אין האדם מחויב לחשוש שמא הוא מבצע במעשה זה עבירה - אלא אם כן הייתה לו ידיעה על כך בעבר, או שמדובר בנסיבות מיוחדות המחייבות בדיקה, כגון המתיישב על עריסת תינוק. לעומת זאת, זריקת אבן למקום ציבורי היא פעולה מסוכנת במהותה, ועל כן מעשה זה מחייב את האדם לבדוק היטב את מצב הדברים מראש, והעובדה שלא בדק את מצב הדברים די הצורך מהווה התנהגות בלתי-סבירה, והוא אחראי לתוצאות מעשהו<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> תוספתא מכות (מהד' צוקרמאנדל), פרק ב, הלכה ד.

<sup>96</sup> ירושלמי, מכות, פרק ב, הלכה ד. וראה גם חזון יחזקאל על התוספתא, מכות, פרק ב, הלכה ו (בהשמטות מנוסחאות כתב יד).

<sup>97</sup> ראה גם ערוך לנר, מכות ח ע"א, ד"ה דהא איכא דמקרי, שכתב שמשלשון הרמב"ם משמע שבזרק ביום לאשפה העשויה להיפנות בה בלילה והרג, יתחייב אף אם לא היה ידוע קודם לכן שבני אדם באים לשם במקרה גם ביום. אמנם, הצורך בידיעה מעיקרא נלמד מגזרת הכתוב, אך נראה שהעובדה שגזרת כתוב זו נאמרה רק ביחס לאי-ידיעה מן הסוג השני, ולא ביחס לאי-ידיעה מן הסוג הראשון, מבוססת על הסברה שכתבנו. ואין לומר שהסיבה לפטור במקרה של אי-ידיעה מעיקרא היא שאין זה מצוי כלל שתונח אבן בחיקו, שהרי אם זו הסיבה, לא היה צורך בלימוד מן הפסוק, והיה ניתן לפטור במקרה זה מן הטעם שפוטור את זורק האבן למקום שאין הרבים מצויים בו כלל.

### 3. התנהגות בהתאם לכללי הזהירות הנדרשים

מקרה נוסף של טעות המוגדרת כטעות סבירה הוא התנהגות בהתאם לכללי הזהירות הנדרשים. שלא כבמקרים של טעות תוך התנהגות שגרתית, טעות הנובעת מהתנהגות בהתאם לכללי הזהירות תפטר גם מחיובי נזיקין או קרבן, ולא רק מחיובי גלות.

אשר לחיוב גלות, נאמר במשנה במסכת מכות<sup>98</sup>:

זרק את האבן לחצרו והרג, אם יש רשות לניזק ליכנס לשם - גולה, ואם לאו - אינו גולה, שנאמר: 'ואשר יבא את רעהו ביער', מה היער רשות לניזק ולמוזיק ליכנס לשם, אף כל רשות לניזק ולמוזיק להכנס לשם, יצא חצר בעל הבית, שאין רשות לניזק (ולמוזיק) ליכנס לשם.

במקרה זה כשזרק האדם את האבן לרשותו שלו, הוא נחשב קרוב לאנוס, משום שלא היה חייב לנהוג ביתר זהירות, ועל כן נחשבת אי-ידיעתו על מציאותם של בני אדם בחצרו לטעות סבירה<sup>99</sup>.

דין זה נפסק להלכה ברמב"ם<sup>100</sup>. המשנה והרמב"ם לא חילקו בדין זה בין מקרה שבו היה סיכוי גבוה להימצאותו של האדם לבין מקרה שהסיכוי בו היה נמוך - כשם שחילקו במקרה של זורק אבן לרשות הרבים.

בהסבר הדבר יש לומר, שכאשר אדם זורק אבן לרשות הרבים - אף למקום שעשויים להיות בו בני אדם רק לעתים רחוקות - והוא אינו מברר היטב האם מצויים בני אדם במקום, הוא אינו זהיר כפי שנדרש ממנו, ועל כן חייב גלות. לעומת זאת, כשהוא זורק את האבן בתוך חצרו, הוא רשאי להניח שבני אדם לא ייכנסו לשטחו בלא רשות, אף אם לעתים רחוקות נכנסים לשם בני אדם גם בלא נטילת רשות, ואי-הזהירות היא שלהם, שהסיגו את גבולו, ולא שלו, כיוון שבעל הבית רשאי לנהוג בשטחו הפרטי בחופשיות גדולה מזו שבה הוא נוהג ברשות הרבים.

כאמור לעיל, טעות הנובעת מהתנהגות על פי כללי הזהירות הנדרשים פוטר גם מחיובי נזיקין או קרבן. דוגמה לכך ניתן למצוא בדינו של מי שפגע בשוגג באדם שנכנס לרשותו, כאשר הפוגע לא ידע על הימצאותו של הנפגע במקום. וכך נאמר בעניין זה בגמרא<sup>101</sup>:

אמר רבא, נכנס לחצר בעל הבית שלא ברשות... הזיקו בעל הבית, פטור. אמר רב פפא, לא אמרן אלא דלא הוה ידע ביה, אבל הוה ידע ביה - הזיקו בעל הבית, חייב.

על פי דין זה, כשלא ידע הפוגע מעולם על הימצאותו של הנפגע ברשותו, ייפטר גם מתשלום הנזק, משום שלא היה צריך להעלות על דעתו את האפשרות שנכנס אדם זר לחצרו שלא ברשות.

<sup>98</sup> משנה מכות, פרק ב, משנה ב; מכות ח ע"א.

<sup>99</sup> ראה ערוך לנר, מכות ז ע"ב, על תוספות, ד"ה מה יער. ואולם ראה תוספות בבא קמא לב ע"ב, ד"ה מאן דמתני, שכתבו שהפטור אינו מטעם אנוס, אלא לפי שאין דומה ליער. וראה בירור הלכה, מכות ח ע"א, ציון ב, שכתבו שאף לדעת התוספות, לאחר גילוי התורה שצריך המעשה להיות בדומה ליער, מסתבר שהפטור הוא כבדין אנוס, וגואל הדם לא יהיה רשאי להרגו. וראה שם בשם דינא דחיי (עשין עה), שהזורק נחשב קרוב למזיד.

<sup>100</sup> רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכה יא.

<sup>101</sup> בבא קמא מח ע"א. וראה גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף ז.

בהסבר ההבדל בין דין זה לבין דין "הייתה אבן מונחת בחיקו", בו המזיק חייב בנזיקין וקרבו, יש לומר שכשהאדם נמצא ברשות הניזק, התורה דורשת מידה מרבית של זהירות מפגיעה באחרים, ועל כן גם העובדה שהאדם לא וידא, קודם שעמד, שאין שום דבר בחיקו, מטילה עליו אחריות<sup>102</sup>. דינו של החובל ברשות הרבים יהיה, בהתאם לכך, תלוי באופי התנהגותו. אם התנהג באופן בו רשאים בני אדם להתנהג ברשות הרבים, תיחשב רשות הרבים לעניין זה כרשותו, והוא ייפטר כשהזיק מתוך אי-ידיעה. לעומת זאת, אם אירע הנזק מחמת התנהגות השונה מזו שבני אדם רשאים להתנהג ברשות הרבים, תיחשב רשות הרבים לעניין זה כרשות הניזק, ויתחייב החובל<sup>103</sup>.

\* \* \*

העיקרון שלפיו טעות הנובעת מהתנהגות בהתאם לכללי ההלכה פוטרת אף מתשלומי הנזיקין, בא לידי ביטוי גם בדינו של המזיק מתוך מחשבה מוטעית שהחפץ הניזוק שייך לו. בעניין זה יש להבחין בין שלושה מצבים: חפץ שנמצא בביתו של המזיק, והמזיק סובר בטעות שהחפץ שייך לו; חפץ הנמצא בביתו של אדם אחר, והמזיק סובר בטעות שהחפץ שייך לאותו אדם; חפץ הנמצא בעיזבונו של המת, והיורשים - המזיקים - סבורים שהחפץ היה שייך לאביהם.

במצב הראשון נראה שטעותו של המזיק לא תיחשב טעות סבירה והוא יישא באחריות לנזק שגרם. לעומת זאת, במצב השני והשלישי נראה שטעותו של המזיק נחשבת טעות סבירה, והוא ייפטר מתשלום.

מקרה המשותף למצב השלישי מצוי בגמרא במסכת כתובות<sup>104</sup>: "הניח להם אביהם פרה שאולה... כסבורין של אביהם היא, וטבחה ואכלה, משלמין דמי בשר בזול". היורשים ששטו בהמה שאולה שהניח להם אביהם, מתוך מחשבה מוטעית שהייתה של אביהם והם ירשוה, פטורים מלשלם את שוויה, וחייבים בתשלום רק עבור ההנאה שנהנו מאכילתה.

<sup>102</sup> ראה ערוך השולחן, חושן משפט, סימן שעח, סעיף יב: "וברשות הניזק לעולם חייב, אף כשלא ידע כלל, ואפילו באונס, דברשותו של ניזק צריך האדם לשמור ביותר, ובוה אמרו אדם מועד לעולם". במפרשים מופיע ניסוח המגדיר את ההבדל בין המקרים בכך שבראשון אין זה אונס גמור, ובשני זהו אונס גמור (ראו: נימוקי יוסף יא ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה לענין נזיקין; כא ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה הזיקו בעל הבית; ערוך השולחן, חושן משפט, סימן תכא, סעיפים י, יב).

<sup>103</sup> ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף ח; ערוך השולחן, חושן משפט, סימן שעח, סעיפים יא-יח. על מנת לחדד הבחנה זו, ניתן להסתייע במונח שנעשה בו שימוש במשפט הישראלי במסגרת עוללת הרשלנות שבדיני הנזיקין: חובת הזהירות המושגית (על רכיבי עוללת הרשלנות ראה ע"א 145/80 ואקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 122 (1982)). לא בכל מקרה בו ניתן היה לצפות נזק מסוים ייחשב הגורם לו כרשלן. ישנם מקרים בהם עמדת המשפט היא שלא קמה חובת זהירות מושגית. מדובר במצבים טיפוסיים בהם רצון להגן על אינטרסים שונים שולל עקרונית את האפשרות לחייב בנזיקין את מי שגרם לנזק ברשלנותו, משיקולים של מדיניות משפטית. על יישומה של חובת הזהירות המושגית מדיני הנזיקין בדין הפלילי, ראה ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל (פורסם באתר הרשות השופטת 12.1.2011). על פי השוואה זו, ניתן להסביר מקרים מסוימים בכך שישנו אינטרס של ההלכה לעודד התנהגות על פי מצוות הדת (לדוגמה, מי שרץ בערב שבת וגרם לנזק); ומקרים אחרים יכולים להתפרש כנובעים ממדיניות משפטית שבאה להגן על פרטיותו של האדם ועל חופש התנועה שלו ברשות היחיד.

<sup>104</sup> כתובות לד ע"ב.

בהסבר הפטור, כותבים התוספות<sup>105</sup> והרא"ש<sup>106</sup> שטעותם של היתומים היא בגדר אונס גמור, "שלא היה להם לידע שאינה של אביהם", ועל כן הם פטורים מחיובי נזיקין. מכאן, שיתומים הסבורים בטעות שחפץ הנמצא בעיזבון אביהם היה שייך לאביהם, טעותם טעות סבירה היא, והם פטורים מחיובי נזיקין.

כאמור לעיל, במצב הראשון, שאין מדובר בעיזבונו של מת, יהיה הדין שונה: המזיק מתוך טעות במצב הדברים ייחשב, בנסיבות אלו, כמי שטעה טעות שאינה סבירה, ויתחייב בתשלומים. מקור להבחנה זו ניתן לראות במשנה במסכת גיטין<sup>107</sup>: "המטמא והמדמע והמנסך: בשוגג - פטור; במזיד - חייב".

בגמרא מבואר שטעם הפטור בשוגג הוא משום שנזק זה הוא "היזק שאינו ניכר". לפי חלק מן הראשונים, ה"שוגג" המוזכר במשנה הוא הטועה במצב הדברים<sup>108</sup>, ולשיטתם מוכח שאלמלא היה מדובר בהיזק שאינו ניכר, היה הטועה במצב הדברים בנסיבות אלו מתחייב בתשלום הנזק<sup>109</sup>. במקרה זה מחייבים את המזיק שסבר שהחפץ שהוא מזיק הוא שלו; וזאת שלא כבדין יתומים, אשר טבחו בהמה שהניח להם אביהם, שהם פטורים מחיובי נזיקין, כאשר טעו וסברו שהבהמה היא שלהם.

בטעם ההבדל בין שני המקרים, נראה לומר שבמקרה של יתומים, כיוון שמדובר בירושה של אביהם שמת, אין להם כל אפשרות סבירה לברר ביחס לכל פרט בעיזבונו, אם הוא היה של אביהם אם לאו. על כן, רשאים הם להסתמך על החזקה, שלפיה כל מה שתחת ידו של אדם שלו הוא, ולהניח שגם הבהמה שנמצאה בעיזבונו הייתה של אביהם. על כן, גם אם בסופו של דבר יתברר

<sup>105</sup> תוספות, בבא קמא כז ע"ב, ד"ה ושמואל אמר.

<sup>106</sup> רא"ש, בבא קמא, פרק שלישי, סימן א.

<sup>107</sup> גיטין נב ע"ב.

<sup>108</sup> ראה חידושי הריטב"א, גיטין, שם ד"ה המטמא, שביאר שמדובר במקרה שהמזיק היה סבור שהיין הוא יין נסך, ועירב בו יין נסך. המאירי, בית הבחירה, שם ד"ה המטמא, כתב שמדובר שלא ידע שהיין שהוא מערב הוא יין נסך.

<sup>109</sup> המחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ו, מבקש ללמוד דין זה מהסברו של הרשב"א להלכה שכתב הרמב"ם, הלכות מאכלות אסורות, פרק יג, הלכה כח, שאם גוי נגע בכוונה ביינו של ישראל, מותר למכור לו את אותו היין, משום שאין הדמים דמי יין נסך, אלא דמי נזק על יינו. הרמב"ם כתב שזהו רק אם הגוי נגע ביין בכוונה. בטעם הדברים, מביא הרשב"א (תורת הבית הארוך, בית ה, שער ב, דף מח ע"א) שיש מפרשים, משום שמדובר בהיזק שאינו ניכר, והגוי פטור, כדין המשנה שהמנסך בשוגג פטור, ולכן אסור לקבל מן הגוי את דמי היין, כי אלו דמי יין נסך (ואולם, הרשב"א עצמו חולק על הרמב"ם וסבור שאין טעם זה נכון, שמכל מקום הזיק את יינו, ולכן מותר לקבל את דמי היין, גם אם הגוי נגע שלא בכוונה). המחנה אפרים מציין שדבריו אינם כדעת הכסף משנה (שם; וכן בבית יוסף, יורה דעה, סימן קלב, אות א), הכותב שהסיבה שהגוי פטור מנזק אם נגע ביין בטעות, היא משום שאם אדם הזיק בדבר שאינו ידוע לכל העולם שהוא נזק, והמזיק עצמו לא סבר שהוא מזיק ולא התכוון לכך, אין לחייבו בתשלומי נזק, ומכיוון שגוי אינו יודע שהוא אוסר את היין בנגיעה (משום שרק היהודים יודעים שנגיעה בלבד אוסרת את היין) ולא נתכוון להזיק, אין לחייבו בתשלומי נזק. אולם, נראה שדינו של המחנה אפרים, המחייב את המזיק גם אם טעה במצב דברים, יהיה מקובל גם על הבית יוסף, אלא אם כן מדובר בטעות "שאינה ידועה לכל העולם".

אולם, יש לציין שהמחנה אפרים סבור שאין זו שיטת התוספות, לעיל הערה 105, ולשיטתם גם בטעות במצב דברים המזיק מוגדר כאונס גמור והוא פטור.

שהבהמה לא הייתה של אביהם, בכל זאת ייפטרו. דברים אלו מפורשים בדברי הריטב"א<sup>110</sup>:  
 "דהא ודאי לאו פושעים נינהו כלל, דחזקה כל מה שאדם מוציא בבית מורישו בחזקת שלו הוא,  
 ואפילו לא היה אמיד, כי יש מתרושש והון רב".

לעומת זאת, במקרה של המנסך, כיוון שאין מדובר בירושה, מוטלת חובה על האדם לדעת אלו מן  
 החפצים שברשותו הם בבעלותו, ואלו אינם בבעלותו. על כן, אם טעה בדבר, אם היה מזיק נזק  
 ניכר, היה מתחייב<sup>111</sup>.

טעותו של אדם הסובר בטעות כי חפץ הנמצא ברשותו שייך לו, נחשבת אפוא טעות שאינה סבירה;  
 אך טעותם של יתומים הסוברים בטעות כי חפץ הנמצא בעיזבון היה שייך לאביהם, נחשבת טעות  
 סבירה.

מקור העוסק במצב השני שהובא לעיל, שמדובר בו בחפץ הנמצא ברשותו של אדם אחר, ניתן  
 למצוא בתשובת הרא"ש. בפני הרא"ש הובא מקרה באדם שהשתמש בספרים, ותוך כדי שימוש  
 הזיק להם, כאשר המשתמש סבר בטעות שהספרים הושאלו לו לשימוש על ידי בעליהם<sup>112</sup>.  
 בתשובתו כותב הרא"ש, כי אילו היה סבור המשתמש שהספרים הם של המשאיל, הייתה טענתו  
 מתקבלת. ואולם במקרה זה ידע המשתמש שהספרים אינם של המשאיל, ולכן אסור היה לו  
 להשתמש בהם, והוא חייב. תשובת הרא"ש נפסקה להלכה בשולחן ערוך<sup>113</sup>. בעל "קצות החושן"<sup>114</sup>  
 מסביר כי הטעם לכך שאילו לוי, השואל, לא היה יודע שהספרים של ראובן, היה פטור, הוא שהיה  
 נחשב כאנוס ("אנוס גמור").

מדבריו של בעל "קצות החושן", נלמד שאדם שטעה במצב הדברים משום שהסתמך על החזקה  
 שמה שנמצא תחת ידו של אדם שייך לו, נחשבת טעותו טעות סבירה, והוא פטור מתשלומי נזיקין.  
 מדבריו עולה, כי יש לחלק בין הטועה בנוגע לחפץ הנמצא ברשותו לבין הטועה בנוגע לחפץ הנמצא  
 ברשותו של אדם אחר: כאשר מדובר בחפץ הנמצא ברשותו של אדם אחר, ניתן להסתמך על  
 החזקה שהחפץ שייך למי שהוא נמצא ברשותו; אולם כאשר מדובר בחפץ הנמצא ברשותו של  
 הטועה, כיוון שיש באפשרותו לברר את הדברים לאשורם, אין הוא רשאי לסמוך על החזקה, אלא  
 אם כן מדובר בעיזבון.

<sup>110</sup> חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב, ד"ה איכא דמתני. וכן כתב גזע ישי, מערכת אות האלף, סימן קח. אמנם בשו"ת  
 חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן נא, סוף ד"ה אך, כתב שחזקה זו אינה שייכת באדם שמת, אך הוא עסק במקרה  
 שלא ברור בו מיהו הנפטר וממילא לא ברור מיהם היורשים, ועל כן לא שייכת החזקה, כפי שמבואר בדבריו. בנידון  
 דידן, שברור מיהו הנפטר, ומיהם יורשיו, גם לדעת חתם סופר, תהיה חזקה זו (שלא כמו שכתב המהדיר על חידושי  
 הריטב"א, שם, הוצאת מוסד הרב קוק, הערה 94, שדברי הריטב"א אינם כדעת חתם סופר).

<sup>111</sup> אין לומר שהרשב"א סובר כשיטה המובאת להלן, ולפיה אדם המזיק חייב גם באנוס גמור, שהרי הרשב"א, בבא  
 קמא כז ע"ב, ד"ה ושמואל, נקט כשיטת התוספות. ראה אוצר מפרשי התלמוד, בבא קמא כז ע"ב, בסמוך להערות 128,  
 129, ובהערות שם. הבחנה דומה, בין מקרה שהייתה מוטלת בו על האדם חובה לברר האם החפץ שלו, לבין מקרה  
 שלא הייתה מוטלת עליו חובה זו, מובאת גם בנתיבות המשפט, סימן רלב, ביאורים ס"ק ה.

<sup>112</sup> שו"ת הרא"ש, כלל צג, אות ב.

<sup>113</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן עב, סעיף לג.

<sup>114</sup> קצות החושן, סימן עב, אות לה.



מקרה נוסף שבו נפטר מחיובי נזיקין מי שטעה וסבר שהוא עושה את מעשהו ברשות, מחמת שנחשב כאנוס אונס גמור, מובא ב"מחנה אפרים"<sup>115</sup>: "ומי שאמר לחברו לשבור כלים של ראובן, ושברם מחמת שהיה סבור שהם משל לוי שאמר לו לשברם, מי משניהם חייב לשלם - נראה דשמעון ודאי פטור, כיון שלא היה יודע שהיו של ראובן".

מקום הנחת הכלים אינו מפורש בדברי ה"מחנה אפרים", אך על פי דברינו לעיל, מסתבר שהיו מונחים בביתו של לוי, ועל כן טעותו של שמעון נחשבת טעות סבירה, והוא פטור מאחריות<sup>116</sup>.

יש לציין, שאף על פי שישנן דעות המחייבות את המזיק ב"אונס גמור" בתשלומי הנזק<sup>117</sup>, אין חולק על כך שבמקרים דלעיל, בהם טעותו של המזיק היא טעות סבירה, הוא ייפטר מן התשלומים<sup>118</sup>. הטעם להלכה זו הוא שהנזק במקרים אלו נגרם כתוצאה מהתנהגות המותרת לכתחילה, עקב ההסתמכות על החזקה שכל מה שתחת ידו של אדם הוא שלו.

הטועה תוך התנהגות בהתאם לכללי ההלכה פטור אף מחיובי קרבן. דוגמה לכך היא הדין המובא במשנה במסכת נדה<sup>119</sup>: "כל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן". בהתאם למשנה זו, פוסק הרמב"ם<sup>120</sup>:

כל הנשים שיש להן וסת, בחזקת טהרה לבעליהן... הלך בעלה למדינה אחרת, והניחה טהורה, כשיבוא אינו צריך לשאול לה, ואפילו מצאה ישנה, הרי זה מותר לבוא עליה שלא בשעת וסתה, ואינו חושש שמא נדה היא.

במקרה זה, אף שהבעל היה יכול לברר את העובדות, לא חייבה אותו ההלכה לעשות זאת. על כן, אם לא ידע שאשתו נידה, ובא עליה, והתברר שהייתה נידה, ייפטר מקרבן, שהרי פעל בהתאם לכללים שנקבעו בהלכה, ואין כל דופי בהתנהגותו<sup>121</sup>.

כבר הבאנו לעיל, שלא ניתן להקיש באופן גורף מחיובי קרבן לדינו של העובר על החוק. עם זאת, נראה שניתן ללמוד מן האמור כי אין דרישה מן האדם לדעת את כל העובדות בלא יוצא מן הכלל.

<sup>115</sup> מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ז.

<sup>116</sup> כך עולה גם מן ההוכחה שמביא המחנה אפרים לדינו מהדין "הניח להם אביהם פרה שאולה", לעיל, ליד הערה 104, שם הייתה הפרה ברשותו של אביהם, ועל כן סברו הבנים שהיא שייכת לו.

<sup>117</sup> ראה חידושי הרמב"ן, בבא מציעא פב ע"ב, ד"ה ואתא; ר"י מלוניל, בבא קמא כא ע"ב; מגיד משנה בדעת הרמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ו, הלכה א. וראו: רמ"א, חושן משפט, סימן שעח, סעיף א; ש"ך, שם, ס"ק א.

<sup>118</sup> אכן, לא מצאנו במפורש ששיטה זו פוטרת בכל המקרים דלעיל, אך ודאי שלפחות במקרה של טעות בנוגע לחפץ הנמצא בעיזבון, יהיה המזיק פטור גם לשיטה זו, שהרי דין זה מפורש בגמרא, ואין מי שחולק עליו. וראה הסברו של הרמב"ן עצמו להלכה זו בחידושו על הסוגיה במסכת כתובות: "דברשות קא נחית, דכסבורים דשל אביהם היא" (לד ע"ב, ד"ה היתה).

<sup>119</sup> נידה טו ע"א.

<sup>120</sup> רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק ד, הלכה ט.

<sup>121</sup> לדעת הרמב"ם יחול פטור זה רק במי שבא מן הדרך; אך אם לא בא מן הדרך, חייב לשאול את אשתו, ואם לא שאלה ונמצאת נידה, יתחייב בקרבן. ראו: רמב"ם, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ח; צפנת פענח, הלכות איסורי ביאה, פרק ד, הלכה ט. לעומת זאת, התוספות, פסחים עב ע"ב, ד"ה סמוך, סוברים שבכל מקרה שיוזע שלא הגיע זמן וסתה של אשתו אינו חייב לשאלה אם היא נידה, ועל כן בכל מקרה ייפטר מקרבן. וראה בעניין זה עוד להלן, בפרק העוסק בטעות בסייגים לאחריות הפלילית.

כדי לנהל חיים תקינים, חייב אדם להסתמך על הנחות ועל חזקות. כאשר פעל אדם בהתאם להנחות שההלכה מאפשרת לו להסתמך עליהן, אף אם התברר שעבר עבירה, אין הוא זקוק אף לכפרה, ובוודאי שאין להענישו.

יש לציין, שככל שהדבר נוגע לבירור מצב הדברים, הסתמכות על קביעה עובדתית של בית הדין אינה נכללת בקטגוריה זו של התנהגות בהתאם לכללי ההלכה. בית הדין הוא הגורם המוסמך להכריע בשאלות הלכתיות אך לא בשאלות עובדתיות. על כן, מי שטעה במצב הדברים תוך הסתמכות על קביעה עובדתית של בית הדין, לא ייפטר מחיוב קרבן. דוגמה לכך ניתן למצוא בדינה של אישה אשר בית הדין התירו לה להינשא על סמך עדות שקיבלו על מות בעלה. על פי ההלכה, אם יתברר שהבעל חי, תיאסר האישה על בעלה ותתחייב בקרבן - כדן אישה שזינתה<sup>122</sup>. דין זה מבואר בדברי הרמב"ם<sup>123</sup>:

וכן אם התירו בית דין אשת איש להנשא לפי שהעידו בפניהם שמת בעלה, ואחר כך בא בעלה - אין זו הוראה, אלא טעות, והאשה ובעלה האחרון חייבין חטאת על שגגתן.

זהו כמובן דין ייחודי לקרבן שעיקרו הוא כפרה, ואין להסיק מדין זה שההלכה מייחסת אשמה כלשהי לאדם שהסתמך בתום לב על פסק דין שקיבל. עם זאת, יש בדין זה כדי ללמד שהעובדה שהמעשה קיבל את אישורו של בית הדין, בכל הנוגע לבירור העובדות, אינה מסירה ממנו את הגדרתו כ"עבירה", ועל כן האדם שביצע את המעשה, אף שעשה זאת באישור בית הדין, יהיה זקוק לכפרה - אם יתברר שהעובדות שונות ממה שפסק בין הדין. מכאן, שאם לאחר פסק הדין יהיה האדם סבור שבית הדין טעה מבחינה עובדתית, יהיה אסור לו להסתמך על פסק הדין, ויהיה עליו להחמיר בהתאם למצב העובדתי הקיים לדעתו.

#### 4. ידיעת מצב הדברים כחלק מיסודות העבירה

סעיף 20(א) קובע שמחשבה פלילית כוללת "מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות". הסעיף שאנו דנים בו, העוסק בטעות במצב דברים, אינו מבחין בין מי שאינו מודע לטיב המעשה ובין מי שאינו מודע לקיום הנסיבות.

המשפט העברי מבחין בין השניים ביחס לעברת חילול שבת: כך, מי שהתכוון לחתוך עשב בשבת מתוך מחשבה מוטעית שהעשב תלוש, וחיתוכו מותר בשבת, אך נמצא שהעשב מחובר, ייחשב, על פי דין תורה, כמי שלא חילל שבת<sup>124</sup>.

ולעומת זאת, אדם שעשה בשבת מלאכה אסורה, מתוך מחשבה מוטעית שמדובר ביום חול, ייחשב כמי שחילל שבת ויתחייב בקרבן<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> משנה יבמות, פרק י, משנה ב; יבמות פז ע"ב; רמב"ם הלכות גירושין, פרק י, הלכה ה; הלכות שגגות, פרק ה, הלכה ה.

<sup>123</sup> רמב"ם, הלכות שגגות, פרק יד, הלכה ג, וראה גם להלן, הערה 242.

<sup>124</sup> שבת עב ע"ב; רמב"ם, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ז.

<sup>125</sup> שבת סז ע"ב; רמב"ם, הלכות שגגות, פרק ז, הלכה ב.

יש להבחין, אפוא, בין טעות בטיב המעשה, המביאה לכך שהאדם ייחשב כמי שלא עבר עבירה כלל, לבין טעות בקיום הנסיבות, המביאה לכך שהאדם ייחשב כמי שעבר את העבירה בשוגג. המקרה של "נתכוין לחתוך את התלוש ונמצא מחובר" הוא מקרה של טעות בטיב המעשה, ועל כן הטועה ייחשב כמי שלא עבר עבירה. לעומת זאת, המקרה בו אדם סבור בטעות שמדובר ביום חול הוא מקרה של טעות בקיום הנסיבות, ועל כן ייחשב האדם כמי שעבר עבירה בשוגג.<sup>126</sup>

בשונה מעבירת חילול שבת, קיימת קבוצת עברות שבהן טעות בטיב המעשה לא תפטור מקרבן. אלו הן עברות של "חלבים ועריות", דהיינו איסורי אכילה, כגון איסור אכילת חֶלֶב, ואיסור בעילת אחת מן העריות, בהן ה"מתעסק" חייב<sup>127</sup>. כך למשל, אדם שהיה סבור שבפיו רוק ובלעו בלא כוונת אכילה, ונמצא שמדובר בחֶלֶב האסור באכילה - יתחייב קרבן חטאת<sup>128</sup>. על פי דברי התלמוד, המיוחד בחלבים ועריות הוא שבעברות אלו נהנה האדם מן העבירה<sup>129</sup>. המפרשים נחלקים בשאלה אלו איסורים והנאות יש להכליל בקטגוריה זו: יש הסוברים שהנאה לעניין זה נחשבת רק הנאה הבאה לתוך הגוף כהנאת אכילה<sup>130</sup>, ויש הסוברים שבקטגוריה זו נכללים כל המקרים שיש בהם לאדם הנאה מכל סוג שהוא מעשיית העבירה<sup>131</sup>. "קובץ שיעורים" כותב<sup>132</sup>, שכדי לקבוע אילו איסורים לדמות לחלבים ועריות ואילו לא, יש לבחון את מהותו של האיסור. לדעתו, יש להבחין בין שני סוגי איסורים: הסוג האחד, איסורים שבהם עיקר ההקפדה הוא על ביצוע המעשה על ידי **אדם**, כאשר אם התרחש המעשה מעצמו אין בדבר כל פסול; והסוג השני, איסורים שבהם עיקר ההקפדה היא על התוצאה האסורה - בין אם היא נגרמה על ידי מעשה אדם ובין אם לא. דין "מתעסק", הוא מבאר, פירושו שהמעשה שנעשה אינו מתייחס לאדם שעשאו, אלא נחשב כאילו נעשה מעצמו. לכן, באיסורים שבהם ההקפדה היא שהמעשה לא ייעשה על ידי **אדם**, כגון חילול שבת, יהיה המתעסק פטור. לעומת זאת, באיסורים שבהם ההקפדה היא שלא להגיע לתוצאה האסורה - יהיה המתעסק חייב<sup>133</sup>. באכילת מאכלות אסורות וביחסי אישות אסורים יש פסול בעצם התוצאה האסורה, ואין זה משנה כיצד נגרמה הנאה זו.

מאידך גיסא, יש עברות שבהן גם טעות בקיום הנסיבות פוטרת אף מקרבן. כך בעברת שבועת שקר. אף שמי שנשבע שבועת שקר בשגגה חייב קרבן, אדם שנשבע לשקר מתוך טעות במצב דברים - פטור. כך, למשל, אדם שנשבע שאכל, ולאחר מכן נזכר שלא אכל - פטור מן הקרבן אף שנשבע שבועת שקר. הדבר נובע מן העובדה שבשעה שנשבע היה משוכנע שאכן אכל, ונמצא אפוא שנשבע

<sup>126</sup> ראה תוספות, כריתות יט ע"ב, ד"ה דהא לא איכוון.

<sup>127</sup> משנה, כריתות פרק ד משנה ב, יט ע"א. וראה דברי רב נחמן בשם שמואל, כריתות יט ע"ב.

<sup>128</sup> רמב"ם, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ז.

<sup>129</sup> כריתות יט ע"ב.

<sup>130</sup> ר"ן, חולין לב ע"א בדפי הרי"ף; וראה שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן נו.

<sup>131</sup> תוספות, סנהדרין סב ע"ב, ד"ה להגביה, על פי הבנת שו"ת אחיעזר, שם.

<sup>132</sup> קובץ שיעורים, חלק ב, סימן כג.

<sup>133</sup> מטעם זה, באיסורים שבהם המתעסק חייב, אף קטן יהיה בכלל האיסור, והטעם שאינו נענש הוא רק משום ש"רחמנא חס עליה לענין העונש". וראו: שו"ת בית שערים, יורה דעה, סימן תלז; שו"ת יביע אומר, חלק ג, אורח חיים, סימן כח.

שבועת שקר מתוך טעות במצב הדברים<sup>134</sup>. זהו המצב גם בשבועת הפיקדון: אדם שנשבע שאין ברשותו ממון חברו, והתברר לו אחר כך ששיקר בשבועתו, אם בשעה שנשבע, שכח שממון חברו מצוי ברשותו - הוא פטור מן הקרבן. גם כאן מבוסס הדין על העובדה שנשבע שבועת השקר מתוך טעות במצב הדברים<sup>135</sup>. הידיעה על השקר שבשבעה היא אפוא יסוד עיקרי בעבירה, ובלעדיה אין זו שבועת שקר כלל<sup>136</sup>.

עבירה נוספת אשר ידיעת מצב הדברים מהווה תנאי להגדרתה כעבירה היא עבודה זרה. העובד עבודה זרה בשוגג חייב קרבן. אולם, אדם שהשתחווה לעבודה זרה מתוך מחשבה מוטעית שמדובר בבית כנסת, פטור מקרבן<sup>137</sup>.

זהו הדין גם בעברת שחטי חוץ, לפיה אסור לשחוט בהמת קדשים מחוץ לעזרה שבמקדש. אולם, מי ששחט מחוץ לעזרה בהמה קדשים מתוך טעות שלפניו בהמת חולין (ששחיתתה מותרת מחוץ לעזרה), פטור מקרבן<sup>138</sup>.

האם ראוי לדמות את הדין הפלילי המודרני לעברות בהם יש פטור לכל טעות במצב דברים, בהם יש התייחסות לטועה כאל רשע (שוגג) או שיש להבחין בין טעות בטיב המעשה ובין טעות בקיום הנסיבות?

כיון שתכליתו של החוק הפלילי היא להגן על החברה מפני נזק העלול להיגרם לה<sup>139</sup>, נראה שאין מקום להבחנה בין טעות בטיב המעשה לבין טעות בקיום הנסיבות, ובכל טעות יש להטיל על הנאשם אחריות כרשע.

## 5. ידיעת מצב הדברים בגזל

שונה לכאורה מן האמור לעיל הוא דינו של הגזלן. שלא כבחיובי נזיקין, הגזלן עשוי להיפטר מעונש גם כאשר טעותו בנוגע לזהות בעליו של החפץ לא נבעה מהסתמכות על החזקה שלפיה מה

<sup>134</sup> שבועות כו ע"ב; רמב"ם, הלכות שבועות, פרק ג, הלכה ו.

<sup>135</sup> רמב"ם, הלכות שבועות, פרק א, הלכה י.

<sup>136</sup> ראה מ' מינקוביץ, המחשבה הפלילית, עמ' 67.

<sup>137</sup> ראה סנהדרין סב ע"א: "אי קסבר בית הכנסת הוא והשתחוה לו, הרי ליבו לשמים", וברש"י שם, ד"ה "הרי לבו לשמים".

<sup>138</sup> תוספות, שבת עג ע"א, ד"ה אלא לאו. וראה גם: מהרש"א, סנהדרין סב ע"ב, ד"ה רישא בעובד כוכבים; פני יהושע, שבת עג ע"א, ד"ה ובוזה נתיישב. אמנם נחלקו הפוסקים בהבנת הפטור מקרבן במקרה זה, אם משמעותו היא שמעשהו של האדם לא נחשב לעבירה כלל, או שמא מעשהו נחשב למעשה עבירה בשוגג, אלא שהוא פטור מקרבן מחמת גזרת הכתוב. שו"ת רבי עקיבא איגר, סימן ח, כתב שפרט לאיסורי שבת בהם "מלאכת מחשבת אסרה תורה", בשאר האיסורים אף שפטור מקרבן מחמת גזרת הכתוב, מעשהו נחשב למעשה עבירה בשוגג. ואולם, בעל אור שמת, הלכות גירושין, פרק א, הלכה יז, דחה את דבריו, ולדעתו רק בחלבים ועריות המעשה נחשב למעשה עבירה, "שכן נהנה", אך בשאר איסורים אין במקרה זה של טעות בעובדה כל עבירה.

<sup>139</sup> פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך א, עמ' 1, כותב: "דיני העונשין בכלל... משקפים את צרכי החברה המאורגנת להגן על הערכים החיוניים לתיפקודה התקין ולהתפתחות הרצויה, בהתאם לתפיסות החיים על פיהן היא מונהגת בתקופה נתונה".

שברשותו של אדם שייך לו. על פי ההגדרה שהובאה לעיל, טעות זו נחשבת טעות שאינה סבירה, אך למרות זאת יש בה בכדי לפטור את הגזלן.

מקור לכך ניתן למצוא במשנה במסכת בבא קמא<sup>140</sup>:

נתנו לבכורות בנו או לבעל חוב, לשומר חנם, לשואל, לנושא שכר ולשוכר, והיה מושכו ומת ברשות הבעלים - פטור. הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים ומת - חייב.

בביאור המשנה כותב רש"י<sup>141</sup>, שמדובר בגנב אשר נתן בהמה שאינה שלו לכוהן או לבעל חוב, והכוהן סבר בטעות שהוא מקבל את הבהמה מבעליה לצורך פדיון הבן, או שסבר המלווה בטעות שהוא מקבל את הבהמה מבעליה לשם פירעון החוב. על כך אומרת המשנה, שאם הוציא הכוהן או בעל החוב את הבהמה מרשות הבעלים, ועשה בכך מעשה קניין בבהמה, מתחייב הגנב שנתן לו אותה על ידי מעשה הקניין שעשה המקבל<sup>142</sup>. כך ביארו גם התוספות<sup>143</sup>, והוסיפו שהכוהן או בעל החוב נחשב כשלוחו של הגנב, ועל כן מעשה הקניין של המקבל נחשב כמעשה קניין שעשה הוא עצמו. התוספות מוסיפים, שעל פי הכלל "אין שליח לדבר עבירה"<sup>144</sup>, צריך היה השליח להיות חייב, ולא המשלח; אך משום שהכוהן או בעל החוב סבר בטעות שהחפץ שייך לגנב, ולא ידע שהוא במעשיו גונב אותו מבעליו - הוא פטור, והגנב חייב<sup>145</sup>. לשיטה זו, יהיה הכוהן או בעל החוב פטור מחיובי גניבה לא רק כאשר לקח את הבהמה בשליחותו של הגנב, אלא גם כאשר לא ייחשב כשלוחו של הגנב, דהיינו כאשר לקח את הדבר מן הגנב ברשותו, אך לא בשליחותו<sup>146</sup>.

<sup>140</sup> משנה בבא קמא, פרק ז, משנה ו; בבא קמא עט ע"א.

<sup>141</sup> רש"י, שם, ד"ה פטור.

<sup>142</sup> על הסבר זה כותב רש"י שהוא עיקר, אף שמביא גם הסבר נוסף שלפיו מדובר במקרה שהבעלים עצמם הם שנתנו את בהמתם לכוהן או לבעל החוב.

<sup>143</sup> תוספות, שם, ד"ה נתנו לבכורות בנו.

<sup>144</sup> קידושין מב ע"ב.

<sup>145</sup> שלא כשיטה זו, פסק הרמב"ם, הלכות גניבה, פרק ב, הלכה טז, כי הכוהן ובעל החוב חייבים. ונחלקו המפרשים בכוונתו: יש שכתבו שהרמב"ם מחייבם בכפל כדין גנב; ראו: דברי הראב"ד, בהשגתו שם; מגיד משנה, שם; ים של שלמה, בבא קמא, פרק שביעי, סימן לג. ויש שכתבו שהרמב"ם מחייב בקרן בלבד, כדין שומר; ראה שו"ת עונג יו"ט, סימן קסה, על פי שיטת הרמב"ן, המובאת בשיטה מקובצת, בבא קמא עט ע"א, ד"ה והרמב"ן ז"ל. עוד נחלקו הדעות, אם הרמב"ם מחייב גם כאשר הכוהן או בעל החוב לא ידעו שהחפץ גנוב. לדעת מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן ז, הרמב"ם מחייבם בכפל גם כאשר לא ידעו שהחפץ גנוב. מאידך גיסא, המגיד משנה ושו"ת עונג יו"ט הנ"ל כתבו שהרמב"ם מחייבם כדין שומרים רק כאשר ידעו שהחפץ גנוב. נתיבות המשפט, סימן שמח, ס"ק ד, כתב בדעת דרכי משה, בשם נימוקי יוסף, בבא קמא כט ע"א בדפי הרי"ף, שהחוב מדין שומרים הוא גם כאשר לא ידעו שהחפץ גנוב.

<sup>146</sup> קצות החושן, סימן שמח, ס"ק ד, ונתיבות המשפט, שם, ס"ק ד, נחלקו אם לדעת המחייבות את המשלח, כאשר השליח הוא שוגג, יהיה בכך בכדי לפטור את השליח. לדעת קצות החושן, ייפטר השליח במקרה זה; ואילו לדעת נתיבות המשפט, אין בחיובו של המשלח בכדי לפטור את השליח. לכאורה היה מקום לומר, לדעת קצות החושן, שסיבת הפטור בשליח בנידון דידן היא העובדה שבמקרה זה יש שליח לדבר עבירה, והמשלח חייב. לפי זה, אילו לא היה מדובר בשליח, דהיינו שהכוהן או בעל החוב לא היו לוקחים את הבהמה בשליחותו של הגנב, היו מתחייבים. ברם, גם נתיבות המשפט, סימן כה, ס"ק א, וגם קצות החושן, שם, ס"ק א, כתבו שהשליח פטור מחיובי גזלה בכל מקרה, גם אילו היה הדין שאין שליח לדבר עבירה. וראה גם ש"ך, סימן שמח, ס"ק ו, שכתב שאף אם המשלח פטור, "אין לזה טעם כלל" לומר שהשליח חייב. אולם, הרמ"א, דרכי משה, שם, אות ג, הבין בדעת המרדכי ונימוקי יוסף שפטורו של

במקרה זה, לא נבעה טעותו של הכוהן או המלווה מהסתמכות על החזקה שמה שתחת ידו של אדם שייך לו. נהפוך הוא, הבהמה אשר הגנב אמר להם לקחתה לא הייתה ברשותו של הגנב, אלא ברשותו של אדם אחר, ועל פי החזקה, היה עליהם לדעת שהבהמה איננה של הגנב כי אם של מי שהיא מצויה ברשותו; ואף על פי כן הם פטורים מחיובי גזילה.

בהבנת טעם הפטור נחלקו המפרשים. יש המבארים שהדבר נובע מאי-התקיימותו של היסוד העובדתי שבעבירה; ויש המבארים שאצל הגזלן, בשונה מן המזיק, גם טעות שאינה סבירה פוטרת מעונש.

על פי הדעה הראשונה, הלוקח בטעות חפץ שאינו שלו, אינו מוגדר כגזלן כלל. כשיטה זו סובר הריטב"א<sup>147</sup>; וכן היא דעת בעל "נתיבות המשפט", הכותב<sup>148</sup>: "ובודאי דלא נעשה גזלן להתחייב באונסין כשלא נתכוין לגזול כלל, דהא לא נתכוין לקנותו לגזילה".

לשיטה זו, בכדי להיחשב גזלן, אמנם אין צורך שיידע האדם שבמעשהו הוא גוזל, אך מכל מקום יש צורך בכוונה לקנות את החפץ ולהוציאו מרשות בעליו. על כן, מי שלוקח חפץ מתוך מחשבה מוטעית שהחפץ שייך לו - לא ייחשב כגזלן, משום שלא התכוון להוציאו מרשות בעליו וממילא החפץ לא נחשב כנמצא ברשותו. על פי הסבר זה, טעות במצב דברים בנסיבות אלו אינה נוגעת לשאלת היסוד הנפשי ולהגנת הטעות, אלא היא פרט מהיסוד העובדתי של העבירה.

כך יהיה הדין גם כאשר האדם לא ידע שהוא לוקח את החפץ הנגזל, כגון שהיה חפץ של חברו מונח בתוך תיק השייך לו, והוא לקח את התיק עם החפץ שבתוכו בלא שידע מה בתוכו. במקרה זה לא ייחשב לוקח החפץ כגזלן משום שבכדי להחשיב אדם כגזלן יש צורך שיקנה את החפץ בקנייני גזלה - דהיינו שיתכוון להכניס את החפץ לרשותו - וקניין זה אינו יכול להיעשות בחפץ שהקונה לא יודע על קיומו כלל<sup>149</sup>.

אכן, גם לשיטה זו, מי שלוקח חפץ מתוך ידיעה שהחפץ אינו שייך לו, אך מתוך מחשבה מוטעית שהוא עושה זאת ברשות - ייחשב כגזלן<sup>150</sup>.

על פי הדעה השנייה, גם הטועה מוגדר כגזלן, אלא שהטעות - אף שאינה סבירה - פוטרת את הגזלן. לדעה זו גם בנסיבות אלו מתקיים היסוד העובדתי של העבירה, אלא שעובר העבירה נהנה מהגנת "טעות". כשיטה זו סובר בעל "קצות החושן"<sup>151</sup>, המבאר שרק לעניין חיובו בנזיקין של

השליח במקרה זה נובע מחיובו של המשלח, ואם המשלח פטור, השליח חייב. על פי זה, אם הכוהן או בעל החוב לא היו שליחים, היו מתחייבים.

<sup>147</sup> חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב, ד"ה כסבורים של אביהם, על פי הסברו של מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן ז.

<sup>148</sup> נתיבות המשפט, סימן כה, ס"ק א.

<sup>149</sup> כך נראה מסברה על פי דברי אור זרוע, בבא מציעא סימן עא.

<sup>150</sup> מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן ז, בדעת הרמב"ם, הלכות גניבה, פרק ב, הלכה טז. כאמור לעיל, על פי הסברו של מחנה אפרים בדעת הרמב"ם, חייב הכוהן או בעל החוב בתשלום כפל, כדין גנב משום שהתכוון להוציא את הבהמה מרשות בעליה, ואילו טעותו לא הייתה סבירה. מאידך, יתומים שטבחו בהמה שאולה שהניח להם אביהם, לא ייחשבו כגנבים, משום שלא התכוונו להוציא את הבהמה מרשות בעליה.

<sup>151</sup> קצות החושן, סימן כה, ס"ק א.

אדם המזיק נאמרה ההלכה שחייב באונס כרצון, אך לא לעניין חיובי הגנב והגזלן. על כן, כל טעות שמחמתה לא נעשתה הגזלה במזיד, פוטרת את הגזלן - אף שמדובר בטעות שאינה סבירה.

אמנם, מן האמור עלולה להתקבל תוצאה אבסורדית, לפיה דינו של המזיק יהיה חמור מדינו של הגזלן, שכן המזיק מתחייב בשוגג (ואף באונס), והגזלן פטור בשוגג. אולם, הפטור המוזכר כאן בגזלן הוא פטור מאחריות על מה שיקרה לנכס ברשותו של הגזלן, כגון אם הפרה הגנובה תמות בביתו של הגזלן, שלא בגרימת הגזלן. ההבדל בין המזיק לגזלן הוא שהמזיק עושה פעולה ישירה בנכס, ועל זה חייבה התורה, אף אם פעולה זו נעשתה באונס. לעומת זאת, החיוב אצל הגזלן הוא על מעשה שנעשה ברשותו, אך לא על ידו. בכך חייבה אותו התורה רק אם גזל במזיד, אבל בשוגג הוא אינו מקבל על עצמו את האחריות לנזקיו של הנכס אותו גנב.

יש לציין עוד, שה"מרחשת" חולק על הקצות, וסבור שגנב שטעה טעות שאינה סבירה, חייב כמו מזיק. לדעתו, טעותו של הכוהן נחשבת טעות סבירה, משום שכוהן המקבל בהמה לשם פדיון הבן "אינו מחוייב לאסוקי אדעתיה דשל אחרים היא", ולכן הוא ייפטר<sup>152</sup>. לעומת זאת, אם היו לאדם פירות שלו ופירות שאינם שלו, שהופקדו אצלו, ורצה ליטול את שלו, אך מתוך חוסר תשומת לב נתחלפו לו, והושיט ידו לפירות הפיקדון ואכלם, חייב בתשלומים כגזלן, משום שהיה צריך לדקדק ולשים לב למעשיו.

נמצא לרוב הדעות, שטעות במצב דברים, אף בטעות שאינה סבירה, פוטרת את הגזלן מאחריות ממונית, ומכאן ניתן להקיש שטעות במצב דברים תפטור את הגזלן גם מאחריות פלילית. נזכיר שגם לפי החוק הישראלי, עבירת הגניבה היא עבירה הדורשת מחשבה פלילית, ולא עבירת רשלנות, ולכן אדם שגנב בטעות, לא יאשם בגניבה<sup>153</sup>.

## 6. טעות שאינה סבירה - רשלנות

הזכרנו לעיל<sup>154</sup> את דעת הסוברים שאדם שטעה משום שלא העלה על דעתו את אפשרות קיומו של האיסור, נחשב כ"מתעסק", והוא נפטר בעברות אחדות מחיובי קרבן. לשיטה זו יתחייב האדם בקרבן כאשר החליף בטעות בין שני חפצים<sup>155</sup>. בטעמה של ההבחנה הקיימת, על פי דעה זו, בין מקרה בו לא העלה על דעתו את עובדת קיומו של האיסור לבין מקרה שהחליף בו בין חפצים, כותב "אור שמח": "אם המלאכה נעשית בדבר שהוא עסוק בו, שפיר לא הוה ליה לעיוניה, ולא הוי רק

<sup>152</sup> מרחשת, חלק ב, סימן לב, סעיף א, אות ג. לדעתו, אין לחלק בין חיובי נזיקין לבין חיובי גנב וגזלן, "דכיון דרבתה תורה שוגג כמזיד לענין נזקים, ילפינן מיניה כל חיובי ממון, שנעשה גנב וגזלן גם כן בשוגג לענין חיובי אונסין והשבה. ובמקום שפטור מדין נזק, פטור גם כן מדין גניבה וגזילה, ודינם אחד". ועיין שם גם סעיף ג, אות ג, שכתב שעל פי כסף משנה (הלכות תרומות, פרק י, הלכה כו), נחלקו בשאלה זו הרמב"ם והראב"ד (שם): דעת הרמב"ם היא כדברי קצות החושן; ואילו הראב"ד סובר שאין לחלק בין גנב למזיק. וראה גם: ים שלמה, בבא קמא, פרק שביעי, סימן לג; גזע ישי, מערכת אות האלף, סימן קח; קהילות יעקב, בבא קמא, סימן יח, אות ב. בעניין גזלה בטעות, ראה גם י' בלס **עשיית עושר ולא במשפט** 33 (תשנ"ב).

<sup>153</sup> אמנם, ישנה עבירה נוספת, הקבועה בסעיף 413 לחוק העונשין, החזקת נכס חשוד שהיא עבירת רשלנות. ואולם, גם לעבירה זו מקורות במשפט העברי, ראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שנת, סעיף א; סימן שנו, סעיף א.

<sup>154</sup> לעיל, הערה 138.

<sup>155</sup> אור שמח, הלכות שבת, פרק א, הלכה ח.

כאנוס בדעתו, ואינו בגדר שוגג". ברם, כאשר הוא מחליף בטעות בין החפצים: "הוי קצת פושע ושוגג ואינו דומה לאנוס, וחייב".

"אור שמח" מוסיף, שאף על פי שכאשר נבחן את כוונתו של העבריין, מסתבר לחייבו דווקא במקרה הראשון, כשהתמלאה כוונתו, יותר מאשר במקרה השני, כשהחליף בין החפצים, מכל מקום אנו בודקים את מידת התרשלותו של העבריין, ובכך דווקא במקרה השני התרשלותו גדולה יותר.<sup>156</sup>

## סיכום

גישת החוק עולה בקנה אחד עם גישת המשפט העברי. הטועה טעות במצב דברים אינו נושא באחריות פלילית, אלא שעשוי הוא לשאת באחריות ברמה של רשלנות, אם היתה טעות בלתי סבירה.

## פרק חמישי: הטלת אחריות פלילית בהתאם למצב שדימה הנאשם

### א. מבוא

על פי החוק הישראלי, כאשר דימה הנאשם שהוא מבצע עבירה אחת, ובפועל ביצע עבירה אחרת, החמורה ממנה, תוטל עליו אחריות פלילית כאילו ביצע את העבירה שדימה, ולא את העבירה שביצע בפועל. בקביעה זו כלולים שני סוגי מקרים:

במקרה הראשון, מדובר ב"עברת אם" קלה ו"עברת בת" חמורה יותר, כאשר העבריין סבר בטעות שהוא מבצע את עברת האם, אף שבפועל ביצע את עברת הבת. בלשונו של פרופ' פלר<sup>157</sup>: "טעות במצב דברים המתבטא במערכת עובדות הנמנות עם רכיב נסיבתי של "עבירת בת", חמורה יותר, המייחדות אותה למול היסוד העובדתי שבעבירת האם הקלה יותר".

דוגמה לכך היא מקרה שטעה האדם בערכו של החפץ שגנב. על פי החוק, עובד ציבור הגונב דבר שהוא נכס המדינה וערכו עולה על אלף שקלים חדשים, דינו מאסר עשר שנים<sup>158</sup>. אם ערכו של החפץ פחות מכך, יורשע הגנב בעברת גניבה רגילה, שעונשה הוא מאסר שלוש שנים<sup>159</sup>. במקרה זה "עברת האם" היא גניבה רגילה, ו"עברת הבת" היא "גניבה בידי עובד ציבור". אם יגנוב עובד הציבור נכס מדינה מתוך הנחה מוטעית שהוא שווה פחות מאלף שקלים, ויתברר ששוויו עולה על סכום זה, תיוחס לו "עברת האם", דהיינו גניבה.

<sup>156</sup> את דבריו הוכיח "אור שמח" מדברי התוספות (שבת עג ע"א, ד"ה אלא לאו; סנהדרין סב ע"ב, ד"ה רישא בעבודת כוכבים), שכתבו כי מי שהתכוון לשחוט מחוץ למקדש בהמה שהיה סבור שהיא חולין, ונמצא שהיא בהמת קדשים - פטור; ולעומת זאת, מי שהתכוון לשחוט בהמת קדשים מחוץ למקדש, וטעה ושחט בהמת קדשים אחרת, חייב. אמנם, לדברי התוספות הללו ניתנו גם הסברים אחרים, ראה מהרש"א ומהר"ם שם.

<sup>157</sup> פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך ב, עמ' 521-522.

<sup>158</sup> סעיף 390 לחוק.

<sup>159</sup> סעיף 384 לחוק.



במקרה השני, מדובר בשתי עברות שונות לחלוטין: האחת, שהעברייין סבר שהוא עובר עליה, היא קלה; והשנייה, שאותה ביצע העברייין בפועל, חמורה יותר. בלשונו של פרופ' פלר<sup>160</sup>: "טעות במצב דברים שמתבטא במערכת עובדות שנמנות עם רכיב נסיבתי של עבירה, חמורה יותר, ושיש בהן כדי להבחין בינה לבין עבירה אחרת בעלת זהות נפרדת וקלה יותר, בשל רכיב נסיבתי שונה".

דוגמה לכך היא מקרה של אדם שנטל לעצמו חפץ שסבר שהוא אבידה, כאשר על פי מחשבתו המוטעית עבר במעשהו עבירה לפי חוק השבת אבידה<sup>161</sup>. בפועל לא הייתה זו אבידה, ועל כן לא היה במעשהו משום עבירה על חוק השבת אבידה, אלא עבירה על סעיף 383 לחוק העונשין, העוסק בגניבה<sup>162</sup>. במקרה זה תיוחס לעברייין עבירה של אי-השבת אבדה.

אשר לתפקידו הנורמטיבי של הסעיף, מבחין פלר בין שני המקרים: במקרה השני נועד לסעיף "תפקיד נורמטיבי עצמאי וממשי", שהרי במקרה זה חסר היסוד העובדתי הדרוש להתהוות העבירה שדימה שביצע אותה, ואף על פי כן הוא נענש כאילו ביצע את אותה עבירה. במקרה הראשון, לעומת זאת, גם בלא הוראה מיוחדת, ניתן היה לומר שכאשר לא ידע העברייין על נסיבה המוציאה את מעשהו מכלל עברת האם לכלל עברת הבת, ייחשב הדבר כאילו ביצע את עברת האם<sup>163</sup>.

ההיגיון בהבחנתו של פרופ' פלר הוא רב, עד שיש בו כדי לעורר את השאלה, מהי ההצדקה האנליטית לענישתו של העברייין במקרה השני? במקרה זה אמנם דימה העברייין שהוא מבצע עבירה, ואף ביצע עבירה בפועל, אך העבירה שביצע הייתה שונה לחלוטין מן העבירה שחשב לבצע, ומה ההיגיון בענישתו על "מנס ריאה" בלבד בלא "אקטוס ריאוס"<sup>164</sup>?

אפשר, שההצדקה לענישתו של העברייין במקרה זה זהה להצדקה שבענישה על עברת הניסיון. ביחס לעברת הניסיון, נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק<sup>165</sup>:

הן מבחינת השיקול הגמולי - אשמתו המוסרית של המנסה, והן מבחינת השיקול של הרתעת הפרט - הסכנה שבעושה - אין המנסה נבדל מן המבצע שהשלים את זממו. המנסה נכשל חרף רצונו להשלים את העבירה, בשל גורמים שאינם תלויים בו, ואם אין תולים אבחנות עונשיות במקריות, אין מקום להבחין מבחינת העונש בין המנסה לבין מבצע העבירה המושלמת.

דברים אלו ניתנים להיאמר גם ביחס לנשוא דיוננו. אך אם כך הדבר, אין זה ברור מדוע מבחין החוק בין הענישה הקצובה לעברת הניסיון, לבין זו הקצובה במקרה של טעות במצב הדברים<sup>166</sup>.

<sup>160</sup> פלר, שם, עמ' 522.

<sup>161</sup> חוק השבת אבידה, התשל"ג-1973, סעיף 9.

<sup>162</sup> ראה פלר, אינוס, לעיל הערה 57, עמ' 383.

<sup>163</sup> ראה פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך ב, עמ' 534-533.

<sup>164</sup> ואכן, לייסט תקף טענה זו של פלר, באמרו כי אין זה ראוי שסעיף המוגדר כהגנה ישמש כסייג לצמצום האחריות הפלילית, ובאותו זמן כסייג להרחבתה. לדידו, השפעתו האפשרית היחידה של הסעיף הינה זיכוי. ראה אלקנה לייסט **על הדיוק כפתרון לסוגיית הטעות במצב דברים במשפט הפלילי - עלייתו ונפילתו של האלמנט החמישי**, 3, 9-12 (עבודת גמר לתואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל אביב - הפקולטה למשפטים, 2003).

<sup>165</sup> דברי ההסבר לסעיף 27 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), הצ"ח (התשנ"ב), עמ' 129.

מדוע, למשל, אדם שסבר שהוא מחזיק רכוש גנוב, אף שבפועל החזיק סם מסוכן, תיחס לו עבירה של החזקת רכוש גנוב; ואילו אם האדם שסבר שהוא מחזיק רכוש גנוב, היה מחזיק בפועל חפץ אחר, היה נענש על ניסיון להחזיק רכוש גנוב?<sup>167</sup>

### 1. הבחנה בין טעות ב"עברת אם" לטעות בעבירה שונה

גם בשיטות משפט אחרות קיימת מודעות לקושי שבהחלת הוראות הסעיף גם על מקרה שמדובר בו בשתי עברות שונות<sup>168</sup>.

במספר מדינות בארה"ב קיימת הבחנה בין מקרה שהיחס בין העבירה שהעבריין דימה שהוא עובר אותה לבין העבירה שעבר בפועל הנו יחס של "עברת אם" ו"עברת בת", לבין מקרה שמדובר בשתי עברות שונות. במקרה הראשון נקבעה באותן מדינות הוראה הדומה לחוק הישראלי. לעומת זאת, במקרה השני נקבע כי העבריין יואשם בניסיון לעבור את העבירה שדימה שהוא עובר עליה<sup>169</sup>.

### 2. מחשבה מוטעית שאין עבירה לעומת מחשבה מוטעית שמדובר בעבירה קלה יותר

המודל הפלילי לדוגמה האמריקאי, אינו מחלק בין טעות ב"עברת אם" ו"עברת בת" לבין טעות בשתי עברות שונות. ברם, הוא מבחין באופן ברור בין מקרה שבו חשב האדם שאין במעשהו כל איסור לבין מקרה שבו גם על פי מחשבתו היה במעשהו משום איסור, אלא שחשב שהוא קל יותר מן האיסור שעשה בפועל.

וכך נכתב ב- Model Penal Code<sup>170</sup>:

Although ignorance or mistake would otherwise afford a defence to the offence charged, the defence is not available if the defendant would be guilty of another offence had the situation been as he supposed. In such case, however, the ignorance or mistake of the defendant shall reduce the grade and degree of the offence of which he would be guilty had the situation been as he supposed.

משמעותה של הבחנה זו הינה כי בעוד שבמקרה הראשון יזוכה הנאשם מן העבירה מחמת הגנת טעות, במקרה השני הוא יורשע בעבירה שביצע בפועל, ורק העונש יוגבל לזה שהיה צפוי לו על פי מחשבתו.

<sup>166</sup> סעיף 27 לחוק קובע על ניסיון לא יהיה עונש חובה או עונש מזערי. אין הוראה דומה בנוגע לטעות במצב דברים. <sup>167</sup> יש להעיר, כי בדוגמאות למקרה השני שמביא פרופ' פלר, מדובר בשתי עברות שהן אמנם שונות לחלוטין, אך הן "נמנות על אותה קבוצה של עבירות" (ראה פלר, שם, עמ' 533); אך נוסח החוק אינו קובע שהעברות צריכות להשתייך לאותה קבוצה, וגם פרופ' פלר אינו מציין כי זהו תנאי הכרחי להחלתן של הוראות הסעיף. נראה להעיר, כי עמדתו של פלר בסוגיה זו דומה לעמדתו בסוגית הכוונה המועברת: כשם שבכוונה מועברת נכנס לשיטתו של פלר ה"קרבן המיועד" בנעליו של ה"קרבן בפועל", כך בסוגיה דנן, נכנסת ה"עבירה המיועדת" או "המדומה" בנעליה של העבירה שנעשתה בפועל, ראה בפרק 'כוונה מועברת', ליד ציון הערה 27.

<sup>168</sup> ראו: American Law Institute, Model Penal Code, sec. 2.04, p. 273, note 11 (להלן: M.P.C.).

<sup>169</sup> זהו המצב במדינות: טקסס, אוקלהומה, יוטה, טנסי ועוד. ראה שם, בעמ' 274, ה"ש 15.

<sup>170</sup> סעיף 2.04(2) ל-M.P.C., שם, בעמ' 267.

במדינות אחדות בארה"ב הרחיבו עוד יותר את הבחנת המודל הפלילי לדוגמה, וקבעו כי במקרים בהם גם על פי טעותו של העבריין הוא עבר עבירה, לא תעמוד לו הגנת טעות כלל, והוא יורשע וייענש על העבירה שביצע בפועל<sup>171</sup>.

את ההצדקה להבחנה בין הטעויות, ניתן למצוא במקורות המשפט האנגלי. במקרים בהם דימה העבריין שהוא מבצע מעשה בלתי-מוסרי, הענישו אותו לעתים לא רק בעונש הקצוב לעבירה שדימה שהוא מבצע, אם בכלל מדובר בעבירה ענישה, כי אם בעונש הקצוב לעבירה שביצע בפועל.

בשנת 1875 הואשם באנגליה אדם בשם פרינץ בעבירה על סעיף 55 של "חוק עברות כלפי גופו של אדם (1861)"<sup>172</sup>, האומר: "כל הלוקח בניגוד לחוק... נערה לא נשואה שהינה פחות מבת 16, מרשות אביה או אמה, בניגוד לרצונם... יאשם בעוון". פרינץ לקח נערה בת ארבע עשרה מרשות אביה בלא הסכמתו. הנערה סיפרה לפרינץ שהיא בת שמונה עשרה. חבר המושבעים מצא שהנאשם אכן האמין כי היא בת שמונה עשרה, וכי היה לו יסוד הגיוני להאמין בכך. השאלה שנידונה הייתה אם יש לזכותו לאור טעות עובדתית זו? שישה עשר שופטים ישבו בדיון זה, ורק אחד מהם סבר שיש לזכות את הנאשם. יתר השופטים מצאו אותו חייב. השופט ברמוול אמר בנימוקיו לפסק הדין<sup>173</sup>:

יש למצוא אותו אשם, מפני שאם אדם בא ולוקח צעירה מרשות הוריה, בלי שידעו על כך, ואחר כך מתחתן אתה, עצם המעשה הזה הוא מעשה בלתי-מוסרי. ולכן בנסיבות אלה הוא מקבל על עצמו את הסיכון, כי הנערה תהיה למטה מגיל 16, ואז יעבור על החוק. במקרה זה לא נדמה את המצב כפי ששערו הנאשם.

על פי השקפה זו, סעיף הטעות במצב הדברים נועד להגן על האדם התמים, אשר לא העלה על דעתו שיש פסול כלשהו בהתנהגותו. אולם, אדם אשר ידע שהתנהגותו מהווה מעשה בלתי-מוסרי או בלתי-חוקי, אינו יכול לצפות להגנתו של החוק, גם אם התברר שבפועל ביצע עבירה חמורה יותר מזו אשר סבר לעשות.

בכך מיושב בחלקו הקושי שהצגנו לעיל. אדם אשר סבר שהוא מחזיק רכוש גנוב, ונמצא שהחזיק סם מסוכן, לא תעמוד לו הגנת טעות, והוא יורשע בהחזקת סם. לעומת זאת, מי שסבר שהוא מחזיק רכוש גנוב, ונמצא שלא החזיק דבר האסור בהחזקה, אין אפשרות להרשיעו אלא בניסיון להחזיק רכוש גנוב.

ברם, הסבר זה, שניתן להיאמר על פי ההבחנה שבמודל הפלילי לדוגמה, אינו ניתן להיאמר על פי החוק הישראלי, שלא הבחין בין שני המקרים, וקבע כי בכל מקרה "דנים את האדם לפי מצב הדברים כפי שדימה אותו כאילו היה זה המצב לאמיתו"<sup>174</sup>. קביעה זו מעניקה לעבריין בכל מקרה

<sup>171</sup> זהו המצב במסצ'וסטס ובוורמונט. ראה שם, בעמ' 274.

<sup>172</sup> Offences Against the Person Act (1861).

(כאן יבוא ציון הערה 173) הציטוט המתורגם מובא אצל אגרנט דיני עונשין 98

<sup>173</sup> Reg. v. Prince (1875).2 C.C.R. 174 (Kn.C.21); (1962), עמ' 98.

<sup>174</sup> ראה דברי ההסבר לסעיף 54 להצעת החוק.

את הגנת הטעות, ומטילה עליו אחריות רק בהתאם למצב שדימה, בין אם מצב זה משמעותו העדר איסור כלל ובין אם מצב זה משמעותו איסור קל יותר. קביעה זו, שמשמעותה ענישתו של האדם רק על מה שדימה במחשבתו, מעוררת את הקושי שהזכרנו לעיל - מדוע לא נחיל כאן את הוראות עבירת הניסיון?<sup>175</sup>

### ב. הבחנה בין טעות ב"עברת אם" לטעות בעבירה שונה

המכנה המשותף בין עברות אם לעברת בת הוא שהפעולה שבוצעה היא אותה פעולה. ההבדל בין מצב זה למצב שבו אין טעות הוא במעשה, הטעות היא באובייקט בו בוצע המעשה, או בתוצאה שהתקבלה בפועל. ואולם, עדיין יש לחלק בין שלוש קטגוריות:

קטגוריה ראשונה היא כאשר המבדיל בין העברות הוא רכיב נסיבתי נוסף. כגון שהתכוון לגנוב נכס, אך בפועל נכס זה הוא נכס מדינה, שהעונש על גניבתו חמור יותר. עבירה של גנבה של נכס מדינה היא גנבה, אך כוללת גם יסוד נוסף של נכס מדינה.

קטגוריה שניה היא כאשר המבדיל בין העברות היא התוצאה שהתקבלה בפועל. כגון אדם שהתכוון לחבול אך בפועל הרג, או להפך, שהתכוון להרוג אך בפועל רק חבל.

קטגוריה שלישית היא כאשר אדם טעה באובייקט בו ביצע את העבירה, וביצע עבירה שאינה כוללת את היסוד העובדתי של העבירה שחשב לבצע. כגון שאדם לקח נכס כאשר חשב בטעות שמדובר באבדה, ובפועל הנכס לא היה אבדה והוא ביצע גניבה. גנבה אינה כוללת בתוכה עבירה של לקיחת אבדה.

בקטגוריה הראשונה הדין הוא שהאדם חייב על העבירה שהתכוון לעבור, משום שהוא בפועל ביצע גם עבירה זו, שהיא "בלועה" בעבירה שביצע בפועל. כך ניתן להקיש מן הסוגיה בסנהדרין<sup>176</sup>, הקובעת שאישה שזנתה תחת בעלה, והתרו בה למלקות ולא למיתה, חייבת מלקות. מכאן, שכאשר אדם סבור שהוא עובר עבירה אחת ובפועל עבר עבירה אחרת הכוללת גם את העבירה שחשב שהוא עובר עליה, נענש על העבירה שחשב שעבר.

וכך כותב גם ה"מנחת חינוך"<sup>177</sup>, הדין במי שעבר על איסורי עריות, אך העדים התרו בו רק על הלאו הכללי של "קרבה לעריות"<sup>178</sup>, שהעובר עליו חייב מלקות, ולא על עונש ספציפי במי שקיים יחסים

<sup>175</sup> יש לעיין, אם ההבדל שבין החוק לבין המודל הפלילי לדוגמה הוא הבדל לשוני בלבד או שיש לו גם השלכות מעשיות. השלכה מעשית עשויה להיות למשל לעניין נוסח כתב האישום - האם האישום צריך לשקף את מצב הדברים שדימה העבריין, או את העבירה שעבר בפועל? כמו כן, עשויה להיות השפעה לעניין עונש על תנאי - האם תילקח בחשבון לעניין זה העבירה שעבר בפועל, או שמא העבירה שדימה שהוא עובר?

<sup>176</sup> ראה סנהדרין ט ע"א, ורש"י שם, ד"ה דאתרו ביה מלקות.

<sup>177</sup> מנחת חינוך, מצווה קפח אות א.

<sup>178</sup> ההלכה אוסרת קרבה אל העריות אף בלא ביאה, כגון חיבוק ונישוק.

עם ערווה, עליה הוא חייב מיתה. עובר העבירה חייב מלקות, משום שהביאה היא בכלל קרבה, ונמצא שהעבירה שביצע בפועל כוללת גם את העבירה שחשב לעשות<sup>179</sup>.

אמנם, בדוגמאות אלו אין אנו עוסקים במי שטעה טעות במצב דברים, שכן העובדות היו לכאורה ידועות לחלוטין: בסוגיה בסנהדרין האישה ידעה שהיא אשת איש, ובדינו של המנחת חינוך הובעל ידע שהאישה היא ערווה עליו. הטעות היא טעות משפטית, כאשר אנו מניחים שהאדם לא ידע את העונש שהוא עלול לשאת אם יעבור את העבירה. אולם, נראה שניתן להקיש מדין זה גם לטעות במצב דברים, שגם אז, ניתן להענישו על העבירה שחשב שהוא ביצע<sup>180</sup>.

בקטגוריה השנייה, הדין הוא כמו בקטגוריה הראשונה, שהאדם חייב על המעשה שביצע בפועל, אם המעשה שביצע כלול במעשה שחשב לעשות. כך עולה מן הסוגיה הדנה במי התכוון להרוג אך בפועל חבל באחר<sup>181</sup>. לפי רבי אלעזר, אף אם התרו למיתה, הוא חייב מלקות<sup>182</sup>, משום ש"מותרה לדבר החמור הוי מותרה לדבר הקל", ופירש על כך הריטב"א<sup>183</sup>:

אם קאמרו "אם תמיתנו תהרג" אינם נותנים לו רשות על ההכאה, אלא הכי קאמרי ליה: "תמיתנו תהרג, ואם תכנו תלקה", ואינהו קא מתרו שלא יעשה בו חבלה.

מסקנה דומה עולה מן הסוגיה הדנה במי שהרג את אביו בשוגג, האם הוא גולה או לא<sup>184</sup>. מן הגמרא עולה, שלמרות שהוא בפועל הרג, ההריגה כוללת בתוכה גם את ההכאה, וייתכן היה להעניש עליה בנפרד. המנחת חינוך כותב<sup>185</sup>, שאם אדם התכוון להרוג את אביו והתרו בו רק על הכאת האב ולא על "לא תרצח", הוא יתחייב על הכאת אביו, משום שהרציחה כוללת בתוכה גם

<sup>179</sup> אמנם, כאשר הוא חייב מיתת בית דין על הביאה, הוא פטור מעונש על הקרבה, משום שאין מחייבים את האדם בשני עונשים; אך כאשר אינו נענש על הביאה, ייענש במלקות על הקרבה. בדינו של המנחת חינוך, ניתן לראות את העבירה שסבר הנאשם שהוא עובר עליה כ"עברת אס", ואת העבירה שעבר בפועל כ"עברת בת", שהרי העבירה שעבר בפועל לא יצאה מכלל קרבה המהווה את "עברת האס", אלא שבנסיבות הספציפיות הייתה זאת לא רק קרבה אלא יותר מזה - ביאה, שהיא "עברת בת". מאחר ש"לא נתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד" (רמב"ם הלכות סנהדרין, פרק יב, הלכה ב; הלכות איסורי ביאה, פרק א, הלכה ג. וראה כסף משנה, הלכות סנהדרין, שם; ובמגיד משנה, הלכות איסורי ביאה, שם), אנו מתייחסים אליו, כאשר התרו בו על הקרבה ולא התרו בו על הביאה, כאילו סבר שאין איסור נוסף על הביאה מעבר לקרבה שיש בה, ומכאן שאם סבר העבריין שהוא עובר על "עברת אס", אך בפועל עבר על "עברת בת", ייענש בעונש הקצוב ל"עברת האס".

<sup>180</sup> ניתן לומר, שמאחר שמדובר במקרה שהייתה בו התראה, הטעות בעונש היא גם טעות במהות העבירה, משום שנכונות האדם לעבור על עבירה שעונשה מיתה יש בה העזת פנים גדולה יותר, וממילא מעשה חמור יותר, מאשר נכונות לעבור על עבירה שעונשה מלקות בלבד. ראה בעניין זה, א' דסברג, **התראה - מקור הדין וטעמו**, תחומין יב (תשנ"א) עמ' 307, בעמ' 325. עוד יש לציין, שהחולקים על דין זה סוברים שבמקרה זה ייפטר עובר העבירה לגמרי, משום ש"לאו שניתן לאזהרת מיתת בית דין אין לוקין עליו" (שבת קנ"ד ע"א), דהיינו שלאו שעונשו מיתה יצא מגדר לאו רגיל, ועל כן בכל מקרה לא ייענש העובר עליו בעונש מלקות.

<sup>181</sup> כתובות לג א.

<sup>182</sup> אמנם, אם ישלם ממון על החבלה, לא ייענש בעונש מלקות, משום שעל פי ההלכה אין לוקין וגם משלמים.

<sup>183</sup> שיטה מקובצת בשם ריטב"א, שם, ד"ה אי דלא אתרו ביה.

<sup>184</sup> מכות ח ב.

<sup>185</sup> מנחת חינוך, מצוה מח, ד"ה ואם הרג אביו או אמו.

הכאה, ואין מדובר בעברות שונות לחלוטין, "דמה לי קטלא פלגא מה לי קטלא כולה". ואם התכוון להכות את אביו ובטעות הרגו, חייב על הכאת אביו, "כי היה מזיד על החבורה".

מכאן, שאם אדם התכוון לעבור "עברת אס" ובפועל ביצע "עברת בת", הוא מתחייב על העבירה שביצע, ובלבד שעבירה שביצע כלולה בעבירה עליה התכוון לעבור.

בקטגוריה השלישית, הדין הוא שהאדם פטור על העבירה שביצע בפועל, ומתחייב ברמה של רשלנות, ובמקרים קיצוניים ברמה של קלות דעת. אין הוא נושא באחריות על מה שחשב לעשות. כך עולה מן הדין של התראה, שצריכה להיות ספציפית, על העבירה שעליה האדם עובר. לכן, אדם שהתרו בו על כך שהוא אוכל חמץ בפסח, ובפועל התברר שלא אכל חמץ אלא נבלה או איסור אחר, אינו חייב מלקות. כמו כן, אדם שהתכוון לגזול, ובפועל לקח אבדה, אינו עובר על "לא תגזול"<sup>186</sup>. כמו כן, אדם שחשב שהוא בועל אשת איש, אך בפועל בעל אישה ממזרת שחייבים עליה מלקות, אינו חייב מלקות.

[ואולם, יש להעיר, כי כאשר עוסקים ב"מכת מרדות", היינו בענישה הרתעתית, ולא בענישה מן הדין<sup>187</sup>, יש להעניש את מי שעבר עבירה, אף אם תכנן לעבור עבירה אחרת. כך עולה מדבריו של הבית הלוי<sup>188</sup>, בדין אדם שהתכוון לשתות חלב בהמה טמאה, ובפועל שתה חלב פרה שנחלבה על ידי גוי (האסור מדרבנן), שיש להתייחס אליו כאל מי ששתה חלב נוכרי במזיד].

הבחנה בין טעה וסבר שהדבר מותר, לבין ידע שהדבר אסור, קיימת גם לגבי חיוב קרבן. בעוד ש"מתעסק"<sup>189</sup> פטור מקרבן, מי שהתכוון לאיסור אחד, ונמצא שביצע איסור אחר – חייב קרבן. לכן, מי שהתכוון לבוא על אשתו נידה, ובא על אחותו, חייב קרבן אף על פי שלא נתכוון לאותו איסור<sup>190</sup>.

<sup>186</sup> בבא מציעא כא א.

<sup>187</sup> ראה טעות במצב משפטי, פרק ב, סעיף א2, מכת מרדות.

<sup>188</sup> בית הלוי על התורה, בראשית, פרק לד, פסוק ז: "ובאמת היה שוגג בזה, דאם היה יודע מזה לא היה אוכלו כי אין בדעתו לעבור על איסור דאורייתא, מכל מקום לדידיה אינו נחשב זה לשוגג, יען על כל פנים נתכוין לדבר האסור". בית הלוי מבסס את דבריו על בבא קמא סב ע"א (וראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצא, סעיף ד): "הנותן דינר זהב לאישה, ואמר לה: הזהרי בו של כסף הוא, הזיקתו - משלמת דינר זהב, משום דאמר לה: מאי הוה ליך גביה דאזקתייה". לדעתו, ניתן להקיש מדין זה גם לעונשים אחרים שאינם בתחום הנזיקין. הוא מבאר שהעונש המתואר בתורה, שנענש בו שכם על ששכב את דינה בת יעקב, היה עונש חמור מחמת מעלתו המיוחדת של יעקב, אשר גרמה לכך שמי שטימא את בתו נחשב כמי שעשה מעשה חמור במיוחד. "אבל כיון דגם בת אדם פשוט אסור לו לטמאה, אם משום גדר או משום דהיה בעל כרחו, וכל המעשה הוא בעצמו עון אשר חטא בה, ממילא מגיע לו העונש כפי ערך הנבלה אשר עשה. דזה לא נקרא שוגג, דמה לו להכנס לרשות שאינו שלו". אומנם בית הלוי אמר את דבריו בדרך דרוש, ועיקרו על ענישה שבידי שמיים, אולם נראה שניתן ללמוד מדבריו לענישה שלא מן הדין.

<sup>189</sup> ראה לעיל, ליד הערה 124.

<sup>190</sup> השמטות לשיטה מקובצת, כריתות יט ע"ב, אות א. משמע מדבריו, שאף בלא הטעם של "שכן נהנה" הוא חייב. אמנם, מכאן אין הוכחה שיענש הנאשם בעונשה של העבירה שביצע בפועל, שהרי כאן קיימת זהות בין העונש על העבירה שדימה לעבור והעונש על העבירה שעבר בפועל. וראה בעניין זה תוספות רבי עקיבא איגר, כריתות, פרק ד, משנה ג, אות יד; ערוך לנר, כריתות יט ע"ב, ד"ה על דבר שהוא משום שם אחד; מלבי"ם, ויקרא ד, אות רסד. יש הסוברים שדין זה נאמר רק בחלבים ועריות, שבהם אם נתכוון להיתר ועשה איסור, פטור; ואילו אם התכוון לאיסור

## ג. סיכום

על פי המשפט העברי, מי שהתכוון לעבור עבירה אחת ועבר עבירה אחרת אינו נושא באחריות פלילית לעבירה שעבר. עם זאת, במקרים של עברת אם ועברת בת, שהמעשה שביצע כלול במעשה שחשב שהוא עושה, ניתן להענישו על העבירה שהתכוון לעבור. אבל בעברות שאין להם יסוד אחד, אין העובר נושא באחריות פלילית.

מכאן, שהקביעה שבחוק, ולפיה ייענש אדם על העבירה שדימה שהוא עושה אותה, תואמת את המשפט העברי רק בחלקה - במקרים בהם מדובר ב"עברת אם" ו"עברת בת", ובתנאי שמדובר בעונשים הדורשים התראה והתרו בנאשם על עברת האם - ייענש הנאשם על עברת האם. אולם בניגוד לחוק, על פי המשפט העברי, לא ייחשב אדם כמי שעבר עבירה במזיד גמור, אם כוונתו הייתה לעבור עבירה מסוג שונה, אף שאותה עבירה קלה יותר מן העבירה שביצע בפועל<sup>191</sup>.

## פרק שישי: טעות הנוגעת לסייגים לפליליות המעשה

### א. מבוא

על פי הפסיקה הקיימת, טעות במצב דברים כוללת לא רק מקרה שטעה בו הנאשם בנסיבות הקשורות ביסודות העבירה, אלא גם מקרה שהיה מודע בו לכל הנסיבות הקשורות ליסודות העבירה, אך טעה ביחס לסייגים לפליליות המעשה.

כך, למשל, מי שהיה מודע לעובדה שהוא עומד להרוג אדם, אלא שסבר בטעות שהוא מבצע את מעשהו מתוך הגנה עצמית, יוכל להתגונן בהגנת טעות, אם טעותו הייתה בהתאם להגדרות שבחוק<sup>192</sup>.

על פי נוסח החוק, אין הבדל מבחינת הדרישה לסבירות הטעות, בין טעות בנסיבות הקשורות ליסודות העבירה לבין טעות ביחס לסייגים לפליליות המעשה. הווה אומר, כאשר מדובר בעברות הדורשות מחשבה פלילית, בשני סוגי הטעויות די בטעות כלשהי, אף אם אינה סבירה, כדי להוות הגנה לנאשם<sup>193</sup>; ואילו כאשר מדובר בעברות רשלנות, בשני סוגי הטעויות יש צורך בטעות סבירה. נוסח זה עומד בניגוד לדברי פרופ' פלר, שכתב<sup>194</sup> כי ביחס לטעות בסייגים לפליליות המעשה, "למשל מצב של צורך מדומה - יש מקום מלא, הגיוני ונורמטיבי לתנאי הכפול, דהיינו שהטעות, שבגללה האדם הניח שאותו מצב קיים תהיה, ככלל, כנה וסבירה כאחת". על פי תפיסתו, בטעויות

---

אחד, ועשה איסור אחר, שאז התכוון להנאת איסור - חייב "שכן נהנה". ראה ערוך לנר, כריתות יט ע"א, ד"ה פרט למתעסק, ביישוב תמיהת הראשונים על רש"י, שבעות יט ע"א, ד"ה פרט למתעסק. וראה גם שב שמעתא, שמעתא א, פרק ג; צל"ח, פסחים ו ע"ב.

<sup>191</sup> וזוהי כאמור עמדתו של לייסט, לעיל הערה 164.

<sup>192</sup> פסק הדין המרכזי הראשון שניתן בעניין זה הוא ע"פ 54/49, **היועץ המשפטי לממשלה נ' עסלה**, פ"ד ד 496. פסק דין מרכזי עדכני יותר הוא ע"פ 4191/05 **אלטגאוז נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 25.10.06). לדיון בפסקי דין אלו ראה רבין וואקי, עמ' 894 ואילך.

<sup>193</sup> וכך נקבע גם בפסיקה, ראה אצל רבין וואקי, לעיל הערה 1, שם.

<sup>194</sup> פלר, אינוס, לעיל הערה 57, בעמ' 381.

מסוג זה, אף בעברות הדורשות מחשבה פלילית, תעמוד לנאשם הגנת טעות רק אם הייתה טעותו סבירה.

כמו כן, אין הבחנה בחוק בין סייגים שונים, דוגמת סייגי הצדק וסייגי פטור, ומכאן שגדרי הטעות יהיו אחידים בכל הסייגים הנזכרים בחוק<sup>195</sup>.

### שיטות משפטיות זרות

במאה ה-19 היה מקובל בעולם שטעות בלתי-סבירה ביחס לסייגים לאחריית פלילית לא תשמש הגנה לעבריין. אולם בימינו, בנוגע לסייג של הגנה עצמית, מסתמנת מגמה של שינוי, הנותנת הגנה לנאשם גם כאשר טעותו לא הייתה סבירה<sup>196</sup>. המלומד Williams, המצדד בשינוי זה, כותב שאין מקום להבחנה בין טעות ביסודות העבירה לבין טעות בסייג של הגנה עצמית. הגם שהגנה עצמית מוגדרת בחוק כסייג, הוא כותב, פגיעה שנעשתה מתוך הגנה עצמית אינה מהווה עבירה כלל, אם נעשתה בגבולות המותר בחוק. ומכאן, שטעות ביחס לסייג זה של הגנה עצמית כמוה כטעות בנסיבות הנוגעות ליסודות העבירה. על כן, כשם שביחס לקיומם של יסודות העבירה חייבת להיות מודעות בפועל, וטעות - אף בלתי-סבירה - תיחשב הגנה, כך גם ביחס להעדר הסייג של הגנה עצמית - גם טעות בלתי-סבירה תיחשב הגנה. לדעתו של Williams יש ליישם גישה זו, הגורסת שאין צורך בטעות סבירה, גם בנוגע לסייגים האחרים<sup>197</sup>.

### ב. הבחנות בין טעות ביסודות העבירה לטעות בסייגים

באופן עקרוני, מתייחס המשפט העברי לטעות או אי-ידיעה הנוגעים לסייגי העבירה בחומרה גדולה יותר מאשר לטעות או אי-ידיעה הנוגעים ליסודות העבירה. בעוד שבנוגע לטעות ביסודות העבירה, עשוי האדם להיחשב כמתעסק (כלומר אינו נושא באחריות כלשהיא), אף אם היה יכול לוודא את המצב העובדתי ולא עשה כן; בטעות בסייגי העבירה, האדם ייחשב במצב זה כשוגג (כלומר רשלן<sup>198</sup>). הסיבה לכך היא שבטעות הנוגעת לסייגים לעבירה, יודע מבצע המעשה שבנסיבות רגילות מעשהו הוא בגדר עבירה, אלא שהוא סבור שבנסיבות שהוא מצוי בהן הוא רשאי לעשותו. העובדה שידע האדם שאם לא יודא היטב שאכן מתקיימים כל התנאים המתירים לו לעשות את המעשה,

<sup>195</sup> חריג לכלל זה הוא במקרה של שכרות כתוצאה מהתנהגות חופשית במקור. כך, בע"פ 6656/08 חביבולין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.01.06) נקבע: "טעות במצב דברים כאשר עסקינן במצב של שכרות היא תרתי דסתרי, שכן במצב של שכרות (מלאה או חלקית) כתוצאה מהתנהגות חופשית במקור, קמה חזקה של מודעות. מטעם זה, כאשר אדם במצב של שכרות נתפס כשהוא נוסע נגד כיוון התנועה, לא תעמוד לו הטענה כי טעה במצב הדברים וסבר לחשוב כי לא היה תמרור 'אין כניסה'".

G. WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 137 (second edition, 1983); גישה זו מקובלת גם ב - M. P. (C. sec 3.09). וראה גם אנקר וקנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מס' 37 לחוק" פלילים ג 5, 11, הערה 35 (תשנ"ג).

<sup>197</sup> אולם, לאור הנימוק שהביא להעדר הצורך בטעות סבירה, נראה שהדברים ניתנים להיאמר רק בסייגי הצדק ולא בסייגי פטור: וכי ניתן לומר שפגיעה שנעשתה, למשל, על ידי שיכור או על ידי קטין אינה מהווה עבירה כלל! מסתבר שבמקרים אלו אכן הייתה עבירה, אלא שהחוק פוטר את מבצעה מעונש, ומכאן שיש מקום להבחין בין טעות בסייגי פטור לבין טעות בסייגי הצדק.

<sup>198</sup> ראה בפרק "המחשבה הפלילית".



יהיה מעשהו בגדר עבירה, מטילה עליו אחריות גדולה יותר מאשר במקרים של טעות הנוגעת לעבירה עצמה, שבהם לא העלה האדם על דעתו את האפשרות שיש איסור כלשהו במעשהו<sup>199</sup>.

### חילול שבת

הבחנה זו בין שני סוגי הטעויות עולה בעניין מי שטעה ומל בשבת תינוק שזמן מילתו היה ביום ראשון, ובכך חילל את השבת. במשנה במסכת שבת נאמר<sup>200</sup>:

מי שהיו לו שני תינוקות, אחד למול אחר השבת ואחד למול בשבת, ושכח ומל את של אחר השבת בשבת - חייב. אחד למול בערב שבת ואחד למול בשבת, ושכח ומל את של ערב שבת בשבת - רבי אליעזר מחייב חטאת ורבי יהושע פוטר.

בתלמוד מבואר<sup>201</sup>, שטעמו של רבי יהושע הפוטר הוא משום שהוא סובר ש"טעה בדבר מצווה ולא עשה מצווה, פטור". מדברי רבי יהושע עולה, כי אילו היה מתעסק בדבר שאינו מצווה, היה חייב קרבן. והקשו המפרשים, מדוע לא נפטור אותו מחמת היותו בגדר "מתעסק" בדבר היתר? שהרי לכאורה דומה מקרה זה למקרה שהאדם סבור על חתיכה שהיא שומן, ואכלה, ונמצאת חֲלָב, הנקרא "מתעסק"<sup>202</sup>.

ליישוב קושי זה כתב ה"אור שמח"<sup>203</sup>:

צריך לחלק בין אכילת שומן, שהוא מותר מצד עצמותו, למילה, שאינה מותרת רק מצד מצווה. והיינו טעמא, דנתכוין לשומן, אילו הייתה החתיכה שומן כפי כוונתו, אין בו כלל דרא דאיסור אכילה, ולא הוי ליה למירמי אנפשיה ולאזדהורי ביה. מה שאין כן במילה, דאטו אין על התינוק דרא דאיסורה של מלאכת איסור! הרי דאם יחבול בו יותר מכפי מה שהוא צריך למצות מילה, הרי הוא חייב. אם כן יש כאן בתינוק חיובא דחובל בשבת, והוי ליה לאזדהורי ולמירמי אנפשי. ולכן הוי בגדר שגגה, ולא בגדר מתעסק, כיון דאף לפי כוונתו אינו היתר גמור רק מצד מצווה, ואף לפי שגגתו הוי ליה לאזדהר שלא יבא לידי חיוב חטאת בחבלה בתינוק<sup>204</sup>.

מכאן, שבניגוד למקרים של טעות ביסודות העבירה, שבהם לעתים ייפטר הנאשם משום שלא היה חייב לוודא את העובדות לאשורן, אף שיכול היה לוודא זאת, הרי בטעות בסייגים לעבירה מוטלת על האדם חובת בדיקת הנסיבות בכל מקרה שניתן לוודא זאת, ואם לא עשה כן, ייחשב רשלן.

<sup>199</sup> אמנם, גם בטעות הנוגעת לעבירה עצמה, מעלה האדם לעתים על דעתו את האפשרות שיש במעשהו משום עבירה, ובמקרה זה אכן תיחשב טעותו חמורה יותר. ראה דברינו לעיל, ליד הערה 51, בנוגע לטעות בעברת ההריגה כשרוב הסיכויים היו שלא תתרחש עבירה.

<sup>200</sup> משנה שבת, פרק יט, משנה ד; שבת קלז ע"א.

<sup>201</sup> כריתות יט ע"ב.

<sup>202</sup> אמנם כפי שהבאנו לעיל, הסבור על חתיכה שהיא שומן, ואכלה ונמצאת חֲלָב, אכן חייב קרבן. אך כפי שהבאנו שם, בעברת חילול שבת בנסיבות דומות, הטועה פטור; ובענייננו הלא מדובר בעבירה של חילול שבת, והיה אפוא מקום לפוטרו מקרבן. יש לציין, שלשיטת אביי (שבת עב ע"ב - עג ע"א) המקרה של סבור שומן ונמצא חלב מוגדר כמתעסק; אך ההלכה נפסקה כדעתו החולקת של רבא (ראה רמב"ם, הלכות שבת, פרק א, הלכה ח).

<sup>203</sup> אור שמח, הלכות שבת, פרק א, הלכה ח.

<sup>204</sup> בעניין זה ראה שיטה מקובצת, כריתות יט ע"ב, השמטות, אות ט; שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן נו; תוספות רבי עקיבא איגר, שבת, פרק יט, משנה ד, אות קסא.

ברם, למרות האמור, לעתים מקלים בטעות בסייגים לעבירה יותר מאשר בטעות בעבירה עצמה. כך למשל, אם סבר הנאשם כי יש דחיפות בעשיית המעשה, ועל כן לא יכול היה לוודא טוב יותר את הנסיבות לאשורן, או כשטעה תוך כדי עיסוק במצווה.

אשר לסייג של הגנה עצמית, נאמרו במספר סוגיות כללים המגדירים את מידת הבירור המוטלת על האדם טרם בואו לבצע מעשה, ואם פעל על פיהם, הוא אינו נושא באחריות פלילית. להלן נדון בסוגיות של גנב הבא במחתרת, בדין הרודף ובסוגיות הנוגעות לצידוק.

### בא במחתרת

בדין בא במחתרת, התירה התורה לעתים להרוג את הגנב, אף אם בעל הבית אינו משוכנע שחייו בסכנה, והיא קבעה מספר קריטריונים בהקשר לכך. מקור הדין בשמות כב, א-ב:

אם במחתרת ימצא הגנב והכה ומת אין לו דמים. אם זרחה השמש עליו דמים לו.

על פסוק זה נאמר במכילתא<sup>205</sup>: "אם במחתרת ימצא הגנב, זה ספק שבא לגנוב ספק שבא להרוג". ביסוד הדין עומדת ההנחה, שהגנב מוכן להרוג את בעל הבית אם זה יתנגד לגניבה, והרי ברור שהוא יתנגד, משום ש"חזקה - אין אדם מעמיד עצמו על ממונו"<sup>206</sup>. על פי דברי המכילתא, הנחה זו אינה בגדר של ודאות גמורה, ואף על פי כן התירה התורה לפגוע בגנב, משום שספק פיקוח נפש דוחה שפיכות דמים<sup>207</sup>.

אמנם, במצבים מסוימים קיימת ודאות שהגנב לא יהרוג את בעל הבית. דוגמה לכך היא גנב שהוא אביו של בעל הבית<sup>208</sup>, או הימצאות בסביבה של אנשים המרתיעים את הגנב מלהרוג<sup>209</sup>. אם הרג בעל הבית את הגנב, אף שהיה אסור לו לעשות כן, הוא ייחשב רוצח, כמו שנאמר במכילתא: "אם ידוע הוא שבשלוש עמו, והרגו, הרי זה חייב"<sup>210</sup>; ובלשון הרמב"ם<sup>211</sup>: "אם הרגו, הרי זה הורג נפשי". אולם, בנסיבות מיוחדות, בהן בעל הבית משוכנע שחייו בסכנה, מותר לו להרוג את הגנב

<sup>205</sup> מכילתא, משפטים, קלב; וראה אבן האזל, הלכות גניבה, פרק ט, הלכה י.

<sup>206</sup> סנהדרין עב ע"א.

<sup>207</sup> ראה יומא פה ע"א; רש"י שם, ד"ה ושפיכות דמים. אולם, ייתכן שזהו דין מיוחד בבא במחתרת, שכן "מכיון שבא וחתר, התירה תורה דמו של זה, והוסר כלפיו הדין של איסור שפיכת דמים כל זמן שזה שבא עליו לא יצא מכל ספק סכנה האורבת לו בגרמו של זה. כי האיש הזה הבא במחתרת על מעשיו הוא שהתיר עצמו למיתה" (שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן ק); ואין ללמוד מכאן לגבי מקרים אחרים של ספק פיקוח נפש. וראה עוד גבורת ארי, יומא, שם; שפת אמת, יומא, שם; רש"י, פסחים ב ע"ב, ד"ה הכי; תוספות, שם, ד"ה אי; קובץ שיעורים, שם, סימן ד.

<sup>208</sup> רמב"ם, הלכות גניבה, פרק ט, הלכה י, על פי סנהדרין עב ע"ב.

<sup>209</sup> רמב"ם, הלכות גניבה, פרק ט, הלכה יא; וראה גם מלבי"ם, פרשת משפטים, אות קלב. לשיטת הראב"ד בהשגותיו על הרמב"ם, הלכות גניבה, פרק ט, הלכה ח, אף גניבה ביום היא מצב בו הנחת המוצא היא שהגנב לא יהרוג את בעל הבית.

<sup>210</sup> מכילתא, משפטים, קלב.

<sup>211</sup> רמב"ם, הלכות גניבה, פרק ט, הלכה י.

הבא במחתרת אפילו אם מדובר באביו<sup>212</sup>. יש להוסיף שלמעשה, לא ניתן יהיה בפועל להעניש בעונש מוות את מי שהרג את הבא במחתרת שלא כדון, אף אם התרו בו, משום שאף כאשר הבא במחתרת הוא אביו של בעל הבית, יוכל בעל הבית לטעון שהיה ברור לו שאביו שונאו, ושהוא יתנהג כמו כל גנב אחר, ועל כן הרגו<sup>213</sup>. ומכאן, שטענת הטעות בסייגים תעמוד לרוצח הפועל מתוך הגנה עצמית.

עם זאת, נראה שיש לחלק בין שני המצבים: אם היה על הרוצח לבדוק והתרשל בבדיקה שלו (כגון שיכל בקלות להדליק את האור ולראות שזה אביו, מבלי להסתכן בכך) דינו יהיה "קרוב למזיד"<sup>214</sup>. לעומת זאת אם לא היה עליו לבדוק, גם אם טעה טעות סובייקטיבית בלבד, דינו יהיה "קרוב לאונס" (כגון שהאב כיסה את פניו או שלא ניתן היה להדליק את האור)<sup>215</sup>.

מכאן, שכשהרג בעל הבית את הגנב, יש לבדוק אם היה סביר להניח שחייב בסכנה. אם התשובה לשאלה זו היא חיובית, עומדת לו ההגנה. אך אם התשובה היא שלילית, הוא ייחשב כרוצח הקרוב למזיד (פזיז).

## רודף

בעניין רודף פוסק הרמב"ם<sup>216</sup>:

הרודף אחר חברו להרגו, אפילו היה הרודף קטן הרי כל ישראל מצווין להציל הנרדף מיד הרודף, ואפילו בנפשו של רודף... אחד הרודף אחר חברו להרגו או רודף אחר נערה מאורסה לאונסה.

גם בדינים אלו נקבע מתי ההריגה מותרת. מאחר שבדין רודף מדובר באופן בו יש ודאות שחייב של הנרדף בסכנה, לא נאמרה בו ההבחנה בין אב על הבן ובין בן על האב<sup>217</sup>. עם זאת, ההיתר מותנה בכך שההורג וידא שאין כל אפשרות להציל את הנרדף באופן אחר, כגון על ידי פגיעה באחד

<sup>212</sup> תוספות, סנהדרין עב ע"ב, ד"ה כאן באב על הבן. וראה גם רש"י, סנהדרין עב ע"ב, ד"ה אב הבא על הבן, שכתב שבמקרה זה "מספק אל יהרגו בנו"; ושם, ד"ה בן על האב, שכתב שבמקרה זה "הרגו מספק". מכאן שמבחינתו של בעל הבית הספק זהה בשני המקרים. וראה מעשה רוקח, הלכות גניבה, פרק ט, הלכה יג, שכתב שבמקרה של אב הבא על הבן אמרה התורה אל תהרגו, אף אם בעינינו נראה שונא, כי מכל מקום הטבע גובר, ולא יהרגו. אולם אם "נודע בברור שהאב הוא שונא להבן, ויהרגו אם יעמוד כנגדו... מותר להרגו". ראה ערוך השולחן, חושן משפט, סימן תכה, סעיף י; חסדי דוד, סנהדרין, פרק יא, ד"ה הבא במחתרת; וראה גם אבן האזל, להלן, הערה 216.

<sup>213</sup> שו"ת דרכי נועם, אבן העזר, סימן לט.

<sup>214</sup> ראה שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן שח. אם לא ידע שהגנב הוא אביו, והיה עליו לדעת זאת, מסתבר שייחשב שוגג הקרוב למזיד, כדין סבור בהמה ונמצא אדם; ראה רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכה י.

<sup>215</sup> מסתבר הדבר, שבמצבים של הגנה עצמית, אין מקום לשוגג במובן שגולה. לעומת זאת, מי שחשב שמותר לו להכות ובטעות הרג, כגון שליח בית דין שטעה במניין המלקות, או האב שהיכה את בנו במלאכה שאין בה מצווה, גולה, ואינו נחשב כקרוב למזיד, משום שמותר לו להכות.

<sup>216</sup> רמב"ם, הלכות רוצח, פרק א, הלכה ו, הלכה י. יש לציין כי יש הבחנה בין דין בא במחתרת לדין נערה המאורסה ורודף. במקרה הראשון ההיתר להרוג הוא רק בגדר רשות, ואילו במקרים האחרים זוהי מצווה; ראה רש"י, סנהדרין עב ע"א, ד"ה מאי; תוספות, שם עג ע"א, ד"ה אף; אפיקי ים, חלק ב, סימן מ; אבן האזל, הלכות גניבה, פרק ט, הלכה י.

<sup>217</sup> אבן האזל, הלכות גניבה, פרק ט, הלכה י.

מאיבריו של הרודף<sup>218</sup>. כמובן, בכלל תנאי זה גם החובה שלא לפגוע ברודף כל עוד לא נעשה כל האפשר לוודא שאכן הוא מסכן במעשהו את חייו של הנרדף. אמנם, מסתבר שאם לא ניתן לוודא את הדבר, ולאור הנסיבות לא יצא הדבר מכלל ספק, יש לפעול על פי הקריטריונים שנקבעו בדן בא במחלת<sup>219</sup>.

בנוגע לאדם שפעל שלא בהתאם לקריטריונים הללו, כגון שהרג את הרודף אף שלא בדק אם יכול היה להצילו באחד מאיבריו, פוסק הרמב"ם<sup>220</sup>:

כל היכול להציל באבר מאיבריו ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף והרגו - הרי זה שופך דמים וחייב מיתה, אבל אין בית דין ממיתין אותו.

יש המפרשים את כוונת הרמב"ם שהרוצח אמנם חייב מיתה, אלא שבפועל לא ייהרג כיוון שלא ניתן לקיים בו דין התראה<sup>221</sup>.

לדעת אבן האזל, הטרחה המוזכרת ברמב"ם אינה לנסות להצילו באחד מאבריו, אלא שנמנע מבדיקת האפשרות להציל את הנרדף באחד מאיבריו של הרודף, וכתוצאה מהתעלמות זו לא ידע אם יכול היה להצילו באחד מאיבריו, שאז ייחשב כשופך דמים, אך לא יידון כרוצח במזיד<sup>222</sup>. אולם, אם ברור היה לו שיכול להצילו באחד מאיבריו, ובכל זאת הרג את הרודף מתוך כוונה, ייחשב רוצח במזיד, ובית דין ממיתין אותו<sup>223</sup>.

<sup>218</sup> סנהדרין עד ע"א; רמב"ם, הלכות רוצח, פרק א, הלכה ז.

<sup>219</sup> ראה שו"ת דרכי נועם, אבן העזר, סימן לט. ואולם על פי דברי ציץ אליעזר, חלק יג, סימן ק, שהובא לעיל, הערה 207, מסתבר שרק אם הספק נוצר כתוצאה מהתנהגות הרודף שלא כדין מותר יהיה להורגו אף במקרה של ספק. אולם, אם לא היה כל פסול בהתנהגותו של הרודף, וקיים ספק אם הוא מסכן את חייו של הנרדף, אין להורגו.

<sup>220</sup> רמב"ם, הלכות רוצח, פרק א, הלכה יג. וראה גם הלכות מלכים, פרק ט, הלכה ד, שבו נהגה על כך. לצורך הקביעה אם ניתן היה להצילו באחד מאיבריו, תילקחנה בחשבון הנסיבות המיוחדות של המקרה, כגון יכולת הדיוק של ההורג; ראה סנהדרין מט ע"א.

<sup>221</sup> ראו: כסף משנה, הלכות רוצח, פרק א, הלכה יג; משנה למלך, שם; שו"ת חוות יאיר, סימן לא; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא רביעאה, חלק א, סימן מב. לדעת פרופ' אנקר, להלן הערה 224, עמ' 154-163, ייחשב הנאשם רוצח במזיד רק אם ידע שניתן להציל את הנרדף בלא הריגת הרודף; אך אם לא ידע זאת, ייחשב קרוב למזיד. אולם, ייתכן שאין הדבר כך, כפי שעולה מן המקורות שהובאו בהערה 223, לפיהם כאשר ידע הנאשם שהוא יכול להציל את הרודף באחד מאיבריו, הוא יתחייב מיתה; ואם לא ידע זאת, לא יתחייב מיתה, אך ייחשב רוצח גמור. זאת ועוד, אם מדובר בנאשם שידע שהוא יכול להציל את הנרדף באחד מאיברי הרודף, מה טעם לחלק בין כשהרג הנרדף עצמו את הרודף לבין הרגו אדם אחר? הרי במקרה כגון זה, גם הנרדף עצמו ייחשב רוצח; ראה להלן, ליד לציון הערה 244. עוד יש לציון, שפרופ' אנקר עצמו כותב שלשון התלמוד היא כזו "המאפשרת את המסקנה שהמדובר במבחן אובייקטיבי, דהיינו, שבכל מקום שיכולים להציל באחד מאבריו נהרג עליו". אשר להשוואה שערך בין דין זה למקרים אחרים של שוגג, לעניות דעתי אין הנידון דומה לראיה, משום שמקרה זה חמור יותר, כיוון שהייתה בו כוונת הריגה; ראה דברינו להלן, ליד לציון הערה 247.

<sup>222</sup> אבן האזל, הלכות רוצח, פרק א, הלכה יג; הלכות מלכים, פרק ט, הלכה ד. וראה גם רדב"ז, הלכות מלכים, שם; כנסת הגדולה, חושן משפט, סימן תכה, סעיף כג.

<sup>223</sup> אבן האזל, שם; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא רביעאה, חלק א, סימן מב. דין זה נכון גם לגבי הנרדף עצמו שהרג מתוך כוונה; ראה כלי חמדה, מבן המחבר, אות ד; וראה מעין זה בסמ"ע, סימן תכא, ס"ק כח.

בעניין זה כותב פרופ' אנקר :

"כאשר המתגונן יודע שניתן למנוע את ההתקפה בדרך אחרת, והוא יודע שהינו משתמש בכוח מופרז, דינו כמו בהלכה של "יכול להצילו באחד מאבריו", ואז בלשון התלמוד "נהרג עליו". טעה המתגונן ביחס למצב ההתקפה, או ביחס לאמצעים שהיה עליו לנקוט, והטעות היתה סבירה, הרי דינו כאנוס ופטור מכלום... כאשר הטעות היתה כנה אך לא סבירה ביחס להגנה עצמית טעותו זו גורמת לו להיות קרוב למזיד הואיל והמתגונן יודע שהוא נוטל נפש"<sup>224</sup>.

לסיכום, הטעות כשלעצמה אינה מהווה אפוא בדינים אלו הגנה לנאשם, אלא אם כן פעל בהתאם לכללי ההתנהגות שקבעה ההלכה. אם פעל בהתאם לכללים אלו, הרי אף אם התברר מאוחר יותר שטעה, כגון שהתברר שהגנב לא התכוון להרוג את בעל הבית, או שהתברר שניתן היה להציל את הנרדף גם בלא הריגת הרודף, תיחשב טעותו לסבירה, והוא ייפטר. עם זאת, יש חשיבות למחשבתו הסובייקטיבית של הנאשם ביחס לאפשרות להענישו כדין רוצח גמור במזיד : דין רוצח גמור במזיד יחול על הנאשם רק כאשר קיימת ודאות שמעשהו לא נבע מתוך טעות או אי-ידיעה, וכל עוד קיימת אפשרות שנעשה המעשה מתוך טעות או אי-ידיעה סובייקטיבית, לא הורגים את הנאשם, אף שהוא נחשב מזיד.

### טעות בסייג הצידוק

כללים מעין אלו מצויים בהלכה גם בנוגע לסייג של צידוק<sup>225</sup>. להלן נבחן כללים אלו במסגרת שלוש סוגיות שונות: שליח בית דין שהרג; רופא שהזיק או הרג; כונס את יבמתו ונמצאת מעוברת.

#### שליח בית דין שהרג

שליח בית דין<sup>226</sup> שהכה את החייב מלקות, ובתוך כך המיתו, פטור מחובת גלות, משום שהכאתו הייתה בגדר מצווה. מקור הפטור מגלות במקרה של הכאה שבגדר מצווה הוא במשנה<sup>227</sup>:

מה חטבת עצים רשות; יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח בית דין<sup>228</sup>.

בדברי המשנה לא נתבאר אם פטור שליח בית הדין נאמר רק כאשר ביצע את המצווה המוטלת עליו במדויק או אף כשטעה. אולם, במשנה אחרת<sup>229</sup> נאמר לגבי שליח בית הדין המכה: "הוסיף לו

<sup>224</sup> א' אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין, עמ' 163 (תש"ז).

<sup>225</sup> יש להדגיש שכאשר אנו משתמשים במונח "צידוק" בנוגע להלכה, כוונתנו למה שנחשב על פי ההלכה כצידוק, דהיינו חובה שמטילה ההלכה על האדם, ולא דווקא למה שמוגדר בסעיף 34 לחוק צידוק, אף שבכמה מן הדברים קיים דמיון בין אלו.

<sup>226</sup> קיימת מחלוקת ראשונים בביאור המושג שליח בית דין במקרה זה: הרמב"ם, הלכות רוצח, פרק ה, הלכה ו, ביאר שהכוונה לשליח שמכה את הנמנע לבוא לדין; אך מרבית הראשונים מבארים שהכוונה לשליח שמכה את המחויב מלקות בבית דין (ראה למשל דברי הראב"ד בהשגתו על הרמב"ם, שם).

<sup>227</sup> משנה מכות, פרק ב, משנה ב; מכות ח ע"א.

<sup>228</sup> אמנם, הרמב"ם בחידושו (מכות ח ע"א, ד"ה ושליח) כתב בתירוץ אחד שביחס לפטור שליח בית דין שהמית אין צורך בטעם של עוסק במצווה, והוא פטור מטעם אונס. אך הדעה הרווחת בראשונים הוא כפי שהוא עצמו כתב בתירוץ השני, שגם פטורו של שליח בית דין הוא משום היותו עוסק במצווה. וראה צפנת פענח, הלכות כלאיים, פרק י, הלכה י.

עוד רצועה אחת ומת, הרי זה גולה". ההסבר הוא, שפטור שליח בית הדין מגלות הוא רק כאשר הלקה את החייב במספר המכות שהיה אמור להכותו על פי האומדן שאמדוהו, שאז היה במעשהו משום מצווה, ולכן הוא פטור. אולם, אם הלקהו בטעות יותר ממה שאמדוהו, חייב גלות<sup>230</sup>. על פי הסבר זה, שליח בית דין שהכה מתוך אי-ידיעה שהמוכה אינו יכול לעמוד במכות הללו, אם פעל בהתאם לכללים שקבעה ההלכה, דהיינו במקרה זה בהתאם לאומדן שאמד בית הדין את המוכה, תיחשב טעותו סבירה, והוא יפטור. אולם, אם לא פעל בהתאם לכללים הללו, תיחשב טעותו בלתי-סבירה ודינו כדין השוגג (רשלנות) שחייב גלות, למרות שסבר שהוא מקיים מצווה במעשהו. ניתן ללמוד מכאן, כי מי שעסוק במצווה ובטעות סבירה ביצע עבירה, ייחשב כאנוס, ויהיה פטור מאחריות פלילית אף ברמה של רשלנות.

רופא שהזיק או הרג<sup>231</sup>

בנוגע לרופא שהתכוון לרפא, אך מתוך טעות המית את החולה, נאמר בתוספתא<sup>232</sup>: "רופא אומן שריפא ברשות בית דין, הרי זה גולה". דין מקביל נזכר בתוספתא גם לגבי רופא שהזיק מתוך טעות, אך שם קיימת הבחנה בין שני סוגי טעות<sup>233</sup>: "רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק, פטור; חבל יתר מן הראוי לו, הרי זה חייב".

וכך נפסק בשולחן ערוך<sup>234</sup>:

ואם ריפא שלא ברשות בית דין, חייב בתשלומין, אפילו אם הוא בקי. ואם ריפא ברשות בית דין, וטעה והזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ואם המית, ונודע לו ששגג, גולה על ידו.

בעל "ערוך השולחן"<sup>235</sup> כותב כי רק כאשר נבעה הטעות מהתרשלות או מתוך חוסר עיון מספיק מצדו של הרופא, הרופא חייב גלות. אולם, אם עיין כראוי, נחשב מעשהו למצווה, והרי זה דומה לדינו של שליח בית הדין, הפטור מן הגלות. בהתאם לכך, כותב הרב וולדינברג<sup>236</sup>:

<sup>229</sup> משנה מכות, פרק ג, משנה יד; מכות כב ע"ב.

<sup>230</sup> ראה עוד: בבא קמא לב ע"ב; רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק טז, הלכה יב; שו"ת חתם סופר, חלק אורח חיים, סימן קעז.

<sup>231</sup> להרחבה ושלל הפניות ראה א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית (מהדורה שנייה, ירושלים תשס"ו), כרך ז, ערך רשלנות רפואית, עמ' 245-310.

<sup>232</sup> תוספתא, מכות (מהד' צוקרמאנדל), פרק ב, הלכה ה.

<sup>233</sup> תוספתא, בבא קמא, פרק ט, הלכה יא.

<sup>234</sup> שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלו, סעיף א.

<sup>235</sup> ערוך השולחן, יורה דעה, סימן שלו, סעיף ב. וראה גם הגהות יד אברהם (שם, ד"ה ואם ריפא ברשות בית דין), הסובר שיש להבחין בין דינו של רופא ובין דינו של שליח בית הדין שהמית, שפטור מגלות. הוא מבאר כי שליח בית הדין עשה מצווה בהכותו את החייב, שכן הוא פעל בהתאם לכללים שקובעת ההלכה. לעומת זאת, הרופא במקרה זה "לא עשה מצווה ברפואתו כשמת". בהסבר דבריו, כותב הרב שלמה זלמן אוירבאך (דבריו מובאים בספר נשמת אברהם, יורה דעה, סימן שלו, סעיף א, אות ז), שייתכן שכוונתו לרופא שניתח במקום הלא נכון, שגולה משום שמתחילה ועד סוף עשה פעולה לא נכונה, כשם שגם שליח בית דין שהכה במקום מסוכן, שאסור להכות בו, יגלה. אך אם טעה הרופא, למשל, במינון של טיפול חשמלי, לא יגלה, משום שעצם מעשהו היה רצוי, והרי זה כשליח בית דין שהפריז על המידה. על פי זה, ייתכן שיהיה הבדל בין רופא שנתן תרופה אחת במינון גבוה מדי, שלא יגלה, משום שעצם נתינת התרופה הייתה רצויה, לבין רופא שנתן שתי טבליות משתי תרופות שונות, או אף מתרופה אחת בשתי

דמסתבר לומר, דבטעה הרופא בעשיית זריקה, והחליף והזריק לחולה זריקה כזאת שגרמה למיתת החולה או לחבלתו, דבכהאי גוונא חייב אליבא דכולי עלמא, וכן אותו הדבר בהחליף סמי הרפאה שהיה צריך לתת לו. דדווקא בטעה הרופא וחשב לזריקה זאת או לסם זה למרפא הוא דיש מקום לומר דאנוס הוא, ואין לו אלא מה שעניני ראות, או דאין לך ברפואה שלא תהא בה מדת מה של סכנה, ומה שמרפא לזה ממית לזה... ואז הוא דיש גם מקום לדמותו לרב המכה את תלמידו או שליח בית דין שהכה את בעל הדין הנמנע לבוא לבית דין והמיתו בשגגה, דפסק הרמב"ם בפ"ו מרוצח ה"ו דפטור מגלות... משום דהא בכל זאת התעסק במצות הריפוי כפי הבנתו בחכמת הרפואה שבידו, אבל מה שאין כן בגוונא הנ"ל, בהחליף הזריקה או סם המרפא, דבזה הרי מתברר דגם לפי הבנתו הוא לא התעסק כלל וכלל במצות הריפוי, אלא בפחזותו החליף סם החיים בסם המות, ואם כן מסתבר דכל כגון דא אמרינן דאדם מועד לעולם, דדרכן של רופאים להתבונן בדרכי נתינת סמי המרפא היטב, ולכן שגגתו עולה לו בזה לזדון אליבא דכולי עלמא.

על פי דברי הרב ולדנברג, טעות רפואית תיחשב סבירה אם הטיפול הרפואי ניתן במועד ולאחר הפעלת שיקול דעת ראוי. במקרה זה, אף אם התברר ששיקול הדעת היה מוטעה, ייפטר הרופא. זאת ועוד, גם אם ידע הרופא מראש שייתכן שיזיק הטיפול, אם לאחר הפעלת שיקול דעת ראוי הגיע למסקנה שזהו הטיפול הדרוש, ייחשב גם כן כמי שטעה טעות סבירה, וייפטר. לעומת זאת, טעות רפואית שנבעה מחוסר הפעלת שיקול דעת ראוי, ובוודאי טעות שנבעה מהחלפה בין תרופות שנעשתה שלא במתכוון, תיחשב טעות בלתי-סבירה, שהרי "אדם מועד לעולם". במקרה זה יתחייב הרופא גלות כדינו של הרוצח בשגגה. ובהקבלה לדין הישראלי, הרופא ייחשב כגורם מוות ברשלנות.

שיקול דעתו של הרופא ייבחן באופן סובייקטיבי, בהתאם לרמת הידע הרפואי של הרופא המטפל, אך זאת בתנאי שהטיפול לא יכול היה להתבצע על ידי רופא מומחה גדול יותר. אם ניתן היה לבצע את הטיפול על ידי מומחה גדול יותר, ולמרות זאת טיפל בחולה הרופא המומחה פחות, וטעה, תיחשב טעותו בלתי-סבירה. בלשונו של הרמב"ן<sup>237</sup>:

דהאיך יורה בספק נפשות במקום שיש גדול ממנו, ואם נתעסק בהן בכלל שופך דמים הוא וכן גיהנם הוא בודאי, ואם ריפא שלא ברשות בית דין והזיק חייב בתשלומין בבקי, וכל שכן אחר, שאין בית דין מרשין למי שאינו בקי.

גם בדינו של שליח בית הדין וגם בדינו של הרופא אין הטעות כשלעצמה פוטרת בכל מקרה. הנאשם ייפטר רק אם פעל בהתאם למקובל בתחום הרפואה: אם פעל בהתאם לכללים אלו ייחשב כמי שעשה מצווה, ועל כן אף אם יתברר שטעה, יעמוד לו הסייג של צידוק, והוא ייפטר. לעומת זאת, אם פעל שלא בהתאם לכללים אלו וטעה, לא ייחשב מעשהו כמצווה ולא יעמוד לו הסייג של צידוק, ועל כן יתחייב. יש לציין שבשונה מן המקרים של הגנה עצמית, כאן גם כאשר יתחייב

פעמים שונות, במקום לתת טבליה אחת, שיגלה, משום שבנתינת הטבליה השנייה לא הייתה כל מצווה; וצריך עיון, וראה נשמת אברהם, שם.

<sup>236</sup> שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, רמת רחל, סימן כג.

<sup>237</sup> רמב"ן, תורת האדם, עניין הסכנה; כתבי הרמב"ן, מהדורת שעוועל, מוסד הרב קוק (תשכ"ד), עמ' מד. וראה שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלו, סעיף א. אמנם, מסתבר שגם אם יש בבית החולים רופאים מומחים יותר, אם על פי סדרי העבודה בבית החולים מוטלת חובת הטיפול בחולה מסוג זה על הרופא הפחות מומחה, תיחשב טעותו לסבירה, שהרי אין כלפיו כל טענה על שהתעסק ברפואה זו. ראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, רמת רחל, סימן כב; נשמת אברהם, יורה דעה, סימן שלו, סעיף א, אות ה.

הנאשם, לא יהיה זה במיתה, אלא רק בגלות. הטעם לכך הוא, שבניגוד לנסיבות של הגנה עצמית, שליח בית הדין והרופא לא התכוונו להרוג. אכן, דבר ברור הוא אם, דרך משל, הכה שליח בית הדין מעבר למה שאמדוהו, מתוך כוונה להרוג, ייחשב רוצח החייב מיתה, ואם לא התכוון להרוג נחשב קרוב למזיד<sup>238</sup>.

#### כונס את יבמתו ונמצאת מעוברת

התורה אוסרת קיום יחסי אישות עם אשת האח אף לאחר מותו של האח. איסור זה אינו קיים כשמת האח בלא בנים, שאז מצווה אחי המת לקיים מצוות ייבום, כי התורה מצווה את האח לשאת את אשת אחיו המת (דברים כה, ה). בעניין זה נאמר במשנה במסכת יבמות<sup>239</sup>: "הכונס את יבמתו ונמצאת מעוברת וילדה, בזמן שהולד של קיימא יוציא וחייבין בקרבן".

סיבת חיוב הקרבן היא שלאחר שילדה האישה התברר שלא הייתה זקוקה לייבום, וממילא הייתה אסורה על אחי בעלה. הראשונים מבארים, שהייבום נעשה בתוך שלושה חודשים לעיבורה, ולכן חייב קרבן, משום שהיה עליו להמתין שלושה חודשים, שהם שיעור הזמן שהעובר ניכר בו, כדי לוודא שאינה מעוברת. אך אם המתין שלושה חודשים, ולא הוכר עוברת, וכנסה ונמצאה מעוברת, פטור מהבאת קרבן, ונחשב לאנוס<sup>240</sup>: "כיון דרוב נשים עוברין ניכר לשליש, וזו הואיל ולא הוכר עוברת, מאי הוה ליה למיעבד".

אף שהמתנת שלושה חודשים אין בה ערובה מוחלטת לכך שהיבמה אינה מעוברת, שהרי יש מיעוט נשים שאין עוברין ניכר גם לאחר שלושה חודשים, מסתפקת ההלכה, לדעת ראשונים אלו, בהמתנה זו. מכאן, שמי שכנס את יבמתו מתוך מחשבה מוטעית שהיא אינה מעוברת, אם פעל על פי הכללים ההלכתיים, והמתין שלושה חודשים, תיחשב טעותו סבירה, והוא יפטור. אך אם פעל שלא בהתאם לכללים אלו, ולא המתין שלושה חודשים, תיחשב טעותו בלתי-סבירה, והוא יתחייב בקרבן. גם כאן, כמו במקרים שהובאו לעיל, אף שטעות שאינה סבירה לא תפטור את הנאשם, יש משמעות גם למחשבתו הסובייקטיבית של האדם: אם טעה, אף אם טעות בלתי-סבירה, ייחשב שוגג, ויתחייב קרבן. אך אם ידע שהיבמה מעוברת, ובכל זאת בא עליה, ייחשב מזיד, שאין מתכפר לו בקרבן<sup>241</sup>.

<sup>238</sup> בבא קמא לב ע"ב: "דאיבעי אסוקי אדעתיה דמייתי אינשי בחדא רצועה". מסתבר שכך יהיה הדין גם אם לא חרג שליח בית הדין ממה שאמדוהו, אך הכה מכה חזקה מעבר למקובל, מתוך כוונה להרוג (ראה מכות כג ע"א, שהיו ממנים אנשים חסרי כוח להלקאת החייבים). כך מדויק מלשון הרמב"ם, הלכות רוצח, פרק ה, הלכה ו, שכתב בטעם הפטור: "שהרי שגגו והרגו בשעת עשיית המצוה". וראה גם רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ה, הלכה יא; ערוך השולחן, סימן תכה, סעיף מב; וחזון איש, חושן משפט, סימן יז, ס"ק ב.

<sup>239</sup> משנה יבמות, פרק ד, משנה ב; יבמות לה ע"ב.

<sup>240</sup> תוספות, שם, ד"ה ונמצאת מעוברת. אשר לדעת הרמב"ם בעניין זה, נחלקו המפרשים: הקרן אורה, יבמות לה ע"ב, ד"ה והנה, מדויק מדברי הרמב"ם, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ח, שסובר שאף אם המתין שלושה חודשים יתחייב קרבן, משום שהיה עליו להמתין יותר עד שיצא לגמרי מכלל הספק; ואילו מדברי המשנה למלך, הלכות שגגות, פרק ה, הלכה ו, משמע שהתוספות והרמב"ם אינם חלוקים בעניין זה.

<sup>241</sup> תוספות, שם, ד"ה ונמצאת. וראה עניין זה עוד לעיל, ליד הערה 15 ואילך.



יש לציין, שבניגוד למקרים אחרים של טעות, בטעות הנובעת מהתנהגות בהתאם לכללים ההלכתיים, הוא פטור אף מחיוב קרבן. כפי שהבאנו לעיל, זהו המצב גם בטעות הנוגעת ליסודות העבירה.<sup>242</sup>

### בהילות כשיקול בסבירות הטעות

לעתים, אף על פי שלא פעל הנאשם בהתאם לכללים ההלכתיים, תיחשב טעותו כסבירה. מדובר במקרים שבהם בהילות מוצדקת של הנאשם לא אפשרה לו לוודא את העובדות לאשורן.

אחת הדוגמאות לכך היא דינו של הרודף. כפי שהבאנו לעיל, ההורג את הרודף כאשר היה יכול להציל באחד מאיבריו, נחשב רוצח. אולם, שונה הדבר כאשר מדובר בנרדף עצמו. יש מי שכתב, שנרדף שהרג את הרודף פטור, אף אם היה יכול להציל את עצמו באחד מאיבריו של הרודף. הטעם לכך הוא שהנרדף בהול על נפשו, וכיוון שבהילות זו מוצדקת, לא הטריחוהו חכמים לוודא שאכן אין באפשרותו להצילו את עצמו באחד מאיבריו של הרודף.<sup>243</sup> אכן, אם בלא כל טרחה וללא כל שהות יכול היה הנרדף להציל את עצמו באחד מאיבריו של הרודף, ונמנע מלעשות זאת, ייחשב רוצח, שהרי במקרה זה הריגת הרודף מעידה על זלזול בחיי הרודף, או אף על כוונה להרגו, והיא אינה תולדה של בהילותו של הנרדף.<sup>244</sup>

מקרה נוסף של טעות בסייג של צידוק, שההורג פטור בו מחמת בהילותו, מופיע בתשובות חתם סופר<sup>245</sup>, שנשאל אודות נערה משרתת אשר נתעלפה מחמת בהלה. גבירתה ראתה זאת והתכוונה לקחת צלוחית יין שרף לשפוך לתוך פיה כדי לעוררה, אך בטעות השקתה אותה בנוזל אחר אשר גרם למותה של הנערה. הגבירה פנתה בשאלה אם היא זקוקה לכפרה. בתשובתו פוטר אותה החתם סופר, כשם שפוטרים את שליח בית הדין<sup>246</sup>, משום שעשתה את המעשה לשם מצווה. אחד מנימוקיו לפסק ההלכה הוא בהילותה המוצדקת של האישה. בהקשר זה הוא משלב בדבריו שיקול תועלתי מסוים:

<sup>242</sup> ראה דברינו לעיל, ליד הערה 124. וראה גם שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יורה דעה, סימן צו; שיירי הקרבן על הירושלמי, מסכת יבמות, פרק ד הלכה א. נודע ביהודה ושיירי הקרבן חלוקים בנוגע לסיבת ההבדל בין הפטור בנידון דידן לבין חיובה בקרבן של האישה שנישאת בטעות לאחר שהסתמכה על שני עדים שהעידו שמת בעלה (יבמות פז ע"ב): לדעת נודע ביהודה האישה חייבת, משום שהתברר למפרע שהסתמכה על עדות שקר, ואם כן לא פעלה בהתאם לקריטריונים ההלכתיים; ואילו לדעת שיירי הקרבן, היא חייבת משום שאינה נחשבת טועה בדבר מצווה. מכאן שלדעת שניהם ייפטר הטועה מקרבן, אם עשה מעשה שהיה מצווה לעשותו, ופעל בהתאם לקריטריונים ההלכתיים. יש להדגיש כי כלל זה נכון גם לדעת הרמב"ם. ואף לדעת "קרן אורה" (לעיל, הערה 240), אין הרמב"ם חולק על עיקרון זה, כפי שמוכח מדבריו בהלכות שגגות, פרק ה, הלכה ו; אלא שלדעתו בדין הכונס את יבמתו אין קביעה הלכתית המתירה לכונס לאחר המתנת שלושה חודשים, אך אילו הייתה קביעה מעין זו, היה הכונס פטור מקרבן.

<sup>243</sup> ראו: מנחת חינוך, מצווה תר; משנה למלך, הלכות חובל ומזיק, פרק ח, הלכה י; פירוש הרא"ם, בראשית לב, ח; שו"ת חוות יאיר, סוף סימן לא; חזון איש, חושן משפט, סימן יז, אות ד. ובהגה על משנה למלך שם כתב בשם תשובה מבן הריב"ש בכתב יד, שדין זה נאמר דווקא בנרדף אבל איש אחר צריך לדקדק. אך המנחת חינוך והחוות יאיר נשארו בקושיה על כך, ומסתבר יותר שבכל מצב בו אדם בהול, אין עליו לדקדק.

<sup>244</sup> כלי חמדה סוף ספר שמות, מבן המחבר, אות ד.

<sup>245</sup> לעיל, ליד הערה 230.

<sup>246</sup> בהתאם לשיטתו שתובא להלן, ליד ציון הערה 275, על פי שיטת הראב"ד.

אין להעמיס עליה הרבה, כיון שעסקה בהצלות נפשות... ואם נחמיר נמצא מכשילן לעתיד לבא בפקוח נפש<sup>247</sup>.

פטור מקביל לפטור הנרדף קיים גם בחיובי הקרבן, בנוגע לטועה בדבר מצווה ועשה מצווה בשעה שהיה בהול<sup>248</sup>. מקרים אלו, שבהם התירה התורה לאדם לעבור עבירה כדי לקיים מצווה, דומים למצבים של עבירה הנעשית מתוך צידוק, וטעות בהם דומה אפוא לטעות בסייג הצידוק. כלומר, כאשר אדם בהול, גם טעות שבדרך כלל נחשבת לטעות שאינה סבירה, עשויה להיחשב כטעות סבירה.

דוגמה לפטור זה, ניתן למצוא בדין שהובא לעיל, העוסק באדם שמל בטעות בשבת תינוק שזמן מילתו לא היה בשבת. במשנה<sup>249</sup> נחלקו רבי אליעזר ורבי יהושע בדינו של אדם שהיו לו שני תינוקות למול: אחד מהם זמן מילתו בשבת, והשני לא, ובטעות מל בשבת את התינוק שזמן מילתו אינו בשבת: רבי אליעזר מחייב קרבן במקרה זה, משום שהיה במעשהו חילול שבת; ואילו רבי יהושע פוטר מקרבן, משום שהמל היה טרוד במצווה<sup>250</sup>. במסכת יבמות<sup>251</sup> מוסיפה הגמרא שרבי יהושע פוטר רק כשהטרוד במצווה "זמנו בהול"<sup>252</sup>.

להלכה, פוסק הרמב"ם כרבי יהושע<sup>253</sup>:

מי שהיו לו שני תינוקות, אחד למול בשבת ואחד למול בערב שבת או באחד בשבת, ושכח ומל שניהן בשבת, פטור מחטאת, שהרי יש לו רשות למול אחד מהן בשבת, ושבת דחוייה היא אצלו, ומצוה עשה אף על פי שהם שני גופין הואיל וזמנו בהול אינו מדקדק. אבל אם לא היה אחד מהן ראוי למול בשבת, ושכח ומל בשבת מי שאינו ראוי למול בשבת, חייב חטאת.

מלשון הרמב"ם עולה, שאין די בעובדה שהאדם בהול, ועל בהילותו להיות גם מוצדקת על פי המציאות האובייקטיבית. הבהילות נחשבת למוצדקת כאשר בפועל מוטלת עליו מצוות המילה, אך אם אין המצווה מוטלת עליו, הרי הבהילות נחשבת מוטעית מיסודה, ועל כן אינה יכולה להוות סיבה לפטור. בהתאם לכך כתבו נושאי כליו של הרמב"ם<sup>254</sup>, שאם הקדים ומל את שבת בערב

<sup>247</sup> מסתבר שאלמלא בהילותה של הגבירה לא הייתה נפטרת מעונש, משום שכפי שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 235, רופא הרגיל לטפל בחולים והחליף בטעות את סמי הרפואה, נחשב לו הדבר כרשלנות ופשיעה. וראה שו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן קה.

<sup>248</sup> ראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא רביעאה, חלק א סימן מב, שכתב שפטורו של הנרדף דומה לפטור מקרבן של הטועה בדבר מצווה ועשה מצווה. וראה צפנת פענח, הלכות כלאיים, פרק י, הלכה י, שכתב שחז"ל משתמשים במונח "טעה בדבר מצווה" כסיבת פטור רק במקרים בהם על פי מחשבתו של האדם דוחה המצווה איסור כלשהו, דהיינו כאשר על פי מחשבתו של האדם עומד לו הסייג של צידוק. במקרים אחרים משתמשים בנימוק של "אונס" כסיבת פטור.

<sup>249</sup> משנה שבת, פרק יט, משנה ד; שבת קלז ע"א.

<sup>250</sup> עיין שם בסוגיית הגמרא, שדנה באלו מקרים נחלקו רבי אליעזר ורבי יהושע.

<sup>251</sup> יבמות לד ע"א.

<sup>252</sup> אמנם לישון אחרת שם בסוגיה משמע, שרבי יהושע פוטר גם כשאין זמנו בהול; וכן משמע מפשטות הסוגיה בפסחים עב ע"ב, שההלכה היא כרבי יוחנן הפוטר אף כשאין זמנו בהול. מכל מקום, הרמב"ם פוסק להלכה שהוא פטור רק כאשר זמנו בהול; וראה גם לחם משנה, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ח.

<sup>253</sup> רמב"ם, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ח.

<sup>254</sup> ראה כסף משנה ולחם משנה, על הרמב"ם, שם.

שבת, ובשבת מל את של ערב שבת, יהיה חייב קרבן, משום שבמקרה זה לא ניתנה שבת להידחות אצלו, שהרי בשבת לא היה לו תינוק שזמן מילתו באותו יום, ולכן אין הוא נחשב כמי שהיה טרוד בדבר מצווה<sup>255</sup>.

לעתים יהיה הטרוד במצווה פטור מקרבן גם כאשר בפועל לא הייתה מוטלת עליו מצווה. מדובר במקרים בהם לא יכול היה לדעת, ואף לא היה חייב לדעת, שהמצווה אינה מוטלת עליו. דוגמה לכך מצויה בדינו של אדם ששחט קרבן פסח בשבת, ולאחר השחיטה התברר שהקרבן לא היה מיועד להקרבה, וממילא אסור היה לשוחטו בשבת. וכך אומרת המשנה<sup>256</sup>: "שחטו ונדע שמשכו הבעלים את ידם או שמתו או שנטמאו, פטור מפני ששחט ברשות".

בהסבר הפטור, כתב רש"י<sup>257</sup> שהוא משום שהשוחט נחשב לאנוס: "שאנוס הוא, דלא היה יודע שכן, ולא היה לו לבדוק על כך". טעות זו נחשבת לטעות סבירה ולכן דינה כאנוס<sup>258</sup>.

לעניין פטור מקרבן, עשוי אדם להיות מוגדר כמי ש"זמנו בהול" בין כאשר בהילתו נובעת ממצווה שבין אדם למקום, בין כאשר היא נובעת ממצווה שבין אדם לחברו<sup>259</sup>.

אמנם, יש לציין שלא בכל מצב שהאדם בהול מחמת מצווה המוטלת עליו הוא ייחשב כמי שבהילתו מוצדקת וייפטר, וההלכה קובעת מספר כללים אובייקטיביים המגדירים בהילתו כמוצדקת<sup>260</sup>.

<sup>255</sup> ראה גם: תוספות, יבמות לד ע"א, ד"ה טעה; חזון איש, אורח חיים, פסחים, סימן קכד לדף עב. גם אם הייתה מוטלת עליו המצווה באותו יום, אם כבר יצא ידי חובה, לא ייחשב טועה בדבר מצווה. ראה רש"י, סוכה מב ע"א, ד"ה לא שנו; ריטב"א, שם, ד"ה אמר אביי; כסף משנה, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה י. יש הסוברים שאדם ייפטר מקרבן רק אם הוא טרוד במצווה הדוחה שבת, אך אם היה טרוד במצווה שאינה דוחה שבת, כגון נתינת צדקה וכדומה, יהיה חייב. ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך טועה בדבר מצווה, עמ' רסד, ובמקורות המובאים שם בהערות 246-247.

<sup>256</sup> פסחים עא ע"ב.

<sup>257</sup> רש"י, שם, ד"ה פטור.

<sup>258</sup> ראו: מרכבת המשנה, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ח; כסף משנה, שם, הלכה יב.

<sup>259</sup> ראו: תוספות יום טוב, שבת, פרק א, משנה א, ד"ה פשט; אור שמח, הלכות שבת, פרק א, הלכה ח.

<sup>260</sup> על פי ההלכה, ייפטר אדם מקרבן מחמת זמנו בהול, רק אם מוטלת עליו מצווה שזמנה קבוע לאותו יום, ולא אם נבעה טעותו מהכנות למצווה שהוא חייב לקיים למחרת (ראה תוספות, סוכה מב ע"א, ד"ה עולת העוף; ערוך לנר, שם, ד"ה בד"ה עולת, ד"ה בד"ה מלשכה).

האור שמח, הלכות שבת, פרק א, הלכה ח, טוען שבהילתו אינה נחשבת מוצדקת כשהאיסור שעבר עליו מתייחס לאובייקט ספציפי, ואילו המצווה שחשב לקיים היא מצווה כללית, שאין צורך לעשותה דווקא באותו אובייקט. דוגמה לכך היא אדם התוקע בשופר של עולה מתוך מחשבה מוטעית שמדובר בשופר של חולין. במקרה זה מתכוון האדם לקיים מצוות תקיעת שופר, אלא שתוך כדי כך הוא עובר - מתוך טעות - עבירה של מעילה בהקדש. על פי שיטה זו ייחשב אותו אדם כמי שעבר על איסור מעילה (ראה ראש השנה כח ע"א), משום שמצוות תקיעת שופר אינה חייבת להתקיים דווקא בשופר המדובר, ואילו האיסור רובץ דווקא על שופר זה. אולם, יש שאין מחלקים בדבר, ולשיטתם דברי הגמרא, שהתוקע בשופר של עולה מעל, נאמרו רק ביום טוב שני של ראש השנה, שבו המצווה היא מדרבנן; ראה טעם המלך, הלכות לולב, סוף פרק ח.

כלל נוסף המוזכר בפוסקים (ראה שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן פג) מבחין בין מקרה שבו מעשה האיסור הוא עצמו מעשה המצווה שחשב לעשות, כגון מילה בשבת של תינוק שזמנו בערב שבת, שאז המילה המהווה חילול שבת הינה מעשה המצווה שחשב לעשות; לבין מקרה בו טרדתו בקיום המצווה גרמה למעשה איסור אחר, שאיננו מעשה המצווה שחשב לעשות; כגון הוצאה בשבת של לולב לרשות הרבים כדי לקיים מצוות נטילת לולב. במקרה האחרון, ההוצאה

עוד יש לציין, שאף שבהילות נובעת בדרך כלל מתחושה של קוצר זמן, עשוי אדם להיות מוגדר כמי שזמנו בהול גם כאשר לא קוצר הזמן, אלא שמניעה אחרת, כגון בושה, מונעת ממנו באופן מעשי את האפשרות לברר את העובדות לאישורן.<sup>261</sup>

התייחסות לדינו של הטועה מחמת בהילותו קיימת גם בהקשר לחיובי ממון הנועדים לכפרה. הדיון בחיובים אלו נוגע לאיסור אכילת תרומה: התרומה אסורה מן התורה באכילה לכל אדם, פרט לכהן שאינו חלל, אשת כוהן או עבדו של כוהן, הרשאים על פי דין לאכול תרומה, ומקיימים אף מצווה באכלם את התרומה<sup>262</sup>. במשנה נחלקו רבי אליעזר ורבי יהושע בדינו של מי שאכל תרומה, ונודע לו שאינו רשאי לאכלה, דוגמת כוהן שהתברר לו שהוא חלל, אשת כוהן שנודע לה שבעלה מת או עבדו של כוהן שנודע לו שרבו מת<sup>263</sup>:

האשה שהיתה אוכלת בתרומה, באו ואמרו לה: מת בעליך או גרשך; וכן העבד שהיה אוכל בתרומה, ובאו ואמרו לו: מת רבך או מכרך לישראל או נתנך במתנה או עשאך בן חורין; וכן כהן שהיה אוכל בתרומה, ונודע שהוא בן גרושה או בן חלוצה - רבי אליעזר מחייב קרן וחומש ורבי יהושע פוטר.

בגמרא מבואר<sup>264</sup>, שטעמו של רבי יהושע הוא שאוכל התרומה טעה בדבר מצווה, וכשם שהטועה בדבר מצווה פטור מקרבן כך הוא גם פטור מן התשלומים; ואילו רבי אליעזר מחייב את האוכל, אף על פי שטעה בדבר מצווה, כשם שהוא מחייב את הטועה בדבר מצווה גם בקרבן. על פי הגמרא מדובר במשנה זו בערב הפסח, שאז אוכל התרומה בהול לאוכלה כדי שלא ישרפוה<sup>265</sup>, ולכן פטר רבי יהושע. בשאר ימות השנה, שבהם אוכל התרומה אינו בהול, יחייב רבי יהושע, אף על פי שטעה האוכל בדבר מצווה.

יש מפרשים שרבי יהושע מדבר בתרומה שעדיין לא הגיעה לידי כוהן. במקרה זה חיוב הממון אינו מחמת גזל, אלא חיוב מיוחד המשולם לכהנים לשם כפרה. בתשלום זה חייב האוכל תרומה בכל ימות השנה, אך הוא פטור בערב הפסח משום שהוא בהול. לעומת זאת, האוכל מתוך טעות תרומה שהגיעה ליד כוהן, יתחייב לשלם לבעל התרומה על הנזק הממוני שגרם לו, אף אם מדובר בערב

לרשות הרבים איננה מעשה המצווה שהתכוון לעשות, אלא אירוע שנגרם כתוצאה מרצונו לעשות מצווה. בטעות מן הסוג הראשון, מאחר שעל פי מחשבתו של האדם הוא היה מצווה לעשות את המעשה, ייחשב קרוב לאנוס, ועל כן ייפטר אף אם הייתה טעותו במצווה דרבנן. בטעות מן הסוג השני, לעומת זאת, היות שגם על פי מחשבתו לא היה חייב לעשות דווקא את מעשה העבירה, לא ייחשב קרוב לאנוס, וייפטר רק אם טעותו הייתה במצווה דאורייתא. ראה טעם המלך, הלכות שופר, פרק ב; הלכות לולב, פרק ח. וראה ישועות יעקב, אורח חיים, סימן תרנג, ס"ק ה.

<sup>261</sup> ראו: רמב"ם, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ח; לחם משנה, שם; שו"ת הרמ"ע מפאנו, סימן קה.

<sup>262</sup> ראה רמב"ם, הלכות תרומות, פרק טו, הלכה כב; כסף משנה, שם; משנה ראשונה, תרומות, פרק ח, הלכה א. וראה גם מנחת חינוך, במצוות עשה שמנה הרמב"ן, מצווה ב.

<sup>263</sup> תרומות, פרק ח, משנה א.

<sup>264</sup> יבמות לד ע"א; פסחים עב ע"ב.

<sup>265</sup> בעל משנה ראשונה, לעיל הערה 262, מפרש שהוא אף מקיים מצוות ביעור חמץ באכילתו, והרי זה טעה בדבר מצווה - מצוות אכילת תרומה, ועשה מצווה - מצוות ביעור חמץ. ויש אומרים שאין הוא מקיים מצווה בכך; ראה מרכבת המשנה, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ח. וראה עוד בעניין זה להלן.

הפסח. הדבר נובע מכך שהפטור של "טועה בדבר מצווה" אינו נאמר בחיובים ממוניים שבין אדם לחברו.<sup>266</sup>

מכאן, שהטועה מחמת בהילותו בדבר מצווה עשוי להיפטר מחיובי ממון שעיקרם לכפרה אך לא מחיובי גזלה או נזיקין שבין אדם לחברו, שאותם יהיה חייב בדרך כלל לשלם, אלא אם יוגדר כאנוס אונוס גמור, שאז ייפטר.<sup>267</sup> דוגמה לבהילות המוגדרת כאנוס גמור מצויה בדינו של החובל. כאשר ראובן רואה את שמעון מכה אדם אחר, מותר לו להכות את שמעון על מנת להציל את המותקף.<sup>268</sup> אם מתברר לאחר מכן שראובן טעה, ומכותיו של שמעון ניתנו כדין, חייב ראובן בתשלומין על החבלות שגרם לשמעון, משום ש"אדם מועד לעולם, אפילו שוגג". לדעת רבי שלמה לוריא<sup>269</sup>, שונה הדבר כשהמותקף הוא קרובו של ראובן. במקרה זה ייפטר ראובן אף אם בסופו של דבר יתברר שטעה, והמכות שהכה שמעון את המותקף היו כדין. הטעם לכך הוא שכשמדובר בקרובו - "אין אדם יכול לראות ולהתאפק בצערו", ומשום שיש צידוק לכך שאינו מסוגל נפשית להמתין עד לבירור הנסיבות, הוא ייפטר.

מדברינו עולה, שכאשר אדם נמצא במצב של בהילות מוצדקת, עשויה טעות שאינה סבירה להיחשב כטעות סבירה, ולהחשיב את האדם כאנוס ולא כשוגג, ובהקבלה לדין הישראלי, כמי שאינו עובר עבירה גם ברמה של רשלנות.<sup>270</sup>

### תוך כדי קיום מצווה

כפי שעולה מדברינו לעיל, בדרך כלל אדם שטעה במצב דברים ייחשב כרשע, אלא אם כן פעל בהתאם לכללי הדין, או שחרג מהם מתוך בהילות מוצדקת. אולם, יש שפוטרים לעתים את הטועה מחיובים מסוימים אף כאשר חרג מכללי הדין, ואף שעשה זאת שלא מחמת בהילות. מדובר במקרים בהם האדם סבר בטעות שיש במעשה שהוא מבצע משום מצווה.

ראינו לעיל<sup>271</sup>, ששליח בית הדין שהכה יותר מן האומדן שעל פיו היה אמור להלקות והרג, חייב גלות. אמנם, הראב"ד<sup>272</sup> חולק על כך וסובר ששליח בית דין פטור מגלות אף כשהכה את החייב

<sup>266</sup> ראו: גבורת ארי, מכות יא ע"ב, ד"ה שוב ראיתי; חידושי הגרי"ז, חלק ה, עמ' 76, אות ז; קהילות יעקב, מכות, סימן ט, אות ב - לא שם; מקדש דוד, תרומות, סימן נה, אות יא, ד"ה כתב הרמב"ם; תוספות אנשי שם, תרומות, פרק ח, משנה א. אמנם, בעל משנה ראשונה (שם), ביאר שמקרה זה נחשב לאנוס גמור, ועל כן אף אם מדובר בתרומה של כהן אחר, אין לחייב את אוכל התרומה מדין גזלן או מזיק. אך גם לדעתו, החיוב בשאר ימות השנה והפטור בערב הפסח מחמת היותו בהול למצווה אינו מתייחס לחיובו של האוכל כגזלן. יש לציין שהרמב"ם, הלכות תרומות, פרק י, הלכה יב, לא הבחין בין תרומה שהגיעה ליד כהן ובין תרומה שלא הגיעה ליד כהן, ומלשונו נראה שבכל מקרה אין חיוב לשלם.

<sup>267</sup> אור שמח, הלכות שבת, פרק א, הלכה ח, ד"ה עוד יש לומר.

<sup>268</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף יג.

<sup>269</sup> ים של שלמה, בבא קמא, פרק שלישי, סימן כז.

<sup>270</sup> עם זאת, עשוי האדם שטעה לחוב בחיובים ממוניים (לא פליליים) כשם שמזיק מתחייב גם באנוס, אלא אם כן היה "אנוס גמור".

<sup>271</sup> ליד הערה 230.

מלקות יותר ממה שאמדהו. לדעתו, גם כאשר לא פעל שליח בית הדין בהתאם לאומדן, עשויה טעותו להיחשב טעות סבירה. ונחלקו המפרשים בהסבר דבריו: יש הכותבים ששליח בית הדין יהיה פטור לשיטת הראב"ד רק כאשר אמדו את המוכה לפחות מל"ט מלקות, ושליח בית הדין הכהו יותר ממה שאמדהו, אך לא יותר מל"ט, שאז הייתה גם המכה הנוספת משום מצווה. אך אם הכה ארבעים מלקות את המחויב ל"ט, יתחייב גלות, משום שלא הייתה במכה הנוספת כל מצווה, שהרי בכל מקרה אין מלקים אדם יותר מל"ט מלקות על עבירה שעבר<sup>273</sup>. אחרים מחלקים בין מקרה בו שליח בית הדין הוסיף מכה מדעתו, שאז הוא גולה, לבין אם טעה הדיין המונה את המלקות וכתוצאה מכך הוסיף שליח בית הדין מכה נוספת, שאז אינו גולה, משום שהוא עסוק במצווה של מלקות<sup>274</sup>. אולם, החתם סופר<sup>275</sup> כותב בדעת הראב"ד שמדובר במצב שטעה השליח במספר, והיה סבור שעדיין לא נשלם מניין המלקות, ולמרות זאת, "כיון שתחלת כניסתו לענין הכאה היה למצוה, אף על פי שכבר כלתה מצותו, מכל מקום פטור". לדעתו, ייפטר שליח בית הדין במקרה זה, משום שטעותו היתה תוך כדי שהוא מקיים מצווה.

בדברינו לעיל אודות עבירה שנעברה בטעות<sup>276</sup>, ראינו שיש המבחינים, בנוגע לחיוב קרבן, בין מקרה של טעות שבו טעה האדם במהות החפץ שהוא עסוק בו לבין מקרה שבו החליף האדם בטעות בין שני חפצים שונים. יש שכתבו לחלק באופן דומה גם כאשר מדובר בטעות בסייגים לאחריות הפלילית. גם כאן יש המחלקים בין טעות במצב דברים שמקורה באי-ידיעת העובדות לאשורן, כגון הבא על יבמתו ומצא שהיא נדה<sup>277</sup>, לבין החלפה בין אובייקטים, כגון החלפה בין שני תינוקות שהאחד זמן מילתו בשבת והשני זמן מילתו בערב שבת: לדעתם, בטעות מן הסוג הראשון, שבה עשה הטועה את מעשה המצווה באובייקט שהתכוון לו, ייפטר מקרבן אף אם לא היה זמנו בהול. לעומת זאת, בטעות מן הסוג השני, שבה מעשה המצווה נעשה בגוף שונה מזה שבו היה צריך לעשותו, ייפטר מקרבן רק כאשר זמנו היה בהול<sup>278</sup>. נראה ששיטה זו סוברת, בהתאם למה שהובא לעיל בנוגע לעבירה שנעברה בטעות, שיש להתייחס בחומרה גדולה יותר לטעות מן הסוג השני, שבה ידע הטועה שעליו לעיין היטב בעובדות שלפניו, מאשר לטעות מן הסוג הראשון בה הטועה לא העלה על דעתו את האפשרות שיש איסור כלשהו במעשהו. על כן, במקרה השני, תיחשב הטעות כסבירה רק כאשר מחמת בהילותו לא יכול היה האדם לדקדק היטב במעשהו; ואילו במקרה הראשון, תיחשב הטעות כסבירה גם בלא בהילות.

<sup>272</sup> השגות הראב"ד על הרמב"ם, הלכות רוצח, פרק ה, הלכה ו, על פי גרסת "כסף משנה" ו"מגדל עוז". וכן כתב מרכבת המשנה, הלכות רוצח, פרק ה, הלכה ו, בדעת רש"י.

<sup>273</sup> אמרי הצבי, בבא קמא לב ע"ב, ד"ה ולחומר; אמבואה דספרי, ספרי זוטא, חלק ב, עמ' 532, אות מא; זכר יצחק, סימן כד.

<sup>274</sup> שבות יעקב, חלק ג, סימן קמ. אמנם, במסכת בבא קמא לב ע"ב נאמר במפורש שבמקרה זה חייב שליח בית הדין גלות, אך לדעתו נדחית גמרא זו מהלכה.

<sup>275</sup> לעיל, ליד הערה 235.

<sup>276</sup> ראה לעיל, ליד הערה 138.

<sup>277</sup> ראה ברמב"ם, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ח.

<sup>278</sup> מרכבת המשנה, הלכות שגגות, פרק ב, הלכה ח; שפת אמת, פסחים עב ע"ב, ד"ה ור"י כמאן.

ברם, כאמור לעיל, רבים חולקים על דעה זו, וסוברים שבשני המקרים מותנה הפטור מקרבן בהיותו של הטועה בהול. נראה שביסוד סברתם עומדים דברי ה"אור שמח" שהובאו לעיל<sup>279</sup>, שלפיהם כאשר מדובר בסייגים, בדרך כלל לא תתקבל הטענה שהטועה לא העלה על דעתו את האפשרות שיש איסור במעשהו.

### ג. סיכום

מדברינו עולה, הטועה טעות במצב דברים ביחס לסייג, אם טעה טעות סבירה, אינו נושא באחריות פלילית, ואם טעה טעות שאינה סבירה, יישא באחריות ברמה של רשלנות<sup>280</sup>. עם זאת, כאשר מדובר במצב בו האדם היה בהול, או מעשה שמוטל על האדם לעשותו (מצוה), תיחשב טעותו לטעות סבירה, כל עוד הוא פעל בהתאם לכללי הזהירות המקובלים באותו תחום במצבו.

### סיכום

ניתן להצביע על דמיון בין עמדת המשפט העברי לבין החוק הישראלי בנוגע לדרישת הסבירות. על פי ההלכה, הטועה טעות שאינה סבירה לא ייחשב, בדרך כלל, מזיד אלא שוגג; ואילו הטועה טעות סבירה, ייפטר לחלוטין. על פי החוק הישראלי לאחר תיקון 39 אין דרישת סבירות, ולכן לא ייחשב הטועה כמי שעבר את העבירה מתוך מחשבה פלילית, אף אם הייתה טעותו בלתי-סבירה, והוא ייענש רק במקרים שבהם מסתפק החוק ברשלנות.

על פי ההלכה, טעות סבירה היא טעות שיש לה הצדקה, כגון כשהנאשם פעל בהתאם לכללי ההתנהגות המקובלים באותו תחום, או כשנבעה טעותו מתוך בהילות מוצדקת, ויש אומרים שגם כאשר נבעה הטעות מתוך רצון לקיים מצווה.

ההוראה הקובעת כי ייענש האדם בהתאם לעבירה שדימה שהוא עובר אותה, ניתנת אפוא להיאמר במשפט העברי, רק כאשר מדובר ב"עברת אס" ו"עברת בת", ולא כאשר מדובר בשתי עברות שונות. עמדה זו מאומצת גם במספר מדינות בארה"ב. על כן יש להגביל הוראה זו של הסעיף ל"עברת אס" ו"עברת בת" בלבד. במקרה שבו העבירה שדימה שהוא עובר אותה והעבירה שעבר בפועל הן שתי עברות שונות, לא ניתן להרשיעו בעבירה שדימה שהוא עובר, אך ניתן להרשיעו בביצוע שוגג של העבירה שעשה בפועל. עמדה זו תואמת את מקורות המשפט האנגלי בנושא וכן את המצב בשתיים ממדינות ארה"ב.

<sup>279</sup> ראה לעיל, ליד הערה 203.

<sup>280</sup> אמנם, ייתכן להחריג מכלל זה מצב בו אדם חשב בטעות שהוא אינו בר עונשין, כגון שהוא קטן או פסול דין, שאז יישא באחריות פלילית. ראו: חידושי רבי שמעון שקאפ, כתובות, סימן לא, ד"ה מצאתי; שם, יבמות, סימן לא, על פי תוספות, יבמות פ ע"א, ד"ה נעשה סריס. וראה שערי יושר, שער א, פרק ג; ואנציקלופדיה תלמודית, ערך התראת ספק, עמ' שכט, ובמקורות שבהערה 157 שם. זאת, בניגוד לקבוע בסעיף 134 לחוק העונשין, שקטינות מהווה סייג ככל הסייגים האחרים.