

בחינות אחדות של עקרון החוקיות בפלילים

מאת

ש. ז. פלר

ו. מבוא.

וו. המצוי וניתוחו לאור הרצוי.

1. אין הוראה שתכריז ש"אין עבירה אלא על פי חיקוק".

א. המקור המשפטי של העבירות ועונשן.

ב. פומביות החיקוק.

2. חלות החיקוק לפי זמן עשיית העבירה.

א. הפרובלמטיקה של הנושא.

ב. תחיקת ישראל לאור הפרובלמטיקה של הנושא: §1. אי הרטרואקטיביות והאולטרא-אקטיביות המוחלטות; §2. אי-הרטרואקטיביות של חוק הקובע עבירה *ex novo*, או המחמיר בעונש, והאולטרא-אקטיביות של החוק הקודם במקרים אלה; §3. האולטרא-אקטיביות של החוק הקודם במקרים של *abolitio criminis* ושל חוק חדש שהוא בחינת *mitior lex*; §4. החוק הארעי ושאלת כוחו האולטרא-אקטיבי; §5. חלות החוק הקובע תקופת ההתישנות, לפי זמן עשיית העבירה.

ג. סיכום.

3. חלות החיקוק לפי מקום עשיית העבירה.

א. הסמכות הטריטוריאלית: §1. הסמכות הטריטוריאלית ותשתיתה המדינית; §2. הסמכות הטריטוריאלית לפי דיני מדינת ישראל; §3. הסמכות הטריטוריאלית ודרישות המלחמה בעבריינות.

ב. הסמכות הריאלית: §1. הסמכות הריאלית *ratione materiae*; §2. הסמכות הריאלית *ratione personae*; §3. הסמכות הריאלית, בעלת אפי עקרי; §4. הפיקוח המיוחד על הפעלת הסמכות; §5. הסמכות הריאלית לפי דיני מדינת ישראל; §6. סיכום.

ג. הסמכות הפרסונלית: §1. הסמכות הפרסונלית הפסיבית; §2. הסמכות הפרסונלית האקטיבית; §3. סיכום.

ד. הסמכות האוניברסלית: §1. תכונותיה של הסמכות האוניברסלית; §2. הסמכות האוניברסלית לפי דיני מדינת ישראל.

ה. ההסגרה: §1. הבסיס המשפטי של ההסגרה; §2. החוק הישראלי ודרישת הסכם הסגרה; §3. אפשרות הסגרה של אורח המדינה.

ו. נפקות בארץ של פסק-דין חוץ: §1. האפקט הנגטיבי של פסק-דין זר; §2. האפקט החיובי של פסק-דין זר; §3. נפקות פסק-דין זר לפי דיני מדינת-ישראל.

וו. הצעת חוק להסדרת החוקיות על בחינותיו השונות.

1. אופי ההצעה.

2. ההצעה עצמה.

1. מבוא

המעין בפרוטוקולים של דיוני הכנסת¹ בהצעת החוק להארכת תקפן של תקנות שעת חירום (עבירות בשטחים המוחזקים – שיפוט ועזרה משפטית) תשכ"ח-1967², אשר נתקבלה, בשינויים אחדים, בישיבת הכנסת מיום 25 בדצמבר 1967³, יכול ליתן את דעתו עד כמה תחיקה פלילית רגילה, כשהיא כושלת ומשוכללת, היתה יכולה לספק גם את רוב צרכי שעת החירום בתחום זה, אם לא את כולם, ועד כמה תחיקתנו דלה בענין זה ורחוקה מלהמציא פתרונות אף לבעיות השוטפות והרגי-לות של החברה והמדינה. מצב זה ראוי להתענינות לפחות באותה מידה כהתאמת תחיקת שעת החירום לצרכי השעה; אלא שצרכי שעת החירום דוחקים, ואילו אלה של הזמנים התקינים מושחקים על-ידי השיגרה. אולם, שעת החירום היא חולפת – ואילו הזמנים התקינים הם קבועים.

כדברי הפתיחה של הדיונים במסגרת הקריאה הראשונה של ההצעת הנ"ל, אומר שר המשפטים, כי בעקבות „תדירות הקשרים בין שטחה של מדינת ישראל והשטחים המוחזקים על-ידי צה"ל, נוצר צורך דחוף לעשות הסדר חוקי“⁴ בענין הענשת העבירות אשר אורחי מדינת ישראל, תושביה או אנשים אחרים אשר נמצאים בישראל עשויים לבצען בשטחים המוחזקים. התנועה ההמונית הלך וחוזר מלווה פה ושם גם בביצוע עבירות פליליות. כהדגמה, מתיחס השר למקרה הראשון שהובא לידיעת המש-טרה – אולם גם לא האחרון – למעשה שוד שבוצע על ידי אורח הארץ במזרח ירו-שלים, אשר לקח אתו את הביזה למערבה של ירדשלים, לא היתה דרך חוקית אף לעשות חיפוש אצל החשוד ולהוציא מידיו את החפצים השדודים או לאסור אותו“⁵.

האם מתעוררת הבעיה אך ורק כאשר תושב הארץ – כדברי השר – „עבר את העבירה בשכם וחזר לתל-אביב“⁶? ואם אורח הארץ מבצע עבירה בקפריסין, בוננזואלה, ביפן או באוסטריה, ואין בין מדינת ישראל לבין אותן מדינות הסכמי הס-גרה, או ישנו הסכם אולם הוא אוסר על כל צד את הסגרת אורחיו הוא, או העבירה איננה בת-הסגרה או אין מבקשים את ההסגרה, כי אז מוצדק שמדינת ישראל תיהפך לעיר מקלט?

בתקנה 2 (א) לתקנות שעת-חירום (השטחים המוחזקים על ידי צבא-ההגנה לישראל – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) תשכ"ח-1967⁷ נקבעה סמכות פרסונלית

1. דברי הכנסת הישיבות תשכ"ח, ע' 441 – 454 / ע' 519 – 524;
2. ה"ח 752, תשכ"ח, עמ' 70.
3. ס"ח 517, תשכ"ח, עמ' 20.
4. דברי הכנסת, תשכ"ח, ע' 442.
5. שם.
6. שם.
7. זה השם שניתן לתקנות אלה, בסעיף 9 לחוק להארכת תקפן של תקנות שעת חירום (עבירות בשטחים המוחזקים-שיפוט ועזרה משפטית), תשכ"ח-1967. להלן התקנות.

עקרון החוקיות בגלילים

מוחלטת לחוק הפלילי הישראלי לגבי אורחי המדינה ותושביה, לענין כל מעשיהם ומחדליהם המבוצעים בשטח מוחוק, גם כאשר הם – המעשים או המחדלים – אינם מהווים עבירה לפי הדין החל במקום הביצוע. בצדק, הסתייג ח"כ הפרופ' קלינגהופר מגישה זו של הפעלת עקרון הפרסונליות הטהור לגבי כל סוגי העבירות, ללא הבחנה כלשהי באשר לחומרתן. האם מסתרת מאחורי הסדר זה המטרה למנוע ביצוע מעשי פוליגמיה בשטחים המחוקקים, על ידי אורחי מדינת ישראל או תושביה, שבהם מעשים אלה אינם בני עונשין? נימוק זה אמנם הועלה, בין השאר, בדיונים בכנסת בהצעת החוק⁷ אבל, אין מקום לדאגה כל שהיא מבחינה זו, שכן סעיף 4 (3) לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין) תשי"ט–1959⁸ מכסה בלי ספק את צרכי הסדר הציבורי שבמדינת ישראל ואת השקפותיה בעניני מבנה המשפחה.

אולם, אורח ישראל או תושבה יכול לבצע במדינה אחרת מספר גדול של „מעשים או מחדלים“⁹ שהם בני עונשין לא רק לפי החוק הישראלי, אלא גם לפי חוק המדינה שבשטחה בוצעה העבירה, ובכל זאת מדינת ישראל תשמש לו – לאורחה או תושבה – לעיר מקלט, באין תנאים משפטיים להסגיר את העבריין או כשאינן כבוליים את ההסגרה. מדוע מחד גיסא החלה מופרות של הסמכות הפרסונלית ומאידך גיסא התעלמות מוחלטת מסמכות זו בצורתה המתונה, המאפשרת שיפוט רק כאשר נתקיים תנאי הפליליות הכפולה (double criminality)¹⁰ ? מדוע מצד אחד מקפידים עד כדי כך, שהאיש הולך עם החוק שלו¹¹, למרות שלפי חוק המקום שבו אירע המעשה או המחל אין הוא אסור ומאידך השלמה עם מצב של ריקנות משפטית – vacuum juris – המתבטא בלידת דין ולית דיין ?

הועלתה גם השאלה אם התקנה 2 (ב) לתקנות¹² עומדת במבחן עקרון אי-הרטוראקטיביות של החוק הפלילי. נראה לנו כי שאלה זו היא במקומה, לאור העובדה

7א. דברי הכנסת תשכ"ח – דברי ח. כ. ג. האונגר, בע' 448 ודברי השר י. ש. שמירא, בע' 452 וצ' 522.

8. לשונו של הסעיף האמור היא:

לענין סעיף 2 אין נפקא מינה –

(3) אם הנישואין החדשים נערכו מחוץ לישראל ובלבד שבשעת הנישואין היה הנשוא אורח ישראל או תושב ישראל.

סעיף 2 לחוק האמור קובע את העבירה של ריבוי נישואין ואת עונשה.

9. משתמשים אנו בביטוי של המחוקק, לברות שהוא אינו נכון ומדויק מבחינה משפטית. שכן לא תמיד המעשה או המחלל כמצה אף את החלק העובדתי של העבירה – Actus Reus – מה גם שלצרכי התהוות העבירה דרוש, בדרך כלל, גם יסוד נפשי מסוים, אם בצורה של מחשבה סלילית ואם בצורה של התרשלות.

10. תנאי המתנה את סמכות החוק הפלילי של המדינה בכך שהתנהגות הנדונה תהיה בת-עונשין גם לפי חוק זה וגם לפי חוק מקום אירועה.

11. דברי הכנסת תשכ"ח, בע' 522.

12. זוהי לשונה של התקנה:

(ב) תקנה זו חלה על מעשה או מחלל שאירעו לאחר היום הקובע, בין שאירעו לפני תחילת תקנות אלה ובין שאירעו לאחריה.

שהתקנה 2(א) לתקנות איננה דורשת את תנאי הפליליות הכפולה, לעומת התקנה המקבילה הקודמת אשר התנתה את יישום הדין הפלילי של מדינת ישראל בפליליות הכפולה של ההתנהגות המדוברת בה. התקנה, בנוסחה החדש, מרחיבה בכך את אפ-שרות הטלת האחריות הפלילית גם בשל צורות התנהגות אשר מהוות עבירות אך ורק לפי הדין הישראלי מבלי להיות בנות עונשין לפי דין מקום הביצוע. מכאן, שהתקנה נושאת אופי מהותי מובהק וקשה לגרוס כי תקנה זו — 2(ב) — לתקנות מתישבת עם עקרון אי הרטרואקטיביות של החוק הפלילי המהותי, כאשר היא קובעת כי התקנה 2(א) לאותן תקנות חלה גם על מעשים או מחוללים, שארעו לפני תחילת תקנות אלה¹².

ניתן להעלות לדיון עוד כמה אספקטים של שאלת תלות החוק הפלילי לפי זמן ביצוע העבירה ומקום ביצועה, אשר בחוק שהוצע ואומץ. אולם, כאמור, מטרתנו איננה להיכנס לניתוח דברי התחיקה המיוחדים לשעת חירום מבחינה זו, אלא לבחון לאור עקרון החוקיות דווקא את החוק הפלילי הרגיל; והבעיה של תלות החוק לפי זמן ביצוע העבירה ולפי מקום ביצועה, מהווה רק אספקט אחד ממערכת הבחינות של עקרון זה. הצעות קונקרטיות עשויות לשפוך אור בצורה מגובשת יותר על הפרד-בלמטיקה של הנושא ועל החשיבות הרבה של הסדרתו הפוזיטיבית. ההוראות הבאות להסדיר את הבעיה על כל בחינותיה יכולות להוות את החלק הפרלימני הדין בחוק הפלילי ותחולתו — של חלק כללי של חוק דיני עונשין¹³ חדש או, עד לקבלת חוק כגון זה, הן יכולות להוות נשוא חוק מיוחד.

ii. המצוי וניתוחו לאור הרצוי

אין בתחיקתנו הוראות מפורשות הדנות בעקרון *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* על בחינותיו השונות.

1. אין הוראה שתכריז שאין עבירה אלא על פי חיקוק. אין הוראה חוק הקובעת במפורש את העקרון הבסיסי שלפיו אין עבירה ואין עונש אלא על פי חיקוק בזמן ביצוע העבירה והתופס גם במקום ביצועה. הוראה כגון זו, אשר מתבטאת באמרה העברית הידועה, „אין עונשין אלא אם כן מזהירין מיעדת, ראי-שית כל, לקבוע כנהה סללים נגטיביים, בעלי חשיבות בסיסית, בדיני העונשין: — אין עונשין על פי גזירה שווה (אנלוגיה); — אין עונשין מן הדין בלבד,

12. למרות האמור על ידי השר י. ש. שפירא — דברי הכנסת תשכ"ח, ע' 453.

13. ראה למשל: A. L. I. Model Penal Code, *Proposed Official Draft*, 1962 sec. 1.01, 1.03; Helen Silving, *Constituent Elements of Crime Art I—III; The German Draft of a Penal Code* (1962), sec. 1—8; *A Preparatory Draft for the Revised Penal Code of Japan* (1961) art. 1—10; *Le Code Penal de l'Empire d'Ethiopie* (1957) Art 2—22; — הקודקס הפלילי של יוון (1590) הסעיפים 12-1; הקודקס הפלילי של שווייץ (1937) הסעיפים 1-7; הקודקס הפלילי של רומניה (1937) הסעיפים 1-19; הקודקס הפלילי של פולין (1932) 1-11; הקודקס הפלילי של דנמרק (1930) הסעיפים 1-12; הקודקס הפלילי של איטליה (1930) הסעיפים 1-13; הקודקס הפלילי של פינלנד (1889) הסעיפים 1-7; הקודקס הפלילי של גרמניה (1870) הסעיפים 2-7.

לפי שיקולי הגיון של השופט; – אין לחוק הפלילי כוח רטרואקטיבי. אף לו היתה זו המשמעות המשפטית היחידה של ההוראה האמורה, די היה בכך כדי שתצדיק לעצמה מה מקום מפורש בחוק הפלילי, שהרי היא מהווה ערובה חשובה לזכויות חירותיות היסוד של האדם בפני שרירות השלטון. היא מעניקה לאדם את תחושת הביטחון הדרור שה בכל חברה נאזרה וחפשית. תכונות אלה של חברה מתקדמת קשורות קשר הדוק בידיעתו של האדם בכל זמן, לפי לשונו הברורה של החוק, מה קו הגבול בין המותר לבין האסור, והוא יכול לבטוח כי התנהגותו המותרת היום לא תיחשב מחר לבת עונשין ותוטל עליו אחריות פלילית בגינה. בעצם, ההוראה האמורה הינה בעלת ערך קונסטיטוציוני וחורגת בחשיבותה מן התחום הפלילי.

קשה, איפוא, לגרוס כי ניתן לבסס שיטה משפטית נאותה על העקרון הנ"ל גם ללא הוראה שתיתן לו ביטוי מפורש. מה גם שלעקרון זה יש מספר רב של אימפליקציות ולצורך הסדרתן בצורה שיטתית, לפי מבחנים כלליים, מתבקשת קביעה חקוקה ומפורשת של עקרון האב היסודי.

א. המקור המשפטי של העבירות ועונשן. השאלה הראשונה אשר יתעוררת, בקשר לעקרון שלפיו „אין עבירה אלא על פי חוק” היא מה פירוש המונח „חוק” לענין זה? או, במלים אחרות, מה המקור המשפטי של העבירה והעונש? מיהי הרשות המוסמכת למתוח את קו הגבול בין המותר והאסור על-ידי יצירת עבירות וקביעת עונשין עליהן?

לפי החוק המצוי, הסמכות לקבוע נורמות משפטיות בתחום הפלילי שייכת לכנסת. חוק הכנסת הוא המקור המשפטי בתחום הפלילי, כדברי השופט זילברג (כתור- ארו דאז): „אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה”¹⁴. עם כל זאת, סמכות הכנסת ליצור עבירות הינה סמכות מקורית אולם לא בלעדית. בסעיף 16 (2) לפקודת הפרשנות (נוסח חדש)¹⁵ ניתן אישור כללי, מותנה בתנאים מסויימים, לרשויות המנהליות להתקין עבירות פליליות.

אמת נכון הדבר, כי סעיף זה איננו מעיד אלא על סמכות מעברת שמקורה שוב ברצון הכנסת. אבל, כלום מוצדק הוא שכל רשות מנהלית תוסמך לקבוע עבירות אשר עונשן יכול לעלות עד לתקופת מאסר של שישה חדשים? וזאת בהעדר הוראה אחרת אשר יכולה להקנות סמכות רחבה עוד יותר? אתמהה. לייחודיות הסמכות של האורגן העליון של המדינה ובא כוחה הישיר של החברה, ליצור עבירות, טעמים מיוחדים. האחריות הפלילית היא ההמורה ביותר מבחינה חברתית וסוגי ההתנהגות בני העונשין הינם החמורים ביותר מבין סוגי ההתנהגות הסוטים מהסטנדרט הדרוש לשם קיום יחסיים חברתיים תקינים. משום כך, הגדרת סוגי ההתנהגות בני העונשין וקביעת מידת

14. ע"ס 53/54 אש"ד נ. היהרמ, ת' סד"י, 819,785.

15. לשונו של הסעיף היא כדלקמן:

16. מקום שהחוק מעניק לרשות את הסמכות להתקין תקנות. ... –

(2) מותר לקבוע בתקנות, כי כל העובר על הוראה מהוראותיהן, יהא צפוי לקנס שנקבע בתקנות או לתקופת מאסר שנקבע בהן או לשני העונשין כאחד, ובלבד שהקנס לא יעלה על חמישים לירות ותקופת המאסר לא תעלה על ששה חדשים; והוא כשאין באותו חוק הוראה אחרת;

העונש הצפוי בעדם זקוקות להחלטה ותיאום עליונים ומרכזיים. שכן, עקרונית, לא ייתכן שהתנהגות מסויימת תיחשב כעבירה אשר עונשה עולה עד לשישה חדשים, באיזור פלוגי ותהא התנהגות מותרת, במקביל, באיזור אלמוני. לכן אין דעתנו נוחה מסמכות כה רחבה בתחום הפלילי שהועברה לרשויות המנהליות, הן המרכזיות והן המקומיות.

אין ספק כי אין מנוס מלמסור לרשויות אלה סמכות מסויימת בתחום האמור, אך, לדעתנו, די בכך אם הדבר יצטמצם לעבירות החטא¹⁶ בלבד. שכן קיימת מגמה חזקה בתקופתנו להוציא את החטאים מהתחום הפלילי הממשי ולראות בהם „הפרות“ או אף „הפרות אדמיניסטרטיביות“¹⁷; שנית, מהות זו של החטאים מתישבת גם עם הסדרים מקומיים שונים זה מזה, כך שדבר הנחשב הפרה במקום פלוגי יהא מותר לחלוטין במקום אלמוני, או יהיו רואים אותו בחומרה שונה במקום פלמוני. ואילו סוגי ההתנהגות בעלי אופי מסוכן יותר לחברה, אשר ביטוי חומרתם יכול להיות בעונשים כבדים, השוללים את חופש האדם, מחייבים את התערבותו הישירה של המחוקק, אפילו במקרים שבהם, מפאת תנאים מיוחדים, העבירה עשויה להתבצע רק באזורים או במקור-נות מסויימים.

לסיכום, לדעתנו, המקור המשפטי בתחום הפלילי צריך להיות חוק הכנסת; סמכות הרשות המוסמכת להתקין תקנות צריכה להיות מצומצמת ליצירת עבירות יצוגשן הוא עונש החטא. לשם קביעת עבירות חמורות יותר, על הרשויות האלה לפ-ות דרך הממשלה לכנסת.

ב. פומביות החיקוק. שאלה אחרת היא שאלת פירסום החוק ופומביותו. התנאי זמינימלי להגשמת העקרון, אין מענישין אלא אם כן מזהירין“ הינו מתן אפשרות יציבור לדעת את הנורמות הפליליות. הדרך הסבירה לכך היא פירסום החוק הפלילי, ימביותו, כך שהאדם יוכל להכירו ולכלכל את התנהגותו מבלי לעבור את קו הגבול יבין המותר לבין האסור, הנמתח על ידי אותו חוק. אחרת, מן הנמנע לדרוש ממנו יהא שומר חוק.

מבחינה זו, ניתן היה לומר כי המצב לאור החוק המצוי משביע רצון. סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 קובע כי כל חוק מקבל תוקף ביום פירסומו ברשומות וסעיף 17 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) קובע כי תקנות בנות

16. חטא - עבירה שדינה מאסר של לא יותר מחודש, ואם דינה קנס בלבד, - קנס של לא יותר ממאתיים לירות, כאמור בסעיף 2 לחוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 28) תשכ"ו-1966.

17. ראה: A. L. I. Model Penal Code Proposed Official Draft, sec. 1.04(5); Helen Silving, *Constituent Elements of Crime*, pp. 198-199; Jean Graven, *Le Code Penal de l'Empire Ethiopien*-Introduction, Centre Francais de Droit Comparé, 1959 p.p. 24-25;

- הקודקס הפלילי של חבש-1957, סע' 630-820; החוקה הצרפתית מ-4 באוקטובר 1958, סע' 34; ההצעה לקודקס פלילי גרמני חדש-1962, סעיף 12; הקודקס הפלילי האיטלקי-1930, סע' 650-734; הקודקס הפלילי הרומני-1937, סע' 85.

עקרון החוקיות בפלילים

פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות ותחילת תקפן ביום פירסומן. הסנקציה לאי-מילוי תנאי הפירסום היא, איפוא, הכרה בתוקפו של החיקוק¹⁸.

אולם, אין להציא מן התמונה הוראה מסויימת, הכלולה בשני הסעיפים הנ"ל, ואשר עשויה לגרוע מתנאי הפומביות של החוק הפלילי כערוכה עיקרית להג-שמת עקרון החוקיות בכללותו. ההוראה האמורה קובעת כי תחילת תקפו של כל חיקוק בעל פועל תחיקתי היא אמנם מיום הפירסום, אולם בלתי אם נקבע בו כי יקבל „תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר ליום הפירסום“. אפשרות זו ליתן תוקף לכל חוק – כולל חוק פלילי – גם מתאריך מוקדם מיום הפירסום אינה מתישבת עם דרישת הפומביות האמורה. שכן, בין התאריך האמור לבין יום הפירסום, אין כל גישה לציבור אל החוק על מנת להתאים את התנהגותו לדרישותיו. מסתבר כי התור-אה הנ"ל ממציאא אפשרות לעקוף את תנאי הפומביות, לפחות ביחס לתקופה מסויימת, בין תאריך תחילתו של החוק לבין יום פירסומו. אף אם אין משתמשים בהוראה זו לעניינים פליליים, ואולי דווקא מפני שאין משתמשים בה, מוטב לוותר עליה בנוגע לתחום הפלילי, והוראה מיוחדת צריכה לאסור בתחום זה את מה שהיום אפשרי.

2. חלות החיקוק לפי זמן עשיית העבירה. לאפשרות הנ"ל – מתן תוקף לחיקוק פלילי מתאריך מוקדם ליום הפירסום – משמעות שלילית גם מבחינה אחרת, המתיחסת לעקרון החוקיות, דהיינו מבחינת הלוח החוק הפלילי לפי זמן ביצוע העבירה.

א. הפרובלמטיקה של הנושא. האפשרות ליתן כוח למפרע לחיקוק בעל אופי פלילי נוגדת את הכלל הבסיסי השורר בכל מדינה מודרנית ונאורה, שלפיו אין לחוק הפלילי כוח רטרואקטיבי.

לא למותר להתעכב קצת על ענין זה, ליתן ביטוי לכמה הרהורים תיאורטיים הנוגעים לדבר ולבחון לאורם את החוק הפלילי המצוי במדינת ישראל.

עקרונית, החוק הפלילי הינו אקטיבי, כלומר כוח פעולתו הוא בזמן תקפו בלבד, מתאריך תחילתו ועד לתאריך ביטולו. החוק הפלילי איננו, בדרך כלל, אק-סטר-א-אקטיבי, דהיינו לא רטרואקטיבי ולא אולטר-א-אקטיבי. שאלת כוח פעולתו של החוק הפלילי לפי זמן ביצוע העבירה איננה נתקלת בקשיים כלשהם, כאשר העבירה בוצעה ותוצאותיה המשפטיות התמצו תחת תקפו של אותו חוק מהותי.

אולם, לעתים, קורה שחוק פלילי נכנס לתוקף והוא מתיחס לסוגי התנהגות אשר עלולים היו להתרחש לפני תחילתו או אשר יכולים היו להיות עבירות גם לפי החוק הפלילי הקודם, כשהזיקות החברתיות או המשפטיות אשר נוצרו על ידי אותם

18. בג"צ 220/51 אסלן ואח' נ. המושל הצבאי של הגליל ה' פד"י, 1480. אומר שם בית-המשפט העליון:

יש לשמור שמירה מעולה על קיום אחד מכלליה הגדולים של כל חקיקה, אשר מצאה את ביטויה בס' 10 לסק' סדרי השלטון והמשפט, דהיינו, כי אין לך חוק אלא אם הוא הובא לידיעת הרבים בדרך שהחוק קבע בעצמו, כי אם לא כן ייוצר מצב של אנדרל-מוסיה שאיש לא יידע ולא יוכל לדעת מה מותר ומה אסור... (בע' 1486).

סוגי ההתנהגות עדיין תלויות ועומדות – כולן או מקצתן – ולא התמצו. בדומה לכך, ביטול חוק פלילי יכול להתרחש בשלב בו זיקות משפטיות כגון אלה עדיין לא הגיעו לקיצו, כשבעל ההתנהגות עדיין לא בא על עונשו, או לא ריצה אותו כולו. השאלה המתעוררת במקרים אלה היא באיזו מידה ובאילו תנאים ממשך לחול החוק הקודם באופן אולטרא-אקטיבי, לאחר שפג תקפו, או יהול החוק החדש באופן רטרו-אקטיבי, למרות שהארועים הנוגעים בדבר אירעו לפני תחילתו.

אלה הן שאלות אשר חורגות ממסגרת הבעיות, נשוא הוראות המעבר בין חוק לחוק, העלולות להיות שונות לפי הנסיבות. ישנם כללים מקובלים לענין זה, ואילו רק היוצא מן הכלל, כאשר המחוקק רוצה בו, יכול להוות אובייקט של הוראה מעבר מיוחדת. בתחום הפלילי, השאלה היא, איפוא, עקרונית, והיא דורשת הסדר רגיל – בניגוד להוראה מיוחדת – כך שמתבקש פרק מיוחד בחלק הכללי של החוק הפלילי שידון בחלות החוק הפלילי לפי זמן ביצוע העבירה, וזאת במסגרת העוצרות האחרות המתיחסות לעקרון החוקיות.

ב. תחיקת ישראל לאור הפרובלמטיקה של הנושא. כעת נחזור לשאלת חלות החוק הפלילי, כאשר בין אירוע ההתנהגות המהווה לפיו עבירה, לבין הטלת האחריות הפלילית והתמצות יתר התוצאות המשפטיות העלולות לצמוח מאותה עבירה, חל שינוי בתחיקה הפלילית. מה הדין לפי החוק המצוי בארץ?

18. אי רטרו-אקטיביות והאולטרא-אקטיביות המוחלטות. יש להבהיר, ראשית כל, כי לפי חוק הארץ באים בחשבון שני תאריכים בלבד והם: תאריך אירוע ההתנהגות הנוגעת לדבר ותאריך בירור הדין של בעל אותה התנהגות. להלן יתברר מדוע הבלטנו את בעיית שני התאריכים הללו. ושוב, מה הדין בארץ כאשר בין תאריך אירוע ההתנהגות לבין בירור המשפט חל שינוי בתחיקה הפלילית?

הכלל הוא: אקסטרא-אקטיביות בכיוון אחד בלבד, כלומר, החוק החדש של תאריך בירור הדין איננו רטרו-אקטיבי אף פעם, ואילו החוק הקודם – של תאריך אירוע ההתנהגות – הינו אולטרא-אקטיבי תמיד.

כלל זה מבוסס רק חלקית על החוק החרות. הכוונה היא לסעיף 14 (ב) (4) לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) אשר בהוראותיו נקבע כי חיקוק המבטל דין, אין כוחו של הביטול יפה, להשפיע על עונש, על חילוט או על ענישה הצפויים בשל עבירה שנעברה על פי הדין המבוטל.

כלומר, אם חוק זמן בירור הדין שינה את העונש הצפוי בשל עבירה שבוצעה לפני תחילתו או ביטל את האיסור – *abolitio criminis* – ההתנהגות המדוברת בה הפכה מותרת, העושה ימשיך לשאת באחריותו לפי חוק זמן ביצוע העבירה ויוטל עליו העונש שהיה צפוי לו לפי אותו חוק.

קיים, אם כן, הסדר חוקי מפורש רק למקרה בו מדובר בסוג התנהגות שהיווה עבירה לפי חוק זמן אירוע ההתנהגות. כוח הפעולה של החוק הפלילי, במקרה זה, הינו אולטרא-אקטיבי, היות ומחילים אותו בתאריך שלאחר ביטולו, ואילו החוק בעל תוקף בתאריך זה איננו רטרו-אקטיבי לגבי העבירות שבוצעו לפני כניסתו לתוקף, אף במקרה של *abolitio criminis*; לא כל שכן במקרה של המתקת העונש (*mitior lex*)¹⁹.

19. ע.פ. 348/67 פלוני נ. היה"מ, כ"ב פד"י (6), 225.

עקרון החוקיות בפלילים

אולם, אין כל הוראת חוק כפורשת המכריזה את אי הרטרואקטיביות לגבי מקרים בהם התנהגות מותרת הופכת לעבירה פלילית — *crimen ex novo* — והמונעת תחולת החוק הקובע את העבירה על התנהגות שאירעה לפני כניסתו לתוקף. כלל זה הינו, במשפטנו, כלל פרשנות גרידא, בו בזמן שברוב הקודקים הפליליים מקדישים לו הוראה מפורשת²⁰. על כל פנים, יש לציין כי פסיקת הארץ מטעימה בכל הודמנות את החשיבות שבאספקט זה של עקרון החוקיות²¹, אם כי לפי סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח 1948, לא מן הנמנע לקבוע בהוק — כולל חוק פלילי — תאריך כניסה לתוקף מוקדם יותר מיום פירסומו ולהקנות, בדרך זו, רטרואקטיביות לחוק פלילי לגבי התקופה שבין תאריך הכניסה לתוקף ותאריך הפירסום. אולם, נתעלם מן הצורה הפורמלית שבה מסודרת בארץ חלות החוק הפלילי לפי זמן ביצוע העבירה, הן מבחינת שלמות ההוראות הנוגעות לדבר, והן מבחינת המקום בו הן נמצאות. גרד לגופו של הענין ונבחון אם עצם ההסדר משיע רצון מבחינה חברתית ומשפטית כאחד.

אין חולקים על כך שאי הרטרואקטיביות של החוק הפלילי מהינה כלל יסוד של דיני העונשין. אבל, הניתן ליחס לכלל זה ערך מוחלט? אין חולקים על כך שהאולי-טרא-אקטיביות של החוק הפלילי צריכה למלא את החלל הריק של אי הרטרואקטיביות שלו. ברם, הניתן לראות בצד שני זה של המטבע כלל שגם הוא מוחלט?²² אי-הרטרואקטיביות של חוק הקובע עבירה *ex novo* או המחמיר בעונש והאולטרא-אקטיביות של החוק הקודם במקרים אלה. אין ספק כי החוק הפלילי לא צריך לחול במקרה של איסורים *ex novo*, כלומר על סוגי התנהגות אשר לא היו עבירה פלילית לפני כניסתו של החוק לתוקף; כמו כן, אין גם להתווכח על הפרופור-זיציה השנייה, שלפיה חוק פלילי המחמיר עם הנאשם לעומת החוק הקודם, אין להחילו כאשר העבירה בוצעה בזמן תקפו של החוק הקודם. במקרים אלה, אי הרטרואקטיביות של החוק החדש משתלבת באולטרא-אקטיביות של החוק הקודם, ועקרון החוקיות — על בחינתו, „אין עונשין אלא אם כן מזהירין“ מובטח במסגרת רציפות זו של חוקים פליליים.

33. האולטרא-אקטיביות של החוק הקודם במקרים של *abolitio criminis*

20. ראה: The German Draft of a Penal Code (1962), sec. 1; A Preparatory Draft of the Revised Penal Code of Japan (1961), art. 7 (1); Le Code Pénal de l'Empire d'Ethiopie (1957), art 5 alin, 2;

הקודקס הפלילי של יוון (1950), סעיף 1; הקודקס הפלילי של שווייץ (1837), סעיף 1; הקודקס הפלילי של פולין (1932), סעיף 1; הקודקס הפלילי של איטליה (1930), סעיף 1; הקודקס הפלילי של גרמניה (1870), סעיף 2, § 1; הקודקס הפלילי של צרפת (1810), סעיף 4.

וזאת בהתחשב בעובדה כי כלל אי-הרטרואקטיביות של החוק הפלילי נחשב ככלל בעל ערך קונסטיטוציוני והוא נמצא קבוע, במפורש, בחוקות מדינת שווייץ.

21. ראה: ע"ס 1/48 סילוסטר נ. היהרמ, א' סד"י, 5; בג"צ 279/51 אמסטרדם ואח' נ. שר האוצר, 1 סד"י, 1965 ע"ס 107/58 היהרמ נ. נורדא, יג, פד"י, 1345; ע"ס 333/61 אייכמן נ. היהרמ, ס"ז פד"י, 2033; ע"ס 290/63 נאשף נ. היהרמ, מ, י"ח פד"י, 570; ע"ס 118/66 טולק נ. היהרמ, כ' סד"י (3), 1393 ע"ס 116/66, 281/66 סרג' נ. מדינת ישראל, כ"י, פד"י (4), 447.

ושל חוק חדש שהוא בחינת *mitior lex*. אולם, מה הטעם להחיל באופן אולטרא-אקי טיבי את החוק הקודם במקרה של *abolitio criminis*; כאשר לפי החוק החדש בוטלה העבירה כליל וסוג ההתנהגות הנוגעת לדבר הוצאה מן התחום הפלילי והפכה התנהגות מותרת ללא כל דופי? מה הטעם לשפוט אדם בשל מעשה אשר מותר לו לעשותו בזמן השפיטה, ואף בפני השופט? נשוא המשפט הוא המעשה האסור ואם החברה מצאה לנחוץ ולראוי לבטל את האיסור, אין עוד כל משמעות לניהול המשפט בגין אותו מעשה. עונש המוטל אך ורק בשל העובדה שבזמן הביצוע נחשב המעשה כעבירה, מחוסר, לדעתנו, כל משמעות, אם בזמן הטלת העונש המעשה איננו אסור עוד.²² וזאת למרות שבזמן ביצוע המעשה הוכיח העושה את עצמו כאדם מסוגל לעבור עבירה. וכאן הגענו לשלב שבו מתבקשת התחשבות בתאריך גוסף לשני התאריכים אשר להם התיחסנו עד כה, והוא תאריך – או ביתר דיוק – תקופת ריצוי העונש. אותו חסר טעם לשפוט אדם בשל התנהגות אשר כבר איננה מהווה עבירה בזמן השפיטה, כוחו יפה גם לענין כפית אדם לרצות עונש בשל מעשה אשר הדל – אמנם לאחר בירור הדין – להיות מעשה אסור. ניתן להציג אותה השאלה אשר הוצגה לעיל: האם קיימת הצדקה כלשהי לחייב אדם לרצות עונש כאשר בזמן ריצויו הוא – אותו אדם – רשאי לבצע אותו המעשה אשר בגללו הוטל העונש? ושוב, התשובה היא, לדעתנו, שלילית.²³

זאת ועוד, קורה שבין ביצוע העבירה לבין המשפט עליה, בא חוק חדש אשר רק מקל על הנאשם ומיטיב עמו, מבלי לנגוע בעצם פלילוּתה של ההתנהגות המרכיבה אותה עבירה. נשאלת אז השאלה: מה הטעם להוסיף ולהחיל את חוק זמן הביצוע בצורה אולטרא-אקטיבית ולא להקנות כוח רטרו-אקטיבי לחוק זמן השפיטה? אם השתנתה ההערכה החברתית והמשפטית של חומרת העבירה בכיוון ההקלה, מה הטעם לחמיר עם הנאשם ולהחיל את החוק הקודם? אם נמצא כי די בתרופה פחות חריפה על מנת לרפא את האדם, מה הטעם ליתן לו את התרופה הקודמת הנחשבת היום כמוגד-זכת? רק מפני שמקור המחלה בזמן בו היו רואים את הדברים באספקלריה אחרת? במקרים כגון אלה החלת ה-*mitior lex*, כלומר החלת החוק המיטיב עם הנאשם מחוייבת השיקולים החברתיים שביסוד הערכת חומרת העבירה.²⁴ אמנם, משמעות

22. A. L. I. Model Penal Code—Proposed Official Draft, sec. 1.01; Helen Silving, *Constituent Elements of Crime*, Art I sec. 9, p. 45, 50–51; *The German Draft of a Penal Code* (1962), § 2(3); *Le Code Pénal de l'Empire d'Ethiopie* (1957), art. 6; – הקודקס הפלילי של יון (1950), סעיף 2; הקודקס הפלילי של שווייץ (1937), סעיף 2(2); הקודקס הפלילי של רומניה (1937), סעיף 2; הקודקס הפלילי של סלובין (1932), סעיף 2(2); הקודקס הפלילי של איטליה (1930), סעיף 2; הקודקס הפלילי של נורבגיה (1902), סעיף 3; הקודקס הפלילי של גרמניה (1870), סעיף 2 § 2; הקודקס הפלילי של דנמרק (1930), סעיף 1(3).

23. ראה ההערה הקודמת.

24. A. L. I. Model Penal Code—Proposed Official Draft, sec. 1.01(3)(b); Helen Silving, *Constituent Elements of Crime*, Art III sec. 3; *The German Draft of a Penal Code* (1962), § 2(3); *Le Code Pénal de l'Empire d'Ethiopie* (1957), art. 6;

הדבר היא רטרואקטיביות, אך פסולה היא רק הרטרואקטיביות לרעת הנאשם ולא לטובתו.

השינוי המיטיב עם עושה העבירה עשוי לחול גם לאחר שניתן פסק דין סופי של חיוב כלפיו. השאלה היא מדוע לא יחול גם במקרים כגון אלה הכלל של ה *in mitior lex*? ברור כי התחשבות ממשית בשינוי מסוג זה קשורה בפתחה מחדש של הדיונים מהשלב שלאחר הכרעת הדין, על מנת ליתן גור-דין חדש שיתבסס על החוק החדש המקל את העונש. הדבר כרוך, איפוא, בסיבוך בלתי רצוי בניהול המשפט²⁵. לכן, כאשר החוק החדש המיטיב עם עושה העבירה בא לאחר שניתן פסק-דין סופי של חיוב כלפיו, מקובל לא לנגוע בפסק הדין. עם כל זאת, ניתן לתאר מקרה שבו ייתכן, ללא קשיים, להתאים את העונש הקודם לחוק החדש, גם בלי משפט חדש. זהו המקרה בו העונש שנגזר לפי החוק הקודם חורג מעבר לעונש המירבי הצפוי לפי החוק החדש בשל ביצוע אותה עבירה. ניתן לקצץ באופן אוטומטי — *ope legis* — את העונש שנגזר עד לעונש המירבי הנזכר, כך שהגידון לא ירצה עונש שהוא כבד מן המכסימום האק-טואלי הצפוי.

כלל רטרואקטיביות החוק הפלילי המהותי המיטיב עם עושה העבירה איננו זר לגמרי לתחיקת הארץ. סעיף 42 לחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה) תשי"ד—1954 קובע במפורש כי הוראות חוק זה יחולו גם „על מי שהואשם או שהורשע בדין או שנאסר לפני תחילת תקפו, אלא במידה שלדעת בית המשפט או ועדת שיחרורים, יש בהן כדי להיטיב עמו או להקל עליו“.

מסתמנת מגמה דומה גם בפסיקת הארץ, כאשר ללא חוק חרות השופט מתחשב בשינוי *in mitius* של החוק הפלילי. הנה דבריו של השופט זוסמן בע"פ 348/67 (פלוגי נ' היה"מ כ"ב פד"י (1), 225):

„המחוקק, בשנת 1967... קבע לעבירה זו עונש מירבי של 15 שנה, ובכך גילה את דעתו שחומרת המעשה אינה עוד כמו שהיתה. אף אם המערער לא הורשע על-פי החיקוק החדש, סבורים אנו שמן הדין להגותו מן השינוי בהשקפת המחוקק. מטעם זה החלטנו להיעתר לערעור על העונש...“ (בע' 232).

48. החוק הארעי ושאלת כוחו האולטרא-אקטיבי. לכלל—הבלתי מקובל בארץ — שלפיו אין להקנות כוח אולטרא-אקטיבי לחוק הקודם במקרה של *abolitio criminis*

A Preparatory Draft of the Revised Penal Code of Japan (1961), sec 7(2);

— הקודקס הפלילי של שווייץ (1937), סעיף 2(2); הקודקס הפלילי הרומני (1937), סעיף 1(3); הקודקס הפלילי של פולין (1932), סעיף 1(2); הקודקס הפלילי האיטלקי (1930), סעיף 3(2); הקודקס הפלילי של דנמרק (1930), סעיף 1(3); הקודקס הפלילי הנורבגי (1902), סעיף 3; הקודקס הפלילי של גרמניה (1870), סעיף 2 § 2.

25. בכל זאת, Helen Silving בספרה *Constituent Elements of Crime* מציעה גם אפשרות לדין נוסף על מנת להתאים את העונש להוראות החוק החדש המקל על הגידון (Art. III (sec. 8).

יש וקובעים חריג מסויים²⁶; וזאת כאשר החוק הקודם היה בבחינת חוק ארעי או חוק של שעת חירום. במקרה כגון זה, כל עבריון יודע מראש כי החוק הוא בעל תוקף מוגבל מבחינת הזמן ואז די בכך שהוא יצליח לדחות את המשפט עד לאחר תום תקפו של החוק על מנת להתחמק מאחריות פלילית על העבירה שביצע בזמן תקפו של החוק האמור. כדי לא להכשיל על ידי כך את מטרת ומשימות החוק הארעי נוצר החריג לכלל האמור, חריג הקובע כי חוק פלילי כגון זה חל על כל עבירה שבוצעה בזמן תקפו, גם כאשר בירור הדין נערך לאחר שתוקף החוק הקובע את העבירה פג.²⁷ חלות החוק הקובע תקופות ההתיישנות, לפי זמן עשיית העבירה. שאלה נוספת העשויה להתעורר בקשר לחלות החוק הפלילי לפי זמן ביצוע העבירה היא שאלת חלות הוראות החוק המשנות את תקופות ההתיישנות, כאשר התקופות הקודמות עדיין לא חלפו.²⁸ השאלה התעוררה בארץ הן בפסיקת בית המשפט העליון²⁹ והן בספרות המקצועית.³⁰ רצוי לקבוע בדרך החוק פתרון מפורש לשאלה זו, ברוח ההשקפה הכללית שביסוד הפתרונות שהוצעו לעיל לשאר השאלות הנובעות משינוי בתחיקה הפלילית הסובסטיטיבית, כאשר הזיקה המשפטית שנוצרה על ידי ביצוע העבירה עדיין תלויה ועומדת. המחוקק יכול לקבוע למקרים מיוחדים גם כלל מיוחד, אולם הכלל הרצוי גם לגבי תקופות ההתיישנות הוא הכלל הרגיל של חלות ה"mitior lex", מבין החוקים התכופים הבאים בחשבון. שהרי ההתיישנות משקפת עמדת החברה כלפי עצם העבירה ואין היא מהווה סתם עניין של פרוצדורה. פתרון זה אומץ במפורש גם בתחיקות אחרות.³¹

26. ראה: *The German Draft of a Penal Code* (1962), § 2(4); *Le Code Pénal de l'Empire d'Ethiopie* (1957), art. 9(1);

– הקודקס הפלילי של יוון (1950), סעיף 3; הקודקס הפלילי של רומניה (1937), סעיף 2(3); הקודקס הפלילי של סולק (1932), סעיף 2 § 3; הקודקס הפלילי האיטלקי (1930), סעיף 1(2); הקודקס הפלילי הגרמני (1870), סעיף 3 § 3.

בספרה *Constituent Elements of Crime* המחברה Helen Silving סבורה כי אין מקום לקבוע כל חריג לכלל של אי ענישתה של העבירה במקרה של *abolitio criminis*.
27. שאלת ההתיישנות בפלילים כמוסד בעל אופי עקרוני והשאלה המיוחדת של התיישנות פשעי המלחמה ושל התיישנות הפשעים כלפי האנושות הן שאלות בסוג עצמן אשר אין כאן המקום לדון בהן. ראה: S. Glaser, *Quelques Observations sur la Prescription*, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* (Belge) 6/1965; *Revue Internationale de Droit Penal* 3-4/1966, *Le Projet de Convention Internationale sur l'Imprescriptibilité des Crimes de Guerre et des Crimes contre l'Humanité*, *Enquête et Avis*. גם תשובתו של השופט ח. כהן.

28. ראה במיוחד ע"ס 290/63, ע. נאשף נ. דויה"מ, י"ח סד"י (2), 570.

29. ראה רשמתי, ההתיישנות בפלילים לאור משפט המעבר, "הפרקליט", כרך כ"ג, עמ' 204.

30. ראה: *The German Draft of a Penal Code* (1962), § 2(3) § 131; *A Preparatory Draft of the Revised Penal Code of Japan* (1961), art 7(2); *Le Code Penal de l'Empire d'Ethiopie* (1957), art 5, 225-238; הקודקס; סעיף 2 (1); הקודקס הפלילי של שווייץ (1937), סעיף 2(2) וסעיף 333; הקודקס הפלילי של רומניה (1937), סעיף

עקרון החוקיות בפלילים

ג. סיכום. ניתן לסכם כי מתבקשים תיקון ומיתון של אי-הרטרואקטיביות והאולטרא-אקטיביות של דיני העונשין, המקובלות כיום במשפט הארץ. — אין כל טעם לאולטרא-אקטיביות במקרה של ביטול האיסור — *abolitio criminis* — כשם שאין טעם לרטרו-אקטיביות במקרה של איסור מחדש — *crimen ex novo*. ביטול האיסור צריך לפעול באופן כולל גם כשהוא בא לאחר שניתן פסק דין סופי מרשיע;

— אין כלל אחרון זה צריך לחול לגבי העבירות על תחיקה ארעית; — כאשר בין זמן ביצוע העבירה לבין מתן פסק דין סופי לגביה חלו שינויים בתחיקה הנוגעת לאותה עבירה, יש לאמץ את כלל האקסטרא-אקטיביות *in mitius*, כלומר החיקוק המיטיב ביותר עם העבריין. יהא אולטרא-אקטיבי או רטרו-אקטיבי, לפי הענין. כן, רצוי להתאים את העונש שהוטל לפני צאת החוק החדש לעונש המירבי הצפוי לפי חוק זה, במידה בה הדבר אינו כרוך בהליכים משפטיים מחודשים; — דין האקסטרא-אקטיביות *in mitius* הינו הדין הרצוי גם לענין הוראות הקובעות תקופות התיישנות.

3. חלות החיקוק לפי מקום עשיית העבירה. שאלה מורכבת יותר היא השאלה הנוגעת לחלות החוק הפלילי לפי מקום ביצוע העבירה. לגבי שאלה זאת קיימות הוראות אחידות בפקודת החוק הפלילי, 1936 והוראות שונות מפוזרות בדברי חקיקה מיוחדים. קשה לגלות בהוראות האמורות קו-מנחה אחיד, אשר ישקף את העקרונות המקובלים בתחום זה.

בטרם ניכנס לעצם ניתוח המצב המצוי והמצב הרצוי לענין חלות החוק הפלילי לפי מקום עשיית העבירה, נציין כי מקובל להבחין מבחינה זו, בין ארבע צורות של סמכות החוק הפלילי, דהיינו: הסמכות הטריטוריאלית, הסמכות הריאלית, הסמכות הפרסונלית והסמכות האוניברסלית. העיון בשאלת תחולת החוק הפלילי לפי מקום עשיית העבירה מגלה כי כל אחת מצורות הסמכות הללו מתאפיינת בארבע בחינות שהן: הבחינה העניינית של הסמכות, הבחינה האישית שלה, הבחינה העיקרית או הרזידיארית של הסמכות והבחינה הפרוצדורלית של הפיקוח על הפעלתה. להלן נבהון את כל אחת מארבע צורות הסמכות האמורות לפי ארבע הבחינות הללו, אשר משמעותן תתברר במסגרת הדיון בצורה הראשונה — הסמכות הטריטוריאלית — שאנו נדון בה.

א. הסמכות הטריטוריאלית. משתמשים אנו במונח „סמכות” מכיון ששאלת חלות החוק היא, בעצם, שאלה של סמכות, אמנם לא שיפוטית, אלא של החוק עצמו לחול בתנאים מסוימים ולא לחול בתנאים אחרים. לכן, כל חלות של חוק הינה,

5; הקודקס הפלילי של פולין (1932) סעיף 2 § 1; הקודקס הפלילי של איטליה (1930) סעיף 2 (3); ראה גם: R. Garraud, *Précis de Droit Criminel*, 13 ed. pp. 111, 112 Paris 1921; H. Donnedieu de Varbres, *Traité de Droit Criminel et de Legislation Comparée*, 3 ed. 1947, p. 917. P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Paris 1963, II, No. 1684, p. 1292-1293. R. Vouin et J. Leauté, *Droit Pénal et Criminologie*, 1956, p. 133; G. Levasseur et A. Chavanne, *Droit Pénal et Criminologie*, 1962, p. 129.

קודם כל, ענין של סמכות. במובן זה גשתמש במונח סמכות, על מנת לדון בגורמים השונים המעוררים את שאלת חלוקת החוק הפלילי הלאומי, שהעקרי ביניהם הוא גורם הטריטוריאלי.

§1. הסמכות הטריטוריאלית ותשתיתה המדינית. בכל שיטה משפטית מודרנית, העקרון המרכזי הינו כי החוק הפלילי הלאומי מוסמך לחול על כל העבירות שבוצעו בשטח המדינה, ללא כל הבהנות ביחס למעמדו של העושה, הן אם הוא אזרח המדינה או תושבה והן אם לאו. כידוע, זהו עקרון הסמכות הטריטוריאלית של החוק הפלילי או בקיצור, כלל הטריטוריאליות. כלל זה מהווה ביטוי הריבונות הבלעדית של המדינה בתוך שטחה. המדינה היא הפורום הבלעדי המוסמך לקבוע בתוך שטחה את קו הגבול בין המותר והאסור, במסגרת הסדר הציבורי העונה לדרישות התפתחותה³¹, ולהתילו על כל הנמצא בטריטוריה שלה. אבד הכלח על שיטת ה, קפיטולציות ועל כל התערבות של ריבונות וזה לענין החלוקת החוק הפלילי על העבירות שנעברו בשטח המדינה.

כל השיקולים הנ"ל מחייבים אפיוני הסמכות הטריטוריאלית של דיני העונשין, כסמכות רגילה, בעלת אופי כללי, הן מבחינת ענינית — *ratione materiae* — והן מבחינת חגינה אישית — *ratione personae* — ובעלת אופי עקרי. סמכות בעלת אופי רגיל באשר געדר סייג כלשהו לענין היווצרות האחריות הפלילית עקב ביצוע העבירה בשטח המדינה. זהו עצם מטרתו הטבעית של החוק הפלילי הלאומי: להגן על שמירת קו-הגבול בין המותר לאסור במדינה ועל המפר את מצוות חוק זה לשאת באחריות המתאימה, לפי הכללים הרגילים והמקובלים של הטלת אחריות זו. סמכות בעלת אופי כללי מבחינה ענינית, באשר מטבע הדברים החוק הפלילי הלאומי חל על כל סוגי ההתנהגות המוגדרות בו כעבירות, כאשר הן נעברות בתוך שטח המדינה, ולו אף בחלקן. אין אלמנט זר זה — ביצוע חלקי מחוץ לגבולות המדינה — עלול לשלול את סמכות חלוקתו של החוק הפלילי הלאומי. סמכות בעלת אופי כללי מבחינה אישית, פירושה הדבר כי ביצוע עבירה בתוך שטח המדינה מושך אחריו חלוקת החוק הפלילי שלה בלי כל הבחנה הנובעת ממעמדו של העושה — אזרח המדינה, תושבה, אזרח זר או אדם ללא כל נתינות או ללא זיקה כלשהי למדינה. החריג היחיד לכלליות הסמכות הטריטוריאלית הן העניניות והן האי-שית הוא הנובע מכללי החסינות על סוגיה השונים. סמכות בעלת אופי עיקרי³² באשר אין כל השפעה לדין חוץ ולפסק דין חוץ הנוגעים לעבירה שנעברה בתוך שטח המדינה, על חלוקת דיני העונשין שלה לגבי אותה עבירה. לא תעמוד, איפוא, לאדם כל

31. ראה: Oppenheim, *International Law* (8th ed., Lauterpacht, 1955) note 4 at p. 286.
 32. בהבדל מן המקרה בו סמכות החוק הפלילי המקומי הונה בעלת אופי ריזוארי לעומת חוק פלילי זר, כאשר חלוקתו של החוק הפלילי המקומי מותנית בפלילית הכסולה של המעשה גם לפי החוק המקומי וגם לפי החוק הזר, בעונש הצפוי — כשהוא קל יותר — לפי החוק הזר, בהעדר מעשה בית-דין זר או התערבות כלשהי של מדינה זרה לשם הפקעת האחריות הפלילית או הפחתתה. ביתר פירוט על איסוי ריזואריות הסמכות, שהם היסוכם של מאפייני העיקריות שלה, ראה את האמור להלן בעמ' 23 ביחס לעיקריות הסמכות הריאלית (II, 3. ב. § 3).

עקרון החוקיות בפלילים

טענה כי כבר גשפט בשל עבירה זו בחוק לארץ או כי לפי חוק מדינה אחרת – אשר לאותו אדם זיקה מסוימת אליה – מעשהו איננו מהווה עבירה כלל, או העונש הינו קל יותר, או כי, לפי אותו חוק, פקעה אחריותו הפלילית על העבירה מכוח התישנות או מכוח חגיגה, או כל טענה אחרת המסתמכת על דין זר, אשר ממנה יכול היה אותו אדם להיבנות, לו היתה נטענת לפי הדין המקומי. אלה הם בדרך כלל איפיוני הסמכות הטריטוריאלית של החוק הפלילי.

25. הסמכות הטריטוריאלית לפי דיני מדינת ישראל. הסעיפים 6 ו-7 לפ.ח.מ. 1936 קובעים את סמכות השיפוט של בתי המשפט של מדינת ישראל על כל עבירה שנעברה בשלמותה או מקצתה³³ בתוך תחומי מדינת ישראל³⁴. יש לציין כי ההת-ייחסות לסמכות ה"שיפוט" בסעיפים האמורים איננה חופשית מוחלטת. בעצם מדובר בסמכות ה"חוק" של מדינת ישראל לחול על עבירות שבוצעו במקומות מסוימים, כלומר בהערכת המעשה ובקביעת האחריות עליו, לפי חוק זה. אם כן, לא הרי "סמכות השיפוט" (jurisdiction of the courts) כהרי "סמכות החוק" (nationality of the law). שני סוגים אלה של סמכות אינם חופפים. שאלת סמכות החוק הפלילי לפי מקום ביצוע העבירה שונה משאלת סמכות בית המשפט להיאחז בשפיטת עבירה מסוימת והיא קודמת לה; שכן, כתוצאה מכך שהחוק הפלילי של המדינה חל, יכולה להיות – אולם אין זה כך בהכרח – חפיפה בין מדינת בית המשפט ובין מדינת החוק. העלינו על הכתב הרהורים אלה על מנת להסביר מדוע מתייחסים אנו וגם נתייחס להלן לסמכות החוק הפלילי הישראלי, הטריטוריאלית, הריאלית, הפרסונלית והאוניברסלית – ולא לסמכות השיפוט של בתי המשפט הישראליים, כפי שמתבטא החוק המקומי, אמנם לא תמיד³⁵.

נתעכב במלים ספורות על אספקט אחד של הסמכות הטריטוריאלית של החוק הפלילי הישראלי אשר נראה לנו מופרז במידת מה. לפי ההוראות הקובעות את הסמ-

33. אין זה המקום להיכנס לפרטים באשר לענין העשיה החלקית של העבירה בארץ וחלקית מחוצה לה: ראה לענין זה: – ע"ס 265/58 ז. אילון נ. היוה"מ, מ"ז ס' (ע), 234; ע"ס 291/61 מ.מ. ששמן נ. היוה"מ, מ"ז סד"י, 1121; ע"ס 121/65, 50/65 וויידנפלד נ. היוה"מ, כ" סד"י (1), 7.
34. על המושג שטח המדינה ראה: – סעיף 2 לחוק מימי חוסין תשי"ז-1956; – סעיף 1 ו-2 לפקודת שטח השיפוט והסמכות תשי"ח-1948; סעיף 2 לפקודת שטח השיפוט והסמכות תשי"ח-1948 כפי שתוקנה בתשי"ט-1956; ע"ס 126/51 היוה"מ נ. טוראני, ר, סד"י, 1145.
35. ראה, סעיף 6 ו-7 לפקודת החוק הפלילי, 1936 כאשר קובעים את הסמכות הטריטוריאלית של החוק הפלילי של מדינת ישראל; סעיף 3(ב) לאותה פקודה, הקובע את האפשרות העקרונית לסטות מן הסמכות האמורה; סעיף 1 ו-2 לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות חוץ) תשי"ז-1955, הקובעים מקרים של סמכות פרסונלית אקטיבית וסמכות ריאלית. לשון שזה – תכונה לרעתנו – נקטים בענין זה סעיף 41 לחוק דיני העונשין (בטחח המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים) תשי"ז-1957, סעיף 4(3) לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבר נישואין) תשי"ט-1959, סעיף 5 לחוק בדבר מניעתו ענישתו של הפשע השמדת עם, תשי"ז-1950, סעיף 9 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תשי"ז-1950. במקרים אחרונים אלה, מדובר בחלות הדין הישראלי ולא בסמכות בית המשפט הישראלי, אם כי הראשון יכול לגרור אחריו את השני כאמור.

כוח האמורה, כל עבירה שנעברה בתחום המים הטריטוריאליים של מדינת ישראל, ללא יוצא מן הכלל, חל עליה החוק הפלילי הישראלי. הוראה זו יכולה ליצור מצבים של סמכות מקבילה, כאשר מדינת ישראל איננה מעוניינת באופן מיוחד להחיל את תחיקתה הפלילית. כלי שיט מלחמתי הנמצא במים הטריטוריאליים של מדינה זרה בהסכמתה, נהנה, לפי כללי המשפט הבינלאומיים, מאקסטריטוריאליות מוחלטת³⁶, כך שעבירה שבוצעה על כלי שיט זר מסוג זה, כשהוא נמצא במים הטריטוריאליים של מדינת ישראל, איננה יכולה לגרור אחריה את סמכות דיני העונשין הישראליים. אולם גם לא תמיד כשבוצעה עבירה על כלי שיט אזרחי זר, הנמצא במימי החופין של מדינת ישראל, מעוניינת מדינתו לטפל בה. קיימת אמנה בינלאומית „בדבר הים הטריטוריאלי והאזור הסמוך” מ-29 באפריל 1958³⁷ הקובעת, בסעיף 19, כי סמכות החוק הפלילי של מדינה חופית משתרעת על עבירות שבוצעו באניות סוחר ואניות ממשלתיות פרט לאניות מלחמה רק כאשר תוצאות העבירה מתפשטות אל המדינה החופית, או אם העבירה יש בה כדי להשבית את שלום הארץ או את הסדר התקין של הים הטריטוריאלי, או אם רב החובל של האניה או קונסול הארץ שאת דגלה מגיפה האניה ביקשו את עזרת הרשויות המקומיות, או אם יש צורך בדבר כדי להדביר סחר לא חוקי בסמים נרקוטיים³⁸. מדינת ישראל הינה צד לאמנה זאת, מהיום הראשון — 29 באפריל 1958 — אולם אין במשפט הפנימי שלנו כל השתקפות של ההוראות האמורות של האמנה הנ"ל. וזאת, למרות שלפי השיטה המקובלת בארץ אין למשפט הבינלאומי ההסכמי (conventional) כל נפקות פנימית, אלא לאחר הכנסתו למשפט הפנימי באמצעות הוראה חוקית פנימית מיוחדת³⁹. לעומת המשפט הבינלאומי המנהגי (customary) אשר נחשב כחלק מן המשפט הפנימי ללא צורך בפעולת קליטה מיוחדת. לאור שיטה זו, ההצטרפות לאמנה הבינלאומית הנ"ל היתה צריכה להיות מלווה בשינוי מקביל של החוק הפנימי, דבר שלא נעשה.

כדאי להזכיר כי אמנת טוקיו בדבר עבירות או מעשים מסויימים אחרים שבוצעו על כלי טיס, מ-14 בספטמבר 1963⁴⁰, קובעת הגבלות⁴¹ דומות לגבי הסמכות הטריטוריאלי של החוק הפלילי של המדינה אשר אותו כלי שיט נמצא בשטח שיפוטה ואין היא גם מדינת רישום הכלי.

36. ראה: Travers, *Le Droit Penal International*, t. 1, no. 268 p. 356.

37. כתבי אמנה תשכ"א 410 כ"ב, עד 190, עמ' ל ו בדצמבר 1964, הצטרפו לאמנה זו כ-24 מדינות ביניהן, ארצות הברית, ברית-המועצות, אוסטרליה, ישראל, הולנד, סין, סורטוגל, דניה, קנדה, הממלכה המאוחדת של בריטניה הגדולה.

38. זהו בערך הפתרון שאומץ בצרפת ב-28 Octobre 1806 Avis du Conseil d'Etat du 28 Octobre 1806 ותקבל במספר קודקסים בבקוטינגט.

39. R. Lapidoth, *L'Autorité en Droit Interne, des Traités Internationaux*, Israeli Reports to the Sixth International Congress of Comparative Law, Institute for Legislative Research and Comparative Law, of the Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law, 97, 99

40. *Convention on Offences and certain other Acts Committed on Board Aircraft*, Tokyo, September 14, 1963. ICAD Doc. 8364 (1963).

41. שם, בסעיף 4.

עקרון החוקיות בפלילים

כמו כן, יש לציין כי אין כל הוראה בחוק הפלילי הישראלי בנוגע לאנשים אשר נהגים מחסינות דיפלומטית מפני הטלת החוק הפלילי של מדינתנו. למרות שאין מתפקידו של חוק זה להסדיר את החסינות האמורה, יש בכל זאת מקום להזכיר בו כי אין הוא חל על אנשים הנהנים מחסינות כלשהי ולא דווקא בחסינות דיפלומטית בלבד.⁴¹

אין ספק כי הסרון ניכר של הצורה שבה מוסדרת הסמכות הטריטוריאלית של מדינת ישראל הוא גם פיזור ההוראות הנוגעות בדבר בחיקוקים שונים.

38. הסמכות הטריטוריאלית ודרישות המלחמה בעבריינות. הסמכות הטריטוריאלית רחוקה מלהמציא את כל האמצעים הדרושים לשם המלחמה בתופעת העבריינות במיוחד בתקופתנו המודרנית. שכן, סמכות זו מסיגת לעבירות שבוצעו בשטח המדינה בלבד. אמנם טוב היה שהאנשים יבואו על ענשם באותה מדינה אשר על שטח זה הם ביצעו את העבירה; גם טוב היה אם לא ניתן היה לפגוע באינטרסים של המדינה על בחינותיהם השונות על ידי מעשים שמבצעים אותם גם מחוצה לה או דווקא שם; ניתן לבצע עבירות מחוץ לשטח המדינה העלולות לסכן את קיומה, המדיני או הכלכלי, או את יוקרתה; ניתן לבצע שם עבירות אשר פוגעות באופן חמור בגופים ציבוריים הכרוכים קשר הדוק באינטרסים של המדינה ושל העם; ניתן לבצע שם עבירות המעמידות בסכנה אספקטים של הסדר הציבורי בתוך המדינה; ניתן לבצע מחוץ לשטח המדינה עבירות הפוגעות בקהיליה הבינלאומית כולה ואשר לגביהן התחייבו אומות העולם באמנות בינלאומיות להטיל את דיני העונשין בכל מקום בו ייתסס העבריין; ניתן לבצע מחוץ לארץ עבירות נגד אורחי מדינת ישראל; ניתן לבצע שם עבירות מחוץ לשטח מדינת ישראל ולאחר מכן להשתמש במדינה כעיר מקלט שבה אף אפשר ליהנות מפרי העבירה ב"כבוד" ומבלי ליתן את הדין עליה. במיוחד בתקופתנו, בה לכל אורח פתוחים, חיים בינלאומיים" על ידי תנועה מהירה וקלה ממדינה למדינה, על ידי עסקים שונים שניתן לעשות אותם במקומות שונים ועל ידי קשרים שונים שבין תושבי המדינות השונות, מרובים המקרים בהם גם אורחי מדינת ישראל הנמצאים בשטח מדינה אחרת מבצעים שם עבירות שונות ומצליחים לצאת אותה מדינה טרם שיבואו שם על עונשם.⁴²

יאה זה בזמננו אנאכרוניסם מסוכן לשמור עמדה של "כדידות מזהרת" ולה-

41. ראה סעיף 11 – Immunities – של ה – Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime-Harvard Research in International Law, (1935), Am. J. Int. L. Supp. 439. "Draft Convention" – להלן, ה –

42. הנה, ממש בזמן כתיבת שורות אלה, נסלים מבטינו על הידיעה שפורסמה בעיתונות אודות מספר אורחי מדינת ישראל אשר הקימו לפני כמה שנים בגרמניה המערבית חברה מסחרית, עמדו בהתחייבותיהם עד לחודש ינואר 1968 וכאשר אחד מן הנשים בא לברר מה הסיבה להספקת התשלומים, מצא את הבניין ריק לחלוטין. נקבע כי לפני כמה ימים הוצאו כל הסחורות וכי שותפי החברה נסעו לישראל. כמה עשרות סירמות גרמניות התלוננו נגד החברה האמורה וההונאה עולה למיליון מרקים גרמניים בערך? לעומת זאת, הגיעו לארץ על שם החשודים במרמה מכתוזת יקרות וליסטים מלאים חפצים שונים. (ראה העיתון "מעריב" – כ"ד בטבת תשכ"ח – 21.1.1968).

עניש על העבירות שבוצעו על שטח המדינה בלבד. התודעה החברתית והמשפטית מזדעזעת בפני המצב בו מוכרחים להשלים עם נוכחותם של עבריינים בתוך החברה, ללא כל אפשרות להגיב נגדם, לטפל בהם ולשקם אותם; ונוסף לכך, גם לראות כיצד הם נהנים בציניות מפרי עבירתם ולהיות חייבים להתייחס אליהם מבחינה משפטית כליצורים גקיי כפיים. אין זה רק מעשה חלם מצד הציבור ההגון והישר, אלא גם נגיף מסוכן העלול לחדור לתודעת בני החברה הפחות משוריינים בפני השפעות עבריינות, ולעודד אותם למעשי פשע, ללא חובה ליתן את הדין עליהם. ומה לענין יוקרתה של המדינה, המושפלת על ידי התנהגויות עברייניות של אזרחיה מחוץ לשטחה? Interest civitatis habere bonos subditos הינו אינטרס עליון וחיוני אשר אינו מבחין במקום הפשע, אלא תלוי במעשה הפשע והוא מקום הבצוע אשר יהא⁴³.

חוצו מזה, ידיעת העבריינין כי אין לו מקלט מאחריות פלילית הינה אולי חשובה יותר ובעלת משקל רב יותר לענין המלחמה בעבריינות, מאשר כבודו של העונש. זאת, הן לצרכי הגנת קיום המדינה ויוקרתה, הן לצרכי הגנת אזרח המדינה — כיסוד מרכיב אותה — גם כאשר הוא נמצא מחוצה לה, הן לאור צורך שיתוף הפעולה בין אומות העולם בדבר ההאבקות בעבריינות והן לאור צורך השמירה הקפדנית על טהרת התודעה החברתית בארץ ובראיותיה.

ברור לכולם כי בדיקה שיטתית מחדש של תחיקת הארץ לאור הדרישות הנ"ל מהוויבת המציאות. בדיקה כזאת עשו מדינות אחדות וכיניהן אף אלה השמרניות ביוֹתר בעניני המשפט⁴⁴.

יש לציין כי לא תמיד תהווה ההסגרה השלמה מלאה, לסמכות הטריטוריאלית. יש ובין המדינה הזרה אשר בשטחה בוצעה עבירה על ידי אזרח ישראל ולבין מדינת ישראל אין הסכם הסגרה כלל ובדרך כלל בוחרים העבריינים את שדה פעילותם במדינת אלה דווקא; יש והעבירה שבוצעה איננה בת הסגרה, או יש והמדינה אשר בשטחה בוצעה העבירה איננה מבקשת את ההסגרה; יש והסכם ההסגרה אוסר את ההסגרה של אזרחי המדינה⁴⁵; יש ומדינת ישראל היא המעוניינת הבלעדית או העיקרית שהעבריינין יבואו על עונשם; יש והעבירה בוצעה בשטח ללא כל ריבונות. כתנאים כגון אלה, הסמכות הטריטוריאלית של החוק הפלילי הישראלי ובנוסף לה אפשרות השימוש בהסגרה אינן יוצרות את המסגרת הדרושה על מנת להגשים את הכלל של *aut dedere aut punire*, המונע היווצרות שטח הפקר בתחום המלחמה בעבריינות, על ידי האלטר-נטיבה השלישית של תוסר ענישה והסגרה גם יחד.

נמצאנו למדים, איפוא, כי ההשקפה הטריטוריאלית בלבד איננה מסוגלת להבטיח — הן במישור הלאומי והן במישור הבין לאומי — את ההגנה הנאותה והדרושה

43. ראה: H. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 948.

44. ראה: Lotika Sarkar, *The Proper Law of Crime in International Law*, International Criminal Law, ed. by Mueller and Wise, N.Y. 1965, 50 "It is therefore not surprising that even the strongest and most conservative supporters of the territorial principle, England and the United States, have found it expedient to modify this principle substantially" (p. 54).

45. על בעיה זו נרחיב את דברינו להלן.

לחברה כלפי העבריינות, אף אם מוסיפים לה גם את הסדרי ההסגרת. דיני מדינת ישראל לא יכלו להתעלם ממצב דברים זה ובתחיקת ישראל הור" אות שונות המסמיכות את החוק הפלילי הישראלי לחול, בתנאים מסויימים, על עבירי רות מסויימות שנעברו מחוץ לתחומי שטח המדינה.

מחקר התחיקה בכיון זה מגלה גישה פרגמטית ואמפירית למדי, שאין ביסודה שיטה שתשקף השקפה כללית כלשהי בענין חלות החוק הפלילי לפי מקום בצוע העבירה. וזאת, למרות שקיימים בתורת המשפט הפלילי הבין לאומי עקרונות וכללים מעובדים ומגובשים העשויים להמציא את המסגרת המותאמת למערכת שלמה ושיטתית של הוראות אשר יספקו בצורה מתואמת ועקבית את כל צרכי המלחמה בעבריינות, מבחינה זו.

עקרונות אלה⁴⁶ באים על בטיים על ידי הסמכות הריאלית (protective principle), הסמכות הפרסונלית (personality principle) והסמכות האוניברסלית (universality principle).

ברצוננו לבדוק את דיני העונשים של מדינת ישראל לאור כל אחד מסוגי הסמכות האמורים ולהבליט את הקיים ואת החסר באותם דינים, על מנת להציע הצעות קונקרטיות לענין זה.

ב. הסמכות הריאלית. מובן כי המדובר הוא בעבירות שנעברו מחוץ לשטח המדינה, שכן אחרת חל כלל הטריטוריאליות. כינוי צורה זו של סמכות מצביע על כך שה"ratio המיוחדת של הסמכות הריאלית כרוכה באינטרס המוגן, ולכן נתקלים בה כשהיא מכונה עקרון „ההגנה הריאלית" או „העקרון הפרוטקטיבי". כמה מלים, תחילה, לענין האיפיונים הכלליים של הסמכות הריאלית.

1. הסמכות הריאלית *ratione materiae*. לפי הרציו של הסמכות הריאלית, מוסמך החוק הפלילי הלאומי לחול לגבי עבירות שנעברו מחוץ לתחומי המדינה, כאשר הן נמנות על סוג העבירות המעמידות בסכנה את היסודות המדיניים או הכלכליים של המדינה⁴⁷. עבירות מסוג זה הן, בדרך כלל, העבירות כלפי בטחון המדינה, שלימותה הטריטוריאלי ועצמאותה המדינית, נגד כושר ההגנה והלחימה שלה, עבירות נגד יוקרתה של המדינה, עבירות נגד היציבות הכלכלית של המ-

46. ראה: Mueller and Wise, *op. cit.*; Georg Schwarzenberger, *The Problem of an International Criminal Law*, pp. 3-37; Lotika Sarkar, *The Proper Law of Crime in International Law*, pp. 50-77; Lotika Sarkar, *Protective Principle of Jurisdiction*, (1962), 62 Col. L. R., 371; G. E. Langemeyer, *Le Principe de Territorialité*, *Le Droit Pénal International*, Recueil d'Etudes en Hommage à Van Bemmelen, Leiden 1965, 17; Ch. J. Enschedé, *La Compétence Personelle dans la Législation de l'Europe Occidentale*, *ibidem*, 38; H. Donnedieu de Vabres, *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*, Paris 1928; Helen Silving, *Constituent Elements of Crime*, 1967; pp. 39-43; Bouzat et Pinatel, *op. cit.* Vol. II, p. 1303; 5-10 טעמים "Draft Convention" Lotika Sarkar, *The Proper Law of Crime in International Law*, p. 68; Bouzat: ראה: et Pinatel *op. cit.* Vol. II p. 1309-13110; Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 91 et seq.; H. Silving, *op. cit.*, p. 42; "Draft Convention" - טעמים 7-8 שלה -

דינה וכיוצא באלה עבירות נגד המדינה בתור שכזו. מבחינת היקף העבירות — *ratione materiae* — אשר אליהם היא מתייחסת, הסמכות הריאלית הינה, איפוא, בעלת אופי ספציפי, מוגבלת לעבירות מסוימות באשר לטיבן ולאובייקט הנפגע על ידיהן.

2§. הסמכות הריאלית *ratione personae*. בגלל הטיב המיוחד של סוגי העבירות האמורים, הסמכות הריאלית הינה בעלת אופי כללי מבחינת עושה העבירה; אין זה משנה אם יש לו שייכות כלשהי למדינה ואם לאו. הוא יכול להיות אזרח המדינה או אזרח זר, תושב המדינה או תושב מדינה אחרת או אף אדם ללא כל אזרחות או מקום מגורים קבוע. המדינה מעוניינת להגן על עצמה מפני כל עבריו המתגלגלים ליסודותיה, אף במעשים הנעשים מחוצה לה.

3§. הסמכות הריאלית, בעלת אופי עקרי. מתוך אותו השיקול, הסמכות הריאלית הינה גם בעלת אופי עקרי⁴⁸, כלומר אין חלוחותו של החוק הלאומי מותנית:

(1) בפליליות כפולה — *double criminality* — של ההתנהגות המדוברת בה, גם לפי חוק מקום אירועה וגם לפי חוק המדינה שנפגעה על ידיה. די באספקט אחרון זה של אי-חוקיות ההתנהגות, על פי חוק המדינה הנפגעת, על מנת שעקרון החוקיות יבוא על סיפוקו. ניתן אף לתאר מקרים, בהם המדינה שבשטחה בוצעה העבירה תהא מעוניינת שהעבירה תבוצע; אין זה צריך למנוע מן המדינה הנפגעת מלהגן על עצמה.

(2) בעונש הצפוי — כשהוא קל יותר — לפי החוק הפלילי של מקום ביצוע העבירה, במקרים שבהם הפליליות הכפולה כן קויימה. המדינה שנפגעה היא אשר מעריכה את חומרת העבירה לפי חוקיה היא, ואין כאן כל מקום להחיל את הכלל של *mitior lex*.

(3) בהתערבות כלשהי של מדינה אחרת באשר לקביעת אחריותו הפלילית של העבריין, להפקעתה או להפחתתה. כתוצאה מכלל זה, אין כל כוח של מעשה בית-דין לפסק-דין חוץ המתיחס לעבירה מהעבירות האמורות, יהא הוא פסק-דין של חיוב או של זיכור. אין כל נפקות להתישנות לפי חוק מקום ביצוע העבירה, או להזינה שהוענקה לעבריין על ידי מדינה אחרת, או להמרת עונשו לעונש קל יותר. האספקט היחיד אשר ניתן להכיר בו הוא הנובע מהמעצר או המאסר שבהם היה נתון העבריין בחוץ לארץ בגלל אותה עבירה; תקופות מעצר או מאסר אלה נתונים לניכוי מן העונש המוטל בארץ. במלים אחרות, אין כל חיסון מבחוף לגבי עבירה הנופלת בגדר האינטרס של הגנה ריאלית בפניה⁴⁸.

48. ראה: A.L.I. The Model Penal Code, Proposed Official Draft, sec. 1.03(1)(f); *The German Draft of a Penal Code* (1962), § 5(1), 8, 9, 10, 12; *A Preparatory Draft of the Revised Penal Code of Japan* (1961), art. 4(1), (iv), (v), (vi); *Le Code Pénal de l'Empire d'Ethiopie* (1957), art. 13; הקודקס הפלילי של יוון (1950) סעיף 8 ו-9; הקודקס הפלילי של שווייץ (1937), סעיף 4; הקודקס הפלילי של רומניה (1937), סעיף 10; הקודקס הפלילי של פולין (1932), סעיף 8; הקודקס הפלילי של איטליה (1930), סעיף 7. 48א. עם כל זאת, מציעה ה- "Draft Convention" סמכות ריאלית מסוימת כאשר העבריין אינו אזרח המדינה; במקרה זה, זיכור, או הרשעה וריצוי העונש, או חנינה, מחוץ לארץ

49. הפיקוח המיוחד על הפעלת הסמכות הריאלית. יש לציין אספקט אופייני נוסף של הסמכות הריאלית שהוא כפיפותה לפיקוח מיוחד באשר למקרים בהם תופעל. בדרך כלל, נותנים את ההחלטה להעמיד לדין עבריין על עבירה, מתוך הסמכות הריאלית של החוק הלאומי, בידי של הממונה הראשי על התביעה הכללית בלבד. הפיקוח האמור מוצדק על ידי כך שהמדינה איננה מאונייגת תמיד להפעיל את הסמכות הריאלית, הן משקולים של מדיניות כללית, הן משום שמספקת הערובה שהעבריין יבוא על עונשו בצורה מותאמת גם מחוץ לארץ והן בגלל חוסר ענין צבורי להפעיל את המנגנון השיפוטי של המדינה בשל העבירה הקונקרטיה שבוצעה.

50. הסמכות הריאלית לפי דיני מדינת ישראל. לאור סקירה קצרה וכללית זו, של אופייני הסמכות הריאלית של החוק הפלילי הלאומי, נבחן כיצד היא משתקפת בדיני מדינת ישראל. הסמכות האמורה איננה יצירה ערטילאית של דוגי דעות בתחום המשפט; היא מהווה, אמנם, הפשטה תיאורטית, אולם מתוך הכללת המציאות, אשר אף המחוקק איננו יכול להתעלם מדרישותיה; ומציאות זו איננה שונה במדינת ישראל ולכן הכרחי שגם דיני ישראל ישקפו את דרישותיה בצורה ובמידה מסויימת. נבחן, איפוא, את האספקטים של הסמכות הריאלית בדיני ישראל, לאור אופיני סמכות זו, האמורים לעיל.

(i) *ratione materiae*, הסמכות הריאלית מצאה את בטויה בהחלת החוק הפלילי הישראלי על עבירות בטחונות נגד מדינת ישראל שבוצעו מחוצה לה, וזאת גם בטרם נחקק חוק פנימי הקובע במפורש סמכות כגון זו. הפסיקה⁴⁹ פנתה לעקרונות המשפט הבינלאומי המסמיכים כל מדינה להעניש על עבירות הפוגעות בטחונה, שבוצעו מחוצה לה, עקרונות אשר הוכנסו למשפט הפנימי דרך הצינור של סעיף 3 (ב) לפ.ח.פ. 1936.

החוק לתיקון דיני עונשים (עבירות חוץ) תש"ז-1955⁵⁰ קובע, בסעיף 2, תחת כותרת השוליים, „עבירות נגד המדינה“ רשימה של עבירות לפי חוקים מסויימים או לפי סעיפים לחוקים מסויימים, אשר עליהן חל החוק הפלילי של מדינת ישראל, גם כאשר נעברו מחוץ לגבולותיה ובלי הבחנה כלשהי לגבי מעמדו של עושה העבירה. יש להעיר כי סעיף 41 לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים) תשי"ז-1957, מוציא מהסמכות הריאלית של חוק מדינת ישראל את העבירות הבטחוניות האמורות בסעיפים 7, 8, 10, 13 ו-31 לאותו חוק⁵¹ ומתנה את חלות אותן חוק על העבירות הללו כמעמדו המיוחד של עושה העבירה, שהיינו היותו אזרח ישראל, תושב ישראל או חייב בגאמנות למדינת ישראל. השאלה הראשונה העשיתה להתעורר ביחס לסמכות הריאלית מבחינה עניינית, היא מה הטעם להסרת סמכות זו לגבי

וכן טענת הצידוק לפי חוק מקום הביצוע, מונעים את הפעלת הסמכות הריאלית (סעיפים-²

13 ו-14). אין אנו משוכנעים כי סייגים אלה הולמים את טיב סמכות זו. ראה להלן § 5 (III)

49. ת.ס. חיסה 82/51 הויה-מ.ג. פלתי, ה' ס"מ, 123.

50. בתיקונים שהובאו בשנות 1957, 1961 ו-1965.

51. מדובר בעבירות של: פגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה (סעיף ז), גרם מלחמה.

(סעיף 8), גילוי החלטה לבגד (סעיף 10), תעמולה תבוסנית (סעיף 13), פגיעה ביחסי

חוץ (סעיף 31).

העבירות הללו, שהרי אין הסכנה הנשקפת למדינת ישראל מביצוע אותן עבירות משתנית לפי מעמדו של העבריין. אין זה ברור לבג בדוע יחול החוק הפלילי של מדינתנו על העבירות של „הסתה לאי-ציות“ לפי סעיף 20 לחוק האמור, כאשר העבירה בוצעה מחוץ למדינה על ידי אדם כלשהו ולא יחול על מי שביצע באותו מקום את העבירה של „תעמולה תבוסנית“ לפי סעיף 13 לאותו חוק, אלא אם כן הוא אזרח ישראל, תושבה או חייב בנאמנות למדינת ישראל.

אולם לא זו בלבד. על המדינה להגן על עצמה בפני עבירות מסוכנות לא רק כאשר הן מתיחסות לקיומה הפוליטי, אלא גם כאשר מדובר באינטרסים הכלכליים הבסיסיים והחיוניים של המדינה כולה. הכוונה היא לעבירות נגד קרדיט המדינה, נגד מטבע המדינה, וכיוצא באלה עבירות נגד היסודות הכלכליים של המדינה כולה. מדוע לא יגררו גם עבירות כגון אלה את הסמכות הריאלית של דיני העונשין של מדינת ישראל, כאשר הן בוצעו מעצמה לה, וללא כל התנהגות כאשר מעמדו של עושה העבירה?

הערות ושאלות אלה מצביעות על כך שיש מקום להרחבת תחום חלות החוק הפלילי הלאומי מבחינה עניינית, לשם ההגנה הריאלית על כל הנכסים החברתיים הבסיסיים של מדינת ישראל בכללותה.

(ii) *ratione personae*, הסמכות הריאלית מאבדת את עיקר משמעותה הספציפית אם היא איננה כללית מבחינה זו. הלא הריאליות שבסמכות זו נעוצה דווקא בהגנת המדינה כאובייקט העבירה, היא הערשה אשר ידא. אין מעמדו של העושה עשוי לגרוע או להוסיף באשר לחיוביותו של האינטרס הנתון בסכנה ולצידוק המדינה להגן על עצמה באמצעים פליליים. כתוצאה מכך, כל זמן שדנים בסמכות הריאלית של החוק הפלילי — אף במידה המצומצמת שבה היא חלה בארץ — הנחה היא כי *ratione personae*, היא כללית ואיננה תלויה במעמד כלשהו של עושה העבירה; אחרת, יוצאים מגדר סמכות זו. לכן אין מה להעיר לגבי הכלליות של הסמכות הריאלית מבחינה אישית, גם בארץ.

(iii) מבחינת האופי העקרי או הרזידיוארי של הסמכות הריאלית, יש לציין כי לפי סעיף 3 לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות חוץ) כשט"ז 1955, רואים בסמכות זו מעין סמכות רזידיוארית, בעלת אופי משנה. הסעיף קובע כי „לא ייענש אדם לפי חוק זה על מעשה או מחדל שהורשע עליהם בפניו או שזוכה עליהם בחוץ-לארץ“.

הוראה כגון זו אינה עולה בקנה אחד עם עצם הסמכות הריאלית וסותרת את תכליתה. שכן, תכלית הסמכות הריאלית היא דווקא היפוכו של דבר: לקחת בידים העצמיות את דבר שפיטת העבירות המעמידות בסכנה את עצם קיום המדינה והטלת עונש עבורן לפי הדין הלאומי ולא לסמוך על הדין הנור ועל עשיית הצדק על ידי השופט הנור. ואילו לפי החוק המצוי במדינת ישראל, אדם אשר ביצע עבירה בטוהר גיבית נגד המדינה יוכל לבוא לישראל ללא חשש כלשהו, אם בידיו פסק-דין זר של זיכוי או של הרשעה, אף אם נמלט מריצוי העונש דווקא למדינת ישראל. חוק זה מאפשר גם שכל סיבה המפקיעה את האחריות הפלילית — כגון חנינה, התישנות התביעה — אשר חלה בחוץ לארץ תשמש תריס גם בארץ בפני העמדת העבריין לדין; ואילו לפי גישה זו, העקביות מחייבת לומר כי אף אם מעמידים לדין את העבריין

עקרון החוקיות בפלילים

בארץ אין מקום להטיל עונש גבוה מהעונש שהיה צפוי לו לפי חוק מקום ביצוע העבירה; שהרי לו היו שופטים אותו שם והיו מחילים אותו חוק, המשפט ופסק הדין הזרים היו נחשבים כמשפט ופסק-דין ישראלים! ואם המעשה אינו מהווה כלל עבירה לפי ה-*lex loci* ושם היו מזכים את העושה בגלל זה, כלום שוב משותקת ההתערבות הרפובליקנית של מדינת ישראל?

ברי לנו כי יש לבטל את האופי הרודוארי של הסמכות הריאלית של דיני העונשין של מדינת ישראל; סמכות זו צריכה להיות דווקא בעלת אופי עיקרי. אחרת שוללים ממנה את עיקר הכליחה, כאמור. מובן כי אם העבריין ריצה מחוץ לארץ אינשהו עונש או חלק ממנו בשל העבירה או היה נתון במעצר בגינה, יש להתחשב בדבר זה לענין ריצוי העונש שהוטל על אותו עבריין בארץ ולפי תוקף הארץ. אולם זוהי שאלה של חישוב בלבד.

(iv) מבחינת הפיקוח המיוחד לענין הפעלת הסמכות הריאלית יש לציין כי תחיקת מדינת ישראל קובעת רק פיקוח עליון חלקי על ההעמדה לדין בשל עבירות אשר סמכות זו מתיחסת אליהן.

סעיף 33 לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים) תשי"ז, 1957 קובע כי „לא יוגש כתב אישום לפי חוק זה, אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב“. אכנגם ההוראה היא כללית, באשר היא מתיחסת גם לעבירות שבוצעו בתוך שטח המדינה, אולם היא כוללת גם את המקרים שבהם העבי-רה בוצעה מחוץ לגבולותיה. אך לעומת הסעיף האמור, בחוק לתקון דיני העונשין (עבירות חוץ) תשט"ז—1955, אין כל זכר לפיקוח מיוחד כגון זה; עובדה זו מהווה חסרון אשר רצוי למלא אותו.

55. סיכום. בענין הסמכות הריאלית של החוק הפלילי של מדינת ישראל ניתן

לסכם:

- (i) יש מקום להרחיב סמכות זו לכל העבירות הבטחוניות וגם לעבירות מסוי-ימות העלולות לפגוע ביסודות הכלכליים של המדינה;
- (ii) יש לבטל את האופי הרודוארי של הסמכות האמורה לעומת סמכותו העי-קרית של חוק מקום ביצוע העבירה ולהנהיג סמכות ריאלית של החוק הלאומי בעלת אופי עיקרי — היחיד היכול לדור בקנה אחד עם סמכות זו.
- (iii) יש מקום להנהיג פיקוח בדרג גבוה באשר להעמדה לדין על פי הסמ-כות הריאלית לגבי כל העבירות אשר אליהם היא מתיחסת.

ג. הסמכות הפרסונלית. ניתן להגדיר את סמכות החוק הפלילי כפרסונלית כאשר הלוחות מתגית בגורמים הקשורים במעמדו של עושה העבירה או של קרבן העביר-רה⁵². במקרה אחרון זה, הסמכות היא סבילה או פסיבית ואילו במקרה הראשון היא פעילה או אקטיבית. גדון ראשית בסוג הסמכות הפרסונלית הפסיבית ובצו-רה בה היא באה לביטוי בתחיקת הארץ, מפני שרוב הדמיון בין סמכות זו לבין הסמ-כות הריאלית אשר בה דנו לעיל.

52. ראה: Lotika Sarkar, *The Proper Law of Crime in International Law*, p. 61-67;

Donnedieu de Varbres, *op. cit.*, p. 56 et seq.; Ch, Y, Enchedé, *La Compétence Personnelle dans les Legislations de L'Europe Occidentale*, Recueil d'Etudes en Hommage Van Bermelen, 1965, p. 38.

19. הסמכות הפרסונלית הפסיבית. המדינה מעוניינת להגן על עצמה לא רק בתור שכנו, אלא גם על ידי הגנה על אזרחיה מפני פגיעות בהם, בכל מקום בו יימצא; כלומר גם מחוץ לגבולות המדינה.

(ו) גבדוק תחילה את איסוינו סוג זה של סמכות, ללא כל התייחסות לצורה בה תחיקת מדינת ישראל מסדירה אותה. ברור כי בכדי שלא להפליג, דאגת החוק הפלילי הלאומי להגן על אזרח המדינה גם כאשר הוא נמצא מחוצה לה צריכה להצטרף למצבם לערכים הכרוכים בעיקר בקיומו הפיסי. אלה הם הערכים הכסיים והחיוניים של כל אדם באשר הוא אדם ואשר המדינה שהוא קשור לה קשר אזרחות חייבת לא להפסיק ולהגן עליהם אף כאשר האזרח נמצא מחוץ למדינה. באשר לערכים אחרים, די במידת ההגנה המובטחת על ידי חוק המדינה הורה שבשטחה העבירה בוצעת מבחינה עניינית, הסמכות הפרסונלית הפסיבית הינה סמכות ספציפית ומקובלת⁵³ שהיא תיחס לעצירות כלפי חיי האזרח, שלמות גופו, בריאותו או חירותו.

הסמכות הפרסונלית הפסיבית — בדומה לסמכות הריאלית — היא סמכות כללית *ratione personae*, באשר אין מבחינים הבחנה בלשה לגבי אזרחותו של עושה העבירה או מקום מושבו. אין היותו אזרח מדינה זרה או תושבה משנה לענין החלת החוק הפלילי הלאומי של הקרבן, על העבירה שנעברה מחוץ למדינה כלפיו. עקרונית, צריכה הסמכות הפרסונלית הפסיבית להיות בעלת אופי ריזודוארי⁵⁴, אולם בנקודה זו יש להעיר הערות אחדות ולהבחין הבחנה מסויימת.

מבחינה זו, השוני הכמותי בין קרבן העבירה נשוא הסמכות הריאלית לבין קרבן העבירה נשוא הסמכות הפרסונלית הפסיבית גורם לקפיצה איכותית, באשר לאופי — העיקרי או הריזודוארי — של סוג אחרון זה של סמכות. העבירה אשר אליה מתחייבת הסמכות הריאלית פוגעת ביסודות המדינה כולה ואילו העבירה אשר אליה מתחייבת הסמכות הפרסונלית הפסיבית פוגעת באזרח *individuum* בלבד. לכן, מתוך שמירת הפרופורציה, יספיק אם הסמכות הפרסונלית הפסיבית תהא ריזודוארית בלבד. פירוש הדבר, כי חלות החוק הפלילי הלאומי תהא מותנית בכל התנאים האמורים במסגרת הדיון בשאלה מדוע הסמכות הריאלית איננה צריכה להיות בעלת אופי ריזודוארי⁵⁵, אלא בעלת אופי עקרי דווקא. בקצרה, כשמדובר בעבירה אשר גוררת אחר רייה את הסמכות הפרסונלית הפסיבית של החוק הלאומי של הקרבן, דין הקדימה הוא לחוק הפלילי של מקום ביצוע העבירה.

אולם יש להבחין גם הבחנה מסויימת, הקשורה במקרה שבו הסמכות הפרסונלית הפסיבית תלבש אופי עיקרי דווקא. הדבר קורה — ותחיקת מדינת ישראל תמציא לנו דוגמא מאלפת — כאשר העבירה, לפי טיבה, לא היתה מכוונת כלפי הפרט בתור

53. ראה: *The German Draft of a Penal Code* (1962), § 5. 11, § 6, 1; *A Preparatory Draft for the Revised Penal Code of Japan* (1961), art. 5; *Le Code Pénal de l'Empire d'Ethiopie* (1957), art 18; הקודקס הפלילי של יוון (1950), סעיף 7; הקודקס הסלילי של רומניה (1937), סעיף 10; הקודקס הפלילי של שווייץ (1937), סעיף 5.

54. איסוינו הסמכות הריזודוארית הם היפוכם של מאפייני הסמכות העיקרית; ראה את הערה מס' 32 דלעיל.

55. ראה את החלק, II, 3. ב. § 3 דלעיל בע' 23.

שכזה, אלא כלפי קבוצה מסויימת, הן בכללותה והן כלפי אלה המרכיבים אותה אולם בגלל השתייכות זו. טיב קרבן העבירה, שהוא ביטוי אספקט קבוצתי מיוחד, מזכיר את הגורמים המצריכים בעצם את ההגנה הריאלית, מה שמסביר גם את האופי העיקרי המיוחס לסמכות הפרסונלית הפסיבית במקרה כגון זה, בדומה לצורת חלות הסמכות הריאלית. על הטעמים העשויים להכתוב אפי עפרי לסמכות התוק הלאומי, עמדנו במסגרת הדיון בסמכות הריאלית.

(ii) נבדוק עתה כיצד באה הסמכות הפרסונלית הפסיבית לידי ביטוי בתחיקת מדינת ישראל. בדיקה כזאת תוכיח, ראשית, כי אין קיימת סמכות מסוג זה כאשר הקרבן הינו אזרח מדינת ישראל בחור פרט. אין כל הגנה פלילית מטעם המדינה על אזרחו באשר לחייו, שלמות גופו, בריאותו או חירותו, מפני העבירות — ולו החמורות ביותר — אשר הוא יכול להיות קרבנו בהיותו מחוץ לגבולות מולדתו. אילו תפסנו בשטח ישראל את המצריים אשר תפסו באיטליה את האזרח הישראלי לוק, הכניסוהו במוודה מיוחדת וניסו לשלחו למצרים, לא היתה במקרה זה כל אפשרות חוקית להביאם לדין ולענשם.

באשר למקרים בהם הקרבן נושא אופי קבוצתי והמדינה מעוניינת במיוחד באותה קבוצה, יש לציין כי הסמכות הפרסונלית הפסיבית של דיני העונשין של מדינת ישראל חלה במקרה העבירות לפי הסעיפים 1 (א), (1), 2, 4, 5 ו-6 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם תש"י—1950, סעיפים אשר מגדירים את הפשעים שבוצעו בגד העם היהודי או נגד בני אדם נרדפים, בארץ עוינת, בתקופת השלטון הנאצי. סעיף 16 לאותו חוק מגדיר את המונחים „אדם נרדף“ ו„ארץ עוינת“.

אמנם מבוסס פסק הדין של בית המשפט העליון במשפט אייכמן⁵⁶ לענין הסמכות, על הסמכות האוניברסלית של החוק הפלילי, אולם בית משפט זה אישר⁵⁷ את פסק דינו של בית המשפט קמא⁵⁸ גם במידה בה הוא הסתמך על הסמכות הפרסונלית הפסיבית, הנגררת על-ידי מעמד המיוחד של קרבנות העבירות שיוחסו לעברין.

סעיף 9 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם תש"י—1950 קובע במפורש את האופי העיקרי של הסמכות הפרסונלית הפסיבית בנוגע לעבירות לפי חוק זה. מי אשר עבר עבירה מעבירות אלה, מותר להעמידו לדין בישראל אף אם עמד כבר לדין מחוץ לארץ על מעשה העבירה. הדבר היחיד שמכירים בו הינו העונש שרוצה מאוץ לארץ בשל אותה עבירה, אשר על בית המשפט הישראלי להתחשב בו.

28. הסמכות הפרסונלית האקטיבית. הסמכות הינה פרסונלית אקטיבית כאשר היא נגררת על ידי מעמדו המיוחד של עושה העבירה, כרגיל אזרח המדינה או תושבה. כאשר העברין הינו אחד משני אלה והעבירה בוצעה מחוץ לשטח המדינה, עשוי לחול החוק הפלילי שלה על אותה עבירה למרות שבוצעה מחוץ למדינה. הכוונה היא כמובן לעבירות אחרות, מאלה הגוררות אחריהן את הסמכות הריאלית או את הסמכות הפרסונלית הפסיבית, או, כפי שנראה להלן, את הסמכות האוניברסלית.

56. ע"פ 333/51, ט"ז סד"י, 2203.

57. שם בע' 2067.

58. ת"ס י"ם 40/61, מ"ה ס"מ, 3.

לדעתנו, הסמכות הפרסונלית האקטיבית היא בעצם, הסמכות בעלת החשיבות הרבה ביותר לגבי עבירות חוץ וזאת מפאת התדירות בה עולה הצורך להשתמש בה. שיקולי פנים ושיקולי חוץ, כאחד, מחייבים שיטה משפטית שתאפשר החלת החוק הפלילי הלאומי על עבירות שבוצעו מחוץ לשטח המדינה על ידי אנשים בעלי זיקה מסוימת אליה.

שיקולי פנים, משמע: הצורך להגן על טהרת החברה שבמדינה על ידי טיפול ותיקון האנשים שאורח חייהם החברתי פגום, על ידי הרתעת אנשים חלשי אופי אחרים, העשויים להתפתות לפעול כמותם, ועל ידי מניעת התמרמרות בקרב ציבור בעל תודעה חברתית בריאה בפני מצב של לית דין ולית דיין לטובת עבריינים העשויים למצוא מקלט בקירבם⁵⁹. בקיצור, שיקולים של חינוך עצם יסודות הסדר הציבורי הפנימי והערכים החברתיים המקובלים עליו⁶⁰.

שיקולי חוץ, משמע: העדר כל תגובה עונשית נגד אלה אשר מבצעים עבירות מחוץ לגבולות המדינה והענקת מקלט להם בתוך המדינה מהווה התנכרות והתנכלות לאינטרסים של המדינות האחרות שבשטחן בוצעו העבירות. מצב כזה מביא לכך ששטח כל מדינה הוא, כביכול, שטח הפקר, בו טוב לאזרח זר לבצע ולהוסיף לבצע עבירות, בתנאי שהעברייני יצליח להתחמק מזרוע החוק באותה מדינה. כדי למנוע זאת, חייבות המדינות הנאורות שיתוף פעולה ועזרה הדדית על מנת להילחם נגד העבריינות. חוץ מזה, אורח המדינה הינו מעין מיצג שלה בחוץ, והתנהגותו הפגומה פוגעת בשמה הטוב של המדינה עצמה, דבר שאף הוא מחייב תגובה פלילית מטעמה.

שני סוגי השיקולים הבי"ל שלזבים זה בזה ומתוויים למעשה מסכת אחת: חוסר אחריות פלילית על עבירות שבוצעו מחוץ לשטח המדינה מהווה גורם לעידוד העבריינות גם בפנים, שהרי כל מדינה הינה בפני עצמה שטח זר לעומת המדינות הנותרות, וכל התעלמות מטעם כל מדינה מדרישות יתר המדינות לגבי העונשת העבירות שבוצעו עו בתוך שטחן, גורמת להתעלמות דומה לגבי כל אחת מהן. כלומר, אם יצליח עברייני, שביצע עבירה בישראל, להתחמק מן המדינה, לא יהא הוא צפוי להענשה במדינה אליה יגיע וגם להפך.

ובנוסף לכל אלה, יש להתחשב גם בעדבדה המיוחדת למדינת ישראל שהיא מדינת עליה ובטוחים אנו כי נסיון העליה אינו מחוסר מקרים בהם ניצל אדם את תנאי העליה ובעיקר רכישת אזרחות המדינה על מנת להתחמק מאחריות פלילית על עבירות חוץ שביצע לפני עלייתו. ברי, איפוא, כי מתחייבת התאמת סמכות החוק הפלילי לי דרישות הטלת האחריות הפלילית על עבריינים שיש להם זיקה מיוחדת למדינה, הן מבחינת האזרחות והן מבחינת המריב.

אספקט זה של סמכות החוק הפלילי נקרא, כאמור, הסמכות הפרסונלית האקטיבית, בשל המעמד המיוחד של עושה העבירה, אשר המדינה מעוניינת להחזירו למורטב משום זיקתו אליה.

59. ראה גם ע' 20-21 דלעיל.

60. ראה: Hans Schultz, *Competence des Juridictions Pénales pour les Infractions Commises a l'Etranger*, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé No. 2/1967, 305, 315

עקרון החוקיות בפלילים

(1) נבחן גם סוג זה של סמכות לאור האפיונים הכלליים של סמכות החוק הפלילי.

הסמכות הפרסונלית האקטיבית, בדרך כלל, הינה סמכות כללית *ratione materiae*; ההגבלה היחידה עשויה לנבוע מגורמים המצביעים על חוסר ענין מיוחד לטפל בעבירות אשר אינן עולות לדרגה מסוימת של סכנה ציבורית. כך ניתן להתעלם מעבירות חוץ הנופלות, למשל, בגדר החטאים או אשר העונש הצפוי על ביצוען אינו עולה על מכסימום מסויים.⁶¹

לעומת זאת, ברור כי *ratione personae*, הסמכות הפרסונלית האקטיבית תהא סמכות ספציפית, בכך שחלות החוק הפלילי לגבי העבירה מותנית בעושה מסויים שהוא אזרח המדינה ולפי תחיקות מדינות אחדות גם תושב המדינה כשהוא אדם ללא אזרחות.⁶²

סביר הוא שהסמכות הפרסונלית האקטיבית תהא בעלת אופי רזידו-ארי⁶³ מכל גקדות הראות (תנאי הפליליות הכפולה, האפקט המניעתי של מעשה בית דין מקום עשיית העבירה ושל כל סיבה המבטלת את האחריות הפלילית לפי דין מקום ביצוע העבירה, הכלל של *mitior lex*).⁶⁴ ההסבר לכך הוא שעיקר האינטרס של המדינה נובע מהיות ההתנהגות העושה עבירה במקום ביצועה, ואילו ההתנהגות עצמה איננה בעלת ענין מיוחד למדינה. אחרת, היתה העבירה גוררת אחריה את חלות החוק הפלילי הלאומי לפי אחד משאר עקרונות סמכות החוק הפלילי.

למרות זאת, ישנן תחיקות המקנות לסמכות הפרסונלית האקטיבית אופי עקרי. לפי תחיקות אלה אין חלות החוק הפלילי הלאומי מותנית בעובדה אם העבירה מהווה מעשה פלילי גם לפי מקום ביצוע העבירה. למשל בצרפת אם העבירה היא מסוג פשע⁶⁵, באיטליה אם העבירה היא בעלת הומרה מסוימת⁶⁶ באוסטריה⁶⁷, בשוודיה⁶⁸, בברית המועצות⁶⁹, בצ'כוסלובקיה⁷⁰.

אולם, רוב התחיקות⁷¹ מסדירות את הסמכות הפרסונלית האקטיבית כסמכות

61. ראה: סעיף 108 של הקודקס לפרוצדורה הפלילית של בלגיה; סעיף 689 של הקודקס לפרוצדורה הפלילית של צרפת; סעיף 9 לקודקס הפלילי של איטליה; סעיף 46 לקודקס הפלילי של יוון.

62. ראה: עקרונות התחיקה הפלילית של ברית המועצות (1958), סעיף 105; הקודקס הפלילי רומניה (1937), סעיף 109.

63. ראה: Hans Schultz, *op. cit.*, pg. 338.

64. ראה: II, 3, ב, § 3 לעיל.

65. הקודקס לפרוצדורה הפלילית של צרפת (1958), סעיף 689 (1).

66. הקודקס הפלילי של איטליה (1930), סעיף 109 (1).

67. הקודקס הפלילי של אוסטריה (1852), 26, 235.

68. הקודקס הפלילי של שוודיה (1962), פרק II, סעיף 102 (1).

69. עקרונות התחיקה הפלילית של ברית המועצות (1958), סעיף 105 (1).

70. הקודקס הפלילי של צ'כוסלובקיה, סעיף 18.

71. ראה: הקודקס הפלילי של שווייץ (1937), סעיף 106 (1); הקודקס הפלילי של רומניה (1937), סעיף 8 (1); הקודקס הפלילי של פולין (1932), סעיף 106 (1); החוק הבלגי משנת 1964; הקודקס

בעלת אופי רזידוארי בלבד. ברור כי אין כל סתירה בין הסדר זה לבין ההוראה שלפיה אם בוצעה העבירה במקום שאין עליו כל ריבונות, הסמכות הפרסונלית האקטיבית נהיית בעלת אופי עקרי.⁷²

הדעת נותנת כי חלות החוק הפלילי הלאומי מכוח סמכותו הפרסונלית האקטיבית תהא כפופה לפיקוח המיוחד של הממונה העליון על התביעה הכללית. האופי הרזידוארי של סוג זה של סמכות מעורר בעיות משפטיות מיוחדות אשר טוב לפתרון הנכון שתעבורנה את הביקורת של מי שעומד בראש התביעה הכללית לפני כל העמדה לדין. שיקול נוסף לכך הוא, כי בדרך כלל יש לשקול היטב לענין עבירת חוץ אם כדאי תמיד להעמיד לדין.

(ii) וכעת, מה המצב בארץ *de lege lata*, לענין הסמכות הפרסונלית האקטיבית של דיגי העונשין. האם השכילה מדינת ישראל להיחלץ מן הגישה המיושנת של הטריטוריאליזם הטהור והמוחלט של החוק הפלילי הלאומי, כפי שהיא משתקפת בסעיפים 6 ו-7 לפ.ת.פ. 1936? אמנם גישה זו נתקבלה דרך התחיקה המנדטורית והיא היתה הולמת את ההשקפות של המשפט האנגלי שהתגבש בתנאי אימפריה גדולה שהשתרעה בזמנה על שטחים הנמצאים על פני כל כדור הארץ, כך שכמעט בכל מקום בו היה מעוניין הנתיב האנגלי להימצא הוא היה נמצא תחת אותה ריבונות של האימפריה האמורה. בתנאים כגון אלה, אין הסמכות הטריטוריאליזם הבלעדית מהווה מעין „בדידות מזהרת“ של ממש, אם כי גם במשפט האנגלי מגמה גוברת והולכת להיזקק לסמכות הפרסונלית האקטיבית, היוזקות המהווה יותר מחריג בלבד לסמכות הטריטוריאליזם האורטודוקסית.⁷³ על כל פנים, השיטה הטריטוריאליזם הבלעדית שנקבעה בסעיפים הנ"ל של הפ.ת.פ. 1936 היא בלתי הולמת לחלוטין את ממדי מדינה קטנה בתקופה המחייבת יחסים, מגעים ונוכחויות חוץ, במידה גדולה הרבה יותר מאשר צרכי מדינה בעלת טריטוריה גדולה. ואם, בצורה פורמלית, מלכת אנגליה עדיין נאחזת במסורת העקרון הטריטוריאלי הטהור לפחות את תנאי עברה, הלא לגבי מדינת יש-

הפלילי של פורטוגליה (1886), סעיף 53 (b) (6) ו-12; הקודקס הפלילי של דניה (1930), § (1) 7; ההצעה לקודקס פלילי של אוסטריה (1964), § (1) 83; *The German Draft of a Penal Code* (1962), § 6(2) (i).

72. הוראה מסורשת לענין זה ישנה בקודקס הפלילי של יוון (1950), סעיף 7 (1) (i); בקודקס הפלילי של רומניה (1937), סעיף 8(5); בקודקס הפלילי של פולין (1932) סעיף 6.

73. ראה לענין עבירות הבנידה, *A.C. 347 [1946] D.P.P. v. Joyce*. כמו כן ב-1 Q.B. 170 *R. v. Page* [1953] נקבע כי: "Crimes of the present day which though committed abroad can be tried in England are treason, homicide, bigamy and offences against the Foreign Enlistment Act"

יתירה מואח: יש שרואים את האימרה הזאת כהגבלה עצמית, שכן "international law does not prohibit full control of the conduct of national abroad" (Baxter, *Extraterritorial Application of Domestic Law*, U.B.C.L. Rev., 333, 334)

ראה גם את ה- *Offences against the Person Act (1861)* לענין העבירות של manslaughter ו- murder; ברוח דומה סעיף 5 ל- "Draft Convention"

ראל אין אף לגורם זה כל אחיזה. שכן, אין בין המסורת האנגלית והתנאים ההיסטוריים ששיצבו אותה לבין מדינת ישראל ותנאי קיומה ולא כלום^{7א}.

גבדוק, איפוא, באיזו מידה נכנסה מדינת ישראל לתוך משפחת האומות העולמית על מנת להילחם בתופעת העבריינות מתוך עמדה של סולידריות והדדיות, מתוך הבנת צרכי הזולת שהם חופפים את הצרכים העצמיים.

שומה עלינו להודות כי מחקר יסודי של בעיה זו מצביע על צעדים צנועים למדי, בעלי משמעות קוואיסיטית בלבד, וללא כל תיאום לאור העקרונות והכללים הנוגעים בדבר. לו היה קיים הסדר כגון זה לא היו מתעוררים מרבית הקשיים לענין האחריות הפלילית על העבירות השונות אשר אזרחי מדינת ישראל ותושביה עלולים לבצע, כיום, בשטחים המוחזקים.

גראה, איפוא, מה הסמכות הפרסונלית האקטיבית של דיני העונשין של מדינת ישראל לפי החוק המצוי.

יש לשוב ולציין כי אין הסדר כללי בענין זה. חוקים שונים מכילים הוראות שונות הקובעות בלשון שונה לגבי סוגי עבירות שונות, כי אם עושה העבירה נמנה על קטגוריה מסוימת של אנשים, יחולו עליו דיני העונשין של מדינת ישראל, גם כאשר העבירה נעברה מחוץ לגבולות המדינה. כך:

— לפי סעיף 4 (3) לחוק לתיקון דיני העונשין (רביעי גישואין) תשי"ט—1959, העבירה של „ריבוי גישואין“ (ביגמיה) היא בת עונשין לפי דיני מדינת ישראל גם כאשר היא בוצעה מחוץ לארץ, „בלבד שבעת הנישואין היה הנושא אזרח ישראלי או תושב ישראלי“ (ההדגשה של המחבר).

— לפי סעיף 1 לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות חוץ) תשט"ז—1955, הלוח דיני העונשין של מדינת ישראל לגבי כמה סוגים של עבירות חוץ שהם: העבירות לפי חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד) תשי"ב—1952, העבירות של שימוש לרע במשרה לפי פרק י"ב לפ.ח.פ., 1936 והעבירות הנוגעות לרכוש לפי מסכת ה' (פרקים כ"ט—מ"ג) לפ.ח.פ., 1936, כאשר העושה הינו „אזרח תושב או עובד הציבור של ישראל“ וכאשר העבירה פגעה בנכסים או בזכויות של המדינה או של גוף או איגוד שפורש בתוספת לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות חוץ) תשט"ז—1955.

7א. ראו כאן לציין כי אין לנו כל בסיס אובייקטיבי ללכת בעקבות הבידודות המזהרות של אנגליה גם מסיבה אחרת. הבידודות של אנגליה איננה בעצם בידודות. היא מוסיפה להיות, לצרכי המלחמה בעבריינות, אוהה אימפריה הקודמת. אם ה-Fugitive Offenders Act 1881 אבד עליו הכלח בגלל השינויים הטריטוריאליים והפוליטיים שחלו באימפריה זו, בא במקום חוק זה ה-Fugitive Offenders Act 1967 אשר מסגל אם אמצעי הטיפול בעבריינים נמלטים למצב המדיני והטריטוריאלי החדש. חוק אחרון זה קובע את כללי מסירת עבריינים בין ה-Commonwealth countries and United Kingdom dependencies בתנאים החדשים כך ששוב אין הסמכות הטריטוריאליה הבלעדית מהווה באנגליה מניעה כה חמורה לצרכי היאבקות בעבריינות. אולם למדינת ישראל אין לה העבר ההיסטורי של האימפריה האנגלית, כאמור, ואין לה במה להוסיף מבחינה זו.

— לפי סעיף 41 לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים) תשי"ז—1957, חלים דיני העונשין של מדינת ישראל על העבירות לפי הסעיפים 7, 8, 10, 13, ו-13 לאותו חוק⁷⁴ גם כשהן בוצעו מחוץ לארץ ובלבד שבשעת העבירה היה העושה אזרח ישראל, תושב ישראל, או חייב נאמנות למדינת ישראל.

— לפי הסעיפים 13—15 לחוק השיפוט הצבאי תשט"ו—1955, חל הדין הצבאי של מדינת ישראל על כל עבירה שבוצעה על ידי חייל בין במדינה ובין מחוצה לה, ואילו אם העבריין הוא עובד בשרות הצבא או במפעל המשרת את הצבא (סעיף 8(2)) או עובד בשליחות הצבא (סעיף 8(3)), היקף עבירות החוץ אשר עליהן חל הדין הישראלי מצומצם לעבירות מסוימות. כאשר חייל או עובד כנ"ל מבצעים עבירה שאיננה צבאית, רשאי היועץ המשפטי לממשלה לצוות כי דינו של עושה העבירה יתברר בבית משפט אזרחי. ניתן להסיק מכאן כי במקרה כגון זה חדלה מלחול גם הסמכות הפרסונלית האקטיבית לגבי אותה עבירה, אם היא בוצעה מחוץ לארץ. שהרי סעיפים 13—15 לחש"צ תשט"ו—1955 חלים כל זמן שהמשפט מתברר בפני בית-דין צבאי⁷⁵.

יש לציין כי מכל התוקים הנ"ל הקובעים את הסמכות הפרסונלית האקטיבית, כאמור, רק השני מהם — שהוא חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות חוץ) תשט"ז—1955 — קובע בסעיף 3, במקצת, את האופי הרזידיוארי של אותה סמכות, באמרו כי „לא ייענש אדם לפי חוק זה על מעשה או מהדל שהורשע עליהם בפניו או שזוכה עליהם בחוץ לארץ". מה הדין כאשר העבריין הורשע בחוץ לארץ, התחמק מרצוי העושה ונמלט דווקא למדינת ישראל ואין גם להסגירו למדינה בה הוא הורשע? החוק שותק. מה הדין בנוגע לשאר האספקטים של האופי הרזידיוארי של הסמכות הפרסונלית האקטיבית הקבועה בחוק הנ"ל, כגון תנאי הפליליות הכפולה, נפקות סיבות החוץ המבטלות את האחריות הפלילית או המונעות את השימוש בתביעה הכללית, חלות הכלל של ה-*mitior lex*? אם פסק-דין חוץ של זיכוי מונע את החלת החוק הישראלי, נראה כי השיקול של *mitior lex* מחייב להחיל את החוק הזר גם כאשר המעשה איננו נחשב עבירה כלל, במקום ביצועו.

ועוד, מה הכוח של מעשה בית-דין חוץ לגבי העבירות אשר אליהן מתייחסים יתר התוקים הנ"ל הקובעים סמכות פרסונלית אקטיבית? למשל אזרח ישראלי אשר ביצע מחוץ לגבולות המדינה עבירה של ביגמיה, הועמד שם לדין והורשע או זוכה, לפי נסיבות הענין. האם שתיקת החוק המיוחד — חוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי גישואין) תשי"ט—1959 — פירושה כי אין כל נפקות לפסק הדין שניתן מחוץ לארץ לגבי העבירה, וייתכן להעמידו שנית לדין בארץ בשל אותה עבירה? במילים אחרות, כלום הופכת הסמכות הפרסונלית האקטיבית לפי יתר התוקים — פרט לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות חוץ) תשט"ז—1955 — סמכות בעלת אופי עיקרי? וזאת מכוח הכלל שלפיו כאשר המחוק רצה את היפוכו של דבר הוא קבע כך במפורש?

74. ראה את הערה 51 דלעיל.

75. כאן מקרה שבו הסמכות השיפוטית משפיעה על הסמכות הלגליסטית.

עקרון החוקיות בפלילים

אלו הן שאלות אשר העדר תשובה עליהן בחוק המצוי על לקויים שבחוק, ועל הצורך לשוב ולטפל בכל הבעיה בצורה שיטתית.

זאת ועוד. תחומים אחדים — עבירות כלפי בטחון המדינה, כלפי כושר הלחימה של הצבא, כלפי רכוש המדינה וזכויותיה — שבהם מחוקק הארץ קבע סמכות פרטור-נלית אקטיבית, מצביעים על כך שסמכות זו היא בעצם מעין סמכות כלאיים; יש בה גם צביון של סמכות ריאלית. אם ננתח את טיב העבירות האמורות נסכם בוודאי כי אחדות מהן מחייבות יותר סמכות ריאלית טהורה, בעלת אופי עיקרי וכללית מבהינת עושה העבירה, מאשר סמכות פרסונלים אקטיבית שהיא בעלת אופי רזידיוארי ותלויה במעמדו המיוחד של עושה העבירה. לפי המצב הנוכחי, אם עושה העבירה אינו בעל המעמד האמור בחוקים הנ"ל, נמצא כי אין כל הגנה לפי דיני העונשין של מדינת ישראל מפני עבירה כגון זו. זהו גם השיקול אשר הגיע אותנו לסווג את כל העבירות הללו כעבירות אשר דיני מדינת ישראל חלים עליהן מכוח הסמכות הפרסונלית האקטיבית.

בסופו של דבר, הסמכות הפרסונלית האקטיבית האמיתית היא זעירה למדי לפי הוראות דיני מדינת ישראל, בו בזמן שהמציאות מחייבת סמכות פרסונלית אקטיבית כמעט כללית מבחינה עניינית, אמנם בהגבלות הנובעות מאופיה הרזידיוארי.

מצב זה מבליט את הפגם שבו, במיוחד כאשר אין הסכם הסגרה בין המדינה⁷⁶ שבה בוצעה העבירה לבין מדינת ישראל או ההסכם אסור על המדינה הסגרת אורחה⁷⁷, או שומר על הזכות לא להסגירו⁷⁸. במקרים אלה ישראל הופכת לעיר מקלט אמיתית לכל מיני פושעים. בימים אלה נתגלתה ביפן ההברחה הגדולה ביותר של זהב — מטילי זהב בכמות של יותר מחצי טונה בבת אחת — והמבצע העקרי הוא אזרח ישראל דווקא⁷⁹. אם הוא נמצא כעת בארץ או אם הוא יצליח להמלט לכאן יהא משוריין בפני כל אחריות פלילית היות ואין אמנת הסגרה בין מדינת ישראל ובין יפן ואין המדינה רשאית לגרש את אזרחיה מן הארץ. אותו קושי מתעורר בארצנו — אך לא במדינות שבהן הסמכות הפרסונלית האקטיבית הוסדרה כשורה — כאשר אסור לפי הסכם ההסגרה להסגיר את האזרח המקומי. על קושי זה התגברו בהסכם עם אוסטריה הקובע בסעיף 2 (ד) כי כאשר אין להסגיר עבריין בגלל האיסור הזה, כי או המדינה שבה נמצא העבריין והוא גם אזרח, תעמיד אותו לדין לפי בקשת הצד השני ומדינה אחרונה זו תקבל אינפורמציה על המשפט ותוצאותיו. הוראה דומה הקובעת את הכלל aut dedere aut punire נמצאת בסעיף 6 (2) לאמנת ההסגרה הבינאירופית מ-1957⁸⁰,

76. מרבית המדינות שבעולם.

77. הסכמי ההסגרה עם: אוסטריה, צרפת ולוקסמבורג.

78. הסכמי ההסגרה עם בליז, איטליה, הולנד ושווייץ, וכן האמנה הבינאירופית להסגרה מ-1957 בדצמבר 1957 אשר ישראל הצטרפה אליה.

79. העתק "מעריב" מ-6 בפברואר 1968.

80. לשונו של סעיף 6 לאמנה האמורה לעין זה: 'i (a). A Contracting Party shall have the right to refuse extradition of its nationals:

למרות שלפי אמנה זו כל צד רשאי רק לסרב להסגיר את אזרחו הוא, מבלי לקבוע איסור מוחלט לענין זה. אולם הפתרון הינו פורמלי בלבד, שכן אין זה מספיק שבהסכם בינלאומי כתוב כך. כל זמן שהתחייבות כגון זו לא מצאה את ביטוייה גם בהוראה מפורשת של החוק הפנימי, ההתחייבות במישור הבינלאומי נטולה ערך משפטי ומעשי כלשהו. במלים אחרות, לפי התחייבויותינו בהסכמים בינלאומיים מתבקשת הנהגת הסמכות הפרסונלית האקטיבית בהיקף לגמרי שונה מאשר בהיקף הקיים.

§3. סיכום. ניתן לסכם את האמור לגבי הסמכות הפרסונלית על שתי צורות- תיה — הפסיבית והאקטיבית — כדלקמן:

(i) מתבקש הסדר מושלם של הסמכות הפרסונלית הפסיבית על ידי קביעת הגנה פלילית לאזרח מדינת ישראל הנמצא מחוץ לגבולות המדינה בפני פגיעות בחייו, שלמות גופו, בריאותו וחירותו.

(ii) סמכות זו צריכה להיות, לדעתנו, כללית באשר לעושה העבירה, בעלת אופי רוידוארי ונתונה לפיקוח מיוחד.

(iii) מתבקש גם הסדר מתואם של הסמכות הפרסונלית האקטיבית, על ידי הרחבתה לכל סוגי העבירות מבלי לגרוע כאופיה הרוידוארי.

ד. הסמכות האוניברסלית. יש והחוק הפלילי מוחל על פי סמכות שאינה לא טריטוריאלית, לא ריאלית ולא פרסונלית. הוא המקרה בו הסמכות נגררת על ידי טיבו המיוחד של סוג העבירות המכונות *delicta juris gentium* — עבירות לפי משפט העמים. עבירות אלה מעמידות בסכנה את עצם יסודות הקהיליה הבינלאומית הנאורה, בכללותה⁸¹. תכונה זו של העבירות האמורות מקנה לכל אחד מחברי הקהיליה הבינלאומית — ז"א לכל מדינה נאורה — את הזכות להרחיב את סמכות דיני העונשין שלה על אותן עבירות, גם כשבוצעו מחוץ לגבולותיה וגם כאשר אין לעושה כל זיקה מיוחדת לאותה מדינה. תנאי אחד לחלות החוק הפלילי של מדינה פלוגית הוא הימצאות העושה בשטחה. הזיקה המקשרת את העושה ל-*lex loci deprehensionis* נעוצה בפגיעה אשר העבירה גורמת אותה ליסודות הקהיליה כולה ובטחונה. זיקה זו מסמיכה כל מדינה לקבוע בחוק את סמכותה להחיל את דיני העונשין שלה על ה-*delictum juris gentium*, כאשר העושה עצור בפועל בשטחה⁸². לכן הסמכות האמורה נקראת סמכות אוניברסלית.

2. If the requested Party does not extradite its national, it shall at the request of the requesting Party submit the case to its competent authorities in order that proceedings may be taken if they are considered appropriate. . . . The requesting Party shall be informed of the result of its request".

81. ראה ע"ס 331/61 אייכמן נ. היה"מ, ט"ז סד"י ע' 233 בע' 2060.

82. ראה: 2, 1, § 5(1), (1962); *The German Draft of a Penal Code* (1962), p. 43; *Helen Silving, op. cit.* 3, 4, 5, 7; *A Preparatory Draft for the Revised Penal Code of Japan* (1961), art. 4 (iii), 17; *Le Code Penal de l'Empire d'Ethiopie* (1957), art. 17; סעיף 8; הקודקס הפלילי של סולין (1932), סעיף 9; הקודקס הפלילי של רומניה (1937), סעיף 11; הקודקס הפלילי של איטליה (1930) סעיף 7-5.

עקרון החוקיות בפלילים

16. תכונותיה של הסמכות האוניברסלית. סמכות זו מתייחסת מבחינה עניינית, בדרך כלל, לעבירות שהוגדרו באמנות בינלאומיות⁸³ ואשר כל מדינה שהיא צד להן מתחייבת להענישן, ללא הבחנה באשר למקום ביצוען. התוצאה מכך היא שמבחינה עניינית, הסמכות האוניברסלית היא סמכות ספציפית, כלומר סמכות המתייחסת לסוגי עבירות מסויימים ולא לכלל העבירות שבדיני העונשין.

הסמכות האוניברסלית היא בעלת אופי רוזדוארי⁸⁴ וזאת משתי נקודות מבט. ראשית, סמכות זו באה בחשבון רק במקרה שבו חוק המדינה אינו חל מכוח אחת משלוש הצורות הנותרות של סמכות דיני העונשין להול על העבירה המדוברת בה. משתמע מכאן, כי הסמכות האוניברסלית מתייחסת לעושים אשר אין להם כל זיקה מיוחדת למדינה, אשר תגרוז אחריה את סמכות דיני העונשין של המדינה, וכן לעבירות אשר אין להן כל זיקה מיוחדת לאינטרסים הבלעדיים של המדינה, אלא שהמדינה נפגעה בהן כחברה בקהיליה הבינלאומית. האספקט השני של האופי הרוזדוארי של הסמכות האוניברסלית מתבטא בכך שסמכות זו מותנית בהעדר מעשה בית-דין של מדינה אחרת לגבי אותה עבירה שכן, אין כל טעם להטיל על העבריין את הסכנה להישפט בכל מדינה אשר קבעה לעצמה את הסמכות להחיל את דיניה על העבירה שביצע. די בשפיטה אחת. אולם האספקט השני של האופי הרוזדוארי של הסמכות האוניברסלית הוא קצת מיוחד במינו. למרות אופיה הרוזדוארי של סמכות זו, אין דורשים לשם חלוצה גם פלילות כפולה של מעשה העבירה. הסמכות תחול גם כאשר המעשה אינו נחשב כעבירה במקום ביצועו. הוא הדין כאשר העבירה בוצעה במקום שאין עליו כל ריבונות. אולם, אם המעשה מהווה עבירה גם לפי חוק מקום הביצוע, הדעת גותנת כי יש להכיר גם בנפקות הסיבות השונות המפיקעות את האחריות הפלילית לפי דין מקום ביצוע העבירה, כגון התיישנות, חנינה וכו'.

מבחינת הפיקוח על השימוש בסמכות האוניברסלית ישנן תחיקות⁸⁵ אשר קובעות כי ההעמדה לדין מכוח הסמכות האוניברסלית תעשה על ידי הממונה העליון על התביעה הכללית, וזאת בגלל הבעיות המשפטיות המיוחדות הנובעות מהיותה של העבירה, עבירה בינלאומית, בנוסף לשיקולים המיוחדים אשר יש להביאם בחשבון, בדרך כלל, כאשר ניצבת השאלה של העמדה לדין בשל עבירת חוץ.

83. כך הוגדרו עבירות בינלאומיות: באמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפסע השמדת עם מה-9 בדצמבר 1948; באמנת ג'נבה בדבר דיכור וזיף מטבע מה-20 באפריל 1929; באמנה בדבר הים הסתוח מה-29 באפריל 1958; באמנה בדבר השבתת סחר בלתי חוקי בסמים נרקוטיים מה-26 ביוני 1936; באמנה היחידה על סמים נרקוטיים מה-30 במרץ 1936; באמנה הנוספת לעניני עבדות מה-4 במאססמבר 1956; באמנה בדבר מניעת השמדת ערכים תרבותיים בזמן מלחמה מה-14 במאי 1954; בארבע האמנות ג'נבה מה-12 באוגוסט 1949 המתייחסות להגנת קרבות מלחמה – פצוצים וחוליים מבין אנשי הכוחות המזויינים כשדה הקרב, פצוצים אניות מבין אנשי הכוחות המזויינים בים, שבויי מלחמה, אורחים בימי מלחמה; באמנה בדבר סיר-סומי תועבה מה-12 בספטמבר 1923; באמנה בדבר מעשה סירור מה-16 בנובמבר 1937 וכי וצאות באלה אמנות בינלאומיות הקובעות סוגים שונים של *delicta juris gentium*.

84. ראה: Schulz, op. cit. p. 337-338.

85. למשל, סעיף 10 (2) לקודקס הפלילי הסולני; סעיף 19 (2) לקודקס הפלילי של חבש.

26. הסמכות האוניברסלית לפי דיני מדינת ישראל. בתחיקת מדינת ישראל נתקלים בכמה עבירות הנמנות על הסוג של *delicta juris gentium* והן: הפשעים כלפי האנושות ופשעי מלחמה שבוצעו בתקופת השלטון הנאצי אשר סעיף 1 (א) (2) ו-3 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם תש"י-1950 מתייחס אליהם, הפשע הש"מדת עם, אשר החוק בדבר מגיעתו וענישתו של הפשע השמדת עם תש"י-1950 מת"יחס לו והעבירה של שודיים (פירטיות) המוגדרת בסעיף 78 לפ.ח.פ. 1936. באשר ליתר העבירות הבינלאומיות אין כל הוראות מיוחדות ומאורגנות בתחיקתנו הפלילית. מפתיע כי עצם איסור פשעי מלחמה והלק מן הפשעים נגד האנושות נושא אופי זמני בלבד, באשר הוא מתייחס לפשעים שנעברו בתקופת זמן מסוימת, בעבר בלבד – התקופה הנאצית; אך הסדר כללי בענין זה אין.

יתירה מזאת, אין לגלות כל שיטתיות אף בתוך הסדר שלושת הסוגים האמורים לעיל של עבירות בינלאומיות. למשל, לפי סעיף 9 (א) לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם תש"י-1950, פסק-דין קודם מהוץ לארץ לגבי עבירה קבועה בחוק זה, איננו מונע מלהעמיד שוב לדין בארץ על אותה עבירה, לפי חוק הארץ. במלים אחרות, הסמכות הינה בעלת אופי עיקרי, לפי הסעיף האמור. לעומת זאת, אין בחוק בדבר מגיעתו וענישתו של הפשע השמדת עם תש"י-1950, כל הוראה מפורשת לענין זה. שמה מיועד לכך סעיף 5 של החוק, האומר כי „מי שעשה מחוץ לישראל מעשה שהוא עבירה לפי חוק זה, אפשר להביאו לדין ולהענישו בישראל כאילו עשה את המעשה בישראל? האם יש לקבוע גם לגבי העבירות לפי חוק זה סמכות בעלת אופי עיקרי? לשונו של הסעיף הנ"ל רחוקה מלהיות חד משמעית וברורה לענין זה, שכן הקונסטרוקציה וההיקש „כאילו עשה את המעשה בארץ“ עדיין אין די בהם כדי שנוכל להסיק מהם בלבד את המסקנה כי, אם ניתן פסק-חוק קודם לגבי אותו מעשה, ניתן להתעלם ממנו. או שמה יש להסתמך בענין זה על העקרון שלפיו בתחום הפלילי יש למעשה בית-דין תוקף רק בארץ בה נעשה, אלא אם כן קובעים אחרת *expressis verbis*. הוכחה לכך יכולה לשמש הוראת הסעיף 3 לחוק לחיקון דיני העונשים (עבירות חוץ) תש"ז-1955, אשר מכירה במפורש בכוחו של פסק-דין חוץ לענין העבירות המצויות בחוק זה; וזאת כאשר המחוקק רצה בכך. ואם זה כך, מה טעם ההוראה האמורה בסעיף 9 (א) לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם תש"י-1950? הבעיה מתעוררת גם לענין כוחו של פסק חוק על מעשה פירטיות. העדר הוראה כל שהיא לענין כוחו של פסק-חוק על מעשה פירטיות מצדיק לגרוס כי אדם אשר כבר הורשע מחוץ לארץ בשל מעשה שודיים וריצה שם גם את העונש שהוטל עליו, ניתן יהא להעמידו שנית לדין בארץ אם ייתפס כאן. כלום הולמת גישה זו את סוב הסמכות האוניברסלית? האם מטרתה היא שאדם אשר עבר על עבירה בינלאומית יועמד לדין בכל מדינה שבשטחה הוא יכול להימצא לאחר ביצוע העבירה ועד חלוף תקופת ההתיישנות לפי תחיקות מדינות אלה? שאלה זו כוחה יפה גם לגבי העבירות כלפי האנושות ופשעי מלחמה שבוצעו בתקופת השלטון הנאצי – שהן עבירות נפרדות מהעבירות כלפי העם היהודי. ומה בקשר ליתר האספקטים של עיקריות הסמכות האוניברסלית או של הרזי-זידואריות שלה? אין כל זכר ורמז בתחיקתנו הפלילית לענין זה ואילו בתחום העבירות הבינלאומיות לשאלה זו חשיבות מיוחדת.

ניתן להעלות שאלות נוספות, אשר אף הן מעוררות תמיהה. גם לענין הפיקוח

עקרון החוקיות בפלילים

המיוחד על ההעמדה לדין בשל העבירות הנמנות על סוג ה"delicta juris gentium". מה הטעם היכול להסביר את הדרישה שכל תביעה על עבירה של משפט העמים הקי בועה בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם תש"י—1950 תוגש רק על ידי היועץ המשפטי לממשלה או באיכוהו (סעיף 14 לחוק), לעומת העדר כל דרישה מקבילה לגבי הפשע השמדת עם? ומה בנוגע לעבירת הפירטיות מבחינה זו? האם קיים הסבר סביר להפליזת אלה?

כל השאלות הללו אשר אין להן תשובה בתחיקתנו מעידות על המידה בה מתבקש עיון מחדש בכל סוגיית העבירות הבינלאומיות ובסמכות האוניברסלית — בהתחשב בכל ההתחייבויות של מדינת ישראל לפי הסכמים ואמנות שונים — בכדי לקבוע את התנאים המשותפים, ההולמים, המפורשים והמסודרים להלות הסמכות האוניברסלית של דיני העונשין הישראליים.

ה. ההפגרה. שאלה נכבדה נוספת ובלתי נפרדת מן הבעיה הכללית של סמכות החוק הפלילי הלאומי לחול על עבירות שיש בהן אלמנט זר, היא שאלת ההסגרה; שכן, הסגרת העבריין או אי הסגרתו שקולה, בעצם, כנגד הכרה בסמכותו של החוק הפלילי הנור לחול על העבירה, או סמכותו של החוק הפלילי הלאומי לחול עליה, או שלילת הסמכות של חוק פלילי כלשהו לחול על העבירה הנדונה. לכן, גם התנאים המהותיים של ההסגרה משתייכים למשפט הפלילי הסובסטיבי ולא למשפט הדיוני אשר לו יש לשייך את ההליכים הפורמליים שלפיהם דגים בבקשת ההסגרה.

15. הבסיס המשפטי של ההפגרה. יש להבחין הבחנות אחדות גם לענין הבסיס המשפטי העקרוני של דרך ההסגרה של עבריין. ברי לכולם כי אין הרשות המבצעת של המדינה רשאית לתפוס אדם פלוני, השוד שעבר עבירה במדינה אחרת, ולמסור אותו למדינה זו, ללא חוק הקובע במפורש ובמפורט את התנאים המהותיים ואת המסגרת הפורמלית שבה מבקרים את קיום התנאים הללו. לענין זה, רב ההבדל בין גירוש לבין הסגרה. הגירוש מתייחס לאדם שהוא יסוד זר הגמצא בתוך שטח המדינה ואשר המדינה — מתוך שיקולים שונים — מחליטה להיפטר ממנו ולסלק אותו אל מעבר לגבול, אולם מבלי למסור אותו למדינה מסוימת אחרת ובדרך כלל ללא כל התחשבות בעתידו. ההסגרה מתייחסת לאדם — שאינו דווקא אלמנט זר במדינה — שעבר עבירה מחוץ לטריטוריה של המדינה ואשר מוסרים אותו למדינה מסוימת אחרת על מנת שהוא יבוא שם על עונשו בשל עבירתו. ההסגרה מקיימת איפוא את כל התכונות של הליך משפטי — שהוא אמנם מיוחד במינו בגלל אופיו הבינמדינתי — אשר אסור לגקוט בו ללא חוק הקובע את התנאים המהותיים ואת המסגרת הפרוצדורלית, מבלי לפגוע בחירויות היסוד של האדם. מדובר בחוק אשר תפקידו להגן על הציבור ועל הפרט גם יחד. לפיכך, נומר, מבלי להסתכן בטעות, כי המדינה איננה זכאית להסגיר ללא חוק הקובע את תנאי ההסגרה.

אולם, הזכות להסגיר איננה מחייבת עדיין את החובה להסגיר. נכון הוא כי אין חובה להסגיר נוצרת, אלא מתוך קיום זכות לעשות כך; אולם הזכות להסגיר אינה מצמיחה בהכרח גם חובה להסגיר תמיד. הזכות להסגיר מהווה ענין של המשפט הפנימי מי ואילו החובה להסגיר מהווה ענין של המשפט הבינלאומי. מכאן עולה, לדעתנו, מסקנה משפטית עקרונית חשובה: ניתן להסגיר בהתאם להוראות חוק פנימי גם ללא

התחייבות בינלאומית פורמלית — מתוך יחסי הדדיות (reciprocity) ⁸⁶ או רגשות של סולידריות בינלאומית ⁸⁷ — זאת אומרת גם ללא הסכם בינלאומי זו צדדי או רב צדדי דווקא. מובן כי, באין התחייבות פורמלית, יכולה המדינה גם לסרב לבצע את ההסגרה, אם כי נתמלאו התנאים להענות לבקשתה; אולם ניתן גם לספק את הבקשה להסגרה. כשאין התחייבות פורמלית, ביצוע ההחלטה המכריזה שאדם הוא בר הסגרה מהווה ענין של שיקול דעת הנתון להכרעת הרשות המבצעת.

אמת נכון הדבר כי המדינה יכולה להגביל את עצמה היא בחוק ההסגרה ולקבוע שלא יוסגר אדם למדינה אחרת, אלא אם כן קיים הסכם בין שתי המדינות הקובע את החובה ההדדית להסגיר עבריינים. זוהי, כאמור, הגבלה עצמית בלבד — שניתן לחייב אותה או לחלוק על כדאיותה — אולם אין הדבר מבטא דרישה משפטית עקרונית כלשהי, כאילו הזכות להסגיר תלויה באופן טבעי תוך קשר פנימי ובלתי נפרד בחובה הבינלאומית להסגיר. רק ההיפך הוא הנכון מבחינה משפטית.

למעשה, אין זו ההגבלה היחידה שהמדינה יכולה לקבוע לענין ההסגרה. בדרך כלל מגבילה המדינה את הזכות להסגיר גם בהגבלות הקשורות בטיב העבירות בנות הסגרה. אולם, אין להגבלה זו משמעות עקרונית. המחוקק יכול להוסיף או להוריד מרשימת עבירות ההסגרה או ליפות את כוחה של הממשלה לשנות את הרשימה הזאת במסגרת הסכמי ההסגרה השונים עם ארצות שונות. אין זאת אומרת כי אם בקשת ההסגרה תידחה מפני שהעבירה איננה מסוג העבירות בנות הסגרה שנקבעו בהסכם ההסגרה, אין עקרונית זכות להסגיר אם אין הסכם לשם כך. כאשר קיים ההסכם שומה על המדינה לקיים את זכותה לפי תנאי ההסכם והגבלותיו; אולם, באין הסכם אין פירוש הדבר כי עצם הזכות נעלמת. אדרבא, היא משתחררת מהגבלות.

חשובה לנו המסקנה העקרונית כי אין ההתחייבות הפורמלית הבינלאומית, בצורת הסכם הסגרה, דרישה sine qua non לקיום המוסד המשפטי של ההסגרה ולפעולתו.

25. החוק הישראלי ודרישת הסכם ההסגרה. אימצנו לעצמנו ⁸⁸ את השיטה האנגלית — המבוססת על המסורת של מדינה זו — מבלי שתנאי היווצרות מסורת זו יתקיימו שם גם כיום, ומשום כך נשמעים תדירות קולות נכבדים באנגליה עצמה הדורשים שינויים ⁸⁹. שיטה זו מגבילה את פעולת הזכות להסגיר רק למקרים בהם קיים הסכם הסגרה בין המדינה המבקשת לבין המדינה המבוקשת, ללא כל יוצא מן הכלל. מאלפים הדברים האמורים לענין זה ב־ *Raport of the Royal Commission on Extradition (1878)*:

“That statutory power should be given to the proper authorities to deliver up fugitive criminals whose surrender is asked for, irrespectively

86. ראה: Satya Deva Bedi, *Extradition in International Law and Practice*, Rotterdam 1966, p. 48.

87. Ibidem p. 53.

88. ראה: סעיף 2 (1) לחוק ההסגרה חש"ד-1954.

89. ראה: Paul O'Higgins "The Reform of British Extradition Law" (1963) Cr. L. R. p. 805.

עקרון החוקיות בפלילים

the existence of any treaty between this country and the State against whose law offence has been committed"⁹⁰

מאלפת גם הרעה שהובעה על ידי המשפטן O. Higgins עצמו בהקשר זה:
"— — — Nothing has been done since then to remedy the defects and inefficiency of British Extradition Law. The need to do so has never been more urgent than it is today"⁹¹

רעיון זה התגבש, mutatis mutandis, גם במסגרת הדיונים של ה-Commonwealth Law Ministers Conference, 1966, אשר עסקה בענין מסירת ה-fugitive offenders-בין ה-Commonwealth countries and United Kingdom dependencies, ואשר סיכומיה של הוועידה הביאו לחוק החדש — The Fugitive Offenders Act 1967 — הבנוי על העקרון של מסירת עבריינים על סמך של הודיות.⁹²

כל הדעות דלעיל כוחן יפה גם לגבי השיטה הישראלית של הסגרה ואולי ביתר שאת דווקא לדידנו. שכן מדינת ישראל עדיין לא חתמה על הסכמי הסגרה עם כל מדינות העולם, ואף לא עם כל המדינות אשר אזרחי מדינת ישראל ותושביה נוהגים לבקר בשטחן או לנהל שם עסקים או להימצא שם בהקשרים שונים אחרים, או אשר מהן יכולים לעלות לישראל תושבים ואזרחים חדשים. כתוצאה מכך, הואיל והסמכות הפרסונלית האקטיבית של דיני העונשים של מדינת ישראל כל כך מצומצמת, אזרח מדינת ישראל אשר עבר עבירה מחוץ לגבולותיה ומגיע „בשלום" בחזרה לארץ, משורר-יין בפני כל „סכנה" ליתן את הדין; הלא אין כל דרך, לא להעמידו לרשות המדינה שבה הוא הפר את הסדר הציבורי — בשל העדר הסכם הסגרה — ולא להעמיד אותו לדין במדינה, בשל העדר סמכות להחיל את הדין הלאומי. על הבעיה הזאת כבר עמדנו.⁹³ ניתן רק לתזור ולהטעים כי הדווקנות באשר לקידום הסמכות הפרסונלית האקטיבית, בצירוף ההסתגרות בתוך שיטת הסגרה רק במקרים שקיים הסכם לכך, יוצרות מצבים של *vacuum juris*, שאין להשתבח בהם.

התרופה היחידה הנראית לנו לענין זה הוא, איפוא, וויתור על הכלל שלפיו אין מסגירים באין הסכם הסגרה, בד בבד עם הרחבת הסמכות הפרסונלית האקטיבית. הכלל צריך להיות, לעניות דעתנו, הסגרה לכל מדינה אשר עמה נכרת הסכם הסגרה ובנוסף לכך הסגרה גם למדינות אחרות על יסוד הודיות. אשר לקיום הודיות — זהו ענין שבעובדה, אשר קובעת אותו כל מדינה ומדינה באמצעות הרשות המנהלית המתאימה.

הרחבת מסגרת ההסגרה בשילוב עם ההרחבה המותאמת של מסגרת פעולת הסמכות הפרסונלית האקטיבית עשויות להבטיח מניעת היווצרות כל *vacuum juris*, על ידי החלת הכלל *aut dedere aut punire*.

90. הקטע צוטט על ידי Paul O'Higgins במאמר הנ"ל.

91. שם.

92. ראה: Current Law Statutes Annotated, 1967, 68.

93. ראה ע' 20-21 דלעיל.

39. אפשרות הסגרה של אזרח המדינה. לפי חוק ההסגרה תשי"ד—1954 (סעיף 2), אין כל מניעה שאזרח המדינה יהא עבריין בר הסגרה. לעומת זאת, בהסכמי הסגרה שנכרתו בין מדינת ישראל ומדינות אחרות, מצאו את מקומן הוראות מפורשות האוסרות על המדינה את הסגרת אזרחיה, כאמור⁹⁴. מובן כי האזרח הישראלי לא יהא בר הסגרה פסיבית לאותן מדינות לפי אותם הסכמים. נוסף לכך, בהסכמי הסגרה עם מספר מדינות אחרות נמצאות הוראות הקובעות כי הסגרת אזרחי המדינה מהווה רשות ולא חובה⁹⁵. יש לציין כי הוראות כגון אלה אינן ספציפיות רק להסכמים עם או בין ארצות הקונטיננט⁹⁶.

אם נצטמצם רק להסכמי ההסגרה, אשר ישראל צד להם ואשר נוקטים בשיטה של איסור ההסגרה הפסיבית של אזרחי המדינה היא, או קובעים הסגרה פסיבית של האזרח ברשות, נזכר כי הם מצביעים על הדרישה החיונית לנקוט בצעדים התחיקתיים המאיימים, על מנת שלא להפוך את ההסכמים הנ"ל לתריס ומגן לעבריינים — אזרחי הארץ — בפני החובה ליתן את הדין על העבירות השונות שנעברו על ידם בשטח המדינות אשר ישראל קשורה עימן באותם הסכמים. וזאת, בעיקר כאשר במקביל להוראה האוסרת את ההסגרה הפסיבית של האזרח או הקובעות רק את הרשות להסגירו, נמצאת בדרך כלל גם הוראה למדינה המתבקשת לנקוט בהליכים משפטיים נגד העבריין שלא הוסגר ולספק אינפורמציה למדינה המבקשת על תוצאות הליכים אלה.

בטוחים אנו כי אם יבוא הזמן לכרות הסכמי הסגרה עם כל המדינות אשר עמן אנו מקיימים יחסים דיפלומטיים, תנקוט מדינת ישראל לא אחת עמדה המצדדת דווקא באי הסגרת אזרחיה למדינה, אשר עמה עומדים לחתום על הסכם הסגרה או לפחות תנקוט ישראל בגישה של הסגרה שהיא רשות ולא חובה. אין צריך לנקוב שמות, אולם ברור לכולם כי מספר מדינות כאלה יכול להיות לא מבוטל. מספר ניכר של מדינות העולם הנאור מסתייגות מהסגרת אזרחיהן, שהרי הסגרה פירושה לא רק העמדה ישרה רה בפני הרשות השופטת של מדינה פלוגנית, אלא גם חקירה שלמה על ידי הרשות

94. הסכם ההסגרה עם אוסטרליה—1961, סעיף 2; הסכם ההסגרה עם צרפת—1958, (סעיף 3); הסכם ההסגרה עם לוקסמבורג—1966, (סעיף 3).

95. הסכם ההסגרה עם בלגיה—1965, (סעיף 3); הסכם ההסגרה עם איטליה—1936, (סעיף 3); הסכם ההסגרה עם הולנד—1956, (סעיף 3); הסכם ההסגרה עם שווייץ—1958, (סעיף 2); האמנה הבינלאומית להסגרה—1957 (סעיף 6) אשר ישראל הצטרפה אליה. יש לציין כי גם אנגליה צד לאמנה זו.

96. ב-Inter-American Convention of Extradition משנת 1933 נקבע (סעיף 2) העקרון של הסגרה פסיבית של האזרח העצמי כרשות ולא חיובה (ראה את טקסט האמנה כולה ב-Second Draft Convention on Extradition; (Mueller and Wise, *op. cit.*, 457, 457—458 תיאור דומה בסעיף 8 (ההצעה אשרה על ידי ה-Inter-American Juridical Committee—1957, ראה את הטקסט כולו ב-Satya Deva Bedi *op. cit.*, p. 241—246); באמנה להסגרה הבינערבית מ-1952 (ראה את הטקסט כולו שם בעמוד 224—218; באמנה להסגרה האפרו-אסייתית מ-1961 (שם בעמ' 247—255); באמנה להסגרה של ארצות הבלוהס מ-1962 הוראה האוסרת את ההסגרה הפסיבית של האזרח העצמי (שם בעמ' 257—267);

המשטרותית, בנסיבות בהם הנחקר הוא אזרח זר אשר ניצל לרעה את הכנסת האזרחים של המדינה, בבצעו עבירות פליליות בשטחה. שיקולים לא פחות חזקים מכתביים דווקא למדינת ישראל הסתייגות וחשש דומים בפני מסירת יהודי לחוקר ושופט זרים, באוירה של מדינה זרה, על מנת להישפט על העבירה שביצע בשטחה.

אולם אף במידה הקונקרטית בה מדינת ישראל חתמה על הסכמים המבוססים על השקפה זו, עליה להבטיח את ענישתם של העבריינים לפי דיני העונשין הישראליים על ידי שופטים ישראלים. וזאת, הן על מנת לכבד את ההתייכויות הבינלאומיות המפורשות לשם כך, והן כדי שלא להפוך את המדינה לעיר מקלט.

מסתבר כי מפתח הבעיה, באיזו אספקלריה שלא נדון בה, היא שוב בהרחבת הסמכות הפרסונלית האקטיבית של דיני העונשין של מדינת ישראל. וכשמעיינים בבעיה מזוית הראיה של מוסד ההסגרה, הפתרון הוא בהגשמת הכלל שלפיו במידה ואין הסגרה פסיבית מתבקשת סמכות פרסונלית אקטיבית — *aut punire aut dedere*. מובן כי להפעלת סמכות זו, יהיה חריג של האנשים הנהנים ממקלט מדיני בשל האופי הפוליטי של העבירה שעברו.

1. נפקות של פסק דין זר בארץ. שאלה אחרונה שנדון בה בקצור נמרץ — וזאת על מנת להבליט את הקשר שבינה לבין כלל הבעיות שהועלו לעיל — היא שאלת האפקט הפנימי של פסק דין אשר ניתן על ידי בית משפט זר.

כידוע, לכל פסק-דין פלילי שני סוגים של אפקטים. הסוג הראשון הינו של האפקטים הנגטיביים (המניעתיים) של פסק-דין, כהשתק בפני כל הליך משפטי מחודש על אותו מעשה. האפקטים האלה מתבטאים בכלל המוכר של *ne bis in idem*. הסוג השני כולל את האפקטים החיוביים, המתבטאים בחובה להוציא אל הפועל את ההחלטות שבפסק-הדין הפלילי.

שאלה זו של נפקות פסק-דין היא כללית והיא יכולה להתעורר גם לענין פסק-דין שניתן על ידי בית משפט של מדינה זרה. בחינה זו של השאלה האמורה מהווה אחד מהנושאים המעסיקים את חוגי המשפטנים בתקופתנו⁹⁷.

1§. האפקט הנגטיבי של פסק דין זר. הבחינה הראשונה של נפקות פסק-דין חוץ בתוך שטח המדינה באה על פתרונה על ידי ההסדר המושלם של סמכות דיני העונשין של המדינה לפי מקום ביצוע העבירה. במסגרת דיוננו בצורות הסמכות האמורה על סוגיה השונים, דנו גם במידה בה פסק דין חוץ מהווה או צריך להוות מניעה בפני חלות הדין הלאומי על העבירה אשר אליה מתייחס אותו פסק-דין. בדרך כלל, במקרים שבהם סמכות החוק הפלילי של המדינה היא בעלת אופי עיקרי, אין לפסק-דין חוץ לגבי העבירה הנוגעת לדבר כל נפקות לעניין החלת החוק הלאומי, ואילו כאשר הסמכות היא בעלת אופי רוידוארי פסק-דין חוץ מונע החלה כשלהי של החוק הפנימי על אותה עבירה.

2§. האפקט החיובי של פסק-דין זר. הבחינה השנייה של נפקות פסק-דין חוץ בתוך שטח המדינה — האפקט החיובי — סבוכה יותר; וזאת, אולי מאחר והאפקט הנגטיבי הוא רגעי, ומשמעותו מניעה מלפעול, ואילו האפקט החיובי הוא גמשי, ופיי-

97. ראה את הדוחות והדיונים בקונגרסים ה-VIII (ליסבן 1961) וה-IX (הג 1964) של האגודה הבינלאומית למשפט פלילי.

רושו לפעול לפי צו רשות שופטת זרה, להוציא אל הפועל את פסק-דינה ולהכניס את הנידון לבית הסוהר, להחזיקו שם, או לכפות על הנידון לשלם קנס, או להשגיח על השמירה על התנאי שבו הוחנה העונש על תנאי שהוטל על הנידון, או לטפל בו כאשר הוא הועמד במבחן, או לשלול ממנו זכויות, או הוצאתו לפועל של כיוצא באלה דרכי ענין-שה אחרות, בעקבות צו שופט זר. ברור כי במתן נפקות חיובית לפסק-דין זר, בולטת לעין, בצורה הרבה יותר חזקה, ההכרה במעשה ריבון אחר. יש להוסיף לפרובלמטיקה של הנושא עוד אספקט שהוא בעל משקל מיוחד. בעוד שהאפקט הנגטיבי של פסק-דין בא להגן על הפרט ולהסיר כל סכנה של העמדה נוספת לדין בשל אותה עבירה, האפקט הפוזיטיבי פוגע ישירות בזכויותיו של הפרט, מה שמעורר את השאלה אם יש לפעול בכיוון זה לפי צו ריבון זר. משום כך, קיימת הסתייגות רבה מההכרה באפקטים החיוביים של פסק-דין זר, והתפתחות איטית למדי בתחום זה, למרות המגמה הרחבה ליתן ביטוי לסולידריות הבינלאומית במאבק בעבריינות על כל בחינותיה, כולל כיבוד הדדי בין המדינות של פסקי הדין בדבר עבירה.

מכאן הקונפליקט בין שתי השקפות יסוד: מתד, ההשקפה הדוגלת ברעיון הצדק והסולידריות הבינלאומיים ושיתוף פעולה אופרטיבי בין אומות העולם בדבר המלחמה בתופעות העבריינות; מאידך, ההשקפה השמרנית שלפיה פסק-דין של בית משפט מהווה ביטוי לריבונות המדינה והפעלת פסק הדין במדינה אחרת נחשבת כפגיעה בריבונותה של מדינה אחרונה זו.

ההשקפה האחרונה היא עדיין הדומיננטית בימינו אנו ובקושי גורעים ומשיגים ממנה, פה ושם, וויתורים אחדים על מנת ליתן ביטוי בצורה כלשהי גם להשקפה הראשונה. הכלל הוא, איפוא, טריטוריאליזם נפקות פסק-הדין הפלילי מבחינת האפקט החיובי שלו, כלומר, עקרונית, פסק-דין פלילי מחייב הוצאה לפועל רק בטריטוריה של מדינת בית המשפט אשר נתן אותו; וזאת, למרות המשאלה שהובעה עוד על ידי הקונגרס של האגודה הבינלאומית למשפט פלילי שנערך בבוקרשט ב-1929: „כל פסק שניתן בדרך החוקית על ידי השופט המוסמך בהתאם לחוק שהוחל באופן תקין, יתקבל מחוץ לארץ — תחת הביקורת של הרשות השיפוטית המקומית — ליצור את התוצאות אשר שיתוף הפעולה הבינלאומי דורשן, אשר אינן סותרות את הסדר הציבורי של המדינה שבה עומדות להתגשם”⁹⁸. במילים אחרות *exequatur* פלילי במלוא מובן המושג. יד ההשקפה השמרנית, איפוא, עדיין על העליונה. עם כל זאת, מסתמנות גם מגמות וותרניות לעמדה זו, אמנם חלקיות, הן מבחינת קבוצת המדינות אשר מכירות כל אחת באפקט החיובי של פסק-הדין הפליליים של בתי המשפט של יתר המדינות הגמנות על אותה קבוצה, הן מבחינת טיב העבירות אשר לגביהן ניתן פסק הדין, הן מבחינת היקף וטיב ההחלטות שבו.

למשל, לאחר האמנה מ-8 במרס 1958 בין דניה שוודיה ונורבגיה בדבר ההוצאה לפועל של פסקי הדין הפליליים, מדינות אלה ובנוסף להן פינלנד ואיסלנד אימצו, בשנת 1963, חוקים מרחיקים לכת בהרבה יותר מאשר האמנה האמורה בדבר שיתוף

⁹⁸ ראה סעיף 6 של ההחלטה לענין החלת חוק פלילי זר—Deuxième Congrès International de Droit Pénal, Bucarest (6—12 Octobre 1929), Actes du Congrès, p. 707.

עקרון החוקיות בפלילים

הפעולה ביניהן לענין ההוצאה לפועל של פסקי הדין הפליליים של בתי המשפט של אותן מדינות⁹⁹.

מדינת שווייץ מוציאה אל הפועל פסקי דין פליליים של בתי משפט חוץ במקרים שבהם היה חל החוק הפלילי השווייצרי לפי הסמכות הטריטוריאלית, אולם העברייני נידון מחוץ לארץ על עבירתו לפי בקשת מדינת שווייץ (סעיף 3 (2) הפיסקה השניה לקודקס הפלילי השווייצרי)¹⁰⁰.

הסכם בין גרמניה, צרפת, ארצות השפלה ושווייץ¹⁰¹ קובע כי כל פסקי הדין של בתי המשפט לתעבורה על הרינוס של המדינות האלה, הם ברי הוצאה לפועל בכל אחת מהן.

מסתבר מן האמור כי פרט לשאלת ההוצאה אל הפועל של ההחלטה לגבי העונש, פסק-דין של בית משפט זר יכול לעורר גם בעיות שונות אחרות; למשל בעיית הפיקוח על אדם הנמצא בתקופת התנאי של עונש על תנאי, או של שחרור על תנאי לאחר ריצוי חלק העונש, או על אדם הנמצא במבחן; בעיית גורלה של שלילת זכויות מסויימות על פי פסק הדין הזר או בעקבותיו, כגון הזכות להחזיק ברשיון נהיגה או הזכות להיות אפוטרופוס או הזכות לעסוק במקצוע מסוים וכדומה; בעיית ההתחשבות בהרשעה שבפסק הדין הזר כעובדה העשויה להשפיע על שיעור העונש הצפוי בשל עבירה חוזרת או על קלות התנייה למשל; בעיית תוצאות ההרשעה האקסטרא פלני ליות, אולם הנובעות מאותה הרשעה בצורה אוטומטית.

ראוי לציין כי, ככל שהתחיקה הפלילית היא חדישה יותר היא נוקטת עמדה ליברלית יותר לענין ההכרה באפקט החיובי של פסק-דין פלילי של בית משפט זר וכוללת הסדר שיטתי יותר בענין זה.

⁹⁹ ראה את הגרסה הצרפתית של החוק השווייצרי בנדון מה-22 במאי 1963 ב- *Revue Inter-national de Droit Pénal* I et 2/1963 p. 267 et sec.

¹⁰⁰ מדינת שווייץ מוציאה אל הפועל גם את פסקי-הדין הפליליים של בתי המשפט חוץ במקרים שבהם היה חל החוק הפלילי השווייצרי מכוח הסמכות הפרסונלית הססיבית (סעיף 3(3) לקודקס); כמו כן - בהסמכת הצדדים המעוניינים בכך - מדינת שווייץ רשאית להרשות את את ריצוי העונש שנגזר בפסק-חוץ, במקרים שבהם הוגשה בקשת הסגרה לנבי הנידון (סעיף 30 לחוק ההסגרה השווייצרי).

סעיף 20(2) לקודקס הפלילי החבשי קובע כי בכל מקרה שבו חלות החוק הפלילי הלאומי היא בעלת אופי ריודוארי והעברין שנתחייב בדין מחוץ לארץ לא ריצה שם את עונשו - כולו או מקצתו - יהא העונש או שאריתו בני ריצוי בארץ. בעוסף לכך, סעיף 22 לאותו קודקס קובע כי ניתן להתחשב בפסק-חוץ בכל הענע לעברו הפלילי של האדם, להטלת עונש על תנאי ולביטולו, להחלת שלילת הזכויות שהוחלטה בפסק-הדין וכיוצאות באלה תוצאות משפטיות של פסק-חוץ פלילי של חיוב.

גם בסעיף 12 לקודקס הפלילי האיטלקי נמצאות הוראות הנוגעות למידה שבה יש להכיר בפסק חוץ פלילי.

¹⁰¹ האמנה מה-17 באוקטובר 1868, מתוקנת בשנת 1952.

כן, יש גם לציין כי שיטת המשפט האנגלו-סכסי מצטיינת בעמדה שמרנית¹⁰² בענין נפקותו של פסק-דין של בית משפט זר, במיוחד¹⁰³ כאשר מדובר באפקט החיוני בי שלו¹⁰⁴. בכל זאת, אין להעלים עין מהעובדה שהמשפט האמריקאי מכיר בנפקות פסק-דין פלילי של בית משפט חוץ במספר לא מבוטל של מקרים. כך, חוקי ההגירה של ארצות הברית אוסרים על כניסת אנשים, שאינם אזרחי ארצות הברית, ולהם הר"שעות קודמות מחוץ לארץ בעבירות מסוימות; עבר פלילי בחוץ לארץ יכול להיות מניעה לתפיסת משרות מסוימות או לכשרות להיבחר בארצות הברית; החובה להירשם כאדם בעל עבר פלילי יכולה להתיחס גם לעבירות פנים וגם לעבירות חוץ. עבר פלילי מסויים יכול לשלול את הכושר להיות עד במשפט ללא הבהנה אם העבירה נעברה בתוך שטח הארץ או מחוצה לה; העבר הפלילי מהוץ לארץ יכול להחשב בהגדרתו של אדם כ-"multiple offender"; ניתן לשלול את רשיון הגהיגה על סמך הרשעות מסוימות גם כשהן תוצאת משפט חוץ¹⁰⁵. מובן כי הוראות אלה אינן חלות בכל ארצות הברית ולפי הוראות סטאטוטוריות מתואמות, אלא במידה רבה מדובר בענינים שאינם פדרליים, לפי הסטאטוטוס השונים שבכל מדינה ומדינה (state).

החשוב הוא לראות כי אין מגוס מנפקות פסק הדין הזר בתוך המדינה, והעמדה

102. מאלסים הדברים שנאמרו לענין זה על ידי Gerhard O. W. Mueller, *International Judicial Assistance in Criminal Matters*, (1961-62) 7 Vill. L. Rev. 193, 220:

"Unfortunately, American courts have excelled in unfriendly attitudes toward all questions relating to foreign criminal proceeding, in the erroneous belief that ours alone is a system which guarantees fairness to a criminal defendant."

103. כאשר לאפקט הנטיבי, בארצות הברית, של פסק דין זר, ראה: Kenneth Pye, *The Effect of Foreign Criminal Judgments within the United States*, Mueller and Wise, op. cit. 479, 482-483:

"— a foreign criminal conviction may not normally be asserted as a bar to a second trial in United States for the same offense except perhaps in the unusual case of a crime of universal interest such as piracy, or the case of an offense arising in a territory jointly administered by contract, or where a treaty or statute prohibits a second trial."

104. למרות שהמשפט האמריקאי מכיר בעקרון של אי העמדת אדם כסיכון כפול בפני אחריות פלילית על אותה עבירה, העקרון מתייחס לסיכון כפול- מצידו של אותו ריבון. כתוצאה מכך אומר Kenneth Pye, op. cit., 482:

"The Federal Constitution does not, however, bar successive prosecutions by different sovereigns for the same act. For the same act, a defendant may be tried by the state after a federal prosecution or by the federal government after a state prosecution"

כתוצאה מכך, מן הדין הוא שלא להקנות אפקט גדול יותר לפסק-דין של מדינה לגמרי זרה.

ראה גם: A.L. I. The Model Penal Code, *Proposed Official Draft*, sec. 1.10.

105. ראה: Kenneth Pye, op. cit., Gerhard O. W. Mueller, p. 479.

המסתייגת מכל נפקות כגון זו היא לעיתים רק פרי אי ידיעה מספקת של שיטות המשפט של מדינות אחרות. אומר Kenneth Pye במאמרו שצוטט¹⁰⁶:

"The increased knowledge resulting from research in foreign law and association with foreign lawyers will dispel much of the traditional antagonism towards foreign judgments"

35. נפקות פסק-דין זר לפי דיני מדינת ישראל. בתחיקה הפלילית של מדינת ישראל אין הסדר כלשהו לבעיה זו וללא הסדר נראה כי הכלל הוא שבאין הוראה מפורשת אחרת, פסק דין חוץ מהוסר כל נפקות בשטח מדינת ישראל. עקרונית, השיטה היא טריטוריאלית טהורה¹⁰⁷. מספר הוראות מיוחדות קיימות לענין האפקט הנגטיבי של פסק דין חוץ בישראל. דגו בהוראות אלה כאשר דגו בצורות השונות של סמכות החוק הפלילי הישראלי לפי מקום ביצוע העבירה. מדובר באותם מקרים שבהם פסק דין חוץ עשוי למנוע את החלת דיני העונשין של מדינת ישראל¹⁰⁸. אולם, לענין האפקט החיובי של פסק דין חוץ בשטח מדינת ישראל אין לנו ידיעה על קיום אי אלו הוראות מפורשות; והשאלה אשר מתבקשת היא, האם עמדה מעין זו, השוללת לגמרי כל נפקות חיובית של פסק זר בארץ, מצדיקה את עצמה? אמנם אומר השופט דונקלבוים המנוח: „דעתנו היא, כי לשם קביעת מידת העונש מותר לבית-המשפט לקחת בחשבון גם הרשעות שנעשו על ידי בית-משפט של מדינה זרה, בתנאי כי המעשה שבגללו הורשע הנאשם מהווה עבירה גם לפי החוק המקומי...“¹⁰⁹. אולם, אם קביעה זו כוחה יפה לענין האינדיבידואליזציה של העונש הנתונה בידי הרשות השופטת, מה הדין כאשר הרשעה קודמת מחייבת החלת הוראה פלילית מיוחדת על עבירה חוזרת ואותה הרשעה הינה מעשה בית-דין זר? כאן ההרשעה הקודמת הדלה מלהיות אספקט נסיבתי בלבד, אלא הופכת רלבנטית לענין עצם החלת הסעיף הנכון. קשה לגרוס כי גם במקרה כגון זה ניתן להכיר במעשה בית-דין של מדינה זרה ללא הוראה מיוחדת של החוק המקומי. ואילו שאלה זו הינה רק אחת מסדרת השאלות הכרוכות באספקטים החיוביים השונים של פסק-דין זר בתוך שטח המדינה.

לנו ברור כי המחוקק צריך להטות אוזן קשבת לכל ההתפתחויות של חיי החברה ושל היחסים החברתיים והמשפטיים הבינלאומיים ולנקוט עמדה שתתן ביטוי לרשימות הסולידריות הבינלאומית לענין ההתחשבות, בגבולות מסוימים, בפסקי הדין הפליליים של בתי משפט זרים.

ו. הצעת חוק להסדרת עקרון החוקיות על בחינותיו השונות

להלן מגנים אנו להציע נוסח חוק להסדרת עקרון החוקיות לאור כל האספקטים אשר דגו בהם לעיל.

106. ראה: Kenneth Pye, *op. cit.*, p. 506

107. ראה את הדריח על האפקטים הבינלאומיים של פסק-הדין הפלילי- שהוגש על ידי מר ס. רחנטל לקונגרס התשיעי של האגודה הבינלאומית למשפט פלילי מטעם הסניף הישראלי. *Revue International de Droit Pénal* 1-2/1963.

108. סעיף 3 לחוק לתיקן דיני העונשין (עבירות חוץ), תשט"ז-1955 וסעיף 9 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם תשי"ג-1950.

109. ע"פ 1/51 פישל נ. היוה"מ ה' פד"י, 508, 507.

1. אופי ההצעה. ההצעה איננה מתיימרת להמציא את הפתרונות ההולמים ביותר את דרישות המציאות. כמו כן, אין אנו מתיימרים לומר כי הנוסח המוצע הוא המוצלח ביותר. ערים אנו גם לעובדה כי הפתרונות שבהצעה דורשים אי אלו שינויים גם בחוק ההסגרה תשי"ד—1954 וגם בחוק סדר הדין הפלילי לגבי הפרוצדורה של אכיפה בישראל של פסק דין פלילי שניתן על ידי בית משפט של מדינה אחרת. מטרת דברינו והצעתנו היא העלאת הענין על סדר היום מתוך שכנוע כי הוא מן העניינים התובעים פתרון דחוף, ומוטב שיבוא ללא דחיות רבות על מנת שבתי המשפט של המדינה ואזרחיה יחיו מלשון הברורה של החוק. באספקלריה של חוק דיני עונשין חדש — הכוונה לחוק בצורת קודקס — ההצעה יכולה להחשב כחלק פרלימינרי להלק כללי של חוק כגון זה, כאמור. מובן כי בקבלת ההצעה כרוכים גם ביטולים של הוראות חוק אחדות הקיימות כיום. זהו ענין טכני שלא עמדנו עליו, אולם ניתן לזהות על גקלה את החיקוקים הבאים בחשבון לענין זה ולבטל אותם ביטול מפורש ומפורט.

2. להלן ההצעה עצמה :

**חלק ראשון
חוקיות הענישה**

פרק א

הוראות יסוד

- | | | |
|---|--|-----------------------------|
| 1 | אין ענישה אלא על פי חיקוק שהוא בר תוקף בשעת העבירה והופס במקום העבירה. | אין ענישה אלא על פי חיקוק |
| 2 | העבירה וענשה נקבעים בחוק הכנסת בלבד, אלא שרשות המוסמכת להחקיק תקנות מוסמכת גם להורות שהפרת תקנה פלוגית היא עבירה ולקבוע את ענשה; ובלבד שלא יעלה על העונש המקסימלי בשל חטא. | הסמכות לקבוע עבירות ועונשים |
| 3 | (א) חיקוק הקובע עבירה או עונש יפורסם ברשומות.
(ב) אין לקבוע תאריך מקדם יותר מתאריך הפירסום כתאריך תחילה של חיקוק הקובע עבירה ועונש. | פומביות דיני העונשין |
| 4 | מעשה — לרבות מהדל ולרבות הנסיבות והתוצאות אשר הגדרת העבירה מתחזקת אליהן. | הגדרה |

פרק ב

תחולת דיני העונשין לפי הזמן

- | | | |
|-----|--|--------------------------|
| (א) | בוטלה עבירה, פקעת כל אחריות פלילית בשל עשייתה. | ביטול העבירה לאחר עשייתה |
| (ב) | עם הביטול נפסקים כל ההליכים הפליליים בשל אותה עבירה ואם נגזר הדין עליה נפסקים והוצאה לפועל או ריצוי העונש וכן בסלות כל יתר התוצאות הפליליות הנובעות מפסק-דין של הרשעה. | |

עקרון החוקיות בפלילים

- שינוי החיקוק לאחר עשיית העבירה
- (6) (א) נעברה עבירה ועד למתן פסק-דין סופי עליה, שונה החיקוק שהיה בתוקף בשעת עשייתה, ישא העבר-יין באחריות פלילית על פי החיקוק המקל עמו ביותר.
- (ב) הורשע אדם על עבירה בפסק-דין סופי ולאחר מכן שונה החיקוק הנקל העונש על אותה עבירה, יופחת מעונשו של הנידון, במדה ולא רוצה כולו, עד לעונש המקסימלי לפי החיקוק החדש.
- חיקוק ארעי
- 7 הוראות סעיף 5 לא יחולו על עבירה לפי חיקוק ארעי. בס-עיף זה, "חיקוק ארעי" חיקוק שנקבע בו במפורש או משתמע כמגנו מכללא שיעמוד בתקפו לתקופה מסוימת בלבד, או עד שיארע מאורע פלוני.
- שינוי תקופת ההתישנות
- 8 נשתנתה תקופת ההתישנות של העבירה לאחר עשייתה או של עונש לאחר הטלתו, תחול על אותה עבירה או על אותו עונש, לפי הענין, תקופת ההתישנות הקודמת או החדשה, הכל לפי התקופה הקצרה ביותר.

פרק ג

תחולת דיני העונשין לפי המקום

- עבירה שנעברה בתחום הארץ
- 9 (א) דיני העונשין של מדינת ישראל יחולו על עבירה שנ-עברה כולה או מקצתה:
(1) בתוך שטח מדינת ישראל;
(2) בתחום מימי הנהרין של מדינת ישראל;
(3) בכלי טיס או בכלי שיט הרשומים בישראל ובהתאם לכללי המשפט הבינלאומי.
- (ב) היתה העבירה במחדל, יראו כמקום עשייתה המקום שבו צריך היה למלא אחרי חובת העשייה.
- חסינות בפני החלת דיני העונשין.
- 10 דיני העונשין של מדינת ישראל אינם חלים כאשר העבירה נעברה על ידי אדם הנהנה מחסינות על פי דיני ישראל או על פי כללי המשפט הבינלאומי.
- עבירה שנעברה מחוץ לארץ על ידי אזרח ישראל או תושבה
- 11 (א) דיני העונשין של מדינת ישראל חלים על כל עבירה שעבר אזרח מדינת ישראל מחוץ לתחום מדינת יש-ראל, בתנאי שמעשהו יהווה עבירה גם על פי דיני העונשין של מקום עשייתו כאשר מקום זה נמצא בריבונות מדינה כלשהי.
- (ב) הוא הדין באדם שקיבל אזרחות ישראל לאחר שעבר עבירה מחוץ לארץ.

- (ג) הוראות סעיף זה חלות גם על תושב ישראל שאיננו אזרחא אם הביע את רצונו להישאר בארץ, לא הוסגר למדינה אחרת לפי בקשתה או לא גורש מן הארץ.
- 12 עונש שונה בחוק הור. (א) היתה מידת העונש על העבירה שנעברה בתנאי סעיף 11 לפי דיני ישראל שונה ממידת העונש לפי דיני מקום העבירה, יוטל העונש הקל ביותר.
- (ב) אם אין זהות בין טיב העונש לפי דיני מקום העבירה ובין דיני ישראל, יוטל אותו עונש לפי דיני ישראל המתאים יותר לפי טיבו וגדלו, לעונש הצפוי לפי דיני מקום העבירה.
- 13 עבירה שנעברה מחוץ לארץ, אף אם העבריין איננו אזרח ישראל או תושבה, אם היה מעשה העבירה כתיחס לחינו של אזרח ישראל לשלמות גופו, בריאותו או חירותו.
- 14 עבירה שנעברה מחוץ לארץ על ידי כל אדם שהוא. (א) דיני העונשין של מדינת ישראל חלים על עבירה שנעברה מחוץ לארץ, אף אם העבריין אינו אזרח ישראל או תושבה ואף אם מעשהו אינו מהווה עבירה לפי דיני העונשין של מקום עשייתו, אם העבירה הינה אחת מאלה:
1. עבירה נגד בטחון המדינה או נגד יחסי חוץ וסודות רשמיים שלה;
 2. עבירה נגד העם היהודי;
 3. עבירה כלפי הדגל הסמל של מדינת ישראל;
 4. עבירת השמצה כלפי מדינת ישראל;
 5. עבירה כלפי חותם המדינה;
 6. עבירה נגד רשות חוקית של מדינת ישראל;
 7. עבירה כלפי נכסים או זכויות של מדינת ישראל או של גוף או איגוד שפורש בתוספת לחוק זה.
- (ב) דיני העונשין של מדינת ישראל יחולו על פי סעיף זה, אף אם העבריין נשפט מחוץ לארץ על אותה עבירה, זולת אם נשפט לפי בקשתה של מדינת ישראל.
- (ג) התיישנות העבירה או כל סיבה אחרת המשחררת את העבריין מאחריות פלילית בחוץ לארץ, לא יהיו מגיעה ליתן את הדין בשל אותה עבירה על פי דיני העונשין של מדינת ישראל.
- (ד) שר המשפטים רשאי, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לשנות את התוספת לחוק, האמורה בסעיף קטן 7(א), בהוספת שמותיהם של גופים או של איגודים או במחיקתם.

עקרון החוקיות בפלילים

- 15 (א) דיני העונשין של מדינת ישראל חלים על כל עבירה שנעברה מחוץ לארץ, אף אם העבריין אינו אזרח ישראל או תושבה ואף אם מעשהו אינו מהווה עבירה לפי דיני העונשין של מקום עשיתו, אם מדינת ישראל התחייבה באמנה בין-לאומית להעניש על אותה עבירה.
- 16 דיני העונשין של מדינת ישראל חלים על כל עבירה אחרת, מלבד העבירות האמורות בסעיפים 13, 14 ו-15, שעבר אדם שאינו אזרח ישראל או תושבה, אם הוא הביע את רצונו להשאר בארץ ולא הוסגר או לא גורש מן הארץ.
- 17 (א) אין דיני העונשין של מדינת ישראל חלים מכוח דו-ראות הסעיפים 11, 13, 15 ו-16 אם הוכיח האדם שהוא נשפט מחוץ לארץ על המעשה שבעבירה.
- (ב) התנאי שבהוראות סעיף 11 (א) חל גם לענין הסעיפים 13 ו-16.
- (ג) הוראות סעיף 12 כותן יפה גם לענין הסעיפים 13, 15 ו-16.
- (ד) לא יוגש כתב-אישום על פי הוראות הסעיפים 11, 13, 14, 15 ו-16, אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב.
- (ה) נתחייב אדם בעבירה לפי דיני העונשין של מדינת ישראל, תמיד יובא בחשבון המעצר או המאסר שהיה נתון בהם מחוץ לארץ בגין אותה עבירה.
- 18 (א) על אף האמור בפרק זה, אדם שעבר מחוץ לארץ עבירה בעלת אופי מדיני ונתקבל במדינת ישראל כפליט מדיני לא יתן את הדין עליה.
- (ב) הוראות פרק זה חלות בכל זאת בנוגע לעבירות האחרות שנעברו מחוץ לארץ על ידי הפליט המדיני, בתנאי שלא יתא להן כל קשר עם העבירות בעלות אופי מדיני שעבר אותו פליט.
- עבירות נגד משפט העמים.
- עבירות אחרות שעבר מחוץ לארץ מי שאינו אזרח ישראל או תושבה.
- הוראות משותפות.
- עבירות בעלות אופי מדיני.

פרק ד

תוצאותיו של פסק דין חוץ בישראל

- 19 (א) כאשר אין חלות לדיני העונשין של מדינת ישראל בגלל הרשעה בעבירה על פי פסק-דין חוץ, אולם התחמק הנידון מנשיאת העונש— כולו או מקצתו— הוא ישא בארץ את מידת העונש שלא נשא, בכפוף להוראות הבאות של סעיף זה.
- כאשר אין חלות לדיני העונשין של המדינה.

(ב) הוראות סעיף 12 חלות במקביל;
 (ג) תובא בחשבון כל סיבה לפי חוק מדינת בית-
 המשפט שנתן את פסק-הדין, המפקיעה את החיוב או
 את התוצאות הפליליות הכרוכות בו, כליל או במקצת.

20 אורח ישראל או תושבה, הנמצא בארץ וניתן מחוץ לארץ
 נגדו פסק-דין של מאסר-על-תנאי או צרמבתן או אם הוא
 שחרר שם על תנאי מחלק העונש שהוטל עליו ותקופת
 התנאי או המבחן עדיין לא פגה, דינו כאילו ניתן פסק הדין
 על ידי בית משפט של מדינת ישראל או כאילו שחרר על
 תנאי מחלק העונש במדינת ישראל; ובלבד שמעשה העבירה
 שנעברה מחוץ לארץ יהווה עבירה גם לפי דיני העונשין של
 ישראל והוראות סעיף 14 אינן חלות עליה.

פסק דין של מאסר-
 על-תנאי, צו מבחן
 או שחרור על-
 תנאי.

21 אורח ישראל או תושבה, שנידון מחוץ לארץ על עבירה שהיא
 ענישה גם לפי דיני העונשין של מדינת ישראל ייפסל לכל
 דבר שהיה נפסל, לו הורשע בבית משפט של מדינת ישראל.

כאשר הנידון הוא
 אורח ישראל
 או תושבה.

22 כל אדם אחר — פרט לאלה האמורים בסעיף 21 — שנידון
 מחוץ לארץ בשל עבירה שהיא ענישה גם לפי דיני העונשין
 של מדינת ישראל ייפסל רק לדברים שנפסל בפסק-הדין
 שבו חוייב או אשר נובעים מחיובו לפי חוק מדינת בית
 המשפט שנתן את פסק הדין; ובלבד שאותם פסולים לא
 יהיו נוגדים את הסדר הציבורי של מדינת ישראל.

כאשר הנידון הוא
 אדם אחר.

23 הרשעה מחוץ לארץ על מעשה המהווה עבירה גם לפי דיני
 העונשין של מדינת ישראל רואים אותה כהרשעה קודמת
 כאילו הייתה של בית משפט בישראל.

עבר פלילי