

מבנה העבירה הפלילית – לקראת חקיקה מחדש (רה-קודיפיקציה) של דיני העברות בישראל

מאת

גבריאל הלוי*

- א. מבוא
- ב. המבנה הצורני של העברה הפלילית
- ג. הטמעת דיני העונשין הכלליים בגוף העברה הפלילית
 1. המרת עברות התנהגות-מטרה בעברות תוצאה
 2. המרת עברות תוצאה-מטרה בעברות ריבוי תוצאות
 3. ביטול חלופות המבוססות על דיני העונשין הכלליים בהיעדר סטייה מן הדין הכללי
 4. התאמת מונחים
- ד. כללי ניסוח
 1. ניסוח תיאורי-קזואיסטי
 2. כלליות
 3. בהירות ודיוק
 4. רלוונטיות של דין חוץ-פלילי
- ה. סיכום

א. מבוא

דיני העונשין כוללים שני נדבכים: דיני העונשין הכלליים, העוסקים באחריות הפלילית ובענישה, ודיני העברות. נדבכים אלה של דיני העונשין נדרשים להיות לכידים (קוהרנטיים) כדי להביא את השליטה החברתית המשפטית (legal social

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. תודה מסורה לקוראים האנונימיים ולחברי מערכת כתב העת אודות הערותיהם.

(control) שבמשפט הפלילי לידי ביטוי מיטבי.¹ כאשר דיני העונשין הכלליים ודיני העברות אינם תואמים זה את זה או אינם מתואמים, התוצאה כוללת בדרך כלל הכללות יתר והכללות חסר הפוגעות במאמצייהן של הרשויות להשליט סדר ציבורי בחברה המאורגנת. דיני העונשין הכלליים בישראל עמדו לבחינה מעמיקה וממושכת, ועתה הגיעה השעה לבחון את דיני העברות.

הוראות פקודת החוק הפלילי, 1936 הן הבסיס העיקרי לדיני העונשין בישראל.² השינויים שנעשו בפקודה זו בתקופת תחולתה במדינת ישראל, התרכזו בעיקר בדרכי הענישה ובעברות ספציפיות. בתחום דרכי הענישה בוטל עונש המלקות,³ ובשנת 1954 בוטל עונש המוות בעברת הרצח והומר במאסר עולם.⁴ בשנת 1952 הונהגה לראשונה בישראל ענישת מינימום בעברות של תקיפת שוטרים,⁵ ובשנים 1954 ו-1970 הוסדרו דרכי הענישה בפירוט בחוק.⁶ בתחום הסדרת העברות הספציפיות נוספו, תוקנו או שוננו עברות השוחד⁷ ועברות תקיפת השוטרים⁸ בשנת 1952, עברות נגד ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים⁹ בשנת 1957, עברות ריבוי נישואין¹⁰ והעלמת עברות¹¹ בשנת 1959, עברות זנות ותועבה¹² בשנת 1962, עברות מרמה, סחיטה

VOLKER KREY, DEUTSCHES STRAFRECHT – ALLGEMEINER TEIL, TEIL I: GRUNDLAGEN 1
5-7 (2002).

ע"ר תוס' 1, 263. 2

חוק ביטול עונש מלקות, התשי"א-1950, ס"ח 261. 3

חוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), התשי"ד-1954, ס"ח 74. 4

חוק לתיקון דיני העונשין (תקיפת שוטרים), התשי"ב-1952, ס"ח 144 (להלן: חוק לעניין תקיפת שוטרים). 5

חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954, ס"ח 234; חוק דיני עונשין (דרכי ענישה) (נוסח משולב), התשל"ל-1970, ס"ח 109. עד לשילובו בחוק העונשין, התשל"ז-1977 תוקן החוק משנת 1970 שלוש פעמים. ראו ס"ח התשל"א 122, ס"ח התשל"ג 44 וס"ח התשל"ה 11 (להלן: חקיקת דרכי הענישה). 6

חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד), התשי"ב-1952, ס"ח 126. עד לשילובו בחוק העונשין, התשל"ז-1977 תוקן חוק זה חמש פעמים. ראו ס"ח התשי"ז 88, ס"ח התשכ"ג 26, ס"ח התשכ"ד 90, ס"ח התשל"ל 149 וס"ח התשל"א 164. 7

חוק לעניין תקיפת שוטרים. 8

חוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה), התשי"ז-1957, ס"ח 172. עד לשילובו בחוק העונשין, התשל"ז-1977 תוקן חוק זה פעם אחת. ראו ס"ח התשכ"ז 42. [בתיקון זה שונה שם החוק ל"חוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), התשי"ז-1957"]. 9

חוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), התשי"ט-1959, ס"ח 144. 10

חוק לתיקון דיני העונשין (העלמת עבירות), התשי"ט-1959, ס"ח 207. 11

חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות זנות), התשכ"ב-1962, ס"ח 78. עד לשילובו בחוק העונשין, התשל"ז-1977 תוקן חוק זה פעם אחת. ראו ס"ח התשל"ג 146. 12

ועושה¹³ בשנת 1963, עברות במשחקים אסורים, הגרלות והימורים¹⁴ ועברות שימוש ברכב בלא רשות¹⁵ בשנת 1964 ועברות הפסקת היריון¹⁶ בשנת 1977. בתחום דיני העונשין הכלליים נוספו, תוקנו או שונו ההסדרים בדבר התחולה הכללית של פקודת החוק הפלילי, 1936 על כלל העברות הפליליות,¹⁷ תחולת דיני העונשין על אירועי חוץ (אירועים שהתרחשו מחוץ לתחום הטריטוריאלי של מדינת ישראל),¹⁸ אי-שפיות-הדעת,¹⁹ וכאמור דרכי הענישה.²⁰ בהוראות תיקון מס' 15 משנת 1974 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 הוענקה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הסמכות לקבוע נוסח חדש או נוסח משולב לדברי חקיקה.²¹ על פי סמכות זו קובצו כל התיקונים לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר נעשו בה מכניסתה לתוקף בשנת 1936 ועד 7 ביוני 1977,²² לכלל נוסח מאוחד. נוסח זה הוא חוק העונשין, התשל"ז-1977,²³ אשר נכנס לתוקפו ב-14 באוקטובר 1977.²⁴

¹³ חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושה), התשכ"ג-1963, ס"ח 130. עד לשילובו בחוק העונשין, התשל"ז-1977 תוקן חוק זה שלוש פעמים. ראו ס"ח התשל"ל 22, ס"ח התשל"ג 145 וס"ח התשל"ה 97.

¹⁴ חוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), התשכ"ד-1964, ס"ח 44. עד לשילובו בחוק העונשין, התשל"ז-1977 תוקן חוק זה פעמיים. ראו ס"ח התשכ"ז 143 וס"ח התשל"ה 222.

¹⁵ חוק לתיקון דיני העונשין (שימוש ברכב בלי רשות), התשכ"ד-1964, ס"ח 78.

¹⁶ חוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת היריון), התשל"ז-1977, ס"ח 70.

¹⁷ הוראות סעיף 3א לפקודת החוק הפלילי, 1936, לפי תיקונה בשנת התשכ"ה, ס"ח 181, קבעו, כי "הוראות חלק זה, פרט לסעיף 4, יחולו גם על עבירות שלא לפי פקודה זו, מלבד אם נאמר אחרת בחיקוק הקובע את העברה".

¹⁸ חוק דיני עונשין (עבירות חוץ) [נוסח משולב], התשל"ג-1973, ס"ח 36. עד לשילובו בחוק העונשין, התשל"ז-1977 תוקן חוק זה שלוש פעמים. ראו ס"ח התשל"ג 360, ס"ח התשל"ז 36 וס"ח התשל"ז 132.

¹⁹ חוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 36), התשל"ה-1975, ס"ח 78.

²⁰ חקיקת דרכי הענישה.

²¹ ס"ח התשל"ה 11.

²² תיקונים ישירים לפקודת החוק הפלילי, 1936: ע"ר 1937, 251; ע"ר 1939, תוס' 1, 151; ע"ר 1944, תוס' 1, 32, 126; ע"ר 1945, 116; ע"ר 1946, תוס' 1, 199; ע"ר 1947, תוס' 1, 1; ס"ח התשי" 287; ס"ח התשי"א 248; ס"ח התשי"ב 144, 127, 144; ס"ח התשי"ד 47, 51, 238; ס"ח התשט"ו 71; ס"ח התשי"ז 44, 88, 178; ס"ח התשי"ט 145; ס"ח התש"ך 54; ס"ח התשכ"ב 36, 79; ס"ח התשכ"ג 84, 132; ס"ח התשכ"ד 46, 55; ס"ח התשכ"ה 11, 51, 114, 181, 183, 245; ס"ח התשכ"ו 64; ס"ח התשכ"ח 194; ס"ח התשכ"ט 31; ס"ח התשל"א 81, 82; ס"ח התשל"ב 28, 138; ס"ח התשל"ג 143; ס"ח התשל"ה 78, 122; ס"ח התשל"ז 71. על תיקונים ישירים אלה נוספו גם תיקונים עקיפים כמצוין לעיל בה"ש 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18 ולפי חוק לתיקון דיני העונשין (עובדי הציבור), התשי"ז-1957, ס"ח 88 וס"ח התשל"ה 145.

²³ ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

לנוכח קשיים בחלק הכללי של פקודת החוק הפלילי, 1936, ואי-התאמתו למציאות המודרנית, שכן שורשיו נעוצים בקוד הפלילי של קווינסלנד, 1899 ובמשפט המקובל האנגלי,²⁵ מונתה בשנת 1970 ועדת מומחים בראשות פרופ' שמעון אגרנט, נשיא בית המשפט העליון.²⁶ ועדה זו בחנה כעשר שנים את החלק הכללי של דיני העונשין בהתבסס על הנוסח הקיים, אך תוך בחינת המשפט ההשוואתי המודרני, והדגשת ארגונו של החלק הכללי וניסוחו. בשנת 1980 פורסמה לבסוף הצעת הוועדה להערות הציבור.²⁷ הצעה זו לא נגעה כלל לדיני העברות. לבסוף, ב-6 בינואר 1992, אושרה בקריאה ראשונה בכנסת גרסה קצרה של כמה הצעות קודמות, בלא כל התייחסות לענישה ולדיני העברות, והיא כונתה הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992.²⁸ לאחר ביצוע שינויים ותיקונים נוספים, ב-25 ביולי 1994, התקבל בכנסת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 והוא פורסם ב-23 באוגוסט 1994.²⁹

אמנם שונו עברות פליליות רבות בספר החוקים הישראלי, תוקנו, הוספו או נמחקו, אך טרם נערך דיון פורמלי רחב ומקיף באשר לדיני העברות בישראל. ברי שלקראת רה-קודיפיקציה של דיני העברות בישראל יש לבחון ביסודיות את מכלול היבטיהם. עם זאת, רשימה זו מצומצמת לדיון בהיבט אחד מני רבים של הסדרת דיני העברות בישראל והוא ההיבט המבני. אמנם בין מבנה העברה הפלילית ובין תוכנה יש קשר הדוק, אך בכל זאת מדובר בשני היבטים נבדלים. אדון תחילה בקצרה במבנה הצורני של העברה הפלילית. לאחר מכן אבדוק את הטמעת דיני העונשין הכלליים בעברה הפלילית. לבסוף אעסוק בניסוחה של העברה הפלילית.

ב. המבנה הצורני של העברה הפלילית

²⁴ לפי הוראות סעיף 504 לחוק העונשין.

²⁵ לפירוט קשיים שהיו בחלק הכללי ראו אצל מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 (הצעות חוק 2098, מיום 6.1.1992) "משפטים" כד 9, 9-10 (1994).

²⁶ הוועדה בראשותו של פרופ' שמעון אגרנט, נשיא בית המשפט העליון, כללה את שופטי בית המשפט העליון חיים כהן ויצחק כהן, שופט בית המשפט המחוזי שמואל קוארט, שופט בית משפט השלום משה שלגי, פרקליט המדינה גבריאאל בן, אנשי האקדמיה יובל לוי, ש"ז פלר ואהרן אנקר, אורי דיין ממשד המשפטים ועורכי הדין שלמה תוסיה-כהן וארווין שמרון. ראו אצל שמואל תמיר "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר" משפטים י 202, 211 (1980).

²⁷ שם.

²⁸ ה"ח הממשלה 115.

²⁹ ס"ח 348 (להלן: תיקון מס' 39 לחוק העונשין).

את המבנה הצורני של העברה הפלילית הספציפית ניתן להגדיר כמשפט תנאי קיים, אשר תוצאת התקיימות התנאי שבו היא סנקציה פלילית. לכן ראוי לבחון את שני חלקי מבנה העברה הפלילית כסדרם, התנאי הקיים והסנקציה הפלילית.³⁰ משפט תנאי קיים, להכביל ממשפט תנאי בטל, נוגע להתרחשות שאירעה בפועל, המתרחשת עתה או העתידה להתרחש, ואילו משפט תנאי בטל נוגע להתרחשות היפותטית, שלא התרחשה בפועל. משפט תנאי קיים מתאפיין בדרך כלל בתבנית המילולית "אם [...], אז [...]", ואילו משפט תנאי בטל מתאפיין בדרך כלל בתבנית המילולית "לו [...], אזי [...]". כך, לדוגמה, המשפטים דלהלן באשר לעבר, להווה ולעתיד הם משפטי תנאי קיים:

(1) אם שדדת, תהא צפוי לעונש;

(2) אם אתה שודד, תהא צפוי לעונש;

(3) אם תשודד, תהא צפוי לעונש.

משפט התנאי הבטל אינו נוגע לאפשרות בת-קיימא, אלא למקרה היפותטי בלבד, אשר לא אירע בפועל. לדוגמה –

(1) לו שדדת, היית צפוי לעונש;

(2) לו היית שודד, היית צפוי לעונש.

מאחר שדיני העונשין אינם עוסקים במקרים היפותטיים, אלא בשליטה חברתית משפטית בפועל, ניסוח העברה הפלילית כתנאי בטל אינו רלוונטי למבנה העברה הפלילית. למשפט התנאי הקיים, בהיותו משפט מורכב,³¹ שני חלקים. החלק הראשון הוא התנאי הקיים והחלק השני הוא תוצאת התנאי הקיים. כאמור, תוצאת התנאי הקיים, כלומר החלק השני במשפט התנאי הקיים, היא הסנקציה הפלילית. כך, למשל, ניתן לנתח את עברת גרימת המוות ברשלנות³² כדלהלן:

³⁰ עוד ראו לעניין זה את GABRIEL HALLEVY, A MODERN TREATISE ON THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW 16–17 (2010).

³¹ למהות משפט התנאי כמשפט מורכב ראו אצל אברהם אבן-שושן מלון אבן-שושן כך שישי 2167–2168 (משה אזר עורך, 2007).

³² עברה לפי סעיף 304 לחוק העונשין.

תוצאת התקיימות התנאי

תנאי קיים

דינו – מאסר שלוש שנים.

הגורם ברשלנות למותו של אדם,

חלק התנאי הקיים כולל את הרכיבים הדרושים לצורך הטלת האחריות הפלילית ולצורך הטלת הסנקציה שבעקבות הטלת אחריות פלילית זו. לרוב מדובר ברכיבי היסוד העובדתי שבעברה,³³ המתארים את ההתרחשות העובדתית הנדרשת לצורך הרלוונטיות של האחריות הפלילית הספציפית. שאר הרכיבים הנדרשים לצורך הטלת האחריות הפלילית נלמדים מדיני העונשין הכלליים החלים על העברה הפלילית הספציפית.³⁴ לעתים כולל חלק זה גם רכיבים אחרים ככל שהם נדרשים לאפיון תנאי הטלת האחריות הפלילית בנורמה ספציפית זו.³⁵

³³ רכיבי היסוד העובדתי בעברה הוכרו בהוראות סעיף 18 לחוק העונשין והם כוללים את ההתנהגות, את הנסיבות ואת התוצאות. כך, לדוגמה, בנוסח עברת ההריגה ל בסעיף 298 לחוק העונשין, הקובעת כי "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנה", מנויים אך רכיבי היסוד העובדתי. רכיבים אחרים הדרושים לשם הטלת אחריות פלילית פרטנית (in concreto) על המבצע נלמדים מדיני העונשין הכלליים החלים על עברה זו.

³⁴ כך, לדוגמה, בעברת ההריגה דלעיל (שם) מוזכרים במפורש אך רכיבי היסוד העובדתי, כאמור, את היסוד הנפשי הנדרש בעברה זו ניתן ללמוד מהוראות סעיף 19 לחוק העונשין, המחילות את המחשבה הפלילית כיסוד הנפשי הרלוונטי בעברה זו. הגדרות המחשבה הפלילית הרלוונטית מצויות בהוראות סעיף 20 לחוק העונשין. כך, תחולת דיני האחריות הפלילית הנגזרות, תחולת הסייגים לאחריות הפלילית, תחולת האחריות הפלילית של התאגיד וכיוצא באלה – כולן נלמדות מהוראות דיני העונשין הכלליים.

³⁵ רכיבים ספציפיים, המוזכרים בנורמה הפלילית הספציפית, מוזכרים בה בדרך כלל במקרים שבהם אי-אפשר להסיק את קיומם מדיני העונשין הכלליים. כך, למשל, בהוראות ס"ק 300(א)(2) לחוק העונשין, הנוגעות לעברת הרצח בכוונה תחילה, מופיע הרכיב "בכוונה תחילה", מאחר שהוא רכיב הנדרש לצורך הטלת אחריות פלילית פרטנית על המבצע, אך אין קיומו של רכיב זה נלמד מדיני העונשין הכלליים. היעדר דרישה מפורשת של רכיב זה בנוסח הנורמה הפלילית הספציפית היה מבטל את הדרישה. לצורך הטלת החובה להתחשב בקיומו של רכיב זה במהלך הטלת האחריות הפלילית, היה צריך להזכירו במפורש ולהגדירו. רכיב ספציפי זה הוגדר בהוראות סעיף 301 לחוק העונשין. דוגמה נוספת היא הוראות סעיף 304 לחוק העונשין, אשר נותחו לעיל (בה"ש 32). המונח "ברשלנות" אמנם מוגדר בדיני העונשין הכלליים (סעיף 21 לחוק העונשין), אך בלא אזכורו המפורש בנוסח הנורמה הפלילית הספציפית, היה ניתן לייחס לעברה זו יסוד נפשי מסוג מחשבה פלילית. הצורך לאזכרו במפורש בנוסח הנורמה

חלק הסנקציה הפלילית, כלומר החלק השני במבנה הצורני של העברה הפלילית הספציפית, הוא תוצאת התקיימות התנאי. הסנקציה הפלילית היא חלק בלתי נפרד מן העברה הפלילית. נורמה אשר אינה כוללת סנקציה פלילית אינה עברה פלילית, אלא עשויה להיות ציווי מוסרי, נורמה אזרחית, נורמה מנהלית וכיוצא באלה. כך, למשל, הציווי המקראי "לא תרצח"³⁶ שבעשרת הדיברות אינו בגדר עברה פלילית, שכן אין הוא כולל סנקציה פלילית ואין הוא בגדר משפט תנאי קיים אלא בגדר ציווי קטגורי, העשוי להיחשב לציווי מוסרי. אפיון זה מאפשר להבחין בין נורמות שהן הוראות הגדרה ספציפיות, ובין העברה הפלילית הספציפית.

כך, לדוגמה, הוראות סעיף 31 לחוק העונשין, שכותרתו "מסייע", אינן בגדר עברה פלילית משום אי-ציון סנקציה פלילית בשל המתואר בהוראות הסעיף.³⁷ עם זאת, הוראות סעיף 32 לחוק העונשין, שכותרתו "עונש על סיוע",³⁸ מהוות את העברה הפלילית בכללותה, והוראותיה משתמשות במונח משפטי השאוב מסעיף 31 לחוק העונשין, שהוא סעיף הגדרות ספציפי ורלוונטי לעברה הפלילית הספציפית המוגדרת בסעיף 32. ודוק, הוראות סעיף 31 מנוסחות דווקא כמשפט תנאי קיים ("[אם] מי אשר [...] [אז] הוא מסייע"), אך תוצאת התנאי אינה סנקציה פלילית, אלא ההיחשבות ל"מסייע", ומשום כך אין מדובר בעברה פלילית ספציפית. סעיף 32 כולל את משפט התנאי המאפיין את העברה הפלילית, ובו התנאי הוא הסיוע לעבור עברה (המוגדר, כאמור, בסעיף 31), והסנקציה הפלילית היא כמפורט בהמשכו של הסעיף ("עונשו – [...]").³⁹

הפלילית הספציפית נובע מן ההסדר שבהוראות ס"ק 19(1) לחוק העונשין. לעומת דוגמאות אלה, עברת ההריגה (לעיל ה"ש 33) דורשת יסוד נפשי מסוג מחשבה פלילית, ולפיכך אף לו נוסחה העברה כ"הגורם במחשבה פלילית במעשה או במחדל אסורים...", דרישת היסוד הנפשי לא הייתה שונה מדרישת היסוד הנפשי שבה בנוסחה הנוכחי.

³⁶ שמות כ, 13; דברים ה, 17.

³⁷ הוראות סעיף 31 לחוק העונשין קובעות כי "מי אשר, לפני עשיית העברה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העברה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העברה, הוא מסייע".

³⁸ הוראות סעיף 32 רישא לחוק העונשין קובעות כי "הסיוע לעבור עברה, עונשו – מחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי; [...]".

³⁹ דרך אחרת לקשור את הוראות סעיפים 31 ו-32 לחוק העונשין היא באמצעות שילוב הוראותיהם כטענות של לוגיקה פורמלית. התנאי הקיים שבהוראות סעיף 31 רישא לחוק העונשין יביא לתוצאה שבסעיף 32 לחוק העונשין, כאילו נוסחה העברה הפלילית הספציפית כדלהלן: "מי אשר, לפני עשיית העברה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העברה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העברה, עונשו – מחצית העונש שנקבע בחיקוק

דוגמה נוספת מספקות הוראות סעיף 383 לחוק העונשין. הוראות אלה מגדירות מהו "אדם גונב דבר", אך אין הן כוללות כל סנקציה פלילית. על כן אין מדובר בעברה פלילית ספציפית, אף שהוראות סעיף 383 לחוק העונשין מנוסחות במבנה של משפט תנאי קיים.⁴⁰ לעומת זאת, סעיף 384 לחוק העונשין כולל סנקציה פלילית בעקבות מילוי תנאי קיים (הגונב, דינו – מאסר [...]),⁴¹ והוא שואב את הגדרת המונח "גונב" מהוראות סעיף 383. על כן הוא בגדר עברה פלילית ספציפית. כך, כל עברה פלילית ספציפית עשויה לטמון בחובה הגדרות והוראות נורמטיביות, אשר מקורן בסעיפי הגדרות ספציפיים,⁴² בסעיפי הגדרות כלליים⁴³ ובדיני העונשין הכלליים בכללותם.⁴⁴ עם זאת, זיהוי העברה הפלילית הספציפית, הרלוונטית לצורך החלתה הפרטנית (in concreto) על מקרה ספציפי, ייעשה על פי המבנה דלעיל של תנאי קיים שתוצאתו היא סנקציה פלילית, אף שהעברה הפלילית הספציפית טומנת בחובה את כל דיני העונשין הכלליים וכן הגדרות ספציפיות האחוזות בהוראות משפטיות אשר מקורן בסעיפי הגדרות ספציפיים וכלליים, כאמור. מבנה גורף זה של העברה הפלילית כמשפט תנאי קיים עשוי להעלות את השאלה אם העברה הפלילית ניתנת להגדרה כ"איסור" במובנו החברתי הרחב או שמא מדובר ב"מחירון" של סנקציות פליליות בגין התקיימות סוגי התנהגות ספציפיים, אשר הוגדרו במפורש בעברה הפלילית

בשל ביצועה העיקרי: [...]", אשר תוצאתה האופרטיבית זהה לזיהוי הוראות סעיף 31 לחוק העונשין כהוראות הגדרות. ברי שההנחה המוסווית בעניין זה היא כי "מסייע" שבהוראות סעיף 31 וה"סיוע" שבהוראות סעיף 32 חד הם לעניין זה.

40 הוראות ס"ק 383(א)(1) לחוק העונשין קובעות כי "אדם גונב דבר אם הוא – (1) נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב [...]", כלומר התנאי הקיים הוא "נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב [...]" ותוצאת התקיימות התנאי היא "אדם גונב דבר".

41 הוראות סעיף 384 רישא לחוק העונשין קובעות כי "הגונב, דינו – מאסר שלוש שנים, [...]", כלומר התנאי הקיים הוא הגונב, אשר הוגדר בהוראות סעיף 383 לחוק העונשין, ותוצאת התקיימות התנאי היא הסנקציה הפלילית "דינו – מאסר שלוש שנים, [...]".

42 כך, לדוגמה, הנורמה הפלילית הספציפית שבהוראות סעיף 415 לחוק העונשין ("קבלת דבר במרמה") נוגעת לשני המונחים "דבר" ו"מרמה", המוגדרים בסעיף הגדרות ספציפי, הוא סעיף 414 לחוק העונשין. הוראות סעיף 414 לחוק העונשין מגבילות עצמן מלכתחילה למסגרת סימן ו לפרק יא לחוק העונשין באמצעות הנוסח "בסימן זה –", הפותח את הוראות הסעיף.

43 כך, לדוגמה, ההגדרות המופיעות בסעיף 34 כד לחוק העונשין הן הגדרות כלליות הנוגעות לכל העברות הפליליות כמשפט הישראלי, אלא אם כן הוגדר במפורש אחרת. באופן זה הגדרת המונח "החזקה" שבסעיף זה חלה גם על עברות בחוק העונשין, כגון סעיף 413 לחוק העונשין, וגם על עברות מחוץ לחוק העונשין מכוח הוראות סעיף 34 כג לחוק העונשין, כגון סעיף 7 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, נ"ח 526.

44 תחולת דיני העונשין הכלליים שבחלק המקדמי ובחלק הכללי לחוק העונשין היא מכוח הוראות סעיף 34 כג לחוק העונשין.

הספציפית. כאמור, "איסור" כשלעצמו עדיין אינו מהווה עברה פלילית. כך, לדוגמה, הציווי "לא תרצח" דלעיל,⁴⁵ שהוא "איסור", אינו עברה פלילית, כי אם צו מוסרי או דתי. קביעת "מחירון" לסוגי ההתנהגות המוגדרים בעברה הפלילית היא לא בהכרח בגדר איסור.

קביעת "מחירון" מותרת שיקול דעת רחב בידי הפרט, אם לקיים את תנאי העברה הפלילית ואז להיות חשוף להטלת הסנקציה הפלילית עליו בידי החברה, אם לאו. הקניית שיקול דעת זה לפרט מונחת ביסודה של תפיסת הבחירה החופשית שעליה מבוססת האחריות הפלילית (אין אחריות פלילית בהיעדר בחירה חופשית). הפרט, אשר ישקול את דרכו לנוכח הקבוע בהוראות העברה הפלילית, יבחר בחירה חופשית לבצע את העברה או להימנע מלבצע. כך, אצל פרטים רבים בחברה ה"איסור" עשוי להילמד מתוך ה"מחירון", שכן אין קושי משפטי לראות בעברה הפלילית "מחירון", בנוסח של תנאי קיים שבצדו סנקציה פלילית. "מחירון" זה של סנקציות פליליות מעביר לפרט בחברה את המסר שעומדות לפניו שתי אפשרויות לבחירה חופשית, ביצוע העברה מצד אחד או אי-ביצועה מן הצד האחר. אם יבחר לבצע, יישא בסנקציה הפלילית, ואם לאו – יהא פטור.

מבנה זה של העברה הפלילית מאפשר לחברה לווסת את השליטה החברתית המשפטית באמצעות שינוי רמת הסנקציה הפלילית על פי התפישות החברתיות המעודכנות באותה חברה ספציפית.⁴⁶ כל פרט בחברה יוכל להעריך את מידת הסיכון שייחשף לו בבצע את העברה הפלילית, בהתחשב בשינויים אלה, ולבחור בחירה חופשית אם אכן לבצע את העברה הפלילית או להימנע מלבצע.⁴⁷ הסנקציה

⁴⁵ לעיל ה"ש 36.

⁴⁶ מבנה המאפשר ויסות של השליטה החברתית המשפטית הוא מבנה המאפשר לבצע תיקונים מתונים לצד תיקונים גורפים ורפורמות. מבנה של ציווי קטגורי כגון "לא תרצח" אינו מאפשר בדרך כלל תיקונים מתונים בו, אלא אך ביטול של הנורמה או התעלמות ממנה באכיפת הדין. לעומת זאת, השימוש החברתי בנורמה הפלילית במבנה דלעיל מאפשר לשנות את עמדת החברה כלפי הסוג הספציפי של ההתרחשות שבנורמה הספציפית באמצעות תיקון הסנקציה הפלילית ובאמצעות קביעת תנאים מקלים או מכבידים להטלת האחריות הפלילית הפרטנית. מבנה זה מאפשר גם גמישות אצל הפרט, אשר הניסוח המותנה מאפשר לו לממש את הבחירה החופשית בשונה מן הציווי הקטגורי שלא בהכרח מתחשב ברצונו או בבחירתו של הפרט.

⁴⁷ שיקולי הפרט בחברה באשר לביצועה של עברה פלילית או באשר להימנעות ממנה מתחשבים בהערכת נזק הכולל לעומת תוחלת תועלתו הכוללת. החברה עשויה להתערב במאזן סובייקטיבי זה של הפרט כדי להטותו לכיוון ספציפי על ידי שימוש באמצעי הנגיש לה – רמת הענישה שבכל סנקציה פלילית ושינוי תנאי הטלת האחריות הפלילית הפרטנית, כפי שהם מוצאים ביטויים בהגדרת התנאי הקיים שבכל נורמה פלילית. שינויים אלה אינם שוללים את הבחירה החופשית מן הפרט, אלא גורמים לכל פרט להעריך את מידת הסיכון שייחשף לו בבצע את העברה הפלילית, אם אכן יבחר בחירה חופשית לבצע. מבנה זה של תנאי קיים, אשר

הפלילית היא אפוא חלק בלתי נפרד ממבנה העברה הפלילית גם מבחינת הערכת ההשפעה החברתית של הנורמה הפלילית על הפרט.

הסנקציה הפלילית היא תוצאת התקיימות התנאי שבעברה הפלילית, והיא חלק בלתי נפרד ממבנה העברה הפלילית, כאמור. מרכזיותה של הסנקציה הפלילית ("עונש") בדיני העונשין אינה מוטלת בספק.⁴⁸ יש אשר אף מזהים את הגדרת דיני העונשין או את הגדרת העברה הפלילית עם קיומה של הסנקציה הפלילית.⁴⁹ לאור מרכזיותה של הסנקציה הפלילית בכלל, ומרכזיותה במבנה העברה הפלילית ובזיהויה בפרט, יש להבחין בין הסנקציה הפלילית כתוצאת התנאי הקיים ובין שתי תוצאות אפשריות אחרות. מחד גיסא יש להבחין בין הסנקציה הפלילית ובין הסנקציות המשפטיות⁵⁰ שאינן פליליות, כגון ה"סנקציה" האזרחית,⁵¹ ה"סנקציה" המנהלית או הסנקציה המשמעטית, ומאידך גיסא יש להבחין גם בין הסנקציה הפלילית ובין התגמול החיובי.

הסנקציה תיחשב לפלילית אם היא מוטלת בהליך פלילי, היא תוכנה אשר יהא. כך, למשל, פיצויים לניזוק הם בגדר תרופה אזרחית בדיני החיובים, אולם חיוב בפיצוי נפגע עברה במסגרת ההליך הפלילי מסווג את הפיצויים לניזוק כסנקציה פלילית וכחלק מן הענישה.⁵² הגדרת הסנקציה הפלילית כ"הרעה" במצבו של הפרט, כ"הצרה" של זכויותיו או כהסבת "אי-נעימות לגווניה לפרט, מאירה את הסנקציה הפלילית באור יחסי. פעולה שנקטה כלפי פרט ספציפי עשויה להיחשב בחברה אחת לסנקציה פלילית ובחברה אחרת – לתגמול חיובי ולהטבה.⁵³ יחסיות חברתית זו שבערכת

תוצאת התקיימותו היא סנקציה פלילית, הוא מבנה המתחייב מאופיו של עקרון העל בדיני העונשין, עקרון הבחירה החופשית, שכן בחירתו החופשית של הפרט נשמרת במבנה זה.
48 לניתוח אחר ראו את GEORGE P. FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW – AMERICAN, COMPARATIVE, AND INTERNATIONAL, VOLUME ONE: FOUNDATIONS 69–73 (2007).

49 לסקירת זיהוי הנורמה הפלילית עם הסנקציה הפלילית ראו אצל JEROME HALL, GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 296–321 (2nd ed. 1960, 2005).

50 הדיון בהקשר זה נוגע אך לסנקציות משפטיות ולא לסנקציות מוסריות, דתיות וכיוצא באלה, שכן הסנקציות המשפטיות הן בבואתה של השליטה החברתית המשפטית, ואילו האחרות לא בהכרח משקפות סוג זה של שליטה.

51 ראו, לדוגמה, את הוראות פרק י לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, ס"ח 308, ס"ח התשנ"ט 151. פרק זה בחוק נושא את הכותרת "קנס אזרחי".

52 ראו לעניין זה את הוראות סעיף 77 לחוק העונשין.

53 כך, למשל, המתת אדם כשלעצמה עשויה להיחשב ל"הרעה" לאדם המומת או לקרובי משפחתו בחברה המערבית, אך יש אשר המתת אדם נחשבה לו ולמשפחתו לכבוד ול"הטבה", כגון העלאת קרבנות אדם בתרבות האצטקית. ראו אצל FRANCES F. BERDAN, THE AZTECS OF CENTRAL MEXICO: AN IMPERIAL SOCIETY (2nd ed., 2005).

הפעולה החברתית כ"סנקציה" או כתגמול חיובי נוספת על יחסיות ברמה האישית, בעיני כל פרט ופרט, שכן כל פרט, בין בחברות שונות בין באותה חברה, עשוי לתפוס את האקט החברתי כלפיו באופן אחר.

ניתן אפוא לסכם, שהסנקציה הפלילית היא אכן פעולה מצדה של החברה כלפי הפרט, אך תוכנה הספציפי של הפעולה עשוי להשתנות מחברה לחברה ומפרט לפרט. "הרעה" במצבו של הפרט היא לעולם "הרעה" בעיני החברה, וייתכן שגם בעיני אותו פרט. אין בנמצא "הרעה" במונחים אובייקטיביים. כך, בכל חברה ובכל זמן נתון ניתן לסווג פעולות ספציפיות מצד החברה כלפי פרטים כ"הרעה" או כ"הטבה", בהתחשב במגבלות היחסיות דלעיל. לפיכך פעולה כלפי פרט, הנתפסת כ"הטבה", לא תיחשב לסנקציה פלילית, אף אם בעיני חברות ספציפיות אחרות פעולה זו נחשבת ל"הרעה", שכן כאמור, "הרעה" ו"הטבה" הן לעולם יחסיות ברמת הפרט וברמת החברה.

ג. הטמעת דיני העונשין הכלליים בגוף העברה הפלילית

דיני העונשין הכלליים חולשים על העברות הפליליות הספציפיות הן לאור מהותם הן מכוח הוראות הדין.⁵⁴ תחולה זו היא תחולה חיצונית, כלומר העברה הפלילית הספציפית נחשבת לנורמה מוגמרת העומדת בפני עצמה, ועל נורמה זו חלים דיני העונשין הכלליים "מבחוץ". סוג אחר של תחולה הוא תחולה פנימית, כלומר הטמעת דיני העונשין הכלליים בעברה הפלילית גופא "מבפנים". תחולה פנימית מסוג זה אפשרית רק בתהליך יצירתה של העברה הפלילית הספציפית או בתהליך תיקונה. לפיכך הליך הרה-קודיפיקציה של דיני העברות בישראל הוא הזדמנות מיטבית להחלה מסוג זה של דיני העונשין הכלליים על העברות הפליליות הספציפיות. הטמעה נכונה של דיני העונשין הכלליים בגוף העברה הפלילית עשויה להביא ליצירתה של הלכידות המבוקשת.

מן הבחינה המבנית, הטמעה נכונה מסוג זה של דיני העונשין הכלליים בגוף העברה הפלילית תביא ליצירתן של עברות פליליות פשוטות יותר, בהירות יותר ומוכנות יותר. הצורך בשינוי מבני זה בישראל נובע בעיקרו מן ההתפתחות הניכרת של דיני העונשין הכלליים בישראל לצד קפיאת מרבית העברות הספציפיות בישראל על שמריהן. עברות פליליות ספציפיות שהיה מקום בעבר לתקן בהן תיקון נקודתי של פגמים בדיני העונשין הכלליים, נותרו על מכונן גם כאשר תוקנו דיני העונשין

⁵⁴ ראו לעניין זה את הוראות סעיף 34 לחוק העונשין הקובעות כי "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה". לעניין זה הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי של חוק העונשין מגלמות את דיני העונשין הכלליים.

הכלליים. התוצאה הייתה עברות מסורבלות בעלות חלקים ניכרים מיותרים. ארבע העברות שבסעיפים 245–246 לחוק העונשין ממחישות זאת היטב. עברות אלה נחקקו בתקופה שבה העונש על ניסיון לדבר עברה היה מחצית מן העונש על העברה המוגמרת. המחוקק ראה לנכון להשוות את דין הניסיון בעברות אלה של הדחה בחקירה ובעדות לדינה של העברה המוגמרת. לצורך זאת השתמש המחוקק בנוסח "המניע או מנסה להניע [...]". בתיקון מס' 39 לחוק העונשין הושווה דין הניסיון לדין העברה המוגמרת,⁵⁵ אך נוסחן של עברות אלה נותר כשהיה.⁵⁶ לאור זאת נשאלות שאלות לגיטימיות בדבר סיווגן של העברות כעברות התנהגות או כעברות תוצאה, ובאשר לדרישת היסוד הנפשי בהן בעקבות הסיווג האמור. הטמעה יעילה של דיני העונשין עשויה להיות מתועלת לכמה אפיקים כדלהלן.

1. המרת עברות התנהגות - מטרה בעברות תוצאה

אחד הסיווגים השימושיים של עברות פליליות בישראל ובעולם הוא הסיווג לעברות התנהגות ולעברות תוצאה.⁵⁷ סיווג זה מושתת על מבנה היסוד העובדתי, אשר בא לידי

⁵⁵ לפי הוראות סעיף 34 לחוק העונשין.

⁵⁶ הוראות סעיף 245 לחוק העונשין קובעות כי:

(א) המניע אדם, או מנסה להניעו, שבחקירה על פי דין לא ימסור הודעה או ימסור הודעת שקר, או יחזור בו מהודעה שמסר, דינו – מאסר חמש שנים. (ב) המניע או מנסה להניע כאמור בסעיף קטן (א) בדרך של מרמה, הטעיה, כוח, איומים, הפחדה, מתן טובת הנאה או כל אמצעי פסול אחר, דינו – מאסר שבע שנים.

הוראות סעיף 246 לחוק העונשין קובעות, כי:

(א) המניע אדם, או מנסה להניעו, שבהליך שיפוטי לא יעיד, או יעיד עדות שקר, או יחזור בו מעדות או מהודעה שמסר, דינו – מאסר שבע שנים. (ב) המניע או מנסה להניע כאמור בסעיף קטן (א), בדרך של מרמה, הטעיה, כוח, איומים, הפחדה, מתן טובת הנאה או כל אמצעי פסול אחר, דינו – מאסר תשע שנים.

⁵⁷ SIR GERALD GORDON, THE CRIMINAL LAW OF SCOTLAND 61 (1st ed., 1967). הבחנה זו אומצה לראשונה בפסיקת המשפט המקובל האנגלי בדברי הלורד Diplock בעניין Treacy v. Director of Public Prosecutions, [1971] A.C. 537, 559, [1971] 1 All E.R. 110, [1971] 2 W.L.R. 112, 55 Cr. App. Rep. 113, 135 J.P. 112 שם צוין כי:

Where the definition of the crime incorporates a requirement of consequences subsequent to the completion of the physical acts by the accused, Professor Gordon in his book on Scots criminal law classifies the resultant crime as a 'result-crime' as distinct from a 'conduct-crime', but this nomenclature, though convenient in drawing attention to the distinction, tends to blur the fact that the conduct of the accused is as essential an ingredient of a 'conduct-crime'.

ובישראל ברע"פ 4827/95 ה. ג. פולק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 97, 106 (1997)

ביטוי בישראל בהוראות סעיף 18 לחוק העונשין. עברות תוצאה הן עברות שהיסוד העובדתי בהן כולל גם רכיב של תוצאות, ואילו בעברות התנהגות אין נדרש רכיב זה. אמנם סיווג זה מושגת, כאמור, על מבנה היסוד העובדתי, אולם יש לו השפעות נרחבות על דרישת היסוד הנפשי, על דיני האחריות הפלילית הנגזרת, על הענישה ועל גורמים נוספים. הן עברות התנהגות הן עברות תוצאה עשויות לכלול גם רכיב של מטרה, בשונה ממניע, אשר בעניינו יידרש רכיב נפשי של כוונה מיוחדת.⁵⁸

לאור התפתחותה של האחריות הפלילית הנגזרת בישראל, אין עוד צורך בעברות התנהגות-מטרה, כלומר בעברות התנהגות הכוללות רכיב של מטרה, וישגו אותם יעדים משפטיים וחברתיים בדיוק לאחר שהן יומרו בעברות תוצאה פשוטות. המרת המטרה בתוצאה לא תשנה את מהות דרישת היסוד הנפשי, תביא להפללה גם אם לא התרחשה התוצאה בפועל ותיתן מענה הולם להשפעות החוץ-פליליות של הטלת האחריות הפלילית.

ניתן להדגים את הטענה באמצעות עברת הפגיעה בריבונות המדינה לפי ס"ק 97(א) לחוק העונשין. עברה זו קובעת כדלהלן: "מי שעשה, ככוונה לפגוע בריבונותה של המדינה, מעשה שיש בו כדי לפגוע בריבונותה, דינו [...]". עברה זו ניתן להמיר בעברה פשוטה יותר כדלהלן: "הפוגע בריבונותה של המדינה, דינו [...]". הנוסח הפשוט יותר של העברה השנייה אינו משנה את הדרישות המהותיות של היסודות העובדתיים והנפשיים של העברה המקורית, אלא משתמש שימוש מושכל בדיני העונשין הכלליים ומשום כך הוא פשוט יותר.

נבחן את שתי העברות צעד אחר צעד. לכאורה, דרישת היסוד העובדתי בעברה האחת שונה מדרישת היסוד העובדתי בעברה השנייה. בעברה המקורית לא נדרשה הוכחת התקיימותו של רכיב תוצאות (פגיעה בביטחון המדינה), ואילו בעברה החדשה דרישה זו נמנית עם דרישות היסוד העובדתי. שוני זה נפתר בדיני העונשין הכלליים, וליתר דיוק בדיני הניסיון לדבר עברה.

כדי להטיל אחריות פלילית בעברה החדשה כעברה מוגמרת אכן צריך להוכיח פגיעה כדבעי בריבונות המדינה, אולם אם ריבונות המדינה לא נפגעה במהלך האירוע, ואכן נעשה מעשה במגמה זו, הרי מדובר בניסיון לעבור את העברה. מאחר שהעונש על הניסיון לעבור עברה ועל העברה המוגמרת עצמה הוא עונש זהה, כי אז הדרישות

ובדברי ההסבר להוראות ס"ק 18(א) להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח הממשלה 115, 123 כי "[...] לא כל עברה מותנית גם בתוצאות מזיקות מסויימות, כרכיב חיוני להתהוותה: מכאן סיווג העבירות לעבירות של התנהגות בהבדל מעבירות תוצאתיות".

⁵⁸ דוגמה לעברת תוצאה הכוללת רכיב של מטרה היא עברת הריגת החיה כדי לגנבה לפי סעיף 397 לחוק העונשין.

הנבדלות ביסוד העובדתי אינן מביאות לידי שוני משפטי או חברתי. כך, בשני המקרים, כאשר אדם עושה מעשה שאינו מביא לידי פגיעה בריבונות המדינה, ניתן להטיל עליו אחריות פלילית הטומנת בחובה את הענישה המרבית הנקובה באותה עברה. הוספת רכיב התוצאות בעברה החדשה אינה גורעת מאפשרויות הטלת האחריות הפלילית ואינה מוסיפה עליהן. התקיימות התוצאות מאפשרת הטלת אחריות פלילית בשתי העברות. יתר על כן, הוספת רכיב התוצאות בעירה החדשה מקלה את הטיפול בהיבטים האזרחיים של המעשה. כך, לפי הוראות סעיף 42א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971,⁵⁹ הכרעת דין מרשיעה בפלילים קבילה כראיה לכאורה בהליך אזרחי רלוונטי, גם לצורך הוכחת נזקו של הניזוק. אם יש חפיפה, ולו חלקית, בין הנזק האזרחי ובין רכיב התוצאות בפלילים, כי אז עשוי הדבר להקל את הליך ההוכחה האזרחי.

אפיונה של ההתנהגות הנדרשת בעברה הקיימת כ"מעשה שיש בו כדי לפגוע בריבונותה" נטמע ברכיבי היסוד העובדתי בעברה החדשה. לעניין זה יש להבחין בין שלושה מצבים אפשריים כדלהלן:

- (1) אם ההתנהגות אכן הביאה לידי פגיעה בפועל בריבונות, כי אז אין ספק שהיא הייתה בגדר "מעשה שיש בו כדי לפגוע בריבונותה";
- (2) אם ההתנהגות לא הביאה לידי פגיעה בפועל בריבונות, אך היה לה פוטנציאל ריאלי להביא לפגיעה מסוג זה, כי אז יהא בכך כדי להטיל אחריות פלילית בעברת ניסיון לדבר עברה, שעונשה זהה, כאמור;
- (3) אם ההתנהגות לא הביאה לידי פגיעה בפועל בריבונות ואף לא היה לה פוטנציאל ריאלי להביא לפגיעה מסוג זה, כי אז יהיה אפשר להטיל אחריות פלילית בעברת ניסיון לדבר עברה, שכן מדובר בניסיון בלתי-צליח, אשר דינו כדין כל ניסיון אחר.⁶⁰ מצב זה אינו שונה גם מהמצב בכל הנוגע לעברה הקיימת, שכן הניסיון הבלתי-צליח תקף גם בעניינה ולא רק בעניין העברה החדשה.

הנה כי כן, המרת עברות ההתנהגות-מטרה בעברות תוצאה אינה מביאה לידי פגיעה בדין הקיים מן הבחינה המהותית בכל הכרוך בדרישת היסוד העובדתי. נמשך בבחינת דרישת היסוד הנפשי. בעברות התנהגות-מטרה דרישת היסוד הנפשי היא דרישת מחשבה פלילית בנוגע לרכיבי היסוד העובדתי (מודעות להתנהגות ומודעות לנסיבות) בתוספת כוונה מיוחדת בנוגע למטרה. הכוונה המיוחדת מגלמת את הרכיב החפצי

⁵⁹ נ"ח 421, ס"ח התשל"ג 236.

⁶⁰ לפי הוראות סעיף 26 לחוק העונשין, "לענין ניסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העברה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו".

בדרישת היסוד הנפשי. המרת המטרה בתוצאה בעברות אלה תביא לידי המרת דרישת הכוונה המיוחדת בנוגע למטרה בדרישת הרכיבים החפציים של המחשבה הפלילית, כלומר כוונה או פזיזות.

רמת הרצון בדרישת כוונה מיוחדת שווה לרמת הרצון בדרישת כוונה. ההבדל בין הכוונה לכוונה המיוחדת מתרכז במישור המבני ולא במישור התימטי. הכוונה נוגעת לרכיב התוצאות, ואילו הכוונה המיוחדת נוגעת למטרה או למניע, אך לא לתוצאות. רמת הרצון בדרישת כוונה היא של רצון חיובי (חפץ בהתקיימות האירוע), וזו גם רמת הרצון בדרישת כוונה המיוחדת (חפץ בהתקיימות האירוע). האירוע בדרישת כוונה הוא התוצאות, ואילו האירוע בדרישת כוונה מיוחדת הוא המטרה. בעברות ההתנהגות-מטרה, המחוקק מוגבל ברמות הרצון שהוא יכול לדרוש במסגרת היסוד הנפשי. מאחר שאין בנמצא רמה של אדישות בנוגע למטרה או של קלות דעת בנוגע למטרה, המחוקק, המבקש לדרוש יחס חפצי כלפי המטרה, אנוס לדרוש את היחס החפצי הגבוה ביותר בנמצא בגלום בכוונה המיוחדת והשקול מהותית למטרה.

בהמרת עברת ההתנהגות-מטרה בעברת תוצאה אפשרויות רבות יותר נתונות למחוקק. אם אכן התכוון המחוקק לדרוש יחס חפצי גבוה בלבד, כי אז הוא עשוי להגביל את דרישת היסוד הנפשי לדרישת כוונה (לדוגמה, "הפוגע בכוונה בריבונותה של המדינה"), הנה מבחינת רמת הרצון שבה לדרישת הכוונה המיוחדת. לעומת זאת, אם יעדיף המחוקק להסתפק ברמת חפץ נמוכה יותר של פזיזות, כי אז פתוחה לפניו אפשרות זו, אשר אינה נתונה כלל בעברות ההתנהגות-מטרה, המחייבות כוונה מיוחדת בלבד.

מכל מקום, אם לא התרחשה התוצאה הרלוונטית (פגיעה בריבונות המדינה בדוגמה זו), הטלת האחריות הפלילית במקרה זה תהיה מבוססת על הניסיון לדבר עברה, כאמור. דרישת היסוד הנפשי בניסיון לדבר עברה היא דרישת כוונה מיוחדת בנוגע למטרה (שהיא השלמת העברה) בתוספת רכיבי המחשבה הפלילית בנוגע לרכיבי היסוד העובדתי שהתקיימו בפועל. דרישת יסוד נפשי זה היא, למעשה, זהה לדרישת היסוד הנפשי בעברה הקיימת. נמצא אפוא שהמרת עברות ההתנהגות-מטרה בעבירות תוצאה לא תביא לידי שינוי משפטי בדרישות לצורך הטלת האחריות הפלילית בהן.

2. המרת עברות תוצאה-מטרה בעברות ריבוי תוצאות

עברות תוצאה-מטרה הן עברות תוצאה בתוספת רכיב נפרד של מטרה, אשר בעניינו נדרשת כוונה מיוחדת. היסוד הנפשי הנדרש בעברות אלה כולל שני רכיבים חפציים. הרכיב האחד נוגע לתוצאה, והוא עשוי להיות קלות דעת, אדישות או כוונה. הרכיב האחר הוא רכיב כוונה מיוחדת והוא נוגע למטרה בלבד. בדרך כלל אין בעברות אלה קשר ישיר בין דרישת הכוונה המיוחדת בנוגע למטרה ובין דרישת הרכיב החפצי בנוגע לתוצאה, שכן התוצאה והמטרה בעברות אלה הן רכיבים נפרדים. למען הסר ספק, עברות אלה הן עברות מחשבה פלילית, שכן המחשבה הפלילית בלבד עשויה לתמוך בדרישה חפצית של כוונה מיוחדת. דוגמה לעברה מסוג זה היא עברת הריגת החיה כדי לגנבה שבסעיף 397 לחוק העונשין, אשר ניתוחה הסכמטי הוא כדלהלן:⁶¹

מטרה	נסיבות	התנהגות +תוצאות
בכוונה לגנוב את העור או את הגופה או חלק מהם	חיה הניתנת להיגנב	ההורג
כוונה מיוחדת	מודעות לנסיבות	מודעות להתנהגות + מודעות לאפשרות גרימת התוצאות + פזיזות בנוגע לתוצאות

בעברה זו הרכיב "ההורג" מנותק מבחינה מבנית מן הרכיב "בכוונה לגנוב את העור או את הגופה או חלק מהם", בדומה לכך שרכיבי ההתנהגות מנותקים מבחינה מבנית מרכיבי המטרה בעברות ההתנהגות-מטרה דלעיל. ההבדל בין עברות ההתנהגות-

⁶¹ השוו לעניין זה את Wildlife and Countryside (Amendment) Act, 1991, c.39; Cresswell v. Director of Public Prosecutions, [2006] E.W.H.C. 3379 (Admin.), [2007] 171 J.P. 233.

מטרה לעברות התוצאה-מטרה מתמצה בדרישת רכיב תוצאות, נוסף על רכיבי ההתנהגות והנסיבות, בדרישת היסוד העובדתי, ובהרחבת דרישת המחשבה הפלילית שבדרישת היסוד הנפשי גם בנוגע לתוצאות. מטעם זה אין הבדל בהמרתה של המטרה ברכיב של תוצאות בין עברות ההתנהגות-מטרה לעברות התוצאה-מטרה. אותה פעולה בדיוק של המרה תיעשה בשני סוגי העברות, כפי שנסקרה לעיל,⁶² ותוצאת ההמרה תהא שקולה בשני סוגי העברות.

עם זאת, מאחר שבעברות התוצאה-מטרה כבר יש רכיב אחד של תוצאות, כי אז המרתה של המטרה ברכיב תוצאות תביא לריבוי תוצאות בדרישת היסוד העובדתי. מצב של ריבוי תוצאות אינו חדש במבנה הקיים של העברות הפליליות בישראל ובעולם. כל תוצאה טעונה יחס נפרד מבחינת דרישת היסוד העובדתי והיסוד הנפשי ואין בכך משום קושי משפטי. לעתים יש בין התוצאות קשר של הוספה, ונדרשת בו הוכחת התקיימותן במצטבר של אותן תוצאות, ולעתים יש בין התוצאות קשר של בְּרָה, ודי בהוכחת התקיימותה של תוצאה אחת מתוך התוצאות המוזכרות בעברה. כך, למשל, בעברת ההיזק בזדון לפי סעיף 452 לחוק העונשין מוזכרות שתי תוצאות (הרס ופגיעה) בקשר של בְּרָה ("ההורס נכס או פוגע בו"), ודי בהוכחת התקיימותה של אחת התוצאות (של הרס או של פגיעה) כדי לספק את דרישת היסוד העובדתי בעברה.⁶³

המרת רכיב המטרה ברכיב של תוצאות בעברות התוצאה-מטרה תיעשה בדרך כלל בקשר של הוספה, אלא אם כן המטרה עצמה הייתה בקשר של בְּרָה. במקרה זה יהיה צריך להוכיח את התקיימותן של שתי התוצאות (או יותר, לפי העניין). היעדר תוצאה יאפשר הטלת אחריות פלילית לניסיון לדבר עֲבָרָה, כפי שהובהר לעיל בנוגע לעברות ההתנהגות-מטרה. ריבוי התוצאות בהקשר זה עשוי להיות ריבוי מצטבר (תוצאה א הביאה לידי התקיימותה של תוצאה ב וכן הלאה) או ריבוי מקביל (ההתנהגות הביאה לידי התקיימותן של כמה תוצאות בד בבד), אך הוא הדין בכל עֲבָרוֹת ריבוי התוצאות כיום. בדוגמה דלעיל ניתן לנסח את העברה כדלהלן: **הממית חיה גְּנִיבָה ובעקבות**

⁶² לעיל בפסקה ג.1.

⁶³ ראו לעניין זה בהשאלה את ע"פ 344/75 נחום נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 659 (1975); ע"פ 234/64 קימל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 374 (1964); Lloyd v. Director of Public Prosecutions, [1992] 1 All E.R. 982, [1992] R.T.R. 215, 156 J.P. 342; Drake v. Director of Public Prosecutions, [1994] Crim. L.R. 855, [1994] R.T.R. 411, 158 J.P. 828; Fiak, [2005] E.W.C.A. Crim. 2381; Bonner, [1970] 2 All E.R. 97, [1970] 1 W.L.R. 838, 54 Cr. App. Rep. 257, 134 J.P. 429; Denton, [1982] 1 All E.R. 65, [1981] 1 W.L.R. 1446, 74 Cr. App. Rep. 81, 146 J.P. 138; G, [2003] U.K.H.L. 50, [2004] 1 A.C. 1034; Samuels v. Stubbs, [1972] 4 S.A.S.R. 200; Getty v. Antrim Country Council, [1950] N.I. 114, עניין Cresswell, לעיל ה"ש 61.

מותה גונב את עורה, גופתה או חלק מהם, דינו [...] כל יתר התוצרים הנלווים להמרת המטרה ברכיב של תוצאות אינם שונים מן האמור לעיל בכל הנוגע להמרת מטרה בתוצאות בעברות ההתנהגות-מטרה.

3. ביטול חלופות המבוססות על דיני העונשין הכלליים בהיעדר סטייה מן הדין הכללי

ההתפתחות ההדרגתית של דיני העונשין הכלליים הביאה פעמים רבות את המחוקק לידי יצירתן של עברות פליליות ספציפיות כדי לתת מענה נקודתי לקושי שדבק באותה עת בדיני העונשין הכלליים. שינוי דיני העונשין הכלליים הביא פעמים רבות לידי תיקון הקשיים, אך אותן עברות פליליות ספציפיות נותרו על כנן. למעשה פגה ההצדקה לקיומן כדין ספציפי הסוטה מן הדין הכללי משתוקנו דיני העונשין הכלליים. הותרתן לכל הפחות מיותרת, ולעתים יש בה גם כדי לעורר קשיי פרשנות באשר לדרישות העובדתיות והנפשיות באותן עברות פליליות ספציפיות. הדוגמאות דלעיל באשר לעברות ההדחה בחקירה ובעדות (סעיפים 245–246 לחוק העונשין) ממחישות סוג זה של בעייתיות.

שלוש אפשרויות נתונות למחוקק:

(1) ביטול העברה ומחיקתה מספר החוקים;

(2) תיקונה של העברה;

(3) הותרתה כמות שהיא.

שלוש אפשרויות אלה מיועדות ליתן מענה לשלושה סוגים נבדלים של מצבים. כאשר הטעם לקיומה של העברה הפלילית הספציפית פג לחלוטין בעקבות תיקונם של דיני העונשין הכלליים, ולמעשה אין כל סיבה משפטית לגיטימית לסטות מהוראות הדין הכללי, כי אז אין עוד הצדקה לקיומה של אותה עברה פלילית ספציפית. כך, למשל, הוראות הסיפא של סעיף 403 לחוק העונשין, הנוגעות לניסיון לשוד בנסיבות מחמירות, הן מיותרות לחלוטין כיום. עברת השוד בנסיבות מחמירות לפי ס"ק 402(ב) לחוק העונשין קובעת ענישה מרבית של עשרים שנות מאסר. בעת חקיקת סעיף 403, הענישה המרבית בגין ניסיון לדבר עברה עמדה על מחצית העונש המרבי בעברה המוגמרת. כדי לסטות מהסדר כללי זה ולהשוות את הענישה המרבית בגין ניסיון לדבר עברה לזו של העברה המוגמרת, היה צריך לחוקק עברה פלילית ספציפית. כך נולדו הוראות הסיפא של סעיף 403.⁶⁴

⁶⁴ השוו לעניין זה את ע"פ 70/73 אלחר נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 561 (1973); ע"פ 2894/02 שטיינר נ' מדינת ישראל תק-על 2002(2), 1999 (2002).

תיקון מס' 39 לחוק העונשין השווה את הענישה בגין הניסיון לדבר עברה לזו שבגין העברה המוגמרת בקביעתו של כלל גורף. לפיכך הוראות הסיפא של סעיף 403 לחוק העונשין הפכו למיותרות לחלוטין. מחיקתן כליל מספר החוקים לא תשנה את הדין הקיים או את פרשנותו. על כן יש לבחון את תכלית קיומה (ratio legis) של העברה הפלילית הספציפית. אם אכן כל תכליתה הייתה לתקן את המצב המשפטי הקיים במקרה נקודתי, ולאחר מכן תוקנו דיני העונשין הכלליים באופן שהם כוללים ממילא את התיקון הספציפי בגוריה של העברה הפלילית הספציפית, הרי אותה עברה הפכה למיותרת ומחיקתה מספר החוקים לא תשנה כלל את הדין הקיים או את פרשנותו.

כאשר רק חלק מן העברה הפלילית הספציפית נהיה מיותר, אך חלקה האחר עדיין נחוץ, ניתן להסתפק בתיקונה של העברה באופן שיימחק רק החלק המיותר. חלק נחוץ של העברה עשוי להיות חלק הסוטה מן הדין הכללי הקבוע בדיני העונשין הכלליים או חלק נורמטיבי היוצר עברה פלילית ספציפית שאינה נכללת בנורמה פלילית אחרת. כך, למשל, בעניין הוראות סעיפים 245–246 לחוק העונשין, הקובעות חלופות של "המניע או מנסה להניע [...]" אפשר להסתפק בתיקון חלקי בדרך של מחיקת חלופת הניסיון, אך הותרת החלופה "המניע" כמות שהיא. במקרה של ניסיון להנעה שלא הבשיל לכלל הנעה בפועל, יהיה אפשר להטיל אחריות פלילית בגין ניסיון לעבור את העברות על סמך דיני העונשין הכלליים.

כאשר על אף תיקונם של דיני העונשין הכלליים עדיין יש סטייה מן הדין הכללי בעברה הפלילית הספציפית, יש לבדוק אם הסטייה מוצדקת. בהיעדר הצדקה עניינית, יש למחוק את הסטייה. כך, למשל, הוראות הרישא של סעיף 403 הנ"ל לחוק העונשין מעמידות את העונש על ניסיון לשוד על מחצית מן העונש על עברת השוד המוגמרת. אף שמבחינת הענישה, עברה זו היתה מיותרת בעת יצירתה, עם תיקון דיני העונשין הכלליים והשוואת הענישה בניסיון לדבר עברה לזו שבעברה המוגמרת, הוראות הרישא של סעיף 403 סוטות מדיני העונשין הכלליים, ומחיקתן תשנה את הדין הקיים. במקרה זה על המחוקק לבחון אם אכן יש הצדקה עניינית לענישה מופחתת בעברת הניסיון לשוד בשונה מן הניסיון הכללי לדבר עברה. אם אין כיום עוד הצדקה לכך, דינה להתבטל. הרציונל הבסיסי ששירת את המחוקק בעת יצירת ההסדר הספציפי לא בהכרח עדיין רלוונטי בעקבות תיקון דיני העונשין הכלליים. גם לא כל עברה פלילית שנחשבה לנחוצה בעבר, תמשיך להיחשב לנחוצה גם בעתיד.

רובן המכריע של העברות הפליליות הספציפיות שבשעתן נועדו לסטות מדיני העונשין הכלליים עסקו בסטייה מן האחריות הפלילית הנגזרת. הסטייה הייתה עשויה להיות קשורה לאחריות הפלילית ולענישה. כך, למשל, עברות הבאת האדם לידי

מעשה זנות⁶⁵ והבאת האדם לידי עיסוק בזנות⁶⁶ נועדו לאפשר הטלת אחריות פלילית בגין שידול לזנות, אף שהזנות עצמה אינה בלתי חוקית. לעומתן, לפי דיני העונשין הכלליים, השידול לדבר עברה מחייב שהשידול יהיה להתנהגות פלילית בלבד (שידול לשוד, שידול לרצח וכו'), אך לא להתנהגות חוקית (שידול לקריאת ספרים, שידול לשאיפת אוויר צח, שידול לזנות וכו'). כך גם החלופה הראשונה בעברת הניסיון לרצח⁶⁷ נועדה לסטות מן הענישה בגין הניסיון הכללי לדבר עברה. עברות מסוג זה טעונות בחינה מחודשת. אם הרציונל שעמד בבסיס יצירתן עדיין תקף ולגיטימי, כי אז אין הצדקה לבטלן, אך אם רציונל זה אינו תקף עוד מן הבחינה המשפטית והחברתית, כי אז יש להביאן אל קצן.

4. התאמת מונחים

הלכידות המתבקשת בין דיני העונשין הכלליים ובין העברות הספציפיות נוגעת גם לטרמינולוגיה. נחיצותה ניכרה בתיקון מס' 43 לחוק העונשין שהתאים, בין השאר, בין המונחים החדשים שננקטו שבתיקון מס' 39 לחוק ובין המונחים הקודמים שהיו עדיין נקוטים בעברות הפליליות הספציפיות. למעשה, בתקופת הביניים שבין פרסום תיקון מס' 39 לחוק העונשין ובין כניסתו לתוקף פורסמו שישה חוקים מתקנים,⁶⁸ אשר החשוב שבהם הוא חוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995.⁶⁹ תיקון מס' 43 לחוק העונשין התקבל בכנסת עשרים ושלושה יום בלבד לפני כניסתו לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין ופורסם ארבעה עשר יום בלבד לפני כניסתו לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין.⁷⁰

תיקון מס' 43 לחוק העונשין הוסיף הגדרות פרשנות למונחי היסוד הנפשי אשר היו נקוטים בנוסח העברות הספציפיות, אך שונו בתיקון מס' 39 לחוק העונשין. כך,

⁶⁵ לפי הוראות סעיף 201 לחוק העונשין.

⁶⁶ לפי הוראות סעיף 202 לחוק העונשין.

⁶⁷ לפי הוראות ס"ק 305(1) לחוק העונשין.

⁶⁸ תיקון טעות בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 365; סעיף 25 לחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19), התשנ"ה-1995, ס"ח 164, 168; חוק העונשין (תיקון מס' 42), התשנ"ה-1995, ס"ח 374; חוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995, ס"ח 390; חוק העונשין (תיקון מס' 44), התשנ"ה-1995, ס"ח 391; חוק העונשין (תיקון מס' 45), התשנ"ה-1995, ס"ח 392.

⁶⁹ ס"ח 390 (להלן: תיקון מס' 43 לחוק העונשין).

⁷⁰ תיקון מס' 43 לחוק העונשין התקבל בכנסת ב-31 ביולי 1995 ופורסם ברשומות ב-7 באוגוסט 1995, ואילו הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין נכנסו לתקפן המלא ב-23 באוגוסט 1995.

למשל, המונח "מזיד" ננקט בעברות ספציפיות, אך אין זכרו בא כלל בדיני העונשין הכלליים. התיקון הגביל ענישה בגין עברות רשלנות לשלוש שנות מאסר, כמתחייב מתיקון מס' 39 לחוק העונשין, אף שישנן עברות רשלנות שהענישה המרבית בגינן היא של יותר משלוש שנות מאסר. התיקון ביטל את הגדרת המחלל הקודמת שבהמתה לאור ההגדרה הכללית החדשה שבדיני העונשין הכלליים,⁷¹ התאים את עברת גרימת המוות ברשלנות הספציפית להגדרת הרשלנות החדשה שבדיני העונשין הכלליים, ביטל את הפטור מאחריות פלילית בגין גרימת מוות שהעמדה לדין בגינה ארכה יותר משנה אחת, והרחיב את המונח "דין" והכליל בו גם את פסיקת בתי המשפט.⁷²

תיקון מס' 43 לחוק העונשין שימש, למעשה, חוליית התאמה מקשרת בין העברות הפליליות הספציפיות לדיני העונשין הכלליים. עם זאת, כאשר תיקרה הזדמנות לחוקק מחדש את העברות הפליליות הספציפיות, יהיה ראוי לזנוח מונחים שאינם חלק מדיני העונשין הכלליים ולנקוט את המונחים שבדיני העונשין הכלליים. הכוונה בהקשר זה היא בעיקר למונחי היסוד הנפשי, למונחי האחריות הפלילית הנגזרת ולכללים הנובעים מעקרון החוקיות. כך, למשל, תחת המונח "המניע אדם" יש לנקוט את המונח "המשדל אדם". תחת המונח "התוקף חברו" יש לנקוט את המונח "התוקף אדם". את המונחים "בידיעה" או "ביודעין" ניתן למחוק כליל כאשר מדובר בעברות מחשבה פלילית, אם הם נוגעים ליסוד הנפשי.

ד. כללי ניסוח

העברה הפלילית הספציפית מתאפיינת גם בניסוחה. הניסוח של העברה הפלילית הספציפית צריך להיות מותאם לעקרונות היסוד בדיני העונשין, ובייחוד לעקרון החוקיות. ניסוחן של העברות הפליליות הספציפיות צריך אפוא להיות מותאם לדרישות הניסוח התיאורי-קזואיסטי, להתאפיין בכלליות, בבהירות ובדיוק ולהתחשב ברלוונטיות של דין חוץ-פלילי.

⁷¹ בס"ק 18(ג) לחוק העונשין.

⁷² ראו בעניין זה את דברי ההסבר שבהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 50) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995, ה"ח הממשלה 562. הצעת החוק פורסמה ברשומות ב-10 ביולי 1995.

1. ניסוח תיאורי-קזואיסטי

על העברה הפלילית להיות מנוסחת באופן תיאורי (דסקריפטיבי)-קזואיסטי. לפיכך נוסח העברה צריך לתאר מצב עובדתי נתון ולקבוע אותו כעברה פלילית. כך, למשל, הנוסח "הגורם למותו של אדם, דינו – [...] " הוא נוסח תיאורי-קזואיסטי. נוסח זה מתאר מצב עובדתי, שבו מבצע העברה גרם למותו של אדם, ומצב זה נקבע כעברה פלילית בכפוף להוראות דיני העונשין הכלליים (דרישת יסוד נפשי, שותפות לדבר עברה וכיוצא באלה). נוסח תיאורי-קזואיסטי של העברה הפלילית הספציפית אינו כולל תיאור מופשט של האינטרסים החברתיים המעורבים, אלא יישום ספציפי של אותם אינטרסים, כחלק מהשליטה החברתית המשפטית, בדרך של תיאור מצבים אסורים.

בבסיס דרישת הניסוח התיאורי-קזואיסטי מונחת התפיסה שהעברות הפליליות הספציפיות מיועדות לשמש גם את הפרט בחברה בכלכלול את צעדיו בהתחשב באיסורים הקבועים בדיני העונשין. פרט זה אינו נדרש להכיר את הניתוחים החברתיים שבבסיסן, ולכן על העברות הפליליות הספציפיות לתאר את האיסורים תיאור עובדתי ופשוט. העברות הללו מיועדות ליצור כללי התנהגות מחייבים, מובנים גם להדיוטיות, בלא צורך להתחקות על השלכותיהן החברתיות העקרוניות. ניסוח פשוט, שאינו מחייב שימוש באמצעים פרשניים כדי להתחקות על פשרו, יכול לאפשר גם להדיוט לכלכל את צעדיו ואת התנהגותו בעתיד לאורה של העברה הפלילית הספציפית.

אין כל חובה שהפרט יחוש הזדהות עם האמור בנוסח העברה הפלילית הספציפית ברמה הערכית או המוסרית, אלא די שיבין מילולית את נוסחה.⁷³ התיאור העובדתי עצמו אמור להיות נהיר לכל פרט בחברה שיש לו כושר הבנה סביר, שכן גם תיאור עובדתי כשלעצמו עשוי להיות מורכב ולחייב ידע מקצועי לצורך הבנתו. לפיכך על המנסח להשתמש במונחים בסיסיים ויסודיים. מכל מקום, הניסוח התיאורי-קזואיסטי אינו צריך להיזקק לטרמינולוגיה שאינה עובדתית, גם לא לטרמינולוגיה מוסרית.⁷⁴ הניסוח התיאורי-קזואיסטי של העברה הפלילית הספציפית צריך להיות ברמת הפירוט הדרושה להפללה באותה עברה. כאשר האיסור הוא להמית אדם בכל דרך שהיא ובכל אמצעי שהוא, כי אז תיאור עובדתי מפורט של דרכי ההמתה עלול לסכל את תכליתה של העברה הפלילית הספציפית, שכן תיאור מסוג זה עלול ללקות

⁷³ Ronald L. Gainer, *The Culpability Provisions of the Model Penal Code*, 19 RUTGERS L. J. 575 (1988).

⁷⁴ Allan C. Michaels, "Rationales" of Criminal Law Then and Now: For a Judgmental Descriptivism, 100 COLUM. L. REV. 54 (2000).

בהכללת חסר או בהכללת יתר. לעומת זאת, כאשר מדובר באיסור ממוקד יותר, יידרש פירוט עובדתי רב יותר, בהתאמה.

2. כלליות

כלליות נוסח העברה הפלילית אינה מאפיין ייחודי של העברה הפלילית הספציפית דווקא, אלא היא חובקת גם את הסוגים האחרים של הנורמה המשפטית, אולם במקרה של העברה הפלילית לכלל זה יש חשיבות מיוחדת בהגנה מפני רדיפת פרטים ספציפיים בחברה. על כן כלל ניסוח זה הוא יסוד מיסודותיו של עקרון החוקיות.⁷⁵ כלל זה של כלליות הניסוח מגלם דרישה לניסוח העברה הפלילית בדרך עקרונית וכללית בלא ציון פרטים ספציפיים בחברה. שני טעמים מרכזיים לכלל. הטעם האחד נעוץ ביחס השוויוני של החברה כלפי פרטיה בהפעלת השליטה החברתית המשפטית, בבחינת דין אחד לכל.

יחס זה מיועד למנוע אפליה פסולה בהפעלתה של השליטה החברתית המשפטית, הן באשר להגדרתה הן באשר לאכיפתה בשלב מאוחר יותר.⁷⁶ הטעם האחר נוגע לתוצר של הניסוח הכללי, ולפיו על החברה לגבש את ההגדרות הכלליות של הנורמה המשפטית לאור בחינה מקיפה של השיקולים הרלוונטיים וגיבוש קווי מדיניות כלליים, אשר יוגדרו בנורמה המשפטית.⁷⁷ טעמים אלה מחזקים את תפיסת הצדק של Rawls, שלפיה על קביעת הכללים החברתיים להיעשות מאחורי מסך בערות (veil of ignorance), אשר יטשטש את ההבדלים בין הפרטים בחברה ויאפשר גיבוש הוגן של קווי המדיניות הרלוונטיים.⁷⁸

בחינת מידת הכלליות היא בחינה מהותית המותאמת לתוכנה של הנורמה המשפטית ולא בחינה טכנית-פורמלית. כך, כאשר הנורמה המשפטית הספציפית משתמשת בהגדרות כביכול כלליות, אך למעשה הן ממוענות לפרט ספציפי או לציבור מסוים, לא יתחשב נורמה זו לנורמה משפטית העומדת בדרישת הכלליות. סוג זה של

⁷⁵ ראו לעניין זה את HALLEVY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 135–137.

⁷⁶ Thomas P. Lewis, *The Sit-In Cases: Great Expectations*, 1963 SUPREME COURT REV. 101, 110 (1963).

⁷⁷ בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 77 (1997); בג"ץ 627/82 ליבמן נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד לח(1) 645, 653 (1984); בג"ץ 219/81 שטרית נ' שר החקלאות, פ"ד לז(3) 481, 484 (1983).

⁷⁸ ראו בעניין זה את Michael A. Fitts, *Can Ignorance Be Bliss? Imperfect Information as a Positive Influence in Political Institutions*, 88 MICH. L. REV. 917 (1990); Adrian Vermeule, *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, 111 YALE L. J. 399 (2001).

נורמות, שאינן עומדות בדרישת הכלליות המהותית, נפוץ יותר מחוץ לגדרי המשפט הפלילי, ויש ששמו של הפרט הספציפי אף נקוב בחוק.⁷⁹ מכל מקום, בחינתה של מידת הכלליות היא בחינה מהותית ולא טכנית-פורמלית, ולפיכך גם כאשר אין החוק הספציפי נוקב בשמו של פרט ספציפי, הוא עשוי שלא לעמוד בדרישת הכלליות לאור מהות תוכנו, אם בחינת התוכן מפנה לקבוצת פרטים ספציפיים ומוגדרים היטב ולא לציבור כללי ובלתי מסוים.

כאשר הנורמה מופנית כלפי ציבור בלתי מסוים בחברה, בדרך כלל אין קושי באשר לדרישת הכלליות. כך, למשל, כאשר העברה הפלילית מנוסחת במילים "הגונב, דינו – מאסר שלוש שנים",⁸⁰ היא מופנית כלפי ציבור בלתי מסוים, שכן "הגונב" עשוי להיות כל פרט בחברה בלא מאפייני זהות ספציפיים. כאשר הנורמה מופנית כלפי ציבור בעל מאפיינים מוגדרים, עולה השאלה אם הנוסח עמד בדרישת הכלליות. כך, למשל, עברת המתת התינוק מופנית אך כלפי נשים בשנה הראשונה ללידתו,⁸¹ ועשויה לעלות השאלה, אם יש בנוסח עברה זו כדי לסטות מדרישת הכלליות, אף שסטייה זו היא לקולא ולא לחומרה.⁸² במישור העקרוני, אכן עברה זו סוטה מדרישת הכלליות, שכן אין היא מופנית כלפי כלל הציבור. עם זאת, בסוג זה של הסדרים משפטיים מותווית מדיניות חברתית, המקיפה חלק ניכר מן הציבור לצורך אפלייתו לטובה או לרעה על פי קריטריונים רלוונטיים.

עם סוג זה של הסדרים חברתיים נמנה גם סייג הקטינות, למשל, המאפשר אפליה לטובה של חלק ניכר מן הציבור על פי קריטריונים רלוונטיים.⁸³ כשמדובר בהכרעה חברתית לצורך אפליה לטובה של חלק ניכר מן הציבור על פי קריטריונים רלוונטיים, סטייה זו נחשבת לנסבלת במשפט הפלילי, אולם אין לדון מכך גזרה שווה באשר להסדר משפטי לא כללי המפלה לרעה או לטובה חלק קטן מן הציבור על פי קריטריונים בלתי רלוונטיים להסדר, כגון "הגונב, דינו – מאסר שלוש שנים, ואם היה יהודי, דינו – מאסר עולם" או "הגונב, דינו – מאסר שלוש שנים, ואם היה נבחר ציבור,

⁷⁹ ראו לדוגמה את הוראות סעיף 1 לחוק הנשיא חיים ווייצמן (גימלה ועזבון), התשי"ג-1953, ס"ח 94, הקובעות כי "לוירה ווייצמן, אלמנתו של נשיא המדינה המנוח חיים ווייצמן, תשולם מאוצר המדינה גימלה כל ימי חייה".

⁸⁰ לפי הוראות סעיף 384 לחוק העונשין הקובעות כן.

⁸¹ לפי הוראות ס"ק 303(א) לחוק העונשין.

⁸² הוראות הסיפא של ס"ק 303(א) לחוק העונשין מבהירות כי "הרי על אף היות העברה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה, דינה – מאסר חמש שנים".

⁸³ לפי הוראות סעיף 134 לחוק העונשין, מופלית לטובה אוכלוסיית הקטינים בני פחות משנים עשרה שנים, ולפיכך גם אם ביצעו עברות פליליות, אי אפשר להטיל עליהם אחריות פלילית, בעוד בגירים יישאו באחריות פלילית מלאה בשל אותם מעשים, אם אין חלים עליהם סייגים אחרים לאחריות הפלילית.

הריהו פטור", ואין לדון מכך גזרה שווה באשר להסדר משפטי שאינו בפלילים.⁸⁴ סטייה מדרישת הכלליות עשויה לרדת לשורשו של עניין ולהביא לאי-תקפותו של ההסדר המשפטי שאינו עומד בדרישה זו.⁸⁵ מצב זה של אי-תקפות מבטל את יישום השליטה החברתית המשפטית, שמנסח העברה הפלילית שאינה כללית ביקש להשליט. התוצאה היא דרבנו של מנסח העברה הפלילית לעמוד בדרישת הכלליות מן הטעמים דלעיל תוך גיבוש ההגדרות הכלליות של הנורמה המשפטית לאור בחינה מקיפה של השיקולים הרלוונטיים ותוך גיבוש קווי מדיניות כלליים, אשר יוגדרו בנורמה המשפטית, בלי לפגוע בשוויון ביישומה של השליטה החברתית המשפטית.

3. בהירות ודיוק

בשיטות המשפט המערביות התפתחה דרישה של בהירות ודיוק בניסוחה של העברה הפלילית (Nullum Crimen sine Lege Certa).⁸⁶ בשיטות המשפט הקונטיננטליות הופנתה דרישה זו כלפי המחוקק לצורכי ודאות באשר לתוכנה של העברה הפלילית (Bestimmtheitsgebot), ולפיה נדרש המחוקק לנסח את העברה הפלילית הספציפית באופן מדויק וחד-משמעי. ניסוח עברה פלילית עמומה היה מעורר בחינה במישור החוקתי, אשר מכוחה הייתה העברה הפלילית מתפרשת באופן המקל עם הנאשם.⁸⁷ במקרים אחדים, כאשר העברה הייתה עמומה מדי, הביאה בחינה במישור החוקתי לידי ביטולה של העברה. כך, למשל, ביטל בית המשפט לחוקה בבוואריה את סעיף החוק מ-16 באוקטובר 1945, אשר קבע כעברה פלילית התנהגות "נגד הסדר הציבורי או נגד האינטרס של בעלות הברית".⁸⁸ ביטול סעיף חוק זה נעשה מן הטעם שהעמימות שבו נוגדת את סימן 103 לחוק היסוד הגרמני.⁸⁹ במשפט המקובל האנגלו-אמריקאי היה נהוג שלא ליישם את הוראותיה של עברה פלילית עמומה מדי.⁹⁰ לפי תפיסת הפרדת הרשויות במשפט האנגלו-אמריקאי, ההנמקה נשענה על הטעם שאין חקיקה מעין זו ניתנת ליישום לאור הביקורת

⁸⁴ בג"ץ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273 (1984).

⁸⁵ בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999); בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117 (2002).

⁸⁶ עוד ראו לעניין זה HALLEVY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 138–141.

⁸⁷ BVerfGE 26, 41, 43; BVerfGE 48, 48, 56; BGH St 30, 285, 287

⁸⁸ BayVG 4 (1951) II 194: "[...] gegen die öffentliche Ordnung verstößt oder gegen die Interessen der alliierten Streitkräfte oder eines ihrer Mitglieder handelt"

⁸⁹ שם, בעמ' 194.

⁹⁰ Ralph W. Aigler, *Legislation in Vague or General Terms*, 21 MICH. L. REV. 831 (1923); United States v. Brewer, 139 U.S. 278, 11 S.Ct. 538, 35 L.Ed. 190 (1891)

השיפוטית החוקתית, אשר בתי המשפט פועלים בגדרה.⁹¹ על כן התפתחה במשפט האמריקאי דוקטרינת הבטלות בשל עמימות (Void-for-Vagueness),⁹² אשר תבעה את בטלותה של העברה הפלילית במקרים שבהם היא עמומה באופן הפוגע בחוקה האמריקאית,⁹³ עד כי אין אדם בעל תבונה רווחת עשוי להבין את פשרה.⁹⁴ העמימות, שלפי הפסיקה האמריקאית הייתה עשויה להביא לבטלותה של העברה הפלילית, נגעה לשלושה היבטים מרכזיים של העברה הפלילית. היבטים אלה הם היקף ההגדרה של הפרטים בחברה שהעברה הפלילית מופנית אליהם,⁹⁵ ההתנהגות האסורה בהגדרת העברה⁹⁶ והענישה הכלולה בעברה זו.⁹⁷ דוקטרינת הבטלות בשל עמימות הוחלה במשפט האמריקאי על כל סוגי העברות הפליליות, מכל המקורות הנורמטיביים הלגיטימיים ליצירת עברה פלילית, לרבות חקיקה ראשית.⁹⁸ בתי

United States v. Reese, 92 U.S. 214, 23 L.Ed. 563 (1876); James v. Bowman, 190 U.S. 127, 23 S.Ct. 678, 47 L.Ed. 979 (1903); United States v. Evans, 333 U.S. 483, 68 S.Ct. 634, 92 L.Ed. 823 (1948)

Ernst Freund, *The Use of Indefinite Terms in Statutes*, 30 YALE L. J. 437 (1921); Rex A. Collings Jr., *Unconstitutional Uncertainty – An Appraisal*, 40 CORNELL L. Q. 195 (1955); Robert Batey, *Vagueness and the Construction of Criminal Statutes – Balancing Acts*, 5 VA. J. SOC. POL'Y & L. 1 (1997)

הפגיעה נתפסה כנוגעת להוראות התיקון השישי לחוקה האמריקאית הקובעות כדלהלן:
In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and *to be informed of the nature and cause of the accusation*; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

(ההרגשה אינה במקור);

ראו בעניין זה את Yu Cong Eng v. Trinidad, 271 U.S. 500, 46 S.Ct. 619, 70 L.Ed. 1059 (1926); United States v. L. Cohen Grocery Co., 255 U.S. 81, 41 S.Ct. 298, 65 L.Ed. 516 (1921)

.Connally v. General Constr. Co., 269 U.S. 385, 46 S.Ct. 126, 70 L.Ed. 322 (1926)

.Lanzetta v. New Jersey, 306 U.S. 451, 59 S.Ct. 618, 83 L.Ed. 888 (1939)

Winters v. New York, 333 U.S. 507, 68 S.Ct. 665, 92 L.Ed. 840 (1948); Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas, 390 U.S. 676, 88 S.Ct. 1298, 20 L.Ed.2d 225 (1968);

.Colautti v. Franklin, 439 U.S. 379, 99 S.Ct. 675, 58 L.Ed.2d 596 (1979)

עניין *Evans*, לעיל ה"ש 91.

למקרי חקיקה ראשית ראו עניין *Winters*, לעיל ה"ש 96. למקרי עברות מן המשפט המקובל ראו *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195, 86 S.Ct. 1407, 16 L.Ed.2d 469 (1966) למקרי חקיקת משנה מנהלית ראו *M. Kraus & Bros. v. United States*, 327 U.S. 614, 66 S.Ct. 705, 90 L.Ed. 894 (1946); *United States v. Mersky*, 361 U.S. 431, 80 S.Ct. 459, 4

המשפט האמריקאיים קבעו נחרצות כי אין לשלול מאדם את חייו, את חירותו או את רכושו על סמך השערה בלבד באשר למובנה של העברה הפלילית.⁹⁹ הרציונל המרכזי שביסוד דרישת הבהירות והדיוק שבהגדרת האיסור בעברה הפלילית, הוא הבטחת אזהרה הוגנת ונאותה (fair notice) לפרט כדי שיוכל לכלכל את צעדיו בהתחשב בהוראות העברה. קביעת עברה פלילית עמומה, שאינה בהירה דיה ושאינה מדויקת בהגדרתה, עשויה להותיר שיקול דעת רחב מדי בידי רשויות אכיפת החוק ובתי המשפט, מצב הנחשב לבלתי רצוי בשיטות המשפט המודרניות.¹⁰⁰ על העברה הפלילית להיות מנוסחת כאמור ברמת ודאות מספקת כדי שהפרט בעל התבונה הרווחת יוכל להבין את פשרה.¹⁰¹ עם התפתחות המשפט והשפה המשפטית, הכירו שיטות המשפט המודרניות גם במונחים משפטיים ידועים, הננקטים בבתי המשפט, כמספקים את דרישת הוודאות, אף אם אין הם רווחים מחוץ למערכות המשפט ובשפת היום-יום המקובלת.¹⁰² בישראל הכירו בתי המשפט ברציונל זה הכרה גורפת,¹⁰³ ואף התפתחה חזקה פרשנית

.L.Ed.2d 423 (1960).

⁹⁹ בעניין *Lanzetta*, לעיל ה"ש 95, קבע בית המשפט, כי "No one may be required at peril of life, liberty or property to speculate as to the meaning of penal statutes. All are entitled to be informed as to what the State commands or forbids"

¹⁰⁰ בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 702 (1952); *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41, 119 S.Ct. 1849, 144 L.Ed.2d 67 (1999); *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352, 103 S.Ct. 1855, 75 L.Ed.2d 903 (1983); *Palmer v. City of Euclid*, 402 U.S. 544, 91 S.Ct. 1563, 29 L.Ed.2d 98 (1971); *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 382 U.S. 87, 86 S.Ct. 211, 15 L.Ed.2d 176 (1965); BVerfGE 25, 269, 285; BVerfGE 26, 42; BVerfGE 37, 207; BVerfGE 57, 250, 262

¹⁰¹ עניין זקס, שם; *Cline v. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445, 47 S.Ct. 681, 71 L.Ed. 1146 (1927).

¹⁰² עניין *Connally*, לעיל ה"ש 94; *United States v. Lanier*, 520 U.S. 259, 117 S.Ct. 1219, 137 L.Ed.2d 432 (1997); *Screws v. United States*, 325 U.S. 91, 65 S.Ct. 1031, 89 L.Ed. 1495 (1945); *Omaechevarria v. Idaho*, 246 U.S. 343, 38 S.Ct. 323, 62 L.Ed. 763 (1918).

¹⁰³ ד"נ 7/78 זקצר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 828, 832 (1978):

"כבר הזהרתי [...] בפני הסכנה שבחקיקת דיני נפשות בלתי-גדורים ובלתי-מפורשים, שהפעלתם או אי-הפעלתם נתונה בשיקול-דעתו של השופט הדין במקרה האינדיווידואלי [...] אך גדולה מזו, חוק פלילי שאינו מוגדר די צרכו חוטא בעקרון המקודש של Nulla Poena sine Lege ובדרך זו מגיעים אנו מ"שלטון החוק" לשלטון הפרשנות הפתוחה לרווחה לשיקול-דעתו של הפרשן, הכל לפי רוח הזמן וצורך השעה. ודי לחכימא ברמיזא. [...] בכך הורסים אנו את תדמיתו של המשפט הפלילי. אותה זיקה לפרשנות, שהיא מנת חלקו של כל חוק, ואפילו המפורש ביותר, הופכת כאן לאבסורד.

שהמחוקק לא התכוון לחוקק עברה פלילית, אם השתמש בנוסח כללי שאינו בהיר ומדויק.¹⁰⁴ בישראל לא נטו בתי המשפט לפסול את העברה הפלילית בשל אי-בהירותה, אלא לזכות את הנאשם בה בשל עמימותה, אם אכן עבר הנאשם את העברה בשל עמימות זו.

דרישת הבהירות והדיוק שבניסוח העברה הפלילית מעוררת לעתים קרובות שאלה של מידה, כלומר רמת הדיוק שהעברה הפלילית צריכה לעמוד בה. בשיטות המשפט המודרניות מוכרת ההנחה שאי-אפשר להגיע לרמת דיוק מוחלטת באמצעות אבני השפה המוכרות, וכי מילים ספורות באוצר המילים המודרני מסוגלות להגיע לרמת הדיוק של מונחים מתמטיים בכל הקשר נתון.¹⁰⁵ כך, למשל, תואר השם "כתום" אמנם עשוי להיחשב לברור, אך למעשה הוא נוגע לקשת רחבה של צבעים וגוונים שניתן לתארם בתואר זה. הדברים נכונים לכל חלקי אוצר המילים והתחביר.¹⁰⁶ השימוש באבני שפה מחייב את בתי המשפט ואת רשויות אכיפת החוק לנקוט תהליכים מתמידים של אינדוקציה (בחינה מן הפרט אל הכלל) ודוקציה (בחינה מן הכלל אל הפרט) למונחים אלה כדי לבחון אם האירוע העובדתי שלפניהם תואם את הוראות העברה.

גבולות האינדוקציה והדוקציה גם הם נגזרים מעקרון החוקיות בפרשנות העברה הפלילית. ההכרה הגורפת היא, כאמור, שאי-אפשר להגיע באמצעות אבני השפה הקיימות לרמת הדיוק של מונחים מתמטיים. תפיסה זו חלה גם על הגדרת העברה הפלילית. כך, למשל, המונח "כלי רכב" עשוי לכלול קשת רחבה של מכשירים אשר ייכנסו לגדרי מונח זה, אף שהם עשויים להיות שונים מאוד אלה מאלה, שכן "כלי רכב" עשוי להיות יבשתי, ימי, אווירי וחללי, ממונע או בלתי ממונע, רשום או בלתי רשום וכיוצא באלה. במקרים רבים בית המשפט נדרש להתמודד עם המונח הכללי והבלתי מדויק, ולהציב גדרים לפרשנותו.

כך, למשל, בעניין המונח "כלי רכב" פסק בית המשפט האמריקאי כי בעניינים מסוימים המונח מוגבל לכלי רכב יבשתיים בלבד, אף שנוסח העברה היה עשוי לכלול

מוטב איפוא, לדעתי, לומר למחוקק: תפסת מרובה לא תפסת, ולצמצם את הדיבור [...]".

¹⁰⁴ ע"פ 401/79 למדן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 46, 55–56 (1980).

¹⁰⁵ בעניין Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104, 92 S.Ct. 2294, 33 L.Ed.2d 222 (1972) נקבע כי "Condemned to the use of words, we can never expect mathematical certainty from our language".

¹⁰⁶ ראו לעניין זה, לדוגמה, את ע"פ 121/53 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' אוחנה, פ"ד ח 92 (1954); ע"פ 249/53 אג'ואני נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 271 (1954).

גם כלי רכב שאינם יבשתיים.¹⁰⁷ מנגד, בישראל כלל בית המשפט במונח "תקלה ציבורית" קשת רחבה של סוגי התנהגות, לרבות השבתת תחבורה ציבורית,¹⁰⁸ עריכת טקס נישואין פרטי¹⁰⁹ ואף שחיתות פוליטית,¹¹⁰ שכן הנוסח של העברה סובל את הפירושים הללו. עם זאת, יש לתת את הדעת על כך שבסוג זה של עברות פליליות, הכוללות שימוש במונחים רחבים ועמומים כגון "תקלה ציבורית"¹¹¹ או "הפרת אמונים",¹¹² קל מאוד להיגרר לקביעת איסורים גורפים, המאפיינים משטרים טוטליטריים ורודניים, אשר לשון החוק עשויה לכסות בהם חלק ניכר מן ההתנהגות האנושית.¹¹³

לצד ההנחה דלעיל, שאי-אפשר להגיע לרמת דיוק מוחלטת באמצעות אבני השפה המוכרות, וכי מילים מעטות באוצר המילים המודרני מסוגלות להגיע לרמת הדיוק של מונחים מתמטיים בכל הקשר נתון, התפתחה בשיטות המשפט המודרניות גם ההנחה שמנסח העברה הפלילית אינו מסוגל לחזות כל מצב אפשרי העשוי להיכנס לגדרה של העברה הפלילית. בתי משפט לא נהגו לפסול עברה פלילית או להתעלם מתוכנה אך

¹⁰⁷ McBoyle v. United States, 283 U.S. 25, 51 S.Ct. 340, 75 L.Ed. 816 (1931)

¹⁰⁸ ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785, 798 (1954).

¹⁰⁹ ע"פ 208/53 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח (1) 833 (1954).

¹¹⁰ ה"פ (מחוזי ת"א) 2147/96 ספקיוריטי המוקד המרכזי בע"מ נ' חברת הכשרת הישוב לישראל בע"מ, תק-מח 1725 (1) 1997:

בע"פ (ב"ש) 80/176 נקבע כי מעילה באמון ע"י עובד צבור יכולה להוות יסוד להרשעה בעברה של תקלה צבורית. ניתן להשתמש בסעיף זה במקרים של שחיתות פוליטית שיכולה לפגוע באושיות הסדר הציבורי בהעדר עברה ספציפית של מעילה באמון או שוחד או כיוצ"ב. התביעה הכללית והמשטרה נוהגים ריסון בשימוש בסעיף זה ומכאן מיעוט כתיב האישום המוגשים על פי סעיף זה ולאחרונה הפך כמעט לאות מתה. כאמור, הסכמים מן הסוג הזה שנעשים בחדרי הדרים ובמסתרים, יש בהם לכאורה עברה על סעיף 198 לחוק העונשין.

¹¹¹ סעיף 198 לחוק העונשין כנוסחו בעבר עד ביטולו.

¹¹² סעיף 284 לחוק העונשין. ראו לעניין זה את ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נז (2) 496 (2003); דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט (4) 385 (2004). בג"ץ 2534/97 חבר הכנסת נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא (3) 1, 17 (1997) נקבע כי:

העברה של הפרת אמונים היא עבירת מסגרת, אשר יסודותיה העובדתיים אינם מוגדרים דיים. כתוצאה מכך מהווה האשמה המוסרית אחד המנגנונים לוויסות היקף התפרסותה של העברה. הואיל ומרכז הכובד של העברה הוא באשמתו המוסרית של הנאשם, יש שלצורך התגבשותה נדרש בית המשפט להתחקות אחר מניעיו של הנאשם. בכך נבדלת עבירת הפרת אמונים, שבה יש שמניעיו של הנאשם מהווים חלק מהגדרתה, מעבירות מחשבה פלילית רגילה, אשר בהן המניע אינו חלק מיסודותיהן (אלא רק שיקול בגזירת-הדין).

¹¹³ ראו לעניין זה את הדוגמה אצל יובל לוי "היבטים על עקרון החוקיות בדיני עונשין" עיוני משפט ד 22, 27 (1974), בדבר החוק הגרמני מ-28 ביוני 1935.

בשל מקרים גבוליים שנכנסו לגדרה.¹¹⁴ עם זאת, יש טעם רב לפגם בהגדרה רחבה מלכתחילה של עברה פלילית, האמורה להתמודד עם מצבים שאין בעניינם כל קביעה חברתית, אם הם רצויים, אם לאו.

הטעם המרכזי לכך נעוץ בעצם טיבה וטבעה של השליטה החברתית המשפטית, המונחת בבסיס דיני העונשין. ביישום שליטה חברתית משפטית זו החברה אמורה לעודד את הפרטים שבה להימנע מסוגים מסוימים של התנהגות או לדבוק בדפוס התנהגות מסוימים. עידוד זה נעשה באמצעות העברה הפלילית. עידוד זה אינו אפשרי כאשר אין ההתנהגות הרצויה מוגדרת במדויק בעברה הפלילית. אם אכן דפוס ההתנהגות בחברה הנתונה מתפתחים, ועולה הצורך להסדירם באמצעות העברה הפלילית, כי אז ראוי שתעשה כן החברה לפרקים, מעת לעת, תוך אזהרה נאותה של הפרט, ולא תקבע איסורים גורפים אשר אין בידי הפרט להטמיעם ולכלכל את צעדיו בהתחשב בהם.

משנכנסו לתוקף בישראל הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹¹⁵ על בסיסה של הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח,¹¹⁶ יש הסבורים כי ניסוח עמום של העברה הפלילית אינו עומד בדרישות החוקתיות של הוראות חוק יסוד זה ודינו בטלות,¹¹⁷ לאור פסיקת בית המשפט העליון בישראל כי על העברה הפלילית לעמוד בדרישות הוראות חוק יסוד זה.¹¹⁸ ליתר דיוק, מדובר בהתאמת העברה הפלילית לקביעה שבסעיף 8 לחוק היסוד בדבר פגיעה "במידה שאינה עולה על הנדרש" בזכויותיו של האדם לחיים, לחירות, לשלמות הגוף, לכבוד או לקניין. השאלה היא אם עברה פלילית עמומה פוגעת, in abstracto, פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש בזכויותיו של אדם, כאשר הוא נתון לשליטה חברתית מכוחה של עברה זו. התשובה מותנית, כמובן, באופייה של העברה ובמידת עמימותה.

ניתן להתוות את קו הגבול בין עברה פלילית עמומה הראויה לפסלות ובין עברה פלילית עמומה שאינה ראויה לפסלות על פי אי-הבהירות וגבול הרלוונטיות של אפשרויות הניסוח. כך, אם נקט המחוקק ניסוח עמום בהיעדר נוסח מדויק יותר או בהיר יותר ובלי לפגוע בכללי הניסוח האחרים (כלליות, למשל) או בלי לפגוע

¹¹⁴ United States v. National Dairy Products Corp., 372 U.S. 29, 83 S.Ct. 594, 9 L.Ed.2d 561 (1963); United States v. Harris, 347 U.S. 612, 74 S.Ct. 808, 98 L.Ed. 989 (1954).

¹¹⁵ ס"ח התשנ"ב 150; ס"ח התשנ"ד 90.

¹¹⁶ ה"ח התשל"ג 448.

¹¹⁷ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 307 (מהדורה שישית, 2005).

¹¹⁸ ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002).

ביישומה הנקודתי של העברה הפלילית, כי אז על אף עמימות העברה, אין היא ראויה לפסילה, שכן אין בנמצא דרך אחרת להגדיר את יישומה של השליטה החברתית הספציפית. עם זאת, אם מדובר בבחירת אפשרות אחת מני רבות, והאחרות ברורות יותר ומדויקות יותר ויש בהן כדי להשיג את תכלית העברה הפלילית באותו אופן לפחות, כי אז יש בעמימות העברה הפלילית הספציפית כדי להביא לפסלותה. נוסף על כך, אם האפשרויות הנכללות בגדרו של המונח העמום רלוונטיות כולן, ברי שאין בריבויין כדי להביא לפסלותה של העברה הפלילית הספציפית. כך, למשל, המונח "התוקף"¹¹⁹ כולל קשת רחבה של סוגי תקיפה. אם מבחינת העברה הפלילית הספציפית, יש למנוע כל סוג פגיעה, יהיה אשר יהיה, כדי להגן על האינטרס הספציפי שבגיננו נחקקה העברה, כי אז תיחשב עברה זו לעברה בהירה. אם אין כל חשיבות לדרך שבה "התוקף אדם" תוקפו, הרי כל דרך של תקיפה תיחשב לרלוונטית. אם אכן תכלית העברה היא למנוע כל תקיפה, אזי אין מדובר בעברה עמומה הראויה לפסלות. הוא הדין במונחים כגון "העושה מעשה", "הגורם" וכיוצא באלה. הבהירות והדיוק הנדרשים לניסוחה של העברה הפלילית משפיעים גם על יישומה של העברה הפלילית בדיעבד (ex post), ולא רק מלכתחילה כלפי מנסח העברה העתיד לנסחה (ex ante).

4. רלוונטיות של דין חוץ-פלילי

בחלק ניכר מן המקרים העברה הפלילית הספציפית עומדת בפני עצמה, ואין היא נזקקת לנורמה חיצונית שאינה פלילית לצורך יישומה.¹²⁰ כך, למשל, עברת העלמת לידה עומדת בפני עצמה ואין היא נזקקת לכל דין חוץ-פלילי לצורך יישומה, שכן אין היא מפנה אל כל נורמה אחרת או נסמכת עליה.¹²¹ לעומת זאת, יש שהעברה הפלילית נסמכת על דין חוץ-פלילי. היסמכות זו על נורמה חיצונית שאינה פלילית נעשית באחד משני מצבים. המצב האחד, הנפוץ יותר, הוא שהעברה הפלילית נוספת על הדין החוץ-פלילי כדי להעניק להסדר המשפטי כולו את האופי הייחודי של שליטה חברתית משפטית בפלילים. מדובר בדרך כלל בחוק המסדיר סוגיה בתחום המשפט המסחרי או האזרחי, אשר כולל פרק "עונשין", או אף סעיף "עונשין". פרק העונשין או סעיף העונשין מהווים עברה פלילית ספציפית הנסמכת על דין חוץ-פלילי, ומטרתם "לחזק" את תוקף ההסדר המשפטי, שאינו פלילי במהותו, באמצעות קביעת עברה פלילית.

ההיסמכות על דין חוץ-פלילי במצב זה עשויה להיות כללית ולהשתמש בנוסח

¹¹⁹ ראו לדוגמה בהוראות סימן ח לפרק י לחוק העונשין.

¹²⁰ עוד ראו לעניין זה את HALLEVY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 141–143.

¹²¹ עברה לפי סעיף 311 לחוק העונשין.

"העובר על הוראות חוק זה, דינו – [...] " או בנוסח דומה אחר.¹²² סוג זה של היסמכות כללית קולט לתוך העברה הפלילית את ההסדר החיצוני, שאינו פלילי, בכללותו ונותן לו תוקף של עברה פלילית. כך, השימוש בנוסח זה או בדומיו הופך את הדין החוץ-פלילי לרלוונטי לצורך פרשנותה של העברה הפלילית ולצורך יישומה. ההיסמכות על הדין החוץ-פלילי במצב זה עשויה להיות גם ספציפית, לקלוט חלק מסוים מן ההסדר המשפטי הכולל ולהפכו לתקף במישור הפלילי – בין בהפניה ספציפית לחלק מסוים מההסדר המשפטי הקיים¹²³ בין בדרך של הגדרת החלק המסוים מחדש.¹²⁴ סוג זה של היסמכות ספציפית קולט לתוך העברה הפלילית את החלק המסוים הרלוונטי מתוך ההסדר החיצוני שאינו פלילי ונותן לו תוקף של עברה פלילית.

המצב השני של היסמכות העברה הפלילית על דין חוץ-פלילי הוא הפניה מתוך העברה הפלילית אל נורמה חיצונית אחרת, מסוימת או בלתי מסוימת. כך, למשל, הגדרת המונח "מחדל" בס"ק 18(ג) לחוק העונשין, מפנה אל "כל דין או חוזה".¹²⁵ נוסח זה מאפשר קליטה של כל נורמה חיצונית, פלילית ושאינה פלילית, לתוך העברה הפלילית בתנאים הספציפיים שנקבעו בעברה הפלילית. דוגמה נוספת היא השימוש בצירוף "שלא כדין",¹²⁶ המפנה גם הוא לנורמה חיצונית, פלילית או שאינה פלילית, לצורך יישומה של העברה הפלילית והפעלתה. במקרה זה הדין החוץ-פלילי נקלט לתוך העברה הפלילית, כאמור, והופך לרלוונטי לצורך יישומה של העברה הפלילית ולצורך הפעלתה עד כדי היותו חלק בלתי נפרד מן העברה הפלילית עצמה.

יודגש, כדי שהדין החוץ-פלילי ייקלט בעברה הפלילית, מתבקשת הפניה מפורשת אליו בעברה הפלילית עצמה. על סעיף העונשין בחוק המסחרי להפנות במפורש לחוק המסחרי או להסדר מסוים בתוכו. על העברה הפלילית שבחוק הפלילי להפנות במפורש לנורמה החיצונית. בהיעדר הפניה מפורשת לנורמה החיצונית שאינה פלילית, לא תוכל הנורמה החיצונית שאינה פלילית להיות רלוונטית לצורך יישומה או הפעלתה של העברה הפלילית – לא במישרין ולא בדרך של היקש (אנלוגיה). על רקע זה עשויות לעלות שתי שאלות, האחת קשורה למקום והאחרת – לזמן.

¹²² ראו לעניין זה לדוגמה את הוראות סעיף 4 לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, ס"ח 245.

¹²³ ראו לעניין זה לדוגמה את הוראות סעיף 15 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, ס"ח 152.

¹²⁴ ראו לעניין זה לדוגמה את הוראות סעיף 53 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 234 לתיקוניו.

¹²⁵ הוראות ס"ק 18(ג) לחוק העונשין מגדירות את המונח "מחדל": "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה".

¹²⁶ ראו לעניין זה לדוגמה את הוראות סעיפים 141, 157, 158, 163 לחוק העונשין.

השאלה הקשורה למקום היא אם ההפניה המפורשת בעברה הפלילית מוגבלת להוראות הדין הפנימי של אותה שיטת משפט, או אולי עשויה להפוך גם נורמה מן הדין הזר לחלק מן העברה הפלילית המקומית. השאלה הקשורה בזמן היא אם ההפניה המפורשת בעברה הפלילית נוגעת לנורמה החיצונית בנוסחה במועד יצירת העברה הפלילית או נוגעת לנורמה החיצונית כפי שהיא מתעדכנת מעת לעת, לרבות הפרשנות שניתנה או ניתנת לנוסחים אלה.

שאלת המקום עלתה בעיקר בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות, אשר נסמכו על המשפט המקובל האנגלי בתקופות שונות, ובייחוד בתקופה שבה הוא שעיצב את העברה הפלילית, ולא המחוקק בבית הנבחרים. בישראל הייתה בעבר הפניה כוללת למשפט המקובל האנגלי בהוראות סימן 46 לדבר-המלך במועצתו לארץ-ישראל מ-10 באוגוסט 1922,¹²⁷ אשר בוטלה בשנת 1980 בהוראות סעיף 2 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.¹²⁸ ההפניה למשפט המקובל האנגלי אינה ההפניה היחידה לדין הזר בשיטות משפט, ולעתים ההפניה היא גם לדברי חקיקה ואף לקודקסים זרים במלואם. כך, למשל, בעת הקמת הממשל במדינת קולורדו בארצות-הברית, הפנה הגוף המחוקק בקולורדו לקודקס הפלילי של מדינת אילינוי והפכו לקודקס הפלילי התקף בקולורדו.

הקביעה הגורפת בשיטות המשפט בעולם היא שבכוחו של מנסח העברה הפלילית (בדרך כלל המחוקק) להפנות גם לדין הזר ולהפכו לחלק מן הדין המקומי בפלילים, הן באשר לדיני העונשין הכלליים, הן באשר לעברות פליליות ספציפיות, הן באשר להגנות ולסייגים לאחריות הפלילית הן באשר לענישה.¹²⁹ כן נקבע שאימוצה של

¹²⁷ הוראות סימן 46 לדבר-המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922, חא"י ג 2738 קבעו:

בתי המשפט האזרחיים ישפטו בהתאם לחוק העותומני שהיה נוהג בפלשתינה (א"י) ביום 1 בנובמבר 1914, ובהתאם לאותם החוקים העותומנים המאוחרים יותר שהוכרו עליהם או שיוכרו עליהם במודעה רשמית כעל חוקים בני תקף, ובהתאם לאותם דברי מלך במועצה ולפקודות ולתקנות הנוהגים בפלשתינה (א"י) בתאריך דבר מלך זה או אשר ינהגו או יוחקו בעתיד; ובהתחשב עם החוקים, דברי המלך, הפקודות והתקנות האלה ובמקרים שאלה לא יהיו נוהגים לגבם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה, ובהתאם לסמכויות הנתונות לבתי משפט שלום ולשופטי שלום באנגליה ובהתאם לפרוצידורה ולמנהגים המקובלים אצל בתי משפט שלום ושופטי שלום כאלה לפי גבולות השיפוט והסמכויות שלהם באותו תאריך, ובמדה שאותם הסמכויות, הפרוצידורה והמנהגים שוננו או תוקנו או הוחלפו בכל הוראות אחרות לפני תאריך דבר מלך זה או לאחריו: בתנאי שהחוק המקובל ועיקרי הצדק המוזכרים לעיל יהיו תמיד נוהגים בפלשתינה (א"י) רק במדה שתנאי פלשתינה (א"י) ותנאי תושביה וגבולות שיפוטו של הוד מלכותו ירשו זאת ובהתחשב עם אותן ההגבלות שתנאי המקום יחייבו אותן.

ס"ח 163. ¹²⁸

Commonwealth v. Mumma, 489 Pa. 547, 414 A.2d 1026 (1980); State v. Bautista, ¹²⁹

נורמה חיצונית זרה לתוך העברה הפלילית המקומית כולל גם את הפרשנות הזרה לאותה נורמה עד מועד האימוץ,¹³⁰ אלא אם כן המחוקק המקומי או הערכאה המקומית הדנה בנורמה החיצונית הזרה הרלוונטית גילו את דעתם שמדובר בפרשנות שגויה של הנורמה הזרה שאומצה.¹³¹

האפשרות לאמץ נורמה חיצונית זרה אינה מוגבלת רק לפסקי דין חלוטים או לחוק חרות, אלא הוכרה אף האפשרות לראות בהצעות חקיקה זרות מקור פרשני. כך, למשל, הוכרו בכמה מדינות בארצות-הברית דברי ההסבר של הצעת Model Penal Code כבעלי תוקף פרשני לפרשנות של עברה פלילית מקומית, אף שאינה נסמכת על הצעה זו.¹³² כך הוכרו גם "ניירות העבודה" (Working Papers) שליוו נורמה חיצונית זרה.¹³³

שאלת הזמן עלתה בעיקר במקרים שבהם נעשה שינוי מהותי בנוסח הנורמה החיצונית, אשר היה בכוחו להשפיע על האחריות הפלילית לפי העברה הפלילית המפנה. הפתרון לשאלה זו נעוץ בתפיסה המקובלת בתחום של מתקל דינים, ולפיה הפניה לדין זר כוללת את עדכוניו בעתיד, אלא אם כן גילוי דעת מפורש מונע זאת או אם מדובר בשינוי משפטי מהפכני בדין הזר.¹³⁴ יישום תפיסה זו לענייננו יביא לידי קביעה שהפניה לנורמה חיצונית – בין שהיא פנימית בין שהיא זרה – כוללת הפניה גם לעדכוניה בעתיד. הטעם לכך הוא ששינויים בנורמה החיצונית אמורים להשפיע על העברה הפלילית, ככל שהעברה הפלילית נסמכת על הנורמה החיצונית, וכי על השינוי החברתי שגולם בנורמה החיצונית למצוא את ביטויו גם בעברה הפלילית הרלוונטית. גישה זו התקבלה גם בישראל בעניין מזרחי. שם נפסק ששינוי נסיבות של זמן (ומקום) בנורמה החיצונית, שהעברה הפלילית מפנה אליה, יוטמע בעברה הפלילית הנסמכת על הנורמה החיצונית.¹³⁵ גישה זו התקבלה גם אצל המחוקק הישראלי

86 Hawaii 207, 948 P.2d 1048 (1997); Hines v. State, 40 S.W.3d 705 (Tex.App.2001).

State v. Elliot, 177 Conn. 1, 411 A.2d 3 (1979); State v. Chew, 150 N.J. 30, 695 A.2d 1301 (1997); State v. Willy, 155 Or.App. 279, 963 P.2d 739 (1998)

.State v. Chaplain, 101 Kan. 413, 166 P. 238 (1917)

State v. Ross, 573 N.W.2d 906 (Iowa 1998); State v. Olsen, 618 N.W.2d 346 (Iowa 2000)

People v. Frysig, 628 P.2d 1004 (Colo.1981); State v. Burger, 590 N.W.2d 197 (N.D.1999)

2 LAWRENCE COLLINS, DICEY AND MORRIS THE CONFLICT OF LAWS 1216, 1236 (13th ed., 2000)

ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 421 (1980).

בהוראות סעיף 25 לחוק הפרשנות.¹³⁶

ה. סיכום

חקיקה מחדש של דיני העברות בישראל בדרך של רה-קודיפיקציה של העברות הפליליות אינה אירוע תדיר. ברשימה זו הופנתה תשומת הלב להיבט אחד מני רבים הנדרשים להיבחן בתהליך אפשרי מעין זה של חקיקה מחדש. היבט זה הוא ההיבט המבני, שאותו יש להבדיל מן ההיבטים התוכניים של העברה הפלילית. היבטי התוכן הם עניין לבירור נפרד לפי סוגי העברות הפליליות וריבודן הפנימי והבין-עברתי. היבטי המבנה אינם נוגעים למבנה הצורני של העברה כשלעצמו, אלא למבנה המהותי של העברה הפלילית יחד עם המבנה הצורני. היבטי המבנה הרלוונטיים שנדונו הם המבנה הצורני של העברה הפלילית, הטמעת דיני העונשין הכלליים בגוף העברה הפלילית, לרבות המרת עברות התנהגות-מטרה בעברות תוצאה, המרת עברות תוצאה-מטרה בעברות ריבוי תוצאות, ביטול חלופות המבוססות על דיני העונשין הכלליים בהיעדר סטייה מן הדין הכללי והתאמת מונחים, וכן כללי ניסוח ובהם ניסוח תיאורי-קזואיסטי, דרישת כלליות בניסוח, בהירות ודיוק ורלוונטיות של דין חוץ-פלילי.

¹³⁶ הוראות סעיף 25 לחוק הפרשנות קובעות: "אזכור של חיקוק בחיקוק אחר – כוונתו לחיקוק המאוזכר כנוסחו בשעה שנזקקים לו, לרבות הוראות שנוספו בו והוראות שבאו במקומו בחיקוק אחר".

