

כ נ א נ ר י ם

ה"צורך" STRICTO SENSU כמצב השולל את פליליות המעשה

מאת

פרופ' ש. ז. פלר

1. פקודת החוק הפלילי, 1936, מסדירה, בסעיף 18¹, את הצורך כמצב השולל את פליליות המעשה, למרות שאלמלא תנאי הצורך בהם בוצע, היה נחשב לעבירה והיה מצמיח אחריות פלילית.

הוראות הסעיף האמור ושארן ללא כל שינוי מאז נתקבלה הפקודה ולמעשה הן מתייחסות, ללא כל הבחנה, לשתי הגנות נפרדות במהותן, לפי מקור הסכנה הנשקפת לאדם וטיב האינטרס שנפגע – האחת, כאשר ההתנהגות "which would otherwise be an offence"², נועדה להציל אינטרס לגיטימי מסכנה שנוצרה על-ידי מאורע³ תוך פגיעה באינטרס לגיטימי של אדם אחר; השנייה, כאשר אותה התנהגות נועדה להציל אינטרס לגיטימי מסכנה הנשקפת ממעשה תקיפה⁴, תוך פגיעה באינטרס הבלתי לגיטימי של התוקף. אם נייחד לצורה השנייה את הכינוי של "הגנה פרטית"⁵, יהלום יפה הכינוי של "צורך" במובן מצומצם – stricto sensu – את הראשונה; והם המונחים השונים בהם נשתמש להלן.

1 והרי לשון הסעיף בנוסח האנגלי:

18. An act or omission which would otherwise be an offence may be excused if the person accused can show that it was done or omitted to be done only in order to avoid consequences which could not otherwise be avoided, and which if they had followed would have inflicted grievous harm or injury to this person or to his property or to the person or honour of others whom he was bound to protect or to property placed in his charge: Provided that in so acting he did no more than was reasonably necessary for that purpose, and that the harm inflicted by the act or omission was not disproportionate to the harm avoided."

2 ראה נוסח הסעיף 18 בהערה הקודמת.

3 ה"מאורע" יכול שיתבטא גם ב"תקיפה", כאשר הניתקף נחלץ מתוצאותיה המזיקות הפוטנציאליות, בדרך אחרת מאשר דרך ההתמודדות עם התוקף וההתגברות עליו.

4 הכוונה למובן הרחב של המונח "תקיפה", כאשר היא יכולה להיות מופנית גם כלפי רכוש, חירותו או כבודו של האדם, ולא דווקא כלפי גופו.

5 העדפנו את הביטוי "הגנה פרטית" על-פני הביטוי "הגנה לגיטימית" מפאת המילה הלועזית שבביטוי האחרון וכן על-פני הביטוי "הגנה עצמית", אשר מצמצם את ההגנה, למרות שהיא חלה – בתנאים מסויימים – גם כאשר מדובר בהגנת הוולת. הביטוי "הגנה פרטית" עונה על כל הדרישות. גם בתחום המשפט האזרחי משתמשים בביטוי זה, כדי להבחין הגנה זו מהגנת ה"צורך" stricto sensu. ראה: טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין, דיני הניזקין, עמ' 281.

כתוצאה מן השוני שבין מקורות הסכנה וטיב האינטרסים שנפגעו, נמצאים במצב של "צורך" *stricto sensu*, זה מול זה, שני אינטרסים, לגיטימיים שניהם, כאשר הצלת האחד מחייבת הקרבת השני, ואילו במצב של "הגנה פרטית", הצלת האינטרס הלגיטימי של הנחקק מצריכה פגיעה בתוקף הבלתי צודק. מצב ה"צורך" אינו מבטל לגמרי את השלילה שבמעשה⁶, ואילו המצב של "הגנה פרטית" מעניק למעשה אופי לגיטימי מוחלט; מכאן גם הביטוי המקובל – "הגנה לגיטימית".

סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, מתעלם, איפוא, לחלוטין, מן השוני שבין "הגנה פרטית" – בה מתנגש הצודק בבלתי צודק – לבין ה"צורך"⁷ – בו מתנגשים שני אינטרסים לגיטימיים באותה מידה. ברם, עדיין לא היה די בשוני זה כדי לחייב יצירת קטיגוריות נבדלות, אלמלא האימפליקציות הפרקטיות אשר מכתובות ומצריכות את ההבחנה ומקנות לה אפי עיוני ומעשי של ממש. ואמנם, לא נופתע כשניתקל בחור צאות השליליות הנובעות מהסדרת שתי ההגנות השונות בנשימה אחת, בסעיף 18 האמור, אם כי יש בהן גם מן הזמנות. הבחנה זו הינה, איפוא, מחייבת המציאות וכיון שכך, היא מצאה את ביטוייה בכל ספרי החוקים של המאה העשרים⁸; מובן, כי גם ההבחנה ההגנות המכונות "Use of Force in Self-Protection," "Use of Force for the Protection of Other Persons" – בין ההגנה המכונה "Choice of Evils"⁹ – הוא ה"צורך" *stricto sensu* – לבין "Use of Force for the Protection of Property" – שהם צורות שונות של "הגנה פרטית" – שב"Model Penal Code"¹⁰, גם היא בבחינת השתקפות של אותה מציאות ובוודאי גם פרי השפעת התפיסה המודרנית על סיווג הסיבות השוללות את פליליות המעשה, למיניהן.

6 מצב זה אינו משחרר מדמי גוס. ראה לענין זה טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין, דיני הנוקין, עמ' 299–301.

7 במשמעות המוגבלת דלעיל.

8 למשל הקודקסים הפליליים של: גורבגיה (1902) – סעיף 47 דן ב"צורך" וסעיף 48 דן ב"הגנה הפרטית"; של איטליה (1930) – סעיף 52 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 54 דן ב"צורך"; של פולין (1932) – סעיף 21 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 22 דן ב"צורך"; של איסלנד (1940) – סעיף 12 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 13 דן ב"צורך"; של שווייץ (1942) – סעיף 33 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 34 דן ב"צורך"; של ספרד (1944) – סעיף 8(4) דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 8(7) דן ב"צורך"; של הונגריה (1950) – סעיף 14 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 16 דן ב"צורך"; של יוון (1950) – סעיף 22 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 25 דן ב"צורך"; של גרונלנד (1951) – סעיף 5 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 6 דן ב"צורך"; של חבש (1958) – סעיף 71 דן ב"צורך" וסעיף 74 דן ב"הגנה הפרטית"; של ברית המועצות (1958) – סעיף 13 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 14 דן ב"צורך"; של שוודיה (1965), פרק 24 סעיף 1 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 4 דן ב"צורך"; של רומניה (1969) – סעיף 44 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 45 דן ב"צורך"; של גרמניה הפדרלית (1969) – סעיף 32 דן ב"הגנה הפרטית" וסעיף 34 דן ב"צורך".

9 ראה: The American Law Institute, Model Penal Code, Proposed Official Draft, Article 3 Section 3.02.

10 ראה: שם, Section 3.04.

11 ראה: שם, Section 3.05.

12 ראה: שם, Section 3.06.

13 The American Law Institute, Proposed Official Draft, 1962.

ה"צורך" Stricto Sensu כמצב השולל את המעשה

כוונתנו היא לדון, בשורות הבאות, ב"צורך", כמשמעותו המצומצמת, תוך בדיקת מהותו המשפטית ואיפיוניו הכלליים וכן, תוך הדגשת ייחודיותו, לעומת ה"הגנה הפר-טית", כאשר הבחנה זו מתבקשת.

2. סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אינו מצטיין בבהירות יתירה באשר להבהרת המהות המשפטית של הגנת הצורך, על שתי צורותיה – ה"הגנה הפרטית" וה"צורך" stricto sensu – כאחת, בבחינת מצב השולל את פליליות המעשה שנעשה בו. המילים בהן פותח הסעיף – "An act or omission which would otherwise be an offence – may be excused if the person accused..." – טומנות בחובן משום סתירה פנימית: מחד גיסא, מדובר במעשה אשר לו היה מתבצע בתנאים רגילים היה מהווה עבירה פלילית, דבר המחייב את המסקנה כי ביצוע אותו מעשה בתנאי הצורך דווקא שולל את פליליותו מכל וכל; מאידך גיסא, קובע החוק שאותו מעשה "may be excused", דבר הרומז על כך שבעצם הצורך אינו מהווה אלא עילה לפטור מעונש, ללא כל השלכה על המהות הפלילית של המעשה, ואשר נוסף לכך, הפעלתה של עילה זו מסורה לחלוטין לשיקול דעתו של בית-המשפט.

הסדר זה הינו ירושת המשפט המקובל האנגלי ובספרו הקלאסי של סיר ג'מס סטפן¹⁴ אנו מוצאים הגדרה כמעט זהה לזו שבס' 18 האמור, והפותחת במילים הבאות: "An act which would otherwise be a crime may be in some cases excused if the accused...". והמחוקק הישראלי אימץ לו, כמעט מילולית, הגדרה מעורפלת ובלתי עקבית זו.

יש להכיר בכך כי המהות המשפטית של הצורך, כפי שהיא משתמעת באופן פורמאלי מן החוק המצוי, רחוקה מלעלות בקנה אחד עם ההשקפות המקובלות במשפט המודרני על ההשלכה של הצורך – על שתי צורותיו – על מהות המעשה שנעשה בתנאיו. יתירה מזו: אם נתעלם מהרישא של סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונתחשב רק בתנאי הצורך, כפי שהוסדרו לגופו של הענין באותו סעיף – בהמשך – קשה לגרוס כי הצורך אינו אלא עילה לשיחרור פקולטטיבי מעונש, ללא כל השפעה על עצם מהות המעשה שבוצע באותם תנאים וללא כל חובה ליתן ביטוי להשפעה זו.

למעשה, אף הרישא של סעיף 18 – "An act or omission which would otherwise be an offence –" – כשר היא, כשלעצמה, מצביעה על השינוי במהות המעשה כשהוא מתבצע בתנאי הצורך. שכן, רק "באופן אחר" ניתן היה לראות באותו מעשה עבירה פלילית, ואילו משהוא בוצע במצב של צורך, ניטלה ממנו פליליותו. דבר זה מרוקן את האמור להלן באותו סעיף 18, לפיו אותו מעשה סתם "ייסלח" לפי שיקול דעתו של השופט ("may be excused"), מכל משמעות עיונית ומעשית; אם, אמנם, מעשה שבוצע במצב של צורך נשללה ממנו פליליותו, כי אז בו ברגע שבית המשפט קבע שנתמלאו תנאי הצורך, חובה עליו לפסוק, מבחינה מטריאלית, שלא היתה עבירה במעשיו של הנאשם ואילו מבחינה פרוצדוראלית, חובה על בית-המשפט לזכות אותו נאשם מכל אשמה; בקיצור – זיכוי חובה ולא חסד פקולטטיבי. תפיסה זו קיבלה גם את הגושפנקא של בית-המשפט העליון, כשנתן את דעתו¹⁵ על

Stephen's Digest of Criminal Law (9th ed. by L. F. Sturge), art. 11, pp. 9–10 14
15 ע"פ 10/49 ידוה"מ נ. פתניאב, כ' פ"ע, 23, 34.

הסתירה הפנימית שבניסוח הרישא של סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936. עמדתו הפסקנית של בית-המשפט לענין זה היא כי מבחינת מהות ההתנהגות, הקובעת היא ההוראה שבמילים הראשונות של הסעיף — "An act or omission which would otherwise be an offence". במילים אלה, אומר בית-המשפט, קובע המחוקק בצורה ברורה ובלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, כי "אם נתמלאו תנאי הסעיף, המעשה אינו בגדר עבירה, כלומר: הוא מעשה מותר" ¹⁶ (ההדגשה במקור). לשאלה אם במילים "may be excused", ניתנה דיסקרציה לבית המשפט ומותר לו, לכשירצה, גם לסרב את הסליחה, עונה בית-המשפט העליון: "ברור כי אם נתקיימו כל תנאי הסעיף, בית המשפט מחויב לסלוח ולפטור את הנאשם" ¹⁷ (ההדגשה במקור). ובכך, עדיין לא הסתפק בית-המשפט העליון; הוא נוקט עמדה חד-משמעית גם לגבי המלה "excused" וקובע כי "אין בית-המשפט סולח לו [לנאשם] את 'העבירה' כביכול, ופוטרו מן העונש, אלא מזכה אותו כליל מעצם האשמה" ¹⁸, שכן, משהוכחה הגנת הצורך, היא "משמיטה את הקרקע מתחת לרגלי עצם האשמה וקובעת כי לא נעשתה כאן עבירה מעולם" ¹⁹.

בהודמנות נוספת התייחס בית-המשפט גם למקור ההיסטורי של צירוף המילים: "may be excused" שבסעיף 18 האמור, והזכיר כי הוא אינו אלא שריד מיושן מתקופת התפתחותו של המשפט האנגלי, בה בית-המשפט היה חייב להרשיע את הנאשם, למרות שהמעשה בוצע במצב של צורך, ואילו ענין השיחרור מעונש היה נתון בידי הכתר, מכוח סמכותו להעניק חנינה ²⁰.

בקיצור, ההלכה הפסוקה קבעה כי המעשה המתבצע בתנאי הצורך הינו מעשה מותר ולא עבירה ודינו של העונש הינו זיכוי חובה ולא סליחה פקולטטיבית.

3. המסקנה העיונית והמעשית המתחייבת מן האמור היא שמצב ה"צורך", באשר למהותו המשפטית, מסווג בקטיגוריה של הסיבות אשר שוללות את פליליות המעשה, בצד ה"הכרח", "מילוי החוק", ה"ציות לצו מגבוה" וכמובן בצד ה"הגנה הפרטית", אשר עמה הוא משתווה לחלוטין בדין הישראלי, בגלל ההסדר התוקף המשותף והבלתי נבדל שבסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

ואמנם, משהועמד אדם בפני הבחירה הבלתי נמנעת בין שתי ברירות הוותיקות, נזק, בוחר אותו אדם את הרע במיעוטו כדי למנוע את הנזק הנשקף לו ופועל מתוך תגובה ספונטנית, טבעית ובעת ובעונה אחת גם דחופה, בלא אלטרנטיבה אחרת מאשר זו שהייתה מביאה עליו אותו נזק; ואילו הנזק שנגרם אינו דיספרופורציונאלי עם הנזק שנמנע בצורה זו. כתנאים כאלה, התנהגותו של האדם נראית מוצדקת לחלוטין מבחינה ערכית, הן לאור המוטיבציה האישית והן מזווית האינטרס החברתי כולו. העובדה שאותו אדם

16 שם, בעמ' 47.

17 שם.

18 שם.

19 שם.

20 בג"צ 117/50 ראובן נ. יור' וחברי המועצה הממשלית, ה' פד"י, 737. "חבר המושבעים היה נאלץ להרשיע והסופט — לדון לעונש", ואילו המלך יכול היה לחון את הנידון, "כשריד שגשאר מתופעה זו ראה לשון סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936" (בעמ' 747).

ה"צורך" Stricto Sensu כמצב השולל את המעשה

יכול להתחייב לפיצויים כלפי הצד התמים, הנפגע, אינה משנה את מהות המעשה מבחינה פלילית.

בדיקת מצב הצורך מתוך השקפה כגון זו מחייבת, כאמור, את המסקנה כי המעשה שנעשה בתנאי הצורך משנה את מהותו עד כדי שינוי משמעותו החברתית והמשפטית והוצאתו מתחום סוגי ההתנהגות המצמיחים זיקות משפטיות פליליות.

ה"צורך" – במובן המצומצם – אינו, איפוא, סתם כחסום בפני הרשעה משיקור לים הכרוכים באישיות המבצע בלבד, והמשאיר את אופיו המסוכן של המעשה – כמו טירוף הדעת – וכן אין הצורך בבחינת פטור מאחריות פלילית גרידא, המשאיר את אופיו האסור של המעשה אף באשר לעושהו עצמו – כמו החרטה לאחר מעשה הסתה. נכון כי, מבחינה זו, אין נוסח סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, נוקט לשון כה ברורה כלשונו של סעיף 17 לאותה פקודה, המסדיר את ה"הכרח" והמכריז בצורה שאיננה משתמעת לשתי פנים כי "No act is an offence which is done by a person who...". אבל, בסופו של דבר, כלום אין מושגים האפקטים של ביצוע מעשה בתנאי ה"צורך" על אותו רעיון של כפייה, עליו מושגים האפקטים של ביצוע המעשה בתנאי ה"הכרח"? בשני המצבים פועל המבצע מתוך אותה מוטיבאציה שמעשהו מהווה הדרך הסבירה ביותר למנוע את הגשמת התוצאות הטמונות בסכנה המרחפת עליו. ההבדל הינו רק בכך: במקרה של "הכרח", המעשה שנעשה על מנת להינצל מן הסכנה הוא בדיוק אותו המעשה שביצעו נכפה עליו מבהוק, ואילו במצב ה"צורך" הגסיבות האובייקטיביות, הן המראות את דרך ההצלה.

מן הראוי לציין כי עוד לפני כ-2000 שנה אימץ המשפט העברי כעקרון מנחה של מדיניות חקיקתית את הכלל לפיו: "אין גוזרים גזירה על הציבור, אלא אם כן רוב הציבור יכולין לעמוד בה"²¹. עקרון זה נשאר בעינו כאחד הנימוקים עליהם מבססים את ה"צורך", כמצב השולל את פליליות המעשה שבוצע בתנאי; שכן, ענישת מעשה שנעשה במצב של "צורך", משמעותה דרישה בלתי סבירה מבני הציבור לגבורה על-אנושית, ליטול על עצמם את הסיכון שבמצב ואת תוצאותיו המזיקות הפוטנציאליות.

השיקולים הכלליים הללו יש בהם כדי לדחות את הרעיון לפיו *necessitas non habet legem* (אין הצורך נתון לשליטון החוק). אדרבא, "הצורך קובע חוק". במובן כשתנאי מוגדרים כדבעי ובדייקנות. וכאן צפויים קשיי הבעיה: יש לקבוע את התנאים הללו תוך התחשבות בכך שהמאפיין העיקרי של מצב ה"צורך" הוא שהוא מעמיד

21 תלמוד, מסכת עבודה זרה, דף לו ע"א. משמעות כלל זה רחבה ביותר. לא זו בלבד שאין לחוקק גורמה אשר הציבור אינו מסוגל לעמוד בה, אלא אפילו גורמה קיימת תהא בטלה מעיקרה אם מסתבר כי אין ביכולתו של הציבור להתאים את התנהגותו למצוותיה (הרמב"ם, משנה יתירה, הלכות ממרים, פרק ב' הלכה ה' ו'ו'). מובן כי הכלל מתייחס לתקנות וגזירות חכמים, בלבד; ואילו ביחס לדיני תורה מקוריים, שאינם תקנות חכמים, אין הכלל חל. ראה לענין זה: Menachem Elon, "The Sources and Nature of Jewish Law and its Application in the State of Israel," Part II (1968), 3 *Is.L.R.*, 88-89. מצב ה"צורך" הינו אחד מן הדוגמאות בהן המחוקק מצווה להתאים את עצמו לכציאות; ולא – כשאין גורמה המבטלת את פליליות המעשה שנעשה בתנאי הצורך – ממילא לא יהא כל אפקט לאיסור הפורמאלי לבצע את המעשה באותם תנאים.

זה מול זה שני אינטרסים לגיטימיים, כשאחד מהם יש בו די שהצלתו תצדיק את הקרבת השני.

4. התנגשות האינטרסים הזכאים, שניהם במידה שווה, להגנה מטעם החוק, מצריכה, באשר למצב ה"צורך" שנוצר מכך, הסדר נכדל במקצת, מזה ההולם את המצב של "הגנה פרטית", בו מתנגשים זו בזו, זכותו של האדם להגן או להתגונן בפני תקיפה שלא כדין, והאינטרס הבלתי לגיטימי של התוקף.

מנקודת מבט בסיסית זו, ההסדר שבפקודת החוק הפלילי, 1936, מבליע בצורה בלתי מוצלחת, כאמור, את שני המצבים השונים זה מזה, דהיינו, מצב ה"צורך" *stricto sensu* וזו "הגנה הפרטית", כשזו האחרונה נחשבת כואריאציה בלתי מוגדרת של הראשון. מכאן גובעות תוצאות בלתי רצויות באשר להגדרת כל אחת משתי הסיבות השוללות את פליליות המעשה ולקביעת תחום חלותן הנבדל.

להלן ננתח את התנאים המרכיבים את מצב ה"צורך", *stricto sensu*, כפי שנקבעו בסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ולפי חלוקתם לשני סוגים של תנאים – אובייקטיביים וסובייקטיביים.

5. התנאים האובייקטיביים של המעשה שנעשה במצב של "צורך", ניתנים, כשלעצמם, לסיווג-משנה אף הם:

א. מבחינת סוגי העבירות, אשר ניתן לטעון לגביהן את מצב ה"צורך", יש לציין כי סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, מקנה תחולה כללית לטענה זו; זאת, בהבדל מטענת ה"הכרח" שאיננה קבילה כלל לגבי מעשי רצח ועבירות בטחונות שנעשים עליהן בעונש מוות (סעיף 17 לפקודת החוק הפלילי, 1936).

לעומת זאת, חוקים מיוחדים אחדים, מאוחרים יותר, כוללים הוראות הקובעות חריגים מן התחולה הכללית של ה"צורך" כמצב השולל את פליליות המעשה שבוצע בתנאים כך, נקבע בסעיף 3 לחוק לחיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז–1957, כי ההגנה לפי סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, לא תשמש עילה לפטור מאחריות פלילית בשל העבירות החמורות ביותר של בגידה (סעיף 7, 8 ו-9 לחוק), מרידה (סעיף 17 לחוק) וריגול (סעיף 22 או 23 לחוק); אולם, ה"צורך" ישמש כעילה להכתקת העונש. סעיף 6 לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תשי"א–1950, והסעיף 8 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תשי"א–1950, מבטלים את תחולת הגנת ה"צורך" על העבירות לפי חוקים אלה, מכל וכל. למותר לשאול, מה הרקע העקרוני של החריגים הללו, שכן עצם ההשערה של ביצוע עבירות מן הסוגים האמורים שבוצעו במצב של "צורך" איננה נראית כמעשית. הרי, מתקשים אנו לתאר כיצד יובא אדם לביצוע עבירה של בגידה, של ריגול או של השמדת עם, על-ידי מצב המתאפיין בתנאי ה"צורך", על בחינותיהם האובייקטיביות והסובייקטיביות כאחד. מבחינה זו, מצב ה"צורך" שונה לחלוטין מן ה"הכרח", "מילוי החוק" או ה"פקודה מגבוה", אשר ניתן להצמיד אותם, באופן מעשי, גם לעבירות מן הסוג הנ"ל. יש לציין כי סעיף 10(ב) לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תשי"א–1950, דווקא קובע שתעמוד הגנת בפני אחריות פלילית, למי שהיה במעמד של "אדם נרדף", אם עשה את המעשה או נמנע מעשותו על מנת למנוע בכך תוצאות חמורות יותר מן התוצאות שנגרמו על-ידי התנהגותו²². הוראה זו קובעת צורה מסוימת של מצב של "צורך" העשוי לשלול את פליליות המעשה, למרות האמור בסעיף 8 לאותו חוק.

ב. באשר לסכנה העלולה ליצור מצב של "צורך", אין סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, קובע כל הגבלה לענין מקורה של סכנה זו. מובן מאליו כי להבחנה שהבחנה בין מצב ה"צורך" לבין ה"הגנה הפרטית" – אשר הסעיף הנ"ל מתייחס אליהם בנשימה אחת, כאמור – אין כל השפעה לענין זה; אלא, שבעוד שה"הגנה הפרטית" הינה פועל יוצא של סכנה שמקורה במעשה תקיפה בלבד, מצב ה"צורך" יכול להיווצר גם כתוצאה של סכנה כגון זו או של סכנה שמקורה במאורע כלשהו. השוני העיקרי שבין שתי הסיבות השוללות את פליליות המעשה שנעשה כדי למנוע את הנוק הפוטנציאלי נעוץ בטיב האינטרס הנפגע במעשה זה.

באשר לתנאי הסכנה, ניתן ללמוד עליהם מן הצורה בה איפיון המחוקק את התוצאות המזיקות אשר נמנעו במעשה שנעשה במצב ה"צורך". אי לכך, מתבקש שהסכנה תהיה חמורה, שכן סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, קובע כי המעשה צריך להיעשות על מנת להימנע מתוצאות "which if they had followed would have inflicted grievous harm or injury...". סכנה מינימלית, אין בה די כדי להוות לגיטימציה לפגיעה בזכויות או באינטרסים של צד תמים.

פרט לכך, כיוון שהוראות סעיף 18 האמור מתייחסות ל"consequences which could not otherwise be avoided...", מן הדין שהסכנה תהיה גם מיידית באחד משני מובני המלה, דהיינו תכופה, באשר הסכנה עומדת לחולל בו ברגע את תוצאותיה המזיקות, או עכשווית, באשר הן כבר החלו להתחולל, אולם מבלי שתהליך התרחשותם כבר הסתיים, כשבכל רגע של תהליך זה, הסכנה הינה למעשה תכופה ביהם לתוצאות שטרם נגמרו. באופן כרונולוגי, הקשר בין המעשה שבוצע בתנאי ה"צורך", לבין הסכנה בה הוא מתאפיין, חייב להיות כזה שהמעשה יהא כבר או עדיין מסוגל למנוע את תוצאות הסכנה, או, לכל הפחות, אחדות מהן, אם המעשה בוצע לפני או אחרי שני המומנטים הללו, הוא יהיה נטול כל אופי של "צורך".

ג. מבחינת הערך החברתי והמשפטי הנתון בסכנה, סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, מתייחס ל"person or to his honour or his property". המושג "person" נתפרש במובן הרחב ביותר – חיי האדם, בריאותו, שלמות גופו, חירותו²². כבודו של האדם – his honour – למרות שהינו, בלי כל ספק, גם הוא אחד האטריות של ה"person", מצא המחוקק, כנראה, לנחוץ לציין במפורש ולהדגיש במיוחד.

עקרונית, האינטרס לו נשקפת הסכנה, חייב שיהיה אינטרס עצמי של האדם עצמו, אשר פעל למען מניעת התוצאות המזיקות. עם כל זאת, מכיר סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, בחובת האדם וכתוצאה מזה, בזכותו להציל את הזולת בשעת הדחק, כאשר הוא נמנה עם סוג האנשים אשר המציל "was bound to protect"; הכוונה היא לסוג האנשים אשר המציל אחראי לשלומם, כפי שהתבטא בית-המשפט

22 תוראת סעיף 10(ב) האמור הופעלה עליידי בית המשפט העליון בע"פ 77/64 ברנבלס נ. היה"מ, י"ח פד"י (2), 70.
23 ראה ע"פ 46/53 שורקה נ. היה"מ, ז' פד"י, 546; ע"פ 190/54 היה"מ נ. קמינסקי, ט' פד"י, 54; ע"פ 95/60 ולדמן נ. היה"מ, ט"ו פד"י, 53; ע"פ 65/65 רז נ. היה"מ, י"ט פד"י (2), 503; ע"פ 136/51 פרנקל נ. היה"מ, ה' פד"י, 1602.

העליון באחד מפסקי-הדין²⁴. כן, רשאי אדם לפעול למען הצלת נכסיו של הזולת, אולם רק כאשר הם נמנים עם הנכסים שהופקדו להשגחתו — "placed in his charge". למרות שמן הדין שתחולת הגנת ה"צורך" תהיה מצומצמת יותר מאשר תחולת ה"הגנה הפרטית", נראות לנו הגבלותיה דלעיל של תחולת הגנת ה"צורך" באשר להצלת הזולת או נכסיו בשעת הדחק, מופרזות במקצת. לדעתנו, העיקר הוא טיב התוצאות המזיקות אשר יש למנוע ולא היחס בין האדם המסוגל למנוע לבין האדם אשר האינטרס שלו נתון בסכנה ועומד להיפגע.

מוזר לשלול את הרעיון של הצלת הזולת בשעת צורך, רק בגלל שהיחס בין האדם הנזקק להצלה או בין נכסיו הנזקקים לכך, לבין האדם שביכולתו להציל, אינו מאותו סוג אשר סעיף 18 קובע אותו.

יתירה מזו, מדוע לשלול את הגנת ה"צורך" במקרה של מעשה שנעשה לשם הגנת אינטרסים אשר הפגיעה בהם איננה מתבטאת בפגיעה בממון או בגנש דווקא? הכוונה היא לאינטרסים העילאיים של המדינה או של הציבור, כגון בטחון המדינה, ריבונותה וכיוצא באלה. כך, בימי הכוננות, ערב מלחמת ששת הימים, הופעל טרקטור של אדם בלי ידיעתו, הסכמתו או רשותו, עלידי חייל, כדי לבצע עבודות עפר בטחוניות דחופות; תוך כדי כך, ניזוק הטרקטור באופן רציני. בית-המשפט²⁵ קבע כי הסיבה שהגיעה את המפקד במקום להורות לאחד החיילים להפעיל את הטרקטור היתה "לבצע עבודה בטחוני-נית שהיתה צורך השעה"²⁶. אמנם לא הועמד לדין בפלילים אותו חייל שביצע את המעשה והביא בכך נזק לרכושו של בעל הטרקטור, כשם שלא הועמד לדין הקצין שנתן את הפקודה לבצע את העבודות עם הטרקטור. נתבעה לדין המדינה על מנת שתשלם פיצויים לבעל הטרקטור, וקו ההגנה העיקרי של המדינה היה טענת ה"צורך". אין זה משנה אם בית-המשפט קיבל את הטענה כהגנה בפני אחריות אזרחית ואם לאו; אולם, לו היתה כאן תביעה פלילית, אין כל ספק שלא היתה כל אפשרות להיכנות מהוראות שבחוק המצוי, המסדירות טענה זו כהגנה בפני אחריות פלילית, וזאת, למרות שאין חולק על כך שלאמיתו של דבר היה מצב של "צורך". הלא בטחון המדינה אינו מצוי בין האינטרסים אשר ניתן להגן עליהם במצב של סכנה חמורה ומידית המאיימת עליו.

אמנם, הוכנסה בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955, הוראה מיוחדת הבאה להגן על חייל שעשה כל מעשה נחוץ למנוע מרידה בצבא או המשכתה או למנוע, בשעת פעולה קרבית, סירוב לקיים פקודה הנוגעת לאותה פעולה או אי-קיום פקודה כזאת²⁷. אולם, הוראה זו חלה רק לגבי חייל ורק לגבי מצבים מיוחדים מאוד. אך ניתן לתאר מצבים,

24 ע"פ 410/71 הרצב"ן נ. מ.י., כ"ו פד"י (1), 624, בעמ' 629 מול אות השוליים א'.

25 ת.א. ב"ש 143/68 דורי נ. מ.י., ע"א פ.מ., 104.

26 שם, בעמ' 106.

27 בסעיף 20 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955, אשר זוהי לשונו:

20. צידוק הוא לחייל אם המעשה שעשה והמתווה עבירה נעשה כדי למנוע מרידה בצבא או המשכתה או כדי למנוע בשעת פעולה קרבית סירוב לקיים פקודה מוסמכת הנוגעת לאותה פעולה או אי-קיום פקודה כזאת, ובלבד שאי אפשר היה למנוע אלה בדרך אחרת, ושבעשייתו לא עבר את המידה הדרושה לאותה מטרה.

ה"צורך" *Stricto Sensus* כמצב השולל את המעשה

בהם גם אורח כלשהו יצטרך לזווג פעולה מוצדקת כדי להגן על ערכים עילאיים של המדינה.

ד. באשר למעשה שבוצע במצב של "צורך", סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, דורש שהוא ימלא אחרי שלושת התנאים הבאים: המעשה צריך לכלול את היסודות המרכיבים עבירה פלילית; מבחינת עיתויו, המעשה צריך להתבצע טרם חלפה הסכנה; ביצועו היה נחוץ כדי למנוע את התוצאות המזיקות הצפויות מן הסכנה.

התנאי הראשון הנ"ל הוא בבחינת נקודת מוצא, שכן בהעדרו אין בעיית האחריות הפלילית מתעוררת כלל.

התנאי השני אינו אלא פן אחר של התנאי של מידידות הסכנה, בו דנו לעיל. באשר לתנאי השלישי – נחיצות המעשה – הוא מסובך יותר. נחיצות זו באה לידי ביטוי בבלעדיות האובייקטיבית של המעשה, כחלופה בלתי נמנעת לתוצאות המזיקות הצפויות, למען מניעתו, ובעוצמה מסוימת ההולמת את התוצאות הללו. שתי הבחינות האלה של נחיצות המעשה, באות לידי ביטוי בשני הקטעים הבאים של הוראות סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936: הראשון, "in order to avoid consequences which could not otherwise be avoided..." והשני, "provided...that the harm inflicted by the act or omission was not disproportionate to the harm avoided".

עם כל זאת, נדמה לנו כי אין חולקים על כך כי הבלעדיות הנדרשת אינה צריכה להיות מוחלטת דווקא. די בכך, שעל מנת למנוע באופן מססימלי את התוצאות המזיקות הצפויות מן הסכנה, יבחר האדם באותה דרך, שבין הדרכים העומדות בפניו, העשויה לגרום נזק מינימלי לצד השלישי החף מפשע; כלומר, הדרך שבחר בה האדם אינה בהכרח היחידה האפשרית, די שתהיה ההולמת ביותר. מדובר, איפוא, בבלעדיות יחסית בלבד, בהתחשב בשני האינטרסים העומדים זה מול זה – האינטרס שהוצל לעומת האינטרס שהוקרב.

הגבלה כפולה זו של נחיצות המעשה שנעשה במצב ה"צורך", איננה אלא ביטוי נורמטיבי של עיקר מהות ה"צורך", כסיבה השוללת את פליליות אותו מעשה. מעשהו של אדם, הפוגע באינטרס של צד שלישי תמים, הופך נטול פליליות, רק בהעדר דרך אחרת, פחות מזיקה, כדי למנוע את החבלה שאיימה על האינטרס הלגיטימי של אותו אדם, וכן כאשר הנזק האפקטיבי שנגרם אינו בלתי-מאוזן – non disproportionate – עם הנזק הפוטנציאלי שנמנע.

הביטוי "non disproportionate" נראה לנו הולם למדי; שכן הוא אינו מחייב יחס כמותי דווקא, או יחס כמותי נוקשה, בין הנזקים – זה שנגרם לעומת זה שנמנע – אפילו כשהם ניתנים למדידה בקנה מידה משותף. ביטוי זה מביע יותר את הרעיון של יחס "מאוזן" או "בלתי מופרז" של הנזק הראשון מול הנזק השני, מאשר הפירוש הפשטני של "גדול יותר". מה גם, שלעיתים, כאמור, אף אין שני הנזקים ניתנים כלל וכלל להשוואה על-ידי מדידה כמותית, באמצעות קנה מידה משותף. המושג "non disproportionate" טומן בחובו גם יחס ערכי ולא דווקא כמותי, כאשר הנזקים הם מטיב שונה זה מזה, או כאשר הצטרפות נסיבות מיוחדות עשויה לשנות את המשקל הערכי של אותה תוצאה, או אפילו להוסיף למשקלה למרות שמבחינה כמותית היא

פתוחה יותר. כפי שאמר השופט ח. כהן בע"פ 77/64 בו המדובר באדם שפעל בנסיבות של "צורך"²⁸: "אדם העומד לפני הבחירה בין מוות מידי, ואפילו של מועטים, ובין סכנת מוות שלאחר זמן ואפילו של רבים – זכאי לומר, בחרתי בסכנת המוות של רבים, כדי למנוע את התוצאה החמורה יותר של מותם המידי של מועטים". המושג non disproportionate מאפשר גם שיקול דעת רחב שלא להתחשב בעודפים חסרי משקל, כאשר מדובר ביחס כמותי גרידא: כפי שאמר השופט זילברג במשפט אחר²⁹ – "אין אנו מוכנים להיכנס כאן לכל אותן ההבחנות הדקות, עם המידות והשיעורים: מכה זו מותרת, מכה זו אסורה, ... ואין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולממדם בשעל בשעת סכנה שכזאת"³⁰. אמנם נאמרו דברים אלה בקשר ל"הגנה הפרטית", אולם תוך הסתמכות על אותה הוראה הכוללת את הביטוי "non disproportionate" ופירושו. לסיכום, היחס בין הנזק האפקטיבי שנגרם והנזק הפוטנציאלי שנמנע, אשר החוק דורש שלא יהא non disproportionate, הינו יחס ערכי, מורכב ורב מימדים, מושתת על מבחנים שונים של אבולוציה ומשקל, לפי טיבם השונה של הנזקים הנתונים להשוואה ולפי נסיבות הענין, כאשר, אפילו במסגרת השוואה כמותית גרידא, ניתן להתעלם מהפרשים והבדלים בטולי משמעות.

כאן המקום לשוב ולציין כי, בעוד שההגבלה הכפולה האמורה של הנחיצות האובייקטיבית של המעשה, על מנת שתחול עליו הגנת הצורך, מוצדקת לגבי מצב ה"צורך" stricto sensu, לא כן הדבר באשר ל"הגנה הפרטית", המוסדרת ללא כל הבחנה, לו גם מינוחית, על-ידי אותן הוראות בדיוק – של סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936 – החלות על ה"צורך" במובן המצומצם. שכן, ההתנגשות בין האינטרס הצדק, של המגן או המתגונן, לבין האינטרס הבלתי צודק, של התוקף, המאפיינת את ה"הגנה הפרטית", איננה מחייבת את ההגבלות האמורות, באותה מידה. אין כל ספק כי קניינית, הקבועים מראש, שאינם הולמים את סביב המציאות אותם הם מיועדים להגדיר, אין סיכוי שיהיו בני יישום מבחינת המשפט; משום כך, לא אחת, לא הקפידו בתי המשפט על ההגבלות הנ"ל כאשר החילו את ה"הגנה הפרטית" כסיבה השוללת את פליליות המעשה³¹. אולם נהזור לענין ה"צורך" במובן המצומצם.

6. התנאים הסובייקטיביים של המעשה שנעשה במצב של "צורך" מתייחסים, הן לעושה המעשה, והן ליחסו המנטלי של העושה למעשהו.

(א) באשר למעמדו של האדם, אין בדין מדינת ישראל הוראה כללית שתחייב בעלי מקצוע או בעלי תפקידים מסויימים להתמודד עם הסכנה, על מנת למנוע את התוצאות המזיקות הנשקפות ממנה, או, לפחות, לצמצם אותם, כאשר זהו ייעוד מלאכתם או תפקידם. אין ספק כי, למשל, מעמדו המקצועי של הרופא מצווה עליו להושיט את העזרה הרפואית לחולה, למרות הסיכון של הידבקות; תפקידו של כבאי הוא להאבק בדלקה, למרות הסכנה הנשקפת ממילוי חובה זו; תפקידו של קברניט

28 ברנבלט ג. היוה"מ, י"ח פד"י (2), 70, בעמ' 86.

29 ע"פ 95/60 וולרמן ג. היוה"מ, ט"ו פד"י, 53.

30 שם, בעמ' 55.

31 ראה: ע"פ 95/60 וולרמן ג. היוה"מ, ט"ו פד"י, 53; ע"פ 136/51 פרנקל ג. היוה"מ, ה' פד"י,

1604; ע"פ 65/65 רוז ג. היוה"מ, י"ט פד"י (2), 503.

ה"צורך" Stricto Sensu כמצב השולל את המעשה

כלי שיט מחייב אותו, במקרה של טביעה, לנטשו האחרון, לאחר שהבטיח את הצלתו של האחרון מן האנשים שנמצאו על הכלי; וכן מקצועות ותפקידים אחרים, המטילים את החובה להתמודד עם הסכנה, יכלו להצדיק הוראה כללית בחוק הפלילי של שלילת טענת ה"צורך" מבעליהם, על מנת לחייבם להתמודד עם הסכנה ולא ליתן זכות קדימה לאינטרס העצמי, גם כאשר, מבחינה אובייקטיבית, הוא חשוב יותר מאשר האינטרס שעל חשבוננו הוא יכול להינצל.³²

היוצא מן הכלל היחיד, הידוע לנו, הוא המופיע בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו–1955, בו הוראות מיוחדות – בסעיף 19³³ – השוללות מחיל את טענת ה"צורך", כאשר מוטלת עליו החובה להתמודד עם הסכנה על מנת להתגבר עליה. עם כל זאת, למרות העדר הוראה כללית ומפורשת בנדון, יש להניח כי הנורמות הרגילות המתייחסות לטענת ה"צורך" לא יחולו באותם מקרים בהם חייב האדם, מכוח תפקידו או מפאת טיב מקצועו, לעמוד בפני סיכונים מסויימים. קיום חובה כגון זו, יש בה משום שלילת השלילה, אשר תוצאותיה מתבטאות בהחזרת המעשה לתחום הפלילי.

(ב) המאפיין הספיציפי של הרקע הנפשי של המעשה שנעשה בתנאי ה"צורך", מתבטא בשני פנים.

הראשון, הוא הלך הרוח של האדם הפועל בתנאים האובייקטיביים האופייניים למצב ה"צורך". הלך רוח זה מאופיין, מחד גיסא, במודעות לתנאים האמורים ולמתבקש מהם – תומרת הסכנה, מידיות תוצאותיה, טיבן והיקפן, וכן נחיצות התגובה, כדרך ההולמת ביותר, כדי למנוע אותן תוצאות בגרימת הנזק המינימאלי לצד שלישי תמים. מאידך גיסא, בצירוף למודעות לכל אלה, מתאפיין הלך הרוח של אדם הפועל בתנאי ה"צורך" גם במצב אמוציונאלי מיוחד של בהלה ומבוכה שהומטו עליו על-ידי הסכנה האמורה, עם כל הכרוך בה מבחינת תוצאותיה הצפויות ודרך מגיעתן.

הפן השני של המעשה שנעשה בתנאי ה"צורך" מתבטא במטרה אשר לשמה פועל האדם כשהוא מבצע מעשה זה. חשוב הוא שמטרה זו תהיה מגיעת התוצאה המזיקה הטמונה בסכנה, כאמור בסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936: "...in order to avoid consequences which could not otherwise be avoided" (ההדגשה של המחבר). מטרה זו כקו אופי של היחס הנפשי של אדם המבצע מעשה במצב ה"צורך" – מוגדרת ומובלטת יפה, על-ידי השופט ח. כהן בע"פ 319/71³⁴, אמנם בנוגע למקרה של "הגנה פרטית", אולם תוך פירוש הוראת חוק המתייחסת באותה מידה ל"צורך" stricto sensu. אומר השופט:

"יש להבחין בין התגוננות ברוח לחימה לבין התגוננות בדרך הגנה: הלוחם משיב מלחמה שורה, והעובדה שהוא מתגונן בפני תוקפנות יריבו, אינה אלא העילה

32 ראה ברוח זו את הוראות הסעיף 3.02(1)(c) של Model Penal Code.

33 זו לשון הוראת הסעיף:

19. חילל שעבר עבירה כדי להגן על חייו או גופו, או על חייו או גופו של אדם אחר, או על ערך כל שהוא, לא ישמש הדבר, על אף האמור בכל דין אחר, עילה לפטור מאחריות פלילית או למחילת העונש, אם לפי הנסיבות שבהן נעברה העבירה הוא היה חייב להקריב את החיים, הגוף או הערך.

34 אהמדי וישיך נ. מ.י., כ"ז פד"י (1), 309.

למלחמתו ; ואילו המגן על נפשו סולד מן המלחמה, גרתע ממנה ועושה כל מאמץ להמנע ממנה ; וכל מעשה אלימות אשר הוא עושה הוא בעל כורחו ובדלית ברירה. הגנת החוק נתונה למתלונן בדלית ברירה, ולא ללוחם בעילת התגוננות"³⁵.

הרקע הסובייקטיבי הספציפי הנ"ל – המשנה את המשמעות המוסרית של המעשה שנעשה בתנאי ה"צורך" – בצירוף לאיפיוני האובייקטיביים, מסביר ומצדיק במלואו את היותו של ה"צורך" סיבה השוללת כליל את פליליותו של אותו מעשה.

(ג) האמור לעיל מבוסס על קורלציה מושלמת בין הרקע הנפשי לבין הרקע העובדתי של המעשה שבוצע במצב ה"צורך". אולם, יכול לקרות שעקב הערכה מוטעית של המצב, אדם יגרום לתוצאות מזיקות מופרזות ביחס לסכנה שבפניה הוא נמצא ולדרכים שעמדו בפניו על מנת למנוע את תוצאותיה. החוק המצוי – סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936 – מוכן להכיר בטענת ה"צורך" רק כל זמן שהדרך בה נקט האדם כדי למנוע את התוצאות המזיקות הטמונות בסכנה וכן כל זמן שהנוק שגרם על מנת למנוע אותן תוצאות, הם בגדר הסבירות. *in so acting he did not more that was reasonably necessary for that purpose*, קובע הסעיף. הועדף כאן, איפוא, המבחן הכללי-האובייקטיבי, על-פני המבחן האישי-הסובייקטיבי. במלים אחרות, התינהגותו של האדם תישקל לא על-פי כשרונותיו השכליים, רגשנותו המיוחדת וכל יתר הנתונים האישיים העשויים להסביר ולהצדיק את תגובתו, אלא היא – התנהגותו – תהא מוערכת לפי ההתנהגות המוערכת בנסיבות הענין של הדגם האנושי המופשט "האדם הסביר", הניחן בתכונות אינטלקטואליות ורגשיות ממוצעות. ספק אם לגישה זו מקום בתחום האחריות הפלילית, בהבדל מן האחריות האזרחית.

ואמנם, אם נחזור לאחדים מפסקי-הדין שכבר צוטטו לעיל, נראה עד כמה התלבט בית-המשפט העליון כדי לא לסתור את המבחן הכללי האובייקטיבי, המקובל, של ה"אדם מן היישוב" ובכל זאת ליתן ביטוי למבחן האינדיבידואלי הסובייקטיבי המתבקש מכוח המציאות. אומר השופט ת. כהן³⁶ :

"מהי תוצאה חמורה יותר ומהי תוצאה חמורה פחות, היא בראש ובראשונה שאלה אובייקטיבית ; ומבחינה אובייקטיבית, פשיטא שמוותם של עשרה הוא תוצאה חמורה יותר מאשר מותם של תשעה ; ומותו של אחד הוא תוצאה חמורה יותר מפגיעתם של עשרה. ואולם קנה-מידה אובייקטיבי שכזה יהא מצוי ביד בית-המשפט רק לעתים רחוקות ; על-פיה ירוב אין כל אפשרות נתונה למדוד את התוצאות, זו שנגרמה וזו שנמנעה, בקנה-מידה שכזה, שהרי גם זו וגם זו תוצאות משוערות הן. ומאחר והמדובר הוא בגרימת תוצאות אלו "בכוונה" למנוע תוצאות אחרות, הדעה נותנת שיש להכיר לענין זה גם בקנה-מידה סובייקטיבי, הוא קנה-המידה של בעל הכוונה : אם הוא גרם תוצאה פלוגית, בכוונה למנוע תוצאה פלמונית אשר היא, לפי מיטב ידיעתו והכרתו שלו, תוצאה חמורה יותר, ואם אמנם מנע אותה התוצאה החמורה יותר, כי אז ישוחרר מאחריות פלילית – ובלבד שאותה תוצאה שהוא התכוון למנוע אמנם עשויה היתה ומסוגלת, מן הבחינה האובייקטיבית, כלומר באורח סביר, להיות חמורה יותר מן התוצאה הפלוגית. והו לדעת, פירושו הנכון של סעיף 10(ב) פשוטו כמשמעו".

35 שם, בעמ' 316.

36 ע"פ 77/64 ברנבלט נ. היוה"מ, י"ח פד"י (2), 70, בעמ' 85.

השופט התייחס, כאמור, להוראות סעיף 10(ב) לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוריהם, תש"י-1950, בו נדרש שגרימת הנזק תהיה "מתוך כוונה למנוע תוצאות חמורות יותר...". (ההדגשה של המחבר). אולם, מבחינה זו, אין סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, דורש אחרת; שכן, הדרישה לפי סעיף זה היא: "in order to avoid", וכי מה השוני בין צירוף מלים זה, המביע חכליתיות וחתימה לקראת המטרה למנוע, לבין הצירוף "מתוך כוונה למנוע"? כך שההתייחסות של השופט למבחן הסובייקטיבי כוחה יפה, באותה מידה, גם לגבי הגנת ה"צורך", לפי ההסדר הכללי שלה.

כמו כן, אין ליחס משמעות אחרת מאשר מתן ביטוי ומשקל גם למבחן הסובייקטיבי, לדברי השופט זילברג, בפסק-דין אחר³⁷. "... כל הקטטה כולה, על שני חלקיה גם יחד, ארכה כרגע וחצי, ב'נוכחות' האקדה וכמעט מול הלוע שלו, ואין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו...". העובדה שנגקטה כאן לשון בלתי מידעת — "מאדם" — עדיין איננה שוללת את השימוש במבחן האישי, באותם מקרים, בהם השופט מגיע למסקנה שגורמי התנהגות סובייקטיביים רלבנטיים לשם הערכת התנהגותו של האדם.

ההיוקקות לקנה-המידה האישי בולטת עוד יותר בע"פ 301/71³⁸, בו העובדות היו כדלקמן: לאחר ויכוח מילולי, הרים המתלונן את רגלו כדי לבעוט בבטנו של המערער והמערער, שחשש מפגיעה במקום רגיש בבטן אחר ניתוח שהיה לו לפני פרק זמן, תפס את רגלו המזרמת של המתלונן והפילו ארצה, ותוך כדי כך נגרמה לו חבלה חמורה בגופו. והנה קנה-המידה לפיו העריך בית-המשפט העליון, מפי ממלא מקום הנשיא, השופט זוסמן, את המצב העובדתי הזה:

"גם אם קדם לתקרית האמורה ויכוח מילולי — אמר השופט זוסמן — התקפה שהמתלונן עמד לבצעה במקום רגיש של גוף המערער היתה פתאומית ואין לומר שהיתה לו שהות מספקת לשקול מה מידת הכוח הדרושה כדי שזה לא יפגע בו... לפיכך אנו מקבלים את הערעור ומזכים את המערער..."

הדברים נאמרים תוך הפעלה ישירה של הוראות סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936 — אמנם ביחס ל"הגנה הפרטית", אולם כאמור הן מסדירות גם את הגנת ה"צורך" stricto sensu, ללא הבחנה כלשהי³⁹.

(ד) שאלה נוספת המתייחסת לרקע הנפשי של מעשה שנעשה במצב של ה"צורך", היא שאלת ה"צורך המדומה". הטענה של "טעות בעובדה" מוסדרת בסעיף 12 לפקודת החוק הפלילי, 1936⁴⁰, בצורה העשויה להיות מופעלת לא רק במקרה של טעות בעובדה

37 ע"פ 95/60 וולרמן נ. הוזה"מ, ט"ו פד"י, 53, בעמ' 55.

38 ע"פ 301/71 ויקבור בן יצחק בורביע נ. מ"י, לא התפרסם.

39 כדאי לציין כי ה"Proposed Official Draft" של ה"Model Penal Code" קובע בסעיף 3.02 הנוגע להגנת ה"צורך" stricto sensu כדלקמן: "Conduct which the actor believes to be necessary...injustifiable" (ההדגשה של המחבר). פירוש הדבר מבחן אישי-סובייקטיבי.

40 זהרי לשוני של סעיף 12 לפקודה, המסדיר את ה"טעות בעובדה":

12. (1) A person who does or omits to do an act under an honest and reasonable, but mistaken, belief in the existence of any state of things is not criminally responsible for the act or omission to any greater extent if the real state of things had been such as he believed to exist.
(2) The operation of this rule may be excluded by the express or implied provisions of the law relating to the subject."

רלבנטיות לשם התהוות העבירה, אלא גם במקרה של טעות בקיום מצב בו תלויה עצם פליליות המעשה, בכללותו. לכן, די בכך שאדם האמין בכנות ובאופן סביר בקיום התנאים האובייקטיביים של ה"צורך", כדי שמעשהו ייחשב מבוצע כאילו "the real state of things had been such as he believed to exist", אף-על-פי שהמציאות הייתה אחרת.

לפיכך, הטעות לגבי קיום הסכנה, טיב התוצאות שעלולות היו להתרחש, או היקפו, או לגבי דרך מניעתו, או לגבי היחס ביניהן לבין הנזק שנגרם על מנת למונען — כל טעות כגון זו יוצרת מצב של "צורך מדומה", שהשלכותיו המשפטיות תהיינה זהות להשלכות ה"צורך" הממשי. בית-המשפט העליון הפעיל את הגנת ה"צורך" בשני המצבים כאחד — של צורך ממשי ושל "צורך מדומה"⁴¹.

7. שאלה המחייבת דיון והבהרה מיוחדים היא: האם תתקבל מאדם טענת ה"צורך" גם כאשר הסכנה שהצמיחה את מצב ה"צורך", מקורה בהתנהגותו הנפסדת של אותו אדם עצמו? במלים אחרות, ואף במסגרת רחבה יותר, כלום סכנה זו חייבת להיות בלתי צפויה לאדם על מנת שיוכל להיבנות מטענת ה"צורך" לגבי המעשה שעשה כדי למנוע את תוצאות הסכנה? באיון מידה חל סייג כאמור לגבי תחולת הגנת ה"צורך", כאשר סעיף 17 לפקודת החוק הפלילי, 1936, המסדיר את הגנת ה"הכרח", קובע במפורש סייג כגון זה⁴², ולצומתו, סעיף 18 לפקודה, המסדיר את הגנת ה"צורך", אין בו כל זכר לסייג דומה.

כלום ניתן להסיק מכאן, per a contrario, כי בדבר "צורך" אין הסייג האמור תופס? שכן, כאשר המחוקק סבר כי הוא נחוץ — והוא המקרה של הגנת ה"הכרח" — הסייג האמור מצא את ביטוי המפורש בסעיף הדן בהגנה זו. במלים אחרות, כלום יש לשמוע "לאו" לענין הגנת ה"צורך" מכלל ה"הן" האמור בהגנת ה"הכרח"?

(א) בע"פ 202/70 מסדה ורשבים נ. מ.י.⁴³ קובע השופט י. כהן — אם כי לא in terminis — כי אין להיעזר בשיקול per a contrario וללמוד "לאו" מכלל ה"הן" האמור. למרות שאין סעיף 18 הנ"ל קובע כלל סייג דומה לזה שנקבע בסיפא של סעיף 17, אין פירוש הדבר כי סייג זה אינו חל גם לגבי ההגנה המוסדרת בסעיף 18. אומר השופט "אחרי שהמעוררים במו ידיהם הביאו צרה זו [יצירת סכנת חיים לעוברים ושבים ברחוב כתוצאה מביצוע עבודות הריסה ללא הקמת גדר] על ראשם, אין הם יכולים להיעזר בהוראות סעיף 18 הנ"ל"⁴⁴. כלומר, במצב זה, אין הם יכולים לטוהר את עצמם — תוך טענת הגנת ה"צורך" — מן העבירה של הסגת גבול שנוצרה אגב הוות הדוכנים של הרוכלים מן הקיר, בגלל מצבו המעורער עקב עבודות ההריסה שבוצעו עד אז שלא לפי תנאי רשיון ההריסה.

41 ע"פ 54/49 היוה"מ נ. עסלה, ד' פד"י, 496.

42 בזו הלשון: "Provided that the person doing the act did not, of his own accord, place himself in the situation by which he became subject to such constraint"

43 כ"ד פד"י (2), 325. ראה דיון בפסק הדין במאמר S. Z. Feller, "Defence of Necessity and its Limitations," *Is.L.R.*, Vol. 6, No. 3, p. 416.

44 ע"פ 202/70, כ"ד פד"י (2), 325, בעמ' 327—328.

ה"צורך" Stricto Sensu כמצב השולל את המעשה

לדעתנו, עקרונית, גישה זו איננה יכולה להתקבל אלא בברכה, שכן אין אדם רשאי להציל אינטרס לגיטימי אחד על חשבון אינטרס לגיטימי אחר, כאשר הוא עצמו יצר את הסכנה לאינטרס הראשון.

(ב) יחד עם זאת, אין הדברים כל כך פשוטים, שיאפשרו לראות בגישה זו הלכה כללית, היכולה לתפוס בכל המקרים שבהם טוענים הגנת ה"צורך".

במקרה שבו פרצה אש בדירתו של א' עקב התרשלותו הוא, והוא פורץ את דירתו של ב' כדי להשיג מים ולכבות האש, יש להסכים כי אין להגות את א' מהגנת ה"צורך" לענין העבירה שבוצעה כלפי רכושו של ב'. הרי א' הביא בעצמו את הצרה על ראשו ולכן אין הוא רשאי להקריב את האינטרס המוגן של הוולת, על מנת להציל את האינטרס הבלעדי שלו הוא; ואם הוא מתנהג אחרת, עליו לשאת באחריות הנובעת מכך, שכן התוצאה המזיקה הינה פועל יוצא של המצב המסוכן שנוצר על-ידיו הוא.

א-ההחלה של הגנת ה"צורך" stricto sensu, במקרים בהם הטוען אותה יצר, הוא עצמו, ביוזעין ושלא כדין, סכנה לעצמו ותוך כדי כך הוא הקריב אינטרס של הוולת לשם הצלת אינטרס עצמי, יש בה גם כדי להרתיע אנשים מליצור מצבים מסוכנים, אשר תוצאותיהם הצפויות עלולות להעמידם בפני החלופה של הקרבת אינטרס לגיטימי של הוולת. מטרת גישה זו היא להבהיר, שבין האינטרס הלגיטימי שלך לבין האינטרס הלגיטימי של הוולת, זה של הוולת עדיף, ועל כן, ביוצרך סיכון, את עצמך בלבד אתה מסכן ועלך לשאת בכל התוצאות הצפויות הנובעות מכך.

מובן, כי בגישה זו, של תחולה מותנית של הגנת ה"צורך" במצב מסוכן שנוצר שלא מאשמתו של טוען ההגנה, יש מקום לשקול אם ניתן ליחס לאדם עבירה שתלויה במחשבה פלילית, כאשר אותו מצב נוצר תוך רשלנותו בלבד. במילים אחרות, האם יש ליחס למבצע של מעשה מזיק, יחס גפשי חמור יותר לגבי התוצאה המזיקה, מאשר היחס שגילה כשיצר את המצב המסוכן לעצמו? הכללים החלים לגבי האחריות הנובעת מהתנהגות בגדר *actio libera in causa* מחייבים תשובה שלילית לשאלה זו⁴⁵. כאשר התוצאה המזיקה, אותה מנסה האדם למנוע, שונה מעצם המצב המסוכן אותו יצר, יהיה צורך לבחון, בנוסף ליחסו הנפשי ליצירת הסיכון, גם את יכולת צפייתו אותה תוצאה קונקרטית, אשר למניעתה נקט בצעדים של גרם נזק לאינטרס אחר. כך, בדוגמה שנקטנו, ייתכן שהאש ששלח המזיק ברכושו תאחו בבגדיו ותסכן את חייו. כדי לבדוק את תחולת הגנת הצורך על פעולה שינקוט לצורך הצלת חייו במקרה כזה נצטרך לבדוק, בין היתר, את יכולת צפייתו לגבי סיכון חייו כתוצאה מסתברת אפשרית של הצתת רכושו.

⁴⁵ כידוע, האחריות במקרים של *actio libera in causa* מבוססת על צירוף התנהגות המזיקה, ליחס הנפשי לגבי יצירת המצב המסוכן אשר בנסיבותיו אירעה אותה התנהגות; עולה מכך, כי אם יחס זה היה של רשלנות בלבד, אין להטיל את האחריות הפלילית המתבקשת מבצע מעשה מתוך יחס גפשי חמור יותר. אי לכך, בדוגמה שהשתמשנו בה, לא תוטל אחריות פלילית על א', לא משום שעומדת לו הגנת ה"צורך", אלא מפני שלפי הדין הישראלי נדרש "זדון" לגבי התוצאה המזיקה, על מנת שגרימת נזק לרכוש תיראה כעבירה פלילית, ואילו א' גילה יחס של רשלנות בלבד, לגבי אותה תוצאה. במילים אחרות, א' לא יתחייב בעבירה, מפני שאין בהתנהגותו כל דאלמנטים הנדרשים לשם התהוותה, ולא מפני שביצע את מעשהו במצב של "צורך". לו היתה קיימת, בחקיקתנו, עבירה של גרימת נזק לרכוש מתוך רשלנות, א' היה מתחייב בעבירה ולא היתה עומדת לו כל הגנה.

(ג) אולם, טול את הענין שבו דנו בע"פ 202/70. הדוכנים של הרוכלים עמדו על המדרכה סמוך לקיר האמור, קשורים אליו בשרשרות נעולות. החברה הנאשמת קיבלה רשיון הריסה שאחד התנאים בו הקמת גדר סגורה בגובה של שני מטרים ובמרחק מאבני השפה כפי שייקבע על-ידי המשטרה. העיריה הוציאה גם חוק עזר לפינוי הדוכנים, שכנראה גם נוהלו ללא רשיונות כדין, מן המדרכה. אולם, כיון שהפינוי נדחה מפעם לפעם, ניגשו להריסה ללא פינוי וללא הקמת הגדר. בשלב ראשון של ההריסה הוצאו חלקים מן הבניין, ובשלב שני נהרסו הקירות הפנימיים של הבניין בציוד כבד. "כתוצאה מכך – מסכם בית-המשפט העליון – נוצרו בקיעים בקיר החיצוני והיתה סכנה שקיר זה יתמוטט".⁴⁶ לכן החליטו המערערים להזיז בלילה אחד את הדוכנים עד לשפת המדרכה, כך שייצור מרווח סביר בינם לבין הקיר, ונהרסו אותו מיד. מכאן ההרשעה בעבירה של הסגת גבול מתוך כוונה להרגיז, על-פי סעיף 286 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

אף אילו היו המערערים מבצעים את ההריסה עד תומה מבלי לגעת בדוכנים ובשטח המוחזק בידי בעליהם, הם היו מתחייבים בהריסה בניגוד לתנאי הרשיון – דהיינו מבלי להקים את הגדר האמור. אולם, טענת ה"צורך" נטענה על-ידי המערערים לא כדי להשתחרר מאחריות על כך, אלא כדי להשתחרר מאחריות על העבירה של הסגת גבול, אשר התבטאה בהזזת הדוכנים; דחיית טענה זו – אמנם בנימוק שהסכנה נוצרה באש-מתם של המערערים עצמם – פירושה כי, למרות הסכנה האמורה, אסור היה להם – בגלל האשמה האמורה – לגעת בדוכני הרוכלים.⁴⁷ יש להבחין, כי הפעם מדובר בסכנה – לנפש ולמזון כאחד – לעוברים ושבים ולבעלי הדוכנים, אנשים אשר המערערים נתפסו כלפיהם לחובה להגן עליהם.⁴⁸ כתוצאה המצב המסוכן שיצרו אגב ההריסה, בניגוד לתנאי הרשיון. אם נסיק את כל המסקנות המתבקשות מכך, ניתן לגרוס, כי לפי גישה זו, מצווים על יוצר המצב המסוכן, בעת ובעונה אחת, גם להימנע מכל התנהגות העשויה להסיר את הסכנה, שאין לו עליה כל שליטה אחרת, וגם לשאת באחריות הפלילית עבור התוצאות המזיקות העשויות להיגרם בעקבות הימנעות זו. זאת היא אנטינומיה גמורה. שכן, מבקשים מן האדם את הדבר והיפוכו – מצווים עליו להתנהג התנהגות אסורה.

האם תיתכן גישה כגון זו, כאשר כל מטרתו של החוק הפלילי היא למנוע עבירות ולא ליצור עבריינים? אפילו היה בכך משום לימוד פרק למי שיצר את המצב המסוכן; שהרי, הכל היה בא על חשבון אינטרסים לגיטימיים של אנשים חפים מכל פשע ושל החברה גם יחד. גם אם לגבי הרוכלים ניתן לומר כי לו היו מפנים את השטח המוחזק שלא כדין היו מונעים בעדם כל פגיעה וזק, הרי נכונים הדברים באשר לעוברי האורח המקריים.

46 ע"פ 202/70 מסדה ורשימיט ג. מר, כ"ד פד"י (2), 325, בעמ' 327.

47 יש לציין כי לאור הסירוב של הרוכלים לפנות את השטח, גם הקמת גדר, כאמור ברשיון, לא היתה מיתרת נגיעה בדוכנים; שכן, ראשית, מפני שהם היו ממש צמודים לקיר המעורער וכן הנמנע היה להרסו מבלי להזיק לדוכנים, ושנית הגדר הסגורה היתה מונעת כל גישה לשטח הרוכלים, לבעליהם ולקונים כאחד.

48 סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, קובע כי הגנת הצורך הינה בת תחולה גם כאשר אדם מבצע מעשה כדי למנוע נזק לאנשים אחרים בתנאי "שהיה חייב להגן עליהם".

ועתה האספקט העקרוני, לדעתנו: אין הרי המצב שבו האדם טוען הגנת ה"צורך" — אף stricto sensu — כאשר הוא פגע באינטרס הלגיטימי של הזולת, כדי להציל אינטרס לגיטימי שלו עצמו, כהרי המצב בו אדם טוען הגנה זו, אולם אותו אדם הקריב אינטרס לגיטימי של הזולת כדי למנוע פגיעה — אגב עצם היווצרות עבירה — באינטרס לגיטימי, שהוא, גם כן, של מישהו אחר.⁴⁹ לדעתנו, אם הדעת נותנת שלא תעמוד במקרה הראשון כל הגנה לאדם אשר יצר, הוא עצמו, את המצב המסוכן, הרי במקרה השני, נוטים אנו לגרסה לפיה הטענה דווקא תעמוד לו, אף כאשר הוא יצר את המצב הזה. אין החברה זכאית להטיל על האדם לבצע עבירות על מנת שילמד לקח. אין זה גם חשוב שהאדם פעל, בעיקר, על מנת להיחלץ מאחריות פלילית; מבחינה חברתית, העיקר הוא למנוע היווספות עבירות נוספות ואולי, לא פחות חשוב הוא, שלא לכפות על האדם ביצוע עבירה מכוח הדין.

(ד) הבחנתנו דלעיל אינה מבוססת על שיקולי הגיון משפטי בלבד; היא מתחזקת גם בצורה שבה מוסדרות בחוק הפוטיבי שתי ההגנות — ה"הכרח" מזה וה"צורך" מזה. כיון שהגנת ה"הכרח" מניחה קיום מצב שבו אדם ציית לדרישה לפגוע באינטרס שאינו שלו על-מנת להציל אדם אחר, אינטרס לגיטימי שלו הוא, יכול היה המחוקק לקבוע במפורש גם את הסייג לפיו הגנה זו לא תעמוד לאדם שגרם בעצמו ליצירת אותו מצב. אולם, לגבי הגנת ה"צורך" — stricto sensu — אשר יכולה להיטען גם כאשר הדילמה היא בין שני אינטרסים לגיטימיים שאף אחד אינו של הטוען עצמו, לא קבע המחוקק כל סייג מפורש ובכך השאיר לשופט את החופש להבחין לפי היחס בין הטוען לבין האינטרס שהציל אותו; ואילו הסייג לגבי תחולת הגנת ה"הכרח" הינו מורה דרך גם לענין ההבחנות המתבקשות לגבי החלת הגנת ה"צורך".

(ה) אולם, שתיקת סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, באשר להשלכת יצירת המצב המסוכן על-ידי טוען טענת ה"צורך" איננה יכולה להיות רלבנטית לענין זה גם מפני שסעיף זה מסדיר, כאמור, בנשימה אחת את הגנת ה"צורך", stricto sensu, ואת ה"הגנה הפרטית", כשזו האחרונה נבלעת בתוך המושג הכללי של צורך. והלא לא כל מה שיכול להלום את הראשונה הולם גם את השניה. ואמנם, כבר צויין בפתח דברינו, כי הלגיטימיות של ה"הגנה הפרטית" הינה מוחלטת והיא איננה נשללת אף כאשר התקיפה, אשר נגדה באה ה"הגנה הפרטית", היתה תגובה להתנהגות פוגעת קודמת של הנתקף; כלומר, גם כאשר הנתקף הביא, הוא עצמו, את הצרה על ראשו. שום דין לא יקבע כי, משום כך, זכאי הנפגע לעשות דין לעצמו בכל צורה שהיא. אם תגובתו היא במעשה תקיפה ואין מי שיגן על הנתקף, זכאי זה או אדם אחר למלא את תפקיד השלטון ולפעול בדרך של הגנה פרטית, במידה שבה הדבר נדרש לשם הסרת הסכנה הטמונה בתקיפה. דוגמא מאלפת היא שהמתת אדם במצב של קינטור מהווה עבירה פלילית, ואילו כל מעשה שבוצע כדי להתגונן בפני המתה כגון זו, בוודאי תחול עליו ההגנה, לפי סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, למרות שהמתגונן הביא, ביוזעין ושלא כדין, את הצרה על ראשו.⁵⁰

49 אין אנו נכנסים, כאן, לענין הפרופורציונליות שבין שתי הפגיעות — האפקטיבית, באינטרס הזולת והפוטנציאלית, באינטרס העצמי — זו מזל זו; על כך דובר לפני כן.
50 כדאי לציין כי הסייג שבסעיף 3.02(2) ל-Model Penal Code, לגבי חלות הגנת ה"צורך",

אין, איפוא, כוחן של ההבחנות שעשינו לגבי חלות הגנת הצורך, וה-*ratio* שבהן, יפה לגבי ה"הגנה הפרטית", וזאת משתי סיבות עיקריות: האחת, שכאמור אין מדובר כאן על ברירה בין שני אינטרסים לגיטימיים, אלא בין האינטרס הלגיטימי של הנתקף לבין אינטרס בלתי לגיטימי של התוקף. השנייה, שבמצב ה"צורך" אין הסכנה, אחרי שנוצרה, נישלטה, ואין בכוח הזולת, שהאינטרס שלו עומד להיות מוקרב, למנוע את הצורך בהקרבתי; ואילו בנסיבות ה"הגנה הפרטית" יכול גם יכול אותו זולת, הוא התוקף, להפסיק בכל רגע את תקיפתו, שהיא העילה לפגיעה בו מצד זה שמתגונן או שמגן על הזולת בדרך ה"הגנה הפרטית".

מכאן, אם כן, תחולתה הגורפת יותר של ה"הגנה הפרטית" גם באותו סוג מקרים אשר בהם הגנת ה"צורך" לא היתה חלה.

ממש בעת הדפסת שורות אלו נתפרסם פסק-דין בע"פ 410/71 הורוביץ נ. מדינת ישראל⁵¹ (להלן פרשת הורוביץ) בו נקבעה, לראשונה בארץ, הלכה בסוגיה זו, וההלכה דווקא איננה מחייבת את הבחנתנו זו. הלכה זו קובעת כי אם אדם יוצר, ביוזמיו ושללא כדין, את המצב שגרם להתקפה עליו, לא תעמוד לו טענת ה"הגנה הפרטית" על-פי סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, למרות שחגובתו של המותקף, למען הסרת הסכנה הנשקפת מן ההתקפה⁵², התרחשה בכל התנאים האמורים בסעיף זה. על אף

אינו נמצא בסעיפים המסדירים את ה"הגנה הפרטית" על צורותיה השונות – ראה הערות 10–12 דלעיל.

51 כ"ז פד"י (1), 624.

52 והרי נסיבות הפרשה כולה, כפי שנקבעו על-ידי בית המשפט: הורוביץ – בן ה-18 שנה בעת ביצוע העבירה – היה מופקד על ניהול מועדון והתפתח ריב בינו ובין הקרבן, מבוגר וחזק ממנו, בעת ביקורו במועדון, ריב שהגיע להתכתשות. על מנת להפחיד את הקרבן, יצא הורוביץ לחצר, שם החזיק אקדח במחבוא לשם שימוש בו בעת הצורך לשמירה על המועדון, הוציא את האקדח וטען אותו. אולם, לפני שובו למועדון חזר בו ויצא לרחוב להמתין לחבר שלו, שעמו קבע פגישתו. כיוון שהחבר לא הופיע, החליט הורוביץ לעזוב את המקום לבדו לאחר שיוזע על כך למי שבא להחליפו במועדון. הורוביץ פנה, לשם כך, בחזרה למועדון, לפני שהספיק להתוויר את האקדח למחבוא, ובמדרגות נתקל באקראי בקרבן. חלה הפס אותו בסנטרו ואמר לו "אתה ילד בשבילי, אני ארביץ לך מכות". לזה הגיב הורוביץ "אם אתה גבר, בא תריב אתי בים", כי הורוביץ נכנס להתמודדות בלתי שווה זו, מאחר שנפגעה גאוותו כאשר הקרבן תפס בסנטרו ואמר כה שאמר, וכי ראה הכרח לעצמו להשמיד את האתגר כדי לשמור על כבודו. בית המשפט קבע במפורש שכוונת דברים אלה היתה "לתיגרת ידיים על שפת הים" (בעמ' 626). הקרבן קיבל, איפוא, את האתגר וביחר עם חבר משותף פנו שלושתם לכיוון שפת הים. בדרך הפציר החבר בקרבן להרפות מהורוביץ, אולם הקרבן לא ויתר ואמר "אני מוכרח לשלוח אותו לבית-החולים". האקדח היה עדיין מוסתר על גופו של הורוביץ אשר לפי הממצאים של בית המשפט "לא התכוון להשתמש באקדח בעת התיגרה אלא בשעת הדחק, אולי לשם הרתעה בדרך איום" (בעמ' 627). כאשר הקרבן הציע להעביר את ההתמודדות לאחת מן החצרות שבסביבה, לא התנגד הורוביץ, ובלבד שלא ייחשב כמוג לב, ולמרות שכוונתו היתה לריב על שפת הים, במקום מואר שבו ישנם עוברים ושבים (בעמ' 626–627). כשהגיעו לשדה המערכת, הרים הקרבן בקבוק שבור מן האדמה והתקדם לקראת הורוביץ בהניפו את הבקבוק. מתוך חשש לגזק גופני חמור שלף הורוביץ את האקדח ואמר "אל תתקרב, אני אתרוג אותך". כתגובה אמר הקרבן "עוזב שטויות" והניף בבקבוק שבידו את ידו של הורוביץ שהחזיקה באקדח, כלפי מעלה. באותו רגע לחץ הורוביץ על ההדק והכחיר שגורה פגע במצחו של הקרבן פגיעה קטלנית.

הנימוקים כבדי המשקל עליהם מושתת פסק־הדין, לא שוכנענו בנכונות התשובה החיובית, שניתנה בפסק־הדין האמור לשאלת המרכזיות, שהיא: האם העובדה שאדם הכניס ראשו ביודעין ושלא כדין אל תוך המצב, שגרם להתקפה עליו, שוללת ממנו את הזכות להתגונן, כאשר אין לו עוד, באותו שלב, כל דרך אחרת להציל את עצמו מן הסכנה?

על מנת לדון בשאלה זו, ובתשובה הניתנת עליה בפסק־דין זה, נסטה מדרך המלך של דיוננו בענין ה"צורך", ונתעכב ביתר פירוט על הנאמר בפסק־הדין הנ"ל בבעיה חשובה זו. אנו רואים חובה לעצמנו לעשות כך, למרות שההלכה שנקבעה בפרשת הורוביץ מתייחסת ל"הגנה הפרטית", ואילו אנו ב"צורך" stricto sensu עסקינן. זאת בגלל ההשלכה שיש לפסק־הדין גם על ענינו הישיר והנובעת מכמה גורמים:

ראשית, מסדיר החוק, כאמור, את שתי ההגנות גם יחד בסעיף 18, בלי הבחנה ביניהן, וממילא כל פרשנות הניתנת לסעיף זה וכל הלכה הנקבעת לגביו יש להן השלכות על שתי הפנים של הסעיף, אלא אם כן נאמר במפורש אחרת.

שנית, במקרה ספציפי זה יש יתרון השלכה להלכה שנקבעה לענין ה"הגנה הפרטית" על הגנת ה"צורך" משקולי קל וחומר: מה ה"הגנה הפרטית", אשר בה נפגע אינטרס בלתי לגיטימי של התוקף, וכשבידו למנוע את הפגיעה בו על־ידי הפסקת תוקפנותו – אינה פוטרת את הנאשם, שיצר את המצב המסוכן בעצמו; ה"צורך", אשר הביא לפגיעה באינטרס לגיטימי של הזולת, ואשר בו אין לו, לאותו זולת, שליטה על העילה לגרימת הנזק – דאי שלא תחול, על־פי הלכה חדשה זו, בשום מקרה על יוצר הסכנה.

נחבונן, אם כן, במצב המתואר בפסק־הדין. אין ספק, כי לוא היה שוטר נוכח במקום ההתרחשות ובשלב הגורלי היה עליו להתערב ולהתגבר, באמצעים ההולמים את המצב המסוכן, על ההתקפה על מנת להסיר את הסכנה הטמונה בה, וזאת אף־על־פי שהמותקף יצר את המצב האמור. הייתכן, שבהעדר נציג זה של החוק, ייאסר על אדם הנתון בסכנה ליטול על עצמו את תפקיד הנציג האמור ולפעול במישרין לשם הסרתה, בגדר ההתגוננות הגדרשת, למרות היותו הגורם ליצירת אותו מצב? הרי במצב של התגוננות הכל נתון, כאמור, בידיו של התוקף, אשר בהפסיקו את ההתקפה – ושוב, אין נפקא מינה מה הביא אותו אליה – מיתר כל צורך בהגנה או בהתגוננות. באותו רגע בו נמצאים, זה מול זה, תוקף ומותקף, נפסק, מבחינת האינטרס החברתי, כל קשר בין מצב זה לבין הסיבות שגרמו לו ואינטרס זה מחייב להסמיך את המותקף להדוף את ההתקפה, בתנאי היחידים שלא יחרוג מכללי ה"הגנה הפרטית" כפי שהחוק מגדיר אותה. הגירסה, לפיה אם המותקף גרם ליצירת המצב שהביא להתקפה, לא תעמוד לו טענת ההתגוננות, מקנה, למעשה, מעין לגיטימציה להתקפה, על כל תוצאותיה הפוטנציאליות: ענישת ההתגוננות פירושה איסורה, והמשתמע מכך הוא בדיוק חובה על המותקף להפקיר את עצמו בידי התוקף ושלא להפריע לו לעשות את מלאכתו עד הסוף, יתבטא סוף זה אף בתוצאה קטלנית. הייתכן כך, אף אם יכול היה המותקף לצפות מראש את הסכנה בה כרוך המצב אותו גרם? האם עובדה זו "מסמיכה" את התוקף לעשות דין לעצמו, לו גם במובן הצר ביותר, כלפי המותקף בלבד? קיימת מידה מסוימת של ניגוד בין היחס השלילי למעשה התקיפה של התוקף, הנא לידי ביטוי בהתערבותו האפשרית של שוטר כנגדו, מחז־גיסא, לבין ה"היתר" להתגוננותו הניתן, כביכול, על־ידי האיסור המוטל על הנתקף למנוע את מעשה התקיפה בדרך של "הגנה פרטית", מאידך גיסא.

בית-המשפט העליון השווה את המצב בפרשת הורוביץ למשחק ספורט אלים או לדו-קרב, בו כל זמן שהיריבים שומרים על "כללי המשחק" המקובלים והמוסכמים ביניהם, אין עומדת להם טענת ההתגוננות לפי סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936.⁵³ עם כל הכבוד, לא נראית לי ההשוואה הזאת כלל. ראשית, אם המדובר במשחק "ספורט" אלים, כשהוא מתנהל לפי הכללים המקובלים והמוסכמים, דווקא כן מוגנים השחקנים בפני כל אחריות פלילית עבור הנזק הנגרם על-ידי כל אחד מן השחקנים לחברו, ואם חורגים, אחד או אחדים מן היריבים — מן הכללים הללו, שוב חוזר על כנו הדין הפלילי, עם כל הכרוך בו, הן מבחינת היווצרות האחריות הפלילית והן מבחינת חלות ההגנות מפניה, הכל לפי הענין.⁵⁴ כלל זה עשוי לתפוס, בסייגים מסויימים, לגבי כל תיגרה אחרת, אשר היריבים קבעו לה מראש מסגרת, למרות שכל אחד מן היריבים הכניס ראשו באותה מידה אל תוך המצב שגרם להתקפה של השני. שנית, והוא העיקר, אין הרי המצב העובדתי ומשמעותו המשפטית, המאפיינים דו-קרב, משחק ספורט אלים או כל תגרה אחרת, המתנהלים לפי כללים מקובלים ומוסכמים בין היריבים — כאשר ביכולתו של כל אחד מן היריבים — גם לוותר, להפסיק את המשחק ו"להרים ידיים", למרות שמשמעות הדבר היא כניעה, כהרי המצב העובדתי בו מתעוררת השאלה של החלת התגנה של התגוננות לפי סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ומשמעותו המשפטית. כאן מפנים אנו להבחנה שנעשתה בע"פ 319/71⁵⁵ בין התגוננות בעילת לחימה לבין לחימה בעילת התגוננות, כאשר המגן על נפשו נרתע מן המלחמה וכל מה שהוא עושה הוא בעל כורחו ובדלית ברירה, ואילו המתגונן ברוח לחימה משיב מלחמה שערה והעובדה שהוא מתגונן בפני יריבו אינה אלא עילה למלחמתו.⁵⁶ והכל בצירוף האפשרות השווה הגיתנת לכל אחד להפסיק את המשחק ולמנוע את תוצאותיו המזיקות.

ובכן, בשלב שבו בוצע המעשה הקטלני, מה היה המצב בפרשת הורוביץ אשר הביא להלכת בית-המשפט העליון: מצב של התגוננות בעילת לחימה או לחימה ברוח של התגוננות? הרי בית-המשפט העליון קבע כממצא ללא עוררין כי "כאשר הסתער סאבי (הוא הקורבן) על המערער ובידו הבקבוק הסבור, היה למערער יסוד סביר לחשוש לחבלה חמורה שיחבל בו סאבי, וכדי להתגונן בפני סכנה זאת, היה מותר לו לנקוט כל אמצעי, ואפילו עד כדי איום בנשק קטלני, ואם האיום לא יישא פרי, אף יריה בנשק, תחילה לטם הפחדה".⁵⁷ ולטענה שעל הורוביץ היה להפסיק את ההתמודדות ולסגת מן המקום, השיב בית-המשפט העליון כי "אין יסוד להניח שסאבי, אשר הסתער על המערער, ער אחרי הכרזתו כי הוא חייב לשלוח אותו לבית-החולים, היה מרפה מן המערער גם אילו היה המערער 'מרים ידיים' באותו מעמד והיה מכריז שברצונו להפסיק את המאבק. גם אילו ניסה המערער לברוח מן המקום, שאלה רבה היא אם היתה לו דרך נסיגה נוחה מתוך החצר ואם לא היה חושף את עצמו להנחתת מכה מסוכנת דווקא כשיפנה את גבו

53 ראה הודגמה שנתן השופט לנדוי בפרשת הורוביץ, עמ' 630 מול אות השוליים ג'.
 54 בארץ, העבירות הקשורות בדו-קרב — סעיף 99 לפקודת החוק הפלילי, 1936 — בוטלו בחוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 28), תשכ"ו—1966, סעיף 6.
 55 ראתה הערה מס' 33 לעיל.
 56 ראה את האמור לעיל בעמ' 15—16.
 57 פרשת הורוביץ, עמ' 628 בין אותיות השוליים ג' וד'.

לתוקף לשם בריחה"⁵⁸. זאת ועוד – הורוביץ הביע במפורש את רצונו להפסיק את ההתמודדות בכלים קטלניים בכך שרק ברגע הגורלי שלף את האקדח ואמר לקורבן "אל תתקרב, אני אהרוג אותך", אשר על זה הגיב הקורבן בהתקרבות יתר אל הורוביץ, תוך הנפת הבקבוק שבידו ועל-ידי כך גרם להנפת יד המערער, שהחזיקה באקדח, כלפי מעלה"⁵⁹. תוך התייחסות למצב זה, מסביר בית-המשפט העליון מדוע אין לקבל את הטענה לפיה הורוביץ היה צריך לירות, ראשית, ירית הפחדה באוויר. "הרי לא היה ביכולתו לכוון את ירייתו, כי היד שהחזיקה באקדח הונפה בכוח כלפי מעלה, ובמצב זה, שבו היה המערער צפוי לסכנה של פירוק נשקו מעליו ושל עמידה בידיים ריקות מול סאבי המחזיק בבקבוק השבור, הוא עשה מעשה יאוש של לחיצה על ההדק כדי שסאבי ירפה ממנו. עובדה היא שהיה רק מרחק קטן מאוד בין הפגיעה במצחו של סאבי ובין יריית הכדור כלפי מעלה לאוויר"⁶⁰. זאת אומרת "מעשה יאוש... כדי שסאבי [הקורבן] ירפה ממנו [מן הנאשם בתוצאת המעשה]". האם ניתן להשוות מצב זה של לחימה מיואשת בעילת התגוננות להתגוננות תוך הפגנת מומחיות, כוח או אבירות במסגרת התחרות אלימה, משחק ספורט אלים, או כל דו-קרב אחר? הלא בכל מסגרת כגון זו, בידו של כל אחד מן היריבים להפסיק את ה"משחק", למרות שהדבר שקול כנגד "כניעה", אולם בפרשת הורוביץ נקבע במפורש כי "לא היתה לו עוד באותו רגע דרך נסיגה בטוחה וגם נסיון להפסיק את התיגרה לא יכול היה עוד לעזור לו"⁶¹. עם כל הכבוד, אין המשל דומה לנמשל, אף אם בשלב קודם התחילו הדברים בלשון של התמודדות פיזית ואף אם המערער הזמין אותה והסכים לתנאיה המצופים, כך ששני השלבים הם כאילו חלק משרשרת בלתי מנותקת של סובב ומסובב שהובילה עד למותו של הקורבן, ואילו הסובב – ההזמנה להתמודדות – הינו בבחינת גורם מודע ושלא כדין. הקובע הוא השלב השני, כאשר הדרישה הנחוזה מהמספיקה לשם החלת סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, היא שבשעת המעשה יתקיימו התנאים בהם חלה ה"הגנה הפרטית", כפי שסעיף זה מגדיר אותה. היווצרות תנאים אלה שוללת כל משמעות וכל השלכה משפטית מן השלב שקדם לשלב ההתגוננות. הכלל לפיו *qui vexatur in re* *illicita tenetur etiam pro casu* (מי שהסתבך במעשה שלא כדין ישא באחריות גם עבור התוצאות האינצידנטאליות) אינו חל בסוגיה של ה"הגנה הפרטית", שכן המהות המשפטית והתפקידים החברתיים של הגנה זו אינם מתיישבים עמו.

מסופקני אם תופס כאן השיקול של "קל וחומר" של בית-המשפט העליון: "אם חובה היא על אדם שלא לעשות יותר מאשר דרוש במידת הסבירות כדי להדוף סכנה שכבר נוצרה, על אחת כמה וכמה עליו למנוע היווצרות סכנה דומה מראש, ולהימנע מלהביא עצמו מיומנתו למצב ממנו צפויה סכנה"⁶². אמנם, מחובתו של אדם להימנע מכך, ואם מתבקשת סאנקציה משפטית לכך צריך להנהיג אותה, במידה והיא חסרת, ולהפעיל אותה בדרך שיפוטית. אולם, משום כך, אין ליטול מן האדם את הזכות להגן על נפשו

58 שם, בין אותיות השוליים ד' ו'ה' וכן מול אות השוליים ה'.

59 ראה את פירוט העובדות בהצעה מס' 52 דלעיל.

60 פרשת הורוביץ, עמ' 632 מול אות השוליים ד'.

61 שם, עמ' 632, בהתחלה.

62 שם, עמ' 630, מול אות השוליים א'.

בפני עבירה העומדת להתבצע בו וכאשר, בעצם, הוא זכאי להגנת השלטון, אשר במקרה נעדר מן המקום.

כמו כן, אין אנו חוששים מן השימוש לרעה בהכרה בזכותו של אדם להגן על עצמו במצבים כאלה, על-ידי "הזמנת" היווצרות מצב כזה, מתוך מטרה לניצול ה"תגוננות" כדי לסלק חשבוניות עם ה"תוקף" הם המוג אשר ידו על התחבולה מבחינה פיזית. שיקול זה לא הועלה בפסק-הדין של בית-המשפט העליון – מן הטעם הפשוט שבפרשת הורוביץ היו העובדות הפוכות דווקא. אולם, אף לוא היו העובדות כבהנחתנו, לא היתה כל סכנה בקביעת הלכה, שאין כל השלכה לאיטמה בהיווצרות המצב המסוכן, על חלות ה"הגנה העצמית". שכן, כאן חסרים התנאים של התגוננות מותרת. השימוש ב"התקפה" מטעם הזולת כאמתלה כדי לחסל את ה"תוקף" איננה התגוננות ולא כל שכן איננה התגוננות במידת הסבירות. למעשה, ה"התקפה" איננה מהווה אלא חוליה בתוכנית התוקפנית של ה"מתגונן", אשר הוא ה"תוקף" הממשי. אמנם זה ענין גם של ראיות, אולם כל אספקט מהותי רלוונטי טעון הוכחה ואילו הצד המהותי של כל ענין מבוסס על ההנחה כי כל ההיבטים שלו הוכחו. אולם, כדי לחזור לפרשת הורוביץ, בה נקבעה ההלכה לפיה משיצר אדם, בידעין ושללא כדיו, מצב שגרם להתקפה עליו אינו זכאי עוד להגן על נפשו – בפרשה זו, הורוביץ אמנם היה במצב של התגוננות.

המסקנה המשפטית המתבקשת מכך היא כי, להבדיל מן המעשה שבוצע בתנאי ה"צורך" *stricto sensu*, כאשר, במקרים מסויימים, יצירת המצב המסוכן על-ידי עושה המעשה תשלול את תחולת ההגנה בפני אחריות פלילית, המעשה שבוצע בתנאי ה"הגנה הפרטית" לא יהווה, לדעתנו, עבירה פלילית לעולם, כולל המקרים – כולם – בהם עושה המעשה הביא, הוא עצמו, את הצרה על ראשו.

(ו) לסיכום בענין השפעת הגורם שיצר את המצב המסוכן על פליליות המעשה שבוצע באותו מצב; אם, אמנם, אסור להפעיל את השיקול *per a contrario* כשבאים לפרש את סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, בהשוואה לסעיף 17 לאותה פקודה, אין גם לנקוט גישה בלתי נבדלת באשר לפירוש סעיף 18 האמור, בכל הנוגע לאותו ענין. לדעתנו, יש להבחין, ראשית ובעיקר, בית הגנת ה"צורך" *stricto sensu*, לבין ה"הגנה הפרטית":

— במצב של "הגנה פרטית", אין כל השפעה לאותו גורם על פליליות המעשה;
— במצב של "צורך", תהא השפעה לאותו גורם על פליליות המעשה, רק במקרה שבו האינטרס שהוצל הינו של העושה עצמו.

9. שאלה חשובה המתעוררת ביחס לטענת ה"צורך" היא שאלת גסלת הוכחה כי המעשה אמנם בוצע בתנאי ה"צורך". בגושה זו, סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, קובע כי המעשה "may be excused if the person can show that it was done...".

(א) בתי-המשפט לומדים מן התוראה "...אם האדם יוכל להראות" כי, לאחר שהוכחו העובדות הרלבנטיות לשם התהוות העבירה, על הנאשם להרים את הנטל ולהוכיח כי המעשה נעשה בתנאי ה"צורך", על מנת להיחננות מן הנפקות המשפטית של סיבה זו השוללת את פליליות המעשה⁴¹, כאשר לענין מידת ההוכחה, אין דורשים

63 ע"פ 10/49 ה"ה' נ. פהניאב, ב' פ"ע, 23, בעמ' 41.

ה"צורך" Stricto Sensu כמצב השולל את המעשה

הוכחה מעבר לכל ספק סביר, אלא מספיקה המידה בה צריך תובע להוכיח את תביעתו במשפט אזרחי, דהיינו במידה של "קרוב לוודאי", לפי מאזן ההסתברויות. שכן, כלל הוא, שאין דורשים בפלילים מידת הוכחה גבוהה יותר, כאשר היא מוטלת על הנאשם.⁶⁴ עולה כי הכלל in dubio pro reo (הספק הינו לטובת הנאשם) אינו חל כאן, שכן אין די בכך שהנאשם יצליח לעורר ספק סביר אם אמנם לא בוצע מעשהו בגלל ה"צורך". הרי הוא צריך, לפחות, לשכנע כי גירסתו יותר מסתברת מאשר הגירסה שכנגד, ואילו מן הספק תיהנה הפעם, התביעה. בית-המשפט העליון פסק הלכה זו בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים בענין זה.⁶⁵

בהטילה נטל ההוכחה של מצב ה"צורך" על הנאשם, בצורה זו, מכריחה ההלכה את השופט להרשיע במקרה של ספק, אם הנאשם לא הצליח להוכיח כי גירסתו אמינה יותר. ניתן לראות כאן מעין אפליקציה של הכלל האופייני באזרחים לפי reus in excipiendo fit actor.

תפיסה זו איננה הולמת כלל את הנחות היסוד של ההוכחה בתחום הפלילי,⁶⁶ ואף איננה מחוייבת מהוראות החוק המצויות. להלן נימוקי פרופוזיציה זו שלנו.

(ב) האינטרס של החברה להגן על הערכים החיוניים לקיומה ולהתפתחותה מצריך הטלת אחריות פלילית על כל מי שמתחייב בביצוע עבירה פלילית. אולם, יחד עם זאת, האינטרס, שאינו נופל מקודמו, להגן על הפרט בפני כל האשמה בלתי מוצדקת, מחייב את החוקה של חפזות מפשע כהנחת יסוד של ההליכים המשפטיים בתחום הפלילי; אמנם, חוקה זו הינה ניתנת לסתירה, אולם עד כדי הסרת כל ספק סביר שמא, אמנם, הנאשם חף מפשע, שכן, כלל יסוד אחר בתחום האמור הוא שכל ספק הינו לטובת הנאשם — in dubio pro reo. כיון שכך, לכאורה, היה מוטל על התביעה הנטל להביא ראיות ולשכנע את השופט, מעבר לכל ספק סביר, על קיום כל התנאים בהם תלויה היווצרות אחריות פלילית.

אולם, תנאים אלה מתחלקים לשני סוגים שונים: הראשון, מתייחס לעובדות הרלבנטיות לשם תהוות העבירה המיוחסת לנאשם, עובדות שהן תנאי רגיל ומחייב אחריות פלילית עבור העבירה הספציפית שברצעה. הסוג השני, מתייחס לסיבות המשמטות את הקרקע מתחת לאחריות הפלילית; אלה הן תנאים יוצאי דופן וכלליים, השוללים⁶⁷ את האחריות הפלילית. השוני שבין טיב שני הסוגים האמורים של התנאים בהם תלויה היווצרות האחריות הפלילית, מכתוב שיטה מיוחדת של חלוקת נטל ההוכחה בפלילים ומידתו, על מנת לספק שתי הנחות היסוד, הנ"ל, כאחת — החוקה של חפזות מפשע והכלל של in dubio pro reo. ואכן, לגבי התנאים הרגילים והמחייבים אחריות פלילית בשל העבירה הספציפית

64 ע"פ 118/53 מנדלברג נ. היה"מ, י"פד", 281, 289.

65 ע"פ 10/49 היה"מ נ. פתניאב, ב' פ"ע, 23, בעמ' 58.

66 ראה: S. Ginossar, *Eléments du Système Anglais de la Preuve Judiciaire*, Revue 66 de Droit International et de Droit Comparé, 1-2, 1965, 9, 19.

67 תיאורטית, ניתן לסווג את התנאים הללו, עצמם, לשתי קטגוריות: הראשונה, הכוללת את התנאים המעידים על העדר כשירות פלילית — קטינות וטירוף דעת. תנאים אלה מקבילים, למעשה, לתנאים הפרלימינריים של כושר פלילי — גיל מסוים ושפיות הדעת. השניה, הכוללת את כל סוגי המצבים הבולטים לביצוע המעשה ושאר שוללים את פליליותו, כגון טעות בעובדה, הכרח, צורך, צידוק וכיוצא באלה.

המיוחסת לנאשם, טבעי הוא שהנטל להביא הוכחות יוטל על התביעה וכי מידת ההוכחה תהיה מעבר לכל ספק סביר. שכן, העיקרון לפיו כל אדם בחזקת חף מפשע משחרר אותו מכל הכחשה, כל זמן שהיפוכו של דבר לא הוכח מעל לכל ספק מתקבל על הדעת.

אולם, לא הוא הדין הטבעי לגבי התנאים היוצאי דופן והכלליים השוללים את האחריות הפלילית. ואמנם, "אי שפיות הדעת", "הכרח", "הצורך", "ההגנה הפרטית", "השכרות", "הצידוק" וכיוצא באלה עילות אחרות השוללות את פליליות המעשה, הן בבחינת חריגים לעומת התנאים הרגילים בהם מתבצעות העבירות, והן כלליות ביחס לכל העבירות מכל הסוגים. היה, איפוא, לפחות, בלתי סביר, לדרוש מן התביעה להוכיח במסגרת כל אישום בכל עבירה שהיא, כי הנאשם אינו קטין מתחת לגיל 9, למרות שרואים שהוא בן ששים, כי הנאשם אינו בלתי שפוי בדעתו, למרות שאין כל אחיזה לגירסה שדעתו נפגעת, כי הוא לא פעל מתוך הכרח או מתוך צורך, וכן הלאה, למרות שאין כל סימוכין לקיומם של מצבים אלה, בחומר הראיות⁶⁸.

היותם תנאים יוצאי דופן וכלליים, כאמור, בהם תלויה היווצרות האחריות הפלילית, מצריכה הכרה בחזקה גוספת – מקבילה לחזקת החפות מפשע – שהיא החזקה של העדר הסיבות האמורות השוללות את פליליות המעשה; אולם, תוך תיאום משקלה של חזקה זו עם משקלה של החזקה ההיא. אם החזקה של חפות מפשע מחייבת הוכחה, מעל לכל ספק סביר, של היסודות המרכיבים את העבירה הספציפית, החזקה של העדרות הסיבות השוללות את פליליות המעשה, יהיה די לגביה שיתעורר רק ספק סביר, שמא קיימת אחת מהן, על מנת שהתביעה תהיה חייבת להסיר את הספק בהוכחות נגדיות.

נוסף לכך, אם טיב החזקה של חפות מפשע מטילה על התביעה את הנטל לסתור אותה, טיב החזקה של העדר הסיבות השוללות את פליליות המעשה מעבירה את הנטל לסתור אותה – כמובן בכמות ראיות אחרת – על הנאשם. לפיכך, אם אין כל אחיזה בחומר הראיות לגבי קיום סיבה השוללת את האחריות הפלילית, על הנאשם להביא הוכחות על כך, על מנת להסיר את החזקה של העדרות הסיבות הללו. אולם, יספיק ספק סביר בלבד, על מנת שנטל ההוכחה הסותרת יועבר על התביעה. אם היא לא תצליח בהרמת נטל זה אז *in dubio pro reo* ועל הנאשם לצאת זכאי בדינו.

בצורה זו, משלימה החזקה של העדר הסיבות השוללות את פליליות המעשה, את החזקה של חפות מפשע, ואילו שיטת פעולתן השונה מתואמת על-ידי הכלל הבסיסי של *in dubio pro reo*.

לסיכום ובקיצור: החזקה של חפות מפשע הינה פועל יוצא של סוג היסודות אליהם היא מתייחסת והם היסודות הרגילים והמחייבים אחריות פלילית בשל עבירה ספציפית. לכן, מוטל הנטל של סתירת החזקה ושל הוכחת העובדות הרלבנטיות לשם התהוות עבירה זו, על התביעה. מכוח הכלל של *in dubio pro reo*, התביעה חייבת לעמוד בנטל זה עד כדי הסרת כל ספק סביר בגדי. החזקה של העדר הסיבות השוללות את פליליות המעשה הינה פועל יוצא של היותן סיבות אלה יוצאות מן הכלל ויחד עם זאת כלליות לכל העבירות. לכן מוטל הנטל של סתירת חזקה זו על הנאשם דווקא; אולם,

68 ראה: ע"פ 57/53 נולד ג. הייזר, ד' פד"י, 1126, בעמ' 1140.

ה"צורך" *Stricto Sensu* כמצב השולל את המעשה

מכוח אותו כלל של *in dubio pro reo*, מידת הנטל תהא עד כדי העלאת ספק סביר בגדרו. במלה אחת: הצד השונה אשר לטובתו פועלת כל אחת מן החוקות האמורות גורם לחלוקה השונה של נטל הסתירה של החוקות הללו בין שני הצדדים; ואילו הכלל המשותף של *in dubio pro reo* מווסת את המידה השונה שבה חייב כל אחד מן הצדדים להרים את הנטל השונה שלו, לפי היסודות השונים אליהם מתייחסת כל חוקה כאמור.

(ג) אולם, מה התועלת באמור לעיל – שיש בו גם משום ביקורת על ההלכה הפסוקה לגבי נטל ההוכחה ומידתו, של תנאי ה"צורך" – אם החוק המצוי קובע אחרת? וכאן השאלה – האם אמנם הוראות סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, מחייבות גירסה שונה ההולמת את ההלכה הפסוקה, לפיה על הנאשם להוכיח את טענתו במידה של "קרוב לוודאי" לפי מאזן ההסתברות, כי היה במצב של "צורך" וכי הספק בלבד יפעל לטובת התביעה?

אם נבחין בין הנטל המוטל על הנאשם לעורר ספק מתקבל על הדעת שמא הוא פעל במצב של "צורך", לבין הנטל להוכיח כי גירסתו אמינה יותר מאשר הגירסה הנגדית, כי אז קשה שלא להסכים כי לשון הסעיף האמור "if the person can show..." (ההדגשה של המחבר), מצביעה פחות על הנטל מן הסוג השני מאשר על הנטל מן הסוג הראשון⁶⁹. במיוחד, כאשר משווים את לשון זו של סעיף 18 האמור עם לשון סעיף 13 לפקודה, בו נקבע כי "Every person is presumed to be of sound mind and to have been of sound mind at any time which comes into question, until the contrary is proved" (ההדגשה של המחבר).

בולט השוני, שכן לא הרי המשמעות של "can show" כהרי המשמעות של הביטוי "is proved". בסעיף 13 מדובר בצורה שאיננה ניתנת לשני פירושים, בנטל "להוכיח"⁷⁰,

69 ראה: ד"ר א. ידן, "משא ההוכחה והכלל 'אין עונשין מספק'", הפרקליט, כרך 6, עמ' 188–197.

70 כדאי לציין כי בית פ. ב"ש 265/68 מ.י. נ. גל, ע"פ פ"מ, עמ' 183, קבע בית המשפט המחוזי לגבי הטענה של אוטומטיזם "כי לאור ההלכה יצליח הנאשם גם אם טענתו העלה ספק סביר כי אמנם כך היה הדבר" (עמ' 190). אמנם, גישה זו של בית המשפט המחוזי – למעט הקביעה כי הגישה אכן מבוססת על ההלכה – אין בה כל דופי מבחינה עקרונית. אולם, קשה להתעלם מכך כי אותו בית המשפט דן במידת נטל ההוכחה של ה"non insane automatism" לפי הכללים החלים על "mental incapacity" כאשר מידת הנטל של הוכחת ה"mental incapacity" – הוא טירוף הדעת – המוטל על הנאשם, לפי הדין הישראלי, הינה, מכוח סעיף 13 לפקודת החוק הפלילי, 1936, גדולה יותר מאשר לעורר ספק סביר. אבל, כנראה, הוראות סעיף זה קשות מנשוא, שכן, גם בית המשפט העליון סטה מהם סטיה קוטבית כאשר קבע בע"פ 415/68 כרמל נ. מ.י., כ"ב פד"י (2), 803, בעמ' 804, כדלקמן: "אין חולק על כך כי עובר לתאונה ישב המערער ליד הגה המכונית ונהג בה כאמור, ועל כן, לפי מה שקרה, לכאורה, הוכחה אשמתו. בשלב זה, כדי להתנער מהאשמה היה על המערער להעלות את טענתו בדבר אוטומטיזם ולהביא ראיות מספיקות שניתן באופן סביר להסיק מהן כי עשה מה שעשה תוך איבוד הכרה וללא רציה. הצליח הנאשם במשימה זו ולפחות מעורר ספק בלב בית המשפט שאמנם פעל כאוטומט, חוזר נטל השכנוע בענין הרציה על שכמה של התביעה...". (בעמ' 804).

אמנם, הלכה זו מתייחסת למקרים של אוטומטיזם בלתי הכרתי, אולם אין בין מקרים אלה לבין מקרה האוטומטיזם ההכרתי בצורת הדחף הפנימי הבלתי נשלט, כל שוני עקרוני;

ואילו בסעיף 18 מדובר בנטל ל"הראות", למרות שבית-המשפט העליון לא היסס לקבוע, באשר למידת נטל ההוכחה, דרישות זהות לגבי שתי הסוגיות — מצב הצורך וטירוף הדעת יי. למרות כל ההשגות העקרוניות גם על הוראות סעיף 13, הדן בטירוף דעת, לשונו — "להוכיח" — אינה מאפשרת כל פירוש שונה מאשר הפירוש שניתן על-ידי בית-המשפט. אולם סעיף 18 הדן במצב הצורך, לשונו — "להראות", מאפשרת ואף מחייבת פרשנות סבירה יותר, היכולה שלא להתגבר לעקרונות היסוד של המשפט הפלילי.

לסיכום, כאשר מדובר בשלילת פליליות המעשה על יסוד ה"הכרח", "מילוי החוק" או "מילוי צו מגבוה", ה"שכרות", ה"הגנה הפרטית" וכן על יסוד ה"צורך" *stricto sensu*, יש מקום להכיר בפרזומפציה של העדר כל אלה, כל זמן שלא נתעורר ספק סביר שמא מתקיים אחד מהם.

ואילו צורה אחרונה זו שובצה על-ידי בית המשפט העליון בסעיף 14 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר מהווה גוף אחד עם סעיף 13 לפקודה, הקובע כלל הוכחתי לגמרי אחר — כי על הנאשם דווקא להוכיח את העילה המשחררת אותו מאחריות פלילית, לפי מאזן ההסתברויות וכי אין די בכך אם הוא יעורר ספק סביר בלבד, שמא עילה זו אמנם התקיימה. 71 ראה הערות 41, 63 ו-66 לעיל.