

הצעת חוק העונשין
(חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992
(הצעות חוק 2098, מיום 6.1.1992)

מאת

מרים גור-אריה*

לכבודו של פרופסור ש"ז פלר,
מאדריכלי המשפט הפלילי בארץ, בכלל,
וממעצביה של הצעה זו, בפרט,
שלא חסך ממרצו ומזמנו כדי
להנחותני ולהקנות לי ידע, בסיס
וצורת חשיבה בתחום הפלילי.

ביום א' בשבט התשנ"ב, 6.1.1992, אושרה בקריאה ראשונה בכנסת הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 (להלן: ההצעה). בכך הגיע לידי גמר שלב הגיבוש של ההצעה, שנמשך שנים לא-מועטות. לידתה של ההצעה ב"הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש", שהוכנה על-ידי ועדת-מומחים בראשות נשיא בית-המשפט הצליון לשעבר, השופט אגרנט¹. הצעה זו עובדה, הוכנסו בה כמה שינויים ואף הושלמה על-ידי הפרופסורים ש"ז פלר ומ' קרמניצר². החלק המקדמי והחלק הדין בתנאים הכלליים להטלת אחריות פלילית בהצעתם של פלר ושל קרמניצר אומצו, בשינויים קלים, על-ידי משרד-המשפטים, והוגשו כהצעת חוק ממשלתית³.

ההצעה עשויה לקדם את המשפט הפלילי הישראלי כברת-דרך של ממש. כידוע, חוק העונשין, התשל"ז-1977⁴ הוא לא יותר מאשר נוסח חדש ומשולב של פקודת החוק הפלילי משנת 1936. ככזה הוא מבוסס ברובו על המשפט המקובל האנגלי, שבמסגרתו התפתחו העבירות הפליליות השונות בדרך פסיקתית. במשפט המקובל לא היתה התייחסות שיטתית ומקיפה לתנאים הכלליים להטלת אחריות פלילית. מאחר שהחלק הכללי של פקודת החוק הפלילי שיקף את העקרונות כפי שהתגבשו במשפט המקובל האנגלי דאז, חסרים בו הסדרים בסיסיים הנוגעים

* פרופסור חבר הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

1 הצעה זו פורסמה במשפטים י (התש"מ) 203.

2 להצעתם המקורית ראה "הצעת חלק מקדמי וכללי לחוק עונשין חדש" משפטים יד (התשמ"ד) 127: ראה גם את השינויים שהוכנסו על-ידיהם במשפטים יז (התשמ"ח) 392.

3 החלק בהצעתם של פלר וקרמניצר, הדין בדרכי הענישה (סעיפים 22-72), עדיין לא נדון במשרד-המשפטים. ס"ח התשל"ז 864.

לעקרון החוקיות, לדרישת הרצייה, לצורות השונות של היסוד הנפשי ועוד. למרות החסר, התערבותו של המחוקק הישראלי בחלק הכללי של הדין העונשי היתה מאוד דלה והתמצתה בשינוי גיל האחריות הפלילית⁵ ובהרחבת תחולתו של חוק העונשין גם לגבי עבירות שבוצעו מחוץ לטריטוריה של המדינה⁶. לאחרונה נתוסף גם התיקון של הגנת הצורך וההגנה הפרטית⁷. גם במקרים שבהם חוק העונשין מסדיר את התנאים הכלליים להטלת אחריות פלילית, ההסדרים משקפים לא־פעם עמדה מיושנת. אמנם, כתייהמשפט אצלנו ניסו להשלים את החסר, אבל זאת בדרך קוואיסטית שאינה תואמת את עקרון החוקיות בפלילים, המחייב שהתנאים לאחירות ולהטלת העונש, כמו הגדרת העבירות השונות, ייקבעו בחוק או מכוחו. אין אפוא ספק, כי המשפט הישראלי היה זקוק מאוד לחלק מקדמי וכללי של חוק עונשין חדש, שיסדיר את המתחייב מעקרון החוקיות (חלק מקדמי) ואת התנאים הכלליים לאחירות הפלילית (חלק כללי) בצורה שיטתית וממצה ותוך התאמה לתפישות החדשות שהתפתחו במרוצת השנים. את כל אלה מנסה לספק לנו ההצעה, זוהי גם חשיבותה.

ברשימה זו אבהיר את משמעותם של הסדרים בהצעה בסוגיות שונות ואת התפישות שביסוד הסדרים אלה, אעמוד על תרומתה של ההצעה לשינוי המצב המשפטי הקיים בסוגיות אלו וכן אצביע על מה שעדיין טעון תיקון ושינוי. דווקא בשל חשיבותה של ההצעה, ומבלי להמעיט מערכה, תקוותי היא שרשימה זו תגורר בעקבותיה דיון העשוי להביא בסופו של דבר לשיפור ההצעה, הן באמצעות צעדים נוספים בדרך לשינוי המצב המשפטי הקיים שאינם מצויים בהצעה הן על־ידי הכנסת שינויים בכמה מההסדרים המוצעים בהצעה. הרשימה עצמה אינה מתיימרת לסקור את כל ההסדרים שבהצעה.

א. החלק המקדמי — עקרון החוקיות; 1. העקרון עצמו; 2. פרשנות; 3. תחולה במקום; 4. תחולה בזמן. ב. החלק הכללי — העבירה הפלילית; 1. מחל; 2. רשלנות; 3. אחריות קפידה. ג. עבירות נגזרות — ניסיון; 1. העונש על ניסיון; 2. אפיון הניסיון; 3. התרעה בניסיון. ד. עבירות נגזרות — צדדים לעבירה; 1. ההבחנה בין צורות ההשתתפות בביצוע וענישתן; (א) ביצוע בצוותא במובחן מסויע; (ב) ביצוע באמצעות אחר במובחן משידול; (ג) שידול וסיוע; 2. אחריות לעבירות נוספות; 3. מאפיינים אישיים; 4. חרטה. ה. הסייגים לאחירות פלילית; 1. שכרות; 2. טעויות; 3. צידוק בשל ציות לצו; 4. זוטות — De Minimis.

5 העומד היום על שתיים־עשרה שנים — סעיף 13 לחוק העונשין.
6 חוק דיני עונשין (עבירות חוץ) [נוסח משולב], תשל"ג-1973 — כיום סעיפים 11-4 לחוק העונשין.
7 סעיף 22 לחוק העונשין, כפי שתוקן על־ידי חוק העונשין (תיקון מס' 37), התשנ"ב-1992, ס"ח התשנ"ב 1390.

א. החלק המקדמי – עקרון החוקיות

ההצעה פותחת בהסדרת עקרון החוקיות בפלילים על היבטיו השונים⁸. היא מייחסת חשיבות מרכזית לעיקרון זה על-ידי הכללת ההסדרים הנגזרים מעקרון החוקיות בחלק המקדמי של חוק עונשין. "חלק מקדמי", משום שלהוראותיו מעמד-על: הן אוצלות לא רק על הגדרת העבירות השונות בחלק הספציפי, אלא גם על התנאים הכלליים לאחריות ולענישה שבחלק הכללי.

1. העיקרון עצמו

סעיף 1 להצעה מכריז על העיקרון הבסיסי, שלפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק ועל פיו"⁹. ההנחה היא, כי הגבלת החירות באמצעות האחריות הפלילית, שהיא חמורה ביותר, חייבת להיעשות על-ידי הריבון – המחוקק הראשי. אמנם, המחוקק רשאי להסמיך את הרשות המבצעת להתקין תקנות, ובמסגרתן אף לקבוע עבירות פליליות, אולם ההצעה מגבילה את חומרת העבירות שניתן יהיה לקבוע בתקנות אפילו מכוח הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי. בהתאם לסעיף 2 להצעה

...עונש מאסר שנקבע בתקנה תקופתו לא תעלה על שישה חודשים;

ואם נקבע קנס – לא יעלה הקנס על הקנס שניתן להטיל בשל

עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום¹⁰.

ההגבלה המשמעותית הנובעת מעקרון החוקיות בתחום הפלילי נוגעת לשיקול-דעתם של השופטים. כדי להבטיח כי האחריות הפלילית תוטל רק לאחר אזהרה הוגנת ובמטרה למנוע שרירות בהטלתה, אוסר עקרון החוקיות על יצירה שיפוטית של עבירות או של עונשים. ההגבלה האמורה חלה בכל תומרתה בראש-דבראשונה לגבי הגדרת התנהגות מסוימת כעבירה ולקביעת העונש הצפוי בגין הפרתה. ואכן, בתי-המשפט במשפטנו אינם יוצרים ככלל עבירות חדשות, אף לא מכוח שיקולי היגיון. עם זאת, בשל דלותו של החלק הכללי של חוק העונשין, נאלצו בתי-המשפט שלנו לא פעם לפתח הסדרים הנוגעים לתנאים הכלליים לאחריות בדרך פסיקתית. הם עשו זאת אף אם היה בכך כדי להרחיב את האחריות הפלילית. הדוגמא המובהקת בהקשר זה היא זו של האחריות המוחלטת¹¹. בעקבות המשפט

8 סעיפים 1-17.

9 למשמעותו הכללית של עיקרון זה ראה ש"ז פלר, יסודות דיני עונשין א (ירושלים, התשמ"ד) 3-30 (להלן: פלר); י' לוי וא' לדרמן, עיקרים באחריות פלילית (תל-אביב, התשמ"א), עמ' 62-86 (להלן: לוי ולדרמן).

10 הגבלה דומה קיימת היום בסעיף 16(2) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], אך ניתן לסטות ממנה מכוח הסמכה בחוק שמכוחו הותקנה התקנה.

11 דוגמא אחרת, בעייתית יותר, היא זו של האחריות הסולידרית של הקושרים שהוחלה במשפטנו בדרך פסיקתית, אף שאין היא מתיישבת עם הוראת סעיף 28 לחוק העונשין האמורה להסדיר סוגייה דומה. לביקורת על החדרתה של אחריות זו למשפטנו ראה ש"ז פלר, "אחריות פלילית ללא מעשה – על

המקובל האנגלי פסקו בתי-המשפט כי גם במשפטנו האחריות בגין עבירות על תקנת הציבור היא אחריות מוחלטת שאינה מותנית בהוכחת יסוד נפשי, בהיעדר כל הוראה חקיקתית מפורשת המתירה להטיל אחריות מוחלטת¹². דוגמאות אחרות, פחות דרסטיות, הן אלו הנוגעות לתחיליפי היסוד הנפשי: הלכת הצפיות, למשל – המאפשרת לייחס יסוד נפשי של כוונה גם למי שלא חפץ בהשגת התוצאה אם הוא צפה בדרגה גבוהה של הסתברות את אפשרות התרחשותה – פותחה במשפטנו בדרך פסיקתית¹³.

מאחר שההצעה אמורה להסדיר את התנאים הכלליים לאחריות באופן ממצה, היא מחילה את עקרון החוקיות גם לגבי החלק הכללי של דיני-העונשין. ההצעה שוללת מבתי-המשפט את הסמכות ליצור בדרך פסיקתית תנאים כלליים לאחריות. עמדה זו היא מובנת וחשובה כשמדובר בהסדרים המרחיבים את האחריות הפלילית, שאז יש תחולה לשיקולים המצויים ביסוד עקרון החוקיות: גם כשמדובר בתנאים הכלליים לאחריות, הרחבת האחריות הפלילית כמוה כהצרת החירות, וזו חייבת להיעשות על-ידי המחוקק, ורק בהיקף שלגביו היתה אוזרה מפורשת בחוק. אולם ההצעה מחילה את עקרון החוקיות גם לגבי סייגים השוללים את האחריות הפלילית או המצמצמים אותה. סעיף 40 להצעה קובע, כי "אין סייג לאחריות פלילית אלא במקרים ובתנאים הקבועים בחיקוק". בהתאם לדברי ההסבר, הסיבה להגבלה זו היא

מצב הסייגים במשפט הפלילי המודרני, בהבדל מימים עברו, הגיע לשלב בשלות וגיבוש בדומה לזה של האיסורים הפליליים. מוצע על כן שלא לאפשר פיתוח סייגים על-ידי ההלכה הפסוקה. הקביעה שאין סייגים אלא לפי חוק מעניקה לאיסורים הפליליים מידה של ודאות מוחלטת היא להם¹⁴.

הודאות לגבי האיסורים הפליליים היא בהחלט חשובה, אולם בעיקר כערוכה להבטחת החירות או לאזוזה הוגנת. אלה (החירות והאזוזה) אינם נפגעים על-ידי הרחבת הסייגים השוללים את האחריות הפלילית. אמנם, אין אני חולקת על

סמך מה? הפרקליט כט (תשל"ד) 19; מ' גור-אריה, "התפתחויות בפסיקה לגבי דרישת האשמה כתנאי לאחריות פלילית" משפטים יט (תש"ן) 679, 687-691.

12 פסק-הדין המרכזי בהקשר זה הוא ע"פ 17/59 מאור-מזרחי נ' היוה"מ, פ"ד יד 1884. המעניין הוא כי הגם שהאחריות המוחלטת חדרה למשפטנו בדרך פסיקתית, בד"נ 11/65 גדיסי נ' היוה"מ, פ"ד כ(1) 57, היה הנשיא אגרנט בדעה כי "מן הנמנע היום לערער, שלא באמצעות המחוקק את הלכת מאור-מזרחי..." (בעמ' 71). על התאמתה של האחריות המוחלטת למשפט הפלילי עמדתי במקום אחר: מ' גור-אריה, "אחריות מוחלטת לעבירות של 'תקנת הציבור' – קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המנהלי" גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, תשמ"ז) 241.

13 פסקי-הדין המרכזיים לעניין זה הם ע"פ 63/58 עגמי שלום ואחרים נ' היוה"מ, פ"ד יג 421; ע"פ 268/59 פלתי נ' היוה"מ, פ"ד יד 310, 312; ע"פ 45/61 סיטה נ' היוה"מ, פ"ד טו 1373, 1378 ואילך; ע"פ 122/61 פלזי נ' היוה"מ, פ"ד טז 2399, 2401; ע"פ 330/65 לוק נ' היוה"מ, פ"ד כב(2) 590. בע"פ 677/83 בורכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205 ניסה השופט ברק, בעמ' 215, ליישב את הלכת הצפיות עם עקרון החוקיות על-ידי הרחבת המשמעות הרגילה של המונח "כוונה" המופיע בהגדרת העבירה.

14 עמ' 134.

הערך הטמון בעצם הענקת סמכות ייחודית למחוקק לקבוע את ההיקף הראוי של האחריות הפלילית, אך אינני שותפה לעמדת המציעים שלפיה הגיעו הסייגים לאחריות הפלילית "לשלב בשלות וגיבוש" המייתר את המשך פיתוחם של הסייגים. כך, למשל, אף שהכלל אשר לפיו אי-ידיעת הדין איננה מתרצת נחשב בעיני רבים למיושן, אין עדיין תמימות-דעים לגבי התנאים שבהם יהיה זה ראוי להכיר בטעות בחוק הפלילי כהגנה. ובניגוד להצעות חקיקה אחרות שהתגבשו בכמה שיטות המבוססות על המשפט המקובל האנגלי המכירות, בתנאים אלה או אחרים, בטעות בחוק הפלילי כהגנה¹⁵, ההצעה הישראלית ממשיכה לדבוק בעמדה המסורתית, שלפיה "לעניין האחריות הפלילית אין נפקא מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור" (סעיף 55)¹⁶. בשלב עוד הרבה פחות מגובש מצויים הדיונים בסוגייה, האם ראוי כי הסכמה תשמש עילה השוללת את האחריות הפלילית¹⁷.

ניתן כמובן לטעון, כי השאלות האם ראוי להכיר בטעות בחוק הפלילי כהגנה ובאיזו מידה ומה צריכה להיות העמדה בסוגיית ההסכמה חייבות להימסר להכרעת המחוקק. אני אף מקווה, כי לפני שההצעה תהפך לחוק ישנה המחוקק הישראלי את ההסדר המוצע לגבי אי-ידיעת הדין, כך שגם במשפטנו הטעות בחוק הפלילי תהיה בתנאים מסוימים הגנה מפני אחריות פלילית. אולם הניסיון הישראלי מורה, כי התערבותו של המחוקק בחלק הכללי של דיני-עונשין היתה דלה מאוד. הניסיון גם מוכיח, כי בשיטות שונות, ולא רק במסגרת המשפט המקובל האנגלי, תרומתם של בתי-המשפט לפיתוח הסייגים לאחריות הפלילית היתה לא-מבוטלת¹⁸. לפיכך, אם אכן מאמינים – וזהי, כאמור, אמונת-שלי – כי הסייגים לאחריות הפלילית טרם הגיעו לשלב של גיבוש סופי, מן הראוי לאפשר לבתי-המשפט לפתח במידת הצורך את הסייגים לאחריות. המעניין הוא, כי ההצעה שלנו אינה נרתעת מלהעניק לבתי-המשפט סמכויות מאוד רחבות בתחום הסייגים לאחריות. כך, במסגרת הסייג של *de minimis* – "זוטי דברים", כלשון סעיף 55 – מסמיכה ההצעה

15 ראה, למשל, סעיף 3(2) להצעה לקודקס הפלילי הקנדי – Report No. 31 on Recodifying Criminal Law (1987); סעיף 20 להצעת הקודקס הפלילי הנידלנדי. ראו גם סעיף 2.04(3)(b) של ה-Model Penal Code, American Law Institute, Proposed Official Draft, 1962.

16 לביקורת על הסדר זה שבהצעה ראה בהמשך.

17 ראה, למשל, H. Robinson, *Criminal Law Defenses* (St. Paul, Minn., 1984) I 307-319; H. Silving, *Criminal Justice* (Rio Piedras, Puerto Rico, 1971) II 569-572, 615-616.

18 כך, למשל, במשפט הגרמני נוצרה קטיגוריה נוספת של הגנת הצורך בדרך פסיקתית. את הגנת הצורך – כפי שהיתה מוגדרת בקודקס הפלילי דאז – פירשו בתי-המשפט כהגנה ה"סולחת" לעושה על התנהגותו הבלתי-חוקית בשל הלחץ שהיה נתון בו לנוכח פני הסכנה. נוסף על כך הכירו בהגנה ה"מצדיקה" את המעשה כל-אימת שהשקלול בין האינטרס הנתון בסכנה לבין זה שנפגע הצדיק את הקרבת האינטרס האחרון. לקטיגוריה זו של "צורך מצדיק" לא היה כל עיגון חוקי. להתפתחות זו ראה, G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston, 1978) 775-788. היום מעוגנת ההבחנה בין "צורך מצדיק" לבין "צורך סולח" בסעיפים 34-35 של הקודקס הפלילי הגרמני משנת 1975. על משמעותה של הבחנה זו והשלכותיה עמדתה בהרחבה במקום אחר: M. Gur-Arye, "Should the Criminal Law Distinguish between Necessity as a Justification and Necessity as an Excuse?", 102 *L.Q.Rev.* (1986) 71. ראה גם M. Gur-Arye, "Should a Criminal Code Distinguish between Justification and Necessity as an Excuse?" 5 *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 215 (1992).

את בית־המשפט שלא להטיל אחריות פלילית על מעשה המשתבץ בגדר ההגדרה הפורמלית של העבירה, אם "לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך"¹⁹. כבילת ידיהם של בתי־המשפט מלפתח סייגים לאחריות הפלילית עלולה לדחוף אותם לעשות שימוש נרחב בסייג זה של זוטות כל־אימת שמן הראוי יהיה — לדעתם — לשלול את האחריות הפלילית בגין מעשה, אף שהוא מתאים להגדרתה של העבירה. התוצאה תהיה כי סייג הזוטות ילכש ממדים רחבים מאלה הראויים לו.

2. פרשנות

הגשמתו המלאה של עקרון החוקיות בתחום הפלילי מחייבת להטיל הגבלות גם על האופן שבו יש לפרש איסור פלילי. במקרים שבהם יש יותר מפירוש אחד סביר לאיסור, על הפרשן לבחור את הפירוש המצמצם את רוחב האיסור. ההנחה היא, כי נטייתו הטבעית של האדם היא לפרש את האיסורים המכוונים כלפיו באופן המעניק לו מרחב גדול יותר של חירות. אם רוצים להגביל מרחב זה של חירות, על המתקן — כך מורה לנו העיקרון של אזהרה הוגנת — לעשות זאת בצורה מפורשת שאינה משתמעת לכמה פנים²⁰.

הכלל של פרשנות מצמצמת היה מקובל על בתי־המשפט שלנו²¹, אולם בתקופה מאוחרת יותר כפרו בתי־המשפט לפעמים בתפישה כי יש לפרש את האיסור הפלילי על דרך הצמצום²². הצעת החוק מחזירה לכלל הפרשנות המצמצמת את מעמדו הקודם. סעיף 57 להצעה קובע:

ניתן דין לפרושים סבירים אחדים, יוכרע העניין לפי הפרוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית.

ההצעה חוזרת ומשקפת את התפישה, כי עקרון החוקיות מטיל אילוצים מיוחדים על דרכי הפרשנות בתחום הפלילי, אלא שספק בעיני אם האופן שבו משקף סעיף 57 את התפישה האמורה הוא אכן מוצלח. יש הבדל משמעותי בין בחירה בפירוש

19 על משמעות סייג זה אעמוד בהמשך, בסעיף המסיים רשימה זו.
20 M. Kremnitzer, "Interpretation in Criminal Law" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 385; פלר (לעיל, הערה 9), 19-17; לוי ולדרמן (לעיל, הערה 9), 84-75.
21 ע"פ 52/63 ה"ה"מ נ' פייגנבאום, פ"ד יז(2) 1081, 1086; ע"פ 127/51 קארה נ' ה"ה"מ, פ"ד ו 303, 305; בג"צ 69/59 רוזן נ' רשם בית המשפט המחוזי בתל־אביב, פ"ד ד 623, 630; ע"פ 281/66 פרג' נ' מ"י, פ"ד כ(4) 477, 484.
22 "חוק פלילי, כמו כל חוק אחר, אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה, אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה". השופט ברק בע"פ 587/79 מוזרחי נ' מ"י, פ"ד לה(4) 421, 427; ראה גם ע"א 151/84 חברת החשמל נ' פרשט, פ"ד לט(3) 1, 6, וכן א' ברק, "פרשנות ושפיטה — יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י (תשמ"ה) 467. לביקורת על עמדה זו ראה Kremnitzer (לעיל, הערה 20); ש' אגונט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד) 233, 241; ש"ז פלר, "ברית ממשורות חוקית במחל? — עיוני משפט ח 630-637, 639; מ' קרמניצר, "ברית ממשורות חוקית במחל? — הערה נוספת" עיוני משפט י 195; ש"ז פלר, "בכונה לפגוע" כסימן יחוד של העבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, גישה פרשנית — עד היכן ועל סמך מה? משפטים יז (תשמ"ה) 439; א' לדרמן, "מטרת החקיקה, המטריה הנורמטיבית והפרשנות בפלילים" הפרקליט לו (תשמ"ז) 159.

המצמצם את היקף האיסור, כפי שמתחייב מעקרון החוקיות, לבין הכרעת "העניין לפי הפרוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות הפלילית" – כלשון סעיף 57 להצעה. וההבדל איננו סמנטי בלבד. להמחשת עניין זה ניתן להיעזר בפסק-הדין בר"שלוס.²³

בפרשה זו החנה המערער את רכבו במרכזה של העיר רמת-גן בשעה 13.00, בצד תמרור המסמן כי החניה אסורה בשעות "07.00-19.00". המערער הורשע בעבירה של החניית רכב במקום ובשעות האסורים לחניה. טענתו היתה, כי הוא קרא את התמרור מימין לשמאל (כפי שאכן יש לקרוא מספרים בעברית) ולפיכך האמין כי החניה באזור אסורה החל מהשעה 19.00 בערב ועד השעה 07.00 בבוקר שלמחרת. בתי-המשפט בערכאות הקודמות דחו את טענתו מהנימוק שאין זה הגיוני לפרש את התמרור כאוסר חניה במרכז העיר דווקא בשעות-הלילה. לעומת זאת, בית-המשפט העליון פסק כי יש לזכות את המערער, שכן

מחובת הרשות בבואה להציב תמרור כנ"ל להבליט כוונתה בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, כך שהכתוב על התמרור לא יצריך פרושים מצד הנהג והוא לא יהא חייב להרהר בדבר משמעותו.²⁴

פרופ' פלר רואה בעמדתו של בית-המשפט העליון בפרשה זו "דוגמא מאלפת, ואולי אף קיצונית, להפעלת הכלל של פרשנות דווקנית"²⁵. את הנמקתו של בית-המשפט הוא מבין כקובעת, כי

משניתן היה לפרש את ההוראה הכתובה על התמרור שתי פרשנויות העולות מלשונה – שאחת מהן היא כי החניה אסורה דווקא בשעות הלילה, והנאשם נהג לפיה – אזי אין לראות בהתנהגותו משום עבירה פלילית...²⁶

במקרה זה הפירוש כי החניה אסורה דווקא כלילה אכן מקל עם הנאשם הספציפי שעמד לדיון, ברוח סעיף 57 להצעה. אולם פירוש של הוראת חוק – לעניינו, התמרור – איננו יכול להיות מוגבל למקרה הקונקרטי העומד לדיון. הפרשנות של כל הוראת חוק, לרבות זו של התמרור, חייבת להתאים לכל המקרים שלגביהם יש תחולה להוראה זו. סבירותה של הפרשנות חייבת אפוא להיבדק לפי כלל המקרים שעליהם הוראת החוק עשויה לחול. ההבחנה המתבקשת היא בין הפרשנות הנכונה של התמרור לבין התחשבות באמונתו של הנאשם לגבי פרשנות זו. אם מתעלמים מאמונתו הספציפית של הנאשם, אין ספק כי בהוראה האמורה להסדיר את כלל המקרים של חניה באזור הפרשנות הסבירה היחידה של התמרור היא כי איסור החניה הוא בשעות-היום: החל מהשעה 07.00 ועד השעה 19.00. מאחר שזהו הפירוש היחיד הסביר, אין גם תחולה לכלל הפרשנות המצמצמת שהוא כלל הכרעה בין כמה פירושים סבירים. ההנחה של המערער כי התמרור אוסר חניה

23 ע"פ 281/60 בר"שלוס נ' מ"י, פ"ד כג(2) 85.

24 עמ' 86.

25 פלר (לעיל, הערה 9), 19.

26 שם.

דווקא בלילה משמעותה כי המערער טעה בפירוש התמור. אם רוצים להתחשב בפירוש המוטעה, משום שהוא רגיל לקרוא מספרים מימין לשמאל ואין הוא "חייב להרהר בדבר משמעותו" של התמור (ברוח דבריו של בית המשפט העליון) – הדרך היחידה לעשות זאת היא במסגרת ההגנה של טעות בפירוש החוק. אלא שהגנה כזו אינה מוכרת במשפטנו. הדרך האחרת שהיתה מביאה לזיכוי של המערער היתה להכריז על התמור כבטל מעיקרו בשל חוסר-הבהירות שבו. הכרזה כזו היתה גם היא תואמת את עקרון החוקיות המחייב להגדיר את האיסור הפלילי באופן ברור, כך שיוכל למלא את תפקיד האזהרה ההוגנת. ואכן, בית המשפט העליון הדגיש את חובת "הרשות בבואה להציב תמור כנ"ל להבהיר את כוונתה בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים" ועם זאת לא מצא לנכון להכריז על בטלות התמור.²⁷

לענייננו חשוב להדגיש, כי הכלל של פרשנות מצמצמת מחייב לבחור בפירוש שיצמצם את היקף האיסור לגבי כלל המקרים שהאיסור אמור לחול עליהם; וכפי שהובהר, פירוש כזה אינו בהכרח ה"פרש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית" – כלשון סעיף 57 להצעה. מן הראוי אפוא לשנות את ניסוחו של סעיף זה בהצעה כך שיתן ביטוי הולם לכלל הפרשנות המצמצמת. השאלה אם נוסף על כלל זה ראוי להכיר גם בפירוש המוטעה של "מי שאמור לשאת באחריות פלילית" נגזרת מהתנאים שבהם יש להכיר בטעות בפרשנות החוק הפלילי כהגנה.²⁸

3. תחולה במקום

פרק ג להצעה מסדיר, בסעיפים 7-17, את "תחולת דיני העונשין לפי מקום עשיית העבירה". ההבחנה הבסיסית היא בין עבירות-פנים, המתבצעות כולן או מקצתן בתחום הטריטוריה של המדינה (סעיף 7 להצעה), לבין עבירות-חוץ שהתבצעו מחוץ לתחום השיפוט של המדינה (סעיפים 13-17 להצעה). התחולה הטריטוריאלית של דיני-העונשין לגבי כל עבירות-הפנים – כאמור בסעיף 12 להצעה – אינה מחייבת הצדקה מיוחדת. לעומת זאת, לגבי עבירות חוץ נדרשת זיקה שתצדיק את החלתם של דיני-העונשין שלנו גם על עבירות שבוצעו מחוץ לטריטוריה. התחולה האקסטריטוריאלית של דיני-העונשין לגבי עבירות-חוץ מוסדרת בהצעה בהתאם לזיקות השונות, מתוך גישה שיטתית המניחה כי יש מקום ל"יחס היררכי" בין התחולות.²⁹ – יחס הבא לידי ביטוי בין השאר על-ידי אפיון שונה של התחולות. גישה שיטתית כזו חסרה במשפטנו היום, והאופן שבו מוסדרת התחולה האקסטריטוריאלית של דיני-העונשין שלנו בסעיפים 4-11 לחוק העונשין הוא מאוד לקוי.³⁰

סקירה מקיפה של ההסדרים המוצעים לגבי החלתם של דיני-העונשין בהתאם למקום ביצוע העבירה תוך הדגשת השינויים שהוכנסו בהצעה בהקשר זה היתה

27 בעקבות פסק-הדין שונו התמורים, ואיסור התנייה נקבע במפורש על-ידי הציון "מהשעה... ועד השעה..."

28 להלן, סעיף ב בפרק הון בסיגים לאחריות פלילית.

29 דברי ההסבר, עמ' 117.

30 לדיון נרחב בהסדרים אלה תוך ביקורת עליהם ראה פלו (לעיל, הערה 9), 274-336.

חורגת בהיקפה מהאפשרי במסגרת רשימה זו. אסתפק אפוא בכך שאצביע על התפישות המרכזיות המשתקפות בהסדר המוצע לגבי החלתם של דיני-העונשין על עבירות-חוץ³¹, ואדגיש אותם היבטים בהסדר המוצע המחייבים, לדעתי, תיקון. סעיף 13 להצעה מסדיר את התחולה הפרוטקטיבית³², המבוססת על הזיקה שבין העבירה לבין המדינה: העבירה שנעברה מחוץ לשטח המדינה היתה מיועדת לפגוע באחד הערכים החיוניים לעצם קיום המדינה, כגון ביטחון המדינה, סדרי המשטר במדינה, הפעילות התקינה של רשויותיה, כלכלת המדינה וערכים נוספים המפורטים בסעיף 13(א). סעיף 13(ב) להצעה מבהיר, כי במסגרת התחולה הפרוטקטיבית יש לכלול גם עבירות-חוץ נגד

- (1) חיי אזרח ישראלי, תושב ישראל או עובד הציבור, גופו, בריאותו, חירותו או רכושו, באשר הוא כזה;
- (2) חיי יהודי, גופו, בריאותו, חירותו או רכושו, באשר הוא יהודי, או רכוש מוסד יהודי, באשר הוא כזה.

הדרישה היא כי הפגיעה באזרח, בתושב או בעובד-הציבור הישראלים לא היתה מקרית, אלא נעשתה דווקא בשל שייכותם למדינת ישראל. ההנחה היא, כי ניתן לפגוע במדינה עצמה באמצעות פגיעה ב"מי שמייצג אותה או מהווה חלק ממנה"³³. בשל העובדה שמדינת ישראל היא מדינתו של העם היהודי, ההצעה מניחה כי גם פגיעות ביהודים או במוסדות יהודיים, באשר הם כאלה, הן בגדר פגיעה במדינה. אין ספק, כי במסגרת התחולה הפרוטקטיבית יש לכלול גם פיגועים המתבצעים מחוץ לשטח המדינה והמכוונים כלפי ישראלים באשר הם כאלה. לעומת זאת, משמעותן של הפגיעות ביהודים, באשר הם יהודים, יותר מורכבת. יש שפיגועים כלפי יהודים נעשים במסגרת המאבק נגד מדינת ישראל ובשל הזיהוי של המדינה כמדינת העם היהודי³⁴. במקרים אלה מוצדק לראות את הפגיעה ביהודים כפגיעה במדינה עצמה, שהתגובה העונשית לה נעשית במסגרת התחולה הפרוטקטיבית של דיני-העונשין שלנו. אולם הרקע לפגיעה ביהודים, באשר הם יהודים, יכול לנבוע ממניעים אנטישמיים שאין בינם ובין עצם המאבק נגד מדינת ישראל ולא כלום. מקרים אלה יש להוציא מגדר התחולה הפרוטקטיבית, ולמרות הרגישות המובנת שיש לנו כלפי מצבים כאלה, ספק רב אם ניתן יהיה להצדיק את החלתם של דיני-העונשין שלנו על פגיעות ביהודים ברחבי העולם שנעשו מתוך "שנאת יהודים". במישור המשפטי הפורמלי מדינת ישראל אינה מחויבת להגן על היהודים שמחוץ לשטחה שנפגעו בשל היותם יהודים. ואכן, בהקשר אחר ההצעה עצמה נותנת ביטוי לרעיון זה: סעיף 14 להצעה מחיל, בתנאים מסוימים, את דיני-העונשין שלנו על עבירות שבוצעו כלפי אזרחים או תושבים ישראלים מחוץ לשטח המדינה.

31 לגבי עבירות-פנים יש לשים לב לסעיף 7(א)(2) להצעה, המרחיב את הגדרתן של עבירות-פנים גם לגבי "מעשה הכנה לעבור עבירה, נסיון, נסיון לשדל אחר, או קשירת קשר לעבור עבירה, שנעשו מחוץ לשטח ישראל, ובלבד שהעבירה, כולה או מקצתה, היתה אמורה להעשות בתוך שטח ישראל".

32 המוסדרת כיום בסעיף 5 לחוק העונשין.

33 דברי ההסבר, עמ' 120.

34 כזו היתה הפגיעה הרצחנית בילדי בית-הספר היהודי באנטוורפן.

ההנחה כאן היא שהפגיעה היתה מקרית, והחלתם של דיני-העונשין שלנו משקפת את מחויבותה של המדינה להגן על אזרחיה ותושביה גם כשהם מצויים מחוץ לשטח המדינה. אין בהצעה הסדר דומה לגבי פגיעות מקריות שנעשו ביהודים מחוץ לשטח המדינה, משום שישראל אינה רואה עצמה כמחויבת להגן עליהם. הדין לגבי פגיעות ביהודים, באשר הם יהודים, שנעשו בלא תלות במאבק נגד מדינת ישראל, צריך, לדעתי, להיות זהה. במסגרת התחולה הפרוטקטיבית יש אפוא להגביל את סעיף 13(ב)(2) לפגיעות נגד יהודים או מוסדות יהודיים, שנעשו כחלק מהמאבק נגד מדינת ישראל.

התחולה הפרוטקטיבית בהתאם להצעה היא תחולה "חזקה": מבחינת ברירת הדין היא משתווה לתחולה הטריטוריאלית. בשני ההקשרים יחולו דיני-העונשין שלנו בלי להתחשב בכל טענה המבוססת על דין זר (סעיף 9 להצעה). כשמדובר בתחולה הפרוטקטיבית, המשמעות המעשית של הסדר זה היא שדיני-העונשין של ישראל יחולו על המעשה גם אם אין הוא עבירה במקום שבו בוצע, ואף אם הנאשם כבר הועמד לדין ונשפט על העבירה במקום ביצועה, וזאת בכפוף לאמור בסעיף 13 להצעה שלפיו "נשא אדם עונש בחוץ לארץ על עבירה או היה נתון שם במעצר בשלה, ינוכו העונש או תקופת המעצר מן העונש שעליו לשאת בארץ בשל אותה עבירה". חוסר התחשבות בדין הזר מקשה על מצבו של הנאשם, העלול להישפט יותר מפעם אחת בגין אותו מעשה. ואכן, ההצעה מייחדת את חוסר-ההתחשבות בדין הזר לתחולה הטריטוריאלית והפרוטקטיבית בלבד.³⁵ בשני ההקשרים ההצדקה לחוסר-ההתחשבות זה היא דומה ונובעת מההנחה כי המדינה, ורק היא, זכאית להחליט כיצד ראוי להגיב על פגיעות שנעשו בשטחה או שהיו מכוונות כלפיה אף אם נעשו מחוץ לתחומה. בהקשר לתחולה הטריטוריאלית, "זכות" זו של המדינה נובעת מרעיון הריבונות שלפיו כל המצוי בשטח המדינה מכפיף את עצמו לדיניה. כשמדובר בתחולה הפרוטקטיבית, ניתן לראות בנאשם שבחר לפגוע במדינה כמי שהכפיף את עצמו למעשה לדיני-העונשין שלה אף אם הוא עושה זאת מחוץ לשטחה.

ההבדל בין התחולה הטריטוריאלית לבין זו הפרוטקטיבית מתמקד בהיקף העבירות לגביהן יש לדיני-העונשין שלנו תחולה. התחולה הטריטוריאלית חלה על כלל העבירות שבוצעו בשטח המדינה, ואילו התחולה הפרוטקטיבית מוגבלת לעבירות שהיו מכוונות לפגוע באחד הערכים החיוניים לעצם קיומה של המדינה. סעיפים 14-15 להצעה מבוססים על זיקה של אזרחות או תושבות: סעיף 14 מאפשר להחיל את דיני-העונשין שלנו על עבירות-חוץ מסוימות שבוצעו נגד אזרח או תושב ישראלי³⁶, וסעיף 15 מסדיר את החלת דיני-העונשין שלנו על עבירות-חוץ שבוצעו על-ידי אזרח או תושב ישראלי³⁷. בשני ההקשרים החלת דיני-העונשין שלנו מחייבת התחשבות בדין המקום שבו בוצעה העבירה. המשמעות המעשית היא, כי דיני-העונשין הישראליים יחולו רק אם:

35 לעומת זאת, במצב הקיים כיום גם התחולה האוניברסלית, כפי שזו מוגדרת בסעיף 4 לחוק העונשין.

אינה מתחשבת בדין הזר. ראה הדין בתחולה זו בהמשך.

36 תחולה המוסדרת היום בסעיף 7 לחוק העונשין.

37 היום מוסדרת תחולה זו בסעיפים 6, 7א ו-8 לחוק העונשין.

- (1) [העבירה] היא עבירה גם לפי דיני אותה מדינה;
 (2) אין חל לגבי העבירה סייג לאחריות פלילית לפי דיני אותה מדינה;
 (3) האדם לא זוכה כבר ממנה באותה מדינה, או אם הורשע בה, לא נשא את העונש שהוטל עליו בשלה³⁸.

כמו־כן

לא יוטל בשל העבירה עונש חמור מזה שניתן היה להטיל לפי דיני המדינה בה נעברה העבירה³⁹.

כשמדובר בעבירות נגד אזור או תושב ישראלי, ההתחשבות בדין המקום שבו בוצעה העבירה מובנת מאליה: הנאשם כפוף בראש-ובראשונה לדיני המקום שבו הוא ביצע את העבירה, ולא ייתכן כי מצבו ישתנה לרעה רק משום שהאדם שבו פגע היה במקרה אזור או תושב ישראלי⁴⁰. לעומת זאת, כשהנאשם הוא אזור או תושב ישראלי, ניתן היה אולי לקוות כי הוא יפנים את האיסורים הפליליים המשקפים את תפישות החברה שהוא משתייך אליה וימנע מלעבור על איסורים אלה גם כשהוא נמצא מחוץ לגבולות המדינה, ואף אם במקום הימצאו אין ההתנהגות בגדר עבירה⁴¹. אולם ההצעה משקפת את העמדה שלפיה לא יהיה זה הוגן להגביל את התנהגותם של אזרחים או תושבים שלנו כשהם מצויים מחוץ לשטח המדינה באופן שיחייב אותם להתנהגות שונה מזו הנהוגה במקום במקרים שבהם ההתנהגות אינה עבירה שם. כשהם יוצאים מחוץ לשטח המדינה, החובות הפורמליות המוטלות עליהם יהיו בהיקף המכתיב דין המקום שבו הם מצויים.

ההבדל בין ההתייחסות לעבירות המתבצעות כנגד אזרחים או תושבים ישראליים מחוץ לשטח המדינה לבין היחס לאזרחים ולתושבים המבצעים עבירות מחוץ לשטח המדינה בא לידי ביטוי בהיקף העבירות שלגביהן יש לדיני-העונשין של המדינה תחולה. בהתאם לסעיף 14 להצעה, התחולה מוגבלת לעבירות-חוץ נגד החיים, הגוף, הבריאות או החירות, של אזור או תושב ישראלי ש"העונש המירבי עליהן הוא מאסר שנה או יותר". ביסוד הגבלה זו מצויה ההנחה, כי המחויבות של המדינה להגן על אזרחיה או תושביה שיצאו את תחום השיפוט שלה שונה מההגנה שהיא מספקת למי שמצוי בתחומה. הגנתם של הראשונים מסורה קודם-כול למדינה שבשטחה הם מצויים. מדינת-האם תתגייס להגנת אזרחיה ותושביה המצויים מחוץ לשטחה רק במקרים של פגיעות בעלות איכות (למעט, למשל, פגיעות רכוש) וחומרה מיוחדת. לעומת זאת, סעיף 15 להצעה מחיל את דיני-העונשין שלנו על כל עבירה מסוג פשע או עוון שבוצעה על-ידי אזור או תושב ישראלי מחוץ לשטח

38 סעיף 14(ב) להצעה, שאומץ גם בסעיף 15(ב) בסייג אחד: על עבירה של ריכוז נישואין שעבר אזור או תושב ישראלי מחוץ לשטח המדינה ניתן להחיל את דיני-העונשין שלנו, גם אם המעשה אינו עבירה במקום שבו נערכו הנישואין.

39 סעיף 15(ג).

40 כפי שהובהר לעיל, מדובר בפגיעות מקריות בישראלים.

41 הדימוי המקובל הוא של מי שנושא עמו את ספר החוקים הפליליים לכל מקום שאליו הוא הולך.

המדינה. האינטרס של המדינה שאזרחיה ותושביה לא יעברו עבירות גם כשהם מצויים מחוץ לשטחה נוגע ליחסיה החוץ של המדינה: ביצוע עבירה על־ידי אזרח או תושב המדינה מכתיב את שם המדינה. למדינת־האם יש מחויבות כלפי המדינה שבשטחה בוצעה העבירה להגיב על ביצועה, במיוחד במקרים שבהם מדינת־האם מסרבת להסגיר את אזרחיה⁴². לשיקול זה מתווסף גם השיקול הפנימי שלפיו יש ערך חינוכי בדרישה כי האזרחים והתושבים של המדינה לא יפרקו עול בצאתם מחוץ למדינה. אמנם, ראינו כי במקרים שבהם המעשה אינו בגדר עבירה במקום שבו הם מצויים לא יהיה זה הוגן לדרוש מהם להוציא את עצמם מהכלל ולהימנע מההתנהגות המותרת שם; אולם המדינה זכאית לדרוש מאזרחיה שלא יפרו איסורים המוטלים עליהם על־ידי שתי מערכות־המשפט.

לעניין זה מתחייבת הערה לגבי מיקומם של הסעיפים בהצעה המסדירים את החלתם של דיני־העונשין לגבי עבירות־חוץ שבוצעו כנגד אזרחים או תושבים ישראלים (סעיף 14) או שבוצעו על־ידי אזרחים או תושבים ישראלים (סעיף 15). מדברי ההסבר להצעה עולה כי

סדר התחוללות כפי שהוא מופיע בהצעה... איננו מקרי, אלא משקף בסדר יורד את היחס ההירארכי, מבחינת אינטרס המדינה, בין התחוללות⁴³.

ראינו כי האינטרס של המדינה להחיל את דיני־העונשין שלה על עבירות־חוץ שבוצעו על־ידי אזרחים או תושבים ישראלים (סעיף 15 להצעה) חזק מזה הנוגע לתחלתם של דינים אלה על עבירות־חוץ שבוצעו נגד אזרחים או תושבים ישראלים (סעיף 14). הבדל זה בא לידי ביטוי בהצעה עצמה הקובעת היקף עבירות מוגבל יותר למקרים שבהם העבירה בוצעה כנגד אזרח או תושב המדינה. כיוון שכך, מן הראוי היה לשנות את סדר הסעיפים שבחצעה בהקשר זה.

להיקף ההסדר שבסעיף 15 להצעה, בהשוואה לזה שבסעיף 14, יש היבט נוסף: בהבדל מסעיף 14, ואף מהמצב הקיים היום⁴⁴, זיקת האזרחות או התושבות המצדיקה את החלתם של דיני־העונשין מכוח סעיף 15 אינה נקבעת בהתאם ליום ביצוע העבירה. סעיף 15 קובע, כי

דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירת חוץ מסוג פשע או עוון, שנעברה בידי אדם, שהיה בשעת עשיית העבירה או לאחר מכן, אזרח ישראלי או תושב ישראל... (ההדגשה הוספה).

ספק בעיני אם ניתן להצדיק את החלתם של דיני־העונשין שלנו גם על מי שהפכו לאזרחים או לתושבים לאחר שביצעו את העבירה מחוץ לשטח המדינה. הרגע הקובע את מהות התופעה העבריינית ואת התגובה העונשית ההולמת הוא,

42 ראה סעיף 1א לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954, שנתוסף לחוק בשנת 1978, ס"ח 881 התשל"ח-1978, עמ' 52.

43 עמ' 117.

44 סעיף 7א לחוק העונשין.

כידוע, רגע ביצוע העבירה⁴⁵; אולם בעת שביצעו את העבירה לא היה למדינה כל אינטרס או ציפייה שהם יפנימו את הערכים המקובלים במדינה ויימנעו מלהפר את דיני-העונשין שלה (שיקול פנים). מהי אפוא ההצדקה המצויה בידי המדינה לבוא חשבון עם אזרחיה או תושביה על עבירות שבוצעו קודם שהיתה להם שייכות למדינה? ביצוע העבירה קודם שהיתה להם שייכות למדינה אף אינו יכול להכתיב את שם המדינה ולהעביב על יחסיה עם המדינה שבשטחה בוצעה העבירה (שיקול חוץ). הטיעון היחיד שיכול היה אולי להסביר הרחבה זו נוגע לרתיעה של המדינה להסגיר את אזרחיה, אולם כשמדובר במי שהפך לאזרח (קל-חומר תושב) לאחר ביצוע העבירה, אין לרתיעה זו כל עיגון במשפטנו: סעיף 1א לחוק ההסגרה, תשי"ד-1954⁴⁶, קובע כי

לא יוסגר אזרח ישראלי אלא בשל עבירה שעבר לפני שהיה לאזרח ישראלי.

סעיף 16 להצעה מסדיר את התחולה האוניברסלית של דיני-העונשין על עבירות נגד משפט-העמים⁴⁷. לעבירות אלו אין זיקה ישירה לישראל, ובהחלת דיני-העונשין שלה לגביהן פועלת ישראל כנציגה של הקהילה הבינלאומית. הסעיף איננו מפרט את העבירות הנכללות בתחולה זו, אלא מסתפק בהוראת הפניה ל"עבירות חוץ אשר מדינת ישראל התחייבה, באמנות בינלאומיות ופתוחות להצטרפות, להעניש עליהן". טכניקה זו נבחרה כדי להבטיח, כי בניגוד למצב הקיים היום תהא התאמה בין מחויבותיה הבינלאומיות של ישראל להעניש על עבירות נגד משפט-העמים לבין תחולתם של דיני-העונשין שלה על עבירות אלו. במונחים של עקרון החוקיות, טכניקה זו היא בעייתית. אמנם, העבירות עצמן מוכרות וייתכן שאף מוגדרות במישור הבינלאומי, אולם החלת דיני-העונשין שלנו על עבירות אלו מחייבת כי גם במישור הפנימי יינתן ביטוי חקיקתי מפורט לעבירות אלו.

להבדיל מהמצב הקיים היום, התחולה האוניברסלית, כאמור בסעיף 16(ב) להצעה, כפופה לדין הזר: לא ניתן להעמיד לדין מכוח תחולה זו נאשם שכבר נשפט⁴⁸. עם זאת, אין הכרח כי המעשה יהיה עבירה במקום שבו בוצע. הדרישה לפליליות כפולה באה על סיפוקה "מכח היות המעשה עבירה בניגוד למשפט העמים"⁴⁹. הבעיה היא, שסעיף 16(ב) להצעה בהקשר זה איננו עקיב: הוא מוותר על דרישת הפליליות הכפולה, אך לא על הדרישה כי בית-המשפט לא יחרוג מהעונש "שניתן היה להטיל לפי דיני המדינה בה נעברה העבירה"⁵⁰. במקרים שבהם המעשה אינו עבירה במקום שבו הוא בוצע, דרישה זו אינה ישימה; ואילו במקרים שבהם המעשה הוא עבירה גם לפי דין המקום שבו הוא בוצע, לא ברור שיש להתחשב תמיד בדין הפנימי של מדינה זו לעניין חומרתה של העבירה.

45 ראה להלן, הדין בתחולת דיני-העונשין לגבי זמן ביצוע העבירה.

46 לעיל, הערה 42.

47 היום מוסדרת תחולה זו בסעיף 4 לחוק העונשין.

48 כאמור בסעיף 14(ב)(3), שאליו מפנה סעיף 16(ב).

49 דברי ההסבר, עמ' 122.

50 כאמור בסעיף 14(ג), שאליו מפנה הוראת סעיף 16(ב).

הרי אין הכרח כי דין המקום שבו נעשה המעשה ישקף את החומרה המיוחדת לעבירה זו על-ידי משפט-העמים. בעיה דומה עשויה להתעורר במקרים שבהם הנאשם כבר נשפט על-ידי מדינה מסוימת, שדיניה הפנימיים סוטים בצורה ממשית מהאופן שבו נתפשת העבירה בעיני משפט-העמים. ייתכן כי גם במקרים אלו ראוי לאפשר למדינה אחרת – לענייננו, ישראל – לפעול כנציגה של הקהילה הבינלאומית ולהחיל על המעשה את דיני-העונשין שלה, אם הם אכן משקפים את התפישות הבינלאומית לגבי המעשה. ייתכן אפוא, כי מן הראוי היה להגביל את ההתחשבות בדין הזר למקרים שבהם דין זה משקף את המהות המיוחדת למעשה במשפט-העמים.

ברברי ההסבר להצעה הובהר, כי ההתחשבות בדין הזר במסגרת התחולה האוניברסלית התאפשרה בעקבות "טיהור" התחולה האוניברסלית ממה שלא שייך לה⁵¹.

הכוונה היתה בעיקר לפשעים כלפי העם היהודי לפי סעיף 1 לחוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"ז-1950, הכלולים כיום במסגרת התחולה האוניברסלית⁵². ההנחה של המציעים היא, כי עבירות אלו תיכללנה בגדר התחולה הפרוטקטיבית. הכללת פשעי הנאצים כלפי היהודים בתחולה הפרוטקטיבית מאפשרת להחיל את דיני-העונשין שלנו לגביהם בלא להתחשב בכל דין זר, כיאה לרגישות המיוחדת של ישראל לפשעים אלה. רגישות זו מיטשטשת כרגע שכוללים את הפשעים כנגד העם היהודי בתחולה האוניברסלית לצד פשעים אחרים נגד האנושות שאין להם כל זיקה למדינת ישראל. אלא שהכללת פשעי הנאצים נגד העם היהודי במסגרת התחולה האוניברסלית כפי שהיא היום איננה מקרית: היא מיועדת להתגבר על הבעיה בהחלתם הרטרואקטיבית של דיני-העונשין שלנו על פשעים שבוצעו עוד לפני הקמת המדינה. מאחר שבעת עשייתם פשעי הנאצים היו עבירות נגד משפט-העמים, הקהילה הבינלאומית היתה רשאית להגיב על ביצוען של עבירות אלו על-ידי העמדתם לדין של הפושעים הנאצים. התגובה של הקהילה הבינלאומית בעניין זה נעשתה הן על-ידי הקמת בתי-דין בינלאומיים מיוחדים ששפטו את הפושעים הנאצים⁵³ הן על-ידי הסמכתן של מדינות החברות בקהילה הבינלאומית להעניש בשם הקהילה פושעים אלה. למעשה, ובשל הקושי בהקמת בתי-דין מיוחדים, כל מדינה המצטרפת לקהילה הבינלאומית נקראת לפעול בשם הקהילה ולהעמיד לדין מי שביצע עבירות נגד משפט-העמים – יהיה רגע הצטרפות המדינה לקהילה הבינלאומית אשר יהיה. לפיכך, במסגרת התחולה האוניברסלית, המשקפת את מחויבותה של המדינה להגיב בשם הקהילה הבינלאומית, רשאית המדינה להחיל את דיני-העונשין שלה גם על עבירות שבוצעו קודם להצטרפותה לקהילה הבינלאומית. לעומת זאת, במסגרת התחולה הפרוטקטיבית ספק אם ניתן להצדיק החלה רטרואקטיבית של דיני-העונשין של המדינה על עבירות שבוצעו עוד קודם שהוסדרה תחולה זו בחוק ואף לפני קום המדינה שעל עצם קיומה

51 עמ' 122.

52 דברי ההסבר, שם, מפנים בהקשר זה גם לסעיף 4(2) לחוק הטיס (עבירות ושיפוט), התשל"א-1971, המתניח לעבירות כנגד "נכס של אזרח ישראלי או תושב ישראל באשר נכס כאמור".

53 משפטי גירנברג וטוקיו.

מיועדת תחולה זו להגן. לעניין זה צריך לזכור, כי מכוח התחולה הפרוטקטיבית ניתן להחיל את דיני העונשין שלנו גם על מעשים שלא היו עבירה במקום עשייתם, אף לא מכוח משפט העמים. החלה רטרואקטיבית של דיני העונשין מכוח התחולה הפרוטקטיבית עומדת אפוא בסתירה מפורשת לעיקרון האוסר להעניש על מעשים שהיו מותרים בעת עשייתם.

מהדיון דלעיל משתמע, כי לכל הסדר לגבי החלת דיני העונשין של ישראל על פשעי הנאצים יהיה היבט חריג. מאחר שהיום כלולים פשעים אלה במסגרת התחולה האוניברסלית, המעמד שניתן לתחולה זו במשפטנו הוא חריג ומשתווה לזה של התחולה הפרוטקטיבית: היום ניתן להחיל את דיני העונשין שלנו מכוח התחולה האוניברסלית בלי להתחשב בכל דין זר; וזאת לגבי כל עבירה כנגד משפט העמים, אף אם אין לה כל זיקה אחרת לישראל. כפי שמוצע בהצעה, הכללת פשעי הנאצים כלפי העם היהודי בתחולה הפרוטקטיבית עומדת בסתירה לעקרון החוקיות, כפי שבא לידי ביטוי בהצעה עצמה⁵⁴, האוסר החלה למפרע של דיני העונשין. דומני, כי אולי בשלה השעה לקבוע במפורש שהחלתם של דיני העונשין שלנו על פשעי הנאצים כלפי העם היהודי היא מיוחדת במינה וחורגת מההסדרים האחרים. קביעה כזו תשקף הן את חריגותם של הפשעים והן את זיקתם המיוחדת לישראל.

4. תחולה בזמן

סעיף 3 להצעה מכריז על העיקרון הבסיסי⁵⁵, שלפיו אין להחיל נורמה פלילית היוצרת עבירה על מעשים שנעשו לפני היכנסה של הנורמה לתוקף⁵⁶. בהבדל מהמצב כיום, שלפיו כל נורמה פלילית אינה חלה למפרע⁵⁷, מבחינה ההצעה בין נורמה פלילית מחמירה לבין זו המקלה. העיקרון של אי-תחולה למפרע חל לגבי נורמה היוצרת עבירה או מחמירה את העונש הצפוי בגינה⁵⁸, אך לא לגבי נורמה המבטלת עבירה או מקלה את האחריות בגין העבירה. סעיף 4 להצעה, המסדיר את המקרים של "ביטול העבירה לאחר עשייתה", קובע:

נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה — תתבטל האחריות הפלילית לעשייתה; ההליכים שהוחל בהם — יופסקו; ניתן גזר-דין — יופסק ביצועו; ולא יהיו עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה.

סעיף 5 להצעה, הודן בשינוי לגבי חומרת האחריות, מבחין בין שני שלבים: עד למתן פסק-דין חלוט, "יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה" — כלשון סעיף 5(א)⁵⁹; ואילו בשלב שבו כבר ניתן פסק-דין סופי וכדי להימנע מפתיחה

54 בסעיף 3 המובא להלן, בהערה 56.

55 לדיון נרחב בסוגייה זו ראה פלר (לעיל, הערה 9), 233-220.

56 הסעיף קובע: "חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדן".

57 סעיף 22(3) לחוק הפרשנות, התשנ"א-1981.

58 סעיף 3 להצעה שהובא לעיל, בהערה 56; וכן סעיף 5, שיובא בהמשך.

59 הנוסח המלא של סעיף 5(א) הוא: "נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק דין חלוט לגביה, חל בחיקוק שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה; 'אחריות לה' — לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה".

מחודשת של הליכים פליליים, ההתחשבות בדין המקל מוגבלת למקרים שבהם העונש שנגזר על נאשם בפסק-דין סופי היה חמור מן העונש המרבי הקבוע בחיקוק המקל. במקרים אלה "יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה"⁶⁰.

לפי דברי ההסבר, ההתחשבות בדין המקל "מעוגנת היטב במדיניות ענישה דינאמית ההולמת חברה מתקדמת"⁶¹. לפי גישה זו, הענישה חייבת לשקף את השינויים שחלו בתפישת החברה את המעשה. אם החברה הגיעה למסקנה כי אין זה ראוי להמשיך ולאסור עשיית מעשה מסוים, אין גם הצדקה להמשיך בתגובה עונשית לגבי המעשה, אף אם העושה עשה אותו עוד בהיותו אסור. כמרכן אין הצדקה להשאיר על כנו עונש, שהחברה תופשת אותו כחמור מדי, במידתו או בסוגו. הדוגמא המשכנעת ביותר בהקשר זה היא זו של ביטול עונשי-המוות על עבירות הרצח. קשה להעלות על הדעת, כי חברה שהגיעה למסקנה שראוי לבטל את עונשי-המוות על עבירות הרצח תמשיך להטיל עונש זה על מעשי רצח שנעברו לפני הביטול. ואכן, משבוטל עונשי-המוות בגין רצח במשפטנו, חוקקה הוראת מעבר, בסעיף 3 לחוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד-1954, שלפיה

אדם שנגזר עליו דין מוות לפני תחילתו תוקפו של חוק זה, רואים אותו כאילו נידון למאסר עולם.

הוראה זו, שהיא בבחינת חריג לכלל הנוהג במשפטנו של היעדר תחולה למפרע של כל הוראה פלילית⁶², היא ברוח ההסדר המוצע בסעיף 5(ב) להצעה. מהגישה הבאה לידי ביטוי בהצעת חוק משתמעת תפישה רחבה יותר באשר למעמדו של האיסור הפלילי. לאיסור – כך נובע – אין חשיבות עצמאית. העובדה שבשעת הביצוע הפר הנאשם את האיסור איננה מצדיקה כשלעצמה תגובה עונשית. תגובה כזו תהיה מוצדקת רק אם, וכל עוד, הערך החברתי שעליו בא האיסור להגן נתפש בעיני החברה כערך הראוי להגנה על-ידי המשפט הפלילי. למעשה, חברה המאמצת גישה כמו זו שבהצעת החוק מבטיחה לפרטים שבה, כי היא תעמוד מאחורי הדרישה לכיבוד החוק ותנקוט אמצעים כנגד הפרתו רק,

60 סעיף 5(ב) קובע: "הורשע אדם בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו, הוא קל מזה שהוטל עליו – יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה".

61 עמ' 116.

62 סעיף 22(3) לחוק הפרשנות. עם זאת, בע"פ 63/89 מזרחי נ' מ"י, פ"ד מג(4) 388 התעלם בית-המשפט העליון מהוראת סעיף זה ופעל למעשה ברוח ההסדר המוצע בהצעה, בהבהירו: "...הלכה מקובלת בדינו [כך] אין העיקרון של אי-תחולה למפרע חל אלא לענין הוראה פלילית שבאה להחמיר עם האדם, היינו לחדש עצם קיומה של עבירה או להחמיר בעונשה של עבירה קיימת: אך הוראה פלילית שבאה להקל עם האדם, בין שמבטלת היא עבירה קיימת ובין שבאה היא להקל בעונש שהיה קבוע לעבירה זו, הוראה כגון זו מן הראוי שתשפיע למפרע. היינו לענין מי שעבר את העבירה לפני ביטולה או לפני ההקלה בעונשה. תחולת ההוראה הפלילית המקלה למפרע הסברה בכך, שמשגילה המחוקק שמעשה פלוני שוב אינו בבחינת עבירה או שיש להקל בעונשו, מן הראוי שהנאשם ייהנה מכך ולא ייענש על מעשה שהוא מותר בשעת הענישה ולא ייגזר עליו עונש שהוא חמור מזה שקיים בשעת גזירת הדין [ההדגשות במקור]". (המשנה לנשיא אלוך, עמ' 394).

וכל עוד, היא מאמינה בחשיבותו של הערך החברתי שהחוק מיועד להגן עליו. מי שחושש ממה שעלול לקרות עקב ציות עיוור לחוקים, צריך – כך אני מאמינה – לברך על השתמעות זו.

ההתחשבות בדין המקל בהתאם להצעה איננה בלתי-מסויגת. סעיף 6 להצעה מסייג את תחולתו למפרע של הדין המקל באשר "לחיקוק שנקבע בו או לגביו שיעמוד בתוקפו לתקופה מסוימת, או שנובע מטיבו שהוא נתון לשינויים מזמן לזמן". מי שעבר על חיקוק זמני, כאמור, ישא באחריות פלילית בהתאם לחומרה שיוחסה לעבירה זו ביום ביצועה, אף אם בינתיים בוטל החיקוק או הוקל העונש הצפוי בגין העבירה עליו. בדברי ההסבר מודגש השיקול המעשי שהביא לסייג זה, שלפיו

יש למנוע את האפשרות להתחמק מאחריות פלילית, ובכך לעודד עבריינות; אדם עלול לבצע עבירה מתוך תקווה, ואף תוך תמרון, שלא ייתפס וייענש כל עוד החוק שהופר עומד בתוקף, באשר יש בטחון מלא שתוקפו יפוג בקרוב ולעיתים אף במועד קרוב מראש⁶³.

לשיקול המעשי הזה ניתן להוסיף שיקול עקרוני יותר: חיקוק זמני מיועד להתמודד עם צורכי שעה. ביטולו של החיקוק לא נעשה עקב השינוי בהשקפות החברה לגבי מהות המעשה, אלא בשל השתנותם של הצרכים. גם לאחר השתנותם של צרכים אלה, ההשקפה החברתית לגבי חומרתו של המעשה שנעשה בשעת היותו של החיקוק בתוקף איננה משתנה. גם בשלב זה רואה החברה בחומרה את מי שהיה מוכן להתנכר לצורכי השעה ולהפר את האיסורים המיוחדים שהיו מיועדים להתמודד עם צרכים אלה. כך, למשל, לחברה המטילה הגבלות על צריכת מים עקב שנת-בצורת קשה יש אינטרס להעמיד לדין את מי שלא קיים הגבלות אלו, גם אם לפני תום ההליך הפלילי כלפיו הגיעה שנה ברוכת-גשמים, וההגבלות על צריכת המים הוסרו.

ב. החלק הכללי – העבירה הפלילית

בסעיפים 18-24 של פרק ד מגדירה ההצעה בין השאר את רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה (סעיף 18) ואת הצורות השונות של היסוד הנפשי (סעיפים 19-21). ברשימה זו לא אתייחס לפרטי ההגדרות, אלא אסתפק בהתייחסות לכמה הסדרים יותר עקרוניים בהקשר זה.

1. מחזל

ההצעה אינה עוסקת בגבולות ההתערבות של "השומרני הטוב", דהיינו: בשאלה האם ראוי להטיל חובה כללית להצלת חיי-אדם. מקומה של שאלה זו – זוהי כנראה ההנחה – הוא בחלק הספציפי של דיני-העונשין בפרק הן בעבירות

כנגד חיי אדם ושלמות גופו; שהרי גם התומכים בהטלת חובת הצלה כללית אינם מציעים לחייב אדם להתערב כל-אימת שערך חברתי כלשהו נתון בסכנה. טענתם היא, כי מן הראוי לחייב אדם להתערב כדי להציל את מי שמרחפת עליו סכנה חמורה ומיידית לחייו או לגופו.⁶⁴

ההצעה מבהירה, כי בהיעדר הוראה אחרת ניתן לעבור את העבירה גם על-ידי מחל — סעיף 18(ב) להצעה⁶⁵. כדי להטיל אחריות פלילית בגין מחל, תנאי הוא שהיתה מוטלת על החודל חובה לפעול והוא הפר אותה. את החובה לפעול ניתן לאמץ — כך קובע סעיף 18(ג)⁶⁶ — לא רק מהוראות עונשיות (כדוגמת פרק י, סימן ג, לחוק העונשין, המגדיר חובות עשייה במקרים של סכנה לחיים או לגוף) אלא מכל דין ואף מחוזה.

באמצעות הסדר זה נקטה ההצעה עמדה בשאלת מקור החובה לפעול שהעסיקה בעבר את בתי-המשפט שלנו. הדיון בפסיקה בהקשר זה התמקד בעיקר בחובת הזהירות מתחום דיני-הנזיקין, כשהשאלה היתה האם לצורך הטלת אחריות פלילית בגין מחל, שלא במסגרת העבירה של גרם מוות ברשלנות, ניתן לאמץ חובה זו כחובה לפעול. ההיסוס נבע מהחשש לטשטוש התחומים שבין האחריות הפלילית לבין זו שבנזיקין⁶⁷. חשש זה לא היה קיים לגבי העבירה של גרם מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין, משום שהפסיקה ממילא זיהתה את יסודותיה עם האלמנטים המרכיבים את עוולת הרשלנות בדיני-הנזיקין⁶⁸.

ההצעה דוחה למעשה את החשש מעירוב תחומים בהקשר זה. העמדה המשתקפת מההסדר המוצע היא, כי דרישת החובה לפעול במקרים של מחל אינה מיוחדת לתחום העונשין. זו נדרשת כדי להצדיק את הגטל המוטל על מי שנקרא להתערב כדי להציל מסכנה. נטל כזה יהיה מוצדק במקרים שבהם יש לחודל זיקה לסיטואציה: שליטתו על מקור הסכנה, אחריותו כלפי האובייקט הנתון בסכנה וכיוצא באלו הזיקות. הטלת אחריות משפטית — אזורית או פלילית — על מי שנמנע מלהתערב מחייבת כי הזיקות המצדיקות את הטלת נטל ההתערבות תהיינה מוסדרות על-ידי המשפט, וזה מסדיר זיקות כאלו גם, ואולי אף בעיקר, באמצעות דינים לבר-פליליים. כך, למשל, אחת הזיקות המצדיקות להטיל חובת התערבות נובעת מהתפקיד שאדם נוטל על עצמו: מוכן כי יש לחייב מציל בתפקיד להתערב כדי להציל אדם מסכנת טביעה, או כבאי-אש כדי להציל מסכנת שריפה וכדומה. המקור המשפטי לחובת ההתערבות של המציל או של כבאי-האש הוא חוזה. המשמעות המעשית של קביעה זו היא, כי אין מניעה עקרונית להטיל אחריות משפטית על מציל או על

64 ראה א' ירין, "על דיני פיקוח נפש" משפטים ב (תש"ל) 252; ע' פרוש, "חוק מוסר והשומרוני הטוב" עיון כו 295.

65 הסעיף קובע, כי "מעשה" — לרבות מחל אם לא נאמר אחרת.

66 "18(ג) מחל" — הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.

67 ע"פ 26/58 היה"מ נ' אייזנצוויג, פ"ד יב 986, 992. בע"פ 286/62 סמך נ' היה"מ (פ"ד יז) (1788) השאיר בית-המשפט העליון בצורך עיון את השאלה אם ניתן לאמץ את חובת הזהירות הנזיקית כמקור חובה לפעול לצורך הטלת אחריות פלילית לעבירה של גרם חבלת גוף ברשלנות לפי סעיף 341 לחוק העונשין, כשהוא מעיר כי "זוהי שאלה רחבה ונכבדה..." (מ"מ הנשיא אגרנט, כתוארו אז, עמ' 1792).

68 לרין ביקורתי כוהר זה ראה מ' גור-אריה, "העבירה של גרם מוות ברשלנות והיחס בינה לבין עוולת הרשלנות" משפטים יב (תשמ"ב) 257.

כבאי-אש שנמנעו מלהציל בניגוד לחובה החוזית המוטלת עליהם מכוח תפקידם. השאלה אם אכן תוטל עליהם אחריות משפטית, ובאיזה תחום, היא שאלה נוספת המותנית בתנאים הכלליים להטלת האחריות בתחום שבו מדובר. אחריות פלילית תוטל עליהם רק אם ההימנעות שלהם מלהציל תואמת את כל הדרישות הנדרשות להטלת אחריות פלילית: היא אופיינית ליסוד העובדתי של עבירה, נלווה אליה היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה ואף לא התקיימו סייגים השוללים את הפלילות של ההימנעות מהתערבות.

המעניין הוא, כי הפסיקה עצמה לא היססה להטיל אחריות פלילית על בעל תפקיד שנמנע מלפעול כפי שמתחייב מתפקידו⁶⁹. במקרים אלה, החשש מעירוב תחומים, שהטריד את בתי-המשפט אגב דיון בחובת הזהירות מתחום דיני-הניזוקין, כלל לא עלה לדיון. אולם מהבחינה העקרונית אין, ולא צריך להיות, כל הבדל בין חובות מתחום דיני-הניזוקין ובין חובות מכוח תפקיד המשתייכות לתחום החוזי. חובת זהירות בדיני-הניזוקין מוטלת כל-אימת שטיב היחסים בין המזיק לבין הניזוק מצדיק לחייב את המזיק להימנע מגרימת נזק לניזוק. במקרים של מחדל משמעותה של חובת הזהירות היא, כי היחסים בין המזיק לניזוק הם כאלה המצדיקים לחייב את המזיק להתערב כדי להציל את הניזוק מהסכנה שהיתה צפויה לו⁷⁰, למשל: משום שהמזיק הוא זה שיצר את המצב המסוכן ולפיכך עליו גם להתערב כדי למנוע את התמשות הסכנה. השאלה אם ההימנעות מלפעול כפי שמתחייב מחובת הזהירות הנזיקית תגרור אחריה אחריות פלילית היא, כאמור, שאלה נפרדת המותנית בתנאים המיוחדים לאחריות הפלילית. כך, למשל, מי שמתוך רשלנות נמנע מלהתערב בניגוד למוטל עליו מכוח חובת הזהירות שבדיני-הניזוקין עלול לשאת — בתנאים מסוימים — באחריות פלילית לעבירה של גרם מוות ברשלנות (סעיף 304 לחוק העונשין) או של גרם חבלה גופנית ברשלנות (סעיף 341 לחוק) אם ההימנעות אכן גרמה למוות או לחבלת גוף. אולם אם ההימנעות הרשלנית מלהציל הסבה נזק לרכוש בלבד לא תוטל עליו כל אחריות פלילית, מהטעם הפשוט, שאין בתחום הפלילי עבירה של גרם נזק לרכוש ברשלנות. במקרה אחרון זה עדיין ניתן יהיה להטיל עליו אחריות בנזיקין לעוולת הרשלנות.

69 בע"פ 115/77 לב נ' מ"י, פ"ד לב(2) 505 הבהירה השופטת בן-פורת, אגב ההתייחסות למקרה של סיוע באמצעות מחדל של מעביד לעבירה של העובד, כי "כלל הוא שחוסר מעש אינו מהווה סיוע, אלא אם כן קיימת חובת 'עשה' שאינה מוסרית גרידא. חובה כזאת יכול שתהא נובעת מן הדין, מהתחייבות או מאופי התפקיד" (עמ' 518). בע"פ 450/86 גילה נ' מ"י, פ"ד מ(4) 826, נדונה שאלת אחריותו של קצין-מנהל אזרחי בנפת רמאללה שידע על כוונתם של מתיישבים יהודים ביהודה ושומרון להטמין מטען-חבלה במכוניתו של ראש עיריית אל-בירה ונמנע מלדווח על כך למפקדיו ולחבלן מג"ב שנשלח לבדוק את המכונית. בית-המשפט העליון אישר את הרשעתו בעבירה של, בין השאר, הפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין וכן בגרימת חבלת גוף לחבלן מג"ב שנפצע מהתפרצות המטען — עבירה על סעיף 341 לחוק העונשין. בשני ההקשרים הבהיר בית-המשפט, כי התנהגותו של המערער היתה מתודלית בכך שנמנע מלדווח על הידוע לו, הגם "שהיתה חובה מצידו לעשות כן, כמי שמופקד במינהל האזרחי בנפת רמאללה על הקשר עם האוכלוסיה המקומית ועל הטיפול בה. חובה שכזו נקרא, מכוח תפקידו — תוספת שלין די בה..." (השופט ד' לוין, עמ' 830).

70 על משמעותה של חובת הזהירות בדיני-הניזוקין כמקור חובה לפעול במקרים של מתדל עמדותי במאמרי המוזכר לעיל (הערה 68).

2. רשלנות

לפי ההצעה, אחריות פלילית על בסיס רשלנות היא חריגה. סעיף 19 להצעה קובע, כי בדרך-כלל היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה הוא מחשבה פלילית. ניתן לסטות מכלל זה אם "נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה" (סעיף 19)⁷¹. בשל אופיה החריג של האחריות הפלילית על בסיס הרשלנות מגבילה ההצעה את חומרתן של עבירות הרשלנות. לפי סעיף 21(ב), "רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע".

העמדה כי אחריות פלילית על בסיס רשלנות היא יוצאת-דופן ומחייבת אפוא הוראה מפורשת, היתה מקובלת על הפסיקה⁷². אלא שבע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל⁷³ סבר בית-המשפט, כי גם בהיעדר הוראה מפורשת ניתן להסיק כי העבירה מסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות. בית-המשפט פסק כי עבירת הסוביודיצה, האוסרת על פרסום של "דבר על עניין תלוי ועומד בבית-המשפט, אם יש בפרסום כדי להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו"⁷⁴, מסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות. משמעותה של קביעה זו היא, כי ניתן לייחס אחריות לעבירה זו גם למי שפרסם דבר בלא שהיה מודע כי העניין "תלוי ועומד בבית המשפט", אם היתה יכולת סבירה להיות מודע לעובדה זו. עמדתו זו של בית-המשפט אינה מתיישבת עם התפישה הבסיסית, שלפיה האופי האנטי-חברתי המצדיק הטלת אחריות פלילית מחייב כי תהא לעושה נכונות לפגוע, או לפחות ליצור ביוזעין סיכון של פגיעה בערך החברתי המוגן על-ידי איסור העבירה. נכונות כזו משתקפת ביסוד נפשי של מחשבה פלילית. לעומת זאת, אחריות פלילית על בסיס רשלנות מבטאת חוסר-זהירות בשמירה על הערך החברתי המוגן. חוסר-זהירות כזה עשוי להצדיק הטלת אחריות פלילית רק במקרים חריגים שבהם הערך החברתי חשוב במיוחד, כך ששמירה עליו מחייבת זהירות. זוהי הסיבה מדוע בדרך-כלל מוגבלות עבירות הרשלנות לשמירה על החיים והגוף. לעומת זאת, הערך של עשיית משפט-צדק אינו נתפש כערך ששמירה עליו מצדיקה הטלת חובה להיזהר. ואכן, במשפטנו העבירות המגנות על עצם עשיית משפט צודק – כגון עדויות-שקר⁷⁵, מסירת תצהירים כוזבים⁷⁶, השמדת ראיות⁷⁷ וכדומה – הן כולן עבירות של מחשבה פלילית. לא ברור מדוע העבירה של

71 חריג אחר נוגע לאחריות קפידה שעליה אעמוד בהמשך.

72 ראה, למשל, ע"פ 156/58 היה"מ נ' חכם, פ"ד יג 651, 659; ע"פ 128/63 צאנע נ' היה"מ, פ"ד טז 843, 841; ע"פ 291/62 אבו-רביע נ' היה"מ, פ"ד יז 2913.

73 פ"ד לז(2) 569.

74 כאמור בסעיף 71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

75 סעיפים 237-238 לחוק העונשין.

76 בניגוד לסעיף 239 לחוק.

77 המוגדרת בסעיף 242.

סוביידיצה זכתה למעמד מיוחס⁷⁸, גם כשרואים אותה כעבירה המיועדת להגן על טוהר "ההליך השיפוטי", כפי שבית המשפט פירש אותה⁷⁹.
הצעת החוק מחזירה לכנה את התפישה הבסיסית בדבר אופיה החריג של רשלנות. לאחר שזו נתקבלה, לא יוכלו בתי המשפט לכרסם באופי חריג זה על דרך הפרשנות.
הצעת החוק גם מחזירה לרשלנות את מעמדה כיסוד נפשי. סעיף 21(א) להצעה מגדיר את הרשלנות כעמדה נפשית של

...אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן הישוב יכול היה בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט...

מעמדה של הרשלנות כיסוד נפשי היטשטש לעתים על-ידי הפסיקה שראתה ברשלנות אמצעי להחדרת סטנדרטים של זהירות⁸⁰. סטנדרט הזהירות הראוי נקבע באמצעות המסקנה, כי הנאשם לא נקט את אמצעי הזהירות המתחייבים מהסיטואציה שבה היה נתון. לא פעם די היה במסקנה זו כדי להצדיק בעיני בתי המשפט הטלת אחריות פלילית בגין עבירה של רשלנות. לעומת זאת, מההצעה משתמע כי אחריות לעבירה של רשלנות מחייבת להמשיך ולבדוק אם בנסיבות המקרה היתה גם יכולת סבירה לצפות את הסכנות העלולות לנבוע מאי-נקיטת אמצעי הזהירות.

למעשה, ההסדר המוצע משקף את התפישה שלפיה הטלת אחריות פלילית על בסיס רשלנות מחייבת להבחין בין שתי שאלות נבדלות⁸¹: השאלה האחת נוגעת לסבירותו של הסיכון שיצרה התנהגותו של הנאשם. ההנחה בהקשר זה היא, כי גם התנהגות מותרת ומועילה לחברה עלולה ליצור סיכונים. לפיכך, כדי לייחס אחריות פלילית למי שיצר ברשלנות סיכון להתרחשותן של תוצאות אסורות, תנאי הוא "שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר" – כלשון סעיף 21(א)(2) להצעה. המסקנה כי התנהגותו של הנאשם יצרה סיכון בלתי-סביר להתרחשות התוצאה כמורה כמסקנה כי הנאשם לא נקט אמצעי-זהירות סבירים כדי למנוע את הסכנה העלולה לנבוע מהתנהגותו, ובכך התרשל. ההערכה לעניין זה היא הערכה נורמטיבית המחייבת לשקלל בין התועלת החברתית שבהתנהגות ובין הסכנה הטמונה בהתנהגות זו, בהתחשב בחומרת הסכנה ובמידת ההסתברות של התממשותה. לפיכך, השאלה אם הנאשם נקט את אמצעי-הזהירות הסבירים

78 לביקורת ברוך זו על פסק-הדין בפרשת אזולאי ראה מ' קרמניצר, "על חופש העיתונות והעבירה של פרסום 'סוביידיצה' (סעיף 41 לחוק כתי המשפט)" שנתון למשפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה א (תשמ"ו) 165, 204. לביקורת נוספת על פרשה זו ראה ש"י פלד, "עבירות רשלנות מכוח דין – נטע זר בתחום הפלילי" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 581.

79 לעומת זאת, קרמניצר (לעיל, הערה 78) סבור, כי העבירה של סוביידיצה מיועדת להגן על התרמית שבכעשיית הצדק.

80 ראה, למשל, ע"פ 35/52 רוטנשטריך נ' היות"מ, פ"ד ז 58, 76; ע"פ 196/64 היות"מ נ' בוש, פ"ד יח(4) 568, 572; ע"פ 364/78 צור נ' מ"י, פ"ד לג(3) 626.

81 על ההבחנה בין שאלות אלו עמדתי במקום אחר. ראה מ' גור-אריה, "העבירה של גרם מוות ברשלנות והיחס בינה ובין עוולת הרשלנות" (לעיל, הערה 68).

היא אכן שאלה "שבדין", כפי שהתייחסו אליה בתי-המשפט⁸². השאלה הנוספת, המתחייבת כתנאי להטלת אחריות פלילית על נאשם שהתנהגותו יצרה סיכון בלתי-סביר להתרחשות תוצאה אסורה, נוגעת ליסוד הנפשי⁸³. כשהעבירה היא של רשלנות, יש להראות כי היתה יכולת סבירה לצפות את הסכנות העלולות לנבוע מההתנהגות, והשאלה אם ניתן לייחס לנאשם יכולת, כאמור, היא שאלה שבעובדה המחייבת לבדוק האם בנסיבות הקונקרטיות של המקרה היתה לנאשם יכולת סבירה לצפות את הסכנות העלולות לנבוע מאי-נקיטת אמצעי-הזהירות.

יש חשיבות לעצם ההבחנה בין השאלה הנורמטיבית של הערכת הסיכון לבין השאלה העובדתית של רשלנות כיסוד נפשי, כמשתמע מההצעה: ההבחנה תאפשר לבתי-המשפט להעלות את רמת הזהירות בחברה על-ידי קביעת סטנדרטים של זהירות ראוייה, מצד אחד, ומהצד האחר, להטיל אחריות פלילית רק על מי שהפר סטנדרטים אלה מתוך יסוד נפשי של רשלנות. כך, אילו החיל בית-המשפט את ההבחנה האמורה בפרשת בש⁸⁴, הוא היה יכול להעריך כי הנאשם, שהשאייר מקרר במקום שבו יש לילדים גישה אליו, יצר סיכון בלתי-סביר לחיי ילדים. באמצעות הערכה זו הוא היה קובע את סטנדרט הזהירות, שלפיו אין להשאייר מקרר במקום שיש לילדים גישה אליו בלא לעקור את דלתו⁸⁵. אולם כדי לייחס לבש עצמו אחריות לעבירה של גרם מוות, היה על בית-המשפט ליתן את הדעת גם לשאלה הנוספת והיא, האם בנסיבות המקרה אמנם היתה יכולת סבירה לצפות כי השארת המקרר, כאמור, עלולה להסתיים במוותם של הילדים. בהקשר זה חשוב להדגיש כי מעצם העובדה שהשארת המקרר היא – לדעת בית-המשפט – סטייה מסטנדרט הזהירות הראוי, לא נובע בהכרח שבנסיבות הקונקרטיות של המקרה הזה היתה גם יכולת סבירה לצפות את הסכנות העלולות לנבוע מהשארתו. בבואו לבדוק אם היתה יכולת צפייה, כאמור, על בית-המשפט להזהיר את עצמו שלא להסיק מעצם העובדה שהסכנה התממשה וכי הילדים אכן קיפחו את חייהם את המסקנה הנוספת, כי מראש ניתן היה לצפות אסון שכזה, בבחינת חוכמה שלאחר מעשה.

למרות החשיבות העשויה להיות להבחנה המסתמנת מההצעה, השינוי המוצע בהקשר זה הוא עדיין מוגבל. הרשלנות כיסוד נפשי מאופיינת בהצעה באמצעות יכולתו של "האדם מן היישוב" להיות מודע, ולא בהתחשב ביכולתו האינדיבידואלית של העבריין עצמו. במובן זה ההצעה לא יוצרת "מהפכה" בשיטה הישראלית, אלא משמרת את העמדה המסורתית בשיטות המבוססות על המשפט המקובל האנגלי⁸⁶. בין הסיבות לדבקות כאדם סביר כקריטריון לרשלנות, גם כשזו מסוגלת כיסוד נפשי, ניתן להצביע על היעדר הבחנה ברורה בין שתי השאלות שהובהרו. הטשטוש בין

82 ע"פ 15/64 חיוה"מ נ' בש (לעיל, הערה 80), 567; ד"נ 15/64 בש נ' חיוה"מ, פ"ד יט' (1) 568, 571.

83 יצירת סיכון בלתי-סביר עלולה להיות במודע, שאז ניתן יהיה לייחס לעושה יסוד נפשי של קלות-דעת, כאמור בסעיף 20(א)(2) להצעה.

84 לעיל, הערה 80.

85 הוראה ברוח זו נקבעה בסעיף 2 לחוק למניעת מפגעים (נטישת מקררים), תשכ"ה-1965, שחוקק בעקבות פסק-הדין.

86 מ' גור-אריה, "העבירה של גרם מוות ברשלנות והיחס בינה לבין עוולת הרשלנות" (לעיל, הערה 68), בעיקר האזכורים המובאים בהערה 8, עמ' 259. ראה גם פלד (לעיל, הערה 9), 621-645; לוי ולדרמן, (לעיל, הערה 9), 504-546.

השאלות בא לידי ביטוי בין השאר אגב הדיון בשאלה האם יש להעניק לאדם סביר תכונות אישיות של הנאשם עצמו⁸⁷. החשש בהקשר זה היה, כי התחשבות מלאה בתכונותיו של הנאשם עלולה לגרום לנטישת הסטנדרט האובייקטיבי של זהירות הנקבע באמצעות הרשלנות. אולם אם מבחינים בין הערכת סבירותו של הסיכון לבין הרשלנות כיסוד נפשי — כמשתמע מההצעה עצמה — אין לחשש זה על מה שיסמוך. כפי שהובהר, קביעת הסטנדרטים של זהירות נעשית במסגרת הערכת סבירותו של הסיכון שיצרה התנהגותו של הנאשם. הקריטריון של סבירות בהקשר זה הוא אכן קריטריון החיצוני לעושה ומבטא הערכה נורמטיבית של השקלול הראוי בין התועלת שבהתנהגות ובין הסכנות הצפויות ממנה. אולם כשפונים לבדוק האם הנאשם הפר את סטנדרט הזהירות מתוך יסוד נפשי של רשלנות, אין כל סיבה שלא לפנות לנאשם עצמו ולבדוק את היכולת שהיתה לו לעמוד בסטנדרט הזהירות הראוי — קרי: היכולת להיות מודע לסכנות שהיו טמונות בהתנהגותו — וזאת בהתחשב בתכונותיו האישיות. הקריטריון האינדיבידואלי לאפיונה של הרשלנות כיסוד נפשי — כמקובל בכמה שיטות בקונטיננט⁸⁸ — ישמר את אופיו של היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה כביטוי לעמדה נפשית שלילית של העושה כלפי הערך המוגן על איסור העבירה⁸⁹. במקרים של רשלנות, העמדה השלילית המשתקפת היא של מעין זלזול בערך המוגן, המתבטא בכך שהנאשם לא נקט את אמצעי הזהירות הסבירים הגם שצריך היה, ויכול היה, לצפות את הסכנות העוללות לנבוע מאי-נקיטתם.

לסיום עניין זה רק אעיר, כי המינוח שבו בחרתי כדי לאפיין את הרשלנות האינדיבידואלית — "הנאשם צריך ויכול היה" — איננו מקרי. הוא מיועד להדגיש, כי אין זה ראוי לדרוש מאתנו להפעיל תמיד את מלוא היכולת השכלית שלנו כדי להעריך שמא סכנה כלשהי עלולה לנבוע מהתנהגותנו — הערכה שהיתה מחייבת אותנו להישאר עירניים בכל עת. דרישה כזו תהיה מוצדקת רק במקרים שבהם יש משהו בסיטואציה העובדתית המחייב לתת את הדעת לסכנות אלו. היגיון זה חל כלאימת שהרשלנות כיסוד נפשי מאופיינת באמצעות היכולת להיות מודע; שאז לא די ביכולת לדעת, אלא נדרש כי הסיטואציה תהיה כזו שבמסגרתה גם צריך לדעת.

לפיכך, גם אם לא ניתן יהיה לעשות שינוי מהפכני לגבי אפיון הרשלנות בהצעה — המחייב להמיר את יכולתו של "אדם מן היישוב" להיות מודע ליכולתו של העושה עצמו — עדיין ראוי לשנות את הגדרת הרשלנות כך שתכלול את הדרישה כי "אדם מן היישוב היה צריך ויכול, בנסיבות העניין, להיות מודע..."

87 לוי ולדרמן (לעיל, הערה 9), 519-516. G. Fletcher, "A Theory of Criminal Negligence — A Comparative Analysis" 119 *U. of Penn.L.Rev.* (1971) 401, 434; Note, "Negligence and the General Problem of Criminal Responsibility", 81 *Yale L.J.* (1972) 949, 953-958; W.A. Seavy, "Negligence — Subjective or Objective?" 41 *Harv.L.Rev.* (1927) 1.

88 ראה סעיף 6 לקודקס הפלילי האוסטרי; סעיף 18 לקודקס הפלילי השווייצרי; סעיף 9 לקודקס הפלילי הסובייטי; סעיף 2(9) לקודקס הפלילי הרומני; סעיף 28 לקודקס הפלילי היווני.

89 ראה בהקשר זה הדיון אצל פלר (לעיל, הערה 9), 623-727.

3. אחריות קפידה

סעיף 22 להצעה ממיר את האחריות המוחלטת באחריות קפידה. כידוע, האחריות המוחלטת איננה מותנית בהוכחת יסוד נפשי, והיא מוטלת בעיקר במסגרת העבירות של תקנת הציבור⁹⁰. למשפטנו חדרה האחריות המוחלטת בדרך פסיקתית. בשל מחויבותה לעקרון החוקיות שוללת ההצעה את סמכותם של בתי-המשפט להמשיך ולקבוע, באמצעים פרשניים, כי האחריות לעבירה מסוימת איננה מותנית בהוכחת יסוד נפשי. סעיף 22(א) להצעה קובע, כי "אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות..." (ההדגשה הוספה). אולם מאחר שמעשית לא ניתן לחזור לכל דברי החקיקה שלגביהם נפסק בעבר כי הם מטילים אחריות מוחלטת, ההצעה משמרת את שנפסק בהקשר זה. סעיף 22(א) ממשיך וקובע, כי "אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שהוחקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאין טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות".

כיום האחריות לעבירות של תקנת-הציבור היא "מוחלטת", משום שהיא מבוססת על חזקת רשלנות שאינה ניתנת לסתירה. מעצם ביצוע היסוד העובדתי של העבירה מסיקים כי הנאשם היה רשלן, ואין מאפשרים לו לסתור מסקנה זו⁹¹. לעומת זאת, ההצעה המבססת את האחריות הקפידה על חזקת רשלנות הניתנת לסתירה. היא מאפשרת לנאשם להתגונן בטענה, ועליו גם להוכיח, כי "נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה" — כאמור בסעיף 22(ב). ההצעה אף מגבילה את העונש הצפוי למי שהוטלה עליו אחריות קפידה. סעיף 22(ג) קובע, כי כאשר העבירה היא של אחריות קפידה, "לא יידון אדם למאסר, אלא אם הוכחו מחשבה פלילית או רשלנות". ההנחה היא, כי גם עבירות של אחריות קפידה ניתן לבצע מתוך מחשבה פלילית או רשלנות. לפיכך, כאשר העבירה מוגדרת כעבירה של אחריות קפידה יש לתביעה ברירה: להתבסס על חזקת הרשלנות, שאז לא ניתן יהיה לגזור על הנאשם מאסר, או להוכיח כי הנאשם ביצע את העבירה מתוך מחשבה פלילית או רשלנות, שאז ניתן יהיה לגזור עליו גם מאסר.

ההצעה מרככת את ההשלכות הנובעות מהאחריות המוחלטת כפי שהיא קיימת היום במשפטנו. היא מאפשרת לנאשם, שיצליח להוכיח כי לא היה רשלן, להשתחרר מעולה של האחריות הקפידה. עם זאת, לא ברור אם מעשית תביא ההצעה בעניין זה לשינוי של ממש. ההצעה מעלה את סטנדרט הזהירות הנדרש. כדי להשתחרר מהאחריות הקפידה אין די להראות כי הנאשם נקט אמצעים סבירים למניעת

90 על משמעותה של האחריות המוחלטת והשיקולים שהביאו ליצירתה עמדתי בהרחבה במקום אחר. ראה מ' גור-אריה, "אחריות מוחלטת לעבירות של 'תקנת הציבור' — קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המנהלי" (לעיל, הערה 12).

91 הפתח היחיד שדרכו עשוי הנאשם להשתחרר מעולה של האחריות המוחלטת הוא במקרים "שבהם נכנס המעשה לגדר האיסור על-ידי פעולתו של גורם שלישי, שאינו בשליטת הנאשם" (השופט ויתקין בפרשת מאור-מזרחי [לעיל, הערה 12], 1888). עמדה זו אומצה בפסקי-דין מאוחרים יותר: ד"צ 11/65 גדיסי נ' היוה"מ (לעיל, הערה 12), 73; ע"פ 222/78 "דן" אגודה שיתופית להתחבורה ציבורית בע"מ נ' מ"י, פ"ד לג(1) 566; ע"פ 849/78 מצה נ' מ"י, פ"ד לג(3) 445.

התקלה, אלא נדרש כי הוא יעשה "כל שניתן כדי למנוע את העבירה". כשמדובר בפעילות יומיומית – והעבירות של תקנת-הציבור שבגינן נהוג להטיל אחריות קפידה מתייחסות לפעילות כזו – ספק אם הדרישה לעשות את כל שניתן היא אכן דרישה מציאותית. דרישה כזו תחייב נהגים, למשל, לבדוק את כל מערכת-האורות ברכבם – לרבות הפנסים האחוריים שבדיקתם אינה אפשרית בלא עזרה של אדם נוסף – לפני כל נהיגה ברכב; בכל מקרה של תקלה במערכת-האורות אגב הנהיגה יהיה עליהם לעצור את הרכב בצד הדרך ולדאוג לתיקון התקלה במקום (לעתים יהיה עליהם להזמין חשמלאי לבוא למקום ולתקן את התקלה)⁹². ספק אם יהיו נהגים רבים שיצליחו לעמוד בדרישות אלו. יתירה מזאת: הנטל להוכיח כי הנאשם אכן עשה כל שניתן היה לעשות מוטל על הנאשם עצמו. אולם ספק רב אם ברוב המקרים יצליח הנאשם להרים נטל זה, שהרי אחד השיקולים שהביאו לויתור על הוכחת היסוד הנפשי בעבירות של אחריות מוחלטת טמון דווקא בקשיי ההוכחה. קשיים אלה קיימים בשני הכיוונים. כך, בדיון הנוסף בפרשת גדיסי⁹³, הבהיר הנשיא אגרנט מדוע לא ניתן להתחשב בטענת הנאשם כי במהלך נהיגתו בטרקטור קפצה אבן ופגעה בפנס-הבלימה. לדעתו,

ברוב המקרים יהיה קשה ביותר – אם לא בלתי אפשרי – בשביל הקטגוריה לעמוד תחת העול להוכיח שאין אמת בטענה, שהקלקול במערכת האורות נגרם על-ידי אבן שקפצה בדרך...⁹⁴.

לא רק סתירת הטענה כי אבן קפצה במהלך הנהיגה, אלא גם הוכחתה, היא כמעט בלתי-אפשרית. בשל קשיי הוכחה דומים יש להניח כי גם במקרים נוספים, שבהם נגרמה תקלה פתאומית במהלך נהיגה או אגב עיסוק במכונות ובמכשירים מסוכנים, לא יצליח הנאשם לשאת בנטל ההוכחה הנדרש כדי לסתור את חזקת הרשלנות.

שינוי משמעותי היה מחייב לבטל את האחריות הפלילית שאינה מותנית בהוכחת יסוד נפשי, בין אם היא מוחלטת ובין אם היא קפידה, ולהעביר את הדאגה לאכיפתם של כללי הזהירות בתחומים של תקנות הציבור אל המשפט המנהלי. על הצורך בשינוי כזה עמדתי בהרחבה במקום אחר⁹⁵. כאן רק אדגיש את ההבדל המהותי בין האחריות הפלילית לבין אמצעי-הכפייה המנהליים בהקשר זה. אחריות פלילית לעבירות של תקנות-הציבור מתמקדת בשלב שלפני קרות התקלה, דהיינו: בשלב הקודם להיווצרות הפגם במערכת-האורות ברכב, במכונה המסוכנת או בהליכי הייצור של מזון ותרופות. היא מטילה חובה לנקוט אמצעי-זהירות כדי למנוע את התקלה ומניחה, כי עצם קרות התקלה מעיד על חוסר-זהירות (בין אם כהנחה מוחלטת ובין אם כהנחה הניתנת לסתירה). הבעיה היא, כי החובה לנקוט את כל האמצעים למניעת התקלה היא לעתים בלתי-סבירה (כדוגמת החובה של

92 ההשראה לדוגמא זו היא מפרשת גדיסי (לעיל, הערה 12), שבה נדונה אחריותו של מי שנהג בטרקטור כשאור הבלם האחורי אינו פועל לעבירה של נהיגה כאשר מערכת-האורות איננה תקינה.

93 לעיל, הערה 12.

94 בעמ' 74.

95 במאמרי (לעיל, הערה 12).

נהגים לוודא שאין תקלה במערכת-האורות ברכב, כפי שפורטה לעיל) וכי ההנחה שהתרחשות התקלה מעידה על חוסר-זהירות איננה תמיד מציאותית. תקלות ברכב, במכונות מסוכנות או במכשירים אחרים עלולות להיגרם בפתאומיות אגב הנהיגה ברכב או תוך כדי העיסוק במכונות מתוחכמות מבחינה טכנולוגית בלי שניתן יהיה למנוע את התקלה מראש. לעומת זאת, המעבר לאמצעי-כפייה מנהליים יאפשר להתמקד בשלב מאוחר יותר, לאחר שהתקלה כבר התרחשה. בשלב זה ניתן יהיה לכפות במישרין על בעל-רכב או על מי שבהחזקתו מכשיר מסוכן לתקן את התקלה, בלי שתהא רלבנטיות לשאלה מה היה מקור התקלה. אילו זה היה ההסדר המוצע, ניתן היה לחייב נהגים כדוגמת גדיסי לתקן את הפנס של הבלם האחורי, בלא שיהיה צורך להעסיק ארבע ערכאות שיפוטיות בשאלה, איזו השפעה צריכה להיות לעובדה – בהנחה שזו נכונה – כי הפגם בפנס נגרם עקב אבן שקפצה.

האפשרות להשתמש באמצעי-כפייה מנהליים בתחומים של תקנת-הציבור אינה זרה למשפטנו. חוק העבירות המנהליות, התשמ"ה-1985⁹⁶, מסמך את שר-המשפטים לקבוע בתקנות כי עבירה פלילית המוגדרת באחד מדברי החקיקה המנויים בתוספת לחוק מהווה גם "עבירה מנהלית" שבגינה ניתן להטיל קנס בדרך מנהלית⁹⁷. לפי דברי ההסבר⁹⁸ העבירות המתאימות להיות עבירות מנהליות הן עבירות על תקנת-הציבור⁹⁹.

אולם חוק העבירות המנהליות אינו מבטל את האחריות הפלילית המוחלטת. סעיף 15 לחוק מסמך תובע לפתוח בהליך פלילי בגין עבירה מנהלית, אם "הוא סבור שהנסיבות מצדיקות לעשות זאת, מטעמים שיירשמו, ובלבד שטרם שולם קנס מנהלי". בחר התובע לפתוח בהליך פלילי, כאמור, יהיו התנאים להטלת אחריות בגין העבירה אלה הקבועים במשפט הפלילי. לפיכך, כל עוד לא תבוטל האחריות המוחלטת במשפטנו, לא יידרש התובע שפתח בהליך פלילי להוכיח יסוד נפשי כתנאי להטלת אחריות פלילית. המרת האחריות המוחלטת באחריות הקפידה, כמוצע בסעיף 22 להצעה, עשויה לצמצם את המקרים שבהם תוטל אחריות פלילית בלא הוכחת יסוד נפשי. כאמור, ההצעה אינה מאפשרת לגזור מאסר בגין עבירה של אחריות קפידה בלי שהוכח יסוד נפשי של מחשבה פלילית או של רשלנות. לפיכך, אם התביעה מוכנה להסתפק בקנס, לא תהיה לה סיבה להעדיף את ההליך הפלילי: ניתן יהיה להסתפק בקנס המוטל בדרך מנהלית. העדפת ההליך תהא מוצדקת רק במקרים שבהם יש בידי התביעה די ראיות כדי להוכיח מחשבה פלילית או רשלנות, שאז גם ניתן יהיה לגזור על הנאשם עונש-מאסר. מנגד, ההצעה עשויה להביא לגידול במספר המקרים שבהם האדם עצמו יעדיף להישפט בפני בית-המשפט על-פני תשלום הקנס שהוטל עליו בדרך מנהלית¹⁰⁰; שהרי להבדיל מהמצב כיום,

96 ס"ח 1160 עמ' 31.

97 סעיף 1(א) לחוק. התקנות טענות הסכמת השר הממונה על ביצוע החוק ואישור ועדת החוקה חוק ומשפט, כאמור בסעיף 1(ב).

98 ה"ח 1708 עמ' 59.

99 עמ' 60.

100 ברידה זו מוענקת לו מכות סעיפים 8-9 לחוק.

ההצעה מאפשרת לו להתגונן בטענה של היעדר רשלנות, אם כי בהתחשב בהעלאת רמת הזהירות בהקשר זה ובשל קשיי ההוכחה לא ברור כי גידול זה יהיה משמעותי. השילוב בין ההסדר המוצע לגבי אחריות קפידה ובין חוק העבירות המנהליות עשוי אפוא להקטין את מספר המקרים שבהם כפועל תוטל במשפטנו אחריות פלילית בלא הוכחת יסוד נפשי. אולם גם כאן – כמו ההסדר המוצע לגבי רשלנות – נמנעה ההצעה מהפיכה של ממש. מהפכה כזו היתה מחייבת לייחד את האחריות הפלילית בתחום של תקנות הציבור למקרים שבהם הוכח כי הפרת כללי הזהירות נעשתה לפחות מתוך רשלנות, שאז, ורק אז, הטלתה של האחריות הפלילית תבטא – באמצעות הסטיגמה הגלוית להרשעה – את היות ההתנהגות ראויה לגינוי חברתי; ואילו את הדאגה לאכיפתם של כללי הזהירות בתחומים של תקנות הציבור מן הראוי היה להשאיר למשפט המנהלי. כדי שהאכיפה המנהלית של כללי הזהירות בתחומים אלו תהא יעילה, יהיה צורך להכניס גם שינויים בחוק העבירות המנהליות. אמצעי הפיקוח והאכיפה חייבים להיות מגוונים יותר, לא רק, ואף לא בעיקר, קנסות, אלא אזהרות, צווי-מניעה, שלילת רשיונות וכדומה. החוק חייב יהיה גם להבטיח ערובות להליך הוגן שיתנהל בפני טריבונלים מנהליים, הכפופים לביקורת שיפוטית.

ג. עבירות נגזרות – ניסיון

1. העונש על ניסיון

סעיף 22 להצעה מציג שתי גרסאות כאשר לעונש הראוי בגין ניסיון, בלא להכריע ביניהן. הגרסה האחת מציעה לשמר את המצב הקיים¹⁰¹, שלפיו ככלל יהיה העונש הצפוי לניסיון לעבור עבירה "מחצית העונש שנקצב לה [לעבירה] בחיקוק". בהתאם לגרסה האחרת, יש "להשוות את העונש בשל ניסיון לעונש בשל העבירה המושלמת". גרסה אחרונה זו היא מהפך בחשיבה המקובלת בשיטות המבוססות על המשפט המקובל¹⁰², ואני מקווה כי בסופו של דבר לא יירתע המחוקק ממהפך כזה¹⁰³.

במסגרת הניסיון נכללים מקרים שבהם המנסה התכוון להשלים את ביצוע העבירה, עשה כל שנחוץ מצדו לצורך כך (ניסיון מושלם), אלא שעקב התערבות גורמים שאינם בשליטתו (תזוזת הקורבן שמנעה את הפגיעה בו, הופעת המשטרה וכדומה) התוצאה שבה מותנית השלמת העבירה לא התרחשה. במקרים אלה

101 המוסדר בסעיף 32 לחוק העונשין.

102 לעומת זאת, המשפט הגרמני מאפשר להטיל על ניסיון עונש הווה לזה הצפוי לעבירה המושלמת, ראה מ' קרמניצר, "סוגיות בדיון הנסיון הפלילי מנקודת ראות השוואתית" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 393, 395.

103 לדיון בשיקולים להשוואת העונשים בגין ניסיון והעבירה המושלמת ראה פלר (לעיל, הערה 9), 174-178; Schulhofer, "Harm and Punishment — A Critique Emphasis on the Result of Conduct in Criminal Law" 122 U.Pa.L.Rev. (1974) 1497; H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968) 129-131; Becker, "Criminal Attempt and the Theory of the Law of Crimes" 3 Phil.Pub.Aff. (1974) 262; Smith, "The Element of Chance in Criminal Law" *Crim.L.Rev.* (1971) 63.

העובדה כי התוצאה לא התרחשה נובעת ממקרייות. העמדה המייחסת לניסיון עונש קל מזה הצפוי לעבירה המושלמת מייחסת למקרייות זו חשיבות עונשית. אולם מקרייות כזו אינה יכולה להשפיע על אשמת המנסה; זו חייבת להיקבע רק על-ידי אותם גורמים התלויים בו. בתחום דיני-העונשין האשמה משקפת את מידת נכונו של העושה לפגוע בערך החברתי המוגן (יסוד נפשי) ואת חומרת הסכנה שהיתה טמונה באותם מעשים שהיו בשליטתו (יסוד עובדתי). לעניין זה חשוב להזכיר, כי דיני-העונשין אינם עוסקים בנוק שנגרם לאובייקט קונקרטי; הם מתמקדים בסכנות לערכים חברתיים מופשטים שההגנה עליהם הכרחית כדי למנוע פגיעות באובייקטים קונקרטיים. הסכנה לערך כערך חברתי המחייב הגנה אינה מושפעת מהשאלה אם בסופו של דבר האובייקט הקונקרטי נפגע.

ועוד מעניין להזכיר את התפקיד המכריע שיש לאשמתו של העושה במקרים שבהם התרחשה תוצאה מזיקה. במקרים שבהם התנהגותו של העושה גרמה למוות, למשל, קיים פער עצום בין החומרה המיוחסת לעבירת הרצח בכוונה תחילה¹⁰⁴ לבין זו המיוחסת לעבירה של גרם מוות ברשלנות¹⁰⁵. הפער נובע מהשוני ביסוד הנפשי המשקף את מידת הנכונו לפגוע בערך החברתי המוגן. לעומת זאת, העמדה המייחסת לניסיון עונש פחות מזה הצפוי לעבירה המושלמת שממנה נגזר הניסיון אינה מייחסת די משקל ליסוד הנפשי המאפיין ניסיון ולשוני אפשרי בינו לבין זה הנדרש לצורך העבירה המושלמת. היסוד הנפשי של ניסיון הוא כוונה דווקא, אף אם העבירה המושלמת שממנה נגזר הניסיון מסתפקת בכל צורה שהיא של מחשבה פלילית. מהעמדה המייחסת לניסיון עונש פחות עולה כי עונשו של המנסה שהתכוון לפגוע בערך החברתי המוגן ועשה כל שנחוצו מצדו לשם כך, עשוי להיות קל מעונשו של מי שיצר ביודעין סיכון של פגיעה בערך המוגן בתקווה שהסיכון לא יתממש, במקרה שבו הסיכון אכן התממש בסופו של דבר. כך, מנסה שבכוונה לפגוע ברכוש של אחר יידה אבן לעבר הרכוש, אך עקב שינוי כיוון הרוח האבן לא פגעה ברכוש – יהיה צפוי לעונש קל מעונשו של מי שיידה אבן במהלך משחק מתוך תקווה שהיא לא תפגע ברכוש של אחר, אך עקב שינוי בכיוון הרוח הפגעה בסופו של דבר ברכוש¹⁰⁶. האומנם במקרה כגון זה ניתן להצדיק מתן משקל מכריע להתרחשות התוצאה המזיקה, שהיא תוצר של מקרייות, ולהתעלם מהשוני ביסוד הנפשי המשקף את מידת הנכונו לפגוע בערך החברתי המוגן?

ההתחשבות בהתרחשותן של התוצאות המזיקות, אף כשהן תוצר של מקרייות, תואמת לעתים תחושות הרווחות בציבור¹⁰⁷. התגובה הציבורית למקרה שבו עקב התפוצצות חומר-נפץ, שהוטמן במקום ציבורי במטרה לפגוע, היה מספר גדול של נפגעים, תהא שונה במהותה מהתגובה לידיעה כי המטען שהתגלה פורק בלא שנגרם כל נזק. אף שבשני המקרים אשמתו של מטמין חומר-הנפץ היא זהה, הציבור מגיב

104 המוגדרת בסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, כשהעונש הצפוי בגינה הוא מאסר-עולם חובה.

105 המוגדרת בסעיף 304 לחוק העונשין, ועונשה המקסימלי הוא שלוש שנות-מאסר.

106 העבירה של גרם נזק לרכוש, המוגדרת בסעיף 452 לחוק העונשין, מסתפקת בכל צורה של מחשבה פלילית.

107 לריון במקצאי מחקרים שונים בהקשר זה ראה Y. Shachar, "The Fortuitous Gap in Law and Morality" 6 Criminal Justice Ethics (1987) 12.

לעצם האסון של קיפוח חייהם של הנפגעים. השאלה היא, אם המשפט אכן צריך ליתן ביטוי לתחושות מעין אלו, הנובעות מרגשות זעם וחוסר-אונים מול האסון הכבד שבקיפוח חיי-אדם, או שמא תפקידו הוא לנסות ולהחזיר לתודעת הציבור את ההכרה כי גם במקרה שבו למרבה המזל פורק המטען מבעוד-מועד, חומרת מעשהו של מטמין המטען אינה שונה במהותה. מי שמאמין בתפקיד החינוכי של המשפט הפלילי ראוי לו שיתמוך בגרסה המציעה להשוות את העונש בגין הניסיון לזה שבגין העבירה המושלמת בתקווה כי באמצעות גרסה זו ניתן יהיה אולי להשפיע, בטווח הרחוק, גם על האופן שבו הציבור מעריך את חומרתן של התופעות האנטי-חברתיות.

לעצם הגרסה המציעה להשוות את העונש בגין הניסיון לזה שבגין העבירה המושלמת שממנה נגזר הניסיון יש להעיר כי אין היא גמישה דיה. הדיון עד כה התמקד למעשה בניסיון המושלם, כשההנחה הסמויה היתה כי לולא התערבותם של גורמים חיצוניים סמוך לרגע התרחשות התוצאה, זו היתה בלתי-נמנעת. אולם במסגרת הניסיון לבצע עבירה נכלל מגוון רחב של מצבים, השונים זה מזה במידת הריחוק מהשלמת העבירה (הבחנה בין ניסיון מושלם לבין ניסיון שטרם הושלם), במידת הסכנה שהיתה טמונה בניסיון מלכתחילה (הבחנה בין ניסיון צליח לבין ניסיון שמראש נדון לכישלון בשל חוסר אפשרות אובייקטיבית לבצע את העבירה) ובמידת הסכנה לערך המוגן שנוצרה על-ידי הניסיון. מצבים אלה שונים זה מזה בחומרתם, ולא יהיה זה אפוא מוצדק להשוות את העונש הצפוי בגין כל אחד ממצבים אלה לעונש הצפוי בגין העבירה שממנה נגזר הניסיון. כשהעונש הצפוי בגין העבירה המושלמת הוא עונש מקסימלי שאיננו חובה, בתי-המשפט יוכלו להתאים את העונש הראוי בגין הניסיון לבצע את העבירה במקרה הקונקרטי. אולם כשהעונש על העבירה המושלמת הוא עונש חובה – בין אם כעונש יחיד¹⁰⁸ ובין אם כעונש מינימלי¹⁰⁹ – ראוי להסמיק את בתי-המשפט במפורש לסטות מעונש זה במקרים של ניסיון לבצע את העבירה¹¹⁰.

2. אפיון הניסיון

סעיף 25(א) להצעה, המיועד להגדיר ניסיון, אינו מפרט את מאפייני היסוד העובדתי של הניסיון. הסעיף מסתפק בקביעה, כי "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה".

אחת הבעיות הקשות בדיני-הניסיון היא למתוח את קו-הגבול בין מעשי הכנה לבין הניסיון. לסוגייה זו נגיעה ישירה לגבולות האחריות הפלילית, משום שבדרך-כלל מעשי הכנה אינם ענישים, ואילו הניסיון הוא עניש¹¹¹. במרוצת השנים התפתחו בשיטות-המשפט השונות מבחנים שונים להבחנה בין מעשי ההכנה לבין הניסיון¹¹², אולם אף אחד ממבחנים אלה כשלעצמו אינו מסוגל ליתן מראש תשובה

108 כדוגמת העונש הצפוי לעבירת הרצח.

109 תקיפת שוטר לפי סעיפים 273-275 לחוק העונשין.

110 זהו ההסדר במשפט הגרמני. ראה קרמניצר (לעיל, הערה 102).

111 להוציא ניסיון לבצע עבירה מסוג חטא שאיננו עניש – סעיף 31 לחוק העונשין, סעיף 38 להצעה.

112 לסקירתם של מבחנים אלו ראה פלר, יסודות דיני עונשין ב 89-116; קרמניצר (לעיל, הערה 102).

ברורה לשאלת הגבול בין הכנה לבין ניסיון. ההצעה משקפת את המסקנה, הנובעת מהניסיון שהצטבר בשיטות השונות בהקשר זה, כי הגדרה ברורה ומפורטת של הגבול בין מעשי ההכנה שאינם ענישים לבין הניסיון העניש — כפי שהיה מתחייב מעקרון החוקיות — איננה אפשרית. חבל רק שההצעה הסתפקה באפיון של הניסיון בדרך השלילה — "מעשה שאין בו הכנה בלבד" — בלא להגדיר, אמנם באופן כללי, את הניסיון עצמו. מן הראוי היה, שהגדרה כזו תשים את הדגש על השתייכותו של הניסיון לשלב של "ביצוע העבירה" — שלב הרחב מההתנהגות המפורטת ביסוד העובדתי של העבירה — ותדגיש כי הניסיון מתחיל "מתחילת הביצוע". המושג עצמו של "ביצוע העבירה" איננו זר להצעה. במסגרת הגדרת הביצוע בצוותא, המאופיין בכך ששני שותפים או יותר נטלו חלק בעצם ביצוע העבירה, מתייחס סעיף 29(ב) להצעה למי שעשה "מעשים לביצועה" של העבירה. ניתן היה לאמץ לפחות הגדרה דומה גם בהקשר לניסיון.

סעיף 26 להצעה מסדיר את השפעתה של אי-האפשרות להשלים את העבירה על ענישת הניסיון¹¹³. השאלה מתעוררת במקרים שבהם המנסה לא ידע על היעדר אפשרות זו; שאם לא כן, לא ניתן לייחס לו כוונה להשלים את העבירה. הסעיף המוצע מבחין בין אי-אפשרות עובדתית, הנובעת מטעות בעובדה, לבין אי-אפשרות חוקית שמקורה בטעות לגבי המצב החוקי, כשהוא קובע כי

לעניין ניסיון, אין נפקא מינא אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע או טעה לגביו. אולם, אין ניסיון עניש אם מצב הדברים האמור מתבטא בהעדר איסור לפי חוק על מה שהאדם ניסה לעשות או עשה.

במסגרת אי-האפשרות העובדתית נכללים מקרים של שימוש באמצעים בלתי-מתאימים כדוגמת המקרה שבו מתוך כוונה להמית מזג העושה לכוס הקורבן, בטעות, רעל בכמות שאינה מספקת או מים מבקבוק הנושא תווית רעל. אי-האפשרות העובדתית יכולה גם לנבוע מהגסיבות: הקורבן לא היה במקום שאליו ירה העושה, או שעוד קודם שירה לעברו מת הקורבן מהתקף-לב. בכל המקרים האלה — כך מורה סעיף 29 המוצע — הניסיון יהיה עניש. כיום מסקנה זו איננה עוד בגדר

410-402; מ' קרמניצר, "על היסוד ההתנהגותי באקטוס ריאוס של הניסיון" משפטים ט (תשל"ט) 274; G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (London, 2nd ed., 1983) 410-417; J.C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* (London, 6th ed., 1988) 291-295; The American Law Institute, *Model Penal Code — Tentative Draft No. 10* (1958) 38-50. למכתנים שאומצו על-ידי הפסיקה במשפטנו ראה ע"פ 1/65 שמש נ' חיוה"מ, פ"ד יט 398; ע"פ 50/65 וידנפלד נ' חיוה"מ, פ"ד כ(1) 7; ע"פ 180/83 סרור נ' מ"י, פ"ד לח(2) 444; ע"פ 400/88 עית נ' מ"י, פ"ד מד(1) 778.

113 לדיון בסוגייה זו ראה פלר (לעיל, הערה 9), 172-116; מ' גור-אריה, "אי האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון" משפטים ח (תשל"ח) 310; M. Kremnitzer, "The Punishability of Impossible Attempts" 19 *Isr.L.Rev.* (1984) 340; A. Enker, "Impossibility in Criminal Attempts Legality and the Legal Process" 53 *Minn.L.Rev.* (1969) 665; G.H. Hughes, "A Further Footnote on Attempting the Impossible" 42 *N.Y.U.L.Rev.* (1967) 1005; G. Fletcher, *supra* note 87, at pp. 135-184; H.L.A. Hart, "The House of Lords on Attempting the Impossible" 1 *Oxford Journal of Legal Studies* (1981) 149.

חידוש במשפטנו. בעבר בתי-המשפט אצלו, וכך אף במשפט המקובל האנגלי, הבחינו בין סוגים שונים של אי-אפשרות עובדתית, כשרק לגבי חלק מהם נפסק כי הניסיון הוא עניש¹¹⁴. הרתיעה מלהעניש התייחסה בעיקר למקרים שבהם אובייקט העבירה לא התאים לאף אחד ממאפייני האובייקט הנדרש בהגדרת העבירה: הקורבן שמת עוד קודם שירו לעברו אינו עונה לאפיון של "אדם חי", כנדרש לצורך עבירת הרצח; או שהרכוש שנלקח היה למעשה רכוש נטוש שאינו מתאים להגדרת "דבר הניתן להיגנב", כנדרש לצורך עבירת הגניבה. אולם בע"פ 675/85 גרצאניו נ' מדינת ישראל¹¹⁵ הבהיר בית-המשפט, כי אין מקום להבחין בין סוגים שונים של אי-אפשרות עובדתית, משום שהרציונל שבענישת ניסיון חל כל-אימת שאדם גיבש כוונה לבצע עבירה, הוציא כוונה זו אל הפועל בכך שניגש לביצוע העבירה והיה אף משלים את העבירה אילו המסכת העובדתית היתה כפי שהוא האמין שהיא¹¹⁶. לפיכך, פסק שיש לאשר את הרשעת המערער בעבירה של ניסיון להחזיק סם מסוכן, הגם שלפני הגעת הסם להחזקתו הוא הוחלף בעמילן-תירס.

המקרים של אי-אפשרות חוקית הם שונים. כאן העושה חשב בטעות כי קיים חוק האוסר על התנהגותו, כדוגמת מי שקיים יחסים הומוסקסואליים בין בוגרים בהסכמה בלא שידע כי בינתיים בוטל האיסור על קיום יחסים כאלה¹¹⁷, או מי שהסתירה סחורה במעבר-הגבול כדי להשתמש מתשלום מכס בלא שידע כי בינתיים בוטל המכס על סחורה זו¹¹⁸. בהיעדר איסור חוקי – כך מורה לנו סעיף 26 המוצע – לא ניתן להעניש את העושה. איסור פלילי אינו יכול להיות קיים רק משום שהעושה האמין בקיומו. בהיעדר איסור על עשיית העבירה, חסר בסיס נורמטיבי שממנו ניתן לגזור את הניסיון. אמנם, העושה במקרה זה הוכיח כי הוא מוכן ומסוגל לעבור על איסור שלפי אמונתו קבוע בחוק, אולם כפי שהובהר בהקשר אחר¹¹⁹, אין המשפט הפלילי מגן על עצם הפרת החוק. אדם יתן את הדין על הפרת חוק רק אם, וכל עוד, הערך שהחוק מגן עליו נתפש כערך הראוי להגנה באמצעות המשפט הפלילי. בהיעדר ערך הראוי להגנה באמצעות המשפט הפלילי אין מקום לאחריות פלילית.

אין בהצעה התייחסות לסוג נוסף של היעדר-אפשרות להשלים את העבירה הנוגע לשימוש באמצעים אבסורדיים במודע. הכוונה למקרים שבהם העושה האמין כי האמצעים שנקט מתאימים להשלמת העבירה, אלא שאמונה זו נתפשת בעיני החברה כאמונה שאיננה רציונלית. בקטיגוריה זו נכללים מקרים של שימוש במלות-קסם מתוך אמונה שיש בכוחם להביא למות הקורבן, או של שימוש בסוכר, באמונה שהסוכר הוא שיגרום למוות וכדומה. הטעות כאן איננה טעות בעובדה (אי-אפשרות עובדתית) ואף לא טעות לגבי המצב החוקי (אי-אפשרות חוקית).

114 ראה לעניין זה הדין אצל פלד (לעיל, הערה 113); וכן אצל מ' גוראריה (שם).

115 פ"ד מ(3) 763.

116 השופט גולדברג, בעמ' 773.

117 שנדון על-ידי קרמניצר (לעיל, הערה 113).

118 הדוגמא המפורסמת של לידי אדרון, שנדונה על-ידי P. Wharton, *Criminal Law* (Rochester N.Y., 12th ed., 1932) 304.

119 אגב הדין בתחולת החוק הפלילי לגבי זמן ביצוע העבירה, לעיל ליד הערה 62.

אלא טעות בתפישת המציאות כפי שזו נתפשת בעיני החברה. יש להצטער על כך, שהצעה לא מסדירה במפורש את דינו של הניסיון במקרים אלה. העמדה המקובלת היא, כי הניסיון במקרים של שימוש באמצעים אבסורדיים במודע אינו עניש. ההנחה היא, כי משום שאמונתו של העושה נתפשת על-ידי החברה כאמונה שאיננה רציונלית

התוכנית, כפי שהתווה אותה העושה, אינה מסוכנת ואינה פוגעת בסדר המשפטי... והעושה נתפש כמי שמנותק מן המציאות בדומה לבלתי שפוי. לכן, אין מתייחסים אליו כאל מי שעתיד להפיק לקחים מכשלונו ולעבור לשיטה אחרת, אלא יותר כאל צדיק, או אולי יותר נכון – שוטה, שבאמונת השווא שלו ימשיך לחיות¹²⁰.

מבחינת דינו, השימוש באמצעים אבסורדיים במודע מושווה לאי-אפשרות חוקית, ולא בכדי. בהתנהגותו של המשתמש באמצעים אלה ניתן לראות התנהגות החורגת, במשמע, מגבולות האיסור. אמנם, במסגרת עבירות-תוצאה אין המחוקק נוהג לפרט את ההתנהגויות האסורות, אלא שהוא מסתפק באיסור על כל התנהגות העלולה לגרום לתוצאה. אולם אילו היינו "מבקשים" מהמחוקק לפרט את כל ההתנהגויות העלולות לגרום לתוצאה ושאותן הוא היה מעוניין לאסור, הוא לא היה כולל בגדר האיסור את המקרים של שימוש באמצעים הנתפשים על-ידו כאמצעים אבסורדיים. בהתאם להשקפה הרווחת בחברה, שימוש באמצעים אלה אינו עלול לגרום לתוצאה האסורה ולפיכך אין הוא אסור. טוב היה אילו הבהירו המציעים במפורש כי כמו במקרים של אי-אפשרות חוקית כך גם במקרים של שימוש באמצעים אבסורדיים במודע אין הניסיון עניש.

3. החרטה בניסיון

לפי סעיף 33(ב) לחוק העונשין, העובדה כי המנסה "מרצונו חדל מן הביצוע" איננה שוללת את ענישת הניסיון. לעומת זאת, סעיף 28 להצעה קובע, כי בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף, תשלול החרטה את האחריות הפלילית בגין הניסיון. לחרטה תפקיד מרכזי במסגרת השיקולים התומכים באי-ענישותם של מעשי ההכנה. ההנחה היא, כי גם אם נוצר במחשבתו של העושה הרעיון לבצע עבירה, הרי בשלב של עשיית הסידורים המוקדמים הנדרשים להגשמתו של רעיון זה החלטתו של העושה לבצע את העבירה טרם התגבשה סופית. בהיעדר גיבוש סופי, כאמור, ניתן, ואף חשוב, לעודד את העושה לזנוח בסופו של דבר את הרעיון לבצע את העבירה. זניחת הרעיון תהיה אפשרית וכדאית לעושה אם לא תיוחס אחריות פלילית כל עוד לא ניגש העושה לעצם ביצוע העבירה. לעומת זאת, מי שניגש לביצוע העבירה עושה זאת בדרך-כלל לאחר, ובעקבות, גיבושה של החלטה סופית לבצע את העבירה. הסיכוי כי בשלב זה יחזור בו העושה מהחלטתו הוא קטן.

120 מ' קרמניצר, "סוגיות בדין הנסיון הפלילי מנקודת ראות השוואתית" (לעיל, הערה 102), 401. ראה גם פלד (לעיל, הערה 112) המדגיש, בעמ' 128, כי "אילו היתה מסתכמת התופעה 'העבריינית' במעשים כאלה בלבד, לא היתה נשקפת לחברה כל סכנה, מן הסוג בו מוטל על הענישה הפלילית לטפל בה".

אמנם, סיכוי קטן זה אינו מצדיק להימנע מהטלת אחריות פלילית בגין הניסיון מהנימוק כי כל עוד לא הושלמה העבירה יש לאפשר למנסה לחזור בו מכוונתו¹²¹, אולם במקרים החריגים, שבהם המנסה התחרט וחזר מיוזמתו מן הביצוע, אין סיבה שלא לפטור אותו מאחריות פלילית, כפי שמרצע בסעיף 28 להצעה. אדרבא: דווקא משום שהוא כבר היה בעיצומו של הביצוע, חשוב לספק לו מוטיבציה להתחרט אפילו בשלב זה. יש גם להניח כי מי שחזר בו לאחר שכבר התנסה בתחילת הביצוע של העבירה "לא ישוב עוד לסורו" — כלשון דברי ההסבר להצעה¹²².

הבעיה הניצבת בפני הגישה המעניקה פטור מאחריות פלילית למנסה היא להבחין בין חרטה אמיתית לבין נטישת הביצוע עקב קשיים חיצוניים. את הפטור מאחריות יש להעניק למי שזנח את הרעיון לבצע את העבירה עקב מפנה פנימי בעמדתו הנפשית, ולא למי שעקב נסיבות חיצוניות שהתגלו במהלך הביצוע הבין כי השלמתו של הביצוע עלולה להיכשל וכי הוא עלול להיתפס. ההצעה מתמודדת עם קושי זה על ידי העברת נטל ההוכחה למנסה שהתחרט; וכדי להבטיח שהחרטה אכן היתה אמיתית, המנסה צריך להוכיח כי "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה" (ההדגשה הוספה). ועוד מבהירה ההצעה, כי הענקת הפטור מאחריות למנסה שהתחרט אין בה "כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה".

ד. עבירות נגזרות — צדדים לעבירה

1. ההבחנה בין צורות ההשתתפות בביצוע עבירה וענישתן

ההצעה מבחינה במפורש בין הצורות השונות של ההשתתפות בביצוע עבירה. בסעיף 29 היא מבהירה, כי תיתכן שותפות גם בין מבצעים עיקריים שביצעו את העבירה בצוותא וכי ניתן לבצע את העבירה גם באמצעות אדם אחר. את המבצע בצוותא, המוגדר בסעיף 29(ב) להצעה, יש להבדיל מן המסייע כפי שהוא מוגדר בסעיף 31. המבצע באמצעות אחר, המאופיין בסעיף 29(ג), נבדל מן המשדל.

(א) ביצוע בצוותא במובחן מסיוע

הרעיון כי תיתכן שותפות גם בין מבצעים עיקריים, לא מצא ביטוי בפסיקה אצלנו. זו אף לא תמיד ראתה לנכון להכריע בשאלה מי מהמעורבים בביצוע העבירה הוא

121 מבחן המעשה האחרון, שהיה מקובל בעבר כמשפט האנגלי כמבחן להבחנה בין מעשי הכנה לבין ניסיון, היה מבוסס על הרעיון כי כל עוד לא עשה העושה את המעשה האחרון הנדרש להתהוות העבירה, הוא עלול להתחרט, ויש לאפשר לו לממש אפשרות כזו. על משמעותו של מבחן זה ברוח זו ועל הביקורת עליו ראה קרמניצר, (לעיל, הערה 102), 405, 409-410.

122 עמ' 129.

בגדר המבצע ומיהו המסייע. כך, למשל, בע"פ 97/57 כדורי נ' היועץ המשפטי¹²³ פסק בית-המשפט, כי

כאשר ראובן, שמעון ולוי תוקפים את הקורבן בצוואת וברעה אחת, וכל אחד פרצע אותו, ואין לדעת מי גרם כפועל למות הקורבן, מרשיעים את כולם בגרם המוות, כי ממה נפשך: אם נניח שהמוות בא מידו של ראובן, אשם הוא כעבריין ראשי, וגם שמעון ולוי אשמים במלוא המידה כמסייעים בידו. ואם שמעון גרם למוות, הרי שראובן ולוי הם המסייעים. כנסיבות אלה אין איפוא הכדל בדבר, ועל כן אין צורך להוכיח, מי הנחית את המכה הפטלית (ההדגשה הוספה)¹²⁴.

לעומת זאת, ההצעה מגיחה כי קיים הכדל משמעותי בין אחריותו של המבצע לזו של המסייע. בהתאם לסעיף 32 להצעה, עונשו של הסיוע לדבר עבירה הוא "מחצית העונש שנקצב בחיקוק בשל ביצועה העיקרי"¹²⁵. העונש המופחת הצפוי למסייע נובע מתרומתו המשנית להתנהגות העבירה. היוזמה לביצוע, ההחלטה לביצוע ועצם הביצוע אינם בידי המסייע. תפקידו של זה מתמצה בעשיית פעולות-עזר הנפרדות מעצם הביצוע ושיש בהם "כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו..." — כלשון סעיף 31 להצעה¹²⁶.

אם וכאשר תתקבל ההצעה, לא יוכלו עוד בתי-המשפט להימנע מלהכריע מיהו המבצע ומיהו רק בגדר מסייע¹²⁷. במקרים כדוגמת זה שנדון בפרשת כדורי שהובאה לעיל, תחייב ההצעה לראות את כל מי שנטל חלק בתקיפת הקורבן ככוונה תחילה להביא למותו כמבצע בצוואת של עבירת הרצח; שכן להבדיל מהמסייע שהתנהגותו אינה חורגת מעשיית מעשי-עזר הנפרדים מביצוע העבירה, המבצע בצוואת נוטל חלק בעצם ביצוע העבירה: הוא משתתף "בביצוע העבירה תוך עשיית מעשים לביצועה" — כלשון סעיף 29(ב) להצעה¹²⁸. ראית התוקפים בפרשת כדורי כמבצעים עיקריים אינה מחייבת "להוכיח מי הנחית את המכה הקטלנית" — כהנחתו של בית-המשפט בפרשה זו. כשמדובר בביצוע בצוואת, "אין נפקא מינא אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי האחרים" — כאמור בסעיף 29(ב) להצעה. ההנחה המשותפת לכל

123 פ"ד יב (2) 1345.

124 עמ' 1350. עמדה זו אומצה בע"פ 158/58 אברעמרם נ' היוה"מ, פ"ד יג (3) 1966; ובע"פ 418/77 ברדיאון נ' מ"י, פ"ד לב (3) 3.

125 היום מאפשר סעיף 26 לייחס לכל השותפים את העונש הצפוי בגין העבירה.

126 נוסף על כך ייתכן גם סיוע רוחני, שעליו אעמוד להלן.

127 גם היום קיימת חשיבות מעשית להבחנה בין המסייע לבין המבצע. מהביצוע ניתן לגזור צורות נוספות של התנהגות עבריינית. לא כך מהסיוע: בהיעדר ביצוע עיקרי לא ניתן לגזור מהסיוע ניסיון לסיוע, שידול לסיוע וסיוע לסיוע. על חשיבות זו במצב הקיים היום ראה מ' גור-אריה, "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א (תש"ן), 29, 30-32; מ' גור-אריה, "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא (תשמ"א) 518; פלר (לעיל, הערה 112), 201-202.

128 לדיון נרחב יותר בביצוע בצוואת בהשוואה לסיוע ראה מ' גור-אריה, "צורות של ביצוע עבירה פלילית" (לעיל, הערה 127), 32-42; מ' קרמניצר, "המבצע בדיני העונשין — קיום לדמותו" פלילים א (תש"ן) 77-73; מ' גור-אריה, "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" (לעיל, הערה 127); פלר (שם).

צורות השותפות היא כי העבירה שנעברה היא אחת, וכל מי שתורם להתהוות עבירה זו נושא באחריות עליה בהתאם למהות תרומתו. מי שתורמתו לא חרגה מגדר פעולות-עזר, ישא באחריות כמסייע לעבירה שנעברה, ועונשו – בהתאם להצעה – יהיה מחצית העונש הצפוי לעבירה זו. לעומת זאת, מי שנטל חלק בעצם ביצוע העבירה, ישא באחריות כמבצע בצוותא של העבירה שנעברה, גם אם הוא-עצמו לא השלים את הביצוע, כשעונשו יהיה זהה לעונש הצפוי בגין העבירה המושלמת שנעברה.

(ב) ביצוע באמצעות אחר במובחן משידול

מבצע העבירה אינו חייב תמיד לקחת חלק בביצועה. המבצע עשוי לבצע את העבירה באמצעות אחר. בהתאם לסעיף 29(ג) להצעה, המבצע באמצעות אחר הוא מי "שתורם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשהו ככלי בידיו...". במקרים אלה מי ששולט (במובן הרחב) על הביצוע הוא המבצע העקיף. ההצעה מפרטת את המצבים שבמסגרתם ביצע האחר את היסוד העובדתי של העבירה. מפירוט זה ניתן להסיק מתי המבצע העקיף רוכש שליטה על ביצוע העבירה בידי האחר¹²⁹. מההצעה משתמע, כי המבצע העקיף עשוי לרכוש את השליטה על הביצוע על-ידי השלטת רצונו על האחר באמצעות כפייה פיזית, שאז האחר פועל "בהעדר שליטה" – כאמור בסעיף 29(ג)(2); או באמצעות איומים, שאז עומדת לאחר הגנת ה"כורח" – כאמור בסעיף 29(ג)(5); ואף באמצעות מתן פקודה שהאחר היה חייב לציית לה והשוללת את אחריותו של האחר מכוח הגנת ה"צידוק" – כאמור בסעיף 29(ג)(5). רכישת השליטה על הביצוע בידי האחר תיתכן גם במקרים שבהם מנצל המבצע העקיף את יתרון ההבנה שיש לו על-פני האחר שפעל בהיותו קטין או בלתי-שפוי – כאמור בסעיף 29(ג)(1); או "ללא מחשבה פלילית" – כאמור בסעיף 29(ג)(3); או עקב "טעות במצב דברים" – לפי סעיף 29(ג)(4). ההתמקדות במצבים שבהם היה שרוי האחר מיועדת לתחום "תחומה ברורה בין שידול ובין 'ביצוע באמצעות אחר'. השידול מניח משדול האחראי בפלילים והמודע למשמעות הפלילית של המעשה שלעשייתו משדלים אותו"¹³⁰. לעומת זאת, הביצוע באמצעות אחר מתייחס למקרים שבהם האחר פעל במצב השולל את פלילות המעשה או שפעל ללא מחשבה פלילית.

ההבחנה המשתקפת מההצעה בהקשר זה היא בין שותף עקיף, שאחריותו נגזרת מביצוע העבירה – משדל – לבין מבצע העבירה, אמנם באמצעות אחר, שאחריותו היא עיקרית. כמו המסייע, כך גם המשדל הוא שותף עקיף משום שהוא משאיר בידי המבצע את ההחלטה הסופית אם לגשת לביצוע ואת השליטה על עצם הביצוע. להבדיל מהמסייע, למשדל יש אמנם השפעה של ממש על החלטתו של המבצע: הוא נוטע בלבו את הרעיון לבצע את העבירה או לפחות מטה את הכף בהחלטת המבצע לבצע את העבירה. עם זאת, המשדל אינו כופה את רצונו על

129. לדיון נרחב במשמעות השליטה בהקשר זה ראה מ' קרמניצר (לעיל, הערה 128), 66-72; מ' גור-אריה, "צורות של ביצוע עבירה פלילית" (לעיל, הערה 127), 24-53.

130. דברי ההסבר, בעמ' 130.

האפשרות לייחס לשודד אחריות למות השותף מכוח כללי הסיכתיות הרגילים; שהרי אחריות לעבירת-תוצאה שאינה מפרטת את ההתנהגות הנדרשת להתהוותה ניתן לייחס גם למי שיצר מצב מסוכן (לענייננו – השודד) שהתממש על-ידי התערבותו של גורם נוסף (קורבן השוד) שהביא במישורין להתרחשות התוצאה. אולם אם נשנה במקצת את הדוגמא ונניח כי קורבן השוד עלה על רכב שלא שייך לו ונס על נפשו, ההסדר המוצע אינו מאפשר לייחס לשודד ש"גרם" לו לעשות זאת אחריות לעבירה של שימוש ברכב ללא רשות. כשהעבירה מפרטת את ההתנהגות הנדרשת להתהוותה, אנו זקוקים לדוקטרינה של ביצוע באמצעות אחר כדי לייחס אחריות של מבצע העבירה גם למי שלא ביצע את ההתנהגות המפורטת בהגדרה. בדוגמא שאנו דנים לא היתה לשודד, שגרם לאחר לנוס על נפשו ברכב לא לו, שליטה על התנהגותו של האחר; שהרי הלה לא שימש כלי בידי השודד, כנדרש בסעיף 29(ג) להצעה. בדוגמא זו ניתן יהיה לייחס לשודד אחריות לעבירה של שימוש ברכב ללא רשות רק לפי העמדה המבססת את הביצוע באמצעות אחר על גרימה ורק בתנאי שהיה לשודד היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה. ועוד אין ההצעה מאפשרת לייחס אחריות מכוח הביצוע באמצעות אחר למי שברשלנות גרם לאחר לבצע את העבירה במצב של היעדר-אחריות¹³⁸.

(ג) שידול וסיוע

הבחנה אחרת המתחייבת מן ההצעה היא בין המשדל לבין המסייע. כפי שכבר הובהר, על-אף היות השניים שותפים עקיפים שאחריותם נגזרת מביצוע העבירה, תרומתו של המשדל לביצוע העבירה היא יותר ממשית מזו של המסייע. המשדל הוא האב הרוחני של העבירה. לולא הוא, לא היה המבצע מחליט לבצע את העבירה ועקב כך גם העבירה לא היתה מתבצעת. לעומת זאת, תרומתו של המסייע המתבטאת בעזרה למבצע היא קשנית. היוזמה לבצע את העבירה איננה בידי ואף תרומתו לביצוע העבירה איננה תרומה הכרחית: המבצע היה עשוי לבצע את העבירה גם ללא תרומת המסייע. בשל הבדל זה שבין המשדל לבין המסייע מתייחסת ההצעה אל המשדל ביתר חומרה מיחסה אל המסייע. כאמור, עונשו של המסייע, מכוח סעיף 32 להצעה, הוא מחצית מהעונש הצפוי בגין הביצוע העיקרי של העבירה. לעומת זאת, עונשו של המשדל כמוהו כעונשו של מבצע העבירה – כאמור בסעיף 30 להצעה. ההצעה תחייב אפוא את בתי-המשפט להכריע בכל מקרה מיהו המשדל ומיהו המסייע.

האפיון המבחין בין המשדל לבין המסייע, כפי שמשקף מההצעה, הוא במישור התרומה: המשדל תורם ליצירת היסוד הנפשי של המבצע, ואילו תרומתו של המסייע היא במישור העובדתי. סעיף 31 להצעה אף מדגיש את הפן האובייקטיבי של תרומת המסייע: נדרש כי מעשה הסיוע "היה בו כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו..."¹³⁹. אולם ההצעה איננה נותנת ביטוי מפורש לסוג

138 במקרים כגון אלה דנתי בהרחבה במאמרי "צורות של ביצוע עבירה פלילית" (לעיל, הערה 127), 58-63.

139 וזאת להבדיל מסעיף 26(2) לחוק העונשין, המחייב לעשיית מעשה שנעשה מתוך כוונה לסייע.

נוסף של סיוע, והוא הסיוע הרוחני¹⁴⁰: המסייע הרוחני מעורר את המבצע לבצע, בין במישרין ובין על-ידי עשיית מעשים שלא תרמו אובייקטיבית לביצוע, אך שהמבצע הסתמך עליהם כשהחליט לגשת לביצוע, כגון הבטחה למתן מסתור לאחר הביצוע¹⁴¹, אספקת מכשיר שלא היה תקין ולפיכך בפועל לא היה בו כדי להקל על הביצוע. כוונת המציעים היתה לכלול גם מקרים אלה בגדר הסיוע, שכן בדברי ההסבר להצעה נאמר במפורש, כי

גם הבטחה, לפני המעשה או בשעתו, לסייע, אשר המבצע הסתמך עליה, היא בגדר סיוע, אף כאשר המבטיח לא עמד בדבריו. בקיצור, כל תרומה עקיפה, לעשיית העבירה, אם המבצע הסתמך עליה או הסתייע בה, היא בגדר סיוע¹⁴².

אולם לא ברור אם הנוסח שבסעיף 31 להצעה, המגדיר סיוע תוך הדגשת התרומה האובייקטיבית "ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה", אכן מחייב לכלול בגדר הסיוע גם את הסיוע הרוחני. כדי לממש את כוונת המציעים טוב יעשו מנסחי החוק אם במסגרת הגדרת הסיוע יתנו ביטוי מפורש גם לסיוע הרוחני.

הכללת הסיוע הרוחני בגדר הסיוע מחייבת לתת את הדעת על ההבחנה בין המסייע הרוחני לבין המשדל. השניים תורמים ליסוד הנפשי של המבצע. אולם גם כאן תרומתו של המשדל ממשיך יותר מזו של המסייע: המשדל יוצר אצל המבצע את ההחלטה לבצע את העבירה, בין על-ידי נטיעת הרעיון ובין על-ידי הטיית הכף; שכן בלעדי המשדל לא היה המבצע מחליט לבצע את העבירה. לעומת זאת, המסייע הרוחני אינו משפיע על עצם ההחלטה. ההנחה היא כי המבצע כבר גיבש את ההחלטה לבצע וגם בלעדי תרומתו של המסייע הרוחני הוא היה ניגש לביצוע. תרומתו של המסייע הרוחני רק מאמצת את המבצע בהחלטתו¹⁴³. לפיכך, כדי להכריע מיהו המשדל ומיהו המסייע הרוחני ייאלצו בתי-המשפט להתמודד עם השאלה, שאינה פשוטה ושנוגעת למהות ההשפעה שהיתה לתרומתו של השותף על החלטתו של המבצע לבצע את העבירה.

בהקשר אחר הנוגע ליסוד הנפשי המאפיין את השותפות העקיפה אין ההצעה מבחינה בין המשדל לבין המסייע. בשני המקרים מוותרת ההצעה על הדרישה כי למשדל או למסייע תהיה כוונה, ומסתפקת במחשבה פלילית כלשהי. לגבי הסיוע אף מודגש בדברי ההסבר, כי הוויתור על יסוד נפשי של כוונה הוא בגדר חידוש לעומת המצב הקיים המחייב שהסיוע ייעשה מתוך "מטרה לסייע לביצועה" של העבירה¹⁴⁴. לעומת זאת, הוויתור על הכוונה בהקשר למשדל אינו ברור דיו מדברי ההסבר. שם מודגש, כי מהותו של היסוד הנפשי המאפיין שידול "נובעת מהאופי

140 התייחסות מפורשת לסיוע הרוחני קיימת כיום בצורה מוגבלת בסעיף 26(4): במסגרת הסיוע על-ידי נוכחות מתייחס הסעיף גם למי שנכח במקום "כדי לאמץ את המבצע בהחלטתו".

141 ואין זה משנה אם בפועל עמד המסייע בהבטחתו אם לאו, שכן קיום ההבטחה אינו תורם לביצוע שכבר הושלם.

142 עמ' 131.

143 כפרפרזה על נוסח סעיף 26(4) לחוק עונשין שהוזכר לעיל, בהערה 140.

144 דברי ההסבר, עמ' 131. על הגישות השונות לגבי משמעות ה"כוונה לסייע" במשפטנו ראה מ' קרמניצר, "כוונת המסייע כוונת המבצע?" משפטים ג (תשל"א) 97.

התכליתי של שידול". עם זאת מודגש, כי המסקנה המתחייבת ממהות זו היא כי "אין שידול אלא לעבירה הנעברת מתוך מחשבה פלילית ואין שידול אלא מתוך מחשבה פלילית של המשדל"¹⁴⁵. דומני כי המסקנה המתחייבת מהאופי של השידול היא, כי יש להתנותו ביסוד נפשי של כוונה (שאו גם ניתן יהיה לדבר על אופיו "התכליתי"), וזו גם צריכה להיות – כך אני מאמינה – המדיניות הראויה לגבי הסידע.

אמנם, תרומתו של המשדל לביצוע העבירה היא ממשית, אולם צריך לזכור כי האחריות הפלילית מוטלת על המשדל בשל ההשפעה שהיתה לו על החלטתם של אחרים לבצע עבירה – השפעה שהושגה בלא כפייה ובלא תרמית (שאם לא כן, יהיה הוא בגדר מבצע העבירה באמצעות אחר). הגבלת חירותו של אדם אחד רק בגלל השפעה אפשרית שעשויה להיות לו על אדם אחר היא בעייתית, אף אם מדובר בהשפעה שלילית המובילה לביצוע עבירה. הגבלת חירות, כאמור, עשויה להיות מוצדקת אם מטרתו של האחד (המשדל) היתה להשפיע על האחר (המבצע) לבצע עבירה, או לפחות אם הוא צפה בדרגה גבוהה של הסתברות את ההשפעה שתהא להתנהגותו על החלטתו של האחר לבצע את העבירה¹⁴⁶. קשה להצדיק הטלת הגבלות על דבריו של אדם ואף על מעשיו רק בשל החשש שאחרים עלולים לאמץ מהם רעיונות עברייניים, אפילו אם הדובר או העושה היו מודעים לאפשרות כזו. בהקשר זה ראוי להזכיר את הזהירות שבה מתייחסים בתי-המשפט שלנו להגבלות על חירות הביטוי: אפילו במקרים של חשש לפגיעה בביטחון המדינה ובשלום הציבור נפסק שאין הצדקה להגביל את חופש הביטוי, אם אין ודאות קרובה שהביטוי אכן יגרום לפגיעה בביטחון¹⁴⁷. כאשר הביטוי הוא בגדר שידול לדבר עבירה, אין המדובר רק בהגבלת חופש הביטוי אלא בהטלת אחריות פלילית כשותף לעבירה על מי שהיה מוכן לקחת את הסיכון, שמא יהיה בדבריו כדי לעודד אחר לגשת לביצוע העבירה!

הטלת אחריות פלילית על מסייע שביודעין היה מוכן לקחת סיכון לכך שמעשיו יסייעו לאחר לבצע עבירה היא פחות בעייתית. עם זאת לא ברור כי תהיה זו מדיניות ראויה לייחס למסייע אחריות לעבירה על בסיס נטילת סיכון שהיתה מלווה בתקווה, שאינה מנותקת מהמציאות, כי המבצע לא יגשים בסופו של דבר את הביצוע. ההצעה, המסתפקת ביסוד נפשי של קלות-דעת מצד המסייע, תאפשר אף לראות במי שבמהלך עסקיו הרגיל מכר לאחר מכשיר העלול להקל על ביצוע העבירה אחראי לעבירה שהקונה עבר בעזרת המכשיר, אם המוכר אכן צפה את האפשרות של ביצוע העבירה מצד הקונה. גם אם חושבים כי יש מקום להטיל הגבלות על מוכרים של מכשירים העלולים לשמש לביצוע עבירה, ספק רב אם ראוי לקשור את המוכרים לעבירה שנעברה על-ידי הקונים ולייחס להם אחריות כמסייעים לה, אפילו אם העונש הצפוי למסייע הוא קל מזה של המבצע. במקרים אלה ניתן יהיה להסתפק באחריות לעבירה המיוחדת של סיפוק אמצעים העלולים להקל על

145 עמ' 130 (ההדגשות הוספו).

146 שאז ניתן לייחס לו כוונה מכח הלכת הצפיות.

147 פסק-הדין המנחה לעניין זה הוא כמוכר בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

ביצוע של פשע, המוגדרת בחוק העונשין בסעיף 148⁴⁹⁸. ראיית מי שסיפק מכשיר או כל אמצעי אחר שבעזרתו בוצע הפשע כשותף לעבירה שנעברה תהא מוצדקת – כך אני מאמינה – אם מספק המכשיר או האמצעי קשר את עצמו לעבירה שנעברה בכך שהתכוון כי המבצע יבצע את העבירה או לפחות צפה את אפשרות ביצועה בדרכה גבוהה של הסתברות. לעניין זה צריך לזכור כי הסיוע מורכב ברובו ממעשים שבמהותם הם בגדר פעולות הכנה לקראת הביצוע. במקרים החריגים שבהם פעולות הכנה הנעשות על-ידי המבצע עצמו הן ענישות, ענישתן מתבססת על היותן מכוונות להביא להשלמת הביצוע. לא ברור מדוע יש לשנות מהאופי התכליתי של פעולות אלה כאשר המסייע הוא העושה את פעולות ההכנה לקראת הביצוע, ואילו המבצע ניגש לביצוע.

2. אחריות לעבירות נוספות

במקרים שבהם היתה שותפות לעבירה מסוימת, ובמהלך ביצועה של זו ביצע המבצע עבירה נוספת, מתעוררת השאלה האם השותפים האחרים ישאו באחריות גם לעבירה הנוספת, הגם שלגביה לא התקיימו מאפייני השותפות. העמדה המקובלת היא, כי יש להרחיב את אחריות השותפים גם לעבירות נוספות או שונות¹⁴⁹. הרחבת האחריות בהקשר זה מבוססת על הרעיון כי מי שהסתבך בשותפות לעבירה ראוי שישא, בתנאים מסוימים, גם באחריות לתוצאות העלולות לנבוע מהסתבכותו זו, משום שהשליטה המלאה על הביצוע יוצאת מידי השותף היחיד. מי שבוחר להשתתף בביצוע של עבירה חייב אפוא לקחת בחשבון את העובדה שהדברים עלולים להסתבך והוא עלול למצוא את עצמו מעורב גם בעבירות נוספות – לעתים שונות – מאלו שבביצוען היה מוכן להשתתף.

חוק העונשין מרחיב את אחריותם של חלק מהשותפים לעבירות נוספות שבוצעו אם הללו היו בגדר "תוצאה מסתברת" של הגשמת השותפות. הבסיס לאחריות הוא רשלנות; המבצע בצוותא או לפחות המסייע שנוכח – מכוח סעיף 150²⁸; והמשדל – מכוח סעיף 29 לחוק – ישאו באחריות לעבירה נוספת או שונה, אם בעת שהצטרפו לשותפות היתה להם יכולת סבירה לצפות את ביצוע העבירה הנוספת¹⁵¹. לעומת זאת, ההצעה מרחיבה את אחריותם של כל השותפים, לרבות המסייע שלא נכח כלל בזירת הביצוע, לעבירות נוספות או שונות, אך זאת תוך

148 הסעיף קובע: "(א). הנותן לאדם כלים, חומרים, כסף, מידע או כל אמצעי אחר כשהוא יודע שהדבר עלול לשמש, במישרין או בעקיפין, לביצוע פשע או להקלת ביצועו, דינו – מאסר שלוש שנים".

149 במשפט המקובל האנגלי הרחבת האחריות, כאמור, נעשתה באמצעות הדוקטרינה של אחריות סולידרית של הקושרים. דוקטרינה זו אומצה על-ידי הפסיקה במשפטנו, בלי שיהיה לה בסיס חוקי. על משמעות האחריות הסולידרית של הקושרים ולביקורת עליה ראה האזכורים לעיל, הערה 11.

150 דרך התבטאות זו משקפת את המחלוקת לגבי פרשנות סעיף 28 לחוק העונשין. ראה ע"פ 377/67 דהאן וכן הרוש 'מ', פ"ד כג(1) 197; ש"ז פלר, "סעיף 24 לפקודת התוק הפלילי האמנם נועד הוא למסייע?" משפטים 275 (תשל"ו).

151 בשל התוצאות הקשות העלולות לנבוע מעמדה זו – שעליהן אצביע בהמשך – ריכזו בתי-המשפט את מבחן הרשלנות בהקשר זה: יכולת הציפייה הסבירה נמדדת רק בהסתמך על העובדות שהיו ידועות לשותף למעשה, ולא נלקחות בחשבון אותן עובדות שעל קיומן היתה לו יכולת סבירה לדעת (פרשת דהאן וכן הרוש, שם).

הבחנה בין המבצע בצוואת, מצד אחד, לבין המשדל והמסייע, מצד אחר. כמו המצב הקיים כיום, אחריותו של המבצע בצוואת לעבירה הנוספת שנעברה היא על בסיס רשלנות; ואילו המשדל והמסייע, שהיו רשלנים לגבי אפשרות ביצועה של העבירה הנוספת, ישאו באחריות רק לעבירה של רשלנות – אם אכן קיימת עבירה כזו.¹⁵²

הרחבת אחריותו של המבצע בצוואת בהתאם להצעה – כמו האחריות המוטלת כיום על המשדל – מכוח סעיף 29 לחוק העונשין; ועל "המסייע הנוכח" – מכוח סעיף 28, היא בעיני דרקונית מדי. כאשר העבירה הנוספת היא עבירה של מחשבה פלילית, מאפשרת ההצעה לייחס למבצע בצוואת שכלל לא נטל חלק בביצוע העבירה הנוספת, כמו המשדל ו"המסייע הנוכח" כיום, אחריות לעבירה זו מכוח רשלנות. כדי לראות את המשמעות הקשה של הסדר זה די לשוואת לנגד העיניים מקרה כדוגמת זה שנדון בפרשת בן-הרוש¹⁵³, שבו שניים ביצעו יחד שוד שבמהלכו, ובניגוד לכל המוסכם ביניהם, גרם אחד המבצעים למוות. המבצע, שבפועל גרם למוות ישא באחריות לעבירת הרצח אגב ביצוע עבירה אחרת, לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין, רק אם יוכח כי עשה זאת במחשבה פלילית; ואילו כדי לייחס למי שביצע יחד עמו את השוד אחריות לעבירת הרצח, שבביצועה הוא לא נטל כל חלק, די להראות כי היתה רשלנות. לא ברור לי כיצד אותה הצעה, המדגישה – כפי שכבר הובהר¹⁵⁴ – את אופיה החריג של האחריות הפלילית על בסיס רשלנות ואף מגבילה את עבירות הרשלנות ל"עבירה שאיננה מסוג פשע"¹⁵⁵, מאפשרת, בהקשר אחר, לייחס למבצע בצוואת אחריות לעבירות כל-כך חמורות על בסיס רשלנות. הסדר ראוי היה מחייב להתנות גם את אחריותו של המבצע בצוואת לעבירה הנוספת ביסוד הנפשי הנדרש להתהוותה של עבירה זו. כשהעבירה הנוספת מותנית במחשבה פלילית – כדוגמת עבירת הרצח אגב ביצוע עבירה אחרת – ישא המבצע בצוואת באחריות לעבירה זו רק אם ניתן לייחס לו מחשבה פלילית. לעניין זה יש להעיר, כי ההצעה כלל אינה מסדירה את המקרים שבהם היתה לשותף לעבירה המקורית מחשבה פלילית לגבי העבירה הנוספת: סעיף 35 להצעה מתייחס מפורשות רק למקרים שבהם "אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה" של העבירה הנוספת. ההנחה היא כנראה, כי מאחר שהצורות השונות של שותפות בהתאם להצעה מסתפקות ביסוד נפשי של מחשבה פלילית, אם היתה לשותף מחשבה פלילית גם לגבי העבירה הנוספת שנעברה, ניתן יהיה לייחס לו אחריות לעבירה זו מכוח דיני-השותפות הרגילים, בלי שיהא צורך בהסדר המרחיב את אחריותו של השותף. אולם כדי שניתן יהיה להתייחס למי שהשתתף בעבירה המקורית גם כאל מי שהשתתף בעבירה הנוספת, יש לבדוק

152 סעיף 35 להצעה קובע: "עבר מבצע, אגב עשיית העבירה עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות העניין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה: (1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוואת הנוטרים; (2) המשדל או המסייע ישאו באחריות לה, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי".

153 לעיל, הערה 150.

154 לעיל, ליד הערה 71.

155 כאמור בסעיף 21(ב) להצעה.

גם את תרומתו האובייקטיבית לעבירה הנוספת. כך, כשמדובר בביצוע בצוותא של העבירה המקורית, מי שלא נטל חלק בעצם ביצוע העבירה הנוספת אינו יכול לשאת באחריות לעבירה זו מכוח דיני-השותפות הרגילים, גם אם יש לו יסוד נפשי של מחשבה פלילית. כדי לייחס לו אחריות לעבירה הנוספת דרוש הסדר חקיקתי שיאפשר להרחיב את האחריות. באמצעות השיקולים שהוכהרו קודם-לכן, ניתן להצדיק ייחוס אחריות לעבירה הנוספת גם אם המבצע בצוותא של העבירה המקורית לא נטל בה כל חלק. קשה – כך אני מאמינה – להצדיק הטלת אחריות החורגת מעבר ליסוד הנפשי המאפיין את העבירה הנוספת. לפיכך, טוב היו עושים המציעים לו שימרו גרסה קודמת שהוצעה בהקשר זה, שלפיה

צד לעבירה יישא באחריות פלילית גם על עבירה נוספת או שונה, שנעברה אגב ביצוע או ניסיון לביצוע העבירה, אם היתה בתחום מודעתו בפועל, או בעבירת רשלנות – אם היתה יכולה להיות בתחום המודעות של אדם מן הישוב¹⁵⁶.

כמו גרסה קודמת זו, אחריותם של המשדל ושל המסייע לעבירות נוספות או שונות – ולהבדיל מאחריותו של המבצע בצוותא – בהתאם להצעה גם היא מוגבלת. במקרים שבהם ניתן יהיה לייחס להם רשלנות לגבי אפשרות ביצועה של העבירה הנוספת, ישאו הם באחריות ל"עבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי". אלא שלהבדיל מהגרסה הקודמת, גם לגבי המשדל והמסייע, כמו לגבי המבצע בצוותא, אין ההצעה מסדירה את המקרים שבהם היתה להם מחשבה פלילית לגבי אפשרות ביצוע העבירה הנוספת. לפחות לגבי המסייע נדרש הסדר שיאפשר להרחיב את אחריותו לעבירה הנוספת גם במקרים שהוא היה מודע לאפשרות ביצועה אם לא היתה לו כל תרומה אובייקטיבית לביצועה של העבירה הנוספת.

3. מאפיינים אישיים

השפעת מאפיינים אישיים על צורות ההשתתפות בביצוע העבירה מוסדרת בהצעה בשני הקשרים: ההקשר האחד הוא במסגרת הביצוע באמצעות אחר, שאז מסדירה ההצעה את ביצוען של עבירות המותנות בעושה מיוחד. הכוונה לעבירות כגון עבירת הביגמיה המותנית בהיות העושה נשוי, או העבירה של עדות-שקר המחייבת ביצועה יהיה עד שנקרא להעיד. כשמדובר בשותפות עקיפה, אין כל קושי לייחס אחריות כשותף לעבירה זו למי ששידל אחר לבצע עבירה המותנית בעושה מיוחד או למי שסייע לו לבצע את העבירה, גם אם אין הוא מקיים את המאפיין האישי שבו מותנית העבירה. אולם כשהאחריות היא בגין ביצוע העבירה באמצעות אחר, מתעוררת השאלה האם עושה, שאינו מקיים את המאפיין האישי שבו מותנית התהוות העבירה, יכול לבצע עבירה זו באמצעות אדם אחר המקיים מאפיין זה. כך, לרווק ששידל אדם נשוי להינשא בשנית או לרווקה שסייעה לו בכך אין כל קושי לייחס אחריות כשותפים עקיפים לעבירת הביגמיה שנעברה, אף שהם עצמם

156 סעיף 35 ל"הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" (לעיל, הערה 2).

אינם נשואים. האם לרווק או לרווקה ניתן לייחס אחריות לביצוע עבירת הביגמיה באמצעות אחר במקרה שבו הם גרמו לאדם נשוי להינשא בשנית על-ידי ששכנעו אותו להאמין כי אשתו שממנה נפרד הלכה לעולמה? תשובה שלילית לשאלה זו נובעת מההשקפה שלפיה מי שאינו יכול לבצע במישרין עבירה מסוימת בהיותו משולל את המאפיינים האישיים הנדרשים להתהוותה, אינו יכול גם לבצע עבירה זו באמצעות אדם אחר המשמש רק כלי בידיו לשם הביצוע¹⁵⁷. לעומת זאת, ההצעה מספקת תשובה חיובית לשאלה האמורה. סעיף 29(ד) להצעה מבהיר, כי במקרים של ביצוע באמצעות אחר "אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באחר בלבד". מכוח הוראה זו, הרווק או הרווקה, ששכנעו אדם נשוי לשאת בתוס-לב אשה נוספת, ישאו באחריות כמבצעים של עבירת הביגמיה, אף שהם עצמם אינם נשואים והגם שהרווקה כלל אינה יכולה להינשא לאשה. העמדה המשתקפת מההצעה בהקשר זה היא, כי אופיה האנטי-חברתי של עבירה מסוימת נשמר גם במקרים שבהם העושה גרם לפגיעה בערך החברתי המוגן על-ידי איסור העבירה, תוך כדי שימוש באדם אחר לביצועה של זו; והעושה יכול לגרום לפגיעה, כאמור, גם אם הוא עצמו אינו מקיים את הנתונים האישיים הנדרשים להתהוותה של העבירה¹⁵⁸.

בהקשר אחר ההצעה מתייחסת בסעיף 36, להשפעתו של "נתון אישי שנפקותו מכח חיקוק להחמיר בעונש, להקל בו או לשנותו בדרך אחרת" על אחריות השותפים. ההצעה קובעת, כי לנתון אישי כזה "תהיה נפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים"¹⁵⁹. הכוונה היא לנסיכות בעלות אופי אישי המשנות את חומרת הענישה בגין העבירה, כדוגמת המועדות במקרים שבהם היא מחמירה את עונשו של מי שחזר לבצע עבירה לאחר שכבר ריצה עונש על עבירה קודמת¹⁶⁰. במקרים אלה תחמיר המועדות את העונש של השותף המועד בלבד. למעשה מאפשר ההסדר

157 להשקפה זו ראה G. Williams, "The Extension of Complicity" 34 *Camb.L.J.* (1975) 182, 185; J.C. Smith, "Comments to R. v. Cogan and Leak" *Crim.L.Rev.* (1975) 584, 585-588; J. Edwards, "Duress and Aiding" 69 *L.Q.Rev.* (1953) 226, 231-232; G. Williams, *Criminal Law, The General Part* (London, 2nd ed., 1961) 387-390.

158 על השקפה זו עמדתי במקום אחר: מ' גור-אריה, "ביצוע עבירה באמצעות אחר" (לעיל, הערה 137), 343-340. ראה גם P. Graven, *An Introduction to Ethiopian Penal Law* (Addis Ababa, 1965) 98. קרמניצר (לעיל, הערה 128) גורס, כי לא אח כל העבירות המותנות על-ידי עושה מיוחד ניתן לבצע באמצעות אחר. "יש עבירות בהן החובה היוצרת מבצע היא בעלת אופי כזה, שניתן להפר אותה רק על-ידי ביצוע פרסונלי ישיר של המעשה האסור" (עמ' 77).

159 על השפעתם של נתונים המשנים את חומרת העבירה על אחריותם של השותפים עמדתי בהרחבה במקום אחר. ראה M. Gur-Arye, "The Influence of Aggravating or Mitigating Personal Characteristics on the Liability of the Participants" 19 *Isr.L.Rev.* (1984) 253. פלר בהקשר זה (לעיל, הערה 112), 296-316.

160 דוגמא זו מוזכרת בדברי ההסבר, עמ' 133. אצלנו המועדות עדיין איננה מוכרת כנסיבה מחמירה בעלת אופי כללי. היא עשויה לרכוש מעמד זה אם וכאשר תושלם חקיקת החלק הון בדרכי הענישה בהצעת "חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" (לעיל, הערה 2), סעיפים 177-180. בעבר החמירה המועדות את עונשן של מספר מוגבל של עבירות שהיו מנויות בסעיף 436 לחוק העונשין. אולם סעיף זה בוטל במסגרת החוק לתיקון דיני עונשין (מס' 23), תשמ"ח-1988. על מעמדה של המועדות כנסיבה מחמירה בשיטות אחרות ראה מ' קרמניצר, עיקרי מבנה וארגון של עבירות (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, ירושלים, 1980) 139-143.

המוצע בהקשר זה לסטות מהעיקרון של אחדות העבירה ומהיחס בין העונשים הצפויים לשותפים השונים בהתאם לדיני-השותפות. כך, כאשר המועד היה המבצע, אחריותו המוחמרת לא תשפיע על חומרת האחריות של מי שביצע יחד עמו את העבירה או של מי ששידל אותו לבצע או סייע לו בביצוע. הללו ישאו באחריות כשותפים לעבירה הרגילה, ולא לצורה המוחמרת שלה. כאשר השותף העקיף הוא שהיה מועד, אחריותו בלבד תוחמר. אם המועד הוא המשידל, אחריותו עשויה להיות חמורה מזו של המבצע; ואם המסייע הוא המועד אחריותו עשויה להשתוות לזו של המבצע, אף שלפי דיני-השותפות המוצעים המסייע צפוי למחצית מהעונש הקבוע לעבירה.

במסגרת המאפיינים האישיים המשנים את חומרת העבירה מחייב ההסדר המוצע להבחין בין נסיבות שהן בעלות אופי אישי לבין נסיבות שאופיין ענייני¹⁶¹. הראשונות אינן משנות את אופיה של העבירה שנעברה ולפיכך השפעתן מוגבלת לשותף שבו הן התקיימו. לעומת זאת, הנסיבות הענייניות אוצלות על החומרה של העבירה עצמה, ומן הראוי – כך נאמר בדברי ההסבר להצעה – כי ישפיעו גם על אחריות השותפים. דוגמא לנסיבה עניינית, המובאת בדברי ההסבר, היא זו של בן או בת שהמיתו במחשבה פלילית את אחד מהוריהם. העובדה שהמבצע הוא בנו של הקורבן או בתו משנה את חומרת העבירה עצמה – הופכת אותה מהריגה לרצח הורה לפי סעיף 300(א)(1) – באופן המשפיע גם על אחריות השותפים. מי שביצע יחד עם הבן את ההמתה של ההורה או מי ששידל את הבת להמית את ההורה או סייע לה בכך ישא באחריות כשותף לעבירה המוחמרת של רצח הורה שבוצעה על-ידי הבן או הבת (בתנאי כמובן שהיה לו היסוד הנפשי הנדרש). אף שלפי ההצעה יש חשיבות מעשית להבחנה בין נסיבות אישיות לבין נסיבות ענייניות, לא תמיד ההבחנה עצמה קלה ליישום. העבירה המופחתת של המתת תינוק עשויה להדגים קושי זה. בהתאם לסעיף 303 לחוק העונשין, אם, שבהיותה במצב נפשי מעורער עקב הלידה או ההנקה, המיתה את תינוקה, תישא באחריות לעבירה המופחתת של המתת תינוק שעונשה המקסימלי הוא חמש שנות-מאסר, "על אף היות העבירה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה" – כאמור בסעיף 303 עצמו¹⁶². מה יהיה דינו של מי שסייע לאם להמית את תינוקה או של מי ששידל אותה לכך? לפי ההצעה, השאלה אם אחריותה המופחתת של האם משפיעה על אחריות השותפים מותנית כשאלה האם מדובר בנתון אישי המשפיע על הענישה בלבד או שמא בנתון ענייני האוצל על חומרת העבירה שנעברה. אני נוטה לדעה, שאותה הבעתי בהרחבה במקום אחר¹⁶³, כי מן הראוי שמצבה המיוחד של האם ישפיע על אחריותה בלבד. לפיכך, גם אם מייחסים לאם את העבירה המופחתת של המתת תינוק, יש לייחס למי שסייע בידה להמית את התינוק, אף אם הוא עשה זאת

161 לדיון בהבחנה זו ראה פלר (לעיל, הערה 159).

162 הסעיף קובע, כי "א" אשה שגרמה במזיד, במעשה או במחדל, למות ולדה שלא מלאו לו שנים-עשר חודשים, ובשעת המעשה או המחדל היתה במצב של ערעור שיקול הדעת, משום שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה, הרי על אף היות העבירה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה, דינה – מאסר חמש שנים".

163 במאמרי (לעיל, הערה 159).

לבקשתה־שלה וכשהוא מונע על־ידי מצוקתה, וודאי למי ששידל אותה לעשות זאת — אחריות כשותפים לעבירה של רצח או הריגה. עם זאת, בהבדל מהמועדות, למשל, אין ספק כי מצבה הנפשי המעורר של האם אוצל על מהות מעשה ההמתה שזו עשתה. לפיכך, אם הדגש הוא על עצם הסיווג של הנסיבה המקלה, ניתן גם לגרוס כי במקרים של המתת תינוק הנסיבה המקלה היא נסיבה עניינית האוצלת על חומרת העבירה ומשפיעה אפוא גם על אחריות השותפים¹⁶⁴.

גם אם מתגברים על בעיית הסיווג ומסכימים כי יש להתייחס למאפיין אישי מסוים כאל נסיבה עניינית המשפיעה על אחריות השותפים, עדיין עשויה להתעורר בעיה שחסרה לה תשובה בהצעה, וחבל. ההצעה אינה מסדירה מפורשות את השפעת הנסיבות הענייניות, להבדיל מאלה האישיות, על אחריות השותפים. ההתייחסות לנסיבות אלה מופיעה בדברי ההסבר בלבד. ההנחה היא כנראה, כי כשמדובר בנסיבות ענייניות אין צורך בהסדר מיוחד; שהרי הן משנות את חומרתה של העבירה עצמה ולפיכך בהתאם לדיני־השותפות הרגילים תהא לנסיבות אלה השפעה גם על אחריותם של השותפים השונים. הנחה זו נכונה כאשר הנסיבה העניינית מתקיימת לגבי מבצע העבירה, שאז אין מניעה לייחס למשדל ולמסייע אחריות לעבירה כדוגמת זו של רצח הורה, שהוזכרה בדברי ההסבר, אשר נעברה על־ידי המבצע, אף שהם עצמם לא היו בניו של הקורבן. הבעיה מתעוררת במקרים שבהם הנסיבה העניינית קיימת אצל השותף העקיף; כמו במקרה שבו הבן הוא שסייע לאחר, או שידל אותו, להמית את ההורה של המסייע או של המשדל. בהתאם לדיני־השותפות הרגילים, ניתן יהיה לייחס למסייע ולמשדל אחריות לעבירת ההריגה בלבד שנעברה על־ידי המבצע. אולם השיקולים שהביאו להחמרה עם בן שהיה מוכן להמית אחד מהוריו אינם נעלמים כאשר הבן היה מוכן "רק" לסייע לאחר להמית אחד מהוריו או כאשר הבן "רק" שידל אחר להמית את ההורה שלו. כדי להתחשב בשיקולים שהביאו לשינוי בחומרת העבירה, גם כאשר הנתון המשנה את חומרת העבירה מתקיים אצל השותף העקיף, יש הכרח בהסדר שיאפשר לסטות מהעיקרון של אחדות העבירה במקרים כגון אלה — הסדר שכאמור נעדר מההצעה¹⁶⁵.

4. חרטה

מכוח סעיף 30 לחוק העונשין לא נושא המשדל באחריות לעבירה שלה הוא שידל אם "בטרם נעברה העבירה חזר בו ושידל או יעץ שלא לבצעה", אף אם בסופו של דבר העבירה אכן נעברה. הסדר זה מבוסס על ההנחה, שאינה נקייה מהיבטים פיקטיביים, כי השידול הנגדי מאיין את תרומתו הראשונית של המשדל ושגם אם בסופו של דבר נעברה העבירה, ביצועה לא היה כתוצאה מהשידול¹⁶⁶. לעומת זאת, סעיף 34 להצעה, המאפשר גם למסייע, ולא רק למשדל, לחזור בו מהשותפות לעבירה, שם את הדגש על מניעת העבירה. לפי הסעיף,

164 זוהי עמדתו של פלר (לעיל, הערה 112), 309-308.

165 על פרטי ההסדר הראוי לעניין זה עמדתי בהרחבה במאמרי (לעיל, הערה 159).

166 ראה פלר (לעיל, הערה 112), 281-280.

משדל או מסייע לא יישאו באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לנסיון לשידול, אם מנעו את עשיית העבירה או את השלמתה, או אם הודיעו בעוד מועד לרשויות על העבירה, לשם מניעת עשייתה או השלמתה...¹⁶⁷.

לעניין זה כדאי לשים לב להשפעת הפטור המוענק בסעיף זה על האחריות שניתן היה להטיל מכוח דיני השותפות הרגילים. במקרים שבהם עשיית העבירה אכן נמנעה, הפטור המוענק בסעיף זה משפיע רק על אחריות המשדל: לולא הסעיף הוא היה נושא באחריות בגין הניסיון לשידול. לעומת זאת, המסייע ממילא לא היה נושא באחריות, שהרי אין הניסיון לסיוע עניש. הפטור למסייע, נוסף על המשדל, נדרש במקרים שבהם הם מנעו את השלמת העבירה, שאז לולא הסעיף היו הם אחראים בגין הסיוע או השידול לניסיון שכבר בוצע, ומובן כי הפטור אף נדרש במקרים שבהם למרות הפנייה לרשויות לא נמנעה השלמת העבירה. במקרים אלה יפטור סעיף 34 את המשדל ואת המסייע מאחריות בגין שידול או סיוע לעבירה שנעברה.

ועוד ראוי לשים לב להבדל בין הפטור המוענק למנסה שהתחרט, מכוח סעיף 28 להצעה, לבין זה המוענק למשדל ולמסייע, מכוח סעיף 34 להצעה. כפי שכבר הובהר, המנסה ייחנה מהפטור רק במקרים שבהם חל אצלו מפנה נפשי ו"מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה חדל מהשלמת המעשה", כאמור בסעיף 28. לעומת זאת, המשדל והמסייע יהיו פטורים אם הצליחו למנוע את עשיית העבירה או את השלמתה — יהיו הסיבות שהביאו אותם לחזור בהם מתכניתם המקורית אשר יהיו.

ה. הסייגים לאחריות פלילית

לאחר שההצעה עברה את הקריאה הראשונה, התקבל בכנסת תיקון¹⁶⁸ שהחליף את סעיף 22 לחוק העונשין בסעיפים המסדירים בנפרד את ההגנה הפרטית ואת הצורך. תיקון זה — כך יש להניח — יביא למחיקתם של הסעיפים המוצעים בהצעה לגבי ההגנה העצמית והצורך¹⁶⁹. התיקון עצמו, שכבר זכה ללא מעט הדים בציבור, עורר תגובות גם בספרות המקצועית¹⁷⁰. רשימה זו אינה המקום המתאים לתגובה מעין זו, ולפיכך לא אתייחס במסגרתה להגנות אלו. ברצוני רק להסב את תשומת-הלב לעובדה כי הגנת הכורח — המוגדרת היום בסעיף 21 לחוק העונשין — לא תוקנה; והתוצאה היא כי הגנת הצורך — לפי סעיף 22א כפי שתוקן

167 סעיף קטן (ב) מבהיר כי "רשויות לעניין סעיף זה — משטרת ישראל, גוף אחר המוסמך על פי דין למנוע את עשיית העבירה או השלמתה, או בהעדר אפשרות לפנות לרשויות האמורות — מי שהיה בידו למנוע את עשיית העבירה או השלמתה".

168 חוק העונשין (תיקון מס 37), התשנ"ב-1992, ס"ח 1390 (התשנ"ב) 142. התיקון נתקבל בכנסת ביום י"א באדר ב' התשנ"ב, 16 במרס 1992.

169 סעיפים 46-47 להצעה.

170 א' אנקר ור' קנאי, "על הגנה עצמית וצורך" פלילים ג (תשנ"ג) 5.

— רחבה מהגנת הכורח¹⁷¹, הגם שמבחינה עקרונית לא צריך להיות הבדל בין השתיים. ההגנה, הן כמצב של צורך הן כמצב של כורח, מוענקת למי שנאלץ למנוע סכנה על-ידי פגיעה באינטרס של אדם שלישי שלא היתה לו יד ביצירת הסכנה; להבדיל מההגנה העצמית (או הפרטית) המוענקת למי שמנע את הסכנה על-ידי פגיעה בתוקף שהתנהגותו הבלתי-חוקית היא שיצרה את הסכנה. העובדה כי במצב של כורח נבעה הסכנה מאיומים, ואילו כמצב של צורך נבעה הסכנה מהנסיבות, אינה צריכה להשפיע על האחריות של העושה שפעל למניעת הסכנה¹⁷². מאחר שאני מאמינה כי אין הצדקה להסדר שונה לכורח, לא אתייחס ברשימה זו להסדר המוצע לגבי הכורח, אף שבשלב זה הוא לא שונה. כל הסדר לגבי כורח ראוי לו שיאוחד עם ההסדר לגבי צורך — יהיה הסדר זה אשר יהיה. להלן אתייחס, וגם כאן לא באופן ממצה, לכמה מההסדרים האחרים המוצעים במסגרת הסייגים לאחריות הפלילית שבפרק ו להצעה.

1. שכרות

אף שהשכרות מוסדרת במסגרת הסייגים לאחריות הפלילית, ההסדרים הנוגעים לשכרות מיועדים ברוכם להרחיב את האחריות. כך ברוב הקודקסים הפליליים וכך גם בסעיף 45 להצעה, שפרט לכמה עידונים והבהרות אינו שונה מהותית מההסדר הקיים היום בסעיף 20 לחוק העונשין¹⁷³. הסדרים מיוחדים לגבי השכרות נדרשים בעיקר במקרים שבהם בשעת הביצוע היה העושה נתון ל"השפעת חומר אלכוהולי, סם נרקוטי או גורם מסמם אחר, ועקב כך היה חסר יכולת של ממש...להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להמנע מעשיית המעשה" — כאמור בסעיף 45(ד) להצעה. כמצב זה של שכרות מלאה אין לעושה בשעת הביצוע הכושר לשאת באחריות פלילית. העקרונות הרגילים היו מחייבים לפטור אותו מאחריות פלילית, אולם מכוח סעיף 45(א) להצעה, מי שביצע את המעשה כמצב של שכרות מלאה לא ישא באחריות פלילית רק אם השכרות נגרמה "שלא מרצונו או שלא מדעתו". הסייג מאחריות למי שביצע את המעשה כמצב של שכרות מלאה מוענק רק למי שבשלב הקודם לביצוע סומם או הושקע בעל-כורחו או שמסיבה אחרת

171 אמנם זה היה גם המצב קודם החיקוק, אך הסיבה להיקף המוגבל של הכורח בהשוואה לצורך נבעה מכך שסעיף 22 לחוק העונשין הגדיר את הצורך יחד עם ההגנה העצמית, וההיקף הרחב של ההגנה העצמית אצל גם על ההיקף של הצורך.

172 ראה ברוך זו J. Dressler, "Exegesis of the Law of Duress — Justifying the Excuse and Searching for its Proper Limits" 62 *U.S.C.L.Rev.* (1989) 1331, 1374–1376; Comment, "Justification — the Impact of the Model Penal Code on Statutory Reform" 75 *Colum.L.Rev.* (1975) 914, 922–924. אפילו מציעי ההצעה לקודפיקציה של המשפט המקובל האנגלי הגיעו למסקנה, כי "The impact of some situations of imminent peril upon persons affected by them is hardly different in kind from that of threats such as give rise to the defence of duress" (*Law. Com.* No. 177 [1989]). והמשפט הגרמני כלל אינו מבחין בין כורח לצורך, ההבחנה הקיימת שם היא שונה במהותה. ראה M. Gur-Arye, "Should the Criminal Law Distinguish Between Necessity as a Justification and Necessity as an Excuse" (לעיל, הערה 18).

173 על משמעותו של הסדר זה ועל האופן שבו הוא פורש במשפטנו עמדתי במקום אחר. ראה מ' גור-אריה, "שכרות בריני עונשין" משפטים יג (תשמ"ד) 183, 199–196.

לא יכול היה להימנע מלהגיע למצב של שכרות מלאה או למי שנטל סם או משקה בלא שהיה מודע לטיב החומר שהוא נוטל; ואילו מי שהגיע למצב של שכרות מלאה "מרצון ומדעת", ישא – מכוח סעיף 45(ב) להצעה – באחריות לעבירה של מחשבה פלילית הגם שבשעת הביצוע היה נטול כושר להבין את המעשה או להימנע ממנו¹⁷⁴.

למעשה ההסדרים בסוגיית השכרות מבוססים על הדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור, המאפשרת לייחס אחריות למי שהביא את עצמו מבחירתו החופשית למצב בלתי-נשלט (או אף למצבים אחרים השוללים את פליליות המעשה) שבמסגרתו הוא ביצע את היסוד העובדתי של העבירה¹⁷⁵. האחריות מכוח דוקטרינה זו מותנית ביסוד הנפשי שניתן לייחסו לעושה בשלב שבחר בהתנהגות שהביאה אותו למצב הבלתי-נשלט. זהו גם ההסדר המוצע לגבי עבירות-כוונה, שהיסוד העובדתי שלהן בוצע במצב של שכרות מלאה. אחריות לעבירות אלו ניתן לייחס – מכוח סעיף 45(ג) להצעה – למי שבשלב הקודם הביא את עצמו במכוון למצב של שכרות במטרה לבצע כמצב זה את העבירה¹⁷⁶. אולם כדי להטיל אחריות לעבירה אחרת של מחשבה פלילית, שהיסוד העובדתי שלה בוצע במצב של שכרות מלאה, אין ההצעה מחייבת להוכיח כי בשלב שבו בחר העושה להשתכר הוא גם צפה את האפשרות שהוא עלול לבצע את העבירה בהגיעו למצב של שכרות מלאה. ההצעה מסתפקת בהקשר זה בהוכחה, כי עצם ההגעה למצב של שכרות מלאה היה "מרצון ומדעת" – כאמור בסעיף 45(ב) – כשההנחה בהקשר זה, לפי דברי ההסבר, היא כי

אם נכנס למצב השכרות מרצון או מדעת, חזקה עליו כי היה מודע, עובר להשתכרות ובשעתה, לכל מה ששיכור עשוי לחולל, כאשר הוא מאבד כליל את הביקורת השכלית והרצונית על מעשיו, והיה אדיש לכל התפתחות שעלולה לצמוח עקב שכרותו. חזקה זו היא משפטית מוחלטת, כך שאין עוד מקום להוכחת מודעותו של העושה לגבי הנולד. יש לראותו כמי שעשה את המעשה בצורה החמורה של פזיזות – היא האדישות¹⁷⁷.

הגישה המבססת את ההסדרים במקרים של שכרות רצונית על חזקה מוחלטת

174 סעיף 45(ב) בנוסחו המלא קובע: "עשה אדם מעשה במצב של שכרות והוא גרם למצב זה מרצון ומדעת, רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית בתוצאה".

175 למשמעותה של דוקטרינה זו ראה הספר המוזכר לעיל, הערה 136.

176 סעיף 45(ג) קובע: "גרם אדם למצב השכרות כדי לעבור בו את העבירה, רואים אותו כמי שעבר אותה במחשבה פלילית אם היא עבירה של התנהגות, או בכוונה אם היא עבירה של תוצאה". בהקשר זה ראוי להעיר, כי עבירות-כוונה אינן חייבות להיות עבירה של תוצאה, כמשתמע מהנוסח של סעיף זה שבהצעה. יש לא-מעט עבירות-התנהגות המותנות בכוונה להשיג יעד שאינו חייב להתגשם כחלק מהיסוד העובדתי שבעבירה, כדוגמת העבירה של מסירת ידיעות בכוונה לפגוע בביטחון המדינה (סעיף 112(א) לחוק העונשין), עבירת הגניבה בכוונה לשלול את הנכס שלילת קבע, (כאמור בסעיף 383 לחוק העונשין), עבירות ההתפרצות בכוונה לבצע גניבה או פשע (לפי סעיפים 406-407 לחוק העונשין) ועוד.

177 עמ' 135.

של אדישות – כפי שעושה ההצעה – היא הגישה השלטת במשפט האנגלר-אמריקני¹⁷⁸. היא נובעת מהניסיון לפשר בין שיקולים סותרים. מתד גיסא, מצב של שכרות מלאה שבו האדם מתפרק מ"הביקורת השכלית והרצונית על מעשיו" הוא מצב מסוכן העלול להסתיים באלומות ובפגיעות אחרות בערכים חברתיים מוגנים. מאידך גיסא, איסור על עצם ההגעה למצב של שכרות מלאה יהיה בבחינת גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה, מה עוד שלא ברור כי יהיה זה רצוי לשלול תמיד מאדם את היכולת להתפרק מהמתחים שהחיים מציבים בפניו על-ידי בריחה למצב של שכרות מלאה. הפשרה היא בהטלת אחריות פלילית על בסיס של סיכון: אין איסור על עצם ההשתכרות, אולם מי שבוחר להגיע למצב של שכרות מלאה לוקח על עצמו סיכון, שאם בהיותו חסר-שליטה הוא יבצע מעשה עבירה, הוא ישא באחריות פלילית בגין העבירה.

אמנם, אין פסול בעצם הטלת אחריות פלילית על בסיס של נטילת סיכון. הבעיה נוגעת להיקף הראוי של האחריות בהקשר זה. אחריות לעבירה של מחשבה פלילית בהסתמך על חזקה מוחלטת של אדישות היא בעיני מרחיקת-לכת. וזאת לא רק משום שספק אם יש לחזקה זו בסיס אמפירי איתן, במובן זה שספק אם אכן כל מי שבוחר להגיע למצב של שכרות מלאה אדיש לאפשרות שהוא יפגע, בהיותו במצב זה, בערך חברתי מוגן – אלא גם משום שיש בכך כדי לסלף את אופיין האמיתי של עבירות המחשבה הפלילית. הללו אמורות לשקף את נכונותו של העושה לפגוע בערך החברתי הספציפי המוגן על-ידי האיסור של כל עבירה ועבירה. יש הבדל משמעותי בין מי שהיה מוכן לפגוע, או לפחות לקחת סיכון של פגיעה, בערך של חיי-אדם, למשל, המוגן על-ידי עבירת ההריגה, לבין מי שהיה מוכן רק לפגוע ברכוש המוגן על-ידי העבירה של גרם נזק לרכוש. אחריות לעבירה של מחשבה פלילית שבוצעה במצב של שכרות מלאה תהיה אפוא מוצדקת במקרים שבהם העושה בחר להשתכר הגם שהיה מודע לאפשרות שבהיותו במצב של שכרות מלאה הוא עלול לפגוע בערך החברתי המוגן על-ידי איסורה של עבירה זו. בהיעדר מודעות, כאמור, נכונותו של מי שבוחר להגיע למצב של שכרות מלאה שונה במהותה. לו ניתן לייחס לכל היותר, נכונות כללית לקחת סיכון של פגיעה באחד הערכים המוגנים. כדי להעניק לנכונות זו את הביטוי המיוחד לה, יש מקום לעבירה מיוחדת שתאפשר להטיל אחריות פלילית על מי שבחר להגיע למצב של שכרות מלאה שבמסגרתו הוא ביצע מעשה עבירה. עבירה זו תהא מותנית ביסוד נפשי של מחשבה פלילית, ואולי אף של רשלנות, לגבי עצם ההגעה למצב של שכרות מלאה, אך לא תהא מותנית בהוכחת כל יסוד נפשי לגבי האפשרות של ביצוע מעשה עבירה במצב זה¹⁷⁹.

178 ראה מ' גור-אריה (לעיל, הערה 173), 188-191 והאזכורים שם.

179 עבירה כזו קיימת בשיטות אחדות בקונטיננט. היא מוגדרת בין השאר בסעיף 263 לקודקס הפלילי השווייצרי, 1937; סעיף 330A לקודקס הפלילי הגרמני, 1975; סעיף 287 לקודקס הפלילי האוסטרי, 1974; סעיף 193 לקודקס הפלילי הוותי, 1951; סעיף 485 לקודקס הפלילי האתיופני, 1958. לניתוח התנאים הנדרשים להתהוות עבירה זו ראה P. Graven, *An Introduction to Ethiopian Penal Law* (Addis Ababa, 1967) 140-141; P. Logoz, *Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie Générale* (Paris, 1976) 73-74; H. Siliving, *Constituent Elements of Crime* (Springfield, Illinois, 1967) 349-350.

ההצעה אינה מתייחסת במפורש למקרים שבהם העושה הביא את עצמו למצב של שכרות מלאה מתוך רשלנות. מסעיף 45(א) להצעה אף משתמע, כי העושה הרשלן לא ישא בכל אחריות למעשה עבירה שעשה במצב של שכרות מלאה, שהרי זו נגרמה "שלא מדעת". לא ברור מדוע דווקא בהקשר לשכרות מלאה נמנעה ההצעה לקבוע הסדר שיאפשר הטלת אחריות על בסיס רשלנות. אם הושבים כי מצב של שכרות מלאה הוא מצב מסוכן – וזהו, כאמור, הנחתם של המציעים – הדבר הטבעי הוא לחייב אדם לנקוט אמצעי-זהירות למניעת הסכנה. אחריות על בסיס רשלנות בהקשר זה עשויה להיות מוצדקת במקרה שבו העושה שהביא את עצמו ברשלנות למצב של שכרות מלאה, היה גם רשלן לגבי האפשרות של ביצוע עבירה במצב זה, שאז ניתן יהיה לייחס לו אחריות לעבירה של רשלנות, אם אכן יש עבירה כזו; ואילו במקרה שבו למי שהביא את עצמו ברשלנות למצב של שכרות מלאה לא היתה יכולת סבירה לצפות את אפשרות הביצוע של מעשה עבירה במצב זה, ניתן יהיה להצדיק הטלת אחריות רק לעבירה המיוחדת שהזכרה לעיל.

בהקשר אחר ההסדרים שבהצעה בסוגיית השכרות הם רחבים מדי. סעיף 45(ה) להצעה קובע, כי יש להחיל את ההסדרים שבהצעה הנוגעים לשכרות מלאה גם על שכרות חלקית, שאז העושה "לא היה מודע, בשעת מעשה, לפרט מפרטי העבירה"¹⁸⁰. במקרים אלה לא ניתן לייחס לעושה, בשעת הביצוע, יסוד נפשי של מחשבה פלילית. למרות זאת, מאפשרת ההצעה לייחס לו – מכוח סעיף 45(ב) – אחריות לעבירות של מחשבה פלילית אם לפני הביצוע הוא שתה את המשקה האלכוהולי או נטל את הסם "מרצון או מדעת". ספק רב בעיני אם אכן יש הצדקה להחיל את ההסדרים הנוגעים לשכרות מלאה גם על שכרות חלקית, המאפשרים לייחס אחריות לעבירה של מחשבה פלילית בלא שיוכח כי העושה היה מודע לפרטי העבירה בשלב הביצוע ואף לא בשלב הקודם לו. כאמור, מבוססים ההסדרים המוצעים לגבי שכרות מלאה על חזקת האדישות, "ההצדקתה" – לפי דברי ההסבר עצמם – טמונה בסכנות "ששיכור עשוי לחולל, כאשר הוא מאבד כליל את הביקורת השכלית והרצונית על מעשיו"¹⁸¹. אולם השרוי במצב של שכרות חלקית אינו מאבד את הביקורת על מעשיו, כך שהסכנות העלולות לנבוע ממצב של איבוד שליטה אינן סכנות אמיתיות לגביו. במצב של שכרות חלקית הסכנה היא, כי מי ששתה משקה אלכוהולי או נטל סם לא יהיה במלוא חושיו, ולפיכך הוא עלול לפעול בחוסר-זהירות ואף בלי להבחין בפרט עובדתי המשתייך לפרטי העבירה. את השיכור החלקי יש אפוא לחייב להימנע מפעילות המחייבת זהירות. הדרך המתאימה לעשות זאת היא קודם-כול על-ידי יצירת עבירות מיוחדות האוסרות על שיכור לעסוק בפעילות מסוכנת בעודו שיכור, כדוגמת האיסור על שיכור לנהוג ברכב¹⁸² או האיסור על החזקת כלי-נשק¹⁸³. אם בהיותו במצב של שכרות חלקית

180 הנוסח המלא של סעיף 45(ה) הוא: "סעיפים קטנים (א), (ב) ו-(ג) חלים גם על מי שלא היה חסר יכולת כאמור בסעיף קטן (ד), אך עקב שכרות חלקית לא היה מודע, בשעת מעשה, לפרט מפרטי העבירה".

181 עמ' 135.

182 כפי שמוגדר בסעיף 26(3) לפקודת התעבורה (נוסח חדש), דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 7, עמ' 173.

183 סעיף 193(ב) לחוק העונשין.

פגע השיכור בערך חברתי מוגן בשל חוסר-הזהירות שנבע מטשטוש-החושים שהיה נתון בו, ניתן יהיה לייחס לו אחריות לעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזו. אם אין עבירה מתאימה של רשלנות, ממילא אין גם הצדקה לייחס אחריות לשרוי במצב של שכרות חלקית. שהרי אם החברה אינה מוצאת לנכון להטיל אחריות פלילית על מי שבשל חוסר-הזהירות פגע בערך חברתי מסוים (רכוש, למשל), מה הצדקה יש לייחס אחריות פלילית למי שפגע בערך זה מחוסר-הזהירות שנבע מטשטוש-חושים עקב השכרות?¹⁸⁴

2. טעויות

לפי סעיף 54 להצעה¹⁸⁵, הטעות בעובדה נגזרת מהיסוד הנפשי המאפיין את העבירה. כאשר העבירה היא של מחשבה פלילית, די בכך שהעושה עצמו עשה את המעשה "בדמותו מצב דברים שלא היה קיים" – כאמור בסעיף 54(א) להצעה¹⁸⁶. בעבירות של רשלנות נדרש שהטעות תהא גם סבירה (סעיף 54(ב)), ובעבירות של אחריות קפידה יהיה דין הטעות כפוף להסדרים בנושא זה, דהיינו: על העושה יהיה להוכיח שעשה כל שניתן כדי למנוע את הטעות, ברוח סעיף 22(ב) להצעה המסדיר את אחריות הקפידה¹⁸⁷. בהתקיים התנאים האמורים, עושה שטעה "לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה".

סעיף 54 להצעה פותר את הקושי הטמון בניסוחו של סעיף 17 לחוק העונשין המתייחס, בנשימה אחת, לטעות "כנה וסבירה". פירוש מילולי של הסעיף עלול להביא למסקנה כי בכל מקרה, גם כשהעבירה היא של מחשבה פלילית, נדרש כי הטעות תהיה גם סבירה. ואכן, בכמה פסקי-דין הביע בית-המשפט העליון את הדעה, שלמעשה היתה בגדר אמידת-אגב, כי לשם שלילת האחריות לעבירה האנוס, שהיא עבירה של מחשבה פלילית, לא די שהנאשם האמין בטעות שהאשה מסכימה לקיום יחסי-מין עמו, אלא נדרש גם כי אמונתו זו תהיה סבירה¹⁸⁸. הדרישה לטעות סבירה משנה את אופי העבירה: מעבירה של מחשבה פלילית המחייבת כי הנאשם הוא שהיה מודע לפרטי היסוד העובדתי של העבירה, לעבירה של רשלנות המאפשרת לייחס אחריות גם למי שלא היה מודע לאחד מפרטי העבירה

184 לעניין זה יש לציין, כי בשיטות שבהן קיימת עבירה מיוחדת של ביצוע מעשה עבירה במצב של שכרות (לעיל, הערה 179) האחריות לעבירה זו מוגבלת למצבים של שכרות מלאה. לעומת זאת, השיכור החלקי נושא באחריות מכוח העקרונות הרגילים.

185 הסעיף קובע: "(א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה מצב הדברים לאמיתו כפי שדימה.

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

186 נוסח זה מחליף את הדרישה לטעות "כנה" כיום בסעיף 17 לחוק העונשין, שלדעת המציעים "אינה מוסיפה יסוד ממשי לדרישת קיומה של טעות; אם הטעות לא היתה כנה, לא היתה כלל טעות" (עמ' 140 לדברי ההסבר).

187 ראה לעיל, פרק ב, סעיף 3.

188 ע"פ 250/78 הן ג' מ"י, פ"ד (3) 589; ע"פ 287/79 זוהר נ' מ"י, פ"ד (3) 503. עמדה דומה לגבי העבירה של חטיפת קטינה הובעה בע"פ 290/62 אבררביעה נ' חיה"מ, פ"ד (4) 2013.

— ובעניינו, טעה — אם היתה יכולת סבירה להיות מודע, שאז טעותו איננה סבירה¹⁸⁹. לעומת זאת, לכשיתקבל סעיף 54 להצעה, ניתן יהא לשמר את אופיין האמיתי של העבירות השונות גם במקרים של טעות: הטעות תהיה מושפעת — כפי שהובהר — מטיב היסוד הנפשי הנדרש להתהוותן.

ועוד ראוי לשים לב כי סעיף 54 המוצע, כמו סעיף 17 הנוכחי, מתייחס לטעות ב"מצב דברים שאינו קיים". ניסוח זה איננו מקרי: הוא מיועד להחיל את דיני-הטעות לא רק כאשר הטעות נגעה לפרט מפרטי העבירה, אלא גם במקרים שבהם נסבה הטעות על מצב דברים שהוא בסיס לסייג לאחריות פלילית; כדוגמת "ההגנה העצמית המדומה" במקרים שבהם העושה האמין בטעות כי מאיימת עליו סכנת תקיפה. במקרים כגון אלה, השאלה אם נדרש כי הטעות תהיה גם סבירה תיגזר מהתנאים המרכיבים את הסייג לאחריות פלילית (ממאפייני ההגנה העצמית, למשל), ולא מהעבירה שבוצעה.

סעיף 55 להצעה משמר את המצב הקיים בכל הנוגע לטעות בחוק בקובעו, כי

לעניין האחריות הפלילית אין נפקא מינא אם האדם דימה, שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הכנתו את האיסור.

הסעיף נותן ביטוי מפורש לעמדת הפסיקה שלפיה הכלל הקבוע בסעיף 12 לחוק העונשין — "אי ידיעת הדין לא תשמש עילה לפטור מאחריות לעבירה" — מוגבל לטעות בדין הפלילי, ואילו טעות בדין לבר-פלילי כמות כטעות בעובדה¹⁹⁰. אולם גם אם מגבילים מפורשות את אי-ההתחשבות בטעות במצב משפטי רק לטעויות בחוק הפלילי, העמדה המסתמנת מההצעה היא עדיין נוקשה מדי.

היום אין מי שטוען כי ההנחה שכל אדם יודע את החוק הפלילי היא בהכרח מציאותית. עם זאת, הכול מסכימים כי הטעות בחוק הפלילי מחייבת הסדר שונה, מוגבל הרבה יותר מזה של טעות בעובדה¹⁹¹.

שני שיקולים עיקריים הם המכתיבים את המסקנה כי אין להכיר, לפחות לא באופן גורף, בטעות בחוק הפלילי. השיקול האחד הוא חינוכי: לחברה יש אינטרס

189 ראה ברוח זו פלר (לעיל, הערה 112), 524-532; ש"ז פלר, "אינטס מתוך רשלנות על סמך אימרת אנב" משפטים י (תש"מ) 373; ר' רבין, "ההגיוניות של טעות בעובדה וטעות בדין" משפטים ב (תשל"ל) 373.

190 לסקירה מפורטת של עמדה זו ראה ש"ז פלר, "טעות בחוק הפלילי או הלבר פלילי, היכן הגבול?" משפטים ה (תשל"ד) 508; ד' ביין, "טעות בחוק הפלילי או הלבר פלילי, קביעת הגבול או חיסול ההבחנה?" הפרקליט ל (תשל"ו) 106.

191 לדיון נרחב בהיבטים השונים של הטעות בחוק ראה פלר (לעיל, הערה 112), 545-557; ע' אור, "אי ידיעת הדין וצעה רשמית מוטעת: במשפט הפלילי" עיוני משפט י (תשמ"ה) 535; בן-ציון להב, "אי ידיעת הדין" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 165; E.R. Keedy, 165; Holmes, *The Common Law* (Boston, 1923); J. Hall, "Ignorance and Mistake in the Criminal Law" 22 *Harv.L.Rev.* (1908) 75, 89-96; A.J. Ashworth, *General Principles of Criminal Law* (Indianapolis, 2nd ed., 1960) 368-390; P.G. Barton, "Officially Induced Error" 22 *Crim.L.Rev.* (1974) 652; R.M. Perkins, "Ignorance or Mistake of Law Revisited" 3 *Utah L.Rev.* (1980) 473; P.H. Robinson, *Criminal Law Defences* (St. Paul, Minn., 1984) II 373-394; G. Fletcher, *supra* note 78, at pp. 736-758.

שכל אדם ילמד את החוק ויתנהג בהתאם לכך. מבחינתה היא דואגת שידיעת החוק תהא אפשרית, ומתנה את היכנסו לתוקף של חוק פלילי בפרסום, ואילו על הפרט מוטלת החובה להתעניין בחוק שפורסם ולוודא מהם האיסורים המגבילים אותו בהתנהגותו. אין לחברה אינטרס מגביל לגבי העובדות. הדרישה המקבילה לוודא תמיד מהן העובדות שבמסגרתן אנו פועלים תטיל נטל כבד מדי: היא תמנע מאתנו את החירות להרפות בלא להיות עירניים תמיד לאשר נעשה סביבנו. החובה לוודא את העובדות עשויה להיות מוצדקת רק בסיטואציות מסוכנות, שאז היא גם תוטל במסגרת החובה לנקוט אמצעי-זהירות מכוח האחריות על בסיס רשלנות. השיקול האחר, המצדיק יחס שונה לטעות בחוק הפלילי בהשוואה לטעות בעובדה, כרוך בעקרון החוקיות. זה מחייב כי הגבול בין איסור להיות יקבע באופן אובייקטיבי ויחול על כולם בצורה שווה. אם נניח כי אנשים אכן מכלכלים את התנהגותם בהתאם לאיסורים שבחוק, כי אז מי שמאמין בתוס'לכ, כי גבולות האיסור הם צרים מהגבולות הקבועים בחוק – נוטל לעצמו מרחב חירות גדול מזה של מי שידע את הגבולות האמיתיים של החוק: כל עוד לא הועמד הטועה על טעותו, הוא ירגיש חופשי לעשות מעשים האסורים על אלה שאינם טועים. הפרשנות של היקף האיסור חייבת אפוא להימסר לגוף המוסמך ולא ייתכן כי היא תושפע מאמונתו המוטעית של כל פרט ופרט.

אמנם, שני השיקולים הללו הם כבדי-משקל, אבל הם מתעלמים לחלוטין מהשאלה מה ניתן לדרוש באופן הוגן מאדם לדעת. ההנחה הסמויה היא, כי תנאי הפומביות של החוק מבטיחים כי כל אדם יוכל לדעת את החוק, ולא היא. לא תמיד יש נגישות, טרם עשיית המעשה, לחוק שפורסם; לעתים מנוסח החוק בלשון הרחוקה מלהיות מובנת להדיוטות; הפרשנות של החוק איננה תמיד פשוטה והיא אף עשויה להיות מקור לחילוקי-דעות בין ערכאות שיפוטיות שונות. עקרון החוקיות מצווה, אמנם, להגדיר את האיסור באופן ברור כך שיהיה מובן לכול ולבחור בפירוש המצמצם את גבולות האיסור. באמצעות הקפדה על תנאים אלה ניתן להקטין את הפער שבין הפרשנות המוסמכת של האיסור לבין הפירוש שניתן לו על-ידי הפרט, אך לא ניתן למנוע אותו לחלוטין. פרשת בר-שלום¹⁹², שנדונה במקום אחר ברשימה זו¹⁹³, היא רק דוגמא אחת לפער אפשרי בין פרשנות סבירה של איסור, החייבת לקחת בחשבון את כלל המקרים העלולים ליפול בגדר האיסור, לבין הפירוש המוטעה שנתן הפרט לאיסור ושמבחינת מה שניתן לדרוש ממנו לדעת ייתכן שהיה זה פירוש סביר.

ההכרה בעובדה כי גם אם מקפידים על המתחייב מעקרון החוקיות תיתכנה טעויות בחוק הפלילי שהן בלתי-נמנעות הביאה שיטות שונות לגבש הסדרים המיועדים לרכך את הכלל שטעות בחוק הפלילי אינה מתרצת. ההסדרים השונים בהקשר זה משקפים מתן עדיפות לאחד משני השיקולים שהובחרו. לפי ההסדר האחר, ההכרה בטעות בחוק מוגבלת למקרים שבהם נבעה הטעות מהסתמכות על מקורות רשמיים: הסתמכות על חוק (אצלנו – חקיקת-משנה), שלאחר מעשה נפסק כי הוא חסר-תוקף חוקי; פעולה בהסתמך על פירוש שנתן בית-משפט לאיסור

192 לעיל, הערה 23.

193 במסגרת הדיון על הפרשנות, לעיל, ליד הערה 22.

וששונה לאחר-מכן על-ידי בית-משפט אחד; הסתמכות על עצה של פקיד המוסמך להשיא עצות לגבי היקף האיסור, כדוגמת פקיד-השומה לענייני מס-הכנסה, במקרה שבו פסק בית-המשפט בניגוד לעצה זו¹⁹⁴. הסדר זה מייחס חשיבות לשיקול המחייב כי היקף האיסור ייקבע רק על-ידי פרשנות מוסמכת שאינה מושפעת מהשפעותיו המוטעות של כל פרט ופרט, ומוכן לרכך את המתחייב משיקול זה רק כאשר האמונה המוטעת של הפרט נבעה מהסתמכות על פירוש שניתן על-ידי גורם רשמי, אף שבסופו של דבר לא תאם פירוש זה את שפסק בית-המשפט המוסמך. לפי היגיון זה לא יהיה די בהסתמכות על ייעוץ שניתן על-ידי עורך-דין, שאם לא כן ייהפך כל עורך-דין לגורם המוסמך לפרש את החוק.

ההסדר האחר מכיר בכל טעות בחוק הפלילי שהיתה "בלתי נמנעת באורח סביר" — כלשון סעיף 52 בגרסה הקודמת להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש¹⁹⁵. הסדר זה מיועד לסייג את המשתמע מהשיקול החינוכי. אמנם, לחברה יש אינטרס כי אדם יעשה מאמצים כדי לוודא מהו החוק, אולם עדיין ייתכנו מצבים שבהם לא היה ביכולתו לדעת את החוק. הסתמכות על פירוש מוסמך היא רק דוגמא אחת למצבים כאלה, אך אין היא הדוגמא היחידה. ההנחה הסמויה בהקשר זה היא, כי ההכרה בטעות בחוק הפלילי אינה משפיעה על גבולות האיסור. אלה מתפרשים על-ידי בית-המשפט המוסמך, ורק על-ידו. הפטור מאחריות מוענק משום שלא יהיה זה הגון לייחס אחריות למי שלמרות מאמצים סבירים שעשה לא יכול היה לדעת נכונה את הגבולות האמיתיים של האיסור כפי שאלה נקבעו על-ידי הגוף המוסמך. כיוון שכך, גם הסתמכות על חוות-דעת של עורך-דין עשויה, בתנאים מסוימים, לשחרר את המסתמך מאחריות פלילית בלי שיהא בכך כדי להפוך את עורך-הדין לפרשן מוסמך של החוק. לעניין זה חשוב להדגיש, כי הפטור מאחריות מכוח הסדר זה אינו מסתפק בכך שהעושה לא היה רשלן בבירור החוק, שאז די היה בטעות סבירה. כאשר הטעות היא בחוק הפלילי, ההכרה בה מותנית בעשיית מאמצים סבירים מצד העושה בניסיון לוודא את גבולות האיסור. רק אם מאמצים כאלה לא היו אפשריים, או שלמרות מאמצים אלה הטעות היתה בלתי-נמנעת, תשלול הטעות בחוק הפלילי את האחריות הפלילית. יש להצטער על כי בגרסה הסופית נסוגו המציעים מהסדר זה שהיה מאפשר לאזן בין השיקולים המחייבים ידיעת החוק לבין ההגינות לאדם שלא יכול היה להימנע באורח סביר מלטעות בפירוש החוק. אני מקווה, כי עוד קודם שההצעה תיהפך לחוק ניתן יהיה להחזיר על כנו את ההסדר שהיה קבוע בגרסה הקודמת.

194 הסדר כדוגמת זה מוגדר בסעיף 2.04(3)(b) של ה-Model Penal Code (לעיל, הערה 15). הסדר כגון זה הוצע לאמץ בסעיף 3(ב) להצעה הקנדית לקודקס פלילי חדש (שם) ובצורה מוגבלת גם בסעיף 26 להצעה הניז'לנדית לקודקס פלילי חדש (שם). לעומת זאת, מציעי ההצעה הבריטית סברו, כי ייתכן שיש מקום להכיר בהסתמכות על פירוש רשמי כהגנה, אולם מאחר שהמשפט המקובל האנגלי טרם הכיר בהגנה זו, ההצעה להכיר בה נראתה להם כרפורמה גדולה מדי שאינה מתיישבת עם סמכותם לתת ביטוי תקיף לעקרונות של האחריות הפלילית כפי שהתגבשו במשפט המקובל האנגלי (לעיל, הערה 172).

195 לעיל, הערה 2. הסדר ברוח זו קיים בכמה שיטות בקונטיננט. ראה סעיף 31 לקודקס הפלילי היווני, סעיף 9 לקודקס הפלילי האוסטרי, סעיף 17 לקודקס הפלילי הגרמני, סעיף 78(2) לקודקס הפלילי של חבש, שהוקק בהשראת המשפט השווייצרי.

לפי ההצעה בגרסתה הנוכחית, ההכרה בטעות בחוק הפלילי אפשרית רק במסגרת הסייג של צידוק בשל ציות לצו.

3. צידוק בשל ציות לצו

סעיף 49(2) להצעה מסדיר את ההגנה העומדת למי שעשה מעשה עבירה "על פי צו של רשות מוסמכת כשהוא חייב לציית לה"¹⁹⁶ — הגנה המוסדרת היום בסעיף 24(א)(2) ו- (ב) לחוק העונשין¹⁹⁷. כידוע, מיועדת הגנה זו לאזן בין השמירה על שלטון החוק, מחד גיסא, לבין המשמעת במסגרות הידרכיות — בעיקר, אך לא רק, מסגרות צבאיות¹⁹⁸ — המבוססות על חובת ציות, מאידך גיסא. האיזון מושג על-ידי קביעת הכלל כי מי שציית לפקודה בלתי-חוקית וביצע בשל כך עבירה לא יישא באחריות פלילית, ובאמצעות הגדרת הסייג למקרים שבהם תוטל אחריות פלילית בגין המעשה שנעשה בעקבות הציות. הסעיף מציע שתי גרסאות לגבי האופן שבו יש לסייג את ההגנה המוענקת למי שציית לפקודה בלתי-חוקית¹⁹⁹. כל אחת מהגרסאות משקפת תפישה שונה על האיזון הראוי בהקשר זה.

לפי גרסה א, ההגנה תישלל במקרים שבהם "היה ברור וגלוי בעיניו (של העושה — תוספת שלי) או בעיני אדם מן הישוב כי הוא מצווה לעבור, במילוי הצו, עבירה פלילית". גרסה זו רואה בהגנה המוענקת למי שציית לפקודה בלתי-חוקית חריג לכלל שלפיו הטעות בחוק אינה מתרצת²⁰⁰. ההגנה תועיל רק למי שלא ידע

196 הנוסח המלא של הסעיף הוא:

"49. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחת מאלה:

גירסה א' לפסקה (2)

עשה על פי צו של רשות מוסמכת כשהוא חייב לציית לה, אלא אם כן היה ברור וגלוי בעיניו או בעיני אדם מן הישוב כי הוא מצווה לעבור במילוי הצו, עבירה פלילית;

גירסה ב' לפסקה (2)

עשה על פי צו של רשות מוסמכת שהוא חייב לציית לה, אלא אם כן היה ברור וגלוי בעיני אדם מן הישוב שהצו אינו כדין".

הסעיף קובע:

197 24. (א) אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל באחת מאלה:

(2) בציות לצו של רשות מוסמכת שהוא חייב על פי הדין לציית לו, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין. (ב) השאלה אם צו הוא בעליל שלא כדין היא שאלה שבמשפט".

198 דוגמא למקרה שבו נעשה שימוש בהגנת הצידוק שלא במסגרת הצבאית הוא המ' 510/71 ליפקה נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2) 597. בפרשה זו זוכה נהג מעבירה של חנייה במקום אסור מהנימוק שהוא החנה את רכבו שם למצוות שוטר.

199 לדיון נרחב בשאלת משמעותו של הסייג הקבוע היום בסעיף 24(א)(2) לחוק העונשין ולהיקפו הראוי ראה ע' 279-283/58 עופר נ' התצ"ר, פ"ע מד 362 (להלן: כפר קאסם); תיק דר/248/88 התצ"ר נ' אדלר ואחרים (להלן: גבעתי א); תיק צפ/556/88 התצ"ר נ' שריקי ואחרים (להלן: פרשת גולני); תיק דר/93/89 התצ"ר נ' לויט ואחרים (להלן: פרשת גבעתי ב); ש"ז פלר, "צנ' בעליל" שלא כדין השולל את סייג הצידוק" עיוני משפט טו (תש"ן) 217; ע' פרוש, "פסק-הדין בפרשת כפר קאסם, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי חוקית בעליל" עיוני משפט טו (תש"ן) 245; סימפוזיון, "הגנת הצידוק בשל ציות לפקודה בלתי חוקית" משפטים כ (תשנ"א) 591; מ' קרמניצר, "אגב פסיקה צבאית" משפטים יז (תשמ"ח) 422, 430-431; מ' קרמניצר, "אגב פסיקה צבאית" משפטים טו (תשמ"ו) 494, 496-498. 200 לגישה זו ראה פלר (לעיל, הערה 189); וכן קרמניצר, "אגב פסיקה צבאית" משפטים טו (לעיל, הערה 199).

על אופיה הבלתי-חוקי של הפקודה בתנאי שגם לאדם מן היישוב לא היה "ברור וגלוי" כי הפקודה איננה חוקית. לעומת זאת, מי שיודע בבירור כי הפקודה היא בלתי-חוקית נדרש שלא לציית לפקודה. ההצדקה לסטות מהכלל הנוגע לטעות בחוק נובעת מיחסי-המרות שבין המפקד לפקודו. בהבדל מהקשרים רגילים שבהם נדרש כל אדם לוודא את האיסורים העלולים להשפיע על התנהגותו, אין פקוד אמור לבחון את חוקיות הפקודות הניתנות לו, ולעתים אף להיפך: במיוחד כאשר המסגרת היא צבאית. אופיה של הפקודה מושפע לא-פעם מצרכים צבאיים שהסודיות יפה להם ושאינם ידועים לפקוד. יש לא מעט פעילות צבאית המחייבת היענות מהירה לפקודה בלא שיוותר זמן לבחינה ולבדיקה. גם אם לא קיימת בעיה של סודיות או של זמן, מתן זכות לפקוד לדרוש הסברים לגבי כל פקודה ופקודה עלול לערער את המשמעת הצבאית, בכלל, ואת מעמדו של נותן הפקודה, בפרט. כיוון שכך, על הפקוד להניח כי הפקודה שניתנה לו היא חוקית. בהיעדר אפשרות או זכות לבדוק את כל האינפורמציה המשפיעה על אופי הפקודה, עליו לציית גם במקרה שבו יש לו ספק לגבי חוקיות הפקודה. אולם אם הפקוד יודע בוודאות כי הפקודה איננה חוקית, עליו להימנע מלציית לפקודה. השמירה על שלטון החוק מחייבת — זוהי התפישא — לחנך כל אדם, לרבות פקוד במסגרת הצבאית, לסרב לציית לפקודות כשהוא יודע שהן אינן חוקיות. מן הצד האחר, יש לדאוג שהציות לא יהיה לגמרי עיוור. לפיכך, פקוד שאטם את עיניו מלראות את אי-החוקיות של הפקודה, הגם שזאת היתה ברורה בעיניו של אדם מן היישוב, ישא באחריות פלילית על העבירות שהיו כרוכות בביצוע הפקודה.

הדגש על הצורך למנוע ציות עיוור, ורק עליו, הוא המצוי כיסוד גרסה ב של סעיף 49(2) להצעה, המגביל את הסייג השולל את ההגנה ממי שציית לפקודה בלתי-חוקית למקרים שבהם "היה ברור וגלוי בעיני אדם מן היישוב שהצו אינו כדיון". גרסה זו משקפת את הפרשנות שניתנה לסעיף 24(א)(2) לחוק העונשין — פרשנות המושפעת מהאופן שבו דואים בתי-הדין הצבאיים את היקף חובת הציות כפי שהוא מוסדר בחוק השיפוט הצבאי²⁰¹. לדעתם, חובת הציות מוטלת גם על מי שיודע כי הפקודה איננה חוקית. כיוון שכך, יש לפטור, מכוח הגנת הצידוק, את מי שביצע פקודה בלתי-חוקית, הגם שידע על אי-חוקיותה. רק כאשר אי-החוקיות של הפקודה ברור וגלוי בעיניו של אדם מן היישוב, אין הפקוד רשאי לציית לה. פקוד שסירב לציית לפקודה כזו יהיה פטור מאחריות לעבירה של אי-ציות לפקודה מכוח ההגנה המוגדרת בסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי, ואילו מי שציית לפקודה שאי-החוקיות שלה היתה גלויה וברורה לא יוכל להיעזר בהגנת הצידוק כדי לשלול את אחריותו לעבירה שהיתה כרוכה בביצוע הפקודה. התומכים בגרסה זו, ובראשם רשויות-הצבא²⁰², מודרכים על-ידי החשש כי מתן חיתור לסרב לפקודה למי שמאמין כי הפקודה היא בלתי-חוקית, אף שאי-החוקיות שלה איננה ברורה לאדם מן היישוב, עלול לערער את המשמעת הצבאית ואולי אף לפגוע בפעילות מכצעית. פקוד שאינו יודע על צורך צבאי עלול להאמין כי

201 ראה האזכורים לעיל, הערה 199.

202 ראה עמדתו של תת-אלוף א' שוהם, נשיא בית-הדין הצבאי לערעורים, בסימפוזיון (לעיל, הערה 199), 608, 605-600.

הפקודה היא בלתי-חוקית ולסרב לציית לה דווקא במקרים שבהם מילוי הפקודה הוא חיוני. במקרים כגון אלה אין גם לאפשר לפקוד לדרוש הסברים לפני ביצוע הפקודה. לפיכך, ניתן להתיר, ואף לדרוש, סירוב לציית לפקודה רק במקרים שבהם אי-החוקיות שלה ברורה וגלויה לאדם מן היישוב.

ההצעה איננה מכריעה בין שתי הגרסאות, ולא בכדי. מי שחרד לשלטון החוק צריך לדבוק בגרסה הראשונה שהמסר שביסודה ברור: מותר לציית רק לפקודות חוקיות ואין לציית לפקודות בלתי-חוקיות. עם זאת, מי שטעה וציית לפקודה בלתי-חוקית בלי שאי-החוקיות של הפקודה היתה ברורה לו, לא ישא באחריות פלילית אלא-אם-כן עצם את עיניו מראות את שהיה ברור וגלוי לאדם מן היישוב. אימוצה של גרסה זו יחייב לשנות את הפרשנות המקובלת לסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי באופן שתמשיך להיות התאמה בין הגנת הצידוק לבין הפטור במקרה של סירוב לציית לפקודה. מאחר שהגנת הצידוק לפי גרסה זו מחייבת את מי שיודע על אופיה הבלתי-חוקי של הפקודה להימנע מלציית לפקודה, את הפטור למי שסירב לציית לפקודה – מכוח סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי – יש להעניק לכל מי שיודע בבירור על אופיה הבלתי-חוקי, בלא חלות בשאלה אם אי-החוקיות היתה גם ברורה בעיניו של אדם מן היישוב. התוצאה היא, כי מי שיודע על אופיה הבלתי-חוקי של הפקודה, רשאי, ואף חייב, שלא לציית לה. החשש של הצבא מתוצאה זו מובן. אם זוכרים כי אופיה הבלתי-חוקי של הפקודה מושפע לא-פעם מצרכים צבאיים שהסודיות יפה להם, לא ניתן להתכחש לקיומה של סכנה בסירוב לציית במקרים חיוניים בשל אמונה מוטעית כי אין הפקודה חוקית; סכנה שהגיעה את בתי-הדין הצבאיים לדבוק בפרשנות שביסודה הגרסה השנייה שבהצעה, שמכוחה הסירוב לציית לפקודה יהיה מוצדק רק כאשר אופיה הבלתי-חוקי הוא ברור וגלוי בעיניו של אדם מן היישוב, שאז ורק אז יש גם לשלול את הגנת הצידוק. פתרון אפשרי לדילמה המשתמעת משתי גרסאותיה של ההצעה הוא ללכת בדרך שלישית שתנסה לפשר במידת-מה בין השיקולים השונים. הפשרה היא לאפשר למי שמאמין כי הפקודה איננה חוקית לסרב לציית לה, אלא שהסירוב יהיה על אחריותו. אם יתברר כי הוא צדק בהערכתו והפקודה אכן היתה בלתי-חוקית, הוא לא ישא באחריות על הסירוב לציית לפקודה. אולם אם הוא טעה ומתברר כי צורך צבאי או אחר שלא היה ידוע לו הצדיק את מתן הפקודה, הוא ישא באחריות על סירובו לציית. מאחר שלא ניתן לחייב פקודים לקחת על עצמם סיכונים, כאמור, לא ניתן גם לאסור על מי שיודע על אופיה הבלתי-חוקי של הפקודה לציית לה: את הברירה אם לציית או לסרב לפקודה יש להשאיר בידיו. ברירה כזו מחייבת גם לשבור את ההתאמה, המתחייבת משתי הגרסאות שבהצעה, בין גבולותיה של הגנת הצידוק לבין היקף הפטור במקרה של סירוב לציית לפקודה שבסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי²⁰³. הפטור בסעיף 125 יועיל למי שבחר לקחת סיכון וסירב לציית לפקודה שהוא העריכה כבלתי-חוקית, ובלבד שלא טעה בהערכתו. לעומת זאת, הגנת הצידוק תעמוד למי שהעדיף לציית הגם שידע על אופיה הבלתי-חוקי של הפקודה. מבחינה מעשית יחייב פתרון כזה לאמץ את הגרסה השנייה שבהצעה

203 לעמדה דומה כאשר ליחס בין ההסדרים ראה א' אנקר, סימפוזיון (לעיל, הערה 199), 597-598.

המסייגת את הגנת הצידוק רק במקרים שבהם אופיה הבלתי-חוקי של הפקודה היה ברור וגלוי בעיני אדם מן היישוב. התיקון הנדרש הוא דווקא בפרשנות הפטור שבסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי.

במקרים שבהם הפקוד עצמו לא היה צר לאופיה הבלתי-חוקי של הפקודה אין למעשה הבדל בין שתי הגרסאות שבהצעה: שתיהן מסייגות את הגנת הצידוק כאשר האופי הבלתי-חוקי של הפקודה "היה ברור וגלוי בעיני אדם מן היישוב"²⁰⁴. ניסוח זה דוחה למעשה את מבחן הדגל השחור שהותווה בפרשת כפר קאסם²⁰⁵, שלפיו אין לציית לפקודה כאשר אי-החוקיות שבה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב אם העין אינה עיוורת והלב אינו אטום או מושחת"²⁰⁶. הדגש בהצעה הוסט מאי-מוסריות בוטה, כמו זו שבפרשת כפר קאסם, לאי-חוקיות ברורה וגלויה. הסטת הדגש בהקשר זה משקפת למעשה את ההתפתחות שחלה במרוצת הזמן בפסיקתם של בתי-הדין הצבאיים, שעליה עמד בלשון ציורית בית-הדין הצבאי בפרשת גולני²⁰⁷:

מאז הונף לראשונה "הדגל השחור" מעל הפקודה הבלתי חוקית בעליל בפסק כפר קאסם – פקודת רצח אוכלוסיה אזרחית בלתי לוחמת – נדרשו בתי-המשפט ברבות השנים להניף דגל זה בנסיבות קלות ללא שיעור...עד שדהה הדגל וכבר איבד את צבעו השחור העז והבולט... (השימוש בדגל השחור אינו מתאים) למקרים שנדונו בפסיקה כגון: ... שמוש בפתיל השהיה קצר – בניגוד להוראות בטחון, השלכת ככרות לחם מרכב צבאי, ירי באימונים מעל ראשי כח מסתער, או נהיגה תוך אחיזת ההגה ביד אחת כשהשניה נוחזת בסירת גומי על גג הרכב. על מנת להתגבר על טענות צידוק שנטענו על-ידי חיילים במקרים מעין אלה – שאינם ראויים לגינוי חריף כמו מקרה כפר קאסם – יצרו בתי הדין קריטריונים שנאספו ממקרה אחד למשנהו, והמאפשרים דחיית הגנת הצידוק לאו דווקא מטעמי "דגל שחור" – ואולי מטעמי ה"דגל האפור"²⁰⁸.

הסטת הדגש מאי-המוסריות של הפקודה לאי-החוקיות שבה מחייבת לתת את הדעת לקריטריון להערכת אופיה הבלתי-חוקי של הפקודה: האם מדובר בקריטריון עובדתי או שמא בקריטריון נורמטיבי²⁰⁹? החשיבות של הקריטריון מתעוררת במקרים שבהם מרבית החיילים לא היו צרים לאופיה הבלתי-חוקי של הפקודה, הגם שזו היתה מנוגדת לאחד מעקרונות-היסוד שבבסיס השיטה המשפטית. מקרה כדוגמת זה העסיק לאחרונה את בתי-הדין הצבאיים שנקראו לדון באופי הפקודות

204 בהקשר זה אמנם קיים הבדל ניסוחי בין שתי הגרסאות, אך לא ברור מה טעמו: לפי גרסה א, הסייג חל כאשר לאדם מן היישוב היה ברור כי "הוא מצווה לעבור, במילוי הצו, עבירה פלילית"; ואילו לפי גרסה ב, הסייג חל במקרים שבהם היה ברור לאדם מן היישוב "שהצו אינו כרין".

205 לעיל, הערה 199.

206 בעמ' 410.

207 לעיל, הערה 199.

208 בעמ' 8 לפסק-הדין המודפס.

209 הבחנה זו הוצעה על-ידי אנקר, סימפוזיון (לעיל, הערה 199), 560-598.

שניתנו עם פרוץ האינתיפדה להכות מפרי סדר שנעצרו כדי להרתיעם. מרבית העדים שהעידו בפרשיות השונות בהקשר זה, קצינים וחיילים כאחד, לא עמדו על אופיה הבלתי־חוקי של הפקודה. למרות זאת, בפרשת גבעתי²¹⁰ פסק בית־הדין, ולא בלי היסוס, כי ההוראה להכות את מפרי הסדר היתה בלתי־חוקית בעליל, ולפיכך אין ליהנות את הנאשמים מהגנת הצידוק. גישתו של בית־הדין היתה למעשה גישה נורמטיבית, שלפיה

הכאתו של מפר סדר ששוב אינו מתפרע שנתפס על־ידי החייל ושוב אינו מגלה התנגדות רק על מנת להרתיעו מלחזור בעתיד על התנהגות דומה, הוא לא צורך צבאי והוא פעולת עונשין צרופה. כל אדם הגדל והמתחנך במדינת חוק יודע שאין סמכות, זולת לבתי המשפט, לענוש אנשים שעברו עבירות.

לעומת זאת, בפרשת גולני²¹¹, סבר בית־הדין כי לנאשמים שצייתו לפקודה להכות מפרי סדר לאחר שאלה נעצרו יש להעניק את הגנת הצידוק. כאן נקט בית־הדין למעשה גישה עובדתית כשהוא מדגיש כי לא ניתן היה לדרוש מהחיילים שיעמדו על האופי הבלתי־חוקי של הפקודה, כאשר

היה ברור לכל שאין מדובר בפקודה שהיא פרי יוזמה מקומית של מפקדים – ויהיו אפילו בכירים – אלא פרי מדיניות צבאית מבצעית, הגדונה ונבחנת בקפדנות בפורומים רחבים בצמרת הצבא, וכי זו תשובתו של הצבא לאינתיפדה שפרצה בהפתעה והצריכה מתן מענה מיידי לארועים תכופים יומיומיים – בלתי צפויים ומשתנים.

הגישה העובדתית, הבוחנת בכל מקרה האם ניתן לצפות מהחיילים שבשטח כי יעמדו על האופי הבלתי־חוקי של הפקודה, מגלה התחשבות במצבם של מבצעי הפקודות, ובכך יתרונה. חסרונה הוא, שהיא עלולה לאפשר התפשטותן של נורמות פסולות המעוותות את עיני החיילים שבשטח; כדוגמת ההוראה להכות מפרי־סדר, שנתפשה בעיני רבים, חיילים ואף קצינים, כמבטאת מדיניות לגיטימית. את התפשטותן של נורמות כאלו ניתן למנוע באמצעות גישה נורמטיבית הבאה לפעמים על חשבון החייל שבשטח. הדאגה לשלטון החוק מחייבת לשלם את המחיר ולאמץ גישה נורמטיבית בהקשר זה. ניתן היה לאמץ גישה כזו ביתר קלות במסגרת סעיף 24(א)(2) לחוק העונשין, המתייחס לפקודה בלתי־חוקית בעליל, ואף מדגיש, בסעיף 24(ב), כי השאלה בהקשר זה היא שאלה שבמשפט²¹². לעומת זאת, הניסוח של שתי הגרסאות בהצעת החוק מרמז דווקא על גישה עובדתית השמה את הדגש על אי־חוקיות שהיתה ברורה וגלויה בעיני אדם מן היישוב. מן הראוי היה אפוא לשקול את שינוי הניסוח כדי שיתן ביטוי מפורש לגישה הנורמטיבית בהקשר זה.

210 לעיל, הערה 199.

211 שם.

212 הנוסח המלא של הסעיף הובא לעיל, הערה 197.

4. זוטות — De Minimis

בסעיף 53 להצעה מוצע להחזיר למשפטנו את ההגנה המהותית של "זוטי הדברים", שלפיה

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך.²¹³

הגנה זו נותנת ביטוי לעיקרון שלפיו אין המשפט מתעסק בזוטות — *de minimis non curat lex*.²¹⁴ בתחום המשפט הפלילי מיועד עיקרון זה להתאים את ההגדרה הפורמלית של העבירה למהותה העניינית.²¹⁵ כידוע, האופי האנטי-חברתי של עבירה נובע מהסכנה שזו מציבה לערך חברתי מוגן. בשל כלליות הניסוח של העבירות השונות, ייתכנו מקרים הנופלים בגדר ההגדרה הפורמלית של העבירה אף שאין הם מעוררים אותה מידה מינימלית של סכנה לערך המוגן המקנה למעשה את אופיו האנטי-חברתי. במקרים קלי-ערך כאלה אין הצדקה עניינית להטלת אחריות פלילית. כך, למשל, לא יהיה זה נכון לייחס לאב שנתן לבנו הקטין לטעום מהיין לקידוש אחריות לעבירה האוסרת על עידוד אדם שטרם מלאו לו שמונה-עשרה שנים לשותות משקה משכר.²¹⁶ כמובן אין זה מתאים לייחס לדוד שנשק ללחי אחיינו, חרף סירובו, אחריות לעבירת התקיפה.²¹⁷ או למי שקיבל תיק שדבקו בו שרירי סם אחריות על החזקת סם.²¹⁸

כיום, ההתמודדות עם הזוטות נעשית בתחום הדיוני במסגרת הסמכויות המור-ענקות לקצין-משטרה שלא לחקור.²¹⁹ או מכוח סמכויות התובע שלא להעמיד לדין²²⁰ או בהתאם לסמכויות היועץ המשפטי לעכב הליכים²²¹, כאשר אין ברבר "עניין לציבור".²²² ההצעה להוסיף הגנה מהותית במקרים של זוטות תאפשר גם לבית-המשפט, נוסף על הגורמים השונים המעורבים בצד הדיוני של ההליך הפלילי, שלא לייחס אחריות פלילית במקרים קלי-ערך. עם זאת, חשוב לשים לב כי סמכותו של בית-המשפט בהקשר זה אינה זהה לסמכויות הדיוניות שלא לנהל הליך פלילי. מהבחינה העקרונית מדובר בהגנה מהותית שאינה נתונה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. מעשה שאינו מקיים את המידה המינימלית של סכנה המצדיקה

213 הגנה דומה מוכרת בכמה שיטות משפט. ראה סעיפים 124(2), 138, 177(2) ו-177(3) לקודקס הפלילי השווייצרי; סעיף 7 לקודקס הפלילי של ברית-המוצות; סעיף 18 לקודקס הפלילי הרומני; סעיף 3 לקודקס הפלילי של צ'כוסלובקיה; סעיף 4 לקודקס הפלילי של יוגוסלביה; וכן בסעיף 2.12 של ה-Penal Code Model (לעיל, הערה 15).

214 עיקרון זה מצא ביטוי מפורש במשפטנו בסעיף 4 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש].

215 לדיון במשמעותו של עיקרון זה בתחום הפלילי ראה פלר (לעיל, הערה 9), 58-62; (לעיל, הערה 112), 615-618.

216 עבירה על סעיף 193(ג) לחוק העונשין.

217 לפי סעיפים 378-379 לחוק העונשין.

218 עבירה על סעיף 7א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973.

219 סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

220 סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי.

221 סעיף 231 לחוק סדר הדין הפלילי.

222 לדיון נרחב בסמכויות אלו ראה ר' גביון, שיקול דעת מינהלי באכיפת התוק (ירושלים, תשנ"א).

אחריות פלילית אינו מתאים למהות העניינית של העבירה הפלילית, ואין לראות בו מעשה הנופל בגדרה של העבירה. מהבחינה המעשית, השימוש שנעשה בסמכויות הדיוניות בהקשר זה הוא רחב מהמתחייב מהגנת הזוטות. נסיבות אישיות של הנאשם, כגון מצב בריאותו, מצבו המשפחתי ומצבו של הקרובים לו, גילו (צעיר או מבוגר במיוחד) וכן ההשלכות העשויות להיות על ניהול המשפט ועוד הביאו לא־פעם לא־ניהולו של הליך פלילי או לעיכוּבו מהטעם של "העדר עניין לציבור", גם כאשר לא היתה להם כל השפעה על עצם חומרת המעשה²²³. לעומת זאת, בית־המשפט חייב להגביל את עצמו לבחינת טיבו הקונקרטי של המעשה במטרה לוודא האם הוא מקיים את המידה המינימלית של סכנה המצדיקה הטלת אחריות פלילית.

ההגנה המהותית של זוטות איננה זרה לגמרי לפסיקה, הגם שאין לה עדיין עיגון בחוק. בע"פ 839/78 מדינת ישראל נ' אבני²²⁴ הבהיר בית־המשפט כי

אמנם יתכנו מקרים שבהם מעשה אשר ממלא אחרי כל תנאי הגדרת עבירה שבחוק הוא כה פשוט, שבית־המשפט יתייחס אליו כאל דבר שאינו ראוי להגנת הדין הפלילי, על פי העקרון שאין החוק עוסק בדברים של מה בכך (*de minimis non curat lex*)... אולם קשה להגיד שכזה הוא המקרה שלפנינו²²⁵.

בית־המשפט אינו מפרט מהו הבסיס החוקי אצלנו להפעלת העיקרון של זוטות, אך למעשה ניתן היה להפעיל עיקרון זה גם בלא עיגון חוקי. מבחינה פרשנית ניתן לצמצם את ההיקף של האיסור כפי שהוא משתמע ממלותיו, אם פירוש מילולי זה רחב מהמתחייב מהגיונו של החוק²²⁶. למרות זאת יש כמובן יתרון בהגדרה מפורשת של הגנת הזוטות בחוק, כפי שמוצע בסעיף 53. עם זאת, חשוב לשים לב כי לא ניתן להגדיר הגנה זו בצורה מפורשת. בעיות הניסוח המחייבות את קיומה של הגנת הזוטות – הגדרה כללית של עבירות שאינן מפרטות את כלל המקרים ליפול בגדרן – מתעוררות גם לגבי עצם הגדרתה של הגנה זו. כל שניתן לעשות הוא להסתפק בהסדר כללי כדוגמת זה המוצע, המבוסס על קריטריון כללי של היות המעשה "קל ערך", שיש לבדוק לפי טיבו הקונקרטי של המעשה והאינטרס הציבורי. יש לקוות כי השימוש שיעשו בתי־המשפט בהגנה זו יהיה אכן מוגבל למתחייב מהגיונה ויחילו אותה רק במקרים שבהם אין במעשה עצמו מידה מינימלית של סכנה לערך החברתי המוגן.

223 שם, בעמ' 365-388.

224 פ"ד לג(3) 821.

225 עמ' 832.

226 ראה האזכורים שהובאו במסגרת הדיון בפרשנות לעיל, הערה 22; ובמיוחד עמדתו של קרמיצר, שם.