

חזרה מעבירה או מנסיון פלילי ("תשובה פעילה")

מאת

ד"ר ארנסט לבנה

"מעיקרי מדיניותו השיפוטית של בית-משפט זה, לעורר תשובה פעילה, שיהיו החוטאים בכוח חוזרים בהם בעוד מועד ממזימתם הבלתי-יחוקית; ובמקום שבית-משפט זה מוצא בעלי תשובה עומדים, אין הוא להוט להלקותם על העבר".

(דברי השופט ח. כהן במשפט מצ'דלי ג. אמי-מועמה) ¹

מלים אלו נאמרו על-ידי בית המשפט העליון לא במשפט פלילי, אלא בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, בענין שהיה ספק פלילי, ספק תום-לב. ואותם "עיקרי מדיניותו השיפוטית של בית המשפט" — לא עיקרי מדיניותו של החוק המה, ובמשפט פלילי ממש, קוגלר נ. היזעץ המשפטי ², נאלץ בית המשפט להתפשר: כהלכה הוא פסק גם אז: "עם כל החשיבות הנובעת להרתעת עבריינים בכוח ממתן עדות שקר, הרי חשיבות יתירה פי כמה נודעת לעידוד עדי שקר לחזור בהם מעדותם בעוד מועד..."; אך למעשה לא יכול היה לזכות את בעל התשובה, אלא רק להמיר את עונשו בצו-מבחן ⁴.

הבעיה של תשובה פעילה נוהגת לעלות בשתי צורות: א. חזרה מעבירה התחלית (ניסיון, שידול, קשר), וכן, בסוגי עבירה מסויימים כגון עדות שקר; ב. חזרה מעבירה מוגמרת. אך אין לראות חלוקה זו כנוקשה; גם עבירה התחלית עבירה היא, ולפעמים מהווה ניסיון לבצע עבירה פלוגית כבר עבירה מוגמרת אחרת, כגון כניסה לדירה לשם גניבה שלא בוצעה: סעי' 296 לפח"פ. לכן אין הבדל עקרוני בין חזרה מעבירה מוגמרת ובין חזרה ממעשה התחלתי.

מבחינת מדיניות פלילית ניתן לחשוב על שלוש גישות לבעיית תשובה פעילה: (1) במסגרת החוק — יכול השופט לקבוע עונש לעבירה כפי שבוצעה ולהתנכר להתנהגות העבריין לאחר המעשה; (2) הוא יכול לפטור בעל תשובה מכל עונש; (3) מציאת דרך-ביניים: להקל בעונשו. החוק הקיים בארץ שולל בדרך כלל את האפשרות השנייה — פטור מעונש; וההבדל בין עונש "מלא" לעונש קל יותר מיטשטש לנוכח מסגרות העונשין הרחבות ברוב הסעיפים הפליליים. לכן נדירות הוראות, המורות במפורש על הקלת העונש במקרה של תשובה פעילה. הוראה אחת ברוח זו (חזרה מנסיון) היא סעי' 30(2) לפח"פ:

"אין נפקא מינה, מלבד לכל הנוגע לעונש, אם העבריין... נמנע מרצונו מלהוסיף ולבצע את זממו".

1 כ"ה פד"י (2), 432, 436—437.

2 י"ז פד"י (2), 1031, 1033 א'.

3 במקרה קודם — זלצר נ. י.מ. (ו' פד"י, 399) — היתה "חרטה", אך לא "פעילה".

4 על סעי' 25(2) (תנאי) לפח"מ, היוצא מן הכלל, ר' בקטע א' 2 להלן.

ולגבי מעשה מושלם של השמצה, קובע סעי' 19(4) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה—
1965:

"בבואו לגזור את הדין... רישאי בית המשפט להתחשב לטובת הנאשם... גם באלה:
(4) הוא התנצל בשל הפרסום, תיקן או הכחיש את הדבר המהווה לשון הרע או נקט
צעדים להפסקת מכירתו או הפצתו של עותק הפרסום המכיל את לשון הרע...".
אבל רוב רובן של ההוראות הפליליות בתחיקה שלנו נמנעות מלדון בבעיה בכלל ואינן
מגלות את עמדת המחוקק בשאלה, אם על בית המשפט להתחשב בתיקון המעוות או אם
תיקון לאחר המעשה אינו רלבנטי עוד; ברור רק שאין לזכות את הנאשם כליל.
כאן ובדל המשפט האנגלו-ישראלי גם מן המסורת היהודית וגם מן החקיקה המקובלת
ביבשת אירופה. אנו אזהבים לדבר על "מתן חופש למחשבה משפטית עצמאית ולפריקת
עול של זיקה כפויה למשפט האנגלי"⁵. והנה, בעניני החזרה בתשובה יש לנו מחשבה
עצמאית כזאת, מסורת יהודית מקורית המכובדת על כל זרמי האומה, חרדים וליברלים
כאחד. מובן שיוקרה לאומית לבד אינה מצדיקה את שינוי החוק. גם בית המשפט
העליון מכריז על מדיניותו בענין תשובה פעילה לא משום שהיא גובעת ממסורת דתית
או לאומית, אלא משום שטוב לעודד חזרה בתשובה מלתקות עבריינים על העבר,
וגישה זאת יאה גם למחוקק הישראלי.

כמורה-דרך יכולה לשמש לנו החקיקה הפלילית הענפה של ארצות אירופה, ואין היא
נטולה כל קשר עם המסורת היהודית: כפי שאשתדל להראות במקום אחר, עשה הרעיון
של חזרה בתשובה ומחילת הטאים רושם עמוק על העמים הגוצריים של הקונטיננט—
רושם שגרם בסופו של דבר גם לתחיקה מתקדמת על סיקום עבריינים ורישום עבירות
ומחיקתן⁶. להלן כזרה של דוגמאות ופתרונות בדבר חזרה מעוון ומפשע.

א. חזרה מעבירות התחליות

1. ניסיון פלילי

פטור מכל עונש לחזור מרצונו מניסיון עבירה נפוץ בארצות רבות. עם זאת מופיע הפטור
בואריאציות כה בולטות⁷, שברור כי הוא לא התפשט ממקור אחד, אלא התפתח בארצות
שונות לפי מקורות לאומיים.

(א) החוק הצרפתי (1810) מצטיין מיאאר החוקים בפשטותו הקלאסית. הוא פותר את
בעיית החזרה מן הניסיון על-ידי עצם הגדרתו של ניסיון פלילי כמעשה שלא הושלם
"מחמת גסיכות בלתי-תלויות ברצון בעל המעשה"⁸. מכלל "הן" אתה שומע "לאו";
נמנע בעל המעשה מהשלמתו מרצונו שלו, אין בכך ניסיון פלילי כלל—ההיפך
מן ההלכה של סעי' 30(2) לפח"ס.

5 ר' המבוא להצעת החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, תשל"א—1971, ה"ח 963,
תשל"א, בדבר ביטול זיקת חובה לפרשנות אנגלית (שם, עמ' 314 למטה).

6 גם בשטח זה מתקדמת התחיקה האירופית לאין ערוך בהשוואה עם המשפט האנגלי ואף
עם ההצעה הישראלית בדבר "רישום עבריינות" (ה"ח 890, תשל"ל, עמ' 208).

7 השווה למשל החוקים של גרמניה (1871), סעי' 46; איטליה (1930), סעי' 56(3)–(4); שווייץ
(1937), סעי' 21(2), 22(2); שוודיה (1962), פרק 23 סעי' 3.

8 Code pénal (1810, 1832), art. 2: par des circonstances indépendantes de la volonté
de son auteur.

חזרה מעבירה או מנסיון פלילי ("תשובה פעילה")

(ב) הסדר הבעיה במסגרת ההגדרה של ניסיון פלילי אפשר למצוא כבר בחוק ישן – החוק הפלילי הכל-ארצי הראשון שהונהג בגרמניה (1532): גם שם היה תנאי לעבירת-ניסיון, שהשלמת המעשה נמנעה "על-ידי אמצעים אחרים, נגד רצונו" של בעל המעשה; ושוב – אם התאפק מרצונו, לא היה למעשה אופי של עבירה. בעריכה משפטית אחרת חוזרת ההלכה בחוק הפלילי הגרמני הקיים (1871)¹⁰, וגם בהצעות במאה ה-20 לחוק חדיש. החוק מבחין עתה בין ניסיון בלתי-מושלם (שממנו אפשר לחזור פשוט על-ידי הימנעות מהשלמתו) לבין ניסיון שבו עשה העבריין את כל הדרוש מצדו לביצוע העבירה (והחזרה ממנו מצריכה פעולה לשם השבת המצב לקדמותו, כגון סילוק הפצצה שבעל המעשה הניח)¹¹. לפיכך קובע החוק הנוכחי בסעי' 46, שניסיון בתור שכזה נשאר ללא עונש –

1. אם בעל המעשה ויתר על ביצועו מבלי שנסיונות בלתי-תלויות ברצונו מנעו את הביצוע; – או
2. אם בעת שהמעשה טרם נתגלה, הוא מנע את התהוות התוצאה הדרושה להשלמת העבירה על-ידי פעולה מצדו.
אך יושם לב: "הניסיון בתור שכזה נשאר ללא עונש" – נאמר; "אין בכך עבירה" – לא נאמר; אדם החוזר בו מניסיון רצח יכול להימצא אשם בגרימת חבלה או בנשיאת נשק; רק על ניסיון רצח אין להענישו; ומכל מקום המעשה נשאר פלילי.

(ג) חוקיהן אלה של צרפת וגרמניה אינם אלא דוגמאות אופייניות לתחיקה האירופית בדבר חזרה מן הניסיון. אולם לא כל ארצות היבשה קיבלו אותו קו: החוק הפלילי של שווייץ (1937) יותר חמור והססני¹²; רק במקרה חזרה מניסיון בלתי-מושלם¹³ אפשר לפטור את הנאשם מעונש, ואף זה אינו פטור אוטומאטי, ז"א בתוקף החוק עצמו; במקרים אחרים מותר רק להמתיק את הדין, ושוב אין חובה חוקית לכך.

משותף לכל החוקים המתחשבים במידה כלשהי בחזרה מניסיון פלילי הוא התנאי שהחוזר בו עשה כן מרצונו ולא תחת לחץ של גורם אחר. לא נהנה מהטבות החוקים הנ"ל מי שחוזר בו מזממו משום שהוא או הכנותיו נתגלו, או מי שמוצא שכונתו אינה ניתנת להגשמה. ולא רק גילוי ממש או כשלון ממש של הניסיון שוללים את הויקה להטבות אלו, אלא אפילו חששו המוטעה של העבריין, כי גם במקרה זה אין הוא חוזר בו מרצונו החופשי.

מאידך מסתפקים החוקים בכך שבעל המעשה חזר בו כתוצאה מהחלטתו הוא. אין

9. Constitutio Criminalis Carolina.

10. Strafgesetzbuch (1871), §46.

11. המדע הגרמני מגביל את הביטוי "חרטה פעילה" למקרה השני, כי הראשון אינו מחייב "פעילות". אולם זהו רק הבדל בעובדות ובקונסטרוקציה המשפטית, ומבחינה פסיכולוגית, מוסרית וקרימינולוגית חשוב רק שהעבירה לא הושלמה, ושלא הושלמה מרצונו של בעל המעשה. לכן אוסיף להשתמש בביטוי "תשובה פעילה" לגבי שתי הצורות של "ביטול" עבירה.

12. Schweizerisches Strafgesetzbuch (1937), arts. 21–22.
13. ההבדל בין ניסיון מושלם לבלתי-מושלם מקביל לחוק הגרמני.

חוקרים אותו לפשר המניע של הימנעותו. גם אם נטש את ניסיונו מנימוק שפל כגון סכסוך עם שותפו לפשע או פחד שמא יתגלה הדבר (להבדיל מפתח שאכן כבר התגלה!), גם אז עומדות לו הטבות החוק, שהרי חזרה מרצונו החופשי נדרשה, לא חזרה מרצון טוב. על מנת לא לחזור בהמשך סקירה זו על האמור, אציין כבר כאן שעקרונות אלה של חזרה מרצון חופשי אינם מוגבלים לחזרה מניסיון, אלא יפים לגבי תשובה פעילה בכל שלבי הביצוע של עבירה, בכל מקרה שלגביו מייחס החוק לתשובה זו חשיבות, הן להמתקת הדין והן לפטור מעונש.

2. שידול לבצע עבירה

(א) בס"פ פ' מפוזרות הוראות בדבר שידול לביצוע עבירה בין שלושה סעיפים: סעי' 23, המשווה דינו של המשדל את חבירו (בהצלחה) – לדין בעל המעשה עצמו; סעי' 25, הקובע כי אופן הביצוע של המעשה אינו חשוב לגבי המשדל לביצועו; וסעי' 31, הדין בשידול בלתי-מוצלח. זוהי כבר חלוקה בלתי-הגיונית, וחוסר היעילות תחת מוגבר על-ידי כך שסעי' 23 ו-25 מוסיפים על שידול גם "ייעוץ", בעוד שסעי' 31 מוסיף "הדחה והסתה"; (כה הנפקות המשפטית של גוונים אלה ביחס להשפעה על האדם?). כמו-כן מוגבלים הסעי' 23 ו-25 לשידול ביצוע עבירות בארץ (כרוב הוראות הפח"פ: סעי' 6), ורק סעי' 31 חל על ניסיון לשדל אחר לבצע עבירה הן בארץ והן מחוצה לה.

במה שנוגע לגויסא דגן, גותן התנאי שבסוף סעי' 25(2) פטור מעונש לאדם שהורו בו משידול או ייעוץ על-ידי מתן הוראה נגדית. פטור זה עומד לו לבעל התשובה, אפילו בוצעה העבירה בכל זאת. לא כן בסעי' 31; אף כי שם העבירה בסופו של דבר לא בוצעה, אין חזרה מן השידול פוטרת את המשדל מעונש.

(ב) בעוד שהחוק הצרפתי מסתפק עד היום בהוראה כללית אחת על שידול, סעי' 60, ואין לצידה הוראות מיוחדות על ניסיון לשדל אחר ועל חזרה משידול או מניסיון כזה, התפתח החוק הגרמני בשאלות אלו צעד צעד. החוק המקורי משנת 1871 (סאחרי תיקונים רבים הוא עדיין החוק הקיים) כלל רק הוראה על שידול מוצלח: סעי' 48, הדומה לסעי' 23(1)(ד) לפח"פ. אולם זמן קצר לאחר מתן החוק אירע שאדם הציע לרצוח את ראש הממשלה דאן, ביסמרק, או נתגלה הצורך להפוך הצעה כזאת לעבירה: סעי' 49 משנת 1876. לאחר תיקונים נוספים מקיף כיום הסעיף ארבע עבירות: ניסיון שידול לפשע; הצעה לבצע פשע; קבלת הצעה כזאת; וקשר לביצוע פשע. לכל המעשים האלה נקבע אותו עונש של ניסיון לפשע מתוכנן. תיקון החוק משנת 1953 גותן פטור מעונש למי שמרצונו החופשי: 1. מונע ביצוע של פשע לאחר שניסה להניע אחר לבצעו או לאחר שקיבל את הצעתו של אחר לבצעו;

2. נמנע מלפעול בהתאם להסכם על ביצוע פשע ומונע ביצועו;

3. חוזר בו מהצהרתו שבה הצהיר על נכונותו לבצע פשע.

במקרה האחרון, כשכל המעשה עדיין בבחינת הצהרת נכונות, די בביטול ההצהרה; בכל המקרים האחרים דורש הסעיף את מניעת הפשע המתוכנן כתנאי לפטור – תנאי החסר בסעי' 25(2) של החוק הישראלי. אדם ששידל אחר לבצע פשע אינו צריך להסתפק כמתן הוראה נגדית; עליו מוטלת האחריות שחברו יציית להוראה השניה ולא לראשונה.

חזרה מעבירה או מניסיון פלילי ("תשובה פעילה")

עם זאת עוררו הגרמנים בעייה חדשה בקשר עם תשובה פעילה: ייתכן שהמשדל חוזר בו משידולו, אבל לא זאת הסיבה לאי-ביצוע המעשה; אולי חלה חבירו או לא ביצע את המעשה מסיבה אחרת, שאינה קשורה עם השידול וביטולו. לפיכך מוכים תיקונים מודרניים של החוק את מי שביטל את שידולו, אם רק גילה מאמץ רציני למנוע את ביצוע העבירה והיא אכן לא בוצעה מסיבה כלשהי¹⁴; וזאת לא רק באותו סעיף 49א, אלא בהוראות רבות בענין תשובה פעילה. הוזה אומר: תנאי הפטור אמנם כפול – חזרה מהשדול ואי-ביצוע המעשה; אבל אין צורך בקשר סיבתי בין שני הגורמים.

יש משום הגיון בגישה זו, אך עפ"י הבנתי – הגיון זה עדין מדי, והוא מתנגש עם "הגיון" אחר: נגיח שאדם מנסה למנוע מעשה שקודם שידל את חבירו לבצעו, אך אינו מצליח בכך; והיה, אם ביצע החבר את המעשה או עשה ניסיון לבצעו, נשאר המשדל אחראי; חלה החבר לפני שהספיק לעשות ניסיון, פטור המשדל. נראה ששכלול החוק הגרמני אינו תורם יותר לעשיית צדק ורק מסבך את החוק.

(ג) בשווייץ אין הוראה על ביטול השדול, ניסיון לשדל אחר שיבצע עבירה נחשב כניסיון ביצוע העבירה על-ידי המשדל עצמו, סעיף 24(2), וההוראות בדבר חזרה מן הניסיון (ר' לעיל הערות 12, 13 והנוסח שלידן) חלות גם כאן.

3. קשר פלילי

(א) הבל גדול קיים במה שנקרא אצלנו "קשר פלילי" בין החוק האנגלו-ישראלי לאירופאי. תורת הקשר היא אחת המעטות שבהן הגיע המשפט האנגלי למידה רבה יותר של אבסטרקציה מאשר המשפט הקונטיננטלי, והדבר משתקף בסעיף 34–35 לפ"פ, שמצאו מקום בחלק הכללי של הפקודה; אפילו הרשימה של "מעשי קשר אחרים" בסעיף 36 ערוכה בצורה מופשטת למדי. לעומת זאת נמצאות בחלק השני של הפקודה ("עבירות")¹⁵ מעט מאוד הוראות בעלות אופי קולקטיבי. על אלה (שאפשר לקרוא להן "עבירות קיבוציות") ידובר עוד בנפרד¹⁶. כאן חשוב לציין כי סעיף 34–36 אינם נותנים פטור למי שהשתתף בקשר ופרש ממנו, אפילו פרש לפני שבוצע המעשה כמתוכנן על-ידי הקושרים.

(ב) מבנה החוקים באירופה הוא שונה. ספר החוק הפלילי הצרפתי אינו מקציב לקשר מקום בחלקו הכללי, אולם בחלק המגדיר עבירות שונות ישנן עבירות אחדות, שהן למעשה קשר לעבור עבירה זו או אחרת; למשל סעיף 265: "התחברות אנשים או הסכם במטרה של תכנון או ביצוע עבירות (בלשון רבים!) נגד אדם או רכוש" – מחד גיסא סעיף זה יותר ספציפי מסעיף 34–35 לפ"פ, באשר לא בכל מיני

14 סעיף 49א(4) (אך לא הוראות גרמניות אחרות שייזכרו בהמשך המאמר), נותן פטור מעונש אפילו במקרה אחד כשהעבירה אכן מבוצעת: מעשה באדם ששנים שידלו אותו לבצע פשע; אם אחד מהם מבטל את שידולו, מזכה אותו ס"ק (4), אפילו ברצף הפשע למעשה. והוא הדין אם בעל המעשה מבצע אותו מנימוק שלו, למשל, משום שבינתיים נעלב על-ידי קורבן הפשע המתוכנן.

15 ר' עתה "פקודת החוק הפלילי (עבירות) [נוסח חדש], תשל"א–1971": הצעות נוסח חדש מס' 27, עמ' 539.

16 בקטע ב' 1 להלן.

עבירות מדובר, אלא רק בעבירות נגד אדם או רכוש, מאידך גיסא הוא יותר יציב, כי עבירות הקשר לפי הפח"פ מכוונות בעיקר למעשה חדי-פעמי. סעי' 265 אינו אלא אחד ממספר ניכר של סעיפים שבהם גידונות עבירות קיבוציות. על איוה מהן נותן החוק פטור לחזור בתשובה פעילה יצויין בחלק ב' 1(א) של המאמר.

(ג) גם ספר החוק הפלילי הגרמני בראשיתו לא כלל הוראה על קשר בתור מעשה התחלי כללי, (להבדיל מקשר לבצע עבירה מסוימת כגון בגידה). אבל סעי' 49א' שנוכר כבר לעיל (שהוא בעצמו תיקון החוק המקורי), הורחב במשך הזמן כך שגם קשר כללי כלול בו. וכאמור מבטיח הסעיף בצורתו הנוכחית פטור לחזור בו מקשר, אם מנע את ביצוע המעשה המתוכנן. על קשרים ספציפיים ר' בחלק ב' 1(ב) להלן.

ב. חזרה מעבירות מוגמרות

1. עבירות קיבוציות (קשרים ספציפיים)

כתוצאה מן האופי המופשט והכללי של המושג "קשר פלילי" בחוק האנגלי-ישראלי, מצא המחוקק צורך מועט בלבד, ליצור עבירות קולקטיביות. החלק השני של הפח"פ ערוך בדרך כלל בלשון יחיד ("any person who"), ואין נפקא מינה אם העבריין הוא איש בודד או אלפים רבים. רוב היוצאים מכלל זה הם מעשים בעלי גוון פוליטי: סעי' 63–64 (השבעה לבצע עבירות וכו'); סעי' 66 (אימונים פרה-צבאיים); סעי' 69 ואילך (התאגדויות בלתי-חוקיות); סעי' 79 ואילך (התקהלות ומחומות); סעי' 251(ג) (מאבק עבודה). רמז דק לאופי קיבוצי של עבירה לא-פוליטית אפשר אולי למצוא בסעי' 288, כפסוק השני של ס"ק 1(1) ו-2(2): בין שאר הנסיבות המחמירות נאמר שם "אם הוא מצוי בחברת איש אחד או יותר", אבל לא מדובר שם בקבוצת קבע של שודדים כמו בחוקים אירופיים¹⁷.

כמו בעבירת הקשר הכללית לפי סעי' 34–36, כן בעבירות הקשר הספציפיות לפי הוראות אלו, אין בחוק שלנו פטור מעונש או הקלה מיוחדת לחזור בתשובה, אפילו נקט אמצעים למנוע הגשמת המעשים שתוכננו.

חוקיהן של ארצות יבשת אירופה שונים מן החוק שלנו בענין זה שוני כפול: בריבוי העבירות הקיבוציות הספציפיות (לעומת דלות הוראותיהן על קשר פלילי כללי), וכן בריבוי ההוראות המטיבות עם הפורשים מקבוצת הפושעים.

(א) החוק הצרפתי משקף עד היום את תולדות המאבק בין השלטונות לבין כנו-פיות מאורגנות של פושעים. בעוד שהחוק האנגלי-ישראלי, בהשתמשו במונחים "קשר" או "שידול", אינו מבחין בין שניים למאות, וגם לא בין הסכמה על פעולה חדי-פעמית לבין ארגון-קבע, עשירה שפת החוק הצרפתי בביטויים, וביניהם כאלה שמצביעים בבירור על התחברות קבועה לביצוע סדרה של פשעים: bande (כנופיה) בסעי' 97 בקשר עם עבירות נגד בטחונה הפנימי של המדינה; réunion ou bande (התאגדות או כנופיה) בסעי' 440 לגבי שוד מאורגן. מבין העבירות הקי-

17 ר' סעי' 440 לחוק הפלילי הצרפתי הנזכר להלן בקטע ב' 1(א), וכן סעי' 244, 250 לחוק הגרמני ב' 1(ב) להלן, וסעי' 137.2, 139.2 בחוק של שווייץ (הערה 23).

חזרה מעבירה או מניסיון פלילי ("תשובה פעילה")

בוציות שבחוק הפלילי הצרפתי אזכיר להלן רק את אלה שלגביהן מתחשב החוק בתשובה פעילה.

(1) כאמור מגדיר סעי' 265 פשע מיוחד של החברות או הסכם לתכנן או לבצע עבירות נגד אדם או רכוש ("עבירה נגד שלום (paix) הציבור"); סעי' 266 פוסט מעונש את מי שמודיע לשלטונות על ההתחברות או ההסכם לפני פתיחת החקירה.

(2) הסעיפים 103–108 (נוסח 1939) קובעים מצד אחד עונש על אי-גילוי הכנת עבירות בטחוניות, ומאידך פטור למי שמגלה לשלטונות על עבירה כזאת.¹⁸ נמסרה הודעה לפני הביצוע או הניסיון של מעשה, נוסף לקשר עצמו, ניתן הפטור אוטומאטי; נעשה כבר מעשה או ניסיון, רשאי בית המשפט לפטור מעונש את מי שמגיש לשלטונות סיוע.¹⁹

(3) הסתתפות בחבורה (bande; réunion séditionneuse), העוסקת בתקיפת אנשים לשם מרד אזרחי, נמנית עם הפשעים החמורים ביותר. אולם מי שלא מילא תפקיד אחראי בחבורה יכול להנצל מעונש על-ידי הסתלקות ממנה או כניעה לשלטונות. במקרה זה הוא נהנה מפטור אוטומאטי מעונש על השתייכותו לחבורה (לא על עבירות שהוא בעצמו ביצע במסגרתה): סעי' 97–100.

(4) במקרה בריחת אסיר או אסירים מטילים הסעי' 237–248 מעין אחריות פלילית משותפת על כל אלה שמתפקדים היה למנוע בריחה. אין זאת אחריות חילופית או מוחלטת כזו הידועה בחוק האנגלו-ישראלי לגבי עבירות מסוימות, אלא כל אחד אחראי למעשה או למחדל שלו; אולם החוק מנוסח בלשון רבים²⁰, כאילו זה טבעי שקבוצת אנשים מעורבת בדבר.

במה שנוגע לחזרה מן העבירה, הרי זאת אחת מאלה שבהן דין הניסיון, ואפילו דין הכנות ללא עשיית ניסיון בפועל, כדין העבירה המוגמרת; במלים אחרות – כל צעד לקראת ארגון הבריחה כבר מהווה עבירה, "אפילו ללא ידיעת האסירים", כאמור בסעי' 237(2). פטור ניתן למי שמודיע לשלטונות לפני הבריחה גופה על התכנית והמשתתפים בה: סעי' 247(2).

(ב) גם בגרמניה מונחת נקודת הכובד של קשר פלילי לא בהוראה שבחלק הכללי, אלא בקשרים לביצוע עבירות מסוימות. גם שם מופיעות הוראות מפורשות נגד כנופיות, וביחוד נגד אנשים שביצעו עבירה לא סתם בצוותא, אלא "התחברו לביצוע ממושך של גניבות ושוד": סעי' 244.3, 250.2.

באחדות מן העבירות הקיבוציות ניתנות לפורש מן הקבוצה הקלות ופטור מעונש, ואפילו פטור מתוקף החוק:

(1) השתייכות למפלגה או עמותה, לאחר שהוכרזה (בהליך שיפוטי-מינהלי) כבלתי-חוקית, מהווה עבירה: סעי' 84–85 (נוסח 1968). בית המשפט הפלילי

18 בנוסח הקודם היה ברור עוד יותר, שהפטור ניתן למי שהיה בעצם מעורב בקשר פלילי (complot).

19 הפטור מעונש אינו מונע נקיטת אמצעי זהירות מינהליים כגון הגבלת תנועה בארץ, ופיקוח: סעי' 44, 108, וזה לא רק בפשעים הנדונים כאן, אלא גם ברבים אחרים.

20 בתרגום האנגלי בהוצאה הידועה של The American Series of Foreign Penal Codes, מתבטא הדבר פחות ברור באשר בנוסח המקורי.

- רשאי להקל בעונשו²¹ של מי שמשתדל מרצונו וברצינות, למנוע המשך קיומו של הארגון, ואם הוא מצליח בזה, הייב בית המשפט לפטור מעונש.
- (2) סעי' 129 דן באירגונים פליליים שאינם רשומים כעמותה או מפלגה. הוא נותן הוראות דומות על הקלת עונש ופטור ממנו ומרחיב הטבות אלו גם למי שמשתדל למנוע ביצוע אחת העבירות המהוות מטרת הארגון או למי שמגלה לשלטונות בעוד מועד את הידוע לו על עבירה מתוכננת.
- (3) עם העבירות ההתחליות שבחלק הספציפי של החוק הפלילי אפשר אולי למנות גם הימנעות מגילוי עבירות לשלטונות. סעי' 138 לחוק הגרמני מחייב את האזרח, למסור לרשויות המוסמכות את כל הידוע לו על פשעים מסויימים או על תכנונם, אולם בניגוד לסעי' 33 לפח"פ אינו דורש ממנו שינקוט בעצמו אמצעים נגד ביצועם. אם אכן מנע ביצוע הפשע או הצלחתו, פטור האיש מעונש על אי-גילוי לשלטונות.
- (4) בתקופת המהומות שקדמו לעליית הנאצים לשלטון הוכנס לספר החוק הפלילי סעי' 49ב, הקובע עבירה מיוחדת: השתתפות בארגון שמטרתו רצח או המש-תמש ברצח כאמצעי למטרותיו²² (השווה אצלנו הגדרת "ארגון טרוריסטי" במקודת מגיעת הטרור, תש"ח—1948). הסעיף מבטיח פטור מעונש למי שמודיע בעוד מועד לשלטונות או לקרבן על הפשע המתוכנן, כך שאפשר עוד למנוע את ביצועו.
- עבירות קשר²³ מכל מין, הן הכלליות כגון המוגדרות בסעי' 34—36 לפח"פ, והן הספציפיות כגון העבירות הקיבוציות שתוארו לעיל, הן מתאימות במיוחד לתשובה פעילה ולפטור מעונש או להקלתו, וזאת משתי סיבות: האפשרות של פרישת אחד המתקשרים, עם הסיכוי של גילוי הקשר, תפיסת שאר המשתתפים בו ומניעת ביצוען של עבירות מתוכננות; וכן ההפרדה בין הקשר לבין הגשמת מטרותיו על-ידי ביצוע
- 21 חוקיהם של ארצות אירופה קובעים תכופות עונש-מינימום ולכן נחוץ שם להתיר הקלת עונש בהוראה מפורשת; מה שאין כן במשפט האנגלו-ישראלי אלא בסעיפים נדירים (ר' סעי' 1 לחוק דיני העונשין (דרכי ענישה) [נוסח משולב], תשל"א—1970).
- 22 הסעיף הוכנס על-ידי תקנות-שעת-חירום "לשמירת השלום הפנימי" משנת 1932. ניתן לו בטעות מקום בחלק הכללי של החוק, מיד אחרי סעי' 49א' (קשר פלילי כללי), בעוד שהוא דן בקשר ספציפי — קשר לרצח, בעיקר רצח פוליטי.
- 23 החוק הפלילי של שווייץ חורג מן המסגרת ושונה משתי השיטות — מן האנגלו-ישראלית וגם מזו של צרפת, גרמניה וכו'. אמנם בדומה לאלה האחרונות מכיר גם החוק של שווייץ בעבירות קיבוציות כגון "כנופיה שהתחברה לביצוע ממושך של מעשי-שוד וגניבה": סעי' 137.2, 139.2; מרד אסירים: סעי' 311; ועוד. אבל רק לסעיף אחד צמודה הוראה על תשובה פעילה — לסעי' 260, הפוטר בס"ק (2) מעונש את מי שהשתתף בהתקלות פרועה ומסתלק ממנה, בתנאי שלא הסית לביצוע מעשי אלימות ולא לקח חלק בהם (השווה את השלבים של ביצוע אותה עבירה בישראל: סעי' 82—84 לפח"פ). חוק מסעי' 260 זה נוקט החוק של שווייץ שיטה אחרת: בנוסחים בו אי-אלה עקרונות ענישה מודרניים, ביחוד על מידת העונש, ואלה מרוכזים בחלק הכללי של החוק. סעי' 64—66 מגדירים מקרים שבהם רשאי השופט לסטות מן המינימום הרגיל הקבוע לגבי עבירות שונות (ר' הערה 21 לעיל), ואחת הסיבות לכך היא הפעלת "הרטה נאמנה": סעי' 64. לאור הוראה כללית זו אין צורך בהוראות מיוחדות לגבי עבירות שונות, פרט למקרים שבהם לא די בהקלה לפי סעי' 64 האמור (למשל אותו סעי' 260 המבטיח פטור מעונש).

חזרה מעבירה או מנסיון פלילי ("תשובה פעילה")

של עבירות — הפרדה גם בזמן וגם לגופו של ענין, היינו בין הקשר עצמו, המהווה רק סכנה, לבין נזק ממש הנגרם רק על-ידי ביצוע פעולה שתוכננה במסגרתו. בעוד הגורם הראשון — ריבוי משתתפים — אופייני לקשרים למיניהם, מוצאים אנו את השני — הפרדה בין עבירה ראשונית לנגררת אחריה או בין שלבים שונים של פעילות פלילית — גם בסוגי עבירות אחרים, שאציון להלן כעבירות רב-שלביות, וגם לגבי אחדות מהן נותנים חוקים אירופיים פטור מעונש או הקלה.

2. עבירות רב-שלביות

בקטע א' 1 דובר על ניסיון פלילי, כאילו היו רק שני שלבים אפשריים של ביצוע עבירה — ניסיון ומעשה מוגמר. כבר שם הוזכר שלא תמיד קיימים שני שלבים בלבד. המתוקק חופשי ליצור עבירות כטוב בעיניו: יש שהוא הופך לעבירה בפני עצמה מה שלהלכה רק ניסיון (בחוק הישראלי, למשל, ניסיון לרצח לפי סעי' 222 לפ"פ²⁴), או אפילו פעולת הכנה גרידא (כגון החזקת מכשירי פריצה לפי סעי' 299); יש שהוא שולל את ההבדל בין ניסיון לעבירה מוגמרת (סעי' 2 לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי-חוק וסודות רשמיים), תשי"ז-1957). כשאלה עבירות מיוחדות, אפשר לקבוע לגביהן לא רק פטור מעונש או הקלות במקרה תשובה פעילה, אלא אף לקבוע לתשובה הפעילה תנאים מיוחדים, שונים מאלה של חזרה מניסיון סתם. משום כך מוטב לדון בהוראות אלו לא בתור "ניסיונות לעבירה" או "פעולת הכנה גרידא", אלא בהקשר לעבירות השונות. להלן הוראות צרפתיות וגרמניות.

(1) הסעי' 81-82 לחוק הפלילי הגרמני (נוסח 1968) דינים בפעולות נגד בטחון המדינה. הביטוי המתורגם כאן על-ידי "פעולה" (wer es unternimmt) כולל ניסיונות. לפעולות הכנה גרידא נקבע בסעי' 83 עונש יותר קל. סעי' 83 מסמיך את בית המשפט, לתת הקלה גוספת ואף פטור מעונש למי "שחדל... מהמשך ביצוע המעשה ומסיר סכנה... של המשך... על-ידי אחרים או מקטין אותה במידה ניכרת, או מונע... השלמת המעשה". הוראה זו מתייחסת לא רק לפעולות הכנה וניסיונות, אלא לכל מעשה בגידה — כנראה משום שפעולה מעין זו אינה מושלמת בן רגע כירייה מאקדח, אלא היא מתגשמת צעד אחרי צעד; מה שמבחינת דיני העונשין כבר בגידה מוגמרת, עדיין אינו בהכרח פעולה סופית ומצלחת, אלא ניתן עוד להכשילה ולהפכה.

סעי' 83 הנ"ל מכיר תשובה פעילה בשלוש צורות: ויתור על המשך הפעולה כאמור זה עתה; מניעת השלמתה; ובמקרה שידוע לו, לבעל תשובה, שאחרים עשויים להמשיך בפעולה²⁵ — מניעת סכנה זו או הקטנתה במידה ניכרת. (מובן שהתשובה צריכה לבוא מרצון חופשי, אך היא יכולה לבוא בתגובה להכרזה מצד הממשלה, ואף בתגובה לאזהרה, בתנאי שמצבו של החוזר אינו כה מיואש שאי-אפשר עוד לדבר על רצון חופשי).

24 מובן שגם בלי סעי' 222 היה הנסיון מהווה פשע; אבל לא זו בלבד שסעי' 222 מחמיר בעונש, אלא פסקה (ב) שבו גם מרחיבה את דין הנסיון לפעולות הכנה שכניסתן תחת סעי' 30 עשויה להיות מוטלת בספק.

25 העבירה עומדת בעצם ברגל אחת בין העבירות הרב-שלביות וברגל שניה בין הקיבוציות: סעיפי החוק הגרמני מדברים בלשון יחיד, אך למעשה קשה לחשוב על פעולת אדם בודד.

- (2) סעי' 87—88 (נוסח 1968) לאותו הוק דנים במעשי הכלה. סעי' 87 חל על פעולות הכנה כגון התכוננות לבצע פעולה, היפוש הזדמנויות וכו'. בית משפט רשאי להקל בעונשים ואף לפטור מעונש, אם עבריון מפסיק פעולתו ומגלה לשלטונות את הידוע לו על תוכניות לסבוטז' די מוקדם כדי לאפשר מניעת ביצועם של מעשים מתוכננים. אין הקלות כאלה בסעי' 88, הדן בפעולות סבוטז' מוגמרות.
- (3) סעי' 310 לחוק הגרמני פוטר מעונש של הבער את מי שמכבה שריפה שהדליק, לפני שהאש נתגלתה או גרמה נזק נוסף על זה שנגרם על-ידי עצם הדלקתה; אין נפקא מינה אם האש נדלקה בזדון או ברשלנות. החוק המקורי נתן פטור מכל עונש, אך היום מנוסח הסעיף ביתר דיוק ופוטר "מעונש בשל הבער" בלבד. העקרון מורחב בסעיף 311ב' (1964) לעבירות פיצוץ, אבל אין שם פטור אוטורי מאטי: הסיר העבריון את הסכנה לפני שנגרם נזק ניכר, רשאי בית המשפט להקל בעונשו או גם לפטרו מעונש.
- (4) הוראה מקבילה לסעיף 311ב' הגרמני — אך לא לסעי' 310 — קיימת בצרפת. סעי' 1435(1) לחוק הפלילי הצרפתי (נוסח 1892) שולל לגבי עבירות פיצוץ כל הבדל בין מעשה מוגמר לגיסיון. אולם סעי' 1435(3) פוטר מעונש את מי שמדיע לשלטונות על גיסיון הפשע ועל המשתתפים בו.
- (5) סעי' 316א' לחוק הגרמני דן בפשע מודרני — תקיפת נהג של מכונית או הנוסעים בה לשם שוד, "תוך כדי ניצול הנסיבות המיוחדות של התעבורה בדרכים". לפי הפסיקה, מוגמרת העבירה עם עצירת הרכב, ואין זה משנה אם השוד המתוכנן מצליח, אם לאו. אולם אם הסודד נמנע מרצונו מלדרוש כסף או שווה-כסף, כותר להקל בעונשו או אף לפטרו. עבירה זו היא דוגמא מאלפת לאמור לעיל, שמבחינת החוק הפלילי מעשה יכול להיות "מוגמר" ולא רק "גיסיון", אף כי מטרתו לא הושגה או לא הושלמה.
- (6) גם עבירות של זיוף מטבע הן רב-שלביות מטבען, וכל שלב עשוי להחשב כעבירה מוגמרת. סעי' 132 לחוק הצרפתי כורך בהוראה אחת, אך בצורה אלטרנטיבית, פעולות כמינים שונים: צפויים לאותו עונש מי שמבצע את המעשה הפיסי של זיוף או שיגוי מטבעות ומי שמשתתף בהפצתם או בייבואם מחו"ל²⁶. אולם מי שמדיע לשלטונות על המעשים לפני גמירת הפעולה כולה (ולפני פתיחת הליכים משפטיים) ומגלה את האחראים האחרים, נהנה מפטור מעונש²⁷. סעי' 139 מרחיב את הפשע ואת הפטור לזיוף חותם המדינה ולשימוש בחותם מזויף, וכן לזיוף שטר-כסף ממלכתיים ולשימוש בהם.
- (7) מאלף מקרה של תשובה פעילה שנוצר זה לא מכבר בשפיטה הגרמנית. שומר במח"סום הרכבת פתח אותו — אחרי עבור הרכבת — בטעות, אף כי קיבל הודעה על בואה

26 המלה "משתתף" משקפת שוב את האופי הקיבוצי של העבירה: החוק אינו מעלה על הדעת שאיש בודד יפיץ או ייבא מטבעות מזוייפים. מבחינה זו אפשר לסווג גם עבירה זו בין הרב-שלביות והקיבוציות גם יחד. השווה הערה 25.

27 שמה נובע הפטור ממסורת המשפט הרומאי: Paulus D. 48.10.19. pr. Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt suffragio iustae paenitentiae absolvuntur (אלה שטבעו מטבעות מזוייפים, אם מרצונם נמנעו מלהשלים את התבנית, גפטרים מגורדין בגלל הרסת-צדק).

חזרה מעבירה או מנסיון פלילי ("תשובה פעילה")

של רכבת שנייה. בהגיעה הוא סגר את המחסום שנית, אך אסון נמנע כבר קודם, כי גהג שעמד לחצות את הפסים הרגיש בסכנה בעצמו ועצר את מכוניתו. על אף העדר קשר סיבתי בין תיקון הטעות ומניעת הסכנה זוכה השומר, משום שעשה "מאמץ רציני למנוע אסון, ואסון למעשה נמנע"²⁸. השווה קטע א'2(ב) לעיל.

3. עבירות דיבור ופרסום

מעשים כגון עדות שקר, שבועת-שווא, לשון הרע יכולים אולי להחשב כסוגי-משנה של עבירות רב-שלביות, כי תוצאתן עשויה להמשיך זמן רב לאחר הוצאת המלים. מאידך מאופיינות עבירות אלו על-ידי תכונה מיוחדת להן – גרימת התוצאה האסורה על-ידי מלים; כ"כ קיימת בכל העבירות הללו אפשרות של תיקון מסוים, המעוררת את הבעיה כיצד להתייחס לחזרה בתשובה. מנימוקים אלה ראוי לדון בקבוצת עבירות זו בנפרד. בחוק הצרפתי²⁹ אין הוראה בדבר פטור מעונש או המתקת הדין בשל חזרה מאחז העבירות הנ"ל; בגרמניה אפשר למצוא התפתחות בכיוון הרחבת ההקלות; המתקדם ביותר בשטח זה הוא החוק של שווייץ.

(1) בהבדל מן החוק האנגלו-ישראלי מכיר החוק הגרמני בעבירה של מתן עדות בלתי-נכונה מתוך רשלנות: סעי' 163(1); לפי השקפה זו חייב אדם להזהר בדברי עדותו, וכמידה שנושא העדות ידע לו מראש, אפילו לבדוק את זכרונו לפני שהוא בא להעיד. אולם כבר החוק המקורי פטר את העד מעונש, אם תיקן את עדותו בעוד מועד. התיקון נחשב למאוחר, אם אי-אפשר להשתמש בו עוד בהחלטת המבור-ססת על העדות, או אם נגרם נזק לאדם או הוגשה תלונה או נפתחה חקירה נגד העד: סעי' 163(2).

(2) סעי' 158, כפי שתוקן בשנת 1943, מרשה באותם התנאים הקלת עונש ואף פטור גמור במקרה חזרה מעדות שקר (שקר בידעין), אבל לא פטור אוטומטי כמו במקרה של תיקון טעות.

(3) בשווייץ אין עבירה של מתן עדות בלתי-נכונה ברשלנות, אבל התיקון של עדות-שקר מאפשר לו לבית המשפט לא רק להשתמש בהוראה הכללית של סעי' 64, (ר' הערה 23), אלא לתת לבעל תשובת הקלות מרחיקות לכת מן הנקבע שם, עד לפטור מכל עונש: סעי' 308.

(4) אותו סעי' 308 מרשה מתן אותן ההקלות למי שחזר בו מאישום-שוא (שקר בקובלנה פרטית או בתלונה פלילית – עבירות על סעי' 303–304 לאותו חוק).

(5) גם במקרה תיקון לשון הרע מותר בשווייץ לא רק להקל בעונש, אלא גם לתת פטור, לפחות אם בעל לשון הרע לא הפיץ אותה בידעו שהדבר אינו אמת: סעי' 174.3, 174.3.

28 OLG. Düsseldorf, 5.5.1971: NJW 71/1850, No. 16

29 הוראות החוק הצרפתי בדבר לשון הרע. הנצאו מספר החוק הפלילי וכלולות היום בחוק על חופש העתונות (1881), אשר הוראותיו בדבר לשון הרע (סעי' 29 ואילך) חלות גם על השכבה שלא בעתון.

ג. ביקורת ומסקנות

1. מן הדוגמאות דלעיל מסתמנות כמדומני שלוש מטרות אפשריות של תחיקה בדבר תשובה פעילה:

— עידוד עבריינים לשוב להתנהגות טובה;

— מניעת השלמות עבירות או התהוות תוצאותיהן;

— תפיסת שותפים לעבירה של בעל תשובה.³⁰

(א) בסעיפים רבים של החוק הצרפתי הדנים בעבירות קיבוציות מתבטאת האהרונה מבין מטרות אלה י. אולם בישראל יש לנו לשם כך אמצעים יותר פשוטים — סמכות התביעה הכללית "לסגור תיקים" (סעי' 57 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965), ובעיקר סמכות היועץ המשפטי לממשלה לעכב משפטים (סעי' 202, שם). אמנם אלה סמכויות שרירותיות בהשוואה עם הפטור, שבצרפת מובטח בחוק או מוענק על-ידי בית המיסט; אבל לעומת זאת יש לשיטה האנגלו-ישראלית יתרון, שהיא עומדת לרשות הרשויות המוסמכות בכל מקרה מתאים ולא רק לגבי עבירות שמתן אפשר לחזור בתשובה. המטרה האוטילי-טרית של החוק הצרפתי — גילוי עבריינים — לא היתה בשבילנו סיבה לשינוי החוק על-ידי מתן הוראות מיוחדות על תשובה פעילה.

(ב) לעומתה עומדת המטרה ההומניטרית והמסורתית של עידוד תשובה ומניעת ענישה במקרים שאין בה הכרח — מגמת שני פסקי-הדין שאווכרו בפתח מאמר זה (הערות 1, 2 לעיל). על מטר זה מדובר רבות בספרות הקרימי-נולוגית הגרמנית ("לבנות גשרי-זהב לעבריינין"), אבל החוק מתחשב בה במקרים נדירים בלבד, ואין למצוא שיטה בבחירתם. בצרפת מסתמנת מגמה יותר ברורה — עידוד תשובה במקרים שהמדינה מעוניינת בהם; סעי' 138 חל על זיוף של מטבע צרפתי (סעי' 132), אך לא של מטבע זר (סעי' 139); סעי' 139(3) חל על זיוף של ניירות ערך ממשלתיים אך לא של פרטיים. בשווייץ עשה החוק מאמץ להגיע לשיטתיות מסויימת, אולם הוא אינו מבטיח פטור מעונש בתוקף החוק, וברוב המקרים אף אינו מרשה לשופט לפטור בעל תשובה מעונש, אלא רק להמתיק את דינו.

(ג) המטרה השנייה דלעיל, מניעת השלמתן, הצלחתן או תוצאותיהן של עבירות, מתבטאת ברבות מן ההוראות שתוארו בקטע ב' של סקירה זו, למשל בתנאי הפטור או ההקלות, כשעדות בלתי-נכונה תוקנה לפני שנגרם נזק לאדם (גרמניה ושווייץ); בתנאי שהחונן בו מהצתת שריפה כיבה את האש לפני שנגרם נזק ממש (גרמניה); בתנאי שהפורש מארגון פלילי הודיע עליו לשלטונות בשלב שעדיין אפשר למנוע ביצוע פשעים (הוראות שונות בחוק הגרמני והצרפתי). גם מטרה זו לגיטימית ונחוצה, כי בעולם המשפט אין לראות תשובה פעילה כדבר של מוסר בלבד, אלא הפטור מעונש על מעשה שהיה בשעת הפעולה מעשה פלילי טעון הצדקה על-ידי מניעה אפקטיבית של התוצאה הפלילית המתוכננת.

30 אינני דן כאן במקרים מיוחדים כגון הצעת חגינה לעברייני מסים הממלאים חובייהם בדעיבד.

31 סעי' 107, 138, 139(3), 247(2), 266(3), 435(3).

חזרה מעבירה או מנסיון פלילי ("תשובה פעילה")

2. בלכתנו אחרי דוגמאות החוקים האירופיים עלינו לבדוק את התאמתם לחול בישראל: אחדות מההוראות הגרמניות מגלות, למשל, גישה תיאורטית ודוגמטית, שאינה גראית לי ראויה לחיקוי. זה אמור לא רק על מה שצויין כבר בקטע א'2 לעיל — הכלל הגרמני שאדם נהנה מהטבות תשובה פעילה, אם רק התאמץ למנוע את תוצאות העבירה והן אכן לא התגשמו, אבל לא-דווקא הודות למאמציו — אלא גם על מבחר המקרים המוגדרים בחוק הגרמני: שודד-רהוב שעצר מכונית ונתן לה לעבור מבלי לדרוש כסף מנוסעיו — מקרה המתאים לספר אגדות יותר מאשר לספר דיני עונשין; והוא הדבר בטרוריסט שהניח פצצה ומסלק אותה בעוד מועד. אם מקרים מעין אלה ייתפסו על-ידי נוסחה מקיפה של תשובה פעילה, טוב ויפה; אבל כל זמן שהמחוקק לא מצא נוסחה כזאת ומגדיר מקרים בודדים, מוטב להסתפק במקרים מציאותיים יותר.
3. מה שראוי להתקבל מן החוקים האירופיים, זה עקרון הפעילות של התשובה: לא מספיק שהמשדל את רעהו לעבירה חוזר בו על-ידי הוראת-נגד כאמור בסעי' 25(2) (תנאי) לפח"פ, אלא עליו להבטיח שהעבירה לא תבוצע. מי שהסית רבים לבצע עבירה, לא קל לו למנוע את ביצועה; אבל על-ידי הסתתם הוא נטל על עצמו אחריות, המחייבת יותר משלילה על-ידי מלים.
4. שאלה דומה עומדת במקרים שלא רק מבצעי הפשע הם רבים אלא הפשעים-מתוכננים, כגון סידרה של מעשי סבוטז' או טרור. אדם המודיע למטרה על הנחת פצצה אחת, בידעו שהונחו יותר, או שהוכננה הנחת סידרה של פצצות, אינו יוצא ידי חובתו. בצדק דורש החוק הגרמני, שבעל תשובה יודיע על כל פעולת סבוטז' שעל תיכוננה הוא יודע: סעי' 287(2); ואפשר לשאול אם דרישה זו מספקת: קל לו, לחבר בארגון בלתי-חוקי, להתחמק מידעה על דברים, שהיה ביכולתו לדעתם, לוא היה לו הרצון לדעת; האם אי-ידיעה מרצון תעמד לו להגנה? — הוראה אחרת אפילו מרחיקה לכת לקראת התוויר בו מפשע מתוכנן — סעי' 83א לחוק הגרמני, הדין בחזרה מפעולות בגידה (ר' ב' 1)2(1) לעיל): אדם יכול לזכות לפחות בהקלת העונש, אם הודות לחוזרו מן התכנית סכנת הגשמתה "הוסרה או הוקטנה במידה ניכרת". כאן נדרש, איפוא, פחות ממניעה גמורה של השלמת הפשע, וגם מובטח לחוזר בתשובה פחות מפטור מלא ואוטומאטי — דוגמה מעניינת של הוראה גמישה.
5. זה מביאנו ממבחר העבירות הראויות להטבת סנקציה בשל תשובה פעילה למבחר אותן הטבות עצמן. כאן מצבנו שונה ממצב החוקים האירופיים: על-מנת להקל בעונש — מה שבשווייץ התוצאה העיקרית של תשובה פעילה — אין אצלנו צורך בהוראה מיוחדת, פרט לאותם הסעיפים המעטים, הקובעים עונש-חובה או עונש-מינימום — בעיקר סעי' 20—21 לחוק דיני עונשין (דרכי ענישה) [גוסס משולב], תש"ל—1970, החוקים לחיקון דיני העונשין בדבר תקיפת שוטרים ועבירות זנות, וסעי' 16ה' (תשכ"ח—1968) לפקודת הסמים המסוכנים⁸². עיקר התיקון, אם יתקבל העקרון של תשובה פעילה, יהא מתן פטור מוחלט מעונש על המעשה שממנו חזר בו העבריין.

32 במקרה הקלטי של עונש-חובה — רצח — אין מקום לתשובה פעילה.

6. נותרה השאלה אם פטור מעונש צריך להינתן בתוקף החוק או לפי שיקול בית המשפט. מנקודת המבט של הגשמת מטרת יהודית נראה פטור אוטומאטי הפתרון הרצוי. אך ייתכן שזה צעד מהפכני שהמחוקק הישראלי יהסס לעשותו. אפשר להציע, להגביל פטור אוטומאטי לעבירות התחליות – חזרה מניסיון, משידול ומקשר פלילי (בלי אבחנה בין ניסיון מושלם ובלתי-מושלם, פרט לכך שהמקרה הראשון מחייב מידה רבה יותר של "פעילות" התשובה); ואשר לחזרה מעבירה מוגמרת, נראה שהנסיבות משתנות לא רק בין סוגי העבירות השונים, אלא גם בכל מקרה ומקרה, ולכן קשה לקבוע מראש, שכל בעל תשובה יזכה בפטור מעונש. כאן יש מקום להוראה גמישה ובעלת תוכן כפול: ראשית שחרור בית המשפט, במקרה של חזרה מעבירה, מכל חובה לפסוק עונש מסויים, בייחוד מאסר בפועל, ומחובה להפעיל מאסר שנפסק במקרה קודם; ובנוסף, מתן חופש לבית המשפט, לפטור עבריין מכל עונש – וכל זה בתנאי שהוא חוזר בו מרצונו ממעשה העבירה.