

**על הזיקה המבנית – אם בכלל – של סייג
לאחריות פלילית, למשקל הראיות
הנדרש לשם הוכחתו**

בעקבות ע"פ 4675/97, 4961/97 ו-4962/97¹

מאת

ש"ז פלר*

א. כללי. ב. המוסכם. ג. הנתון בוויכוח. ד. קונסטיטוציונליזציה
אינה אוניפורמיזציה. ה. מן הכלל אל הפרט. ו. סיכום.

א. כללי

1. **על ההאשמה.** השאלה המשתמעת מכותרת שורות אלה התעוררה במלוא היקפה, במסגרת הדיון של בית-המשפט בע"פ 4675/97 רוזוב² נ' מדינת ישראל, ולכן גם דברינו בהמשך יתייחסו לדיונים שבפסק-הדין בנוגע לערעור זה בלבד. ההאשמה היתה בעבירה לפי הוראת סעיף 52ג לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968³, שזו לשונה:

שימוש במידע	שימוש במידע
בידי איש פנים	איש פנים בחברה העושה שימוש במידע פנים, דינו – מאסר חמש שנים או קנס בשיעור פי חמישה מן הקנס הקבוע בסעיף 61(א)4 לחוק העונשין, התשל"ז-1977."

- 1 ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337 (להלן – פסק-הדין).
- * פרופ' אמריטוס, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים. מרצה במכללה האקדמית למשפטים.
- 2 להלן – המערער.
- 3 ס"ח 541 תשכ"ח-1968, עמ' 234; להלן – החוק.

כנגד טען המערער להגנות לפי הוראות סעיף 152 (א) (4) ו-(9) לחוק, שאלו לשונן:

הגנות 152(א) לא יישא אדם באחריות פלילית..., אם הוכיח אחת מאלה:

(1) ...

...

(4) מטרת השימוש במידע פנים לא היתה, או בעיקרה לא היתה, עשיית ריווח או מניעת הפסד לעצמו או לאחר;

...

(9) בנסיבות הענין היתה הצדקה לביצוע העסקה".

מתוך מובאה זו רלוונטיות לנושא דיוננו הן כותרת השוליים – "הגנות" – של הסעיף ולשון הפתיח, כולו, של סעיף קטן (א) – "לא יישא אדם באחריות פלילית... אם הוכיח אחת מאלה:", זאת, בהבדל מכותרת סימן ב לפרק ה'1 לחוק העונשין, תשל"ז 1977-4, הנוקטת לשון "סייגים" [ולא 'הגנות'] לפליליות המעשה", כשנוסח הפתיח של הגדרתו של כל אחד מן "הסייגים" הוא – "לא יישא אדם באחריות פלילית...", פתיח שהוא זהה לפתיח הוראות סעיף 152 (א) לחוק ניירות ערך, המגדירות כאמור את "ההגנות" למיניהן. ועוד חשוב להדגיש כי בעוד שלפי סעיף 152 (א) לחוק זה, הטוען ל"הגנה" עליו ההוכחה, כאשר משקל הראיות צריך לעמוד במבחן מאזן ההסתברויות; קובע סעיף 34 כב (ב) לחוק העונשין כי לגבי "סייג" די בראיות שמשקלן מעורר ספק סביר בלבד שמא הוא מתקיים. לצורכי הדיון, יש להוסיף לכל אלה גם את הוראת סעיף 34 כג לחוק העונשין, שלפיה "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי [של חוק העונשין] גם על עבירות שלא לפי חוק זה". כן יש לציין, כי לשם שיוך אירוע לתחום ה"עבירות", עליו להתרחש בהיעדר "סייג" לפליליותו [או "הגנה" בפני הפללתו], כרובד הכרחי – אמנם שלילי – בתשתית האחריות הפלילית לו. ראוי להזכיר גם את הוראות סעיף 34 לחוק העונשין, שבהן הוקמה החזקה שבדין לפיה, בהיעדר הוראה סותרת "חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית", חזקה שנתונה לסתירה מכוח סעיף 34 כב (ב) לחוק זה.

4 ס"ח 864, תשל"ז 1977-, עמ' 226; להלן – חוק העונשין.

האמור לעיל מציג את הרקמה של מסכת הנורמות המסדירות את תחום נושא הדיון בשורות הבאות.

ב. המוסכם

2. השופט מ' חשין, שישב בדין ביחד עם הנשיא ברק והשופטת ד' ביניש, ניתח תחילה את נתוני האירוע המיוחס למערער ואת הלימתם את דרישות החוק לשם התהוות העבירה שבה הוא הואשם, ושלגביה הוא טען "הגנה" בפני אחריות לה. הניתוח נעשה באורח שיטתי לפי הנתונים הספציפיים של האירוע, הצמודים לכל אחד מארבעת היסודות הכלליים שבכל תופעה עבריינית: עושה העבירה ומעמדו המיוחד; האינטרס החברתי המוגן על-ידי איסור העבירה; היסוד העובדתי שבה והיסוד הנפשי שבו היא מותנית. המסקנה של השופט חשין היתה כי מתקיימים באירוע כל הנתונים שמספקים את דרישות החוק לשם גיבוש העבירה המיוחסת למערער. הנשיא ברק הסכים למסקנה זו באומרו כי "ניתוחו של חברי השופט מ' חשין, בענין איסור השימוש במידע פנים מקובל עלי⁵". הניתוח היה כל כך שיטתי, מפורט ומשכנע, שהשופטת ד' ביניש אף לא מצאה צורך להתייחס להיבט זה של הנמקת פסק-הדין. יש להניח כי לא-התייחסותה זו של השופטת תרמה גם ההנחה שלפיה טענת נאשם ל"הגנה" בפני אחריות פלילית (או ל"סייג" לפליליות מעשהו) טומנת בחובה הודאה בכך שבהיעדר ה"הגנה" הנטענת (או ה"סייג" הנטען), אכן היה נופל האירוע בגדר עבירה, והדברים מובנים מאליהם. לטענת המערער, חלים על ה"הגנות" שלהן הוא טוען כללי ההוכחה שנקבעו ל"סייגים" בהוראת סעיף 34כב (ב) לחוק העונשין, דהיינו: גם לגבי "הגנות" אלה די בראיות שתעוררנה ספק סביר בלבד, שמא אכן הן מתקיימות, כדי להפעילן, כנפקותו של ספק לגבי ה"סייגים" האמורים. וזאת, על-אף ההוראה המפורשת האמורה בסעיף 152 (א) לחוק, שלפיה הגנות אלה טעונות הוכחה לפי מאזן ההסתברויות, ולא די ביצירת ספק סביר בלבד. **הטענה נדחתה פה אחד**, בעיקר משום שלא היה לה על מה שתסמוך מבחינה הוכחתית; אפילו שמץ של ספק לא התעורר בלבם של השופטים שמא עשה המערער את מעשיו בתנאים שבהם מותנות ההגנות הנטענות. עד כאן על כל מה שסיכמו השופטים פה אחד.

ג. הנתון בוויכוח

5 תחילת סעיף 1 שבחוות-הדעת של הנשיא.

3. ואולם, אשר לשאלה העקרונית של מידת המשקל ההוכחתי של הראיות, הנדרשת כדי להקים את אותן "הגנות", נחלקו השופטים בדעותיהם. בהתייחסו לשוני שבין מידות המשקל ההוכחתי הנדרשות לפי הוראת סעיף 34כב (ב) לחוק העונשין מזה, והוראת סעיף 152 לחוק ניירות ערך מזה, אומר הנשיא⁶:

"לדעתי אין לנו צורך להכריע בפרשה שלפנינו איזה מבין ההוראות חלות בענייננו, שכן אפילו רשאי ישראל רוזוב להסתמך על הוראת סעיף 34כב לחוק העונשין, אין הדבר מסייע לו, שכן לא מתעורר כל ספק סביר ביחס להגנתו".

ובהמשך, עקרוניים במיוחד בנושא דיונו הם דברי הנשיא, שלפיהם:

"מקובלת עלי עמדת חבריי, השופט מ' חשין והשופטת ד' ביניש, כי הוראת 34כב לחוק העונשין אינה מוגבלת אך ל'סייגים' הקבועים במפורש בפרק ה' 1 ('סייגים לאחירות פלילית') בחוק העונשין... כן מסכים אני עם חבריי, כי סעיף 34כב לחוק העונשין אינו חל על כל מקרה של 'הגנה' המוכחת בדין עונשין זה או אחר".

רוצים אנו להבין כי במובאה השניה דלעיל לא השאיר הנשיא כל פתח ליישום ההוראה של סעיף 34כב (ב) על הוכחת "סייגים" או "הגנות" גם במקרים שבהם נקבע בהוראה מיוחדת של החוק כי הם טעונים הוכחה לפי מאזן ההסתברויות, כמובן עקב כך שנטל ההוכחה מוטל מפורשות בחוק על הנאשם⁷. במקרים אלה, חל הכלל שלפיו "נורמה מיוחדת דוחה נורמה רגילה" – *specialia generalibus derogant* – אף כאשר הנורמה הרגילה היא בבחינת "נורמה מאוחרת" יותר – *lex posterior*. שכן, אף מכוח כך "אין הנורמה הרגילה דוחה את זו המיוחדת" – *generalia specialibus non derogant*. לאמיתו של דבר, רעיון זה בא לידי ביטוי מפורש גם בסעיף 1 לחוות-דעתו של הנשיא, והרי דבריו החד-משמעיים שם, בנדון:

"... נטל ההוכחה בהוכחת ההגנות הקבועות בסעיף 152 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח – 1968 מוטל על הנאשם... הנאשם אינו צריך להוכיח את קיומה של ההגנה מעבר לכל ספק סביר. די לו במידת הוכחה המקובלת במשפטים אזרחיים. עודף הראיה או מאזן ההסתברויות".

6 ראה סעיף 2 שבחוות-הדעת של הנשיא.

7 ראה להלן גם את האמור במובאה הבאה מחוות-דעתו של הנשיא.

וזאת בוודאי לא משום שנשכחה מן הנשיא העובדה שהוראת סעיף 34כב (ב) (משנת 1995) היא בבחינת *lex posterior* ביחס לחוק ניירות ערך (משנת 1968). לפי הבנתנו זו את האמור במובאה הראשונה, מן הדין ללמוד גם את המשמעות המיוחדת של האמור במובאה השנייה, שלפיה באין הוראה סותרת, עשוי הכלל שנקבע בסעיף 34כב (ב) לחוק העונשין לעניין ה"סייגים" המוסדרים בפרק ה'1 לחוק זה, לשמש **בסיס פרשני ראוי** בנושא נפקותו של ספק סביר גם בדבר התקיימות עילות נוספות לשלילת פליליותו של אירוע, **תיקרא העילה בשם "סייג", "הגנה", "הצדק" או בכל כינוי אחר**. וכל זה הולם באורח מלא את האמור במפורש בהוראת סעיף 34כב לחוק העונשין, שלפיה, כמוזכר לעיל:

"**באין בחוק הוראה לסתור**, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי [שביניהן, כמובן גם הוראת סעיף 34כב (ב)] גם על עבירות שלא לפי חוק זה"⁸ (ההדגשה הוספה).

עד כאן באשר לחוות-הדעת התמציתית של הנשיא; לעומתו, השופט מ' חשין ובעקבותיו השופט ד' ביניש התרכזו בהרחבה דווקא בשאלה שבה הוא לא ראה צורך להכריע, בהיותה לא רלוונטית לפתרון העניין; ותוך כדי כך נפרדו שני השופטים בדעותיהם.

4. השופט מ' חשין קובע כי כל טענה לעילה ששוללת את פליליותו של אירוע נתון, טומנת בחובה את הנחת היסוד שלפיה אלמלא העילה הנטענת היה באותו אירוע כדי להצמיח אחריות פלילית, ואילו התקיימות עילה כאמור היא השומרת לבעל האירוע את חזקת חפותו⁹. ועל כך אין לנו כל ויכוח. יש להסכים גם לכך שחזקת החפות עצמה היא, לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעלת **מהות חוקתית**, שהרי סתירת החזקה תוך דחיית טענות של בעל האירוע להתקיימות עילה השוללת את פליליותו של האירוע, גורעת מכבודו של בעל האירוע, ועשויה לגרום לו הגבלות גם בחירותו, ברכושו או בזכויות אחרות המובטחות לאדם בחוק יסוד זה. כן, לדעת השופט מ' חשין, הוראת סעיף 34כב (ב) לחוק העונשין גרמה למהפך קונצפטואלי כללי ושורשי בתחום הוכחת העילות לשלילת פליליותו של אירוע שבו מואשם אדם, ולפי הוראה זו, די שמתעורר **ספק סביר** בדבר התקיימותה של עילה כאמור לגבי אירוע נתון, כדי שתישמר חזקת

8 אשר למושג "עבירה", צוין כבר קודם כי הוא טומן בחובו, מטיבו, היעדר "סייג" לפליליותה; שכן בהתקיימות סייג כאמור נשלל אופיו "העברייני" של האירוע. הוראת סעיף 34כב לחוק העונשין, אינה בגדר חידוש. הוראה בנוסח כמעט זהה היתה קיימת גם בפקודת החוק הפלילי 1936 (סע' 3א) והועברה לאחר מכן לחוק העונשין, תשל"ז 1977 - (סע' 1).

9 ראה חוות-הדעת של השופט ד' ביניש – הקטע האחרון שבסעיף 3.

חפותו של בעל האירוע. הוראת ה"ספק" שבסעיף 34כב (ב) לחוק העונשין, הקובעת את דיות המשקל ההוכחתי של "הספק הסביר", עולה דרגה במשפחת סוגי הנורמות המשפטיות לרמת הנורמות החוקתיות היות שהיא עומדת בפרץ בעניין הגבלת כבודו של אדם וזכויותיו הנוספות המוקנות לו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובדאגה המרבית לשמירה על חזקת חפותו. בכך הופכת עצמה דיות הספק הסביר לשם הוכחת עילה לשלילת פלילות המעשה המיוחס לאדם, לפרמטר מהותי-חוקתי של העילה גופה.

מגישה זו של השופט מ' חשין ניתן להשיג כי מכוח מעמד זה היה ב"הוראת הספק" האמורה לעיל כדי לגבור על ההוראה המיוחדת שבפתיח סעיף 152 (א) לחוק ניירות ערך, שלפיה עילה מן העילות האמורות בסעיף זה טעונה הוכחה מטעם הנאשם בראיות בעלות משקל הוכחתי לעדיף פחות, על-פי מאזן ההסתברויות; במילים אחרות, הוראת "הספק הסביר" ידה על העליונה. זוהי לפחות הנטייה התאורטית המשתמעת מדברי השופט מ' חשין בנדון. ואולם, כשלא התעורר אף כל ספק סביר בדבר התקיימות עילה לשלילת פלילותו של פעולות המערער – וזאת על דעת כל השופטים – גם אין כל מקום להפעיל את הוראת הספק ה"חוקתית" הקבועה בסעיף 34כב(ב) לחוק העונשין, והנאשם נמצא חייב בדינו.

נדמה כי שומה עלינו לציין כי השופט מ' חשין אף משלב במשמעותו המבנית של המושג "סייג" כעילה לשלילת פלילותו של אירוע התנהגותי את הפראמטר הראיתי המתבטא בדיות ספק סביר בדבר התקיימות העילה לשם הוכחתה. אך מה הדין לגבי כל שאר העילות, שאינן נופלות בגדר המושג "סייג" כמשמעותו בסעיף 34כב(2) לחוק העונשין, הטעונות בכל זאת הוכחה בראיות שמידת משקלן ההוכחתי היא¹⁰, והעיקר, תהיה, "מעבר לספק סביר"? לשאלה זו לא מצאנו תשובה משכנעת ואף לא מאירה עיניים.

5. השופטת ד' ביניש אינה משלימה עם תפיסת הדברים האמורה של השופט מ' חשין. בקיצור ובנחרצות היא קובעת¹¹:

"... אין הכרח בכריכת פרשנות המונח 'סייג' בסעיף הנדון [כלומר בהוראת סעיף 34כב (ב) לחוק העונשין]¹² עם שאלת נטל ההוכחה באופן שהגדרת המונח 'סייג' תיגזר מקביעת נטל ההוכחה בחיקוק הרלוונטי. הקביעה כי די לו לנאשם לעורר ספק סביר לעניין התקיימותה של הוראת חיקוק מסויימת היא אחת התוצאות, תוצאה הקבועה בסעיף 34כב (ב), המתבקשת מהיות הוראת החיקוק האמורה 'סייג'. אולם, אין

10 אולי מכוח הוראת השמירה שבסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

11 ראה חוות-הדעת של השופטת ד' ביניש – הקטע האחרון שבסעיף 3.

12 תוך התייחסות לקטע האחרון שבסעיף 2 לחוות-הדעת.

**לומר בהכרח כי שאלת נטל ההוכחה והספק הסביר, שלובה בשאלת
היקף התפרשותו של המונח 'סייג'. במילים אחרות, אין לגזור את
משמעות 'הסייג' משאלת נטל ההוכחה בלבד" (ההדגשות הוספו).**

במילותינו אנו היינו מנסחים את הצטרפותנו המלאה לדעתה החד-משמעית של השופטת ד' ביניש, בזה הלשון:

(א) בסימן ב לפרק ה' לחוק העונשין דן חוק זה, תחת הכותרת "סייגים לפליליות המעשה", בעילות ששוללות את פליליותו של המעשה הנעשה בתנאייהן, תוך הגדרת תוכנו המפורט והנפרד של כל אחת מהן, על תנאי גיבושה;

(ב) הכינוי "סייג" דבוק לכל אחת מן העילות מכוח הכותרת דלעיל, ואילו הנפקות המשפטית המוכרזת בחוק, המשותפת אף היא לכולן, היא ש"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה..." בתנאי "סייג" כאמור;

(ג) הכינוי המשותף "סייג", עניינו הוא סמנטי¹³ בלבד, ואילו זהותו הנבדלת של כל אחד מן ה"סייגים" מתבטאת בתנאי גיבושו שמגדירים את תוכנו הספציפי, כאשר נפקותו, המשותפת לכולם, מתחייבת מתוכן ספציפי זה המקנה לו מעמד במסגרת ה"סייגים לפליליות המעשה";

(ד) שניים אלה – התוכן הספציפי והנפקות הזוהה – והם בלבד, הם הפראמטרים המהותיים של מה שמכונה בשם, לדעתנו ההולם ביותר – "סייגים". ואולי ניתן היה לכנותם אף במטבע לשון אחר; כי בסופו של דבר, עניינו של כל כינוי הינו, כל כולו,

13 והרי מה שאמרנו בנדון:

"נוהגים להתייחס לסייגים לפליליות המעשה גם במטבע הלשון 'הגנות'. אכן, מבחינה אישית, הטוען לסייג לפליליות מעשהו, טוען 'להגנתו', ומבחינה אובייקטיבית, הסייג אף משמש לו מגן מפני אחריות פלילית. אולם מטבעו, לשון זה עשוי לטשטש את המשמעות המהותית של הסייג, ולהעביר את הדגש מן המישור המהותי של הדברים למישור הפרוצידוראלי שלהם. שכן, אדם עשוי לטעון 'להגנתו' כל טענה שעשויה לסתור את האשמה נגדו – שלא הוא זה שעבר את העבירה, או שאין במעשהו כל הנתונים הנדרשים להתהוות עבירה פלילית, או שהמעשה המיוחס לו כלל לא נעשה, או שהמעשה מהווה עבירה שונה, קלה מזו שיוחסה לו או אף שהמעשה נעשה בנסיבות מקילות, וכיוצא באלה טענות להגנתו, שאין ביניהן לבין הטענה ל'סייג לפליליות המעשה', ולא כלום, חרף כך שאלמלא סייג זה היה המעשה נופל בגדר עבירה, כפי שיוחסה לו.

משיקולים אלה, שהינם בתחום הסמנטיקה בלבד, יש להעדיף את המושג 'סייג לפליליות המעשה', שאדם אמנם עשוי לטעון לקיומו לשם הגנתו מפני אחריות פלילית, על פני התיבה 'הגנה', שעשויה להיות גם מכל סוג אחר, ולגבי כל נקודה אחרת שאדם רואה אותה כנקודת תורפה של האשמה נגדו. הדיבור 'סייג לפליליות המעשה' מגשים גם את התיאום המלא בינו לבין המושג שהוא נועד להביע – מערכת תנאים בהם ההתנהגות מתערטלת מפליליותה, תוך הנחה, שבלעדיהם, פליליות זו לא היתה נתונה בוויכוח" (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב (תשמ"ז-1987) עמ' 372).

במוסכמות בלבד, ואין זה משנה מה היה הכינוי הנוהג בעבר והמוסיף לשמש את עולם המשפט גם כיום מכוח דברי חקיקה תקפים שקדמו לתיקון מס' 39 לחוק העונשין. גם התבה "סייג" אינה מילת קסם; העיקר, ההכרחי והמספיק הם שמדובר בעילה המוגדרת **כדין על תנאי גיבושה, והשוללת את פליליותו של מעשה שנעשה בתנאים אלה.** כלומר, **תוכן ונפקות,** ותו לא. ניתן לחזק את גישתה של השופטת ד' ביניש בנדון בכך שאף המחוקק של תיקון מס' 39 לחוק העונשין – אותו מחוקק שהעדיף את התבה "סייג" על פני התבה "הגנה" שהיתה שגורה קודם לתיקון – נקט גם לשון "הגנה", בסעיף 34 לחוק העונשין, כדי לשלב במסגרת ה"סייגים לפליליות המעשה" עילה בכינוי "הגנה על רשות שופטת"¹⁴, הבאה אף היא לשלול פליליותו של מעשה שבתנאים רגילים היה עולה כדי עבירה פלילית. וניתן לציין גם את הכינוי "הגנה עצמית" של הסייג הספציפי המוגדר בסעיף 34 לאותו חוק, כאשר התיבה "הגנה" נותנת ביטוי רק למשמעות הפיזית-תכליתית של חלקו של אדם בהתעמתו עם התוקף אותו. אלה – וכן הדוגמאות שהובאו בידי השופטת ד' ביניש, שניתן היה אף להוסיף עליהן כהנה וכהנה – מדברות בעד עצמן.

חוץ מזה, מן הראוי שלא להתעלם מכך, **שלפי כותרתו,** יועד פרק ה'1 לחוק העונשין לכסות את הסדרת תחומם של ה"סייגים לאחריות פלילית", ולמעשה לא הקיף אלא חלק מהם הדין ב"סייגים לפליליות המעשה" בלבד, כאמור בכותרת סימן ב' שבפרק זה. הפרק בשלמותו יועד לכלול אפוא סימן נוסף – סימן ג' – שאמור היה להסדיר את ה"סייגים למימוש האחריות הפלילית" למיניהם¹⁵. אין זה חשוב לנושא דיוננו לעמוד על מה שגרם לכך שתיקון מס' 39 לחוק העונשין נעצר בנקודה זו דווקא. העיקר לענייננו הוא שהתבה "סייג", כמוה כתבה "הגנה", אינה אלא בגדר מונח **רב-שימושי,** ויש בה כדי למלא פונקציה **מושגית,** רק תוך הצמדתה לקטגוריה ספציפית מתוך השימושים המרובים האמורים – כדוגמת סייג ל"פליליות המעשה" או סייג ל"מימוש האחריות הפלילית". כך גם סעיף 17 לחוק ההסגרה, תשי"ד-1954¹⁶, המסדיר את עקרון

14 סעיף 34 לחוק העונשין הדין בסייג "הגנה על רשות שופטת" הינו חידוש ביחס להצעת החוק שהפכה לתיקון מס' 39 לחוק העונשין. סייג זה הוכנס להצעה, מיוזמות שר המשפטים דאז, ברגע האחרון, ממש לפני הקריאות השנייה והשלישית של ההצעה, תוך דאגה פן יישאו שופטים באחריות פלילית על עבירות תוך חריגה מסמכות במילוי התפקיד. מקור הסייג הוא בסעיף 16 לפקודת החוק הפלילי – 1936 המנדטורית, שעבר כסעיף 23 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. נרשה לעצמנו לסבור כי סייג זה אינו מוסיף כבוד לשופטי ישראל.

15 מספרם אינו מבוטל כלל – כשישה סייגים למיניהם; ראה: את "ההצעה לחלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש", **משפטים** יד (תשמ"ד) 127, סעיפים 53-71 וכן ראה את התיקונים שהוצעו לסעיפים אלה על-ידי המחברים ש"ז פלר ומ' קרמניצר **במשפטים** יז (תשמ"ח), 392.

16 ס"ח 163, תשי"ד, עמ' 174.

הייחודיות של ההסגרה ואשר כותרת השוליים שלו היא "סייג להסגרה", וגם סעיף 135 לחוק העונשין, אשר כותרת השוליים שלו היא "סייגים לאישום ולהרשעה" וכן גם סעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב 1982-17, אשר כותרת השוליים שלו היא "סייג לחקירת נאשם". והוא הדין גם באשר למונח "הגנה"; מה משמעותו של מונח זה ללא הספציפיקציה שבביטויים: "הגנה עצמית", "הגנה סבילה", הגנה מפני "אחריות פלילית", "הגנת היישוב", "הגנת כבוד המשפחה", "ההגנה הציבורית", "הגנת הטבע" או ללא הייחוס שלפני המונח ואחריו, שבביטוי "צבא הגנה לישראל"? וניתן להכביר דוגמאות נוספות רבות. כפי שכבר נאמר, אין מטבעות הלשון "סייג" ו"הגנה" מילות קסם הן, אין הן בעלות משמעות אחידה; כלליותן טעונה תמיד הצמדה למושא נתון, ואף התניה פנימית, הקובעות את משמעותן הספציפית והמוחשית ולעתים הן יכולות להגיע בדרך זו אף למהות תכליתית זהה, כגון זו של "סייגים לפליליות המעשה" ו"הגנה מפני אחריות פלילית" למעשה. ראוי לציין כי החוק אף אינו נמנע מלהגדיר "סייג" לאחריות פלילית – כאמור בכותרת השוליים של סעיף 353 לחוק העונשין – במונח "הגנה" שעומדת לנאשם במעשה, אשר פליליותו נשללת ממנו מכוח הנתונים המסוימים שלפי הוראת הסעיף מקימים את ה"סייג" (או את ה"הגנה").

לתפיסה זו של השופטת ד' ביניש מיתוסף הרעיון שפניות הספק הסביר לשם הוכחת התקיימותו של "סייג" מתוך הסייגים ל"פליליות המעשה" המוסדרים בחוק העונשין, אינה אלא פרי ההוראה המיוחדת שבסעיף 34כב (ב) לחוק זה, ובלשון השופטת – "תוצאה" מכך. ההוראה יכלה להיות שונה, אילו רצה בכך המחוקק, בלי שתצמח מכך השלכה כלשהי על ה"סייג" עצמו מבחינת מבנהו, תוכנו ונפקותו. ה"סייג", כשהוא לעצמו, לחד, ומידת המשקל ההוכחתי של הראיות, הנדרשת להוכחת ה"סייג", לחד. נוסף ונציין אך זאת: אם המדובר בהשתלבות סייג לפליליות אירוע נתון, כחלק ממנו, הרי שניהם – הסייג והאירוע – נמנים מבחינה מהותית עם **תשתיתה** של האחריות הפלילית. הראשון לרובד השולל אותה, והשני, לרובד שהיה מחייב אותה. והסינתזה, האפשרית מכוח אותה השתייכות מהותית, היא התגברותו של הסייג על מהות האירוע בהיעדר הסייג. אך אשר לסייג לפליליות המעשה מזה, ולמידת המשקל ההוכחתי של הראיות הנדרשות לשם הוכחת הסייג, מזה, אין כל מקום לסינתזה דיאלקטית כאמור, כי אין "מין" בר־שילוב ב"שאינו מינו", כחלק ממנו. הסייג נמנה עם העולם המהותי, ואילו **מידת המשקל ההוכחתי נמנית עם העולם הראיתי**; אין ביניהם זיקה מבנית.

גישתה המהותית של השופטת ד' ביניש למשמעות כינויה של עילה לשלילת פליליותו של מעשה מובילה למסקנה כי אין היא מוכנה להבחין בין עילה שכינויה "סייג" לבין עילה המכונה "הגנה", וניתן להוסיף "הצדק" או כל כינוי אחר, **מקום**

שתנאיה מוגדרים בדין, ונפקותה, שוב לפי דין, היא שלילת פליליותו של מעשה שנעשה בתנאים האמורים. לכן אין כל מניעה להתייחס ל"הגנות" לפי הוראות סעיף 152 לחוק ניירות ערך מתוך אותה השקפה, שלפיה מידת המשקל ההוכחתי של הראיות הנדרשת להוכחתן אינה חלק ממבנן כלל ועיקר, והיא גם אינה מושפעת כלל ועיקר ממידת המשקל ההוכחתי של הראיות, הנדרשת להוכחת ה"סייגים" שהוסדרו בחוק העונשין, כלומר: כל עילה לשלילת פליליותו של מעשה והטיפול ההוכחתי הראוי לה, בלי שטיפול זה יהווה חלק מְבְנֵי מִן העילה עצמה. כפי שכינוי העילה אינו משנה את מהותה על תוכנה ונפקותה, כך גם הטיפול ההוכחתי בה.

ד. קונסטרוקציונליזציה אינה אוניפורמיזציה

6. ראוי לייחד שורות אחדות גם לרעיון – שהשופט ד' ביניש שוללת אותו מכול וכול¹⁸ – שלפיו הטיפול ההוכחתי ב"סייגים" לפי התיקון מס' 39 לחוק העונשין ראוי להרחבה גורפת גם לגבי העילות לשלילת פליליות המעשה לפי דינים לבר-חוק העונשין. זאת, בהתחשב בכך שנפקותן של כולן היא להחזיר לאדם את חפוטו, כערך מוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו הטיפול ההוכחתי האמור הוא זה שמקל ביותר את מימושה של תכלית זו וכן בהתחשב בכך שלפי הוראת סעיף 34 לאותו חוק "הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי [לחוק העונשין] יחולו גם על עבירות שלא לפי חוק זה".

יורשה לנו, בשלב זה, להתייחס לסוגיית הקונסטרוקציונליזציה של "חזקת החפות" מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁹. אין ספק כי די להעמיד את חזקת החפות של האדם, באשר הוא, במבחן זכותו לכבוד בלבד, כאחת הזכויות שחוק זה פורס עליהן את חסותו, כדי להכיר בעליית מדרגה של חזקה זו כהיבט מרכזי של כבוד האדם לרמה של זכות חוקתית. אך עם זאת, אסור לנו להתעלם גם מ"פסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לאותו חוק, הנותנת ביטוי לצורך, מחויב המציאות, גם להגביל את הזכויות לפי חוק זה, כאשר שיקולים כבדי משקל – ערכיים, תכליתיים ושל איזון מידתי – דורשים זאת. אכן, "פסקת ההגבלה", שרמתה במדרג הנורמות המשפטיות אף היא חוקתית, מספקת את הפראמטרים הללו – הערכיים, התכליתיים והמידתי – אך היא משאירה את השאלה של

18 ראה סעיף 4 קטע רביעי לחוות-הדעת של השופטת.

19 דרך אגב, מחובתנו להעיר בהודמנות זו הערה ביקורתית – ולא דווקא כזאת בלבד – בנוגע לנוסח הסעיף: כותרת השוליים של הסעיף הייתה צריכה להיות "הגבלת זכויות" ולא "פגיעה בזכויות", ובעקבות זאת היה צריך לפתוח את הוראת הסעיף – היא "פסקת ההגבלה" – כך: "אין מגבילים זכויות", ולא בצירוף "אין פוגעים בזכויות". למותר לפתח כאן נימוקים להערה זו.

רמות הסף המינימלי הפנימיות של פרמטרים אלה, המגוונות לפי הענין – פתוחה; בכך "פסקת ההגבלה" מאפשרת ואף, כפי שנראה להלן, מחייבת גישה נבדלת ומגוונת להגבלות האמורות, ושוללת, כאנטי-חוקתית, כל אוניפורמיזציה – "ביגוד אחיד" – בנדון. שכן, קונסטיטוציונליזציה עניינית לפי מבחנים ערכיים, תכליתיים, מידתיים, כמצוות "פסקת ההגבלה", דוחה אוניפורמיזציה. ראוי אולי להעיר כי "פסקת ההגבלה" כבר זכתה לדיון עיוני חשוב – אך חד-כיווני – במעמדה כהוראה בעלת תפקיד עזר "ממתן", מקום שמהותה החוקתית, על הפראמטרים הקבועים בה, מקנה לה גם משמעות ומשקל עצמאיים וחשובים ביותר. בקובעה פראמטרים **מושגיים** בלבד, בעלי מרווח פנימי פתוח, דוחה "פסקת ההגבלה" כל רעיון של סטנדרטיזציה אפריורית, כולל של סטנדרד אחיד המוביל לאוניפורמיזציה. ההוראה החוקתית שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא זו בלבד שהיא מאפשרת, מכוח מבנהו הפתוח של כל אחד מן הפראמטרים האמורים בה, דיפרנציאציה, אלא גם מחייבת אותה, לפי טיבו של כל נושא ונושא בנפרד, לשם מימוש ראוי של הגבלת הזכויות המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ומן הכלל אל הפרט שבתחום נושא דיונו.

ה. מן הכלל אל הפרט

7. אמנם קיימות עילות לשלילת פליליותם של אירועים נתונים אשר אלמלא התקיימותן היו נופלים בגדר עבירה פלילית; העילות הללו משמרות את חזקת החפות של האדם כזכות קונסטיטוציונית כאמור; אבל, האם עומדות כל העילות הללו על אותה רמה ערכית, תכליתית ומידתית הולמת, מבחינת מידת המשקל ההוכחתי של הראיות, הנדרשת לשם הוכחתן?

טול את ה**דיות** של ספק סביר שהתעורר בדבר התקיימות עילה לשלילת פליליות המעשה כדי לשמר על חפותו של אדם שעשה מעשה בתנאי ה"סייגים" לפליליות המעשה, המוסדרים בסימן ב' לפרק ה'1 לחוק העונשין, מחד גיסא, ואת הדרישה לראיות בעלות משקל הוכחתי העומד במבחן מאזן ההסתברויות לשם הוכחת ה"הגנות" לפי סעיף 152(א) לחוק ניירות ערך, שיש בהן כדי לשלול פליליות המעשה של "שימוש במידע פנים בידי איש פנים" המוגדר כאיסור פלילי בסעיף 152 לחוק זה, מאידך גיסא. על-מנת להשיב לשאלה איך נראה, לאור "פסקת ההגבלה", ההבדל בין שתי הרמות של המשקל ההוכחתי, זה הנדרש לראיות לשם הוכחת עילה לשלילת פליליותו של מעשה לפי סעיף 34(ב) לחוק העונשין וזה הנדרש לשם הוכחה של עילה כאמור לפי סעיף 152(א) לחוק ניירות ערך, צריך קודם לענות על שאלה אחרת: **באילו תנאים** נעשה המעשה המיוחס לנאשם שטוען לעילה לפי סעיף 34(ב) מתוך "הסייגים לפליליות המעשה" המוגדרים בחוק הפלילי, **ומה הוא יחסו** לחובת ההימנעות מהפרת איסורים פליליים, מזה, ומה הם אותם תנאים ואותו יחס כשמדובר על נאשם הטוען לעילה

השוללת את פליליות מעשהו מתוך ה"הגנות" האמורות בסעיף 252(א) לחוק ניירות ערך, מזה? וזאת, בלי להתעלם גם מתחום התופעה העבריינית שבו נעשים המעשים שלגביהם הוקמו "הגנות" אלה.

במקרה הראשון הנאשם הוא אדם תמים השרוי במצוקה, ושנקלע הוא עצמו בשעת עשיית המעשה למצב דברים של היעדר שליטה, כורח, צורך, הגנה עצמית, אפילו צידוק, וכיוצא באלה אילוצים, מצב שהוא בדרך-כלל בלתי צפוי ותמיד בלתי רצוי, שבו הוא נאלץ לעשות את המעשה; לאמיתו של דבר, הוא הקורבן הראשון של מעשהו, והמצב שבו עשה את מעשהו, כשהוא לעצמו, מדבר בעד חפותו. עושה כזה ראוי הוא שילכו לקראתו ולקראת ההכרה בחפותו! אם כן, לשם החזרת חזקת חפותו די בספק סביר, שמא עומד לו סייג לפליליות מעשהו. החוק אף לא מטיל עליו, עצמו, את החובה לעורר את הספק, "התעורר [ואפילו לאו דוקא 'עורר'] ספק סביר...", נאמר בהוראת סעיף 34כב (ב) לחוק העונשין, "... והספק לא הוסר, יחול הסייג".

לאופי זה של העושה ושל מעשהו אין תדמיתו של הנאשם האחר ועיסקאותיו דומים כלל ועיקר; אין הוא נאלץ כלל לבצע עיסקאות בניירות ערך, וכאשר הוא מבצע אותן, פעולותיו הן יזומות ומחושבות היטב ובקור רוח מלא; הוא עושה אותן, בדרך-כלל, בתחכום רב גם תוך דאגה לאמצעי זהירות שפליליות עיסקאותיו לא תתגלה, ושיוכל לטעון ל"הגנות" למיניהן בפני אחריות פלילית להן, למקרה חשיפתן. האם לגבי נאשם כאמור די שיתעורר ספק בדבר תמימותו כדי שתוחזר לו החפות אף אם גירסתו אינה עומדת במבחן "מאזן ההסתברויות"?

אם לגבי נאשם מן הסוג הראשון מתבקש שהגבלה הראויה של זכותו לחפות תותנה בגבול **הספק הסביר**, לגבי נאשם מן הסוג השני, מתבקש שההגבלה של זכותו לחפות תותנה בגבול **ההוכחה לפי מאזן ההסתברויות**. לא נראה שניתן לפסול את גישתו של חוק ניירות ערך מכוח "פסקת ההגבלה" החוקתית.

"פסקת ההגבלה", במעמד, כאמור, של נורמה חוקתית מכוח עצמה, מחייבת הבחנה כאמור והבחנות דומות לה, לאור כל אחד מהפראמטרים הקבועים בה – הערכי, התכליתי והמידתי – ושל כולם גם יחד, תוך מודעות לכך שקונסטיטוציונליזציה אינה כאמור "ביגוד אחיד" – אוניפורמיזציה. יתרה מזו, הקונסטיטוציונליזציה, אין משמעותה סתם דירוג רמות – רמת מחויבות חוקתית הגוברת על רמת המחויבות התחיקתית הרגילה – אלא, כשזה מתבקש, גם שונות במסגרת הרמה החוקתית עצמה, כמובן תוך קרינת השונות, לפי העניין, על הרמה התחיקתית הרגילה. לא במקרה הושארו הפראמטרים החוקתיים של ההגבלה מובדלים לפי **זוויות ראייה** – ערכית, תכליתית, ומידתית – **כלליות** בלבד, אלא כאמור פראמטרים פתוחים, כל אחד מבחינת **רמות הסף** הפנימיות, המגוונות לפי משקלה של דרישת ההגבלה הנתונה. אין ספק שהפתיחות נועדה ל"איכלוס" ברמות סף דיפרנציאליות, מחייבות כשלעצמן, בהתאם לכל סוגיה בנפרד, שנתונה להגבלה, **ללא כל סטנדרד אפריורי אחיד**.

ו. סיכום

8. אמנם, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ו"פסקת ההגבלה" הכלולה בו הם, יחסית, בבחינת חידוש בחיי המשפט של מדינת ישראל, וככל חידוש חיובי הוא עשוי היה לגרור אף התלהבות, אך אין מקום לאבד את האופקים הראויים והמתחייבים, אפילו תוך תמימות מפתח.

השופט מ' חשין²⁰ והשופטת ד' ביניש²¹ מפנים למאמרו המקיף של ד"ר דן בייני²² הנוטה לאחידות – אוניפורמיזציה – דווקא, לגבי מידת המשקל ההוכחתי של הראיות הנדרשת לשם הוכחת כל עילה לשלילת פליליות מעשה, לפי הדפוס שנקבע בסעיף 34כב(ב) לחוק העונשין. זאת, ללא הבחנה לפי האכסניה הנורמטיבית שבה מידה זו מוגדרת, או לפי הלימת ההוראה המיוחדת שבה היא מוגדרת את הרקע הערכי של הוראת סעיף 34כב הנזכרת לעיל; הפנייתו של השופט מ' חשין היא בנימה חיובית, נימה שאינה דווקא לרוחה של השופטת ד' ביניש²³. אשר לנו, דעתנו היא כי הנטייה דלעיל אף אינה עולה בקנה אחד עם "פסקת ההגבלה" המאפשרת ואף מחייבת הבחנות – דיפרנציאציה – בעיקר כשזו זוכה בברכתו המיוחדת של המחוקק.

אין ספק שהמחוקק ינהג בנדון גם בעתיד, כבעבר, גישות נבדלות לפי העניין בדבר מידת המשקל ההוכחתי של ראיות, הנדרשת לשם הוכחת עילות שבהיותן שוללות את פליליות המעשה שומרות על חזקת החפות של עושהו, החל בדיות "ספק סביר" בדבר התקיימותן וכלה בעמידה במאזן ההסתברויות. זאת, בדומה לדרך שבה הוא נוהג בכיוון ההפוך, ואף בגישות נבדלות יותר, לעניין הפרכת החזקה, כגון: תוך דרישת ראיות בעלות משקל הוכחתי מעבר לספק סביר לשם הוכחת העבירה, תוך הסתפקות בפרזומפציות שבדין יחסיות – הניתנות לסתירה – כדוגמת זו שבהוראות סעיף 22 לחוק העונשין, המסדירות את סוגיית האחריות הקפידה, או זו שבהוראת סעיף 200 לחוק העונשין, הקובעת את "חזקת הסרסרות", ואף תוך יצירת פרזומפציות שבדין חלוטות, הפוטרות כליל מהוכחת העבירה, כמו אלה האמורות בסעיף 24 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח משולב], תשל"ג 1973-24²⁴, לגבי העבירה של "הדחת קטין לסמים מסוכנים" לפי סעיף 21 לפקודה או כמו זו האמורה בסעיף 203 לחוק העונשין, הפוטרת

20 השופט מ' חשין בסעיף 40 לחוות-דעתו.

21 השופטת ד' ביניש בסעיף 5 קטע אחרון לחוות-דעתה.

22 דן בייני "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" עיוני משפט כב (תשנ"ט 1999) - 11.

23 ראה סעיף 9 לחוות-הדעת של השופטת ד' ביניש.

24 דמ"י נ"ח 27 (תשל"ג 1973). וראה ש"ז פלר "על הקטגוריות של החזקות..." מחקרי משפט יג(2)

(תשנ"ז 1996) - 357.

מחובת ההוכחה של ידיעת גיל האישה הרלוונטי להתהוות עבירות "זנות ותועבה". וזה המקום גם לציין כי כל האמור ברשימה זו אינו נוגע לסוגיית החזקות שבדין החלוטות; כי משמעותן האמיתית של אלה היא עניינית גרידא וכלל לא ראיתית. הן מדברות בעד עצמן באשר למסקנה שהדין מחייב להפיקה ללא כל עוררין. בדרך זו מיוחס לעובדות היסוד שבמבוא מעמד של **עילה עניינית** העומדת ברשות עצמה, שאינה עוד טעונה משקל הוכחתי כלשהו של ראיה נוספת לגבי אותה מסקנה. לא למותר להדגים את **מגוון המידות הנכדלות** של משקלן ההוכחתי של הראיות, הנדרשות להפרכת היבטים שונים של התשתית להיווצרות אחריות קפידה, כפי שהיא מוסדרת בסעיף 22 לחוק העונשין. אשר ליסוד הנפשי הדרוש להתהוות עבירה של אחריות קפידה, חזקת האשמה המתלווה אליה מפריכה אותו, ובכך גם את **חזקת חפותו** של האדם עקב ניטרול החובה להוכיח אשמה, על שתי צורותיה, מחשבה פלילית ורשלנות; כלומר, ראיות שמידת משקלן ההוכחתי הוא **אפס**; זאת, מכוח הוראת סעיף 22(א). עם זאת, לשם הטלת עונש מאסר בגין עבירה של אחריות קפידה, מתחייבת דווקא, מכוח סעיף 22(ג), הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, כאשר **מידת המשקל ההוכחתי הנדרשת לשם כך היא מעבר לספק סביר**. מלבד זאת, **אותה מידה נדרשת לשם הוכחת היסודות הנותרים שבעבירה הנתונה**. אך גם בכך אין סג"י: הרי חזקת האשמה האמורה היא אמנם חזקה שבדין, אך רק יחסית, והיא נתונה להפרכה מכוח הוראת סעיף 22(ב), שזו לשונה:

"(ב) לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה ככל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור – עליו הראיה".

מידת המשקל ההוכחתי של הראיות, שנדרשת לשם ההפרכה, היא כנראה עד כדי הסרת כל ספק סביר. כי אלמלא החובה הנוספת להוכיח שנעשה גם "כל שניתן למנוע את העבירה", ממילא כבר היתה מותנית חזקת החפות בראיות **שמידת משקלן ההוכחתי עומדת במבחן מאזן ההסתברויות**. אבל, באה החובה הנוספת האמורה ומצביעה על דרישת מידה מוגדלת יותר בכיוון של **הסרת כל ספק סביר**. ויש דברים בגו – אם במשטר החזקה שבדין **החלוטה** של האחריות המוחלטת היתה חזקת החפות במישור האשמה משותקת כליל, ועקב כך אף לא עמדה על הפרק השאלה של מידת המשקל ההוכחתי של הראיות הנדרשת לשם הפרכת החזקה החלוטה, הרי במשטר החזקה שבדין, הפעם, **היחסית** בלבד, אך טבעי הוא שהשאלה תמשוך את תשומת-לבו של המחוקק ושתשובתו לה תתבטא בגישה זהירה במיוחד לגבי האפשרות הראיתית להפריך את החזקה.

ולדוגמה, הקשר נוסף שבו מתבלט הפסול של כל סטנדרטיזציה בנוגע למידת המשקל ההוכחתי של הראיות, הנדרשת לשם ביסוס עילה שיש בה כדי להשליך על

האחריות הפלילית; אם כי, ראוי לציין תחילה שהמדובר בעילה שמשמרת לאדם את חזקת חפותו מפשעים מסוימים בלבד, וכי זהות הצד שעליו לטעון לעילה זו עשויה להיות, לפחות פורמלית, שנויה במחלוקת. הכוונה לאירוע הנופל בגדר האיסור של "המתת תינוק", כהגדרתו בסעיף 303 לחוק העונשין. איסור מיוחד זה והעונש שבצידו – "מאסר חמש שנים" – קמים "על אף היות העבירה, לפי הנסיבות, בגדר רצח או הריגה", כאמור בסעיף 303(א), שזו לשונו:

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

ניתן לגרוס כי נטל ההוכחה של הנתונים שמספקים את הדרישות שבהגדרת האיסור, מוטל על התביעה, וכי מידת המשקל ההוכחתי של הראיות, שנדרשת כדי לבסס את האשמה בעבירה זו, צריכה להיות מעבר לכל ספק סביר; זאת, כנדרש לגבי כל עבירה פלילית, מכוח הוראת סעיף 34(א) לחוק העונשין. ברם, לפי סברה זו, עלולים להגיע גם לתוצאה לפחות מוזרה; כי, אם התביעה לא תספק ראיות בעלות מידה מירבית כאמור של משקל הוכחתי, הרי ייפול האירוע בגדר רצח או הריגה דווקא. ואז נשאלת השאלה, האם אין מקום להוריד את סף המידה האמורה עד לעמידה במבחן מאזן ההסתברויות, או אף להסתפק במידה המעוררת ספק סביר בלבד? וזאת, חרף הוראת סעיף 34(א) הנזכר לעיל. אבל, ניתן להעדיף סברה אחרת, לפיה, לאמיתו של דבר, בהוראת סעיף 34(א) נקבעה **עילה מיוחדת** לשלילת פלילותו של מעשה לפי דיני עבירת הרצח או ההריגה, על אף היותו בעל נתונים בהם מותנית התגבשות אחת מהן; ורק טבעי הוא שהנאשמת תהיה זו שתטען לעילה זו. אם כך הדבר, תתעורר השאלה מה מידת המשקל ההוכחתי של הראיות, הנדרשת לשם הוכחת התקיימות הנתונים בהם מותנית העילה? בסעיף 303 לחוק העונשין, הדין בעילה זו, אין כל תשובה לשאלה זו – האם על מידה זו לעמוד במבחן מאזן ההסתברויות, כפי שמקובל בדרך כלל מקום שנטל ההוכחה מוטל על הנאשם, או שמא, די שתעורר ספק סביר בדבר התקיימות הנתונים האמורים? וזאת, בהתאם לרוח הוראת סעיף 34(2) לחוק העונשין, המסתפקת בספק סביר לגבי "הסייגים לפלילות המעשה" המוסדרים בפרק ה' (סעיפים 34-34(כ) לחוק זה; כמובן מכוח הסברה לפיה הוראות סעיף 303 לחוק העונשין נועדות, לאמיתו של דבר, להגדיר סייג לפלילותו של מעשה – אמנם סייג מוגבל אך עדיין "סייג" לפלילותו של מעשה לפי דיני העבירות מסוג רצח או הריגה, למרות שהמעשה מגלה את כל הנתונים שיש בהם כדי לספק את הדרישות לשם התהוות אחד משני סוגים אלה של המתת אדם. לדעתנו,

ראויה לתשובה חיובית החלופה האחרונה של השאלה דלעיל; אם כי, כאמור, אין המדובר בסייג מלא לפליליות המעשה, אלא בסייג המְשמר לנאשם את חזקת חפותו מעבירות הרצח או ההריגה בלבד.

כאן המקום להזכיר גם את מעמד הפרזומפציות שבעובדה, שהן למעשה שם נרדף לאינדיקציות משתמעות, בדרך-כלל, מנסיבות עקיפות, לפי השכל הישר ועל בסיס ניסיון החיים, לגבי התקיימות נתונים רלוונטיים להיווצרות העבירה. או שמא טעונות ה"פרזומפציות שבעובדה" – תהיה מידת משקלן ההוכחתי אשר תהיה – הוצאה משורת דרכי ההוכחה בפלילים, מן הטעם שאין לבסס כלל ועיקר שלילת חפותו של אדם על ראיות עקיפות? ברור מאליו כי תשובה חיובית לשאלה זו מסכלת את מימוש מטרות ההליך הפלילי. אך השאלה עשויה להתעורר ומתעוררת בפועל אף לגבי נסיבות עקיפות שעשויות להעיד גם על התקיימות עילה – בכחינת "סייג" או "הגנה", לא חשוב מה כינויה! – לשלילת פלילותו של אירוע, שהיה בו כדי להצמיח עבירה פלילית אלמלא העילה. ואין מקום אף להציג שאלה כאמור כי, שוב, בלי הכללת הפרזומפציות שבעובדה בשורות דרכי ההוכחה בפלילים, אין אפשרות לקיים הליך פלילי שיוביל לעשיית צדק וכי גם על פרזומפציות אלה חל אותו מדרג של מידת המשקל ההוכחתי של הראיות, שבעזרתן ניתן להכריע את הדין במושא ההוכחה – לשבט או לזכות – והוא, מדרג זה, היה נושא הדין בשורותינו דלעיל.