

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי¹)

חאלד גנאים*

המערכת השיפוטית רשאית לפתח סייגים חדשים ולהרחיב היקף סייגים קיימים במשפט הפלילי.

בקיומה של חובה לעמוד בסכנה או באיום, החברה מצפה ודורשת מן האדם החייב לעמוד בסכנה שלא יסבה על הזולת, ולכן הרציונל של צורך פוטר וכורח פוטר – היעדר ציפייה סבירה לעמוד בסכנה ולהתנהג כדין – אינו מתקיים. בנוסף, מדובר באנשים שכושר העמידה שלהם לעמוד בסכנה רב יותר, הם נמצאים במצב של כוונות מתמדת, גורם ההפתעה אינו מתקיים, ולכן הם אינם נמצאים במצב נפשי קשה שמכריח אותם להעביר את הסכנה אל האחרים. אולם החובה לעמוד בסכנה או באיום אינה דוחה א-פריורית את הצורך המצדיק והכורח המצדיק, שמבוססים על איזון האינטרסים, אלא היא שיקול לרעתו של האדם החייב בעריכת המאזן. צורך מצדיק וכורח מצדיק מתקיימים כאשר קיים פער עצום בין הרעה שתימנע לבין הרעה שתיגרם. הרציונלים של הגנה עצמית הם הגנה על האוטונומיה של הנתקף והגנה על הסדר החברתי משפטי. האשמה היא תנאי הכרחי להתגבשות העברה הפלילית, ותפקידה הוא להצדיק הטלת אחריות וענישה פלילית על העושה כדי למנוע עשיית מעשים אנטי-חברתיים. מכאן, חיזוק אמון הציבור בנפקותן של הנורמות העונשיות אינו מתגשם במלואו במניעת עשיית מעשה שלא כדין אך נטול אשמה. הגנה עצמית דורשת פרופורציה, וזאת כמובן שהרעה שתיגרם לא תעלה באורח רב על הרעה שתימנע.

א. הקדמה. ב. עקרון החוקיות ותחולתו על סייגים לאחריות פלילית. ג. חובה על פי דין או מכוח תפקיד לעמוד בסכנה או באיום בסייגי צורך וכורח – סעיף 34טו. ד. הגנה עצמית; 1. הרציונלים של הגנה עצמית מצדיקה ודרישת אשמת התוקף; 2. הרציונלים של הגנה עצמית מצדיקה ודרישת הפרופורציה; 3. הגנה עצמית פוטרת. ה. סיכום.

1 יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: "דיני עונשין" או "הספר").
* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה לפרופ' מרדכי קרמניצר, לד"ר יצחק קוגלר ולד"ר ראם שגב על הערותיהם המועילות שתרמו לשיפור הרשימה.

א. הקדמה

ספרם של יורם רבין ויניב ואקי (להלן: "המחברים") – דיני עונשין (מהדורה שנייה, 2010) – נמנה עם ספרי היסוד המשפטיים, והוא הכרח בספרייתו של כל משפטן שעוסק במשפט הפלילי המהותי. זהו ספר שמעשיר מאוד את הספרייה הפלילית; הספרים בדיני עונשין של ש"ז פלר² ושל יובל לוי ואליעזר לדרמן³ פורסמו לפני התיקון המשמעותי של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד–1994 – אם כי נפקותם ממשיכה לחול גם אחרי התיקון. לעומת זאת, ספרם של רבין וואקי עוסק בעיקר במשפט הפלילי המהותי העדכני, לרבות תיקון 39. המהדורה השנייה היא עדכון והרחבה של המהדורה הראשונה שיצאה לאור בשנת 2008 ושזכתה להצלחה רבה. המהדורה הראשונה והמהדורה השנייה זכו לציטוט רב הן בספרות המשפטית והן בפסיקה, לרבות פסקות בית המשפט העליון. הספר דיני עונשין עוסק בכל עקרונות היסוד של המשפט הפלילי המהותי: עקרון החוקיות ושאר עקרונות היסוד של המשפט הפלילי המהותי; ההגדרה של העברה הפלילית, יסודותיה ורכיביה, לרבות ההבחנה בין עברה התנהגותית לבין עברה תוצאתית, העברות של העמדה בסכנה,⁴ עברות של מחשבה פלילית לעומת עברות רשלנות, האופי המיוחד של עברות אחריות קפידה והתיישבותן עם עקרון האשמה הפלילית שהוא גם עקרון חוקתי הנגזר מהזכות לכבוד אדם, הסייגים לאחריות פלילית (סייגים מצדיקים וסייגים פוטרים),⁵ הדוקטרינות של טעות במצב דברים⁶ ובמצב משפטי, הצורות הנגזרות של הביצוע

- 2 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א (1984); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב (1987); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ג (1992).
- 3 יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית (1981).
- 4 אם כי על המחברים היה לדרון בצידוק של עברות סכנה, וכן בהבחנה בין עברת סכנה כעברה התנהגותית לבין עברת סכנה כעברה תוצאתית; סוגיות אלה מפותחות היטב במשפט הפלילי הקונטיננטלי. על כך ראו 1 CLAUS ROXIN, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL 336–344 (Muenchen, 2. Auflage, 1994); URS KINDHÄUSER, GEFÄHRDUNG ALS STRAFTAT: RECHTSTHEORETISCHE UNTERSUCHUNGEN ZUR DOGMATIK DER ABSTRAKTEN UND KONKRETEN GEFÄHRDUNGSDDELIKTE (Frankfurt, 1989).
- 5 הדיון של המחברים ברציונלים של צורך וכורח, וכן בהבחנה בין צורך וכורח מצדיקים לבין צורך וכורח פוטרים קצר מאוד; היה עליהם להרחיב ולהבחין בין התועלתנות במובן של הרע במיעוטו כרציונל של צורך וכורח מצדיקים לבין חוסר ציפייה סבירה להתנהגות כדין כרציונל של צורך וכורח פוטרים. ראו Khalid Ghanayim, *Excused Necessity: A Defence in the Criminal Code – A Comparative and Doctrinal Study*, 11 CAN. CRIM. L. REV. 53 (2006) (להלן: Khalid Ghanayim, *Excused Necessity: A Defence in the Criminal Code*); Khalid Ghanayim, *Excused Necessity in Western Legal Philosophy*, 19 CAN. J. L. & JURIS 31 (2006).
- 6 על המחברים היה להתמודד עם שלושת הסוגים השונים של הטעות. ראו חאלד גנאים "סייג מצדיק מדומה – טעות בדבר קיומו של סייג מצדיק" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 335 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010) (להלן: גנאים "סייג מצדיק מדומה"); חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר "טעות בזוהות והחטאת הפעולה – האומנם מחשבה פלילית מועברת?" דין ודברים א 65 (2004). כן היה על המחברים

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

העברייני, שהן הניסיון הפלילי וצורות השותפות: ביצוע ישיר, ביצוע בצוותא, ביצוע באמצעות אחר, שידול וסיוע.⁷ ולבסוף עוסק הספר בדיני ההוכחה בפלילים.⁸ ניתן לומר כי לספר שלושה מאפיינים. ראשית, הספר עוסק בכל העקרונות, הדוקטרינות והסוגיות של החלק הכללי במשפט הפלילי המהותי, מאז פקודת החוק הפלילי, 1936 ועד לתיקונים האחרונים של חוק העונשין, בייחוד התיקון המשמעותי – מספר 39. שנית, מדובר בספר שעניינו דיני העונשין הישראליים; הספר אינו מתיימר, ואף אינו מנסה להתיימר, להציג את המשפט המשווה ולהפוך לספר על דיני העונשין האוניברסליים, אם כי בפרקים מעטים יש התייחסות מסוימת לשיטות משפט משווה. מדובר בספר "דיני העונשין הישראליים". שלישית, הספר משתדל לספק לקורא את התמונה המלאה על כל עיקרון וסוגיה, קרי הגישות והמבחנים של הפסיקה ושל הספרות המשפטית. כל פרק מנסה להציג את הפסיקה על אודות החקיקה העדכנית והחקיקה הקודמת, וכן את רוב הספרות המשפטית שעסקה בנושא. אין ספק שזהו ספר מעולה בסגנון של סקירה והצגה של הפסיקה והספרות המשפטית הישראלית – נוסח Case book; מאפיין שלישי זה, יש בצדו גם חסרונות, המתוארים בהקדמה לספר: "בעיקר מתאר הספר את הדין המצוי. עם זאת, במקומות מסוימים [...] גם דיון ביקורתי בדין הקיים וכן תובנות לגבי הדין הראוי".⁹ קרי המחברים מעדיפים להציג את הגישות והמבחנים הקיימים ואינם מנתחים בעצמם את הסוגיות ואף אינם מפתחים מבחנים וגישות משלהם. הספר אינו ספר מחקרי מובהק – נוסח Text book, אם כי בפרקים מסוימים המחברים מנסים להציג עמדה עצמאית משלהם. מכאן, גם תכליתה של רשימה זו היא להציע לכותבים דרכים להעמיק את הדיון בעקרונות מסוימים ובדוקטרינות מסוימות, כמו גם להצביע על הדין הרצוי, ולפתח מבחנים וגישות עצמאיים.

להתמודד עם ההשלכות לכך. ראו בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 325 ואילך (2000).

7 לפי עמדת המחברים, השידול הוא עברה תוצאתית, רבין ואקי דיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 546 ואילך, ואילו הסיוע הוא עברה התנהגותית, שם, בעמ' 558 ואילך. אני חולק על עמדה זו. אציין כאן רק שלדעתי השידול והסיוע אינם עברות, אלא נגזרות של עברות פליליות, צורות של שותפות בדבר ביצוע העברה. מדובר בתופעות עברייניות. בנוסף, המחברים מתייחסים לסוגיה של "שידול לשידול". שם, בעמ' 556. המחברים מציגים את השאלה אם מדובר כאן בתופעה של נגזרת מנגזרת שהיא בלתי-ענישה, או שמא ענישה לפי פסיקה של בית המשפט העליון. הדיון קצר מאוד ואף לא ממצה. מבדיקת המשמעות והתפקיד של השותפות העקיפה (שידול וסיוע) עולה בבירור כי שידול לשידול הוא שידול שרשרת ובגדר שידול עקיף האסור לפי סעיף 30 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין" או "החוק"), אם כי בית המשפט יקל בעונשו לעומת שידול ישיר. לעומת שידול לשידול, סיוע לשידול וסיוע לסיוע הם סיוע שרשרת ובגדר סיוע עקיף האסורים לפי סעיף 31 לחוק העונשין ובית המשפט יקל בעונשם לעומת מאשר הסיוע הישיר.

8 פרק זה מבוסס על עבודת הדוקטורט של יניב ואקי שאושרה בתחילת שנת 2013 ושעסקה ברף ההוכחה בפלילים: יניב ואקי סבירותו של ספק: רף ההוכחה הפלילי "מעבר לספק סביר" – עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה למודל נורמטיבי חדש (עבודת גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2011). העבודה יצאה לאור בכותרת יניב ואקי מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי (2013).

9 רבין ואקי דיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 1, בעמ' לג (ההקדמה).

כאמור, מדובר בספר מעולה שזוכה לשבחים רבים. עם זאת, תפקידה של רשימה זו אינו (רק) לשבח את הספר, אלא לתרום להשבחתו על ידי קריאה להוסיף דיונים מחקרניים מעמיקים יותר בסוגיות מסוימות. דוגמאות לכך הן הענישה הפלילית, תחולת עקרון החוקיות על הסייגים לאחריות פלילית וסמכותה של המערכת השיפוטית לפתח סייגים חדשים ולהרחיב את היקף הסייגים הקיימים, השלכות קיומה של חובה ספציפית לעמוד בסכנה או באיום על התגבשות סייגי הצורך והכורח, וכן הרציונלים של הגנה עצמית ודרישות אשמת התוקף והפרופורציה.

הדיון של המחברים על הענישה הפלילית מצומצם מאוד; ¹⁰ המחברים אמורים להגדיר את הענישה הפלילית, לרבות משמעותה המסורתית, כגרימת רע לעבריין – מבצע העברה (Übel), להגדרתו של הפילוסוף עמנואל קאנט. ¹¹ בנוסף, המחברים אמורים להרחיב את הדיון על דרכי הענישה הפלילית בכלל, על התאמת הענישה הפלילית המסורתית שמוטלת על אדם בשר ודם לתאגיד שהוא אישיות משפטית בלבד, ¹² על התפקיד והמטרות של הענישה הפלילית, ¹³ וכן על השלכות המשפט החוקתי על דיני הענישה, ובייחוד הזכות של העבריין לשיקום, חובת המדינה לשקמו, תורת הגמול בענישה והשפעתה על דרישת הפרופורציה (המידתיות בענישה), וכן השלכת הזכות החוקתית לכבוד האדם על מטרת הענישה בדבר המניעה הכללית השלילית (הרתעת הרבים והפחדתם מביצוע עברה פלילית) והאיסור על שימוש בעבריין כאמצעי בלבד להפחדת הרבים לשם השגת מטרה חברתית.

ב. עקרון החוקיות ותחולתו על סייגים לאחריות פלילית

בפרק 5 של הספר המחברים דנים בעקרון החוקיות ובהיבטיו: הגדרת העיקרון, עקרון חירות הפעולה, איסור התחולה הרטרואקטיבית של נורמה אוסרת מחמירה, פומביות החוק, עקרון הבהירות והוודאות המשפטית (הגדרה מפורטת וודאית של העברה) וההיבט של

- 10 שם, בעמ' 21–25, 64–66. אני מודע לזה שתיקון מס' 113 לחוק העונשין שעוסק בדרכים, צורות ומטרות הענישה הפלילית התקבל בשנת 2012, אולם הדיון העקרוני נטול סעיפי חוק מסוימים. ראו גם את מאמרם החדש: יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413 (2013).
- 11 על תורת הענישה של קאנט ראו Ghanayim, *Excused Necessity in Western Legal Philosophy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 56.
- 12 מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים "האחריות הפלילית של תאגיד" ספר שמגר – מאמרים חלק ב 76, 33 (אהרן ברק עורך, 2003). ראו גם פסק דין של בית המשפט העליון רע"פ 8487/11 חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ נ' מדינת ישראל – המשרד להגנת הסביבה (פורסם בנבו, 23.10.2012).
- 13 על הענישה ראו גם הוועדה לבחינת דרכי הבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין דין-וחשבון (1997); רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג" מחקרי משפט טו 147 (1999); אורן גול-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר ו 1, 34 (2013) Mordechai; Kremnitzer & Khalid Ghanayim, *Book Review: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil [The General Part of the Criminal Law]*, 34 Isr. L. Rev. 302, 308 (2000).

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

הפרשנות המצמצמת. המחברים מדגישים את הצידוק שלפיו עקרון החוקיות נועד למנוע את שרירות לבו של הריבון ולהגן על זכויות הפרט, וזאת "לנוכח החשש מכוחו הרב של הריבון ומחולשתו של האזרח אל מול מנגנוני השלטון שאפיינו משטרים מלוכניים ולא-דמוקרטיים. ואכן, חוקים מסוימים של משטרים טוטליטריים עשויים לשמש דוגמה ומופת לרמיסת עקרון החוקיות. כך, לדוגמה, סעיף 16 של ספר החוקים הפליליים של ברית-המועצות, משנת 1926 קבע בזו הלשון: 'אם איזו פעולה מסוכנת לציבור לא נזכרה במישרין, בספר חוקים זה, יש לקבוע את יסודות האחריות וגבולותיה לפי אותם הסעיפים מספר החוקים, בהם מוגדרות עבירות הקרובות ביותר לפעולה הנדונה לפי סוגן וטיבן' [...]. בעקבות ברית-המועצות הלכה גם גרמניה הנאצית".¹⁴ מכאן שעקרון החוקיות קובע שיש להגדיר בצורה בהירה ביותר את האיסור הפלילי כדי שכל אדם יוכל לכלכל את פועלו ולהימנע מעשיית מעשים שעלולים ליפול בגדר עברה פלילית.

הצגה "פשוטה" של המצב לוקה בחסר. ניתן אף לומר שהיא מבוססת על השקפה פוליטית, שנועדה להציג באור שלילי את המדינות שהשקפותיהן אינן נמנות עם השקפות מדינות המערב (מדינות מזרח אירופה הסוציאליסטיות וגרמניה הנאצית). תחילה יצוין כי אכן לעקרון החוקיות יש היבטים רבים. הראשון שבהם הוא קיומו של איסור בחוק. מנקודת ראות זו, הנורמות בדין של ברית-המועצות ושל גרמניה הנאצית מקיימות עיקרון זה. בהקשר זה מעניין שהמחברים אינם מציגים את המשפט המקובל האנגלי, שכלל לא הכיר, לפחות עד לעת החדשה, בעקרון החוקיות, והכיר בכלל judge made law, באור שלילי. נהפוך הוא: המחברים מציגים את המשפט המקובל האנגלי בתור "מולדת המסורת המפוארת של פיתוח המשפט באמצעות הפסיקה".¹⁵ בנוסף, חוסר הבהירות בנוסרות אלה של ברית-המועצות ושל גרמניה הנאצית זהה לחוסר הבהירות באיסור תקלה ציבורית, לפי סעיף 198 לחוק העונשין הישראלי,¹⁶ שבוטל רק בשנת 2008, ושמקורו במשפט המקובל האנגלי. ואז, מדוע מציגים את הדין הסובייטי והדין הגרמני-נאצי באור שלילי, ואילו המשפט המקובל האנגלי, שלוקה באותו חסר, מוצג באור חיובי?

טוב היו עושים המחברים אילו היו קובעים שלפי הדין הרצוי עקרון החוקיות הוא ביטוי לעקרון האיסור הפורמלי, להבדיל מהאיסור המהותי. הווה אומר: בעיקרון, המשפט הפלילי מבטא את השקפות החברה, והמחוקק אוסר התנהגות ומגדירה כעברה פלילית משום שההתנהגות אסורה לפי השקפות החברה, כך שעיקר פועלו של המחוקק הוא להעלות את כללי החברה על כתב וליתן להם גושפנקה רשמית; האיסור החברתי הוא האיסור המהותי, ואילו האיסור החוקי הוא איסור פורמלי בלבד.¹⁷ תפקידו של האיסור המהותי הוא לבטא

14 רבין וואקי דיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 76.

15 שם, בעמ' 80.

16 ראו גם Roxin, לעיל ה"ש 4, בעמ' 94, 120.

17 עם זאת, יש לציין כי ייתכנו מקרים חריגים, שבהם המחוקק מגדיר מעשה מסוים כעברה פלילית, וזאת כדי "לחנך" את הציבור ולשנות לטובה את ההשקפות הרווחות בציבור. עברה זו נקראת "עברה טכנית", למשל איסורים בתחום איכות הסביבה ועוד.

את העמדה החברתית שמדובר במעשה פסול, אנטי-חברתי ומזיק לערכי החברה, ואילו תפקידו של האיסור הפורמלי הוא שליחת מסר לרבים שלפיו המעשים הנופלים בגדר האיסור הם אסורים בחוק. מכאן, שיטה משפטית ראויה מדגישה את שני העקרונות: עקרון האיסור הפורמלי ועקרון האיסור המהותי. עם זאת, יש לציין כי האיסור החברתי – האיסור המהותי – הוא העיקר, והוא הערובה החשובה יותר לחירויות ולזכויות הפרט, מאשר האיסור החוקי – האיסור הפורמלי. המשפט של ברית-המועצות והמשפט של גרמניה הנאצית כיבדו את עקרון החוקיות הפורמלי על ידי קביעת איסור פלילי בדין העונשי, ואילו המשפט המקובל האנגלי לא כיבד כלל את עקרון החוקיות הפורמלי. מנגד, המשפט המקובל האנגלי כיבד יותר את עקרון החוקיות המהותי, והגדיר מעשים כעברות פליליות מהטעם שהם מזיקים לחברה, ואילו המשפט הפורמלי של גרמניה הנאצית לא כיבד את עקרון החוקיות המהותי, והגדיר מעשים כעברות פליליות משום שלא התיישבו עם האידאולוגיה הנאצית.¹⁸ האיסור המהותי, שהוא כאמור האיסור החברתי, הוא העיקר ומוצא את ביטויו בעקרון הערך החברתי המוגן על ידי האיסור הפלילי. מכאן שהערובה הראשונה והעיקרית היא עקרון החוקיות המהותי – האיסור החברתי ועקרון הערך החברתי המוגן – ואילו עקרון החוקיות הפורמלי הוא הלבוש החוקי של עקרון הערך החברתי המוגן.

בנוסף, המחברים מציגים את הבעייתיות בהגדרה הרחבה של עברת המרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין הישראלי, ולדעתם "ספק אם העבירות של [...] ו'הפרת אמונים' [...] היו עוברות את הבחינה החוקתית".¹⁹ אינני מסכים עם מסקנה זו. עקרון החוקיות מחייב שהעברה הפלילית תהיה מוגדרת בצורה בהירה ביותר. כלומר על המחוקק לשאוף להגדרה האפשרית הבהירה ביותר של עברה פלילית, אך אין מנוס לפעמים מקיומם של מושגי סתום בהגדרת העברה שפוגעים בבהירותה. עברו הזמנים שבהם חייבו את המחוקק לערוך רשימה מפורטת של מעשים שנופלים בגדר העברה הפלילית, ולכן העברה הפלילית מוגדרת באורח כללי. יתרה מזאת, הגדרת העברה הפלילית בצורה קוואיסטית על ידי רשימה של מעשים שנופלים בגדר העברה, פוגעת בתפקידה של העברה הפלילית. זאת, שכן היא מאפשרת ואף מחייבת אי-הפללת מעשים שאינם נמנים עם רשימת המעשים האסורים והם מסוכנים אף יותר מאשר המעשים האסורים במפורש בהגדרת העברה. מכאן הצורך בהגדרה כללית של העברה הפלילית, שעשויה לכלול בתוכה מושגים הטעונים פרשנות משפטית וקביעת גבולות העברה הפלילית. זהו התפקיד המשלים של המערכת השיפוטית. הווה אומר: על המחוקק להגדיר את העברה הפלילית בצורה הבהירה ביותר, כדי שניתן יהיה להדריך את הפרטים טוב יותר בנקיטת מעשים מסוימים ואי-נקיטת מעשים אחרים, וזאת לשם הגנה על הערכים החברתיים הראויים להגנת המשפט. אולם אין מנוס לפעמים מנקיטת מושגים עמומים בהגדרת העברה, שהם בגדר "הכרח בל יגונה". יתרה

18 כגון העברה האוסרת נישואין בין אנשים שנמנים עם הגזע הארי לבין אנשים שנמנים עם גזע אחר, בייחוד הגזע השמי – יהודים. עברת "בושה-גזעית" Rassenschande. ראו ROXIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 15.

19 רבין וואקי דיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 97–98.

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

מזאת, קיימת הנחה משפטית יחסית, שלפיה איסור שקיים ברוב המדינות הדמוקרטיות עונה על הדרישות הדמוקרטיות. ואכן, האיסור על הפרת אמונים קיים בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל, בחלק ממדינות המשפט הקונטיננטלי, כגון המשפט האוסטרי, ובשיטות המשפט שאינן מכירות באיסור זה, כגון המשפט הגרמני, קיימים קולות הקוראים להכרה בו.²⁰ הצורך בלחימה בשחיתות הציבורית מצדיק את האיסור על הפרת אמונים שנחשב לעברת רשת או סל, ואף עונה על הדרישות הבסיסיות של עקרון החוקיות.²¹

המחברים דנים²² בשאלה מהי תחולת עקרון החוקיות על הסייגים לאחריות פלילית ונפקותה, והאם רשימת הסייגים לאחריות פלילית בחקיקה הפלילית היא רשימה סגורה? האם מוסמך בית המשפט להרחיב היקף סייגים קיימים ולפתח סייגים חדשים? המחברים מציינים את סעיף 40 להצעת תיקון 39 לחוק העונשין, שקבע כי "אין סייג לאחריות פלילית אלא במקרים ובתנאים הקבועים בחיקוק", ולפי דברי ההסבר "מצב הסייגים במשפט הפלילי המודרני, בהבדל מימים עברו, הגיע לשלב של בשלות וגיבוש הדומה לזה של האיסורים הפליליים; מוצע על כן שלא לאפשר פיתוח סייגים על ידי ההלכה הפסוקה. סעיף 40 מבטא את ההכרה במצב זה. הקביעה שאין סייגים אלא לפי חוק מעניקה לאיסורים הפליליים מידה של ודאות ומוחלטות היא להם".²³ המחברים מציינים את העובדה שסעיף 40 להצעת החוק לא התקבל על ידי המחוקק ולכן לא הבשיל לכדי סעיף מחייב, ולכן, לגישתם, השאלה אם הפסיקה רשאית לפתח הגנות חדשות ולהרחיב הגנות קיימות "נותרה פתוחה". לדעתו, אפשר להניח שהעובדה שהמחוקק לא קיבל את סעיף 40 להצעת החוק מעידה על דחיית התוכן שבסעיף 40, כך שלפי כוונת המחוקק ועל פי תורת הפרשנות המשפטית, אין תחולה לעקרון החוקיות על הסייגים לאחריות פלילית, והמערכת המשפטית רשאית ליצור סייגים חדשים ולהרחיב היקף סייגים קיימים.²⁴

המחברים מציינים את גישתו של פלר, שלפיה "עקרון החוקיות בפלילים, אשר דורש לא רק איסור ועונש על-פי חוק, אלא, באותה מידה, שגם סייג לפליליות המעשה יהא על-פי

20 על המשפט האוסטרי ראו MICHAEL ÜBERHOFEN, KORRUPTION UND BESTECHUNGSDELIKTE IM STAATLICHEN BEREICH: EIN RECHTSVERGLEICH UND REFORMÜBERLEGUNGEN ZUM DEUTSCHEN RECHT 289 (Freiburg, 1999), ועל המשפט הגרמני, שם, בעמ' 231.

21 עברת הפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק שונה מהעברה לפי סעיף 198 לחוק שבוטלה. זאת, שכן בניגוד לעברת הפרת אמונים המתייחסת לפגיעה במנהל תקין על ידי עובד ציבור, והיקפה מתוחם במידה מסוימת, העברה לפי סעיף 198 היא למעשה עברת סל שכוללת בתוכה כל מעשה לא ראוי.

22 רבין וואקי דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 627–629.

23 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 114, 134 (להלן: "הצעת תיקון 39").

24 ראו גם דן ביין "הקודיפיקציה של החלק הכללי והשפעתה על החלק המיוחד של חוק העונשין" משפט וממשל ג 253, 261 (1995).

חוק בלבד, מחייב ליתן להגבלה דלעיל משמעות של ממש".²⁵ לפי דברים אלה, לעקרון החוקיות יש תחולה על סייגים לאחריות פלילית, והמערכת השיפוטית אינה רשאית לפתח וליצור סייגים חדשים לאחריות פלילית. המחברים מציגים גם את עמדתו הפוכה של אהרן אנקר, שלפיה עקרון החוקיות חל רק על האיסורים העונשיים, ובוודאי לא על הסייגים לפליליות המעשה, שכן "יש מקום וצורך להבחין בין קביעת עבירות חדשות לבין קביעת הגנות שאינן נזכרות בפקודה. מתן סמכות לשופטים לחדש עבירות היה פוגע בעקרון החוקיות. לאורח העומד בסכנת שלילת חרותו הזכות שהבסיס לשלילה זו יוגדר בחוק מראש. אך מתן סמכות לשופטים לחדש הגנות [...] לא היה פוגע בעקרון יסוד זה. חידוש כזה אינו פוגע בנאשם; אדרבא, הוא מיטיב עימו [in bonam partem];"²⁶ המחברים

25 פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 2, פס' 534; גם ש"ז פלר "תחולת חוק יסודות המשפט בתחום דיני העונשין" ספר זוסמן 345, 351-355 (אהרן ברק ואח' עורכים, התשר"ם); ש"ז פלר "לעיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה (עבירה רגעית, עבירה נמשכת או עבירת שרשרת) משפטים י 121, 146 (1980); S.Z. Feller, *Not Actual "Necessity" but Possible "Justification"*; *Not "Moderate" Pressure, but Either "Unlimited" or "Non at R. v. Howe, (Michael Anthony) [1987] all*, 23 *Isr. L. Rev.* 201, 213 (1989) A.C. 417, 436, שדחה את תחולת הכורח על עברת הרצח; בית המשפט גרס כי על פי עקרון הפרדת רשויות, יצירת סייגים חדשים או הרחבת סייגים קיימים תיעשה על ידי המחוקק ולא על ידי המערכת השיפוטית. ראו לעומתו את Regina v. Kingston, [1994] 99 Cr. App. R. 286, 301, שלפיו בית המשפט רשאי ליצור סייגים חדשים לאחריות פלילית. ראו גם R. v. R., [1991] 3 W.L.R. 767, שבו בית המשפט הרחיב את תחולת עברת האונס גם על היחסים בין בעל לאשתו אף שלפי הגישה המסורתית אין אפשרות כזו. עמדתו של בית המשפט האנגלי בעניין Howe בעייתית, שכן במשפט האנגלי המודרני אין קודקס פלילי מושלם. זאת ועוד, העובדה שהמחוקק אינו מגדיר סייג מסוים לאחריות פלילית אין משמעה שהמחוקק אינו מכיר בסייג או דוחה אותו. ראו DAVID ORMEROD, SMITH AND HOGAN'S: CRIMINAL LAW 313 (13th ed. 2011) (להלן: J.C Smith, *Commentary to R. v. Burke*, (SMITH AND HOGAN'S); H. P. Milgate, *Duress Howe, Bannister and Clarkson*, *CRIM. L. REV.* 480, 482 (1987); *Howe, Bannister and Clarkson, CRIM. L. REV.* 480, 482 (1987); H. P. Milgate, *Duress and the Criminal Law: Another about Turn by the House of Lords*, 47 *CAMBRIDGE. L.J.* 61, 70 (1988).

26 אהרן אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין 103 (1977); ראו גם השופט אלון בע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 141, 156 (1979); SCHMIDHÄUSER & ALWART, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL: STUDIENBUCH 137 (Tübingen, 2. Auflage, 1984); LEUKAUF & STEININGER, KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH §3, para 2 (Eisenstadt, 2. Auflage, 1979); HANS-HEINRICH JESCHECK & THOMAS WEIGEND, LEHRBUCH DES STRAFRECHTS: ALLGEMEINER TEIL 328 (Berlin, 5. Auflage, 1996); Cerezo Mir, *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus Spanischer Sicht*, in III RECHTFERTIGUNG UND ENTSCHULDIGUNG: RECHTSVERGLEICHENDE PERSPEKTIVEN 9, 18 (Freiburg, Albin Eser & Walter Perron eds., 1991); Taira Fukuda, *Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe*, *JZ* 143, 144 (1958); WALTER PERRON, RECHTFERTIGUNG UND ENTSCHULDIGUNG IM DEUTSCHEN UND SPANISCHEN RECHT: EIN STRUKTURVERGLEICH STRAFRECHTLICHER ZURECHNUNGSSYSTEME 78 (Baden-Baden, 1988); George P. Fletcher, *The Nature of Justification*, in ACTION AND VALUE IN CRIMINAL LAW 175, 179 (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder eds., 1993);

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית
(על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

מאמצים אותה גישה של אנקר באומרם: "חקיקה שיפוטית היוצרת הגנות אינה מעוררת
בעיה כלשהי במישור של עקרון החוקיות, שכן היא פועלת לטובתו של הנאשם ולכן אינה
עולה כדי 'עונשין ולא מזהירין'".²⁷

אין חולק כי עקרון החוקיות חל על מעשה הנכלל בגדר תופעה אנטי-חברתית כעברה
פלילית. לפי עקרון חירות הפעולה, הנגזר מעקרון החוקיות, שהוא עיקרון חוקתי ונגזר
מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כל מעשה הוא מותר אלא אם כן הוגדר במפורש על ידי
המחוקק כעברה פלילית. חירות הפעולה היא הכלל, ואילו איסור הפעולה, קרי העברה
הפלילית, הוא החריג. סייגים לאחריות פלילית הם מצבים השוללים את הטלת האחריות
הפלילית על העושה. מדובר במצבים המיטיבים עם העושה. מנקודת מבט זו צדקו אנקר
והמחברים אשר גרסו כי סייגים לאחריות פלילית מיטיבים עם העושה, אינם פוגעים
בחירותו ובזכויות היסוד שלו, ועל כן אין פגיעה בעקרון חירות הפעולה.

ראוי לציין כי אחדים שמאמצים את העמדה שיש תחולה לעקרון החוקיות על הסייגים
לאחריות פלילית, מגיעים למסקנה דומה. הם גורסים שכלל הפרשנות המצמצמת, שהוא
נדבך של עקרון החוקיות, מחייב פרשנות לטובת הנאשם, קרי פרשנות המצמצמת את תחום
האיסור הפלילי על ידי הרחבת הסייגים לאחריות פלילית. כלל הפרשנות המצמצמת מאפשר
ואף מחייב הצרת היקף האיסור הפלילי על ידי יצירת סייגים חדשים לאחריות פלילית.²⁸
מנגד, יש לומר כי יצירת סייגים חדשים והרחבת סייגים קיימים עלולה להביא לכך
שמעשה, שהוא מותר על פי המצב הקיים, יהפוך למעשה אסור במצב של יצירת סייג חדש
או הרחבת סייג קיים. טלו את המקרה של מורה הפוגע בחירותו או בגופו של תלמיד, או של
הורים הפוגעים בבנם הנער, לשם חינוכו. לפי המצב המשפטי הקיים, פגיעה זו אסורה ואינה
בגדר סייג לאחריות פלילית.²⁹ עקב כך התלמיד או הנער רשאים להדוף את התקיפה
באמצעות הגנה עצמית. אולם הכרה במצב הזה כסייג מצדיק המיטיב עם העושה תגרום
לכך שהתלמיד או הנער אינם רשאים להתגונן, הואיל והנתון "תקיפה שלא כדין" בהגנה
עצמית אינו מתקיים. "התגוננות" התלמיד או הנער היא בגדר עברה והיא אסורה. יצירת סייג
חדש לאחריות פלילית עלולה להפוך מעשה מותר למעשה אסור. יצירת סייג חדש לאחריות
פלילית משפיעה באופן עקיף על הרשעת הנפגע, וכך פוגעת בחירותו. מנקודת ראות זו, יש
אמת בטענה שלפיה השופט הוא ניטרלי, ועל כן אסור לו ליצור סייגים חדשים או להרחיב

Glanville Williams, *The Theory of Excuses*, CRIM. L. REV. 732, 741 (1982). ראו גם דניאל
פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 164 (1983); עניין
Kingston, לעיל ה"ש 25.

27 רבין וואקי דיני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 81.

28 Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, 82 COLUM. L. REV. 199, 265 (1982); J.C. SMITH, JUSTIFICATION AND EXCUSE IN THE CRIMINAL LAW 126 (1989).

29 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000); ע"פ 5224/97 מדינת ישראל
נ' שדה אור, פ"ד נב(3) 374 (1998).

סייגים קיימים המיטיבים עם הנאשם בלבד.³⁰ עולה מכאן גם שהטענה של אנקר והמחברים – שלפיה הסייג החדש שיצרה המערכת השיפוטית לאחריות פלילית מוציאה את המעשה מהתחום הפלילי ועל כן היא מיטיבה – היא נכונה כאשר מתמקדים בעושה שלזכותו הסייג עומד, אך ודאי אינה נכונה כאשר מתמקדים בנפגע, שאינו רשאי להתגונן עקב כך. יצירת סייגים חדשים לאחריות פלילית משפיעה באופן עקיף על חירות הפעולה, כנגזרת מעקרון החוקיות.³¹

עם זאת, עקרון החוקיות מעלה את המסקנה שהוא אינו אוסר הרחבת סייגים קיימים או יצירת סייגים חדשים לאחריות פלילית. זאת, מסיבות רבות: ראשית, המערכת השיפוטית רשאית ליצור ולהרחיב סייגים חדשים במשפט האזרחי ובמשפט המנהלי. בהתאם לעקרון השוויון בפלילים, המשפט הפלילי מטפל בתופעות החמורות, והתערבותו מותרת רק כאשר המשפט האזרחי והמשפט המנהלי אינם מספקים הגנה ראויה נגד התופעה האנטי-חברתית. מכאן שכאשר המשפט האזרחי והמשפט המנהלי (האמצעים הראשונים לטיפול בתופעה האנטי-חברתית) מתירים את המעשה, עולה הכרח שלא לאסור את המעשה במשפט הפלילי. המשפט הפלילי בא להשלים את ההגנה הקיימת במשפט האזרחי ובמשפט המנהלי. תחולת הסייגים שבמשפט האזרחי ובמשפט המנהלי על המשפט הפלילי נגזרת מעקרון השוויון ומתחייבת ממנו.³² לפי הדוקטרינה של אחדות השיטה המשפטית, הנגזרת מעקרון השוויון בפלילים, יש תחולה לסייגים של המשפט האזרחי והמשפט המנהלי במשפט הפלילי.³³ מכאן, כאשר המערכת השיפוטית רשאית לפתח סייגים במשפט

30 Lord Devlin, *Judges and lawmakers*, 39 MODERN L. REV. 1, 5 (1976)
 31 Eser, in Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar* §1, para 14 (München, 27. Auflage, 2006); MEISSNER, INTERESSENABWÄGUNGS FROMEL IN DER VORSCHRIFT ÜBER DEN RECHTFERTIGENDEN NOTSTAND (§34 StGB) 59 (1990); Hirsch, in *Leipziger Kommentar, Grosskommentar Vor §32*, paras 8, 35 (Berlin, 11. Auflage, 1994); HANS-LUDWIG GÜNTHER, STRAFRECHTSWIDRIGKEIT UND STRAFUNRECHTSAUSSCHLUSS: STUDIEN ZUR RECHTSWIDRIGKEIT ALS STRAFTATMERKMAL UND ZUR FUNKTION DER RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE IM STRAFRECHT 298 (Köln, 1983) בעמ' 26, לעיל ה"ש 26, בעמ' 17.

32 ROXIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 494; TRIFFTERER, ÖSTERREICHISCHES STRAFRECHT – ALLGEMEINER TEIL 203, 205 (Wien, 2. Auflage, 1994).

33 Theodor Lenckner, in Schönke/Schröder, *STRAFGESETZBUCH – KOMMENTAR*, §32, para 10; Kim, Hirsch; 27 (München, 27. Auflage, 2006) לעיל ה"ש 31, ס' 32, פס' 10; *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus Besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand und Pflichtenkollision)*, in IV RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG 113 (Freiburg, Eser & Nishihara eds., 1995); Marinucci, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Italienischen Strafrecht*, in III RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG 55, 56 (Freiburg, Eser & Perron eds., 1991); SHIGEMITSU DANDŌ, THE CRIMINAL LAW OF JAPAN: THE GENERAL PART 85 (1997). ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 164. לעמדה אחרת, לא מנומקת, שלפיה אין תחולה של ההגנות במשפט האזרחי על המשפט הפלילי, ראו עניין פלוניתי, לעיל ה"ש 29.

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

האזרחי ובמשפט המנהלי שיש להם תחולה גם במשפט הפלילי, עולה שהמערכת השיפוטית רשאית ליצור סייגים חדשים במשפט הפלילי.

שנית, עקרון הבהירות, שנגזר מעקרון החוקיות, אינו חל, אם בכלל, על הסייגים לאחריות פלילית באותה עצמה כפי שחל על היסוד העובדתי של העברה. הסייגים לאחריות פלילית, בעיקר הכלליים כגון הגנה עצמית, צורך וכורח, חלים על כל העברות הפליליות וכוללים בתוכם מצבים רבים ושונים. לפיכך, סייג לאחריות פלילית לוקה במידה רבה של אי-בהירות וחוסר ודאות. כך למשל, בשל הקושי העקרוני, הנוסחים של סייג ההגנה העצמית, צורך (מצדיק ופוטרי) וכורח (מצדיק ופוטרי) לוקים באי-בהירות רבה. אפשר לטעון גם כי אילו רמת אי-הבהירות הקיימת בהם הייתה קיימת באיסור פלילי, האיסור היה אולי נפסל בשל אי-בהירות. עם זאת, אין כלל מקום לפסול סייג לאחריות פלילית בשל אי-הבהירות שבו, אף כי ראוי שהמחוקק יתאמץ להגדירם באופן הבהיר ביותר האפשרי.

שלישית, נוכח הדינמיקה וההתפתחות המהירה של המציאות והחיים החברתיים ונוכח העובדה שהמחוקק אינו יכול לצפות את ההתפתחות המשפטית העתידית, יש הכרח בהתערבות המערכת המשפטית. הסייגים לאחריות פלילית לעולם אינם יכולים להגיע למצב של בשלות וגיבוש,³⁴ ויש הכרח בהתערבותה של המערכת השיפוטית. כלומר יש לקבל את העמדה כי המחוקק חייב להגדיר במידה האפשרית את הסייגים לאחריות פלילית, אך ברור שמסיבות מסוימות הוא לא מגדיר מצב מסוים כסייג לאחריות פלילית אף שיש הצדקה לסייג כזה. במקרים אלה יש הכרח בהתערבות המערכת השיפוטית. הווה אומר, המערכת השיפוטית רשאית ליצור סייגים חדשים לאחריות פלילית, כדי להתאים את דיני העונשין לכללי החברה ולתודעת הציבור. בהקשר הנדון ניתן להצביע על פיתוח הזכות לעיכוב,³⁵ ההסכמה³⁶ וסרבנות מצפונית או דתית³⁷ שאינן מוגדרות כהגנות בחוק העונשין הישראלי,³⁸

34 ראו גם Roxin, לעיל ה"ש 4, בעמ' 86, 496; Jescheck & Weigend, לעיל ה"ש 26, בעמ' Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht: Allgemeiner Teil 198; 326 Lenckner; (Bern, 2. Auflage, 1996), לעיל ה"ש 33, ס' 32 ואילך, פס' 28; Hirsch, לעיל ה"ש 31, ס' 32, פס' 34; First Principles: Recodifying the General Part of the Criminal Code of Canada 16 (1993), שלפיהם הרפורמה בדיני העונשין לעולם לא תושלם והסייגים לאחריות פלילית אינם יכולים להוות רשימה סגורה. ברוח זו גם Eser, לעיל ה"ש 31, ס' 1, פס' 14; Triffterer, לעיל ה"ש 32, בעמ' 211; מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד 9, 13-14 (1994) (להלן: גור-אריה "הצעת חוק העונשין"); רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" משפטים כט 389, 419-420 (1998).

35 ראו ע"פ 2/73 סלע נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 371 (1974).
36 ראו קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי", לעיל ה"ש 34. על ההסכמה במשפט הגרמני ובמשפט השוויצרי, כסייג מצדיק, שאינו מוגדר בחוק העונשין ראו גם Lenckner, לעיל ה"ש 33, ס' 32 ואילך, פס' 29 ואילך; Stratenwerth, לעיל ה"ש 34, בעמ' 198; על ההסכמה והצורך המצדיק כסייגים במשפט האוסטרי, שאינם מוגדרים כלל בחוק ראו גם Triffterer, לעיל ה"ש 32, בעמ' 227 ואילך, 239 ואילך; Leukauf & Steininger, לעיל ה"ש 26, ס' 3, פס' 34-42, 49-59.

37 ראו יצחק קוגלר "סרבנות מצפון כהגנה במשפט הפלילי" חירות המצפון והדת: אסופת מאמרים לזכרו של חמץ פ' שלח 207 (רות גבינזון עורכת, 1990).

והגנת הצורך המצדיק במשפט הגרמני שהוכרה על ידי המערכת השיפוטית.³⁹ בנוסף, תפקיד דיני העונשין ותפקיד הערך החברתי המוגן הנגזר ממנו מחייבים התייחסות להסכמת הנפגע, או לפחות למקרים אחדים שלה, כאל הגנה במשפט הפלילי.⁴⁰ יתרה מזאת, הסרבנות הדתית והמצפונית היא נגזרת של הזכות לחופש הדת ולכבוד האדם, כזכויות חוקתיות המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴¹ אמנם ניתן לטעון כי טיעונים אלה מצדיקים גם יצירת עברות פליליות חדשות כדי להתאים את הדין המצוי לדין הרצוי, אולם קיים הבדל משמעותי בין סייגים לאחריות פלילית לבין היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של העברה; העברה הפלילית אוסרת מעשים שנופלים בגדר האיסור והפוגעים או המסכנים ערך חברתי מסוים. מעשה שהוא בגדר עברה מבטא מסר חברתי, שלפיו המעשה אסור ויש להימנע ממנו; הנורמה הפלילית, בעיקר היסוד העובדתי שלה, היא נורמה של ציווי (אימפרטיביטי). המחוקק מגדיר את המעשים האסורים המהווים עברה פלילית, מותח קו מפריד בין האסור לבין המותר מבחינה פלילית, וכן מזהיר את הרבים שלא יעברו את הגבול האסור. היסוד העובדתי של העברה הוא החוליה המרכזית בנורמה אוסרת כנורמה של ציווי. זאת ועוד, הרכיבים שבגדר העברה הם רכיבים רלוונטיים להתגבשות האנטי-חברתיות שמאפיינת את התופעה כעברה פלילית, למשל האנטי-חברתיות שמאפיינת את עברות ההמתה, החבלה. לעומת זאת, הסייגים לאחריות פלילית, כגון הגנה עצמית, צורך, כורח, אינם מאפיינים או מקיימים את האנטי-חברתיות של התופעה. הם מבוססים על שיקולי מדיניות של החברה, וחלים על כל העברות הפליליות או על רובן. קיים הבדל משמעותי ואף שוני מהותי בין יצירת סייגים חדשים לאחריות פלילית לבין יצירת עברות חדשות.⁴² לסיכום כל האמור, המערכת השיפוטית רשאית ליצור סייגים חדשים ולהרחיב סייגים קיימים בתנאים מסוימים.

מן האמור עולה גם שלשאלת התחולה של עקרון החוקיות על הסייגים לאחריות פלילית ולפרשנות המצמצמת אין ולא כלום. אי-תחולת עקרון החוקיות על הסייגים לאחריות פלילית מבוססת על עקרונות וכללים של המשפט הפלילי שאינם קשורים לכלל הפרשנות המצמצמת. זאת ועוד, גזירת אי-תחולת עקרון החוקיות מכלל הפרשנות המצמצמת כוללת בתוכה סתירה פנימית: אם מאפשרים ליצור סייגים חדשים לאחריות פלילית כדי להצר את היקף האיסור הפלילי, אזי מכוח אותה סיבה יש להצר את היקף האיסור הפלילי בנוגע לנפגע שטוען שהסייג אינו מתקיים ועל כן מעשהו נכלל בגדר הגנה עצמית. כלומר

38 ראו גם על התופעה של בריחה מהכלא בשל תנאים רעים שאינם מספקים הגנה על החיים, הגוף והחירות כהגנה במשפט האמריקני George P. Fletcher, *Should Intolerable Prison Conditions Generate a Justification or an Excuse for Escape?*, 26 UCLA L. REV. 1355 (1979).

39 ראו, ENTSCHIEDUNGEN DES REICHSGERICHTS IN STRAFSACHEN [RGSt] Mar. 11, 1927, 61, 242 (GER.).

40 ראו גם קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי", לעיל ה"ש 34, בעמ' 419 ואילך.

41 ראו ליאון שלף "מילת הכבוד של המחוקק וחירות הפרשנות של שופט" מחקרי משפט יג 265 (1996).

42 על ההבדל בין הסייגים לאחריות פלילית לבין היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של העברה ראו גנאים "סייג מצדיק מדומה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 350 ואילך.

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

בהתייחסות למעשה הפוגע, יש להתייחס למצב כאילו קיים סייג חדש לאחריות פלילית, ואילו בהתייחסות למעשה הנפגע, יש להתייחס למצב כאילו הסייג אינו מתקיים. אכן, זהו מצב ששייך לעולם הבדיוני, אך בוודאי לא למשפט הפלילי, שחייב לשקף את החיים החברתיים הלכה למעשה.

לסיכום, המערכת השיפוטית רשאית להרחיב היקף סייגים קיימים ואף ליצור סייגים חדשים לאחריות פלילית.

לבסוף, המחברים גורסים כי המרחק בין שתי הגישות – הגישה המצדדת בתחולת עקרון החוקיות ובאיסור על המערכת השיפוטית להרחיב היקף סייגים קיימים ויצירת סייגים חדשים והגישה שלא מחילה כלל את עקרון החוקיות על הסייגים לאחריות פלילית – אינו כה רב, שכן אם המערכת השיפוטית אינה רשאית להרחיב היקף סייגים קיימים וליצור סייגים חדשים, יש תחולה לסייג בדבר זוטי דברים שלפי סעיף 34 לחוק העונשין, הוא בגדר "סעיף סל". אולם כנגד טיעון זה יש לומר כי מדובר במצבים שהם קטגוריות מיוחדות ועצמאיות שראוי להתייחס אליהן באופן מיוחד ועצמאי. אין להפוך את "זוטי דברים" לסייג כללי (*lex generalis*) הכולל בתוכו את כל הסייגים לאחריות פלילית.⁴³ גישה כזו מחזירה אותנו לימים שבהם סייג אחד לאחריות פלילית טיפל בכל המצבים שבהם לא ראוי להטיל אחריות פלילית כלל. מאחר שמדובר במצבים שונים, והמשפט הפלילי אמור לבטא את השקפות החברה השונות, יש להגדיר מצבים אלה בתור סייגים מיוחדים לאחריות פלילית. יש לייחד לזוטי דברים את המשמעות שלפיה מדובר במצבים שמעניקים לבית המשפט את הסמכות לבטל את האישום הפלילי או לזכות את הנאשם בטענה שאין עניין ציבורי בהרשעה; הכלל בדבר זוטי דברים מעניק לשופט את הסמכות המוענקת ליועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין בטענה של היעדר עניין ציבורי. כך, השופט היה אומר: טוב היה אילו התובע לא היה מעמיד לדין פלילי, אולם מאחר שהייתה העמדה לדין הוא – השופט – יפעיל את סמכותו ויבטל את האישום או יזכה את הנאשם, בהתאם לשיקול דעתו.⁴⁴

ג. חובה על פי דין או מכוח תפקיד לעמוד בסכנה או באיום בסייגי צורך וכורח – סעיף 34טו

לפי סעיף 34טו לחוק העונשין אין תחולה לסייגים של צורך (מצדיק ופוטרי) ושל כורח (מצדיק ופוטרי) "כאשר הייתה מוטלת על האדם חובה על-פי דין או מכוח תפקידו לעמוד

43 ראו גם מרדכי קרמניצר "על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד 71, 94 (1994), שגורס כי ראוי להתייחס לסוגיה המיוחדת של חוסר צפייה סבירה להתנהגות כדין בתור סייג עצמאי, ולא להתייחס אליו כאל מקרה של זוטי דברים.

44 על הגנת זוטי דברים ראו גם מרים גור-אריה "חשיבות ההבחנה בין הגנות מצדיקות לבין הגנות פוטרות ככלי פרשני: פרשת העינויים וההגנה של זוטי דברים כהמחשה" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 401, 416 ואילך (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

בסכנה או באיום". מלשון סעיף 34טו לא ברור אם החובה לעמוד בסכנה או באיום היא בגדר השתק טיעוני, קרי מונעת את העלאתם של סייגי הצורך והכורח שהתגבשו, או שמא החובה שוללת את עצם התגבשות הסייגים.

סעיף 34טו עניינו בקבוצת אנשים שעליהם מוטלת חובה מיוחדת לעמוד בסכנה או באיום, כגון רופאים שחייבים לעמוד בפני סכנת הידבקות במחלה, מצילים בחופים ובברכות שחייבים לעמוד בפני סכנות לחיים ולבריאות הנובעות מעבודה בסביבת מים, טייסים שחייבים לעמוד בפני סכנות הנובעות מטיסות, מלחים שחייבים לעמוד בפני סכנות הנובעות מהפלגות, שומרים על אתרים מסוכנים או על אישים וגופים שחייבים לעמוד בפני סכנות הנובעות מעבודות אבטחה. יצוין כי מדובר בעמידה בסכנות הספציפיות שעולות מן הדין או מהתפקיד. כך למשל רופא חייב לעמוד בסכנת הידבקות במחלות, אך אינו חייב לעמוד בסכנות שאינן קשורות בריפוי, למשל סכנת התמוטטות בית החולים או שרפה בו.⁴⁵

המחברים מאמצים את לשון החוק, שלפיה במקרים אלה אין תחולה לסייגי הצורך והכורח. הם גורסים כי החובה מהווה דין מיוחד הדוחה את הדין הכללי של צורך וכורח. לדידם, "מילוי חובה כאמור הוא אחד התנאים המיוחדים שבהם מותנים התפקיד, המקצוע או המעמד, וחובה זו ידועה מראש לאדם מחוג זה של אנשים באשר היא הוטלה עליהם או הם נטלו אותה על עצמם במלוא הכרת הדברים. אנשים אלה הם במצב, וצריכים להיות במצב, של כוננות מתמדת לקראת סכנות כאמור. חסרות כאן אפוא גם המקריות האופיינית להיקלעות למצב של כורח או צורך וגם ההפתעה של האדם שנלכד במצב כזה".⁴⁶ הסייג אינו מתקיים "בשל היעדרו של גורם ההפתעה (היסוד הנפשי)".⁴⁷ עמדתם של המחברים מבוססת בעיקר על גישת פלר ודברי ההסבר לחוק, שלפיהם סייגי הצורך והכורח עומדים בסתירה לחובה המיוחדת שמוטלת על האדם לעמוד בסכנה או באיום ולמנוע את התממשותה. החובה המיוחדת "שוללת מניה וביה את תחולת סייג הצורך במקרה של אי-מילוייה. מלבד זאת, ואף זו עובדה קובעת, גם תנאי הצורך אינם מתקיימים כולם, במקרים אלה. חסר גורם ההפתעה; האדם הוא במצב של כוננות מתמדת, מכוח תפקידו, לקראת מקרים בהם הוא יצטרך להתמודד עם הסכנה; זהו ייעודו, וכל הכרה בתחולת סייג הצורך עושה פלסטר את עצם תפקידו בנדון"⁴⁸ והעושה חייב "להתמודד עמן, בכל מחיר"⁴⁹.

45 ראו Hirsch, לעיל ה"ש 31, ס' 35, פס' 55; GÜNTHER JAKOBS, STRAFRECHT ALLGEMEINER; TEIL: DIE GRUNDLAGEN UND DIE ZURECHNUNGSLEHRE 573 (Berlin, 2. Auflage, 1993); Roxin, לעיל ה"ש 4, בעמ' 814; Lenckner, לעיל ה"ש 33, ס' 35, פס' 25; Gerhard Timpe, Grundfälle zum Entschuldigenden Notstand (§35 StGB) und zum Notwehrexzess (§33 StGB), in JUS 35 (1985); Klaus Bernsmann, Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des "entschuldigenden Notstandes" (§35 StGB), in FESTSCHRIFT FÜR BLAU 23, 40 (Berlin, 1985); פלר יסודות דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 2, פס' 496.

46 רבין וואקי דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 632.

47 שם, בעמ' 780.

48 פלר יסודות דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 2, פס' 496, 599. גם דברי ההסבר להצעת תיקון 39, לעיל ה"ש 23, בעמ' 138–139.

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

ניתן לומר כי אדם שחייב על פי דין או מכוח תפקיד לעמוד בסכנה או באיום חייב לסכל את הסכנה. אולם השאלה היא אם החובה חייבת להתקיים בכל מחיר. האם החיוב בקיום החובה והתפקיד מתיישב עם הרציונלים שעומדים ביסוד הצורך והכורח; והאם קיימים שיקולי מדיניות המחייבים לקיים החובה או לפחות מצדדים בקיומה?

לפני הדיון אציג בקצרה את הצורך והכורח והרציונלים שעומדים ביסוד צורך מצדיק וכורח מצדיק וכן ביסוד צורך פוטר וכורח פוטר.

צורך הוא מצב שבו נשקפת סכנה מוחשית וחמורה לערכים החברתיים של אדם, והדרך הסבירה ביותר לסיכולה היא באמצעות פגיעה בערכים החברתיים של הזולת, כאשר כלפי הזולת לא מתקיימת הגנה עצמית או הגנת הכורח. סייג הצורך, בדומה להגנה עצמית ולסייג הכורח, נמנה עם סייגי האילוץ לאחריות פלילית, קרי מצבים שמבוססים על מצב חירום והפתעה, שבהם האדם נדרש לפעול מידית ולסכל את הסכנה.

צורך מצדיק מבוסס על הרציונל של התועלתנות במובן של הרע במיעוטו, שביסודה עומדים החובה לסולידריות חברתית ועקרון האוטונומיה. צורך מצדיק הוא מצב שנועד להגן על קיום תפקיד דיני העונשין, ומכאן שהוא מעניק למעשה אופי חיובי, במובן שהמעשה שנעשה בתנאים אלה הוא המעשה הנכון והראוי לעשותו בנסיבות העניין, ואף יש לעודד את עשייתו ועשיית מעשים דומים. צורך מצדיק מעניק לעושה, שיכול להיות כל אדם, לרבות האדם שנמצא בסכנה, זכות לפעול ולסכל את הסכנה על ידי פגיעה בערכים החברתיים של הזולת, ועל הזולת מוטלת חובה שמקורה בסולידריות החברתית להשלים עם הפגיעה בערכים החברתיים שלו למען האחרים. במקרה הטיפוסי של צורך התקפי, קרי כאשר סיכול הסכנה נעשה על ידי פגיעה בערכים החברתיים של הזולת שלא היה מעורב ביצירת הסכנה, התועלתנות (הרע במיעוטו) משמעה שהרעה שתימנע תעלה באורח משמעותי (כדרישת המשפט הגרמני) או תעלה באורח גדול (כדרישת המשפט האנגלי והאמריקני) על הרעה שתיגרם, וזאת כמתחייב מעקרון האוטונומיה ומעקרון הסולידריות החברתית.⁵⁰

צורך פוטר הוא החלק השני של צורך, והוא בא בחשבון כאשר לא מתקיים צורך מצדיק, קרי המעשה שנעשה אינו בגדר הרע במיעוטו, ובצורך התקפי במובן שהרעה שתימנע אינה עולה באורח משמעותי על הרעה שתיגרם. בין צורך מצדיק לבין צורך פוטר קיים יחס הייררכי ובלעדי. צורך פוטר עוסק במצבים שבהם לא ניתן לדרוש ולצפות מן האדם לעמוד

49 פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 2, פס' 599; גם ש"ז פלר "ה'צורך" Stricto Sensu כמצב השולל את פליליות המעשה" משפטים ד 5, 15 (1972) (להלן: פלר "ה'צורך" Sensu).

50 ראו חאלד גנאים "כניסה למצב של צורך מצדיק או צורך פוטר בהתנהגות נשלטת ופסולה" ספר אור 569, 576–583 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013); אהרן אנקר ורות קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג 5, 31 (1992); Mordechai Kremnitzer & Khalid Ghanayim, *Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defense*, 39 TULSA L. REV. 875, 877 (2004) (להלן: Kremnitzer & Ghanayim, *Proportionality and the Aggressor's Culpability*).

בסכנה ולהניח לה להתממש, קרי מצבים שבהם קיימת סכנה קיומית לאדם, וסיכולה אפשרי על ידי פגיעה בערכים החברתיים של הזולת, למשל במקרה של חיים מול חיים. קשה לדרוש מאדם, כבן תמותה רגיל ושומר חוק, להניח לסכנת חיים להתממש ולהפקיר את חייו; דרישה כזו אף בלתי-סבירה ועומדת בסתירה לטבעו של האדם כיצור חי, קרי הצורך הפוטר נגזר מהיצר הטבעי האנושי בשמירה על הקיום הפיזי. תמיכה ברעיון של צורך פוטר ניתן למצוא בהגותם של הובס, פופנדורף, קאנט, פיכטה, פוירבך והולמס, שלפיהם "אם אנוס אדם, מאימת מוות מייד, לעשות מעשה נגד החוק, נסיבה זו מכפרת עליו כליל; שהרי שום חוק לא יוכל לחייב אדם לחדול משמירת קיומו. ואף אם נניח שחוק כזה היה מחייב, הרי היה האיש שוקל שיקול כזה: 'אם לא אעשה זאת, אמות מיד; אם אעשה זאת, אמות אחר-כך; לפיכך, על-ידי שאעשה זאת, ארוויח פרק-זמן של חיים'. אם כן, הטבע כופה אותו לעשות את המעשה".⁵¹ במצבים אלה האיסור העונשי לא יכול לכפות את קיומו וכיבודו על העושה. הרציונל של צורך פוטר הוא היעדר ציפייה סבירה להתנהגות כדיו.⁵² ביסוד הצורך הפוטר עומדים הלחץ הנפשי שהעושה נמצא בו עקב הסכנה הקיומית (תורת הלחץ הנפשי); האנטי-חברתיות הפחותה של המעשה (עקב הצלת הערך החברתי הנתון בסכנה, בדרך כלל החיים); והשיקולים של תפקיד הענישה הפלילית, בצורה השלילית של מניעה אישית ומניעה כללית. אדם שנמצא בסכנה קיומית נמצא במצב נפשי קשה שמחייב אותו לעשות הכול על מנת לסכל את הסכנה, כמתחייב מהיצר הטבעי של האדם לשמור על קיומו. אמנם היכולת הנפשית של העושה נפגעה באופן חמור, אך היא קיימת בגבולות מסוימים. נוסף על כך, מעשה שנעשה בתנאים של צורך פוטר נועד להציל ערך חברתי קיומי, כגון החיים, כך שקיימת הפחתת האנטי-חברתיות. במקרים רגילים של ביצוע עברה (שלא בתנאים של צורך פוטר), העושה פוגע בערך חברתי ובו בזמן אינו מציל ערך חברתי קיומי, ואילו בתנאים של צורך פוטר, העושה פוגע בערך חברתי ובו בזמן מציל ערך חברתי קיומי. זאת ועוד, האשמה היא גינוי של העושה על מעשהו האנטי-חברתי. כאשר האנטי-חברתיות של המעשה פחותה, מן הראוי שגינוי העושה (האשמה) יהיה פחות. לשיקולים מהותיים אלה מצטרפים השיקולים של תפקיד הענישה הפלילית, בצורה השלילית של מניעה אישית ומניעה כללית.⁵³

הכורח הוא מצב שבו נשקפת סכנה מוחשית וחמורה לערך חברתי של אדם שמקורה באיומים, והדרך הסבירה ביותר לסיכול הסכנה היא פגיעה בערכים חברתיים של הזולת

51 הציטוט של תומס הובס לויטן – או החומר, הצורה והשלטון של קהילה כנסייתית ואזרחית 295 (יוסף אור מתרגם, התשנ"ז). על תמיכה בצורך פוטר אצל פופנדורף, קאנט, פיכטה, פוירבך והולמס ראו *Ghanayim, Excused Necessity in Western Legal Philosophy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 31.

52 ראו *Ghanayim, Excused Necessity: A Defence in the Criminal Code*, לעיל ה"ש 5. ראו גם שמואל תמיר "אל ציבור המשפטנים" משפטים י 202, 225 (1980) (להלן: "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש").

53 לדיון בצורך הפוטר ברוב שיטות המשפט וכן לניתוח דוגמטי ראו *Ghanayim, Excused Necessity: A Defence in the Criminal Code*, לעיל ה"ש 5.

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

שלא היה מעורב ביצירת האיומים; אחדים גורסים כי הכורח בא בחשבון רק כאשר המעשה שנעשה לשם סיכול הסכנה הוא אותו מעשה שהמאויים נדרש לעשותו על ידי המאיים.⁵⁴ אחרים סבורים כי הכורח בא בחשבון בכל המקרים של איומים, כך שאין נפקא מינה אם המאויים עשה את המעשה שנדרש לעשותו על ידי המאיים כאמצעי לסיכול הסכנה אם לאו, למשל, פגע בגופו או ברכושו של הקרבן המיועד ולא בחייו, או פגע באדם אחר מאשר בקרבן המיועד.⁵⁵ הכורח נחשב למקרה פרטי של צורך, וכאשר אין מקום להגנת הכורח באה בחשבון הגנת הצורך.⁵⁶ הרציונלים העומדים ביסוד הכורח הם אותם רציונלים העומדים ביסוד הצורך, קרי הרציונל של התועלתנות שביסודה עומדים החובה לסולידריות חברתית ועקרון האוטונומיה – כורח מצדיק, וכן הרציונל של היעדר ציפייה סבירה להתנהגות כדין – כורח פוטר.

כעת אנסה להראות כיצד ההבחנות העיוניות שלעיל מסייעות להבנתו של סעיף 34טו לחוק. במצבים מיוחדים שבהם מוטלת על האדם חובה ספציפית לעמוד בסכנה או באיום, תפקידו החברתי של האדם הוא לסכל את הסכנות שנשקפות לערכים החברתיים של החברה. התפקיד שממלא האדם כרוך מעצם טבעו בסכנות, האדם נתמנה לתפקיד דווקא כדי לסכל את הסכנה, הוא מודע לכך והוא גם אמור להיות בעל כישורים המתאימים לכך. כשם שהחברה דורשת ומצפה מכל אדם לקיים את החובות החברתיות שמוטלות עליו, היא דורשת ומצפה מן האדם שנתמנה לסיכול הסכנות לעמוד בסכנות ולקיים את חובותו החברתית, קרי עמידה בסכנות וסיכולן.⁵⁷ האנשים שחייבים לעמוד בסכנה הם האנשים שנבחרו ונתמנו כדי לסכל את הסכנות, קרי להגן על הערכים החברתיים. שחרור אדם כזה ממילוי חובתו משמעו היעדר הגנה על הערכים החברתיים, קרי סיכול תפקידם של דיני העונשין. לפיכך, הטלת אחריות פלילית על עושה כזה נחוצה לשם קיום תפקיד דיני העונשין, לרבות הרתעת הרבים.⁵⁸ כך למשל מציל בחופים שנדרש לקיים את תפקידו במצבי חירום – הצלת החיים והבריאות של השוחים שנקלעו למצוקה – אינו יכול להימנע

54 אנקר וקנאי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 30; מרים בן-פורת "על הגנת הצורך והכורח" עיוני משפט יד 211, 222 (1989); פלר יסודות דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 2, פס' 470.

55 ראו EDUARD KOHLRAUSCH & RICHARD LANGE, STRAFGESETZBUCH, § 52, para I (Berlin, 42. Auflage, 1969).

56 ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 54, בעמ' 219; גור-אריה "הצעת חוק העונשין", לעיל ה"ש 34, בעמ' 56.

57 ראו גם Hirsch, לעיל ה"ש 31, ס' 35, פס' 53; JESCHECK & WEIGEND, לעיל ה"ש 26, בעמ' 487-486 VOLKER WATZKA, DIE UNZUMUTBARKEIT NORMGEMÄSSEN VERHALTENS IM STRAFRECHTLICHEN NOTSTAND 33 (Freiburg, 1967); HENDRIK HEFERMEHL, DER VERURSACHTE ENTSCULDIGENDE NOTSTAND 75 (Heidelberg, 1980); Claus Roxin, *Der Roxin, Der entschuldigende Notstand nach §35 StGB (Teil 1)*, JA 97, 137 (1990); פלר יסודות דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 2, פס' 496, 599; פלר "ה'צורך' Stricto Senu", לעיל ה"ש 49, בעמ' 15.

58 ראו גם ROXIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 812; Lenckner, לעיל ה"ש 33, ס' 35, פס' 22; פלר יסודות דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 2, פס' 496.

ממילוי תפקידו ולהסתתר מאחורי הטענה כי מעשה ההצלה כרוך בסיכונים, שכן זהו תפקידו. חברה שממנה אדם בעל הכישורים המתאימים לרופא, דורשת ומצפה ממנו לרפא את החולים חרף, למשל, סכנת הידבקות במחלות. שחרור הרופא מקיום חובתו החברתית לרפא את החולים אינו מתיישב עם מהותה של החובה, שכן זהו התפקיד של הרופא, שלמענו נבחר ונתמנה. טלו למשל את המקרה של הולמס האמריקני,⁵⁹ שבו אנייה בלב האוקיינוס פגעה בקרחון, החלה לטבוע, וחברי הצוות הצילו את חייהם ואת חלק מהנוסעים ונטשו את האנייה. הקברניט והמלחים אינם רשאים לנטוש את האנייה שנקלעה למצוקה ולהציל את חייהם; הם נטלו על עצמם את התפקיד והאחריות לעמוד בסכנות שעולות מן ההפלגה. מכאן, מצבים אלה אינם מצבים המאפיינים צורך פוטר וכורח פוטר, אשר מבוססים על הרציונל של חוסר ציפייה סבירה לעמוד בסכנה או באיום; כלומר ניתן במקרה זה לדרוש ולצפות מן האדם לעמוד בסכנה או באיום. כאשר החברה יכולה ואף חייבת לדרוש מן האדם לעמוד בסכנה או באיום, הרציונל של צורך פוטר וכורח פוטר אינו מתקיים. זאת ועוד, במצבים אלה התנאים המהותיים שעומדים ביסוד צורך פוטר וכורח פוטר אינם מתקיימים. ביסוד הצורך הפוטר והכורח הפוטר עומדות הפחתת האנטי-חברתיות של המעשה והפחתת כפולה ומשמעותית של האשמה. הפחתת האנטי-חברתיות של העברה נעוצה בהצלת הערך החברתי הנתון בסכנה או באיום. אולם באי-עמידה בסכנה או באיום וסיכולה מדובר, בנוסף להתממשות הסכנה ופגיעה בערך חברתי חשוב של הזולת, גם בהפרת החובה המשפטית הספציפית המוטלת עליו. הפרת החובה המשפטית מצמצמת באופן משמעותי את הפחתת האנטי-חברתיות, ואולי אף מבטלת אותה, שכן האנטי-חברתיות של מעשה, לרבות מחדל, שנעשה במצבים של צורך פוטר וכורח פוטר ובהפרת החובה הספציפית לעמוד בסכנה או באיום, היא חמורה מעשיית אותו מעשה בהיעדר הפרת החובה. לפיכך, האנטי-חברתיות של המעשה אינה פחותה,⁶⁰ ועקב כך גם ההפחתה הראשונה של האשמה שעולה מן האנטי-חברתיות שבמעשה אינה מתקיימת. זאת ועוד, כאמור, מדובר באנשים שחייבים על פי דין או מכוח תפקיד לעמוד בסכנה או באיום, קרי אנשים שנבחרו לתפקיד ונתמנו כדי לסכל את הסכנה. אנשים אלה מיומנים בסיכול סכנות, וכושר העמידה שלהם הוא גבוה במיוחד, שכן זהו הקריטריון העיקרי לבחירתם ולמינוים לתפקיד. עולה מכאן כי בקיומה של סכנה או איום, אנשים אלה אינם נמצאים, בדרך כלל,⁶¹

59 ראו United States v. Holmes, 26 F. Cas. 360 (1846).

60 ראו גם Hirsch, לעיל ה"ש 31, ס' 35, פס' 47, 53; Hans. J. Hirsch, *Die Stellung von* ; *Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus Deutscher Sicht, in III RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG* 27, 51 (Freiburg, Albin Eser & Walter Perron) Jescheck & Weigend; eds., 1991), לעיל ה"ש 26, בעמ' 486-487, Lenckner; לעיל ה"ש 33, ס' 35, פס' 22 ואילך.

61 ייתכנו מצבים שבהם האדם החייב לעמוד בסכנה נמצא בלחץ נפשי קשה שזהה ללחץ שהיה חש אדם מן הישוב. במקרה כזה, מתקיימת ההפחתה המשמעותית של אשמת העושה שנובעת מכך, אולם לא מתקיימות הפחתת האנטי-חברתיות של המעשה והפחתת האשמה שנובעת מכך, ולכן העושה לא יזכה לפטור מעונש, אלא להקלה בלבד.

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

במצב נפשי קשה שכמעט שולל מהם את כושר העמידה בסכנה או באיום. אנשים אלה מגלים, בדרך כלל, קור רוח ומפעילים שיקול דעת נכון כדי לסכל את הסכנה בדרך הנכונה. אשמתם, לפיכך, אינה פחותה באופן משמעותי.⁶² המסקנה היא כי בקיומה של חובה לעמוד בסכנה או באיום, הסיבות המהותיות שעומדות ביסוד הצורך הפוטר והכורח הפוטר – הפחתת האנטי-חברתיות של המעשה והפחתת כפולה ומשמעותית של האשמה – אינן מתקיימות. אין אפוא מצב של צורך פוטר ושל כורח פוטר.⁶³

כאמור, מדובר במצבים שבהם יכולה, ואף חייבת, החברה לדרוש מן האדם לעמוד בסכנה או באיום. מצבים אלה אינם קבועים מראש, וקיומה של חובה לעמוד בסכנה או באיום אינו מחייב תמיד עמידה בסכנה או באיום, שכן ייתכנו מצבים שבהם החברה אינה יכולה לדרוש מן האדם לעמוד בסכנה או באיום, למשל, כאשר העמידה בסכנה משמעה הליכה ודאית אל המוות. החברה אינה רשאית לתבוע מאף אדם לצעוד לעבר מוות ודאי. העמידה בסכנה אין פירושה הליכה ודאית אל המוות, ומכאן דרישת החוק "לעמוד בסכנה" בלבד.⁶⁴ זאת ועוד, החברה אינה רשאית ואף אסור לה לדרוש מן האדם לעמוד בסכנה או באיום, כאשר העמידה בסכנה כרוכה בפגיעה בחייו או בפגיעה חמורה בגופו של אדם אחר.^{65, 66} מן האמור עולה כי מדובר בעמידה בסכנה או באיום בנסיבות העניין. נסיבות

62 ראו גם JESCHECK & WEIGEND, לעיל ה"ש 26, בעמ' 486–487; Lenckner, לעיל ה"ש 33, ס' 35, פס' 22 ואילך.

63 ראו גם WATZKA, לעיל ה"ש 57, בעמ' 33 ואילך.

64 ראו גם Hirsch, לעיל ה"ש 31, ס' 35, פס' 56, 63; JESCHECK & WEIGEND, לעיל ה"ש 26, בעמ' 486–487; ROXIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 815, 819–820; Lenckner, לעיל ה"ש 33, ס' 35, פס' 25; WILFRID KÜPER, "DIE SOG'GEFÄHRTRAGUNGSPFLICHTEN" IM GEFÜGE DES ; 25, פס' 35, 756 (1980); STRATENWERTH; RECHTFERTIGENDEN NOTSTANDES" JZ 755, 756 (1980); בעמ' 289; MEISSNER, לעיל ה"ש 31, בעמ' 247; Kim, לעיל ה"ש 33, בעמ' 129–130; HEINRICH HENKEL, DER NOTSTAND NACH GEGENWÄRTIGEM UND KÜNFTIGEM RECHT 132 (München, 1932); מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109, 112, ה"ש 12 (1996).

65 ראו גם Hirsch, לעיל ה"ש 31, ס' 35, פס' 63; ROXIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 820; STRATENWERTH, לעיל ה"ש 34, בעמ' 290.

66 לפי לשון החוק הסייג נשלל כאשר העושה עצמו חייב על פי דין או מכוח תפקיד לעמוד בסכנה. לפי לשון החוק, אדם שקרוב לאדם שחייב לעמוד בסכנה יכול להסתמך על סייג הצורך ולהציל את הקרוב אליו שחייב לעמוד בסכנה. כך, למשל, אשתו של המציל או בנו יכולים למנוע ממנו לסכן את חייו או בריאותו. אולם פרשנות זו עומדת בסתירה לרציונל שעומד ביסוד הצורך הפוטר והכורח הפוטר. שכן, מן הקרובים ניתן לדרוש ואף יש לדרוש שיתנו לחייב למלא את תפקידו וחובתו. לפיכך, הצורך הפוטר והכורח הפוטר נשללים גם כאשר המעשה נועד לסכל סכנה המאיימת על אדם שחייב לעמוד בסכנה; יתרה מזאת, ניתן גם לומר כי קרובים אלה מודעים היטב ליכולתו של החייב לעמוד בסכנה או באיום, ולכן הסכנה והאיום לא מכניסים אותם למצב נפשי קשה שמחייב אותם לפעול ולסכל את הסכנה; סיכול הסכנה ייעשה על ידי החייב ולא על ידיהם. ראו גם Hirsch, לעיל ה"ש 31, ס' 35, פס' 64; ROXIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 815; *Der entschuldigende Notstand nach*, Roxin, לעיל ה"ש 57, בעמ' 138–139; JAKOBS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 512; STRATENWERTH, לעיל ה"ש 34, בעמ' 290–291; Lenckner, לעיל ה"ש 33, ס' 35, פס' 29; KLAUS BERNSMANN,

העניין הן כל השיקולים המשפיעים על החובה לעמוד בסכנה או באיום והיכולת לכך, כגון חומרת הסכנה הנשקפת לעושה ואף אישיותו וכישרונותיו. כך למשל לא ניתן לדרוש מאדם שנכנס לתפקיד לפני זמן קצר ואין לו הניסיון הרב בסיכול סכנות, את יכולת העמידה הנדרשת מאדם הנמצא בתפקיד שנים רבות ויש לו ניסיון רב.

המסקנה היא שכאשר החברה יכולה לדרוש מן האדם ולצפות ממנו לעמוד בסכנה או באיום, הצורך הפוטר והכורח הפוטר אינם מתקיימים. החובה על פי דין או מכוח תפקיד לעמוד בסכנה או באיום בנסיבות העניין אינה בגדר השתק טיעוני; אין מדובר באלמנט שמונע את העלאת סייגי הצורך הפוטר והכורח הפוטר שהתגבשו, אלא מדובר במצב שבו הצורך הפוטר והכורח הפוטר אינם מתקיימים כלל,⁶⁷ קרי התנאים של צורך פוטר וכורח פוטר לא מתקיימים, משום שהרציונל שעומד ביסודם אינו מתקיים.

השאלה היא מהו הדין במצבים של צורך מצדיק וכורח מצדיק?

טלו, למשל, מקרה שבו עבריינים יורים על אישיות פוליטית חשובה ועל המאבטח האישי שלה. העמידה בסכנת היריות כרוכה בסכנת חיים למאבטח ולאותה אישיות. האם המאבטח רשאי לסכל את הסכנה על ידי התפרצות לביתו של הזולת? טלו גם את המקרה, שבו בים גלי וסוער נשקפת סכנה לחייו של שוחה. המציל יכול להציל את חייו של השוחה בשתי דרכים: על ידי שחייה ומשיכת השוחה לחוף – שאז ההצלה כרוכה בסכנה חמורה לפגיעה חמורה בבריאותם – או על ידי שימוש ללא רשות בסירתו של הזולת, שאינו מעורב ביצירת הסכנה. האם המציל רשאי להשתמש בסירתו של הזולת? האם קברניט שאנייתו נקלעה לסכנת טביעה ונשקפת סכנה לחייו ולחיי אנשי הצוות רשאי לסכל את הסכנות באמצעות השלכה של המטענים לים? האם כבאי, אגב כיבוי שרפה, חייב לסכן את חייו או את בריאותו כדי להציל רכוש של הזולת?

כאמור לעיל, החברה יכולה לתבוע מן האדם שחייב לעמוד בסכנה או באיום לסכל את הסכנה ושלא יסבך על הזולת. אולם ביסוד הצורך המצדיק והכורח המצדיק לא עומד הרציונל של חוסר ציפייה סבירה לעמוד בסכנה. צורך מצדיק מבוסס על תורת התועלתנות, קרי הרעה שתימנע תעלה באורח משמעותי (או גדול) על הרעה שתיגרם. לפיכך, החובה לעמוד בסכנה או באיום אינה דוחה א-פריורית את התגבשות הצורך המצדיק והכורח המצדיק. כאמור, הפרת החובה לעמוד בסכנה היא בגדר מעשה אנטי-חברתי, קרי גרימת רעה. אך הפרת החובה היא שיקול לרעתו של החייב לעמוד בסכנה או באיום בעריכת המאזן.⁶⁸ האדם שחייב לעמוד בסכנה או באיום יכול להסתמך על הצורך המצדיק והכורח

“ENTSCULDIGUNG” DURCH NOTSTAND? STUDIEN ZU §35 StGB 435–436, 439 (Köln, 1989).

67 ראו גם WATZKA, לעיל ה"ש 57, בעמ' 33 ואילך.

68 ראו גם KÜPER, לעיל ה"ש 64, בעמ' 755; THEODOR LENCKNER, DER RECHTFERTIGENDE; JAKOBS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 424, ROXIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 617–616, HIRSCH, לעיל ה"ש 31, ס' 34, פס' 67; JESCHECK & WEIGEND, לעיל ה"ש 26, בעמ' 362; MEISSNER, לעיל ה"ש 31, בעמ' 247; Walter Stree, *Rechtswidrigkeit*;

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

המצדיק, כאשר הרעה שתימנע (הצלת הערכים החברתיים הנתונים בסכנה) תעלה באורח משמעותי ורב יותר על הרעה שתיגרום (פגיעה בערכים חברתיים של הזולת והפרת החובה); כלומר כאשר קיים פער עצום בין הערך המוצל לבין הערך המוקרב. במקרים לעיל רשאים המאבטח האישי, המציל בים, הקברניט של האנייה והכבאי לעשות את המעשים האמורים שמסכלים את הסכנות החמורות תוך גרימת נזק קטן לזולת.

לסיכום, העמידה בסכנה או באיום אין משמעה הליכה בטוחה אל המוות, ובמקרה זה, צורך (מצדיק ופוטרי) וכורח (מצדיק ופוטרי) יכולים להתקיים.

בקיומה של חובה לעמוד בסכנה או באיום, התנאים של צורך פוטרי וכורח פוטרי אינם מתקיימים. החובה לעמוד בסכנה או באיום דוחה א-פריורית את התגבשות הצורך הפוטרי והכורח הפוטרי; במקרה כזה לא מדובר במצב של צורך או כורח. מקרה חריג שבו החובה לעמוד בסכנה או באיום אינה שוללת את התגבשות הצורך הפוטרי והכורח הפוטרי הוא מקרה שבו העמידה בסכנה או באיום, קרי הצלת הערך החברתי הקיומי הנתון בסכנה, כרוכה בפגיעה חמורה בערכים חברתיים חשובים של אדם שלישי. לעומת זאת, החובה לעמוד בסכנה או באיום אינה דוחה א-פריורית את התגבשות הצורך המצדיק והכורח המצדיק, והיא בגדר שיקול לרעתו של האדם החייב לעמוד בסכנה או באיום בעריכת המאזן. במקרה זה, צורך מצדיק וכורח מצדיק מתקיימים רק כאשר קיים פער עצום בין הרעה שתימנע לבין הרעה שתיגרום.

ד. הגנה עצמית

המחברים דנים בפרק 24 בספר בהגנה עצמית.⁶⁹ תחילה בהיסטוריה החקיקתית בישראל, אחר כך בהצדקות (הרציונלים) של הגנה עצמית כהצדק או כפטור ולבסוף ביסודות של הגנה עצמית. המחברים מציגים את הגישה⁷⁰ שלפיה הגנה עצמית מבוססת על כך ש"הצלת האינטרס הלגיטימי של הנחקף מחייבת פגיעה בתוקף הבלתי צודק, שמחזיק באינטרס בלתי-לגיטימי",⁷¹ ו"לנוכח הדיפתה של תקיפה בלתי חוקית, ניתן לומר שפעולת המתגונן משרתת גם את החוק והסדר, ואף כוללת מימד מרתיע כלפי תוקפים".⁷²

(1973) 461, 464 *und Schuld im neuen Strafgesetzbuch*, JuS 461, 464; ראו גם אנקר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 53-54.

69 רבין וואקי דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 705 ואילך.
70 של דוד ביין "חובת הנסיגה בהגנה מפני התקפה" הפרקליט כג 221 (1967); פלר 'ה'צורך' Stricto Sensu, "לעיל ה"ש 49, בעמ' 6, 10.

71 רבין וואקי דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 712.
72 שם, בעמ' 713. המחברים מתבססים על גישתם של ביין "חובת הנסיגה בהגנה מפני התקפה", לעיל ה"ש 70, בעמ' 221; מרים גור-אריה "כניסה מרצון למצב של התגוננות" משפטים טו 145, 150 (1985); פלר יסודות דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 417; מרדכי קרמניצר "כניסה מרצון למצב של התגוננות" משפטים כט 445, 456-457 (1998).

1. הרציונלים של הגנה עצמית מצדיקה ודרישת אשמת התוקף

המחברים מציגים את שלוש ההצדקות להגנה עצמית על פי בועז סנג'רו: ההצדקה הראשונה היא אשמת התוקף – שלפיה "אשמת התוקף היא הבסיס העיקרי להצדקת ההגנה העצמית. זהו הייחוד העיקרי של ההגנה העצמית. נקודת המוצא שלה היא הזכות הכללית לחיים הנתונה לכל בני האדם. הטיעון שלה הוא שהתוקף, במעשהו בר האשמה, מאבד את זכותו לחיים, או, לפחות, את זכותו לתבוע זכות זו".⁷³ ההצדקה השנייה היא הגנה על האוטונומיה, במובן של הגנה על כל האינטרסים האישיים הלגיטימיים של הנתקף. ואילו ההצדקה השלישית היא הגנה על הסדר החברתי-משפטי, וזאת במובן של הרתעת התוקף אישית והתוקפים הפוטנציאליים.

במשפט הישראלי קיימות גישות שלפיהן הרציונל של הגנה עצמית הוא יחיד והוא הגנה על האוטונומיה,⁷⁴ ואילו אחרים גורסים כי הרציונל של הגנה עצמית הוא כפול והוא הגנה על האוטונומיה והגנה על הסדר החברתי-משפטי.⁷⁵

הגנה עצמית היא נקיטת האמצעי הסביר ביותר להדיפת תקיפה שלא כדין, כאשר ההדיפה פוגעת בערכים החברתיים של התוקף עצמו; ראוי לחלוק על גישת המחברים שגורסת שביסוד הגנה עצמית עומדות שלוש הצדקות, וגם על הגישה שלפיה ההצדקה היא הגנה על האוטונומיה בלבד. מנגד, הגישה המוצדקת היא שביסוד הגנה עצמית מצדיקה עומדים שני רציונלים: הגנה על האוטונומיה והגנה על הסדר החברתי-משפטי. אשמת התוקף אינה הצדקה ורציונל להגנה עצמית, אולם היא יכולה להוות תנאי בהגנה עצמית וזאת כנגזרת מהרציונל של הגנה על הסדר החברתי-משפטי.

הגנה עצמית היא הגנה על הערכים החברתיים של הנתקף; האוטונומיה של האדם היא המרחב החברתי שבו האדם רשאי לעשות ככל העולה על רוחו, כמובן בתנאי שאינו פוגע או מסכן את הזולת; מכאן שהגנה על הערכים החברתיים של הנתקף היא הגנה על האוטונומיה של הנתקף, כרציונל של הגנה עצמית. האוטונומיה אינה הרציונל היחיד של הגנה עצמית, ואף אינה יכולה להיות הרציונל היחיד. ראשית, האוטונומיה של האדם נפגעת במצבים שונים, גם כאשר מקור הסכנה לערכים החברתיים של האדם נעוץ במעשה שנעשה במצב של היעדר שליטה עקב כפייה גופנית או כאשר מקור הסכנה אינו מעשה כלל.⁷⁶ אם ברור שבמצב של כפייה גופנית אין כלל מעשה, ולכן אין תקיפה,⁷⁷ יוצא כי האוטונומיה של האדם אינה הרציונל היחיד להגנה עצמית.⁷⁸ שנית, בהגנה עצמית מדובר בהדיפת תקיפה

73 רבין וואקי דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 714.

74 ראו George P. Fletcher, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*, 8 *ISR. L. REV.* 367 (1973).

75 ראו Krennitzer & Ghanayim, *Proportionality and the Aggressor's Culpability*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 882. הדיון כאן מבוסס על מאמר זה.

76 ס' 134 לחוק העונשין.

77 GEORGE P. FLETCHER, *RETHINKING CRIMINAL LAW* 802–803, 853–854 (1978).

78 ראו גם Roxin, לעיל ה"ש 4, בעמ' 532 ואילך; Mordechai Krennitzer, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another View*, 18 *ISR. L. REV.* 178, 184–185 (1983); ANDREAS

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

שלא כדין, היינו במניעת עשיית מעשה שפוגע בסדר המשפטי. הגנה עצמית (בשונה מהגנת הצורך) מתירה פגיעה בתוקף בלבד ונועדה לחזק את הסדר המשפטי על ידי ביטול האי-צדק (nullification the injustice), כדבריו של הגל. ההגנה העצמית נועדה לחזק את אמון הציבור בנפקותו של הסדר המשפטי. לפיכך, הגנה על הסדר המשפטי נמנית עם הרציונלים של הגנה עצמית; הגנה עצמית היא הגנה על הערכים החברתיים של הנתקף במסגרת הסדר המשפטי.⁷⁹ שלישית, אם הגנה עצמית מבוססת רק על רציונל יחיד שהוא הגנה על האוטונומיה (הערכים החברתיים) של הנתקף, שדורשת את עשיית המעשה הסביר, אזי הנסיגה צריכה להיות אמצעי להדיפת התקיפה, בכל מצב שבו היא אפשרית, למעט במקרים שבהם הנסיגה מהווה פגיעה בכבודו המוגן של הנתקף, או שלכל הפחות, אמורה לחול חובת נסיגה חזקה מאוד.⁸⁰ ואולם בהגנה עצמית אין, ככלל, חובת נסיגה או לפחות חלה חובת נסיגה מסויגת מאוד. גישה אחרת מעניקה יתרון לתוקף שלא כדין על פני קרבנו הנתקף, ויש בה כדי לעודד אלימות. לכן אין לקבלה.⁸¹ המשמעות של גישה זו לחובת הנסיגה היא שהגנה על הסדר המשפטי היא רציונל של הגנה עצמית. רביעית, על פי הגנה עצמית שמבוססת על האוטונומיה בלבד ובמצב של כניסה להגנה עצמית בהתנהגות נשלטת ופסולה (actio illicita in causa),⁸² דינו של המכניס את עצמו למצב זה יכול להיות אחד משניים: או שהוא לא זוכה להגנה עצמית בכלל או שהוא זוכה להגנה עצמית מלאה לא מסויגת. אולם אדם המכניס את עצמו למצב של הגנה עצמית בהתנהגות נשלטת ופסולה זוכה להגנה עצמית מסויגת, או מאבד את זכותו זו בהתאם לאשמתו. למשל כאשר הכניסה למצב נעשתה בכוונה, המותקף אינו זוכה כלל לזכות להגנה עצמית, וכשמדובר בכניסה למצב ברשלנות, הוא זוכה להיקף מצומצם של הגנה עצמית; משמעות הדברים היא אפוא שדין ההגנה העצמית בנוגע לאדם שמכניס את עצמו למצב של הגנה עצמית תומך בסדר המשפטי כאחד הרציונלים של הגנה עצמית.⁸³

לפיכך הרציונל של הגנה עצמית הוא כפול: הגנה על האוטונומיה והגנה על הסדר המשפטי. הרציונל הראשון של הגנה על האוטונומיה אינו דורש אשמת התוקף. הרציונל השני הוא הגנה על הסדר המשפטי. אין חולק כי המעשה שהדיפתו מקימה הגנה עצמית צריך להיות מעשה הפוגע בסדר המשפטי. הגנה עצמית אינה תחליף לענישה, ועל כן

Hoyer, Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 89 (1988). לעומתם Spindel גורס כי במקרים שבהם מקור הסכנה במעשה רפלקס, במצב של שינה וגם בתקיפות על ידי בעלי חיים מדובר בהגנה עצמית ראו Günter Spindel, In Leipziger Kommentar – Grosskommentar § 32, paras 27, 38 onwards (Berlin, 11. Auflage, 1992).
79 ראו גם Kremnitzer, לעיל ה"ש 78, בעמ' 183 ואילך; Burkhard Koch, *Prinzipientheorie der Notwehrenschränkung*, 104 ZStW 785, 790 (1992).
80 ראו גם Roxin, *Die sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts*, 93 ZStW 68, 71–77 (1981). (Roxin, *Die sozialethische Einschränkung*: להלן: 71, 76–77).
81 ראו גם שם, בעמ' 76–77; Koch, לעיל ה"ש 79, בעמ' 796; Kristian Kühl, *Notwehr und Nothilfe*, JuS 177, 181 (1993).
82 ס' 34 סיפה לחוק העונשין.
83 ראו גם Roxin, *Die sozialethische Einschränkung*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 76–77, 85 ואילך.

מנקודת ראות זו אין הכרח שמעשה התקיפה יקיים עברה פלילית. הגנה על הסדר המשפטי משמעה ראשית כול מניעת עשיית מעשה אנטי-חברתי. נדרש אפוא מעשה אנושי הנשלט על ידי העושה. במקרים של כפייה גופנית אין כלל מעשה, ועל כן אין מקום להגנה עצמית. אין מקום להגנה עצמית גם במקרים אחרים שבהם מקור הסכנה הוא באדם אך לא בהתנהגות אנושית, כגון המקרה של ניתוח הפרדה בין תאומות סיאמיות הכרוך בהמתת אחת התאומות כדי להציל חיי התאומה האחרת. כאן יש מקום רק להגנת הצורך.⁸⁴ היסוד הנפשי הוא בראש ובראשונה תנאי הכרחי להתגבשות האנטי-חברתיות של המעשה,⁸⁵ ולכן מניעת עשיית מעשה אנטי-חברתי, כהגנה על הסדר המשפטי, משמעה מניעת עשיית מעשה המלווה ביסוד נפשי כלשהו, לרבות רשלנות. הגנה עצמית באה בחשבון כאשר מעשה התקיפה לא נעשה בתנאים של סייג מצדיק.

השאלה היא אם נדרשת בנוסף לכך אשמה של התוקף. ניתן לומר כי הגנה על הסדר המשפטי כרציונל של הגנה עצמית משמעה מניעת עשיית מעשה אנטי-חברתי, אך לא דווקא מעשה אנטי-חברתי המלווה באשמה. האשמה היא עצם העובדה שראוי לגנות את העושה על מעשהו האנטי-חברתי, ומכאן שהאשמה מניחה קיומו של מעשה אנטי-חברתי; אמנם האשמה יכולה להשפיע על חומרת האנטי-חברתיות של המעשה אך אינה יכולה לשלול אותה; לאשמה יש תפקיד אחד בעברה הפלילית והוא ההצדקה להטלת עונש פלילי על העושה. לפי טיעון זה, אין הכרח באשמת התוקף להתגבשות ההגנה העצמית. "In self-defense the right is manifested against the wrong – *In Notwehr wird das Recht gegenüber dem Unrecht behauptet*"⁸⁶

גישה זו היא אפשרית, ובהיעדר קיום הגנת הצורך המצדיק במשפט הפלילי היא אף הכרחית. טלו למשל את המשפט האנגלי והמשפט הקנדי שמתקשים עד היום להכיר בצורך מצדיק כהגנה במשפט הפלילי.⁸⁷ לפי המשפט האנגלי והמשפט הקנדי, הגנה עצמית דורשת מעשה שלא כדין בלבד; הגנה עצמית באה בחשבון במקרים שבהם המעשה לא היה מלווה בשום יסוד נפשי, לרבות רשלנות, וגם כאשר לא היה מלווה באשמה.⁸⁸ השופט וורד (Ward) בעניין התאומות הסיאמיות, אף הרחיק לכת וגרס כי ביצוע ניתוח להפרדת תאומות סיאמיות נופל בגדר מעין הגנה עצמית. הוא קבע כי –

84 ראו עמדתו של לורד Brooke, [2000] 4 All E.R. 961, : *In re (children) (conjoined twins)*, 1051; Itzhak Kugler, *Necessity as a Justification in Re A (Children)*, 68 J. CRIM. L. 440 (2004).

85 ראו FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 77, בעמ' 476 ואילך, 554; Albin Eser, *Justification and Excuse*, 24 AM. J. COMP. L. 621, 626–627 (1976).

86 ראו ROXIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 535, 539, 558–559.
87 על המשפט האנגלי ראו [1971] 2 All E.R. 175; *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 14 C.C.C. 385, 397; R. v. Ruzic, 153 C.C.C (3d) 1.

88 על המשפט האנגלי ראו SMITH AND HOGAN'S, לעיל ה"ש 25, בעמ' 338 ואילך; על המשפט הקנדי, ראו DON STUART, CANADIAN CRIMINAL LAW: A TREATISE 475 and onwards (4th ed. 2001).

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

"Mary uses Jodie's heart and lungs to receive and use Jodie's oxygenated blood. This will cause Jodie's heart to fail and cause Jodie's death as surely as a slow drip of poison. How can it be just that Jodie should be required to tolerate that state of affairs?"⁸⁹

לפי גישה זו, החיבור בין התאומות, שמסכן את חייה של אחת התאומות, הוא תקיפה לא מוצדקת (unjust attack) על חייה של האחרת; מאחר שבמקרה זה אין "מעשה" של האחות, שחיבורה עם האחרת מסכן את חיי האחרונה, המשמעות היא שהגנה עצמית אפילו אינה דורשת מעשה. לפי גישה זו, יש להתבונן באירוע מנקודת ראות ההגנה על הנפגע ולפי הדמיון החיצוני של האירוע, שלפיה כל מצב שמסכן את הערכים החברתיים של אחר נופל בגדר הגנה עצמית.⁹⁰ כאמור, גישה זו הגיונית, ואולי אף הכרחית, כאשר המשפט אינו מכיר בצורך מצדיק כהגנה; הגנה עצמית ממלאת את התפקיד האופייני לה וגם את התפקיד האופייני לצורך מצדיק; הגנה עצמית כוללת בתוכה גם את הגנת הצורך המצדיק. אולם בהינתן קיומה של אלטרנטיבה, שמכירה בצורך מצדיק כהגנה, בדומה למשפט הישראלי, תיתכן ואף ראויה עמדה אחרת. הגנה עצמית היא הגנה על הערכים החברתיים של הנתקף ועל הסדר המשפטי, ואילו הגנת הצורך היא הגנה על הערכים החברתיים של הנתונים בסכנה בלבד. לפיכך המקרים שבהם אין משום הגנה על הסדר המשפטי יפלו בגדר הגנת הצורך כהגנת מסגרת וכהגנה שיווית. מכאן, התנאים של הגנה עצמית אינם נבחנים על פי הדמיון החיצוני של המצב, אלא על פי המהות הפנימית של המעשה מנקודת ראות של הגנה על הסדר המשפטי. נקודת המוצא היא אפוא השוואה והבחנה בין המקרה הרגיל של הגנה עצמית, שבו מדובר בהגנה על הערכים החברתיים של הנתקף ועל הסדר המשפטי (הדיפת תקיפה של תוקף אשם), לבין המקרה של הגנה על הערכים החברתיים הנתונים בסכנה בלבד (הדיפת תקיפה של תוקף נטול אשמה). בהגנה עצמית רגילה, מצד הנתקף או זולתו, יש לא רק הדיפה של תקיפה שלא כדין. יש גם שליחת מסר לתוקף ולתוקפים הפוטנציאליים, שלפיה בהיעדר רשויות השלטון המופקדות על אכיפת החוק הנתקף וכל אדם אחר זכאי לפעול ולהדוף את התקיפה.

"This deterrent function of self-defense is dual in nature: on the one hand, the individual criminal is effectively deterred from carrying out his intentions by the repulsion of his attack, and on the other, potential criminals are thereby made to realize that their aggressive intentions may be foiled not only by the legal authorities, who naturally cannot always be everywhere that crimes are committed, but also by the victim of their

89 *In re (children)*, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1016.
90 ראו גם Jonathan Rogers, *Necessity, Private Defence and the Killing of Mary*, CRIM. L. REV. 515, 525 (2001).

attack, who usually is at the scene of the crime, and by anyone else who may happen to be there".⁹¹

אמנם ניתן לטעון כי היעדר אשמה אינו שולל את האנטי-חברתיות שבמעשה, אולם האשמה היא תנאי הכרחי להתגבשות האחריות הפלילית, כבסיס להטלת ענישה. העונש הפלילי אינו נטול תכלית, ותכליותיו הן המניעה האינדיבידואלית (שיקום העבריין, הפחדת העבריין מביצוע עתיד של עברות פליליות ומאסרו של העבריין) והמניעה הכללית (שלילית במובן של הפחדת הרבים והרתעתם מביצוע עברות פליליות, וכן החיובית במובן של חיזוק אמון הציבור בנפקותם של האיסורים העונשיים).⁹² האינטרסים הציבוריים בהרתעת התוקף ובהרתעת הרבים (התוקפים הפוטנציאליים) אינם מתקיימים במניעת תקיפה שלא כדין של הנטול אשמה, או לפחות מוטלים בספק.⁹³ לכן הרציונל של הגנה על הסדר המשפטי אינו מתגשם במלואו במניעת מעשה של נטול אשמה. בשל העובדה שהגנה עצמית באה בחשבון רק כאשר שני הרציונלים מתקיימים במלואם, אין מקום להגנה עצמית כאשר התוקף נטול אשמה. בנוסף, ניתן לומר כי קיימים מקרים רבים הנובעים ממצב דברים אחד, שבהם אין כלל מעשה, אין יסוד נפשי או אין אשמה. טלו למשל את המקרה של דחף לאו-כריכות שבמקרים מסוימים שולל את עצם קיום המעשה, במקרים אחרים שולל את היכולת הנפשית של העושה לגבש יסוד נפשי ובמקרים שונים שולל את אשמת העושה. מנקודת ראות פנימית של האירוע (הסיבה לשלילת המעשה, היסוד הנפשי או האשמה) ומנקודת ראות של הגנה על הסדר המשפטי, מדובר במצבים דומים מאוד, ולפיכך יש לטפל בהם באופן דומה. לכן, כאשר הגנה עצמית לא באה בחשבון במקרים שבהם אין כלל מעשה או המעשה לא היה מלווה ביסוד נפשי כלשהו, עקבי והגיוני לאמץ את אותה עמדה שלפיה הגנה עצמית דורשת אשמת התוקף. מאחר שהגנה עצמית באה בחשבון רק כאשר שני הרציונלים מתקיימים במלואם, לרבות הגנה על הסדר המשפטי, יוצא כי אשמת התוקף היא תנאי הכרחי להתגבשות ההגנה העצמית. בהיעדר אשמת התוקף יש מקום להגנת הצורך ולא להגנה עצמית.

2. הרציונלים של הגנה עצמית מצדיקה ודרישת הפרופורציה

המחברים מצדיקים את דרישת הפרופורציה בהגנה עצמית בכך שהיא "נובעת מהתיאוריה בדבר עריכת מאזן אינטרסים ובחירה ברע במיעוטו בין הפגיעות באינטרסים לגיטימיים הצפויות אם העושה לא יפעל לבין הפגיעות באינטרסים לגיטימיים הצפויות כתוצאה

91 ראו Krennitzer, לעיל ה"ש 78, בעמ' 190–191.

92 גם קאנט, שנחשב לאב ולממציא של תורת הגמול בענישה, מכיר בהרתעה כללית של הנורמות העונשיות. ראו Ghanayim, *Excused Necessity in Western Legal Philosophy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 57.

93 ראו גם Krennitzer, לעיל ה"ש 78, בעמ' 195–196; JOACHIM RENZIOWSKI, NOTSTAND; JESCHECK & WEIGEND, לעיל ה"ש 26, בעמ' 345; UND NOTWEHR 99 (Berlin, 1994); Christian Bertel, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, 84 ZStW 1, 11 (1972).

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

מפעולתו של העושה".⁹⁴ טענה זו אינה אלא "סתם" קביעה הטעונה הצדקה, ויש לומר כי תנאי הגנה עצמית, לרבות דרישת הפרופורציה, נובעים ישירות מהרציונלים של הגנה עצמית. כאמור לעיל, הרציונל של הגנה עצמית הוא כפול: הגנה על האוטונומיה והגנה על הסדר החברתי-משפטי. האוטונומיה היא הספרה האישית של האדם, שבתוכה זכאי האדם לעשות כעולה על רוחו, בתנאי שהמעשה אינו מסכן את הספרה (הערכים החברתיים) של הזולת; על פי תפיסה מסורתית זו, שמקורה בתפיסתו של קאנט, האוטונומיה היא זכות מוחלטת, וכרציונל של הגנה עצמית אינה דורשת פרופורציה.⁹⁵ האמת היא שדחיית דרישת הפרופורציה אינה מותנית בהעמדת ההגנה העצמית רק על רציונל של אוטונומיה. גם התפיסה המסורתית של הגנה על הסדר המשפטי, במובן של *Das Recht braucht dem Unrect nicht zu weichen* (Right need never yield to wrong) אינה מותנית בפרופורציה. שכן, אם המתגונן חייב להימנע מהגנה על הערכים החברתיים שלו בשל חוסר הפרופורציה, המשמעות היא שהוא חייב להניח לעשיית מעשה שלא כדין שפוגע בסדר החברתי-משפטי. אולם משמעות זו, של הגנה על הסדר המשפטי, אינה מקובלת במשפט המודרני ובצדק. הגנה על הסדר המשפטי אינה מצטמצמת רק למניעת מעשה אנטי-חברתי, אלא היא נפרשת על כל הערכים החברתיים, לרבות אלה של התוקף. התאוריה בדבר איבוד הזכויות במצב של הגנה עצמית (forfeiture of rights) אינה מקובלת עוד, והתוקף אינו מאבד את כל זכויותיו במצבים של הגנה עצמית.⁹⁶ הערכים החברתיים של התוקף, לרבות החיים שלו, זוכים להגנה משפטית, והגנה על הסדר המשפטי משמעה גם הגנה על ערכים אלה.⁹⁷ משמעות זו של הגנה על הסדר המשפטי עולה גם מן היחס בין הגנה עצמית לבין הגנת הצורך. הגנה עצמית דורשת תקיפה שלא כדין, ומדובר בהגנה על האוטונומיה (הערכים החברתיים) של הנתקף ובהגנה על הסדר המשפטי מול פגיעה באוטונומיה (הערכים החברתיים) של התוקף. לעומת זאת, צורך, במובנו הקלאסי שבו פוגעים בערכים החברתיים של הזולת שאינו מעורב ביצירת הסכנה, אינו דורש תקיפה שלא כדין, ומדובר בהגנה על

94 רבין וואקי דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 741.

95 אמנם, ניתן לטעון כי האוטונומיה היא זכות יחסית ולא מוחלטת במשפט הפלילי והחוקתי הישראלי, כך שדרישת הפרופורציה בהגנה עצמית נגזרת מאופייה היחסי של האוטונומיה, אולם כנגד יש להשיב כי עצם קיומה של זכות יחסית לא מחייב את העמדה, שבמקרים מסוימים האוטונומיה נסוגה ולכן יש הכרח בדרישת הפרופורציה. כפי שייראה בהמשך, התפיסה החוקתית על זכויות היסוד של האדם מחייבת דרישת הפרופורציה.

96 ראו Dean Kadish, *Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law*, 64 CALIF. L. REV. 871, 883-884 (1976).

97 מכאן הטענה המופיעה לעיל בה"ש 71, שלפיה בהגנה עצמית מדובר בהצלת אינטרס לגיטימי של הנתקף על ידי פגיעה באינטרס בלתי-לגיטימי של התוקף, אינה נכונה. אילו היה מדובר בפגיעה באינטרס בלתי-לגיטימי של התוקף, לא היה שום צורך בתנאי כלשהו בהגנה עצמית. שכן, העברה הפלילית נועדה להגן על ערכים חברתיים שהחברה מעוניינת בקיומם, כך שפגיעה באינטרס בלתי-לגיטימי אינה אסורה. לא היה צורך בדרישת הנחיצות, הסבירות, היסוד הנפשי ועוד. בהגנה עצמית מדובר בהגנה על אינטרס לגיטימי של הנתקף על ידי פגיעה באינטרס לגיטימי של התוקף, בדומה לעמדת המחברים המובאת לעיל בה"ש 94.

האוטונומיה (הערכים החברתיים) של המתגונן מול פגיעה באוטונומיה (הערכים החברתיים) של הנפגע ופגיעה בסדר המשפטי (שכן הנפגע אינו בגדר תוקף שלא כדין). אם הנפגע במצב של צורך נדרש לוותר על אינטרס לגיטימי שלו (לשם הצלת אינטרס חשיבותו גדולה יותר באורח משמעותי), המשמעות היא כי הסדר המשפטי אינו מבטא רק הגנה מוחלטת על הספרות האוטונומיות כמות שהן. אילו הגנה על הסדר המשפטי משמעה מניעה מוחלטת של פגיעה באוטונומיה, הסייג של צורך מצדיק, לפחות במקרה הקלאסי שלו, לא היה צריך לזכות בהכרה כסייג לאחריות פלילית.⁹⁸ זאת ועוד, משקל הפגיעה בסדר החברתי-משפטי אינו אחד, והוא משתנה בהתאם למשקלו של האינטרס המותקף. ויתור על אינטרס שמותקף (כאשר מחיר הצלתו הוא עצום) אינו ממוטט את הסדר החברתי-משפטי. לעומת זאת, פגיעה באינטרס קיומי שתכליתה למנוע פגיעה שלא כדין באינטרס קל ערך משבשת את הסדר החברתי-משפטי, שכן יש זילות ופיחות חשיבותו כלפי האינטרס הקיומי. הרציונל של הגנה על הסדר החברתי-משפטי דורש אפוא פרופורציה בהגנה עצמית. עולה מכאן, שביסוד ההגנה העצמית עומדים שני רציונלים: הגנה על האוטונומיה שאינה דורשת פרופורציה והגנה על הסדר המשפטי שדורשת פרופורציה,⁹⁹ ומכאן דרישת הפרופורציה. גישה זו הולמת גם את העמדה האוניברסלית בדרישה של פרופורציה, כגון המשפט האנגלי, המשפט אמריקני, המשפט הקנדי, המשפט הצרפתי, המשפט השוויצרי, המשפט הספרדי, המשפט האוסטרי, המשפט הנורווגי והמשפט הפיני.

בנוסף, את הדרישה לפרופורציה בהגנה עצמית ניתן לבסס על המערכת החוקתית.¹⁰⁰ במשפט המודרני, בייחוד של המדינות שקיבלו חוקה מודרנית במאה ה-20, זכויות היסוד של האדם אינן רק זכויות נגטיביות, אלא גם זכויות פוזיטיביות, במובן זה שלאדם יש זכות כלפי המדינה להגנה על זכויות היסוד שלו, והמדינה מחויבת לא רק לכבד את זכויות היסוד של האדם (להימנע מלפגוע בהן בעצמה), אלא גם לעשות מעשים אקטיביים להגנה עליהן.¹⁰¹ ככל שזכות היסוד חשובה יותר, ההגנה עליה צריכה להיות מקיפה יותר.¹⁰² התוקף במצבים של הגנה עצמית אינו מאבד את זכויות היסוד שלו; התוקף זוכה להגנה

98 בדומה לגישת קאנט; על גישת קאנט ראו Kremenitzer & Ghanayim, *Proportionality and the Aggressor's Culpability*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 888.

99 ראו גם Roxin, *Die sozialethische Einschränkung*, לעיל ה"ש 80.

100 ראו דיונם של (3rd) ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 139 and onwards (ed. 1999); Klaus Bernsmann, *Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen*, 104 ZSTW 290 (1992), על הגבלת היקף ההגנה העצמית באמצעות דרישת הפרופורציה בחוק היסוד הגרמני ובאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR); A. J. Ashworth, *Self-defence and the Right to Life*, 34 CAMBRIDGE L.J. 282 and onwards (1975).

101 ראו Fiona Leverick, *Is English Self-Defence Law Incompatible with Article 2 of the ECHR?*, CRIM. L. REV. 347, 349 and onwards (2002), לעיל ה"ש 96, בעמ' 871 ואילך.

102 ראו ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 140; BVerfGE [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts] 39, 1, pp. 47.

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

חוקתית.¹⁰³ במצב של הגנה עצמית מדובר אפוא בהדיפת תקיפה שלא כדין של הנתקף, היינו במניעת פגיעה אנטי-חברתית בערכים החברתיים של הנתקף על ידי פגיעה בערכים החברתיים של התוקף. מבחינה זו ומנקודת ראות של המדינה, בהגנה עצמית מדובר בעימות או בהתנגשות בין חובת המדינה להגנה על הערכים של הנתקף לבין חובת המדינה להגנה על הערכים של התוקף.¹⁰⁴ לפיכך, זכותו של הנתקף להגנה עצמית, כזכות הנגזרת מזכותה ומחובתה של המדינה להגן על הערכים החברתיים של האנשים,¹⁰⁵ אינה יכולה להיות בלתי-מוגבלת. הבחירה בקיום החובה המוטלת על המדינה חייבת לבטא פשרה, היינו בחירה שנועדה לספק הגנה סבירה על הערכים החברתיים הן של התוקף והן של הנתקף (עם התחשבות בהגנה על הסדר המשפטי). מבחינת עצם קיום ההגנה החוקתית על זכויות היסוד של האדם אין נפקא מינה אם מדובר בתוקף או בנתקף;¹⁰⁶ אולם היקף ההגנה משתנה; מאחר שהתוקף הוא האדם שעושה מעשה שמסכן שלא כדין את הערכים של הנתקף, והנתקף רק הודף את התקיפה, היינו מגן על הערכים שלו (או של זולתו) ומחזיר את התוקף למצב המשפטי הראוי לו, אזי התקיפה האנטי-חברתית היא שיקול לרעתו של התוקף. ואולם שיקול לרעתו של הנתקף אין פירושו היעדר מוחלט של פרופורציה וזכות בלתי-מוגבלת של הנתקף להגן על הערכים החברתיים שלו, יהא המחיר מבחינת התוקף אשר יהא. בהגנה עצמית נדרשת פרופורציה, במובן שהרעה שתיגרם אינה בלתי-פרופורציונלית לרעה שתימנע, וכאשר מדובר בפגיעה בחיי התוקף, אזי מדובר במניעת פגיעה בחייו או חבלה לנתקף. הדרישה לפרופורציה נובעת אפוא מתנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה של החוקה.¹⁰⁷ יתרה מזאת, הגנה עצמית נועדה להגן על הסדר המשפטי על ידי הענקת זכות

103 ראו גם Andronicou and Constantinou v. Cyprus, (1998) 25 E.H.R.R. 491; Andrew Ashworth, *Commentary on Human Rights*, 1998 CRIM. L. REV. 823, 824–825; ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 100, בעמ' 69, 140 ואילך; Bernsmann, לעיל ה"ש 100, Koch; לעיל ה"ש 79, בעמ' 807.

104 אין לקבל את טענתם של J.C. Smith, *Case Comment: Surgical Separation – Whether Surgical Separation of Conjoined Twins that would Lead to Death of Non-JESCHECK & Viable Twin Lawful*, CRIM. L. REV. 400, 403–405 and onwards (2001) Weigend, לעיל ה"ש 26, בעמ' 349–350, שלפיהן / שלפיה האמנה האירופית לזכויות אדם חלה על המדינה ולא על הפרטים בהגנה עצמית או שאין תחולה לה, משום שבהגנה עצמית לא מדובר ב-"intentionally killing". עצם ההצדקה בקיום המדינה הוא הגנה על הערכים החברתיים של הפרטים, בייחוד על החיים. ראו Leverick, לעיל ה"ש 101, בעמ' 350 ואילך, FRANCIS G. JACOBS & ROBIN C.A. WHITE, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 18–19 (2nd ed. 1996) ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW; McCann v. United Kingdom, (1996) 21 E.H.R.R. 97; A. v. United Kingdom, (1999) 27 E.H.R.R. 611.

105 ראו Koch, לעיל ה"ש 79, בעמ' 789.

106 ראו גם Bernsmann, לעיל ה"ש 100, בעמ' 292, 302 ואילך.

107 ראו גם ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 100, בעמ' 69–70, 142 ואילך; ANDREW P. SIMESTER & GORDON R. SULLIVAN, CRIMINAL LAW: THEORY AND DOCTRINE 630–631 (2nd ed. 2003).

לכל אדם להדוף תקיפה שלא כדין; הגנה על הסדר המשפטי היא בראש ובראשונה תפקידה של המדינה באמצעות זרועות הביטחון שלה, זאת משום שקיים מונופול מוחלט של האדם לשימוש בכוח; הזכות להפעיל כוח בתנאים של הגנה עצמית היא זכות הנגזרת מזכותה ומחובתה של המדינה להגן על הסדר המשפטי, היא בגדר חריג לאיסור על הפרטים להשתמש בכוח, והאדם הפועל בתנאים של הגנה עצמית הוא בגדר "שוטר מחליף". לפיכך, כאשר זכותן של רשויות המדינה להפעיל כוח בתנאים של הגנה עצמית מוגבלת, למשל בדרישת הפרופורציה, אזי מכוח קל וחומר יש להגביל את זכותם של הפרטים להפעיל כוח בתנאים של הגנה עצמית, בייחוד משום שהזכות להגנה עצמית בהפעלת כוח היא בגדר חריג של המונופול של המדינה בהפעלת כוח. היקף זכותם של הפרטים להגנה עצמית אינו ראוי להיות רחב יותר מאשר היקף זכותן של רשויות השלטון.¹⁰⁸

3. הגנה עצמית פוטרת

המחברים מדגישים את ההגנה העצמית המצדיקה ואין כלל התייחסות להגנה עצמית פוטרת.¹⁰⁹

הגנה עצמית פוטרת מוכרת בשיטות משפט רבות. כך למשל המשפט הגרמני¹¹⁰ מכיר ב־"intensive excessive self-defence" בתור הגנה עצמית פוטרת, ולפיה מדובר במצב שבו הנתקף, או אדם אחר הקרוב אליו, חרג מתנאי הסבירות, למשל גרם לרעה גדולה יותר מאשר היה ראוי לפי דרישת הפרופורציה, וזאת עקב המצב הנפשי הקשה שבו היה נמצא; הנתקף היה במצב של לחץ נפשי של פחד ובהלה עקב האירוע, שלא אפשר לו להתבונן כראוי באירוע ולהדוף את התקפיה על ידי גרימת רעה פרופורציונלית, אלא גרם לרעה גדולה יותר. בנוסף, אחדים במשפט הגרמני¹¹¹ ובמשפט הקוריאני¹¹² מכירים בחלק שני של הגנה עצמית פוטרת והוא extensive excessive self-defence, והוא כאשר התקיפה הסתיימה אך הנתקף, או אדם אחר הקרוב אליו, המשיך לפגוע בתוקף עקב המצב הנפשי הקשה שבו היה שרוי למשל הנתקף הגן על עצמו והפיל את התוקף – ובכך מסתיימת התקיפה – אולם המשיך לפגוע בתוקף; במקרה זה אין כלל הגנה עצמית מצדיקה משום

108 ראו גם Friedrich C. Schroeder, *Die Notwehr als Indikator Politischer Grundanschauungen*, in Festschrift für Reinhart Maurach zum Siebzigsten Geburtstag 138 (Karlsruhe Heinz Zipf, Friedrich C. Schroeder & Reinhart Maurach eds., 1972).

109 רבין וואקי דיני עונשין כרך ב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 713–715.

110 ראו ס' 33 לחוק העונשין הגרמני, שלפיו: "If the perpetrator exceeds the limits of self-defence due to confusion, fear or fright, then he shall not be punished" ראו Theodor Lenckner & Walter Perron, in Schönke/Schröder, STRAFGESETZBUCH KOMMENTAR § 33 (München, 27. Auflage, 2006).

111 ראו Lenckner & Perron, שם, ס' 33, פס' 7.

112 YONG-SIK LEE, ENTSCULDIGUNGSGRÜNDE IM DEUTSCHEN UND KOREANISCHEN STRAFRECHT 221 and onwards (Freiburg, 1992).

כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי)

שאינן תקיפה, אולם החברה סולחת לעושה עקב המצב הנפשי הקשה שבו היה שרוי; מצב זה לא קיים במשפט הישראלי, ואף באמצעות פרשנות משפטית מרחיבה כלשהי לא ניתן להכיר בו, שכן הגנה עצמית במשפט הישראלי דורשת הדיפת תקיפה שלא-כדין, כלשונו של סעיף 34 לחוק.¹¹³

בכל הקשור לחריגה מדרישת הסבירות בהגנה עצמית עקב מצב של פחד ובהגנה intensive excessive self-defence, הפסיקה וחלק מהספרות המשפטית הישראלית אינם מכירים כלל בסייג של הגנה עצמית פוטרת,¹¹⁴ ועבורם יש מקום להקלה בעונש, כגון בהתאם לסעיף 35 או סעיף 300 לחוק העונשין. במקום אחר הבעתי את דעתי, שלפיה על המשפט הישראלי להכיר ב-intensive excessive self-defence בתור הגנה עצמית פוטרת במסגרת סעיף 34 לחוק.¹¹⁵ על המחברים להתמודד עם הרציונל לכך ולדון אם הכרח או לפחות ראוי להכיר בו ובהגנה עצמית פוטרת.

ה. סיכום

עקרון החוקיות אינו אוסר הרחבת סייגים קיימים או יצירת סייגים חדשים לאחריות פלילית. המערכת השיפוטית רשאית לפתח סייגים חדשים ולהרחיב היקף סייגים קיימים במשפט האזרחי ובמשפט המנהלי, ובהתאם לעקרון השיוריות בפלילים, ולדוקטרינה של אחדות השיטה המשפטית, יש תחולה לסייגים אלה במשפט הפלילי. בנוסף, סייגים לאחריות פלילית, בעיקר הסייגים הכלליים כגון הגנה עצמית, צורך וכורח, חלים על כל העברות הפליליות, כוללים בתוכם מצבים רבים ושונים, ולכן לוקים במידה רבה של אי-בהירות וחוסר ודאות. יתרה מזאת, נוכח הדינמיקה וההתפתחות המהירה של המציאות והחיים החברתיים, ונוכח העובדה שהמחוקק אינו יכול לצפות את ההתפתחות המשפטית העתידית,

113 ראו ע"פ 1520/97 חדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 337, 353 (2000); ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, 91 (2004); אנקר וקנאי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 11; לשאלה אם יש מקום כאן לתחולת סעיף 300 אראו שם, בעמ' 22. אחדים במשפט הגרמני דנים בסוגיה זו במסגרת דיני הטעות. ראו I REINHART MAURACH & HEINZ ZIPF, STRAFRECHT, ALLGEMEINER TEIL: EIN LEHRBUCH 465 (Heidelberg, 8. Auflage, 1992); סנג'רו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 354–356.

114 ראו ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל, פס' 62 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 25.10.2006); סנג'רו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 340–356; על המשפט האוסטרלי, האנגלי והקנדי ראו גם R. v. Howe, (1958) 100 CLR 448; Palmer v. R., [1971] 55 (appeal). R. 223, 2 W.L.R. 831; R. v. Faid, [1983] 33 C.R.(3d) 1 (S.C.C.); A.J. Ashworth, *Counter-Revolution in the Law of Self-Defence*, CRIM. L. REV. 1 (1988); David Lanham, *Death*—549 (1988); STUART; *of a Qualified Defence*, 104 L.Q. REV. 239 (1988), לעיל ה"ש 88, בעמ' 551.

115 ראו Mordechai Kremnitzer & Khalid Ghanayim, *New Humanistic Trends in Israeli Criminal Law*, in MENSCHENGERECHTES STRAFRECHT: FESTSCHRIFT FÜR ALBIN ESER ZUM 70. GEBURTSTAG, 513, 518–519 (München, 2005).

הסייגים לאחריות פלילית לעולם אינם יכולים להגיע למצב של בשלות וגיבוש, ולכן קיים הכרח בהתערבותה של המערכת השיפוטית.

בקיומה של חובה לעמוד בסכנה או באיום, החברה מצפה ודורשת מהאדם החייב לעמוד בסכנה שלא יסבה על הזולת, ולכן הרציונל של צורך פוטר וכורח פוטר – היעדר ציפייה סבירה לעמוד בסכנה ולהתנהג כדין – אינו מתקיים. בנוסף, מדובר באנשים שכושר העמידה שלהם לעמוד בסכנה רב יותר, הם נמצאים במצב של כוונות מתמדת, גורם ההפתעה אינו מתקיים, ולכן הם אינם נמצאים במצב נפשי קשה שמכריח אותם להעביר את הסכנה אל האחרים. התנאים של צורך פוטר וכורח פוטר אינם מתקיימים. אולם החובה לעמוד בסכנה או באיום אינה דוחה א־פריורית את התגבשות הצורך המצדיק והכורח המצדיק, שמבוססים על תורת איזון האינטרסים, אלא היא בגדר שיקול לרעתו של האדם החייב בעריכת המאזן. צורך מצדיק וכורח מצדיק מתקיימים כאשר קיים פער עצום בין הרעה שתימנע לבין הרעה שתיגרם.

הרציונלים של הגנה עצמית הם הגנה על האוטונומיה (הערכים החברתיים האישיים) של הנתקף והגנה על הסדר החברתי משפטי. האשמה היא תנאי הכרחי להתגבשות העברה הפלילית. תפקידה הוא להצדיק הטלת אחריות וענישה פלילית על העושה כדי למנוע עשיית מעשים אנטי־חברתיים. מכאן שהרציונל של הגנה על הסדר החברתי משפטי, שהוא חיזוק אמון הציבור בנפקותן של הנורמות העונשיות, אינו מתגשם במלואו במניעת עשיית מעשה שלא כדין אך נטול אשמה. הגנה עצמית דורשת פרופורציה, וזאת במובן שהרעה שתיגרם לא תעלה משמעותית על הרעה שתימנע. הגנה על הסדר החברתי־משפטי, כרציונל של הגנה עצמית, משמעה הגנה על כל הערכים החברתיים של כל האנשים, לרבות התוקף. מכאן, התחשבות בהגנה על התוקף משמעה דרישת הפרופורציה. בנוסף, האוטונומיה, כרציונל נוסף של הגנה עצמית, אינה מוחלטת, אלא מדובר בזכות יחסית הנסוגה מפני אינטרסים חשובים יותר.