

היסוד הנפשי של סייג מצדיק ושל סייג פוטר

חאלד גנאים*

סייג מצדיק הינו מצב אשר מגן על קיום תפקידם של דיני העונשין ומעניק למעשה אופי חיובי מבחינה חברתית-משפטית. מעשה מוצדק הינו המעשה הנכון שרצוי לעשותו בנסיבות העניין. מודעות מלאה בפועל של העושה לאופיו המוצדק של המעשה הינה תנאי הכרחי וגם מספיק להתגבשות היסוד הנפשי של סייג מצדיק. דרישה מעבר למודעות הינה בבחינת דרישה לענישה על מחשבות בלבד.

לעומת זאת, סייג פוטר אינו מצדיק את עשיית המעשה, ומעשה שנעשה בתנאים של סייג פוטר הינו מעשה אסור ופסול, אשר יש להימנע מעשייתו ולמנוע את עשייתו. הלחץ הנפשי שהעושה נמצא בו הוא הסיבה העיקרית שעומדת ביסודו של סייג פוטר, ומכאן שמודעות מלאה בפועל הינה תנאי הכרחי להתגבשות היסוד הנפשי של סייג פוטר, אך לא תנאי מספיק לכך. נוסף על המודעות נדרש כאמור מצב נפשי קשה, וזה מתקיים רק כאשר העושה פועל בכוונה לסכל את הסכנה, קרי, להציל את הערכים החברתיים. מכאן, שני תנאים הכרחיים להתגבשות היסוד הנפשי של סייג פוטר: מטרה מרכזית להציל את הערך החברתי הנתון בסכנה וסיבתיות נפשית הקושרת בין הסכנה לבין פעולת ההצלה.

בהתקיים היסוד העובדתי בלבד של סייג מצדיק, הפגיעה בערך החברתי המוגן אינה אנטי-חברתית. מבחינת דיני העונשין (עבירה מושלמת וניסיון) קיימת זהות מהותית בין המקרה שבו אין כלל פגיעה ממשית בערך החברתי המוגן לבין המקרה שבו יש פגיעה בערך החברתי המוגן אך היא אינה אנטי-חברתית. לפיכך דינו של המקרה שבו התקיימו היסודות האובייקטיביים של סייג מצדיק אך לא התקיים היסוד הנפשי הנדרש זהה לדינו של המקרה הפלילי שבו לא התרחשה כלל פגיעה ממשית בערך החברתי המוגן, קרי, ניסיון בלתי-צליח. כך העושה זוכה בהקלה לעומת העבירה המושלמת.

לעומת זאת, סייג פוטר אינו שולל את האופי האנטי-חברתי של הפגיעה בערך החברתי המוגן. בהתקיים היסוד העובדתי בלבד של סייג פוטר,

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

הפגיעה בערך החברתי המוגן הינה אנטי-חברתית. לפיכך מצב זה שונה מן המצב של ניסיון בלתי-צליח. זאת ועוד, עושה שאינו מודע להתקיימות היסודות האובייקטיביים של סייג פוטר – למשל, עושה שאינו מודע לקיומה של הסכנה הקיומית – גם אינו נמצא במצב נפשי חמור, ועל-כן הסיבה העיקרית שעומדת ביסוד השחרור מאחריות פלילית אינה מתקיימת. במצב זה העושה נושא באחריות פלילית לעברה מושלמת, אם כי הוא יזכה בהקלה בעונש בשל הצלת הערך החברתי שהיה נתון בסכנה.

מבוא. א. על התיאוריה של ההבחנה בין סייג מצדיק לבין סייג פוטר: 1. הרציונלים של הגנה עצמית, של צורך ושל כורח כסייגים מצדיקים וכסייגים פוטרים; 2. האופי החיובי של סייג מצדיק. ב. הדין המצוי לגבי היסוד הנפשי של סייג מצדיק ושל סייג פוטר. ג. הדין הרצוי לגבי היסוד הנפשי של סייג מצדיק ושל סייג פוטר: 1. היסוד הנפשי של סייג מצדיק; 2. היסוד הנפשי של סייג פוטר. ד. המקרה של קיום התנאים העובדתיים של סייג אך אי-קיום תנאים הנפשיים: 1. סייג מצדיק; 2. סייג פוטר. ה. סיכום.

מבוא

המשפט הישראלי מכיר בסייגים לאחריות פלילית, כגון הגנה עצמית, צורך, כורח וכדומה. אף שלשונו של חוק העונשין, התשל"ז–1977¹, אינה מבחינה בין סייגים מצדיקים לבין סייגים פוטרים, הגישה הרווחת בספרות המשפטית ולאחרונה גם הפסיקה מכירות בהבחנה זו בין הסייגים השונים לאחריות פלילית – סייג מצדיק וסייג פוטר – ואף מעניקות להבחנה זו השלכות מעשיות.²

מאמר זה דן בעצם הדרישה ליסוד נפשי בהקשר של סייג מצדיק וסייג פוטר, בטיבו של יסוד נפשי זה, ולבסוף במקרה שבו היסוד העובדתי של הסייג מתקיים אך ללא היסוד הנפשי שלו.

- 1 בעיקר לאור תיקון מס' 39 – חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד–1994, ס"ח 348.
- 2 ראו בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 29–39 (2000); 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 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010); 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); אהרן אנקר ורות קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג 5, 24 (1992); ע"פ 7085/93 נג'אר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 221, 232 (1997); ע"פ 1109/09 שיבלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.1.2010); JUSTIFICATION AND EXCUSE: COMPARATIVE PERSPECTIVES vols. I & II (Albin Eser & George P. Fletcher eds., 1984, 1987); RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG III (Albin Eser & Walter Perron Hrsg., 1991); RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG IV (Albin Eser & Haruo Nishihara Hrsg., 1995).

טלו מקרה שבו פלוני – שהינו יריבו של אלמוני ומחפש הזדמנות לפגוע בו – הבחין באלמוני, התקרב אליו ונתן לו אגרוף בפנים, ועקב כך ברח אלמוני ועזב את המקום. בדיעבד התברר כי אותו אלמוני עמד לתקוף לא-כדין קטין ולגרום לו חבלה חמורה, וכי מעשהו של פלוני היה המעשה הסביר ביותר להדיפת התקיפה ולהגנה על בריאותו של הקטין.

טלו מקרה אחר שבו כלבו של אלמוני נגוע במחלת כלבת ומתקרב אל קטין, והדרך היחידה להגן על הקטין מפני החבלה החמורה הצפויה להיגרם לו בסבירות גבוהה היא המתת הכלב. פלוני, שרוצה להזיק לאלמוני ואשר אינו מודע למחלת הכלב, יורה בכלב וגורם למותו.

לבסוף, טלו מקרה שבו פלוני ואלמוני היו על אונייה בלב ים, האונייה התפרקה, ופלוני ואלמוני אחזו ברזומנית בקרש ועמדו לשבת עליו. הקרש היה יכול לשאת אדם אחד בלבד, אולם פלוני סבר בטעות כי הקרש יכול לשאת שני אנשים. אף-על-פי-כן, מייד עם האחיזה בקרש דחף פלוני את אלמוני כדי להיפטר ממנו, והלה טבע.

האם לזכותו של פלוני יעמוד במקרה הראשון הסייג של הגנה עצמית מצדיקה, במקרה השני הסייג של צורך מצדיק ובמקרה השלישי הסייג של צורך פוטר, או שמא הסייגים יעמדו לזכותו של פלוני רק אם היה מודע לתנאים העובדתיים של הסייג, גם אם פעל לא מתוך מטרה להדוף את התקיפה או להציל את הערך החברתי הנתון בסכנה, אלא כדי להזיק לאלמוני או כדי להשיג מטרה אחרת? האם הסייגים יעמדו לזכותו של פלוני אם הוא פעל הן כדי להדוף את התקיפה או להציל את הערך החברתי הנתון בסכנה והן כדי להזיק לאלמוני?

במקרה שסייג מצדיק וסייג פוטר דורשים יסוד נפשי מסוים, האם פלוני שאינו מקיים אותו יסוד נפשי מסוים יישא באחריות פלילית לעברה מושלמת או שמא רק בניסיון לאותה עברה? פרק א ידון בקצרה בסוגיות מתחום ההבחנה בין סייג מצדיק לבין סייג פוטר שיש להן השפעה רבה על עצם דרישת היסוד הנפשי של הסייגים ועל טיבו של היסוד הנפשי הנדרש.

במסגרת זו יידונו הרציונלים של הגנה עצמית, של צורך ושל כורח, וכן תפקידו ואופיו של הסייג המצדיק. פרק ב מציג בקצרה את הדין המצוי לגבי היסוד הנפשי של סייג מצדיק ושל סייג פוטר, בעיקר לפי לשון החוק. פרק ג דן בדין הרצוי לגבי עצם הדרישה ליסוד נפשי בהקשר של הסייגים האמורים ולגבי טיבו של היסוד הנפשי הנדרש. פרק ד דן במקרה שבו היסוד העובדתי של סייג מצדיק או של סייג פוטר מתקיים אך היסוד הנפשי אינו מתקיים: האם במצב זה יש מקום לייחס לעושה עברה מושלמת או שמא רק ניסיון בלתי-צליל? המאמר נחתם בסיכום השוואתי של הסוגיות הנדונות בו.

א. על התיאוריה של ההבחנה בין סייג מצדיק לבין סייג פוטר

1. הרציונלים של הגנה עצמית, של צורך ושל כורח כסייגים מצדיקים וכסייגים פוטרים

ביסודה של הגנה עצמית מצדיקה עומדים שני רציונלים: הגנה על האוטונומיה, במובן של הגנה על הערכים החברתיים של הנתקף; והגנה על הסדר החברתי-המשפטי, במובן של מניעת

מעשה אנטי-חברתי ופסול.³ מכוח הרציונל של הגנה על הסדר החברתי-המשפטי, הגנה עצמית מצדיקה דורשת מידתיות, במובן שהרעה שתיגרם יכולה לעלות על הרעה שתימנע אך לא באורח קיצוני – למשל, המתת אדם שעומד לבצע אונס כאשר מעשה ההמתה הינו האמצעי היחיד שיכול למנוע את האונס. הגנה עצמית פוטרת הינה intensive/excessive self-defense, ולפיה מדובר במצב שבו הנתקף, או אדם אחר הקרוב אליו, חרג מתנאי הסבירות – למשל, גרם רעה גדולה מכפי שהיה רשאי לפי דרישת המידתיות – וזאת עקב המצב הנפשי הקשה של פחד ובהלה שבו היה נתון.⁴

צורך מצדיק מבוסס על הרציונל של תועלתנות (הרע במיעוט). צורך מצדיק התקפי דורש מידתיות במובן שהרעה שתימנע תעלה באורח משמעותי על הרעה שתיגרם – למשל, פגיעה ברכושו של הזולת כאמצעי לסיכול סכנה מוחשית לחיי אדם.⁵ צורך מצדיק מטיל חובה על הזולת להשלים עם הפגיעה בערכים החברתיים שלו, כאקט של סולידריות חברתית ואזרחות טובה, ומכאן שביסוד הצורך המצדיק עומדת החובה לסולידריות חברתית. צורך פוטר בא בחשבון במצבים שבהם לא מתקיים צורך מצדיק אך קיימת סכנה קיומית לעושה או לאדם שקרוב אליו, כך שאי-אפשר לדרוש או לצפות ממנו באופן סביר – כבן-תמותה רגיל, שומר חוק אך בעל חולשה אנושית – לעמוד מנגד ולהניח לסכנה להתממש. צורך פוטר מתקיים, למשל, במקרה של חיים מול חיים, כגון מקרה הקרש לשניים (או קרניאדס) המפורסם.⁶ הרציונל של צורך פוטר הוא העדר ציפייה סבירה להתנהגות כדין, וביסודו עומדים הלחץ הנפשי שהעושה נמצא בו עקב הסכנה הקיומית (תורת הלחץ הנפשי); האנטי-חברתיות הפחותה של המעשה (עקב הצלת הערך החברתי הנתון בסכנה); והשיקולים של תפקיד הענישה הפלילית, בצורה השלילית של מניעה אישית ומניעה כללית, קרי, הפחדה ואזהרה של

- 3 ראו Mordechai Kremnitzer & Khalid Ghanayim, *Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defense*, 39 TULSA L. REV. 875, 882, 892 (2004); אנקר וקנאי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 7-8. ראו גם סנג'רו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 120 ואילך.
- 4 ראו Mordechai Kremnitzer & Khalid Ghanayim, *New Humanistic Trends in Israeli Criminal Law*, in FESTSCHRIFT FÜR ALBIN ESER 513, 518-519 (2005); ס' 33 לחוק העונשין הגרמני – ראו Lenckner/Perron, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, STRAFGESETZBUCH KOMMENTAR § 33, para. 1 (27. Aufl. 2006). אחרים דוחים את ההכרה בהגנה עצמית פוטרת. 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 2, בעמ' 340-356. ראו גם במשפט האוסטרלי, במשפט האנגלי ובמשפט הקנדי: R. v. Howe, (1958) 100 C.L.R. 448; Palmer v. R., [1971] 55 App. R. 223, 2 W.L.R. 831; Faid (1983) 33 C.R. (3d) 1 (S.C.C.); Andrew Ashworth, *Counter-Revolution in the Law of Self-Defence*, 1988 CRIM. L. REV. 1; David Lanham, *Death of a Qualified Defence*, 104 L. Q. REV. 239 (1988); DON STUART, CANADIAN CRIMINAL LAW 549-551 (4th ed. 2001). אחדים במשפט הגרמני דנים בסוגיה זו במסגרת דיני הטעות. ראו REINHART MAURACH & HEINZ ZIPF, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL, Teilband 1, 465 (8. Aufl. 1992). ראו גם סנג'רו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 354-356.
- 5 על ההבחנה בין צורך הגנתי לבין צורך התקפי, ועל השלכותיה של הבחנה זו על דרישת המידתיות, ראו Kremnitzer & Ghanayim, לעיל ה"ש 3.
- 6 ראו Khalid Ghanayim, *Excused Necessity in Western Legal Philosophy*, 19 CAN. J. L. & JURIS. 31 (2006).

היחיד ושל הרבים.⁷ כורח הינו מצב שבו מקור הסכנה באיומים,⁸ והוא נחשב מקרה פרטי של צורך.⁹

2. האופי החיובי של סייג מצדיק

אחדים טוענים כי כל תפקידו של סייג מצדיק הוא שלילת האופי האנטי-חברתי והפסול של המעשה והפגיעה, ותו לא. לדידם, סייג מצדיק אינו מעניק למעשה – ואף לא נועד להעניק לו – אופי חברתי או משפטי נוסף.¹⁰

אני חולק על עמדה זו, ואף טוען כי היא אינה מתיישבת עם התפקיד שנועד לסייג מצדיק. כאמור, ביסודה של הגנה עצמית מצדיקה עומד גם הרציונל של הגנה על הסדר החברתי-המשפטי, כך שמדובר במצב שנועד לקיים את תפקידם של דיני העונשין. נוסף על כך, בבסיסו של צורך מצדיק עומד רציונל התועלתנות, כך שמניעת רעה רבה על-ידי גרימת רעה קטנה בהרבה לזולת הינה בגדר הגנה על חיים בצוותא של אנשים חופשיים, ובכך היא מקיימת את תפקידם של דיני העונשין. סייג מצדיק הינו בגדר חריג שנועד להצדיק סטייה מן החוק ופגיעה בערך החברתי המוגן באמצעות העברה. לחברה יש עניין בעשיית המעשה שמגן על דיני העונשין, והיא אף מעודדת את הרבים לעשיית מעשים כאלה. מכאן, מעשה שנעשה מתוך סייג מצדיק הינו המעשה הנכון והראוי לעשותו בנסיבות העניין. יתרה מזו, ניתן לומר כי לאדם שנמצא בסכנה או לקרובים אליו יש אמנם תמריץ לעשות את מעשה ההגנה, אולם תמריץ זה נפגע באופן ממשי אצל הזולת-הזר אם מעשה ההגנה אינו מוערך כמעשה שראוי ורצוי לעשותו. עידוד הרבים לעשיית מעשה מסוים מחייב הערכת המעשה כמעשה נכון, שראוי ורצוי לעשותו.

7 ראו Khalid Ghanayim, *Excused Necessity: A Defence in the Criminal Code – A Comparative and Doctrinal Study*, 11 CAN. CRIM. L. REV. 53, 63 (2006). ראו גם "הצעת חלק

כללי לחוק עונשין חדש" משפטים י 203, 225 (1980).

8 אחדים גורסים כי הכורח בא בחשבון רק כאשר מעשה ההגנה הוא אותו מעשה שהמאויים נדרש לעשותו על-ידי המאיים. ראו אנקר וקנאי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 30; מרים בן-פורת "על הגנת הצורך והכורח" עיוני משפט יד 211, 219, 222 (1989); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב, פס' 470 (1987). ראו גם את ההבחנה במשפט האנגלי בין duress by threat לבין duress of circumstances. ראו A.P. SIMESTER & G.R. SULLIVAN, CRIMINAL LAW: THEORY AND DOCTRINE 665–675 (3rd ed. 2007). לעומת זאת, 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. ראו KOHLRAUSCH-LANGE, STRAFGESETZBUCH sec. 52, para. I (42. Aufl. 1959).

9 ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 219; מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992" משפטים כד 9, 56 (1994). קיימת מחלוקת בשאלה אם כורח הינו סייג פוטר בלבד או שמא הוא מתפלג לכורח מצדיק ולכורח פוטר, בדומה לצורך. ראו BRIGITTE KELKER, DER NÖTIGUNGSNOTSTAND (1993).

10 ראו CLAUS ROXIN, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL, Band I, 482 (2. Aufl. 1994); Theodor Lenckner, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, STRAFGESETZBUCH KOMMENTAR Vorbem. §§ 32ff., para. 9 (27. Aufl. 2006).

בהקשר זה ראוי להביא את ההיסטוריה של חקיקת חוק ההפלה הגרמני. בשנת 1974 התיר הפרלמנט הגרמני את ההפלה בשלושת החודשים הראשונים להיריון, לאחר התייעצות של האישה עם אנשי-מקצוע, אולם בית-המשפט החוקתי הגרמני פסל חוק זה בטענה שהוא פוגע בזכות לחיים של העובר ולכן בלתי-חוקתי.¹¹ בעקבות איחודן של גרמניה המערבית וגרמניה המזרחית, בשנת 1990, גובשה הצעת חוק להסדרת עניין ההפלה בגרמניה כולה. החוק שהתקבל קבע כי הפלה בשלושת החודשים הראשונים להיריון, לאחר התייעצות של האישה עם אנשי-מקצוע, היא "מעשה שאינו לא-כדין" (nicht rechtswidrig), קרי, מדובר בהפלה מוצדקת. בית-המשפט החוקתי הגרמני, שדן בחוקתיותו של ההסדר החדש, קבע כי התייחסות להפלה זו כאל מעשה שאינו לא-כדין, קרי כאל מעשה מוצדק, פוגעת בזכות העובר לחיים, ולכן יש להחליף את המילים "מעשה שאינו לא-כדין" ב"מעשה שאינו עניש" (straffrei). מפסיקה זו עולה כי ההפלה הינה לא-כדין ובלתי-מוצדקת אך בלתי-ענישה.¹² איגוד הרופאים תקף בחריפות הסדר זה, וקבע כי במקרים רבים יסרבו הרופאים לבצע את ההפלה, שכן רופא שאין לו עניין מיוחד יסרב לבצע מעשה לא-כדין. כדי שההפלה תבוצע, על המשפט והרופא להעריך את המעשה כמעשה חיובי מבחינה חברתית. גם הספרות המשפטית דרשה התייחסות למעשה כאל מעשה מוצדק, כדי שיהיה אפשר לעודד את הרופאים לעשותו.¹³

הנה כי כן, סייג מצדיק הינו כלל התנהגות שנועד להדריך את הפרטים בנקיטת המעשה המוצדק,¹⁴ ולכן הוא בגדר מצב שמעניק למעשה אופי חיובי. חשוב לציין כי בעוד אחדים סבורים כי סייג מצדיק מעניק למעשה אופי חיובי מבחינה מוסרית,¹⁵ דעתי היא כי אופיו החיובי של המעשה שנעשה בתנאים של סייג מצדיק מוגבל לתפיסה החברתית-המשפטית, ולא לתפיסה המוסרית. מעשה שנעשה בתנאים של סייג מצדיק הינו מעשה נכון, ראוי ורצוי מבחינה חברתית, שכל תפקידו הוא למנוע מעשה אנטי-חברתי ובכך להגשים את תפקידם של דיני העונשין. סייג מצדיק מטיל על אדם חובה, שמקורה בסולידריות חברתית, להשלים עם פגיעה

11 ראו 1, 39 BVerfGE.

12 ראו 203, 88 BVerfGE.

13 ראו Winfried Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz 731 (1994); Albin Eser, in Schönke/Schröder, *StRAFGESETZBUCH KOMMENTAR Vorbem. §§ 218ff.*, para. 4 (27. Aufl. 2006).14 על כך שסייג מצדיק הוא כלל התנהגותי (conduct rule – Verhaltensregel) ראו Albin Eser, *Verhaltensregeln und Behandlungsnormen: Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht*, in Festschrift für Theodor Lenckner 25, 46ff. (1998); Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625, 637ff., 648ff. (1984); B. Sharon Byrd, *Wrongdoing and Attribution: Implications קוגלר "סרבנות מצפון כהגנה במשפט הפלילי" חירות המצפון והדת – אסופת מאמרים לזכרו של חמן פ' שלח 207, 213–215 (רות גביוון עורכת, 1990).*

15 ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 258–259.

בערכים החברתיים שלו, ובו־בזמן מעניק לעושה זכות והיתר משפטי לפעול, שהינם ה־a contrario לחובה האמורה.¹⁶

ב. הדין המצוי לגבי היסוד הנפשי של סייג מצדיק ושל סייג פוטר

כאמור, חוק העונשין אינו מבחין בין סייג מצדיק לבין סייג פוטר, ומגדיר כל סייג של הגנה עצמית, צורך או כורח כנורמה אחת. סעיף 34 לחוק מגדיר את ההגנה העצמית, ולפי לשונו היסוד הנפשי הוא כוונה ("כדי") להדוף תקיפה שאינה כדין. סעיף 34 יב מגדיר את הכורח, ולפיו מדובר בעשיית מעשה על-ידי אדם "נצטווה לעשותו תוך איום". מהמילה "נצטווה" ניתן לגזור לפחות מודעות בפועל לקיום התנאים של סייג הכורח.¹⁷ סעיף 34 יא, שמגדיר את הצורך, מנוסח באורח אובייקטיבי, ואין שום זכר ליסוד נפשי כלשהו. יש הסוברים, עקב כך, כי היסוד הנפשי אינו תנאי הכרחי להתגבשות הצורך.¹⁸ עם זאת, הגישה הרווחת בפסיקה ובספרות המשפטית דורשת לגבי כל הסייגים האמורים – ללא הבחנה בין סייג מצדיק לבין סייג פוטר – מודעות בפועל לתנאים האובייקטיביים של הסייג וכן מטרה להדוף את התקיפה (בהגנה עצמית) או לסכל את הסכנה ולהגן על הערך החברתי הנתון בסכנה (בצורך ובכורח).¹⁹

ג. הדין הרצוי לגבי היסוד הנפשי של סייג מצדיק ושל סייג פוטר

1. היסוד הנפשי של סייג מצדיק

(א) עצם הדרישה ליסוד נפשי

שיטות משפט אחדות, כגון המשפט האיטלקי, וכן מלומדים בשיטת המשפט הקונטיננטלית ובשיטת המשפט האנגלו-אמריקאי אינם דורשים יסוד נפשי כלשהו לצורך התגבשותו של סייג מצדיק.²⁰ לדירם, היסוד העובדתי של הסייג הינו לא רק תנאי הכרחי, אלא גם תנאי מספיק. הם

16 ראו Krennitzer & Ghanayim, לעיל ה"ש 3; MAURACH & ZIPF, לעיל ה"ש 4, בעמ' 347; Roxin, לעיל ה"ש 10, בעמ' 524–525; George P. Fletcher, *Should Intolerable Prison Conditions Generate a Justification or an Excuse for Escape?*, 26 UCLA L. REV. 1355 (1978–1979).

17 ראו פלר, לעיל ה"ש 8, פס' 479.

18 ראו פול ה' רובינסון "גניבת הפצצה – למהותן של הגנות ההצדק" עיוני משפט כב 65, 69 (1999).

19 ראו אלון הראל "בעיית המניע הכפול" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 227 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

20 על המשפט האיטלקי ראו Alfonso M. Stile, *Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldaußchluss im italienischen Strafrecht*, in RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG III 311, 330ff. (Albin Eser & Walter Perron Hrsg., 1991); Giorgio Marinucci, *Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht*, in RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG III 55, 58 (Albin Eser & Walter Perron Hrsg., 1991); Mario Romano, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im italienischen*

גורסים כי תפקידו של סייג מצדיק הוא אך שלילת האופי האנטי-חברתי של המעשה. את זאת הם מסיקים מהתבוננות על העברה: האנטי-חברתיות של העברה מורכבת מן היסוד העובדתי של העברה, ובאה לידי ביטוי בעשיית המעשה שפוגע בערך החברתי המוגן. היסוד הנפשי אינו תנאי הכרחי להתגבשות האנטי-חברתיות של העברה, אלא שייך ליסוד האשמה. מכיוון שהמצב המקיים את האנטי-חברתיות של העברה הינו אובייקטיבי בלבד (היסוד העובדתי של העברה), ומכיוון שהיסוד העובדתי של הסייג המצדיק שולל את אופיו האנטי-חברתי של המעשה שנעשה במסגרת סייג כזה – די בכך.

לשם המחשה הם מביאים את המקרה הבא: בדירתו של א יש דליפת גז, ועקב כך קיימת סבירות גבוהה מאוד לפריצת שרפה או למותם של האנשים שנמצאים בבית משאיפת הגז. ב, יריבו של א, אשר רצה לפגוע בו ולא היה מודע כלל לדליפת הגז, זרק אבנים על חלון דירתו של א ושבר אותו. עקב שבירת החלון דלף הגז אל מחוץ לדירה, והדבר מנע את שרפת הבית או את מותם של האנשים בו. נטען כי במקרה זה שבירת החלון – קרי, ההיזק לרכוש – מקובלת על החברה ומוצדקת, ואין נפקא מינה אם העושה היה מודע לכך שמעשהו מסכל סכנות חמורות אם לאו.²¹ עוד נטען כי צד שלישי אינו יכול להעריך ולדעת בוודאות כי קיימת סכנה. אם רוצים לעודד אנשים לעשות מעשים שמסכלים סכנות המאיימות על ערכים חברתיים, אין לדרוש יסוד נפשי כלשהו; מספיק שהמעשה מסכל מבחינה אובייקטיבית את הסכנות ומגן על הערכים החברתיים.²²

להלן מקרה נוסף הממחיש זאת: א עמד לתקוף את ב ולגרום למותו. ב, אשר לא היה מודע לכך, שלף את אקדחו והמית את א. בדיעבד התברר כי זה המעשה היחיד שהיה בו כדי להציל את חייו של ב. ניתן לומר כי תקיפתו של ב על-ידי א (התקיפה שנמנעה) הייתה עתידה להיות לא-כדין, ולפגוע הן באוטונומיה של ב והן בסדר החברתי-המשפטי, ולפיכך היה מקום למנוע אותה. מעשהו של ב היה בגדר התגוננות שלא פגעה לא-כדין בזכות כלשהי של א, אלא נהפוך

Strafrecht, in RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG III 117, 121–122 (Albin Eser & Walter Perron Hrsg., 1991). על גישת המיעוט במשפט הספרדי ראו Walter Perron, *RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG IM DEUTSCHEN UND SPANISCHEN RECHT* 183f. (1988). הגישה הרווחת במשפט האוסטרי עד שנות החמישים צידדה בתורת האנטי-חברתיות האובייקטיבית, שלפיה סייג מצדיק אינו דורש יסוד נפשי כלשהו. ראו Otto Triffterer, *ÖSTERREICHISCHES STRAFRECHT – ALLGEMEINER TEIL* 207–208 (2. Aufl. 1994). למשפט השוודי ראו Nils Jareborg, *ESSAYS IN CRIMINAL LAW* 17, n. 13 (1988). למשפט הגרמני ראו Günter Spedel, *in STGB LEIPZIGER KOMMENTAR* § 32, para. 138 (11. Aufl. 1992). למשפט האנגלו-אמריקאי ראו Paul H. Robinson, *Competing Theories of Justification: Deeds v. Reasons, in HARM AND CULPABILITY* 45 (A.P. Simester & A.T.H. Smith eds., 1996).

21 Günter Spedel, *Notwehr und 'Verteidigungswille', objektiver Zweck und subjektive Absicht, in FESTSCHRIFT FÜR DIETRICH OEHLER* 197ff. (1985); Günter Spedel, *Gegen den 'Verteidigungswillen' als Notwehrfordernis, in FESTSCHRIFT FÜR PAUL BOCKELMANN* 245ff. (1979); Paul H. Robinson, *A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*, 23 *UCLA L. REV.* 266, 284–287 (1975).

22 ראו Spedel, *לעיל ה"ש* 20, ס' 32, פס' 144.

הוא – מעשהו של ב היה בגדר מעשה המגן על האוטונומיה ועל הסדר החברתי-המשפטי. במקרה זה יש לומר כי לא נגרם נזק פלילי, או לחלופין, שהנזק החברתי שנגרם אינו לא־כדין, ולכן מעשהו של ב אינו רלוונטי למשפט הפלילי.²³

טיעון זה כבר הוצע על־ידי Lord Macaulay, שגרס כי ניתן לדרוש יסוד נפשי ולהתחקות אחריו רק כאשר נעשה מעשה אנטי־חברתי ופסול, ואילו כאשר נעשה מעשה ראוי שרצוי לעשותו, אין לדרוש יסוד נפשי כלשהו או להתחקות אחריו.²⁴

לחזוק גישה זו מביאים פעמים רבות את עמדת ה־Model Penal Code האמריקאי. בשיטה האנגלו־אמריקאית התקיים ויכוח אם סייג מצדיק כולל בתוכו הן יסודות אובייקטיביים הן יסודות נפשיים, והתפתחו שתי גישות שונות בדבר מהותו של סייג מצדיק. גישה אחת אימצה תיאוריה אובייקטיבית (the deeds theory), שלפיה סייג מצדיק מורכב מתנאים או בייקטיביים בלבד, ואילו הגישה האחרת אימצה תיאוריה סובייקטיבית (the reasons theory), שלפיה סייג מצדיק מורכב מתנאים נפשיים בלבד,²⁵ קרי, סייג מצדיק נבחן לאור מצב הדברים כפי שהעושה עצמו האמין ודימה. מאחר שה־Model Penal Code הציג את התיאוריה האובייקטיבית כמקובלת, ולפיה אין דרישה ליסוד נפשי כלשהו לשם התגבשותו של סייג מצדיק, סייג מצדיק מורכב מיסודות אובייקטיביים בלבד.²⁶

דעתי היא שסייג מצדיק מורכב הן מיסוד עובדתי הן מיסוד נפשי. הדוקטרינה שלפיה האנטי־חברתיות של העברה מורכבת מהיסוד העובדתי שלה בלבד, ואילו היסוד הנפשי שייך

23 ראו גם Robinson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 289–290.

24 ראו את הדברים הבאים מתוך Lady Macaulay, THE WORKS OF LORD MACAULAY, vol. 7, 552–554 (Trevelyan ed., 1866).
 “When an act is : 268 בעמ' 21, לעיל ה"ש 21, בעמ' 268
 of such a description that it would be better that it should not be done, it is quite proper to look at the motives and intentions of the doer, for the purpose of deciding whether he shall be punished or not. But when an act which is really useful to society, an act of a sort which it is desirable to encourage, has been done, it is absurd to inquire into the motives of the doer, for the purpose of punishing him if it shall appear that his motives were bad. If A kills Z it is proper to inquire whether the killing was malicious; for killing is *prima facie* a bad act. But if A saves Z's life, no tribunal inquires whether A did so from good feeling, or from malice to some person who was bound to pay Z an annuity; for it is better that human life should be saved from malice than not at all. If A sets on fire a quantity of cotton belonging to Z, it is proper to inquire whether A acted maliciously; for the destruction of valuable property by fire is *prima facie* a bad act. But if Z's cotton is burning, and A puts it out, no tribunal inquires whether A did so from good feeling, or from malice to some other dealer in cotton who, if Z's stock had been destroyed, would have been a great gainer; for the saving of valuable property from destruction is an act which it is desirable to encourage, and it is better that such property should be saved from bad motives than that it should be suffered to perish”

25 על התיאוריות השונות ראו גם Robinson, לעיל ה"ש 20, בעמ' 45; רובינסון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 67 ואילך.

26 יצוין כי תיאוריות אלה קשורות גם לשאלת ההפללה של “הניסיון הפְּשֵׁל”, כביטוי של ש"ז פלר. כפי שיפורט בהמשך, קיימת קרבה מסוימת בין הדרישה ליסוד נפשי של סייג לאחריות פלילית לבין הפללת “הניסיון הפְּשֵׁל”.

לאשמה בלבד ואינו קשור כלל לאנטי-חברתיות, אינה יכולה להתקבל. היסוד הנפשי של העברה הינו תנאי הכרחי להתגבשות האנטי-חברתיות של העברה, ומבטא גם את חומרת הפגיעה בסדר החברתי-המשפטי. כך, פגיעה בערך חברתי מוגן שנעשתה בכוונה הינה חמורה יותר מאשר אותה פגיעה שנעשתה באדישות, בקלות-דעת או ברשלנות. יתרה מזו, המשפט הפלילי מטפל בתופעות החמורות במיוחד, ואילו התופעות החמורות פחות מטופלות באמצעות המשפט האזרחי והמשפט המנהלי. כך, בעוד פגיעה מסוימת שנעשתה במחשבה פלילית מהווה עברה פלילית, כגון היזק לרכוש, אותה פגיעה שנעשתה ברשלנות אינה מהווה עברה פלילית. עולה כי ליסוד הנפשי של העושה יש השפעה על חומרת הפגיעה בסדר החברתי-המשפטי. מכאן שהיסוד הנפשי הינו תנאי הכרחי להתגבשות האנטי-חברתיות גם גישת הציודק שנקשרה אליה אינה יכולה להתקבל.²⁷

זאת ועוד, תורת האנטי-חברתיות האובייקטיבית מתחשבת רק בפגיעה בערך החברתי המוגן,²⁸ כלומר, ביסוד העברה עומדת התרחשותו של מצב מסוים – למשל, מותו של אדם בעברת המתה או פגיעה באוטונומיה של אדם על גופו בעברת תקיפה. עמדה זו אינה מקובלת בדיני העונשין, שלפיהם התרחשותו של מצב מסוים, כגון מותו של אדם או פגיעה באוטונומיה שלו על גופו, הינה אסורה רק כאשר המצב נגרם על-ידי התנהגות אנושית. האנטי-חברתיות של העברה מורכבת הן מן האנטי-חברתיות של המעשה האנושי והן מן האנטי-חברתיות של הפגיעה בערך החברתי המוגן, שמתקיימת בכל עברה פלילית, לרבות עברה התנהגותית. המצב שבו אין פגיעה אנטי-חברתית בערך חברתי עשוי להוליד ניסיון בלתי-צליח. לפיכך שיטת משפט דוגמת זו האיטלקית, שבה תורת האנטי-חברתיות האובייקטיבית ישימה,²⁹ "הניסיון הפְּשֵׁל" אינו תופעה אנטי-חברתית בת-עונשין. כך, למשל, אם נעשתה פגיעה בגווייה תוך סברה מוטעית שמדובר באדם חי, לא התרחש (אליבא דשיטת משפט זו) המצב האסור, ועל-כן המעשה, במובנו הרחב, אינו אסור. אולם בשיטה משפטית דוגמת זו הישראלית, שמגדירה את הניסיון הבלתי-צליח כתופעה אנטי-חברתית בת-עונשין,³⁰ אי-התרחשותו של המצב האסור אינה תנאי מספיק לשלילת האנטי-חברתיות של המעשה.³¹

27 ראו גם ROXIN, לעיל ה"ש 10, בעמ' 519 ואילך; MAURACH & ZIPF, לעיל ה"ש 4, בעמ' 348; Wolfgang Frisch, *Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss im deutschen Strafrecht*, in RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG III 217, 232ff. (Albin Eser & Walter Perron Hrsg., 1991).

28 מכיוון שכל עברה פלילית נועדה להגן על ערך חברתי, מצב זה קיים בכל עברה פלילית – הן עברה התנהגותית הן עברה תוצאתית.

29 ס' 59 (א) לקוד הפלילי האיטלקי. ראו Manfred Maiwald, *Über taugliche, untaugliche und grob unverständige Versuche. Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*, in GRUNDFRAGEN DES STRAFRECHTS, RECHTSPHILOSOPHIE UND DIE REFORM DER JURISTENAUSBILDUNG 159, 178 (Heinz Koriath u.a. Hrsg., 2010). ראו גם את גישתו העקבית של Günter Spindel, *Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie*, in FESTSCHRIFT FÜR ULRICH STOCK 89 (1966), שלפיה הניסיון הבלתי-צליח אינו עניש.

30 ראו ס' 26 לחוק העונשין הישראלי.

31 ראו גם ROXIN, לעיל ה"ש 10, בעמ' 519 ואילך; Frisch, לעיל ה"ש 27, בעמ' 231.

(ב) השלכת תפקידם של דיני העונשין על דרישת היסוד הנפשי

לדעתי, תפקידם של דיני העונשין מחייב את הדרישה ליסוד הנפשי של מודעות בפועל. תפקידו של סייג מצדיק מתבטא בשלילת האופי האנטי-חברתי והפסול של המעשה במובנו הרחב. כאשר העושה לא היה מודע בפועל לאופיו המוצדק של המעשה, אי-אפשר לומר כלל כי המעשה מקיים את תפקידם של דיני העונשין; נהפוך הוא – העושה ביקש לעשות מעשה אנטי-חברתי ואסור, ועל-כן מעשה כזה פוגע בתפקידם של דיני העונשין.³² קיומם של היסודות האובייקטיביים של הסייג כאשר העושה לא היה מודע להם הינו בגדר תופעה מקרית מבחינת העושה. אם נסתפק בהתקיימות התנאים האובייקטיביים בלבד של הסייג, ונתייחס למעשה שנעשה מכוחו – ואשר קיים את כל יסודותיה של עברה (העובדתי והנפשי) – כאל מעשה שהוא מקובל על החברה או לפחות בלתי-ענישי, אזי תהא בכך פגיעה משמעותית באמון הציבור בסדר החברתי-המשפטי ובנפקותם של האיסורים העונשיים. הרי במקרה מעין זה הוכיח העושה כי הוא בעל פוטנציאל עברייני, והתקיימותם של היסודות האובייקטיביים בלבד של הסייג הינה תולדה של מקריות ("מזל מוסרי"). מבחינה זו אין הבדל בין עושה שפעל רק בהתקיים התנאים האובייקטיביים של הסייג ולא היה מודע להם לבין עושה שפעל במצב שבו אין כלל תנאים של הסייג.³³ יפים כאן דבריו של Hogan, שלפיהם "It seems to me absurd to say that I may *justify* or *excuse* my conduct, however callous it was in the circumstances known to me at the time, by showing that there existed other circumstances which, had I put them known of them, would have justified or excused my conduct"³⁴ לפיכך קיום תפקידם של דיני העונשין במובן של חיזוק אמון הציבור בסדר החברתי-המשפטי מחייב את הדרישה ליסוד נפשי של מודעות בפועל כתנאי להתהוותו של סייג מצדיק.³⁵

32 כאמור, ענייננו במצב שבו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של העברה התקיימו במלואם, ומכאן הפגיעה בסדר החברתי-המשפטי. יתרה מזו, אמונת העושה מתייחסת כאן למצב עובדתי אובייקטיבי. אין מדובר במצב שבו העושה עשה מעשה בסוכרו בטעות כי הוא אסור ונופל בגדר עברה פלילית, בעוד לאמיתו של דבר אין כלל איסור פלילי לגבי המעשה – מצב שהינו בגדר עברה היפותטית ובלתי-ענישה; במקרה זה, אף שהעושה ביקש לעשות מעשה אנטי-חברתי ואסור, אין בכך משום פגיעה בסדר החברתי-המשפטי ובתפקידם של דיני העונשין, שכן אין כלל איסור פלילי (עקרון החוקיות) שהפרתו מהווה פגיעה בתפקידם של דיני העונשין ובסדר החברתי-המשפטי.

33 ראו גם Michael Corrado, *Criminal Law: Notes on the Structure of a Theory of Excuses*, 82 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 465, 489 (1991).

34 Brian Hogan, *The Dadson Principle*, 1989 CRIM. L. REV. 679, 680.

35 ראו גם מרדכי קרמניצר "סוגיות בדין הניסיון הפלילי מנקודת-ראות השוואתית" *עיוני משפט יב* HANS JOACHIM HIRSCH, STGB LEIPZIGER KOMMENTAR Vorbem. § ; (1987) 400–399, 393 32, para. 51 (11. Aufl. 1994); GEROGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 562, 576f. (1978); George P. Fletcher, *The Right Deed for the Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson*, 23 UCLA L. REV. 293, 296 (1975); J.C. SMITH, JUSTIFICATION AND EXCUSE IN THE CRIMINAL LAW 31 (1989); Alan Brudner, *Constitutionalizing Self-Defence*, 61 U. TORONTO L.J. 867, 891 (2001); B. Sharon Byrd, *Putative Self-Defense and Rules of Imputation in Defense of the Battered Woman*, 2 JAHRBUCH FÜR RECHT UND ETHIK 283, 291

נוסף על כך, מעשה שנעשה בתנאים של סייג מצדיק הינו בבחינת המעשה הנכון והרצוי לעשותו בנסיבות העניין. סייג מצדיק הינו כלל התנהגותי, קרי, כלל שנועד לעודד את הרבים לעשיית מעשה כזה. ברור כי ניתן לעודד את הרבים לעשיית מעשה נכון שרצוי לעשותו בנסיבות העניין רק כאשר האנשים מודעים לאופיו של המעשה. זאת, במיוחד כאשר המעשה הנדון הינו בדרך-כלל אנטי-חברתי ואסור. לפיכך עידוד האנשים לעשיית מעשה מוצדק מחייב דווקא את הדרישה למודעות בפועל לאופיו של המעשה.³⁶ מודעות בפועל הינה אפוא תנאי הכרחי להתגבשות היסוד הנפשי של סייג מצדיק. יתרה מזו, סייגים מצדיקים נועדו להצדיק עשיית מעשה שפוגע בערך חברתי מוגן, קרי, להצדיק את הפרת האיסורים העונשיים. כדבריו של פלטר, "justified conduct is harmful in the sense that harm typically associated with the Definition [of the offence] has occurred... Yet there are good reasons for inflicting that harm"³⁷ ועל-כן יש הכרח במודעות לכך. הרשלנות כמודעות בלעדית אינה יכולה להיות יסוד נפשי של סייג מצדיק, אשר נועד כאמור להצדיק את הפרת האיסורים העונשיים.³⁸ קיימת הקבלה מסוימת³⁹ בין הדרישה ליסוד נפשי של העברה לבין הדרישה ליסוד נפשי של סייג מצדיק.⁴⁰ על-כן, מכיוון שהיסוד הנפשי הרגיל של העברה הינו מחשבה פלילית (ובעיקר מודעות בפועל), יוצא כי מודעות בפועל הינה תנאי הכרחי להתגבשות היסוד הנפשי של סייג מצדיק. הרשלנות, כיסוד נפשי חריג של העברה, אינה באה בחשבון כיסוד נפשי של הסייג. להמחשת מסקנה זו טלו את המצב של הגנה עצמית. הגנה עצמית נועדה להגן גם על הסדר החברתי-המשפטי, במובן שהעושה עשה מעשה ראוי ונכון מבחינה חברתית-משפטית, וכי הוא עושה מעשה שרשויות השלטון היו אמורות לעשות, והינו בגדר שוטר מחליף שפועל לטובת החברה. מכאן שהצדקת המעשה מחייבת את הדרישה שהעושה היה מודע לטיבו הראוי והרצוי של המעשה. נוסף על כך, צורך מצדיק וכורח מצדיק מבוססים על תועלת חברתית, ונועדו לקיים את תפקידם של דיני העונשין ולהגן על הסדר החברתי-המשפטי, כך שמעשה שנעשה בתנאים אלה הוא בבחינת המעשה הנכון שראוי לעשותו בנסיבות העניין, וזאת רק כאשר העושה מודע לאופיו הראוי של המעשה; עושה שפועל מתוך יסוד נפשי של פגיעה אסורה

(1994); Anthony M. Dillof, *Unraveling Unknowing Justification*, 77 NOTRE DAME L. REV. 1547, 1586 (2002); ש"ז פלר "ה'צורך' Stricto Sensu כמצב השולל את פליליות המעשה" **משפטים** ד 5, 15-16 (1972); פלר, לעיל ה"ש 8, פס' 511, 548-549; סנג'רו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 264-265; ע"פ 94/52 אשוואל נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו 1116, 1120 ואילך (1952); ע"פ 319/71 אחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 309, 316 (1972).

36 ראו גם HIRSCH, לעיל ה"ש 35, הערה 32, פס' a51, Corrado, לעיל ה"ש 33, בעמ' 489, Hogan, לעיל ה"ש 34, בעמ' 679.

37 Fletcher, לעיל ה"ש 35, בעמ' 320.

38 ראו גם מרדכי קרמניצר "על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" **משפטים** כד 71 (1994).

39 ההקבלה בין היסוד הנפשי של העברה לבין היסוד הנפשי של הסייג אינה מלאה, שכן היסוד הנפשי של הסייג אינו שולל את האנטי-חברתיות של העברה הנובעת מן היסוד הנפשי של העברה.

40 ראו גם Lenckner, לעיל ה"ש 10, הערות לס' 32 ואילך, פס' 13.

בערך חברתי מוגן אינו עושה שפועל לשם קיום תפקידם של דיני העונשין והגנה על הסדר החברתי-המשפטי. מכאן הדרישה למודעות בפועל בסייגים מצדיקים.

כריסטופר דוחה אף הוא את התיאוריה האובייקטיבית, אשר מסתפקת ביסודות האובייקטיביים בלבד ואינה דורשת יסודות נפשיים כלשהם של הסייג המצדיק, וטוען כי היא כוללת בתוכה סתירה פנימית ומגיעה לאבסורד.⁴¹ כריסטופר מביא דוגמה דומה לזו שאוזכרה לעיל, שלפיה א יורה על ב במטרה לגרום למותו, כאשר א אינו מודע לכך ש-ב עמד לירות בו ולגרום למותו, ומתברר כי מעשהו זה של א הינו המעשה היחיד שהיה בו כדי להציל את חייו מפני הירי של ב. לפי התיאוריה האובייקטיבית, מעשהו של א מוצדק. כריסטופר שואל: האם מעשה הירי המתוכנן של ב (שנהרג בטרם עשה את מעשה הירי) אינו מוצדק בהינתן ש-א עמד לירות בו ולגרום למותו? אמנם ב לא ירה, ועל-כן אין כאן מעשה הגנה, אולם מה יהיה הדין אילו ב היה יכול לעשות את המעשה ולהציל את חייו ב-זמנית עם עשיית המעשה של א?⁴² אימוץ עקרון Dadson,⁴³ שלפיו היסוד הנפשי הינו תנאי הכרחי בסייג מצדיק, משמעו ששני המעשים – הן של א הן של ב – אינם מוצדקים. לעומת זאת, דחיית עקרון Dadson ואימוץ התיאוריה האובייקטיבית משמעם ששני המעשים מוצדקים; אולם כאשר מעשה הינו מוצדק, ההתנגדות לאותו מעשה הינה בלתי-מוצדקת, וכך יוצא שהמעשים של א ושל ב הם ב-זמנית מוצדקים ובלתי-מוצדקים, וזוהי תוצאה אבסורדית.

לדעתי, אין ממש בטענותיו של כריסטופר, וניתן אף לומר כי גישה זו מבוססת על הנחות לא-נכונות. תחילה יש לומר כי כאשר א יורה על ב וגורם למותו, ומתברר בדיעבד כי ב עמד לירות ב-א ולגרום למותו וכי מעשהו של א הינו המעשה היחיד שהיה בו כדי להציל את חייו של א מפני מעשה הירי של ב, מעשהו של א יכול להיות מבחינה אובייקטיבית מעשה ההגנה היחיד על חיי אדם. לעומת זאת, מעשהו של ב אמור להיעשות אחרי מעשהו של א, ומכאן שמעשהו של ב אינו יכול להיות מעשה הגנה על חייו של ב מפני מעשה הירי של א שנעשה לפני כן. מכיוון שמעשהו של ב אמור להיעשות אחרי מעשהו של א, הוא אינו בגדר הדיפת תקיפה עתידית מנקודת-הראות של מועד עשיית מעשהו של ב. אמנם, מבחינה אובייקטיבית חייו של ב נמצאים תחת מתקפה מצידו של א, אולם ברור כאמור כי ב יפגע לפני שיעשה את מעשה הירי, ולכן מעשהו של ב אינו מעשה הגנה. מכאן שמבחינה אובייקטיבית יש מקום למעשה הגנה אחד בלבד, ואילו המעשה האחר הינו בגדר מעשה תקיפה – אשר לא נעשה ולא ייעשה משום שהוא אמור להיעשות אחרי מותו של העושה!!! אין גם אפשרות מעשית ששני מעשים ייפלו ב-זמנית בגדר מעשי הגנה. כלומר, אי-אפשר לומר כי אילו נעשו שני המעשים ב-זמנית, אזי כל אחד מהם היה בגדר מעשה שמגן על חיי עושהו. כאשר א יורה על ב, ובר-זמנית ב יורה על א, יש לומר כי מעשהו של א גורם למותו של ב, וגם מעשהו של ב גורם למותו של א, ואין כלל אפשרות שאחד המעשים או שניהם הינם בגדר מעשה הגנה. במקרה זה שני

41 ראו Russell L. Christopher, *Unknowing Justification and the Logical Necessity of the Dadson Principle in Self-Defence*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD. 229 (1995)

42 שם, בעמ' 239 ו-240.

43 ראו Dadson (1850) 4 Cox CC 358.

המעשים הינם לא-כדין וגורמים למותו של היריב. לפיכך מעשה הגנה יכול לבוא בחשבון רק כאשר מעשה אחד נעשה לפני המעשה האחר, כך שהמעשה הראשון הינו אובייקטיבית מעשה מגן ואילו המעשה השני לא נעשה ולא יכול להיעשות משום שהעושה כבר נפגע.

(ג) השלכת מיקומו של הסייג המצדיק במבנה העברה על הדרישה ליסוד נפשי

לפי תורת הרכיבים השליליים ביסוד העובדתי של העברה, אי-קיומו של סייג מצדיק הינו נסיבה (רכיב שלילי) ביסוד העובדתי שלה.⁴⁴ השאלה היא מהן השלכותיה של תיאוריה זו על עצם הדרישה ליסוד הנפשי של סייג מצדיק ועל טיבו של יסוד זה.

סג'רו מציג את גישתו של רובינסון,⁴⁵ באומרו כי "לפי הגישה שאינה מבחינה הבחנה מהותית בין העבירה לבין הצידוק, אין לדרוש יסוד נפשי כלשהו לצורך התגבשות הצידוק, ודי בנסיבות המצדיקות האובייקטיביות כשלעצמן. שהרי, התקיימות הנסיבות המצדיקות כמוה כאי-התקיימות יסוד עובדתי שבעבירה".⁴⁶

יש לחלוק על גישה זו. על-פי תפיסתי, אימוץ התורה שלפיה אי-קיומו של סייג מצדיק הינו רכיב (שלילי) ביסוד העובדתי של העברה מחייב – נוסף על הדרישה לקיום התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק – גם את הדרישה למודעות בפועל, וזאת כמתחייב מעקרון-היסוד במשפט הפלילי שלפיו היסוד הנפשי הרגיל של העברה הוא מחשבה פלילית, ובענייננו מודעות בפועל בהתאם לסעיף 20(א) לחוק העונשין. מעשה מסוים יהיה מוצדק (יתקיימו כל התנאים של סייג מצדיק) רק כאשר התנאים האובייקטיביים של הסייג יתקיימו ועקב כך לא יתקיים הרכיב הנסיבתי של היסוד העובדתי של העברה (ואז אין מקום לייחס לעושה עברה מושלמת) והעושה היה מודע לקיומו של הסייג המצדיק (ואז אין מקום לייחס לעושה ניסיון בלתי-צליח ועניש).

כפי שהבהרתי לעיל – על-ידי השוואה לשיטת המשפט האיטלקית – התפיסה לעיל אפשרית רק בשיטה משפטית שבה הניסיון הבלתי-צליח אינו עניש. לפי שיטה זו, מעשה, במובנו הרחב, שאינו מקיים רכיב ביסוד העובדתי של העברה, אינו אסור – הן מבחינת העברה המושלמת, בשל אי-קיום היסוד העובדתי של העברה, הן מבחינת הניסיון, שכן הניסיון הבלתי-צליח אינו בגדר תופעה בת-עונשין. לפי שיטה זו, קיום יסודות אובייקטיביים השוללים רכיב נסיבתי ביסוד העובדתי של העברה די בו להביא לידי כך שהמעשה לא יהיה אסור. אולם בשיטה משפטית שמגדירה את הניסיון הבלתי-צליח כתופעה בת-עונשין, דוגמת השיטה הישראלית, מעשה שאינו מקיים רכיב נסיבתי ביסוד העובדתי של העברה עשוי לקיים ניסיון בלתי-צליח. כדי שמעשה כזה לא יהיה אסור כליל מבחינה פלילית (לא ייפול גם בגדר ניסיון בלתי-צליח בר-עונשין), הכרחי שהעושה יהיה מודע לקיומו של הסייג המצדיק. המסקנה היא

44 על תיאוריה זו והתומכים בה ראו בהרחבה גנאים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 350–353.

45 על גישתו של רובינסון ראו Robinson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 266; Robinson; לעיל ה"ש 20, בעמ' 45 ואילך; רובינסון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 65 ואילך.

46 סג'רו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 258.

שבעברה של מחשבה פלילית תנאי הכרחי לאי-הפללת המעשה על-ידי הניסיון הבלתי-צליח הוא לפחות מודעות של העושה לקיומו של הסייג.⁴⁷ אילו הטענה לעיל, שלפיה קיום היסודות האובייקטיביים של סייג מצדיק הינו גם תנאי הכרחי וגם תנאי מספיק לצורך התגבשות הסייג, הייתה נכונה – כלומר, אילו מעשה שנעשה בתנאים אלה היה מוצדק – אזי לא היה כלל מקום לייחס לעושה ניסיון פלילי. זאת, משום שמעשה מוצדק הינו מעשה שמקובל על החברה ואשר מקיים את תפקידם של דיני העונשין, וככזה אין הוא יכול להיות אסור – לא כעברה מושלמת ולא כניסיון בלתי-צליח ועניש.⁴⁸ לפיכך טענתו של רובינסון כי העושה "יזכה במקרה זה בהגנה מסוג הצדק אף-על-פי שבאותה עת לא היה מודע לכך שמעשהו מוצדק מבחינה אובייקטיבית... [ו]יכול עדיין להימצא אחראי לעבירת ניסיון"⁴⁹ אינה נכונה, וכוללת סתירה פנימית. אם המעשה מוצדק, אין הוא יכול להיות מושא לאיסור פלילי – לא לעברה מושלמת ולא לניסיון לאותה עברה. זאת ועוד, טענתו של רובינסון עומדת בסתירה להיגיון העומד ביסודם של הסייגים המצדיקים והניסיון הפלילי. אין חולק כי הניסיון הפלילי הינו תחילת הביצוע, קרי, השלב המקדמי להתגבשות העברה הפלילית, וכי כולו נמצא בתוך העברה המושלמת, קרי, הביצוע כולו. ניתן אמנם לטעון כי במקרה של ניסיון בלתי-צליח אין כלל אפשרות אובייקטיבית לעברה מושלמת – קרי, יש תחילת ביצוע אך לא ייתכן ביצוע מושלם – אולם על טענה זו יש להשיב כי ניסיון פלילי הינו תחילת ביצוע ואין נפקא מינה אם מדובר בניסיון צליח או בלתי-צליח. ההבחנה בין ניסיון צליח לבין ניסיון בלתי-צליח מתייחסת, לפחות בענייננו, לאפשרות המעשית להשלמת העברה. יתרה מזו, האנטי-חברתיות במעשה שמקיים את היסוד העובדתי של עברה מושלמת הינה חמורה יותר מהאנטי-חברתיות במעשה שמקיים את היסוד העובדתי של הניסיון הפלילי או לפחות שווה לה. מכאן, כאשר סייג שולל את האופי האנטי-חברתי של תופעה מסוימת (מעשה שמקיים את היסוד העובדתי של עברה מושלמת, שהוא הביצוע כולו), הכרחי שסייג זה ישלול גם את האופי האנטי-חברתי של החלק המקדמי של אותה תופעה (מעשה שנופל בגדר ניסיון לאותה עברה, שהינו תחילת הביצוע).⁵⁰ במילים אחרות, האנטי-חברתיות של מעשה ניסיון נמצאת כולה באנטי-חברתיות של מעשה של עברה מושלמת, ומכאן שכאשר אין במעשה המושלם אנטי-חברתיות, בהכרח אין גם במעשה הניסיון אנטי-חברתיות. יתרה מזו, כפי שיפורט בהמשך,⁵¹ קיום התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק שולל את האופי האנטי-חברתי של הפגיעה בערך החברתי המוגן, אך אינו שולל את האופי האנטי-חברתי של המעשה. האנטי-חברתיות של המעשה, כמרכיב של האנטי-חברתיות של העברה, נשללת רק כאשר התקיים גם היסוד הנפשי של הסייג.

47 ראו גם Roxin, לעיל ה"ש 10, בעמ' 519 ואילך.

48 וזו עמדתם העקבית של המצדדים בגישה זו, כגון המשפט האיטלקי ומלומדים אחרים – ראו את האסמכתאות לעיל בה"ש 20.

49 רובינסון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 70.

50 ראו גם (David Ormerod, Smith and Hogan's Criminal Law 44 (11th ed. 2005).

51 ראו להלן אחרי ה"ש 93.

אין היגיון גם באמירתו של רובינסון כי במקרה שבו התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק התקיימו והעושה לא היה מודע להם יש לשבח את המעשה ובר-בזמן לגנות את העושה.⁵² אמירה זו מוטעית, שכן הגיוני שמוטל על העושה הוא בגין המעשה האנטי-חברתי. המעשה האנטי-חברתי הוא מושא הגיוני לגינוי. כאשר המעשה אינו מגונה, אין על מה לגנות את העושה, וכאשר המעשה ראוי לשבח, כדבריו של רובינסון, גם העושה ראוי לשבח. במקרה של ניסיון בלתי-צליח הפגיעה האנטי-חברתית בערך המוגן אינה מתקיימת, אך מתקיימת ההתנהגות האנטי-חברתית, שהינה מושא הניסיון הפלילי.

אמנם, ניתן לומר כי כוונתו של רובינסון היא שאת המעשה יש להעריך מבחינה אובייקטיבית, כך שמעשה שמציל ערך חברתי חשוב יותר הינו מעשה מוצדק וחיובי וראוי לעשותו ואף לעודד את הרבים בעשייתו, ואילו את העושה יש להעריך על-פי המצב הנפשי שלו, קרי, על-פי מידת נכונותו להתנכר לערך החברתי. אולם אין לקבל עמדה משפטית זו, שכן, כפי שנאמר לעיל, מעשה שבמקרה הקונקרטי אינו פסול מבחינה אובייקטיבית יכול להוות יסוד לתופעה פלילית, קרי, לקיים את המעשה האנטי-חברתי והפלילי של ניסיון בלתי-צליח. יתרה מזו, דיני העונשין אינם דיני המחשבות בלבד, והיסוד הנפשי לבדו אינו מושא האחריות הפלילית. תנאי הכרחי לכל תופעה פלילית הוא קיומו של מעשה אנטי-חברתי ופסול. היסוד הנפשי לעולם אינו יכול לעמוד בפני עצמו. יתרה מזו, הגישה שהייתה מקובלת בעבר, שלפיה המחשבה הפלילית כיסוד הנפשי הרגיל של העבירה הינה מחשבה פלילית רעה (dolus malus), אינה מקובלת עוד, וכיום המחשבה הפלילית נחשבת ניטרלית ומקבלת את האנטי-חברתיות שלה מהשילוב עם היסוד העובדתי של העבירה.⁵³ את היסוד הנפשי של העבירה ושל הסייג בודקים בהתאם להשתלבותם עם היסוד העובדתי של העבירה ושל הסייג. מכאן שמושא האחריות אינו המחשבות הטובות או הרעות של העושה, אלא המעשים שלו. יפים כאן דבריו של אריסטו, שלפיהם "כיון שהסגולה הטובה שייכת לתחום הרגשות והמעשים, וכיון ששבח וגנאי נחלק לאותם הרגשות והמעשים שבאו לעולם מרצון בעליהם, ושנעשו שלא מרצונם זוכים לסליחה ולעתים גם לחמלה... שהרי הללו מענישים וגומלים רעה לכל עושי העוולה, אלא אם כן...לא היו אשמים בה; ואילו את עושי המעשים הנאים הם מכבדים – למען יעודדו את אלה וירתיעו את הללו".⁵⁴

המסקנה היא כי לפי הדוקטרינה שקובעת כי סייגים מצדיקים הינם רכיבים שליליים ביסוד העובדתי של העבירה יש הכרח גם בדרישת מודעות בפועל, וזאת כמתחייב מסעיף 20(א) לחוק העונשין.⁵⁵

52 רובינסון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 83.

53 על תיאוריית המחשבה הפלילית הרעה ודחייתה ראו גנאים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 346–349.

54 אריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס ספר ג, פרק א, 1110א, עמ' 57, וספר ג, פרק ה, 1113ב 23–

26, עמ' 68 (יוסף ג' ליבס מתרגם, הדפסה שנייה, תל-אביב, 1985) (ההדגשות הוספו).

55 ראו גם Ingeborg Puppe, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, in Festschrift für Walter Stree & Johannes Wessels 183, 188 (1993); Glanville Williams, *Offences and Defences*, 2 LEGAL STUD. 233 (1982). ראו לציין כי סנג'רו, שהעלה את הטענה לעיל, גורס כי גם אם

עם זאת, וכפי שכתבתי בהרחבה במקום אחר, סייגים מצדיקים אינם נופלים בגדר הרכיב הנסיבתי של היסוד העובדתי של העבירה. כלומר, אי-קיומם של סייגים מצדיקים אינו נסיבה ביסוד העובדתי של העבירה, אלא מהווה יסוד עצמאי במבנה העבירה.⁵⁶ מכאן שאי-אפשר להחיל בענייננו את הכלל המעוגן בסעיף 20(א) לחוק העונשין ולבסס עליו את הקביעה כי הדרישה לגבי סייג מצדיק היא מודעות בפועל.

(ד) טיבה של המודעות בפועל – רק מודעות מלאה⁵⁷ או גם מודעות חלקית?

כאמור לעיל, תפקידם של דיני העונשין מחייב את הדרישה למודעות בפועל. מה טיבה של המודעות כיסוד נפשי של סייג מצדיק? האם נדרשת מודעות מלאה בפועל או שמא ניתן להסתפק במודעות חלקית בפועל?

המודעות בפועל מתייחסת לתנאים האובייקטיביים של הסייג. טלו, למשל, מקרה שבו העושה חושד (להבדיל ממשוכנע) כי קיימת סכנה לבריאותו של פצוע בתאונת-דרכים, וכי הדרך היעילה להצלת בריאותו של הפצוע היא הסעתו ברכבו של הזולת ללא רשותו ובמהירות מופרזת, תוך גרימת סכנה מופשטת לבריאותם של נהגים אחרים. השאלה היא אם במצב זה התקיים היסוד הנפשי של צורך מצדיק.

תחילה יצוין כי הדוקטרינה של "עצימת עיניים" שבסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, שלפיה מודעות חלקית בפועל הינה תחליף למודעות מלאה בפועל, מתייחסת ליסוד הנפשי של העבירה, ולא לזה של הסייג.⁵⁸ לפיכך אין תחולה ישירה לדוקטרינה של "עצימת עיניים" על הסייג. אולם אפשר לטעון כי אם מחמירים עם העושה ומסתפקים במודעות חלקית בפועל להתגבשות היסוד הנפשי של העבירה, אזי הצדק וההגינות מחייבים הקלה מקבילה עם העושה בדרישות היסוד הנפשי של הסייג והסתפקות במודעות חלקית בפועל.⁵⁹ לפי עמדה זו, כאשר מתקיימים התנאים האובייקטיביים של הסייג ולעושה יש מודעות חלקית, יש להעניק לו את הסייג; אולם כאשר לא מתקיימים התנאים האובייקטיביים של הסייג, לזכותו של העושה לא

מאמצים את הגישה שלפיה סייגים מצדיקים הינם רכיבים שליליים (נסיבות) ביסוד העובדתי, יש מקום לייחס לעושה ניסיון בלתי-צליל ועניש אם הוא לא היה מודע לקיומו של הסייג.

56 ראו גנאים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 350–353.

57 המונח "מודעות מלאה" משמעו צפייה בדרגה של קרוב לוודאי (בדומה להלכת הצפיות).

58 אולם לפי תורת הרכיבים השליליים ביסוד העובדתי של העבירה, שלפיה סייג מצדיק הינו רכיב שלילי ביסוד העובדתי של העבירה, לא מתעוררת שום בעיה, ויש תחולה לדוקטרינה של "עצימת עיניים" לפי ס' 20(ג)(1). עושה שחושד כי הוא פועל בתנאים של סייג מצדיק הינו עושה שחושד כי הסייג אינו מתקיים, קרי, שהנסיבה (השלילית) אינה מתקיימת, ועל-כן היסוד הנפשי של העבירה מתקיים. חשד אינו בגדר טעות, ומכאן, בהתאם לתורת הרכיבים השליליים ביסוד העובדתי, הדרישה היא למודעות מלאה לקיומו של סייג מצדיק. ראו Günter Warda, *Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschliessender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände*, in Festschrift für Richard Lange 119, 127ff. (1976).
גם פלר, לעיל ה"ש 8, פס' 632–633.

59 ראו גם Gunther Arzt, *Falschaussage mit bedingtem Vorsatz: Bemerkungen zu Zweifeln des Täters an der Rechtfertigungslage oder am Tatbestandsausschluss*, in Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck 391, 397ff. (1985).

יעמדו לא הסייג הממשי ואף לא הסייג המדומה (שכן מקרה של חשד אינו מקרה של טעות, ואין מקום לטעות במצב דברים בהקשר של סייג מדומה).⁶⁰

ככלל, מודעות מלאה בפועל הינה תנאי הכרחי להתגבשות סייג מצדיק, והסתפקות במודעות חלקית בפועל לצורך התגבשותו של סייג מצדיק אינה מתיישבת דווקא עם עקרונות-היסוד שהדוקטרינה של חשד סובייקטיבי ("עצימת עיניים") מתבססת עליהם. כידוע, הדוקטרינה של "עצימת עיניים" גורסת כי כאשר העושה חושד – קרי, מודע באופן חלקי – שמעשהו עלול לפגוע בערך חברתי מוגן, ראשית-כל עליו לבדוק ולברר את העניין: אם הוא מגיע למסקנה שמעשהו אכן פוגע בערך החברתי, אזי יש לו מודעות מלאה לכך, ועליו להימנע מעשיית המעשה; אם הוא מגיע למסקנה שהמעשה אינו פוגע כלל בערך החברתי, אזי מותר לו לעשות את המעשה; ואילו אם לאחר הבדיקה התמונה נשארה בלתי-בהירה, כך שהמעשה אולי יפגע בערך חברתי מוגן, אזי על העושה להימנע מעשיית המעשה, למעט במקרים שבהם נקיטת המעשה הינה בגדר נטילת סיכון סביר או מוצדק. במבט ראשוני, הגנה על ערכים חברתיים – קרי, קיום תפקידם של דיני העונשין – אוסרת על העושה עשיית מעשה שעלול, על-פי חשדו, לפגוע בערך חברתי מוגן, כלומר, מעשה שעלול להיות אסור. כאשר העושה חושד כי מעשהו עשוי להיכלל בגדר סייג מצדיק – דהיינו, כאשר הוא חושב שמעשהו עשוי להיות מותר – משמעות הדבר היא שהוא חושד גם באפשרות ההפוכה, שלפיה מעשהו עלול להיות אסור.⁶¹ לשם קיום תפקידם של דיני העונשין – קרי, הגנה על ערכים חברתיים – יש להימנע מעשיית מעשה שעלול להיות אסור, למעט במקרה של נטילת סיכון סביר או מוצדק. אותו רעיון שעומד ביסוד החלתה של הדוקטרינה של חשד סובייקטיבי על היסוד הנפשי של העברה הוא ששולל אותה ביחס ליסוד הנפשי של סייג מצדיק, ולכן מודעות מלאה בפועל להתקיימות היסודות האובייקטיביים של סייג מצדיק הינה תנאי הכרחי להתגבשות הסייג.⁶²

עם זאת, ייתכנו מצבים שבהם ניתן להסתפק במודעות בפועל חלקית לשם התגבשותו של סייג מצדיק, וזאת כאשר העושה אינו יכול לברר את העניין.⁶³ טלו, למשל, מקרה שבו אדם איבד את הכרתו, ולא ברור – הן לנהג סביר, הן לעובר-אורח סביר והן לרופא סביר שאין בחזקתו המכשירים הרפואיים הדרושים לבדיקת מצבו של האדם – אם אותו אדם רק איבד את הכרתו או שמא נשקפת סכנה לחייו או סכנה חמורה לגופו. האם יש להתיר ולהצדיק שימוש ברכב ללא רשות או נהיגה במהירות מופרזת שיוצרת סכנה מופשטת, וזאת חרף קיומה של

60 ראו גנאים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 338.

61 ראו גם Warda, לעיל ה"ש 58, בעמ' 120; Franz Streng, *Das subjektive Rechtfertigungselement* ; 469, 471 (2007) *und sein Stellenwert*, in Festschrift für Harro Otto.

62 ראו גם Roxin, לעיל ה"ש 10, בעמ' 517; Günter Warda, *Schuld und Strafe beim Handeln mit* ; 499, 503ff. (1974); *bedingtem Unrechtsbewußtsein*, in Festschrift für Hans Welzel; Jürgen GÜNTER STRATENWERTH, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL 205 (4. Aufl. 2000); Jürgen Seier, *Strafrecht: Die unnötige Rettungsfahrt*, JuS 1986, 217, 220ff.

63 במצבים רבים של סייג אילוף לאחריית פלילית, כגון הגנה עצמית, צורך או כורח, העושה נדרש לפעול מייד, כלומר, אין לו הזמן הנדרש כדי לברר את העניין. במקרים אלה אין לדרוש בדיקה, ויש להתיר לעושה לפעול בהתאם לדרישות הסיכון הסביר והסיכון המוצדק.

מודעות חלקית בלבד לסכנה? כאן יש להיעזר בדוקטרינה של הסיכון המוצדק,⁶⁴ ואז ניתן להסתפק במודעות חלקית בפועל.⁶⁵ אם כן, המסקנה היא כי ככלל יש לדרוש מודעות מלאה להתקיימות הרכיבים האובייקטיביים של סייג מצדיק, אם כי במקרים חריגים ניתן להסתפק במודעות חלקית, כאשר מדובר בנטילת סיכון סביר (או מוצדק).

(ה) האם דרוש יסוד נפשי מיוחד, כגון מטרה?

האם נוסף על הדרישה למודעותו של העושה יש הכרח בדרישה ליסוד נפשי מיוחד, כגון מטרה, או שמא מודעותו של העושה הינה תנאי הכרחי וגם מספיק להתגבשות היסוד הנפשי של סייג מצדיק?

סנג'רו, אשר דן בדרישת המטרה כיסוד נפשי מיוחד של הגנה עצמית מצדיקה, קובע כי "אפשרות מעניינת נוספת – שלא הועלתה בספרות – היא להסתפק במודעות העושה לכך שבמעשהו יגן קרוב לוודאי על האובייקט הפיזי המותקף מפני התוקף. זאת, בדומה להלכת הצפיות, שלפיה רואים בצפיית העושה כי קרוב לוודאי שתתרחש התוצאה הנדרשת בהגדרת העבירה (או שיתממש היעד הנזכר בה) תחליף מהותי לכוונה לגרום לאותה תוצאה (או למטרה להשיג היעד). גישה כזו, המבוססת על שקילות ערכית בין מודעות לקיומה של ודאות מעשית לבין שאיפה, תצמצם עוד יותר (ולמעשה כמעט ותאיין לחלוטין) את ההבדל שבין דרישה של מטרה להגן לבין הסתפקות במודעות לנסיבות המצדיקות".⁶⁶ ראוי לציין כי לפי סנג'רו, סייג מצדיק מעניק למעשה אופי חיובי לא רק מבחינה חברתית-משפטית, אלא גם מבחינה מוסרית.⁶⁷

יש לחלוק על קביעה זו. ראשית, הלכת הצפיות, בהתאם לסעיף 20(ב) לחוק העונשין, הינה תחליף למטרה של התרחשות התוצאה, ולפי הגישה המקובלת, היא יכולה להיות תחליף גם למטרה של השגת יעד עתידי בעברה התנהגותית.⁶⁸ האנטי-חברתיות של העברה היא הפגיעה הפסולה בערך החברתי המוגן. הלכת הצפיות הינה תחליף למטרה כיסוד נפשי של העברה, משום שעושה שיש לו מודעות בדרגה של קרוב לוודאי שמעשהו יגרום להתרחשות התוצאה או להשגת יעד עתידי (קרי, פגיעה בערך החברתי המוגן על-ידי מעשהו) הינו עושה שבוחר לפגוע קרוב לוודאי בערך החברתי המוגן, וכך בתפקידם של דיני העונשין. מבחינתו של העושה הפגיעה בערך החברתי הינה ודאית, ולכן מנקודת-הראות של הגנה על הערכים החברתיים ותפקידם של דיני העונשין קיימת שקילות ערכית בין הכוונה לפגיעה בערך המוגן

64 הסיכון המוצדק משמעו שהתועלת בנקיטת המעשה רבה מהסיכון הכרוך במעשה.

65 כאן ניתן להיעזר בדוקטרינה של נטילת סיכון סביר בהתאם לס' 20(ג)2 לחוק העונשין.

66 סנג'רו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 274–275.

67 שם, בעמ' 258–259.

68 על תחולתה של הלכת הצפיות כתחליף למטרה בעברה התנהגותית ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996); רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554 (2005).

לבין המודעות בדרגה של קרוב לוודאי לפגיעה בערך המוגן.⁶⁹ אולם שקילות ערכית זו מתייחסת רק לאנטי-חברתיות של התופעה, ולא לאנטי-מוסריות שלה. נוסף על כך, המוסריות של התופעה מתחשבת בהכרח במניעים של העושה – כגון שנאה, קנאה, אהבה ועוד – שכלל אינם רלוונטיים לאנטי-חברתיות של העברה, אם כי יכולים להשפיע על אשמת העושה ולהוות שיקול בהחלטה על חומרת הענישה.⁷⁰ טלו, למשל, את המקרה של המתת-חסד אקטיבית ואסורה שבמסגרתה העושה מודע בוודאות למותו של הקורבן, קרי, לפגיעה בחיים. האנטי-חברתיות במקרה זה – קרי, הפגיעה הוודאית בערך החברתי המוגן – הינה חמורה מאוד; אך אשמת העושה – קרי, מידת היותו ראוי לגינוי – פחותה מאוד. אי-אפשר לגרוס כי האנטי-מוסריות של המתת-החסד חמורה כמו זו של המתה "רגילה". מכאן שהלכת הצפיות הינה תחליף לכוונה בכל הקשור לאנטי-חברתיות של העברה, אך לא לאנטי-מוסריות של העברה. לפיכך, כאשר פונים אל הסייג המצדיק וגורסים כי ההצדקה של הפגיעה בערך החברתי המוגן צריכה להיות מוסרית, כגישת סנג'רו, הלכת הצפיות אינה תחליף למטרה.

שנית, יש לחלוק על הטענה כי הלכת הצפיות כמעט תאפס את ההבדל בין דרישת המודעות לבדה לבין דרישת המודעות בתוספת דרישת המטרה, שכן בכל הנוגע במרכיב של הדיפת התקיפה וסיכול הסכנה בהגנה עצמית, אין דרישה למודעות מלאה, ודי בכך שהעושה מודע כי מעשהו עשוי להרוף את התקיפה. כלומר, ייתכנו מקרים רבים שבהם לעושה יש מודעות מלאה להתקיימות היסודות האובייקטיביים של הסייג אך אין לו מודעות מלאה לכך שמעשהו יגן קרוב לוודאי על הערך החברתי הנתון בסכנה, ועדיין יחול עליו הסייג המצדיק. טלו, למשל, בהקשר של הגנה עצמית, מקרה שבו התוקף עומד להמית את הנתקף, הדרך היחידה לסיכול הסכנה היא על-ידי המתת התוקף בירי, הנתקף אינו מיומן היטב בירי, והוא יודע שהירי אולי יסכל את הסכנה. במקרה כזה יש לנתקף מודעות מלאה לקיום התנאים האובייקטיביים של הגנה עצמית, לרבות נחיצות הירי, אך אין לו מודעות בדרגה של קרוב לוודאי שמעשהו אכן יגן על חייו. המודעות המלאה לתנאים האובייקטיביים של הסייג אינה כוללת בחובה תמיד את המודעות בדרגה של קרוב לוודאי להגנה על הערך החברתי הנתון בסכנה. יתרה מזו, הדיפת התקיפה וסיכול הסכנה שנשקפת לערך המוגן הינה יעד עתידי מנקודת-הראות של ההתנהגות, ולכך יש לעושה (בדרך-כלל) רק מודעות חלקית.

מכאן שדרישת המודעות בדרגה של קרוב לוודאי להצלת הערך החברתי המוגן – קרי, לסיכול הסכנה – אינה מייתרת את דרישת המטרה, אם אכן יש לדרוש מטרה.

(1) טענות בעד דרישה נוספת של מטרה

בטרם אדון בדרישת המטרה ביסוד הנפשי של הסייג, אציג בקצרה מתי המשפט דורש – או לפחות יכול לדרוש – יסוד נפשי מיוחד של מטרה ביסוד הנפשי של העברה.

69 ראו Mordechai Kremnitzer, *Comment [on Moore's Intention and Mens Rea]*, in ISSUES IN CONTEMPORARY LEGAL PHILOSOPHY: THE INFLUENCE OF H.L.A. HART 277 (Ruth Gavison ed., 1987).

70 ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנון לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 173–174 (2005).

בהתאם לסעיף 19 רישא לחוק העונשין, היסוד הנפשי הרגיל של העברה הוא מחשבה פלילית רגילה, ומשמעה, בהתאם לסעיף 20(א) לחוק העונשין, בעברה התנהגותית – מודעות לטיב המעשה ומודעות לקיום הנסיבות; ובעברה תוצאתית – גם מודעות לאפשרות התרחשותה של התוצאה, עם מרכיב חפצי של רצון או אדישות או קלות-דעת ביחס לאפשרות זו. מכיוון שבמצב של מודעות לאפשרות התרחשותה של התוצאה מתקיימת לפחות קלות-דעת, יש לומר כי המחשבה הפלילית הרגילה הינה למעשה מודעות, וכי הצורות של כוונה או אדישות או קלות-דעת מבטאות את חומרת המחשבה הפלילית שמתקיימת על-ידי המודעות. אם כן, המשפט, ככלל, מסתפק במודעות בפועל. עמדה זו נובעת גם מכך שבעיקרון המניע או המטרה אינם תנאי הכרחי להתגבשות היסוד הנפשי של העברה. המשפט דורש מניע או מטרה כיסוד נפשי מיוחד של העברה כדי להחמיר את האנטי-חברתיות של המעשה ולהגדירו כעברה בסיסית או כעברה בנסיבות מחמירות.

אפשר לטעון כי תפקידם של דיני העונשין בהגנה על הסדר החברתי-המשפטי מחייב את הדרישה שלעושה תהיה מטרה לסכל את הסכנה, קרי, מטרה להציל את הערך החברתי הנתון בסכנה. עושה שפועל במודעות להתקיימותו של סייג מצדיק אך מתוך מניע פלילי או במטרה לפגוע בערכים חברתיים של הזולת אינו עושה שפועל למען קיום הסדר החברתי-המשפטי; נהפוך הוא – עושה כזה מנצל לרעה את הסכנה כדי לפגוע בסדר החברתי-המשפטי.⁷¹ אפשר לטעון גם כי מעשה נכון שרצוי לעשותו בתנאים של סייג מצדיק הוא רק מעשה שנעשה במטרה להציל ערך חברתי מן הסכנה. בהקשר הנדון יפים דבריו של בית-המשפט העליון, שלפיהם "יש להבחין בין התגוננות ברוח לחימה לבין התגוננות בדרך הגנה: הלוחם משיב מלחמה שערה, והעובדה שהוא מתגונן מפני תוקפנות יריבו, אינה אלא העילה למלחמתו; ואילו המגן על נפשו סולד מן המלחמה ונרתע מפניה ועושה כל מאמץ להימנע ממנה, וכל מעשה אלימות אשר הוא עושה להגנתו עושה הוא בעל כורחו ובדלית ברירה. הגנת החוק נתונה למתגונן בדלית ברירה, ולא ללוחם בעילת התגוננות".⁷² זאת ועוד, סייג מצדיק מעניק לאדם זכות והיתר משפטי לעשות במצבי חירום מעשה אשר בתנאים רגילים אסור לעשותו. סייג מצדיק הינו בגדר זכות-יתר משפטית המצדיקה גרימת נזק לזולת. בתנאים של צורך

71 ראו פלר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 15–16; פלר, לעיל ה"ש 8, פס' 511, 548–549, HIRSCH; לעיל ה"ש 35, הערות לס' 32 ואילך, פס' 51 ו-53; HANS-HEINRICH JESCHECK & THOMAS WEIGEND, LEHRBUCH DES STRAFRECHTS – ALLGEMEINER TEIL 328f. (5. Aufl. 1996); BGHSt 3, 194, Enrique Gimbernat. Ordeig, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision)*, in RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG IV 71ff. (Albin Eser & Il-Su Kim, Haruo Nishihara Hrsg., 1995). Haruo Nishihara Hrsg., *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand und Pflichtenkillision)*, in RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG IV 113, 121 (Albin Eser & Haruo Nishihara Hrsg., 1995); YONG-SIK LEE, ENTSCULDIGUNGSGRÜNDE IM DEUTSCHEN UND KOREANISCHEN STRAFRECHT 244 (1992). לגישה הרווחת במשפט האנגלי ראו R. v. Thain, [1985] NI 457; R. v. Julien, [1969] 2 ALL E.R. 856.

72 עניין אחמד, לעיל ה"ש 35, בעמ' 316. ראו גם עניין אשוואל, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1120 ואילך; עניין Thain, לעיל ה"ש 71; עניין Julien, לעיל ה"ש 71.

המשמעות היא שהמשפט מעניק לאדם זכות להפר את האיסור העונשי ולפגוע בערכים של הזולת רק למען הצלת ערך חברתי חשוב יותר. אל לו למשפט להעניק זכות לאדם לפגוע בערך חברתי של הזולת מתוך מניע פסול,⁷³ ומכאן הדרישה הנוספת של מטרה. אין צורך שמטרה זו תהיה בלעדית, אלא די בכך שהיא עיקרית, כך שההגנה תחול גם כאשר העושה פועל הן במטרה להדוף את התקיפה או להציל את הערך החברתי הנתון בסכנה והן כדי להזיק לקורבן (סוגיית המטרה הכפולה).⁷⁴

(2) טענות נגד הדרישה הנוספת של מטרה

להבדיל מ"הלכת הצפיות", שטופלה לעיל, דעתי היא שמודעות מלאה בפועל להתקיימות של סייג מצדיק הינה תנאי הכרחי וגם מספיק להתגבשות היסוד הנפשי של סייג מצדיק. ראשית, סייג מצדיק הינו מצב ששולל את אופיו האנטי-חברתי של המעשה. אם המודעות בפועל הינה היסוד הנפשי הרגיל להתגבשות האנטי-חברתיות של העברה, אזי היסוד הנפשי של סייג מצדיק, כמצב השולל את אופיו האנטי-חברתי של המעשה, מתבטא במודעות בפועל בלבד. ככלל, כאמור, המניע אינו תנאי הכרחי להתגבשות היסוד הנפשי של העברה, והמשפט דורש לפעמים מניע או מטרה רק כדי להחמיר את האנטי-חברתיות של המעשה ולהגדירו כעברה בסיסית או כעברה בנסיבות מחמירות. מכאן עולה כי כאשר התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק התקיימו והעושה היה מודע להם, האופי האנטי-חברתי של המעשה נשלל. אין לדרוש יסוד נפשי מיוחד כדי לשלול את מה שאינו קיים, קרי, את האנטי-חברתיות שכבר נשללה מכוח המודעות להתקיימותם של תנאי הסייג המצדיק.⁷⁵ כאשר העושה מודע לכך שמעשהו מקיים את תפקידם של דיני העונשין, אי-אפשר לומר כי המעשה פוגע בתפקידם של דיני העונשין. דרישה נוספת מעבר למודעות של העושה לקיומו של סייג מצדיק משמעה ענישה על מחשבות בלבד (Gesinnungsstrafrecht). טלו מקרה שבו העושה מבחין כי יריבו עומד לתקוף לא-כדין קטין, מנצל מצב זה ובא לעזרתו של הקטין, הודף את התקיפה על-ידי פגיעה בתוקף, ופועלו מקיים את כל התנאים העובדתיים של הגנה עצמית מצדיקה. טלו, לעומת זאת, מקרה אחר שבו העושה פועל באותם תנאים אך עושה זאת מתוך מטרה להדוף את התקיפה ולסכל את הסכנה שנשקפת לערך החברתי. כאשר דורשים מטרה כיסוד נפשי מיוחד של סייג מצדיק, המשמעות היא שבמקרה הראשון המעשה אסור וגורר אחריו אחריות פלילית, ואילו במקרה השני המעשה מקיים את תפקידם של דיני העונשין והינו בבחינת המעשה הנכון שרצוי לעשותו בנסיבות העניין. ענישת העושה במקרה הראשון היא בגלל המטרה הפסולה, קרי, ענישה על מחשבות

73 ראו Fletcher, לעיל ה"ש 35, בעמ' 293 ואילך; FLETCHER, לעיל ה"ש 35, בעמ' 565; גיורא פלצ'ר "הגנה עצמית של נשים מוכות" פלילים 1 ו 65, 78 ואילך (1997). ראו גם את עמדתו של המשפט האנגלי בפסק-הדין המפורסם בעניין Dadson, לעיל ה"ש 43.

74 ראו הראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 236–241; סנג'רו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 272; יצחק קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין 340 (1997).

75 ראו גם Lenckner, לעיל ה"ש 10, הערות לס' 32 ואילך, פס' 14.

בלבד, וזו אסורה בדיני העונשין.⁷⁶ זאת ועוד, כאשר התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק מתקיימים והעושה היה מודע להם, המעשה אינו פוגע בתפקידם של דיני העונשין בהגנה על הסדר החברתי-המשפטי; נהפוך הוא – מעשה כזה אף מקיים את תפקידם של דיני העונשין. הואיל ומעשה שמקיים את תפקידם של דיני העונשין הינו בבחינת מעשה שיש לעודד את הרבים לעשותו, יוצא כי דווקא הדרישה ליסוד נפשי מיוחד, כגון מטרה, עלולה לגרום להרתעת אנשים מפני עשיית המעשה. השיקול של עידוד האנשים לעשיית מעשה מוצדק תומך בהסתפקות במודעות מלאה בפועל. המסקנה היא כי מטרה כיסוד נפשי מיוחד אינה כלולה ביסוד הנפשי הנדרש לצורך סייג מצדיק.

לסיכום, מודעות מלאה בפועל להתקיימות התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק הינה תנאי הכרחי וגם מספיק להתגבשות היסוד הנפשי של סייג מצדיק, ובמקרים חריגים ניתן אף להסתפק במודעות חלקית, ובלבד שמדובר בנטילת סיכון סביר. מטרה אינה נמנית עם היסודות הנפשיים של סייג מצדיק.

2. היסוד הנפשי של סייג פוטר

(א) מודעות בפועל

נפנה עתה לדון בסייגים פוטרם מסוג אילוץ, כגון הגנה עצמית פוטרת, צורך פוטר וכורה פוטר. לא נעסוק כאן בסייגים פוטרם כגון קטינות, מחלת נפש, טעות במצב משפטי וטעות במצב דברים, שמבוססים על הפן המנטלי של האדם.

סייגים פוטרם כגון הגנה עצמית פוטרת, צורך פוטר וכורה פוטר מבוססים, כאמור לעיל, על הפחתת האנטי-חברתיות של המעשה וגם על הפחתה כפולה ומשמעותית של האשמה.⁷⁷ בדומה לסייגים מצדיקים, מודעות מלאה בפועל הינה תנאי הכרחי להתגבשות היסוד הנפשי של סייג פוטר. נוסף על כך, עיקר השחרור מאחריות פלילית נעוץ בהפחתה משמעותית של אשמה, וזאת עקב המצב הנפשי הקשה שהעושה נמצא בו. עושה שאינו מודע לקיומם של התנאים האובייקטיביים של סייג פוטר אינו נמצא במצב נפשי קשה שמפחית את אשמתו. מודעות בפועל הינה אפוא תנאי הכרחי להתגבשות היסוד הנפשי של סייג פוטר,⁷⁸ אך אין בכך די.

76 ראו גם Roxin, לעיל ה"ש 10, בעמ' 520 ואילך; STRATENWERTH, לעיל ה"ש 62, בעמ' 204 ואילך; Fritz Loos, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, in Festschrift für Dietrich Oehler 227, 231ff. (1985).
77 ראו Ghanayim, לעיל ה"ש 7, בעמ' 70–82.
78 ראו גם Lenckner, לעיל ה"ש 10, ס' 35, פס' 16; TRIFFTERER, לעיל ה"ש 20, בעמ' 282; Corrado, לעיל ה"ש 33, בעמ' 493; Williams, לעיל ה"ש 55, בעמ' 244; Walter Perron, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im deutschen Strafrecht*, in RECHTFERTIGUNG UND ENTSCULDIGUNG III 79, 113 (Albin Eser & Walter Perron Hrsg., 1991).

(ב) יסוד נפשי מיוחד של כוונה וסיבתיות נפשית הקושרת בין הסכנה לבין מעשה ההצלה

כוונה, במובן של רצון להציל את הערך החברתי הנתון בסכנה, נכללת ביסוד הנפשי של סייג פוטר, והיא תנאי הכרחי לכך.

תחילה יצוין כי קיים הבדל מהותי ומשמעותי בין סייג מצדיק לבין סייג פוטר. בעוד מעשה שנעשה בתנאים של סייג מצדיק הינו מעשה מותר ומוצדק המקיים את תפקידם של דיני העונשין, מעשה שנעשה בתנאים של סייג פוטר הינו מעשה אנטי-חברתי ואסור הפוגע בתפקידם של דיני העונשין. מבחינה זו אין להשוות בין השניים, ועל-כן היסוד הנפשי של סייג פוטר, להבדיל מזה של סייג מצדיק, צריך לכלול יסודות נפשיים מעבר למודעות בפועל. במילים אחרות, בעוד דרישת יסוד נפשי מיוחד בסייג מצדיק הינה בגדר ענישה על מחשבות בלבד, דרישת יסוד נפשי מיוחד בסייג פוטר אינה בגדר ענישה כזו.⁷⁹ זאת ועוד, הרציונל שעומד ביסודם של הגנה עצמית פוטר, כורח פוטר או צורך פוטר הוא העדר ציפייה סבירה לעמוד בסכנה. במצב של צורך וכורח פוטר, היצר הטבעי האנושי לקיום פיזי מחייב את האדם לפעול לסיכול סכנה קיומית שנשקפת לו או לאנשים הקרובים אליו. החברה מתחשבת במצבו הקשה של אדם כאשר סכנה קיומית נשקפת לו או לקרובים אליו והוא פועל לסיכול הסכנה. עושה פועל על-פי הרציונל של העדר ציפייה סבירה לעמוד בסכנה רק כאשר הוא פועל בכוונה לסכל את הסכנה, קרי, להגן על הקיום הפיזי והחופשי. הכוונה לסכל את הסכנה נמנית אפוא עם התנאים הנפשיים של סייג פוטר.⁸⁰ כך, למשל, עושה שפועל בתנאים אובייקטיביים של צורך פוטר אך ממית את יריבו מתוך מניע פלילי או פסול אינו בגדר עושה שנמצא במצב נפשי קשה ואשר אינו יכול לעמוד בסכנה. סיבת מעשהו אינה המצב המיוחד שבו הוא מצוי מבחינה עובדתית, והוא לא היה עושה את המעשה אלמלא המניע הפלילי. זאת ועוד, התקיימותם של התנאים האובייקטיביים של צורך פוטר אינה מפחיתה באופן משמעותי את אשמת העושה שפועל מתוך מניע פסול.⁸¹ יתרה מזו, הטלת אחריות פלילית על עושה כזה נחוצה ומוצדקת מבחינת תכלית הענישה: בהטלת עונש פלילי על העושה יש משום הרתעה אישית והרתעת הרבים.⁸²

עם זאת, הכוונה לסכל את הסכנה הקיומית אינה חייבת להיות המטרה הבלעדית. די אם מדובר במטרה מרכזית של העשייה במצב שבו אי-אפשר לדרוש מן העושה לעמוד בסכנה. כאשר העושה נמצא בסכנת חיים ופועל גם כדי לשרוד וגם כדי לדאוג לקרובי-משפחתו (דוגמת

79 ראו גם ROXIN, לעיל ה"ש 10, בעמ' 811.

80 ראו גם JESCHECK & WEIGEND, לעיל ה"ש 71, בעמ' 483; ROXIN, לעיל ה"ש 10, בעמ' 811; BGHSt 3, 271, 275; KLAUS BERNSMANN, ENTSCULDIGUNG DURCH NOTSTAND: STUDIEN ZU § 35 StGB 103ff. (1989); Bernhard Hardtung, *Der Irrtum über die Schuld im Lichte des § 35 StGB*, 108 ZStW 26, 28 (1996).

81 אמנם הצלת הערך החברתי הנתון בסכנה מפחיתה את האנטי-חברתיות, ועקב כך גם את האשמה, אולם הפחתה זו אינה משמעותית, ואינה מגיעה לדרגה של שחרור מאחריות פלילית. במקרה כזה יש מקום להפחתת האחריות הפלילית, אך לא לשלילתה.

82 ראו גם ROXIN, לעיל ה"ש 10, בעמ' 811.

המקרה של (Dudley & Stephens),⁸³ היסוד הנפשי של כוונה לסכל את הסכנה מתקיים. במקרה כזה העושה נמצא במצב שבו אי-אפשר לדרוש ממנו לעמוד בסכנה. אולם כאשר סיכול הסכנה הקיומית הינו בגדר מטרה משנית, והמטרה העיקרית של העשייה אינה קשורה להעדר ציפייה סבירה לעמוד בסכנה, היסוד הנפשי אינו מתקיים. טלו מקרה שבו בחור וסבתו נמצאו על אונייה בלב ים, האונייה התפרקה או עלתה באש ועמדה לטבוע, היה מספר קטן בלבד של סירות חילוץ ולכן לא הייתה אפשרות מעשית להציל את חייהם של כל הנוסעים. הנכד ואדם זקן זר תפסו סירת חילוץ שיכולה לשאת שני אנשים בלבד, וכך הצילו את חייהם. אלא שאז הבחין הנכד כי סבתו עודנה על האונייה וכי נשקפת סכנה לחייה. הוא תפס את הזקן, שלא היה יכול להתגונן, זרק אותו מחוץ לסירה וגרם למותו, ואז קרא לסבתו לקפוץ למים וכך הציל את חייה. אולם הנכד זרק את הזקן והציל את סבתו לא משום שחפץ בהצלת חיי סבתו, אלא משום שרצה לזכות בתגמול כלשהו, כגון ירושה עתידית. במקרה זה סכנת החיים (הצלת החיים) אינה המצב שהכניס את העושה למצב נפשי קשה, ואינה הסיבה לפעולתו. במצב זה אשמת העושה אינה פחותה באופן משמעותי משהייתה אלמלא הסכנה, והעושה יכול לעמוד בסכנה. ניתן ואף חובה לדרוש מאדם להימנע מלהמית את זולתו כדי לזכות בירושה. אולם כאשר העושה פועל באותה מידה הן לשם הצלת חיי סבתו הן לשם זכייה בירושה – קרי, כאשר מדובר בשתי מטרות מרכזיות – היסוד הנפשי של סייג פוטר מתקיים. הצלת הערך החברתי הקיומי חייבת להיות לפחות סיבה מרכזית (עיקרית) לפעולה. טלו מקרה דומה שבו העושה פועל להציל את חיי אשתו לא משום שהיא חפץ בחייה, אלא משום שהוא חושש מפגיעה בתדמיתו עקב אי-הצלת חיי אשתו, כלומר, העושה לא היה מציל את חיי אשתו אילולא נלוותה לאי-הצלת חיי פגיעה בתדמיתו. במקרה זה הצלת תדמיתו היא המצב הנפשי שהניע את העושה לפעול, אולם מצב נפשי זה אינו נופל בגדר הרציונל של צורך פוטר. אולם כאשר הצלת חיי אשתו ומניעת פגיעה בתדמיתו הינן שתיהן מטרות מרכזיות לפעולה, היסוד הנפשי של כוונה לסכל את הסכנה מתקיים.⁸⁴

המסקנה היא כי היסוד הנפשי של סייג פוטר בא לידי ביטוי במודעות בפועל לקיום היסודות האובייקטיביים של הסייג, בכוונה לסכל את הסכנה – קרי, בכוונה (לפחות ברמה של מטרה מרכזית) להגן על הערך החברתי הנתון בסכנה – וכן בסיבתיות נפשית בין הסכנה לבין פעולת ההצלה.

ד. המקרה של קיום התנאים העובדתיים של סייג אך אי-קיום תנאיו הנפשיים

מה דינו של עושה אשר פועל במצב של סייג מצדיק או סייג פוטר אך לא היה מודע לקיומו של הסייג?

83 ראו R. v. Dudley & Stephens, (1884) 14 Q.B.D. 273.
84 ראו גם הראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 240–241.

היסוד הנפשי של הסייג הינו תנאי הכרחי להתגבשותם של סייג מצדיק וסייג פוטר. הוויכוח סביב המקרה שבו היסוד העובדתי של סייג מצדיק או סייג פוטר מתקיים אך העושה אינו מודע לו הוא אם מדובר בעברה מושלמת או שמא בניסיון בלתי-צליח בלבד. טלו, למשל, מקרה שבו כלבו של פלוני נגוע במחלת כלבת ומתקרב אל קטין, והדרך היחידה להגן על הקטין מפני החבלה החמורה הצפויה להיגרם לו בסבירות גבוהה היא המתת הכלב. אלמוני, שאינו מודע למחלת הכלב ואשר רוצה להזיק לפלוני, יורה בכלב וגורם למותו. טלו גם את המקרה ההפוך מהמקרה של עסלה.⁸⁵ נניח שאישה רוצה לגרום למותו של בעלה כדי להיפטר ממנו. יום אחד בעלה יוצא לבילויים ואמור לחזור בשעות הבוקר המוקדמות. באשמורת בוקר, בראותה דמות של אדם מנסה להיכנס לבית דרך החלון, האישה סבורה כי בעלה חזר כהרגלו שתוי, אינו מצליח לפתוח את דלת הכניסה הראשית של הבית ומנסה להיכנס לבית דרך החלון. האישה יורה בו מתוך הנחה שמדובר בבעלה ומתוך כוונה לגרום למותו, אך מתברר כי אותו אדם הוא פורץ שהתכוון לגנוב חפצים ולאנוס את האישה, וכי הירי הממית היה המעשה היחיד שהיה בו כדי להציל את האישה מאונס. לבסוף, טלו מקרה שבו שני אנשים, א ו-ב, נמצאים על אונייה בלב ים, האונייה מתפרקת, ו-א ו-ב אווזים ברוזמנית בקרש. הקרש יכול לשאת אדם אחד בלבד, אך א סבור בטעות שהקרש יכול לשאת שני אנשים. אף-על-פי-כן, מייד עם האחיזה בקרש א דוחף את ב, אשר טובע עקב כך.

1. סייג מצדיק

לפי תורת הרכיבים השליליים ביסוד העובדתי של העברה, שלפיה אי-קיום התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק מהווים נסיבה ביסוד העובדתי של העברה, במקרה הנדון נשלל היסוד העובדתי של העברה. המקרה של קיום היסוד העובדתי של סייג מצדיק אך ללא היסוד הנפשי שלו הינו מקרה טיפוסי של ניסיון בלתי-צליח.⁸⁶ אולם, כאמור, אין לקבל גישה זו; סייגים מצדיקים אינם נופלים בגדר היסוד העובדתי של העברה, אלא מהווים יסוד עצמאי במבנה העברה הפלילית, שהינו היסוד של "בניגוד לדין".

פלר, שמאמץ את העמדה כי סייגים לאחירות פלילית הינם יסוד עצמאי במבנה העברה,⁸⁷ גורס כי בהתקיים היסוד העובדתי בלבד של הסייג מתקיים ניסיון בלתי-צליח ועניש, שבו "חוסר האפשרות [נובע] מהתקיימות נסיבה, ולא מהיעדרה. זאת, משום שהיא בבחינת נתון רלוואנטי להתהוות סייג לפליליות המעשה, ולא נתון רלוואנטי לפליליות המעשה עצמו".⁸⁸ יש לחלוק על גישה זו, וניתן אף לומר כי זו גישה לא-עקבית, שכן אם סייג לפליליות המעשה אינו נמנה עם היסוד העובדתי של העברה, אזי במקרה הנדון היסוד העובדתי של העברה מתקיים במלואו, ולכן אין מדובר במקרה טיפוסי של ניסיון בלתי-צליח. התייחסות

85 ע"פ 54/49 הויעץ המשפטי לממשלת ישראל נ' עסלה, פ"ד ד 496 (1950).

86 ראו גם Williams, לעיל ה"ש 55, בעמ' 252; Robinson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 289-291; Robinson, לעיל ה"ש 20, בעמ' 57-58.

87 פלר, לעיל ה"ש 8, פס' 453 ואילך.

88 שם, פס' 512 (ההדגשות במקור). ראו גם שם, פס' 554.

למקרה הנדון כאל ניסיון בלתי-צליח יכולה להיגזר מהמשמעות המהותית של האנטי-חברתיות של העברה, ולא מהתייחסות לסייג כאל נסיבה שלילית להתגבשות העברה המושלמת. זאת ועוד, "הנסיבה השלילית" שפלר מדבר עליה אינה מתקיימת, שכן קיומה מותנה, גם לפי פלר, ביסוד נפשי שבא לידי ביטוי לפחות במודעות.

ניתן לטעון כי כאשר היסוד הנפשי של סייג מצדיק אינו מתקיים, העושה אינו זוכה בסייג. עושה שמקיים את היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של העברה, תוך שהוא פועל במקביל בתנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק אך מבלי להיות מודע להתקיימותם, מקיים את כל יסודותיה של העברה. מדובר לפיכך בעברה מושלמת. התייחסות למקרה זה כאל ניסיון בלתי-צליח בלבד תהווה למעשה אימוץ התורה – אשר אין לקבלה – שלפיה סייג מצדיק הינו רכיב שלילי ביסוד העובדתי של העברה.⁸⁹ זאת ועוד, בניסיון בלתי-צליח מדובר במצב שבו המעשה נדון מלכתחילה לכשלון, והמעשה במובנו הרחב אינו מקיים את היסוד העובדתי של העברה. השוני בין ניסיון בלתי-צליח לבין עברה מושלמת נעוץ בכך שבניסיון הבלתי-צליח היסוד העובדתי של העברה אינו מתקיים במלואו. לפיכך כיצד ניתן להתייחס למקרה הנדון כאל ניסיון בלבד בהינתן שהתוצאה התרחשה והמעשה קיים את היסוד העובדתי במלואו?⁹⁰ התייחסות למקרה זה כאל ניסיון בלתי-צליח סותרת אפוא את המציאות החברתית.⁹¹ אפשר אף לטעון כי התייחסות למקרה זה כאל ניסיון בלתי-צליח בלבד מהווה פגיעה בתפקידם של דיני העונשין בהקשרן של עברות רשלנות – עברות שניסיון לעשותן הוא בלתי-עניש. בעברות רשלנות אין הכרח בקיומו של יסוד נפשי כלשהו לצורך התגבשותו של סייג מצדיק.⁹² נוסף על כך, כאשר עושה ניסה לעבור עברה ופעל תוך התקיימות היסוד העובדתי של סייג מצדיק, אין מטילים עליו אחריות פלילית, שכן אין ניסיון לניסיון.⁹³

למרות טיעונים אלה, לדעתי, במקרה שבו המעשה מקיים את היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של העברה, והעושה פועל בתנאים אובייקטיביים של סייג מצדיק אך אינו מודע להם, מתקיים מבחינה מהותית ניסיון בלתי-צליח.

אמנם, היסוד הנפשי של סייג מצדיק הינו תנאי הכרחי, ובלעדיו הסייג אינו מתקיים, כלומר, מבחינה טכנית-פורמלית מדובר בעברה מושלמת, אך מבחינה מהותית המקרה נופל בגדר

89 סנג'ור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 275; George P. Fletcher, *The Nature of Justification, in ACTION AND VALUE IN CRIMINAL LAW* 175, 178–179 (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder eds., 1993).

90 ראו סנג'ור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 275; HIRSCH, לעיל ה"ש 35, הערות לס' 32 ואילך, פס' 59 ו-61; TRIFFTERER, לעיל ה"ש 20, בעמ' 211; Christopher, לעיל ה"ש 41, בעמ' 229 ואילך; Hogan, לעיל ה"ש 34, בעמ' 684; SMITH, לעיל ה"ש 35, בעמ' 28–44; Dillof, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1586. למן הלכת *Dadson*, לעיל ה"ש 43, המשפט האנגלי מאמץ את העמדה שלפיה במצב זה אין מקום לייחס לעושה ניסיון לעברה בלבד, אלא יש לייחס לו עברה מושלמת. אחדים מציעים להחיל את הלכת *Dadson* על סייג פוטר, אך לא על סייג מצדיק, אולם הגישה הרווחת מחילה את ההלכה הן על סייג מצדיק הן על סייג פוטר. ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 50, בעמ' 42–43.

91 ראו HIRSCH, לעיל ה"ש 35, הערות לס' 32 ואילך, פס' 61; Hogan, לעיל ה"ש 34, בעמ' 686.

92 ראו HIRSCH, לעיל ה"ש 35, הערות לס' 32 ואילך, פס' 61.

93 ש.ם.

ניסיון בלתי-צליח. העברה הפלילית הינה תופעה אנטי-חברתית, והאנטי-חברתיות שלה מורכבת מאנטי-חברתיות של המעשה (שהוא המעשה שיש בו, מבחינה אובייקטיבית מופשטת, כדי לפגוע בערך החברתי המוגן, כגון ירי, דקירה, חניקה ועוד) ומאנטי-חברתיות של הפגיעה בערך החברתי המוגן (למשל, מותו של אדם (בעברות המתה) או פגיעה באוטונומיה של אדם על גופו (בעברת תקיפה)). עברה מושלמת באה בחשבון כאשר התקיימו הן האנטי-חברתיות של המעשה הן האנטי-חברתיות של הפגיעה בערך החברתי המוגן. כאשר המעשה לא גרם להתרחשות הפגיעה בערך החברתי, כגון פגיעה בגופה מתוך הנחה מוטעית שמדובר באדם חי, אזי יש מעשה אנטי-חברתי, שהוא הירי, אך אין פגיעה אנטי-חברתית בערך חברתי, משום שלא נגרם מותו של אדם. זהו מקרה טיפוסי של ניסיון פלילי. במקרים של קיום התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק, הפגיעה בערך החברתי שהתרחשה אינה אסורה מבחינה אובייקטיבית, קרי, אינה אנטי-חברתית. טלו, למשל, את המקרה לעיל⁹⁴ של המתת הכלב הנגוע בכלבת. המתת הכלב אינה אסורה מבחינה אובייקטיבית, ואין נפקא מינה אם העושה מדע לקיומו של הסייג אם לאו.⁹⁵ מבחינת האנטי-חברתיות של הפגיעה בערך החברתי כמרכיב מהותי של העברה המושלמת, אין הבדל בין מקרה שבו אין כלל פגיעה בערך החברתי לבין מקרה שבו התרחשה פגיעה בערך החברתי אך זו אינה אנטי-חברתית. באופן דומה, המתת הפורץ שעומד לבצע גנבה ואונס אינה אסורה ואינה אנטי-חברתית מבחינה אובייקטיבית; מבחינה אובייקטיבית המתת הפורץ שעומד לבצע אונס מוצדקת בדין ואף מקובלת על החברה. נוסף על כך, עברה פלילית היא פגיעה בערך חברתי מוגן, אשר לחברה יש אינטרס בקיומו כאמצעי להתפתחותו הראויה של האדם. עברה פלילית פוגעת באינטרס ובזכות של הקורבן. כאשר מתקיימים התנאים העובדתיים של הגנה עצמית מצדיקה, המשמעות היא שלא הייתה פגיעה אובייקטיבית אסורה באינטרס ובזכות של הקורבן; הפגיעה בערך החברתי שהתרחשה מקובלת על החברה, ואינה אנטי-חברתית. קיימת אפוא זהות מהותית בין העדר כל פגיעה בערך החברתי לבין העדר פגיעה אנטי-חברתית בערך החברתי. לפיכך במקרים שבהם הפגיעה בערך החברתי שהתרחשה אינה אנטי-חברתית אין מקום לייחס לעושה עברה מושלמת, אלא יש מקום לייחס לו ניסיון בלתי-צליח ועניש.⁹⁶

94 ראו לעיל לפני ה"ש 85.

95 ראו גם Lenckner, לעיל ה"ש 10, הערות לס' 32 ואילך, פס' 15; STRATENWERTH, לעיל ה"ש 62, בעמ' 206. לגישה הרווחת במשפט הקוריאני ראו Kim, לעיל ה"ש 71, בעמ' 122. ראו גם Andrew Ashworth, *Belief, Intent and Criminal Liability*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE – THIRD SERIES 1, 28–29 (John Eekelaar & John Bell eds., 1987).

96 ראו גם Roxin, לעיל ה"ש 10, בעמ' 523 ואילך; Lenckner, לעיל ה"ש 10, הערות לס' 32 ואילך, פס' 15; Jescheck & Weigend, לעיל ה"ש 71, בעמ' 330; STRATENWERTH, לעיל ה"ש 62, בעמ' 206; Byrd, לעיל ה"ש 35, בעמ' 291; Ashworth, לעיל ה"ש 95, בעמ' 25; BGHSt 38, 144, 155f. לגישה הרווחת במשפט הקוריאני ראו Kim, לעיל ה"ש 71, בעמ' 122. לדוגמה מן הספרות המשפטית הספרדית ראו Perron, לעיל ה"ש 20, בעמ' 184 ו-213. ראו גם קרמניצר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 95. קרמניצר מתייחס אמנם לכל הסייגים לאחריות פלילית, אולם מכיוון שהוא מסתמך על HANS-HEINRICH JESCHECK, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL 531 (4. Aufl. 1988), שמתייחס לסייגים מצדיקים בלבד, יש לטעון כי קרמניצר מתכוון לסייגים מצדיקים בלבד. לפיכך טענתו של רובינסון, לעיל ה"ש 18, כי כאשר הסייג מורכב מתנאים אובייקטיביים ומתנאים

עמדה זו אינה פוגעת בתפקידם של דיני העונשין בעברות רשלנות ובניסיון הפלילי. כאשר המחוקק סבור כי מעשה רשלני שאינו גורם לפגיעה כלשהי בערך חברתי (הניסיון לעברת רשלנות) אינו מקיים את האנטי-חברתיות הרלוונטית לדיני העונשין, יוצא כי גם מעשה רשלני שאינו גורם לפגיעה אנטי-חברתית בערך החברתי אינו מקיים את האנטי-חברתיות הרלוונטית לדיני העונשין.⁹⁷ זאת ועוד, הטעות בעמדת העברה המושלמת משתקפת בהשלכותיה על ההגנה העצמית. טלו, למשל, את המקרה לעיל⁹⁸ של המתת הכלב הנגוע בכלבת, והניחו כי פלוני הוא ששחרר את הכלב מן הכלוב כדי לגרום חבלה חמורה לקטין. על-פי עמדת העברה המושלמת, כל אדם, לרבות פלוני, רשאי למנוע את המתת הכלב, ויעמוד לזכותו סייג של הגנה עצמית.⁹⁹ כלומר, מעמדת העברה המושלמת מתקבלת תוצאה בלתי-מתקבלת על הדעת, שלפיה להניח לכלב לגרום חבלה חמורה לקטין הינו מעשה מוצדק שמקיים את תפקידם של דיני העונשין, ואף בבחינת המעשה הנכון שראוי לעשותו.¹⁰⁰ התוצאה המקובלת, שלפיה במקרה הנדון אין מקום להגנה עצמית כלפי המתת הכלב, מתקבלת רק כאשר מתייחסים למקרה כאל ניסיון בלתי-צליח.¹⁰¹

- סובייקטיביים, המקרה הנדון נופל בגדר עברה מושלמת – אינה נכונה. טיעונו נכון מבחינה פורמלית, אך לא מבחינה מהותית; מבחינה מהותית התוצאה שהתרחשה (להבדיל מ"הניסיון הפשל" הטיפוסי, שבו התוצאה לא התרחשה) אינה אנטי-חברתית.
- 97 ראו גם Roxin, לעיל ה"ש 10, בעמ' 524; קרמניצר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 95. אפילו חלק מן המצדדים בעמדה שלפיה במקרה הנדון מדובר בעברה מושלמת גורסים כי האנטי-חברתיות של העברה הינה פחותה, וכי הפחתה זו מובילה ברוב עברות הרשלנות לנפילת האנטי-חברתיות אל מתחת לסף התחנות של האנטי-חברתיות שמעניינת את דיני העונשין. כלומר, האנטי-חברתיות אינה מגיעה לרמה הרלוונטית לדיני העונשין, ולכן אין להטיל על העושה אחריות פלילית. ראו Hirsch, לעיל ה"ש 35, הערות לס' 32 ואילך, פס' 59.
- 98 ראו לעיל לפני ה"ש 85.
- 99 אמנם, הגנה עצמית היא הדיפה של תקיפה לא-כדין, ומשמעותה של תקיפה היא מעשה אנושי נשלט המאיים לפגוע בערך חברתי, כך שנגד "תקיפה" של בעלי-חיים יש מקום להגנת הצורך, ולא להגנה עצמית. אולם בענייננו כלב ששחרר על-ידי אדם במטרה לתקוף הינו ממש כלי מסוכן בידיו של האדם, ומכאן שבמקרה זה הפגיעה בכלב נופלת בגדר הגנה עצמית כלפי האדם ששחרר אותו והסית אותו.
- 100 לפי סנג'רו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 34 ואילך – גם מוצדק מבחינה מוסרית.
- 101 ראו Roxin, לעיל ה"ש 10, בעמ' 524; Robinson, לעיל ה"ש 20, בעמ' 59. ראו גם רובינסון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 79–80. רובינסון גורס כי כאשר העושה אינו מודע לקיום התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק, מתקיים ניסיון בלתי-צליח, שהינו בגדר "תקיפה בלתי-חוקית" לעניין ההגנה העצמית, כך שתיכף הגנה עצמית נגד המעשה. כדי להתגבר על הקושי, הוא מציע לשנות את החוק כך שיבהיר כי "זכות השימוש בכוח תלויה ב'אי-חוקיות' של המעשה עצמו, ולא של המעשה כפי שנתפס בטעות בעיני רוחו של המבצע" (שם, בהערה 44). לטענתי, אין צורך בשינוי החוק ובהבהרתו, שכן כנגד מעשה שהוא בגדר ניסיון בלתי-צליח אין הגנה עצמית, שהרי אין איום לפגיעה אובייקטיבית בערך חברתי מוגן. ראו Roxin, לעיל ה"ש 10, בעמ' 535. גם גישתו של רובינסון בנוגע לשינויים היא בעייתית ועלולה לגרום לטעויות, שכן לפיה ייתכנו הגדרות רבות ושוונות של אנטי-חוקיות. לפיכך טענתו (שם, בעמ' 82–83 הערה 47) כי לפי הגישה שמתייחסת לסייגים מצדיקים כמורכבים מיסודות אובייקטיביים ומיסודות סובייקטיביים תיתכן הגנה עצמית נגד מעשה שנעשה בתנאים האובייקטיביים בלבד של הסייג – אינה נכונה.

יתרה מזו, התייחסות למקרה שבו מתקיימים היסודות האובייקטיביים של סייג מצדיק והעושה אינו מודע להם כאל ניסיון בלתי-צליח מתיישבת עם הגישה הנכונה לגבי סייג מצדיק מדומה. השלכותיו של סייג מצדיק מדומה זהות להשלכותיה של טעות בעובדה, קרי, הוא שולל את האחריות הפלילית לעשייה במחשבה פלילית.¹⁰² כידוע, המקרה ההפוך מטעות בעובדה הוא ניסיון בלתי-צליח. סייג מצדיק מדומה אינו מקרה טיפוסי של טעות בעובדה, אך מבחינה עקרונית השלכותיו זהות להשלכותיה של הטעות בעובדה. יוצא כי במקרה שבו התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק מתקיימים אך העושה אינו מודע להם (כמקרה הפוך של סייג מדומה), אין מדובר אמנם במקרה טיפוסי של ניסיון בלתי-צליח, אך השלכות המקרה זהות מבחינה מהותית להשלכותיו של הניסיון הבלתי-צליח.¹⁰³ אמנם העונש בגין ניסיון הינו זהה – מבחינה נורמטיבית ובהתאם לסעיף 34 לחוק העונשין – לעונש בגין העברה המושלמת, אולם בשל אי-התקיימות האנטי-חברתיות של התוצאה, העושה זוכה בהקלה.¹⁰⁴ המסקנה היא כי בהתקיים התנאים האובייקטיביים בלבד של סייג מצדיק מדובר בניסיון בלתי-צליח ועניש. מכאן עולה גם כי כאשר מדובר בעברה של רשלנות, המעשה אינו עניש. אי-הפללת המעשה נובעת מכך שניסיון לעברת רשלנות אינו עניש.

2. סייג פוטר

ביסודו של סייג פוטר – כגון הגנה עצמית פוטר, צורך פוטר וכורה פוטר – עומדת הפחתת האנטי-חברתיות של המעשה וגם הפחתה כפולה ומשמעותית של האשמה.¹⁰⁵ עניינו במצב שבו היסוד העובדתי של סייג פוטר מתקיים אך לא היסוד הנפשי, קרי, העושה אינו מודע לקיומה של הסכנה ואינו פועל להצלת חייו, אלא פועל מתוך כוונה לגרום למותו של אדם, כגון מקרה הקרש לשניים שנדון לעיל.¹⁰⁶ אין חולק כי במעשה שנעשה בתנאים האובייקטיביים של סייג פוטר – למשל, הצלת חייו של העושה או של אדם קרוב אליו על-חשבון חיי הזולת – מתקיימת הפחתה של האנטי-חברתיות של התוצאה. מנקודת-מבט זו אפשר לטעון כי המצב זהה למצב של סייג מצדיק, קרי, מדובר בניסיון בלתי-צליח. אולם טענה זו אינה נכונה. סייג מצדיק שולל את האופי האנטי-חברתי של המעשה ושל התוצאה (הפגיעה האנטי-חברתית בערך החברתי המוגן). לעומת זאת, סייג פוטר אינו שולל את האנטי-חברתיות של הפגיעה בערך החברתי המוגן; מעשה שנעשה בתנאים של סייג פוטר הינו אנטי-חברתי. לפיכך אין

102 ראו גנאים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 338.

103 Eduard Dreher, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, in Festschrift für Ernst Heinitz 207, 214f. (1972); Karl Engisch, *Der "umgekehrte Irrtum" und das "Umkehrprinzip"*, in Festschrift für Ernst Heinitz 185, 192ff. (1972)

104 ראו גם דני סטטמן "הניסיון הפלילי לאחר תיקון 39 לחוק העונשין לאור בעיית המזל המוסרי" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 11 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010); שחר אלדר "ארבע תהיות בעקבות השוואת העונש בגין הניסיון לעונש שבצד העבירה המושלמת" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 35 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

105 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 4 ו-6-7.

106 ראו לעיל הטקסט אחרי ה"ש 85.

להשוות בין סייג מצדיק לבין סייג פוטר. זאת ועוד, הסיבה העיקרית שעומדת ביסודו של סייג פוטר היא הפחתה משמעותית של האשמה – הפחתה שנעוצה במצבו הנפשי הקשה של העושה לנוכח הסכנה החמורה שנשקפת לערכים החברתיים הקיומיים שלו או של האנשים הקרובים אליו.¹⁰⁷ כאשר העושה אינו מודע לקיומה של הסכנה, הוא אינו נמצא במצב נפשי קשה, ועל-כן ההפחתה המשמעותית של האשמה אינה מתקיימת, כלומר, הסיבה העיקרית שעומדת ביסוד הסייג הפוטר אינה מתקיימת. מכאן עולה כי במקרים כאלה ראוי שהעושה יישא באחריות לעברה מושלמת.¹⁰⁸ עם זאת, ראוי שהעושה יזכה במקביל בהקלה מסוימת בעונש, עקב הפחתת האנטי-חברתיות של התוצאה (בלבד) והפחתת האשמה שעולה מהפחתת האנטי-חברתיות של התוצאה.¹⁰⁹

לסיכום, בהתקיים התנאים האובייקטיביים בלבד של סייג פוטר, ללא היסוד הנפשי הנדרש, מתגבשת עברה מושלמת, והעושה יזכה רק בהקלה בעונש מחמת הפחתת האנטי-חברתיות של התוצאה ושל האשמה עקב הצלת הערך החברתי הקיומי שהיה נתון בסכנה. לעומת זאת, בהתקיים התנאים האובייקטיביים בלבד של סייג מצדיק, ללא היסוד הנפשי הנדרש, מתגבש ניסיון בלתי-צליח ועניש.

ה. סיכום

סייג מצדיק הינו מצב שמגן על קיום תפקידים של דיני העונשין. מעשה שנעשה בתנאים של סייג מצדיק הינו בבחינת המעשה הנכון שרצוי לעשותו בנסיבות העניין. מודעות מלאה בפועל של העושה לאופיו המוצדק של המעשה הינה תנאי הכרחי וגם מספיק להתגבשות היסוד הנפשי של סייג מצדיק. דרישה מעבר למודעות הינה בבחינת דרישה לענישה על מחשבות בלבד.

לעומת זאת, סייג פוטר אינו מצב שמצדיק את עשיית המעשה. מעשה שנעשה בתנאים של סייג פוטר אינו נופל בגדר המעשה הנכון שרצוי לעשותו. סייג פוטר מבוסס על העדר ציפייה סבירה להתנהגות כדין, והלחץ הנפשי שהעושה נמצא בו הוא הסיבה העיקרית לשחרורו מאחריות פלילית. לפיכך מודעות מלאה בפועל הינה תנאי הכרחי להתגבשות היסוד הנפשי של סייג פוטר, אך לא תנאי מספיק לכך. המצבים המיוחדים הנופלים בגדר סייג פוטר הם מצבים שבהם העושה נמצא במצב נפשי קשה הנובע מסכנה חמורה לערכים חברתיים חשובים מאוד. מצב נפשי קשה זה מתקיים כאשר העושה פועל בכוונה לסכל את הסכנה, קרי, להציל את הערכים החברתיים. שני תנאים הכרחיים להתגבשות היסוד הנפשי של סייג פוטר: מטרה מרכזית להציל את הערך החברתי הנתון בסכנה וסיבתיות נפשית הקושרת בין הסכנה לבין פעולת ההצלה. הרציונל של סייג פוטר מחייב דרישות של יסוד נפשי שהן מעבר לאלה הנדרשות לגבי סייג מצדיק.

107 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 6–7.

108 ראו גם HIRSCH, לעיל ה"ש 35, ס' 35, פס' 41; BERNSMANN, לעיל ה"ש 80, בעמ' 103.

109 ראו גם JESCHECK & WEIGEND, לעיל ה"ש 71, בעמ' 483.

בהתקיים היסוד העובדתי בלבד של סייג מצדיק, הפגיעה בערך החברתי המוגן אינה אנטי-חברתית. מבחינת דיני העונשין (עבירה מושלמת וניסיון) קיימת זהות מהותית בין המקרה שבו אין כלל פגיעה ממשית בערך החברתי המוגן לבין המקרה שבו יש פגיעה בערך החברתי המוגן אך היא אינה אנטי-חברתית. לפיכך דינו של המקרה שבו התקיימו היסודות האובייקטיביים של סייג מצדיק אך לא התקיים היסוד הנפשי הנדרש זהה לדינו של המקרה הפלילי שבו לא התרחשה כלל פגיעה ממשית בערך החברתי המוגן, קרי, ניסיון בלתי-צליח. כך העושה זוכה בהקלה לעומת העבירה המושלמת. לעומת זאת, סייג פוטר אינו שולל את האופי האנטי-חברתי של הפגיעה בערך החברתי המוגן. בהתקיים היסוד העובדתי בלבד של סייג פוטר, הפגיעה בערך החברתי המוגן הינה אנטי-חברתית. לפיכך מצב זה שונה מן המצב של ניסיון בלתי-צליח. זאת ועוד, עושה שאינו מודע להתקיימות היסודות האובייקטיביים של סייג פוטר – למשל, עושה שאינו מודע לקיומה של הסכנה הקיומית – גם אינו נמצא במצב נפשי חמור, ועל-כן הסיבה העיקרית שעומדת ביסוד השחרור מאחריות פלילית אינה מתקיימת. במצב זה העושה נושא באחריות פלילית לעבירה מושלמת, אם כי הוא יזכה בהקלה בעונש בשל הצלת הערך החברתי שהיה נתון בסכנה.