

ביקורת דיני העונשין הישראליים / בועז סנג'רו



בועז סנג'רו

# ביקורת דיני העונשין הישראליים

**נבו**

Boaz Sangero

CRITIQUE OF THE ISRAELI CRIMINAL LAW

הפקה: ענת זקון

מסת"ב 978-965-442-195-9 ISBN

©

זכויות היוצרים שמורות

התש"פ-2020

נבו הוצאה לאור בע"מ

ת"ד 43 צפירים 9983000

טל' 02-9992099 ; פקס' 02-9992088

[nevo@nevo.co.il](mailto:nevo@nevo.co.il)

לרינת



## תוכן עניינים מקוצר

פרק א: מבוא	21
פרק ב: גמול-אשמה או תועלת-הרתעה-סכנה? הענישה הפלילית והצדקתה	23
פרק ג: גמול? הרתעה? מניעה? שיקום? מטרות הענישה ושיקולי הענישה	35
פרק ד: מאסר, עונשים אחרים או טיפול?	43
פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין	57
פרק ו: פרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי (ושלילת פרשנות תכליתית)	81
פרק ז: בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק	95
פרק ח: מעשה מול מחדל	113
פרק ט: מעקרון האשמה לדרישת המודעות ול"מחשבה פלילית"; אך מה לקלות הדעת עם הכוונה והאדישות?	125
פרק י: מטרה מול כוונה ומטרה מול מניע	141
פרק יא: כלל הצפיות או הלכת הצפיות?	149
פרק יב: עיוורון מכוון או עצימת עיניים?	161
פרק יג: הרשלנות – פלילים או נזיקין?	167
פרק יד: רשלנות סובייקטיבית או רשלנות אובייקטיבית?	173
פרק טו: סיכון סביר מול "סבירות" מסוכנת	179
פרק טז: צפיות סבירה של תהליך הגרימה לתוצאה מול "מסכת עובדתית מלוכדת"	187
פרק יז: אחריות מוחלטת, אחריות קפידה או אף אחת מהשתיים?	199
פרק יח: הצורות הנגזרות וגבולותיהן – כללי היסוד	207

ביקורת דיני העונשין הישראליים

213	פרק יט: ניסיון (מול הכנה).....
249	פרק כ: סיוע פלילי (מול ניסיון לסייע).....
263	פרק כא: שידול (מול סיוע רוחני).....
275	פרק כב: ביצוע־בצוותא (מול סיוע).....
285	פרק כג: אחריות שותף לעבירה נוספת של שותפו (ושלילת אחריות סולידרית של קושרים).....
295	פרק כד: נתונים ענייניים מול נתונים אישיים.....
299	פרק כה: ביצוע באמצעות אחר (מול שידול).....
307	פרק כו: ארגון פשיעה (מול שותפות).....
313	פרק כז: צידוק מול פטור – הסייגים לאחריות פלילית.....
329	פרק כח: המתה באדישות – רצח או הריגה? עבירות ההמתה והכוונה תחילה.....
	פרק כט: אחרית דבר – קריאה לכנסת לשחרר את חוק העונשין הישראלי
345	מעול המנדט הבריטי.....
347	מפתח נושאים.....



## תוכן עניינים מפורט

21	פרק א: מבוא.....
23	פרק ב: גמול-אשמה או תועלת-הרתעה-סכנה? הענישה הפלילית והצדקתה .....
23	א. מבוא והגדרת הענישה הפלילית .....
24	ב. הגישה האבוליסיוניסטית.....
24	1. ביטול עונש המוות .....
24	2. ביטול עונש המאסר .....
24	3. ביטול מערכת הענישה כולה .....
28	ג. הגישה הגמולית .....
29	ד. הגישה התועלתית.....
29	ה. גמול מול תועלת .....
30	ו. הגמול X התועלת = ההצדקה לענישה הפלילית.....
30	1. רמת הענישה כפונקציה של התועלת, החסומה באמצעות תקרת הגמול .....
30	2. ההצדקה לענישה הפלילית כחיתוך של קבוצת המקרים בעלי ההצדקה הגמולית עם קבוצת המקרים בעלי ההצדקה התועלתית.....
31	31
32	ז. תרומתו המכרעת של פרופ' הארט.....
32	ח. עקרון ההלימה שבחוק העונשין .....
35	פרק ג: גמול? הרתעה? מניעה? שיקום? מטרות הענישה ושיקולי הענישה .....
35	א. כללי .....
35	ב. ההרתעה.....
35	1. כללי .....
36	2. יעילות ההרתעה .....
36	(א) יעילות ההרתעה לפי סוגי העבירות.....
37	(ב) הרתעה לפי סוגי עונשים.....
37	(ג) חומרה מול ודאות – מה משפיע יותר על ההרתעה? .....
38	ג. המניעה.....
38	1. כללי .....
38	2. ניכוי מסוכנות .....
39	ד. השיקום.....
40	ה. הגמול.....
40	1. כללי .....
40	2. שיקום מול גמול ומודל הצדק .....

ביקורת דיני העונשין הישראליים

- פרק ד: מאסר, עונשים אחרים או טיפול? ..... 43
- א. דוח ועדת מרטינסון: הניסיונות לשקם בתוך בתי הסוהר נכשלים כישלון חרוץ  
(הניתן להכשיר טייס בתוך צוללת?) ..... 43
- ב. דוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע (2014): כישלון מדיניות הגידול בכליאה  
(קו פרשת המים – לקראת שינוי הגישה?) ..... 44
- ג. דוח האקדמיה הבריטית (2014): קביעת חזקה כנגד השימוש במאסר ..... 48
- ד. דוח ועדת דורנר (2015) (לקראת שינוי הגישה גם בישראל?) ..... 49
- ה. תנאי המאסר בישראל (מקלחת מעל שירותי כריעה מצחינים) ..... 50
- ו. החלטת בג"ץ המחייבת את הרשויות להגדיל את שטח המחיה לאסיר ..... 53
- ז. פיתוח אלטרנטיבות למאסר ..... 55
- 
- פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין ..... 57
- א. עקרון החוקיות – אזהרה הוגנת לפרט ..... 57
1. פומביות החוק ..... 58
2. הגדרה מפורטת ובהירה של האיסור ..... 58
3. שלילת תחולה רטרואקטיבית של האיסור הפלילי ..... 61
4. כללי הפרשנות המיוחדים של המשפט הפלילי ..... 61
- ב. עקרון השיוריות – המשפט הפלילי כאמצעי האחרון ..... 62
- ג. עקרון הערך המוגן – הגנה ראויה (לא מופרזת) על ערך חברתי ראוי ..... 64
- ד. עקרון ההתנהגות – "אין עונשין על דברים שבלב" ..... 66
1. אין איסור ואין עבירה ללא התנהגות ..... 66
2. דרישת השליטה בהתנהגות (= אפשרות בחירה בהתנהגות חלופית) (ס' 134) ..... 67
3. "התנהגות חופשית במקור" ..... 68
4. חזרה לעקרון ההתנהגות ..... 68
5. עבירות מצב ("עבירות סטטוס") (ועבירות החזקה) ..... 69
6. ההסבר לעקרון ההתנהגות: מדוע אין מענישים על מחשבות בלבד? ..... 70
- ה. עקרון האשמה – אין עבירה ללא אשמה – דרישת המודעות ..... 72
- ו. עקרון הפרופורציה – מתאם בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש ..... 74
1. כללי ..... 74
2. העונשים המרביים הקבועים בחוק ..... 74
3. מתכון לדירוג ..... 75
4. מתכון לקביעת העונשים המרביים ..... 76
5. שיקול הדעת של השופטים ..... 77
6. דרכים שבהן יכול מחוקק להדריך את השופטים באשר לענישה ..... 78
- 
- פרק ו: פרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי (ושלילת פרשנות תכליתית) ..... 81
- א. הכלל הראשון – יש לפרש את האיסור על פי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו ..... 81
- ב. הכלל השני – פרשנות מצמצמת בפלילים ..... 82

תוכן עניינים מפורט

87	ג. הכלל השלישי – שימוש במטרת החקיקה (רק) לצמצום האיסור
90	ד. הדגמת השימוש בכללי הפרשנות בפסיקה
91	ה. "כיצד עושים זאת לא נכון" – הדגמה של פרשנות מוטעית
95	פרק ז: בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק
95	א. הגדרה חברתית לעבירה
95	ב. הגדרה משפטית לעבירה
96	ג. מבנה העבירה הפלילית
96	ד. ההתנהגות = התרומה הגופנית, הפיזית, של המבצע להתהוות העבירה
97	ה. נסיבות = נתוני מציאות שבהגדרת העבירה נדרשת התקיימותם בזמן ההתנהגות
97	1. כללי
98	2. היחס "נורמה רגילה מול נורמה מיוחדת"
100	ו. תוצאה – שינוי לרעה בעולם שגרמה ההתנהגות; בדרך כלל נזק פיזי לאובייקט פיזי
100	1. כללי
101	2. "עבירות התנהגות" מול "עבירות תוצאה"
101	3. עבירות תולדה
102	4. עבירות תוצאה-ככוח (= תוצאה פוטנציאלית) = עבירות העמדה בסכנה
103	5. נורמה רגילה מול נורמה מיוחדת המוסיפה דרישת תוצאה
104	6. תורת היחסות
104	ז. קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה
104	1. כללי
105	2. מבחן הסיבה-בלעדיה-אין
106	3. מקרים מיוחדים
107	(א) גורמים משלימים
107	(ב) גורמים מצטברים
108	(ג) גורם חלופי (היפותטי)
109	(ד) סיכום באשר למקרים המיוחדים
109	ח. הצירופים האפשריים של רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה
109	ט. הכרחיות הרכיבים השונים
110	י. ניתוח פורמלי של עבירה
110	יא. מתכון עזר לניתוח פורמלי של עבירה
110	יב. חשיבות ההבחנה בין רכיבי היסוד העובדתי (ההתנהגות/נסיבה/תוצאה+קשר סיבתי)
111	יג. "פוזיטיביזם" מול בחינה ערכית של העבירה
113	פרק ח: מעשה מול מחדל
113	א. עקרונות היסוד של דיני העונשין פועלים נגד ריבוי עבירות של מחדל
114	ב. הבדלים עקרוניים וערכיים בין המעשה לבין המחדל
114	1. שיקול הפגיעה בחירות שיוצרים האיסורים

ביקורת דיני העונשין הישראליים

2. שיקולי הסכנה, האשמה, הגרימה, והשליטה ..... 114

3. שיקול היעילות שבתיאום בין בני החברה ..... 114

4. שיקול הפגיעה באוטונומיה של הפרט בהיעדר איסורים ..... 115

ג. "השומרוני הטוב" וחובות העשה הכלליות ..... 115

ד. חובות עשה כלליות במשפט הישראלי ..... 117

1. סעיף 262 לחוק העונשין – העבירה "אי-מניעת פשע" ..... 117

2. חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 ..... 118

3. סעיף 64א לפקודת התעבורה [נוסח חדש] – "הפקרה אחרי פגיעה" ..... 118

4. תקנה 146 לתקנות התעבורה – "חובת עזרה מצד נוהגי כלי רכב" ..... 119

5. סעיף 368ד לחוק העונשין – "חובת דיווח" ..... 119

6. סעיף 491 לחוק העונשין – "סירוב להגיש עזרה" ..... 119

7. סעיף 263 לחוק העונשין – "סירוב לעזור במניעת עבירות" ..... 120

ה. אין להשתמש בחובת עשה כללית לצורך הרשעה בעבירה אחרת ..... 120

ו. מקורות החובה לפעול – מתכון למחוקק ..... 121

1. קשר לאדם שבסכנה (או לאובייקט המוגן) ..... 121

2. קשר למקורות הסכנה ..... 121

ז. מקורות החובה לפעול במשפט הישראלי ..... 121

1. סעיפים 322-326 לחוק העונשין – "אחריות לשלום האדם" ..... 121

2. עבירות מחדל ..... 122

3. חובה מתחום דיני החוזים שמקורה בתפקידו של אדם ..... 122

4. חובה מתחום דיני הנזיקין המוטלת על היוצר מצב מסוכן ..... 123

5. חובות הקבועות בענפי משפט אחרים ..... 123

ח. כגנות הרחבת מקורות החובה לפעול בדין הישראלי ..... 124

פרק ט: מעקרון האשמה לדרישת המודעות ול"מחשבה פלילית";

אך מה לקלות הדעת עם הכוונה והאדישות? ..... 125

א. רציונל הדרישה ליסוד נפשי של מודעות ..... 125

ב. ההתפלגות לסוגים שונים של יסוד נפשי ..... 127

1. חתך המודעות ..... 127

(א) ההתפלגות בהתאם למודעות ..... 127

(ב) המחשבה הפלילית ..... 127

2. חתך הרצון (החפץ, השאיפה) כלפי התוצאה ..... 130

ג. דויטש, זיסרמן, שי – הדגמה באמצעות שלושה מקרים ..... 133

ד. קריאה לכנסת להוצאת קלות הדעת מתחום המחשבה הפלילית ..... 135

ה. כוונה על תנאי; כוונה מועברת ..... 138

1. כוונה על תנאי נחשבת כמקרה פרטי של כוונה ..... 138

2. כוונה מועברת (וכן מחשבה פלילית מועברת) ..... 138

(א) טעות בזיהוי הקורבן ..... 139

(ב) החטאת הפעולה (סטיית הפעולה; "פספוס") ..... 139

תוכן עניינים מפורט

141	פרק י: מטרה מול כוונה ומטרה מול מניע.....
141	א. דרישת המטרה.....
143	ב. מטרה מחמירה.....
144	ג. מטרה כתנאי לאחריות פלילית.....
144	ד. מטרה במשפט הישראלי.....
145	ה. מטרה מול מניע.....
146	ו. דרישת מטרה בעבירת תוצאה.....
149	פרק יא: כלל הצפיות או הלכת הצפיות ? .....
149	א. כלל הצפיות.....
150	ב. ההצדקה והבסיס הרעיוני לכלל הצפיות.....
150	1. שקילות ערכית.....
151	2. שקלול הצפייה והרצון .....
152	3. הפסיקה המוקדמת.....
154	4. הלכת בורוכוב נ' יפת .....
156	ג. תיקון 39 – ס' 20(ב) ופרשנותו בפסיקה .....
159	ד. מיפוי הפסיקה באשר לתחולת הלכת הצפיות על עבירות המטרה והמסקנה המתבקשת .....
161	פרק יב: עיוורון מכוון או עצימת עיניים ? .....
161	א. כלל עצימת העיניים .....
163	ב. החריג שעליו לא חל התחליף "עצימת עיניים" – העבירה "אי-מניעת פשע".....
167	פרק יג: הרשלנות – פלילים או נזיקין ? .....
167	א. הרשלנות .....
169	א. הענישה בעבירות רשלנות.....
170	ב. היש הצדקה לאחריות פלילית על בסיס רשלנות ? .....
173	פרק יד: רשלנות סובייקטיבית או רשלנות אובייקטיבית ? .....
173	א. "האדם ה'סביר'" .....
176	ב. מה נשתנה בתיקון 39 ? האם נפטרנו מ"האדם הסביר" ? .....
177	ג. מודל כללי של ניתוח פורמלי של עבירת רשלנות .....
179	פרק טו: סיכון סביר מול "סבירות" מסוכנת.....
179	א. הכלל שלפיו נטילת סיכון סביר לעולם איננה פלילית.....
180	ב. הדגמה באמצעות פרשת מזרחי .....
181	ג. הדגמה באמצעות פרשת צור .....
182	ד. בעיית חוסר הודאות .....
183	ה. טעויות של הנאשם .....

ביקורת דיני העונשין הישראליים

183	ה. על אלו עבירות חלה הדרישה של סיכון בלתי סביר
184	1. הדרישה לסיכון בלתי סביר בעבירות מחשבה פלילית
184	2. הדרישה לסיכון בלתי סביר בעבירות רשלנות
187	פרק טז: צפיות סבירה של תהליך הגרימה לתוצאה מול "מסכת עובדתית מלוכדת"
188	א. גישות שונות לשאלת הייחוס
188	1. גישתו של פרופ' Hall
189	2. גישת פרופ' פלר
190	3. גישת האוטונומיה
191	4. גישת הפסיקה הישראלית
191	(א) מבחן הגורם המתערב הזר האשם
192	(ב) מבחן הצפיות הסבירה
193	(ג) התייחסות הפסיקה הישראלית לכוונה
193	(1) ג'מאמעה
193	(2) בלקר
194	(3) חסיין
194	(4) טואלבו
195	(ד) סעיף 309 לחוק העונשין והשימוש בו בפסיקה
195	(ה) תיקון 39 לחוק העונשין ופרשנותו בפסיקה
196	5. גישת הצפייה "בקווים כלליים"
196	6. גישת הקוד-הפלילי-לדוגמא האמריקני (Model Penal Code)
196	7. גישת המשפט הגרמני
198	8. מיון המבחנים
198	9. מתכון לניתוח אירוע בהתאם למשפט הישראלי
199	פרק יז: אחריות מוחלטת, אחריות קפידה או אף אחת מהשתיים?
199	א. הסברים לאחריות המוחלטת שניתנו בפסיקה
201	ב. דרישת השליטה בהתנהגות בעבירות אחריות מוחלטת
201	ג. בחינת האחריות המוחלטת במבחני הגמול והתועלת
202	ד. טיעון הענישה הקלה
202	ה. בעיית העמימות וההפתעה
202	ו. היש צורך באחריות המוחלטת?
203	ז. האחריות המוחלטת מול עקרונות היסוד של דיני העונשין
203	ח. תיקון 39 לחוק העונשין – סעיף 22 – האחריות הקפידה
204	ט. האחריות הקפידה והלכות קיימות
204	י. האם השופטים מוסמכים לחדש אחריות קפידה?
205	יא. האחריות המוחלטת – האם הדין נקבע בהתאם לדיין/ית?

תוכן עניינים מפורט

207	פרק יח: הצורות הנגזרות וגבולותיהן – כללי היסוד
207	א. אחריות נגזרת מהי
208	ב. שבעה כללי יסוד המשותפים לצורות הנגזרות
208	1. נדרשת קביעה מפורשת בחוק
208	2. לא גוזרים מנגזרת של שותפות
209	3. נדרשת חומרת מינימום
209	4. בליעה של האחריות על הנגזרת באחריות על העבירה הטיפוסית
209	5. עקרון אחדות העבירה
210	6. צמידות ותלות של העבירה הנגזרת בעבירה הטיפוסית
211	7. מטרה
213	פרק יט: ניסיון (מול הכנה)
214	א. השיקולים לכך שהניסיון הוא פלילי
214	1. גמול – אשמה
214	2. הרתעת הפרט
214	3. הרתעת הרבים
215	4. מניעה
215	5. האפשרות להתערבות משטרתית
215	6. תחושת הביטחון של הציבור
215	7. חומרת העבירה = הנזק/הסכנה X האשמה
215	ב. השיקולים לכך שמעשי ההכנה (ככלל) אינם פליליים
215	1. מידת הנחישות
215	2. חירות האדם
216	3. אפשרות הטעות
216	4. בעיות הוכחה ואכיפת חוק
217	5. תמריץ שלא לבצע
217	ג. החריג: מעשי הכנה אחדים הם פליליים
218	1. המבנה הרצוי של עבירת הכנה = התנהגות + נסיבות + מטרה לבצע עבירה מסוימת
218	2. שלוש השלכות חשובות לסיווגה של עבירה כעבירת הכנה
219	3. שלושה סימני היכר לעבירת הכנה
219	ד. אופן הניתוח של עבירת ניסיון – פרולוג
220	ה. מידת ההתנהגות הנדרשת בניסיון
220	1. המבחן הקבוע בסעיף 25 לחוק העונשין
220	2. מבחן תחילת ביצוע העבירה
222	3. המבחנים שנקבעו בפסיקה הישראלית
222	(א) המטרה לצמצם את תחום הניסיון
223	(ב) המטרה לקבוע מבחן ברור וקל להפעלה
223	4. מבחן המעשה האחרון (ומבחן המעשה-הפלני-אחרון)

ביקורת דיני העונשין הישראליים

223	5.	מבחן הקרבה להשלמה.....
224	6.	מבחן החד-משמעות.....
226	7.	מבחן הקרבה לתחילת ההתנהגות שבהגדרת העבירה.....
226	8.	מבחן הצעד המשמעותי.....
227	9.	מבחנים אובייקטיביים מול מבחנים סובייקטיביים.....
227	(א)	מבחנים אובייקטיביים.....
227	(ב)	מבחנים סובייקטיביים.....
228	10.	הפסיקה הישראלית המוקדמת – שלפני תיקון 39 לחוק העונשין.....
228	11.	הפסיקה הישראלית שלאחר תיקון 39 לחוק העונשין.....
230	ז.	פליליות הניסיון אל מול עקרון החוקיות.....
232	ח.	הניסיון הבלתי צליח (טיב הניסיון).....
232	1.	מיפוי המקרים של ניסיון בלתי צליח.....
233	2.	הלכת גרציאנו ועיגונה בחוק.....
234	3.	השיקולים באשר לפליליות הניסיון הבלתי צליח.....
235	4.	נקודת הזמן שבה נקבע אם מדובר בניסיון צליח או בניסיון בלתי צליח.....
235	5.	אי-אפשרות חוקית להשלים עבירה.....
237	6.	שימוש באמצעי אבסורדי.....
238	ט.	היסוד הנפשי בניסיון.....
239	1.	פירוט היסוד הנפשי הנדרש לצורך עבירת ניסיון.....
239	2.	רציונל דרישת המטרה.....
240	3.	האם הלכת הצפיות חלה על המטרה הנדרשת בניסיון?.....
241	4.	היסוד הנפשי הנדרש בניסיון לרצח.....
241	י.	ניתוח פורמלי של עבירת ניסיון.....
241	1.	היסוד העובדתי.....
241	2.	היסוד הנפשי.....
242	יא.	חומרת העונש בגין ניסיון.....
242	1.	טיעונים בעד השוואת עונש הניסיון לעונש העבירה שנשלמה.....
242	2.	טיעוני הנגד.....
243	3.	עבירות מסוימות שבהגדרותיהן השווה דין הניסיון לדין העבירה הטיפוסית.....
244	יב.	פטור עקב חרטה וסיכול העבירה.....
244	1.	השיקולים להענקת הפטור.....
244	2.	הדין הישראלי וביקורת עליו.....
249	פרק כ: סיוע פלילי (מול ניסיון לסייע).....	
249	א.	מבוא לסיוע.....
249	1.	תיחום הסיוע.....
250	2.	חשיבות כלל הצמידות והתלות של הצורה הנגזרת בביצוע העיקרי.....
251	3.	חריג לכלל שהסיוע אינו פלילי ללא ביצוע עיקרי – ס' 498 "מתן אמצעים לביצוע פשע".....



תוכן עניינים מפורט

252	ב. היסוד העובדתי בסיוע.....
252	1. החוק .....
253	2. מהו טיב התרומה הנדרשת של התנהגות המסייע לביצוע העבירה? .....
254	3. תרומה ממשית או סגולה לסייע? המחלוקת שתחילתה בפסק הדין ירקוני וגור .....
254	4. תיקון 39 לחוק העונשין – סעיף 31 וטיב ההתנהגות המסייעת .....
256	5. סיוע במחדל .....
258	6. נוכחות וסיוע .....
258	7. עיתוי הסיוע.....
259	ג. היסוד הנפשי של המסייע .....
259	1. שלוש הגישות התאורטיות .....
260	2. מה נשתנה בתיקון 39 לחוק העונשין? .....
262	ד. ניתוח פורמלי של סיוע לעבירה .....
263	פרק כא: שידול (מול סיוע רוחני).....
263	א. מבוא לשידול .....
264	ב. היסוד העובדתי של השידול .....
264	1. כללי .....
265	2. צורת השידול .....
266	3. שידול במחדל .....
268	ג. היסוד הנפשי של המשדל .....
268	1. שלוש הגישות התאורטיות .....
269	2. הדין הישראלי .....
269	3. פירוט היסוד הנפשי של המשדל .....
270	ד. הניסיון לשידול .....
270	1. פשר החרג של נגזרת שנייה.....
270	2. מצבים של ניסיון לשידול.....
271	3. העונש על ניסיון לשידול .....
271	4. הגדרת הניסיון לשידול ודרישותיו.....
271	5. מקום מגוריו של הניסיון לשדל.....
271	6. ניסיון לשדל קהל = הסתה, שככלל איננה פלילית.....
272	ה. האם השידול לשדל פלילי? .....
273	ו. פטור עקב חרטה למשדל ולמסייע .....
275	פרק כב: ביצוע-בצוותא (מול סיוע).....
275	א. מבוא לביצוע-בצוותא.....
276	ב. המבחנים התאורטיים להבחנה בין ביצוע-בצוותא לבין סיוע .....
276	1. "מבחן הבידוד" ("מבחן הביצוע") .....
277	2. מבחן השליטה .....
278	3. בידוד/ביצוע מול שליטה.....

ביקורת דיני העונשין הישראליים

- ג. תיקון 39 לחוק העונשין – חקיקת סעיף 29(ב) והצעה פרשנית ..... 278
1. הצעת המחבר ..... 278
  2. הפסיקה שלאחר תיקון 39 ..... 278
  3. ההשלכות המעשיות (כולן מחמירות) של סיווג מוטעה של מסייע כמבצע-בצוותא ..... 283
  - ד. ניתוח פורמלי של ביצוע-בצוותא של עבירה ..... 283
- פרק כג: אחריות שותף לעבירה נוספת של שותפו (ושלילת אחריות סולידרית של קושרים)..... 285
- א. ההסדר שבחוק וביקורת עליו ..... 285
  1. כללי ..... 285
  2. אחריותו של מסייע או משדל לעבירה שונה או נוספת – ס' 34א(א)(2) ..... 286
  3. אחריותו של מבצע-בצוותא לעבירה שונה או נוספת – ס' 34א(א)(1) ..... 286
  4. שני ריכוכים קלים שהוסיף המחוקק (לא הופיעו בהצעת החוק) ..... 287
  5. תמצית ההחמרה ..... 287
  6. סתירה בין תקרת העונש על ביצוע עבירת רשלנות לבין העונש על רשלנות כלפי עבירה שעבר שותף אחר ..... 287
  7. אנומליה ..... 288
  8. ניסיונות להצדיק את הרחבת האחריות ..... 288
  9. אחריות לעבירה נוספת של שותף שצפה את אפשרות ביצועה על ידי שותפו ..... 289
  10. הסדר אפשרי אחר – אחריות המבוססת על הנוכחות ..... 290
  11. פרשנותה בפסיקה של דרישת הרשלנות שבסעיף 34 א ..... 291
  - ב. האם הסדר 34א הוא מידתי? ..... 292
- פרק כד: נתונים ענייניים מול נתונים אישיים ..... 295
- א. כללי ..... 295
  - ב. כיצד מבחינים? ..... 296
  1. הצעת פרופ' פלר: מבחן פורמלי של הגדרת העבירה ..... 296
  2. הצעת השופט קדמי: מבחן האחריות מול העונש ..... 296
  3. הצעת המחבר: נדרשת הבחנה מהותית בין חומרת המעשה לבין האשמה ..... 297
- פרק כה: ביצוע באמצעות אחר (מול שידול) ..... 299
- א. כללי ..... 299
  - ב. הבסיס התאורטי של הביצוע באמצעות אחר ..... 300
  1. שליטה ..... 300
  2. השלטת רצון ..... 300
  - (א) מפקד-פקוד (צירוף הסעיפים 34ג(2) ו-29ג(5) לחוק העונשין) ..... 300
  - (ב) כורח (צירוף הסעיפים 34ג(2) ו-29ג(5) לחוק) ..... 301
  - (ג) הורה-ילד (צירוף הסעיפים 134 ו-29ג(1) לחוק) ..... 301
  - (ד) דוחף-נדחף (צירוף הסעיפים 134 ו-29ג(2) לחוק) ..... 301

תוכן עניינים מפורט

301	3. יתרון הבנה
301	(א) המבצע הישיר פועל ללא מחשבה פלילית (צירוף הסעיפים 19 ו-29(ג)(3) לחוק).
	(ב) המבצע הישיר פועל תוך "טעות במצב דברים" (צירוף הסעיפים 34 ו-29(ג)(4) לחוק).
302	מדובר בטעות באשר להתקיימות סייג לאחירות פלילית (הגנה)
302	4. סיכום המקרים הטיפוסיים של ביצוע באמצעות אחר המנויים בחוק וסיווגם
303	5. חשיבות התנאי "שעשאו ככלי בידיו"
303	6. ביצוע באמצעות אחר כשהמבצע הישיר רשולן
303	7. גישת הגרימה
304	ג. ניתוח פורמלי של עבירה שבוצעה באמצעות אחר
304	ד. ניסיון לביצוע באמצעות אחר
305	ה. עבירה המותנית במבצע מיוחד
306	ו. שליטה ארגונית
307	פרק כו: ארגון פשיעה (מול שותפות)
307	א. הרקע לחוק מאבק בארגוני פשיעה
308	ב. הכלים הדרסטיים שמספק החוק לרשויות אכיפת החוק ודברי ביקורת
309	ג. מרכז הכובד של החוק החדש – הגדרת "ארגון פשיעה" – מבט השוואתי מדכדך
311	ד. פשע מאורגן על פי המחקר הקרימינולוגי בישראל ובמדינות הים
311	ה. הדין הרצוי והרהורים בדבר תפקידו של החוק הפלילי
313	פרק כז: צידוק מול פטור – הסייגים לאחירות פלילית
313	א. הסייגים לאחירות פלילית
313	1. חשיבות הנושא
314	2. ההגדרה המקובלת וסייגים החורגים ממנה
314	3. הגדרת הסייגים בחוק – במתכונת של נורמות כלליות
315	4. אופייה של נורמה כללית
315	5. אל מי פונים הסייגים?
316	6. פרשנות סייג
316	7. התפתחות היסטורית ביחס כלפי הסייגים
317	8. המשפט האנגלו-אמריקני מול המשפט האירופאי ("הקונטיננטלי") ויחסם לסייגים
318	ב. ההבחנה בין צידוק (justification) לבין פטור (excuse)
322	ג. סייגי האילוץ: ההגנה העצמית, הצורך והכורח
322	ד. רציונל ההגנה העצמית לעומת רציונל הצורך
329	פרק כח: המתה באדישות – רצח או הריגה? עבירות ההמתה והכוונה תחילה
329	א. עבירות ההמתה שעמדו בתוקף שבעה עשורים – עד 2019
329	1. סעיף 304 – "גרימת מוות ברשלנות"
330	2. סעיף 298 – הריגה

ביקורת דיני העונשין הישראליים

- 330 ..... עבירת הרצח
- 331 ..... התפלגות רצויה של עבירות ההמתה (מהקלה אל הכבדה)
- 332 ..... הכוונה תחילה – דיון תאורטי
- 333 ..... כוונה תחילה במשפט הישראלי המצוי שעד לשינוי החוק ב-2019
- 333 ..... ניתוח הכוונה תחילה
- 334 ..... (א) ההחלטה
- 334 ..... (ב) ההכנה
- 334 ..... (1) הפסיקה באשר למהות ההכנה: "יסוד פיזי טהור"
- 334 ..... (2) הפסיקה באשר לעיתוי ההכנה: די בפעולות פיזיות המהוות "חלק ממערכת פעולות הקטילה גופן"
- 335 ..... (3) הפרשנות האלטרנטיבית: הכנה נפשית סובייקטיבית הקודמת לביצוע
- 337 ..... (ג) היעדר קנטור
- 337 ..... (1) גישת הפסיקה: נדרשים קנטור סובייקטיבי + קנטור אובייקטיבי
- 338 ..... (2) הפרשנות האלטרנטיבית: די בקנטור סובייקטיבי לשלילת כוונה תחילה
- 340 ..... 8. סעיף 300א "עונש מופחת" והעברתו לסעיף 301ב החדש
- 340 ..... "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת"
- 341 ..... ב. עבירות ההמתה החדשות – סקירה וביקורת (חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019) ...
- 341 ..... 1. המדרג החדש
- 343 ..... 2. רצח ללא כוונה? מדרג בהתאם לנסיבות במקום בהתאם לאשמה
- 344 ..... 3. אחריות מופחתת – בנסיבות נדירות ועם עונש חמור
- 344 ..... 4. גרימת מוות ברשלנות בנסיבות מחמירות? ברוך שפטרנו
- פרק כט: אחרית דבר – קריאה לכנסת לשחרר את חוק העונשין הישראלי
- 345 ..... מעול המנדט הבריטי
- 347 ..... מפתח נושאים

## פרק א

### מבוא

אחרון החיילים הבריטים עזב את ארץ ישראל בשנת 1948. שבעה עשורים מאוחר יותר, בשנת 2019, רוב העבירות הפליליות הקבועות בחוק העונשין<sup>1</sup> – הקודקס הפלילי של מדינת ישראל – עדיין כמעט זהות לירושה הרעה שהותיר לנו המנדט הבריטי. רבות מהן חסרות הצדקה או מיותרות, ההגדרות של רובן רחבות מדי ולא מדויקות, ועונשיהן בדרך כלל מופרזים.<sup>2</sup> אומנם בשנת 1994 הוחלף החלק הכללי של חוק העונשין, במסגרת תיקון 39,<sup>3</sup> בחלק כללי חדש ומודרני (אם כי גם הוא טעון שיפורים – כפי שאראה בהמשך) אך מאות העבירות שבהמשך חוק העונשין נותרו ברובן ללא שינוי. החלק "עבירות" שבחוק העונשין הישראלי עודנו כמעט זהה לזה שהופיע בפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר הועתקה מהקוד הפלילי של קפריסין מלפני למעלה ממאה שנים.<sup>4</sup> חקיקה זו לא נחשבה מודרנית אפילו אז והאנגלים לא החילוה במולדת הבריטית אלא רק בקולוניות המרוחקות, עבור הילידים.

לכאורה, החלפת החלק הכללי של חוק העונשין בשנת 1994 במסגרת תיקון 39 הייתה אמורה ליצור מציאות חדשה לחלוטין. אלא שכפי שאראה בהמשך, המחוקק לא תיקן את כל ליקויי החלק הכללי הישן של החוק אלא רק את חלקם; ויתרה מזו: גם במקומות שבהם תיקן, לעיתים נוטה הפסיקה לדבוק בכוח האינרציה בטעויות העבר חרף החוק החדש.

ספר זה לא נועד לתת תיאור מפורט של החוק והפסיקה הקיימים, אלא לתקוף אותם בנקודות החולשה המרכזיות שלהם. הדבר ייעשה תוך התייחסות ממוקדת לכ"ז סוגיות, המנוסחות כל אחת כהנגדה בין אפשרויות שונות – כמשתקף כבר בתוכן העניינים. הראייה הביקורתית שמציע הספר נועדה הן לשיפור החקיקה, הן לשיפור הפסיקה והן ככלי עזר ללימוד תחום דיני העונשין. הספר מבוסס לא רק על מחקריי האקדמיים ומאמריי בתחום זה, אלא גם על שלושה עשורים שבהם אני מלמד (תחילה כמתרגל ובהמשך כמרצה) את הקורס "דיני עונשין" סטודנטים למשפטים, ובכל פעם גם לומד מהם – מכל מלמדי השכלתי.

את המבוא, כולל הפסקה הקודמת, כתבתי לפני כתיבת הספר. עתה, לאחר שהשלמתי את כתיבתו, אני יכול להעריך שמכיוון שבסופו של דבר דנתי בכל הסוגיות המרכזיות בתחום דיני העונשין, הספר גם מתאים מאוד כספר עזר (אך לא חלילה במקום הלימוד החשוב שבהרצאות) לתלמידים הלומדים את קורס היסוד "דיני עונשין", ולא רק במוסדות שבהם אני מלמד.

- 1 חוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226 (להלן: "חוק העונשין" או "החוק").
- 2 בועז סנג'ור "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון): הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה–2005" "עלי משפט" ה' 247, 247–250 (להלן: סנג'ור "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?"). ביתר הרחבה בעניין זה ראו מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, התש"ם).
- 3 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד–1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון 39).
- 4 יורם שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936" עיוני משפט ז' 75 (1979).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

טרם צאחנו לדרך משותפת, שתי הערות על אופן הכתיבה של הספר ועל השלכותיו. בכתיבה המשפטית האקדמית מקובל להרבות מאוד בהערות שוליים עם הפניות למקורות. דרך כתיבה זו מתאימה לצרכים מסוימים (כגון מתן אפשרות לקוראות לבדוק על מה מבוססת כל אמירה של המחברת), אך איננה מתאימה לצרכים אחרים, כגון הצורך (שלי, לפחות) בכתיבה חופשית שוטפת ונטולת מעצורים מיותרים. בניסוח מעט יותר דרמטי: אופן הכתיבה המשפטית-האקדמית רווית האסמכתאות המקובל הוא מסרס למדי. בספר זה שאבתי השראה מאופן הכתיבה המקובל בפילוסופיה, כגון ספריו המרתקים של מישל פוקו "לפקח ולהעניש: הולדת בית-הסוהר" ו"תולדות השיגעון בעידן התבונה". לא, אינני משווה את עצמי אליו, אך דווקא משום שקטונתי ממנו, עליי להסיר את כבלי הציטוט האחיד המקובל כדי לפרוש כנפיים ולהביע באופן חפשי את רעיונותיי. הספר מבוסס בעיקר על ההרצאות שאני מלמד במסגרת הקורס "דיני עונשין". אין ספק שחלק מהדברים מבוסס על מקורות שקראתי ועל דברים ששמעתי מאחרים (בהרצאות, בכנסים ובעבודה משותפת<sup>5</sup>) בשלושת העשורים האחרונים. אך מי שמחפש אסמכתאות לא ימצא הרבה מהן בספר זה – ישנם ספרים אחרים שנטלו על עצמם משימה זו.<sup>6</sup> בהתאם, אל ייעלבו ממני מחברות ומחברי הספרים והמאמרים הרבים שאת רובם כלל אינני מזכיר בספר זה. כבודם במקומם מונח. יתרון אפשרי של אופן הכתיבה הלא שגרתי שבו בחרתי הוא שייכתן שלא רק משפטים יבחרו לקרוא בספר זה, אלא גם הציבור הרחב – שהחוק הפלילי נוגע גם אליו, כמובן – כפי שאני מאמין שהתרחש באשר לספרי "הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות".<sup>7</sup>

- 5 בתחילת דרכי האקדמית, בהיותי דוקטורנט באוניברסיטה העברית, לימדתי משך כחמש שנים כמתרגל בקורס "דיני עונשין", כשהמרצה בקורס היה פרופ' מרדכי קרמניצר. את המסלול השני לימדה פרופ' מירי גור-אריה עם המתרגל (דאז) ד"ר יצחק קוגלר. ארבעתנו קיימנו פגישות עבודה רבות לחיבור שאלונים, שבהן עלו אין ספור תובנות ודוגמאות. בהמשך, כשאני לימדתי את הקורס "דיני עונשין" במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן ובמכללה האקדמית ספיר, עבדו לצדי מתרגלים מצוינים, שגם במהלך העבודה עמם התחדדו תכני הקורס (והספר לעתיד): עו"ד דפנה נתניהו, השופט גל טייב, ד"ר לימור עציוני, עו"ד ויקי גורדין, עו"ד שיר רובינס, השופטת חוי טוקר, עו"ד נעמי אלימלך-שמרה, עו"ד מיכל עזרא-ימיני ועו"ד נעמה אלחדד. לבסוף, אין ספק שגם מאלפי תלמידיי לאורך השנים למדתי לא מעט, כשהדברים המובאים עתה בספר זוקקו בדיונים עמם בהרצאות לאורך עשרות שנים. מכל מלמדיי השכלתי!
- 6 ש"ז פלר יסודות **דיני עונשין** כרך א (1984) (להלן: פלר, כרך א) (עד היום זהו החיבור התאורטי המכונן, שכולם שואבים ממנו. חסרונו המרכזי הוא בכך שנכתב לפני שנחקק החלק הכללי החדש של חוק העונשין); יובל לוי ואליעזר לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** (1981) (גם ספר זה קדם לחוק החדש); יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** (2014) (חיבור מקיף ומעודכן); גבריאלי הלוי **תורת דיני העונשין** (2009) (חיבור מקיף ומעודכן); יעקב קדמי **על הדין בפלילים: חוק העונשין – הדין בראי הפסיקה, אשנב לכרטסת אישית** (2013) (כשמו כן הוא: עיסוקו הוא בחוק ובפסיקה בלבד, ללא הספרות התאורטית).
- 7 בועז סנג'רו **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות** (2014) (להלן: סנג'רו **הרשעת חפים מפשע**).

## פרק ב

### גמול-אשמה או תועלת-הרתעה-סכנה? הענישה הפלילית והצדקתה

"כדי שהעונש לא יהיה מעשה אלימות של אדם יחיד או של אנשים רבים נגד האזרח הפרטי, עליו להיות ביסודו פומבי, מהיר, הכרחי, מתון ככל האפשר בנסיבות הנתונות, הולם במידתו את הפשע וקבוע בחוק".<sup>8</sup>

#### א. מבוא והגדרת הענישה הפלילית

ראשית, יש להדגיש כי מטרת החוק הפלילי איננה להעניש עבריינים שהפרו את החוק, אלא להדריך ולכוון התנהגות: להודיע לאזרחים מראש מה אסור להם לעשות ולהזהיר מפני העונש הצפוי על הפרת החוק. לשלב הענישה מגיעים רק כשההדרכה, הכוונת ההתנהגות והאזהרה לא הועילו והאדם בכל זאת עבר את העבירה.

בעקבות פרופ' Hart,<sup>9</sup> מקובל כיום לציין חמישה מאפיינים שצריכים להתקיים באופן מצטבר כדי שיהיה מדובר בענישה פלילית:

1. כאב, סבל או תוצאה לא נעימה אחרת (כאב גופני או נפשי, מצוקה, חסך, ויתור, השפלה).
2. העונש נגזר בעקבות קביעה בהליך משפטי שנעברה עבירה על חוק (ולכן המעצר איננו עונש, חרף העובדה שבמציאות הישראלית תנאיו קשים מתנאי המאסר).
3. העונש נגזר על המבצע, בגין העבירה שעבר (כלומר: עליו בלבד. לא מקובל עונש קבוצתי ולא מקובלת בחירה בשעיר לעזאזל).
4. העונש נגזר באופן מכוון, על ידי בני אדם שאינם העברייני (הכוונה היא מאוד חשובה. לא נכלל עונש בידי שמים ולא נכללת גרימה עצמית לסבל).
5. העונש מבוצע על ידי רשות מוסמכת בחוק.

מהי הצדקה המוסרית לענישה הפלילית? מה הופך כאב, סבל ומחסור, שגורם כל עונש, למוצדקים מוסרית, בניגוד לכאב, סבל ומחסור שאינם בגדר "עונש"? יתרה מזו: הרי הענישה הפלילית מוגדרת כגרימה מכוונת של כאב, סבל ומחסור והרי על פי ערכי החברה שלנו גרימת סבל בכוונה נחשבת למעשה בלתי מוסרי ולעיתים אף לעבירה פלילית. בהיעדר הצדקה מוסרית לענישה, הקנס היה יכול להיחשב לגניבה, לשוד או לסחיטה באיומים; המאסר – לכליאת שווא; ועונש המוות – לרצח בכוונה תחילה. הבעיה והצורך בהצדקה מוסרית לענישה הם חריפים במיוחד נוכח העובדה שהגורם בכוונה

8 צ'זרה בקריה על פשעים ועל עונשים 115 (עתליה זילבר מתרגמת, שחר אלדר עורך, 2018) (1764).

9 H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY – ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW (1968).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

תחילה לכאב ולסבל איננו אדם פרטי אלא המדינה, שאמורה להבטיח לאזרחיה את מרב החירות והאזרח. בנוסף, עצם קיומן של רשויות רשמיות שתפקידן לדכא (משטרה, פרקליטות, בתי משפט, שירות בתי הסוהר) פוגע באיכות החיים שלנו. למשל, כי אנו חוששים שיטעו ויאשימו אותנו גם ללא הצדקה – הרי כבר ידוע קיומה של תופעה משמעותית של הרשעת חפים מפשע.<sup>10</sup> במדינה דמוקרטית יש למצוא הצדקה רצינית לענישה או לבטלה.

## ב. הגישה האבוליוניסטית

הגישה האבוליוניסטית (מלשון to abolish, לבטל) כופרת בהצדקתה המקובלת של הענישה הפלילית.<sup>11</sup> קיימים בה שלושה זרמים, בהתאם לשלוש מטרות:

### 1. ביטול עונש המוות

בעבר לא הייתה הדרישה לביטול עונש המוות מקובלת בחברות רבות, שראו בו עונש רגיל. כיום הולך ופוחת מספר המדינות שעדיין מקיימות עונש ברברי זה. ניתן וצריך לשקול אלה מול אלה מגוון של שיקולים בעד ונגד עונש המוות.<sup>12</sup> להערכתי, החזקים שבטיעונים בעד עונש המוות הם הטיעון שלפיו זהו גמולו הראוי של הרוצח והטיעון שלפיו זהו עונש מרתיע (אם כי עונש של מאסר עולם – חובה מרתיע באופן דומה) והמכריעים שבטיעונים נגד עונש המוות הם אפשרות הטעות, הזכות לחיים והזכות לכבוד. כיום, לאחר שהוכח במסגרת פרויקט החפות האמריקני, תוך שימוש בהשוואות גנטיות של DNA, שקיימת תופעה משמעותית של הרשעת חפים מפשע, ולאור העובדה (אולי הפעם יש לומר: לחושך העובדה) שעונש המוות הוא לא רק קיצוני אלא אף בלתי הפיך ובלתי ניתן לתיקון, אין לחברה זכות מוסרית להמשיך להשתמש בעונש המוות ועליו להעלים מן העולם.

### 2. ביטול עונש המאסר

בהבדל מעונש המוות, שבהחלט הועם זוהרו (נחשפו מחשכיו), השימוש השגרתי בעונש המאסר עדיין נתפס על ידי רבים כהכרחי. בפרק הבא אשתדל לערער תפישה מקובלת זו.

### 3. ביטול מערכת הענישה כולה

זוהי המטרה שמציב הזרם הקיצוני יותר של הגישה האבוליוניסטית. לפי גישה זו,<sup>13</sup> המערכת מטפלת בעיקר בקבוצה מסוימת – גברים צעירים עניים. זאת, לא בהכרח בשל מסוכנותם, אלא בשל כוחם

10 סנג'רו הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 7.

11 לסקירה נרחבת ומרתקת של הגישה האבוליוניסטית, שעליה אתבסס בהמשך הדברים, ראו אברהם טננבוים "הגישה האבוליוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית?" *שערי משפט* ב 261 (התשס"א). ראו גם חגית לרנאו *עבריינות ואכיפת חוק – תיאוריה, מדיניות, ביקורת* 227–229 (2016); Herman Bianchi, *Abolition: Assensus and Sanctuary*, A READER IN PUNISHMENT 333 (R.A. Duff & David Garland eds., 1994).

12 בועז סנג'רו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" *עלי משפט* ב 127 (2002) (להלן: "על עונש המוות").

13 כאמור, הגישה האבוליוניסטית מתוארת בעיקר על פי סקירתו המצוינת של טננבוים, לעיל ה"ש 11.



פרק ב: גמול-אשמה או תועלת-הרתעה-סכנה? הענישה הפלילית והצדקתה

הפוליטי החלש.<sup>14</sup> מוסדות הענישה הם ביטוי למערכת הקפיטליסטית. המדינה "גונבת" את הסכסוך מהקורבן. הדבר בא לידי ביטוי למשל בכך שלקורבן אין מעמד מרכזי בהליך הפלילי, ובכך שכאשר הנאשם משלם כסף, לרוב הוא משלם בעיקר למדינה, במסגרת עונש הקנס, ורק מעט כפיצויים לקורבן. בניגוד לגישה המקובלת והשמרנית של אבי הסוציולוגיה דורקהיים,<sup>15</sup> אין בחברה קונצנזוס (הסכמה) אלא אסנוזוס (אי-הסכמה). כך, למשל, בני המעמדות הנמוכים ודאי לא היו תומכים בענישה חמורה ובמאסר בגין עבירות רכוש פעוטות ונטולות אלימות, אך בעלי הקניין החזקים הם שקובעים את החוקים. כפי שכתב אנטול פראנס (החבצלת האדומה, 1894) "שווינו הנעלה של החוק אוסר על עשירים ועל עניים כאחד ללון תחת גשרים, לקבץ נדבות ולגנוב לחם".<sup>16</sup> על הברלי החומרה העצומים שבין עבירות המסכנות את גוף האדם לבין עבירות רכוש כתב הפילוסוף צ'ורה בקריה בספרו המופלא "על פשעים ועל עונשים":

"...אני מבחין בין שני סוגי פשעים: הסוג הראשון הוא פשעים חמורים, והוא מתחיל ברצח וכולל את כל מעשי הנבלה הקשים ביותר; הסוג השני הוא פשעים קלים. ההבחנה הזו מיוסדת על טבע האדם. ביטחון החיים הוא זכות טבעית; ביטחון הרכוש הוא זכות חברתית".<sup>17</sup>

פעולות מסוכנות של בני המעמד הגבוה (כגון הקמת מקומות עבודה מסוכנים, זיהומים לסביבה, ניתוחים מיותרים, פיתוח ומתן תרופות מיותרות) גורמות יותר מוות, נכויות, פגיעות גופניות והפסדים כספיים מכל "פשעי העניים" גם יחד (גניבות, כייסות, פריצות).<sup>18</sup> השופט ד"ר אבי טננבוים הביא

14 "תיאורטיקנים ביקורתיים מפנים את תשומת הלב להבדלים הסוציו-דמוגרפיים בין פוליטיקאים, פרקליטים ושופטים, המופקדים על יצירת החוקים ועל אכיפתם, לבין האוכלוסייה המהווה את מושא הפיקוח העיקרי של מערכת אכיפת החוק. בעוד הראשונים נוטים להיות גברים מבוגרים ממעמד חברתי מבוסס, האחרונים הם צעירים חסרי אמצעים, אשר רבים מהם משתייכים למיעוטים אתניים או לשולי החברה. פערים אלו מנציחים הליכי חקיקה המשקפים אינטרסים של קבוצות הגמוניות ומשמרים את כוחן. כאמור, דרך יעילה לשלוט באוכלוסיות אלה היא באמצעות הפללת התנהגויות המאפיינות אותן, כגון שימוש בסמים, שוטטות, קיבוץ נדבות ופלישה למבנים נטושים לצורך מגורים, והפניית משאבים לפיקוח ולאכיפה של עבירות אלו". ראו לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 213.

15 EMILE DURKHEIM, THE DIVISION OF LABOR IN SOCIETY (1893) (1984).

16 ציטוט נפלא זה מובא בפתח ספרה המרתק של חגית לרנאו, לעיל ה"ש 11. ראו שם בעמ' 208 (תיאור תאוריית הקונפליקט: "אמנם בחברות ליברל-דמוקרטיות נפוצה רטוריקה חברתית ומשפטית המדגישה את ערך השוויון, אך תיאוריות קונפליקט רואות את השימוש המשפטי במונחים של שוויון, צדק והגינות כמס שפתיים שנועד להסתיר מציאות של חוסר שוויון, ניצול ועושה בחסות החוק"). ראו גם שם, בעמ' 211 (תיאור גישת המרקסיזם הסטרוקטורלי: "המחוקק ומערכות האכיפה פועלים לשימור היציבות החברתית, אשר חלק משמעותי ממנה מבוסס על שימור המערכת הכלכלית הקיימת והמבנה הבסיסי של שוק ההון. כך משמר החוק, בעקיפין ולא באופן ישיר, את האינטרסים של בעלי ההון, שהם המרוויחים הגדולים ביותר מהמבנה הכלכלי הקיים").

17 בקריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 78.

18 ראו לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 158 ("קרימינולוגים ביקורתיים מבקשים לשנות את ההגדרות המקובלות במשפט הפלילי, כך שהוא יתמקד בהפרות של זכויות אדם בדמות עושה, אימפריאליזם, גזענות, סקסיזם וכל צורה אחרת של ניצול מתמשך של קבוצות אוכלוסייה או של משאבי הטבע וזיהום הסביבה... לטענתם, הנזקים החברתיים והכלכליים שגורמות התנהגויות מסוג זה עולים עשרות מונים על נזקה של עבריינות רחוב, ולכן יש לצמצם את העיסוק של המשפט הפלילי בעבריינות רחוב ולהסיט את משאביו להפסקת פגיעות בזכויות אדם בסיסיות").

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

במאמרו<sup>19</sup> את ההמחשה המצוינת הבאה להתייחסותה הקלה של החברה ל"פשעי עשירים" בהשוואה להתייחסותה הקשה ל"פשעי עניים": במה שנודע אצלנו כ"משפט הבנקאים", שבו הורשעו ראשי כמה בנקים ב"הרצת" מניות שיצרה בועה שבהתפוצצותה הצפויה גרמה לאנשים רבים לאבד את חסכוניהם, העריך בית המשפט את הנזק שגרמו הנאשמים ראשי הבנקים בכשבעה מיליארדי דולרים – כפליים מסך כל גניבות הרכב בעשור השיא שבשנות התשעים. גניבות הרכב כונו "מכת מדינה", והכנסת נחפזה לחוקק פרק מיותר חדש בחוק העונשין – "עבירות בקשר לרכב" – ובו שלושה עשר סעיפים חדשים (ס' 413א–413ג), עבירות חדשות ועונשים מופרזים – עד עשר שנות מאסר (!) – בדומה ליחס לגניבת סוס במערב הפרוע... (להשוואה, עונש הגניבה הרגילה שלוש שנים). על גנבי הרכב נגזרו הרבה מאוד שנות מאסר – כפי הנראה מאות שנים. על הבנקאים לא נגזר אפילו יום אחד של מאסר.<sup>20</sup>

בדומה, לפי תאוריות מרקסיסטיטיות, העיסוק הציבורי בעבריינות רחוב נועד להסיט את תשומת לבו של הציבור ממעשיהם של בעלי הכוח השולטים באמצעי הייצור, מעשים המהווים ניצול ועושה.<sup>21</sup> לדעת האבוליוניסטים השימוש השגרתי בעונש המאסר הוא אוילי. הוא אינו משיג את מטרותיו ואנו משלמים עליו מחירים כבדים – כספיים ואנושיים. הוא מתאים רק למסוכנים המעטים (the "dangerous few" – בעיקר אלה שעברו עבירות אלימות קשות) המהווים רק כ-5% מכלל האסירים. לגבי היתר עלינו להיות חכמים יותר ולפתח דרכי התמודדות אחרות. פחות משפט פלילי, פחות עבירות, פחות עונשים, פחות אסירים. לא את כל בעיות החברה צריך לנסות לפתור דווקא באמצעות המשפט הפלילי ובוודאי שלא דווקא באמצעות המאסר. יש לפתח אלטרנטיבות למאסר.

מהן האלטרנטיבות למערכת המשפט הפלילי הקיימת, שאותן מציעים האבוליוניסטים? לפי הזרם הקיצוני, חיפוש אלטרנטיבות הוא פסול. השיטה הקיימת כה גרועה עד כי יש לבטלה לאלתר ורק לאחר מכן לחפש אלטרנטיבות. הזרם השני מציע לבצע דה־קרימינליזציה (= שלילת פליליות): לצמצם את כמות האסורים (לבטל אסורים מיותרים כמו השימוש במריחואנה), למנוע קונפליקטים מלכתחילה (כגון באמצעות התקנת מגבל מהירות במכונית),<sup>22</sup> ולהפחית את הנזק שגורמת העבירה (בהונג קונג כייסים נוטלים רק את הכסף ולאחר מכן משלשלים את הארנקים לתיבות הדואר והדואר מחזיר לבעלים את הארנקים עם התעודות).

אכן, כפי שכתב כבר במאה הי"ח הפילוסוף צ'זרה בקריה:

- 19 טנבוים, לעיל ה"ש 11.
- 20 אינני טוען שצריך היה לגזור עליהם מאסר. כפי שאסביר בפרק הבא, לדעתי, ככלל יש לייחד את עונש המאסר בעיקר כנגד עבירות אלימות ולא כנגד עבירות רכוש שאינן כרוכות באלימות – שלהן יש לפתח עונשים אחרים, מתונים יותר. אך ההשוואה בין ההתייחסות הקלה לנזק שגרמו הבנקאים לבין ההתייחסות הקשה לנזק שגרמו גנבי הרכב מדברת בעד עצמה.
- 21 לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 189.
- 22 בדרך פשוטה ונפלאה נוספת למניעת קונפליקטים מלכתחילה משתמשים בישראל במסגרת תכנית "עיר ללא אלימות" – פתיחת מגרשי ספורט בשעות הערב; ראו שם, בעמ' 177.

פרק ב: גמול-אשמה או תועלת-הרתעה-סכנה? הענישה הפלילית והצדקתה

“...אי אפשר לראות בעונש על פשע עונש צודק (כלומר נחוץ) כל עוד לא נקט החוק את האמצעי הטוב ביותר שבאפשר, בנסיבותיה של כל אומה ואומה, כדי למנוע אותו.”<sup>23</sup>

הזרם השלישי מציע צדק מאחה (restorative justice) שבמרכזו הליכים של גישור, המעניקים מעמד של ממש לקורבן ולמשאלותיו.<sup>24</sup> אלטרנטיבה נפלאה אחרת שהחלה לצמוח לאחרונה בישראל היא בתי המשפט הקהילתיים, שמנסים למצוא פתרון כולל למצוקותיו של הנאשם – כזה שימנע ממנו סבל ומהציבור עבירות נוספות.<sup>25</sup>

קיים קשר חזק בין הגישה האבוליוניסטית ביחס למערכת המשפט הפלילי, לבין הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies), שלפיה המשפט איננו רציונלי, אנליטי ומושגי כפי שמציגים אותו, אלא נועד לתמוך במעמד שיצר אותו. לצד מראית עין של שוויון בפני החוק, מצוי אוסף של דעות קדומות, שנועדו לתת לגיטימציה לשלטון. המשפט יוצא מנקודת חשיבה ליברלית של גבר לבן, ולא מספיק מתחשב באפשרויות אחרות, כגון נשים ושחורים. בישראל הייתי מוסיף גם ערבים וגם יהודים מזרחיים.

והרי דוגמה נוספת: חוק העונשין הישראלי מגן על הקניין באופן לא פרופורציוני – בערך כמו על הגוף – הן מבחינת מספר האיסורים והן מבחינת חומרת העונשים.<sup>26</sup> הוא משקף הגנת יתר על בעלי האמצעים. כך, למשל, הוחמר עונשו של העובד הגונב ממעבידו בהשוואה לעונשה של הגניבה הרגילה, שהוא 3 שנות מאסר.<sup>27</sup> ניתן להצדיק את עצם ההחמרה (אך לא את שיעורה) בכך שעבירת הגניבה ממעביד מגוננת לא רק על הקניין, אלא גם על יחסי האמון שבין המעביד לבין העובד. בכמה הוחמר העונש? האם לא די היה בתוספת של 50%? והנה העונש שנקבע בסעיף 391 לחוק העונשין הוא 7 שנות מאסר – מעל כפליים בהשוואה לגניבה הרגילה שבסעיף 384 (!). יהיו אולי קוראים שיסברו שנוכח הפרת יחסי האמון, הכפלת העונש דווקא מוצדקת. להם אספר על מעביד מנוול, שמעביד את עובדו בפרך, משלם לו מעט, מתייחס אליו באופן משפיל, ומדי פעם כשהעובד יוצא לאכול ארוחת צהריים, גונב מהתיק שלו מאה שקלים. העובד נתן במעביד אמון והשאיר את התיק במשרד. מדוע אין עבירה מוחמרת של גניבה מעובד? כנראה משום שהמחוקקים ראו עצמם כמעבידים שחלילה עובדים עלולים לגנוב מהם, ולא כעובדים שחלילה המעבידים עלולים לגנוב מהם.

- 23 בקריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 83.
- 24 אשוב ואזכיר כי הגישה האבוליוניסטית – על שלושת זרמיה – מתוארת בעיקר על פי סקירתו המצוינת של טננבוים, לעיל ה"ש 11.
- 25 מדובר ביזמה של עורכת הדין ד"ר דניאלה בייניש, שבסיוע ארגון הג'וינט הצליחה להשיג שיתוף פעולה של הרשויות בפרויקט חדשני מופלא זה.
- 26 אחד משיאייה של הגנת יתר זו הוא האנומליה הבאה: הנחת חומר נפיץ בכוונה לגרום חבלה בגופו של אדם דינה 14 שנות מאסר (ס' 330 לחוק העונשין); הנחת חומר נפיץ בכוונה להרוס נכס או להזיק לו דינה 15 שנים (!) (ס' 456 לחוק העונשין). בדומה, פציעת אדם דינה 3 שנים (ס' 334); הריסת נכס או פגיעה בו דינה גם היא 3 שנים (ס' 452) (בשתי העבירות האחרונות נדרש אותו יסוד נפשי – "מחשבה פלילית" = מודעות).
- 27 כבר העונש הבסיסי על גניבה, לפני ההחמרה עם גניבה ממעביד, שהוא 3 שנות מאסר, הוא חמור מדי. כך, למשל כתב צ'זרה בקריה: "גניבה שאין בצדה אלימות צריכה להיענש בעונש כספי. מי שמבקש להתעשר מרכושם של אחרים צריך להתרושש מרכושו שלו" (בקריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 54).

עד כאן פקפוקים בהצדקה המוסרית לענישה הפלילית. פתחתי בהם כדי שלא נקבל כמובן מאליו שיש הצדקה מוסרית לענישה הפלילית במלוא היקפה הקיים. מכאן לגישות המקובלות – שלפיהן יש הצדקה מוסרית לענישה.

## ג. הגישה הגמולית

חרף העובדה שגישה זו מוכרת משחר ההיסטוריה (כגון בביטוי "עין תחת עין") שמור מקום של כבוד למפתחה הפילוסוף הגרמני עמנואל קאנט (1724–1804).<sup>28</sup> לדעתו, ענישת הפושע היא חובה מוסרית והצידוק לכך הוא בעצם העובדה שהפושע עבר עבירה. קאנט ראה בחובה זו ציווי מוחלט, נטול פשרות והביא דוגמה מפורסמת: נניח שחברה אנושית הקיימת על אי בודד מחליטה, על דעת כל חבריה, להתפרק ולהתפזר על פני כל העולם. מה יש לעשות עם הרוצח שבבית הסוהר, שנידון למוות וממתין לביצוע גזר הדין?

במאמר מוסגר, לצורך הדיון נתעלם לרגע מהשאלה אם ניתן להצדיק עונש מוות. לדעתי כיום לא ניתן להצדיק עונש זה, לנוכח העובדה שאנו יודעים בוודאות שקיימת תופעה משמעותית של הרשעת חפים מפשע. אך בתקופתו של קאנט לא היה עונש המוות שנוי במחלוקת.

נשוב לדוגמה: ההנחה היא שלא נשקפת מהרוצח סכנה, שהרי כולם מתפזרים ולא צפויים לפגוש בו בעתיד. בכל זאת, לשיטתו של קאנט, קיימת חובה שאותה יש למלא לפני שמתפזרים – להוציא להורג את הרוצח. מדוע? משום שזהו גמולו הצודק. זה מה שמגיע לו מן הבחינה המוסרית.

את מידת העונש יש לקבוע לפי העיקרון של "מידה כנגד מידה" - עקרון הגמול. מטרת העונש היא להשיב לפושע כגמולו, ובכך לשרת את הצדק.<sup>29</sup> קאנט שלל הצדקה של עונש משיקולי תועלת שתוכל לצמוח לחברה, כגון הרתעת עבריינים פוטנציאליים. אין כל הצדקה להעניש אדם א' כדי להרתיע אדם ב'. כל אדם הוא תכלית לעצמו ואין להשתמש באדם ככלי להשגת מטרת החברה.

פילוסוף גרמני מרכזי נוסף שפיתח את הגישה הגמולית לענישה הוא (גיאורג וילהלם פרידריך) הֶגֶל (1770–1831). לשיטתו, העולם מאוזן מבחינה מוסרית. העבירה היא מעשה רע, אשר מפר את האיזון. אם החברה תימנע מלהעניש את העבריין, היא תנציח את הפרת האיזון. ענישת העבריין, שהיא בעצם מעשהו של העבריין עצמו המוחזר לו, מבטלת את הרע, והאיזון מוחזר. הענישה מגנה את הרע ותומכת בצדק. זוהי ההצדקה לענישה. אין די בגינוי מילולי או סמלי, אלא העונש חייב להיות פוגע וממשי. בדומה לקאנט, סבר גם הגל כי קיימת חובה מוסרית להעניש, משום שזהו גמולו של העבריין, ולא משיקולי תועלת. טיעון נוסף, מקורי ומעניין, של הֶגֶל הוא זכותו של העבריין להיענש. העונש בא לכבד את העבריין כיצור רציונלי. יש משהו מוזר בטיעון הנוסף של הגל: הרי העבריין ודאי היה מעדיף שלא נכבד אותו ולא נעניש אותו.

Immanuel Kant, *The Penal Law and the Law of Pardon*, THE METAPHYSICAL ELEMENTS OF JUSTICE 28 (1798) (1965) 137.

29 במאמר מוסגר: קאנט כתב על שלושה ממדים של שוויון כביסוס לענישה גמולית: 1. שוויון בין נאשמים שונים לאורך הזמן; 2. שוויון בין הנאשם המסוים לבין הקורבן המסוים; 3. שוויון בין כל הקורבנות (שם). אני מעדיף שהשימוש בשוויון יהיה רק לעשיית טוב בעולם ולא להוספת רע; כמגן ולא כחרב.

פרק ב: גמול-אשמה או תועלת-הרתעה-סכנה? הענישה הפלילית והצדקתה

קיימות שתי גרסאות של התאוריה הגמולית: לפי האחת יש לחברה זכות להעניש את העבריין כגמולו; ולפי השנייה – שפחות מקובלת כיום – לחברה לא רק זכות אלא אף חובה להעניש את העבריין כגמולו.

## ד. הגישה התועלתית

איזו תועלת יכולה החברה להפיק מהענישה? קיימות שלוש מטרות תועלתיות מרכזיות: הרתעת הפרט (מבצע העבירה); הרתעת הרבים (כלל בני החברה); ומניעה (שלילת יכולת העבריין לשוב ולפשוט). יש המוסיפים גם את השיקום.<sup>30</sup>

המטרה המרכזית לפי הגישה התועלתית היא ההרתעה. תכלית ההרתעה הודגשה על ידי ההוגה האנגלי ג'רמי בנטהאם (1748–1832) שראה במטרה רציונלית-תועלתית זו את התכלית המוצדקת היחידה לענישה. לדעת בנטהאם כל עונש הוא מעשה רע, הנוגד את המוסר. מותר להשתמש בו רק כדי למנוע רע גדול יותר. אם עבירה מסוימת היא מעשה חד-פעמי שאנו משוכנעים שלא יישנה, אין טעם בענישה; היא רק תוסיף רע על הרע שכבר נעשה ולכן אינה מוסרית. אם נשוב לדוגמה של קאנט, לפי שיטתו של בנטהאם יש לשחרר את הרוצח עם התפרקות החברה. בדומה, לפי ההוגה האנגלי ג'ון סטיוארט מיל (1806–1873) לכל אדם הזכות לחירות, ומותר להגביל זכות זו רק למען התועלת של החברה, שהיא מרב האושר למרב האנשים.

## ה. גמול מול תועלת

מקובל למיין את התאוריות השונות שהוצעו על ידי הפילוסופים לאורך ההיסטוריה באשר להצדקת הענישה הפלילית לשתי קבוצות עיקריות: תועלתנות וגמוליות. אומרים כי התועלתנות מגשימה מדיניות ומביטה קדימה, בעוד שהגמול מגשים צדק ומביט לאחור. כל אחת משתי התאוריות כשלעצמה, היא בעייתית מאוד. החסרונות הבולטים של התאוריה התועלתית הם השימוש הבלתי מוסרי באדם כאמצעי להשגת מטרות חברתיות, העובדה שלפי התאוריה התועלתית אין דבר שימנע מלהעניש חף מפשע (והרי הדבר עשוי להיות יעיל להשגת שקט) והעובדה שלפיה עלולים להעניש אדם בעונש חמור מזה המגיע לו (היעדר פרופורציה). החסרונות הבולטים של התאוריה הגמולית הם הקושי לקבל עונש שאינו מועיל לחברה כהצדקה מספקת לענישה, התחושה שזו בעצם נקמה, והמחשבה שאם העונש אינו מועיל, הוא רק מוסיף לסבל בעולם. לכן, לשם הצדקת הענישה חייבים לשלב גמול עם תועלת.

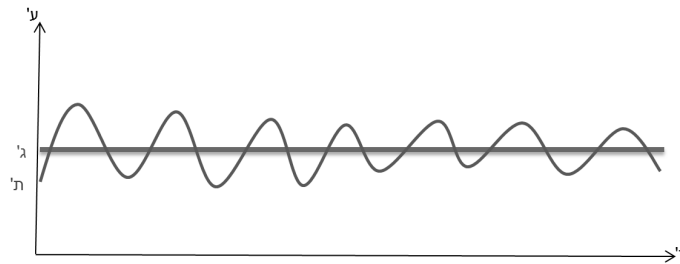
30 אך לשיטתי השיקום אינו מטרה של המאסר, משום שכפי שניווכח להלן המחקרים מלמדים שהמאסר אינו מעודד שיקום ושכדי להגדיל את סיכויי השיקום עדיף להימנע ממאסר. לכן, רק לאחר שנגזר על אדם מאסר כדי להשיג הרתעה ו/או מניעה, וכבר ברור שמדובר באסיר, מגיע השלב של ניסיון (כמעט בלתי צליח) לשיקום במהלך המאסר.

## 1. הגמול X התועלת = ההצדקה לענישה הפלילית

הגישה המקובלת כיום ביחס לענישה היא שהגמול הוא הסף העליון של העונש שניתן להטיל על העבריין שהורשע, ומשיקולי תועלת (הרתעה ומניעה) ניתן וצריך להסתפק בפחות ממנו. אם ניתן להשיג את מטרת הענישה באמצעים שפגיעתם פחות חמורה – הדבר עדיף. "כדי שעונש יהיה צודק, לא צריכות להיות בו אלא מדרגות החומרה שדי בהן כדי להרתיע את האנשים מן הפשעים"<sup>31</sup> על העונש להיות גם צודק וגם יעיל. צודק – לעולם לא מעבר לגמול, למה ש"מגיע לו" לעבריין על העבירה שעבר. צודק באופן מלא הוא עונש המשיג את מטרת הענישה במינימום ההכרחי של סבל אנושי וכמובן מבלי לעבור את הסף הגמולי. האופן שבו בחרתי להציג את הצדקת הענישה הפלילית כמכפלה – גמול כפול תועלת – ממחיש כי אם אחד מהמרכיבים לא קיים, אזי אין הצדקה לענישה פלילית (כשם שכאשר כופלים מספר כלשהו במספר אפס – התוצאה המתקבלת היא תמיד אפס). אבהיר זאת באמצעות שני תיאורים גרפיים:

### 1. רמת הענישה כפונקציה של התועלת, החסומה באמצעות תקרת הגמול

ציר חומרת הענישה מסומן ע', ציר הזמן מסומן ז', רמת הגמול מסומנת ג' (קו אופקי שלא משתנה לאורך הזמן), פונקציית התועלת מסומנת ת' (משתנה מזמן לזמן).



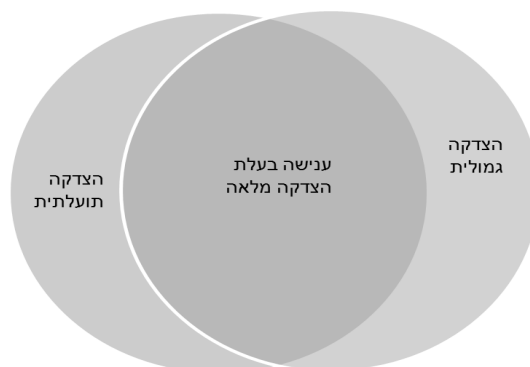
הענישה המוצדקת מצויה מתחת לשני הגרפים – הן מתחת לגרף הגמול והן מתחת לגרף התועלת. לגבי עבירה מסוימת, כגון גניבה מסוג מסוים, העונש המתאים מבחינה גמולית יהיה קבוע לאורך הזמן. לעומת זאת, העונש המתאים מבחינה תועלתית משתנה מזמן לזמן: בתקופה שבה באותה חברה כמעט אין גניבות – ניתן להסתפק בעונש פחות חמור; ובתקופה של ריבוי גניבות – כדי להגדיל את הרתעת הרבים, אולי יעיל להחמיר את רמת הענישה. אך ההחמרה מוגבלת במעין תקרת בטון – הלא היא רמת הענישה הגמולית: לעולם לא תהיה הצדקה מוסרית להענשת אדם מעבר לגמול המגיע לו בגין אותה עבירה – חריגה כזו היא שימוש לא מוצדק ולא מוסרי באדם כבאמצעי להשגת מטרה חברתית. לעומת זאת, כשבתקופה מסוימת ניתן מבחינה תועלתית להסתפק בעונש נמוך מהרמה הגמולית, יש להסתפק בכך – אחרת לא תהיה לענישה הצדקה תועלתית; יהיה זה עונש לשמור, אולי רק נקמה. אם נשוב ונתבונן בגרף, הענישה בעלת ההצדקה המלאה תהיה בכל תקופה לפי הנמוך מבין שני הגרפים. בתיאור

31 בקריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 70.

פרק ב: גמול-אשמה או תועלת-הרתעה-סכנה? הענישה הפלילית והצדקה

אחר: הענישה תהיה תמיד לפי התועלת, במגבלה שמציב הגמול (ניתן לדמיין מחיקה מגרף התועלת של כל הערכים שמעל לקו הגמול).

2. ההצדקה לענישה הפלילית כחיתוך של קבוצת המקרים בעלי ההצדקה הגמולית עם קבוצת המקרים בעלי ההצדקה התועלתית



כפי שמראה השרטוט השני, ישנם ארבעה סוגי מקרים:

ההצדקה המשוקללת	הצדקה תועלתית לענישה	הצדקה גמולית לענישה
אין כל הצדקה לענישה (המקרים שבשטח הלבן שמחוץ לעיגולים שבשרטוט)	-	-
אין הצדקה מספקת לענישה (המקרים שבתחום הסהר השמאלי)	+	-
אין הצדקה מספקת לענישה (המקרים שבתחום הסהר הימני)	-	+
יש הצדקה מספקת לענישה (המקרים המשותפים לשני העיגולים; השטח הכהה)	+	+

רק במקרים מהסוג הרביעי והאחרון יש הצדקה מספקת לענישה פלילית. תיאור אפשרי נוסף הוא באמצעות הנוסחה הבאה:

ההצדקה לענישה הפלילית = הגמול X התועלת

המכפלה תמחיש לנו שבהיעדר הצדקה גמולית – אין לענישה הפלילית הצדקה; ובהיעדר הצדקה תועלתית – אין לענישה הפלילית הצדקה, ממש כשם שהכפלה במספר אפס מניבה תמיד תוצאה אפסית. זאת, בדומה לנוסחה שאותה אציע בהמשך, שלפיה:

חומרת העבירה = הנוק/הסכנה X האשמה

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

הדמיון אינו רק צורני: הנזק/הסכנה הם מושאי ההתעניינות של התועלת – השאיפה להרתעה ולמניעה; והאשמה היא מושא ההתעניינות של הגמול.

### ז. תרומתו המכרעת של פרופ' הארט

הארט כתב שעלינו להפריד בין שתי שאלות שונות:<sup>32</sup>

א. מהי ההצדקה לענישה? [הארט: תועלת]

ב. את מי להעניש? וכמה? [גמול]

על השאלה הראשונה ניתן להשיב: תועלת (כך העדיף הארט), אך על השאלה השנייה חייבים להשיב תוך שימוש בגמול. בכך הארט כמעט "הרג" וויכוח חס שהתנהל שנים רבות בתחום הפילוסופיה של המשפט. מאז החידוש של הארט, כמעט כולם מסכימים שלשם הצדקת הענישה הכרחי לשלב גמול עם תועלת.

מבלי לגרוע מחשיבות החידוש, אעיר שתי הערות: האחת – לדעתי, מלכתחילה צריך לבסס את ההצדקה המוסרית לענישה על המכפלה תועלת X גמול במעמד שווה. אך גם אם מקבלים את החלוקה של הארט, התוצאה דומה מאוד: אם ההצדקה היא התועלת אך הגמול הוא הגבול, בעצם הגמול (או – לפחות – ההקפדה שלא לעבור אותו) הוא חלק מההצדקה לענישה.

הערתי השנייה – הניתוח של הארט מצוין כדי לשכנע את התועלתנים המושבעים בהכרחיותה של ההצדקה הגמולית, אך אינו חזק מבחינה לוגית בשכנוע הגמולנים המושבעים בהכרחיותה של ההצדקה התועלתית. כך, אם היינו מחרידים מקברותיהם את קאנט ואת הגל, אני מניח שהם היו משיבים "גמול" על שתי שאלותיו של הארט. כיצד בכל זאת הקהתה ההפרדה לשתי שאלות שהציע הארט את עוקצו של ויכוח פילוסופי ער? כנראה משום שבאותה תקופה מרבית הכותבים בנושא היו תועלתנים ולא גמולנים.

כך או אחרת, הגישה המקובלת כיום להצדקת הענישה היא שילוב של תועלתנות וגמוליות: לעולם לא יותר מהגמול, אך אם התועלת מאפשרת, יש להסתפק בפחות ולא לגרום לסבל מיותר. התאוריות הפילוסופיות באשר לענישה – גמוליות ותועלתנות – אינן מקוימות במציאות בטהרתן, אלא מהוות אידיאל. בכל זאת הן מאוד חשובות לביקורת על המצב הקיים ולשיפורו. האידיאל הגמולי ימנע ענישת חפים מפשע במודע וימנע גם עונש מופרז – לא פרופורציוני – מעבר למגיע לעבריין בגין העבירה שעבר. זאת, אפילו אם העונש עשוי להועיל לחברה ביצירת הרתעה. האידיאל התועלתי ימנע עונש חמור שאין בו כל טעם מעשי. זאת, אפילו אם זהו העונש המגיע לעבריין מבחינה גמולית.

### ח. עקרון ההלימה שבחוק העונשין

לסיום דיון זה אציין כי לפני שנים אחדות הוכנסה סוף סוף התוכנה החשובה באשר להצדקת הענישה לחוק העונשין, כשבמסגרת תיקון 113 – הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה – נקבע כך (ההדגשה הוספה):

32 HART, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1–28 (הרבט ליונל אדולפוס הארט, 1907–1992).



פרק ב: גמול-אשמה או תועלת-הרתעה-סכנה? הענישה הפלילית והצדקתה

”140. הרתעת הרבים

מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה כבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם”.

בעבר, נהגו להשתמש בשיקול של הרתעת הרבים בניסוחו הדרמטי ”מכת מדינה” כדי לחרוג אף מעבר לגמול. החוק החדש מבהיר שלא ניתן עוד לעשות זאת. להשלמת התמונה מובא גם ליבה של חקיקה חדשה זו:

”40ב. העיקרון המנחה בענישה – הלימה

העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה – העיקרון המנחה)<sup>33</sup>.”

33 לביקורת על גלגול קודם של הצעת החוק, שחלקה רלוונטית גם לחוק החדש, ראו סנג'רו ”מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?”, לעיל ה”ש 2. עוד על החוק החדש ראו להלן, בחלקו האחרון של פרק ג.



## פרק ג

# גמול? הרתעה? מניעה? שיקום? מטרות הענישה ושיקולי הענישה

### א. כללי

ראשית, יש להבחין בין ההצדקה המוסרית לענישה, שבה דנתי בפרק הקודם, לבין מטרות הענישה – חרף הדמיון המבלבל. עיקר הבלבול נובע מכך שבשני הדיונים מככבים הגמול וההרתעה. אלא שבעוד שהדיון הקודם הוא בהצדקת הענישה, הדיון הנוכחי מניח שקיימת הצדקה לענישה מסוימת בגין עבירה מסוימת, והשאלה היא מהו העונש המתאים, בשים לב למטרות הענישה. שנית, יש להבחין בין מטרות המשפט הפלילי לבין מטרות הענישה. המטרה של המשפט הפלילי איננה להעניש, אלא לכוון התנהגות, למנוע עבירות ולמנוע ענישה. מטרת המשפט הפלילי היא להגדיר התנהגות אסורה כדי שיימנעו ממנה. לעומת זאת, מטרת הענישה היא לקבוע כמה סבל מתכוונת החברה (באמצעות מערכת המשפט) לגרום למורשע. אכן, כפי שראינו, ההגדרה המקובלת לענישה הפלילית (הארט) כוללת גרימה מכוונת לסבל. מקובל שלענישה הפלילית ארבעה שיקולים עיקריים: גמול, הרתעה, מניעה ושיקום. שיקולים אלה צריכים להדריך הן את המחוקק בקביעת העונשים בחוק והן את השופטים בגזירת העונשים על הנאשמים שהורשעו. להלן ארחיב מעט באשר לכל אחד מהם.

### ב. ההרתעה

#### 1. כללי

כבר בתורה נאמר "וכל העם ישמעו ויִראו ולא יזידון עוד".<sup>34</sup> השופט מנחם אלון הרבה לצטט פסוק זה בגזרי הדין שלו. את שיקול ההרתעה מוצאים בתקופות שונות ובתרבויות שונות, כגון אצל היוונים הקדמונים – אפלטון, ומאוחר יותר אצל האנגלים – הובס. הביסוס המעמיק והמפורט ביותר לשיקול ההרתעה ניתן על ידי הפילוסוף האנגלי ג'רמי בנטהאם (1748–1832). לשיטתו זוהי המטרה היחידה לענישה שיש לה צידוק מוסרי. ההנחה היא שהאדם הוא יצור רציונלי ולכן ניתן להפוך את העבירה ללא כדאית עבורו, כלומר להרתיעו. המלומד האיטלקי צ'זרה פֶקֶרִייה (1738–1794) בספרו המרתק "על פשעים ועל עונשים",<sup>35</sup> אשר השפיע מאוד על רבים, החל מג'רמי בנטהאם ועד להוגים רבים בני ימינו, הציע שהחוק הפלילי יגדיר מראש ובדייקנות את העונש הצפוי על כל עבירה לפי חומרתה; תעריף. לפיכך, לדעתו, לא היה צורך בעונשים המופרזים שהיו מקובלים בתקופתו – בדרך כלל עונש המוות. העבריין הפוטנציאלי יירתע אם חומרת העונש הצפוי תהיה מעט יותר גדולה מההנאה הצפויה לו מהעבירה. לכאורה הצורך

34 דברים יז 13.

35 לאחרונה זכינו לתרגום לעברית של ספר חשוב זה: בקריה, לעיל ה"ש 8.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

בקביעת סולם עונשים פרופורציוני הוא מובן מאליו. אלא שבתקופתו של בקריה הרתעת יתר באמצעות עונש המוות הנוראי הייתה כה מקובלת, עד כי גישתו היוותה חידוש מרענן. מצער שעד היום חוק העונשין שלנו לא יוצר סולם עונשים פרופורציוני. כך כתב בקריה:

“אינטרס משותף הוא לא רק שלא יתבצעו פשעים, אלא גם שיעשו נדירים יותר ככל שגדל נזקם לחברה. לכן המעצורים המונעים מבני האדם לבצע פשעים חייבים להיות איתנים יותר ככל שהפשעים מנוגדים יותר לטובת הציבור וככל שגדל התמריץ לבצעם. צריך אפוא לקבוע יחס קבוע בין פשעים לעונשים”.

“אם אותו עונש עצמו נקבע לשני פשעים הפוגעים בחברה פגיעה שונה, לא יעמוד בפני בני האדם מעצור איתן דיו לביצוע הפשע החמור יותר, אם יחשבו בלבם שתועלת גדולה יותר תצמח להם ממנו”.<sup>36</sup>

מבחינים בין הרתעת הפרט לבין הרתעת הרבים. הרתעת הפרט מבוססת על התופעה של מועדות (רצידיביזם) המוגדרת כביצוע עבירה חוזרת לאחר שהמבצע כבר נענש. הדבר מעורר מחשבה שמא העונש לא היה די מרתיע ולפיכך יש לשקול עונש אחר או חמור יותר. ההבחנה בין הרתעת הפרט לבין הרתעת הרבים חשובה מאוד מבחינה מוסרית. כל אדם הוא תכלית לעצמו. בעייתי מאוד להשתמש באדם א' כאמצעי להרתעת אדם ב'. זה מה שעושה ענישה שמטרתה הרתעת הרבים. ידוע הסיפור על שופט אנגלי שאמר לנאשם: “עליך להיתלות לא כי גנבת כבשה, אלא כדי שאחרים לא יגנבו כבשים”.

## 2. יעילות ההרתעה

האם הענישה מרתיעה? ובמה תלויה ההרתעה? בעבר לא היו מחקרים והתבססו בעיקר על כך שהגיוני שהענישה מרתיעה. המתנגדים לענישה לשם הרתעה התבססו על תופעות כגון פעילותם הנמרצת של כייסים בעת ההוצאות הפומביות להורג. עד היום מתקשים להציג נתונים אמפיריים באשר ליעילות ההרתעה. כדי לומר אמירה משמעותית על יעילות ההרתעה, מתייחסים לגיזרה מסוימת של הנושא ולא לכולו. להלן כמה דוגמאות.

### (א) יעילות ההרתעה לפי סוגי העבירות

ב-1944 לא פעלה משטרה בדנמרק משך תשעה חודשים. השוטרים הדנים סייעו ליהודים להימלט לפני השלחם למחנות ההשמדה, ובתגובה עצרו הנאצים את כל שוטרי דנמרק. היעדרות המשטרה אפשרה לבצע מחקרים מעניינים. מתברר שחל גידול בפשיעה. אך מתברר גם שהגידול לא היה אחיד: הגידול היה בעיקר בעבירות רכוש: גניבות, פריצות, שוד וכדומה – “עבירות אינסטרומנטליות” – שבהן העבירה משמשת רק כאמצעי, והמטרה היא הרכוש (בדרך כלל כסף) המושג באמצעותה. אך בשיעורי עבירות כגון תקיפה, רצח ועבירות מין כמעט לא חל שינוי. עבירות אלה מכונות “עבירות אַקְסֶפְרֶסִיבִיּוֹת” – הן מבטאות רגש, לרוב בעל עוצמה רבה. מעשה העבירה עצמו הוא מטרתו של המבצע (למשל, חשוב לו מאוד להכות את השכן שהרגיז אותו). מסקנה אפשרית היא שבעוד שמפני

36 שם, בעמ' 18, 20 (בהתאמה).

פרק ג: גמול? הרתעה? מניעה? שיקום? מטרות הענישה ושיקולי הענישה

עבירות מסוימות (אינסטרומנטליות) מצליחים להרתיע, הרי שמפני עבירות אחרות (אקספרסיביות) לא מצליחים להרתיע.

### (ב) הרתעה לפי סוגי עונשים

הרבה מחקרים נערכו באשר להרתעה שמשגיג או לא משיגיג עונש המוות – כמוכּן בהשוואה לאלטרנטיבה שהיא מאסר עולם ולא בהשוואה לטיול סביב העולם. עד היום אין ממצא חד-משמעי. סְלִין (1959) מצא שאין הרתעה ושימח את מתנגדי עונש המוות. ארליך (1975) מצא שדווקא יש הרתעה. אחרים תקפו את הממצאים שלו.<sup>37</sup> עד היום אין הוכחה לכך שאנו כביכול זקוקים לעונש המוות לשם הרתעה. נראה שבהחלט די במאסר עולם כדי להרתיע; בוודאי שדי במאסר עולם ללא אפשרות לשחרור מוקדם.

עונשים מזעריים (עונשי מינימום, שעליהם ארחיב בהמשך בעת הדיון בשיקול הדעת של השופטים) יודעים כמרתיעים, משום שהם מחזקים באופן משמעותי את ודאות המאסר. כשמדובר בהרתעת הפרט (מבצע העבירה) די במאסר על תנאי לשם הרתעה משמעותית. אדם שהורשע ונגזר עליו מאסר על תנאי יודע שאם יעבור בתקופת התנאי (בדרך כלל שנים אחדות) שוב את אותה עבירה (או עבירה דומה) וייתפס, הוא צפוי למאסר כמעט אוטומטי בשל העבירה הראשונה, בצירוף מאסר דומה בשל העבירה השנייה – במצטבר. וודאות המאסר הממושך היא מאוד מרתיעה. אלא שמבחינת הרתעת הרבים (המבצעים הפוטנציאליים של העבירה) מאסר על תנאי עלול להיתפס כענישה קלה, או אפילו כהיעדר ענישה.

מה מרתיע יותר: מאסר ארוך או מאסר קצר? את הרבים – מוכן שהמאסר הארוך מרתיע יותר. אך באשר להרתעת הפרט (האדם שנתפס ונענש) המחקרים מלמדים שהלם (שוק) קצר מרתיע יותר. כשהמאסר ארוך, מתרגלים אליו ומתחברים לחברה העבריינית ולאחר מכן פחות חוששים ממאסר נוסף.

ההרתעה כמוכּן מושפעת גם מתכונות שונות של בני אדם שונים: יש הנרתעים יותר ויש הנרתעים פחות.

### (ג) חומרה מול ודאות – מה משפיע יותר על ההרתעה?

המחקרים מלמדים שהודאות חשובה מהחומרה.<sup>38</sup> העברייין הפוטנציאלי צפוי לחשוב באופטימיות כך: הסיכויים שאתפס קלושים; אפילו אתפס – לא ודאי שאורשע; אפילו אורשע – לא ודאי שיוטל עליי מאסר. אם העונש ודאי – מושגת הרתעה. כך פועל עונש המאסר על תנאי ובדומה יפעל גם כל עונש מותנה אחר כגון קנס על תנאי.

לדוגמה: שיעור הגילוי ("פענוח" בלשון המשטרה) בעבירות פריצה הוא נמוך – כ-5%. נניח שהעונש הממוצע הנגזר על פורץ הוא מאסר שנתיים. תוחלת העונש היא כחודש בודד (24 חודשים כפול 5%). נניח שהמשטרה תשכיל להגיע לרמת פענוח של 50%, ובאותה הזדמנות גם נקל בענישה

37 לפירוט ולהפניה למקורות ראו סנג'רו "על עונש המוות", לעיל ה"ש 12.

38 כבר במאה ה-18 עמד על כך צ'זרה בקריה בספרו המרתק, שהקדים את זמנו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 65: "ודאות העונש, גם אם הוא מתון, מותירה תמיד רושם גדול יותר מן הפחד מפני עונש נורא – אם אל הפחד מצטרפת התקווה להיות פטור מן העונש". ראו גם לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 66.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

לכשנת מאסר בממוצע. תוחלת העונש שיצפה פורץ פוטנציאלי תהיה שישה חודשי מאסר (12 חודשים כפול 50%) והיא תרתיע יותר (במאמר מוטגר, בשל התסכול מכך שרוב הפורצים אינם נתפסים, כשכבר נתפס פורץ נוטים "להחטיף" לו גם עבור אלה שלא נתפסו... כמובן שהדבר איננו מוצדק).<sup>39</sup>

### ג. המניעה

#### 1. כללי

המניעה היא שלילת היכולת לבצע עבירות, הגבלה, הרחקה, נטרול, לשם הגנה על הציבור. יחד עם ההרתעה, גם המניעה היא שיקול תועלת. אילו המניעה הייתה (חלילה) השיקול היחיד, הגובר על כל שיקול אחר, הרי שהאמצעי המושלם היה עונש המוות. אמצעים קיצוניים אחרים הם סירוס, כריתת היד הגונבת וכדומה. אך לא רק עונשים אכזריים כאלה משיגים מניעה. גם עונש המאסר: כשהאדם בכלא, קשה לו לעבור עבירות.<sup>40</sup> גם פסילת רישיון הנהיגה משיגה מניעה של עבירות נהיגה.<sup>41</sup> לצורך השגת המניעה, בדרך כלל שוללים את חירותו של אדם וכולאים אותו. כשמדובר בעבירות של אלימות פיזית, בסכנת נפשות, בפגיעות בגוף – יש הסכמה רחבה שהמאסר מוצדק. כך גם באשר לאונס ולתקיפות מיניות. אך מה כשמדובר בעבירות רכוש? כאן יש מקום לדעות שונות – הן בשאלה המוסרית (האומנם מוסרי לאסור בשל עבירות רכוש? האין בכך חריגה מהגמול הצודק ברוב המקרים?) והן באשר לכדאיות הכלכלית (מכיוון שהעלות השוטפת של החזקת אסיר היא כ-10,000 ש"ח לחודש; כ-120,000 ש"ח לשנה, ייתכן מאוד שהיא עולה על הנזקים הצפויים מעבירות רכוש נוספות שהיה מבצע אלמלא נכלא).<sup>42</sup>

#### 2. ניבוי מסוכנות

כדי להפעיל את שיקול המניעה יש צורך בחיזוי מסוכנותו של הנאשם בעתיד (טרמינולוגיה, משתמשים לשם כך במונח "מסוכנות", בהבדל מ"הסכנה" שמשקפה מהתנהגותו של הנאשם בעת שעבר את העבירה). השופטים – גם כשהם מסתייעים במומחים – מתקשים מאוד לחזות את המסוכנות של הנאשמים שלפניהם. קיימות שלוש שיטות ניבוי מרכזיות:

1. ניבוי קליני – על בסיס חוות דעת של פסיכיאטרים, פסיכולוגים, עובדים סוציאליים וכדומה.
2. ניבוי סטטיסטי – על בסיס השתייכות הנאשם לקבוצות מסוימות באוכלוסייה, מקום המגורים, עבודה וכדומה. קיים כאן חשש של גלישה לסטריאוטיפים ואף לגזענות ולאפליה.
3. ניבוי משפטי – כאן המחוקק קובע בחוק כלל שמשקף חזקה של מסוכנות, כגון קביעת עונש חמור יותר למועד (רצידיביסט) שמאחוריה ההנחה (הניבוי) שהוא מסוכן יותר.

למרבה הצער, המשותף לכל שלוש שיטות הניבוי הוא הכישלון: תוצאותיהן מאוד לא מדויקות. טרם פותחה שיטת ניבוי מדויקת או אפילו טובה. מכיוון שאיש אינו יודע לחזות מסוכנות, עוצמת שיקול

39 ראו הדיון הרחב בגישה התועלתית, שבמרכזה ההרתעה, לעיל בפרק ב.  
40 הוא עלול אומנם לעבור עבירות כלפי אסירים אחרים, אך הדבר כנראה פחות מדיגי את רוב האנשים.  
41 תיתכן אומנם הפרת האיסור ונהיגה בזמן הפסילה, אך בדרך כלל מציינים לעונש הפסילה.  
42 לניתוח כלכלי שלפיו יש להעדיף עונשים אחרים על פני המאסר ראו לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 55 (תוך הפניה למאמרו של הכלכלן גארי בקר "על עבירות ועונשים: גישה כלכלית").

פרק ג: גמול? הרתעה? מניעה? שיקום? מטרות הענישה ושיקולי הענישה

המניעה לא אמורה להיות גדולה. לא מוצדק להחמיר בעונש באופן משמעותי בהתבסס על מסוכנות שכלל איננו יודעים אם היא קיימת.

במאמר מוסגר: קיים קושי עקרוני גדול עם המעצר עד תום ההליכים המשפטיים, שגם הוא מבוסס על ניבוי מסוכנות. הרי הניבוי אינו מדויק וחלק ניכר מהעצורים חפים מפשע. אפילו אם בסופו של דבר יזוכו, איש לא מסוגל להשיב להם את תקופת החיים שבה היו עצורים. התנאים במעצר הם לעיתים גרועים אפילו מאלה שבמאסר, בעוד שעקרונית צריך היה לתת תנאים מצוינים בשל חזקת החפות. בשיפוט קיימת הטיה – הן לרעת הנאשמים העצורים (בהחלטה על מעצר) והן לרעת הנאשמים המורשעים (בגזירת מאסר) – כך שבדרך כלל הערכת מסוכנותם תהיה מוטה כלפי מעלה. כל כך למה? משום שאם שופט יורה על כליאה ממושכת של אדם בשל החשש מפני מסוכנותו אך לאמתו של דבר איננו מסוכן, לעולם לא תתגלה הטעות. תמיד ניתן יהיה לחשוב שלא עבר עבירות נוספות משום שהשכלנו לכלוא אותו. לעומת זאת, אם שופט ישחרר אדם מסוכן והלה יעבור עבירות, הטעות תתגלה והחשבון יוגש לשופט – בדרך של ביקורת. לכן השופטים צפויים לחשוש מפני שחרור אדם שיש ספק אם הוא מסוכן, יותר מאשר מפני כליאת אדם שיש ספק אם הוא מסוכן.

## ד. השיקום

בעבר ראו בשיקום מטרה בפני עצמה, עד כדי כך שחשבו שהמאסר יכול להועיל לשיקומו של האסיר. טעו לחשוב שבכלא ניתן לחנך אסירים כפי שבבית החולים מרפאים מאושפזים. האמינו בזה עד כדי כך שבארצות הברית הוסמכו ועדות ה-*parole* (שחרור) לקבוע מתי האסיר ישוחרר והשופטים קבעו בפסקי הדין רק טווח שבין תקופות מאסר שונות, כגון עשר עד חמש עשרה שנים. זאת, בדומה למודל הרפואי, שבו לא ניתן לדעת מראש מתי בדיוק מאושפז ישוחרר לביתו, אלא הרופאים המטפלים מחליטים בעניין זה בהתאם לקצב החלמתו. נקודת המפנה הייתה פרסומו בשנת 1974 של דו"ח מרטינסון.<sup>43</sup> הוועדה בחנה לעומק את כל שיטות השיקום שפותחו והופעלו וקבעה: "Nothing works!". אין שיטת טיפול שמשיגה את מטרתה. המאסר לא רק שאינו משקם, אלא מקלקל. בית הסוהר מהווה בית ספר לעבריינים. היה מי שדימה את הסיכויים להצליח לשקם אסיר בתוך בית הסוהר לסיכויים ללמד טייסים לטוס בתוך צוללת.

היום מקובל לחשוב שאסור לשלוח למאסר כדי לשקם. רק אם ולאחר שמחליטים שהמאסר מוצדק משיקולים אחרים, יש לנסות ולשקם. ואף זאת לא כחובה של האסיר, אלא כזכות חוקתית שיש לו – אם הוא מעוניין למשל ללמוד. מאסר ניתן להצדקה על ידי גמול, מניעה והרתעה, אך לא על ידי שיקום. לכן לא פלא ששיקול השיקום מופיע בפסיקת בתי המשפט בעשורים האחרונים כשיקול להימנעות ממאסר ולהעדפת עונשים אחרים, אם כי עדיין לא לעיתים קרובות. שיקול השיקום מתחרה בדרך כלל מול כל יתר שיקולי הענישה. כדי להשיג שיקום שואפים להימנע ממאסר, גם אם הדבר בא על חשבון ההרתעה, המניעה והגמול. בדרך כלל שלושת השיקולים האחרים גוברים על שיקול השיקום, אלא אם מדובר בנוער. זוהי הגזרה היחידה שלגביה כבר התבססה התוכנה שעדיף לחברה שלא למהר ולהרשיע

Robert Martinson, *What Works? Questions and Answers about Prison Reform*, 35 THE PUBLIC INTEREST 22 (1974) (להלן: דוח ועדת מרטינסון).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

נער שעבר עבירה. הקלון הפלילי והתיוג<sup>44</sup> צפויים להוות נבואה המגשימה את עצמה והנער המורשע ונענש – במיוחד כשמדובר במאסר – צפוי להיפך לעברייין. באמצעות איפוק והימנעות ממאסר ניתן לא רק להציל את הנער, אלא אף לחסוך מהחברה את הנזק המתמשך של עברייין שלפניו שנות פשיעה רבות. חבל שהשיקום אינו זוכה למעמד משמעותי גם כשמדובר בבגירים – במקרים המתאימים: אומנם לא כשמדובר ברצח, באונס או באלימות חמורה, אך בהחלט כן נוכח עבירות פחות חמורות. לבסוף, יצוין כי יש עונשים ומנגנונים המכוונים לשיקום, כגון צו מבחן, טיפול גמילה מסמים וטיפול למניעת אלימות במשפחה. ראוי לשבח הוא המנגנון החדש המכונה "בית משפט קהילתי", שנועד לסייע בצמצום התופעה של עבריינות חוזרת באמצעות מתן דגש לתהליכי השיקום, תוך הסתמכות על שירותי רווחה ומענים קהילתיים.<sup>45</sup>

## ה. הגמול

### 1. כללי

במאה העשרים, כשהתלהבו מאוד מהשיקום, התפתחה אופנה של התייחסות מזלזלת אל השיקול הגמולי, כביכול מדובר בנקמה פרימיטיבית, בעונש לשמו, בהסבת סבל מיותר במתכוון. כיום הגמול שוב מקובל פְּשיקול חשוב בענישה. אפיון מרכזי של הגמול הוא העיקרון של "מידה כנגד מידה". הגמול מתייחס לעבירה ולא לעברייין – דבר המוליך לשוויון ומונע אפליה. הגמול יוצר פרופורציה: יחס הולם בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש. הגמול גם מספק את ציפיית הציבור לעשיית צדק ואולי גם מונע עשיית דין עצמית.<sup>46</sup>

### 2. שיקום מול גמול ומודל הצדק

בעבר, כשהתלהבו מהאפשרות של שיקום באמצעות מאסר, הלכו בארצות הברית בכיוון של מתן שיקול דעת מופרז לשופטים ולאחר מכן לוועדות השחרורים לקבוע מתי האדם השתקם דיו וניתן לשחררו. לא זו בלבד שלא הצליחו לשקם, אלא אף הייתה שחיתות בוועדות השחרורים ואפליה חמורה, תוך שחרור מוקדם בעיקר של לבנים וכמעט לעולם לא של שחורים. כשנוכחו בעקבות המחקרים ובעיקר לנוכח דו"ח מרטינסון (1974),<sup>47</sup> שממילא לא מצליחים לשקם, התחזק מודל הצדק.

44 על תאוריית התיוג ראו לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 154 [גישת התיוג מבליטה את המחיר שעלולה החברה לשלם עבור מדיניות של אכיפה נוקשה ואפילו עבור שימוש מוגבר במסגרות טיפוליות לעבריינים צעירים. מתפיסה זו נגזרת מדיניות אכיפת חוק המבקשת לצמצם את התיוג באמצעות הימנעות מכוונת מהתערבות (Radical Non Intervention) בשלושה מישורים: מתינות בהגדרת עבירות פליליות; מיתון התגובה החברתית; וצמצום השימוש במוסדות מתייגים (בתי כלא, בתי חולים לחולי נפש, בתי מעצר ומסגרות טיפול המיועדות לעבריינים)].

45 זוהי יוזמה של עורכת הדין ד"ר דניאלה בייניש, שבסיוע ארגון הג'וינט הצליחה להשיג שיתוף פעולה של הרשויות בפרויקט חדשני נפלא זה.

46 ראו הדיון הרחב בגישה הגמולית, לעיל בפרק ב.

47 לעיל ה"ש 43.



פרק ג: גמול? הרתעה? מניעה? שיקום? מטרות הענישה ושיקולי הענישה

בהתאם למודל הצדק, אם ממילא לא ניתן לשקם, ואם ידוע שגם הרתעה ומניעה לא ניתן לקנות אפילו במחיר של מאסרים מופרזים, לפחות ננהג באדם במידת הצדק: נגזור עליו עונש כפי שמגיע לו, המבוסס על צדק, על יושר ועל שוויון ומונע שרירות. העונש מותאם לשני גורמים:  
א. הנזק או הסכנה. בעבר הודגש הנזק הממשי שנגרם בעבירה וכיום מדגישים את הסכנה גם אם טרם נגרם נזק, כדי לנטרל את גורם המזל, המקריות (ה-"moral luck").  
ב. האשמה – מידת אשמתו בעבירה הנוכחית של המורשע.

מודל הצדק פועל לצמצום שיקול הדעת של השופטים בענישה, שבו נעסוק בהמשך, בעת הדיון בעקרון הפרופורציה (להלן פרק ה).



## מאסר, עונשים אחרים או טיפול?

קשה לתאר את מערכת הענישה הפלילית בימינו ללא עונש המאסר. זהו העונש המרכזי כיום, ומשך המאסר משמש קנה מידה להשוואה בין העבירות השונות. אך יש לזכור שהשימוש במאסר כעונש (בהבדל ממעצר) בהיקפים גדולים הוא חדש יחסית – כמאתיים וחמישים שנים בלבד. כדי לגבש הצעה לשינוי דרסטי של היחס למאסר במדינת ישראל, אבקש לסקור כמה ציוני דרך באשר לעונש המאסר: דוח ועדת מרטינסון (ארה"ב, 1974), דוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע (2014), דוח האקדמיה הבריטית (2014) ודוח ועדת דורנר (ישראל, 2015). לאחר מכן אתייחס לתנאי המאסר בישראל, ובעיקר לצפיפות המעיקה ולהחלטת בג"ץ בנושא, שניתן לראותה כציון דרך משמעותי נוסף. אסיים באלטרנטיבות למאסר.<sup>48</sup>

### א. דוח ועדת מרטינסון: הניסיונות לשקם בתוך בתי הסוהר נכשלים כישלון חרוץ (הניתן להכשיר טייס בתוך צוללת?)

דוח ועדת מרטינסון פורסם בארצות הברית ב-1974 והכה רבים בהלם.<sup>49</sup> עד אז, טעו לחשוב שכשם שאנו מצליחים לרפא חולים בבתי החולים, כך ביכולתנו לשקם מורשעים בבתי הסוהר. ההתלהבות מהשיקום הובילה בארצות הברית לכך שבתי המשפט לא גזרו תקופות מאסר מדויקות, אלא קבעו רק טווחים, כגון בין 14 ל-21 שנים, כשמועד השחרור המדויק נקבע על ידי ועדת ה-Parole – ועדת השחרורים – בהתאם להערכתה באשר לשאלה אם האדם השתקם דיו.

הבעיות שעליהן הצביע הדוח היו רבות: האחת, לא אנושי להחזיק אדם בחוסר ודאות שכזה, מבלי שידע מתי הוא צפוי להשתחרר; השנייה, ניתן כוח גדול מדי לוועדת השחרורים, אולי אפילו גדול משל בית המשפט; השלישית, החלטות ועדות השחרורים התגלו כמוטות גזעית: התברר שאם האסיר היה לבן, ייתכן שהיו קובעים שהשתקם דיו, אך אם האסיר היה שחור, כמעט תמיד קבעו שהוא זקוק לתקופת מאסר נוספת; הרביעית, גם שופטים טעו לחשוב שהמאסר משקם ולכן נטו להאריך בו; והבעיה החמישית והקשה מכולן – דוח מרטינסון חשף כי – בלשון הדוח – "Nothing works!" – אף שיטת שיקום במאסר איננה מצליחה בהשגת מטרתה.

המחקרים מלמדים שלא זו בלבד שהמאסר איננו משקם, אלא להיפך: המאסר גורם לכך שהאסיר מתחבר עם עבריינים, לומד מהם דברים שליליים, לומד לשנוא אותנו כחברה – הרי דחינו אותו ושלחנו אותו למאסר קשה – מפתח אנטי חברתיות, וכשהוא משתחרר הוא מסוכן לחברה יותר משהיה

48 פרק זה מבוסס בעיקר על מאמרי: בועז סנג'רו "המאסר: חשיבה מחודשת" הסניגור 4, 220 (2015). וראו גם סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?", לעיל ה"ש 2.

49 Robert Martinson, *What Works? Questions and Answers about Prison Reform*, 35 THE PUBLIC INTEREST 22 (1974) (להלן: דוח ועדת מרטינסון).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

ערב המאסר. הסיכויים שאדם שעבר עבירה ישתקם ויהפוך לאזרח נורמטיבי יורדים פלאים במהלך המאסר. מחקרים שנערכו בבתי הסוהר מלמדים על תהליך "פריזוניזציה" (מלשון prison) – התבוללות והטמעה של האסיר באוכלוסיית העבריינים שבבית הסוהר תוך אימוץ והפנמה של דפוסי ההתנהגות העברייניים. המאסר גורם לאסיר סבל רב מאוד – "מכאובי המאסר":<sup>50</sup> אובדן החירות, הדחייה החברתית, הניתוק מהמשפחה, מהחברים וממקום העבודה, החסכים החומריים והמיניים, אובדן האוטונומיה, אובדן הביטחון האישי מפני תקיפות המבוצעות על ידי אחרים, הכורח לחיות עם אנשים שהאסיר לא בחר בהם, ועוד. כדי להתגונן, האסירים דוחים את בני החברה, אשר דחו אותם. עוד עומדים המחקרים על פגיעות פסיכולוגיות ותיוג חברתי המקטינים מאוד את סיכויי של האסיר להשתלב בהצלחה בחברה לאחר שחרורו. מסקנות המחקרים נתמכות בשיעורי המועדות הגבוהים של האסירים המשוחררים.<sup>51</sup>

אשר למטרות הענישה האחרות – שהן גמול, הרתעה ומניעה – לדעתי, את הגמול יש לראות בעיקר כתקרה שאסור לחרוג ממנה כלפי מעלה; המניעה נחוצה בעיקר באשר למיעוט קטן של אסירים אלימים; והרתעת הרבים איננה מצריכה עונשים מופרזים. ובאשר להרתעת הפרט – המחקרים מצביעים על כך שדווקא מאסר קצר מרתיע ממאסר ממושך, בשל אפקט ההלם.<sup>52</sup> לבסוף, עונשים מופרזים אף עלולים לגרום לפשעים נוספים: "בגלל עצם אכזריות העונש, התעוזה שנוקט האדם כדי לחמוק ממנו גדלה ככל שגדלה הרעה שתבוא עליו, והוא מבצע פשעים רבים כדי להימלט מעונשו של פשע אחד."<sup>53</sup>

## ב. דוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע (2014): כישלון מדיניות הגידול בכליאה (קו פרשת המים – לקראת שינוי הגישה?)

בשנת 2014 פורסם דוח מאלף של ה-National Academy of Sciences – האקדמיה הלאומית האמריקנית למדעים – שכותרתו: "הגידול בכליאה בארצות הברית – חקר הגורמים והתוצאות".<sup>54</sup> הדוח עוסק בגידול בשיעור הכליאה בארצות הברית, בסיבותיו ובתוצאותיו הקשות. הוא סוקר את הגידול המדהים בכליאה – מכמתים אלף אסירים בשנות ה-70 של המאה העשרים עד למעלה משני

50. GRESHAM SYKES, THE SOCIETY OF CAPTIVES (1958).

51. שם.

52. ראו למשל, אהרן אנקר מאסר על-תנאי 29 (1981).

53. בקריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 65.

54. THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, THE GROWTH OF INCARCERATION IN THE UNITED STATES –

EXPLORING CAUSES AND CONSEQUENCES (2014), [http://johnjay.jjay.cuny.edu/nrc/NAS\\_report\\_on\\_incarceration.pdf](http://johnjay.jjay.cuny.edu/nrc/NAS_report_on_incarceration.pdf) (להלן: דוח NAS 2014).

הוועדה שריכזה את המחקרים בנושא וכתבה את הדוח כללה עשרים מומחים: קרימינולוגים, סוציולוגים, כלכלנים, אנשי מדע המדינה, פסיכולוגים, משפטנים, והיסטוריונים. הוועדה נעזרה במומחים נוספים (שם, בעמ' 17).

ראו גם דוח האגודה לזכויות האזרח האמריקנית, העוסק במאסרים ממושכים – עד המוות: AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, A LIVING

DEATH: LIFE WITHOUT PAROLE FOR NONVIOLENT OFFENSES (2013) <https://www.aclu.org/files/assets/111813-lwop-complete-report.pdf>.

אני שמח להודות לעו"ד שחר הזלקורן, תלמידי לשעבר במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן, שהיה הראשון שהפנה את תשומת לבי לשני הדוחות המרתקים האלה מיד עם פרסומם.

מיליון אסירים כיום (פי עשרה!).<sup>55</sup> חלק ניכר מהגידול בשימוש בעונש המאסר יש לזקוף לחובתה של מה שמכונה "המלחמה בסמים".<sup>56</sup> נראה שאין ניצחונות במלחמות שכאלה, אלא רק תוספת מאסר וסבל רב.<sup>57</sup>

גורם מרכזי נוסף לגידול בכליאה הוא האמונה המוטעית של קובעי המדיניות, שלפיה אפשר למגר את הפשיעה באמצעות המשפט הפלילי והמאסר. אמונה מוטעית כזו הולכה במשפט האמריקני לחוקים אכזריים, כמו מאסר עולם ללא אפשרות לשחרור מוקדם בעקבות שלוש הרשעות (Three strikes and you are out!) – אפילו אם מדובר בעבירות רכוש ואפילו כשהן פעוטות.<sup>58</sup> הדוח האמריקני עומד על המופרכות של האמונה האמורה, באמצעות הצגת נתונים, שלפיהם התרומה של הגידול העצום בכליאה לירידה בפשיעה הייתה אפסית,<sup>59</sup> והתרומה להשגת הרתעה היא מצומצמת: המחקרים מלמדים שהרתעה נוצרת באמצעות הגדלת הוודאות שמבצעי העבירות ייתפסו ולא באמצעות החמרת הענישה.<sup>60</sup> באשר לשיקול של מניעה מהמורשע לעבור עבירות נוספות – תרומת המאסר הממושך למניעה היא קטנה, משום שהמועדות ממילא פוחתת עם הגיל.<sup>61</sup> גורם מרכזי שלישי לגידול בכליאה הוא ה־"Sentencing Guidelines" – הנחיות הענישה הבנויות כטבלאות חסרות רגש.<sup>62</sup> לפחות כל עוד נתפסו כמחייבות ולא רק כמדריכות (כך נקבע בדין הפדרלי<sup>63</sup>), גרמו הטבלאות להארכה משמעותית של משכי המאסרים שגזרו השופטים.<sup>64</sup>

- 55 דוח NAS 2014, לעיל ה"ש 54, בעמ' 2, 13, 334–335.
- 56 שם, בעמ' 3 ובעמודים הסמוכים, 336 ובעמודים הסמוכים, 347 ובעמודים הסמוכים.
- 57 ממש כמו הכישלון לכפות על הציבור שלא לשתות אלכוהול בתקופת היובש בארצות הברית. כמובן אינני מסתייג מן האיסור על נהיגה בשכרות, אך האיסור על עצם שתיית האלכוהול היווה שלילת חירות מיותרת ונכשל בשל היותו בלתי ניתן לאכיפה (ראו, למשל, אריק גוד על הסטייה 37 ובעמודים הסמוכים (הדיון ב"סטייה ויחסיות") ("י שדה מתרגם, התשס"ג); MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON 280 (Alan Sheridan trns., 1977)). האיסור על שתיית אלכוהול היה אוילי, כשם שהאיסור על צריכת סמים קלים גם הוא אוילי, ואכן לאחריה בוטל בכמה ממדינות ארצות הברית. גם הביטוי "מלחמה" איננו במקום – לא "מלחמה בסמים" ולא "מלחמה בפשיעה". מדובר בדרך שבה המדינה מטפלת באזרחיה, לא במלחמה ולא בשבויים.
- 58 ראו, למשל, פסק הדין הידוע Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263 (1980). כן ראו Mike Males & Dan Macallair, *Striking Out: The Failure of California's "Three-Strikes You're Out" Law*, 11 STAN. L. & POL'Y REV. 65 (1999).
- 59 דוח NAS 2014, לעיל ה"ש 54, בעמ' 4, 337 ובעמודים הסמוכים.
- 60 שם, בעמ' 4, 337.
- 61 שם, בעמ' 4–5, 337.
- 62 העונש נקבע בהתאם לשקלול של חומרת העבירה ונסיבותיה; ושל נסיבות הקשורות לעברייני (בעיקר העבר הפלילי). ההנחיות קובעות טווח ענישה מסוים מאוד, הנקוב בחודשי מאסר (כגון 24 עד 36). בדרך כלל ההנחיות ערוכות בצורת טבלה שבה שני צירים: ציר חומרת העבירה בנוי על דירוג העבירות לפי חומרתן, לעתים בתוספת נסיבות (נשיאת נשק, למשל). ציר העברייני מבוסס בעיקר על העבר הפלילי ועל מעמדו של הנאשם בעת העבירה (משוחרר בערובה? במבחן? אסיר ברישיון?). השופטת מודרכת לגזור את העונש המופיע בטבלה בנקודת החיתוך שבין שני הצירים. השופטת אומנם רשאית לסטות מעונש זה, אך היא חייבת לנמק סטייתה, ולעתים רק על בסיס שיקולים הקבועים בהנחיות עצמן – נסיבות מחמירות מול נסיבות מקלות.
- לתיאור מפורט של שיטת ה־"Sentencing Guidelines" ולניתוחה ראו מאמריה של פרופ' רות קנאי, אשר העמיקה בחקר הנושא, ובייחוד מאמרה: רות קנאי "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" מחקרי משפט ה 234 (1986). מאמר זה אומנם אינו העדכני ביותר מבין מאמריה, אולם הוא כולל ניתוח מפורט של השיטה. ראו גם רות קנאי "הנחיות ושיקול דעת שיפוטי בענישה" עיונים בקרימינולוגיה

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

המאסרים מופנים בעיקר כלפי מיעוטים חלשים – שחורים והיספאנים; ובעיקר כלפי עניים ולא משכילים.<sup>65</sup> הללו ממילא סובלים מקשיים ניכרים בחייהם, לרבות קשיים בריאותיים, חברתיים וכלכליים.<sup>66</sup> הדוח מראה שיש לכך השפעות חברתיות קשות, לרבות הרס של קהילות קטנות.<sup>67</sup> למאסרים הרבים והממושכים מחירים חברתיים וכלכליים כבדים – הן בתקופת המאסר והן לאחר השחרור. גם בני המשפחה של האסירים סובלים מאוד, במיוחד בנות הזוג והילדים.<sup>68</sup> הדוח ממליץ על שינוי במדיניות, בחקיקה, בפעולת רשויות אכיפת החוק ובפסיקת בתי המשפט, כדי לצמצם באופן משמעותי את שיעורי הכליאה. בנוסף, הדוח ממליץ לשפר את תנאי המאסר ולהפחית נזק לא הכרחי לבני המשפחה של האסירים ולקהילותיהם. נוכח העובדה שמרבית האסירים צפויים להשתחרר ולשוב לחברה, יש להתאים את תנאי המאסר כך שהמעבר מהמאסר לחירות יהיה מוצלח הן לאסיר המשוחרר והן לחברה. יש ליצור תוכניות של חלופות למאסר, בתוך הקהילה, וכן לתמוך באסירים המשוחררים באמצעות תוכניות תעסוקה, בריאות וחינוך. תוכניות כאלה תפחנה את שיעור המועדות. יש לצמצם את הכליאה, תוך פיתוח והפעלת חלופות למאסר. במקרים רבים החלופות למאסר צפויות להיות מעשיות ויעילות יותר בהשגת מטרות הענישה.<sup>69</sup> הדוח מצביע על כך שלא די בשינוי המדיניות מכאן ולהבא כך שייכלאו פחות אנשים ולתקופות קצרות יותר; נדרש גם שינוי משמעותי באשר לרבים מדי שכבר כלואים – הן בשיפור תנאי המאסר והן בשימוש גדול יותר במנגנונים של שחרור מוקדם.<sup>70</sup> הדוח האמריקני מציע ארבעה עקרונות חשובים:<sup>71</sup> הראשון – עקרון הפרופורציה: נדרשת מידתיות בין מעשיו של העבריין (בנסיבותיו האישיות) לבין חומרת העונש שמוטל עליו. כל מאסר – אפילו קצר – הוא עונש קשה וחמור מדי כשמדובר בעבירה קלה. עקרון הפרופורציה מאותגר שוב ושוב באמצעות עונשים חמורים לעבירות קלות – הן בארצות הברית והן בישראל.

- 5, 15 (1995). מתוך ים הכתיבה בנושא בארצות הברית ראו, למשל, 105(4) COLUM. L. REV. (2005),  
חוכרת שהוקדשה כולה לנושא הענישה הפלילית בכלל, ול-Sentencing Guidelines (בפרט).  
63 בשלב מאוחר יחסית נקבע על ידי בית המשפט העליון האמריקני שההנחיות הפדרליות אינן מחייבות אלא רק מדריכות. ראו United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005).  
64 ראו, למשל, הסקירה של רות קנאי "בין אמנות למדע: גזירת הדין כאומנות" עלי משפט ח 217 (2010). בישראל הסתמנה סכנה שייחקק מנגנון של עונשי מוצא, עם פעולה דומה. במקומו נחקק תיקון 113 לחוק העונשין, התשע"ב–2012 (להלן: תיקון 113), הקובע מנגנון של הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, באמצעות קביעת "מתחם העונש ההולם". ימים יגידו אם מנגנון זה לא יגרום לגידול מיותר בכליאה. וראו, למשל, אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר ו 1 (2013).  
65 דוח NAS 2014, לעיל ה"ש 54, בעמ' 2–5, 13 ובעמודים הסמוכים, 31, 339 ובעמודים הסמוכים. כידוע, גם בישראל רוב האסירים הם צעירים עניים ולא משכילים; ערבים או ממוצא מזרחי או עולים חדשים. לאחרונה פורסם כי כ-40% מהקטינים הכלואים בכלא אופק הם ערבים וקרוב ל-30% הם ממוצא אתיופי, כלומר משתייכים לקהילה קטנה המהווה רק 1.5% מהאוכלוסייה, כך ששיעורם בקרב הכלואים גדול פי 20 משיעורם באוכלוסייה (!). ראו לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 290.  
66 דוח NAS 2014, לעיל ה"ש 54, בעמ' 5, 338.  
67 שם, בעמ' 6–7; 27 ובעמודים הסמוכים.  
68 שם, בעמ' 337 ובעמודים הסמוכים.  
69 שם, בעמ' 343–353.  
70 שם, בעמ' 344 ובעמודים הסמוכים.  
71 שם, בעמ' 8 ובעמודים הסמוכים, 23 ובעמודים הסמוכים, 341–353.

העיקרון השני – חסכנות בענישה: גם אם אין מנוס ממאסר, עליו להיות באורך המינימלי הנחוץ להשגת מטרותיו. לדעתי, למעט כשמדובר בעבירות החמורות ביותר, שהן רצח, אונס, ועבירות של אלימות קשה, כל מאסר ממושך חשוד בהפרה של עקרון החסכנות בענישה. בוודאי כשמדובר בעבירות רכוש ללא אלימות. בישראל הופיע ברוח ועדת גולדברג עיקרון יפה דומה, שלפיו בית משפט לא יגזור מאסר בפועל אם ניתן להשיג את המטרה בלעדיו.<sup>72</sup> לצערי, הסעיף היפה הזה הושמט מתיקון 113 לחוק העונשין.

העיקרון השלישי הוא עקרון האזרחות: יש להקפיד כי תנאי המאסר ותוצאותיו לא יפגעו במעמדו של האדם כחבר בחברה. על הכלא לתפקד תוך כיבוד האוטונומיה והכבוד של האסיר. צריכה להיות שקיפות לציבור של הנעשה בתוך בית הסוהר. תנאי מאסר שאינם הומניים, חותרים תחת עקרון האזרחות.

העיקרון הרביעי והאחרון הוא צדק חברתי: עמדת הרוח היא שעל בתי הסוהר להפוך למנגנונים של צדק, שתוצאתם הכוללת צריכה להיות קידום שאיפת החברה לחלוקה הוגנת של זכויות, משאבים, והזדמנויות. עקרון הצדק החברתי נפגע קשות כשהמאסר מופנה בעיקר כלפי עניים ומיעוטים. המינימום ההכרחי הוא שבתי הסוהר לא יחתרו תחת השאיפה לצדק חברתי.

רוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדעים מצביע על כך שבהשפעת ההתלהבות ממה שמכונה "המלחמה בפשיעה", פגעו קובעי מדיניות אכיפת החוק הפלילי קשות בארבעת העקרונות הללו, הכל כך חשובים במדינה דמוקרטית: עקרון הפרופורציה, עקרון החסכנות (בענישה בכלל ובמאסר בפרט), עקרון האזרחות ועקרון הצדק החברתי.<sup>73</sup>

עמדת הרוח האמריקני היא שנדרש איזון חדש בין מטרות החברה. ענישה בחומרה רבה מדי היא בהחלט לא לטובת החברה. מאסרים מרובים וממושכים אינם מועילים לחברה. הרוח מסתיים בהמלצה להפחית באופן משמעותי את מספר המאסרים ואת משך המאסרים ולהשתמש בכסף הרב שייחסך לשם הפעלת תוכניות של תמיכה באוכלוסיות חלשות – שצפויות להפחית את הפשיעה יותר מאשר ריבוי המאסרים ובוודאי בדרך אנושית יותר.<sup>74</sup>

72 משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההכנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (1997) (להלן: דוח ועדת גולדברג). סעיף 8(ב) להמלצות הוועדה קבע כך: "לא יגזור בית המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנידון אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר".

73 דוח NAS 2014, לעיל ה"ש 54, בעמ' 8 ובעמודים הסמוכים, 341–353.

74 שם, בעמ' 9 ובעמודים הסמוכים, 334, 343–357. בדומה, דוח חדש נוסף מוצא שהגידול בשימוש במאסר איננו הגורם לירידה בפשיעה: OLIVER ROEDER, LAUREN-BROOKE EISEN & JULIA BOWLING, WHAT CAUSED THE CRIME DECLINE? (Brennan Center for Justice, New York University School of Law, 2015) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2566965](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2566965) ("This report aims to spur discussion of what constitutes effective policies to deter crime. It aims to use science, law, and logic to break the myth that has fueled mass incarceration and resulted in harm to our communities, our economy, and our country. More incarceration does not lead to *less* crime. The United States can simultaneously reduce crime and reduce mass incarceration" (שם בעמ' 10).

### ג. דוח האקדמיה הבריטית (2014): קביעת חזקה כנגד השימוש במאסר

שנת 2014, שבה ניתן גם דוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדעים הנ"ל, הייתה שנה של התפתחות משמעותית בתפישת המאסר ומקומו בחברה, שכן ניתן בה גם דוח נפלא של האקדמיה הבריטית, עם הכותרת המבטיחה: A PRESUMPTION AGAINST IMPRISONMENT – הנחה כנגד השימוש במאסר.<sup>75</sup> הדוח סוקר את הגידול המשמעותי בכליאה באנגליה, בוויילס ובסקוטלנד – מכ-45,000 אסירים בשנת 1992 לכ-84,000 בשנת 2013 – בערך כפליים.<sup>76</sup> הדוח מוצא שהמאסרים הנגזרים בבתי המשפט אינם פרופורציוניים לחומרת העבירות אלא מופרזים, והם תוצאה של לחץ מוטעה של התקשורת ושל דעת הקהל על המחוקקים ועל השופטים. הטעות היא הן במחשבה שיש עלייה בפשיעה והן במחשבה שניתן לצמצם את הפשיעה תוך שימוש מוגבר במאסר. הדוח עומד הן על העלויות הכספיות העצומות של ריבוי המאסרים והארכת משכיהם – באנגליה ובוויילס הוכפלה בתקופה זו העלות הכספית לכשלושה מיליארד לירות שטרלינג – והן על המחירים האישיים והחברתיים הכבדים. הדוח מצביע על הרעה בתנאי המאסר ועל חוסר מענה לצרכים מיוחדים של קבוצות אסירים חלשות.

הדוח ממליץ על שינוי משמעותי במדיניות הכליאה, וזאת על בסיס דיון מעמיק בטיעונים תיאורטיים, מוסריים ופוליטיים; ביתרונות ובחסרונות המאסר.<sup>77</sup> הדוח מצביע על הערכים החברתיים שהשמירה עליהם מחייבת צמצום דרסטי של השימוש במאסר: חירות, אוטונומיה, כבוד האדם, סולידריות, ביטחון ומתינות. ערכים אלה חייבים להנחות את יחסנו לכל בני החברה, לרבות המורשעים בביצוע עבירות פליליות. ההמלצה המרכזית של הדוח – שאף העניקה לו את שמו – היא הנחה חזקה (strong presumption) כנגד השימוש במאסר, שלא יהיה קל להתגבר עליה.

הדוח מציע כמה אסטרטגיות להפחתת אוכלוסיית האסירים:<sup>78</sup> העברת הקביעה של מדיניות הענישה מהמגרש הפוליטי המושפע מרוחות שעה חולפות ויוצר שינויים תכופים קצרי טווח לגוף מקצועי של מומחים שיתווה מדיניות ארוכת טווח; הוצאת סוגים מסוימים של עבירות לא חמורות מתחום המשפט הפלילי; קידום השימוש באלטרנטיבות למאסר; ביטול או לפחות צמצום השימוש במאסרים קצרים של חודשים אחדים (הימנעות ממאסר במקרים שלגביהם גוזרים כיום מאסרים קצרים); ביטול או הגבלה על השימוש במאסר בסוגים מסוימים של עבירות; בחינה מחדש של משך המאסרים במטרה לקצורם; הוצאת הלוקים בנפשם או בשכלם ובעלי מוגבלויות אחרות מבתי הסוהר וטיפול בהם במסגרות ראויות יותר; והגברת השימוש בשחרור מוקדם ממאסר.

באשר להמלצה לחדול מהשימוש במאסר בסוגים מסוימים של עבירות, לדעתי יש לשלול לחלוטין שימוש במאסר בגין עבירות רכוש שאינן כרוכות באלימות או באיום בפגיעה בגוף האדם. עונש המאסר אינו פרופורציוני לעבירות כאלה, כגון גניבה, כייסות, פריצה לעסק או לרכב (בהבדל אפשרי מפריצה לבית מגורים), קבלת דבר במרמה, הונאה, מעילה, קבלת רכוש גנוב, גרימת נזק לרכוש ועוד. יש לייחד את עונש המאסר, שהוא עונש קשה מאוד, בעיקר לפגיעות בגוף, לאיום בפגיעה בגוף

75 THE BRITISH ACADEMY, A PRESUMPTION AGAINST IMPRISONMENT – SOCIAL ORDER AND SOCIAL VALUES (2014), <https://www.thebritishacademy.ac.uk/sites/default/files/A%20Presumption%20Against%20Imprisonment%20updated%202016.pdf> (נצפה לאחרונה ב-27.7.2019).

76 שם, בעמ' 26 ואילך.

77 שם, בעמ' 52 ואילך.

78 שם, בעמ' 86 ואילך.



פרק ד: מאסר, עונשים אחרים או טיפול?

בהבדל מאיום בפגיעה ברכוש) ולתקיפות מיניות. כיום בתי הסוהר מאוכלסים באלפי אסירים שהורשעו בעבירות רכוש שלא כרוכה בהן אלימות, ושחרורם (ובעתיד – ההימנעות מלכתחילה מכליאה בשל עבירות כאלה, תוך פיתוח עונשים ראויים ויעילים יותר) צפוי להקטין באופן משמעותי את אוכלוסיית האסירים – הן באנגליה, הן בארצות הברית, הן בישראל.<sup>79</sup>

#### ד. דוח ועדת דורנר (2015) (לקראת שינוי הגישה גם בישראל?)

שנה בלבד לאחר דוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדעים ודוח האקדמיה הבריטית, הגיעה הבשורה גם לישראל: דוח מאלף של "הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים", בראשות שופטת בית המשפט העליון (בדימוס) דליה דורנר, קובע כי "הארכת תקופת המאסר הקבועות בחקיקה אינה מקדמת את המאבק בפשיעה ולכן אינה מוצדקת כאמצעי להשגת מטרה זו". בדוח מופיעות ההמלצות הבאות:<sup>80</sup>

1. "אין טעם בניסיון לקדם את ההרתעה באמצעות הרחבת השימוש במאסרים או באמצעות שימוש במאסרים ממושכים יותר";
2. "שיקום בקהילה באמצעות ענישה שנעה בין עבודות שירות לצווי מבחן ושירות למען הציבור צפוי להפיק תוצאות טובות יותר";
3. "שימוש יעיל במאסר ככלי למניעת עבירות חייב להבחין בין עבריינים שצפויים לחזור ולבצע עבירות לבין אלו שלא. בנוסף, יש להתחשב באפקט הקרימינוגני של המאסר, דהיינו בכך שהמאסר בכלל ומאסר ממושך בפרט מעודד נטייה לעבריינות ומגדיל את הסיכויים שהאסיר יבצע עבירות עם שחרורו. כמו כן יש להתחשב בעלויות הכליאה הגבוהות שניתן היה להפנות לאמצעים אחרים לצמצום הפשיעה, לתועלת השולית הפוחתת של הכליאה ולאפקט התחלופה, קרי לכך שלעיתים הרחקתם מן הציבור של עבריינים מאפשרת לאחרים לתפוס את מקומם";
4. "בזמן שההות ככלא מאבדים אסירים חלק גדול מהכישורים ומהיכולות להתפרנס באופן חוקי, ולא אחת המאסר מחזק אצלם דפוסי חשיבה והתנהגות עברייניים כך שהסיכוי של אסיר לשעבר לחזור ולבצע עבירות גדול יותר מהסיכוי של עבריין שנידון לעונש מחוץ לכתלי הכלא";
5. "העלות הישירה של הכליאה בישראל עומדת על כ-10,000 ש"ח לחודש מאסר לאסיר בממוצע. לכך יש להוסיף עלויות נוספות ביניהן הסיוע של המדינה למשפחות האסירים כמו גם העלויות הנוצרות עקב החלשה נוספת של אוכלוסיות החלשות ממילא, גורם המגביר את הנטייה לעבריינות. בהשוואה לכך, ענישה בקהילה הכוללת תכניות שיקום שונות, היא זולה יותר ויעילה יותר".

"על רקע זה, הוועדה סבורה כי יש לפעול לצמצום השימוש במאסרים במקרים בהם המאסר אינו הכרחי להגבלת יכולת של עבריינים שהמסוכנות שלהם לחברה גבוהה, והרחבת השימוש בעונשים זולים יותר ויעילים יותר העומדים בעיקרון ההלימה, ובכך להביא להקצאה יעילה ונכונה יותר של המשאבים המופנים לטובת הנושא".

Boaz Sangero, *From Beccaria to Negation of Incarceration for Non-Violent Property Offences* 79 (forthcoming).

80 דוח הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים (2015).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

הדוח יוצר סיכוי ממשי לשינוי התפישה באשר למאסר לא רק בשל תכניו המתקדמים, אלא אף בשל הרכב הוועדה שכתבה אותו, שבה ישבו מלבד שופטת (בדימוס) של בית המשפט העליון ואנשי אקדמיה, גם נציגים בכירים של פרקליטות המדינה, של משרד המשפטים, של שירות בתי הסוהר ושל המשטרה.

כדוגמה, בעוד שההוצאה השוטפת לכליאת אסיר בודד היא כ-10,000 ש"ח לחודש, עלות שכרו של קצין מבחן, שמטפל בכשלושים מבצעי עבירות במקביל, היא זהה, וסיכויי הצלחת השיקום גדולים יותר כשנמנעים ממאסר.

הוועדה ממליצה שכאשר חברי כנסת מציעים לחוקק איסור חדש או להחמיר בעונש המאסר הקבוע לאיסור קיים, יהא עליהם לצרף להצעה הערכה של האוצר בדבר עלות המאסרים הצפויים להיווסף בעקבות הצעת החוק, בהתאם למנגנון התקציבי שעד היום שוחרי המאסרים משום מה זכו לחסינות מפניו. מבחינה מעשית, זוהי אולי ההמלצה החשובה ביותר שבדוח: לא כולם מתעניינים במחירים החברתיים הכבדים של עונש המאסר. כמעט כולם יודעים כסף מהו. מכאן אולי יבוא השינוי המיוחל.

## ה. תנאי המאסר בישראל (מקלחת מעל שירותי כריעה מצחינים)

בישראל שיעורי הכליאה נמוכים מאשר בארצות הברית, אך הם גבוהים משמעותית מהמקובל במדינות אירופה.<sup>81</sup> בעוד ששיעור הכליאה הממוצע במדינות המערב (מלבד ארה"ב, שבה שיעור הכליאה גבוה יותר) הוא 0.1% מהאוכלוסייה, שיעור הכליאה בישראל הוא 0.25% מהאוכלוסייה – למעלה מכפליים.<sup>82</sup> בדומה למצב בארצות הברית, גם בישראל, שבה היו עד לאחרונה כ-20,000 אסירים, ידועים מחירים חברתיים וכלכליים גבוהים של השימוש המוגבר בעונש המאסר. לפחות ברמה ההצהרתית, עונש המאסר הוא שלילת החירות בלבד ואינו אמור להיות מלווה בשלילת זכויות נוספות, שאינה מתחייבת משלילת החירות, אך תנאי המאסר בישראל הם קשים ביותר ואפילו מחפירים.<sup>83</sup> לשם המחשת תנאי הכליאה בישראל איעזר בעתירה שהוגשה לבג"ץ על ידי שלושת הגופים: האגודה לזכויות האזרח בישראל, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן, וארגון רופאים לזכויות אדם.<sup>84</sup> על פי העתירה, בעוד התקן הבינלאומי לשטח מחיה לאסיר הוא 6.5 מטרים מרובעים (שטח מוגבל מאוד בפני עצמו, ומוזמנים הקוראים לדמיין את עצמם חיים לאורך זמן במתחם של שלושה מטרים אורך ושני מטרים רוחב) בישראל שטח המחיה הממוצע לאסיר הוא פחות ממחצית – 3.1 מ"ר בלבד (!). החישוב כולל את כל שטח התא, לרבות המיטות, הארונות, השירותים והמקלחת, כך

81 סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?", לעיל ה"ש 2, בעמ' 260.

82 לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 279–282 ובמיוחד תרשים מס. 15.

83 ראו רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 439–459 (2011). כן ראו הדוחות המאלפים של הסנגוריה הציבורית באשר לתנאי הכליאה, שפורסמו באתר הסנגוריה הציבורית: <http://index.justice.gov.il/Units/SanegoriaZiborit/DohotRishmi/Pages/DohotRishmi.aspx>. ראו גם ניב ואקי, רותי קמיני ויורם רבין "עונש המאסר – תכליות, מגמות והלכות" הפרקליט נג 1 (2014).

84 עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון דחוף בבג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, נציב בתי הסוהר ושרת המשפטים (פורסם בנבו, 11.3.2014).

פרק ד: מאסר, עונשים אחרים או טיפול?

שהשטח הפנוי עבור כל אסיר הוא נמוך ביותר, כמעט אפסי.<sup>85</sup> העתירה דרשה לקבוע גם בישראל סטנדרט של שטח מחייה ראוי לאסירים – ולעמוד בו. בעתירה משולבות עדויות של אסירים ושל אחרים. אביא מקצת מהן (כל הציטוטים שלהלן הם מתוך העתירה; ההדגשות המופיעות בה הוסרו). כך לדוגמה מתאר האסיר ב' את שהותו משך כחצי שנה באגף 4 בבית כלא כרמל יחד עם תשעה אסירים נוספים (לפי נתוני שירות בתי הסוהר שטח המחיה לאסיר באגף זה הוא 2.3 מ"ר):

"גודל החדר היה כזה שאם 3 אנשים יורדים מהמיטה ועומדים במרכזו לא ניתן לזוז. בחדר היו 5 מיטות קומותיים, 10 ארונות ברזל להחזקת חפצי האסירים ועוד ארונות אחת להחזקה משותפת של מוצרי קנטינה. בתוך החדר היו שירותים וכל פעם שמישהו עשה את צרכיו החדר התמלא בסירחון קשה. בחדר הוחזקו 19 שעות ביממה סגורים. את רוב הזמן העברנו בשכיבה במיטות מאחר ולא ניתן היה להתנועע בחדר בחופשיות... אסירים רבו באופן קבוע ביניהם בחדר בגלל הצפיפות והמחנק ובגלל השהייה הרבה בתנאים אלה יום ביומו".<sup>86</sup>

כך מתאר האסיר ד' את מגבלת התנועה שחוה בעת מעצרו בבית מעצר אבו כביר:

"בתא זה שהינו 8 אסירים 22 שעות ביממה ברציפות... לא היה מקום בחדר לעמוד וללכת ולחלץ עצמות ולכן רוב הזמן כולנו שכבנו במיטות דבר שגרם לכאבי גב ולניוון שרירים".<sup>87</sup>

על פי תצהירה של גב' הלמן, אשר שימשה מפקדת של שני מתקני כליאה וקצינת אסירים מחוזית:

"הצפיפות גרמה לכך שכל בעיה הכי קטנה הפכה למריבה והכניסה מתיחות, כמו לדוגמה מי מקבל את הקומה העליונה ומי את התחתונה, מריבות על רעשים וריחות ומריבה על צפייה בטלויזיה בתוך התא במקומות בהם ניתן היה להכניס כזו. הצפיפות בתאים השפיעה גם על היכולת של אסירים לנוח ולישון והדבר הגביר את המתיחות וחוסר השקט של האסירים. כתוצאה מכך נפגעה גם היכולת של ההנהלה לנהל את הכלא באופן תקין ולשמור על המשמעת והסדר. כשיש מתח ואלימות גם הענישה של ההנהלה כלפי האסירים היא יותר חמורה, בלית ברירה... במצב של צפיפות קשה לשלב את האסירים בתוכניות טיפול ושיקום בבתי הכלא ועיקר הדגש מושם על טיפול בבעיות האלימות והמתחים הנגרמים כתוצאה מתנאי המחיה".<sup>88</sup>

לדברי הפסיכיאטר ד"ר זאב וינר, אשר חוות דעתו הרפואית מצורפת לעתירה: "צפיפות מביאה לעליה בעומס הקוגניטיבי של האסיר הנתון במערך חברתי מורכב יותר. מצב עקה מתמשך גורם להפרעה בתפקוד הגופני והנפשי. משאבי טיפול רפואי גופני, טיפול נפשי ושיקום מצטמצמים ומעצימים את

85 שם, בעמ' 5–6, ס' 21–24.

86 שם, בעמ' 18, ס' 79.

87 שם, בעמ' 18, ס' 81.

88 שם, בעמ' 20, ס' 87; בעמ' 22 ס' 96.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

הנוק הבריאותי".<sup>89</sup> אחד המחקרים המוזכרים בחוות הדעת של ד"ר וינר מצא אף כי צפיפות מעלה באופן דרמטי את שיעור ההתאבדות בין כתלי הכלא.<sup>90</sup> לפי ארגון הרפואה העולמי: "צפיפות, שהייה ממושכת בחללים לא מוארים, לא מאווררים, לחים ובטמפרטורה לא מאוזנת תורמת להתפשטות מחלות ולבריאות לקויה. תנאים אלה בשילוב עם תזונה והיגיינה לקויים ונגישות נמוכה לשירותי בריאות חושפים את האסירים לסיכון בריאותי משמעותי".<sup>91</sup>

כך מסוכמים הדברים בעתירה:

"מתצהירי האסירים ומדו"ח הסנגוריה הציבורית בעניין תנאי המאסר והמעצר במתקני הכליאה בישראל משנת 2011 עולה, כי בכתי סוהר רבים התנאים ההיגייניים והתברואתיים עולים כדי הזנחה ממש. מוצאים בהם תלונות על עכברים, חולדות, מקקים, פשפשים, קרציות, צנרת ביוב סתומה, ריחות בלתי נסבלים, רטיבות, עובש, קירות מתקלפים ולכלוך. אחת הבעיות הקשות המתוארת בדוחות הסנגוריה ובתצהירי האסירים הינה העדר אוורור ראוי בתאים".<sup>92</sup>

עוד מדווח בעתירה כי:

"לפי דו"ח הסנגוריה הציבורית, בתשעה בתי סוהר לא קיימת הפרדה בין המקלחת לשירותים או חציצה כלשהי בינם לבין התא, וברוב התאים האלה נאלצים אסירים להתקלח מעל שירותי הכריעה, בהם עשו לא מכבר את צרכיהם, הם או חבריהם לתא. למרות ששב"ס פעל לטפל בבעיה זו, עדיין נותרו כיום כ-2000 אסירים שמוחזקים בתאים שבהם המקלחות מצויות מעל שירותי הכריעה".<sup>93</sup>

המתח בין הניקיון המצופה ממקלחת לבין שירותים פעילים הוא בלתי נסבל. העתירה מביאה בעניין זה גם עדויות ישירות של אסירים באשר לתנאי התברואה וההיגיינה בתא:

"בתא שני חלונות אוורור קטנים... החדר מסריח באופן קבוע. בחדר יש 4 מעשנים באופן קבוע וכבד... החדר בלתי מאוורר ולוקח זמן רב (עד הצהריים) שהצחנה משינת הלילה של האסירים עוברת מהחדר".<sup>94</sup>

אסיר שני מעיד:

"בתוך התא היו שירותי בול פגיעה ומעליהם מקלחת. שהיתי בתא זה במצטבר במשך שבועיים וזה היה קשה מנשוא לאור הסירחון והמחנק... החלונות היו קטנים ומטונפים

89 שם, בעמ' 21, ס' 89.

90 שם.

91 שם, בעמ' 21, ס' 90, בו מצוטטים הדברים מתוך חוות הדעת של ד"ר וינר.

92 שם, בעמ' 23, ס' 98.

93 שם, בעמ' 23, ס' 101.

94 שם, בעמ' 23, ס' 102.

פרק ד: מאסר, עונשים אחרים או טיפול?

ולא החדירו לחדר אויר. אם אסיר היה משתמש בשירותים זה היה יוצר ריב בחדר כתוצאה מהסירחון והמחנק הכבד שעמד בחלל התא".<sup>95</sup>

אסיר שלישי מעיד: "החום בחדר והמחנק עולים עד כדי ייסורים. הדבר מערער את השפיות וכמעט כל הזמן נשמעות זעקות אסירים מהתאים בעניין זה".<sup>96</sup> אם הקוראים סובלים למקרא העדויות וחשים הקלה עם סיומן – ההמחשה הספיקה. זכרו את המראות, את הריחות ואת הזעקות שתוארו בעתירה זו. אלה שאינם חשים כך, מוזמנים לקרוא עדויות רבות נוספות המובאות בעתירה. וטוב מזה לשם התרשמות – ביקור במתקן כליאה. במסגרת מחקר המרתק "מיהו השופט? שופטים ושיקול הדעת השיפוטי: השפעות ומשתנים",<sup>97</sup> הביע ד"ר מרדכי בן-ארי פליאה על כך שרק כשליש מהשופטים שרואיינו במסגרת המחקר ניצלו את סמכותם הקבועה בחוק כ"מבקר רשמי של בתי סוהר" וביקרו במתקני הכליאה כדי לעמוד מקרוב על התנאים הקשים שבהם מוחזקים האנשים שאותם הם מרשיעים. כנגד העמדה המשתקפת בהימנעותם של מרבית השופטים מלבקר בבתי הסוהר, מספר בן ארי כך:

"במסגרת מחקר פיילוט נפגשתי עם [השופט] חיים כהן ז"ל ושאלתי אותו אם ידוע לו על זכותו לבקר בבית הסוהר כמבקר חיצוני. על כך הוא ענה 'זו לא זכות, זו חובה', ציין כי במהלך שנותיו כשופט, נהג לבלות כל חול המועד פסח וסוכות בבתי הסוהר השונים".<sup>98</sup>

ייתכן שאם היו ביקורים סדירים של כל השופטים במתקני הכליאה, אזי המראות, הריחות והזעקות כפי שתוארו בעתירה לבג"ץ היו מכבידים מעט על היד הכותבת גזר דין ומפחיתים את השימוש במאסר. יתרה מזו: ייתכן שעל כל שופט, כחלק מהכשרתו לתפקיד, לשהות יממה במתקן כליאה בתנאים שבהם נתונים האסירים, כדי לעמוד עליהם מקרוב, ורק לאחר מכן לקבל את הסמכות לשלוח אנשים למאסר.

## ו. החלטת בג"ץ המחייבת את הרשויות להגדיל את שטח המחיה לאסיר

ישנה גם התפתחות חיובית: שופטי בג"ץ קיבלו את העתירה הנ"ל של האגודה לזכויות האזרח בישראל, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן וארגון רופאים לזכויות האדם וציוו על רשויות המדינה להגיע תוך תשעה חודשים למצב שבו שטח המחיה נטו לאסיר יהיה 3 מ"ר; ולהגיע תוך שמונה עשר חודשים למצב שבו שטח המחיה לאסיר יהיה 4 מ"ר נטו או 4.5 מ"ר ברוטו (כולל השירותים והמקלחת). בין היתר כתבו שופטי בג"ץ כך:<sup>99</sup>

95 שם, בעמ' 24, ס' 102.

96 שם.

97 מרדכי בן ארי מיהו השופט? שופטים ושיקול הדעת השיפוטי: השפעות ומשתנים (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית, 2008) /shemer.mslib.huji.ac.il/dissertations/W/JLW/001498928\_1.pdf

98 שם, בעמ' 83, ה"ש 20.

99 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן, וארגון רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, נציב בתי הסוהר ושרת המשפטים, פס' קכא מפי השופט אליקים רובינשטיין ובהסכמת יתר השופטים (פורסם בנבו, 13.6.2017).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

"לסיכום חלק זה, נאמר כך בפשטות – היעלה על הדעת כי אסיר או עצור אשר שוכבים לישון ומתעוררים בבוקר יום יום, שבוע שבוע, חודש חודש ושנה שנה, בתא אשר גודלו 2.2 מ"ר (מחנה עופר) 2.3 מ"ר (בית סוהר מגידו) 2.4 מ"ר (מתקני כליאה ניצן, רמון וקציעות) וכדומה, חיים את חייהם 'בכבוד ובבריאות', כנדרש על פי החוק? היכולים אנו, שופטי ישראל, להתעלם מן המציאות בשטח ולהמשיך לשלוח את המורשעים בפלילים – קל וחומר החשודים או הנאשמים בפלילים – חמורים פשעיהם ככל שיהיו, ואשוב ואמר כי רבים מהם מעוררים סלידה ושאת נפש לאין קץ הן במישור הפלילי והן במישור הפלילי-ביטחוני, לתנאי כליאה שאינם ראויים למחיתו של אדם, וכפי שציין חברי השופט (בדימ') זילברטל באחד הדיונים בתיק זה – 'למקום שאף אחד מאתנו לא היה מחזיק בו מעמד יומיים' (פרוטוקול הדיון מיום 13.7.15, בעמ' 5)? ונציין כאן, כי לפי נתוני השב"ס, נמצאת ישראל הרבה מתחת לרף הממוצע באירופה הנוגע לשטח המחיה המוקצה לאסיר (שהוא 8.8 מ"ר שם), ולפי נתוני הצלב האדום אף מתחת לנהוג במאוריציוס (4.08 מ"ר), בקניה (3.7 מ"ר) ובסנגל (3.55 מ"ר) International Committee of the Red Cross, Water, Sanitation, Hygiene and Habitat (in Prisons, p. 31 (April, 2012)). סבורני, כי אין להשיב לשאלות הללו אלא באופן אחד, קרי, שלא בחיוב".

כיצד תקיים ממשלת ישראל את החלטת בית המשפט הגבוה לצדק? קיימות שתי דרכים עיקריות: האחת – בניית מתקני כליאה חדשים. הדבר כרוך בעלות של מיליארדי שקלים לבנייה ובהמשך תשלום המחירים החברתיים שתוארו לעיל. השנייה – צמצום מספר הכלואים: החזקת פחות אנשים במעצר והחזקת פחות אנשים במאסר. יש לאסור פחות אנשים ולמשכי זמן קצרים יותר. ניתן כמובן לשלב בין שתי הדרכים. יש לקוות שהממשלה תבחר בדרך השנייה, של צמצום משמעותי של מספרי העצורים והאסירים. כדי להגדיל את שטח המחיה לאסיר בכשליש (מכשלושה לכארבעה מ"ר נטו) יש לצמצם את מספר האסירים בכשליש (מכ-15,000 אסירים לכ-10,000) כלומר לשחרר אלפי כלואים (כ-5,000). להערכתי, הדבר ייטיב עם החברה הישראלית, בעיקר חברתית, אבל גם כלכלית: העלות השוטפת החודשית לכל אסיר היא 10,000 ש"ח.<sup>100</sup> אם נשכיל לצמצם את היקף הכליאה בכ-5,000 אסירים, החיסכון השנתי יהיה כחצי מיליארד שקלים. בסכום כזה ניתן וצריך לעשות הרבה דברים שיגדילו את הרווחה ויקטינו את הפשיעה, שלא באמצעות ענישה.

לצערי, התברר לאחרונה שמלבד הדרכים של צמצום חכם של הכליאה או בנייה מטופשת של בתי סוהר נוספים, מסתמנת דרך שלישית: רשויות המדינה – בעזות מצח – כבר הפרו את החלטת בג"ץ להגיע תוך תשעה חודשים ל-3 מ"ר לאסיר ולא התביישו לבקש מבג"ץ ארכה של תשע שנים (!). בדחותם בקשה מבישה זו, הבהירו שופטי בג"ץ כי התכוונו ברצינות שהחלטתם תבוצע. בדצמבר 2018 שוחררו כאלף אסירים. יש לקוות שהמהלך יושלם באמצעות שחרור כ-4,000 אסירים נוספים. דרך ראויה נוספת לקיום החלטת בג"ץ ולשיפור מצב הצפיפות הרבה היא הקטנת השימוש המופרז במעצר – הן מעצר עד תום ההליכים והן מעצר לצורך חקירה – אפשר וצריך לחקור גם בלי לעצור.<sup>101</sup>

100 לפי דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 80.

101 על השימוש המופרז במעצר במדינת ישראל ראו קיטאי סנג'רו, לעיל ה"ש 83.

## ז. פיתוח אלטרנטיבות למאסר

לא את כל בעיות החברה צריך לנסות לפתור דווקא באמצעות המשפט הפלילי, ובוודאי לא דווקא באמצעות המאסר. ראשית, יש לשאוף לצמצום המשפט הפלילי – בהתאם לעקרונות השירותיות,<sup>102</sup> שלפיו מדובר באמצעי הדרסטי, האחרון, ובמידת האפשר יש לטפל בתופעות חברתיות שליליות באמצעים אחרים, כגון חינוך, הסברה, פיצויי נזיקין, תוכניות רווחה<sup>103</sup> ועוד. לדעת מומחים רבים הגענו למצב של Over Criminalization – פליליות יתר; מלוא כל הארץ משפט פלילי.<sup>104</sup> על הכנסת למלא חובתה לא רק בחקיקת איסורים נוספים, אלא אף ובעיקר בביטול איסורים מיותרים ובלתי מוצדקים רבים מאוד, שחלקם מלווים אותנו מאז המנדט הבריטי וחלקם הוספו במהלך השנים. תחליף מעניין אחד למשפט הפלילי במקרים המתאימים (לא נוכח רצח או אונס) הוא "צדק מאחה" (Restorative Justice).<sup>105</sup> דרך התמודדות אלטרנטיבית נוספת היא באמצעות בתי המשפט הקהילתיים שהחלו להתפתח לאחרונה בישראל.<sup>106</sup>

שנית, יש להעדיף עונשים פחות אכזריים, בהתאם לעקרונות החסכנות בענישה בכלל והחסכנות במאסר בפרט ובהתאם לסעיף 8(ב) להמלצות ועדת גולדברג: "לא יגזור בית המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנידון אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר".<sup>107</sup> יש לאסור פחות אנשים ולגזור תקופות מאסר קצרות יותר מהמקובל כיום. יש להשתמש בכסף הרב שייחסך, לשם הפעלת תוכניות של תמיכה באוכלוסיות חלשות, שצפויות להפחית את הפגיעה יותר מאשר ריבוי המאסרים.

בעשורים האחרונים פותחו עונשים שנועדו להחליף את עונש המאסר, כגון מאסר על תנאי, מאסר סירווגי (למשל, בכמה מדינות, רק בסופי שבוע), עבודות שירות (במעמד של אסיר, אך ללא ניתוק מהמשפחה ומהקהילה), שירות לתועלת הציבור (שעות אחדות בשבוע), קנס, קנס על תנאי, פיצוי לקורבן, פיקוח של קצין מבחן.<sup>108</sup> הבעיה היא שנוטים להשתמש בעונשים הללו לא כלפי אנשים שבלעדי העונשים החדשים היו נענשים במאסר, אלא גוזרים אותם על אנשים שאולי כלל לא היו נענשים, או שהיו נענשים בעונש אחר שאיננו מאסר, כגון קנס. חשש זה מתחזק נוכח העובדה

- 102 עקרון השירותיות יידון בהרחבה בפרק הבא.
- 103 המחקרים מלמדים שבמדינות שבהן קיימת מדיניות רווחה מפותחת, כגון במדינות סקנדינביה, שיעורי הכליאה נמוכים. ראו לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 190.
- 104 Sanford H. Kadish, *The Crisis of Overcriminalization*, in BLAME AND PUNISHMENT: ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW 21 (1987); JONATHAN SIMON, *GOVERNING THROUGH CRIME: HOW THE WAR ON CRIME TRANSFORMED AMERICAN DEMOCRACY AND CREATED A CULTURE OF FEAR* (2007); DOUGLAS HUSAK, *OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW* (2007).
- 105 גישת הצדק המאחה מתמקדת בצורכיהם של הקורבנות ושל העבריינים ובניסיון ליישב את הסכסוך ולא בענישה. ראו למשל טלי גל והדר דנציג-רוזנברג "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" *משפטים* מג 779 (2013).
- 106 ראו לעיל ה"ש 25 והטקסט המפנה אליה.
- 107 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 72. הוראה חשובה כזו מצויה בחוק האנגלי: המחוקק אסר על השופטים לגזור מאסר אלא אם העבירה היא "so serious that neither a fine alone nor a community sentence can be justified". ראו Criminal Justice Act 2003, s. 152(2).
- 108 לדיון בעונשים אלה ראו רות קנאי "עונשים בחומרה בינונית" *ספר שמגר חלק ב – מאמרים* 213 (אהרן ברק עורך, 2003).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

שאוכלוסיית האסירים לא קטנה כצפוי בעקבות הפעלת עונשים חדשים, אלא דווקא גדלה. תופעה שלילית זו ידועה כ"הרחבת הרשת" (Net Widening).<sup>109</sup> אני מדמה את המשפט הפלילי לתמנון רב-זרועות, המצמיח עוד ועוד זרועות חדשות. לכן יש לעשות בעונשים שנועדו להחליף את המאסר שימוש במקרים שבהם גוזרים כיום מאסר – במקום המאסר. בנוסף, ניתן וצריך להמציא ולפתח עונשים נוספים שיחליפו את המאסר במקרים המתאימים הרבים מאוד.

**שלישית, יש לשפר באופן משמעותי את תנאי המאסר, שבמדינת ישראל בסוף העשור השני של האלף השלישי עודם קשים באופן בלתי נסבל ואפילו מחפירים.** חברה שאיננה מוכנה לתקצב כראוי את המאסר כך שתנאי המאסר יהיו אנושיים, מאבדת את זכותה המוסרית לכלוא בני אדם. אנו חיים בתקופה שבה גם כליאת בעלי חיים בתנאים לא הולמים נחשבת בצדק לבלתי מוסרית. לבסוף, אציע ראייה שלפיה לא רק מערכת המשפט היא שתקבע כמה אסירים יהיו במדינת ישראל. מתבקש כאן דיון ציבורי רציני, שבסופו על החברה הישראלית לגבש לעצמה תפישה נכונה יותר של מקומו של המאסר בחיינו.

109 שם, בעמ' 222.



## פרק ה

### תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

#### א. עקרון החוקיות – אזהרה הוגנת לפרט

"אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו" – כך נקבע באופן חגיגי בסעיף 1 לחוק העונשין. כדי להבין את עקרון החוקיות יש לפתוח בשאלה: מהי מטרת החוק הפלילי? המטרה איננה לתפוס עבריינים ולהענישם; אלא, בראש ובראשונה, להדריך ולכוון התנהגות. המטרה היא שהחוק הפלילי ימנע עבירות ולא ייצור עבריינים. כפי שכתב הפילוסוף צ'זרה בקריה כבר במאה הי"ח: "טוב למנוע פשעים מלהעניש עליהם".<sup>110</sup> התקווה היא שאזרחי המדינה יפעלו בהתאם לחוק, יימנעו מלבצע התנהגויות אסורות ולא יעברו עבירות. רק אם בכל זאת בחר אדם לעבור עבירה מגיע שלב העונש. העונש בהחלט אינו המטרה. הבנת מטרתו של החוק הפלילי מוליכה לעיקרון הבסיסי והחשוב ביותר בתחום דיני העונשין, הלא הוא עקרון החוקיות: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו".

המוסמך לקבוע עבירה הוא אך ורק הריבון; במדינת ישראל – הכנסת. בלשונו היפה של השופט זילברג: "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה".<sup>111</sup> כל פעולה שלא נאסרה היא מותרת (יש המכנים זאת "עקרון חירות הפעולה"). במאמר מוסגר יצוין כי באשר לרשויות המדינה הכלל הוא הפוך: מותר להן לבצע רק את הפעולות שהוסמכו בחוק לעשותן.

לעקרון החוקיות כמה הסברים מצטברים. ההסבר המרכזי – אזהרה הוגנת לפרט – לאזרח ולתושב ולתייר. חירות הפעולה של היחיד מבוססת על ידיעה בזמן הפעולה מהו התחום האסור. כפי שכתב צ'זרה בקריה: "כל אדם צריך להאמין כי יש ביכולתו לעשות כל מה שאינו מנוגד לחוק בלי לחשוש מכל קושי מלבד זה שמחולל המעשה עצמו".<sup>112</sup> הדבר כרוך בעקרון הבחירה החופשית. הרי התפקיד המרכזי של דיני העונשין הוא הדרכה, הכוונה והזהרה, כדי למנוע עבירות; ולא יצירת עבריינים וענישתם לאחר מכן. בלשון ההלכה היהודית – "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".

הסברים נוספים לעקרון החוקיות הם: הלגיטימיות של השלטון ושל החוק בעיני האזרחים תלויה בשמירה על עקרון החוקיות; יציבות ההסדרים החברתיים; אכיפה שווה של החוק; ההפרדה בין רשויות המדינה (מחוקקת, מבצעת, שופטת) וחלוקת הסמכויות ביניהן.

כאמור, הכלל הוא שכל מה שלא נאסר במפורש הוא מותר. בתחום הפלילי אסור בשום פנים ואופן לעשות היקש (אנלוגיה). אסור לשופט לומר: "מכיוון שמעשה א' אסור, אני לומד מזה ומקיש מזה,

110 בקריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 105.

111 ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785, 819 (1954).

112 בקריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 24.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

שאסור גם לעשות מעשה דומה ב'". רק המחוקק מוסמך לאסור גם על מעשה ב'. בלשון השופט זילברג: "עד כמה שמדובר הוא ב'יצירת' עבירות, היינו, בהכרזת מעשים מסויימים כמעשים אסורים, אין השופט רשאי לחרוג כמלוא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולחדש עבירה 'משלו' על סמך שיקולי הגיון".<sup>113</sup>

בענפי משפט אחרים מוכר המושג "לְקוֹנָה", שמשמעותו חלל (חוסר) בחוק. כשמקרה מסוים ד' איננו מוסדר בחוק אשר מסדיר את המקרים א', ב', ג', ה' ו-ד', תתלבט הפרשנית (השופטת) בין שתי אפשרויות: האחת היא שהמחוקק רק שכח להזכיר את מקרה ד' ולפיכך יש להחיל גם עליו את ההסדר שנחקק; והשנייה היא שהמחוקק דווקא חשב על מקרה ד' ולא הזכירו בחוק כי התכוון שההסדר שקבע למקרים האחרים כלל לא יחול עליו. כלומר: המחוקק כן הסדיר גם את מקרה ד', בדרך שמכנים "הסדר שלילי".

שונה המצב במשפט הפלילי: במשפט הפלילי אין לְקוֹנוֹת (חללים בחוק). כל מעשה שלא נאסר הוסדר ב'הסדר שלילי' כך שהמעשה מותר.

לדוגמה נניח שהאיסור על גניבה היה מנוסח כך: "הגונב חפץ – דינו...". אדם מועמד לדין על כך שגנב חשמל. האם עבר את העבירה הזו? התשובה שלילית, מכיוון שחשמל איננו בגדר "חפץ". זאת אפילו אם ההיגיון נוטה ללמוד מגניבת חפץ על גניבת חשמל. גם אם במקרה המסוים תחושת הצדק של חלקנו (או אפילו של כולנו) היא שיש להעניש גם את מי שגנב חשמל, עדיין עדיף לנו כחברה להתאפק ולוותר על הענשתו, עד שהמחוקק יאסור במפורש גם על גניבת חשמל – כפי שאכן עשה בסעיף 400 לחוק העונשין המפליל נטילת חשמל, מים וגז – איסור שיחול רק על מעשים שיעשו לאחר חקיקתו. אחרת לא תהיה לנו חירות, כי תמיד נהיה חשופים לאפשרות שיפרשו איסור בדרך המקישה מפלילות מעשה א' על פלילות מעשה ב'.

ישנן ארבע דרישות מרכזיות הנובעות מעקרון החוקיות:

### 1. פומביות החוק

הפומביות חשובה כדי שכולם יוכלו לדעת מראש מה אסור וממילא גם מה מותר. במשפט הישראלי כלל הפומביות מקוים רק באופן חלקי. זאת משום שדי בפרסומו של חוק חדש בפרסום הממשלתי הרשמי הנקרא "רשומות – ספר החוקים" כדי שהחוק יהיה בתוקף. אך הציבור הרחב לא נחשף לפרסום זה, שאפילו בקרב המשפטנים הפך להיות שכוח אל. כדי לקיים כראוי את כלל פומביות החוק כתנאי לתוקפו, יש לדרוש פרסומו בכלי התקשורת, ובכמה שפות (עברית, ערבית, רוסית, אמהרית).

### 2. הגדרה מפורטת ובהירה של האיסור

"אם פרשנות החוק היא רעה חולה, הרי ברור שרעה אחרת היא הערפול, הגורר אחריו בהכרח את הפרשנות. והערפול גדול עד מאוד כאשר החוקים כתובים בשפה זרה לעם, שאינו מסוגל לשפוט בעצמו מה יקרה לחירותו או לאיבריו".

113 שם.

פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

”ברצונכם למנוע פשעים? הקפידו שהחוקים יהיו ברורים ופשוטים”

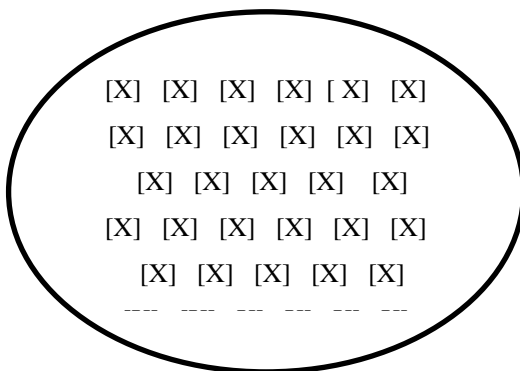
(צ'זרה בקריה).<sup>114</sup>

ההגדרה המפורטת והבהירה של האיסור חשובה כדי שגם הלא משפטנים יוכלו לדעת – ובקלות – מה בדיוק אסור. מונחים עמומים כמו ”תקלה ציבורית” (מונח שעליו בוססה עבירה פלילית מנדטורית שבוטלה רק ב-2008); ”הפרת אמונים” (מונח שעד היום מבוססות עליו עבירות פליליות עמומות – ס' 284, 425 לחוק העונשין); ”התנהגות פסולה במקום ציבורי”, לרבות ”שוטטות” (ס' 216) – מתאימים למשטרים מדכאים.

מייחסים לנפוליאון בונפרטה את האמרה היפה: ”על החוק להיות ברור, קצר ומרוכז. לפרש את החוק זה להשחיתו”. וכפי שכתב הפילוסוף צ'זרה בקריה: ”הקלקולים הנובעים משמירה קפדנית על החוק הפלילי ככתבו וכלשונו לא ישוו לקלקולים הנובעים מפרשנות החוק”.<sup>115</sup> אומנם גם בתחום המשפט הפלילי אין מנוס מפרשנות, אך כפי שנראה בהמשך, ישנם כללי פרשנות מיוחדים למשפט הפלילי.

אבי תורת הפרדת הרשויות, הצרפתי מונטסקיה, מתאר בכתביו את תפקידו של השופט כשמיעת טיעוניהם של שני הצדדים ולאחר מכן איתור (בלבד) בחוק של הכלל החל על המקרה שלהם. אך גם כאן המציאות שונה, ולא כל התשובות מופיעות במפורש בחוק. אלא שבמשפט הפלילי אנו קרובים יותר לתיאורו של מונטסקיה, משום שפרשנותו של בית המשפט היא מוגבלת וכפופה לכללים מיוחדים, שעליהם אעמוד בהמשך.

אם נעזר בתיאור גרפי של הכרסום שיוצרים האיסורים (מסומנים באיקסים) בחירותנו בהשוואה למצב הטבעי שלפני היווצרות החברה והמדינה (מסומן בעיגול גדול), הרי שבמצב שבו האיסורים אינם מדויקים, מפורטים וברורים, אלא מעורפלים, צפוי האזרח שומר החוק להקיף כל איסור במעטפת של התנהגויות שמהן יימנע מחשש שמא הן נכללות באיסור (המעטפת מסומנת בסוגריים מרובעים). זאת, גם כשאין הצדקה לאיסור עליו את ההימנעות מאותן פעולות נוספות. התוצאה תהיה שהחירות תצטמצם עוד יותר, וללא כל הצדקה:



114 שם, בעמ' 16, 106 (בהתאמה).

115 שם, בעמ' 14.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

במשפט האמריקני, הדרישה לבהירות האיסור קבועה בחוקה. איסור פלילי מעורפל (vague) הוא בְּטֵל (void).<sup>116</sup> אפילו לא צריך לבטל אותו: אין לו כל תוקף ובית המשפט רק מכריז עליו שהוא בטל. במשפט הישראלי, המכשיר הקרוב ביותר לכך הוא סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – דרישת המידתיות – "פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש". אלא שלצערי טרם ראיתי את בית המשפט העליון שלנו משתמש במכשיר זה לשם הכרזה על בטלותה של הוראה כלשהי מהוראות דיני העונשין של ישראל לשם הגנה על כבודו וחירותו של נאשם.

דוגמה לחקיקה רעה, הרחוקה מהגדרה מפורטת ובהירה של האיסור, היוותה העבירה "תקלה ציבורית", שמשום מה שרדה בחוק העונשין שלנו שישה עשורים עד שהכנסת התפנתה סוף סוף לבטלה. סעיף 198 לחוק העונשין קבע כך: "העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית, דינו מאסר שלוש שנים". לא ברור מהי "תקלה ציבורית". לא הייתה הגדרה בחוק של מונח זה, שעליו בוססה העבירה. זהו מושג רחב מאוד ומעורפל מאוד, שאינו מתאים למשפט הפלילי. יתרה מזו: בהגדרת העבירה אפילו לא נדרשה התרחשותה בפועל של תקלה ציבורית – די היה בכך שהמעשה עלול לגרום לה. ניתן לחשוב על אין ספור התנהגויות שמקיימות דרישה מינימלית כזו. בפרשת אש"ד, בעזרת עבירה רחבה כזו הצליחו אפילו להטיל אחריות פלילית בעקבות שביתתם מעבודה של עובדי קואופרטיב לתחבורה. כיום השביתה נתפסת כזכות של העובד – לפחות בתנאים מסוימים; ודאי לא כעבירה פלילית. הרי לא מקובלת במדינת ישראל העבדות. עם עבירה כזו, התחום האסור רחב מאוד ומעורפל; והתחום המותר – החירות שלנו – מצומצם מאוד. כיצד היה בית משפט אמריקני מפרש עבירה כזו? כפי הנראה היה קובע שהיא בטלה (void) וחסרת תוקף, בהיותה מנוגדת לחוקה, משום שהיא מעורפלת (vague).

בפרשת אש"ד דן השופט זילברג בעבירה משונה זו – "תקלה ציבורית" (אז סומנה כסעיף 105 לפקודת החוק הפלילי) וכתב את הדברים המאלפים הבאים, הראויים עד היום (כשבעים שנים לאחר שנכתבו) ללימוד בפקולטות למשפטים ובהכשרות לשופטים:

"מצטרף אני בלב ונפש לביקורת החריפה שנמתחה מפני סופרים ושופטים על עבירת ה־public mischief של המשפט המקובל האנגלי. זו היא עבירה שאין לה שיעור, לא למעלה, לא למטה ולא לצדדין, והיא עלולה להציף את מרבית השטחים בהם חורשת, אט־אט ומתוך זהירות ותבונה, מחרשת החוק הפלילי. סמי מכאן (מן החוק) איזו שהיא עבירה ספציפית, בעלת החומרא הבינונית של 'עוון', והיא תופיע שוב, עטורה באותו עונש ממש, מתחת לגלימה הגלמית של ה־public mischief, שהרי כל מעשה פלילי פוגע במשהו, ובמשהו אשר הציבור מעוניין בו, ואיזהו המעשה הפלילי אשר לא יכירנו מקומו בתחומי העבירה הכל־כוללת ההיא? ואם באמת לכך נוצרה העבירה הלזו: לשמש 'ממלא־מקום' וקולב לתלות בו (ולסתום) את הלאקונות השונות של החוק, הרי אין לך דרך פסולה מזו, ואין כמות נוגדת את העקרונות השוררים בדרכי החקיקה והפרשנות של החוק. שנים הם עקרונות נכבדים אלה, המהווים נכסי צאן ברזל של כל מדינה דמוקרטית נאורה: (1) אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות

116 ראו, למשל, W.R. LaFave & A.W. Scott, Criminal Law 83 ff. (1972), תחת הכותרת "Unconstitutional Uncertainty – the Void-for-vagueness Doctrine". ראו Paul H. Robinson, Criminal Law Defenses vol. I, 159 ff. (Minn., 1984) (Cumulative Supplement 1988).

פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

החקיקה; (2) צמצום נוסף, מיוחד לדרכי הפרשנות של החוק הפלילי, והוא, כי עד כמה שהמדובר הוא ב'יצירת' עבירות, היינו, בהכרזת מעשים מסויימים כמעשים אסורים, אין השופט רשאי לחרוג כמלוא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולחדש עבירה 'משלו' על סמך שיקולי הגיון".<sup>117</sup>

והנה, חרף דבריו המאלפים של השופט זילברג, התרחשה תקלה ציבורית ממשית והעבירה "תקלה ציבורית" בכל זאת שרדה למעלה מיובל שנים עד שבוטלה סוף סוף רק בשנת התשס"ח. עבירה זו אומנם בוטלה, אך נותרו עבירות נוספות עם ביטויים עמומים. כזוהי למשל העבירה של מרמה והפרת אמונים (סעיף 284 לחוק העונשין). המונח "הפרת אמונים", שעל בסיסו נשלחים אנשי ציבור למאסר,<sup>118</sup> כלל אינו מוגדר בחוק – תוך הפרה גסה של עקרון החוקיות והיעדר אזהרה הוגנת לפרט. על הכנסת להגדיר מה בדיוק אסור לעובד הציבור לעשות. זוהי חובתה.

### 3. שלילת תחולה רטרואקטיבית של האיסור הפלילי

כלל בסיסי זה בא לידי ביטוי בסעיף 3 לחוק העונשין: "חיקוק שיוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו – לפי המאוחר". הסעיף מחיל את הכלל גם על החמרה בעונש.

איסור פלילי חל רק מרגע שנחקק ופורסם ואילך, ולא חל על מעשים שבוצעו לפני כן. אילו היה חל עליהם הייתה זו הפתעת האזרח והיה מתקיים מצב של "עונשין ואין מזהירין". היה זה חוסר הגינות כלפי הפרט. הדבר היה גורם ליצירת עבריינים במקום מניעת עבירות.

### 4. כללי הפרשנות המיוחדים של המשפט הפלילי

עקרון החוקיות והשאיפה למתן אזהרה הוגנת לפרט (וכן עקרון הערך המוגן ועקרון השיירות) מכתיבים כללי פרשנות השונים מאלה המקובלים בענפי משפט אחרים:

א. יש לפרש את האיסור על פי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו.

ב. אם קיימים שני פירושים סבירים לאיסור הפלילי, יש להעדיף את זה המצמצם את האיסור (ובהתאמה – מרחיב את חירות האדם) (סעיף 34כא לחוק העונשין).

ג. ניתן וצריך להשתמש במטרת החקיקה אך רק בכיוון אחד, של צמצום האיסור אף מעבר למילותיו. לנוכח חשיבותם הרבה של כללי הפרשנות של המשפט הפלילי, אדון בהם בנפרד בפרק הבא, תחת הכותרת "פרשנות מצמצמת מול פרשנות תכליתית". כאן אמשיך בסקירת עקרונות היסוד של המשפט הפלילי.

117 עניין אש"ד, לעיל ה"ש 111, בעמ' 818–819 (ההדגשות הוספו).

118 בדנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385, 406 (2004) נקבע כי אין מקום לבטל את העבירה בשל גבולותיה העמומים, אלא רק לפרשה באופן הולם.

ב. עקרון השיוריות – המשפט הפלילי כאמצעי האחרון<sup>119</sup>

האחריות הפלילית היא האחריות החמורה ביותר. זאת, כמובן, כשהעונש הנגזר הוא מאסר, המהווה שלילה של החירות חרף היותה זכות חוקתית. גם אם העונש אינו חמור מאוד, כגון קנס כספי בסכום שהנאשם מסוגל לשלם (שהרי אם אינו מסוגל לשלם, העונש מוחלף באופן רגיל במאסר) עדיין דבק באדם קלון (סטיגמה) של עברייני מעצם ההרשעה. ישנו רישום פלילי, עם השלכות משמעותיות ארוכות טווח. ההליך הפלילי הוא משפיל. ידועה האמרה "The process is the punishment" המשקפת את העובדה שכבר הליכי החקירה והמשפט, אפילו ללא הרשעה, גורמים לנאשם סבל רב. בנוסף, ההליך הפלילי הוא יקר גם לחברה ומצריך משאבים גדולים – לחקירה, לניהול המשפט ולביצוע העונש. מכיוון שהחוק הפלילי הוא האגרופ החזק ביותר של המשפט, צריך לייחד אותו לתופעות החמורות ביותר. תופעות חברתיות שליליות שניתן להסדיר מחוץ למשפט, כגון באמצעות חינוך והסברה, או בתוך המשפט אך באמצעות ענפי משפט אחרים, כגון דיני הנוזיקין ודיני החוזים – עדיף להסדיר מבלי להטיל אחריות פלילית. אפשרית גם אחריות משמעתית שמחוץ למשפט או אחריות לפי חוק העבירות המנהליות שמחוץ למשפט הפלילי – שאז העונש איננו חמור, אין רישום פלילי ולפיכך גם אין קלון. זהו עקרון השיוריות של הדין הפלילי: המשפט הפלילי הוא שיורי, במובן זה שיש לפנות אליו רק אם לא ניתן להשיג את המטרה באמצעים אחרים. המשפט הפלילי הוא האמצעי האחרון.

נזכור כי מטרת החוק הפלילי איננה ללכוד עבריינים ולהענישם, אלא להדריך ולכוון התנהגות כדי שבני החברה ידעו מה נאסר עליהם לעשות ולא יעברו עבירות. את מטרת ההדרכה וההכוונה ניתן לעיתים קרובות להשיג ללא התערבות המשפט, כגון באמצעות חינוך ("האמצעי הבטוח ביותר אך גם הקשה ביותר למניעת פשעים הוא שיפור של החינוך"<sup>120</sup>) והסברה, או לפחות ללא ההתערבות הקיצונית שמהווה המשפט הפלילי, כגון באמצעות אחריות נזיקית לתשלום פיצויים בגין גרימת נזק. יש להבחין היטב בין המשפט הפלילי לבין המוסר. קיימות התנהגויות אנושיות שנחשבות לא מוסריות, ובכל זאת אינן פליליות ואינן צריכות להיות פליליות. למשל, אומנם לא יפה לשקר, אך אין עבירה פלילית כשמשקרים (למעט בסיטואציות מיוחדות, כגון עדות שקר בהליך משפטי), למרות שהדבר נחשב פסול מוסרית. המשפט הפלילי גורם סבל רב הן לנאשם והן למשפחתו ולמכריו, ולשימוש בו מחירים חברתיים וכלכליים גבוהים, ולכן השאיפה היא למעט בשימוש בו – רק כשמוכרחים. כדי להצדיק את השימוש במשפט הפלילי יש להצביע על נזק לזולת שגורמת ההתנהגות שאותה מבקשים לאסור – עקרון הנזק לזולת. עקרון הנזק לזולת שולל שימוש במשפט הפלילי לשם אכיפת מוסר. כפי שניסח זאת ההוגה ג'ון סטיוארט מיל, "המטרה היחידה שלמענה מותר לבריות, הן כיחידים הן כקיבוץ, להגביל את חופש הפעולה של מי מתוכם היא ההגנה העצמית; שהתכלית היחידה אשר לשמה מותר בדין להשתמש בכוח הכפייה כלפי איש הנמנה עם חברה תרבותית היא מניעת נזק לאחרים"<sup>121</sup>.

כאשר מחוקק שוקל אם לקבוע איסור חדש, עליו לשקול היטב אם התועלת שתצמח מהאיסור עולה על הנזק שבהגבלת החירות. כל איסור נוסף מצמצם את חירותנו; וכן הענישה הפלילית גורמת סבל רב.

119 במלון אבן שושן, המלון החדש: שיור – שארית, מה שנשאר.

120 בקריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 112.

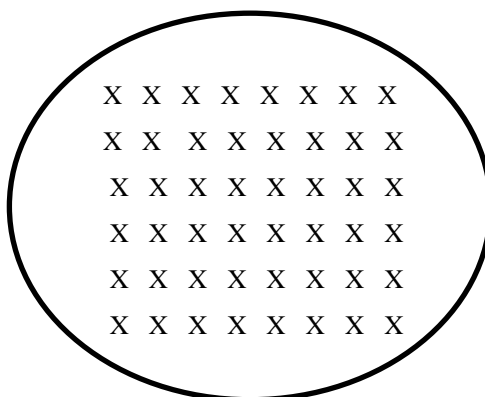
121 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 13 (אהרון אמיר מתרגם, 2006) (1859).

פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

שיקול נוסף הוא שמכיוון שמשאבי הענישה מוגבלים (משכורות לשוטרים, לתובעים, לסניגורים הציבוריים, לשופטים, למומחים, לסוהרים וכו'), כאשר מוסיפים איסורים חדשים מצמצמים את המשאבים לטיפול בעבירות החמורות.

כמובן שאין מקום לקביעת איסור המהווה גזירה שרוב הציבור לא יכול לעמוד בה. במקרה כזה, במקום למנוע עבירות יוצרים עבריינים, וסביר להניח שההגנה על הערך המוגן איננה ראויה אלא מופרזת.

במצב הטבעי, בהיעדר החברה והמדינה, יש לאדם חירות מלאה לעשות ככל העולה על רוחו. איסורי החוק הפלילי נגסו בחירות זו. בתחילה נאסרו המעשים האיומים, שאין כל מחלוקת שיש לאסור עליהם, כגון רצח, אונס, חבלת גוף. איסורים אלה אנו מוצאים לכל אורך ההיסטוריה ובכל התרבויות, למשל אצלנו, כבר בעשרת הדיברות. בהמשך נאסרו גם מעשים פחות חמורים, ובמאה האחרונה גם מעשים הרבה פחות חמורים שאת האיסור על חלקם קשה להצדיק. ניתן לדמות את חירותנו לעיגול גדול של חירות, המשקף את הכלל שלפיו כל מה שלא נאסר במפורש בחוק הוא מותר; כשמעיגול זה של חירות ננגסו במשך הזמן עוד ועוד פעולות שאסור לבצע, לאחר שהוגדרו כהתנהגויות פליליות:



תפישה מוטעית הרווחת בציבור מחלקת את העולם ל"טובים" ול"רעים": אנו הטובים, שומרי החוק, בעלי הקניין – כי התאמצנו ועבדנו והשגנו קניין (אנו מקבוצת הרוב. בארצות הברית – הלבנים); והם הרעים, פורעי החוק, חסרי קניין – כי לא התאמצו ולא עבדו ולא השיגו קניין (הם מקבוצת מיעוט. בארה"ב – השחורים). הם הרעים מבקשים לגזול את שלנו הטובים. אם כזה הוא המצב, הרי שיש בינינו מלחמה והחוק הפלילי נועד לשמור עלינו מפניהם, והוא מופנה אך ורק נגדם ולא חלילה נגדנו. האומנם?

תפישה נכונה של החוק הפלילי רואה אותו כחל על כל האזרחים – לא רק על ה"רעים" – וכמגדיר ומגביל את כוחה של המדינה לפגוע באזרח באמצעות השיניים החזקות ביותר שלה – המשפט הפלילי. לפי תפישה עדיפה זו, החוק הפלילי הוא מעין "מגנה כרטה", כתב זכויות של שומרי החוק ("מעין" – משום שאינו מנוסח על דרך החיוב תוך ציון הזכויות, אלא על דרך השלילה תוך ציון הפגיעות המוגבלות המותרות בזכויות ובעיקר בחירות).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

לפי התפישה המוטעית, כל המרבה הרי זה משוכח: הבו לנו עוד ועוד איסורים פליליים כדי להגן עלינו מפני "הרעים", ואת האיסורים הקיימים יש לפרש באופן מרחיב. אך לפי הגישה המוצעת, יש למעט ככל האפשר באיסורים פליליים ולהתמקד באלו החיוניים ביותר בלבד, משום שכל איסור נוסף מצמצם את חירותנו. למעשה, דווקא את חירותם של פורעי החוק לא בהכרח יצמצם האיסור המיותר הנוסף, משום שהם אולי כלל לא יצייתו לו. כלומר: בהפרזה בקביעת איסורים, מצטמצמת עוד ועוד דווקא חירותם של האזרחים שומרי החוק, אשר נמנעים מהפרתו. בנוסף, כדי לשמר את חירותם של האזרחים, יש לפרש בצמצום את האיסורים הקיימים.

ביטוי מסוים – אם כי חלקי ולא ממצה – לעקרון השיוריות, מצוי בסייג "זוטי הדברים" הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, שלפיו: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".<sup>122</sup> באשר למקור תוקפו של עקרון השיוריות, הוא מבוסס היטב בתאוריה של המשפט הפלילי בשיטות משפט רבות כעיקרון יסודי, אך יש המציעים לו גם עיגון חוקתי, המבוסס על דרישת המידתיות החלה על החקיקה.<sup>123</sup>

לבסוף, חוסר ההקפדה של המחוקק על עקרון השיוריות, אשר נובע להערכתי מחוסר מודעות אליו ומתפישה לא נכונה של המשפט הפלילי ושל מטרתו ותפקידו, הוא גורם מרכזי למצב פליליות היתר הקיים.<sup>124</sup> חוששני שחברי כנסת רבים טועים לראות במשפט הפלילי כלי יומיומי בידיהם להשגת מטרתם. אפילו אם המטרות הן חיוביות כשלעצמן, עדיין קרוב לוודאי שאינן מצדיקות קביעת איסורים נוספים.

## ג. עקרון הערך המוגן – הגנה ראויה (לא מופרזת) על ערך חברתי ראוי

ההצדקה לקיומו של איסור פלילי קיימת רק אם הוא מגונן באופן ראוי (ולא מופרז) על ערך חברתי הראוי להגנה. הערכים המוגנים המרכזיים באים לספק הגנה ישירה על האזרחים והתושבים: 1. חיים; 2. שלמות הגוף; 3. חירות; 4. קניין; 5. פרטיות; 6. אוטונומיה – חופש הבחירה. קיימים גם ערכים מוגנים המתייחסים לחברה, למדינה ולשלטון ולא לאזרח. ההצדקה המקובלת הניתנת להם בימינו היא ההגנה העקיפה על האזרחים: המדינה נועדה להגן על האזרח וכדי לתת לאזרח הגנה מלאה יש להגן גם על המדינה ועל השלטון. אלא שיש לנקוט בגישה של חשדנות כלפי איסורים כאלה ולבדוק היטב האומנם הם נחוצים להגנת האזרח או שמא השלטון מנצל לרעה את כוחו לחוקק. דוגמאות לשימוש לרעה של השלטון בכוח החקיקה בשמם של "ערכים חברתיים" שאינם הערכים היסודיים החשובים לאזרח ניתנו על ידי גרמניה הנאצית. כפי הנראה בעקבות לקחי המשטר הנאצי, לאחר מלחמת העולם השנייה פותחה במשפט הגרמני תורה העוסקת בערך המוגן. כך היא תוארה על ידי פרופ' קרמניצר:

122 ההדגשה הוספה. ניתן לראות כביטוי לעקרון השיוריות גם את האפשרות לסגירת תיק בהסדר מותנה, שנקבעה בסעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982.

123 אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "המעמד החוקתי של שיוריות המשפט הפלילי" ספר אליהו מצא 373 (ארה"ב, ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

124 Kadish, לעיל ה"ש 104; SIMON, לעיל ה"ש 104; Husak, לעיל ה"ש 104.



פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

"המיוחד לתורת הערך המוגן כפי שפותחה במשפט הגרמני לאחר מלחמת העולם השנייה מתבטא בשלושה: האחד – מתפישת הערך המוגן כמושג מטה-משפטי, שאיננו רק... המשמעות והמטרה של האיסור, אלא גם אמצעי לביקורת של האזרח על המחוקק, המאפשר להבחין בין חקיקה שרירותית לבין חקיקה עניינית... השני – ראיית כל הערכים המוגנים כערכים של הפרט תוך המרת האבחנה המקובלת בין אינטרסים של היחיד ואינטרסים של הכלל, באבחנה בין ערכים שהם נחלתו הבלעדית של הפרט לבין ערכים שהם נחלת הפרטים-כולם (בבעלות משותפת של כל הפרטים)... הנוסחה "אינטרס של הכלל" היא מעורפלת למדי, ועלולה לשמש מסווה או כסות להטלת איסורים שאין להם הצדקה עניינית. השלישי – גיבוש הגדרות מהותיות, מדויקות ומפורטות של הערכים המוגנים על-ידי העבירות השונות. הגדרות אלה מביאות לצמצום היקף האיסורים ביחס להגדרות רחבות, עמומות, המשתמשות במונחים כלליים, עם קונוטציה מוסרית – המקובלות אצלנו".<sup>125</sup>

מכיוון שהערך המוגן הוא הטעם וההצדקה לאיסור, הערך המוגן צריך להדריך את המחוקק בחקיקה; את השופטים בפרשנות האיסור; ואת האקדמיה בביקורת על המחוקק ועל השופטים ובפיתוח התאוריה של המשפט הפלילי; ותאוריה שאמורה להדריך גם את המחוקק ואת השופטים. הביקורת צריכה להיעזר בערך המוגן כדי ליצור הבחנה בין איסורים מוצדקים לבין איסורים שרירותיים. הערך המוגן לא רק מצדיק את קיומם של איסורים מסוימים, אלא אף מגביל את הלגיטימיות של חקיקת איסורים אחרים. כיצד נדע אם יש מקום לאיסור נוסף וכיצד לנסח חוק טוב? מכיוון שהעולם לא נחלק לטובים ולרעים, וכל אחד מאתנו – גם המחשיבים עצמם טובים – עלול למצוא עצמו, או את אחד מקרוביו או מכריו, חשוד או נאשם בעבירה, יש ללכת בדרך שהתווה הפילוסוף ג'ון רולס.<sup>126</sup> חוק פלילי טוב צריך להיקבע מעבר ל"מסך הבערות" (veil of ignorance), במובן של אי-ידיעה ולא במובן של בורות כמשתמע מהתרגום הלא מוצלח המקובל); מבלי שיהיה מובטח לנו מראש שאנו בצד של בעלי האמצעים ושל אוכפי החוק ולא של חסרי האמצעים, החשודים והנאשמים. כך נגדיר מהי ההגנה הראויה (בלבד!) על ערך חברתי ראוי. רק בחשיבה כזו נבטיח את זכויות הפרט. עקרון הערך המוגן מקובל בתאוריה של המשפט הפלילי ובשיטות משפט רבות כאחד מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי. יש המציעים לתת לו גם בסיס חוקתי, תוך קשירתו לדרישת המידתיות החלה על החקיקה.

אסף הרדוף פיתח "מתכון" מפורט ומאיר עיניים לבחינת הצדקתו של איסור פלילי, בהתאם למה שהוא מכנה "שרשרת ההפללה".<sup>127</sup>

"שרשרת ההפללה נפתחת בשאלת הפוגענות: האם סוג התנהגות הנבחן גורם נזק (או פגיעה בערכים מוגנים)? נבחנת תכלית ההפללה במובן התחלתי: הצדקה ערכית להפלת סוג התנהגות. הצדקה קיימת רק אם סוג התנהגות נדון הוא כזה שבאופן כללי,

125 מרדכי קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט 325, 327–328 (אהרן ברק ואח' עורכים, 1987).

126 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 12, 136–141 (1971).

127 אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243, 272–276 (2012).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

ולאו דווקא באופן ספציפי, כרוך בנוזק... השלב השני בשרשרת ההפללה הוא התכליתיות: האומנם לדין הפלילי יכולת להשגת מטרתו בקשר לסוג ההתנהגות ולסוג הנזק האמורים בשלב הפוגענות? לתכליתיות שני מבחני משנה מצטברים: האכיפות בודקת אם במימוש שיטות עבודתו מסוגל הדין הפלילי למנוע את סוג ההתנהגות הנדון... מבחן ההפללה המספיקה או הסלקטיבית... האם הנזק נגרם גם מסוגי התנהגות אחרים?... האומנם הדין הפלילי מסוגל למנוע את הנזק הרלוונטי? זהו מבחן צרות-יתר... לאחר שהתבססה הצדקה מוסרית התחלתית להפללה לצד הצדקה מכשירנית התחלתית, יש לתור אחר דרכים נוספות להשגת מטרת ההפללה. חיפוש זה מגולם בשלב השלישי בשרשרת ההפללה – החלופיות... השלב הרביעי והאחרון בהפללה מבקר את סוגי הפתרונות שהועלו קודם – של ההפללה וחלופותיה – כדי להכריע איזהו המוצלח ביותר... פגיעת ההפללה (פגיעת האיסור + פגיעת האכיפה)... מאזן הפללה פנימי... מאזן חלופה פנימי... כך, בתמצית בנויה שרשרת ההפללה".

"שרשרת ההפללה" שפיתח הרדוף היא מודל מצוין היכול לשמש מתכון חקיקה למחוקק ומתכון לביקורת על חוק שכבר נחקק. המודל מגלם בתוכו את כל שלושת עקרונות היסוד הראשונים, שבהם כבר דנתי בקצרה: עקרון הערך המוגן, עקרון השיוריות וכן עקרון החוקיות. לבסוף, הרדוף הציע גם עיגון חוקתי לשרשרת ההפללה – בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד ובמיוחד בדרישת המידתיות – כך שמתקבל מודל שימושי המכונה על ידי הרדוף "פסקת ההפללה"<sup>128</sup>. יש לקוות שהן המחוקק והן בתי המשפט ידעו להשתמש במודל זה. הדבר צפוי לצמצם את חקיקת היתר הפלילית, ובעתיד ניתן יהיה להשתמש במודל זה כדי לרענן את חוק העונשין ואת יתר האיסורים הפליליים ולבטל רבים מהם.

## ד. עקרון ההתנהגות – "אין עונשין על דברים שבלב"

### 1. אין איסור ואין עבירה ללא התנהגות

עקרון הבחירה החופשית, המקובל בפילוסופיה המודרנית, מכתוב בתחום המשפט הפלילי את עקרון ההתנהגות, הידוע גם בממרה "אין עונשין על דברים שבלב" (וכן את עקרון החוקיות שעליו עמדתתי ואת עקרון האשמה שעליו אעמוד בהמשך). תנאי הכרחי לקיומה של עבירה פלילית הוא התנהגות מסוימת של הנאשם; תרומה פיזית שלו להתהוות העבירה. אין עבירה ללא התנהגות. "עבירה" – גם במשמעות של איסור בחוק, כגון סעיפים 383 + 384 לחוק העונשין המגדירים גניבה; וגם במשמעות של אירוע במציאות – גניבת נכס מסוים של קורבן מסוים במקום ובזמן מסוימים על ידי מבצע מסוים. משמעות דרישת ההתנהגות היא שלעולם לא נרשיע ונעניש אדם על אירוע שאין לו קשר משמעותי אליו. אנו מאשימים אדם רק על התנהגות שלו עצמו. זהו עקרון ההתנהגות.

ההתנהגות מופיעה בהגדרת העבירה. בדרך כלל מדובר במעשה – התנהגות אקטיבית. לעיתים מדובר במחדל – התנהגות פסיבית, אי-עשייה, אפס מעשה, הימנעות מעשייה – בתנאי שקיימת בדין חובה לפעול. לעיתים ההתנהגות מוגדרת באופן מסוים (באינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין – בעילה; בגניבה לפי ס' 383(א)(1) – נטילה ונשיאה, בהתפרצות לפי ס' 407(א) – שבירה או פתיחה

128 שם.

פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

וכניסה או יציאה; בהצתה לפי ס' 448 – שילוח אש). ההתנהגות הנדרשת בהגדרת העבירה עשויה להיות דיבורים בלבד: שידול, קשירת קשר, לשון הרע (דיבה), הטרדה מינית, איומים. לעיתים ההתנהגות לא מוגדרת, אלא באופן כללי בלבד – כל מעשה או מחדל הגורמים לתוצאה שבהגדרת העבירה. למשל, כל שלוש עבירות ההמתה שהיו בתוקף עד 1.1.2019 – העבירה הבסיסית הריגה שהייתה קבועה בס' 298 לחוק העונשין, העבירה המוחמרת רצח שהייתה קבועה בס' 300, 301, והעבירה הפחות חמורה גרימת מוות ברשלנות שהייתה ועודנה קבועה בס' 304 – כולן כאחת אינן מגדירות התנהגות אקטיבית מסוימת, כגון ירי, דקירה או סקילה, ואינן מגדירות התנהגות פסיבית מסוימת, כגון הרעבה או הזנחה רפואית, אלא מתגבשות לנוכח כל מעשה או מחדל (בצירוף חובה לפעול) של המבצע אשר גרמו למות הקורבן. בדומה, גם העבירות החדשות שנקבעו בתיקון 137 לחוק העונשין<sup>129</sup> מבוססות על כל גרימה לתוצאה: סעיף 301 המתה בקלות דעת; סעיף 300 רצח; וסעיף 301א רצח בנסיבות מחמירות (אם כי בעבירה האחרונה נדרשות גם נסיבות מחמירות, כמובין).

## 2. דרישת השליטה בהתנהגות (= אפשרות בחירה בהתנהגות חלופית) (ס' 134)

כדי שהתנהגות תהיה פלילית, לא די בכך שהיא מופיעה בהגדרתה של עבירה פלילית, אלא עליה אף להיות בשליטתו של המבצע. השליטה מוגדרת כאפשרות בחירה בהתנהגות חלופית. מדובר ביכולת פיזית, אובייקטיבית, של המבצע עצמו. לא מדובר בבחירה עצמה – שהיא כבר חלק מהיסוד הנפשי שבעבירה. השליטה נדרשת בכל העבירות ולא רק בעבירות הדורשות מחשבה פלילית (מודעות). התנהגות ללא שליטה איננה פלילית. הדבר נובע הן מהעיקרון הכללי של חופש הבחירה, שהרי אין בחירה בהתנהגות נטולת שליטה, הן מעקרון האשמה והן מעקרון ההתנהגות, שכן ניתן לומר שהתנהגות נטולת שליטה כלל איננה בגדר התנהגות אנושית – כזו שעליה מתאים להחיל את המשפט הפלילי. כאשר א' דוחף את ב' כך ש-ב' נהדף על ג' ומפילו אל מסילת הרכבת, לא תוטל אחריות פלילית על ב' שנדחה על ידי א' ו"דחה" את ג' ללא שליטה בהתנהגותו (של ב'). האחריות תוטל על א' – בהתאם ליחסו הנפשי לאירוע: אם צפה את ההשתלשלות קיימת מודעות ומדובר ב"מחשבה פלילית"; אם רצה בפגיעה ב"ג' מדובר ב"כוונה"; אם לא צפה אך הייתה יכולת סבירה לצפות – תיתכן עבירת רשלנות. אם אין אפילו רשלנות – מדובר בשגגה ולא תוטל אחריות פלילית. בדומה, כאשר לעבירת מחדל, לא תוטל אחריות על מבצע שהיה כפות בחבלים ולפיכך לא יכול היה לפעול ולמלא חובה שהוטלה עליו, כגון החובה המוטלת בסעיף 362 לחוק העונשין על הורהו של קטין לספק לו צרכי חיים חיוניים. דרישת השליטה בהתנהגות קבועה בסעיף 134 לחוק העונשין:

”134. העדר שליטה

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה ולא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועותיו הגופניות, לענין אותו מעשה, כמו מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית שהעושה לא יכול להתגבר עליה, תוך תגובה רפלקטורית או עוויתית, בשעת שינה, או במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה.”

129 חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019, ס"ח 230 (להלן: תיקון 137).

### 3. "התנהגות חופשית במקור"

מקובל בעולם לקבוע חריג לדרישת השליטה ולהטיל בכל זאת אחריות, אם המבצע גרם באשמתו להיקלעותו למצב שבו עבר את העבירה ללא שליטה, תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים, בהתאם לדוקטרינה "התנהגות חופשית במקור".<sup>130</sup> כך, במקרה של נהג הממשיך לנהוג גם כשהוא חש שתדרמה נופלת עליו, נרדם וגורם לתאונה קטלנית בזמן היותו ישן, אומנם בזמן התאונה לא שלט בהתנהגותו, אך ניתן להטיל עליו אחריות פלילית לתאונה על בסיס התנהגותו הנשלטת בשלב הראשון, שבו בחר להמשיך בנהיגה חרף העובדה שחש שהוא עומד להירדם. אצלנו הוסדר החריג "כניסה למצב בהתנהגות פסולה" לדרישת השליטה בהתנהגות (ס' 134 לחוק) בסעיף 34 לחוק העונשין:

"הוראות סעיפים 134... לא יחולו [כלומר: תוטל אחריות פלילית חרף היעדר השליטה] אם העושה היה מודע או אם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה [כלומר: די ביסוד נפשי של רשלנות ולא נדרשת מודעות וצפייה], ואם העמיד את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה באותו מצב... רואים את האדם כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה; נכנס אדם למצב כדי לעבור את העבירה, והיא מותנית גם בתוצאה, רואים אותו כמי שעבר את העבירה בכוונה".

הסדר זה שבחוק הישראלי אינו טוב. הוא סוטה מעקרון האשמה שבו ארון בהמשך, בכך שהוא מסתפק ביסוד נפשי של רשלנות כדי להטיל אחריות לעבירה חמורה של מחשבה פלילית.

### 4. חזרה לעקרון ההתנהגות

נשוב לעקרון ההתנהגות. גם אם "המבצע" שונא מאוד אדם אחר, מקווה שימות ומדמיין מיני מיתות משונות, לא ניתן להעמידו לדין על כך. יתרה מזו: אין ענישה אפילו על תכנון, כל עוד התכנון נותר במוחו של המתכנן. אך אם כבר החל בביצוע התוכנית הפלילית, אזי גם אם העבירה לא נשלמה, ייתכן ניסיון לעבור את העבירה, שהוא כבר פלילי. בתווך – פעולות הכנה לקראת ביצוע אפשרי בעתיד – בדרך כלל אינן פליליות. שני אנשים מסכמים ביניהם לפגוע בגופו של אדם שלישי ומתכננים כיצד לעשות זאת. האם זו עבירה או רק מחשבות, דברים שבלב? כאן כבר לא מדובר רק בדברים שבלב, אלא לכל אחד משניהם התנהגות – קשירת הקשר, ההסכם – והקשר כבר פלילי, חרף העובדה שיש לו אופי של הכנה (סעיפים 499 ו-500 לחוק העונשין). קביעת המחוקק היא שמרגע שחולקים את המחשבות עם אחר ומתכננים יחדיו, העניין כבר מסוכן ולכן פלילי. לא בהכרח תהיה לנו שליטה על האחר ואולי הוא יבצע את העבירה גם בלעדינו. זו הסכנה. בנוסף, ניתן ללמוד מהנכונות לתכנן עם אדם אחר על כך שהנכונות לבצע את העבירה כבר גדולה – נחישות.<sup>131</sup>

130 בלטינית: *actio libera in causa*. להרחבה: מרים גור-אריה התנהגות חופשית במקור בדיני עונשין (עבודת דוקטורט, האוניברסיטה העברית, 1980).

131 אשוב למונחים אלה (קשר, הכנה, ניסיון) להלן, בפרק יט העוסק בניסיון (מול ההכנה) ובפרק כב העוסק בביצוע בצוותא (שלרוב קודם לו קשר).

פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

## 5. עבירות מצב ("עבירות סטטוס") (ועבירות ההחזקה)

בהתאם לעקרון ההתנהגות, אין מקום למה שמכנים "עבירות מצב" או "עבירות סטטוס", המוגדרות על בסיס נסיבות בלבד, ללא דרישת התנהגות. כך למשל מחוקקים נוטים לקבוע עבירה של שהות במדינה ללא היתר ("ויזה"). הם אינם מנסחים את העבירה כאיסור על התנהגות של כניסה למדינה ללא היתר, משום שהם רוצים ללכוד גם מצב שבו אדם אומנם נכנס למדינה עם היתר, אך תוקף ההיתר פקע.

אם נפרש עבירת מצב כפשוטה – נדרשות רק נסיבות – לכאורה לא נדרשת שליטה על ההתנהגות שבה נכנס האדם לאותו מצב. בספרות המשפטית ידוע לשמצה פסק הדין האנגלי בפרשת *Larsonneur* (1933): אזרחית צרפת נעצרה באירלנד והובאה בכוח למשפט באנגליה. מהעבירה המקורית שבה נחשדה זוכתה, אך הואשמה בשהייה באנגליה ללא אשרת כניסה, על אף שהוכנסה שלא מרצונה, והורשעה! בית המשפט קבע שעובדת הבאתה לאנגליה בניגוד לרצונה לא הייתה מהותית לעניין. העוול נראה בבירור.

התפישה המקובלת היא שצריך להתייחס לאדם כאל יצור אוטונומי, ולהעניש רק על מה שבחר לעשות ויכול היה שלא לעשות. עבירות מצב היו מקובלות במשטרים טוטליטריים רודניים. הענישו אנשים לא על התנהגות שלהם, אלא על הסטטוס שלהם; המעמד שלהם. החוק הפלילי הסובייטי קבע עונש הגליה ושליטת זכויות לחמש שנים על כל אדם שהוא בן משפחה בוגר מדרגה ראשונה של אדם שהורשע בבגידה וכן על כל מי שהיה תלוי בו כלכלית.

כאשר בית המשפט דן בעבירה שהגדרתה הקלוקלת מפרטת נסיבות בלבד, עליו לפרשה כך שהיא אוסרת על ההתנהגות המובילה למצב זה, ואולי גם מטילה חובה לצאת מן המצב (אם כי אז מדובר בחובה כללית לפעול, שלא בהכרח יש לה הצדקה). על התנהגויות אלה ניתן וצריך להחיל את דרישת השליטה. אפשרות קיצונית ורצויה יותר היא שבית המשפט יקבע שאיסור כזה, שאינו מגדיר התנהגות אסורה, מנוגד לא רק לסעיף 18 לחוק העונשין, שלפיו תמיד נדרשת התנהגות בהגדרת העבירה, אלא אף האיסור מנוגד לעקרון יסוד של דיני העונשין – עקרון ההתנהגות – ולפיכך איננו מידתי ואיננו חוקתי, בניגוד להגנת החירות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. וכאשר למחוקק – מוטב שיימנע לחלוטין מקביעת איסורים שאינם מפרטים באופן ברור מהי ההתנהגות האסורה. אין עונשין אלא אם כן מזהירים!

בדומה, יש לפרש את "עבירות ההחזקה" הפזורות בחקיקה הישראלית, שבהן נאסרה החזקת מכשירים, חפצים או חומרים מסוימים, כאוסרות על ההתנהגות שבה רכש האדם את ההחזקה בנכס. כדי שתוטל אחריות פלילית, התנהגות זו צריכה להיות בשליטת המבצע. למעשה, עבירות ההחזקה הן בעצם עבירות הכנה – שלקראת ביצוע עבירות אחרות, חמורות יותר. זוהי הרחבת אחריות במישור השלבים לקראת השלמת העבירה, שנדון בה בפרק העוסק בניסיון. הבנה של מהות עבירות ההחזקה כהרחבת אחריות לעבר שלבים מוקדמים של הכנה, מכתובה פרשנות מצמצמת של העבירות האלה, כדי שהאחריות הפלילית לא תרחב יותר מדי. לכן די בהפללת התנהגות נשלטת שהובילה ליצירת ההחזקה בנכס ואין להפליל גם את המחדל שבאי-ההיפטרות מן הנכס. לכן גם אין מקום להרחבה המבוססת על "החזקה קונסטרוקטיבית" שנקבעה בפסיקה הישראלית.<sup>132</sup>

132 בע"פ 250/84 הוכשטט נ' מדינת ישראל פ"ד מ(1) 813 (1986) נקבע (על בסיס הגדרת "החזקה" שבסעיף 34כד לחוק העונשין, בצירוף פרשנות מרחיבה שאינה מתאימה למשפט הפלילי) ששליטה כוללת שתי צורות: האחת – החזקה פיזית – היכולת להגיע לעשייה פיזית בנכס על פי מהלך העניינים הטבעי והרגיל;

6. ההסבר לעקרון ההתנהגות: מדוע אין מענישים על מחשבות בלבד?

ראשית, קשה מאוד לדעת ולהוכיח מה עבר במוחו של אדם. כשיש התנהגות – ניתן ללמוד ממנה על יחסו הנפשי של המבצע כלפי העבירה שעבר. כשאדם מכניס לכוס משקה של הקורבן כמות גדולה של רעל ציאניד; או כשאדם מרוקן מחסנית של כדורים אל גופו של שכנו; או דוקר אותו דקירות רבות בפלג גופו העליון; ניתן ללמוד מהתנהגותו על כך שלא היה רשולן אלא היה מודע למעשיו וכפי הנראה אף התכוון להמית. כשאין התנהגות – קשה עד בלתי אפשרי לדעת ולהוכיח את המחשבות.

ענתה נניח שפעם חלילה יתקינו שבבים במוחות האזרחים, כך שהרשויות תדענה בוודאות את המחשבות, את היסוד הנפשי. האם נוותר על הכלל "אין עונשין על דברים שבלב"? לא ולא. ישנן סיבות טובות אחרות שלא להעניש על מחשבות בלבד:

שנית, הנוק והסכנה: מחשבות (בלבד) אינן מוזיקות ואינן די מסוכנות להצדקת הפעלה של המשפט הפלילי. לעומת זאת מי שכבר מנסה לעבור את העבירה מראה שהוא מסוכן ויש למשל טעם להרתיעו.<sup>133</sup>

שלישית, הגמול: כל עוד אנו בשלב של מחשבות בלבד, ספק רב אם יש על מה לגמול למבצע. רביעית, חירות האדם: החברה אינה מעוניינת בדיכוי החירות. שלילת החופש לחשוב, לקוות ולפנטז היא פגיעה עצומה בחירות המחשבה ובחירות המצפון.

חמישית, החשש מהפללה על ידי המשטרה: גם במצב הקיים יש חשש שחוקרי משטרה יחלצו מהחשוד הודאה במעשה שלא עשה. כשנדרשת בהגדרת העבירה התנהגות, קיימת אפשרות להפריך את ההודאה בעזרת אינדיקציות עובדתיות, שבהן עשויות להיעזר הנאשמת, הסניגורית והשופטת. אם חלילה יפלילו גם מחשבות, קשה עד בלתי אפשרי יהיה להפריך הודאת שווא (כבר כיום קשה הדבר<sup>134</sup>).

שישית, היעדר השליטה במחשבות ובהרהורים: ראינו כי כשאין שליטה בהתנהגות – כשאין אפשרות פיזית לבחור בהתנהגות אחרת – אין עבירה. כנראה שבמחשבות לעולם אין שליטה. המחשה לכך ניתנת כשלעיתים אנו מנסים להפסיק לחשוב על משהו שמונע מאתנו להירדם – ונכשלים. לכן אין טעם להעניש על מחשבות – ממילא לא ניתן יהיה להרתיע; ובוודאי שלא מוצדק להעניש מבחינה גמולית.

והשנייה – החזקה קונסטרוקטיבית – היכולת לקבוע את גורל הנכס. די באפשרות למתן הוראות לאחרים. מר הוכשטט לא היה עבריין. הוא מאוד לא רצה לקבל מהדואר חבילת סם שהבוס שלו שלח אליו מחו"ל, עד כדי כך שברח בעצמו לחו"ל כדי לא להיות כאן כשהחבילה תגיע, ובכל זאת הורשע ברוב דעות. אך האומנם החזיק בנכס? אפילו אם מוכרחים להטיל כאן אחריות פלילית, מתאימה יותר העבירה "אי-מניעת פשע" הקבועה בסעיף 262 לחוק העונשין.

133 מקובל לומר כי "דיני העונשין הם דיני המעשים הרעים ולא דיני האנשים הרעים". ראו מרדכי קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 55, 73 (אלי לדרמן, שי לביא וקרן שפירא-אטינגר עורכים, 2001).

134 בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא? הסכנה – הרשעת חפים מפשע על סמך הודאותיהם בלבד. הפתרון – 'סיוע' – ראייה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית, ממשית ומשמעותית" עלי משפט ד 245 (2006) (להלן: "ההודאה כבסיס להרשעה"); Boaz Sangero, *Miranda Is Not Enough: A New Justification for Demanding "Strong"* Corroboration, 28 CARDOZO L. REV. 2791 (2007) (להלן: *Sangero, Miranda Is Not*); Boaz Sangero, *Safety from False Confessions*, 54 CRIM. L. BULLETIN 25 (2018); (*Enough*

פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

שביעית, לא מעשי ולא מציאותי להעניש על מחשבות: צריך יהיה להעמיד לדין הרבה יותר אנשים מכפי שמעמידים לדין כיום. אולי כולם יהפכו כך לעבריינים, מלבד ל"ו צדיקים. אחרי הכל, מי מאתנו לא חשב פעם לפגוע באדם אחר?

העיקרון "אין עונשין על דברים שבלב" מקובל בכל שיטות המשפט שאותן חקרת. יש מדינות שבהן הדבר קבוע בחוק במפורש. אך בחוק העונשין הישראלי נפקד מקומו של עיקרון חשוב זה. בדברי ההסבר להצעת החוק שקדמה לתיקון 39, נטען שהדבר נרמז בסעיף 18 לחוק. הכיצד? סעיף 18 – "מבנה היסוד העובדתי" – מגדיר כך (ההדגשות הוספו):

"פרט, לענין עבירה – המעשה בהתאם להגדרתה, וכן נסיבה או תוצאה שנגרמה על ידי המעשה, מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה".

כלומר: המבנה התחבירי של הסעיף מלמד שההתנהגות ("המעשה") נדרשת תמיד, בעוד שנסיבה או תוצאה אינן הכרחיות, שהרי נאמר עליהן "וכן" (מעמד משני); "[רק] מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה". זוהי דרך קמצינית להזכיר עקרון יסודי כה חשוב. אסיים בציטוט מספרו "1984" של ג'ורג' אורוול: 135

"וינסטון מתרומם ומזדקף על מושבו... עיניו חוזרות ומתמקדות בעמוד שלפניו. ראה גם ראה: בשעה שישב חסר אונים ושקוע בהזיה, כתב בלי משים, כמאליו. וכתב היד אינו עוד מכווץ ומקוטע כמקודם. העט שבידו החליק מעדנות על הנייר החלק, וטבע בו אותיות דפוס גדולות ונאות:

הלאה האח הגדול  
הלאה האח הגדול  
הלאה האח הגדול  
הלאה האח הגדול  
הלאה האח הגדול

שוב ושוב, מלוא חצי העמוד. אין תימה שהוא חש מדקרת פחד. אומנם אין כל יסוד לפחד, שכן כתיבת המלים האלה דוקא אינה בחזקת פשע יותר מעצם כתיבת היומן; אבל רגע אחד תוקפו חשק עז לקרוע את העמודים שקילקל ולמשוך ידו מכל העניין, אולם אין הוא עושה זאת. יודע הוא גם יודע שאין מועיל בכך. אין הבדל אם יכתוב 'הלאה האח הגדול' או לא יכתוב. אין הבדל אם ימשיך בכתיבת היומן או לא ימשיך. אם כך ואם כך עתידה משטרת המחשבות לתפוס אותו. שכן הוא אשם – והיה אשם גם אילמלא כתב מלה אחת – בפשע הפשעים, בזה הכולל בתוכו ממילא את כל שאר הפשעים. 'חשובפשע' קוראים לו. 'חשובפשע' אינו מן הדברים שאפשר להעלימם לנצח. יכול אתה להצליח להתחמק זמן מה, אפילו שנים, אבל במוקדם או במאוחר סופך להיתפס.

תמיד בלילה – תמיד נעשים המאסרים בלילה. הטלטלה הפתאומית מתוך השינה, היד הקשה המטלטלת את כתפך, האור המסנוור את עיניך, מעגל הפנים הקשוחות מסביב

135 ג'ורג' אורוול 1984, 18 (ג' ארייך מתרגם, 1971) (1949).



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

למיטה. ברובם הגדול של המקרים אין משפט, אין דיווח על המאסר. אנשים נעלמים ואינם, תמיד בלילה. שמך נמחק ממרשמי התושבים, כל מסמך על מה שעשית מעורך נמחה ואיננו, הוייתך מלשעבר מוכחשת, נשכחת. נמחית, הושמדת: איוד, זה המונח הרגיל לכך".

### ה. עקרון האשמה – אין עבירה ללא אשמה – דרישת המודעות

העיקרון הכללי של אוטונומיה אינדיבידואלית ושל בחירה חופשית תומך בעקרון האשמה ובדרישת המודעות (וכן בעקרון החוקיות ובעקרון ההתנהגות שעליהם עמדת). העיקרון של אוטונומיה אינדיבידואלית מוליך לכיבוד האדם כרציונלי וכבוחר את בחירותיו. מכאן קצרה הדרך לדרישת המודעות של המבצע ליסוד העובדתי של העבירה – להתנהגותו, לנסיבות הנלוות לה ולתוצאה (אם נדרשת כזו בהגדרת העבירה) – כתנאי לאחריות פלילית.

אין להטיל על אדם אחריות פלילית אלא אם היו לו הכושר וההזדמנות ההוגנת לנהוג אחרת.<sup>136</sup> אחריות פלילית מתאימה רק לגבי תוצאות שהאדם גרם להן במודע או שנטל סיכון במודע; ובנוסף, נדרשת מודעות להתנהגות ונדרשת מודעות לנסיבות.<sup>137</sup> דרישות משנה אלה יחדיו מהוות את הדרישה למחשבה פלילית כתנאי להתגבשות העבירה הפלילית. ההסתפקות ברשלנות היא חריג (מצב שבו המבצע לא היה מודע ולא צפה את הסכנה והטענה כלפיו היא שלא נזהר מספיק). מסתפקים ברשלנות רק בתחומים מאוד מסוימים, במיוחד לשם הגנה על חיי אדם. אין הצדקה לאחריות מוחלטת (המוטלת מבלי לדרוש אשמה ולפיכך גם מבלי לדרוש בחירה). בנושאים אלה אדון בפרקים מאוחרים יותר.

העיקרון של אוטונומיה אינדיבידואלית ← עקרון האשמה ← דרישת המודעות ("מחשבה פלילית")

מעט היסטוריה: בעבר הרחוק כלל לא דרשו יסוד נפשי לצורך התגבשות העבירה הפלילית והאחריות הייתה מוחלטת. הסתפקו ביסוד העובדתי של העבירה, שלעיתים קרובות היה גרימה לתוצאה – אפילו מקרית לחלוטין וללא כל אשמה. מייחסים את דרישת האשמה למשפט העברי, ואחריו למשפט הרומי, ואחריהם למשפט הכנסייתי (הדין הקנוני). במשפט האנגלי, שממנו ירשנו את חוק העונשין, רק בימי הביניים החלו לדרוש יסוד נפשי, כנראה במאה ה-13.

ראינו שהמשפט הפלילי עוסק בהתנהגויות אנטי חברתיות, הפוגעות בערכים המוגנים. היסוד הנפשי הוא שהופך את ההתנהגות מהתנהגות מזיקה (שאו די היה לנו בדיני הנזיקין ובתשלום פיצויים של המזיק לניזוק) להתנהגות אנטי חברתית המסכנת ערך חברתי – ולכן קובעים שהיא פלילית. היסוד הנפשי מקשר בין המבצע לבין המעשה מהבחינה הערכית; בהבדל מהקישור מן הבחינה הפיזית שאותו יוצר היסוד העובדתי:

היסוד העובדתי ← סכנה / פגיעה בקורבן מסוים;

היסוד העובדתי + היסוד הנפשי ← פגיעה גם בערך חברתי מוגן.

136 HART, לעיל ה"ש 9.

137 ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 27–28, 87–88 (2<sup>nd</sup> ed. 1995)



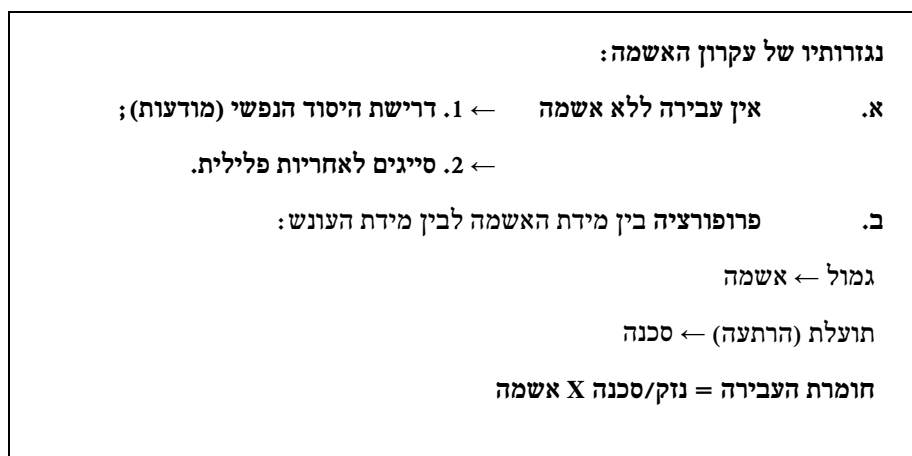
פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

ליסוד הנפשי חשיבות גדולה מאוד בקביעת חומרת התופעה העבריינית. חרף העובדה שהיסוד העובדתי עשוי להיות זהה לחלוטין והתוצאה בכל שלושת המקרים היא מותו של אדם, אנו רואים באופן שונה לחלוטין רצח בכוונה, המתה בקלות דעת וגרימת מוות ברשלנות. רופאה מנתחת נותנת למנותח עירוי דם לא מתאים, שממית אותו. שמים וארץ אם עשתה זאת ברשלנות (לא בדקה את סוג הדם) מול בכוונה (שילמו לה כדי לחסל את הקורבן). בתווך ניצבת קלות הדעת (הרופאה התעצלה לברוק האם מנת הדם היא מסוג מתאים, חרף העובדה שהייתה מודעת לסיכון, וקיוותה לטוב). קיימת גם האפשרות של אדישות, שבה אדון בהמשך.

היסוד הנפשי מאפשר לנו לייחד את האחריות הפלילית בעיקר למצבים שבהם המבצעת הייתה מודעת לסיטואציה ובחירה לנהוג באופן האסור, תוך נכונות לפגוע בערך המוגן. הרציונל של דרישת היסוד הנפשי טמון בעקרון האשמה. המשפט הפלילי המודרני אינו מבוסס רק על נזק או סכנה, אלא גם על אשמה. אם המבצעת לא צפתה את התוצאה, אין אשמה מוסרית ולכן לא צודק להרשיעה. גם כשיכולה הייתה לצפות אך לא צפתה (= רשלנות) האשמה אינה גדולה, אם היא בכלל קיימת – נושא שיידון בפרק אחר.

בפרק קודם בחנו שתי הצדקות מרכזיות לענישה – גמול ותועלת (ובמיוחד הרתעה). באין אשמה, כמובן שהגמול לא מצדיק ענישה. מה באשר לתועלת? גם משיקולים תועלתיים לחלוטין נגיע לדרישת האשמה: כאשר המבצעת אינה מודעת לסיטואציה (למשל – לא צופה את התוצאה) קשה עד בלתי אפשרי להרתיעה.

להלן אציג את נגזרותיו של עקרון האשמה בעזרת תרשים ומיד אחריו יבוא ההסבר:



הסבר התרשים: הנגזרת המרכזית של עקרון האשמה היא הכלל שלפיו אין הצדקה לעבירה ללא אשמה. על הביטוי המרכזי לעיקרון זה – דרישת היסוד הנפשי בכלל ודרישת מודעות ("מחשבה פלילית") בפרט עמדת זה עתה. ביטוי נוסף של עקרון האשמה ושל הכלל שאין עבירה ללא אשמה מהווים הסייגים לאחריות פלילית (הקבועים בעיקר בסעיפים 134–34 לחוק העונשין). חלק מהסייגים מבוססים על חוסר אשמה – "צידוקים" (justifications) כגון הגנה עצמית; וחלקם מבוססים על אשמה פחותה – "פטורים" (excuses) כגון אי־שפיות. נגזרת נוספת של עקרון האשמה היא, כמובן, הדרישה

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

לפרופורציה בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש. ההצדקה הגמולית לענישה מוליכה להתעניינות המשפט הפלילי באשמה וההצדקה התועלתית להתעניינות בסכנה. חומרת העבירה היא תוצאת ההכפלה של שיעור הנזק/הסכנה במידת האשמה.

לסיום אציין כי הדרישה ליסוד נפשי של מודעות קשורה אומנם בעיקר לעקרון האשמה, אך היא נתמכת גם על ידי עקרונות יסוד אחרים של דיני העונשין: עקרון השויות – ללא אשמה לא מתאים להשתמש בכלי כה דראסטי כמו המשפט הפלילי ועל החברה להסתפק בכלים אחרים; עקרון הערך המוגן, שמשמעותו היא הגנה ראויה על ערך חברתי ראוי – בהיעדר אשמה הפגיעה בערך המוגן קטנה; ועקרון הפרופורציה – המשפט הפלילי הוא תגובה מופרזת להתנהגות נטולת אשמה.

### 1. עקרון הפרופורציה – מתאם בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש

#### 1. כללי

עקרון הפרופורציה, כמובן, מוכר בתחומים רבים של חיינו – הן במשפט והן מחוצה לו. למעשה, קשה לחשוב על תחום שהפרופורציה לא תיטיב עמו. בתחום הענישה הפלילית העיקרון נחזה כמובן מאליו: ככל שהעבירה חמורה יותר יש לקבוע לה עונש חמור יותר; ולהיפך: לעבירות קלות יחסית על המחוקק לקבוע עונשים קלים יחסית.

הן הצדקת הענישה על בסיס הגמול, המוליכה להתעניינות באשמתו של המבצע; והן הצדקת הענישה על בסיס התועלת ובמיוחד הרתעת הרבים, המוליכה להתעניינות בסכנה שבמעשהו של המבצע, שתיהן כאחת מוליכות אל עקרון הפרופורציה שבין חומרת העבירה לבין חומרת העונש. ההקפדה על הפרופורציה חשובה גם לשם מניעת שרירות בענישה. את חומרת העבירה אני מציע לתאר כמכפלה של הנזק/הסכנה והאשמה:

$$\text{חומרת העבירה} = \text{הנזק/הסכנה } X \text{ האשמה}$$

המכפלה ממחישה לא רק את החשיבות של כל אחד משני הגורמים נזק/סכנה ואשמה בקביעת חומרת העבירה וממילא גם בקביעת חומרת העונש הפרופורציוני, אלא אף את העובדה שבהיעדר אשמה או בהיעדר נזק/סכנה אין כל טעם בענישה, ממש כשם שההכפלה במספר אפס – אפילו של מספר גדול – תמיד תניב תוצאה אפסית.

#### 2. העונשים המרביים הקבועים בחוק

חוק העונשין הישראלי – מסיבות היסטוריות – לא מגשים את עקרון הפרופורציה. אם נעיין בו נמצא בנקל עבירות קלות עם עונשים חמורים; עבירות בעלות חומרה בינונית עם עונשים חמורים מאוד; ועבירות שונות מאוד בעלות חומרה שונה מאוד, שמשום מה קבוע להן אותו העונש. לא נמצא אפילו עבירה חמורה אחת עם עונש מרבי קל. ירשנו את החוק מהמשפט האנגלי. שם הדגישו מאוד את התועלת, הרתעת הרבים והסכנה ולא את הגמול והאשמה. כך למשל הכיל הדין האנגלי מלפני כמאתיים שנים לא פחות ממאתיים עבירות שעונשן היה מוות, לרבות עבירות קלות ככריתת עץ

פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

בפארק, התחברות עם צוענים וגניבת רכוש שערכו עולה על שילינג אחד.<sup>138</sup> לא בכדי נודע חוק זה בכינויו קוד הדמים ("The bloody code"). האנגלים סברו שירתיע, אך לא זו בלבד שעקרונות הגמול והאשמה נפגעו, אלא אף ההרתעה המקווה לא הושגה. כך למשל מדווח על כייסים שעסקו במשלח ידם (תרתי משמע) תוך ניצול הצפיפות של קהל הצופים (צמא הדם) בהוצאות להורג של כייסים אחרים. בנוסף, תוצאה שכיחה הייתה דווקא זיכוי של אשמים, כדי להימנע מהעונש המופרז שהיה קבוע בחוק. בהמשך, עם קדמה מוגבלת, הומרו עונשי המוות בהגליה (באנגליה) ובמאסר עולם (בישראל)<sup>139</sup> ולבסוף הומרו מרבית עונשי מאסר העולם במאסרים למשך 20 שנים.<sup>140</sup> כך נותרו עד היום בחוק העונשין עבירות רבות שעונשן 20 שנות מאסר.<sup>141</sup> גם עקרון הפרופורציה שבין העבירות השונות אינו מתקיים בחוק העונשין. כך למשל בעוד שהנחת חומר נפיץ בכוונה לגרום חבלה בגופו של אדם דינה 14 שנות מאסר, הרי שדינה של הנחת חומר נפיץ בכוונה להרוס נכס או להזיק לו הוא 15 שנות מאסר;<sup>142</sup> כביכול הרכוש חשוב מגופו של אדם.

ההערכה כי העונשים המרביים הקבועים בחוק הפלילי הישראלי הם מופרזים הייתה מקובלת גם על חברי ועדת גולדברג, אשר קבעו כי "העונשים המירביים נקבעו בזמנים שונים, ואין ביניהם יחס הגיוני... רוויזיה (שלדעת כל חברי הוועדה יש לעשותה) בעונשים המירביים שהם חמורים ביותר".<sup>143</sup> עקרון החוקיות מחייב שכל הסדר שניתן לקביעה כללית טובה ומראש, ייקבע על ידי המחוקק. לפיכך, עקרון החוקיות מחייב הנמכה משמעותית של העונשים המרביים לרמות סבירות – בהתאם לעקרון הפרופורציה – כך שניתן וצריך יהיה לקבל מהם הכוונה משמעותית. כיום המרחק בינם לבין העונשים הנגזרים בפועל הוא גדול. הכל יודעים שבבתי המשפט גוזרים עונשים נמוכים בהרבה מהעונשים המרביים. ההרתעה לא נוצרת מהעונש הקבוע בחוק, אלא מהעונשים הנגזרים בפועל בבתי המשפט. אחד השימושים המגוונים שנותרו לעונשים המרביים המופרזים הקבועים בחוק הוא הפעלת לחץ על נאשמים להסכים לקבל עסקות טיעון גרועות ולהודות באשמה – בין אם עברו את העבירה ובין אם לאו. כשנזכה לחוק עונשין חדש, המחוקק ודאי יקבע סולם רציונלי של עונשים סבירים ולא מופרזים.

### 3. מתכון לדירוג

כיצד ידרג המחוקק את עונשיהן המרביים של העבירות השונות? סקרים שנעשו הן בקרב בעלי תפקידים במערכת המשפט הפלילי והן בקרב הציבור הרחב מלמדים כי בעוד שקשה להשיג הסכמה בשאלה מהו העונש הראוי לעבירה מסוימת, קיים קונצנזוס רחב – בכל החברות, במדינות שונות ובתרבויות שונות<sup>144</sup> – מהי החמורה מכל צמד עבירות. כך, למשל, אם ניטול כדוגמה עבירות אחדות,

- 138 ראו למשל סנג'רו "על עונש המוות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 129, 179 ואילך, והאסמכתאות המופיעות שם.  
139 חוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש המוות על רצח), התשי"ד-1954, ס"ח 74.  
140 סעיף 41 לחוק העונשין.  
141 קיימות שיטות משפט שבהן נקבע שעונש מאסר ממושך פוגע בכבוד האדם. ראו למשל, באשר לפסיקת בית המשפט החוקתי בגרמניה, אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 280, 271 (1994).  
וראו LEON S. SHELEFF, ULTIMATE PENALTIES: CAPITAL PUNISHMENT, LIFE IMPRISONMENT, PHYSICAL TORTURE 133-136 (1987).  
142 השוו בין סעיף 330 לבין סעיף 456 לחוק העונשין.  
143 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 72, בעמ' 15. וראו גם שם בעמ' 43-44.  
144 פרופ' Paul Robinson עמד על כך בכמה מחקרים.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

הכל יסכימו ששוד חמור מפריצה; פריצה חמורה מגניבה; אונס חמור משוד; ורצח חמור מיתר העבירות. כך קיבלנו את הדירוג הבא, מהכבד אל הקל:

רצח  
אונס  
שוד  
פריצה  
גניבה

באופן הזה על המחוקק ליצור היררכיה בין העבירות השונות, המבוססת על חומרתה של כל עבירה, שהיא פונקציה (מכפלה) של הנזק/הסכנה והאשמה. רק בשלב השני יקבע המחוקק עונש מרבי לכל עבירה (שאינו חייב להיות מאסר!) תוך היעזרות בעונשים שמצא ראויים לעבירות שמעליה ולעבירות שמתחתיה. מצער שעד היום לא מצאה הכנסת את הזמן הדרוש לשם תיקון יסודי של חוק העונשין – כלומר חקיקתו מחדש.

### 4. מתכון לקביעת העונשים המרביים

נוסף על המתכון הנ"ל לדירוג, לקראת חקיקתו ההכרחית של חוק עונשין חדש, הנני מציע כאן לראשונה מתכון נוסף, שישמש לקביעת העונשים המרביים של העבירות השונות. המתכון מבוסס על הנוסחה שהצעת, שלפיה:

**חומרת העבירה = הנזק/הסכנה X האשמה**

המכפלה ממחישה הן את החשיבות של כל אחד משני הגורמים נזק/סכנה ואשמה בקביעת חומרת העבירה וממילא גם בקביעת חומרת העונש הפרופורציוני, והן את העובדה שבהיעדר אשמה או בהיעדר נזק/סכנה אין כל טעם בענישה, ממש כשם שההכפלה במספר אפס – אפילו של מספר גדול – תמיד תניב תוצאה אפסית.

כדי להמחיש את השימוש שאני מציע לעשות בנוסחה זו, אדגים את הדברים תוך התייחסות לכמה עבירות של פגיעות שונות בגוף האדם, בליווי צורות שונות של היסוד הנפשי. ההנמקה המלאה של הכימות המספרי שאני מציע לצורות השונות של היסוד הנפשי מובאת בהמשך – בפרק העוסק ביסוד הנפשי שבעבירה הפלילית.

בשורה העליונה מופיעות דרגות האשמה שאני מייחס לצורות השונות של היסוד הנפשי: כוונה-תחילה – 10; כוונה – 9; אדישות – 8; קלות דעת – 4; רשלנות (סובייקטיבית) – 1; שגגה – 0. ניתן אומנם להעריך אחרת ממני את דרגות האשמה, אך לאור הגדרותיהן של הצורות השונות של היסוד הנפשי בחוק העונשין (סעיפים 19 – 21), אני מעריך שהערכותיהם של מומחים אחרים למשפט פלילי תהיינה דומות, ומכל מקום תהיינה במגמת ירידה מהכוונה-תחילה, דרך הכוונה, האדישות וקלות הדעת, ועד לרשלנות (בהתאם להגדרות המונחים).

בטור הימני מופיעות דרגות הנזק שאני מייחס לפגיעות שונות בחיים ובגוף: מוות – 10; חבלה חמורה – 6; חבלה – 4; פציעה – 2; תקיפה (ללא נזק) – 1. גם כאן תיתכנה הערכות שונות, אך הן תהיינה כנראה דומות ומכל מקום באותה מגמת ירידה (מתוך הגדרות הנזקים השונים).

בנקודת החיתוך שבין הצירים מופיע העונש המרבי הראוי, כפי גמולו של המבצע, בהתאם למכפלת אשמתו בנזק/בסכנה. כך, למשל, באשר לגרימת מוות (דרגת הנזק המרבית 10) בכוונה-תחילה (דרגת

פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

האשמה המרבית (10) התוצאה שבטבלה היא 100. זוהי חומרת העונש הראויה לעבירה זו. אדגיש כי לא מדובר בחודשי מאסר, אלא ביחידות של ענישה – לשם יצירת פרופורציה בין העבירות השונות ולשם התאמת העונש הראוי לכל עבירה. כך, למשל, כשמדובר במספר קטן של יחידות ענישה, כגון לגבי פציעה (דרגת נזק 2) ברשלנות (דרגת אשמה 1) העונש המרבי הראוי הוא 2 יחידות ענישה מתוך 100, והתופעה בוודאי לא מתאימה למאסר ואפילו לא מתאימה לאחריות פלילית – די בתשלום פיצויי נזיקין.

עונשים מרביים (ביחידות ענישה) לפגיעות בגוף עם צורות שונות של יסוד נפשי חומרת העבירה = הנזק/הסכנה X האשמה						
אשמה	כוונה- תחילה	כוונה (9)	אדישות (8)	קלות דעת (4)	רשלנות (1)	שגגה (0)
נזק	(10)					
מוות (10)	100	90	80	40	10	0
חבלה חמורה (6)	60	54	48	24	6	0
חבלה (4)	40	36	32	16	4	0
פציעה (2)	20	18	16	8	2	0
תקיפה (ללא נזק) (1)	10	9	8	4	1	0
(0)	0	0	0	0	0	0

בדומה, ניתן וצריך לאמוד את חומרתה של כל עבירה ועבירה. אומדן זה לא יהווה סוף פסוק שאותו יש לחוקק, אלא מדובר אך ורק בחסם עליון לעונש המרבי. בהחלט ייתכן שבשים לב למכלול השיקולים המחוקק יבחר להסתפק בפחות, אך לעולם לא יהיה זה מוצדק לקבוע לעבירה עונש העולה על חומרתה, כלומר על מכפלת הגמול בנזק/בסכנה.<sup>145</sup>

## 5. שיקול הדעת של השופטים

הכלל הוא שהעונשים הקבועים בחוק הם עונשים מרביים – ס' 35(א) לחוק העונשין – "בית המשפט שהרשיע אדם בשל עבירה, רשאי להטיל עליו כל עונש אשר אינו עולה על העונש שנקבע בדין לאותה עבירה". הבעיה המרכזית שהייתה קיימת עד לאחרונה בחוק הישראלי הייתה שההדרכה שנתן המחוקק לשופטים – הבאה לידי ביטוי בדרך כלל בקביעת העונש המרבי (המופרז) בלבד – הייתה דלה ביותר.

<sup>145</sup> יובהר כי חרף השימוש בטבלה, לא מדובר בהנחיות ענישה מסוג ה-Sentencing Guidelines שהונהגו במשפט האמריקני (לעיל ה"ש 62-64 והטקסט המפנה אליהן). בעוד שההנחיות האמריקניות פונות לשופטים וקובעות איזה עונש לגזור (עם משרעת קטנה יחסית), הטבלה שלי פונה למחוקק ומציעה לו להיעזר בה אך ורק לקביעת החסם העליון של עונשה המרבי של העבירה. לפיכך, בעוד שההנחיות האמריקניות פעלו להחמרה מיותרת של העונשים, הטבלה המוצעת כאן נועדה למניעת האפשרות להחמרת יתר בחקיקה.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

כך למשל כאשר שופט מרשיע נאשם בעבירת השוד,<sup>146</sup> הוא מוסמך להסתפק בקנס, כשם שהוא מוסמך לגזור את העונש החמור מאוד של ארבע עשרה שנות מאסר, ובנסיבות מחמירות – אפילו עשרים שנות מאסר. שיקול הדעת שניתן לשופטים היה מופרז בעליל. בעניין זה כתב השופט המנוח חיים כהן דברים כדורבנות:

“מסימני ההתנשאות הוא גם אמונתם של רבים מהשופטים שכדי לגזור גזר־דין צודק, די באינטואיציה שחנן אותם אלוהים. אין מן הצורך לבוזו זמן שיפוטי יקר על שיקולים ושיקילות ולהעמיק חשוב וחקור: טביעת עינם מגלה להם מייד מה צודק ומה איננו צודק. מידת העונש היא ענין לתחושה בלבד, והתחושה הקולעת נחה על השופט, מכוח תפקידו, כמו רוח הקודש.”<sup>147</sup>

הדרכה משמעותית של המחוקק לשופטים היא הכרחית להגשמת עקרון הפרופורציה ולהשגת שוויון ואחידות מהותית בענישה. עקרון החוקיות מחייב שכל הסדר שניתן לקביעה כללית טובה ומראש, ייקבע על ידי המחוקק.<sup>148</sup>

### 6. דרכים שבהן יכול מחוקק להדריך את השופטים באשר לענישה

א. הדרך הראשונה היא קביעת עונשים מרביים הולמים, עם דירוג הגיוני. לדרך הכרחית זו התייחסתה זה עתה. זהו המינימום שהמחוקק חייב לעשות ויפה שעה אחת קודם.

ב. דרך שנייה, המקובלת בכמה ממדינות אירופה, היא קביעת עונשים מזעריים, לצד העונשים המרביים (עקרון החוקיות מחייב שתמיד ייקבע גם העונש המרבי). זוהי דרך אפקטיבית להשגת הרתעה. העבריינין הפוטנציאלי ידע שאם ייתפס ויורשע, גם ירצה מאסר בפועל. מי שחווה מאסר מעיד שאפילו מאסר של חודש אחד עשוי להרתיע מאוד. יתרון נוסף הוא שעונשי מינימום מכריחים את המחוקק לדייק בניסוח העבירות: עליו לאסור בדיוק את מה שמוצדק לאסור ואין הוא יכול לסמוך על השופטים שידעו לגזור עונשים נמוכים מאוד במקרים שבהם אין הצדקה לאיסור הפלילי. זאת בהבדל, למשל, מההגדרה הרחבה מאוד ומדי של “תקיפה” בסעיף 378 לחוק העונשין, הכוללת גם הנחת יד על שכם, הפעלת אור ונשיפה. החיסרון הגדול של קביעת עונש מזערי הוא שבמקרים מסוימים שמתרחשים במציאות, העונש המזערי חמור מדי. כך למשל לו חלילה קבע המחוקק עונש מזערי של חודש מאסר לעבירת הפריצה, היה עונש זה חמור מדי במקרה של אם שפתחה ללא רשות דלת של מאפייה ונטלה מבלי לשלם כיכר לחם כדי להאכיל את ילדיה הרעבים (די בפתחת הדלת ובכניסה למאפייה כדי להפוך את עבירת הגניבה לעבירת התפרצות). לכן, גם כשקובעים עונש מזערי, מוטב להותיר שיקול דעת לשופטים לסטות כלפי מטה במקרים מיוחדים ועם הנמקה.

לדוגמה, משך שנים לא היה המחוקק שלנו מרוצה מהענישה בבתי המשפט על אונס. היו שופטים שהסתפקו במאסר של שנים אחדות (למשל שנתיים). מתוך חוסר הבנה, העלו המחוקקים את העונש המרבי מ-14 ל-16 שנות מאסר (ובנסיבות מחמירות – 20 שנים). החמרת העונש המרבי לא השפיעה על גזרי הדין של בתי המשפט. בתשנ”ח נחקק סעיף 355 לחוק העונשין, הקובע עונשים

146 סעיף 402 לחוק העונשין.

147 חיים ה' כהן “ענישת צדק” – הרהורים שלאחר השפיטה” פלילים א 9, 21 (1990).

148 קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות, לעיל ה”ש 2.

פרק ה: תחום ייחודי או ענף מענפי המשפט? עקרונות היסוד של דיני העונשין

מזעריים של  $\frac{1}{4}$  מהעונשים המרביים בגין אונס ובגין מעשה מגונה. לגבי אונס פירוש הדבר  $4=16/4$  שנות מאסר; ובנסיבות מחמירות  $5=20/4$  שנים. הדבר הביא לשינוי בפסיקה שבו רצה המחוקק. כיום גזרי דין על אונס מתחילים מארבע או חמש שנים (בנסיבות מחמירות) ורובם חמורים יותר. בנוסף, הותירו בסעיף 355 שיקול דעת מוגבל לשופטים: "אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו".

ג. דרך שלישית היא קביעה בחוק של עונשי מוצא. זהו רעיון חדש שהוצע בישראל בדוח ועדת גולדברג.<sup>149</sup> הרעיון הוא כזה: באמצעות העונש המרבי המחוקק נותן לשופטים הדרכה קטנה מדי, כי הוא מתייחס רק למקרים החמורים ביותר של אותה עבירה, שהם נדירים. באמצעות עונש מזערי המחוקק שוב נותן לשופטים הדרכה מועטה מדי, כי הוא מתייחס רק למקרים הקלים ביותר, שגם הם נדירים. עונש המוצא אמור לספק הדרכה יעילה באשר לרוב המקרים – שאינם החמורים ביותר ואינם הקלים ביותר. עונש המוצא כשמו כן הוא – הוא העונש המתאים לדעת המחוקק למקרה הטיפוסי, הרגיל, של העבירה;<sup>150</sup> והוא יהווה את נקודת המוצא ממנה יוכל השופט לרדת או לעלות (במגבלה הגמולית שמציב העונש המרבי, כמובן) תוך הנמקה המבוססת על רשימה של נסיבות מחמירות (למשל ביצוע עבירת אלימות בחבורה או תוך שימוש בנשק) ועל רשימה של נסיבות מקלות (למשל התגוננות תוך חריגה מתנאי ההגנה העצמית הקבועים בחוק) שאותן יפרט המחוקק בחוק.

למרות שמבחינה תאורטית רעיון עונשי המוצא הוא בעיניי שובה לב, התנגדתי במאמר מפורט להצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ה–2005, שאימצה את הרעיון. זאת מכמה סיבות, שהמרכזיות שבהן: האחת – הצעת החוק אימצה את מסקנות ועדת גולדברג רק באופן סלקטיבי, ויצרה חשש ממשי שנועדה ליצור החמרה מיותרת ולא מוצדקת של רמות הענישה. התירוץ השכיח, שלפיו הפשיעה כביכול גואה, מנוגד למחקרים בנושא, שלפיהם שיעורי העבריינות יציבים לאורך השנים ושיעורי הפשיעה האלימה נמוכים בהשוואה למדינות המערב.<sup>151</sup> אך מהצעת החוק הושמט הסעיף החשוב מאוד (אולי החשוב ביותר) שבהמלצות ועדת גולדברג: "לא יגזור בית המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנידון אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר". סיבה מרכזית שנייה להתנגדותי להצעת החוק היא החשש שמנגנון עונשי המוצא יפעל אצלנו בדומה לפעולתן של הנחיות הענישה האמריקניות (Sentencing Guidelines) אשר תרמו לכך שמספר האסירים האמריקנים הוכפל עשרת מונים (ואין זה ביטוי בלבד אלא ממש פי עשרה) בעשורים שלאחר הנהגתן. הראיתי כי מאפייניה של מערכת המשפט הפלילי הישראלית הם כאלה, שהחשש הוא אכן גדול.<sup>152</sup> כך למשל העומס הרב המוטל על השופטים, העובדה שלא כולם מתמחים במשפט הפלילי ובקרימינולוגיה והחשש האנושי של שופטים מפני ערכאת הערעור, עלולים להוביל שופטים לגזור את עונשי המוצא לעיתים קרובות מאוד ומדי. יהא זה פתרון קל, מהיר וחסין מפני ערעור. עונשי המוצא צפויים היו להיות נקובים

149 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 72. עם מעט יותר אמונה בהצלחתה, ניתן היה לקצר את שמה המסורבל של הוועדה כך: "הוועדה להבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין" (במקום "הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין").

150 לכאורה ניתן לחשוב שאין עבירה רגילה. מהו שוד רגיל? הרי שוד לעולם אינו דבר רגיל! אלא שלשוד הרגיל הגדרה מקצועית: שוד רגיל הוא שוד שלא מתקיימות לגביו נסיבות מיוחדות, מחמירות או מקלות.

151 לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 281.

152 סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?", לעיל ה"ש 2.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

במונחים של שנות מאסר. האצבע על הקולמוס הכותב בגזר הדין עונש מאסר הייתה הופכת לקלה יותר.

ד. הדרך הרביעית היא זו שבחרה הכנסת, כשחוקקה בשנת התשע"ב קבוצת סעיפים חדשה בחוק העונשין, שכותרתה "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה". מדובר בשלושה שלבים שקובע החוק בדרך לגזירת העונש:

1. קביעת "מתחם העונש ההולם" על בסיס השיקולים שמפורטים בחוק ובעיקר על פי "חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם" – "עקרון ההלימה" (סעיף 40ב); בצירוף רשימת נסיבות מקלות ונסיבות מחמירות (סעיף 40גא) בצירוף סעיף 40ט – "נסיבות הקשורות בביצוע העבירה". יצוין ויודגש כי "עקרון ההלימה" קרוב מאוד לעקרון הפרופורציה שבו עוסק פרק משנה זה.

2. אפשרות לחריגה מנומקת כלפי מעלה להגנה על שלום הציבור מפני עבריינים מסוכנים (ס' 40ה); ואפשרות לחריגה מנומקת כלפי מטה לשם שיקום העברייין (ס' 40ד). מכיוון שהמחקרים מלמדים שסיכויי השיקום פוחתים פלאים במאסר, הדרך לאפשר שיקום היא בהימנעות ממאסר. בהבדל מהשלבים 1 ו-3 ההכרחיים בכל גזר דין, שלב 2 נועד למיעוט המקרים.

3. גזירת העונש המתאים לנאשם, בתוך מתחם ההלימה, על פי נסיבות מיוחדות שחלקן מחמירות וחלקן מקלות (ס' 40גב) בצירוף ס' 40יא – "נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה". בנוסף, החוק קובע קביעה חשובה מאוד שלפיה אסור להחמיר לשם הרתעת הרבים מעבר ל"מתחם ההלימה", כלומר מעבר לגמול הראוי;<sup>153</sup> קובע חובת הנמקה (ס' 40יד) שחשיבותה רבה בעיקר כדי לאפשר ערעור אפקטיבי; וקובע את נטל ומידת ההוכחה של הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה: נסיבה לחומרה – על התביעה להוכיחה מעבר לספק סביר (כפי שיש להוכיח את העבירה עצמה); נסיבה לקולה – על הנאשם להוכיחה ב"מאזן הסתברויות" – 51% (ס' 40י).

ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שיפרה את החוק ללא הכר בהשוואה להצעת החוק של משרד המשפטים.<sup>154</sup> שנים יגידו עד כמה החוק החדש יצליח או ייכשל. החששות שנתרו: האחד – ייתכן שבמשך הזמן מתחמי הענישה שיקבע בית המשפט העליון ישמשו (בפועל) כעונשי מוצא מחמירים. החשש השני הוא שיבוש הפרופורציה שבין העבירות. זאת משום שבהבדל ממתכון החקיקה שהובא לעיל, שלפיו על המחוקק לדרג את כל העבירות על גבי סולם אחד ורק לאחר מכן לקבוע לכל עבירה את העונש המתאים לה (חמור בהשוואה לזו שמתחתיה ופחות חמור בהשוואה לזו שמעליה) הרי שבית המשפט אינו מוסמך לקבוע עונשי מוצא לכל העבירות במהלך סדור ועקבי אחד, אלא בכל פעם הוא קובע עונש מוצא לעבירה מזדמנת שנדונה בפניו. כך צפויה להשתבש הפרופורציה הנכונה שבין העבירות, כפי שכבר קרה באשר לעבירה של שהייה בלתי חוקית בישראל ("שב"ח").<sup>155</sup> אם בית המשפט קובע מתחם עונש חמור מדי לעבירה קלה, למחרת כשיהיה עליו לקבוע מתחם לעבירה חמורה מעט יותר, הוא צפוי להפריז גם לגביה, כדי לשמור על הפרופורציה שביניהן. זוהי בעיה מבנית קשה, שבשלה עדיף לקבוע את סולם העונשים בבת אחת – בחקיקה.

153 בעבר שימשה נוסחת הקסם "מכת מדינה" להכשרת החמרה החורגת מתקרת הגמול. כיום החוק שולל זאת מכל וכל.

154 ראו חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 183, 14 (2012).

155 גזל-אייל, לעיל ה"ש 64.



## פרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי (ושלילת פרשנות תכליתית)

הגישה הראויה לפרשנות האיסור הפלילי נשענת על עקרונות היסוד של המשפט הפלילי, ובעיקר על עקרון החוקיות, עקרון השיירות ועקרון הערך המוגן, וכוללת שלושה כללים, שניתן לראותם גם כשלושה שלבים, בסדר שלהלן: 156

1. יש לפרש את האיסור על פי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו.
2. אם קיימים שני פירושים סבירים לאיסור הפלילי, יש להעדיף את זה המצמצם את האיסור (ובהתאמה – מותר לאדם חירות רחבה יותר) (סעיף 34 ככא לחוק העונשין).
3. ניתן וצריך להשתמש במטרת החקיקה, אך רק לצמצום האיסור אף מעבר למילותיו.

לנוכח מלאכת חקיקה טובה (לא אצלנו, עדיין) ניתן היה להסתפק בכלל הפרשנות הראשון ולפרש את כל האיסורים בהתאם למשמעות הטבעית והרגילה של המלים שבהן בחר המחוקק. רק כשלמילות החוק יותר מפירוש סביר אחד, ניתן וצריך לעבור לכלל הפרשנות המצמצמת. לעיתים יש מקום להיזקק גם למטרת החקיקה, אך רק לשם צמצום האיסור. ההיררכיה שבין שלושת כללי הפרשנות היא כפולה – הן באשר לסדר הפעלתם הן באשר לשכיחות השימוש בהם: בכלל הראשון יש להשתמש תמיד וברוך כלל הוא צריך להספיק. לכללים השני והשלישי נגיע רק במיעוט של האיסורים, ושניהם יפעלו רק בכיוון של צמצום האיסור והותרת חירות רחבה יותר.

### א. הכלל הראשון – יש לפרש את האיסור על פי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו

זהו המסר הראשון והפשוט ביותר של החוק, ואסור להתעלם ממנו. כלל זה משקף כבוד לרשות המחוקקת במסגרת תפישה דמוקרטית של הפרדת רשויות. יתרה מזו: הכלל נועד לאפשר לפרט להבין את היקף האיסורים – לדעת מה בדיוק מותר לו לעשות ומה בדיוק אסור לו – ובכך משקף כבוד והגינות כלפי האזרחים. כן חשוב כלל זה לשמירת כבודם של בתי המשפט, פן יצטיירו השופטים כלהטוטנים וייפגע האמון שרוחש הציבור למערכת המשפט.

גם אם נראה לשופט שהמחוקק טעה בניסוח האיסור ושההיגיון מחייב להפליל גם התנהגות שמבחינה לשונית איננה עונה על התנאים הקבועים בהגדרת האיסור, ואפילו אם נראה לו שצודק יהיה להעניש את הנאשם, שנהג לדעתו באופן מנוול, אסור לו לבצע היקש (אנלוגיה), למלא "לקונה" (חוסר בחוק) או להרחיב את האיסור בדרך אחרת. לכאורה, ניתן לחשוב שרצוי שהשופט ישלים את מלאכת החקיקה, אך לאמתו של דבר עדיף לחברה עשרת מונים שהנאשם התורן יזוכה וישוחרר. אם חשוב

156 פרק משנה זה מבוסס בעיקר על המאמר: בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים? ! האומנם 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה'? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" עלי משפט ג 165 (2003) (להלן: סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים").

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

להפליל התנהגות כזו, פתוחה בפני המחוקק הדרך לעשות כן, אך לא באופן רטרואקטיבי כן שהעבירה תחול גם על המעשה שכבר ביצע הנאשם בעבר, אלא רק מכאן ולהבא. אחרת – לא תהיה לנו חירות. דוגמה מצוינת להפעלה ראויה של כלל הפרשנות הראשון מצויה בפסק הדין שניתן בפרשת ברנבלט.<sup>157</sup> המערער הורשע, בין היתר, בעבירה על סעיף 5 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י–1950, שהוגדרה כמסירת בני אדם נרדפים לשלטון עויין. האישים התייחסו למאורעות האיומים שהתרחשו בשנת 1942 בעיר בנדין שבפולין. בית המשפט העליון קבע כך:

"נמצא שלא הוכח שהמערער סייע לנאצים לרכז את כל יהודי העיר במגרשי הספורט, ולא הוכח שדאג להובלת היהודים למקומות הריכוז ומשם להובלתם אל קרונות המוות; הדבר היחיד שנשאר מפרטי-העבירה בפרט-אישים זה הוא 'ששמר (במגרשי הספורט) עם אנשי המשטרה היהודית על הסדר בזמן עריכת סלקציה'. תוך כדי שמירה זו על הסדר נתן את ההוראה לפיקודיו לבל ירשו לאנשים לעבור מקבוצה לקבוצה".

בית המשפט הסביר נכונה שהשמירה על הסדר ואפילו מניעת בריחה אינן מסירה לשלטון עויין: "מי שכבר נתפס בידי השלטון העויין, אי אתה יכול עוד למסור לידיו... המגרשים היו מוקפים גרמנים מזוינים".<sup>158</sup> וכה קבע שם לענייננו בית המשפט העליון, בדחתו את טענת הפרקליטות:

"אבל האומנם רשאים אנו לומר שמניעת בריחה מידי השלטון העויין כמותה כמסירה לידיו? חוששני שבזאת חורגים היינו בהרבה מן המשמעות הרחבה ביותר אשר המלה 'מסירה' סובלתה. המדובר הוא בדיני עונשין, ובחמורים שבהם; וכלל גדול ופשוט הוא שאין בית-המשפט רשאי להרחיב תחולתם, בדרך הפרשנות השיפוטית, מעבר לתחום משמעות המלים אשר בהן ראה המחוקק להשתמש. ייתכן גם ייתכן ולענין הסכנה הצפויה לנרדף, אין כל הבדל בין מסירתו לידי השלטון העויין לבין מניעת בריחתו מידי; אבל בו בזמן שהמסירה לידיו הוכרזה בחוק כעבירה פלילית, מניעת בריחתו מידי לא הוכרזה כעבירה פלילית; ואין עונשין מן הדין. ענישה מתוך היקש (אנלוגיה) או מקל-וחומר, במקום על-פי החוק המפורש בלבד, היא מנת חלקן של מדינות שאין בהן שלטון החוק; ולא יהא חלקנו עמהן. הסכנה שעושה מעשה נפשע ומרושע כאמור לא יבוא על עונשו בבית-המשפט, אינה שקולה כנגד הסכנה שבית-המשפט יטיל עונשין שלא על-פי חוק ברור ומפורש".<sup>159</sup>

דברים כדורבנות.

## ב. הכלל השני – פרשנות מצמצמת בפלילים

גם כלל זה מקובל מאוד בתאוריה של המשפט הפלילי ובשיטות משפט רבות, ואף זכה לעיגון בחוק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין (ההדגשות הוספו):

157 ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 72 (1964).

158 שם, בעמ' 81.

159 שם, בעמ' 81–82 (ההדגשה הוספה).

פרק ו: פרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי (ושלילת פרשנות תכליתית)

”34כא. – פרשנות – ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין”.

כלל הפרשנות המצמצמת נובע ישירות מהשאיפה למתן אזהרה הוגנת לפרט. הוא הכרחי אם רוצים לנהוג בפרט בהגינות, ולא להפתיעו לאחר מעשה. כפי שכתב פרופ' פלר:<sup>160</sup>

”הפרשנות הדווקנית דוחה פרשנות סבירה אחרת מן הטעם שיש לצאת מן ההנחה, שהאדם עשוי לעמוד על אותו מובן של מילות החיקוק – ratio verborum – המותר לו חופש התנהגות רחב יותר, בהניחו כי זהו קנה-המידה האמיתי להיקף תחולתו של האיסור... הפרשנות הדווקנית מתחייבת גם כאשר היא אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, שכן, כאשר לשון החוק ברורה, יש לפרשו מתוך לשונו הוא וללמוד את ה-ratio legis מן ה-ratio verborum, ולא מעבר לכך. אין דרישה אחרת כלפי הפרט”.

וכפי שהקשה פרופ' קרמניצר:<sup>161</sup>

“How can a person who acted according to a reasonable understanding of the prohibition be condemned? What more can be expected of the individual? Does not the imposition of criminal liability on such a person contradict the sense of justice, in light of the natural human inclination towards freedom and of the constitutional importance of the value of freedom?”

הן הכלל שלפיו יש לתת משקל גדול למשמעות הטבעית והרגילה של מילות החוק והן כלל הפרשנות המצמצמת הופכים לחשובים עוד יותר נוכח הכלל המסורתי שלפיו אי-ידיעת החוק (אי-ידיעה על עצם קיום האיסור או טעות בהבנת היקפו) אינה פוטרת מאחריות ומעונש. אומנם במסגרת תיקון 39 מיתן המחוקק כלל קשה זה, בהוסיפו את החריג הרצוי והמתחייב מעקרון האשמה “זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר”,<sup>162</sup> אולם חריג זה הוא מאוד מצומצם; ועדיין הנחת היסוד של המשפט הפלילי היא שהכל יודעים את החוק ואת פרשנותו. לאור הנחה קיימת זו, שתוצאותיה הן אחריות פלילית וענישה, גוברת חשיבותם של כללי הפרשנות המיוחדים למשפט הפלילי.

160 פלר, כרך א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18. יצוין כי לכלל הפרשנות המצמצמת תמיכה רבה מאוד בקרב אנשי האקדמיה המומחים למשפט פלילי. אומנם אין בכך כדי לחייב את השופטים לקבל את עמדתם של אנשי האקדמיה, אך לאחר שנחקק סעיף 34כא לחוק העונשין במסגרת תיקון 39, המעגן בחוק את כלל הפרשנות המצמצמת, ראוי היה שהשופטים המפרשים אותו יהיו קשובים יותר לקולות המומחים לדבר, כמקובל מאוד בשיטות משפט אחרות.

161 Mordechai Kremnitzer, *Interpretation in Criminal Law*, 21 *ISR. L. REV.* 358, 370 (1986).

162 ראו סעיף 34יט (“טעות במצב משפטי”) לחוק העונשין; והשוו לכלל המסורתי הקשוח לחלוטין שהיה קבוע בסעיף 12 לחוק העונשין בנוסחו המקורי. וראו גם מרים גור-אריה “הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין – האם פוטרת מאחריות פלילית” *עלי משפט* ב 33 (2002) (להלן: גור-אריה “הסתמכות על עצה מוטעית”).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

כאמור, כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים הכרחי לשם אזהרה הוגנת לאזרח וכדי לנהוג בו בהגינות, אך אין אלה הצדקותיו היחידות של כלל חשוב זה. כפי שכתב פרופ' Ashworth,<sup>163</sup> לצד הרציונל של מתן אזהרה הוגנת לאזרח, קיים גם רציונל נוסף, חוקתי:

“... but the primary argument is constitutional... they [the courts] are the ultimate agency for determining the practical limits of the law, and yet they are an unelected group. Parliament should retain the main responsibility for the extent of the criminal law, and, indeed, it has the right to determine the courts' approach towards the task of interpretation (for example, by including some canons of interpretation in the Criminal Code). The practical implication of this approach is that the courts should exercise restraint in their interpretive role, favoring the defendant where they are left in doubt about the legislative purpose”.

אם כן נאמר במשפט האנגלי, שהתפתחותו ההיסטורית היא כידוע בעיקר בהתאם לתקדימים של בתי המשפט ופחות בהתאם לדבר המחוקק, קל וחומר במשפט הישראלי, שבו לא אמורים היו להתעורר ספקות באשר לסמכותו העדיפה של המחוקק על פני השופט. חיזוק נוסף לכלל הפרשנות המצמצמת ניתן למצוא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיפים 5 ו-8),<sup>164</sup> המכתיב העדפה של קיום זכויות האדם על פני הגבלתן.

כדוגמה לשימוש בכלל הפרשנות המצמצמת ניתן להתייחס לפרשת בר-שלום.<sup>165</sup> אדם הואשם בכך שהחנה את מכוניתו בצהרי היום בקטע דרך שבו ניצב תמרור שאסר חניה בשעות מסוימות, באופן הבא: “אסורה החנייה בין השעות 19:00 / 07:00”. חוות דעת בלשנית הצביעה על כך שבשפה העברית יש לכתוב גם מספרים מימין לשמאל, ולפיכך התמרור בעצם אסר על חניה בלילה. אם מקבלים שלפנינו שני פירושים סבירים לתמרור איסור זה, הרי שבאשר לנאשם המסוים בר-שלום הפרשנות המצמצמת היא שאסור להחנות במקום זה בלילה וביום מותר. הנאשם זוכה בבית המשפט העליון (לאחר שהורשע בבית משפט השלום וערעורו לבית המשפט המחוזי נדחה), אשר קבע כך: “מחובת הרשות, בבואה להציב תמרור כנ”ל, להבליט את כוונתה בצורה ברורה, שאינה משתמעת לשתי פנים, כך שהכתוב על התמרור אינו מצריך פירושים מצד הנהג והוא אינו חייב להרהר בדבר משמעותו”.<sup>166</sup> יתרה מזו: מכיון שלא סביר להרשיע את מי שהחנה מכוניתו בלילה, ומתקבל מאוד על הדעת שגם הוא יזוכה, הרי שלפנינו לא רק פרשנות מצמצמת, אלא אפילו קירוב טוב של ביטול האיסור – כיאה לאיסור מעורפל. אין זה פלא שהרשויות הפיקו לקחים וכיום הן מקפידות לכתוב על גבי תמרורי איסורי

163 Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* 82 (3<sup>rd</sup> ed. 1999). וראו גם, Andrew Ashworth, *Interpreting Criminal Statutes: A Crisis of Legality?*, 107 L.Q. Rev. 419 (1991).

164 ס”ח התשנ”ב 150. ראו Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 Isr. L. Rev. 84 (1993); Mordechai Kremnitzer, *Constitutionalization of Substantive Criminal Law: A Realistic View*, 33 Isr. L. Rev. 720 (1999). לדעה אחרת ראו יהודית קרפ “המשפט הפלילי – יאנוס של

זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו” הפרקליט מב 64, 117 (1995). ע”פ 281/69 בר-שלום נ’ מדינת ישראל, פ”ד כג(2) 85 (1969).

166 שם, בעמ’ 86.

פרק ו: פרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי (ושלילת פרשנות תכליתית)

החנייה באופן ברור הרבה יותר, כך: "אסורה החנייה מהשעה... עד לשעה...". כמה פשוט ליצור בהירות.

כדי להבין כראוי את כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים, יש להדגיש את המילה "סבירים" שבכלל לפיו מבין שני פירושים סבירים יש לבחור בזה המצמצם את היקף האיסור (ומרחיב את חירות האדם). המסלול הקל והמוטעה שבו נוהגים לתקוף כלל זה כבלתי הגיוני או כבלתי מעשי עובר דרך ההתעלמות מדרישת הסבירות. אך הכלל אינו מכוון לפרשנויות דחוקות, פרי להטוטים פרשניים, העושות ללעג ולקלס את האיסור הקבוע בחוק. הרי השופטים הם שקובעים אם פרשנות מסוימת היא סבירה אם לאו. עוד טוענים כנגד הכלל כי זיכוי אדם שלפי ההיגיון מן הראוי היה להרשיעו – אילו רק השכיל המחוקק לנסח היטב את העבירה – מהווה מחיר כבד מדי עבור החברה. האומנם? ראשית, בעקבות זיכוי שכזה פתוחה הדרך בפני המחוקק – אם אכן סבור הוא שהמעשה צריך להיות פלילי – לתקן את החוק כך שבעתיד אכן יהא מעשה כזה פלילי.<sup>167</sup> שנית, כפי שראינו, קיימת דרך הרבה יותר קיצונית להתמודדות עם איסורים מעורפלים במטרה לשמור על מתן אזהרה הוגנת לאזרח ועל עקרון החוקיות. כך, במשפט האמריקני, איסור פלילי מעורפל (vague) הוא בטל (void) בהיותו נוגד את החוקה. אל מול האפשרות לפסול כליל איסור מעורפל, כך שגם אדם שעבר את העבירה לפי כל פירוש סביר שלה יזוכה, אין המחיר החברתי של כלל הפרשנות המצמצמת גבוה, ויתרונות הכלל עולים על מחירו עשרת מונים ואינם אמורים להותיר דילמה כלשהי בחברה ובשיטת משפט המתהדרות בשמירה על עקרון החוקיות. בהקשר זה כתב פרופ' לדרמן כך:<sup>168</sup>

"עקרון החוקיות יכול, בנסיבות מסוימות, להוביל לתוצאות שבעיני איש המוסר הלא-משפטן אינן מבטאות בהכרח את התגלמות הנכון והצודק. אי השוויון הזועק בין המדינה-המאשימה לפרט-הנאשם יצק דפוסי קביעת אחריות בפלילים שיש בהם אהדה בסיסית לפרט הניצב מול המנגנון אדיר הכח של הרשות, והוא נושא עמו מידה מסוימת של אי-מיצוי הצדק במובנו הרגיל והיומיומי של המונח. עקרון החוקיות והפרשנות הדרונית המהווה, במצבים המתאימים, חלק ממנו, אינם קנאים רק לזכותו של הצדיק תמים-הדרך שלא להתקרב לתחום האסור, אלא אף, ואולי בראש ובראשונה, לזכותו של המהלך על הסף, אפילו בידועין, בנסיבות שהאינסטיטוט הראשוני ואף ערכי המוסר מגנים את התנהגותו..."

...החברה-המאשימה היא חזקה ובוטחת דיה בעצמה כדי שלא לחוש ניזוקה גם מקום שמאן דהוא ימלט מאחריות ועונש עקב ניצול אי-בהירות, או מה שעשוי להראות אפילו כפירצה בהוראת חוק; והשיטה אינה נתפסת כלקויה בשל קביעת תחולה צרה לחיקוק כלשהו, בשל מגבלות לשוניות או סגנוניות".

167 אפשרות זו הפתוחה בפני המחוקק תומכת בנימוק נוסף שהועלה להצדקת כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים, ולפיו מכיוון שהמדינה היא המחוקקת את החוקים, יש לפרשם נגדה (כדומה לכלל הפרשנות נגד המנסח שבדיני חוזים). ראו Livingston Hall, *Strict or Liberal Construction of Penal Statutes*, 48 HARV. L. REV. 748, 757 (1935).

168 אליעזר לדרמן "מטרת החיקוק, 'המטריה הנורמטיבית' והפרשנות בפלילים" הפרקליט לו 159, 173-174 (1986).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

מגמה נוספת המוליכה להתנערות מכלל הפרשנות המצמצמת היא החלתו באופן גורף מדי, על כל דין הנוגע לעניין הפלילי הנדון באותו דיון משפטי, לרבות הוראות כלליות<sup>169</sup> שבמשפט הפלילי המהותי ולרבות אפילו הוראות דיוניות וראייתיות.<sup>170</sup> ודוק: הרציונל המרכזי לכלל הפרשנות המצמצמת – עקרון החוקיות ואזהרה הוגנת לאזרח – מתייחס להגדרת העבירה עצמה, ובעיקר ליסוד העובדתי שבה. הרעיון הוא שאין להפתיע אדם בהטלת אחריות פלילית כשניתן להבין את הגדרת העבירה באופן סביר ("פירוש סביר") כך שאינה כוללת את מעשהו המסוים של אותו אדם. לפיכך, על כלל הפרשנות המצמצמת לחול על הנורמות מכוונות ההתנהגות, הפונות אל האזרח, ולא בהכרח יש מקום, צורך והצדקה להחלתו על הנורמות שבהן אין המחוקק פונה אל האזרח אלא אל בית המשפט ("כללי שיפוט").

כך למשל הצעתי במקום אחר<sup>171</sup> להבחין – לעניין תחולתם של עקרון החוקיות ושל כלל הפרשנות המצמצמת (בהקשר של סייג מדובר בעצם בפרשנות מרחיבה ולכן יש שהציעו את הביטוי "פרשנות לטובת הנאשם"<sup>172</sup>) על סייגים לאחריות פלילית – בין סייגים מסוג צידוק (justification) לבין סייגים מסוג פטור (excuse). הבחנה כזו ניתן לבסס על כך שבעוד שהפטורים אינם חלק מהמסר ההדרכתי של המחוקק, הרי שהצידוקים מהווים חלק ממסר זה, לצד האיסורים הפליליים. כך, כשם שבהגדירו עבירה

169 כך, למשל, אין טעם רב בהחלת כלל הפרשנות המצמצמת על הוראת החוק העוסקת ב"אי שפיות הדעת" (סעיף 34 לחוק העונשין) שהרי הבלתי שפוי אינו משתולל ועובר עבירות בהסתמכו על כך שהוא נכנס להגדרה זו שבחוק. שאלה כבדת משקל היא אם יש טעם רב בהחלת כלל הפרשנות המצמצמת על הוראות כלליות שבחוק המסדירות את היסוד הנפשי. לגישה שלפיה יש להחילו גם עליהן ראו הצעתם של קרמניצר ולבנון להחילו על ההוראה שבחלק הכללי של חוק העונשין המתייחסת ליסוד הנפשי בסיוע: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה: על הסיוע לדבר עבירה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403, 408–409 (2002) (באותו הקשר ראו גם הדיון בע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 289, 315 (1999)). אולם תיתכן גישה אחרת, שלפיה אין טעם רב בהחלת כלל הפרשנות המצמצמת על היסוד הנפשי שבעבירה. ראשית, רק לעיתים נדירות נוצר מצב שבו המבצע מסתמך על ידיעתו בדבר היסוד הנפשי הנדרש לשם התגבשות העבירה (כך למשל, ובעיקר, אם היה משוכנע שהאחריות באותו תחום מבוססת על מודעות (מחשבה פלילית) ולא על רשלנות, ייתכן שבשל כך נמנע מלנקוט באמצעי זהירות. אולם נראה שכיום לא אמורות להתעורר שאלות פרשניות כאלה, לנוכח הקביעה המפורשת בסעיף 19 לחוק העונשין כי הכלל הוא שנדרשת מחשבה פלילית, וכי החריג של הסתפקות ברשלנות הוא רק אם "נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה"). שנית, באשר ליסוד הנפשי בדרך כלל לא מדובר בפרשנות של מילות החוק, אלא במשמעות המקובלת של המושגים, החייבים להיות מוגדרים היטב ובאופן בהיר בחלק הכללי של חוק העונשין. על פרשנות ומושגיות בפלילים ראו בועז סנג'רו "היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות? (עוד על 'בכוונה לפגוע' כסימן ייחוד של עבירת לשון-הרע ועל פרשנות המשפט הפלילי)" משפטים יח 337, 348 ואילך (1988) (סנג'רו "היהפכו המטרות למניעים?").

170 כך למשל הוחל משום מה כלל הפרשנות המצמצמת שבסעיף 34 ככא לחוק העונשין גם על פרשנות ההוראה הראייתית הקבועה בסעיף 56 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971 (דמ"י 421) בדבר השפעת "ראיה שנתקבלה שלא כדין" על תוקפה של ההרשעה. ראו דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1 (1996).

171 בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 29–49, ובייחוד 42–43 (2000). וראו שם דוגמאות המבהירות את ההבחנה המוצעת. ראו והשוו למאמרו הידוע של מאיר דן-כהן, אשר מתייחס להבחנה האפשרית שבין "כללי הכרעה" לבין "כללי התנהגות", אך אינו מתייחס לכלל הפרשנות המצמצמת: Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984).

172 ואכן בסעיף 34 ככא לחוק העונשין מדובר על "הפירוש המקל ביותר".

פרק ו: פרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי (ושלילת פרשנות תכליתית)

מדריך המחוקק את האזרח להימנע מהתנהגות מסוימת, בקבעו צידוק מדריך הוא את האזרח כי בנסיבות מיוחדות אלה רצוי דווקא שיעשה את המעשה האסור לכאורה. לעומת זאת, הגנות מסוג פטור אינן מיועדות להכוונת התנהגות, אלא חלות רק בדיעבד ומדריכות את השופט שלא להרשיע. למשל, בעוד שבקביעת תנאיו המדויקים של סייג ההגנה העצמית מדריך המחוקק את האזרח כיצד לנהוג נוכח התקפה עליו או על אדם אחר, הרי שבקביעת תנאיו המדויקים של סייג אי-השפיות המחוקק כלל לא פונה לאזרח, אלא לשופטים. ועדיין ייתכן מאוד שאפילו על הצידוקים לא רצוי להחיל כלל של פרשנות מרחיבה, משום שככל שנרחיב את הסייג – למשל תוך הגמשת דרישת הפרופורציה בהגנה העצמית – כך תיחלש הצדקתו של הסייג.

ייתכן שהשימוש במילה הכללית "דין" בסעיף 34 לחוק העונשין עלול להתברר כמקרה של "תפסת מרובה לא תפסת". עדיף היה להתמקד בעמידה חסרת פשרות על פרשנות מצמצמת של האיסור עצמו ושל הנורמות מכוונות ההתנהגות. ההתפרסות על פני כל ה"דין", שאינה מתחייבת מהרציונל של מתן אזהרה הוגנת לאזרח, מחלישה את כלל הפרשנות המצמצמת.

לבסוף, יצוין כי צמד המלים "לפי תכליתו" הן נטע זר בסעיף 34, ואינן מתאימות להגיונו ולרוחו של כלל הפרשנות המצמצמת שאותו בא לעגן הסעיף. זהו שריד שנתר מניסיון שנכשל, של השופט אהרן ברק לכפות את תורת הפרשנות התכליתית שלו גם על המשפט הפלילי. במקום אחר הראיתי כיצד התערב השופט בהליכי החקיקה של הכנסת, כמשתקף בכותרת המשנה של המאמר: "על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על"<sup>173</sup>. כאן לא אשוב ואפרט את הדברים, משום שלהערכתי (וכתקוותי) לאחר פרישתו של השופט ברק הולכת ונעלמת מן הפסיקה התייחסותו המוטעית לפרשנות המשפט הפלילי, וגם בשיטת המשפט הישראלית – כביתר שיטות המשפט – נוהג כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים.<sup>174</sup>

## ג. הכלל השלישי – שימוש במטרת החקיקה (רק) לצמצום האיסור

מטרת האיסור = הגנה ראויה (לא מופרזת) על ערך חברתי ראוי

יש לציין ולהדגיש כי לאור עקרונות היסוד של המשפט הפלילי – ובמיוחד עקרון החוקיות, עקרון שיוריות הדין הפלילי ועקרון הערך המוגן – השימוש היחיד שמוסמך בית המשפט לעשות במטרת החקיקה הוא לצמצום האיסור ולעולם לא להרחבתו. בהתאם לעקרון החוקיות, רק המחוקק מוסמך ליצור איסורים ולהרחיב איסורים קיימים. השופטים אינם מוסמכים להרחיב איסור, משום שהרחבתו קרובה במהותה ליצירת איסור חדש – על קשת ההתנהגויות הנוספות שעליהן מוחל האיסור. בהתאם לעקרון השיוריות, מקובל כי האיסורים הפליליים הם האמצעי הקיצוני ביותר של המשפט, באשר הם כרוכים בשלילת החירות ובקלון (סטיגמה), ולפיכך יש להשתמש בהם אך ורק כשאינן אפשרות להשיג את המטרה באמצעי קיצוני פחות. בהתאם לעקרון הערך המוגן, המשפט הפלילי אמור לעסוק אך ורק במעשים הפוגעים פגיעה משמעותית בסדר החברתי-משפטי (בדרך כלל – נזק או סכנה לזולת). אכן, איסור העבירה בחוק בא להגן על ערך מסוים ("הערך המוגן"). אך לא בכל מחיר. לא תוך שלילת

173 סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים", לעיל ה"ש 156.

174 כנגד הפרשנות התכליתית ראו גם דבריו המאלפים של הפילוסוף צ'זרה בקריה המובאים להלן בטקסט המפנה לה"ש 184.



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

גורפת של חירויות האדם. לפיכך, מטרת החקיקה הפלילית באשר לאיסור מסוים היא להגן על "הערך המוגן" מפני פגיעה מסוימת בו, ולא מפני כל פגיעה שהיא, קלה כחמורה. מטרת האיסור הפלילי היא הגנה ראויה (בלבד!) על ערך חברתי ראוי. אם לא מדובר בפגיעה משמעותית בערך המוגן – כזו שאותה נועד האיסור למנוע – אין מקום לאחריות פלילית. המטרה איננה להגן באופן החזק ביותר על מלוא היקפו של הערך המוגן. הגנה מכסימלית תפגע יותר מדי בחירות האדם. כך, למשל, בעוד שנוכח הערך הגבוה של חיי האדם קיימת גם עבירה של גרימת מוות ברשלנות,<sup>175</sup> לא מקובלת בעולם המשפט הפלילי עבירה של גרימת נזק לרכוש ברשלנות, אלא רק כשמדובר במחשבה פלילית (מודעות) קיים האיסור הפלילי. בנוסף, יש להגדיר את הערכים המוגנים בצמצום, ולאחר מכן להשתמש בהם כדי להגביל את האיסורים הפליליים.

הצורך בכלל הפרשנות השלישי מתעורר משום שהמחוקק אינו יכול לפרט בהגדרת העבירה את כל המצבים שיתעוררו במציאות, אלא הוא קובע הגדרה כללית, הלוכדת בתוכה מגוון של התנהגויות אסורות. בתוך ההגדרה הזו בהחלט עלולה להילכד גם התנהגות שאומנם פורמלית עונה על דרישות האיסור, אך מבחינה מהותית אין כל הצדקה לאיסור עליה. ניתן לדמות את הכלל השלישי למעין מסננת עדינה, בעלת חורים קטנים, שתסנן אל מחוץ למשפט הפלילי את אותן התנהגויות שאומנם אסורות פורמלית בהתאם להגדרת העבירה, אך אילו חשב עליהן המחוקק בעת החקיקה, היה ודאי מסייג את האיסור כך שלא תילכדנה בו.

צמצום האחריות הפלילית כך שהיקף האיסור לא יחרוג מהנחוץ על פי מטרתו מתחייב גם מחוקק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 5 לחוק היסוד קובע: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת"; וסעיף 8 מוסיף את מה שידוע כ"עקרון המידתיות": "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...".

דוגמה לשימוש נכון בכלל הפרשנות השלישי – צמצום (בלבד!) של היקף האיסור על בסיס מטרת החקיקה – מצויה בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת רומנו.<sup>176</sup> המערער הראשון הואשם בעבירה "איסור החזקה והנהלה" של מקום משחקים אסורים, הקבועה בסעיף 228 לחוק העונשין: "המחזיק או מנהל מקום משחקים אסורים, או מקום לעריכת הגרלות או הימורים... דינו – מאסר שלוש שנים"; והמערער השני הואשם בעבירה "איסור הגרלות והימורים" הקבועה בסעיף 225 לחוק: "המארגן או עורך משחק אסור, הגרלה או הימור, דינו – מאסר שלוש שנים". המשחק שהתקיים באותו מקום היה כזה שלא ניתן לזכות בו בכסף, אלא אך ורק בנקודות המאפשרות משחק נוסף, שלא ניתן להמירן בכסף. "משחק אסור" מוגדר בסעיף 224 כך: "משחק שבו עשוי אדם לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה לפי תוצאות המשחק, והתוצאות תלויות בגורל יותר מאשר בהכנה או ביכולת". המערערים זוכו בבית משפט השלום, הורשעו בבית המשפט המחוזי והגישו בקשת רשות לערעור שני בפני בית המשפט העליון. השופטת פרוקצ'יה הפעילה נכונה את כלל הפרשנות השלישי, בכותבה כך:

"המדיניות החברתית העומדת ברקע האיסור בחוק, אשר ביקשה להגן הן על הציבור והן על הפרט מפני נגע ההתמכרות העלול להביא להתעשרות ללא יגיע כפיים

175 סעיף 304 לחוק העונשין.

176 רע"פ 9140/99 רומנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 349 (2000).



פרק ו: פרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי (ושלילת פרשנות תכליתית)

ולהפסדים כספיים גדולים כמו גם להידרדרות לפשיעה, איננה ישימה בסוג המשחקים נושא ענייננו. אין מדובר כאן במצבים שבהם אדם עשוי לגרוף הון עקב משחקי מזל, או לאבד את הונו כאשר המזל אינו מאיר לו פנים. מדובר כאן במשחקים שאף שיש בהם יסוד של מזל, לא נלווה להם הערך השלילי הטמון בהתעשרות קלה או בקיום סיכון להפסדים כבדים העלולים להביא עמם התמוטטות כלכלית. עיקרם ויסודם בבידור ובשעשוע, כאשר הזכייה בנקודות המשחק נועדה לתת לשחקן תמריץ להמשיך ולשחק במשחקים נוספים. משיסוד הציפייה להתעשרות אינו קיים, ממילא החשש להתמכרות השחקן מוקהה במידה משמעותית, שהרי ההתמכרות והציפייה להתעשרות כרוכות אלה באלה בקשר בל יינתק. ניתן להניח כי נטרול הציפייה לטובת הנאה כלכלית מזכייה במשחק ממילא מפחית, אם לא מבטל כליל, את הסכנה מפני ההשתעבדות הנפשית למשחק המזל.<sup>177</sup>

כלומר: גם אם הגדרת העבירה שקבע המחוקק כוללת באופן פורמלי גם את המקרה הנוכחי, מכיוון שמדובר במשחק לשם הנאה שלא ניתן להתעשר ממנו ולפיכך גם לא קיימת הסכנה של התמכרות והתמוטטות כלכלית, אין כל טעם – ולפיכך אין גם הצדקה – להחיל עליו את האיסור הפלילי. בהתאם, הציעה השופטת פרוקצ'יה נכונה לזכות את המערערים. מטרת החקיקה לעולם איננה ההגנה הרחבה ביותר על הערך המוגן, אלא הגנה מסוימת, ראויה, מוגבלת, מפני הפגיעות המשמעותיות בערך המוגן. דרך שנייה למסקנת הזיכוי הנכונה, שגם עליה עמדה השופטת, היא השימוש בכלל הפרשנות המצמצמת, הקבוע בסעיף 34 כחוק העונשין. הסתייגותי היחידה היא מסדר הפעלת הכללים, תוך הקדמת כלל הפרשנות השלישי לפני הכלל השני.<sup>178</sup> אוסיף כי ניתן היה להגיע למסקנת הזיכוי הנכונה גם בשתי דרכים עצמאיות נוספות, חלופיות: השלישית – תוך שימוש בסייג "זוטי הדברים" הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך". אחרי הכל, דובר במשחק שטובת ההנאה שניתן להרוויח בו פעוטה – האפשרות למשחק נוסף. אילו בחרנו לצפות בסרט קולנוע שבפרסום לקראתו היה מתואר כסרט העוסק בהימורים, והיינו צופים במשחק שבו לא ניתן לזכות בכסף אלא רק במשחק נוסף, היינו ודאי חשים מרומים... הדרך הרביעית – תוך שימוש בסייג "טעות במצב משפטי" הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין: "לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר". זאת, מכיוון שהמערערים קיבלו שוב ושוב מן העירייה רישיון להפעלת המקום.<sup>179</sup> לכן, אפילו אם המעשה היה אסור, טעותם לפיה המעשה היה מותר הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר".<sup>180</sup> אם גם הרשויות טעו והעניקו שוב ושוב רישיון משך שנים, לא ניתן ולא הוגן לצפות מהאזרחים שלא יטעו. נראה שיש כאן אפילו הסתמכות על צעה רשמית

177 שם, בעמ' 362.

178 בשינוי הסדר ודאי הושפעה השופטת מהדגשת תכלית החקיקה שהציע השופט ברק, הדגשה שבאותה תקופה הייתה מאוד אופנתית בפסיקה.

179 שם, בעמ' 368–369.

180 לאור קיומן של לא פחות מארבע הנמקות עצמאיות לזיכוי, שדי בקבלת אחת מהן כדי לחייב זיכוי, אינני יכול להסביר לקוראים את מסקנת ההרשעה של שני שופטי הרוב. המעוניינים בהסבר שהציעו השופטים יכולים כמובן לקרוא ישירות בפסק הדין.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

מוטעית – שמקובל מאוד שהיא פוטרת מאחריות פלילית, הן מנימוקים של גמול ותועלת והן מהנימוק של “השתק”: הרשויות מנועות מלהאשים את האזרח לאחר שהטעו אותו.

### ד. הדגמת השימוש בכללי הפרשנות בפסיקה

ניתן להדגים את כל שלושת כללי הפרשנות של המשפט הפלילי באמצעות מקרה שנדון על ידי בית המשפט, בפרשת לוי. הנאשמת הואשמה בבית משפט השלום בעבירה הקבועה בתקנה 169 לתקנות התעבורה, התשכ”א–1961 (ההדגשות הוספו):

“לא ינהג אדם רכב ולא ילך עובר דרך בכביש כשלאזוניו צמודות אוזניות המחבורות למכשיר להשמעת צלילים או קולות, למעט אוזניות המחבורות למכשיר שמיעה רפואי”.

חרף העובדה שלא הייתה מחלוקת שהנאשמת נהגה את רכבה כשרק לאחת מאוזניה צמודה אוזנייה המחבורת למכשיר טלפון סלולרי, בכל זאת הורשעה על ידי בית משפט השלום וערעורה לבית המשפט המחוזי נדחה. במסגרת בקשת רשות ערעור שהגישה לבית המשפט העליון אומנם זוכתה המערערת, אך לאו דווקא מהנימוק הנכון.

השופט קדמי החל את הנמקת הזיכוי דווקא בפרשנות תכליתית, שכאמור איננה מתאימה למשפט הפלילי. אלא שבעת כתיבת פסק הדין הייתה עדנה לתורת הפרשנות התכליתית שהשתדל השופט ברק להנהיג גם במשפט הפלילי – בניגוד חזיתי לכללי הפרשנות המקובלים בתחום זה, הנובעים ישירות מעקרונות היסוד של דיני העונשין. וכה נימק השופט קדמי:

“תכליתו של האיסור שקובעת תקנה 169 הנ”ל היא למנוע מצב שבו ‘מתנתק’ הנוהג ברכב מסביבתו על-ידי הצמדת אוזניות לשתי אוזניו, וזאת ‘להבדיל מ’כרסום’ גרידא ברמת הקשב של הנהג וביכולת לקלוט ‘קולות’ המושמעים בסביבתו הקרובה”.<sup>181</sup>

מכיוון שהצמדת אוזנייה אחת לאוזן אחת יוצרת רק כרסום בקשב ולא יוצרת התנתקות מהסביבה, החליט השופט שהעבירה כלל לא נעברה וזיכה את המערערת. רק בהמשך דבריו “נזכר” השופט גם בכלל הפרשנות המצמצמת בפלילים, ועל בסיסו העדיף את פרשנות הנאשמת על פני פרשנות התביעה.<sup>182</sup>

כיצד נכון היה לפרש את האיסור? כזכור, כלל הפרשנות הראשון קובע שנקודת המוצא חייבת להיות המשמעות הטבעית והרגילה של מילות החוק. מכלל זה יש לצאת לדרך פרשנות האיסור, ובדרך כלל ניתן גם לסיים את דרך הפרשנות תוך שימוש בו. כך במקרה שלפנינו: אין כל ספק שמבחינה לשונית אוזן איננה אוזניים, אוזנייה איננה אוזניות, ואוזנייה הצמודה לאוזן אינן אוזניות הצמודות לאוזניים.<sup>183</sup> לכן, גם לא היה מקום להגיע כשופט קדמי אל כלל הפרשנות המצמצמת, שהרי הוא חל

181 רע”פ 3237/99 לוי נ’ מדינת ישראל פ”ד נג (4) 140, 142 (1999).

182 שם בעמ’ 143.

183 התביעה אומנם ניסתה להיוושע מסעיף 5 לחוק הפרשנות, התשמ”א–1981, שלפיו “יחיד” כולל גם “רבים” ולהיפך. בית המשפט העליון דחה זאת על בסיס סעיף 1 לאותו חוק, שלפיו הוראות חוק הפרשנות לא תחולנה אם יש בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם הוראות אלו. לדעת השופט קדמי,

פרק ו: פרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי (ושלילת פרשנות תכליתית)

רק כשיש שני פירושים סבירים, ולפנינו פירוש סביר אחד ויחיד. גם בכלל הפרשנות השלישי לא היה צורך, משום שכבר הכלל הראשון מכתוב את הפרשנות שלפיה האיסור חל רק נוכח נהיגה תוך הצמדת שתי אוזניות לשתי האוזניים.

יצוין כי השופט קדמי לא השתמש בתכלית החקיקה כראוי – בהתאם לכלל הפרשנות השלישי, שלפיו ניתן להשתמש בה לצמצום בלבד של היקף האיסור, במקום שבו תכלית האיסור לא מצדיקה פלילות של התנהגות מסוימת. אלא, נראה שהשופט קדמי הלך בדרך הזרה למשפט הפלילי ולעקרונותיו, שאותה השתדל להנהיג השופט ברק – פרשנות האיסור אך ורק לפי תכלית החקיקה, כמקובל בענפי משפט אחרים. אומנם גם בדרך לא דרך זו הגיע השופט קדמי לתוצאה הנכונה, שלפיה העבירה כלל לא מתגבשת נוכח נהיגה עם אוזניה אחת המוצמדת לאוזן אחת. זאת, לאחר שחיווה דעתו כי מטרת האיסור היא למנוע התנתקות מוחלטת מן הסביבה ולא כל כרוסם בקשב. אלא שכידוע, מטרת האיסור איננה מפורטת בחוק. מי שקובעים אותה – בדיעבד – הם השופטים. לא ניתן לבסס את החירות שלנו על פרשנות לפי תכלית החקיקה, גם משום שהיא עמומה. בהחלט ניתן לתאר שופט אחר, שהיה מגיע למסקנה שמטרת האיסור היא למנוע כל כרוסם משמעותי בקשב. קביעה כזו הייתה מוליכה להרשעת הגב' לוי. זאת, בניגוד לעקרונות היסוד של דיני העונשין, תוך פגיעה בעקרון החוקיות – הן בכך שלא ניתנה לאזרח אזהרה הוגנת והן בכך שהשופט נוטל את תפקיד המחוקק ואוסר איסורים בעצמו; תוך פגיעה בעקרון השיוריות והרחבת המשפט הפלילי שלא לצורך; תוך פגיעה בעקרון הערך המוגן בדרך של מתן הגנה מופרזת לערך המוגן; ותוך התעלמות משלושת כללי הפרשנות המיוחדים למשפט הפלילי, שאחד מהם קבוע במפורש בחוק. תוצאה כזו איננה אפשרית אם מקפידים לפרש את האיסור כראוי.

אכן, כפי שכתב הפילוסוף צ'זרה בקריה:

“אין דבר מסוכן יותר מן האקסיומה המקובלת הגורסת שצריך להיוועץ ברוח החוק. זוהי סוללה של נהר ששיטפון של דעות מחריב אותה... לכל אדם יש נקודת מבט משלו ולכל אדם יש נקודת מבט שונה בזמנים שונים. רוח החוק תהיה אפוא התוצאה של ההיגיון הטוב או הגרוע של שופט אחד ושל העיכול הקל או הקשה של ארוחתו... הקלקולים הנובעים משמירה קפדנית על החוק הפלילי ככתבו וכלשונו לא ישוו לקלקולים הנובעים מפרשנות החוק.”<sup>184</sup>

## ה. “כיצד עושים זאת לא נכון” – הדגמה של פרשנות מוטעית

אסיים בדוגמה להתעלמות צורמת מכללי הפרשנות של המשפט הפלילי שהייתה מקובלת תקופה קצרה במשפט הישראלי – פסק הדין בפרשת מזרחי.<sup>185</sup> האסיר מזרחי קיבל חופשה של יממה מבית הסוהר,

סעיף 5 לחוק הפרשנות איננו מתיישב עם תכלית האיסור הקבוע בתקנה 169 לתקנות התעבורה (שם, בעמ' 142). לדעתי, יש לומר באופן גורף יותר שהפרשנות המרחיבה שמציע חוק הפרשנות זרה לחלוטין לתחום המשפט הפלילי ולא תחול לעולם – על אף לא אחד מן האיסורים – בהיותה מנוגדת חזיתית לעקרון החוקיות, לעקרון השיוריות, לעקרון המוגן ולכללי הפרשנות המיוחדים למשפט הפלילי, לרבות כלל הפרשנות המצמצמת, הקבוע בחוק עצמו. ראו ס' 34כא לחוק העונשין.

184 בקריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 14.

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

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

כחוק. כפי הנראה היה לו טוב בביתו והוא נמנע מחובתו לשוב לבית הסוהר בתום החופשה. קיימת הייתה לשם כך עבירה מאוד מסוימת בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971. 186 אלא שהפרקליטות לא הסתפקה בה והאשימה את האסיר בעבירה החמורה יותר – "בריחה" – הקבועה בסעיף 257 לחוק העונשין: "הבורח ממשמורת חוקית שהוא נתון בה בשל עבירה פלילית, דינו – (1) אם הוא מואשם או מורשע בפשע – מאסר שבע שנים; (2) בכל מקרה אחר – מאסר שלוש שנים". כיצד יש לפרש עבירה זו? הניתן לברוח גם במחדל, או שנדרשת התנהגות אקטיבית?<sup>187</sup>

תחילה יש להפעיל את כלל הפרשנות הראשון – פירוש לפי המשמעות הטבעית והרגילה של מלות החוק. מדובר ב"עבירת התנהגות", שלא נדרשת בה תוצאה. בשפה העברית, "הבורח" היא התנהגות אקטיבית ולא מחדל. מכיוון שמלות החוק הן ברורות לחלוטין ומכיוון שמדובר באיסור פלילי, המחייב פרשנות בהתאם לעקרון השיריות ובהתאם לעקרון החוקיות ומתן אזהרה הוגנת לאזרח, הרי שבכך צריכה להסתיים מלאכת הפרשנות של עבירה זו. אילו (באופן היפותטי) היה סביר גם הפירוש של המלה "הבורח" כמחדל, או אז היה נכנס לתוקף כלל הפרשנות השני – פרשנות מצמצמת בפלילים – ועל השופט הפרשן היה לבחור בפירוש המלה "הבורח" כמתארת התנהגות אקטיבית בלבד. גם אם היינו מגיעים לכלל הפרשנות השלישי – שימוש במטרת החקיקה לצמצום (בלבד!) של האיסור, לא הייתה משתנה התוצאה הפרשנית שלפיה ניתן לעבור עבירה זו במעשה אך לא במחדל. כזכור, מטרת החקיקה לעולם איננה ההגנה המרבית על הערך המוגן, אלא הגנה מסוימת, מוגבלת, ראויה על ערך מוגן ראוי. כדי להגן על הערך המוגן בהחלט סביר שהמחוקק הסתפק באיסור על בריחה אקטיבית ולא החיל את האיסור גם על מחדל. מסקנה זו מתחזקת מכך שישנן שיטות משפט שבהן אפילו הבריחה האקטיבית איננה עבירה פלילית, אלא מכירים שם בשאיפתו הטבעית של האדם לחופש. כמובן, אם במהלך הבריחה עובר האסיר עבירה אחרת כגון תקיפה (של סוהר) או פגיעה ברכוש (של בית הסוהר); של המדינה) – יישא באחריות עליה, אך לא יישא באחריות על עצם הבריחה. בישראל אומנם קבועה בחוק עבירה פלילית של בריחה, עם עונש מופרז בעליל של שבע שנות מאסר, אך העבירה מוגבלת על פי לשונה לבריחה אקטיבית ואין כל הצדקה להרחיבה מעבר לכך. הנה כי כן, על פי כל אחד משלושת כללי הפרשנות של המשפט הפלילי נגיע לאותה תוצאה: הבריחה הייתה ונותרה אקטיבית. ניתן אף להשתמש כאן ב"מבחן המכר שלא למד משפטים": בקשו ממנו לתאר כיצד בורחים. בוודאי ישיבכם תוך תיאור התנהגות אקטיבית. הוסיפו ושאלוהו אם ניתן לברוח במחדל. קרוב לוודאי שיתפלא לשמוע מכם שישנם משפטים הסבורים שניתן כך לברוח. לא טוב לו למשפט ולא טוב למשפטים להתרחק מלשון בני אדם – ודאי כך בתחום המשפט הפלילי, שבו השאיפה היא לתת אזהרה הוגנת לאזרח ולא חלילה להפתיעו לאחר מעשה באחריות פלילית; ובוודאי שלא להפתיעו לאחר מחדל באחריות פלילית.

186 העבירה של אי חזרה מחופשה הייתה קבועה בסעיף 32 לפקודת בתי הסוהר, שבינתים אומנם בוטל, אך עדיין אין קושי להחיל על המחדל של אי-החזרה מחופשה את אחת החלופות הרבות (41!) הקבועות עד היום בסעיף 56 לאותו חוק תחת הכותרת "עבירות בתי סוהר" (כגון חלופות 28 או 41).

187 פרופ' פלר סבר כי ניתן לפרש את הבריחה ככוללת גם התנהגות פסיבית; פרופ' קרמניצר השיב לו במאמר המראה שהבריחה היא אקטיבית בלבד. ראו ש"ז פלר "בריחה ממשמורת חוקית, במחדל?" עיוני משפט ח 630 (1982); מרדכי קרמניצר "בריחה ממשמורת חוקית, במחדל? – הערה נוספת" עיוני משפט י 195 (1984).

פרק ו: פרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי (ושלילת פרשנות תכליתית)

אלא שהשופט ברק סבר אחרת, הרשיע את מזרחי בעבירה של בריחה שנעברה לדעתו במחדל, וכתב כך:

”חוק פלילי, כמו כל חוק אחר, אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה, אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה. מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק.”<sup>188</sup>

במקום אחר<sup>189</sup> כבר עמדתי על כך שמכיוון שאפילו השופט ברק מדבר על הצורך ב”נקודת-אחיזה-ארכימדית בלשון החוק”,<sup>190</sup> הרי שדווקא הדוגל בגישתו הפרשנית של השופט ברק הוא הנזקק באופן תדיר למילון, לצורך מציאת “נקודת אחיזה ארכימדית” בלשון החוק – אפילו רופפת ביותר (וככל שמתרופפת נקודת האחיזה, ומסתפקים במשמעויות משניות של המילים, כן גדל הצורך במילון). והרי לפי הגישה הפרשנית הראויה למשפט הפלילי אין צורך במילון. כדי לעמוד על המשמעות הטבעית והרגילה של המילים די בשליטה בסיסית בשפה העברית. למעשה, מהווה ההסתפקות ב”נקודת-אחיזה ארכימדית בלשון החוק” התנערות גם מהכלל שלפיו יש לפרש את האיסור על פי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו. הנה כי כן, כדי להגיע לפרשנותו היצירתית המרחיבה את היקף האיסור היה על השופט ברק להתנער מכל שלושת כללי הפרשנות המקובלים – גם בשיטות משפט אחרות – בתחום המשפט הפלילי.<sup>191</sup>

המלה האחרונה בתחום זה נאמרה על ידי הכנסת, אשר חוקקה את סעיף 34 ככא לחוק העונשין, הקובע במפורש את כלל הפרשנות המצמצמת. יש לקוות שהפסיקה תפעל בהתאם למצוות המחוקק.

188 עניין מזרחי, לעיל ה”ש 185, בעמ’ 427.

189 סנגירו “היהפכו המטרות למניעים?”, לעיל ה”ש 169, בעמ’ 346.

190 למשל אהרן ברק “יסודות לתורת פרשנות ישראלית” עיוני משפט י 484 (1984).

191 לכאורה ניתן לחשוב שכיום היה חל כאן סעיף 18(ב) לחוק העונשין, שבו נקבע (בטעות, לדעתי) כי “מעשה” – לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת. אלא שיש לפרש סעיף זה כחל רק על עבירות שבהן השתמש המחוקק במילה “מעשה” (ברומה למילון המונחים הקבוע בסעיף 90 לחוק העונשין), ולא על כל העבירות המתארות התנהגות אקטיבית, תוך שימוש בפעלים שונים הקיימים השפה העברית. פרשנות אחרת תרוקן מתוכן את ההבחנה בין עבירות התנהגות רגילות לבין עבירות מחדל (שהן כיום מעטות יחסית) ותגדיל באופן בלתי מתקבל על הדעת את התחום האסור. וראו ביתר הרחבה בפרק שלהלן, העוסק במחדל הפלילי.



## פרק ז

# בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק

### א. הגדרה חברתית לעבירה

העבירה היא התנהגות אנטי חברתית, שמסכנת ערך חברתי מוגן.

זוהי הגדרה סוציולוגית מקובלת. העבירה הפלילית תיתכן רק בחברה מאורגנת. הערכים החברתיים, שעליהם מבקשת החברה להגן באמצעות האיסורים הפליליים, נחלקים לשתי קבוצות: הראשונה היא הגנה ישירה על האזרחים, ובעיקר על הערכים החברתיים המרכזיים הבאים: חיי אדם, שלמות הגוף, החירות, הקניין, הפרטיות והאוטונומיה (חופש הבחירה). קבוצת הערכים החברתיים המוגנים השנייה מספקת הגנה עקיפה על האזרחים, באמצעות ההגנה על קיומם של המדינה ושל מוסדותיה. כשאדם עובר עבירה הוא פוגע לא רק בקורבן המסוים של אותה עבירה (באדם שממנו הוא גונב / שאותו הוא שודד/תוקף/מרמה; באדם שאותו הוא סוחט / שאל ביתו הוא פורץ / שאותו הוא פוצע) אלא גם בערכים החברתיים החשובים לחברה. נוצר עימות (קונפליקט) בין העבריין לבין החברה.

### ב. הגדרה משפטית לעבירה

העבירה הפלילית היא התנהגות המלווה באשמה, של אדם בר עונשין, האסורה על פי חוק, בשל הסכנה לערך חיוני לחברה.

ההגדרה מבוססת על ארבעת יסודות העבירה, שהם: (1) היסוד העובדתי; (2) היסוד הנפשי; (3) מבצע העבירה (אדם בר עונשין: בגיר, שפוי, לא לוקה בשכלו); (4) הערך החברתי המוגן באמצעות האיסור (למשל חיי אדם / שלמות הגוף / חירות / רכוש / פרטיות / אוטונומיה). לאחר שהוגדרו ארבעת יסודות העבירה, הגדרתה המקצועית מוכתבת על ידיהם – די בהוספת מילות קישור בין יסודות העבירה כדי לקבל את הגדרתה. ההתנהגות היא לב היסוד העובדתי; האשמה היא מהות היסוד הנפשי; מבצע העבירה צריך שיהיה אדם בר עונשין; והטעם לאיסור הוא ההגנה על ערך חברתי.

המבנה הלוגי והתחבירי של עבירה הוא משפט תנאי בצירוף עונש: העושה H דינו X. אם אדם יבצע התנהגות מסוימת, העונש המרבי הצפוי לו הוא X.

נדרשת כאן הבהרה לשונית: המלה "עבירה" משמשת אותנו בשתי משמעויות שונות: האחת: "עבירה" = האיסור שבחוק (למשל סעיף 384 לחוק העונשין האוסר על גניבה); והשנייה: "עבירה" = האירוע שהתרחש במציאות (למשל: אדם מסוים נטל ונשא חפץ מסוים ללא הסכמת הבעלים, במקום מסוים ובזמן מסוים).

ג. מבנה העבירה הפלילית

היסוד	רכיבים	סעיפי חוק העונשין	עקרון היסוד
(הנורמה האוסרת)	הגדרת העבירה + העונש	1	עקרון החוקיות
1. היסוד העובדתי	א. ההתנהגות (+שליטה) + במחדל-מקור חובה לפעול	18(א) (+134+18ג) (בהתאמה)	עקרון ההתנהגות
	ב. נסיבות	18(א)	(איין)
	ג. תוצאה (כשנדרשת בהגדרת העבירה)	18(א)	(איין)
	ד. קשר סיבתי (ההתנהגות גרמה לתוצאה)	18(א)	(איין)
2. היסוד הנפשי "מחשבה פלילית" <sup>192</sup>	א. מודעות להתנהגות (במחדל – גם מודעות לעובדות היוצרות את החובה לפעול)	20(א)	עקרון האשמה
	ב. מודעות לנסיבות	20(א)	עקרון האשמה
	ג. צפיית התוצאה (+סיכון בלתי סביר)	20(א)	עקרון האשמה
	ד. צפיית תהליך הגרימה / אפשרות לצפותו	20(א)	עקרון האשמה
3. מבצע העבירה – "בר עונשין"	בגיר+שפוי+ אינו לוקה בשכלו	134+134+ח34 בהתאמה	עקרון האשמה
4. הערך החברתי המוגן			עקרון הערך המוגן

העבירה הפלילית מורכבת מארבעה יסודות הכרחיים השלובים זה בזה. זהו מבנה כללי, המתאים לכל העבירות, והמבוסס על עקרונות היסוד של דיני העונשין. להלן מובא פירוט הרכיבים של היסוד העובדתי שבעבירה.

ד. ההתנהגות = התרומה הגופנית, הפיזית, של המבצע להתהוות העבירה

דרישת ההתנהגות נובעת מעקרון ההתנהגות, שהוא מעקרונות היסוד של דיני העונשין, ולפיכך כבר דנתי בה לעיל תוך דיון בעקרונות היסוד (בחלקו הרביעי של פרק ה). דרישת ההתנהגות נובעת גם מעקרון הבחירה החופשית, המקובל בחשיבה הפילוסופית בת ימינו. בכל הגדרה של עבירה נדרשת התנהגות, תרומת המבצע היא בדרך כלל במעשה – בפעולה אקטיבית; הפעלת שרירים. אך ישנן גם עבירות שבהן די בהתנהגות מחדלית – התרומה הפיזית לעבירה היא בכך שהמבצע לא פעל פעולה

192 ברוב העבירות נדרשת "מחשבה פלילית" (ס' 19 לחוק) שמהותה מודעות (ס' 20 לחוק). הרשלנות (ס' 21) היא חריג (ס' 19), שיידון בפרק נפרד בהמשך.



פרק ז: בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק

שחייב היה לפעול. העבירות של מחדל, שהן חריג בדיני העונשין הטעון הצדקה מיוחדת בשל הצמצום הרב מהרגיל של חירות האדם, תידונה בהרחבה בפרק נפרד.

## ה. נסיבות = נתוני מציאות שבהגדרת העבירה נדרשת התקיימותם בזמן ההתנהגות

### 1. כללי

הנסיבות קיימות בעולם ללא קשר הכרחי להתנהגות המבצע. לעיתים קרובות ההתנהגות אינה שלילית כשלעצמה אלא ניטרלית, והנסיבות הן המעניקות לה את האופי השלילי והפלילי: נהיגה ברכב כשלעצמה איננה שלילית ואיננה עבירה, אך נהיגה ללא רישיון היא עבירה פלילית.<sup>193</sup> נהיגה ברכב וחציית צומת איננה שלילית ואיננה עבירה, אך אם בזמן התנהגות זו האור ברמזור אדום, זוהי עבירה פלילית.<sup>194</sup>

לקיחת אדם אחר ממקום א' למקום ב' איננה התנהגות שלילית ואיננה עבירה פלילית, אך אם הדבר נעשה ללא הסכמתו – זוהי עבירה חמורה של חטיפה.<sup>195</sup> נגיעה באדם אחר איננה שלילית, אך אם הדבר נעשה ללא הסכמתו של האחר שבו נוגעים – זו כבר עבירה של תקיפה.<sup>196</sup>

נשיאה ונטילה של נכס איננה שלילית, אך אם מדובר בנכס של הזולת, ולא ניתנה לכך הסכמתו – זוהי עבירה של גניבה.<sup>197</sup>

נשיאת איש (ונשיאת אישה) איננה התנהגות שלילית או פלילית, אך אם המבצעת (או המבצע) כבר נשואה לאחר (או נשוי לאחרת) – זוהי עבירה של ביגמיה; ריבוי נישואין.<sup>198</sup> קיום יחסי מין אינו התנהגות שלילית ואיננו עבירה, אך אם מתקיימת הנסיבה של היעדר הסכמת הקורבן – זו כבר אחת העבירות החמורות ביותר – עבירת האונס.<sup>199</sup> הדוגמה האחרונה ממחיש היטב את חשיבותן העצומה של הנסיבות הקבועות בהגדרת העבירה: לפנינו נסיבה (היעדר הסכמת הקורבן) שבהתקיימותה הופכת את אחד הדברים היפים בעולמנו לאחד הדברים המכוערים ביותר.

הנסיבות עשויות לעסוק במגוון תחומים רחב, כגון בזמן הפעולה (חייבים להדליק את פנסי המכונית בלילה; חניה במקומות מסוימים אסורה ביום), במקום הפעולה (מותר להתערטל ולהתהלך עירום בבית, אך לא באולם ההרצאות<sup>200</sup>), באובייקט שעליו מבוצעת העבירה (למשל רכוש של הצבא<sup>201</sup>), באמצעים לביצוע העבירה (למשל נשק חם או קר<sup>202</sup>), בזהות הקורבן (קשיש, קטין או חסר

193 סעיף 10 לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

194 תקנה 22 לתקנות התעבורה.

195 סעיף 369 לחוק העונשין.

196 סעיפים 378 + 379 לחוק העונשין.

197 סעיפים 383 + 384 לחוק העונשין.

198 סעיף 176 לחוק העונשין.

199 סעיף 345 לחוק העונשין.

200 סעיף 349 לחוק העונשין – מעשה מגונה בפומבי.

201 סעיף 108 לחוק העונשין.

202 סעיף 408 לחוק העונשין.

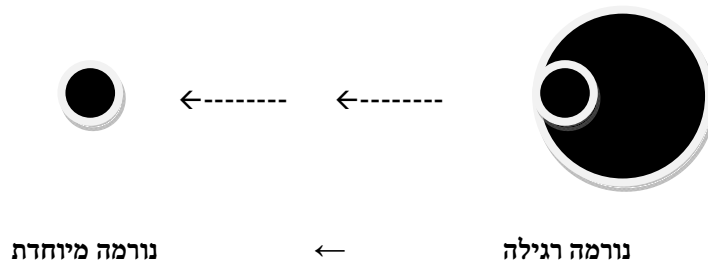
## ביקורת דיני העונשין הישראליים

ישע, עובד ציבור<sup>203</sup>), בזהות המבצע (עובד הציבור – בעבירת השוחד<sup>204</sup>), במהות ההתנהגות (נהיגה מסוכנת<sup>205</sup>) ועוד.

מדובר רק על נסיבות שמופיעות בהגדרת העבירה ונדרשות לשם התגבשותה. מכנים אותן "נסיבות רלוונטיות" (להגדרת העבירה). הן חורצות את גורל ההתנהגות וקובעות אם תיחשב לעבירה פלילית. נסיבות אחרות עשויות להשפיע על העונש (לפני שנים אחדות נחקקו סוף סוף רשימות מסודרות של נסיבות מיוחדות – חלקן מקלות וחלקן מחמירות – במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין – הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה<sup>206</sup>), על העמדה לדין וכן על התקיימותם של סייגים לאחריות פלילית.<sup>207</sup>

### 2. היחס "נורמה רגילה מול נורמה מיוחדת"

לעיתים מחוקק קובע נסיבה ההופכת עבירה קיימת לעבירה חמורה יותר. היחס ביניהן נקרא "נורמה רגילה מול נורמה מיוחדת". אם הדרישות להתגבשות הנורמה הרגילה הן A+B אזי במיוחדת נדרשות A+B+C. אין, כמובן, מקום להרשיע בשתייהן, אלא רק בעבירה המיוחדת. הכלל הוא שהנורמה המיוחדת גוברת על הנורמה הרגילה ודוחה אותה. כשהמחוקק קובע צורה מחמירה או צורה מקילה, הוא בעצם מוציא אותה מהעבירה הבסיסית, וקובע לה הסדר שונה:



דוגמאות:

שוד מזוין (ס' 402(ב) – 20 שנים)  
גניבה ממעביד (ס' 391 – 7 שנים)

שוד (ס' 402(א) – 14 שנים)  
גניבה (ס' 384 – 3 שנים)

מאמר מוסגר של פירוט: רכיבי העבירה קבועים בהגדרת הגניבה שבסעיף 383:

1 – ההתנהגות ("נוטל ונושא") + הנסיבות: (2 – "דבר הניתן להיגנב", 3 – "בלי הסכמת הבעל",  
4 – "במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב") + 5 – מודעות להתנהגות + 6, 7, 8 – מודעות לשלוש  
הנסיבות + 9 – מטרה "לשלול את הנכס מבעלו שלילת קבע".

- 203 סעיפים 368, 368, 382 לחוק העונשין (בהתאמה).
- 204 סעיף 291 לחוק העונשין.
- 205 סעיף 338(א)(1) לחוק העונשין.
- 206 סעיפים 40א–ט לחוק העונשין.
- 207 כגון על הסייג "זוטי דברים" – סעיף 34 לחוק העונשין.

פרק ז: בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק

אם נתאר את רכיבי הנורמה הרגילה – איסור על גניבה רגילה – כך:

$$\text{גניבה} = 1+2+3+4+5+6+7+8+9$$

הרי שרכיבי הנורמה המיוחדת – גניבה ממעביד הם:

$$\text{גניבה ממעביד} = 1+2+3+4+5+6+7+8+9+10$$

כשהדרישה הנוספת המסומנת 10 היא הקשר עובד-מעביד שבין המבצע לבין הקורבן.<sup>208</sup>

אל מול אין ספור דוגמאות לנורמות מחמירות בחוק העונשין, קשה למצוא דוגמאות לנורמות מקלות. זאת, כפי הנראה בשל תפישתו הלא מאוזנת בעליל של המחוקק האנגלי, שהתעניין בעיקר בתועלת, בהרתעה ובסכנה ולא בגמול ובאשמה. דוגמה יוצאת דופן לנורמה מקלה שקבע המחוקק האנגלי היא סעיף 303 לחוק העונשין – "המתת תינוק" – המתייחס למצב המיוחד של אשה השרויה בדיכאון לאחר לידה, וקובע עונש מרבי מוגבל (בפקודת החוק הפלילי – הריגה שדינה 20 שנה; ולאחר שינוי שהכניסה הכנסת – 5 שנות מאסר) במקום מאסר עולם על רצח.<sup>209</sup> דוגמה בת ימינו היא סעיף 300א לחוק העונשין – "עונש מופחת" – שהתייחס לעבירת הרצח. לאחרונה, במסגרת תיקון 137 לחוק העונשין שולבו הוראותיו בסעיף החדש 301ב – "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת".

208 הפסיקה לא תמיד מפעילה נכונה את הכלל הבסיסי, המקובל בכל שיטות המשפט המוכרות, שלפיו נורמה מיוחדת גוברת על הנורמה הרגילה ודוחה אותה. כידוע, מעבר לדקויות שבהגדרות שלוש העבירות בחוק זה או אחר, עבירת ההתפרצות מיוחדת ביחס לגניבה ובעצם כוללת את דרישותיה (או לפחות קירוב שלהן) ועבירת השוד מיוחדת ביחס להתפרצות וביחס לגניבה ובעצם כוללת את דרישותיהן (או לפחות קירוב שלהן). והנה בפסק דין שניתן לאחרונה – ע"פ 2012/17 קסימובה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.7.2018) – מצאה התביעה לנכון להגיש כתב אישום עם "רשימת מכולת" של עשרות עבירות, ובתי המשפט המחוזי והעליון הלכו בעקבותיה באש ובמים: באישום הראשון, העוסק באירוע בודד, הרשיעו גם מוחמר; באישום השלישי, העוסק באירוע בודד שלישי, הרשיעו גם בגניבה וגם בהתפרצות; באישום החמישי, העוסק בשני מקרים, הרשיעו גם בגניבה, גם בהתפרצות וגם בשוד מוחמר. כך, במקום חמש עבירות שנעברו במציאות, התקבלו באופן מלאכותי תשע עבירות, וזאת מלבד עבירות נוספות באישומים אלה, חלקן מלאכותיות (כך למשל הורשע הנאשם במסגרת האישום החמישי הנ"ל גם בעבירת הפציעה, חרף העובדה שרכיביה כבר כלולים בעבירת השוד המוחמר) ובאישומים האחרים. הדברים אינם מכוונים הפעם כנגד העונש, שנוכח האלימות איננו מופרז (אך כדי לגזור 11 שנות מאסר די אפילו בעבירה אחת של שוד מזוין שבה נעשה שימוש באלימות ונגרם נזק גופני לקורבן), אלא נגד הכפילויות המיותרות, שאינן משקפות הבנה של מהות הדברים.

209 החוק האנגלי קבע שדין המתת תינוק כדין הריגה. הוא נקלט בישראל בתקופת המנדט ובשנת 1966 הגבילה הכנסת את עונשה המרבי של אם שהמיתה את תינוקה במצב המיוחד של דיכאון לאחר לידה לחמש שנות מאסר. ראו לרנאו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 166.

## ו. תוצאה – שינוי לרעה בעולם שגרמה ההתנהגות; בדרך כלל נזק פיזי לאובייקט פיזי

### 1. כללי

התוצאה מאוחרת להתנהגות ובלתי ודאית בזמן ההתנהגות. במשפט הפלילי הקדום היה לתוצאה מקום מרכזי בהגדרת העבירה, בדומה לרכיב הנזק ההכרחי בדיני הנזיקין. עם התפתחות המשפט הפלילי הועבר הדגש מהתוצאה – שהתרחשותה עשויה להיות מקרית לחלוטין – אל הסכנה. השלכה אחת של שינוי זה היא הפללת הניסיון לעבור עבירה, ולאחרונה אפילו השוואת עונשו המרבי לעונשה המרבי של העבירה שנשלמה. בכך אדון בפרק אחר. ההשלכה הרלוונטית לדיון הנוכחי היא התרבות "עבירות ההתנהגות" – שבהגדרותיהן לא נדרשת תוצאה – עד כי עבירות התוצאה הפכו למיעוט.

"תוצאה" כהגדרתה המקצועית היא רק תוצאה שהמחוקק דרש בהגדרת העבירה ולא כל שינוי שהתרחש בעולם כתוצאה מהתנהגות המבצע – אפילו לא כל נזק פיזי לאובייקט פיזי.<sup>210</sup> כך למשל עבירת האונס מוגדרת כעבירת התנהגות ("הבועל אשה שלא בהסכמתה החופשית"<sup>211</sup>) שלא נדרשת בה תוצאה מסוימת כתנאי להתגבשותה. די בהתנהגות של בעילה, בצירוף הנסיבה היעדר הסכמת הקורבן והנסיבה היות הקורבן אישה. באירוע מסוים של אונס המתרחש במציאות, ייתכן שנגרם לקורבן גם נזק פיזי וייתכן מאוד נזק נפשי. אין בכך כדי להפוך את עבירת האונס לעבירת תוצאה. העובדה שלא נדרשת תוצאה אין פירושה שהנזק איננו חשוב. הוא עשוי להשפיע למשל על העונש שייגזר במקרה המסוים. אך לשם התגבשות עבירת האונס לא נדרש נזק כלשהו ובוודאי שלא נדרשת הוכחתו. בכך הרחיב המחוקק את הגדרת העבירה, את קשת המקרים מן המציאות שילכדו בתוכה, ואת ההגנה שהוא מעניק לקורבנות הפוטנציאליים.

דוגמאות מרכזיות לעבירות תוצאה הן עבירות ההמתה, שבכולן היסוד העובדתי כמעט זהה – כל התנהגות שבאמצעותה המבצע גרם למות הקורבן נכללת בהן – וההתפלגות היא בהתאם ליסוד הנפשי.<sup>212</sup> דוגמאות נוספות הן חבלת גוף חמורה,<sup>213</sup> פציעה<sup>214</sup> ונזק לרכוש.<sup>215</sup> דוגמאות מרכזיות לעבירות התנהגות שבהן – בניגוד לסברה מוטעית בציבור – לא נדרשת תוצאה כלשהי, מלבד עבירת האונס, הן עבירות הגניבה<sup>216</sup> והתקיפה.<sup>217</sup>

210 אשר לנזק הפיזי לאובייקט הפיזי, פרופ' פלר הגדירו כפגיעה "באובייקט הפיזי של העבירה, על קיומו, שלמותו, תקינותו או איכותו". ראו פלר, כרך א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 424.

211 סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין.

212 עד לאחרונה סעיפים 300 + 301 (רצח); 298 (הריגה); 304 (גרימת מוות ברשלנות) לחוק העונשין. החל מ-1.1.2019 (תיקון 137): 301 א (רצח בנסיבות מחמירות); 300 (רצח); 301 ב (המתה בנסיבות של אחריות מופחתת); 301 ג (המתה בקלות דעת); 304 שנותר בעינו (גרימת מוות ברשלנות).

213 סעיף 333 לחוק העונשין.

214 סעיף 334 לחוק העונשין.

215 סעיף 452 לחוק העונשין.

216 סעיפים 383 + 384 לחוק העונשין.

217 סעיפים 378 + 379 לחוק העונשין. אך השוו לעבירת התוצאה "תקיפה הגורמת חבלה ממשית", החמורה יותר, הקבועה בסעיף 380 לחוק העונשין. עבירה אחרונה זו מהווה נורמה מיוחדת ביחס לעבירת התקיפה הרגילה.

פרק ז: בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק

## 2. "עבירות התנהגות" מול "עבירות תוצאה"

ההבחנה בין "עבירות התנהגות" לבין "עבירות תוצאה" מבוססת על כך שרק בחלק (קטן) מהעבירות נדרשת גם תוצאה. הביטוי "עבירות התנהגות" עלול להטעות, כביכול רק בהן נדרשת התנהגות, שעה שבהתאם לעקרון ההתנהגות – "אין עונשין על דברים שבלב" – שכבר נדון לעיל, בכל העבירות ללא יוצאת מן הכלל נדרשת התנהגות. כך שהמייחד את עבירת ההתנהגות אינו דרישת ההתנהגות, אלא היעדר הדרישה לתוצאה.

ב"עבירת התנהגות" ההתנהגות חייבת להיות מוגדרת – אחרת לא תהיה לנו הגדרה ראויה של עבירה. כך, בגניבה ההתנהגות היא "נוטל ונושא",<sup>218</sup> באונס "בוטל"<sup>219</sup> ובתקיפה "מכה אדם, נוגע בו, דוחפו או..."<sup>220</sup>.

לעומת זאת, בעבירת תוצאה, שהיא בדרך כלל גרימת נזק פיזי לאובייקט פיזי, ייתכן שההתנהגות תהיה מוגדרת וייתכן שהמחוקק יסתפק בכל מעשה או מחדל שגרמו לתוצאה. בעבירת התוצאה "תקיפה הגורמת חבלה ממשית" נדרשת התנהגות מסוימת, של תקיפה, כהגדרתה בחוק – "המכה אדם, נוגע בו, דוחפו..."<sup>220</sup>. לעומת זאת בעבירות ההמתה, שהן עבירות תוצאה, לא נדרשת התנהגות מסוימת, כגון ירי, דקירה, חניקה, הרעלה, סקילה, שריפה, הרעבה או הימנעות ממתן תרופה הכרחית, אלא די בכל מעשה או מחדל (בתנאי שקיימת חובה לפעול) שגרמו לתוצאה. המחוקק בוחר בדרך הגדרה כזו כשהתוצאה חמורה מאוד וכשלדעתו כל דרך שבה עלול אדם לגרום לה צריכה להיות פלילית. כזה הוא המצב כאשר לנטילת חיי אדם.

עבירות תוצאה	עבירות התנהגות
כל גרימה לתוצאה	ההתנהגות תמיד מוגדרת

## 3. עבירות תולדה

עד כה ראינו שהתוצאה מוגדרת כשינוי לרעה בעולם שגרמה התנהגות המבצע, ושברוב המקרים מדובר בנזק פיזי לאובייקט פיזי, כגון מותו של אדם, חבלה באדם, פגיעת אדם, או – להבדיל ותוך ירידה תלולה בדרגת החומרה<sup>221</sup> – היזק לרכוש. יש הכוללים בין עבירות התוצאה גם את "עבירות

218 סעיפים 383 + 384 לחוק העונשין.

219 סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין.

220 סעיפים 378 + 379 לחוק העונשין. העובדה שהמחוקק לא הסתפק בהתנהגויות שצוטטו למעלה בטקסט, אלא הוסיף והרחיב מאוד את הגדרת העבירה – "או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית... הפעלת כוח – לרבות הפעלת חום, אור, חשמל, גז, ריח או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות" – היא דוגמה לחקיקה רעה, הפורשת את רשת האיסור רחב מאוד ומדי, בניגוד לעקרון הערך המוגן (הגנה ראויה ולא מופרזת על ערך מוגן ראוי) ובניגוד לעקרון השיריות של המשפט הפלילי (המשפט הפלילי כאמצעי האחרון).

221 כך מתבקש לפי התאוריה ולפי ההיגיון, אך לא דווקא לפי (חוסר) הגיונו של חוק העונשין שירשנו מהבריטים, שבו ההגנה על הקניין חזקה מדי הן מבחינת כמות עבירות הרכוש (כ-100 עבירות!), הן מבחינת רוחב הגדרותיהן והן מבחינת עונשיהן המופרזים. אחד משיאייה של הגנת יתר זו הוא האנומליה הבאה: הנחת חומר נפיץ ככוונה לגרום חבלה בגופו של אדם דינה 14 שנות מאסר (ס' 330 לחוק

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

התולדה", שבהן לא נדרש נזק פיזי לאובייקט פיזי, אלא, בדרך כלל, מדובר במצב שבו המבצע גורם לכך שהקורבן ייאלץ לפעול פעולה מסוימת. דוגמאות לעבירות תולדה הן סחיטה בכוח, סחיטה באיומים, הבאת אדם לידי עיסוק בזנות או לידי מעשה זנות וגרימה לקטין לפשוט יד.<sup>222</sup> המשותף לעבירות התוצאה הרגילות (גרימת נזק פיזי לאובייקט פיזי) ולעבירות התוצאה מסוג תולדה הוא הדגש המושם בהן על תהליך הגרימה שבין התנהגות המבצע לבין התוצאה או התולדה. הקשר הסיבתי שבין ההתנהגות לתוצאה/תולדה הוא מרכזי הכובד בעבירות אלה. התוצאה היא שינוי לרעה בעולם שגרמה התנהגות המבצע – בדרך כלל נזק פיזי לאובייקט פיזי, ולעיתים רחוקות תולדה.

### 4. עבירות תוצאה-בכוח (= תוצאה פוטנציאלית) = עבירות העמדה בסכנה

הפיסקה האחרונה מתאימה מאוד גם לסוג שלישי ואחרון של עבירות ממשפחת עבירות הגרימה, הלא הן עבירות התוצאה-בכוח (= תוצאה פוטנציאלית) המכונות גם עבירות של העמדה בסכנה: המשותף לעבירות התוצאה הרגילות (גרימת נזק פיזי לאובייקט פיזי) ולעבירות התולדה ולעבירות הגרימה לסכנה הוא הדגש המושם בהן על תהליך הגרימה שבין התנהגות המבצע לבין התוצאה או התולדה או הסכנה. הקשר הסיבתי שבין ההתנהגות לתוצאה/לתולדה/לסכנה הוא מרכזי הכובד בעבירות אלה. נעייין לדוגמה בעבירה "גרימת שריפה ברשלנות" שבסעיף 449 לחוק העונשין: "הגורם ברשלנות לשריפת דבר לא לו, או הגורם ברשלנות סכנת שריפה לדבר לא לו, דינו – מאסר שלוש שנים". החלופה הראשונה היא עבירה רגילה של גרימה לתוצאה אסורה – נזק פיזי לאובייקט פיזי – שריפת דבר שאינו של המבצע. בחלופה השנייה לא נדרש נזק פיזי לאובייקט פיזי ולא נדרשת תוצאה בפועל, אלא די בתוצאה פוטנציאלית – די בכך שהמבצע יצר סכנה מוחשית (קונקרטי) לכך שבעוד רגע תתרחש תוצאה מזיקה. לכאורה ניתן לחשוב שדי לנו לפרש את דרישת המחוקק לסכנת שריפה כנסיבה – דבר שצריך שיתקיים במציאות כדי שתתגבש העבירה. אך לא די בסכנה, אלא נדרש שהמבצע גרם לה. למעשה, גרימת המבצע לסכנת השריפה היא גם אפיון ההתנהגות הנדרשת בעבירה זו: כל מעשה או מחדל (בתנאי שקיימת חובה לפעול) אשר גרמו לאותה סכנה מוחשית. פרשנות מוטעית של דרישת הסכנה כנסיבה תותיר את העבירה ללא התנהגות – בניגוד לעקרונות היסוד של דיני העונשין. עבירות העמדה בסכנה הן כלי בידי המחוקק ליצירת הגנה בינונית על הערך המוגן: כשהוא דורש תוצאה רגילה – נזק פיזי לאובייקט פיזי (למשל אבדן חיי אדם) ההגנה מוגבלת יחסית. אם המחוקק מסתפק בסכנה מופשטת (אבסטרקטית) כנסיבה (ואז הכרחי שבהגדרת העבירה תוגדר ההתנהגות הנדרשת) אזי ההגנה על הערך המוגן רחבה מאוד, אולי רחבה מדי. בתווך יכול המחוקק שלא להסתפק בסכנה מופשטת, אך גם לא לדרוש נזק פיזי לאובייקט פיזי, אלא לדרוש סכנה מוחשית. כפי שראינו, בעבירת תוצאה (נזק שנגרם בפועל) נדרש קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה. גם בעבירות תוצאה-בכוח נדרש קשר סיבתי – בין ההתנהגות לבין הסכנה. נדרש שההתנהגות יצרה

העונשין); הנחת חומר נפיץ בכוונה להרוס נכס או להזיק לו דינה 15 שנים (ס' 456 לחוק העונשין). בדומה, פציעת אדם דינה 3 שנים (ס' 334); הריסת נכס או פגיעה בו דינה גם הוא 3 שנים (ס' 452) (בשתי העבירות נדרש אותו יסוד נפשי – "מחשבה פלילית" = מודעות).  
222 בהתאמה – סעיפים 427 (בחלקו האחרון), 428 (בחלקו האחרון), 201, 202, 216 (א) (2) לחוק העונשין.

פרק ז: בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק

הסתברות גבוהה להתממשות הנזק (= סכנה מוחשית); אלמלא ההתנהגות לא הייתה נוצרת הסכנה המוחשית.<sup>223</sup>

לבסוף אציין כי ההבחנה אומנם מבוססת ברמה התאורטית, אך כשמנסים לסווג את העבירות שירשנו מהמנדט הבריטי, שמנסחיהן כנראה כלל לא חשבו על הבחנה כזו, לא תמיד ניתן לבסס את ההבחנה כראוי.<sup>224</sup> בין היתר בשל כך, מוצע שלא למהר ולפרש עבירות רבות כעבירות של תוצאה-בכוח, אלא רק את העבירות שבהן לא מוגדרת התנהגות מסוימת ומדובר בכל מעשה או מחדל (אם קיימת חובה לפעול) שגרמו לסכנה. בעבירות שבהן מוגדרת התנהגות מסוימת, ניתן לפרש את דרישת הסכנה כנסיבה. אין פירוש הדבר שדי בסכנה מופשטת (אבסטרקטית), אלא בחלק מהעבירות בהחלט יש לפרש את הדרישה כסכנה מוחשית (קונקרטי).<sup>225</sup>

## 5. נורמה רגילה מול נורמה מיוחדת המוסיפה דרישת תוצאה

בעת הדיון בנסיבות העבירה, ראינו אפשרות של זוג עבירות דומות שבאחת מוגדרות דרישות מסוימות – התנהגות ונסיבות; ובשנייה נדרשת גם נסיבה נוספת, בדרך כלל מחמירה. היחס ביניהן הוא של נורמה רגילה מול נורמה מיוחדת, ובהתקיים באירוע שבמציאות גם הנסיבה הנוספת, הנורמה המיוחדת גוברת על הנורמה הרגילה. עתה ניווכח כי המחוקק עשוי ליצור צורה מיוחדת (ביחס לעבירה הרגילה) מוחמרת גם באמצעות הוספת דרישה של תוצאה מסוימת. כך, למשל, על בסיס עבירת התקיפה הרגילה (ס' 378 + 379 לחוק העונשין) נוצרה העבירה המיוחדת של תקיפה הגורמת חבלה של ממש (ס' 380). אם נתאר באופן תמציתי את הדרישות בעבירה הרגילה כך:

א (ההתנהגות) + ב (הנסיבה היעדר הסכמת הקורבן) + ג (מודעות המבצע);

יהיה התיאור התמציתי של העבירה המיוחדת:

א + ב + ג + ד (התוצאה).

223 פרופ' פלר נתן לרכיב התוצאתי של היסוד העובדתי שבעבירה הגדרה רחבה הכוללת "פגיעה בפועל או בכוח באובייקט הפיזי של העבירה". ראו פלר, כרך א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 424. לדעתי, תוצאה פוטנציאלית איננה תוצאה, אלא רק פוטנציאל לתוצאה.

224 דוגמה לעבירה נוספת שמקובל לפרשה כעבירה של העמדה בסכנה, הדורשת סכנה מוחשית לשם התגבשותה: סעיף 450(2) לחוק העונשין – "עושה במזיד או שלא כדין מעשה שיש בו כדי להביא מיד לאבדנו של כלי שיט או כלי טיס שבמצוקה או להריסתו" (ההדגשות הוספו).

225 דוגמה לעבירה שבה מוגדרת התנהגות מסוימת ולכן ניתן לפרש את דרישת הסכנה שבהגדרתה כנסיבה היא סעיף 338 לחוק העונשין – "מעשי פזיזות ורשלנות" (שכבר כותרתה גרועה, בערכבה מחשבה פלילית עם רשלנות). אומנם יש המציעים לפרשה כעבירת תוצאה-בכוח, אך אין בכך צורך, משום שבכל אחת מתשע חלופותיה מוגדרת התנהגות מסוימת. כמובן שבנוסף להתנהגות ולנסיבות הספציפיות שבכל חלופה, נדרש גם שהתנהגות המבצעת "יש בה כדי לסכן חיי אדם או לגרום לו חבלה" כאמור בפתח של הסעיף (החל על כל חלופותיו). זוהי נסיבה שחייבת להתקיים לשם התגבשות העבירה. השאלה אם נדרשת סכנה מוחשית או שדי בסכנה מופשטת איננה פשוטה: מצד אחד הניסוח "יש בה כדי" הוא של סכנה מופשטת (אחרת מתאים יותר ניסוח כגון "המסכנת"); מצד אחר העבירה כוללת גם יסוד נפשי חלש של רשלנות עם העונש החמור ביותר לעבירות רשלנות – שלוש שנות מאסר, דבר המכוון לפרשנות הדרישה כנסיבה של סכנה מוחשית, ולכן כך מוצע לפרש עבירה זו.

6. תורת היחסות

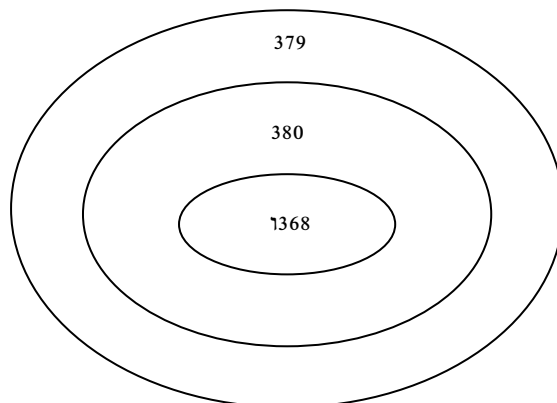
דוגמה נוספת, מעניינת, היא העבירה – "תקיפת זקן"<sup>226</sup> (ס' 1368) שבה נדרשות גם נסיבה מחמירה – היות הקורבן זקן; וגם תוצאה מחמירה – חבלה של ממש. מיהי כאן העבירה הרגילה ומיהי המיוחדת? אם נתמצת את הדרישות בכל עבירה, נקבל:

$$\text{תקיפה רגילה (ס' 378 + 379)} = \text{א} + \text{ב} + \text{ג}$$

$$\text{תקיפה הגורמת חבלה של ממש (380)} = \text{א} + \text{ב} + \text{ג} + \text{ד}$$

$$\text{תקיפה הגורמת חבלה של ממש לקורבן זקן (ס' 1368)} = \text{א} + \text{ב} + \text{ג} + \text{ד} + \text{ה}$$

בשרטוט שלמטה: האליפסה הגדולה מקיפה את כל המקרים (הרבים מאוד ומדי) הנלכדים בעבירת התקיפה הרגילה (379); האליפסה הבינונית גודרת את המקרים המשתייכים לעבירת התקיפה הגורמת חבלה (380); והמעגל הקטן מחזיק את המקרים (המעטים) שבהם מתגבשת העבירה תקיפה וחבלה בקשיש (1368).



380 היא עבירה מיוחדת לעומת 379 הרגילה; אך אותה עבירה 380 היא עבירה רגילה בהשוואה ל-1368 המיוחדת. זוהי המחשה לכך שהאפיון "נורמה רגילה" או "נורמה מיוחדת" הוא יחסי ולא מוחלט.

ז. קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה

1. כללי

זוהי הדרישה הרביעית והאחרונה ביסוד העובדתי של העבירה:

נדרש שהתנהגות המבצע היא שגרמה לתוצאה.

אלמלא ההתנהגות לא הייתה מתרחשת התוצאה – באותו זמן ובאותו אופן.

226 היום ודאי היינו מעדיפים את המלה "קשיש".



פרק ז: בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק

הדרישה רלוונטית רק לעבירות התוצאה;<sup>227</sup> והיא קיימת בכל עבירות התוצאה (העבירות שבהן נדרשת, בנוסף להתנהגות, גם תוצאה מסוימת בהגדרת העבירה).

כך למשל בעבירה (המיוותרת<sup>228</sup>) "ההורס או פוגע במזיד ברכב או בחלק ממנו" (ס' 413 לחוק העונשין) נדרש שההרס או הפגיעה נגרמו כתוצאה מהתנהגות המבצע. כיצד? למשל: שרט עם מפתח, שבר עם פטיש, שרף.

א' מוזג רעל לכוס שממנה שותה ב'. למחרת נמצא ב' חסר רוח חיים. האם א' גרם למותו של ב'? ייתכן, אך לא בהכרח. נדרש שהמוות הוא אכן תוצאה של הרעל, ולא, למשל, של תאונת דרכים או התקף לב שלא קשור לרעל; וכן לא של רעל אחר – שנתן לקורבן אדם אחר ג'. בפרשה שנדונה לפני למעלה ממאה בפסק דין אמריקני (White [1910]) הנאשם (בן סורר ומורה) הכניס רעל קטלני למשקה של אמו בכוונה להמיתה. האם נמצאה ללא רוח חיים. האם התקיים הקשר הסיבתי הנדרש בכל עבירת תוצאה, לרבות בעבירת הרצח? בבדיקה הפתולוגית נמצא שהאם לא נפטרה מהרעלה, אלא ממחלת לב. הנאשם זוכה מרצח והורשע בניסיון לרצח. כבר לפני למעלה ממאה אנו מוצאים גם בבדיקה פתולוגית וגם אחריות לניסיון.

## 2. מבחן הסיבה-בלעדיה-אין

המבחן המקובל לבדיקת הקשר הסיבתי הוא מבחן "הסיבה בלעדיה אין", המכונה גם מבחן "הגורם שאין בלתי" (בלטינית: *causa sine qua non*). זהו מבחן היפותטי, שיאה לו המלה השימושית מדי בימינו "כאילו". יישום המבחן:

לגבי מעשה (התנהגות אקטיבית) מבצעים (באופן היפותטי) השמטה של המעשה, ושואלים: אילו<sup>229</sup> הנאשם לא היה מבצע את המעשה, האם היתה מתרחשת התוצאה?

אם התשובה היא "לא" ← יש קשר סיבתי.

אם התשובה היא "כן" ← אין קשר סיבתי.

אדם חונק את שכנו שהופך למנוח. אלמלא חנק – האם היתה מתרחשת התוצאה – המוות?

אם התשובה היא "לא" ← מתקיים הקשר הסיבתי (כלומר: המבצע הוא שגרם למות הקורבן).

אם התשובה היא "כן" ← אין קשר סיבתי (כלומר: המבצע לא גרם למות הקורבן).

<sup>227</sup> לרבות עבירות התולדה; וכן, כפי שראינו זה עתה, הדרישה רלוונטית גם לעבירות של גרימה ל"תוצאה-בכוח" (תוצאה פוטנציאלית) המכונות גם עבירות העמדה בסכנה, שאז נדרש קשר סיבתי בין התנהגות המבצע לבין הסכנה.

<sup>228</sup> לדעתי, כל קבוצת העבירות החדשה יחסית "עבירות בקשר לרכב" (הקבוצה בסעיפים 413א-ג לחוק העונשין) היא מיותרת – שהרי ההתנהגויות המפורטות בה היו אסורות כבר קודם לכן באמצעות העבירות הבסיסיות כגון גניבה (ס' 383 + ס' 384) והיזק בזדון לרכוש (ס' 452). "תרומתה" היחידה היא בהפרה גסה של עקרון הפרופורציה, תוך קביעת עונשים מופרזים המגיעים ל-10 שנות מאסר (!) – יחס לגניבת מכונית המזכיר את היחס לגניבת סוס במערב הפרוע.

<sup>229</sup> "רגע של עברית": בדומה למלה "אילו", אפשר להשתמש במלים: אלמלא; אלמלי; אלולי; לולא. המלים הללו שכבר כוללות בתוכן את השלילה ("אלמלא" = אם לא) מייטרות את המלה "לא" שנדרשת לאחר המלה "אם". יש המכנים את המבחן "מבחן האלמלא": אלמלא ההתנהגות – האם הייתה מתרחשת התוצאה?

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

לגבי מחדל (התנהגות פסיבית; אפס מעשה כשקיימת חובה לפעול) – מבצעים (באופן היפותטי) המרה של המחדל במילוי החובה – לא שואלים "אילו לא היה מבצע", אלא שואלים: אילו הנאשם [כן] היה ממלא את חובתו, האם היתה מתרחשת התוצאה? אם התשובה היא: התוצאה לא היתה מתרחשת (היתה נמנעת) – יש קשר סיבתי. אם התשובה היא: התוצאה כן היתה מתרחשת (גם אם המבצע היה פועל) – אין קשר סיבתי. מציל מנוול מעדיף לסיים משחק קלפים לפני שיחוש להציל טובע. נניח שמתברר שגם אילו ניסה להציל מיד, היה נכשל והתוצאה – מוות – היתה מתרחשת. האם מתקיים הקשר הסיבתי? לא! (זה לא אומר שלא יואשם בעבירה אחרת, אך לא בעבירת המתה, כי לא גרם למוות).

בהפעלת מבחן ההמרה, לעיתים התשובה איננה חד-משמעית אלא הסתברותית. מקובל שמסתפקים בהסתברות גבוהה, למשל, לכך שאילו המציל זינק מיד, היה מספיק להציל את הטובע. מסתפקים בכך שהמחדל הגדיל משמעותית את הסיכון.

לעיתים התשובה על השאלה האם מתקיים קשר סיבתי (הן באשר למעשה והן באשר למחדל) פשוטה ולעיתים העניין מסובך ומצריך, למשל, נתיחת הגופה כדי לברר מה בדיוק גרם למוות. לעיתים הגרימה עקיפה ובדרך מעורבים גורמים נוספים. ניתן לראות כמה אנשים כגורמים לאותה התוצאה. לכאורה, על פי מבחן "הסיבה-בלעדיה-אין" ניתן להגיע לאנשים רבים מאוד, בוודאי להוריו של האדם שבמו ידיו גרם למוות, ואולי גם לאדם הראשון ולחוה... הרי אם לא היו עושים אהבה ומביאים צאצאים לעולם, התוצאה לא היתה מתרחשת. זה לא אומר שנרשיע את כולם... ישנן דרישות רבות נוספות שצריכות להתקיים לצורך אחריות פלילית: שליטה על ההתנהגות; חובה לפעול (כשמדובר במחדל); יסוד נפשי (בדרך כלל נדרשת מודעות – לרבות צפיית התוצאה, שלא תמיד מתקיימת); יכולת סבירה לצפות את תהליך הגרימה; סיכון בלתי סביר; ועוד. הקשר הסיבתי הוא רק תנאי הכרחי להתגבשות העבירה; ואיננו תנאי מספיק.

גם את הקשר הסיבתי על התביעה להוכיח מעבר לספק סביר. כדי להוכיח קשר סיבתי נדרש שהתוצאה לא היתה מתרחשת באותו זמן ובאותו אופן (אם, למשל, הקורבן היה ממילא הולך לעולמו למחרת היום שבו הומת, הדבר אינו שולל את הקשר הסיבתי – הרי כולנו נמות במוקדם או במאוחר).

דרישת הקשר הסיבתי מעוגנת בס' 18(א) לחוק העונשין – במילים "תוצאה שנגרמה על ידי המעשה".

### 3. מקרים מיוחדים

המציאות עולה על כל דמיון ומתרחשים בה מקרים מיוחדים שבהם מעורבים כמה מועמדים פוטנציאליים לתואר הגורם לתוצאה מסוימת. המשפט הפלילי מתעניין רק בגורמים אנושיים, שעליהם ניתן במקרים המתאימים להטיל אחריות. הנחת המוצא היא שאין ביניהם תיאום, אחרת מדובר בשותפות לדבר עבירה – שאז ממילא לא נדרש שכל אחד בפני עצמו יגרום למוות.<sup>230</sup> אדון בשלושה מקרים מיוחדים מרכזיים: גורמים משלימים, גורמים מצטברים וגורם חלופי.

230 הביצוע-בצוותא יידון בפרק נפרד בהמשך (פרק כב).

פרק ז: בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק

(א) גורמים משלימים

שניהם יחד גרמו לתוצאה ולא די היה באחד מהם לבדו.  
בדרך כלל מדובר בגורם ראשון (בזמן) שיצר סכנה ובגורם שני שמימש אותה:

התוצאה  $t_3$  → ב' מממש הסיכון  $t_2$  → א' יוצר הסיכון  $t_1$

דוגמה: רופא המשפחה המליץ למטופל על טיפול קבוע בתרופה A ולאחר מכן רופא השיניים הזריק לאותו מטופל חומר מרדים B. כל חומר לבדו אינו מסוכן, אך הצירוף  $A + B$  = רעל קטלני.  
דוגמה מהמציאות: המורה אסתר אלגביש שלחה את תלמידה לשוט בסירות בכינרת כשנשבה רוח חזקה. תלמידים השתוללו בסירות, ותלמידה שנפלה למים תוך כדי השתוללותה, טבעה למוות.  
כשמדובר ב"גורמים משלימים", מבחן "הסיבה-בלעדיה-אין" עדיין מתפקד:

אם נשמיט את התנהגותו של רופא המשפחה [או לחלופין את התנהגותה של המורה] ← התוצאה לא הייתה מתרחשת.

אם נשמיט את התנהגותו של רופא השיניים [או לחלופין את התנהגות התלמידה שהשתוללה] ← התוצאה לא הייתה מתרחשת.

בשני המקרים הקשר הסיבתי מתקיים. עדיין יש שאלה של צפיות – האם ניתן היה לצפות את התוצאה והאם ניתן היה לצפות את תהליך הגרימה – אך זו כבר סוגיה של היסוד הנפשי שבעבירה, שיידון בפרק נפרד.

לעיתים אין שני שלבים נפרדים בזמן, למשל: א' מכניס לכוס המשקה של ג' חומר A. ב' זמנית, ב' מכניס חומר B. ביחד נוצר הרעל C, שממית את ג'. במקרים כאלה כל אחד משני הגורמים יצר מצב מסוכן וגם מימש מצב מסוכן שיצר האחר. מבחן הסיבה-בלעדיה-אין עדיין מתפקד ומצביע על קיומו של קשר סיבתי: אלמלא התנהגותו של כל אחד מהגורמים המשלימים (שפעלו בזמנית) לא הייתה מתרחשת התוצאה.

דוגמה של עבירת מחדל: לפנינו אב ואם שחובתם לתת לתינוק תרופה החיונית לבריאותו. כל אחד מהם נמנע מלמלא חובתו ולתינוק נגרם נזק. יש להפעיל את מבחן הסיבה-בלעדיה-אין תוך המרת מחדלו של כל אחד מהם במעשה (היפותטי) המהווה מילוי של החובה לפעול:

אילו האב (כך) היה נותן לתינוק את התרופה, האם הנזק היה נגרם? לא ← מתקיים הקשר הסיבתי. כך גם לגבי האם. כל אחד משניהם גרם לתוצאה.

גם כשמדובר במחדליהם של שני גורמים משלימים, מבחן הסיבה-בלעדיה-אין עדיין מוליך לתוצאה נכונה.

גורם משלים הוא גורם הכרחי, אך איננו גורם מספיק. מכיוון שהוא הכרחי – מבחן הסיבה-בלעדיה-אין מתפקד היטב.

(ב) גורמים מצטברים

שניהם יחד גרמו לתוצאה אך די היה בכל אחד מהם לבדו.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

א' ו-ב' דוקרים בו-זמנית את ג' דקירות קטלניות רבות. השמטת כל אחד משני הגורמים-הדוקרים היתה מותרת את התוצאה על כנה (כל אחד טוען להגנתו: גם אלמלא דקרת את הקורבן, השני היה דוקר למוות). האם נזכה את שני הדוקרים? לא. תחושת הצדק של רובנו היא שבהחלט יש להטיל אחריות לרצח על כל אחד מהשניים, ולכן המשפט סטה כאן ממבחן הסיבה-בלעדית-אין במתכונתו הרגילה הדורשת הכרחיות של כל גורם.

כאן מקובלת שיטת "הבידוד המלאכותי": בודקים (באופן היפותטי) כל שרשרת אירועים בנפרד – של הדוקר א' בנפרד; ושל הדוקר ב' בנפרד: נניח (היפותטי) שהיה בזירת האירוע רק הדוקר א' ורק הוא דקר את הקורבן – שהפך למנוח (נניח [היפותטי] שהדוקר ב' נשאר בביתו).

השמטה: אלמלא דקר א', האם היה הקורבן מת? לא – מתקיים הקשר הסיבתי.

ענה נניח (באופן היפותטי) שהדוקר א' הוא שנשאר בביתו ורק הדוקר ב' דקר למוות.

השמטה: אלמלא דקר ב', האם היה הקורבן מת? לא – מתקיים הקשר הסיבתי.

**המשפט מסתפק כאן בסיבה מספקת (בלשון הפסיקה: "מבחן ניות הפעולה"<sup>231</sup>) ולא דורש סיבה**

**הכרחית – בניגוד למבחן הסיבה-בלעדית-אין הרגיל.<sup>232</sup>**

לבסוף יצוין כי מפעילים את מבחן הסיבה המספקת רק על אירועים שהתרחשו בפועל (= גורמים

מצטברים); ולא על גורמים היפותטיים (חלופיים) – שיידונו מיד.

### (ג) גורם חלופי (היפותטי)

זהו גורם שהיה יכול (באופן היפותטי) לגרום לתוצאה, אלמלא גרם לה אחר שהקדים אותו.

א' התקין פצצה במכוניתו של ב'. הפצצה הייתה צפויה להתפוצץ כעבור 5 דקות ולהמית את ב'. אך עוד קודם לכן נרמסה המכונית על ידי משאית שבה נהג ג' ו-ב' מת מיד. הפצצה התפוצצה רק לאחר מותו. מי גרם למוות? הקורבן מת כתוצאה מפגיעת המשאית ולכן ג' נהג המשאית הוא שגרם למוותו.<sup>233</sup> אלמלא התנהגותו (נהיגתו) של נהג המשאית, הקורבן אומנם כנראה היה מת כתוצאה מהפיצוץ, אך באופן אחר ובזמן אחר. מתקין הפצצה לא גרם למוות. הוא אחראי לעבירה חמורה אחרת – ניסיון לרצח.

במשפטי נירנברג שנערכו לאחר מלחמת העולם השנייה, שבהם בנות הברית העמידו לדין מקצת מהפושעים הנאציים ומעוזריהם, רופאים שרצחו יהודים טענו שאם לא היו מסכימים לרצוח, אזי ממילא רופאים נאצים היו עושים זאת. הטענה נדחתה. לא מתחשבים בסיבתיות היפותטית. מטילים אחריות על מי שרצח בפועל, גם אם המוות היה צפוי ממילא. זאת לנוכח הערך הגדול של חיי אדם. הדבר נכון גם לגבי שלמות הגוף.

לדעתי, אין מקום לכלל שלפיו לא מתחשבים בסיבתיות היפותטית כשמדובר ברכוש. למשל: שבירת חפץ נופל בהיותו באוויר – אם ברור שעוד רגע ממילא יתרסק על הקרקע, אין טעם להטיל אחריות על מי שהשתעשע בשבירתו בעת נפילתו וחבט בו עם מקל. אך, להבדיל, אם המבצע היה יורה

231 ע"פ 8710/96 וינמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 534 (1997).

232 ניתן להפריד בתוך הקטגוריה "גורמים מצטברים": 1. גורמים מצטברים עצמאיים (מקבילים) – כמו בדוגמת שני הדוקרים בו-זמנית שראינו; 2. גורמים מצטברים התלויים זה בזה (השני תלוי בראשון) – א' ירה בקורבן ירייה קטלנית; הקורבן התמוטט על הכביש; בעודו חי ב' דרס אותו דריסה קטלנית. כאן אפילו אין צורך בבידוד מלאכותי.

233 אחריותו של נהג המשאית תהיה בהתאם ליסוד הנפשי שלו. במציאות בדרך-כלל מדובר ברשלנות.

פרק ז: בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק

באדם שקפץ ממגדל בוער – גם אם ברור שעוד רגע הקורבן יתרוסק למוות, החשיבות שאנו מייחסים לערך חיי האדם מחייבת להטיל על הורה אחריות פלילית.

#### (ד) סיכום באשר למקרים המיוחדים

על פי רוב די במבחן הסיבה-בלעדיה-אין. כך גם כשמדובר בגורמים משלימים (שלא די באחד מהם לבדו). במקרים (הנדירים) של גורמים מצטברים (שבהם די היה בכל גורם לבדו) נוקטים בשיטת הבידוד המלאכותי – משיקולים ערכיים – ומטילים אחריות על כל אחד מהגורמים. לא מתחשבים בסיבתיות היפותטית (חלופית) – משיקולים ערכיים (הדבר משכנע בעיקר כשמדובר בחיי אדם ובשלמות הגוף, אך לא כשמדובר ברכוש). גם אם מתקיים קשר סיבתי (מהבחינה העובדתית) – לא די בכך לשם הרשעה. ישנן דרישות נוספות להתגבשות העבירה, כגון צפיית התוצאה ויכולת סבירה לצפות את תהליך הגרימה.

גורם חלופי	גורמים מצטברים	גורמים משלימים	
לגורם החלופי פוטנציאל לגרום לתוצאה לבדו.	לכל גורם פוטנציאל לגרום לתוצאה לבדו.	לאף גורם אין פוטנציאל לגרום לתוצאה לבדו (תלויים זה בזה).	פוטנציאל גרימה לתוצאה לבד
הגורם החלופי לא גרם לתוצאה.	כל גורם גרם לתוצאה.	שני הגורמים (במשולב) גרמו לתוצאה.	גרימה בפועל לתוצאה
מתעלמים מגורם חלופי.	בידוד מלאכותי (= הסתפקות בדיות; ללא הכרחיות).	אין צורך בכלל מיוחד; די במבחן הסיבה-בלעדיה-אין.	הכלל החל על סוג זה של מקרים

עד כאן הדיון ברכיב הקשר הסיבתי שבין ההתנהגות לבין התוצאה.

#### ח. הצירופים האפשריים של רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה

1. ההתנהגות ("צירוף" תאורטי).
2. ההתנהגות + נסיבות (הצירוף הנפוץ).
3. ההתנהגות + נסיבות + תוצאה + קשר סיבתי (הצירוף השני בשכיחותו).
4. ההתנהגות + תוצאה + קשר סיבתי (צירוף אפשרי).

#### ט. הכרחיות הרכיבים השונים

1. ככל עבירה נדרשת התנהגות. "עקרון ההתנהגות" – "אין עונשין על דברים שבלב".
2. לא בכל עבירה נדרשת תוצאה, אלא רק בעבירות התוצאה, שהן המיעוט; ואז תמיד נדרש גם קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

3. אין עיקרון יסודי המחייב דרישה של נסיבה בהגדרת העבירה, אך קשה לתאר עבירה שבה נדרשת רק התנהגות ולא נדרשת תוצאה או נסיבה כלשהי. אין (וטוב שאין) התנהגות שאסורה בכל מצב – ללא דרישה נוספת כלשהי; כלומר: אין עבירה שהגדרתה מבוססת אך ורק על התנהגות אסורה. ההתנהגות היא התרומה הגופנית, הפיזית של המבצע להתהוות העבירה, וכזו היא בדרך כלל ניטרלית ולא דווקא שלילית. הנסיבות הנלוות להתנהגות או התוצאה המזיקה שגורמת ההתנהגות הן שהופכות את ההתנהגות לשלילית ומצדיקות פליליות.<sup>234</sup>

### י. ניתוח פורמלי של עבירה

תחילה יש לנתח באופן אנליטי את הגדרת האיסור שבחוק, תוך זיהוי רכיביו השונים; ולאחר מכן יש לבדוק אם הוכחה במשפט בראיות קבילות ומעבר לספק סביר התקיימותו במציאות של כל רכיב. המבנה הבסיסי כבר הובא לעיל:

הנורמה האוסרת (הסעיף בחוק האוסר על ההתנהגות וקובע לה עונש)	
א. היסוד העובדתי	ב. היסוד הנפשי (הכלל – "מחשבה פלילית" = מודעות)
1. ההתנהגות (+ שליטה בהתנהגות)	1. מודעות (לטיב הפיזי של) להתנהגות
(+ לגבי מחדל – מקור חובה לפעול)	(+ לגבי מחדל – מודעות לעובדות היוצרות את החובה לפעול)
2. נסיבות	2. מודעות להתקיימות הנסיבות
3. תוצאה	3. צפיית תוצאה (= מודעות לאפשרות התרחשות התוצאה)
4. קשר סיבתי	4. צפיית תהליך הגרימה / אפשרות לצפותו

### יא. מתכון עזר לניתוח פורמלי של עבירה

1. איתור הנורמה האוסרת (בלעדיה לא תיתכן אחריות פלילית);
2. זיהוי העונש (גם הוא חלק הכרחי מהנורמה האוסרת, אך אינו חלק מהניתוח הפורמלי);
3. זיהוי היסוד הנפשי (מודעות או רצון) (אם כי רוב העבירות "שותקות" באשר ליסוד הנפשי – שאז נדרשת מודעות, מכוח הכלל שבסעיף 19 לחוק העונשין);
4. זיהוי ההתנהגות (בדרך כלל מתוארת באמצעות פועל בשפה העברית – כך באשר למעשה [התנהגות אקטיבית]. במחדל [התנהגות פסיבית] מוטלת חובה לפעול. בעבירת תוצאה ייתכן שימוש במלה "הגורם" = כל מעשה או מחדל שגרמו לתוצאה);
5. זיהוי אם נדרשת תוצאה (בדרך כלל נזק פיזי לאובייקט פיזי; תיתכן גם "תולדה"); ואז נדרש גם קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה.
6. כל יתר הדרישות שבהגדרת העבירה – נסיבות (= דרישות נוספות שצריכות להתקיים בזמן ההתנהגות. הגדרת הנסיבות היא שיווית).

234 משך שנים רבות "שיחקתי" עם תלמידי בקורס היסוד "דיני עונשין" במשחק שבו שאלתי אותם אם רצוי לאסור על התנהגות מסוימת בכל מצב – מבלי לדרוש תוצאה או נסיבה כלשהי? התלמידים הציעו אין ספור התנהגויות, חלקן מעניינות, אך עד היום לא מצאתי התנהגות "נטו" במובן של תנועת גוף ללא נסיבה או תוצאה שיש הצדקה לאסור עליה באופן מוחלט. דומני שגם התלמידים השתכנעו בכך בכל שנה מחדש.

פרק ז: בחינה מקצועית וערכית של יסודות העבירה מול ההגדרה הפורמלית שבחוק

## יב. חשיבות ההבחנה בין רכיבי היסוד העובדתי (ההתנהגות/נסיבה/תוצאה+קשר סיבתי)

לכאורה ניתן להגיע לתוצאה הנכונה גם ללא החלוקה והסיווג הנ"ל. מה לנו העבודה הזו? הרי המשותף לכל הרכיבים – ללא קשר לסיווגם – הוא שנדרשת התקיימותם; ובלעדי כל אחד מהם – לא התגבשה עבירה. לכל רכיב שבהגדרת העבירה יש מעין "וטו" על התגבשותה. ואכן ניתן למצוא פסקי דין עם רשימה של הדרישות, ללא סיווג לרכיבים. אלא שהסיווג הנכון חשוב מאוד וישנן סוגיות מסוימות שלגביהן לא נגיע למסקנות נכונות ללא הסיווג הנכון. דוגמאות:

א. דרישת השליטה (ס' 134 לחוק) חלה רק על ההתנהגות; היא לא חלה על הנסיבות ולא חלה על התוצאות. לכן הסיווג מאוד חשוב.

ב. סוגית הקשר הסיבתי – התוצאה המזיקה היא רלוונטית לאחריות הפלילית משום שהיא נגרמת בשל ההתנהגות של המבצע. מכאן הדרישה לקשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה. נדרש שהתנהגות המבצע היא שגרמה לתוצאה המזיקה. ככל עבירות התוצאה יש לבדוק קשר סיבתי. לכן חשוב לסווג דרישה מסוימת כתוצאה (שאז נדרש גם קשר סיבתי) או כנסיבה (שאז לא נדרש קשר סיבתי).

ג. דיני היסוד הנפשי (שיידונו בפרקים נפרדים) חלים באופן שונה על ההתנהגות, על הנסיבות, ועל התוצאה.

כרף זאת, במשפט הישראלי עד 1994 החלוקה של רכיבי היסוד העובדתי הופיעה בעיקר בספרות המשפטית התיאורטית. בפסיקה היו שנטו ל"רשימת מכולת" של דרישות, ללא חלוקה אנליטית, שיטתית. במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין נקבעה החלוקה בחוק במפורש, בסעיף 18(א), המגדיר את היסוד העובדתי תוך חלוקה אנליטית להתנהגות ("המעשה"), נסיבות, תוצאה וקשר סיבתי.

## יג. "פוזיטיביזם" מול בחינה ערכית של העבירה

קיימת גישה, טכנית למדי, שלפיה אם המחוקק אסר על התנהגות מסוימת, אזי באופן אוטומטי האיסור הוא מוצדק. גישה כזו תסתפק בניתוח רכיבי העבירה כפי שהראתי בעמודים האחרונים. גישה כזו באה לידי ביטוי בעמדת השופטת שטרסברג-כהן בפסק הדין הכמעט יחיד שבו עסק בית המשפט העליון בבחינה חוקתית של איסור פלילי – סילגדו<sup>235</sup>. לשיטתה, הוראת חוק פלילי המרחיבה אחריות ומוליכה למאסר כמו סעיף 34א לחוק העונשין (אחריות שותף לעבירה נוספת שעבר שותפו) כלל איננה פוגעת בזכות ולכן אין צורך לטרוח ולבדוק אם היא מידתית. אם המחוקק אסר – משמע שהדבר מוצדק. התגלמות הפורמליזם המשפטי.

מול גישה זו מוצעת בזה גישה ערכית ביקורתית כלפי החוק הפלילי, שבוחנת בחשדנות בריאה אם יש הצדקה לכל איסור פלילי ונכונה לבקר את המחוקק על איסור נטול הצדקה ולקרוא למחוקק לביטולו ולשופטים לפרשנות מצמצמת ככל האפשר שלו. מתווה מעשי אפשרי לגישה כזו ניתן למצוא

235 ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002). וראו שם גישה ראויה יותר לשאלה זו (של עצם הפגיעה בזכות) של השופטים ברק ולוי. אדון בפסק דין זה להלן בפרק כג, העוסק באחריות לעבירה שונה או נוספת (שם אשתדל להראות שכל שלושת השופטים טעו בראיית פגיעת סעיף 34א כמידתית).

### ביקורת דיני העונשין הישראליים

במודל "שרשרת ההפלה" שפיתח ד"ר אסף הרדוף. מכיוון שכבר עמדתי על עיקרי תורה זו, הקוראים מופנים לדיון בעקרון החוקיות.<sup>236</sup> יש לקוות שהן המחוקק והן בתי המשפט ידעו להשתמש במודל זה. הדבר צפוי לצמצם את חקיקת היתר הפלילית, ובעתיד ניתן יהיה להשתמש במודל זה כדי לרענן את חוק העונשין ואת יתר האיסורים הפליליים ולבטל רבים מהם.

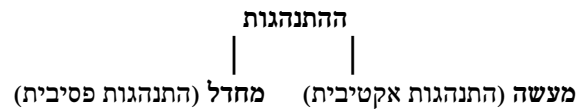
<sup>236</sup> לעיל פרק ה.



## פרק ח

### מעשה מול מחדל

המחדל הוא צורה של התנהגות. ההתנהגות עשויה להיות אקטיבית – מעשה, או פסיבית – מחדל:



אדם עובר עבירת מחדל כשאינו עושה משהו שחייב היה לעשות. כשמדובר בעבירה שניתן לעבור הן במעשה והן במחדל (בדרך כלל עבירה של גרימה לתוצאה), מבחינה פורמלית אין הבדל – לא מבחינת עצם האחריות ולא מבחינת העונש – בין ביצוע העבירה במעשה לבין ביצועה במחדל, פרט לצורך במקור חובה לפעול לשם הטלת אחריות על מחדל. אך הגישה המקובלת בחשיבה הפילוסופית ובעקבותיה גם במשפט היא שיש הבדל בין המעשה לבין המחדל; ולכן רצוי שהמחוקק ימעט בעבירות מחדליות.

#### א. עקרונות היסוד של דיני העונשין פועלים נגד ריבוי עבירות של מחדל

- כל ששת עקרונות היסוד של דיני העונשין פועלים בכיוון של מיעוט עבירות של מחדל:
1. עקרון השוויכות – המשפט הפלילי כאמצעי האחרון. המשפט הפלילי נועד להתמודדות של החברה עם התופעות החמורות והמסוכנות ביותר. המעשה (בדרך כלל) חמור ומסוכן מהמחדל.
  2. עקרון הערך המוגן – הגנה ראויה (לא מופרזת) על ערך חברתי ראוי. ההגנה הראויה היא בדרך כלל באמצעות איסור על מעשים שיוצרים סכנות ולא באמצעות הטלת חובות לפעול ולהציל נוכח סכנות קיימות.
  3. עקרון החוקיות – העיקרון מחייב אזהרה הוגנת לאזרח, באמצעות הגדרה מפורטת ובהירה של האיסור, אך בעבירות של מחדל החובה לפעול לא תמיד ברורה וגלויה.
  4. עיקרון ההתנהגות – מטבעו הוא מתיישב טוב יותר עם איסור על מעשה מאשר עם איסור על מחדל, משום שהמעשה הוא התנהגות מובהקת יותר.
  5. עקרון האשמה – גם במחדל האשמה קיימת, אך בדרך כלל היא פחותה יותר בהשוואה למעשה.
  6. עקרון הפרופורציה – נדרשת הלימה בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש. חומרת העבירה = הנזק/הסכנה X האשמה. כשמדובר במחדל, גם הסכנה וגם האשמה (בדרך כלל) פחותות בהשוואה למעשה. לפיכך גם חומרת העבירה נמוכה יותר.
- הנה כי כן, כל ששת עקרונות היסוד של דיני העונשין פועלים הפעם בכיוון אחד – של מיעוט עבירות של מחדל.

## ב. הבדלים עקרוניים וערכיים בין המעשה לבין המחדל

### 1. שיקול הפגיעה בחירות שיוצרים האיסורים

כל איסור מצמצם את חירות האזרח – הן איסור על מעשה והן איסור על מחדל, שמשמעותו הטלת חובה לפעול. כשהחוק אוסר על התנהגות אקטיבית, הוא מותיר לאזרח חירות לבצע אין ספור התנהגויות אחרות. אך כשהחוק מטיל חובה לפעול, המשמעות היא שבזמן ובמקום מסוימים (ובלתי צפויים) האדם חייב לעשות משהו מאוד מסוים, ואסור לו לעשות הרבה דברים אחרים. זו פגיעה משמעותית יותר בחירות האדם בהשוואה לאיסור על מעשה. חובה כזו דורשת מאמץ וייתכן שהעיתוי לא נוח לאדם (למשל הוא מאוד ממהר לשיבה חשובה בעבודה או לבחינה במוסד אקדמי). החובה לפעול מצמצמת את האפשרות לתכנן מראש את החיים.

### 2. שיקולי הסכנה, האשמה, הגרימה, והשליטה<sup>237</sup>

הסכנה – המעשה יוצר סכנה לערך המוגן. המחדל בדרך כלל מתבטא בכך שהמבצע אינו מתערב כדי להציל ולמנוע סכנה שכבר קיימת. קיימים אומנם מקרים מיוחדים, שבהם המחדל עצמו גורם לסכנה. למשל: אי-האכלת פעוטות על ידי הוריהם; פקח טיסה שאיננו מכוון את המטוסים; מציל בבריכה שנמנע מלהציל פעוט טובע; הורים שלא מוציאים תינוק מהמכונית; הימנעות מהסטת הפסים על ידי האחראי לכיוון הרכבות. אך ברוב המחדלים המבצע לא יוצר את הסכנה.

האשמה – המחדל בדרך כלל פחות חמור מהמעשה. אדם שנמנע מלפעול כדי למנוע נזק או לנטרל סכנה קיימת, פחות אשם מוסרית מאדם שבאופן פעיל גרם נזק או סכנה.

הגרימה – יש הבדל בקשר הסיבתי: המחדל כשלעצמו לא ממש גורם לתוצאה; אלא: אילו מילא המבצע חובתו, אזי כנראה היה מונע את התוצאה. כלומר מדובר בהסתברות ולא בוודאות.

השליטה – למבצע מעשה יש בדרך כלל שליטה גדולה יותר על המתרחש בהשוואה לחודל מחדל. לכן גם המחויבות של האדם לתוצאה או לסכנה גדולה יותר כשמדובר במעשה.

### 3. שיקול היעילות שבתיאום בין בני החברה<sup>238</sup>

אם המשפט יחייב את כל האזרחים להציל אחרים בכל סיטואציה של סכנה, ייווצר חוסר תיאום – מי עושה מה ומתי – ויבזבזו משאבים. לכן עדיף לחברה להסדיר את ההצלה באופן מאורגן ויעיל: האזרחים משלמים מיסים והמדינה מקצה משאבים להצלה: משטרה, שירותי כבאות, שירותי רפואה ועוד. בנוסף – כפי שנראה בהמשך כשנדון בחובות לפעול – מחייבים לפעול את מי שיש לו זיקה מיוחדת לסכנה או לקורבן, כגון הורי הילד שבסכנה.

237 להרחבה באשר לקבוצת שיקולים זו ראו מרדכי קרמניצר וראם שגב "המחדל בדיני עונשין" ספר שמואל תמיר 197 (1999).

238 להרחבה באשר לשיקול התיאום ראו רוני רוזנברג "ההבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפלילי – לקראת תיאוריה חדשה" ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 541 (2017).

#### 4. שיקול הפגיעה באוטונומיה של הפרט בהיעדר איסורים<sup>239</sup>

(הבהרה: בעוד שבדיון בשיקול הראשון שלעיל – פגיעת האיסורים בחירות – אנו חושבים על האזרח כמבצע פוטנציאלי של עבירה, כאן המחשבה היא על האזרח כקורבן פוטנציאלי).  
לכאורה, הן כאשר מדובר באיסור על פגיעה אקטיבית בחיים או בגוף והן כאשר מדובר באיסור על פגיעה פסיבית, הערכים המוגנים הם זהים – חיים ושלמות הגוף. אך יש הבדל. ניתן לשאול: מה היה קורה בחברה ללא איסורים על פגיעות אקטיביות בחיים ובגוף? ומה היה קורה בחברה אילו היו איסורים כאלה, אך לא היו איסורים על פגיעות כאלה בדרך של מחדל – כלומר לא היו חובות להציל? במקרה הראשון – ללא איסורים אפילו על פגיעות אקטיביות בחיים ובגוף – צפויה הידרדרות למצב הטבעי שאותו תיאר הפילוסוף האנגלי תומאס הובס בספרו הידוע לויתן: מלחמת הכל בכל, חיים בפחד, פגיעה משמעותית באוטונומיה של הפרט; ולכן לא יכולה להתפתח תרבות. לעומת זאת במקרה השני – של איסור על פגיעה אקטיבית ללא איסור על פגיעה בדרך של מחדל – החיים עדיין צפויים להיות סבירים. בעוד שהאיסור על פגיעה אקטיבית מכונן את האוטונומיה של האדם, האיסור על הימנעות מלהציל איננו הכרחי לאוטונומיה של האדם.  
זאת, בחריג של בעלי תפקידים מיוחדים, כגון פקח הטיסה, השוטר, הכבאי, הרופא והמציל – שאם הם מפתיעים בהחלטתם להימנע מלהציל, הפגיעה באוטונומיה שלנו משמעותית יותר. זאת בעיקר משום שאנו מסתמכים עליהם ולכן יכולים לנהל את חיינו ללא פחד בלתי פוסק מהסכנות – דבר הקשור כמובן לשיקול הקודם – של התיאום והיעילות.  
הנה כי כן, כל השיקולים שנדונו יוצרים הבדלים עקרוניים וערכיים בין המעשה לבין המחדל, המזינים את יחסם הלא נלהב של עקרונות היסוד של דיני העונשין כלפי איסורים על מחדלים (= הטלת חובות לפעול שהפרותיהן מהוות עבירות פליליות); יחס שעליו עמדת בפתח הפרק.

#### ג. "השומרוני הטוב" וחובות העשה הכלליות

את הקושי הגדול ביותר מבחינת ההגבלה על חירות האדם יוצרות חובות העשה הכלליות, שאינן מבוססות על קשר חזק מסויים שבין המבצע לבין הקורבן או מקור הסכנה. חובות העשה הכלליות מוטלות על האדם מכוח היקלעותו לסיטואציה מסוימת, מכוח משהו שהחשים שלו קולטים, ולו רק באקראי.

משך שנים רבות מתנהל בכתיבה הפילוסופית ובכתיבה המשפטית ויכוח בשאלה אם יש לחוקק חוק "השומרוני הטוב", שיחייב כל אדם לפעול ולהציל – גם ללא קשר משמעותי בינו לבין האדם שבסכנה או מקור הסכנה. מקור הביטוי "השומרוני הטוב" הוא, כידוע, בסיפור מהברית החדשה:<sup>240</sup>

"איש אחד ירד מירושלים ליריחו ונפל בידי שודדים. הללו הפשיטו אותו והכוהו, והלכו להם בעזבם אותו מוטל בין מוות לחיים. קרה שכהן אחד ירד באותה הדרך, אך כראותו את האיש, עבר לצד השני של הדרך. כן גם איש לוי, כאשר בא למקום וראה אותו, עבר לצד השני של הדרך. והנה שומרוני אחד, שעבר בדרך, הגיע אליו וכשראה אותו נתמלא רחמים. ניגש אליו, יצק שמן ויין על פצעיו וחבש אותם. אחרי כן הושיבו

<sup>239</sup> להרחבה באשר לשיקול הפגיעה באוטונומיה של הפרט ראו שם.

<sup>240</sup> לוקס פרק 10, פסוקים 25–37.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

על בהמתו והוביל אותו אל פונדק ושם דאג לצרכיו. למחרת הוציא שני דינרים, נתנם לבעל הפונדק ואמר: דאג לו אתה; וכל מה שתוציא בנוסף אני בשובי אשלם לך”.

סיפור אנושי יפיפה. משל השומרונים הטוב זכה לפרסום רב בעולם הנוצרי. השומרונים הטוב הפך לסמל של אחווה ורעות בין בני האדם ושל התגייסות לעזרת הזולת – גם אם הוא זר לחלוטין. אין ספק שהתנהגות השומרונים הטוב ראויה לשבח. אך היש לחייב את כולם להיות צדיקים כמותו? היש הצדקה לא רק לחיוב מוסרי, אלא גם לאחריות פלילית, שפירושה הוא שמי שאינו נוהג בצדיקות שכזו, יהיה צפוי לסנקציות החמורות ביותר של החברה כלפי האזרח?

לשם הדגמה נבחן שלושה מקרים שונים:

המקרה הראשון – המבצע (במודע) מצית בית מגורים שבו ישנים בני משפחה – זהו מעשה אקטיבי, שפוגע בערכים המוגנים (חיי אדם, שלמות הגוף, וכן רכוש) וכמובן שלא מתעורר שום קושי בהטלת אחריות פלילית.

המקרה השני – כבאי שהוזעק למקום אינו ממלא חובתו לכבות את האש ולחלץ את בני הבית (למשל, משום שהוא שונא את בעל הבית; או משום שלטעמו לא משלמים לו מספיק) – כאן לא מדובר במעשה אלא במחדל, ובכל זאת די ברור שניתן וצריך להטיל על הכבאי הנמנע-מלכבות-ולהציל אחריות פלילית, המבוססת על הקשר שלו לאדם שבסכנה. הרי נטל על עצמו אחריות; ואנו הסתמכנו על כך שיציל. אחרת היינו ממנים כבאי אחר, שהיה משתדל להציל.

המקרה השלישי והאחרון – עובר אורח שהבחין בדליקה אך לא נחלץ לסייע בכיבוי – האם יש להטיל גם עליו אחריות פלילית?

לפנינו התנגשות בין גישה של סולידאריות חברתית לבין גישה אינדיבידואלית. לפי הגישה האינדיבידואלית, מחויבות האדם לחברה היא מזערית. הדרשה היחידה כלפיו היא שלא לסכן ערך חברתי מוגן. הדבר מכתוב איסור על מעשים אקטיביים מסוכנים. לעומת זאת, לפי גישת הסולידאריות החברתית, קיימת מחויבות הדדית וצריך להציל אחרים המצויים בסכנה. הדבר מכתוב גם איסור על מחדלים; כלומר: הטלת חובות כלליות לפעול.

האם דווקא המשפט הפלילי הוא שצריך להטיל חובה וליצור סולידריות חברתית? קיימים הרי ענפי משפט אחרים (ניתן למשל להסתפק בפיצוי נזיקין), קיימות חובות מוסריות ויש חינוך והסברה. לפני שממהרים לאיים ולהעניש, ניתן לחשוב גם על תמריצים חיוביים, כגון ציונים לשבח ופרסים כספיים. הרי עיקרון יסוד של דיני העונשין הוא עקרון השויות של המשפט הפלילי, שלפיו המשפט הפלילי הוא רק האמצעי האחרון. קיימת דעה שלפיה אין זה תפקידו של המשפט הפלילי ליצור סולידריות חברתית, ודאי שלא בחברה עם סולידריות חברתית חזקה כמו בישראל. הטלת חובה היא נחוצה רק כשהרשויות מתקשות להתמודד עם תופעה מסוימת. בישראל, כשאדם בסכנה – בדרך כלל מצילים אותו או עוזרים לו.

אך במקומות אחרים, למשל בכרכים שבארצות הברית (city – בהבדל בולט מאשר בערים הקטנות town – מדווחת תופעה של הימנעות מלעזור לאנשים במצוקה. הדבר הגיע לשיאו במקרה המפורסם של Catherine Genovese שהתרחש ב־1964. 38 אנשים שמעו את זעקותיה כשהותקפה באכזריות ברחוב הסמוך לביתה, ברובע קווינס שבעיר ניו יורק. חלקם אף צפו במתרחש מחלונות דירותיהם. התקיפה נמשכה למעלה מחצי שעה, ואף אחד לא הזעיק את המשטרה. לבסוף נרצחה. מה השיבו השכנים, שנשאלו לאחר מחדלם מדוע לא הזעיקו את המשטרה? חלקם חשבו שאחרים כבר יזעיקו עזרה; וחלקם חשבו שלא היה זה עניינם. מקרה אחר – אונס קבוצתי כבר לעיני עדים רבים שלא התערבו – הונצח בסרט הקולנוע “הנאשמים”.

בעקבות מקרים כאלה נחקקו בארצות הברית חוקים המחייבים להתערב ולמנוע פשע. זוהי חובה צרה יותר מהחובה הכללית להציל, משום שהיא מוגבלת למצב של עבירה פלילית, ולא חלה למשל על סכנה שיוצר אסון טבע.

## ד. חובות עשה כלליות במשפט הישראלי

הדין הישראלי מכיל (ומחיל) כמה חובות עשה כלליות. אפתח במרכזיות שבהן:

### 1. סעיף 262 לחוק העונשין – העבירה "אי-מניעת פשע"

"מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים".

זוהי עבירה מאוד בעייתית, משום שהיא מטילה אחריות פלילית על מי שאין לו כל קשר לאדם שבסכנה או להיווצרות הסכנה. זוהי עבירה שמגבילה את החירות באופן משמעותי. בכל פעם שבמקרה נודע לאדם כלשהו שאדם אחר כלשהו (ללא כל דרישה של קשר ביניהם) זומם פשע, מיד עליו לפעול למניעת המעשה. מדובר בעבירת התנהגות של מחדל: לא נדרשת תוצאה ולא נדרש שהזומם יבצע פשע (ייתכן שהזומם יזכה והיודע יורשע!).

לכל עבירה של מחדל פוטנציאל גדול לצמצום חירותנו, כי לא די שלא נעשה מעשה אסור מסוים (שאו נוכל לבצע אין ספור התנהגויות אחרות), אלא אנו נדרשים לבצע מעשה מסוים שחובה לעשותו. העבירות של מחדל יוצרות חובות לפעול. החובות הללו בדרך כלל אינן כלליות, אלא מבוססות על קשר של המבצע לקורבן (מכוח תפקיד או מכוח מעמד) או על קשר של המבצע למקור הסכנה (בעקבות יצירת הסיכון או נוכח בעלות על חפצים מסוכנים). לעומת זאת, העבירה "אי-מניעת פשע" איננה מבוססת על קשר כלשהו. זוהי חובה כללית לפעול, החלה על כולם. גם על מי שלגמרי במקרה נודעו לו עובדות מסוימות. לא בכל שיטות המשפט קיימת עבירה כזו של אי-מניעת פשע. קיימים שיקולים כבדי משקל נגד עבירה של אי-מניעת פשע:<sup>241</sup> א. ההסתברות הנמוכה של התממשות הסכנה (לא מדובר בביצוע פשע אלא רק בתכנונו); ב. הפגיעה הגדולה בחירות הפרט (צריך למשל להתייבב במשטרה למסירת עדות מייגעת); ג. החובה להפריח יחסי אמון (לעיתים מדובר בקרוב משפחה או חבר פטפטן שמספר על תוכניותיו); ד. הלשנה (וראייתה כמאפיין של משטרים טוטליטריים) עלולה ליצור אווירה של חשדנות, להקשות על יצירת קשרים חברתיים ולהביא לניכור. כפי שכתב צ'זרה בקריה:

"כל אדם החושד שאדם אחר הוא מלשין רואה בו אויב. לכן בני האדם רגילים להסוות את רגשותיהם, וכשהם מתרגלים להסתיר אותם מפני אחרים, סופם שהם מסתירים אותם מפני עצמם. אבוי לאלה השרויים במצב זה".<sup>242</sup>

241 ראו גם מרים גור-אריה "חובה פלילית למנוע פשע – אימתי מוצדקת?" מחקרי משפט יז 355 (2002) (להלן: גור-אריה "חובה פלילית למנוע פשע").

242 בקריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 38.

וכדברי השופט חיים כהן:

"רק תחת משטרים טוטליטריים, כמו בגרמניה הנאצית וברוסיה הסובייטית, הועלתה חובת המלשינות לדרגת חובה אזרחית ומשפטית העדיפה על כל יחסי אנוש".<sup>243</sup>

ד. קיימים אמצעים סבירים אחרים למניעת הפשע (הזהרת הקורבן; ניסיון לשכנע את הזומם; הפרעה לזומם); ה. האפשרות של עלילות שווא; ו. העומס על המשטרה (אם היו אוכפים את העבירה); ז. החשש להיות נרדף על ידי הזומם שעליו מלשינים (את השיקול האחרון למדתי מתלמידי).  
בפרקטיקה – כמעט שלא מעמידים לדין לפי סעיף חוק זה, במיוחד לא כעבירה יחידה. ההחלטות החריגות להאשים ולהרשיע בעבירה שכוחה אל זו את מרגלית הרשפי תידונה בהמשך, בפרק העוסק ב"עצימת עיניים".

## 2. חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998

לפי סעיף 1(א) לחוק לא תעמוד על דם רעך "חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו".  
לפי סעיף 1(ב) לחוק לא תעמוד על דם רעך "המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לענין חוק זה...".  
לפי סעיף 4 לחוק לא תעמוד על דם רעך – "עונשין" – "העובר על הוראות סעיף 1 לחוק זה – דינו – קנס". גובהו של הקנס קבוע בסעיף 61(א)(1) לחוק העונשין – עד 14,400 ש"ח.  
ההסדר הוא פשרה בין הגישה שלפיה אין כל מקום לחובת עשה כללית מסוג השומרונים הטוב לבין הגישה התומכת בחובה כזו. ככל פשרה, היא יוצרת בעיות:  
בעיה ראשונה – יש הרואים באפשרות לבחור שלא להציל חיי אדם אלא לשלם 14,400 ש"ח דווקא זילות של ערך חיי האדם וטוענים כי אולי כבר עדיף ללא החוק.  
בעיה שנייה – מצד אחד החובה לפעול מוגבלת למצב של סכנה חמורה ומיידית לחיים (כגון טובע המפרפר במים); ומצד שני די בהודעה לרשויות – שבמצב כזה ספק אם תועיל.  
בעיה שלישית – אם כל מה שמטילים זו חובת דיווח, מדוע היא מוגבלת לסכנה עקב אירוע פתאומי? מה אם הרשויות לא יודעות על מצב מסוכן ומתמשך?  
בפרקטיקה – כמעט שלא מעמידים לדין לפי החוק הזה.

## 3. סעיף 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש] – "הפקרה אחרי פגיעה"

"(ב) נוהג רכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם, ולא עצר במקום התאונה, או קרוב לו ככל האפשר, כדי לעמוד על תוצאות התאונה, או עצר כאמור ולא הזעיק עזרה, דינו – מאסר שבע שנים" (!).

זוהי חובה כללית לפעול, שהרי אין דרישה של אשמה בגרימת התאונה. העונש חמור מאוד, חסר פרופורציה. ובכל זאת אנשים נמלטים מזירות של תאונות. חוסר הבנה של הדין הפלילי הביא לפני שנים אחדות (התשע"ב) את חברי הכנסת להוספת עבירה המסתפקת ברשלנות (ס"ק א); להטלת

243 ע"פ 496/73 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 714 (1974).

## פרק ח: מעשה מול מחדל

חובה כללית לפעול גם על נוסעים ברכב (ס' 1א64); ולהוספת חלופה (ס"ק ג) שלפיה אם בתאונה נגרמה חבלה חמורה (או מוות) העונש מוחמר ל-14 שנות מאסר (!). זוהי היסטוריה חקיקתית. 14 שנות מאסר הוא העונש הקבוע לעבירת השוד (ס' 402א), שהיא חמורה בהרבה, ועד לפני שנים לא רבות היה זה העונש המרבי לעבירת האונס (ס' 345 קובע כיום 16 שנות מאסר). אפילו על מי שדוקר את הקורבן ומפקיר אותו פצוע אין חובה לפעול מפורשת בדיני העונשין (אם כי יש חובה על היוצר מצב מסוכן בדיני הנזיקין). במקום להפריז עוד ועוד בעונשים, צריך היה לחשוב מה גורם לאנשים לברוח מבלי להושיט עזרה. אכן, ההפקרה לאחר תאונה היא התנהגות מכוערת. אך יש לזכור שאותה חברה המצפה מהנהג המעורב בתאונה לעצור ולעזור, גם נוהגת להרשיע אותו כדבר שבשגרה בגרימת מוות ברשלנות (ולעיתים אפילו בהריגה) ולדון אותו למאסר. כלומר: החברה משדרת לנהג מסרים סותרים: אם לא תעצור ותעזור – תורשע בעבירה אם תיתפס; אם תעצור ותעזור – קרוב לוודאי שתואשם בגרימת מוות ברשלנות, שדינה מאסר (ולפי ההלכה של בית המשפט העליון יש לגזור מאסר בפועל)<sup>244</sup>. נוכח קונפליקט שכזה, גם העלאת העונש המרבי לעונש מופרז בעליל של 14 שנות מאסר לא צפויה להועיל.

### 4. תקנה 146 לתקנות התעבורה – "חובת עזרה מצד נוהגי כלי רכב"

"נוהג רכב העובר במקום תאונת דרכים שבו נמצא נפגע, ייעצר ולא ימשיך בנסיעתו עד שעשה כל שביכלתו כדי להגיש כל עזרה הדרושה לנפגע או כדי לבוא לעזרתו בהתאם לתקנה 144(א)(2)".

זוהי חובת עשה כללית. לנוכח קיומה, לא הוגנת ההאשמה המקובלת ברדיו של ציבור הנהגים ביצירת "פקק של סקרנים".

### 5. סעיף 368ד לחוק העונשין – "חובת דיווח"

"היה לאדם יסוד סביר לחשוב כי זה מקרוב נעברה עבירה בקטין או בחסר ישע בידי האחראי עליו, חובה על האדם לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו – מאסר שלוש חודשים".

משמעות מעשית של הוראה זו היא, למשל, שכל אימת שאדם שומע את הבן של השכנים בוכה והוא חושד שאחד מהוריו סטר לו (התנהגות שהיא בגדר עבירת התקיפה) חובה עליו לדווח למשטרה, אחרת הוא עצמו עובר עבירה פלילית שעונשה מאסר. עד כאן חובות עשה כלליות מרכזיות; ומכאן לחובות עשה כלליות משונות.

### 6. סעיף 491 לחוק העונשין – "סירוב להגיש עזרה"

"המסרב להגיש עזרה, שיש ביכלתו להגיש, כשהוא נדרש לכך מאת עובד הציבור לנוכח עבירה בעיצומה או ספינה נטרפת או דליקה, שטפון, רעש או כל אסון אחר לציבור, דינו – מאסר חודש ימים".

244 כדוגמה מהזמן האחרון ראו רע"פ 9909/17 דרויש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.1.2018).

## 7. סעיף 263 לחוק העונשין – "סירוב לעזור במניעת עבירות"

"מי שנצטווה כדין מפי עובד ציבורי, שוטר או אדם אחר, לעזור במניעת עבירות או במעצרו של אדם או במניעת הברחתו או בריחתו של אדם, והוא מסרב או נמנע מהגיש עזרה לפי יכלתו, דינו – מאסר שלוש שנים".

כמה הערות על שתי החובות הכלליות האחרונות יחדיו. ראשית, חרף הניסוח הלא מוצלח, ההתנהגות האסורה היא המחדל ולא המעשה של סירוב. הרי ברור שאם אדם יאמר לשוטר שאיננו מוכן לעזור לו אך בפועל יעזור – אין טעם באחריות פלילית; כשם שברור שאם אדם יאמר שישמח לעזור אך בפועל יימנע מלעזור העבירה תתגבש. שנית, לפחות הניסוח של העבירות ארכאי מאוד ונראה גם שאינן משקפות כבוד רב לחירותו של האדם. שלישית, החובות הללו הופכות אדם לשוטר בעל כורחו. במאוחר או במאוחר מאוד יהיה על הכנסת להתאים את חוק העונשין לרוח התקופה.

### ה. אין להשתמש בחובת עשה כללית לצורך הרשעה בעבירה אחרת

מכאן לכלל חשוב שחל על כל החובות-לפעול הכלליות: אין להשתמש בחובת עשה כללית לצורך הרשעה בעבירה אחרת, של גרימה לתוצאה (כגון אחת מעבירות ההמתה). עבירות המחדל נחלקות לשני סוגים: האחד – עבירות שבהן מוגדרת ההתנהגות המחדלית. למשל, ס' 362(ב) לחוק העונשין – "הזנחת ילדים ומושגחים אחרים". מכנים סוג זה של עבירות "עבירות מחדל פשוטות". כאן החובה לפעול מופיעה בהגדרת העבירה עצמה ("...אינו מספק מזון, לבוש, צורכי לינה וצורכי חיים חיוניים אחרים...").

הסוג השני – עבירות גרימה, המבוססות על תוצאה מזיקה, והמפלילות כל התנהגות שגרמה לתוצאה, במתכונת כגון: "הגורם (במעשה או במחדל) לתוצאה מסוימת דינו כך וכך". ניתן כמובן לעבור את העבירה בהתנהגות אקטיבית, במעשה. ניתן גם לעבור אותה בהתנהגות פסיבית, במחדל – בתנאי שקיים מקור חובה לפעול, מחוץ לסעיף, שמחייב את אותו אדם לפעול. את החובה הזו אין לאתר בעבירה אחרת הקובעת חובה כללית לפעול, כגון בס' 262 "אי-מניעת פשע"; או בחוק לא תעמוד על דם רעך; או בסעיפים שראינו בדיני התעבורה. כלומר: אם כתוצאה מהמחדל של אי-מניעת פשע נגרם מוות, האחריות הפלילית מוגבלת לעונש הקבוע בס' 262 – שנתיים מאסר. לא נטיל על מי שהפר את החובה למנוע פשע אחריות לעבירת המתה. זאת משום שהקשר בינו לבין האירוע חלש: מדובר בחובה כללית לפעול, שאינה מבוססת על קשר חזק בין המבצע לבין הקורבן או מקור הסכנה.<sup>245</sup>

עד כאן באשר לחריג של חובות עשה כלליות, ומכאן ל"דרך המלך" בתחום עבירות המחדל (שהן, כזכור, החריג, כשהכלל הוא איסורים על מעשים אקטיביים) – חובות לפעול מסוימות, המבוססות על קשר משמעותי בין המבצע, שעליו מוטלת החובה לפעול, לבין הקורבן או מקור הסכנה. תחילה יוצג מודל תאורטי של הדין הרצוי ואחריו תוזכרנה החובות לפעול הקבועות בדין הישראלי.

<sup>245</sup> וראו יצחק קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות-גרימה בגין התנהגות מחדלית?" מחקרי משפט כ 379 (2004) (להלן: קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה").



פרק ח: מעשה מול מחדל

## ו. מקורות החובה לפעול – מתכון למחוקק<sup>246</sup>

### 1. קשר לאדם שבסכנה (או לאובייקט המוגן)

(1) הורים – ילדים

(2) הסתמכות:

(א) קבלת אחריות

(ב) קשר חברתי הדוק (משפחה; יציאה משותפת למסע מסוכן)

### 2. קשר למקורות הסכנה

(1) יצירת מצב מסוכן (+ אשמה)

(2) שליטה על מקור הסכנה

(3) שליטה על אנשים שמסכנים אחרים – שליטה על מקור סכנה שהוא אנושי (הורים – צאצאים; מפקדים – פקודים; וכד').

## ז. מקורות החובה לפעול במשפט הישראלי

(שניתן להשתמש בהם לשם הטלת אחריות לעבירה של גרימה לתוצאה שנעברה במחדל) במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין נקבע סעיף 18(ג) – "מחדל" – הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה". בסעיף זה באה לידי ביטוי גישה מרחיבה מאוד ומדי באשר למקורות החובה לפעול.

כפי שראינו, הצורך באיתור מקור חובה לפעול אינו מתעורר ב"עבירת מחדל פשוטה", משום שבה החובה לפעול מוטלת בהגדרת העבירה עצמה (כגון סעיף 362 – "הזנחת ילדים ומושגחים אחרים", המטיל על ההורים חובה לפעול למען ילדיהם). הצורך באיתור מקור חובה לפעול מתעורר כשמדובר בעבירה של גרימה (בכל מעשה או מחדל) לתוצאה, שההתנהגות הנדרשת בה איננה מוגדרת, אשר נעברה במחדל (כגון עבירות ההמתה, החבלה החמורה והפציעה<sup>247</sup>).

להלן יצויינו מקורות החובה לפעול הקבועים בדין הישראלי המצוי. שני הראשונים הם חלק מהדין הפלילי ולכן מעולם לא הייתה לגביהם מחלוקת; השלישי והרביעי הוכרו באופן חלקי בפסיקה עוד לפני שנחקק הסעיף המרחיב 18(ג); והחמישי הוא חידוש לא רצוי שיצר סעיף 18(ג) לחוק העונשין.

### 1. סעיפים 322–326 לחוק העונשין – "אחריות לשלום האדם"

בסעיפי חוק אלה כלל לא קבועים עונשים ולכן לא מדובר בעבירות. כל מטרתם היא לשמש כמקורות חובה לפעול לשם הטלת אחריות על עבירות של גרימה לתוצאה אסורה, כגון המתת אדם, חבלה או

<sup>246</sup> ראו קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 237, בעמ' 197. להרחבה בנושא מקורות החובה לפעול ראו יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה, והעיגון הפורמלי של החובות לפעול" מחקרי משפט כ 201 (2004); קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה", לעיל ה"ש 245.  
<sup>247</sup> סעיפים 333 (חבלה חמורה), 334 (פציעה) לחוק העונשין (בהתאמה). לפירוט עבירות ההמתה ראו לעיל ה"ש 212.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

פציעה. אם נבחן סעיפים אלה בהשוואה למתכון החקיקה שלעיל, נמצא שסעיפים 322 ("אחריות לחסרי ישע") ו-323 ("חובת הורה או אחראי לקטין") מבוססים, כמובן, על קשר לאדם שבסכנה, בעוד שסעיף 326 ("חובת הממונה על דבר שיש בו סכנה") מבוסס כמובן על קשר למקור הסכנה. מכיוון שכותרת סעיפים 322–326 היא "אחריות לשלום האדם", אין להשתמש בהם כמקור חובה לפעול לשם הטלת אחריות לעבירות רכוש למשל.

### 2. עבירות מחדל

הן בחוק העונשין והן מחוצה לו קבועות עבירות מחדל "פשוטות", שבהן מוגדרת ההתנהגות המחדלית, או, במלים אחרות, מוטלת על אנשים מסוימים חובה מסוימת לפעול. אין חולק שאם כתוצאה מהפרת החובה התרחשה תוצאה אסורה, ניתן להשתמש באיסור כמקור חובה לפעול לשם הטלת אחריות על עבירה אחרת, של גרימה לתוצאה.

דוגמה: הורה שאינו מאכיל את בנו התינוק עובר את העבירה הקבועה בסעיף 362(ב) לחוק העונשין – "הזנחת ילדים ומושגחים אחרים": "הורו של מושגח, אשר אינו מספק מזון, לבוש, צורכי לינה וצורכי חיים חיוניים אחרים במידה הדרושה לשמירת שלומו ובריאותו, דינו – מאסר שלוש שנים, זולת אם...". זוהי "עבירת מחדל פשוטה", המתגבשת גם אם לא נגרם לילד נזק. די בהפרת החובה המוטלת על ההורה. אך אם חלילה נגרם לילד נזק כתוצאה מהפרת חובה זו, ניתן להטיל אחריות לעבירה של גרימת תוצאה (במקום האחריות לעבירה 362(ב) ולא בנוסף) תוך שימוש בסעיף 362(ב) כמקור חובה לפעול. כך, במקרה הקיצוני של מות הילד, ניתן להטיל אחריות לאחת מעבירות ההמתה – בהתאם ליסוד הנפשי של ההורה.

=====  
כאן מתבקש קו הפרדה ברור, שמעליו מקורות חובה לפעול שאינם שנויים במחלוקת – שהרי הם קבועים בדין הפלילי עצמו; ומתחתיו מקורות חובה לפעול הקבועים מחוץ למשפט הפלילי.  
=====

### 3. חובה מתחום דיני החוזים שמקורה בתפקידו של אדם

עוד בטרם נחקק סעיף 18(ג) לחוק העונשין, קבעה הפסיקה שתפקידו של אדם מטיל עליו חובה לפעול שעשויה לשמש לשם הטלת אחריות פלילית. כך, בפסק דין לב נקבע כי "כלל הוא שמעביד היודע שעובדו (או שלוחו) עובר עבירה במסגרת עבודתו, חייב למנוע זאת".<sup>248</sup> בדומה, בפרשת גילה נקבע כי חובת המופקד במינהל האזרחי על הקשר עם האוכלוסייה המקומית ועל הטיפול בה עשויה להצמיח עבירה פלילית שנעברה במחדל.<sup>249</sup> כמובן שלא סביר להתייחס לכל הפרת חוזה כאל אפשרות להטלת אחריות פלילית. הפסיקה הגבילה זאת לחובות שיוצר תפקידו של אדם, והרחבה מעבר לכך תרחיב מאוד ומדי את המשפט הפלילי, בניגוד לעקרונות היסוד שלו – עקרון השיירות, עקרון החוקיות, עקרון הערך המוגן, עקרון ההתנהגות ועקרון הפרופורציה.

248 ע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 505 (1978).

249 ע"פ 450/86 גילה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 826 (1986).

#### 4. חובה מתחום דיני הנזיקין המוטלת על היוצר מצב מסוכן

עוד בטרם נחקק סעיף 18(ג) לחוק העונשין, קבעה הפסיקה שהחובה מתחום דיני הנזיקין, המוטלת על היוצר מצב מסוכן, לפעול לנטרול הסכנה ולמנוע את התרחשות הנזק, עשויה לשמש כמקור חובה לפעול לשם הטלת אחריות גם לעבירה פלילית של גרימה לתוצאה אסורה שנעברה במחדל. כך נקבע לראשונה בפסק הדין לורנס, תוך צמצום ההלכה למצבים של סיכון חיים.<sup>250</sup> לורנס השתתף במשחק באקדח, דמוי "רולטה רוסית", עם אדם אחר שירה בעצמו למוות. ההרשעה מעוררת את התהייה עד כמה מוצדק להטיל על אדם אחריות לפעולה של אדם אחר שנעשתה במודע. ואכן השופט גבריאל בך, במיעוט, הסתייג מההרחבה הזו.

גם בפרשת פרידמן הוטלה אחריות המבוססת (לחלופין, במסגרת של אמרת אגב) על יצירת מצב מסוכן.<sup>251</sup> הנאשם הותקף על ידי אשתו, שהייתה שיכורה ואלימה, והיא ניסתה לדקור אותו בסכין. תוך כדי התגוננותו סובב הנאשם את ידה האוחזת בסכין, ובהמשך אותה תנועה, תוך ששניהם אוחזים בסכין, דחף את ידה עם הסכין כך שהאישה נדקרה בירכה. בית המשפט הפריד באופן מלאכותי בין סיכוב היד האוחזת בסכין, שהיה גם לדעתו בגדר התגוננות מוצדקת, לבין הדקירה שבאה מיד לאחר מכן, למרות שדובר בהמשכה של אותה תנועה ולא בפעולות נפרדות. זוהי דוגמה ליחסם ה"קמציני" של השופטים אל ההגנה העצמית; יחס שיידון בהמשך, בפרק העוסק בסייגים לאחריות פלילית. הרי ברור לחלוטין שהייתה כאן סיטואציה של הגנה עצמית, ולכל היותר מדובר בהגנה עצמית תוך חריגה מסוימת מתנאי הקבועים בחוק ("excessive self-defense"). לאחר מכן מוסיף בית המשפט וכותב שאפילו אם הייתה כאן הגנה עצמית מוצדקת, עדיין יש להטיל על הנאשם אחריות לעבירת הריגה שנעברה במחדל, בכך שעזב את הדירה והניח לאישה לדמם למוות. אלא שבכך מתעלם בית המשפט מקביעתו כי הנאשם הציע לאשתו עזרה והיא סירבה; ומכך שחזר לדירה כעבור שעות אחדות בלוויית בנם המשותף ואדם נוסף. כפי שנראה בפרק הבא, העוסק ביסוד הנפשי שבעבירה, עבירת ההריגה (שהוחלפה לאחרונה) דרשה "מחשבה פלילית" – מודעות של הנאשם לרכיבי היסוד העובדתי, לרבות צפייה של התוצאה הקטלנית. לא מתקבל על הדעת שהנאשם צפה את המוות, שהרי הגיע לדירה עם הבן המשותף, ולכן ההרשעה בעבירת ההריגה היא מוטעית. בכל אופן לענייננו הנוכחי, פסק הדין פרידמן מהווה גם הוא את אחד מצעדיה הראשונים של ההלכה הרואה ביצירת מצב מסוכן מקור חובה לפעול לנטרולו, שהפרתה מאפשרת הטלת אחריות פלילית חמורה.

הן פסק הדין לורנס והן פסק הדין פרידמן מדגימים את הטעות של הימנעות בית המשפט מלדרוש אשמה משמעותית של היוצר מצב מסוכן כתנאי להטלת אחריות פלילית עליו בגין המחדל שבהימנעות מנטרול הסכנה.

#### 5. חובות הקבועות בענפי משפט אחרים

מכיוון שנוסחו של סעיף 18(ג) לחוק הוא הרחב ביותר שניתן להעלות על הדעת – "מחדל" – הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה, הרי שהחוק אינו מגביל את השופטים אפילו למקורות החובה הלב-פליליים שהוכרו בעבר בפסיקה – החובה החוזית שמכוח התפקיד והחובה הנזיקית שמוטלת על היוצר מצב מסוכן, אלא מאפשר להם לבסס אחריות פלילית על חובות לפעול הקבועות

250 ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1 (1994).

251 ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 265 (1996).

בכל דין. הדבר מוליך לחובות מענפי משפט אחרים, כגון חובות מנהליות וכגון חובות שיוצר המשפט האישי (דבר המעורר בעייתיות של חוסר שוויון בין בני דתות שונות).

### ח. בגנות הרחבת מקורות החובה לפעול בדין הישראלי

אימוץ מקורות החובה לפעול שמחוץ למשפט הפלילי מעורר בעיות קשות. מטרת הדינים האחרים שונות מאלו של המשפט הפלילי. לא בהכרח בכל מקום שבו מוצדקת אחריות נזיקית לתשלום פיצויים, מוצדקים גם אחריות פלילית, הרשעה, עונש, שלילת חירות וקלון. בדיני הנזיקין קיימים שיקולים מיוחדים, כגון "פיזור הנזק", "כיס עמוק", והשאפה שלא להותיר ניזוקים ללא פיצוי. שיקולים אלה אינם מתאימים לאחריות הפלילית. בדומה, בהכרעה אם יש חובה חוזית נוהגים לפי דיני החוזים, ולאחר מכן עלולים לבסס על כך אחריות פלילית. זאת, חרף העובדה שהפרת חוזה היא עניין של יום יום; הרבה פחות חמורה מעבירה פלילית. ההרחבה שיצר סעיף 18(ג) לחוק העונשין מנוגדת כמעט לכל עקרונות היסוד של דיני העונשין:

מנוגדת לעקרון השוויון – שלפיו המשפט הפלילי הוא האמצעי האחרון – משום שהיא מערבת את המשפט הפלילי בכל תחומי חיינו;

מנוגדת לעקרון הערך המוגן – המגביל את המשפט הפלילי להגנה ראויה (ולא מופרזת) על ערך חברתי ראוי – שהרי ההגנה על הערכים המוגנים באמצעות המשפט הפלילי הדראסטי נוכח כל הפרת דין או אפילו חוזה (!) צפויה להיות מופרזת;

מנוגדת לעקרון החוקיות – המחייב אזהרה הוגנת לאזרח, באמצעות הגדרות מפורטות ובהירות של האיסורים – מכיוון שנוכח הפנייה ל"כל דין או חוזה" התחום הפלילי הופך לרחב ולמעורפל; מנוגדת לעקרון ההתנהגות – שלפיו אין מקום לעבירה ללא התנהגות אסורה – מאחר שלמחדל אופי פחות מובהק של התנהגות בהשוואה למעשה;

ומנוגדת לעקרון הפרופורציה, בכך שהרחבת סעיף 18(ג) הופכת כל הפרת דין או אפילו הפרת חוזה למועמדת פוטנציאלית לאחריות פלילית.

עד שהמחוקק יבטל או יצמצם באופן משמעותי את הרשתות שפורש סעיף 18(ג), יש לקוות שהשופטים לא ירחיקו לכת בשימוש בו, ויסתפקו – מלבד החובות לפעול הקבועות בדין הפלילי – בחובות שהוכרו בפסיקה לפני שנחקק סעיף 18(ג): החובה החוזית שמכוח תפקיד והחובה הנזיקית המוטלת על היוצר מצב מסוכן לנטרל את הסכנה שיצר (אם כי ראוי לדרוש גם אשמה). גם אם יפנו השופטים לחובות נוספות שמחוץ למשפט הפלילי, עליהם להתמקד רק בחובות לפעול המבוססות על קשר משמעותי בין המבצע לבין הקורבן או מקור הסכנה ורק בהפרות משמעותיות שלהן. אחרת, "מלוא כל הארץ משפט פלילי".

עד כה עסקנו ביסוד העובדתי שבעבירה הפלילית. עתה נעבור לדון ביסוד הנפשי.

## פרק ט

# מעקרון האשמה לדרישת המודעות ול"מחשבה פלילית"; אך מה לקלות הדעת עם הכוונה והאדישות?

### א. רציונל הדרישה ליסוד נפשי של מודעות

היסוד הנפשי<sup>252</sup> (באנגלית: The mental element; בלטינית: Mens rea, אם כי לעיתים משתמשים באותו מונח לציון היסוד הנפשי המסויים "מחשבה פלילית") הוא יחסו של המבצע לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה. מבין ארבעת יסודות העבירה, השניים הדומיננטיים בדיון המתנהל בין כותלי בית המשפט – שאת התקיימות כל רכיביהם על התביעה להוכיח מעבר לספק סביר – הם היסוד העובדתי והיסוד הנפשי.

בטרם נברר את הסוגים השונים של היסוד הנפשי, יש לעמוד על הטעם (הרציונל) לדרישת היסוד הנפשי. העיקרון של אוטונומיה אינדיבידואלית ושל בחירה חופשית מקובל בפילוסופיה בת ימינו ותומך בעקרון האשמה (שהוא מעקרונות היסוד של דיני העונשין) בכלל ובדרישת המודעות בפרט. העיקרון של אוטונומיה אינדיבידואלית משקף את כיבוד האדם כרציונלי וכבוחר את בחירותיו. מכאן קצרה הדרך לדרישת המודעות, משום שהמודעות למצב היא תנאי מקדמי לבחירה שיש מקום להטיל עליה אחריות פלילית. אין להטיל על אדם אחריות פלילית אלא אם היו לו הכושר וההזדמנות ההוגנת לנהוג אחרת. אחריות פלילית מתאימה רק לגבי תוצאות שהאדם גרם להן במודע ולגבי סיכונים בלתי סבירים שנטל במודע. בנוסף, נדרשת מודעות להתנהגות ונדרשת מודעות לנסיבות; וביחד מתקבלת הדרישה למחשבה פלילית כתנאי להיווצרות העבירה הפלילית.

העיקרון של אוטונומיה אינדיבידואלית ← עקרון האשמה ← דרישת המודעות  
("מחשבה פלילית")

ראינו שהמשפט הפלילי עוסק בהתנהגויות אנטי חברתיות, הפוגעות בערכים המוגנים. היסוד הנפשי הוא שהופך את ההתנהגות מהתנהגות מזיקה (שאז די היה לנו בדיני הנזיקין) להתנהגות אנטי חברתית המסכנת ערך חברתי – ולכן קובעים שהיא פלילית. היסוד הנפשי מקשר בין המבצע לבין המעשה מהבחינה הערכית – בהבדל מהקישור מהבחינה הפיזית – שבא לידי ביטוי ביסוד העובדתי:

היסוד העובדתי ← פגיעה / סכנה לקורבן מסויים;

היסוד העובדתי + היסוד הנפשי ← פגיעה גם בערך חברתי מוגן.

<sup>252</sup> לחיבור מקיף ומעמיק אודות היסוד הנפשי בעבירה ראו יצחק קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין (1997).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

ליסוד הנפשי חשיבות גדולה מאוד בקביעת חומרת התופעה העבריינית. אם נצפה בסרט וידאו שבו נראה אדם בחדר מיון הנותן למטופל תרופה לא מתאימה, שכתוצאה ממנה המטופל מאבד את חייו, ונתבקש להעריך את חומרת העבירה שעבר, אזי חרף העובדה שהיסוד העובדתי זהה לחלוטין והסרט הוא אותו הסרט והתוצאה בכל שלושת המקרים היא מות המטופל, אנו נייחס חומרה שונה לחלוטין למעשהו של אדם שפעל כך משום שבטעות לא בדק היטב איזו תרופה הוא נוטל מהארון (גרימת מוות ברשלנות, סעיף 304 לחוק העונשין, עונש מרבי של שלוש שנות מאסר); ולמעשהו של אדם שפעל כך משום שמדובר ביריבו משכבר, אשר נפל בידיו כפרי בשל (עד לאחרונה – רצח בכוונה תחילה, סעיף 300(א)(2), מאסר עולם חובה; ומאז תיקון 137 מיום 1.1.2019 – "רצח בנסיבות מחמירות", סעיף 301א, מאסר עולם חובה). בתווך ניצבת האפשרות של קלות דעת, אם האדם צפה את הסכנה שהתרופה אינה מתאימה ובשל עייפותו התעצל לבדוק בתקווה ש"יהיה בסדר" (עד לאחרונה עבירת ההריגה, סעיף 298, עונש מרבי חמור של עשרים שנות מאסר; וכיום "המתה בקלות דעת", סעיף 301ג, מאסר שתיים עשרה שנים). קיימת גם האפשרות של אדישות, שבה אדם מודע

היסוד הנפשי מאפשר לנו לייחד את האחריות הפלילית בעיקר למצבים שבהם האדם היה מודע לסיטואציה ובחר לנהוג באופן האסור תוך נכונות לפגוע בערך המוגן. הרציונל של דרישת היסוד הנפשי טמון בעקרון האשמה. המשפט הפלילי המודרני אינו מבוסס רק על סכנה, אלא גם על אשמה. אם אדם לא צפה את הסכנה – אין אשמה מוסרית ולא צורך מבחינה גמולית להרשיעו. גם משיקולים תועלתיים לחלוטין ניתן להגיע לדרישת האשמה: אדם שאינו מודע לסיטואציה (למשל לא צופה את התוצאה) – קשה עד בלתי אפשרי להרתיעו.

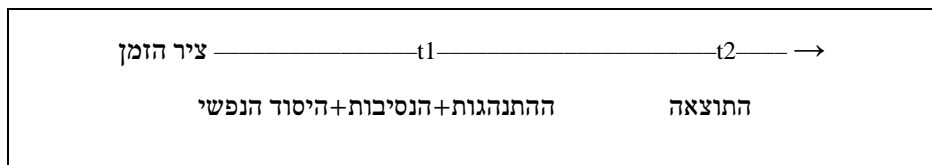
הדרישה ליסוד נפשי של מודעות אומנם קשורה בעיקר לעקרון האשמה, אך גם עקרונות יסוד נוספים של דיני העונשין תומכים בדרישת המודעות:

עקרון השוויון – המשפט הפלילי כאמצעי האחרון – בהיעדר אשמה ניתן וצריך להסתפק במנגנונים אחרים, כגון פיצוי בהתאם לדיני הנזיקין;

עקרון הערך המוגן – המגביל את המחוקק להגנה ראויה על ערך חברתי ראוי – בהיעדר אשמה, הפגיעה בערך המוגן קטנה ושימוש במשפט הפלילי יהיה מופרז;

עקרון הפרופורציה – בהיעדר אשמה הסנקציות הפליליות תהיינה תגובה חברתית מופרזת.

היסוד הנפשי מתייחס לרכיבים השונים של היסוד העובדתי ומשתלב בהם. הרכיב המרכזי ביסוד העובדתי הוא ההתנהגות. זהו הרכיב היחיד ההכרחי בכל הגדרת עבירה (עקרון ההתנהגות). מבחינת העיתוי, אנו בודקים את היסוד הנפשי שהיה קיים בזמן ההתנהגות (לא לפני ולא אחריה):



פרק ט: מעקרון האשמה לדרישת המודעות ול"מחשבה פלילית"; אך מה לקלות הדעת עם הכוונה והאדישות?

## ב. ההתפלגות לסוגים שונים של יסוד נפשי

קיימות צורות שונות, מגוונות, של יסוד נפשי. ההתפלגות לצורות השונות מבוססת על שני חתכים: א. (בכל העבירות) חתך המודעות – התייחסות למצבה הקוגניטיבי, השכלי, ההכרתי של המבצע. ב. (רק בעבירות תוצאה) חתך הרצון – התייחסות גם ליחסה החפצי, השאיפתי של המבצע.

### 1. חתך המודעות

מודעות – קליטה בחושים של רכיבי היסוד העובדתי והבנתם

(א) ההתפלגות בהתאם למודעות

בחנית היסוד הנפשי של המבצע בחתך המודעות יוצרת שלוש אפשרויות:

1. מודעות (בפועל) = מחשבה פלילית.  
המבצע מודעת לכל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה. הכלל הוא שזהו היסוד הנפשי הנדרש לשם הטלת אחריות פלילית.
2. מודעות-בכוח (פוטנציאל) = יכולת סבירה להיות מודע = רשלנות.  
המבצע איננה מודעת לפחות לאחד מרכיבי היסוד העובדתי, אך "אדם מן היישוב" (לשעבר "האדם הסביר") במקומה יכול היה להיות מודע אילו נזהר. במצב כזה לא תוטל אחריות לעבירות מחשבה פלילית אלא רק לעבירות החריגות המסתפקות ברשלנות.
3. אין מודעות (בפועל) ואין מודעות-בכוח = שגגה.  
לא זו בלבד שהמבצע לא הייתה מודעת לאחד מרכיבי היסוד העובדתי, אלא אפילו אדם מן היישוב במקומה לא יכול היה להיות מודע. לא מתקיימת אפילו האשמה הנמוכה של רשלנות ולכן לא תוטל אחריות פלילית.

(ב) המחשבה הפלילית

הכלל במשפט הפלילי המודרני הוא דרישת המחשבה הפלילית.  
בעבר הרחוק הענישו על: עבירה = התנהגות + תוצאה.  
כיום מענישים על: עבירה = התנהגות מסוכנת + אשמה.  
דרישת המחשבה הפלילית קבועה במפורש בסעיף 19 לחוק העונשין, הפותח באופן חגיגי את קבוצת הסעיפים העוסקים בנושא "היסוד הנפשי שבעבירה":

"19. דרישת מחשבה פלילית

אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –

- (1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או
- (2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה."

הרשלנות והאחריות הקפידה הם חריגים שהצדקתם מוטלת בספק ושיידונו בהמשך בנפרד. הכלל הוא שנדרשת "מחשבה פלילית" = מודעות. הכלל חל גם על "עבירה שותקת" – שאין בהגדרתה התייחסות כלשהי ליסוד הנפשי של המבצע.

ביקורת דיני העונשין הישראליים

הגדרת המחשבה הפלילית – סעיף 20(א) לחוק העונשין:

”מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה [כלומר מודעות להתנהגות], לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה”.

המחשבה הפלילית מתקיימת כשיש מודעות (בפועל) של המבצעת לרכיבים השונים של היסוד העובדתי, מלבד הנורמה האוסרת, שבהתאם לכלל הקבוע בסעיף 34 ל<sup>34</sup>חוק, בדרך כלל לא נדרשת מודעות אליה לשם הטלת אחריות פלילית.

רכיבי היסוד הנפשי "מחשבה פלילית" (הנדרש בזמן ההתנהגות)	רכיבי היסוד העובדתי
מודעות לטיב הפיזי של ההתנהגות (+) במחדל נדרשת מודעות לעובדות היוצרות את החובה לפעול	1. ההתנהגות (+) נדרשת שליטה בהתנהגות (+) במחדל נדרש מקור חובה לפעול
מודעות להתקיימותן של הנסיבות	2. נסיבות
מודעות לאפשרות התרחשות התוצאה (= צפיית התוצאה) (+) דרישה של סיכון בלתי סביר <sup>253</sup>	3. תוצאה
צפייה של תהליך הגרימה או אפשרות לצפותו (כך אם מפשטים את הסוגיה המסובכת של ייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה <sup>254</sup> )	4. קשר סיבתי (בין ההתנהגות לבין התוצאה)

כדי להטיל אחריות פלילית, יש לאתר התנהגות שבזמן התקיימותה התקיימו גם כל דרישות היסוד הנפשי.

מתי קורה שאדם בר-עונשין (בגיר, שפוי, לא לוקה בשכלו) אינו מודע לטיב התנהגותו? למשל, כשהוא מבצע התנהגות א' שלה הוא מודע, שכרוכה בהתנהגות ב' – שלה אינו מודע. אדם נשען על קיר ומודע להתנהגותו זו, אך אינו מודע לכך שהוא מפעיל בכך פצצה באמצעות כפתור נסתר שהותקן על הקיר. זוהי שגגה. תלמיד א' שבתום השיעור מכניס בחיפזון את חפציו לתיק, ומבלי משים מכניס לתיקו גם את העט של שכנו ב', שהיה מונח על ספר הלימוד שעל השולחן, השייך לתלמיד א'. אדם שתוך כדי ריקוד דוחף אחר או דורך על רגלו. אדם שמדבר עם תנועות ידיים ומפיל אגרטל יקר. מקרה שנדון אצלנו בבית דין צבאי: חיילת נלוותה אל חברה שהיה נהג צבאי לנסיעה. כשירד לכמה דקות מהרכב כדי לקרוא לקצין שאותו היה עליו להסיע, חשקה נפשה לשמוע רדיו. החיילת סובבה את

253 בדרישה לסיכון בלתי סביר הקיימת בכל עבירות התוצאה (ובעבירות "תוצאה-בכוח" או "העמדה בסכנה") אדון להלן בפרק טו. ראו גם לעיל ה"ש 227.

254 הסוגיה המסובכת של ייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה תידון להלן בפרק טז.



פרק ט: מעקרונ האשמה לדרישת המודעות ול"מחשבה פלילית"; אך מה לקלות הדעת עם הכוונה והאדישות?

המפתח במתנע כדי להזרים חשמל לרדיו ולהפתעתה הרכב הותנע והחל בתזוזה. החיילת נבהלה ולחצה על אחת מהדוושות – בטעות לחצה על דוושת הבנזין במקום על דוושת הבלם. הרכב התנגש בעץ וניזוק. העמידו את החיילת לדין באשמת נהיגה ללא רישיון: "הנהג רכב ללא רישיון בר־תוקף, דינו (עונש מרבי מסוים)". זוהי עבירת התנהגות. ההתנהגות הנדרשת היא נהיגה. האם התקיימה ההתנהגות הנדרשת בעבירה? כן – התנעת הרכב והלחיצה על הדוושה מהוות נהיגה. האם התקיימה שליטה בהתנהגות? כן. כל שנדרש (סעיף 134 לחוק) הוא אפשרות בחירה בהתנהגות חלופית, ובוודאי שהייתה כזו (אם מישהו היה אוחז בכוח ברגלה של הנאשמת ולוחץ על הדוושה, הייתה זו התנהגות בחוסר שליטה – "עקב כפייה גופנית" כלשון החוק). אם כך, מה היה חסר לצורך הטלת אחריות פלילית על החיילת? לא הייתה לה מודעות להתנהגות של נהיגה ולפיכך לא התקיים היסוד הנפשי הנדרש – מחשבה פלילית. מודעות לנסיבה – היעדר רישיון – התקיימה, אך לא די בכך. להלן דוגמה לניתוח פורמלי של עבירת התנהגות "שותקת" (שאינן בהגדרתה דרישה מפורשת ליסוד נפשי מסוים):

"176. ריבוי נישואין

נשוי הנושא אישה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר, דינם – מאסר חמש שנים".

הנורמה האוסרת – סעיף 176 לחוק העונשין.

א. היסוד העובדתי

1. ההתנהגות – "נושא" (או "נושאת");
2. נסיבות: (א) "נשוי" (או "נשואה") (רווקים אינם עוברים עבירה זו); (ב) "אישה אחרת" (או "איש אחר") (אינן זו עבירה להינשא שנית לאותה בת זוג (או לאותו בן זוג)).
- ב. היסוד הנפשי – על פי סעיף 19 לחוק – מחשבה פלילית:
  1. מודעות להתנהגות (נדרש שבזמן ההתנהגות – עריכת טקס הנישואין – המבצע היה מודע להתנהגות זו);
  2. מודעות לנסיבות: (א) מודעות (בזמן ההתנהגות) לכך שהוא נשוי; (ב) מודעות (בזמן ההתנהגות) לכך שמדובר באישה אחרת.

רק אם כל הרכיבים של היסוד העובדתי וכל הרכיבים של היסוד הנפשי מתקיימים סימולטאנית לגבי התנהגות מסוימת באירוע שבמציאות, רק אז מתגבשת העבירה. לכל רכיב "וטו" באשר לפליליות ההתנהגות.

להלן דוגמה לניתוח פורמלי של עבירת תוצאה "שותקת" (באשר ליסוד הנפשי):

"334. פציעה. הפוצע חברו שלא כדין, דינו – מאסר שלוש שנים".

הנורמה האוסרת – סעיף 334 לחוק העונשין + סעיף 34 ככד הגדרת "פצע".

א. היסוד העובדתי

1. ההתנהגות – "הפוצע" – כל מעשה או מחדל (בתנאי שקיימת חובה לפעול) שגרמו לתוצאה.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

2. נסיבות: (א) "חברו" – הקורבן הוא אדם; (ב) "שלא כדין" – לעיתים מפרשים ביטוי זה כדרישה לכך שאין הצדק בדין; ולעיתים רואים אותו כריק מתוכן – שריד היסטורי מהמשפט האנגלי (unlawfully) מתקופה קדומה שבה לא הייתה נדרשת מודעות.
  3. תוצאה – "הפוצע" – פגיעה – לפי ההגדרה שבסעיף 34כד – "פצע – חתך או דקירה המכתרים או בוקעים כל קרום חיצוני של הגוף, ולענין זה קרום חיצוני הוא כל קרום שאפשר לנגוע בו בלי לבתר או לקרוע כל קרום".
  4. קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה – "הפוצע" – נדרש שהתנהגות המבצע הייתה הסיבה-בלעדית-אין לפגיעת הקורבן (אלמלא ההתנהגות לא הייתה נגרמת התוצאה) (המלה "הפוצע" מבטאת בתמציתיות רבה שלושה רכיבים בעבירה: ההתנהגות, התוצאה והקשר הסיבתי).
- ב. היסוד הנפשי – על פי סעיף 19 לחוק – מחשבה פלילית:
1. מודעות להתנהגות (נדרש שבזמן התנהגותו הרלוונטית לעבירה – כגון שריטת הקורבן באמצעות הציפורניים – היה המבצע מודע להתנהגותו זו);
  2. מודעות לנסיבות: (א) מודעות (של המבצע, בזמן ההתנהגות) לכך שהקורבן הוא אדם; (ב) לא נדרשת מודעות לכך שאין הצדק בדין להתנהגות זו, משום שמדובר בדין ואי-ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות.
  3. צפיית התוצאה – נדרש שבזמן התנהגותו צפה המבצע את פגיעת הקורבן.
  4. צפייה או צפייה-בכוח של תהליך הגרימה – נדרש שבזמן ההתנהגות הייתה יכולת סבירה לצפות את היווצרות הפגיעה.

כדי שתתגבש העבירה נדרשת סימולטניות – התקיימות כל הרכיבים שלעיל בו-זמנית – בזמן ההתנהגות – מלבד התוצאה (והקשר הסיבתי הנלווה אליה) שהיא מטבעה עתידית בזמן ההתנהגות. הבהרה באשר לצפיית התוצאה: לא נדרשת הסתברות גבוהה של התרחשות התוצאה (בהבדל מהלכת הצפיות המשמשת תחליף לכוונה ואשר תידון בהמשך). די בצפייה כלשהי – אפילו ברמת הסתברות נמוכה, ובלבד שמדובר באפשרות ריאלית. כך למשל במקרה שבו המבצע זורק אבנים ממרפסת ביתו אל החצר כדי לנקות את המרפסת<sup>255</sup> וצופה אפשרות שבדיוק יצא שכן ויפגע ומעריך את הסתברותה בעשרה אחוזים – זוהי בהחלט צפייה של התוצאה.

באלו מצבים אדם שמודע להתנהגות ולנסיבות אינו צופה את התוצאה? מקרה טיפוסי אחד הוא כשהדבר כלל לא חלף במוחו; המבצע כלל לא חשב על אפשרות התרחשות התוצאה. מקרה טיפוסי שני הוא כשהמבצע אומנם חשב על האפשרות, אך לאחר מחשבה הגיע למסקנה המוטעית שלפיה בטוח שהתוצאה לא תתרחש.

## 2. חתך הרצון (החפץ, השאיפה) כלפי התוצאה

ראשית, יש להבהיר שההתפלגות הזו מניחה קיומה של מחשבה פלילית, כלומר מודעות של המבצע לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה, לרבות צפיית התוצאה. אם המבצע אינו צופה את התוצאה, אין

<sup>255</sup> הדוגמה המקורית היא של קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין, לעיל ה"ש 252.

פרק ט: מעקרון האשמה לדרישת המודעות ול"מחשבה פלילית"; אך מה לקלות הדעת עם הכוונה והאדישות?

כל טעם בשאלה האם הוא רוצה בה: אי אפשר לרצות דבר שכלל לא חושבים עליו. בעבירות תוצאה מתפלגת המחשבה הפלילית לשלוש צורות משנה, שבכל אחת מהן אשמה שונה:

1. "כוונה" – ס' 20(א)(1) – "במטרה לגרום לאותן תוצאות".  
זוהי החמורה משלוש צורות המחשבה הפלילית: מצב שבו המבצע רוצה שתתרחש התוצאה. יחס שאיפתי. חפץ בתוצאה.

2. "אדישות" – ס' 20(א)(2)(א) – "שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות". למבצע לא אכפת אם התוצאה תתרחש או לא. זוהי אשמה נמוכה מעט מכוונה, אך עדיין אשמה גבוהה.

3. "קלות דעת" – ס' 20(א)(2)(ב) – "נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען". זוהי אשמה נמוכה משמעותית מהאדישות וכמובן גם מהכוונה. נראה שדווקא משום שהאשמה כאן נמוכה מאוד, נזקק המחוקק למלים רבות בהגדרתה (בהשוואה להגדרות הקצרות של הכוונה והאדישות) שהרי קשה להצדיק את הכללתה בתוך המחשבה הפלילית. מהי בכל זאת האשמה המיוחסת לקל הדעת, אשר בשלה מוקמה גם קלות הדעת בתוך המחשבה הפלילית? האשמה היא בבחירה או בנכונות לקחת את הסיכון הבלתי סביר. קל הדעת מהמר תוך סיכון אינטרס של זולתו ובכך אשמתו.

בדין הישראלי, מסיבות היסטוריות בלתי מוצדקות (ובוודאי שהנצחת המצב בתיקון 39 איננה מוצדקת) המושגים "אדישות" ו"קלות דעת" נכנסים יחד תחת מושג הגג "פזיזות". היסטורית, מכיוון שאין בחוק העונשין שהותירו לנו הבריטים עבירה כלשהי הדורשת בהגדרתה דווקא אדישות או דווקא קלות דעת, אלא חלק מעבירות התוצאה דורשות כוונה וחלקן מסתפקות במחשבה פלילית רגילה (לרבות צפיית התוצאה), השתמשו השופטים במונח "פזיזות" לתיאור האדישות וקלות הדעת יחדיו. בתיקון 39 הגדיר המחוקק באופן מסוים כל אחת משלוש הצורות בנפרד: הכוונה, האדישות וקלות הדעת. זו הייתה ההזדמנות להיפטר מהמושג המיותר, המערפל והמבלבל "פזיזות". אין בו כל צורך, ממש כשם שאין צורך להמציא מונח חדש שיאחד בתוכו את הכוונה עם האדישות. ובכל זאת, משום מה, בחר המחוקק לשמר את המושג המיותר פזיזות בקבעו לאחר הגדרת הכוונה (בסעיף 20(א)(1)) בסעיף 20(א)(2) לחוק כך: "פזיזות שבאחת מאלה: (א) אדישות... (ב) קלות דעת... כלומר: "פזיזות" = "אדישות" + "קלות דעת".

לעיתים נאמר בפסיקה שלגבי עבירת תוצאה "שותקת" – שלא מפורט בהגדרתה היסוד הנפשי – די במחשבה פלילית מהדרגה הקלה ביותר – של קלות דעת. לכן יש הסבורים שמבחינה מעשית קלות הדעת היא הצורה החשובה ביותר, בהיותה הדרישה השכיחה כשמדובר בעבירות תוצאה. אלא שלדעתי בעבירת מחשבה פלילית (לרבות עבירה שותקת) שבה המחוקק לא דרש צורה חפצית מסוימת כוונה/אדישות/קלות דעת, אם התקיים היסוד העובדתי והתקיימה מודעות של המבצע (לרבות צפיית התוצאה) – התגבשה העבירה ואין צורך להראות (מלבד אולי לעניין חומרת העונש) אחת משלוש הצורות כוונה/אדישות/קלות דעת. זאת משום שהמושגים מוגדרים באופן כזה שלא ייתכן מצב רביעי ש"נופל בין הכיסאות": אם המבצע צפה את התוצאה אזי או שהמבצע רוצה בתוצאה (=כוונה); או שאינו רוצה בה (=קלות דעת) או שלא אכפת לו (=אדישות).

ביקורת דיני העונשין הישראליים

אמחיש את הדברים בעזרת התרשים הבא:

קומה 3 – יסוד נפשי אפשרי – חתך הרצון כלפי התוצאה



קומה 2 – היסוד הנפשי הבסיסי – מחשבה פלילית = מודעות

מודעות להתנהגות (+) במחדל – גם מודעות לעובדות היוצרות את החובה לפעול	מודעות לנסיבות	צפיית התוצאה (+) דרישה של סיכון (בלתי סביר)	צפייה או צפייה בכוח של תהליך הגרימה
--	----------------	---	-------------------------------------



קומה 1 – היסוד העובדתי של העבירה

ההתנהגות (+) שליטה בהתנהגות + במחדל – מקור חובה לפעול	נסיבות	תוצאה	קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה
---	--------	-------	------------------------------------

נדמה בית בן שתיים או שלוש קומות מוצקות. הקומה הראשונה היא היסוד העובדתי של העבירה. היא בנויה מאבן ירושלמית ורק אם הושלמה בנייתה ניתן לבנות עליה את קומת האבן השנייה – היסוד

פרק ט: מעקרונ האשמה לדרישת המודעות ול"מחשבה פלילית"; אך מה לקלות הדעת עם הכוונה והאדישות?

הנפשי של מחשבה פלילית = המודעות. לרוב בונה המחוקק בתים בני שתי קומות אלה בלבד. בדרך כלל יש בכל דירה שבכל קומה רק 2 חדרים – התנהגות + נסיבות בקומה הראשונה, של היסוד העובדתי; מודעות להתנהגות + מודעות לנסיבות בקומה השנייה, של היסוד הנפשי. לעיתים רחוקות בונה המחוקק דירות של 4 חדרים – בקומת היסוד העובדתי נוספים חדרים של תוצאה + קשר סיבתי ובקומה השנייה נוספים חדרים של צפיית התוצאה וצפיות סבירה של תהליך הגרימה (באשר לקלות הדעת יש לדרוש צפייה בפועל).<sup>256</sup> בעבירות תוצאה (בלבד) המחוקק לעיתים מוסיף ובונה קומת אבן שלישית ובה הוא דורש כוונה – רצון בתוצאה (בהתאם להגדרתה בסעיף 20(א)(1) לחוק). המחוקק יכול להגדיר עבירה שבה הדרישה בקומה השלישית תהיה אדישות כלפי התוצאה (בהתאם להגדרתה בסעיף 20(א)(2) לחוק).<sup>257</sup> יש לשים לב לתפקידים של שני החיצים האנכיים העולים בתרשים שלעיל מחדר התוצאה שבקומה הראשונה אל חדר צפיית התוצאה שבקומה השנייה וממנו אל הקומה השלישית: רק אם התרחשה התוצאה (בקומה הראשונה, של היסוד העובדתי) יש טעם לבדוק אם המבצע צפה אותה (בקומה השנייה, של היסוד הנפשי הבסיסי "מחשבה פלילית"); ורק אם המבצע צפה את התוצאה יש טעם לשאול מה היה יחסו הרצוני כלפיה ולטפס לקומה השלישית (קומת הרצון). בקומה השלישית שרטטתי שלוש גזרות, שונות בממדיהן, כדי להמחיש שני דברים: האחד – האדישות היא מקרה נדיר במציאות. במיוחד כשמדובר בערך מוגן משמעותי כגון חיי אדם, כמעט תמיד או שהמבצע רוצה במות הקורבן (= כוונה) או שאינו רוצה במותו ומקווה שלא ימות (= קלות דעת). אם המבצע אינו לוקה בשכלו או בנפשו, קשה לתאר מצב שבו כלל לא אכפת למבצע אם הקורבן יחיה או ימות (= אדישות). אפילו אם הוא טיפוס שלילי ביותר, אם אין לו רצון בתוצאה (= כוונה) הוא יעדיף שהקורבן ישורוד, ולו רק כדי שלא לשאת בעונש החמור של מאסר עולם חובה. הדבר השני שיש ללמוד מהאופן שבו שרטטתי את הקומה השלישית הוא שלא תיתכן בקומה השלישית אפשרות רביעית. נדמה לרגע את הקומה השלישית לעוגת יום הולדת עגולה, ואת הכוונה, האדישות וקלות הדעת נדמה לשלוש זלזליות הזוללות את העוגה עד (ויכולל) הפירור האחרון ואינן מותרות דבר. זוהי גם המחשה נוספת של התובנה שלפיה אם מדובר בעבירת תוצאה "שותקת", שבה המחוקק לא דרש צורה מסוימת בקומה השלישית, אזי לשם התגבשות העבירה די (מבחינת היסוד הנפשי) במודעות ובצפיית התוצאה ואין צורך להראות את התקיימותה של אחת משלוש הצורות כוונה או אדישות או קלות דעת. בניגוד לנאמר ולנכתב לעיתים, אין אפילו צורך להראות קלות דעת, משום שאם המבצע צפה את התוצאה, ברור מעצם הגדרת המושגים השונים שהמבצע היה לכל הפחות קל דעת – אם לא היה אדיש ולא רצה בתוצאה.

### ג. דויטש, זיסרמן, שי – הדגמה באמצעות שלושה מקרים

דויטש היה "אדריכל בעל ניסיון בעבודת בנין, גם בארץ הזאת וגם בחוץ לארץ" שהועסק על ידי הסוכנות היהודית כמנהל עבודה בתיקון גגות הבתים הנתושים שבכפר אשתאול.<sup>258</sup> הוא לקח פועלים

256 הסוגיה המסובכת של ייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה תידון בהמשך בפרק נפרד.

257 לאחרונה קבע המחוקק כי בעבירת הרצח ואפילו בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות לא נדרשת דווקא כוונה, אלא די באדישות. לדיון ביקורתי בהסדר החדש ראו להלן הפרק העוסק בעבירות ההמתה.

258 ע"פ 1/52 דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 456 (1954).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

למקום מסוים לצד כביש ירושלים–תל אביב והורה להם לחפור עפר, שלו היה זקוק לביצוע העבודה, ולהעמיס את העפר על הרכב. המקום שבו בחר היה צלע הר קעורה. עברו במקום עובדי מע"צ והזהירו אותו מפני סכנת מפולת. הנאשם דויטש חשב שמכיוון שמלאכת כריית העפר כבר קרובה לסיומה, לא יתרחש דבר ולכן המשיך בעבודה. למרבה הצער התרחשה מפולת ושני פועלים נהרגו.<sup>259</sup> מה היה היסוד הנפשי של דויטש? ראשית, יש לבחון האם צפה את התוצאה – שאז מדובר היה בעבירת ההריגה (סעיף 298 לחוק העונשין לפני ביטולו לאחרונה), הדורשת מחשבה פלילית, ולא בעבירה גרימת מוות ברשלנות (ס' 304 לחוק). אלמלא הוזהר דויטש על ידי עובדי מע"צ, היה קשה עד בלתי אפשרי לקבוע כי צפה את התוצאה. אך מכיוון שהוזהר על ידי אנשי מקצוע, נראה שלפחות מאותו רגע אכן צפה את התוצאה. לא מדובר ברשלנות, משום שהרשלנות מתייחסת למצב שבו אין מודעות (לרבות צפיית התוצאה). היש צורך לטפס מן "הקומה השנייה" (המחשבה הפלילית; המודעות) אל "הקומה השלישית" (חתך הרצון)? לצורך עבירת ההריגה, שהסתפקה במחשבה פלילית, לא היה הכרח לקבוע האם מדובר בכוונה או באדישות או בקלות דעת. לצורך ההדגמה (וכן לצורך קביעת חומרת העונש הראוי): ברור לחלוטין שלא מדובר בכוונה (דויטש לא רצה לרצוח את הפועלים, כמוכן) ואף לא באדישות (לא מתקבל על הדעת שלא היה אכפת לו האם הפועלים ימותו. ולו רק משום שהדבר צפוי לסבכו במשפט פלילי). נותרת האפשרות היחידה של קלות דעת: דויטש אומנם קיווה שהתוצאה לא תתרחש, אך מכיוון שצפה את האפשרות ובעצם הימר, דובר (לפי הדין הישראלי הישן) במחשבה פלילית, שדי היה בה להרשעה בעבירת ההריגה. כיום נופל מקרהו של דויטש לעבירה החדשה "המתה בקלות דעת" שדינה שתיים עשרה שנות מאסר.

את עובדות פרשת זיסרמן אביא ישירות מפסק הדין: 260

"זה קרה בחודש ספטמבר 1948 בגבולות שבנגב, לאחר שבועות רבים של קרבות ללא הפוגה ועמידה בחזית ללא מנוחה במשך ימים רבים, נכנס דוב זיסרמן לצריפה של סוניה וקסלר בכדי לאכול אבטיחים. הצריף היה מרווח וישבו בו כמה חברים. סוניה ירבה או עמדה על מפתן הצריף ודוב ישב על מיטה אחת בתוך הצריף, במרחק של 12 – 13 מטרים מסוניה. בפנית הצריף עמדו כמה רובים. אגב שיחה עם חברים, ניגש דוב לפינה, לקח רובה אחד משם והתיישב בחזרה על המיטה. ברצונו לברוק אם הרובה היה טעון-או-לא, התחיל לטפל ברובה, בהיסח הדעת – כלשונו של הנאשם – 'כמו שפקיד מטפל בעט שלו', היינו שלא במתכוון וללא מחשבה. תוך כדי המשך השיחה עם חברים, פתח הנאשם את הברית, הכניס את אצבעו לתוך בית-הבליעה, אולם לא הבחין כי היה כדור בתוכו. אח"כ הוא סגר את הברית ושיחררו ע"י לחיצה על ההדק. הוא אינו זוכר לאיזה כיוון היה לוע הרובה. לפתע שמע ירייה והנה הוא רואה את סוניה צונחת, נפחה נשמתה והמוות בא מייד. תיכף הבחין כי הירייה נורתה מרובהו, וכי הכדור פגע בסוניה".

259 משום מה מצא בית המשפט העליון לציין שהפועלים היו תימנים, כשכוונתו לישראלים – יהודים שעלו מתימן – וכשעובדה זו מאוד לא רלוונטית לפסק הדין.

260 ת"פ (מחוזי ת"א) 195/50 היועץ המשפטי נ' זיסרמן, פ"מ ג(1) 168 (1950).

פרק ט: מעקרונן האשמה לדרישת המודעות ול"מחשבה פלילית"; אך מה לקלות הדעת עם הכוונה והאדישות?

נראה שזיטרמן לא היה מודע לסיטואציה, אלא היה רשלן: הוא לא היה מודע להתנהגותו – ירי; ולא צפה את התוצאה – המוות. מכך שהכניס אצבעו לבית הבליעה ולא הבחין שיש כדור – כלומר: מדק, אך לא בדק היטב – ניתן ללמוד שהיה רשלן. הוא טעה לחשוב שאין כדור. למעשה, לא רק שלא צפה את התוצאה, אלא גם לא היה מודע להתנהגותו – ירי. לפיכך לא התאימה כאן עבירת ההריגה (דאז), אלא העבירה גרימת מוות ברשלנות.

אסף שי נהג במשאית בכביש בין עירוני. המכונית שלפניו נעצרה כדי לפנות שמאלה.<sup>261</sup> הוא ניסה – ממש ברגע האחרון – לסטות ימינה, אך בכל זאת פגע במכונית, שהתנגשה באוטובוס שבא ממול, שוב במשאית שמאחוריה, ולאחר מכן במכונית נוספת. האוטובוס סטה והתנגש במכונית נוספת שהייתה מאחורי המשאית ונהג המכונית נהרג. בנוסף היו פצועים רבים. תאונה קשה ביותר. מהנתונים שהובאו עד כה בלתי אפשרי לייחס לנהג צפייה של התוצאה הקטלנית, מחשבה פלילית ועבירה חמורה של הריגה (ס' 298 שבוטל לאחורונה). חודשיים לאחר התאונה נחקר נהג המשאית שוב והפעם סיפר שהצית סיגריה ועיין במפת דרכים ולכן הבחין רק באיחור במכונית שנעצרה לפניו. כשכבר הבחין בה – לא הספיק לבלום. בשל הפרת זכויותיו של הנחקר לאזרהרה הוגנת ולהיוועצות בסניגור, לא התקבלה הודאה זו כראיה והנהג זוכה מעבירת ההריגה והורשע בגרימת מוות ברשלנות.<sup>262</sup> אך לצורך הדגמת היסוד הנפשי, אבחן את הדברים בהנחה (ההיפותטית) שההודאה הייתה קבילה ובהנחה (ההיפותטית בלבד) שהייתה אמיתית ומשקפת נאמנה את המציאות. ללא הנתונים הנוספים שסיפק הנהג בחקירתו, קשה עד בלתי אפשרי היה לקבוע האם צפה את הסכנה. בהינתן העיון במפה, המחייב הסתת המבט מן הכביש לפרק זמן משמעותי (הרי לוקח זמן למוח ולעיניים להתמקד [פוקוס] בפרטים שבמפה) נראה שהנהג צפה את הסכנה והימר בתקווה שהמכונית שלפניו לא תעצור או תאט – כלומר מדובר במחשבה פלילית (מודעות ב"קומה השנייה") מסוג קלות דעת (ב"קומה השלישית"), שעד לאחורונה הספיקה בדין הישראלי לשם הרשעה בעבירת ההריגה. כיום קיימת למקרה כזה העבירה החדשה "המתה בקלות דעת" (ס' 3301) שנקבעה בתיקון 137 לחוק העונשין.

## ד. קריאה לכנסת להוצאת קלות הדעת מתחום המחשבה הפלילית

במשפט הישראלי, קו הגבול של המחשבה הפלילית (וממילא גם של האחריות הפלילית לגבי מרבית העבירות) עובר בין רשלנות לבין קלות דעת, ומבחינה מעשית מתייחסים לקלות הדעת באותה חומרה שבה מתייחסים לאדישות. זאת משום שעבירות התוצאה שבדין הקיים (שאינן עבירות רשלנות) דורשות אחת משתיים: מחשבה פלילית (מודעות) בלבד או מחשבה פלילית (מודעות) בצירוף כוונה. אין עדיין עבירה שדורשת דווקא אדישות; ובינתיים יש רק עבירה אחת, חדשה, שדורשת דווקא קלות

261 ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2009).

262 מכיוון שהספר עוסק בדיני עונשין ולא בפרוצדורה פלילית או בדיני ראיות, אתעלם הפעם מהדיון בזכות לאזרהרה הוגנת ולהיוועצות בסניגור, ובכלל פסילת הראיות, שהתעורר לנוכח הפרת זכויותיו של הנחקר. הנאשם זוכה מעבירת ההריגה (והורשע בגרימת מוות ברשלנות) משום שהודאתו בכך שהצית סיגריה ועיין במפה תוך כדי הנהיגה נפסלה בהתאם להלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006)).

### ביקורת דיני העונשין הישראליים

דעת.<sup>263</sup> יש שיטות משפט, כגון המשפט הגרמני,<sup>264</sup> שבהן קו הגבול הוא שונה, נוכח עבירות רבות שבהן נדרשות אדישות או כוונה ואין די בקלות דעת. שם, המחשבה הפלילית איננה כוללת את קלות הדעת, הנחשבת לקטגוריה נפרדת, קלה יותר. בתרשים שלהלן, התחום שמעל קו הגבול הוא בדרך כלל פלילי (שהרי הכלל הוא שדי במחשבה פלילית) והתחום שמתחתיו בדרך כלל אינו פלילי (אלא אם המחוקק קבע עבירה מיוחדת):

	כוונה	
(פזיזות)	אדישות	(גבול האחריות הפלילית במשפט הגרמני)
(פזיזות)	קלות דעת	(גבול האחריות הפלילית במשפט הישראלי)
	רשלנות	
	שגגה	

בהבדל מהמצב במשפט הישראלי, במשפט הגרמני הטלת אחריות על בסיס קלות דעת מחייבת קביעה מפורשת בחוק – כמו לגבי רשלנות. וכשמוטלת אחריות היא נמוכה יותר – העונש פחות חמור. יש לכך חשיבות רבה, כי המצב של קלות דעת הוא שכיח במציאות, בהבדל מהמצב של אדישות. פרופ' קרמניצר הציע להבחין בין שני מצבים שונים בתוך קלות הדעת: בשני המקרים המבצע צופה את התוצאה ומקווה שלא תתרחש – כך הרי מוגדרת קלות הדעת (סעיף 20(א)(2)(ב) לחוק העונשין). במקרה האחד המבצע מאמין שהתוצאה לא תתרחש, ובעצם מסתמך על כך שלא תתרחש. במקרה השני המבצע מאמין שהתוצאה עלולה להתרחש.

הפרופ' האנגלי Glanville Williams כתב שההבחנה בין הרשלנות לבין המחשבה הפלילית נועדה לשקף את ההבחנה שבין טיפשות לבין רוע. אין הכוונה למנת המשכל של האדם, אלא לטיפשות או רוע באירוע המסוים. כל אחד לעיתים אומר לעצמו: במקרה הזה נהגתי בטיפשות. "נהגתי ברוע" אדם אולי לעולם לא יאמר על עצמו, אך אם פעל במודעות, ייתכן מאוד שהאחרים יאמרו עליו כך. קרמניצר הציע ליישם הבחנה זו בענייננו, כך:

1. המבצע צופה את התוצאה + מקווה שהתוצאה לא תתרחש + מאמין שלא תתרחש (הסתמכות) – זהו מצב קרוב לרשלנות.
2. המבצע צופה את התוצאה + מקווה שהתוצאה לא תתרחש + מאמין שעלולה להתרחש (תקווה בלבד) – זהו מצב קרוב למחשבה פלילית.<sup>265</sup>

<sup>263</sup> לאחרונה הוחלפה הגדרתה של עבירת הרצח בהגדרה המאחדת את הכוונה עם האדישות; ונוספה העבירה החדשה "המתה בקלות דעת". ראו דיון להלן בפרק העוסק בעבירות ההמתה.

<sup>264</sup> ראו קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", לעיל ה"ש 125, בעמ' 341–347 (תחת הכותרת "קלות הדעת – מהותה ומקומה").

<sup>265</sup> קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", לעיל ה"ש 125.



פרק ט: מעקרונ האשמה לדרישת המודעות ול"מחשבה פלילית"; אך מה לקלות הדעת עם הכוונה והאדישות?

האשמה שמייחסים לקל הדעת היא שהוא מהמר על אינטרס של הזולת. ההימור מתקיים באשר למי שמאמין שהתוצאה עלולה להתרחש ולא באשר למי שמאמין שלא תתרחש. אילו הבחין המחוקק הבחנה עדינה בין שני המצבים שבתוך קלות הדעת, יכול היה לשייך רק את המקרה המסומן 2 לעיל למחשבה הפלילית. מכיוון שהמחוקק איננו מבחין, אלא ההגדרה של קלות הדעת כוללת את שני המצבים יחדיו, יש לקבוע שקלות הדעת איננה חלק מהמחשבה הפלילית ושהאחריות עליה מצריכה עבירה מסוימת שבה המחוקק קבע במפורש שדי בקלות דעת לצורך התגבשותה. או אז גם יקבע המחוקק לעבירה המסתפקת בקלות דעת עונש מרבי הולם, שיהיה נמוך משמעותית מהעונש הקבוע לעבירה של מחשבה פלילית (שתכלול רק את הכוונה ואת האדישות). זאת משום שהבדלי האשמה הם משמעותיים מאוד: המתכוון לתוצאה וכן האדיש כלפיה בעצם בחרו לפגוע בערך המוגן על ידי האיסור. קל הדעת – במיוחד זה המאמין שהתוצאה לא תתרחש – מעולם לא בחר לפגוע בערך המוגן. אומנם נטל סיכון בלתי סביר, אך אשמתו נמוכה באופן משמעותי. להערכתו, היא קרובה לאשמתו האפסית של הרשלן יותר משהיא קרובה לאשמתם העצומה של האדיש ושל המתכוון לתוצאה.

אם אנסה לדרג את מידת האשמה שבצורות השונות של היסוד הנפשי, הדירוג יהיה כזה:

10 – כוונה תחילה  
9 – כוונה  
8 – אדישות  
4 – קלות דעת  
1 – רשלנות סובייקטיבית<sup>266</sup>  
0 – שגגה

לכן רצוי מאוד להוציא את קלות הדעת מתחום המחשבה הפלילית הנדרשת ברוב העבירות ולהפכה לחריג הטעון קביעה מפורשת של המחוקק, בדומה לרשלנות. זוהי כמובן המלצה למחוקק. הדין הישראלי המצוי לוכד את שתי צורות קלות הדעת, משייך אותן למחשבה הפלילית ובכך מטיל עליהן אחריות חמורה.

לבסוף, לאחרונה, בתיקון 137 לחוק העונשין, הבחין המחוקק באשר לעבירות ההמתה בין קלות הדעת לבין האדישות והכוונה, וקבע להמתה בקלות דעת עונש פחות חמור, של שתיים עשרה שנות מאסר (סעיף 301 החדש). אלא שראשית, להערכתו אפילו נוכח ערך חיי האדם, עדיין עונש של תריסר שנות מאסר הוא חמור מדי לאשמה הנמוכה יחסית שמהווה קלות הדעת; ושנית, חבל שבאותה הזדמנות שבה הופרדה סוף סוף קלות הדעת מן האדישות, טושטשה ההבחנה שבין האדישות לכוונה, כששתיהן נקבעו יחדיו באותן עבירות – רצח (סעיף 300 החדש) ואפילו רצח בנסיבות מחמירות (סעיף 301א החדש).<sup>267</sup>

<sup>266</sup> לדעתי, הרשלנות האובייקטיבית לא בהכרח משקפת אשמה כלשהי. על כך בפרק העוסק ברשלנות.

<sup>267</sup> על עבירות ההמתה ראו להלן פרק כח.

## ה. כוונה על תנאי; כוונה מועברת

להשלמת התמונה של הגדרת המחשבה הפלילית ושל התפלגותה לצורות המשנה כוונה, אדישות וקלות דעת, אצמוד בקצרה על שני כללים נוספים.

### 1. כוונה על תנאי נחשבת כמקרה פרטי של כוונה

אדם שחייב כסף חושש מפני הליכים לעיקול רכושו. הוא מתקין בפתח ביתו מלכודת חשמלית. המלכודת מתוכננת כך שאם יופיע אורח לא קרוא, היא תגרום לו חבלה חמורה. בעל הבית לא מעוניין שהאורח הלא קרוא יופיע וייחבל (הוא אפילו מקווה שלא יבוא). אבל, אם אכן יופיע האורח הלא קרוא – בעל הבית רוצה שהמלכודת תפגע בו.

ניטול כדוגמה את העבירה שבחלופה: "גורם לו חבלה חמורה בכוונה לגרום לו חבלה חמורה" אשר בס' 329(א)(1) לחוק העונשין. זוהי עבירת תוצאה הדורשת, מלבד המודעות, גם כוונה לגרום לתוצאה. האם התקיימה במקרה שלפנינו? והרי המבצע מעדיף שהאורח הלא קרוא לא יופיע ולא ייחבל. אם כך, אולי לא ניתן לקבוע שהוא מתכוון לגרום חבלה?

בכל זאת מקובל במשפט הפלילי לראות גם כוונה על תנאי ככוונה לכל דבר; אם כי בתיקון 39 לא קבעו זאת במפורש בחוק העונשין, כפי הנראה משום שחשבו שהדבר לא מצריך כלל מיוחד: הכוונה על תנאי היא כוונה לכל דבר ועניין; היא מקרה פרטי של התקיימות כוונה.

המתכונת הכללית של כוונה על תנאי: גם התרחשות התוצאה וגם הרצון של המבצע בתוצאה מותנים באירוע, שהמבצע צופה אותו אך לא רוצה בו ולא שולט בו. המבצע יוצר מצב שבו עם אירוע תנאי מסוים, תיגרם תוצאה הקבועה בעבירה פלילית. הוא צופה את האירוע של התנאי (כגון הופעת זר בביתו) אך אינו שולט בתנאי. אך אם יתמלא התנאי – גם התוצאה שתגרם רצויה לו (בעת יצירת המצב). אומנם בשעת האירוע המבצע אינו שולט בהתקיימות התנאי, וייתכן גם שבזמן האירוע כבר לא מתקיים היסוד הנפשי הנדרש בעבירה – מודעות + כוונה – אם בינתיים שינה דעתו. אך מכיוון שבתחילת הדרך שלט במהלך הדברים (למשל – בדוגמה שלנו – יכול היה שלא להתקין את המלכודת) – מסתפקים בשליטה הזו, בצירוף צפיית ההשתלשלות והתוצאה ורצון (מותנה) בתוצאה – ומייחסים למבצע אחריות לעבירת כוונה. ההסבר לכך שהרצון המותנה נחשב לכוונה פלילית כרוך בעובדה שהמבצע אומר לעצמו: אם יתממש התנאי – אני רוצה בתוצאה. אחרת – יכול וצריך היה להסתפק במלכודת דמה, שרק תרתיע ולא תפעל.<sup>268</sup>

### 2. כוונה מועברת (וכן מחשבה פלילית מועברת)

הפעם מדובר בכלל הקבוע במפורש בחוק, בסעיף 20(ג)(2): "לעניין סעיף זה [20], העוסק במחשבה פלילית]... (2) אין נפקא מינה<sup>269</sup> אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות".

268 לדיון בסוגיית מלכודת האדם ולהסבר מדוע לא מתאים להסדירה במסגרת דין ההגנה העצמית ראו סג'ר והגנה עצמית במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 171, בעמ' 198–202.

269 "נפקא מינה" = ביטוי בשפה הארמית שפירושו יוצא ממנה. "אין נפקא מינה" = אין לדבר השלכה מעשית. לדעתי, לנוכח עקרון החוקיות והמחויבות לתת אזהרה הוגנת לפרט, עדיף להימנע מביטויים בארמית (או בכל שפה אחרת שאינה עברית) בחוק הפלילי, שאמור להדריך ולכוון התנהגות.

פרק ט: מעקרון האשמה לדרישת המודעות ול"מחשבה פלילית"; אך מה לקלות הדעת עם הכוונה והאדישות?

המבצעת מחליטה להמית את יריבתה העסקית שנואת נפשה. היא ממתינה לה בערב עם טיל כתף, שאותו היא מתכננת לשגר לעבר מכוניתה. בחשיכה, נדמה לה שמכוניתה של אורחת חסרת מזל שהגיעה למקום היא מכוניתה של שנואת נפשה. היא משגרת את הטיל וממיתה את האורחת. האם נייחס לה אחריות לעבירת רצח הדורשת כוונה?

הרעיון (השנוי במחלוקת) בכלל הכוונה המועברת הוא שדי בכך שהייתה כוונה לפגוע בערך המוגן (במקרה הזה – חיי אדם); ובכך שהערך אכן נפגע. דיני העונשין נועדו להגן על ערכים חברתיים – לא משנה את מי התכוונה המבצעת להמית. לכן,

במקום לפצל את האירוע לשתי עבירות:

ניסיון לרצח של קורבן אחד + גרימת מוות ברשלנות (או במודע) של קורבן אחר,

כלל הכוונה המועברת יוצר עבירה אחת שנשלמה – עבירת הרצח.

בעבר, כשהומצא הכלל, הוא היה נחוץ יותר משהוא נחוץ כיום, משום שדין הניסיון הוגבל למחצית עונשה המרבי של העבירה הטיפוסית שנשלמה. התחושה הייתה שאין הצדקה להקלה שכזו. בנוסף, הייתה תחושה שמוזר לדבר על ניסיון כאשר אדם מת. אך את הקושי האחרון ניתן לפתור בכך שמלבד ניסיון לרצח הקורבן המיועד, מייחסים למבצעת גם גרימת מוות ברשלנות (או אפילו עבירת המתה חמורה יותר – אם הייתה צפייה של המוות) של הקורבן בפועל. גם כיום עשוי כלל הכוונה המועברת להיות נחוץ, לכיסוי מקרים שבהם הניסיון, הדורש כוונה, איננו מכסה – אדישות וקלות דעת (אם כי לגבי קלות דעת ספק אם רצוי להטיל אחריות כשהמבצעת לא צפתה את הסטייה).

אגב, מבחינה פילוסופית, יש הסבורים כי נכון יותר לדבר על העברת הקורבן (הקורבן המיועד במקום הקורבן שנפגע פיזית) במקום על העברת הכוונה של המבצע (מהקורבן המיועד לקורבן שנפגע פיזית).

קיימות שתי סיטואציות אפשריות:

#### (א) טעות בזיהוי הקורבן

כזה הוא המצב, למשל, בדוגמה שראינו. כאן מלומדים רבים סבורים שכלל הכוונה המועברת מיותר. ממילא בזמן ההתנהגות המבצעת רצחה לפגוע בקורבן שבה אכן פגעה. המניע שלה, הקשור לאדם אחר, לא רלוונטי לאחריות הפלילית. דיני העונשין עוסקים בערכים מוגנים מופשטים ולא בקורבן ספציפי זה או אחר.

#### (ב) החטאת הפעולה (סטיית הפעולה; "פספוס")

למשל – אם המבצעת הייתה מכוונת למכוניתה של ב' שנואת נפשה ופוגעת בטעות במכוניתה של ג' שניצבה בסמוך ובכך ממיתה את ג'. החוק הישראלי אינו מבחין בין שני המצבים – בדברי ההסבר לסעיף 20(ג) (2) מובהר כי הוא חל על שניהם. אך יש מלומדים הסבורים שצריך להבחין ביניהם, משום שבמקרה של החטאת הפעולה חשוב לבחון את יכולתה של המבצעת לצפות את תהליך הגרימה. אם, למשל, התערב גורם בלתי צפוי – אין לייחס למבצעת את האחריות לתוצאה הבלתי צפויה שהתרחשה (למשל – בדוגמה שלעיל – אם התערב אדם אחר ודחף את המבצעת). הדבר קשור לסוגיה של ייחוס

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

אחריות בגין גרימה לתוצאה, אשר תידון בהמשך בפרק נפרד. באשר להחטאת הפעולה, אכן נראה שנכון יותר היה לפצל את האירוע ואת האחריות לשתי העבירות שנעברו בפועל: ניסיון לרצח של הקורבן-המיועדת וגרימת מוות ברשלנות של הקורבן-בפועל (או עבירת המתה חמורה יותר – אם המבצעת צפתה את התוצאה). זוהי התוצאה המדויקת ביותר, וכלל "הכוונה המועברת" יוצר פיקציה; סילוף של המציאות.

מייחסים את הולדת כלל הכוונה המועברת במשפט האנגלי לפסק הדין בפרשת (1577) *Saunders*. ג'ון סונדרס תכנן לרצוח את אשתו כדי להינשא לאהובתו החדשה. חברו אלכסנדר ארצ'ר יעץ לו להרעיל את האישה ואף סיפק לו רעל. סונדרס שאב השראה מהמלכה הרעה בסיפור שלגיה, החדיר את הרעל לתפוח אפוי ונתן אותו לאשתו. האישה טעמה מהתפוח והעבירה אותו לבתם בת השלוש. סונדרס – שאהב את הילדה – אמר שתפוחים אינם יפים לבריאותם של ילדים. אך האישה ביטלה את דבריו והילדה אכלה, כשסונדרס שותק מחשש שיואשם בניסיון לרצח אשתו. למרבה הצער, הילדה הורעלה למוות. בית המשפט האנגלי המציא עבור סונדרס את כלל הכוונה המועברת והרשיעו ברצח. ננתח את המקרה: לא מדובר בטעות בזיהוי אלא בהחטאת הפעולה. ללא כלל הכוונה המועברת, העבירות שניתן היה לייחס לסונדרס הן ניסיון לרצח האישה + הריגה של הילדה – במחדל (צורת ההתנהגות) + קלות דעת (אהב את הילדה וקיווה שלא תמות, אך צפה את אפשרות התוצאה; הימרה). כך לפי הדין שהיה בתוקף עד לתיקון 137 וכיום קיימת העבירה החדשה 301ג "המתה בקלות דעת". זאת בהבדל מהמקרים הרגילים שבהם משתמשים בכוונה מועברת – שבהם בנוסף לניסיון לרצח אדם א' יש רק גרימת מוות ברשלנות של אדם ב' (כאן העבירה השנייה חמורה יותר). למרבה הצער, גם אצלנו התרחש מקרה דומה.<sup>270</sup> המערער שלח עם בנו הקטין שלוש סוכריות שוקולד מצופות רעל עכברים, כשי לשלוש בנותיו שהתגוררו אצל גרושתו. האם חשדה, טעמה, איבדה את הכרתה וסבלה מהרעלה חמורה. כאן בית המשפט לא הפעיל את כלל הכוונה המועברת, משום שההרשעה בשלוש עבירות של ניסיון לרצח הבנות (בצירוף עבירה של גרימת חבלה חמורה לאם – ס' 335 לחוק העונשין) חמורה שבעתיים מהרשעה בהרעלת האם בכוונה, ואף משקפת נאמנה את שהתרחש.

לבסוף יצוין כי קיימת גם מחשבה פלילית מועברת (= מודעות מועברת), שהרי סעיף 20(ג) (2) מדבר בלשון כללית ואינו מגביל לכוונה בלבד: "לעניין סעיף זה [20], העוסק במחשבה פלילית]... (2) אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות". דוגמה באשר לעבירת התקיפה – סעיפים 379 + 378 לחוק העונשין – שהיא עבירת התנהגות שכלל לא דורשת רצון: במהלך קטטה, המבצע מנסה להכות אדם ב', אך פוגע בטעות באדם ג'. בעזרת סעיף 20(ג) (2) ניתן להטיל עליו אחריות לעבירת התקיפה, חרף העובדה שלא היה מודע לכך שהוא חובט ב'ג'.<sup>271</sup>

270 ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 2.4.2012).

271 להרחבה באשר לכוונה המועברת ראו Shachar Eldar, *The Limits of Transferred Malice*, 32 OXFORD J. L. STUD. 633 (2012); חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר "טעות בזיהוי והחטאת הפעולה – האומנם מחשבה פלילית מועברת?" דין ודברים א 65 (2005).

## פרק י

### מטרה מול כוונה ומטרה מול מניע

#### א. דרישת המטרה

בהגדרות של סוגי היסוד הנפשי אשר בתחילת חלקן הכללי של חוק העונשין, הגדיר המחוקק את המונח "כוונה" כך (בסעיף 20(א)(1)): "כוונה – במטרה לגרום לאותן תוצאות". כפי שראינו בפרק הקודם, בעבירות תוצאה מתפלגת המחשבה הפלילית לשלוש צורות משנה (מהחמורה אל הלא חמורה): כוונה, אדישות וקלות דעת. באופן אולי מפתיע, יש בחוק העונשין רק עבירות אחדות הדורשות כוונה כלפי תוצאה (הנדרשת ביסוד העובדתי של העבירה). ואולי אין זה מפתיע, הן משום שרוב העבירות הן "עבירות התנהגות", שאינן דורשות תוצאה, והן משום שבעבירות התוצאה המחוקק בדרך כלל מסתפק במחשבה פלילית רגילה (מודעות) ואינו מוסיף דרישה במישור הרצוני (כוונה או אדישות או קלות דעת). ובכל זאת מצויות בחוק העונשין כמה עשרות עבירות שבהן מופיעה המלה "כוונה". רובן המכריע (עשרות מול אחדות) אינן עבירות תוצאה, אלא עבירות התנהגות. כיצד יש לפרש את המלה "כוונה" בעבירות התנהגות? כפי שנראה מיד, מדובר ביסוד נפשי דומה (לכוונה) אך שונה – מטרה.<sup>272</sup>

גם בעבירת מטרה – כמו בעבירת כוונה – נדרש, מלבד המודעות, גם רצון של המבצע. אלא שבעוד שהכוונה מוגדרת כרצון לגרום לתוצאה, הנדרשת בהגדרת היסוד העובדתי כתנאי להתגבשות העבירה, הרי שהמטרה מוגדרת כרצון להשיג יעד שהתרחשותו איננה נדרשת ביסוד העובדתי של העבירה (אלא די בעצם קיומו של הרצון להשיג את היעד).

המתכונת של עבירת מטרה היא:

"המבצע התנהגות H במטרה להשיג יעד Y" (= עבירת התנהגות הדורשת מטרה).

לשם השוואה, בעבירת תוצאה, כשנדרשת גם כוונה, המתכונת היא:

"הגורם לתוצאה T בכוונה לגרום לתוצאה T" (= עבירת תוצאה הדורשת כוונה).

לדוגמה: עד לאחרונה הופיעה בסעיף 300(א)(2) החלופה המפורסמת של עבירת הרצח – "גורם בכוונה תחילה למותו של אדם". אם לא התרחשה התוצאה (מוות) העבירה לא התגבשה, ללא צורך בבדיקת היסוד הנפשי. תיתכן כמובן אחריות לניסיון, שבו נדון בפרק נפרד. אם התרחשה התוצאה (מוות) אזי לשם התגבשות העבירה נדרש שיתקיים בזמן ההתנהגות גם רצון של המבצע לגרום לתוצאה (מוות) = כוונה. זאת בנוסף לדרישות הרגילות של המחשבה הפלילית – מודעות לרכיבי

<sup>272</sup> לחיבור מקיף ומעמיק אודות היסוד הנפשי בעבירה ראו קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין, לעיל ה"ש 252.

### ביקורת דיני העונשין הישראליים

היסוד העובדתי; ולדרישות הנוספות של הכוונה תחילה. כיום המקרה של רצח בכוונה נלכד בסעיף 300 החדש – "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם, דינו – מאסר עולם". גם בהגדרת הגניבה מופיעה מלה בעלת השורש כ.ו.נ.: "383(א) אדם גונב דבר אם הוא – (1) נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל... כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע". מבחינת היסוד העובדתי זוהי עבירת התנהגות, שאיננה דורשת תוצאה כתנאי להתגבשותה, ומבחינת היסוד הנפשי נדרשת מחשבה פלילית (מודעות להתנהגות "נוטל ונושא" ומודעות לנסיבות "דבר הניתן להיגנב" ו"בלי הסכמת הבעל") בצירוף מטרה (רצון) לשלול את הנכס מהבעלים שלילת קבע, כלומר שלא להחזירו. שלילת הקבע היא יעד שהמבצע שואף להשיג, אך השגתו איננה נדרשת בהגדרת היסוד העובדתי של העבירה לשם התגבשותה.

כוונה = רצון בתוצאה (שנדרשת בהגדרת היסוד העובדתי)

מטרה = רצון ביעד (שאינו נדרש בהגדרת היסוד העובדתי)

מדוע המחוקק קובע עבירות מטרה? עבירת הגניבה היא דוגמה מצוינת. אילו דרש המחוקק שלילת קבע של הנכס מהבעלים ביסוד העובדתי, כמעט לא ניתן היה להרשיע גנבים. למעט במקרים שבהם הנכס הושמד (למשל אם המבצע אכל אותו) היינו צריכים להמתין לאורך שנים – אולי הנכס ישוב לבעלים.

באחד מפסקי הדין נדון המקרה המזעזע הבא:<sup>273</sup> אהבה עזה של אישה לגבר נשוי, דחפה אותה לרצח אשתו, על מנת להינשא לו לאחר מכן. מה ניתן לאתר כאן? מניע? כוונה? או מטרה? כל שלושת המושגים מודגמים כאן: מניע של אהבה לגבר (או אולי מניע של קנאה באישה?); כוונה להמית; מטרה להינשא:

t →	יעד	→ התוצאה	→ ההתנהגות
	נישואין לאלמן	מות הרעיה	[מניע – רגש האהבה]
			[או רגש הקנאה]
			[כוונה = רצון בתוצאה שהיא מות הרעיה]
			[מטרה = רצון להשיג יעד שהוא נישואין לאלמן]

לעיתים מדובר בסכנה שהמחוקק רוצה למנוע ולא להמתין לכך שייגרם הנזק. לדוגמה – סעיף 330 לחוק העונשין – "ניסיון לחבול בחומר נפיץ" – "המניח בכל מקום שהוא חומר נפיץ שלא כדין, בכוונה לגרום חבלה לזולתו, דינו – מאסר ארבע עשרה שנים". נדרשת מטרה (רצון) של המבצע, בזמן ההתנהגות, לגרום חבלה לקורבן. נוכח הסכנה הגדולה, הגדיר המחוקק את העבירה כך שהתגבשותה (וכתוצאה ממנה גם התערבות רשויות אכיפת החוק) איננה ממתינה עד להתרחשות האסון. למעשה, כל עבירות הניסיון, שבהן אדון בהרחבה בפרק נפרד, הן במתכונתן של עבירות מטרה:

ניסיון לעבור עבירה X = המבצע פעולה משמעותית (החורגת מהכנה),

במטרה (רצון) להשלים את העבירה X.

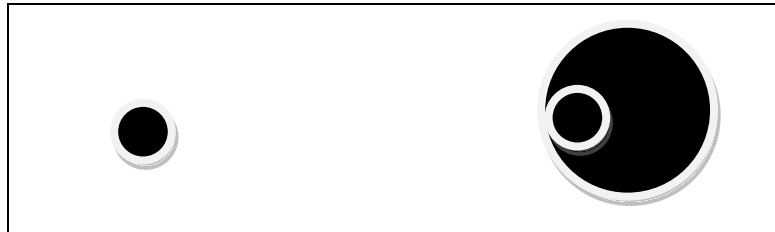
273 ע"פ 187/61 פנו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1105 (1962).

פרק י: מטרה מול כוונה ומטרה מול מניע

מבחינת העיתוי – גם המטרה, כמו כל יסוד נפשי אחר, נבדקת בזמן ההתנהגות: נדרש שבזמן ההתנהגות המבצע שאף להשיג את המטרה. ניתן להבחין בין שני מקרים של עבירות מטרה: מטרה מחמירה מול מטרה כתנאי לאחריות פלילית.

## ב. מטרה מחמירה

גם ללא המטרה מתגבשת העבירה הרגילה, והמטרה משמשת להחמרת העבירה הרגילה. דוגמה – סעיף 381(א)(2) לחוק העונשין – "תוקף חברו כדי לגנוב דבר" (כדי לפרש את המלה "תוקף" יש לפנות להגדרת התקיפה בסעיף 378 ו"לייבא" משם את כל הדרישות – התנהגות ("מכה", "נוגע", "דוחפו" וכו'); נסיבת היעדר הסכמת הקורבן; והיסוד הנפשי של מחשבה פלילית (מודעות)). אם נשווה עבירה זו לעבירת התקיפה הרגילה – 379 + 378, נמצא שהיחס בין שני האיסורים הוא "נורמה רגילה" מול "נורמה מיוחדת"; וחל כמוכח הכלל שלפיו הנורמה המיוחדת גוברת.



נורמה מיוחדת  
תקיפה שמטרתה לגנוב



נורמה רגילה  
כלל התקיפות

העיגול הגדול שמימין מתאר את כלל המקרים במציאות שעליהם חלה הנורמה הרגילה, עבירת התקיפה. העיגול הקטן שמשמאל מתאר את המקרים המעטים במציאות שעליהם חלה הנורמה המיוחדת, תקיפה במטרה לגנוב. המחוקק בעצם הוציא מקרים אחרונים אלה מתחולת האיסור הרגיל והחיל עליהם את האיסור המיוחד ואת עונשו המחמיר (שלוש שנות מאסר במקום שנתיים). אם נתאר את יסודות העבירה הרגילה כך:

א + ב יסוד עובדתי + מודעות

אזי יהיו יסודות העבירה המיוחדת:

א + ב + ג יסוד עובדתי + מודעות + מטרה ("כדי לגנוב דבר")

במאמר מוסגר, העבירה המיוחדת היא בעצם ניסיון לשוד. לכן העבירה הזו מותרת; או שעבירת הניסיון לשוד הנגזרת בהתאם להוראה הכללית שבסעיף 25 לחוק היא רחבה מדי. נשוב להגדרתו הרחבה מדי של הניסיון במשפט הישראלי בפרק הניסיון.

### ג. מטרה כתנאי לאחריות פלילית

לעיתים המטרה איננה קבועה באיסור מיוחד שלצדו איסור רגיל בו לא נדרשת המטרה, אלא האיסור היחיד על ההתנהגות המסוימת דורש מטרה, שבלעדיה כלל אין אחריות פלילית. כך, למשל, באשר לעבירת הגניבה (המוגדרת בסעיף 383 לחוק העונשין): ללא המטרה לשלול את הנכס מבעלו שלילת קבע, כלל לא מתגבשת עבירה. למשל, אם המבצע נוטל ונושא את הנכס כדי להחזירו לבעלים סמוך לאחר מכן – אין מטרה של שלילת קבע – אין גניבה. באלו מקרים טיפוסיים קובע המחוקק דרישת מטרה שבלעדיה כלל אין אחריות פלילית?

האחד – כשהתנהגות גבולית, כלומר: היסוד העובדתי חלש ואין בו מספיק פליליות. למשל ההתנהגות הנדרשת בעבירת הגניבה – "נוטל ונושא" – היא ניטרלית, ואפילו אם מיתוספת לה הנסיבה של היעדר הסכמת הבעלים, עדיין יש הרבה מאוד נטילות תמימות. כך, למשל, עשוי אדם להחזיק בשעונו של הזולת כדי להתבונן ולברר את השעה ומיד לאחר מכן להניח את השעון חזרה במקומו. כדי שהאירוע יצדיק אחריות פלילית, הוסיף המחוקק את הדרישה של מטרה (רצון) לשלול את הנכס מהבעלים שלילת קבע. אין פירוש הדבר שעלינו להמתין להתגבשות העבירה (ולהתערבות מערכת אכיפת החוק) שנים הרבה עד שיתברר שאכן מדובר בשלילת קבע. די אפילו בחלקיק שנייה שבו אחז המבצע בנכס, אם מטרתו הייתה לנטלו לצמיתות.

המקרה השני שבו דורש המחוקק מטרה כבר בהגדרת העבירה הבסיסית הוא כשמול הערך המוגן על ידי האיסור ניצב ערך הפועל בכיוון נגדי, והמחוקק רוצה ליצור איזון. כך למשל באיסור לשון הרע: "המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו – מאסר שנה אחת".<sup>274</sup> האיסור נועד להגן על שמו הטוב של האדם שאודותיו מתפרסמים הדברים (ועל שמו הטוב של כל אחד מאתנו), אך מנגד איסור רחב מדי צפוי לפגוע בחופש הביטוי של המפרסם (ובחופש הביטוי של כולנו). דרישת המטרה לפגוע באדם יוצרת איזון, כך שהאיסור לא יהיה רחב מדי.

### ד. מטרה במשפט הישראלי

בעבר הופיע המונח "עבירת מטרה" רק בספרות המשפטית – בעיקר בכתביו של פרופ' פלר. החוק לא הבחין מבחינה טרמינולוגית בין כוונה (רצון לגרום לתוצאה) לבין מטרה (רצון להשיג יעד), שהרי בדרך כלל המחוקק משתמש במלה "כוונה" גם בעבירות המטרה (כגון "בכוונה לפגוע" בעבירת לשון הרע, שלא נדרשת בה תוצאה; בכוונה לשלול שלילת קבע בעבירת הגניבה, שגם בה לא נדרשת תוצאה). המחוקק משתמש במגוון של ביטויים תכליתיים כדי לתאר מטרה: "במטרה ל..."; "כדי ל..."; "לשם"; "על מנת"; "בכוונה ל..." (הביטוי האחרון יוצר כמובן בלבול עם המושג "כוונה" לגרום לתוצאה). בעבירות תוצאה המחוקק משתמש במלה "כוונה".

פרופ' פלר כתב שלא נכון להשתמש במלה "כוונה" בעבירות מטרה.<sup>275</sup> אך אם זו טעות, מקורה, כאמור, כבר בחוק ולא בפסיקה: בהרבה עבירות התנהגות הדורשות מטרה כתוב "בכוונה". למעשה,

274 סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965. פרשנות הסעיף תידון בהרחבה בפרק העוסק בכלל הצפיות ובהלכת הצפיות.

275 פלר, כרך א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 511 (ה"ש 53).



פרק י: מטרה מול כוונה ומטרה מול מניע

גם מבחינה לשונית וגם מבחינה מהותית כלל לא נורא להשתמש במלה "כוונה" בשני המקרים. הרי מבחינת ההתייחסות הנפשית של המבצע, מדובר בדיוק באותו דבר: רצון; חפץ; יחס שאיפתי. היתרון שבהבחנה בין "כוונה" לבין "מטרה" הוא שהיא מונעת בלבול, בכך שהיא מדגישה שלא נדרש שהיעד של עבירת המטרה יתרחש במציאות, בהבדל מהתוצאה שבעבירת התוצאה, שהתרחשותה הכרחית לשם התגבשות העבירה.

כוונה = רצון לגרום לתוצאה (שהתרחשותה נדרשת ביסוד העובדתי)

מטרה = רצון שיתרחש יעד (שהתרחשותו לא נדרשת ביסוד העובדתי; די ברצון שיתרחש)

מעניין לציין כי כאשר ניתנה לפרופ' פלר ההזדמנות להעמיד דברים על מכונם – בהיותו אחד משני המנסחים (יחד עם פרופ' קרמניצר) של הצעת החוק שקדמה לחלק הכללי החדש של החוק (תיקון 39 לחוק העונשין) ולהבחין היטב בין כוונה לבין מטרה, הוא, משום מה, לא עשה כן.

## ה. מטרה מול מניע

החלק הכללי של החוק החדש (ס' 20) בעצם כלל לא מתייחס לאפשרות של עבירת מטרה. ס' 20(א) מגדיר: "כוונה – במטרה לגרום לאותן תוצאות". מדובר בתוצאות שהן חלק מהיסוד העובדתי (לפי ס' 20(א) רישא). כלומר: באופן מפתיע, הגדרת המחשבה הפלילית שבס' 20 מתייחסת ל"מטרה" ול"כוונה" כאל מלים נרדפות ("כוונה – במטרה..."). רק כשנה לאחר חקיקת תיקון 39 נזכרו לחוק התייחסות למונח המקצועי "מטרה", כאשר בתיקון מס' 43 לחוק העונשין הוסף ס' 90א(2), הקובע שאם בעבירה ישנה (= שנחקקה לפני תיקון 39) מופיעה המלה כוונה, ואין זו עבירת תוצאה – שאז מדובר בכוונה רגילה כלפי תוצאה – אזי יש לפרש את המלה כוונה שבעבירת ההתנהגות כך:

"בכוונה" – מקום שהמונח אינו מתייחס לתוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה, יתפרש המונח כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה, לפי ההקשר" (ההדגשות הוספו).

ההתייחסות למטרה היא כמובן נכונה; ואילו ההתייחסות גם לאפשרות של מניע היא, לדעתי, מוטעית. ראשית, "בכוונה" זו לשון תכליתית לחלוטין – רצון – המתיישבת (כשלא מדובר בכוונה לגרום לתוצאה) רק עם מטרה, ולא עם מניע. כדי להבהיר את הדברים יש לעמוד בקצרה על הגדרותיהם הכל כך שונות של המושגים המקצועיים מטרה ומניע (בהבדל מהגדרותיהם הכל כך קרובות של המושגים מטרה וכוונה – שם מדובר באותה התייחסות נפשית – רצון):<sup>276</sup>

276 להגדרות המונחים המקצועיים מטרה ומניע ולוויכוח אודות פרשנותם ראו שם, בעמ' 486–487, 507–513; ש"ז פלר "בכוונה לפגוע" כסימן-ייחוד של העבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה – 1965 – גישה פרשנית – עד היכן ועל סמך מה? "משפטים" 439 (1987) (להלן: פלר "בכוונה לפגוע"); סנג'רו "היהפכו המטרות למניעים?", לעיל ה"ש 169, בעמ' 339–343; ש"ז פלר "לשון הרע – עבירה ומשמעות הדרשה 'בכוונה לפגוע' – מחשבה שנייה (ע"פ 506/89) "משפטים" כג 515 (1995) (להלן: פלר "לשון הרע – עבירה"); בועז סנג'רו "להטוטנות פרשנית בפלילים? ומיתת נשיקה לכלל הפרשנות

ביקורת דיני העונשין הישראליים

מטרה = רצון להשיג יעד	מניע = רגש פנימי, שדחף לביצוע המעשה (מוטיבציה)
תיאור תכליתי, הכולל את יעד המעשה (אם ידועה מטרת המבצע [כגון בגניבה שלילת קבע של הנכס מהבעלים] ניתן לשער מה הוא עומד לעשות [כגון בגניבה – הרחקת הנכס מהבעלים ואי-החזרתו])	תיאור סיבה, שאינו כולל את יעד המעשה (גם אם ידוע המניע של המבצע [כגון שנאה; קנאה; אהבה] עדיין אין לדעת מה הוא עומד לעשות. כן ייתכן שחרף התקיימות הרגש, המבצע כלל לא יעשה דבר המשקף אותו)
השאלה: לשם מה עשה זאת? התשובה: מטרתו הייתה...	השאלה: מדוע עשה זאת? התשובה: המניע שלו היה...
דוגמאות: המטרה לפגוע בזולת – באיסור לשון הרע; המטרה לשלול את הנכס מהבעלים שלילת קבע – בגניבה; המטרה להשלים ביצוע העבירה X – בניסיון לעבור את העבירה X.	דוגמאות: רגשות שונים, כגון: שנאה; קנאה; אהבה; תשוקה; רחמים; דאגה; פחד; ייאוש; עגמת נפש; בוז; גאווה; גזענות; זעם (קנטור).

ההתייחסות בסעיף 90א(2) למניע היא מוטעית גם משום שמקובל במשפט הפלילי המודרני שהגדרות העבירות אמורות לעסוק בבחירה (או בנכונות) לפגוע בערך המוגן – הבאה לידי ביטוי במודעות; וברצון לפגוע בו – כוונה או מטרה; ולא במניע. על הרציונל להתמקדות במודעות עמדתי לעיל תוך דיון ברציונל לדרישת המחשבה הפלילית, שתחילתו בעקרון האוטונומיה האינדיבידואלית – עקרון הבחירה החופשית – המוליך לעקרון האשמה ולדרישת המודעות. המניע בא לידי ביטוי בסייגים לאחריית פלילית; והוא גם רלוונטי לענישה. המניע אף עשוי להיות רלוונטי לחקירה המשטרית ולהוכחה במשפט. אך אינו אמור לשמש כיסוד יוצר בעבירות. חשובות ממנו עשרת מונים הבחירה (או הנכונות) לפגוע בערך המוגן (= מחשבה פלילית) והרצון לפגוע (כוונה או מטרה).<sup>277</sup>

## 1. דרישת מטרה בעבירת תוצאה

בדרך כלל המחוקק דורש מטרה בעבירת התנהגות:

המבצע התנהגות H במטרה להשיג יעד Y

תיתכן עבירת תוצאה, שבהגדרתה נדרשת מטרה להשיג יעד נוסף (שמעבר לתוצאה):

הגורם לתוצאה T במטרה להשיג יעד Y

המצמצמת? (עוד על 'בכוונה לפגוע' בעבירת לשון הרע) "משפטים כט 723 (1998) (להלן: סנג'רו "להטוטנות פרשנית בפלילים"). לדיון המקיף ביותר (לפחות בשפה העברית) במשמעותו של המניע בדיני העונשין ראו אלקנה לייסט על הרלבנטיות של המניע במשפט הפלילי המהותי (עבודת דוקטורט, אוניברסיטת בר אילן, 2008). הטבלה שלהלן מבוססת גם על דבריו של לייסט (מטרה – תיאור תכליתי, הכולל את יעד המעשה; מניע – תיאור סיבה, שאינו כולל את היעד). לאחר כתיבת טיוטת ספרי זה ראה אור הספר: אלקנה לייסט המניע במשפט הפלילי (2018).  
<sup>277</sup> סנג'רו "להטוטנות פרשנית בפלילים", לעיל ה"ש 276, בעמ' 734. השוו: לייסט המניע במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 276. לדעת לייסט יש לחזק את מעמדו של המניע במשפט הפלילי המהותי.

### פרק י: מטרה מול כוונה ומטרה מול מניע

במאמר מוסגר, לשם הבחנה: אם מתכונת העבירה היא הגורם לתוצאה T בכוונה לגרום לתוצאה T, אזי מדובר בכוונה רגילה לגרום לתוצאה, המוגדרת בס' 20. לדוגמה, העבירה "397. הריגת חיה כדי לגנבה – ההורג חיה הניתנת להיגנב בכוונה לגנוב את העור או את הגופה או חלק מהם, דינו כאילו גנב את החיה", זוהי עבירת תוצאה (מות החיה) שבה נדרשת מטרה – רצון להשיג יעד אחר (שאינו התוצאה של מות החיה, אלא גניבת העור או הגופה), שהתרחשותו איננה נדרשת בהגדרת היסוד העובדתי.<sup>278</sup> לבסוף, בפרק הבא, כשנדרש בכלל הצפיות ובהלכת הצפיות, ניווכח כי בעקבות תיקון 39 וקביעת כלל הצפיות בחוק, וכדי לשמר את הלכת הצפיות כפי שנקבעה בפסיקה, חלק משופטי בית המשפט העליון העניקו משמעות (לאו דווקא נכונה) להבחנה שבין כוונה לבין מטרה.

278 שאלה פרשנית היא אם יש להסתפק בצפיית המוות, או שיש לדרוש גם כוונה – רצון להמית את החיה – נוסף על המטרה המיוחדת (לגנוב) המתוארת בסעיף. אך, די מזעזע לחשוב על מטרה לפשוט את עור החיה מבלי להמיתה ונראה שיתקיימו כלל הצפיות הקבוע בסעיף 20(ב) או הלכת הצפיות הקבועה בפסיקה. יוער כי איסור זה כלל לא בא להגן על החיה, בגדר צער בעלי חיים, ובוודאי שלא בא להגן על זכויות החיה, אלא התפישה המיושנת העולה מהגדרת עבירה זו היא של החיה כרכוש גרידא. ואכן העבירה ממוקמת בפרק עבירות הרכוש, תחת הכותרת "עבירות מעין גניבה".



## כלל הצפיות או הלכת הצפיות?

### א. כלל הצפיות

מבחינה טרמינולוגית, חרף העובדה שרגילים אצלנו – הן בפסיקה והן בספרות המשפטית – להשתמש בביטוי "הלכת הצפיות", הרי שכיום, כשהכלל כבר מופיע בחוק, נכון יותר לדבר על "כלל הצפיות"<sup>279</sup>. אלא שכפי שנראה בהמשך, לא מדובר רק בשאלה לשונית או טרמינולוגית, אלא ב"ריב סמכויות". בספרות הזרה מוכר הביטוי *Dolus Indirectus*, שניתן לתרגמו כמזימה עקיפה. סעיף 20(ב) לחוק העונשין, שנקבע בשנת 1994 במסגרת תיקון 39, מגדיר את כלל הצפיות כך: "לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן". זהו תחליף מהותי לרצון. לא מדובר בכלל ראייתי, הוכחתי (כגון "חזקת הכוונה"<sup>280</sup>) אלא בכלל מהותי, המהווה חלק מדיני העונשין: כלל הצפיות אינו מתיימר לקבוע שהתקיים אצל המבצע הרצון הנדרש להתגבשות העבירה. הוא קובע שאפילו אם לא התקיים הרצון, אם התקיימה צפייה של התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי (שחומרתה דומה) היא מהווה תחליף לרצון, שדי בו לשם הרשעה. העובדות שבבסיס כלל הצפיות טעונות הוכחה: לא די בכך שהתביעה תטען "כלל הצפיות!", אלא עליה להוכיח בראיות קבילות ומעבר לספק סביר שהמבצע עצמו (באופן סובייקטיבי) צפה את התרחשות התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי. כלל הצפיות שימושי הן כשלא התקיים הרצון הנדרש בהגדרת העבירה והן כאשר אולי התקיים רצון אך קשה להוכיחו. בדרך כלל קל יותר להוכיח שהמבצע צפה את התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי מאשר להוכיח שרצה בתוצאה.

279 לחיבור המקיף והמעמיק בנושא בשפה העברית ראו קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין, לעיל ה"ש 252.

280 חזקת הכוונה משמשת בפסיקה לקביעת התקיימותה של כוונה כלפי תוצאה. החזקה קובעת כך: אדם המודע לסיטואציה – להתנהגותו ולנסיבות (אלה הן עובדות הבסיס של החזקה) רוצה (וכמובן גם צופה) בתוצאות הטבעיות (שהסתברותן גבוהה) של מעשיו (זוהי המסקנה של החזקה). זוהי חזקה עובדתית והיא ניתנת לסתירה על ידי הנאשם – די אם יעלה ספק סביר שהתביעה לא תצליח לסתור, או באשר לצפייתו את התוצאה או באשר לרצונו בתוצאה. כך למשל קבע בית המשפט כי ירי של שישה כדורי אקדח לעבר ראשה של הקורבן, אשר פגעו בראשה ובפלג גופה העליון וגרמו למותה, מלמד כי הנאשם רצה במות הקורבן. ראו ע"פ 686/80 סימן טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 253 (1982). הפעלת החזקה מצריכה זהירות רבה ולא פעם היא מטעה שופטים. ראו למשל ע"פ 6066/94 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 326 (1997); ע"פ 5446/99 אלימלך נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 49 (2002). מכיוון שהספר עוסק במשפט הפלילי המהותי (דיני עונשין) ולא במשפט הפלילי הראייתי (דיני ראיות), לא אפרט כאן את ביקורת הרבה על שימוש השופטים בחזקות לשם קביעת התקיימות היסוד הנפשי הנדרש והרשעה על בסיס חזקה במקום על בסיס הוכחה. אציין בתמצית כי השימוש בחזקות לא רק חותר תחת חזקת החפות, כפי שציינה נכונה השופטת דורנר בע"פ 3841/94 מדינת ישראל נ' צלנקו (פורסם בנבו, 21.8.1994), אלא השימוש בחזקות אפילו יוצר חזקת אשמה במקום חזקת החפות (!). על טעמיה החשובים של חזקת החפות ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405 (2003); *Rinat Kitai, Presuming Innocence*, 55 OKLAHOMA L. REV. 257 (2002).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

כשם שהמחשבה הפלילית היא סובייקטיבית וכשם שהרצון הנדרש בהגדרת העבירה הוא יסוד נפשי סובייקטיבי, כך גם התחליף שקובע כלל הצפיות הוא סובייקטיבי: נדרש שהמבצע עצמו (ולא אדם סביר ולא השופט) האמין שמידת ההסתברות של התרחשות התוצאה בעקבות התנהגותו היא גבוהה מאוד – קרובה לוודאי (קרוב ל-100%). מדובר במצב שבו המבצע – מבחינה רציונלית – בטוח שהתוצאה תתרחש. אך מכיוון שלא ניתן לדעת את העתיד אלא רק לצפותו, הכלל מנוסח במונחים של צפייה כאפשרות קרובה לוודאי. להבנת הדרישה ניתן להיעזר במונח שנקבע בקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (Model Penal Code) – “practical certainty” – ודאות מעשית.<sup>281</sup>

מנתח מנוול כורת למנותח בריא את ליבו כדי למכרו לשם השתלה בגופו של אדם אחר. המנתח המנוול אומנם לא מעוניין בכך שהמנותח ימות, אך צופה זאת כאפשרות קרובה לוודאי (ובכל זאת אינו מוותר על כריתת הלב). מנוול אחר מעוניין לקבל את כספי הביטוח של מטוס שבבעלותו. הוא מטמין בו פצצה כדי שיתפוצץ באוויר. הוא לא רוצה שהטייסת תמות, אך צופה את מותה כאפשרות קרובה לוודאי (ובכל זאת אינו מוותר על פיצוץ המטוס). בשני המקרים יחליף כלל הצפיות את הכוונה הנדרשת בהגדרת העבירה.<sup>282</sup>

## ב. ההצדקה והבסיס הרעיוני לכלל הצפיות

על מה מבוסס כלל הצפיות? כפי שניווכח מיד, קיימות כמה גישות לעניין זה:

### 1. שקילות ערכית<sup>283</sup>

לפי גישה זו, שלהערכתי מספקת את ההסבר הטוב ביותר לכלל הצפיות, קיימת שקילות ערכית בין המודעות לאפשרות הקרובה לוודאי שתיגרם התוצאה המזיקה לבין הכוונה לגרום לה. המבצעת הצופה את התוצאה כקרובה לוודאי, בעצם בוחרת לפגוע בערך המוגן על ידי איסור העבירה, ובכך אינה שונה מהמתכוונת להשיג את התוצאה. היחס האנטי חברתי בולט אצל שתיהן. הן ההתמקדות בגמול ובאשמה והן ההתמקדות בתועלת, בהרתעה ובנוק/סכנה – שני המהלכים כאחד מצדיקים את ההשוואה: האשמה והסכנה דומות בשני המצבים (רצון מול צפייה כאפשרות קרובה לוודאי) ולפיכך גם הגמול הראוי והתועלת המופקת מן ההרתעה הם, בקירוב, שווי ערך. והרי אלה הן ההצדקות המרכזיות של הענישה הפלילית.

ההשלכה המרכזית של גישתי זו היא תחולה כללית של כלל הצפיות על כל העבירות הדורשות רצון – על כל עבירות הכוונה (לגרום לתוצאה) ועל כל עבירות המטרה (להשיג יעד).

גישה זו – בהבדל מגישות שרווחו ושחלקן עדיין רווחות בפסיקה, שלפיהן תחולתה של הלכת הצפיות איננה כללית – יוצרת ודאות, מעניקה אזהרה הוגנת לאזרח ולתושב, ושומרת על עקרון

281 AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE, sec. 2.02(2)(h)(ii), definition of “knowingly”, [https://archive.org/details/ModelPenalCode\\_ALI](https://archive.org/details/ModelPenalCode_ALI)

282 כך כשמדובר בכוונה רגילה. לשאלה אם כלל הצפיות חל על הכוונה תחילה, הנדרשת אך ורק בעבירת הרצח, אתייחס בהמשך.

283 לתמיכה בגישת השקילות הערכית ראו סנג'רו “היהפכו המטרות למניעים?”, לעיל ה”ש 169, בעמ’ 339–343; סנג'רו “להטוטנות פרשנית בפלילים”, לעיל ה”ש 276.

פרק יא: כלל הצפיות או הלכת הצפיות?

החוקיות. הדין שהיא מכתיבה הוא פשוט: כל אימת שבהגדרת עבירה נדרש רצון, ניתן להסתפק בתחליף של צפיית התוצאה או היעד כאפשרות קרובה לוודאי.

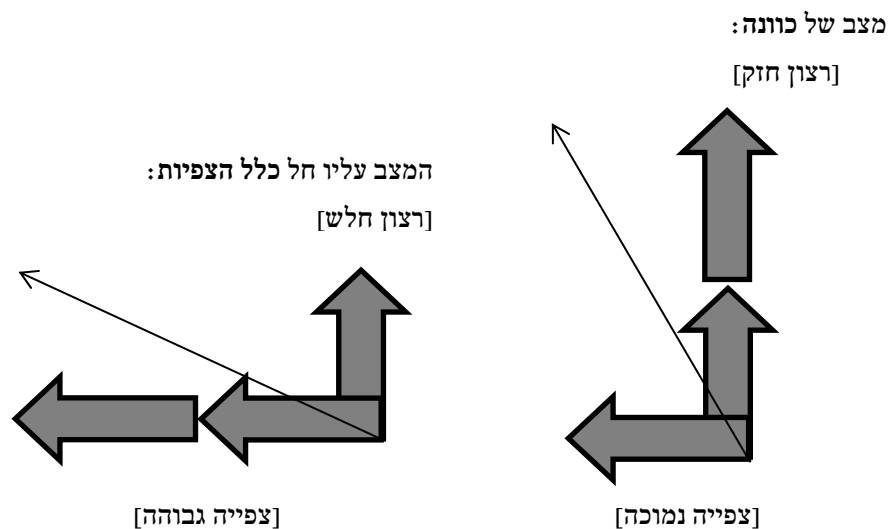
## 2. שקלול הצפייה והרצון<sup>284</sup>

גם פרופ' פלר, שהציע גישה זו, חשב שקיימת שקילות בין כוונה לבין צפייה כאפשרות קרובה לוודאי; ושכלל הצפיות צריך לחול על כל עבירות הכוונה והמטרה – תחולה כללית על כל העבירות הדורשות רצון. ההבדל הוא בהסבר לכלל הצפיות. גם פלר סבר שבמצב של צפיית התוצאה או היעד כאפשרות קרובה לוודאי דרגת האשמה היא גבוהה – כמו במצב שבו מתקיים רצון (כוונה או מטרה); ויותר מאשר במצב של מודעות בלבד וצפייה רגילה. פלר תיאר (באופן מילולי) מקבילות של כוחות, עם וקטורים ושקול כוחות:

כשמתקיימת כוונה – יש רצון חזק + צפייה בהסתברות נמוכה;

במצב שעליו חל כלל הצפיות – יש צפייה בהסתברות גבוהה + רצון חלש.

לטענת פלר השקלול של כל אחת מהנוסחאות זהה. להמחשת דבריו של פלר, אציע (בהתאם לדבריו) את שני השרטוטים הבאים:



לאחר ששרטוטים את שקול הכוחות – הקו האלכסוני המשקף את השקלול של הצפייה והרצון, ניתן להיווכח שבשני השרטוטים אורכו שווה: הן בשרטוט מצב הכוונה (רצון חזק וצפייה נמוכה) והן בשרטוט המצב עליו חל כלל הצפיות (צפייה גבוהה ורצון חלש). כדברי פלר:

<sup>284</sup> ראו פלר, כרך א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 593 ואילך.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

“ניתן לבטא את הקיזוז שבין מרכיבי שתי הצורות של המחשבה הפלילית כשתי מקבילות כוחות, בעלות שקול שווה... הביטוי במישור החומרה והשלילה, של שילוב מרכיב חפצי איתן במרכיב הכרתי מעורפל, או שילוב מרכיב הכרתי ברור במרכיב חפצי פחות, הוא שווה.”<sup>285</sup>

ההסבר הכמותי-מילולי של פלר הוא מצוין להמחשת השקילות הערכית, אך אין לטעות ולחשוב שבמצב של כוונה תמיד תהיה הצפייה ברמה נמוכה. כך, אם נשוב כדוגמה לפרשת סימן טוב,<sup>286</sup> שבה המבצע ירה שישה כדורי אקדח לעבר ראשה של הקורבן, אשר פגעו בראשה ובפלג גופה העליון וגרמו למותה, הרי שמלבד הכוונה (רצון בתוצאה הקטלנית) שבית המשפט קבע שהתקיימה, סביר להניח שהתקיימה גם צפייה של התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי. במצב שכזה שקול הכוחות יהיה בעל עוצמה גדולה מאשר בשרטוטים הקודמים. ובכל זאת, כאמור, “מקבילות הכוחות” שתיאר פלר ממחישות את השקילות הערכית המצדיקה את כלל הצפיות.

### 3. הפסיקה המוקדמת

בפקודת החוק הפלילי, שירשנו מהמנדט הבריטי על ארץ ישראל, לא הייתה התייחסות לכלל הצפיות. השופטים הם שיצרו את מה שכינו “הלכת הצפיות”. בפרשת עג'מי,<sup>287</sup> הנאשמים נכנסו בלי רשות לדירה כדי לצלם אישה בוגדת בבעלה (הבעל רצה להשתמש בצילומים כראיות במשפט גירושין). הם הואשמו בעבירה של הסגת גבול, שהייתה קבועה אז בסעיף 286 לפקודת החוק הפלילי. בשינויי ניסוח מזעריים, איסור זה מופיע כיום בסעיף 447(א)(1) לחוק העונשין:

“447. הסגת גבול כדי לעבור עבירה

(א) העושה אחת מאלה כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה, דינו – מאסר שנתיים: (1) נכנס לנכס או על פניו.”

מבחינת היסוד העובדתי מדובר בעבירת התנהגות (לא נדרשת תוצאה) ומבחינת היסוד הנפשי נדרשת מטרה (“כדי ל...” = רצון להשיג יעד מסוים) בנוסף למחשבה הפלילית הרגילה (מודעות). למערערים לא היה רצון להפחיד או להעליב או להרגיז את האישה, אלא רק לצלמה. לפי המצב המשפטי שהיה קיים בזמן פסק הדין – ותוך שמירה על עקרון החוקיות – צריך היה לזכותם מעבירה זו (ייתכן שהתגבשה עבירה אחרת. כיום כנראה ניתן היה להטיל אחריות לפי חוק הגנת הפרטיות). אך השופטים בחרו לחדש במשפטנו את הלכת הצפיות, שלא הייתה קבועה אז בחוק, וקבעו שדי בכך שהנאשמים ידעו שבהסתברות גבוהה, התנהגותם תפחיד או תעליב או תרגיז את הקורבן. זהו פסק הדין המנחה באשר להלכת הצפיות.

כיצד נימק בית המשפט את הלכת הצפיות? לא על בסיס השקילות הערכית ולא על בסיס שקלול הצפייה והרצון, אלא על בסיס מה שהשופטים כינו “תקנת הרבים”. כוונתם לתועלת חברתית, לשיקול של מדיניות: אם נזכה את מי שאומנם לא רצה, לא התכוון, אך צפה בהסתברות גבוהה – אזי לא תהיה

285 שם, בעמ' 595.

286 לעיל ה"ש 280.

287 ע"פ 63/58 עג'מי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 421 (1959).



## פרק יא: כלל הצפיות או הלכת הצפיות?

הגנה מספקת על ערכי החברה. נימוק נוסף שנתן השופט אגרנט (ואולי זו דרך אחרת להציג את אותו הנימוק) – אם לא נחיל את הלכת הצפיות, נרוקן את העבירה הזו מהתוכן שלה. זהו נימוק פרשני בלתי קביל: זוהי בעצם פרשנות מרחיבה במקום פרשנות מצמצמת. המחוקק דרש בהגדרת האיסור מטרה. אם לא ניתן כך להרשיע, והמחוקק רוצה לשנות מצב זה – ביכולתו לשנות את החוק: אפשרות אחת – להסתפק בהגדרת האיסור במודעות לפגיעה בקורבן, ולא לדרוש גם מטרה ("כדי ל..."); אפשרות שנייה – לקבוע בחוק את כלל הצפיות. בהלכת עג'מי השופטים נטלו לעצמם סמכות חקיקה. באשר להיקף ההלכה – לפי הפסיקה התחולה של הלכת הצפיות איננה כללית: השופטים יבחנו כל עבירה שתידון בפניהם, ויקבעו אם לגביה חלה הלכת הצפיות אם לאו. כיצד יקבעו? לפי "תקנת הציבור". כיצד נדע מראש האם הלכת הצפיות חלה על עבירה מסוימת שטרם נדונה בבית המשפט העליון? נראה שלא נוכל לדעת מראש. הדבר כמובן מנוגד לשאיפה לוודאות ולאזהרה הוגנת לפרט ופוגע בעקרונות החוקיות.

בהמשך קבעה הפסיקה שהלכת הצפיות חלה גם על שורה ארוכה של עבירות, כגון עבירות נגד בטחון המדינה, כדוגמת "ריגול" – סעיף 112(א) לחוק העונשין "מי שמסר ידיעה והתכוון לפגוע בביטחון המדינה, דינו – מאסר חמש עשרה שנים". בפסקי הדין האלה, שבהם הוחלה הלכת הצפיות, לא היה לנאשמים רצון לפגוע בביטחון המדינה. בכל זאת הורשעו, משום שנקבע שצפו בהסתברות גבוהה את הפגיעה בביטחון המדינה. כך, למשל, הורשע מרדכי וענונו,<sup>288</sup> אשר פרסם בתקשורת חומר סודי באשר לנשק הגרעיני שבידי ישראל, חרף טענתו כי לא רצה לפגוע בביטחון המדינה, אלא רצה לתרום לפירוק הנשק הגרעיני ולתהליך השלום. וענונו הורשע כי נקבע שצפה בהסתברות גבוהה את הפגיעה בביטחון המדינה.

במאמר מוסגר, אציין כי אם וענונו האמין שחשיפת הסוד הגרעיני היא לטובת המדינה, קשה לקבוע שצפה כאפשרות קרובה לוודאי פגיעה בביטחון המדינה. אך אולי ניתן להבחין לעניין זה בין טווח הזמן הקצר שבו צפויה פגיעה בביטחון המדינה לבין טווח הזמן הארוך שבו לפי תקוותו של וענונו יתפתחו הדברים דווקא לטובה.

כפרשת אילוז ואליאס נדון מקרה שבו מפקד מחלקה במשמר הגבול (אילוז) רצח שני אזרחים שאחד מהם הפחידו והרגו ונהיגתו המסוכנת בכביש.<sup>289</sup> הרשעת המפקד בעבירת הרצח לא מעוררת קושי משפטי. השאלה המשפטית התעוררה תוך דיון בהאשמתו של החייל (אליאס) בסיוע לרצח. החייל לא רצה לסייע לרצח ובית המשפט החיל את התחליף של הלכת הצפיות. אלא שבית המשפט קבע כי אין להסתפק בצפיית התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי כשמדובר בעבירה המיוחדת רצח בכוונה תחילה, נוכח היסוד הנפשי החמור במיוחד הקבוע אך ורק בעבירה זו: "אין לשים אות קין של רוצח על מצחו של אדם, אלא אם הוכח כלפיו אישית הרצון להרוג". לפיכך הורשע החייל בסיוע לעבירת ההריגה ולא בסיוע לרצח.<sup>290</sup> גם בפסיקה זו הבסיס שמציע בית המשפט להלכת הצפיות הוא

288 ע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265 (1990); ת"פ (מחוזי י-ם) 461/86 מדינת ישראל נ' ואנונו (לא, פורסם, 27.3.1988).

289 ע"פ 552/68 אילוז ואליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377 (1969).

290 כפי שנראה בהמשך, בדיני השותפות נוהג כלל אחדות העבירה. בפסק הדין אילוז ואליאס (שם) בית המשפט העליון סטה מכלל זה, ביחסו לכל שותף עבירה אחרת: למפקד רצח ולחייל (סיוע ל) הריגה. עם זאת, הסטייה איננה דרמטית, משום שהיסוד העובדתי של שתי העבירות היה זהה: גרימה (במעשה או

"תקנת הציבור". להשלמת התמונה באשר לעבירת הרצח יצוין כי בפסיקה שלאחר תיקון 39 לחוק העונשין הובעו דעות לכאן ולכאן באשר לעצם תחולתה של הלכת הצפיות על עבירת הרצח.<sup>291</sup>

#### 4. הלכת בורוכוב נ' יפת<sup>292</sup>

עד לפסק דין זה ביססה הפסיקה את הלכת הצפיות על "תקנת הרבים" וקבעה שתחולתה איננה כללית על כל עבירות הכוונה והמטרה, אלא היא חלה רק על אותן עבירות שהפסיקה קובעת שהיא חלה עליהן. בפסק דין זה נדונה העבירה הקבועה בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965: "המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו – מאסר שנה אחת". העיתונאי יפת פרסם שתי כתבות לא מחמיאות על בורוכוב. בורוכוב פתח בהליך פלילי בדרך של קובלנה פרטית, המתאפשר בעבירות אחדות לרבות לשון הרע. בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי זוכה העיתונאי יפת, כי נקבע שלא היה לו רצון לפגוע בשמו הטוב של בורוכוב. בבית המשפט העליון העלה המערער בורוכוב את הטענה שדי בהתקיימות הלכת הצפיות: די בכך שהעיתונאי יפת צפה כאפשרות קרובה לוודאי את הפגיעה בבורוכוב.

בית המשפט העליון קבע שהלכת הצפיות לא חלה על עבירת לשון הרע. בכך הוא בעצם רוקן עבירה זו מרוב תוכנה: העיתונאים הם שמרבים לפרסם לשון הרע. בדרך כלל מטרתם איננה לפגוע, אלא לעשות את עבודתם כפי שהם מבינים אותה – לעיתים באופן מעוות.

המעניין הוא הבסיס החדש שנתן השופט ברק להלכת הצפיות. הוא הציג את גישתו כשמירה על עקרון החוקיות: לא עוד הלכה פסיקתית המופעלת (או לא מופעלת) על בסיס המושג העמום "תקנת הציבור" שעליו (המושג) ועליה (ההלכה) נמתחה ביקורת, אלא בסך הכל פרשנות משפטית – לב התפקיד השיפוטי. לפי הכללים המקובלים שעליהם עמדתי בפרקים האחרונים, הביטוי "ככוונה לפגוע" הוא ביטוי תכליתי, המבטא דרישה של המחוקק להתקיימות אצל המבצע של רצון לפגוע בקורבן. מכיוון שלא מדובר בעבירת תוצאה, לא מדובר במושג המשפטי המקצועי "כוונה" (לגרום לתוצאה) אלא מדובר במושג המשפטי המקצועי "מטרה" (להשיג יעד, שהתקיימותו איננה נדרשת בהגדרת היסוד העובדתי של העבירה). אם מקבלים שהבסיס לכלל הצפיות הוא השקילות הערכית שבין רצון לבין צפייה כאפשרות קרובה לוודאי, אזי למטרה תמיד יש תחליף. אלא שלפי השופט ברק, מבחינה לשונית יש למלה "כוונה" שתי משמעויות: האחת – רצון; והשנייה – גם בהיעדר רצון – צפייה כאפשרות קרובה לוודאי. לדעת ברק, מבין שתי אפשרויות לשוניות אלה על השופט לבחור וזאת לא לפי כללי הפרשנות המיוחדים של המשפט הפלילי, אלא אך ורק לפי תכלית החקיקה. לדעתו, באשר לעבירת לשון הרע, מ"שיקולי מדיניות" (האין זו שוב "תקנת הציבור" המשמשת בפסיקה לנטילת סמכות חקיקה? אותה הגברת בשינוי אדרת?) שהם לפי ברק המטרה החקיקתית, "המטריה הנורמטיבית" וערכי היסוד של השיטה – מתאים לאיסור לשון הרע הפירוש שלפיו נדרש רצון ולא די בצפייה כאפשרות קרובה לוודאי.

במחדל) למותו של אדם. ראו סעיפים 300(א)(2) ו-298 לחוק העונשין (בהתאמה) כפי שהיו בתוקף עד לתיקון 137 לחוק העונשין (1.1.2019).  
 291 השוו, למשל, בין עניין אלימלך, לעיל ה"ש 280, שם נקבע שהלכת הצפיות לא חלה על עבירת הרצח, לבין עניין פוליאקוב, לעיל ה"ש 169, שם הביע השופט אנגלרד את הדעה שהלכת הצפיות חלה גם על עבירת הרצח.

<sup>292</sup> ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת פ"ד לט(3) 205.

פרק יא : כלל הצפיות או הלכת הצפיות ?

במקום אחר<sup>293</sup> הראיתי שאין שום אפשרות לשונית לפרש את המלה "כוונה" (שהפירוש המילוני שלה הוא רצון) כמשתרעת גם על מצב שבו אין רצון ויש רק צפייה בהסתברות גבוהה. זו ממש התעלמות מלשון החוק. זוהי התכחשות לכלל הבסיסי בפרשנות המשפט הפלילי, הנובע מעקרון החוקיות, שלפיו יש לתת משקל גדול למשמעות הטבעית והרגילה של מלות החוק. הלכת בורוכוב נגד יפת, שלפיה לבית המשפט הסמכות לקבוע באשר לכל עבירה מהעבירות הדורשות רצון האם חלה עליה הלכת הצפיות, היא יצירתיות שיפוטית במקום הוודאות המתחייבת מעקרון החוקיות. לדעתי, הפירוש הנכון של איסור לשון הרע הוא פשוט ביותר :

"בכוונה לפגוע" = מטרה = רצון ; שאותו ניתן להחליף בצפייה כאפשרות קרובה לוודאי.

גם פרשנות השופט ברק שלפיה "בכוונה לפגוע" = כוונה או מטרה או מניע (ללא תחולה של הלכת הצפיות) איננה סבירה : אין מושג מורכב כזה במשפט הפלילי "כוונה/מטרה/מניע". חייבים לפרש ולבחור בין המושגים, שהם שונים ונבדלים, ואין לערפל ביניהם.<sup>294</sup>

מכיוון שפרופ' פלר נקט בעניין זה בעמדה שונה, אעמוד גם עליה בקצרה, תוך הפניית הקוראות והקוראים אל התכתבותנו בת ארבעת המאמרים.<sup>295</sup> פלר הבהיר נכונה שפירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" בעבירת לשון הרע אינו יכול להיות כוונה רגילה כלפי תוצאה, משום שמדובר בעבירת התנהגות, שלא נדרשת בה תוצאה. אך הוא טעה לחשוב שמבחינה לשונית ניתן לפרש את המונח "בכוונה לפגוע" לא רק כמטרה (רצון להשיג יעד – רצון לפגוע) אלא גם כמניע (רגש פנימי שדחף את המבצע לביצוע ההתנהגות). זוהי טעות ברורה בהבנת השפה העברית, שהרי הביטוי בכוונה לפגוע הוא בעליל ביטוי תכליתי ואיננו יכול להתפרש כתיאור של רגש פנימי (מניע). ניתן להקשות : אם מדובר בתיאור רגש פנימי – מהו רגש זה ? ברור שהביטוי "בכוונה לפגוע" איננו מתאר רגש פנימי מסוים כלשהו (לא שנאה, לא קנאה, לא כעס, לא אהבה ולא כל רגש פנימי אחר). למעלה מהדרוש אציין כי הדברים אומתו גם תוך שימוש במילונים אחדים ותוך התייעצות עם האקדמיה ללשון עברית בטרם העליתי אותם על הכתב.

על בסיס טעותו הלשונית, המשיך פרופ' פלר ובנה את המבנה הרעוע הבא : מכיוון שלמטרה יש תחליף – הלכת הצפיות – המרחיב את היקף האיסור ; ומכיוון שלמניע אין תחליף כזה (צפייה כאפשרות קרובה לוודאי כלל לא קשורה למניע, שהוא רגש פנימי) יש לדעת פלר לבחור בפירוש המצמצם את האיסור ולפרש את הביטוי "בכוונה לפגוע" כמניע שמתוכו נעשה המעשה. אלא שכאמור הפירוש המילולי האחד והיחיד הוא תכליתי – רצון (ובענייננו מטרה) וכלל אין בפנינו שני פירושים סבירים, שעליהם יש להחיל את כלל הפרשנות המצמצמת. כך הסברתי במאמר תשובה למאמרו של פרופ' פלר. במאמרו השני הוא מתייחס לגישתי ומקצין את עמדתו : עתה גם לשיטתו, אין שני פירושים סבירים לביטוי הלשוני "בכוונה לפגוע", אלא אך ורק פירוש סביר אחד, והוא דווקא "מניע". כל כך למה ? משום ש"במחשבה שנייה" (כך שם מאמר) הוא הגיע למסקנה שמכיוון שהפירוש כ"מטרה"

293 ראו סנג'רו "היהפכו המטרות למניעים?", לעיל ה"ש 169 ; סנג'רו "להטוטנות פרשנית בפלילים", לעיל ה"ש 276.

294 בתמצית : "כוונה" = רצון לגרום לתוצאה ; "מטרה" = רצון להשיג יעד (שאיננו נדרש כתוצאה) ; "מניע" = רגש פנימי שדחף את המבצע. לפירוט ראו הפרק הקודם.

295 פלר "בכוונה לפגוע", לעיל ה"ש 276 ; סנג'רו "היהפכו המטרות למניעים?", לעיל ה"ש 169, בעמ' 339 – 343 ; פלר "לשון הרע – עבירה", לעיל ה"ש 276 ; סנג'רו "להטוטנות פרשנית בפלילים", לעיל ה"ש 276.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

יגרום להרחבת האיסור שיוצרת הלכת הצפיות, פירוש זה איננו סביר. אך הרי בעוד שההרחבה שיוצרת הלכת הצפיות היא אולי שיקול לקביעה מהו הפירוש המצמצם, היא כלל איננה שיקול לקביעה האם מדובר בפירוש סביר. סבירות הפירושים חייבת להיות צמודה ללשון החוק וללשון בני אדם, ולא לכלול גם הלכות משפטיות מסובכות, שאליהן גם פרופסור למשפט פלילי הגיע רק ב"מחשבה שנייה". ומכיוון שהפירוש כ"מניע" איננו סביר – כלל לא מגיעים בענייננו לכלל הפרשנות המצמצמת. כפי שכתבתי בתשובתי השנייה ("להטוטנות פרשנית בפלילים?"):

"מהם, אם כן, המשקפיים שדרכם יש לבחון את סבירותו של הביטוי 'בכוונה לפגוע' שבעבירת לשון הרע? משקפיו של האזרח, העשוי בהחלט להיות הדייט [שאינו בקי במשפטים], או שמא המיקרוסקופ והטלסקופ של המומחה למשפט פלילי (מגדולי המומחים בארצנו), אשר אינו מסתפק בלשון האיסור אלא מתחשב גם בהלכות חיצוניות כהלכת הצפיות, ובוחן גם את השפעתה על ההבחנה בין העבירה הפלילית לבין העוולה האזרחית המקבילה לה? ודוק: אם בהערכת סבירותו של פירוש יש להתחשב גם בהלכות ובשיקולים מסובכים ומורכבים, שכלל אינם נזכרים בהגדרת העבירה, ואם סבירותו של פירוש נמדדת לא במשקפיו של האזרח אלא במכשירי המדידה המקצועיים של המומחה למשפט פלילי – מהו בכלל הטעם בכלל הפרשנות המצמצמת? האם תוך הפעלה כזו של הכלל נגיע לאזהרה הוגנת לפרט, בבחינת 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין', או שמא רק מתי מעט יזכו לאזהרה הוגנת, ואפילו הם – רק לאחר 'מחשבה שנייה'?"<sup>296</sup>

לבסוף, שיקול נוסף כנגד הפרשנות שהציע פרופ' פלר שלא נזכר בארבעת מאמריו בנושא, הוא שאין טעם להחיל את כלל הפרשנות המצמצמת על נורמות כלליות שלא מכוונות התנהגות, כגון הגדרות היסוד הנפשי. הרציונל המרכזי של הכלל הוא הרי אזהרה הוגנת לפרט, ולכן יש להחיל את כלל הפרשנות המצמצמת על הגדרת היסוד העובדתי ובעיקר על הגדרת ההתנהגות האסורה.

### ג. תיקון 39 – ס' 20(ב) ופרשנותו בפסיקה

בתיקון 39 נחקק חלק כללי חדש ומסודר לחוק העונשין, ובו הוסדרו גם, כמוכח, הצורות השונות של היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. כך למשל הוגדרה סוף סוף "המחשבה הפלילית", שבעבר כלל לא הייתה קבועה בחוק (!). בין היתר, נקבע בחוק במפורש כלל הצפיות. לכאורה, אין עוד צורך בהלכות המסובכות, המעורפלות והלא-ודאיות של בית המשפט באשר להלכת הצפיות. ניתן לדעת מראש מה הדין, מה קובע החוק ומה צריך לפסוק בכל מקרה ומקרה. הושגה ודאות ושמירה על עקרון החוקיות. האומנם? נעיין בסעיף 20(ב) החדש:

"לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן".

296 שם, בעמ' 730–731.

## פרק יא: כלל הצפיות או הלכת הצפיות?

על פני הדברים, מעתה כלל הצפיות קבוע במפורש בחוק, וחל על כל העבירות שבהן נדרש רצון. אך חלק מהשופטים חשבו אחרת. אולי התקשו להיפרד מהסמכות שקבעו שיש להם, לקבוע על אלו עבירות להחיל את הלכת הצפיות ועל אלו לא להחילה.

נשוב להבחנה בין כוונה (= רצון לגרום לתוצאה) לבין מטרה (= רצון להשיג יעד). היסטורית, לא היה הבדל בין כוונה לבין מטרה, והשתמשו לגבי שתיהן באותו ביטוי – "כוונה". למעשה, ברוב עשרות העבירות בחוק שלנו שבהן מופיעה המלה "כוונה", כלל לא מדובר בעבירות תוצאה (מלבד עבירות אחדות), ולכן אלו בעצם עבירות מטרה. כך, למשל, בעבירת הגניבה (סעיף 383 לחוק העונשין); בעבירה הסגת גבול (סעיף 447 לחוק העונשין); באיסור לשון הרע (סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע) ובעשרות עבירות נוספות. ניתן לחשוב שההבחנה מיותרת ומבלבלת: הרי מבחינת יסוד נפשי, מדובר בדיוק באותו הדבר: בשני המקרים מדובר ברצון; ביחס שאיפתי. הפסיקה לא נהגה להבחין בין כוונה (בעבירת תוצאה) לבין מטרה (בעבירת התנהגות) ובשני המקרים השתמשה במונח היחיד "כוונה". פרופ' פלר מתח על כך ביקורת ודרש להבחין, לשם הדיוק. הקושי החל כשפרופ' פלר עצמו, בנסחו את הצעת החוק שקדמה לחיקון 39, לא הבחין בין המונחים המקצועיים "כוונה" ו"מטרה" והשתמש בהם כבמלים נרדפות (!).<sup>297</sup> כך, כבר בהגדרת ה"כוונה" בסעיף 20(א)(1) לחוק נאמר "כוונה – במטרה לגרום לאותן תוצאות" (כלומר המלה "מטרה" מתארת רצון גם בעבירת כוונה לגרום לתוצאה); וכך בכלל הצפיות שנקבע בסעיף 20(ב) נאמר: "לענין כוונה, ראייה מראש את אפשרות התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן". המלים כוונה ומטרה מופיעות בתחילת ובסוף הסעיף כמלים נרדפות ולא כמושגים נבדלים.

על בסיס חוסר הדיוק הזה, לאחר תיקון 39 היו שופטים (החל, כנראה, בשופט ברק בפסק הדין בפרשת אלבה) שאמרו כך: סעיף 20(ב), הקובע את כלל הצפיות, חל רק על "כוונה" לגרום לתוצאה ומחייב את השופטים להחיל את כלל הצפיות רק על כל עבירות הכוונה. על מטרה להשיג יעד סעיף 20(ב) לא חל. אילו היו שופטים אלה עקביים, היו צריכים לקבוע שלגבי מטרה לפנינו "הסדר שלילי" – כלומר: המחוקק הסדיר את תחולתו של כלל הצפיות על ה"כוונה" בהסדר חיובי (מפורש) ובה בעת הסדיר אי-תחולה של כלל הצפיות על ה"מטרה" בהסדר שלילי – שהרי כל מה שלא נאסר במפורש בחוק הוא מותר (= עקרון החוקיות). אך לא כך קבעו. אמרו: לגבי מטרה ממשיכה לחול ההלכה הקודמת. אנו, השופטים, נקבע לגבי כל עבירת מטרה שתובא בפנינו האם חלה עליה הלכת הצפיות. כאמור, השאלה התעוררה בפסק הדין בפרשת אלבה, שם נדונה העבירה הקבועה בסעיף 144 ב לחוק העונשין – "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים".<sup>298</sup> חמישה משבעת השופטים קבעו שהתקיים רצון ולכן הדיון בכלל הצפיות היה, בעצם, אמרת אגב (obiter dictum) ולא טעם הפסק (ratio decidendi). ובכל זאת, מכיוון שהשאלה נדונה בכובד ראש בהרכב מורחב, ראוי לסקור פסק דין זה, שבו כפי הנראה התגבשו שתי העמדות הקיימות בפסיקה עד היום. אפתח בעמדת המיעוט של השופטים אליהו מצא וגבריאל בכך, משום שלדעתי זוהי פרשנותו הנכונה של החוק, התואמת את עקרונות היסוד של דיני העונשין:

<sup>297</sup> ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד 127, 140 (סעיף 20) (1984). לענייננו הנוכחי, ההבדלים בין הנוסח שבהצעת החוק המקורית לבין נוסח החוק כיום זניחים (לשוניים ולא משפטיים).

<sup>298</sup> ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996).

אין יותר שיקול דעת לבית המשפט. סעיף 20(ב) מחיל את כלל הצפיות על כל העבירות הדורשות רצון – גם כוונה (לגרום לתוצאה) וגם מטרה (להשיג יעד).

מבחינה מהותית העמדה הזו נכונה מאוד. לא רק שאין הבדל מהותי בין המושגים "כוונה" ו"מטרה" – שהרי בשני המקרים מדובר ביחס נפשי של רצון, אלא אפילו המחוקק הגדיר בסעיף 20(א) "כוונה" תוך שימוש במלה "מטרה"; וגם בסעיף 20(ב) המחוקק משתמש ב"כוונה" וב"מטרה" כבמלים נרדפות. בהמשך נתמכה עמדה זו גם על ידי שופטים נוספים. כך למשל בפרשת פוליאקוב גם השופט יצחק אנגלרד תמך בעמדה של מצא ובך, והדגיש את הצורך בוודאות במשפט הפלילי.<sup>299</sup>

לעומת זאת, השופט ברק (בפסק הדין אלבה) גרס כי יש הבדל בין "כוונה" בעבירות תוצאה לבין "מטרה" בעבירות התנהגות, עד כדי כך שלדעתו: "מטרה" כמחשבה פלילית [כוונתו ליסוד נפשי] בעבירה התנהגותית אינה קשורה כלל ל'כוונה' כמחשבה פלילית [יסוד נפשי] הדרושה בעבירה תוצאתית, ממילא מתבקשת המסקנה כי 'כלל הצפיות', הקבוע בסעיף 20(ב) לחוק העונשין, אינו חל על 'מטרה' זו". אך מה פירוש "אינה קשורה כלל"? הרי מדובר באותו היחס הנפשי בדיוק (!) – רצון, יחס שאיפתי. אכן, מטרה אינה בדיוק כוונה, שהרי המטרה היא רצון להשיג יעד והכוונה היא רצון לגרום לתוצאה. אך מכיוון שמדובר בדיוק באותו יחס נפשי – רצון – לא ברור מדוע ההבדל הדק<sup>300</sup> שבין כוונה לבין מטרה צריך להשפיע על כלל הצפיות, שבמהותו היה ונשאר תחליף לרצון. כמו כן ראינו שבסעיף 20(א) המחוקק מגדיר "כוונה" תוך שימוש במלה "מטרה"; וגם בס' 20(ב) המחוקק משתמש ב"כוונה" וב"מטרה" כבמלים נרדפות. כיצד ניתן לומר "אינה קשורה כלל"?

יתרה מזו: אם אכן "אינה קשורה כלל", אזי כשקבע המחוקק את כלל הצפיות בסעיף 20(ב) לחוק, ואם אכן החיל אותו – לפי פרשנותו של ברק עצמו – על "כוונה" בלבד, מתחייב היה לקבוע שלגבי "מטרה" יש "הסדר שלילי" וכלל הצפיות אינו חל על מטרה. הרי כלל הצפיות מרחיב את האחריות הפלילית. בתחום הפלילי אין לקונות, ואסור לעשות היקש (אנלוגיה): אסור ללמוד מ"כוונה" על "מטרה", במיוחד אם "אינה קשורה כלל"... הדבר מנוגד לעקרון החוקיות ולסעיף הפותח בחגיגות את חוק העונשין. משום מה, עמדת הרוב בפסיקת בית המשפט העליון עדיין איננה עמדתם (הנכונה, לדעתי) של השופטים בך, מצא ואנגלרד, אלא עמדתו (המוטעית, לדעתי) של השופט ברק.

המצב כיום בפסיקה הוא ברור רק לגבי עבירות של כוונה לגרום לתוצאה – אין חולק שלכלל הצפיות תחולה כללית (על כל עבירות הכוונה) מכוח ס' 20(ב).

באשר לעבירות מטרה (להשיג יעד) ניתן למצוא בפסיקה שתי עמדות: גישת המיעוט (הנכונה, לדעתי) היא שלכלל הצפיות תחולה כללית מכוח סעיף 20(ב) גם על כל עבירות המטרה. גישת הרוב (המוטעית, לדעתי) היא שעל עבירות המטרה ממשיכה לחול הלכת הצפיות שנקבעה בפסיקה ותחולתה איננה כללית, אלא באשר לכל עבירה ועבירה השופטים מוסמכים (לא ברור מהו מקור סמכותם זו) לקבוע אם הלכת הצפיות חלה עליה אם לאו.

תאורטית תיתכן גם גישה שלישית, של "הסדר שלילי" באשר ל"מטרה", כך שהתחליף לרצון, של צפייה כאפשרות קרובה לוודאי, לעולם לא יחול עליה. אך לא מצאתי גישה כזו בפסיקה או בספרות

299 עניין פוליאקוב, לעיל ה"ש 169, בעמ' 315–325.

300 ההבדל בין כוונה לבין מטרה מתייחס בעצם רק ליסוד העובדתי ולא ליסוד הנפשי: כוונה היא רצון לגרום לתוצאה הנדרשת בהגדרת היסוד העובדתי ומטרה היא רצון להשיג יעד שאינו נדרש ביסוד העובדתי.

פרק יא : כלל הצפיות או הלכת הצפיות ?

ואף אני אינני תומך בה, בהתאם לגישתי העקבית של שקילות ערכית בין רצון לבין צפייה כאפשרות קרובה לוודאי.

מכאן לפסק הדין בפרשות ביטון נ' סולטן וגלילי נ' מימון. זוהי המלה המשמעותית האחרונה בינתיים של הפסיקה באשר לכלל הצפיות ולהלכת הצפיות, אשר נאמרה בהרכב מורחב של תשעה שופטים, שדנו בשתי פרשות שונות שבהן עלו אותן שאלות משפטיות שכבר פגשנו בפסק הדין בורוכוב נ' יפת: כיצד יש לפרש את הביטוי "בכוונה לפגוע" שבאיסור לשון הרע, מהו הבסיס העיוני לכלל הצפיות ומהי תחולתו של הכלל. עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה שהגיעה העת להפוך את הלכת בורוכוב נגד יפת ולקבוע שכלל הצפיות חל לא רק על כל עבירות הכוונה, אלא גם על כל עבירות המטרה, לרבות סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, וכי יש ללמוד זאת מסעיף 20(ב) לחוק העונשין שנקבע במסגרת תיקון 39.

ההתקדמות שבפסק הדין – כמה מתשעת השופטים כותבים על שקילות ערכית בין כוונה (רצון) לבין צפייה כאפשרות קרובה לוודאי פְרָצִיוֹנָל של כלל הצפיות (ואף מפנים לאחד ממאמרי הביקורת על פסק הדין בורוכוב נ' יפת). זו כבר מחצית הדרך לפתרון הנכון: אם מדובר בשקילות ערכית, היא מתקיימת לא רק כשמדובר בכוונה כלפי תוצאה, אלא גם כשמדובר במטרה כלפי יעד, שהרי בשני המקרים מדובר ברצון.

אך עדיין לא הפכו את ההלכה. הוחלט ברוב דעות שאין מקום לשנות את הלכת בורוכוב נגד יפת, שלפיה תחולת הלכת הצפיות על עבירות המטרה איננה כללית. כך שכיום, עדיין, תחולת כלל הצפיות על "כוונה" היא כללית – מכוח סעיף 20(ב); ועל "מטרה" לפי רוב השופטים ממשיכה לחול הלכת הצפיות תחולה לא כללית; ולפי המיעוט גם על מטרה חל כלל הצפיות תחולה כללית מכוח סעיף 20(ב). אולי בפעם הבאה שתגיע הסוגיה לדיון בערכאה העליונה, תשונה סוף סוף הלכת בורוכוב נגד יפת. הדבר מתבקש נוכח חקיקתו של כלל הצפיות בסעיף 20(ב) לחוק העונשין. הסעיף יצר מצב משפטי חדש, טוב יותר, והגיע הזמן להכיר בכך גם בפסיקה.

## ד. מיפוי הפסיקה באשר לתחולת הלכת הצפיות על עבירות המטרה והמסקנה המתבקשת

עד כה נפסק שהלכת הצפיות חלה על שורה ארוכה של עבירות בחוק העונשין ובחוקים אחרים, כגון (בחוק העונשין): עבירות שונות נגד ביטחון המדינה (כגון ס' 99 – סיוע לאויב במלחמה; 111 – מסירת ידיעה לאויב; 112 – ריגול; 113 – ריגול חמור); סעיף 332 – סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה; ס' 448 – הצתה; ס' 329(א)(3) – גרימת חבלה בכוונה מחמירה; ס' 192 – איומים; ס' 348 – מעשה מגונה; ס' 244 – שיבוש הליכי משפט; סיוע – ס' 31; וכגון (עבירות שמחוץ לחוק העונשין): הטעיית משקיע סביר – ס' 53(א) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968; השתמטות מתשלום מס – ס' 220 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; זיהום ים – ס' 2 לחוק מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, התשמ"ח-1988.

לעומת זאת, נפסק שהלכת הצפיות לא חלה רק על שתי עבירות. האחת – לפי חלק מהשופטים – היא עבירת הרצח. אלא שזו הייתה עבירה מיוחדת במינה – היחידה שבה נדרשה "כוונה תחילה", שאיננה רק רצון, אלא רצון המיוחד בתהליך התגבשותו אצל המבצע (לאחר הכנה). כך שאין טעם למנות את עבירת הרצח במניין הנוכחי, מה גם שלאחרונה שונתה בחוק כך שלא נדרשת בה כוונה



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

תחילה (ואפילו כוונה אינה הכרחית – די משום מה באדישות) וספק אם הסתייגות השופטים מהחלת כלל/הלכת הצפיות עליה תימשך. העבירה השנייה שלגביה נקבע שהלכת הצפיות איננה חלה עליה היא סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע (הלכת בורוכוב, שאושרה בפרשת ביטון ופרשת גלילי). להשלמת התמונה יצוין כי לעיתים (באשר לעבירות אחדות) הותירה הפסיקה את השאלה ללא הכרעה, "בצריך עיון".<sup>301</sup>

המסקנה היא שהפסיקה "שיגעה" את כולנו משך עשרות שנים בשל עבירה אחת ויחידה – איסור לשון הרע. יתרה מזו: לא מדובר בעבירה מרכזית, אלא היא מצויה בשולי החוק הפלילי, על הגבול שבין המשפט הפלילי לבין דיני הנזיקין.<sup>302</sup> ניתן היה לקבוע מלכתחילה שלהלכת הצפיות תחולה כללית – על כל העבירות הדורשות רצון; ולכל היותר לצרף לה קביעה פרשנית נפרדת לגבי איסור לשון הרע, שלפיה רק על עבירה זו לא תחול הלכת הצפיות (למשל תוך שימוש במטרת החקיקה לשם צמצום היקף האיסור – כלל הפרשנות השלישי). זאת, בדומה להלכת הר-שפי באשר לעבירה אי-מניעת פשע, שלפיה רק על עבירה זו אין תחולה לכלל של "עצימת עיניים" הקבוע בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין.<sup>303</sup> לשם השוואה: האם מתקבל על הדעת שהיו קובעים לגבי כלל עצימת העיניים שאין לו תחולה כללית – בניגוד לסעיף 20(ג)(1) – ושלגבי כל עבירה יש להמתין עד שבית המשפט יקבע האם חל לגביה התחליף המהותי למודעות המכונה "עצימת עיניים"? ממש כשם שאין מקום להלכה משונה כזו באשר לעצימת עיניים, כך גם אין מקום להלכה (המשונה גם היא) שלפיה תחולת כלל הצפיות (שגם הוא תחליף מהותי, הפעם לרצון) איננה כללית – לפחות מאז שנחקק סעיף 20(ב) לחוק העונשין. והרי כמעט תמיד מחילים בפסיקה את הלכת הצפיות כשנדרש רצון – בוודאי אם זו כוונה, וגם כשזו מטרה (מלבד על עבירה אחת ויחידה). הנה כי כן, כל ההלכות המסובכות היו נמנעות אם השופטים לא היו מחליטים בפסק הדין בורוכוב נ' יפת לנהוג כמחוקקים.

301 בעבירות מסוימות, כגון בעבירה של הסתה לגזענות, טרם נפסקה הלכה בשאלת תחולתה של הלכת הצפיות. ראו בג"ץ 2684/12 "ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.12.2015).

302 עד כדי כך שניתן להגיש לגבי עבירה זו קובלנה פרטית.

303 כלל עצימת העיניים יידון בפרק הבא.



## פרק יב

### עיוורון מכוון או עצימת עיניים?

#### א. כלל עצימת העיניים

המחשבה הפלילית מוגדרת בס' 20(א) לחוק העונשין כ"מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה". בסעיף 20(ג)(1) קבוע התחליף המהותי "עצימת עיניים":

"רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם".

זהו תחליף מהותי (לא ראייתי, הוכחתי; מצב עצימת העיניים עצמו טעון הוכחה) למודעות לנסיבה או למודעות להתנהגות. כלומר: גם כשלמבצע אין מודעות (לנסיבה או להתנהגות), אם מתקיימת "עצימת עיניים" – ניתן בכל זאת להרשיעו בעבירה של מחשבה פלילית (מיקום הסוגיה בניתוח הפורמלי של עבירה פלילית הוא מיד לאחר הדרישה של מודעות לנסיבות או לאחר הדרישה של מודעות להתנהגות).

השימוש השכיח בכלל עצימת העיניים הוא כתחליף למודעות לנסיבה ולא כתחליף למודעות להתנהגות, משום שנדירים המצבים שבהם אדם איננו מודע להתנהגותו שלו אך חושד בקיומה. כלל עצימת העיניים מתייחס רק לנסיבות ולהתנהגות ואיננו מתייחס גם לתוצאה, משום שלגביה אין בו צורך, שהרי ממילא לא נדרשת מודעות לתוצאה (שהיא עתידית בזמן ההתנהגות ולכן לא תיתכן מודעות לה) אלא די במודעות לאפשרות התרחשות התוצאה (= צפיית התוצאה) שהיא מקבילה לחשד בהיותה הערכה הסתברותית ולא ידיעת הקיים.

ההצדקה הניתנת לכלל עצימת העיניים היא שהמחוקק רואה מצב נפשי זה כמספיק חמור כדי להיכלל בתחומי "המחשבה הפלילית": אל לו לאדם לקחת את הסיכון שהנסיבה מתקיימת ולבצע את ההתנהגות האסורה. כך למשל ניתן להרשיע בעבירת האינוס גם אם המבצע לא היה מודע להתקיימות הנסיבה "שלא בהסכמתה החופשית", אם חשד שהקורבן איננה מסכימה ובכל זאת בעל אותה.<sup>304</sup> בהתאם לסעיף 20(ג)(1) לחוק, שני תנאים מצטברים יוצרים את "עצימת העיניים": החשד וההימנעות מברור:

**עצימת עיניים = חשד (סובייקטיבי) + הימנעות מברור**

**חשד** – "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם" (ס' 20(ג)(1)). נדרש חשד סובייקטיבי, של המבצע עצמו. בעניין מרגולין השופט ניל הנדל הדגיש שמכיוון שנדרש יסוד נפשי סובייקטיבי של מחשבה פלילית, גם החשד צריך להיות

304 ראו למשל ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873 (2001).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

סובייקטיבי: נדרש שהמבצע עצמו חשד בהתקיימות הנסיבה.<sup>305</sup> אין צורך בדרגת הסתברות גבוהה שהנסיבה מתקיימת. די בחשד שהנסיבה מתקיימת.<sup>306</sup> בהצעת חוק משנת 2011 הוצע לתקן את הגדרת עצימת העיניים כך: "במקום 'רואים אדם שחשד' יבוא 'רואים אדם שהיה לו חשד ממשי'". ההסבר שניתן להצעה: כך ממילא נקבע בפסיקה – למשל בעניין סרפו – נדרש חשד ממשי.<sup>307</sup> התנאי השני שבסעיף 20(ג)(1) הוא "אם נמנע מלבררם". לפי פשוטו של הסעיף, אם המבצע חשד בהתקיימות הנסיבה אך נבצר ממנו לברר האם היא מתקיימת, לא ניתן יהיה להטיל עליו אחריות, משום שלא מתקיים התנאי "נמנע מלבררם". ד"ר קוגלר הציע במאמרו לבטל תנאי זה, משום שלדעתו ראוי לאסור על המבצע שחושד ליטול את הסיכון שהנסיבה מתקיימת ולבצע את ההתנהגות האסורה. שהרי במצב זה עדיין קיים החשד. לדעתו, במקום הדרישה המיותרת "אם נמנע מלבררם", צריך היה לדרוש שהסיכון שנוטל המבצע הוא סיכון בלתי סביר. כלומר: לאסור על נטילה של סיכון בלתי סביר; ולהתיר נטילה של סיכון סביר באשר להתקיימות הנסיבה.<sup>308</sup> מדובר בהצעה לשינוי החוק ולא במצב המשפטי הקיים.

לפי הדין הישראלי, כשאדם נמנע מלברר את החשד, אין זה משנה מדוע לא בירר. ייתכן שהוא מעדיף לא לברר – כדי שיוכל לאחר מעשה לומר שלא ידע שהנסיבה מתקיימת. ייתכן שיש לו מצפון מסוים והוא מעדיף שלא להכביד עליו בידיעה כזו. לעיתים הביורר (האם הנסיבה מתקיימת) מצריך זמן, כסף, אנרגיה. אולי קשה לו לברר ואולי הוא מתעצל. כל עוד יש אפשרות לברר (שאו ניתן לומר שנמנע מלברר) – לא משנה מדוע לא בירר.

בעניין זה תיתכן הבחנה בין "עיוורון מכוון" (willful blindness) לבין עצימת עיניים תמימה (shutting one's eyes); בין "הנוהג כשועל" לבין "המתנהג כיען".<sup>309</sup> השועל משתמש בעצימת העיניים כאסטרטגיה, כדי להתגונן מפני אחריות פלילית. לעומתו, היען מתנהג בטיפשות. כשהוא חושד שמתקיימות נסיבות מסוימות, הוא בורח מהמציאות, טומן ראשו בחול ואינו מברר. בעניין סרפו ביקש הסניגור לעשות את ההבחנה בין שועל לבין יען, וטען שהלקוח שלו נהג כיען ולא כשועל. בית המשפט דחה את ההבחנה.<sup>310</sup> במשפט הישראלי די בחשד ובהימנעות מביורר, ואין זה משנה אם ההימנעות הייתה בתחכום כשועל או בטיפשות כיען.

משמעות סעיף 20(ג)(1) היא הנמכת הרף של המחשבה הפלילית. סעיף 20(א) קובע את הכלל שלפיו נדרשת מודעות לנסיבות ומודעות להתנהגות. לגבי התוצאה – בהיותה עתידית – די בפחות מזה; די בצפייה שלה (= מודעות לאפשרות התרחשותה). אך מיד לאחר מכן מופיע סעיף 20(ג)(1) המאפשר להסתפק בחשד, כלומר במודעות לאפשרות. מכאן שלגבי כל רכיבי היסוד העובדתי – לא רק התוצאה, אלא גם הנסיבות וההתנהגות – די בעצם בפחות ממודעות. לא נדרשת מודעות להתקיימות כל רכיב, אלא די במודעות לאפשרות התקיימותו – שזהו החשד.

- 305 ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.12.2015).
- 306 כך נקבע למשל בע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289 (2000).
- 307 ע"פ 11699/05 סרפו נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 489 (2008). למעשה הדבר נקבע כבר בפסק הדין אזולאי, לעיל ה"ש 304, בעקבות ספרו של פלר, כרך א, לעיל ה"ש 6. הצעת החוק לא הבשילה לכדי חוק.
- 308 יצחק קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות" פלילים ה 168 (1996).
- 309 קרן שפירא אטינגר "עצימת עיניים – סיפור על שועלים ועל יענים" ספר מנשה שאוה 625 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).
- 310 עניין סרפו, לעיל ה"ש 307.

פרק יב: עיוורון מכוון או עצימת עיניים?

הנמכה כזו של רף המחשבה הפלילית איננה מובנת מאליה ואיננה מקובלת בשיטות משפט אחרות. מבחינה היסטורית, הדוקטרינה של עצימת עיניים הומצאה לפני כמאה שנים כמענה למקרים של מניפולציה מתוכננת – כנגד שועלים ולא כנגד יענים. למשל, כדי לחמוק מהעבירה של הימורים אסורים, בעל המקום דאג לכך שלא ידע מה בדיוק עושים השוכרים בנכס שהוא משכיר. לכן באנגלית המונח הוא "עיוורון מכוון", willful blindness. בעבר דרשו שעוצמת החשד תהיה גבוהה מאוד. אך בחוק הישראלי לא נדרש שהעיוורון היה מכוון, לא נדרש שההימנעות מבירור הייתה מתוכננת ולא נדרשת הסתברות גבוהה, וכן לא בודקים את סבירות הסיכון שהנסיבה מתקיימת. כדי שלא להרחיב את האחריות הפלילית יותר מדי, אני מציע לפרש את מלות החוק "אם נמנע מלבררם" כך: נמנע במכוון. אך לא כך פירשו השופטים, ולכן סף הכניסה למחשבה הפלילית במשפט הישראלי נמוך בהשוואה לשיטות משפט אחרות: די בחשד כלשהו.

## ב. החריג שעליו לא חל התחליף "עצימת עיניים" – העבירה "אי-מניעת פשע"

סעיף 262 לחוק העונשין קובע כך: "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים". זוהי עבירה שמגבילה את חירות האדם באופן משמעותי. בכל פעם שבמקרה נודע לאדם שאדם אחר כלשהו (ללא כל דרישה של קשר ביניהם) זומם פשע, מיד עליו לפעול למניעת המעשה. מדובר בעבירת התנהגות מסוג מחדל, לא נדרשת תוצאה, ולא נדרש שהזומם יבצע (ייתכן שהזומם יזוכה והיודע יורשע בכל זאת!). כפי שראינו בפרק העוסק במחדל, קיימים שיקולים כבדי משקל נגד עבירה של אי-מניעת פשע ולפיכך בשיטות משפט רבות כלל אינה קיימת. הנה כי כן, החובה למנוע פשע היא חובה בעייתית היוצרת עבירה בעייתית. מאוד לא רצוי להרחיבה עוד יותר, תוך הסתפקות בחשד וב"עצימת עיניים". רצוי מאוד לדרוש דווקא מודעות לנסיבה (לכך ש"פלוני זומם לעשות מעשה פשע").<sup>311</sup> ברוב העבירות מדובר באיסור על מעשה. אדם שחושד בקיום נסיבה ולא רוצה להשקיע את המשאבים הנדרשים לצורך הבירור – יכול שלא לעשות את המעשה; לוותר על ההתנהגות. לעומת זאת, הסתפקות בעצימת עיניים בעבירות של מחדל פירושה שלא מותרים לחודל ברירה אלא לברר את החשד. אחרת הוא מיד עובר עבירה. הוא בעצם מחויב לברר האם המצב העובדתי הוא כזה שמחייב אותו לפעול. בכך הופכים את האזרח לשוטר. לפחות כשהחובה לפעול היא כללית (ולא מבוססת על זיקה מיוחדת של המבצע למקרה) נראה שאין הצדקה לנטל לברר את הסיטואציה. על אחת כמה וכמה כשמדובר במחדל המבוסס על ידיעה על מזימותיו של אדם אחר. אין לחברה אינטרס לדרכן את האנשים לבלוש האחד אחר השני.<sup>312</sup> השאלה אם להחיל את סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין גם על העבירה הרחבה והבעייתית "אי-מניעת פשע" התעוררה בפרשת מרגלית הר-שפי, שהיא שמה בכך שלא נקטה אמצעים כדי למנוע מיגאל עמיר לרצוח את ראש הממשלה יצחק רבין זכרו לברכה. דרך אפשרית להימנעות מההרחבה שבהסתפקות

311 מכיוון שמדובר בידיעה על מחשבה של אדם אחר, אולי ממילא ייתכן רק חשד, ואז הוויכוח הוא בעצם על עוצמת החשד הנדרש.

312 לדיון נרחב בשיקולים אלה ובאחרים ראו גור-אריה "חובה פלילית למנוע פשע", לעיל ה"ש 241.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

בחדש היא להתבסס על כך שבהגדרת העבירה נדרש במפורש "שידע".<sup>313</sup> אך הדעה המקובלת בפסיקה היא שהשימוש במלה "ידע" בהגדרת העבירה איננו מונע הסתפקות בעצימת עיניים, לאור סעיף 90א(3) לחוק: " 'ביודעין' או מונח בעל משמעות דומה – יתפרש המונח כמחשבה פלילית כאמור בסעיף 20(א)". שהרי על המחשבה הפלילית חל סעיף 20(ג)(1) הקובע את התחליף של עצימת עיניים. מנגד – הערה יפה שהעיר אחד מתלמידי היא שסעיף 90א(3) מפנה רק לסעיף 20(א) ולא לסעיף 20 כולו!<sup>314</sup> אוסיף – באותו כיוון – הערה היסטורית: בעבר האנגלים דרשו "ביודעין" רק בעבירות נבחרות, כשעדיין לא הייתה דרישה כללית של מודעות. אם אפילו בתקופה שבה לא הקפידו לדרוש מודעות סברו שעבירות אלה מחייבות דרישה כזו, זו סיבה נוספת להקפיד על דרישת המודעות בעבירות נבחרות אלה ולא להסתפק לגביהן בחדש.

בערכאה הראשונה, בבית משפט השלום, סברה השופטת כי גם כאשר לעבירה "אי-מניעת פשע" ניתן להסתפק בתחליף "עצימת עיניים" ולפיכך הרשיעה את הנאשמת. לעומת זאת, בית המשפט המחוזי קבע נכונה שבעבירה זו אין להסתפק בעצימת עיניים. אך הדרך הפרשנית לתוצאה רצויה זו הייתה מוזרה ביותר. במקום לפרש את הביטוי "מי שידע" כיסוד נפשי (כמובן) ואת הביטוי "פלוגי" זומם לעשות מעשה פשע" כנסיבה ביסוד העובדתי; קבע בית המשפט המחוזי כי כל שמונה המלים "מי שידע כי פלוגי זומם לעשות מעשה פשע" מתארות יחד נסיבה. זאת חרף המלה "ידע", שהיא בעליל תיאור של יסוד נפשי של המבצע ולא של נסיבה. מה השיגו השופטים בפרשנות מוזרה זו? את המסקנה שאם זו נסיבה – היא צריכה להתקיים במציאות, כולל הדרישה "מי שידע", ולפיכך אין להסתפק בחדש ובעצימת עיניים.

אלא שפרשנות מקורית זו מובילה למסקנה המגוחכת, שביסוד הנפשי של העבירה נדרשת מודעות של המבצע לכך שהוא עצמו יודע שפלוגי זומם. כלומר: נדרש שהמבצע יודע שהוא יודע. מחר יבוא שופט שיקבע שנדרש שהמבצע יודע שהוא יודע שהוא יודע; ומחרתיים יגיע שופט שיגדיל לעשות ויקבע שנדרש שהמבצע יודע שהוא יודע שהוא יודע שהוא יודע. אין משמעות להכפלות אלה של המודעות, והן רק מעידות על כך שהביטוי בהגדרת העבירה "מי שידע" היה ונתר דרישה של מודעות ורק הביטוי "פלוגי זומם מעשה פשע" הוא הנסיבה. פרשנותו של בית המשפט המחוזי דינה להידחות – כפי שנעשה בבית המשפט העליון.

בערעור השני, לבית המשפט העליון, התבסס בית המשפט על מאמרה המשכנע של פרופ' מרים גור-אריה כדי לקבוע נכונה שאין להסתפק בעצימת עיניים כאשר לעבירה המיוחדת "אי-מניעת פשע", אלא נדרשת מודעות.<sup>315</sup> בכל זאת הנאשמת הורשעה, משום שבית המשפט קבע שידעה כי יגאל עמיר זמם לרצוח את ראש הממשלה רבין – קביעה שחשודה כחכמה שלאחר מעשה. גם ההנמקה להלכת הר-שפי מוטעית: השופט חשין כתב שמדובר בנורמה רגילה (סעיף 20(ג)(1) הקובע את הכלל "עצימת עיניים") מול נורמה מיוחדת (סעיף 262 המגדיר את העבירה "אי-מניעת פשע") והמיוחדת גוברת.

313 בדומה, בע"פ 5529/12 אוהב ציון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2014), השופט ניל הנדל, בדעת מיעוט, חשב שלא נכון להחיל את התחליף "עצימת עיניים" על העבירה המוגדרת בסעיף 411 לחוק העונשין – "קבלת נכסים שהושגו בפשע" – תוך שימוש במלה "ידע". לדעתי, זוהי הפרשנות הראויה של החוק.

314 התלמיד למד אצלי בקורס החובה "דיני עונשין" בשנת הלימודים התשע"א. לצערי שמו נשמט מרישומי.  
315 ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001); גור-אריה "חובה פלילית למנוע פשע", לעיל ה"ש 241.

פרק יב: עיוורון מכוון או עצימת עיניים?

ההנמקה הייתה נכונה אילו נאמר בסעיף 262 שסעיף 20(ג)(1) אינו חל על עבירה זו. אך אין קביעה כזו בחוק.

מוצעת בזה הנמקה נכונה לקביעה שאין די בעצימת עיניים לשם התגבשות העבירה אי-מניעת פשע: צמצום היקף האיסור בהתאם למטרת החקיקה – כלל הפרשנות השלישי של המשפט הפלילי. הגנה ראויה (ולא מופרזת) על ערך מוגן ראוי. המטרה של סעיף 262 לא מצריכה איסור כל כך רחב ולכן ניתן וצריך לצמצם אותו, כדי לשמור על חירות האדם ועל יחסים תקינים בין הפרטים בחברה. הנמקה אפשרית נוספת היא שאין להחיל את כלל עצימת העיניים על העבירות הישנות (לפני תיקון 39) הבודדות שבהן בחר המחוקק לקבוע במפורש את הדרישה שהמבצע "ידע". לבסוף, מעבר להנמקתה המוטעית, הלכת הר-שפי – שלפיה אין להרחיב את היקף העבירה "אי-מניעת פשע" באמצעות כלל "עצימת העיניים" – היא רצויה בעיניי.



## פרק יג

# הרשלנות – פלילים או נזיקין?

## א. הרשלנות

הסתפקות המחוקק ברשלנות היא חריג במשפט הפלילי: הכלל (הקבוע בסעיף 19 לחוק העונשין) הוא שנדרשת מחשבה פלילית (המוגדרת בסעיף 20):

”19. דרישת מחשבה פלילית

אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –

(1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או

(2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה.”

במרבית ההגדרות של העבירות הפליליות כלל לא מצוין היסוד הנפשי הנדרש (“עבירות שותקות”) ונדרשת בהן מחשבה פלילית (מודעות) מכוח סעיף 19.

ניתן לתאר את הרשלנות כך:

רשלנות = אין מודעות (בפועל) + יש מודעות-בכוח (מודעות פוטנציאלית)

המבצע אינו מודע (בפועל) לרכיב מסוים ביסוד העובדתי, אך מתקיימת מודעות-בכוח – קיימת יכולת סבירה להיות מודע – ודי בכך.

הביטוי “מודעות-בכוח” עלול להטעות, כביכול מדובר בסוג של מודעות. אלא שהמודעות-בכוח איננה מודעות וחלק מהגדרתה הוא דווקא היעדר מודעות. בשל ה”המצאה” המשפטית של הביטוי “מודעות-בכוח” נוהגים לעיתים להצמיד לביטוי “מודעות” את המלה המיותרת (שהרי מודעות היא תמיד מודעות) “בפועל”.

בעת הדיון במחשבה הפלילית, דימיתיה לקומה המוצקה השנייה של בית אבן, כשהקומה המוצקה הראשונה היא היסוד העובדתי. על הקומה המוצקה השנייה ניתן – בעבירות תוצאה – להוסיף קומה מוצקה שלישית של כוונה או אדישות או קלות דעת; וניתן בעבירות התנהגות לדרוש גם מטרה (שאותה ניתן לדמות למרפסת – כי אין יסוד עובדתי מתחתיה, שהרי לא נדרשת התרחשותו של היעד שאליו מכוונת מטרת המבצע). למה נדמה את הרשלנות? אני מציע לדמותה לפרגולה (או לאוהל או לסוכה או לצריף רעוע) על גג הקומה הראשונה – של היסוד העובדתי. הדימוי הזה ממחיש שתי תובנות חשובות: האחת – זהו יסוד נפשי חלש; האשמה נמוכה (כשם שהפרגולה העשויה עץ חלשה מקומת האבן); והשנייה – לא ניתן לבנות על גבי פרגולת העץ קומת אבן נוספת, שלישית (של יחס חפצי כלפי התוצאה: כוונה או אדישות או קלות דעת). לא תיתכן, למשל, כוונה כשאינן מודעות: הרשלן, שאיננו צופה את התוצאה, כלל לא יכול לרצות בה. ואם הוא רוצה בתוצאה – משמע שצפה

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

אותה. לא ניתן להגיע לקומה השלישית אלא אם בנויה קומה שנייה מוצקה – קומת המודעות  
("מחשבה פלילית").<sup>316</sup>

הרשלנות מוגדרת בסעיף 21(א) לחוק העונשין:

"רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות  
המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין,  
להיות מודע לאותו פרט, ובלבד –

- (1) שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור;
- (2) שבעבירה שעם פרטיה נמנית תוצאה שנגרמה על ידי המעשה או סכנה העלולה  
להיגרם בשלו – העושה נטל סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה או לגרימת  
הסכנה כאמור."

אשר לס"ק (2) – הדרישה לסיכון בלתי סביר איננה מיוחדת רק לעבירות הרשלנות והיא נדרשת גם  
בעבירות המחשבה הפלילית: נטילת סיכון סביר לעולם איננה פלילית. לכן אדון בדרישה זו בפרק  
הנפרד הבא.

אשר לס"ק (1) – אם לגבי חלק מרכיבי היסוד העובדתי יש למבצע מודעות (כפועל) ולגבי חלקם  
מתקיימת מודעות-בכוח (מודעות פוטנציאלית; יכולת סבירה להיות מודע) הדבר לא יספיק להתגבשות  
המחשבה הפלילית, אך כמובן יספיק לעבירת רשלנות. המודעות-בכוח היא דרישת מינימום ולא  
דרישת מקסימום.<sup>317</sup>

המבחן לרשלנות בדין הישראלי – שבו אדון בהמשך – הוא מבחן אובייקטיבי: האם אדם מן  
היישוב (בעבר, בפסיקה – "האדם הסביר") יכול היה להיות מודע (אילו נזהר); ולא מבחן סובייקטיבי  
הבוחן את יכולתו של הנאשם המסוים. במצב שבו גם האדם הסביר לא יכול היה להיות מודע, אין  
אפילו רשלנות – זוהי שגגה ואין אחריות פלילית:

מודעות

רשלנות – ממוקמת בין המודעות לבין השגגה (במישור ההכרתי, השכלי, הקוגניטיבי)  
שגגה

אשר לעיתוי – גם ברשלנות, כמו במחשבה הפלילית, היסוד הנפשי נבדק (וצריך להתקיים) בזמן  
ההתנהגות ולא בנקודת זמן אחרת.

המצב הרגיל לגבי עבירת רשלנות הוא שדי ביחס רשלני (מודעות-בכוח – יכולת סבירה להיות  
מודע) לגבי כל אחד ואחד מרכיבי העבירה. למשל, בעבירה "גרימת מוות ברשלנות" הקבועה בסעיף  
304 לחוק העונשין: "הגורם ברשלנות למותו של אדם, דינו – מאסר שלוש שנים", די במודעות-בכוח

<sup>316</sup> להשלמת התמונה מענף הבנייה: גם קומה שלישית של אדישות או קלות דעת לא תיתכן על גבי קומת העץ  
של הרשלנות. כדי להיות אדיש או קל דעת כלפי התוצאה, הכרחי לצפות אותה וברשלנות לא מתקיימת  
צפיית התוצאה. לבסוף, האם ניתן לבנות מרפסת אבן על פרגולה? לא; ולכן גם מטרה (רצון של המבצע  
להשיג יעד) לא תיתכן כשמדובר ברשלנות.

<sup>317</sup> אילו דרשנו לצורך התגבשות עבירת רשלנות דווקא מודעות-בכוח לגבי כל אחד ואחד מרכיבי היסוד  
העובדתי, הייתה נוצרת אנומליה: דווקא מי שהיה מודע לחלק מהרכיבים היה מזוכה מעבירת הרשלנות.



להתנהגות + מודעות-בכוח לנסיבה ("אדם") + צפייה-בכוח של התוצאה הקטלנית (= מודעות-בכוח לאפשרות התרחשותה).

עם זאת, המחוקק יכול לקבוע גם עבירה שהיא בת כלאיים: לדרוש לגבי חלק מרכיבי היסוד העובדתי מודעות (מחשבה פלילית) ורק לגבי חלקם להסתפק במודעות-בכוח (רשלנות). דוגמה לעבירה חריגה כזו היא העבירה "מגע עם סוכן חוץ" הקבועה בסעיף 114 לחוק העונשין. בס"ק (א) מופיעה הגדרה של עבירת מחשבה פלילית, הדורשת מודעות באופן מפורש: "מי שקיים ביודעין מגע עם סוכן חוץ ואין לו הסבר סביר לכך, דינו – מאסר חמש עשרה שנים". אלא שבס"ק (ג) הוסיף המחוקק: "בסעיף זה, 'סוכן חוץ' – לרבות מי שיש יסוד סביר לחשוד בו כי עסק, או נשלח לעסק, מטעם מדינת חוץ או ארגון מחבלים או למענם, באיסוף ידיעות סודיות או במעשים אחרים העשויים לפגוע בבטחון מדינת ישראל וכן מי שיש יסוד סביר לחשוד בו שהוא חבר בארגון מחבלים או קשור בו או פועל בשליחותו". כלומר: באשר לנסיבה "סוכן חוץ" לא נדרשת מודעות (בפועל) של המבצעת, אלא די ברשלנות (מודעות-בכוח) (במאמר מוטגר – מקובל לפרש את הביטוי "יסוד סביר לחשוד" כהסתפקות ברשלנות, נוכח המלה "סביר").

לפי גישתו של פרופ' George Fletcher הרשלנות אפשרית רק כלפי תוצאה. היא קשורה באפשרות של תאונה. לדעתו, לא תיתכן רשלנות באשר להתנהגות או באשר לנסיבה.<sup>318</sup> אכן, בדרך כלל כרוכה הרשלנות בעבירות תוצאה, אך לא בהכרח. תיתכן גם רשלנות בעבירת התנהגות. לדוגמה, תיתכן נהיגה במהירות מעל המותרת ברשלנות, כשהנהג אינו משגיח בכך שמהירות נסיעתו היא מעל זו המותרת – זוהי רשלנות ביחס לנסיבה. דוגמה נוספת – אדם מדבר עם תנועות ידיים מודגשות ובטעות נוגע באדם אחר ללא הסכמתו (המבצע מודע להימצאות האדם האחר במקום ולכך שאינו מסכים שיגעו בו, אך בזמן ההתנהגות אינו מודע לכך שהוא מושיט את ידו רחוק מדי ונוגע בו) – זוהי רשלנות ביחס להתנהגות. אומנם אין עברה של תקיפה ברשלנות, וטוב שכך, אך מודגמת האפשרות של רשלנות שאיננה קשורה לתוצאה כלשהי.<sup>319</sup>

## ב. הענישה בעבירות רשלנות

קיימות שתי הוראות כלליות בחוק העוסקות בענישה בעבירות רשלנות: האחת – בצמוד להגדרת הרשלנות – סעיף 21(ב) – "רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע". סעיף 24(1) מגדיר "פשע" כ"עבירה שנקבע לה עונש חמור ממאסר לתקופה של שלוש שנים". אל מי פונה ס' 21(ב)? מדובר בהמלצה למחוקק העתידי. ההיגיון: דרגת האשמה בעבירת רשלנות היא נמוכה בהשוואה לעבירה של מחשבה פלילית. לדעתי, גם עונש של שלוש שנות מאסר הוא חמור מדי כשמדובר ברשלנות. ספק גדול אם יש טעם במאסר כלשהו – אפילו קצר – כעונש על רשלנות,

318 GEORGE FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 113, 117 (1998). לאחרונה זכינו לתרגום לעברית של ספר חשוב זה: ג'ורג' פ' פלטר מושיגי יסוד במשפט הפלילי (מוחמד ס' ותד מתרגם, אפרים הייליקסר ומרדכי קרמניצר עורכים, 2018). ראו הדיון ב"תאונות ורשלנות", שם בעמ' 203.

319 דוגמאות ריאליות יותר: אילו ויתר המחוקק על האחריות הקפידה (לשעבר האחריות המוחלטת) ודרש באיסורים מסוג זה (רבים מהם בתחום התעבורה) רשלנות, היה לנו שפע של דוגמאות לאפשרות של רשלנות בעבירות התנהגות – לרבות הנהיגה במהירות מעל המותר, שנדונה למעלה. באחריות הקפידה אדון להלן בפרק יז.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

למעט אולי במקרה של גרימת מוות ברשלנות. ראוי לנסות בבית המשפט תקיפה חוקתית של מאסר כעונש על רשלנות כפגיעה בלתי מידתית בחירות.<sup>320</sup> ההוראה הכללית השנייה קבועה בסעיף 90ב – "עונש על עבירת רשלנות" –

"בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של חוק העונשין תיקון מס' 39, ושבו היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה הוא רשלנות, ולאותה עבירה נקבע עונש מאסר העולה על שלוש שנים – יהיה העונש בשל אותה עבירה, מאסר שלוש שנים".

אל מי פונה סעיף זה? זוהי הנחייה מחייבת של המחוקק לשופטים, שנועדה לגשר על פער אפשרי בין החלק הכללי החדש (משנת 1994) של החוק לבין עבירות ספציפיות עתיקות יומין. לדוגמה – סעיף 343 – "הסעה בכלי תחבורה מסוכן":

"מי שביודעין או מתוך התרשלות מסיע אדם או גורם להסעתו בכלי תחבורה כשיש חשש לבטיחותו של הנוסע מחמת המצב או המטען של כלי התחבורה, דינו – מאסר שלוש שנים, ואם היה כלי התחבורה מטוס, דינו – מאסר חמש שנים".

אם השופטת הרשיעה אדם בעבירה זו על בסיס רשלנות ("מתוך התרשלות"), גם אם מדובר במטוס, מורה לה המחוקק להגביל את העונש לשלוש שנות מאסר. העבירה האחרונה מאפשרת גם הדגמה של סעיף 90א(5) – "...ה'תרשלות' – יתפרש המונח כרשלנות כאמור בסעיף 21". הסעיף נועד ליצור התאמה בין ניסוחים עתיקים שבעבירות הספציפיות לבין המושגיות שנקבעה בחלק הכללי החדש של החוק.<sup>321</sup>

## ג. היש הצדקה לאחריות פלילית על בסיס רשלנות?

ספק אם יש לרשלנות מקום בתחום הפלילי – גם משיקולים של תועלת והרתעה וגם משיקולים של גמול ואשמה:

**תועלת והרתעה** – ספק אם אחריות פלילית על רשלנות תורמת להרתעה. הרתעה מניחה תחשיב רציונלי של התועלת מהמעשה האסור מול העונש הצפוי. הרשלן אינו מודע לכך שהוא עומד לבצע עבירה, ולכן לא ניתן להרתיעו. תשובה אפשרית (לאו דווקא משכנעת) היא שההרתעה פועלת כאן אחרת: ענישת הרשלן גורמת לאנשים לחשוב מה הם עושים ולהיזהר יותר מפני סכנות הכרוכות בהתנהגותם. אך האם אנו רוצים שכולם יהיו כל הזמן מודאגים?

**גמול ואשמה** – הטענה המרכזית נגד אחריות על בסיס רשלנות היא שלרשלן אין אשמה מוסרית. הבדלי האשמה משמעותיים: כשמדובר במחשבה פלילית – למבצע יש נכונות לפגוע בקורבן ובערך המוגן; כוונה – המבצע רוצה לפגוע בקורבן; אדישות – למבצע לא אכפת לפגוע בקורבן; קלות דעת – האינטרסים האישיים של המבצע גוברים בעיניו על הערך המוגן ולכן הוא מחליט לקחת את הסיכון –

320 אך התוצאה הצפויה היא לצערי כישלון. בית המשפט העליון טרם פסל הוראת חוק כלשהי של דיני העונשין כבלתי חוקתית.

321 אך בפסיקה השתמשו לעתים במונח "התרשלות" כיסוד עובדתי-נורמטיבי – התנהגות המהווה סטייה מסטנדרט התנהגות סביר.

הבלתי סביר, מהמר ומסכן את הזולת. ברשלנות, לעומת זאת, האדם לא בחר לפגוע בערך המוגן ואין לו נכונות לפגוע בו. הוא כלל לא מודע לכך שהוא פוגע בו. ואם יאמרו: אשמתו בכך שלא חשב; ניתן להשיב: אך לא בחר שלא לחשוב. ניתן לדמות זאת להטלת אחריות על עיוור על כך שלא ראה את מראה הסכנה; או על חירש על כך שלא שמע את רחש הסכנה; או על תתן על כך שלא הריח את ניחוח הסכנה.

לכן, לא פשוט להצדיק את הכנסת הרשלנות (במיוחד האובייקטיבית, המתייחסת ל"אדם מן היישוב") לתחום הפלילי. בענישת הרשלן יש הקרבה של עקרון הגמול והאשמה משיקולים מעשיים. ניתן היה להכריע הכרעה ערכית שלאדם יש חירות להיות רשלן, ושדי בכך שישלם פיצויי נזיקין. ואם בכלל להטיל אחריות על רשלנות – רק באשר לחיי אדם ואולי גם באשר לשלמות הגוף.

לפי גישה אחרת – לא בהכרח משכנעת – דווקא יש כאן אשמה, אבל אחרת. לדעת המלומד אנתוני דאף,<sup>322</sup> האופי המוסרי של הרשלן פגום ולכן הוא לא צופה את הסכנה. הפגם באופיו – הוא מזלזל בערכים המוגנים. אך גם אז ברור שזו אשמה נמוכה יותר בהשוואה למי שבוחר במודע לפגוע בערך המוגן או שיש לו נכונות לפגוע. כמו כן עולה השאלה מה עם כל הרשלנים שאופיים אינו פגום, אלא הם לא צופים את התוצאה כי רמתם השכלית נמוכה או כי ניסיון החיים שלהם מוגבל או כי הם "מעופפים"? גם מי שחושב שיש מקום לאחריות פלילית על בסיס רשלנות, מסכים שזו אשמה קטנה מאוד בהשוואה למחשבה הפלילית, שהאנטי חברתיות קטנה יותר, ושעבירות הרשלנות צריכות להיות החריג ושעונשן חייב להיות מוגבל.

שיקול שלישי – הפגיעה בחירות ובאוטונומיה של הפרט. עבירות הרשלנות פוגעות יותר בחירות ובאוטונומיה ומכבידות. הן מחייבות לחשוב ולהיות דרוכים ללא הרף.

ניתן לבחון את שאלת האחריות הפלילית על בסיס רשלנות לאור עקרונות היסוד של דיני העונשין:

1. עקרון האשמה – כפי שראינו, הוא פועל נגד הטלת אחריות פלילית על הרשלנים.
2. עקרון השיוריות של המשפט הפלילי – המשפט הפלילי כאמצעי האחרון – רק כנגד התופעות המסוכנות ביותר, שהן פגיעות בערכים המוגנים במודע (ולא ברשלנות). את הרשלנות ניתן להותיר לדיני הנזיקין, שהם אמצעי פחות דראסטי.
3. עקרון הערך המוגן – הגנה ראויה (ולא מופרזת) על ערכים מוגנים ראויים – רק מפני פגיעה במודע.
4. עקרון הפרופורציה: חומרת העבירה = נזק/סכנה X אשמה.

אם אשמת הרשלן אפסית – גם התוצאה תהיה אפסית ואין הצדקה לאחריות פלילית. אם יש מעט אשמה – אולי כשמכפילים בערך הגדול של חיי אדם נקבל תוצאה לא זניחה, שמצדיקה אחריות פלילית. אולי גם כשמדובר בשלמות הגוף. אך לא באשר לערכים פחות חשובים.

במאמר מוסגר של השלמת התמונה: עקרון ההתנהגות איננו רלוונטי לדיון זה משום שההבדל בין רשלנות לבין מודעות הוא ביסוד הנפשי ולא ביסוד העובדתי. עקרון החוקיות כנראה איננו רלוונטי לדיון זה, משום שניתן להזהיר מראש בחוק במפורש מפני ענישת הרשלנות (אך אולי גם עיקרון זה

Antony Duff, *Legal and Moral Responsibility*, 4 *PHILOSOPHY COMPASS* 978 (2009); ANTHONY 322  
.DUFF, *ANSWERING FOR CRIME: RESPONSIBILITY AND LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW* 71 (2007)  
לסקירת עמדה זו ראו גם JOSHUA DRESSLER, *UNDERSTANDING CRIMINAL LAW* 133 (6<sup>th</sup> ed. 2012).

### ביקורת דיני העונשין הישראליים

רלוונטי, שהרי הרשלן איננו מודע לסיטואציה ולא צופה את הסכנה ולכן בעצם לא מקבל אזהרה הוגנת מפני האחריות הפלילית).

אם אנסה לדרג את מידת האשמה שבצורות השונות של היסוד הנפשי, הדירוג יהיה כזה:

10 – כוונה תחילה  
9 – כוונה  
8 – אדישות  
4 – קלות דעת  
1 – רשלנות סובייקטיבית  
(לדעתי הרשלנות האובייקטיבית לא בהכרח משקפת אשמה כלשהי)  
0 – שגגה

על רקע זה, לא פלא שהכלל הקבוע בסעיף 19 לחוק העונשין הוא שעבירה פלילית דורשת מודעות ומחשבה פלילית; והרשלנות היא חריג – רק אם "נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש".

מהו המבחן הרצוי (בתאוריה של המשפט הפלילי) ומהו המבחן המצוי (בדין הישראלי) לקביעת הרשלנות? האם הוא סובייקטיבי (כמבחן המודעות הנדרשת לצורך "מחשבה פלילית") או אובייקטיבי ("האדם מן היישוב" או "האדם הסביר")? על כך בפרק הבא.

## רשלנות סובייקטיבית או רשלנות אובייקטיבית?

### א. "האדם הסביר"

בעבר, משך כחצי מאה, עד תיקון 39 לחוק העונשין, שלט בפסיקה הישראלית מבחן "האדם הסביר". גם אם הנאשם לא היה מודע להתנהגותו, להתקיימות הנסיבות או לאפשרות התרחשות התוצאה, אך על פי הערכתם של השופטים האדם הסביר באותה סיטואציה יכול היה להיות מודע – קבעו כי מתקיימת רשלנות והטילו אחריות פלילית (אם פרשו את אותה עבירה כעבירת רשלנות).

לאדם הסביר תפקיד של מבחן מהותי ולא רק אינדיקציה ראייתית (להוכחה). לכן, בעוד שבעבירת מחשבה פלילית אם התביעה מתבססת בטיעוניה על האדם הסביר ("כל אדם סביר בסיטואציה כזו היה מודע ומכאן ניתן ללמוד שגם הנאשם היה מודע") הנאשם בהחלט יכול לנסות לסתור את ההנחה שהיה מודע, הרי שבעבירת רשלנות אפילו אם הנאשם יוכיח שלא היה מודע הדבר לא יועיל לו. די אם האדם הסביר יכול היה להיות מודע. ומכיוון שמבחן "האדם הסביר" הוא מבחן אובייקטיבי, גם אם הנאשם יוכיח שהוא עצמו לא רק שלא ידע, אלא אף לא יכול היה להיות מודע (מבחינת הכישורים האישיים וניסיון החיים שלו) – הדבר לא יועיל לו והוא יורשע (!).

המבחן האובייקטיבי של "האדם הסביר" חורג מעקרון האשמה, ועלול לגרום במקרים רבים עוול לנאשם. למעשה, לא מתייחסים לנאשם בכבוד ובהגינות. זאת בסתירה לעקרון האוטונומיה האינדיבידואלית, שלפיו צריך לכבד את האדם ולהתייחס אליו כאל מי שבוחר, ובסתירה לעקרון האשמה.

ישנה אלטרנטיבה טובה יותר – בשיטות משפט אירופאיות מקובל מבחן סובייקטיבי לרשלנות: בודקים האם הנאשם המסוים – בהתאם לכישורים שלו, ליכולת השכלית שלו, לניסיון החיים שלו – יכול היה להיות מודע אילו התאמץ להפעיל את שכלו ואת כישוריו; אילו נזהר. אין ספק שהמבחן הסובייקטיבי צודק יותר.

טוענים (גם בפסיקה) נגד המבחן הסובייקטיבי שהוא קשה להפעלה. על כך מוצעות ארבע תשובות: האחת – גם המבחן האובייקטיבי קשה להפעלה. הוא מצטייר כקל להפעלה בשל האפשרות להפעילו באופן שרירותי – ללא בדיקה רצינית למה מסוגל אדם סביר אמתי. להערכתו, קל יותר להתרשם מהנאשם המסוים ולקבוע בתום משפטו האם הוא עצמו היה מסוגל להיות מודע ולצפות את הסכנה או התוצאה, מאשר לקבוע באופן רציני למה מסוגל אדם סביר וממוצע – משימה שאולי מצריכה סקר רחב יריעה. התשובה השנייה היא שבשיטות משפט אחרות, כגון באירופה, קבוע המבחן הסובייקטיבי ולא ידוע על קשיים מיוחדים בהפעלתו. השלישית – אפילו אם קשה להפעיל את המבחן הסובייקטיבי, כבוד האדם ועקרון האשמה מחייבים לעבור למבחן הסובייקטיבי; והתשובה הרביעית היא שכל יסוד נפשי קשה להוכחה. גם המחשבה הפלילית. בכל זאת איננו רוצים לשוב לימי קדם – כשלא הקפידו לדרוש יסוד נפשי המשקף אשמה לצורך הטלת אחריות פלילית.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

לפי המבחן האובייקטיבי – "האדם הסביר" – מוטלת אחריות אפילו כשהנאשם לא היה מסוגל להיות מודע. די הרי בכך שהאדם הסביר יכול היה להיות מודע. לדעתי, יש להודות שהרשלנות האובייקטיבית כלל אינה יסוד נפשי, אלא יסוד עובדתי או נורמטיבי.<sup>323</sup> כל כך למה? משום שהיסוד הנפשי מוגדר כיחסו של המבצע לאירוע – כלומר לרכיבי היסוד העובדתי. ואילו כשמדובר ברשלנות מסתפקים ביחסו לאירוע של יצור דמיוני – בעבר "האדם הסביר" וכיום "האדם מן היישוב" – ולא מבררים מה הייתה התייחסותו הנפשית של המבצע.

יתרה מזו: הפסיקה אף הרחיקה לכת עם "האדם הסביר", בכך שלא התייחסה לאדם הרגיל והממוצע – שעליו ודאי חושבים כששומעים על מבחן "האדם הסביר" אנשים שטרם קראו את הפסיקה. בפסק הדין המנחה בעניין בש קבע בית המשפט העליון כך:

"ואולם חוק הוא בישראל שחובת הזהירות אשר חייב אדם למלא בטרם יוכל להשתחרר מאחריות פלילית למות אדם אחר כתוצאה ממעשהו או ממחדלו [כבר זה ניסוח מוזר, כביכול ההנחה היא שהאדם אשם: חזקת אשמה במקום חזקת החפות] נמדדת לא לפי מידותיו של הנאשם העומד לפני בית המשפט, כי אם לפי מידותיו של 'האדם הסביר', כלומר לפי קנה-מידה אובייקטיבי [עד כאן אין חידוש; ומכאן לחידוש המרעיש] ובבוא בית המשפט לקבוע קנה-מידה זה, עשוי הוא להקפיד ולהחמיר כדי שלא יקופחו חיי אדם".<sup>324</sup>

אך האומנם בית המשפט מקפיד ומחמיר "כדי שלא יקופחו חיי אדם"? או שמא כדי שבכל פעם שנגרם נזק, מישוהו ייענש? אם ההקפדה וההחמרה אינן אפקטיביות – הרי קשה עד בלתי אפשרי להרתיע את מי שלא מודע לסיטואציה – אזי כנראה שלא נשיג הגנה על חיי אדם, אלא רק ענישה במקרים שבהם נגרם נזק.

ההלכה העדכנית של בית המשפט העליון היא שבמקרים של גרימת מוות ברשלנות בתאונת דרכים יש לגזור מאסר בפועל וזאת גם על אזרחים נורמטיביים, שומרי חוק.<sup>325</sup> האם מאסרים אלה הביאו לירידה כלשהי במספר השנתי של ההרוגים בתאונות הדרכים? נראה שלא. ישנה משמעות גדולה למשפט האחרון שבציטוט שלעיל מפסק דין בש ("להקפיד ולהחמיר כדי שלא יקופחו חיי אדם"): בית המשפט אינו מסתפק בחובת זהירות המבוססת על הסטנדרט של האדם הסביר, הרגיל, הממוצע, מן הישוב (שכבר היא מחמירה עם הפחות מוכשרים והפחות מנוסים) אלא מייחס לאדם הסביר תכונות, ידיעות וכישורים שמעל לממוצע, בניסיון להעלות את רמת הזהירות (בהנחה האופטימית שניתן להעלותה). האדם הסביר כ"סופרמן" או "סופרומן" הצופה כל סכנה. המחיר הוא הרשעה ללא אשמה.

מר בש, למשל, לא היה מסוגל לצפות את האסון של חנק שני הילדים במקרה שנטש בחצר ביתו, שאליו נכנסו תוך כדי משחק וננעלו בתוכו. לפני המקרה שלו הרי לא היה עדיין מקרה בש המפורסם, שממנו ניתן ללמוד על האפשרות הזו. אינדיקציה חזקה לכך שלא היה מסוגל לצפות את האסון היא

323 השוו מרדכי קרמיצר "על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד 71 (1995).

324 ע"פ 196/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' בש, פ"ד יח(4) 568, 572 (1964) (להלן: ע"פ בש). וראו גם ד"ג 15/64 בש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 309 (1965).

325 כדוגמה מהזמן האחרון ראו עניין דרויש, לעיל ה"ש 244.

שהמקרה היה מונח בחצר שבעה שבועות, ובתקופה זו כל השכנים ראו וחדלו – לרבות הורי הילדים שבהמשך נחקרו.

בדרך הזו גורמים עוול לפחות לנאשם הספציפי – שבמשפט שלו נקבעת ההלכה. שהרי ההלכה מוחלת מיד גם עליו, חרף העובדה שבזמן התנהגותו היא טרם נפסקה. בית המשפט בעצם קובע נורמה, שבהבדל מדבר המחוקק, אינה חלה רק בעתיד – לאחר פרסום החוק, אלא גם מידית – על מקרה שכבר התרחש בעבר. גם חקיקת העבירה החדשה "סכנה לילדים" (הקבועה כיום בסעיף 340 לחוק העונשין) לאחר מקרה בש מוכיחה שנדרשת אזהרה. בנוסף, נחקק גם חוק למניעת מפגעים (בטיחות מקררים), התשכ"ה-1965, המזהיר: "לא ייצר אדם מקרר, ולא יעבירונו לאחר, אלא אם נקבע בו מנגנון המאפשר לפתוח דלתו מבפנים" (ס' 2) וכן "לא יפקיר אדם מקרר, ולא יזניחו, אלא לאחר שהוריד דלתו של המקרר" (ס' 3). מר בש לא זכה לאזהרה – ודאי לא לאזהרה הוגנת – לפני התנהגותו וענישתו. בעניין אבנת מצטט בית המשפט את תיאור המגמה בפסיקה המובא בספרם של פרופ' לוי ופרופ' לדרמן<sup>326</sup> ומקבל אותו כתיאור נכון (חרף העובדה שהובא בספרם כביקורת על הפסיקה):

"מידת סבירותו של האדם מן היישוב חדלה מלהימדד על יסוד תכונותיו וקווי אופיו של האדם הממוצע. תחת זאת היא הוכרעה, במקרים רבים, על סמך ידיעותיהם הכלליות של השופטים וניסיון חייהם מחד-גיסא, ועל בסיס דרישות החברה מאדם שקול וזהיר מאידך-גיסא. יתרה על זאת, לעתים הפכו מונחים אלה להיות מכשיר להבעת דעות בנושא דרכי החשיבה ורמות הזהירות הרצויות בחברה, בהתאם להשקפות היושבים בדין, תוך הכרה כי תקני ההתנהגות שנדרשו, ואשר הוגדרו בנסיבות העניין כסבירים, חמורים בדרישותיהם מאלו שעליהם אמון האדם הממוצע".<sup>327</sup>

כלומר: לא עוד אדם סביר, ממוצע ורגיל, אלא "סופרמן" – זהיר שבזהירים, קפדן שבקפדנים. וכל מי שנופל ממנו ברמתו צפוי להיות מורשע בעבירה פלילית (אם איתרע מזלו וגרם נזק). במאמרו המרתק "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הצביע פרופ' יורם שחר על הבעייתיות הרבה שבהטלת אחריות פלילית על בסיס רשלנות אובייקטיבית והקשה: לשם מה להטריח את "האדם הסביר" בכל משפט מחדש להתייצב לדיונים כדי לשאול אותו בסופם: האם אתה היית נזהר וצופה את הסכנה? והרי תשובת "האדם הסביר" היא תמיד חיובית. נניח לאדם הסביר במנוחה – ממילא השופטים תמיד מרשיעים. בלשון המחבר: "תולדותיו של האדם הסביר בישראל לא תרמו לשיפור איכותו של הדין כמכשיר מחנך ומורה דרך... וייתכן כי הגיעה השעה להניח לו לאדם זה לנפשו".<sup>328</sup> בעניין בש הנאשם ביקש להוכיח בעזרת עדויותיהם של שכניו שאדם סביר לא יכול היה לצפות את הסכנה. בית המשפט השיבו בשלילה:

"בקבענו שאדם סביר חייב היה לצפות מראש את אשר המשיב דנא והעדים שבאו להגנתו לא צפו מראש, אין אנו אומרים שהמשיב ועדיו אינם אנשים סבירים: סבירותם שלהם – כבודה במקומה מונח. מידת הצפיות אשר על בית המשפט לקבוע בכגון דא,

326 לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 513.

327 ע"פ 385/89 אבנת נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 1, 7 (1991).

328 יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 107, 78 (1989).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

נקבעת על-פי נסיון החיים והידיעה הכללית שבידי השופט; ולענין שלפנינו... יש ללמוד מנסיון החיים ומידיעה כללית כאמור, שמקרה נטוש שכזה העומד בחצר ביתו, מקור סכנה הוא אשר ילדים מטבע ברייתם נמשכים אליו ואינם יכולים לעמוד כנגדו... ועל כן כל פגיעה ופגיעה תוך כדי משחק או שימוש כאמור, בגדר הצפיות הסבירה הן".<sup>329</sup>

אלא שלפי כללי הלוגיקה, אחת מן השתיים: או ששכניו של מר בש אינם אנשים סבירים; או ש"האדם הסביר" עצמו אינו סביר. קשה להשתחרר מן הרושם שקביעתו של בית המשפט כי חנק הילדים במקרה היה בגדר הצפיות הסבירה איננה אלא חוכמה שלאחר מעשה.

השופט ויתקון כתב באחד מפסקי הדין: "מתיירא אני... שמא יטשטש ההבדל בין מה שניתן – באופן פיזי ואובייקטיבי – לחזות לבין מה שצריך – כמצווה מוסרית וחברתית לשים לב אליו".<sup>330</sup> ויתקון כתב "יטשטש" – בלשון עתיד. חוששני שההבדל בין מה שניתן לצפות לבין מה שהשופטים דורשים לצפות כבר מזמן היטשטש – בלשון עבר.

בשיטות משפט שבהן ההכרעה בעובדות נתונה בידי מושבעים, המצב בעניין זה טוב יותר. להערכת, מושבעים יקבעו טוב יותר מה יכול לצפות אדם סביר רגיל, נורמאלי, בהשוואה לשופטים, שלהם ניסיון חיים מיוחד מאוד, הכולל שמיעה באולם הדיונים על מקרים שונים ומשונים. בנוסף, ראינו שהשופטים בעצם אפילו לא מחפשים את האדם הרגיל, אלא רוצים להכתיב זהירות באמצעות ייחוס תכונות של "סופרמן"/"סופרומן" ל"אדם הסביר". אלא שדווקא דרישה מחמירה מדי, שממילא לא ניתן לעמוד בה, עלולה לגרום להקטנת המוטיבציה לזהירות, שכן האזרחים עלולים להתייאש מראש; או עלולה להיות בעלת אפקט מצנן ולהביא לחשש יתר ולהימנעות מפעולות שהחברה דווקא מעוניינת לאפשר אותן.

השופט חשין כתב כך: "אותו אדם סביר אינו אלא בית-המשפט, הוא-עצמו, ומתוך שיש זהות בין אותו אדם מן היישוב לבין בית-המשפט, יקל עליו על בית-המשפט לדעת מה היה האדם הסביר יכול לצפות מראש, קרא: מה חייב היה לצפות מראש".<sup>331</sup> אולי יקל כך על בית המשפט, אך לא על הציבור ובוודאי שלא על הנאשמים.

### ב. מה נשתנה בתיקון 39? האם נפטרנו מ"האדם הסביר"?

לצערי, התשובה שלילית. ראשית, למבחן הסובייקטיבי ודאי שלא עברנו. החוק מתייחס ל"אדם מן היישוב" (סעיף 21) שגם הוא מבחן אובייקטיבי. שנית, נכזבה התקווה שהנוסחה של "אדם מן היישוב... בנסיבות העניין" תחולל שינוי משמעותי מול "האדם הסביר". הפסיקה ראתה זאת כשינוי לשוני בלבד ודבקה בהלכות הישנות. כדברי השופטת דורנר: "השוני בין 'אדם מן היישוב' לבין המונח המקובל בפסיקה עד אז של 'האדם הסביר', הוא סמאנטי בלבד. כך גם בדברי ההסבר להצעה אין הבדל בין שני מונחים אלה".<sup>332</sup>

329 ע"פ ב, לעיל ה"ש 324, בעמ' 572.

330 ע"א 360/59 היועץ המשפטי לממשלה נ' ברקוביץ, פ"ד יד 206, 213–214 (1960).

331 דנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 385, 393 (2002).

332 ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534 (2002).



פרק יד: רשלנות סובייקטיבית או רשלנות אובייקטיבית?

מהי משמעות המלים "בנסיבות העניין" שבהגדרת הרשלנות בחוק? ("כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט"). יש הקשרים שבהם גם בעבר – כששלט בנו מבחן "האדם הסביר", היה בית המשפט מתייחס לקבוצות מסוימות של אנשים: הנהג הסביר, הרופא הסביר, מבוגר סביר, צעיר סביר וכו'. ככל שמכניסים למודל של האדם הסביר יותר מ"נסיבות העניין", כך יש תקווה שנתקרב יותר לרשלנות האמתית – הסובייקטיבית, ונבחן מה מסוגל היה הנאשם עצמו לצפות. הדבר עשוי לפעול הן להקלה והן להחמרה: הקלה – כשהנאשם המסוים מוגבל או חסר ניסיון. אך תיתכן גם החמרה – אם יש לנאשם כישורים מיוחדים אך הוא לא נזהר ולכן לא צפה את הסכנה. התרשמותי היא שהפסיקה הייתה מוכנה רק להחמיר עם ה"חכמים", המנוסים והמוכשרים, ולא הייתה מוכנה לעשות צדק ולהקל עם ה"טיפשים", הלא מנוסים והלא מוכשרים. סטאז'ר נבחן כמו רופא רגיל, אך מרופא מומחה דרשו יותר. נהג מתחיל נבחן כמו נהג רגיל, מנוסה, אך מנהג מקצועי דרשו יותר מאשר מנהג רגיל. כלומר: העלו את הסטנדרט בהתאם לנתונים האישיים, אך לא היו מוכנים להורידו בהתאם לנתונים האישיים. עד כאן בגנות המבחן האובייקטיבי לרשלנות.

### ג. מודל כללי של ניתוח פורמלי של עבירת רשלנות

הנורמה האוסרת – סעיף X לחוק Y

#### א. היסוד העובדתי

1. ההתנהגות

[+ שליטה בהתנהגות]

[+ אם ההתנהגות היא מסוג מחדל – נדרש גם מקור חובה לפעול]

2. נסיבות

3. תוצאה

4. קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה

(מבחן הסיבה-בלעדיה-אין. לגבי מעשה – השמטתו; לגבי מחדל – המרתו במילוי החובה).

#### ב. היסוד הנפשי

1. מודעות-בכוח להתנהגות: האם אדם מן היישוב יכול היה בנסיבות העניין להיות מודע להתנהגות?

[+ במחדל – נדרשת גם מודעות-בכוח לעובדות היוצרות את החובה לפעול]

2. מודעות-בכוח לנסיבות: האם אדם מן היישוב יכול היה בנסיבות העניין להיות מודע לנסיבות?

3. צפייה-בכוח של התוצאה: האם אדם מן היישוב יכול היה בנסיבות העניין לצפות את התוצאה?

[+ נדרש גם שהסיכון היה בלתי סביר<sup>333</sup>]

333 על כך בפרק הבא.

#### ביקורת דיני העונשין הישראליים

4. צפייה-בכוח של תהליך הגרימה: האם אדם מן היישוב יכול היה בנסיבות העניין לצפות את תהליך הגרימה? [בלשון הפסיקה – "צפיות סבירה"].

הבהרה: הדרישה למודעות-בכוח היא דרישת מינימום. תיתכן מודעות (בפועל) לגבי חלק מהרכיבים. אם באשר לאחד (או יותר) מהרכיבים אין מודעות (בפועל) ואין מודעות-בכוח – זוהי שגגה ואין אחריות פלילית. אם באשר לכל הרכיבים יש מודעות (בפועל) – זוהי מחשבה פלילית ולא רשלנות. מכאן לדרישה של סיכון בלתי סביר. זהו נושא עצמאי ולא סוגיה בתחום הרשלנות, משום שהדרישה לסיכון בלתי סביר קיימת לא רק בעבירות הרשלנות, אלא גם בעבירות של מחשבה פלילית. לכן אדון בה בפרק נפרד.

## פרק טו

### סיכון סביר מול "סבירות" מסוכנת

#### א. הכלל שלפיו נטילת סיכון סביר לעולם איננה פלילית

נטילת סיכון סביר לעולם איננה פלילית; נדרש סיכון בלתי סביר כתנאי להטלת אחריות פלילית (בעבירות התוצאה ובעבירות של יצירת סכנה).

יש מעשים רבים בחיי היומיום שלנו שטומנים בחובם סיכונים שתרחש תוצאה מזיקה. לא תמיד החברה מעוניינת לאסור על נטילת הסיכון. לעיתים יש בפעילות, מלבד הסיכון, גם תועלת משמעותית לחברה. כך, למשל, באשר לנהיגה. אין ספק שנהיגה ברכב מהווה נטילה מודעת של סיכון שמישהו ייפגע או אפילו ייהרג. בממוצע יש בישראל הרוג ביום ועוד כמה וכמה פצועים ביום. בכל זאת, החברה לא מוכנה לוותר על התועלת העצומה שבנהיגה. יתרה מזו: אפילו על נהיגה מהירה אנו לא מוכנים לוותר (בדרך בין עירונית מותרת בדרך כלל מהירות של 90 קמ"ש, לעיתים פחות, ובכבישים מסוימים אפילו 100 ובאחדים 110 ואפילו 120 קמ"ש).

דוגמאות נוספות לפעילויות מסוכנות שמועילות לחברה: ניתוחים (חרף העובדה שבזמן של שביתת רופאים פוחת מספר מקרי המוות בבתי החולים), אימוני הצבא באש חיה, ענפי ספורט מסוימים (אגרוף, מרוצי מכוניות ואופנועים), קרקס, שחייה.

הכלל המשפטי שמבטא תפישה זו הוא: נטילת סיכון סביר לעולם איננה פלילית; נדרש סיכון בלתי סביר כתנאי להטלת אחריות פלילית (בעבירות התוצאה ובעבירות של יצירת סכנה). המחוקק, ובתחומים מסוימים גם בתי המשפט, עורכים שקלול של התועלת מול הנזק לחברה מפעילות מסוימת משך תקופה מסוימת:

הנזק לחברה	התועלת לחברה
1. האובייקט העלול להינזק (חיים/גוף/רכוש)	1. הערך (ניידות/בידור/וכו')
2. הנזק השנתי: הנזק מתאונה אחת X ההסתברות לתאונה X מס' האירועים המסוכנים	2. התועלת השנתית (מהפעילות בכללותה) (למשל, מסה"כ המקרים של נהיגת רכב במהירות מסוימת)
הנזק מתאונה אחת X מס' התאונות הצפוי	

את הנזק השנתי ניתן לחשב בשתי דרכים שונות:

הנזק השנתי = הנזק מתאונה אחת X מס' התאונות הצפוי

הנזק השנתי = הנזק מתאונה אחת X ההסתברות לתאונה באירוע מסוכן X מס' האירועים המסוכנים.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

ככל שהתועלת גדולה יותר, החברה מתירה סיכונים גדולים יותר. מכיוון שהתועלת של התעבורה היבשתית הממונעת עצומה – מקבלים את הסיכון שבנהיגה כסביר. לדעתי אפילו מפריזים: יצור תבוני מכוכב אחר שיגיע ויראה בכביש בין עירוני שתי מכוניות שנוסעות זו מול זו במהירות יחסית של 160 קמ"ש (80 קמ"ש כל אחת) כשביניהן רק קו לבן המצויר על הכביש, ודאי יחשוב שכולנו מטורפים. העובדה שישנם כבישים בין עירוניים ללא גדר הפרדה בין כלי רכב הנוסעים בכיוונים מנוגדים היא עוול של הרשויות כלפי האזרחים, שהרי חייהם של הנהגים והנוסעים מופקרים בידי של כל אחד מהנהגים החולפים ממול – לרבות רשלנים או קלי דעת או רדומים. במקום לקבל "סבירות" מסוכנת שכזו כ"סיכון סביר", צריך היה להשקיע יותר בתשתיות הכבישים ולהקים גדרות הפרדה.

במשך הזמן ההערכה של המאזן על ידי המחוקק עשויה להשתנות. לדוגמה, לפני שנים אחדות התירו לנו מהירות נסיעה של 110 קמ"ש בכבישים מסוימים, שקודם לכן הוגבלה מהירות הנסיעה בהם ל-100 קמ"ש. לאחרונה התירו אפילו 120 קמ"ש בקטעי דרך מסוימים. כשאדם זקוק רפואית לניתוח, והתועלת הצפויה גדולה, מקבלים את הסיכון שבהרדמה כללית ובניתוח. אך אם היה צורך בהרדמה כללית לשם ביצוע "פירסינג" (כגון חירור תנוך האוזן לשם התקנת גגיל נוי) – כפי הנראה לא היינו מקבלים זאת.

במסגרת הדוקטרינה של "סיכון סביר" מתחשבים גם בהנאות הקטנות של החיים, כגון בידור שמספק מרוץ מכוניות. אך כשהתועלת היא רק בידור, מאפשרים רק סיכונים עם הסתברות נמוכה ומנסים להגביל את הנזק האפשרי. בקרקס התועלת היא בידור לציבור ולכן מאפשרים רק סיכונים עם הסתברות נמוכה, ולעיתים גם מגבילים את הנזק האפשרי (דרישת רשת ביטחון מתחת ללוליינים, למשל).

סיכון מופשט (אבסטרקטי) בדרך כלל נחשב סביר; בעוד שסיכון מוחשי (קונקרטי) בדרך כלל נחשב בלתי סביר. אך החיים מורכבים יותר: ניתוח רפואי הוא סיכון מוחשי שבכל זאת נחשב סביר, בשל התועלת הגדולה הצפויה ממנו. לעומת זאת, השארת נשק בארון סגור אך לא נעול, בבית שאין בו ילדים, היא סיכון מופשט שבכל זאת נחשב בלתי סביר, כנראה משום שלא מייחסים חשיבות גדולה לתועלת שבנוחות מחזיקי הנשק.

## ב. הדגמה באמצעות פרשת מזרחי<sup>334</sup>

הנאשם נהג במכוניתו בכביש בין עירוני במהירות סבירה, שאותה אף הנמיך ל-60 קמ"ש כשהבחין בשלושה נערים (הם נראו לנהג בני 12–14) שעמדו עם הגב לכביש ושיחקו בצד שמאל שלו (לא לידו אלא מעבר לכביש). ממול קרבה משאית, בצד של הילדים. ילד בן שש רץ בפתאומיות לכביש ונהרג מפגיעת מכוניתו של מזרחי. השופט זוסמן (במיעוט) חשב שיש לזכותו, על בסיס הכלל של סיכון סביר, שאז טרם נקבע בחוק עצמו:

"אם מצוות החוק היא, שמציאת [הימצאות] ילדים העומדים בשולי הכביש ואינם מגלים כוונה לחצות, מחייבת נהג להאט מהירותו אפילו מתחת לשישים ק"מ לשעה, כי

334 ע"פ 584/76 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 617 (1977).

אז פירושו של דבר, שלא ניתן לקיים – בכביש בין-עירוני – זרם של תנועה שוטפת כראוי".

לעומתו, שופטי הרוב אישרו את ההרשעה – לא מתוך התנגדות עקרונית לדרישה של סיכון בלתי סביר כתנאי להרשעה, אלא משום שיישמו (הפעילו) אותה אחרת. לדעתם, במקרה המסוים של הנהג משה מזרחי, נטילת הסיכון לא הייתה סבירה. לדעתם הנהג היה צריך לצפור ולהאט עד כדי עצירה. דומני שעמדת השופט זוסמן משכנעת יותר: ראשית, הנערים היו בגבם לכביש ולכן לא היה סביר שיכנסו לכביש. שנית, ממול הגיעה משאית רועשת, בצד של הנערים, ולכן לא היה סביר שייכנסו לכביש. שלישי, כפי שכתב השופט זוסמן, לא היה טעם בצפירה, בשל רעש כלי הרכב ובמיוחד המשאית שבקרבת הנערים. כך או אחרת, לא ההכרעה המסוימת באותו מקרה היא החשובה לענייננו, אלא האופן שבו השופטים משקללים את התועלת מול הנזק, במתכונת דומה לטבלה שלעיל.

### ג. הדגמה באמצעות פרשת צור

"אסון גדול קרה ביום 30.9.1975 בנחל דרגות שבמדבר יהודה. קבוצה של 17 צעירים, ועמם שני המערערים, ערכו טיול בנחל זה. הם הגיעו ברכב להיאחזות מצפה שלם לפני שעה 9:00 וירדו ברגל לוואדי ולערוץ שבתחתית הוואדי. שם, בשעה 2.00, במרחק קטן מהיציאה מהערוץ, נסחפו בזרם מי השיטפון, שירדו בו לפתע, ושישה מהם, לדאבון הלב, מצאו את מותם".<sup>335</sup>

כך פתח השופט ויתקון את פסק הדין. שני ה"מדריכים" הועמדו לדין ונטען כנגדם שלא די היה בהאזנה לתחזית מזג האוויר לפני הירידה לנחל (במאמר מוסגר: נראה לי שהשופטים מינו אותם בדיעבד למדריכים, כדי להטיל על מישו אחריות. זוהי דוגמה נוספת לכך שהשופטים מתקשים להותיר מוות ללא אחריות פלילית). בבית משפט השלום התוצאה הייתה זיכוי; בבית המשפט המחוזי – הרשעה; ובבית המשפט העליון – שוב זיכוי.<sup>336</sup> הזיכוי בבית משפט השלום התבסס על כך שלא התקיים היסוד הנפשי: הנאשמים לא צפו את השיטפון וגם אדם סביר לא היה צופה את השיטפון; אין מחשבה פלילית ואין אפילו רשלנות. שופטי המחוזי חשבו שהתקיימה רשלנות והרשיעו. בבית המשפט העליון נתן השופט ויתקון שני נימוקים עצמאיים לזיכוי: הראשון – אימוץ קביעת שופט השלום שגם אדם סביר לא היה צופה את השיטפון; כלומר: אין אפילו רשלנות.

הנימוק השני – המעניין לנושא דיוננו – אפילו אם ניתן היה לצפות את השיטפון, הסיכון שנטלו המערערים היה סביר. מול הסיכון מציב השופט ויתקון את "חשיבות הפעולה. עריכת טיולים לשם הכרת הארץ, אתריה ההיסטוריים ונופיה היפים, ובחלקם הפראיים – כל מחנך יכיר בחשיבות המשימה... סבורני שערך חינוכי ולאומי זה יש לשמור עליו מכל משמר, וחלילה שיעלה מפסיקתנו כי שומר נפשו מוטב לו להימנע מעריכת טיולים כאלה, שיש בהם סיכון כלשהו" (ההדגשה הוספה).

335 ע"פ 364/78 צור נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 626, 627 (1979).

336 במשפט הישראלי מתאפשר ערעור על זיכוי. יש שיטות משפט שלא מאפשרות זאת – למשל המשפט האמריקני. לדעתי, רצוי היה לאמץ כלל כזה. ראו בועז סנג'ור ואיתי ליפשיץ "הרשעה – רק פה אחד" עלי משפט ח 337 (2010).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

כשיבות המשפט האחרון, שאותו הדגשתי: אם בית משפט מטיל אחריות גם כשהסיכון סביר, לא רק שנגרם חוסר צדק לנאשם, אלא השופטים אף מכוונים את הציבור להימנע מפעילות שיש בה תועלת רבה. המשפט הפלילי הרי מכוון התנהגות.<sup>337</sup>

### ד. בעיית חוסר הוודאות

כפי שראינו, במסגרת הכלל שלפיו נטילת סיכון סביר לעולם איננה פלילית, עורכים שקלול ואיזון בין ערכים. מי קובע האם הסיכון סביר? לעיתים המחוקק – בחוק (כגון קביעת מהירות הנהיגה המרבית) ולעיתים השופטים – בפסקי הדין (כגון קביעת מהירות הנהיגה הסבירה לתנאי הדרך המסוימים, למשל בעת ערפל). זוהי קביעה נורמטיבית, בדומה לחוק ובשונה מקביעה עובדתית. לכן, ככלל, לא תועיל לנאשם הטענה שלפי מערכת הערכים שלו עצמו, הסיכון היה סביר. הקושי הוא שאין ודאות משפטית ותיתכן הפתעה: הרי אם בית משפט קובע לראשונה שסיכון מסוים אינו סביר, הקביעה הזו חלה כבר באותו משפט ומביאה להרשעת הנאשם, גם אם הקביעה מאוד מפתיעה אותו.

במקרה של שינוי, שבו בית המשפט מכריז לראשונה על מה שבעבר נחשב כ"סיכון סביר" וקובע הלכה חדשה שלפיה מדובר בסיכון בלתי סביר – רצוי היה שההלכה החדשה תחול רק בעתיד. ממש כשם שאיסור פלילי חדש חל רק בעתיד. אך לא זה המצב וגם הלכה חדשה מרחיבת אחריות שלפיה סיכון מסוים איננו סביר חלה מידית.

בכל זאת מקובל כלל הסיכון הסביר בשיטות משפט רבות – לרבות שיקול הדעת המוקנה לשופטים בהפעלתו. לא מעשי שהמחוקק יצליח לקבוע מראש את כל הסיכונים הבלתי סבירים ולהזהיר מפניהם. מן העבר השני, אנו לא רוצים לאסור על כל הסיכונים באופן גורף. אילו אסרנו כך, אומנם הייתה מושגת ודאות, אך היינו מונעים פעילויות המועילות לחברה ומרשיעים הרשעת יתר – גם כשלא צריך. כלומר: זהו כלל שמצמצם אחריות.

לא תמיד קיימת בעיה של ודאות. יש הרבה דברים מקובלים, שידועים לכולם. למשל: נהיגה לפי חוקי התנועה, בדרך כלל תיחשב לסיכון סביר בעוד שנהיגה בניגוד לחוקי התנועה בדרך כלל תיחשב לסיכון בלתי סביר. וההכללה: יש פעילויות המוכרות כסיכון סביר בתנאי שנוקטים באמצעי הזהירות המקובלים. בדרך כלל יש גם פרקטיקה המקובלת באותו עיסוק, ובית המשפט בדרך כלל מתחשב בה – אם כי לעיתים הוא שואף לשנותה. החריג הוא המוות: כשנגרם מוות הנטייה היא לקבוע שהסיכון שנטל המבצע היה בלתי סביר והשופטים קובעים כך גם כשהדבר נראה כחוכמה שלאחר המעשה.

<sup>337</sup> למרבה הצער, בעת עבודתי על ליטוש פרק זה בספרי, אירע בארצנו אסון דומה נוסף: ביום 26.4.2018 טבעו למוות תשע נערות ונער בשיטפון בנחל צפית שבערבה במהלך טיול במסגרת מכינה קדם-צבאית. לפי הדיווחים בתקשורת, כנראה היה ידוע לכולם על גשמים ושיטפונות ביום הטיול. לכן ייתכן (בלבד!) שהפעם הסיכון שנטלו האחראים על הטיול היה סיכון בלתי סביר. בית המשפט שידון בעניין זה יצטרך להכריע, בין היתר, גם בשאלה נושא דיוננו. אציין כי מעבר למה שפורסם בתקשורת (ושעשוי להיות לא מדויק) פרטי המקרה אינם ידועים לי וכמובן שדבריי לא נועדו להציע הכרעה כלשהי.

## ה. טעויות של הנאשם

תיתכנה טעויות משני סוגים: טעות ערכית מול טעות עובדתית:

**טעות ערכית** – מה סביר ומה בלתי סביר – בדרך-כלל לא תועיל לנאשם, בהיותה בעלת אופי של טעות באשר לחוק הפלילי. ייתכן מאוד שיש להחיל כאן פטור במקרה של טעות בלתי נמנעת באורח סביר – בהתאם לס' 34 לחוק העונשין ("טעות במצב משפטי"). למשל: אם אדם טורח, לומד ומכיר את ההלכה ויודע שמותר לו לקחת סיכון מסוים, כי נפסק לגביו על ידי בית המשפט העליון שהוא "סיכון סביר", והאדם נוטל את הסיכון הזה, ולאחר מכן במשפט שלו עצמו נקבעת ההלכה חדשה שלפיה הסיכון הזה בעצם בלתי סביר. למשל: אדם למד את הלכת מזרחי, אך מפתיעים אותו בהלכה חדשה שלפיה לא די אפילו בהאטה ל-40 קמ"ש ובצפירה, אלא הוא נדרש לעצור ולהמתין עד שהילדים יסיימו לשחק. דוגמה שנייה: אדם למד את הלכת צור, אך מפתיעים אותו בהלכה חדשה שלפיה אסור לטייל בנחל מבלי לצרף לטיול אדם העוסק בחיזוי מזג האוויר. אלה טעויות בלתי נמנעות באורח סביר ולפיכך אין להטיל אחריות פלילית.

**טעות עובדתית** – כזו המוליכה את המבצע למסקנה המוטעית שהסיכון הוא סביר. למשל: הנאשם טועה בהערכת הסתברות התרחשות הנזק. הוא מבצע פעולה שלהערכתו יש 0.01% שתגרום לתוצאה מזיקה (מאית האחוז; מקרה אחד מ-10,000 מקרים) ושיש בה תועלת משמעותית, ובעצם טועה וההסתברות לתוצאה הייתה 1% ולפיכך הסיכון הוא בלתי סביר. דין טעות כזו צריך להיות כדין כל טעות בעובדה. יש לדון את המבצע לפי המציאות שהוא דימה – בהתאם לסעיף 34 לחוק העונשין ("טעות במצב דברים"). אין זה משנה מה היה יודע אדם מן היישוב, אלא אם כן מדובר בעבירת רשלנות. זהו ההסבר לכך שהשופט זוסמן בפסק הדין מזרחי בחן את סבירות הסיכון לא לפי גילו האמתי של הילד שנדרס (6), אלא לפי גיל הנערים שדימה הנאשם (12–14). הטעות הייתה סבירה ולכן רלוונטית גם לעבירת רשלנות ופוטרת מאחריות.

כאמור, הדרישה של סיכון בלתי סביר לשם הרשעה איננה רכיב עובדתי או רכיב נפשי בעבירה, אלא דרישה נורמטיבית – חלק מהדין. לכן ביסוד הנפשי לא נדרשת מודעות של המבצע לכך שמדובר בסיכון בלתי סביר, כשם שלא נדרשת מודעות לקיומו של איסור. אך כן נדרשת מודעות לעובדות שבגללן הסיכון הוא בלתי סביר (למשל – לשיטת השופט זוסמן – נדרשת מודעות לכך שמדובר בילד בן 6 ולא בנער בן 12).<sup>338</sup>

## ו. על אלו עבירות חלה הדרישה של סיכון בלתי סביר

מבחינת היסוד העובדתי, מדובר בעיקר בעבירות תוצאה וכן בעבירות שבהן נדרשת יצירת סכנה.<sup>339</sup> מדובר כמובן במקרים שבהם יש ספק משמעותי אם התוצאה תתרחש. אם התוצאה כמעט ודאית – כבר לא מדובר על סיכון, ואין מה לדבר על סיכון סביר. מבחינת היסוד הנפשי, אין מקום להבחנה כלשהי

<sup>338</sup> בדומה, ראינו שלגבי מחדל לא נדרשת מודעות לסעיף בחוק המטיל חובה לפעול, אך נדרשת מודעות לעובדות היוצרות את החובה לפעול (כדי לייחס למציל אחריות חמורה לעבירת מחשבה פלילית בעקבות טביעת מתרחץ שאותו לא חש להציל, נדרש שהיה מודע לכך שהמתרחץ בסכנה וזקוק לעזרה).

<sup>339</sup> עבירות של גרימה לסכנה ("העמדה בסכנה").

ויש להחיל את הדרישה לסיכון בלתי סביר על כל עבירות התוצאה, בין שמדובר בעבירות מחשבה פלילית ובין שמדובר בעבירות רשלנות.

## 1. הדרישה לסיכון בלתי סביר בעבירות מחשבה פלילית

החוק הקיים מזכיר באופן מפורש את הדרישה לסיכון בלתי סביר רק בהגדרות הרשלנות (סעיף 21) וקלות הדעת. ס' 20(א)(2)(ב) מגדיר "קלות דעת – בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען". ייתכן שהדרישה נקבעה במפורש בהגדרת קלות הדעת כדי להבהיר מהי אשמתו של המבצע: הוא מהמר תוך סיכון הזולת.

בהגדרות הכוונה (ס' 20(א)(1)) והאדישות (ס' 20(א)(2)(א)) אומנם לא נקבעה הדרישה במפורש, אך מקובל שגם בהן היא נדרשת. לא מתקבל על הדעת להטיל אחריות על מי שנטל סיכון סביר – ללא קשר ליסוד הנפשי שלו. שהרי מה הטענה כלפיו אם נטל רק סיכון סביר? לדוגמה: יורש קצר רוח הזמין את המורישי לטיול בנחל דרגות, בתקווה שיטבע בשיטפון פתאומי. אם התרחש המאורע הנדיר והמורישי אכן טבע בהתאם לתקוות היורש המנוול, עדיין אין מקום לאחריות פלילית, משום שהסיכון היה סביר. מדוע המחוקק לא קבע במפורש את הדרישה לסיכון בלתי סביר בהגדרות הכוונה והאדישות? כנראה בשל נדירות המצבים הללו, והגיוחן שבהטלת הנטל על התביעה להוכיח סיכון בלתי סביר גם נוכח כוונה. הרי בדרך כלל מי שמתכוון לגרום לתוצאה לא משתמש באמצעי כה גרוע להשגתה, עד כי הסיכון ממנו הוא סביר.<sup>340</sup>

כשעסקנו בהגדרת המחשבה הפלילית, ראינו שדי בצפייה כלשהי של התוצאה. הדבר עלול היה להביא לשיתוק פעולות האדם שומר החוק: אם כל דבר שיצפה – אפילו כאפשרות בעלת סיכויים נמוכים – היה מחייב אותו להימנע מהפעולה. הפתרון המקובל לקושי הזה ניתן במסגרת הכלל שלפיו נטילת "סיכון סביר" לעולם איננה פלילית, שהרי כאן מתייחסים גם להסתברות התרחשות התוצאה.<sup>341</sup>

## 2. הדרישה לסיכון בלתי סביר בעבירות רשלנות

עבירת רשלנות = יסוד עובדתי + סיכון בלתי סביר + יסוד "נפשי" של רשלנות

[קביעה נורמטיבית] [האם הייתה יכולת סבירה לצפות?]

החוק החדש מאפשר לשופטים להבחין בין שתי שאלות נפרדות: האחת – שאלה נורמטיבית, "שאלה שבדין" – האם הסיכון שנלקח היה סביר? כאן המקום לקבוע סטנדרטים של זהירות (למשל אין להשאיר מקררים בחצר!). השנייה – שאלה עובדתית – האם הייתה יכולת סבירה לצפות? זהו, בעצם, היסוד "הנפשי" של רשלנות. כאן המקום לעשות צדק עם הנאשם (למשל עם מר בש).

340 בדומה, הניסיון הבלתי צליח תוך שימוש מודע באמצעי אבסורדי איננו פלילי חרף מטרת המבצע, משום שהסיכון אפסי.

341 יובהר כי סיכון סביר והסתברות התרחשות התוצאה אומנם קשורים אך שונים. שהרי הסיכון הסביר לא נקבע רק לפי הסתברות התרחשות התוצאה, אלא גם לפי התועלת החברתית שבהתנהגות.



פרק טו : סיכון סביר מול "סבירות" מסוכנת

בעבר הפסיקה לא הבחינה בין פן נורמטיבי לבין בירור אמתי אם הייתה יכולת סבירה לצפות. כל הדיון היה נורמטיבי ובית המשפט החליט לפי שיקול דעתו, תוך שקלול ערכים. כיום יוצר החוק הבחנה בין הפן הנורמטיבי (סיכון בלתי סביר) לבין הפן העובדתי (שטעון הוכחה) – יסוד נפשי – היכולת לצפות את הסכנה, של אדם מן היישוב. ההפרדה חשובה מאוד, משום שהיא מאפשרת לשופטים לקבוע שסיכון מסוים הוא בלתי סביר ובכך להדריך את האזרחים להימנע ממנו ("אל תשאירו מקררים בחצרות בתיכם!") ועם זאת לעשות צדק ולהימנע מלהרשיע את מי שלא יכול היה (אפילו לא לפי המבחן האובייקטיבי של האדם מן היישוב) לצפות את הסכנה (מר בש, לפני שהתפרסם מקרה בש). בעבר, כשבית המשפט רצה להזהיר את הציבור, הוא עשה כן באמצעות הרשעה, וכנראה חשש שאם יזכה המסר יהיה רע. כיום יכול בית המשפט להזהיר את הציבור (מפני סיכון בלתי סביר) ובכל זאת לזכות במקרה מסוים (אם לא הייתה יכולת סבירה לצפות את הסכנה).<sup>342</sup>

342 על ההבחנה שמאפשרת הגדרת הרשלנות בסעיף 21 בין שתי שאלות נפרדות – סבירות הסיכון מול הרשלנות – ראו מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד 9, 28-31 (1995) (להלן: גור-אריה "הצעת חוק העונשין").

## צפיות סבירה של תהליך הגרימה לתוצאה מול "מסכת עובדתית מלוכדת"

האם יש לייחס אחריות לתוצאה מסוימת לאדם שגרם לה? השאלה מתעוררת כאשר לעבירות התוצאה<sup>343</sup> וכמובן אינה רלוונטית לעבירות התנהגות. שאלת הייחוס מתעוררת מכיוון שהמסנת הראשונה של הסיבתיות – הקשר הסיבתי העובדתי – היא גסה מדי. החורים שלה גדולים מאוד והרבה גורמים לתוצאה עוברים דרכם ואינם מסוננים החוצה – גם כאלה שאנו לא רוצים להטיל עליהם אחריות פלילית. כזכור, הקשר הסיבתי נבדק באמצעות מבחן הסיבה-בלעדיה-אין (causa sine qua non), הגורם שאין בלתי): האם אלמלא התנהגות הייתה נגרמת התוצאה? המבחן מופעל על מעשים בדרך של השמטת ההתנהגות ועל מחדלים בדרך של המרת המחדל באפשרות של מילוי החובה לפעול. להלן הדגמה באמצעות מקרה שנדון בפסק דין זר: אדם סבל מכאבים. רופא המשפחה המליץ בפניו על ניתוח. הסובל קיבל את ההמלצה והתאשפו לניתוח. אחות בחדר הניתוח נטלה ממנו דגימת דם ושלחה אותה עם השליח הראשון לבנק הדם כדי שיבדקו מהו סוג הדם וישלחו חזרה מנות דם מתאימות, מאותו סוג. לאחר הבדיקה, הלבורנט בבנק הדם הוציא שקית דם מהמדף הנכון, אך מבלי לבדוק מה כתוב עליה. שליח שני העביר את מנת הדם לאחות האחראית על חדר הניתוח. האחות האחראית מסרה את מנת הדם לרופא המנתח מבלי לבדוק. גם הרופא המנתח לא בדק ונתן למנותח עירוי דם. סוג הדם לא היה מתאים והחולה איבד את חייו. בדיעבד התברר שהמנקה בבנק הדם העבירה תוך כדי הניקיון את מנת הדם למדף הלא נכון. מי מהמעורבים גרם למוות?

בבדיקה של קשר סיבתי (עובדתי) – באמצעות מבחן הסיבה-בלעדיה-אין – נמצא שכולם גרמו למוות: שני הרופאים, שתי האחיות, שני השליחים, הלבורנט, המנקה, ואפילו החולה האומלל עצמו – שגרם למוותו בכך שהסכים לעבור ניתוח, בכך שהתייצב לניתוח ובכך שלא בדק את מנת הדם. ברור שלא על כולם נטיל אחריות פלילית. כבר על פני הדברים ברור שאין לייחס אחריות לרופא המשפחה (שרק המליץ על הניתוח); לאחות הראשונה (שרק נטלה דגימת דם ושלחה אותה לבנק הדם); ולשני השליחים (שאינן זה מתפקידם לבדוק).<sup>344</sup> לכן נדרשת מסנת נוספת, מלבד הקשר הסיבתי, לפני הטלת אחריות פלילית. שאלת האחריות מתעוררת כאשר ללבורנט בבנק הדם, לאחות האחראית על חדר הניתוח ולרופא המנתח. שלושתם היו חייבים לבדוק ולא בדקו ולכן מתקיימת (לפחות) צפייה-בכוח = צפייה פוטנציאלית = יכולת סבירה לצפות = "צפיות סבירה", הן של התוצאה והן של תהליך הגרימה. בפועל – במקרה שארע במציאות – העמידו לדין רק את הלבורנט בבנק הדם.

כאשר לימדתי נושא זה במסגרת הקורס "דיני עונשין" בשנת 2003, סיפרתי לתלמידיי כך: "אתמול דווח בעיתון על מקרה בישראל של השתלת לב וריאות בגופה של נערה כשסוג הדם אינו מתאים.

343 וכן כאשר לעבירות של גרימה לסכנה ("העמדה בסכנה", "תוצאה-בכוח", תוצאה פוטנציאלית).  
 344 חלקם לא זו בלבד שלא צפו את ההשתלשלות, אלא אפילו את התוצאה לא צפו. אומנם ייתכן שלגבי חלקם מתקיימת צפייה-בכוח של התוצאה (שדי בה לעבירת רשלנות), אך לא מתקיימת צפייה-בכוח (יכולת סבירה לצפות) של ההשתלשלות.

התוצאה – פגיעה מוחית קשה". שנה לאחר מכן (2004) סיפרתי לתלמידיי: "למרבה הצער, שוב סמוך לפני השיעור מספקת לנו המציאות דוגמה אכזרית וטראגית: שלשום בבית החולים בילינסון בוצעה השתלת ריאה כשסוג הדם אינו מתאים והתוצאה הייתה מוות של החולה". מאז אני חושש לפני כל שיעור בנושא הזה...<sup>345</sup>

## א. גישות שונות לשאלת הייחוס

### 1. גישתו של פרופ' Hall

לפי גישה זו,<sup>346</sup> אין צורך בכללים מיוחדים: כשם שביסוד העובדתי של העבירה נדרש קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה, הנבדק באמצעות מבחן הגורם-שאינן-בלתו, כך ביסוד הנפשי של העבירה: (א) בעבירת מחשבה פלילית נדרשת צפייה (בפועל) של תהליך הגרימה (שהרי היסוד הנפשי מלווה את כל רכיבי היסוד העובדתי: מודעות להתנהגות, מודעות לנסיבות, צפיית התוצאה וצפיית תהליך הגרימה);

(ב). בעבירת רשלנות נדרשת צפייה בכוח של תהליך הגרימה (= צפייה פוטנציאלית = יכולת סבירה לצפות = "צפיות סבירה" – בהתאם למבחן האדם מן היישוב).

גישה זו איננה מקובלת, חרף העובדה שמבחינה לוגית-אנליטית היא נראית נכונה. זאת, הן משום שכשאנו צופים דברים, אנו לא תמיד חושבים על פרטי הפרטים; והן משום שבעוד שלצפיית התוצאה יש משמעות ערכית, הרי שלצפיית תהליך הגרימה אין משמעות ערכית. אדגים: למבצע כוונה-תחילה להמית את הקורבן, הרוכב על סוסו. הוא יורה לעבר הפרש ומחטיא, אך הסוס נבהל, מתייצב על רגליו האחוריות, מפיל את הפרש, ראשו נחבט באבן ומת. אם נבדוק את רכיבי עבירת הרצח, נמצא שביסוד העובדתי מתקיימים כל הרכיבים (ההתנהגות – הירי, הנסיבה "אדם" כקורבן, התוצאה הקטלנית, והקשר הסיבתי) אלמלא ירה, הסוס לא היה נבהל ומפיל את הפרש והפרש לא היה מת – לפחות לא באותו הזמן ובאותו האופן)). ביסוד הנפשי מתקיימות המודעות להתנהגות, המודעות לנסיבה, וצפיית התוצאה הקטלנית, אך לא מתקיימת צפייה של תהליך הגרימה: המבצע הרי צפה שהקורבן ימות כתוצאה מפגיעת הקליע שירה לעברו ולא צפה שימות כתוצאה מחבטת ראשו באבן שבאה בעקבות נפילתו שהתרחשה בשל בהלת הסוס מרעש הירייה.

בכל זאת רובנו סבורים שצודק לייחס למבצע את עבירת הרצח. לכן אין טעם לדרוש צפייה בפרטי פרטים של תהליך הגרימה לתוצאה. כשמתעניינים באנטי-חברתיות, די בצפיית התוצאה. לתוצאה יש משמעות ערכית מובהקת ולכן יש טעם לדרוש צפייה שלה (אובדן חיי אדם, למשל). לצפיית התוצאה קשר ערכי חזק לערך המוגן: היא מלמדת על נכונות לפגוע בערך המוגן. לתהליך הגרימה בדרך כלל אין משמעות ערכית. לכן בעבירות ההמתה המחוקק לא דורש התנהגות מסוימת כגון ירי או חניקה או סקילה או הרעבה, אלא די בכל מעשה או מחדל שגרם לתוצאה. לכן גישתו של הפרופסור האמריקני

345 מקרים כאלה עדיין מתרחשים, אך לא דווקא בסמיכות לשיעור שלי. ראו למשל כותרת בעיתון מיום 31.1.2012: "הרופאים השתילו לב לא מתאים והחולה מתה כעבור 36 שעות – דו"ח משרד הבריאות: לא המתינו לבדיקת המעבדה" הארץ (31.1.2012).

346 JEROME HALL, GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (1960)

פרק טז: צפיות סבירה של תהליך הגרימה לתוצאה מול "מסכת עובדתית מלוכדת"

Hall איננה מקובלת ומרבית המלומדים, המחוקקים והשופטים סבורים שאין לדרוש צפייה של תהליך הגרימה כתנאי לאחריות פלילית.

ובכל זאת, מסננת אחרת כלשהי מפני פלילות יתר נדרשת גם נדרשת – אחרת נאלץ להטיל אחריות על יותר מדי אנשים שגרמו לתוצאה, כגון בדוגמת מנת הדם הלא מתאים שלעיל – על שני הרופאים, על שתי האחיות, על שני השליחים, על הלבורנט ועל המנקה. מהי המסננת הרצויה? השאלה איננה פשוטה ולכן בעניין זה קיימות כמה וכמה גישות.

## 2. גישת פרופ' פלר

פלר הבחין בין צורות היסוד הנפשי:<sup>347</sup>

(א) רשלנות – נדרשת צפייה בכוח של תהליך הגרימה. הדרישה תואמת את הרשלנות – מודעות בכוח – ממש כמו לפי גישת פרופ' Hall.

(ב) קלות דעת – נדרשת צפייה (בפועל) של תהליך הגרימה. הדרישה תואמת את המחשבה הפלילית – מודעות – ממש כמו לפי גישת פרופ' Hall. בבחינת "כל המוסיף גורע" הזכיר פלר בספרו גם גישה אלטרנטיבית אפשרית, של הסתפקות בצפייה בכוח. אלא שבמיוחד בקלות הדעת חשובה מאוד הצפייה של תהליך הגרימה. זאת משום שתקוותו הסובייקטיבית של קל הדעת שהתוצאה לא תתרחש ואף הסיכויים לכך שלא תתרחש קשורים באופן הדוק לתהליך הגרימה שצופה קל הדעת. לכן חשוב מאוד לדרוש צפייה (בפועל) של תהליך הגרימה ולא להסתפק בצפייה בכוח.

(ג) אדישות – לא נדרשת צפייה ולא נדרשת צפייה בכוח; די ב"מסכת עובדתית מלוכדת".

(ד) כוונה – לא נדרשת צפייה ולא נדרשת צפייה בכוח; די ב"מסכת עובדתית מלוכדת".

הן באשר לכוונה והן באשר לאדישות ויתר פלר כליל על יסוד נפשי כלשהו ביחס לתהליך הגרימה ולא דרש צפייה (בפועל) ואפילו לא צפייה בכוח. הוא הסתפק במה שכונה "מסכת עובדתית מלוכדת". מסכת עובדתית = השתלשלות האירועים. זהו מבחן עובדתי ולא נפשי. מדובר במבחן מעורפל ומחמיר מאוד. ננסה להבינו בעזרת הדוגמאות שנתן פלר בספרו.<sup>348</sup> סיפור המסגרת המשותף לסיפורי המשנה הוא שהמבצע פוצע את הקורבן בכוונה.

מקרה ראשון: אם בעקבות פגיעה מכוונת מתאשפזת הקורבן בבית חולים, פורצת שריפה והיא נספית – לפי פלר זו עדיין "מסכת עובדתית מלוכדת".

מקרה שני: אם הקורבן מגיעה לבית החולים כעבור כמה חודשים להשלמת הטיפול ונספית בשריפה – נראה שלדעת פלר זו לא מסכת מלוכדת.

עד כאן נדמה שהסמיכות בזמן היא הקובעת. אך:

מקרה שלישי: אם הקורבן מגיעה לבית החולים לצורך ניתוח הקשור בפגיעה המקורית, והניתוח לא מצליח והיא מתה – גם אם הדבר מתרחש כעבור זמן רב – לפי פלר זו כן "מסכת עובדתית מלוכדת".

פלר עצמו הודה שהמבחן עמום, עד כדי כך שייתכן שלגבי אותה מסכת עובדתית: אם המבצע פעל ב"כוונה" – יקבע שהמסכת העובדתית מלוכדת; ואם המבצע פעל ב"אדישות" – יקבע שהמסכת

347 פלר, כרך א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 646–655.

348 שם, בעמ' 651.

### ביקורת דיני העונשין הישראליים

העובדתית לא מספיק מלוכדת. (בניסוח שלו, לגבי אדישות מצומצמת יותר המסכת העובדתית (שלגביה יקבע שהיא מלוכדת) בהשוואה לכוונה).

הקושי העיקרי בסוגיית ייחוס האחריות בגין גרימה לתוצאה הוא כשמדובר בקלות דעת ובאדישות. זאת מאחר שכאשר מתקיימת כוונה, ניתן להרשיע בניסיון: המבצע אומנם ניסה להשיג את התוצאה בדרך אחרת מזו שבה הושגה (תהליך הגרימה), אך לצורך הטלת אחריות על ניסיון די בכך. מכיוון שבאשר לקלות הדעת פלר דרש (נכונה) צפייה (בפועל) של תהליך הגרימה, הקושי שמעוררת גישתו הוא בעיקר באשר לאדישות, שלגביה הוא ויתר כליל על דרישת יסוד נפשי ביחס להשתלשלות הדברים והסתפק במבחן אובייקטיבי מעורפל ומחמיר מאוד.

אם נדרג מהחמורה ומטה את צורות היסוד הנפשי ונציין היכן עובר קו הגבול שהציע פלר, שמעליו כבר לא דרש צפייה של תהליך הגרימה, נמצא דמיון מפתיע לקו הגבול של המחשבה הפלילית האופייני למשפט הגרמני<sup>349</sup> ולא למשפט הישראלי:

	[כוונה תחילה]
	כוונה
	אדישות
קו הגבול שהציע פלר לדרישה של צפיית תהליך הגרימה [בדומה לגבול המחשבה הפלילית במשפט הגרמני]	קלות דעת
קו הגבול במשפט הישראלי בין המחשבה הפלילית לבין מה שבדרך כלל אינו פלילי	רשלנות [שגגה]

### 3. גישת האוטונומיה

לפי גישה זו, המקובלת בכמה שיטות משפט זרות ואף אומצה על ידי הפסיקה הישראלית, ביסוד הנפשי מתייחסים רק לתוצאה ודורשים צפייה של התוצאה. לא דורשים צפייה של תהליך הגרימה; ואפילו לא צפייה בכוח של התהליך (= "צפיות סבירה" = יכולת סבירה לצפות). הדרישה המתווספת לדרישת הקשר הסיבתי איננה של יסוד נפשי, אלא היא בעלת אופי של יסוד עובדתי, באמצעות הכלל הבא:

גורם מתערב זר אוטונומי (= שבחר במודע בתוצאה) שולל את האחריות של יוצר המצב המסוכן.

349 שעליו עמדנו לעיל בפרק ט, העוסק ביסוד הנפשי – בעת הדיון בקלות הדעת.

פרק טז: צפיות סבירה של תהליך הגרימה לתוצאה מול "מסכת עובדתית מלוכדת"

דוגמה ראשונה: א' חפר בור בגן ציבורי. ב' מוביל עגלת תינוק ברשלנות (הוא מקליד מסרון במכשיר הטלפון שלו במקום להתבונן בדרך), העגלה מתהפכת לתוך הבור והתינוק נחבל. מוביל העגלה הרשלן לא נחשב לגורם אוטונומי (כי לא בחר במודע בתוצאה), ולכן עדיין ניתן להטיל אחריות על חופר הבור, בעבירה של גרימה לחבלת גוף (העבירה המסוימת תיבחר בהתאם ליסוד הנפשי שלו). דוגמה שנייה: מרשעת דוחפת את העגלה עם התינוק לתוך הבור שחפר א' בכוונה לפגוע בתינוק. מרשעת נחשבת לגורם מתערב זר אוטונומי, השולל את אחריותו של החופר. ההיגיון של גישת האוטונומיה הוא שאין הצדקה לכך שאדם יישא באחריות לתוצאה שמישהו אחר בחר לגרום לה. בדרך כלל גישת האוטונומיה מובילה לתוצאות צודקות. החיסרון של גישת האוטונומיה הוא שהיא מותרת לגמרי על היסוד הנפשי, על צפיית תהליך הגרימה. אך הרי ייתכן (במקרים נדירים) שהתערבות הגורם הזר האוטונומי הייתה דווקא צפויה. כך, למשל, הקשה השופט שמגר בעניין אלגביש:<sup>350</sup>

"טול, למשל, מקרה של שומר שהופקד לשמור על מקום בפני גנבים והוא נרדם על משמרתו ברשלנות, ובא הגנב וגונב – האם נשחרר את השומר מתוצאת רשלנותו מפני שמעשה הגנב נעשה בזדון? הרי השומר הועמד שם כדי למנוע מעשי זדון כאלה דווקא".<sup>351</sup>

#### 4. גישת הפסיקה הישראלית

##### (א) מבחן הגורם המתערב הזר האשם

בעשורים הראשונים של הפסיקה הישראלית, נהג בה הכלל שלפיו: גורם מתערב זר הפועל בכוונה או באדישות או בקלות דעת או בהתרשלות רבתי "מנתק את הקשר הסיבתי" שבין יוצר המצב המסוכן לבין התוצאה.

מדובר בגורמים משלימים (כמפורט בדיון העוסק בקשר הסיבתי<sup>352</sup>) – שכל אחד מהם הכרחי בתהליך גרימת התוצאה. בדרך כלל התייחסו השופטים למצב שבו הגורם הראשון (הנאשם) יצר סיכון ברשלנות, וגורם שני התערב ומימש את הסיכון, עם אשמה. הדיון הוא בשאלת אחריותו של הראשון, שהרי אחריות השני אינה מעוררת קושי מיוחד.

למשל, בפרשת אלגביש הואשמה המורה אסתר בכך שיצרה ברשלנותה סיכון שתלמידיה הנערים יטבעו בכנרת הסוערת, בכך שאפשרה להם לשוט בסירות.<sup>353</sup> הנערים השוכבים מימשו את הסיכון והשתוללו והסוף היה טרגי: אחת הנערות נפלה למים וטבעה למוות. השופטים קבעו שאם הגורם השני ("הגורם המתערב הזר") פעל בכוונה או באדישות או בקלות דעת או אפילו ב"התרשלות רבתי" (סטייה גדולה מסטנדרט ההתנהגות הסביר), אזי הגורם הראשון לא אחראי לתוצאה. נקבע שהתלמידה שטבעה פעלה ברשלנות בלבד ולא במודע ולכן איננה "מנתקת את הקשר הסיבתי" והוטלה על המורה אחריות

350 ע"פ 402/75 אלגביש נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 561, 576 (1976).

351 במאמר מוסגר: לא ברור מהי (אם בכלל) העבירה של השומר בדוגמה שנתן השופט שמגר. הרי אין עבירה של גרימה ברשלנות לאובדן רכוש (וטוב שכך!). ההסבר הוא כנראה שהדוגמה נלקחה מדיני הנוזיקין, שגם בהם דנים בסוגיה זו.

352 ראו לעיל פרק ז.

353 עניין אלגביש, לעיל ה"ש 350.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

פלילית לעבירה גרימת מוות ברשלנות. אם התלמידה הייתה מחליטה להתאבד וקופצת למים, אז כנראה היו רואים בה גורם שפעל בכוונה ושליפכך "מנתק את הקשר הסיבתי" ומזכים את המורה. גישה זו של הפסיקה מהווה קירוב טוב של גישת האוטונומיה שראינו לעיל. גישת האוטונומיה עוסקת בגורם מתערב זר אוטונומי – שבחר בתוצאה במודע; ואילו הפסיקה הישראלית פרטה את המודעות לפרוטות: כוונה או אדישות או קלות דעת או התרשלות רבתי. מדוע הוכנס הנטע הזר התרשלות רבתי? לא מדובר ברשלנות, אלא המונח "התרשלות" שימש בפסיקה לתיאור סטייה מסטנדרט ההתנהגות הסביר (לא יסוד נפשי אלא יסוד עובדתי). כנראה שהשופטים הניחו שגם התרשלות רבתי של אדם אחר איננה צפויה. או אולי היה זה בשל החזקה המופעלת לעיתים בפסיקה, שלפיה התרשלות רבתי מלמדת (כביכול) על צפיית התוצאה.

השופטים כתבו שהגורם המתערב הזר האשם "מנתק את הקשר הסיבתי" ולעיתים כתבו על "סיבתיות עובדתית" מול "סיבתיות משפטית" ועל "קשר סיבתי עובדתי" מול "קשר סיבתי משפטי". פרופ' פלר מתח על כך ביקורת חריפה ומוצדקת: קשר סיבתי הוא עניין עובדתי לחלוטין וכשהוא קיים – שום דבר לא יכול לנתק אותו. עדיף ניסוח הכלל כמונחים של גישת האוטונומיה: גורם מתערב זר שפעל במודע שולל את אחריותו של הגורם הראשון יוצר המצב המסוכן.

### (ב) מבחן הצפיות הסבירה

בפסיקה מאוחרת יותר, לעיתים במקום מבחן הגורם המתערב הזר ולעיתים לצדו, התבסס מבחן הצפיות הסבירה: לא נדרשת צפייה (בפועל) של תהליך הגרימה; אך כן נדרשת צפייה בכוח (= יכולת סבירה לצפות את התהליך). במשך שנים היו קיימות בפסיקה שתי גישות:

(1) גורם מתערב זר אשם שולל אחריות (של הגורם הראשון, יוצר המצב המסוכן) (= גישת האוטונומיה)

(2) צפיות סבירה יוצרת אחריות (של הגורם הראשון, יוצר המצב המסוכן).

לכאורה מדובר בשני מבחנים שונים לחלוטין, שהרי הראשון מתמקד ביסוד העובדתי של העבירה (התערבות הגורם הזר היא בעצם נסיבה, כשדנים באחריות הגורם הראשון) והשני ביסוד הנפשי (צפיות סבירה היא רשלנות, הנחשבת ליסוד נפשי). אלא שהקשר ביניהם חזק מאוד: התערבותו של גורם זר שבחר במודע בתוצאה היא מקרה פרטי מתוך קבוצת המקרים שבהם אין צפיות סבירה. יתרה מזו, זהו המקרה המרכזי והשכיח: כמעט בכל המקרים שבהם יוצר המצב המסוכן לא יכול היה לצפות את התוצאה, היעדר הצפיות הסבירה נובע מהתערבות גורם זר אשם, שטרף את הקלפים במפתיע.

בפסק הדין אלגביש, השופט שמגר בחר במבחן הצפיות הסבירה בהסבירו שבדרך כלל אין לדרוש מהמבצע לצפות התערבות מכוונת או מודעות של אדם אחר. מאז זוהי המגמה השלטת בפסיקה. יתרון מבחן הצפיות הסבירה על פני מבחן הגורם המתערב הזר האשם הוא בהיותו מבחן כללי יותר, שניתן להחילו גם על גורמי טבע מפתיעים ולא רק על גורמים אנושיים מפתיעים. ההתעניינות של המשפט באשמתו של הגורם המתערב הזר במשפטו של הגורם הראשון יוצר המצב המסוכן נובעת מכך שהיא מפתיעה את הראשון ואיננה בגדר הצפיות הסבירה.

פרק טז: צפיות סבירה של תהליך הגרימה לתוצאה מול "מסכת עובדתית מלוכדת"

## (ג) התייחסות הפסיקה הישראלית לכוונה

### (1) ג'מאמעה

בפרשת ג'מאמעה נדון מקרה מזעזע: המערער רצה להמית את ארוסתו. הוא הכה וחנק אותה וכשטעה לחשוב שמתה זרק אותה לבאר.<sup>354</sup> לאחר מעשה התברר שבעקבות ההכאה והחניקה עדיין הייתה חיה ומתה כתוצאה מטביעה. הנאשם טען לחוסר סימולטניות בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי של העבירה: כשהכה וחנק אומנם התכוון להמית, אך לא הצליח (= ניסיון בלבד); ואילו כשהשליך את הקורבן לבאר אומנם גרם בכך למותה, אך מכיוון שהיה משוכנע שהוא משליך גופה, לא התקיים היסוד הנפשי הנדרש – לא כוונה תחילה, לא כוונה רגילה ואפילו לא מודעות וצפייה של מוות. בית המשפט דחה את הטענה והרשיע את ג'מאמעה ברצח:

"מה לי כוונה להרוג את המנוחה במכה ובחניקה, מה לי כוונה להרגה בטביעה – כוונה להרוג היתה שם מכל מקום, וסידרת הפעולות של המערער, שהיתה רצופה מבחינת הכוונה, השיגה את מטרתה, ואין נפקא מינה שבפועל, מבחינה אובייקטיבית, השיג המערער את מטרתו מאוחר יותר מאשר האמין".<sup>355</sup>

פרופ' פלר בספרו פירש את פסק הדין כאימוץ גישתו, שלפיה כאשר היסוד הנפשי הוא כוונה לא נדרשת צפייה ואפילו לא נדרשת צפייה בכוח אלא די ב"מסכת עובדתית מלוכדת".<sup>356</sup> אך ייתכן שיש לפרש את פסק הדין אחרת. מה המיוחד במקרה הזה? האם יש לנו גורם אחד שיצר סיכון וגורם שני שממש אותו? לא, אלא שתי ההתנהגויות הן של אותו אדם. אין לנו שני "גורמים משלימים", אלא גורם אחד עם שתי התנהגויות. מגוחך לדבר במצב כזה על התערבות גורם אוטונומי זר או על צפיות סבירה (של פעולה נוספת של המבצע עצמו). תחושת הצדק של רבים היא שיש להטיל אחריות במצב כזה: הרי רצה להמית ואף הצליח. כמובן שאין להרשיע רק על בסיס תחושת הצדק, אלא נדרש כלל משפטי שיאפשר זאת חרף העיקרון של בוזמניות יסודות העבירה – היסוד העובדתי והיסוד הנפשי. במשפט האנגלי, שממנו "ייבאה" הפסיקה הישראלית את מבחן הצפיות הסבירה, קבעו למבחן זה חריג: כאשר שתי ההתנהגויות (שיחדיו גרמו לתוצאה) הן של אותו אדם – כלל לא נדרשת צפיות סבירה של תהליך הגרימה (אלא מרשיעים בעבירה של גרימה לתוצאה – בהתאם ליסוד הנפשי של המבצע ביחס לתוצאה).

### (2) בלקר

בפרשת בלקר נדון מקרה מזעזע נוסף:<sup>357</sup> המערער ניסה להצית את אשתו ולאחר מכן הפילה מחלון הקומה הרביעית. בבית החולים נקבע מוות מוחי, מצב שבו מפסיקים לטפל. אך חיברו את האישה למכשירי הנשמה, כדי לשמר את כליותיה לקראת השתלתן בגופו של אדם אחר. טענת המערער הייתה שהקורבן מתה רק כשהרופאים ניתקו את המכשירים ולפיכך לא הוא האחראי למוות. השופט בייסקי

354 ע"פ 334/74 ג'מאמעה נ' מדינת ישראל פ"ד כט(2) 29 (1975).

355 שם, בעמ' 32.

356 פלר, כרך א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 652–653.

357 ע"פ 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 1 (1986).



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

סבר שגם מוות מוחי הוא מוות מבחינה משפטית ולכן זהו רצח.<sup>358</sup> השופט שטרסברג-כהן סברה שניתן להרשיע ברצח אפילו אם מוות מוחי עדיין אינו מוות. בהנמקתה, היא הזכירה גם את גישת פלר: כוונה + מסכת עובדתית מלוכדת – אין צורך בצפיית תהליך הגרימה (פעולות הרופאים); ואפילו צפיות סבירה לא נדרשת.

לכאורה השופטת אימצה את שיטת פלר. אך יש לה גם סייג – “שההשתלשלות לא חריגה ביותר”. זו בעצם דרישה מוחלשת של צפיות סבירה. שהיא:

לנוכח “השתלשלות חריגה” – אין צפיות (המבצע לא צופה את מהלך הדברים);

לנוכח “השתלשלות חריגה ביותר” – אין אפילו צפיות סבירה (גם אדם מן היישוב לא יכול היה לצפות).

### (3) חסיין

מקרה מזעזע שלישי נדון בפסק הדין חסיין:<sup>359</sup> המערער דקר את אחותו בסכין. הוא טען שבבית החולים לא קיבלה טיפול טוב ולכן מתה. פסק הדין מצטט מספרו של פרופ' פלר, מתבסס עליו ומחזק את ההערכה שהפסיקה אימצה את גישתו, שלפיה כשמדובר בכוונה לא נדרשת צפייה של תהליך הגרימה ואפילו לא צפיות סבירה; די ב“מסכת עובדתית מלוכדת”.<sup>360</sup>

### (4) טואלבו

מקרה מזעזע רביעי (ככה זה כשעוסקים בכוונה וברצח...) נדון בפרשת טואלבו:<sup>361</sup> המערער דקר את חמותו שלוש עשרה דקירות בסכין, לרבות בחזה. הקורבן עברה סדרת טיפולים וניתוחים בבית החולים. היא שכבה ללא הכרה עשרה חודשים, במצב של “צמח” (“קומה”). בסופו של דבר נפטרה מדלקת ריאות, שכנראה התפתחה מפצעי לחץ, שנגרמו מהשכיבה הממושכת. הנאשם טען שהטיפול הרפואי לא היה טוב ושניתן היה למנוע את פצעי הלחץ שגרמו לדלקת הריאות ולמוות. בית המשפט העליון כמובן הרשיע בעבירת הרצח. המעניינת היא ההנמקה:

1. בעוד שאת המוות יש לצפות, לגבי תהליך הגרימה די בצפיות סבירה.
2. יחס מיוחד למקרים עם כוונה להמית – כאן די בכך שההשתלשלות לא הייתה חריגה ביותר.
3. כלל לא מדברים על מבחן ה“מסכת עובדתית מלוכדת” שהציע פלר ושאומוץ בפסיקה קודמת.

כך שקשה לדעת מהו המבחן כיום למקרים שבהם המבצע פעל בכוונה: האם די ב“מסכת עובדתית מלוכדת”; או שנדרשת צפיות סבירה תוך הפעלה מחמירה של המבחן. כך או אחרת – מרשיעים נוכח כוונה. ההבדל הוא רק בהנמקה. לדעתי, ההנמקה הנכונה יותר היא מבחן הצפיות הסבירה, משום שהוא לפחות מקיים קשר כלשהו, גם אם רופף, עם הדרישה של צפייה בפועל, המתאימה יותר למבנה

358 שנים לאחר מכן נחקק חוק מוות מוחי-נשימתי, התשס”ח–2008, המאפשר לנו שתי דרכים למות. סעיף 2 לחוק קובע: “מועד המוות של אדם הוא מועד קביעת מוות מוחי-נשימתי לפי הוראות חוק זה או מועד קביעת מוות לבבי-נשימתי”.

359 ע”פ 5870/01 חסיין נ’ מדינת ישראל, פ”ד נו(1) 221 (2002).

360 אם כי עדיין שומרים על החריג: “ובלבד שתהליך הגרימה לא היה חריג באופן קיצוני”.

361 ע”פ 10023/06 טואלבו נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.12.2009).

פרק טז: צפיות סבירה של תהליך הגרימה לתוצאה מול "מסכת עובדתית מלוכדת"

המחשבה הפלילית. ההסתפקות ב"מסכת עובדתית מלוכדת" מתנתקת לחלוטין מהיסוד הנפשי ומעדיפה על פניו דרישה שלא זו בלבד שהיא עובדתית, אלא היא אף מעורפלת.

#### (ד) סעיף 309 לחוק העונשין והשימוש בו בפסיקה

זוהי הוראת חוק ישנה נושנה, שכבר אין לה מקום ואין בה צורך. בכל זאת, לצד התעלמות ממנה בפסקי דין רבים, יש גם לא מעט פסקי דין שבהם השופטים נעזרים גם בהוראת חוק זו לחיזוק ההרשעה. מדובר ברשימה קזואיסטית, שירשנו מהמשפט האנגלי, של כמה מקרים פרטיים של גורמים משלימים, שברובם מתקיימת צפיות סבירה. הסעיף מנוסח כאילו הוא עוסק רק בקשר הסיבתי שביסוד העובדתי ("יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר") אך די ברור שיומרתו גדולה יותר – לקבוע שמתקיימת צפיות סבירה ולפיכך תוטל אחריות לתוצאה על הגורם הראשון חרף התערבותו של הגורם השני. מוזרה במיוחד היא החלופה האחרונה 309(5) שמתייחסת באופן גורף לכל המקרים האפשריים של גורמים משלימים, ובכך בעצם מתאימה רק לקביעת התקיימות הקשר הסיבתי, ואיננה מתאימה לקביעת התקיימות הצפיות הסבירה. אילו זכינו לחוק עונשין חדש ומודרני, סעיף זה ודאי היה נעלם מן העולם.<sup>362</sup>

#### (ה) תיקון 39 לחוק העונשין ופרשנותו בפסיקה

בשנת 1994 נחקק חלק כללי חדש ודי מתקדם לחוק העונשין. איזה הסדר נקבע בו לסוגיה של ייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה במקום ההסדר המיושן של סעיף 309? היכן נחפש את ההסדר? בסעיף 20, כמובן, שבו מוגדרת המחשבה הפלילית (שהרי באשר לרשלנות הכל מסכימים שנדרשת צפייה בכוח (= "צפיות סבירה") של תהליך הגרימה, הסדר זה תואם את מתכונת הרשלנות ואין צורך בהסדר מיוחד).

20. (א) מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה: "...".

הסעיף אינו קובע את מבחן הצפיות הסבירה או את מבחן הגורם המתערב הזר האשם או את ההסתפקות ב"מסכת עובדתית מלוכדת". אומנם מבחינה מילולית ניתן לפרש "מודעות... לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה" כדרישה לצפייה (בפועל) של תהליך הגרימה – כגישת Hall. אלא שגישה

362 להשלמת התמונה, להלן נוסח הסעיף: "גרימת מוות – מהי 309. בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחיד למותו של האחר: (1) הסב נזק גופני המצריך טיפול רפואי או כירורגי והטיפול גרם למותו של הניזוק, ואין נפקא מינה אם הטיפול היה מוטעה ובלבד שנעשה בתום לב ובידיעה ובמיומנות רגילות, שאם לא נעשה כן – לא יראו את מסב הנזק כמי שגרם למותו של הניזוק; (2) גרם חבלת גוף שלא היתה מביאה למות הנחבל אילו נזקק לטיפול רפואי או כירורגי נכון או אילו נהג זהירות מספקת באורח חייו; (3) באלימות או באיום באלימות הביא אדם לעשיית מעשה שגרם למותו, כשהמעשה נראה לנפגע כדרך טבעית בנסיבות המקרה להימלט מן האלימות או מן האיומים; (4) במעשהו או במחדלו החיש את מותו של אדם הסובל ממחלה או מפגיעה שהיו גורמות למותו גם אילו לא מעשהו או מחדלו זה; (5) מעשהו או מחדלו לא היה גורם מוות, אילו לא נצטרף עמו מעשה או מחדל של האדם שנהרג או של אדם אחר". לבסוף, בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 119) (עבירות המתה), תשע"ד–2014, הוצע להשמיט סעיף מיותר זה. משום מה, הוא נותר על כנו גם כשנחקקו עבירות המתה החדשות.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

זו היא מאוד לא מקובלת, ונראה שלא אליה התכוונו מנסחי החוק (תוך עיון בספרו של פלר למשל). מקובל לפרש את סעיף 20 כך שאיננו מסדיר את הסוגיה של ייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה – רק כך ניתן להבין את הפסיקה החדשה שעדיין עוסקת במבחנים הישנים.

### 5. גישת הצפייה "בקווים כלליים"

לפי גישה זו, אומנם דורשים שהמבצע צפה (בפועל) את תהליך הגרימה (בדומה לגישת Hall); אך לא דורשים צפייה של פרטי הפרטים. כך, למשל, אם המבצע מנסה לדרוס את הקורבן עם טרקטור ובטעות משתחררת הכף של הטרקטור ומוחצת את הקורבן עוד לפני הדריסה, די בכך שהמבצע צפה (בפועל) את המתת הקורבן באמצעות הטרקטור, גם אם לא צפה את הפרט של השתחררות הכף ואת מהלומתה הקטלנית. יתרונה של גישה כזו הוא בכך שאיננה זונחת את עקרון האשמה ואת דרישת המודעות הנובעת ממנו – גם כאשר לתהליך הגרימה, אלא רק מחלישה את הדרישה, כך שתהיה ריאלית יותר ותאפשר הטלת אחריות גם כשהשתלשלות שונה במידת מה מהצפוי (אך לא שונה לחלוטין).

### 6. גישת הקוד-הפלילי-לדוגמא האמריקני (Model Penal Code)

Section 2.03(2) and 3(b) requires that "the actual result involves the same kind of injury or harm as the probable result and is not too remote or accidental in its occurrence to have a [just] bearing on the actor's liability or on the gravity of his offense".<sup>363</sup>

בתרגום חופשי לעברית, לצורך ייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה (לאחר הדרישה ביסוד העובדתי של קשר סיבתי – סיבה-בלעדית-אין – כמובן) נדרש "שהתוצאה לא תהיה מדי רחוקה או מקרית בהתרחשותה מכדי שתהיה לה השלכה צודקת על אחריות הנאשם". המבחן מופשט ומעורפל לחלוטין – "צדק". אך הרי בכל תחומי המשפט הפלילי אנו שואפים לצדק ועדיין לא מתקבל על הדעת להחליף את ההסדרים שבחוק בשאיפה לצדק. עקרון החוקיות והשאיפה למתן אזהרה הוגנת לאזרח מחייבים את המחוקק לומר הרבה יותר. נראה שזו הרמת ידיים של המכון האמריקני למשפט אשר ניסח את הקוד-הפלילי-לדוגמא; וזוהי עדות נוספת לקושי הרב שמעוררת סוגיה זו.

### 7. גישת המשפט הגרמני

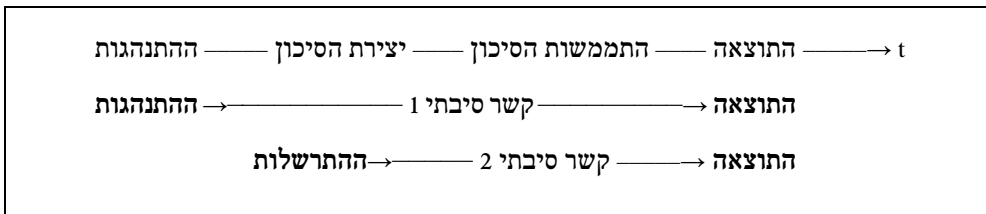
גישה מעניינת זו מתוארת בעברית במאמרו של פרופ' קרמניצר.<sup>364</sup> זהו ניסיון רציני לקבוע מבחנים אובייקטיביים, בדומה לגישת האוטונומיה (הגורם המתערב הזר) ולגישת "המסכת העובדתית המלוכדת" ובהבדל מהמבחנים הסובייקטיביים של צפיות בפועל (Hall) או צפיות סבירה (הפסיקה האנגלית ובעקבותיה הפסיקה הישראלית). ההסדר הגרמני הוא מסובך. לא אעמוד על כולו, אלא רק על כלל חשוב אחד, שלהערכתו מקובל גם במשפט הישראלי.

363 MODEL PENAL CODE, לעיל ה"ש 281, סעיפים 2.03(2), 3(b). וראו גם GEORGE FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW 64 n. 167 (2007).

364 קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", לעיל ה"ש 125, בעמ' 333–341.

פרק טז: צפיות סבירה של תהליך הגרימה לתוצאה מול "מסכת עובדתית מלוכדת"

כפי שמסביר קרמניצר, ההיגיון של הכלל הוא שהתוצאה עשויה להיות מקרית. כדי לייחס אותה למבצע, לא די בהתקיימות הקשר הסיבתי, אלא יש להעמיק בבדיקת הקשר שבין ההתנהגות לבין התוצאה. יש לבדוק האם אותו הסיכון שיצר המבצע הוא הסיכון שהתממש. אם נציין כמה תחנות על פני ציר הזמן:



נוסף על הדרישה הבסיסית של:

(1) קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה (ההתנהגות גרמה לתוצאה);  
נדרש גם:

(2) קשר סיבתי בין ה"התרחשות" לבין התוצאה (ההתרחשות גרמה לתוצאה).  
התרחשות = ההיבט הבלתי סביר של ההתנהגות.

מדובר בהתנהגויות שהן מותרות, בתנאי שנוקטים באמצעי הזהירות המקובלים. הדוגמה המרכזית היא נהיגה. הנהיגה מותרת, למרות הסיכון, בתנאי שנוקטים באמצעי הזהירות המקובלים, שהם כללים המתייחסים לתקינות הרכב וכללים המתייחסים לאופן הנהיגה. נבחן כמה דוגמאות:  
מקרה ראשון: המבצע נוהג במכונית תקינה ובוזהירות וילד קופץ במפתיע מתחת לגלגלים (במשחק הנוראי המכונה "רולטת כביש"). האם יש מקום להרשיעו בעבירה של המתת אדם? ההתנהגות – נהיגה לפי הכללים – מהווה סיכון סביר. אין מקום להרשיעו. בנוסף, אין צפייה של התוצאה ואולי אין אפילו צפייה בכוח של התוצאה.

מקרה שני: המבצע נוהג חרף העובדה שהוא יודע שהבלמים לא תקינים (היום אין לו זמן לגשת למוסך והוא מתכנן לעשות זאת מחר). קשיש חוצה לאיטו את הכביש. הנהג מנסה לבלום ולא מצליח בשל הבלמים השחוקים. האם יש מקום להרשיעו בעבירה של המתת אדם? כן, שהרי נטל סיכון בלתי סביר כשנהג עם בלמים שחוקים. גם אם לא צפה את התוצאה, ניתן היה לצפותה ומתקיימת לפחות רשלנות. גם את תהליך הגרימה ניתן היה לצפות.

מקרה שלישי: המבצע נוהג עם בלמים שחוקים. ילד קופץ לכביש ברגע האחרון, באופן שברור שגם עם בלמים תקינים לא ניתן היה לבלום, משום שהמבצע אפילו לא הספיק לדרוך על דוושת הבלם. האם נייחס לנהג את מות הילד? לא, למרות שנטל סיכון בלתי סביר. למה? כי גם אם היה נוהג באופן סביר – עם בלמים תקינים – התוצאה לא הייתה נמנעת. ניתן לייחס לו עבירת תעבורה של נהיגה ברכב לא תקין, אך לא את התוצאה הקטלנית.

(א) אם שואלים רק את השאלה: האם מתקיים קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה? – אילו המבצע לא נהג במכוניתו, האם היה הילד נפגע ומת? – לא – מתקיים קשר סיבתי.

(ב) כשמוסיפים את השאלה: האם הסיכון היה בלתי סביר, גם הדרישה הזו מתקיימת, שהרי נהיגה עם בלמים שחוקים היא סיכון בלתי סביר.

(ג) אך צריך להוסיף ולשאול גם: האם הקורבן היה נפגע אילו נהג הנאשם בזהירות? (עם בלמים תקינים). התשובה חיובית. אין קשר סיבתי בין חוסר הזהירות ("ההתרחשות") לבין התוצאה. לא הסיכון הבלתי סביר הוא שהתממש.

### ביקורת דיני העונשין הישראליים

הגישה הגרמנית היא גישה אובייקטיבית, שמוסיפה דרישה ביסוד העובדתי של העבירה, אשר מחזקת את הקשר שבין ההתנהגות לבין התוצאה. לדעתי, ניתן להגיע לתוצאות טובות גם על פי היסוד הנפשי – כשדורשים צפיות סבירה: כל המקרים שבהם משתמשים כדי לתמוך בגישה הגרמנית – כגון קפיצת ילד מתחת לגלגלים ב"רולטת כביש" – אינם ניתנים לצפייה באופן סביר. אלא שמכיוון שמבחן הצפיות הסבירה לא תמיד קל להפעלה, אני מציע להשתמש בכלל הגרמני הדורש קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין התוצאה ככלל עזר בהפעלת מבחן הצפיות הסבירה הישראלי. שהרי כשאין קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין התוצאה – כאשר לא הסיכון שיצר המבצע הוא הסיכון שהתממש – אין צפיות סבירה (אין יכולת סבירה לצפות את ההשתלשלות).  
 כך באשר לרשלנות. באשר לקלות הדעת – כמובהר לעיל יש לדרוש צפייה (בפועל) של תהליך הגרימה – שוודאי שאיננה מתקיימת במקרים אלה.

### 8. מיון המבחנים

את המבחנים שהצגתי ניתן למיין בהתאם לאופיים – מבחנים סובייקטיביים המציבים דרישה ביסוד הנפשי של העבירה, מול מבחנים אובייקטיביים המציבים דרישה ביסוד העובדתי:

מבחנים אובייקטיביים (יסוד עובדתי)	מבחנים סובייקטיביים (יסוד נפשי)
גישת האוטונומיה ~ הגורם המתערב הזר האשם	צפייה (בפועל)
"מסכת עובדתית מלוכדת"	צפייה (בפועל) בקווים כלליים
דרישת קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין התוצאה	צפיות סבירה = צפייה-בכוח

### 9. מתכון לניתוח אירוע בהתאם למשפט הישראלי

היסוד הנפשי	הדרישה בהתאם לגישת פרופ' פלר	הדרישה בהתאם הפסיקה	הדרישה בהתאם להצעת המחבר
רשלנות	צפייה-בכוח של תהליך הגרימה	צפיות סבירה של תהליך הגרימה	צפייה-בכוח = צפיות סבירה של תהליך הגרימה
קלות דעת	צפייה (בפועל) של תהליך הגרימה	? כנראה צפיות סבירה של תהליך הגרימה (זהו המבחן הראשי בפסיקה, אך אין פסיקה המתייחסת במפורש לקלות הדעת)	צפייה (בפועל) של תהליך הגרימה
אדישות	די ב"מסכת עובדתית מלוכדת"	? כנראה צפיות סבירה של תהליך הגרימה (זהו המבחן הראשי בפסיקה, אך אין פסיקה המתייחסת במפורש לאדישות)	צפיות סבירה של תהליך הגרימה
כוונה	די ב"מסכת עובדתית מלוכדת"	1. די ב"מסכת עובדתית מלוכדת" או 2. צפיות סבירה עם יישום מחמיר	צפיות סבירה של תהליך הגרימה

## אחריות מוחלטת, אחריות קפידה או אף אחת מהשתיים?

עד תיקון 39 לחוק העונשין הייתה קיימת במשפט הפלילי הישראלי גם אחריות מוחלטת. מהי אחריות מוחלטת? עבירה שבה לא נדרש יסוד נפשי כלשהו; די בהתקיימות היסוד העובדתי. לא זו בלבד שלא נדרשת מחשבה פלילית (מודעות) אלא אפילו רשלנות אינה נדרשת (= מודעות-בכוח = מודעות פוטנציאלית = יכולת סבירה להיות מודע = אדם מן היישוב / האדם הסביר יכול היה להיות מודע). אפילו אם הנאשם היה משכנע את השופטת שלא היה רשלין, הדבר לא היה מועיל לו. האחריות המוחלטת איננה מתיישבת עם עקרון האשמה אשר, כפי שראינו, מכתוב דרישה של מודעות.<sup>365</sup> כבר בד"נ גדיסי השופט אגרנט כתב שמדובר בעצם בסטייה מעקרון האשמה, וכי "רגש הצדק מתקומם נגד ענישת אדם 'על לא עוול בכפו'".<sup>366</sup> כיצד בכל זאת השופטים ניסו להצדיק או להסביר את האחריות המוחלטת?

### א. הסברים לאחריות המוחלטת שניתנו בפסיקה

(1) השופטים השתמשו במונח המעורפל "תקנת הציבור"<sup>367</sup> (או "תקנת הרבים") וכתבו על פעילות יומיומית שמחייבת זהירות, כאשר אם מתרחשת תקלה היא גורמת נזק גדול. ככל שהתפתחה הטכנולוגיה, נוצרו אפשרויות לרשלנים לגרום לאסונות גדולים. בפסיקה כתבו על הערכים, האינטרסים והעקרונות החיוניים לחברה באותה תקופה. התחומים שלגביהם התייחסו ל"תקנת הציבור" הם תכנון ובנייה, איכות הסביבה, תברואה, בטיחות בעבודה, תעבורה וכדומה. אך מיהו שאמור להכריע בשיקולים של תקנת הציבור? המחוקק. המונח "תקנת הציבור" חשוד בעיניי כמכשיר המשמש שופטים כדי להסיג את גבולו של המחוקק ולחוקק בעצמם. דוגמה נוספת לכך ניתן למצוא בהלכת הצפיות, שאותה קבעו השופטים ללא בסיס בחוק, נימקו אותה ב"תקנת הציבור" ויצרו בעיות של חוסר סמכות וחוסר ודאות – בניגוד לעקרון החוקיות.<sup>368</sup>

(2) חזקה חלוטה שהתקיימה רשלנות ← האכיפה ודאית ← ההרתעה יעילה ככל שמקטינים את הסיכויים לזיכוי, מוגברת ודאות האכיפה. המבצע הפוטנציאלי של העבירה יודע שאם יתפס, קרוב לוודאי שגם ייענש. השופטים הציגו את האחריות המוחלטת כחזקה חלוטה של רשלנות, שאותה כביכול קבע המחוקק.<sup>369</sup> אך נראה שהשופטים עצמם קבעו זאת, בפרשנותם, שהרי

365 ראו הדיון לעיל בפרק ט.

366 ד"נ 11/65 גדיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ"ד (1) 57, 68 (1966).

367 שם.

368 ראו הדיון לעיל בפרק יא.

369 למשל השופט ויתקון בע"פ 17/59 מאור-מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד י"ד 1882 (1960).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

בהגדרות העבירות הללו לא נאמר במפורש שמדובר באחריות מוחלטת. החזקה שהשופטים ייחסו למחוקק:

אם אדם התנהג התנהגות אסורה ← חזקה שהיה לפחות רשלן (ואולי אפילו מודע)  
[עובדות הבסיס] ← [המסקנה]

השופט ויתקון כתב שברוב המקרים ההסדר הזה עושה צדק.<sup>370</sup> האומנם? ניקח כדוגמה את העבירה של נהיגה במהירות שמעל למותר. לחזקה שהנהג היה לפחות רשלן (אם לא גם מודע) יש כוח משכנע רק כשהמהירות גבוהה בהרבה מהמותר. בנוסף, אפילו אם מקרי העוול הם מועטים, הפגיעה בתדמית המשפט הפלילי היא משמעותית, שהרי בעבירות הללו (כגון עבירות התעבורה) מואשמים גם אזרחים שומרי חוק.

(3) מטרת המחוקק היא "להחדיר אל תוך הכרת הציבור דפוסי התנהגות חדשים".<sup>371</sup> רעיון זה דומה בעיניי לניסיון השופטים להעלות את רמת הזהירות של הציבור באמצעות העלאת הסטנדרט של "האדם הסביר" מעבר לרמתו של האדם הרגיל, הממוצע ולהפכו למעין "סופרמן"/"סופרומן". על סיכויי הקלושים של ניסיון כזה כבר עמדתי בעת הדיון ברשלנות.<sup>372</sup>

(4) נטל כבד מדי על התביעה ועל בתי המשפט נימוק זה קשור כמובן לשיקולים של יעילות וודאות האכיפה. הטענה היא שבעבירות מסוימות התביעה לא תוכל לעמוד בנטל להוכיח מודעות או רשלנות, וכי בתי המשפט יכרעו תחת העומס אם יהיה צורך לברר את היסוד הנפשי באלפי משפטים נוספים.<sup>373</sup> ראשית, דברים ברוח זו נכתבו בפסיקה לפני עידן עסקות הטיעון. כיום תוקפם פחות בהרבה. שנית, גם במשפט העוסק באחריות מוחלטת דנים ביסוד הנפשי – בשלב העונש (אם כי הדיון שטחי יותר ומהיר יותר). כיום נדרשת הוכחת רשלנות או מחשבה פלילית לצורך הטלת מאסר (ס' 22(ג) לחוק העונשין).

(5) היעדר אלטרנטיבה של הסתפקות ברשלנות ההסבר האחרון לא הובא בפסיקה, אלא הוא מתחום ההיסטוריה של המשפט: היו תקופות שבהן בשיטות משפט מסוימות – לרבות המשפט האנגלי שממנו ירשנו את הירושה הרעה הנקראת אחריות מוחלטת – הרשלנות לא הייתה מוכרת או לא הייתה מפותחת. טעו לחשוב ששתי האלטרנטיבות היחידות הן לדרוש מודעות (מחשבה פלילית) או לקבוע אחריות מוחלטת. לא הכירו את דרך הביניים של דרישת רשלנות. להערכתי, כל השיקולים שלעיל בעד האחריות המוחלטת נחלשים פלאים כאשר שוקלים מולה את האפשרות של דרישת רשלנות ולא רק את האפשרות של דרישת מודעות. אלה הם השיקולים המרכזיים שהועלו בפסיקה בעד האחריות המוחלטת. אותי, לפחות, הם אינם משכנעים. בנוסף, נראה כי המקרה המסוים שעומד לנגד עיני השופט משפיע על עמדתו: בפסק הדין

ש.ם 370

ש.ם 371

ראו לעיל פרק יד.

ראו למשל דברי השופט אגרנט בעניין גדיסי, לעיל ה"ש 366.

פרק יז: אחריות מוחלטת, אחריות קפידה או אף אחת מהשתיים?

מאור-מזרחי נדון מקרה שבו סל מתכת שנקשר למערבל בטון נשמט תוך כדי נסיעה.<sup>374</sup> השופט ויתקון חשב שעצם העובדה שהסל נשמט, מלמדת שלא קשרו אותו מספיק חזק ומכאן שהנהג הנאשם היה רשלן. לכן האחריות המוחלטת לא יצרה תחושה של חוסר צדק כלפי הנאשם. לעומת זאת, בפסק הדין גדיסי נדון מקרה של נהיגה ברכב כשאור הבלם האחורי אינו פועל.<sup>375</sup> לפי העובדות שהשופטים היו מוכנים באופן נדיר להניח לטובת הנאשם (כפי הנראה משום שמאוד רצו לדון באחריות המוחלטת. כה רצו עד כי אישרו דיון נוסף) ייתכן שקפצה אבן תוך כדי הנסיעה ופגעה בפנס. במצב שכזה קשה לייחס לנאשם רשלנות. מכאן התחושה שהאחריות המוחלטת יוצרת חוסר צדק, המשתקפת בפסק הדין. אולי זה מה שהוביל את השופט אגרנט להציע למחוקק לעבור למה שכינה "אחריות דווקנית" במקום אחריות מוחלטת: לאפשר לנאשם להוכיח שעשה כל שניתן היה לצפות מאדם סביר. רק כחצי מאה מאוחר יותר זכתה המלצתו לחקיקה – הסדר "האחריות הקפידה" שנקבע בתיקון 39 לחוק העונשין, שעליו אעמוד בהמשך.

## ב. דרישת השליטה בהתנהגות בעבירות אחריות מוחלטת

בפסק הדין גדיסי התעוררה השאלה של דרישת ה"רצייה" – מה שכיום נקרא בחוק העונשין "שליטה" (ס' 134). השופט אגרנט הסביר שהעובדה שהסל נשמט לצד מערבל הבטון בפרשת מאור-מזרחי והעובדה שהתקלקל הפנס בעניין גדיסי – אלה הן נסיבות ולא התנהגות, ולכן לא נדרשת לגביהן שליטה. ההתנהגות הרלוונטית בעבירות הללו היא הנהיגה והיא הייתה בשליטתם של הנהגים: כל אחד מהם יכול היה לעצור בצד הדרך ולבחור בהתנהגות חלופית, שאיננה המשך הנהיגה. ביחס להתנהגות, כמובן שנדרשת שליטה – גם בעבירות של אחריות מוחלטת. וההכללה: כל הסייגים לאחריות פלילית (הרלוונטיים) שבחוק העונשין חלים גם על עבירות אחריות מוחלטת, למשל קטינות, אי-שפיות, סייג הצורך (נהיגה במהירות מופרזת כדי להציל פצוע).

## ג. בחינת האחריות המוחלטת במבחני הגמול והתועלת

שתי התאוריות המרכזיות להצדקת הענישה הפלילית הן התאוריה הגמולית – המכוונת אותנו להתעניין באשמת המבצע; והתאוריה התועלתית – המכוונת אותנו להתעניין בהרתעה ובסכנה. ברור שההסבר לאחריות המוחלטת איננו גמולי אלא תועלתי. השאיפה היא להרתיע, כדי להגביר את רמת הזהירות. תומכי האחריות המוחלטת מקווים להשיג שתי מטרות: האחת – אנשים שאינם מוכשרים למלא תפקידים מסוימים שכרוכה בהם סכנה (כגון בתחום הרפואה) יימנעו מלעסוק בהם; והשנייה – אלה שיעסקו בתפקידים כאלה יזהרו יותר. אך המחיר הוא חוסר צדק בחלק מהמקרים. זהו שימוש באדם כאמצעי במקום ראייתו כתכלית לעצמו.

374 עניין מאור-מזרחי, לעיל ה"ש 369. בספרו של פרופ' דניאל פרידמן לפני המהפכה – משפט ופוליטיקה בעידן התמימות 454 (2015) מובא קוריוז בשולי פסק הדין בפרשת מאור-מזרחי: "באחד הימים ישב זוסמן בהרכב שדן בשאלת אחריותו בפלילים של נהג משאית לכך שלא יישמט מטען המוסע על הרכב.... לאחר המשפט שאל [השופט זוסמן] אותי [פרופ' פרידמן, המתמחה דאז]: 'אתה יודע מתי קובעים אחריות מוחלטת?' והשיב בעצמו: 'כשהשופט רוצה להרשיע והוא לא יודע איך'".

375 עניין גדיסי, לעיל ה"ש 366.



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

תומכי האחריות המוחלטת טוענים שאמפירית, הרוב הגדול של אלה שעוברים את העבירות הללו, עושים זאת ברשלנות. אך אין מחקרים אמפיריים שתומכים בזה וסביר להניח שהדבר משתנה מעבירה לעבירה: לא בכל עבירה היסוד העובדתי מלמד הרבה על היסוד הנפשי. כשנהג חוצה צומת כשהרמזור אדום, אכן קרוב לוודאי שהיה רשלן. אך יש עבירות רבות שבהן בהחלט תיתכן שגגה. למשל, גדיסי – אם אכן בדק את תקינות הפנס לפני הנסיעה כפי שטען ובית המשפט האמין לו – מדוע להטיל עליו אחריות פלילית? הרי לא ניתן לרכוש נורה שאיננה נשרפת לעולם. לפנינו אחריות פלילית על בסיס ביש מזל ולא על בסיס אשמה.<sup>376</sup>

### ד. טיעון הענישה הקלה

תומכי האחריות המוחלטת מציעים – באשר למקרים שבהם היא גורמת לחוסר צדק בדמות ענישת אדם שלא היה רשלן – את ה"נחמה" שלפיה העונשים הקבועים לעבירות האחריות המוחלטת הם נמוכים יחסית. אך ראשית, עדיין קיימת הסטיגמה הפלילית, הקלון. להרשעה עצמה, עוד לפני העונש, יש משמעות רבה. ואם לעבירות מסוימות כבר לא נלווה קלון, הרי שנשחקה היכולת החשובה של המשפט הפלילי להטיל קלון. נוצר מצב של פליליות יתר, בניגוד לעקרון השיוריות. שנית, אדם שהורשע ללא הצדקה, אם יעבור עבירה בעתיד ייחשב למועד (רצדיביסט) וייענש בחומרה בלתי מוצדקת. שלישית, אם העונשים קלים, ממילא לא תושג ההרתעה, שהיא הרי ההצדקה המרכזית שמציעים לאחריות המוחלטת.

### ה. בעיית העמימות וההפתעה

בעיה קשה שהייתה קיימת בעבר הייתה שהפסיקה בפרשנותה קבעה לעיתים שבעבירה מסוימת מדובר באחריות מוחלטת – ללא קביעה מפורשת של המחוקק. הקריטריון המעורפל לקביעה כזו היה "תקנת הציבור". המשמעות הייתה שלפחות לגבי אותו מקרה מסוים הופר עקרון החוקיות: "עונשין ולא מזהירין".

### ו. היש צורך באחריות המוחלטת?

האם האחריות המוחלטת הכרחית לתפקודה של שיטת המשפט? נראה שלא. קיימות שיטות משפט שבהן האחריות המוחלטת כלל אינה קיימת. שם שומרים על עקרון האשמה, עושים צדק, ובכל זאת אין אנרכיה. למשל, במשפט הקונטיננטלי באופן מסורתי שללו את האחריות המוחלטת. לנוכח עקרון השיוריות של המשפט הפלילי, העדיפו לקבוע עבירות מנהליות, ללא הקלון הפלילי.<sup>377</sup>

<sup>376</sup> בינתיים התקדמה הטכנולוגיה וכיום המכוניות החדישות מודיעות לנהג, בלוח המכוונים, שהנורה נשרפה. במצב כזה, אם הנהג מתבונן בלוח השעונים ומבחין בכך, תיתכן אפילו מודעות ולפחות חשד ועצימת עיניים.

<sup>377</sup> לתמיכה ברעיון של שימוש בעבירות מנהליות במקום באחריות פלילית מוחלטת ראו גור-אריה "הצעת חוק העונשין", לעיל ה"ש 342, בעמ' 32–35. לדעה אחרת, שלפיה יש מקום לאחריות קפידה בתחומים

פרק יז: אחריות מוחלטת, אחריות קפידה או אף אחת מהשתיים?

## ז. האחריות המוחלטת מול עקרונות היסוד של דיני העונשין

האחריות המוחלטת מנוגדת, כמוכן ומתוך הגדרה ממש, לעקרון האשמה. גם עקרון הערך המוגן, המכוון להגנה ראויה ולא מופרזת על הערך החברתי, שולל שימוש במשפט הפלילי להגנה מפני התנהגות מסוכנת שלא נלווה אליה שמץ אשמה. עקרון השיוריות – המשפט הפלילי כאמצעי האחרון – פועל להוצאת האחריות המוחלטת מהמשפט הפלילי ולהסתפקות באמצעים אחרים, כגון עבירה מנהלית, ללא קלון פלילי. אשר לעקרון החוקיות – אומנם המחוקק אמור להכריז על האחריות המוחלטת מראש בחוק מפורש, כך שפורמלית ניתן לחשוב שעקרון החוקיות בא על סיפוקו, אלא מבחינה מהותית מי שפעל ללא מודעות לא קיבל אזהרה הוגנת. לבסוף, עקרון הפרופורציה מחייב מתאם בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש, כשחומרת העבירה מתקבלת מהכפלת שיעור הנזק/הסכנה בשיעור האשמה. מכיוון שבעבירה של אחריות מוחלטת האשמה היא אפס (מתוך הגדרה) גם תוצאת ההכפלה היא אפס ואין הצדקה לענישה פלילית כלשהי.

## ח. תיקון 39 לחוק העונשין – סעיף 22 – האחריות הקפידה

מה נשתנה בתיקון 39? המחוקק הפך את האחריות המוחלטת לאחריות קפידה. לא עוד חזקה חלוטה, אלא חזקה הניתנת לסתירה:

“אחריות קפידה והיקפה

22. (א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, 'בדין' – לרבות בהלכה פסוקה.

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

(ג) לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות”.

כדי שלא תוטל אחריות צריכים להתקיים תנאים כה מחמירים, עד כי להערכת האחריות הקפידה (יציר החקיקה החדשה) איננה שונה באופן משמעותי מהאחריות המוחלטת הזכורה לרע (יציר הפסיקה הישנה). על הנאשם מוטל הנטל להוכיח (במאזן הסתברויות – 51%) שלא זו בלבד שלא היה מודע, אלא אף לא היה רשלן (ס' 22(ב)). האם הדבר יספיק לו לצורך זיכוי? לא! עליו להוכיח גם ש"עשה כל שניתן למנוע את העבירה". מה זה "כל שניתן"? אם אכן עשה כל שניתן, הרי העבירה הייתה נמנעת.

מסוימים, ראו מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109, 111–117 (1996). וראו חוק העבירות המנהליות, התשמ"ו–1985.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

למשל: מר גדיסי יכול היה לשלם לנהג מונית שייסע אחריו לאורך כל היום ויודיע לו באמצעות צפירה אם אור הבלם האחורי יפסיק לפעול. אם כך, במה הועיל תיקון החוק?<sup>378</sup> אחד המנסחים, פרופ' קרמניצר, מסביר שצריך לפרש כך: כל האמצעים הסבירים. זאת הן כדי לשמור על עקרון האשמה והן משום שברור שהמחוקק התכוון לשנות את המצב הקיים בקבעו אחריות קפידה במקום האחריות המוחלטת.<sup>379</sup> לדעתו מדובר בהסדר של "אחריות מוגברת" ובחובת זהירות מוגברת – יותר מזו שיוצרות עבירות הרשלנות. חבל שלא כתבו בחוק עצמו: "כל האמצעים הסבירים".

## ט. האחריות הקפידה והלכות קיימות

לפי סעיף 22(א):

"אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; [זו ההתייחסות לעתיד – לעבירות חדשות. דרך נוספת שמוצאים בחקיקה היא קביעה מפורשת שמדובר בעבירה של אחריות קפידה]

ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. [זו ההתייחסות לעבר – לעבירות ישנות, שנחקקו לפני תיקון 39]. לענין סעיף קטן זה, 'בדין' – לרבות בהלכה פסוקה".

השיקול היה מעשי: קשה מאוד היה לתקן בחקיקה את כל העבירות הישנות (בעת התיקון היו אלה כל העבירות הקיימות). לכן, לגבי עבירות ישנות שהפסיקה כבר קבעה לגביהן שמדובר באחריות מוחלטת, תעמוד הקביעה בתוקף, בכפוף לכך שהאחריות המוחלטת תוחלף באחריות קפידה.

## י. האם השופטים מוסמכים לחדש אחריות קפידה?

האם ניתן לקבוע כיום בפסיקה חדשה, באשר לעבירות ישנות (מלפני תיקון 39) שאין לגביהן הלכה פסוקה, שמדובר בעבירות של אחריות קפידה? בשני פסקי דין סמוכים בזמן של בית המשפט העליון הוצעו תשובות מנוגדות: בעניין לקס קבעו נכונה השופטים ביניש וקדמי שהפסיקה לא מוסמכת לסווג כיום עבירות ישנות נוספות כעבירות של אחריות קפידה.<sup>380</sup> לעומת זאת בעניין אורן בנגב מתכות בע"מ הטיל השופט ברק ספק אם הפירוש הזה נכון: "לכאורה אין להבחין בין 'הלכה פסוקה' לפני תיקון מס' 39 או לאחריה".<sup>381</sup>

378 בנוסף, בעבירות האחריות המוחלטת, ממילא האחריות כבר מורחבת לשלב מוקדם של מניעה ולכן אין טעם לדרוש גם שהמבצע יעשה הכל כדי למנוע את העבירה. וראו מרים גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה" מחקרי משפט יב 129, 137–138 (1995).

379 קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 377, בעמ' 111–117.

380 רע"פ 26/97 לקס נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 673 (1998).

381 רע"פ 1875/98 אורן בנגב מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 529 (2000). במאמר מוסגר, חומר למחשבה שלא בנושא דיונונו: מול דברי השופט ברק בדבר "אופי שלילי של עיכוב כספי ציבור", מעניין

פרק יז: אחריות מוחלטת, אחריות קפידה או אף אחת מהשתיים?

חוששני שזוהי קריאה מתחכמת של סעיף 22 לחוק. הפרשנות הנכונה היא של השופטים ביניש וקדמי. למקרא סעיף 22 אין ספק שהמחוקק ביקש ליצור וודאות משפטית ולשם כך שלל מהשופטים סמכות כזו (אם בכלל הייתה בידיהם אי פעם). לכן, באשר לעתיד קבע כי רק המחוקק מוסמך לקבוע אחריות קפידה. לגבי העבר, אומנם בוצעה "שמירת דינים", אך רק באשר להלכות שכבר נקבעו בפסיקה ולא באשר להלכות שטרם נוצרו. לא ניתן לשמר דבר שטרם בא לעולם.<sup>382</sup> להשלמת התמונה, דרך ביניים שבה הלכו חלק מהשופטים: גם אם הפסיקה הכירה לפני תיקון 39 ב"סוג עבירות דומה" כעבירות אחריות מוחלטת, גם אז ניתן להכריז כיום (לראשונה) על עבירה כעל עבירת אחריות קפידה.<sup>383</sup> כך קבעו בפסיקה באשר ל"משפחת עבירות התעבורה" ובאשר ל"משפחת עבירות המנהלים ונושאי המשרה". לדעתי, גם דרך זו היא נטולת סמכות.<sup>384</sup>

## יא. האחריות המוחלטת – האם הדין נקבע בהתאם לדיין/ית?

מאלפת ההשוואה בין עמדותיהם של שני נשיאים של בית המשפט העליון, שהתייחסו בנפרד לאותה עבירה הקבועה בסעיף 117 לחוק מע"מ באופן כה שונה:

השופט ברק בפסק הדין אורן בנגב מתכות	השופטת ביניש בפסק הדין לקס
יש לשופטים סמכות	אין לשופטים סמכות
לעבירת מע"מ אפי של איסור מוחלט	לעבירת מע"מ אפי של איסור מוחלט
שנת מאסר – עונש לא קל	שנת מאסר – עונש קל
לא מדובר באחריות קפידה	לא מדובר באחריות קפידה

אומנם תוצאת שני פסקי הדין זהה (באופן די מקרי): העבירה הקבועה בחוק מע"מ איננה עבירה של אחריות קפידה. אך בדרך אליה מובעות עמדות שונות לחלוטין: השופטת ביניש, בפסק הדין לקס, הגיעה למסקנה שהעבירה בחוק מע"מ (אי-הגשת דוחות) היא בעלת אופי של איסור מוחלט (בעיקר לפי שלושה שיקולים: חובות מוגדרות, שכיחות, עונש קל). לעומתה, השופט ברק, בפסק הדין אורן

לציין את עמדתו של הנאשם בעניין לקס (לעיל ה"ש 380, בעמ' 705): "מר קליין חזר והצהיר שלדעתו, הצעתו של אוסטפלד אינה מוסרית, כי משמעות הדבר העדפת שלטונות המס על פני ספקים". מדובר בשני מנהלים של חברה חדלת פירעון, שעליהם להחליט למי לשלם במצב שבו אין מספיק לכולם. המדינה היא הנושה החזק במשק, ובידיה עבירות פליליות כאמצעי לגביית חובות כלפיה. אך האם זה מוסרי שלא לשלם לספק קטן (כלכלית), ששילם מכספו עבור סחורה שסיפק לחברה חדלת הפירעון, כשההימנעות מלשלם לו עלולה למוטט כלכלית גם אותו?

<sup>382</sup> ניתן רק לנסות לייצר אותו – בחוסר סמכות.

<sup>383</sup> רע"פ 2929/04 מדינת ישראל נ' אוחנה (פורסם בנבו, 25.6.2007).

<sup>384</sup> לדיון בשאלות נוספות, כגון האם די בפסק דין של ערכאה נמוכה שקבע בעבר שמדובר באחריות מוחלטת, ראו יפעת רווח "היקף תחולת סעיף 22 לחוק העונשין – עבירות של אחריות קפידה" משפטים לב 177 (2001).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

בנגב מתכות בע"מ, הגיע למסקנה שאין לאותה עבירה אופי של איסור מוחלט, שכן לא מדובר בקביעת רמת זהירות גבוהה נוכח צורכי הציבור החדשים שמקורם בהתפתחות במציאות חיי החברה (כלומר: לפי השיקול המעורפל של "תקנת הציבור"). בנוסף, השופטת ביניש העריכה שנת מאסר כעונש קל והשופט ברק הבהיר נכונה שאין זה עונש קל.<sup>385</sup> ההשוואה מלמדת עד כמה לא רצוי שהפסיקה היא שתקבע לגבי כל עבירה האם מדובר באחריות קפידה. רק המחוקק מוסמך לכך. אם הפסיקה הייתה מוסמכת לקבוע זאת – השופטים ברק וביניש הדגימו לנו עד כמה לא ניתן היה לצפות לוודאות, לא הייתה ניתנת אזהרה הוגנת לאזרח ולא היה נשמר עקרון החוקיות.

בנוסף, ראוי היה להגביל את האחריות הקפידה – אם בכלל משתמשים במכשיר לא רצוי זה – לשמירה על הערכים החשובים ביותר (ובעיקר – שלום האדם) ולא לשמירה על שלום מס ערך מוסף. הרי ההצדקה המקורית לאחריות המוחלטת התייחסה ל"תקנת הציבור" אל מול האפשרות לאסון. וטוב יותר היה אילו ביטל המחוקק כליל את האחריות הקפידה, שאיננה מתאימה למשפט הפלילי וסותרת כמעט את כל עקרונות היסוד שלו: סותרת את עקרון החוקיות, משום שאין אזהרה הוגנת לפרט אם כלל אינו מודע לסיטואציה; סותרת את עקרון השוויון שלפיו המשפט הפלילי הוא האמצעי האחרון, כשבענייננו ניתן להסתפק באחריות מנהלית; סותרת את עקרון הערך המוגן, משום שניתנת הגנה מופרזת לערך המוגן; סותרת את עקרון האשמה משום שכלל לא מתעניינים בה; וסותרת את עקרון הפרופורציה ביצירת אחריות פלילית מבלי לדרוש אפילו רשלנות.

385 על חומרתו הרבה של המאסר ראו סנג'רו "המאסר: חשיבה מחודשת", לעיל ה"ש 48; סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?", לעיל ה"ש 2. הערכת השופטת ביניש כי שנת מאסר היא עונש קל, מחזקת את הערכתי כי הכשרתו של שופט לתפקידו צריכה לכלול התנסות קצרה במאסר, מאחורי הסורגים – ראו לעיל הפסקה שלאחר ההפניה לה"ש 98.

## פרק יח

# הצורות הנגזרות וגבולותיהן – כללי היסוד

### א. אחריות נגזרת מהי

הגזירה היא הרחבת אחריות באמצעות נוסחה כללית (תבנית) הקבועה בחוק והמשמשת ליצירת צורות אחריות חדשות (הניסיון, השידול, הסיוע והניסיון לשידול) על בסיס עבירות קיימות.

עבירה טיפוסית =	ביצוע עיקרי	+	העבירה נשלמה
הנגזרות:	סיוע	שידול	ניסיון
			ניסיון לשידול
	גזירה במישור השותפות הטלת אחריות על אחרים		גזירה במישור השלבים הרחבת אחריות המבצע

העבירה הטיפוסית מגדירה ביצוע עיקרי של עבירה שנשלמה. היא מתייחסת למבצע שביצע בפועל, בעצמו (= ביצוע עיקרי) ומתייחסת למבצע שהשלים את ביצוע העבירה (= עבירה שנשלמה). מקובל במשפט הפלילי שכדי להגן על הערכים המוגנים אין די באחריות המוגבלת לביצוע העיקרי בלבד ואין די באחריות המוגבלת לעבירה שנשלמה. כדי לחזק את ההגנה על הערכים המוגנים גוזרים מהצורה הבסיסית של העבירה עבירות נגזרות, המרחיבות את האחריות הפלילית. הגזירה היא בשני מישורים:

#### 1. במישור השלבים לקראת הביצוע שנשלם גוזרים ניסיון.

זוהי הרחבה של אחריות המבצע העיקרי של העבירה. דוגמאות לניסיונות פליליים: המבצע א' מנסה לשרוד אך לא מצליח. הוא מאיים על הקופאית בבנק, אך לנוכח חג הפורים היא משוכנעת שהוא מתלוצץ ואינה מוסרת לו את הכסף. המבצע ב' מנסה לרצוח את שנוא נפשו ומכניס רעל למזון שלו, אך השנוא שבע ולא אוכל. המבצע ג' מנסה להמית את שכנו אך לא מצליח. הוא יורה לעברו ומחטיא. לעיתים (כחריג) קובעים בחוק אפילו אחריות פלילית על מעשי הכנה שלקראת ביצוע, למשל על הצטיידות בחומרים מסוכנים לצורך ביצוע עבירה. בדומה, מטילים אחריות פלילית על שניים או יותר שקושרים יחדיו קשר לעבור עבירה.

#### 2. במישור השותפות – התרומה לביצוע העיקרי – גוזרים אחריות לשידול (וכן לניסיון לשידול) וגוזרים אחריות לסיוע.

זוהי הטלת אחריות גם על אחרים, מלבד המבצע העיקרי של העבירה.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

שידול = אחריות על אדם שמשכנע את המבצע העיקרי של העבירה לעבור את העבירה: "לך ועשה". למשל: "לך למקום מסוים וגנוב שם נכס מסוים".  
סיוע = אחריות על אדם שעוזר למבצע העיקרי של העבירה לעבור את העבירה. למשל: מוסר לו מפתח או כלי פריצה, למשל פקיד בנק שמוסר לפורץ את הקוד הסודי של הכספת.  
ניסיון לשידול = שילוב בין הניסיון לבין השותפות. זוהי הרחבת אחריות גם במישור השותפות (שידול) וגם במישור השלבים (ניסיון).

## ב. שבעה כללי יסוד המשותפים לצורות הנגזרות

### 1. נדרשת קביעה מפורשת בחוק

כדי שתוטל אחריות פלילית בגין צורה נגזרת של עבירה, הכרחית קביעה מפורשת של המחוקק – הן קביעת עצם פליליות הנגזרת והן קביעת עונשה המרבי. הניסיון (סעיפים 25–27), הסיוע (סעיפים 31–32) והשידול (סעיף 30) מוסדרים בחלק הכללי של חוק העונשין. הכלל הזה נובע ישירות מעקרון החוקיות ומהמחויבות לתת אזהרה הוגנת לפרט: אין עונשין אלא אם מזהירים.

### 2. לא גוזרים מנגזרת של שותפות

הגזירה היא מהביצוע העיקרי – לרבות ניסיון (הניסיון נחשב לביצוע עיקרי ולכן ניתן לגזור ממנו שידול וסיוע). מהו ההיגיון של כלל היסוד שלפיו לא גוזרים מנגזרת? כבר הצורה הנגזרת היא הרחבת אחריות ואין להרחיב את האחריות הפלילית יותר מדי. כלל זה נובע ישירות מעקרון השוויון (המשפט הפלילי כאמצעי האחרון); וכן מעקרון הערך המוגן (המכוון להגנה ראויה ולא מופרזת על הערך המוגן. נגזרת שנייה היא בדרך כלל אחריות מופרזת, למעט אולי הניסיון לשידול); ומעקרונות האשמה והפרופורציה (ככל שמתרחקים מהביצוע העיקרי, התופעה פחות חמורה).  
חרף העובדה שמקובל שקיים כלל כזה, הן בחוק והן בפסיקה נקבעו לו חריגים. החריג המרכזי קבוע בסעיף 33 לחוק העונשין, המפליל ניסיון לשידול. בהמשך נראה שהפסיקה הוסיפה חריג, לאו דווקא מוצדק.

### השלכות הכלל של גוזרים מנגזרת

- (א) ניסיון לסיוע אינו פלילי (אם כי מקרה מסוים של ניסיון לסיוע הוא פלילי על פי הפסיקה – כשקיימים פוטנציאל לסיוע וביצוע עיקרי);  
(ב) שידול לסיוע אינו פלילי;  
(ג) סיוע לסיוע אינו פלילי;  
(א + ב + ג = לא גוזרים מסיוע)  
(ד) סיוע לשידול אינו פלילי;  
(ה) השידול לשידול עקרונית איננו פלילי<sup>386</sup>;  
(ו) ניסיון לניסיון אינו פלילי (שהרי זו הכנה בלבד, שאיננה פלילית – לפי סעיף 25 לחוק).

386 אך לפי הפסיקה, כפי שנראה בהמשך, הוא עלול להיות פלילי, במקרה של "שרשור של משדלים".

### 3. נדרשת חומרת מינימום

גוזרים הרחבת אחריות רק מעוונות ומפשעים – ס' 34 לחוק העונשין – "סייג לנסיון, לשידול ולסיוע" – "הנסיון, השידול, הנסיון לשידול או הסיוע, לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש". "חטא" מוגדר בסעיף 24(3) כעבירה שעונשה המרבי עד שלושה חודשי מאסר. בחלק משיטות המשפט הזרות הכלל הוא שרק לגבי פשעים גוזרים נגזרות באופן גורף ולגבי עוונות הבחירה של המחוקק היא פרטנית. במשפט הישראלי גוזרים נגזרות גם מעבירות לא חמורות ומרחיבים מאוד את האחריות הפלילית – בניגוד לעקרון השיירות, לעקרון הערך המוגן ולעקרון הפרופורציה.

### 4. בליעה של האחריות על הנגזרת באחריות על העבירה הטיפוסית

אין טעם להטיל אחריות על צורה נגזרת כשהתקיימה הצורה הטיפוסית. לכן מעשי הכנה (במקרים החריגים שבהם הם פליליים) נבלעים בניסיון (שכא בעקבותיהם) והניסיון נבלע בעבירה שנשלמה (שכא בעקבותיו).

לדוגמה: אם המבצע הצטייד בחומר מסוכן כדי לעבור עבירה (כגון היזק בזדון לרכוש – סעיף 452 לחוק העונשין) ולאחר מכן לא רק שניסה לעבור את העבירה אלא אף השלים אותה, האחריות לעבירת ההכנה (סעיף 497 לחוק העונשין – "הכנת עבירה בחומרים מסוכנים") והאחריות לניסיון נבלעות שתיהן באחריות לעבירה שנשלמה (סעיף 452).<sup>387</sup>

האחריות לשידול והאחריות לסיוע נבלעות באחריות לביצוע עיקרי בצוותא. לדוגמה: אחיתופל משדל את אבשלום לתקוף את דוד. אבשלום עובר עבירה של תקיפה, וברגע האחרון אחיתופל מחליט להצטרף אליו ושניהם יחד מכים את דוד. אחריותו של אחיתופל לשידול לתקיפה תיבלע באחריותו בגין ביצוע עיקרי (בצוותא) של עבירת התקיפה. דוגמה נוספת: עוזרי מוסר לפרץ מפתח שיאפשר לו לפרוץ לחנות שממנה מתכנן פרץ לגנוב. אם פרץ מבצע את העבירה לבדו, אחריותו של עוזרי היא של סיוע להתפרצות. אך אם התוכנית משתנה ועוזרי ניגש עם פרץ לזירת האירוע ושניהם מבצעים בצוותא את עבירת ההתפרצות, אחריותו של עוזרי לסיוע תיבלע באחריותו כמבצע עיקרי (בצוותא). לבסוף, הניסיון לשידול נבלע בשידול. כלומר: אם המשדל הציע למשדל לגנוב ארנק מסוים שנותר ללא השגחה במקום מסוים, כבר התגבשה העבירה של ניסיון לשידול. אך אם לאחר מכן המשדל מבצע את העבירה – בין אם משלים גניבה ובין אם מנסה ונכשל – המשדל כבר אחראי לשידול לגניבה ואחריותו לניסיון לשידול לגניבה נבלעת כמוכן.

### 5. עקרון אחדות העבירה

שלושה שודדים נכנסו לבנק. א' איים באמצעות אקדח על הפקידים והלקוחות, ב' נטרל את האזעקה ופתח את הכספת ו-ג' אסף את הכסף. ד' הסיעם אל הבנק, המתין להם במכונית ולאחר השוד הסיעם

<sup>387</sup> בפסיקה, לא תמיד מפעילים נכון את כלל הבליעה. כך, למשל, בפסק דין שניתן לאחרונה בעניין קסימובה, לעיל ה"ש 208, הסנגורים טענו נכונה שאם באותו אישום (באותו אירוע) מייחסים לנאשם גם נשיאה והובלת נשק ותחמושת בלא רשות על פי דין (ס' 144(ב) לחוק העונשין) וגם ניסיון לסחור בנשק (לפי סעיף 144(2) לחוק) אזי יש להחיל את כלל הבליעה. אכן, ההכנה (הובלת הנשק) צריכה להיבלע בניסיון לסחור בנשק. אלא שלמרבית המבוכה נראה שבית המשפט כלל לא הבין את הטענה (שם, פס' 18, 31–32 לפסק דינו של השופט מינץ).



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

הרחק מהבנק. ה' נתן להם את רעיון השוד לפני ביצועו. ו' מסר להם את קוד הכספת לפני ביצוע השוד. כמה עבירות נעברו? נעברה עבירת שוד אחת ויחידה, עם כמה משתתפים: א', ב' ו'ג' הם מבצעים בצוותא של עבירת השוד. ה' הוא משדל לשוד. ד' ו'ו' הם מסייעים לשוד. לגבי שותפות מדובר בעבירה אחת, עם כמה שותפים (מבצעים בצוותא, משדל, מסייעים). אין פירוש הדבר שהם יחלקו באחריות ובעונש. כל אחד מהם נושא באחריות מלאה בהתאם לתפקידו: על כל אחד מהמבצעים בצוותא ניתן לגזור את העונש הקבוע בחוק לביצוע עיקרי של שוד; כך גם באשר למשדל שעונשו עשוי להגיע לעונשו של המבצע העיקרי, ואילו אחריותו של המסייע מוגבלת למחצית לנוכח תפקידו המשני.

### 6. צמידות ותלות של העבירה הנגזרת בעבירה הטיפוסית

עבירה נגזרת אינה עצמאית. היא תלויה בקיומה של עבירה טיפוסית, שממנה היא נגזרת. בנוסף, עקרון החוקיות מחייב, כתנאי לאחריות פלילית, הוראה מפורשת בחוק הקובעת כי הצורה הנגזרת היא פלילית והוראה הקובעת את עונשה.

כשמדובר בניסיון – האחריות נגזרת מהצורה הטיפוסית של הביצוע שנשלם (האחריות על ניסיון לשוד נגזרת מהאחריות על שוד) וכשמדובר בשותפות – האחריות הנגזרת היא על השתלבות בעבירה של המבצע העיקרי (המשדל לגניבה והמסייע לגניבה משתלבים בעבירת הגניבה של המבצע העיקרי). אין ניסיון בעלמא, אין סיוע בעלמא, אין שידול בעלמא ואין ניסיון לשידול בעלמא. הצורות הנגזרות תמיד מתייחסות לעבירה מסוימת: ניסיון לרצח, סיוע לחטיפה, שידול לקבלת דבר במרמה, ניסיון לשידול לסחיטה בכוח (או לסחיטה באיומים) וכדומה. יתרה מזו: לא די אפילו בכך שהשידול הוא ל"קבלת דבר במרמה" בעלמא, כעבירה מופשטת, אלא נדרשת מסוימות: התייחסות של המשדל בדברי השידול המופנים למשודל לאירוע מסוים במציאות של קבלת דבר מסוים במרמה מקורבן מסוים במועד ובמקום מסוימים ובדרך מסוימת.

חריגים של הפללת צורה שלכאורה נגזרת מביצוע עיקרי שאיננו פלילי

נדיר (אך קיים) שהמחוקק מפליל רק את הנגזרת, כשהביצוע העיקרי כלל לא פלילי. למשל:

"שידול או סיוע להתאבדות" הם עבירה לפי ס' 302 לחוק העונשין, חרף העובדה שההתאבדות (ובאופן מעשי יותר – הניסיון להתאבד, שהרי לא ניתן להטיל אחריות על מי שהצליח להתאבד) אינה עבירה (התפישה היא שחיייו של אדם הם בידי ולא בידי המלך או השלטון כבעבר הרחוק);

"סיוע לשבוי מלחמה" להימלט הוא עבירה בהתאם לס' 102 לחוק העונשין, בעוד שביריחת שבוי המלחמה איננה עבירה (בהתאם לאמנות בינלאומיות);

שידול קטיין לפשוט יד הוא עבירה לפי ס' 216(א)(2) לחוק העונשין, אם כי הקטיין עצמו איננו עובר עבירה (שהרי הוא קטיין);

שידול קטיין לשתות משקה משכר הוא עבירה בהתאם לס' 193 לחוק העונשין, חרף העובדה שהשתייה של הקטיין איננה עבירה;

“הבאת אדם לידי מעשה זנות” עם אחר היא עבירה לפי ס’ 201 ו”הבאת אדם לידי עיסוק בזנות” היא עבירה בהתאם לס’ 202 לחוק העונשין, חרף העובדה שהזנות עצמה איננה עבירה.<sup>388</sup>

הביטוי לכלל הצמידות בחוק העונשין הוא ס’ 134 – “תחולת דין העבירה”: “מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת [צ”ל: העבירה שנשלמה]<sup>389</sup> חל גם על ניסיון, שידול, ניסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה”. כך, למשל, באשר להתיישנות העבירה.

ההשלכה המרכזית של ס’ 134 היא צמידות העונש של העבירה הנגזרת לעונש הקבוע לעבירה הטיפוסית: לגבי הסיוע נקבע במפורש בצמוד להגדרתו, בסעיף 32 לחוק, שהעונש מוגבל ל-50% מעונשה המרבי של העבירה הטיפוסית. כך גם לגבי ניסיון לשידול – ס’ 33 – 50%. אך לגבי ניסיון ולגבי שידול אין קביעה בהגדרותיהם בחוק מהו העונש. כאן יחול כלל הצמידות הקבוע בסעיף 134 ולכן העונש המרבי של נגזרות הניסיון והשידול הוא העונש המלא הקבוע לעבירה הטיפוסית (כמקסימום, שניתן ורצוי לרדת ממנו). העונש על הנגזרת תמיד נגזר מהעונש על העבירה הטיפוסית (העיקרית, שנשלמה). מדובר בפונקציה מסוימת (50%, 100% וכדומה).

ביטוי חשוב נוסף לכלל הצמידות: ניסיון הוא תמיד פעולה במטרה להשלים עבירה מסוימת, שממנה הוא נגזר. המנסה לחבול באדם חבלה חמורה (ס’ 333 לחוק העונשין בשילוב עם ס’ 25 לחוק) מבצע פעולה מסוימת (כגון הנפת אלה לקראת הכאה) כשרצונו הוא להכות את הקורבן המיועד ולגרום לו חבלה חמורה (כגון שבר באף).

בדומה, ביטויים חשובים נוספים לכלל הצמידות הם שהסיוע הוא תמיד פעולה במטרה לעזור לאדם אחר לעבור עבירה מסוימת – שממנה הסיוע נגזר; ושידול הוא תמיד פעולה במטרה להביא לכך שאדם אחר ישתכנע ויעבור עבירה מסוימת – שממנה השידול נגזר. מכאן קצרה דרכנו לכלל היסוד השביעי המשותף לצורות הנגזרות, הלא הוא דרישת המטרה.

## 7. מטרה

בכל הצורות הנגזרות נדרש רצון: בניסיון – מטרה להשלים את העבירה; בסיוע – מטרה לסייע; בשידול – נדרשות שתי מטרות: מטרה לשרל + מטרה שהמשודל יבצע את העבירה; וכך גם בניסיון לשידול.

עד כאן הכללים הבסיסיים המשותפים לצורות הנגזרות. עתה נתמקד בניסיון.

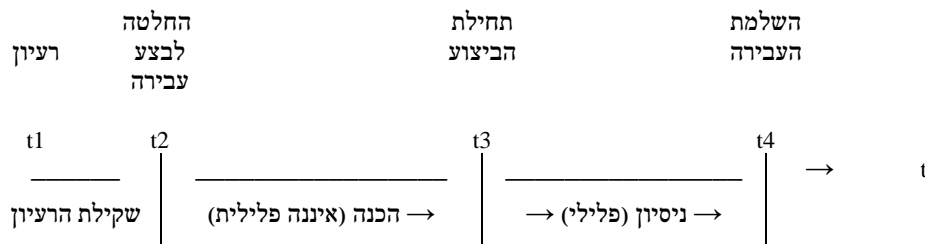
388 לאחרונה נחקק חוק איסור צריכת זנות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), התשע”ט–2019. העבירה המנהלית שנקבעה בו – “איסור צריכת מעשה זנות” – איננה נגזרת מעבירת זנות שאיננה קיימת, אלא עבירה עצמאית, שמאחוריה ראיית האישה העוסקת בזנות כקרבן בהכרח. מנגד יש טענה שאיסור כזה אינו מכבד את חופש הבחירה של האישה. באותו חוק אף שונה הניסוח של סעיף 203 לחוק העונשין, כך: “הצורך מעשה זנות מקטין, דינו – מאסר חמש שנים”.

389 הביטוי “העבירה המושלמת” המופיע בפסיקה אין ספור פעמים, שבתיקון 39 אף השתרבב לחוק, הוא די מוזר: כביכול אנו צופים בהערצה בביצוע “השוד המושלם”... מתאים יותר, לדעתי, הביטוי “העבירה שנשלמה”.



## פרק יט

### ניסיון (מול הכנה)



הניסיון הוא צורה הנגזרת מן הביצוע שנשלם, במישור של השלבים לקראת השלמתו. השאלה היא עד היכן נלך אחורה מהשלמת העבירה ונטיל אחריות פלילית:

(1) רעיון לעבור עבירה;

(2) שקילת הרעיון;

(3) גיבוש כוונה;

בכל שלושת השלבים הראשונים ודאי לא תוטל אחריות פלילית (למשל: אדם מחליט להמית את שכנו). "אין עונשין על דברים שבלב" – עקרון ההתנהגות, שהוא עיקרון יסוד של דיני העונשין, מחייב דרישת התנהגות כתנאי לאחריות פלילית.

(4) פעולות הכנה לקראת האפשרות של ביצוע העבירה בעתיד (למשל: אדם מצטייד בכלים ובמכשירים; כותב לעצמו תוכנית פעולה; עורך תצפיות) – ככלל לא תוטל אחריות פלילית, אלא אם המחוקק קבע עבירת הכנה ספציפית (בדרך כלל – נוכח סכנה משמעותית, כגון כשאדם מצטייד בחומר נפץ).

(5) ניסיון לבצע את העבירה (למשל: המבצע יורה לעבר שנוא נפשו אך לא פוגע בו / מרעיל את המשקה של שנוא נפשו אך השנוא ממאן לשתות / מתקיץ פצצה במכונית של שנוא נפשו אך הפצצה לא מתפוצצת). אם מדובר בעבירה בדרגת עוון (מעל שלושה חודשי מאסר) או פשע (מעל שלוש שנות מאסר)<sup>390</sup> – הכלל הוא שהניסיון לבצעה פלילי.<sup>391</sup>

(6) בשלב האחרון – השלמת העבירה – כמובן שמוטלת אחריות פלילית. גבול האחריות הפלילית עובר בין ההכנה (שכלל אינה פלילית) לבין הניסיון (שהוא כבר פלילי).

390 להגדרות המונחים "חטא", "עוון" ו"פשע" ראו סעיף 24 לחוק העונשין.  
391 סעיף 334 לחוק העונשין: "הניסיון, השידול, הנסיון לשידול או הסיוע, לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש".

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

אדם מחליט לשרוד בנק. תופסים אותו ליד הבנק כשהוא מבצע תצפיות כדי לתכנן את השרוד. אין אחריות פלילית על מעשה הכנה כזה. למחרת הוא נכנס לבנק ומנסה לשרוד, אך השרוד מסוכל (למשל שולף אקדח צעצוע ומאיים על הפקידים, אך הפקידים מזהים שמדובר באקדח צעצוע ואינם ממלאים את מבוקשו). מרגע שהחל הניסיון כבר ניתן להטיל אחריות פלילית. הניסיון מתגבש כשהמבצע פעל במטרה להשלים את העבירה, אך העבירה לא הושלמה – חסר רכיב ביסוד העובדתי:

- (1) לא נגרמה התוצאה הנדרשת בהגדרת העבירה; או
- (2) לא הושלמה ההתנהגות; או
- (3) לא התקיימה נסיבה הנדרשת בהגדרת העבירה; או
- (4) אין קשר סיבתי בין התנהגותו לבין התוצאה.

ביסוד הנפשי נדרשת מטרה להשלים את העבירה: מטרה להשלים את ההתנהגות, ובעבירת תוצאה גם מטרה שתתרחש התוצאה – וזאת אפילו אם בעבירה הטיפוסית לא נדרשת כוונה (אלא די במחשבה פלילית – מודעות). ס' 25 לחוק העונשין מגדיר את הניסיון כך: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה".

## א. השיקולים לכך שהניסיון הוא פלילי

נפתח בשיקולי הענישה הפלילית ולאחר מכן נבחן שיקולים נוספים:

### 1. גמול – אשמה

מקובל לחשוב שיש שוויון באשמה המוסרית בין המשלים עבירה לבין המנסה ונכשל. זאת, במיוחד לנוכח העובדה שלצורך התגבשות הניסיון נדרשת מטרה של המבצע להשלים את העבירה ונוכח העובדה שההבדל בין ניסיון שהצלח ואחריות לעבירה שנשלמה לבין ניסיון שנכשל ואחריות לניסיון בלבד הוא לעיתים קרובות המקריות והמזל.

### 2. הרתעת הפרט

אדם מנסה לעבור עבירה ונכשל. צריך להרתיעו כדי שלא ינסה שוב ואולי גם יצליח – לאחר הפקת הלקחים מכישלונו.

### 3. הרתעת הרבים

השיקול הזה חלש בהצדקת ענישת הניסיון. די בעובדה שהעבירה הטיפוסית היא פלילית כדי להרתיע. ההנחה היא שרוב האנשים שמנסים לעבור עבירות אופטימיים ורואים לנגד עיניהם הצלחה. במציאות, אין מי שרוצה רק לנסות – ולהיעצר בשלב הניסיון. אם בכל זאת מתרחש מקרה משונה שכזה, ממילא לא מתגבש ניסיון פלילי, כי לא מתקיים היסוד הנפשי הנדרש בניסיון, שהוא מטרה להשלים את העבירה.

#### 4. מניעה

שיקול זה תומך בענישת הניסיון. אנו רוצים למנוע ניסיון נוסף – שעלול להצליח (שיקול הענישה הנוסף – שיקום – לא רלוונטי לדיון הנוכחי, אלא אם הייתה חרטה – אפשרות שתידון בהמשך). עד כאן השיקולים הכלליים לענישה הפלילית (גמול, הרתעה (הפרט; הרבים), מניעה). שיקולים נוספים לפליליות הניסיון:

#### 5. האפשרות להתערבות משטרתית

היסטורית, כנראה שהאחריות לניסיון נוצרה כדי לעצור אנשים מסוכנים לפני שישלימו עבירה ויגרמו לתוצאה מזיקה. גם כיום קיים רצון לצייד את המשטרה בסמכות להתערב ולעצור את ביצוע העבירה עוד לפני השלמתה. מצד אחד, ככל שהשלב שבו מוסמך השוטר להתערב מאוחר יותר, הסיכון שהעבירה תושלם גדול יותר. מצד אחר, ככל שהשלב שבו מוסמך השוטר להתערב מוקדם יותר, גדל הסיכון שאדם תמים המעורר חשד ייעצר ואולי אפילו יענש וגדל הסיכון שאדם שטרם החליט סופית יאבד את ההזדמנות להתחרט.

#### 6. תחושת הביטחון של הציבור

לא רק עבירות שנשלמו, אלא גם ניסיונות פוגעים בתחושת הביטחון של הציבור ועלולים לגרום בהלה. ענישת הניסיון מחזקת את תחושת הביטחון של הציבור. עם זאת, כשמדובר באזרחים החוששים שיחשדו בהם שהם מ"הרעים", ענישת הניסיון מערערת את תחושת הביטחון שלהם.

#### 7. חומרת העבירה = הנזק/הסכנה X האשמה

שני השיקולים המרכזיים שעליהם מבוססת האחריות הפלילית הם סכנה ואשמה: סכנה – גם המנסה מסוכן (אך אולי: מעט פחות מסוכן – עובדה שלא הצליח); אשמה – גם למנסה אשמה משמעותית – הרי נדרשת מטרה. היחס שלו לערך המוגן הוא אנטי חברתי.

### ב. השיקולים לכך שמעשי ההכנה (ככלל) אינם פליליים

דוגמאות אחדות למעשי הכנה: תכנון תוכנית, איסוף מידע, איסוף אמצעים, התקשרות עם אנשים אחרים, הכשרת אמצעי הימלטות ומסתור. מדובר במעשים שאינם חלק מביצוע העבירה, הנעשים לפני הביצוע ולקראתו. ראינו שיקולים לכך שהניסיון צריך להיות פלילי. לכאורה, אולי הם חלים גם על מעשי הכנה?

לא מקובל ולא רצוי להפליל כל פעולה שנעשתה במטרה לבצע עבירה בעתיד, אלא בכל שיטות המשפט מבחינים בין מעשי הכנה שככלל אינם פליליים לבין הניסיון שהוא ככלל פלילי. אלמלא הבחנה זו, גם אם אדם אכל או ישן בצהריים כדי שבערב יהיה לו כוח לעבור עבירה, צריך היה לדאוג כבר באכילת הצהריים או בשנת הצהריים ניסיון פלילי.

## 1. מידת הנחישות

נוכח נחישות חזקה להשלים את העבירה, אין סיכוי ריאלי שהאדם יחזור בו, יתחרט ולא יבצעה. בין ההכנה לבין הניסיון יש "קפיצה איכותית" מבחינת המוכנות הנפשית והנחישות. כשאדם כבר התקדם מאוד בשלבי הביצוע, הדבר מלמד על החלטה נחושה להשלים את העבירה. בשלב המוקדם של מעשי הכנה, האדם לא בהכרח מגובש בדעתו. ייתכן מאוד שיתחרט. מעשי הכנה – כגון תצפיות והצטיידות – משחררים כעס ותסכול. גם אם מערכת המשפט הפלילי לא תתערב, ייתכן שלאחר התלבטות האדם יזנח את תוכניתו. ייתכן גם שישתף אחרים במחשבותיו ובתוכניותיו והם ישכנעו אותו שלא לבצע עבירה. ההבחנה בין ההכנה לבין הניסיון נותנת לנו מדד אובייקטיבי למידת הנחישות של האדם – בהתאם למעשיו. מדוע אנו מתעניינים במידת נחישותו? (א) הסיכוי שיתחרט (ביחס הפוך לנחישות); (ב) מידת האשמה (ביחס ישיר לנחישות); (ג) מידת הסכנה (ביחס ישיר לנחישות).

## 2. חירות האדם

לא מוצדק לעצור אדם ולשלול את חירותו בשלב מוקדם, כשלא נגרם נזק וספק אם בכלל ייגרם בעתיד נזק. כשמדובר במעשי הכנה, הסכנה לאובייקט הפיזי של העבירה (כגון אדם או רכוש מסוימים) קטנה יחסית. גם הסכנה לערך המוגן (כגון חיים ושלמות הגוף או קניין) קטנה יחסית. לעיתים ניתן למנוע את הנזק או הסכנה במקום להעניש, תוך שימוש במעקב, באזהרה, בסיכול וכדומה.

## 3. אפשרות הטעות

האפשרות של טעות והרשעת חפים מפשע היא נוראית ומוחשית.<sup>392</sup> אין עול גדול מזה שגורמת המדינה לאזרח באופן שיטתי. קשה לקבוע בוודאות אם הייתה לאדם מטרה לבצע עבירה. אפילו אם הודה, המחקרים מלמדים שאנשים מודים גם בעבירות שלא עברו, מסיבות מגוונות.<sup>393</sup> גם כשהעבירה נשלמה, החשש הזה קיים, אך קטן יותר, כי יש בסיס מוצק יותר לפליליות במעשה עצמו. הטלת אחריות על מעשי הכנה מוקדמים תגדיל מאוד את התופעה של הרשעת חפים מפשע. מאפיין מוכר של משטרים טוטליטריים הוא ענישה מאסיבית על מעשי הכנה: מסתפקים במעט מאוד ביסוד העובדתי, סוחטים הודאה (שהיא לעתים הודאת שווא) ומרשיעים.

## 4. בעיות הוכחה ואכיפת חוק

חלק גדול ממעשי ההכנה נעשים בצנעת הפרט, בבית המגורים. הפיכתם לפליליים תחייב חדירה למרחב המחיה המוגן של האדם ורמיסת הפרטיות. הקושי להוכיח מעשי הכנה לא רק יגדיל את מספר הטעויות ואת מספר ההרשעות של חפים מפשע, אלא אף צפוי להוליך לפלישה של רשויות אכיפת החוק, ובמיוחד המשטרה, לתחום הפרט לשם איסוף ראיות וכן עלול להוליך לחקירה אגרסיבית של החשודים.

392 ראו בהרחבה בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות (2014) (להלן: סנג'רו הרשעת חפים מפשע); BOAZ SANGERO, SAFETY FROM FALSE CONVICTIONS (2016).  
393 סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה", לעיל ה"ש 134; Sangero, *Miranda Is Not Enough*, לעיל ה"ש 134; Sangero, *Safety from False Confessions*, לעיל ה"ש 134.

## 5. תמריץ שלא לבצע

הטלת אחריות על מעשי ההכנה עלולה להמריץ את האדם לבצע את העבירה, שהרי ממילא כבר הסתבך ולכאורה אין לו מה להפסיד. כשההכנה איננה פלילית, יש תמריץ חיובי לעצור ולא לבצע את העבירה.

## ג. החריג: מעשי הכנה אחדים הם פליליים

הכלל הוא שמעשי הכנה אינם פליליים. רק אם המחוקק קובע במפורש עבירה שמפלילה מעשה הכנה מסוים, אזי הוא (ורק הוא) פלילי. מתי המחוקק קובע שמעשה הכנה מסוג מסוים יהיה, באופן חריג, פלילי? ישנם שני מקרים טיפוסיים:

האחד – מעשה הכנה שהוא כשלעצמו מסוכן – הדוגמה המרכזית בדין הישראלי היא העבירה "הכנת עבירה בחמרים מסוכנים" הקבועה בסעיף 497 לחוק העונשין:

"העושה, או מחזיק בידועין, חומר נפץ, או מכונה, מכשיר או כל דבר שהם מסוכנים או מזיקים, בכוונה לעשות בהם פשע או עוון או כדי לאפשר לאחר שיעשה בהם פשע או עוון, דינו – מאסר שלוש שנים".

זוהי עבירה המוגדרת באופן רחב מאוד, שנועדה לשקף את ההבחנה בין מעשי הכנה שהם ניטרליים כשלעצמם, לבין מעשים מסוכנים, אך חורגת הרבה מעבר לכך (ביסוד העובדתי די בעשיית או בהחזקת "כל דבר" מסוכן או מזיק – לא מדובר רק בחומר נפץ וכדומה).

דוגמאות נוספות הן שתי עבירות הקשר, המוגדרות בסעיפים 499 ו-500 לחוק העונשין. המחוקק סבר, כפי הנראה, שאם שני אנשים או יותר מתכננים יחדיו לבצע עבירה, הדבר כבר מסוכן. שהרי לכל אחד מהם אין שליטה על האחר וייתכן שהאחר יבצע את העבירה לבדו גם אם הראשון לא ירצה לבצעה.

אלא שהגדרות עבירות הקשר רחבות מאוד ומדי: ראשית, סעיף 499 איננו מוגבל לקשר לעבירות חמורות יחסית מסוג פשע (מעל שלוש שנות מאסר) אלא די בקשירת קשר לביצוע עוון (עבירה שעונשה המרבי הוא החל משלושה חודשי מאסר. אין זה עונש קל, אך בחוק העונשין שלנו הוא מאפיין רק עבירות קלות). שנית, בסעיף 500 הפרוץ המחוקק והפליל אפילו קשר "להשיג מטרה כשרה באמצעים אסורים", כמו גם קשר "להביא לירידה בערך נכסו של אדם".

השני – התנהגות שמשקפת נחישות – אינדיקציות לנחישות הן, למשל, שיתוף אדם אחר במחשבה על ביצוע עבירה וקשירת קשר עמו (קשה לחזור מהתחייבות); סמיכות למקום המיועד לביצוע העבירה וסמיכות בזמן לביצוע העבירה; טרחה רבה בהכנה. למשל, העבירה "הכנת מכשירים לזיוף מטבע מעולה" (ס' 473 לחוק העונשין), העבירה "הכנת מתכת לזיוף מטבע מעולה" (ס' 472) והעבירה "עשייה והכנה בזיוף בולי דואר" (ס' 487) משקפות את ההנחה שאם אדם השקיע את המומן הרב



והאנרגיה הגדולה הדרושים כדי להכין מכשיר לזיוף שטרות או מטבעות, הסיכויים שיחזור בו קטנים.<sup>394</sup>

## 1. המבנה הרצוי של עבירת הכנה = התנהגות + נסיבות + מטרה לבצע עבירה מסוימת

ראינו שבניסיון מקובל לדרוש מטרה, משום שהיסוד העובדתי עשוי להיות חלש (הרי הגדרת הניסיון מבוססת על חוסר ביסוד העובדתי – שלא נשלם). קל וחומר לגבי מעשי הכנה – שבהם היסוד העובדתי חלש עוד יותר. בכל זאת, עדיין קיימות בחוק העונשין עבירות של מעשי הכנה ללא דרישה (מפורשת) של מטרה. כך, למשל, העבירות של "החזקת חומר לזיוף שטרי כסף" (ס' 464); "הכנת מכשירים לזיוף מטבע מעולה" (ס' 473); "החזקת מכשירי פריצה" (ס' 409). עד שהמחוקק יעשה מלאכתו ויחליף עבירות ישנות נושנות כאלה בחדשות או יוותר עליהן לחלוטין, על השופטים לפרש עבירת הכנה ככוללת תמיד גם דרישת מטרה לבצע עבירה מסוימת בעתיד בעזרת ההכנה.

## 2. שלוש השלכות חשובות לסיווגה של עבירה כעבירת הכנה

א. לא גוזרים נגזרת מנגזרת. עבירת ההכנה היא בעצמה, מבחינה מהותית, נגזרת ולכן אין לגזור ממנה ניסיון. הרציונל: המחוקק כבר הקדים את שלב הפליליות יותר מהרגיל. אין להקדימו עוד יותר באמצעות ענישת הניסיון (שהוא בעצם ניסיון לבצע הכנה בלבד). לכן, למשל, אין לגזור ניסיון מעבירת הקשר (ס' 499, 500) או מהעבירה של "הכנת עבירה בחומרים מסוכנים" (ס' 497). ניתן ללמוד זאת מלשון החוק – ס' 25 מגדיר את הניסיון כ"מעשה שאין בו הכנה בלבד". (ניסיון להכנה = הכנה). גם סיוע ושידול לא מתאים לגזור מעבירת הכנה.<sup>395</sup>

דוגמה מאלפת חדשה לחשיבות הכלל שלפיו אין לגזור אחריות נוספת מעבירת הכנה: בפסק דין עימד<sup>396</sup> התבססה הפרקליטות על סעיף 28(א)(3) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016, המגדיר עבירה של הכנה לביצוע מעשה טרור, אך לא הסתפקה בהקדמת האחריות הפלילית לשלב המוקדם מאוד של הכנה שיוצר הסעיף, אלא הרחיקה לכת וביקשה להרכיב עליו את סעיף 25 לחוק העונשין ולגזור ממנו ניסיון פלילי לעבירת הכנה. הדבר אפשר לה לטעון לפליליותו של המעשה הבא: הנאשם נסע באוטובוס בירושלים לכיוון שער שכם כשבידיו 100 ש"ח. עד כאן היסוד העובדתי הדל ביותר. באשר ליסוד הנפשי, לטענת הפרקליטות הנאשם הצטייד בכסף משום שתכנן לרכוש

<sup>394</sup> עדיין נותרת השאלה מי בימינו יבחר לזייף בולי דואר...

<sup>395</sup> לא נעלמה מעיני פסיקה שבה נאמר שעבירת הקשר איננה נגזרת: ע"פ 38/78 שעבאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לג' (2) 372, 375 (1979). הנימוק שניתן לכך: "מאותו רגע שנוצר הקשר הפלילי הרי העבירה היא שלמה ומושלמת, ואין נפקא מינה אם העבירה שלשם עשייתה נוצר הקשר אכן באה לכלל ביצוע או לא בוצעה". לכן לדעת בית המשפט קשירת קשר איננה נגזרת ואיננה מופיעה בחלק הכללי. אלא שמבחינה מהותית הקשר נגזר מהעבירה שלשמה הוא נועד, ממש כשם שהניסיון לשידול נגזר מהעבירה שלשמה נועד. גם באשר לניסיון לשידול העבירה מתגבשת "ואין נפקא מינה אם העבירה שלשם עשייתה [ניסה המבצע לשדל] אכן באה לכלל ביצוע או לא בוצעה". אפיונו של הניסיון לשידול כנגזרת איננו נובע מנימוקו בחלק הכללי של החוק, אלא ממהות הדברים: מדובר במעין פונקציה שמחיל המחוקק על כל העבירות (מלבד החטאים) אשר מרחיבה אחריות. פונקציה כזו מהווים הן הניסיון לשידול והן עבירת הקשר, חרף הגדרתה כעבירה ספציפית ומיקומה בחלק העבירות שבחוק.

<sup>396</sup> תפ"ח (מחוזי י-י) 55227-01-17 מדינת ישראל נ' עימד (פורסם בנבו, 25.5.2017).

### פרק יט: ניסיון (מול הכנה)

סכין ולאחר מכן לדקור יהודי בשער שכם. בית המשפט המחוזי בירושלים היטיב למחוק אישום זה, בהסבירו נכונה שאין לגזור ניסיון מעבירת הכנה, שכבר היא חריגה בהפלילה פעולות שלפני הניסיון. אין להרחיק לכת עוד יותר. כלומר: אילו הנאשם היה רוכש סכין ניתן היה לייחס לו את עבירת ההכנה, אך לא ניתן להטיל אחריות על הנסיעה עם הכסף, שהיא לכל היותר ניסיון לבצע הכנה. נותר רק להצטער על כך שהפרקליטות, המופקדת על ההחלטה אם להעמיד לדין ובאלו עבירות להאשים, לא השכילה להבין את מהות הדברים (ניסיון להכנה איננו פלילי אפילו לפי דבריו המפורשים של המחוקק בסעיף 25 לחוק העונשין: "עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד") ואת הגיחוך שבעמדתה (אישום פלילי בגין נסיעה באוטובוס עם 100 ש"ח).

ב. בליעה. כשם שהניסיון נבלע בעבירה שנשלמה, כך ההכנה נבלעת בניסיון (או בעבירה שנשלמה).

ג. דרישת מטרה. גם אם הדרישה אינה קבועה במפורש בחוק, יש לפרש עבירת הכנה כדורשת יסוד נפשי של מטרה לבצע עבירה בעזרת ההכנה.

### 3. שלושה סימני היכר לעבירת הכנה

א. אופי המעשה הוא של מעשה מקדמי לקראת ביצוע העבירה ולפניה.

ב. מטרה לבצע עבירה בעתיד (לא עכשיו).

ג. הכותרות שבחוק – כותרות הפרק או הסימן או כותרת השוליים של העבירה.

לדוגמה – ס' 497 – כל שלושת סימני ההיכר הללו מתקיימים: פרק י"ד נקרא "עבירות הכנה וקשר" והעבירה המסוימת נקראת "הכנת עבירה בחמרים מסוכנים"; נדרשת במפורש מטרה לעבור עבירה בעתיד; ואופי המעשה הוא מקדמי – החזקה בלבד.

אך לא תמיד מתקיימים כל המאפיינים ובכל זאת ייתכן שמדובר בעבירת הכנה. למשל, בסעיף 410(2) "נסיבות מחשידות בכוונת פריצה" – לא מופיעה המלה "הכנה" בכותרת הפרק או הסימן או העבירה. למשל, בעבירות של הכנת מכשירים לזיוף כסף, כפי שראינו, משום מה לא דרש המחוקק מטרה (ס' 464, 473).

חשוב מאוד שהשופטים יקפידו לסווג נכונה את עבירות ההכנה גם כשניסוחן הארכאי מקשה על כך; ויקפידו להחיל על כל עבירת הכנה את כל שלוש ההשלכות שלעיל: דרישת יסוד נפשי של מטרה; הימנעות מגזירת נגזרת נוספת, היבלעות הצורה הפחות מתקדמת בצורה המתקדמת ממנה של העבירה (הכנה נבלעת בניסיון או בעבירה שנשלמה, ניסיון נבלע בעבירה שנשלמה).<sup>397</sup> הדבר הכרחי לשם שמירה על חירות האדם.

### ד. אופן הניתוח של עבירת ניסיון – פרולוג

ביסוד העובדתי, מכיוון שמתוך הגדרה חסר בו משהו – אחרת זה לא היה רק ניסיון אלא עבירה שנשלמה – לא מנתחים את רכיבי העבירה כמו בעבירה שנשלמה, אלא מציינים מה מתקיים ומה חסר ביסוד העובדתי (חסרה התוצאה או ההתנהגות או נסיבה) ולאחר מכן מתייחסים לשתי סוגיות מרכזיות:

<sup>397</sup> והניסיון להכנה (כשקיימת עבירה מסוימת של הכנה) הוא פלילי רק בהתאם לתפישה מעוותת לחלוטין של המשפט הפלילי.

מידת ההתנהגות הנדרשת; וטיב הניסיון (סוגיית הניסיון הבלתי צליח, שנועד מראש לכישלון).<sup>398</sup> ביסוד הנפשי, כפי שיפורט בהמשך, נדרש מלוא היסוד הנפשי שבהגדרת העבירה המסוימת, בצירוף מטרה להשלים את העבירה.

## ה. מידת ההתנהגות הנדרשת בניסיון

מהו המבחן הנכון לצורך ההבחנה בין מעשי הכנה (שאינם פליליים) לבין הניסיון (שהוא פלילי)? זוהי השאלה הקשה והחשובה ביותר בנושא הניסיון – איתור השלב שבו מסתיימים מעשי ההכנה ומתחיל הניסיון. הכנה – פעולות של הכשרת הקרקע לקראת הביצוע, הרחוקות מהביצוע: איסוף מידע, מעקב, הצטיידות במכשירים או בחומרים, הכנת מקום ודרך המילוט, הכנת מסתור ועוד. כאן הסיווג קל יחסית. שאלה קשה יותר היא אם ההכנה כוללת גם פעולות בעלות צמידות גבוהה יותר לביצוע העבירה: ההגעה למקום העבירה, הכנת כלים או מכשירים במקום שבו אמורה העבירה להתבצע, ועוד. בעבר הוצעו מבחנים רבים – הן בתאוריה והן בשיטות משפט זרות – והתלבטו בפסיקה הישראלית בין מבחנים שונים. תיקון 39 לחוק העונשין לא פתר את הקושי וכפי שניווכח בהמשך, המבחנים שאומצו בפסיקה המוקדמת עדיין מופעלים בפסיקה החדשה.

### 1. המבחן הקבוע בסעיף 25 לחוק העונשין

ס' 25 – "נסיון מהור" – "אדם מנסה לעבור עבירה אם [הקדמה בלבד], במטרה לבצעה, [זהו היסוד הנפשי]  
עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד [זו כל הגדרת היסוד העובדתי]  
והעבירה לא הושלמה [סיומת מובנת מאליה]".

אין הגדרה של ממש. רק הגדרה על דרך השלילה: כבר לא מדובר בהכנה. אך אם היינו יודעים מהי הכנה – לשם מה מבחן לתחילת הביצוע? החוק הרי לא מגדיר "הכנה". דומה הדבר להגדרת הרע כ"לא טוב" (ללא הגדרה מהו טוב) או להגדרת הטוב כ"לא רע" (ללא הגדרה מהו רע). עדיף היה לנסח על דרך החיוב. פרופ' גור-אריה הציעה כך: "אדם מנסה לעבור עבירה אם במטרה לבצעה..." [פתיח כבחוק הקיים]; [וגם הסיומת זהה –] "והעבירה לא הושלמה"; ובתווך – הניסוח החיובי: "עשה מעשים המשתייכים לביצוע העבירה".<sup>399</sup> בדומה להגדרת הביצוע-בצוותא בסעיף 29(ב) – תוך עשיית מעשים לביצועה" (של העבירה). אך גם הניסוח החיובי לא אומר הרבה ומדובר רק במסגרת שיש למלאה בתוכן. כנראה שהכוונה של מנסחי הצעת החוק (פרופ' פלר ופרופ' קרמניצר) הייתה למבחן שהציע פרופ' פלר בספרו – מבחן תחילת ביצוע העבירה.

### 2. מבחן תחילת ביצוע העבירה

פרופ' פלר הציע מבחן אינטואיטיבי זה בספרו: "הניסיון לדבר עבירה מתחיל בהתנהגות של העושה, הנמנית על שרשרת המעשים או המחדלים הרצופים, בהם הוא אמור היה להשלים את ביצוע העבירה

<sup>398</sup> בעבר התייחסו גם לסוגיה שלישית בתחום היסוד העובדתי של הניסיון – צורת ההתנהגות – מעשה או מחדל. כיום מקובל שגם הניסיון במחדל הוא פלילי ובלבד שהייתה מוטלת על המבצע חובה לפעול.

<sup>399</sup> מרים גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב 505, 534 (2002).

הטיפוסית, אילו הצליח או הספיק בכך; תחילת הביצוע מותנית בנסיבותיו הקונקרטיים של כל אירוע עברייני בנפרד. רצף ביטויי התנהגות אלה הוא פונקציה של עיתויים, מיקומם ותכונם.<sup>400</sup> הדברים נבחנים בשלושה מדדים: זמן, מקום ותוכנית. מבחן תחילת ביצוע העבירה איננו מבחן מדויק, אך בהשוואה לסעיף 25 לחוק, הוא לפחות מראה את "היש" ולא רק את "האינ". המבחן משקף מחשבה שלא ניתן לקבוע – כפי שניסו בעבר – מבחן מדויק. משמעות האמירה "תחילת הביצוע מותנית בנסיבותיו הקונקרטיים של כל אירוע עברייני בנפרד" היא שלדעת פלר לא נכון לקבוע באיזה שלב מתחיל הניסיון לכל הגניבות או לכל הפריצות או לכל מעשי השוד, אלא בהינתן תוכנית גניבה מסוימת, בהינתן תוכנית פריצה מסוימת ובהינתן תוכנית שוד מסוימת – רק אז ניתן יהיה לקבוע היכן מתחיל אותו ניסיון.

מהי תחילת הביצוע? נקודת מוצא אפשרית היא ההתנהגות כפי שהיא מוגדרת בהגדרת העבירה. התחלה שלה היא ודאי כבר ביצוע. למשל, בגניבה (ס' 383) – נוטל (עוד לפני שנושא); בקבלת דבר במרמה (ס' 414 + 415) – הטענה השקרית, המרמה (עוד לפני קבלת הדבר); בהתפרצות (ס' 405) – שובר/פותח (עוד בטרם נכנס/יוצא). אך גם לפני ההתנהגות שבהגדרת העבירה – כשקריבים לתחילתה – זו עשויה להיות תחילת ביצוע. בתקיפה – הנפת הזרוע לקראת מתן האגרוף; בגניבה – הושטת היד לתיק של הקורבן; בהתפרצות – המבצע מוציא מכיסו צרור מפתחות או מכשיר פריצה. בעבירה של גרימה לתוצאה – שבה אין התנהגות מוגדרת – ההתייחסות תהיה לפעולה שאמורה לגרום לתוצאה. היא ודאי בגדר תחילת ביצוע, אך גם פעולות שלפניה. למשל, בעבירת הרצח – אם היא מבוצעת באמצעות סכין – נעיצת הסכין. מה בדבר הנפת היד עם הסכין לקראת הדקירה? כבר היא תיחשב לתחילת ביצוע העבירה (ולמעשה כבר ההגעה לקרבת הקורבן עם הסכין). בדומה, כשהתוכנית היא להמית את הקורבן בירי מאקדח ההתייחסות תהיה ללחיצה על ההדק. מה בדבר דריכת האקדח לקראת הירי? כבר היא תיחשב לתחילת ביצוע (ולמעשה כבר ההגעה לקרבת הקורבן עם האקדח). בחניקה – הידוק החבל סביב הצוואר. כריכת החבל לפני הידוק שלו תיחשב לתחילת ביצוע (ולמעשה כבר ההגעה לקרבת הקורבן עם החבל). כלומר: חוזרים אחורה, אל אותן פעולות שנמצאות ברצף אחד עם ההתנהגות המוגדרת בהגדרת העבירה (או, בעבירות של גרימה לתוצאה, מתייחסים להתנהגות המיועדת לגרימת התוצאה). בדומה, במשפט הגרמני הגדירו את הניסיון כהתנהגות קרובה לתחילת ההתנהגות האופיינית לעבירה.

נדרש רצף בזמן, במקום ומבחינת תוכנית הפעולה. הרצף מתחיל בקפיצה איכותית, שניתן לדמותה לשינוי המוזיקה בסרט פעולה למוזיקה קצבית המשדרת מתח, שינוי המעיד על כך שהביצוע כבר יצא לדרך. לו שאלנו את המבצע בזמן פעולתו: מה אתה עושה? (בדומה ל"טרדן המתערב" הידוע בתחום דיני החוזים, שנועד לבחון את מסוימות ההסכם) – המבצע ודאי היה יודע להשיב אם הוא כבר מבצע את העבירה או רק מכין את הדרוש לשם עשייתה בעתיד.

בוחנים את הדברים לפי תוכנית הפעולה של המבצע. אדם נכנס לחנות נשק ומבקש מהמוכר אקדח וכדורים. בדרך כלל זו לכל היותר הכנה. אך אם תוכניתו היא לאיים על המוכר ולשדוד אותו מיד כשיקבל את האקדח (כבמערבון הקלאסי "הטוב הרע והמכוער") – זהו כבר ניסיון: מבחינת מדד המקום המבצע כבר במקום המיועד לביצוע העבירה, מבחינת מדד הזמן מדובר בהפרש של שניות

400 ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך ב 104 (1987) (להלן: פלר, כרך ב).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

אחדות, ומבחינת התוכנית המבצע כבר ביצע חלק מהפעולות ונותרו לו פעולות ספורות. אם מדובר בעבירה הנעברת בשלבים – השלב הראשון יספיק.

באשר למדרד המקום – יש חשיבות למרחב המחיה המוגן של הקורבן. ככל שהמבצע חודר עמוק יותר למרחב המחיה המוגן של הקורבן, יש נטייה גדולה יותר לקבוע שמדובר בניסיון: מגע עם הקורבן, פגיעה באוטונומיה שלו, קירבה גדולה לבית הקורבן, כניסה לבית.

מבחן תחילת ביצוע העבירה מרחיב מאוד את תחום הניסיון. גם פעולות ניטרליות לחלוטין עשויות להילכד בו. אדם מצלצל בפעמון של דלת – הייתכן לראות בזה ניסיון שוד שעונשו 14 שנות מאסר (סעיף 402(א) לחוק העונשין) או אפילו 20 שנות מאסר (שוד מוחמר לפי 402(ב)) ? מסתבר שכן – אם תוכניתו של המבצע היא שמיד לאחר שבעל הבית יפתח את הדלת, הוא יכה אותו עם אלה, ייכנס ויגנוב (ואם בוחרים במבחן תחילת הביצוע, שהוא מבחן מרחיב מאוד).

יציאה מהבית לזירת הפשע בדרך כלל נחשבת להכנה. אך לפי מבחן תחילת הביצוע צריך לבחון אם מדובר ברצף פעולות בדרך להשלמת העבירה, מהו המרחק מהזירה המיועדת ומהו הריחוק בזמן מביצוע העבירה. אם אדם יוצא מביתו עם ארגז כלים, כשתוכניתו לפרוץ לדירה סמוכה ולגנוב מהשכן – זו כבר עשויה להיחשב תחילת ביצוע וניסיון להתפרצות. אדם יוצא מביתו כשתוכניתו לגשת לדלת השכן, לצלצל בפעמון וכשהשכן יפתח את הדלת – להכותו. גם כאן היציאה מהבית כבר עשויה להיחשב לתחילת ביצוע עבירת התקיפה.

ייתכן שהמדדים השונים – זמן, מקום והתקדמות בתוכנית – ימשכו לכיוונים מנוגדים, שאז יש לנסות לבצע שקלול שלהם.

חסרונות מרכזיים של מבחן תחילת הביצוע הם שאין הגבלה על אורך שרשרת המעשים או המחדלים שעוד נותרו למבצע לשם השלמת העבירה (או אפילו לשם התחלתה הממשית) – די בכך שהם מתוכננים להיות רצופים; ושאינן דרישה שהמבצע כבר ביצע פעולה משמעותית – מלבד המגבלות הקלות שיוצרים מדדי הזמן, המקום והתוכנית. לכן, מבחן תחילת הביצוע מרחיב מאוד ומדי את תחום הניסיון הפלילי. זאת בניגוד לכמה מעקרונות היסוד של דיני העונשין: בניגוד לעקרון החוקיות – משום שאין אזהרה הוגנת לפרט מהו התחום האסור; בניגוד לעקרון השוויון – מכיוון שמבחן תחילת הביצוע מרחיב מאוד את תחומי המשפט הפלילי, שאמור לשמש רק כאמצעי האחרון; בניגוד לעקרון הערך המוגן – שהרי המבחן אינו מסתפק בהגנה ראויה על הערך המוגן, אלא יוצר הגנה מופרזת; וממילא גם בניגוד לעקרון הפרופורציה – בכך שמבחן תחילת הביצוע מאפשר הטלת אחריות פלילית ועונשים חמורים (אין כיום הגבלה על עונשו המרבי של הניסיון בהשוואה להשלמת העבירה) בגין מעשים מאוד מוקדמים, הרחוקים מאוד מהשלמת העבירה ולעיתים אפילו מעצם ביצועה.

### 3. המבחנים שנקבעו בפסיקה הישראלית

לימוד המבחנים שנקבעו בפסיקה איננו רק בגדר היסטוריה של המשפט הישראלי. יש להם חשיבות רבה, שכן לפי הפסיקה עודם בתוקף גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין. את המבחנים שהוצעו בעבר, שרובם אומצו מהמשפט האנגלי, ניתן למיין בהתאם לשתי מטרות:

#### (א) המטרה לצמצם את תחום הניסיון

מדוע לצמצם? בעיקר בשל אפשרות החרטה. המחשבה הייתה שלא צודק להעניש את מי שלא השלים עבירה. לכן בעבר הרחוק, במשפט האנגלי, כלל לא הענישו על ניסיון. איך מצמצמים את תחום

פרק יט: ניסיון (מול הכנה)

הניסיון? באמצעות אחד משני המבחנים הבאים, שפותחו במשפט האנגלי: מבחן המעשה האחרון ומבחן הקרבה להשלמה (האחרון אף אומץ למשפט הישראלי).

#### (ב) המטרה לקבוע מבחן ברור וקל להפעלה

חלק מהמבחנים פותחו בניסיון להגיע למבחן ברור וקל להפעלה. זאת במיוחד בשיטות משפט עם מושבעים, כמו השיטה האנגלית. גם לשופטים קשה להבחין בין הכנה לבין ניסיון וגם להם יכול להועיל מבחן ברור וקל להפעלה. המבחנים הברורים שפותחו במשפט האנגלי הם מבחן המעשה האחרון ומבחן החד-משמעות (האחרון אף אומץ למשפט הישראלי).

#### 4. מבחן המעשה האחרון<sup>401</sup> (ומבחן המעשה-הלפני-אחרון)

זהו המבחן המצמצם ביותר את היקף הניסיון. בעבר במשפט האנגלי הכירו רק בניסיון שבו התנהגות המבצע הושלמה. כל עוד לא עשה את המעשה האחרון שעליו לעשות כדי להשלים את העבירה, עדיין אין ניסיון. המבחן הזה מתאים רק לעבירות תוצאה ואפילו בהן לא תמיד. מדוע אינו מתאים לעבירות התנהגות, שהן רוב העבירות? משום שכל עוד לא בוצע המעשה האחרון אין ניסיון פלילי, וברגע שבוצע המעשה האחרון נשלמה העבירה כך שגם אז אין ניסיון. בפסק הדין האנגלי הידוע *Robinson* (משנת 1915) נדון מקרה שבו אדם ביטח את חנותו, ביים שוד והזעיק משטרה. הוא הואשם בניסיון לקבל דבר במרמה וזוכה משום שעדיין לא פנה לחברת הביטוח בדרישה לשלם לו.<sup>402</sup> הדבר ממחיש עד כמה מבחן המעשה האחרון מצמצם את תחום הניסיון: כמעט שאינו מותיר ניסיונות פליליים. לכן איננו מקובל כיום.

מתי יתקיים ניסיון שבו ההתנהגות הושלמה? רק בעבירות תוצאה, כשאדם השלים את ההתנהגות אך התוצאה לא התרחשה. למשל, בעבירה של גרימת חבלה חמורה, יידוי פטיש לעבר ראש הקורבן והחטאה ("פספוס"). אך אם המבצע כבר הניף את ידו לאחור, טרם השלים את יידוי הפטיש ואחרים אחזוהו ועצרו בעדו, הוא פטור. אין עדיין ניסיון לפי מבחן מצמצם זה.

מבחן המעשה האחרון מעולם לא נקלט בפסיקה הישראלית. הוא נדחה כבר בפסקי הדין המוקדמים.<sup>403</sup> מבחן המעשה האחרון כבר לא מקובל בעולם, אפילו לא באנגליה. בלעדיו, ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון איננה קלה. עדיין קיימת השלכה מעשית להשלמת התנהגות המנסה – בענישה: כשהמבצע השלים את ההתנהגות, יש נכונות גדולה יותר לגזור עליו עונש חמור.

לבסוף יצוין כי לאחר שנוכחו במשפט האנגלי שמבחן המעשה האחרון אינו טוב לאפיון הניסיון משום שהוא מצמצם מדי וכמעט לא מותיר ניסיונות פליליים, נעשה ניסיון לרכך את המבחן, תוך

401 זהו המבחן השלישי שהספר מציג, לאחר: 1. ה"מבחן" שנקבע בסעיף 25 לחוק העונשין; 2. מבחן תחילת ביצוע העבירה (שהציע אצלנו פרופ' פלר). כאמור, ייתכן שסעיף 25 נועד לקבוע את מבחן תחילת הביצוע.

402 במאמר מוסגר, אם מפרשים את העבירה קבלת דבר במרמה (הקבועה אצלנו בסעיף 415 לחוק העונשין) לא כעבירת תוצאה (מסוג תולדה: המבצע גורם לכך שהקורבן ימסור לו את הדבר) אלא כעבירה הדורשת שני שלבי התנהגות – המרמה ולאחר מכן קבלת הדבר – אזי אפילו פנייה לחברת הביטוח לא תספיק לצורך התגבשות ניסיון (!) שהרי טרם בוצע המעשה האחרון שהוא קבלת הדבר.

403 ראו למשל ע"פ 50/65 ווידנפלד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 7 (1966); ע"פ 1/65 שמש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 398 (1965).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

הסתפקות במעשה-הלפני-אחרון. אך גם מבחן זה הוא בדרך כלל מצמצם מדי וכן תוצאתו עשויה להיות מקרית – בהתאם לתוכנית הפעולה המשוערת של המבצע ומספר הפעולות שהיא כוללת.

### 5. מבחן הקרבה להשלמה

גם מבחן זה הוא "ייבוא" מאנגליה.<sup>404</sup> כפי שניווכח בהמשך, לפי הפסיקה של בית המשפט העליון מבחן זה עודנו בתוקף בישראל גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין. רציונל מרכזי למבחן הקרבה הוא אפשרות החרטה. רציונל נוסף הוא הדגשת הסכנה שבהתנהגות.

מהו המבחן? לא נדרש דווקא המעשה האחרון, אך נדרש שהעבירה קרובה להשלמתה. בוחנים את תוכנית המבצע והיכן אמורה הייתה להסתיים ומשם חוזרים אחורה. בוחנים כמה פעולות עוד נותרו, ומהי חשיבותן (האם מהותיות או שוליות). הפסיקה הישראלית לא קבעה מדדים להפעלת מבחן הקרבה להשלמה. מוצע להיעזר בשלושת המדדים שבהם משתמשים במסגרת מבחן תחילת הביצוע (שהציע אצלנו פרופ' פלר):

- א. (זמן) מהו משך הזמן שנותר להשלמת העבירה?
- ב. (מקום) מהו המרחק הגיאוגרפי שעל המבצע לעבור עד לזירת העבירה?
- ג. (תוכנית) כמה ואלו פעולות נותרו עד להשלמת העבירה?

תורת ההיגיון (הלוגיקה) היא שמחייבת את הפעלת שלושת המדדים האלה בכמה מהמבחנים, ממש כשם שבבחינת מידותיו הפיזיות של אדם אנו משתמשים בסנטימטר ובקילוגרם. לעיתים המדדים השונים מובילים לתוצאות שונות ואז יש לבצע שקלול.

חשוב להבין שלמרות השימוש באותם שלושה מדדים, המבחנים שונים לחלוטין; נקודות המוצא ונקודות המבט שונות לחלוטין: האחד מרחיב מאוד את היקף הניסיון – מבחן תחילת הביצוע (תוך התמקדות בתחילת הדרך); והשני מצמצם את השתרעות הניסיון – מבחן הקרבה להשלמה (תוך התמקדות בסוף הדרך).

כיצד נפעיל את המבחן כשמדובר בניסיון בלתי צליח? הרי שם לא צפויה השלמת העבירה לעולם. בוחנים לפי תוכניתו של המבצע (שטועה לחשוב שהניסיון צליח).

מהי הקרבה הנדרשת? קרבה להשלמת העבירה? או קרבה למעשה האחרון הדרוש לפי תוכנית המבצע? מקובל להסתפק באפשרות השנייה. מקובל שרק בניסיון שבו ההתנהגות לא נשלמה, נדרשת קרבה להשלמת העבירה. לאחר המעשה האחרון אין צורך בקרבה להשלמת העבירה. ההבדל המעשי בין שתי האפשרויות איננו גדול, אך קיים. כך, למשל, כאשר המבצע מרעיל את המזון של הקורבן כשהקורבן שוהה בחו"ל וצפוי לשוב רק כעבור שבוע – רק אז יאכל ויורעל. אומנם אין קרבה להשלמת העבירה (ודאי לא מבחינת מדדי הזמן והמקום) אך מכיוון שהמבצע כבר עשה את המעשה האחרון, מקובל שדי בכך להתגבשות הניסיון הפלילי.

### 6. מבחן החד-משמעות

זהו מבחן חשוב, שהיה מאוד מקובל בעבר,<sup>405</sup> ושנועד להקל על ההבחנה בין ההכנה לבין הניסיון. כפי שניווכח בהמשך, לפי הפסיקה הישראלית מבחן זה עדיין בתוקף גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין. היתרון המרכזי של מבחן החד-משמעות הוא היותו קל להפעלה:

404 ראו למשל עניין שמש, שם.



פרק יט: ניסיון (מול הכנה)

הניסיון מתחיל כשהתנהגות מגלה באופן חד-משמעי את מטרת המבצע – להשלים עתה את העבירה המסוימת.

ההנחה היא שככל שהמבצע נחוש יותר להשלים את העבירה, כך התנהגותו תגלה נחישות זו ותעיד עליה באופן מובהק יותר. מכנים את מבחן החד-משמעות גם "מבחן הסרט האילם". הפעלת המבחן שואבת מעולם הקולנוע: מדמים כי קובעי העובדות (שופטים או מושבעים) צופים בסרט שבו רואים את פעולותיו של המבצע. הסרט אילם במובן זה שמתעלמים מהודאה של הנאשם ואין שומעים אמירות מפלילות של הנאשם. אך אם יש דיבורים שמקדמים את העבירה – כגון איומים שמשמיע המבצע – הם כן נכללים בסרט. כלומר: הסרט אילם לא בשל מגבלה טכנולוגית, אלא מתוך בחירה ערכית שלנו כחברה. כדי להרשיע, נדרש שהצופים בסרט האילם ישתכנעו שהנאשם רוצה להשלים עתה את העבירה המסוימת. קיימת גם גרסה מרוככת יותר של המבחן, שלפיה די אם הצופים רואים זאת כאפשרות סבירה.

האם מבחן החד-משמעות מצמצם או מרחיב את היקף הניסיון? לעיתים מצמצם ולעיתים מרחיב. תתכן התנהגות קרובה להשלמת העבירה, ואפילו התנהגות שהושלמה, שלא תשקף את המטרה; ולהיפך: תיתכן התנהגות המרמזת על מטרה שכלל אינה קיימת. כאשר רופא בחדר מיון נראה מטפל במאושפז, אך לאמתו של דבר המאושפז הוא יריבו משכבר אשר נפל בידיו כפרי בשל והוא עומד להרעילו – המבחן יצמצם את הניסיון, שייחזה בטעות כטיפול רפואי תמים. מנגד, כשהמבצע מתכוון רק להפחיד ולא להשלים עבירה של פגיעה בגוף האדם – המבחן עלול להרחיב מדי את תחום הניסיון (אומנם בניסיון נדרשת מטרה כיסוד נפשי, אך השופטים עלולים לטעות בעניין זה).

רציונל חשוב מאוד נוסף של מבחן החד-משמעות – מלבד הרצון לצייד את השופטים או המושבעים במבחן קל להפעלה – הוא מניעת שימוש לרעה בחוק הפלילי על ידי הרשויות ובמיוחד המשטרה. תומכי המבחן לא מוכנים להסתפק בהודאה שסחטו חוקרי המשטרה מהחשוד. כיום, כשהמחקרים החדשים – חלקם מבוססים על השוואות גנטיות במסגרת פרויקט החפות האמריקני – מוכיחים שקיימת תופעה משמעותית של הרשעת חפים מפשע על בסיס הודאות שווא בחקירות המשטרה,<sup>406</sup> יש טעם רב במבחן זה.

מנגד טוענים כי המבחן הוא בעצם ראיית-הוכחתי במקום מהותי: הרי ניתן לדרוש ראיות נוספות ולא להסתפק בהודאת הנאשם בחקירתו במשטרה. ביקורת חדה ניסח פרופ' קרמניצר במאמרו: "מדוע להקרין סרט אילם כשפס הקול קיים והשופט איננו חרש?"<sup>407</sup> תשובה אפשרית לביקורת זו: אם יש חשש ממשי שפס הקול מזויף, מוטעה ומטעה – עדיף להקרין סרט אילם.

405 מייחסים מבחן זה לשופט Salmond (הידוע מהספר החשוב SALMOND ON JURISPRUDENCE) בפסק הדין הניו זילנדי The King v. Baker, [1924] NZLR 865. בפסיקה הישראלית אומץ המבחן מתחילתה. ראו למשל עניין ווידנפלד, לעיל ה"ש 403.

406 סנג'רו הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 392.

407 מרדכי קרמניצר "עוד על היסוד ההתנהגותי ב'אקטוס ריאוס' של הניסיון" משפטים ט 274 (התשל"ט) (להלן: קרמניצר "עוד על היסוד ההתנהגותי").



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

בדרך כלל לא הוצעו את מבחן החד-משמעות כמבחן עצמאי, אלא כהשלמה למבחנים אחרים ובעיקר למבחן הקרבה להשלמת העבירה: דרשו קרבה להשלמה והסתפקו גם בחד-משמעות. כלומר: חד-משמעות כתנאי מספיק, שאיננו הכרחי:

מידת ההתנהגות הנדרשת בניסיון = קרבה להשלמה או חד-משמעות.

### 7. מבחן הקרבה לתחילת ההתנהגות שבהגדרת העבירה

מבחן זה (שפותח במשפט הגרמני) אומנם מנוסח במונחים של קרבה, בדומה למבחן הקרבה להשלמת העבירה, אך לא מדובר בקרבה להשלמת העבירה, אלא מבחינה מהותית זהו מבחן של תחילת ביצוע העבירה.<sup>408</sup>

לדוגמה, בעבירת הפריצה (סעיפים 405 ואילך לחוק העונשין) ההתנהגות שבהגדרת העבירה היא "שובר" או "פותח". פורץ הניצב ליד דלת שאינה שלו ושולף כלי פריצה או מפתח כבר נלכד במבחן הזה כמנסה, עוד לפני שהחל לפרוץ.

המבחן הגרמני קרוב מאוד למבחן תחילת ביצוע העבירה שהציע אצלנו פרופ' פלר. אך הוא פחות מעורפל, כי יש לו עוגן להיאחז בו – הגדרת ההתנהגות שבהגדרת העבירה. איך נבדוק את הקרבה אליה? שוב, בעזרת שלושת המדדים של זמן, מקום ותוכנית המבצע. כאמור, הלוגיקה – תורת ההיגיון – היא שמחייבת את השימוש בשלושת המדדים הללו בכמה מהמבחנים. מבחן זה עשוי לסייע בהפעלת מבחן תחילת ביצוע העבירה שהוצע במשפט הישראלי: אם המבצע כבר החל בהתנהגות שבהגדרת העבירה – ודאי שהתנהגותו היא בגדר ניסיון. מכאן ניתן לחזור מעט אחורה, אל פעולות הסמוכות לכך, שגם הן תיחשבנה בגדר ניסיון – בהתאם לשלושת המדדים הנ"ל.

### 8. מבחן הצעד המשמעותי

המבחן שנקבע בקוד הפלילי לדוגמה האמריקני (Model Penal Code, section 5.01(2)) הוא: כאשר התנהגות המבצע לא נשלמה (אם נשלמה ודאי שכבר מדובר בניסיון) די ב"substantial step" – צעד משמעותי.<sup>409</sup> המבחן דומה למבחן תחילת הביצוע (שהציע אצלנו פרופ' פלר) שבו די ב"קפיצה איכותית". לא בודקים כמה נותר להשלמת העבירה (כמבחני הקרבה להשלמה) אלא בודקים כמה התקדם המבצע בביצוע העבירה. לא את ה"אין" אלא את ה"יש". המבחן נועד להרחיב את תחום הניסיון.

התפישה של מנסחי ה-M.P.C. היא סובייקטיבית: הם נוטים להסתפק ביסוד הנפשי של מטרה להשלים את העבירה ובמעט מאוד ביסוד העובדתי. זאת בהבדל מבעלי התפישה האובייקטיבית, הדורשים הרבה ביסוד העובדתי של הניסיון – בהתנהגות.

מלבד המבחן הכללי והמעורפל של "צעד משמעותי", הוסיפו מנסחי ה-M.P.C. וקבעו גם רשימה מעניינת של נסיבות עובדתיות נפוצות, שבהן התנהגות המבצע עשויה להיחשב ל"צעד משמעותי" ולניסיון. הנסיבות שאובות מהפסיקה האמריקנית, וכוללות, בין היתר:

1. שכיבה במארב;

408 מרדכי קרמניצר "סוגיות בדין הניסיון מנקודת מבט השוואתי" עיוני משפט יב 393 (1987).

409 MODEL PENAL CODE, לעיל ה"ש 281, סעיף 5.01(2).

פרק יט: ניסיון (מול הכנה)

2. חיפוש הקורבן המיועד או מעקב אחריו;
3. סיור בזירה המיועדת לעבירה;
4. כניסה בלתי חוקית למבנה או לבניין שבו מתוכנן לעבור את העבירה;
5. החזקת החומרים לביצוע העבירה – אם הם מתוכננים במיוחד למטרה פלילית, או אם אינם מיועדים למטרה חוקית.

באשר לשלושת המקרים 1, 2, ו-4 – ייתכן מאוד שהביצוע צפוי מידית ולכן מתקבל על הדעת לשקול לראותם כניסיונות פליליים. אך במקרים 3 (סיור בזירה) ו-5 (החזקת חומרים) מדובר במעשי הכנה טיפוסיים, הרחוקים עדיין מביצוע העבירה, ולא נכון לראותם כניסיונות פליליים. מה ניתן ללמוד מהמבחן האמריקני? מכיוון שמבחן הצעד המשמעותי דומה למבחן תחילת הביצוע שהוצע בישראל, ניתן ללמוד מהדוגמאות שנתנו מנסחי הקוד האמריקני על הסכנה של הרחבת יתר הקיימת בשני המבחנים.

#### 9. מבחנים אובייקטיביים מול מבחנים סובייקטיביים

ניתן למיין את מרבית המבחנים שהוצעו לפי שני האפיונים האלה:

##### (א) מבחנים אובייקטיביים

תומכי המבחנים האובייקטיביים לא מוכנים להסתפק במטרת המבצע לעבור עבירה ודורשים הרבה ביסוד העובדתי, בהתנהגות. לפי תפישה זו צריך לאפיין את ההתנהגות עצמה – במנותק מהיסוד הנפשי – כהתנהגות שאובייקטיבית גורמת נזק לפרט או לחברה. הדגש הוא על הסכנה שבהתנהגות ולא על המסוכנות המיוחסת למבצע. לגישה זו יתרון של שמירה על חירות הפרט ועל חפים מפשע. הביקורת על הגישה האובייקטיבית טוענת שלא ניתן לעמוד על המשמעות האמתית של ההתנהגות אם מתעלמים מהיסוד הנפשי של המבצע.<sup>410</sup> המבחנים הבאים הם בעלי אופי אובייקטיבי:

1. מבחן המעשה האחרון (ומבחן המעשה הפני-אחרון)
2. מבחן הקרבה להשלמה
3. מבחן החד-משמעות

כל המבחנים האובייקטיביים מקורם במשפט האנגלי, הם קלים להפעלה, ובדרך כלל מצמצמים את תחום הניסיון (מלבד מבחן החד-משמעות, שכפי שראינו לעיתים דווקא מרחיב).

##### (ב) מבחנים סובייקטיביים

תומכי המבחנים הסובייקטיביים שמים דגש על מטרת המבצע לעבור עבירה ומסתפקים במעט ביסוד העובדתי, בהתנהגות. הדגש הוא על המסוכנות של המבצע, ולא על הסכנה שבהתנהגותו. המסוכנות נובעת מהנחישות של המבצע לעבור את העבירה. הקושי העקרוני בגישה זו הוא שמקובל שמסוכנות

410 וראו בהרחבה גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון", לעיל ה"ש 399; JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 378–380 (2001) (להלן: Dressler 2001).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

כשלעצמה איננה מצדיקה אחריות פלילית. הבסיס לאחריות הפלילית אינו מה שהאדם אולי יעשה בעתיד, אלא מה שכבר עשה בעבר.<sup>411</sup> המבחנים הבאים הם בעלי אופי סובייקטיבי:

1. מבחן תחילת הביצוע (פרופ' פלר)
2. מבחן הצעד המשמעותי (ה־Model Penal Code האמריקני)
3. מבחן הקרבה לתחילת ההתנהגות שבהגדרת העבירה (המשפט הגרמני)

כל המבחנים הסובייקטיביים מרחיבים מאוד את תחום הניסיון; ורובם מעורפלים וקשים להפעלה (מלבד אולי המבחן הגרמני, שיש לו נקודת אחיזה בהגדרת ההתנהגות שבהגדרת העבירה).

### 10. הפסיקה הישראלית המוקדמת – שלפני תיקון 39 לחוק העונשין

תחילה דחו השופטים את מבחן המעשה האחרון (שמצמצם את הניסיון מאוד ומדי) והעדיפו את מבחן הקרבה להשלמה.<sup>412</sup> בהמשך התפתחה גישה שלפיה אומנם המבחן הראשי הוא הקרבה להשלמה, אך אם מתקיימים תנאיו של מבחן החד־משמעות, די בכך להתגבשות הניסיון הפלילי, גם ללא קרבה להשלמת העבירה. כך למשל נקבע בפרשת לוי:

”די בכך, שנעשה מעשה גלוי, ‘המקרב’ את תהליך ביצועה של העבירה המושלמת. לעיתים קיימות נסיבות, שבהן ניתן אף להסתפק במעשה המבטא את תחילת תהליך הביצוע של העבירה המושלמת, ובלבד שיש בכך כדי לגלות בצורה חד־משמעית את כוונת העבריין.”<sup>413</sup>

כלומר: מבחן הקרבה להשלמה ומבחן החד־משמעות כאלטרנטיבות שדי באחת מהן לשם התגבשות הניסיון.

לצד הלכה זו, ניתן למצוא בפסיקה עוד לפני תיקון 39 לחוק העונשין פסק דין שבו נחפז השופט ברק לאמץ את מבחן תחילת הביצוע שהציע פרופ' פלר - בפרשת סריס.<sup>414</sup>

### 11. הפסיקה הישראלית שלאחר תיקון 39 לחוק העונשין

בפרשת נחושתן כתב השופט קדמי כך:

411 וראו בהרחבה Dressler, שם; גור-אריה “על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון”, לעיל ה”ש 399. המחברת – בעקבות המלומד Anthony Duff – מציעה (שם) תפישה שלישית, שאיננה תפישה סובייקטיבית בלבד ואיננה תפישה אובייקטיבית בלבד. היא מבוססת על הערך המוגן על ידי איסור העבירה, שהוא ערך חברתי מופשט (חיי אדם, שלמות הגוף, בעלות על רכוש) בהבדל מאובייקט קונקרטי המגלם אותו (האדם שהומת או נפצע, הרכוש שנגנב או הושמד). האיום על הערך המוגן נוצר על ידי התנהגות שהייתה מכוונת לפגוע בו, או שיצרה במודע סיכון בלתי סביר של פגיעה בו (אדישות או קלות דעת). היא מסכימה עם המלומד Duff שהשתמש בדימוי של התקפה: בניסיון הפלילי מדובר באדם שהתכוון לבצע עבירה + התחיל בביצוע = פתח בהתקפה על הערך המוגן.

412 למשל עניין שמש, לעיל ה”ש 403.

413 ע”פ 355/88 לוי נ’ מדינת ישראל, פ”ד מג(3) 221, 264 (1989).

414 ע”פ 5150/93 סריס נ’ מדינת ישראל, פד מח(2) 183 (1994), תוך ציטוט המבחן מספרו של פרופ' פלר.

"בהנחה – המקובלת עליו – שהמחוקק לא התכוון בתיקון 39 לסטות מהגדרת הניסיון המסורתית, ניתן לפנות בנושא זה אל ההלכה הפסוקה שקדמה לתיקון. על-פי ההלכה הפסוקה... די לעניין זה בעשיית מעשה 'המבטא את תחילת תהליך הביצוע של העבירה המושלמת, ובלבד שיש בכך כדי לגלות בצורה חד-משמעית את כוונת העבריין'" (ומפנה לפס"ד לוי הנ"ל).<sup>415</sup>

לפנינו שתי טעויות משמעותיות בפסקה אחת קצרה: האחת – ממש לא נכון שהמחוקק לא התכוון לשנות. ייתכן שהנוסח שנקבע בחוק נועד לשקף את המבחן שהציע אחד המנסחים של החוק – פרופ' פלר – מבחן תחילת הביצוע, ומכל מקום אין בחוק שום רמז למבחן החד-משמעות שעליו בעצם כתב קדמי בפס"ד נחושטן. זוהי דוגמה לנטייה כללית של שופטים לשמר הלכות שהיו קיימות לפני תיקון 39 לחוק העונשין, גם אם אינן מתיישבות (היטב) עם החוק החדש. הטעות השנייה – כפי שראינו, לא נכון שההלכה שקדמה לתיקון 39 היא מבחן החד-משמעות. לרוב הפעילו את מבחן הקרבה להשלמה, לעיתים – כגון בפסק דין לוי הנ"ל – דיברו על שתי אלטרנטיבות: קירבה להשלמה כמבחן הראשי וחד-משמעות כמבחן המשלים. מנין אפוא נטל השופט קדמי את מבחן החד-משמעות כמבחן היחיד? פרופ' גור-אריה הראתה במאמרה<sup>416</sup> שמקור הטעות הוא בספרו של קדמי:<sup>417</sup>

בשלב הראשון – קדמי כתב (בטעות?<sup>418</sup>) בספרו שההלכה הישראלית היא שילוב שתי גישות: קרבה להשלמה + חד-משמעות (כאלטרנטיבות);

בשלב השני – השופט דב לוין בפסק הדין לוי מצטט את ספרו של קדמי;

בשלב השלישי – השופט קדמי בפסק הדין נחושטן מסתמך על פסק הדין לוי (שמסתמך על ספרו של קדמי).<sup>419</sup>

אך בפסק הדין נחושטן השופט קדמי שכח את המבחן הראשי בפסיקה – קרבה להשלמה (!). ייתכן שכוונתו הייתה למבחן החד-משמעות רק כאלטרנטיבה למבחן הראשי של קרבה להשלמה – כבספרו וכבפסק הדין לוי.

גם בפסיקה שלאחר תיקון 39 ניתן למצוא אימוץ של מבחן תחילת הביצוע.<sup>420</sup> אך המבחנים המסורתיים קרבה להשלמה וחד-משמעות עדיין דומיננטיים – גם בפסיקה החדשה. כך, למשל, בפסק הדין הררי נקבע שהמבחנים שנקבעו בפסיקה לפני תיקון 39 עדיין בתוקף: מבחן הקרבה המספקת ומבחן החד-משמעות.<sup>421</sup> בנוסף נקבע נכונה בפסק הדין הררי שסיוורים ותצפיות ואפילו הצטיידות

415 ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, 129 (1998).

416 גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון", לעיל ה"ש 399.

417 יעקב קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין חלק א – הדין בראי הפסיקה 92 (2004).

418 בהבדל מסקירתה של גור-אריה, אינני משוכנע שיש כאן טעות. אומנם יש פסיקה שמתמקדת אך ורק במבחן הקרבה להשלמה, אך בהחלט יש גם פסיקה שנעזרת במבחן החד-משמעות כאלטרנטיבה.

419 חד-גדיא, חד-גדיא... בדומה, הברון מינכהאוזן מספר על כך שהציל עצמו מטביעה בנהר על ידי כך שהרים עצמו ואת סוסו משיער ראשיהם.

420 ע"פ 2776/97 מדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 236 (1999) (השופט ביניש).

421 ע"פ 5927/11 הררי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2012) (מפי השופט זילברטל).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

באקדח – עודם בגדר הכנה, שאיננה פלילית. זו הבהרה חשובה על רקע הטעויות שראינו בדברי ההסבר לקוד-הפלילי-לדוגמה האמריקני.<sup>422</sup> לדעתי, בין שני הזרמים שניתן למצוא בפסיקה – האחד מאמץ את מבחן תחילת הביצוע, המרחיב מאוד את תחום הניסיון הפלילי, בניגוד לעקרונות יסוד של דיני העונשין: בניגוד לעקרונות החוקיות (אין אזהרה הוגנת לפרט); בניגוד לעקרונות השיוריות (המשפט הפלילי מתרחב מאוד ומדי ואינו משמש רק כאמצעי האחרון); בניגוד לעקרונות הערך המוגן (לא מדובר בהגנה ראויה על הערך המוגן אלא בהגנה מופרזת); ובניגוד לעקרונות הפרופורציה; והזרם האחר שבפסיקה דבק במבחנים המסורתיים של קרבה להשלמה או חד-משמעות – יש לקוות שהפסיקה תבחר במבחנים המסורתיים. אחרת, תחום הניסיון ילך ויגדל וחירות האדם תלך ותקטן. בהמשך אבהיר אמירה זו תוך התייחסות לעקרונות החוקיות. לאחר שכתבתי דברים אלה, ניתן פסק הדין בע"פ 8449/17 בעניין פלוני<sup>423</sup> המחזק מאוד את האפשרות שהפסיקה, בפועל, בחרה בצירוף שני המבחנים המסורתיים קרבה להשלמת העבירה וחד-משמעות וזנחה את מבחן תחילת הביצוע המעורפל והמרחיב מדי. השופט סולברג, אשר כתב את פסק הדין העיקרי, אומנם סקר את שלושת המבחנים שהופעלו בעבר בפסיקה – מבחן תחילת הביצוע, מבחן הקרבה להשלמה ומבחן החד-משמעות, אך קבע כך: "מבין המבחנים הנ"ל, קנו להם שביתה במשפטנו מבחן הקרבה המספקת ומבחן החד-משמעות... [שני] המבחנים משלימים זה את זה."<sup>424</sup> אומנם, השופט מזוז הסתייג מהקביעה שזוהי ההלכה, בכתבו "אעיר, כי נוכח ההבדלים שבין הגדרת הניסיון לפי תיקון 39 לחוק העונשין להגדרות הקודמות בפ"פ ובחוק העונשין, יש לנקוט גישה זהירה בהתייחסות לפסיקה שעסקה בעבירת הניסיון שקדמה לתיקון 39."<sup>425</sup> ואולם, בעוד שהשופט סולברג מבסס את מסקנתו בשאלה מהי ההלכה על לא פחות מארבעה פסקי דין של בית המשפט העליון מהשנים האחרונות שבהם "להלכה נקבע, וכך גם למעשה – קיומו של ניסיון יקבע לפי מבחן הקרבה המספקת או מבחן החד-משמעות"<sup>426</sup> (קסימובה, נחאל, סנקר, סעיד);<sup>427</sup> השופט מזוז אינו מציין ולו פסק דין אחד שבו הופעל מבחן תחילת ביצוע העבירה. אומנם בחילופי הדברים שביניהם השופטים

422 לצערי, לאחר כתיבת דברים אלה ניתן פסק דין מוטעה של בית המשפט העליון, שבו לאחר שנקבע נכונה כי מקובלים בפסיקה מבחן הקרבה להשלמת ביצוע העבירה ומבחן החד-משמעות ("ובלבד שיש בתחילת הביצוע כדי לגלות בצורה חד-משמעית את כוונתו לבצע את העבירה הקונקרטית"), נאמר כי גם "הצטיינות באמצעים, איסוף מידע, תכנון וביצוע פעולות המכוונות ליצור תנאים לביצוע העבירה" עשויים להיחשב לניסיון במסגרת מבחן החד-משמעות. ראו עניין קסימובה, לעיל ה"ש 208, פס' 26–27 לפסק דינו של השופט מינץ. ראשית, הבנה נכונה של מבחן החד-משמעות היא שנדרש שהתנהגות המבצע מגלה באופן חד-משמעי את מטרתו לבצע את העבירה עתה, ולא אי פעם בעתיד. שהרי רבים ממעשי ההכנה מגלים באופן חד-משמעי מטרה לבצע עבירה מסוימת בעתיד, ובכל זאת לא מקובל להפילם – זוהי מהות ההבחנה שבין מעשי הכנה שאינם פליליים לבין הניסיון הפלילי. שנית, אלה הן פעולות הכנה קלאסיות, שכלל לא מצריכות מבחן כלשהו אלא רק הבנת מהות ההכנה ומהות הניסיון. המבחנים השונים נועדו למקרים גבוליים והפעולות שמתאר בית המשפט מהוות מקרה מובהק של הכנה.

423 ע"פ 8449/17 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.6.2019). וראו גם להלן ה"ש 449.

424 שם, פס' 38 לפסק דינו של השופט סולברג.

425 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט מזוז.

426 שם, פס' 53 לפסק דינו של השופט סולברג.

427 עניין קסימובה, לעיל ה"ש 208; ע"פ 1996/11 נחאל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.12.2014); ע"פ 11068/08 סנקר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.7.2010); ע"פ 297/11 סעיד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.7.2013).

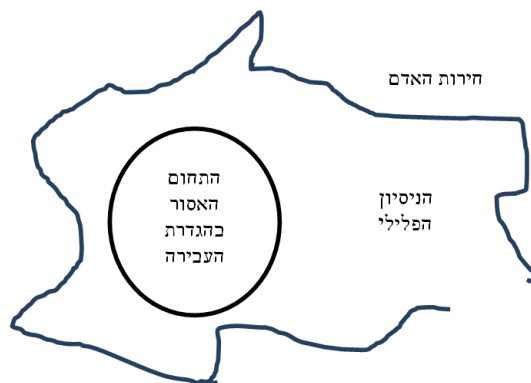
פרק יט: ניסיון (מול הכנה)

סולברג ומזוז מסכימים להותיר את השאלה "בצריך עיון" ולא להכריע בה הפעם, והשופט אלרון מסכים עם שניהם, אך השאלה שבה עסקו איננה מהו המבחן הראוי (אף אחד מהם לא הביא נימוקים תאורטיים בעד מבחן זה או אחר) אלא מהי ההלכה, ולשאלה זו ניתנה תשובה ברורה בפסק הדין של השופט סולברג, בדמות ארבעה פסקי דין של בית המשפט העליון מהשנים האחרונות שבהם נקבע שהמבחנים לניסיון הם הקרבה להשלמת העבירה והחד-משמעות; תשובה שדומני כי גם השופט סולברג אינו מוסמך לאיין בהסכמתו ל"צריך עיון".

## ז. פליליות הניסיון אל מול עקרון החוקיות

מצד אחד, כפי שראינו, עקרון החוקיות מחייב אזהרה הוגנת מראש ולכן נדרשת הגדרה מפורטת ובהירה של כל איסור. יש לבחון כל איסור תחת זכוכית מגדלת, ואם הוא מעורפל על המחוקק לשנותו. במשפט האמריקני איסור כזה מנוגד לחוקה ולכן בֶּטֶל (void). במשפט הישראלי יש להחיל על איסור כזה את כלל הפרשנות המצמצמת.

מצד אחר, ההגדרה של הניסיון היא מעורפלת והיא חלה כמעט על כל העבירות (למעט החטאים). העונש המרבי על הניסיון הוא כיום בדיוק כעונש המרבי הקבוע לעבירה שנשלמה. היכן עובר קו הגבול בין התחום הפלילי לבין התחום הבלתי פלילי? לא על פי הגדרת העבירה, אלא בעצם על פי הגדרת הניסיון. אם נדמה את התחום האסור שקובעת הגדרת העבירה כעיגול די ברור (לפחות כשהמחוקק עושה מלאכתו נאמנה ומנסח היטב את הגדרת העבירה) הרי שתחום הניסיון גדול בהרבה ומעורפל מאוד. ניתן לתארו כקו לא סימטרי ולא רציף היוצר צורה שמקיפה את הגדרת העבירה מכל עבריה, התוחמת התנהגויות רבות הנלכדות כניסיון פלילי. רק מעבר לקו מעורפל זה מתקיימת חירות האדם (המוגבלת):



כל האנרגיה המושקעת על ידי מחוקקים (עדיין לא במשפט הישראלי) בהגדרות מדויקות של המעגל הפנימי – של העבירות הספציפיות, ייתכן שהיא לא משיגה את המטרה של אזהרה הוגנת לפרט ושמירה על עקרון החוקיות, וזאת נוכח הערפול של ה"מעגל" החיצוני של הניסיון הפלילי, שהוא אולי

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

חשוב מהפנימי, שהרי הוא שקובע את גבול הפליליות (!).<sup>428</sup> בעבר אולי ניתן היה להתנחם בכך שעונשו המרבי של הניסיון הוגבל למחצית עונשה של העבירה שנשלמה. אלא שבתיקון 39 השווה המחוקק את העונשים, ומכאן שקו הגבול החשוב הוא זה המעורפל התוחם את הניסיון. זוהי בעיה קשה ביותר. פתרון אפשרי אחד הוא לקבוע מבחן מדויק יותר לניסיון. טרם הומצא מבחן טוב, שמצד אחד יהיה ברור ומצד אחר לא יצמצם מדי את תחום הניסיון. ספק אם ניתן למצוא מבחן כללי טוב. ראינו שהמבחן הברור ביותר – מבחן המעשה האחרון – אינו טוב מבחינה מהותית, כי הוא מצמצם מדי את הניסיון.

פתרון אפשרי אחר הוא להגדיר בחוק עבירות ספציפיות של ניסיון,<sup>429</sup> במקום הנוסחה הכללית של פליליות הניסיון לעבור כל עבירה שאיננה חטא, שקובע סעיף 25 לחוק העונשין. לדוגמה, בסעיף 403, תחת הכותרת "ניסיון שוד" מופיעה ההגדרה הבאה: "התוקף אדם לשם שוד, דינו – מאסר שבע שנים...". המתכונת היא של הגדרה ברורה יחסית<sup>430</sup> של ההתנהגות האסורה כניסיון פלילי, בצירוף דרישה של יסוד נפשי של מטרה להשלים עבירה מסוימת (בדוגמה שלנו – עבירת השוד). בדומה, בסעיף 404, תחת הכותרת "דרישת נכס באיזמים", מוגדרת העבירה כך: "הדורש מאדם דבר ערך בכוונה לגנבו, תוך שימוש באיזמים או בכוח, דינו – מאסר חמש שנים". גם כאן לפנינו ניסיון לשוד עם הגדרה ברורה יחסית של ההתנהגות הנדרשת ועם דרישה ראויה של מטרה. מעטים הניסיונות המוגדרים כך בחוק העונשין. רצוי שכל ניסיון יהיה מוגדר כך, באופן ברור, כך שיהיה ידוע מראש מהי ההתנהגות האסורה ולא רק מהי המטרה האסורה. כך ניתן יהיה לשמור על עקרון החוקיות ולהעניק אזוהרה הוגנת לפרט.<sup>431</sup>

יתרון חשוב נוסף של הגדרות ספציפיות של הניסיונות הוא שתוך כדי הגדרתן צפוי המחוקק לוותר על הפליליות של חלק מהניסיונות, שכיום כולם פליליים באופן אוטומטי-מכני מכוח הוראה כללית בחלק הכללי של החוק – ס' 25 – מבלי שהמחוקק הישראלי בחן את הצדקת הפליליות של כל ניסיון פלילי ספציפי ולפיכך גם בניגוד לעקרון השוויון, בניגוד לעקרון הערך המוגן ובניגוד לעקרון הפרופורציה. הדבר מצריך, כמובן, עבודה רבה של המחוקק. הזדמנות טובה לעשותה היא בעת הניסוח מחדש של כל חלק העבירות שבחוק העונשין, שעד כה בושש לבוא.

## ח. הניסיון הבלתי צליח (טיב הניסיון)

### 1. מיפוי המקרים של ניסיון בלתי צליח

בתחום היסוד העובדתי של הניסיון, מתייחסים לשתי סוגיות: המרכזית היא מידת ההתנהגות הנדרשת לשם התגבשות הניסיון הפלילי, שבה עסקנו זה עתה. הסוגיה המשנית היא הניסיון הבלתי צליח

428 ראו שחר אלדר "ארבע תהיות בעקבות השוואת העונש בגין הניסיון לעונש שבצד העבירה המושלמת" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 35 (אלי לדרמן, שי לביא וקרן שפירא-אטינגר עורכים, 2001).

429 להצעה כזו ראו שם.

430 הסתייגותי היא מכיוון שהתקיפה מוגרת בסעיף 378 לחוק העונשין באופן רחב מאוד ומדי.

431 כפי הנראה לא ניתן ליישם הצעה זו על עבירות של גרימה לתוצאה בכל מעשה או מחדל (בצירוף חובה לפעול). אלא שראשית, בעבירות תוצאה ההתנהגות אינה מוגדרת כבר בעבירה הטיפוסית ולא רק בניסיון; שנית, בעבירות תוצאה "מפצה" הגרימה לתוצאה האסורה על היעדר הגדרה של התנהגות מסוימת; ושלישית, עבירות הגרימה לתוצאה הן מעטות.

(המכונה גם הניסיון הבלתי אפשרי והניסיון הכושל, ושניתן לכנותו גם הניסיון שאינו ניתן להשלמה). בהיותי סטודנט, כשלמדתי "דיני עונשין" בשנים 1984–1985, זו הייתה סוגיה מאוד מסובכת. במשפט המקובל האנגלי – שממנו אימץ המשפט הישראלי חלקים ניכרים – זו הייתה כנראה הסוגיה המסובכת ביותר בדיני הניסיון.<sup>432</sup> כיום – ולמעשה כבר מאז פסק הדין גרציאנו שניתן עוד לפני תיקון 39 לחוק העונשין – הסוגיה הזו די פשוטה.

סוגיית טיב הניסיון (סוגיית הניסיון הבלתי צליח) מתעוררת במקרים שבהם מלכתחילה ברור אובייקטיבית שהמבצעת לא תוכל להשלים את העבירה, אך היא אינה יודעת זאת ושואפת להשלימה. קיים פער בין המצב האובייקטיבי לבין הדמיון הסובייקטיבי של המבצעת. השאלה מתעוררת רק כשהמנסה לא יודעת על חוסר האפשרות. כשהיא יודעת – כפי הנראה לא מתקיימת אצלה המטרה להשלים את העבירה. קיימות כמה אפשרויות להיווצרות פער כזה:

1. האמצעים לא מתאימים

- (א) אי-התאמה כמותית (חוסר התאמה לא מוחלט). למשל, המבצעת מנסה להרעיל את הקורבן עם כמות רעל קטנה מדי; או מנסה להמיתו בהרעבה משך מספר ימים מועט מדי.
- (ב) אי-התאמה איכותית (חוסר התאמה מוחלט). למשל, המבצעת מנסה להרעיל את הקורבן עם סוכר שהיא טועה לחשוב שהוא רעל; או מנסה להמיתו בירי מאקדח אספנות מנוטרל.

2. אי-הימצאות של האובייקט במקום. למשל ניסיון של כייס ביש מזל לגנוב מכיס ריק; או ניסיון רצח תוך פיצוץ מכונית ריקה.

3. אי-התקיימות נסיבה רלוונטית להגדרת העבירה. מקרים שהתרחשו במציאות: מבצע שהציע שוחד ל"מושבע" שלא מונה כמושבע (בשיטת המשפט האמריקנית); מבצע ש"גנב" נכס שהיה שייך לו עצמו; רופא שהתחיל בביצוע הפלה בלתי חוקית באשה שכלל לא הייתה בהריון; מבצע שטעה לחשוב שמדובר ב"מטבע זר" בתקופה שבה אסור היה להחזיק מטבע זר, אך לא היה זה "מטבע זר", אלא מטבע מזויף.

יש שיטות משפט שבהן עשו הבחנות. למשל טעות בכמות (מעט מדי רעל) – מרשיעים; טעות באיכות (סוכר במקום רעל) – לא מרשיעים. בפסיקה הישראלית הסתבכו בעבר עם הבחנות בין נסיבות שרלוונטיות להגדרת העבירה (סם מסוכן/מטבע זר בעבירות של החזקת סם מסוכן/ מטבע זר) – שאז היו שחשבו שאין להרשיע; לבין "נסיבות" שאינן חלק מהגדרת העבירה – שאז הרשיעו (רעל כאמצעי לביצוע רצח). חלק מהקושי נוצר בשל מלים שהופיעו בהגדרת הניסיון דאז – סעיף 33 – "באמצעים המתאימים להגשמתה" (של העבירה). כיום אין בחוק העונשין (בסעיפים 25, 26) מילים מבלבלות שכאלה.

2. הלכת גרציאנו<sup>433</sup> ועיגונה בחוק

המערער נטל מהדואר חבילה שבה אמור היה להיות סם מסוג קוקאין. קודם לכן הוציאה המשטרה מהחבילה את הסם והכניסה במקומו עמילן תירס, כדי ללכוד את המערער מבלי להסתכן באבדן שליטה

432 Dressler 2001, לעיל ה"ש 410, בעמ' 398.

433 ע"פ 675/85 גרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 763 (1986). למקרה דומה ולפסיקה דומה ראו ע"פ 966/94 אמזלג נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.12.1995).



### ביקורת דיני העונשין הישראליים

על הקוקאין. המערער הורשע בניסיון להחזקת הסם. הניסיון היה בלתי צליח משום שבחבילה שהחזיק המערער לא היה סם קוקאין אלא עמילן תירס. השופט גבריאלי בכך קבע שכל אי-אפשרות עובדתית להשלים את העבירה היא פלילית, בחריג של שימוש באמצעי אבסורדי. מאז הלכת גרציאנו התייתרה במשפט הישראלי ההבחנה בין הגורמים השונים לאי-האפשרות העובדתית להשלים את העבירה: בין אם מדובר באמצעים לא מתאימים – כמותית או אפילו איכותית; בין אם האובייקט לא נמצא במקום; ובין אם חסרה נסיבה רלוונטית להגדרת העבירה (כגון סם מסוכן בעבירה של החזקת סם מסוכן) – הניסיון הוא פלילי, חרף היותו בלתי צליח.

בהמשך עוגנה הלכת גרציאנו בסעיף 26 ("חוסר אפשרות לעשיית העבירה") שנקבע בתיקון 39 לחוק העונשין: "לענין ניסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו". המחוקק מדבר באופן כללי על "מצב דברים" (בהבדל ממצב משפטי) ואינו מבחין בין האפשרויות השונות.

### 3. השיקולים באשר לפליליות הניסיון הבלתי צליח

יש לשוב ולהידרש לשיקולים לפליליות הניסיון הרגיל, הצליח, שנסקרו לעיל:  
א. גמול ← אשמה – נראה שאין הבדל בין מי שמנסה באמצעות רעל אפקטיבי, לבין מי שמנסה אך טועה בכמות או בחומר. שניהם אשמים באותה מידה.  
ב. תועלת – הרתעה ← מסוכנות – בפס"ד גרציאנו מצטט השופט גולדברג ממאמר של פרופ' קרמניצר:

"...מי שגיבש כוונה לבצע עבירה והוא ניגש לבצע זממו, להוציא כוונתו מן הכוח אל הפועל ומתחיל בביצוע העבירה, אך איננו משלים את הביצוע, מוכיח בכך בעליל שהוא מסוכן לציבור ולפיכך טעון טיפול עונשי מחנך ומרתיע. בהעדר טיפול כזה, ממשיך להתקיים במנסה פוטנציאל עברייני... והציבור נחשף לסכנה של הישנות התנהגות עבריינית, תוך הפקת לקחי הכישלון ויישומם על-ידי העברייני".<sup>434</sup>

ליתר דיוק: נכון שהמנסה מסוכן, אך סטטיסטית אלה שנכשלו הם פחות מסוכנים מאלה שהצליחו להשלים עבירה, בהיותם ה"לא יוצלחים" מבין העבריינים; ואלה שמראש לא היו להם סיכויי הצלחה הם עוד פחות מסוכנים בהשוואה לאלה שעלולים היו להצליח. מנגד: מי שהצליח אולי כבר מסופק; ומי שנכשל אולי עדיין לא מסופק (אולי אף מריר) ועלול לנסות שנית. בנוסף, יש לשים לב לעובדה שבעוד שבדרך כלל כשדנים בשיקול התועלת של הרתעה מתמקדים בסכנה שבמעשה, כאן מתייחסים למסוכנותו של המבצע, שהרי בניסיון הבלתי צליח המעשה עצמו כלל לא מסוכן (בניגוד לדמיונו של המבצע).<sup>435</sup>

434 קרמניצר "עוד על היסוד ההתנהגותי", לעיל ה"ש 407, בעמ' 285.  
435 פרופ' פלטשר ראה בכך אינדיקציה למעבר מהתמקדות במעשים מסוכנים אל עבר התעניינות באנשים מסוכנים. ראו פלטשר, לעיל ה"ש 318, בעמ' 299.

פרק יט: ניסיון (מול הכנה)

ג. האינטואיציה המוסרית – המלומד האמריקני Dressler כתב בספרו שהאינטואיציה של רובנו היא שיש להטיל אחריות פלילית גם על ניסיון בלתי צליח, כגון ירי על מנת להמית לעבר מיטה ריקה.<sup>436</sup> הקוראים מוזמנים לבדוק זאת בשיחות עם קרובים ומכרים.

ד. (חוסר) הצורך בהתערבות המשטרה – כזכור, אחד השיקולים לפליליות הניסיון (הרגיל, הצליח) הוא הצורך בהתערבות המשטרה כדי לעצור ניסיון, שהוא מסוכן, מבלי להמתין להשלמת העבירה ולפגיעה באובייקט הפיזי המוגן (אדם, רכוש). אך הניסיון הבלתי צליח איננו מסוכן – ממילא לא יקרה דבר.

בסיכום מאזן השיקולים, מקובל לחשוב שהניסיון הבלתי צליח צריך להיות פלילי. וכאמור, כך גם קובע סעיף 26 לחוק העונשין.

#### 4. נקודת הזמן שבה נקבע אם מדובר בניסיון צליח או בניסיון בלתי צליח

לכאורה, רבים מהניסיונות הצליחים הופכים לבלתי צליחים תוך כדי ביצוע הניסיון. לדוגמה: במהלך ניסיון שוד מכתרת המשטרה את הבנק באופן כזה שאין לשודדים סיכוי להימלט עם השלל. האם מאותו רגע יש לומר שהניסיון הוא בעצם בלתי צליח? נקודת הזמן הקובעת היא תחילת הניסיון. תחילת הניסיון נקבעת לפי המבחן להבחנה בין הכנה לבין ניסיון המקובל באותה שיטת משפט. לכן היא משתנה ממבחן למבחן. אם היה נוהג המבחן המצמצם מאוד של המעשה האחרון, הרי שהניסיון טרם החל כשהשוטרים כבר כיתרו את השודדים ולכן היינו מגיעים למסקנה שהניסיון בלתי צליח. אך אם מפעילים את המבחן המרחיב של תחילת הביצוע, נראה שכאשר השודדים נכנסו לבנק כבר החל הניסיון. מכיוון שבאותו שלב המשטרה טרם הגיעה למקום וטרם כיתרה את השודדים – היו לניסיון סיכויי הצלחה והוא היה צליח. ניסיון שהיה צליח בתחילתו יישאר בגדר ניסיון צליח ולא יהפוך בדיעבד לבלתי צליח. יהיה זה ניסיון צליח, שלא הצליח, שנכשל. הרי כל ניסיון נכשל – אחרת לא היה נשאר כניסיון אלא היה הופך לביצוע של עבירה שנשלמה. הניסיון הבלתי צליח מיוחד בזה שמלכתחילה לא יכול היה להצליח. "מלכתחילה" פירושה ברגע תחילת הניסיון (תוך תלות במבחן שבו משתמשים). עד כאן הכלל: הניסיון הבלתי צליח גם הוא פלילי. מכאן לשני החריגים שבהם הניסיון הבלתי צליח איננו פלילי.

#### 5. אי-אפשרות חוקית להשלים עבירה

סוג זה של מקרים מוכר בספרות המשפטית יחד עם הפרשה המפורסמת של ליידי אלדון: הגברת האנגלייה נסעה לצרפת וקנתה בד תחרה יקר. כדי להתחמק מתשלום המכס, החביאה את התחרה בדופן כפולה<sup>437</sup> של המזוודה. במעבר המכס התרגשה מאוד והתחרה נתגלתה. אלדון הודתה שרצתה להבריח את התחרה מבלי לשלם מכס. אלא שהתברר להפתעתה שכלל לא הייתה חובת תשלום מכס על תחרה. היה זה ניסיון בלתי צליח עקב אי-אפשרות חוקית לעבור עבירה. אין איסור כזה. ליידי אלדון דמינה את האיסור. האם רצוי להעניש על ניסיון לעבור עבירה שכלל לא קיימת?

436 Dressler 2001, לעיל ה"ש 410, בעמ' 396.

437 ניתן לומר גם "דופן כפול" – המלה דופן היא מהמילים יוצאות הדופן שצורתן הן זכר הן נקבה.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

דוגמאות נוספות, חלקן מהמציאות: (1) אדם מכר משקה אלכוהולי מיד לאחר ביטול האיסור (תום תקופת היובש בארצות הברית) וטעה לחשוב שהדבר אסור. (2) אדם קיים יחסי מין בהסכמה עם בת 16.5 וטעה לחשוב שגיל ההסכמה התקפה הוא 17, בעוד שלפי החוק הגיל הקובע הוא 16. (3) אדם שהגיע לישראל ממדינה שבה חל איסור על ניאוף נאף וטעה לחשוב שהוא עובר עבירה. האם רצוי להפלייל ניסיונות כאלה? ומהם השיקולים?

מקובל בעולם שאין מקום לאחריות פלילית. ראשית, קיים מחסום פורמלי – על מה נעניש? הרי אין עבירה כזו, אז ממה נגזור ניסיון? לפי כלל הצמידות, הניסיון הוא נגזרת, הצמודה לעבירה טיפוסית מסוימת – סעיף 34 לחוק העונשין. עקרון החוקיות (המעוגן בסעיף 1 לחוק העונשין) מכתוב כאן זיכוי, עוד בטרם הדיון בשיקולים בעד ונגד פליליות.<sup>438</sup>

שיקולים נוספים נגד פליליות הניסיון שבו אין אפשרות חוקית להתגבשות עבירה:

- א. אין קונפליקט מהותי בין המבצעת לבין החברה.
  - ב. אין ערך שיש להגן עליו ולכן אין הצדקה להטיל אחריות פלילית. מנגד, ניתן לטעון: הגב' אלדון הייתה מוכנה לעבור על החוק. אך התפישה המקובלת היא ששמירת החוק כשלעצמה אינה ערך חשוב. כיבוד החוק חשוב רק כל עוד הערך החברתי קיים. הציות לחוק כשלעצמו אינו חשוב (או, לפחות, פחות חשוב).
  - ג. העובדה שהאדם טעה לחשוב שהחוק מחמיר יותר מהמציאות החוקית, לא מצדיקה שיענש ויסבול. כשם שלגבי אידיעת החוק מדברים על שוויון והכלל המסורתי הוא שאידיעת החוק אינה פוטרת,<sup>439</sup> כך גם כאן אין מקום להעניש אנשים על עבירות שהם מדמיינים, ובכך ליצור לגביהם חוק מחמיר יותר.
  - ד. היעדר מסוכנות – לכאורה המנסה מסוכן, שהרי הוא מוכן לעבור על החוק. אך מוכנותו לעבור על איסור שאינו קיים, לא בהכרח מלמדת שיהיה מוכן לעבור על איסור קיים. ייתכן מאוד שלגבי עבירות אמתיות הוא לא מסוכן (בדומה לליידי אלדון).
  - ה. היעדר פגיעה בערך המוגן: אנו לא מענישים על הפרת חוק כשלעצמה, אלא על פגיעה בערך מוגן. לכן כשמבוטל איסור לא מרשיעים את מי שהפר אותו כשעדיין היה בתוקף (סעיף 4 לחוק העונשין). אין מענישים על הפרת חוק שהיא פורמלית בלבד. בענייננו אין פגיעה בערך מוגן.
- סעיף 26 לחוק העונשין, העוסק בניסיון הבלתי צליח, לא מתייחס במפורש לאי-אפשרות חוקית. בהצעת החוק הופיעה התייחסות מפורשת, שבסופו של דבר הושמטה: "אולם, אין ניסיון עניש אם מצב הדברים האמור מתבטא בהעדר איסור לפי חוק על מה שהאדם ניסה לעשות או עשה".<sup>440</sup> אם נדייק במילותיו של סעיף 26 – הוא קובע שחוסר אפשרות "מחמת מצב דברים" לא משנה והניסיון פלילי. יוצא מזה שחוסר אפשרות חוקית, שאינו "מחמת מצב דברים" אלא מחמת מצב משפטי – אינו פלילי. כך שיש הסדר משתמע, של חוסר פליליות.

438 לעמדה כזו ראו למשל Dressler 2001, לעיל ה"ש 410, בעמ' 401.

439 סעיף 34 לחוק העונשין – "טעות במצב משפטי" – בחלקו הראשון ("אין נפקה מינה") שלפני הריג ("זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר").

440 סעיף 26 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 115, 128.

פרק יט: ניסיון (מול הכנה)

במאמר מוטגר: ההבחנה הזו בין "מצב דברים" לבין "מצב משפטי" קיימת גם בסעיפים בחוק העוסקים בטעויות – 34 יח, 34 ט. כשלא מדובר בניסיון, כשהיסוד העובדתי התקיים במלואו: טעות באשר לעובדה ("מצב דברים" כלשון ס' 34 ח) שוללת אחריות פלילית לעבירת מחשבה פלילית; טעות באשר לחוק ("מצב משפטי" כלשון ס' 34 ט) לא שוללת אחריות (בחריג הצר של טעות בלתי נמנעת באורח סביר). לגבי טעות בעובדה חשובה לנו (בעבירת מחשבה פלילית) הראייה הסובייקטיבית של המבצע: כשהעובדה מתקיימת אך המבצעת טועה לחשוב שאינה מתקיימת – אין אחריות. כשהעובדה לא מתקיימת אך המבצעת טועה לחשוב שהיא מתקיימת – יש אחריות לניסיון. לגבי טעות בחוק הדגש הוא על הפן הנורמטיבי: כשיש איסור אך המבצעת טועה לחשוב שאין – לפי הכלל המסורתי בכל זאת יש אחריות. כשאין איסור אך המבצעת טועה לחשוב שיש איסור – אין אחריות לניסיון.

#### 6. שימוש באמצעי אבסורדי

עובד מתוסכל מנסה להמית את הבוס שנוא נפשו באמצעות לחשים שהוא לוחש. הוא אף מכין בובה המייצגת את הבוס ודוקר אותה בניסיון להמיתו. זהו ניסיון בלתי צליח תוך שימוש מודע באמצעים אבסורדיים. הגישה המקובלת היא שהדבר לא צריך להיות פלילי. לכאורה מדובר בטעות במצב הדברים. אלא שהטעות של המנסה היא באשר לחוקי הטבע. מקובל לחשוב שמי שמנסה לעבור עבירה תוך שימוש באמצעי אבסורדי במודע (כשהוא מודע לאופיו של האמצעי – אם כי משום מה מאמין בסיכויי הצלחתו) אינו מסוכן לחברה. כדי להטיל אחריות פלילית נדרשת לפחות תוכנית מסוכנת של המבצע. אדם שמוכן ללחוש מלות קסם, לדקור בובה או לעשות מעשים שהחברה לא מתייחסת אליהם ברצינות, לא בהכרח יהיה מוכן להשתמש באמצעים מסוכנים באמת. נניח לרגע שבעתיד יתברר שטעינו ושמבחינה מדעית דווקא ניתן לפגוע באדם באמצעות לחשים. האם צריך יהיה לשנות את דיני הניסיון? לא יהיה צורך בשינוי הדין, משום שאמצעי כזה כבר לא ייחשב לאמצעי אבסורדי (אם תהיה תגלית מדעית כזו, המחשבה תהיה: בעבר טעינו לחשוב שזהו אמצעי אבסורדי).

ייתכן שניתן להשוות את השימוש באמצעי אבסורדי לסיכון סביר – שנטילתו לעולם איננה עבירה פלילית. כשם שבכל עבירת תוצאה נדרש שהסיכון שנטל המבצע היה בלתי סביר כדי שתוטל אחריות פלילית, כך גם ניסיון תוך שימוש באמצעי אבסורדי נחשב לסיכון סביר, שאיננו פלילי. אומנם הניסיון איננו עבירת תוצאה, אך בהחלט יש בו סכנה וניתן להעריך את סבירות הסיכון.

נשוב לפסק הדין בפרשת גרציאנו. השופט גולדברג כתב כך: "בניסיון בלתי צליח בוחנים את ההתנהגות לפי המסכת העובדתית שבה האמין העושה. גם אם נראה את העובדות שבהן האמין כקיימות, ממילא לא הייתה מתאפשרת השלמת העבירה"<sup>441</sup>.

בדומה, פרופ' פלר בספרו הביע משאלה: "מי ייתן שאוכלוסיית העבריינים כולה תורכב מאנשים מסוג זה, המתבססים רק על ניסים כדי לממש את מזימותיהם";<sup>442</sup> ופרופ' פלטר העריך כי פעולות

441 עניין גרציאנו, לעיל ה"ש 433.

442 פלר, כרך ב, לעיל ה"ש 400, בעמ' 129.

כאלה משעשעות את האדם הממוצע יותר משהן מפריעות לו.<sup>443</sup> וכפי שתיאר את הדברים פרופ' קרמניצר, "העושה נתפש כמנותק מן המציאות בדומה לבלתי שפוי. לכן, אין מתייחסים אליו כאל מי שעתידי להפיק לקחים מכשלונו ולעבור לשיטה אחרת, אלא יותר כאל צדיק, או אולי יותר נכון – שוטה, שבאמנות-השוא שלו ימשיך לחיות".<sup>444</sup>

החוק החדש – בסעיף 26 המסדיר את פליליות הניסיון הבלתי צליח – לא מתייחס לסוגיה הזו באופן מפורש. דווקא החוק הישן כנראה התייחס לסוגיה – כך ניתן לפרש את המלים שהיו אז "באמצעים מתאימים". באשר לחוק הקיים, ישנן שתי אפשרויות להגיע לתוצאה הרצויה: האחת – לפרש את סעיף 26 כך שאינו חל על אמצעי אבסורדי, למשל בדרך של שימוש במטרת החקיקה לשם צמצום היקף האיסור (כלל הפרשנות השלישי). הדרך השנייה: סעיף 26 אומנם מאפשר פורמלית העמדה לדין, אך צריך לקוות שהתביעה תשכיל שלא להעמיד לדין, ושאם תגיש כתב אישום אבסורדי, בית המשפט יקבע שמדובר ב"זוטי דברים" (סעיף 34 לחוק העונשין) ויזכה את הנאשמת.<sup>445</sup> עד כאן באשר ליסוד העובדתי בניסיון ומכאן ליסוד הנפשי.

## ט. היסוד הנפשי בניסיון

כפי שנראה בהמשך, התאוריה של דיני העונשין תומכת בדרישת יסוד נפשי חזק, של מודעות לרכיבי העבירה המתבצעת בצירוף מטרה (רצון) להשלים את העבירה. זאת גם כשהעבירה הטיפוסית (שממנה גוזרים את הניסיון) מסתפקת בפחות – במחשבה פלילית רגילה (מודעות). כך קובע גם סעיף 25 לחוק העונשין, המגדיר את הניסיון: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה".

מקס ומוריץ זורקים חפצים שפוגעים במכוניתו של השכן וגורמים לה נזק. מקס פועל בכוונה. הוא שונא את השכן ורוצה לגרום נזק למכוניתו החדשה כדי לצער אותו. מוריץ פועל בקלות דעת. הוא כלל לא מכיר את השכן. הוא מנקה את החצר מחפצים מיותרים, משליך אותם לכיוון פח האשפה ומקווה שלא יפגעו במכונית החונה בקרבתו. ניתן לייחס לשניהם עבירות של היזק בזדון לרכוש – סעיף 452

443 פלטשר, לעיל ה"ש 318, בעמ' 305.

444 קרמניצר "סוגיות בדין הניסיון מנקודת מבט השוואתי", לעיל ה"ש 408, בעמ' 401.

445 וראו הצעת דן ביין "הערות לעבירת הניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין" המשפט ג 297, 300 (1996). דרך שלישית, מעניינת, לפתרון הבעיה הציעה תלמידתי לשעבר בשם קרן בהרצאה במסגרת הקורס דיני עונשין במרכז האקדמי למשפט ולעסקים (כפי הנראה בשנת הלימודים התשע"ב). התלמידה הצביעה ואמרה: "אולי גם מבחני מידת ההתנהגות לא יתקיימו". ואכן, לפחות את מבחני המידה המבוססים על קרבה להשלמת העבירה לא יעבור ניסיון שבו המנסה משתמש באמצעי אבסורדי, שהרי העבירה לעולם לא תושלם תוך שימוש באמצעי אבסורדי, ולכן המנסה יישאר תמיד רחוק מאוד מהשלמת העבירה. אלא שבכל ניסיון בלתי צליח אנו רחוקים שנות אור מהשלמת העבירה – העבירה הרי לעולם לא תושלם. לכן מקובל לבדוק את מידת ההתנהגות לפי הדמיון של המבצע. אם הוא מאמין שהסוכר הוא רעל – בודקים אם מתקיימת דרישת המידה בהנחה שזה רעל – ומטילים אחריות פלילית. כך שהטיעון היפיפה של קרן הוא over-inclusive; הוא מקיף מדי וחל גם על ניסיונות בלתי צליחים שהם כן פליליים (שאינם תוך שימוש באמצעים אבסורדיים). אילו היה נכון – לא הייתה אחריות על כל הניסיונות הבלתי צליחים, בעוד שמקובל שרובם פליליים. כך גם לגבי אמצעי אבסורדי, אם נבדוק את הדברים לפי הדמיון של המנסה: הוא הרי מדמיון שהלחשים שלו מסוגלים להמית את הבוס שנוא-נפשו. ובכל זאת, זוהי דוגמה טובה לכך שגם תלמידי שנה א' מסוגלים להציע פתרונות מקוריים לסוגיות המשפטיות שאנו לומדים.

פרק יט: ניסיון (מול הכנה)

לחוק העונשין – "ההורס נכס או פוגע בו במזיד ושלא כדין, דינו – מאסר שלוש שנים...". היסוד הנפשי הנדרש בעבירה זו הוא מחשבה פלילית רגילה (מודעות)<sup>446</sup> ודי בכך שכל אחד מהם היה מודע לאפשרות התרחשות התוצאה.

עתה נניח שמכוניתו של השכן לא נפגעה. האם עדיין ניתן להטיל עליהם אחריות? ניתן להטיל אחריות רק על מקס – על ניסיון לעבור את העבירה, עם יסוד נפשי של מטרה. על מוריץ – שלא רצה בתוצאה – אין מקום להטיל אחריות פלילית: אין עבירה שנשלמה כי לא התרחשה התוצאה הנדרשת (נזק לרכוש); ואין ניסיון כי לא התקיימה המטרה הנדרשת, להשלים את העבירה.

## 1. פירוט היסוד הנפשי הנדרש לצורך עבירת ניסיון

- א. בעבירת התנהגות – מטרה להשלים את ההתנהגות.
- ב. בעבירת תוצאה – מטרה להשלים את ההתנהגות + מטרה שתתרחש התוצאה.
- ג. בנוסף למטרה נדרש (הן בעבירות התנהגות הן בעבירות תוצאה) מלוא היסוד הנפשי הנדרש בעבירה הטיפוסית (שנשלמה). בדרך כלל מדובר במודעות בלבד, אך אם נדרש בעבירה הטיפוסית יסוד נפשי מיוחד – מניע או מטרה – הוא נדרש גם בניסיון. כך, למשל, באיסור לשון הרע<sup>447</sup> – המטרה לפגוע; ובעבירת הגניבה<sup>448</sup> – המטרה לשלול את הנכס מהבעלים שלילת קבע. באשר להתנהגות, נדרשת מודעות של המבצע להתנהגותו שכבר מאחוריו + מטרה להשלים את יתר ההתנהגות הנדרשת בהגדרת העבירה.

$$= 1+2+3 = \text{[היסוד הנפשי בניסיון]}$$

[1. מלוא היסוד הנפשי הנדרש בהגדרת העבירה הטיפוסית] +

[2. מטרה להשלים את ההתנהגות] + [3. מטרה שתתרחש התוצאה]

שלוש הבהרות באשר למודעות לנסיונות:

האחת – מקובל שדי בעצימת עיניים; בחשד.<sup>449</sup> ניתן ללמוד זאת מצירוף הסעיפים 20(ג) + 34 + לחוק העונשין.

השנייה – אם הנסיבה עתידית, נדרשת צפייה שלה (לא ניתן להיות מודע לדבר שטרם בא לעולם). הבהרה שלישית – בניסיון הבלתי צליח די בכך שהמבצע מדמיין שהנסיבה מתקיימת.

## 2. רציונל דרישת המטרה

מדוע בניסיון נדרשת מטרה ולא די במחשבה פלילית (מודעות)? בספרות המשפטית, ובמיוחד בספרות הפילוסופית, הוצעו כמה נימוקים. המרכזיים שבהם:

446 כך הן על פי הפסיקה, המפרשת עשורים רבים את הדרישה "במזיד" או "בזדון" כמחשבה פלילית רגילה (מודעות בלבד), חרף העובדה שמבחינה לשונית ניתן וצריך היה לפרשה ככוונה (רצון); והן על פי ס' 90א(1) לחוק העונשין, שמשום מה קיבע הלכה מחמירה זו.

447 סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע.

448 סעיף 383 לחוק העונשין (בצירוף ס' 384 הקובע את העונש לגניבה הרגילה).

449 כך נפסק למשל בע"פ 7560/01 התובע הצבאי הראשי נ' שובין, פ"ד נט(3) 931 (2004).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

- (1) נימוק משפטי: כלל היסוד שלפיו בכל הצורות הנגזרות נדרשת מטרה.
  - (2) נימוק פילוסופי-פסיכולוגי-מושגי-לשוני: הגדרת הניסיון ללא דרישת מטרה לא תתיישב עם הלשון הרגילה של בני האדם: לא ניתן לומר שאדם מנסה כשאינו רוצה. זהו בעיניי הנימוק המשכנע ביותר.
  - (3) עקרון השוויון: אם לא נדרוש מטרה נגרום להרחבת יתר של תחום המשפט הפלילי.
  - (4) טוענים כי קיימת אינטואיציה מוסרית חזקה ונכונה, שלפיה לצורך האשמת המנסה בעבירה פלילית יש לדרוש שפעל במטרה להשלים את העבירה (אם כי הדבר טעון הוכחה אמפירית).
  - (5) מידת הסכנה: בניסיון היסוד העובדתי חלש בהשוואה לעבירה שנשלמה (הרי מעצם הגדרת הניסיון היסוד העובדתי לא נשלם), ולכן צריך לדרוש יסוד נפשי חזק, כדי שהתופעה בכללותה תצדיק פליליות. במלים אחרות ניתן לתאר זאת כך: "ניסיון" ללא מטרה הוא פחות מסוכן. העבירה הטיפוסית, שנשלמה, מסוכנת נוכח השלמתה. הניסיון מסוכן נוכח המטרה.
- על רקע כל הנימוקים הללו, לא מפתיע שבהסדרים החוקיים במדינות רבות מקובל מאוד לדרוש מטרה.

### 3. האם הלכת הצפיות חלה על המטרה הנדרשת בניסיון?

לפני החוק החדש, פרופ' פלר כתב שהלכת הצפיות חלה גם על הניסיון; ואילו הפסיקה לא הכריעה. בספרות המשפטית הוצעו שיקולים לכאן ולכאן והסוגיה שנויה במחלוקת. קיים שיקול פילוסופי-פסיכולוגי-מושגי-לשוני חזק כנגד החלת הלכת הצפיות על הניסיון: אי אפשר לומר שהמבצע ניסה אם לא רצה.

יש להבהיר כי גם המצדדים בתחולת הלכת הצפיות על הניסיון, מציעים להחילה רק כתחליף לרצון בתוצאה; כלומר: הסתפקות בכך שהמנסה צפה את התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי. אך גם לפי גישה זו אם מדובר בעבירת התנהגות והמבצע טרם גיבש החלטה סופית לקיים את כל רכיבי ההתנהגות – אין להחיל את הלכת הצפיות כתחליף למטרה להשלים את ההתנהגות. לא די בכך שמבצע צופה (אפילו כאפשרות קרובה לוודאי) שיעשה פעולות שלא החליט לעשותן.

אם נפנה לסעיף 34 – תחולת דין העבירה – לכאורה הלכת הצפיות חלה גם על הנגזרת; גם על הניסיון. אך כפי שראינו בעת הדיון בכלל הצפיות ובהלכת הצפיות, לפי הפסיקה (עמדת הרוב, המוטעית לדעתי) סעיף 20(ב) לחוק מחיל את כלל הצפיות רק על כוונה; ובניסיון הרי מדובר במטרה – שבאשר אליה הפסיקה רואה עצמה מוסמכת להחליט מעבירה לעבירה האם חלה עליה הלכת הצפיות – וחוזרת הקושיה למקומה.

בעיניי, עדיפה הגישה שלפיה לעולם אין להחיל את הלכת הצפיות על ניסיון. זאת משום שבעבירת ניסיון תפקיד המטרה חשוב עוד יותר מאשר בעבירה רגילה הדורשת מטרה. בניסיון, המטרה היא היוצרת את הסכנה ואת הפגיעה בערך המוגן, ביחד עם ההתנהגות המינימלית הנדרשת בהתאם למבחני מידת ההתנהגות.<sup>450</sup>

450 ראו למשל ביין, לעיל ה"ש 445.

#### 4. היסוד הנפשי הנדרש בניסיון לרצח

בעבר הייתה הלכה שנוכח קיומו של סעיף 305 לחוק העונשין, המגדיר עבירה מסוימת של ניסיון לרצח, הרי שדי בכוונה רגילה ולא נדרשת כוונה תחילה – הלכת דרעי.<sup>451</sup> לאחרונה תוקנה טעות זו ונקבעה הלכה חדשה, שלפיה גם בניסיון לרצח, כמו ברצח, נדרשת כוונה תחילה – הלכת פלוני.<sup>452</sup> כלומר: לא די בכוונה, אלא נדרשת גם הכנה ונדרש גם היעדר קנטור. הדבר תואם את הכלל שלפיו המטרה להשלים את העבירה הנדרשת לצורך ניסיון פלילי מתווספת למלוא דרישות היסוד הנפשי של העבירה הטיפוסית שממנה נגזר הניסיון. כיום, לאחר שנחקקו עבירות רצח חדשות שאינן דורשת כוונה תחילה (סעיפים 300 ו-301 לחוק העונשין), סוגיה זו איבדה את הרלוונטיות שלה.

#### י. ניתוח פורמלי של עבירת ניסיון

הנורמה האוסרת – ס' 25 לחוק העונשין (הגדרת הניסיון) + ס' 26 (אם מדובר בניסיון בלתי צליח) + ס' 34ד (העונש המרבי) + ס' X לחוק Y (העבירה הטיפוסית).

##### 1. היסוד העובדתי

(א) סקירת רכיבי היסוד העובדתי של העבירה הטיפוסית תוך ציון אלה מהם מתקיימים ואלה אינם מתקיימים.<sup>453</sup>

(ב) מידת ההתנהגות הנדרשת – ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון:<sup>454</sup>

(1) מבחן הקרבה להשלמת העבירה (זהו המבחן הראשי)

(2) מבחן החד-משמעות (רק כתחליף אפשרי לקרבה להשלמה)

(3) מבחן תחילת ביצוע העבירה (שהציע פרופ' פלר. נראה שמבחן זה הולך ונעלם מן הפסיקה)

(ג) טיב ההתנהגות – סוגיית הניסיון הבלתי צליח (סעיף 26 לחוק העונשין):

(1) אי-אפשרות עובדתית להשלים את העבירה היא פלילית (בחריג של שימוש באמצעי אבסורדי במודע).

(2) אי-אפשרות חוקית להשלים עבירה (בהיעדר איסור בחוק) איננה פלילית.

##### 2. היסוד הנפשי

[מלוא היסוד הנפשי הנדרש בהגדרת העבירה הטיפוסית]  
+ [מטרה להשלים את ההתנהגות] + [מטרה שתתרחש התוצאה]<sup>455</sup>.

451 ע"פ 155/59 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 233 (1960).

452 ע"פ 1474/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.12.2015).

453 אם כולם מתקיימים – כלל לא מדובר בניסיון אלא בעבירה שנשלמה.

454 המצב הרצוי הוא שבכל שיטת משפט יבחר המחוקק במבחן הראוי ויקבע אותו בחוק, ולחלופין תעשה זאת הפסיקה. אך במשפט הישראלי המחוקק לא מילא חובתו בעניין זה ואף הפסיקה נעה ונדה ממבחן למבחן.



## יא. חומרת העונש בגין ניסיון

ב-1994, בתיקון 39 לחוק העונשין, עשתה הכנסת מהפך בתחום הניסיון. עד אז העונש על ניסיון הוגבל ל-50% בהשוואה לעבירה הטיפוסית. בסעיף 34 נקבע הכלל של צמידות לדין העבירה הטיפוסית, ומכיוון שלגבי הניסיון לא נקבע אחרת – למעט בכמה עבירות ניסיון ספציפיות (כגון סעיף 305 ניסיון לרצח – 20 שנים) – העונש המרבי על הניסיון הוא עונשה המלא של העבירה שנשלמה. זהו הכלל. החריג – לפי סעיף 27 עונש חובה ועונש מזערי (מינימום) לא חלים על ניסיון. הרציונל מאחורי סעיף 27: בעוד שייתכנו ניסיונות שהם חמורים כמו העבירה שנשלמה (בעיקר ניסיון שבו המבצע השלים את ההתנהגות); בהחלט ייתכנו גם ניסיונות שהם פחות חמורים, ושלגביהם צריך להותיר לבית המשפט שיקול דעת שלא להחמיר. ניתן וצריך להבחין בין ניסיון שנשלם, שבו המבצע עשה את כל התלוי בו לשם השלמת העבירה, אך העבירה לא נשלמה (למשל כי לא התרחשה התוצאה עקב התערבות גורמים שאינם בשליטתו) – שאז אכן ייתכן מאוד שכל ההבדל בין הניסיון לבין עבירה שנשלמה מקורו במקריות; לבין ניסיון שבו המבצע כלל לא השלים את ההתנהגות הנדרשת (בהגדרת העבירה או – בעבירה של גרימה לתוצאה – לפי תוכנית המבצע).

### 1. טיעונים בעד השוואת עונש הניסיון לעונש העבירה שנשלמה

(א) אשמה מוסרית – מקובל לחשוב שהיא זהה. במיוחד בניסיון שבו ההתנהגות הושלמה. מבחינת היסוד הנפשי – בניסיון נדרשת מטרה, שהיא יסוד נפשי חמור.  
(ב) ההבדל בין ניסיון שהצליח (= עבירה טיפוסית) לבין ניסיון שנכשל נעוץ במקריות, והמקריות לא צריכה לשנות את הערכתנו המוסרית (סוגית המזל המוסרי; (moral luck).<sup>456</sup>  
(ג) טוענים שגם הסכנה זהה. אך לדעתי ייתכן מאוד שסטטיסטית המנסים מעט פחות מסוכנים מהמשלימים את העבירות, שהרי חלקם "לא יוצלחים". מוצע לדייק ולומר שהסכנה דומה.

### 2. טיעוני הנגד

(א) התחושות בציבור הן שיש הבדל בין השלמת עבירה לבין ניסיון לבצעה ועל המשפט להתחשב בהן. יש למשל שוני בחרדה של הציבור.<sup>457</sup>

455 לפי אחת הגישות, ניתן להחליף את המטרה שתתרחש התוצאה בצפיית התרחשותה כאפשרות קרובה לוודאי.

456 תיקון 39 נטרל את כוחו של המזל להכריע באשר לעונשו של המנסה, בכך שהשווה את העונש המרבי על הניסיון לעונש המרבי על השלמת ביצוע העבירה (סעיף 34 בצירוף שתיקת סעיף 25 באשר לעונש), אך ישנם סעיפי חוק שמשמרים באופן חלקי את ההבדל: 27 (עונש חובה ועונש מזערי אינם חלים על הניסיון); 33 (דין הניסיון לשידול הוגבל למחצית מעונשה המרבי של העבירה בעוד שדין השידול שנשלם לא הוגבל); 34 (הניסיון לא חל על עבירות קלות מסוג "חטא"). ייתכן שגם סעיפים אלה מלמדים שאיש אינו מעוניין בהשוואה מלאה בין עונש הניסיון לבין העונש על השלמת ביצוע העבירה.

457 מחקרים אמפיריים מראים שמרבית המרואיינים סבורים שיש הבדל. ראו Dressler 2001, לעיל ה"ש 410, בעמ' 382; Paul H. Robinson & John M. Darley, Justice, Liability and Blame 27 (1995).

פרק יט: ניסיון (מול הכנה)

(ב) גמול – אם גומלים על האשמה – כאמור, אין הבדל. אך יש טענה שצריך לגמול גם על התוצאה. בעבר חשבו שגומלים רק על התוצאה. כיום ברור שגומלים על האשמה, והשאלה היא האם גומלים גם על התוצאה. אם כן – עונש הניסיון צריך להיות פחות חמור, בהיעדר התוצאה.

(ג) השוואת העונש עלולה לגרום פחות בתפישת הציבור את הערך המוגן. ולזול בחיי הקורבן למשל, כביכול לא משנה לנו אם הקורבן חי או מת.

(ד) הרתעת הרבים – המנסה, העבריין, לא צופה כישלון אלא הצלחה. ההרתעה נוצרת מהעונש הצפוי לעבירה הטיפוסית שנשלמה ולא מהעונש הצפוי לניסיון. לכן החוק יכול "להרשות לעצמו" להקל בענישת הניסיון. הדבר לא יפגע בהרתעה. במצב כזה פוחתת הצדקת הענישה ויש להפחית את העונש.

(ה) השפעה אפשרית על הפסקת הביצוע – לא של המתחרט או חדל מביצוע העבירה באופן רצוני (שבו אדון מיד בנפרד), אלא של המנסה שלא מתחרט אך נתקל בקשיים בזמן הביצוע. מסר של ענישה פחותה עשוי לגרום לו להפסיק. בענישה זהה אין לו מה להפסיד מלהמשיך בביצוע העבירה.

האם מכלול הטיעונים הזה משכנע שצריך להבחין בעונש? אותי – כן; את המחוקק הישראלי – לא. צריך להבין את החוק שלנו כך: לא בהכרח תמיד מתאים לניסיון העונש הקבוע לעבירה הטיפוסית – הרי אפילו כשמדובר בעבירה שנשלמה, העונש המרבי שבחוק מתאים רק למקרים החמורים ביותר. אך מכיוון שבניסיונות החמורים ביותר זהו העונש המתאים לדעת המחוקק, קובעים אותו כמקסימום, שממנו בית המשפט יכול לרדת. לכן כשמדובר בעונש מינימום (עונש מזערי) – שממנו בדרך כלל לא ניתן לרדת – לגבי הניסיון מותרים לבית המשפט שיקול דעת לרדת בכל זאת (סעיף 27 לחוק).

מעט פרספקטיבה היסטורית: בעבר הרחוק הניסיון כלל לא היה פלילי. כך היה, למשל, במשפט המקובל האנגלי. במשפט האמריקני מציינים פסק דין מ-1784 כראשית הפללת הניסיון. כשכבר קבעו שהניסיון פלילי, העונש לא היה חמור: ראו בו עבירה קלה ולא פשע. מה ניתן ללמוד מההיסטוריה? תומכי השוואת העונש יאמרו: לפנינו תהליך היסטורי שצריך להמשיך אותו (0% ← 50% ← 100%). המתנגדים: מאז ומתמיד התפישת הייתה שהניסיון פחות חמור. בעבר הרחוק אפילו לא הענישו. כיום אומנם נעניש, אך בהחלט לא בחומרה המרבית.<sup>458</sup>

### 3. עבירות מסוימות שבהגדרותיהן הושווה דין הניסיון לדין העבירה הטיפוסית

סעיף 92 לחוק העונשין קובע באשר לכל קבוצת העבירות נגד ביטחון המדינה כי דין הניסיון (והקשר) "כדין מעשה העבירה". כיום הסעיף הזה מיותר, שהרי זהו ממילא ההסדר הכללי הקבוע לעונשו המרבי של הניסיון.<sup>459</sup>

בדומה, ישנן עבירות מסוימות שלהגדרותיהן הוכנסה גם חלופה של ניסיון, כגון הרוחחה בחקירה (ס' 245 – "המניע אדם, או מנסה להניעו, ש...") והרוחחה בעדות (ס' 246). המטרה הייתה השוואת העונש המרבי על ניסיון לעונש המרבי הקבוע לעבירה הטיפוסית וזאת בתקופה שבה דין הניסיון הוגבל

458 ניתן אף לטעון כנגד תומכי השוואת העונש שאם נתמיד בהחמרה באופן לינארי, מחר הם אולי יבקשו להחמיר עם הניסיון יותר מאשר עם העבירה שנשלמה: 0% ← 50% ← 100% ← 150% (!).

459 יש לקוות שאף אחד לא ייקח סעיף ארכאי זה ברצינות באשר לדין עבירת הקשר, שהיא במהותה מעשה הכנה.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

למחצית. בעבר הרחוק יותר המטרה של הוראה כזו עשויה הייתה להיות לקבוע שגם הניסיון לעבירה מסוימת הוא פלילי וזאת בתקופה שבה עדיין לא נקבעה דוקטרינה כללית של הפללת הניסיונות. כיום ההוראות הלו מיותרות, שהרי ממילא ההסדרים הכלליים הם שהניסיון פלילי ושעונשו המרבי זהה לעונשה של העבירה הטיפוסית. ובכל זאת, חשוב לזכור גם בעבירה כזו שמדובר בניסיון, ולכן על בית המשפט להחיל עליה את כל דרישות הניסיון, גם כשאין מופיעות במפורש בהגדרת העבירה:

- (1) יש לדרוש יסוד נפשי של מטרה להשלים את העבירה.
- (2) אסור לגזור מעבירה כזו ניסיון (ניסיון לניסיון = הכנה);

אך ניתן לגזור שידול וסיוע – לשם כך די בביצוע עיקרי (שכולל גם ניסיון).

- (3) יש להחיל את כלל הבליעה (אם המבצע השלים את העבירה, אחריותו לניסיון תיבלע באחריותו לעבירה הטיפוסית).

## יב. פטור עקב חרטה וסיכול העבירה

### 1. השיקולים להענקת הפטור

בשיטות משפט רבות, מקובל להעניק פטור מאחריות פלילית למנסה שהתחרט תוך כדי הביצוע ולא השלים את העבירה. השיקולים להענקת הפטור:

- (א) עידוד מבצעים שהחלו בביצוע עבירה לחדול.
- (ב) מניעת הנזק בכלל והתוצאה בפרט.

[מכאן לשיקולי הענישה:]

- (ג) גמול – אשמה: המתחרט שחדל מהביצוע או מונע את התוצאה מכפר על מעשהו. בנוסף, מי שנרתע במהלך הביצוע מהשלמת העבירה ומתחרט, אשמתו פחותה.
- (ד) תועלת – הרתעה – סכנה: אם המנסה חדל באופן רצוני, ובמיוחד אם היה הדבר ממוטיבציה פנימית ומתוך חרטה – אין צורך בעונש כדי להרתיעו. בדברי ההסבר להצעת החוק שקדמה לתיקון 39 לחוק העונשין נאמר: "חזקה על אדם כזה שלא ישוב עוד לסורו, ואין כל טעם לייסר אותו בייסורים נוספים". זאת לנוכח "המפנה הפנימי החזק, המביא אדם לידי הפסקת התנהגותו העבריינית".<sup>460</sup>

מבחינת הסכנה, הטענה היא שאדם כזה, שמתחרט ומפסיק באמצע, כלל אינו מסוכן לחברה. עד כדי כך שפרופ' פלר כתב על ניסיון שהופסק עקב חרטה שמדובר בניסיון בלתי צליח, שכישלונו טמון בו מראשיתו: אדם כזה כלל לא מסוגל מלכתחילה לעבור את העבירה. לדעתו אין זה מקרה שהמנסה התחרט והפסיק. לכן מלכתחילה לא באמת היה מסוכן. ספק בעיניי אם התיאור הזה הוא מציאותי והולם מקרים רבים שבהם המבצע חדל מביצוע העבירה.

### 2. הדין הישראלי וביקורת עליו

בחוק הישן לא זו בלבד שלא ניתן פטור למנסה שהתחרט, אלא אף החוק קבע מפורשות שלא יינתן פטור – בסעיף 33 לחוק העונשין (הישן, שלפני תיקון 39):

460 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), בעמ' 129.

פרק יט: ניסיון (מול הכנה)

"אין נפקא מינה – זולת לענין ענישה – אם עשה העבריין את כל הדרוש מצדו לגמר ביצוע העבירה, או אם גמר הביצוע נמנע על-ידי נסיבות שאינן תלויות ברצונו, או שמרצונו חדל מן הביצוע".

סעיף 28 לחוק החדש מהווה שינוי משמעותי:

"28. פטור עקב חרטה. מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לניסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה".

פגשנו כבר בשיקול החרטה כשיקול מרכזי לכך שבעוד שהניסיון הוא פלילי, ההכנה איננה פלילית. מקום נוסף שבו פגשנו באפשרות החרטה – חלק מהמבחנים להבחנה בין הכנה לבין ניסיון מיועדים לאפשר חרטה ולפיכך דוחים את תחילת הניסיון לשלב מאוחר יחסית. אלא שמעבר לעצם הנכונות להעניק פטור, תנאי סעיף 28 לחוק כפי שפורשו בפסיקה הם קשים מאוד עד כי לפחות בעבר הפטור היה כמעט תאורטי.  
תנאי סעיף 28 לחוק:

א. תנאי ראשון, ביסוד העובדתי, תוך הבחנה בין שתי סיטואציות:

1. "חדל מהשלמת המעשה" – זאת כשהמנסה טרם השלים את ההתנהגות; או:

2. "תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה" – זאת כשמדובר

בניסיון שנשלם, שבו המבצע כבר עשה הכל ורק התוצאה טרם התרחשה.

אין די בהשתדלות למנוע את התוצאות; נדרש שהמנסה הצליח למנוע. הניסוח של "תרומה" נובע מהאפשרות שגם אחרים פעלו כדי למנוע את התוצאות. לדוגמה: המנסה הכניס רעל למזון של הקורבן ולאחר מכן התחרט והודיע לרעייתו של הקורבן, שהספיקה להזהירו. אך אם לא הספיקה – לא יינתן פטור. בדומה, אם המנסה הטמין פצצה, התחרט, התקשר למשטרה, והמשטרה הספיקה לנטרל את הפצצה לפני הנזק – ייתכן שיינתן פטור. אך אם המשטרה לא הספיקה – גם אם המנסה הודיע לה מבעוד מועד – לא יינתן פטור.

הנימוק לדרישה של מניעה בפועל של התוצאות (ולא רק השתדלות) כרוך בתפישה (שבה החזיק אחד המנסחים – פרופ' פלר), שלפיה התמורה שמקבלת החברה עבור הפטור היא סיכול העבירה. הפטור לא חל אם העבירה נשלמה. נדרשת אפקטיביות בפועל. אם העבירה כבר נשלמה, אזי:

(א) פורמלית – כבר לא מדובר בניסיון אלא בעבירה טיפוסית, וסעיף 28 חל רק על ניסיון

(הפתוח שבשער הכניסה לסעיף הוא "מי שניסה לעבור עבירה"; וכן הסעיף ממוקם בסימן

שכותרתו "ניסיון").

(ב) סעיף 28 מדבר על "מניעת התוצאות".

(ג) הרציונל שביקשו המנסחים להגשים הוא מתן תמריץ למנוע את התוצאות.<sup>461</sup>

461 שם.

ב. תנאי שני, ביסוד הנפשי – "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה".

המלים "מחפץ נפשו בלבד" אינן מעוררות קושי פרשני. אין חולק שנדרש שהמבצע חדל מרצונו, באופן וולונטרי. המוטיבציה צריכה להיות פנימית, ולא למשל כי המנסה שמע סירנה של ניידת משטרה או כי הקורבן הלמה בו מכות הגונות.

בפסיקת בית המשפט העליון נחלקו הדעות אם נדרשת בנוסף גם "חרטה מוסרית". בפרשת נחושטן קיבל השופט קדמי את עמדת המערערים שלפיה לא נדרשת דווקא חרטה מוסרית. גם אם המנסה חדל מסיבות כלכליות, חברתיות או אחרות ייתכן שיזכה בפטור מאחריות.<sup>462</sup> שנה לאחר מכן, בפרשת מצראווה, קבע השופט אילן שהחרטה חייבת להיות חרטה מוסרית, והשופט קדמי (משום מה) הסכים עמו. לפי פרשנות מחמירה זו, בנוסף לרצוניות, נדרש גם מהפך נפשי, הנובע מכך שהמעשה נראה למנסה לא ראוי:

חרטה = וולונטריות + מהפך נפשי

("מחפץ נפשו בלבד") ("מתוך חרטה")

דרישה כזו הופכת את הפטור עקב חרטה לכמעט תאורטי. נדמיין למשל פורץ, שלאחר כניסתו לדירה שבה תכנן לגנוב, הוא רואה לפתע את האור הגנוז, מבין שמעשהו רע וחדל מהביצוע. כמה אנשים עוברים בחייהם מהפך נפשי שכזה? כמה מהם עוברים מהפך כזה בדיוק בזמן ביצוע העבירה? האם נצליח לעודד אנשים שהחלו בביצוע עבירות לחדול אם הפטור מותנה בדרישה כל כך מחמירה? אציין גם שהתנאי השלישי הוא שנטל ההוכחה מוטל על המנסה, המבקש פטור – "אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה". נניח שהמנסה אכן ראה את האור הגנוז ותוך כדי ביצוע העבירה השתכנע שכנוע פנימי עמוק שלא טוב לפרוץ (מבחינה מוסרית ולא רק משיקולי כדאיות). כיצד יוכל להוכיח זאת בבית המשפט? כל שיוכל לעשות זה לספר על כך לשופטים. האם יאמינו לו? האם הקוראים היו מאמינים לאדם שטוען שתוך כדי ביצוע העבירה עבר מהפך נפשי?

גם בשיטות משפט אחרות התלבטו באשר ליסוד הנפשי בחרטה. בפסק דין גרמני נדון מקרה שבו הנאשם תקף אישה זרה, השכיבה על הקרקע וניסה לנשקה. לאישה הייתה תושייה רבה ובמקום להתנגד פיזית, היא הציעה לתוקף לחדול והציעה שילכו לביתה ושם תתמסר לו. התוקף חדל מתקיפתו ושניהם נעמדו על רגליהם. אז הבחינה האישה בשני עוברי אורח, קראה לעזרה והתוקף נתפס, הואשם בניסיון אונס והתגונן בטענת חרטה. הדיון התמקד בשאלה האם החרטה הייתה וולונטרית. בערכאה הראשונה נקבע שהחרטה לא הייתה וולונטרית והנאשם הורשע. בבית המשפט העליון הגרמני נקבע שהחרטה דווקא הייתה וולונטרית והנאשם זוכה. זאת משום שלא היה חייב לקבל את הצעת האישה ולחדול מהתקיפה; ובהבדל ממצב שבו היה חדל משום שכבר הגיעו עוברי אורח. המבצע היה אדון להחלטתו.<sup>463</sup> כדי לעודד חרטה, הדין הגרמני מסתפק בוולונטריות ולא דורש גם מהפך נפשי. אכן, אין ספק שהמנסה בדוגמה האחרונה היה מנוול. אך לדעתי עדיף לחברה לוותר על הענשתו כדי להגדיל את הסיכויים שבעתיד יהיו שיחדלו ולא ישלימו את העבירה, בתקווה לקבל פטור. עדיפה מאוד מניעת אונס על פני הענשת המנסה לאנוס.

462 עניין נחושטן תעשיות, לעיל ה"ש 415.

463 FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 318, בעמ' 183.

גם בדין הישראלי צריך היה להסתפק בחרטה "מחפץ נפשו בלבד" ולא לדרוש גם חרטה שבלב – אתית או דתית. שהרי מטרתנו היא לתמרץ את המנסה לחדול. לא כל כך חשוב למה יפסיק – העיקר שיפסיק ויניח לקורבן. כך מקובל גם במשפט הפלילי הבינלאומי ובשיטות משפט אירופאיות, שם בדרך כלל אף מכנים את הפטור בשמות כמו "ויתור" או "חדילה" (עזיבה) ולא בשם חרטה.<sup>464</sup> בפרשת מיניץ,<sup>465</sup> המערערת השתדלה להמית את בעלה פעמיים: בפעם הראשונה ניסתה במו ידיה (הזריקה לו חומר הקרוי "קורגליקון" שבכוחו לגרום להפרעות קצב קשות) ובפעם השנייה ניסתה לשדל אדם אחר לרצוח אותו. בניסיון הראשון, לאחר שהזריקה לו רעל, הזעיקה עזרה רפואית ובכך הצילה אותו. בית המשפט קבע שלא פעלה מחרטה פנימית, אלא כי הבעל צעק והבת הייתה בבית. לכן לא העניקו לה פטור. בדיעבד, גם הניסיון השני מלמד שלא הייתה לה חרטה פנימית, מוסרית. אלא שסבורני שלא הייתה אפילו רצונית (וולונטריות): הרי הבעל צעק והבת הייתה בבית – בדומה לשמיעת סירנה של ניידת משטרה.

המלה האחרונה בפסיקה נאמרה בפרשת פלוני<sup>466</sup> – מקרה מזעזע של אב נוראי, שהתרגז על בתו על כך שלא קמה ממיטתה לבית הספר, וחנק אותה בכוונה להמיתה. כשחשב שכבר מתה, הרפה, יצא מהבית והזעיק משטרה ומד"א. רק לאחר מכן התברר שהבת לא מתה. נפסק שהחרטה לא חייבת להיות מוסרית – זו כנראה ההלכה החדשה. אך המערער בכל זאת הורשע, משום שנקבע שהחרטה לא הייתה חרטה וולונטרית-רצונית, שהרי המערער הפסיק רק משום שטעה לחשוב שהבת כבר מתה. כך שההלכה החדשה היא, כנראה, שהחרטה לא חייבת להיות מוסרית – די בחרטה רצונית:<sup>467</sup>

חרטה = (די ב) רצונית (לא נדרש מהפך נפשי)

"כנראה" – משום שמדובר באמרת אגב – שהרי גם תנאי הרצונית לא התקיים. אך גם בפסק הדין בפרשת מצראווה – שבו נקבעה ההלכה המוטעית הקודמת, שלפיה נדרשת לא רק חרטה רצונית אלא גם מוסרית (מהפך נפשי) מדובר באמרת אגב.

ג. תנאי שלישי – נטל ההוכחה – "אם הוכיח" – הנטל על המנסה-המתחרט; במאזן הסתברויות (51%). מדובר בהלך נפש פנימי של המבצע, שקשה להוכיחו. וכפי שקשה היה לתביעה לו היה הנטל עליה, קשה גם לנאשם. עליו להעיד ולקוות שהשופטים יאמינו לו.

ד. תנאי רביעי – "אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה" (סעיף 28 סיפא). תנאי זה הוא מוצדק: המנסה לחדול מהתחרט וחדל לאחר שתקף אומנם יהיה פטור מניסיון שוד, אך יישא באחריות לתקיפה; המנסה לאנוס שהתחרט וחדל לאחר שהכה את הקורבן יהיה

464 לביקורות על דרישת החרטה המוסרית ראו ביין, לעיל ה"ש 445; Yoram Shachar, *Wresting Control from Luck: The Secular Case for Aborted Attempts*, 9 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 139 (2008) רציונל אחר שהוצע לפטור נושא דיונונו הוא שחדילת המנסה מביצוע העבירה מלמדת על כך שלא התקיימה בקרבו המטרה להשלים את העבירה הנדרשת כתנאי לפלילות הניסיון. אלא שנראה כי התקיימה עד שהמנסה התחרט – לא דווקא חרטה מוסרית, אלא חרטה במובן של שינוי דעתו.

465 ע"פ 5268/04 מיניץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2005).

466 ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.6.2015).

467 את מלות החוק "ומתוך חרטה" פירש בית המשפט כעצם החזרה מהכוונה לבצע את העבירה, גם אם החזרה הייתה לא משיקולים מוסריים-ערכיים אלא משיקולים כלכליים, חברתיים וכו'. ראו שם, פס' 51 ואילך.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

פטור מניסיון לאונס, אך יישא באחריות לתקיפה; המנסה לרצוח שהתחרט וחדל לאחר שפצע את הקורבן יהיה פטור מניסיון לרצח, אך יישא באחריות לפציעה. אחרת, היה נוצר מצב אבסורדי שבו תוקף יהיה במצב משפטי טוב יותר אם רצה לשדוד או לאנוס או לרצוח – בהשוואה לתוקף שמלכתחילה הסתפק בתקיפה בלבד.

לסיכום, בעוד שנוכח ארבעת התנאים שלעיל, תוך פרשנות של דרישת היסוד הנפשי כצירוף של רצונית (וולונטריות) ומהפך נפשי (חרטה מוסרית) היה הפטור די תאורטי, הרי שנוכח הוויתור על הדרישה המיותרת של מהפך נפשי, הפטור עשוי להיות מעשי ולעודד אנשים שהחלו בביצוע עבירות לחדול ממעשיהם הנלוזים ולהניח לקורבנות. מטרה זו היא נעלה על פני הענשת המנסים.<sup>468</sup>

468 הנה דוגמה לפסק דין שבו היה מקום לקבוע פטור עקב חרטה: בע"פ 8449/17, לעיל ה"ש 423, נדון מקרה שבו "בבוקרו של יום 10.5.2016, יצאו שני צעירים משכונת ג'בל מוכבר, וביצעו פיגוע דקירה בטיילת ארמון הנציב בירושלים". בית המשפט קבע שהשניים תכננו לדקור חמש נשים קשישות שבהן הבחינו. לאחר שדקרו שתיים מהן, חדלו ועזבו את המקום. בכל זאת הם הורשעו בחמש עבירות של ניסיון לרצח, בנימוק שכאשר החלו בתקיפה חשבו על כל חמש הקורבנות ורק במהלכה הסתפקו בכך שדקרו שתיים מהן. אלא שמכיוון שנקבע כי המערערים יכולים היו לדקור גם את שלוש האחרות ובחרו מרצונם שלא לעשות זאת וחדלו ועזבו את המקום (בלשון בית המשפט: "הניסיון בנדון דידן החל עם תחילת תקיפת הקבוצה, כקבוצה; ההימנעות מהמרדף בפועל אינה מעלה או מורידה לעניין זה. למרבה ה'מזל', בשלב מסוים החליטו המערערים לסגת, ובכך ניצלו 3 הנשים הנותרות. אין בידינו לקבוע מהו הטעם שבגינינו נסו, אך יודעים אנו לומר מה תכננו, ומה ניסו לעשות. די בכך כדי להביא להרשעתם בניסיון לרצח ביחס לכל חמש הקורבנות. לפיכך אני סבור כי בדין הורשעו המערערים ב-5 עבירות של ניסיון לרצח"; שם, פס' 48 לפסק דינו של השופט סולברג), צריך היה להפעיל את סעיף 28 לחוק העונשין ולקבוע פטור עקב חרטה – שלפי ההלכה העדכנית אינה חייבת להיות משיקולים מוסריים – ולהסתפק בשתי עבירות של ניסיון לרצח – שגם הן חמורות דיו. רק כך ניתן לעודד חרטה וחדילה מהשלמת עבירות. זאת ועוד: גם כאשר לניסיון לרצח של הקורבן המסוימת ב' ש', שאותה דקרו המערערים, היה מקום להפעלת הפטור עקב חרטה, לצד הרשעה בעבירה מתאימה יותר, כגון חבלה חמורה: "משהגיעו אל ב' ש', תקפו אותה באמצעות כלי הנשק, ודקרו אותה בפלג גופה העליון וברגלה. ב' ש' זעקה ונפלה ארצה. המערערים רצו לעבר שאר המתלוננות, ומשהגיעו אל אחת מהן, ילידת שנת 1930 (להלן: ת' מ'), תקפו גם אותה באמצעות כלי הנשק. 3 המתלוננות האחרות שמעו את זעקות חברותיהן והחלו לנוס על נפשן. בכך ניצלו. לאחר הפגיעה ב-ת' מ', החלו המערערים להימלט מהמקום, ובעת שובם על עקבותיהם חזרו ועמדו מעל ל-ב' ש', שהיתה שרועה על הרצפה. מהודעתה של ב' ש' עלה, כי היא הבינה מתנועות ידיהם בעת שעמדו מעליה כי אחד המערערים שאל את חברו אם 'לגמור אותה', ואילו השני חיווה בידי כעונה לו כי עדיף שיברחו. השניים לא הוסיפו לפגוע בה, ונמלטו" (שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג). חרף מנוולות הדוקרים, מטרת המחוקק בקביעת סעיף הפטור עקב חרטה היא לעודד מבצעי ניסיונות פליליים לחדול מן הביצוע – ללא קשר למניע לחדילה, כל עוד החדילה היא רצונית (וולונטרית). הרווח העצום לחברה מקיום הפטור צפוי במקרים אחרים בעתיד שבהם מבצעי עבירות יחדלו מן הביצוע. לבסוף, הנטייה להרבות בהאשמות ובהרשעות באה לידי ביטוי גם בהרשעה בשתי עבירות טפלות ותפלות – החזקת סכין ושיבוש מהלכי משפט בהסתרת הסכין לאחר המעשה. לא ברור מה בצע לנו בעבירות שוליות כאלה נוכח עבירה חמורה כמו ניסיון לרצח; ולא ברור מדוע בית המשפט אינו קובע שעבירת ההכנה (החזקת הסכין) נבלעת בביצוע הניסיון לרצח.

## פרק כ

### סיוע פלילי (מול ניסיון לסייע)

#### א. מבוא לסיוע

##### 1. תיחום הסיוע

אפתח בתיחום ראשוני בין הסיוע, הסיוע הרוחני והשידול. המסייע עוזר למבצע העיקרי לעבור את העבירה, בדרך כלל בסיוע פיזי, המסייע הרוחני מעודד אותו לאחר שכבר החליט לבצעה, ואילו המשדל משפיע על מוחו של המשדול וגורם להחלטתו לבצע את העבירה. המשדל בוחר לפגוע בערך המוגן, ושולח אדם אחר כדי לבצע את זממו. אצל המסייע מדובר בדרך כלל בפעילות בעלת אופי של הכנה. היוזמה והביצוע אינם שלו. ייתכן מאוד שהמבצע העיקרי היה מבצע את העבירה גם ללא הסיוע. בהבדל חשוב מהשידול, בסיוע לא נדרש קשר סיבתי. לגבי המבצע העיקרי, ניתן להבחין בין שלושה שלבים בגיבוש החלטתו לעבור עבירה: רעיון, שקילת הרעיון, החלטה סופית לבצע. בהתאם, ייתכנו שידול או סיוע רוחני:

לפני היווצרות הרעיון →	המשדל
בזמן שקילת הרעיון →	המשדל
לאחר החלטה סופית לבצע →	המסייע רוחנית (עידוד / הבטחה+הסתמכות)

המשדל יכול לפעול ב-2 השלבים הראשונים – או ליצור את הרעיון ("שידול חזק"); או להכריע את כפות המאזניים כשהמבצע העיקרי עדיין מתלבט ("שידול חלש") – גם זה נחשב שידול – בתנאי שמתקיים קשר סיבתי בין השידול לבין ההחלטה והביצוע. כשהמבצע העיקרי כבר החליט החלטה סופית, והמסייע בא ומעודד אותו; מחזק אותו בהחלטתו הקיימת – זהו הסיוע הרוחני. בהבדל מבישידול, אין קשר סיבתי בין העידוד של המסייע הרוחני לבין ההחלטה והעבירה, שהרי המבצע העיקרי כבר החליט לבצעה. בסיוע (לא רק בסיוע הרוחני; גם בסיוע הפיזי) לא נדרש קשר סיבתי. מקרה נוסף של סיוע רוחני – מלבד עידוד – הוא הבטחה והסתמכות עליה. למשל, כשהמסייע מביטח למבצע העיקרי של עבירת הרצח, שלאחר הרצח הוא יסתיר את הגופה וינקה את זירת הפשע, והמבצע מסתמך על הבטחה, מתגבש סיוע רוחני פלילי – גם אם לאחר מכן המסייע נבהל או נגעל ולא קיים את הבטחתו.

את הרחבת האחריות שמהווה הסיוע גוזרים רק מפשעים ומעוונות, אך לא מחטאים – בהתאם לסעיף 34 לחוק העונשין. כך, למשל, אין טעם ברדיפת אדם המכוון ("עוד, עוד, עוד, די!") אדם אחר



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

שמחנה את מכוניתו במקום אסור. לדעתי, עדיף היה להגביל את הסיוע לפשעים ולא להחילו באופן גורף<sup>469</sup> גם על עוונות, שספק אם חומרתם מצדיקה הרחבה כזו של האחריות הפלילית. לסיוע אופי של נגזרת לא חמורה.<sup>470</sup> נגזרת – יחד עם השידול – בהשוואה לביצוע העיקרי; נגזרת לא חמורה – בהשוואה לשידול, וכמובן בהשוואה לביצוע העיקרי. לאופי של נגזרת לא חמורה של הסיוע, יש שתי השלכות נורמטיביות:

(1) בעוד שדין המשדל כדין המבצע העיקרי (ס' 34 לחוק העונשין), דין המסייע מוגבל למחצית העונש (ס' 32).

אלא שבהמשך, בדיון בהבחנה שבין המסייע לבין המבצע-בצוותא (בפרק כב), נראה שלתיקון 39 שבו שונה דין המסייע מהעונש המלא למחצית, הייתה השפעה עצומה לא על עונשו של המסייע כפי שרצה המחוקק, אלא על עצם ההכרה בקיומו: השופטים נותנים כיום פרשנות כה מרחיבה לביצוע-בצוותא, עד שכמעט ולא נותרו מסייעים. כך שומרים השופטים על שיקול הדעת המלא באשר לענישה ולא מקבלים עליהם את ההכוונה הנכונה שבחוק.

(2) ההשלכה השנייה – אין פלילות לניסיון לסייע (בהבדל מהניסיון לשידול – ס' 33). הדבר נובע הן מכלל היסוד של הצורות הנגזרות, שלפיו לא גוזרים מנגזרת, והן מכך שהניסיון לסייע איננו די מסוכן להצדקת אחריות פלילית. אך בהמשך ניוכח שהשופטים כרסמו בכלל זה, בהסתפקם בהתנהגות שיש בה רק פוטנציאל לסיוע; ואף העבירה הקבועה בסעיף 498 – "מתן אמצעים לביצוע פשע" – מכרסמת בכלל זה.

להלן השוואה קצרה בין הסיוע לבין השידול:

הסיוע	השידול
נגזרת לא חמורה	נגזרת חמורה
העונש מוגבל ל-50% בהשוואה לביצוע העיקרי (ס' 32)	אין הגבלה על העונש – עד 100% בהשוואה לביצוע העיקרי (ס' 34)
לא גוזרים אחריות של ניסיון לסייע (למעט חריגים)	ניסיון לשידול הוא פלילי (ס' 33)

## 2. חשיבות כלל הצמידות והתלות של הצורה הנגזרת בביצוע העיקרי

עליבבא מתכנן פריצה לבית. הוא עורך תצפיות על הבית. האם עריכת התצפית פלילית? לא. מדובר בהכנה בלבד. אין עדיין קפיצה איכותית אל תוך הניסיון. ההחלטה היא שלו, והדבר תלוי רק בו אם ייגש לביצוע העבירה אם לאו. יש עדיין סיכויים גבוהים שיתחרט.

גם עוזרי מתצפת, אוסף חומר על תנועת דיירי הבית ומבקרו, ומוסר אותו לעליבבא. האם התנהגותו פלילית? הדברים כבר לא בשליטתו. עכשיו ההחלטה אם לבצע את העבירה היא של עליבבא. בכל זאת, האחריות על עוזרי כמסייע תוטל רק אם עליבבא ייגש לביצוע הפריצה. זוהי

469 כחריג, ניתן לקבוע שלגבי עוונות מסוימים – החמורים שבהם – גם הסיוע יהיה פלילי. סיווג העבירות לחטאים, לעוונות ולפשעים מוגדר בסעיף 24 לחוק העונשין.

470 המחמירים אולי יעדיפו "נגזרת פחות חמורה".

הצמידות והתלות של הצורה הנגזרת בעבירה הטיפוסית. מהו ההסבר לצמידות ולתלות? הרי מבחינת עוזרי אין הבדל בין מצב שבו עליבבא ניגש לאחר מכן לביצוע, לבין מצב שבו לא ניגש, אלא מדובר במקריות בלבד. ההסבר: כשהמחוקק שוקל הטלת אחריות פלילית, הוא בוחן סכנה לערך המוגן ואשמה של המבצע. אומנם אין הבדל באשמתו של עוזרי המסייע, אך יש הבדל גדול בסכנה בין מצב שבו עליבבא ניגש לביצוע, לבין מצב שבו אין אפילו ניסיון פריצה. כשאין ביצוע עיקרי – אין סיוע; נותר רק ניסיון לסייע – שככלל אינו פלילי.

הסבר נוסף: אם היינו מטילים אחריות על המנסה לסייע גם ללא ביצוע עיקרי (לפחות ברמה של ניסיון) על ידי המבצע העיקרי, הייתה נוצרת אנומליה: הרי על המבצע העיקרי אין אחריות למעשה הכנה; ואילו על המנסה לסייע הייתה מוטלת אחריות.<sup>471</sup>

פסק הדין האמריקני בפרשת *Hayes* מדגים את החשיבות הרבה של כלל הצמידות לביצוע העיקרי.<sup>472</sup> הנאשם הציע לאחר להצטרף אליו לפריצה לחנות. הנאשם ביש המזל לא ידע שהאחר הוא קרוב של בעל החנות. הקרוב ביקש וקיבל את הסכמתו של בעל החנות לתוכניתו ללכידת הנאשם והשיב לנאשם בחיוב. הנאשם סייע לקרוב להיכנס לחנות, ולקח ממנו את הרכוש הגנוב שהושיט לו, מבלי שהנאשם עצמו נכנס לחנות. לפני שעזבו הגיעה המשטרה ועצרה את הנאשם.

הוא הואשם בסיוע לעבירת ההתפרצות והורשע, אך בית המשפט העליון של אותה מדינה זיכה אותו בערעור. זאת, מכיוון שהקרוב היה המבצע העיקרי, אך לא עבר את עבירת ההתפרצות, משום שנכנס לחנות בהסכמת הבעלים. חסרה נסיבה הנדרשת בהגדרה של עבירת הפריצה – אי-הסכמת הבעלים. ללא עבירה של המבצע העיקרי, לא היה ממה לגזור אחריות נגזרת של הנאשם; מדובר בסיוע לעבירה שאינה קיימת.

אומנם נראה שצריך היה לראות בהם מבצעים-בצוותא, ואז לייחס לנאשם לכל הפחות ניסיון לביצוע-בצוותא של פריצה.<sup>473</sup> הקושי נוצר משום שגימדו את תפקידו של הנאשם – שלא רק יזם את העבירה אלא אף השתתף בביצועה – לתפקיד של מסייע. אך עדיין הדיון בסיוע מדגים היטב את הצמידות והתלות של הצורה הנגזרת בביצוע העיקרי: בהיעדר עבירה של המבצע העיקרי – אין גם עבירה של המסייע.

### 3. חריג לכלל שהסיוע אינו פלילי ללא ביצוע עיקרי – ס' 498 "מתן אמצעים לביצוע פשע"

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

471 כפי שנראה בהמשך, גם המרחיבים (למשל בפסיקה הישראלית) את הסיוע ומסתפקים בפוטנציאל לסייע ("סגולה לסייע"), דורשים לפחות ניסיון של המבצע העיקרי ולכן לא יענישו על ניסיון סיוע ללא ניסיון לביצוע העבירה על ידי המבצע העיקרי.

472 *State v. Hayes*, 105 Mo. 76, 16 S.W. 514 (1891); מתואר בספר Dressler 2001, לעיל ה"ש 410, בעמ' 483.

473 לכאורה ניתן לחשוב על ניסיון לשידול, אך ראשית, הניסיון לשידול נבלע בניסיון לביצוע-בצוותא; ושנית, לא מתאים כאן ניסיון לשידול, כי המתכונת איננה "לך ועשה" אלא "נלכה ונעשה".

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

(ב) לענין סעיף זה אין נפקא מינה אם הדבר ניתן לצמיחות או לשעה, בתמורה או שלא בתמורה, ואם בוצע פשע ואם לאו...".

זוהי עבירה בפני עצמה, ולא נגזרת. לכן העונש המרבי עליה הוא שלוש שנות מאסר, ולא מחצית העונש של העבירה שבוצעה או לא בוצעה לאחר מכן. העבירה מוגדרת באופן רחב מאוד ומדי ("הנותן לאדם כלים, חומרים, כסף, מידע או כל אמצעי אחר כשהוא יודע שהדבר עלול לשמש, במישרין או בעקיפין, לביצוע פשע או להקלת ביצועו..."), ולכן ברבים מהמקרים שאינם פליליים כניסיון לסייע משום שהניסיון לסייע אינו פלילי – ניתן להטיל אחריות לעבירה הקבועה בס' 498. זאת אפילו אם המבצע העיקרי המיועד כלל לא ביצע את העבירה, ואפילו לא החל בניסיון (!) ("אין נפקא מינה... אם בוצע פשע ואם לאו"). התייחסות ראויה יותר לכללי היסוד של הצורות הנגזרות, לעקרונות היסוד של דיני העונשין ולחירות האדם, מחייבת את המחוקק להצר איסור זה באופן משמעותי.

## ב. היסוד העובדתי בסיוע

### 1. החוק

סעיף 31 – "מסייע" – מגדיר רק את היסוד הנפשי של המסייע, וכלל לא מגדיר את היסוד העובדתי:

"מי אשר [פתיח בסגנון שירה],

לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה [תיאור זמן],

עשה מעשה [אלה המלים היחידות המוקדשות להגדרת התנהגות המסייע]

כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה [הגדרת מטרתו של המסייע],

הוא מסייע [אפילו].

המלים היחידות המוקדשות להגדרת התנהגות המסייע הן "עשה מעשה" ותרומתן דלה. זוהי הגדרה רחבה ביותר, שלמעשה איננה תוחמת את קשת ההתנהגויות שעלולות להיחשב לסיוע פלילי, אפילו לא למעשים בלבד, שהרי הפרשנות המקובלת של הסעיף כוללת גם מחדל... (ס' 18) (ב) לחוק העונשין: "מעשה – לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת".<sup>474</sup> השאלה המרכזית היא: מהו טיב התרומה הנדרשת של התנהגות המסייע לביצוע העבירה?

474 במאמר מוסגר אציין כי עדיף היה לפרש את סעיף 18 (ב) כך שהוא חל רק על המלה "מעשה" המופיעה בהגדרותיהן של עבירות מסוימות ולא על כל המופעים של המלה "מעשה" בחקיקה הפלילית, משום שהפרשנות המרחיבה מטשטשת את ההבחנה בין מעשה לבין מחדל – שבדרך כלל לא צריך להיחשב פלילי. בנוסף, אילו רצה המחוקק להפלייל גם סיוע במחדל, די היה לו בתוספת שלוש מלים בהגדרת הסיוע: "עשה מעשה או חדל מחדל". ואם רצה לחסוך במלים, אפשרי: "פעל או חדל". וראו להלן ה"ש 481.

2. מהו טיב התרומה הנדרשת של התנהגות המסייע לביצוע העבירה?

נבחן ארבעה מקרים שונים, שלכולם אותו סיפור מסגרת: פקיד בנק ממורמר כועס על מעבידיו ועל הבנק (הם אינם נוהגים בו יפה, דורשים הרבה ומשלמים מעט) וכנקמה רוצה לעזור לשודד שבו הבחין כשהוא עומד להיכנס לבנק על מנת לשודד. נבחן יחד לגבי כל מקרה האם התקיים סיוע פיזי והאם התקיים סיוע רוחני (עידוד, או הבטחה והסתמכות עליה).

סיוע	
סיוע רוחני	סיוע פיזי
הבטחה + הסתמכות	עידוד

**המקרה ראשון – סיכום מוקדם + שימוש בצופן לפתיחת הכספת**

בעקבות סיכום עם השודד (לאחר שהפקיד הממורמר הבחין בשודד העומד להיכנס לבנק, הוא אמר לו: "אל תדאג, אני אעזור לך בכך שאמסור לך את צופן הכספת") הפקיד הממורמר כתב את הצופן על נייר והניח אותו ליד הכספת במטרה לסייע לשודד. השודד נכנס לבנק, איים על הפקידים, עיין בנייר עם הצופן, פתח בעזרתו את הכספת, נטל כסף והסתלק. האם הפקיד הממורמר תרם לביצוע? ומהי תרומתו? ברור שיש תרומה פיזית לשודד – מסירת הצופן, שלפחות קלה על הביצוע (אולי אפילו היא שאפשרה אותו) ויש גם הבטחה והסתמכות עליה, המהוות סיוע רוחני. לא בהכרח מתקיים קשר סיבתי בין ההתנהגות המסייעת לבין ביצוע העבירה (ייתכן שהמבצע העיקרי היה שודד בכל מקרה) אך אין בסיוע דרישה כזו (בהבדל מאשר בשידול). מתקיימים סיוע פיזי + סיוע רוחני.

**המקרה השני – סיכום מוקדם + פתיחת הכספת ללא שימוש בצופן**

בעקבות סיכום בין הפקיד הממורמר לבין השודד, הותיר הפקיד נייר עם הקוד ליד הכספת, במטרה לסייע לשודד. כשנכנס השודד עם אקדחו השלוף, פקיד אחר (מרוצה דווקא) נבהל ומיד פתח את הכספת לרווחה. השודד נטל ממנה כסף והסתלק. האם הפקיד הממורמר תרם לביצוע? אומנם אין סיוע פיזי, משום שהשודד לא השתמש בצופן הכספת, אך כשהשודד נכנס לבנק הוא הסתמך על הבטחתו של הפקיד הממורמר והבטחתו חיזקה אותו. זהו סיוע רוחני.

**המקרה השלישי – אין סיכום מוקדם + יש שימוש בצופן לפתיחת הכספת**

ללא סיכום מוקדם (מבלי שהפקיד הממורמר אמר דבר לשודד<sup>475</sup>) הפקיד הממורמר הניח נייר עם הצופן ליד הכספת, במטרה לסייע לשודד. השודד השתמש בצופן לפתיחת הכספת, נטל כסף והסתלק. כאן התקיים סיוע פיזי: השודד השתמש בצופן שכתב עבורו הפקיד הממורמר. לא נדרש שהמבצע העיקרי ידע על כך שהמסייע מסייע לו.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

### המקרה הרביעי – אין סיכום מוקדם + פתיחת הכספת ללא שימוש בצופן

ללא סיכום מוקדם, הפקיד הממורמר השאיר ליד הכספת נייר עם הצופן, במטרה לסייע לשודר. אך כשנכנס השודר עם אקדחו השלוף, פקיד אחר (מרוצה דווקא) נבהל ומיד פתח את הכספת לרווחה. השודר נטל ממנה כסף והסתלק. כאן אין סיוע; יש רק ניסיון לסיוע, שאינו אמור להיות פלילי, בהיותו נגזרת מנגזרת. אין סיוע פיזי – כי השודר לא נעזר בצופן; ואין סיוע רוחני – כי השודר כלל לא ידע על הפקיד הממורמר ועל הצופן. אין הבטחה ואין הסתמכות עליה. אסכם את ארבעת המקרים בטבלה:

סיכום מוקדם + שימוש בצופן לפתיחת הכספת	סיוע פיזי + סיוע רוחני
סיכום מוקדם + פתיחת הכספת ללא הצופן	סיוע רוחני
אין סיכום מוקדם + יש שימוש בצופן	סיוע פיזי
אין סיכום מוקדם + פתיחת הכספת ללא הצופן	אין סיוע; יש רק ניסיון לסיוע, שאינו אמור להיות פלילי

### 3. תרומה ממשית או סגולה לסייע? המחלוקת שתחילתה בפסק הדין ירקוני וגור

בפסק הדין ירקוני וגור<sup>476</sup> התעוררה בעניין זה מחלוקת ענקים: השופט לנדוי: נדרשת תרומה ממשית של הסיוע לביצוע העיקרי. השופט חיים כהן: די בסגולה לסייע; די בפוטנציאל (גם אם לא התממש ולא הייתה תרומה ממשית של הסיוע לביצוע העיקרי).

גישת השופט כהן מרחיבה מאוד (ומדי!) את הסיוע, ולמעשה מענישה גם על ניסיון לסייע – בתנאי שהיה ביצוע עיקרי. נראה כי הגישה המקובלת בפסיקה הייתה גישתו של השופט לנדוי, שלפיה נדרשת תרומה ממשית של הסיוע לביצוע העיקרי: תרומה ממשית כלשהי, בין אם אפשרה את הביצוע העיקרי (כלומר: עם קשר סיבתי בין הסיוע לביצוע) ובין אם רק הקלה על הביצוע העיקרי (כלומר: ללא קשר סיבתי). התרומה המסייעת עשויה להיות פיזית (כגון מסירת מכשיר) או רוחנית (עידוד, או הבטחה והסתמכות עליה).

### 4. תיקון 39 לחוק העונשין – סעיף 31 וטיב ההתנהגות המסייעת

בהצעת החוק אנו מוצאים את אותו נוסח של ס' 31 שבסופו של דבר נחקק, בצרוף שתי המלים "שהיה בו": "מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה [שהיה בו] כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו...".

בדברי ההסבר נאמר כך: "הסעיף הוא בבחינת חידוש לעומת המצב הקיים הן מבחינת היסוד העובדתי... והן מבחינת היסוד הנפשי... מוצע לאפיין את הסיוע באורח אובייקטיבי – דהיינו מעשה שלא היה בו משום תרומה בפועל לביצוע העבירה לא יבוא בגדר סיוע ולא יהיה עניש".<sup>477</sup> ראשית, ספק בעיניי אם זה אכן שינוי מול ההלכה שקבע השופט לנדוי בפרשת ירקוני וגור, אשר להערכתו בדרך כלל הועדפה בפסיקה על פני עמדתו המחמירה של השופט חיים כהן בעניין זה, כפי שראינו. שנית, הניסוח "שהיה בו כדי לאפשר" אינו מוצלח. מההסבר עולה שהמנסחים התכוונו

476 ע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ירקוני וגור, פ"ד יח(4) 20 (1964).

477 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), בעמ' 131.

לתרומה ממשית, לתרומה בפועל, אך הביטוי "שהיה בו כדי" נשמע מבחינה לשונית כמו הסתפקות בתרומה פוטנציאלית בלבד.

מהנוסח שנחקק בסופו של דבר, הושמטו שתי המלים "שהיה בו". בנוסח כפי שנחקק, יש לפרש את הביטוי "כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו" וכו' כדרישה של מטרה, כשם שהביטוי התכליתי "כדי ל..." מתפרש בכל הקשר אחר (כדי ל... = מטרה). זהו, כמובן, אפיון של היסוד הנפשי של המסייע. אין בחוק אפיון אובייקטיבי של טיב התרומה הנדרשת בסיוע; של היסוד העובדתי. אין בחוק תשובה לשאלה אם נדרשת תרומה ממשית (כשיטת לנדוי) או שדי בפוטנציאל של סיוע (כשיטת חיים כהן).

במאמר מוסגר אציין כי הכנסת חוקקה כתבי חידה: כפי שראינו, בניסיון (ס' 25) הגדירה רק את המטרה הנדרשת, ללא הגדרה של ממש להתנהגות המהווה ניסיון; בסיוע (ס' 31) הגדירה רק את המטרה הנדרשת, ללא הגדרה כלשהי של ההתנהגות המסייעת; וכפי שנראה בהמשך, בשידול (ס' 30) הגדירה רק את ההתנהגות המשדלת, ללא הגדרה של המטרה הנדרשת.

בפסק הדין פוליאקוב, שבו נדרשו שופטי בית המשפט העליון לפרש סעיף חוק זה סמוך לאחר חקיקתו, הביע השופט מצא דעתו שלפיה די בתרומה פוטנציאלית: "משמע שהאפקטיביות של התרומה המסייעת אינה מהווה תנאי להטלת אחריות פלילית על המסייע... תיקון 39 – בניגוד לכוונת מצייעו – לא שינה את הדין שקדם לו, ולאפיונו של מעשה כסיוע די להראות כי המעשה היה 'מסוגל' לסייע, או כי המבצע העיקרי הסתמך על עשייתו...".<sup>478</sup> הדברים אומנם נאמרו כאמרת אגב (obiter dictum) ולא כטעם הפסק (ratio decidendi),<sup>479</sup> אך בפסיקה מאוחרת יותר הועלו למדרגה של טעם הפסק.<sup>480</sup>

טיב ההתנהגות המסייעת	
נדרשת תרומה ממשית	די בפוטנציאל של סיוע
משה לנדוי בירקוני וגור	חיים כהן בירקוני וגור
הצעת החוק (עם המלים "שהיה בו")	החוק החדש כפרשנותו בפסיקה

חתך אחר של הדברים – צורות שונות של סיוע פלילי לפי הפסיקה:

1. סיוע פיזי – תרומה פיזית לביצוע העבירה;
2. סיוע רוחני – עידוד המבצע או הבטחה (מצד המסייע) והסתמכות עליה (מצד המבצע);
3. פוטנציאל לסיוע פיזי – "סיוע" לא אפקטיבי, שכלל לא תרם לביצוע, אך היה פוטנציאל לסיוע. השופטים כתבו על פוטנציאל לסיוע פיזי. כנראה שלא יסתפקו בפוטנציאל לסיוע רוחני, כגון דברי עידוד שהמבצע העיקרי כלל לא שמע אותם.

478 עניין פוליאקוב, לעיל ה"ש 169, בעמ' 307.

479 "עם זאת יצוין כי בפרשתנו שאלת האפקטיביות של הסיוע כלל אינה מתעוררת. בהמשך נהיגתו של דימה היה, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, משום סיוע ממשי לביצוע עבירת הרצח".

480 למשל רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פד נו(3) 187 (2002).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

הבהרה חשובה נוספת היא שבהתאם לפסיקה, שלפיה גם ניסיון לסיוע עלול להיות פלילי, הכוונה היא ל"סיוע" שאומנם לא תרם לביצוע העיקרי, אך בתנאי שהתקיים ביצוע עיקרי. אין הכוונה למצב שבו המבצע העיקרי כלל לא ניגש לביצוע – שאז אין עבירה טיפוסית שממנה ניתן לגזור סיוע. ניסיון סיוע כזה אינו פלילי לפי כל הגישות (בהבדל מניסיון שידול, שמופלל במפורש בסעיף 33 לחוק ללא צורך בביצוע עיקרי).

היסוד העובדתי של הסיוע	= ההתנהגות המסייעת +	ביצוע עיקרי (לפחות ניסיון)
	(של המסייע)	(של המבצע העיקרי)

לפיכך, בטרם ניגשים לבחינת אחריות אפשרית של המסייע, הכרחי לבדוק קיומו של ביצוע עיקרי, לפחות ניסיון.

### 5. סיוע במחדל

החוק (ס' 31) אומנם מדבר על "עשה מעשה", אך בין היתר משום שלפי ס' 18(ב) לחוק "מעשה" – הרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת", מקובל לפרש שגם סיוע במחדל הוא פלילי<sup>481</sup> והשאלה שבמחלוקת היא האם נדרש מקור חובה לפעול. במהלך שוד בנק, לקוחה ניצבת סמוך לכפתור האזעקה, אך מרחמת על השודדת ונמנעת מללחוץ על הכפתור. האם יש להטיל עליה אחריות פלילית על סיוע לשוד? האם סביר להפוך כל אזרחית לשוטרת? אדם מבחין שהשכן שכח את המפתחות במכוניתו, אך לא מודיע לו. המכונית נגנבת. האם מתאים להטיל עליו אחריות פלילית לסיוע לגניבה? גם השאלה של סיוע במחדל נדונה באותו "קרב ענקים" בפסק הדין בפרשת ירקוני וגור. השופט חיים כהן נקט שם בגישה מחמירה, שלפיה לא נדרש מקור חובה חיצוני לפעול. הדוגמה שלו הייתה "משל לעוזרת בית שחדלה מלסגור חלונות הדירה, בכוונה לסייע לפורץ לתוכה"<sup>482</sup>. במאמר מוסגר, אין כל בסיס להנחה המאוחרת של השופט חשין בפסק הדין ויצמן שאליו נגיע בהמשך, שלפיה השופט חיים כהן כביכול התכוון למצב שבו נכרת הסכם מוקדם בין העוזרת לפורץ. אילו לכך התכוון כהן, לא היה מציג מקרה זה כמקרה של מחדל! לעומת זאת, השופט לנדוי דרש חובה לפעול, כמקובל לגבי כל מחדל פלילי.<sup>483</sup> עמדה נכונה זו התקבלה לאחר מכן בפסיקה.<sup>484</sup> אגב, גם בדוגמה של חיים כהן – שלא דרש מקור חובה לפעול –

481 ניתן היה לפרש את ס' 18(ב) באופן מצמצם, כמתייחס רק למלה "מעשה" כשהיא מופיעה באחת מן העבירות הספציפיות ולא להחילו גם על הוראות כלליות בחלק הכללי של החוק, כגון הוראת ס' 31 המפלילה את הסיוע. הרי אם חפץ המחוקק להפליל גם את הסיוע במחדל, יכול היה לקבוע בס' 31 – בהגדרת מסייע – גם את האפשרות של מחדל, באמצעות הוספת שתי המלים "או מחדל". לנוכח משניות תרומתו של הסיוע לביצוע העיקרי של העבירה, לא הכרחי להפליל גם את הסיוע במחדל. בכל זאת, בפסיקה הישראלית מקובל שניתן לסייע במחדל והוויכוח מתמקד במקור החובה לפעול. וראו לעיל ה"ש 474.

482 עניין ירקוני וגור, לעיל ה"ש 476, בעמ' 47.

483 תזכורת: חובה כללית, שאינה מבוססת על קשר של המבצע לאדם שבסכנה או למקור הסכנה (כגון החובה למנוע פשע (ס' 262) או החובה להציל שבחוק לא תעמוד על דם רעך) לא יכולה לשמש מקור חובה לפעול כדי להטיל אחריות על עבירה אחרת (של גרימה לתוצאה) או על סיוע במחדל.

484 למשל עניין לב, לעיל ה"ש 248.

כנראה שקיימת חובה לפעול, מכוח תפקיד – בהתאם לפסיקה מאוחרת יותר; וכיום בהתאם לס' 18(ג) – "כל דין או חוזה". הגישה המקובלת בעולם היא שנדרש מקור חובה לפעול, המבוסס על קשר משמעותי (בין המבצע (בענייננו – המסייע) לבין מקור הסכנה; או בין המבצע (בענייננו – המסייע) לבין האדם שבסכנה. לא די בחובה כללית) והמעוגן בדין (לא די בקשר כשלעצמו).

כחצי מאה מאוחר יותר, בפסק דין ויצמן, דן השופט חשין בהרחבה בסוגיה הזו, ואימץ את הגישה המחמירה, שלפיה לא נדרש מקור חובה חיצוני לפעול לצורך הטלת אחריות פלילית על המסייע במחדל.<sup>485</sup> אך הרי בסעיף 18(ג) לחוק העונשין מוגדר "מחדל" כ"הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה" (!). כך שלא יכול להיות ספק שהחוק קובע שאין אחריות על מחדל בהיעדר חובה מפורשת לפעול.<sup>486</sup> יתרה מזו: סעיף 31 המגדיר "מסייע" מדבר על "עשה מעשה". כדי להרחיב גם למחדל, על השופטים לפנות לסעיף 18(ב) שלפיו "מעשה" – לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת". לא ניתן להשתמש רק בהרחבה של סעיף 18(ב) ולעצום עיניים מראות גם את הצמצום של סעיף 18(ג). השופט חשין גייס לעזרתו את דברי פרופ' פלר, שכתב שחובת העברייני העיקרי שלא לבצע את העבירה "מקרינה" גם על המסייע. כלל לא ברור מהי "הקרינה" זו. האם ה"הקרינה" הזו מתיישבת עם עקרון החוקיות? אין מקרינים אלא אם כן מזהירים! או, בהשאלה מלשון ס' 1 לחוק העונשין: "אין הקרינה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו".

לכאורה, עמדת השופט חשין מעט מתונה משל פרופ' פלר: בכל מקרה שיתעורר השופטים יבדוק אם קיימת "זיקה" בין המסייע לבין האירוע, שמצדיקה לייחס אחריות על סיוע במחדל. זוהי נטילת שיקול דעת לשופטים שמקורו איננו בחוק. השופט חשין כתב: נבדוק האם המסייע "קירב עצמו למעשה העבירה". זהו "מבחן" מאוד מעורפל. וכאשר השופט חשין הפעילו בפרשת ויצמן, הוא כתב: "דבקו באורנה ובקרן – בוודאי דבק בשלומי – מעט מאותה שליטה ברכב היוצרת זיקה מיוחדת". הנהג היה ויקטור. הוא עבר עבירה של הפקרת פצוע לאחר תאונה. אורנה, קרן ושלומי היו חבריו, נוסעים במכונית. שלומי אמר "סע" ובכך יוחס לו סיוע במעשה. לאורנה ולקרן יוחס מחדל בלבד. כיצד נהג שולט ברכבו? – בעיקר באמצעות ההגה, דרושת הבנוי ודרושת הבלמים. האם אורנה שלטה בבלמים? האם קרן שלטה בהגה? המחוקק הטיל (בזמנו) בפקודת התעבורה חובה לפעול רק על הנהג. יכול היה להטילה גם על הנוסעים, אך לא כך קבע. השופט חשין הרחיב את החובה גם על הנוסעים – מעשה חקיקתי ולא פרשנות שיפוטית.<sup>487</sup>

485 עניין ויצמן, לעיל ה"ש 480. קודם לכן הוצעה גישה זו באמרות אגב (obiter dictums) בפסקי הדין פוליאקוב (לעיל ה"ש 169) וע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22(2001).

486 לכאורה ניתן לחשוב ש"דין" כולל גם הלכה פסוקה, אך ברור שפירוש כזה אינו מתאים לסעיף 18(ג), אחרת, אם השופטים יכולים ליצור (ובעצם לחוקק ללא סמכות) חובה לפעול חדשה ולהפעילה מיד על הנאשם שבפניהם, הם מרימים עצמם משיעור ראשיהם – בניגוד צורם לעקרון החוקיות, לחובה לתת אזהרה הוגנת לפרט ולעקרון הפרדת הרשויות.

487 השופט חשין מייחס לפרופ' קרמניצר גישה למחדל שלפיה כביכול די ב"זיקה". נראה שלא הבין את מאמרו של קרמניצר וד"ר ליאת לבנון, שדווקא כן דורש חובה המעוגנת בדין. אומנם באשר לדין הרצוי מציע קרמניצר שהמחוקק יקבע חובות לפעול המבוססות על זיקה. קרמניצר בעצם מתחיל בדרישה של מקור חובה לפעול הקבועה בדין ואפילו אז מצמצם בדורשו זיקה. אך אין הכוונה שהשופט ישים עצמו מחוקק ויכריז מדי פעם על חובה חדשה לפעול – מכוח זיקה שקיימת לדעתו. עמדתו המנומקת של קרמניצר היא שהמחדל שונה באופן משמעותי מהמעשה, ולכן אינו פלילי באופן אוטומטי, אלא רק נוכח חובה לפעול הקבועה בדין. ואכן, מאוחר יותר הובהר הדבר במאמר נוסף: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל", עלי משפט ד 175 (2005).



כעשור מאוחר יותר ניתנה לבית המשפט העליון הזדמנות לתקן את הלכת ויצמן, בפרשת ימיני.<sup>488</sup> אלא שחזרו על הלכת ויצמן והרשיעו נוסע בסיוע במחדל לעבירת ההפקרה לאחר תאונה שעבר הנהג. הנימוק המרכזי, המאכזב, הוא הקביעה שמדובר בהלכה שכבר השתרשה (כשמדובר בשמונה שנים בלבד). מאכזב – משום שמבית המשפט העליון הציפייה היא לבחינת השיקולים של ההלכה ולתיקונה. המלה האחרונה בעניין זה היא של המחוקק: ב-2011 הוכנסו תיקונים היסטריים בפקודת התעבורה: הראשון – בס' 64א הוחמר עונשו של נהג שהיה מעורב בתאונת דרכים שבה נגרמה לאדם חבלה חמורה ולא הזעיק עזרה מ-9 ל-14 שנות מאסר (!) – כמו שוד; כמעט כמו אונס. השני – הוסיפו עבירה חדשה – ס' 1א64 – "חובת נוסע להתקשר לגופי הצלה": אם הנהג לא הזעיק עזרה לאחר תאונה שבה נפגע אדם, נוסע שלא מזעיק עזרה דינו מחצית עונשו של הנהג – כלומר עד 7 שנות מאסר (!). פרופ' גור-אריה תארה זאת כתוצאה של "פאניקה מוסרית".<sup>489</sup> אני מסכים.

## 6. נוכחות וסיוע

בעניין ירחי קבע בית המשפט העליון כי נוכחות שאינה מקרית (המערער הלך עם האחרים ביודעו שבכוונתם להצית בית כנסת) מקימה חזקה שהנוכח סייע – גם אם לא ניתן לקבוע כיצד סייע: סיוע פיזי כתצפיתן או סיוע רוחני או דרך פסיבית אחרת. בהיעדר הסבר סביר – מרשיעים על בסיס החזקה. זוהי, בעיניי, הרשעה חסרת בסיס, הרשעה על בסיס השערה, המנוגדת לעקרונות יסוד של המשפט הפלילי.<sup>490</sup>

## 7. עיתוי הסיוע

סעיף 31 לחוק העונשין תוחם את השלבים שבהם ייתכן סיוע פלילי – "לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה". לאחר השלמת העבירה כבר לא מדובר בתרומה לביצועה ולא בסיוע. אך קיימת עבירה ספציפית – סעיף 260 – "מסייע לאחר מעשה" – "היודע שפלוני עבר עבירה ומקבל אותו או עוזר לו בכוונה שיימלט מעונש, הריהו מסייע לאחר מעשה, זולת אם היה בן זוגו, הורהו, בנו או בתו של העבריין; ואולם..." זהו סיוע להימלט מעונש; לא סיוע לעבור את העבירה – שהרי כבר נעברה. לא מדובר בשותפות ולא מדובר בנגזרת, אלא בעבירה עצמאית.

t7	t6	t5	t4	t3	t2	t1	
	השלמת העבירה	ביצוע/ניסיון	תחילת הביצוע	הכנה	החלטה לבצע	רעיון	המבצע
סיוע לאחר מעשה		סיוע	סיוע	סיוע			המסייע

עניין נוסף: השופט חשין כתב על "סיוע במחדל לעבירה של מחדל". אך בסיטואציה של נהג ונוסעים, כשהמחוקק בחר להטיל חובה לפעול רק על הנהג ולא על הנוסעים, נראה שלא מדובר ב"סיוע במחדל לעבירה של מחדל" אלא ב"סיוע" של שופט למחוקק, תוך נטילת סמכות החקיקה וחקיקת חובה לפעול החלה גם על הנוסעים.

488 ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(2) 666 (2011).

489 מרים גור-אריה "המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה" דין ודברים ז 59 (2012).

490 ע"פ 9282/00 ירחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 759 (2001).

## ג. היסוד הנפשי של המסייע

### 1. שלוש הגישות התאורטיות

זיפן נכנס לחנות ומבקש מכשירים וחומרים שניתן להשתמש בהם לשינוי מסמך. המוכר מספק לו את הסחורה. הזיפן הולך לביתו ומזייף מסמך תוך שימוש במכשירים ובחומרים שרכש זה עתה. האם המוכר תרם תרומה ממשית לביצוע הזיוף? התשובה חיובית. האם תיוחס לו אחריות פלילית לעבירה של סיוע לעבירת הזיוף? התשובה שלילית – בהיעדר היסוד הנפשי הנדרש.

היסוד הנפשי של המסייע צריך להתייחס לשני עניינים: האחד – התרומה של המסייע (מה שעושה המסייע – למשל: מתן המכשירים והחומרים בדוגמה שלעיל); והשני – העבירה העיקרית של המבצע העיקרי (למשל: זיוף המסמך. בלשון הפסיקה: "ייעוד מוחשי"). בפסיקה ובספרות המשפטית הוצעו ונבחנו שלוש גישות מרכזיות:

היסוד הנפשי של המסייע – גישות אפשריות:		
אפיון הגישה	ביחס לעבירה העיקרית	ביחס לתרומת המסייע
הגישה המחמירה. סותרת את לשון החוק ואת כלל היסוד שבנגזרות נדרשת מטרה.	מודעות לכך שהעבירה מבוצעת/תבוצע (על כל יסודותיה)	1. מודעות לכך שמעשהו תורם+
ההלכה הישראלית.	מודעות לכך שהעבירה מבוצעת/תבוצע (על כל יסודותיה)	2. מטרה לסייע +
הגישה המצמצמת. תואמת את כלל היסוד שבנגזרות נדרשת מטרה.	מטרה שהעבירה תבוצע	3. מטרה לסייע +
מקרה לא מציאותי.	מטרה שהעבירה תבוצע	4. מודעות לכך שמעשהו תורם +

הגישה הראשונה – מודעות (בלבד) לסיוע ומודעות (בלבד) לעבירה העיקרית היא מחמירה מדי, מרחיבה מדי את היקף הסיוע הפלילי, סותרת את לשון החוק ("עשה מעשה כדי לאפשר") ואיננה מתיישבת עם כלל היסוד שלפיו בצורות הנגזרות תמיד נדרשת מטרה (רצון). היא איננה דורשת אשמה מספקת לצורך הפללת הסיוע. חסרונה המרכזי הוא בכך שהיא יוצרת הגבלה משמעותית ולא מוצדקת על חירות האדם, באסרה עליו לעשות כל פעולה שעשויה לסייע (סיוע פיזי או סיוע רוחני) לאדם אחר שעומד לבצע עבירה.<sup>491</sup>

491 לאחרונה נעשה ניסיון לבסס את הגישה הראשונה, המחמירה, המסתפקת במודעות לסיוע ובמודעות לעבירה העיקרית ואיננה דורשת מטרה כלשהי. ראו יצחק קוגלר "היסוד הנפשי הבסיסי של סיוע לעבירה" ספר מרכזי (מוטה) קרמניצר 415 (2017). המאמר אומנם לא שכנע אותי בנכונותה של הגישה המחמירה הראשונה (מודעות בלבד לסיוע + מודעות בלבד לעבירה העיקרית), אך תרם לגיבוש עמדותי המסתפקת בגישת הביניים השנייה (מטרה לסייע + מודעות בלבד לעבירה העיקרית) כך שאינני עומד על הגישה השלישית, המקלה (שלפיה נדרשות שתי המטרות גם יחד: מטרה לסייע + מטרה שתבוצע העבירה העיקרית).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

הגישה השלישית – מטרה לסייע ומטרה שהעבירה העיקרית תבוצע – מגשימה באופן מלא את כלל היסוד שלפיו בנגזרות נדרשת מטרה. לפי גישה זו, מכיוון שתרומתו של המסייע עשויה להיות שולית (שהרי לא נדרש קשר סיבתי בינה לבין ביצוע העבירה ולפי הפסיקה אפילו לא נדרשת תרומה ממשית אלא די בפוטנציאל של סיוע) נדרש היסוד הנפשי החזק ביותר – מטרה לסייע ומטרה שהעבירה תבוצע – כדי להצדיק אחריות פלילית.

הגישה השנייה – מטרה לסייע ומודעות (בלבד) לעבירה העיקרית (לאו דווקא רצון שתבוצע) היא שהתקבלה כהלכה הישראלית. היא דורשת מטרה רק במקום שבו החוק כופה זאת במפורש ("כדי לאפשר"). רבים סבורים שזוהי גישת הביניים הרצויה, משום שאם אדם רוצה לסייע לביצועה של עבירה שהוא יודע עליה, הדבר צריך להספיק לשם איסור על הסיוע גם אם אינו רוצה בביצוע העבירה העיקרית. בעבר נטיתי לתמוך בגישה השלישית, הדורשת לא רק מטרה לסייע אלא גם מטרה שהעבירה העיקרית אכן תבוצע. כיום אני נוטה לדעה שאם אדם רוצה לסייע ומודע לעבירה העיקרית, מתגבשת הצדקה לפליליות הסיוע גם אם אינו רוצה בעבירה העיקרית. שהרי אחריותו היא לסיוע שהוא מושיט ושבו הוא רוצה ולא לעבירה העיקרית שלה הוא מודע אך אינו רוצה בביצועה.

תאורטית, תיתכן גם גישה רביעית – מודעות (בלבד) לסיוע ומטרה שהעבירה העיקרית תבוצע. לא מקובל להציע גישה כזו, כנראה משום שמדובר בקבוצת מקרים (כמעט) ריקה: אם המסייע רוצה שהעבירה תבוצע על ידי המבצע העיקרי ואף מודע לכך שהוא מסייע לו, נראה שהוא גם רוצה לסייע. לכאורה (בלבד) ניתוח הגישה התאורטית הרביעית ושלילתה כקבוצת מקרים (כמעט) ריקה מעוררת את המחשבה שמא גם קבוצת המקרים השנייה היא קבוצה (כמעט) ריקה: אולי אם המבצע רוצה לסייע, אזי הוא גם רוצה בעבירה העיקרית? אכן, בדרך כלל אם אדם רוצה לסייע, הוא גם רוצה שהעבירה תבוצע. אלא שמקרים אחרים גם הם שכיחים במציאות. מתכונת טיפוסית היא כאשר המסייע אוהב את המבצע העיקרי, מעדיף שלא יעבור את העבירה ואולי אפילו מנסה לשכנעו לוותר עליה, ובכל זאת רוצה לסייע לו אם ייגש לביצועה: "עדיף שלא תגנוב, אך אם אתה נחוש, לפחות קח כפפות, כדי שלא תשאיר טביעות אצבעות. אם תשמע לעצתי – אל תגנוב!".

להשלמת התמונה (באספקט של התפתחות ההלכה הישראלית) יצוין כי בעבר הייתה גישה בפסיקה שזיהתה את היסוד הנפשי של המסייע עם היסוד הנפשי של המבצע העיקרי. גישה מוטעית זו נבעה מכך שלא נהגו להבחין כראוי בין המבצע לבין המסייע, שכן העונש המרבי היה זהה.<sup>492</sup>

## 2. מה נשתנה בתיקון 39 לחוק העונשין?

בדברי ההסבר דיברו על חידוש לעומת המצב הקיים, גם באשר ליסוד העובדתי (כפי הנראה בטעות – כפי שראינו); וגם באשר ליסוד הנפשי: "היסוד הנפשי הנדרש לסיוע הוא מודעות המסייע לטיב תרומתו לביצוע העבירה, וזאת לאו דווקא תוך מטרה לסייע לביצועה, כנדרש לפי החוק הקיים". המנסחים בחרו בגישה הראשונה, המחמירה מאוד ומצמצמת את חירות הפעולה של האדם יתר על המידה: בכל פעם שיעריך כי ייתכן שפעולתו תתרום לעבירה שיתכן שתיעבר על ידי אדם אחר, יהא עליו להימנע מהפעולה. זאת, אפילו אם מדובר בפעולה שגרתית במסגרת תפקידו, כבדוגמת המתדלק בתחנת הדלק שתובא בהמשך.

492 כן, בספרו של קדמי על הדין בפלילים: חוק העונשין, לעיל ה"ש 6, נכתב שנדרשים כוונה לסייע + אותו הלך נפש שצריך להתקיים אצל המבצע העיקרי.

אך מנוסח החוק שהתקבל (ס' 31) הושמטו המלים "שהיה בו", ונותר כך: "...עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע..." (וכו'). מכאן שכיום מופיעה במפורש דרישה של מטרה לסייע ("כדי ל...") = מטרה). על פני הדברים לא היה צריך להיות ספק שהחוק דורש מטרה לסייע.

בכל זאת, בפרשת פוליאקוב התעוררה מחלוקת: שופטי הרוב מצא וטירקל סברו כי די במודעות של הנהג דימה – גם לכך שחבריו עומדים לרצוח את הקורבן במושב האחורי; וגם לכך שהמשך נהיגתו מסייעת להם. לעומתם, שופט המיעוט אנגלרד קבע נכונה שנדרשת גם מטרה לסייע. השופט מצא התפתל והסביר שבהליכי החקיקה מחקו את המלים "שהיה בו" לא על מנת לדרוש מטרה ("כדי ל...") אלא רק כי רצו לבטל את הדרישה האובייקטיבית – ביסוד העובדתי – לתרומה ממשית ("מעשה שהיה בו כדי") שהופיעה בהצעת החוק. אלא שהשאלה איננה מה רצו מנסחי הצעת החוק, אלא מה בסופו של דבר חוקקה הכנסת.

נימוק דחוק נוסף שהציע השופט מצא: עונשו המרבי של המסייע כיום (50%) פחות חמור בהשוואה לעונשו המרבי של המבצע העיקרי (100%) ובהשוואה לעונשו המרבי של המסייע לפני החוק החדש (100%) – לכן, לדעת מצא, לא נדרשת מטרה. או, בכיוון ההפוך: מכיוון שלא נדרשת מטרה, העונש פחות חמור. אך הרי יש הבדל של שמים וארץ ביסוד העובדתי (בין המבצע לבין המסייע) ולכן לא הכרחי הבדל כלשהו ביסוד הנפשי. כך, למשל, בעוד שמבצע הרצח יורה בקורבן למוות, המסייע רק מכר לו את האקדח; בעוד שהמבצע מזייף מסמך, המסייע רק מכר לו את החומרים הדרושים לביצוע הזיוף.

מכיוון שהיסוד העובדתי בסיוע הוא חלש יחסית, במיוחד בעקבות הפסיקה החדשה שמסתפקת בפוטנציאל לסייע (כלומר: גם סוג מסוים של ניסיון לסייע הוא פלילי) הרי שהכרחי לדרוש יסוד נפשי חזק של מטרה לסייע, כדי שהתופעה בכללותה (היסוד העובדתי של הסיוע והיסוד הנפשי של המסייע) תצדיק פליליות.

ההסתפקות במודעות לסיוע מטילה הגבלה חמורה על החירות. זאת במיוחד בסיוע הרוחני – נוצרת הגבלה חמורה על חופש הביטוי. ההסתפקות במודעות היא בעייתית גם כשמדובר במהלך העסקים הרגיל של האדם. בפסק דין אנגלי נדון מקרה של מתדלק בתחנת דלק ששמע נוסעים שעומדים לבצע שוד, חשד, התלבט, ובסופו של דבר תדלק. נסעו ושדדו. המתדלק הועמד לדין באשמת סיוע לשוד וזוכה: נקבע שנדרשת מטרה לסייע (או לפחות צפייה כאפשרות קרובה לוודאי כתחליף). זהו שיקול נוסף כנגד הסתפקות במודעות.

בינתיים כבר תוקנה הלכת פוליאקוב: תחילה בפסק הדין עזיזאן<sup>493</sup> קבע בית המשפט נכונה – באמרת אגב – ש"כדי ל... = מטרה. בהמשך נקבע במפורש ולגופו של עניין בפסק הדין בפרשת פלונית שהחוק דורש מטרה לסייע + מודעות לעבירה – כלומר גישת הביניים שלעיל.<sup>494</sup> על הלכה זו חזרו (עם הפניה לפסק דין פלונית) בעניין ירחי<sup>495</sup> והוסיפו שבמקום המטרה לסייע די בתחליף של הלכת הצפיות.<sup>496</sup> כלומר: די בכך שהמסייע צופה כאפשרות קרובה לוודאי שפעולתו תסייע למבצע העיקרי לעבור את העבירה.

493 ע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזאן, פ"ד נג (5) 747 (1999).

494 ע"פ 320/99 פלונית, לעיל ה"ש 485.

495 עניין ירחי, לעיל ה"ש 490.

496 על הלכה זו חזרו בע"פ 1285/03 עשור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.9.2003); בע"פ 11131/02 יוסופוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (3) 917 (2004); ובפסקי דין נוספים.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

בפסיקה האמריקנית לא הסתפקו בהלכת הצפיות במקום המטרה הנדרשת. גם בקוד הפלילי לדוגמה של המכון האמריקני למשפט לא די בהלכת הצפיות.<sup>497</sup> לדעתי, בצורות הנגזרות לא רצוי להסתפק בהלכת הצפיות, אלא יש לדרוש את התקיימות המטרה, כדי לא להרחיב מדי את האחריות הפלילית. בצורה הנגזרת היסוד העובדתי בדרך כלל חלש מאוד בהשוואה לביצוע העיקרי והגורם שהופך את התופעה למסוכנת הוא המטרה; ובענייננו – המטרה לסייע. זאת, במיוחד כשלא נדרשת מטרה שהעבירה תבוצע.

בשולי הדברים, ניתן לראות לאלו תוצאות לא רצויות עלולים להגיע תוך הפעלה אוטומטית-מכנית של התחליפים המהותיים: "הלכת הצפיות" כתחליף למטרה ו"עצימת עיניים" כתחליף למודעות לנסיבה. בפרשת סולימאני דובר בנהג שהסיע מחבל מתאבד למקום הפיגוע. הנהג לא ידע שמדובר במחבל וכמובן שלא הייתה לו מטרה לסייע לרצח.<sup>498</sup> הדבר לא מנע מהשופט חשין לבנות את מגדל הקלפים הבא: "חשד ועצימת עיניים מביאים אותנו עדי מודעות; מודעות – בנסיבות העניין – תוליך אותנו לראייה מראש של התרחשות התוצאות כאפשרות קרובה לוודאי; וכך נגיע למחוזות הכוונה". אלא שאם הנהג לא מודע לכך שמדובר במחבל מתאבד, אלא רק חושד, כלל לא ייתכן שהוא צופה את הפיגוע כאפשרות קרובה לוודאי. והרי כדי לצפות סיוע כאפשרות קרובה לוודאי (כתחליף למטרה לסייע) הוא צריך לצפות את הפיגוע כאפשרות קרובה לוודאי.

## ד. ניתוח פורמלי של סיוע לעבירה

הנורמה האוסרת – סעיף 31 לחוק העונשין (הגדרת "מסייע") + סעיף 32 (העונש המרבי – מחצית העונש הקבוע לעבירה הטיפוסית) + סעיף X לחוק Y (העבירה הספציפית).

א. היסוד העובדתי:

1. ביצוע עיקרי – לפחות בגדר ניסיון.

2. טיב ההתנהגות המסייעת – התנהגות שיש בה סיוע פיזי (תרומה ממשית לביצוע העבירה) או סיוע רוחני (עידוד, או הבטחה והסתמכות) או לפחות פוטנציאל לסיוע פיזי (לפי ההלכה לא הכרחית תרומה ממשית).

3. עיתוי הסיוע הוא "לפני או בשעת העבירה" (לא לאחר השלמתה).

4. הסיוע צריך להיות לעבירה מסוימת.

ב. היסוד הנפשי של המסייע:

מודעות לכל דרישות היסוד העובדתי + מטרה לסייע:

1. מודעות לפרטי העבירה של המבצע העיקרי (או צפייה שלהם).

2. מודעות ליסוד הנפשי של המבצע העיקרי.

3. מודעות לטיב התנהגותו שלו כסיוע.

4. מטרה לסייע (או הלכת הצפיות כתחליף).

497 MODEL PENAL CODE, לעיל ה"ש 281, סעיף 2.06(3)(a)(ii), הגדרות "accomplice and aiding". וראו גם שם, סעיף 2.02(2)(h)(ii), הגדרת "knowingly".  
498 בש"פ 3237/96 סולימאני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.5.1996). דובר בהחלטה על מעצר עד תום ההליכים.

## פרק כא

### שידול (מול סיוע רוחני)

#### א. מבוא לשידול

אפתח בהשוואה קצרה בין השידול לבין הסיוע:

השידול	הסיוע
נגזרת חמורה	נגזרת לא חמורה
אין הגבלה על העונש – עד 100% בהשוואה לביצוע העיקרי (ס' 34 ד)	העונש מוגבל ל-50% בהשוואה לביצוע העיקרי (ס' 32)
ניסיון לשידול הוא פלילי (ס' 33)	לא גוזרים אחריות של ניסיון לסייע (למעט חריגים)

השידול הוא צורה של שותפות לדבר עבירה הנגזרת מהביצוע העיקרי של העבירה מושא השידול. סעיף 30 לחוק העונשין מגדיר "משדל" כך: "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה". בעוד שבהגדרת הסיוע הדריכנו המחוקק רק באשר ליסוד הנפשי הנדרש ולא הגדיר את מעשה הסיוע (כפי שראינו בפרק העוסק בסיוע וכפי שניתן להיווכח תוך עיון בהגדרת הסיוע בס' 31), הרי שבהגדרת השידול הדריכנו המחוקק רק באשר ליסוד העובדתי הנדרש ולא קבע מהו היסוד הנפשי הנדרש. הכנסת חוקקה כתבי חידה.

דין המשדל הוא כדין מבצע העבירה מושא השידול. הדבר נלמד משתיקת סעיף 30 המגדיר את השידול, בצירוף סעיף 34 – "תחולת דין העבירה". חומרת העונש נובעת מהיות המשדל מושחת ומשחית. רואים בו שותף עקיף (בהשוואה למבצע העיקרי, הישיר) אך ראשי (בהשוואה למסייע, שתפקידו משני). בפרשת מסראווה בית המשפט העליון קבע שהעונש על שידול לרצח הוא מאסר עולם חובה(!).<sup>499</sup> למדו זאת מס' 34 וגזרו עונש כה חמור למרות שהמשדל התחרטה וניסתה לשכנע את המשודל שלא לרצוח. בעיניי זו הפרזה.

בהתאם לסעיף 34 לחוק העונשין, אין שידול לעבירה קלה מסוג חטא, אלא רק לעבירה מסוג פשע או עוון. כך, למשל, אין טעם ברדיפת היועץ לאדם אחר להחנות את מכוניתו במקום אסור.

499 ע"פ 5079/04 מסראווה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.2.2008).

## ב. היסוד העובדתי של השידול

### 1. כללי

מקובל שקיימות חמש דרישות עיקריות:<sup>500</sup>

(1) נדרש "קשר בין-מוחי" – השפעה רוחנית של המשדל על המשודל. הקשר הבין-מוחי הנדרש הוא חד-כיווני, מהמשדל למשודל; לא הכרחי שהמשודל יהיה מודע לכך שמשדלים אותו. על השידול להיות מופנה כלפי אדם מסוים או בני אדם מסוימים ולא כלפי קהל. פנייה לקהל נקראת "הסתה" ואדון בה בהמשך.

(2) נדרש קשר סיבתי כפול: השידול ← החלטת המשודל ← ביצוע העבירה. פעולת המשדלת חייבת להיות הסיבה-בלעדית-אין (בלטינית: *causa sine qua non*) לכך שהמשודלת החליטה ולכך שהמשודלת ביצעה את העבירה מושא השידול או לפחות ניסיון לבצעה (שהרי הניסיון הוא כבר בגדר ביצוע עיקרי). יצוין כי אם בעקבות השידול מתבצע ניסיון לעבור את העבירה, לא מדובר רק בניסיון לשידול, אלא בשידול (לעבירה של ניסיון). שהרי המשדלת לא רק ניסתה, אלא אף הצליחה לגרום לכך שהמשודלת תעבור עבירה.

המשדלת נחשבת "האם הרוחנית" של העבירה. תרומתה של המשדלת לביצוע העבירה היא ביצירת היסוד הנפשי הדרוש לעשייתה אצל המשודלת. הדרישה הזו מתמלאת – כמוכּן – אם המשדלת היא שנטעה את הרעיון במוחה של המשודלת ("שידול חזק"). אך הדבר אינו הכרחי. גם כשהמשודלת כבר הגתה בעצמה את הרעיון, אך התלבטה האם לבצע את העבירה, והמשדלת "הטתה את כפות המאזניים" – גם אז מדובר בשידול (ובלבד שהמשדלת הייתה גורם הכרחי לביצוע העבירה).

השידול – הסיבה-בלעדית-אין להחלטת המשודל ולביצוע העבירה:

א. נטיעת הרעיון ("שידול חזק"); או:

ב. הטיית הכף ("שידול חלש").

ספק בעיניי אם החומרה הרבה שהמשפט מייחס לשידול (הבאה לידי ביטוי הן בעונש והן בפליליות הניסיון לשידול) מוצדקת כשמדובר רק ב"שידול חלש"; רק בהטיית הכף אצל משודל שכבר עלה במוחו הרעיון הפלילי והוא מתלבט. לדעתי, עדיף היה להותיר מקרה זה בגדר הסיוע (הרוחני) בהיותו חמור פחות באופן משמעותי. במצב הקיים, בהיעדר קשר סיבתי, עדיין תיתכן אחריות פלילית לסיוע רוחני. במציאות קשה עד בלתי אפשרי להבחין בין סיוע רוחני לבין "שידול חלש". אולי אפילו המשודל לא יודע האם היה עובר את העבירה גם ללא דברי המשדל. גם מהסיבה הזו הייתי מוציא את השידול החלש מהגדרת השידול ומותיר אותו כסיוע רוחני.

עוד יצוין כי נוכח דרישת הקשר הסיבתי, ניתן לנתח את השידול כעבירת תוצאה (מסוג תולדה):

המשדל גורם לכך שהמשודל יעבור עבירה – זוהי התולדה.<sup>501</sup>

<sup>500</sup> להרחבה ראו בועז סנג'רו "שידול במחדל: האמנם בלתי אפשרי?" משפטים טז 482 (1987).

<sup>501</sup> כך (כעבירת תוצאה) נותח השידול למשל בע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פד נה(2) 65 (2001).

פרק כא: שידול (מול סיוע רוחני)

(3) נדרש שהמשדל יתייחס בשידולו לעבירה מסוימת, על נתוניה המסוימים (אם כי לא הכרחי שיתייחס לכולם).<sup>502</sup>

א' אמר ל-ב': הבנקים עושקים אותנו יום ולכן אם אתה נתקל בטעות של הבנק – שזיכה את חשבונך בסכום כסף שלא מגיע לך – אין סיבה שתודיע ותחזיר את הכסף. עתה נניח שלאחר ש-א' אמר זאת, ב' אכן קיבל מהבנק כסף בטעות ונמנע מלהחזיר. האם א' עבר עבירה של שידול לגניבה? לא. השידול צריך להיות לגניבה ספציפית, במציאות,<sup>503</sup> ולא די בדיבורים כלליים. אין שידול לעבירה בעלמא. הדרישה למסוימות עולה מעצם מהותו של השידול כהתנהגות עבריינית הנגזרת מביצועה העיקרי של עבירה מסוימת. זהו גם ביטוי נוסף לכלל הצמידות והתלות.

(4) נדרש משדל אוטונומי: בגיר, שפוי, לא לוקה בשכלו, שולט בהתנהגותו, ומודע למשמעות מעשהו.

אם אינו מודע, או שכופים עליו, או שמסיבה אחרת אינו נושא באחריות פלילית – לא מדובר בשידול. תיתכן אחריות במסגרת של ביצוע באמצעות אחר (תידון בהמשך).

(5) נדרש ביצוע עיקרי של העבירה על ידי המשדל – לפחות ניסיון. גם ניסיון נחשב לביצוע עיקרי ולכן די בו. אם לא היה ביצוע עיקרי על ידי המשדל, עדיין תיתכן אחריות של המשדל לניסיון לשידול, שיידון בהמשך.

לכאורה, בעבירות גרימה עם יסוד התנהגותי בלתי מוגדר (כל מעשה או מחדל שגרם לתוצאה. למשל: עבירות המתה) ניתן היה לחשוב שהמשדל אחראי כמבצע עיקרי, שהרי גרם לתוצאה (אלמלא דברי השידול שלו, לא היה המשדל עובר את העבירה ולא הייתה מתרחשת התוצאה). אך כאשר בין מעשהו של המשדל לבין העבירה שעובר המשדל ניצבת החלטתו של אדם אוטונומי (המשדול) – לא נכון ולא מקובל להתעלם ממנה ולראות זאת כגרימה, אלא כשידול. זוהי מהות הדבר.

## 2. צורת השידול

מבחינת היסוד העובדתי, אין כמעט הגבלה על הדרך שבה המשדל מביא את המשדל לביצוע העבירה. הנוסח בסעיף 30 לחוק רחב: "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ". הדרישה של הפעלת לחץ מתייחסת רק לעילת הסל – "בכל דרך". אילו ביקש המחוקק להחילה גם על החלופות "בשכנוע, בעידוד, בדרישה או בהפצרה" היה כותב בהמשך (בלשון רבים) "שיש בהם משום הפעלת לחץ" ולא (בלשון יחידה) "או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ".<sup>504</sup> אך לא די בעצם העלאת הרעיון, ללא כל מאמץ של השפעה. נדרש צמצום נוכח חופש הביטוי.

502 קיימת אומנם פסיקה המרחיבה את השידול תוך הסתפקות בכך שהמשדל התייחס בדבריו ל"משפחת עבירות", אך לדעתי פסיקה זו איננה רצויה ואיננה מעוגנת בחוק אלא סותרת את כלל הצמידות והתלות, הבא לידי ביטוי בסעיף 34 לחוק.

503 אילו הראה ב' ל-א' את תדפיס חשבון הבנק שלו והתייעץ אתו מה לעשות נוכח סכום כסף גדול שהועבר לחשבוננו בטעות (כלומר: מציאות ולא אפשרות תאורטית) ו-א' יעץ לו להתעלם ולא להודיע לבנק על הטעות – זה עשוי להיות שידול לעבירה של גניבה (מסוימת).

504 כך פורש גם בפסק הדין אסקין, לעיל ה"ש 501.



### 3. שידול במחדל

כיום לשון החוק מאפשרת גם שידול במחדל – סעיף 30 – “או בכל דרך”. זאת, כמובן, בתנאי שהייתה מוטלת על המשדל חובה לפעול – כנדרש לגבי כל מחדל. אך בעבר מקובל היה לחשוב ש”טבע הדברים” הוא כזה שכלל לא ייתכן שידול במחדל; שאי אפשר לשדל במחדל מבחינה עובדתית במציאות – עוד לפני שמגיעים לכללי המשפט. כשאני למדתי דיני עונשין לפני כשליש מאה (1984) כך לימדו בשיעור. כתלמיד הדבר נראה היה לי מוטעה. לדעתי דווקא אפשרי שידול במחדל. דוגמאות למצבים אפשריים של שידול במחדל הבאתי כבר אז במאמרי:<sup>505</sup>

“עתה, לאחר שעמדנו על יסודות השידול, ניתן דעתנו על המקרה הבא: לאחיתופל השפעה מכרעת על שמעון. שמעון אינו נוהג לקבל החלטות חשובות מבלי להיוועץ קודם לכן באחיתופל. קשישא הוא אדם קשיש וחסר ישע שאחיתופל מטפל בו מכוון חוזה. שמעון שוקל לרצוח את קשישא. אולם הוא זקוק לדעתו של אחיתופל על מנת שיוכל להחליט. שמעון מוביל את קשישא, תוך כדי איומי אקדח, אל משרדו של אחיתופל. שמעון מתפרץ למשרד (יודגש כי אחיתופל לא הזמינו ואף לא ידע על בואו) כשהוא מוביל את קשישא עימו, תוך כיוון האקדח לראשו של קשישא. הם מתקדמים עד שהם חוצים את שדה הראייה של אחיתופל. עתה מצטלבים מבטיהם של שמעון ושל אחיתופל. שמעון ממשיך לכוון האקדח לעברו של קשישא, אומר לאחיתופל במפורש שבכוונתו לרצוח את קשישא, ומתבונן באחיתופל בציפייה. אם יורה אחיתופל לשמעון שלא לרצוח את קשישא, שמעון לא יבצע את המעשה. כל שעל אחיתופל לעשות כדי למנוע הרצח העומד להתבצע, הוא לבקש משמעון שלא לבצעו. אחיתופל מודע לכך. הוא יודע שאם לא יגיב, יראה בכך שמעון אישור שאחיתופל מסכים למעשה. אחיתופל אינו מגיב. שמעון לוחץ על ההדק.

כאמור, אין זה הכרחי שהמשדל ייטע את הרעיון לבצע את הפשע במוחו של המשודל. די בכך שישים קץ ללבטיו של המשודל על ידי “הטיית כפות המאזניים”. שמעון אומנם הגה את הרעיון לרצוח את קשישא, אולם הוא טרם החליט אם לבצע את הדבר. התלות שלו באחיתופל היא מכרעת. אלמלא ניתנה לשמעון האפשרות לברר את דעתו של אחיתופל על הרעיון, הוא לא היה מבצע את המעשה. אין ספק שאחיתופל הכריע את כפות המאזניים, ואין לדעתי סיבה שלא לראות בו משדל.

המקרה שתואר לעיל נראה אולי בלתי מציאותי, אולם ניתן להעלות על הדעת מקרים שהם לאו דווקא יצירי הדמיון. כך, למשל, יושב א ליד ב, ומכין את האביזרים הדרושים לו לצורך זיוף מסמכים. א הוא עובדו של ב, והזיוף העתיד להתבצע נועד לקדם הגשמתה של משימה שהטיל עליו האחרון. א טרם החליט אם לבצע את מלאכת הזיוף. החלטתו תלויה ביחסו של מעבידו למעשה. אם לא ידע א מהו יחס מעבידו למעשה – לא יבצע אותו. המעביד מתבונן בעובדו ובמעשיו, ומבין את שעתיד להתרחש אם לא

505 סנג'רו “שידול במחדל: האמנם בלתי אפשרי?”, לעיל ה”ש 500, בעמ’ 487–488.

פרק כא: שידול (מול סיוע רוחני)

יגיב. יתרה מזאת: הוא יודע שעובדו יראה בחוסר תגובה מצידו אישור למעשה. העובד מתבונן במעביד בציפייה. המעביד אינו מגיב והעובד מתחיל בביצוע עבירת הזיוף".

חרף העובדה שהאמור במאמר נכון מבחינה לוגית ואנליטית, היום לא הייתי כותב מאמר כזה. בעקבות היכרות מעמיקה יותר עם המשפט הפלילי, אני יודע שהאחריות הפלילית רחבה מאוד ומדי ושאינן כל צורך או הצדקה להרחיבה כך. יש די והותר אחריות פלילית. בנוסף, כאמור, לדעתי עדיף היה להגדיר את השידול כנטיעת הרעיון ("שידול חזק") ולהותיר את הטיית כפות המאזניים (כשהמבצע העיקרי כבר חושב על הרעיון אך מתלבט – "שידול חלש") לסיוע הרוחני.

מדוע לא נתקלים במציאות בפסק דין העוסק בשידול במחדל? ראשית, מאותה הסיבה שכמעט ולא מוצאים פסקי דין אודות שידול – אפילו לא אודות שידול במעשה: האדם שנתפס (אם נתפס) הוא בדרך כלל המבצע העיקרי – המשודל. הלה בדרך כלל לא יסגיר את המשדל, לא תמיד הוא יודע שבעצם שודל (לעיתים המשדל מתמרן את המשודל לחשוב שהעבירה היא רעיון של המשודל) וכן קשה להוכיח שידול. וכשכבר יש שידול, המגמה החדשה של השופטים היא להפוך את כולם (מסייעים ומשדלים כאחד) למבצעים בצוותא.

בפרשת סולטאן,<sup>506</sup> על רקע של רומן בין תוהמי לבין הקורבן שהפכה למטרד עבור תוהמי, רצח סולטאן (עובדו של תוהמי) את הקורבן. חרף העובדה שלפי הקביעות העובדתיות של בית המשפט רק סולטאן נכח בזמן הרצח והוא שירה בקורבן, בכל זאת בית המשפט לא הסתפק בסיווג תוהמי כמשדל, אלא קבע שהוא דווקא מבצע בצוותא. השופט קדמי הביע דעתו שמתן ההסכמה (ואפילו הסכמה שבשתיקה!) שקול להשתתפות בביצוע הרצח. כדי לנסות לשכנע את הקוראים, הוא נזקק לדימויים מגוונים כגון "יריית הזנקה" המשלחת ספורטאי למירוץ". האם היה מעניק למשלח באולימפיאדה מדליה ותואר כאצן?

עוד כתב השופט קדמי: "והוא משלח את מישל [כינויו של סולטאן] לביצוע ההמתה, תוך מתן הנחיות אופרטיביות לביצועה" – אם זה לא שידול, מהו שידול? בעבר, כשהפסיקה רצתה להבחין בין שידול לבין עבירת הקשר, נהגו להבחין בין:  
"לך ועשה" = שידול

(או ניסיון לשידול. שידול – אם לאחר מכן יהיה ביצוע עיקרי על ידי המשודל, לפחות ניסיון); לבין:

"נלכה ונעשה" = קשר (ובהמשך אולי ביצוע בצוותא, שיבלע את עבירת ההכנה שמהווה הקשר).

גם הבחנה מקובלת זו מלמדת שתוהמי היה משדל ולא מבצע.

עוד כתב השופט קדמי: "הירי הקטלני נורה בעצה אחת עם תוהמי שחבר אל מישל למשימת המתה של נוואל ושילח אותו לבצועה". זוהי אמירה מבלבלת: "חבר" = "נלכה ונעשה"; "שילח" = "לך ועשה". סתירה.

השופט קדמי: "'מבצע בצוותא' נמנה בין אלה המצויים במעגל הפנימי של הביצוע, הוא נוטל חלק בביצועו וסימנו: מילוי תפקיד בביצוע; ואילו 'המשדל' מצוי מחוץ למעגל הפנימי של הביצוע, אין הוא

506 ע"פ 6366/98 סולטאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.10.1999).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

נוטל חלק בביצוע – לאמור: אין לו 'תפקיד' בביצוע – וסימנו: דירבוננו של אחר לבצע". גם אפיונים נכונים אלה מלמדים שתוהמי היה משדל ולא מבצע בצוותא כפי שהוכתר בטעות על ידי בית המשפט. השופט קדמי: "תוהמי הוא 'המוח' של החבורה, כאשר מישל הוא ידיה". נכון, אבל תמיד ניתן לראות במשדל "מוח".

בדומה, בפרשה המזעזעת של רצח הילדה רוז פיזאם,<sup>507</sup> שגופתה נמצאה במזוודה בנחל הירקון, די ברור מתיאור העובדות על ידי בית המשפט שרק רוני רון (בן הזוג של האם ואביו של האב – כלומר הסבא של הילדה!) רצח את הילדה. לגבי מארי פיזם (אם הילדה) – ייתכן שהייתה משדלת – ואכן כך סווגה והורשעה על ידי בית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון, משום מה, הרשיע אותה בביצוע בצוותא של רצח, חרף העובדה שקבע שלא ידוע מה בדיוק עשתה. זוהי בעצם הרשעה על סמך השערה ולא על סמך הוכחה. השופטים נשענו גם על הקביעה המשונה של השופט קדמי בפרשת סולטאן, שלפיה די בהסכמה שבשתיקה לצורך ביצוע בצוותא. הנה הסכמה הטמונה בנטיית השופטים לחזור על קביעות קודמות של בית המשפט העליון – אפילו כשאינן נכונות.<sup>508</sup> בהמשך, בפרק העוסק בביצוע בצוותא, נשוב למגמה זו של השופטים להפוך את כולם (משדלים ומסייעים כאחד) למבצעים בצוותא.

## ג. היסוד הנפשי של המשדל

### 1. שלוש הגישות התאורטיות

תאורטית, תיתכנה כל שלוש הגישות המרכזיות שראינו לגבי היסוד הנפשי של המסייע:

היסוד הנפשי של המשדל – גישות אפשריות:		
אפיון הגישה	ביחס לעבירה העיקרית	ביחס לתרומת המשדל
הגישה המחמירה. סותרת את כלל היסוד שבנגזרות נדרשת מטרה.	צפייה שהעבירה תבוצע (על כל יסודותיה)	1. מודעות לשידול +
מקרה לא מציאותי.	צפייה שהעבירה תבוצע (על כל יסודותיה)	2. מטרה לשדל +
ההלכה הישראלית. תואמת את כלל היסוד שבנגזרות נדרשת מטרה.	מטרה שהעבירה תבוצע	3. מטרה לשדל +
מקרה לא מציאותי.	מטרה שהעבירה תבוצע	4. מודעות לשידול +

<sup>507</sup> ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 11.12.2014).

<sup>508</sup> מקרה נוסף ראינו לעיל בפרק העוסק בסיוע, תוך דיון בסוגיית הסיוע במחדל, כשבפרשת ימיני (לעיל ה"ש 488) חזר בית המשפט העליון על הקביעה המוטעית שבפסק הדין ויצמן (לעיל ה"ש 480), שלפיה חרף העובדה שהמחוקק ייחד (בעבר, לפני שינוי החוק) את עבירת ההפקרה לאחר פגיעה לנהגים בלבד, ניתן להרשיע גם את הנוסעים.

## פרק כא: שידול (מול סיוע רוחני)

העמדה המקובלת בעולם, שהייתה מקובלת בפסיקה הישראלית לכל אורך הדרך, היא שנדרשות שתי מטרות: הן מטרה לשדל והן מטרה שהעבירה תבוצע (לעיתים כונתה גישה זו "כוונה תמיד"). הנימוקים לגישה זו הם חזקים: חופש הביטוי, חומרת השידול וחומרת העונש עליו, האופי התכליתי של השידול וכלל היסוד שלפיו בצורות הנגזרות נדרשת מטרה.

כזכור, באשר לסיוע התקבלה אצלנו הגישה השנייה, שאומנם דורשת מטרה לסייע, אך מסתפקת בצפייה שהעבירה תבוצע (או מודעות לעבירה המתבצעת). שם ראינו שהמקרה הזה מציאותי: ייתכן שהמסייע אומנם לא מעוניין בעבירה, אך אוהב את המבצע העיקרי ולכן רוצה לסייע לו. אך באשר לשידול נראה שהמקרה של מטרה לשדל בצירוף צפייה בלבד (ללא רצון) של העבירה, איננו מציאותי: אם המשדל רוצה לשדל, הוא גם רוצה בעבירה – אחרת לא היה משדל. הרי ללא השידול העבירה לא תבוצע. כאן טמון ההבדל: בעוד שבסיוע לא נדרש קשר סיבתי ולכן בהחלט ייתכן שהעבירה תבוצע בכל מקרה – גם ללא עזרת המסייע, הרי שבשידול נדרש קשר סיבתי, כך שללא השידול לא תבוצע העבירה. זוהי סיבה נוספת להעדפת הגישה השלישית – הדורשת שתי מטרות: מטרה לשדל בצירוף מטרה שהעבירה תבוצע.

## 2. הדין הישראלי

בנוסח סעיף 30 שנקבע בתיקון 39 לחוק העונשין אין התייחסות ליסוד הנפשי. ההגדרה שבחוק עוסקת, משום מה, אך ורק ביסוד העובדתי של השידול – בהתנהגות המשדל ובקשר הסיבתי שבינה לבין עשיית העבירה על ידי המשודל. לכל היותר יש אולי רמז למטרה במלים "המביא אחר לידי עשיית העבירה". הכנסת חוקקה כתבי חידה: בניסיון (ס' 25) הגדירה רק את המטרה הנדרשת, ללא הגדרה של ממש להתנהגות המהווה ניסיון; בסיוע (ס' 31) הגדירה רק את המטרה הנדרשת, ללא הגדרה כלשהי של ההתנהגות המסייעת; בשידול (ס' 30) הגדירה רק את ההתנהגות המשדלת, ללא הגדרה של המטרה הנדרשת.

בפרשת אסקין נקבעה ההלכה שלפיה נדרשות שתי מטרות: מטרה לשדל ומטרה שהמבצע העיקרי אכן יעבור את העבירה.<sup>509</sup> בנוסף לשתי המטרות, נדרשת, ככלל עבירה של מחשבה פלילית, מודעות של המשדל לכל פרטי היסוד העובדתי של השידול.

## 3. פירוט היסוד הנפשי של המשדל

מודעות לכל הפרטים ושתי מטרות:

- (א) מודעות לטיב התנהגותו כשידול (כלומר להשפעתו הרוחנית על המשודל);
- (ב) מודעות לכך שהמשודל טרם החליט (בעקבות הדרישה ביסוד העובדתי לקשר סיבתי – להבדיל מסיוע רוחני);
- (ג) מודעות לכך שהמשודל כשיר לבצע עבירה (בעקבות הדרישה ביסוד העובדתי למשודל אוטונומי – להבדיל מביצוע באמצעות אחר, שיידון בהמשך);

509 עניין אסקין, לעיל ה"ש 501.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

- (ד) מודעות + צפייה של פרטי העבירה (בעקבות הדרישה ביסוד העובדתי להתייחסות של המשדל לעבירה מסוימת על נתוניה המסוימים; ובעקבות הדרישה ביסוד העובדתי לביצוע עיקרי על ידי המשדל – לפחות ניסיון);
- (ה) מטרה לשדל;
- (ו) מטרה שהעבירה תבוצע.

## ד. הניסיון לשידול

### 1. פשר החריג של נגזרת שנייה

בסעיף 33 לחוק העונשין "ניסיון לשידול" – קבע המחוקק כך: "הניסיון לשדל אדם לבצע עבירה, עונשו – מחצית העונש שנקבע לביצועה העיקרי...".

זהו חריג לשני כללי יסוד של הצורות הנגזרות: האחד – כלל הצמידות והתלות – אין צורה נגזרת של התנהגות עבריינית ללא ביצוע עיקרי (לאו דווקא ביצוע שנשלם; די בניסיון). בניגוד לכלל זה, לפנינו אחריות פלילית על המנסה לשדל חרף העובדה שהמשדל לא עבר עבירה; וכלל היסוד השני – לא גוזרים נגזרת שנייה מנגזרת של שותפות. כחריג, הפליל המחוקק את הניסיון לשדל, שהוא בעצם "נגזרת שנייה": גזירת ניסיון מהשידול, שהוא בעצמו נגזרת. מה מסביר את ההבדל הזה בין השידול, שממנו גזר המחוקק ניסיון לשידול, לבין הסיוע, שממנו לא גוזרים ניסיון בהיעדר ביצוע עיקרי? הסיוע הוא צורת שותפות משנית ולא חמורה ולכן אין הניסיון לסיוע פלילי. לעומת זאת השידול נחשב לצורה ראשית וחמורה ולכן הניסיון לשידול הוא פלילי. השידול נתפס כחמור מהסיוע. הבדל החומרה מבוסס בעיקר על הקשר הסיבתי – על הגרימה לכך שנעברה עבירה, וכן על כך שהמשדל יוצר לא רק עבירה, אלא גם עבריין – המשדל.

### 2. מצבים של ניסיון לשידול

אפשריים שלושה מצבים של ניסיון לשידול:

- (1) האחר לא השתכנע.
- (2) האחר לא ביצע את העבירה בסופו של דבר, למרות שהשתכנע (למשל כי בינתיים זכה בהגרלה, או שהתחרט, או שפחד וכו').
- (3) האחר כבר החליט לבצע, ולכן לא היה צורך לשדלו. אך המשדל לא ידע זאת ולכן ניסה לשדלו. זהו ניסיון בלתי צליח. אפילו אם לאחר השידול המיותר האחר יבצע את העבירה, עדיין לא יהא זה שידול, אלא רק ניסיון לשידול, בהיעדר הקשר הסיבתי הנדרש בשידול.

אם המשדל כבר החל בביצוע העבירה אך לא השלימה אלא נעצר בשלב הניסיון – זהו כבר שידול ולא רק ניסיון לשידול. ההסבר המקובל הוא שהמשדל לא רק ניסה אלא אף הצליח לגרום לכך שהמשדל יעבור עבירה.<sup>510</sup>

510 פלר, כרך ב, לעיל ה"ש 400, בעמ' 277–278.

### 3. העונש על ניסיון לשידול

סעיף 33 מגביל את עונשו המרבי של המנסה לשדל ל-50% מעונשה המרבי של העבירה הטיפוסית שאותה אמור היה המשודל לבצע. הסכנה לחברה קטנה בהשוואה למצב שבו המשודל החל בביצוע. בהצעת החוק הציעו המנסחים להסתפק ב-25% מעונשה המרבי של העבירה הטיפוסית. נראה שהצעתם עדיפה על פונקציית העונש שנחקקה בסופו של דבר. יש שיטות משפט שבהן הניסיון לשידול – בהיותו נגזרת שנייה – כלל איננו פלילי.

### 4. הגדרת הניסיון לשידול ודרישותיו

ההגדרה שבסעיף 33 לחוק העונשין היא מאוד משונה. זוהי בעצם משוואה בשני נעלמים: אין בה אף מלה על היסוד העובדתי של הניסיון לשידול ובעיקר על ההתנהגות הנדרשת; ואין בה אף מלה על היסוד הנפשי של המנסה לשדל. כל שנקבע בה הוא עונשו של המנסה לשדל – עד 50%. הנה כי כן, לאחר שבהגדרת הניסיון בסעיף 25 שכח המחוקק לספק הגדרה של ממש להתנהגות המהווה ניסיון והסתפק במטרה הנדרשת; לאחר שבהגדרת הסיוע בסעיף 31 שכח המחוקק להגדיר את ההתנהגות המהווה סיוע והסתפק במטרה הנדרשת; ולאחר שבהגדרת השידול בסעיף 30 שכח המחוקק להגדיר את המטרה הנדרשת והסתפק בהגדרת ההתנהגות המהווה שידול; הרי שבהגדרת הניסיון לשידול בסעיף 33 המחוקק שכח לחוקק.

אפשרות אחרת לתיאור הדברים היא שהמחוקק הניח שהנתינים כה אינטליגנטיים ובקיאיים כדיני העונשין עד כי ישכילו להסיק את תנאי הניסיון לשידול מהצירוף של תנאי השידול ותנאי הניסיון. ואכן נראה כי כל דיני השידול ודרישותיו וכל דיני הניסיון ודרישותיו צריכים לחול על הניסיון לשידול. כך, כפי שראינו, ייתכן ניסיון בלתי צליח לשדל וגם הוא יהיה פלילי. המסקנה החשובה ביותר מהחלת דיני השידול ודיני הניסיון על הניסיון לשידול היא שנדרשות בו שתי מטרות:

היסוד הנפשי של המנסה לשדל =

מודעות לסיטואציה (כל פרטי היסוד העובדתי) + מטרה לשדל + מטרה שהעבירה תבוצע

מטרות אלה נדרשות הן על פי דיני השידול – כפי שראינו זה עתה בפירוט היסוד הנפשי של המשדל; והן על פי דיני הניסיון – הדורשים מטרה להשלים את העבירה (= מטרה להשלים את ההתנהגות + בעבירת תוצאה גם מטרה שהתוצאה תתרחש) = בניסיון לשידול: מטרה שהמשודל ישתכנע + מטרה שהמשודל יבצע את העבירה מושא השידול].

### 5. מקום מגוריו של הניסיון לשדל

בעבר התגורר הניסיון לשדל אצל האב – הניסיון – בסימן בחוק הישן שנקרא "נסיון והסתה". כיום מתגורר הניסיון לשדל אצל האם – השותפות – בסימן בחוק החדש שנקרא "צדדים לעבירה". וברוח התקופה – לא ממהרים לעזוב את קן ההורים.

### 6. ניסיון לשדל קהל = הסתה, שככלל איננה פלילית

לדעתי, האיסור על עישון מריחואנה הוא אווילי. פרסמתי זאת במאמר<sup>511</sup> ואמרתי זאת בהרצאותיי. נניח שלאחר השיעור כמה תלמידים שיושפעו מהדברים יעשנו חשיש. האם זהו שידול פלילי? לא! כדי

511 בועז סנג'רו "סמים, קצת פרופורציות" עורך הדין 2 (אפריל 2014).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

שיתגבש שידול פלילי, נדרשת מסוימות. שידול וניסיון לשידול מתגבשים רק כשהמשדל פונה אל אדם מסוים, או לכל היותר אל אנשים מסוימים אחדים, בהצעה לעבור עבירה מסוימת. פנייה לקהל נחשבת ל"הסתה" ולא לניסיון לשידול.

כחריגות, קיימות עבירות ספציפיות המתמודדות עם הסתה של קהל בתחומים מסוימים שהמחוקק כנראה החשיב למסוכנים ולחמורים: שבח לפשיעה של ארגון טרור והסתה לטרור – בסעיף 24 לחוק המאבק בטרור; שתי עבירות ארכאיות שבחוק העונשין: ס' 166 לחוק העונשין – הסתה לאיבה כלפי מדינה ידידותית;<sup>512</sup> ס' 136 לחוק העונשין – המרדה; ושתי עבירות חדשות יחסית שבחוק העונשין: ס' 2144 – הסתה לאלימות; וס' 144ב – איסור פרסום הסתה לגזענות. העובדה שהכנסת טרחה לחוקק עבירות ספורות אלה מלמדת שההסתה – הניסיון לשדל קהל – איננה פלילית, למעט החריגים שקבע המחוקק במפורש (אחרת לא היה בהן צורך וניתן היה לכאורה לגזור אחריות באמצעות הסעיף הכללי 33 המפליל ניסיון לשידול).

## ה. האם השידול לשדל פלילי?

ראובן משדל את שמעון לשדל את לוי לחבול ביוסף חבלה חמורה:

ראובן ← שמעון ← לוי ← יוסף

לוי מבצע ואחראי לעבירה של גרימת חבלה חמורה, הקבועה בסעיף 333 לחוק העונשין. שמעון אחראי לשידול לעבירת החבלה החמורה. האם גם ראובן אחראי? לפי כלל היסוד שלא גוזרים מנגזרת של שותפות – אלא אם יש הוראה מפורשת בחוק, כגון סעיף 33 המפליל ניסיון לשידול – השידול לשדל איננו פלילי.

בעניין סוגאקר נדון מקרה שונה, מורכב יותר: הנאשם פנה לבריון וביקשו לפגוע במתחרהו של הנאשם. הבריון פנה לשני בריונים אחרים (על דעת עצמו), שידל אותם לפגוע במתחרהו של הנאשם, ומסר להם חומצה. שני הבריונים (האחרים) עברו עבירה של ניסיון לגרום חבלה חמורה (לא הצליחו כי הקורבן, למרבה המזל, ברח).

	←	בריון-2 ←	
הנאשם-סוגאקר ←	← ← 1- בריון ←	← ←	הקורבן
	←	בריון-3 ←	

הבריונים 2 ו-3 אשר תקפו את הקורבן וניסו לשפוך עליו חומצה, אשמים, כמובן, בניסיון לעבור את עבירת החבלה החמורה (ס' 25 + ס' 333). בריון-1 אחראי כמשדל שלהם (ס' 30 + ס' 333) (ואולי גם מסייע, שהרי מסר חומצה. אך אחריותו זו טפלה בהשוואה לאחריותו כמשדל ולפיכך נבלעת). האם גם הנאשם סוגאקר אחראי? ואם כן – מהי אחריותו המדויקת? השופט דורנר הרשיעה וקבעה: כשמתקיים "שרשור של משדלים" – מתגבשת עבירת השידול. אך האומנם היה כאן "שרשור של משדלים"? אילו הנאשם סוגאקר היה משדל את הבריון הראשון

512 קשה מאוד לעבור את העבירה הזו – היא מתייחסת בעיקר לארצות הברית, לקנדה ולמיקרונזיה.

פרק כא: שידול (מול סיוע רוחני)

לשדל את שני הבריונים הנוספים לשפוך חומצה על הקורבן – זה היה שרשור של משדלים. כמו בדוגמת האחים הרעים שבה פתחנו את הדיון: כשראובן שידל את שמעון לשדל את לוי לחבול ביוסף. ואפילו אז – במצב של "שרשור של משדלים" – אין בחוק בסיס לפליליות. זו הרי נגזרת שנייה – גזירת שידול משידול שהוא עצמו נגזרת. אחריותו המדויקת והמעוגנת בחוק של הנאשם סוגאקר היא לניסיון לשדל את הבריון הראשון לחבול במתחרהו. מוסר השכל: כשהאינטואיציה ותחושת הצדק תומכות באחריות פלילית – כמעט תמיד היא קיימת ומעוגנת בחוק ויש רק לאתרה. לא נכון ולא רצוי להמציא אחריות שאיננה מעוגנת בחוק, תוך הפרת עקרון החוקיות. בלעדיו – אין לנו חירות.

## ו. פטור עקב חרטה למשדל ולמסייע

סעיף 34 לחוק העונשין – "פטור עקב חרטה" – קובע כך (ההבלטות הוספו להקלת איתור התנאים):

34. (א) משדל או מסייע לא יישא באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לנסיון לשידול, אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה, או אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה.

(ב) 'רשויות', לענין סעיף זה – משטרת ישראל, או גוף אחר המוסמך על פי דין למנוע את עשיית העבירה או את השלמתה."

הסעיף חל על המסייע ועל המשדל. משום מה נשכח המבצע בצוותא – שגם אותו יש טעם רב לעודד לחדול מביצוע העבירה ולנסות למנוע את השלמתה על ידי המבצעים-בצוותא האחרים. בעוד שבסעיף 28 החל על הניסיון, שגם כותרתו "פטור עקב חרטה", נקבע בעבר בפסיקה שנדרשת חרטה נפשית-מוסרית (על בסיס מלות החוק המובלטות: "אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל...") (אך כנראה שכיום ההלכה החדשה היא שגם בניסיון לא נדרשת חרטה נפשית-מוסרית ודי בחרטה רצונית), בסעיף 34 אין רמז לדרישת "חרטה נפשית-מוסרית". הרציונל להענקת הפטור הוא התועלת: בתמורה לפטור מאחריות מקבלת החברה סיכול של העבירה או לפחות ניסיון רציני לסכל. קיימות שתי דרכים להשגת הפטור:

האחת – "אם (המסייע או המשדל) מנע את עשיית העבירה או את השלמתה"; השנייה – "או אם הודיע מבעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת" (הדרך השנייה כוללת שני תנאים מצטברים). לשם חידוד תנאי ה"פטור עקב חרטה" למשדל ולמסייע הקבועים בסעיף 34 לחוק, ניתן להשוותם לתנאי ה"פטור עקב חרטה" למנסה הקבועים בסעיף 28 לחוק. חרף הכותרות הזהות, התנאים מאוד שונים:



ביקורת דיני העונשין הישראליים

"פטור עקב חרטה" (למשדל ולמסייע (ס' 34)	"פטור עקב חרטה" למנסה (ס' 28)	
לא	כן	נדרש סיכול אפקטיבי
לא	כן	נטל ההוכחה על הנאשם
לא	לא (בעבר נדרשה)	נדרשת חרטה מוסרית

כל ההבדלים הם בכיוון של החמרה עם המנסה המתחרט (וליתר דיוק: המנסה החדל) בהשוואה למסייע ולמשדל המתחרטים (וליתר דיוק: המונעים או מודיעים ועושים). טעם אפשרי להבדל בדרישה להצלחת הסיכול: באשר למשדל ולמסייע, הדברים אינם בשליטתם, ולכן מקלים עמם ולא מקשים בדרישת סיכול אפקטיבי כמו לגבי המנסה.

## פרק כב

### ביצוע-בצוותא (מול סיוע)

#### א. מבוא לביצוע-בצוותא

ביצוע עיקרי – בשלוש דרכים:

סעיף חוק העונשין	מלות החוק המרכזיות	אפיון
29(א)	נרמז באמצעות המלה "לרבות"	המבצע האינדיבידואליסט
29(ב)	"תוך עשיית מעשים לביצועה"	המבצעים החברותיים
29(ג)	"שעשאו ככלי בידיו"	המבצע הנצלן

כל אחת משלוש הצורות הללו מהווה ביצוע עיקרי לכל דבר, שדינו כקבוע בהגדרת העבירה המסוימת, ושניתן לגזור ממנו כל צורה נגזרת: ניסיון, סיוע, שידול וניסיון לשידול.

מבחינה לוגית ואנליטית היה מתאים יותר לדון בביצוע-בצוותא לפני הדיון בנגזרות – השידול והסיוע. בחרתי בסדר הנוכחי משום שהפסיקה כלכלה את היוצרות באשר לביצוע-בצוותא (תוך סיווג מוטעה של מסייעים ושל משדלים כמבצעים-בצוותא) עד כי קשה להבין את הביצוע-בצוותא לפני הבנת מהותם של השידול ושל הסיוע.

מהות הביצוע-בצוותא היא שותפות בין מבצעים עיקריים שווי מעמד. טעות נפוצה היא לראות באחד בלבד "מבצע עיקרי" ובשני "רק" "מבצע בצוותא". כל אחד מהם הוא מבצע עיקרי, כל אחד מהם הוא מבצע-בצוותא, וכל אחד מהם הוא מבצע-עיקרי-בצוותא.

עד תיקון 39 הפסיקה – בפועל – לא הכירה בקיומו של ביצוע-בצוותא.<sup>513</sup> סוג אחד של מקרים שהתעוררו היה במתכונת הבאה: מקס ומוריץ החליטו להמית את השכן. שניהם דקרו אותו בו-זמנית. התברר שאת הדקירה הקטלנית דקר מקס. השופטים הרשיעו את מקס ברצח ואת מוריץ בסיוע (כביכול מבצע הוא רק מי שניתן לייחס לו גרימה ישירה לתוצאה). העונש המרבי שבחוק היה זהה והשופטים כנראה סברו שאינם זקוקים למושג "ביצוע-בצוותא". מוריץ טען: "יש להרשיעני בניסיון לרצח, כי התכוונתי לרצוח בעצמי ולא לסייע!". מדוע העדיף להיחשב מנסה לרצוח ולא מסייע? משום שלפי החוק הישן עונשו של מנסה הוגבל למחצית, בעוד שדווקא עונשו של המסייע לא הוגבל. הטענה לא הועילה לו והוא הורשע כמסייע.

513 מרים גור-אריה "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא 518 (1981).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

בסוג אחר של מקרים לא הוכח מי דקר את הדקירה הקטלנית. כך, למשל, בפרשת כדורי<sup>514</sup> (ובדומה גם בפסקי הדין אבו-עמרם וברדריאן) קבע בית המשפט:

“כאשר ראובן, שמעון ולוי תוקפים את הקורבן בצוותא ובדעה אחת, וכל אחד פוצע אותו, ואין לדעת מי גרם בפועל למות הקורבן, מרשיעים את כולם בגרם המוות, כי ממה נפשך: אם נניח שהמוות בא מידו של ראובן, אשם הוא כעברייני ראשי, וגם שמעון ולוי אשמים במלוא המידה כמסייעים בידו. ואם שמעון גרם למוות, הרי שראובן ולוי הם המסייעים. במסיבות אלה אין אפוא הבדל בדבר, ועל כן אין צורך להוכיח, מי הנחית את המכה הפטלית”.

“העברייני הראשי” – רק מי “שהמוות בא מידו”	דוקרים שאחראים כמסייעים בלבד
ראובן?	שמעון + לוי
שמעון?	ראובן + לוי
לוי?	ראובן + שמעון

השופטים כנראה לא היו מודעים לכך שגם בביצוע-בצוותא לא הכרחי להוכיח מי הנחית את המכה הקטלנית. מכיוון שהעונש המרבי על סיוע היה מלוא העונש הקבוע לביצוע העיקרי של העבירה, לא היה לשופטים צורך לטרוח ולהבחין.<sup>515</sup> גם הלכת האחריות הסולידארית של הקושרים הקטינה את המוטיבציה של השופטים להתאמץ להבחין. לפי הלכה איומה זו, שבינתיים בוטלה בסעיף 499(ב) במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, אדם ששוחח עם אחרים על ביצוע עבירה (= קשירת קשר) – דמו בראשו: ניתן היה להטיל עליו אחריות לעבירה שעברו האחרים בלעדיו ואפילו לעבירות אחרות שעברו בלעדיו. לא זו בלבד שלא נדרש שתפקידו יהיה של מבצע עיקרי, אלא אפילו תפקיד של מסייע לא נדרש לשם הטלת אחריות חמורה. כאמור, מעונשה של אחריות זו, המנוגדת חזיתית לכל עקרונות היסוד של דיני העונשין, כבר פטר אותנו המחוקק.

עוד לפני תיקון 39 לחוק, בספרות המשפטית הישראלית הוצעו (בהתאם לתאוריה האוניברסלית של המשפט הפלילי) שני מבחנים עיקריים להבחנה בין המבצע-בצוותא לבין המסייע: מבחן הבידוד (=מבחן הביצוע) ומבחן השליטה.

## ב. המבחנים התאורטיים להבחנה בין ביצוע-בצוותא לבין סיוע

### 1. “מבחן הבידוד” (“מבחן הביצוע”)

מבחן זה מבוסס על ההבחנה שבין מעשי הכנה לבין ניסיון.<sup>516</sup> מבודדים באופן מלאכותי את פעולותיו של הנאשם שאת תפקידו מבקשים לסווג ובוחנים: אילו היה פועל לבדו והיה מתכוון לבצע את העבירה לבדו – האם הפעולות שביצע בעצמו היו נחשבות לניסיון או עדיין להכנה? אם פעולותיו הן רק בגדר הכנה ← יסווג כמסייע.

514 ע"פ 97/57 כדורי נ' מדינת ישראל פ"ד יב 1345 (1958).

515 מכאן גם הגישה שלפיה יסוד נפשי מסייע = יסוד נפשי מבצע. בעצם דובר במבצעים-בצוותא.

516 פרופ' מרים גור-אריה המליצה לאמץ מבחן זה למשפט הישראלי ותיארה אותו במאמרה: מרים גור-אריה “צורות של ביצוע עבירה פלילית” פלילים א 29, 29–42, 63–64 (1990).

אם פעולותיו הן כבר בגדר ניסיון ← יסווג כמבצע-בצוותא.  
זהו מבחן טוב, שברוב המקרים מוליך לתוצאה הנכונה. למשל, בעבירת שוד: אם הנאשם כבר איים על פקיד הבנק או נכנס לבנק עם אקדח שלוף ומיד נעצר – כבר מדובר בניסיון – הנאשם יסווג כמבצע-בצוותא; אך אם הנאשם רק מסר את צופן הכספת או את האקדח לשודד שנכנס לבנק (מבלי להיכנס לבנק בעצמו) – מדובר רק בהכנה – הנאשם יסווג כמסייע.  
קיימים שני קשיים במבחן הזה: האחד, הפחות מטריד – בעת הדיון שלעיל בניסיון ראינו שלא תמיד קל להבחין בין הכנה לבין ניסיון. קושי זה יחזור גם בהפעלת מבחן הבידוד/ביצוע. הקושי השני, המטריד יותר – המבחנים המקובלים להבחנה בין הכנה לבין ניסיון מניחים שהאדם פועל לבדו, כאינדיבידואליסט. אך בשותפות יש תפקידים שכלל לא קיימים כשאדם פועל לבדו: מתצפת, שומר בחוץ, נוכח שאינו מבצע פעולות. בביצוע-בצוותא לא כל שותף מתכוון לבצע בעצמו את היסוד העובדתי של העבירה. הרעיון בביצוע-בצוותא הוא לייחס לכל אחד מהמבצעים-בצוותא את כל הפעולות שעשו יחדיו. למשל, אם ננסה לבחון באמצעות מבחן הבידוד/ביצוע את פעולותיו של מי שרק שומר מחוץ לחנות בעת שהגנב נכנס פנימה לגנוב, כדי להזהירו אם יגיעו אנשים, נצטרך לשאול שאלה מוזרה: אילו פעל השומר לבדו, האם כשהוא עומד בחוץ ושומר על... עצמו... האם כבר מדובר בניסיון או עדיין בהכנה? אך הרי אדם לא יכול לעמוד בחוץ ולשמור על עצמו כשהוא נכנס וגונב, ולכן לא ניתן להפעיל את מבחן הבידוד/ביצוע על תפקיד שכזה. כיצד מתגברים על קושי זה? באשר לתפקידים שעליהם לא ניתן להפעיל את מבחן הבידוד/ביצוע, נעזרים במבחן השני – מבחן השליטה.

## 2. מבחן השליטה

ראשית, הבהרה: זהו מבחן עצמאי ולא רק מבחן עזר במסגרת הגישה האחרת (מבחן הבידוד/ביצוע המבוסס על ההבחנה הכנה/ניסיון).<sup>517</sup> לפי גישת השליטה, מבצע עיקרי – ככל שלוש צורות הביצוע העיקרי (לבד, בצוותא, באמצעות אחר) הוא מי שיש לו שליטה, הגמוניה על הביצוע, וטו. שואלים: האם העבירה לא הייתה אפשרית בלעדיו? או האם לפחות השינוי של הביצוע היה מאוד משמעותי בלעדיו? מי שאין לו שליטה – מכפיף עצמו להחלטות האחר – הוא מסייע. למשל, מי שמוסר את קוד הכספת. די בשליטה פונקציונלית: אנשים מבצעים-בצוותא כאשר לכל אחד מהם שליטה, ביחד עם האחרים, לפחות על הביצוע כפי שתוכנן ביניהם.

גם מבחן זה הוא מבחן טוב, שברוב המקרים מוליך לתוצאה הנכונה. ברוב המקרים ברור אם למשתתף שאת פעולותיו אנו בוחנים יש וטו על הביצוע ושליטה בביצוע. אך יש מצבים שבהם הדבר אינו ברור. מה עושים כאשר לא ניתן לקבוע האם הייתה לנאשם שליטה? הוצעו מבחני עזר: (א) מידת ההשתתפות בתכנון; (ב) מבחן סובייקטיבי: כיצד השותף מתייחס לביצוע – כעניין שלו או כעניינם של אחרים; (ג) ומבחן העזר המרכזי: האם מדובר במעשה הכנה מובהק? (= סיוע) או בניסיון (= ביצוע-בצוותא). כשלא ניתן לקבוע אם הייתה שליטה – נעזרים במבחן הבידוד/ביצוע.

517 פרופ' מרדכי קרמיניצר המליץ לאמץ מבחן זה (הלקוח מן משפט הגרמני) למשפט הישראלי ותיארו במאמרו מרדכי קרמיניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו" פלילים א 65, 73-75 (1990).

### 3. בידוד/ביצוע מול שליטה

הנה כי כן, במסגרת כל אחד משני המבחנים נוטים להיעזר גם במבחן האחר. אך יש הבדל גדול בין שתי הגישות המתחרות – בנקודת המוצא וברגש. חסידי מבחן השליטה מעריכים כי זהו המבחן העדיף, המשקף נאמנה את מהותו של כל ביצוע עיקרי, וכי המבחן יניב תוצאות ברוב מכריע של המקרים (נניח, 95%). רק במקרים נדירים יחסית שבהם לא ניתן לקבוע אם התקיימה שליטה (נניח, 5%) נאלץ (שלא בחדווה) לפנות למבחן המתחרה – מבחן הבידוד/ביצוע. לעומתם, חסידי מבחן הבידוד/ביצוע מעריכים כי זהו המבחן העדיף, המשקף נאמנה את מהותו של הביצוע בצוותא, וכי המבחן יניב תוצאות ברוב מכריע של המקרים (נניח, 95%). רק במקרים נדירים יחסית שבהם לא ניתן להפעיל את המבחן – כשמדובר בתפקיד הקיים רק בשותפות, כגון שומר או מתצפת (נניח, 5%) נאלץ (בלית ברירה) לפנות למבחן המתחרה – מבחן השליטה.

## ג. תיקון 39 לחוק העונשין – חקיקת סעיף 29(ב) והצעה פרשנית

### 1. הצעת המחבר

בסעיף 29(ב) לחוק העונשין הגדיר המחוקק את הביצוע בצוותא כך:

“המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה [לו יכולתי, הייתי מסתנן ללשכות השופטים ומדגיש בכל עותק של החוק מילים אלה. זו הייתה תרומתי הצנועה לנוסח החוק הקיים ולפסיקה הנוטה להתעלם מארבע המלים החשובות ביותר בהגדרת הביצוע בצוותא] הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר”.

כדברי ההסבר נאמר: “העיקר הוא, שחלקו של כל משתתף כזה הוא חיוני להגשמת התוכנית המשותפת, ומעשהו, כשלעצמו, איננו בבחינת הכנה בלבד לביצוע העבירה”. “חיוני” = שליטה? “הכנה” = בידוד/ביצוע? אולי התכוונו למבחן השליטה; ולהשלמתו באמצעות מבחן הבידוד? ואולי ו' החיבור ראויה להתפרש כמכוונת לשני מבחנים מצטברים? אני מציע לפרש כהצטברות – כלומר לדרוש לצורך סיווגו של משתתף כמבצע-בצוותא גם שהייתה לו שליטה על ביצוע העבירה; וגם שפעולותיו היו משמעותיות – בגדר ניסיון ולא רק בגדר הכנה (ביצוע-בצוותא = ניסיון + שליטה). זאת, כדי לצמצם את הביצוע בצוותא, שכפי שניווכח מיד התרחב בפסיקה עד בלי די ובלע את הסיוע; וכדי לקיים את מלות החוק “תוך עשיית מעשים לביצועה”.

### 2. הפסיקה שלאחר תיקון 39

המחוקק הנחה את השופטים להבחין בין המבצע-בצוותא לבין המסייע, בעיקר בכך שהגביל את עונשו המרבי של המסייע למחצית עונשו המרבי של המבצע העיקרי; וכן בכך שביטל את האחריות הסולידארית של הקושרים וקבע בסעיף 34א הסדר ל“עבירה שונה או נוספת” המבחין באופן דרמטי בין מבצע-בצוותא לבין מסייע או משדל.

השופטים לא התמסרו למצוות המחוקק. התמונה הכללית היא של פער גדול בין הרטוריקה לבין ההכרעה. ברמה הרטורית השופטים מקבלים את המבחנים שהציעו המלומדים. מצטטים הרבה מדברי

הפרופסורים קרמניצר, גור-אריה ופלר. בחלק מפסקי הדין מעדיפים את מבחן השליטה שהציע קרמניצר;<sup>518</sup> בחלק מפסקי הדין מעדיפים את מבחן הבידוד/ביצוע שהציעה גור-אריה;<sup>519</sup> וברוב פסקי הדין מתייחסים לשני המבחנים. אלא מה? כמעט אף פעם לא מסווגים נאשמים כמסייעים. כולם הפכו למבצעים-בצוותא. כך, מבחינה מעשית, שמרו לעצמם השופטים את מלוא שיקול הדעת באשר לעונש ונטרלו את סעיף 32 לחוק המגביל את עונשו של המסייע למחצית עונשה של העבירה הטיפוסית. אחד משיאייה (אולי יש לומר ממורדותיה) של מגמה זו של הפסיקה הוא פסק הדין פלונים<sup>520</sup> של השופט ברק בפרשת הרצח בשוק הקצבים, שבו גם קושר שהודיע לחבריו שלא יגיע לזירת ביצוע העבירה ולא נטל בביצועה כל חלק הוכתר בכל זאת דווקא כמבצע-בצוותא. ארבעה קטינים, חברי תנועת "כהנא חי", קשרו קשר לנקום את רצח רבם מאיר כהנא בדרך האיומה של השלכת רימון בשוק הקצבים שבעיר העתיקה בירושלים. בבוקר היום המיועד לפיגוע נפגשו שלושת הקטינים המכונים בפסק הדין נחמיה, זאב וגרשון במשרדי התנועה. הקטין הרביעי המכונה טל כלל לא הופיע לפגישה. נחמיה טלפן אליו. טל אמר לו "לא נעשה את זה היום". נחמיה השיב לו כי הם יעשו זאת בלעדיו. על כך השיב טל "תעשו". בכך נסתיימה השיחה. שלושת האחרים החליטו לבצע לבדם. הם הגיעו לשוק הקצבים ואחד מהם זרק את הרימון לתוך השוק הומה האדם. כתוצאה מהפיצוץ נהרג אדם ונפצעו שבעה נוספים. השופט ברק קבע כי גם טל הוא מבצע-בצוותא של רצח ולא רק משדל או מסייע. מכיוון שלפחות ברמה הרטורית הפסיקה מאמצת את המבחנים המקובלים בתאוריה של המשפט הפילי ובישיות משפט זרות להבחנה בין מבצע-בצוותא לבין מסייע – מבחן השליטה ומבחן הבידוד/ביצוע – ראוי לבחון את פעולותיו של טל לפי מבחנים אלה. נתחיל בבדיקה לפי מבחן הבידוד/ביצוע: אילו טל היה פועל לבדו (=בידוד), האם החל בביצוע הרצח ועבר משלב ההכנה לשלב הניסיון? (=ביצוע). ודאי שאיננו בגדר מנסה, לפי כל מבחני הניסיון. אפילו לפי מבחן תחילת ביצוע העבירה, שהוא המרחיב ביותר. הרי כלל לא הגיע לזירת העבירה (שתוכננה להתבצע בזירה פיזית מסוימת ולא באופן וירטואלי). כל שלושת המרדדים – זמן, מקום ותכנית – מצביעים בבירור על כך שטל מעולם לא הגיע לשלב של ניסיון לרצח. נעבור למבחן השליטה: האם הייתה לטל שליטה על ביצוע הרצח, הגמוניה ואפשרות להטיל וטו? זהו מקרה נדיר שבו השליטה נבחנה לא רק בדיעבד על ידי השופטים, אלא גם במבחן המציאות. כיצד נבחנה? בכך שטל הודיע טלפונית שלא יבוא – ובכל זאת האחרים החליטו וביצעו בלעדיו! הנה כי כן, לפי כל אחד משני המבחנים המקובלים ברור לחלוטין שטל איננו מבצע-בצוותא. מעניין שאפילו הפרקליטות טענה רק שידול ולא ביצוע-בצוותא – והרי ידוע שהפרקליטות נוטה להחמיר ולא להקל בהתאמת סוג האחריות. כדי לנסות להסביר את סיווגו המאולץ של טל כמבצע-בצוותא של הרצח, מכתירו השופט ברק כמנהיג החבורה. אך אילו אכן היה מנהיג, "מנהיגותו" הייתה מקנה לו שליטה וזכות וטו ולא היו מבצעים את העבירה בלעדיו: כשהודיע: "לא נעשה את זה היום", היו מצייתים לו. מעניין לבחון גם את העונשים שנגזרו על הארבעה. על שלושת האחרים נגזרו 10 ו-15 שנות מאסר. על טל נגזרו 5 שנות מאסר בלבד. האם סביר והוגן לגזור דווקא על "המנהיג" עונש קל יותר ובאופן משמעותי? כנראה שהשופטים חשו – לפחות בתת-מודע – שטל איננו באמת מבצע-בצוותא.

518 למשל ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (1997).

519 למשל ע"פ 2929/02 סבירסקי נ' מדינת ישראל פ"ד נו(3) 135 (2003).

520 ע"פ 2796/95 פלונים, לעיל ה"ש 518.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

מכאן לאספקט מעניין נוסף של העונשים. בית המשפט קבע שכל הארבעה היו מבצעים-בצוותא. על ביצוע-בצוותא של רצח העונש היה מאסר עולם חובה. רק משום שהנאשמים היו קטינים, בית המשפט מוסמך היה לגזור עונשים פחותים (ובאופן משמעותי!) של 5, 10, ו-15 שנים. אילו היו בגירים, ספק רב אם בית המשפט עדיין היה קובע שכולם מבצעים-בצוותא ושולח למאסר עולם גם את טל שלא השתתף בביצוע.

השופטים מדגישים מאוד ומדי את ההסכם המוקדם, את התוכנית המשותפת ("מעגל פנימי") – וזוהי בדיוק עבירת הקשר, שהיא בעצם עבירת הכנה. השופטים מדגישים את השותפות להחלטה, במקום – כקבוע בחוק – את השותפות לביצוע: "תוך עשיית מעשים לביצועה". זאת, חרף העובדה שהמחוקק ביטל במפורש את האחריות הסולידארית של הקושרים (ס' 499(ב)). השופטים, בפועל, מקימים לתחייה אחריות מופרזת זו, המנוגדת לעקרונות היסוד של דיני העונשין.

יש לזכור שכבר הביצוע-בצוותא במתכונת שהחוק קובע – "תוך עשיית מעשים לביצועה" – כבר הוא הרחבת אחריות. הרי לא נדרש שכל מבצע יעשה את כל הדרוש בהגדרת העבירה ובעצם מייחסים לו גם פעולות של אחרים. כך, למשל, התוקף מבלי לגנוב בעצמו והגונב מבלי לבצע בעצמו מעשה אלימות או איום מוכתרים שניהם כשודדים-בצוותא. אך אם לא מתקיימת הדרישה המינימלית של פעולת ביצוע משמעותית כלשהי – הדבר לא צריך להיחשב לביצוע, גם לא לביצוע-בצוותא. הרי גם ביצוע-בצוותא הוא קודם כל ביצוע.

בפסק הדין רוש נדון מקרה שבו איציק ביצע ניסיון שוד אלים בחנות תכשיטים, וכשנתקל בהתנגדות של בעל החנות אף רצח אותו בפגיון.<sup>521</sup> אחיו חנניה סייע לו בעיקר בכך שהמתין במכוניתו ברחוב סמוך כדי לאסוף אותו לאחר השוד, וכן בכך שנתן לו מכשיר טלפון סלולארי (של אחותם) ושקית גדולה שאליה הכניס איציק השודד את שני התיקים שאליהם התכוון להכניס את שלל השוד. מה שנראה היה בעבר בבירור כסיוע, סווג על ידי בית המשפט דווקא כביצוע-בצוותא של שוד. זוהי החטאה גמורה של מהות תרומתו של כל אחד מהאחים לביצוע העבירה. הרי אילו הייתה לחנניה התעוזה העבריינית הדרושה לשם ביצוע שוד, היה ודאי נכנס לחנות עם אחיו או לפחות ניצב בפתח החנות. כך גם היו סיכויי השוד טובים יותר וניתן היה להתגבר על בעל החנות גם מבלי לדקור אותו למוות (ולא היה צורך לברוח ללא השלל).

השופטים מדגישים מאוד את חלוקת התפקידים. אך גם כשיש חלוקת תפקידים מראש, ייתכן מאוד שאדם יבחר לעצמו תפקיד של מסייע בלבד. האם ניצב בסרט קולנוע ייחשב לשחקן ראשי רק משום שהיה נוכח במעמד שבו חולקו התפקידים?

השופט גולדברג הבין זאת. בפסק הדין מרקדו הוא כתב כך:<sup>522</sup>

"במאמר מוסגר נציין, כי ניתן לטעון שלא כל תרומה פיזית, מינימלית ככל שתהא, די בה... כדי 'להפעיל' את מקבילית הכוחות [יסוד עובדתי ויסוד נפשי, ב.ס.]. מי שתרומתו הפיזית לביצוע העבירה לא עברה רף איכותי מינימלי, אינו ראוי כלל להיקרא "מבצע" של אותה עבירה, זאת גם אם מבחינת היסוד הנפשי הוא שאף כי העבירה תבוצע... ההיגיון העומד מאחורי סינון המקדמי של התרומות הפיסיות הוא, כי מידת האנטי-חברתיות שאוצרת תרומה מינימלית לעבירה אינה מספיקה להטלת

521 ע"פ 3390/98 רוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 871 (1999).

522 ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל פ"ד נא(5) 481, 551 (1997) (ההדגשות הוספו).

**האחריות החמורה של מבצע בצוותא. יוצא אפוא, כי... תנאי מקדמי לבחינת המרכיב הנפשי שבמקבילית הכוחות הוא תרומה פיזית בת-ערוך לביצועה של העבירה".**

"מקבילית הכוחות" היא נוסחה שמפעילים השופטים, שלפיה ככל שלמשתתף עניין רב יותר בביצוע העבירה (היסוד הנפשי) ניתן (כביכול, ב.ס.). להסתפק בתרומה פיזית מועטה יותר לביצוע העבירה (היסוד העובדתי). אך הדבר מנוגד לדרישת החוק "תוך עשיית מעשים לביצועה". אכן, אם יש ללמוד על הביצוע-בצוותא דווקא מן הפסיקה, עדיף לעשות זאת מפסק הדין של השופט גולדברג. בדרך מקורית אך מוטעית בעליל פסע השופט חשין.<sup>523</sup> לאחר שהוא מלין על קושי בשרטוט הגבול שבין הביצוע-בצוותא לבין הסיוע (במאמר מוסגר, להערכתו, אם מבינים נכון את מהות הביצוע-בצוותא ואת מהות הסיוע, ההבחנה כלל איננה קשה), ומצר על כך שהמחוקק העניק לשופט סמכות רחבה מדי להחליט האם הנאשם הוא מבצע-בצוותא או מסייע (במאמר מוסגר, לשיטתי אין לשופטים סמכות רחבה, אלא הם נטלוה בניגוד למילות החוק), אך צמצם את סמכותו בגזירת הדין ("כשם שהרחבת הסמכות קשתה עליי, כן קשה עליי צמצום הסמכות") ומציין שמקובל כי ההכרעה האם מדובר בביצוע-בצוותא או בסיוע היא מהותית וקודמת לשאלת העונש, הנגזר מן ההבחנה, הוא כותב בפסק דינו בפרשת מרדכי את הדברים המאלפים (והמעלפים) הבאים:

"ואחרי כל זאת, אני מתיר לעצמי לסבור אחרת. דעתי היא, כי בבואנו להחליט מי הוא מבצע בצוותא ומי הוא מסייע – וכיצד נתווה את קו הגבול בין הממלכות – שומה עלינו להביא במניין את העונשים שמבצע בצוותא או מסייע צפויים להם, כל אחד מהם לעצמו; ושיקול העונשים יאצול – לאחר, כביכול – על התוויית הגבול בין השניים... ודומה שגורם העונש הינו לא אך גורם משפיע על הגדרות המבצע בצוותא והמסייע. גורם משפיע מרכזי ועיקרי הוא... יסוד העונש הוא יסוד יוצר בעבירות".<sup>524</sup>

ושבה סמכותו הרחבה מאוד של בית המשפט על כנה. חידוש עצום מחדש לנו השופט חשין. לא עוד מוטל על השופט לטרוח ולפרש את ההגדרות שקבע המחוקק בחוק העונשין למושגים "ביצוע-בצוותא" ו"סיוע", אלא מוסמך הוא להחליט – ישירות – מהו העונש הראוי בעיניו לנאשם, ורק אחר כך לשוב אחורה ("לאחור, כביכול") ולהדביק את התוויית הנוחה לו – "מבצע-בצוותא" או "מסייע". אם נתמיד בדרך חדשנית זו, לשם מה לנו חוק פלילי? די לנו בשופטים שידעו להתאים את העונש הראוי לכל מקרה ומקרה, לכל נאשם ונאשם. כדברי השופט המנוח חיים כהן (בהקשר אחר):

"מסימני ההתנשאות הוא גם אמונתם של רבים מן השופטים שכדי לגזור גזר-דין צודק, די באינטואיציה שחנן אותם אלוהים. אין מן הצורך לבזבז זמן שיפוטי יקר על שיקולים ושיקילות ולהעמיק חשוב וחקור: טביעת עינם מגלה להם מיד מה צודק ומה איננו צודק. מידת העונש היא ענין לתחושה בלבד, והתחושה הקולעת נחה על השופט, מכוח תפקידו, כמו רוח הקודש".<sup>525</sup>

523 עיקרי ביקורתי שלהלן לקוחים מהמאמר: סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים", לעיל ה"ש 156, בעמ' 185-188 (פרק ה') – "ההבחנה בין 'המבצע-בצוותא' לבין 'המסייע' כדוגמא ליצירתיות שיפוטית תוך רמיסת דבר המחוקק".

524 ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 260 (1996).

525 כהן, לעיל ה"ש 147, בעמ' 21.



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

לבסוף, בפסק הדין פלוניס הרחיק השופט חשין לכת, חזר על משנתו החדשנית בעניין גזירת הסיווג כ"מבצע-בצוותא" או "מסייע" מהעונש אותו הוא מעוניין לגזור והקשה כך:

"מה היה לו למחוקק שראה להבדיל באורח הרמטי ונחרץ בין מבצע-בצוותא לבין מסייע? ... לא עוד אלא למחצית העונש בדיוק? ... מדוע ניטל מבית-המשפט שיקול-הדעת שהיה לו קודם תיקון 39... מדוע לא יוכל בית-המשפט להטיל על 'מסייע' עונש לפי מידתו כמסייע: ליתן לרשע רע כרשעתו, למסייע מן הקטנים כמידתו ולמסייע מן הגדולים כמידתו? חידה היא בעיני ופתרונה לא ידעתי".<sup>526</sup>

פתרון ה"חידה": המחוקק כלל לא מנע מהשופט "להטיל על 'מסייע' עונש לפי מידתו כמסייע: ליתן לרשע רע כרשעתו", אלא קבע נכונה שהעונש המרבי ההולם ל"מסייע מן הגדולים" הוא עד מחצית עונשו המרבי של המבצע העיקרי של העבירה; והשופט אמר היה להבין של"מסייע מן הקטנים" העונש ההולם נמוך יותר.

מיד לאחר ה"חידה" באים דברי השופט המהווים מרד של השופט במחוקק: "אכן, לא כל מה שמתקיים במעבדה יכול שיתקיים באוויר החופשי. יש חומרים שיתקיימו במעבדה, אך משיוצאו אל האוויר החופשי יתפרקו על-אתר ולא עוד יהיו".

גישת השופט חשין מטרידה מאוד – הרבה מעבר להבחנה שבין מבצע-בצוותא לבין מסייע. היא רומסת את דבר המחוקק, את הפרדת הרשויות, את עקרון החוקיות, את עקרונות היסוד של דיני העונשין ואת כללי הפרשנות המיוחדים של המשפט הפלילי אשר מקובלים בעולם.

גישתו הקיצונית של השופט חשין אומנם חלפה מן הפסיקה. אך הגישה המוטעית המסוגלת מסייעים כמבצעים-בצוותא, בניגוד למהות הביצוע-בצוותא ולמהות הסיוע ובניגוד חזיתי להגדרת הביצוע-בצוותא בחוק העונשין – "המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה", עודנה רווחת בפסיקה. כך, למשל, בעניין דיבה בית המשפט מפנה לדימוי של מקבילית הכוחות וקובע שמיקום המערער בין חברי קבוצת הרוצחים, נוכחותו בזירת האירוע לכל אורכו והימלטותו ברכב עם הרוצחים – מלמדים על היותו חלק מהמעגל הפנימי של העבירה – אף ללא הוכחת תרומה פיזית לרצח.<sup>527</sup> בדומה, בעניין מרגולין נדונה פרשה של התעללות של אנשי הצוות בחוסים במחלקה במוסד לחולי נפש "איתנים", בניצוחה של האחות הראשית.<sup>528</sup> רופא המחלקה ידע ושתק. השופט שוהם, באופן יצירתי, לא רק קובע שהסכמה בשתיקה רועמת היא ביצוע-בצוותא, אלא אף מסווג זאת משום מה כ"מעשה" במקום כ"מחדל". לבסוף, קרן של תקווה לשינוי מצאתי בפסק הדין שנתנו בעת הגהת ספר זה השופטים שטיין וקרא בפרשת בצלאל, כמפורט למטה בהערה האחרונה.

526 ע"פ 2796/95 פלוניס, לעיל ה"ש 518, בעמ' 413–414.

527 ע"פ 4514/10 דיבה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.9.2012).

528 עניין מרגולין, לעיל ה"ש 305. אך השוו לגישתם הנכונה של השופטים שטיין ("דרושה הוכחה שהנאשם נטל חלק כלשהו בביצוע העבירה גופה כאחד ממבצעי העיקריים, כמסייע, כמשדל או כמי שחזק את ידו של אחד המבצעים העיקריים" (פס' 22)) וקרא ("נדרשת עשיית מעשה המצוי על פי טבעו במעגל הפנימי של ביצוע העבירה" (פס' 3)) בע"פ 2921/18 מדינת ישראל נ' בצלאל (פורסם בנבו, 27.10.2019).

3. ההשלכות המעשיות (כולן מחמירות) של סיווג מוטעה של מסייע כמבצע-בצוותא

- א. העונש המרבי מוכפל;
- ב. מאחריות של מסייע לא אמורים לגזור נגזרת שנייה: לא ניסיון לסייע; לא סיוע למסייע; ולא שידול של מסייע (וכמובן לא ניסיון לשידול מסייע). לעומת זאת, מאחריות של מבצע-בצוותא – שהוא מבצע עיקרי – ניתן לגזור את כל הצורות הנגזרות: ניסיון, סיוע, שידול, ניסיון לשידול.
- ג. פטור עקב חרטה – ס' 34 לא חל על מבצע-בצוותא, אלא רק על רק מסייע או משדל.
- ד. האחריות לעבירה שונה או נוספת – בהתאם לסעיף 34 לחוק – היא מחמירה מאוד עם מבצע-בצוותא; ופחות מחמירה עם מסייע. בכך נעסוק בפרק הבא, מיד לאחר שיובא "מתכון" לניתוח פורמלי של ביצוע-בצוותא של עבירה.

#### ד. ניתוח פורמלי של ביצוע-בצוותא של עבירה

הנורמה האוסרת – סעיף העבירה המסוימת + ס' 29(ב) לחוק העונשין.

א. היסוד העובדתי – 3 דרישות:

1. צירוף פעולותיהם של המבצעים-בצוותא השלים את מלוא היסוד העובדתי של העבירה המסוימת (התנהגות, נסיבות, תוצאה, קשר סיבתי). (לא נדרש שכל אחד מהמבצעים-בצוותא יקיים את ההתנהגות הנדרשת בעבירה ויגרום לתוצאה הנדרשת בה).

2. תוכנית משותפת: הסכמה לביצוע משותף + חלוקת עבודה בין המבצעים.

3. חלקו של כל אחד בנפרד הוא של מבצע-בצוותא – 4 גישות:

(א) (פרופ' גור-אריה) מבחן הבידוד / ביצוע מצביע על ניסיון; או

(ב) (פרופ' קרמניצר) מבחן השליטה; או

(ג) (פרופ' סנג'ור) ניסיון + שליטה במצטבר; או

(ד) (הפסיקה) לכאורה המבחנים שלעיל; אך למעשה:

(1) דגש על התכנון המוקדם – על הקשר;

(2) "מקבילית כוחות": ככל שלמשתתף יש עניין גדול יותר בביצוע העבירה, מסתפקים בפחות

ביסוד העובדתי.

לדעתי, יש להחיל על כל אחת מ-4 הגישות את דרישת החוק "תוך עשיית מעשים לביצועה" של העבירה.

ב. היסוד הנפשי – 3 דרישות:

(דרישות 1 + 2 – לפי כל הגישות; דרישה 3 תלויה גישה)

1. מלוא היסוד הנפשי הנדרש בהגדרת העבירה המסוימת.

(מדובר רק בעבירות מחשבה פלילית – אין ביצוע-בצוותא ברשלנות<sup>529</sup>).

529 בע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.10.2013) שני קטינים התעמתו עם מבוגר ואחד מהם הכה בראשו עם קורה וגרם למותו. הפרקליטות ניסתה לייחס את גרימת המוות גם לקטין השני, בטענה של ביצוע-בצוותא של העבירה "גרימת מוות ברשלנות" (ס' 304 לחוק העונשין). בית המשפט

ביקורת דיני העונשין הישראליים

2. מודעות לכך שפועלים במסגרת של הסכמה משותפת.
3. (הדרישה השלישית היא תלוית גישה)
  - (א) גישת הבידוד / ביצוע – מטרה לפעול יחד;
  - (ב) גישת השליטה – מודעות לשליטה;
  - (ג) גישת השליטה + בידוד / ביצוע – מודעות לשליטה + מטרה לפעול יחד;
  - (ד) גישת הפסיקה – ? – איננה ברורה: לעיתים דרשו מטרה משותפת ולעיתים הסתפקו במודעות.<sup>530</sup>

קיבל את טענתה הנכונה של הסנגוריה הציבורית שאין ביצוע-בצוותא ברשלנות ואין ביצוע-בצוותא של עבירת רשלנות.

530 ד"ר רוני רוזנברג סקר לאחרונה את הפסיקה בנושא והגיע למסקנה שלא ברור מהו היסוד הנפשי הנדרש בפסיקה לצורך ביצוע-בצוותא. ראו רוני רוזנברג "ביצוע בצוותא: רכיב התנהגותי, יסוד נפשי ורציונליים" ספר אדמונד לוי 657 (אוהד גורדון עורך, 2017) ("...אני סבור שהיסוד הנפשי הנדרש בביצוע בצוותא הוא מעורפל, וכי קיימת בפסיקה הישראלית חוסר אחידות ובהירות ביחס אליו").

## פרק כג

### אחריות שותף לעבירה נוספת של שותפו (ושלילת אחריות סולידרית של קושרים)

#### א. ההסדר שבחוק וביקורת עליו

##### 1. כללי

אפתח בעובדות המקרה שנדון בפסק הדין רוש, שאליו התייחסתי בפרק הקודם: איציק מבצע ניסיון שוד של חנות תכשיטים. אחיו חנניה מסייע לו, בעיקר בכך שהוא ממתין במכוניתו ברחוב סמוך כדי לאספו לאחר השוד, וכן בכך שהוא נותן לו מכשיר טלפון סלולארי (של אחותם) ושקית גדולה (שלתוכה יכול איציק להכניס את התיקים שאליהם הוא מתכנן להכניס את שלל השוד). במהלך השוד בעל החנות מתנגד, ואיציק דוקר אותו למוות בפגיון. חנניה לא צפה את הרצח. לאיציק יוחסה, כמובן, מלבד אחריותו לניסיון השוד, גם אחריות לעבירת הרצח, בחלופה שהייתה קבועה עד לאחרונה בס' 300(א)(3) לחוק העונשין – שאיננה דורשת כוונה תחילה: "גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה".

במאמר מוסגר, יצוין כי הפרשנות המקובלת בפסיקה מראשיתה לביטוי "במזיד", היא שדי במחשבה פלילית רגילה, די בצפיית התוצאה, ולא נדרשת כוונה (רצון במוות). לדעתי, זוהי פרשנות מחמירה מדי, שאיננה מתיישבת היטב עם לשון החוק ועם חומרת עבירת הרצח. צריך היה לפרש "במזיד" כך שאומנם לא נדרשת כוונה תחילה – נוכח הנסיבות המחמירות שפורטו בסעיפים 300(א)(1), (3) ו-(4), אך בהחלט נדרשת כוונה רגילה (רצון בתוצאה הקטלנית). אלא שלאחר שהמחוקק אימץ את פרשנות הפסיקה בסעיף 90א(1) לחוק העונשין, פרשנות זו הונצחה. מה – אם בכלל – הייתה אחריותו של חנניה שהמתין במכונית לעבירת הרצח שביצע אחיו? התשובה תלויה (דרמתית!) באופן שבו מסווג חנניה – כמסייע לניסיון לשוד, כפי שראוי לסווגו, או כמבצע בצוותא של ניסיון לשוד – כפי שסווג בטעות בפסיקה. הסדר הרחבת האחריות לעבירה שונה או נוספת קבוע בסעיף 34 לחוק העונשין (ההדגשות הוספו):

#### "34 עבירה שונה או נוספת

(א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –

(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

(2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א) (1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו".

מה אומר לנו סעיף 34א על כל אחת משתי האפשרויות לסיווגו של חנניה ?

2. אחריותו של מסייע או משדל לעבירה שונה או נוספת – ס' 34א(א)(2)

יישא באחריות לעבירת רשלנות בלבד, בשני תנאים:

(א) "בנסיבות הענין, אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה" של העבירה השונה או הנוספת; כלומר התקיימה רשלנות לפי מבחן אובייקטיבי.

(ב) קיימת עבירת רשלנות עם אותו יסוד עובדתי.

מכאן שאם מסווגים את חנניה נכונה כמסייע לניסיון לשוד, אחריותו איננה לעבירה החמורה רצח (שאותה עבר אחיו) אלא לגרימת מוות ברשלנות, וגם זאת אם ורק אם התקיימה רשלנות.<sup>531</sup> כלומר: התאמה בין היסוד הנפשי של המסייע (או המשדל) כלפי העבירה הנוספת לבין אחריותו הפלילית. האחריות הפלילית היא בהתאם לעקרון האשמה. יש הרחבת אחריות באשר ליסוד העובדתי – שהרי לא השתתף בעבירה הנוספת – בניגוד לעקרון ההתנהגות, שהוא מעקרונות היסוד של דיני העונשין ("אין עונשין על דברים שבלב").

ניתן לתאר את פעולת ס' 34א(א)(2) החל על המסייע (ועל המשדל) כך:

0 ביסוד העובדתי + רשלנות = גרימת מוות ברשלנות.<sup>532</sup>

3. אחריותו של מבצע-בצוותא לעבירה שונה או נוספת – ס' 34א(א)(1)

אם חנניה מסווג בטעות כמבצע-בצוותא של עבירת הניסיון לשוד, כפי שאכן סווג בפסיקה, אזי אם בית המשפט קובע שהתקיימה רשלנות,<sup>533</sup> הוא יישא באחריות לעבירת הרצח, למרות שהיסוד הנפשי שלו הוא רשלנות בלבד (!):

0 ביסוד העובדתי + רשלנות = רצח (!)

זוהי הרחבת אחריות כפולה: הן ביסוד העובדתי (הרי לא תרם בפעולה כלשהי לעבירת הרצח) – בניגוד לעקרון ההתנהגות; והן ביסוד הנפשי (קפיצה מרשלנות לעבירה חמורה של מחשבה פלילית) – בניגוד לעקרון האשמה.

531 כפי שנראה בהמשך, בית המשפט קבע שלא התקיימה רשלנות, בנימוק הבעייתי שלפיו חנניה לא ידע שאחיו איציק הצטייד בפגיון שבאמצעותו ביצע את הרצח. ארון בכך בהמשך.

532 לשם השוואה: במשפט האמריקני, בקוד הפלילי לדוגמה של המכון האמריקני למשפט (MODEL PENAL CODE, לעיל ה"ש 281) אין בכלל הרחבת אחריות של המסייע לעבירות נוספות. ראו DRESSLER 2001, לעיל ה"ש 410, בעמ' 496.

533 ראו לעיל ה"ש 531.

פרק כג: אחריות שותף לעבירה נוספת של שותפו (ושלילת אחריות סולידרית של קושרים)

#### 4. שני ריכוכים קלים שהוסיף המחוקק (לא הופיעו בהצעת החוק)

האחד – ס' 34א(א)(1) סיפא – "ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד".

כלומר: לחנניה לא יוחסה עבירה של רצח בכוונה תחילה. זוהי אכן העבירה שעמדה לנגד עיני המחוקק, שסבר שמופרז להטיל על אדם אחריות לעבירת רצח שעבר שותפו ללא מעורבותו. הסיטואציה של רצח אגב שוד היא המקרה הטיפוסי של עבירה נוספת. אך, כפי שראינו, בסעיף 300א(3) שהיה בתוקף עד לאחרונה (המתה תוך ביצוע עבירה אחרת) לא נדרשה כוונה אלא די היה במחשבה פלילית רגילה (לפי ההלכה) ולכן בכל זאת היה ניתן לייחס לחנניה עבירת הרצח. לכן, הריכוך הזה בדרך כלל לא ממש ריכך. המחוקק ניסה לרכך ונכשל.

תקלה זו תוקנה לאחרונה במסגרת תיקון 117 לחוק, כשנקבע בסעיף 301ב "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" כך: "ג) על אף האמור בסעיפים 300 [רצח] ו-301א [רצח בנסיבות מחמירות], מי שגרם למותו של אדם ורואים אותו כמי שעשה את המעשה באדישות לפי סעיפים 34א(א)(1)... דינו – מאסר עשרים שנים". אם כי לדעתי גם מאסר עשרים שנים הוא עונש חמור מדי כשהיסוד הנפשי הנדרש הוא רשלנות בלבד וכשהיסוד העובדתי כלל לא קיים באשר לעבירה הנוספת.

הריכוך השני – ס' 34א(ב) – "הרשיע בית-משפט נאשם על-פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו". "רשאי", משמע אפילו לא חייב. וכן נותרה הסטיגמה של העבירה החמורה ביותר רצח. נראה כי גם תקלה זו תוקנה במסגרת סעיף 301ב(ג) החדש. אשוב ואסתייג מהעונש החמור של עשרים שנות מאסר.

#### 5. תמצית ההחמרה

בפרק הקודם ראינו שהפסיקה נוטה לסווג את כולם כמבצעים-בצוותא; אין יותר מסייעים. אחת ההשלכות המחמירות של הסיווג המוטעה הזה היא אחריות חמורה מאוד לעבירות שונות או נוספות למרות שהיסוד הנפשי הוא רשלנות בלבד: אחריות לרצח או להריגה לפי החוק שהיה בתוקף עד לאחרונה (עד תיקון 117, 1.1.2019); ואחריות ל"המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" לפי סעיף 301ב החדש – עבירה חמורה שעונשה עשרים שנות מאסר. שלוש ההשלכות המחמירות האחרות הן: עקיפת הגבלת עונש המסייע בחוק למחצית עונשו של המבצע העיקרי, האפשרות לגזור מביצוע עיקרי נגזרות נוספות של אחריות והיעדר פטור עקב חרטה למבצע עיקרי.

#### 6. סתירה בין תקרת העונש על ביצוע עבירת רשלנות לבין העונש על רשלנות כלפי עבירה שעבר שותף אחר

בפרק העוסק ברשלנות, ראינו שמכיוון שמדובר באשמה נמוכה מאוד (אם בכלל קיימת אשמה, שהרי הרשלנות הקבועה במשפט הישראלי היא אובייקטיבית – מבחן האדם מן היישוב – ולא סובייקטיבית) הגביל המחוקק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין וסמוך אחריו (בתיקון 43) את הענישה על עבירות רשלנות לעונש מרבי של שלוש שנות מאסר. כך בסעיף 21(ב) המהווה הצהרת כוונות ומשאלה של הכנסת כלפי הכנסות הבאות ("רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע") וכך בסעיף 90ב, המחייב את השופטים להגביל את העונש על עבירת רשלנות ישנה (שנחקקה לפני תיקון 39) לשלוש שנות מאסר כשהמחוקק (המנדטורי, בדרך כלל) הפריז. בהתאם לגישה זו,

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

אפילו עונשה של עבירת הרשלנות החמורה ביותר גרימת מוות ברשלנות מוגבל בסעיף 304 לשלוש שנות מאסר.<sup>534</sup> אך סעיף 34א, שנחקק בזמנית עם הצהרת הכוונות היפה יחסית<sup>535</sup> בסעיף 21(ב), איפשר לגזור מאסר עולם (!) על רשלן – וזאת דווקא במקרה שבו כלל לא תרם ליסוד העובדתי של העבירה – שנעברה על ידי שותפו (!). כאמור, גם בעקבות חקיקת עבירות ההמתה החדשות, עדיין סעיף 301ב מאפשר בענייננו עונש מופרז של עשרים שנות מאסר.

### 7. אנומליה

השותף שהמית אדם יישא באחריות לעבירה חמורה רק אם פעל במחשבה פלילית; אך השותף שלא המית יישא באחריות לעבירה חמורה על בסיס רשלנותו בלבד (!) (הפעם בהנחה שהשותף שהמית פעל במחשבה פלילית). שודד שירה למוות בשומר הבנק: אם מעד במדרגות הבנק ונפלט לו כדור (ונניח שהאמין בטעות שהאקדח אינו טעון) – אחריותו היא לגרימת מוות ברשלנות בלבד. כלומר: המשפט מאוד מתעניין ביסוד הנפשי המדויק של מי שלחץ על ההדק.

ענה נחשוב על שודד אחר שירה למוות בשומר בכוונה ונניח ששותפו לא צפה זאת, אלא ניתן לייחס לו רק רשלנות. מהי אחריותו של השותף הרשלן שלא ירה? – לפי ההסדר המחמיר באופן מופרז הקבוע בסעיף 34א, הוא אחראי לעבירת מחשבה פלילית, ובסיטואציה של רצח אגב שוד – לעבירה החדשה 301ב "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" שעונשה החמור מאוד הוא עשרים שנות מאסר (ולפי החוק שהיה בתוקף עד 1.1.2019 – אפילו לעבירת רצח בחלופה של ס' 300(א)(3) שעונשה מאסר עולם).

כלומר: בעוד שבאשר לשודד שירה למוות בשומר, החוק מאוד מתעניין ביסוד הנפשי שלו ומתאים אליו את האחריות הפלילית המדויקת, הרי שבאשר לשותף שכלל לא ירה, החוק משום מה לא מתעניין ביסוד הנפשי שלו וגם אם התקיימה רק רשלנות (או בייקטיבית) הוא יורשע בעבירה חמורה מאוד.

### 8. ניסיונות להצדיק את הרחבת האחריות

בדברי ההסבר להצעת החוק שקדמה לתיקון 39 לחוק העונשין, שבו נקבע הסעיף המחמיר 34א, נאמר כך:

"האבחנה המוצעת [בין המבצעים בצוותא לבין המשדלים והמסייעים] מבוססת על הדעה כי המבצעים בצוותא, הפועלים כגוף אחד, צריכים לתת את הדין על מה שמבצע כל אחד מהם אגב מימוש מזימתם המקורית; מה גם שההנחה היא שהיתה מודעות בכח לגבי העבירה הנוספת או השונה".

אך הדרישה למודעות בכוח היא דרישה חלשה, ומכל מקום היא נדרשת גם באשר לאחריותם של המסייע והמשדל לעבירה הנוספת, ולכן איננה יכולה להסביר את ההחמרה העצומה עם המבצע-

534 אפילו בתקופת המנדט, בסעיף 218 לפקודת החוק הפלילי, 1936, הוגבל העונש על גרימת מוות ברשלנות לשנתיים: "218. Any person who by want of precaution or by any rash or careless act, not amounting to culpable negligence, unintentionally causes the death of another person, is guilty of a misdemeanour and is liable to imprisonment for two years or to a fine of one hundred pounds"

535 ייתכן מאוד שהצהרת הכוונות הייתה יפה יותר אילו שללה לחלוטין עונש מאסר בגין עבירת רשלנות.

פרק כג: אחריות שותף לעבירה נוספת של שותפו (ושלילת אחריות סולידרית של קושרים)

בצוותא של העבירה המקורית (כגון שוד) שלא ביצע את העבירה הנוספת (כגון רצח). נותר רק חלקו הראשון של ההסבר, שמהווה בעצם החזרה (אומנם רק באשר למבצע-בצוותא ולא באשר למסייע ולמשדל וליתר הקושרים) דרך החלון של האחריות הסולידרית של הקושרים אשר גורשה כראוי דרך הדלת – בסעיף 499(ב).

אשר לרעיון של "גוף אחד בריבוי ידיים", ראשית, אם אכן פעלו כך המבצעים-בצוותא, היה זה רק כאשר לעבירה המקורית (השוד) ולא באשר לעבירה הנוספת (הרצח). בעבירה הנוספת המבצע-בצוותא לא נטל כל חלק, והיא אף חרגה מהמוסכם. כבר בעצם הטלת האחריות על העבירה הנוספת, אנו מרחיבים את אחריותו של המבצע-בצוותא. אין הצדקה להרחבה הנוספת שבזכותו על היסוד הנפשי ובהסתפקות ברשלנות. שנית, עקרונות היסוד של דיני העונשין מחייבים להתייחס לכל נאשם כאל אדם נפרד, תכלית לעצמו במינוח שטבע עמנואל קאנט, ולא כאל חלק ממכונה.

ניסיון נוסף להגן על ההסדר שבחוק מצוי במאמרו של פרופ' קרמניצר "עקרון האשמה"<sup>536</sup> כדי להצדיק את ההסדר שבחוק מדברים על החיוניות של כל מבצע-בצוותא לתוכנית הביצוע, על שליטתו בביצוע, על זכות הוטו שיש לו, ומכאן ראיית המבצעים-בצוותא כגוף אחד בריבוי ידיים. אך שליטתו בביצוע מתקיימת רק באשר לעבירה המקורית (השוד ולא הרצח). זכות וטו יש לו רק לגבי העבירה המקורית. "גוף אחד בריבוי ידיים" – בניגוד לציווי המוסרי לראות בכל אדם תכלית לעצמו. עוד טוענים תומכי הרחבת האחריות כי כשאנשים מתחילים בביצוע עבירה, הם יוצרים סיכון משותף שהם נוטלים על עצמם, שתבוצענה עבירות נוספות על ידי מי מהם – במסגרת הגשמת המטרה במובן הרחב (עם זיקה בזמן וזיקה עניינית). לכן מוצדק להטיל עליהם חובה לנטרל את הסיכון. אך כשמשתתף לא צפה את העבירה הנוספת ואינו נוכח בזירה בזמן העבירה (כך באשר למסייע ולמשדל, ולפי הפסיקה כך גם באשר למי שכלל לא נוכח במקום ובכל זאת מסווג בטעות כמבצע-בצוותא) – כיצד ינטרל?

עוד טוענים כי העובדה שהעבירה הנוספת נעברה על ידי שותף מסוים ולא על ידי שותף אחר היא במקרים רבים מקרית וכי רצוי להרחיק את כל המשתתפים. האומנם? אם נשוב לדוגמת האחים רוש המלווה אותנו בפרק זה: האומנם חלוקת התפקידים בין איציק לבין חנניה הייתה מקרית? נראה שאיציק הוא בריון מסוכן המסוגל לשוד אלים ואפילו לרצח, בעוד שאחיו חנניה כלל לא העז להגיע לחנות ולהשתתף בשוד. אשר להרתעה, עדיף לנו כחברה לשדר מסר שירתיע את ה"חנניות" מלגשת לחנויות ולשדוד בעצמם ולא לשדר להם מסר מוטעה שלפיו אין הבדל אם ימתינו במכונית או ייטלו חלק פעיל בשוד האלים כי בכל מקרה תוטל עליהם אחריות לשוד ואפילו לרצח במהלכו.<sup>537</sup>

## 9. אחריות לעבירה נוספת של שותף שצפה את אפשרות ביצועה על ידי שותפו

סעיף 34 מסתפק ברשלנות ("אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה") מצדו של השותף שלא ביצע את העבירה הנוספת (להלן לשם הקיצור: השותף הסביל). מה הדין אם בעת

536 קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 377, בעמ' 120–124.  
537 לביקורת נוספת על ההסדר שבחוק ראו מרים גור-אריה "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 83, 99–102 (אלי לדרמן, שי לביא וקרן שפירא-אטינגר עורכים, 2001); גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה", לעיל ה"ש 378, בעמ' 134–137.



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

היווצרות השותפות צפה השותף הסביל את העבירה הנוספת של השותף הפעיל? סעיף 34א אינו מתייחס לכך במפורש. קיימות שתי אפשרויות:

**גישה ראשונה** – דרישת הרשלנות שבפתח הסעיף היא רק דרישת מינימום ולכן יש להחיל את ההסדר שבסעיף 34א גם על שותף סביל שצפה את העבירה הנוספת של השותף הפעיל. זוהי לדעתי הגישה הנכונה. אומנם טוענים כנגדה שהיא נותנת פתרון ראוי רק באשר למבצע-בצוותא הסביל (במסגרת ס' 34א(א)(1)) ושהפתרון שהיא נותנת באשר למסייע ולמשדל (במסגרת סעיף 34א(א)(2)) מקל מדי, משום שהאחריות מוגבלת לעבירת רשלנות בלבד, בעוד שמדובר עתה במשדל או מסייע שצפה את העבירה הנוספת. אלא שלדעתי די בהחלט באחריות המוגבלת לעבירת רשלנות, שהרי המסייע או המשדל לא תרם דבר לביצוע העבירה הנוספת. גם כך אנו מרחיבים את אחריותו לעבירה שלא השתתף בה, ודי אם אחריותו תהיה לעבירת רשלנות.

**גישה שנייה** – גישת הפסיקה: ס' 34א כלל לא עוסק במצב שבו העבירה הנוספת נצפתה בפועל. אם נצפתה בפועל – "יחולו דיני השותפות הרגילים".<sup>538</sup> אלא שלאחר אמירה זו, במקום לבדוק את אחריותו המדויקת של השותף הסביל בהתאם למעשיו ולתרומתו לעבירה הנוספת, קפצו שופטים רבים להטלת אחריות מלאה על העבירה הנוספת שנצפתה. השופטים שכחו שבמסגרת דיני השותפות ("הרגילים", כלשונם) לא די ביסוד נפשי. כדי שיתגבש ביצוע-בצוותא, נדרש גם יסוד עובדתי – תרומה מסוימת לעבירה הנוספת. בלשון החוק: "תוך עשיית מעשים לביצועה". אם אין תרומה כזו – אין מקום להרשעה. אך בכל זאת הרשיעו, מבלי אפילו לשאול אם יש תרומה לביצוע העבירה הנוספת. חריגה לטובה הייתה פסיקתו של השופט גולדברג בפרשת נג'אר.<sup>539</sup> הוא זכר לברר מה הייתה התרומה לעבירה הנוספת, ולכן ייחס למבצע-בצוותא של העבירה המקורית, המתוכננת (התפרצות) רק סיוע לעבירות הנוספות שאותן צפה (שוד מזוין ורצח השומר על ידי המבוקשים). כלומר: השופט גולדברג לא ביסס את האחריות על סעיף 34א אלא ישירות על שותפות בשוד וברצח – בהתאם לתרומה בפועל – סיוע ולא ביצוע עיקרי.

אלא שבפסקי דין רבים הסתפקו השופטים ביסוד הנפשי (צפיית העבירה הנוספת) ולא דרשו תרומה לביצוע העבירה. בכך עקפו השופטים הן את ביטול האחריות הסולידרית של הקושרים (שבסעיף 499(ב)) והן את ההגבלות והתנאים שבסעיף 34א.

## 10. הסדר אפשרי אחר – אחריות המבוססת על הנוכחות

כפי שראינו בפרק הקודם, החוק הישן והפסיקה שפרשה אותו לא הבחינו בין המבצע-בצוותא לבין המסייע. באשר לעבירה המקורית, הסתפקו בכך שניתן היה להטיל את מלוא העונש גם על המסייע. האחריות לעבירה נוספת הייתה מבוססת על הנוכחות במקום ביצוע העבירה הנוספת ולא על התפקיד בעבירה המקורית (מבצע-בצוותא מול מסייע או משדל). סעיף 28 הישן לחוק העונשין (שהיה בתוקף עד לחקיקת סעיף 34א במסגרת תיקון 39) – "עבירה במהלך השגת מטרה משותפת" – קבע כך:

<sup>538</sup> ראשיתה של גישה לא רצויה זו היא כנראה בפסק הדין של השופט ברק בעניין מרדכי, לעיל ה"ש 524.

<sup>539</sup> ע"פ 7085/93 נג'אר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 221 (1997).

פרק כג: אחריות שותף לעבירה נוספת של שותפו (ושלילת אחריות סולידרית של קושרים)

”שניים או יותר שחברו יחדיו כדי להשיג מטרה בלתי חוקית, ובמהלך השגתה של המטרה נעברה עבירה שהיא לפי טבעה תוצאה מסתברת של אותו מהלך, יראו כל אחד מהם שנכח בשעת העבירה כאילו הוא עבר אותה.”

כלומר: שותף שנכח נשא באחריות ושותף שלא נכח לא נשא באחריות – ללא קשר לסיווג כמבצע-צוותא או כמסייע.

לאחר חקיקת ס' 34 ונוכח הקשיים שהוא מעורר, הצייע פרופ' אהרן אנקר לשוב לעניין האחריות הנגררת לדין הישן, כך שאומנם האחריות לעבירה המקורית (למשל שוד) תהיה לפי התפקיד בה (מבצע-צוותא לעומת מסייע או משדל), אך האחריות לעבירה הנוספת (למשל רצח) של מי שלא עבר אותה תהיה מבוססת על נוכחותו במקום בזמן ביצוע העבירה.<sup>540</sup> מהו הרציונל האפשרי? הן היכולת לצפות את העבירה הנוספת והן היכולת לסכלה (שליטה).

בדומה, בפרשת דהן,<sup>541</sup> שבה העבירה המקורית הייתה אונס קבוצתי, אך לאחר ביצועה תקף אחד השותפים על דעת עצמו את הקורבן וגרם לה חבלה, השופטת ביניש ייחסה חשיבות לכך שהשותפים (הסבילים) לא היו נוכחים במקום בעת הנחתת הקרש על ראש המתלוננת. כיצד ניסחה השופטת ביניש את דרישת הנוכחות ואת חשיבותה? הרי כפי שציינה, בחוק החדש היא כבר לא נדרשת. השופטת קבעה שהנוכחות עשויה ללמד מבחינה ראייתית על אפשרות הצפייה בכוח – שנדרשת בחוק החדש. אכן, מי שנוכח, בדרך כלל יכול לדעת יותר. והתוצאה – זיכוי מהעבירה הנוספת של תקיפה בנסיבות מחמירות.

להסרת הספק אציין כי להערכתני גם הסדר כזה הוא מחמיר מדי. ייתכן מאוד שההסדר הראוי והפרופורציוני הוא גם לדרוש נוכחות וגם להגביל את האחריות לעבירה הנוספת לעבירת רשלנות.

## 11. פרשנותה בפסיקה של דרישת הרשלנות שבסעיף 34 א

בפסק הדין בפרשת רוש נקבע כך: דקירת הנשדד למוות בפגיון (על ידי איציק, השודד) במצב שבו השותף (חנניה) כלל לא ידע ששותפו חמוש, לא רק שלא הייתה צפויה, אלא אף אין מודעות בכוח (גם אדם מן הישוב לא יכול היה להיות מודע). בית המשפט הבהיר נכונה כי השאלה איננה האם רצח אגב שוד מהווה התרחשות צפויה, אלא: האם בנסיבות המסוימות של המקרה הרצח שבוצע היה התרחשות צפויה על רקע השוד שתוכנן. והתוצאה – זיכוי מעבירת הרצח.<sup>542</sup> אכן: אם נשאל באופן כללי האם רצח בעקבות שוד הוא אפשרות שניתן לצפות – התוצאה תהיה תמיד חיובית, שהרי אירעו מקרים כאלה. אך יש לדייק ולשאול את השאלה על רקע עובדותיו המסוימות של כל מקרה.

בהמשך<sup>543</sup> הוסיף השופט מצא: “אלמלא הצטייד איציק בפגיון, והמית את קורבנו בידיו הריקות, אפשר שאחריות למעשה ההמתה הייתה מוטלת גם על חנניה”. אמירה זו מעוררת שני קשיים: האחד – דווקא המתה בידיים אינה בגדר הצפיות של האדם הסביר; והשני – מה ההיגיון בכך שמצבו של השותף הסביל חנניה יהיה טוב יותר רק משום שנעשה שימוש בפגיון? (או: יהיה רע יותר רק משום שהמתה בוצעה בידיים?). נראה כי לאחר סיווגו המוטעה של חנניה שהמתין במכונית, כמבצע-

540 אהרן אנקר “על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע” מחקרי משפט יז 339 (2001).

541 ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 501 (2001).

542 עניין רוש, לעיל ה"ש 521.

543 שם, בעמ' 880.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

בצוותא של ניסיון לשוד שלא השתתף בביצועו (אלא רק תרם לו בעקיפין כמסייע) חשו השופטים כי יהיה זה מופרז לייחס לו גם אחריות לרצח שגם בביצועו לא השתתף (ושאפילו לא תרם לו בעקיפין כמסייע).

גם בפסק דין דהן חזר בית המשפט על האמירה הנכונה שבפסק הדין רוש, בשינויים המחוייבים: "השאלה שלפנינו אינה השאלה אם ניסיון לרצח אגב אינוס בחבורה מהווה התרחשות צפויה, אלא עלינו לבחון אם בנסיבות המקרה היה אדם מן היישוב יכול לצפות את ההתרחשות הנוספת שאירעה בפועל".<sup>544</sup> אכן, אם נשאל באופן כללי האם ניסיון לרצח בעקבות אונס הוא אפשרות שניתן לצפות – התוצאה תהיה תמיד חיובית. אך יש לדייק ולשאל את השאלה על רקע עובדותיו המסוימות של כל מקרה.

לבסוף, יש לפרש את המלים "אגב עשיית העבירה" לא כסמיכות במקום ובזמן בלבד לביצוע העבירה המקורית, אלא אף כדרישה לקשר ענייני בין העבירה המקורית לבין העבירה הנוספת. כלומר: נדרש שהעבירה הנוספת נעברה כדי לקדם את העבירה המקורית. לזיקה זו שבין שתי העבירות יש כמובן גם השפעה על יכולתו של השותף הסביל לצפות את העבירה הנוספת של שותפו. כך, בעוד שפגיעה פיזית במתנגד קשורה לעבירת השוד, אם במהלך השוד בוחר אחד השותפים לפגוע פגיעה מינית בקורבן השוד, אין קשר ענייני בין העבירות ובהתאם גם לא ניתן לצפות את העבירה הנוספת (נניח שבוצעה בחדר אחר) כך שלא מתקיימת הרשלנות הנדרשת בסעיף 34א.

### ב. האם הסדר 34א הוא מידתי?

השאלה נדונה על ידי בית המשפט העליון בפרשת סילגדו.<sup>545</sup> חמישה שותפים תכננו שוד תוך שימוש באקדח בורד כדי לאיים. בעלי החנות התנגדו וסילגדו סטה מהתוכנית: ירה, הרג אדם ופצע אדם נוסף. השודדים נמלטו ללא הרכוש (עובדה המלמדת שלא צפו את הירי). סילגדו הורשע בניסיון לשוד וברצח לפי סעיף 300(א)(3). היתר הורשעו בביצוע-בצוותא של ניסיון לשוד ואף הוטלה עליהם אחריות חמורה לרצח על בסיס סעיף 34א(א)(1) (לגבי שניים מהארבעה הקלו מעט בעונש על הרצח – למאסר 20 שנים בהתאם לסמכות שבסעיף 34א(ב)).

בית המשפט העליון דן בכובד ראש בשתי שאלות. הראשונה מעט מוזרה והשנייה כבדת משקל. השאלה המוזרה היא האם סעיף 34א פוגע בזכות של הנאשם ולפיכך מצריך בדיקה חוקתית כדי לקבוע האם הוא מידתי – בהתאם לפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופט ברק קבע נכונה שאיסור פלילי ועונש מאסר פוגעים כמובן בזכות לחירות ולכן יש לבדוק אם ההסדר שקובע סעיף 34א הוא מידתי. באופן מוזר גרסה השופטת שטרסברג-כהן שהסעיף אינו פוגע בזכות. הנמקתה מבוססת על כך שהחוק הפלילי משקף איזון שכבר יצר המחוקק. אולי קו מחשבה מוזר זה הוא המוליך לתוצאה המאכזבת שלפיה בעוד שמאז שב-1992 נחקקו חוקי היסוד החדשים (ובעיקר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) חוקים רבים נבחנו על ידי בית המשפט העליון וחלקם אף נפסלו משנמצא שאינם מידתיים, הנה בתחום "דיני הנפשות" – המשפט הפלילי המהותי (דיני העונשין) לא נפסלה עד היום

544 עניין דהן, לעיל ה"ש 541, בעמ' 525.

545 עניין סילגדו, לעיל ה"ש 235.

פרק כג: אחריות שותף לעבירה נוספת של שותפו (ושלילת אחריות סולידרית של קושרים)

אפילו הוראת חוק אחת. מכל מקום השופט השלישי אדמונד לוי הצטרף בעניין זה לשופט ברק, כך שנקבע שאכן יש פגיעה בזכות ונדרשת בחינה חוקתית של ס' 34א.

מכאן לשאלה המרכזית שנדונה בפסק הדין: האם סעיף 34א מידתי? השופט ברק מצטט ממאמרו של פרופ' קרמניצר: "אין זה רצון להרתיע בעלמא אלא אמצעי מובהק להגן על קרבן העבירה ועל הסובבים אותו. אין צריך לומר כי צודק יותר לגלגל את הסיכון אל עבר המבצע האחר מאשר להשאירו אצל הקורבן, העדים ועוברי-האורח", וקובע שהסעיף מידתי.

כמה מהשגותי על דברים אלה: ראשית, יש לזכור שקיימת אחריות פלילית על המבצע שירה. שנית, הרחבת האחריות שביסוד העובדתי היא משמעותית מאוד, אפשר היה גם בלעדיה ויש להסתפק בה. אין הצדקה להרחבת האחריות שביסוד הנפשי ודי באחריות לגרימת מוות ברשלנות. שלישית, לא ברור מה מקומו של השיקול "לגלגל את הסיכון" – הרי לא מדובר בפיצויים אזרחיים; וכאמור אין חולק שהמבצע שירה אחראי.

רביעית, השופט ברק הוסיף וכתב כך: <sup>546</sup> "ס' 34א מטיל אחריות בגין עבירה שונה או נוספת רק על מי שבחר במודע להשתתף באירוע עברייני מקורי כמבצע-בצוותא אף שהיה מודע (בפועל או בכוח) לכך כי אופן ביצועה והיקפה יצאו משליטתו". הביטוי "מודע (בפועל או בכוח)" הוא מוזר ביותר. הרי לא מדובר בשני סוגים של מודעות (מודעות בפועל ומודעות-בכוח) אלא מדובר בדבר והיפוכו: כשנקבעת מודעות-בכוח (= מודעות פוטנציאלית = יכולת סבירה להיות מודע = רשלנות) פירוש הדבר שלא התקיימה מודעות (בפועל). מי שמתקיימת לגביו רק מודעות-בכוח כלל אינו מודע. לכן לא די בהגנבת האפשרות של מודעות-בכוח בתוך סוגריים, אלא צריך להודות במשפט העיקרי שהנאשם שעליו מוטלת אחריות מכוח סעיף 34א כלל אינו מודע; אינו צופה את העבירה הנוספת – ולכן הטלת האחריות עליו לעבירה של מחשבה פלילית (ואפילו לעבירת הרצח! כך בזמן פסק הדין. כיום חל סעיף 301ב "המתה בניסבות של אחריות מופחתת", ועדיין העונש המרבי מאוד חמור – עשרים שנות מאסר) חורגת מעקרון האשמה חריגה גסה מאוד. לא מידתית, אלא מופרזת. הסבר נוסף של ההטעה שבביטוי שבו בחר השופט ברק: לפי כללי התחביר, ניתן לדלג על האמור בסוגריים והמשפט עדיין אמור להישאר נכון. אך ללא האמור בסוגריים נקבל שהנאשם כביכול היה מודע, בשעה שסעיף 34א כלל לא דורש שהיה מודע, אלא מסתפק ברשלנות. יתרה מזו: השופט ברק הרי קבע שאם השותף הסביל היה מודע בפועל (כלומר צפה את העבירה הנוספת) אזי אין תחולה לסעיף 34א (העוסק לשיטתו רק ברשלנות) ו"יחולו דיני השותפות הרגילים". מכאן שדווקא לשיטתו לא נכון שקיימת החלופה של מודע בפועל ולכן הביטוי "מודע (בפועל או בכוח)" הוא מטעה במיוחד, שהרי ברור שלא היה מודע (!).

חמישית, כשהשופט אדמונד לוי נחלץ לתמוך בגישת השופט ברק (מול השופטת שטרסברג-כהן) שלפיה ס' 34א אכן פוגע בזכויותיו של הנאשם, הוא כותב נכונה כך: <sup>547</sup>

"הרחבה זו של האחריות הפלילית, מתבססת על חזקה שיצר המחוקק לחובתו של 'השותף הסביל' בתחום ה'מחשבה הפלילית', וזהו מצב בעייתי, הואיל ופוקדים שותף זה על אשמתו של אחר, שהרי מקובל על הכול שמדובר במי שלא זו בלבד שלא נטל

546 שם, בעמ' 543.

547 שם, בעמ' 562.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

חלק בביצוע העבירה, אלא שגם לא צפה כלל את ביצועה, וממילא אין מתקיימת בו אחת מצורותיה של המחשבה הפלילית... הוראת חוק מסוג זה, שמכוחה צפוי אדם להעמדה לדין ואף למאסר, גלומה בה פגיעה כפולה בזכויות יסוד...".

על רקע קביעה נכונה זו, חבל שהשופט אדמונד לוי חובר לשופט ברק ולא ממשיך וקובע שהפגיעה אינה מידתית אלא מופרזת, שהרי מבחינה לוגית: פגיעה רגילה ← צריך לדון במידתיות; פגיעה כפולה ← צריך לקבוע שהפגיעה אינה מידתית.

ד"ר הדר דנציג-רוזנברג שאלה נכונה במאמרה: "התיתכן תכלית ראויה שאינה מערבת יסודות גמוליים?"<sup>548</sup> ואכן:

גמול ← אשמה ← אין להסתפק ברשלנות ולהרשיע בעבירה חמורה של מחשבה פלילית.

לבסוף, גם בקנדה נחקקה הוראת חוק דומה לשלנו. בית המשפט העליון הקנדי דן במקרה של שוד, שבו אחד השודדים ירה למוות במתנגד. נפסק שסעיף חוק המטיל אחריות חמורה למוות ללא דרישה של צפיית המוות איננו חוקתי. סעיף 7 לצ'רטר הקנדי קובע שהמשפט הפלילי המהותי חייב להיות בהתאם לעקרונות של צדק בסיסי ("principles of fundamental justice").<sup>549</sup> אצלנו, כאמור, קבע בית המשפט העליון שאפילו הוראה כה מחמירה כמו סעיף 34א לחוק העונשין, המטילה על אדם אחריות לעבירה חמורה של מחשבה פלילית (ואפילו לעבירת הרצח) שאותה עבר שותפו לעבירה אחרת (כגון שוד) חרף העובדה שלא תרם דבר לעבירה הנוספת (ביסוד העובדתי) ולא צפה את העבירה (ביסוד הנפשי), היא בכל זאת מידתית ואיננה סותרת את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמדה מאכזבת זו אינה מותירה תקווה גדולה לפסילת הסדרים לא מידתיים. אחרים שבדיני העונשין הישראליים.

548 הדר דנציג-רוזנברג "הסדר הטלת האחריות לעבירה נגררת: הרהורים על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איוון אחרת" ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 683 (יורם רבין, דרור ארד-איילון ויניב ואקי עורכים, 2009).

549 Fletcher, The Grammar of Criminal Law, לעיל ה"ש 363, בעמ' 101-104.

## פרק כד

### נתונים ענייניים מול נתונים אישיים

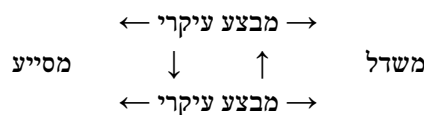
#### א. כללי

סעיף 34ב לחוק העונשין שכותרתו "נתונים ענייניים ונתונים אישיים" קובע כך:

"נתון שהוא תנאי להתהוות עבירה, תהיה לו נפקות לגבי כל צד לאותה עבירה, אף אם אינו מתקיים בו; ואולם נתון אישי שנפקותו מכוח חיקוק להחמיר בעונש, להקל בו, לשנותו בדרך אחרת, או למנעו, תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים".

החלק השני של סעיף 34ב הוא פשוט: נתון אישי חל רק על הצד שלגביו הוא מתקיים. אם אחד המשתתפים בביצוע העבירה הוא מועד (רצדיביסט), אין הצדקה לכך שנחמיר גם עם האחרים שאינם מועדים. אם אחד המשתתפים סובל מהפרעה נפשית או מליקוי שכלי, או שמתקיימת לגביו חרטה או חסינות, אין הצדקה לכך שנקל גם עם האחרים, שלגביהם לא מתקיים הגורם המיוחד. זוהי אומנם סטייה מסוימת מכלל אחדות העבירה, אך מאוד הגיוני שנתון אישי יחול רק על הצד שלגביו הוא מתקיים. הפגיעה בכלל אחדות העבירה קטנה, כי בשלב הראשון כולם מיוחסת אותה העבירה. רק בשלב השני מקלים בעונשו של אחד מהצדדים לעבירה, או אפילו פוטרים אותו מאחריות, בשל נסיבות שמיוחדות רק לו.

החלק הראשון של סעיף 34ב הוא קשה: נתון ענייני חל על כל הצדדים לעבירה. מנין לנו שמדובר בחלק הראשון בנתון ענייני? הדבר נלמד מכך שבחלק השני מדובר על נתון אישי.<sup>550</sup> כנראה שהסעיף נועד להגשים את עקרון אחדות העבירה, כך שכל המשתתפים יהיו אחראים לאותה עבירה. הפירוש הבעייתי שהוצע לסעיף הוא שדי בכך שהנתון מתקיים אצל צד כלשהו, כדי שיחול גם על כל יתר הצדדים. הפירוש הנכון, לדעתי: ההשפעה היא רק מהמרכז כלפי הפריפריה:



רק נתון שמתקיים במבצע העיקרי משפיע גם על האחרים (מבצע עיקרי נוסף, משדל, מסייע). אין מקום להשפעה מהצורות הנגזרות (משדל או מסייע) לעבר המרכז (המבצעים העיקריים) או לעבר נגזרות אחרות (משדל ← מסייע; מסייע ← משדל). כשהנתון מתקיים במבצע העיקרי, הוא משנה את מהות העבירה שנעברה במציאות, ושהאחרים – המשדל, המסייע והמבצע הנוסף (בצוותא) – תרמו לה, בתנאי שהיו מודעים לאותו נתון.

<sup>550</sup> במאמר מוסגר יצוין כי אפשרית גם פרשנות אחרת, שלפיה החלק הראשון חל לא רק על נתון ענייני, אלא אף על נתון אישי הקבוע באיסור רגיל ולא באיסור מיוחד הבא להחמיר.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

למשל: גניבה ממעביד (ס' 391 לחוק העונשין – "גניבה בידי עובד"). אם המבצע העיקרי שגונב בעצמו הוא עובד הגונב ממעבידו, מדובר בעבירה חמורה יותר, הפוגעת בערך מוגן נוסף: הפגיעה איננה רק בקניין כגניבה הרגילה, אלא גם ביחסי האמון שבין מעבידים לעובדים. יש מקום לייחס אחריות לגניבה ממעביד גם למשדל ולמסייע ולמבצע נוסף, בתנאי שידעו שמדובר בעובד הגונב מהמעביד. לעומת זאת, אם עובד משדל אדם אחר – שאינו עובד של המעביד שממנו גונבים – לגנוב מהמעביד של המשדל, אין הצדקה לייחס לגנב גניבה ממעביד. הקורבן אינו המעביד שלו ומבחינתו זו גניבה רגילה. הוא לא הפר יחסי אמון כלשהם. וכן חסרה נסיבה הנדרשת בהגדרת העבירה. לכן, יש לסטות מעט מכלל אחדות העבירה, ולייחס לכל צד את העבירה שמתאימה לו: לגנב – גניבה רגילה, ולמשדל (שהוא עובדו של המעביד שממנו גונבים) – שידול לגניבה ממעביד.

## ב. כיצד מבחינים?

אומנם בדרך כלל ההבחנה ברורה, אך לא תמיד קל להבחין בין נתון ענייני לבין נתון אישי. להלן אעמוד על שני מבחנים שהוצעו ואציע מבחן שלישי.

### 1. הצעת פרופ' פלר: מבחן פורמלי של הגדרת העבירה

כל נתון מופיע בהגדרת העבירה הוא נתון ענייני; וכל נתון שמחוץ להגדרת העבירה (כגון הסדר למועדו, חסינות, חרטה, אי־שפיות וכו') הוא נתון אישי.<sup>551</sup> בדרך כלל המבחן הזה יניב תוצאות טובות. כך, למשל, בעבירת השוחד (ס' 290 לחוק העונשין) נדרש הנתון "עובד הציבור". הדרישה מופיעה בהגדרת העבירה עצמה. ואכן המבחן של פלר יוליך לתוצאה נכונה, שלפיה מדובר בנתון ענייני. אך לא תמיד מוליך מבחן זה לתוצאה נכונה, ולכן נדרש מבחן מהותי במקום המבחן הטכני. כך, למשל, בעבירה של המתת תינוק (ס' 303(א)) חרף העובדה שהנתון (של אם בדיכאון שלאחר לידה) מופיע בהגדרת העבירה עצמה, ברור שזהו נתון אישי, שצריך להקל רק בעונשה של האם האומללה (שמתחשבים במצבה הנפשי המיוחד), אך לא בעונשם של המשדל המנוול והמסייע הרשע שתורמים להמתת התינוק. נהפוך הוא: מי שמשדל או מסייע לאם במצב נפשי כזה להמית את תינוקה, תוך מודעות למצבה, מן הראוי אפילו להחמיר בעונשו ובוודאי שלא להקל עמו.

### 2. הצעת השופט קדמי: מבחן האחריות מול העונש

השופט קדמי הציע בספרו הבחנה אחרת: אם ההשפעה היא על עצם קיום האחריות הפלילית – הנתון ענייני; אם ההשפעה היא רק על העונש – הנתון אישי.<sup>552</sup> גם המבחן הזה בדרך כלל יניב תוצאות נכונות. למשל, בעבירת השוחד נדרש הנתון "עובד הציבור". ללא התקיימות הנתון – אין עבירה. ואכן המבחן של קדמי יוליך לתוצאה נכונה – שלפיה מדובר בנתון ענייני.

551 פלר, כרך ב, לעיל ה"ש 400, בעמ' 296–306.  
552 קדמי על הדין בפלילים: חוק העונשין, לעיל ה"ש 6.

פרק כד : נתונים ענייניים מול נתונים אישיים

אך מה יקרה בעבירה של גניבה ממעביד ? הרי ברור לכולם שהנתון יחסי עובד (המבצע) ומעביד (הקורבן) הוא נתון ענייני, המשפיע על מהות העבירה שנעברה (זוהי תופעה חמורה יותר, המגלמת לא רק פגיעה בקניין אלא גם ביחסי האמון). אך לפי מבחן קדמי, מכיוון שגם ללא הנתון יש אחריות לעבירה של גניבה רגילה, יוצא שרק העונש השתנה ולכאורה זהו נתון אישי ולא נתון ענייני.

3. הצעת המחבר : נדרשת הבחנה מהותית בין חומרת המעשה לבין האשמה

(בין חומרת ה-act לבין ה-guilt). זאת, בדומה להבחנה שבין צידוק (justification) לבין פטור (excuse) שבה אעסוק בפרק המוקדש לסייגים לאחריות פלילית. האם גניבה ממעביד היא מעשה חמור מגניבה רגילה ? כן ← הנתון הוא ענייני (המעשה עצמו חמור יותר, עוד לפני ההתייחסות לאשמת המבצע). האם המתה של תינוק שאמו בדיכאון שלאחר לידה היא מעשה פחות חמור מהמתת תינוק שלו אם רגילה ? לא ← הנתון הוא אישי (המעשה עצמו אינו שונה בחומרתו, רק אשמת האם שונה). לסיום יודגש שנדרשת מודעות של האחר (משדל, מסייע או מבצע עיקרי נוסף, בצוותא) לנתון הענייני המתקיים אצל המבצע העיקרי כדי שיוחס גם לו.





## פרק כה

### ביצוע באמצעות אחר (מול שידול)

#### א. כללי

אב מבקש מבנו הפעוט להביא לו את עיתון הבוקר מחצר השכנים. בדרך זו הוא גונב מהשכנים את העיתון, תוך שימוש בבנו הפעוט כבמכשיר. סעיף 29(ג) לחוק העונשין מגדיר את המבצע באמצעות אחר כך (ההדגשה הוספה):

"מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה:

- (1) קטינות או אי שפיות הדעת;
- (2) העדר שליטה;
- (3) ללא מחשבה פלילית;
- (4) טעות במצב דברים;
- (5) כורח או צידוק".

האדם שביצע כמו ידיו את היסוד העובדתי של העבירה ("המבצע הישיר") לא פעל באופן אוטונומי ואינו נושא באחריות פלילית (או שאין לו מחשבה פלילית – מודעות). "המבצע באמצעות אחר" (המבצע העקיף) "עשאו<sup>553</sup> ככלי בידיו"; ואצלו מתקיים היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. פרופ' פלר תאר זאת בספרו כצירוף של "מפעיל מודע" ו"כלי מופעל".

← מפעיל מודע	← כלי מופעל
המבצע העקיף המבצע באמצעות אחר	המבצע הישיר בפסיקה המוקדמת – "סוכן תמים" (תרגום לא מוצלח מהמשפט האנגלי: innocent agent)
כאן היסוד הנפשי של העבירה; וההפעלה	כאן היסוד העובדתי של העבירה

צריך להבחין בין המשדל לבין המבצע באמצעות אחר, הן כדי לא לבלבל ביניהם והן כדי לאפיין את הביצוע באמצעות אחר. שני המקרים עשויים להיראות זהים: אילו צפינו בסרט, בשני המקרים היינו רואים אדם א' פונה אל אדם ב' בדברים, שאחריהם אדם ב' מבצע התנהגות אסורה. המשדל פונה לאדם אוטונומי, שנותרת בידיו הבחירה האם לבצע את העבירה. הבחירה של המשדל חופשית (במאמר מוסגר, זוהי סיבה נוספת המוליכה להערכת שלפיה החמירו מדי עם המשדל כשקבעו לו את אותו

553 עשהו. עשה אותו.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

העונש המרבי הקבוע למבצע העיקרי של העבירה). לעומת זאת, בביצוע באמצעות אחר, המבצע הישיר אינו אוטונומי, אלא כלי בידיו של המבצע העקיף.<sup>554</sup> האם אפשרי ביצוע באמצעות אחר של עבירה קלה מסוג "חטא"? והאם ניתן לגזור מעבירה (לא חטא) שנעברה בדרך של ביצוע באמצעות אחר נגזרות: ניסיון, סיוע, שידול וניסיון לשידול? שתי התשובות חיוביות. הביצוע באמצעות אחר איננו צורה נגזרת, אלא ביצוע עיקרי לכל דבר. זוהי רק דרך מיוחדת, מתוחכמת, של ביצוע עיקרי.<sup>555</sup>

## ב. הבסיס התאורטי של הביצוע באמצעות אחר

### 1. שליטה

כדי שאדם יהיה מבצע באמצעות אחר, צריכה להיות לו שליטה (הגמוניה) ממש כמו בצורות האחרות של ביצוע עיקרי: הביצוע הרגיל (לבד) והביצוע בצוותא.<sup>556</sup> קיימים שני סוגים אפשריים של שליטה – בשניהם המבצע הישיר פועל שלא מתוך רצון אמתי: השלטת רצון ויתרון הבנה. בתוך כל קטגוריה ישנם מקרים טיפוסיים. המחוקק הישראלי לא הסתפק בהגדרת המבצע באמצעות אחר בכלל של שליטה – "שעשאו ככלי בידיו" – אלא הוסיף בסעיף 29(ג) לחוק העונשין גם רשימה בסגנון קזואיסטי של שבעה מקרים טיפוסיים. נראה שבסוגיה זו טוב עשה כשלא הסתפק בכלל אלא פירט את המקרים הטיפוסיים, משום שהם אינם רבים ופירוטם תורם לבהירות החוק. ניתן למיין את המקרים הטיפוסיים תוך חלוקה לשתי הקטגוריות הכלליות השלטת רצון ויתרון הבנה, שיש להן חשיבות תאורטית לשם הבנת המקרים השונים, חרף העובדה שהחוק עצמו אינו עושה את ההבחנה.

### 2. השלטת רצון

#### (א) מפקד-פקוד (צירוף הסעיפים 34ג(2) ו-29(ג)(5) לחוק העונשין)

חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (ס' 123) מחייב את החייל למלא את פקודת מפקדו (כדי לאפשר תפקוד יעיל של הצבא) ולכן גם נקבע לחייל הפקוד סייג לאחריות פלילית בסעיף 34ג(2) לחוק העונשין – "עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין". לצד הסרת האחריות מהפקוד, מטיל סעיף 29(ג)(5) לחוק את האחריות לעבירה שעבר הפקוד על המפקד שפקד לבצעה (אלא אם עומד לו צידוק או פטור, כגון סייג הצורך). עד כאן ביצוע באמצעות אחר. אך אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל (כגון רצח אזרחים כפרשת כפר קאסם), מתהפכות היוצרות: החייל חייב לסרב לה (ס' 125 לחוק השיפוט הצבאי) ואם הוא בכל זאת מציית לה, הוא נושא באחריות פלילית. או אז יסווג המפקד כמשרדל, שהרי לא הפעיל אדם נטול אחריות, אלא שכנע אדם הנושא באחריות לעבור עבירה.

554 במאמר מוסגר: במשפט הישראלי ברור שהאחר צריך להיות אדם. לעומת זאת, במשפט האמריקני מדברים על "Innocent – Instrumentality Rule" שחל גם על "non-human agent", כגון כלב שמאמנים אותו לגנוב את עיתון השכן. הדבר משונה, כי כשלא מדובר באדם, כלל אין צורך בדוקטרינה מיוחדת, כשם שאין בה צורך כשמשמשים במכונה או ברובוט. השוו Dressler 2001, לעיל ה"ש 410, בעמ' 462.

555 לכן סעיף 34 אינו חל על ביצוע באמצעות אחר.

556 להרחבה על גישת השליטה ראו קרמניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו", לעיל ה"ש 517, בעמ' 65-72.

פרק כה: ביצוע באמצעות אחר (מול שידול)

(ב) כורח (צירוף הסעיפים 34 ו-29(ג)(5) לחוק)

המבצע העקיף מאיים על המבצע הישיר שאם לא יעבור עבירה מסוימת, הוא יפגע בו או בכך משפחתו.

← מאיים ←	← מאוים ←	← קורבן ←
מבצע באמצעות אחר	מבצע ישיר	
אחראי בהתאם לסעיף 29(ג)(5)	פטור על פי סעיף 34 ומהווה "סוכן תמים"	

אך אם האיום אינו חמור ומצפים מהמאויים לעמוד בו ולא לעבור את העבירה (כגון איום לפגוע ברכושו אם לא יפגע פיזית בגוף הקורבן) משתנים הסיווגים: המבצע הישיר אחראי לעבירה; והמאיים אחראי לשידול לאותה עבירה.

(ג) הורה-ילד (צירוף הסעיפים 134 ו-29(ג)(1) לחוק)

נשוב אל האב המצווה על בנו הפעוט להביא לו את עיתון הבוקר מחצר השכנים. המבצע הישיר, הפעוט, אינו אחראי, בהיותו מתחת לגיל האחרית הפלילית – סעיף 134 "קטינות". האב אחראי כמבצע באמצעות אחר מכוח סעיף 29(ג)(1) המתייחס במפורש לאפשרות של קטינות.

(ד) דוחף-נדחף (צירוף הסעיפים 134 ו-29(ג)(2) לחוק)

פְּרָשְׁנָדָּתָא ← דְּלָפוֹן ← נִיזְתָּא

פְּרָשְׁנָדָּתָא דוחף את דְּלָפוֹן על נִיזְתָּא, כך שויזתא נהדף אל המסילה ונדרס למוות על ידי הרכבת. לדלפון לא הייתה שליטה בהתנהגותו (= אפשרות בחירה בהתנהגות חלופית) ולכן הוא פטור מאחריות פלילית (סעיף 134 לחוק). פרשנדתא אחראי להמתה כמבצע באמצעות אחר (עבירת ההמתה המדויקת תיקבע בהתאם ליסוד הנפשי שלו). מלבד המקרה המסוים של דוחף ונדחף, ייתכנו כמובן מצבים אחרים שבהם העקיף מנצל היעדר שליטה של הישיר בהתנהגותו.

3. יתרון הבנה

לצד השלטת הרצון שנדונה לעיל, תיתכן גם שליטה באמצעות יתרון הבנה: המבצע העקיף יודע דבר מה שהמבצע הישיר אינו יודע, ומנצל זאת. למבצע הישיר אין חופש בחירה אמתי. הוא פועל ככלי בידי המבצע העקיף, משום שאינו מודע למשמעות מעשיו. ייתכנו שני מצבים:

(א) המבצע הישיר פועל ללא מחשבה פלילית (צירוף הסעיפים 19 ו-29(ג)(3) לחוק)

סעיף 19 קובע שככלל בעבירה פלילית נדרשת מחשבה פלילית (= מודעות). אם מדובר בעבירה של מחשבה פלילית, המבצע הישיר אינו אחראי. המבצע העקיף, היוצר את המצב ומנצל אותו ("שעשאו ככלי בידיו") אחראי כמבצע באמצעות אחר, בהתאם לסעיף 29(ג)(3) ("ללא מחשבה פלילית" אצל המבצע הישיר).

1. אי-מודעות להתנהגות – המבצע הישיר טועה לחשוב שהוא מדליק אור, לוחץ על המתג ומפעיל פצצה שהתקין המבצע העקיף בסתר (הפצצה מופעלת על ידי חישן הקולט כבר את הושטת היד).

ביקורת דיני העונשין הישראליים

2. אי-מודעות לנסיבה – המבצע הישיר לא יודע שהתיק שאותו התבקש על ידי המבצע העקיף להעביר למקום אחר, איננו של העקיף, אלא של הקורבן, שממנו העקיף גונב באמצעות אחר. מקרה מהפסיקה: העקיף הטעה את אחיו כך שימסור הצהרה כוזבת.
3. אי-מודעות לאפשרות התרחשות התוצאה – א' מטעה את ב' כך ש-ב' מתדלק את מכוניתו של ג' בדלק מסוג לא מתאים, שגורם נזק חמור למנוע, שאותו ב' לא צופה. העבירה הספציפית שנעברה על ידי א' באמצעות אחר (ב') היא "היזק לרכוש", ס' 452 לחוק העונשין.

(ב) המבצע הישיר פועל תוך "טעות במצב דברים" (צירוף הסעיפים 34 ו-29(ג)(4) לחוק). מדובר בטעות באשר להתקיימות סייג לאחריות פלילית (הגנה)

למשל: המבצע העקיף מטעה את המבצע הישיר לחשוב שאדם שלישי עומד לירות בו למוות, והישיר, במטרה להתגונן, יורה למוות בתוקף המדומה (צירוף הסעיפים 34 (הגנה עצמית) ו-34(טעות במצב דברים)). המטעה אחראי לעבירת המתה כמבצע באמצעות אחר, מכוח סעיף 29(ג)(4) לחוק. אפשרי גם שילוב של השלטת רצון ויתרון הבנה. הדוגמה הידועה לכך בספרות היא כשהמבצע הישיר לוקה בשכלו, או כשהישיר הוא ילד.<sup>557</sup>

4. סיכום המקרים הטיפוסיים של ביצוע באמצעות אחר המנויים בחוק וסיווגם

הסיווג	סעיף הפטור למבצע הישיר	סעיף אחריות המבצע העקיף	אפיון השליטה
המבצע הישיר חייל הממלא פקודת מפקדו המבצע העקיף	34(ג)(2) – "צידוק"	29(ג)(5)	השלטת רצון
המבצע העקיף מאיים על המבצע הישיר	34 יב – "כורח"	29(ג)(5)	השלטת רצון
המבצע העקיף גורם לכך שהמבצע הישיר פועל ללא שליטה	134 – "העדר שליטה"	29(ג)(2)	השלטת רצון
המבצע הישיר במצב "אי-שפיות" והמבצע העקיף מנצל זאת	34 ח – "אי-שפיות הדעת" (= מחלת רוח או ליקוי שכלי) <sup>558</sup>	29(ג)(1)	השלטת רצון ו/או יתרון הבנה
המבצע הישיר קטין והמבצע העקיף מנצל זאת	134 – "קטינות"	29(ג)(1)	השלטת רצון ו/או יתרון הבנה
המבצע הישיר פועל ללא מחשבה פלילית והמבצע העקיף מטעה אותו	19 – "דרישת מחשבה פלילית"	29(ג)(3)	יתרון הבנה
המבצע העקיף מטעה את המבצע הישיר לחשוב שהוא בסיטואציה של סייג	34 יח – "טעות במצב דברים", כגון הגנה עצמית מדומה	29(ג)(4)	יתרון הבנה

<sup>557</sup> אך כנראה מדובר בתפישה מיושנת, כביכול כל הילדים צייתנים ולא מבינים.  
<sup>558</sup> לא ברור פשר החיסכון החקיקתי שבדחיסת שני הסייגים הנפרדים לקות שכלית ולקות נפשית תחת הכותרת האחת "אי שפיות הדעת" שבסעיף 34 ח. מיזוג זה גם מערפל את ההבדל שבביצוע באמצעות אחר בין לקות שכלית – שאז כנראה מדובר בדרך כלל ביתרון הבנה, אך תיתכן גם השלטת רצון; לבין לקות נפשית – שאז תיתכן השלטת רצון וכנראה שאין סיבה להניח יתרון הבנה.

## 5. חשיבות התנאי "שעשאו ככלי בידיו"

מורה הציעה לתלמידי כיתה ג' להכות חזרה ילד מכה. הילדים אכן הכוהו מכות הגונות. הילדים לא היו אחראים אחריות פלילית, בהיותם קטינים. המורה הורשעה בתקיפת הקטין, כמבצעת באמצעות אחרים. אך אולי אין כאן לא השלטת רצון (המורה רק הציעה) ולא יתרון הבנה (הילדים ידעו הכל). מתעוררת שאלה פרשנית: האם יש לראות בכל אחד משבעת המצבים שבהם נקב המחוקק בסעיף 29(ג) לחוק (לרבות "קטינות") מצב של ביצוע באמצעות אחר, או שנדרש במצטבר גם התנאי שבחלקו הראשון של הסעיף – "שעשאו ככלי בידיו"? לדעתי, הכרחי לדרוש תנאי זה במצטבר, ולהתנות את האחריות הפלילית בהשלטת רצון או ביתרון הבנה. דיני העונשין אינם מכשיר לענישה בכל פעם שהתרחשו נזק או פגיעה. לא די בעובדה שהמבצע הישיר איננו אחראי כדי להטיל אחריות על המבצע העקיף. יש לבדוק אם מתקיים הרציונל להטלת האחריות, לרבות שליטה ואשמה משמעותית. בהחלט ייתכן נזק שבעקבותיו לא תוטל אחריות פלילית על אף אחד מהמעורבים (כגון בתאונת דרכים ללא אשמה). בעבר, במשפט המקובל, תפשו את הביצוע באמצעות אחר כהשלמה לדיני השותפות: מכיוון שהישיר לא אחראי, לא ניתן היה לגזור אחריות כגון שידול ולכן פותח הכלל של ביצוע באמצעות אחר. אכן, בדרך כלל הביצוע באמצעות אחר והשותפות משלימים זה את זה, אך לא בהכרח.

## 6. ביצוע באמצעות אחר כשהמבצע הישיר רשלן

מקובל שאם למבצע הישיר אחריות פלילית לעבירת רשלנות, עדיין ייתכן ביצוע באמצעות אחר (אך לא אם לישיר אחריות לעבירת מחשבה פלילית – שאז מדובר בשידול). מקבת מוסר לרשלני אקדח טעון, משקר לו שאינו טעון, ומציע לו לכוון לעבר ריצ'ארד (שנוא נפשו של מקבת) וללחוץ על ההדק – כביכול רק כדי להפחיד את ריצ'ארד. האם רשלני (המבצע הישיר) אחראי למוות? כן, משום שצריך היה לבדוק את הנשק, ואפילו אז לא לכוון אל אדם ולא ללחוץ על ההדק. אך אחריותו לגרימת מוות ברשלנות לא שוללת אחריות של המבצע העקיף מקבת לרצח בכוונה תחילה.

ההסבר התאורטי: מבצע ישיר רשלן אינו אוטונומי. הוא לא בחר בתוצאה במודע. רק כשפעולתו אוטונומית נוצר שידול. ובחוק – אחד משבעת המצבים ש"האחר היה נתון" בהם המפורטים בהגדרת הביצוע באמצעות אחר הוא אכן "ללא מחשבה פלילית" – סעיף 29(ג)3<sup>559</sup>.

## 7. גישת הגרימה

גישה אחרת שהוצעה בספרות המשפטית – במקום גישת השליטה – מבססת את הביצוע באמצעות אחר על גרימה (סיבתיות). לפי גישה זו, די במבחן הסיבה-בלעדיה-אין ולא נדרשת דווקא שליטה; די בכך שהמבצע העקיף גורם לכך שהמבצע הישיר מבצע את העבירה, בצירוף היסוד הנפשי הנדרש (זה הנדרש בעבירה המסוימת, בצירוף צפיית תהליך הגרימה המיוחד). גישה זו מרחיבה את האחריות

<sup>559</sup> יש כאן דמיון מסוים להיגיון של שלילת אחריותו של הגורם הראשון יוצר המצב המסוכן (בלשונה הלא מדויקת של הפסיקה: "ניתוק" הקשר הסיבתי) בשל גורם מתערב זר אוטונומי, שפעל במודע. אם הגורם המתערב הזר פעל ברשלנות – הגורם הראשון יוצר המצב המסוכן עדיין אחראי. (כפי שראינו בדיון בייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה, לעיל פרק טז).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

הפליילית בהשוואה לגישת השליטה. היא מאפשרת גם ביצוע עקיף ברשלנות. נראה שגישה זו נדחתה בתיקון 39, שבו הועדפה גישת השליטה (שלמעשה הייתה מקובלת במשפטנו כבר לפניו, שהרי הפסיקה תמיד אפיינה את המבצע הישיר כ"סוכן תמים" וכ"כלי").<sup>560</sup> יצוין כי בעבירה של גרימה לתוצאה שהתנהגות בה איננה מוגדרת, אלא די בכל מעשה או מחדל (בצירוף חובה לפעול) שגרמו לתוצאה (כגון עבירות ההמתה) אם המבצע הישיר איננו אחראי, ניתן כנראה להטיל אחריות על המבצע העקיף גם ללא הכלל של ביצוע באמצעות אחר – על בסיס הגרימה לתוצאה. אך לא ניתן לעשות זאת באשר לעבירה עם התנהגות מוגדרת. כך, למשל, אם א' דוחף את ב' לעבר ג' כך ש-ג' נופל אל מותו מתחת לגלגלי הרכבת, נראה שניתן להטיל על א' אחריות לעבירה של גרימה למותו של אדם (שתיבחר בהתאם ליסוד הנפשי שלו) גם ללא כלל הביצוע באמצעות אחר.

### ג. ניתוח פורמלי של עבירה שבוצעה באמצעות אחר

הנורמה האוסרת – סעיף החוק המגדיר את העבירה המסוימת + ס' 29 (ג) לחוק העונשין.

א. היסוד העובדתי

1. המבצע הישיר ביצע את כל הנדרש בהגדרת העבירה המסוימת (התנהגות, נסיבות, תוצאה וקשר סיבתי) בהיעדר אחריות או בהיעדר מחשבה פלילית (סעיף 29 (ג) מפרט את שבעת המצבים המרכזיים).

2. המבצע העקיף שלט (השלטת רצון או יתרון הבנה) – "שעשאו ככלי בידיו".

ב. היסוד הנפשי

1. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה המסוימת (במלואו).

2. מודעות לשליטה.<sup>561</sup>

### ד. ניסיון לביצוע באמצעות אחר

מכיוון שהביצוע באמצעות אחר איננו צורה נגזרת, אלא מדובר בביצוע עיקרי לכל דבר ועניין, בהחלט ניתן לגזור ממנו גם ניסיון (כמו גם שידול, סיוע וניסיון לשידול). ניסיון לביצוע באמצעות אחר ייתכן בשני מצבים:

(1) כשהאחר כלל לא החל בביצוע.

(2) כשהאחר החל בביצוע, אך לא השלימו.

בשני המקרים מדובר בניסיון ובשניהם העונש המרבי הוא כעונשה המרבי של העבירה הרגילה – זהו דין הניסיון.<sup>562</sup>

במאמר מוסגר: זאת בהבדל מהמצב לגבי ניסיון לשידול (כשהאחר כלל לא ניגש לביצוע<sup>563</sup>) – שאז העונש מוגבל בס' 33 למחצית עונשה של העבירה הרגילה. ההבדל נובע מכך שהניסיון לשידול הוא

<sup>560</sup> על גישת הגרימה ראו גור-אריה "צורות של ביצוע עבירה פלילית", לעיל ה"ש 516.

<sup>561</sup> לא נדרשת מטרה, משום שלא מדובר בצורה נגזרת אלא בביצוע עיקרי.

<sup>562</sup> דין הניסיון נלמד משתיקת סעיף 25 המגדיר ניסיון, בצירוף סעיף 34 ד – "תחולת דין העבירה".

פרק כה: ביצוע באמצעות אחר (מול שידול)

נגזרת שנייה. בהצעת החוק הציעו להגביל את עונש הניסיון לשידול לרבע ויש שיטות משפט שבהן כלל אינו פלילי.

דוגמה מהפסיקה לניסיון לביצוע באמצעות אחר: בפרשת ווידנפלד,<sup>564</sup> שבה המערער ניסה לקבל במרמה פיצויים מגרמניה, שלב מסוים של העבירה התבצע באמצעות אחר – עורך דין גרמני, שפעל בתום לב, בהגשת התביעות לפיצויים, שהיו מבוססות על עדויות כוזבות. האחרון פעל ללא מחשבה פלילית ולמערער הייתה עליו שליטה מכוח יתרון הבנה.

## ה. עבירה המותנית במבצע מיוחד

אדם נשוי, שחי בנפרד מאשתו, התגורר עם חברתו. לחברתו לא היה אורך רוח להמתין עד שיוכלו להינשא. היא זייפה מכתב שהטעה את החבר לחשוב שאשתו הלכה לעולמה. האמין ונישא. סעיף 176 לחוק העונשין – "ריבוי נישואין" מגדיר את עבירת הביגמיה כך: "נשוי הנושא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר, דינם – חמש שנות מאסר". הגבר קיים את כל דרישות היסוד העובדתי של העבירה (ההתנהגות – "נושא"; נסיבה 1 – "נשוי"; נסיבה 2 – "אשה אחרת") אך פעל ללא היסוד הנפשי הנדרש – מחשבה פלילית (מודעות) – משום שטעה לחשוב שאשתו אינה בחיים ולכן כבר אינו נשוי (כלומר חסרה הייתה המודעות לנסיבה זו).

האם החברה היא מבצעת באמצעות אחר של העבירה? אצל החברה התקיימה המודעות הנדרשת; וכמו כן הייתה לה שליטה – מכוח יתרון הבנה (הטעה). אך עבירת הביגמיה מוגדרת כך שרווקה כלל לא יכולה לעבור אותה. היא חלה רק על "נשואה". חסרה נסיבה בהגדרת העבירה. לכן, לא ניתן היה להטיל עליה אחריות פלילית, אלמלא סעיף 29(ד):

"לעניין סעיף קטן (ג) [המגדיר מבצע באמצעות אחר], אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד".

כלומר: די בכך שהגבר נשוי, כדי להטיל על החברה אחריות לביצוע העבירה באמצעותו. דוגמאות אפשריות נוספות (מלבד עבירת הביגמיה): עדות שקר (נדרש שהמעיד יהיה עד במשפט); הפרת חיסיון רפואי (נדרש שהמפר יהיה מהצוות הרפואי); שוחד (נדרש שמקבל השוחד הוא עובד ציבור) גניבה בידי עובד (נדרש שהמבצע יהיה עובד של הקורבן שממנו הוא גונב). אך יש הסבורים שלגבי עבירות מסוימות הדרישה של מבצע מיוחד היא כה מרכזית, עד כי אין מקום לייחס כן אחריות (למשל סודיות רפואית – יחסי האמון רופא-חולה). וקיימת גם גישה שלפיה מי שלא יכול לבצע עבירה מסוימת במישרין – משום שחסרים לו המאפיינים המיוחדים הדרושים – לעולם לא יוכל לעבור עבירה זו, גם לא באמצעות אחר. החוק הישראלי לא אימץ גישה זו (ס' 29(ד)). בפרק הקודם ראינו שהחוק מבחין בין נתונים ענייניים לבין נתונים אישיים – סעיף 34ב. בסעיף 29(ד), העוסק במבצע באמצעות אחר, מדובר בנתון ענייני. הוא משנה את אופיו של המעשה ולא רק

563 אם המשודל ניגש לביצוע אך לא השלימו, כלומר עבר עבירת ניסיון, מדובר בשידול ולא בניסיון לשידול – כפי שהוסבר בפרק העוסק בשידול.

564 עניין ווידנפלד, לעיל ה"ש 403.



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

את אחריותו של האדם שאצלו מתקיים הנתון. בנוסף, לא סביר לגבי נתון אישי להסתפק בהתקיימותו אצל אדם אחר.

### ו. שליטה ארגונית

עד כה ראינו שני סוגי שליטה: השלטת רצון ויתרון הבנה. לגבי שניהם, ההנחה היא שלמבצע הישיר אין אחריות פלילית או, לפחות, אין לו מחשבה פלילית (אפשרי שיהיה רשלן). יש סוג נוסף של שליטה – שליטה ארגונית – שיש המציעים להשתמש בו לשם הטלת אחריות על ראשי מדינה פושעת או על ראשי ארגון פשע.<sup>565</sup>

במאמר מוסגר: בתום מלחמת העולם השנייה, במשפטי נירנברג, שבהם בנות הברית העמידו לדין מקצת מהפושעים הנאציים, השתמשו בדוקטרינה של האחריות הסולידרית של הקושרים. זו דוקטרינה בעייתית מאוד, הפוגעת בחלק ניכר מעקרונות היסוד של דיני העונשין, ובעיקר בעקרון החוקיות, בעקרון האשמה ובעקרון ההתנהגות. כדי להימנע מהפגיעה, פותח בהמשך הרעיון של שליטה ארגונית. ראש הארגון לא יודע מי בדיוק יבצע את הוראתו, אך יודע בקרבה לוודאות שהיא תבוצע על ידי "בורג" כלשהו. ה"בורג" פועל במחשבה פלילית – ולכן מוטלת עליו אחריות מלאה. מנקודת המבט שלו, הוא פועל אוטונומית. אך – לפי הדוקטרינה של שליטה ארגונית – צריך להטיל אחריות מלאה גם על ראש הארגון, שמנקודת הראות שלו, המבצע הישיר הוא בורג לכל דבר, ממש כמו מכשיר. הוא מתייחס לארגון כאל מכונה, ולאנשים כאל כלים.

בתיקון 39 הוגדר הביצוע באמצעות אחר כך שאינו כולל גם שליטה ארגונית. ניתן ללמוד זאת הן משבעת המצבים המפורטים בסעיף ס' 29(ג) והן ממילות החוק "שעשאו ככלי בידיו". הפתרון הקיים בחוק שלנו למצבים של שליטה ארגונית הוא הטלת אחריות על שידול. אך הפסיקה – בניגוד ללשון החוק ובניגוד למהות הביצוע-בצוותא – נוטה לסווג מצבים כאלה כביצוע-בצוותא דווקא.<sup>566</sup> זו טעות, משום שהביצוע-בצוותא מבוסס על שוויון מעמד בין המבצעים-בצוותא; ומותנה בהשתתפות בביצוע העבירה – "תוך עשיית מעשים לביצועה". פתרון אפשרי נוסף – חדש יחסית – למצבים של שליטה ארגונית הוא השימוש בחוק המאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג–2003. הוא גם יעבירונו לפרק הבא.

565 ראו קרמניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו", לעיל ה"ש 517, בעמ' 72.

566 למשל דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 9 (1998).

## ארגון פשיעה (מול שותפות)

### א. הרקע לחוק מאבק בארגוני פשיעה

לכאורה ניתן לחשוב כי חוק מאבק בארגוני פשיעה הוא חוק רצוי. אחרי הכול, כמה מאבקים בחיינו הם ראויים יותר מן המאבק בארגוני פשיעה? אלא שכפי שהראיתי במאמר מפורט בנושא,<sup>567</sup> על רקע החקיקה הפלילית הענפה והמרחיבה שהייתה קיימת כבר לפני החוק החדש, לא היה כל צורך בחוק נוסף, וההגדרה הרחבה מאוד ומדי שניתנה ל"ארגון פשיעה" עלולה להשתלט על המשפט הפלילי הישראלי ולהפוך את חוק העונשין הדרקוני שירשנו מהמנדט הבריטי על ארץ ישראל לדרקוני עוד יותר. חוק מאבק בארגוני פשיעה הוא כיום דבר החקיקה המרחיב ביותר שמצאתי במחקרי בהשוואה לשיטות משפט רבות אחרות.

העיסוק בנושא מדגים הן את הסכנה שבתפיסה מעוותת של המשפט הפלילי, הן את הסכנה של דומיננטיות (מוחלטת!) של אנשי רשויות אכיפת החוק בהליכי החקיקה הפלילית בכנסת. תיקון 39 לחוק העונשין החליף את החלק הכללי של החוק בהסדרים טובים יותר. אחד ההישגים המרכזיים היה ביטול (בסעיף 499(ב)) האחריות הסולידרית של הקושרים, אשר עמדה במוקד ביקורת מוצדקת. ואולם עוד בטרם ניתן היה ליהנות מקדמה יחסית זו, כבר נחקק חוק מאבק בארגוני פשיעה, אשר ביטל את ההישג הזה, השיב למעשה את האחריות הסולידרית של הקושרים ואף הרחיב אותה.

הגדרת "ארגון פשיעה" בחוק החדש היא גורפת, אינה תואמת את המחקרים הקרימינולוגיים העוסקים בפשע המאורגן ואינה מפיקה לקחים מחוקים העוסקים בארגוני פשיעה במדינות אחרות. היא מאפשרת עקיפה של ההסדרים הרגילים, המבוססים על עקרונות היסוד של המשפט הפלילי, ומעוררת מחשבות נוגות באשר לאפשרות המעשית לחולל קדמה במשפטנו הפלילי.

בדיונים בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שקדמו לחוק החדש, הדגישו הדוברים (אנשי מערכת אכיפת החוק) את הרחובות העקובים מדם, את הפגיעה בחפים מפשע במהלך מלחמת הכנופיות ואת עבירות הסחיטה, הסמים, ההימורים, הסחר בנשים והסחר באמצעי לחימה. הפשע המאורגן אף הוכתר כ"איום אסטרטגי על החברה בישראל", לא פחות. על רקע זה נרתמה ועדת החוקה, חוק ומשפט למשימה של קידום מהיר של הליכי החקיקה, והחוק אכן נחקק תוך זמן קצר מאוד בהשוואה לזחילה החקיקתית המקובלת במקומותינו. ברוח הדברים שנאמרו בדיונים שקדמו לחקיקת החוק, אופייין ארגון פשיעה בדברי ההסבר להצעת החוק כארגון בעל מבנה היררכי המושתת על ריחוק בין ה"מפקדים" ל"חיילים" ועל מנגנון של משמעת וסנקציות קשות, ופורטו קשיי ההוכחה הנוצרים עקב מבנה זה. בנוסף, נכתב על חדירה לזרועות השלטון, על אלימות ועל שחיתות.

<sup>567</sup> בועז סנג'רו "תיקון 39 לחוק העונשין במבחן סבלנותן של רשויות האכיפה – חוק מאבק בארגוני פשיעה", מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 91 (אלי לדרמן, שי לביא וקרן שפירא-אטינגר עורכים, 2001) (להלן: סנג'רו "ארגוני פשיעה").

## ב. הכלים הדרסטיים שמספק החוק לרשויות אכיפת החוק ודברי ביקורת

בהתאם לתיאור הנ"ל דרשו יוזמי החוק וקיבלו כלים דרסטיים למאבק בפשע המאורגן. החוק יצר כמה הסדרים חדשים, לרבות הכפלת העונשים בגין עבירות קיימות שנעברו במסגרת של "ארגון פשיעה", חרף העובדה שהעונשים הקבועים בחוק העונשין הם מופרזים בעליל; עבירות חדשות של פעילות או חברות ב"ארגון פשיעה"; וחילוט רכוש. יש לעמוד על הסדרים אלה תוך בחינת ההגדרה הרחבה מאוד ומדי של "ארגון פשיעה", אשר תידון בהמשך. אף אם היה טעם בכלים חדשים מסוימים, הוא מוגבל לאותם מקרים הראויים להיכלל בהגדרה של "ארגון פשיעה". בנוסף, גם אם מדובר במקרים ראויים לשמם, עדיין יש לבחון את הצורך בכלים שנוצרו, נוכח הדינים שהיו קיימים טרם חקיקת החוק. לבסוף יש לשאול אם כל כלי כזה אכן משרת את מטרתו המוצהרת של החוק. העבירות החדשות קבועות בסעיפים 2 ו-4 לחוק מאבק בארגוני פשיעה:

2. (א) העומד בראש ארגון פשיעה, או העושה אחד מאלה באופן שיש בו כדי לקדם את פעילותו הפלילית של ארגון פשיעה, דינו – מאסר עשר שנים:

(1) מנהל, מארגן, מכוון פעילות בארגון פשיעה או מפקח עליה, והכל במישרין או בעקיפין;

(2) מממן במישרין או בעקיפין פעילות של ארגון פשיעה או מקבל מימון לצורך הפעלת הארגון, או מחליט בענין חלוקת כספים בארגון פשיעה.

(ב) הנותן שירות ייעוץ לארגון פשיעה במטרה לקדם את פעילותו הפלילית של ארגון הפשיעה, דינו – מאסר עשר שנים.

(ג) נעברה עבירה כאמור בסעיפים (א) ו-(ב) לענין ארגון פשיעה שפעילותו כוללת גם עבירה שהעונש הקבוע לה עולה על 20 שנות מאסר, דינו של עובר העבירה – מאסר 20 שנים.

...

4. עובר הציבור המשתמש לרעה במעמדו או בסמכויותיו באופן שיש בו כדי לקדם את פעילותו הפלילית של ארגון פשיעה, דינו – מאסר עשר שנים."

כמה הערות באשר לעבירות החדשות: ראשית, בעוד שניתן לקבל כי עמידה בראש ארגון פשיעה היא עבירה כשלעצמה, הרי שהעבירות של מילוי תפקידים אחרים ב"ארגון פשיעה" רחבות מדי הן בהגדרותיהן דלעיל, הן בהיותן נסמכות על ההגדרה הרחבה מאוד של "ארגון פשיעה" אשר תידון בהמשך.

שנית, העבירות החדשות רחבות אף יותר מהאחריות הסולידרית של הקושרים, שאותה ביטל המחוקק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, שכן לא נדרשת אפילו הוכחת קיומו של קשר. התוצאה המעשית של היקפה הרחב של הגדרת "ארגון פשיעה" היא ריקון סעיף 499(ב) לחוק העונשין מתוכנו, החייאת האחריות הסולידרית של הקושרים תוך עקיפת תנאי השותפות לדבר עבירה והחמרה כאמור מעבר לאחריות הסולידרית של הקושרים.

שלישית, עונשיהן של העבירות החדשות הם מופרזים – עשר ואפילו עשרים שנות מאסר, ללא צורך בהוכחת עבירה קיימת כלשהי: די בעצם התפקיד בארגון, גם אם אינו בהכרח תפקיד בכיר. ההסבר שניתן לחוק הוא הקושי שבהוכחת הקשר שבין ראשי הארגון לבין עבירות שנעברו בידי אחרים, והנה במקרים רבים העונשים שנקבעו בו למצב שבו לא הוכח קשר כזה הם חמורים עוד יותר מאלה שהיו צפויים לו היה מוכח הקשר...

רביעית, לעניין העבירה החדשה של עובד הציבור, לא רק ההגדרה של "ארגון פשיעה" רחבה מדי אלא גם ההגדרה של "עובד הציבור" רחבה מדי – "לרבות עובד של תאגיד המספק שירות לציבור". חמישית, אילו לפחות הייתה לנו הגדרה ראויה של "ארגון פשיעה" אזי אולי ניתן היה לצמצם מעט את ההגדרות של העבירות החדשות, לקבוע להן עונשים פרופורציונליים יותר ולחיות עמן בשלום. אלא שכפי שניווכח בהמשך, ההגדרה החובקת כול של "ארגון פשיעה" הופכת את העבירות החדשות לבלתי מתקבלות על הדעת.

לא פחות מ-29 מבין 38 סעיפי החוק הוקדשו למנגנון של חילוט רכוש. רוב זמן הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת אודות החוק הוקדש לחילוט הרכוש. אומנם מדובר בכסף ולא במאסר, אך אין גבול משמעותי לקנס העקיף שניתן לגזור בדרך זו – גם ללא הרשעה. אדם שהשכיר דירה אשר שימשה אחר כך לצרכיו של "ארגון פשיעה", עלול למצוא שדירתו חולטה והפכה לרכוש המדינה. כשיספר שלא הסכים לכך ואף לא ידע – ימצא שתהליך ההוכחה מטיל עליו נטל. בעוד שאת הכפלת העונשים ואת שלילת החירות המסיבית שמאפשרות ההגדרות הרחבות של "ארגון פשיעה" ושל העבירות החדשות, לא מנעו חברי הוועדה ואף לא מיתנו באופן משמעותי, את חדות הסכין מחלטת הרכוש השכילו להקחות מעט בהשוואה להצעת החוק.

### ג. מרכז הכובד של החוק החדש – הגדרת "ארגון פשיעה" – מבט השוואתי מדכדך

בדברי ההסבר להצעת החוק שאפיינו את הפשע המאורגן, כתבו כזכור על ארגון בעל מבנה היררכי המבוסס על ריחוק בין ה"מפקדים" לבין ה"חיילים", על מנגנון של משמעת וסנקציות קשות הנלוות להפרתה ועל קשיי ההוכחה שהדבר גורם. עוד כתבו על חדירה לזרועות השלטון, על אלימות ועל שחיתות. המחקר הקרימינולוגי מלמד שכל אלה הם מאפיינים טיפוסיים של הפשע המאורגן. על בסיס מאפיינים מפחידיים אלה, דרשו יוזמי החוק וקיבלו מבית המחוקקים כלים קיצוניים לאכיפת החוק, שעליהם עמדתי.

אלא שאף לא אחד ממאפיינים מרכזיים אלה של הפשע המאורגן מצא את דרכו אל הגדרת "ארגון פשיעה" אשר נקבעה בחוק החדש. ההגדרה הישראלית<sup>568</sup> היא הרחבה ביותר שמצאתי לאחר עיון בחוקים רבים של מדינות אחרות:

"ארגון פשיעה" – חבר בני אדם, מואגד או בלתי מואגד, שפועל בתבנית מאורגנת, שיטתית ומתמשכת לעבירת עבירות שלפי דיני ישראל הן מסוג פשע או עבירות

568 סעיף 1 לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

המנויות בתוספת הראשונה, למעט עבירות מסוג פשע המנויות בתוספת השנייה; לעניין זה אין נפקא מינה –

(1) אם חברי הארגון יודעים את זהות החברים האחרים אם לאו;

(2) אם הרכב חברי הארגון קבוע או משתנה;

(3) [דרישה של פלילות כפולה, בארץ ובחו"ל, כשהעבירה נעברה בחו"ל – תמצות שלי];

(4) אם הארגון מבצע גם פעילות חוקית ואם הוא פועל גם למטרות חוקיות.

למעשה, לוכדת ההגדרה ברשתה כמעט כל התארגנות עבריינית, בין שמדובר בקשירת קשר גרידא ובין שמדובר בשותפות לדבר פשע תוך עקיפת התנאים להטלת אחריות פלילית על שותפים הקבועים בחלק הכללי של חוק העונשין. כיוון שמרבית העבירות אינן מבוצעות לבד אלא תוך התחברות של שניים או יותר, וכיוון ששיעור העבריינים העוברים עבירות דרך קבע הוא גבוה – חלק ניכר מן העבירות המבוצעות במציאות עלול להילכד בין מלתעותיו של החוק הדרסטי ביותר, שנועד להתמודד עם התופעה החריגה של הפשע המאורגן.

כיצד הגענו עד הלום? כיצד הרחקנו לכת אף יותר מהחוק באיטליה – שבה ממדי התופעה של "מאפיה", אלימות ושחיתות הגיעו לשיא, לרבות רצח שופטים ופוליטיקאים שנלחמו ב"מאפיה", ממדים שהצריכו חקיקה מיוחדת? השאלה סקרנה אותי עד כדי כך שטרחתי לקרוא מאות עמודים של פרוטוקולים מדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ועשרות חוקים של מדינות אחרות, ומצאתי באופן מפתיע שהצמצומים המקובלים בעולם של הגדרת "ארגון פשיעה" דווקא הובאו לידיעתם של מנסחי החוק – ומשום מה נדחו. הליקוי המרכזי שזיהיתי בעבודת החקיקה היה דחיית כל אחד ואחד מצמצומים אפשריים אלה לגופו, מתוך הערכה שאינו אידאלי, בלי לתת את תשומת הלב הראויה לתמונה הכוללת: הוויתור על כל הצמצומים כאחד הותיר הגדרה כה רחבה של "ארגון פשיעה", עד כי למעשה אין היא מאפיינת אותו כלל ועיקר.

בחוקים של מדינות אחרות העוסקים בארגוני פשיעה, ניתן למצוא בהגדרת "ארגון פשיעה" את המאפיינים הבאים: מטרה של רווח כלכלי או חומרי (אמנת פאלרמו של האו"ם וחוקים רבים); הגבלה לארגון שמטרתו העיקרית היא ביצוע פשעים (קנדה, אוסטרליה, צ'כיה, גרמניה); סודיות (שווייץ); מבנה היררכי של הארגון (חוקים רבים); חדירה לזרועות השלטון (חוקים רבים); שימוש באמצעי הפחדה (ארגון מסוג "מאפיה") (איטליה); דרישה של ניסיון להשחית או להפחיד (חוקים רבים); הגבלה לעבירות חמורות (ניו זילנד); הגבלה לעבירות קלאסיות של פשע מאורגן (חוק ה-RICO האמריקני).<sup>569</sup>

כנגד כל אחת מהאפשרויות להעמיד את ההגדרה של "ארגון פשיעה" על ממדים סבירים, העלו אנשי משרד המשפטים, הפרקליטות והמשטרה בדיונים בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, את הטענה שהצמצום יביא לכך שמקרה זה או אחר יימלט חלילה ממלתעות החוק. זוהי בעיני תפיסה מעוותת של החוק הפלילי. החשש מן האפשרות שמקרה זה או אחר לא ייכנס להגדרה מצריך חשיבה

569 לאסמכתאות ראו סנג'רו "ארגוני פשיעה", לעיל ה"ש 567.

ומאמץ אינטלקטואלי, ולא הרחבה אינסופית של ההגדרה. עקרון החוקיות נעלם לו לחלוטין, כאשר ניתן להכניס להגדרת "ארגון פשיעה" כמעט כל התארגנות פלילית. המחוקק לא מילא את תפקידו, שכן בעצם לא הגדיר מהו "ארגון פשיעה" בחוק חדש ודרסטי הנשען במלוא משקלו על "הגדרה" לקויה זו. העניין נמסר לשיקול דעתם המוחלט של המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט, אשר הוסמכו למעשה להחליט אם להשתמש בחוק החדש ממקרה למקרה.

## ד. פשע מאורגן על פי המחקר הקרימינולוגי בישראל ובמדינות הים

המחקר המשפטי לוקה בחסר ללא לימוד מן המחקר הקרימינולוגי. מבלי לאלץ את הקוראים לצלול דווקא בספר זה אל אוקיינוס המחקר הקרימינולוגי, ברצוני להצביע על התובנה המרכזית שאותה מצאתי שוב ושוב במחקר הקרימינולוגי:<sup>570</sup> חרף מגוון הדעות, התאוריות והתיאורים השונים של הפשע המאורגן, קיימים שני מאפיינים שלו העוברים כחוט השני לכל אורך הכתיבה הקרימינולוגית בנושא – אלימות ושחיתות. דרך הפעולה האופיינית ביותר לארגון פשיעה היא השימוש השיטתי באלימות (לרבות איום באלימות, הפחדה וסחיטה), בשחיתות (בעיקר שוחד לעובדי ציבור) ובחדירה לזרועות השלטון לשם השגת מטרותיו. המטרה המרכזית של ארגון פשיעה היא רווח כלכלי או חומרי. מטרת המשנה (שנועדו להשגת המטרה המרכזית) הן צבירת השפעה וכוח ויצירת מונופול של השתלטות על אזורים מסוימים בתחומים מסוימים (כגון סמים או הימורים). מאפיינים מרכזיים אלה של ארגון הפשיעה לא זכו לביטוי כלשהו בהגדרת "ארגון פשיעה" שבחוק הישראלי. גם מאפיינים אחרים לא הותירו חותם כלשהו על ההגדרה הרחבה.

החוק נחקק, והנה מסתבר שהמשטרה והפרקליטות קפצו עליו כמוצאות שלל רב, ואילו בית המשפט העליון לא תמיד הציב גבולות ראויים להתפרסותו הרחבה. כך למשל, בהחלטה בעניין פינטו,<sup>571</sup> אושר הצעד הדרסטי של מעצר עד תום ההליכים בשל גניבות, והכול משום שבוצעו במסגרת התארגנות שהוגדרה כ"ארגון פשיעה". ל"ארגון פשיעה" זה, שאפילו היררכיה בין "מפקדים" לבין "זוטרים" לא נמצאה בו, לא יוחסו עבירות חמורות כגון רצח, אלא אך ורק גניבות מתוך מכילות בנמל. גם שיחוד שוטרים או עובדי ציבור לא יוחסו לאנשי הארגון. לא אלימות ולא שחיתות. אכן, גם גניבה היא עבירה פלילית, אך די בהסדרים הקבועים לה בחוק העונשין, ואין צורך בהפעלת האמצעי הקיצוני שנחקק לשם התמודדות עם התופעות החמורות והמסוכנות ביותר של "מאפיה", רצח וכדומה.

## ה. הדין הרצוי והרהורים בדבר תפקידו של החוק הפלילי

הצעתי הראשונה היא לבטל את חוק מאבק בארגוני פשיעה. כפי שהשתדלתי להראות במאמרי המפורט בנושא,<sup>572</sup> זהו חוק רע שנוקז עולה לאין שיעור על תועלתו, ספק רב אם הוא עומד בתנאי פסקת

570 לאסמכתאות ראו שם.

571 בש"פ 2617/04 פינטו נ' מדינת ישראל, השופט אשר גרוניס (פורסם בנבו, 22.3.2004).

572 סנג'רו "ארגוני פשיעה", לעיל ה"ש 567.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך יש לבטלו לחלוטין. זאת, אפילו לפני קביעת הסדר חלופי.<sup>573</sup>

הצעתי השנייה היא להרחיב את הגדרת "מבצע באמצעות אחר", שבחלק הכללי של חוק העונשין, כך שתקיף גם שליטה ארגונית. הדבר ייתן מענה מיטבי לקושי להוכיח את פעולותיהם של ראשי ארגוני הפשיעה, שגם כיום אינם "מקופחים" על ידי החוק הפלילי אלא נחשבים ל"משדלים" לפי הדין המהותי, ועונשיהם מלאים – כעונשיהם של המבצעים העיקריים של העבירות.<sup>574</sup> בהיותי פסימי וראלי באשר לסיכויים לביטולו של החוק, אציע גם הצעה שלישית: לצמצם באופן משמעותי את הגדרת "ארגון פשיעה", תוך הוספת היסודות של שימוש שיטתי באלימות ובשחיתות לשם השגת רווח כלכלי או חומרי, ותוך הגבלת תחולתו של החוק לרשימה מצומצמת של עבירות אופייניות של פשע מאורגן, וכן להקטין את היקף העבירות החדשות שבחוק ולהפחית במידה ניכרת את העונשים הקבועים בו. במילים אחרות: להותיר חוק "רזה" (או לפחות לא שמן), שיחול על ארגוני פשיעה חמורה – שאז, ורק אז, יש אולי טעם במלחמת חורמה גם כנגד חברי הארגון הזוטרים. יצוין ויודגש כי את הצעתי השלישית ניתן להגשים – לפחות חלקית – לא רק בדרך של חקיקה, אשר עלולה לארוך זמן רב, אלא אף בדרך של פרשנות ראויה של החוק החדש על ידי בתי המשפט, בהתאם לכללי הפרשנות המיוחדים למשפט הפלילי, ובמיוחד כלל הפרשנות המצמצמת והכלל שלפיו יש להשתמש במטרת החקיקה לשם צמצום היקף האיסור. הצעתי הרביעית והאחרונה היא כי בתי המשפט אכן ינהגו כך.

לסיום, מעבר לנושא ארגוני הפשיעה, יש להרהר בחוסר התבונה שבשימוש מסיבי בחוק הפלילי כדי להילחם בתופעות שספק רב אם הוא מתאים להן. ספרות קרימינולוגית ענפה מצביעה על כך, שלפחות חלק מן התופעות של הפשע המאורגן, כגון הימורים וסמים, נובעות מצורך חזק הקיים בחברה. לפיכך גם כשנעצרים העבריינים הנוכחיים ומושלכים לבית הכלא, תופסים מיד את מקומם עבריינים אחרים והתופעה אינה חדלה מלהתקיים. בתחומים רבים סופו של הפשע המאורגן לגווע אם לא יזכה לשיתוף פעולה מצד הציבור הרחב של האזרחים שומרי החוק. המשפט הפלילי נועד להדריך התנהגות והוא משתמש באמצעי אכיפה דרסטיים, ובמרכזם שלילת החירות שבעונש המאסר. אין טעם לגזור על הציבור גזירות שלא יוכל לעמוד בהן, ולכן בתחומים מסוימים, כגון הימורים ושימוש בסמים קלים, יש לשקול היטב הליכה בכיוון של דה-קרימינליזציה (שלילת פלילות) (או: לגליזציה) במקום להפוך חלק גדול מהציבור לעבריינים ולמשפטי פעולה עם עבריינים. גם בחלוף קרוב למאה שנים מאז ביטול "חוקי היובש" האוויליים בארצות הברית, אשר אסרו על מכירת משקאות אלכוהוליים, עדיין קיימים תחומים שבהם לא רק שהפשע המאורגן מעורר את הצורך בחוק הפלילי, אלא אף החוק הפלילי יוצר את הצורך בפשע המאורגן.<sup>575</sup>

573 נזכור כי מדינת ישראל הסתדרה ללא חוק זה קרוב לשישה עשורים.

574 ראו (בהתאמה) סעיף 29(ג) (הגדרת "מבצע באמצעות אחר") וסעיף 30 (הגדרת משדל) לחוק העונשין.

575 במאמרי המפורט בנושא (סנג'רו "ארגוני פשיעה", לעיל ה"ש 567) מופיעות אסמכתאות רבות התומכות בהרהור האחרון. כאן אסתפק באחת, מאלפת: Foucault, לעיל ה"ש 57, בעמ' 280.

## פרק כז

# צידוק מול פטור – הסייגים לאחריות פלילית

## א. הסייגים לאחריות פלילית

אפתח בתרשים פשוט המתאר את תפקיד הסייגים לצד העבירות ולצד הנגזרות:

האחריות הפלילית =	הסייגים –	[הנגזרות + העבירות]	
	(מצמצמים אחריות)	(מרחיבות אחריות)	(יוצרות אחריות)
	הצידוקים והפטורים	ניסיון, שידול, סיוע, ניסיון לשידול	
אפיון ומיקום בחוק	נורמות כלליות – בתחילת החוק		נורמות ספציפיות

(הבהרה טרמינולוגית: אשתמש במונחים "הגנות בדיני עונשין" ו"סייגים לאחריות פלילית" ללא הבחנה ביניהם<sup>576</sup>).

### 1. חשיבות הנושא

לא ניתן להבין כראוי את תחום דיני העונשין מבלי להבין את נושא הסייגים לאחריות פלילית. ראשית, כבר ראינו שהמטרה איננה הרחבת האחריות ככל האפשר. להיפך: יש לצמצם אותה למינימום ההכרחי – בהתאם לעקרון השיוריות של המשפט הפלילי. מכיוון שהמשפט הפלילי הוא אמצעי דרסטי, מדכא, מצמצם חירות ואף יקר, יש למעט בשימוש בו. אם ניתן להסדיר פעילות חברתית מסוימת בדרכים אחרות – עדיף.

שנית, התנהגות אנושית, שיש טעם לכוון אותה, כפופה לחופש הבחירה. אם אדם בוחר, ניתן לנסות להדריך את התנהגותו. אם כלל לא בחר, אין טעם להעניש אותו, כמשתקף בעקרון האשמה. רבים מהסייגים לאחריות פלילית נובעים מפגיעה בחופש הבחירה.

לבסוף, גם עקרון הערך המוגן, המכוון להגנה ראויה (לא מופרזת) על ערך חברתי ראוי וגם עקרון הפרופורציה תומכים בפיתוח סייגים לאחריות פלילית.

576 לא נעלם מעיניי שיש מחברים שמבקשים ליצור הבחנה כזו.



## 2. ההגדרה המקובלת וסייגים החורגים ממנה

הגדרה מקובלת לסייג לאחריות פלילית: אומנם התקיימו כל רכיביה של עבירה פלילית (הן ביסוד העובדתי הן ביסוד הנפשי), אך התקיימו גם נסיבות מיוחדות שבשלהן לא מוטלת אחריות פלילית (ולעיתים המעשה אפילו מוצדק).

הגדרה מקובלת זו איננה מקיפה את כל הסייגים. מקובל לכלול בקבוצת הסייגים גם סייגים המבוססים על חוסר ברכיבי העבירה, כגון טעות במצב דברים (כך, למשל, כשחסרה מודעות לנסיבה) – ס' 34 לחוק העונשין.

אנומליה גדולה עוד יותר מהווים כמה "סייגים" שהסתננו אל קבוצת ה"סייגים לפליליות המעשה" שבחוק העונשין הישראלי, חרף העובדה שפועלם הוא דווקא הרחבת אחריות. הנאשמים בוודאי היו מוותרים על "סייגים" אלה... כזה הוא ה"סייג" "טעות במצב משפטי" שבסעיף 34 לחוק העונשין. לכאורה, צריך היה לזכות מעבירת מחשבה פלילית "אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור". אך הכלל המסורתי המשתקף בחלקן הראשון של הסעיף הוא "אי ידיעת החוק אינה פוטרת".<sup>577</sup>

אנומלי הוא גם סייג השכרות הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין. ההסדר הוא של פטור מאחריות פלילית רק במקרים הנדירים של שכרות "שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו" של המבצע (כגון אם השקוהו בכוח או הכניסו חומר למשקה שלו ללא ידיעתו).<sup>578</sup> אך במקרים הרגילים שבהם אדם שותה כדי לשמוח, אם לרוע מזלו עבר עבירה בהשפעת השכרות, החוק מחמיר אתו מאוד וגם אם לא היה מודע לפרטי העבירה מייחס לו מודעות ומחשבה פלילית ואפילו קובע חזקה פיקטיבית של אדישות כלפי התוצאה, שעלולה הייתה להוליך להרשעה בעבירה החמורה מאוד הריגה (סעיף 298, שהיה בתוקף עד תיקון 137 לחוק העונשין מיום 1.1.2019) שדינה היה עשרים שנות מאסר.<sup>579</sup> בתיקון 137 לחוק העונשין הוחל על השכרות סעיף 301 – "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת", אך גם הוא קובע עונש מרבי חמור מאוד, של עשרים שנות מאסר.

## 3. הגדרת הסייגים בחוק – במתכונת של נורמות כלליות

רוב הסייגים מוגדרים בחוק במתכונת של נורמות כלליות, המתייחסות לכל או לחלק גדול מהנורמות המסוימות – האיסורים. ישנם סייגים חריגים, כגון הגנת "אמת דיברתי" בצירוף "עניין ציבורי" מפני איסור לשון הרע, שממוקמת כמובן בחוק איסור לשון הרע, שהרי היא חלה רק על איסור זה ואין טעם

<sup>577</sup> מסבירים כלל מסורתי זה באמצעות שני הסברים מרכזיים: האחד – עידוד הציבור לברר ולדעת את החוק הפלילי – כדי להימנע מביצוע עבירות; והשני – שוויון בפני החוק. פרופ' Hall אף הסביר-הזהיר שללא הכלל המסורתי, על כל אדם יחול חוק פלילי משלו – בהתאם לאיסורים שהוא מכיר. לדעתי ההסבר אינו משכנע: אם נאמין לאדם שעבר עבירה משום שלא ידע את החוק ונפטור אותו מעונש, בפעם הבאה שיעבור את העבירה כבר לא נאמין לו ונרשיעו ומכאן שמלכתחילה אסור היה לו לבצע את העבירה. מדובר רק בהבנה ובסליחה בשל הטעות. אין כאן הפרה של השוויון, משום שמדובר בהבחנה בין כאלה שאינם שווים: בין מי שידע שאסור ובחר להפר את החוק לבין מי שכלל לא ידע שאסור ולכן אינו אשם. לבסוף, לדעתי מפריזים במעמד שמקנים לשוויון ועדיף לראותו כמגן ולא כחרב: לעזור באמצעותו לחלש ולמקופח ולא לדקור באמצעותו את מי שלא קופח.

<sup>578</sup> סעיף 34ט(א) לחוק העונשין.

<sup>579</sup> סעיף 34ט(ב) לחוק העונשין.

להכלילה בחלקו הכללי של חוק העונשין, מקום מושבם של רוב הסייגים. בהתאם לסעיף 34כג – “כלליות החלק המקדמי והחלק הכללי” – ההגנות הממוקמות שם חלות גם על עבירות הקבועות מחוץ לחוק העונשין.

במאמר מוסגר, יצוין שלכאורה ניתן היה לנקוט בדרך חקיקתית שונה: במקום להשתמש בנורמה כללית הקובעת סייג שחל על כל העבירות, ניתן היה להכניס את תנאי הסייג (בצירוף מלת שלילה) להגדרות של העבירות השונות. כך, למשל, במקום סייג ההגנה העצמית, ניתן היה להכניס להגדרת עבירת הרצח דרישה נוספת: לא התקיימה סיטואציה של הגנה עצמית – תוך פירוט כל תנאי ההגנה העצמית המופיעים כיום בהגדרת הסייג. אלא שאז צריך היה לעשות כן באשר לאין ספור עבירות אחרות, שגם אותן ניתן לעבור כהגנה עצמית (החל מיתר עבירות ההמתה, דרך חבלת גוף ופציעה, וכלה בפגיעה ברכוש) והדבר מאוד לא יעיל וצפוי לסרב לאמור את הגדרות העבירות: הרי צריך היה לשלב בהגדרת כל עבירה את שלילתו של כל אחד ואחד מהסייגים שעשויים להיות רלוונטיים לגביה.<sup>580</sup>

#### 4. אופייה של נורמה כללית

ההגנות הן בדרך כלל נורמות כלליות החלות על כל, או על חלק גדול, מהאיסורים שבחוק. מטבעה של נורמה כללית כזו שלא ניתן לנסחה רק על בסיס יסודות מסוימים ובעלי תוכן נוקשה, אלא נדרשים גם יסודות כלליים ובעלי תוכן גמיש. בעיקר – לגבי סייגי האילוץ – מושגי הנחיצות, הפרופורציה והסבירות (במונח “סבירות” לעיתים מתכוונים לפרופורציה ולעיתים מתכוונים לפרופורציה + נחיצות, ולכן לשם בהירות הדיון עדיף להשתמש רק במונחים נחיצות ופרופורציה).

עקרון החוקיות, המחייב לתת אזהרה הוגנת לפרט, מכתוב את השאיפה לכך שכל עניין שניתן להסדרה כללית טובה מראש, יוסדר על ידי המחוקק. אך באשר לסייגים – בהבדל ברור מהעבירות הספציפיות – כנראה שאין ברירה אלא להשתמש בחוק במונחים כלליים. חלק גדול מהבעייתיות של כל סייג ממוקד במונחים הכלליים האלה, המותירים לבתי המשפט שיקול דעת רחב, שאינו רצוי בתחום הפלילי. ובכל זאת, עדיף שהגדרת ההגנה תהיה מעט עמומה תוך שימוש במונחים “נחיצות” ו“פרופורציה” על פני העברת מושגי הנחיצות והפרופורציה להגדרות של עבירות ויצירת עבירות מעורפלות – בניגוד חריף יותר לעקרון החוקיות. ניתן להתנחם מעט בעובדה הסטטיסטית שההגנה מתקיימת במציאות כנראה בשיעור קטן מביין המקרים שבהם מתגבשת העבירה.

#### 5. אל מי פונים הסייגים?

כפי שראינו בתחילת הספר, מטרת האיסורים הפליליים היא להדריך ולכוון התנהגות. לעומת זאת, רוב הסייגים אינם חלק מהמסר ההדרכתי של דיני העונשין. הם לא נועדו לאזרחים, אלא לשופטים: “הניחו לאנשים האלה לנפשם”. זאת חרף העובדה שלפחות לכאורה עברו עבירות פליליות.

580 במקום חוק עונשין של כתשעים עמודים, שמתוכם שני עמודים של הגדרות הסייגים וכשבעים עמודים עם כ-400 עבירות (כך, למשל, באתר נבו) היינו מקבלים חוק שהיה חוזר על שני עמודי הסייגים בתוך ההגדרה של כל אחת מכ-400 העבירות ותופח בכ-800 עמודים.

## 6. פרשנות סייג

כפי שראינו, פרשנות של איסור פלילי צריכה להיעשות בהתאם לשלושה כללי פרשנות המיוחדים למשפט הפלילי: 1. המשמעות הטבעית והרגילה של המלים; 2. כלל הפרשנות המצמצמת; 3. שימוש במטרת החקיקה (שהיא הגנה ראויה ולא מופרזת על ערך חברתי ראוי) רק לצמצום היקף האיסור. מהי ההשלכה של כלל הפרשנות המצמצמת על הסייגים לאחריות הפלילית? לכאורה, כשם שיש לצמצם את האיסורים, כך יש להרחיב את הסייגים, כדי לצמצם את התחום האסור ולהרחיב את החירות. לכן היו שהציעו לכנות את שני המהלכים יחדיו "פרשנות לטובת הנאשם".

אך לאמיתו של דבר ההיגיון של כלל הפרשנות המצמצמת איננו סתם כך צמצום האחריות הפלילית (לשם כך יעיל יותר, למשל, חוק קצרצר שיבטל את חוק העונשין...) אלא היגיון הכלל הוא להבטיח אזהרה הוגנת לפרט – בהתאם לעקרון החוקיות. הפרט פועל על פי האיסורים, אם רצונו בכך. הוא בוחר. לכן, לא ראוי להפתיעו באחריות פלילית אם ניתן היה באופן סביר להבין את האיסור כך שהפעולה מותרת. למעשה, בעצם הקביעה של בית המשפט שהפירוש המצמצם את האיסור הוא סביר בעיניו (של בית המשפט) כבר אין לנו כחברה טענה מוצדקת כנגד הנאשם.

אך באשר לסייגים, רובם כלל לא פונים אל הפרט. אין להם פונקציה הדרכתית. כך, למשל, סייג אי-השפיות איננו מדריך את הבלתי שפוי להשתולל בתנאים מסוימים ולעבור עבירות פליליות. המבצע אינו פועל על בסיס הסייג ולכן גם אין טעם להחיל על הסייג את כלל הפרשנות לטובת הנאשם ולפרשו פירוש מרחיב.

גישה אפשרית אחרת היא להבחין לעניין זה בין צידוקים (justifications) – שעשויים להדריך התנהגות (כגון סייג ההגנה העצמית, שמדריך את האזרח באלו תנאים מותר לו להפעיל כוח מגן, מהו שיעור הכוח וכו'); לבין פטורים (excuses) – שאינם מכוונים התנהגות (כגון סייג אי-השפיות). גישה זו מעוררת קושי: אם נגמיש את תנאי הצידוק, אנו עלולים לאבד את הצדקתו. כך, למשל, אם נפרש את דרישת הפרופורציה הקבועה בסייג ההגנה העצמית פרשנות מרחיבה לטובת הנאשם, ונכלול בה גם הגנה על רכוש בכוח קטלני, תאבד הצדקה לכוח המגן. לכן, נראה שלא מתאים להחיל את כלל הפרשנות לטובת הנאשם על הגדרות ההגנות, אלא רק על הגדרות העבירות.

## 7. התפתחות היסטורית ביחס כלפי הסייגים

ההיסטוריה של המשפט מעידה על חששות כבדים מפני ההכרה בסייגים לאחריות פלילית. היו שחששו שההכרה בהם תכרסם בתוקף של האיסורים. באנגליה היו וויכוחים ארוכי שנים בשאלה האם לקבוע את סייג ה"צורך" בחקיקה הכללית. גם כשסוף סוף נקבע, ניסוחו היה מאוד קמצני. בעבר, בהגדרה של סייג ה"צורך" בפקודת החוק הפלילי נאמר "may be excused" – רק ניתן לסלוח. כלומר: שיקול דעת רחב מאוד לבית המשפט. בעבר הרחוק יותר נהוג היה שבית המשפט היה מרשיע ולאחר מכן המלך היה מעניק חנינה (במקרה המתאים). כיום הסייגים הרבה יותר מקובלים ורואים לפחות בחלקם זכות ולא חסד.

## 8. המשפט האנגלו-אמריקני מול המשפט האירופאי ("הקונטיננטלי") ויחסם לסייגים

כפי שראינו בתחילת הספר, בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות הדגישו מאוד את הסכנה שבמעשה העבירה ואת השיקולים של מניעה והרתעה. במיוחד הרתעת הרבים. לעומת זאת, במשפט האירופאי התעניינו יותר באשמת המבצע, בהתאם לשיקול הגמול.

במשפט האנגלי: גישה תועלתית ← הרתעה (ומניעה) ← הדגשת הסכנה

במשפט האירופאי: גישה גמולית ← הדגשת האשמה

דוגמה בולטת אחת היא היחס לאי-ידיעת החוק או לטעות בהבנת החוק. במשפט האנגלי (בעבר) היא לא פטרה מעונש ולמעשה כלל לא הייתה רלוונטית. כך גם אצלנו משך עשרות שנים, קבע סעיף 12 (הישן) לחוק העונשין ("אי-ידיעת הדין לא תשמש עילה לפטור מאחריות לעבירה אלא אם נאמר במפורש שידיעת הדין היא אחד מיסודות העבירה"). לעומת זאת, במשפט הקונטיננטלי פטרו מאחריות במקרה של טעות בחוק שהיא בלתי נמנעת באורח סביר. בשיטה הראשונה הודגשה הסכנה ובשנייה האשמה. בתיקון 39 לחוק העונשין זכינו גם אננו לסייג טעות מודרני – סעיף 34 פוטר מאחריות נוכח טעות שהייתה בלתי נמנעת באורח סביר (כגון הסתמכות על ייעוץ רשמי מוטעה).

דוגמה נוספת לגישות השונות היא היחס לטעות בעובדה. ס' 17 הישן לחוק העונשין קבע כך: "העושה מעשה או מחדל בהנחה כנה וסבירה, אך מוטעית, בדבר מצב דברים אינו נושא עליהם באחריות גדולה מזו שהיה נושא בה אילו היה מצב הדברים לאמיתו כפי שהנית, והוא כשאין הוראה אחרת מפורשת או משתמעת". הדרישה שהטעות תהיה גם סבירה לא התיישבה עם דרישת המחשבה הפלילית: הרי מי שטעה פעל בחוסר מודעות גם אם טעותו הייתה בלתי סבירה. הסעיף שיקף את הגישה האנגלית: לא די שטעית, נדרש גם שהטעות תהיה סבירה, אחרת תוטל אחריות חמורה לעבירה של מחשבה פלילית. אך הרי מי שטעתה טעות בלתי סבירה היא רק רשלנית. שוב: בשיטה האנגלית הודגשה הסכנה ובשיטה האירופאית הודגשה האשמה. גם כאן זכינו במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין לשינוי רצוי: סעיף 34 דורש סבירות של הטעות רק כשמדובר בעבירת רשלנות ולא כשמדובר בעבירת מחשבה פלילית. כך, למשל, אם ביציאה ממסעדה נטל אדם מטריה שאינה שלו בהאמינו בטעות שהוא נוטל את מטרייתו שלו, לא תוטל עליו אחריות לעבירת הגניבה, בהיעדר מודעות לכך שהנכס אינו שלו ולכך שהבעלים אינו מסכים לנטילה. זאת, גם אם טעותו לא תיחשב בעיני בית המשפט כסבירה (למשל אם נטל מטריה בצבע השונה מזה של המטריה שלו) ובלבד שבית המשפט יקבע שמדובר בטעות אמתית ולא בטענה שקרית.

דוגמה שלישית ואחרונה היא היחס לסייג הצורך. הדוגמה הקלאסית של עמנואל קאנט: שני ניצולים מאניה טובעת נאחזים בקרש הצלה שקטן מכדי להציף את שניהם ואחד מהם דוחף את השני, ניצל ומונע מהשני להינצל. במשפט הקונטיננטלי הייתה נכונות לפטור במצבים כאלה בשל חוסר האשמה של המבצע הנתון במצב כה קשה. לעומת זאת, האנגלים נרתעו מלפטור את המבצע מאחריות פלילית. דוגמה ידועה היא פסק דין אנגלי מלפני כמאה בעניין *Dudley & Stephens* – אנשים שספינתם נטרפה והיו בסירת הצלה תקופה ארוכה ללא מזון. ביום העשרים הרגו נער צעיר שהיה במצב הגרוע ביותר מבחינת סיכויי הישרדות, אכלו את הגופה וניצלו. השופטים בכל זאת הרשיעו אותם ברצח, כתבו על הסכנה שבהכרה בסייג ה"צורך", והוסיפו: "אנו לעיתים קובעים סטנדרטים, שאפילו אנו

השופטים לא היינו יכולים לעמוד בהם". לא הייתה נכונות של השופטים להכיר בדרישת האשמה. השופטים הסתפקו בהמלצה על חנינה.<sup>581</sup>

## ב. ההבחנה בין צידוק (justification) לבין פטור (excuse)

במשפט הקונטיננטלי פותחה הבחנה חשובה ביותר בין סייגים מסוג justification (צידוק) לבין סייגים מסוג excuse (פטור) המאפשרת התחשבות גדולה יותר בדרישת האשמה. מכיוון שזוהי ההבחנה החשובה ביותר בעולם הסייגים, אתעכב עליה מעט. לתיאור בסיסי של ההבחנה נוהגים להביא את דבריו הבאים של פרופ' Hart:<sup>582</sup>

"במקרה של 'צידוק' מה שנעשה נחשב למשהו שהחוק לא מגנה, או אפילו מקדם בברכה. אך כשהמתה... פטורה, האחריות הפלילית מבוטלת על בסיס אחר. מה שנעשה זה משהו מצער, אך מצבו הנפשי של המבצע כשעשה זאת מדגים אחד או יותר ממגוון תנאים המשמשים לביטול הגינוי הציבורי וענישת הפרטים. זוהי דרישה של הגינות או של צדק לפרטים..."

כך, למשל, אנו פוטרים מאחריות פלילית את הבלתי שפוי, משום שאנו מבינים את מצבו וסולחים לו, אך איננו מצדיקים את מעשהו המהווה עבירה פלילית. בהחלט היינו מעדיפים שלא יעבור את העבירה שעבר. לעומת זאת, כאשר שוטר ממלא את תפקידו ועוצר עבריין בהתאם לתנאים הקבועים בחוק, אנו לא רק פוטרים אותו מאחריות לעבירה של כליאת שווא, אלא אף מצדיקים את מעשהו. בצידוק מדובר בהשלכה משפטית של הכרעה ערכית-מוסרית, שלפיה בנסיבות המיוחדות שבהן נעברה העבירה (בהתאם להגדרתה בחוק) המעשה אינו עוד רע, אלא דווקא טוב. לעומת זאת, כשמדובר בפטור, המעשה עדיין נתפש בעיני החברה כרע, גם באותן נסיבות מיוחדות המביאות למתן הפטור (המבוסס על הבנה וסליחה ושאיננו מהווה הצדקה מוסרית).

פרופ' Fletcher, שניצב בראש הקוראים להנהגת ההבחנה במשפט האנגלו-אמריקני, תאר את ההבחנה כך:<sup>583</sup>

"טענות של צידוק מניחות שהעבירה כהגדרתה התגבשה, אך מערערות על כך שהמעשה הוא בלתי-חוקי; טענות של פטור מניחות שהמעשה הוא בלתי-חוקי, אך מבקשות למנוע את הייחוס של המעשה למבצע. צידוק עוסק בצדקת המעשה; פטור עוסק בשאלה האם המבצע אחראי למעשה שההנחה היא שהוא בלתי-חוקי..."

המחלוקת בנוגע לעצם ההבחנה התאורטית היא קטנה יחסית. המחלוקות הקשות נטושות סביב השלכות ההבחנה. פרופ' Radbruch, שקדם ל-Fletcher בעמידתו על ההבחנה והשלכותיה, מנה ארבע השלכות חשובות של ההבחנה: 1. אין זכות להגנה עצמית כנגד מעשה "מוצדק" (שחלה עליו הגנה

581 The Queen v. Dudley & Stephens, 14 Q.B.D. 273, 288 (1884)

582 לדבריו המקוריים שבאנגלית ולהפניה אליהם ראו סג'ורו הגנה עצמית במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 171, בעמ' 30.

583 לדבריו המקוריים שבאנגלית ולהפניה אליהם ראו שם, בעמ' 30-31.

פרק כז: צידוק מול פטור – הסייגים לאחריות פלילית

מסוג justification), אך יש זכות כזו כנגד מעשה "פטור" (שחלה עליו הגנה מסוג excuse); 2. טעות בעובדה לגבי צידוק היא הגנה, אך טעות בעובדה לגבי פטור אינה הגנה; 3. מעשהו של שותף לעבירה הוא פלילי למרות קיומו של פטור למעשהו של המבצע העיקרי, אך אינו פלילי אם מעשהו של המבצע העיקרי הוא מוצדק (במילים אחרות מתארים זאת כך: פטור הוא פרסונלי וצידוק הוא אוניברסלי); 4. פיצויים (אזרחיים) בגין נזק ניתן לתבוע ממי שיש פטור למעשהו, אך לא ממי שיש צידוק למעשהו. מלומדים אחרים הציעו לאמץ השלכות נוספות או אחרות, שהעיקריות שבהן: 5. לצד ג' מותר להגן על מי שיש צידוק למעשהו (ואפילו מעוררים אותו לעשות כן) ומעשהו של צד ג' יהיה מוצדק, אך אסור לו להגן על מי שלמעשהו יש פטור בלבד; 6. אשמה קודמת של המבצע שוללת ממנו פטור, אך איננה שוללת ממנו צידוק; 7. קיים הבדל בנטל ההוכחה; 8. פטור, בשונה מצידוק, מצריך בדרך כלל טיפול כלשהו של החברה במבצע. במקום אחר עמדתי על כך שלא כל ההשלכות שהוצעו הן נכונות ועל כך שיש אומנם להיעזר באופיו הכללי של סייג כצידוק או כפטור, אך לא לגזור מכך את כל ההשלכות שלעיל באופן אוטומטי-טכני-מכני. כך, למשל, חרף העובדה שההגנה העצמית היא צידוק, אין מקום להצדקה אוטומטית של מי שהתערב לטובת הנתקף-המתגונן, אלא יש לבחון אם עשה כן תוך מודעות לסיטואציה ובמטרה להגן.<sup>584</sup>

שיטת משפט שבה ההבחנה מקובלת מאוד היא השיטה הגרמנית.<sup>585</sup> התפתחותה ההיסטורית של ההבחנה שם הייתה בעלת קשר הדוק למבנה האחריות הפלילית במשפט הגרמני. מבנה זה כולל שלושה נדבכים נפרדים, עם היררכיית בדיקה ברורה. ראשית, נבדקת התקיימות היסודות הקבועים בהגדרת העבירה. בשלב השני נבדק האופי הבלתי חוקי של המעשה. אופי (בלתי חוקי) זה נשלל אם מתקיים צידוק. בשלב השלישי והאחרון נבדקת אשמת המבצע, הנשללת אם מתקיים פטור:

מבנה האחריות במשפט הגרמני – 3 שלבים:	השאלה שבית המשפט בוחר ביזמתו (3 אפשרויות לזיכוי):	תפקיד
1. היסודות שבהגדרת העבירה	האם התקיימו כל רכיבי היסוד העובדתי וכל רכיבי היסוד הנפשי?	
2. אי-חוקיות	האומנם הופר הסדר החברתי-משפטי?	Justification שולל אי-חוקיות
3. אשמה	האומנם קיימת אשמה? (במובן הרחב – שמעבר להתקיימות היסוד הנפשי)	Excuse שולל אשמה

במשפט הגרמני קיימת הבחנה בין אי-חוקיות לבין אשמה וכדי להטיל אחריות פלילית על בית המשפט לבדוק ביזמתו את כל שלושת שלבי הבדיקה שבטבלה שלעיל. ניתן להקשות: מה לנו העבודה הזו? למה להתאמץ ולהבחין בין צידוקים לבין פטורים, כשההשלכה המרכזית שלהם היא משותפת – לא מוטלת אחריות פלילית? הרי גם בשיטה חד-ממדית כשלנו קיימים סייגים לאחריות פלילית. התשובה היא שלשיטה המורכבת יותר יתרונות בולטים. בשיטת משפט לא משוכללת, ישנם מקרים שבהם השופטים נקרעים בין הרצון לזכות בשל חוסר אשמה מספקת, לבין החשש שמא הזיכוי יתפרש בציבור

584 שם, בעמ' 36, 281–293.

585 להפניות לאסמכתאות ולפירוט נוסף ראו שם, בעמ' 31.

ביקורת דיני העונשין הישראליים

בטעות כמתן הכשר למעשה העבירה. השיטה המשוכללת מאפשרת לבית המשפט לומר: אומנם התקיימו יסודות העבירה ואומנם הופר הסדר החברתי-משפטי, אולם אין טעם להטיל אחריות פלילית, נוכח היעדר אשמה. זוהי אפשרות חשובה להבחין בין זיכוי לזיכוי, שגם צפויה לאפשר יותר זיכויים וגם מונעת פרשנות לא נכונה של הזיכוי על ידי הציבור. בנוסף, השיטה המשוכללת מטילה על בית המשפט לבדוק ביזמתו את כל שלושת השלבים – גם אם הנאשם או סניגורו לא השכילו להעלות טענה טובה של צידוק או של פטור. לבסוף, כפי שראינו, ההבחנה בין צידוק לבין פטור מכוונת אותנו אל השלכות מסוימות, כגון זכות ההתערבות של צד ג' לצדו של בעל צידוק אך לא לצדו של בעל פטור (אם כי, כאמור, אין לגזור את ההשלכה באופן אוטומטי).

מיפוי הסייגים תוך חלוקה לצידוקים ולפטורים

פטורים (excuses)	צידוקים (justifications)
התקיימו כל רכיבי העבירה	התקיימו כל רכיבי העבירה
אין אחריות פלילית	אין אחריות פלילית
המעשה פסול, אך אין (די) אשמה	אין כל פסול במעשה
פטורים (והפניה לסעיפי חוק העונשין):	צידוקים (והפניה לסעיפי חוק העונשין):
כורח (אימים) (ס' 34יב + ס' 34טו + ס' 34טז + ס' 34יד) 586	הגנה עצמית (ס' 34י + ס' 34ט + ס' 34טז)
צורך פוטר – בחירה שאיננה ברע במיעוטו (ס' 34יא + ס' 34טו + ס' 34טז + ס' 34יד) 588	צורך מצדיק – בחירה ברע במיעוטו (ס' 34יא + ס' 34טו + ס' 34טז + ס' 34יד) 587
אי-שפיות 589 (ס' 34ח)	טיפול רפואי נחוץ הנעשה כשלא ניתן להשיג הסכמה (= מקרה פרטי של צורך מצדיק) (ס' 34יג(3))
לקות שכלית 590 (ס' 34ח)	הסכמת הקורבן לטיפול רפואי (ס' 34יג(4))
היעדר שליטה (ס' 34 + ס' 34ד)	ביצוע הדין (ס' 34יג(1))

586 להלן דוגמה: א' מאיים על ב' שיכה אותו אם ב' לא יהרוס נכס של ג'. ב' חושש לגופו ופוגע בנכס. ב' פטור מהעבירה "היזק בודון" (ס' 452 לחוק העונשין) בהתאם לסייג הכורח. א' אחראי כמבצע באמצעות אחר – כמפורט בפרק כה, העוסק בביצוע באמצעות אחר.

587 להרחבה באשר לסייג הצורך ראו חאלד גנאים ההבחנה בין הצדקה-בדין לבין סליחה-בדין, ערוכה על-פי סייג הצורך (עבודת דוקטורט, האוניברסיטה העברית, 2002).

588 להרחבה ראו שם.

589 ברע"פ 2675/13 מדינת ישראל נ' וחנון (פורסם בנבו, 3.2.2015) קבע השופט ניל הנדל הלכה נכונה שלפיה יש לזכות את מי שקובעים לגביו כי פעל במצב של אי שפיות, ובכך ביטל את הסטטוס המוזר "לאו בר עונשין" שנקבע בפסיקה קודמת, מוטעית.

590 סייג הלקות השכלית, משום מה, מסתתר בחוק תחת הכותרת "אי שפיות הדעת".



פרק כז: צידוק מול פטור – הסייגים לאחריות פלילית

פטורים (excuses)	צידוקים (justifications)
זוטי דברים (ס' 34(ז)591)	ציות לפקודה בלתי חוקית (אך לא בעליל) (ס' 34(ג2))
טעות במצב דברים = הגנה מדומה (ס' 34 בצירוף הסייג שבאשר להתקיימותו טעה המבצע, כגון ס' 34 הגנה עצמית)592	
טעות במצב משפטי (ס' 34(ט)593)	
הגנה על רשות שופטת (ס' 34(ב))	
שכרות לא רצונית (ס' 34(א)594)	

591 להלן דוגמה: בעת ההפסקה שבין שני חלקי ההרצאה בקורס דיני עונשין, חשקה נפשו של סטודנט א' בשוקולד והוא נטל קוביית שוקולד מהחפיסה של סטודנט ב' שיצא לשירותים. אומנם התקיימו כל רכיבי עבירת הגניבה (ס' 383 לחוק העונשין בצירוף ס' 384) אך "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך" (ס' 134 לחוק העונשין). להרחבה באשר לסייג זוטי הדברים (ידוע בעולם בשמו הלטיני *de minimis*) ראו ג'ודי ברודר "תיחומי של סייג זוטי-הדברים לאור לשונו של סעיף 34 לחוק העונשין" מחקרי משפט כא 495 (2005); ג'ודי ברודר זוטי דברים (עבודת דוקטורט, אוניברסיטת בר-אילן, 2001). דוגמה לשימוש בהגנת זוטי הדברים ניתנה לאחרונה כשבית משפט השלום ברמלה (השופט מנחם מזרחי) זיכה נאשמת שגנבה כרטיס אשראי מתיבת דואר והשתמשה בו לרכישת מזון לילדיה הקטינים, על רקע של עוני. ראו ת"פ 17571-01-18 מדינת ישראל נ' בהלקר (פורסם בנבו, 6.9.2018). השופט אף סיווג נכונה את סייג זוטי הדברים כפטור ולא כצידוק: "...אין כל הצדק למעשה גניבה... לא ראוי להטביע את הסטיגמה הפלילית על המעשה המתואר בכתב האישום, לנסיבותיו – גניבה של מזון להשביע את רעב הנאשמת ורעבם של שני ילדיה הקטינים – הא ותו לא". מבלי לגרוע מנכונותו של עצם הזיכוי, דומני שעדיף היה להשתיתו על סייג הצורך (סעיף 34 לחוק העונשין) אשר משקף נאמנה את המטרה להציל את ילדיה מחרפת רעב אשר עמדה לנגד עיני האם.

592 שתי הערות באשר לסייג "טעות במצב דברים". האחת – לכאורה הסייג מתייחס גם לטעות באשר להתקיימותו של רכיב בעבירה, אך סבורני כי במצב כזה ממילא לא מתקיימת המחשבה הפלילית ולכן אין צורך בסייג. הערה שנייה – ייתכן שיש להגביל את הפטור הניתן במקרה של הגנה מדומה לטעות באשר להתקיימות צידוק ולא גם לטעות באשר להתקיימות פטור. כלומר: סייג של צידוק מדומה, אך לא סייג של פטור מדומה. לפסיקה שהחילה את סעיף 34 על ההגנה העצמית ראו ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.10.2006). למהלך יפה דומה שעשה בית המשפט העליון כחצי מאה קודם לכן וללא סעיף 34 ראו ע"פ 54/49 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' עסלה, פ"ד ד 496 (1950). וראו דיון בפסק הדין בספרי סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 171, בעמ' 334. כן ראו דיון בהגנה העצמית המדומה, שם, בעמ' 325–339. בשני המקרים דייק בית המשפט כשהסתפק בעצם הטעות ולא הוסיף לה דרישה מיותרת של סבירות – העשויה להתאים רק כשמדובר בעבירת רשלנות.

593 אין מחלוקת שהסתמכות הנאשם על ייעוץ רשמי מוטעה של גוף שמופקד על פרשנות החוק או על אכיפתו (סייג המוכר מהקוד-הפלילי-לדוגמה האמריקני) הופכת את טעות הנאשם לטעות במצב משפטי שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר" (כלשון סעיף 34 לחוק) ולפיכך פוטרת מאחריות. ההתלבטות הייתה באשר לייעוץ מוטעה שקיבל הנאשם מעורך דין פרטי. לדין בסוגיה זו ראו גור-אריה "הסתמכות על עצה מוטעת", לעיל ה"ש 162. בהמשך הכירה הפסיקה באפשרות שגם על הסתמכות הנאשם על ייעוץ מוטעה שקיבל מעורך דין פרטי יחול הסייג "טעות במצב משפטי" הקבוע בסעיף 34 לחוק, אך נקבעו לכך בפסיקה תנאים מחמירים. ראו ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה בע"מ, פ"ד סב(3) 307 (2007); ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.10.2007); ע"פ 1672/06 בלילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.3.2008).



### ג. סייגי האילוץ: ההגנה העצמית, הצורך והכורח

קבוצת הסייגים לאחריות פלילית המרכזית היא סייגי האילוץ. הסיטואציה המשותפת לסייגי האילוץ היא של סכנה מידית לאינטרס לגיטימי מסוים, המאלצת את המבצע לפגוע באינטרס לגיטימי של אדם אחר כדי להציל את האינטרס שבסכנה. שלושת סייגי האילוץ המרכזיים (המכונים גם "האילוץ") הם ההגנה העצמית, הצורך והכורח. המאפיין הייחודי של ההגנה העצמית מול סייגי האילוץ האחרים הוא שפגיעת המבצע היא במקור הסכנה, שהוא אדם המבצע תקיפה בלתי חוקית. לעומת זאת, כשמדובר ב"צורך", בדרך כלל אין מקור הסכנה אנושי אלא הסכנה נובעת מנסיבות שאליהן נקלע המבצע, וממילא אין פגיעת המבצע מוגבלת לאינטרס של תוקף. גם כשמדובר בסייג ה"כורח" מקור הסכנה הוא אנושי (המאיים), אך פגיעת המבצע אינה במאיים אלא באינטרס לגיטימי של צד שלישי.

סייגי האילוץ	הגנה עצמית	צורך	כורח
סעיפי חוק העונשין	134 + י34	34יא	34יב
מקור הסכנה	אדם – התוקף	נסיבות	אדם – המאיים
פגיעת המבצע היא	בתוקף אשם	באדם תמים	
תנאים נוספים שמחוץ להגדרת הסייג בחוק	134טז – "סבירות" (= פרופורציה)	134טז – "סבירות" (= פרופורציה); 134טו – חובה לעמוד באיום או בסכנה; 134כד – כניסה למצב בהתנהגות פסולה	
אופי הסייג	צידוק	פטור / צידוק (בחירה ברע במיעוט)	פטור

### ד. רציונל ההגנה העצמית לעומת רציונל הצורך

ההגנה העצמית בדין הישראלי היא דוגמה מאלפת לחשיבותה של ההתעמקות בתאוריה ובמשפט המשווה. חוק העונשין הוא ירושה רעה מהמנדט הבריטי על ארץ ישראל. הוא איננו שיטתי וקשה לאתר בו רציונלים ברורים, מלבד דגש חזק מדי על הרתעה ואמונה מוטעית שככל שהעבירות תוגדרנה באופן רחב יותר וככל שהעונשים המרביים יהיו גבוהים יותר, כן ייטב. אומנם ב־1994, במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, נחקק מחדש החלק הכללי של החוק, וכיום הוא טוב הרבה יותר מקודמו. אלא שמהצד האחד לא הקפיד המחוקק להבהיר מהו הרציונל של כל סייג לאחריות פלילית, ואפילו לא מהו אפיונו הנכון – צידוק או פטור; ומהצד השני, השופטים נוטים להמשיך ולהתייחס אל כל הסייגים, חרף

594 יתר חלקיו של סעיף 134ט לחוק אינם סייג לאחריות פלילית אלא דווקא הרחבת אחריות: גם אם השכרות (הרצונית) שוללת את המודעות ואת המחשבה הפלילית, החוק מחמיר עם המשתכר ומטיל עליו אחריות לעבירות חמורות של מחשבה פלילית, לרבות אפילו (עד לאחרונה) הריגה שדינה עשרים שנות מאסר, בקבעו חזקת אדישות, המהווה בעצם פיקציה. כיום חל על המקרה סעיף החוק החדש 301ב(ג) – "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת", אך העונש עדיין נותר כבד – עשרים שנות מאסר.

נוסחיהם החדשים שנקבעו בתיקון 39, כאל פטורים בלבד, כביכול אין צידוקים בעולם המשפט הפלילי.<sup>595</sup>

אכן, ההבחנה שבין צידוק (justification) לבין פטור (excuse) היא ההבחנה הבסיסית ביותר, שבלעדיה אין אפשרות להבין לאשורו אף לא אחד מן הסייגים לפליליות המעשה. בפטור אנו, בני החברה, מבינים את מצוקתה של המבצעת ואת חוסר הטעם שבענישתה, סולחים לה (באמצעות החוק) ופוטרים אותה מעונש, אף שעברה עבירה שהיינו מעדיפים שלא תבצע. לעומת זאת, צידוק פירושו שאומנם באופן פורמלי מעשה המבצעת מגבש עבירה פלילית, אך מבחינה מהותית ומוסרית – ובעקבות כך גם מבחינה משפטית – זהו המעשה הנכון, הראוי והמוצדק, ואנו מעדיפים שגם בעתיד יבוצע בסיטואציה שכזו.

המלומדים שעסקו בסייג ההגנה העצמית תמימי דעים כי אופיו הנכון הוא של צידוק: זהו המעשה הראוי, נטול כל רבב מוסרי. זאת, כמובן, בהתקיים התנאים המקובלים, לרבות תקיפה בלתי חוקית שמבצע תוקף אשם, סכנה מידית הנשקפת לנתקף, נחיצות של הכוח המגן לשם הדיפת התקיפה, פרופורציה בין הסכנה לנתקף לבין הכוח המגן, מודעות של המבצע לסיטואציה ומטרה של המבצע להתגונן או להגן.

אלא שהמשפט האנגלי המוקדם לא התלהב מסייגים בכלל ומצידוקים בפרט. היחס אל ההגנה העצמית לא היה כאל צידוק, אלא כאל פטור (*Se Defendendo*). במקום אחר הראיתי כי יחס בלתי מוצדק זה אל ההגנה העצמית השתרש בפסיקה הישראלית עד כי השופטים מתקשים להשתחרר ממנו גם לאחר שינוי חוק העונשין במסגרת תיקון 39.<sup>596</sup> בשל יחסם ה"קמצני" של השופטים אל סייג ההגנה העצמית, קשה עד בלתי אפשרי למתגונן לשכנע את בית המשפט שהתגבש הסייג.<sup>597</sup> על רקע זה התערב המחוקק והוסיף לפני שנים אחדות, לצד הסייג הראשי "הגנה עצמית" הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, גם סייג לכאורה משני, ספציפי יותר, של "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר", שבהגדרתו הבהיר כי דרישת הפרופורציה שבמסגרת סייג ההגנה העצמית היא גמישה יותר.<sup>598</sup> מדרישת הפרופורציה הקשיחה המקובלת באשר לסייג הצורך כצידוק, המבוסס על הבחירה ברע במיעוטו.<sup>599</sup> כאן מתבקשת השוואה קצרה בין רציונל הצורך, ובמיוחד הצורך כצידוק, לבין רציונל ההגנה העצמית. בשיטות משפט משוכללות מקובל להבחין בין שני סייגים נפרדים ושונים של צורך: האחד –

595 ישנן בפסיקה גם אמירות חריגות לטובה. כך למשל נקבע בע"פ 1109/09 שיבלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.1.2010) כך: "המשפט הישראלי לא אימץ את ההבחנה בין הגנות פוטרות להגנות מצדיקות באופן מפורש. אולם חרף זאת, אינני סבור כי נכון יהיה להתעלם ממנה, שכן המטען התיאורטי הניצב בבסיסה עשוי לספק לנו דרך יעילה ונכונה לפתרון בעיות".

596 בועז סנג'רו "הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ('חוק דרומי' ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית" משפט וממשל יג 93 (2010) (להלן: סנג'רו "הייהפך הצידוק לפטור של חסד?").

597 אומנם על פי סעיף 34(ב) לחוק העונשין "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג", אך לא אחת הרטוריקה של פסקי הדין מעידה על כך שמצפים מהנאשם להראות שהתגבשו כל תנאי הסייג, ואין מכבידים על התביעה בעניין זה.

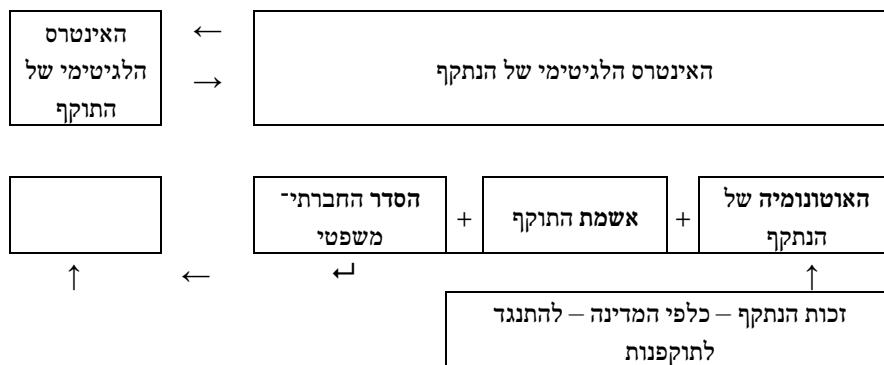
598 די בכך שהמעשה לא היה "לא סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס" – סעיף 34(1)(ב) לחוק העונשין. כלומר: כאן דרישת הפרופורציה היא גמישה ולא קשיחה.

599 הסייג נשלל כל אימת ש"המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה" – כך קובע סעיף 34(טז) לחוק העונשין – "חריגה מן הסביר" – מבלי להבחין כנדרש בין צורך לבין הגנה עצמית. כלומר: כאן אפשר לפרש את דרישת הפרופורציה כדרישה קשיחה.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

צורך כפטור, המבוסס על הבנת המצוקה הקשה שאליה נקלע המבצע ועל סליחה על מעשהו. כזה המקרה שעליו סיפר הפילוסוף עמנואל קאנט, המתאר שני ניצולים מאונייה טובעת, הנאחזים בציפורניהם בקורת עץ קטנה, המסוגלת להציף רק אחד מהם. אם במצב כזה קשה דוחף אחד מהם את השני כדי להינצל, אומנם לא נשבח את מעשהו, אך נבין אותו ונסלח לו – זהו אינסטינקט ההישרדות. סייג הצורך מן הסוג השני הוא צידוק, המבוסס על בחירת המבצע ברע במיעוטו. אם יש לפרוץ לדירה אחרת לשם נטילת דלי מים לכיבוי שרפה בדירה שבה נתונים אנשים בסכנה, אנו מצדיקים את העבירה של היזק לרכוש שבפריצת הדלת ומעודדים את המעשה שנועד להציל בני אדם מסכנת שרפה. מהו הרציונל להצדקתה המיוחדת של ההגנה העצמית? לכאורה (בלבד) לפנינו התמודדות בין שני בני אדם במעמד שווה: בין האינטרסים הלגיטימיים של הנתקף (בעיקר חייו ושלמות גופו) לבין האינטרסים הלגיטימיים של התוקף (בעיקר חייו ושלמות גופו). אלא שבחינה מעמיקה יותר מלמדת שלצד הנתקף-המתגונן (או המגן על אדם אחר) ניצבים שלושה גורמים מופשטים, המטים את הכף לטובתו: האוטונומיה של הנתקף, אשמת התוקף (באשר לתקיפה) והסדר החברתי-משפטי. ההגנה העצמית היא הפעלת כוח מגן נחוץ ופרופורציוני כדי להתגונן או להגן, כנגד תוקף האשם בתקיפה. ההגנה העצמית היא הגנה בזמנית הן על האוטונומיה של הנתקף והן על הסדר החברתי-משפטי, וזאת בדרך המסוימת מאוד של פגיעה בתוקף האשם בתקיפה.<sup>600</sup>

תיאור סכמתי של הרציונל להצדקת ההגנה העצמית:



<sup>600</sup> להרחבה בעניין רציונל ההגנה העצמית ראו סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 171, בעמ' 133–29, או בקצרה בעמ' 117–133; BOAZ SANGERO, SELF-DEFENCE IN CRIMINAL LAW 11–106; בוועד סנג'רו "הפעלת כוח שאינה במטרה להתגונן או להגן אינה הגנה עצמית מוצדקת: תשובה לחאלד גנאים" משפט וממשל יז 551 (2015); Boaz Sangero, *A New Defense for Self-Defense*, 9 BUFF.; Boaz Sangero, *In Defense of "Self-Defence in Criminal Law"*; and on "Killing in Self-Defence" – A Reply to Fiona Leverick, 44 CRIM. L. BULL. 3 (2008); Boaz Sangero, *Heller's Self-Defense*, 13 NEW CRIM. L. REV. 449 (2010); Boaz Sangero, Comment, "Self-Defense and the Psychotic Aggressor": What About Proportionality?, in CRIMINAL LAW CONVERSATIONS 372 (Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey & Kimberly Kessler Ferzan eds., 2009).

באשר לגורם האוטונומיה שברציונל להצדקת ההגנה העצמית, מדובר בזכותו של קורבן התקיפה להגן על האינטרסים האישיים הלגיטימיים שלו מפני התקפה, כלומר, בזכותו למנוע פלישה וחדירה לספרה של האוטונומיה שלו, המהווה את מרחב המחיה המוגן של האדם. מרחב זה כולל את חייו, את שלמות גופו, את חירותו ואת רכושו (בסדר הזה) ואולי גם אינטרסים אישיים נוספים, כגון כבודו. הבסיס המוסרי והמשפטי לכך הוא שזכות טבעית או מוסכמת של האדם לאוטונומיה היא המינימום הנדרש לקיום חיים בעלי משמעות ערכית. גורם האוטונומיה אינו פועל בכל המקרים בעוצמה שווה להצדקת ההגנה העצמית, אלא עוצמתו עומדת ביחס ישר למשקל האינטרס הלגיטימי של הנתקף המצוי בסכנה. לצד גורם האוטונומיה ניתן להוסיף גם את זכותו של הפרט – כלפי המדינה – להתנגד לתוקפנות. זכות זו שוללת את הטענה שלפיה עם היווצרות המדינה נשללה או נחלשה מאוד זכותו של הפרט להגן בעצמו על האוטונומיה שלו. במצבים שבהם המדינה (באמצעות המשטרה או בדרך אחרת) איננה מסוגלת להגן על הפרט מפני תוקפנות, נשמרה לו הזכות להתנגד לתוקפנות במו ידיו.

**אשמת התוקף מתייחסת, כמובן, לתקיפה המסוימת, ולא לכל פעולותיו של התוקף מאז ומעולם.** היא מהווה בסיס מוסרי לפיחות בהגנת החוק על האינטרסים שלו (באותו אירוע); פיחות המאפשר הפעלת כוח מגן מוצדק כלפיו. אך הפיחות מלמד לא רק על ה"אין", אלא גם על ה"יש". גם לתוקף נותרות זכויות – בעיקר לחיים ולשלמות הגוף – ויש להביא בחשבון גם אותן, דבר הבא לידי ביטוי בדרישות הבסיסיות של נחיצות הכוח המגן ושל הפרופורציה.

להגנת הסדר החברתי-משפטי, הכרוכה בפעולת ההגנה העצמית, יש תפקיד מרכזי בהצדקתה. ההגנה העצמית מונעת, בין היתר, ביצוע עברה על ידי התוקף, ומהווה גורם מרתיע כלפי תוקפים פוטנציאליים, אשר ידעו מעתה ואלך כי ייתכן שתקיפתם תסוכל גם אם המשטרה אינה במקום האירוע, אם על ידי הנתקף עצמו ואם על ידי אדם אחר הנחלץ להגנתו. ההגנה העצמית אף שומרת על התקפות האמפירית של הנורמה ה"מותקפת" על ידי התוקף ושל כלל הנורמות הפליליות. בכך היא משרתת את החברה, בספקה הגנה יעילה מאוד על הסדר החברתי-המשפטי. גורם הסדר החברתי משפטי הוא גם המסביר את ההצדקה המקובלת לא רק של התגוננות, אלא גם של הגנה על אדם אחר – אפילו זו המעניין הוא שאף שברוב המקרים הסדר החברתי-משפטי הוא גורם הפועל להצדקת ההגנה העצמית, הוא עשוי גם לקבוע לה גבולות. כך, כאשר תגובת הנתקף חורגת באופן משמעותי מדרישת הפרופורציה, והוא מסב לתוקף פגיעה העולה לאין שיעור על הפגיעה הצפויה לו מתקיפת התוקף, תגובת הנתקף דווקא פוגעת בסדר החברתי-משפטי, ובוודאי אינה מגוננת עליו. איש לא יחלוק על כך שהדיפה בכוח קטלני של תוקף הדוחף את הנתקף בתור לאוטובוס אינה שומרת על הסדר החברתי-משפטי, אלא פוגעת בו פגיעה קשה. במקרים כאלה הסדר החברתי-משפטי הוא גורם הפועל נגד תגובתו המופרזת בעליל של הנתקף (דבר הבא לידי ביטוי במלבן הריק אשר באגף השמאלי של התיאור הסכמתי שלעיל).

חשוב להדגיש את הכרחיותם של כל שלושת הגורמים יחדיו לשם הצדקת ההגנה העצמית: ההגנה העצמית היא הגנה בזמנית הן על האוטונומיה של הפרט הנתקף והן על הסדר החברתי-משפטי, וזאת בדרך של הפעלת כוח מגן נחוץ ופרופורציוני כנגד התוקף הנושא באחריות פלילית לתקיפה. יש לשים לב לעובדה שהגדרת הצורך כללית יותר מהגדרת ההגנה העצמית, ולכאורה ניתן היה לוותר על הסייג המסוים יותר של ההגנה העצמית ולהסתפק בסייג הכללי יותר של הצורך. בהסדר כזה,

המקרים שכיום נופלים לגדר סייג ההגנה העצמית היו נופלים לגדר סייג הצורך.<sup>601</sup> מדוע אפוא נוהגים מחוקקים להפריד את המקרים של הגנה עצמית מבין כלל מקרי הצורך ולקבוע להם הסדר נפרד? הסיבה היא שההצדקה של ההגנה העצמית גדולה הרבה יותר, לנוכח שלושת הגורמים המרכזיים ברציונל שלה: האוטונומיה של הנתקף, אשמת התוקף והסדר החברתי-משפטי. לפיכך ראוי לקבוע להגנה העצמית תנאים שונים מאלה הקבועים להגנת הצורך. כך, לשם הצדקת הצורך נדרשת בחירה ברע במיעוט ודרישת הפרופורציה היא קשיחה מאוד, ולעומת זאת לצורך הצדקת ההגנה העצמית די בכך שהכוח המגן איננו בלתי סביר בהשוואה לסכנה ולא נדרש איזון מוחלט. לכן ניתן וצריך להצדיק כוח מגן קטלני שמפעילה אישה בסכנת אונס נגד האנס, גם אם חייה אינם בסכנה כלל.<sup>602</sup>

חוסר המודעות של שופטי ישראל לרציונל המדויק להצדקתה של ההגנה העצמית הוביל לכך, שלמעט במקרים שבהם גם מבלי להביא בחשבון את האוטונומיה של הנתקף, את אשמת התוקף ואת הסדר החברתי-משפטי, ממילא דובר בבחירה ברע במיעוט (בהשוואה בין האינטרס של הנתקף שהיה נתון בסכנה לבין הפגיעה בתוקף במהלך ההגנה העצמית), שאז – ורק אז – השופטים נטו להצדיק את המעשה; כמעט בכל יתר המקרים הצטמצמה משרעת הדיון לטווח שבין פטור בלבד (בהבדל מצידוק) לבין הרשעה. כאמור, מצב זה הוביל להתערבות המחוקק, אשר לא חפץ בפסיקה שהייתה צפויה בפרשת דרומי – חקלאי שהתגונן בכוח קטלני מפני פורצים לחוותו. המחוקק הוסיף את סעיף 134 – "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר" – שנועד לשנות את היחס אל ההגנה העצמית: לא עוד פטור, הבנה וסליחה בלבד, אלא צידוק הניתן למעשה הנכון והראוי – הן מוסרית הן משפטית. חבל רק שהבהרת המחוקק נעשתה בדרך מגושמת, אשר כורכת יחדיו מין (הגנת בית המגורים) בשאינו מינו (הגנת בית עסק ומשק חקלאי מגודר) ולפיכך עלולה להתפרש כמאפשרת שימוש בכוח קטלני לשם הגנה על רכוש – כוח שראוי לשלול מכול וכול.<sup>603</sup>

אשר לסייג הצורך, ניתן וצריך להבחין בין צורך כצידוק, המבוסס על בחירת המבצעת ברע במיעוט, לבין צורך כפטור, המבוסס על הבנה, על סליחה ועל חוסר הטעם שבענישה פלילית נוכח המצב הקשה שבו הייתה המבצעת נתונה. ההבחנה איננה רק תאורטית – יש לה גם השלכות מעשיות, כמו, למשל, זכות ההתערבות של צד שלישי לעזרת אחד מהצדדים לעימות: כשמדובר בצידוק רשאי צד שלישי להתערב לעזרת בעל הצידוק,<sup>604</sup> אך כשמדובר בפטור – אסור לצד שלישי להתערב. אלא שבחלק הכללי החדש של חוק העונשין, שנחקק במסגרת תיקון 39, לא התקדם המחוקק די בתחום זה, והותירנו עם סייג צורך אחד, הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, שהגדרתו פוסחת על שני הסעיפים ואיננה מלמדת אותנו אם מדובר בצידוק או בפטור. אכן, דרישת הסבירות הקבועה בסעיף 34טז מתאימה מאוד – מתוך הגדרה ממש – לצידוק המבוסס על בחירת המבצעת ברע במיעוט. אך מה

601 כזה היה המצב במשפט הישראלי בעבר: ס' 22 הישן לחוק העונשין, שכותרתו הייתה "צורך" כך את סייג הצורך ואת סייג ההגנה העצמית יחדיו. מעניין לציין שמקרי ההגנה העצמית שכוחים יותר במציאות בהשוואה למקרי הצורך. ההגנה העצמית היא אומנם מקרה פרטי של צורך, אך הוא השכיח והחשוב מבין המקרים הללו.

602 לדיון מפורט בדרישת הפרופורציה באשר לסייג ההגנה העצמית ראו סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 171, בעמ' 203–229.

603 וראו ביתר פירוט סנג'רו "הייהפך הצידוק לפטור של חסד?", לעיל ה"ש 596.

604 אם כי הצידוק שיקבל הצד השלישי אינו צריך להיות מכני-אוטומטי, אלא תלוי בהתקיימות תנאים מסוימים, לרבות היסוד הנפשי של הצד השלישי: נדרשות מודעות לסיטואציה ומטרה מצדיקה – בהגנה העצמית זוהי המטרה להגן על הנתקף.

פרק כז: צידוק מול פטור – הסייגים לאחריות פלילית

באשר לשני האומללים ניצולי האונייה שעליהם סיפר עמנואל קאנט, הנאחזים בציפורניהם בקרש הצלה הקטן מכדי להציף את שניהם? אומנם אין מקום להצדיק אחד מהם אם ידחוף את האחר, אך מדוע לא לחוס, לחמול ולסלוח? (גם אם "המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה" – בניגוד לסעיף 34טז). כאן נדרשת התערבות נוספת של המחוקק, ובהיעדרה – פרשנות ליברלית של סעיף 34יא בפסיקה, כך שישמש בו בזמן משכן הן לסייג של צורך כצידוק, הן לסייג של צורך כפטור.



## פרק כח

### המתה באדישות – רצח או הריגה? עבירות ההמתה והכוונה תחילה

#### א. עבירות ההמתה שעמדו בתוקף שבעה עשורים – עד 2019

עד לאחרונה,<sup>605</sup> היו במשפט הישראלי שלוש עבירות המתה. ההתפלגות הייתה בהתאם ליסוד הנפשי. היסוד העובדתי היה משותף לכל שלוש העבירות: נדרש שהמבצע גרם למות הקורבן (= כל מעשה או מחדל [בתנאי שקיימת חובה לפעול] שגרם לתוצאה).

שם העבירה	גרימת מוות ברשלנות	הריגה	רצח
סעיף חוק העונשין	304	298	301 + 300
אפיון	הרשלנות היא חריג במשפט הפלילי	עבירת ההמתה המרכזית	חומרה מיוחדת
היסוד העובדתי הנדרש	כל מעשה או מחדל (בצירוף מקור חובה לפעול) שגרם לתוצאה		
היסוד הנפשי הנדרש	רשלנות	מחשבה פלילית (מודעות)	300(א)(2) – כוונה תחילה; 300(א)(1), (3), (4) – מחשבה פלילית (די בצפיית התוצאה)
העונש	עד 3 שנות מאסר	עד 20 שנות מאסר	מאסר עולם חובה

#### 1. סעיף 304 – "גרימת מוות ברשלנות"

"הגורם ברשלנות למותו של אדם, דינו – מאסר שלוש שנים."

<sup>605</sup> ב-1.1.2019 נכנס לתוקפו תיקון 137 לחוק העונשין ובו נטרפו הקלפים – שתיים משלוש עבירות ההמתה בוטלו ובמקומן נחקקו ארבע עבירות חדשות. מכיוון שהפרק נכתב לפני התיקון ומכיוון שהפסיקה הקיימת ממילא מתייחסת רק לעבירות הישנות, הותרתי את חלקו הראשון של הפרק על כנו, ולמעשה גם את המשכו – שהרי ממילא הופיעה בו ביקורתי על הצעת החוק שקדמה לתיקון 137. העדכון המדויק משולב בהמשך.



## ביקורת דיני העונשין הישראליים

זוהי עבירת ההמתה היחידה שלא שונתה במסגרת תיקון 137 לחוק העונשין. היסוד הנפשי הנדרש הוא רשלנות, כאמור בסעיף 304 במפורש. בעבר הייתה בתוקף הגדרה מאוד מסובכת שירשנו עם פקודת החוק הפלילי האנגלית: "הגורם שלא בכוונה למותו של אדם מחוסר זהירות או במעשה פזיז או לא אכפתי שאינם עולים כדי התרשלות פושעת, דינו – מאסר שלוש שנים". היו אלה ניסוח ותרגום גרועים, שכרכו יחד מין בשאינו מינו: גיבוב של צורות שונות לחלוטין של יסוד נפשי. כדי לפרש עבירה מעורפלת זו, נעזרו השופטים בעוולה הנזיקית המקבילה (שהיה לה ניסוח דומה) עם כל החסרונות של לימוד מהמשפט הנזיקי על המשפט הפלילי. כיום ההגדרה פשוטה. הקושי העקרוני הוא בעצם ההסתפקות ברשלנות, ובמיוחד רשלנות אובייקטיבית, בתחומי המשפט הפלילי, ועליו כבר עמדתי בהרחבה בפרק העוסק ברשלנות.

### 2. סעיף 298 – הריגה

"הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנה".

כאמור, לאחרונה בוטל סעיף זה, אך בחרתי להוטריר דיון קצר בו. היסוד הנפשי שנדרש בעבירת ההריגה הוא מחשבה פלילית: מודעות לרכיבי היסוד העובדתי, לרבות צפיית התוצאה. הדבר נלמד משתיקת סעיף 298, בצירוף ברירת המחדל שקובע סעיף 19. מבחינת החוק, עבירת ההריגה הייתה עבירת הבסיס בתחום ההמתה, שהרוב הגדול של ההמתות הפליליות אמורות ליפול לתוכה. זאת משום שעבירת הרצח הותנתה בכוונה תחילה ולפיכך מקרים של כוונה רגילה (ספונטנית) אמורים היו להיחשב להריגה ולא לרצח. כך שעבירת ההריגה כללה שלוש צורות שונות מאוד של יחס חפצי כלפי התוצאה: הכוונה (מאוד חמורה, אם כי מעט פחות חמורה מהכוונה תחילה), האדישות (חמורה) וקלות דעת (הרבה פחות חמורה).<sup>606</sup>

במאמר מוסגר: בעבר, לנוכח סעיף 299 שהגדיר "מחדל אסור" תוך התייחסות לא רק ליחסו הנפשי של המבצע כלפי המוות, אלא גם כלפי חבלת גוף ("מחדל אסור – בין שיש עמו כוונה לגרום מוות או חבלת גוף ובין שאין עמו כוונה כזו") היו פסקי דין שבהם פירשו שופטים את העבירה כך שכביכול לא נדרשה צפיית האפשרות של מות הקורבן, אלא די היה בצפייה של חבלת גוף. הדבר לא התיישב עם עקרון האשמה ויצר עבירה משונה, שאין בה התאמה בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי האמור ללוותו. במסגרת תיקון 39 בוטל הסעיף המיותר 299 (ונחקקו הסעיפים הכלליים 19 ו-20) ונעשה ברור בפסיקה שלצורך התגבשות עבירת ההריגה נדרשה צפיית המוות.<sup>607</sup>

### 3. עבירת הרצח

"300. רצח"

(א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד:

(1) גורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים, למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו;

606 וראו מרדכי קרמיניצר "על עבירת ההריגה במשפטנו" הפרקליט לו 201 (1985).

607 כך נקבע למשל בע"פ 7159/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נג(2) 632 (1999).

פרק כח: המתה באדישות – רצח או הריגה? עבירות ההמתה והכוונה תחילה

(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;

(3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה;

(4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש.

כאמור, לאחרונה בוטל סעיף זה, אך בחרתי להותיר דיון בו, שלהערכתי חשוב הן לצורך הבנת הפסיקה הקיימת והן לצורך הבנת החקיקה החדשה. בנוסף, מכיוון ששבעים שנות פסיקה עוסקות בסעיפי החוק הישנים 300 (רצח) ו-301 (כוונה תחילה), ומשום שנטייתו של בית המשפט העליון היא לשמר הלכות קודמות גם לאחר שינוי חוק, צפויה לפחות חלק מהפסיקה להיוותר על כנה.

בחלופה המרכזית – עבירת הרצח בכוונה תחילה, שהוגדרה בסעיף 300(א)(2) בצירוף סעיף 301 – אדון מיד בהרחבה. קודם לכן יש לעמוד בקצרה על כך שבסעיפים 300(א)(1), (3), (4) הגדיר המחוקק שלוש חלופות נוספות של עבירת הרצח, שבהתקיים הנסיבות המיוחדות הקבועות בהן, לא נדרשה כוונה תחילה. מהו היסוד הנפשי שנדרש בחלופות אלה? בשתיים מהשלוש הופיעה המלה "במזיד". בהתאם לכלל הפרשנות הראשון – המשמעות הטבעית והרגילה של מלות החוק – הייתי מפרש מונח זה ככוונה (רצון לגרום לתוצאה).<sup>608</sup> גם העובדה שדובר בעבירת הרצח, שהייתה עבירה חמורה מעבירת ההריגה, ושבחלופה מרכזית שלה נדרשה כוונה תחילה (שהיא חמורה מהכוונה הרגילה) כיוונה לפירושו החלופות שבהן לא נדרשת כוונה תחילה כדורשות כוונה (רגילה). כך גם היה נוצר מדרג טוב יותר בין עבירות ההמתה השונות, שהרי מקרים של כוונה רגילה (שאיננה כוונה תחילה) נפלו לגדר עבירת ההריגה ולכן לא סביר היה להסתפק בעבירה החמורה רצח בצפייה בלבד של התוצאה, ללא כוונה לגרום לה. דרישת כוונה גם הייתה מתיישבת טוב יותר עם העונש החמור מאוד של מאסר עולם חובה שהיה קבוע לעבירת הרצח.

אך שופטי ישראל סברו אחרת. כבר בעניין יעקובוביץ נקבע על ידי שופטי הרוב אגרנט ואסף שלא נדרשת כוונה, אלא די במחשבה פלילית רגילה, הכוללת צפייה (בלבד) של התוצאה הקטלנית.<sup>609</sup> היחס החפצי יכול להיות החל מקלות הדעת (הלא חמורה / הפחות חמורה) דרך האדישות (החמורה) וכלה בכוונה (החמורה מאוד). השופט זילברג גרס שחרף העובדה שלא נאמר בחוק "בכוונה", צריך להבין שהיא נדרשת, שהרי זו עבירת הרצח. אך הוא נותר במיעוט ומאז התקבעה פסיקה מחמירה זו.

#### 4. התפלגות רצויה של עבירות ההמתה (מהקלה אל הכבדה)

- א. גרימת מוות ברשלנות;
- ב. המתה בקלות דעת;
- ג. הריגה באדישות;
- ד. רצח בכוונה;
- ה. רצח מוחמר – בכוונה תחילה.

608 כך, למשל, מופיע במלון אבן שושן (1992): "מזיד – חוטא בזדון, עושה דבר רע בכונה תחילה... במזיד – מתוך כונה (רעה), בזדון".

609 ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו 514 (1952).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

זוהי לדעתי ההתפלגות הרצויה של עבירות ההמתה, באשר היא ממצה עד תום את הסוגים השונים של יסוד נפשי המוגדרים בחוק ומבדילה ביניהם. אם סבורים שיש תוכן משמעותי להבחנה בין סוגים אלה של יסוד נפשי, ולכן מגדירים אותם בחלק הכללי של חוק העונשין, בוודאי שיש לעשות הבחנות אלה כשמדובר בחיי אדם. אכן, באשר לפגיעה ברכוש אין לנו צורך בהבחנות משוכללות ודי לנו בהבחנה בין מחשבה פלילית שתיצור פליליות לבין כוונה שתיצור החמרה.<sup>610</sup> פגיעה ברכוש ברשלנות לא מצדיקה אחריות פלילית והדיוק שבהבחנה בין כוונה רגילה לבין כוונה תחילה הוא מיותר באשר לרכוש. אך באשר לחיי אדם ההבחנות הללו מוצדקות מאוד. בהמשך נראה שלא זו בלבד שהמדרג של עבירות ההמתה שהיה קיים עד לאחרונה בחוק העונשין לא שיקף את התפלגות סוגי היסוד הנפשי שבחלק הכללי של החוק, אלא אף החוק החדש (תיקון 137) מזניח חלק מההבחנות החשובות הללו, ובמיוחד את ההבחנה החשובה שבין האדישות לבין הכוונה.

### 5. הכוונה תחילה – דיון תאורטי

ראשית, ישנה שאלה עקרונית האם רצח בכוונה תחילה אכן חמור באופן משמעותי מרצח בכוונה רגילה. חוק העונשין שלפני תיקון 137 שיקף תשובה חיובית לשאלה; תשובה שהיא נכונה להערכת. המלומד האנגלי סטפן תאר אדם העובר על גשר שמעל נהר, מבחין בילד היושב על מעקה ומיד דוחפו אל מותו. לדעת סטפן הדבר אינו פחות חמור מרצח בכוונה תחילה. ייתכן, אך במציאות הרי אין הרבה פסיכופתים כאלה, המחליטים החלטה ספונטנית להמית מיד מבלי שקדם לכך קנטור – התרגזות גדולה הגורמת לאובדן חלקי של השליטה העצמית. רצח בכוונה ספונטנית מבוצע כמעט תמיד בעקבות קנטור. ואילו המחליט להמית באופן ספונטני וללא קנטור אולי כלל לא כשיר לשאת באחריות פלילית בהתאם לסייג אי-השפיות.

כפי שנהגתי לכל אורך הספר, גם את השאלה הנוכחית יש לנתח בהתאם לשתי ההצדקות המרכזיות לענישה הפלילית:

#### (1) תועלת ← הרתעת הרבים ← סכנה

המבצע דברים בתכנון מסוכן יותר, ויש סיכויים גבוהים יותר שיצליח ושיברח וימלט מעונש.

#### (2) גמול ← אשמה

אין חולק שגרירת מוות בכוונה היא חמורה מאוד. גרימת מוות בכוונה תחילה היא חמורה עוד יותר וראויה לנורמה מיוחדת, מחמירה. מבחינת המינוח, רצוי לכנות גם את ההמתה בכוונה רגילה בשם "רצח" ואזי ניתן לכנות את ההמתה בכוונה תחילה "רצח מוחמר".

כוונה מול כוונה תחילה – מה ההבדל? ההבדל הוא בתהליך ההתגבשות. גם הכוונה תחילה היא קודם כל כוונה, אך היא מיוחדת בתהליך התגבשותה:

610 ניתן אפילו לחשוב על הסדר שבו פגיעה ברכוש במודע איננה עבירה (אלא רק עוולה נזיקית) ורק פגיעה ברכוש בכוונה היא פלילית. כך ניתן היה לפרש את העבירה "היזק בודון" הקבועה בסעיף 452 לחוק העונשין. אך השופטים החמירו ופירשו את הדרישה "במזיד" לא ככוונה אלא כמחשבה פלילית רגילה = מודעות בלבד. זאת, חרף העובדה שבאופן מילולי הביטוי "במזיד" פירושו כוונה (ראו לעיל ה"ש 608). לדעתי, לא ניתן להצדיק עונש של שלוש שנות מאסר הקבוע לעבירה זו אם היסוד הנפשי של המבצע היה קלות דעת (אומנם צפה את התוצאה, אך לא רצה בה וקיווה שלא תתרחש). אחרי הכל מדובר ברכוש בלבד ולא בחיי אדם ואף לא בגוף האדם ולא בחירותו. אין לקדש את הקניין במחיר שלילת חירותו של אדם.

פרק כח: המתה באדישות – רצח או הריגה? עבירות ההמתה והכוונה תחילה

t1	t2	t3	t4
רעיון להמית	שקילת הרעיון	החלטה להמית	תחילת ביצוע ההמתה
			השלמת ביצוע ההמתה

בכוונה תחילה קדם לכוונה שלב של שקילת הרעיון. בכוונה הרגילה, הספונטנית, אין שקילה; יש התלכדות של היווצרות הרעיון, ההחלטה הסופית לבצע והביצוע עצמו.

#### 6. כוונה תחילה במשפט הישראלי המצוי שעד לשינוי החוק ב־2019

אפתח ב"ספויילר"<sup>611</sup>: התמונה הכוללת היא שבניגוד גמור להבחנה שקבע חוק העונשין בין כוונה תחילה שכוונה את עבירת הרצח לבין כוונה רגילה שנלכדה בעבירת ההריגה, השופטים פירשו את דרישות הכוונה תחילה באופן שרוקן אותה מתוכנה ולמעשה הכניס (כמעט) את כל המקרים של המתה בכוונה למיטת הסדום של עבירת הרצח. "מיטת סדום" – משום שלעבירה זו היה קבוע העונש מאסר עולם חובה, אשר שלל מהשופטים שיקול דעת כלשהו בענישה; שיקול דעת שהוא בדרך כלל מאוד חשוב להם.<sup>612</sup>

#### 7. ניתוח הכוונה תחילה

סעיף 301 הגדיר את הכוונה תחילה כך:

"301. כוונה תחילה

(א) לענין סעיף 300, יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו.

(ב) לענין ההחלטה וההכנה להמית, אין נפקא מינה אם החליט להמית את האדם או את מישהו, מסויים או בלתי מסויים, מבני משפחתו או מבני גזעו.

(ג) כדי להוכיח כוונה תחילה אין צורך להראות שהנאשם היה שרוי בהלך נפש מסויים במשך זמן פלוני או תוך תקופה פלונית שלפני ביצוע העבירה או שהמכשיר שבו בוצעה הוכן בזמן פלוני שלפני המעשה".

הכוונה תחילה כללה שלושה יסודות: 1. החלטה; 2. הכנה; 3. היעדר קנטור.

<sup>611</sup> מתן מידע לגבי סרט או ספר המסגיר פרט חשוב בעלילה ("ספויילר" = מקלקל).

<sup>612</sup> בכפוף לסעיף החדש יחסית 300א לחוק העונשין, שהעניק שיקול דעת במצבים מיוחדים, אשר יידון בהמשך. בינתיים גם הוא בוטל, בתיקון 137 אם כי הוראותיו שולבו בסעיף החדש 301ב – "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת".

(א) ההחלטה

דרישה זו נלמדה מהמלים "... אם החליט להמיתו..." שבסעיף 301(א); וכן מהמלים "בכוונה תחילה" שבסעיף 300(א)(2). על פרשנות דרישה זו הסכימו כולם: דובר בכוונה להמית. החלטה = כוונה (רצון) להמית (מודעות להתנהגות ולנסיבות + צפיית התוצאה + רצון בתוצאה). בכך לא היה עדיין כל הבדל בין הכוונה תחילה לבין הכוונה הרגילה, הספונטנית.<sup>613</sup>

(ב) ההכנה

דרישה זו באה לידי ביטוי במלים "לאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו" שבסעיף 301(א) לחוק. כאן כבר רבתה המחלוקת בין הפסיקה לבין האקדמיה. גישת הפסיקה כללה שתי הלכות עיקריות: האחת עסקה במהות ה"הכנה" והשנייה התייחסה לעיתוי ה"הכנה".

(1) הפסיקה באשר למהות ההכנה: "יסוד פיזי טהור"

כבר בפסק הדין בעניין אליהו<sup>614</sup> נקבע מפורשות שמהות ההכנה היא יסוד פיזי טהור. אומנם בעבר הרחוק נכתבו דעות מיעוט נכונות, שלפיהן מדובר בתהליך נפשי – השופט זילברג בעניין כליל<sup>615</sup> והשופט קיסטר בעניין סוויסה,<sup>616</sup> אך בהמשך התאחדה הפסיקה סביב הלכת היסוד הפיזי הטהור.<sup>617</sup> זוהי הלכה מפתיעה, שלא לומר משונה, שהרי ההכנה היא המרכיב המרכזי בכוונה תחילה, שהיא יסוד נפשי סובייקטיבי ולכן מוזר לאפיינה דווקא באמצעות דרישה בעלת אופי של יסוד עובדתי אובייקטיבי. הנמקת השופטים הייתה קשיי ההוכחה. כדברי השופט אגרנט בפסק דין בנו: "יש להתחשב כאן בניסיון החיים, המלמד כי בהרבה מקרים, אם לא ברובם המכריע, קשה 'לחדור לפנים האדם'...". הפסיקה לא חלקה על כך שהמחוקק היה מעוניין בהכנה הנפשית. השופט אגרנט אפילו הסכים במישור התאורטי עם פרופ' פלר, אשר מתח ביקורת על פסיקה זו. אך הפסיקה גרסה שהמחוקק קבע מבחן עזר – מעשה הכנה פיזי – ונתלתה בחמש ממילותיו של סעיף 301(א) – "הכין מכשיר שבו המית אותו". השופט אגרנט (בפסק דין בנו<sup>618</sup>) הסכים אומנם שהכנת מכשיר היא רק דוגמה אחת לפעולת הכנה. אך

613 ואכן בפסק הדין המנחה בעניין בנו כתב השופט אגרנט ששיקול וישוב הדעת מתבטאים בהכנה ובהיעדר הקנטור בלבד. ראו ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 561, 567–570 (1970).

614 ע"פ 186/57 אליהו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 236 (1958).

615 ע"פ 65/49 כליל נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 75 (1950).

616 ע"פ 97/68 סוויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב (2) 759 (1968).

617 בע"פ 5031/01 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נז (6) 625 (2003), השופט דורנר אתגרה מעט את הפסיקה, תוך התבססות על דעות המיעוט הנ"ל – של השופט זילברג בעניין כליל (לעיל ה"ש 615) ושל השופט קיסטר בעניין סוויסה (לעיל ה"ש 616). מפסק הדין של השופט דורנר ניכר שלדעתה נדרשה הכנה נפשית, אך כדי שלא להתנגש חזיתית בפסיקה של חצי יובל ובשני השופטים חבריה להרכב, היא שייכה את דרישת ההכנה הנפשית דווקא לרכיב ההחלטה במקום לרכיב ההכנה. ואכן השופטת בייניש דאגה לשימור ההלכה בציינה באותו פסק דין שהרכיב שלא התקיים הוא (כביכול) ההחלטה להמית (בסתירה לקביעת השופט דורנר שדווקא התקיימה כוונה ספונטנית). גם השופט טירקל רמז שנדרשת הכנה נפשית: "המערער לא היתה יכולה לגבש את הכוונה הפלילית המיוחדת הדרושה בעבירה של רצח... לפיכך אני מצרף את דעתי לפסק-דינה של השופטת ד' דורנר" (ההדגשה הוספה). אך בפסקי דין מאוחרים יותר לא הייתה לפסיקה זו השפעה ממשית על ההלכה והיא נותרה על כנה.

618 ע"פ 396/69 בנו, לעיל ה"ש 613, בעמ' 571.

פרק כח: המתה באדישות – רצח או הריגה? עבירות ההמתה והכוונה תחילה

הוא למד מכך שמדובר בפעולות הכנה פיזיות בלבד. בהמשך, בעניין רבינוביץ, 619 סקר השופט גולדברג את הפסיקה בנושא, וקבע כי הפסיקה "טיהרה" את אלמנט ההכנה ממאפייניו הנפשיים. עד כאן באשר למהות ההכנה.

(2) הפסיקה באשר לעיתוי ההכנה: די בפעולות פיזיות המהוות "חלק ממערכת פעולות הקטילה גופן" 620

באשר לעיתוי ההכנה, הוסיפה הפסיקה הלכה מפתיעה ומשונה נוספת, שלמעשה רוקנה מתוכן את דרישת ההכנה. כפי שתיאר זאת פרופ' פלר: "ביצוע בריבוי פעולות, כאשר המעבר מאחת לחברתה, ודי אף במעבר אחד כזה, מספק את דרישת ההכנה". 621 למעשה הרחיקה הפסיקה לכת עוד יותר: גם כשהייתה רק פעולה אחת, קבעו השופטים שמתקיימת ההכנה הפיזית הנדרשת. מה הביא לגישה זו? כנראה מקרים שבהם נראָה היה לשופטים שאין לזכות מעבירת הרצח, חרף העובדה שלא התקיימה הכנה פיזית הקודמת לביצוע. כך הגיעו לאבסורדים, כגון הקביעה שהוצאת סכין מגוף הקורבן והנפתה מהווה הכנה הקודמת לדקירה הבאה; הכנה ש(כביכול) הופכת כוונה רגילה לכוונה תחילה.

התפתח דיאלוג מעניין בין פרופ' פלר לבין השופטים: פלר שאל במאמרו, מה יפסוק בית המשפט במקרה שבו לאחר הכנה נפשית יתבצע הרצח בידיים – בחניקה. בעניין שמידמן השיב בית המשפט: עוצמת הלחץ על הצוואר מספקת את דרישת ההכנה. 622 בהקשר זה שאל פרופ' קרמניצר במאמרו: האם לדעת בית המשפט, הרוצח בכוונה ספונטנית מסתפק בלחץ קל? קודם לכן, בעניין גולדני, הסתפק בית המשפט בלחץ ממושך על הצוואר. 623

השופט אגרנט היה מודע לכך שגישה זו מחלישה מאוד את דרישת ההכנה. בפסק הדין בעניין בנו 624 הוא ציין שהיה רק מקרה בודד שבו נפסק שלא התקיימה הכנה, במצב של היעדר קנטור – בעניין כליל, 625 שבו "הנאשם המערער שלף לפתע פתאום את אקדחו וירה בקורבן שלוש יריות בזו אחר זו"; ואף הביע ספק אם "כיום" (פסק דין בנו ניתן בשנת 1970) היה כליל מזוכה. תשובת השופט אגרנט לקושי זה היא הדרישה של היעדר קנטור. זה היה מרכז הכובד של הכוונה תחילה לשיטת הפסיקה.

שילוב ההלכות באשר למהות ההכנה ובאשר לעיתויה יצר מצב שבו בכל המתה אקטיבית ראתה הפסיקה בביצוע עצמו גם הכנה פיזית, דבר שעורר את השאלה: מה היה הטעם בדרישת ההכנה? הרי אפילו לעניין ההוכחה לא סייעה, שהרי תמיד התקיימה.

שאלה נוספת ששאל פרופ' פלר במאמרו היא: מה יפסק במקרה של רצח במחדל? נניח שהשופטים יקבעו שהתקיימה הכנה נפשית. היכן תימצא ההכנה הפיזית שנדרשה לפי הפסיקה? על כך

- 619 ע"פ 339/84 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (4) 253 (1985).
- 620 הציטוט לקוח מע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 504 (1950).
- 621 לסקירה מרוכזת של המאמרים שבהם "התכתב" פרופ' פלר עם הפסיקה ראו פלר, כרך א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 554–583. זוהי גם הפניית התמציתית לכל אותה "התכתבות" חשובה הנזכרת שוב ושוב למעלה בטקסט.
- 622 ע"פ 655/78 שמידמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד (1) 63 (1979).
- 623 ע"פ 759/77 גולדני נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (3) 813 (1978).
- 624 עניין בנו, לעיל ה"ש 613, בעמ' 572.
- 625 עניין כליל, לעיל ה"ש 615.

השיב השופט אגרנט בעניין בנו בשני מישורים: האחד – הקושי אינו כה גדול.<sup>626</sup> תיתכן פעולה פיזית (אקטיבית) שקדמה להתנהגות המחדלית, שתספק את דרישת ההכנה הפיזית, כגון נעילת הקורבן בחדר לפני הרעבתו למוות. בנוסף, רצח במחדל הוא נדיר מאוד. המישור השני של תשובת אגרנט: "ואם פעם יבוא בפנינו מקרה שכזה, אזי לא מן הנמנע שנהיה מצווים לבקר מחדש את ההלכה שנפסקה בגין יסוד ההכנה".<sup>627</sup>

מהי הייתה השפעתה של ההלכה על היקף עבירת הרצח? מצד אחד, ההשפעה המרכזית הייתה כמובן הרחבת היקף האיסור – באמצעות הסתפקות בהכנה פיזית, אפילו תוך כדי הביצוע – עד כדי ריקון דרישת ההכנה מתוכנה. מצד שני, אם היה מתעורר מקרה שבו לא נמצא מעשה הכנה פיזי, אזי אפילו אם בית המשפט היה קובע שהתקיימה הכנה נפשית הוא לא יכול היה להרשיע ברצח ללא זניחת גישתו.

אילו דרשה הפסיקה הכנה פיזית הקודמת לביצוע, הייתה הכנה פיזית זו לפחות מלמדת ברובם המכריע של המקרים על הכנה נפשית. כך, למשל, אם הנאשם המית את הקורבן בדקירת סכין והתברר כי יום קודם לכן, על רקע סכסוך ביניהם, ניגש לחנות ורכש את הסכין, הכנה פיזית זו אכן מלמדת על כך שכנראה חשב על הרצח מבעוד מועד וכנראה עבר תהליך של שקילת הרעיון (= הכנה נפשית). אך אם במהלך תגרת ידיים הנאשם הרים סכין מהרצפה או קיבל סכין מאחד הצופים בקטטה, ודקר באמצעותה את הקורבן, נטילת הסכין כשלעצמה איננה מלמדת על הכנה נפשית. צירוף ההלכה בדבר מהות ההכנה (הכנה פיזית) עם ההלכה בדבר העיתוי (די בפעולות הקטילה עצמן) הביא לתוצאה המעשית של התעלמות מדרישת ה"תחילה" שבכוונה תחילה. תוצאה זו התחזקה נוכח פרשנות בית המשפט ליסוד היעדר הקנטור, שבו ארון בהמשך.

### (3) הפרשנות האלטרנטיבית: הכנה נפשית סובייקטיבית הקודמת לביצוע

על רקע חולשות עמדת הפסיקה, שעליהן עמדתי, דומני כי כמעט אין צורך להסביר את הגישה האלטרנטיבית שהציעו מבקרי הפסיקה. ההגדרה שהציע פרופ' פלר להכנה היא: "תהליך סובייקטיבי וטרומי לביצוע העבירה, המתבטא בגיבוש הרעיון לקטול את חיי הזולת, בשילוב, עד כמה שנחוץ, עם ההכשרה העצמית מבחינה שכלית, רגשית ותכליתית לשם מימוש הרעיון".<sup>628</sup> בשתי מלים: הכנה נפשית. בחמש מלים: הכנה נפשית סובייקטיבית הקודמת לביצוע.

כיצד נפרש לפי גישה זו את מלות החוק "או שהכין מכשיר שבו המית אותו"? זוהי חזקה חלוטה של המחוקק, לפיה אם המבצע הכין מכשיר, התקיימה הכנה נפשית. הרי אין לנתק מלים אלה מהמשפט המלא שהיה קבוע בחוק: "לאחר שהכין עצמו להמית אותו" (= הכנה נפשית) "או שהכין מכשיר שבו המית אותו" (= חזקה שלפיה הכנת מכשיר מבעוד מועד מלמדת על הכנה נפשית). כדי שנוכל ללמוד מהכנת המכשיר על כך שהתקיימה הכנה נפשית, הכנת המכשיר חייבת להתקיים זמן משמעותי לפני הביצוע ולא בצמוד אליו.

גם לשון החוק תמכה בפרשנות דרישת ההכנה כדרישה סובייקטיבית: בסעיף 301(א) נאמר "הכין עצמו" וסעיף 301(ג) דיבר על "הלך נפש מסויים".

626 עניין בנו, לעיל ה"ש 613, בעמ' 574–575.

627 שם, בעמ' 575.

628 פלר, כרך א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 581.

פרק כח: המתה באדישות – רצח או הריגה? עבירות ההמתה והכוונה תחילה

(4) סיכום המחלוקת באשר להכנה

עיתוי ההכנה	מהות ההכנה	
אפשרי תוך כדי הביצוע (או לפניו)	יסוד פיזי טהור	ההלכה
לפני הביצוע ולפני ההחלטה	יסוד נפשי	פרשנות אלטרנטיבית

(ג) היעדר קנטור

לרכיב זה שבהגדרת הכוונה תחילה בסעיף 301(א) לחוק הקדיש המחוקק לא פחות ממש עשרה מלים, דבר המלמד על כך שרכיב זה היה חשוב בעיניו: "...והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכונן למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו...". אין הכוונה לכך שהמבצע לא היה מסוגל להבין שהקורבן ימות, אלא לכך שלא היה מסוגל, מפאת הקנטור, לבצע הכנה נפשית ולשקול משמעויות רחבות יותר של מעשהו. יש לשים לב לכך שמשמשים באותה מלה "קנטור" לתיאור שני עניינים נפרדים הנפגשים לעיתים במציאות: האחד הוא התרגזותו הקיצונית של הנאשם, המונעת ממנו את היכולת לבצע תהליך הכנה נפשית; והשני הוא אירוע חיצוני של התגרות, שגרמה להתרגזותו זו.

(1) גישת הפסיקה: נדרשים קנטור סובייקטיבי + קנטור אובייקטיבי

ראינו שהפסיקה רוקנה את רכיב ההכנה מרוב תוכנו, ושלפיכך מרכז הכובד של ההבחנה בין כוונה רגילה לבין כוונה תחילה היה ברכיב היעדר קנטור.<sup>629</sup> אלא שהפסיקה רוקנה מתוכן גם את רכיב היעדר הקנטור, בקבעה שלא די בכך שהנאשם עצמו התרגז מאוד ופעל בהשפעת ההתרגזות הקיצונית (קנטור סובייקטיבי) אלא נדרש גם שאדם סביר במקומו היה מתרגז באופן קיצוני (קנטור אובייקטיבי).<sup>630</sup> במסגרת המבחן הסובייקטיבי בודקים אם למעשה קונטר הנאשם כך שפעל ב"דם חם". במסגרת המבחן האובייקטיבי בודקים אם היה בהתנהגות המקנטרת כלפי הנאשם כדי (בלשון בית המשפט בפסק הדין סגל) "להרתיע את דמו של אדם ישראלי רגיל – ולא דווקא של הנאשם המסויים – ולהביאו לכך שיעשה את מעשהו בלי שיכול באותו זמן לחשוב ולהבין את תוצאתו".<sup>631</sup> כבר בשלב זה כדאי להזכיר חלק מהביקורת שנמתחה על המבחן האובייקטיבי. כפי שכתב המלומד האנגלי Glanville Williams: "המבחן של האדם הסביר מיושם בדרך כלל כדי לציין קנה-מידה לזהירות המתחייבת על-פי דין. האדם הסביר הוא זהיר, מוסרי, נבון, שוקל מהלכיו ושומר-חוק. כמה אבסורדי הוא על כן להניח כי הוא מסוגל לאבד כל שליטה בעצמו ולבצע פשע שדינו מאסר עולם".<sup>632</sup> מה הייתה תשובתו של בית המשפט העליון שלנו לקושי זה? תשובתו הראשונה היא הקטנת הקושי: לא שואלים אם האדם הסביר היה רוצח בעקבות אותו קנטור – האדם הסביר הרי לעולם אינו

629 רכיב ההחלטה, לפי כל הגישות, לא הבחין בין הכוונה הרגילה לבין הכוונה תחילה, הוא נדרש בשתיקה ופרשנותו הייתה זהה: החלטה = כוונה (רצון) להמית.

630 פסק הדין המנחה בעניין זה היה ע"פ 46/54 היועץ המשפטי לממשלה נ' סגל, פ"ד ט 393 (1955).

631 שם.

632 התרגום לעברית הוא של בית המשפט בע"פ 686/80 סימן-טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 253 (1982).



רוצח – אלא שואלים אם "רוב האנשים היו מתקשים מאוד שלא להיכנע להשפעתו ולפיכך היו עלולים להגיב בצורה הקטלנית שבה הגיב הנאשם".<sup>633</sup> תשובתו השנייה הייתה שאומנם קיים קושי, אך המבחן האובייקטיבי משרת מטרה חברתית ומוסרית ראשונה במעלה והפך בכך ל"הכרח בל יגונה".<sup>634</sup> מהי מטרה זו? – להימנע מהפגיעות הרעות שיוחסו על ידי השופטים למבחן הסובייקטיבי, שהן בעיקר קשיי ההוכחה; וכן מתן הקלה לא מוצדקת לחם המזג שלא שלט בעצמו. אלא שלדעתי העובדה שהמבצע פעל בהשפעת הקנטור ולא בקור רוח אכן מפחיתה מאשמתו הגדולה.

המבחן האובייקטיבי שוכלל מעט בפסיקה, בין היתר בעקבות הביקורת שנמתחה עליו. כך, למשל, קבע השופט ברנזון בעניין סגל כי "על השופטים לקחת בחשבון אי-נורמליות מסויימת שיש להניח שאדם ישראלי רגיל לוקה בה בממוצע".<sup>635</sup> בהקשר זה שאל פרופ' קרמניצר במאמרו אם האדם הסביר בחברה בה מצויים כמה נטולי כוח גברא הוא קצת אימפוטנט.<sup>636</sup>

פיתוח נוסף של המבחן יצר השופט שמגר בעניין סימן-טוב: "אין להסיק כי הערכאות השיפוטיות חופשיות לחלוטין מן הנטייה הטבעית לשלב לתוך הערכת תגובתו הצפויה של האדם הסביר גם מרכיב נוסף, והוא שמץ מן הרצוי כביטוי במדיניות המשפטית המאומצת על-ידיהן".<sup>637</sup> כלומר: לא זו בלבד שהחמירו עם הנאשם בכך שלא הסתפקו בקנטור הסובייקטיבי שלו ודרשו גם קנטור אובייקטיבי של האדם הסביר, אלא אף יצרו "אדם סביר" דמיוני העולה ביכולותיו על האדם הרגיל – כפי שראינו שעושים (עד היום) בפסיקה באשר למבחן לרשלנות. מעבר לזה המבחן האובייקטיבי היה קשות. לא התחשבו בהשכלתו של המבצע, במוצאו וכו', אלא בנסיבות האירוע בלבד.

## (2) הפרשנות האלטרנטיבית: די בקנטור סובייקטיבי לשלילת כוונה תחילה

לפי גישת מבקרי הפסיקה (החל מפרופ' פלר ועד לכותבים כיום) מכיוון שרכיב "היעדר הקנטור" הוא חלק מהיסוד הנפשי "כוונה תחילה", על המבחן להיות סובייקטיבי בלבד. למעשה, הקנטור הוא רק מקרה פרטי של היעדר הכנה, ולכן מהבחינה הלוגית רכיב זה היה בעצם מיותר – בתנאי שהיו מפרשים נכון את רכיב ההכנה כהכנה נפשית.

הקנטור מצביע על כוונה ספונטנית, משום שהוא שולל הכנה נפשית וכוונה תחילה. אך בכיוון ההפוך, היעדר קנטור לא בהכרח מצביע על הכנה נפשית ועל כוונה תחילה. תיתכן למשל כוונה ספונטנית בעקבות זיכרונות. כך מבחינה מושגית. מבחינה מעשית, מכיוון שהרוב המכריע של מעשי ההמתה בכוונה ספונטנית נובעים מקנטור, יכול היה (אילו בחרו השופטים במבחן הסובייקטיבי) היעדר הקנטור ללמד בדרך כלל על כוונה תחילה.

שילוב הלכות הפסיקה לגבי ההכנה (יסוד פיזי טהור היכול להימצא כחלק מפעולות הקטילה גופן) עם ההלכה לגבי הקנטור (לא די בקנטור הסובייקטיבי ונדרש גם קנטור אובייקטיבי) הוליך לתוצאה שבית המשפט, בפועל, רוקן את דרישת הכוונה תחילה מתוכנה. בהתאם להלכה, הרשיעו נאשמים

633 עניין בנו, לעיל ה"ש 613, בעמ' 580

634 עניין סימן-טוב, לעיל ה"ש 632, בעמ' 265.

635 עניין סגל, לעיל ה"ש 630, בעמ' 432.

636 מרדכי קרמניצר "כוונה רגילה או כוונה תחילה – ברצח בכוונה תחילה? על מהות היסוד של 'היעדר קנטור' בעבירה של רצח בכוונה תחילה" משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה כרך 9 א (1986) (להלן: קרמניצר "כוונה רגילה או כוונה תחילה").

637 עניין סימן-טוב, לעיל ה"ש 632, בעמ' 264.

ברצח בכוונה תחילה גם כשקבעו מפורשות שהכוונה הייתה ספונטנית, וזאת רק משום ש"האדם הסביר" לא היה מתרגז מאוד באותן נסיבות. המקרים שבהם בית המשפט העליון הכיר בקיומו של קנטור אובייקטיבי הם כה מעטים, עד כי ניתן למנותם על אצבעות כף יד אחת או שתיים.<sup>638</sup> לכן, כשכבר הכיר בית המשפט העליון בקיומו של קנטור בפרשת אזואלוס, לאחר עשרות שנים שבהן לא עשה כן, נחפזה הפרקליטות להגיש בקשה לדיון נוסף.<sup>639</sup> הפסיקה שיקפה הסתייגות מדרישת המחוקק לכוונה תחילה כתנאי להתגבשות עבירת הרצח, ומזיכויו של אדם מעבירה זו גם אם פעל בהשפעת קנטור וללא הכנה נפשית, כביכול הזיכוי מרצח פירושו עידוד מעשה ההמתה. אך יש לזכור שזיכוי מרצח בשל היעדר כוונה תחילה הוביל להרשעה בעבירת ההריגה, שגם היא הייתה עבירה חמורה, עם עונש חמור של עשרים שנות מאסר, שבכמה שיטות משפט מתקדמות מהווה את העונש החמור ביותר שבספר החוקים.

לשון החוק תמכה במבחן הסובייקטיבי: בסעיף 301(א) דובר על "נסיבות שבהן יכול [המבצע עצמו] לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו". פרופ' קרמניצר דן במאמרו באופן מפורט הן בסיבות ההיסטוריות שהביאו את השופטים לאמץ את המבחן האובייקטיבי המיותר והן בשיקולים המשכנעים התומכים בהסתפקות במבחן הסובייקטיבי.<sup>640</sup> המלה המשמעותית האחרונה בפסיקה שקדמה לתיקון 137 מ-2019 נאמרה בהרכב מורחב בעניין ביטון,<sup>641</sup> שבו הותירו שופטי בית המשפט העליון את המבחן האובייקטיבי בעינו, חרף הסתייגויות עקרוניות ממנו שהעלו אף הם, בנימוק שכביכול ראוי להותיר את שינוי המבחן למחוקק.<sup>642</sup> "כביכול" – משום שלא המחוקק קבע את המבחן האובייקטיבי הרע, אלא השופטים. כאמור, חיבור ההלכות באשר לרכיב ההכנה ובאשר לרכיב היעדר הקנטור רוקן מתוכן את דרישת הכוונה תחילה, כך שכמעט בכל מקרה של המתה בכוונה רגילה ההרשעה הייתה בעבירת הרצח בכוונה (כביכול) תחילה.

המלה האחרונה באשר לקנטור נאמרה לאחרונה על ידי המחוקק, שבמסגרת תיקון 137 (2019) קבע בסעיף החדש 301ב – "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" – שהמבחן לקנטור הוא סובייקטיבי ("בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה במידה ניכרת לשלוט בעצמו") ובזאת יש לקוות שהוסרה מהדין הישראלי הדרישה המיותרת והבלתי מוצדקת של קנטור אובייקטיבי. אם כי יהיו ודאי

638 באחד המקרים החריגים, ע"פ 50/64 אל נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(4) 73, 83 (1964), זריקת עפר על פני הנאשם במטרה לסנוורו הוכרה כקנטור. לעומת זאת, בע"פ 293/66 מדינת ישראל נ' גדקר, פ"ד כ(4) 322, 326 (1966), נקבע כי "בדרך כלל אין אדם מאבד עשתונותו, לא באשר מיידים בו אבנים, ולא באשר מאיימים בסכין, עד כדי יריות אקדח ספונטניות ורפלקטוריות". ללמדכם עד כמה חזקים בעיני השופטים עצביו של האדם הסביר.

639 ע"פ 7147/96 אזואלוס נ' מדינת ישראל פ"ד נב(2) 412 (1998); דנ"פ 3371/98 מדינת ישראל נ' אזואלוס, פ"ד נד(4) 502 (2000) (בקשת הפרקליטות לקיים דיון נוסף נדחתה כראוי).

640 קרמניצר "כוונה רגילה או כוונה תחילה", לעיל ה"ש 636.

641 דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646 (2006). וראו גם מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של העדר קנטור בהגדרת הכוונה תחילה" בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" הפרקליט – ספר דוד וינר על משפט פלילי ואתיקה 547 (2009).

642 בנוסף, בע"פ 2760/14 אוחיון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.10.2015) כתב השופט מלצר שאם לא תחול רפורמה בחקיקה בנוגע לעבירות ההמתה, יהיה מקום לשקול ויתור על הפן האובייקטיבי שבהגדרת הקנטור (שם, פס' 3).

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

מי שינסו לצרף לקנטור דרישה אובייקטיבית, על בסיס מלות החוק החדש "יש בקושי האמור בפסקת משנה (א) כדי למתן את אשמתו של הנאשם, בשים לב למכלול נסיבות העניין".<sup>643</sup>

### 8. סעיף 300א "עונש מופחת" והעברתו לסעיף 301ב החדש "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת"

בזמנו היה זה חידוש בחוק העונשין, אשר נחקק בשנת התשנ"ה. בהתאם לסעיף 300, העונש בגין רצח היה "מאסר עולם ועונש זה בלבד", כלומר עונש חובה. משך עשרות שנים הוא נגזר על נאשמים רבים, גם כשהשופטים כתבו בפסק הדין שהעונש חמור מדי למקרה שבפניהם. מצד אחד השופטים הרחיבו מאוד את הגדרת הכוונה תחילה, עד כי לכדה כמעט את כל המקרים של כוונה רגילה, ספונטנית, ללא הכנה ובהשפעת קנטור, ומצד אחר לעיתים הצרו השופטים על כך שהם נאלצים לגזור מאסר עולם.<sup>644</sup> שני מקרים הסעירו את הציבור והוליכו לשינוי החוק: פרשת כרמלה בוחבוט – אישה מוכה שהמיתה את בעלה המתעלל, ופרשת שוקי בסו – בן שהמית את אביו משום שהתעמר באופן שיטתי באמו. במקרים אלה הסתפקה הפרקליטות בהאשמה בעבירת ההריגה, חרף העובדה שהתגבשה עבירת הרצח כפרשנותה בפסיקה. בעקבותיהם, בתגובה לא אופיינית של המחוקק (שברוך כלל איננו נחפו לתקן את החוק הפלילי ובוודאי שלא להחליפו בחדש וראוי ממנו) נחקק הסעיף החדש יחסית:

"300א. עונש מופחת

על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה:

(א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34 –

(1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או

(2) להימנע מעשיית המעשה.

(ב) במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות הענין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח, לפי סעיפים 34, 34א, 34ב.

(ג) כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בכך משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו".

ס"ק (א) עסק בקרבה ללקות שכלית או לאי־שפיות, ומנע את הדיכוטומיה והקפיצה הדרמטית ממצב שבו הנאשם כלל לא אחראי למעשיו למצב שבו הוא אחראי אחריות מלאה וצפוי למאסר עולם חובה.

643 וראו להלן ה"ש 653.

644 לא במובן של הצרה רצויה של תחום השתרעותה של הכוונה תחילה, אלא רק במובן של הבעת צער.

פרק כח: המתה באדישות – רצח או הריגה? עבירות ההמתה והכוונה תחילה

ס"ק (ב) עסק בחריגה מתנאי הסבירות לגבי הגנה עצמית, צורך וכורח ומנע, בין היתר, את הדיכוטומיה והקפיצה הדרמטית בין הצדקת הכוח המגן הקטלני לבין ההכרזה על הפעולה כעל רצח שדינו מאסר עולם חובה.<sup>645</sup>

ס"ק (ג) עסק ב"נאשם [ש]היה נתון במצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו [בעקבות מקרה כרמלה בוחבוט] או בכך משפחתו" [בעקבות מקרה שוקי בסן]. זוהי, כמובן, חקיקה קזואליסטית, וטוב שהוסיפו בהזדמנות זו גם את ס"ק (א) ר"ב).

חבל רק שהפסיקה לא הסתפקה בכך שהתעורר ספק סביר שמא מתקיימים תנאי סעיף 300א והתביעה לא הצליחה לסתור את הספק הסביר, אלא בית המשפט צמצם משמעותית את כוחו המקל של הסעיף בקבעו שהיה על הנאשם להוכיח את התקיימות התנאים, במאזן הסתברויות.<sup>646</sup> לבסוף, יצוין כי הוראות סעיף 300א אומצו גם בחקיקה החדשה של עבירות ההמתה, במסגרת תיקון 137 משנת 2019: הסעיף החדש 301ב לחוק העונשין – "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" – מעתיק הוראות אלה ומצרף אליהן מצב נוסף – המתה בעקבות קנטור.

## ב. עבירות ההמתה החדשות – סקירה וביקורת (חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019)

### 1. המדרג החדש

הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 119) (עבירות המתה), התשע"ד–2014 התבססה על המלצות וועדה בראשות פרופ' מרדכי קרמניצר. המדרג החדש שהוצע ולאחרונה (1.1.2019) אף נחקק:

#### א. רצח בכוונה / אדישות בנסיבות מחמירות – מאסר עולם חובה.

כך נקבע בסעיף 301א – "רצח בנסיבות מחמירות" – "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת הנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד": "ולאחר מכן מופיעה בחוק רשימה ארוכה של 11 מצבים מחמירים.<sup>647</sup>

645 רצוי היה להרחיב את הסעיף לחריגה מכל אחד מתנאי ההגנה העצמית והצורך (ואולי גם הכורח) ולא להגבילו רק לחריגה מועטה מדרישת הסבירות – כפי שאכן נעשה בהצעת החוק החדשה שתידון בהמשך.  
646 דנ"פ 2475/05 דייפני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2005). בית המשפט פירש את סעיף 300א כחל רק בשלב גזירת העונש ולא כקובע אחריות מופחתת.

647 להלן הנוסח המלא של הסעיף: "301א. רצח בנסיבות מחמירות (א) הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד: (1) המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית; (2) המעשה נעשה במטרה לאפשר ביצוע עבירה אחרת או להקל את ביצועה, או במטרה להסתיר את ביצועה של עבירה אחרת, או לאפשר הימלטות מן הדין לאחר ביצוע העבירה האחרת; לעניין זה, 'עבירה אחרת' – עבירה שעונשה שבע שנות מאסר או יותר; (3) הקורבן היה עד במשפט פלילי או היה צפוי למסור עדות במשפט פלילי או שופט במשפט פלילי והמעשה נעשה במטרה למנוע או להכשיל חקירה או הליך משפטי; (4) המעשה נעשה מתוך מניע של גזענות או עוינות כלפי ציבור, כאמור בסעיף 1144; (5) המעשה נעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות על ציבור; (6) הקורבן הוא בן זוג והמעשה נעשה לאחר התעללות שיטתית או מתמשכת בו, גופנית או נפשית; (7) המעשה נעשה באכזריות מיוחדת, או תוך התעללות גופנית או נפשית בקורבן; (8) הקורבן הוא חסר ישע, קטין שטרם מלאו לו 14 שנים או קטין שעובר העבירה אחראי עליו; בפסקה זו, 'חסר ישע' – כהגדרתו בסעיף 368א, ו'אחראי' – אחראי על קטין

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

- ב. רצח בכוונה / אדישות – מאסר עולם.  
כך נקבע בסעיף 300(א) החדש – "רצח" – "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם, דינו – מאסר עולם" – מבלי להבחין בין הכוונה לבין האדישות.
- ג. המתה בכוונה / אדישות, בנסיבות של אחריות מופחתת – קנטור ושלוש מצבי 300א לשעבר – 20 שנות מאסר (ובאחד המקרים – 15).  
כך נקבע בסעיף 301ב – "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת".<sup>648</sup>
- ד. המתה בקלות דעת – 12 שנות מאסר.  
כך נקבע בסעיף 301ג – "המתה בקלות דעת" – הגורם למותו של אדם בקלות דעת, דינו – מאסר שנים עשרה שנים".
- ה. גרימת מוות ברשלנות – סעיף 304 נותר ללא שינוי – 3 שנות מאסר.<sup>649</sup>  
יצוין כי עבירה מיותרת ומחמירה מדי שהופיעה בהצעת החוק – גרימת מוות ברשלנות, בנסיבות מחמירות שהן "התרשלות רבת", עם עונש מוצע של 5 שנות מאסר, לא נחקקה בסופו של דבר – וטוב שכך.

או חסר ישע" כהגדרתו בסעיף האמור; (9) המעשה בוצע תוך יצירת סכנה ממשית לחייו של אדם אחר נוסף על הקורבן; (10) המעשה הוא מעשה טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016; (11) המעשה בוצע במסגרת פעילותו של ארגון פשיעה או ארגון טרור ולשם קידום מטרתו או ארגון; בפסקה זו – "ארגון פשיעה" – כהגדרתו בחוק מאבק בארגוני פשיעה. "ארגון טרור" – ארגון טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016, וכן ארגון טרור מוכרז כהגדרתו בחוק האמור. (ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), התקיימה נסיבה מחמירה כאמור באותו סעיף קטן, אך מצא בית המשפט, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד, רשאי הוא להרשיע את הנאשם בעבירה לפי סעיף 300".

648 להלן הנוסח המלא של הסעיף: "301ב. המתה בנסיבות של אחריות מופחתת. (א) על אף האמור בסעיפים 300 ו-301א, הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם והמעשה נעשה כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בכך משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו, דינו – מאסר חמש עשרה שנים. (ב) על אף האמור בסעיפים 300 ו-301א, הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עשרים שנים: (1) המעשה בוצע בתכוף לאחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות, ובלבד שמתקיימים שניים אלה: (א) בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה במידה ניכרת לשלוט בעצמו; (ב) יש בקושי האמור בפסקת משנה (א) כדי למתן את אשמתו של הנאשם, בשים לב למכלול נסיבות העניין; (2) המעשה נעשה במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34א – (א) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או (ב) להימנע מעשיית המעשה; (3) המעשה נעשה במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה מתחולת סייג לאחריות לפי סעיפים 34א, 34ב או 34ג, ויש בנסיבות העניין כדי למתן את אשמתו. (ג) על אף האמור בסעיפים 300 ו-301א, מי שגרם למותו של אדם ורואים אותו כמי שעשה את המעשה באדישות לפי סעיפים 34א(1), 34ב(1) או 34ד(ב) רישה, דינו – מאסר עשרים שנים".

649 להלן הנוסח המלא של הסעיף: "304. גרימת מוות ברשלנות. הגורם ברשלנות למותו של אדם, דינו – מאסר שלוש שנים".

## 2. רצח ללא כוונה? מדרג בהתאם לנסיבות במקום בהתאם לאשמה

האפיון המרכזי של החקיקה החדשה הוא שבמקום מדרג לפי היסוד הנפשי, כמתחייב מעקרון האשמה, עברו למדרג על פי הנסיבות.

אכן, ההגדרות בחוק של שתי הראשונות משלוש עבירות ההמתה, שהיו רצח, הריגה וגרימת מוות ברשלנות, היו טעונית תיקון. למרבה הצער, גם החקיקה החדשה אינה טובה. עד כה, היסוד העובדתי של כל שלוש העבירות היה כמעט זהה: כל מעשה או מחדל (בתנאי שהייתה חובה לפעול) שבו גרמה המבצעת למות הקורבן. הבדלי החומרה נקבעו לפי היסוד הנפשי של המבצעת: בעבירת הרצח נדרשה כוונה תחילה (אלא אם התקיימו נסיבות מיוחדות שבהן לא נדרשה) והעונש היה מאסר עולם חובה; בעבירת ההריגה נדרשה מודעות של המבצעת להתנהגותה ולנסיבות וצפייה של המבצעת את אפשרות המוות והעונש המרבי היה עשרים שנות מאסר; בעבירה השלישית – שלא שונתה (ס' 304 לחוק העונשין) – די ברשלנות, המוגדרת אצלנו (בסעיף 21) כך שהמבצעת אומנם לא צפתה את המוות, אך אדם מן היישוב ("אדם סביר") במקומה יכול היה לצפות את התוצאה – אילו נזהר, והעונש המרבי הוא שלוש שנות מאסר.

בחקיקה החדשה מוגדרת עבירת הרצח כך שלא נדרשת בה כוונה תחילה ואפילו כוונה (רצון בתוצאה) איננה הכרחית, אלא די באדישות של המבצעת כלפי התוצאה, והעונש המרבי הוא מאסר עולם.<sup>650</sup> לצדה נקבעה עבירה חמורה יותר של רצח בנסיבות מחמירות, שעונשה מאסר עולם חובה. אך אפילו בעבירה החמורה ביותר לא נעשתה הבחנה בין כוונה לבין אדישות. במבט מטעה ראשון ניתן לחשוב שהחקיקה החדשה מקלה בהשוואה למצב הקודם, משום שהעונש על עבירת הרצח הוא מאסר עולם שאינו חובה ובית המשפט מוסמך לגזור עונש קל יותר. אך מכיוון שנחקקה גם עבירה של רצח בנסיבות מחמירות, ובה רשימה ארוכה של אחת עשרה נסיבות מחמירות,<sup>651</sup> ונדרש דמיון כדי לחשוב על מקרי רצח שלא נופלים בגדר אף אחת מהנסיבות המחמירות, התוצאה היא שהחקיקה החדשה מחמירה מאוד: מה שנחשב עד היום להריגה שעונשה המרבי עשרים שנות מאסר (המתה באדישות) ייחשב בעתיד לרצח, שעונשו מאסר עולם או אפילו מאסר עולם חובה (בהתקיים אחת מהנסיבות המחמירות הרבות).

אכן, גם המתת אדם באדישות היא חמורה מאוד, אך המתת אדם בכוונה חמורה יותר, והחקיקה החדשה מטשטשת זאת, למרות שהבחנה בין אדישות לבין כוונה היא הבחנה בסיסית הקבועה בחלק הכללי של חוק העונשין. אם בעבירות החמורות ביותר בחוק העונשין – רצח ורצח בנסיבות מחמירות – לא מבחינים בין כוונה (רצון במות הקורבן) לבין אדישות (לא מתקיים רצון), לשם מה הגדירו הבחנה כזו בחלק הכללי של החוק (במסגרת בתיקון 39)?

קיימת סכנה גדולה יותר, שבעתיד גם מי שפעל בקלות דעת – צפה את התוצאה, לא רצה בה, קיווה שלא תתרחש, אך נטל סיכון בלתי סביר – יורשע בטעות ברצח. זאת משום שהבחנה בין קלות דעת לבין אדישות קשה לשופטים, עד כי הם נוטים לערפל אותה תוך כינוי שני מצבים שונים אלה בשם המשותף "פזיזות". אומנם נקבעה עבירה חדשה נפרדת של המתה בקלות דעת שעונשה המרבי שתים

650 להשלמת התמונה, סעיף 311א – "מאסר עולם שאינו עונש חובה" – קובע כך: "על אף הוראות סעיף 41, בעבירה לפי סימן זה שדינה מאסר עולם ולא נקבע שהוא עונש חובה, רשאי בית המשפט להטיל מאסר עולם לתקופה בלתי קצובה או מאסר לתקופה שלא תעלה על שלושים שנים".

651 ראו ציטוט הסעיף, לעיל ה"ש 647.

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

עשרה שנות מאסר, אך לפחות עד כה לא נהגו השופטים להבחין בין קלות הדעת לבין האדישות. בנוסף, העונש של תריסר שנות מאסר הוא להערכת חמור מדי נוכח אשמתו הנמוכה יחסית של קל הדעת.<sup>652</sup>

### 3. אחריות מופחתת – בנסיבות נדירות ועם עונש חמור

באשר לנסיבות של אחריות מופחתת – שהוסדרה בסעיף החדש 301ב – כאן לא הייתה כל יצירתיות והסתפקו בנסיבות שהיו קבועות בסעיף 300א (אם כי הרחיבו מעט את האפשרות להקלה נוכח חריגה מועטה מתנאי ההגנה העצמית, הצורך או הכורח, כך שתתקיים לא רק נוכח חריגה מועטה מתנאי הסבירות דווקא, אלא מכל תנאי. אך שכחו את סעיף ההגנה העצמית הנוסף 134) ובקנטור שהופיע בעבר הן בהגדרת הכוונה תחילה שבסעיף 301 והן ברשימת הנסיבות המקלות שבסעיף 40ט(א)(7) שבחלקו הכללי של חוק העונשין (שם הוא עדיין מופיע). כלומר: בכיוון של הקלה לא הוסיפו (כמעט) דבר על החוק הקיים מלבד הכותרת "אחריות מופחתת". השיפור הוא בכך שלא דרשו גם קנטור או בייקטיבי כפסיקה, אלא הסתפקו נכונה בקנטור סובייקטיבי (סעיף 301ב(1)).<sup>653</sup> כמו כן הכפיפו לאחריות המופחתת את הסדרי הרחבת האחריות המחמירים במיוחד – באמצעות חזקות של אדישות – הקבועים בסעיפים 34א (אחריות שותף לעבירה שונה או נוספת שעבר שותפו), 34ט (שכרות) ו-34יד (כניסה בהתנהגות פסולה למצב של העדר שליטה, של צורך או של כורח) – אם כי גם עשרים שנות מאסר הן עונש חמור מדי למצבים אלה.

### 4. גרימת מוות ברשלנות בנסיבות מחמירות? ברוך שפטרנו

לבסוף, ליקוי מרכזי נוסף שהיה קיים בהצעת החוק היה קביעת עבירה חדשה ומיותרת של גרימת מוות ברשלנות בנסיבות מחמירות, שעונשה 5 שנות מאסר – בניגוד לעיקרון הקבוע בחוק העונשין שלפיו העונש המרבי המתאים לעבירת רשלנות הוא 3 שנות מאסר. כשמדובר ברשלנות, לא מתקיימת האשמה הנדרשת במשפט הפלילי, שהיא מודעות, וגם הרואים ברשלנות אשמה מסוימת מסכימים שהיא נמוכה למדי. במיוחד כשהמבחן לרשלנות בדין הישראלי אינו סובייקטיבי (יכולתו של הנאשם) אלא או בייקטיבי (יכולתו של ה"אדם מן היישוב"). עונש של 5 שנות מאסר הוא על כן לא פרופורציוני ואכזרי; ומכיוון שהרשלן אינו צופה את הסכנה (מתוך הגדרה) ולכן לא ניתן להרתיעו – זהו גם עונש אווילי. בזמנו שאלתי: "האם יהיה זה מופרז לצפות מחברי הכנסת שלא לחוקק חוק זה?"<sup>654</sup> החוק אומנם נחקק, אך עבירת הרשלנות הבלתי מוצדקת הנוספת הושמטה ממנו.

652 ראו הדיון בקלות הדעת לעיל בפרק ט.

653 ראו ציטוט מלוא סעיף 301ב לעיל בה"ש 648. פרשנותי המוצעת, שלפיה הקנטור הוא סובייקטיבי בלבד, מבוססת על מלות החוק החדש "בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה במידה ניכרת לשלוט בעצמו". כאמור, יהיו ודאי מי שינסו לצרף לקנטור דרישה או בייקטיבית מיותרת, על בסיס מלות החוק החדש "יש בקושי האמור בפסקת משנה (א) כדי למתן את אשמתו של הנאשם, בשים לב למכלול נסיבות העניין". אך הרי אם בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה במידה ניכרת לשלוט בעצמו, הדבר וודאי ממתן את אשמתו בהשוואה למצב שבו פעל בקור רוח, "בדם קר".

654 עיקרי ביקורתי זו פורסמו ברשימה "רצח מתוך אדישות?" הארץ (16.2.2015). וראו גם התגובה לביקורתי: מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "כן, רצח מתוך אדישות" הארץ (15.3.2015).

## אחרית דבר – קריאה לכנסת לשחרר את חוק העונשין הישראלי מעול המנדט הבריטי

הספר נפתח בפסקה הבאה: "אחרון החיילים הבריטים עזב את ארץ ישראל בשנת 1948. שבעה עשורים לאחר מכן, בשנת 2019, רוב העבירות הפליליות הקבועות בחוק העונשין – הקודקס הפלילי של מדינת ישראל – עדיין כמעט זהות לירושה הרעה שהותיר לנו המנדט הבריטי. רבות מהן חסרות הצדקה או מיותרות, ההגדרות של רובן רחבות מדי ולא מדויקות, ועונשיהן בדרך כלל מופרזים. אומנם בשנת 1994 הוחלף החלק הכללי של חוק העונשין, במסגרת תיקון 39, בחלק כללי חדש ומודרני (אם כי גם הוא טעון שיפורים – כפי שאראה בהמשך) אך מאות העבירות שבהמשך חוק העונשין נותרו ברובן ללא שינוי. החלק "עבירות" שבחוק העונשין הישראלי עודנו כמעט זהה לזה שהופיע בפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר הועתקה מהקוד הפלילי של קפריסין מלפני למעלה ממאה שנים. חקיקה זו לא נחשבה מודרנית אפילו אז והאנגלים לא החילוה במולדת הבריטית אלא רק בקולוניות המרוחקות, עבור הילידים".

לאורך הספר עמדתי על ליקויים יסודיים כה רבים בחוק העונשין הקיים ובפסיקה שנלווית אליו בניסיון בלתי צליח לתקנו ולהתאימו לימינו, עד כי הערכתתי היא שכל חבר/ת כנסת וכל שר/ת משפטים שתעיינה בספר צפויות להבין שהכרחי לתקן את המצב באופן יסודי: לבטל לחלוטין את חוק העונשין הקיים (די לנו בטלאים הנחקקים בו) ולחוקק חוק עונשין חדש, מתאים לתקופתנו, שיטתי, מקצועי, ערכי, מדריך ומכוון התנהגות; ראוי לשמו.



## מפתח נושאים

### א

27–24 .....	אבוליסיוניזם – הגישה האבוליסיוניסטית
343 , 132–130 .....	אדישות
176–173 .....	אדם מן היישוב (כמבחן אובייקטיבי לרשלנות)
190 .....	אוטונומיה – גישת האוטונומיה (באשר לייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה)
61–57 .....	אזהרה הוגנת לפרט (עקרון החוקיות)
121 .....	אחריות לשלום האדם
206–199 .....	אחריות מוחלטת
344 , 340 .....	אחריות מופחתת (להמתה)
212–207 .....	אחריות נגזרת מהי
294–285 .....	אחריות נגזרת – של שותף לעבירה נוספת של שותפו
206–199 .....	אחריות קפידה
294–285 .....	אחריות שותף לעבירה נוספת של שותפו
236–235 .....	אי אפשרות חוקית להשלים עבירה (ניסיון בלתי צליח שאיננו פלילי)
166–163 , 117 .....	אי מניעת פשע (עבירה)
71–66 .....	אין עונשין על דברים שבלב; אין מענישים על מחשבות (עקרון ההתנהגות)
55 .....	אלטרנטיבות למאסר
237 .....	אמצעי אבסורדי (שימוש בו הוא ניסיון בלתי צליח שאיננו פלילי)
311–307 .....	ארגון פשיעה
137–125 , 73–72 , 28 .....	אשמה

### ב

27–24 .....	ביטול עונש המוות, עונש המאסר ומערכת הענישה (הגישה האבוליסיוניסטית)
284–275 .....	ביצוע-בצוותא
306–299 .....	ביצוע באמצעות אחר
209 .....	בליעה של האחריות על הצורה הנגזרת באחריות על העבירה הטיפוסית

### ג

109–108 .....	גורם חלופי (היפותטי) לתוצאה
109 , 107 .....	גורמים מצטברים לתוצאה
109 , 107 .....	גורמים משלימים לתוצאה
191 .....	גורם מתערב זר אשם (השפעתו על ייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה)
49–44 .....	גידול בכליאה
42–40 , 34–23 .....	גישה גמולית לענישה הפלילית
34–23 .....	גישה תועלתית לענישה הפלילית
42–40 , 34–23 .....	גמול, גמוליות
344 , 329 .....	גרימת מוות ברשלנות (עבירה)
195 .....	גרימת מוות – מהי (סעיף 309 לחוק העונשין והשימוש בו בפסיקה)

ביקורת דיני העונשין הישראליים

ד

דוח האקדמיה הבריטית (2014) (באשר לריבוי השימוש במאסר) ..... 49–48  
 דוח האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע (2014) (ריבוי השימוש במאסר) ..... 48–44  
 דוח ועדת דורנר (2015) (באשר לריבוי השימוש במאסר) ..... 50–49  
 דוח ועדת מרטינסון (באשר לכישלון השיקום במאסר) ..... 44–43  
 דירוג העבירות, מתכון ..... 75

ה

האדם הסביר (כמבחן אובייקטיבי לרשלנות) ..... 176–173  
 האקדמיה הבריטית – דוח 2014 (באשר לריבוי השימוש במאסר) ..... 49–48  
 האקדמיה הלאומית האמריקנית למדע – דוח 2014 (ריבוי השימוש במאסר) ..... 48–44  
 הבחנה בין ביצוע-בצוותא לבין סיוע ..... 283–276  
 הבחנה בין הכנה לבין ניסיון ..... 227–220  
 הבחנה בין צידוק (justification) לבין פטור (excuse) ..... 321–318  
 הגדרת "ארגון פשיעה" ..... 311–309  
 הגדרת העבירה הפלילית ..... 95  
 הגדרה מפורטת ובהירה של האיסור ..... 60–58  
 הגדרת הענישה הפלילית ..... 23  
 הגורם שאין בלתו (המבחן לקשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה) ..... 109–105  
 הגנה עצמית (סייג לאחריות פלילית, צידוק) ..... 328–322  
 הדרכת השופטים באשר לענישה ..... 80–78  
 החטאת הפעולה (כוונה מועברת) ..... 139  
 החלטה (רכיב בכוונה תחילה) ..... 334  
 היסוד (כגון היסוד הנפשי), ראו יסוד (כגון יסוד נפשי)  
 היעדר קנטור (כרכיב בכוונה תחילה) ..... 339–337  
 הכנה (בהבדל מניסיון) ..... 219–215  
 הכנה (כרכיב בכוונה תחילה) ..... 336–334  
 הכנסת אי-מילוי תפקידה לחוקק חוק עונשין חדש ראוי לשמו) ..... 345  
 הלימה – עקרון ההלימה ..... 32  
 הלכת הצפיות ..... 240, 160–149  
 המנדט הבריטי (השפעתו המתמשכת על חוק העונשין הישראלי) ..... 345, 21  
 המעשה האחרון (ומבחן המעשה הלפני אחרון) ..... 223  
 המתה – עבירות המתה ..... 344–329  
 המתה בנסיבות של אחריות מופחתת ..... 342–340  
 המתה בקלות דעת ..... 342–341  
 הסיבה בלעדיה אין (המבחן לקשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה) ..... 109–105  
 הסתה (ניסיון לשדל קהל) ..... 271  
 הפקרה אחרי פגיעה ..... 118  
 הצדקה לענישה הפלילית ..... 34–23  
 הריגה (עבירה) ..... 330  
 הרתעה ..... 38–35, 29

מפתח נושאים

השומרונים הטוב וחובות העשה הכלליות ..... 115–120  
השלטת רצון (כבסיס לביצוע באמצעות אחר) ..... 300–301  
התנהגות בעבירה פלילית ..... 96  
התנהגות המסייע – טיבה ..... 253–255  
התנהגות חופשית במקור ..... 68

ו

ודאות הענישה והשפעתה על יעילות ההרתעה ..... 37–38  
ועדת דורנר – דוח 2015 (באשר לריבוי השימוש במאסר) ..... 49–50  
ועדת מרטינסון (באשר לכישלון השיקום במאסר) ..... 43–44

ח

חד-משמעות (מבחן להתקיימות ניסיון פלילי) ..... 224–225  
חובת דיווח ..... 119  
חובת עזרה מצד נוהגי כלי רכב ..... 119  
חובות עשה כלליות ..... 115–120  
חומרת העבירה ..... 74–80, 215  
חומרת העונש, ראו גם מאסר ..... 74–80  
חומרת העונש בגין ניסיון ..... 241–243  
חוק מאבק בארגוני פשיעה ..... 307–311  
חיזוי מסוכנות ..... 38–39  
חרטה וסיכול העבירה – פטור למנסה ..... 244–248

ט

טיב ההתנהגות המסייעת ..... 253–255  
טיב הניסיון – צליחות הניסיון ..... 232–237  
טעות בזיהוי הקורבן (כוונה מועברת) ..... 139

י

יסודות העבירה ..... 96–111  
יסוד נפשי בניסיון ..... 238–241  
יסוד נפשי בעבירה ..... 125–166  
יסוד נפשי של המסייע ..... 259–262  
יסוד נפשי של המשדל ..... 268–269  
יסוד עובדתי בניסיון ..... 219–237  
יסוד עובדתי בעבירה ..... 96–112  
יסוד עובדתי בסיוע ..... 252–258  
יסוד עובדתי של השידול ..... 264–267  
יעילות ההרתעה ..... 36–38  
יצירת מצב מסוכן כמקור חובה לפעול ..... 122  
יתרון הבנה (כבסיס לביצוע באמצעות אחר) ..... 301–302

ביקורת דיני העונשין הישראליים

כ

כוונה ..... 343–341, 140–130

כוונה מועברת (ומחשבה פלילית מועברת) ..... 140–138

כוונה על תנאי ..... 138

כוונה תחילה ..... 339–332

כורח (סייג) ..... 322

כלל אחדות העבירה (באשר לשותפות) ..... 209

כלל הכליעה (של האחריות על הצורה הנגזרת באחריות על העבירה הטיפוסית) ..... 209

כלל המשמעות הטבעית והרגילה של מלות האיסור (פרשנות) ..... 81

כלל הפרשנות המצמצמת ..... 86–82

כלל הצמידות והתלות של העבירה הנגזרת בעבירה הטיפוסית ..... 250, 210

כלל הצפיות (תחליף לרצון – לכוונה ולמטרה) ..... 160–149

כלל השימוש במטרת החקיקה לצמצום האיסור (פרשנות) ..... 94–87

כלל שלא גוזרים מנגזרת של שותפות צורות אחריות נוספות ..... 208

כללי היסוד המשותפים לצורות הנגזרות ..... 212–208

כללי הפרשנות המיוחדים של המשפט הפלילי ..... 61

ל

לא תעמוד על דם רעך (החוק ופרשנותו) ..... 118

מ

מאבק בארגוני פשיעה ..... 311–307

מאסר ..... 56–43, 24

מבחן הבידוד (מבחן הביצוע) להבחנה בין ביצוע-בצוותא לבין סיוע ..... 276

מבחן הגורם שאין בלתו (לבדיקת הקשר הסיבתי) ..... 109–105

מבחן החד-משמעות (להתקיימות ניסיון פלילי) ..... 225–224

מבחן המעשה האחרון (ומבחן המעשה הלפני אחרון) (בניסיון) ..... 223

מבחן הסיבה בלעדית אין (לבדיקת הקשר הסיבתי) ..... 109–105

מבחן הצעד המשמעותי (בניסיון) ..... 226

מבחן הקרבה להשלמת העבירה (בניסיון) ..... 223

מבחן הקרבה לתחילת ההתנהגות שבהגדרת העבירה (בניסיון) ..... 226

מבחן השליטה להבחנה בין ביצוע-בצוותא לבין סיוע ..... 277

מבחן השליטה + בידוד-ניסיון להבחנה בין ביצוע-בצוותא לבין סיוע ..... 278

מבחן תחילת ביצוע העבירה (בניסיון) ..... 221–220

מבחנים אובייקטיביים מול מבחנים סובייקטיביים לניסיון ..... 227

מבחנים להבחנה בין ביצוע-בצוותא לבין סיוע ..... 278–276

מבחנים להבחנה בין הכנה לבין ניסיון ..... 227–220

מבנה העבירה הפלילית ..... 111–96

מודל הצדק (בענישה הפלילית) ..... 42–40

מודעות ..... 130–125, 73–72

מחדל פלילי ..... 256, 124–113

מחשבה פלילית ..... 184, 130–127

מפתח נושאים

מטרה (כיסוד נפשי) ..... 211, 148–141

מטרת החקיקה – שימוש בה רק לצמצום האיסור ..... 94–87

מידת ההתנהגות הנדרשת בניסיון ..... 231–220

מידתיות – האם הסדר 34 א הוא מידתי? (לא!) ..... 294–292

מניע (כיסוד נפשי) ..... 145

מניעה (כמטרת ענישה וכשיקול בענישה) ..... 39–38

מסכת עובדתית מלוכדת (מבחן שהוצע לצורך ייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה) ..... 189

מעשי הכנה (בהבדל מניסיון) ..... 219–215

מקורות החובה לפעול במשפט הישראלי ..... 124–121

מקורות החובה לפעול – מתכון למחוקק ..... 120

מרטינסון – דוח הוועדה (באשר לכישלון השיקום במאסר) ..... 44–43

משמעות טבעית ורגילה של מלות האיסור (פרשנות) ..... 81

משפט פלילי כאמצעי האחרון (עקרון השיריות) ..... 63–62

מתן אמצעים לביצוע פשע – חריג לכלל שהסיוע אינו פלילי ללא ביצוע עיקרי ..... 251

**נ**

נוכחות וסיוע ..... 258

נורמה רגילה מול נורמה מיוחדת ..... 104–103, 99–98

ניבוי מסוכנות ..... 39–38

ניסיון בלתי צליח ..... 237–232

ניסיון לביצוע באמצעות אחר ..... 304

ניסיון פלילי ..... 248–213

ניסיון שידול ..... 271–270

ניסיון שידול קהל (הסתה) ..... 271

ניתוח פורמלי של ביצוע-בצוותא של עבירה ..... 283

ניתוח פורמלי של סיוע לעבירה ..... 262

ניתוח פורמלי של עבירה ..... 110

ניתוח פורמלי של עבירה – התייחסות לייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה ..... 198

ניתוח פורמלי של עבירה שבוצעה באמצעות אחר ..... 304

ניתוח פורמלי של עבירת ניסיון ..... 241, 219

ניתוח פורמלי של עבירת רשלנות ..... 177

נסיבות העבירה הפלילית ..... 99–97

נתונים ענייניים מול נתונים אישיים (באשר לשותפות) ..... 298–295

**ס**

סגולה לסייע מול תרומה ממשית ..... 255–254

סוגי עבירות ויעילות ההרתעה ..... 36

סוגי עונשים ויעילות ההרתעה ..... 37

סיוע פלילי ..... 262–249

סייגים לאחריות פלילית ..... 328–313

סייגי האילוצין: ההגנה העצמית, הצורך והכורח ..... 322

סיכון סביר ..... 186–179

ביקורת דיני העונשין הישראליים

109 ..... סירוב להגיש עזרה (עבירת מחדל ארכאית) .....  
 120 ..... סירוב לעזור במניעת עבירות (עבירת מחדל ארכאית).....

**ע**

305 ..... עבירה המותנית במבצע מיוחד (בביצוע באמצעות אחר).....  
 344–329..... עבירות ההמתה .....  
 69 ..... עבירות החזקה .....  
 102 ..... עבירות העמדה בסכנה.....  
 101 ..... עבירות התנהגות (מול עבירות תוצאה).....  
 69 ..... עבירות מצב.....  
 69 ..... עבירות סטטוס.....  
 101 ..... עבירות תולדה.....  
 104–100..... עבירות תוצאה (מול עבירות התנהגות).....  
 102 ..... עבירות תוצאה-בכוח.....  
 102 ..... עבירות תוצאה פוטנציאלית .....  
 243–241..... עונש בגין ניסיון .....  
 24 ..... עונש המוות .....  
 340 ..... עונש מופחת (בעבירת הרצח).....  
 78 ..... עונש מינימום, עונש מזערי .....  
 76, 74..... עונש מקסימום, עונש מרבי .....  
 271 ..... עונש על ניסיון לשידול .....  
 166–161..... עיוורון מכוון (עצימת עיניים).....  
 258 ..... עיתוי הסיוע .....  
 34–23 ..... ענישה .....  
 169 ..... ענישה בעבירות רשלנות .....  
 166–161..... עצימת עיניים (כיסוד נפשי).....  
 209 ..... עקרון אחדות העבירה (בשותפות).....  
 127–125, 73–72..... עקרון האשמה.....  
 71–66 ..... עקרון ההתנהגות .....  
 230, 61–57..... עקרון החוקיות .....  
 80–57 ..... עקרונות היסוד של דיני העונשין .....  
 65–64 ..... עקרון הערך המוגן .....  
 80–74 ..... עקרון הפרופורציה.....  
 63–62 ..... עקרון השויות.....  
 65–64 ..... ערך מוגן.....

**פ**

112–111..... פוויטיביזם מול בחינה ערכית של העבירה.....  
 58 ..... פומביות החוק.....  
 328–313..... פטור מול צידוק – הסייגים לאחריות פלילית.....  
 248–244..... פטור (למנסה) עקב חרטה וסיכול העבירה.....  
 274–273..... פטור עקב חרטה למשדל ולמסייע.....

מפתח נושאים

פרופורציה (בענישה) ..... 80–74

פרשנות המשפט הפלילי ..... 61

פרשנות מוטעית – הדגמה מהפסיקה ..... 94–91

פרשנות מצמצמת, הכלל ..... 86–82

פרשנות סייג ..... 316

פשע מאורגן ..... 311

צ

צורות נגזרות של אחריות פלילית ..... 274–207

צורך (סייג לאחריות פלילית) ..... 328–322

צורת השידול ..... 265

צידוק מול פטור – הסייגים לאחריות פלילית ..... 328–313

צליחות הניסיון ..... 237–232

צמידות ותלות של העבירה הנגזרת בעבירה הטיפוסית ..... 250, 210

צעד משמעותי (בניסיון) ..... 226

צפויות סבירה (של תהליך הגרימה לתוצאה) ..... 198–187

צפייה בקווים כלליים (כגישה לייחוס אחריות בגין גרימה לתוצאה) ..... 196

ק

קלות דעת (יסוד נפשי בעבירה) ..... 341, 137–135

קנטור (היעדרו כרכיב בכוונה תחילה) ..... 339–337

קרבה להשלמת העבירה (מבחן להתקיימות ניסיון פלילי) ..... 223

קרבה לתחילת ההתנהגות שבהגדרת העבירה (בניסיון) ..... 226

קשר סיבתי (בין ההתנהגות לבין התוצאה) ..... 109–104

ר

רצון בתוצאה, רצון ביעד ..... 148–130

רצח ..... 343–330

רצח בנסיבות מחמירות ..... 342–341

רציונל ההגנה העצמית לעומת רציונל הצורך ..... 328–322

רשלנות ..... 344, 184, 178–167

רשלנות אובייקטיבית מול רשלנות סובייקטיבית ..... 176–173

ש

שטח מחיה לאסיר ..... 54–53

שידול ..... 274–263

שידול במחדל ..... 266

שידול לשדל ..... 272

שימוש באמצעי אבסורדי (ניסיון בלתי צליח שאיננו פלילי) ..... 237

שיקול דעת של השופטים בענישה ..... 80–77

שיקום (כשיקול בענישה) ..... 42–39

שליטה ארגונית (כבסיס אפשרי לביצוע באמצעות אחר) ..... 306

שליטה בהתנהגות ..... 201, 68–67

## ביקורת דיני העונשין הישראליים

303–300.....	שליטה כבסיס לביצוע באמצעות אחר
150 .....	שקילות ערכית (כבסיס לכלל הצפיות)

### ת

34–23 .....	תועלת, תועלתנות
104–100.....	תוצאה בהגדרת העבירה
61 .....	תחולה רטרואקטיבית – שלילתה
221–220.....	תחילת ביצוע העבירה (בניסיון)
54–50 .....	תנאי המאסר
122 .....	תפקיד כמקור חובה לפעול
255–254.....	תרומה ממשית מול סגולה לסייע