

פרק ג

הצורות של התנהגות ענישה, הנגזרות מן הביצוע העיקרי של העבירה

סימן 1

כללי

§1. עבירה רבת-משתתפים: מינוח; אחדות האירוע, חרף ריבוי המש-
תתפים בו; §2. סוגי העבירות רבות-משתתפים: עבירה רבת-
משתתפים מטבע ברייתה; עבירה רבת-משתתפים באורח מזדמן; משמעות
ההבחנה; §3. מבנה השותפות וטיב צורותיה: שותפות "הטרוגנית"
ושותפות "הומוגנית"; שותפות "ישירה" ושותפות "עקיפה"; שותפות
"ראשית" ושותפות "משנית"; §4. המחות הנבדלת של צורות השות-
פות: תשתית ההבחנה, בטבע הדברים; המבחן "הפונקציונאלי" — בסיס
להבחנה; המבחן "הכרונולוגי"; מגמות ל"הידמות" צורות השותפות.

§1. עבירה רבת-משתתפים

מינוח §235. ההנחה שמשמשת בסיס לדיון בצורות של התנהגות ענישה, הנגזרות
מן הביצוע העיקרי של עבירה טיפוסית, היא זו בה עבירה אחת ויחידה,
שעשויה להתבצע גם על-ידי עושה אחד ויחיד, מתבצעת על-ידי שניים או יותר, כל אחד בתפקיד
זהה לתפקיד זולתו, או שונה ממנו. כלומר, ההיפותיזה היא של ריבוי עבריינים בעבירה אחת.
כאשר התפקידים הם שונים, ואחד מהם היה — כמובן מאליו — זה של ביצוע עיקרי, תרומותיהם
של האחרים, מקום שהן אסורות על-פי חוק, הן הן הצורות של התנהגות ענישה, נושא דיונו
בפרק זה. אך כדי לדון בהן במובחן מן הביצוע העיקרי, מתחייב דיון גם בו, וכך נעשה.
בפרק א, שכותרתו "עבירות נגזרות — מערכת", דנו במושג "עבירה נגזרת" מן העבירה
הטיפוסית, בשני המישורים — זה של ביצוע מושלם וזה של ביצוע עיקרי. בפרק ב, דנו ב"עבירות
הנגזרות" מן העבירה הטיפוסית במישור הראשון, ולא נתקלנו בקושי כלשהו כשהשתמשנו בביטוי
"עבירות נגזרות" במישור זה, במקום להתייחס ל"צורות של התנהגות ענישה הנגזרות מן הביצוע
המושלם של העבירה הטיפוסית". מכאן אף השימוש בכותרת הפרק, לשם קיצור, באותו ביטוי.
אולם, כשהגענו לפרק בו מתכוונים לדון ב"צורות של התנהגות ענישה, הנגזרות מן הביצוע

העיקרי של העבירה, מעדיפים אנו לחזור לביטוי ארוך זה; שכן, כיצד ניתן לדבר על "עבירות נגזרות", ברבים, אם כי ריבוי המשתתפים עשוי להצדיק זאת, כאשר מוקד ההנחה הוא "עבירה" ביחיד? כלום מתפצלת עבירה זו, כאשר משתתפים בביצועה שניים או יותר בתפקידים שונים, לעבירות מספר, כמספר המשתתפים? וזאת, כאשר אחת מהן תתגלם בביצוע העיקרי של העבירה הטיפוסית, והנותרות בעבירות אחרות, נבדלות ונפרדות ממנה, לפי מהות התפקיד הטמון בתרומתן תיהם? וניתן עוד להרחיב את השאלה — האם מקום בו היו תורמים מספר, בתפקיד זה או אחר, או בכל אחד מן התפקידים, מתרבה, בהתאם, מספר העבירות כמספר המשתתפים? או, שמא, המדובר בעבירה אחת ויחידה "רבת-משתתפים", בה דרים, בכפיפה אחת, "אחדות" העבירה ו"ריבוי" העבריינים?

236. דעתנו מוצאת את ביטוייה בתשובה חיובית לשאלה האחרונה. למעשה, כאמור, השתמשנו, בתחילת הדיון בנושא "העבירות הנגזרות", בביטוי "צורות התנהגות ענישות נגזרות" מן הביצוע העיקרי והמושלם של עבירה טיפוסית¹, אך הוזהרנו את עצמנו כי ניתן להיזקק גם לביטוי "עבירות נגזרות" בבחינת קיצור לשון בלבד, ואין ללמוד ממנו משום הינתקות מן העבירה הטיפוסית, או משום פיצול עבירה זו לריבוי עבירות². לא הוזהרנו על הוזהרה דומה עת שדגנו בצורות של התנהגות ענישה, הנגזרות מן הביצוע "המושלם" של העבירה הטיפוסית; השימוש, בהקשר זה, בלשון "עבירה נגזרת", ביחיד או ברבים, עשוי לגרום פחות אי-הבנות. שכן, מדובר בשלבים אשר הקודם נבלע במקדמו, וכולם בעבירה המושלמת, כך שאין מקום לקיום מקביל, בעת ובעונה אחת, של "מעשי-הכנה", "נסיון" ו"עבירה מושלמת", בצמוד לאותו עושה ואותה עבירה טיפוסית. אולם, כאשר מדובר בצורות התנהגות ענישה נגזרות מן הביצוע "העיקרי" של עבירה, אמנם נבלעות כולן באותו אירוע עברייני רבת-המשתתפים, אך כל צורה נשארת צמודה גם לבעל התנהגות אחר — משדל, מסייע, מבצע עיקרי — ולכן ניתן לפרש כי הביטוי "עבירות נגזרות", בהקשר זה, בא לשקף סברה כי כל אחד מהם הוא, למעשה, עושה של עבירה נפרדת. מכאן, הצורך שוב להזהיר את עצמנו ולומר שהשימוש בביטוי זה הוא רק בבחינת קיצור לשון, ואינו בא להביע תפיסה לפיה מדובר לא רק בריבוי עבריינים, אלא גם בריבוי עבירות. לדעתנו, כאמור, ריבוי עבריינים כן, אך תוך אחדות "האירוע העברייני", כעבירה אחת ויחידה.

237. ומכאן לעניין נוסף של מינות. משתמשים אנו בדיבור עבירה "רבת-משתתפים" ולא "רבת-עבריינים". הביטוי הראשון הוא בעל משמעות רחבה יותר מזו של הביטוי השני; הוא כולל אותו ונועד להקיף גם את המקרים בהם אין מייחסים פליליות לתרומותיהם של כל הצדדים לגיבוש האירוע העברייני. מי שמוכר מצרך מסויים במחיר מופקע ועובר בכך עבירה פלילית, אינו יכול לבצע בלי תרומתו של הקונה; ביצוע העבירה של בעילת קטינה מותנה גם הוא בהשתתפות הנערה במעשה; חטיפת קטין מרשות אפוטרופסו עשויה להתבצע אף תוך שיתוף פעולה מטעם הקטין עצמו; עבירה של ריבוי גישואין מותנית גם בהשתתפות של בן-הזוג שהיה פנוי בגישואין אלה; לשם ביצוע העבירה של סרסרות למעשי זנות, נחוצה גם השתתפות של האשה שעוסקת במעשים אלה, מלבד מי שמוגדר כסרסור.

במקרים אלה, שהם בבחינת הדגמה בלבד, אין, בהכרח, תרומותיהם של כל המעורבים בדבר, בעלות אופי פלילי, ואין גם כל המעורבים בביצוע העבירה, בהכרח, בבחינת עבריינים; לעתים,

1 ראה פסקה 1.

2 ראה פסקה 2, בסוף.

אחדים מהם עשויים להיות אף קרבן העבירה. בסעיף 206(2) לחוק העונשין נאמר אף במפורש כי "אין רואים את האשה כשותפה לעבירה" מן העבירות של "זנות ותועבה" בהן דן סימן י לפרק ח לחוק העונשין; ויחד עם זאת, עבירות אלה אינן עשויות להתגבש בלי תרומותיהם של כל המעורבים בהן ובהעדרם. לעומת זאת, יש מקרים, כפי שנראה להלן, בהם משתתפים בביצוע העבירה צדדים אחדים, ותרומתו של כל אחד מהם נושאת אופי פלילי; מכאן גם מעמדו של כל אחד כעבריין.

כאמור, כדי להקיף את כל ההיפותיזות, בטרם נסווג אותן, בחרנו בביטוי עבירה "רבתי-משתתפים" או אירוע עבריני "רבי-משתתפים", במקום הביטוי עבירה "רבתי-עבריינים"; או, כפי שעוד ניתן להתבטא, "ריבוי משתתפים" במקום, "ריבוי עבריינים", באותה עבירה. ולאחר הבהרה מינוחית נוספת זו, נחזור, במלים ספורות, לעניין אי-פיצול האירוע העבריני, אף כאשר הוא רבי-משתתפים; דיון נרחב יותר בסוגיה זו ייערך בשלב מאוחר יותר.

אחדות האירוע, חרף ריבוי המשתתפים בו, 238. אין זו שאלה של גישה, אלא של השתקפות המציאות בהכרתנו. כאשר שניים ביצעו בצוותא את העבירה, כל אחד חלק מן הביצוע העיקרי — ביצעו ביחד, למשל, גניבה — העבירה נשארת אחת, ולא התפצלה לשניים, לפי מספר המבצעים. כך גם כאשר ההשתתפות הינה בתפקידים שונים — א' שידל את ב' לבצע גניבה ו-ב' ביצע אותה כשהסתייע בכלים שקיבל מ-ג' לאותה מטרה. אין כאן שלוש עבירות, לפי מספר השותפים, אלא גניבה אחת רבתי-משתתפים. האחדות של עבירה רבתי-משתתפים מבוססת על חפיפת עבירה זו עם העבירה שנעברה על-ידי יחיד, שהוא בעצמו הגה את הרעיון לבצעה, שיכנע את עצמו כי אכן יש מקום להגשים את הרעיון, השיג לעצמו את הכלים הדרושים לבצע את המעשה ולבסוף גם ביצע אותו. כשם שבמקרה זה, האירוע העבריני אינו מתפצל לשידול, את עצמו, לסיוע, לעצמו, ולביצוע, עצמי, כך גם נשארת העבירה אחת ויחידה כאשר כל אחד משלושת התפקידים מולא על-ידי אדם אחר, אם כי, הפעם, יהיו שלושה שנושאים באחריות לה. זאת, אפילו ניתן להעמיד לדין, למשל, את המסייע בלבד, משום שהמבצע העיקרי נפטר בינתיים, ואילו המשדל נמלט מן המדינה, ומקום הימצאותו הוא בלתי ידוע; כך גם, תוך שינוי העובדות, כשניתן להעמיד לדין אחד מן הנותרים בלבד, בשל סיבות דומות כרוכות בחבריהם.

אחדות העבירה אינה נגרעת גם עקב עונש נבדל — אם זוהי גישתו של המחוקק — שנקצב לצורה זו או אחרת של שותפות, ביחס לעונש שנקצב לעבירה הטיפוסית. כאשר מספר אנשים תרמו לביצוע העבירה, חלקיהם משתלבים זה בזה ומהווים שלם אחד, בלתי ניתן לפיצול. העובדה שהשלם ניתן לניתוח, כדי להגדיר את חלקו של כל שותף, אם הוא מחייב התייחסות נפרדת, אינה סותרת ואינה שוללת את שלמותה של העבירה ואחדותה.

מציאות זו באה לידי ביטוי נורמטיבי מפורש בהוראת הפתיחה של סעיף 26 לחוק העונשין. "נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא באחריות לה". כלומר "עבירה" ביחיד, חרף ריבוי המשתתפים בה.

אמנם, במקרים אלה מקבלת העבירה היקף אחר מזה המתואר בהגדרתה, עקב אינטגרציה בה של חלקיהם של השותפים העקיפים לביצועה, אך זאת מכוח הוראת החוק, המכיר במציאות זו. נעברה העבירה עקב שידול ותוך סיוע, של אחרים, ייכללו בהיקפה הקונקרטי גם השידול והסיוע האמורים, ביחד עם ביצועה העיקרי. האירוע העבריני נשאר אחד ויחיד אפילו כאשר, מחמת מצב מיוחד, מתחייבת הצמדת חלקו של שותף זה או אחר באירוע, לסוג עבירה שונה מזה לו הוצמדו חלקיהם של השותפים הנותרים. למשל א' סייע ל-ב' להמית את ג', מבלי לדעת שהקרבן

הוא אביו של ב'. בשל טעותו בעובדה זו, ייחס ל-א' סיוע להריגה, בעוד ש-ב' ביצע רצח. בכך אין העבירה, כאירוע עברייני, מתפצלת; הסיוע השתלב בביצוע והיווה ביחד עמו אירוע עברייני אחד — רצח. השפעתה של טעות בעובדה על הגדרת חלקו של א' באירוע היא שאלה נפרדת. כל הדיונים על פיצול העבירה או אחזותה הם, לטעמנו, דיוני-סרק, שכן אין שידול ואין סיוע, בעלמא, אלא לעבירה נתונה, על ביצועה העיקרי, והמשתלבים בה עקב כך. ייתכן גם נסיון לשדל או נסיון לסיוע, כאשר החוק קובע את פלילותם, אך שוב לעבירה נתונה. הכל גובע מיחס הצמידות של כל הצורות של התנהגות ענישה, הנגזרות מן הביצוע העיקרי והמושלם של העבירה הטיפוסית, לעבירה זו. בית המשפט העליון נדרש לנושא בע"פ 61/73³, וקבע כי המחוקק הישראלי "דוגל — זו משמעות הוראתו בסעיף 123(1) הנ"ל — בעקרון של 'אחדות העבירה'"⁴, הדוחה כל פיצול של העבירה כשהיא רבת-משותפים. המשמעות המהותית של הוראת הפתיחה של סעיף 26 לחוק העונשין (הוא סעיף 123(1) לפקודת החוק הפלילי, 1936) היא:

— היצמדות צורות השותפות העקיפה לדבר עבירה, לביצועה הישיר; "נעברה עבירה" ורק בתנאי זה, האמור בפתיחת סעיף 26, "יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף...";

— אי-חליקות האחריות הפלילית בגין עבירה רבת-משותפים, לפי מספר השותפים; כל אחד מהם אחראי כלפי המדינה אחריות מלאה בגין העבירה, בשל הפרת האיסור עליה;

— השוואת האחריות הפלילית של השותפים העקיפים לדבר עבירה, לזו של המבצע הישיר, אם כי ניתן לתאר גם גישה אחרת, לפיה, למשל, אחריותו של המסייע תהיה מופחתת, בהשוואה לאחריותו של המשדל והמבצע העיקרי;

— והעיקר לנושא דיונונו כעת, הכרות המחוקק, הכלולה בהוראה, על "דגילתו בעקרון של 'אחדות העבירה' אשר יסודו הונה בסעיף 123(1) רישא"⁵. בית המשפט העליון הדגיש את רעיון "אחדות העבירה" חרף ריבוי השותפים בה, משום שבית המשפט קמא גרס כי ניתן לפצל את האירוע העברייני ולהאשים את המשדל לביצוע עבירה, בביצועה העיקרי⁶.

3 ע"פ 61/73 שמואלי נ' מ"י, פ"ד כ(1) 281. למרות האמור קודם, אך אגב אורחא בלבד, בע"פ 573/72 חבורה נ' מ"י, פ"ד כח(1) 57: "מקום שפלוגי שידל את אלמוגי לעבור עבירה, או סיוע בידו בדרך אחרת, ואלמוגי ביצע את העבירה, מספר העבירות הוא כמספר השותפים" (ע' 59 בסוף).

4 ע"פ 61/73 שמואלי נ' מ"י, פ"ד כ(1) 281, 291 אחרי אות השוליים ז.

5 שם, בע' 294, תחילתו.

6 שם. המערער הואשם בשידול אחר לבצע עבירה לפי סעיף 67 לפקודת התעבורה, בצירוף סעיף 123(1)(ד) לפקודת החוק הפלילי (שסעיף 26 לחוק העונשין בא במקומו). בין הטענות של המערער בערכאה הקודמת, היתה גם הטענה כי עדותו של המשדל היתה טעונה סיוע בשל היותו שותף לדבר עבירה. טענה זו נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי על סמך ההנמקה כי לפי הנוסח, דאז, של סעיף 23(2) לפקודת החוק הפלילי "במקרה הנידון בסעיף-קטן ו(ד) אפשר להאשים את האדם בעשיית העבירה או במתן עצה או בשידול לעשותה", ובמקרה האחרון עובר המשדל עבירה שונה מזו שעבר המשדל; משום כך אין הם שותפים לאותה עבירה, ואין עוד עדות המשדל במשפטו של המשדל טעונה סיוע. בית המשפט העליון דחה מכל וכל את הפרשנות הזאת של הוראות סעיף 23 לפקודת החוק הפלילי הסביר כי משמעותה של הוראת סעיף 23(2) לפקודה זו היא פרוצידוראלית גרידא וניתן להבינה על רקע ההתפתחויות במשפט האנגלי בלבד. שם בזמנו, אם הואשם אדם בביצוע עבירה פלוגית ובמשפט הסתבר שהיה משדל לאותה עבירה היה הכרח לזכותו, והוא היה הדין אם קרה היפוכו של דבר. כמו כן, לא ניתן היה להעמיד לדין שותף עקיף לדבר עבירה בטרם הורשע בה המבצע העיקרי. כדי להתגבר על מכשולים אלה, בא המחוקק האנגלי, בשנת 1861, ו"השווה, מבחינה פרוצידוראלית בלבד, את מעמדו של השותף לפני המעשה לזה של העברייני העיקרי" (שם בע' 292 בין אותיות השוליים ו-1), ולכן, אפילו מכתבר כי הנאשם לא היה מבצעה העיקרי של העבירה אלא

§ 2. סוגי העבירות רבת-משתתפים

עבירה רבת-משתתפים מטבע ברייתה

239. ניתן להבחין בעבירה רבת-משתתפים מכמה סוגים. כך, סוג אחד הוא זה של עבירה רבת-משתתפים מטבע ברייתה, מקום שהיא אינה עשויה להתבצע אלא תוך מעורבות בה של שניים או יותר. ניתן להוסיף לדוגמאות שהובאו כבר, של ריבוי טבעי של משתתפים: את עבירת "הקשר" – אין אדם יכול לקשור קשר עם עצמו; את עבירת "השוחד" – אין נותן שוחד בלי אדם שנועד לקבלו וגם ההיפך; את עבירת "התגרה" – אין אדם יכול להיות מעורב בה אלא יחד עם אחר או אחרים; את העבירה של "התקהלות אסורה" – אין אדם יכול לעבור אותה אלא יחד עם אחרים; את העבירה של "מרידה בכוחות מזוינים" שהתגבשותה מותנית בהשתתפות של "שלושה או יותר...". כפי שצויין קודם, לא כל המעורבים בעבירות מסוג זה נחשבים תמיד גם כמי שישאו באחריות פלילית בגין מעורבותם באירוע העברייני שאירע, אם כי בלעדי מעורבות זו, העבירה לא היתה יכולה להתגבש. הבאנו אף דוגמאות ספציפיות, בהן אין לייחס כל פליליות למעורבות כאמור. להיבט זה של עבירה מסוג העבירות רבות-המשתתפים מטבע ברייתן עוד נחזור בהמשך. מין ספציפי בתוך סוג זה של עבירות, הוא זה של העבירות בהן ריבוי המשתתפים אינו רק טבעי, אלא גם ריבוי קונפטיטיוטיבי, בכך שעצם ההתחברות של המעורבים, מסביב למטרה נתונה, יוצרת את העבירה, ללא צורך בצעד אובייקטיבי כלשהו לשם קידום המטרה לקראת הגשמתה, או בהתנהגות אחרת. דוגמה קלאסית לעבירה ממין זה היא עבירת הקשר, המתגבשת עם ההתחברות בלבד של הקושרים במטרה לעבור עבירה מסוימת, מבלי שיידרש צעד כלשהו אובייקטיבי לשם קידום המטרה, ולו אף בבחינת מעשה-הכנה בלבד לקראת הגשמתה. דוגמה אחרת עשויה לשמש העבירה של התקהלות אסורה, המתבטאת, לפי סעיף 151 לחוק העונשין, בהתקהלות עצמה של מספר אנשים למטרה משותפת, אפילו כשרה, כאשר אופיה של ההתקהלות עשוי לעורר חשש להפרת שלום הציבור מטעם המתקהלים, או לעורר אנשים אחרים להפר את השלום; עצם ההתקהלות מצמיחה את העבירה, מבלי שיידרש כל אקט נוסף מטעם המתקהלים, ולו אף מזערי בלבד, של הפרת הסדר הציבורי. זאת, בהבדל, למשל, מעבירת המרדה שמוותנית גם בעשיית מעשים מסויימים, כאמור בסעיף 105(א)(1) ו-(2) לחוק העונשין, מלבד התנאי של השתתפות "שלושה או יותר" בעשיית המעשים.

עבירה רבת-משתתפים באורח מודמן

240. עבירה רבת-משתתפים עשויה ללבוש אופי זה גם במקרה של ריבוי מודמן בלבד, של מעורבים בביצועה. העבירה, מטיבה, עשויה להתבצע גם על-ידי יחיד, ואולם, במקרה הנתון, חברו מספר אנשים, וביצעו אותה ביחד, ולא דווקא תוך מילוי תפקיד שווה. למשל, עבירת הגניבה, עבירת הניוף, עבירות ההמתה, ורוב רובם של סוגי העבירות, עשויים להתבצע על-ידי אדם אחד. הוא, לבדו,

משדל לביצועה, או ההיפך, אין מקום לזכותו; כמו כן, ניתן להעמיד לדין את המשדל, כמבצע עיקרי, אף לפני שהורשע המבצע העיקרי האמיתי, באותה עבירה. ומוסיף בית המשפט העליון: "לפיכך, מן הנמנע לראות בהוראה האמורה משום ראייה שהייעוץ או השידול לדבר עבירה, מהווים עבירה מיוחדת ונפרדת" (בע' 293 בין אותיות השוליים ו-ז). זהו ההסבר של הוראת סעיף-קטן (2) לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר, דרך אגב, הושמטה בסעיף 26 לחוק העונשין, סתם בהליך תחיקתי של אישור נוסח חדש ולא יותר, כאבן שאין לה הופכין. ראה דיון מפורט במשמעות סעיף 26 לחוק העונשין – ש"ז פלר, "סעיף 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 – האמנם נועד הוא למסייע" משפטים 1 (תשל"ו) 275, 283–288.

נוקט יוזמה ויוצר את הרעיון לבצע את העבירה, הוא משיג את הכלים או את האמצעים האחרים, במידת הצורך, לשם ביצועה והוא גם מבצע את העבירה על כל תוכנה בהתאם להגדרתה. אבל, יש מקרים בהם הרעיון בא מצד משדל, אשר מביא את המבצע לאימוצו ולידי ביצוע העבירה, ואילו המבצע נעזר לשם כך בסיוע מטעם אדם שלישי; יש גם מקרים בהם עשויים להשתתף בביצוע אותה עבירה מספר אנשים, כולם כמבצעים עיקריים בצווחא; ויש מקרים בהם אדם מבצע עבירה מסוג זה באמצעות זולתו, שאינו מודע לכך שהוא משמש כלי בידי הראשון. כאשר העבירה נתונה לביצוע גם על-ידי יחיד, והיא מתבצעת על-ידי אנשים מספר, ריבוי המשתתפים הוא ריבוי מזדמן. אין זאת אומרת כי אין לתאר שילוב בין ריבוי מזדמן של משתתפים לבין ריבוי טבעי של משתתפים, או ביתר דיוק הרכבת ריבוי מזדמן על ריבוי טבעי. זאת, כאשר רואים את העבירה רבת-המשתתפים מטבע ברייתה, כיחידה העומדת ברשות עצמה, והשתתפו בה, במקרה, גם אחרים, בצורה עקיפה בתור משדלים או מסייעים, או בצורה ישירה בתור מספר מבצעים עיקריים.

משמעות ההבחנה 241. ההבחנה בין ריבוי טבעי לבין ריבוי מזדמן חשובה, משום שנושא דיוננו הוא הריבוי המזדמן, בעוד שסוגית העבירות רבות-המשתתפים מטבע, נמנית על מערכת הסוגיות נושא עיון ודיון במסגרת דיני-העבירות. השתייכות עבירה זו או אחרת לסוג העבירות רבות-המשתתפים מטבע, היא עניין שבא לידי ביטוי בהגדרת העבירה, כעבירה ספציפית; והדן במערכת כל העבירות הספציפיות ידון גם בה, על המבנה המיוחד שלה. באותה מסגרת, ולגבי כל עבירה ספציפית בנפרד, הנמנית על סוג העבירות רבות-המשתתפים מטבע, יש מקום לדון גם בשאלה הנכבדה של פליליות התנהגותם של כל המעורבים בביצוע העבירה, או רק של אחדים מהם. לשאלה זו יש נגיעה חשובה גם לתחום דיוננו — באיזו מידה ניתן להפעיל את כללי השותפות לדבר עבירה, על המעורבים בה, כשאין הגדרתה מתייחסת במפורש לענישתם? באיזו מידה תהיה זו עקיפה של ההגדרה, אם יופעלו כללים אלה? בשאלה זו, שהיא, הפעם, פלילית לגבי כל מניין העבירות רבות המשתתפים מטבע, גהיה מצוים לדון גם אנו; אך זאת במסגרת הנושא של "מיון העבירות", כשנדון, בין השאר, במיון ל"עבירות יחיד" ו"עבירות רבות-המשתתפים", מטבען כמובן.⁷

באותה מסגרת של דיני-העבירות, המקום לדון בריבוי הקונסטיטוטיבי, כתת-קבוצה בתוך העבירות רבות-המשתתפים מטבע. שכן, גם הן עבירות ספציפיות לכל דבר. בכל זאת, כבר הזדמן לנו להתייחס לעבירת הקשר, שהיא עבירה מתת-קבוצה זו, בהקשר להבחנה בינה לבין השלבים לקראת ביצוע העבירה שלשמה נקשר הקשר.⁸ כמו כן, יזדמן לנו להתייחס שוב לעבירה הקשר, הפעם בהשוואה לצורות השותפות לדבר עבירה.⁹ אבל, גם הפעם, כנושא הנמנה עם תחום דיני העונשין הכלליים.

242. נותר לנו אפוא לדון בעבירה רבת-המשתתפים כאשר ריבוי המשתתפים הוא מזדמן, כסוגיה הנוגעת לכלל העבירות, ולכן היא נמנית על מערכת הנושאים בהם דנים דיני העונשין ולא דיני העבירות. העבירה עשויה להתבצע על-ידי יחיד, ובמקרה היא געברה על-ידי מספר אנשים, כשותפים בביצועה. בעבירה שגעברה בדרך זו, ניתקל במה שקרוי הביצוע העיקרי של העבירה

7 ראה דיני עונשין ג.

8 ראה פסקה 7 ואילך.

9 ראה פסקה 15, ופסקה 441 ואילך.

ואנו עשויים להיתקל גם בצורות של התנהגות ענישה הנגזרות מביצועה העיקרי של העבירה. כפי שכבר ראינו¹⁰, מתכונת צורות ההתנהגות הענישה הנגזרות במישור התרומות העקיפות לביצוע העיקרי של העבירה הטיפוסית, מורכבת מן השידול לביצועה והסיוע לביצועה; ויש מקום לדון בשניים אלה, רק כאשר היה לפחות נסיון לביצוע עיקרי, אם לא ביצוע עיקרי מושלם. מכוח הוראה מיוחדת מצטרפת למתכונת זו גם ההסתה, שהיא הנסיון לשדל, כלומר השידול שלא הצליח בשל כך שמי שאמור היה להיות מבצע עיקרי, לא ניגש לביצוע. ההסתה היא כבר צורת התנהגות ענישה, הנגזרת כנסיון, מצורה נגזרת אחרת, השידול. אולם, להבדיל מן הנסיון לשידול, בהעדר הוראה מיוחדת, אין הנסיון לסייע בעל אופי פלילי.

המבצע העיקרי, המשדל והמסייע הם, כולם, שותפים לדבר עבירה, ולכן נוהגים לדון בצורות של התנהגות ענישה הנגזרות מן העבירה הטיפוסית במישור התרומות לביצועה העיקרי, תחת הכותרת "שותפות לדבר עבירה" או "צדדים לדבר עבירה". למותר לציין כי עשויים להשתתף באותה עבירה גם מבצעים עיקריים מספר, או משדלים או מסייעים מספר, כשם שאין הכרח שכל התפקידים הללו יהיו "מאויישים" כולם, דווקא. אולם, כדי לדבר על שותפות לדבר עבירה, תנאי הוא שיהיה לפחות נסיון לביצוע עיקרי, ושיהיו מעורבים בכך לפחות שני אנשים, אפילו שניהם במעמד של מבצעים עיקריים. לא הזכרנו גם את ההסתה, שכן כל האמור לגבי הנסיון, בשילוב האמור לגבי השידול, מתייחס מניה וביה אליה.

לא התייחסנו גם ל"סיוע לאחר מעשה" – המהווה בהתאם לסעיף 260 לחוק העונשין, עבירה קורלאטיבית, העומדת ברשות עצמה. הרי אין בו אף שמץ של תרומה לביצוע העבירה, שזיקתו אליה מקנה לו את הקורלאטיביות. העובדה שעשויות לחול על עבירה זו אי-אלו השלכות הנובעות מן היחס שבין העבירות הנגזרות לבין העבירה הטיפוסית, עשויה להיות נושא לדיון במסגרת העיון בעבירה ספציפית זו.

§ 3. מבנה השותפות וטיב צורותיה

שותפות "הטרונגנית" 243. המערכת המורכבת מן "הביצוע העיקרי", ובצידו "השידול" ו"הסיוע" ושותפות "הומוגנית" לו, מאכסנת כל צורות השותפות לדבר עבירה, ומתייבת אי-אלו הבחנות מבחינת מבנה השותפות.

כאשר עבירה רבת-משתתפים כוללת, מלבד ביצוע עיקרי מושלם או נסיון לביצוע, גם שידול וגם סיוע, או לפחות אחד מאלה, השותפות תהיה הטרונגנית – בלתי-אחידה; שכן, העבירה, על מלוא היקפה, חובקת תרומות בעלות מהות שונה – ביצוע עיקרי וגם שידול וסיוע לביצוע העיקרי, או גם אחד מאלה. אבל, אם העבירה היא רבת-משתתפים בשל כך שנטלו חלק בביצועה אך ורק מספר מבצעים עיקריים, השותפות תהיה הומוגנית – אחידה. השותפים נטלו חלק בביצוע בתפקיד זהה. יש להדגיש כי השותפות הומוגנית עשויה להתבטא בתוך הביצוע העיקרי בלבד, על-ידי מבצעים בצוחא; שעה שמיתוסף גם משדל או מסייע, השותפות היא לעולם הטרונגנית; ואילו מצב בו יש משדלים או מסייעים בלבד, ללא בצוע עיקרי, הינו בלתי-מציאותי.

הבחנה זו היא משמעותית לנושא דיוגנו, בכך שלכאורה לא היינו צריכים לטפל בשותפות ההומוגנית; שהרי נושא דיוגנו הוא הצורות של התנהגות ענישה, הנגזרות מן העבירה הטיפוסית על ביצועה העיקרי, בלבד, ולא גם הביצוע העיקרי עצמו. אולם, כדי להבחין בין צורה מתוך צורות אלה, לבין ביצוע עיקרי, מקום שהעבירה היא רבת-משתתפים, חשוב לעמוד על המבחנים ההולמים, ולדעת לאבחן תרומה לעשיית העבירה, שהיא בבחינת חלק מן הביצוע העיקרי, ותרומה

10 ראה פסקה 10.

שהיא בבחינת שידול או, בייחוד, סיוע, לביצוע העיקרי. וההבחנה עשויה להיות בעלת נפקויות משפטיות. למשל, במקרה של שיטת עגישה נבדלת של צורות השותפות, בייחוד ענישת סיוע בהשוואה לענישת ביצוע עיקרי¹¹, או במקרה של ביצוע עבירה אחרת מוז שתוכננה במקור, או ביצוע עבירה נוספת לה — מקרה בו דן סעיף 28 לחוק העונשין — כאשר יש הסוברים כי הטלת האחריות המורחבת מותנית בתפקיד שמילא השותף בנוגע לעבירה המקורית¹². ויכול להיות מקרה בו אדם, שהשתתף ביחד עם אחר בביצוע עבירה, יטען — ודאי ללא כל יסוד — להגדרת חלקו כביצוע עיקרי דווקא, ולא כסיוע לאחר, אך ביצוע עיקרי בגדר נסיון בלבד, מאחר שפעולות ההשלמה געשו על-ידי חברו, והוא עצמו, בפעולותיו הוא, לא הצליח להגשים את יעדו. ההסבר המשפטי לטענה זו, הוא שהעונש בגין סיוע שווה לעונש שנקצב לביצוע העיקרי, בעוד שהעונש בגין נסיון הוא נמוך יותר; גם במקרה כזה, מתעוררת השאלה של הבחנה בין סיוע, ביצוע ואף ביצוע בצוותא. ההבחנה מתבקשת גם כשמדובר במתיחת הגבול בין יחסי שותפות לדבר עבירה, לבין היחסים בין המשתתפים בעבירה שנעברה תוך ביצוע באמצעות אחר. על כל אלה יבוא, כמובן, דיון מפורט.

244. את טיב צורות השותפות ניתן לסווג לפי השתייכותן למהלך ביצוע ושותפות "עקיפה" העבירה גופא, או לפי היות תרומת השותף חיצונית למהלך זה. לפי מבחן זה, השותפות עשויה להיות ישירה, מקום שהיא מתבטאת בנטילת חלק בביצוע העיקרי של העבירה, והיא יכולה להיות עקיפה, כאשר היא באה לידי ביטוי בשידול או בסיוע, לביצוע העיקרי. השותפות הישירה בלבד הינה הומוגנית, ואילו זו העקיפה הופכת את השותפות להטרוגנית. למעשה, נושא דיוגנו הוא, כאמור, צורות השותפות העקיפה בלבד לביצוע העיקרי של העבירה הטיפוסית. צורות אלה הן בגדר "עבירות" נגזרות מביצוע זה. הן מרחיבות את היקף העבירה כשהיא רבת-משתתפים, והן מותנות בתשתית נורמטיבית מיוחדת לשם היווצרות אחריות פלילית בגינן. מצד אחר, בהעדר הוראה מיוחדת סותרת, הגזירה איננה ניתנת לחזרה עקב פליליותן מכוח תשתית זו; או במלים אחרות, כפי שאמרנו כבר קודם¹³, בהעדר הוראה סותרת, הגזירה פועלת רק בצמוד לצורה הישירה של ביצוע העבירה, ולא גם בצמוד להתנהגות ענישה שהיא בבחינת צורת שותפות עקיפה לביצוע זה. משום כך, היתה זקוקה פליליות ההסתה, כצורת התנהגות נגזרת מצורה נגזרת אחרת — נסיון לשידול — להוראה מיוחדת, בסעיף 34 לחוק העונשין.

ההבחנה בין צורות השותפות העקיפה לבין צורתה הישירה היא חשובה גם לשם התייחסות לשידול ולסיוע ביחד, באמצעות כינוי אחד, "שותפות עקיפה", מקום שהדברים נוגעים לשניהם, ללא הבחנה, אך תוך הבחנה מן הביצוע הישיר. דוגמה לכך, היא האמור לעיל ביחס ל"גזירה", ככלל, מן הביצוע הישיר, ול"גזירה" מן השותפות העקיפה רק כחריג על סמך הוראה מיוחדת. במשך הדיון נראה עד כמה מקל הביטוי "שותפות עקיפה", בהקשרים שונים.

245. מבחן אחר להגדרת טיב צורות השותפות יכול להיות המשקל הסגולי, ושותפות "משנית" מבחינה ערכית אנטי-חברתית, של חלקה של כל צורה של שותפות באירוע עברייני רב-משתתפים. מבחינה זו, צורות השותפות יכולות להיות ראשיות,

11 ראה פסקה 435.

12 ראה פסקה 429.

13 ראה פסקות 16—18.

והן הביצוע העיקרי והשידול. בלי השידול לא היה המבצע העיקרי ניגש לביצוע, ובוודאי בלי הביצוע הישיר אין עבירה עשויה להיעשות. לעומת זאת, הסיוע הוא צורת שותפות משנית, והמסייע אינו אלא שותף זוטרי לאירוע עברייני רב-משתתפים. המבצע העיקרי הגיע לרעיון ביצוע העבירה שלא באמצעותו של המסייע, וכל תפקידו של זה האחרון הוא לתרום לאפשרות הגשמת הצד המעשי שבעבירה, אשר המבצע העיקרי גמר בליבו לבצעו בלאו הכי. די אף בכך שהתנהגות המסייעת היתה בעלת סגולה לתרום להגשמת היסוד העובדתי שבעבירה על-ידי המבצע הישיר, ואין זה תנאי שתרומתה לכך תהיה גם אפקטיבית.

הראשיות של הביצוע העיקרי ושל השידול, באה לידי ביטוי מובהק במדיניות הענישה. מן הביצוע העיקרי והשידול גזר המחוקק צורות התנהגות ענישה אחרות, ואילו המשניות של הסיוע מתבטאת, ראשית לכל, בכך שאין החברה מקנה פליליות גם לצורות התנהגות נגזרות ממנו. למשל, אין הנסיון לסייע בבחינת התנהגות ענישה. מלבד זאת, יש שיטות משפט בהן המשניות של הסיוע מתבטאת גם באחריות פלילית מופחתת בהשוואה לאחריות בגין צורות השותפות הראשיות.¹⁴ כמו כן, משדל ומבצע בצוותא עשויים לשאת באחריות פלילית גם בשל עבירה שונה מן העבירה המקורית או נוספת לה, ובלבד שהיא נעברה כתוצאה מסתברת, אגב הגשמת המזימה המשותפת. לא כך גורסים — למשל לפי נוסח סעיף 28 לחוק העונשין — גם לגבי השותף הזוטרי, המסייע.

לסיכום, הביצוע העיקרי הוא צורה ראשית וישירה של שותפות, השידול הוא צורה ראשית ועקיפה של שותפות, ואילו הסיוע הוא צורה משנית ועקיפה של שותפות; לשילובים אלה ישנה משמעות ערכית, והם מסבירים הבחנות אחדות בתחום דיני השותפות.

§ 4. המהות הנבדלת של צורות השותפות

תשתית ההבחנה, 246. אין טבעי מכך שהעבירה הטיפוסית תוגדר על ביצועה העיקרי על-כפוע הרבירים ידי יחיד, כמובן מלבד המקרים בהם היא רבת-משתתפים מטבעה. אולם כדי להילחם בתופעה העבריינית, אין להסתפק באיסור על הביצוע העיקרי בלבד, של העבירה, ומן ההכרח להרחיב את יריעת האחריות הפלילית לתרומות עקיפות של אחרים לביצוע העיקרי. הכרת זה נובע, ראשית לכל, מהתקיימות תרומות כאלה במציאות האובייקטיבית, כצורות התנהגות נוספות לביצוע העיקרי ונבדלות ממנו; ושנית, בשל כך שתרומות אלה, כשהן לעצמן, עשויות להיות בעלות מהות נבדלת, בינן לבין עצמן. ההכללה של מציאות זו מוליכה לשני סוגים של תרומות עקיפות לביצוע העיקרי — השידול של המבצע העיקרי, המביאו לביצוע העבירה, והסיוע שעשוי להינתן לו כדי לאפשר לו את הביצוע, או להקל אותו עליו. קטיגוריות אלה של תרומות לביצוע העיקרי משקפות אפוא את טבע הדברים, ומקום שהמחוקק מגדיר אותן בצד ההגדרה של הביצוע העיקרי, ואוסר עליהן, אין הוא יוצר אותן, אלא נותן ביטוי לקיים במציאות האובייקטיבית, ולהכרח לתחום אותן ביחס לביצוע העיקרי, ובינן לבין עצמן, כדי להתמודד עמן, עם כל אחת לפי מהותה הייחודית ומידת האנטי-חברתיות הטמונה בה. התייחסות בלתי-מאובחנת לשותפות לדבר עבירה והתעלמות מן המהות הנבדלת של צורותיה השונות, סותרות אפוא את טבע הדברים, ויחד עם זאת מתנכרות לצורך בטיפול נבדל בצדדים לדבר עבירה לפי מהות תפקידיהם בתופעה העבריינית שלאירועה תרמו, ולנפקיות משפטיות

14 ראה פסקה 434 ואילך.

חשובות לא מעטות אחרות שנובעות מן היותה הגפרדת של כל צורה של השתתפות לדבר עבירה, לפי מהותה הייחודית. אהדות מנפקויות אלה כבר הוזכרו ובאחרות עוד נדון בהמשך. נזכיר רק את הנפקות של משקלו הערכי של הסיוע, כצורת שותפות משנית, בהבדל מנפקות משקלו הערכי של השידול כצורת שותפות ראשית, אם כי שניהם הם צורות שותפות עקיפות.¹⁵

המבחן
"הפונקציונאלי" —
כפיס להבחנה

247. הכללת טבע הדברים בתחום צורות השותפות לדבר עבירה, מגלה כי המבחן לסיווגן, מחויב המציאות, הוא המבחן הפונקציונאלי, המבדיל ביניהן לפי תפקידיהן הייחודיים בהגשמת המזימה המשותפת על-ידי הצדדים לאירוע עברייני רב-משתתפים; השידול ותפקידו, הסיוע ותפקידו והביצוע העיקרי ותפקידו. תפקידן הייחודי של כל אחת מצורות השותפות לדבר עבירה, הוא הקובע את המבנה הפנימי הנבדל, האובייקטיבי והסובייקטיבי, של כל אחת מהן. הוא עשוי לקבוע את המידה הנורמטיבית הנבדלת של האחריות הפלילית בגין צורה זו או אחרת של שותפות עקיפה, בהשוואה למידת האחריות שנקצבה לעבירה הטיפוסית; ואם המחוקק לא עשה הבחנות במישור זה, אין ספק כי במישור האינדיבידואליזציה של האחריות הפלילית על-ידי הרשות השופטת, יש מקום נכבד לשיקולים הנובעים מתפקידו הייחודי של כל צד בהגשמת המזימה המשותפת. משקלו הסגולי של המבחן הפונקציונאלי הוא מכריע עד כדי כך, שניתן אף להעלות את הרעיון¹⁶ לפיו, אם א' תורם לביצוע עבירה בשידול ובסיוע גם יחד, הוא הופך למבצע עיקרי, ביחד עם ב' ששודל על-ידו וקיבל ממנו גם את הסיוע. הרי א' תרם בכך תרומה כפולה, גם במישור היסוד הנפשי של העבירה, בכך ש-ב' הגיע לידי החלטה לבצע עקב השידול, וגם במישור היסוד העובדתי של העבירה, בכך שביצוע מעשה העבירה גופו נתאפשר אף הוא עקב מעשי הסיוע שהגיש ל-ב'. שילוב זה של תפקידים, ראשי במישור הנפשי, ומשני במישור המעשי, עשוי, לדעתנו, ליצור שקילות תפקיד עקיף כפול, לתפקיד ישיר רגיל; בשאלה זו עוד נדון.

ראוי לציין כי גישת המחוקק הישראלי להבחנה בין צורות השותפות לדבר עבירה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיף 26 לחוק העונשין, מבוססת על המבחן הפונקציונאלי. ההבחנה בין ביצוע עיקרי, שידול לביצוע וסיוע לביצוע, והגדרת כל אחת מצורות אלה של שותפות בעבירה רבת-משתתפים, מושתתות על תפקידה בהגשמת השלם.

המבחן
"הכרונוולוגי"

248. בתחילת הדרך של התפתחות דיני השותפות לדבר עבירה היתה הגישה לעניין ההבחנה בין צורות השותפות, הישירה והעקיפות, מעורבת — או חוסר הבחנה וראיית כל השותפים, בלי הבדל מהות תרומותיהם לאירוע העברייני המשותף, כ"מבצעים", או הבחנה ביניהן לפי עיתוי צורות השותפות העקיפה, לעומת זמן הביצוע העיקרי של העבירה — כלומר לפי מבחן כרונוולוגי.

לפי מבחן זה, ניתן לסווג את צורות השותפות, לשותפות טרם-ביצוע, שותפות בשעת-הביצוע ושותפות בתר-ביצוע.¹⁷ השותפות מן הסוג האחרון מתייחסת למקרה בו אדם מגיש עזרה להימלט

15 ראה פסקה 245.

16 ראה: ש"ז פלר, "סעיף 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 — האמנם נועד הוא למסייע?" משפטים ו (תשל"ו) 275, 284—288, וכן ש"ז פלר, "הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עבירה" משפטים ז (תשל"ו) 232, 261—262.

17 הקודקס הפלילי הפדרלי משנת 1853 של שווייץ — ראה: H. Schultz, "L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction (Droit pénal suisse)"

מנתינת הדין, למי שהשתתף בביצוע העבירה, לאחר הביצוע ומבלי שהיתה לו יד בביצוע עצמו. כפי שנראה, עם הזמן, הוצאה צורה זו של "שותפות" לדבר עבירה ממתכונת צורות השותפות, שכן אין בינה לבין השותפות לדבר עבירה, ולא כלום. כשם שעם הזמן, המבחן הכרונולוגי ננטש כליל.

מאלפת התפתחות הדברים בנושא זה בשיטת המשפט באנגליה. בזמנו דגלה שם ההלכה במבחן¹⁸ הכרונולוגי, לוגי בסייג שלגבי עבירות הבגידה במולדת, בשל חומרתן – *propter odium delicti* – ולגבי עבירות העוון – *misdemeanours* – בשל אופיין הקל, אין טעם להבחין בין צורות השותפות לסוגיהן, וכל המשתתפים בביצוע העבירה נחשבים למבצעים עיקריים. ההבחנה לפי המבחן הכרונולוגי היתה תלה על העבירות של פשע – *felonies* – בלבד. גישה זו ננטשה עם חקיקת ה-*Criminal Law Act, 1967*; השותפות לאחר מעשה הוצאה כליל מגדר צורות השותפות, והפכה לעבירה של "assisting offenders". העומדת ברשות עצמה (סעיף 4), ואילו עם ביטול בחוק זה של ההבחנה בין "felonies" לבין "misdemeanours" והחלת כללי השותפות לעבירה מן הסוג השני על כל תחום העבירות (סעיף 1), בוטלו ההבחנות בין צורות השותפות השונות, וכל השותפים, בלי הבדל תפקיד, הפכו למבצעים עיקריים ("principals"). קשה לנו לדמות כיצד ניתן לדבר על "ביצוע עיקרי", כשהוא נועד להקיף גם את השדול הסייע, אם תחומו אינו נתחם גם על ידי ההגדרה של צורות אלה של שותפות, ובכך אין הוא מובדל גם לעומת מה שאמור להישאר מעבר לגבולותיו;¹⁹ ואם טבע הדברים מחייב הגדרות ומתיחת גבולות כאלה, שוב חוזרים להבחנות פונקציונאליות, וכל משמעות ההשוואה מתמקדת בהשוואת האחריות הפלילית בגין צורות השותפות השונות, השוואה שאינה משחררת כלל ועיקר מן הצורך לאתר ולהגדיר את כל אחת מצורות אלה בנפרד. אך טבע הדברים דינו לשבור מחסומים פורמאליים ולשנותם, והנה, באנגליה עצמה הגיעו למסקנה כי, אם מתחייבת הרחבת האחריות הפלילית גם מעבר לביצוע העיקרי של העבירה, לתרומות העקיפות לביצועה, יש להגדירן, כל אחת בנפרד, לפי תפקידה במבנה העבירה רבת-המשתתפים. לפי גישה זו, הוצע לאחרונה לחקוק את דיני השותפות על-ידי ה-*Law Commission*,²⁰ והדיון העיוני בנושא נערך כיום בעיקר לפי הגישה האמורה והמינוח בו היא משתמשת, תוך התעלמות כמעט גמורה מן הגישות הקודמות.²¹ צדדים לעבירה, כשהיא רבת-משתתפים, יכולים לתרום להתגבשותה, כמבצעים עיקריים – *principals* – וכשותפים עקיפים "accessories", שיכולים להיות משדלים – "inciters" – ומסייעים – "helpers". הכל, על טהרת המבחן הפונקציונאלי. ראוי לציין כי ההבחנות אינן מחייבות בהכרח גם מידות אחריות פלילית נבדלות.

מגמות ל"הידמות" צורות השותפות
249. בכל זאת, כפי שנראה, יש עדיין מדינות בהן המגמה הבסיסית בנושא העבירה רבת-המשתתפים, היא לבטל כל תלות של צורות השותפות העקיפה לעבירה, בביצועה הישיר, וכל הבחנה בין כל צורות השותפות העקיפה

27 *Rev. int. de droit pénal* (1957) 122; Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome I (Paris, 2ème éd., 1970) 751. להלן נראה כי גם בהלכה האנגלית היתה נהוגה חלוקה זו, לפי קריטריון כרונולוגי.

18 ראה: G. Williams, *Criminal Law* (London, 2nd ed., 1961) 346–380. ראה גם: ש"ז פלר, "סעיף 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 – האמנם נועד הוא למסייע?" משפטים ו (תשל"ו) 275, 286–285.

19 ראה: G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (London, 2nd ed., 1983) 329; והרי דברי המלומד: "But there is no point in continuing to speak of a principal if he is not contrasted: with a non-principal".

20 (1972) Law Commission, *Working Paper No. 43, Parties, Complicity and Liability for the Acts of Another*.

21 ראה למשל: G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (London, 1978) 285; G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (London, 2nd ed., 1983) 329; Smith and Hogan, *Criminal Law* (London, 5th ed., 1983) 118 et seq.

והישירה, בינן לבין עצמן. הנורמה הפלילית המגדירה את העבירה מקיפה את כולן, כל אחת כחלופה שוות-ערך לנותרות, העומדת ברשות עצמה, כמעין עבירה עצמאית בלתי תלויה בנותרות, ובעיקר ללא כל תלות בצורה הנוחנת ביטוי לביצוע העיקרי של העבירה. תיתכן שותפות עקיפה אפילו בהעדר ביצוע עיקרי, אפילו אם, מסיבה כלשהי, נשללת פליליותו של הביצוע העיקרי, ואפילו אם, מסיבה כלשהי, הביצוע העיקרי נופל בגדר עבירה מסוג אחר. עקרונית, לפי גישה זו, ייתכן מצב בו אירוע עברייני אחד ויחיד, רב-משתתפים, יהיה מורכב משידול לבצע עבירה א', מסיוע לבצע עבירה ב' וביצוע עיקרי של עבירה ג'. כמובן, ייתכן, בדרך זו, שחלק זה או אחר מן האירוע גם ייעדר, או לא יישא אופי פלילי.

כתוצאה מכך, לפי גישה זו, של הידמות כל צורות השותפות לדבר עבירה, יש להחיל את הנורמה הפלילית במישורין על חלקן של כל אחד מן המשתתפים, ללא הבחנות כרוכות במהות חלקן מבחינה פונקציונאלית כהגשמת האירוע העברייני, ללא כל תלות בקיומם של חלקיהם של הנותרים, בפליליותם של חלקים אלה, או בסוג העבירה בה הם נופלים, יהיה אחד מחלקים אלה אף הביצוע העיקרי. בקיצור, נוצר הרושם כי, לפי גישה זו, ניתן לפתור את הבעיות לעתים הסבוכות, של השותפות, על צורתיה השונות, תוך הוצאה מן המילון המשפטי של המונחים בהם מתייחסים אליהן. אך אין הבעיות נובעות מן המילון, ואין כל אפשרות לפתור אותן באילוצים לשוניים, ותוך התעלמות מן המציאות המצמיתה אותן.

מכאן המסקנה שצמידות השותפות העקיפה לעבירה טיפוסית מסויימת אינה חייבת להתבטא גם בתלותן — Akzessorietät, accessoriété — בביצוע העיקרי של אותה עבירה מסויימת, אם כביצוע, אם כפליליות הביצוע ואם כביצוע שהצמיח עבירה מסוג שונה. מבחינה זו, "הידמות" של כל צורות השותפות נותנת ביטוי לגישה — וזה העיקר והמקוריות בה — לפיה כל צורה של שותפות לאירוע עברייני היא עבירה נפרדת, בלתי תלויה בביצוע העיקרי, ובכך היא שוללת את "תלות" — הנקראת האקסוריות — של הצורות העקיפות של שותפות לדבר עבירה, לביצועה העיקרי; הן חלופות לו, אך לא מותנות בו.

עלינו להסב את שימת הלב לכך שהשוואת גבולות הענישה בגין כל צורות השותפות, העקיפות והישירה, אינה כלל העיקר שבגישה האמורה; כשם שהויתור להבחנה טרמינולוגית בין צורות השותפות — ביצוע עיקרי, שידול וסיוע — אין בו כדי לשמש סימן-היכר לגישה. ניתן לגרוס "תלות" גם תוך השוואת הענישה, ואילו וויתור כאמור עשוי רק להכביד על השואף להבעת הדברים כהווייתם וכתיקנם. לב-ליבה של הגישה הוא כאמור בתפיסת כל צורה של שותפות לאירוע עברייני, כהתנהגות העומדת ברשות עצמה, מבחינת פליליותה והצמדתה לסוג עבירה נתונה, ללא כל תלות במעמדן, מאותה בחינה, של ההתנהגויות האחרות, שתרמו לאותו אירוע עברייני משותף — והעיקר, ללא כל תלות, מאותה בחינה, בתרומה שנותנת ביטוי לביצוע העיקרי. הבהרה זו עשויה לעזור רבות להבנת הדברים ובעיקר מדוע, לאמיתו של דבר, אין אף לשייך לגישה זו את כל שיטות המשפט שנוהגים לגרוס כי הן דוגליות בה.

250. אליבא דדוגלים בה²², גישה זו מבוססת על רעיון הסיבתיות. כל התנהגות שתורמת להיווצרות העבירה היא בבחינת סיבה בלעדית אין — *causa sine qua non* — לה, ובהתחשב בכך שמבחינה סיבתית כל הגורמים לתוצאה משותפת הם שווי-ערך — אקויוואלנטיים — אין

22 ראה: J. Andenaes, "L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction" 26 *Rev. int. de droit pénal* (1956), 158 P. Bockel-; שם: P. Bockel-; mann, 167.

להבדיל ביניהם. המונח "מבצע", במובן הרחב, מקיף את כל השותפים, וכל אחד מאלה שתרמו לאירוע עברייני יישא באחריות לו, באורח ישיר ובלא תלות באחריותם של הנותרים.

הגישה מצאה את ביטוייה הנורמאטיבי לראשונה בקודקס הפלילי של נורבגיה משנת 1902, התקף גם כעת. בספר חוקים זה, אף אין הוראה בחלק הכללי שתדון באחריות השותפים לדבר עבירה; רק בחלק הספציפי של הקודקס, נמצא, בתוך הגדרותיהן של סוגי העבירות הספציפיות, את החלופה "או המשתתף בכך", או נמצא את התוספת "ההשתתפות צפויה לאיתו עונש"; זאת, כמובן, כאשר המחוקק סבר כי מתבקשת הרחבה כאמור של האחריות הפלילית. העובר על הגדרותיהן של העבירות הספציפיות שבספר החוקים הפלילי האמור, ייווכח לדעת שנמצאות חלופות ותוספות כאלה ברובן ככולן.

לדעת אחדים, גישה זו של השוואת ערכן של כל צורות השותפות לדבר עבירה, אומצה לאור מכן בקודקס הפלילי משנת 1930, של איטליה, (סעיף 110), בקודקס הפלילי משנת 1930 של דנמרק (סעיף 23) ובקודקס הפלילי משנת 1965 של שוודיה (סעיף 4 לפרק 23). ניתן להבחין, עקב ההפנייה לסעיפים מיוחדים, כי, הפעם, כבר העדיפו המחוקקים של מדינות אלה להסדיר את הנושא בהוראה כללית, ולא להפוך את השותפות לחלופה של הביצוע העיקרי בכל הגדרה של עבירה ספציפית. לא זו בלבד, אלא גם שאין כבר הימנעות מן השימוש במונחים כגון שותפות, ביצוע, שידול וסיוע.

251. אשר לעצם הביסוס העקרוני של "הידמות" צורות השותפות, על זיקה שוות-ערך, אקווי-וואלנטית, האופיינית לסוגית הסיבתיות, של צורות אלה לעבירה הטיפוסית – הרי הוא מוטל, לפחות, בספק. כאשר האירוע העברייני הוא רכי-משותפים מתמזגות בו, במסכת אחת ויחידה, כל ההתנהגויות של כל השותפים; אף בעבירה תוצאתית, שאלת הזיקה הסיבתית של התוצאה המזיקה בה מותנית העבירה לרכיב ההתנהגותי בו האופייני לאותה עבירה, נוגעת להתנהגויות אלה, כמכלול התנהגותי אחד של יחיד, אם כי ייתכן, שמבחינה פיונית, התוצאה נגרמה עקב פעולה אחת בלבד של אותו יחיד. על כך הביע בית המשפט העליון את דעתו העקיבה לא פעם. כך, בע"פ 418/77²³ קבע בית משפט זה כי –

"בגסיבותיו של מקרה זה הייתי מגיע למסקנה בדבר אחריותם של כל אחד מן השניים לגרימת המוות, גם אלמלא היה כל אחד מן השניים בין הדוקרים ולו היתה הדקירה מבוצעת רק על-ידי אחד מן השניים"

גם בע"פ 872/76²⁴ חזר וקבע בית המשפט העליון, כי "אם מתנפלים מספר תוקפים על אדם כדי להראות לו נחת זרועם בשל דברים שאמר ושלא נעמו להם, אין נפקא מינה, מבחינת אחריותם הפלילית בגין התוצאה הקטלנית, בין מי שהלם בקרבן, לבין מי שזיפה בגופו על המכה ובין מי שסיכל בדרך אחרת התנגדות מצד הקרבן". כלומר, הכל מהווה מכלול התנהגותי אחד, בדיוק כבמקרה בו אדם אחד מילא את כל התפקידים הללו.

אשר ליחס הפנימי שבין התרומות השונות של השותפים לדבר עבירה להיווצרותה של העבירה, הרי הוא יחס של השתלבות התרומות, בינן לבין עצמן, כאמור, במסכת התנהגותית ונפשית אחת, כשל יחיד. זה הוא היחס האופייני, ולא זה של סיבתיות בין כל אחת מהן כ"סובב", לבין העבירה על היקפה המורכב כ"מסובב". ה"חלק" הוא חלק מן ה"שלם" ולא הסיבה לו. וזאת, יהיה החלק, חלקו של מבצע עיקרי, יחיד או בצוותא, של משדל או של מסייע, אפילו, לעתים, ניתן להבחין,

23 ע"פ 418/77 בדריאן זאח' נ' מ"י, פ"ד לב (3) 3, 10 לפני אות השוליים א.

24 ע"פ 872/76 ישראל נ' מ"י, פ"ד לא (3) 573, 579–580.

בינם לבין עצמם, מעין זיקה סיבתית. ואין נפקא מינה אם העבירה היא מסוג העבירות התוצאתיות או מסוג העבירות של התנהגות. ואכן הקדים בית המשפט העליון בע"פ 418/77²⁵ ואמר:

"כאן יש מקום להערה טרומית נוספת: יש לאבחן בין הסוגיה של הקשר הסיבתי לבין שאלת אחריותם של כל אחד מן המערערים שלפנינו כשותף לעבירה של רעהו כמשמעות הדבר לאור הוראותיהן של...".

252. ואפילו, בניגוד לגישה דלעיל, נקוט, כעניין של תרגיל בלבד, במטבעות לשון מתחום מושגי הסיבתיות — אם נתייחס לעבירות של התנהגות, וניתן לשאול מהו ה"סובב" ומהו ה"מסובב", מקום שמדובר בשותפות הומוגנית, דהיינו בביצוע עיקרי על-ידי מבצעים בצוותא, הרי הם, ה"סובב" וה"מסובב", כאחד, מזדהים באותו אירוע, ואין כל מקום לזיקה סיבתית בינו לבין עצמו. אפילו מדובר בעבירה תוצאתית, כלום זה תנאי בליעבור שהתוצאה תהיה בעלת זיקה סיבתית לסיוע? הרי די אף בכך שהסיוע היה בעל סגולה, בלבד, לאפשר את ביצוע העבירה או להקל על הביצוע, מבלי שתירש גם יעילות בפועל כלשהי לכך²⁶. כלומר, הסיוע אינו צריך להיות אף במעמד של "תנאי" — *conditio* — ולא כל שכן של "סיבה" — *causa* — לביצוע העבירה על-ידי המבצע העיקרי.

בדרך כלל, ניתן לשאול, האם די באקוויוואלנטיות במישור הסיבתיות — כשהיא קיימת — כדי לבסס עליה גם אקוויוואלנטיות במישור הפליליות? אפילו כשמדובר בעבירה תוצאתית ובעושה יחיד, הזיקה הסיבתית בלבד בין התנהגותו לבין התוצאה בה מותנית העבירה, היא רק דרישה הכרחית, אך לא גם מספיקה, כדי להקנות פליליות לאירוע בשלמותו העובדתית והנפשית, עליו התנהגות ותוצאה אלה נמנות כרכיבים של היסוד העובדתי בלבד²⁷.

אם נסתפק בפרט כי, מבחינה אובייקטיבית, מותנית הפליליות, ראשית לכל, בהלימת ההתנהגות לרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה הפלילית, המותנית בתוצאה האמורה, כפי שהוא מתואר בהגדרתה הנורמטיבית של עבירה זו, האם אין דרישה זו מחייבת, כשמדובר בשותפות לדבר עבירה, הגדרה במקביל של צורות השותפות העקיפה, כדי לדעת מה נופל בגדר ההגדרה ומה נשאר מחוצה לה? הרי לא די להתייחס סתם ל"השתתפות" — *participation*, או ל"תרומה" — *contribution* — כדי לדעת מה ההיקף האובייקטיבי של מושגים אלה. וכאשר מגדירים, כבר מבחינים; אם לא כן, חוטאים לעקרון ההוקיות.

ואם נזכיר כי, מבחינה סובייקטיבית, מותנית הפליליות ביסוד נפשי אופייני להתנהגות העגישה בה מדובר, כלום ניתן לגרוס כי, מי שמוכן מבחינה נפשית לסייע לזולתו לבצע עבירה פלוגית, היה גם מוכן לבצעה בעצמו? אפילו כאשר המחוקק אינו מבחין, מבחינה נורמטיבית, בין גבולות האחריות הפלילית שנקבעה לצורות השותפות לסוגיהן, עדיין מן הנמנע כאמור לדבר על אקוויוואלנטיות ביניהן במישור האינדיבידואליזציה של האחריות, לפי מהות תרומתו של כל אחד מן השותפים להגשמת העבירה. אינדיבידואליזציה כאמור, כשלעצמה, זקוקה גם לדיפרנציאציה במישור הנורמטיבי, תוך הגדרה נפרדת של כל צורה של שותפות לדבר עבירה, כדי לאפשר לרשות השופטת לשבחץ במדויק כל אחת מהן, כשהיא עומדת לחרוץ את הדין בעבירה רבת-משתתפים. מה גם שמן הנמנע לברוח מטבע הדברים. השידול, הסיוע והביצוע העיקרי הם

25 ע"פ 418/77 בדריאן ואח' נ' מ"י, פ"ד לב(3) 3, 5 בין אותיות השוליים ד-ה. כן ראה: מ' גורי-אריה "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא (תשמ"א) 518, 519–520.

26 ראה פסקות 314, 322.

27 ראה: דיני עונשין — א, פסקות 878–891.

קטיגוריות מעוגנות במציאות האובייקטיבית והמשקפות אותה, וכל בסיון, אפילו נורמאטיבי, לבטל את הגבולות ביניהן נדון לכישלון.

253. ואכן, הבודק והבחון את ספרי החוקים הפליליים בהם הונהגה כביכול הידמות כל צורות השותפות, ופליליותן הנפרדת, ייווכח לדעת שהמחוקקים לא יכלו להתעלם כליל מן המציאות. הוגה הרעיון למחוק כל הבחנה בין צורות השותפות ולייחס לעקיפות מביניהן פליליות עצמאית, Bernard Getz, שעמד בראש הוועדה שהכינה את ההצעה שהפכה לקודקס הפלילי משנת 1902 של נורבגיה, לא ראה בקודקס זה את הגשמתו המלאה של הרעיון, כפי שפיתח אותו חצי יובל קודם לכן.²⁸ ראשית כל, לא מבוטל מספר העבירות בקודקס זה — מן הקלות כמובן — שבהגדרתן אין כל זכר לפליליות חלק של אלה המשתתפים בביצוען שלא כמבצעים עיקריים; כלומר, במקרים אלה אין כבר הידמות של השותפות העקיפה לזו הישירה. גם הוראות סעיף 58 לקודקס הנורבגי, בהן מוסמך בית משפט להקל בעונש ואף לפטור ממנו במקרה של ריבוי משתתפים, כשמתקיימות נסיבות מסויימות, גועדות, בעיקר, לשותפים העקיפים דווקא. שכן הקלות כאמור, עד כדי פטור מלא, אינן חלות כאשר העבירה נעברה על-ידי יחיד, ואין להניח שהמחוקק התכוון להפלות בין מבצע עיקרי שעבר את העבירה בלי השתתפות אחרים, לבין מבצע עיקרי של אותה עבירה, כשהיא רבת-משתתפים. לפחות לגבי אחדים מן המקרים האמורים בסעיף, ברור שההקלה הונהגה לטובת כל משתתף, למעט המבצע העיקרי, דהיינו למשדל ולמסייע בלבד.²⁹ שוב יש כאן סטייה מגישת הידמות צורות השותפות וראיית המשתתפים, כולם, כמבצעים במשמעות מורחבת. שכן, מה שמוחר לגבי השותף העקיף, חסום בפני השותף הישיר; וזאת, מאחר שהמציאות מחייבת זאת. בקודקס הפלילי של איטליה, שאימץ עקרונות הגישה. הסטיות הבולטות ביותר הן מכוח הוראות הסעיפים נמצא סטיות נוספות וחדות יותר מעקרונות הגישה. הסטיות הבולטות ביותר הן מכוח הוראות הסעיפים 116—119 לאותו קודקס; כך, נגטשה כליל הגישה של שותפות עקיפה — עבירה נפרדת בלתי תלויה בביצוע העיקרי — וכאשר נעברה עבירה שונה מזו בה השותף התכוון ליטול חלק (סעיף 116), כאשר, בשל נסיבות כרוכות בעושה העבירה, האירוע העברייני נופל בגדר סוג אחר של עבירה מזו בה השותף התכוון ליטול חלק בה (סעיף 117), או כאשר הענישה מנועה מכוח נסיבות אובייקטיביות, ונהגים מכך כל המשתתפים, ואפילו לא היו מודעים לדבר קיומן (סעיף 119 פסקה שניה). למעשה לא ברור לנו על סמך מה משייכים את שיטת המשפט האיטלקית ככזו שדוגלת בהפרדה בין צורות השותפות ובעצמאותן בינן לבין עצמן, מבחינת פליליותן וסיווגן. נדמה לנו כי דווקא ההיפך הוא הנכון.³⁰ גם בסעיף 23 לקודקס הפלילי של דנמרק יש סטיות מן הכלל הנורבגי, לאחר שאומץ באותו סעיף. אחריות מופחתת בשביל המסייע בלבד, אם תרומתו היתה בעלת משקל משני, או שהיא התבטאה בחיזוק רוחו בלבד, של המבצע העיקרי (פסקה (1) ו-(3) לסעיף 23). כלום הוראות אלה אינן מחייבות, החילה, הבחנות בין כל צורות השותפות — אף בין שידול וסיוע ולא רק בין סיוע לביצוע, כדי לדעת לאבחן את הסיוע, שהאחריות לו היא מופחתת?

נדמה אפוא כי אין החוק מטוגל להתעלם מן ההבחנות המעוגנות בטבע הדברים ולבטלן.

J. Andenaes, "L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction" 26 *Rev. int. de droit pénal* (1956) 158, 158—159

29 הרי לשון הוראות הסעיף:

"Section 58

When several persons have cooperated in committing an offense, the punishment may be reduced to less than the minimum provided for the act and to a milder form of punishment if the cooperation was due essentially to dependence on other guilty persons or has been of little significance in comparison to others. Where the penalty otherwise could have been restricted to fines, and in the case of misdemeanors, punishment may be entirely remitted."

חשומת הלב מוסבת להיפותיות שבסיפא של הסעיף.

30 ראה פסקה 251 ואילך.

סימן 2

תיחום צורות השותפות

§ 1. כללי; § 2. מבחנים כלליים לאיבחון: כללי; מבחן אוביקטיבי; מבחן סוביקטיבי; מבחן משולב.

§ 1. כללי

254. עובדה קיימת היא, אפוא, שבביצוע עבירה עשויים ליטול חלק גם אנשים מספר, בתפקידים שונים, ומציאות דברים זו מחייבת הגדרת חלקיהם, ראשית לכל, כדי לקבוע — כיאה לשיטת משפט הגשלת על-ידי עקרון החוקיות — את ההיקף החדש, המורחב, של התופעה העבריינית רבת-המשתתפים, מעבר לתיאורה כעבירה טיפוסית. אם לא כן, מוגבלת פליליותה של התופעה רק לביצוע העיקרי של העבירה, כפי שהוא מוגדר בנורמה המשפטית האוסרת עליה. אף ההתייחסות הסתמית בלבד למושג "השתתפות" — participation — כבר מחייבת את הגדרתו בהוראת חוק, ואם מצוים להגדירו, אין מנוס מהגדרת השותפות על צורתיה השונות, הממלאות אותה תוכן, והמצמיחות תוצאות משפטיות שונות.

ככל תופעה עבריינית, גם כל צורה של שותפות לדבר עבירה היא בעלת מבנה המשקף את מבנה העבירה בכללותה — העושה, שעטוי להיות מבצע עיקרי, משדל או מסייע, היסוד העובדתי האופייני לכל אחת מצורות השותפות, בהבדל מן היסוד העובדתי המאפיין את רעותה, היסוד הנפשי, אשר, לו אף בשל ההבדל בין היסודות העובדתיים בלבד, מן ההכרח שיהיו גם בו סימני-ייחוד אופייניים לכל צורה של שותפות, והאובייקט הנפגע על-ידי התרומות שנתרמו על-ידי כל אחד מן השותפים להתגבשות האירוע העברייני בו השתתפו. כמובן, כל יסוד על מטען סימני-ייחוד שלו, בהתאם לגיוון המתחייב ממהות התפקיד שממלאה כל צורה ספציפית של שותפות, בגיבוש האירוע העברייני רב-המשתתפים.

זוהי המתכונת לפיה ננתח בהמשך כל אחת מצורות השותפות לאירוע עברייני רב-משתתפים, אף אם, כמשתמע מן האמור, לגבי יסוד זה או אחר שבה, לא יהיה לנו מה להבחין במיוחד; שהרי גם לשיטתיות הדיון חשיבות משלה. חשוב גם להיות מודע לשלד המשותף, אשר אם חסרה בו צלע כלשהי, הרי הוא מתמוטט כולו.

ועוד עלינו להוסיף כי לגושא השותפות לעבירות המאופיינות בעושה מיוחד — *delicta propria* — נידרש בכל הקשר בו מתבקשת התייחסות מיוחדת אליו. בשלב זה, יצויין רק, שייחוד העושה בו מותנית העבירה, עשוי להוות מימד מכריע לגבי שיוך תרומה פלוגית לעבירה מן הסוג האמור, לצורת שותפות שונה, מזו שעליה היא היתה נמנית אלמלא השתייכות העבירה לסוג ה-*delicta propria*.

§ 2. מבחנים כלליים לאיבחון

כללי 255. סיווג צורות השותפות, לשותפות "ישירה" ובצידה שותפות "עקיפה", מעלה את השאלה הבסיסית של המבחנים להבחנה בין הביצוע העיקרי מזה, כשותפות ישירה, לבין שידול וסיוע מזה, כצורות שותפות עקיפה.

דוגמאות מספר, המעוגנות בפסיקה הישראלית, תבלטנה את חשיבות הגיבוש והניסוח של מבחן לאיבחון צורות השותפות העקיפה, ובייחוד של הסיוע, לעומת השותפות הישירה, כדי להבחין בין שותפות שמתבטאת ב"סיוע-ביצוע" לבין שותפות הבאה לידי ביטוי ב"ביצוע בצוותא", על-ידי מבצעים ישירים, שניהם, במסגרת שותפות הומוגנית.

בע"פ 158/58³¹, הורשעו בבית המשפט המחוזי המערער ואחיו ברצח בכוונה תחילה של אדם בשם עבדוש. הרקע למעשה היה כדלקמן: עבדוש ובנו נשפטו בזמנו על המתת אביהם של המערער ואחיו. ממשפט זה יצא עבדוש זכאי בדינו, אך משפחת המערער סברה שגם הוא, ולא רק בנו, השתתף בהריגת אביו של המערער. יום אחד, נתקלו המערער ואחיו בעבדוש, כשהוא יושב בתוך ג'יפ, והתנפלו עליו בסכינים ודקרו אותו עד מוות. לא הוכח מי מבין שני האחים הנחית את הדקירה הקטלנית. כיוון שכך, רשאי המערער, על-פי הטענה, להגות מן ההנחה שזוהי היתה דקירה של אחיו דווקא, אשר גרמה למוות. ומכאן הטענה שנוגעת לענייננו: המערער כלל לא התכוון לסייע בידי אחיו להמית את המנוח, שהרי הוא, בעצמו, רצה להרגו, אך לא הצליח. כתוצאה מכך, אין מעשהו נופל בגדר סיוע בידי אחר לעבור עבירה, אלא נסיון עצמי לבצעה, ובגין הנסיון, העונש כבר אינו מאסר עולם חובה, כפי שנקצב למסייע, אלא עונש מירבי בלבד, שבית המשפט רשאי להפחיתו לפי שיקול דעתו.

256. האם היתה נחוצה ההיזקקות לקונסטרוקציה בה השתמש קודם בית המשפט העליון בע"פ 97/57³², לפיה אם שלושה תקפו בצוותא ונדעה אחת, וכל אחד פצע את הקרוב, אך אין לדעת של מי היתה הפגיעה הפטאלית, מרשיעים את כולם בהמתתו? שהרי אם בא המוות מידי א', אשם הוא כמבצע עיקרי וגם ב' ו-ג' אשמים כמסייעים בידו; ואם המוות בא מידי ב' או ג', שני הנותרים הם מסייעים. "בנסיבות אלה אין איפוא הבדל בדבר, ועל כן אין צורך להוכיח מי הנחית את המכה הפטלית"³³.

לא כאן המקום להיכנס לעובי הקורה של הניתוח שעשה בית המשפט העליון של התפקיד שמילא המערער בע"פ 158/58³⁴, מבחינת היסוד העובדתי והיסוד הנפשי שבתרומתו להמתת הקרוב, ניתוח שהביא להגדרת תרומה זו כ"סיוע" לביצוע העיקרי של ההמתה בידי אחיו, ולא כ"ביצוע" עיקרי בצוותא. אבל, ניתן לשאול האם בית המשפט העליון היה תופס את הדברים באותה אספקלריה, אילו היתה גישת המחוקק הישראלי — כגישת מחוקקים אחרים — לעניין מידת האחריות המוטלת על מסייע, הגורסת אחריות פחותה מזו הקצובה למבצע העיקרי. כמעט בוודאות ניתן לגרוס כי במקרה זה היה משתדל בית המשפט לזהות ולהגדיר את מצב הדברים לאמיתו, והיה מגיע למסקנה — המשקפת את המציאות — כי "ביצוע בצוותא ונדעה אחת" בנוי על יחסים שבין "שותפים ישירים" כמבצעים עיקריים של העבירה, במסגרת מה שקראנו "שותפות הומוגנית". המבצעים בצוותא מגשימים את מזימתם כגוף אחד, וכשם שבמקרה בו אדם אחד דקר את הקרוב בשתי סכינים שהחזיקו, כל אחת, ביד אחת, אין מתעוררת כל שאלה באיור יד הונחתה המכה הגורלית, כך גם אין שאלה זו מתעוררת, מקום שהגוף שפעל היה מורכב משלושה אנשים, ושתי הסכינים הוחזקו, כל אחת, בידו של אדם אחר, ואפילו השלישי מביניהם כלל לא

31 ע"פ 158/58 אבר'עמרים נ' היוה"מ, פ"ד יג(3) 1965.

32 ע"פ 97/57 כדורי נ' היוה"מ, פ"ד יב(2) 1345.

33 שם, בע' 1350 בין אותיות השוליים ד-ה.

34 ע"פ 158/58 אבו עמרים נ' היוה"מ, פ"ד יג(3) 1965, 1968—1970; את הניתוח נעשה להלן, ראה: פסקות 260 ו-265 ואילך.

השתמש בסכין, אלא החזיק את הקרבן, כדי שהשניים האחרים יוכלו לדוקרו דקירות מוות. מתווייבת אפוא הבחנה בין שותף עקיף לבין שותף ישיר, בין שותפות הטרוגנית לבין שותפות הומוגנית, ועל כך נדון במפורט בהמשך. עד כאן הדגמה מינימאלית בלבד לשם הבלטת חשיבות הנושא.

מבחן אוביקטיבי 257. אין ספק כי התמונה הפשוטה של אירוע עברייני רב-משתתפים, מורכבת, ראשית לכל, מביצוע עיקרי, המתבטא, מבחינה התנהגותית, בעשיית המעשה או המחלל שמהווה את הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה, כפי שהוא מתואר מהגדרתה הנורמטיבית; ובהקשר זה, אין זה משנה אם העשייה נעשתה בידי יהוד או אנשים מספר. בכך בא לידי ביטוי גם האופי הישיר של הביצוע העיקרי, שכן בו מתגלמת ההתנהגות המצמיחה את העבירה, ובלעדיה אין עבירה זו יכולה לבוא לידי הגשמה. בצד הביצוע העיקרי נמצאים השידול והסיוע, שנבדלים ממנו בכך שהם מתבטאים במעשה או אפס-מעשה, הייצוגיים לביצוע העבירה — השידול, בכל התנהגות שהביאה את המבצע העיקרי לאמץ את הרעיון לבצע את העבירה ולגשת למימושו, הסיוע, בכל התנהגות שנועדה לאפשר לו או להקל עליו את הביצוע.

לפי גישה זו, המבחן המספיק לאיבחון צורות השותפות הוא במישור ההתנהגות, היכן היא ניצבת — בתוך הגדרת הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה או מחוצה לה, בתחום ההתנהגותיות בהן מתוארים השידול והסיוע. לפי גישה זו, המבחן המספיק הוא אפוא אוביקטיבי, במובן הצר ביותר של המלה. סעיף 26 לחוק העונשין נותן ביטוי, במידה מסוימת, לגישה זו. בפסקה (1) לסעיף זה נקבע היקף הביצוע העיקרי, המתבטא "במעשים או המחללים שהם מיסודות העבירה"; פסקות (2), (3) ו-(4) לסעיף זה, מתארות את השידול והסיוע, כהתנהגויות שהן מעבר לגבולות יסודות אלה, ועל גבולותיהם עצמם החיצוניים. די אפוא לאתר את האיזור הנורמטיבי בו משתבץ הרכיב ההתנהגותי שבתרומה פלונית לאירוע עברייני רב-משתתפים, כדי לזהותה כביצוע עיקרי, שידול או סיוע. שכן הגבולות הם במישור ההתנהגותי-האוביקטיבי.

מבחן סוביקטיבי 258. ניתן אולי להציב בחזית הרלוואנטית להבחנה בין צורות השותפות, הישירה והעקיפה, את הצד הסוביקטיבי שבהן. המבצע העיקרי תורם את תרומתו לאירוע העברייני רב-משתתפים מתוך יחס נפשי של יוצר העבירה *animus auctoris*. הוא רואה את עשיית העבירה כעניינו הוא, ולא של אחר. ההחלטה לגשת לביצוע העבירה היא שלו ובה תלויה עשיית העבירה, יהיו השידול לבצעה או הסיוע לביצועה אשר יהיו. ואילו בשעת פעולות הביצוע, התנהגותו צומחת מהחלטה זו, היא מלווית בהרגשת שליטה עליה, ובאה להגשים את עניינו של עושה הפעולות. לעומת זאת, פועלים המשדל והמסייע מתוך יחס נפשי של מתלווים בלבד — *animus socii* — בכך שהם משאירים את ההכרעה בדבר העשייה וההמשך בה בידי המבצע העיקרי. מלבד זאת, המשדל והמסייע אינם מוכנים לקשור את עצמם לעבירה יותר מאשר מן הצד, מן הרצועה החיצונית של עשיית העבירה, כמי שמוכן להביא אחר לידי ביצוע העבירה, או כמי שמוכן להגיש עזרה להצלחת ביצועה, כאשר ההחלטה בדבר הביצוע, בכל מהלכו, היא בידי אותו אדם אחר. זוהי ה-*animus socii* העומדת מאחורי תרומתו של השותף העקיף, בהבדל מן ה-*animus auctoris*, המתלווה אל תרומתו של המבצע העיקרי לאירוע עברייני רב-משתתפים. במישור זה, הסוביקטיבי, נמצא קו-הגבול בין צורות השותפות העקיפה לבין השותפות הישירה, מקום שהעבירה היא רבת-משתתפים והשותפות היא הטרוגנית. לכן, גם המבחן האמור הוא מבחן סוביקטיבי.

מבחן משולב 259. נדמה כי אין די, אם במבחן האוביקטיבי כאמור ואם בזה הסוביקטיבי, כמבחנים בלעדיים, כדי לפתור את הבעיה העומדת לפנינו. זאת, לו גם מן הטעם בלבד שמדובר בתיחום בין תופעות – בין צורות השותפות העקיפה, לבין הצורה הישירה של השותפות – בעלות מבנה מורכב, אוביקטיבי-סוביקטיבי. שהרי לא יעלה על הדעת לנתח את הביצוע העיקרי ואת השידול והסיוע לביצוע זה, כתופעות עברייניות, מבלי להייתחם בהכרח ליסוד הנפשי האופייני שבכל אחת מהן, ליסוד העובדתי המיוחד שבכל אחת מהן, ולדרך שבה יסודות אלה משתלבים זה בזה, כדי ליצור, כסינתזה, את התופעה עצמה.

מציאות זו שוללת את הגישות האקסקלוסיביות שדוגלות, או במבחן אוביקטיבי בלבד, או במבחן סוביקטיבי בלבד. התפיסה הפונקציונאלית של צורות השותפות מחייבת ראיית כל צורה של שותפות, בכל מקרה של אירוע עברייני רב-משתתפים, על המבנה המלא המשולב, האוביקטיבי-סוביקטיבי, שלה, בחינתה, כשלם עובדתי-נפשי שאינו ניתן לפיצול, ושקילתה, בתור שכוה, מבחינת התפקיד שהיא מילאה בהגשמת האירוע העברייני, כחלק ממנו. טעם זה בלבד, כרוך במהות התופעות, שאת תחיתן מבקשים, ובמבנה הפנימי שלהן, והוא מחייב מבחן משולב, אוביקטיבי-סוביקטיבי, המצריך התחשבות גם ב־corpus וגם ב־animus, כאחד; רק שקלול ביניהן נותן ביטוי למעמד האמיתי של חלקו ותפקידו של כל אחד מן המעורבים באירוע העברייני, בו הם השתתפו ואותו הם הניבו.

המבחן המשולב גם מסיר את הקשיים בהם נתקלים במלאכת מתיחת הגבול בין הביצוע העיקרי מצד אחד, ובין השידול והסיוע מצד אחר, כאשר מנסים לעשות את המלאכה בעזרת המבחן האוביקטיבי בלבד, או המבחן הסוביקטיבי בלבד.

260. אם נתייחס תחילה למבחן האוביקטיבי, הנותן משקל בלעדי לרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה, כפי שמתואר רכיב זה בהגדרתה הנורמטיבית של העבירה, העושה או הנמנע מעשות פעולה שנופלת בתיאור זה, הוא ורק הוא יהיה מבצע עיקרי ישיר של העבירה. מי שתרומתו לגיבוש העבירה מתבטאת בפעולה שעשה או שהיה עליו להימנע ממנה, שאיננה הולמת את התיאור האמור, אינו יכול להיות בין מבצעי העבירה הישירים, אלא משדל או מסייע, ובתנאי, כמוכח, שתרומה זו הולמת את הגדרתו הנורמטיבית של השידול או הסיוע, לדבר עבירה, גם מבחינת גבולותיהם החיצוניים.

ועתה ניקח לדוגמה את התחום של העבירות התוצאתיות ברכיב התנהגותי בלתי מוגדר, כאשר היסוד העובדתי שבהן מיוחד, בעיקר, בסוג התוצאה המזיקה שנגרמה באותה התנהגות, אשר המחוקק לא ראה טעם להגבילה ולהגדירה. עבירות כאלה מצויות במכביר בתחום העבירות נגד גוף האדם ואף בתחום העבירות נגד הרכוש. כיצד ייתחם, לגבי עבירות אלה, הביצוע העיקרי לעומת השידול והסיוע, וההיפך, בעזרת המבחן האוביקטיבי, בו הכלי ואמת-המידה הם תיאור הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה הטיפוסית? והרי תיאור כזה חסר!

לא זו אף זו. נתייחס לעובדות שבע"פ 418/77.³⁵ שני המערערים – בני וציון – דקרו את הקרבן למוות. הדקירה הראשונה היתה של בני, אך הקרבן נשאר עדיין עומד במקומו; אז דקר ציון את הקרבן דקירה נוספת, ואחריה התמוטט הקרבן. התברר כי שתי הדקירות היו קטלניות. למעשים אלה קדמה מריבה בין הקרבן לבין המערערים, שהחלה בחילופי דברים ונמשכה במכות, כאשר המערערים פעלו כל הזמן כצד יריב אחד. לפי המבחן האוביקטיבי, הדקירה שהונחתה עליידי ציון אף לא נתפסת כדיבור הבלתי מוגדר "גרם", המתאר את הרכיב ההתנהגותי בעבירת הרצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין. שכן, התוצאה הקטלנית כבר נגרמה קודם, בדקירה שהונחתה עליידי חברו בני. אולם, בית המשפט העליון קבע –

35 ע"פ 418/77 בדריאן ואח' נ' מי, לב(3) 3.

"בנסיבותיו של מקרה זה הייתי מגיע למסקנה בדבר אחריותם של כל אחד מן השניים לגרימת המוות, גם אלמלא היה כל אחד מן השניים בין הדוקרים ולו היתה הדקירה מבוצעת רק על-ידי אחד מן השניים"³⁶.

אמנם, בית המשפט התייחס ל"אחריותם של כל אחד מן השניים לגרימת המוות" (ההדגשה הוספה), ולא למעמדם כמבצעים עיקריים בביצוע הרצח; בהמשך אף ביטט בית המשפט את מסקנתו בדבר אחריותו של ציון, הדוקר השני, על הגדרת תרומתו לביצוע הרצח, כסיוע שהתבטא בנוכחותו במקום, כאשר סכין שלופה בידו, עשה שבני גיגש לקרבן וביצע את מעשה הדקירה הראשונה. אולם, על כך באה ביקורת מאד משכנעת.³⁷

בהקשר זה ראוי לצטט את המשל שנתן בית המשפט העליון בע"פ 872/76³⁸ —

"כאשר נפנים ארבעה בצורה מאיימת ותוקפנית כלפי אחר, כגון המנוח במקרה דנו, כדי להראות לו נחת וזרעם בשל דברים שאמר ושלא נעמו לאוניהם, אין נפקא מינה, מבחינת האחריות הפלילית, בין מי שהולם באגרופו לבין מי שמתפה בגופו על המכה או מסכל בדרך אחרת התנגדות או רצון התנגדות מצד הקרבן; הוא בתנאי שהיחלצות כמתואר נעשית בצווחה, תוך מגמה תוקפנית, וזאת גם אם לא קודמים לכך דיון והחלטה אלא הפעולה נעשית ספונטנית, על אחר, אך במשותף"³⁹.

261. טול סוג אחר של מקרים, כלליים הרבה יותר, כדוגמת מקרה בו שלושה שהודרים לבית מגורים לשם ביצוע גניבה, עבירה שהרכיב ההתנהגותי שלה מתואר, בסעיף 383(א)(1) לחוק העונשין, על כל פרטיו — "נטילה ונשיאה" — המוגדרים גם הם בסעיף 383(ג)(1) ו-(2) לאותו חוק. הם מתפורים בבית ומחפשים את מקום הימצאות הדברים שהם מעוניינים בהם; ב' ו-ג' מצאו דברים כאלה במקום מסויים, ואילו א' הוסיף בדרכו לבדוק מקומות אחרים. ב' פרס את השק שהכין כדי לאסוף בו את השלל, והחזיק אותו עת ש-ג' "נוטל ונושא" את הדברים שגילו, ומכניס אותם לסל. הפעלת המבחן האובייקטיבי מביא לסיווג פעולותיו של ג' בלבד כביצוע עיקרי של העבירה, כאשר חלקיהם של א' ו-ב' נשארים מחוץ לגבולותיו של ביצוע זה. האם הם בבחינת מסייעים בלבד? או שמא יש לחפש בשביל חלקו של א' אף אכסניה אחרת, שכן הוא לא מצא דבר, שראוי היה לגניבה, וגם בחיפוש המוצלח של ב' ו-ג' לא השתתף, ואשר ל"נטילה ונשיאה" עצמו, ג' בלבד עשה אותן! ומה במקרה בו א' סיפק ל-ב' מפתח מותאם לשם ביצוע גניבה מדירה מסוימת, אך בעל-הבית הפתיע אותו בתוך הבית, בטרם הספיק אף לנגוע בחפץ כלשהו? כלום, אין זה ברור ש-ב', בהבדל מ-א', עשה פעולות של ביצוע עיקרי, למרות שלא הספיק לעשות כל פעולה של "נטילה ונשיאה", כאמור בהגדרת הרכיב ההתנהגותי של עבירת הגניבה? די בדוגמאות אלה בלבד, כדי להסיק את המסקנה השלילית לגבי הלימתו, אף מהבחינה העובדתית גרידא, של המבחן האובייקטיבי, את השאלות שהוא נועד לפותרן. אין צורך להוסיף עוד את אי-התאמתו לפתור את הבעיות שמתעוררות בתחום העבירות בעושה מיוחד — *delicta propria* — כדי לחזק מסקנה זו⁴⁰.

262. אשר למבחן הסובייקטיבי הטהור, גם בו, בלבד, אין די כדי לשמש כלי להבחנה בין צורות השותפות העקיפה לבין צורתה הישירה. האם ניתן לבנות תיחום כאמור על ההבחנה בין

36 שם, בע' 10 מול אות השוליים א.

37 ראה מ' גור אריה, "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא (תשמ"א) 518.

38 ע"פ 872/76 ישראל ב' מ"י, פ"ד לא(3) 573.

39 שם, בע' 579—580.

40 ראה פסקה 389.

ההרגשה שביצוע העבירה הוא עניינו של עושה פעולות הביצוע — animus auctoris — לבין ההרגשה של תורם חיזוני, אשר עניינו היה רק להעביר את רעיון הביצוע לאחר, או לעזור לו מן החוץ, במהלך הביצוע — animus socii? האם אין אדם עשוי לבצע באורח ישיר עבירה, אף כאשר אינו רואה אותה "כשלו"? האם אדם שביצע עבירה כפושע "שכיר", אינו מבצעה הישיר למרות שהביצוע אינו animo auctoris? האם מי ששכר את המבצע והביאו לידי ביצוע העבירה עשה זאת animo socii בלבד? ובכל זאת, הפושע השכיר הוא המבצע הישיר, ואילו מי ששכר אותו הוא שותף עקיף — משדל לביצוע הישיר של היבירה. גם הכפפת ההגשמה של מטרת השותפות העקיפה, לבחירתו של מי שאמור להיות המבצע הישיר של העבירה, שהוא אכן סימן-ייחוד של השותפות העקיפה, עשויה לאפיין גם את היחסים בין מבצעים בצוותא ובדעה אחת, לפחות לגבי שלבים פנימיים במהלך עצם הביצוע.

מאידך גיסא, עשוי להיות מבצע עיקרי גם מי ששיזר בתרומתו לאירוע עברייני את פעולות הביצוע שנעשו על-ידי אחר, בצורה כזאת, שלמעשה הוא המכוון את העשייה והשולט בה, כאדון העשייה; אם כי, תוך השלמה עם העובדה כי עדיין נשארת לעושה הפעולות גם מידה מסוימת של חופש בחירה בין העשייה או ההמשך בה, לבין הימנעות מהם; ובל נשכח גם את הנחת היסוד של כל הדיון — כל צורה של שותפות והעבירה עצמה רבת-המשתתפים, הן תופעות עברייניות המאופיינות במחשבה פלילית. כך שהביצוע באמצעות אחר⁴¹ אין לו כל עניין לכאן.

263. כל האמור בנוגע למבחן האוביקטיבי הצר ולמבחן הסוביקטיבי, שאין בהם, כל אחד כמבחן בלבד, כדי לפתור את השאלה של קרי-הגבול בין צורות השותפות העקיפה לצורתה הישירה, מוליד אל "המבחן המשולב", הבנוי על כוח האיבחון החלקי של כל אחד מן המבחנים האמורים ועל סינתזה ביניהם. מבחן משולב זה מחוייב גם, ואולי אף בעיקר, המבנה האוביקטיבי-הסוביקטיבי של השותפות לדבר עבירה, על כל צורותיה.

לפי מבחן זה, מבצע עיקרי הוא זה אשר תרומתו לאירוע עברייני רב-משתתפים מתבטאת בהתנהגות — אקטיבית או פאסיבית — וביחס נפשי, שמקנים לו, בלבד או כיהוד עם אחרים, את המעמד של אדון העשייה. לא תמיד קובע סוג הפעולות — ה־corpus — בהם מתבטאת התרומה, ולא הכל מותנה בטיב היחס הנפשי המתלווה אליה — ב־animus; השילוב של זה באלה נותנים ביטוי למהות הפונקציונלית של תרומתו העיקרית והישירה של אדם לאירוע העברייני הרב-משתתפים.

אם זהו התחום של הביצוע הישיר, כל מה שניצב מחוצה לו ומתקיימים בו סימני-הייחוד המתוארים כחוק, שוב האוביקטיביים והסוביקטיביים גם יחד, של תרומה משדלת או תרומה מטייעת, לביצוע הישיר של העבירה, מהווה שותפות עקיפה בה, כבהינתן שידול או סיוע, לפי המקרה. המבחן הוא כמובן משולב לגבי כל צורות השותפות.

נראה כי זהו המבחן המקובל כיום בעולם המשפט, המחפש אחרי כלים עיוניים, העשויים לעזור לפתרון השאלות שמתעוררות בעולם המעשה⁴².

41 ראה פסקה 270.

42 ראה: L. Jimenez de Asua, "L'orientation moderne de notion d'auteur de l'infraction : et de participation à l'infraction (Rapport général)" 27 *Rev. int. de droit pénal* (1957) 479, 493—498; P. Bockelmann, "L'orientation moderne de notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction" 26 *Rev. int. de droit pénal* (1956) 167, 172—279

הביצוע העיקרי

§ 1. כללי; § 2. ביצוע בצוותא: מבצע בצוותא — מסייע משוער? פעולות כל אחד — פעולות כולם; מבחן להבחנה; § 3. ביצוע באמצעות אחר: התרשים של ביצוע עקיף; התשתית העקרונית של הביצוע העקיף; המצבים בהם עשוי להימצא ה"אחר", והמשותף להם; סימני ייחוד אוביקטיביים; סימני ייחוד סוביקטיביים; ביצוע עקיף של עבירה בעושה מיוחד; תשתית נורמאטיבית.

§ 1. כללי

264. הביצוע העיקרי הוא מושג שאינו עוד טעון הגדרה ותיחום, בנוסף למשתמע מהגדרת העבירה בנורמה המשפטית האוסרת על ביצועה, כל עוד העבירה נעברה בידי יחיד, ובשלמותה. במקרה זה, אף אין מקום לדבר על ביצוע "עיקרי" או ביצוע "ישיר" של העבירה, שכן, אין עוד משתתפים אחרים בעשייתה, שמעמד תרומתם לגיבוש העבירה יהיה שונה. הביצוע ה"עיקרי" או ה"ישיר", הוא סתם ביצוע העבירה, המתבטא, מבחינה אוביקטיבית, בהגשמת היסוד העובדתי שבעבירה, ומבחינה סוביקטיבית, בהתלוות אל היסוד העובדתי ובהשתלכות בו, של היסוד הנפשי בו מותנית העבירה, הכל בהתאם להגדרתה הנורמאטיבית.

אולם, אם העבירה היא רבת-משתתפים, הן אם השותפות היא הטרוגנית, והן אם היא הומוגנית, כבר טעון הביצוע העיקרי הגדרה נוספת. צורך זה נוצר משום שריבוי המשתתפים גורר אחריו, מניה וביה, היקף אחר, מורחב, של המושג ביצוע העבירה, בהשוואה להיקף ביצועה על-ידי יחיד. לכן, מתעוררת השאלה של קביעת קווי-גבול, בין צורות השותפות השונות, כדי לדעת מתי השותפות היא הומוגנית, בין שותפים בעלי מעמד זהה של מבצעים עיקריים, ומתי היא הטרוגנית, עקב ההשתתפות באירוע העברייני גם של שותפים עקיפים. על המבחן הראוי לשם מתחת קווי-גבול אלה דנו זה עתה בשורות דלעיל. אם השותפות היא הומוגנית, וכל המשתתפים נטלו חלק בעבירה בבחינת מבצעים ישירים, מתעוררת השאלה של היקף "הביצוע בצוותא" של העבירה, בהשוואה להיקף ביצועה, בהתאם להגדרתה בנורמה האוסרת עליה, ובייחוד לתיאור הרכיב ההתנהגותי בהגדרה זו. תיחום ההיקף של הביצוע בצוותא יקבע את מעמד המבצע בצוותא במסגרת עבירה רבת-משתתפים; ובדרך כלל, אם מגדירים במסגרת דיני השותפות את המושג מבצע העבירה, כמבצע יחיד שלה, געשה הדבר כדי להוסיף ולהגדיר, בהשוואה עם מבצע זה, את המבצע בצוותא.

ולבסוף, יש עוד סוג של מבצע עבירה, שהוא "המבצע באמצעות אחר", אשר כל הקשרו לנושא השותפות הוא בכך, שגם במקרה זה העבירה היא רבת-משתתפים, בהבדל אחד, שהם, "המשתתפים", אינם גם שותפים לאותה עבירה. בשל רקע משותף זה, היות האירוע העברייני רב-משתתפים, נוהגים להוסיף, לאחר הגדרת הביצוע בצוותא, גם את "הביצוע העקיף", בו עושה העבירה הוא מבצע באמצעות אחר. לא נפריד את הדיון בסוגיה זו מן הדיון בסוגיות הנמנות על נושא השותפות; שכן, בסופו של חשבון, גם המושא שלה הוא ביצוע עיקרי⁴³.

43 ראה פסקה 270 ואילך.

זוהי גם המתכונת בה דן סעיף 29 להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, במושג "מבצע", ומפרט אותו – "מבצע עבירה – לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר". "לרבות" פירוש הדבר, ראשית לכל וכמובן מאליו – "מבצע יחיד". לאחר מכן, מוגדרים בפירוט המבצע בצוותא והמבצע באמצעות אחר. גם בחוק המצוי מוסדר הנושא של ביצוע באמצעות אחר בפרק הדין ב"שותפים לדבר עבירה", בסעיף 27 לחוק העונשין, אם כי, כאמור, אין צורה זו של ביצוע עבירה עשויה להיות נשלטת על-ידי דיני השותפות. גם על כך ידובר, כשנדון, בהמשך, בנושא זה.

§ 2. ביצוע בצוותא

מבצע בצוותא – 265. כאמור, הביצוע בצוותא של עבירה פלילית הוא אחת מצורת השותפות מסייע משוער? לדבר עבירה – כאשר השותפות היא הומוגנית. השאלה של הגדרת כל השותפים כמבצעים בצוותא של העבירה, או של אחד או אחדים מהם כשותפים עקיפים, עשויה להיות בעלת משמעות משפטית. למשל, אם א' ו-ב', בצוותא חדא וברעה אחת, התנפלו על הקרבן ככוונה להמיתו בדקירות סכינים, ואין זה ידוע מי הנחית את הדקירה הגורלית, כפי שהיו העובדות בע"פ 158/58⁴⁴, קבע בית המשפט העליון כי ניתן להרשיע את שניהם בעבירת רצח, תוך ראיית כל אחד מן השותפים כמסייע לחברו לגרימת התוצאה הקטלנית. לפי אותה תפיסה, פסק כבר קודם בית המשפט העליון בע"פ 97/57⁴⁵. במקרה זה הורשעו בעבירת רצח שלושת הנאשמים שהתקיפו בעל בית-קפה והרגוהו בדקירות סכין, מבלי שניתן היה לקבוע מי מכין השלושה דקר את הדקירה הקטלנית; וכך סבר בית-המשפט:

"... אם נניח שהמוות בא מידו של ראובן, אשם הוא כעברייני ראשי, וגם לוי ושמעון אשמים במלוא המידה כמסייעים בידו. ואם שמעון גרם למוות, הרי שראובן ולוי הם המסייעים; בנסיבות אלה אין, איפוא, הבדל בדבר..."⁴⁶.

לפי אותו טעם נחרץ הדין גם בע"פ 418/77⁴⁷, כאשר שני הנאשמים דקרו, בזה אחר זה, את הקרבן, כל אחד דקירה קטלנית. את הרשעתו של הנאשם שהנחית את הדקירה השניה, ביססו על הגדרת תרומתו לביצוע העבירה, כסיוע לרצח; שכן, בעת הדקירה הראשונה שהונחתה על-ידי חברו, הוא היה נוכח במקום האירוע, כאשר סכין שלופה בידו, דבר שהיה בו כדי לחזק את רצון חברו לבצע את הדקירה הקטלנית וכדי להבטיח את הצלחת הפעולה⁴⁸. למעשה, חזרנו על מקרים ועובדות שהוזכרו כבר בהקשר אחר; הפעם, כדי לבדוק אם גישתו של בית המשפט העליון לעניין איבחון התרומות של הנאשמים הנזכרים לעיל אכן עומדת במבחן המציאות וההיגיון המשפטי גם יחד.

266. נזכיר רק, כי, מלבד במקרה האחרון, בית המשפט בנה מעין גישה לראיית הדברים על השערות במעגל – אם אין ראיות המצביעות על מי שביצע באורח ישיר את העבירה, או כל אחד מן השותפים הוא בבחינת מסייע, מתוך השערה כי האחר היה המבצע, וכך, כל אחד, לפי

44 ע"פ 158/58 אכ"עמ"מ נ' היה"מ, פ"ד יג (3) 1965.

45 ע"פ 97/57 כדורי נ' היה"מ, פ"ד יב (2) 1345.

46 שם, בע' 1350 בין אותיות השוליים ד-ה.

47 ע"פ 418/77 כדריאן ואח' נ' מ"י, פ"ד לב (3) 3.

48 שם, בע' 10 בין אותיות השוליים ד-ה.

תורו, הוא פעם שותף עקיף ופעם מבצע ישיר. נניח שנאשמים אלה, וזו זכותם כל עוד אין ראיות אחרות מעבר לכל ספק סביר, היו בוזורים כולם את ההנחה שהם מסייעים בלבד, מתעוררת השאלה ההגיונית, המשפטית ואף המציאותית — למי סייעו, אם אין מבצע עיקרי? שהרי צורות השותפות העקיפות מתקיימות רק אם "נעברה עבירה..." כאמור בסעיף 26 לחוק העונשין. ובכל זאת, עבירה נעברה, אך אין להצביע על מבצעה, לא משום שנעלם, או נפטר או סתם זהותו לא נתגלתה! אלא מכוח קונסטרוקציה משפטית, הסותרת את המציאות.

אך נניח שבכל המקרים הללו, לא הצליחו הצוותים, שפעלו בדעה אחת, להשלים את העבירה תוך גרימת התוצאה שחפצו בה. הרי לפי הקונסטרוקציה האמורה הם כולם בבחינת מסייעים, ולפי גישת המחוקק הישראלי הנסיון לסיוע אינו עניש. רק הנסיון לשידול זכה לענישה מכוח הוראתו המיוחדת של סעיף 34 לחוק העונשין, ונשאלת השאלה — האם, במקרה כאמור, לא היה כדאי יותר לשנות את זהותם של המסייעים למשדלים? אם ריקונסטרוקציה זאת נראית מוזרה, לפחות ניתן היה להשתית את האחריות הפלילית על גורמה משפטית חרותה.

אולם, ניתן להקשות ולהציג שאלה נוספת, שכבר, נדמה, נשאלה: מה היה המצב אילו היה דוגל גם המחוקק הישראלי, כדוגמת מחוקקים אחרים, באחריות מופחתת בגין סיוע — כצורת שותפות גם עקיפה וגם משנית — בהשוואה לאחריות הקצובה בגין הביצוע העיקרי? האם היה בית המשפט הולך בעקבות אותו הלך מחשבה "במעגל"?

הוראת סעיף 28 לחוק העונשין, קובעת אחריות שותף לעבירה גם לעבירה שונה ממנה או נוספת לה, שנעברה במהלך הגשמת המזימה המקורית, מקום שעשיית העבירה היתה תוצאה מסתברת של אותו מהלך. יש הגורסים — וביניהם גם אנו⁴⁹ — כי הוראת סעיף זה נועדה רק למבצעים בצוותא, ולא גם למסייעים אף מקום שנכחו בשעת העבירה. נניח שמבצע בצוותא חרג כאמור מן המתוכנן, אך לא ניתן להוכיח מי מבין המבצעים עשה את החריגה, כך שלגביה יש רק מסייעים בלי מבצעים. האם תחול ההוראה האמורה של סעיף 28 לחוק העונשין?

פעולות כל אחד — פעולות כולם

267. השאלות שהוצגו אינן רישוריות כלל, אלא בעלות משמעות משפטית קונקרטית מובהקת, והן מצביעות על הצורך לעמוד על המושג של ביצוע בצוותא ובדעה אחת של עבירה פלילית. נדמה כי הקושי — אם יש כזה — הוא במישור ההיבט האובייקטיבי של עבירה פלילית שנעברה בתנאים כאלה. אשר ליסוד הנפשי אין כל מחלוקת, והנחה בלתי מעורערת היא שהשותפים פועלים "בצוותא ובדעה אחת", דהיינו מתוך מודעות לכך שהם פועלים בתפקיד זהה כמבצעים ביחד וכמובן בליווי אותה צורה של מחשבה פלילית, בה מותנית התהוות העבירה שלביצועה הם ניגשו.

אשר להיבט העובדתי של העבירה, דעונו היא שמציאות הדברים מחייבת לראות את המבצעים בצוותא ובדעה אחת, כגוף אחד, אשר עושה את פעולות הביצוע של האירוע העברייני. כל הפעולות שנעשות בידי אותו גוף, המורכב מכל המבצעים בצוותא, שייכות לכולם ולכל אחד בנפרד, באותה מידה. אם יורים כמה מבצעים בצוותא בקרבן, כאילו כל אחד מהם ירה את כל היריות. אם נכנסים מספר מבצעים בצוותא לתוך דירה כדי לגנוב, ואחדים מספיקים לקחת מה שבא ליד, ואחרים אינם מספיקים לקחת דבר, כל אחד כאילו לקח את כל הדברים. אם אחד מחזיק את הקרבן ואחד מנחית עליו מכות רצח, הם פעלו כגוף אחד שגם החזיק את הקרבן וגם היכה אותו. כל הפעולות משתלבות זו בזו ומתמוזגות בפעילות הצוות, הבלתי ניתנת לחלוקה.

49 ראה פסקה 430.

תפיסה זו מספקת גם את הפתרון במקרה בו האירוע העברייני רב-המשתתפים נשאר בגדר נסיון, ואחד מן המבצעים לא הספיק, עקב כך, לתרום את תרומתו להגשמת המזימה המשותפת. התפיסה לפיה פעולות כל אחד מהם הן פעולותיהם של כולם, הפועלים כגוף אחד, מחייבת לראות גם באותו מבצע, שלא הספיק לבצע את חלקו, כשותף ישיר לנסיון לעבור את העבירה, במעמד מלא וזהה למעמד המבצעים הנותרים. לשם המחשה, ניתן את הדוגמה הבאה: אשה וגבר יוצאים לבצע בצוותא מעשה גניבה בחנות תכשיטים בשעות המכירה בה. האשה נכנסת ראשונה לתוך החנות, מבקשת לקנות תכשיטים אחדים יקרי-ערך ומתחילה לבחור וגם לנהל משא ומתן לגבי המחיר, הכל כדי להעסיק את הסוחר, וכדי שבינתיים ייכנס גם הגבר לתוך החנות ויגנוב מן התכשיטים הרבים שהוצעו לאשה ונמצאים על הדלפק, בעת שהאשה מוסיפה להסית את דעתו של הסוחר. אולם, הגבר אף לא הספיק להיכנס לתוך החנות, שכן הוא נראה חשוד לשוטר חרש שהשגיח על המתרחש, נעצר על-ידו וכתוצאה מכך נעצרה מיד גם האשה. אם התנהגותה של האשה נופלת בגדר נסיון, יהיה שותף לנסיון זה, כמבצע בצוותא, גם הגבר, חרף העובדה שלא הספיק לבצע אף מקצת מחלקו בעבירה, לפי התיכנון המשותף. וזאת, שוב, מכוח כך שפעולות כל אחד מן המבצעים בצוותא הן פעולותיהם של כולם, כגוף אחד.

אמנם ניתן להגיד כי כל מבצע בצוותא מסייע לחברו בצוות לממש את המזימה המשותפת; אך הוא מסייע לו באותו תפקיד, כשותף ישיר לביצוע העבירה ובתוך מהלך ביצועה, ולא כמסייע מחוץ לביצועה, כשותף עקיף. ואולם, כדי לא לערבב מין בשאינו מינו, ראוי להקפיד בשימוש במונחים. אם לא כן, משבשים את המושגים ואת הבנת אדם את זולתו. המונח "סיוע" נועד להביע תרומה חיצונית ועקיפה לעשיית העבירה, ואילו המונח "ביצוע" נותן ביטוי לתרומה ישירה, פנימית למהלך עשיית העבירה, אם כי בלשון הדיוטות, ניתן להגיד כי כל מבצע גם עוזר למבצעים הנותרים, במקרה של ביצוע בצוותא.

בכל פסקי-הדין שהודגמו לעיל, פעלו המבצעים בצוותא כגוף אחד, אם באופן בו-זמני ואם בזה אחר זה, וכל פעולות הביצוע של כל המבצעים שייכות לכל אחד בנפרד, כי הם פעלו בצוותא חדא ובדעה אחת. לפיכך, אין לדעתנו כל טעם לקונסטרוקציה, לפיה יש לראות את כל אחד מן המבצעים כמסייע לחברו, הן אם הוכח מי הוא שעשה פעולה מסוימת מכרעת במהלך הביצוע, והן אם לא הוכח. כל אחד עשה את הכל, או, כל מה שעשה כל אחד נעשה על-ידי כולם.⁵⁰

268. בע"פ 414/78⁵¹ לא היסס כלל בית המשפט העליון להרשיע בנסיון לרצח, במקרה בו אחד מן הנאשמים שפך חומר דליק דרך החלון אל תוך חדר, ושותפו זרק באותו כיוון קופסת גפרורים מלאה ודלוקה. ההנחה היתה כי מתחת לחלון, בחדר, ישן במיטתו הקרבן המיועד.⁵² האם הראשון "סייע" לשני לבצע את המעשה הקטלני, או, שמא, הם פעלו כגוף אחד וכל הפעולות הן של שניהם? בע"פ 474/70⁵³, נטל בלא רשות המערער מכונית ולמחרת היום נסע יחד עם חברו לכפר-סבא. שם נכנסו חברו לחנות של שען, כשפניו מכוסים כובע-גרב, תפס את בעל החנות בצווארו, חנק אותו והנחית על ראשו מכות. לאחר שלב זה נכנס גם המערער, שהתחיל לחטט בקופה ולקח משם חמש לירות, שהיו, כנראה, אותה שעה, כל הכסף שבידי קרבן השוד. האם חברו של המערער ביצע תקיפה והמערער התחייב בגניבה, או שניהם ביצעו בצוותא ובדעה אחת מעשה שוד, כפי שסבר גם בית המשפט? או, שמא, כל אחד סייע לחברו לבצע את השוד?

50 ראה את האמור על Joint perpetrators ב-G. Williams, *Criminal Law* (London, 2nd ed., 1961) 349.

51 ע"פ 414/78 פלוני ג' מ"י, פ"ד לב (3) 753.

52 למעשה באותה שעה ישן שם אחיו של הקרבן המיועד והוא נחבל קשות ובקושי ניצל ממוות.

53 ע"פ 474/70 רייבי ג' מ"י, לא פורסם.

מבחן להבחנה 269. ובכל זאת, אם מתבקשת הבחנה, מבחינת היסוד העובדתי, בין ביצוע ישיר לבין התנהגות מסייעת, ובדרך זו הבחנה בין ביצוע בצוותא לבין ביצוע בליווי סיוע, ניתן להציע מבחן שלדעתנו עשוי לשמש כלי יעיל המייתר היוקקות לקונסטרוקציה המלאכותית לפיה כל מבצע בצוותא הוא ממילא מסייע לחברו. המבחן טעון הפעלה אחרי בידודה של התנהגותו של כל אחד מן השותפים לעבירה, מהתנהגויותיהם של השותפים הנוטרים לה; אם אותה התנהגות, בהתעלם מן ההתנהגויות האחרות, נמנית, מבהינה עובדתית, עם תחום הביצוע והיתה מצמיחה, משלעצמה, נסיון לעבור את העבירה, או קמע שמשלים אותה, הרי בעל ההתנהגות ביחד עם בעלי ההתנהגויות מאותו טיב, הם מבצעים בצוותא⁵⁴. וכמבצעים בצוותא, כל שעשה כל אחד, כולם עשו, באותו תפקיד ובאותו מעמד. אם התנהגות, מבודדת כאמור, איננה גופלת בתחום הביצוע, גם בעל ההתנהגות אינו יכול להיות מבצע של העבירה, לא יחיד ולא ביחד עם אחר. וכידוע, פעולות עשויות להשתייך לתחום הביצוע, אף אם אינן נמנות על הרכיב ההתנהגותי של העבירה הטיפוסית, כפי שהוא מתואר בהגדרתה. שכן, לצורך הנסיון, כלצורך כל הצורות של התנהגות ענישה הנגזרות מן העבירה הטיפוסית, המושג ביצוע הוא רחב יותר, מזה המוגדר והמוגבל בהגדרת העבירה הטיפוסית⁵⁵.

העובדות שבע"פ 474/75⁵⁶ עשויות לשמש רקע מאלף לבדיקת נכונות המבחן, והרי הן: א' ר"ב תיכוננו את רציחתו של המנוח משיקולים של היסול השבונות בעולם התחתון. הם סיכמו עם הקרבן לצאת ביחד לביצוע מעשה פריצה או שוד, במכונית גנובה, כאשר בדרך לביצוע הפריצה או השוד צריך היה, תחילה, להביא את המכונית אל מקום בידח בפרדס, ושם יפורק ממנה המטען שבתוכה, כדי להכניסה, כביכול, לקליטת שלל הפריצה או השוד. על-ידי ההגה של המכונית התיישב הקרבן; על-ידו ישב א' ומאחוריו ב', וכך נסעו בשעות הערב בכיוון המוסכמם. לאחר שעלו על הדרך שבפרדס, נרצח הקרבן בשלוש יריות שנורו בראשו, מאחור, על-ידי ב'. גווייתו של הקרבן נקברה באותו לילה בקבר שנכרה עוד קודם לכן למטרה זו בקירבת המקום. ועתה נפעיל את המבחן דלעיל אחרי בידוד התנהגותו של א' מפעולותיו של ב', אשר אין כל ספק כי הן נימנות על ביצוע ישיר של המתה. נניח ש"ב' לא היה כלל במכונית והמתין להגעתה במקום שבו, כאילו, אמורים היו לפרוק את המטען שבתוך המכונית, כדי לחסל את הקרבן ביריות, ממש ברגע שהיה עוצר את המכונית. ונוסיף להניח, כי, ברגע מסויים, התעורר חשד בלב הקרבן והוא סטה מן הדרך ובאיזמים בנשק על א' הוציא מפיו הודאה על פשר הנסיעה ומטרתה. האם יש עוד ספק כי לא רק הקרבן המיועד, אלא גם משפטן, היה מגדיר את השלב בו נמצא מהלך הגשמת המזימה של א', כנסיון לרצח, ולא כמעשי-הכנה בלבד; ואם זה נסיון, פירוש הדבר שהוא מכיל פעולות ביצוע של אדם, שהוא במעמד של מבצע כמובן. עתה תוך הזרה לעובדות המקוריות – פעולות הביצוע מטעמו של א' ביחד עם השלמת הביצוע מטעמו של ב', הן ביצוע בצוותא, כלומר ביצוע + ביצוע, ולא סיוע + ביצוע. דרך אגב, שומה עלינו לציין כי בבית המשפט הורשע א' ב"סיוע" להמתה ולא כמבצע בצוותא. אולם, בית המשפט כלל לא ניתח את המצב באספקלריה של הבחנה זו.

ספק רב בליבנו אם סיווג התרומות לביצוע העבירות שנדונו בע"פ 445/84⁵⁷ עומד במבחן הראוי, לשם הבחנה בין פעולות ביצוע לבין פעולות סיוע. מעשה שהיה כך היה. עקב פנייתו של אדם שלישי, הסכים המערער מס' 1, תמורת סכום כסף, לרצוח את המנוח. מצוייד באקדח ובסכין, הוא פנה לדירת המנוח, ובדרך פגש את המערער מס' 2 שהסכים להצטרף למבצע, ואף ציין כי גם ברשותו סכין. לפני שנכנסו בכוח לתוך ביתו של המנוח, כיסו את פניהם בכאפיות אדומות. המנוח לא היה בבית, אך חבר שלו נמצא שם. המערערים אילצו אותו להישאר עמם בבית, ותוך כחצי שעה הגיע המנוח. המערער מס' 1 שלף את אקדחו תוך כדי שיחה קצרה עם המנוח, וזה ניסה להשתלט על נשקו בתפיסת היד בה הוחזק האקדח. אז דקר המערער מס' 2 כארבע-חמש דקירות את המנוח, כדי לאפשר למערער מס' 1 להיחלץ

54 ראה: מ' גור-אריה, "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטיים יא (תשמ"א) 518, 523.

55 ראה פסקה 55 ואילך.

56 ע"פ 474/75 סאלם ב' מ"י, פ"ד (3) 113.

57 ע"פ 445/84 נבולסי ב' מ"י, פ"ד (3) 57.

מאחיות המנות ולהשתמש באקדח. את הכדור הראשון ירה המערער מס' 1 לעבר חברו של המנות ופצע אותו; המשיך בשלוש יריות כלפי המנות ופגע בו שלוש פגיעות קטלניות כל אחת; לאחר מכן, ירה כדור נוסף בחברו של המנות, וכך זה נפצע קשה בבטנו ובלסתו. הבדיקה הפאתולוגית קבעה כי המנות נדקר 13 דקירות, שאחדות מהן בלבד היו גם קטלניות, אך לא נקבע בוודאות אם הן נעשו כולן בידי המערער מס' 2 או חלקית גם בידי המערער מס' 1. נוסף על אלה, נקבע כי שני המערערים יהדו ידעו היטב, מה היעד שלהם, כשפרצו לתוך ביתו של המנות. עד כאן הממצאים, כפי שנקבעו על-ידי בית המשפט.

נניח כי היינו רואים את שיתזור מהלך הביצוע בסרט, והיינו עוצרים את תהליך ההסרטה לאחר הנקודה בה המערער מס' 2 הנחית את ארבע-חמש הדקירות ובטרם ירה המערער בחברו של המנות; נניח בנוסף, כי ההמשך אף לא התקיים בגלל הפתעת המתנגשים על-ידי אנשי משטרה, ואילו בין דקירות אלה לא היתה אף לא אחת מבין הדקירות הקטלניות. ועתה השאלה – נוכח המזימה המשותפת, כיצד היו מסווגים את הפעולות, בשלב זה, של שני המערערים? כפעולות ביצוע בצוותא, או כפעולות סיוע מטעם המערער מס' 2 לביצוע מטעם המערער מס' 1? כלום, בכלל, ניתן להפריד, מבחינת טיבן, בין הפעולות של שני המערערים? התשובה מתבהרת ביתר שאת אם מבודדים אף בתוך שלב זה של האירוע, את פעולת המערער מס' 2 מפעולותיו של המערער מס' 1, ומתעלמים מקיומן של אלה האחרונות. האם נשאר עוד ספק כלשהו שפעולות המערער מס' 2 מגלמות תחילת ביצוע משולבת היטב, פיזית ומנטאלית, בתחילת הביצוע מטעם המערער מס' 1; ותחילת ביצוע נשארת חלק ממנו, ללא כל השלכה של הימיה או הימיה, שהשלים אותו. חלק מן הביצוע, לעולם אינו עוד סיוע בלבד. לכן, לדעתנו, סיווג תמורתו של המערער מס' 2 לרציחתו של המנות, כסיוע לדבר עבירה, בטעות יסודה. כמוכן, אין אנו מתעלמים מכך שלפי הדין המצוי, הניתוח דלעיל אינו גולש מעבר להיבטו העיוני בלבד; שכן, דין מסייע כדון מבצע עיקרי. אך לא זו בלבד שאף הדיוק העיוני הוא יקר, אלא שגם ניתן לתאר שינוי בחוק, לפיו תהיה הבחנה בין דינה של התרומה המסייעת, העקיפה והמשנית, לביצוע העבירה, לבין התרומה הישירה והראשית – הביצוע העיקרי עצמו.

השגות כבדות יש לנו לגבי סיווג מעמדו של המערער מס' 2 אף לגבי העבירה שנעברה כלפי הקרבן האחר, חברו של המנות. לאחר שפרצו בכוח לתוך ביתו של המנות, ומצאו שם את חברו בלבד, אדם זה "אולץ על-ידיהם לשבת עמם"⁵⁸ עד שהגיע המנות. כל השיקולים המיוחדים למערער מס' 1, שהביאוהו לפעול למען חיטולו גם של חברו של המנות – שמא הוא יזהה ויסגיר אותם, חרף כיסוי הפנים, פן ירדוף אחריהם כשיסתלקו מן המקום, שמא יזעיק מיד את המשטרה – כל השיקולים הללו, כוחם יפה, כדי להסיק מהם כי בדיוק אותה מטרה עמדה גם לנגד עיניו של המערער מס' 2. גם השתלבות פעולות שני המערערים, אלה באלה, מצביעה כי הם פעלו, גם כלפי חברו של המנות, פיזית ומנטאלית, כגוף אחד. ארבע-חמש הדקירות שהנחית המערער מס' 2 על המנות, הוציאוהו מכלל עמדת כוח ואיפשרו אז למערער מס' 1 לטפל באותה מטרה בחברו של המנות, תוך יריית הכדור הראשון בו. לאחר מכן, באו שלוש יריותיו הקטלניות במנות, וכדי להשלים את המלאכה, גם היריה הנוספת כלפי חברו, ובמקביל הונחתו שמונה-תשע הדקירות הנוספות גם בגוף המנות. כלומר, שיתוף פעולה מלא ומתואם, מבחינה פיזית ומנטאלית, אמנם כל אחד בכלים שעמדו לרשותו ובהתאם לצורך השעה, כדי לממש את היעדים המשותפים. כיצד ניתן לסווג את הפגיעות בחברו של המנות, בעיני המערער מס' 2, כסטייה בלתי נשלטת ובלתי צפויה, של המערער מס' 1, ממהלך מימוש המזימה המשותפת, ולראות באותן פגיעות "תוצאה מסתברת" בלבד, ממהלך זה, ואף זאת בעיני אדם מן היישוב, ולא דווקא גם בעיני המערער מס' 2? האם לא היו מודעים שני המערערים כאחד, מן הרגע בו חבר המנות עוכב על-ידיהם בבית בו הם מצאו אותו וזיכו למנות, לכל מה שעומד להתרחש ואכן אירע, כולל הטיפול "הראוי" בחבר המנות? האם כל מה שאירע אינו משקף שיתוף פעולה ביניהם, על כל היקפו של האירוע, להשגת היעד המשותף? אין כאן כל סטייה מטעם המערער מס' 1 בעיני המערער מס' 2, בלתי נשלטת ובלתי צפויה. אם כך הדבר, כי אז מעמדו של המערער מס' 2 בנוגע למה שבוצע נגד אותו חבר, הוא של שותף, לפי כללי השותפות האמורים בסעיף 26 לחוק העונשין, ולא של מי שעליו לשאת באחריות נגררת לסטייה בלתי נשלטת ובלתי צפויה מראש, בהתאם להוראה המיוחדת שבסעיף 28 לחוק זה.⁵⁹ המערער מס' 2 היה שותף, במלוא מובן המושג, לנסיון לרצוח גם את חבר המנות.

58 שם, בע' 59 בין אותיות השוליים ה-1.

59 ראה פסקה 426.

השגה נוספת לגבי סיווג מעמדו של המערער מס' 2 בנוגע לעבירה נגד חברו של המנוח, נעוצה בכך, ששותפותו לנסיון האמור היתה בגדר ביצוע בצוותא של הנסיון, ולא בגדר סיוע לכך. הטעמים להשגה זו זהים לאלה עליהם מבוססת השגתנו גם על הגדרה כסיוע לדבר עבירה של תרומתו של אותו מערער לרצח המושלם של המנוח. עינינו הרואות כי סברתו של בית המשפט היא עקיבה — המערער מס' 2 תרם את תרומותיו בשתי העבירות כמסייע בלבד, ואילו השגתנו על סברה זו, היא גם כן עקיבה — לא היה כאן סיוע כלל, אלא ביצוע בצוותא, לכל דבר.

ע"פ 299/58⁶⁰ עשוי לשמש מקרה אחר שבעורתי ניתן לאשש את המבחן המוצע. שניים — שושנה ברזאני וצאלח מורתי — הורשעו ברצח בכוונה תחילה. שושנה ביקשה לשפוך את זעמה על אחד מבני המשפחה של בחור, בגלל אהבה נכזבת ויצר נקמה בו. צאלח, אחד ממקורביה, הכין ביחד עם שושנה קופסת-עץ שתתאים לרימון יד שהושג על-ידה. ביחד קנו בתנוות ממתקים, ממתקים וגם קופסת קרטון אשר, לפי מידותיה תוכל להכיל את קופסת-העץ כשבתוכה הרימון וממתקים בתפוזות. משם הלכו למקום אחר, בו התקין צאלח בקופסת-העץ את הרימון, פיזר את הממתקים, וארז יפה את הכל בקופסת-הקרטון כשמנגנון הרימון נועד להתפוצצות עם פתיחתה והרפיית הלחץ מעל קופסת-העץ. צאלח מסר לשושנה את התבילה ושושנה חזרה לתנות הממתקים וסדרה שם שהתבילה תימסר למשפחת המאהב באמצעות שליח. משפתח אביו את התבילה, הוא נהרג מפגיעות רסיסי הרימון. עד כאן הסיפור. בא כוח הנאשם, עצמו, הודה בכך "שאילו נמסרה התבילה על-ידי צאלח לבית-הדואר לשלחה לקרבן, היה בכך משום נסיון אלמלא נסתיים הדבר במות הקרבן". ומוסיף בית המשפט ממש בהמשך: "אך לפי הדעה האמורה אין לראות את ההבדל המהותי בין מסירה לבית-הדואר לבין מסירה לשושנה על פי תכנית ערוכה מראש שהיא תשלח את התבילה לקרבן באמצעות שליח מתנות-הממתקים" (בע' 1418 בין אותיות השוליים א-ב). למעשה, בכך הפעיל בית המשפט את מבחן הבידוד המלאכותי של ההתנהגות, לשם שיוכה למישור הביצוע הישיר או הסיוע העקיף. ברור כי, אם תוך בידוד כאמור, שייך בית המשפט את פעולותיו של צאלח לביצוע הישיר, אם כי הבלתי-מושלם, של העבירה, השלמת המלאכה על-ידי שושנה איננה משנה את מעמדו של צאלח — שניהם הם מבצעים בצוותא. לכן, תמוה שבית המשפט סבר, בהמשך, כי האמור לעיל מצדיק את הרשעתו של צאלח "כמסייע" בלבד (בסוף פסק הדין). אמנם, בא-כוח הנאשם טען כי כל עוד צאלח לא השתתף גם במשלוח התבילה, אין לראות בפעולותיו אלא מעשי-הכנה בלבד, אולם, אם בית המשפט הציב מול טענת "מעשי-הכנה" את נימוקו "פעולות ביצוע", הוא צריך היה להיות עקיב עם עצמו ולקבוע כי פעולות ביצוע הן של מבצע בצוותא, ולא של מסייע.

בסעיף 29(ב) להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, מוגדר "המבצע בצוותא" כמי שהשתתף "בביצוע העבירה תוך עשיית מעשים לביצועה... ואין נפקא מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי האחרים". הגדרה זו הולמת את המבחן האמור לעיל, ומתחשבת גם בהיקף המורחב של המושג ביצוע לצרכי העניין — הדיבור "... מעשים לביצועה...". מקיף יותר מאשר הדפוס של הרכיב ההתנהגותי המתואר בהגדרת העבירה. אילו היתה בתוקף הגדרה כאמור של "המבצעים בצוותא", בשעה שבית המשפט דן באותם מקרים, בהם השתמש ברעיון לפיו כל אחד עשוי להיחשב כמסייע לחברו, ודאי שבית המשפט היה משחרר את עצמו מן הצורך להיזקק לפליאטיב זה. אבל, נדמה, כי גם הפעלת המבחן דלעיל בלבד, יכולה היתה ויכולה גם היום להביא לפתרון הראוי.

§ 3. ביצוע באמצעות אחר

התרשים של 270. הכלל שלפיו אין שותפות לדבר עבירה אלא מקום שהעבירה היא ביצוע עקיף מסוג העבירות של מחשבה פלילית, מחייב דיון ופתרון במקרה בו א' תרם במודע לכך ש-ב' יעשה את פעולות הביצוע של עבירה שלא במחשבה פלילית או אף במצב בו אין הוא אחראי למעשיו. "שלא במחשבה פלילית", פירוש הדבר —

60 ע"פ 299/58 ברזאני ו-מורתי נ' היוה"מ, פ"ד יג 1409.

אם מתוך רשלנות בלבד, ואם בשגגה, ללא כל אשמה. במצב בו העושה "אינו אחראי למעשיו" – פירוש הדבר, בדרך כלל, עושה חסר כשרות פלילית, אם מבחינת בגרות הדעת, ואם מבחינת תקינות הרוח. ואילו תרומתו המודעת של א' מתבטאת בהתנהגות שהיתה נופלת בגדר שידול או סיוע אילו ב' היה בעל כשרות פלילית ופעל במחשבה פלילית, כמובן תוך מודעות גם למצב בו נתון ב' בשעת עשיית פעולות הביצוע.

חובה לציין כי המצב המתואר לעיל – העדר כשרות פלילית או העדר מחשבה פלילית – בו נתון עושה פעולות הביצוע, בשעת עשייתו, הוא המצב הטיפוסי האופייני לביצוע באמצעות אחר. יש עוד מצבים, נוספים, בהם עשוי להימצא ב', כגון העדר רצייה, כוונה, צידוק או אף שכרות, כאשר א' עלול לבצע באמצעותו עבירה פלילית, כמבצע עקיף. מצבים נוספים אלה טעונים הבהרות מסויימות, שיינתנו בהמשך. כל הדיון הבסיסי בסוגיית הביצוע העקיף, כוחו יפה גם למקרים בהם ב', העושה את פעולות הביצוע, עשה אותן באחד מן המצבים הנוספים האמורים, כמובן עם השינויים החיוניים, המתחייבים מהייחודיות שבהם; גם על כך נדון בהמשך. אולם, בינתיים, לשם פישוט הדברים, ראוי למקד את הדיון בביצוע העקיף לפי המתכונת הטיפוסית שלו – עושה פעולות הביצוע, שלא במחשבה פלילית או בהעדר כשרות פלילית, מקום שהמבצע העקיף תורם לעשייה זו, במודע לה, ולמצב בו נתון העושה.

כל המצבים הללו, בהם נתון עושה פעולות הביצוע, הם מבחינת נסיבות חיוניות להתהוות הביצוע העקיף. שכן, מבחינת המבצע העקיף, הם נתונים אובייקטיביים, מצויים בעולם החיצון, צמודים לאותו אדם אחר שבאמצעותו הוא מבצע את העבירה.

התרשים של הביצוע העקיף, בקוויו הבסיסיים, הוא אפוא כדלקמן: א', מבצע עקיף, שהוא, כמובן, בעל כשרות פלילית, שתרם לביצוע עבירה פלילית, בהבאתו של ב' להגשים את הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבאותה עבירה, בנסיבות ותוך אפשרות גרימת התוצאות, בהן מותנית התהוות עבירה זו, או בהגשת עזרה לו לשם כך; הכל, מקום ש-ב' נתון, בעת ההתנהגות, במצב של חוסר כשרות פלילית, של העדר רצייה, או שהוא מתנהג ללא מחשבה פלילית או עקב כפיית ההתנהגות עליו על-ידי א', בתנאים בהם ב' אינו אחראי לה; ואילו א', הפועל מתוך המחשבה הפלילית הדרושה להתהוות העבירה האמורה, מודע למשמעות תרומתו להיווצרותה, וכן לכך שהרכיב ההתנהגותי שבה מוגשם על-ידי ב', ובתנאים האמורים בהם ב' התנהג. בקיצור: – מצד אחד, א', המבצע העקיף שתרומתו הפיזית לגיבוש העבירה מתבטאת בהבאתו של ב' לעשיית פעולות הביצוע שלה, או במתן עזרה לכך, ותרומתו הנפשית לגיבוש מתבטאת בהתקיימות אצלו של המחשבה הפלילית בה מותנה גיבוש זה, בנוסף למודעותו לכך ש-ב' הוא זה שמגשים את הרכיב ההתנהגותי שבעבירה, וש-ב' עושה זאת בתנאים הנוכחים לעיל;

– מצד שני, ב', עושה פעולות הביצוע, משמש כלי בידי א', באשר הוא אינו מסוגל להבין את משמעות פעולותיו או להתנהג תוך התחשבות במשמעותן, או שהוא חסר אפשרות בחירה בין פעולותיו לבין ההימנעות מהן, או שאינו כלל מודע, בשעתן, למשמעותן, או שהן סתם נכפו עליו. בשתי מלים כלליות ביותר, התרשים הוא: מפעיל מודע – כלי מופעל; היסוד הנפשי ממוקם אצל המבצע באמצעות אחר, והגרעין ההתנהגותי מוגשם על-ידי אדם אחר זה, ככלי בידי הראשון. זוהי החלוקה הבסיסית שבביצוע העקיף, כאירוע עברייני רב-משתתפים.

271. הביצוע העקיף – זהו הביטוי העדיף לדידנו – כשהוא לעצמו, הוא תופעה כרוכה באירוע עברייני רב-משתתפים, המבצע העקיף והעושה של פעולות הביצוע בתנאים האמורים לעיל. המשתתפים באירוע כאמור אינם גם שותפים לו, כי, בתנאים אלה, אין ביניהם שיתוף פעולה לפי כללי השותפות. יחד עם זאת, סוגיית הביצוע העקיף מתקשרת מטבעה עם סוגיית השותפות, בשל הרקע המשותף – אירוע רב-

משותפים בשני המקרים — שמעלה את הצורך להבחין ביניהן, בנקודות שבהן הם נוגעים זה בזה. מלבד זאת, המונח "מבצע" בהקשר לביצוע עקיף מחייב הגדרה, שמשלימה את המושג "מבצע", כעושה יחיד של עבירה, כמבצע בצוואת במתכונת שותפות הומוגנית וכמבצע עיקרי במתכונת שותפות הטרוגנית, בהתאם להבחנה שעשינו בין שתי המתכונות. בנוסף לכך, גם למבצע העקיף עשויים להיות שותפים במתכונת הרגילה של שותפות. הסוגיות גובלות זו בזו, מצויידות במינות הופף בחלקן, ומחייבות, בשל הרקע המשותף האמור, בצד ההבחנות ביניהן, התייחסות גם לבעיות מקבילות. מכאן, שרק טבעי הוא שהסדרתן והדיון בהן יהיו תחת גג אחד. לכן, נראה מלאכותי ומיותר הנסיון להבחין בין שתי שיטות בעולם המשפט, האחת, והמשפט הישראלי בכללה, לפיה כללי הביצוע העקיף מיועדים להשלים את דיני השותפות לדבר עבירה, ואחרת המתייחסת לכללים אלה בלא קשר לדיני השותפות⁶¹. אין זה עניין, לא של השלמה ולא של הפרדה, אלא של עיון וטיפול בנושאים בעלי רקע משותף, על כל הכרוך בכך, ותו לא. דרך אגב, בכל ספריי-החוקים של המדינות בהם, כביכול, דנים בסוגיית הביצוע העקיף ללא זיקה לדיני השותפות, מוסדרת הסוגיה ביהד עם השותפות לדבר עבירה, באותו פרק ותחת אותה כותרת, ואין, כאמור, דבר טבעי מזה, כאשר הרקע הוא משותף — אירוע עברייני רבי-משותפים.

התשתית העקרונית 272. מבחינה אובייקטיבית, מציגה המתכונת של הביצוע העקיף של עבירה של הביצוע העקיף את המבנה של שותפות; אולם, העדר מחשבה פלילית בצד פעולות הביצוע, גורם לשינוי איכותי של התרומה העקיפה — ממעמד של שידול או של סיוע

לביצוע ישיר, למעמד של ביצוע עקיף, תוך היבלעות בו של התרומה האובייקטיבית הישירה של האדם האחר, ששימש כלי בידי המבצע העקיף, זרועו הארוכה, לשם הגשמת מוזמתו. עצם הדיבור "ביצוע באמצעות אחר" נותן ביטוי, בלשון בני-אדם, לרעיון כי המבצע העקיף, המודע לכך שלפניו אדם שאינו מודע או שאינו מסוגל להיות מודע, למשמעות התנהגותו, מתייחס להתנהגות זו כלהתנהגותו הוא, בדומה למקרה שבו היה מבצע פעולות באמצעות רובוט, מגנט, כלי דומם אחר, או בעל-חיים מאולף או סתם בעל-חיים, או במקור אנרגיה פיזית כל שהיא. האדם שעושה את פעולות הביצוע, עושה אותן כתנאים בהם הוא חסר ביקורת עצמית על המשמעות הערכית של פעולות אלה, ומקום שאדם אחר, מודע לכך, משתמש בו כדי לבצע עבירה, כזרועו הארוכה, או ככלי בידיו, ככל כלי אחר⁶².

לא למותר להמחיש את הנושא בדוגמאות מספר. א' משכנע את ב' כי האקדה שבידו אינו טעון, מוסר לו את כלי-הנשק ומציע לו שיבהיל במעשה קונדס את ג', תוך הכוונת האקדה כלפיו ויאיים עליו בפגיעה. ב' מאמין ל-א' כי האקדה אינו טעון, ואינו בודק אותו בעצמו; או, ב' מבקש מ-א' אקדה, בהניחו כי הוא אינו טעון, כדי לבצע מעשה קונדס ב-ג'. א' יודע כי אקדחו הוא טעון, ומוסר את האקדה ל-ב', משום שהוא מתעב את ג' ורוצה במותו. ניתן להוסיף גם הנהה שלישית, בה האקדה לא היה טעון, ו-ב' אף בדק אותו והשתכנע שהכלי אינו טעון, אולם א' הצליח לטעון את הכלי בזריוות בלתי רגילה ומבלי שניתן היה להבחין בכך, לפני ש-ב' ניגש לביצוע מעשה הקונדס, בו גרם לתוצאה קטלנית. במקרה הראשון והשני, פעל ב' מתוך רשלנות; במקרה השלישי, הוא פעל ללא אשמה כלשהי; אולם, בכל שלושת המקרים, א' פעל מתוך מחשבה

61 ראה: מ' גור-אריה, "ביצוע עבירה באמצעות אחר" ספר זוסמן 319, 320—319. נטען שם כי הגישה האחרת "מקובלת במרבית שיטות המשפט הקונטיננטלי", ואולם בספרי החוקים המאוזכרים, הנורמות שמסדירות את נושא הביצוע העקיף נמצאות באותו פרק ממש עם הנורמות שמסדירות את השותפות, תחת הכותרת "שותפות", ולעתים אף בתוך אותו סעיף אגב הגדרת המושג "מבצע", כצד לעבירה רבת-משותפים, כאשר ההסדרים הנותרים מתייחסים באותה מידה למבצע העקיף כלמבצע הישיר, במידה שאין הוראה מיוחדת סותרת.

62 ראה: ע"פ 365/72 אפולין ג' מ"י, פ"ד כח(1) 312, 314 מול אות השוליים ה.

פלילית כמבצע עקיף – ולא כמשדל או כמסייע – כאשר ב/ ולא רק האקדה, שימש לו כלי להמתתו של ג/. היה כאן ביצוע עקיף של המתת ג' במחשבה פלילית, על-ידי א/. העובדה שבמקרה הראשון והשני ניתן להאשים גם את ב' בהמתת ג' ברשלנות, אינה יוצרת כל זיקה אופיינית למתכונת השותפות, של עבירתו של א/, לעבירה זו; כשם, שאילו א' עצמו היה משוכנע כי האקדה אינו טעון, אך לא בדק אותו עובר למסירת האקדה ל-ב/, אך גם זה לא בדק אותו עובר לעשיית מעשה הקונדס הקטלני, לא היה בין שתי עבירות ההמתה מתוך רשלנות, כל זיקה אופיינית למתכונת השותפות. אולם, ראוי לציין, כבר בשלב זה, כי אין למקרה האמור כל זיקה גם למתכונת הביצוע באמצעות אחר.

ונוסיף עוד דוגמה: א' נוסע ברכבת יחד עם ב', באותו קרון. כשהם עומדים לרדת ממנו באותה תחנה, מבקש א' מ-ב' לעזור לו, ולהוריד מזוודה השייכת, לאמיתו של דבר, ל-ג/, שנמצא אותה עת בקרון-המסעדה, ולא ל-א', כפי ש-ב' הניח לפי דבריו של א/. אף אילו אדם מן היישוב, במקום ב', היה נוהר לפני הגשת "העזרה" ל-א', אין מקום לייחס ל-ב' כל עבירה, משום שעבירת הגניבה מותנית במחשבה פלילית, ואין די ברשלנות לשם התהוותה. אולם, א', פעל מתוך מהשבה פלילית וביצע ביצוע עקיף של מעשה גניבה, אם כי פעולות העשייה נעשו על-ידי ב/, ככלי בידי א', כזרועו הארוכה.

273. אין, לדעתנו, כל טעם לנטוש ביסוס זה. טבעי ולכן גם מקובל, של הידמות המבצע העקיף למבצע ישיר, ולכנות תיאוריה מלאכותית, לפיה יש להשתית את פליליות הביצוע העקיף על רעיון "הסיבתיות" – שהרי המבצע העקיף של העבירה "גרם לביצוע היסוד העובדתי שלה במצב של העדר אחריות או של העדר מחשבה פלילית, ובלבד שניתן לייחס לו את היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה"³²¹. אמנם, הדיון בסוגיית הביצוע העקיף מאפשר, מבחינה לשונית, שימוש מרובה במטבע הלשון "גרם". אבל, ראוי לדייק ולהבהיר כי הביצוע באמצעות אחר אינו משקף כלל סיבתיות במתכונת של "סובב" ו"מסובב"; כשם שהאדם אינו עשוי להיראות כ"סובב" של התנהגותו הוא, או כשם שאין התנהגותו של אדם ה"מסובב" של עצמו, כל עוד המושג התנהגות טומן בחובו את היסוד – כדי לא להשתמש שוב בתיבה "החשודה" ה"גרם" – האנושי. התמונה המצטיירת לעיני כל, כאשר מדובר ב"ביצוע עבירה באמצעות אחר", היא, פשוטו כמשמעו, זו של שימוש באדם אחר ככלי בלתי מודע או ככלי שאינו מסוגל להיות מודע, כדי לעשות מה שנדרש מבחינה פיזית לשם ביצוע העבירה. הביצוע של העבירה על מורכבותה המלאה, הוא של המבצע העקיף, שכן האחר, שהגשים בשבילו את הפעולות הפיזיות לשם כך, היה חסר ביקורת עצמית לגבי משמעותן האנטי-חברתית ועשאן כזרועו; גם זרועו של האדם אינה מודעת למה שהיא עושה. העשייה הפיזית של האחר משתלבת אפוא בתרומתו של המבצע העקיף בדיוק כפי שמשתלבת בה העשייה העצמית, כמרכיב אוביקטיבי של עבירתו; וביחד עם המרכיב הנפשי, המתקיים אצל המבצע העקיף, הם מצמידים את העבירה, כתופעה מורכבת ובלתי ניתנת לפירוק. מבחינת המבנה של עבירה של מוזהבה פלילית, הכל שייך למבצע העקיף, ללא חלוקה ל"סובב" ו"מסובב". ניקח לדוגמה את המקרה בו א' מטמין בתוך אוטובוס פצצה מתוכרת למנגנון ההתנעה של הרכב. הפיצוץ מותנה בהפעלת המנגנון על-ידי נהג האוטובוס. כלום פליליות התנהגותו של א' מושחתת על רעיון ה"סיבתיות" בכך ש-א' "גרם" לכך שהנהג יפעיל את מנגנון האוטובוס ויגרום בכך, כמוכן שלא במודע, לפיצוץ ולקרבות בנפש? או שמא פעולתו של הנהג נבלעת בתוך מעשהו של א', שהשתמש בנהג כזרועו הארוכה? אכן, בדוגמה זו, עשה הנהג רק חלק מפעולות הביצוע, אולם ההפרש בין מקרה זה לבין המקרים בהם א' הפקיד בידי האדם האחר את עשיית כל פעולות הביצוע, הוא כמותי גרידא. אין כאן שום "סיבתיות" ושום "גרימה", אלא, פשוטו כמשמעו, שימוש בכלי, שכל פעולותיו נבלעות בהתנהגותו של המשחמש בכלי, אף כשהוא כלי אנושי. מלבד זאת, המונח "גרם" אף אינו מקיף את כל ההיפותיות של ביצוע באמצעות אחר. למשל, א' רואה שבנו בן העשר "סוחב" מתצרו של השכן טובין מסויימים. כדי לאבטח את הצלחת "הסחיבה", שומר א' במקום כדי שבנו לא יופתע, ואף נוחן לו עצות כיצד להעביר את הדברים לדירתם. זהו בוודאי ביצוע

63 מ' גור-אריה, "ביצוע עבירה באמצעות אחר" ספר זממן, 319, 321.

באמצעות אחר — הבן הקטין הנתון למרותו הנעדר כשרות להבין את המשמעות הערכית המלאה של פעולותיו; אך השימוש במקרה זה של התיבה "גרם" כבר אינו הולם כל כך. שכן לא א' היה זה שיוזם את פעולות בנו, אך הוא תרם להצלחתן. גם מבחינה זו, קשה להסכים לביסוס פליליותו של הביצוע העקיף על רעיון "הגרימה". אך ההסתייגות מביסוס זה היא עקרונית, כאמור לעיל; הרעיון סותר את המציאות.

274. אין כל צורך בקונסטרוקציות תיאורטיות "חדשניות" כדי לפתור את הבעיות של הביצוע העקיף. אפילו כאשר במדינה זו או אחרת, ההסדר הנורמאטיבי של הסוגיה הוא לקוי ואינו מאפשר פתרונות ראויים לכל מקרה הנופל בגדר ביצוע עקיף; החוק טעון שם תיקון, פשוטו כמשמעו. למשל, אם סעיף 27 לחוק העונשין, הדין ב"מבצע על-ידי שליח" פותח במלים "המשדל את חברו לעשות . . .", שלכל הדעות — כפי שנראה להלן — אינן מתאימות לעניין; שכן, אין זה עניין בדיוק של "שידול", על המשמעות המשפטית של מושג זה, ועל כל פנים, לא של שידול בלבד. מלבד זאת, מדובר בעשייה של "מעשה או מחדל" — ולא של "עבירה" — כלומר בהתנהגות שאין בה, מבחינת "השליח", אף עבירה של רשלנות, למרות שלשם ביצוע עבירה באמצעות אחר, די שהאחר לא היה מודע למשמעות האנטי-חברתית של התנהגותו, שעשויה להתבטא אפוא גם בהתנהגות רשלנית. סעיף 27 האמור אינו כולל אף הסדר מפורש של ביצוע באמצעות אחר של עבירה תלויה בעושה מיוחד — *delictum proprium*, שהיה בוודאי עדיף על פני פתרונות על בסיס פרשנות. לשם כל אלה, יש לתקן את סעיף 27, אך לא להחליף את הבסיס הטבעי של פליליות הביצוע העקיף. שהרי, כך או אחרת, ממילא מתבקש הסדר נורמאטיבי ברור, מושלם ומפורש של הסוגיה, כדי להבטיח עשיית דין מושתתת על בסיס מסודר, אחיד ויציב. ניתן לתקן גם הוראות חוק, אם יש כאלה⁶⁴, שמתנות ביצוע עבירה באמצעות אחר, בכוונה בלבד, כאשר אין ספק כי הוא ברי-הגשמה מתוך כל צורה של מחשבה פלילית ובתנאי שגם הביצוע הישיר של העבירה אינו מותנה כאמור; ושוב ללא כל מניעה הנובעת מן הבסיס הטבעי של פליליות הביצוע העקיף.

275. נוהגים, לעתים, להתייחס לאדם שעשה את פעולות הביצוע בכינוי המצבים בהם עשוי להימצא ה"אחר", סוכן "תמים". שם התואר "תמים" הוא, אולי, מוגזם, כי, לא בכל המקרים המודגמים לעיל היה חלקו של ב' אכן ללא כל רבב. מקום שהוא פעל מתוך רשלנות וקיימת גם עבירה מקבילה של רשלנות — כגון המתת אדם ברשלנות — תרומתו של ב' איננה תמימה לגמרי; היא אף מתבטאת בעבירה פלילית, העומדת ברשות עצמה. אפילו אין עבירה מקבילה מתוך רשלנות, אך הוא התנהג ברשלנות, קשה לדבר על תמימות של ממש; אם כי ראינו כי הביצוע העקיף עשוי להתממש באמצעות אדם שהתנהג גם בצורה נקיה מכל אשמה. אולם, המאחד את כל המקרים של ביצוע עקיף של עבירה, באמצעות אחר, הוא, שמבחינה מנטאלית, האדם האחר עושה את פעולותיו ללא מחשבה פלילית, כלומר ללא אותה ביקורת עצמית של אדם מודע בפועל למשמעות האנטי-חברתית על מעשהו, אפילו כאשר היתה קיימת יכולת סבירה להיות מודע למשמעות זו של הפעולות. מקום שמתייחסים למצב הנפשי

64 שם, בע' 330, הערת שוליים 33. מן העובדה שלמבצע העיקרי יש שליטה כלשהי על עשיית פעולות הביצוע על-ידי האדם האחר, אין כלל ללמוד כי אותו מבצע פועל מתוך כוונה בלבד. אין ספק כי יש לו שליטה, שכן לפניו אדם הפועל מתוך חוסר מודעות למשמעות התנהגותו, בעוד שהמבצע מודע לכך, ומכוח כך הוא מסוגל גם למנוע את האירוע. אך אין זאת אומרת כי יחסו הנפשי של המבצע אינו יכול להתבטא גם בפזיזות. אף מקריאת הגורמות מן הקודקסים המאוחרים קשה להתרשם כי הן מתנות את פליליות הביצוע העקיף בכוונה בלבד. אפילו פליליות זו כדברי המחברת, "מוגבלת למקרים בהם העושה מכוון את האחר לבצע את היסוד העובדתי של העבירה . . .". עדיין ניתן לכוון גם מתוך פזיזות, כשם שהמבצע הישיר עשוי לכוון את התנהגותו מתוך פזיזות; שהרי "הכוונה" אינה שם גרדף ל"כוונה". מלבד זאת לאחר ציטוט מן הקודקס הפלילי הפולני וציטוט מן הקודקס הפלילי האתיופני, כלום התייחסות למושגיות הנהיגה "בקונטיננט" אינה מעוררת מבוכה, הן מבחינת בסיס ההלכה והן מבחינת זהות הקונטיננט?

בו היה נתון עושה פעולות הביצוע, עדיף אפוא לדבר על ביצוע עקיף, באמצעות אדם אחר שעשה פעולות אלה ללא מחשבה פלילית, מבלי להגדירו מבחינה ערכית כסוכן "תמים" דווקא. לאמיתו של דבר, גם המונח "סוכן" אינו הולם כל כך את מעמדו של האדם "האחר", במתכונת הביצוע באמצעות אחר. זהו סתם כלי אנושי בידי המבצע העקיף. אולם, אם התוספת "תמים" עשויה להפריע, הרי עם המונח סוכן עדיין ניתן להשלים ולצקת בו את התוכן של כלי.

276. מצב אחר – מלבד ביצוע שלא במחשבה פלילית – בו ניתן לדבר על ביצוע עקיף של עבירה, באמצעות אחר, הוא, כאמור, זה בו העושה של פעולות הביצוע הוא אדם שאינו אחראי בפלילים למעשהו בשל חוסר כשרות פלילית, אם מבחינת בגרות הדעת ואם מבחינת תקינות הרוח. הפצרה בקטין מתחת לגיל האחריות הפלילית או הגשת עזרה לו, לעשות פעולות ביצוע של עבירה, הם, לאמיתו של דבר, ביצוע, באמצעותו, של העבירה. כך גם הפצרה באדם בלתי-שפוי בדעתו, או הגשת עזרה לו, לעשות את פעולות הביצוע של עבירה פלילית, הן ביצוע, באמצעותו, של העבירה. בשלב זה, כשמתייחסים לאדם בלתי-שפוי בדעתו, מצטמצמים אנו לאי-שפיות הדעת במישור השכלי, ואילו לאי-שפיות הדעת במישור הרצוני נחזור בהמשך. בשני המקרים בהם מדובר בביצוע עקיף של עבירה, באמצעות קטין שאינו עדיין בר-עונשין או באמצעות אדם בלתי-שפוי בדעתו, העושה של פעולות הביצוע הוא נעדר היכולת להבין את משמעות התנהגותו, אם לאור כללי המציאות הפיזית, ואם לאור כללי המציאות החברתית. אדם כזה אינו אלא כלי, בשליטתו של המבצע העקיף, שהוא המבצע של העבירה, לכל דבר. אשר לאי-שפיות הדעת הרצונית, ידוע כי הסובל ממנה מודע למשמעות הפיזית והערכית של מעשהו; אולם בגלל שיבוש במערכת חיי הנפש שלו, הוא מופעל, בעניין מסויים, על-ידי דחף-פנימי-חולני בלתי-נשלט לבצע מעשה מסויים. אדם כזה אינו אחראי למעשה כאמור, שכן באותו עניין, הוא נעדר כל יכולת להתמודד עם הדחף ולהימנע מן המעשה. אולם, ניתן לתאר גם מקרה בו מישור אחר ישתמש באדם זה, בעצה, בעידוד, בכלים, ביצירת תנאים, כדי שיבצע את המעשה האמור. במקרה זה, העושה את פעולות הביצוע הוא אדם נעדר יכולת להפעיל כל ביקורת עצמית, רציונאלית, וחסר שליטה עצמית לגבי עשיית המעשה. הוא בבחינת קפיץ דרוך בידי מי שמעוניין לשחרר, בנסיבות מסויימות, את הכוח המצטבר בו, כדי שיעשה תחת הלחץ הפנימי, החולני הבלתי-נשלט, את פעולות הביצוע של העבירה, אם כי, ממילא היה נחוש בדעתו לעשותן. העושה הוא חסר ביקורת עצמית של אדם המסוגל לשלוט על התנהגותו. המשותף למקרים בהם העושה של פעולות הביצוע היה נעדר כשרות פלילית בשעת עשייתן, הוא שמדובר באדם שאינו מסוגל להבין את המשמעות הפיזית או הערכית של מעשהו, או שאינו מסוגל להימנע ממנו. במקרים אלה, המבצע האמיתי של המעשה הוא המפעיל אדם כאמור.

277. ראינו כי נסיבה רלוואנטית להתהוות הביצוע העקיף היא המצב בו נתון עושה פעולות הביצוע, מצב ההופך אותו לכלי בידי המבצע העקיף⁶⁶. מצבים טיפוסיים מסוג זה הם ביצוע פעולות אלה שלא במחשבה פלילית או במצב של קטינות או אי שפיות-דעת, השוללות את הכשרות הפלילית. אולם, ייתכנו מצבים נוספים בהם עשוי להיות נתון אדם ולהיפך מכוחם כלי בידי המעוניין לבצע באמצעותו עבירה פלילית. כך, המצב של העדר רציון, כאשר חסרה ל-ב' השליטה על תנועותיו הגופניות, עלול לשמש

65 ראה פסקה 270.

ל-א' הודמנות לבצע באמצעותו של ב' עבירה פלילית. למשל, א' דחף את ב' בכיוונו של ג' כדי לפגוע בו, וכך ג' נחבל על-ידי ב' במעשה שעשהו עקב כפייה גופנית שלא יכל להתגבר עליה; ב' הופנט על-ידי א' שציווה עליו לבצע, למשל, מעשה מגונה ב-ג'; כדי להיפטר מתינוקה של ב', חברתו, שם א' את התינוק במוטתה של ב' בעת שישנה, והיא חנקה אותו בגופה בשעת שינה, אין, לדעתנו, הסדר מפורש לדרישת "הרצייה" בדין המצוי, אבל היא מקובלת על הכל.

המצב של כורח בו נצטווה ב' על-ידי א' לעשות מעשה באיום בפגיעה חמורה ומיידית בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו שלו או של זולתו, הופך את ב' לכלי בידי א' כדי לבצע באמצעותו עבירה פלילית. בשינויים אחדים, מוסדר מצב זה בסעיף 21 לחוק העונשין, תחת הכותרת "כורח". המצב של צידוק, בו ב', החייב לציית ל-א' מכוח סמכותו החוקית, עשוי לשמש כלי בידי א' לשם ביצוע עבירה פלילית במילוי צו בלתי חוקי שקיבל מ-א'. מצב זה מוסדר בדין המצוי בסעיף 24(א)(2) לחוק העונשין.

גם המצב של שכרות מלאה בלתי רצונית, אליו נקלע ב', עשוי לשמש הודמנות ל-א' שיבצע באמצעותו של ב' עבירה פלילית. המצב מוסדר בסעיף 20(א)(1) לחוק העונשין, תחת הכותרת "שכרות".

נדמה כי יש מקום להבהיר ולסייג את הדברים שנאמרו בנוגע לביצוע באמצעות אחר, כאשר האחר עשה את המעשה במצב של כורח או של צידוק כאמור. אדם שלישי, אך לא המאיים, במקרה של כורח, או לא מי שנתן את הצו הבלתי חוקי, במקרה של צידוק, אשר עודד את העושה או הושיט לו עזרה, לעשות את המעשה שהחוק שולל ממנו את פלילותו, לא יוכל להיחשב למבצע עבירה באמצעות אחר. אדם כזה הוא שותף למעשה שזכה בלגיטימציה מטעם החוק הפלילי, באשר אלמלא נעשה היו התוצאות המזיקות חמורות יותר. כמוכן, בתנאי שבמקרה הצידוק, מודעותו של אותו אדם שלישי למהות הצו לא היתה מפלילה אותו אילו היה הוא מבצעו.

278. בכל המקרים דלעיל, ניתן תיאור למצבים⁶⁶ המהווים סייג לפלילות המעשה שנעשה באחד מהם, ולכן העושה אינו אחראי לו. כתוצאה מכך, החלק מן ההגדרה של מבצע באמצעות אחר, הקובע שזה "אדם שתרם לעשיית המעשה שעשהו במצב בו אין הוא אחראי למעשיו", כפי שנוסח בסעיף 29(ג)(1) להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש⁶⁷ עשוי להקיף את כל המצבים דלעיל.

66 יש להבהיר כי אין זה בדיוק התיאור שבהגדרות הסייגים המקבילים לאחריות פלילית שבחוק המצוי. אין לכך חשיבות גם אם בחוק הרצוי תהיינה הגדרות בדיוק כאלה. העיקר הוא שבמצבים מסויימים, המשמשים סייג לאחריות פלילית בנין העבירות שנעברו בהם, עשוי העושה לשמש כלי בידי מי אשר מבצע באמצעותו עבירה כאמור. יתירה מזו, במצבים של צידוק עקב ביצוע צו בלתי-חוקי של רשות מוסמכת, ובייתוד של כורח כפייה, הביצוע העקיף של עבירה הוא מרכיב חיוני של המצב; לא תמיד במצב של צידוק, שכן, אין זה הכרחי שנתון הצו עשה זאת תוך מודעות לכך שביצועו יצמח עבירה פלילית, אבל תמיד במצב של כורח כפייה, כאשר כל מטרתו של האדם היא להכריח את האחר לבצע בשבילו את העבירה.

67 והרי נוסח הסעיף 29 במלואו:

29. (א) מבצע עבירה — לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר.
 (ב) המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקא מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחרים.
 (ג) מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה בידי אחר

279. יחד עם זאת, למרות שהנוסח היה מקיף גם ביצוע מעשה במצבים של הגנה פרטית או צורך – המוסדרים בדין המצוי בסעיף 22 לחוק העונשין תחת הכותרת "צורך" – אין, לדעתנו, אדם, המעודד את העושה או המגיש לו עזרה, מבצע עבירה באמצעות אחר. כי כאן המדובר בעושה שהיה עושה את המעשה אפילו ללא עידוד או עזרה חיצוניים, ואילו המעשה עצמו הוא בעיני החברה גם מעשה לגיטימי ומועיל. כתוצאה מכך, המעודד או המושיט עזרה לביצוע מעשה בתנאים של הגנה פרטית או של כורח נסיבות, אינו יכול להיראות, מבחינה ערכית, כמבצע עבירה באמצעות אחר, יהיו המגיעים שעמדו מאחורי תרומתו לביצוע המעשה אשר יהיו.

לשם השלמת התמונה, ראוי להתייחס בקצרה גם לביצוע מעשה במצב של שכריות מלאה רצונית (סעיף 20(א)) כאשר אין מתקיים אף לא אחד מן התנאים האמורים בפסקות (1) ו-(2) לסעיף קטן זה). במקרה זה, מייחסים לעושה ביצוע מעשה מתוך אדישות, אם כי בגלל השכרות היה מנותק מן המציאות ולא ידע בשעת המעשה את אשר הוא עשה. נדמה כי, השיקולים לייחוס עבירה של אדישות לעושה כאמור, לחוד, והעובדה שעושה זה פועל באופן בלתי מודע למעשהו ומשמעותו, לחוד. הוא עלול לשמש כלי בידי אדם המעוניין לבצע באמצעותו עבירה מסויימת, על-ידי עידודו או בהושטת עזרה לו. זהו מקרה מיוחד במינו, בו, למרות שמייחסים לעושה עבירה של מחשבה פלילית, ניתן לראות בו, בעת ובעונה אחת, כלי כאמור. והוא, משום שעשייתו היא בלתי מודעת. מכאן, שההתייחסות לעושה פעולות הביצוע שלא במחשבה פלילית טעונה פרשנות דווקנית – מחשבה פלילית בפועל, ולא מונחת.

280. במקרים המתוארים של ביצוע באמצעות אחר – אלה המתאפיינים בעושה של פעולות הביצוע, שפעל שלא במחשבה פלילית, ואלה המתאפיינים בעושה של פעולות הביצוע שהיה נעדר כשרות פלילית – מדובר בעושה שבשעת המעשה היה חסר ביקורת עצמית לגבי המשמעות האנטי-חברתית של פעולות אלה, או חסר יכולת להתנהג בהתאם לביקורת זו. במקרים הנותרים – של העדר רצייה, כורח, צידוק ושכרות – מעמדו של עושה פעולות הביצוע ככלי בידי מי שהיה מעוניין להשתמש בו כדי לבצע עבירה אינו פחות ברור. לעתים, הוא פעל אף בחוסר הכרה – שינה, מהופנט – או תוך עירפול מלא של התודעה – שכרות.

בכל המקרים האמורים, היחס בין המבצע באמצעות אחר לבין עושה זה, אינו כפוף לכללי השותפות, חרף העובדה שלכאורה תרומתו של המבצע העקיף התבטאה במעשי "שידול" או "סיוע", והעושה עשה את פעולות הביצוע. פעולות אלה מתמוגגות עם תרומתו של המבצע העקיף ונבלעות בתוכה, וזהו המבנה המיוחד של הביצוע העקיף של עבירה. מובן כי לביצוע עקיף זה, עשויות להצטרף צורות של שותפות – שידול לביצוע כאמור וסיוע לביצוע כאמור. במקרה כזה, יהיה הביצוע "העקיף" כלפי צורות אלה, של שותפות עקיפה, ביצוע ישיר דווקא, לכל דבר. הוא "עקיף" אך ורק ביהם לפעולות הביצוע שנעשו על-ידי האדם האחר. אך, כאמור, אדם זה הוא מחוץ למתכונת השותפות, אפילו כאשר ניתן לייחס לו עבירה של רשלנות; עבירה זו עומדת ברשות עצמה.

שעשהו –

(1) במצב בו אין הוא אחראי למעשיו, או

(2) ללא מחשבה פלילית.

(ד) לעניין סעיף קטן (א), אם העבירה מותנית במיחות מיוחדת של העושה,

יהיה אדם מבצע אותה עבירה, גם כאשר אותו תנאי מתקיים לגבי האחר.

סימנייהוד אומיקטיביים 281. ראוי לציין כי היסוד העובדתי שבעבירה שנעברה תוך ביצוע עקיף מאופיין בסימנייהוד ספציפיים לדרך זו של ביצוע עבירה, במישור הרכיבים הנסיבתי וההתנהגותי.

במישור הרכיב הנסיבתי מאופיין היסוד העובדתי בשתי נסיבות רלוואנטיות, ייחודיות למתכונת הביצוע העקיף, המהוות חוליה מקשרת בין פעולות הביצוע לבין תרומת המבצע העקיף. הן מתבטאות באדם נוסף שעשה את פעולות הביצוע וכמוצב מיוחד בו אדם זה היה נתון בשעת עשייתן. שתי הנסיבות נותנות ביטוי גם להיות הביצוע העקיף מותנה באירוע רב-משתתפים, אם כי נשלט בכללים שאינם אלה שבדיני השותפות. אשר לאדם הנוסף, אין זה הכרחי שיהא בעל כשרות פלילית. אדרבא, כפי שראינו, אחד מן המצבים בהם הוא יכול להיות נתון, האופייניים לביצוע עקיף, הוא העדר כשרות פלילית, אם מבחינת הגיל ואם מבחינת שפיות-הדעת. בכך כבר נגענו בנסיבה האחרת האופיינית לביצוע עקיף — המצב המיוחד בו היה נתון העושה של פעולות הביצוע בשעת עשייתן, כדי שהוא ישמש כלי בידי המבצע העקיף. המצב הוא רב-גוני: מצב נפשי של ביצוע ללא מחשבה פלילית, מצב של העדר כשרות פלילית, מצב אחר שבו אין אדם אחראי למעשה שעשה, וייתכנו מצבים אשר אף אחראי למעשה שעשה בהם. על כל אלה כבר דובר⁶⁸. המאפיין המשותף לכל המצבים הוא, כאמור, שיש בהם כדי להפוך את עושה פעולות הביצוע בידי המבצע העקיף, הודות לאי-מודעותו של העושה למשמעות פעולותיו, להיותו בלתי מסוגל להיות מודע לכך, להעדר שליטה עצמית על פעולותיו, או לכך שהן נכפות על העושה, על-ידי המבצע העקיף. אין אנו בטוחים שניתן לתת ביטוי נורמטיבי למצבים אלה ברשימה ממצה. לכן, הדגש על הגרעין התמציתי המשותף להם.

במישור הרכיב ההתנהגותי, סימן-ייחוד ליסוד העובדתי שבביצוע עקיף הוא היות רכיב זה מיוזג פעולות הביצוע שנעשו על-ידי הזאחר והתרומה ההתנהגותית של המבצע העקיף לעשייתן. מהות פעולות הביצוע היא שאלה הנוגעת למבנה העבירה הספציפית שנעברה. מהות תרומתו ההתנהגותית של המבצע העקיף היא כללית. היא עשויה להתבטא בעידוד, בהפצרה, בפיתוי, בעצה, בהפעלת לחץ או סמכות, בקיצור, בכל התנהגות שהיתה נופלת בגדר שידול לדבר עבירה, אילו היה היחס בין המבצע העקיף לבין עושה פעולות הביצוע, היחס של משדל-משודל, ואף באימים או בהפעלת כוח; התרומה עשויה להתבטא בהתנהגות אשר מזמינה, כהמשך מובן מאליה, את פעולות הביצוע, או מתקשרת עם פעולות אלה, כהמשך טבעי, לשם הגשמת המזימה של המבצע העקיף; התרומה עשויה לבוא לידי ביטוי גם בהושטת עזרה לעשיית פעולות הביצוע, אשר היתה נופלת בגדר סיוע לדבר עבירה, אילו היה היחס בין המבצע העקיף לבין עושה פעולות הביצוע, היחס של מסייע-מבצע; התרומה עשויה להיות גם משולבת — מן הסוגים השונים האמורים. המאפיין המשותף לכל התנהגות תורמת של המבצע העקיף הוא שיש בה תמיד מידה זו או אחרת של התוויית קווי-פעולה והכוונת עושה פעולות הביצוע ככוון הגשמתו. לעתים, ההכוונה מתבטאת ממש בכפייה, פיזית או מנטאלית, לשם עשייתן. אף מקום שהתנהגות זו נעוצה בהושטת עזרה, יש בה משום הכוונה, שכן המדובר בעזרה מתוך מודעות לעשייה בלתי מבוקרת של פעולות הביצוע, אם משום שהעושה אינו מודע או אינו מסוגל להיות מודע למשמעות פעולותיו, ואם משום שהוא עושה אותן אף בחוסר הכרה.

מבנה הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבביצוע עקיף של העבירה, כשילוב פעולות הביצוע שנעשו על-ידי הזאחר בתרומה ההתנהגותית של המבצע העקיף להפעלתו, נתון מקום

68 ראה פסקה 277.

להערכת מומנט תחילת שלב הביצוע של העבירה לתחילת תרומה זו, לצורך מתיחת קו-הגבול בין מעשי-הכנה, לבין פעולות העשויות להצמיח נסיון. אם, למשל, במקרה של ביצוע ישיר של עבירה, שליפת האקדח הטעון כדי לכוונו כלפי הקרבן בכוונה להמיתו, עשויה לסמן את תחילת הביצוע, בהבדל מפעולות קודמות שעשויות להימנות עם מעשי-הכנה, במקרה של ביצוע עקיף של עבירה, פעולות שיכנוע של אחר כי האקדח אינו טעון, וכי הוא יכול לעשות בו מעשה קונדס כלפי הקרבן המיועד, תוך העמדת פנים כי הוא יורה בו, כדי "להבהילו" בכך, תיחשבה כפעולות ביצוע עקיף של רצח הקרבן המיועד, ואם האחר סירב לעשות את המעשה, הן יהיו נסיון לרצח. השילוב האמור יגרום למומנט שונה של תחילת ביצוע עקיף, אך עדיין עיקרי, מזה של תחילת ביצוע ישיר גם הוא, כמובן, אך עיקרי.

דוגמה טובה לביצוע עקיף עשוי לשמש עניין Stonehouse, בו דן בית הלורדים באנגליה, והמצוטט בע"פ 115/77⁶⁹. הרי העובדות: פוליטיקאי אנגלי ידוע, סטונהאוז שמו, ביים את מותו בעת שהותו בחוץ לארץ, בידעו כי דבר מותו שם יזכה בפירסום בכלי התקשורת גם באנגליה; זאת, על מנת שכתוצאה מכך, אשתו — שלא ידעה כי אין כל אמת בפירסום — תפנה לחברות הביטוח כדי לקבל את דמי-הביטוח לפי פוליסות שהוציא בזמנו לביטוח חייו. אשתו אף לא הספיקה לפנות לחברות אלה, והמרמה נתגלתה. סטונהאוז הועמד לדין והורשע בנסיון לקבל דמי-ביטוח בטעות-שוא. המשמעות של סיווג המעשה כנסיון היא, שאילו הושלמה העבירה, היה זה ביצוע עקיף של מרמה, תוך שילוב פעולותיה של אשת הנאשם, בהתנהגותו הקודמת — פירסום כוזב של דבר מותו — כחלק מן הביצוע. בהתנהגות זו, היה די כדי להתוות את קווי-הפעולה של אשתו בכיוון השלמת פעולות הביצוע.

סימני-יחודי 282. אשר ליסוד הנפשי בו מותנה הביצוע העקיף, מן ההכרח, תחילה, סוביקטיביים להידרש לשאלה אם ביצוע באמצעות אחר מתיישב עם יסוד נפשי של רשלנות בצידו. תשובתנו לשאלה זו היא, ללא כל היסוס, שלילית. אין, לדעתנו, ביכולתה של כל תיאוריה חדשנית לגבי הבסיס העקרוני של פלילות הביצוע העקיף, כולל זו המשתדלת לבססה על רעיון ה"גרימה" או ה"סיבתיות", כדי לבנות ביצוע באמצעות אחר מתוך רשלנות. שכן, ביצוע כזה אינו ביצוע "באמצעות" אחר. הביצוע העקיף מותנה, מעצם ייחודו, בהכרח המבצע העקיף כי הוא מפעיל כלי העושה מטעמו את פעולות הביצוע של עבירה פלילית. בהעדר מודעות כאמור, אם אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לכך, ניתן לדבר על ביצוע ישיר על כל רכיביו של עבירה מתוך רשלנות, כמובן, מקום שמתמלאות כל הדרישות האוביקטיביות, בכללן, כמובן, אלה המתארות את הרכיב ההתנהגותי להתהוות עבירה כאמור, כולל קיום גורמה אוסרת. נניח ש-א' משאיר כלי נשק טעון, מתוך רשלנות למה שעלול להתרחש, ו-ב' מטפל בכלי, מבלי לדעת שהוא טעון, וגורם ברשלנות לתוצאה קטלנית, או, חלופה אחרת, ב' בודק את הכלי, מודא שהוא טעון ומנצל את ההזדמנות כדי לבצע מעשה המתה ב-ג'. כמובן, שבחלופה השניה אין ביצוע באמצעות אחר — ב' ביצע המתת אדם במחשבה פלילית, ו-א' ביצע המתת אדם ברשלנות. אולם, לגבי א', אין כל הבדל בין הגדרת מעשהו לפי החלופה הראשונה, לבין הגדרתו לפי החלופה השניה. גם בחלופה הראשונה ניתן ליחס לו ביצוע ישיר של עבירת המתה

69 ע"פ 115/77 לב' ג' מ"י, פ"ד לב' (2) 513, 505—514; פסק-הדין האנגלי *D.P.P. v. Stonehouse* (1977) 2 All E.R. 909. גם בע"פ 115/77 ניתן לראות במעשה המיוחס לנאשם קליין נסיון לביצוע עקיף של מרמה (ראה ע' 512—514). דוגמה כזאת, ושוב בתחום עבירות המרמה, יש גם בע"פ 50/65 וזיירנפלד רינגר נ' היוה"מ, פ"ד כ' (1) 7, בו שלב מסויים של העבירה מתבצע באורח עקיף, על-ידי עורך-דין בגרמניה, שפעל בתום לב, בהגשת התביעות לפיצויים המבוססות על עדויות כוזבות (ראה ע' 13 מול אות השוליים ז).

ברשלנות. יחד עם זאת, אם עשה את מעשהו מתוך מודעות למה ש-ב' עומד לעשות, אזי בחלופה הראשונה, הוא, א', ביצע המתת אדם באמצעות ב', ואילו בחלופה השנייה, א' הוא כבר שותף להמתת אדם במחשבה פלילית, בידי ב'.

מכל מקום, אין אנו רואים מחוקק שיקבע במפורש כי רשלנות תהיה מספקת לביצוע עקיף, מבלי להתנכר לטבע הדברים, ואילו המציעים להגדיר את הביצוע העקיף כביצוע עבירה באמצעות אחר, מתוך אותו יחס נפשי הדרוש להתנהוות העבירה,⁷⁰ עשויים להיווכח לדעת כי, בהחלת נורמה כוללנית כזאת, כוח ההשוואה האמורה של היסוד הנפשי יפה לגבי ההתפלגות⁷¹ של היסוד האמור בתוך המושבה הפלילית בלבד, וכי לא ייתכן להחילה על מקרים של רשלנות.

מתוך רשלנות, עלול אדם לבצע עבירה באורח ישיר בלבד, על כל רכיביה האובייקטיביים הקבועים בנורמה האוסרת עליה. אפילו מקום שמדובר בעבירה תוצאתית, ותרמו לגרימת התוצאה התנהגויותיהם של כמה אנשים, מתחייב כל אחד מהם בעבירה של רשלנות, נפרדת ותוך ביצוע עצמי. אף כאשר אחת או אחדות מבין התנהגויות אלה הן בבחינת *novus actus interveniens*⁷². כל אחד מן הגורמים ההתנהגותיים יצמיח עבירה רשלנית העומדת ברשות עצמה על כל תוכנה. בכל גורם התנהגותי מתגלם היסוד הנפשי המתבטא בצפיות בכוח של אפשרות גרימת התוצאה; וכל גורם כאמור מתבטא, והוא העיקר לעניינו, בהתנהגות שהולמת באורח מלא את תיאור הרכיב ההתנהגותי, שבהגדרת העבירה. אם אין הלימה כאמור, הוא יצא מכלל התחשבות פלילית,⁷³ ללא כל אפשרות של השלמת החסר בתרומתם של הגורמים הנותרים. כלומר, אין ביצוע עבירה באמצעות אחר מתוך רשלנות.

283. ראוי לייחד מלים ספורות לשתי פרשיות, אחת אנגלית והאחרת אמריקנית, בהן, אילו היו מבססים את פליליות הביצוע העקיף על רעיון ה"גרימה", כך נטען, היו מונעים פסקי-דין של זיכוי⁷⁴. בפרשה הראשונה⁷⁵, הודרך נהג אוטובוס, כנהוג, עליידי הכרטיסן, כשנהג בהילוך אחורי; האוטובוס פגע בהולך רגל בגלל ההדרכה הרשלנית שקיבל. הנהג הועמד לדין בגין נהיגה בלתי זהירה ולכרטיסן יוחס סיוע לעבירה זו. הנהג זוכה בשל העדר רשלנות, כי הוא סמך על הוראות הכרטיסן, ואילו הכרטיסן זוכה מן הטעם שבהיעדר ביצוע עיקרי אין גם סיוע. יש לציין כי באנגליה נהיגה בלתי זהירה היא עבירת רשלנות, ולא עבירה של אחריות קפידה, ואילו גרימת חבלה ברשלנות אינה כלל בגדר עבירה פלילית שם. האם, משום כך צריך להמציא בסיס חדשני לביצוע העקיף, וגם לגרוס כי ניתן לבצע עבירה באמצעות אחר מתוך רשלנות? שיתקנו שם את החוק! מה גם שבאנגליה עצמה הגיעו למסקנה כי אין ביצוע באמצעות אחר מתוך רשלנות⁷⁶. ואם נחזור לפרשה דלעיל — בשיטת משפט מחוקנת, הכרטיסן היה מתחייב בגרימת חבלה ברשלנות, שלפי הדין הישראלי היא עבירה בניגוד לסעיף 341 לחוק העונשין, ואילו הנהג עבר עבירה של נהיגה בלתי זהירה, שהיא עבירה של אחריות קפידה. אין כאן שמץ של ביצוע באמצעות אחר; כל אחד עבר עבירה עצמית. ואם במדינה פלוגנית לוקה החוק בחסר, שישלימו שם את המערכת הנורמאטיבית, אך אין כל טעם להמציא תיאוריות כלליות כדי לאפשר, שם, פתרונות מפוקפקים. בפרשה השנייה⁷⁷, קופאי בבנק שהבחין כי חסרה לו בקופה חבילת שטרי כסף, לא העביר לרואה החשבון

70 ראה: The American Law Institute, *Model Penal Code*, Proposed Official Draft sect. 2.06 : (a) (2).

71 ראה: דיני עונשין — א, פסקה 611.

72 שם, פסקה 896 ואילך.

73 שם, פסקה 918.

74 מ' גור-אריה, "ביצוע עבירה באמצעות אחר" ספר זוסמן 319, 332—335.

75 *Thornton v. Mitchell* (1940) All E.R. 339.

76 Law Commission, *Working Paper No. 43*.

77 *Giles v. United States* (1936) 84 F. (2d) 943.

של הבנק את כל המסמכים על הכספים שנכנסו לקופה, כדי להסתיר את החסר. רואה החשבון עשה, שלא במודע, רישום חסר, בלתי נכון, בפנקסי החשבונות. הקופאי הועמד לדין על רישום כוזב בפנקסים אלה, עבירה שעבר באמצעות רואה החשבון ככלי בלתי מודע בידיו. הקופאי זוכה ברוב-דעות מן הטעם שלא הורה לרואה החשבונות לבצע את הרישום הלא נכון. האם ההעברה החלקית של המסמכים על-ידי הקופאי, אינה הכוונה ברורה לעשות רישום חלקי ובלתי נכון, על-ידי רואה החשבונות, שהניח שאלה הם כל המסמכים הטעונים רישום? האם לא עשה זאת הקופאי דווקא כדי שהרישום הכוזב יבוצע ויחפה על החסר שבקופתו? מה עוד צריך היה הקופאי להורות לרואה החשבונות, מבלי לגלות את מצבו העגום? הרי זה מקרה טיפוסי של ביצוע באמצעות אחר, הוך מודעות מלאה לפעולות הביצוע ומשמעותן. כדברי G. Williams:

"... the teller in the American case made the bookkeeper his unconscious tool for the purpose of making a false entry"⁷⁸.

האם אכן מחייבת פרשה זו נטישת הבסיס הטבעי של פליליות הביצוע באמצעות אחר, והמצאת תיזות חדשות מבוססות על רעיון ה"גרימה", כדי לשלול פסק דין מוטעה?

284. הניתוח דלעיל שהוליכנו למסקנה שהביצוע העקיף אינו מתיישב עם יסוד נפשי של רשלנות, מוביל למסקנה, החיובית הפעם, שביצוע זה מותנה, ראשית לכול, במחשבה פלילית, כאמור. א', המשאיר, מתוך רשלנות, כלי נשק טעון במקום שיש גישה לילדים, או למבוגרים שאינם אחראים למעשיהם, מתחייב בעבירה עצמית של המתה ברשלנות, אם מי שהוא מהם המית אדם עקב טיפול בכלי. כשם שזהו הדין אם טיפל בכלי אדם ברי-עונשין וגרם למות אדם אחר, בלא הבדל אם ההמתה נופלת בגדר עבירה, ובגדר איוו עבירה, אם לאו. הביצוע העקיף, כמתואר עד כה, מותנה במחשבה פלילית, ולא פחות.

שנית, המחשבה הפלילית צריכה להקיף גם את הנסיבות הספציפיות האמורות לעיל, האופייניות ליסוד עובדתי של עבירה שנעברה עקב ביצוע עקיף: המבצע העקיף צריך להיות מודע לכך שעושה פעולות הביצוע עושה או יעשה אותן, וכן לכך שעושה זה נתון בשעת העשייה במצב, בו הוא כלי בידיו.

ראוי לדון גם בשאלה מה קורה אם א' טעה לעניין הסיבה ש-ב' עשה את פעולות הביצוע במצב בו ב' היה כלי בידיו; והטעות עשויה ליפול בשני הכיוונים – לעניין קיום הנסיבה או לעניין העדרה. ההיפותיזה האחת היא זו בה א' לא היה מודע לקיום נסיבה זו, והניח, בטעות, ש-ב' עשה את פעולות הביצוע במחשבה פלילית ובתנאי ביצוע רגילים; ההיפותיזה האחרת היא ש-א' הגיח בטעות ש-ב' עשה את פעולות הביצוע בהימצאו באחד המצבים בהם ב' פעל ככלי בידיו, והסתבר כי ב' עשה את הפעולות במחשבה פלילית ובתנאים רגילים.

במקרה הראשון, ההיגיון הטכני היה מחייב את המסקנה ש-א' ביצע נסיון לשידול או נסיון לסיוע, לביצוע ישיר של עבירה, למרות שבמציאות היה ביצוע מושלם, אמנם עקיף, של אותה עבירה; מלבד זאת, הליכה בעקבות אותו היגיון טכני גם מונעת ענישה במקרה שתרומתו של א' מוגדרת כנסיון לסיוע, בשל העדר בסיס נורמאטיבי לכך. במקרה השני, אותו היגיון טכני מחייב לראות בתרומתו של א' נסיון לביצוע עקיף, שוב, הרף שבמציאות היה ביצוע מושלם של אותה עבירה, אמנם, הפעם, ביצוע ישיר. לדעתנו העובדה שבשתי ההיפותיזות נעברה עבירה מושלמת – וזהו ההיבט הענייני המרכזי המחייב תשומת-לב והתחשבות – פוסלת כל התייחסות לנסיון

78 G. Williams, *Criminal Law* (London, 2nd ed., 1961) 352. פסקי-הדין האמריקני לא רק שהיתה בו דעת-מיעוט, אלא גם עורר תגובות ביקורתיות – ראה: 4 *U. Chic L. Rev.* 336 (1937).

בהגדרת מעמדו של א' בעבירה, הן אם דרך ביצועה היתה עקיפה, והן אם היא הסתברה כישירה דווקא. בסופו של חשבון, מטרתו של א' היתה שהעבירה תבוצע על צורתה המושלמת, ואכן כך קרה. וכך, תוך הפעלת ההיגיון העולה ממהות הדברים, במקרה הראשון, בו הביצוע היה, למעשה, ביצוע עקיף, ולא דווקא ביצוע ישיר, כפי שהניח א', מעמדו של א' יהיה של משדל או מסייע, לפי טיב תרומתו לביצוע העבירה; שכן היא נעברה ואין זה משנה באיזו דרך, וחרף העובדה שהוא יכול היה להיחשב כמבצעה העקיף. ואם במקרה השני היה, למעשה, ביצוע ישיר, ולא דווקא ביצוע עקיף, מעמדו של א' בכל זאת, יהיה, של מבצע עקיף, ביחד עם ב' כמבצע ישיר של אותה עבירה; שהרי הסיכוי להצליח בביצוע עקיף לעולם מכוסה על-ידי הביצוע הישיר, באותה מתכונת אנושית. אין כאן פער משמעותי בין הפן האובייקטיבי של תרומתו של א' לביצוע העבירה, לבין הפן הסובייקטיבי של תרומה זו. העבירה נעברה על צורתה המושלמת, ואין כל מקום לגסיון, הן במישור הביצוע והן במישור התרומות העקיפות לביצוע; ואילו מעמדו של א' מוגדר בהתאם למצב זה, תוך מתן משקל ראוי לתרומתו בהתאם ליסוד הגפשי שהתגלם בה. ניתן לסכם כי הפתרונות דלעיל הולמים את ההשלכות הרגילות של טעות במצב דברים⁷⁹ ולוואגטי להגדרת מעשהו של הטועה — המדמה מצב דברים שאינו הולם את המציאות, יוגדר מעשהו בהתחשב במצב הדברים כפי שדימה אותו, כאילו היה זה המצב לאמיתו.

285. הביצוע העקיף טעון מחשבה פלילית, במובן שאם המדובר בעבירה של רשלנות, אין לגביה ביצוע עקיף, אלא ביצוע ישיר בלבד, מקום, כמובן, בו מעשהו של האדם נותן ביטוי גם ליסוד העובדתי הדרוש להתהוות עבירה כאמור.

אשר למחשבה הפלילית הנדרשת, היא יכולה לבוא לידי ביטוי בכל אחת משלושתיה — כוונה, אדישות, קלות דעת;⁸⁰ גם "עצימת-עיניים"⁸¹ לגבי הרכיב הנסיבתי של היסוד העובדתי שבעבירה היא תחליף למודעות לו. הדרושה של צורה מסויימת או מיוחדת של מחשבה פלילית, היא עניינה של הגדרת העבירה בה מדובר, על ביצועה הרגיל, הישיר, ולא דרישה מיוחדת של ביצועה העקיף. הווי אומר, אם הביצוע הישיר של העבירה מסתפק בכל צורה שהיא של מחשבה פלילית, ולו אף בקלות-דעת בלבד, תהיה שלוחה זו של המחשבה הפלילית מספקת גם לביצועה העקיף של אותה עבירה.

כל זאת, למרות שהביצוע באמצעות אחר טומן בחובו את הרעיון של הכוונה האחר על-ידי המבצע העקיף, אפילו מקום שתרומתו הפיזית של זה האחרון מתבטאת בהושטת עזרה לאחר שיוכל לעשות את פעולת הביצוע, ולא דווקא בהפצרות, פיתויים, ייעוץ, לחץ, איומים ואף הפעלת כוח גופני. "הכוונה" איננה משערת "כוונה" דווקא, ואיננה מותנית בה. אב עלול למסור לבנו, שהוא למטה מגיל האחריות הפלילית, את העגלה בה גם תינוק המשפחה, כדי לחצות את הכביש עם העגלה, תוך מודעות לסיכון הבלתי סביר הכרוך בכך לגרימת חבלה או אף לתוצאה קטלנית, אך תוך חוסר רצון בתוצאה כאמור ותקווה שלא תיגרם. "ההכוונה" מתיישבת אפוא גם עם "קלות-דעת" לגבי אפשרות גרימת התוצאה המזיקה בה מותנית התהוות העבירה, כשם שהיא מתיישבת עם "אדישות" לאפשרות זו, ואינה מותנית ב"כוונה" בלבד, לגרום לתוצאה האמורה, מקום שמדובר בעבירה תוצאתית. כמובן, אם, לפי הגדרתה הנורמאטיבית, מותנית העבירה התוצאתית ב"כוונה" דווקא, יהיה מותנה גם ביצועה העקיף של אותה עבירה בשלוחה זו בלבד

79 ראה את הדיון בסייג של "טעות במצב דברים", פסקה 634 ואילך.

80 ראה דינו עונשין — א, פסקה 661 ואילך.

81 שם, פסקה 638 ואילך.

של המחשבה הפלילית; אך זאת, מכוח הגדרת העבירה ולא בשל ביצועה העקיף. אם המדובר בעבירה של התנהגות בלבד, השאלה של התניית ביצועה העקיף בשלוחה מסויימת של מחשבה פלילית אינה אף יכולה להתעורר, שכן בנוגע לסוג זה של עבירות, המחשבה הפלילית איננה נתונה להתפלגות לתת-צורות פרטיות כלשהן⁸². ואם העבירה מותנית במחשבה פלילית מיוחדת, יהיה מותנה ביצועה העקיף באותו ייחוד של המחשבה הפלילית.

ניתן להעלות את השאלה אם, במקרה של עבירה תוצאתית ברכיב התנהגותי בלתי מוגדר באורח ספציפי, אין מתייטר המושג של ביצוע עקיף. הרי אין כל מניעה שגם התנהגות שבה אדם מפעיל, כורוע מוארכת, אדם אחר, תוך מודעות לאפשרות גרימת התוצאה בה מותנית העבירה, תשתבץ באותו רכיב בעל היקף בלתי מוגבל; ואם כך הדבר, הוא המבצע הישיר של העבירה, כאשר אין נפקא מינה אם השתמש בכלי, באיזה סוג של כלי, ובאיזו דרך השתמש בו, כדי לגרום לתוצאה האסורה. מן הבחינה הטכנית, אין כל מניעה לבנות ביצוע ישיר על מסד כזה. אבל, מבחינה ערכית משמעות הדברים שונה לחלוטין כאשר הכלי מתגלם בכך-אדם; במקרה זה, יש ביצוע עקיף באמצעות אחר, מאחר שאותו "אחר" הוא כלי מסוג מיוחד, ולא סתם כלי דומם, או אף בעל-חיים כגון כלב, נחש, יונה או חיה טורפת. בהנחה זו, של ביצוע עבירה באמצעות אחר, אין כל הבדל, ואין מקום להבחנות, בין המקרה, שבו העבירה היא מותנית ברכיב התנהגותי מסויים, מוגדר באורח נורמאטיבי, הן אם היא עבירה התנהגותית בלבד, והן אם היא עבירה תוצאתית, לבין המקרה שבו אין היא מותנית ברכיב התנהגותי כאמור. אמנם, הבחנה זו מאפשרת, מבחינה טכנית, להעתיק, במקרה האחרון, את הרכיב ההתנהגותי של העבירה, מפעולות הביצוע בידי האחר, אל השימוש בו, ככלי, בידי המבצע העקיף; אך מבחינה ערכית, בכל המקרים, זה נשאר ביצוע באמצעות אחר, בשל מהותו הייחודית של האחר — בן-אדם — ולא סתם מקל, כלי-גשק, מפתח מותאם וכיוצא באלה. כל משל מן החיים מאשש את הייחוד הערכי של הביצוע העקיף, כלומר של ביצוע באמצעות בן-אדם אחר, אפילו במקרה שבו ניתן לגרום, מבחינה טכנית, כי גם התנהגותו של המבצע העקיף עשויה להיחשב רכיב התנהגותי ישיר של העבירה, בשל היות הרכיב בלתי מוגדר באורח נורמאטיבי.

ביצוע עקיף של עבירה בעושה מיוחד
286. שאלה מיוחדת במינה מתעוררת במקרה של עבירה מותנית בעושה מיוחד, כאשר הייחוד האמור מתגלם ב-ב', שהוא עושה פעולות הביצוע, ואין הוא מתקיים לגבי א', המבצע העקיף. נניח ש-ב' הוא גבר-נשוי שהאמין שנישואיו פקעו מכוח פטירת אשתו שחיהם המשותפים נפסקו לפני שנים רבות בחוץ לארץ, מבלי להתגרש. א', שהוא רווק, יודע כי אשתו של ב' הינה בחיים, אך משכנע את ב' שישא לאשה את אחותו ואכן א' עושה כן. ודוגמה נוספת: א' — הפעם אשה — מסייעת ל-ב' לקיים יחס-מיני עם ג' שאינה אשתו, כשהיא לקויה בשכלה, פרט הידוע ל-א', אך ב' אינו מודע לו.

בדוגמה הראשונה, ב' פעל שלא במחשבה פלילית, אך היה נשוי והתקיים לגביו ייחוד העושה הדרוש להתהוות העבירה של ריבוי נישואין (סעיף 176 לחוק העונשין) כשנשא אשה אחרת על פני אשתו הקודמת. א', לעומת זאת, היה רווק ונשאר במעמד אישי זה גם לאחר ש-ב' נכנס לקשר הנישואין החדשים. לפי המבנה של הביצוע העקיף — א', שהיה רווק ונשאר רווק, ביצע,

82 ראה דיני עונשין — א, פסקות 608—610.

כמבצע עיקרי, באמצעות ב', את העבירה של ביגמיה, שכן, הוא היה מודע לכל הרכיבים האובייקטיביים הדרושים לכך — כולל הנסיבה המיוחדת ש-ב' פעל ללא מחשבה פלילית. בדוגמה השניה, ב' התנהג שלא במחשבה פלילית, אך הוא גבר והתקיים בכך לגבי ייחוד העושה בו מותנית עבירת האינוס (לפי סעיף 346 לחוק העונשין); לעומת זאת, א' היתה מודעת לכל הרכיבים האובייקטיביים הדרושים להתהוות עבירה זו, וגם לנסיבה המיוחדת ש-ב' התנהג ללא מחשבה פלילית. לפי המבנה של הביצוע העקיף, א', שהיא אשה, מתחייבת, כמבצעת עיקרית, בעבירת אינוס שנעברה באמצעות אחר.

287. בשני המקרים מדובר בעבירות בעושה מיוחד, וניתן ליתן דוגמאות נוספות של עבירות אחרות, מאותו סוג. השאלה המתעוררת היא — האם ישימה לגבי עבירות אלה הלכת הביצוע העקיף? מה גם שבדוגמאות שניתנו מדובר בעבירות *propria manu* המחייבות ביצוע אישי, בהבדל, למשל, מביצוע עקיף של גניבה על-ידי עובד הציבור, כאשר ניתן לראות בעושה פעולות הביצוע את זרועו המוארכת של מפעילו.

בכל זאת, נדמה כי אין קושי מיוחד להחיל את הלכת הביצוע העקיף גם בתחום העבירות בעושה מיוחד. בסופו של חשבון, בדוגמה הראשונה גוצר אירוע אסור בפלילים — אדם נשוי נשא אשה על פני אשתו הקודמת; בדוגמה השניה, שוב אירע אירוע אסור בפלילים — בעלת אשה שאינה אשתו של הבעל כשהיא לקויה בשכלה. במקרה הראשון, אירע ריבוי נישואין, במקרה השני אירע אינוס, בשני המקרים, אובייקטיבית, מבחינת העושה הישיר; ולכך מיתוספת המחשבה הפלילית של מי שתרם לכך במודע, וחתר להביא להיווצרות האירועים הפליליים האמורים. הדבר יכול להישמע מוזר, שאדם הוא, בעת ובעונה אחת, גם רווק וגם "ביגמיסט", כשם שזה נשמע משונה שאשה אנסה אשה אחרת, במסגרת יחסי-מין הטרוסקסואליים. אבל אותו רווק הביא, מתוך מחשבה פלילית באמצעות אחר, גבר, למעשה ביגמיה, ואותה אשה הביאה, גם היא מתוך מחשבה פלילית, באמצעות אחר, גבר, למעשה אינוס. מבחינת המשמעות האנטי-חברתית והפגיעה באינטרסים החברתיים הנוגעים לעניין, טומנים בחובם המעשים הללו כל סימני ההיכר האובייקטיביים והסובייקטיביים של עבירות פליליות; ואין זה משנה אם המדובר בעבירות בעושה מיוחד או בעבירות בעושה רגיל. ייתוך העושה מתקיים, ויחד עם פעולות הביצוע שלו, הוא נבלע בתרומתו של מי שהשתמש במחשבה פלילית בעושה כזה, ומתגבשת עבירה פלילית, תוך ביצוע עקיף.

288. אין כל צורך בשום ביסוס תיאורטי מיוחד⁸³ של הביצוע העקיף של עבירה בעושה מיוחד, כאשר הייחוד מתגלם בעושה פעולות הביצוע דווקא, ולא במבצע העבירה באמצעותו, מלבד הביסוס הכללי, היפה לביצוע העקיף בדרך כלל — המבצע העקיף משתמש בעושה בעל הייחוד ככלי בידיו שיעשה את פעולות הביצוע. הכוונה לתיאוריה המלאכותית של ה"גרימה", ומפנים אנו לכל שנאמר קודם על תיאוריה זו⁸⁴, בהקשר הדיון הכללי בנושא הביצוע באמצעות אחר. העובדה שבקודקס פלילי של מדינה זו או אחרת הוגדר ביצוע עקיף של עבירה בודדת, זו או אחרת, בעושה מיוחד, כעבירה נפרדת, איננה יכולה לשמש תימוכין⁸⁵ לסברה שלא היה די בהסתמכות אותם ספרי חוקים על ראיית עושה פעולות הביצוע ככלי בידי המבצע העקיף, כדי לבסס את פליליות הביצוע העקיף של אותה עבירה בעושה מיוחד. האם נבדק אם, באותן מדינות, נשללה הפליליות של הביצוע העקיף של שאר העבירות בעושה מיוחד? כך מובא

83 ראה מ' גור-אריה, "ביצוע עבירה באמצעות אחר" ספר זוסמן 319, 343—339.

84 ראה פסקה 273.

85 ראה מ' גור-אריה, "ביצוע עבירה באמצעות אחר" ספר זוסמן 319, 342, הערת שוליים 67.

כדוגמה סעיף 253 לקודקס הפלילי של שווייץ, הדין בעבירה של "השגה בתרמית של קביעת-עובדה כוזבת" (*Obtention frauduleuse d'une constatation fausse*): נניח לשאלה אם אכן כאן מדובר בביצוע עבירה באמצעות אחר⁸⁶, ונצא מן ההנחה כי אכן זהו אופיה של העבירה. היינו מציעים לבדוק ברצינות אם בהעדר איסור מפורש כזה, הביצוע העקיף של עבירות אחרות בעושה מיוחד נעדר פליליות בשווייץ. כמובן שלא⁸⁷. אותה הצעה טובה גם לגבי כמה מהדוגמאות הגוספות מקודקסים אחרים, של איסור מפורש על ביצוע עקיף של עבירה בעושה מיוחד. האם העבירה של "הדחה בעדות", לפי סעיף 246(ב) לחוק העונשין, כשהיא מתבצעת "בדרך של מרמה או הטעיה" חקוקה כחריג לכלל של אי-פליליות הביצוע העקיף של עבירה בעושה מיוחד, ומאששת כלל זה? או שמא נוהג לעתים המחוקק, כדי לשים דגש על חומרת התנהגות עבריינית מסוימת ועל הסכנה לסדר הציבורי הנובעת ממנה, להגדיר בנפרד, בהוראה מיוחדת, עבירה כאמור, למרות שהיא כבר אסורה בהתאם לשילוב נורמות כלליות באיסורים ספציפיים אחרים? האם לא נהג המחוקק, בדרך זו, גם במקרים רבים של גסיון או שידול ואף סיוע, לעבירות מסוימות, כאשר פליליות כולם אינה מוטלת בספק גם בהתאם להוראות הרגילות? והאם לא עשה זאת, למרות שבמקרים אחדים גם העונש לא היה שונה לפי הוראות אלה?

לסיכום, אין אנו רואים שום תועלת בהשתתות פליליות הביצוע באמצעות אחר של עבירה בעושה מיוחד, מקום שייחוד זה מתגלם ב"אחר", על רעיון ה"גרימה". יתירה מזו, השתתות זו נראית לנו מלאכותית.

289. עם כל זאת, נדמה כי היה זה בלתי זהיר להכליל ולקבוע כי כל העבירות בעושה מיוחד הן בנות ביצוע עקיף ללא כל הבחנה וסייג. טול, למשל, את העבירה של רצח-אב; משיקולים כלשהם, מעוניין א' בפינויו של ג', אביו החולה של ב', מן הדירה בה הוא נמצא. א' הודיע את ב' להעביר את אביו לבית הבראה, תוך מודעות לכך שהטליתול עשוי להיות גם קטלני, אם כי לא רצה בתוצאה כזאת. ב' קיבל וביצע בתמים את העצות, מבלי לבקש חוות-דעת מן הרופא, והתוצאה היתה אכן קטלנית. מה היה כאן, בכל הנוגע ל-א', ביצוע עקיף של רצח-אב, או של הריגה? הסברה השניה, שאנו נוטים להצטרף אליה, חורגת מן הגירסה הכוללנית כי העבירות בעושה מיוחד נתונות לביצוע עקיף אפילו כאשר ייחוד העושה מתקיים בעושה פעולות הביצוע, ולא במבצע העקיף. שכן, יש מקום להבחנות וסייגים בעקבותיהן. העבירה של רצח-אב היא בעלת אוביקט חברתי מורכב⁸⁸ — חיי האדם והציווי הנעלה של כיבוד אב. מורכבות זו באה לידי ביטוי במאפייני האוביקט הפיזי של העבירה — אדם בשר-ודם וגם הורה-מולידו של עושה העבירה. העדר הייחוד של העושה — בנו של הקרבן — אצל המבצע העקיף, שולל מן המחשבה הפלילית של הלזה את האפשרות להשתלב גם בהיבט השני של האוביקט הפיזי של העבירה. אפילו הצמידו למבצע העקיף את הייחוד של "בן", לא באביו מדובר, אלא באביו של מי שעשה את פעולות הביצוע. כך שהצמדה כאמור אינה משנה את מושא המחשבה הפלילית שהתלוותה אל ביצועו העקיף — שהוא המתת אדם פלוני, אך לא של אביו. לכן, לרעתנו, ניתן לייחס ל-א', כמבצע עיקרי, עבירה של המתת אדם, רגילה, ולא רצח-אב.

לא למותר להתייחס גם לדוגמה נוספת. אָם, אשר לאחר הלידה נתנה את כל הסימנים שהיא נמצאת במצב האמור בסעיף 303(א) לחוק העונשין והיא נוטה להמית את תינוקה; הוריה של האם דאגו להשגחה עליה ורופא שהוועק למיטתה נתן לה זריקת הרגעה והרדמה. אולם, לבית

86 בספק רב אם מדובר כאן בביצוע עקיף של עבירה בעושה מיוחד, אף כי העבריון הצלית להערים על עובד הציבור בכך שהוא, עובד הציבור, יאמת לו את העובדה הכוזבת. זו היא עבירה שמרכו הכובד שלה הוא בהוגאת עובד הציבור עצמו.

87 ראה: P. Logoz, *Commentaire du code pénal suisse, Partie générale* (Neuchâtel — Paris, : 2ème éd., 1976) 123—124.

88 ראה פסקה 391.

האם הגיע אב התינוק — שגולד מחוץ לנישואין — ובשעת שנחה של האם, הניח את התינוק במיטה ליד האם, תוך מודעות לכך שהיא עלולה לחנוק, שלא בהכרח, בגופה, את התינוק, דבר שאף חתר אליו. ואכן כך קרה. האם הוא מבצע עקיף של "המתת תינוק" לפי סעיף 303(א) לחוק העונשין, או של עבירת רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק זה? תשובתנו היא לצד החלופה השניה. שכן שילוב פעולות הביצוע של האם ביחד עם הייחוד המתגלם בה כאם של התינוק, קרבן פעולות אלה, בתרומת המבצע העקיף, וביסוד הנפשי שהתלווה אל תרומתו, אינו מספק את מלוא המבנה של העבירה של "המתת תינוק" מבחינת היסוד הנפשי דווקא. אמנם, הוא פעל מתוך מחשבה פלילית, אבל מן הבחינה הסוביקטיבית, עבירה זו מותנית גם בהיות המבצע נתון במצב הנפשי המיוחד של ערעור שיקול הדעת כתוצאה מן הלידה, או מן ההנקה לאחר הלידה, כאמור בסעיף 303(א) לחוק העונשין; וכפי שנאמר, כאשר מדובר בביצוע עקיף, היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה, על כל היבטיו הכלליים והמיוחדים, צריך להתקיים אצל המבצע העקיף. אולם היעדר הייחוד של העושה — אם התינוק — לגבי המבצע העקיף מונע ממנו ליצור את היסוד הנפשי, על כל מורכבותו, הדרוש להתהוות העבירה של "המתת תינוק". לכן, במתכונת זו, של ביצוע עקיף, תיפול העבירה בגדר המתה רגילה, ולא בגדר המתת תינוק.

290. ועתה נחזור לדוגמאות הקודמות — של עבירת הביגמיה שנעברה באורח עקיף על-ידי רווק, ושל עבירת האינוס שנעברה על-ידי אשה. בשתי הדוגמאות, הרכיב ההתנהגותי של העבירות הוגשם על-ידי ב', מי שהוא בעל הייחוד לממש אותו — אדם נשוי בדוגמה הראשונה, גבר בדוגמה השניה. בשתי הדוגמאות, ב' הגשים את הרכיב ההתנהגותי בלי מודעות לנסיבה האוביקטיבית המקנה פלילות להתנהגותו. מאחורי תמונה זו עמד א', שהביא את ב' להגשמת הרכיב ההתנהגותי האמור, שהיה גם מודע לטיבו של רכיב זה, לנסיבה בה מותנית פלילותו, ואף לנסיבה ש-ב' מגשים את התנהגותו ללא מודעות לנסיבה זו.

בדוגמאות אלה, מחשבתו הפלילית של א' משתלבת בכל ההיבטים הרלוואנטיים להתהוות העבירות האמורות, כך שעם היבלעות פעולות הביצוע שנעשו על-ידי ב' ביחד עם ייחודו, בתרומתו של א' לאירוע העברייני שנוצר, הופך א' למבצע עקיף של העבירה. בדוגמאות אלה, אין אצל המבצע העקיף כל חסר ביסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה, והוא, יסוד זה, משתלב בכל פרטי היסוד העובדתי שבעבירה, בדיוק כפי שהיה משתלב במקרה של ביצוע ישיר. אף לא פרט אחד אינו נשאר מחוץ להשתלבות זו.

ניתן, אפוא, לסכם כי גם עבירה בעושה מיוחד נתונה לביצוע עקיף, אם כי ייחוד העושה, בו מותנית העבירה, אינו מתקיים כמבצע, אלא בעושה פעולות הביצוע, ובלבד שהיעדר הייחוד כמבצע העקיף אינו מונע ממנו ליצור את היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה, או אינו שולל השתלבות יסוד זה בכל פרטי היסוד העובדתי של האירוע העברייני שהתגבש עקב ביצוע עקיף. שאם לא כן, תיחוס למבצע העקיף עבירה מקבילה שאינה מותנית בעושה מיוחד, אם יש כזאת. זהו, לדעתנו, הסייג לתחולת ההלכה של ביצוע עקיף בתחום העבירות בעושה מיוחד. ואולי לא למותר לציין פעם נוספת כי בין הביצוע העקיף לבין העשייה בפועל אין יחסי שותפות, גם כשמדובר בעבירות בעושה מיוחד.

291. הביצוע העקיף טעון הסדר נורמאטיבי אף כי תשתיתו העקרונית, מאפשרת במידה מסויימת את ביסוסו גם בדרך הפרשנות. בחוק המצוי זו הוראת סעיף 27 לחוק העונשין שדנה בסוגית הביצוע העקיף, תחת כותרת השוליים "מבצע על-ידי שליח", בנו הלשון:

"המשדל את חברו לעשות מעשה או מחדל שאילו הוא גופו היה עושה אותם היו נחשבים לו עבירה, יאשם הוא באותה עבירה".

ההסדר לוקה בחסר לא מבוטל. אין בהסדר זה כיסוי למקרה בו העשייה של אותו "מעשה או מחדל" היתה ברשלנות המקנה להם פליליות. ההתייחסות ל"מעשה או מחדל", ללא כל הבהרה נוספת, נותנת ביטוי רק למקרים בהם המעשה או המחדל נעשו ללא כל צורה של אשמה, כלומר אף בלי רשלנות, או אף ברשלנות אך כאשר ההתנהגות מתוך רשלנות בלבד נעדרת פליליות; הבחנה, כשלעצמה, חסרת היגיון. נדמה כי פרשנות רציונאלית של ההוראה עשויה להבהיר את הנוסח הלקוי ולהסיר את האבסורד שבפרשנותו המילולית.

מלבד זאת, הנוסח הוא גם רחב עד כדי הקפת היפותיוזות לגמרי בלתי רצויות ואולי אף בלתי צפויות: אדם נשוי, שמפציר בידו, רווק, לשאת סוף סוף אשה, נתפס מכוח הוראת סעיף 27, בעבירה של ריבוי נישואין, שכן אילו עשה הוא גופו, כאדם נשוי כבר מקודם, את המעשה, היה מעשהו נחשב לו עבירה! כמובן, גם כאן על ההיגיון הבריא להתערב, הפעם, לצמצום החולת ההוראה האמורה.

הוראת סעיף 27, לפי נוסחה המילולית, אינה מקיפה את המקרים של ביצוע באמצעות אחר, של עבירה בעושה מיוחד, כאשר הייחוד מתקיים לגבי עושה המעשה או המחדל, ולא לגבי המבצע העקיף. במקרה זה, "אילו הוא גופו היה עושה אותם" דווקא לא "היו נחשבים לו עבירה" בשל העדר אותו ייחוד לגביו. האם, הפעם, רווק פסול מלהיות מבצע על-ידי שליח של עבירת ריבוי נישואין?

הצירוף "מעשה או מחדל" שנעשו על-ידי השליח הוא נוסחה אשר בוודאי מכסה התנהגות של שליח חסר כשרות פלילית מבחינת בגרות הדעת — קטינות — או תקינות הרוח — אי-שפיות הדעת; שכן, במקרה זה, אכן גשארית התנהגות זו של השליח בבחינת "מעשה או מחדל", ואינה עולה כדי עבירה פלילית, בעוד שהמבצע העקיף הוא, מתוך הנחה, בעל כשרות פלילית; שאם לא כן, הוא עצמו אינו בר-עונשין. אבל, הצירוף אינו כל כך ברור כאשר השליח הוא בעל כשרות פלילית דווקא, אך התנהגותו אירעה במצב המהווה סייג לאחריות פלילית, כגון כורח (סעיף 21 לחוק העונשין), הגנה פרטית וצורך במובן הצר ("צורך" בלשון סעיף 22 לחוק העונשין), צידוק (סעיף 24 לחוק העונשין). בסעיף 27, מותנית פליליות הביצוע העקיף בכך "שאילו הוא [המבצע העקיף] גופו היה עושה אותם [מעשה או מחדל]" היו נחשבים לו עבירה". גשאלת השאלה — מה הפירוש של הנחה זו? אילו עשה אותם באותם מצבים בהם עשה אותם השליח, או אילו עשה אותם בתנאים רגילים? לפי הפירוש הראשון, מעשה או מחדל כאמור אינם יכולים להיחשב עבירה אף לא למבצע העקיף, ואז, מבחינה זו, אין כל היגיון לכל ההוראה; לפי הפירוש השני, המפציר בחברו להתגונן מפני תקיפה בתנאים של צורך, המתוארים בסעיף 22 לחוק העונשין, ייחשב כמבצע עקיף של עבירה, אם, תוך התגוננות, פגע השליח בתוקף. האם זה מתיישב עם מטרת החוק? כך או אחרת, הטקסט הוא רחוק מלהיות ברור ומושלם; והשתמשנו בדוגמה אחת בלבד, בנושא זה.

292. הוראת סעיף 27 לחוק העונשין פותחת במלים "המשדל את חברו...". המדובר בכל התנהגות שהיתה נופלת בגדר "שידול", אילו היו המבצע העקיף והשליח במעמד משדל—משודל, כצדדים לדבר עבירה במסגרת דיני השותפות. אולם, כאמור⁸⁹, חלקו של המבצע העקיף עשוי

89 ראה פסקה 273.

להתבטא גם בהושטת עזרה לשלית שיעשה את פעולות הביצוע, כאשר היוזמה בדבר עשייתן לא היתה דווקא של המבצע העקיף. להנחה אחרונה זו אין ביטוי מפורש בהוראת סעיף 27 האמור. אולי, כאשר השליח עושה את פעולות הביצוע בהכרה — אם כי, לעתים, ללא תפיסת משמעותן הערכית — עשויה גם הושטת העזרה לשמש לו עידוד או הכוונה לעניין עשיית פעולות אלה, ולעתים אף לטמון בה מידה לא מבוטלת של הכוונה במהלך עשייתן, ואיכשהו להתפרש כ"שידול". מכל מקום, המחוקק היה מיטיב לעשות אילו השתמש במטבע הלשון "חרם", המקיף, גם את העידוד, ההפצרה, הלחץ, האיום ואף הפעלת כוח גופני, וגם את הושטת העזרה לשלית, למלא את תפקידו לעשות את פעולות הביצוע. כפי שניתן לראות, מרובים החסר על פני הקיים והמפורפל על פני הברור, בהוראת סעיף 27 לחוק העונשין, וטוב שהשימוש בו הוא כה נדיר.

אשר ליסוד הנפשי הדרוש לפליליות הביצוע העקיף, שתיקת הסעיף 27 לעניין זה⁹⁰, פירושה דרישת מחשבה פלילית. מכאן, שהביצוע העקיף מתיישב עם עבירות של מחשבה פלילית בלבד. מלבד זאת, ראוי לציין כי, מבחינה סוביקטיבית, אין זו דרישה חיונית שתקיים קומוניקציה בין שני המשתתפים לאירוע העברייני. עושה פעולות הביצוע יכול שלא לדעת כלל על מעורבותו של המבצע העקיף; רק זה צריך להיות מודע לכל רכיבי העבירה, כולל הנסיבה שהרכיב ההתנהגותי מתגשם על-ידי אחר, המשמש כלי בידיו. הווי אומר, די בקומוניקציה חד-סיטרית, אולם בכיוון זה בלבד; אפילו יודע האחר על מעורבותו, הוא אינו מודע למשמעותה, ואף אם הוא מודע לה, אין לו כל ברירה, אלא לעשות את פעולות הביצוע.

293. אשר לדין הרצוי, מתבקשת השלמת החסרונות האמורים. בסעיף 29(ג) ו-ד'⁹¹ להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, יש נסיון להביא הסדר ממצה לסוגית הביצוע העקיף. הדבר נעשה במסגרת הגדרת המונח "מבצע" — שעשוי להיות מבצע יחיד, מבצע בצוותא עם מבצעים אחרים, ומבצע באמצעות אחר. הגדרת ה"מבצע באמצעות אחר" שבסעיף-קטן (ג), מנסה לכסות את המקרים בהם ניתן לדבר על ביצוע עקיף.

בכך שהגדרה איננה קובעת את צורת היסוד הנפשי הדרוש לביצוע עקיף, יחול עליו הכלל שנקבע בסעיף 19 להצעה, לפיו מותנה גם הביצוע העקיף במחשבה פלילית בלבד. בכך שהוראת סעיף 29(ג) מגדירה את המבצע באמצעות אחר, כאדם ש"חרם" לעשיית המעשה בידי אחר, מובהר שהתרומה איננה צריכה להתבטא ביוזמה דווקא מטעם אדם זה; התרומה עשויה להתבטא גם בהתנהגות "מסייעת", ולא דווקא "משדלת". התנאי שבסעיף 29(ג)1) — "במצב בו אין הוא [העושה] אחראי למעשיו" נותן ביטוי ברור כי המדובר באדם חסר כשרות פלילית, אם מבחינת בגרות הדעת ואם מבחינת תקינות הרוח. נוסחה זו מקיפה גם את המקרים בהם המעשה נעשה במצב של העדר רצייה או של שכרות בלתי רצונית (סעיף 20(א)1) לחוק העונשין) וכמובן טוב שזה כך. אולם, מסתבר כי הנוסחה היא גם רחבה מדי. אדם עשוי לתרום לכך שזולתו יעשה מעשה "במצב בו אין הוא אחראי" לו, משום שעשהו, למשל, תוך הגנה עצמית. במקרה כגון זה, כל תרומה של אדם אחר, הבאה לעזור למתגונן, היא מבורכת, למרות שהמתגונן גרם לפגיעות בחוקפו. נדמה כי הנוסחה נועדה לכסות רק את המקרים בהם עושה פעולות הביצוע עשאו במצב של העדר כשרות פלילית ורצייה, וכן במצבים בהם נצטווה לעשותן בדרך המגיעה כדי כפייה או צידוק, בהם, כמובן, "אין הוא אחראי למעשיו". הכוונה למקרים בהם נצטווה אדם

90 ראה דיני עונשין — א, פסקה 620.

91 ראה נוסח הסעיף בהערת שוליים 67 שבפרק זה.

לעשות מעשה בתנאים של כורח (סעיף 21 לחוק העונשין) או תוך ביצוע צו בלתי חוקי של רשות מוסמכת (כאמור בסעיף 24(א)(2) לחוק העונשין). לשם הבהרת הדברים וסיוגם המפורש, היה אולי מקום להעדיף על פני הנוסחה הכוללנית האמורה את גישת הפירוט: מעשה שנעשה במצב של קטינות או של אי שפיות הדעת, של העדר רצייה, או כשנצטווה לעשותו בדרך המגיעה כדי כורח או צידוק. כמובן, תוך הוספת הוראה של פירוש המונחים "כורח" ו"צידוק" בהקשר זה. התנאי שבסעיף 29(ג)(2) להצעה – "ללא מחשבה פלילית", מתאים את ההסדר הנורמאטיבי לאפשרות האוביקטיבית לבצע עבירה באמצעות אחר שפעל מתוך רשלנות, ולא דווקא בתמים בלבד. יתרוגה של נוסחת התנאי הוא שהיא מאפשרת להפעילו גם כאשר האחר עשה את פעולות הביצוע במצב של שכרות מרצון, כאשר העושה אחראי למעשיו, למרות שלא היה מודע למה אשר עשה. בגלל העדר מודעות זו, הוא עלול לבצע את מעשהו גם ככלי בידי אדם אחר שעודד אותו או שהגיש לו עזרה, לכך. מבחינה זו, הוא עשה את המעשה "ללא מחשבה פלילית" והתנאי האמור בסעיף 29(ג)(2) להצעה בא על סיפוקו, ונותן בסיס נורמאטיבי לפליליות הביצוע העקיף גם במקרה זה.

ולבסוף, סעיף 29(ד) להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, נותן ביטוי מפורש לכלל לפיו הביצוע העקיף מתיישב גם עם העבירות שמוחנות בהגדרותיהן בעושה מיוחד, אף כאשר ייחוד העושה בו מותנית העבירה מתגלם באחר, עושה פעולות הביצוע, ולא גם במבצע העקיף של העבירה. עם היבלעות פעולות הביצוע של האחר בתרומת המבצע לעשייתו, והעברת ייחודו של האחר למבצע זה, ייתכן ביצוע עקיף של עבירה בעושה מיוחד על-ידי מבצע שלגביו ייחוד זה אינו מתקיים מבחינה פורמאלית. שכן, אם הייחוד מתגלם בכלי הוא נהפך, ביחד עם הכלי, חלק מן המשתמש בכלי זה, בדיוק באותה דרך בה הפעולות שנעשו בכלי הן פעולותיו של המשתמש בו.

סימן 4

השידול

§ 1. כללי; § 2. מבנה השידול: כללי; המשדל; האוביקט הנפגע; היסוד העובדתי; היסוד הנפשי.

§ 1. כללי

294. השידול הוא, כאמור, צורה של תרומה ראשית ועקיפה לאירוע עברייני רב-משתתפים. "ראשית"⁹² – משום המשקל הסגולי המכריע של תרומת המשדל להתרחשות האירוע; הוא זה שהביא את המבצע לידי החלטה לעבור את העבירה. יש המכנים את המשדל אף כ"מבצע

92 ראה פסקה 245.

אינטלקטואלי" — "auteur intellectuel" — של העבירה. "עקיפה"⁹³ — משום מיקום התרומה מחוץ למהלך הביצוע העיקרי של העבירה. השידול הוא, שוב כמצויין כבר, תרומה לעבירה פלילית שנעברה תוך "שותפות הטרוגנית", שכן, בהיותו מותנה במשדל לביצוע עיקרי, הרי לפחות המשדל והמשדל ממלאים תפקידים שונים, הטרוגניים, בביצוע העבירה.

השידול מוגדר בחוק המצוי, בסעיף 26(3) לחוק העונשין, שהוראתו מתייחסת, באורח חלופי למי "שיעץ או שידל". בטרם נעבור לניתוח מבנה השידול לאור היסודות הכלליים של כל תופעה עבריינית, נדמה כי לא למותר להבהיר, כבר בשלב זה, כי ה"ייעוץ" אינו חלופה ל"שידול", כפי שניתן להסיק מן הנוסחה דלעיל, אלא ביטוי פרטי של "שידול"; על כך עוד נעמוד. מטרת הבהרה מקדמית זו היא לקבוע כי המושג "שידול" הוא כוללני, ומקיף את כל דרכי השותפות הראשית והעקיפה לעבירה רבת-משתתפים. הוא גם נותן ביטוי מהימן יותר למשקלה המכריע של התרומה העקיפה אך הראשית לאירוע עברייני רב-משתתפים, מאשר המושג "ייעוץ" גרידא, העומד ברשות עצמו. לא ניתקל בשום פרשנות אחרת המאבחת את ה"ייעוץ" כאלטרנטיבה ל"שידול", אלא כאחד מביטויי הפרטים בלבד. ואכן, בסעיף 30 להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, מוגדר השידול כהבאת אחר לידי ביצוע עבירה "בדרישה, בעצה, בעידוד או בכל דרך אחרת...". דרך ה"ייעוץ" היא אפוא רק ביטוי פרטי של דרכי השידול, ולא חלופה לשידול.

295. ראוי להבהיר מראש כי מושג השידול, כצורת שותפות לדבר עבירה, הוא בעל משמעות שאינה תמיד הולמת את המשמעות הרגילה של מטבע לשון זה. המדובר במשמעות הנותנת ביטוי ליחס בין פרט לפרט, משדל למשדל, ולא גם ליחס בין פרט לבין קהל מקום שהפרט מסית, מדיח, מתסיס, קהל מסויים או קהל בלתי מוגדר, ללא הבדל הזהות הפרטית של הנמנים על אותו קהל, לבצע עבירה פלילית. פעולות כאלה עשויות להצמיח עבירות ספציפיות, ואפילו משתמשים בתבה "שדל" לשם הגדרתן, אין זה אותו "שידול", כצורה של שותפות לדבר עבירה, בו נדון בהמשך.

למשל, בסעיף 166 לחוק העונשין מוגדרת כעבירה פלילית הסתה "למעשי איבה נגד ממשלחה של מדינה ירידותית, על ידי גאום במקום ציבורי או התקהלות פומבית או על ידי פרסום כתב..."; בסעיף 146 לחוק העונשין מוגדרת כעבירה פלילית הטפה או עידוד "בדיבור, או בדרך אחרת" לבצע כל פעולה אסורה, לפי סעיף 145, של התאגדות אסורה; באחת החלופות האמורות בסעיף 289 לחוק העונשין בו מוגדרת העבירה של "הסתה להימנע מתשלומי חובה". במקרים כגון אלה, תהיה לשון החוק אשר תהיה, מדובר בעבירות ספציפיות, העומדות ברשות עצמן, ולא ב"שידול", במובן של צורה כללית של שותפות עקיפה לדבר עבירה.

296. יש גם איסורים ספציפיים של שידול "מפרט אל פרט" דווקא, והם משני סוגים. האחד — של מקרי שידול למעשים שביצועם על-ידי המשדל אינו בגדר עבירה פלילית. נסתפק במספר מועט של דוגמאות: "שידול למעשה זנות" לפי סעיף 201 לחוק העונשין; "שידול לעסוק בזנות" לפי סעיף 202 לחוק העונשין; "שידול או סיוע להתאבדות" לפי סעיף 302 לחוק העונשין; "שידול לגניבה מבן זוג" לפי סעיף 389 לחוק העונשין, ועוד. גם במקרים אלה לא נעסוק, כי אין מדובר כאן בשותפות לדבר עבירה, אם כי האירוע העברייני הוא רב-משתתפים.

93 ראה פסקה 244.

הסוג האחר הוא, הפעם, של מעשי שידול לדבר עבירה דווקא, שזוכים באיסור מיוחד בחלק הספציפי של החוק הפלילי, חרף כך שאלמלא איסורים ספציפיים אלה, פליליותם של מעשי שידול אלה היתה מובטחת באיסורו של השידול לדבר עבירה, כצורה כללית של שותפות לדבר עבירה. למשל, שידול אדם להשתמטות משירות בטחון, לפי סעיף 109 לחוק העונשין; שידול חייל לאי-ציות לפקודה חוקית, לפי סעיף 110 לחוק העונשין; "הדחה בעדות" לפי סעיף 246 לחוק העונשין. כנראה, ששיקולים כרוכים בסמכות השיפוט של מערכת משפט מסוימת, או בשימת דגש מיוחד עם עצם קיום האיסור, בגלל שכיחות התופעה האסורה, הניעו את המחוקק לייחד לשידול לעבירות מסוימות מעמד נפרד. מכל מקום, גם אלמלא האיסורים המיוחדים היו מקרים אלה של שידול ענישים, בהתאם לכללי השותפות הרגילים. אף במקרים אלה לא נדון, כשם שזה לא מענייננו לייחד דיון מיוחד בשידול לעבירות ספציפיות אחרות. אולם, נדמה, כי ניתן להבהיר שגם במקרים אלה יחולו כללי השידול הרגילים, כמובן, מקום שאין חריגה מפורשת מהם, בגורמות הספציפיות שמסדירות אותם. שהרי נורמה מיוחדת דוחה נורמה רגילה.

בהקשר זה ראוי להזכיר כי בע"פ 548/73⁹⁴ דן בית המשפט העליון בשאלה האם ניתן להרשיע בנסיון לעבור עבירה, כשמדובר בעבירה לפי סעיף 201(א)(1) לחוק העונשין (שהיה סעיף 2(א)(1) לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות זנות) תשכ"ב–1962) שכתרתו – "שידול למעשה זנות". בית המשפט קבע כי עבירת השידול למעשה זנות היא עבירה נפרדת ועצמאית, וכי הנסיון לעבור אותה הוא עניש לפי העקרונות הכלליים. בית המשפט לא התייחס לשאלה הכוללת יותר, והיא: האם, לפי עקרונות אלה, ניתן לגזור נסיון משידול, כאשר השידול, באופן כללי, הינו צורת התנהגות נגזרת אף היא?

לדעתנו, אכן הגיע בית המשפט בפסק דינו לתוצאה הנכונה, אך הדבר טעון הבהרה. השידול למעשה זנות אכן מהווה עבירה עצמאית, אולם, לא משום שהשידול למעשה זה זכה לאיסור מיוחד בחלק הספציפי של החוק הפלילי, אלא משום שמדובר בשידול למעשה, שביצועו על-ידי המשוּדל אינו בגדר עבירה פלילית כלל. במקרים בהם יש ביצוע עיקרי המהווה עבירה פלילית, ולצידו יש גם הפללה מיוחדת של השידול לו, הרי הנסיון לשידול כזה לא היה עניש אלמלא ההוראה המיוחדת שבסעיף 34 לחוק העונשין; רק בזכות הוראה זו ניתן לגזור התנהגות ענישה, נסיון, מהתנהגות ענישה אחרת – משידול שגם היא התנהגות נגזרת. כלומר, גם אילו העיסוק בזנות היה בגדר עבירה, ניתן היה להעניש על נסיון לשדל; אך זאת לא מכוח כללי הנסיון הרגילים, אלא מכוח ההוראה המיוחדת האמורה, שבסעיף 34 לחוק העונשין.

§ 2. מבנה השידול

297. כפי שצויין, המבנה הפנימי של כל צורות השותפות – והשידול כללי – במניין – משקף את היסודות הכלליים שבכל תופעה עבריינית, ובלבד שכל יסוד מיסודותיהן או אחדים מהם רוקם עור וגידים בסימני-ייחוד אופייניים לכל צורה בנפרד, המקנים לה מהות ומעמד נפרדים מזולתה.

אשר לשידול, מהותו כצורת שותפות ראשית ועקיפה היא ביטוי של סימני-הייחוד האמורים, הן במישור היסוד העובדתי והן במישור היסוד הנפשי; חומרתו המיוחדת היא בוודאי ביטוי של סימני-הייחוד במישור האוביקט החברתי הנפגע על-ידי; ואשר לעושה השידול – המשדל – גם בו עשויים להיות דבוקים איפיונים שאינם מצויים תמיד בעושה העבירה כמבצע עיקרי.

94 ע"פ 548/73 כ"י ב' דב"ט, פ"ד כח (2) 678, 683.

כדי לצייר את התמונה הבסיסית של שידול לדבר עבירה, נידרש אפוא לכל יסוד כללי שבתופעה עבריינית, ונעמוד על ביטוי הפרטי בתופעה הקרויה שידול לדבר עבירה. ועוד לא למותר להזכיר, שתמציתה של התרומה המשדלת היא שיעד התרומה הוא במישור יצירת היסוד הנפשי אצל המשדל, או של גיבוש יסוד זה אצלו, לביצוע העבירה מושא השידול. אולי, בלשון מוחשית יותר, תמצית התרומה המשדלת נעוצה במשקלה המכריע ובתכליתיותה המיוחדת, בתהליך קבלת ההחלטה על-ידי המשדל לבצע אותה עבירה; אין זה עניין של סחם העלאת רעיון אף אם הגשמתו כרוכה בעבירה פלילית. ובשלב זה, אין עדיין מקום להיכנס לפירוט הדרכים בהן ניתן להשתמש כדי להשיג את היעד האמור, כך שהתרומה תישאר עדיין בגדר שידול ולא תיחפז לביצוע עקיף. על כך נדון במסגרת הדיון ברכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבשידול.

המשדל 298. המשדל — כעושה השידול — צריך, כמובן, להיות בעל כשרות פלילית מבחינת בגרות הדעת ותקינות הרוח, כתנאי בסיסי ומוקדם להיות אדם בר-עונשין. יחד עם זאת, ראוי להבהיר, כי, אפילו מותנית העבירה, בהתאם להגדרתה הנורמטיבית, בעושה מיוחד — למשל "גבר" בעבירות אינוס, "נשוי" בעבירה של ריבוי נישואין, "עובד הציבור" בעבירות השוחד, וכיוצא באלה, אין כל מניעה שהמשדל לא ימלא אחרי תנאי זה, ובכל זאת שיהיה שותף לעבירה; המשדל יכול שיהיה אדם רגיל, ללא הייחוד הנדרש לשם הביצוע העיקרי של העבירה. מניעה כאמור איננה מתחייבת ממציאות הדברים, ואף לא מהוראות החוק הפורמאליות, המגדירות, בסעיף 26(3) לחוק העונשין, את השידול, תוך התייחסות למשדל בשם הגוף הבלתי מסוייג "מי".

בהלכה הפסוקה, הוכרו, לא פעם, על העדר כל הגבלה מבחינה זו. בע"פ 472/74⁹⁵, מדובר בשידול עובד לבצע גניבה ממעבידו — עבירה שהיא גניבה מותנית בעושה מיוחד — כאשר המשדל לא היה עובדו של אותו מעביד. בע"פ 365/73⁹⁶, מדובר בנסיון לשדל עד למסור עדות, הסותרת את עדותו הקודמת, על-ידי אדם שלא היה, גם הוא, עד. כך גם המשדל בן לקפת את חיי אביו, אין זה הכרחי שהמשדל יהיה גם הוא בנו של הקרבן המיועד, כדי שיהיה אחראי לשידול לרצח אב. אין צורך להכביר בדוגמאות שבאו לפני הערכאות או שלא באו לפניהן, כדי להיווכח כי אחרת לא יכול להיות. המשדל, כשותף עקיף, אינו צריך להיות בעל אותו ייחוד בו מותנית התהוות העבירה מבחינת המבצע הישיר. מן הבחינה הפורמאלית גרידא, הגדרת העבירה קובעת את דרישת הייחוד לגבי המבצע הישיר בלבד, ואילו הגדרת השידול, אינה קובעת סייג כלשהו לעניין זה.

ובכל זאת עשויות להתעורר שאלות אחדות, מבחינה זו, בתחום העבירות בעושה מיוחד, ובנושא זה יבוא דיון מיוחד.

האוביקט הנמנע 299. אין ספק כי באין סכנה לאינטרס חברתי, הנובעת ממעשה שידול, לא היו מפלילים צורה זו של שותפות לדבר עבירה, מקום שקבלת ההחלטה לבצע את העבירה נשארת גלוא הכי בידי המשדל. ובכל זאת, על הגיון פליליות השידול אין חולק. שהרי המשדל הוא זה המביא, בדרכים עליהן נעמוד להלן, את המשדל לידי

95 ע"פ 472/74 אבוטכול ג' מ"י, פ"ד כט(2) 301, 302 מול אות השוליים ד.

96 ע"פ 365/73 אבולין ג' מ"י, פ"ד כח(1) 312.

קבלת ההחלטה לבצע את העבירה. תרומה זו היא בעלת משקל ראשי בדבר גיבוש העבירה הפלילית, והערך החברתי הנתון בסכנה על-ידי ביצועה הישיר, נפגע, כתוצאה מכך, על-ידי השידול לבצועה. בסופו של חשבון, העבירה רבת-המשתתפים פוגעת באובייקט החברתי המוגן על-ידי איסור העבירה הטיפוסית, בכל אבריה וחלקיה, ותרומתו של המשדל להיווצרותה היא אחד מהם.

מלבד זאת, פוגע השידול בערך חברתי נוסף – והיא אינטרס הציבור שכל פרט יימנע מביצוע עבירות, ויהיה מוגן מפני השפעות שעלולות להביאו לעולם הפשע. והרי המשדל הוא זה אשר עיקר תרומתו לביצוע עבירה מתבטאת בהבאת אחר לידי ביצועה. בכך, הוא פוגע גם בסדר הציבורי הכללי, בנוסף לתרומתו לפגיעה באובייקט החברתי הספציפי המוגן על-ידי עצם ביצוע העבירה.

לשידול יש אפוא אובייקט חברתי נפגע כפול, ובכך גם תוספת למשקלו האנטי-חברתי, המסבירה את עמדת החברה, הנמרצת יותר, לפיה צורה זו של שותפות, עקיפה, לדבר עבירה. די לציין כי גם השידול שנכשל הוא עניש, כנסיון, ולא רק השידול שהצליח להביא את המשדל לידי הגשמת מטרת השידול.

היסוד העובדתי (א) הרכיב ההתנהגותי. 300. היסוד העובדתי שבשידול לדבר עבירה הוא מורכב למדי, ונתחיל את הדיון בו, ברכיב ההתנהגותי של יסוד זה. הרכיב ההתנהגותי עשוי להתבטא בכל דרך, שעשויה להשפיע על תודעת המשדל, ולהביאו או להגיעו לקבל את ההחלטה לבצע את העבירה מושא השידול, וגם לגשת לביצועה, ואין נפקא מינה אם גם השלים את הביצוע, אם לאו. "כל דרך" – דרך המתבטאת, כמובן, בהתנהגות כתרומה גופנית של המשדל להתהוות השידול; שכן גם חופעה עבריינית זו נשלטת על-ידי העקרון nullum crimen sine actu. כל התנהגות העשויה להשפיע על המשדל ולהגיעו לקבל את ההחלטה לבצע את העבירה אליה מתייחס השידול ולגשת לביצועה. לחץ, דרישה, סחיטה, שיכנוע, הפצרה, הבטחות, תשלום, שיחוד, או כל דרך אחרת של השפעה מנטאלית בעלת משקל מכריע על המשדל, נתפסת במושג שידול.

מבחינת טיבו, הרכיב ההתנהגותי של השידול צריך אפוא להתבטא בהתנהגות בעלת אפקטיביות פוטנציאלית, העשויה להשפיע מנטאלית על המשדל, שיקבל את ההחלטה לבצע את העבירה, יעד השידול. בכך, מתקשר הרכיב ההתנהגותי, על טיבו, עם הנסיבה הרלוואנטית להתהוות השידול – משדל שזקוק להשפעה מנטאלית חיצונית, כדי להחליט לבצע את העבירה. היתה ההשפעה מיותרת או לשווא, יכול היה להיות טיב ההתנהגות אשר יהיה, אך שידול ממנו לא יצמח.

אם נבדוק את הרכיב ההתנהגותי של השידול לאור צורות ההתנהגות, אקטיבית או פאסיבית, בהן הוא עשוי להתבטא. כמובן, נוטים לגרוס מתוך אינטואיציה רגילה גרידא, כי, מעשית, הרכיב ההתנהגותי יכול להתבטא בהתנהגות אקטיבית. אולם, נדמה לנו כי אין מקום להוציא מכלל אפשרות להפעיל השפעה על אדם גם בהתנהגות פאסיבית, באי-עשייה, כדי להביאו לידי קבלת החלטה לבצע עבירה מסויימת. מכל מקום, אין בהגדרה הנורמאטיבית של השידול הגבלה לפיה פליליותו מותנית בהתנהגות אקטיבית בלבד. לפיכך, מוטב להשאיר את השאלה אם ניתן לשדל גם בהתנהגות פאסיבית, לדימיון עולם המעשה.

אשר לקיום חובה לפי דין לפעול, כתנאי לשם הכשרת התנהגות פאסיבית להתהוות שידול פלילי במחדל, דעתנו היא כי תנאי כזה אינו אופייני לצורות השוחפות העקיפה. הוא פועל רק לגבי הביצוע העיקרי, כתנאי להתהוות עבירה מחדלית, ודרך הביצוע העיקרי בלבד הוא משליך על השידול והסיוע, מבלי שתידרש חובה מיוחדת לפי דין לפעול ולמנוע בכך שידול או סיוע, בהתנהגות

פאסיבית. השאלה לא התעוררה בפרקטיקה לגבי שידול במחדל, שכן ההיפותיזה עצמה היא, כנראה, נדירה למדי. אולם היא התעוררה במלוא עצמתה לגבי הסיוע במחדל, ולכן אנו מפנים לאמור בסוגיה זו במסגרת הדיון ברכיב ההתנהגותי של הסיוע והנימוקים שהוצגו שם⁹⁷ כוחם יפה, נדמה לנו, גם לגבי השידול במחדל.

301. השידול כהתנהגות תורמת לביצוע ישיר של עבירה פלילית צריך להתייחס לא לעבירה סתם, כלשהי. ההתנהגות המשדלת צריכה להביע "ייעוד מוחשי", תוך הכוונת המשדול לבצע עבירה מסוימת על נתונים הקונקרטיים, כפי שהיא עומדת להיעשות בעולם המעשה; אם כי ייתכן שמידת המוחשיות של הייעוד הכלול בהתנהגות המשדלת תהיה גם יחסית. כך, אין זה הכרחי שהשידול יתייחס לכל פרטי הביצוע, ובייחוד לפרטים שאין בהם כדי לספק דרישות רלוואנטיות מבחינת הגדרת העבירה; אך השידול צריך להיות מוחשי, כך שהמשדול יקבל תמונה קונקרטית של מה אשר המשדל מעוניין שיבצע, כמעריך נתונים קונקרטיים שעשויים להצמיח עבירה פלילית. מטבע הדברים נשאר מרווח מסויים במהלך ההגשמה, לשיקול דעתו של המבצע. לעתים אף המבצע עצמו אינו מוציא אל הפועל את מזימתו בדיוק לפי הדרך בה חשב לפעול, עובר לביצוע; לא כל שכן, כאשר רעיון ביצוע העבירה בא מאדם אחר. לכן, גם ההכחרה שבסעיף 29 לחוק העונשין, שאין נפקא מינה אם העבירה שנעברה בפועל "נעשתה שלא בדרך היעוצה", אם כי בסעיף זה יש התייחסויות גם למצבים אחרים, עליהם נדון, בהמשך, במסגרת אחרת. כך גם אין זה הכרחי שהעבירה תבוצע בדיוק באותו מקום או באותו זמן, כפי שהתייחס אליהם השידול.

יחד עם זאת, ראוי לציין כי יש גם לשקול כל מקרה לפי נסיבות העניין, ובייחוד תוך התחשבות באישיות המשדול, בגילו, בנטייתו ובנסיבות בהן הוא נתון. לעתים, הפצרה לאקונית, לאו דווקא מפורטת, עשויה להיות בעלת משקל מכריע אצל המשדול כדי להטות את כף המאזניים לצד קבלת ההחלטה לבצע עבירה פלוגית; בייחוד כאשר המשדל היה מודע לנטיית הלב וכיווני-הדרך, הקונקרטיים, ואולי גם חסרי ברירות רבות, של המשדול. גסיבות העניין יתחמו את מידת הקונו-

מכל מקום, ברור הוא שהשידול צריך להתייחס לאירוע עברייני מוצב בעולם המעשה, על נתונים מוחשיים, שעשויים לספק את דרישות ההגדרה של עבירה פלוגית, ולא לעבירה סתם, על שמה הנורמטיבי בלבד, ללא כל קונקרטיזציה בעולם ההגשמה.

302. עתה עלינו להגביל את דברינו בנוגע לדרכים השונות והמגוונות העשויות ליתן ביטוי מוחשי לרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבשידול. הגבול הוא באותו מקום בו ההתנהגות המשדלת היא מטיב כזה, שהיא משתמשת במשדול ככלי בידי בעל ההתנהגות והופכת את ה"משדל" למבצע עקיף של העבירה. הכוונה למקרים בהם מדובר בהתנהגות המתבטאת בכפייה על הזולת לבצע מעשה מסויים, אם באיומים ואם באמצעות צו שאינו בעליל בניגוד לדיון, כאשר תנאים אלה מהווים, בשביל המבצע, סייגים לפליליות המעשה.

במקרים אלה, ההתנהגות שבה נצטווה העושה לבצע את המעשה חדלה מלהוות רכיב התנהגותי של שידול והופכת לביצוע עיקרי באמצעות אחר של העבירה. המדובר במקרים בהם פעולות הביצוע נעשו בתנאים של "כורח" לפי סעיף 21 לחוק העונשין, או בתנאי "צידוק" לפי סעיף 24(א)(2)

97 ראה פסקה 316.

לחוק העונשין. התנהגות המגיעה כדי כורח או צידוק, כאמור, איננה גמנית עם אותן דרכי הנעה של אחר לביצוע עבירה, האופיינית לשידול. היא מצמיחה ביצוע עיקרי, אמנם עקיף, אך ביצוע עיקרי. בסעיף 30 להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, ניתן ביטוי מפורש להגבלה זו. נאמר שם "המביא אחר לידי ביצוע עבירה... בכל דרך... שאינה מגיעה כדי כפייה או צידוק, הוא משדל לדבר עבירה".

לאמיתו של דבר, חסרה במקרים אלה גם נסיבה רלוואנטית, ולא רק רכיב התנהגותי הולם, לשם התהוות שידול, והיא שהביצוע יצמיח, כנדרש, אירוע פלילי. לשם השלמת הדיון גם בהיבט זה של הסוגיה, מפנים אנו לאמור, באותו הקשר, במסגרת הדיון בנושא ה"ביצוע באמצעות אחר"⁹⁸ ובנושא "השלכת הסייגים לפליליות האירוע"⁹⁹.

(ב) הרכיב הנסיבתי. 303. הרכיב הנסיבתי של היסוד העובדתי שבשידול לדבר עבירה, הוא די מורכב. נסיבה רלוואנטית להתהוות השידול, ראשונה במעלה, היא קיום משודל טעון הנעה מנטאלית, לשם קבלת החלטה לבצע את העבירה מושא השידול. על-אחת-כמה-וכמה, משודל שמעולם לא העלה על הדעת לבצע את העבירה; וכמובן, משודל אשר יחסו המנטאלי לגבי האפשרות שיבצע אותה עבירה נשא אופי ביניים, כרעיון לא זר לו, אך גם לא מגובש עד כדי קבלת החלטה, או כרעיון שלגביו הוא בשלב של התלבטויות. ייתכן גם שהמשודל הנמצא לפני המשדל יהיה אדם שאף קיבל, לפני כן, החלטה שלילית דווקא בנדון. דירוג זה הוא כמותי בלבד, והוא עשוי לשמש אמת-מידה להערכת חומרת תרומתו של המשודל לביצוע העבירה. אבן-הבזון הקובעת היא איכותית – אם אכן היה השידול זה שמילא תפקיד מכריע והניע את המשודל לקבל את החלטה לבצע את העבירה מושא השידול, יהיה הרקע הקודם בנוגע לרעיון הביצוע אצל המשודל, אשר יהיה – משלילי, דרך אפס, עד התלבטויות שהיו טעונות דחיפה מרעית; מגוון רגע זה הוא כאמור כמותי בלבד.

כאמור כבר קודם, אין די אפוא שאדם מעלה רעיון לפני חברו לבצע עבירה, כדי לייחס לאותו אדם שידול לביצוע העבירה; הרעיון צריך להיות גם גורם שהביא את שומעו לקבלת החלטה לבצע אותה עבירה. כדברי בית המשפט העליון בע"פ 474/75¹⁰⁰ –

"... כאשר יושבים שלושה יחדיו וכל אחד מהם שונא את הקרבן שנאת-מוות ואחד מהם מעלה רעיון להרגו והרעיון מתקבל בו במקום על-ידי חבריו, ספק בעיני אם יש לראות בראשון משדל, בנוסף על היותו אחד מקושרי הקשר. לשון אחרת, האם די היה בהעלאת הרעיון על-ידי המערער, כדי להרשיעו כמשדל, או שמא צריך היה להוכיח גם שהצעתו היתה הגורם הממשי אשר הניע את חבריו לבצע את הפשע".

כמובן, כדי שמשודל יהיה טעון הנעה מנטאלית לשם קבלת החלטה לבצע עבירה פלילית מסויימת, צריך שהחלטה זו לא תהיה קיימת בליבו כבר מקודם. שאם לא כן, חסר השידול מושא. גם זו נסיבה רלוואנטית להתהוות שידול לדבר עבירה. אין זה הכרחי שהמשודל יהיה מודע לכך שהוא מושא לשידול, וכי הוא מקבל את החלטה לבצע את העבירה עקב השפעתו של אדם אחר. ניתן לתאר, אפוא, מקרים בהם לא היתה אף קומוניקציה דו-סטריית בין המשדל והמשודל, במובן זה שהמשודל לא יתן את הדעת לכך שהוא משודל, ומהי מטרתו של המשדל. העיקר הוא

98 ראה פסקה 270 ואילך.

99 ראה פסקה 402 ואילך.

100 ע"פ 474/75 פאלם נ' מ"י, פ"ד (3) 113, 125 בין אותיות השוליים א–ב.

שהמשדל מודע למה שהוא עצמו עושה. ניתן לשדל גם ברמזים או, לעיתים, תוך יצירת מצבים, שיביאו את המשדל למסקנה כי עליו לפעול בצורה מסויימת, על אף שיתבך בכך בעבירה פלילית; זאת, כאשר המשדל מכיר את רקע הדברים אצל המשדל, וחותר לקראת התפתחות הדברים בכיוון זה, אך מעמיד פנים תמימים. כלומר, די גם בקומוניקציה מנטאלית חדיסטית, אך זאת מכיוון המשדל למשדל בלבד.

כמוכן כבר מאליו, נסיבה רלוואנטית נוספת היא שהיחס משדל—משדל הוא יחס מפרט לפרט, ולא בין פרט, המשדל, לקהל או ציבור אנשים, מוסת להפר חובה זו או אחרת על פי חוק, אפילו מקום שהסתה כאמור מוגדרת כעבירה פלילית. על כך כבר דובר קודם והובאו גם דוגמאות של עבירות כאלה¹⁰¹.

נסיבה רלוואנטית להתהוות השידול, אף היא כמעט מובנת מאליה, היא עיתוי השידול, בטרם ניגש המשדל לביצוע העבירה. שאם לא כן, היתה מיותרת כבר כל תרומה שתניע את העושה לבצע את העבירה. העיתוי האמור של השידול עולה גם מהגדרתו הנורמטיבית שבסעיף 26(3) לחוק העונשין — "מי שיעץ או שידל את חברו לעבור את העבירה...". כלומר טרם ביצוע. אולם, משום מה הוסיף שם המחוקק גם את המלים "בין שנכח בשעת עשייתה ובין שלא נכח". מלים אלה הן, לדעתנו, מיותרות, שכן אין כל אפשרות שלישית. אולם הן עשויות גם להטעות, תוך פירושו, כאילו ניתן לשדל אדם לבצע עבירה גם בשעת עשייתה, לאחר תחילת העשייה. עידוד כזה עשוי ליפול רק בגדר סיוע תוך היוק רוחו של המבצע להמשיך בעשייה, בהתאם לסעיף 26(4) לחוק העונשין. ואילו העובדה שמי אשר באמת שידל לביצוע העבירה נכח בשעת עשייתה או לא נכח, אינה עשויה לשנות את פני הדברים, אלא אם כן המשדל פעל גם בתפקיד של מסייע, או אף כמבצע בצוותא.

304. יש גם תנאים עובדתיים נוספים לשם התהוות שידול. כך, השידול מותנה לפחות בתחילת ביצוע, על-ידי המשדל, של העבירה יעד השידול, אם לא בביצוע המושלם. וודאי שאין די בביצוע מעשי-הכנה בלבד; אם לא כן, יהיה זה נסיון לשדל בלבד; כשם שההתנהגות המשדלת תישאר בגדר נסיון, אם המשדל כלל לא היה חשוף להנעה מנטאלית, והשידול היה לשוא. המשדל צריך שיהיה פעל בשרות פלילית מבחינת בגרות הדעת וחקינות הרוח; אם לא כן, עשוי זה להיות מקרה של ביצוע באמצעות אחר¹⁰². המשדל צריך שיהיה גם מודע למה שעשה עקב השידול; אם לא כן, עשוי זה להיות מקרה אחר של ביצוע עקיף¹⁰³.

תנאי עובדתי רלוואנטי אחרון בו גדון, המתקשר גם הוא עם הנסיבות הרלוואנטיות הקודמות, היא שהתנהגותו של המשדל עקב השידול תתרחש בתנאים שאינם מהווים סייג לפליליותה. למשל, שידול אדם להגן על עצמו או על זולתו, בתנאים של הגנה פרטית או של צורך בהתאם לסעיף 22 המסדיר בחוק הקיים את סייג ה"צורך"; שידול אדם לבצע מעשה בתנאים של "צידוק" בהתאם לסעיף 23 לחוק העונשין; שידול אדם שאנוס לציית לדרישה לבצע מחמת איומים שאם לא ייכנע ייהרג מיד או ייחבל מיד הבלה חמורה, כאמור בסעיף 21 לחוק העונשין, שדן בסייג ה"כורח". במקרים כאלה, המשדל לא ניגש לביצוע עבירה; המעשה הוא לגיטימי וניתן אף לגרוס כי החוק עצמו "משדל" את האדם לבצע את המעשה. במקרים אלה, לשדל אדם לבצע מעשה מותר על פי החוק הפלילי, אינו שידול פלילי, בזכות הנסיבה שהמעשה מתבצע בתנאים

101 ראה פסקה 295.

102 ראה את הדיון בביצוע העקיף — פסקה 270.

103 שם.

המהווים סייג לפליליותו. דיון מיוחד ומפורט בסוגיה זו – השלכת הסייגים לפליליות האירוע על טיב השותפות העקיפה לאירוע כזה – ייערך להלן ומפנים אנו לדיון זה¹⁰⁴. בכל זאת, מתחייבת גם כאן ההבהרה כי האמור אינו חל על מי שהכריח את העושה לבצע את המעשה באיומים או בצו בלתי חוקי. על כך עמדנו כבר במסגרת הדיון ברכיב ההתנהגותי של השידול.

(ג) זיקת הביצוע העיקרי לשידול. 305. נותר לנו להידרש לסוגית הסיבתיות כהיבט של יסוד עובדתי של כל תופעה עבריינית בה ניתן לזהות, לכאורה או לאמיתו של דבר, את הצמד "סוכב-מסוכב". ובכן, אשר לזיקה הסיבתית שמרכיבים להתייחס אליה, של הביצוע העיקרי לשידול, במקרה של השתתפות גם של משדל באירוע עברייני רב-משתתפים, אליבא דידנו, קשה כאן לאתר יחס אובייקטיבי בין סוכב ומסוכב, מקום שחוצה ביניהם – בין השידול לבין הביצוע – קבלת ההחלטה על-ידי המבצע, שיכול היה שלא לקבלה, לגשת לביצוע העבירה. זהו עניין של השתלבות ההשפעה הרעיונית של א', ברקע התודעתי של ב', והוצאה לפועל של שילוב תודעתי זה על-ידי ב'. ואם ב' לא ניגש לביצוע, והשידול לא יצא, משום כך, לפועל, פירושו של דבר, ש"השתלת" הרעיון נדחתה, או שהרעיון ה"מושלת" נדחה, והיה רק נסיון לשדל, ללא הצלחה. אך מקום שהרעיון נקלט, הוא הופך חלק מגופו של הקולט ולא סיבת לו.

מן הבחינה האובייקטיבית והסובייקטיבית כאחת, השידול, ככל צורת שותפות אחרת – סיוע, ביצוע עיקרי, ביצוע ישיר בצוותא – הוא חלק מן האירוע העברייני רב-המשתתפים, המשתלב בחלקיו הנותרים, והמהווים, ביחד, שלם, אמנם מורכב, אך בלתי ניתן לחלוקה לפי דפוסי הסיבתיות. לטעמנו, הזיקה הסיבתית ניתנת להתחשבות רק במסגרת העבירה בכללותה, בזיקת הרכיב התוצאתי – אם המדובר בעבירה תוצאתית – לרכיב ההתנהגותי שבה, ומקום שהעבירה היא רבת-משתתפים, לרכיב ההתנהגותי על כל חלקיו המתבטאים בתרומותיהם המשולבות של השותפים. רק תוך התעלמות מ"אחדות העבירה" רבת-המשתתפים ומ"יחס ההיבלעות" של כל צורות הענישה הנגזרות מן העבירה הטיפוסית, בעבירה זו, ניתן להידרש למושגי הסיבתיות כדי לאפיין את היחס בין חלקי השותפים לאותו אירוע עברייני. זאת, למרות הגדרת השידול, כהבאה או הנעה של אחר, במישור המנטאלי, לידי ביצוע עבירה, שמלשונה ניתן לשמוע משום זיקה סיבתית של הביצוע העיקרי לשידול. נדמה שיהיה זה נכון להביע את הנימה הקאולית המשמעת ממטבעות לשון אלה, ביחס של השתלבות יעילה של השידול בביצוע הישיר.

גישה זו מהווה הסבר לכך שדנו ביסוד העובדתי של השידול, על רכיבו ההתנהגותי והנסיבתי בלבד, מתוך מבנהו המשולש – רכיב התנהגותי, רכיב נסיבתי, ורכיב תוצאתי. אכן, השידול לדבר עבירה, על צורתו המושלמת, מותנה בתחילת מהלך ביצועה על-ידי המשדול, אך ראינו בתנאי זה נסיכה רלוואנטית להתהוות השידול, ולכן, לא דנו גם ברכיב התוצאתי. אשר ל"הבאה או הנעה" של אחר לידי ביצוע עבירה, שני שמות הפעולה מתארים רכיב התנהגותי מטיב מסויים, ומשקפים את מערכת הנסיבות, בהם מותנה השידול; אם היתה זו סתם העלאת רעיון או הצעה לפני אדם אחר לבצע עבירה, הרי, כאמור, לא יהיה בכך כל שידול, ואף לא נסיון לשדל. ואם אדם משדל את חברו לבצע עבירה אך זה היה, כבר מקודם, מנוי וגמור עמו לבצע את העבירה, ניתן יהיה לדבר על נסיון כשל לשדל, בלבד, אף אם אותו אחר כבר עבר את העבירה¹⁰⁵.

104 ראה פסקה 402 ואילך.

105 ראה את הדיון ב"הסתה", פסקה 356 ואילך.

היחס של השתלבות יעילה בביצוע העיקרי הוא אופייני לתרומותיהם של כל השותפים העקיפים, כלומר גם של המסייע, לדבר עבירה. הסיוע משתלב באורח יעיל בביצוע העיקרי, באשר הגשמת היסוד העובדתי שבעבירה נתאפשרה או הוקלה עקב השימוש בתרומת המסייע או ההסתמכות עליה; ואין בכך כל זיקה סיבתית. השידול משתלב באורח יעיל בביצוע העיקרי, באשר הוא תרם לקבלת ההחלטה בלבד על-ידי המבצע העיקרי לעבור את העבירה, ללא כבלי הסתכבות בין השידול לבין הביצוע עצמו, המתבטאת בהשתלשלות מניה וביה של דבר, כמסובב, מתוך דבר אחר, כסובב. כל התרומות — העקיפות והישירה — מתמזגות ויוצרות בדרך זו את האירוע העברייני רב-המשתתפים; וכשם שהביצוע הישיר הוא חלק מאירוע זה, ולא סיבה לו, כך גם הסיוע והשידול הם חלק ממנו, ולא סיבה לו; האירוע מקיף ומגלם את כולם.

היפוד הנפשי 306. היסוד הנפשי שבשידול צריך להשתלב במלואו ביסוד העובדתי שבו, על כל רכיביו, כאשר נקודת המוצא היא שהשידול לדבר עבירה הוא תופעה עבריינית המאופיינת במחשבה פלילית, וכי השידול, ככל צורה של התנהגות ענישה הנגזרת מן העבירה הטיפוסית, הוא בעל זיקה תכליתית¹⁰⁶ לעבירה זו. כן, מן הדין להביא בחשבון גם יחס הצמידות¹⁰⁷ של השידול לעבירה הטיפוסית.

בהיות השידול מותנה במחשבה פלילית, צריך המשדל להיות מודע לטיב התנהגותו, כהתנהגות שיש בה כדי להביא את האדם האחר — המשודל — לידי ביצוע עבירה פלילית, ולנסיבות הרלוואנטיות להתהוות השידול, המתקיימות בשעת ההתנהגות המשדלת, כפי שהצגנו אותם — את טיב ההתנהגות ואת מגוון הנסיבות — לפני כן. מבחינה נפשית, מתבצע שידול *animus socii*, כלומר מתוך מטרה להביא אדם אחר לידי ביצוע באורח ישיר של עבירה מסויימת, מבלי שהמשדל תהיה לו יד בכך, לאמור, מחשבה פלילית מיוחדת במטרה מסויימת — להביא את המשודל לידי ביצוע העבירה יעד השידול. בהגדרה זו של היסוד הנפשי הטמון בשידול פלילי בא לידי ביטוי יחס התכליתיות שבין כל הצורות של התנהגות ענישה הנגזרות מן העבירה הטיפוסית, לבין ביצועה העיקרי והמושלם. כמובן מאליו, מחשבה כאמור מקיפה גם את המודעות לנתוני הביצוע העיקרי מטעם המשודל, כולל היסוד הנפשי המתלווה אל ביצוע זה. בדרך זו, מתיישבת בהחלט המטרה של השידול גם עם ביצוע עיקרי מתוך פזיזות, אם המדובר בעבירה תוצאתית. מודעות לנתוני הביצוע העיקרי העתידית מתוך יסוד נפשי כזה, בליווי המטרה להביא את המשודל לביצוע העבירה אף בפזיזות, מספקות את היסוד הנפשי הדרוש להתהוות השידול. השידול, על אף תכליתיותו, משתלב אפוא, במלוא ההיגיון, באירוע עברייני הצופן בו מחשבה פלילית, על כל שלוחותיה, ולו אף על דרגותיה הנמוכות. הרקע הנפשי המשותף לשידול ולביצוע העיקרי, ומכך לאירוע העברייני הנובע מהשתלבותם זה בזה, הוא המחשבה הפלילית על היקפה הרחב ביותר¹⁰⁸.

307. בהקשר זה מתבקשות מלים מספר על תחולת הלכות אחדות שנוגעות למושג המחשבה הפלילית בכלל, ובפרט למחשבה הפלילית האופיינית לשידול לדבר עבירה. נתחיל בהלכה לפיה "עצימת עיניים" לגבי אפשרות קיום של נסיבה רלוואנטית להתהוות תופעה עבריינית, שקולה כנגד מודעות לקיום הנסיבה¹⁰⁹. אין כל טעם שהלכה זו לא תחול גם

106 ראה פסקה 50.

107 ראה פסקה 21 ואילך.

108 ראה גם את הדיון בהקשר זה בדיני עונשין — א, פסקות 722—725.

109 שם, פסקה 638 ואילך.

על שידול, כאשר משדל עוצם את עיניו, עובר לשידול ובשעתו, לגבי אפשרות קיום נסיבה מן הנסיבות הרלוואנטיות להתהוות שידול, בהן דנו קודם.¹¹⁰ התעלמות מודעת מאפשרות קיום נסיבה כאמור, חרף החשד שמא היא מתקיימת, והימנעות מבדיקת המצב לאשורו, כמוה כמודעות לדבר קיום הנסיבה. חשד בליבו של פלוני כי לפניו אדם רגיש מאד לעניין מסויים, וכי הוא חשוף להשפעה קלה שתניע אותו לבצע עבירה מסויימת בקשר לאותו עניין, מחייב את פלוני לבדוק אם יש רגליים לחשד זה, כדי שדבריו לא יכריעו את הכף אצל אותו אדם לצד עשיית העבירה. לא עשה כן, ועצם את עיניו לגבי אפשרות קיום נסיבה זו, יחס הכרחי זה של פלוני שקול כנגד מודעות לעצם קיום הנסיבה ולא רק לאפשרות קיומה.

אשר לשייכות הלכת "הצפיות"¹¹¹ לנושא השידול – כלנושא צורות השותפות העקיפה כולן – דנו בה¹¹² אגב הדיון הכללי בהלכה זו, והגענו למסקנה כי אין מקום להלכה זו בנידון. הלכת "הצפיות" – הנותנת ביטוי לשקילות "המזימה העקיפה", ה־*dolus indirectus*, ל"מזימה הישירה", ה־*dolus directus* – מתייחסת לחוג המצומצם של עבירות תוצאתיות בלבד, ומביניהן לאלה בלבד שמתונות בכוונה פלילית, מבלי שתהיה מספקת צורה פחות חמורה של מחשבה פלילית. ואילו השידול לדבר עבירה הוא תופעה עבריינית המתאפיינת במחשבה פלילית, אמנם מיוחדת במטרה להביא את המשדל לידי ביצוע העבירה או ביקט השידול, אך במחשבה פלילית על כל היקפה. כלומר, די במודעות למשימה שעל המשדל להגשימה בליווי התכליתיות שבשידול להביא את המשדל לידי כך, כדי לספק את היסוד הנפשי הדרוש להתהוות שידול. כמוכך, מודעות זו מקיפה גם את הפרט שהמשדל עומד לבצע עבירה מתוך מחשבה פלילית. אין נפקא מינה אם עבירה זו היא תוצאתית או התנהגותית גרידא, ואין נפקא מינה, מקום שהיא תוצאתית, אם היא מותנית בכוונה פלילית בלבד, או אם היא מסתפקת בכל צורה שהיא של מחשבה פלילית. אין כל סייג לשידול מבחינת ההנחות האלה. ראינו כי לגבי עבירות של מחשבה פלילית מיוחדת במטרה מסויימת, עשויה להתעורר השאלה מה הדין כאשר אדם אינו שואף דווקא לקראת הגשמת היעד שבמטרתו, אך התנהגותו מתבצעת בנסיבות כאלה שהעושה מודע לכך שהתממשותו של אותו יעד היא קרובה לוודאי.¹¹³ אותה שאלה עשויה להתעורר כאשר א' לא הציב לעצמו כמטרה להביא, בהתנהגותו, את ב' לידי ביצוע עבירה מסויימת, אך הוא מודע לכך, כך, לפי טיבה, התנהגותו עשויה, בדרגה גבוהה של הסתברות, להביא את ב' לכך. התשובה לשאלה ספציפית זו זהה לתשובה הכללית שניתנה בזמנו לשאלה הראשונה:¹¹⁴ מודעות אדם לכך שהתנהגותו, לפי סגולתה, עשויה, קרוב לוודאי, להשפיע על זולתו עד כדי הבאתו לידי ביצוע עבירה, שקולה כנגד המטרה להביאו לידי כך; ודי בכך כדי לראות באותו אדם משדל לדבר עבירה, אם כי הוא לא חתר לקראת זאת דווקא, והתנהג כפי שהתנהג משיקולים אחרים. זהו כלל מקביל להלכת "הצפיות", בעל משקל זהה לה, אך מבלי להזדהות עימה, בשל השוני שבין מתכונת "המטרה" כגורם מיוחד של מחשבה פלילית, לבין מתכונת "הכוונה" כשלוחה פרטית של מחשבה פלילית דרושה להתהוות עבירות תוצאתיות מסויימות.

המטרה שלשמה משדל אדם את חברו לעבור עבירה, הופכת את תרומתו לשידול גם לכל עבירה אחרת או נוספת לה, שהמשדל עבר אגב מימוש המזימה המקורית, ובלבד שהמשדל היה מודע

110 ראה פסקות 303–304.

111 ראה דיני עונשין – א, פסקה 717 ואילך.

112 שם, פסקות 722–725.

113 שם, פסקה 728.

114 שם, שם.

בעת השידול, לאפשרות סטייה כאמור. המשדל יישא באחריות פלילית לאירוע העברייני על מבנהו השונה מכוח דיני השותפות, עקב שידולו לעבירה המקורית, כאשר, חרף מודעותו לאפשרות סטייה כאמור מן המזימה המשותפת, פעל במטרה להביא את המשדל למימושה. המטרה לגבי הגרעין המקורי פורסת את משמעותה גם על ספיחיו החזויים מראש¹¹⁵.

308. שאלה נכבדה היא אם מתבקשת זהות היסוד הנפשי שבשידול לדבר עבירה עם היסוד הנפשי המתלווה אל הביצוע הישיר של אותה עבירה. לדעתנו, שאלה זו מחייבת תשובה שלילית משני טעמים.

האחד הוא, שאין כל אפשרות לנתק את היסוד הנפשי שבתופעה עבריינית כלשהי מן היסוד העובדתי שבה, שכן, השתלבות היסוד הראשון ביסוד השני, מתנה את תוכנו הקונקרטי של הראשון בתוכנו של השני. משום שהיסוד העובדתי שבשידול שונה מן היסוד העובדתי שבביצוע, רק טבעי הוא שלא תהיה זהות גם בין היסודות הנפשיים. כל אחד, המשדל והמבצע הישיר, מודע, קודם לכול, למה שהוא עושה, לתרומתו האוביקטיבית הנכדלת לאירוע העברייני המשותף. מכאן, ההבדל ההכרחי, הנובע מטבע הדברים, בין היסוד הנפשי שבשידול לבין היסוד הנפשי האופייני לביצוע הישיר, למרות הקשר האורגאני שבין שתי צורות השותפות לאירוע עברייני אחד. הטעם האחר להבדל, הפעם האפשרי אך לא גם ההכרחי, בין היסודות הנפשיים האמורים, הוא שהמשדל מביא את המשדל לביצוע ישיר של עבירה, כדי שזה האחרון יבצע אותה, על ההיבט העובדתי והנפשי גם יחד, כאשר היסוד הנפשי הטמון בשידול יכול, אך אינו צריך, להיות גם שונה, אם כי, הכל, באותה מסגרת של מחשבה פלילית. למשל, א' נוהג במכונית רב' משדל אותו לנוהג במהירות מופרזת מתוך כוונה לגרום לתאונה קטלנית בה ייהרג רוכב קטנוע שנסע לפניו. א' שעה להפצרותו של ב' ואכן האיץ את המהירות מעבר למותר, תוך מודעות לאפשרות גרימת התאונה, אך גם תוך תקווה שיצליח למנוע אותה, כלומר נהג בקלות דעת לגבי אפשרות גרימת התוצאה הקטלנית, שלא איחרה להיגרם. אם נשווה במקרה זה את היסוד הנפשי שבשידול להמתה, עם היסוד הנפשי שבביצועה הישיר, ניתן לגרום שהמשדל פעל מתוך כוונה אופיינית לרצח, ואילו המבצע הישיר פעל מתוך פזיזות אופיינית להריגה. ובכל זאת, היה כאן שידול להריגה בלבד, שכן הקובע הוא למה היה מודע המשדל שהמשדל יעשה. ניתן גם לשנות את הדוגמה, ולהחליף ביניהם את טיב היסודות הנפשיים אצל שני השותפים, והתשובה לא תשתנה; למרות שהמשדל פעל למשל מתוך אדישות בלבד, הוא יהיה משדל לרצח, משום שהיה מודע לכך שחברו פעל מתוך חפץ בגרימת התוצאה הקטלנית. כמוכּוּן, ייתכנו מקרים, ואולי הם גם הרוב, בהם תהיה חפיפה מבחינה זאת, בין סוגי היסודות הנפשיים, שהתלוו אל השידול מזה והביצוע מזה. אך, כפי שעולה מן האמור, אין זה מן הנמנע שלא תהיה זהות כאמור. דיון זה מוגבל להנחה שהמבצע הישיר לא הפתיע את המשדל במה שעשה בפועל, אם מבחינה עובדתית ואם מבחינה נפשית. היתה הפתעה כאמור, חלים כללים מיוחדים, הקבועים במפורש בחוק, בנוגע לאחריות הנגררת של המשדל לעבירה אחרת או נוספת, שעבר המשדל עקב השידול.

לסיכום, היסוד הנפשי שבשידול לדבר עבירה אינו יכול להיות זהה עם היסוד הנפשי שבביצועה הישיר. זהות מתבטאת רק במישור הכללי — המושגי, ששניהם, השידול והביצוע הישיר, מותנים במחשבה פלילית. אבל, כאשר מתעוררת השאלה במישור הקונקרטי, המחשבה הפלילית, על תוכנה המוחשי, האופיינית לשידול, שונה מזו האופיינית לביצוע הישיר, משום שהן משתלבות,

115 ראה פסקה 409.

כל אחת, ביסוד עובדתי שונה. ובכל זאת, ואולי דווקא משום כך, נשמרת אחדות העבירה רבת-משתתפים, שכן השידול, כצורת התנהגות ענישה נגזרת מן העבירה הטיפוסית, נשאר צמוד לביצועה העיקרי, על היבטו האוביקטיבי והסוביקטיבי כאחד.

סימן 5

הסיוע

§ 1. כללי ; § 2. מבנה הסיוע: המסייע; האוביקט הנפגע; היסוד העובדתי; היסוד הנפשי.

§ 1. כללי

309. הסיוע הוא, כפי שצויין קודם, תרומה עקיפה ומשנית לאירוע עברייני רב-משתתפים¹¹⁶. "עקיפה" – בדומה למעמד השידול מבחינה זו – משום מיקום התרומה מעבר לגבול פעולות הביצוע הישיר של העבירה. יחד עם זאת, הסיוע, בהבדל מן השידול, הוא תרומה "משנית" להיווצרות העבירה, בשל משקלו הסגולי בגיבושה. הוא ממלא תפקיד זוטור בלבד, במישור הגשמת היסוד העובדתי של העבירה על-ידי המבצע הישיר, כאשר מבחינת היוזמה שהביאה לביצוע העבירה, לא היתה לו כל יד. הסיוע הוא תרומה לאירוע עברייני שאירע תוך "שותפות הטרוי-גנית"¹¹⁷ שהרי הוא מותנה בביצוע ישיר, ושתי התרומות, ההכרחיות במתכונת זו, הן בעלות אופי שונה, הטרוגני. כמוכן, אם מיתוסף גם שידול, ריבוי התפקידים הנבדלים באותו אירוע עברייני, מבליט בהדגשת יתר את ההטרוגניות של השותפות בו.

הסיוע לדבר עבירה מוגדר בסעיף 26(2) ו-4 לחוק העונשין. בשלב זה ראוי לציין כי בסעיף 26(2) לחוק העונשין באה לידי ביטוי מובהק ומודגש גישת ההבחנה הפונקציונאלית גם לגבי הסיוע, בהשוואה לצורות השותפות הנותרות לאירוע עברייני רב-משתתפים, תוך שלילה, בעת ובעונה אחת, של מבחן הזמן, לפיו הסיוע היה מותנה בחד-זמניות עם הביצוע הישיר. הסיוע לדבר עבירה מוגדר לפי טיב תרומת המסייע לגיבושה, לאפשר את הביצוע או להקל עליו, "בין שנכח בשעת עשייתה ובין שלא נכח". ואם אין הסיוע מותנה, אפוא, בנוכחות המסייע בשעת עשיית העבירה, ומכל מקום, אין הסיוע מוגבל להתנהגות מסייעת בשעת המעשה; עיתויה עשוי להיות גם מחוץ למימד זה של זמן.

לעומת זאת, באה הוראת סעיף 26(4) לחוק העונשין להבהיר כי נוכחות סתם במקום העבירה אינה בגדר סיוע לביצועה. גם הנוכחות צריכה למלא פונקציה מסייעת, כאמור בהוראה זו – הרתעת התנגדות, חיווק רוחו של המבצע או הבטחת הביצוע. ניתן היה לשלב בקלות הוראה זו בהוראת סעיף 26(2) ולהגדיר הגדרה מלאה את הסיוע לדבר עבירה, לפי המבחן הפונקציונאלי

¹¹⁶ ראה פסקות 244–245.

¹¹⁷ ראה פסקה 243.

בו דוגל בעצם גם החוק המצוי. שכן, הרעיון הבסיסי הוא משותף — התנהגות מסייעת לביצוע הישיר של העבירה, וחיצונית לו.

310. גם לעניין הסיוע ראוי לציין כי קיימים גם איסורים מיוחדים של מעשי סיוע לעבירות אחדות, המשולבים בהגדרת העבירות עצמן, על ביצוען הישיר. כך בסוף ההגדרה הארוכה של העבירה "הפרעות ביחסי עבודה" לפי סעיף 160 לחוק העונשין, נמצא גם את ה"מסייע" לעבירה זו, כמי שמתחייב בה. בסעיף 307 לחוק העונשין, הדן בעבירה של "איום בכתב לרצוח", מוגדר למעשה סיוע מיוחד לאיום כאמור; המזור הוא שהאיום עצמו נופל כנראה בגדר העבירה לפי סעיף 192 לחוק העונשין, ועונשו של האיום הוא מאסר שלוש שנים, בעוד שדין הסיוע המיוחד האמור הוא מאסר שבע שנים, כאמור בסעיף 307 לחוק זה.

אין ספק כי הסיוע להתאבדות לפי סעיף 302 לחוק העונשין הוא בעל מעמד מיוחד, הודות לכך שההתאבדות עצמה, על צורתה הבלתי מושלמת, כבר אינה בגדר עבירה. כתוצאה מכך, יש לראות בסיוע להתאבדות עבירה העומדת ברשות עצמה. והוא הדין לגבי העבירה של "סיוע לשבוי מלחמה" לפי סעיף 102(א) לחוק העונשין, שכן הימלטות שבוי ממקום כליאתו אינה בגדר עבירה פלילית.

מעמד מיוחד יש גם לאיסור על "סיוע לבריחה" ממשמורת חוקית לפי סעיף 258 לחוק העונשין, ולאיסור על "סיוע למעשה בלתי מוסרי" לפי סעיף 209(ב) לחוק העונשין. שני האיסורים, שהראשון מביניהם דן בסיוע ואף בנסיון מיוחד לסייע, לאסיר או עצור לברוח ממשמורת חוקית, ואילו השני דן בסיוע שניתן לקטין לעבור עבירה נגד המוסר, על-ידי הורו, אפוטרופסו או כל אדם אחר שנמסרו לו האחריות או ההשגחה על הקטין, הם מיוחדים במינם מכח המשקל העצמי של האנטי-חברתיות המגולמת בהם, אף אלמלא היו "הבריחה ממשמורת" או "המעשה הבלתי מוסרי" של הקטין, עצמם, בגדר עבירה. לכן, ובצדק, גם העונש בגין מעשי סיוע כאמור הוא, במקרים אחדים, חמור פי כמה מהעונש שנקצב לביצוע הישיר של העבירה.

מלבד האיסורים המיוחדים של מעשי סיוע, הנותנים ביטוי, לאמיתו של דבר, לעבירות קורלא-טיביות, שהתהוותן מותנית בזיקה מסויימת לעבירות אחרות, ותו לא, נדמה לנו כי אין כל היגיון לאיסור ספציפי על מעשי סיוע, מקום שניתן להחיל עליו את הכללים הרגילים. מה גם, שלפי החוק המצוי, העונש בגין סיוע משתווה לעונש לביצוע העיקרי.

כל המקרים מן הסוגים שהוזכרו לעיל, ראויים לדיון במסגרת דיני העבירות, בהיותם איסורים מוגדרים באורח ספציפי, ככל העבירות הספציפיות האחרות. עד כדי כך, שבמקרים בהם מדובר בעבירות קורלאטיביות, שעומדות ברשות עצמן, מתבטל אופיים הנגזר של מעשי "הסיוע", על כל הכרוך בכך.

311. הדיון בהמשך יעסוק בסיוע לדבר עבירה, כצורה של התנהגות ענישה נגזרת מן העבירה הטיפוסית במישור התרומות העקיפות לביצוע הישיר של העבירה, המוגדרות באורח כללי. גם במתכונת זו, הסיוע, בהיותו תופעה עבריינית, טעון בחינה לאור ארבעת היסודות הכלליים של כל תופעה עבריינית — המסייע שהוא העושה, האוביקט החברתי הנפגע בתופעה זו, היסוד העובדתי והיסוד הנפשי שבה. זהו המבנה גם של הסיוע לדבר עבירה ולפי מבנה זה נדון בו בהמשך.

מובן כי מהות הסיוע, כצורת שותפות עקיפה ומשנית לעבירה רבת-משתתפים, תטביע את חותמה על כל היסודות האמורים, אשר ההתייחסות האנאליטית אליהם היא לצורך הכרת השלם בלבד. אין בגישה זו כדי לחלק או לפרק את השלם לרכיבים העומדים ברשות עצמם; הם משתלבים

כל אחד בנותרים ומתנים זה את אלה, כך, שלעתים, קשה לדון בהם בזה אחר זה, תוך בידוד מוחלט של כל אחד מהם. מציאות זו תיתן את אותותיה במשך הדיון. בשלב זה יש עוד להוסיף כי, בעוד שתרומת השידול לגיבוש העבירה היא במישור יצירת היסוד הנפשי אצל המשוּדל, או של גיבוש יסוד זה אצלו, לביצוע העבירה יעד השידול, תרומת הסיוע לגיבוש העבירה היא במישור יצירת תנאים עובדתיים להגשמת היסוד העובדתי שבעבירה על-ידי המבצע העיקרי. וכמובן יבואו לידי ביטוי בניתוח מבנה הסיוע יחס הצמידות והתכליתיות לביצוע הישיר של העבירה, ויחס ההיבלעות בה.

§ 2. מבנה הסיוע

המסייע 312. המסייע, כלומר בעל ההתנהגות המסייעת כצורה של שותפות לדבר עבירה, צריך להיות, כמובן, אדם בעל כשרות פלילית מבחינת בגרות הדעת ותקינות הרוח כאחת. אם לא כן, אין התנהגותו של אדם עשויה להיות תרומה, בת-אופי פלילי, לדבר עבירה וחלק ממנה. יחד עם זאת, הכשרות הפלילית היא לא רק תנאי הכרחי אלא גם תנאי מספיק לשם היות אדם מסייע לדבר עבירה, אף אם היא מותנית בעושה מיוחד. כשותף עקיף לביצוע העבירה, אין המסייע צריך להיות בעל אותו ייחוד הנדרש למבצע העיקרי של העבירה, כנקבע בהגדרתה.

ההדגמות שהודגמו והאסמכתאות שהובאו, בהקשר זה, בנוגע למשדל לעבירה מותנית במבצע עיקרי מיוחד¹¹⁸, כותן יפה גם למסייע, שכן, המאחד, מבחינה זו, את שני הסוגים של שותפים, הוא היותם שותפים עקיפים לאירוע העברייני, והייחוד האישי בו מותנית העבירה מתייחס לשותף הישיר בלבד. הדבר נאמר במפורש גם לגבי מסייע. "למשל, בגניבה ממעביד, העברייני העיקרי הוא אך ורק העובד, אך אין זאת אומרת שהאחרים המסייעים בידיו... לא יתנו על כך את הדין"¹¹⁹ (ההדגשה במקור).

מבחינה נורמטיבית, מבוססת ההלכה, במפורש, על הגדרת העבירה, על ביצועה העיקרי, מחד גיסא, ועל הגדרת צורות השותפות העקיפה, מאידך גיסא. בעוד שבהגדרת העבירה, על ביצועה העיקרי, מוצב הייחוד האישי של המבצע כתנאי להתהוות העבירה, בהגדרת הסיוע ההתייחסות למסייע היא בשם-הגוף הבלתי מסוייג "מי", כאמור בסעיף 26(2) ו- (4) לחוק העונשין.

אולם, כפי שצויין גם במסגרת הדיון בשידול, עשויות להתעורר שאלות אחדות, מבחינה זו, לעניין הסיוע, בתחום העבירות בעושה מיוחד, ובנושא מיוחד זה יבוא דיון נפרד¹²⁰.

לא למותר להזכיר כי התנהגות מסייעת צריכה להיות גם התנהגות מרצון מכוח היות דרישת הרצייה תנאי מוקדם הכרחי כללי להתהוות תופעה עבריינית מכל סוג שהוא.

ועוד ראוי לציין כי "אדם אחראי בפלילים כמסייע, אם הוא עצמו עשה מעשה סיוע או חדל מחדל שיש בו משום סיוע, ואין הוא אחראי כמסייע אך באשר העברייני העיקרי הוא עובדו או סוכנו או עומד אליו ביחס מיוחד אחר". בלשון חד משמעית זו שלל בית המשפט העליון בע"פ 325/64¹²¹ מכל וכל פלילות סיוע מכוח אחריות שילוּחית, בהעדר הוראת חוק סותרת. אדם

118 ראה פסקה 298.

119 ע"פ 319/79 אטיאס נ' מ"י, פ"ד לד(2) 484, 493 בין אותיות השוליים ו-ז.

120 ראה פסקה 389 ואילך.

121 ע"פ 325/64 היוז"מ נ' ירקוני ו-גור, פ"ד יח(4) 20, 46 מול אות השוליים ד.

אינו יכול להיות מסייע מכוח היחס שבינו לבין שלוחו או סוכנו בלבד, אלא מכוח התנהגותו האישית הישירה.

האוביקט הנפגע 313. הרחבת האחריות הפלילית לסיוע לדבר עבירה נותנת ביטוי לסכנה הנשקפת לאוביקט החברתי המוגן על-ידי איסור העבירה גם מן הסיוע לביצועה, ולא רק מביצועה הישיר. תרומה זו, המתבטאת ביצירת תנאים לביצוע הפיזי של העבירה, מאפשרת את הביצוע או מקלה עליו או תורמת בדרך אחרת ליצירת תנאים לביצוע העבירה, משתלבת באירוע העברייני רב-המשתתפים והופכת חלק ממנו. בכך היא, אותה תרומה עקיפה לגיבוש האירוע העברייני, קונה משקל סגולי משלה באירוע הפוגע בערך החברתי המוגן באיסורו.

האוביקט החברתי הנפגע על-ידי סיוע לדבר עבירה הוא אפוא אותו ערך חברתי המוגן על-ידי איסור העבירה הטיפוסית, על ביצועה הישיר. המשקל הסגולי של הסכנה הנשקפת לערך זה מן הסיוע, בהשוואה למשקל הסגולי של הסכנה הנשקפת לו מן הביצוע העיקרי, הוא עניין כמותי בלבד, אם בכלל. שכן, בסופו של תשובון, הפגיעה היא אחת ויחידה, כשם שהאירוע העברייני רב-המשתתפים — כולל המסייע — הוא אחד ויחיד. אפילו מוכנים לעשות הבחנות פנימיות בין התרומות לגיבוש האירוע האנטי-חברתי רב-המשתתפים, הן כאמור כמותיות בלבד. הן עשויות להתבטא במידות של אחריות פלילית נבדלות, וזה עניין של מידה וכמות אך לא של מהות.

מכל מקום, המשקל הסגולי האמור של הסיוע לדבר עבירה מבחינת האנטי-חברתיות הצפונה בה, קובע את מעמדו המשני של הסיוע בין צורות השותפות לגיבוש אירוע עברייני; ומעמד זה בא לידי ביטוי לפחות בכך שבעוד שהמחוקק גוזר צורות התנהגות ענישה מן הביצוע הישיר ומן השידול, הוא אינו עושה כך לגבי הסיוע. על הנסיון לבצע עבירה והנסיון לשדל לביצוע עבירה קיים איסור פלילי, בעוד שעל נסיון לסייע לדבר עבירה אין איסור כזה.

היפוד העובדתי 314. במסגרת הדיון ביסוד העובדתי, על כל רכיביו, שבסיוע לדבר עבירה, לא יהיה לנו מנוס מלהקדים התייחסויות אחדות, מינימאליות ככל האפשר, ליסוד הנפשי שבה. שכן, בדרך כלל, מעמדה של התנהגות, כתרומה מסייעת לדבר עבירה, מותנה במיוחד בתכליתיות הצפונה בה, אם כי עדיין נשארים היבטים נרחבים של הסיוע, שטעוניהם בדיקה נפרדת מבחינה עובדתית ומבחינה נפשית. למעשה, שיטת הבדיקה היא כזאת, שניתוח היסוד העובדתי נעשה תוך השערה, שמבחינת היסוד הנפשי, מתקיימות הדרישות להתהוות הסיוע לדבר עבירה, ואילו הניתוח של יסוד זה נעשה תוך השערה כי מתקיימים כל הדרישות לשם כך מבחינת היסוד העובדתי. שכן, שני היסודות הם היבטים בלתי נפרדים של שלם שאינו ניתן לחלוקה.

(א) נתחיל ברכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבסיוע, תוך ציון שגם הסיוע כפוף לעקרון היסוד של דיני העונשין, לפיו אין עונשין על דברים שבלב בלבד, וככל תופעה עבריינית גם הסיוע לדבר עבירה מותנה בביטוי התנהגותי גלוי לעין, ונתון לקליטה ישירה על-ידי הזולת, כאמור בנוסח העיקרון בלע"ז — *nullum crimen sine actu*. אי-לכך, גם סיוע לדבר עבירה אין, ללא רכיב התנהגותי כגרעין בסיסי של היסוד העובדתי שבו.

נתחיל אפוא, הפעם, ברכיב ההתנהגותי האופייני לסיוע לדבר עבירה, ונידרש תחילה להגדרתו הכללית ובקשר לכך, לביטויים הפרטיים שרכיב זה עשוי ללבוש. כל התנהגות של אדם, שיש בה כדי ליצור תנאי להגשמת היסוד העובדתי שבקבירה על-ידי המבצע העיקרי, עשויה להיחשב

ברכיב התנהגותי של היסוד העובדתי שבסיוע לדבר עבירה. בכך ניתן ביטוי, ראשית לכול, להבחנה בין הסיוע לבין השידול, כששניהם הם צורות של שותפות עקיפה לדבר עבירה. הסיוע מתבטא בתרומה עקיפה לביצוע הישיר של עבירה, במישור יצירת מסגרת עובדתית להגשמת היסוד האוביקטיבי שבה, בהבדל מן השידול, המגלם תרומה, גם היא עקיפה, אך במישור גיבושו של היסוד הנפשי שבעבירה אצל המבצע הישיר.

התנהגות העשויה לאפשר את הגשמת היסוד העובדתי שבעבירה, כגון הספקת מידע שעשוי להועיל למבצע העיקרי לשם ביצוע העבירה, הספקת כלים, חומרים, רכב או כל אמצעי אחר בו ישתמש המבצע במהלך ביצוע העבירה; התנהגות העשויה להקל על הביצוע, כגון השארת חלון פתוח או דלת בלתי־נעולה, הזעקת שוא של בעל־הבית אל מחוץ למעונו, כדי להקל על פריצה לתוך הבית באותה עת, משיכת הקרבן למקום ובזמן, מסויימים, כדי שהמבצע העיקרי יוכל להגשים שם את מזימתו בו; יצירת נסיבות אחרות שבקיומן מותנה ביצוע העבירה, וכיוצא באלה מעשים שנועדו לאפשר את ביצוע העבירה או להקל על ביצועה; איבטוח הביצוע בשעתו מפני הפתעות מן החוץ וכן חיווק רוחו של המבצע או הפחת ביטחון עצמי בו בשעת הביצוע; נקיטת אמצעים שיאפשרו את נסיגת המבצע לאחר ביצוע העבירה או אף בשעתו אם הדבר יתחייב, כדי למנוע את הפיסתו; הבטחת מחסה או מקלט למבצע העבירה; נקיטת צעדים להסרת עקבות ביצוע העבירה כדי למנוע את גילוייה; סילוק השלל שהושג בעבירה מזירת ביצועה; אפילו הבטחה סתם של התנהגות מסייעת, שהמבטיח לא עמד בה, אך שניתנה לפני הביצוע או בשעתו, והמבצע סמך עליה כשהתחיל או הגשים את התנהגותו המבצעת; בדרך כלל, כאמור, תרומה ליצירת תנאים להגשמת היסוד העובדתי של עבירה, ואין כל אפשרות למצות את הביטויים הקונקרטיים של ההתנהגויות, בהן אדם יכול לסייע לחברו לבצע עבירה פלילית. כל האמור הוא בגדר הדגמה בלבד.

ועוד לא למותר להזכיר כי שיוך התנהגות לסיוע לדבר עבירה מותנה גם ביסוד הנפשי המתלווה אל ההתנהגות, ובדרך השתלבותה בביצוע העיקרי מבחינה אוביקטיבית וסוביקטיבית, כאחת. על כך עוד ידובר. מכל מקום, כאשר דנים ביסוד העובדתי שבתופעה עבריינית נתונה, הנחה מוסכמת היא, כאמור, כי אין וויכוח על קיום היסוד הנפשי הדרוש להתהוותה; כשם שבמסגרת דיון ביסוד הנפשי הנחה היא שמתקיים היסוד העובדתי. שאם לא כן, אין טעם בדיון על כל אחד מהם.

315. שאלה נכבדה, הנוגעת לרכיב ההתנהגות של הסיוע לדבר עבירה, היא מה צורת ההתנהגות — אקטיבית או פאסיבית — הדרושה להתהוות סיוע כאמור? מבחינה נורמטיבית, נקבע במפורש בסעיף 26(2) לחוק העונשין כי "מי שעשה מעשה או נמנע מעשות מעשה...". הרי הוא מסייע; והגדרה זו של הסיוע — בהתנהגות אקטיבית או פאסיבית — כוחה יפה גם למה שנקבע בסעיף 26(4) לחוק העונשין בנוגע לסיוע. בקיצור, אין הגבלה לגבי הסיוע לדבר עבירה, הנובעת מצורת הרכיב ההתנהגותי, האקטיבית או הפאסיבית. ובהחלט, ניתן לסייע לאדם לא רק במעשה, אלא גם באפס־מעשה.

למשל, ב' נתבקש על־ידי א' שלא לדרוש בחזרה את מכונית־הטנדר שהשאל לו יום קודם למטרה תמימה, כדי לאפשר ל־א' להשתמש ברכב לילה נוסף לשם ביצוע מעשה פריצה. ב' מודע למטרה בה א' ישתמש ברכב, ואכן נמנע מלבקש את החזרתו, והפריצה בליווי שוד נעשתה. ב' הוא בסוד התלבטויותיו של ידידו א', הנמצא בחסרון כיס חמור והמחפש הנדמנות לגנוב סכום כסף. א' ו־ב' נמצאים אצל ג', וכולם יוצאים את הדירה, כאשר ג' שוכח לנעול את הדלת מאחוריהם. א' ו־ב' מבחינים בכך, ואינם מסיבים את תשומת־הלב של ג', א' מתוך כוונה לחזור לחפש שם

את הכסף הנכסף, ו-ב', מתוך מטרה לסייע ל-א' להגשים את תכניתו; ואכן, א' מצא סיבה להיפרד מיד משני חבריו, חזר לדירתו של ג' ומצא שם את מבוקשו. האם ב' לא הושיט, במחדלו, סיוע ל-א' לבצע את הגניבה? א' מספר ל-ב' כי הוא עומד להתנקש בחייו של ג' בהרעלתו. א' גם יודע כי ב' השיג כמות של רעל נגד עכברים, שפקדו בזמן האחרון את דירתו, ואף יודע היכן הוא מחזיק את החומר הרעיל. הוא ניגש לאותו מקום ולקח משם כמות רעל שתספיק לו למימוש מזימתו, מבלי ש-ב' הגיב במאומה. כלום ב' אינו שותף, במחדלו, לעבירה שנעברה? לכן תמוהה בעינינו, הן מבחינה נורמטיבית והן מבחינת טבע הדברים, האמירה בפסק-דין של בית המשפט העליון כי "ההלכה היא שאין סיוע לעבירה פלילית אלא על-ידי מעשה פעיל"¹²², אם כן, לאחר מכן, מסכים השופט כי "אמנם מזכיר סעיף 23(1)(ב) [הוא סעיף 26(2) לחוק העונשין] גם הימנעות מעשיית מעשה, כדי לאפשר לאדם אחר לבצע עבירה, אבל עלינו לפרש דברים אלה כמוסבים על נאשם שעליו מטיל המשפט הפלילי, חובה לפעול, והוא נמנע מלפעול"¹²³. ובכל זאת, מצא השופט לנכון להוסיף ולסכם "הגעתו לכלל דעה... שאין לוותר... על עקרון-היסוד של המשפט הפלילי, שאין אדם חייב כמסייע אלא כאשר הוא עצמו עשה מעשה סיוע פעיל"¹²⁴. מניין שאוב עיקרון זה — לא נאמר.

316. השאלה הנוספת היא יסודית יותר — האם המשמעות המסייעת של אפס-מעשה מותנית בהפרת חובה לפי דין לפעול, או, שמא, כל התנהגות פאסיבית שאיפשרה ביצוע עבירה, הקלה על הביצוע או סייעה בדרך אחרת בידי המבצע לעבור אותה, תיראה כסיוע לאותה עבירה, אפילו בעל ההתנהגות לא הפר בה כל צו-עשה פורמאלי, נפרד ומקביל לאיסור עצם הסיוע לדבר עבירה במחדל, ולא דווקא במעשה בלבד?

מוכנים אנו להתחיל את הדיון כשאלה זו, במסקנה אליה הגענו לאחר שקילה לא מעטה — המחדל בהתנהגות מסייעת לדבר עבירה אינו צריך להיות הפרת צו-עשה מקביל בנורמה נפרדת מזו האוסרת על עצם הסיוע, כצורה של שותפות עקיפה לאירוע עברייני רב-משתתפים, שעשויה להתבטא גם בהתנהגות פאסיבית; ובלבד שהתנהגות מסייעת זו תהיה מלווה ביסוד הנפשי הדרוש להתהוות סיוע לדבר עבירה, וכמובן שתשלב, תוך ליווי זה, בביצועה העיקרי הקונקרטי. כמובן, תישאל מיד השאלה — הכיצד מתיישבת סברה זו עם הכלל הבסיסי, לפיו משמעותו של מחדל בפלילים מותנית בקיום צו-עשה לפי דין¹²⁵ שהופר בו? היא מתיישבת, מכוח יחס "הצמידות" של הסיוע לדבר עבירה לביצועה העיקרי, "תכליתיות" הסיוע לביצוע העיקרי, השתלבות הסיוע בביצוע העיקרי וגיבוש עקב כך של אירוע עברייני אחד רב-משתתפים. הרי אין סיוע לדבר עבירה, בלי ביצוע עיקרי שלה, ולו אף חלקי בלבד, שהגשמתו היוותה את תכלית הסיוע, ומקום שיש סיוע וגם ביצוע עיקרי, משתלב הראשון בשני ומצמיחם ביחד עבירה אחת, רבת-משתתפים. הביצוע העיקרי, על הקונקרטיים בעין שלו — ולא רק על האיסור הנורמאטיבי שהופר בו — מאריך את רדיוס הקרינה של החובה המוטלת על המבצע העיקרי להימנע מן הביצוע, גם על זולתו, להימנע מהתנהגות, לו אף פאסיבית, שיש בה כדי לפייע, כמודע, לביצוע זה.

נעברה עבירה אף במחדל, פליליותו של סיוע בהתנהגות אפסיבית לביצוע העבירה, איננה

122 שם, בע' 55 אחרי אות השוליים ו.

123 שם, בע' 56 בין אותיות השוליים ה-ו.

124 שם, בע' 58 בין אותיות השוליים ב-ג.

125 ראה דיני עונשין — א, פסקות 513—520.

מוטלת כלל בספק, אף כי החובה¹²⁶, בה היתה מותנית פליליותו של הביצוע העיקרי, היתה מוטלת, מבחינה פורמאלית, על המבצע העיקרי בלבד. וכל כך למה? משום שחובה זו פורסת את היקף תפיסתה גם על המסייע, עקב ההשתלבות במודע, בין השאר גם בחובה זו, של התנהגותו המסייעת, באירוע עברייני, אחד ויחיד, רב-משותפים. כך גם אם נעברה עבירה בעשייה או במחדל, שואב הסיוע בהתנהגות פאסיבית לביצוע העבירה, את פליליותו מהשתרעות חובת המבצע העיקרי גם על הזולת, עקב אותה השתלבות במודע של התנהגותו המסייעת, הפעם הפאסיבית, באותו אירוע עברייני, קונקרטי, אחד ויחיד, רב-משותפים. בקיצור, כאמור, קונקרטיות הביצוע העיקרי וההשתלבות המודעת בו של התנהגותו המסייעת, מרחיבות את מרחב הקרינה של החובה המופרת על-ידי המבצע העיקרי גם על הסיוע לו, אם בהתנהגות אקטיבית ואם בהתנהגות פאסיבית. ובנוסף לכך, יש לצרף גם את החובה המפורשת הטמונה בעצם איסור הסיוע לדבר עבירה גם במחדל, ולא רק בעשייה.

אשר לרתיעה מפני חובה כללית לפעול, שנובעת, לכאורה, משלילת הדרישת של צו-עשה ספציפי להכשרת מחדל, בו הוא הופר, כסיוע לדבר עבירה, יש להזכיר כי כלליות זו כבר עברה את ההגבלה הראויה, במישור הביצוע העיקרי של העבירה. צימצום זה משליך בעקיפין גם על היקף הסיוע, עקב צמידותו לפליליות הביצוע העיקרי והשתלבותו בביצוע זה, כתהליך גיבוש אירוע עברייני, אחד ויחיד, רב-משותפים. לצימצום זה מיתוסף, הפעם במישור הסיוע, הצימצום הנובע מסגולתה האוביקטיבית ומיעודה הסוביקטיבי של התנהגות המסייעת, לאפשר את הביצוע העיקרי או להקל עליו, כתנאים להתהוות סיוע פלילי. לפיכך, אין עוד דרושה, במקרה של סיוע במחדל, חובה חוקית ספציפית לפעול, נוספת על החובה הגלומה בעצם איסור הסיוע, הכללי, לדבר עבירה, גם באפס-מעשה, ולא רק בהתנהגות אקטיבית.

לסיכום, אכן, פליליותו של מחדל מותנית, מבחינה אוביקטיבית, בקיום חובה לפי דין, שהופרה באותו מחדל, אך דרישה זו באה על סיפוקה המלא כשהיא מקוימת במישור הביצוע העיקרי. עמידת הביצוע העיקרי בתנאי הפליליות, מקרינה גם על פליליותה של התנהגות פאסיבית מסייעת, ודי בפעולה זו, עקיפה, ללא כל צורך בחובות חוקיות ספציפיות, נוספות ונפרדות, שלא לסייע במחדל, מלבד החובה הנובעת מעצם האיסור על סיוע לדבר עבירה, גם במחדל. ועוד ראוי לציין כי אין המדובר במחדל למנוע ביצוע עבירה או את השלמתה, כי אם במחדל עסייע לכך; ויש הבדל מהותי בין הדברים, שכן מחדל מסייע, פירושו הסתמכות המבצע על המצב שנוצר עקב המחדל, או השימוש במצב זה, תוך ביצוע העבירה. ולכל אלה אולי לא למותר להוסיף כי האמור לגבי סיוע במחדל כוחו יפה, בשינויים המחוייבים, גם לגבי שידול לדבר עבירה.

317. השאלה של דרישת חובה לפעול במקרה של סיוע במחדל התעוררה בע"פ 325/64¹²⁷, והדעות של השופטים, בנושא זה, נחלקו. נטענה הטענה כי אין מחדל בעל משמעות פלילית, אלא מקום שהמחדל מהווה הפרה של חובה לפי דין לפעול; אכן, סעיף 262 לחוק העונשין (הוא סעיף 33 לפקודת החוק הפלילי, 1936) מטיל על מי שידוע על פשע העומד להתבצע, חובה לפעול כדי למנוע את עשייתו, ואי-מילוי חובה זו יכול להיחשב כסיוע לדבר הפשע במחדל. אבל, נטען בהמשך, כי העבירה, בה המשיב נאשם בסיוע לביצועה, היא מסוג עוון, ולגבי עוונות אין מוטלת חובה על היודע אודות תיכונם, למנוע ביצועם; לפיכך, אין בהימנעות המשיב מלמנוע את העוון האמור, משום סיוע במחדל.

126 ש"ב, פסקה 520 בה מסוכם הדיון במקור הנורמה לפעול, הדרושה לשם הקניית פליליות למחדל.
127 ע"פ 325/64 היוה"מ נ' ירקוני ו"גור, פ"ד יח(4) 20.

השופט חיים כהן דחה את הטענה בנימוק כפול – ראשית כל, בין החובה האמורה בסעיף 262 לחוק העונשין, לבין החובה אשר אי-מילויה עשוי להצמיח סיוע במחדל לפי סעיף 26(2) לחוק העונשין, אין ולא כלום. שאם לא כן, לא היה כל טעם לקצוב עונש מיוחד למי שמפר את החובה האמורה בסעיף 262, ודי היה בהוראה הקובעת את עצם החובה; בכך, דוחה השופט את השימוש בחובה לפי סעיף 262 לחוק העונשין אף לצורך סיוע במחדל לדבר פשע, וזוהי קביעה חשובה כשלעצמה, שקנתה לה שבייתה בהלכה הפסוקה¹²⁸. שנית, והוא העיקר לנושא דיונו –

“... במחדל של סיוע, כמותו כמעשה של סיוע, שניים הם סימני ההיכר שלו: סגולתו לסייע בביצוע העבירה (אך לאו דווקא, כאמור, נחיצותו לביצוע העבירה), וכוונת הסיוע שבלב המסייע. אם מחדל פלוני מסוגל לסייע בידי העבריין לבצע את עבירתו, והחדל את המחדל מתכוון במחדלו זה לסייע לעבריין בביצוע עבירתו, כי או המחדל נכנס בגדר סיוע כמשמעותו בסעיף 23(1)(ב) [הוא סעיף 26(2) לחוק העונשין]. משל בעזרת-בית שחדלה מלסגור חלונות הדירה, בכוונה לסייע לפורץ לפרוץ לתוכה: זהו מחדל מובהק של סיוע; ואין נפקא מינה לעניין זה אם הוטלה עליה חובה לסגור את החלונות אם לאו, או אם הפורץ היה פורץ בלאו הכי אם לאו”¹²⁹.

גישתנו, כפי שגיבשנו אותה לאחרונה, היא ברוח עמדתו זו של השופט חיים כהן; אלא שהיינו מעדיפים משל אחר, בו לא ניתן היה להצביע אף על שמץ של חובה כגון חובת נאמנות מוסרית או חובת של עזרת-בית, לבעל-הבית¹³⁰. מה גם שניתן, אולי, לטעון כי במשל זה, מתבטא הסיוע בהסכמה או בהבטחה שהעזרת נתנה לפורץ, בעוד מועד, שלא לסגור את החלונות הדירה, כדי לאפשר לו את הפריצה לתוכה. והלא זה כבר סיוע במעשה ולא במחדל.

על כל פנים, עמדתו העקרונית של השופט היא שסגולתו של מחדל לסייע לביצוע עבירה, ומטרת החודל שמחדלו זה אכן יחרום תרומה מסייעת לכך, די בהם כדי להכניס את המחדל לגדר סיוע לאותה עבירה, ואין נפקא מינה אם היתה מוטלת על החודל חובה מיוחדת לפי דין לפעול, אם לאו. וזוהי גם גישתנו, שתשתיתה העיונית כבר הוצגה;¹³¹ ובלבד שהמבצע העיקרי הסתמר, בשעת ביצוע העבירה, על אותו מחדל, או השתמש, אותה שעה, במצב שנוצר עקב המחדל הנידון, ובכך השתלב הסיוע המחדלי בביצוע העיקרי של העבירה.

128 ראה גם האמור בע"פ 115/77 לב ואח' נ' מ"י, פ"ד לב(2) 518, 505 מול אות השוליים ה. 129 ע"פ 325/64 היוה"מ נ' ירקוני ויגור, פ"ד יח(4) 20, 47 בין אותיות השוליים ד-ו. ראוי לציין כי אותה גישה ננקטה, פה אחר, הן לגבי משמעות סעיף 33 לחוק העונשין והן לגבי שאלת הדרישה לחובה לפי דין לפעול, בצד התנהגות פאסיבית, כדי להכשירה להצמיח סיוע לדבר עבירה, בע"פ 454/74 תווה נ' מ"י, פ"ד כט(2) 589, 592 לפני אות השוליים א (לעניין משמעות סעיף 33 האמור) ו-593 מול אות השוליים ד-ה (מקום בו אין זכר לדרישה לפי דין לפעול, למרות שמדובר בסיוע תוך "הימנעות מלפעול"). וראה גם ע"פ 62/65 קנאכה נ' היוה"מ, פ"ד יט(2) 488, 495.

130 למשל ב' יודע ש-א' מתכוון לבצע פריצה בדירתו של ג'. ב' מתגורר באותה דירה, בחדר משותף ויודע כי נוכחותו בחדר תפריע ל-ג' לבצע את הפריצה, לכן הוא נמנע מלחזור הביתה בזמן הקבוע, ובכך הוא איפשר ל-א' לבצע את העבירה, אפילו מבלי לדעת ש-ב' סייע לו בכך. ראה גם את הדוגמאות שניתנו בפסקה 315.

131 ראה פסקה 316.

318. אולם, באותו ע"פ 325/64 הביע השופט מ' לגדוי דעה חולקת, בזו הלשון:

"אמנם מזכיר סעיף 23(1)(ב) [הוא סעיף 26(2) לחוק העונשין] גם הימנעות מעשיית מעשה, כדי לאפשר לאדם אחר לבצע עבירה, אבל עלינו לפרש דברים אלה כמוסבים על הנאשם שעליו מטיל המשפט הפלילי חובה לפעול, והוא נמנע מלפעול. חובות כאלה נובעות, בדרך כלל, מיחסי קירבה מיוחדים, כגון החובות המוגדרות בסעיף 228–232 של פקודת החוק הפלילי [הם סעיפים 322–326 לחוק העונשין]"¹³².

קשה להצטרף לדעה זו, ראשית כל, משום שאין בה הנמקה כלשהי. הוצג לנו פירוש מסויים של דברי החוק, אך מדוע יש לפרשם כך ולא אחרת, לא נאמר. שנית, ולא פחות חשוב, אין בדעה זו הדרכה ראויה לגבי המקור הנורמאטיבי של החובות הדרושות לפיה. ההפנייה לחובות המוטלות על אדם "במשפט הפלילי" והנובעות "מיחסי קירבה מיוחדים, כגון החובות המוגדרות בסעיפים 228–232 לפקודת החוק הפלילי [הם סעיפים 322–326 לחוק העונשין]", אינה מספקת כלל וכלל, ולו אף בשל נגיעתן "לשלום האדם" בלבד, כאמור בכותרת הפרק בו סעיפים אלה מצויים. מה בדבר כל תחומי העבירות הנותרות, בעלות אוביקט חברתי מוגן אחר? האם לביצוע עבירות אלה לעולם לא ניתן לסייע במחדל? די להזכיר את תחום העבירות ברכוש בלבד. ומדוע להגביל את מקור החובות רק לאלה המוטלות על-ידי "המשפט הפלילי"? ואם להקשות, הרי ההפנייה לחובות שנוגעות ל"שלום האדם", האמורות בסעיפים 322–326 לחוק העונשין, מגבילות עד למאד את הסיוע במחדל אף בתחום העבירות נגד שלום האדם עצמו. אדם שאינו מונע את השימוש בנשק מחברו, כדי לסייע בידו לחבל באדם שלישי שאינו דווקא "ביחסי קירבה מיוחדים" עם הראשון, כלל לא ייתפס, לפי גישה זו, בגדר מסייע לדבר עבירה! אמנם הושמעה גם גישה הרבה יותר רחבה מזו הגורסת חובה מצויה בדיני עונשין בלבד, והנובעת "מיחסי קירבה מיוחדים"; רק חובה מוסרית גרידא אינה מספיקה לפי הרחבה זו, כאמור בע"פ 115/77¹³³ –

"... כלל הוא שחוסר מעש אינו מהווה סיוע, אלא אם כן קיימת חובת 'עשה' שאינה מוסרית גרידא. חובה כזאת יכול שתהא נובעת מן הדין, מהתחייבות או מאופי התפקיד"¹³⁴.

זהו כבר "כלל" לגמרי שונה בהיקפו, אך גם הוא, לדעתנו, מיותר. שכן, כפי שגרסנו, הדרישה של חובה לפי דין לפעול, כמסנגת של פליליות התנהגות פאסיבית, נועדה לפעול במישור הביצוע העיקרי בלבד, והיא משליכה באמצעות הצורה הישירה של שותפות גם על צורות השותפות העקיפה בכך שפליליותן מותנית בפליליות הביצוע העיקרי. מלבד זאת, הסיוע כצורה של שותפות עקיפה מותנית בהיות ההתנהגות המסייעת מיוחדת מבחינת סגולותיה האוביקטיביות, ומיועדת מבחינת מטרתה הסוביקטיבית, לאפשר את הביצוע העיקרי של העבירה או להקל עליו, ותנאים אלה מגבילים גם הם את היקף ההתנהגות הפאסיבית העשויה להצמיח סיוע לדבר עבירה. אין כל טעם להגבילה נוספת הנובעת מחובה מיוחדת שלא לסייע. שאם לא כן, גיאלץ לפסוק, פשוטו כמשמעו, כי מסייע אינו "מסייע"! לכן, לדעתנו, נכונה דעת השופט ח' כהן בגידון, בע"פ 325/64¹³⁵, הפוסלת כל הגבלה הנובעת מדרישה של חובה ספציפית לפעול לפי

132 ע"פ 325/64 היה"מ נ' ירקוני ויגור, פ"ד יח (4) 20, 56 בין אותיות השוליים ה-ז.

133 ע"פ 115/7 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 505.

134 שם, בע' 518 בין אותיות השוליים ה-ה.

135 ע"פ 325/64 היה"מ נ' ירקוני ויגור, פ"ד יח (4) 47.

דין מיוחד כתנאי לפליליות הסיוע לדבר עבירה במחדל. די בחובה הכללית הנובעת מאיסור סיוע לדבר עבירה גם במחדל ולא רק בהתנהגות אקטיבית.

319. שאלה לא פשוטה היא זו של איבחון התנהגות מסייעת כתרומה עקיפה לביצוע עבירה, בהבדל מהתנהגות הנמנית על הביצוע הישיר שלה. לעתים, ההבחנה ביניהן אינה קלה כלל, ויחד עם זאת, תלויים בה תוצאים משפטיים לא מבוטלים. ניתן לנסח את השאלה גם בדרך אחרת: מה המבחן להבחנה בין מקרים של ביצוע בצוותא, כאשר השותפים הם עיקריים וישירים והשותפות היא הומוגנית, לבין מקרים של ביצוע תוך סיוע, בהם המשתתפים פעלו בתפקיד שונה, אחד כמסייע והאחר כמבצע עיקרי, והשותפות היא, עקב כך, הטרוגנית?

שאלה זו, בדיוק באותה מתכונת, נדונה במסגרת הדיון בנושא "הביצוע בצוותא", תוך צורך באיבחון בכיוון הפוך, של התנהגות מסייעת, לעומת התנהגות מבצעת. לכן, מפנים אנו לדיון בשאלה האמורה, במסגרת נושא הביצוע בצוותא ולניתוח הפסיקה הנוגעת לנושא זה¹³⁶. המבחן שהוצג שם¹³⁷ ישים גם כאן, כמובן בדרך השלילה — התנהגות שתזוהה כנמנית על ביצוע הישיר תוצא מכלל התנהגות מסייעת, מקום שהבעיה היתה להפריד בין סיוע לביצוע לבין ביצוע בצוותא. תרומה לביצוע העבירה, אשר, עקב כידודה מתרומות אחרות לביצועה והתעלמות מהן, אין בה כדי להצמיח אף נסיון לביצוע העבירה, לא כל שכן קטע משלים של הביצוע, וזוהי נועדה לאפשר את הגשמת היסוד העובדתי שבבעירה, או להקל על הגשמתו, נופלת בגדר סיוע. הסיפא שבגוסס המבחן גועדה להבחין בין סיוע לבין שידול, שתרומתו לביצוע העבירה היא במישור יצירת היסוד הנפשי אצל המבצע העיקרי. אשר לגוף הנוסח, נדמה כי עדיף ומדויק יותר סיגנונו השלילי, מאשר זיהוי התנהגות מסייעת, עם מעשי-הכנה¹³⁸. מעשי-ההכנה הם, אמנם, חיצוניים לביצוע העיקרי, אך גם טרום-ביצועיים בלבד, ואילו הסיוע עשוי להתבטא גם בהתנהגות מקבילה, מבחינת העיתוי, עם הביצוע העיקרי.

320. גם הסיוע, כמוהו כשידול, צריך להתבטא בהתנהגות בעלת "ייעוד מוחשי", לעבירה מסוימת על נתוניה הקונקרטיים, כפי שהיא עומדת להיעשות בעולם המעשה, אם כי אין זה הכרחי שמידת המוחשיות של ייעוד ההתנהגות המסייעת תהיה ממצה, ותקיף את הביצוע העיקרי על כל פרטיו הקונקרטיים.

השאלה התעוררה בפרקטיקה כאשר הסיוע התבטא בהספקת אמצעי דרוש לביצוע העבירה — אם אמנם הסיוע צריך להיות נועד לאותה עבירה ממש, שנעברה לבסוף על-ידי העבריין העיקרי. לאמיתו של דבר, השאלה היא מורכבת משתי שאלות-משנה; הראשונה — האם מספיקה התנהגות מסייעת שנועדה לעבירה כלשהי? והשנייה — כאשר הסיוע נועד לעבירה מסוימת, האם המסייע צריך היה להיות מודע לעבירה זאת על כל פרטיה, כפי שהיא נעברה על-ידי המבצע?

התשובה לשאלת-המשנה הראשונה שניתנה בע"פ 20/49—21/49¹³⁹, ברורה: "מסייע אינו אלא מי שנתכוון לסייע בידי אדם לעשות עבירה מסוימת, ולא מעשה כל שהוא, ולא עבירה סתם".

136 ראה פסקות 264—269.

137 ראה בייחוד פסקה 269.

138 ראה מ' גורי-אריה, "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא (תשמ"א) 518, 523.

139 ע"פ 20/49—21/49 האדי ב' היוה"מ, פ"ד ג 13, 49 בין אותיות השוליים א—ב שצוטט בהקשר זה, בע"פ

49/52 חלאל ב' היוה"מ, פ"ד ז 337, 357.

על תשובה זו חזר בית המשפט העליון בע"פ 426/67¹⁴⁰, במלים כמעט זהות: "בדרך כלל צריכה הכוונה להיות מכוונת לאותה עבירה שבוצעה ולא לעבירה כלשהי". על הלכה זו אין עוררין, וכאשר המחוקק ראה לנכון להפיל סתם "מתן אמצעים לביצוע פשע", הוא חקק הוראה פלילית האוסרת עבירה זו, כעבירה ספציפית, בסעיף 498 לחוק העונשין. הוראה זו נועדה למקרים בהם אדם מודע לכך שהדבר שהוא מספק לחברו עלול לשמש בידיו לביצוע פשע כלשהו או להקלת ביצועו. יודגש כי המחוקק נמנע מלהרחיב את פליליות המעשה גם לעניין עבירות-עוון. מכל מקום, אין זה עניין של שותפות, שהרי שותפות מותנית בתרומה לביצוע עבירה משויימת, ולא בתרומה לעבירה סתם, תהיה היא אף בגדר פשע.

321. התשובה לשאלת-המשנה השנייה היא גמישה יותר, לפי טיב השאלה. היא ניתנה בע"פ 426/67¹⁴¹, ועדיף להציג תחילה את עובדות המקרה. שני המערערים במקרה זה, בארי ו-בכר, הורשעו בעבירת שוד, הראשון כמבצע עיקרי של העבירה, והשני כמסייע לביצועה. בארי, המערער הראשון, חטף תיק מתיירת, עת הלכה ברחוב. בתיק היו תכשיטים שהתיירת קנתה זה עתה בחנות, וכן כסף ושיקים. אחר שחטף את התיק הסתלק בארי מן המקום במכונית טנדר שהמתייגה לו ברחוב אחר. המכונית היתה של המערער השני, בכר, שהואשם בכך שמסר אותה לבארי כדי לסייע לו לבצע את העבירה. נטענה הטענה שבכר לא ידע בדיוק איזו עבירה עומד לבצע בארי, נגד מי הוא עומד לבצעה, באיזה מקום ובאיזו עת. הטענה נתקבלה ברוב דעות, ובכר זוכה מההאשמה בסיוע לשוד. בית המשפט קבע, אגב כך, כי ה"ייעוד המוחשי" של הסיוע מתיישב גם עם המצב שבו בחירת שעת הכושר ומקום הכושר לביצוע העבירה וכן בחירת קרבן העבירה, הושארו לשיקול הדעת של המבצע העיקרי. אפילו הבחירה בין ביצוע שוד או גניבה סתם עדיין ניתן להשאירה לשיקול הדעת של המבצע העיקרי. אולם, משום שהמכונית נמסרה למבצע העיקרי כדי לקבל סחורה גנובה מידי אחר, אך הוא השתמש במכונית להקלת הסתלקותו לאחר שהוא, בעצמו, ביצע מעשה שוד, לא היה מקום לייחס למוסר המכונית סיוע למעשה שוד¹⁴². נהוג להעלות גם את השאלה אם אין להבחין בין התנהגות שהיא בגדר עיסוקו הרגילים של האדם, לבין התנהגות שאינה כזאת, לעניין הגדרת ההתנהגות כתרומה מסייעת לדבר עבירה, או אי-סיווגה ככזאת. למשל, מוכר בתזונת דלק שמספק בנוזן לחבורת פושעים ואלה יכולים להגיע בזמן הרצוי להם לזירת העבירה כדי לבצע שם פריצה וגניבה, או עבירה אחרת, למשל חטיפת אדם. האם מכירת הדלק עשויה להיחשב כסיוע לביצוע אותה עבירה, מקום שמכירה זו היא פעולה שגרתית של המוכר שנעשית לפנייתו של כל נהג, כל עת שהתחנה פתוחה לשם כך? האם ניתן להשוות בין פעולה כזאת, לבין הספקת אקדה או חומר רעיל, על-ידי א' ל-ב' שהשתמש באמצעים אלה ופגע בחייו של ג'?

לדעתנו, אין כל הבדל, מבחינה אוניקטיבית, בין ביטויי התנהגות שונים אלה, העשויים ליפול בגדר סיוע לדבר עבירה. העיקר הוא אם ההתנהגות היתה בעלת ה"ייעוד המוחשי" הנדרש תוך כדי מודעות בעל התנהגות לייעוד זה. אם תנאים אלה מתקיימים, אין כאמור כל הבדל, בין פעולתו של מי שמספק את הדלק, ולו אף במסגרת עיסוקו הרגיל, לבין מי שסיפק את הרעל שהחזיק בו במקרה לשם הדברת עכברים. ואם החומר הקטלני הושג מבית מרקחת על בסיס מרשם כדון, אך הרוקה ידע על השימוש הקטלני הקונקרטי שהקונה עומד לעשות בחומר, כלום העובדה

140 ע"פ 426/67 בארי ו-בכר נ' מ"י, פ"ד ככ" (2) 477, 481 בין אותיות השוליים א-ב.

141 ש"ב.

142 ש"ב, בע' 481–482.

שהרוקח מוכר, כשיגרה, במסגרת עיסוקו, בדרך זו, רעלים כאלה, מורידה מהתנהגותו את הסגולה להוות סיוע לדבר עבירה? האם בעל מלאכה שהכין העתק של מפתח לבקשת לקוח, כשבעל המלאכה ידע כי המפתח המקורי שייך ל-'א' וכי ההעתק נועד לאפשר ביצוע פריצה לתוך דירתו, אינו מסייע לדבר עבירה, בדומה למי אשר מצא את המפתח המקורי ומסר אותו לפלוני כדי לאפשר לו את ביצוע הפריצה? כמובן, כאשר בשני המקרים היתה לפתוח תחילת ביצוע של פריצה. אם ההספקה מיועדת באורח מוחשי לביצוע עבירה מסויימת, אין למסגרת בה הוגשמה ההספקה כל השלכה על מהותה כתרומה מסייעת לדבר עבירה, תהיה זו מסגרת מקצועית, שגרתית וגלויה, או מסגרת ספוראדית, סמויה ו-ad hoc.

אין בין העבירות הקורלאטיביות, כגון אלה המוגדרות בסעיפים 95 ו-262 לחוק העונשין, לבין סיוע לדבר עבירה, אפילו כאשר הסיוע הוא במחדל, ולא כלום. עבירות אלו מתבטאות בהתנהגות פאסיבית בלבד, שהיא, במהותה, גם היצונית כליל, אוביקטיבית וסוביקטיבית כאחת, לעבירה, שבזיקתן אליה מותנית התהוותן; גם בין העבירה של הספקת אמצעים לביצוע עבירות, לפי סעיף 498 לחוק העונשין, לבין סיוע לדבר עבירה אין ולא כלום, שכן בהספקה כאמור חסר "הייעוד המוחשי" בו מותנה הסיוע.

322. לסיכום, אמנם אין די בהתנהגות מסייעת לעבירה סתם, כלשהי, כדי להצמיח סיוע לדבר עבירה. ההתנהגות המסייעת צריכה להיות בעלת "ייעוד מוחשי" לעבירה מסויימת. ואולם, כאמור בתחילת דברינו בנושא זה, אין זה הכרחי שמידת המוחשיות של הייעוד תהיה ממצה, ותקיף את הביצוע העיקרי של העבירה על כל פרטיו. רק טבעי הוא שתישאר מידה מסויימת של שיקול דעת אצל המבצע העיקרי, כשם שזה עצמו אינו מסוגל לדעת מראש בדיוק כיצד תהיה התפתחות הדברים. מתחייבת גמישות כלשהי לגבי הסיווג הנורמאטיבי של העבירה — למשל גניבה או שוד; אין ספק שמתחייבת גמישות מסויימת מבחינת מיקום העבירה ועיתויה, עד לאותו גבול בו עדיין משתלבת ההתנהגות המסייעת בביצוע העיקרי, תוך גיבוש עבירה אחת רבת-משתתפים; בדרך כלל, גמישות מסויימת עשויה להיות טבעית לגבי זהות הקרוב. כמובן, הרבה תלוי גם בתנאי ההתקשרות בין המסייע לבין המבצע העיקרי, העשויים גם לצמצם במידה מסויימת את שיקול הדעת של המבצע. מכל מקום, מידת הגמישות בגבול התחתון אינה יכולה לבטל את הדרישה הבסיסית לפיה הסיוע לדבר עבירה הוא שותפות לעבירה מסויימת, בעלת מערכת מינימאלית של נתונים קונקרטיים, כפי שהיא עומדת להתבצע בעולם המעשה; וייעוד מוחשי זה של הסיוע לדבר עבירה גלום ברכיבו ההתנהגותי של היסוד העובדתי של סיוע כאמור.

מקום שההתנהגות היא בעלת ייעוד מוחשי כזה, העובדה שהיא מבוצעת במסגרת עיסוקו הרגיל, הגלוי והחוקי של האדם, או שהיא מבוצעת באורח מקרי, חד-פעמי או בסתר, אינה מורידה ואינה מוסיפה, ובלבד שמתקיים גם היסוד הנפשי בו מותנה הסיוע לדבר עבירה; בכל אחד משני המקרים, תהיה זו שותפות עקיפה, בבחינת סיוע, לדבר עבירה.

ולבסוף, ראוי לתת הסבר לכך שהדיון בייעוד המוחשי של התנהגות מסייעת נערך במסגרת היסוד העובדתי של סיוע לדבר עבירה, למרות הגימה התכליתית החזקה, ובכך הסוביקטיבית דווקא, של איפיון זה של התנהגות מסייעת. המדובר בהתנהגות בעלת סגולה לשרת את הגשמת היעד המוחשי של המבצע העיקרי בשעת הגשת הסיוע; כלומר ייעוד אוביקטיבי המתבטא בטיב ההתנהגות המסייעת, כפונקציה של יעד זה. אמנם הדיבור "ייעוד מוחשי" נותן ביטוי גם ליחס הנפשי של המסייע לתכונה זו, אוביקטיבית, של התנהגותו המסייעת — מודעות לטיב התנהגותו מלווית במטרה לשרת את הגשמת יעדו של המבצע העיקרי — יחס בו מותנית פליליות

הסיוע. לעתים אף נקוטה לשון בה מושם דגש על ההיבט הסוביקטיבי של ה"ייעוד המוחשי" של ההתנהגות המסייעת. זאת, בשל יחס הגומלין המיוחד שבין ההיבט הסוביקטיבי וההיבט האוביקטיבי של הסיוע לדבר עבירה. שהרי אותה התנהגות, מבחינת טיבה האוביקטיבי, עשויה להיות בעלת סגולה שמאפשרת ביצוע עבירה כלשהי מסוג מסויים, או אף מסוגים אחדים מסויימים, ולא דווקא עבירה מסויימת על פרטיה הקונקרטיים המסויימים, כאירוע עברייני הנמנה על עולם המעשה. לכן, מתבקשת שימת הדגש על המודעות לייעוד המוחשי של ההתנהגות המסייעת. ואולם, בלי הייעוד המוחשי של התנהגות זו, כפונקציה אוביקטיבית של יעד המבצע העיקרי לעבור עבירה מסויימת על הפרמטרים הקונקרטיים של אירוע עברייני נתון, חסרה ההתייחסות הסוביקטיבית של המסייע למושא כלשהו, והיא, התייחסות זו, עצמה, איננה אף עשויה להיווצר. לכן, תהיה הלשון שנקטנו אשר תהיה, הדיון הוא בייעוד המוחשי של ההתנהגות המסייעת כסימן ייחודי אוביקטיבי של התנהגות זו, הנותן ביטוי לטיבה ביחס לייעוד הקונקרטי של המבצע העיקרי, שעה שמוגש לו הסיוע להגשימו; והכרחי הוא שיעד זה יתגלם בעבירה קונקרטי מסויימת, ולא בעבירה סתם, ולו אף מסוג מסויים.

323. סעיף 26(4) לחוק העונשין מייחד את הוראתו ל"מי שסייע את חברו בעבירה על-ידי שנכח במקום העבירה כדי להרתיע התנגדות, או כדי לאמץ את המבצע בהחלטתו, או כדי להבטיח ביצועה של העבירה". נדמה כי, מבחינה מהותית, העדרה של הוראה זו, לא היה גורע מאומה, ואף משמעותה הראייתית לא חייבה בהכרח את קיומה.

נוכחות במקום העבירה ובעת ביצועה, בעלת תכליתיות כאמור ובעלת ערך תרומתי כאמור, היא, בוודאי, סיוע לביצוע העבירה מבחינה מהותית; וזוהי הנחה שנופלת כבר בגדר הוראת סעיף 26(2) לחוק. אשר למשמעות הראייתית של הוראת סעיף 26(4), ניתן לגרוס – כפי שאכן גורסים – כי נוכחות באחת המטרות האמורות במקום ביצוע העבירה, אינה נוכחות מקרית שם, ולכן, נוכחות כזאת, שאינה מקרית, היא הנחה עובדתית כי המבצע העיקרי הסתייע בנוכחות זו לשם ביצוע העבירה, וכי הנוכח שימש כמסייע לביצועה. אולם, כל עוד שמדובר בהנחה עובדתית, אין לה משקל הוכחתי שונה ממשקלה של כל נסיבה אחרת הנוגעת לעניין; ההנחה ניתנת לסתירה ואיננה מחייבת אף כשאין באים לסתרה. עלינו רק להוסיף כי "איי-המקורות" של הנוכחות ו"תכליתיותה" אינן נובעות, ואינן יכולות לנבוע, מן הנוכחות כשהיא לעצמה. הן עשויות לנבוע רק מנסיבות העניין, שהתלוו אל הנוכחות והמגלות במידה כלשהי את משמעותה. בהיעדר ראיות אחרות, נסיבות אלה הן הרלוואנטיות ולא הנוכחות עצמה. לכל היותר, הנוכחות עצמה עשויה להיות רק אחת מבין הנסיבות שיש בהן כדי להצביע, אם בכלל, על מעורבות אדם בביצוע העבירה ובאיזה תפקיד; ונסיבות אלה עשויות להיות שונות ומגוונות, כל אחת במשקלה ההוכחתי המותנה במשקלן ההוכחתי של הנתירות. אליבא דדייננו, אין מקום להעלות את ה"נוכחות", אף בצירוף שם התואר "שאינה מקרית" למעין פרומפציה, ולו אף עובדתית בלבד, העומדת ברשות עצמה, המצביעה על תפקידו המסייע של הנוכח; הכל מותנה בנסיבות העניין. ואולם, משום הנטייה בהלכה הפסוקה לייחס ל"נוכחות שאינה מקרית" מעין מעמד כזה, מצווים גם אנו להידרש לסוגיה זו. יחד עם זאת, ראוי לציין כי, למעשה, גם ההלכה הפסוקה, עצמה, איננה מייחדת לנוכחות כאמור, כשלעצמה, משקל הוכחתי עצמי של ממש, קבוע מראש ומנותק ממכלול הנסיבות הנתירות של העניין, ועל כך בהמשך.

בע"פ 69/54 143 הורשע המערער – נכנה אותו המערער השני – בסיוע לרצח לפי סעיף

143 ע"פ 69/54 מרדורסיאן נ' היוה"ט, פ"ד ח(2) 930.

123(1)(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936 (הוא סעיף 26(4) לחוק העונשין), בצירוף סעיף 214(ב) לפקודה (הוא סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין); טענתו היחידה בערעור היתה כי נוכחותו במקום ביצוע הרצח על-ידי המערער הראשון לא היתה אלא פאסיבית גרידא. הוא רק הסתכל איך שחברו היכה בפטיש על ראשה של המנוחה עד שמתה ואיך שחתך אותה לגזרים והכניס אותה למזוודה או לארון; אך הוא גופו לא נקף אצבע, ולא השתתף אף במשהו במעשים אלה. נוכחות כזאת, כך נטען, אין בה כדי להכניסו לגדר סעיף 123(1)(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936. בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע כי, אם נוכחות המערער בנסיבות האמורות, במקום ביצוע הרצח, אינה מוכיחה על השתתפות בפעולות הרציחה גופא, משמעותה היא, לפחות, התנהגות שנועדה להבטיח את ביצוע הרצח על-ידי המערער הראשון. אמנם, מוסיף בית המשפט, כי אין זו אלא הנחה עובדתית שהמערער היה רשאי להזימה בהצגת הסבר מתקבל על הדעת לגבי נוכחותו בשעת ביצוע הרצח, אך הוא לא עשה כן.

כלומר, נוכחות בנסיבות מסוימות בשעת ביצוע עבירה עשויה להוות פרזומפציה עובדתית של סיוע לאותה עבירה; ככל הנחה עובדתית, היא, כמובן, חשופה לסתירה, ואף בלי זאת, חופשי בית המשפט להעריך את משקלה ההוכחתי, ולשלול את ערכה. מה גם, שבפלילים, ההאשמה טעונה הוכחה מעבר לכל ספק סביר. בע"פ 69/54, הגיע בית המשפט למסקנה כי, אכן, הנוכחות, בנסיבות העניין, של המערער בשעת ביצוע העבירה מוכיחה במידה זו, לפחות את תרומתו העקיפה לביצועה. והרי דברי השופט זילברג המנוח לעניין זה:

"בנוהג שבעולם, אין רוצח מביא אתו עדים למקום המעשה, והוא חושש מאד מאד מפני עינא בישא של מסתכלים 'זרים', ואם המערער הראשון — הרוצח היחיד, לדברי המערער השני — לא עשה במחשך מעשהו, אלא לאור הנר המלא, ולעיני המערער השני, וזה האחרון — כפי שטען — ישב כאילו ללא נוע, והסתכל שעות על גבי שעות ברציחת הקרבן ובביתור הגופה ואריות האיברים, הרי המסקנה ההגיונית היא אחת משתי אלה: או שהשתתף השתתפות פעילה בגוף המעשה, או ששימש לו, למערער הראשון, מגן ומחסה, או מעודד וממריץ, במובן הפסוק השני אשר בסעיף 123(1)(ג) של החוק. רשאי היה המערער השני להציע לבית המשפט איזו גירסא אחרת, מתקבלת על הדעת, לגבי נוכחותו בשעת ביצוע המעשה, אך הוא לא עשה כן..."¹⁴⁴

דברים משכנעים, ללא כל ספק, אך מבחינת תשתיתם הנורמטיבית, היה די בהוראת סעיף 26(2) לחוק העונשין, ללא צורך בהוראה המיוחדת שבסעיף 26(4) לחוק.

ניתן לסכם כי ההלכה הפסוקה בנדון, עם או בלי הוראה זו, היא זאת:

— נוכחות בלבד בזירת העבירה אין די בה כדי ליפול בגדר סיוע לביצוע העבירה; נוכחות גרידא כאמור נקראת נוכחות "מקרית";

— נוכחות "שאינה מקרית", בזירת העבירה ובשעת עשייתה, היא נוכחות, שכנסיבות העניין, עשויה לעורר חשד רציני, שמא נועדה לחזק את כוחו של המבצע העיקרי, או לאבטח את הביצוע העיקרי. אין לנוכחות כאמור, כשלעצמה, משמעות משפטית מיוחדת כלשהי. שכן, "נסיבות העניין" עשויות להיות אף כאלה שממש מוכיחות את המשמעות המסייעת של הנוכחות. אבל, אם הן מעלות חשד כאמור בלבד, הרי נהוג להתייחס לנוכחות זו בבחינת חזקת סיוע לדבר עבירה. בסופו של חשבון, מדוייק יותר אף להגיד כי החשד של זיקת אדם לביצוע עבירה קודם

144 ש"ב, בע' 933—934.

לקשירת נוכחותו אל הביצוע, והחשד הוא זה אשר עשוי לייחד לנוכחות את "חוסר המקריות", ולא ההיפך; ובעצם ה"חשד" ו"חוסר המקריות" הם שני צידי של אותו מטבע. לדעתנו, הם טעוניהם אישור מבלי לייחס ל"נוכחות", כשלעצמה, כוח הוכחתי קבוע מראש; — החוקה היא, כמובן, מסוג הפרוזומפציות העובדתיות בלבד. היא ניתנת לסתירה ואיננה מחייבת את השופט אף כשלא באו לסתרה; תלוי במשקלה הראיתי, בהתאם לדרוש בפלילים, לשם הוכחת המשמעות המסייעת של הנוכחות; — נסיבות העניין עשויות לשמש ראיות לעניין הוכחת תכליתיות הנוכחות וערכה התרומתי, ואישור חזקת הסיוע, כשם שהן עשויות להפריכה; אגב כך, ראוי לציין כי, כנדרש בפלילים, מידת ההוכחה לשם אישור החוקה צריכה להיות מעבר לספק סביר. ברוח זו, יושמה בעקיבות ההלכה הפסוקה¹⁴⁵ לגבי פירוש הוראת סעיף 26(4) לחוק העונשין, שדנה בסיוע לדבר עבירה בנוכחות בזירת ביצועה.

324. בע"פ 325/64 נאמר כי "אכן, כאשר הנאשם נוכח במקום העבירה, ונוכחותו אינה מקרית, יש בה הוכחה, אם כי הוכחה לכאורה בלבד, על סיוע למעשה העבירה"¹⁴⁶ (ההדגשה במקור). בע"פ 62/65, הוסיף בית המשפט העליון, אחרי ציטוט מלים אלה, וקבע כי "...השאלה אם יש לתת משקל לעובדה כנ"ל ואם כן מהו המשקל שיש לתת לה, תלויה במידת הנסיבות המיוחדות של המקרה"¹⁴⁷. גם המושג "מקום ביצוע העבירה" הוא יחסי ומהווה פונקציה של נסיבות העניין. כך, בע"פ 270/65 קבע בית המשפט העליון כי "אין בכך כלום ש[צאלח] עמד במרחק של כמה עשרות מטרים ממנו. המקום בו עמד היה המקום שמחמוד קבע לו, הואיל ונוכחותו שם היתה רצויה לו ודרושה כדי שהוא יבצע את הפשע ולאחר מכן יברחו השניים יחדיו, כל אחד לדרכו. לא כדי לחזות סתם מתוך סקרנות בא צאלח למקום הרצח, אלא כדי לתרום את חלקו למזימה המשותפת"¹⁴⁸. גם בע"פ 556/80 נקבע, בעקבות ההלכה הפסוקה כבר קודם, כי "נוכחות כשלעצמה במקום בו מתבצעת עבירה אינה יוצרת חוקה של השתתפות בביצועה, אולם, לעומת זאת, נוכחות לא מקרית מהווה הוכחה לכאורה להשתתפות או לסיוע"¹⁴⁹; וגם הובהר כי אם נוכח אדם בשעת תכנון, הפריצה וביצוע הרצח, ולא ניסה להניא את מבצעי הרצח מעשייתו, "מהדל זה כשלעצמו מהווה ראיה לכאורה לנוכחות לא מקרית"¹⁵⁰. בע"פ 303/82, עולה בכל עצמתו משקל הנסיבות שהתלוו אל הנוכחות בזירת ביצוע העבירה, בדבר תכליתיותה של הנוכחות ותרומתה לביצוע העבירה. המערערת היתה מודעת לכך שהיא יוצאת במכונית עם החבר שלה ועוד שניים אחרים, לביצוע משימה לילית מפוקפקת. כשהגיעו לזירת העבירה, היא נשארה יושבת, ביחד עם השלושה, במכונית משך כשעתיים לצד הדרך, כשלנגד עיניה מתארגן ביצוע שוד, והיא משמשת להם כסות מפני חשד, שעלול היה להתעורר, אצל עוברים ושבים, שמא הם זוממים עבירה ולמען יחשבו אלה כי מדובר במפגש "רומאנטי". וכך, היא נשארה במכונית

145 ע"פ 325/64 הייה"מ נ' ירקוני ויגור, פ"ד יח(4) 20.

146 שם, בע' 56 בין אותיות השוליים א–ב.

147 ע"פ 62/65 קנאבה נ' הייה"מ, פ"ד יט(2) 488, 496 לפני אות השוליים א. וכך גרסו גם בע"פ 835/76 אלמליח נ' מיי, פ"ד לא(2) 716.

148 ע"פ 270/65 קימי נ' הייה"מ, פ"ד יט(3) 561, 569 מול אות השוליים ז. וראה גם ע"פ 78/71 עמר נ' מיי, פ"ד כו(1) 421.

149 ע"פ 556/80 עלי ואחי נ' מיי, פ"ד לו(3) 169, 180 בין אותיות השוליים ה–ו.

150 שם, בע' 183 בין אותיות השוליים ד–ה.

ביחד עם החבר שלה עד שהשניים הנותרים שיצאו לבצע את השוד חזרו ויחד הסתלקו ארבעתם ממקום העבירה כששלל השוד ברכב. מסכת הנסיבות הללו שיכנעה את שופטי הרוב, שמדובר בנוכחות תכליתית בזירת העבירה שהיוותה תרומה לקידום ביצוע השוד והצלחתו. "כל אלה", סברו שופטי הרוב, "מביאים לכלל המסקנה הברורה, שבשעה הקובעת לעניין ביצוע העבירה דגן ידעה המערערת במה מדובר... ובעצם נוכחותה במקום העבירה היה כדי לסייע לשודדים בביצוע מעשה העבירה ולאמץ את ידיהם בהחלטתם הנפשעת"¹⁵¹. שיקולים כרוכים, גם הם, בנסיבות העניין גרידא, מנמקים גם את דעת המיעוט. ועוד דוגמה מני רבות — בע"פ 677/82 זוכה המשיב בבית המשפט המחוזי מסיוע לעבירה של סחיטה באיומים בה הורשע חברו. זאת, לאחר שבית המשפט גרס כי הגם שהמשיב גלווה לחברו בשלושת המפגשים עם הקרבן, הוא לא הפך שותפו לעבירה, שכן נוכחותו במקום המעשה היתה פאסיבית לחלוטין, הוא לא אמר במהלך האירועים דבר, אלא נגרר אחר חברו ולא עזר לו במאומה. גם הפעם נחלקו הדעות בבית המשפט העליון עקב המשקל והמשמעות השונים שיוחסו לנסיבות העניין על-ידי שופט המיעוט לעומת דעת הרוב. והרי סיכום דעה זו:

"[האם] הסיק השופט המלומד [שופט בית המשפט המחוזי] את המסקנות הנכונות מהעובדות כפי שהוכחו לפניו? לכך משיב הפרקליט המלומד בשלילה, כשהוא חוזר ומעלה מחדש את כל אותן תמיהות, תשובות וקושיות, כפי שהושמעו כבר בדרגה הראשונה, ושהוצגו לעיל. אפשר שאם היינו אנו שומעים את הדיון, מאזינים לדברי העדים ומתרשמים מאישיותם, היינו מגיעים לכלל מסקנה אחרת, ואפשר שלא. מכל מקום, אנו דנים בעניין דגן כערכאת ערעור, והלכה ברורה, כמעט התלטית, היא שאל לנו בדרגה זו להמיר את התרשמות השופט מהעדים ומהראיות בהתרשמותנו שלנו..."¹⁵²

ומסקנת אותו שופט, מן המימצאים העובדתיים שנקבעו בהכרעת הדין, היתה כי נוכחותו של המשיב במקום ביצוע העבירה לא היתה מכוננת לסייע לחברו לבצע את הסחיטה ואף לא סייע לו במאומה בהגשמת מזימתו. הנוכחות, כשהיא לעצמה, אינה אלא בגדר נסיבה, שטעונה ליווי תכליתיות וערך תרומתי, כדי להוות רכיב התנהגותי של סיוע לדבר עבירה; לכל היותר, הנוכחות עשויה להיות בגדר חוקת סיוע, עובדתית, שמשקלה ההוכחתי אינו עולה על הערך הראייתי של נסיבות אחרות.

לכל אלה עלינו להוסיף כי לא נראית לנו ההתייחסות ל"נוכחות", אפילו "המקריית", בזירת העבירה, כאל "מחדל". הלא אין שואלים את האדם מה אתה "לא" עושה כאן, אלא מה אתה "עושה" כאן, כמובן לעניין נתון. לא כל שכן כאשר מדובר בנוכחות תכליתית שם, כדי לאפשר את ביצוע העבירה או להקל על הביצוע. זוהי עשייה אמיתית ולכל דבר.

325. היבט נוסף של הרכיב ההתנהגותי, הטעון דיון, הוא טיב ההתנהגות הדרושה כדי להוות רכיב התנהגותי של סיוע לדבר עבירה, והוא מתקשר עם שאלת מהות הזיקה של הביצוע העיקרי של העבירה, לסיוע לביצועה. כל התנהגות של אדם אחר, שהמבצע העיקרי, בגשתו לביצוע העבירה או תוך ביצועה, הסתמך עליה סוביקטיבית, או הסתייע בה אוביקטיבית, עשויה להוות רכיב התנהגותי של סיוע לאותה עבירה. זאת, בין אם אותה התנהגות היתה דרושה לביצוע העבירה,

151 ע"פ 303/82 אדרי נ' מיי, פ"ד לז(1) 309, 316 בין אותיות השוליים ו-ז.
152 ע"פ 677/82 מיי נ' הווארי, פ"ד לז(2) 70, 74-75.

ובין אם לאו, בין אם היא תרמה להצלחת הביצוע ובין אם לאו, בין אם המבצע העיקרי היה עושה את העבירה בלאו הכי, ובין אם לאו. וראוי לדייק כי ההסתמכות הסוביקטיבית איננה אף היא אלא היבט של הסתייעות אוביקטיבית; שהרי גם בהסתמכות זו נעזר המבצע כדי לממש את היסוד העובדתי, כלומר את הצד האוביקטיבי, של העבירה. הבהרה זו באה להסביר כי הספקת "הסתמכות סוביקטיבית" כאמור, למבצע, איננה חורגת מן הפונקציה האופיינית לסיוע – לאפשר את הביצוע של היסוד העובדתי של העבירה, או להקל על ביצוע זה. כך יש להבין את התייחסותו, בכל מקום, להסתמכות כאמור.

למשל, א' סיפק ל-ב' מפתח לפתיחת דלת הכניסה לדירתו של ג', כדי ש-ב' יבצע פריצה אל תוך הדירה וגניבה מן התפצים שגמצאו שם. ב' ניגש לביצוע מזימתו, אך מצא את הדלת בלתי-נעולה, ונכנס לתוך הדירה בלי להשתמש במפתח; את הדלת השאיר ד' בלתי-נעולה תוך ידיעה כי ב' מתכוון לבצע שם פריצה וגניבה, אך מבלי ש-ב' יידע כי ד' עשה זאת כדי לסייע לו להגשים את מזימתו. גם א' וגם ד' הם מסייעים לעבירה שנעברה על-ידי ב' כמבצע עיקרי. א' הוא מסייע, משום ש-ב', בגשתו לביצוע העבירה, הפתמך על האפשרות להשתמש במפתח שסיפק לו א', ואילו ד' הוא מסייע, משום ש-ב' השתמש באפשרות שנוצרה לו על-ידי ד' תוך השארת הדלת בלתי-נעולה. א' ו-ד' הם בגדר מסייעים לדבר עבירה, אפילו ב' היה ניגש לביצוע העבירה בלאו-הכי תוך שימוש בדרכי פריצה אחרות לאותה דירה, שעמדו לרשותו. כאמור בע"פ 325/64 "המסייע הוא אדם המשתתף במעשה העבירה אם במעשה ואם במחדל, ובין אם השתתפותו דרושה לביצוע העבירה ובין אם לאו"¹⁵⁸. נחיצות ההתנהגות המסייעת לביצוע העיקרי של העבירה אינה תנאי הכרחי לפליליות הסיוע לדבר עבירה; כמוכך היא עשויה להיות תנאי מספיק לשם כך. די לשם כך אם היו הסתמכות או שימוש באותה התנהגות; לא כל שכן, אם היו גם הסתמכות וגם שימוש, כמו, למשל, במקרה בו ב' גם השתמש במפתח שקיבל מ-א', וראוי להוסיף כי אף במקרה בו, יום קודם, החליף בעל הדירה את המנעול, ו-ב' נכשל בנסיונו לפרוץ לתוך הדירה בעזרת המפתח שסופק לו על-ידי א'; אף במקרה זה יהיה א' מסייע לנסיון לדבר עבירה. ומשל גוסף: א' מבטיח ל-ב' שבשעה נתונה מוסכמת הוא יחכה לו במקום מסוים כדי להסיעו ביחד עם שלל מעשה השוד, מאותו מקום סמוך למקום ביצוע השוד; א' יהיה מסייע לעבירה שנעברה, בין אם עמד בדיבורו ובא לאותו מקום בשעה שנקבעה, ובין אם לאו, ובין אם ב' היה מבצע את העבירה בלאו הכי, ובין אם לאו, אילו א' לא נענה לפניית ב' שיבטיח לו את ההסתלקות מזירת העבירה עם שללה. א' הוא מסייע לדבר עבירה משום ש-ב', בגשתו לביצועה, הסתמך על הבטחתו של א'; א' הוא מסייע לדבר עבירה, אפילו ב' ברגע האחרון מצא ב' דרך אחרת להסתלק עם השלל ממקום ביצוע העבירה, או הסתלק משם תוך נטישת השלל בדרך; א' הוא מסייע לדבר עבירה, אפילו ב' היה מבצע אותה בלאו הכי, אילו א' סירב להושיט לו את העזרה שנתבקש להגישה.

326. ניתן אפוא לסכם כי מכחינת טיב ההתנהגות הדרושה להתהוות סיוע לדבר עבירה, די באחת מאלה: התרומה שעליה הסתמך המבצע העיקרי כשהוא מודע לדבר קיומה, עת שניגש לביצוע העבירה או בשעת ביצועה, או התרומה בה עשה שימוש המבצע העיקרי באותם זמנים אפילו שלא במועד לדבר ייעודה; בכך מתגלם הערך התרומתי של הסיוע, לביצוע העבירה.

153 ע"פ 325/64 היוז"מ ב' ירקוני ו-גור, פ"ד יח(4) 20, 45–46; וראה גם בע' 47 בין אותיות השוליים ד-ה.

התנהגות כאמור היא בבחינת רכיב התנהגותי של סיוע לדבר עבירה, אף כאשר היא לא היוותה תנאי הכרחי לביצועה. די אם היא תרמה תרומה כלשהי לכך שהמבצע העיקרי ניגש לביצוע העבירה, אף כאשר בגללה הוא נכשל, ומעשהו נשאר בשל כך בגדר נסיון בלבד; אין זה הכרחי אפוא שהתרומה תבטיח את ההצלחה של הביצוע העיקרי; די בכך שהיא נועדה לאפשר את הביצוע או להקל עליו, אפילו אוביקטיבית, היא הכשילה אותו, ובלבד שהמבצע ניגש לעשיית העבירה או ביצע אותה, תוך הסתמכות עליה או שימוש בה.

מכאן, לשאלת הזיקה של הביצוע העיקרי של העבירה, לסיוע לביצועה. לזיקה זו שתי פנים שראוי להבחין ביניהם למרות דקות השוני שביניהם. הפן האחד של הזיקה בא לידי ביטוי בשאלה אם המבצע העיקרי היה ניגש להגשמת מזימתו בלאו הכי, אף אילו לא הוגשה לו העזרה, או, שמא, בלי העזרה הוא היה מוותר על ביצועה. הפן האחר של הזיקה בא לידי ביטוי בשאלה אם העזרה שהוגשה למבצע צריכה להיות כזאת, שבלעדיה הוא היה מגוע מלבצע את העבירה, או שמא העזרה לא היוותה תנאי לביצוע העבירה.

התשובה לשאלה הראשונה כבר ניתנה, והיא שפליליות הסיוע לדבר עבירה אינה מתבטלת אם המבצע העיקרי היה מבצע את העבירה גם בלאו הכי, כדברי השופט ח' כהן בע"פ 325/64 — "אין ספק שיכול אדם להיות אחראי בפלילים כמסייע לדבר עבירה, אף שהעבירה היתה נעברת בלאו הכי"¹⁵⁴, ואין נפקא מינה, מוסיפים אנו, אם היא היתה נעברת תוך שינוי בעיתוי הביצוע או בדרכי הביצוע, אם לאו. התשובה לשאלה השנייה היא שוב שלילית — פליליות הסיוע נשארת על כנה אפילו ניתן היה לבצע את העבירה תוך התעלמות ממנו.

באופן פוזיטיבי, מתבטאת, כאמור, זיקת הביצוע העיקרי, לסיוע, בכך שהמבצע העיקרי הסתמך, סוביקטיבית, על הסיוע שקיבל, או השתמש בו, אוביקטיבית, כשניגש לביצוע העבירה, או במהלך ביצועה. כבר ציינו זאת, ואף הבאנו דוגמאות לכך¹⁵⁵, שכל אחד מאלה בנפרד הוא מאפיין מספיק של הסיוע לדבר עבירה, כמובן תוך הבאה בחשבון של היסוד הנפשי הדרוש להתהוות סיוע פלילי לדבר עבירה. כך הבינונו את דברי השופט ח' כהן בע"פ 325/64 לגבי הסיוע לדבר עבירה — "שניים הם סימני ההיכר שלו: סגולתו לסייע בביצוע העבירה (אך לאו דווקא נחיצותו לביצוע העבירה), וכוונת הסיוע שבלב המסייע"¹⁵⁶.

327. שלילת "הכרחיותו" של הסיוע — כ־*conditio sine qua non* — כביטוי של זיקת הביצוע העיקרי לסיוע, אין בה כדי לשלול את הגדרתו כתרומה עקיפה לביצוע העיקרי של העבירה. כתרומה עקיפה לביצוע העבירה, משתלב הסיוע השתלבות יעילה בביצוע, והם מצמיחים ביחד אירוע עבריני רב־משותפים. היעילות מתבטאת בכך שהמבצע הסתמך על הסיוע או השתמש בו, כשניגש לעשיית העבירה, או במהלך עשייתה, ואין זה כלל תנאי שהסיוע יבטיח את הצלחת הביצוע. הקטיגוריות של הסיבתיות אינן הולמות כלל את היחס שבין הביצוע לבין הסיוע, כשם שגם היחס בין ביצוע לבין שידול אינו הולם את דפוסי הסיבתיות. האמור בהקשר זה לגבי השידול, כוחו יפה גם לגבי הסיוע לדבר עבירה¹⁵⁷, בהבדל אחד, שאותו יחס האפקטיביות שבין השידול לבין הביצוע העיקרי, עליו דנו קודם לכן, עשוי להיחלש כאשר מדובר בזיקת הביצוע

154 שם, בע' 45 בין אותיות השוליים א—ב.

155 ראה פסקה 325.

156 ע"פ 325/64 היוח"מ נ' ירקוני וירגור, פ"ד יח(4) 20, 47 בין אותיות השוליים ד—ה.

157 ראה פסקה 305.

לסיוע. בעוד שהשידול מתבטא בתרומה מכרעת לגיבוש אצל המשדל של היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה, הסיוע מתבטא ב"תרומה כלשהי לביצוע העבירה על-ידי המבצע העיקרי" (ההדגשה הוספה), כדברי השופט לנדוי בע"פ 325/64¹⁵⁸. אכן, "תרומה כלשהי" — כמובן תוך מודעות המסייע לכך — ולא יותר, שבה המבצע העיקרי השתמש או שעליה הוא סמך בהגשמת זממו.

328. גם לגבי הסיוע, כמו לגבי השידול¹⁵⁹, מתעוררת השאלה של גבולות הביטויים השונים והמגוונים של הרכיב ההתנהגותי, העשויים להיות רכיב התנהגותי של יסוד עובדתי של סיוע לדבר עבירה. המדובר באותם גבולות בהם ההתנהגות חדלה להיות מסייעת והופכת ביצוע באמצעות אחר, כלומר ביצוע עקיף. תחום המוטאציות מסיוע לביצוע הוא צר יותר מזה של המוטאציות משידול לביצוע¹⁶⁰, אך גם לו היקף מכובד.

המדובר באותם מקרים בהם אדם "מגיש עזרה" לתברו לעשות את פעולות הביצוע של עבירה, כשהוא נמצא במצב של העדר כשרות פלילית, אם מבחינת בגרות הדעת ואם מבחינת תקינות רוחו, של העדר רצייה, או כשהוא עושה את הפעולות ללא מחשבה פלילית. בהנחות אלה עושה הפעולות מהווה, למעשה, כלי זרוע מוארכת בידי "מגיש העזרה", תוך מודעות למצב לו הוא — אותו עושה — נתון, והוא, ה"מסייע", הופך מבצע אמנם עקיף אך עיקרי, של עבירה פלילית. לעניין זה מפנים אנו לאמור במסגרת הדיון בנושא ה"ביצוע באמצעות אחר"¹⁶¹. שם נמצא דיון גם במקרים של ביצוע עקיף של עבירה מותנית, לפי הגדרתה, בעושה מיוחד, שגם הם נתפסים לתחום המוטאציות המהותיות מסיוע לביצוע.

ועוד לא למותר להסב את תשומת הלב ל"השלכת הסייגים לפליליות האירוע"¹⁶², הפעם בכיוון הצימצום, על תחום צורות השותפות העקיפה, כולל הסיוע, כאחת מהן. כמובן, המדובר בסייגים זולת העדר כשרות פלילית או רצייה.

כל אלה משלימים את התמונה של תחום הביטויים הפרטיים של התנהגות שעשויה להיות רכיב התנהגותי של יסוד עובדתי שבסיוע לדבר עבירה.

329. לסיכום נושא הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבסיוע לדבר עבירה, ניתן לציין כי:

- הביטויים הפרטיים של התנהגות מסייעת לדבר עבירה עשויים להיות רבים ומגוונים, ללא כל הגבלה נורמטיבית, מלבד אלה הנובעים מתנאי הביצוע באמצעות אחר;
- הסיוע עשוי להתבטא גם במחדל, ואין צורך בחובה לפי דין נפרד לפעול, מלבד איסור עצם הסיוע במחדל שבדין הפלילי;
- הסיוע לדבר עבירה עשוי לבוא לידי ביטוי גם בנוכחות אדם בוירת העבירה, כמובן, כשמטרת הנוכחות היא לסייע למבצע להגשים את מזימתו;
- הסיוע לדבר עבירה צריך להתבטא בהתנהגות בעלת "ייעוד מוחשי", כלומר לעבירה מסוימת, קונקרטית, כפי שהיא עומדת להתבצע בעולם המעשה, אם כי אין דרושה מידה מלאה

158 ע"פ 325/64 הו"מ נ' ירקוני ויגור, פ"ד יח(4) 20, 56 בין אותיות השוליים א—ב.

159 ראה פסקה 302.

160 שם.

161 ראה פסקה 270 ואילך.

162 ראה פסקה 402 ואילך.

של ייחוד הסיוע לביצוע עיקרי על כל פרטיו; הכל תלוי בנסיבות העניין, אך על כל פנים אין סיוע לעבירה סתם, אפילו מסוג מסויים;

— הסיוע לדבר עבירה נבדל, מבחינת הרכיב ההתנהגותי, מן הביצוע העיקרי, והמבחן של בידוד מלאכותי של כל אחת מן התרומות לאירוע עברייני רב-משתתפים, מזולתיה, עשוי לשמש כלי לשם איבחון של תחומי השותפות הנבדלים לדבר עבירה — האחד עקיף ומשני, והאחר ישיר וראשי;

— יחד עם זאת, עשויה התנהגות מסייעת להפוך ביצוע עיקרי, כאשר עושה פעולות הביצוע הוא הזרוע המוארכת של בעל אותה התנהגות;

— זיקת הביצוע העיקרי של עבירה לסיוע לביצועה, מתבטאת בהסתמכות סוביקטיבית או בשימוש אוביקטיבי של המבצע העיקרי בסיוע שהוגש לו על-ידי המסייע, ותו לא; אין זה עניין של זיקה סיבתית.

(ב) הרכיב הנסיבותי. 330. גם ברכיב הנסיבותי של היסוד העובדתי שבסיוע לדבר עבירה, יש סימני-ייחוד, שהם כלליים לצורה זו של שותפות לאירוע עברייני רב-משתתפים. אך בטרם נידרש לדיון בנסיבות, עצמן, הרלוואנטיות להתהוות סיוע לדבר עבירה, מתבקשת הבהרה מקדמית. אנו דנים ברכיב הנסיבותי של היסוד העובדתי שבסיוע, כאשר ההתנהגות המסייעת היא רק חלק מן המבנה המלא שלו, והוא נשלם עם השתלבות הסגולה המסייעת של התנהגות זו בביצוע העיקרי של העבירה, בתורת המשך אופיראטיבי שלה. שאם חסר ההיבט השני בשל כך שלא היה כלל ביצוע עיקרי, נשמטת הקרקע מתחת לסיוע, על מבנהו האמור, וההתנהגות האמורה עשויה ליפול בגדר נסיון לסייע בלבד, בשל העדר נסיבה רלוואנטית להתהוותו. מבנה זה של הסיוע, כאשר ההתנהגות המסייעת היא חלק ממנו, מסמיך לדבר על נסיבות רלוואנטיות, שהן בו זמניות אף עם החלק השני של הסיוע בלבד.

נסיבה רלוואנטית להתהוות סיוע לדבר עבירה, כפועל יוצא של צמידות צורות השותפות העקיפה לדבר עבירה לביצועה הישיר, היא פליליותו של ביצוע זה. פליליות סיוע למעשה שאינו בגדר עבירה, מותנית באיסור פלילי מיוחד. סיוע למעשה שאינו בגדר עבירה, בשל ביצועו במצב המהווה סייג לפליליותו, שוב אינו סיוע שמצמיח אחריות פלילית; במקרים אחדים, שבהם כבר דנו¹⁶³, הסיוע עשוי להפוך ביצוע עקיף, אך אין זה סיוע. אולי, ראוי להזכיר כי נסיבה רלוואנטית להתהוות סיוע לדבר עבירה היא גם זו שעבירה זו תהיה עבירה של מחשבה פלילית. סיוע לביצוע עבירה רשלנות מצמיח עבירה גפרדת של מחשבה פלילית, על ביצועה העיקרי. נסיבה רלוואנטית להתהוות סיוע לדבר עבירה היא גם זו שהמבצע העיקרי ניגש לביצועה, מבלי שיידרש ביצוע מושלם דווקא. יש גם סיוע לנסיון לדבר עבירה, אך אין הנסיון לסייע מצמיח אחריות פלילית. התקיימות ביצוע עיקרי או, לפחות, התקיימות תחילת ביצוע עיקרי, כנסיבה רלוואנטית להתהוות סיוע לדבר עבירה, היא פועל-יוצא הגיוני מן המושג "סיוע" עצמו. מושג זה טומן בתוכו את הרעיון של תפקיד שקויים, לפחות מקצתו, כלומר, תרומה שנשאה פרי בתחילת ביצוע העבירה, לפחות. אף נסיבה זו היא בוזמנית עם הסיוע, שכן הסיוע מתגשם בביצוע על-ידי המבצע הישיר. שאם לא כן, לא היה גם סיוע, אלא, לכל היותר, נסיון לסייע; ולא הרי זה כהרי זה; מלבד זאת, הנסיון לסייע אף אינו עניש לפי החוק המצוי.

העדר פליליות לנסיון לסייע, מחייב גם שהסיוע יהווה תרומה כלשהי לביצוע. בכך מתגלמת

163 ראה פסקה 328 וההפניות המצויות שם.

נסיבה נוספת רלוואנטית לפליליות הסיוע לדבר עבירה; נסיבה זו מתבטאת בכך שהמבצע העיקרי הסתמך במידה כלשהי על הסיוע שהוגש לו, או שהוא השתמש בו, כאשר ניגש לביצוע העבירה או במהלך ביצועה. אם הסיוע שהוגש לא היווה חלק כלשהו מן העבירה, פשוטו כמשמעו, אין זה סיוע. כאמור, זה יכול היה להיות נסיון לסייע, שאינו פלילי, אך לא סיוע.

ואולם, מן הדין להבחין היטב בין הנסיבה החיונית שמתבטאת בהיות הסיוע תרומה לביצוע העבירה, לבין הנסיבה שאינה כלל הכרחית, שעשויה להתבטא בהיות הסיוע תרומה להצלחת ביצוע העבירה. הסיוע עשוי לעתים אף להכשיל את הגשמת המזימה, ונשאר בכל זאת בגדר סיוע. למשל, המבצע ניגש לביצוע העבירה על סמך מידע או באמצעות כלים, שקיבל מן המסייע, אך התברר לו כי המידע היה חסר, או כי הכלים היו בלתי מתאימים, דבר שהביא להכשלת ההשלמה של הביצוע. ובכל זאת, זהו סיוע לדבר עבירה, כמובן בהנחה שמטרתו של המסייע היתה לסייע, ולא להכשיל.

331. נסיבה רלוואנטית להתהוות סיוע לדבר עבירה, היא עיתוי. הסיוע צריך לבוא לידי ביטוי בשעת הביצוע, עם תחילתו או במהלכו, אך לא מאוחר ממומנט השלמתו. סיפק א' כלי משחית ל-ב', מתבטא הסיוע בכך שהמבצע ניגש לביצוע העבירה כשהוא סומך על הצטיידותו באותו כלי, ואם גם הסתייע בו בעת הביצוע, יהיה משקל הסיוע באירוע העברייני רב-המשתתפים משמעותי עוד יותר. אם ב' נמלך בדעתו והשאיר את הכלי בבית משום שהעדיף לבצע את העבירה בדרך אחרת, לא תהיה הספקת הכלי בגדר סיוע. לכל היותר, זה נסיון לסייע, שאינו עניש. הבטיח א' ל-ב' שיאבטח את ביצוע העבירה, מנקודת תצפית סמוכה לזירת הביצוע, וב' הסתמך על כך בשעת הביצוע, יהיה א' מסייע לדבר עבירה, אפילו נטש את מקום התצפית, בלי ידיעתו של ב' כמובן, בטרם הספיק ב' להתחיל את הביצוע. הבטיח א' ל-ב' שימחין לו במכונת מחוץ לזירת העבירה, כדי להסיעו משם, ביחד עם השלל, לאחר ביצוע הפריצה, יתבטא הסיוע בהסתמכותו של ב' בשעת ביצוע העבירה, על דרך זו של הסתלקות מאותו מקום, אפילו א' לא עמד בהבטחתו, ולא בא בזמן ולמקום כפי שהוסכם, ו-ב' נאלץ למצוא פתרון אחר לבעיית ההסתלקות משם, או, גרוע מזה, ב' נתפס על-ידי ניידת משטרה בשל שהותו שם יותר מן המתוכנן. הוא המצב כאשר א' הבטיח ל-ב' שלאחר ביצוע העבירה הוא ימצא אצלו בבית מחסה, ואין נפקא מינה, אם א' עמד בדיבורו, אם לאו.

עולה מן האמור, כי ניתן להבחין, בתוך הסיוע לדבר עבירה, בשני היבטים שלו. האחד — ההתנהגות המסייעת של המסייע, והשני — ביטוי הסיוע בארוע העברייני, המתגלם בהסתמכות המסתייע על הסיוע, או בשימוש בו. הראשון, כלומר ההתנהגות, הוא המקור של השני, עקב סגולתו המסייעת. ההסתמכות היא סוביקטיבית, כגורם נפשי שאיפשר למבצע העיקרי לעשות מלאכתו או להקל אותה עליו, ואין נפקא מינה אם הסתמכות זו הצדיקה את עצמה, אם לאו, אפילו הוכשל הביצוע בשל החשד שעורר המסייע תוך שמירה בחוץ כדי למנוע את הפתעת המבצע. השימוש בסיוע הוא אוביקטיבי, בכך שהסגולה המסייעת של התנהגות משתלבת בביצוע באורח מטריאלי, וגם הפעם ראוי לציין כי אין נפקא מינה, אם ההשתלבות היתה הרת הצלחה, אם לאו.

332. לעניין עיתוי הסיוע, כנסיבה חיונית לפליליותו, קובע העיתוי של ההיבט השני של הסיוע — כחלק מן האירוע העברייני רב-המשתתפים, חלק שצריך להתקיים בשעת הביצוע, עם תחילתו, או במהלך הגשמתו, אך לא יאוחר ממומנט השלמתו, יהיה עיתוי ההתנהגות המסייעת אשר יהיה, לפני הביצוע, בשעת הביצוע או, בחלקה אף אחרי מומנט השלמתו, או באחדות מעתים אלה.

בהקשר זה יש להבהיר כי עיתוי ההיבט השני של הסיוע פוסל בתכלית הפסילה, התנהגות מסייעת שעיתויה הוא כולו לאחר השלמת העבירה. ההתנהגות המסייעת צריכה להתמקד לפני תחילת הביצוע או במהלך הביצוע עד למומנט השלמת העבירה, כאשר ההמשך לאחר מומנט זה, אם היה אמור להיות כזה, אינו כבר רלוואנטי, כלל ועיקר. הוא המשך נלווה בלבד.

ועוד ראוי לציין, כבר בשלב זה, כי המומנט המאוחר, של השלמת העבירה, אינו פונקציה של עיתוי ההתנהגות המסייעת, אלא נהפוך הוא. כפי שזה רק טבעי, עיתוי השלמת העבירה הוא פונקציה של הביצוע העיקרי, על כל נסיבותיו; ואילו עיתוי הסיוע כחלק מן האירוע העברייני רב-המשתתפים, הוא פונקציה של מומנט השלמת העבירה, כמומנט אחרון, אף כאשר חלק מן ההתנהגות המסייעת אירע לאחר מומנט זה.

שאלה זו של הקורלאציה בין עיתוי השלמת העבירה לבין עיתוי הסיוע, ואף של התלות ביניהם, התעוררה בפרקטיקה השיפוטית, בהקשרים שונים ותוך כריכת נפקויות משפטיות בעלות משקל רב, בה.

333. למשל א' הסכים מראש, לפני ביצוע השוד, שיבוא עם רכבו למקום מסויים ובשעה מסויימת, כדי להוביל את שלל השוד מזירת העבירה ליעד נתון. א' הוא מסייע לשוד בכך שהסיר את הדאגה מעל ראשי המבצעים להסתרת השלל, ובכך הקל על קידום הגשמת מזימתם הפלילית. זאת, אפילו, א' מסיבה כלשהי, לא הסתיק להגיע בזמן למקום המוסכם, ולא ביצע את ההובלה, שאמורה הייתה להיעשות אחרי השלמת השוד. כלומר, עיתוי הסיוע הוא בשעת הביצוע העיקרי ועד להשלמתו, אפילו חלק מן ההתנהגות המסייעת הנלווית מוצבת אחרי מומנט זה. ונגיח כי מבצעי השוד פנו אל א' לאחר ביצוע השוד, שיעזור להם להוביל את השלל, שהוסתר במקום מחבוא סמוך לזירת העבירה, ליעד מסויים, והוא עושה זאת. כלום מתארך בכך מהלך השלמת השוד עד ש'א' מקבל לידיו את החפצים השדודים, ובכך הוא נחשב למסייע לדבר עבירה? או, שמא, עם השלמת השוד לגבי מבצעו, אין עוד סיוע לעבירה זו, כאשר לא הייתה כל הסכמה, הבטחה או התחייבות קודמת, מלפני ביצוע השוד ואפילו בשעת הביצוע. מעשהו של א' עשוי אולי להצמיח עבירה אחרת, אך בסיוע לדבר עבירה עסקינן ובעיתויו, כנסיבה רלוואנטית להתהוותו. או, דוגמה נוספת, א' ביצע גניבה מתוך מחסני אנייה שהניפה דגל של מדינה זרה, בשעה ששטה בים הפתוח. כאשר נכנסה האנייה למים הטריטוריאליים של ישראל, פנה א' ל'ב' שיעזור לו בהורדת החפצים הגנובים מן האנייה לאדמת המדינה; ב' הסכים לכך וקיבל לידיו את החפצים למטרה זו. האם לפי עיתוי תרומתו המסייעת של ב' ניתן לגרוס כי תהליך ביצוע הגניבה התארך עד מסירת החפצים לידיו ומשום כך נחשבת הגניבה לעבירה שנעברה בשטח הריבונות של המדינה, וחלים על הגניבה דיני העונשין של מדינת ישראל? לשון אחרת — האם עיתוי ההתנהגות המסייעת קובע את עיתוי השלמת הביצוע העיקרי, או לעיתוי נוסף שלה? או, שמא, קיים עיתוי אחד ומשותף של שתי צורות השותפות לאותו אירוע עברייני, ואז אחד משניים, או שעד להורדת החפצים על היבשה, גם הביצוע עדיין לא נשלם ולכן עדיין יש מקום גם לסיוע להשלמת הביצוע, או שהביצוע הושלם לפני כן, עם נטילת החפצים ונשיאתם ממקום הימצאותם במחסן האנייה, ואז חסרה הנסיבה הרלוואנטית להתהוות סיוע לדבר עבירה? שכן, אין סיוע לאחר השלמת הביצוע.

334. הגישה העקרונית, כך נדמה לנו, מבוססת על כך שהגשת עזרה לאחר השלמת הביצוע העיקרי של העבירה, ללא כל תיכנון מראש, הבטחה או התחייבות להגיש אותה, בהם יכול היה המבצע העיקרי להתחשב בשעת ביצוע העבירה, אינה יכולה להיות בגדר סיוע לדבר עבירה. כי במקרה בו היו הסכמה, תיכנון, הבטחה או התחייבות, מראש, כאמור, הם הם הסיוע האמיתי,

שהקל על המבצע כשניגש לביצוע העבירה וביצע אותה, ואילו הפעולות המאוחרות, אף במקרה כזה, אינן אלא בגדר התנהגות מסייעת. גלויות בלבד, ואין זה משנה אם הן נעשו אם לאו. הכלל, ללא חריגים ממנו, הוא שעיתוי הסיוע לדבר עבירה, כחלק מאירוע עברייני רב-משותפים, הוא בשעת הביצוע העיקרי, ככל עת ממנו, החל עם גישת המבצע העיקרי לביצוע זה, כמשך הביצוע ועד להשלמתו ועד בכלל. שכן, הסיוע מתבטא במה: שקיבל המבצע העיקרי, כתרומה בשעת הביצוע, אשר איפשרה אותו או הקלה עליו. התנהגות המסייע, שסיפקה את התרומה, היא, בעצם, המקור של הסיוע, וכדי שהסיוע יהיה חלק מן הביצוע, גם עיתוי התנהגות זו צריך להיות טרום-ביצועי או מקביל לעיתוי הביצוע ולא יאוחר מהשלמתו. כל התנהגות מאוחרת ללא השתלבות קודמת של סגולתה המסייעת בביצוע, אין בה כדי להיחשב כרכיב של סיוע לביצוע. קיצור לשון, עיתוי הסיוע הוא פונקציה של עיתוי הביצוע העיקרי עד למומנט השלמתו ועד בכלל, בלבד.

אשר למומנט השלמת הביצוע נזכיר כאן שנערך דיון נרחב בנושא זה במסגרת הדיון בסוגית "המידה המירבית" של ההתנהגות האופיינית לנסיון לדבר העבירה, בהבדל מן ההתנהגות הנותנת ביטוי לעבירה המושלמת. כל האמור, בנוגע לסוגיה זו, וכל ההפניות לפסיקה ולספרות, שם¹⁶⁴ מהווים בסיס והשלמה לדיון ב"עיתוי הסיוע", כנסיבה רלוואנטית להתהוות צורה זו של שותפות עקיפה לדבר עבירה.

335. האם מותנה, אוביקטיבית, הסיוע לדבר עבירה, בקומוניקציה דו-סיטרית, במישור הנפשי, בין המסייע לבין המבצע העיקרי? או שמא די בקומוניקציה חד-סיטרית בלבד, מן המסייע אל המבצע, המתבטאת במודעותו של הראשון למשמעות המסייעת של התנהגותו, כתרומה לביצוע העיקרי, ואין זה הכרחי שגם השני יהיה מודע לכך שהוא מסתייע בהתנהגות זו? התשובה לשאלות אלה מותנית, ראשית כל, בהבחנה בין ביצוע עיקרי תוך שימוש בסיוע שהוגש על-ידי המסייע, לבין ביצוע עיקרי תוך הסתמכות בלבד על הסיוע.

במקרה של שימוש בסיוע, הקומוניקציה יכול שתהיה אף חד-סיטרית בלבד. די בכך שהמסייע תרם את תרומתו במודע שהוא מסייע לביצוע העיקרי, ואם המבצע אכן השתמש בסיוע, אף מבלי להיות מודע למקורו, תופסת התרומה המסייעת את מקומה באירוע העברייני הרב-משותפים. אין זה הכרחי ש-ב', המבצע העיקרי, יודע כי דלת הדירה הושארה בלתי נעולה על-ידי א', כדי להקל עליו את ביצוע הפריצה והגניבה, אם ב' אכן השתמש בדרך זו כדי להתפרץ לדירתו של ג' למטרה זו. העבירה תהיה רבת-משותפים — א' יהיה מסייע ו-ב' יהיה המבצע, ואין זה משנה אם הדבר נתגלה לו רק לאחר מעשה. או נניח ש-א' יודע כי ב' חברו לעבודה, זקוק לאישור רשמי של מצב דברים שאינו אמת, והוא נכון לעזור לו אך מבלי ש-ב' יודע על כך; לשם כך, א' "שכח" את חותמת הרשות על השולחן ו-ב' מנצל את ההזדמנות. להשתמש בה, כדי לערוך את המסמך המזויף; או א' מבחין כי ב' מתכוון לגנוב פריט מסויים מעל מדף סתורה שבחנות, שבה שניהם נמצאים אותה שעה, ומסויה את דעתו של בעל החנות עד ש-ב' מממש את מזימתו מבלי שיידע על תרומתו של א' לביצוע הגניבה, אלא לאחר מעשה. גם בשתי הדוגמאות האחרונות, בין א', המסייע, לבין ב', המבצע, הקומוניקציה במישור הנפשי היא חד-סיטרית, ודי בה כדי ליצור יחס שבין שותף עקיף לבין מבצע ישיר של העבירה. אין זאת אומרת כי, בדרך כלל, הסיוע אינו מוגש בידיעת המבצע העיקרי; אך, כאמור, אין מודעות זו הכרחית, כאשר הסיוע בא לידי ביטוי בשימוש בו, על-ידי המבצע העיקרי.

164 ראה פסקות 143—155.

לא הוא המצב במקרים בהם הסיוע בא לידי ביטוי בהסתמכותו של המבצע עליו, בלבד. במקרים אלה, יש להבחין, תחילה, בהיפותיזה של סיוע בהבטחה, לפני הביצוע או בשעתו, של עשיית פעולות לאחר השלמת העבירה. במקרה כאמור, מתבקשת, מטבע הדברים, קומוניקציה דו-סיטרית, במישור הנפשי, בין המסייע לבין המסייע. שכן, התרומה המסייעת האמיתית לביצוע, נעוצה בהסתמכות המבצע במהלך הביצוע על ההבטחה שניתנה לו על-ידי המסייע. כפי שכבר צויין, מי שנכון לסייע בדרך כאמור, הופך עצמו למסייע מגיה וביה עם מתן ההבטחה, אף אם, משום מה, אינו מקיים את הבטחתו. הרומתו כבר נשאה את פירותיה במהלך ביצוע העבירה ותפסה את מקומה באירוע העברייני מכוח הסתמכות המבצע עליה. במקרה כזה, העזרה הבת-ביצועית אף כשהיא ממומשת, איננה אלא המשך גלוה בלבד לשיחוף פעולה כאמור. ואילו הקומוניקציה הנפשית הדו-סיטרית טמונה בעצם דרך הגשת הסיוע — לא רק המסייע מודע למשמעות המסייעת של הבטחתו, אלא גם המסייע מודע לסיוע שהוא מקבל. הקומוניקציה הדו-סיטרית במישור הנפשי היא פועל יוצא אף של סיוע המתבטא בהסתמכות המבצע על הבטחת עזרה מטעם המסייע בשעת הביצוע, כגון שמירה בוירת העבירה כדי לחזק את רוחו של המבצע, או כדי למנוע את הפתעתו. אין שמירה כאמור בבחינת סיוע, אם המבצע אינו מודע לקיומה ואינו מסתמך עליה, עקב כך, בשעת הביצוע.

לסיכום נקודה זו: הסיוע לדבר עבירה אינו מותנה תמיד בקומוניקציה דו-סיטרית, במישור הנפשי, בין המסייע למבצע, לעניין שיחוף הפעולה ביניהם. העיקר הוא שהסיוע יהווה חלק מן האירוע העברייני, באשר, בשעת הביצוע, המבצע העיקרי הסתמך עליו או השתמש בו. במקרה שהסתמך עליו בלבד, מתבקשת קומוניקציה דו-סיטרית; במקרה השני, די גם בקומוניקציה דו-סיטרית מן המסייע למבצע. עולה מכאן כי הסיוע לדבר עבירה אינו מותנה תמיד בסיכום או הסכמה, בטרם השלמת העבירה, בין המסייע לבין המבצע העיקרי.

336. היסוד הנפשי היסוד הנפשי שבסיוע לדבר עבירה מתאפיין בהשתלבותו ביסוד העובד דתי שבו, על כל רכיביו, כאשר נקודת המוצא היא, כמו לגבי השידול לדבר עבירה, שהסיוע, כחלק מאירוע עברייני המאופיין במחשבה פלילית, גם הוא תופעה עבריינית מותנית במחשבה פלילית, וכי הסיוע, כצורת שותפות עקיפה לעבירה, הוא בעל זיקה תכליתית לביצוע העיקרי; ובנוסף לאלה, גם לגבי הסיוע, כמו לגבי השידול, יש להתחשב ביחס הצמודות שלו לעבירה הטיפוסית.

כבעל התנהגות עבריינית מותנית במחשבה פלילית, צריך המסייע להיות מודע לטיב התנהגותו המפייעת, כהתנהגות שעשויה לאפשר למבצע העיקרי להגשים את מזימתו או להקל עליו את הגשמתה, ולקיום הנסיבות הרלוואנטיות בשעת ההתנהגות המסייעת, כפי שפורטו בדיון על היסוד העובדתי שבסיוע לדבר עבירה.

השתלבות כאמור של המחשבה הפלילית ברכיבי היסוד העובדתי שבסיוע לדבר עבירה מגלה מחשבה פלילית מיוחדת במטרה מוסיימת — להשתתף באירוע העברייני כשותף עקיף בו, כלומר, בהבדל מן המבצע העיקרי, המשתתף בו *animo auctoris*. מטרתו של המסייע היא אך ורק לעזור לאחר, כדי שהוא יבצע באורח ישיר את העבירה. הניתוח של השתלבות המחשבה הפלילית של מסייע ביסוד העובדתי של הסיוע המוגש על-ידיו למבצע העיקרי, על כל אפיוניו של הרכיב ההתנהגותי שלו, ועל כל הנסיבות הדרושות להתהוותו, אכן, מגלה את המטרה לסייע, ולסייע בלבד, *animus socii* ולא גם לבצע, *animus auctoris*. הביצוע ממנו והלאה.

337. בהגדרה זו של המחשבה הפלילית הצפונה בסיוע לדבר עבירה, משתקפת התכליתיות

של הסיוע, כצורה של התנהגות ענישה נגזרת מן העבירה הטיפוסית על ביצועה העיקרי וגם יחס הצמידות שלו לביצוע זה. שכן, הביצוע העיקרי מהווה נסיבה רלוואנטית להתהוות הסיוע – הוא המשענת שבלעדיה אין לסיוע על מה להישען. כמובן, שהמחשבה הפלילית הטמונה בסיוע לדבר עבירה, מקיפה גם את המודעות לנסיבה הרלוואנטית הנוספת, המתבטאת בכך שהביצוע העיקרי גם הוא נעשה מתוך מחשבה פלילית. שכן, כידוע, ביצוע ישיר מתוך רשלנות בלבד, אינו מתיישב עם סיוע – הסיוע, במקרה זה, הופך ביצוע עיקרי באמצעות אחר; כלומר, במקום שותפות עקיפה, ביצוע עקיף.

המודעות של המסייע לטיב התנהגותו ותוצאיה, וכן לנסיבות הרלוואנטיות האמורות, ומטרתו להגיש עזרה למבצע העיקרי, מספקות את היסוד הנפשי הדרוש להתהוות סיוע לדבר עבירה. אי-לכך ניתן להוסיף כי הסיוע לדבר עבירה, על אף תכליתיותו, משתלב באורח מלא באירוע עברייני שטומן בתוכו מחשבה פלילית שעשויה להתבטא בכל אחת משלוותיה, החל מכוונה פלילית וכלה בקלות דעת בלבד. ניתן לסייע למבצע עיקרי שעושה את העבירה, בכוונה, באדישות ואף בקלות דעת; רק לא ברשלנות. הרקע הנפשי המשותף לסיוע ולביצוע העיקרי כאחד, הוא המחשבה הפלילית על היקפה הרחב ביותר¹⁶⁰.

338. מכאן גובעות מסקנות אחדות. אפילו מגדירים את הסיוע, על הפן הסוביקטיבי שלו, תוך שימוש במטבע הלשון "כוונה", מדובר בתכליתיות הסיוע, המתבטאת ב"מטרה" המיוחדת את המחשבה הפלילית הצפונה בסיוע לדבר עבירה, לאפשר את ביצועה על-ידי אדם אחר, או להקל עליו את ביצועה. "הכוונה" האמורה איננה נוגעת כלל ליסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה הטיפוסית, מושא הסיוע, על ביצועה העיקרי. אם זוהי עבירה תוצאתית והיא איננה מותנית בצורה מסויימת של מחשבה פלילית, יוכל המבצע העיקרי לעבור אותה גם מתוך קלות דעת, ולא דווקא בכוונה, אם כי הסיוע לעבירה זו מותנה במטרה כאמור שכלב המסייע – לסייע למבצע העיקרי בביצוע עבירתו. ואם העבירה מושא הסיוע היא מסוג העבירות של התנהגות בלבד, כלל אין מקום למונח "כוונה", על משמעותו המושגית המדוייקת¹⁶⁰, במסגרתו. אי-לכך, ההגדרות של הסיוע לדבר עבירה כתופעה עבריינית מכוונת טעונות התייחסות זהירה. שכן, לאמיתו של דבר, המדובר בתופעה עבריינית, תכליתית, כשהמטרה, ששם לעצמו המסייע, היא לסייע למישהו אחר לבצע, באורח ישיר, את העבירה. זוהי משמעות ה"כוונה" באותן הגדרות. כמובן מאליו, מטרה זו, אף בלשון "כוונה", מייחדת את המחשבה הפלילית הטמונה בסיוע, ולא את המחשבה הפלילית המתלווית אל הביצוע העיקרי. תוכן המחשבה הפלילית הדרושה לשם התהוות העבירה הטיפוסית, על ביצועה העיקרי, מותנה במבנה העבירה ובהגדרתה הנורמטיבית, שאינם חופפים כלל את מבנה הסיוע והגדרתו הנורמטיבית, אם כי מדובר בסיוע לאותה עבירה. להלן, כשנדון ביחס שבין היסוד הנפשי של הביצוע העיקרי של עבירה, לבין היסוד הנפשי שבסיוע לאותה עבירה, נראה את משקל המשמעות של הבהרה זו.

339. אולם, כבר בשלב זה, ראוי להוסיף ולהבהיר את משמעות ההגדרה האמורה של היסוד הנפשי הדרוש להתהוות סיוע לדבר עבירה – מחשבה פלילית המתבטאת במודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולקיום הנסיבות הרלוואנטיות להתהוות סיוע לעבירה נתונה, והמיוחדת במטרה לסייע

165 ראה גם את הדיון בהקשר לנושא זה בדיני עונשין – א, פסקות 722–725.
166 שם, פסקות 608–612 ו-616–617.

למבצע העיקרי לעבור את העבירה. המחשבה הפלילית מתייחסת, אפוא, ליסוד העובדתי שבסיוע בלבד, אמנם מקום שביצוע עבירה מסויימת, מתוך מחשבה פלילית, על-ידי המבצע העיקרי, הוא בבחינת נסיבה הנמנית על הרכיב הנסיבתי של הסיוע. המטרה מתבטאת בהיות המסייע מוכן להגיש עזרה למבצע זה במלאכת הגשמת מזימתו. אין זה אומר שהכרחי שהמסייע ישאף לכך שגם העבירה תבוצע, אפילו כאשר אין לו כל ספק כי היא תבוצע, או אפילו כאשר היא מתבצעת לנגד עיניו. מטרת האדם לסייע לחברו לבצע עבירה פלונית, מתיישבת גם עם ההנחה בה המסייע כלל אינו מעוניין שהעבירה תבוצע, אך, משיקולים שעימו, הוא מוכן לעזור למבצעה. ודי בכך בלבד, שיתקיים היסוד הנפשי בו מותנה סיוע לדבר עבירה, אפילו מקום שביצועה העיקרי מותנה בכוונה. הזדהות נפשית בין שני השותפים איננה הכרחית, אם כי היא אפשרית. ואפילו ישנה הזדהות כזאת, היא, אצל המסייע, עניין של מניע, שאינו מוסיף ואינו גורע לעניין היווצרות הסיוע הפלילי.

העיקר והרלוואנטי הם שהמחשבה הפלילית של המסייע משתלבת ביסוד העובדתי של הסיוע לדבר עבירה, ואילו המחשבה הפלילית של המבצע משתלבת ביסוד העובדתי האופייני לעבירה גופא, וכשם ששני היסודות הללו אינם חופפים, כך גם מקנים הם לכל אחת מן המחשבות הללו תוכן משלה. מסייע אינו אלא מי שמטרתו היתה להגיש סיוע לאחר לעבור את העבירה, על כל המשתמע מכך לגבי תוכן המחשבה הפלילית הגלומה בסיוע. לכן, קשה לנו להבין את הקונו-סטרוקציות ואף הפיקציות — בהן נדון להלן — שבעזרתן משתדלים, בכל מחיר הגיוני, לזהות במחשבה הפלילית של המסייע את הכוונה הפלילית של המבצע, או למדוד את המחשבה הפלילית של המסייע באמות-המידה של היסוד הנפשי הדרוש לביצוע העיקרי.¹⁶⁷

ועוד הבהרה — לעניין פליליות הסיוע, מידת ההסתברות אצל מגיש הסיוע, שהמבצע הישיר יגש לביצוע העבירה, או שאינה רלוואנטית או שאינה עוד משמעותית. היא איננה רלוואנטית, כל עוד המבצע הישיר לא ניגש לביצוע העבירה, משום שבשלב זה, הסיוע עשוי להיות בגדר נסיון בלבד, ובתור שכזה הוא אינו עניש; היא איננה עוד משמעותית, מקום שהמבצע הישיר ניגש לביצוע העבירה בתרומה המסייעת של המסייע, שכן פליליות הסיוע, בשלב זה, נובעת ממקומה של התרומה, באירוע העברייני הרב-משתתפים, ומן המטרה שלשמה היא נתרמה.

340. בע"פ 20/49; 21/49¹⁶⁸ קבע בית המשפט העליון "שאין אדם קושר גורלו בגורל העברייני, משעשה או לא עשה מעשה המסייע בידי העברייני לעבור עבירה, אלא אם כן עשה או לא עשה מעשה בידועין, ומתוך כוונה לפייע בידי העברייני לעשות את העבירה אשר עשה". (ההדגשה במקור). ה"ביודעין" נותן ביטוי למודעות המסייע ליסוד העובדתי שבסיוע, או, דיבור אחר, למחשבה הפלילית הגלומה בו, ואילו ה"כוונה", היא, כפי שעולה ברורות מן הציטוט, הייחוד של מחשבה זו, המתבטא, בלשון מדוייקת יותר, במטרה לסייע למבצע העיקרי להגשים את מזימתו. הגדרה זו מובאת על-ידי בית המשפט העליון גם בע"פ 232/55¹⁶⁹. בע"פ 325/64¹⁷⁰ קובע השופט ח' כהן, בחוות-דעתו, כי "מעשה של סיוע, שניים הם סימני ההיכר שלו: סגולתו

167 ע"פ 232/55 היוה"מ נ' גרינוולד, פ"ד יב(3) 2017, 2069; ע"פ 552/68 אילוז ויאליאם נ' מ"י, פ"ד כג(1) 377, 387 בין אותיות השוליים ד—ה, שם הוצגה השאלה: "אם כן, מה דינו של אדם שסייע לעברייני העיקרי בידעו על מטרתו הפלילית של הלה, אך בלי לרצות בעצמו בהשגת אותה מטרה?".

168 ע"פ 20/49; 21/49 הארי ואחי' נ' היוה"מ, פ"ד ג 13, 48 מול אות השוליים ז.

169 ע"פ 232/55 היוה"מ נ' גרינוולד, פ"ד יב(3) 2017, 2068 מול אות השוליים ב.

170 ע"פ 325/64 היוה"מ נ' ירקוני ויגור, פ"ד יח(4) 20, 47 בין אותיות השוליים א—ב.

לסייע בביצוע העבירה (אך לאו דווקא, כאמור, נחיצותו לביצוע העבירה) וכוונת הסיוע שבלב המסייע. בדיבור זה "כוונת הסיוע" באה לידי ביטוי – ושוב תוך שימוש במטבע הלשון "כוונה" – המחשבה הפלילית, שהיא המודעות לפן האוביקטיבי של ההתנהגות המסייעת לקידום הביצוע העיקרי של עבירה פלילית, המיוחדת במטרה, אכן, לתרום לקידום זה. בע"פ 454/74¹⁷¹ קבע בית המשפט העליון כי התנהגות מסייעת, כשהיא לעצמה, אין בה כדי להרשיע אדם בתור שותף עקיף לדבר עבירה "אלא אם היתה מלווה כוונה לסייע לעבריין העיקרי, שבלעדיה חסר אדם ה-*mens rea* הדרושה כדי הרשעתו בפלילים"¹⁷². כלומר, דרושה מחשבה פלילית – *mens rea* – מיוחדת במטרה לסייע, תוך שימוש במטבע הלשון "כוונה" לשם כינוי המטרה. ובע"פ 303/82¹⁷³ סקר בית המשפט העליון את עיקר פסיקתו בנוגע לסיוע לדבר עבירה בנוכחות בזירת העבירה, על היסוד הנפשי הדרוש לפליליות סיוע, בדרך זו, לביצוע העיקרי של העבירה, והגיע למסקנה, במקרה הספציפי שעמד לדיון בפניו, כי המערערת התחייבה בסיוע לשוד משום שבשעת גזירותה במקום הסמוך לביצוע העבירה "ידעה המערערת במה מדובר", וכי הנוכחות עצמה היתה "כדי לסייע לשודדים בביצוע מעשה העבירה". שוב "מודעות" ו"מטרה", כתנאים הכרחיים וגם מספיקים מבחינת הצד הסוביקטיבי של הסיוע לדבר עבירה.

בסעיף 26(2) ו-4 לחוק העונשין, מלת היחס "כדי", בה משתמש החוק, היא זו שנותנת ביטוי לתכליתיות הסיוע, תכליתיות אשר, כשלעצמה, מניחה רקע של מחשבה פלילית.

לסיכום בנוקדה זו: היסוד הנפשי שבסיוע לדבר עבירה מתבטא במחשבה פלילית לגבי היסוד העובדתי שבו, על רכיביו ההתנהגותי והנסיבתי, מיוחדת במטרה לאפשר למבצע העיקרי לבצע את העבירה או להקל עליו את הביצוע. אשר לביצוע עצמו, אין זה הכרחי שהוא יהווה יערו המבוקש דווקא של המסייע. המטרה לסייע מתיישבת כאמור גם עם עמדה פחות שאיפתית או אף בלתי שאיפתית לגבי מימוש מזימתו של המבצע העיקרי; די בכך שהמסייע היה מודע לסגולת התנהגותו לסייע למימוש מזימה זו, ותרם את תרומתו זו באותה מטרה. בקיצור – המטרה לסייע איננה מותנית בשאיפה דווקא שהעבירה תבוצע.

341. גם לגבי הסיוע לדבר עבירה עשויה להתעורר השאלה של תחולת הלכות אחדות שנוגעות למחשבה הפלילית בכלל, ולמחשבה פלילית מיוחדת במטרה מסויימת, באשר הסיוע מתאפיין במחשבה מיוחדת כזאת. בשאלה זו, כשהיא נוגעת לשידול לדבר עבירה, דנו, במסגרת הדיון ביסוד הנפשי האופייני לצורה זו של שותפות עקיפה לדבר עבירה¹⁷⁴.

המדובר בתחולת ההלכה לפיה "עצימת עיניים" מפני אפשרות קיום נסיבה רלוואנטית להתהוות תופעה עבריינית פלוגית שקולה כנגד מודעות לדבר קיומה; בתחולת הלכת "הצפיות" לפיה המודעות לאפשרות, בדרגה גבוהה של הסתברות, של התרחשות תוצאה רלוואנטית להתהוות תופעה עבריינית, כמוהה כחפץ בהתרחשותה; בתחולת הכלל המקביל להלכת "הצפיות", כשמדובר בתופעה עבריינית התנהגותית בלבד, שאינה מותנית בתוצאות מסויימות, אך מותנית במחשבה פלילית מיוחדת במטרה מסויימת.

הואיל והשאלה או, ביתר דיוק, השאלות לגבי כל אחת מן ההלכות הנזכרות, עשויות להתעורר

171 ע"פ 454/74 חוזה ב' מ"י, פ"ד כט(2) 589, בין איתיות השוליים ד-ו.

172 שם, בע' 592 מול אות השוליים ה.

173 ע"פ 303/82 אורי ב' מ"י, פ"ד לז(1) 309.

174 ראה פסקה 307.

גם לגבי הסיוע בשל היותו צורה של שותפות עקיפה, ולא ישירה, לאירוע עברייני רב-משתתפים, התשובות להן אינן שונות מן התשובות שניתנו לאותן שאלות, כשהן הוצגו לגבי הצורה האחרת של שותפות, העקיפה גם היא, היא השידול. השיקולים והסיבות לכך הם מובנים מאליהם, שהרי השאלות והרקע להן הם זהים; כך שאנו מפנים לאמור בנושא זה לגבי השידול¹⁷⁵, כמובן בשינויים המחוייבים מההבדלים שבין השידול לבין הסיוע, ותוך התאמת האמור לסיוע בכל הנוגע להבדלים אלה. כאן נסתפק רק בתמצית התשובות:

הלכת שקילות "עצימת העיניים", למודעות חלה גם לעניין היסוד הנפשי הדרוש להתהוות סיוע לדבר עבירה; הלכת "הצפיות" אין לה מקום לחול לגבי הסיוע לדבר עבירה; יחד עם זאת, יחול לגבי הסיוע הכלל, המקביל להלכת "הצפיות", לפיו מודעות האדם לכך שהתנהגותו עשויה, קרוב לוודאי, להוות תרומה מסייעת למבצע העיקרי בביצוע עבירה, שקולה כנגד המטרה לסייע לו בהתנהגות זו, בביצוע עבירתו.

מן הדין להבהיר, גם לגבי הסיוע, אותה הבהרה שהוספנו לגבי השידול בעניין המחשבה הפלילית המיוחדת במטרה, בה מותנות צורות השותפות העקיפה, כאשר המבצע העיקרי חרג מן המזימה המקורית, אגב מימושה. המטרה שלשמה אדם מסייע לחברו לעבור עבירה, הופכת את תרומתו זו לסיוע גם לכל עבירה אחרת או נוספת לה, שהמבצע העיקרי עבר אגב מימוש המזימה המקורית, ובלבד שהמסייע היה מודע בעת הגשת הסיוע, לאפשרות סטייה כאמור. המסייע יישא גם הוא באחריות פלילית לאירוע העברייני על מבנהו השונה מכוח דיני השותפות, עקב סיועו לעבירה המקורית, באשר חרף מודעותו לאפשרות סטייה כאמור מן המזימה המשותפת, פעל במטרה לאפשר את מימושה או להקל עליו. כאמור, גם לגבי השידול, המטרה לגבי הגרעין המקורי פורסת את משמעותה גם על ספיחיו החזויים מראש¹⁷⁶.

342. נושא שגרם לדיונים אחדים בהלכה הפסוקה ולגביו כבר נקטנו עמדה¹⁷⁷, הוא הנושא של היחס בין היסוד הנפשי הדרוש לביצוע העיקרי של עבירה, לבין היסוד הנפשי האופייני לסיוע לעבירה זו. כל עוד היסוד העובדתי שבסיוע לדבר עבירה נבדל מן היסוד העובדתי שבביצוע העיקרי — ועל כך אין יכול להיות ויכוח — איננה יכולה להיות חפיפה בין היסודות הנפשיים של שתי צורות השותפות, למרות השתלבות הסיוע בביצוע העיקרי תוך היווצרות אירוע עברייני אחד, רב-משתתפים; והוא המצב, מאותה סיבה, בנוגע ליחס שבין השידול והביצוע העיקרי¹⁷⁸, וכתוצאה מכך, בין כל שלוש הצורות של שותפות לדבר אותה עבירה. זוהי, לדעתנו, למעשה, גם עמדתה, בדרך כלל, של ההלכה הפסוקה.

הגישה דלעיל לגבי היחס שבין היסוד הנפשי בו מותנה הסיוע לדבר עבירה, לבין היסוד הנפשי בו מותנה ביצוע העיקרי של אותה עבירה, מתבטאת בכך שהסיוע מותנה במחשבה פלילית לגבי רכיבי היסוד העובדתי שבסיוע, מיוחדת במטרה המסויימת לתרום תרומה מסייעת למבצע העיקרי לבצע את עבירתו. מטרתו המספיקה של המסייע היא לסייע למבצע העיקרי, אך לא בהכרח גם לרצות שיצליח, וזאת משיקולים שעימו ושאינם משליכים על פליליות הסיוע¹⁷⁹.

175 ש.ם.

176 ראה פסקה 409.

177 ראה פסקות 338—339.

178 ראה פסקה 338.

179 ראה פסקה 335 ואילך.

343. אולם, לידיעתנו, בשני מקרים, אמנם חריגים מבחינת מהות העבירות, סטה בית המשפט העליון מגישתו העקרונית ופיתח מעין פרופוזיציות שקשה להשלים עימן. והמזור הוא שאין עקיבות אף בין פרופוזיציות אלה.

בע"פ 232/55¹⁸⁰, שאלה משפטית מרכזית היתה אם התנהגותו של ד"ר קסטנר, בהונגריה, בשעת מלחמת העולם השנייה, היוותה שותפות עקיפה להשמדת חלק מיהודי הונגריה על-ידי הנאצים, מעשה המהווה עבירה לפי חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם תש"י–1950, בכך שסייע לאייכמן ביוזעיון בביצוע הגירוש הטוטאלי של יהודי ערי השדה שבהונגריה, והיה מודע לתפקיד שהוא ממלא בכך בהשמדתם¹⁸¹.

היינו יכולים להיעצר כבר כאן ולקבוע ללא כל הרגשה של היסוס כי, בהנחה שאכן ד"ר קסטנר היה מודע לטיב התנהגותו כתרומה מסייעת להשמדת חלק מיהודי הונגריה על-ידי השליט הנאצי, ואכן שליט זה געור בביצוע פשעו הנתעב בתרומה זו, די בכך כדי להגדיר את התנהגותו של ד"ר קסטנר כסיוע לפשע זה. מה עוד דרוש כדי להצמיח סיוע על-ידי א' למעשה רצח שבוצע על-ידי ב', בנוסף לכך ש'א' מתוך מודעות לכך ש'ב' עומד לבצע מעשה רצח תוך שימוש בכלי קטלני, אינו מונע את גישתו החופשית של ב' לאקדח שברשותו, או אף שם אותו בהישג ידו של ב', ו'ב' אכן לקח את הכלי והשתמש בו בביצוע העבירה? כמובן תישאל השאלה – מה בדבר "המטרה" לסייע למבצע העיקרי, שצריכה לייחד את המודעות של המסייע לטיב התנהגותו ולגסיבותיה? והתשובה היא, כי, בהעדר מטרה כאמור, מודעות האדם לכך שהתנהגותו עשויה, קרוב לוודאי, להוות תרומה מסייעת למבצע העיקרי בביצוע עבירה, שקולה כנגד המטרה לסייע לו, בהתנהגות זו, לביצוע אותה עבירה.

לפי הנתונים הנוגעים לד"ר קסטנר, הוא "ידע את התפקיד שהוא ממלא בהשמדה"¹⁸², כך שהעדר "המטרה" לסייע להשמדת יהודי הונגריה מתקוז במודעות לסגולה הוודאית, ואף לא הקרובה לוודאי בלבד, של התנהגותו לסייע לכך. לפחות, כך עולה מתיאור העובדות שבפסק הדין של בית המשפט העליון.

344. אלא שבית המשפט לא הסתפק בכך, ושאל את השאלה "אם עובדה זו של 'ידיעה' די בה כדי לסבך את קסטנר באחת העבירות הנ"ל; כלומר, אם לגבי המסייע לפני המעשה 'הידיעה' שהיתה אצלו מראש, בדבר מזימת העברייין העיקרי, הופכת, בעיני החוק, ל'כוונה' פלילית"¹⁸³. השאלה גשאלה עקב הגדרת המסייע כמי "שנתכוון לסייע בידי אדם לעשות עבירה מסויימת ולא מעשה כלשהו, ולא עבירה סתם"¹⁸⁴. השימוש במונח "נתכוון" הביא בוודאי את בית המשפט לחיפוש אחרי "כוונה", ואם המדובר ב"כוונה", אזי מדובר בשאיפה ממש של ד"ר קסטנר, המסייע, "כי במחיר זה [של הצלת מספר 'מיוחסים' ממחנה הריכוז ברגן-בלזן] תושלם השמדתם של יתר היהודים"¹⁸⁵, ומשום שיסוד זה לא נתקיים אצל ד"ר קסטנר, היה מוכן בית המשפט העליון להסתפק ב"ידיעה מלאה ובטוחה בדבר מזימתו [של המבצע העיקרי] לעשות עבירה מסויימת

180 ע"פ 232/55 היוה"מ נ' גרינוולד, פ"ד יב(3) 2017.

181 שם, בע' 2069, מול אות השוליים ב.

182 שם, שם.

183 שם, שם בין אותיות השוליים ב-ג.

184 שם, בע' 2068 בין אותיות השוליים ו-ז.

185 שם, בע' 2069 לפני אות השוליים א.

ולא מעשה כלשהו, ולא עבירה סתם; 'ידיעה' שהתקרבה — וזהו העיקר בהקשר זה — לדרגה גבוהה של הסתברות¹⁸⁶.

הקונסטרוקציה דלעיל טעונה, ראשית לכול, הבהרה, ואשר לנו, גם הסתייגות עקרונית ממנה לאור תפיסתנו את הנושא. הבהרה היא, כי בית המשפט סבור — כך הבינונו — כי, ביסודו, מותנה הסיוע, מבחינת היסוד הנפשי, בשאיפת המסייע שמוימת המבצע העיקרי תמומש; ואם חסרה "כוונה" כאמור, ניתן להסתפק ב"ידיעה", בדרגה גבוהה של הסתברות, כי, עקב הגשת הסיוע, אכן יממש המבצע את מוימתו. עד כאן הבהרה. הסתייגותנו מסברה זו מתבטאת בכך, שבית המשפט החליף את המושא האמיתי של ה"כוונה" האמורה, ובכך גם של ה"ידיעה" בדרגה גבוהה של הסתברות, כתחליף ל"כוונה" זו. במקום להתנות את הסיוע במטרת — בלשון בית המשפט, ב"כוונת" — האדם לסייע למבצע לממש את מוימתו, וכתחליף למטרה זו, במודעות — בלשון בית המשפט, ב"ידיעת" — האדם, בדרגה גבוהה של הסתברות, שהתנהגותו אכן עשויה לסייע למימוש זה, מתנה בית המשפט העליון את הסיוע במטרה שהביצוע ימומש, וכתחליף למטרה זו, במודעות בדרגה גבוהה של הסתברות, שהביצוע אכן ימומש. כלום המסייע צריך להיות בטוח, ולו אף במידה זו או אחרת של הסתברות, שהמבצע העיקרי נחוש בדעתו לבצע את העבירה? או שמא די בכך שהמסייע מודע לכך שבהתנהגותו הוא עלול לאפשר למבצע העיקרי לעבור את העבירה או להקל עליו את ביצועה, במקרה שלא התלוותה להתנהגות זו, המטרה לסייע בכך? ואם המבצע העיקרי, בתרומה המסייעת של המסייע, ניגש לביצוע, המסייע יהיה גם הוא שותף, עקיף כמובן, לביצוע; ואם מי שהיה מיועד להיות מבצע עיקרי לא ניגש לביצוע העבירה, גם מי שהרם את תרומתו המסייעת לא יהיה בגדר מסייע, שכן אין סיוע בלי ביצוע, ואילו הנסיון לסייע אינו בגדר איסור. מידת ההסתברות אצל אדם שהמבצע יגש לביצוע עבירתו, איננה כלל רלוואנטית להגדרת התנהגותו של אותו אדם כהתנהגות מסייעת. רק סגולתה של התנהגות לסייע לזולת לבצע עבירה, ומטרת בעל התנהגות לסייע לו בה, או מודעותו לכך שהתנהגות זו עלולה להוות, בדרגה גבוהה של הסתברות, תרומה מסייעת לביצוע העיקרי, הן רלוואנטיות. וכך ניתן להוסיף ולתמוה — האם אכן מותנה הסיוע בהזדהות היסוד הנפשי הטמון בו, עם המוימה המתלווה אל הביצוע העיקרי, ורק "פיקציה משפטית" עשויה להושיע כדי להינצל מגזרה זו? הכוונה ל"פיקציה המשפטית", אליה מתייחס בית המשפט העליון, והמתבטאת במודעות המסייע, כי, קרוב לוודאי, שהמבצע נחוש בדעתו לממש את מוימתו. הרי די במודעות המסייע למהות העבירה, כולל היסוד הנפשי שבה, אשר לעשייתה הוא מסייע, כאשר שיקוליו להגשת הסיוע עשויים להיות לגמרי שונים — ולמעשה גם לגמרי בלתי רלוואנטיים — מאלה הטמונים בכוונותיו של המבצע העיקרי; ואפילו מזדהה המסייע עם כוונות אלה, זה עניין של מגיע להושטת הסיוע, שגם הוא אינו מתנה את התהוות הסיוע.

345. וכך, מתוך בדיקה אם היתה מצויה אצל ד"ר קסטנר ידיעה כאמור, המזדהה מכוח "פיקציה" כאמור, לכוונה כזאת, הסתפק בית המשפט בדרישת הידיעה — בדרגה גבוהה של ודאות — בדבר נכונותו של המבצע העיקרי לגשת לביצוע מוימתו להשמיד את רוב יהודי הונגריה. וכאן מתייחס בית המשפט לתקופת הזמן עד ל-8 במאי 1944, ולתקופה שבין ה-8 ועד ל-15 במאי 1944. רק ב-8 במאי 1944 קיבל ד"ר קסטנר את הידיעה המדוייקת על החלטת גירוש תושבי הגיטאות למחנות ריכוז והשמדה, ואילו ב-15 במאי 1944, כבר הודיע אייכמן על גירושם

186 שם, שם מול אות השוליים ד-ה.

לפי קצב של 12,000 יהודים ליום. בית המשפט העליון קבע "כי לפחות לגבי עניין מצבו הנפשי של קסטנר בתקופה עד ליום 8 במאי, לא נוכל לייחס לו כוונה פלילית אף מכוח הפיקציה המשפטית הנוכרת... המקסימום שאפשר להסיק... הוא שהלה הבין כי עובדת הגירוש של יהודי ערי השדה היא בגדר אפשרות קרובה, ולא שהיתה לו ידיעה 'מלאה' או 'בטוחה' על כך, ידיעה המגיעה לדרגה גבוהה של ודאות"¹⁸⁷. משום כך, קבע בית המשפט העליון כי אף "כוונה פלילית" לא ניתן לייחס לו. אולם, שאל בהמשך בית המשפט "האם אין לייחס לקסטנר – לפחות מהזמן 8.5–15.5 – 'כוונה פלילית' בשל הידיעה המלאה והבטוחה שרכש אז לגבי מדימת הגירוש?"¹⁸⁸. לתשובה שנתן בית המשפט העליון לשאלה אחרונה זו נשוב בהמשך. אולם, עלינו לשלול שוב את ההתנייה של פליליות הסיוע לדבר עבירה, במודעות המסייע למידת ההסתברות שהמבצע יגש לביצוע אותה עבירה. אין כל קשר בין הדברים. פליליות הסיוע לדבר עבירה מותנה באלה, ובאלה בלבד: סגולת התנהגותו של המסייע ותכליתו, לסייע למבצע העיקרי לעבור את עבירתו, וגישת המבצע לביצוע עבירה זו תוך הסתמכות על הסיוע או שימוש בו. אם המבצע העתידי לא יגש לביצוע, ממילא אין גם סיוע לביצוע; ואם המבצע יגש לביצוע, רלוואנטי לפליליות הסיוע הוא רק אם הוא היווה תרומה מסייעת לכך, ואם הוא נתרם במטרה זו. ואם דנים ב"מטרה" זו, אפילו תוך שימוש בתיבה "כוונה", מדובר במטרה לסייע לזולת לבצע עבירה, ולא בכוונה שהעבירה תבוצע דווקא, המחייבת שכוונת המבצע תהיה גם כוונת המסייע, אם בפועל, ואם מכוח הפיקציה המשפטית של הידיעה שהתקרבה לדרגה גבוהה של ודאות על נכונות המבצע העיקרי לעבור את עבירתו. בהעדר מטרה זו, חל הכלל לפיו שקולה לה, ומהווה לה תחליף, ללא כל פיקציה, מודעות המסייע לכך שהתנהגותו עשויה, קרוב לוודאי, להוות תרומה מסייעת למבצע העיקרי בביצוע העבירה.

הנימוק, לפיו הדרישה שכוונת המבצע צריכה להיות גם "כוונתו" של המסייע היא כביכול מעוגנת בהוראת החוק החרות¹⁸⁹, טעון תיקון. אין בהוראות אלה זכר ל"כוונה" כלשהי, ולא כל שכן לכוונת המבצע העיקרי שצריכה להיות גם של המסייע. המונח שנותן ביטוי לתכליתיות הסיוע וישבו משתמש המחוקק הוא מלת היחס "כדי" ובמקור האנגלי "for the purpose of". אין ספק כי המדובר ב"מטרה" ובמטרה המתלווה אל ההתנהגות המסייעת של המסייע בלבד, ותו לא.

346. ועתה נחזור לתשובה שנתן בית המשפט העליון לשאלתו האחרונה: "האם אין לייחס לקסטנר – לפחות מהזמן 8.5–15.5 – 'כוונה פלילית' בשל הידיעה המלאה והבטוחה שרכש אז לגבי מדימת הגירוש?"¹⁹⁰ גם לשאלה זו משיב בית המשפט העליון בשלילה, והפעם בנימוק לגמרי שונה –

"אפילו ידע 'המסייע לפני המעשה' על מדימת העבריין העיקרי, אך הושיט לו את העזרה המבוקשת באירצון גמור ובלחץ הנסיבות, וכן – זהו החשוב – תוך תקווה או ציפייה

187 שם, בע' 2070–2071.

188 שם, בע' 2071 מול אות השוליים ד.

189 שם, בע' 2069 מול אות השוליים ד; והרי דברי בית המשפט בהקשר זה: "בשים לב לדגש ששמות ההוראות שבסעיף 23(1) הנ"ל [הן הוראות סעיף 26(2) ו-4] לחוק העונשין, על הצורך בקיום 'כוונה' לגבי מעשה העבירה המסויים".

190 שם, בע' 2071 מול אות השוליים ד.

שהעברייך בכל זאת לא יגשים את מטרתו הנפסדת — בנסיבות אלו לא תיהפך הידיעה ל'כיוונה' והמסייע לא יישא באחריות פלילית"¹⁹¹.

על בסיס סייג כללי זה ניתוח השופט אגרוט את עובדות המקרה והגיע לידי מסקנה כי אכן ד"ר קסטנר התנהג באותה תקופה בנסיבות שהולמות את התנאים האמורים בסייג האמור, ולפיכך "התשובה חייבת להיות, שוב, שלילית"¹⁹², בהיות התנהגות ד"ר קסטנר בתקופה זו, משוללת פליליות מכוח סייג זה.

מבלי להתייחס לעובדות המקרה, נדמה לנו כי הסייג עצמו משולל גיבוי נורמטיבי בחוק החרות הישראלי. שהרי עקרון החוקיות חל לא רק לגבי הגדרת האיסורים וקביעת העונשים בגינם, אלא גם לגבי הסייגים לפלילותם של איסורים אלה. שהרי פלילות תופעה מסוימת היא פרי האיסור והסייג לאיסור כאחד, והכל לפי הוראת החוק. זוהי המשמעות המלאה של העיקרון nullum crimen, nulla poena sine lege. היפשונו ולא מצאנו כל הוראת חוק בה מבוטלת פלילות הסיוע לדבר עבירה אם הוא הוגש "באירצון גמור ובלחץ הנסיבות וכן — וזהו החשוב — תוך תקווה או ציפיה שהעברייך בכל זאת לא יגשים את מטרתו הנפסדת". יותר מאשר דימיון כלשהו — וגם הוא רחוק למדי — לסייג "הכורח" לפי סעיף 21 לחוק העונשין, לא מצאנו וכמובן אין די בכך. מכל מקום, לא מצאנו בדיני העונשין כל רמז להיתר להושיט עזרה למבצע עיקרי של עבירה אפילו הוגש הסיוע באירצון גמור, בלחץ הנסיבות ותוך תקווה שהוא לא יגשים את מוזמתו, כאשר מצד אחר מושיט העזרה מודע לסגולת התנהגותו להכשיר את הקרקע לביצוע העבירה ולכך שהיא תבצע קרוב לוודאי, ואכן היא נעברה תוך שימוש בעזרה זו.

347. לא היינו עומדים על סייג זה, אילמלא הפך לתקדים מחייב ומקובל במשפט הארץ. כך בע"פ 173/57¹⁹³ קבע בית המשפט —

"אינני סבור שהעזרה אותה נתן כהן בהכנסת ארגוני היצוא למחסן הפכה אותו לשותף לעבירה... אמנם מבחינה אובייקטיבית הוא עשה מעשה שהיה עלול לסייע להם בביצוע מוזמתם, אבל כוונתו לא היתה שההברחה תבוצע; אדרבא, הוא קיווה שיעלה בידו להניא את הקושרים מלהמשיך בהגשמת תכניתם, וגם השתדל לפני כן ואחרי-כן בפועל להניאם (השווה דברי השופט אגרוט בע"פ 232/55... המצטט את דברי מ"מ הנשיא בע"פ 20/49—21)..."¹⁹⁴.

אמנם, במקרה זה, מפנה אותנו בית המשפט העליון לאמור בע"פ 232/55 לגבי "הכוונה" בה מותנית כביכול פלילות הסיוע¹⁹⁵, וקובע כי במקרה שלפניו לא נתקיימה "הכוונה" הדרושה. אבל, אם המדובר באותה "כוונה" המתבטאת במטרת המסייע להגיש עזרה למבצע, אזי, כבר נאמר, כי מודעותו של האדם לכך שהתנהגותו, לפי טיבה, עשויה לפלס את דרכו של המבצע בביצוע העבירה, היא תחליף למטרה כאמור. מודעות זו ואי-הימנעות מאותה התנהגות הן המכריעות, וכל השאר, כמו העובדה שהמסייע תרם את תרומתו מתוך לחץ שהופעל עליו — גם במקרה זה

191 שם, שם בין אותיות השוליים ד-ה.

192 שם, שם בין אותיות השוליים ד-ה.

193 ע"פ 173/57 ורנר נ' היוה"מ, פ"ד יב(1) 340.

194 שם, בע' 344 מול אותיות השוליים ג-ד.

195 ע"פ 232/55 היוה"מ נ' גרינוולד, פ"ד יב(4) 2017, בע' 2068.

המדובר בלחץ הגאשמים האחרים שהיו הממונים עליו — בחוסר נחת, ואף בתקווה להניא את המבצע מלהמשיך בהגשמת מזימתו. אינם מכשירים את תרומתו המסייעת, ממנה הוא הייב היה להימנע. גם במקרה זה, הופעל "הסייג" שנפסק בע"פ 232/55. בע"פ 552/68¹⁹⁶, צוטט הסייג במישרין ואף הובא בניסוחו המלא כדי לנמק בו את שלילת הפליליות של שלב מהתנהגותו המסייעת של מי שהואשם שם כמסייע לעבירת רצח. הכל, כפי שראינו, חרף העדר תשתית גורמאטיבית לסייג זה; וכאמור, כשם שאין איסור פלילי אלא על-פי חוק, אין מקום גם לסייג לפליליות האיסור, אלא על-פי חוק.

הסייג אינו אפוא חופשי מביקורת, הן להלכה והן למעשה. יחד עם זאת, אשר לביקורתנו הנובעת מהיעדר תשתית גורמאטיבית בחוק החרות לסייג האמור, עלינו להודות בכך, שסטייה זו מעקרון החוקיות איננה לגמרי בודדה, מה גם שנפקותה היא צימצום היקפה של האחריות הפלילית, ולא ההיפך. גם התחליף ל"מטרת" המסייע לאפשר את הביצוע או להקל עליו, הנעוץ במודעות המסייע שהתנהגותו עלולה, קרוב לוודאי, למלא תפקיד כזה, תחליף זה, אף הוא, עצמו, אינו אלא, בישראל, פרי גיבוש של ההלכה הפסוקה בלבד, ונפקותו היא אף הרחבת היקפה של האחריות הפלילית. למרות זאת, היינו מותחים קור-גבול אחרי "היצירה השיפוטית" בנושא תיחום צורות היסוד הנפשי, בהן מותנית התהוות התופעה העבריינית, וציוד מערכת המשפט הישראלית בהגדרותיהן המתאימות, נוכח חוק פלילי לוקה בחסר מבחינה זו. בהעדר יוזמה מטעם המחוקק, לא ניתן היה לקיים פעילות שיפוטית ראויה לשמה, בלי תרומה בסיסית זו, בה ההלכה הפסוקה הבהירה והגדירה את מושגי היסוד הנוגעים ליסוד הנפשי שבעבירה, על שלוחותיה השונות. בין שלוחות אלה, נמצאת גם המזימה העקיפה, ה־*dolus indirectus*, השם הנרדף ל"הלכת המודעות". משהושלמה מלאכה זו, של הבהרה בסיסית, יש להתייחס לפירותיה כאל מערכת גורמות שמעמדם שווה בכול לגורמות של חוק חרות; ויחס זה צריך לבוא בעיקר מן הרשות השופטת, כולל הערכאה העליונה עצמה, במובן זה שרק החוק הכתוב מוסמך עוד להתערב, אם מתבקשים תיקונים. שאם לא כן, אין לדבר סוף. לכן, לא היינו לומדים מן הדרך בה הוגדרו במשפטנו צורותיה של המחשבה הפלילית, ביניהן גם המזימה העקיפה, כשקולה כנגד מזימה ישירה, על הדרך בה ניתן להנהיג סייגים לפליליות המעשה; סייגים — מכוח החוק החרות, בלבד. אי-לכך, אין אנו נוטים להתכחש לביקורת שמתחננו על הסייג בו דנו.

348. בעוד שבע"פ 232/55, נטיית בית המשפט העליון היתה לדרוש זהות בין המחשבה הפלילית הטמונה בסיוע לדבר עבירה לבין המחשבה הפלילית בה מותנה הביצוע העיקרי של עבירה זו, או לפחות למצוא מעין זהות כזאת בידיעה המלאה והבטוחה אצל המסייע בדבר נחישות הדעת של המבצע לגשת לביצוע עבירתו, נדמה כי בע"פ 552/68¹⁹⁷, נקט בית המשפט העליון עמדה שפניה בכיוון הפוך. לפחות בתחום העבירות שמותנות בכוונה מיוחדת, כגון רצח בכוונה תחילה, ראה בית המשפט העליון כאפשרית הפרדה, אם אין זהות כאמור בין מהות העבירה שנעברה על-ידי המבצע העיקרי לבין מהות העבירה שלביצועה תרם המסייע, בשל השוני שבין המחשבה הפלילית שהתלוותה אל הביצוע העיקרי, והדרושה לו, לבין המחשבה הפלילית של המסייע בנוגע לאותו ביצוע עיקרי. למשל, וזה היה המקרה בע"פ 552/68, ניתן להרשיע את המבצע העיקרי ברצח בכוונה תחילה, ואת שותפו העקיף, בסיוע להריגה בלבד. בכל זאת, יש גם משותף בשתי הגישות האמורות למרות הסתירה שביניהן, והוא טמון בכך

196 ע"פ 552/68 אילוז ו"אליאם נ' מ"י, פ"ד כג(1) 377, 386 מול אותיות השוליים ג-ד.
197 ש.פ.

שבשתי הגישות כאחת מעמידים את המחשבה הפלילית של המסייע במבחן השתלבותה ביסוד העובדתי של הביצוע העיקרי, ולא, כפי שהיה מתחייב, במבחן השתלבותה ברכיבי היסוד העובדתי של תרומתו המסייעת של המסייע עצמו.

עובדות המקרה בע"פ 552/68 היו כדלהלן: מול ג'יפ צבאי נהוג על-ידי אליאס, כשלידו יושב מפקדו אילון, באה משאית, ובה נהג ועוד אדם, שניהם בני מיעוטים. שני כלי הרכב כמעט התנגשו ורק הפניית הג'יפ שמאלה לשולי הכביש על-ידי אליאס מנעה את התאונה. תקרית זו העלתה את חמתו של אילון. הוא ציווה על יושבי המשאית לעלות על הג'יפ, על אליאס לשבת מאחוריהם ולשמור עליהם כשתתמקלע עווי על כתפו, ואילון עצמו לקח את נהיגת הג'יפ לידיהו במהירות של כשישים קילומטרים לשעה. לאחר כשנים עשר קילומטרים הפנה אילון את הרכב מן הכביש אל דרך עפר ולאחר נסיעה נוספת של כאלף מטרים, כעבור דקה אחת בלבד, עצר את הרכב במקום שומם וסגור למחצה בין סלעים. שם ציווה אילון על שני הקרבנות לרדת מן הג'יפ ולהתקדם בהליכה; הוא נטל את העווי מאליאס, הלך אחריהם וירה בהם. הם נפלו ומתו בו במקום. משם חזרו אילון ואליאס בג'יפ לכביש והמשיכו את נסיעתם, כמתוכנן מראש. אילון הורשע ברצח בכוונה תחילה ואליאס כמסייע לעבירה זו. בית המשפט העליון, בדונו בערעורו של אליאס, קבע כי ההתנהגות המסייעת מתרכזת "באותה דקה גורלית, בה המשיך לשמור ללא מחאה על הקרבנות [לאחר סטיית הג'יפ מן הכביש אל דרך העפר] הוא ידע היטב שהקרבנות מובלים אל מותם. אבל לא הוכח שגם הוא עצמו רצה במותם. אדרבא הוא 'נגרר' אחרי אילון בהוסיפו לשמור על הקרבנות. עצם 'ההיגררות' הזאת פירושה פעולה מתוך אי-רצון פנימי"¹⁹⁸.

349. לאחר קביעה זו שאל בית המשפט העליון את השאלה האם, כשמדובר בעבירה המותנית בכוונה מיוחדת, דהיינו, במקרה הגדון, כוונה לקטול, די במטרתו של אדם לסייע לחברו לבצע את העבירה, כדי לראות בו מסייע לאותה עבירה, או שמא הסיוע לעבירה זו מותנה בכך "שגם אצל המסייע... צריכה להתקיים הכוונה הפלילית הדרושה לביצוע העבירה על-ידי העבריין העיקרי"¹⁹⁹. לשאלה זו עונה בית המשפט: "רגש הצדק אינו משלים עם הגירסה שאדם אשר עשה מעשה כלשהו של סיוע לרוצח, אמנם בידעו על כוונת הרצח של הלה, אך בלי לרצות בעצמו במות הקרבן, יהיה חייב גם הוא לשאת באותו עונש חובה"²⁰⁰. אמנם, בשלב האחרון של מהלך הדברים ידע אליאס על כוונת הרצח של אילון, אבל לא הזדהה עם כוונה זו, אך לדעת בית המשפט "בידיעה כשלעצמה לא די להוכיח כוונת רצח... אך די בה, בידיעה זו, כדי להוכיח סיוע לעבירה הקלה יותר של הריגה"²⁰¹.

וכך, לאמיתו של דבר, התנה בית המשפט את אחדות העבירה לגבי המסייע והמבצע העיקרי במסגרת אותו אירוע עברייני, בהופפות המחשבות הפליליות של שני השותפים, לפחות כאשר מדובר בעבירות מותנות במחשבה פלילית מיוחדת, כגון רצח בכוונה תחילה. ואם אין חופפות כאמור, אזי יש להגדיר את הסיוע כשותפות עקיפה לעבירה, אחרת, ולהפריד בין העבירה כביצוע עיקרי, לבין העבירה כמושא הסיוע, למרות שהסיוע הוגש לראשונה, והשנייה כלל לא נעברה. ייתכן שאלמלא נקצב בגין עבירת הרצח עונש מאסר עולם כעונש חובה, ואלמלא גקט החוק הישראלי בשיטת השוואת העונש בגין כל צורות השותפות, לא היה בית המשפט מפריד בין

198 שם, בע' 387 בין אותיות השוליים ג-ז.

199 שם, בע' 389 מול אות השוליים ז.

200 שם, בע' 390 בין אותיות השוליים ו-ז.

201 שם, בע' 391 בין אותיות השוליים ב-ג.

"העבירה" של הביצוע העיקרי, לבין "העבירה" של הסיוע. אבל, מאימתי גישת החוק לגבי תגובת החברה לתופעה עבריינית קובעת את סוג היסוד הנפשי בו מותנית אותה תופעה? ועדיין בגדר ההשערות, כלום לא הושפע בית המשפט העליון מן הדילמה בין הצורך להגיב בהריפות לתופעה חמורה של "לקיחת החוק בידיים" עד כדי חיסול חיי בני אדם, לבין הפתרון המתחייב מן המצב המיוחד בו, לפי ממצאי בית המשפט, נמצא אליאס בזמן הקובע — בסך הכל דקה — כשעמד על כוונתו של אילוז, במצב של הוסר אונים, ובחר בפתרון של פשרה? לפי עובדות המקרה, נדמה לנו כי היה טבעי יותר לזכות את אליאס מכל אשמה, מאשר להיזקק לפתרון מלאכותי כזה. שכן, בזמן הקובע, היה זה אילוז ששלט על הגה הג'יפ, ואילו אליאס היה או נעדר, מבחינה פיזית, אפשרות בחירה בין ישיבתו — אפילו עם העווי על כתפו — בג'יפ, מאחורי הקרבות, לבין הימנעות מישיבה כאמור. וזאת, מקום שבית המשפט עצמו קבע כי ישיבה זו היתה גם מבחינה נפשית, בגדר "פעולה מתוך אי-רצון פנימי"; כלומר, העדר "רצייה" מן הבחינה הפיזית, ודחיית הנוגד מבחינה נפשית. האם יש עוד משמעות כלשהי לשאלה אם היה על אליאס להביע בקול רם את התנגדותו להגשמת התכנית הקטלנית על-ידי אילוז, אם לאו? האם זהה דרכו של כל אדם להגיב בצורה סטנדרטית ובספונטאניות מזומנת, כשמתגלה לנגד עיניו, במפתיע, מחזה מחריד שהוצאתו מן הכוח אל הפועל היה עניין של שניות ממש? הכל התחולל בקצב מסחרר והעיקר תוך היגררות פיזית בלתי-נמנעת מטעם אליאס, והעדר "רצייה" הוא מחסום לפליליות המעשה. סעיף 26 להוק העונשין אמנם דוגל בענישה שווה של כל צורות השותפות לדבר עבירה, אך בכך הוא אינו סוטה כהוא זה מהגדרת כל אחת מהן לפי מבחן פונקציונאלי; ואשר לסיוע נקבע מפורשות שהוא מותנה בתכליתיות בלבד "כדי" לסייע בידי המבצע העיקרי לעבור את העבירה, ותו לא. אין זכר בהגדרה זו להזדהות נפשית עם המבצע העיקרי. וכבר ציינו וחזרנו על כך כי כל עוד היסוד העובדתי שבסיוע שונה מן היסוד העובדתי שבביצוע העיקרי וכל עוד אין חולק על כך שהתופעה העבריינית היא פרי השתלבות היסוד הנפשי בו היא מותנית ביסוד העובדתי שבה, השוני שבין היסודות העובדתיים גורם לשוני בין היסודות הנפשיים. מחשבתו הפלילית הדרושה והמספקת של המסייע היא לסיוע לדבר עבירה, והמחשבה הפלילית, גם היא הדרושה והמספקת, של הביצוע העיקרי היא לביצוע זה. לכן אינה חייבת ואינה גם יכולה להיות מוזשבתו של המבצע, מחשבתו של המסייע.²⁰²

בע"פ 552/68, אליאס, שהואשם בסיוע לעבירה, היה מודע, בזמן הקובע, לטיב התנהגותו המסייעת ולנסיבותיה, כולל לעובדה שאילוז מוביל את הקרבנות לקטילה — אלה הם ממצאיו של בית המשפט. מה עוד נדרש כדי להגדיר את התנהגות זו של אליאס כסיוע לרצח? בייחוד אם מתעלמים, כפי שעשה בית המשפט, מהעדר הרצייה, כאפשרות פיזית לבחור בין קוי התנהגות חילופיים. לטעמנו היה מקום או לזפות את אליאס, ואם להרשיעו, אזי כמסייע לרצח, שבוצע על-ידי אילוז, ולא להריגה שלא נעברה.

350. בע"פ 474/75,²⁰³ הורשע המערער בערכאה הראשונה לרצח ואילו שותף אחר לאותו אירוע עברייני הורשע בסיוע להריגה, ואחת הטענות של המערער לפני בית המשפט העליון היתה שלא ייתכן שחברו ייראה כמסייע להריגה בלבד, מבלי להחליף לגבי המערער את הסיווג המשפטי של השתתפותו באותו אירוע מסיוע לרצח לסיוע להריגה. יש לציין כי המבצע העיקרי

202 ראה: מ' קרמיצר "כוונת המסייע — כוונת המבצע?", משפטים ג (תשל"א) 97.
203 ע"פ 474/75 סאלה נ' מ"י, פ"ד (3) 113.

הורשע בעבירה של רצח בכוונה תחילה וכי חברו של המערער הורשע בסיוע להריגה, על-פי הודאתו בלבד ועקב עיסקת טיעון עם התביעה, ולא על פי עובדות שנקבעו על יסוד ראיות. בדחתו את הערעור של המערער, התחשב בית המשפט העליון גם במצב דברים מיוחד זה — שסיווג חלקו של המסייע האחר באירוע הפלילי רב-המשתתפים נעשה עקב עיסקת טיעון²⁰⁴. אבל, שוב חזר בית המשפט על גישתו בע"פ 552/68, לפיה, כשמדובר בביצוע עבירה של כוונה מיוחדת, מותנה הסיוע לעבירה זו בהתקיימות אצל המסייע של אותה כוונה פלילית הדרושה לביצוע העבירה על-ידי המבצע העיקרי. כתוצאה מכך, "יכול בית המשפט למצוא לגבי מסייע אחד כוונה ספציפית ולגבי מסייע אחר — ביצוע עבירה ללא אותה כוונה ספציפית..."²⁰⁵. אולי מתחייב דבר כזה עקב "עיסקת טיעון"; בוודאי שניתן להגיע למצב כזה, מקום שנופלת טעות אצל מסייע לגבי טיב היסוד הנפשי שהחקיים אצל המבצע העיקרי בעת ביצוע היסוד העובדתי של העבירה; למשל, כשהמסייע האמין שהמבצע עובר את העבירה בכוונה ספונטאנית, בעוד שלאמיתו של דבר היה הביצוע מתוך כוונה תחילה. אולם, במקרה זה, מרכיבים על מערכת הנתונים את כללי הטעות בעובדה. אם לא כן, בו ברגע שאדם מגיש את עזרתו לביצוע עבירה, מתוך מודעות לכל נתוניה הרלוואנטים וכמובן מתוך מודעות לסגולתה המסייעת של התנהגותו, הוא מסייע לדבר אותה עבירה, ואין הוא צריך — ואנו גורסים כי אין הוא אף יכול — לקיים זהות מבחינה נפשית עם המבצע העיקרי.

351. וכאן המקום להזכיר כי הלכת בית המשפט העליון לא תמיד היתה כזאת. בע"פ 21/49—20²⁰⁶, שמרבים לצטטו, קבע השופט חשין המנוח כי רק אם המסייע לא היה מודע לכוונה שמתוכה ביצע המבצע העיקרי את ההמתה, ניתן להפריד בין סיווג ההמתה מושא הסיוע לבין סיווג ההמתה מושא הביצוע העיקרי — סיוע להריגה וביצוע של רצח²⁰⁷. שם דובר ברצח לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין — גרימת מוות בודון כדי להקל על עשיית שוד. לגבי המסייע, קובע השופט, "יש להוכיח:

(א) סיוע לגרימת מוות

(ב) מתוך ידיעה, כי המוות נגרם כדי להקל עשיית עבירה"²⁰⁸,

והשאלה במחלוקת היתה אם התקיימה אצל המסייע "ידיעה" זו, ותו לא. ובהמשך קובע השופט כי מתוך הודאת המערער עולה כי הוא אכן תרם לגרימת מותו של הקרבן, "אך בלא ידיעה, כי כל עיקרו של המוות לא נגרם אלא כדי להקל ביצועו של מעשה שוד. מהודאה זו, כשהיא עומדת לעצמה, יש לראות עבירה של הריגה לפי סעיף 212 [הוא סעיף 298 לחוק העונשין]... אך לא עבירה לפי סעיף 214(ג) [הוא סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין]"²⁰⁹. עד כה, בגלל טעותו של המסייע, העולה מהודאתו, לגבי מצב הדברים לאמיתו, היה מוכן בית המשפט לסווג את תרומתו של המסייע לעבירה שנעברה, תוך סיווג התרומה בהתאם למצב הדברים כפי שהניחו המסייע, כאילו היה זה מצב הדברים לאמיתו — דהיינו כסיוע להריגה, למרות שהמבצע העיקרי

204 שם, בע' 124 בין אותיות השוליים ה-1.

205 שם, בין אותיות השוליים ו-1.

206 ע"פ 20—21/49 האדי נ' היוה"מ, פ"ד ג 13.

207 שם, בע' 49—50.

208 שם, בע' 49 מול אות השוליים ו.

209 שם, בע' 50 מול אות השוליים ג.

הורשע ברצח. ואולם, מודעותו של המסייע לכך שהמוות נגרם כדי להקל על ביצוע שוד הוכחה מתוך ראיות נסיבתיות, וכך סווגה תרומתו של המערער כסיוע לרצח, כפי שבוצע על-ידי המבצע העיקרי.

מכאן שתי מסקנות – האחת, שהפרדת הסיווג של הסיוע מן הביצוע העיקרי אפשרית רק עקב טעות במצב דברים אצל המסייע, והאחרת, שאין דורשים זהות בין היסודות הנפשיים של הסיוע לדבר עבירה, ושל הביצוע העיקרי שלה; די במודעות האדם לטיב תרומתו המסייעת לביצוע העבירה, כמובן על טיבה כפי שהיא נעברה על-ידי המבצע העיקרי. העובדה שהעונש בגין סיוע לרצח זהה לעונש על ביצוע עיקרי של רצח אינה מוסיפה ואינה מורידה.

לסיכום עקרוני של הדברים בעניין זיקת היסוד הנפשי בו מותנה סיוע לדבר עבירה, ליסוד הנפשי בו מותנית אותה עבירה על צורתה הטיפוסית, נדמה כי עצם המושג "סיוע" מייחד הזדהות נפשית של המסייע עם הרקע הנפשי עליו נעברה העבירה בידי מבצעה העיקרי, כדרישה חיונית להתהוות הסיוע; הזדהות כאמור היא אפשרית בלבד, אך לא גם הכרחית. כלום א', שהוא מודע בלבד לרקע זה ומאפשר למבצע העיקרי להגשים את מזימתו או מקל עליו הגשמה זו, אינו מסייע? מה עוד חסר כדי לסווג את חלקו כסיוע, מבחינת משמעותו של מושג זה, מבחינת תוכנו כפי שהוא נתפס בתודעת אדם מן היישוב, וכמובן מבחינת המדיניות הראויה בדבר המלחמה בעבריינות? כלום א' צריך גם להזדהות עם המבצע העיקרי כדי להיחשב כמסייע? ואם אין הוא מודהה כאמור, אין ידו בעבירה? מהו תפקידו זה? תשתיתה ההכרחית וגם המספיקה של האחריות הפלילית בגין סיוע לדבר עבירה היא מודעות האדם למהות המסייעת של התנהגותו ולמהות העבירה מושא הסיוע, המושט בהתנהגות זו. כל תוספת יכולה להיות רק נסיבתית, אך לא רלוואנטית. ואולי לא למותר להעיר כי התוספת עשויה להתבטא אף בהסתייגות נפשית ממעשה המבצע העיקרי. השאלה מדוע הגיש האדם את הסיוע – אפילו משום שהוא מזדהה נפשית עם המבצע העיקרי – היא עניין של שיקולים ומניעים, שאין לו קשר עם סימני הייחוד הקונסטיטוטיביים של הסיוע. אדם יכול לשמש מסייע לעבירה של "ריגול חמור", לפי סעיף 113(ב) לחוק העונשין, רק משום שהמסייע מודע למהות המסייעת של התנהגותו ולמהות העבירה שלביצועה הגיש את סיועו; ובאלה באה על סיפוקה גם דרישת התכליתיות של הסיוע – לאפשר את ביצוע הריגול או להקל על ביצועו. אין כל צורך שהוא יזדהה עם שאיפת המבצע העיקרי לפגוע בביטחון המדינה; אף אם הסתייג ממנה, לא תעזור לו הסתייגות זו, מבחינת סיווג התנהגותו כסיוע לאותה עבירה.

סימן 6

שילוב סיוע בשידול

352. יש מקרים בהם אדם מנמלא שני תפקידים, שניהם של שותף עקיף לאותה עבירה, של שותף ראשי, כמשדל לביצוע העבירה, ושל שותף משני, כמסייע לביצועה. ברור כי אין במעמד כפול זה של האדם, כדי להצמיח אחריות כפולה לגבי אותו אירוע, גם כמשדל וגם כמסייע; כשם שאין מוטלת על אדם אחריות משולשת, אם הוא זה ששכנע את עצמו כי צריך לבצע

את העבירה, שעשה גם פעולות עזר כדי לאפשר את ביצועה או כדי להקל על הביצוע, והיה גם המבצע הישיר שלה. לא תתעוררנה בעיות מיוחדות גם במצב, בו היה ביצוע ישיר מטעם המבצע העיקרי, או לא היה ביצוע כאמור מטעמו. במקרה האחרון, יישאר בתחום הפליליות רק הנסיון לשדל – "הסתה", בה נדון להלן – מכוח ההוראה המיוחדת שבסעיף 34 לחוק העונשין, ואילו בהעדר הוראה מקבילה לגבי הנסיון לסייע, הוא יישאר ללא משמעות פלילית. ואולם, אילו היה המחוקק הישראלי גורס אחריות פלילית מופחתת לגבי סיוע, לעומת שידול, עשויה הייתה להתעורר שאלת סיווג התרומה העקיפה לדבר עבירה, המתבטאת גם בשידול וגם בסיוע. אך שאלה מיוחדת עשויה בכל זאת להתעורר אף לפי הדין המצוי, כאשר תרומה מורכבת זו נשארת בגדר נסיון, והוא מתייחס לביצוע עבירה מחוץ לשטח הריבונות של מדינת ישראל; במקרה זה מותנית פליליות ההסתה לפי דיני ישראל, בבקשת המדינה, שבשטח ריבונותה היתה העבירה אמורה להיעשות, שמדינת ישראל תפעיל את דיניה במקרה הנידון, כנדרש בסעיף 34(2) לחוק העונשין. ואם לא הוגשה בקשה כזאת, לא תצמיח התנהגותו של האדם כל תופעה עבריינית למרות שהיה בהתנהגות גם צעד לקראת יצירת היסוד הנפשי אצל אחר, הדרוש להתהוות עבירה, וגם צעד לקראת יצירת התנאים שאותו אחר יגשים אף את היסוד העובדתי שבאותה עבירה. והנה, בת"פ י"ם 167/73,²¹⁰ בא לידי דיון מקרה כאמור. הנאשם, הוא הרב כהנא, הואשם, בין השאר, גם בנסיון לעבור עבירה של "פגיעה ביחסי חוץ" בניגוד לסעיף 121(א) בצירוף סעיף 92, לחוק העונשין. העבירה עצמה, על צורתה הטיפוסית, היא קשירת קשר לעשות מעשה שיש בו כדי לפגוע ביחסי חוץ של ישראל. הנאשם שיגר, בסמוך לתאריך הביקור בארצות-הברית של המנהיג דאז של ברית-המועצות, ברז'נייב, מספר מכתבים ומברק אחד, לכתובות מסויימות בתוך ארצות-הברית, בהם הפציר הרב כהנא באנשים מסויימים וביקש מהם שיעשו, בין השאר, מעשי חבלה, בנפש וברכוש, המכוונים נגד ברית-המועצות, כדי להכשיל את מדיניות ה"דיטנט" בין שתי המעצמות הגדולות, באמצעותה חתרה ברית-המועצות להשיג יתרונות כלכליים מארצות-הברית ומטרות פוליטיות כלליות. כך, הוא ביקש שיחטפו או ירצחו דיפלומט סובייטי מסויים, תוך נקיבת שמו וכתובתו, להשתלט על בניין מסויים מאחורי השגרירות הסובייטית בווינגטון כדי לירות משם לתוכה, להטמין פצצות במשרדי חברות אמריקניות מסויימות, שסחרות עם ברית-המועצות, ולעשות מעשי חבלה אחרים, באותה מטרה להכשיל את ביקורו של ברז'נייב בארצות-הברית. המכתבים נתפסו על-ידי הצנזורה הישראלית בטרם יצאו את המדינה ואילו המברק הגיע, כנראה, למענו. התביעה טענה כי בכל נסיון לשידול כלול גם נסיון לקשירת קשר, ואם לא ניתן היה להאשים את הרב כהנא בנסיון לשידול מוחלט כלול גם נסיון לקשירת קשר, ואם לא ניתן היה להאשים את הרב כהנא בנסיון לקשירת קשר, שלגביו אין הבאת הנאשם לדין לשדל, ניתן להטיל עליו אחריות פלילית בגין נסיון לקשירת קשר, שלגביו אין הבאת הנאשם לדין מותנית בתנאי כאמור; ואילו הנסיון לקשירת קשר לבצע עבירה פלוגית כלול, כאמור, לטענת התביעה, בנסיון לשידול לבצע אותה עבירה.²¹¹ סברת הנאשם היתה כי אפילו הגיעו המכתבים לנמענים ואלה היו ניגשים לביצוע המעשים הנזכרים, לא היה בהתנהגותו אלא שידול לביצוע העבירות שבמעשים אלה. לא הגיעו המכתבים למעניהם ומכל מקום, לא ניגשו הנמענים לביצוע העבירה, הרי נופלת התנהגות זו בגדר נסיון לשדל, ולגבי האשמה בנסיון זה חסרה הבקשה הדרושה של ארצות-הברית. לכן יש לזכותו מכל אשמה.

210 ת"פ י"ם 167/73 מ"י נ' מאיר כהנא, לא פורסם.

211 לא נעמוד כאן על שאלת הדיוק התיאורטי שבטענה זו. ראה שי"ז פלר, "הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עבירה" משפטים ז (תשל"ו) 232; וראה גם פסקת 441 ואילך.

353. לטענות אלה, בעד ונגד ההאשמה האמורה, הגיב בית המשפט לפי הלך מחשבה זה: אילו הגיעו המכתבים לידי הנמענים ואלה היו מסכימים לביצוע התכניות שהועלו בהם על-ידי הנאשם, היה די בכך שתיווצר העבירה המושלמת האמורה בסעיף 121(א) לחוק העונשין, של קשירת קשר לפגוע ביהסי חוץ של ישראל, קשר בו הנאשם עצמו היה אחד מן הקושרים. זאת, משום שהנאשם לא הסתפק בהעלאת רעיונות גרידא והפצרה להגשמתם, אלא הוא נכנס לפרטי עשייה, תוך מסירת מידע, קביעת יעדים, והדרכה לגבי דרכי ביצוע. "בנסיבות אלה הפך הנאשם עצמו שותף ממשי למעשה שאותו ביקש את חבריו מארה"ב לבצע, ויש לראותו, אפוא, כשותף לקשר"²¹². הואיל והמכתבים לא הגיעו לנמענים, נשארה התנהגותו של הנאשם בגדר נסיון לקשירת קשר בלבד, שפליליתו בישראל אינה מותנית בפנייה כלשהי מטעם המדינה שבשטח ריבונותה אמורה היתה להיעשות העבירה המושלמת – קרי קשירת הקשר. ואכן, בית המשפט הרשיע את הנאשם בנסיון כאמור.

קשה לנו להסכים להקדמה הראשית של הלך מחשבה זה. האם לשם קשירת קשר די בהסכמה לרעיון בלבד של ביצוע עבירה מסויימת, ללא הסכמה של כל אחד מן הקושרים גם לבצע ביחד עם האחרים, או בנפרד, את העבירה שלשמה נקשר הקשר? הכיצד ניתן היה לראות בנאשם מבצע פוטנציאלי כאמור, כאשר בעת הנועדה להגשמת מטרת הקשר, הוא לא התעתד כלל להימצא בארצות-הברית, וגם לא היה כל סיכוי שיימצא שם?

הנאשם פעל בתפקיד של מפציר באחרים לבצע עבירות מסויימות, ולא כמי שמתחייב גם הוא לפעול, בעצמו, במסגרת ביצועו. אמנם הוא העביר לידי אותם אחרים גם תכניות, מידע ודרכים, קונקרטיים, לגבי ביצוע העבירות, אבל הוא התכוון שהביצוע ייעשה על-ידי אחרים ללא כל הבטחה של נטילת חלק בכך. בכל אלה, מתחלקת התנהגותו של הנאשם לשני היבטים – האחד של שידול מובהק, לדבר עבירה, והשני של סיוע מובהק לבצע את העבירה, ולכן אין כל דימיון להתנהגות המכניסה אדם למעמד של קושר קשר עם אחר לבצע עבירה. ואם הביצוע לא יצא לפועל, אין התנהגות כאמור יכולה להצמיח גם נסיון לקשירת קשר, בין אם מדובר בקשירת קשר מיוחד כמתואר בסעיף 121(א) לחוק העונשין, ובין אם מדובר בקשירת קשר לבצע עבירה מסויימת לפי הכללים הרגילים.

354. ובכל זאת, נוטים אנו להסכים לפתרון אליו הגיע בית המשפט אך מכוח נימוקים אחרים, כלליים, שכוחם עשוי להיות יפה לכל תחום העבירות, והרי הם:

— מבחינה פונקציונאלית, מהווה השידול צורה ראשית של שותפות, באותו מישור עם הביצוע העיקרי, בכך שהמשדל הוא הוגה הרעיון של ביצוע העבירה ותרומתו בביצועה מתבטאת במישור המנטאלי, ביצירת היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה אצל המשדל, ובהבאתו, בכך, לעשייתה. בשידול מתגלמת אפוא אנטי-חברתיות כפולה – הוא מביא לכך שתבוצע עבירה ושזולתו ייהפך עבריין, וכל עוד התנהגות האדם פועלת במתכונת זו בלבד, היא נופלת בגדר שידול גרידא.

— אולם, כאשר אותו אדם תורם לביצוע העבירה גם במישור המעשי, כמוסייע להגשמת היסוד העובדתי הדרוש להתהוות העבירה, שילוב התרומה במישור מעשי זה בתרומה במישור המנטאלי ההוא, יוצר מימד של שותפות לדבר עבירה, העשוי, לדעתנו, להיות שקול למימד הביצוע הישיר של העבירה. שכן, החסר שבחלקו של אותו שותף בהגשמת היסוד העובדתי של העבירה מתקוו

212 ת"פ (י"ם) 167/73 מ"י נ' מאיר כהנא, לא פורסם.

עם העודף שבחלקו ביצירת היסוד הנפשי שלה, על כל הנובע מכך. ניתן להבחין כי אין זה עניין של הזדהות צורה מורכבת זו של שותפות עקיפה לדבר עבירה עם ביצועה העיקרי, במובנו הרגיל. זה עניין של תחליף בלבד; כאשר אין בהתנהגותו של אדם כל שמץ של ביצוע עיקרי, שילוב סיוע בשידול, לאותה עבירה, מצמיח מין שותפות שהיא שקולה לביצוע עיקרי. הראשיות שבשידול והמעשיות שבסיוע משוות את "המשדל-המסייע" לכל שותף ראשי וישיר, ומקנות לו מעמד של תחליף למבצע בצוותא. ואולם זאת, רק כאשר היה גם ביצוע עיקרי. אם לא היה ביצוע עיקרי, ולו אף תחילת ביצוע עיקרי בלבד, יישאר התחליף בגדר נסיון לבצע אותה עבירה.

355. אין זה המקרה היחיד בו פרשנות דיני העונשין נזקקת לתחליפים ושקילויות. באותה דרך פרשנות קבעה ההלכה הפסוקה, ללא עוררין, כי מודעות האדם לכך שהתנהגותו עשויה להצמיח, בדרגה גבוהה של הסתברות, את התוצאה המזיקה בה מותנית התהוות עבירה, שקולה כנגד כוונה לגרום לאותה תוצאה ומהווה תחליף לכוונה זו. גם במקרים בהם העבירה היא של מחשבה פלילית מיוחדת במטרה מסויימת, מודעות האדם לכך שהתנהגותו עשויה, קרוב לוודאי, להגשים מטרה זו, היא תחליף למטרה עצמה.

בעקבות אלה, אין כל מגיעה, לדעתנו, לנקוט אותה גישה בנושא דיונונו – שותפות עקיפה של אדם לדבר עבירה, מורכבת משידול וסיוע גם יחד, לאותה עבירה, היא שוות ערך לשותפות ישירה ומהווה תחליף לה. אם היה גם ביצוע ישיר ניתן לראות את ה"משדל-מסייע" כמבצע בצוותא עם המבצע הישיר; אם לא היה ביצוע ישיר, יישאר ה"סיוע-שידול" בגדר נסיון לביצוע ישיר. קיצור לשון – שילוב סיוע בשידול שקול כנגד ביצוע עיקרי.

ראוי לציין כי בהתאם לחוק המצוי, לפיו דין צורת שותפות עקיפה לדבר עבירה כדין ביצועה הישיר, וכן דין הנסיון לשדל לדבר עבירה כדין הנסיון לביצועה, אין בפרשנות המוצעת משום הפרת עקרון החוקיות. היא איננה מובילה לחריגה כלשהי מן הגבולות הניצבים בחוק, ומשום כך אין היא אף מצריכה תיקון חוק. ה"מסייע-משדל", בתורת מבצע בצוותא עם מבצע ישיר, אינו צפוי לעונש חמור מן העונש לו צפוי משדל או מסייע; אם לא היה ביצוע ישיר ומשום כך ה"סיוע-שידול" נשאר בגדר נסיון לביצוע, גם דין נסיון זה אינו חמור מדינו של נסיון לשדל. הפרשנות המוצעת מתיישבת אפוא, במלואה, גם עם הדין המצוי ועקב כך עם עקרון החוקיות.

סימן 7

גזירה משידול – ההסתה

§ 1.1. כללי; § 2. מבנה ההסתה ותנאי ענישתה; § 3. מטור מיוחד.

§ 1.1. כללי

356. השידול הוא אמנם צורת שותפות עקיפה לדבר עבירה, אך מבחינת משקלו בגיבוש אירוע עברייני רב־משתתפים, השידול הוא גם צורת שותפות ראשית, באותו משקל של הביצוע

העיקרי. שהרי בטרם נעשה המבצע העיקרי אדון הביצוע, היה המשדל הורה הרוחני של האירוע. הוא היה לפחות זה שהכריע את הכף אצל המבצע לקבל את החלטה לבצע, אם לא גם הוגה הרעיון שהעבירה תבוצע, שותלו אצל המשדל והמביא אותו לביצוע העבירה. כתוצאה מכך, תופס השידול מעמד מיוחד בין צורות השותפות העקיפה לדבר עבירה. בעוד שהסיוע הוא עניש רק על צורתו המושלמת, כלומר כאשר היה ביצוע או לפחות תחילת ביצוע, בהם המבצע הסתייע בעזרה שהוגשה לו על ידי המסייע, ובעוד שלגבי מידת האחריות הפלילית לסיוע לדבר עבירה, ניתן למצוא מחוקקים שקבעו אחריות מופחתת בגינו, בהשוואה למידת האחריות שנקבעה למבצע העיקרי, הרי יחס החברה כלפי השידול הוא שונה. המחוקק לא יורד מן האחריות שנקבעה בגין ביצוע העבירה כשמדובר באחריותו של המשדל, כשם שהמחוקק אינו מהסס ליתן ביטוי לאנטי-חברתיות הטמונה בשידול גם בראיית הנסיון לשדל כראוי לענישה פלילית; כלומר, אחריות פלילית מוטלת גם במקרה בו המשדל לא הצליח להביא את המשדל לירי ביצוע העבירה מושא השידול, תהיה הסיבה לכך אשר תהיה.

מכאן הצורך לדון בנסיון לשידול, הידוע בשם הטכני "הסתה", שסעיף 34 לחוק העונשין מסדיר וקובע את האחריות הפלילית לו. "נסיון של שידול לדבר עבירה" — זוהי כותרת השוליים של הסעיף — דינו כדין הנסיון לביצוע הישיר של העבירה. בכך מאששת הוראת סעיף 34 את הכלל, לפיו הפליליות הרגילה של התנהגות ענישה נגזרת מותנית בצמידות הגזירה לביצוע העבירה הטיפוסית, ואילו, לשם הקניית פליליות להתנהגות נגזרת מהתנהגות שהיא, כשלעצמה, כבר נגזרת בדרך הרגילה מן העבירה הטיפוסית, מתבקשת הוראה מיוחדת. הוראה מיוחדת כזאת מצויה בסעיף 34 לחוק העונשין לגבי הנסיון לשידול לדבר עבירה. בהעדר הוראה מיוחדת מקבילה לגבי הנסיון לסייע לדבר עבירה, אין צורת התנהגות זו, הנגזרת מצורת התנהגות שנגזרה כבר, באורח ישיר, מן העבירה הטיפוסית, בעלת אופי פלילי.

357. ראוי לציין כי בו ברגע שהמחוקק החליט לגזור מן השידול התנהגות ענישה במישור השלבים לקראת השלמתו, היה זה מן ההיגיון להקדים ולהבהיר כי ההסתה מתבטאת לאו דווקא בשידול שלא הצליח להביא לירי ביצוע, אלא גם בשידול שלא הספיק להגיע לידי ידיעתו של המשדל. למשל, המשדל שידל את חברו לבצע עבירה פלונית, במכתב ששוגר אך לא הגיע, מסיבה זו או אחרת, לגמענו, המשדל. גם זה נסיון של שידול לדבר עבירה.

סעיף 34 לחוק העונשין פותח בחלופה "המנסה לשדל או להסית את חברו...". ופתיחה זו של הסעיף באה להבהיר כי גם המנסה להסית נופל בגדר מי שעושה "נסיון של שידול לדבר עבירה"; שכן, תחילת ביצוע של שידול יש בכך ואין צורך ביותר לשם גיבוש נסיון. אי-לכך, מקיפה "ההסתה" את הנסיון לשידול, הן במקרה שהיה מגע בין המשדל לבין המשדל והן אם מגע זה לא הספיק להיקבע.

ועוד לא למותר להידרש למיקום הוראת החוק הקובעת את פליליות "ההסתה" ולמידת האחריות שנקבעה בגינה.

אשר למיקום ההוראה, מדובר בהסדרת תופעה עבריינית שהיא פרי הרכבת גזירה קודמת מן העבירה הטיפוסית — נסיון על שידול לעבירה זו. בחוק המצוי ממוקמת ההוראה האמורה בחלק הדן בנסיון לדבר עבירה, ונדמה שמקומה המזוויק היה בחלק שדן בצדדים לדבר עבירה. מטרת החוק, בהפללת ההסתה, היא למנוע שידול — להזהיר את הפרט כי אפילו לא יספיק או יצליח להביא את זולתו לידי ביצוע עבירה, הוא כבר יתן את הדין על התנהגות שזו מטרתה. הצמידות היא של הנסיון לשידול, מקום שהשידול הוא המשימה המיידית — להביא אחר לביצוע העבירה מושא השידול; ואילו שידול לנסיון לדבר עבירה הוא צירוף חסר היגיון עצמי. אפילו לא השלים

המשדול את ביצוע העבירה מושא השידול, זהו בדיוק שידול לדבר עבירה; ואילו שידול שהוא מלכתחילה לנסיון ולא להשלמה, הוא כאמור שילוב חסר היגיון, מלבד "שידול" עלידי סוכן מדיח, שידוע מראש כי לא יתן למשדול להתקדם עד להשלמת העבירה; אך זוהי סוגיה אחרת. מניעת השידול היא מטרת איסור ההסתה, ולכן המקום הטבעי של הסדרת ההסתה הוא בחלק הדן בשידול עצמו. כך ממקמת ההוראה שדנה בהסתה, בהצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש²¹³. פליליות העבירה הטיפוסית גוררת אחריה את פליליות השידול של אחר לבצע את העבירה, ואילו פליליותו של השידול גוררת אחריה את פליליות ההסתה; הכל מכוח ההוראות הכלליות לגבי השידול וההסתה, בצירוף הגדרותיהן של העבירות הספציפיות למיניהן. כתוצאה מכך, כל דין שנוגע לעבירה טיפוסית, תחולתו משתרעת על השידול²¹⁴ ובאמצעות השידול על ההסתה, כמובן כל עוד אין הוראה מיוחדת סותרת. בנוגע להסתה התעוררה, בע"פ 78/53²¹⁵, השאלה של סמכות השיפוט ב"הסתה" לדבר עבירה, ביחס לבית המשפט המוסמך לדון בעבירה הטיפוסית, ובית המשפט העליון פסק בהתאם לכלל הצמידות האמורה.

אשר למידת האחריות הפלילית שנקבעה בחוק הישראלי בגין הסתה לדבר עבירה, עלינו להעיר, בשלב זה, הערה אחת בלבד — השוואת אחריות זו עם האחריות בגין נסיון לבצע אותה עבירה נראית לנו כמופרזת ביותר. הנסיון לשדל אדם לבצע עבירה מסתיים בלא כלום בעולם ההגשמה, ואילו הנסיון לבצע עבירה עשוי להתבטא אף במיצוי הרכיב ההתנהגותי, כולו, בו מותנית העבירה; בכל מקרה, תחילת ביצוע היא הכרחית לשם התהוות נסיון לעבור עבירה. לא הרי, אפוא, נסיון לשדל לדבר עבירה, כהרי נסיון לבצע אותה. גם מקרי ההעמדה לדין בגין הסתה לדבר עבירה אינם משתווים במספרם עם מספר ההאשמות בנסיון לדבר עבירה. משקלן האנטי-חברתי של שתי התופעות הוא שונה באורה ניכר, דבר המחייב ביטוי גם במישור קביעת העונשים בגינן, כהשתקפות נורמטיבית של חומרתן הנבדלת. לנושא זה עוד נחזור כאשר נדון באחריות לצורות השותפות לדבר עבירה.

§ 2. מבנה ההסתה ותנאי ענישתה

358. מבנה ההסתה הוא פועל יוצא של היותה נסיון לשידול. המבנה שלה מותנה בכל התנאים הספציפיים בהם מותנה, אוביקטיבית וסובייקטיבית, כל נסיון להגשים תופעה עבריינית, ומפנים אנו לכל האמור במסגרת הדיון הכללי בנושא הנסיון, כאשר התופעה עצמה היא השידול של אחר לעבור עבירה מסוימת, על כל האמור לגבי צורה זו של שותפות עקיפה לדבר עבירה. מבנה זה מחייב אפוא ניתוח ההסתה לדבר עבירה, על כל ארבעת היסודות הכלליים שבתופעה עבריינית, בהתאם לדיני השידול, והרכבת דיני הנסיון עליהם, ולא נחזור כאן לא על הדינים ההם, ולא על דינים אלה.

ואולם, אם יעד השידול שנכשל, היה ביצוע עבירה מחוץ לגבולות המדינה, קובע סעיף 34 לחוק העונשין כמה תנאים נוספים לעניין פליליות ההסתה. לא רק יעד ההסתה צריך להיות עבירה פלילית גם לפי דיני המדינה שבשטח ריבונותה הוא היה נועד למימוש, אלא גם ההסתה עצמה, כנסיון לשידול, צריכה להיות מופללת בהם. כלומר, פליליות כפולה — לפי דיני מדינת

213 בסעיף 33 להצעה שבטימן 2 הדן ב"צדדים לעבירה".

214 ראה פסקה 27 ואילך.

215 ע"פ 78/53 ריימונד ב' היזה"מ, פ"ד ז 354; וראה פסקה 49, בה נדונה, על רקע פסקי דין זה, שאלת סמכות השיפוט לגבי ההסתה לדבר עבירה, סמכות שאובה מן הסמכות לדון בעבירה עצמה.

ישראל ולפי דיני המקום שבו העבירה היתה אמורה להתבצע – של העבירה עצמה ושל הנסיון לשדל לבצעה כאחד. הפועל-יוצא מתנאי זה הוא שתחולת דיני העונשין הישראליים על הסתה מישראל לביצוע עבירה מחוץ לגבולותיה היא תחולה שיורית²¹⁶. אך תחולה זו היא שיורית גם מבחינת חומרת הדין; אם העונש שנקצב בישראל להסתה לעבירה נתונה חמור מזה שהמסית היה צפוי לו לפי דיני המדינה שבשטח ריבונותה היתה אמורה להיעשות העבירה יעד השידול, יחולו, לעניין העונש, דינים אלה, בבחינת *lex mitior*. כל אלה עולים בבירור מהוראת סעיף 34(1) לחוק העונשין, לפיה, אם המעשה או המחדל "עמדו להיעשות במקום שמחוץ לישראל, לא יהיה העונש גדול מן העונש שהיה נושא בו העברייני לפי דיני אותו מקום אילו ניסה הוא עצמו לעשותם". ניתן להבחין כי המחוקק הישראלי יצא מן ההנחה כי, גם במדינה הזרה, דין ההסתה לדבר עבירה הוא כדין הנסיון לבצעה. אבל, בדמה לנו כי, אם דין ההסתה הוא שם קל מדין הנסיון, יהיה העונש שנקצב להסתה, אותו עונש מירבי שבית משפט בישראל מצווה להתחשב בו. מסקנה זו מבוססת על מגמת המחוקק הישראלי שלא להחמיר עם המסית מעבר לדינו במדינה שבשטח ריבונותה עמדה העבירה להתבצע.

הוראת סעיף 34(1) והוראת הפתיחה שבסעיף 34, מציבות אפוא שני תנאים בסיסיים לתחולת הוראות סעיף זה על הסתה בישראל לעבירה שעומדת להתבצע מחוצה לה: – האחד – פליליות העבירה וההסתה לביצועה גם לפי דיני המדינה שבשטחה עמדה העבירה להיעשות, והאחר – גזירת העונש לפי דיני ישראל רק אם הוא פחות חמור מן העונש שנקצב להסתה לפי דיני אותה מדינה. אלא שבכך לא סגי, דרושה גם פנייה מטעם מדינה זו למדינת ישראל שתפעיל נגד המסית את דיניה; וזה התנאי השלישי, שנקבע, גם הוא במפורש, בסעיף 34(2) לחוק העונשין. בכך קובע סעיף 34 לחוק העונשין את האופי השיורי המלא של תחולת הוראות סעיף זה, כאשר יעד ההסתה הוא ביצוע עבירה מחוץ לשטח ריבונותה של מדינת ישראל, יהיה סוג העבירה אשר יהיה.

359. שלושת התנאים האמורים, על אופיים הגורף, הם לפחות מזורים. בסופו של חשבון, מדובר בתחולה טריטוריאלית של דיני העונשין של מדינת ישראל, מאחר שהאירוע העברייני אוביקט התחולה הוא "עבירת-פנים". הרי ההנחה היא שההסתה עצמה נעשית בתוך שטח הריבונות של מדינת ישראל, והיא אסורה לפי דיני ישראל, משום שיעדה מהווה, ראשית לכול, עבירה לפי דינים אלה. ניתן היה להסכים לשני התנאים הראשונים דלעיל, במקרים בהם גם תחולת דיני ישראל על עבירת היעד של ההסתה, כשהיא נעשתה מחוץ לשטח ישראל, מותנית גם בפליליותה לפי דיני המקום שבו היא נעברה. אבל לא תמיד מותנית ענישת עבירת-חוץ לפי דיני ישראל, בפליליותה גם לפי דיני המדינה שבשטחה היא נעברה, ויש הנחות בהן תחולת דיני ישראל על עבירות-חוץ היא עיקרית דווקא ולא שיורית.

במקרים בהם התחולה האקסטרא-טריטוריאלית של דיני העונשין²¹⁷ על עבירת-חוץ היא עיקרית, אין כל טעם הגיוני שההסתה מישראל לביצוע העבירה תהיה מותנית בפליליות כפולה. מה גם שפליליות השידול לביצועה אינה מוטלת בספק כלשהו. מקום שהשידול לעבירה כאמור הוא עניש, גם הנסיון לשידול לעבירה כאמור צריך להיות עניש. רק בהנחה שדרושה פליליות כפולה לשם תחולת דיני ישראל על העבירה עצמה, תצטרך לעמוד באותו תנאי פליליות של

216 ראה דיני עונשין – א, פסקות 332–334.

217 שם, ראה את הדיון בנושא התחולה האקסטרא-טריטוריאלית של הנורמה הפלילית, פסקה 359 ואילך.

השידול וההסתה, לביצוע אותה עבירה. התנאי הראשון שבסעיף 34(2) לחוק העונשין, על היקפו הגורף והבלתי גבדל, אינו מתאים כלל לעקרונות התחולה במקום של דיני העונשין. עקב כך ובאותה מידה גם התנאי השני של החלת הדין המקל אינו מתאים.²¹⁸

אשר לתנאי השלישי, לפיו תחולת הדין הישראלי מותנית בפניית המדינה שבשטח ריבונותה היתה אמורה להתבצע העבירה יעד ההסתה, הרי הוא בכל מקרה כוודאי חריג. מדובר, בראש ובראשונה, בהגנה על הסדר הציבורי הישראלי, וכשם שבשום מקרה אין מתנים בפניית ריבון זר כלשהו את הפעלת דיני העונשין על העבירה, עצמה, יעד ההסתה, או על השידול לעשייתה, כך גם קשה להבין את התניית הפעלתם לגבי הסתה דווקא.

קל לנו להניח שאילו היה המשפט הפלילי מצויד במערכת הנורמות המסדירות כעת את התחולה האקסטרטריטוריאלית של דיני העונשין, שעה שנחקק סעיף 34 לחוק העונשין — עם חקיקת פקודת החוק הפלילי המנדטורית בשנת 1936 — היו הוראות סעיף 34(1) ו-2) מקבלות תוכן אחר. אולם, קשה לנו לנקוט עמדה בשאלה אם הוראות אלה הן בגדר נורמה מיוחדת, *lex specialis*, ביחס למערכת הנורמות האמורות והדוחה אותן בכל הנוגע להסדר שונה בהן, חרף היותן מאוחרות יותר, או שמא המדובר בנורמה רגילה, *lex generalis*, אמנם בנוגע לתחום הצר של הסתה בלבד, ואז הנורמות המאוחרות מתקנות אותה, מקום שהיא נסתרת על-ידיהן.²¹⁹ היינו נוטים בכל זאת לטובת הסברה הראשונה.

3. פטור מיוחד

360. בסעיף 30 לחוק העונשין מוסדר פטור מאחריות פלילית ל"שידול" לדבר עבירה. האמת היא שהפטור הוא בגין הסתה ולא בגין שידול. שכן, עיתוי עילת הפטור הוא בטרם ניגש המשדול לביצוע העבירה יעד השידול, ובשלב זה אין עדיין שידול, אלא הסתה בלבד. העילה לפטור היא, כאמור בסעיף 30 לחוק העונשין, שידול נגדי של המשדול, בטרם עבר את העבירה יעד השידול, שלא לבצעה, כאשר השידול-הנגדי נקלט על-ידי המשדול; לפחות זמנית, כך שביצוע העבירה בשלב מאוחר יותר יהיה מנותק מהשפעת השידול המקורי. תנאי זה, קליטת השידול הנגדי, עולה מלשון הסעיף המשתמש בצירוף "שידול או יעץ", דיבור בו השתמש המחוקק כדי להגדיר גם את השידול עצמו בסעיף 26(4) לחוק העונשין; כשם שהשידול מותנה בקליטה וביצוע העבירה, כך גם השידול הנגדי מותנה בקליטה והימנעות מביצוע.

אמנם, מוגזם לדרוש מן המסית ששיג בשידול נגדי הימנעות לנצח מביצוע העבירה. כאמור, די אם המשדול מוותר, לפי שעה, על הרעיון לבצע את העבירה, אפילו נעברה העבירה לאחר מכן. העיקר הוא שתנתק הזיקה הפונקציונאלית של הביצוע המאוחר להסתה הקודמת, וביצוע זה ייהפך אירוע עברייני העומד ברשות עצמו. הפטור מותנה אפוא בהצלחת השידול הנגדי, ולו אף הצלחה זמנית בלבד. כך ניתן לפרש את האמור בסוף סעיף 30 לחוק העונשין, "אפילו נעברה"

218 האמור כאן נועד לשמש הבהרה משלימה, ואולי אף תיקון, לאמור בדיני עונשין — א, פסקה 357, לגבי תחולת דיני העונשין של מדינת ישראל על שידול — ועקב כך גם על הסתה — וסיוע, מתוך שטח מדינת ישראל, לעבירה שעומדת להיעשות מחוץ לשטח זה. האופי השיוורי של תחולה זו צריך להיות מוגבל למקרים בהם גם תחולת דינים אלה על עבירה זו, כשהיא נעשית מחוץ-לארץ, היא שיווית. לא כן, כאשר התחולה עליה היא עיקרית.

219 שם, ראה את הדיון ביחס שבין נורמה מיוחדת לבין נורמה רגילה, פסקות 236—248.

העבירה. ויש להניח כי המשדל יירתע מביצוע העבירה, מקום שהמשדל עצמו חוזר בו באורח אקטיבי ושדל אותו שלא לבצע עוד.

361. הטעם לפטור הוא ברור – לעודד את המשדל לעשות כמיטב יכולתו כדי למנוע את ביצוע העבירה, מלבד העובדה שהשידול-כנגד נותן ביטוי להרטה אקטיבית, ולא חרטה סתם, של המשדל, ורצון לסגת מן השותפות לאירוע העברייני בו הוא הסתבך, תוך הסתת וזלתו לבצע עבירה. כאמור, גם החרטה האקטיבית אין די בה כדי לשמש עילה לפטור מאחריות להסתה; היא, החרטה, צריכה להיות גם יעילה, כלומר להביא את המוסת לידי נטישת הרעיון לבצע את העבירה, ולו גם נטישה שתצביע, כאמור, על ניתוק הזיקה הפונקציונאלית בין הגשמתו המאוחרת – אם היתה כזאת – לבין מקורו, בלבד.

כמובן, יש גם חסר בהוראת סעיף 30 לחוק העונשין, המצמצמת את עילת הפטור לשידול נגדי בלבד, אשר לא תמיד עשוי להיות יעיל; שכן הוויתור על הרעיון לבצע את העבירה צריך להיות של המשדל, ועליו אין למשדל עוד שליטה מוחלטת. רק איום בהודעה לרשויות על העבירה, לשם מניעת ביצועה, עשוי להשפיע. יתירה מזו, ניתן לתאר מקרים בהם השידול הנגדי אף אינו כלל בר-ביצוע, מחמת גורמים כגון זמן, מרחק, יחסים אישיים, חרדה. ואז היה צריך לקבוע, באותו סעיף 30, כי גם הודעה כאמור של המסית תהווה עילה לפטור אותו מאחריות פלילית. שאם לא כן, הודעה כזאת עשויה לשמש הודאה בביצוע מעשה פלילי, וביטוי להפלה עצמית. מכל מקום, אם שידול נגדי מהווה עילה לפטור מאחריות פלילית בגין הסתה, נדמה לנו כי הודעה מטעם המסית לרשויות בעוד מועד, על הצורך לפעול למען מניעת העבירה, שלביצועה הוא הסית, כל שכן; ואין אנו רואים טעם לכך שבמקרה שמסית שחזר בו ממעשהו וחותר למנוע, בכל מחיר, את הפועל-יוצא ממנו, יובא לדין, בשל כך שעשה זאת בדרך אחרת מזו האמורה בסעיף 30 לחוק העונשין. מה גם שיתכנו מקרים בהם אותה דרך היא היחידה בה ניתן למנוע את ביצוע העבירה.

362. ועוד ניתן להשיג על ההוראה הפשטנית וצרת ההיקף שבסעיף 30 לחוק העונשין – כלום לא היה מקום לאחר את עיתוי החרטה האקטיבית והיעילה גם לשלב הביצוע של העבירה אך טרם השלמתה, על-ידי המבצע העיקרי? במקרה זה מדובר כבר בפטור מאחריות פלילית גם בגין שידול ולא רק בגין הסתה, כי היתה כבר תחילת ביצוע מטעם השותף הישיר. לא רק שיקולים של סימטריה עם פטור מקביל לגבי הביצוע העיקרי, כאשר המבצע, מתוך חרטה, חוזר בו ומפסיק את הביצוע, היו מחייבים זאת; אם כי גם פטור כאמור לגבי הנסיון הוא בגדר חיזיון לעתיד בדיני העונשין הישראליים²²⁰. הרי המטרה והאינטרס העיקריים הם, ככל האפשר, למנוע את הפגיעה שעשויה להיגרם על-ידי העבירה המושלמת, ואם בעוד מועד ניתן להכשיל את השלמתה, יש מקום לעודד כל גורם שמסוגל לגרום לכך. ניתן אפוא להבטיח פטור מאחריות פלילית גם למשדל לדבר עבירה, אשר, מתוך חרטה אקטיבית, מנע את השלמתה על-ידי המבצע העיקרי, אף כי הוא נמצא כבר במהלך ביצועה. כמובן, מתבקש גם לגבי פטור זה הסייג המקביל, הנהוג לגבי הפטור מאחריות פלילית עקב חרטה בגין נסיון לדבר עבירה, והוא כי אין בפטור כדי לגרוע מאחריות פלילית בגין עבירה מושלמת שבמעשהו של המבצע העיקרי עד להפסקתו עקב התערבותו של המשדל.

220 ראה פסקה 176 ואילך.

עקב כל אלה היינו מגסחים את ההוראה הקובעת את הפטור כדלקמן²²¹ —

"משדל לא יישא באחריות פלילית בגין שידול או נסיון לשידול, אם מנע את ביצוע העבירה או את השלמתו, או אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה, לשם מניעת ביצועה או השלמתו; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית בגין עבירה מושלמת אחרת שבמעשה".

ואילו היינו מוסיפים, בצד המשדל, את המסייע ותרומתו לאירוע העברייני, היה הפטור פועל גם לגבי שותף עקיף זה, באשר השיקולים לטובת הפטור לגבי המשדל, כוחם יפה גם לגבי המסייע.

סימן 8

"תלות" השותפות העקיפה לעבירה בביצועה העיקרי

1. § כללי; 2. § היבטי התלות; 3. § אחדות העבירה רבת-המשתתפים; 4. § מגבלות האחדות: בשל ייחוד היסוד הנפשי; מגבלה לכאורה; "מגבלה" עקב השלכת נתונים אישיים; השלכת נתונים ענייניים; עבירות "בעושה מיוחד" — *delicta propria*; השלכת העילות לשלילת פלילות האירוע.

1. § כללי

363. אליבא דידנו, יש להצטרף לגישה העקרונית לפיה צורות השותפות העקיפה לרבר עבירה מותנות בביצוע עיקרי של אותה עבירה, ומהוות ביחד עם צורתה הישירה — דהיינו עם הביצוע העיקרי — עבירה רבת-משתתפים, אחת ויחידה. ריבוי המשתתפים בה אינו יוצר גם ריבוי עבירות נפרדות, שעומדות ברשות עצמן, לפי מספר המשתתפים. יחד עם זאת, התלות האמורה נותנת ביטוי ליחס הגומלין שבין ההיבט האינטגרטיבי של עבירה רבת-משתתפים, לבין ההיבט הדיפרנציאלי שבשותפות. מצד אחד, מתבטאת התלות של צורות השותפות העקיפה בצורתה העיקרית בראיית תרומותיהם של כל השותפים, כחלק משלם משותף, ששואבות ממנו את מהותן הפלילית, וזוהן השמית וחומרתן הציבורית, ומתמזגות בו, כבאירוע עברייני אחד, רב-משתתפים. מצד אחר, התלות האמורה היא בלתי נפרדת מראיית צורות השותפות כקטיגוריות פונקציונאליות נבדלות, בעלות סימני-ייחוד משלהן, שהן רק מותנות כל אחת בנותרות, אך אין הן מזדהות, חרף השתייכותן לאותו שלם משותף. השידול והסיוע, אמנם מותנים בביצוע העיקרי, אך אין הם, שלושחם, מזדהים ביניהם; הם שייכים, כולם, לאותו אירוע עברייני, ואולם כל אחד מהם גותן ביטוי לחלק פונקציונאלי אחר, ממנו. הציר המרכזי הוא הביצוע העיקרי ובלעדיו נעדרים השידול והסיוע משענת כלשהי.

221 בעקבות נוסח סעיף 34 להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש.

ייאמר מיד ומראש כי כלל "התלות" האמור מוגבל בסייגים אחדים, המתחייבים מטבעה של השותפות, האוביקטיבי והסוביקטיבי כאחד. הווי אומר, הסייגים – בהם גודן בהמשך – הם, לאמיתו של דבר, ביטוי לטבע הדברים הטמון במוסד השותפות לדבר עבירה, וכל פירוש ויישום, החלטי ובלתי מאובחן, של הכלל, יעלה בגלל זה קשיים בלתי גמנעים, כפועל-יוצא מהתעלמות מטבעו של אירוע עברייני רב-משתתפים.

כלל "התלות" מתחייב מן המאפיינים המשותפים של כל מערכת העבירות הנגזרות מן העבירה הטיפוסית – הן במישור השלבים לקראת השלמתה והן במישור התרומות העקיפות לביצועה העיקרי – ומן היחסים הייחודיים שביניהן ובינה, כפי שגובשו ונותחו בתחילת דיוגנו, הכללי, בצורות של התנהגות ענישה הנגזרות מן הביצוע העיקרי והמושלם של העבירה²²² – והרי הם יחסי הצמידות, התכליתיות וההיבלעות.

הדיבור "תלות" נועד להביע את הויקה של צורות השותפות העקיפה לעבירה, לביצועה העיקרי, ויקה הקרויה בלע"ז: *accessoriété, criminalité d'emprunt, Akzessorietät* אף במונח *dépendance*²²³. אף בהלכה הישראלית נהוג להשתמש בדיבור "אחריות אקססורית" (מתלות)²²⁴ או להגיד "שאחריותו של המסייע נטפלת היא"²²⁵ (ההדגשה הוספה).

364. כאשר אנו מתייחסים לתלות צורות "השותפות העקיפה" של העבירה, בביצועה העיקרי, הכוונה הברורה היא ל"שידול" ול"סיוע" לדבר עבירה, כצורות התנהגות נגזרות במישרין מן הביצוע העיקרי של אותה עבירה, ולא גם לצורות נגזרות בגילגול שני, כגון הנסיון לשדל, שפליליותו נובעת מהוראה מיוחדת, או הנסיון לסיוע שבהעדר הוראה כזאת אינו פלילי כלל. כאשר אנו מתייחסים ל"ביצוע העיקרי" של העבירה, הכוונה היא הן לביצוע העיקרי המושלם של העבירה והן לביצוע שנופל בגדר נסיון בלבד; שהרי, גם העבירה המושלמת וגם הנסיון לבצע עבירה, כוללים בהם "ביצוע". כל מה שייאמר לגבי צורות השותפות העקיפה של עבירה לביצועה, כוחו יפה גם במקרה שהמבצע לא הספיק או לא הצליח להשלים את ביצועה. אותה לשון, "שידול לביצוע" "סיוע לביצוע", מקיפה את שתי ההנחות – ביצוע מושלם וביצוע שנשאר בגדר נסיון. לא למותר להעיר שוב שבשתי ההנחות כאחת, השידול והסיוע נשארים צורות של התנהגות נגזרות במישרין מן הביצוע.

2. § היבטי התלות

365. התלות האמורה של צורות השותפות העקיפה לעבירה, בביצועה העיקרי, היא רבת היבטים²²⁶. ראשית כל, בויקה הגיונית, כפי שציינו פעמים רבות, "שידול" ו"סיוע" בעלמא הם ביטויים חסרי משמעות ותוכן. וכשמדובר ב"שידול" ו"סיוע" לתופעה נתונה – ולו אף במישור

222 ראה פסקות 20–60.

223 כלשון המלומד H. Schultz ב"L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction (Droit pénal suisse)" 27 Rev. int. de droit pénal (1957) 122, 132–134

224 ראה ע"פ 61/73 שמואלי נ' מ"י, פ"ד כח(1) 281, 291 מול אות השוליים ו.

225 ראה ע"פ 753/72 חבורה נ' מ"י, פ"ד כח(2) 57, 60 לפני אות השוליים א.

226 ראה: H. Schulz, "L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction (Droit pénal suisse)" 27 Rev. int. de droit pénal (1957) 122

הכללי ביותר – פירושו של דבר, תלותם בתופעה עבריינית, על ביצועה העיקרי, כמובן; ובמישור ההגשמה, ה"שידול" או ה"סיוע" צמודים לאירוע קונקרטי שנופל בסוג נתון של עבירה טיפוסית, על ביצועה העיקרי²²⁷. זיקת התלות האמורה בתחום הפלילי, מהוויבת, אפוא, מההיגיון שבטבע הדברים. השידול או הסיוע לדבר שמהוץ לתחום זה אינם מענייננו, ואילו כשהם מענייננו, זה משום שהם לתופעה עבריינית, בלבד ודווקא.

היבט אחר של התלות בה דנים הוא ההיבט האפקטיבי – שידול וסיוע מותנים כאמור בביצוע עיקרי, שכן אם המבצע העיקרי לא ניגש לביצוע העבירה, ואין נפקא מינה אם השלים אותו, אם לאו, נשארים השידול והסיוע בגדר נסיון בלבד. זו תהיה התנהגות נגזרת בגילגול שני, מהתנהגות שהיא כבר וכשלעצמה נגזרת מהתנהגות נגזרת, ושייכותה לנושא דיונו היא שאלה משפטית נפרדת²²⁸.

היבט שלישי של התלות מתבטא בזיקת הפליליות של השידול והסיוע לפליליות הביצוע העיקרי. השידול והסיוע עשויים להיות פליליים רק אם הביצוע העיקרי, שעומו הם מתמזגים באירוע עברייני משותף, נושא אופי פלילי; אם לא כן, מנועים מלדבר על שותפות לדבר עבירה. להיבט זה של "התלות", ניתן לצרף את הזיקה של צורות השותפות, זו לזו, מבחינת העבירה, מאותו סוג או גם מפוגים שונים, אליה ניתן להצמידן, למרות, או אולי דווקא משום, שהנחת יסוד היא אירוע עברייני אחד ויחיד. כלומר, מן ההכרח להידרש לזיקת הפליליות הן על קיומה והן על מיבה, בין צורות השותפות.

ולבסוף, ההיבט האחרון של התלות נעוץ בזיקת מידת האחריות הפלילית בגין שידול וסיוע, לעבירה, למידת האחריות הפלילית בגין הביצוע העיקרי של אותה עבירה. המחוקק יכול לנקוט מדיניות מגוונת לעניין זה: לראות, במישור הנורמטיבי כמובן, בחומרה שווה, או אף בחומרה יתירה את השידול לדבר עבירה, בהשוואה לחומרה הטמונה בביצועה העיקרי; לראות בחומרה מופחתת את הסיוע לדבר עבירה בהשוואה לחומרת ביצועה העיקרי ולחומרת השידול לביצועה. הכל כאשר מידת החומרה מוצאת את ביטויה במידת האחריות הפלילית, וזאת במידת העונש שנקצב בחוק בגין צורות השותפות למיניהן, לדבר עבירה. לגבי עבירות מסוימות עשוי המחוקק לראות כנסיבה מחמירה, את ההשתתפות, בתנאים מסוימים, של שניים או יותר, או של יותר משלושה, בביצוע העבירה, ולהחמיר עקב כך את העונש שנקצב לה; כך עשה המחוקק הישראלי, למשל, בהוראות סעיף 2(335), 2(353), 2(354) (א), 2(274) (3) לחוק העונשין. בסעיף 169 (א) (2) להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, מוצע לראות כנסיבה מחמירה את ההשתתפות בביצוע העבירה, ביחד עם צד שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים, או עם צד בעל אחריות מופחתת, או הנתון לפיקוחו או מרותו של הנידון. הקודקס הפלילי האיטלקי קובע, בסעיף 112, כי, בתנאים מסוימים, השתתפות בביצוע עבירה של מספר אנשים מהווה נסיבה מחמירה כללית, ובעלת השלכה על העונש שנקצב לעבירה בחוק.

כל אלה הם עניין של תפיסת עולם ומדיניות. אולם, לכל אלה אמת-מידה ונקודת מוצא משותפות – מידת האחריות הפלילית שנקבעה לעבירה הטיפוסית, על ביצועה העיקרי. ומידה זו של אחריות פלילית משמשת נקודת מוצא לקביעת מידת האחריות הפלילית בגין צורות השותפות העקיפה לכל עבירה בנפרד.

כפי שהודמן לנו כבר להיווכח, ההיבט השלישי של התלות – זיקת פליליותן של צורות

²²⁷ ראה פסקה 22.

²²⁸ ראה פסקות 16–19.

השותפות לדבר עבירה, בינן לבין עצמן, על קיום הפלילות ועל טיבה – הוא ההיבט המרכזי עליו מושטת עיקר הדיון בנושא העבירה רבת-המשתתפים, ואחריותם של הצדדים לה.

366. יחד עם זאת, מן הראוי לציין, כי גם בתחום השידול והסיוע, שדינם ענישה פלילית, ישנו מספר לא מבוטל של צורות התנהגות כאמור, שהן מוגדרות בחלק הספציפי של החוק הפלילי, כעבירות שעומדות ברשות עצמן, כאילו בלתי תלויות הן בביצוע עיקרי של עבירה כלשהי. תופעה זו נובעת משיקולים שאינם תמיד זהים. השיקול השכיח ביותר, שגורם לתופעה זו, הוא, שאילמלא ההפללה המיוחדת כאמור של השידול והסיוע, היתה פלילותם חסרת כל תשתית חוקית. זאת, בשל כך שהביצוע העיקרי אינו בגדר עבירה. שיקול זה הוא ביטוי של הפן השני, יחס הצמידות של הצורות של התנהגות ענישה הנגזרות מן הביצוע העיקרי של העבירה הטיפוסית, ושל תלות פליליותן של צורות אלה בפלילות הביצוע העיקרי של זו: אם אין עבירה טיפוסית אליה ניתן להצמיד את הסיוע והשידול, ואין ביצוע עיקרי פלילי בו ניתן לתלות את פלילותם, מתחייבת פלילות מכוח נורמה עצמאית מיוחדת. כך, בשל אי-הפלילות, לפי דיני ישראל, של הזנות עצמה, ניתן היה לבסס את פלילות השידול למעשה זנות או לעיסוק בזנות, רק על הנורמות המיוחדות של סעיפים 201 ו-202 לחוק העונשין; פלילות השידול למעשה בלתי מוסרי הצריכה את ההוראה המיוחדת שבסעיף 209(א) לחוק העונשין, מאחר שהביצוע עצמו של מעשה בלתי מוסרי אינו מוגדר כעבירה פלילית; פשיטת-יד או קיבוץ נדבות במקום ציבורי אינם בגדר עבירה, ולכן פלילות השידול לכך, של קטיף מתחת לגיל 16, היתה מותנית בהוראה המיוחדת שבסעיף 216(א)(2) לחוק העונשין; הנסיון להתאבד אינו עוד בגדר עבירה פלילית וההתאבדות עצמה אינה יכולה עוד להצמיח עבירה פלילית, לכן פלילות השידול והסיוע להתאבדות היתה זקוקה להוראה המיוחדת שבסעיף 302 לחוק העונשין; אין איסור פלילי על המרת דת, ולכן שידול קטיף להמיר דתו הוא פלילי מכוח ההוראה הספציפית שבסעיף 368(ב) לחוק העונשין; בין בני זוג החיים יחד אין גניבה, לכן נקבעה פלילות השידול לגניבה כאמור בהוראה המיוחדת של סעיף 389 לחוק העונשין; בסעיף 102(א) לחוק העונשין נקבעה פלילותו של סיוע בידי שבויה מלחמה להימלט או לנסות להימלט ממקום כליאתו, משום שההימלטות עצמה אינה בגדר עבירה. בדוגמאות דלעיל, מאששים האיסורים הספציפיים של מעשי שידול או סיוע להתנהגויות מסוימות, שאינן בגדר עבירה פלילית, את הניקה ההגיונית של השידול והסיוע לביצוע העיקרי, ואת זיקת פלילותם לפלילות ביצוע זה; וגם אלה הן השתקפויות של תלות הצורות של התנהגות ענישה הנגזרות מן הביצוע העיקרי, בביצוע זה.

367. סוג אחר של מקרים בהם קיימות נורמות מיוחדות להפללת מעשי שידול וסיוע לדבר עבירה, הוא זה בו המחוקק ראה לנכון לקבוע עונש מיוחד, מוגבר, לצורה זו או אחרת של התנהגות נגזרת מן הביצוע העיקרי, בהשוואה לעונש שנקצב לעבירה הטיפוסית. דוגמה מובהקת היא זו של סיוע לבריחה ממשמורת חוקית, בהתאם לסעיף 258 לחוק העונשין. העונש בגין הסיוע לבריחה הוא יותר מכפל העונש בגין הביצוע העיקרי של הבריחה עצמה, כאשר העבירה המיוחסת לאסיר או לעצור אינה מסוג פשע²²⁹.

נדמה כי מקרה מיוחד של הפללה ספציפית של מעשי שידול או סיוע לדבר עבירה, למרות פלילותם גם לפי הכללים הרגילים, הוא זה בו המחוקק ראה את הצורך להעניק לבתי המשפט

229 ראה גם הסיוע לבריחה לפי סעיף 259 לחוק העונשין.

האזרחיים את הסמכות לדון בשידול או בסיוע, על-ידי אזרח רגיל, לעבירה צבאית, כאשר הסמכות לדון בביצועה העיקרי נתונה, כמובן, לבתי הדין הצבאיים. למשל, בסעיף 109(ב) לחוק העונשין ישנו איסור מיוחד על שידול או סיוע לעריקה; אגב כך, ניתן להבחין בפרט המוזר כי משום מה העונש הוא שונה ומופחת בהרבה, מזה שהיה צפוי למשדל או למסייע, אילו פלילות השידול או הסיוע היתה מושגת על ההוראות הרגילות של חוק השיפוט הצבאי, תש"ו—1955²³⁰. ולבסוף, בתחום העבירות נגד "סדרי המשטר והחברה"²³¹, יש מספר איסורים המקיפים גם מעשי שידול אינדיבידואלי לביצוע עבירה — אם כתוצאה ממנו היתה לפחות תחילת ביצוע — כדוגמת האיסורים לפי סעיפים 140 ו-141 לחוק העונשין. מבחינת מידת העונש, מסתבר כי האחריות היא דווקא מופחתת, בהשוואה לזו שהיתה נובעת מהחלת ההוראות הרגילות. יש להניח כי המחוקק המנדטורי שילב בתוך פקודת החוק הפלילי, 1936 הלכות שנפסקו במשפט האנגלי, על היקפן הגלובאלי, הבלתי-מאובחן, מבלי לדאוג, לפחות, להתאמתן להוראות החלק הכללי של הפקודה; ויחד עם זאת, אולי סבר אותו מחוקק כי הוא מוציא מן האלמוניות מקרים אחדים של הסתה ושידול, המהווים ביטוי של חתירה נגד סדרי המשטר והחברה, כדי להזהיר במיוחד, בשל משמעותם, מפני ביצועם. ראוי רק לציין כי אין אנו מקיפים בין מקרים אלה גם את עבירות "ההמרדה" לפי סעיפים 133 ו-134 בצירוף לסעיף 136 לחוק העונשין, מן הטעם שמעשי ההמרדה מופנים לציבור בני-אדם, בלתי מזוהים באורח אינדיבידואלי, בהבדל מן השידול או ההסתה במובן הטכני, המותנים במשדול מסויים, במעשה שבין פרט לפרט.

3.6. אחדות העבירה רבת-המשתתפים

368. התלות, מבחינת זיקת הפלילות של צורות השותפות העקיפה לדבר עבירה, בביצועה העיקרי, מוליכה לרעיון של "אחדות" העבירה למרות ריבוי המשתתפים בה. רעיון זה הוא מובן מאליו ומקובל בכל המקרים הרגילים של עבירה רבת-משתתפים. כאשר א' מזייף מסמך עקב שידול לכך מטעמו של ב' ו-ג' סיפק ל-א' את החומר המיוחד שנדרש למלאכת הזיוף, אין כל וויכוח כי כולם, השותפים העקיפים, ב' ו-ג', והשותף הישיר, א', נטלו חלק בביצוע אותה עבירה של זיוף, אחת ויחידה, רבת-המשתתפים, בה נבלעים חלקיהם של שלושתם באירוע העברייני המשותף. כאשר א' מבצע גניבה עקב שידול מטעם ב' ותוך שימוש במידע שסופק על-ידי ג' בנוגע למקום הימצאותם של החפצים מושא הגניבה, כולם השתתפו בביצוע אותה עבירה, אחת ויחידה, ואין היא מתפצלת לחלקים לפי מספר המשתתפים בה. וזוהי התמונה הפשוטה ברוב רובם של המקרים הרגילים, בהם האירוע העברייני הוא פרי השתתפותם של שניים או יותר, בתפקידים שונים או אפילו בתפקיד זהה. ראוי לשים לב כי אין אנו דנים כאן גם באיבחון חלקיהם של כל אחד מן המשתתפים בהתאם לתפקידיהם בביצוע העבירה; כי זוהי שאלה לגמרי נפרדת. אם אין חולקין על כך שזוהי התמונה הרגילה — עבירה אחת למרות ריבוי העבריינים — ניתן לקבוע כי זהו הכלל, דהיינו כי ריבוי המשתתפים באותו אירוע עברייני אינו גורע מאחדות העבירה. אין כל סתירה ביניהם; אדרבא, הם משתלבים יפה זה בזה, מטבע הדברים. בשילוב זה באים לביטוי יחס הצמידות של השידול והסיוע לביצוע העיקרי ולפלילותו של ביצוע זה,

230 סעיף 92 בצירוף סעיף 17(14) לחוק זה. נדמה כי לאותה מטרה נועדו גם הוראות סעיף 110 לחוק העונשין.

231 ראה פרק ח' לחוק העונשין; גם בפרק ט' הדן בעבירות "בסדרי השלטון והמשפט" ניתן להיתקל בעבירות מאותו סוג — כדוגמת העבירה של "הסתה להימנע מתשלומי חובה" לפי סעיף 289.

יחס התכליתיות של השידול והסיוע לביצוע העיקרי, יחס ההיבלעות של כולם באותו אירוע עברייני בעל היקף מיוחד, מורחב, כאשר העבירה היא רבת-משתתפים.²³² זהו הכלל, שאין מגוס ממנו, הן אם הוא בא לידי ביטוי נורמאטיבי והן אם לאו, ויתירה מזו, אף כאשר סוברים כי ניתן לסחור אותו או לבטלו בדרך נורמאטיבית. בחוק המצוי בישראל הוא בא דווקא לידי ביטוי מפורש; סעיף 26 לחוק העונשין פותח בהיפותיזה "נעברה עבירה", והיא רבת-משתתפים בהתאם להגדרת צורות השותפות שבהמשך הוראות הסעיף, יישאו כל אחד מן המשתתפים בביצועה "באחריות לה". כלומר, התנאי הבסיסי הוא פליליות – "עבירה" שנעברה נאמר ולא "מעשה" שנעשה – של האירוע רבת-המשתתפים, והפליליות של כל צורות השותפות הנגזרות ממנו מושאלת מפליליותו של ביצועו העיקרי, ומותנית בה; ואילו הדיספוזיציה שבפתיחה גם היא חדי-משמעית – נשיאת כל המשתתפים באחריות "לה", לאותה עבירה, ביחיד, אחת ויחידה, למרות ריבוי העבריינים ושונוות התפקידים בהם ניתן היה ליטול חלק בביצועה; "תלות" ו"אחדות" שאינן ניתנות להפרדה, ככלל. על החריגים נדון בהמשך, וכאשר מתייחסים למגבלות ה"אחדות", מגבלות ה"תלות" במשמע, וגם ההיפך.

369. אחדות העבירה רבת-המשתתפים, על היקפה החובק את תרומותיהם של כל המשתתפים לביצועה, עשויה לשמש תשתית עקרונית לפתרון שאלות מעשיות מן השנויות ביותר במחלוקת. כך, למשל, א' שידל את ב' לבצע מעשה גניבה וקיבל לאחר מכן, תמורת תשלום, את החפץ שנגנב על-ידי ב'. כך קרה בע"פ 472/74²³³ בו הורשע המערער בערכאה הראשונה בגין שידול לגניבה של מטען של 16 טון פלסטיק מנמל אשדוד, לפי סעיף 26(3) בצירוף סעיף 391 לחוק העונשין, וגם בקבלת אותו מטען בידיעה שנגנב בדרך פשע, לפי סעיף 411 לחוק העונשין. בית המשפט העליון ביטל את ההרשעה האחרונה מן הנימוק שהמתחייב בעבירה של גניבה אינו יכול להתחייב גם בעבירה של קבלת הרכוש הגנוב. שכן, נטילת הרכוש ונשיאתו הן רכיב חיוני של הגניבה עצמה, ואילו קבלת הרכוש הגנוב טומנת בחובה קבלה מאדם אחר שהוא זה שגנב את הרכוש. אשר למשדל לגניבה "חלות עליו כל התוצאות הנוגעות מן ההרשעה הזו [בגניבה] לרבות התוצאה שבהתאם להלכה... הנ"ל אין להרשיעו גם בגניבה וגם בקבלת רכוש גנוב"²³⁴. לדעתנו עומד מאחורי נימוק זה הרעיון של "אחדות" העבירה – שעה שנעברה עבירה רבת-משתתפים, תרומתו של כל אחד מהם היא חלק ממנה, והעברת החפצים הגנובים ביניהם אינה מולידה כל עבירה נוספת, יהיה תפקידו של כל אחד ואחד מהם אשר יהיה; בדיוק בדומה למקרה בו שני מבצעים עיקריים אשר מחלקים ביניהם את השלל לאחר הגניבה, ואחד מעביר לזולתו, תוך כדי כך, מן החפצים שהוא הספיק לאספם בביצוע הגניבה. כך גם קבלת חפץ גנוב מידי מבצע עיקרי על-ידי משדל או מסייע לגניבה; זהו עניין של תנאי חלוקת השלל. אולם, לא כך נפסק בע"פ 146/81²³⁵ בו הורשע המערער כמשדל למעשה שוד וגם כמקבל נכס שהושג בדרך פשע. הוא שידל שלושה אחרים ל"השיג" עבורו מכונית וקיבל אותה מהם תמורת סכום כסף מסויים, לאחר שאלה שדדו אותה מבעלה. לא נטענה כל טענה שאין מתיישבת השתתפות בעבירת השוד עם עבירה נוספת של קבלת הרכוש הנשדד; אין אדם מקבל רכוש גנוב כאשר הוא בעצמו נטל חלק בגניבת אותו רכוש, אפילו כשותף עקיף. אך בית המשפט לא

232 ראה פסקות 20–57, 367–368.

233 ע"פ 472/74 אבוטבול נ' מ"י, כט(2) 301.

234 שם, מול אות השוליים ה.

235 ע"פ 146/81 אל סנע נ' מ"י, פ"ד לו(2) 500.

ראה עצמו מנוע מלאשר את שתי התרשעות, זו בצד זו. נדמה לנו כי, במקרה זה, פתרון בית המשפט אינו עולה בקנה אחד עם הלכתו הקודמת ובוודאי שלא עם עקרון אחדות העבירה כשהיא רבת-משותפים.

§ 4. מגבלות האחדות

370. כפי שנראה להלן, קיימות גם מגבלות לאחדות העבירה כאמור, והן פרי המשמעות הייחודית של עצם מושג השותפות, או פרי מצבים חריגים, המחייבים יוצאים מן הכלל, אך מבלי לגרוע ממנו. נזכיר תחילה את ה"מגבלה" הנובעת מייחוד השותפות, על כל צורותיה, מבחינת היסוד הנפשי, ובקשר לכך, מהשלכת "הטעות במצב דברים" על מהות המעשה, כפי שניתן לייחסו לטועה — שותף לעשייתו. נדון תחילה ב"מגבלה" הנובעת מן הייחוד האמור, ואילו ב"מגבלה" הכרוכה בהשלכת הטעות במצב דברים, נדון לאחר שנדון במגבלות — ללא מרכאות — הנובעות ממצבים חריגים. כמובן, כל המגבלות האמורות טעונות תשתית נורמטיבית, אם מפורשת ואם מכללא, או עיגון בעקרונות עליהם מבוססת הסדרת הסוגיות המשפטיות הנוגעות לעניין; ונראה כי הם — תשתית ועיגון אלה — קיימים.

371. ייחוד היסוד הנפשי האופייני לצורות השותפות לדבר עבירה הנובע משל ייחוד היסוד הנפשי מיחס התכליתיות²³⁶ בין צורות השותפות העקיפה לדבר עבירה, לבין ביצועה העיקרי, מחייב לגבי צורות אלה, כהנחת יסוד, יסוד נפשי של מחשבה פלילית מיוהדת במטרה לממש את יעדה של התרומה העקיפה. יעדו של המשדל הוא להביא את זולתו לביצוע עבירה, ויעדו של המסייע לאפשר לזולתו את הביצוע או להקל אותו עליו²³⁷. זאת, בנוסף למודעות למה שהמבצע העיקרי עומד לעשות עקב השותפות. אין אפוא שידול ואין גם סיוע, כצורות התנהגות ענישה, מתוך רשלנות בלבד. כתוצאה מכך, גם הביצוע העיקרי טעון מחשבה פלילית, על מנת שכל הצדדים — המבצע העיקרי, המשדל והמסייע — יהיו שותפים לאותה עבירה ואחראים לה. אם לא כן, המשדל והמסייע אינם שותפים למה שהגשים — עבירה של רשלנות — המבצע העיקרי, וזה אינו שותף למה שהם שידלו וסייעו — ארוע, תוך מודעות למשמעותו העבריינית. הניקה ההגיונית המתחייבת ממושג השותפות מותנית בהומוגניות הבסיסית של היסוד הנפשי האופייני על כל צורותיה, ואם השידול והסיוע מותנים ביסוד נפשי של מחשבה פלילית, מן ההכרח שהביצוע העיקרי יהיה מתוך אותו סוג של יסוד נפשי.

לאותה מסקנה מגיעים גם כאשר מנתחים את ייחוד התרומות לביצוע העבירה, המתבטאות בשידול ובסיוע. ייחוד תרומתו של המשדל לדבר עבירה מתבטא ביצירת הנכונות אצל המשדול לקבל את החלטתו לבצע את העבירה בה מעוניין המשדל, או בהטיית כף המאזניים בלב המשדול לצד קבלת החלטה כזאת; החלטה כאמור, משמעה כפשוטה — ביצוע עיקרי מתוך מודעות לנעשה על כל הדרישות לשם התהוות עבירה פלילית, כלומר, מתוך מחשבה פלילית. ייחוד תרומתו של המסייע לדבר עבירה מתבטא ביצירה במודע של תנאים שיאפשרו לעושה או שיקלו עליו, את ביצוע היסוד העובדתי שבעבירה. אם חסר אלמנט המודעות, נשאר מן הסיוע רק צירוף מקרי, אוביקטיבי גרידא, לביצוע, שאין בינו לבין משמעות הסיוע, ולא כלום. בקיצור, השידול והסיוע,

²³⁶ ראה פסקה 50.

²³⁷ ראה ביתר פירוט על היסוד הנפשי האופייני לצורות אלה של שותפות, פסקה 306 ואילך, ופסקה 336 ואילך.

כשלעצמם, מתבצעים במחשבה פלילית בלבד, ומותנים גם בביצוע ישיר מתוך מחשבה פלילית אף הוא. אם לא כן, חסר האירוע הפלילי את שלמותו. במלים אחרות – כשם שאין שידול וסיוע לדבר עבירה אלא מתוך מחשבה פלילית, כך גם הביצוע העיקרי עקב שידול וסיוע כאמור, הוא מתוך מחשבה פלילית. בדברים אלה באה לידי ביטוי הזיקה המהותית בין צורות השותפות לבין עצמן, מבחינת היסוד הנפשי האופייני להן.

המקרה בו הביצוע "העיקרי" היה מתוך רשלנות והצמיח, במקביל, מכוח הוראה מיוחדת, עבירה של רשלנות, הוא, כפי שראינו, אחד מן המקרים של ביצוע באמצעות אחר, כלומר ביצוע "עקיף"²³⁸, כמובן מתוך מחשבה פלילית, ושל עבירה נפרדת של מחשבה פלילית, מקבילה לזו של רשלנות.

זיקה הגיונית ומהותית זו, בין צורות השותפות, מבחינת היסוד הנפשי האופייני להן, גורם ל"מגבלה" שבעטיה אחדות העבירה מותנית בהיותה עבירה של מחשבה פלילית, ולא גם עבירה של רשלנות.

במקרה זה, ה"מגבלה" האמורה לאחדות העבירה היא אפוא מגבלה במרכאות בלבד; שכן, לאמיתו של דבר המדובר באירועים עברייניים נפרדים מטבע ברייתם, בעטייה של מהות שונה ונבדלת של היסודות הנפשיים הטמונים בהם; באותה מידה, ואולי אף יותר, שונה העבירה של מחשבה פלילית מזו של רשלנות, המתבצעת על-ידי יחיד, כאשר ההבדל היחידי ביניהן הוא ביסוד הנפשי השונה שבהן.

הוא הדין, בהבדל קל הנובע שוב מטבע הדברים, כאשר מדובר בעבירה של אחריות קפידה. ידוע כי גם עבירות מסוג זה עשויות להתבצע מתוך מחשבה פלילית. כאשר כך הדבר, אין כל מגבלה מיוחדת, לאחדות העבירה, הנובעת מהשתייכות העבירה לסוג זה של עבירות; כל השותפים, המבצע העיקרי, המשדל והמסייע נטלו חלק באותו אירוע עברייני על היבטו האובייקטיבי והסובייקטיבי כאחד. אם אין הוכחה שהעבירה נעברה במחשבה פלילית – אם משום שהביצוע העיקרי אכן לא היה מתוך מחשבה פלילית, ואם משום שהעבירה של אחריות קפידה אינה טעונה הוכחת יסוד נפשי כלשהו – הופכים השידול והסיוע, בהיותם מותנים במחשבה פלילית, לביצוע "עקיף" של העבירה של אחריות קפידה, בצד ביצועה הישיר, הפעם, של אותה עבירה; תהיה זו אותה עבירה, משום שאיסור עבירה של אחריות קפידה מקיף את ביצועה בכל צורה של יסוד נפשי, הן אם הוא מוכח והן אם הוא מונח. מכאן, במקרה של עבירה של אחריות קפידה, ה"מגבלה" לאחדות העבירה, שנובעת מן הייחוד של היסוד הנפשי האופייני לשידול ולסיוע לדבר עבירה, מצד אחד, והאופייני לעבירה של אחריות קפידה, מצד אחר, היא עוד פחות מורגשת.

372. כאן המקום להידרש גם לשאלה אם תיתכן, לפחות, שותפות הומוגנית לעבירה של רשלנות, דהיינו שותפות של שניים או יותר כמבצעים עיקריים בביצוע אותה עבירה, אחת ויחידה, של רשלנות. תשובתנו היא, כי, אפילו משתלבות התרומות הגופניות של כל אחד מן המשתתפים, זו בזו, בפעילות משותפת שהצמיחה את האירוע העברייני, אירוע זה נותן ביטוי למספר עבירות של רשלנות, כמספר האנשים שתרמו מתוך רשלנות להתרחשות האירוע. שכן, העדר המודעות, האופייני לרשלנות, של אדם, לרכיב זה או אחר של היסוד העובדתי שבעבירה, מבודד את חלקו של כל אחד בהתרחשות האירוע, מחלקיהם של האחרים, ומקנה לו אופי עצמאי, אפילו כאשר אותו רכיב הוא משותף מבחינה עובדתית.

238 ראה פסקה 271 ואילך.

ניקח לדוגמה את המקרה שבא לדיון לפני בית הדין הצבאי לערעורים בתיק ע/204/71²⁸⁹. שני חיילים הועמדו לדיון בגין עבירה של גרימת מוות ברשלנות, ובבית הדין הצבאי המחוזי הורשע רק אחד מהם בעבירה זו, ואילו השני זוכה ממנה. והרי העובדות: שלושה חיילים — לצורך הדיון: א', ב' ו-ג' — יצאו לתור בקירבת מחנה יחידתם ומצאו בשטח, בשלב מסוים, ארגון רימונים. הם החליטו לערוך מטווח. בשעת עריכת המטווח עמדו כולם בשורה חזיתית, ספרו "שתיים, שלוש", ולאחר קריאה "זרוק", זרקו כל אחד את הרימון שבידו באותו כיוון. בעת שחזרו בפעם השנייה על זריקת הרימונים, אירעה התפוצצות באויר עקב התנגשות בין הרימונים שנזרקו על-ידי א' ו-ב'. א' נפגע מרסיס אחד הרימונים ונהרג. ב' ו-ג' הועמדו לדיון כאמור, ג' זוכה משום ש-א' נפגע מרסיס של רימון שלא ג' היה זה שזרק אותו, ורק ב' הורשע. בבית הדין הצבאי לערעורים, נתקבל הערעור נגד הדין, וגם ג' נמצא אשם כמבצע של המתת אדם ברשלנות. אין לנו כל ספק כי הכרעה זו בדין יסודה. בנסיבות העניין, כל אחד משלושת החיילים, כשזרק את הרימון שבידו, זרק — ללא כל פיקציה בדבר — גם את הרימונים שבידיהם של חבריו, שכן זריקתו של כל רימון היתה חלק מזריקת כל הרימונים ותנאי לכך; והיות שהאפשרות של התנגשות בין הרימונים היתה בגדר הצפיות הסבירה, על כל הפגיעות האפשריות הכרוכות בכך, כל אחד גרם לתוצאה הקטלנית מתוך רשלנותו הוא, כולל החייל שנפל קרבו, וכולל החייל השלישי שרימונו לא התנגש ברימוני הנותרים. קיימים אפוא כל הנתונים שיש בהם כדי לספק את הדרישות להתהוות עבירות עצמאיות של גרימת מוות מתוך רשלנות — (א) תוצאה קטלנית; (ב) בעלת זיקה סיבתית; (ג) לרכיב התנהגותי נעוץ בתרומתו הגופנית למהלך הקונקרטי של השתלשלות הדברים, של כל אחד מן הנאשמים; ו-ד) רשלנותו של כל אחד, במישור הגפשי, בהיות התוצאה בגדר הצפיות הסבירה. אין זה עניין של ביצוע בצוותא, המותנה בתשתית נפשית של מודעות — *animus* — משותפת, בנוסף על המסגרת ההתנהגותית המשותפת; אין זה עניין אף של שותפות עקיפה להיווצרות האירוע, המותנית גם היא, כתנאי יסוד, בתשתית כאמור לגבי מה שעומד להתרחש. זה עניין של ביצוע עיקרי אינדיבידואלי מטעם כל אחד מן המעורבים על חשבונם הוא, למרות המסגרת ההתנהגותית המשותפת, ובליווי רשלנותו הוא, ללא כל מסר, מבחינה זו, לרעהו; וכמובן, העובדה שהתוצאה האסורה היא אחת ויחידה, אין בה כדי לגרוע או להוסיף. לא למותר לציין כי בפסק-הדין אף לא הוזכרה הנורמה הפלילית שדנה בסוגית השותפות.

373. אילו כל אחד משלושת החיילים היה זרק את רימונו על דעת עצמו, עשויה היתה להצטייר גם תמונה אחרת, אך שוב לא במסגרת כללי השותפות. כדי להסביר את הדברים, נשתמש בדוגמה אחרת בה ניתן לתאר, בנקל, היפותיזות שונות, תוך שינוי קל בעובדות. נניח שהוטל על שני פועלי בניין לפרק פיגום גבוה, עליו היו מונחים גם חומרי בניין שונים. הם דאגו קודם לפינוי הפיגום מחומרים אלה, ותוך כדי כך זרקו משם ארצה לבנים. הם דאגו לסגור את הכניסה מן החוץ לאתר הבנייה, מקום בו נפלו החומרים, אך לא חשבו על האפשרות שפועלים באתר עצמו יכולים להזדמן שם באותה עת, וכך נפצע קשה פועל שלישי מפגיעת לבנה ונפטר עקב כך. נניח, כהנחה ראשונית, שנקבע מי מבין שני הפועלים זרק את הלבנה הקטלנית, כאשר עצם עבודת הפינוי של הלבנים נעשתה ללא תיאום מיוחד ביניהם. נדמה כי גרימת המוות ברשלנות תיחס לאותו פועל בלבד, אם כי, במקביל, זרק לבנים, גם הפועל השני באותה רשלנות.

²⁸⁹ ראה קובץ פסקי-דין נבחרים של בית הדין הצבאי לערעורים שנת 1971, 331.

אין אנו רואים הבדל מהותי בין המקרה בו שני הפועלים עשו את פעולותיהם בסמיכות מקומית, זה על-ידי זה, לבין המקרה בו כל אחד עבד בקצה אחר של הפיגום. העיקר הוא שלא היה כל סדר מחייב בין פעולותיהם, כל התנייה של פעולות האחד בפעולותיו של האחר, או כל תיאום מיוחד אחר בין פעולותיהם, המאחד אותן לפעילות אחת, בלתי ניתנת לפיצול. בהנחה נוספת זו, היו מתחייבים שני הפועלים כמבצעים עיקריים של גרימת מוות ברשלנות, בדיוק לפי השיקולים שהביאו גם להרשעת החייל השלישי בפרשת הרימונים דלעיל²⁴⁰.

נניח, כהנחה אחרת, מורכבת על ההנחה הראשונה, שאין כל אפשרות לקבוע מידו של מי מבין שני הפועלים הושלכה הלבנה שגרמה לתוצאה הקטלנית. במקרה זה, נדמה לנו כי אין תשתית הוכחתית להאשמת אף לא אחד מבין שני הפועלים בגרימת המוות, למרות שהוא נגרם. והיו כבר דברים מעולם, כאשר, בשל חוסר הוכחות, מנועים מלהאשים אדם מסויים, אף כאשר מדובר בעבירות חמורות יותר, כגון רצח.

הן בהנחה הראשונה והן בזו השנייה, אין כל מקום לנתח את הדברים במושגים של שותפות לדבר עבירה; השותפות, כשמדובר בביצוע בצוותא, מותנית, ראשית לכול, במודעות המבצעים למתכונת זו של ביצוע העבירה על כל רכיבי היסוד העובדתי שבה. בהנחות דלעיל נדרשת אפוא מודעות של כל אחד של המבצעים העיקריים לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית עקב פעילותם המשותפת, ולא לפעילות הפיזית עצמה, בלבד. אילו היתה מודעות כזאת, ולא רשלנות בלבד, אכן ניתן היה לראות בשני הפועלים מבצעים בצוותא, אם כי התוצאה האסורה נגרמה בפגיעה מלבנה אחת בלבד, שגורקה על-ידי אחד מהם בלבד, ואילו העובדה אם נקבע מי מביניהם זרק את הלבנה הקטלנית ואם לאו לא היתה מוסיפה או גורעת. כמובן, מושגי השותפות אינם ישימים בהנחות האמורות, גם כשמדובר בשידול או בסיוע. שכן, אם השידול וגם הסיוע נעשים במחשבה פלילית ואחד מנתוני הנחות אלה הוא שאם יש לייחס לשני הפועלים אשמה בגין מה שהתרחש, היא, אשמה זו, אינה עולה אלא כדי רשלנות בלבד, כלומר צפיית סבירה בלבד לתוצאה הקטלנית, אך לא צפיות בפועל. המקרה בו אחד הפועלים פעל תוך מודעות למה שעלול להתרחש, מעביר את הדיון בו על פסים אחרים – של הביצוע ה"עקיף", ואכן דנו בהנחה שונה זו במסגרת הדיון המקיף בסוגית הביצוע באמצעות אחר.

אבל נניח, תוך הנחה שלישית, ששני הפועלים פירקו ביחד עמוד ברזל כבד שנשמט מידיהם ובנפלו ארצה פגע פגיעה קטלנית בפועל אחר שעבר במקרה באתר הבנייה אותה עת. גם במקרה זה אין כל שותפות לדבר עבירה בין שני הפועלים שגרמו ברשלנות למות חבר לעבודה, מן הטעם הפשוט שאף לא אחד מהם לא היה מודע, עובר למעשה ובשעתו, לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית. יחד עם זאת, כל אחד משני הפועלים ביצע עבירה עצמית של גרימת מוות ברשלנותו הוא, אשר, כשם שהיא איננה מתיישבת עם המושג של מחשבה פלילית היא איננה יכולה לדור בכפיפה אחת עם היחס שבין שותפים.

אין אפוא שותפות מתוך רשלנות ולעבירה של רשלנות, הן אם המדובר בשותפות הומוגנית כמבצעים עיקריים בצוותא, והן אם המדובר בשותפות הטרוגנית, תוך היתוספות של משדלים או מסייעים²⁴¹.

374. נדמה כי פסיקת בית המשפט העליון עשויה לשמש אסמכתא קבועה לגישה זו, עד כדי

240 ראה פסקה 371.

241 ראה פסקה 243.

כך שהדיון והוויכוח התמקדו במישרין בשאלה אם אכן ניתן להגדיר את התנהגותו של כל אחד מן הנאשמים ברשלנות, תוך דחיית הרעיון של יחסי שותפות ביניהם.
 כך, בע"פ 131/56²⁴², האחים יעקב וברוך לחם הואשמו כל אחד בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, על סמך העובדות הבאות. יעקב, בעל רשיון נהיגה צבאי, הגיע הביתה עם מכונית-הטנדר הצבאית בה נהג. בעמדו להיכנס לדירה, בה גר ביחד עם אחיו ברוך, ביקש ממנו ברוך את הרישוי לנהוג קצת במכונית, אך הוא לא נענה לו. כשיצא מן הבית מצא יעקב את ברוך יושב במכונית ליד ההגה. כתוצאה מכך, התיישב יעקב מצד ימין של אחיו וסגר את הדלת הימנית. אותה שעה עמדה ילדה בת שמונה וחצי על המדרגה הימנית של המכונית ואילו ברוך התניע את המכונית והסיעה אתורנית מרחק של כעשרים מטרים. בזמן נסיעה זו, נפלה הילדה מן המדרגה עליה עמדה וגדרסה למוות על-ידי המכונית. יש להוסיף כי זה היה יום כיפור, ברחוב בלי מדרכות ובשעה בה שיחקו ברחוב ילדים רבים. בית המשפט המחוזי הרשיע את ברוך בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, בעוד שיעקב זוכה ממנה. ערעורו של ברוך נגד ההרשעה נדחה, ואילו ערעור היועץ המשפטי לממשלה נגד זיכויו של יעקב נתקבל. בית המשפט העליון הגיע למסקנה כי שניהם התרשלו במילוי אותה חובה לבדוק מראש אם ילד כלשהו לא נתלה על המכונית, כאשר שליטתו של יעקב על המכונית הצבאית, בהיותו בעל הרשיון לנהוג בה, משתורת בשליטתו של ברוך עליה, כמי שאחז בהגה ונהג בה. כדברי בית המשפט —

"לא יכול להיות ספק כלשהו שהמכונית נמצאה כל הזמן ברשותו, בפיקוחו ובשליטתו של ברוך, ולכן חלה עליו החובה לוודא מראש כי שום ילד לא נתלה על המכונית, כשם שאותה חובה חלה גם על אחיו יעקב, מאחר ועובדות 'הפיתוי' שעליהן דובר לעיל כוחן יפה גם לעניינו של ברוך. ושוב שומה עלי להדגיש שלא מתעוררת כאן השאלה אם ברוך היה 'מסייע' לדבר רשלנותו של יעקב, כי אם אשמתו של הראשון נעוצה ברשלנותו שלו — בעובדה שהפר את חובת הזהירות שחב במישרין לגבי הילדה המנוחה"²⁴³.

ראוי לציין כי ההגנה דווקא גיסתה להיבנות מטענת השותפות לדבר עבירה. הטענה היתה כי, היות שהעבירה של גרימת מוות לפי סעיף 304 לחוק העונשין (הוא סעיף 218 לפקודת החוק הפלילי — 1936) היא עבירה של רשלנות, ולא של *mens rea*, "מן הנמנע שאדם יהיה אשם כ'מסייע' בידי אחר לעבור אותה עבירה, כאשר אין מייחסים למסייע כוונה כזאת כי אם רשלנות גרידא"²⁴⁴. לכן על ברוך לחם לצאת זכאי בדינו. לא בכדי הגיב בית המשפט באמרו כי "אינו רואה צורך להיכנס לעובי הקורה של טענה זו..."²⁴⁵ "הואיל ולא ייתכן להסיק מהתנהגותו הפאסיבית של ברוך, כי התכוון לעודד את אחיו יעקב להפר את חובת הזהירות שהיתה מוטלת עליו, כאשר ברוך כלל לא נתן את דעתו על עניין זה. לפיכך אין לראות את ברוך כ'מסייע' לדבר עבירתו של יעקב"²⁴⁶. (ההדגשה הוספה); כלומר, בהעדר מודעות למה שעלול להתרחש, אין שותפות. אולם, בהימנעותו מלהפעיל את שליטתו על הרכב, כאשר היתה קיימת יכולת סבירה לצפות מראש את הנולד, ברוך, כמוהו כאחיו יעקב, התנהג ברשלנות, ולכן, כאחיו, הוא התחייב כמבצע מלא, אמנם ברשלנות, של אותה עבירה. מכאן, למעשה, דחיית הרעיון של שותפות

242 ע"פ 131/56 א' לחם נ' היוה"מ ; היוה"מ נ' ב' לחם, פ"ד יב (1) 320.

243 שם, בע' 332 בין אותיות השוליים ג-ד.

244 שם, בע' 331 בין אותיות השוליים ד-ה.

245 שם, שם בין אותיות השוליים ה-ו.

246 שם, בע' 334-335.

מתוך רשלנות לעבירה של רשלנות, והשתתף בהאשמה של כל אחד מן הצדדים לאירוע העברייני, על עילה עצמאית לאחריות פלילית, בבחינת עבירה של רשלנות, כמבצע עיקרי שלה, ללא זיקה להאשמתו של האחר. כל אחד ועילה משלו לאחריות פלילית.

375. נדמה כי, בכל המשפטים בהם הועמדו לדין מספר נאשמים בגין אירוע עברייני רשלני אחד — שרובם ככולם הם מקרי גרימת מוות — אף לא הוזכר מטבע הלשון "שותפות", לא המונחים המביעים את ביטוייה הפרטיים, ביצוע בצוותא, שידול, סיוע, וכמובן גם לא הוראות החוק שדנות בסוגית השותפות ומסדירות אותה. ההאשמות וההרשעות היו על טהרת הייחוס של עבירה של רשלנות, על מלוא היקפה, לכל אחד מן הנאשמים; ואם קרה שאחד מהם יצא זכאי בדינו, נבע הדבר מקביעת הוסר רשלנות בהתנהגותו הוא, מבלי להשליך בכח זה על עבירות הרשלנות של הנאשמים האחרים, כעבירות נפרדות, העומדות ברשות עצמן, אם כי הארוע היה אחד ואף, לעתים, בעל תוצאה מוזיקה אחת ויחידה; מכל מקום, התנכרות מלאה למבנה האופייני למקרים בהם מדובר בביצוע עבירת רבת-משותפים, מותנית במחשבה פלילית.

למשל, בע"פ 54/57²⁴⁷ הועמדו לדין והורשעו שלושה קבלני בניין בעבירה של גרימת מוות ברשלנות לילד שעלה על גג בניין וממנו על מבנה המסתיים בגגון-זכוכית של חדר המדרגות; הגגון נשבר והילד נתרסק לתוך חדר המדרגות. הבניין הוקם על-ידי הנאשמים. אף לא הועלתה השאלה של השתתף בהרשעות על כללי השותפות. כל אחד מהם התחייב בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, כאילו היה אשם יחיד, וה"שותפות" ביניהם לעסקי הקבלנות לא הולידה כל שותפות פלילית בנוגע לתוצאה האסורה, ללא מחשבה פלילית לגביה.

כך ניתן להזכיר מספר לא מבוטל של פסקי דין נוספים, בהם הואשמו, בכל אחד מהם, שניים או יותר, ביחד, בגין עבירה של גרימת מוות ברשלנות, ללא כל היוקקות למושגי השותפות, וללא כל הסתמכות על סעיף 26 לחוק העונשין המהווה תשתית נורמטיבית לאחריות הפלילית של צדדים לעבירה רבת-משותפים²⁴⁸.

מובן כי הוראה מפורשת בחוק עשויה להיות לעזר, כדי להעמיד את הדברים על דיוקם ולשמש בסיס נורמטיבי לפירוש הנכון של המוסדות המשפטיים הנוגעים לעניין, בהתאם למהותם. הוראה כאמור בנוסח כגון "תרמו שניים או יותר מתוך רשלנות לאירוע עבירה פלילית, יישא כל אחד מהם, בנפרד, באחריות פלילית לה כמבצעה", עשויה בוודאי להסיר כל אי-הבנה בנידון.

376. מאלפת לנושא דיוגנו הוראתו המפורשת של סעיף 113 פסקה 1 לקודקס הפלילי משנת 1930 של איטליה, הקובעת במפורש כי במקרה של עבירה של רשלנות, שחרמו לאירועה שניים או יותר, יישאו באחריות לה כל אחד מהם כמבצע. מכאן שאין שותפות לעבירה של רשלנות. כך גם נקבע בסעיף 4 פסקה שנייה לפרק 1011א בקודקס הפלילי משנת 1965 של שוודיה; נאמר שם, בין השאר, כי "כל אדם שתרום לביצוע עבירה יחוייב בה בהתאם לרשלנות שניתן לייחס לו". בקודקס הפלילי משנת 1937 של שווייץ נקבע, בסעיף 24, לגבי השידול, ובסעיף 25, לגבי הסיוע, כי שתי צורות אלה של התנהגות ענישה טעונות מחשבה פלילית; מכאן גם המסקנה כי ניתן להצמידן לביצוע עיקרי שגם הוא מתוך מחשבה פלילית בלבד. אם הביצוע העיקרי היה מתוך רשלנות, הופכים המשדל והמסייע למבצעים עקיפים²⁴⁹ וכמוכר

247 ע"פ 54/57 דרבסקי ואח' נ' היוה"מ, פ"ד יב(1) 556.

248 למשל: ע"פ 6/55 כהן וידאהוד נ' היוה"מ, פ"ד ט(2) 1009; ע"פ 353/64, 386/64 רפופורט ו-ברנבלט נ' היוה"מ, פ"ד יט(1) 203; ע"פ 364/78 צור ויגשר נ' מ"י, פ"ד לג(3) 626; ע"פ 186/80 יקרי ו-ברונשטיין נ' מ"י, פ"ד לה(1) 769.

249 P. Logoz, *Commentaire du code pénal suisse*, Partie générale (Neuchâtel, 2ème éd., : 1976) 130—137; ראה גם: H. Schultz, "L'orientation moderne des notions d'auteur de :

הקודקס הפלילי משנת 1957 של אתיופיה, בלכתו בעקבות הקודקס הפלילי של שווייץ, נוקט, בסעיפים (1)35 ו-36(2), אותה עמדה. בסעיף 31 לקודקס הפלילי משנת 1968 של רומניה נמצא הוראה מפורשת באותה רוח. יחד עם זאת, יש הגורסים כי ניתן להפעיל את מושגי השותפות גם בתחומי התנהגות רשלנית²⁵⁰, ולעתים אף תוך סברה כי לשון החוק עליו הם מסתמכים מאפשרת זאת. לדעתנו, סברה זו נוגדת את טבע הדברים, תהיה לשון החוק אשר תהיה. טול, למשל, את הקודקס הפלילי של נורבגיה בו סברו מנסחיו כי פתרו את שאלת פליליות השותפות מתוך רשלנות, בכך שוויתרו על המושג שותפות, כמושג כללי, ושילבו, כאשר רצו בכך, בנורמות שקובעות את העבירות הספציפיות למיניהן, בצד הגדרת העבירה על ביצועה, גופא, וכהלופה לו, כאילו בלתי תלויה בו, את ה"תרומה" או ה"השתתפות" בו. בכך, גורס Andenaes, עשוי אחד להתחייב מתוך מחשבה פלילית והאחר, ה"תורם" או ה"משתתף", מתוך רשלנות²⁵¹, כבמקרה בו הרוצח השיג מרוקח רשלן, את החומר הרעיל, באמתלה, ללא מרשם כמתחייב לפי דין²⁵². המחבר התעלם כנראה מהוראתו המפורשת של סעיף 40 לאותו קודקס הקובע כי ההוראות הפליליות אינן ישימות אלא לגבי מי שפעל מתוך מחשבה פלילית, זולת אם נקבע במפורש שפעולה פלילית היא בגדר עבירה אף אם בוצעה מתוך רשלנות. כתוצאה מכך, אם בסעיף 233 לקודקס הפלילי, הקובע את פליליותם של הרצח ושל ה"שותפות" לביצועו, אין כל זכר ל"רשלנות", המסקנה המתחייבת היא שגם ה"תרומה" לרצח טעונה מחשבה פלילית. אמנם ניתן לייחס לרוקח את העבירה של גרימת מוות "מתוך רשלנות" לפי סעיף 239 לאותו קודקס, אך זאת לא כ"שותפות" ל"רצח" של הראשון, אלא כביצוע עיקרי העומד ברשות עצמו של עבירה אחרת. Andenaes עצמו מוסיף מיד ואומר כי הרוקח לא יוכל להיענש בגין שותפות לרצח, אלא בגין המתה ברשלנות. ואז נשאלת השאלה מה הקשר עם האפשרות — שאינה קיימת לדעתנו — לראות את האחד כאחראי מתוך מחשבה פלילית ואת האחר כאחראי מתוך רשלנות, בהקשר לאותה עבירה? אולי מעניין להוסיף כי עקב בדיקה, חלקית כמובן, של הגדרות העבירות נגד החיים, הפרט והבריאות — פרק XXII — שבקודקס הנורבגי, לא מצאנו אף לא עבירה אחת "מתוך רשלנות" שהגדרתה תכלול, מלבד את תיאור ביצוע העבירה גופה, את חלופת השותפות לביצוע זה. מכאן, שאין שותפות לעבירה של רשלנות ואין שותפות מתוך רשלנות, משום שזה היה נוגד את עצם מהות השותפות. כל חוק או כל ניתוח עיוני, המתכנסים למהות זו, אין בידם כדי לפתור את בעייתיה הסבוכות של השותפות.

מנבלה לכאורה 377. ראינו²⁵³ כי משיקולים מיוחדים יצר המחוקק איסורים נפרדים מיוחדים על צורות שותפות עקיפה לסוגי עבירות מסוימות, למרות האפשרות להעניש בגינן על-פי הנורמות הרגילות שדגות בשותפות לדבר עבירה. במקרים אלה, הנורמות הרגילות נדחות על-ידי הנורמה המיוחדת, ובמקרה של עבירה רבת-משתתפים מן הסוגים האמורים, ההאשמה בשותפות עקיפה תהיה מושתתת על הנורמה המיוחדת, כאילו מדובר בעבירה נפרדת העומדת ברשות עצמה, בעוד שההאשמה בביצוע העיקרי תסווג על-פי הנורמה שאוסרת את העבירה הטיפוסית.

l'infraction et de participation à l'infraction (Droit pénal suisse) 27 *Rev. int. de droit pénal* (1957) 122, 143; L. Jimenez de Asua, *ibid.*, 479, 505—508; P. Trousse, *ibid.*, 150, 1567; P. Bockelmann, "L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction" 26 *Rev. int. de droit pénal* (1956) 167, 179
אחרת: B. Zlataric, "La participation criminelle et les différentes formes de culpabilité" 38 *Rev. int. de droit pénal* (1967) 157

B. Zlataric, "La participation criminelle et les différentes formes de culpabilité" 38 *Rev. int. de droit pénal* (1967) 157

J. Andenaes, "L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction" 26 *Rev. int. de droit pénal* (1956) 157, 168
ראה גם מסקת 252—250.

252 Andenaes, שם.

253 ראה פסקה 366 ואילך; כן ראה פסקה 23.

אולם, במקרה כאמור, אין כלל ריבוי עבירות, אלא, סתם, ריבוי גורמות. במקום הנורמה הכללית – הרגילה האוסרת על שידול או סיוע לדבר עבירה, בצירוף הנורמה האוסרת על העבירה הטיפוסית עצמה, באה הנורמה הספציפית המיוחדת האוסרת על שידול או סיוע לעבירה המסויימת, כאשר הבסיס הנורמטיבי של פלילות הביצוע העיקרי נשאר על כנו. אין כאן כל פיצול לעבירות מספר, בהתאם לריבוי המשתתפים, אלא, החלפה חלקית בלבד, משיקול זה או אחר, של התשתית הנורמטיבית של ייחוס האירוע העברייני היחידי והאחד. הסטייה מאחדות העבירה היא לכאורה בלבד, ולא הגבלה של ממש. ובאחדות זו טמונה כמובן גם התלות של השותפות העקיפה בוו הישירה.

עם כל זאת, אין להוציא מכלל אפשרות גם מקרים שבהם הוראה ספציפית שמפלילה סיוע או שידול לעבירה מסויימת, למרות האפשרות לבסס את פלילותם על ההוראות הכלליות בנידון, משקפת את המעמד של אותו "סיוע" או "שידול", כתופעה עבריינית עצמאית, ביחס לעבירה הטיפוסית, אם כי קורלאטיבית לה. זאת, בעטייה של האנטי-חברתיות המיוחדת המתגלמת בתופעה זו, והמייחדת לה תדמית נפרדת מן העבירה הטיפוסית. מה גם, שלעתים, עבירה עצמאית זו היא קורלאטיבית רק למגזר נבחר של עבירות מתוך תחומה של העבירה הטיפוסית, והיא עצמה מותנית בתנאים שאינם נדרשים לגבי שידול או סיוע רגילים. במקרים אלה חדל, כך נדמה לגו, היחס של "שותפות", על כל השלכותיו, והשותפים הופכים לעצמאיים.

למשל אם א', קטין מתחת לגיל שמונה עשרה, עבר עבירה לפי סעיף 209(א) לחוק העונשין²⁵⁴, ר"ב, שהוא אפטרופסו של א', סייע לו לעבור את העבירה, אלמלא הוראת סעיף 209(ב) לחוק, כהוראה ספציפית מיוחדת האוסרת על סיוע כאמור, היה צריך לבסס את האשמתו של ב' על סעיף 209(א) בו מוגדרת העבירה הטיפוסית, בצירוף סעיף 26(2) האוסר על סיוע לדבר עבירה, בדיוק לפי אותה מתכונת נורמטיבית, עליה יש להשתית את ההאשמה, מקום שהמבצע אינו קטין כאמור, או המסייע אינו הורה, אפטרופסו או אדם אחר שנמסרה לו האחריות או ההשגחה על הקטין. כלומר, העבירה הטיפוסית היא אחת ומשותפת – זו המוגדרת בסעיף 209(א) לחוק העונשין. הוראת סעיף 26(2) לחוק אינה אלא מרחיבה את היקפה גם לסיוע לביצוע הישיר של העבירה. אולם, לנוכח הוראת סעיף 209(ב) הקובעת איסור מיוחד על סיוע לעבירה זו, כשהיא נעברה על-ידי קטין שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים, והמסייע הוא בעל זיקה כאמור לקטין, מתפרקת השותפות, והעבירות בהן יואשמו שני העושים – א', בעבירה לפי סעיף 209(א) לחוק העונשין, ר"ב, בעבירה לפי סעיף 209(ב) לחוק זה – נפרדות. העבירה של האחראי על הקטין – כגון אפטרופסו – חדלה מלהוות חלק מן העבירה של הקטין, כביטוי של שותפות עקיפה בה. זוהי תופעה אנטי-חברתית ברשות עצמה, בשל חומרתה המיוחדת הנובעת מזיקתו האישית של הקטין למי שאחראי להתנהגותו התקינה. עצמאות זו באה לידי ביטוי מובהק גם בחומרת העונש שנקצב לעבירת האחראי על הקטין – פי שנים עשר העונש הקצוב לקטין (מאסר שלוש שנים לעומת מאסר שלוש חדשים). אמנם, נשמרת תלותה של עבירת האחראי על הקטין, בעבירתו של הקטין, האופיינית לכל עבירה קורלאטיבית שזיקתה לעבירה אחרת היא דרישה חיונית להתהוותה – אך אין זה עניין של צמידות סיוע לדבר עבירה לביצועה העיקרי. אם הקטין לא ביצע את העבירה, לא מן הנמנע להאשים את האחראי עליו בנסיון ל"סייע" לו לבצע; מה שלא היה ניתן, אילו היה זה יחס שבין מסייע לבין מבצע.

מקרה מיוחד במינו הוא גם זה בו א', שהוא אסיר, ביצע "בריתחה" ממשמורת לפי סעיף 257 לחוק

254 והרי לשון הסעיף כולו:

209. (א) המפתה אדם הנמצא במקום ציבורי, בדיבור או בתנועות, למעשה "שידול וסיוע" למעשה בלתי מוסרי

בלתי מוסרי, דינו – מאסר שלוש חדשים.

(ב) הורו או אפטרופסו של קטין שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים, וכל אדם אחר שנמסרו לו האחריות או ההשגחה של קטין כאמור, המסייעים לקטין לעבור עבירה כאמור בסעיף זה, דינם – מאסר שלוש שנים."

העונשין, בסיוע שקיבל מ"ב, שעבר בכך על האיסור המוגדר בסעיף 258 לחוק²⁵⁵. אילמלא הוראת סעיף 258 לחוק העונשין, כהוראה מיוחדת, האוסרת על "סיוע לבריחה", היה צריך לבסס את האשמתו של א' על סעיף 257 האוסר על עבירת ה"בריחה", ואת האשמתו של ב' על אותו סעיף 257 בצירוף סעיף 26(2) האוסר על סיוע לדבר עבירה. כלומר, העבירה הטיפוסית היא אחת ומשותפת — זו המוגדרת בסעיף 257 לחוק העונשין. הוראת סעיף 26(2) רק מרחיבה את היקפה גם לסיוע לביצועה העיקרי. אולם, נוכח הוראות סעיף 258, בו קבוע איסור מיוחד על "סיוע לבריחה", נפרדות העבירות שבהן יואשמו שני "השותפים" — א', בעבירה לפי סעיף 257, ו-ב', בעבירה לפי סעיף 258. יש להניח כי לעבירה המיוחדת לפי סעיף 258 לחוק העונשין ישנו רקע היסטורי בתולדות ההפלה של בריחת אסיר או עצור ממשמורת חוקית. היתה תקופה שבה האסיר היה נחשב, מבחינת כמיהתו לחופש, כמעין שבוי מלחמה, למרות שהתחייב בעבירה פלילית, ואילו השבוי היה לוחם במסגרת ממושמת, ואין למדינה שבידיה הוא נשבה כל הביעות אינדיבידואליות כלפיו או נגדו. לכן, ניתן היה לסבור כי הבריחה עצמה של אסיר איננה נתפסת בגדר איסור פלילי; שומה על רשויות השלטון לשמור עליו במשמורת, ואילו כמיהתו הוא לחופש, אף היא לגיטימית. לעומת זאת, סיוע לאסיר להימלט מן המשמורת החוקית, מצמיח עבירה חמורה נגד סדרי השלטון המשפט. הדבר בא לידי ביטוי אף בתקופה בה גם הבריחה עצמה הופלה כעבירה פלילית; העונש שנקצב לסיוע לבריחה עשוי לעלות עד ליותר מכפל העונש שהאסיר עצמו צפוי לו בשל בריחה ממשמורת חוקית (מאסר שבע שנים לעומת מאסר שלוש שנים, כאשר העבירה שבגללה נתון האסיר במשמורת אינה מסוג פשע). כלומר, שתי תופעות נפרדות לפי רקען ההיסטורי. חיזוק מה להסבר זה ניתן למצוא גם בעבירה של "הברחה אדם" לפי סעיף 259 לחוק העונשין. לפי הגדרת עבירה זו, הנתון במשמורת חוקית עשוי לשמש אף אובייקט בלבד, להברחה מן המשמורת; כלומר "הברחה" אף בהעדר "בריחה".

378. נהוג לדון בהשלכת "נסיבות פרסונאליות", כרוכות בצד זה או אחר לעבירה רבת-משותפים, על אחריותם הפלילית של הצדדים הנותרים לעבירה זו. המדובר בהשלכה במישור התשתית הנורמטיבית של האחריות, העשויה להתבטא בגבולות אחרים — מוגבהים או מופחתים — של האחריות, בשינויים אחרים בה, או אף במניעת הטלתה, עקב תוצאי נסיבות אלה, ולא במישור השיקולים לאינדיבידואליזציה השיפוטית של הטיפול העונשי, במסגרת אותו סיווג נורמטיבי של העילה לאחריות פלילית. בשלב זה, נסתפק בניסוח לאקוני זה של הסוגיה, ונחזור אליה כדי לדון בה וללבן אותה, לאחר הבהרה, תחילה, של כמה שאלות של מינוח.

נהוג לדון בהשלכת נסיבות "פרסונאליות" כאמור, בהשוואה להשלכת נסיבות "ריאליות" או "מטריאליות", הנוגעות לעבירה רבת-משותפים, על הסיווג הנורמטיבי של חלקו של כל שותף לאותה עבירה. בטרם נגדיר את כל אחד משני הסוגים של הנסיבות, שומה עלינו להסב את תשומת הלב לכך, שמעדיפים אנו את המונח "נתון", על פני המונח "נסיבה", מאחר שהמונח השני מתקשר לרכיב הנסיבתי של היסוד העובדתי שבעבירה בלבד, בעוד שהמונח הראשון הוא בלתי מוזהה ומקיף יותר. הוא יכול להתייחס לכל היסודות ולכל הרכיבים שבמבנה העבירה,

255 והרי גוסס שני הסעיפים:

- "בריחה" 257. הברחה ממשמורת חוקית שהוא נתון בה בשל עבירה פלילית, דינו —
- (1) אם הוא מואשם או מורשע כפשע — מאסר שבע שנים;
 - (2) בכל מקרה אחר — מאסר שלוש שנים.
- "סיוע לבריחה" 258. העושה אחת מאלה, דינו — מאסר שבע שנים:
- (1) מסייע אסיר או עצור לברוח או לנסות לברוח ממשמורת חוקית;
 - (2) מכניס, או גורם שיוכנס, דבר לבית סוהר כדי להקל על בריחתו של אסיר או עצור.

ולחקיקה אף היבטים הייצוגיים למבנה העבירה, העשויים להכריע את דינו של צד זה או אחר לעבירה.

בהתחשב בכך שכל נתון כאמור הוא ממשי ומוחשי, מעדיפים אנו, בהמשך, את שם התואר "ענייני" על פני התיבות "ריאלי" או "מטריאלי", וכאשר נגדיר את הקטגוריה "נתון ענייני" תתברר לנו גם משמעותה, אשר להחלפת המונח "פרסונאלי" במונח "אישי", אין צורך בהסבר מיוחד. העיקר הוא להגדיר אל נכון גם את הקטגוריה "נתון אישי", בהקשר לקרינת הנתונים, המסווגים בשתי הקטגוריות האמורות, מצד אחד לעבירה או מתרומתו, על רעהו או תרומתו, כשמדובר באירוע עברייני רב-צדדים.

379. בדרך כלל, נמצא התייחסות נורמטיבית בספרי החוקים של מדינות שונות לנתונים האישיים בלבד²⁶⁶, ואילו סוג הנתונים הענייניים נחתם, כתוצאה מכך, מכללא, על דרך השלילה; נתון שאינו "אישי" יהיה בגדר נתון "ענייני". יחד עם זאת, ההבחנה בין שני הסוגים של נתונים היא בעלת חשיבות משפטית ראשונה במעלה, ולכן נשתדל למצוא, ככל שניתן, את קו-הגבול הברור שביניהם. שכן, בעזרתו ניתן לפזר את הערפל השורר לא במעט לגבי ההגדרה המדוייקת של תרומותיהם של הצדדים השונים לעבירה, ולגבי היקף אחריותם לחלקיהם באירוע עברייני רב-משתתפים.

"נתונים אישיים", הם מערכת הנתונים הפרטיים המתקיימים לגבי צד כלשהו לעבירה, שאין התהוותה מותנית בהם, אך יש בהם כדי להצמיח, מכוח החוק, תוצאים כנוגע למידת הטיפול העונשי באותו צד בגין העבירה, לדרך הטיפול בו בנינו, או אף לאפשרות הפעלת טיפול עונשי כלשהו כלפיו. בטרם נמחיש, בהדגמה, את האמור, לא למותר להבהיר כי, בהקשר זה, של הנתונים האישיים, המושג "צד" שבהגדרתם, מקיף כל שותף, ישיר או עקיף, לעבירה. שכן, כל צד יכול להיות בעל נתונים פרטיים, שהחוק מקנה להם נפקות מסויימת לגבי הטיפול העונשי באותו צד, על מהות הטיפול העונשי, מידתו או אפשרות הפעלתו, בגין עבירה פלילית. עקב כך, שהנתון יכול להתקיים לגבי כל צד לעבירה, ללא הבדל הנובע מתפקידו – שותף ישיר או עקיף – ניתן גם להעלות את השאלה של קרינת נתון כאמור מכל כיוון ולכל כיוון – מן המבצע העיקרי על המשדל והמסייע, או מאחד מאלה, על זולתו, כולל המבצע העיקרי.

נתונים "פרטיים" דווקא, ולא כלליים, שכן הנתונים הכלליים, המתבטאים במעשה שעומד בדרישת הרצייה, ובכשרות הפלילית של העושה מבחינת בגרות הדעת ותקינות הרוח²⁶⁷, נמנים, כפי שנראה, על סוג הנתונים הענייניים בהם מותנית התהוות העבירה; נתונים "פרטיים", גם כמובן זה שהם מתקיימים לגבי האדם, בהינתקו מהשתתפותו באירוע העברייני בו הוא השתתף, ומן התנאים בהם הוא אירע. האדם ניגש לביצוע חלקו בעבירה כשהוא "מחונן" מקודם בנתונים אלה, או ניגשים לחריצת דינו, כשהם נוצרו לגביו לאחר מכן, וכמובן ללא קשר בהשתתפותו באירוע; הם מצויים אפוא באמתחתו של האדם, בזמן הקובע, ללא תלות באירוע העברייני בו השתתף. בכך, מוצאים מכלל נתונים אלה, גם הנתונים בהם עשויים לבוא לידי ביטוי סייגים

256 ראה סעיפים: 50 לקודקס הפלילי של הולנד (1981); 119 לקודקס הפלילי של איטליה (1930); 26 לקודקס הפלילי של שווייץ (1949); 49 לקודקס הפלילי של יוון (1950); 22 לקודקס הפלילי של יוגוסלביה (1951); 40 לקודקס הפלילי של אתיופיה (1957); 22 לקודקס הפלילי של גרמניה המזרחית (1986); 14 לקודקס הפלילי של אוסטרליה (1974); 28 לקודקס הפלילי של גרמניה הפדרלית (1975).
257 בסעיף 28 לקודקס הפלילי של רומניה (1968) נמצאת התייחסות גם לנסיבות "ריאליות".
257 ראה דיני עונשין – א, פסקה 783 ואילך.

לאחריות פלילית, כגון הגנה פרטית, צורך, כורח, צידוק, או מצבים אחרים השוללים את פליליות המעשה. מוצא באופן זה ממניין הנתונים האישיים גם כל נתון שיסוד מיסודות העבירה הוא בעל זיקה קיומית אליו, כגון טעות במצב דברים, העשויה לשלול את היסוד הנפשי בו מותנית העבירה, או השכרות המלאה שעשויה להיות בעלת אותה השלכה. מוצאים ממניין הנתונים האישיים גם הנתונים שמספקים דרישות בנוגע ליחוד עושה העבירה או היסוד הנפשי שבה, מקום שהתהוותה מותנית בהן, וכן מוצאים מהם הנתונים המספקים נסיבות שיש בהן, מכוח הוראת החוק, כדי לשנות את משקלה האנטי-חברתי הסגולי של העבירה, ואין זה משנה אם ההוראה כלולה בעצם הגדרת העבירה, מיד אחריה, או שהיא הוראה כללית יותר. שכן, כל אלה הם נתונים פנימיים של האירוע העברייני, קובעים את תדמיתו העניינית ושייכים לגוף האירוע כפי שהוא אירע בפועל.

כהמחשה, נתון אישי פרטי עשוי להיות: מועדות הצד, כשהיא מהווה עילה נורמטיבית להחמרת הטיפול העונשי הרגיל בהתנהגותו העבריינית; גילו הרך של הצד, הגורר אחריו, מכוח החוק, טיפול עונשי מיוחד, בהשוואה לדרכי הטיפול בעברייני בגיר; חסינות עניינית של צד, המונעת הטלת אחריות פלילית בגין התנהגותו; התיישנות העבירה לגבי צד מסויים, או חנינה שחלה לגביו; ²⁵⁸ פטור מאחריות פלילית, מכוח החוק כמובן, עקב חרטה; ²⁵⁹ וכיוצא באלה עילות, מעוגנות בחוק, העשויות לשנות את הטיפול העונשי הרגיל, או אף מונעות אותו, לגבי צד זה או אחר לעבירה.

380. הנתונים האישיים בהקשר לנושא דיוננו הם נתונים, שנפקותם נובעת מהוראתו המיוחדת של החוק, שבה היא תחומה באורח מהייב, ובכך, הם משנים, ולו גם בפרט זה בלבד, את התשתית הנורמטיבית של אחריות הצד שלגביו הם מתקיימים. כל נתון אחר, המתלווה, לכל הדעות, אף הוא לאישיותו של צד זה או אחר לעבירה, אך המסור לשיקול דעתו המלא והבלעדי של השופט, אינו מענייננו כאן; למשל, רמתו האינטלקטואלית של הצד לעבירה, מקצועיותו, מצבו הכלכלי, מצב בריאותו, או כיוצא באלה נתונים, כשאין החוק מקנה להם נפקות מיוחדת לגבי הטיפול העונשי באותו צד, על מידתו, טיבו, או אפשרות הפעלתו. שכן, הם אינם עשויים לשבור את אחדות התשתית הנורמטיבית של האחריות הפלילית בגין האירוע העברייני רבי-המשתתפים. מטבעם, הנתונים האישיים הם חיצוניים, אקסטרניים, למבנה העבירה ומהותה. קיום נתון כאמור או העדרו, אינם משליכים על זהות העבירה. לכן, בדרך כלל, נתונים אלה נקבעים, ותוצאהם מוסדרים, בהוראות כלליות, מקבילות להוראות בהן מוגדרות העבירות הספציפיות למיניהן. למשל, אם המחוקק גורס כי הפסקת הביצוע של עבירה מתוך חרטה צריכה לשמש פטור מאחריות פלילית בגין הגסיון לבצע אותה עבירה, הוא מסדיר נתון אישי זה, המתלווה להתנהגותו של אדם, בהוראה כללית, מחוץ להגדרות העבירות הספציפיות, ומשותפת לכל תחום העבירות. הוא עושה כך, ללא

258 למשל, כאשר בשל גילו הרך של הצד, חלה לגביו תקופה מקוצרת של התיישנות העבירה, או כאשר בשל גיל הזיקנה של האדם חלה חנינה לגבי עבירתו.

259 הביטוי המובהק של חרטה כאמור הוא זה של המבצע העיקרי שחזל מחפץ נפשו מהשלמת המעשה, או מנע את התוצאות בהן מותנית השלמת העבירה; ניתן להזכיר גם את חרטה המסייע אשר מנע את השלמת העבירה על-ידי המבצע העיקרי. אמנם בחוק המצוי הישראלי אין עדיין פטורים כאמור. הפטור האמור בסעיף 30 לחוק העונשין אין לו שייכות לעניין, שכן הוא חל רק על עושה המבצע העיקרי לא ניגש לביצוע העבירה. אשר לחוק הרצוי ראה סעיפים 28 ו-34 להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש. ראה גם פסקה 271.

ספק, לגבי ההתיישנות, החנינה, החסינות, הגיל הרך, המועדות וכל עילה אחרת, שעשויה להשפיע על אחריותו של אדם בגין מעשה הנופל בגדר עבירה. אפילו, במקרה – הדומה לגישת המחוקק הישראלי בחוק העונשין – בו אין אלא הסדרים ספוראדיים של המועדות, לגבי עבירות אחדות בלבד, כנתון אישי המשנה את מימדי האחריות הפלילית בגינן, אין נתון זה משנה את מהות העבירה וזהותה. הוא נשאר נתון חיצוני לעבירה הספציפית אליה הוא מתייחס, חרף הסדרתו בהוראת חוק ספציפית. הרשעה קודמת בגין עבירה של "קבלת דבר במרמה" (סעיף 415), של "תחבולה" (סעיף 416) ושל "זיוף" מוחמר (סעיף 418 למעט הרישא), היא נתון אישי המשנה מכוח הוראת סעיף 436 לחוק העונשין, את מימדי הענישה הפלילית בגין עבירות אלה, ואף, במקרים אחדים, את סיווגם, מעוון לפשע. עילה זו, ההרשעה הקודמת כאמור, היא נתון שאינו שייך למבנה העבירה הנוספת ואינה משנה כלל ועיקר את זהותה, אם כי התשתית הנורמטיבית של האחריות בגינה תהיה שונה, במובן מסויים, מזו של ביצוע אותה עבירה על-ידי אדם שאין לו הרשעה קודמת כאמור. אפילו היה בחוק הסדר כללי של נושא המועדות, אך המחוקק רצה לסטות ממנו לגבי עבירות מסוימות, בהוראות מיוחדות צמודות להגדרותיהן של עבירות אלה, גם או נשאר העילה נתון חיצוני לזהות העבירה.

העיקר הנובע מכאן הוא שהנתונים האישיים הם כאלה שמטבע הדברים הם חיצוניים למבנה העבירה, ואינם משליכים על זהותה ומהותה, במלה אחת על התהוותה, יהיה מיקום הנורמה הפלילית המסדירה את הנתון ואת נפקותו המשפטית, אשר יהיה. איבחון מדוייק של נתון אישי, ככזה, מותנה אפוא בבדיקתו מבחינת טבעו זה. נראה, בהמשך הדיון, עד כמה חשוב לזכור זאת. לא למותר לחזור על כך ולהטעים שסימן-ייחוד נוסף של "נתונים אישיים", בהקשר לשאלת קרינתם מצד אחד על הצדדים הנותרים, לעבירה רבת-משותפים, הוא, שהם מופרדים באורח נורמטיבי, על תוכנם ונפקותם המחייבת; בכך, מוצאים מתוכם, כאמור כבר, כל נתון אישי אחר, אשר ההתחשבות בו מסורה לשיקול הדעת בלבד של הרשות השופטת.

381. עתה, ניתן לגשת לניסוח הכללי: הנתונים האישיים – כפי שהוגדרו לעיל – הפרטיים לצד כלשהו לעבירה רבת-משותפים, אינם מקרינים את תוצאותם על הצדדים הנותרים; הם משליכים על הטיפול העונשי באותו צד בלבד, שלגביו הם מתקיימים. וזאת, ללא כל הבחנה הנובעת ממעמדו של הצד – מבצע עיקרי, משדל או מסייע.

למשל, המבצע העיקרי של עבירה פלוגית היה בעל חסינות עניינית לגביה – נתון המונע הטלת אחריות פלילית עליו בגינה – המשדל לעבירה היה בעל הרשעה קודמת – נתון המשנה את מימדי העונש שנקצבו לאותה עבירה – והמסייע לביצוע העבירה היה נער בגיל מסויים – נתון המשנה, הפעם בכיוון הפוך, את הטיפול העונשי בהתנהגותו האסורה. התוצא הייחודי של כל אחד מן הנתונים הללו יפעל בנוגע לאותו צד בלבד, שלגביו הוא, אותו נתון, מתקיים. הוא לא יקרין את תוצאו על הצדדים הנותרים. כתוצאה מכך, תתגוון התשתית הנורמטיבית להטלת האחריות הפלילית, או אי-הטלתה, בנוגע לכל אחד מן הצדדים.

אבל, וכאן מסקנה משפטית רלוואנטית גם היא לנושא דיונו, חרף הגיוון האמור, לא יהיה בכך כל גריעה מאחדות העבירה. שכן, היא נשארת אותה עבירה לגבי כל הצדדים, מכוח טבעו החיצוני למבנה העבירה ומהותה, של כל אחד מן הנתונים הפרטיים, האישיים, שמתקיים לגבי כל אחד מן הצדדים. לכן, הכנסנו בין מרכאות את המלה מגבלה שבניסוח הנושא בו אנו דנים. הנתונים האישיים שמתקיימים לגבי צד זה או אחר לעבירה, והמשגים במידה מסויימת את התשתית הנורמטיבית של האשמתו – את ההאשמה *in rem* – אינם גורעים, בתוצאתם הנבדלים, מאחדות העבירה בה נאשמים כל הצדדים.

כמובן, שהמשל בו השתמשנו הוא מרוכז באופן מירבי, וקשה לתאר במציאות מקרה בו לגבי כל אחד מן הצדדים לעבירה יתקיים נתון אישי כאמור. אולם, הכלל אינו משתנה, והוא: נתונים אישיים המתקיימים לגבי שותף לדבר עבירה, שיש בהם, מכוח החוק, כדי לשנות את הטיפול העונשי בו, או למנוע את מימושו, יצמיחו את תוצאהם לגבי צד זה בלבד, ללא כל קרינה על הצדדים הנותרים, יהיה תפקידם בביצוע העבירה אשר יהיה. ואילו כל הצדדים הם, בכל זאת, שותפים לאותה עבירה.

382. ניתן לנצל את הוראות פרק ה' הדן ב"דרכי ההתאמה של הטיפול העונשי", להצעת חלק מקדמי חלק כללי לחוק עונשין חדש, כחומר ניסוי מתאים לשם איבחון מה שקרוי "נתונים אישיים". בהדגמה הקצרה של נתונים מסוג זה, כבר הוזכרה המועדות הדבוקה בצד זה או אחר לעבירה רבת-משותפים, כנתון אישי המשליך את תוצאו על אותו צד בלבד, שלגביו הוא מתקיים. המועדות היא רק סוגיה אחת מתוך מכלול הסוגיות בהן דן סימן 3 לאותו פרק, תחת הכותרת "ריבוי עבירות". גם בשאר המקרים של "ריבוי עבירות"²⁶⁰, נתון זה עשוי להתקיים לגבי צד זה או אחר לעבירה רבת-משותפים, שהיא אחד ממרכיבי הריבוי, ואילו לגבי הצדדים הנותרים, עבירה זו היא בודדה. במקרה זה, ההצטרפות של עבירות²⁶¹ — שהיא צורה של "ריבוי עבירות" — תהיה בגדר נתון אישי לגבי אותו צד, ותצמיח את תוצאה לגבי צד זה בלבד. הוא הדין גם לגבי "צורות הביניים" בהן דן סעיף 181 שבאותו פרק. התחלנו בנתונים האישיים שקל יותר לאבחנם. אולם, בסימנים 1 ו-2, שדנים ב"נסיבות מקלות" וב"נסיבות מחמירות", מדובר בנתונים שנותנים ביטוי לנסיבות כאמור, שאינן מעור אחד. לכן, נמצא ביניהם גם נתונים אישיים, אשר שיוכם לכאלה אינו תמיד פשוט; ובשיוך זה כידוע כבר מותנים תוצאים משמעותיים, כשמדובר בעבירה רבת-משותפים.

383. בסעיף 164 להצעה²⁶² נקבעה רשימה סגורה של נסיבות אשר, מקום שהשופט קבע את קיומן, מחייבות עונש שונה או בגבולות שונים, מופחתים, בהשוואה לעונש שנקצב לעבירה, כשהיא נעברה בתנאים רגילים. ביצוע העבירה בתנאים של "הגנה פרטית", "כורה" או "צורך" אך תוך חריגה מן הסביר (סעיף 164(1)), הוא נתון שמאפיין את האירוע העברייני שנבע מכך, ולא את העושה, וודאי לא כנתון המתקיים לגביו ללא קשר עם ביצוע העבירה.

היות העושה על גבול אי-שפיות הדעת בשעת ביצוע העבירה (סעיף 164(2)) הוא, לדעתנו, נתון בעל אופי מיוחד במינו בעיני מנסחי ההצעה. הוא נתון אישי, בכך שהוא יכול להתקיים לגבי כל צד לאירוע עברייני רב-צדדים, ואין הוא מקרין את תוצאו המקל על הצדדים האחרים. יחד עם זאת, אשר לצדדים הנותרים, שלגביהם הוא אינו מתקיים, הוא מקבל אופי ענייני מובהק, בכך שהוא מייחס לעבירה רבתי המשתתפים גם משקל אנטי-חברתי מיוחד מבחינת ההשתתפות בה של צדדים אלה. לכן, הוא קורן גם עליהם אך בכיוון הפוך, של החמרת הטיפול העונשי בהם, כאמור בסעיף 169(א)(2) להצעה. כלומר, הנתון האמור הוא אישי, כנתון שמקל את אחריותו של הצד שלגביו הוא מתקיים; הוא גם נתון ענייני לגבי

260 ראה דיון בסוגיה זו בדיני עונשין — ג.

261 ש.פ.

262 והרי לשון הוראותיו:

"נסיבות מקלות" 164. בקבעו את הטיפול העונשי בעבריו, יחשב בית המשפט בנסיבות חובה הבאות כמקלות:

- (1) ביצוע העבירה בתנאים האמורים בסעיפים 43, 44 או 45, אולם תוך חריגה מן הסביר;
- (2) העושה היה בלתי שפוי בשעת המעשה, אולם לא היה חסר יכולת של ממש להבין או להתנהג כאמור בסעיף 141(1) או (2);
- (3) ביצוע העבירה עקב התגרות תכופה בעושה שהביאה אותו לאיבוד ניכר של השליטה העצמית ושל הבנת המשמעות של מעשהו ותוצאותיו השליליות.

הצדדים הנותרים, באשר השתתפו בעבירה שמבצעה היה בעל אחריות מופחתת. כנסיבה מקלה, הנתון הוא אישי מובהק, כנסיבה מחמירה הוא נתון ענייני לכל דבר.

ולבסוף, ביצוע עבירה עקב התגרות בעושה (סעיף 164(3)), גם הוא אינו נתון אישי מאותם שיקולים; הוא חלק מתדמיתו של האירוע העברייני שהתרחש.

לעומת זאת, מפרט סעיף 165(א) להצעה²⁶³ מספר נסיבות, שהשפעתן על ענישת העבירה מותנית בהכרת השופט במשקלן המקל. כל הנסיבות, למעט אלה האמורות בפסקה (3), עונות לדרישות ההגדרה של נתונים אישיים. אם כי נסיבות אלה מחוארות כצמודות לביצוע העיקרי של האירוע העברייני, הן עשויות להתקיים גם לגבי כל שותף עקיף, כאשר האירוע הוא רבי-משותפים. העובדה שהן מתוארות כך היא רק טבעית, באשר העבירה הטיפוסית, על כל סימני-הייחוד, כולל אלה העשויים להקל את הענישה בגינה או להחמירה, מוגדרת תמיד על ביצועה העיקרי וגם המושלם, מאמץ העושה — שגם משדל או מסייע יכול לעשותו — לתקן את תוצאות העבירה, לפצות על הנזק שנגרם בה, והבעת חרטה על ביצועה (סעיף 165(א)(1)); עברו הנקי מעבירות של העושה — שגם משדל או מסייע יכול להציגו — התנהגותו החיובית ביחסים עם הזולת ואורחות חיים חיוביים לפני ביצוע העבירה (סעיף 165(א)(2)); עמדתו הכנה של העושה — שגם משדל או מסייע יכול לנוקטה — במהלך החקירה והמשפט בכל הנוגע לביצוע העבירה, לנסיבותיה ולהשתתפות בה של אחרים (סעיף 165(א)(4)); חלוף פרק זמן ניכר מתקופת ההתיישנות של העבירה ללא מעורבות בעבירות נוספות (סעיף 165(א)(5)); כל אלה הם נתונים אישיים שמקריינים את תוצאותיהם המקלים על האחריות הפלילית לטובת אותם צדדים בלבד שלגביהם הם מתקיימים. ואולם, המניע שהניע את מבצע העבירה לעשותה, או המטרה שלשמה הוא ביצע אותה, כשהם לעצמם, חיוביים (סעיף 165(א)(3)), הם נתונים ששייכים לגוף העניין, בכך שהם מהווים היבטים של משקלו האנטי-חברתי של האירוע העברייני. לכן, כפי שנראה, נתונים כאלה כן קורנים על השותפים האחרים, מקום שהיו מודעים להם. לעומת זאת, הנתון האמור בסעיף 34 להצעה והמתבטא במניעת ביצוע העבירה או במניעת השלמתה, על-ידי משדל או מסייע, או בהודעה שגמטרה על-ידי אחד מהם, בעוד מועד, לרשות, על העבירה לשם מניעת ביצועה או השלמתה, הוא נתון אישי הפועל לטובת הצד שלגביו הוא מתקיים, בלבד, כשם שהנתון האמור בסעיף 28 להצעה, והמתבטא בחדילת המבצע העיקרי מהשלמת העבירה או במניעת התוצאות בהן מותנית השלמתה, מתוך חרטה, הוא נתון אישי שאינו מקרין את תוצאו על שותפים עקיפים.

384. בסעיף 169(א) להצעה²⁶⁴ מנויות נסיבות המביאות להחמרת ענישת עבירה שנעברה בהן. מביניהן,

263 זה נוסח הוראותיו:

"נסיבות מקלות 165. (א) בית המשפט רשאי להתחשב בנסיבות הבאות כמקלות:
 (1) מאמץ העושה לתקן את תוצאות העבירה ולפצות על הנזק שנגרם בה, והבעת חרטה על ביצועה;
 (2) עברו הנקי מעבירות של העושה, התנהגותו החיובית ביחסים עם הזולת ואורחות חייו החיוביים לפני ביצוע העבירה;
 (3) המניע שהניע את העושה לבצע את העבירה או המטרה שלשמה הוא עשה, כשהם לעצמם, חיוביים;
 (4) עמדתו הכנה של העושה במהלך החקירה והמשפט בכל הנוגע לביצוע העבירה, לנסיבותיה ולהשתתפות אחרים בה, אם היו כאלה;
 (5) חלוף פרק זמן ניכר מתקופת ההתיישנות של העבירה, העושה לא עבר עבירות נוספות בו."

264 והרי נוסח הוראות הסעיף שקובעות את הנסיבות המחמירות:

"אלו הן? 169. (א) בית המשפט רשאי להחמיר את עונשו של הנידון אם העבירה נעברה

(1) באמצעות אחר;
 (2) כאשר אדם שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים או בעל

רק העובדה שהעבירה נעברה בידי עושה שהוא בעל עבר פלילי המחייב החמרה מיוחדת בדינו (סעיף 169(א)(8)) היא, לדעתנו, נתון אישי המקרין את תוצאו המחמיר על הצד שלגביו בלבד, הוא מתקיים. אמנם הוראת סעיף 169(א)(8) להצעה מתייחסת ל"עושה" בלבד, אך גם משדל או מסייע יכול להיות בעל עבר פלילי כאמור, ואז התוצא יתפוס לגביו בלבד. המדובר בעבר פלילי שאינו מצמיח מעמד של מועדות בהתאם להוראות סעיף 177 ו-178 להצעה, אם כי המועדות גם היא בבחינת נתון אישי המקרין את תוצאו לגבי אותו צד בלבד, שלגביו הוא מתקיים. אשר לנסיבה האמורה בסעיף 169(א)(2) להצעה, המתבטאת בהשתתפות בעבירה של צד בעל אחריות מופחתת כאמור בסעיף 164(2) להצעה, יש לשים לב כי מכוח הוראתו המיוחדת של סעיף זה, צד זה יהנה מן התוצא המקל של הנסיבה, בעוד שלגבי הצדדים הנותרים הוא משמש נסיבה מחמירה, כנתון ענייני; על כך כבר דובר.

385. כפי שצינו²⁶⁵, יש ספרי חוקים פליליים בהם מצויה התייחסות מפורשת לסוגית הנתונים האישיים והבהרת היקף קרינתם. לדעתנו, נורמה משפטית שדנה בסוגיה זו אינה אלא בגדר נורמה של פרשנות אוטנטית — מטעם המחוקק עצמו — של סוגיה, אשר גם בלעדי נורמה זו היתה מתפרשת באותה צורה. יש, בכל זאת, יתרון מה בהסדרתה המפורשת של הסוגיה. ראשית כל, ההסדרה המפורשת מונעת פרשנויות מוטעות, ושנית, היא מעמידה את הסוגיה בנושא לבדיקה ודיון, עיוניים, דבר המוסיף מודעות לקטיגוריה זו ומחייב חשיבה לשם ליבונה המלא, על כל התועלת הנובעת מכך לרכישת הכלים להתמודד עמה, הלכה למעשה. שכן, הסוגיה קיימת, הן אם רוצים בכך והן אם לא, והיא מצריכה פתרונות.

ראוי לציין כי הלשון הנקוטה בספרי החוקים השונים, המקדישים נורמה מפורשת לנושא הנתונים האישיים, היא כמעט זהה. בדרך כלל, כאמור, מתייחסים לסוגיה תחת הכותרת "נסיבות אישיות", "Circumstances personnelles". אולם, בתוך ההוראה מפרטים ומוסיפים בצד הנסיבות גם "זיקות" ו"מעמד", כמובן "אישיים" גם הם, מיוחדים או פרטיים — "relations, qualités et circonstances personnelles spéciales", כאמור בסעיף 26 לקודקס הפלילי של שווייץ; מה שאנו הקפנו במונח "נתונים" אישיים, שהרי "זיקה", "מעמד" ו"נסיבה" הם, כולם כאחד, דברים נתונים. המדובר בנתונים, שתוצאותיהם, בהתאם לדיון, הם להגביה, להפחית, לשנות או למנוע את הענישה, כאשר החלק האופיראטיבי של הנורמה המשפטית שדנה בנושא הוא שתוצאים אלה נוגעים לאותם צדדים בלבד, שלגביהם נתונים אלה מתקיימים. והרי לדוגמה, הוראת סעיף 26 לקודקס הפלילי של שווייץ (1937):

- אחריות מופחתת כאמור בסעיף 164(2) או הנתון לפיקוחו או למרותו של הנידון, היה צד נוסף לה;
- (3) תוך שימוש לרעה בסמכות או ניצול לרעה של המעמד כלפי הנפגע או הניזוק בה, או תוך ניצול תוסר הישע או היכולת להתגונן, שלו;
- (4) כדי להכשיל את מילוי תפקידו של עובד הציבור של מי שממלא תפקיד על-פי דין או במסגרת גוף המספק שירות לציבור או כשל תפקידו כאמור;
- (5) באכזריות או באופן היוצר סכנה לרבים;
- (6) תוך ניצול אירוע טבעי בלתי מצוי, אסון או תוצאותיו, אפיפות אוכלוסין במקום ציבורי או שיש לציבור גישה אליו, או מצבים בלתי רגילים בשעת חירום;
- (7) במעשים המהווים עבירת־שרשרת;
- (8) בידי עושה שהוא בעל עבר פלילי, המחייב החמרה מיוחדת בדינו.

265 ראה פסקה 378 והערת השוליים 256 בפרק זה.

“**Circonstances personnelles** Les relations, qualités et circonstances personnelles spéciales dont l’effet est d’augmenter, de diminuer ou d’exclure la peine, n’auront cet effet qu’à l’égard de l’auteur, instigateur ou complice qu’elles concernent.”

השלכת נתונים ענייניים 386. הדיון בהשלכת הנתונים האישיים מחייב דיון גם בשאלת ההשלכה של הנתונים הענייניים, אם כי אין בחוק החרות אותה התייחסות אליהם, כפי שיש אל הנתונים האישיים. אולם, תחילה תשובה לשאלת ההגדרה של הנתונים הענייניים. הדרך הנוחה ביותר להגדירם היא בדרך השלילה. נתונים ענייניים הם מערכת הנתונים בהם אירוע עברייני בא לידי ביטוי, שאינם אישיים גרידא. אך, כפי שנראה, אין הגדרה זו מספקת, ובדרך כלל, מתבקש לדעת מה ה"יש" שבמושג זה, ולא מה שאין בו; ככל מושג.

ראשית לכל, אף הנתונים הענייניים, כמו הנתונים האישיים, נוגעים לנושא דיונו רק אם הם מצמיחים תוצאים משפטיים מכוח מצוות החוק, ולא לפי שיקול הדעת של השופט. ואולם, המבחין ביניהם לבין הנתונים האישיים הוא שהנתונים הענייניים קובעים את פליליות האירוע ואת מידת חומרתו, ובכך את זהותו הייחודית, בהבדל מעבירות אחרות מסוגים אחרים. נתונים אלה הם "ענייניים" מאחר שהם שייכים לאירוע העברייני, בהתאם להגדרתו הנורמטיבית כמוכּן, ל"עניין", ולא ל"אדם", אפילו כשהם מייחרים את העניין כאמצעות האדם. כתוצאה מכך — היות שמדובר בנתונים העונים לדרישות הגדרת העבירה, הם מתייחסים לאירוע העברייני על פיגועו העיקרי בלבד, ולא גם לשותפות העקיפה לביצוע זה — השידול והסיוע. מכאן, שהשאלה היא של קרינת נתונים אלה מן הביצוע העיקרי על השידול והסיוע, בכיוון "הד-סיטרי" זה בלבד, ולא גם בכיוון הפוך; בעוד שהנתונים האישיים עשויים להתקיים לגבי כל צד לעבירה, והשאלה היא, כפי שכבר ציינו, אם הם מקרינים את תוצאתם גם על הצדדים הנותרים, יהיה מעמדם אשר יהיה. ניתן להציב את הנתונים הענייניים על שלושה מישורים. המישור הראשון, המרכזי, הוא זה של הדרישות בהן מותנית פליליות אירוע פלוני מבחינת ארבעת היסודות — העובדתי, הנפשי, האוביקט והעושה — של עבירה פלילית. המישור השני הוא של הסייגים לפליליות המעשה, על התנאים המיוחדים של כל אחד מהם, אשר שוללים פליליות אירוע, שאילו אירע שלא בתנאים אלה היה מהווה עבירה פלילית. המישור השלישי הוא זה של הנסיבות המיוחדות בהן בוצעה העבירה, שיש בהן, מכוח החוק, לשנות את סיווג העבירה, או להחמיר או להקל את משקלה האנטי-חברתי. אם פליליות המעשה מותנית בהיות העושה "עובד הציבור", מעמד זה, הצמוד למבצע העבירה, הוא נתון ענייני המשנה את משקלה הערכי של העבירה; אם הצידוק כסייג לפליליות המעשה מותנה "בכפיפות היירארכית" של מבצע צו שלא כדין, לנתון הצו, ויקה זו היא נתון ענייני; אם החלת הוראת סעיף 353 לחוק העונשין על מעשה אינוס, מותנית, בין השאר, בנוכחות שניים או יותר שחברו יחד לביצוע המעשה בידי אחד או אחדים מהם, "נסיבה זו" היא נתון ענייני. הדגמנו רק דוגמה אחת מן הנתונים הענייניים שבכל אחד משלושת המישורים — של מבנה העבירה על ארבעת היסודות שבו, של מבנה הסייגים לעבירה, ושל הנסיבות העשויות להשליך על זהותה וממדי חומרתה. ובשלב זה אין עדיין מקום להיכנס לפרטים נוספים. ואולי, לשם הבהרה, ראוי להוסיף להדגמה אף את הקינטור, כמצב בו נעברה עבירה, כאשר החוק מייחס לו נפקות משפטית בנוגע לסיווג העבירה או למשקלה האנטי-חברתי. גם הוא, הקינטור, הוא נתון ענייני, המתיישב לחלוטין עם היותו רקע בעל אופי סוביקטיבי מובהק לביצוע העבירה. דבר שראוי להטעמה חוזרת הוא שהמדובר בנתונים שתוצאתם שאובים ממצוות החוק,

המחייבת, בהבדל מכל נתון אחר שבאירוע עברייני, שההתחשבות בו מסורה לשיקול הדעת המלא של הרשות השופטת.

387. המתכונת דלעיל משמשת בסיס להגדרת הנתונים הענייניים כמערכת הנתונים בהם בא לידי ביטוי אירוע מסוים, העשויים להפק את הדרישות בהן מותנים, לפי החוק, פליליות, לחיוב או לשלילה, של האירוע, זהותו, כסוג מסוים של עבירה, וממדי חומרתו. נתונים אלה, בכל שלושת המישורים, הם, כאמור, "ענייניים", משום שקובעים את מהות האירוע, את משקלו הערכי השלילי, את זהותו הייחודית, אפילו כאשר הם מתייחסים לעושה העבירה, על כשרותו הפלילית המתחייבת, ועל מעמדו כשמדובר בעבירה מותנית בעושה מיוחד, או ליסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה, אפילו על המגיע או המטרה, המיוחדים, כשהם דרישות חיוניות להתהוות העבירה, בהתאם להגדרתה הגורמטיבית. ואם נתייחס לנתונים, המבטאים סייג לפליליות המעשה, "ענייניים" אף אלה מהם שנותנים ביטוי לרקע הנפשי לעשיית המעשה בתנאי סייג כאמור, או למעמדו המיוחד של העושה, בו מותנה הסייג, כנדרש בנורמה המשפטית שמסדירה את מבנהו. כל אלה הם נתונים פנימיים של העניין, וקובעים את מבנהו, מהותו ומשקלו האנטי-חברתי.

השאלה של "ענייניות" נתון פלוני יכולה להיות, לעתים, אוביקט לוויכוח, שמה הוא נתון "אישי" דווקא. וזאת, בשל השוני בין תוצאיהם של הנתונים הענייניים, לעומת תוצאי הנתונים האישיים. הנתונים הענייניים, שקובעים את פליליות הביצוע העיקרי של האירוע, שוללים אותה ממנו, או משנים את זהותו כעבירה מסוג מסוים או את ממדי חומרתו, מקרינים את תוצאיהם אלה גם על השידול והסיוע לאותו אירוע עברייני.

יש להבחין כי קרינת התוצאים האמורים מתרחשת מ"עניין" ל"עניין" וכאמור, באורח חד-סיטרי, דהיינו מן הביצוע העיקרי של העבירה — ולא מן המבצע העיקרי — אל השידול והסיוע לעבירה זו — ולא אל המשדל והמסייע — והכל בכיוון זה בלבד — ולא גם בכיוון ההפוך, מן הצורות העקיפות של השותפות אל צורתה הישירה.²⁶⁶

388. ועוד הבהרה שהיא מובנת מאליה: השתרעות התוצאים המתחייבים מנתונים ענייניים, המספקים את דרישות הביצוע העיקרי של עבירה, על השידול והסיוע לביצועה, כפופה לדרישות פליליות השידול והסיוע מבחינת היסוד הנפשי; היות שהשידול והסיוע טעונים מחשבה פלילית, המודעות האופיינית למחשבה זו צריכה להקיף את כל הנתונים הענייניים בהם הביצוע העיקרי בא לידי ביטוי. במלים אחרות, נקודת המוצא של שאלת קרינת תוצאי הנתונים הענייניים המאפיינים את הביצוע העיקרי, על השידול והסיוע, היא מודעות השותף העקיף לדבר קיום הנתונים. אם לא כן, עשויה להתעורר השאלה של נפקות הטעות לגביו, אך לא של קרינת תוצאיהם. ויש הבדל בין הדברים. תנאי זה הוא בבחינת הנחת יסוד בכל הדיון בנושא השלכת נתונים ענייניים כאמור על צורות השותפות העקיפה. מכאן שתי מסקנות ראויות לציון:

האחת — הודות להנחה זו, נשמרת במלוא היקפה אחדות העבירה רבת-המשתתפים ותלות צורות השותפות העקיפה בזו הישירה, ככל שהדבר תלוי בנתונים הענייניים בהם העבירה באה לידי ביטוי. זאת, בהבדל מן ההשלכה השונה של הנתונים האישיים, שעשויה לגוון, במידה זו או

266 בהבדל מן הנתונים האישיים, אשר עשויים להתקיים אצל כל שותף ישיר ועקיף, ושאלת קרינת תוצאיהם עשויה להתעורר מכל שותף אל רעהו, ובכל כיוון.

אחרת, את התשתית הנורמטיבית של האחיות הפלילית של הצדדים לעבירה רבת-משתתפים, בהתאם לנתונים האישיים השונים המתקיימים לגביהם, מקום שהם אכן מתקיימים, ובכך להשפיע על תלות צורות השותפות בינו לבין עצמו, ובעיקר של אלה העקיפות בוו הישירה. יחד עם זאת, אין כל ספק כי, במידה שהמחשבה הפלילית של שותף עקיף אינה מקיפה נתון ענייני כמוגדר לעיל, ישחקף הדבר בהגדרת תרומת אותו שותף לעבירה שנעברה; אך זאת, דווקא מכוח תלות השותפות העקיפה בביצוע העיקרי, שכן "שותפות", פירוש הדבר נטילת חלק תוך מודעות למהותו האוביקטיבית של השלם, כלומר שותפות גם מבחינה סוביקטיבית ולא אוביקטיבית בלבד. יש ספרי חוק פליליים שאף דאגו להכליל בהם הוראות מפורשות לעניין דרישת המודעות של השותף העקיף לנתונים הענייניים בהם מתבטא האירוע העברייני כפי שמימש אותו המבצע העיקרי. כך, נקבע במפורש בסעיף 67 לקודקס הפלילי של טורקיה (1926), כי נתונים אלה מקרינים את תוצאיהם על השותפים העקיפים רק אם הם היו מודעים להם בעת שתרמו לביצוע העבירה; הוראה דומה נמצא בסעיף 28 פסקה שניה לקודקס הפלילי של רומניה (1968). אולם, הוראה כאמור היא, לאמיתו של דבר, מתוך זהירות יתר בלבד, לאור הגדרות הצורות של שותפות עקיפה, המתנות אותן במחשבה פלילית מיוחדת במטרה להביא את חברו לידי ביצוע עבירה או לסייע בידו לעבור אותה. יסוד נפשי כזה מתאפיין במודעות לכל הנתונים הענייניים בהם הביצוע העיקרי צריך לבוא לידי ביטוי. כתוצאה מכך, אם שותף כלשהו לא היה מודע לנתון כאמור, שבלעדיו הסיווג הנורמטיבי של האירוע העברייני בו השתתף היה משתנה, בהשוואה לסיווגו בהתאם לביצועו העיקרי, התלות של חלקו של השותף שפעל מתוך טעות, בביצוע העיקרי, תהיה בוודאי מסוייגת. הסייג יוכל להתבטא בכך שבעוד שהאירוע העברייני על ביצועו העיקרי יצמיח עבירה א', תהיה הגדרתה הנורמטיבית של תרומת השותף שפעל מתוך טעות, צמודה לעבירה ב'; אך זאת מסיבה כרוכה ביסוד הנפשי שהתלווה אל תרומתו, וכלל לא בשל אי-קרינת תוצאים של נתונים ענייניים או אחרים. אין ספק כי המחוקק רשאי לנקוט גם עמדה שונה, אולם רק בהוראה מפורשת סותרת, כפי שעשה זאת המחוקק האיטלקי בהסדירו את תוצאיהם של נתונים ענייניים ואישיים – בסעיפים 117–119 של הקודקס הפלילי משנת 1930 – תוך התעלמות ניכרת מן היסוד הנפשי בו מותנות צורות השותפות למיניהן; אך זאת בהוראות מיוחדות, שבלעדיהן היו חייבים לצאת מן ההנחה כי כל שותף היה מודע לכל הנתונים, הענייניים והאישיים, של האירוע העברייני.

המסקנה האחרת היא כי ההיפותיזות בהן התנאי האמור נעדר וקיים פער בין האירוע העברייני, כפי שהתגבש עקב הביצוע העיקרי, לבין היקפו המשוער בתודעת השותפים העקיפים, שעה שתרמו את תרומותיהם לביצוע זה – היפותיזות אלה אמנם מעלות, גם הן, את שאלת תלות השותפות העקיפה בביצוע העיקרי, כפונקציה של ההיקף השונה של מודעות השותפים לאותו אירוע, אולם, אין להן קשר לנושא השלכת הנתונים לסוגיהם, על התלות ההדדית בין אחריותם של הצדדים לאירוע עברייני רבת-משתתפים; וראוי להקפיד ולהבחין הבחנה ברורה בין הדברים²⁶⁷. לכן, נפריד בין הנושאים ונחזור בשלב מאוחר להיפותיזות אלה תוך דיון נפרד בהן. הכוונה ביחוד להנחה בה מכצע עיקרי של עבירה רבת-משתתפים עבר עבירה אחרת מזו מושא המזימה המשותפת או עבירה נוספת לה, אגב מימוש המזימה. סטייה כזאת מהווה נסיבה עניינית – ולא אישית, צמודה לאותו מבצע – באשר היא מקנה לאירוע העברייני מבנה מהותי שונה מזה

267 נדמה לנו כי לא תמיד ערים להבחנה זו. ראה: M. Gur-Arye, "The Influence of Aggravating or Mitigating Personal Characteristics on the Liability of the Participants" 19 *Isr. L. Rev.* (1984) 253, 254–255.

המתוכנן, ולכן היא מקרינה את תוצאיה גם על השותפים הנותרים לאותה מוזימה. ואולם, הם יישאו באחריות פלילית גם לעבירה שבסטייה לפי דיני השותפות רק אם היו מודעים מראש לאפשרות החריגה מן המוזימה המקורית. אם לא כן, ייחרץ דינם לפי כללי האחריות הנגררת, המותנית דווקא בהיעדר מודעות לכך²⁶⁸.

עבירות ב"עושה מיוחד" — delicta propria
 389. נושא זה²⁶⁹ ראוי לדיון מיוחד, אם כי, לאמיתו של דבר, הוא שלוחה של הנושא הקודם, "השלכת נתונים ענייניים" על תלות השותפות העקיפה בביצוע העיקרי. דיון נפרד בנושא זה מתבקש משום שלגביו מתעוררת השאלה של איבחון ברור של ייחוד העושה כ"נתון ענייני" של אירוע עברייני, או כ"נתון אישי" של צד לאירוע עברייני רב-משותפים. בנוסף לכך, ייחוד העושה עשוי לקבוע אף את מעמדו הפונקציונאלי של הצד לאירוע העברייני, בו הוא מתקיים; עם הדיון יתברר גם למה מכוונים דברים אלה.

תחילה, ראוי להבהיר כי מדובר ב"עבירה" בעושה מיוחד — *delictum proprium*, *Sonderdelikt, délit propre* — ולא ב"עברייני" מיוחד *delinquens proprius* — של מעשה פלילי. הווי אומר, הייחוד הוא ענייני, במהות הנבדלת של התופעה העבריינית, אמנם עקב ייחוד העושה, ולא סתם במידת החומרה הטמונה באירוע העברייני, בשל ייחודו של העושה, אף מקום שחומרה זו באה לידי ביטוי בהבחנות נורמאטיביות במישור הטיפול העונשי. בקיצור ובפשטות, המדובר בעבירה בעלת מהות שונה — אם כי המהות מתבטאת גם במישור הענישה — ולא באותה עבירה, בעלת חומרת שונה, המתבטאת רק במישור הטיפול העונשי; על אף שדבר זה, כשלעצמו, אין בו כדי לגרוע מעניינותו של הייחוד.

390. ניתן להבחין בתוך העבירות בעושה מיוחד שלושה תת-סוגים, שהעבירות של *delicta propria* נמנות על אחד מהם בלבד. תת-סוג אחד הוא זה שעליו נמנות העבירות אשר **עצם פליליותן היא פועל יוצא של היות העושה בעל מעמד מסויים**. בלעדי ה"מיהות" המיוחדת של העושה, אין העבירה עשויה להתגבש כלל ועיקר. למשל, העבירה של "ריבוי נשואין" מותנית בעושה שהוא בעל מעמד של "נשוי" או "נשואה", כאמור בסעיף 176 לחוק העונשין; בלי עושה מיוחד כזה, אין העבירה עשויה להתבצע. העבירה של "שירות בכוחות האוייב" לפי סעיף 101 לחוק העונשין, מותנית בעושה שהוא "אזרח ישראלי" או "אדם אחר החייב נאמנות למדינת ישראל", באשר הוא חייב בשירות הבטחון או שירת בשירות המדינה, ובלי מעמד זה של העושה אין המעשה מצמיח עבירה. העבירה של "גיוס לכוחות חוץ" לפי סעיף 122(א) לחוק העונשין, עשויה להתבצע על-ידי "אזרח ישראלי" בלבד, שאם לא כן, אין המעשה כלל בגדר עבירה. העבירה של "לקיחת שוחד" לפי סעיף 290 לחוק העונשין, מותנית בעושה שהוא "עובד הציבור". העבירה של "אינוס" לפי סעיף 345 לחוק העונשין, מותנית בעושה שהוא גבר; העבירה של "עריקה" לפי סעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי תשט"ו—1955, עשויה להתבצע רק על-ידי עושה שהוא "חייל". כך ניתן להרבות בדוגמאות בהן בלי עושה בעל ייחוד מסויים, אין המעשה מצמיח עבירה, או המעשה עצמו אף אינו כלל בר-ביצוע מטבע הדברים. זהו תת-סוג אחד של העבירות מסוג העבירות בעושה מיוחד. אין כאן כל ספק שייחוד העושה הוא נתון ענייני של האירוע, המכריע

268 ראה פסקות 307, 341 ו-408 ואילך.

269 ראה התייחסות קצרה לסוגית העבירות בעושה מיוחד בדיני עונשין — א, פסקה 810.

את מהותו הפלילית מעיקרה; ועוד יש להוסיף כי עבירות אלה אינן נמנות על סוג העבירות של *delicta propria*, מן הטעם הפשוט שמהותן של העושה שייכת למבנה הבסיסי של האירוע העברייני, באשר הוא.

תת־סוג אחר של עבירות בעושה מיוחד, שאף הוא אינו נמנה עדיין על סוג העבירות של *delicta propria*, מורכב מעבירות שבהן מיהותו המיוחדת של העושה מקנה לאירוע העברייני, מכוח החוק, משקל נבדל מבחינת חומרתו, בהשוואה לעבירת היסוד, המקבילה, שאותו אירוע היה מצמיח אלמלא מיהותו האמורה של העושה. במלים אחרות, ייחודו של העושה מהווה גסיבה אשר, בהצטרפותה אל המבנה הרגיל של עבירת היסוד, משנה, לפי הערכת המחוקק, את ממדי החומרה הגלומה בעבירה זו, ומחייבת שינוי אמת־המידה הנורמטיבית של העונש שגקצב לעבירה. דוגמה לעבירה בעושה בעל מיהות מיוחדת כאמור, היא עבירת אינוס שנעברה על־ידי חייל, האסורה בהוראות סעיף 75 לחוק השיפוט הצבאי. הוראות אלה, שמפנות, לעניין הגדרת העבירה, לסעיף 345 לחוק העונשין, רואות, משום מה, במעמדו המיוחד של העושה, ללא כל התנייה נוספת, גסיבה שבעטייה העונש שחייל צפוי לו בשל אינוס, מועלה לעשרים שנות מאסר, במקום ארבע עשרה שנות מאסר, כפי שנקבע בסעיף 345 האמור. העבירה, כשהיא לעצמה, נשארת ממש אותה עבירה של אינוס, על המבנה הרגיל שלה, ואין במעמדו המיוחד של העושה משום מימד איכותי, שיש בו כדי לשנות את מהות העבירה וטיבה וליצור עקב כך עבירה מסוג *delicta propria*. יחד עם זאת, אין באמור כדי לסתור את סיווג מעמדו המיוחד של עושה אינוס לפי סעיף 75 לחוק השיפוט הצבאי, כנתון ענייני של עבירה זו, על כל הנובע מכך; היא רק איננה בגדר *delictum proprium*, משום שלא כל עבירה מותנית בעושה מיוחד, היא, כאמור, גם עבירה מסוג זה.

391. העבירות מסוג *delicta propria* הן תת־סוג נפרד, נוסף, שבסוג העבירות בעושה מיוחד. המאפיין הבסיסי של עבירות אלה הוא שמהותן המיוחדת של עושה העבירה, איננה סתם נתון רלוואנטי להתהוות עבירה פלילית ואף לא גסיבה המשנה, בהתאם לחוק, את חומרת עבירת היסוד שלמבנה היא מיתוספת, כנתון בודד. בעבירות מסוג *delicta propria* מתקשרת ומתקמת מיהותו המיוחדת של העושה עם סימני־ייחוד רלוואנטיים אחרים שבמבנהו, שאינם צמודים לעושה דווקא; במיוחד קיימת זיקה אורגאנית בין ייחוד העושה לבין האובייקט המוגן על־ידי איסורו. כתוצאה מכך, מקנה ייחודו של העושה לעבירות אלה משמעות ערכית, אנטי־חברתית, עצמית, ובכך מהות וזהות נבדלות מאלה של העבירות המקבילות בעושה רגיל. מכאן, שפליליות המעשה אינה נשללת כליל בהעדר עושה מיוחד, אך מהותו, כתופעה עבריינית, משתנית; המעשה היה מצמיח עבירה גם תוך עשייתו על־ידי עושה רגיל, אולם העושה המיוחד מוסיף למעשה מימד איכותי המשנה את מהות העבירה וטיבה. מדובר אפוא בשינוי מהותי ולא בתוספת או מגרעת כמותית. ב־*delictum proprium*, ייחוד העושה הינו אפוא רכיב מרכזי המעצב את זהותה הנבדלת, "העצמית", של העבירה.

כך, למשל, העבירה של "גניבה בידי עובד הציבור" לפי סעיף 390 לחוק העונשין, היא עבירה מן הסוג של *delicta propria*. העבירה מותנית בעושה מיוחד, תנאי המתקשר לדרישות נוספות – היות הדבר שנגנב נכס המדינה, שהיתה לעושה גישה אליו מכוח תפקידו, או אף נכס פרטי, אך שהגיע לידי מכוח עבודתו. מערכת סימני־ייחוד אלה, שבמרכזם עומד ייחוד העושה, מעצבת ל"גניבה בידי עובד הציבור" מהות וזהות שונות, ממהות הגניבה הרגילה וזהותה, אשר גם עושה רגיל יכול לבצע מרכוש המדינה. אגב אורחא, שומה עלינו לציין כי הוראות סעיף 390 לחוק העונשין, שדנות בעבירה של "גניבה בידי עובד הציבור", אינן ברורות די הצורך לעניין הדרישה

של גישה מיוחדת של עובד הציבור לרכוש המדינה, אוביקט העבירה. בלי דרישה זו, העולה מכללא מהוראות אלה, נשמטת הקרקע מתחת לעצם היגיון ההפרדה של גניבה זו, כעבירה העומדת ברשות עצמה. גניבה מרכוש המדינה, כאשר אין לעושה כל זיקה פונקציונאלית לנכס הגנוב, אינה נתונה להבחנות מהותיות לפי מעמדו של העושה; זוהי גניבה רגילה אף במקרה בו העושה הוא, לפי מקצועו, עובד הציבור. אולם, המצב הוא שונה בתכלית השינוי כאשר מעמד העושה, עובד הציבור, מאפשר לו גישה מיוחדת לרכוש, ממנו הוא יכול לגנוב; השמירה מפניו על הרכוש קשה למדי; גילוי החסר ברכוש עקב גניבות כאמור הוא, בדרך כלל, מאוחר יותר ומסובך יותר. למעשה, מי שמופקד על השמירה על הנכסים, הוא זה הגנוב מהם תוך ניצול התנאים האוביקטיביים האמורים, והפרת האמונים בו מעצם הנסיבות. המעמד המיוחד של עושה עבירה זו הוא אפוא נתון ענייני המשתור עם סימני-היחוד הנותרים שבמבנה האירוע העברייני, בעל המהות המיוחדת המתבטאת בו, ולא סתם נתון ענייני המשמש נסיבה מחמירה את העבירה ובוודאי לא נתון אישי. הוא הסיווג של ייחוד העושה, גם בעבירה של "גניבה בידי עובד" לפי סעיף 391 לחוק העונשין; והיא המשמעות הערכית של ייחוד זה, שמעצבת גם את תדמיתה של "גניבה" זו כעבירה של *delicta propria*.

392. דוגמה נוספת של עבירה בעושה מיוחד שנופלת בגדר *delictum proprium* היא זו של "המתת תינוק" לפי סעיף 303 לחוק העונשין. לכאורה, אלמלא היה עושה העבירה "אשה", שהיא גם "אם" הקרבן — ייחודו של העושה — יכולה היתה ההמתה ליפול "לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה", כאמור בהוראות אותו סעיף. אולם, הייחוד האמור של העושה צריך להשתלב בנתונים נוספים — פרק הזמן — שנים עשר חדשים לאחר הלידה — בו נעשה המעשה; הימצאות העושה במצב של "ערעור שיקול הדעת" בשעת המעשה; וזאת משום "שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה". שילוב זה של תנאים יוצר עבירה שונה במהותה ובזהותה, מעבירות ההמתה האחרות, משייך אותה לסוג ה-*delicta propria* ומקנה בכך לייחוד העושה את המעמד של נתון ענייני ולא סתם של נתון אישי על כל הנובע מכך מבחינת התלות המהותית של צורות השותפות העקיפה לעבירה זו, בביצועה העיקרי. לא ניכנס כאן לתולדות ההגדרה המשונה בחוק הישראלי של העבירה של "המתת תינוק", המאפשרת סיווג בה של המתה בפרק זמן של שנה מתאריך הלידה, השמה את הדגש הבלעדי על הליקוי בתקינות הרוח של האם, ומתעלמת כליל מן המניע החברתי והמשפחתי העשוי להביא אף להמית את תינוקה.²⁷⁰ בתחיקות רוב אומות העולם, אם קיים איסור מיוחד על העבירה של "המתת תינוק" — *infanticide* — היא מוצמדת, מבחינת העיתוי, לשעת הלידה או מיד אחריה, ומבחינת הריקע החברתי והנפשי להמתה, למצוקה ולמועקה עקב ההלם הראשוני של לידה מחוץ לנישואין, כפי שהיא נתפסת בעיני הציבור והסביבה.²⁷¹ נדמה כי נסיון החיים מוכיח כי מקרים

270 ראה: G. Williams, *Criminal Law* (London, 5th ed., 1983) 338—340; Smith and Hogan, *Criminal Law* (London, 2nd ed., 1983) 694—695.

271 סעיפים: 217 לקודקס הפלילי של גרמניה הפדרלית (1975); 578 לקודקס הפלילי של איטליה (1930); 238 לקודקס הפלילי של דנמרק (1930); 453 לקודקס הפלילי של טורקיה (1926); 244 לקודקס הפלילי של נורבגיה (1902); 291 לקודקס הפלילי של הולנד (1881); 396 לקודקס הפלילי של בלגיה (1867). כן ראה סעיפים: 79 לקודקס הפלילי של אוסטרליה (1974); 177 לקודקס הפלילי של רומניה (1968); 3, פרק 111 לקודקס הפלילי של שוודיה (1965); 220 לקודקס הפלילי של צ'כוסלובקיה (1961); 527 לקודקס הפלילי של אתיופיה (1957); 138 לקודקס הפלילי של יוגוסלביה (1951); 303 לקודקס

של רצח תינוק הם על רקע זה בלבד, ומבחינה מהותית, זהו סוג של המתת אדם, הנובע מהשתלבות סימני-ייחוד המקנים לו עצמיות משלו. נראה כי, אילו היו המקרים של "המתת תינוק" מקרים בהם התינוקות נולדו תוך חיי נישואין, לא היתה כלל מתחייבת עבירה מיוחדת של "המתת תינוק", למרות שאין סיבה לכך שהלם הלידה, כשהוא לעצמו, יהיה שונה לפי המעמד האישי של האם-היולדת; השורש המכריע הוא חברתי, ואילו המצוקה והמועקה הן רק פועל יוצא ממנו. מכאן המסקנה, שכבר צויינה, כי ייחוד העושה בעבירה של "המתת תינוק" הוא נתון ענייני חיוני להתהוותה, על כל ההשלכות, כשהיא רבת-משותפים, של תוצא נתון זה, על השותפים העקיפים, לביצוע עבירה מסוג ה-*delicta propria*.

393. נדמה כי שיוך העבירה של המתת-אב — *parricide* — המוגדרת כרצח בסעיף 300(א)(1) לחוק העונשין, לסוג ה-*delicta propria*, עשוי לעורר חילוקי דעות.

השוללים סיווג זה, יגרסו כי ייחוד העושה, בן או נכד של הקרבן, הוא בבחינת נתון אישי בלבד, או, לכל היותר, נתון ענייני שהוא בבחינת נסיבה מחמירה ההופכת את ההמתה לרצח. כלומר, גירסות מספר בעלות נפקויות משפטיות נבדלות. אם רואים את ייחוד העושה כנתון אישי המבצע העיקרי שנתון זה מתקיים לגביו, יתן את הדין בגין רצח, ואילו המשדל והמסייע יהיו צדדים להריגה בלבד. אם הנתון האישי מתקיים לגבי שותף עקיף דווקא, והמבצע העיקרי אינו בנו או נכדו של הקרבן, יתחייב המבצע העיקרי בהריגה בלבד, בעוד שהשותף העקיף יהיה משדל או מסייע למעשה רצח. אולם, אם רואים את ייחוד העושה כנתון ענייני, ייתכנו שתי תת-חלופות. האחת, לפיה מדובר בנתון ענייני המהווה נסיבה מחמירה שהופכת את ההמתה לרצח; והאחרת, לפיה נתון ענייני זה יוצר עבירת המתה בעלת מהות "עצמית", נבדלת — *delictum proprium* — לעומת סוגי העבירות של המתת אדם, האחרים. הגורס את התת-חלופה השניה יוסיף על הנפקות של זיקת הקירבה של העושה לקרבנו, כנתון ענייני, גם נפקות נוספת — עליה נעמוד בהמשך — אופיינית לעבירות מן הסוג של *delicta propria*. כנתון ענייני, שמהווה נסיבה מחמירה בלבד, ההופכת את ההמתה לרצח, ייחודו של העושה, המתבטא בזיקת הקירבה האמורה, יקרין את תוצאו גם על המשדל והמסייע להמתה מוחמרת זו; הם — המשדל והמסייע — יתחייבו בשותפות לרצח-אב, אם כי אין להם יחס קירבה כזו כלפי הקרבן. לעומת זאת, בן או נכד ששידל אדם שלישי, או סייע בידו, להמית את הורהו או את הורה הורהו, ייתן את הדין בגין שידול או סיוע להריגה בלבד, משום שהמבצע העיקרי אינו בנו או נכדו של הקרבן. אולם, אליבא דידנו, העבירה של המתת-אב, מקום שהחוק הפלילי מייחד לה איסור נפרד, היא עבירה מסוג ה-*delicta propria*, משום שטבע הזיקה המשפחתית בין בן לבין אביו או אמו, ובין נכד לבין סבו או סבתו, מקנה להמתה עצמיות, לעומת כל סוג אחר של המתת אדם. זיקה זו בין העושה והקרבן מצמיחה, לפי תפיסת העולם של המחוקק, עבירת המתה בעלת מהות וזהות אחרות, בשל המשמעות הערכית שלה, השונה מזו של כל עבירת המתה אחרת. אין זה עניין של פגיעה בזדון בקדושת חיי אדם בלבד, כערך ראשון במעלה, אלא מיתוסף כאן ערך חברתי מיוחד במינו — מצוות כיבודו של מי שהביא את העושה לעולם, גידל אותו ודאג לו,

הפלילי של יוון (1950); 116 לקודקס הפלילי של שווייץ (1937); 302 לקודקס הפלילי של צרפת (1810), בהם, אמנם, אין התייחסות מפורשת ללידה מחוץ לנישואין העשויה לפגוע בכבוד האם או המשפחה, אך תנאי העיתוי בעת הלידה או מיד אחריה ותנאי המצוקה או המועקה הנפשית, מאוזכרים במפורש.

והחובה העליונה, לא רק שלא לפגוע בו, אלא לגונן עליו מפני כל רע, לשמור עליו ולסייע לו. "כבד את אביך ואת אמך" ו"אל תרצח", הם שני ציוויי-יסוד אשר הפרתם במצטבר, באותו מעשה, מהווה פשע בעל מהות נפרדת, עצמית, מן הפשע הנובע מהפרה בנפרד של כל אחד מהם; עד כדי כך, שהקודקס הפלילי הצרפתי — אמנם עקב תיקון מן המאה הקודמת — קובע, עד עצם היום הזה, בסעיף 13, כי הנידון בגין המתת-אב יובל למקום ביצוע עונש המיתה שהושח עליו "בחולצה, יחף ובכיסוי שחור על פניו". בקצבו את העונש האמור בגין המתת-אב, מזכיר סעיף 302 לקודקס את החובה למלא גם את גזרת סעיף 13; ואילו בסעיף 323 לקודקס נקבע כי "העבירה של המתת-אב לעולם אינה בת-חנינה". ייתכן כי בספר חוקים בן-זמננו לא היו עוד גוזרים גזרות כאמור, אך אין זאת אומרת כי, מקום שהחברה מייחדת להמתת-הורה איסור נפרד, שעבירה זו איננה, מבחינה מהותית, בת-זהות עצמית בהשוואה לעבירות ההמתה מסוגים אחרים. היינו נוטים אפוא לשייך אותה לסוג ה-*delicta propria*; וכעבירה מסוג זה, היא, לדעתנו, גם בעלת נפקות משפטית ספציפית, כפי שנראה בהמשך.

394. כך, ניתן לשייך לסוג זה של עבירות, למשל, גם את העבירה של "סרסרות למעשי זנות" לפי הוראת סעיף 199(ב) לחוק העונשין, מקום שעושה העבירה הוא, כאמור בהוראה זו, אביה של הזונה, אפוטרופסה, מורה, מעבידה, ממונה עליה לפי דין או לפי הסכם, רופאה או עובד בית חולים שבו היא אושפזה, כאשר זיקות אלה של העושה מושוות, מכוח אותה הוראה עצמה, לפרט אחר המתבטא בהיות הזונה "אשה שלמטה מגיל 18", המספיק גם הוא להתהוות צורה זו של סרסרות למעשי זנות. כשם שלא ניתן לזעזע כי פרט זה הוא בבחינת נתון אישי, שכן אין הוא עשוי להתגלם בעברייני, כך גם זיקות אלה הם נתונים ענייניים, הגם שמתקיימים הם לגבי העברייני. מלבד זאת, סרסרות תוך ניצול תלות כאמור של האישה בגבר-הסרסור, מקנה לעבירה מהות מיוחדת וזהות נפרדת מן הסרסרות הרגילה. שני השיקולים יחדיו — הימנות ייחוד זה של העושה עם סוג הנתונים הענייניים של העבירה וזהותה העצמית של עבירה בעטיו של ייחוד זה דווקא — מחייבים את שיוכה של העבירה לסוג ה-*delicta propria*, כעבירה בעושה מיוחד, על כל ההשלכות הנובעות מהשתייכות זו.

האיסור המיוחד שבסעיף 209(ב) לחוק העונשין²⁷² נותן ביטוי לדרך מיוחדת במינה להתגייס צורה של שותפות עקיפה — סיוע במקרה זה — בביצוע עיקרי של עבירה בעושה מיוחד, ולקרינת ייחוד העושה, כנתון ענייני בו מותנה הביצוע העיקרי של העבירה, על הסיוע לעבירה זו. אם העבירה האמורה בסעיף 209(א), "שידול וסיוע למעשה בלתי מוסרי", על ביצועה העיקרי, נעברה בידי "קטין שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים" — כלומר אם העבירה היא מסוג *delicta propria* — יקרינ נתון זה על הסיוע לעבירה, בכך שהמסייע הרלוואנטי לצורך יישום סעיף 209(ב), צריך להיות "הורו או אפוטרופסו של הקטין וכל אדם אחר שנמסרו לו האחריות או ההשגחה על קטין כאמור", והקרינה היא, כמובן, חד סיטרית בלבד — מן המבצע הישיר אל המסייע, ולא גם בכיוון הפוך. הזיקה של מעמד המסייע לייחוד העושה העיקרי נותנת ביטוי לתלות סיוע מיוחד זה בביצוע העיקרי של העבירה, כשהיא מסוג ה-*delicta propria*, ולאחדותה, חרף העונש החמור פי כמה שנקצב לסיוע, בהשוואה לעונש שנקצב לביצוע העיקרי. קטינות העושה איננה נתון אישי; היא נתון ענייני מובהק אשר כל תוצאו הוא לגבי המסייע דווקא, ובתנאי שהוא בעל הזיקה למבצע העיקרי המתבקשת מייחודו של העושה.

272 ראה את נוסח הסעיף, במלואו, בהערת הטוליים 254 בפרק זה.

395. הנפקא מינה האחד של סיווג זה, מתבטא אפוא בכך שייחוד העושה, בו מותנית העבירה, הוא בבחינת נתון ענייני ולא נתון אישי, וכנתון ענייני שמתגלם במבצע העיקרי, הוא מקרין את תוצאו על השידול ועל הסיוע לעבירה זו, אם כי הוא אינו מתקיים גם לגבי המשדל או המסייע.

התוצאות הנובעות מכך מתיישבות לדעתנו במלואן עם התודעה המשפטית של הציבור וצרכי ההגנה על ערכי החברה. אם, תוך מתן ביטוי לתודעה ולצרכים אלה, הפריד המחוקק את "הגניבה בידי עובד ציבור", לפי סעיף 390 לחוק העונשין מעבירת הגניבה הרגילה, תוך מיקוד הייחוד שבה סביב למבצע העיקרי "עובד הציבור"²⁷³ – גם השידול והסיוע לגניבה מיוחדת זו נגועים מייחודה, ודינם להיצמד לה, למרות שלמשדל ולמסייע אין אותה זיקה אישית לעבירה. מודעותם לנתונים המספקים את הדרישות בהן מותנית התהוות העבירה, הופכת את תרומותיהם לביצועה, לחלק בלתי נפרד ממנה, על הערכתה והגדרתה, בתודעת הציבור, ובכך גם בתודעתם הפגומה, ובציווי המחוקק. משדל ומסייע לגניבה בידי עובד הציבור, הם שותפים במלוא מובן המלה לעבירה זו, ולא לגניבה רגילה. גם הם לא היו יכולים לסבור אחרת.

מאותם טעמים, שבמהות הדברים וטבעם, שידול וסיוע לרצח-אב על-ידי מי שאינו בנו או נכדו של הנרצח, הם חלק מן הפשע של רצח שביצעו העושה העיקרי שהוא בנו או נכדו של הקרבן, שכן העבירה היא מסוג ה-*delicta propria* והנתון הקובע את עצמותה הוא נתון ענייני – בנו או נכדו של הקרבן, ואין עוד להוסיף מלה על כך.

396. לדעתנו, זו היא התפיסה המתחייבת גם במקרה של "המתת תינוק". הנחת היסוד הקפידה ביותר היא זו, כי הפרט רואה, או, לפחות, חייב לראות, את התופעה העבריינית באותה זווית ראייה ערכית, בה החברה רואה אותה והמוצאת את ביטויה בציווי החוק. מידת האחריות שנקבעה לעבירה של "המתת תינוק", איננה בבחינת עשיית חסד מיוחד עם האם, המבצעת העיקרית של העבירה. היא ביטוי נורמטיבי של הערכת התופעה, על כל מורכבותה, בהתאם למחותה העצמית, על כל היבטיה, ומשקלה המצטבר האנטי-חברתי, על-ידי החברה, בגורמה המשפטית בה מוגדרת העבירה ונקצב הטיפול העונשי בגין ביצועה. המחוקק עצמו אומר לפרט כי לא הרי "המתת תינוק" – לפי משמעותה האמיתית של עבירה זו בהתאם לכל סימני-הייחוד שלה – כהרי העבירות הנותרות של המתת אדם מתוך מחשבה פלילית. לכן, מאותם טעמים, האמורים לגבי שתי הדוגמאות הקודמות, שידול וסיוע להמתת תינוק הם חלק מן העבירה שנעברה על-ידי האם כמבצעת עיקרית, שכן, גם זוהי עבירה מסוג ה-*delicta propria*, והנתונים שקובעים את עצמותה הם נתונים ענייניים.²⁷⁴

כתוצאה מכך, אין לדעתנו יסוד לגרוס כי המשדל אם או המסייע לה, לבצע את העבירה של "המתת תינוק", פועל מתוך תפישה ערכית של עבירה זו – על משקלה הסגולי מבחינת החומרה הטמונה בה, על מהותה העצמית ועל זהותה הנפרדת מבחינת כל הפרטים הרלוואנטיים להתהוותה – שונה מתפישת העבירה על-ידי החברה, בהבדל מתפישת עבירות ההמתה האחרות, על-ידיה. השידול יהיה שידול ל"המתת תינוק" ולא שידול להריגה או לרצח, רגילים, וכן הסיוע. ואם כל האפקט הריטורי של השאלה "מדוע לא" – התשובה היא פשוטה למדי: אין לדרוש מן הפרט שיתפוש את משמעות התופעה העבריינית ומשקלה, תפישה שונה מזו של החברה.

273 ראה פסקה 389.

274 ראה דעה אחרת: M. Gur-Arye, "The Influence of Aggravating or Mitigating Personal Characteristics on the Liability of the Participants" 19 *Isr. L. Rev.* (1984) 253, 269.

מלבד זאת, ולא פחות חשוב מכך, הגישה דלעיל משתלבת בתפישה המושגית של הדברים, המבטיחה עקיבות בהפעלת החוק ועשיית הצדק, שהיא כל כך נחוצה להגשמת עקרון החוקיות. אם המחוקק סובר כי מתחייב פתרון חריג, הוא, כמובן, בן-חורין ליתן ביטוי נורמאטיבי לסברתו בהוראה מיוחדת סותרת. כך עשו המחוקק הצרפתי, בסעיף 302 לקודקס הפלילי, המחוקק ההולנדי, בסעיף 292 לקודקס הפלילי, המחוקק הפיני, בסעיף 1 פרק 100 לקודקס הפלילי, המחוקק האתיופני, בסעיף 527 לקודקס הפלילי. הם קבעו במפורש כי ההוראות שחלות לגבי האם המבצעת את העבירה, אינן בנות-תחולה על שותפיה לביצוע. בכך עשוי לספק המחוקק את עקרון החוקיות ולהזהיר את הפרט לגבי העמדה החריגה בה נקט. אשר לנו, לא היינו ממליצים על חריג כזה, אפילו ניתן להזהיר על קיומו באמצעות הוראה מפורשת.

397. ומכאן לנפקא מינה האחר, העיקרי והספציפי, של השתייכות עבירה לסוג ה-*delicta propria*. ערכנו את הדיון הארוך והמפורט בסוגיה זו, לא כדי להוכיח כי ייחוד העושה בו מותנית עבירה מסוג זה הוא נתון ענייני ומכוח כך הוא מקרין את תוצאו על השידול והסיוע, לביצוע העיקרי. שכן, אף אילו ראו בייחוד זה רק נסיבה המחמירה או המקלה, מכוח החוק, את הטיפול העונשי בגין העבירה, עדיין הוא היה בבחינת נתון ענייני, ולא נתון אישי אשר מקרין את תוצאו לגבי אותו צד בלבד שלגביו הוא מתקיים.

השתייכות עבירה למשפחת ה-*delicta propria* יש לה משמעות מעבר לכך. זאת, במקרים בהם "ייחוד" העושה, בו מותנית העבירה, מתגלם ב-'א', שאינו מוכן לבצע בעצמו את מעשה העבירה והוא פונה ל-'ב', מפציר בו שהוא יבצע אותה ומביא אותו לכך, או מסייע לו לבצעה. למשל א', שהוא עובד הציבור, משדל את ב' לגנוב מנכסי המדינה שנמצאים בניהולו של א' מתוקף תפקידו, או מסייע ל-'ב' לעשות זאת. דוגמה דומה ניתן ליתן בתחום העבירה של המתת-אב. א' משדל את ב' להמית את אביו של א' או מסייע לו לעשות כן. ניתן להשתמש לשם הדגמה גם בעבירה של "המתת תינוק", או בכל עבירה מן הסוג של *delicta propria*.

האם ב' מתחייב בעבירה של גניבה רגילה, או של המתת רגילה, כמבצע העיקרי, בעוד ש-'א' יתחייב בשידול או סיוע לעבירות אלה? שכן ב', המבצע העיקרי, אינו מקיים את הייחוד הדרוש לשם התהוות ה-*delictum proprium*, ואילו א', שבו מתגלם דווקא ייחוד זה, אינו המבצע, אלא משדל או מסייע. אולם, קשה שלא להקשות ולשאול — הייתכן ש-'א' ששידלה את ב' או סייעה בידו, להמית את תינוקה, תתחייב בשידול או סיוע להמתת אדם, רגילה, בעוד שאילו היתה מבצעת בעצמה את ההמתה, היתה זו בגדר "המתת תינוק"? וכך ניתן לשאול — האם אין משום אבסורד דומה בכך, שאם א' ממית את אביו, זה המתת-אב, ואם הוא משדל את ב' או מסייע לו להמית את אביו, תהיה זו שותפות להמתת רגילה? ומגמת השאלה היא וזהה לגבי הדוגמה שבה א' הוא "עובד הציבור".

אן, שמא, ב' יתחייב בעבירה הרגילה כמבצע העיקרי, ואילו א' יהיה משדל או מסייע לעבירה "העצמית" — ה-*delictum proprium* — המותנית בעושה מיוחד, שכן, לגביו, ייחוד זה דווקא מתקיים? כלום אין בכך משום פיקציה מובהקת וגם סתירה מובהקת? פיקציה — משום ש-'א' נחשב כצד עקיף לעבירה, אשר המבצע העיקרי פאילו ביצעה; סתירה — משום שמייחסים ל-'ב' ביצוע עיקרי של עבירה שונה מזו אשר אליה מוצמד השידול או הסיוע של א'. והכל כאשר, במציאות, מדובר באירוע עברייני אחד ויחיד, שאינו ניתן לשבירה ופיצול, מבלי לדחוק את המציאות.

398. לדעתנו, לא ההוא ולא הלזה, הם הפתרון המתבקש מהיות העבירה מותנית בעושה

מיוחד ותופעה עבריינית ברשות עצמה מסוג העבירות של *delicta propria*. השתייכות זו היא בעלת משמעות יוצאת דופן, וגוירת אחריה תוצא מיוחד, שבזכותו ניתן לזגזג גם לפתרון הראוי. התוצא הוא, שאדם בו מתקיים הייחוד שבו מותנית העבירה, עשוי להיראות כמבצעה העיקרי, אף כי אדם אחר, שלגביו ייחוד זה נעדר, היה זה שמימש את הרכיב ההתנהגותי שבה. כאמור, כאשר מדובר ב־*delictum proprium*, הייחוד הנזכר אינו עומד בדרך כלל במבנה העבירה. ייחוד זה כרוך בויקה אורגאנית של האדם, שבו הוא מתקיים, לנתונים חיוניים אחרים של העבירה, ובמיוחד לאוביקט הנפגע על-ידי ביצועה. זיקה זו מתבטאת, בדרך כלל, בהימצאות אוביקט זה בחסותו, בפקדונו, בשמירתו, תחת מרותו, של אותו אדם בשל ייחודו האמור. מכאן, גם מחויבותו המיוחדת, לא רק להימנע, הוא עצמו, מכל פגיעה באוביקט זה, אלא גם פגיעה בו על-ידי הזולת עקב תרומתו המודעת של אותו אדם, בניגוד למחויבותו, הופכת אותו למבצע העיקרי ב־"הא" הידעה, כמעין מבצע באמצעות אחר, ואולי אף גרוע מזה מבחינת משקל תרומתו לאירוע העברייני. הוא הביא להתרחשותו או איפשר אותו, מקום שיכול היה למנעו, ואף חייב היה באורח ספציפי למנעו, עקב זיקתו המיוחדת לאוביקט הפגיעה. הוא לא רק זה שהרים את הסכר, אלא גם זה שהיה מופקד להחזיקו מורד. מן הבחינה האוביקטיבית, הייחוד המגולם בו מקנה לו את המעמד של שליט העשייה; מן הבחינה הסוביקטיבית, ייחוד זה מצמיח גם תחושה של תורם ראשי וישיר – *animus auctoris* – המתלווה אל תרומתו האוביקטיבית לביצוע העבירה. שני המאפיינים האמורים של התרומה לביצוע העבירה, של בעל הייחוד בו היא מותנית, מקנים לו את המימד של מבצע עיקרי – *auctor* – לכל דבר; והם גם אלה שדוחים לקרן זוית את מי שעשה את פעולות הביצוע ומשנים את משמעותן של פעולות אלה. מבחינה אוביקטיבית, פעולות אלה, שאין הייחוד האמור מתקיים לגבי עושהן, משתלכות באירוע העברייני כתרומה מסייעת להגשמת יעדו של בעל הייחוד בו מותנית העבירה, כמי שנשאר האדון של האירוע; מבחינה סוביקטיבית, העדר ייחוד זה גם לגבי עושה פעולות הביצוע, מצמיח אצלו את התחושה של תורם משני ועקף – *animus socii* – אם כי, לעתים, תוך הימצאות במצב בו הוא עשוי לקבל החלטות באורח עצמאי, בשלב המכריע. שני המאפיינים, האוביקטיבי והסוביקטיבי גם יחד, מקנים לתורם כזה לעבירה בעושה מיוחד, את המעמד של מסייע – *socius* – בלבד, הרף ביטויה של תרומתו בפעולות ביצוע²⁷⁵.

לשם המחשה, לא למותר להשתמש בדוגמה נוספת. גניח ש"א, שהוא עובד הציבור, מסתייע ב"ב, שהוא אדם פרטי, בביצוע גניבה מנכסי המדינה שנמצאים ברשותו בתוקף תפקידו. ב' עושה, במבצע זה, פעולות מאותו סוג שנעשות על-ידי א'. האם ב' הוא מבצע עיקרי של גניבה רגילה, ואילו א' מבצע גניבה בידי עובד הציבור? אם התשובה הנכונה היא ש"ב' הוא מסייע בלבד, לגניבה בידי עובד הציבור, והמבצע הוא א' בלבד, למרות זהות פעולות הנטילה והנשיאה, שלהם, כי אז גם כאשר א' "שידל" את ב' או "איפשר" ל"ב, לעשות לבדו את הפעולות הללו, עדיין א' אינו משדל או מסייע ר"ב' אינו מבצע עיקרי. א' יהיה המבצע העיקרי, למרות שלא עשה אף לא אחת מן הפעולות האמורות, ו"ב' יהיה מסייע חרף כך שעשה לבד את כולן. שכן ייחודו של א', בו מותנית העבירה, מקנה לו את המעמד של אדון המעשה, גם כאשר הוא נעזר בפעולות ביצוע של ב'.

זהו התוצא הספציפי של השתייכות עבירה לסוג ה־*delicta propria*, כאשר הייחוד בו מותנית העבירה מתקיים לגבי ה"משדל" או ה"מסייע", ואילו פעולות הביצוע נעשו על-ידי מי שייחוד

275 מעגין לציין כי סעיף 149(1) לקודקס הפלילי של יוון (1950) נותן ביטוי מפורש לכלל זה. ראה גם: A.H. Catsantonis, "L'orientation moderne des notions d'auteur d'infraction et de participation à l'infraction" 27 *Rev. int. de droit pénal* (1957) 63, 69; J. Zisslades, *ibid.* 176, 187.

זה אינו מתקיים לגביו. בעבירה מסוג זה, בעל הייחוד בו מותנית העבירה עשוי להיות מבצע עיקרי גם כאשר הוא משלב בתרומתו לאירוע העברייני, את פעולות הביצוע של אחר שלגביו ייחוד זה נעדר. זאת הודות לייחוד המתקיים בו, המקנה לו, מכוח היותו תנאי להיווצרות העבירה, את המעמד של אדון המעשה והמצמיח בו את תחושת ההזדהות עמו, כמעשהו הוא, אם כי אדם אחר עשה את פעולות הביצוע; שכן אדם זה עשה זאת בזכותו.

399. עובד הציבור "המשדל" אדם אחר או "מסייע" לו לגנוב מנכסי המדינה המופקדים בידי אותו עובד ציבור, עושה זאת כאדון המעשה וחוך תחושה של בעל המעשה. ואילו, לאמיתו של דבר, תרומתו של האחר שולבה במעשהו של "עובד הציבור" כתרומה מסייעת. הבן, שחייב לגונן על חיי אביו, אך "משדל" אדם אחר או "מסייע" לו לקפח את נפש האב, פועל כאדון המעשה ומתוך הזדהות עמו כבעל המעשה. והוא המצב כאשר אם "משדלת" אדם אחר או "מסייעת" לו להמית את התינוק שלה; היא פועלת כאדון המעשה, שיכלה למנעו ואף היתה חייבת למנעו, ומתוך תחושת בעל המעשה.

בכל המקרים, של עבירות בעושה מיוחד, בעל הייחוד בו מותנית העבירה, הוא מבצע עיקרי של ה-delictum proprium, ואילו התורם האחר לביצועה, הוא מסייע לביצוע של אותה עבירה. ואכן, בכל אחד מן המקרים המודגמים, האירוע העברייני הוא אחד ויחיד — "גניבה בידי עובד הציבור", "המתת-אב", "המתת-תינוק", ולא גניבה רגילה, או המתה רגילה, ואף לא שותפות עקיפה לעבירה בעושה מיוחד, וביצוע עיקרי של עבירה רגילה, חרף היות האירוע העברייני, בכל זאת, אחד ומעור אחד, אם כי רב-משתתפים.

שומה עלינו גם להוסיף כי, בכל מקרה של עבירה בעושה מיוחד רבת-משתתפים, נשמרת אחדות העבירה, ללא כל גריעה ממנה, הן אם הייחוד מתקיים לגבי מי שעשה את פעולות הביצוע, והן אם פעולות אלה נעשו על-ידי שותף, שייחוד זה אינו מתקיים לגביו. אם הייחוד מתקיים לגבי מי שעשה את פעולות הביצוע של העבירה, השידול והסיוע לביצוע העיקרי הם לאותה עבירה בעושה מיוחד, אף אם הייחוד נעדר לגבי השותפים העקיפים; אם הייחוד מתקיים לגבי מי שלא עשה את פעולות הביצוע, הוא נשאר בגדר מבצע עיקרי של העבירה, ואילו עושה הפעולות הללו הוא בגדר מסייע, גם הוא לאותה עבירה בעושה מיוחד, אם כי אין הייחוד מתקיים לגביו. ובלבד שכל שותף עקיף כאמור היה מודע למבנה האוביקטיבי של העבירה. כך ובכך באה לידי ביטוי גם התלות של צורות השותפות העקיפה לעבירה בעושה מיוחד, בביצועה העיקרי על-ידי מי שייחוד זה מתקיים בו.

400. לפיכך, בתחום העבירות בעושה מיוחד —

(1) ייחוד בעושה שבו מותנית העבירה הוא כמובן נתון ענייני, שתוצאו זהה לתוצאו של כל נתון ענייני אחר האופייני לכל עבירה, יהיה סוג העבירה אשר יהיה: התוצא קורן מן הביצוע העיקרי של העבירה, כשהיא רבת-משתתפים, על השידול והסיוע, לביצועה, חרף העדרו של הייחוד גם לגבי השותפים העקיפים;

(2) בנוסף לכך, יש לנתון זה גם תוצא מיוחד במינו: הוא מקנה לבעל הנתון את המעמד של מבצע עיקרי, גם כאשר הוא לא עשה כמו ידיו את פעולות הביצוע ותרומתו לניבוש העבירה מתבטאת, לכאורה, בשידול אחר או בסיוע לו, לבצען. ואילו העושה בפועל של הפעולות הוא במעמד של שותף עקיף ומשני — מסייע בלבד.

(3) אשר לאירוע עברייני רב-משתתפים, המתבטא בעבירה בעושה מיוחד, הוא שומר על אחדות העבירה — היא נשארת אותה עבירה בעושה מיוחד, גם בנוגע לשותפים העקיפים, אף שאין

הייחוד בו מותנית העבירה, מתקיים לגביהם. התלות של צורות השותפות העקיפה בצורה הישירה, של עבירה מותנית בעושה מיוחד, היא בלתי מפויגת. ובלבד, כאמור, שהשותף העקיף היה מודע למבנה האוביקטיבי של העבירה, כולל ייחוד העושה, שבו מותנית התהוות העבירה.

401. בפסיקת בתי המשפט בישראל התעוררה, כמובן, לא פעם אחת, השאלה של השותפות לעבירה המותנית בייחוד מסויים של העושה. בדרך כלל, היא נפתרת בפשטות הראויה לה. כך, בע"פ 379/62²⁷⁶ נדונה הרשעתו של המערער בגין סיוע לפושט-רגל להעלים ממקבל הנכסים מסמך בנוגע לנכסיו, וסיוע להעלמת נכסי פושט-רגל, בהתאם לסעיף 127(3) ו-4 לפקודת פשיטת-הרגל, 1936, בצירוף סעיף 23 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (הוא סעיף 26 לחוק העונשין). אחת הטענות של המערער היתה "כי סעיף 127 הג"ל אין לו בכלל תפיסה, אף לא בתור מסייע דרך סעיף 23 לפקודת החוק הפלילי, לגבי אדם שאינו הוא גופו פושט-רגל"²⁷⁷. כתגובה לטענה זו שואל השופט זילברג בפשטות "אין אנו מבינים על שום מה לא תיתכן שותפות בעבירות פשיטת-רגל על-ידי אנשים אחרים";²⁷⁸ והשופט הלוי מפרט בתשובתו "כל אדם המסייע בידועין לפושט הרגל לבצע את העבירות המפורטות בסעיף 127 או המשדל אותו לכך, אחראי כשותף לעבירה, ובלבד שיוכחו כל יסודות השותפות לעבירה לפי סעיף 23, לרבות המחשבה הפלילית הדרושה. במקרה זה הוכחו כל היסודות האלה, ואין כל יסוד לטענתו של בא-כוח המערער"²⁷⁹. כלומר, שותפות עקיפה של אנשים רגילים לעבירה בעושה מיוחד היא מובנת מאליה. במקרה הנידון, ייחוד העושה היה פושט-רגל, ויכול שהיו לו משדל או מסייע שאינם דווקא פושט-רגל. כלומר, תוצאו של ייחוד העושה בו מותנית העבירה קורן מן הביצוע העיקרי של העבירה, כשהיא רבת-משתתפים, על השידול והסיוע, לביצועה, חרף העדרו של הייחוד גם לגבי השותפים העקיפים. מקרה מעניין בו בא לידי ביטוי התוצא האחר, הספציפי, של השתייכות עבירה לסוג ה-*delicta propria*, הוא זה שגדון בע"פ 261/79²⁸⁰. התוצא הספציפי, כזכור, הוא שהייחוד המשיך עבירה לסוג ה-*delicta propria* מקנה את המעמד של מבצע עיקרי גם למי שלא עשה, כמו ידי, את פעולות הביצוע, ותרומתו לגיבוש העבירה היתה, מבחינה פורמאלית, עקיפה בלבד;²⁸¹ ואילו המקרה היה כדלקמן: המערער האחד, סורג'ון שמו, ועוד אחד היו מנופאים, עובדי רשות התעופה, בנמל "בן-גוריון", והמערער האחר, כהן שמו, היה עובד חברת התעופה "סוויסאייר" ותפקידו קצין תנועה בנמל התעופה. כהן ידע כי במטען מטוס החברה, שקורקע בגלל תקלה, גמצא שק המכיל שבעים קילוגרם תכשיטי זהב שנועדו להטסה לארצות-הברית. הוא העביר את המידע ל-סורג'ון וחברו כדי לגנוב את התכשיטים. כהן העביר – מכת תפקידו – את השק למטוס אחר ואחר כך חתך את השק כדי להקל על שניים אלה להוציא את החבילות בהן נמצאו התכשיטים. ואכן כך נגנבו התכשיטים, שהיו אותה עת בהחזקתה ובשליטתה של החברה "סוויסאייר". שלושם הורשעו בערכאה הראשונה כשותפים לעבירה של "גניבה בידי עובד" לפי סעיף 391 לחוק העונשין. בערעורו, טען סורג'ון כי לא ניתן היה להרשיעו בעבירה על-פי סעיף 391 כיוון שלא גנב נכס ממעבדו, שכן, הוא וחברו המנופאי מעולם לא עבדו אצל החברה "סוויסאייר". כתוצאה מכך,

276 ע"פ 379/62 פרינצנטל נ' היוה"מ, פ"ד יח(1) 38.

277 שם, בע' 39 בין אותיות השוליים ב-ג.

278 שם, שם מול אות השוליים ז.

279 שם, בע' 40 בין אותיות השוליים ו-ז.

280 ע"פ 261/79 סורג'ון ו-כהן נ' מ"י, פ"ד לה(1) 361.

281 ראה פסקות 395–396.

היה לייחס לו עבירה של גניבה רגילה לפי סעיפים 383–384 לחוק העונשין. כהן, שערער רק על חומרת העונש שנגזר עליו, יכול היה לטעון באותה רוח – אם סורג'ון לא ביצע אלא גניבה רגילה, הוא, כהן, היה רק מסייע לגניבה זו. ואכן, טען זאת סורג'ון, כדי לשלול כל הצמדה של חלקו בעבירה לביצועה על-ידי כהן, שהיה עובד החברה "סוויסאייר", ובדרך זו, להשתחרר מהגדרת מעשהו לפי סעיף 391 לחוק העונשין. הטענה נדחתה על-ידי בית המשפט העליון בזו הלשון, מפי השופט בייסקי –

"העובדה שמעשה הנטילה עצמו בוצע על-ידי סורג'ון וחברו אינה משחררת את כהן מחלקו המלא במעשה העבירה. ובהיות כהן עובד החברה "סוויסאייר" אשר ממנה בוצעה הגניבה, מצוי המעשה כולו בתחומי הסעיף 391, ובדין ההרשעה, גם של סורג'ון, בעבירה זו"²⁸². (ההדגשה הוספה)

נימוק זה של בית המשפט העליון נותן גושפנקא לסברה כי הייחוד בו מותנית עבירה מסוג *delicta propria* הופך את השותף בו הוא מתקיים למבצעה העיקרי עקב השתלבות בתרומתו לגיבוש העבירה, של פעולות הביצוע של העבירה, שנעשו על-ידי אחר, שלגביו ייחוד זה נעדר. כמובן, שהתוצא של הייחוד, כנתון ענייני, קורן על כל השותפים הנותרים לאותה עבירה, ישירים או עקיפים כאחד, בהם הייחוד חסר. אמנם, בית המשפט העליון לא ניגש לניתוח עיוני של הבעיה אותה פתר, אך משמעותו התיאורטית של הפתרון ולדעתנו גם נכוונתו, הן כבדות-משקל²⁸³.

השאלת העילות לשלילת פלילות האירוע

402. ראינו כי הנתונים הענייניים של אירוע, הקובעים את פלילותו, עשויים לבוא לידי ביטוי גם במישור הסייגים לפלילותו²⁸⁴, ולא רק במישור הדרישות המחייבות אותה, שקובעות את סוג העבירה שהוא מצמיח ואת ממדי חומרתו. כנתונים ענייניים, עשויים גם הנתונים שקובעים את מבנה הסייגים האמורים המתייחסים לביצוע העיקרי, לעורר את שאלת השלכתם על תרומותיהם של השותפים העקיפים לביצוע זה. האם הם שוללים גם את פלילות תרומות אלה, מקום ששללו את פלילות הביצוע העיקרי?

לצורך פישוט הדיון נתייחס לכל סייג, על מבנהו המלא, כאל נתון יחיד, תרף מורכבותו הפנימית המתבטאת, כשהיא לעצמה, במערכת נתונים, עובדתיים וגפשיים, העשויים לספק את הדרישות הנורמטיביות לשם התהוות הסייג. שכן, בהקשר נושא דיוננו, המבנה הפנימי של הסייג אינו מענייננו. ההנחה היא שנתקיימו בו כל הדרישות בהן הוא מותנה. הסייגים בהם ידובר הם הכורה, הצורך, ההגנה הפרטית והצידוק, שהם כלליים, וכל האמור לגביהם כוחו יפה גם לגבי סייגים מיוחדים, הצמודים לעבירות אחרות והמוסדרים בהוראות ספציפיות. באותו הקשר, נדון בהשלכת שלילת פלילות הביצוע העיקרי על-ידי עילות אחרות – מלבד הסייגים לפלילות המעשה – על התרומות העקיפות לביצוע זה. הכוונה היא להיעדר כשרות

282 ע"פ 261/79 סורג'ון וכהן נ' מ"י, פ"ד לה (1) 363 מול אות השוליים ד.

283 ראה דעה אחרת: M. Gur-Arye, "The Influence of Aggravating or Mitigating Personal Characteristics on the Liability of the Participants" 19 *Isr. L. Rev.* (1984) 253, 280–283. נדמה לנו כי שורש הדעה האחרת של המחברת הוא בהגדרת בלתי מדויקת של "הנתונים האישיים" ובהבחנתם, אף היא באופן מעורפל, מן "הנתונים הענייניים". הרי ייחוד העושה בעבירה מן הסוג של *delicta propria* הוא נתון ענייני מובהק, הנמנה עם מבנה העבירה וקובע את סיווגה.

284 ראה פסקה 386.

פלילית והיעדר רצייה, וכן לשכרות המלאה והטעות בעובדה. עילות אלה נוגסות מרבדים אחרים²⁸⁶ שבתשתית האחריות הפלילית. העדר כשרות או העדר רצייה נוגעים לדרישות המוקדמות להתהוות עבירה, השכרות והטעות נוגעות לדרישות הקונסטטיטוביות של העבירה, ואילו הסייגים לפליליות המעשה נוגעים לרובד האחרון שבתשתית האחריות הפלילית, המורכב ממערכת המצבים החריגים שבביצוע המעשה בהעדרם דווקא מותנית פליליותו, למרות ולאחר שמתקיימים כל הנתונים הקונסטטיטוביים שעשויים לספק את הדרישות להתהוות העבירה, וכמובן גם הנתונים המוקדמים הדרושים לכך.

נראה להלן כי הבחנה זו, בין הסייגים לפליליות המעשה לבין העילות הנתרות לשלילת פליליותו, משתקפת גם בהשלכות הנבדלות על פליליות התרומות העקיפות לביצועו העיקרי, של אותו מעשה.

403. נוח יותר להתחיל את הדיון בהעדר הכשרות הפלילית, כאשר אדם עשה את פעולות הביצוע של העבירה במצב של קטינות או של אי-שפיות הדעת²⁸⁶. להנחתה זו ניתן לצרף את המקרה בו אדם עשה את פעולות הביצוע במצב של העדר רצייה²⁸⁷, אם כשעשה אותן בהכרה, עקב כפייה גופנית שלא יכול להתגבר עליה, ואם כשעשה אותן בשעת חוסר הכרה, כגון בשעת שינה, במצב של היפנוזה²⁸⁸. וניתן עוד להוסיף את המקרה בו אדם עשה פעולות ביצוע של עבירה פלילית, כשהוא במצב של שכרות מלאה, בו היה חסר יכולת להבין את מה שעשה או את הפסול שבמעשהו, או חסר יכולת להתנהג כדיון. בכל ההנחות הללו, המצב בו נעשה המעשה שולל את פליליותו²⁸⁹, הן אם האדם עשהו ללא כל תרומה חיצונית מטעם אדם אחר שאינו נמצא באותו מצב, והן אם היתה תרומה כאמור, מעודדת לעשיית המעשה או מסייעת לעשייתו. השאלה שמתעוררת היא – האם, במקרה האחרון, בו היתה תרומה כאמור, תלויה פליליות התרומה במהותו של המעשה, תוך שמירה על אחדות טיבו של האירוע לגבי כל אלה שנטלו חלק בגיבושו? האם מתפצל האירוע לבלתי-פלילי לגבי מי שעשה את פעולות הביצוע ופלילי לגבי התורם לגיבושו? האם במקרה של פיצול תדמיתו של האירוע, נשלט סיווג התרומה החיצונית על-ידי כללי השותפות?

התשובה המתחייבת מטבע הדברים היא בשלילה כפולה: אין פיצול האירוע לחלק חף ולחלק פלילי, ואין זה מקרה בו שולטים כללי השותפות. בכל ההנחות המתוארות, היה עושה פעולות הביצוע בבחינת כלי בידי התורם, ופעולות אלה מתמזגות עם תרומתו המעודדת או המסייעת; למעשה, הוא ביצע עבירה באמצעות אחר, ודרך הביצוע, המורכב, בהנחות אלה, הוא של "ביצוע עקיף" של עביר הפלילית. זהו הביצוע העיקרי של העבירה, ואין שותפות לו, מטעם עושה פעולות הביצוע, כך שאין גם מקום להשלכות של הביצוע העיקרי על פעולות אלה, שלאמיתו של דבר הן חלק אינטגרלי ממנו. לסוגית הביצוע העקיף מוקדש דיון נפרד²⁹⁰.

285 ראה דיון ברבדים שבתשתית האחריות הפלילית, פסקה 453 ואילך.

286 ראה דיני עונשין – א, פסקות 98 ואילך, ר' 783 ואילך.

287 שם, פסקה 117 ואילך.

288 ראה סעיף 39 להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש.

289 שם, סעיף 42; אפילו כאשר השכרות היתה רצונית והעושה אחראי בפלילים למעשה שעשהו במצב של שכרות כזו, גם אז אין כל מקום לדבר על שותפות עקיפה לביצוע העבירה. העושה אחראי מכוח הנחה של אדישות במהלך ההשתכרות, לגבי האפשרות לבצע עבירה. בשעת המעשה ולגביו, אין הוא מסוגל ליצור יחסי שיתוף פעולה, בהכרת הדברים, עם אחרים.

290 ראה את הדיון ב"ביצוע באמצעות אחר", פסקה 270 ואילך.

404. נתון ענייני אחר, העשוי להכריע את הדין בדבר פליליות מעשה, הוא עשייתו תוך מודעות למערכת הנסיבות העשויות להקנות לו פליליות, אך תוך טעות במצב דברים זה — מה שנהוג לכנות "טעות בעובדה", כאמור בכותרת השוליים של סעיף 17 לחוק העונשין²⁹¹. טעות כזאת, מקום שהיא סבירה, שוללת אף רשלנות כיסוד נפשי מספיק להתהוות עבירות אחדות, והיא שוללת תמיד את המחשבה הפלילית, מקום שהעבירה מותנית ביסוד נפשי זה. אולם, ניתן לתאר מקרים בהם ב' עושה פעולות ביצוע של עבירה פלילית בהיותו שרוי בטעות כאמור, עקב תרומה מעודדת או מסייעת של א', המודע לכל הנתונים הענייניים שעשויים לקבוע את פליליות האירוע: לקיום הנסיבות בהן היא מותנית ולכך שעושה פעולות הביצוע עשאו תוך טעות במצב דברים זה. האם, מקום ש-ב' עשה את הפעולות בשגגה גמורה לגבי קיום מצב זה, או עשה אותן מתוך רשלנות לגביו, אך לשם התהוות העבירה הפלילית דרושה מחשבה פלילית, כלום התוצא המשפטי של טעויות אלה על פליליות פעולות הביצוע של ב', ישתרע גם על תרומתו של א' לביצועו, למרות היותו מודע לכל הנתונים הענייניים הרלוואנטיים? האם, מקום שטעותו של ב' היתה בלתי סבירה, ודי ברשלנות לשם היווצרות עבירה פלילית, תוגדר תרומתו המודעת של א' לגיבוש האירוע העברייני, כשידול או סיוע, לפי העניין, לעבירה של רשלנות?

התשובה לשאלה האחרונה היא שלילית, מכוח התיישובות השותפות עם עבירות של מחשבה פלילית בלבד, ואילו התשובה לשתי השאלות גם יחד לעניין הגדרת תרומתו של א', היא שאין כאן כל תחולה לכללי השותפות לדבר עבירה, וכי א' הוא מבצע עיקרי של עבירה של מחשבה פלילית באמצעות אחר. זוהי הנחה נוספת של "ביצוע עקיף"²⁹² של עבירה פלילית, תוך שימוש בכלי אנושי בלתי מודע למשמעות הערכית האנטי-חברתית של פעולותיו במצב הדברים לאמיתו. אפילו הצמיחו פעולות אלה, לגבי העושה אותן, עבירה של רשלנות, תהיה זו עבירה נפרדת של ב', בלבד. גם כאן אין עניין של השלכת מהות הביצוע העיקרי על צורות השותפות העקיפות לו, שכן אין כאן יחסי שותפות. ישנו ביצוע עיקרי באמצעות אחר. ואם גם האחר עבר עבירה, היא עבירה נפרדת, של רשלנות, העומדת ברשות עצמה. הם שני אירועים התנהגותיים בעלי גרעין התנהגותי משותף, ותו לא.

405. אשר לסייגים לפליליות המעשה²⁹³, שנעשה בנתונים ענייניים המתנים אותם, עושה המעשה הוא מודע להם בשעת העשייה, שולט על יכולתו הפיזית להימנע מן המעשה, וכמובן הוא מודע גם לקיום כל הנתונים בהם היתה מותנית פליליות מעשהו, אלמלא הסייג. זהו המאפיין המשותף של מעשה שנעשה באחד מן המצבים המהווים סייגים ששוללים את פליליותו, כגון "הגנה פרטית" ו"צורך" — שני הביטויים הפרטיים של הסייג המוסדר בסעיף 22 לחוק העונשין — "כורח", המוסדר בסעיף 21 לחוק העונשין, ו"צידוק", המעוגן בסעיף 24 לחוק העונשין. והשאלה היא מה השלכת הסייג, כנתון ענייני השולל את פליליות המעשה, על שותפים עקיפים למעשה כזה?

לדעתנו, כל עוד שמדובר ביחסי שותפות, וכדי להבליט את התנאי, כל עוד שמדובר בשיתוף פעולה בין התורם העקיף למבצע העיקרי, קורנת מהות הביצוע העיקרי על צורות השותפות העקיפה לו. אם נשקפת ל-ב' סכנה מתקיפה נגדו או מצירוף נסיבות מסכנות, כאמור בסעיף 22 לחוק העונשין, ופליליות המעשה שנעשה כדי להיחלץ מן הסכנה, נשללת ומבוטלת, מניה וביה,

291 ראה את הדיון בסייג לפליליות המעשה "טעות במצב דברים", פסקה 634 ואילך.

292 ראה את הדיון ב"ביצוע באמצעות אחר", פסקה 270 ואילך.

293 ראה את הדיון בסייגים לפליליות המעשה, למיניהם, פסקה 461 ואילך.

בהוראה זו, כך גם פליליותו של שידול או סיוע מטעם א', שנועדו לתרום להשגת מטרתו המוכרת והמעוגנת בחוק, של ב'. אותו שיקול של מאזן אינטרסים, העומד מאחורי הסמכת הפרט על-ידי החוק הפלילי לפעול תוך הגנה פרטית או צורך, עומד מאחורי כל תרומה שנתרמה להצלחת הפעולה. זאת, אפילו מקום שמדובר בפגיעה באינטרס לגיטימי של צד שלישי, בתנאי הצורך, כדי למנוע התממשות הסכנה שנוצרה עקב צירוף נסיבות אלה; זאת, אף מקום שמבחינת דיני הממונות, יהיה חייב בפיצויים מי שגרם לפגיעה זו כדי להציל את האינטרס שהיה רשאי להצילו מבחינת דיני הנפשות.

הוא הדין כאשר ב' פועל בתנאי כורח, או בתנאי צידוק. נניח ש-ב', קופאי בבנק נמצא תחת אימת איומי קטילה של שודדים, אם לא ימסור להם, מיד, את תכולת הכספת; א', פקיד אחר של הבנק, משדל את ב' לפתוח את הכספת, או אף זורק לו את מפתח הכספת כדי לפתחה, לאחר שנוכח לדעת שהשודדים אינם מאמינים ל-ב' שהמפתח אינו ברשותו ועומדים לממש את האיום. מובן כי אי-פליליות מעשהו של ב', המתבטא במסירת הכסף שבכספת לשודדים, קורנת גם על תרומתו המשדלת או המסייעת של א' למעשהו של ב'. אין כל שיקול שיסביר גישה שונה, כאשר מדובר בתרומה עקיפה להתנהגות בתנאים של "צידוק" בביצוע החוק או בציות לצו שאינו בלתי חוקית בעליל של רשות מוסמכת, אשר מבצע הצו היה מצווה לציית לו על-פי דין. אותו אינטרס חברתי, המצדיק את המבצע של החוק או של הצו, מוצא את עצמו מובטח גם על-ידי שידול אדם או הגשת סיוע לו, לבצע את החוק או צו כאמור.

לסיכום, בכל המקרים האמורים, מתקיימת תלות הדוקה של פליליות צורות השותפות העקיפה בפליליותה של הצורה הישירה; וכתוצאה מכך, הסייג לפליליותה של הצורה הישירה, משליך את הוצאו על הצורות העקיפות. דיני הנפשות המטהרים מרבב את הביצוע העיקרי של מעשה בתנאים ובסייגים האמורים, מסירים כל קלון גם מן השידול או הסיוע לביצוע כאמור.

406. יחד עם זאת, מתבקשת הבהרה מסויימת בנוגע לביצוע מעשה בתנאים של כורח (סעיף 21 לחוק העונשין) או של צידוק עקב ביצוע צו שאינו בעליל שלא כדין של רשות מוסמכת (סעיף 24(א)(2) לחוק העונשין). במקרים אלה, ישנו גורם אנושי שיצר את המצב האופייני לסייג. במקרה של "כורח" הוא המאיים על האדם שאם לא ייכנע ולא יעשה את המעשה הנדרש "ימות מיד או ייחבל מיד חבלה חמורה"; במקרה האמור של "צידוק", הגורם הוא מי שנתן את הצו שלא כדין. גם זה וגם זה, הם אנשים שהביאו את העושה לידי מעשה, שאלמלא הסייג לפליליותו, היה מצמיח עבירה פלילית לגביו. מבחינה זו, תרומתם לביצוע המעשה היא בבחינת "שידול" לפחות. האם גם במקרה זה מקרין הסייג את תוצאו על "השותף העקיף"? התשובה היא שלילית בהחלט, שכן אין מדובר כאן ביחסי שותפות. בו ברגע שעושה המעשה נצטווה לעשותו בדרך המגיעה כדי "כורח" או "צידוק", השוללים את פליליותו של המעשה, הוא שימש כלי בידי מי שחייב אותו לפעול. זוהי גם המשמעות המהותית של הסייגים האמורים לגבי מעמדו של העושה. מכאן, שהתרומה של המאיים, במקרה של חלות הסייג של "כורח" לפי סעיף 21 לחוק העונשין, והתרומה של המצווה, במקרה של חלות הסייג של "צידוק" לפי סעיף 24(א)(2) לחוק העונשין, קולטות בתוכן את פעולות הביצוע שהעושה הצטווה לעשותו, והופכות לביצוע עקיף של העבירה; ואילו אלה שהביאוהו לעשות את הפעולות הם מבצעים באמצעות אחר²⁹⁴. זוהי גם המשמעות האמיתית, הלכה למעשה, של תפקידיהם באירועים הפליליים שנתגבשו.

294 ראה את הדיון ב"ביצוע באמצעות אחר", פסקה 270 ואילך.

לאחר מלים אלה, ראוי אולי להשלים את תשובתנו דלעיל. הסייג שחל על ביצוע המעשה אינו מקרין את תוצאו על תרומתו של מי שהביא לביצוע המעשה, משום שחלה כאן הפרדה בין שני אירועים: מה שעשה מי שגכפתה עליו העשייה ומה שעשה מי שכפה אותה. האירוע הראשון הוא נקי מכל גוון פלילי. האירוע השני הוא כולו פלילי; בו הביצוע העיקרי של העבירה. ואין לפליליותו של ביצוע זה עוד על מה להשליך, מלבד, כמובן, אם היו למבצע העקיף עצמו, שותפים משלו.

407. לסיכום נושא השלכת העילות לשלילת פליליות אירוע, למיניהן, על התרומות העקיפות לאירוע:

— במקרים בהם עושה פעולות הביצוע עשה אותן בבחינת כלי בידי התורם העקיף, אין העילה משליכה את התוצא שלה גם על תרומה זו;

— מקרים אלה נוגעים לעילות המתבטאות בהעדר כשרות פלילית, בהעדר רצייה, בשכרות ובטעות במצב דברים;

— במקרים אלה, הדל התורם להיות "תורם עקיף"; הוא הופך למבצע עיקרי של עבירה באמצעות אחר, ותרומתו הופכת לביצוע עיקרי עקיף;

— במקרים אלה, הביצוע העיקרי מגותק, מבחינת יחסי שותפות, מן העשייה בתנאים של עילה לשלילת פליליותה, ואין כל מקום להשלכות תוצא העילה לגבי אותה עשייה, על הביצוע העיקרי העקיף;

— אשר למקרים בהם המעשה נעשה בתנאים של סייג לפליליותו, מקרין הסייג את תוצאו על כל תרומה עקיפה לעשיית הפעולות האמורות, ואף היא נעדרת כל פליליות;

— מקרים אלה גוגעים לסייגים של הגנה פרטית, צורך, כורח וצידוק.

— ואולם, כאשר מדובר בשני הסייגים האחרונים, מתנתקת עשיית פעולות הביצוע, מתרומתו של מי שכפה על העושה לעשותן, והיא, תרומה זו, הופכת לביצוע עיקרי עקיף; כתוצאה מכך, אין כל השלכה לתוצא הסייג לגבי עשיית הפעולות, על ביצוע זה.

בקיזור, קיימות שתי היפותיזות בסיסיות בנידון — או שהתרומה העקיפה הופכת לביצוע עיקרי, ואין כל קרינה עליה של העילה לשלילת פליליות המעשה, או שהעילה מתבטאת בסייג לפליליות המעשה ואז הסייג מקרין את תוצאו בנוגע לפעולות הביצוע, גם על התרומות העקיפות לפעולות אלה.

סימן 9

האחריות הנגררת של השותפים

§ 1. כללי: תיחום הנושא; שורש השאלה; § 2. הטעמים לאחריות הנגררת של שותפים; § 3. האחריות הנגררת לפי הדין המצוי; הבסיס הנורמאטיבי; המשותף להסדרים שבשתי ההוראות; המיוחד לכל אחת מן ההוראות; גבולות האחריות; סיכום לפי הדין המצוי; § 4. דין רצוי.

§ 1. כללי

תיחום הנושא 408. מבנה ההנחה נושא דיונונו מציג עבירה רבת-משותפים, שבמהלך הגשמת המזימה המשותפת, אירעה סטייה ממנה, העשויה להתבטא בדרך ההגשמה, במהותה או בהיקפה. בדרך ההגשמה, פירוש הדבר – נעברה אותה עבירה מקורית, שסביבה התלכדו השותפים, אולם בדרך שונה מזו המשוערת מראש על-ידי שותף זה או אחר; במהות ההגשמה – פירוש הדבר – נעברה עבירה שונה מזו המקורית, שלפי ידיעת אותו שותף היתה אמורה להיעשות; בהיקף ההגשמה – נעברה גם עבירה נוספת לעבירה זו. אשר למקור הסטייה, נצא מן ההנחה שהיא פרי חלקו של מבצע עיקרי בלבד, ואולם לא בהכרח של כל המבצעים העיקריים של העבירה, אם היה ביצוע בצוותא, ולא גם של שותף עקיף לביצוע העבירה. העיקר הוא, שלא רק שותף מסוג זה, אלא גם שותף ישיר מתוך המבצעים בצוותא עשוי להימצא לפני סטייה מן הידוע לו מראש; והשאלה בה אנו דנים היא – אם וכאילו תנאים נגררת אחריותו של שותף כאמור גם לסטייה כמתואר. אשר לסטייה עצמה, מובן מאליו, כי אין מתקיימים לגביה התנאים להחלת כללי השותפות בנוגע לשותף כזה לעבירה המקורית; שאם לא כן, אין כל מקום לדבר על "סטייה" שהפגיעה את השותף.

כתוצאה מכך, מתעוררת כאמור השאלה – באילו תנאים עשויה השותפות לעבירה המקורית לגרור אחריה אחריות לסטייה, כמובן לגבי אותם שותפים, שאין מקום לזקפה להם מכות כללי השותפות. מלבד זאת, מימד נוסף של השאלה הוא, אם אחריות נגררת כאמור חלה על שותף מכל הסוגים, מבצע בצוותא, משדל ומסייע, או, שמא, היא מוגבלת למבצע עיקרי ומשדל בלבד, כשותפים ראשיים, ואינה משתרעת גם על שותפים משניים, שהם המסייעים?

למשל, א' שידל את ב' לרצוח את ג' בהרעלה, אולם ב' ביצע את הרצח תוך הנחתת מהלומה על ראשו של הקרבן באקדח, שסופק לו על-ידי ד' למטרת ביצוע הרצח. ב' סטה מדרך הביצוע המוסכמת, לא רק עם א', אלא גם עם ד' שסיפק את האקדח הטעון כדורים; אלא ש-ב' לא הצליח להפעילו ביריה אלא כמכשיר קהה. א' שידל את ב' לקיים יחס מיני עם נערה מתחת לגיל 17 ו-ג' סייע בידו לבצע את המעשה תוך העמדת חדר המגורים לרשותו, לשם כך. אולם, באותה הזדמנות, לא הסכימה הנערה להצעתו של א', והוא השתמש בכוח ובעל אותה בניגוד לרצונה; א' שאמור היה לבצע עבירה של בעילת קטינה, ביצע בפועל עבירה שונה – אינוס. א' שידל את ב' ו-ג' לחטוף את ד', ו-ה' סיפק ל-ב', לשם כך, את מכונת הטנדר שלו. בעת הסעתו של ד' ממקום החטיפה, ניסה הנחטף להתנגד ולהשתחרר, ו-ג', שנמצא ביחד עמו בארגז המכונת, השתמש באלימות כדי להתגבר על ד' וגרם לו חבלות חמורות בגוף; במקרה זה בוצעה עבירה נוספת, של חבלה חמורה, לעבירה המקורית של חטיפה לשם כליאה. האם יש לייחס את הסטיות האמורות, מבחינת דרך הביצוע, מהות העבירה והיקף האירוע העברייני, גם לשותפים הנותרים?

409. לא למותר לחזור ולהדגיש²⁹⁶ כי אנו דנים בנושא שהוא שונה בתכלית השוני מנושא ההשלכה של נתונים ענייניים המאפיינים את הביצוע העיקרי, על השידול והסיוע, או של נתונים אישיים המתקיימים בשותף זה או אחר, על שותפיו הנותרים. בנושא זה, המודעות של כל השותפים לקיום הנתונים האמורים, הענייניים והאישיים, היא הנחת יסוד, והשאלה הבסיסית המצריכה תשובה היא אם, למרות זאת, מוגבלת קרינתם מן הביצוע העיקרי על צורות השותפות העקיפה, במקרה של נתונים ענייניים, או משותף לעבירה, כלשהו, לחברו, במקרה של נתונים אישיים, אם לאו. שאלה מקדמית במקרים אלה היא זו של שיוך הנתון לסוג הנתונים הענייניים או האישיים, בהתאם להגדרותיהם הנבדלות של שני סוגי נתונים אלה, והתשובה לשאלה הבסיסית היא כי הנתונים הענייניים מקרינים את תוצאיהם על השידול והסיוע, בעוד שהנתונים האישיים מקרינים את תוצאיהם על אותו שותף בלבד, בו הם מתקיימים. על כל אלה כבר נערך דיון²⁹⁶. אשר לנושא דיונונו, השאלה הבסיסית היא: אם ובאלו תנאים יישא שותף לדבר עבירה באחריות לעבירה אחרת או נוספת לה, שנעברה במהלך ביצוע אותה עבירה על-ידי המבצע העיקרי, או, מקום שהיה ביצוע בצוותא, על-ידי אחד או אחדים מבין המבצעים העיקריים, או על-ידי כולם; זאת, כאשר הנחת היסוד היא העדר יסוד נפשי אצל אותו שותף²⁹⁷ לגבי הסטייה האמורה, שמכוחו הוא עשוי היה להיחשב כשותף גם לסטייה זו, ולא רק לעבירה המקורית; ואילו הנחת היסוד בנושא השלכת תוצאי הנתונים למיניהם, היא התקיימות דווקא של יסוד נפשי כאמור, המתבטא במודעות להם. שוני זה הוא בעל משמעות בסיסית, ומן ההכרח להתחשב בו.

בהקשר זה, של היסוד הנפשי שיש בו כדי לשלול מן העבירה השונה או הנוספת, שנעברה על-ידי מבצע עיקרי, את מעמדה כ"סטייה" מן המזימה המקורית, במהלך הגשמתה, בעיני שותף מן השותפים הנותרים לעבירה המקורית, וליחס לו אחריות לסטייה לפי כללי השותפות הרגילה, נדמה לנו כי המאפיין ההכרחי והמספיק של יסוד נפשי כאמור הוא מודעות השותף, בשעת גיבוש המזימה המקורית, לאפשרות התרחשות הסטייה, או מודעות כאמור אף עובר לתחילת הגשמת המזימה בלבד, כל עוד הוא יכול למשוך את ידו מהשתתפותו בה. מודעות כאמור, די בה כדי לייתר היוקקות לאחריות נגררת לסטייה, ולשמש תשתית סוביקטיבית להפעלת כללי השותפות הרגילה לגביה. היסוד הנפשי המספיק לשם התהוות שותפות, מכל הסוגים, לעבירה המקורית, פורס את מהותו גם על הסטייה, עקב מודעות מראש לאפשרות התרחשותה.

לכן, אף המטרה שמייחדת את המחשבה הפלילית, הדרושה להתהוות שידול או סיוע, איננה חסרה לנו, נזכח קיומה לגבי העבירה המקורית בצירוף בוזזמני של המודעות למה שביצוע עבירה זו עשוי להוביל. המטרה המתייזסת לגרעין המקורי חובקת כל ספח חזוי מראש של הגרעין. ללא כל ספקות או בעיות מיוחדות, משתרעת המחשבה הפלילית גם של מבצע בצוותא, על מהות האירוע העברייני או היקפו, כפי שהתגבש בהתנהגות חברו לביצוע במהלך הגשמת המזימה המשותפת, מקום שהיה מודע מראש לאפשרות התפתחות זו; שהרי, כשמדובר בביצוע בצוותא, כל אחד הוא זרועו של חברו המודע למה שזרוע זו עשויה לעולל.

הפועל-יוצא הפשוט מן האמור הוא, שמודעות ל"סטייה" מייתרת היוקקות לאחריות נגררת לה,

295 ראה פסקה 387.

296 ראה פסקה 376 ואילך ופסקה 384 ואילך.

297 ראה: M. Gur-Arye, "The Influence of Aggravating or Personal Characteristics on the Liability of the Participants", 19 *Isr. L. Rev.* (1984) 253. המחברת דנה בשני הנושאים בני-שימה אחת, ללא הבחנה מהותית ביניהם, ומסיקה מסקנות מנושא אחד לנושא אחר, דבר שאינו מוסיף כלל לליבון הבעיות בהן דן המאמר (בע' 255–256).

וכי, וזה העיקר, אחריות זו מותנית דווקא בהעדר מודעות מראש לחריגה מן המתכונת המקורית של המזימה המשותפת.

ועוד, אולי, ראוי להבהיר שהדיון יתמקד, כפי שכבר נרמז, סביב המקרים בהם הסטייה מתבטאת בביצוע עבירה שונה מן העבירה מושא המזימה המשותפת, או נוספת לה, דהיינו, כאשר מדובר בסטייה ממחמת העבירה המקורית, או מהיקפה, ולא מדרך הגשמתה בלבד. שכן, אם הסטייה היתה רק מדרך ההגשמה, נשאר האירוע העברייני שהוגשם בגדר המתכונת המקורית. הווי אומר, אם הסטייה מדרך ההגשמה לא הובילה לעבירה שונה או נוספת, הרי, בעצם, אין הבדל בין המוגשם לבין המתוכנן. כתוצאה מכך, במקרה זה, לאמיתו של דבר, אין מתעוררת שאלה של אחריות נגררת; האחריות לעבירה המקורית, וזו בלבד, היא היחידה שבאה בחשבון, ודין אחריות זו הוא לפי כללי השותפות הרגילה. התייחסותנו לדרך הביצוע נובעת מכך שהוראת סעיף 29 לחוק העונשין נדרשת גם לה.

והבהרה נוספת. הגבלנו את מקור הסטייה שעשוי להצמיח אחריות נגררת, להנחה שהיא פרי חלקו של מבצע עיקרי בלבד, של עבירה רבת-משותפים, למרות שניתן להעלות על הדעת גם הנחה בה מסייע לעבירה סטה מן המזימה המשותפת, ותוך מימוש חלקו בהגשמתה, עבר עבירה נוספת על זו המקורית, בה השתתף בהתנהגותו המסייעת. למשל, התנהגות זו התבטאה בהספקת מידע למבצע העיקרי, הדרוש לו לשם ביצוע העבירה; המסייע היה עובד הציבור, המידע היה ברשותו בתוקף תפקידו, והוא מסר אותו ללא סמכות כדיון, מבלי שהמבצע היה מודע לנתונים אלה. בכך, עבר המסייע עבירה נוספת, לפי סעיף 117 לחוק העונשין, לוו שבביצועה נטל חלק כשותף עקיף, והוא עבר אותה אגב התנהגותו המסייעת לעבירה זו, ותוך סטייה ממהלך הגשמת המזימה המשותפת. או דוגמה אחרת: תפקידו של המסייע היה לאבטח את זירת העבירה, תוך איתותים מוסכמים במקרה של סכנת הפתעה של המבצע העיקרי בטרם הסתלקותו משם; אולם, גם המסייע הופתע על-ידי התקרבות פתאומית של אדם שפנה אל כניסת הבית בטרם יצא משם המבצע העיקרי. משום שלא היה סיפק בידו של המסייע לאותת כמוסכם, החליט להלום על ראשו של אותו אדם, כדי למנוע את גילוי האפשרי של המבצע, וכך עשה. כתוצאה מן המהלומה, נפטר אותו אדם. ניתן כך להרבות בדוגמאות, בהן מסייע מבצע עבירה נוספת אגב התנהגותו המסייעת, עבירה שחורגת ממהלך ההגשמה של המזימה המשותפת, המקורית. השאלה היא מה גבול האחריות הנגררת? האם היא מותנית, כמקור, בהיקף התנהגותו העבריינית של מבצע עיקרי של המזימה המשותפת, ורק אם, במהלך מימושה, הוא חרג ממנה על-ידי ביצוע עבירה נוספת לעבירה המקורית, או שונה ממנה, עשויים לשאת באחריות לה גם שותפים אחרים? או, שמא, אף אם יש בהתנהגותו, המשדלת או המסייעת, של שותף עקיף, משום סטייה כאמור, ניתן להרחיב את יריעת האחריות לה על השותפים הנותרים למזימה המקורית, כמובן באותם התנאים בהם מותנית האחריות הנגררת שמקורה בסטיית מבצע עיקרי מן המזימה המשותפת? השאלה היא עקרונית וגם שאלה של הלכה למעשה.

עקרונית, נדמה לנו כי, אם במקרה של עבירה רבת-משותפים, קושר שותף עקיף, במידת-מה, את גורלו, בהתנהגותו העבריינית של המבצע העיקרי – וכך גם המבצעים בצוותא בהתנהגותו של כל אחד מהם – אין, לדעתנו, כל מקום להצמדה בכיוון הפוך. שכן, מוקדו של אירוע עברייני רב-משותפים הוא בביצוע העיקרי; כאן הגרעין ומכאן ההסתעפות של צורות השותפות העקיפה, ולא ההיפך. זיקת הצמידות, על כל היבטיה, בינן לבין הביצוע העיקרי היא חד-סטריית בלבד – שלהן, אליו – לא רק מבחינת החומרה, אלא, בראש ובראשונה, מבחינת קיומית. השידול והסיוע הם תופעות עברייניות רק אם הם צמודים לביצוע עיקרי, שהוא בבחינת אירוע עברייני; הוא היתד המרכזית שבלעדיה אין. וכך, וכתוצאה מכך, לענין האחריות הפלילית והיקפה; האחריות

לביצוע העיקרי של העבירה, היא הקובעת מבחינה קיומית וכמותית כאחת. וכך גם לעניין האחריות הנגררת; גם אחריות זו היא פונקציה של אחריותו של מבצע עיקרי. לפיכך, לדעתנו, מקור הסטייה שעשויה להצמיח אחריות נגררת, צריך להיות חלקו של מבצע עיקרי בלבד, באירוע עברייני רב-משותפים. נדמה לנו, אפוא, כי לא היתה כל הפרזה אילו גרסנו כי כך הוא אף מטבע הדברים; מה גם שמקום בו מדובר בהרחבת אחריות פלילית — ואחריות נגררת היא ביטוי של הרחבה כאמור — יפה גישה קפידה לקביעת האחריות. עיגון האחריות הנגררת בהתנהגותו העבריינית של מבצע עיקרי בלבד, מצמצם בלי ספק את היקף תחולתה. הלכה למעשה, האחריות הנגררת שהחלתה מותנית בהוראתו המפורשת של החוק, מוסדרת בדין המצוי בהוראות הסעיפים 28 ו-29 לחוק העונשין, בהן ניתן ביטוי מפורש לתפיסה לפיה מקור הסטייה שעשויה להצמיח אחריות מסוג זה, הוא פרי חלקו של מבצע עיקרי בלבד, במהלך הגשמת המזימה המשותפת שבעבירה רבת-משותפים.

שורש השאלה 410. שורש השאלה הוא בדילמה בין ההליכה ללא פשרה, עד הסוף, בדרך של החלת כללי השותפות כפשוטם, ודחייה עקב כך, של כל רעיון של אחריות נגררת, לבין ההצמדה הבלתי-מתפשרת של אחריותם של השותפים לביצוע העיקרי על היקפו המירבי, ובכך גם תוך דביקות הצמידות מוחלטת של צורות השותפות העקיפה לעבירה, לביצועה הישיר.

לפי התפיסה הראשונה, תרומתו של כל מעורב באירוע עברייני רב-משותפים טעונה בחינה לאור הדרישות האובייקטיביות והסובייקטיביות לשם ראייתה כתרומה ישירה, במישור הביצוע העיקרי, או כתרומה עקיפה, במישור השידול או הסיוע. גורם מסגן ומגביל יהיה, בעיקר, עמידת התרומה במבחן הדרישות הסובייקטיביות של צורות השותפות למיניהן; והדרישה הסובייקטיבית הבסיסית היא נטילת חלק באירוע העברייני תוך מודעות מראש למשמעותו של חלק זה²⁹⁸ לעניין גיבוש האירוע, גם על היקפו ומהותו, כפי שאירע. העדר יסוד נפשי כאמור בתרומתו של צד, לגבי היבט זה או אחר של האירוע העברייני, שולל מאותו צד את המעמד של שותף לאותו היבט של האירוע. השותפות הישירה והעקיפה, כאחת, תצמצם אפוא רק לאותו חלק מן האירוע שלגביו השותפים פעלו מתוך מחשבה פלילית; אשר לשאר החלקים, המהווים סטייה ממנו, הם ייוחסו באורח אינדיבידואלי לצד זה או אחר, בהתאם להתקיימות המחשבה הפלילית הנדרשת אצל אותו צד. לפי גישה זו, בדוגמה האחרונה דלעיל²⁹⁹, יהיו א', ב', ג' ו-ה' שותפים לעבירת החטיפה, ואילו ג' בלבד יתחייב גם בעבירה של גרימת חבלה חמורה. התפיסה הראשונה אינה זקוקה לכל הוראת חוק מיוחדת לשם יישומה, שהרי היא מבוססת על טהרת כללי השותפות, ודוחה, כאמור, כל רעיון של אחריות נגררת.

התפיסה השנייה, על ביטוייה הקיצוני, מסתפקת באחיזה מינימאלית בכללי השותפות לגבי היבט המוצא של האירוע העברייני, והופכת את הצדדים לאותו היבט, לשותפים לאירוע כולו — אולי, ביתר דיוק, מייחסת להם אחריות פלילית לאירוע כולו — כפי שאירע, על היבטיו השונים והנוספים. אם אדם הסתבך כשותף לדבר עבירה, עליו לשאת באחריות לכל מה שעשו לצמות, עקב תרומתו לביצוע אותה עבירה, במהלך ביצועה, תוך סטייה מן המסגרת המקורית. בדוגמה דלעיל, צריכים כולם ליהן את הדין כשותפים לעבירות של חטיפה וחבלה חמורה, למרות שרק החטיפה נעברה בתנאי שותפות.

298 ראה את הדיון ביסוד הנפשי של כל אחת מן הצורות של שותפות לדבר עבירה.

299 ראה פסקה 408.

מובן, שלשם יישום, התפיסה השניה זקוקה להוראת חוק מיוחדת, שתרחיב את אחריות השותפים על היפותיזות שאינן נופלות בגדר השותפות, לפי מתכונתה הרגילה. למעשה, מדובר באחריות פלילית של שותפים גם לסטיות של מבצע עיקרי ממימוש המזימה המקורית, במהלך ביצועה, אחריות שהיא נגזרת על-ידי האחריות לעבירה זו.

השאלה הבסיסית שאליה יש להידרש היא באיזו מידה מתיישבת אחריות נגזרת כאמור עם עקרונות דיני העונשין, ואם כן, האם היא בלתי-מוגבלת מבחינת הוויתור על דרישות השותפות לדבר עבירה במישור היסוד הנפשי, או מבחינת סוגי השותפים – ישירים או עקיפים, ראשיים או משניים. או, שמא, ניתן לתאר גישות ביניים, לפיהן אין שוללים אחריות נגזרת, אך קובעים לה הגבלות *in personam*, לפי מעמד השותפים כאמור, או הגבלות ענייניות, *in rem*, לפי היחס הנפשי של השותף כלפי הסטייה שנגרמה על-ידי חברו לעבירה – של אפשרות סבירה לחזותה מראש – ואף לפי היסוד הנפשי הטמון בסטייה עצמה כעבירה שונה או נוספת של מי שגרם לה. אולם, על כל אלה, יבוא דיון, בהמשך, הן לאור ההיבט העיוני של הסוגיה והן לאור הדין המצוי בישראל בנידון.

§ 2. הטעמים לאחריות הנגזרת

411. כבר רמזנו על כך שהאחריות הנגזרת של שותפים מושתתת על הרעיון שאם אדם הסתכך כשותף לעבירה פלילית, עליו לשאת באחריות פלילית על כל שעשוי להתבצע במהלך עשיית העבירה על-ידי מבצע עיקרי. זהו מקרה פרטי של התחום אליו מתייחס הכלל לפיו מי שנקלע בהתנהגות שלא כדיון, למצב בו נעשה מעשה נתון, ייוחס לו כל הנובע מעבירה שבאותו מעשה – *Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*³⁰⁰; להלן: הכלל של *Versari*.

הרעיון הטמון בכלל זה, פירושו, בהקשר לסוגית השותפות, אחריות פלילית ללא כל אשמה, ולו אף בגדר רשלנות בלבד, של כל שותף לדבר עבירה, לכל עודף או שינוי, המהווים סטייה שנעשתה על-ידי מבצע עיקרי של העבירה במהלך עשייתה. די, אפוא, בגרעין עברייני כלשהו בו השתתף אדם, אמנם לפי כללי השותפות, כדי שיישא באחריות אוביקטיבית על כל מה שהתפתח בבחינת תופעה עבריינית, מהגשמת אותו גרעין. זוהי המשמעות המקורית של הכלל, אם כי, במשך הזמן ובתחיקות אחדות, הוא עבר גם מיתונים אחדים בכיוונים שונים.

³⁰⁰ כלל זה ידוע גם בנוסח *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*. אשר למקור הכלל, ראה *D. Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (München, 1982) 217.

הרי הביאור וההפניות משם:

“*Versanti in illicito* (oder: *in re illicita*) *imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*. Wer sich auf verbotenem Felde bewegt, dem werden alle schlimmen Folgen, die das mit sich bringt, zugerechnet. Er ist für die Folgen strafrechtlich verantwortlich, unabhängig davon, ob er sie geplant oder auch nur in Kauf genommen hat. S. Dig 48, 19, 38 § 5 (Pseudo-Paulus); Cod. Just. 9, 12, 6 (Konstantin); u. Liber sextus 5, 4, 3 (Bonifaz VIII.). Horst Kollmann, Die Lehre vom *versari in re illicita* im Rahmen des *Corpus juris canonici*, in: *Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswiss.* 35 (1914) 46–106; u. Martin Schubarth, Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte, ebd. 85 (1973) 757–760. S. heute dagegen §§ 18, 28 Abs. 2 und 29 StGB. Vgl. N 113.”

הכלל רוצה להזהיר את הפרט כי אל לו להסתבך עם אחרים במעשים אסורים; הוא עשוי לאבד כל שליטה על חבריו לעבירה, ועליו לדעת כי הוא מפקיר את גורלו, מבחינת האחריות הפלילית, בידיהם, וכל עבירה אחרת או נוספת שתיעשה על-ידי אחד מן העושים, תיזקף גם לחובתו, אף מקום שלא עלה בדעתו כי היא עלולה להיעשות. זהו אחד מן הסיכונים של הצטרפות לאחרים לשם ביצוע עבירה פלילית, סיכון שבא להתרות ולהרחיע את הציבור מפני פעילות עבריינית, במישור הספציפי של מאבק נגד תופעת השותפות לדבר עבירה. גם הסייגים שהוצמדו לכלל האמור במרוצת הזמן, על-ידי מחוקקים שונים, אינם מבטלים כליל את המשמעות הזאת, הבסיסית, של הכלל. הליכה לעבירה עם שותפים כרוכה בסיכון מוגבר; ומכאן הלקח להיזהר מכך משנה זהירות. ניתן ליתן את הדין גם על מעשיו של הזולת.

הכלל של Versari שואב את חומריו בתחום השותפות מכך ששורש התפתחות הדברים מעבר למצופה הוא בהסתבכות במעשה אסור לפי הדין הפלילי. לכן, כל אדם צריך לדעת שיתן את הדין על התפתחויות בלתי צפויות, אף בלתי רצויות ובלתי נשלטות על-ידי, ולא תעמוד לו כל טענה שלא ניתן היה לחזות מראש את סוף הדברים.

412. הכלל של Versari מקורו במשפט הקאנוני ואומץ, לעניין השותפות, בתחילת המאה הקודמת. כך פורש סעיף 59 לקודקס הפלילי של צרפת, שהוא בתוקף גם כיום, על אף הביקורות שהושמעו עליו בתקופה המודרנית.³⁰¹ לנו קשה להבין כיצד מיישבים את הפירוש שניתן להוראת סעיף 59 האמור, עם הגישה העקרונית של המשפט הצרפתי, לפיה אין עבירה של פשע ואף של עוון, מתוך רשלנות, אלא מכוון הוראה מפורשת בהגדרת העבירה.³⁰² וכמובן כשאין אחריות קפידה בתחום העבירות מסוגים אלה. אמנם, אין עיקרון זה מעוגן במפורש בנורמה חקוקה, אך גם בסעיף 59 לקודקס הפלילי הצרפתי³⁰³ אין כל הוראה מפורשת שסותרת את העיקרון, עד כדי כך ששותף עקיף לדבר עבירה עשוי להתחייב גם בעבירה אחרת או נוספת, אף כשלא היתה קיימת יכולת סבירה לצפות מראש שהמבצע העיקרי יעבור אותה במהלך הגשמת המזימה המשותפת. הכלל של Versari מתבטא, בעצם, בתלות בלתי מסוייגת של אחריות השותף, בהיקף האירוע העברייני כפי שהוגשם על-ידי מבצע עיקרי, ללא כל הגבלה שעשויה לגבוע מהעדור יסוד נפשי הולם.

גישה כמעט דומה ננקטה בקודקס הפלילי של איטליה (1930). בסעיף 110 לקודקס זה, נקבע, ככלל, שאם משתתפים אנשים מספר בביצוע עבירה, כל אחד מהם יהיה צפוי לעונש שנקבע בחוק בגין עבירה זו. בסעיף 116 מובהר כי, אם העבירה שנעברה, היא שונה מזו אליה התכוון אחד מן המשתתפים, הוא יישא באחריות לה, ובלבד שהאירוע העברייני היה תוצאה של תרומתו לאירוע, ללא כל התנייה בהסתברות תוצאה זו.

301 ראה: 528-532 : Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel* (Paris, 7ème éd., 1928);
ראה גם: Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome I (Paris, 2ème éd., 1970) 254.

302 ראה: Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome I (Paris, 2ème éd., 1970) 254.

303 הרי לשונו של סעיף 59 לקודקס הפלילי של צרפת (1810): "Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs de ce crime ou de ce délit, sauf les cas ou la loi en aurait disposé autrement".

413. הברירה איננה בין שני קצוות בלבד. הקצה האחד, הליכה קפידה בתלם כללי השותפות, שדוחים את האחריות הנגררת כלל ועיקר: נושא באחריות פלילית לאירוע עברייני רב-משתתפים הוא רק מי שתרומתו לאירוע זה מלווית במודעות למשמעות התרומה לעניין גיבוש האירוע העברייני על כל היקפו; והקצה האחר, דביקות בכלל של Versari לפיו די בכך שאדם הסתכן כשותף לעבירה נתונה, כדי שהוא יראה כאחראי לכל עבירה שונה ממנה, או נוספת לה, שנעברה במהלך ביצועה, אפילו הסטייה האמורה לא היתה בתחום צפיותו בפועל או בכוח. כלומר, אחריות בלתי מסוייגת, אוביקטיבית גרידא, לסטייה, או, אם אין רוצים להתעלם כליל מן העיקרון לפיו אין עבירה בלא אשמה, אחריות על בסיס פרזומפציה משפטית שאינה ניתנת לסתירה, פרזומפציה מוחלטת, של אשמה.

יש גם דרכי ביניים, המבוססות על הגבלות הכלל של Versari. ההגבלה עשויה לפעול במישור היחס המנטלי של השותף בעת תרומתו לעבירה המקורית, לגבי הסטייה שעשויה להיגרם על-ידי מבצע אגב העשייה הישירה של העבירה המקורית; ההגבלה עשויה לפעול, בנוסף, במישור רמת האחריות הנגררת — רמה ההולמת עבירה של רשלנות בלבד, או ההולמת אף עבירה של מחשבה פלילית, אם הסטייה הצמיחה עבירה מסוג זה. הגבלות אלה מתייחסות לטיב הסטייה מבחינת היסוד הנפשי שהתלווה אליה מטעם השותף החשוף לאחריות נגררת, ומטעם המבצע שגרם לה, אם בכלל. לכן, נסווג אותן כהגבלות ענייניות in rem. אולם, ההגבלה עשויה להיות מותנית גם במעמד השותף שבאחריותו הנגררת דנים, ונסווג אותה כהגבלה אישית — in personam; ההגבלה עשויה להשחנות לפי מעמדו של השותף כמבצע בצוותא, ביחד עם המבצע שגרם לסטייה, לעומת מעמדו כשותף עקיף, משדל או מסייע, להגשמת המזימה המשותפת; ההגבלה עשויה להשחנות לפי מעמדו של השותף כשותף ראשי — מבצע עיקרי או משדל — לעומת מעמדו כשותף משני — מסייע. וכן ניתן לתאר שילוב הגבלות מתוך שתי הקבוצות.

414. ההגבלה העניינית הראשונה היא זאת לפיה אין להטיל אחריות נגררת על שותף לסטייה שלא היתה, בנסיבות העניין, בתחום הצפיות הסבירה. רק סטייה מפתברת, כלומר סטייה שאדם סביר יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע לאפשרות התרחשותה, עשויה ליפול בגדר עילה לאחריות פלילית נגררת. "בנסיבות העניין", כמובן, בנסיבות הידועות לשותף, אך שלא הסיק מהן, כאדם סביר, את המסקנות הראויות. כלומר, "שותף" מתוך רשלנות לעבירה שנעברה על-ידי מבצעה הישיר אף מתוך מחשבה פלילית, ולא בהכרח מתוך רשלנות. האחריות היא "נגררת", משום שאין שותפות מתוך רשלנות, אך אין היא סותרת את עקרון היסוד לפיו אין עבירה בלא אשמה — nullum crimen sine culpa. שכן, היא מותנית בכך שלתרומתו של השותף לעבירה המקורית היתוספה צורה כלשהי של אשמה — רשלנות — לגבי הסטייה האפשרית. ואשמה זו טעונה אף הוכחה, ולא אחריות מבוססת על חזקה חלוטה של אשמה, שנובעת, כביכול, מעצם השותפות לעבירה המקורית. זוהי פשרה מתקבלת על הדעת בין אחריות נגררת אוביקטיבית בלתי מסוייגת, לבין השליטה הבלתי-מתפשרת של כללי השותפות על אירועים עברייניים רבי-משתתפים.

ההגבלה העניינית השניה היא כרוכה בראשונה ונוספת לה. ההגבלה נועדה להביא את האחריות הנגררת — שהיא אחריות מתוך רשלנות עקב ההגבלה הראשונה — לעבירה של מחשבה פלילית, לרמת האחריות לעבירה מקבילה לה של רשלנות. ההגבלה עשויה להתבטא בכך שהאחריות הנגררת תהיה לעבירה של רשלנות בלבד, מקבילה לעבירה של מחשבה פלילית, הטמונה בסטייה, בעלת אותו יסוד עובדתי, מקום שקיימת עבירת רשלנות מקבילה כזאת. כתוצאה מכך, יישא שותף

באחריות נגררת, למשל, להמתת אדם ברשלנות בלבד, למרות שהסטייה התבטאה בהמתת אדם במחשבה פלילית. שכן, יחסו של השותף לסטייה היה של רשלנות בלבד. אשר להגבלות לפי מעמד השותף לעבירה המקורית, ניתן לתאר גישה לפיה על המסייע לעבירה זו, כשותף משנה, זוטרי, לביצועה, לא תוטל אחריות נגררת כלל לעבירה שונה או נוספת, שבסטייה, שנגרמה על-ידי מבצע עיקרי במהלך הגשמת המזימה המשותפת. לעומת זאת, תהיה שמורה אחריות זו רק לשותפים הראשיים — המבצעים העיקריים והמשדלים, מתוך הנחה כי, אם המדובר בהגבלות, תחילה צריכה לחול לגבי כל סוגי השותפים ההגבלה העניינית הראשונה, האמורה לעיל. או, הגורס כי אין מקום לפטור כליל אף את המסייע מאחריות נגררת, יכול להציע שהיא תהיה ברמה המתחייבת מן ההפעלה גם של המגבלה העניינית השניה. אולם, ניתן לגרוס שרמה זו הולמת גם את המשדל, כשותף עקיף באותו מישור עם המסייע, ואילו, על המבצע בצוותא, הפועל כשותף ישיר להגשמת המזימה המשותפת וכגוף אחד עם המבצע שגרם לסטייה, לשאת באחריות נגררת אף לעבירה של מחשבה פלילית, חרף העובדה שהיא אחריות מתוך רשלנות; כלומר, להפעיל לגבי את ההגבלה העניינית הראשונה בלבד. בדרך זו הצגנו את ההגבלות *in personam* גם בשילוב עם ההגבלות *in rem*.

כאשר נדון באחריות הנגררת לפי הדין המצוי, נראה כיצד באות לידי ביטוי מוחשי אחדות מן ההגבלות בהן דגו והשילוב ביניהן.

415. מכל האמור לעיל עולה כי האחריות הנגררת היא אחריות קורלאטיבית, בכך שזיקתה למעמד של שותף לעבירה המקורית, של מי שעליו היא רובצת, היא דרישה חיונית להיווצרותה. רק האחריות לעבירה המקורית נשלטת על-ידי דיני השותפות. האחריות הנגררת היא לעבירה שנעברה מחוץ למתכונת כללי השותפות, ולכן, דווקא בשל אי-תחולתם עליה, טעונה אחריות זו הסדרה נורמאטיבית מיוחדת, המבוססת על שיקולים ועקרונות שאינם מזדהים עם אלה העומדים מאחורי ההסדרה הנורמאטיבית של השותפות לדבר עבירה. האופי הקורלאטיבי האמור של האחריות הנגררת, הוא זה אשר גורם להסדרתה בנושא נספח בלבד לנושא השותפות לדבר עבירה ולדיון בה במסגרת הדיון בשותפות לדבר עבירה. אולם, שוב, תוך מודעות לכך שהאחריות הנגררת נוצרת עקב עבירה, שהאדם האמור לשאת בה לא היה שותף לעבירה זו, וכי מאחורי האחריות עומדים שיקולים מיוחדים, ולכן היא נשלטת אף על-ידי כללים משלה, שונים מאלה המסדירים את השותפות לדבר עבירה. לכן, גם אין מקום לצפות להתיישבות האחריות הנגררת של שותף לדבר עבירה, עם כללי השותפות. לכל אחת מסדרות הכללים האמורים מושא נפרד של תחולה; לכללי השותפות — העבירה המקורית; לכללי האחריות הנגררת — העבירה השונה מן העבירה המקורית או הנוספת לה, אם כי היא נעברה אגב ביצוע העבירה המקורית.

מצב דברים זה מסביר גם מדוע, עיונית, תיתכן אחריות נגררת אף ללא אשמה; ואפילו כאשר תשתיתה הסוביקטיבית היא רשלנות, ניתן להטיל אותה גם בגין עבירה של מחשבה פלילית ולפי רמת האחריות לעבירה זו, ולא רק בגין עבירה של רשלנות. זאת, כאשר גיבוש כל אחת משתי החלופות הוא פונקציה של היסוד הנפשי שהתלווה לסטייה מן העבירה המקורית, כפי שנגרמה על-ידי מבצע אגב הגשמת המזימה המשותפת, ולא בתרומתו של השותף לעבירה זו ושעליו לשאת באחריות נגררת לסטייה האמורה. שהרי התשתית הסוביקטיבית של האחריות הנגררת היא אחת ובלתי משתנית — רשלנות, לא פחות ולא יותר.

אין בכך כל ניגוד לכללי השותפות, שכן על האחריות הנגררת חלה מערכת נורמות נפרדת ומיוחדת. כשם שאין כל ניגוד כאמור, בכך שהאחריות הנגררת מושתתת על רשלנות בלבד, בנוגע לאפשרות התרחשות הסטייה, וכל מודעות לאפשרות זו משמיטה את הקרקע מתחת לאחריות

הנגררת, והופכת את האדם לשותף לאותה סטייה כפי שהוא שותף לעבירה המקורית. לא רק שאין להפשח התיישבות בין כללי האחריות הנגררת לבין כללי השותפות, אלא אין כאן מקום אף לסימטריה כלשהי ביניהם. שיקולי ההסדרה הם שונים ולכן גם כלליהם הם שונים. והכל, מבלי שיהיה בכך משום ניגוד לאופי הקורלאטיבי של האחריות הנגררת, לאחריות לעבירה המקורית לפי כללי השותפות.

§ 3. האחריות הנגררת לפי הדין המצוי

הכסיפ הנורמאטיבי 416. שניים הם סעיפי חוק העונשין – סעיף 28 וסעיף 29 – הדנים באחריות הנגררת של שותף לדבר עבירה, לעבירה שונה ממנה או נוספת לה, שנעברה על-ידי מבצע עיקרי במהלך ביצוע אותה עבירה מקורית. מתייחסים אנו ל"שותף" לדבר עבירה, ולא דווקא לשותף עקיף, שכן, כאמור, הוא יכול להיות גם מבצע ישיר בצד מבצע ישיר אחר שגורם לסטייה האמורה מן העבירה המקורית. מתייחסים לעבירה שונה או נוספת, שנעברה על-ידי "מבצע ישיר" בלתי מיודע, שכן, כאמור, אין זה הכרחי שכל המבצעים העיקריים, במקרה של ביצוע בצוותא, יגרמו לסטייה. כמו כן, מתייחסים אנו לשותף לדבר "עבירה", על אף, כפי שנראה, שלא זוהי בדיוק גם הלשון הנקוטה בהוראת סעיף 28, שכן כך מפרשים הוראה זו. האחריות הנגררת של אדם לעבירה שונה או נוספת, שלא היה שותף לביצועה, מגיחה, מטבע הדברים, כנקודת מוצא, עבירה מקורית, שלעשייתה, ולו אף הבלתי מושלמת בלבד, אותו אדם היה שותף. שכן, רק הודות לאחיוה הראשונית בשותפות לעבירה זו, מעוגנת האחריות הנגררת – שאינה כלל מבוססת על כללי השותפות – בדיני השותפות. בלי אחיוה זו, נעדר הנושא כל קשר עם סוגית השותפות. "המטרה הבלתי חוקית", בה מדובר בסעיף 28, היא אותה עבירה מקורית, אליה אנו מתייחסים, ושבההלך ביצועה, נעברה עבירה שונה ממנה או נוספת לה, והשאלה היא מהי אחריותו לעבירה זו של מי שתרום לקידום ביצועה של אותה עבירה מקורית. המאלף הוא שבהוראת סעיף 29 לחוק העונשין מדובר, מפורשות, בשידול ל"עבירה", ולא "להשגת מטרה בלתי חוקית", כלשון הוראת סעיף 28; ולא נתקלנו בפרשנות מבדילה, מבחינה זו, של ההנחה בה דנה כל אחת משתי ההוראות. גם בסעיף 28, ההנחה היא של שותפות לדבר "עבירה" ולא להשגת "מטרה בלתי חוקית" כלשהי.

והרי לשון שני הסעיפים:

28. שניים או יותר שחברו יחדיו כדי להשיג מטרה בלתי חוקית, ובמהלך ההשגתה של המטרה נעברה עבירה שהיא לפי טבעה תוצאה מסתברת של אותו מהלך, יראו כל אחד מהם שנכח בשעת העבירה כאילו עבר אותה.

"עבירה במהלך השגת מטרה משותפת"

29. המייעץ לחברו לעבור עבירה, ולאחר מכן עבר הלה עבירה, יראו את היועץ כאילו יעץ לעבור את העבירה שנעברה בפועל, גם אם נעשתה שלא בדרך היעוזה, ואפילו אין היא העבירה היעוזה, והכל אם העובדות המהוות את העבירה שנעברה בפועל הן תוצאה מסתברת של קיום העצה.

היקף האחריות של היועץ

417. נתון בסיסי משותף של ההיפותיזות שבהוראות הסעיפים 28 ו-29 שבשתי ההוראות לחוק העונשין הוא "עבירה" רבת-משותפים, כנקודת מוצא. כלומר, כפי שכבר הודגש, כדי לדבר על אחריות פלילית מורחבת – אנו מעדיפים לדבר על אחריות נגררת – של "שותף", שורת הדין מחייבת את הנחת היסוד של שותפות לדבר עבירה,

כנקודת מוצא, העשויה להצמיח את האחריות הפלילית הראשונית, שרק ביחס אליה ניתן להעלות את השאלה של אחריות נגררת לאירוע עברייני, בעל מבנה שונה מזה המשוער מראש, שהתפתח במהלך ביצוע אותה עבירה. לנקודת מוצא זו התייחסנו בכינוי "עבירה מקורית". כבר ציינו כי אין כל הבדל, מבחינה זו, בין ההיפותיזות של הוראות הסעיפים 28 ו-29, למרות שלשונן אינה אחידה. "להשיג מטרה בלתי חוקית", כלשון הוראת סעיף 28 לחוק, משמע "לעבור עבירה" כאמור בהוראת סעיף 29 לחוק. שכן, נקודת המוצא — שותפות לעבור "עבירה", היא התנאי המוקדם ההכרחי שבהיפותיזה העומדת להסדרה.

ואם המדובר ב"שותפות" לעבור עבירה, פירוש הדבר שההתחברות לשם ביצוע העבירה המקורית היא בהתאם לדרישות כללי השותפות, הן האובייקטיביות והן הסובייקטיביות, במובן זה, שאילו היו הדברים מסתיימים בביצוע אותה עבירה ואותה עבירה בלבד, לא היה צורך בכל הסדר מיוחד, מלבד זה הכלול בכללי השותפות, כדי לקבוע את אחריותם של אלה שתּרמו, בתפקיד זה או אחר, לביצוע אותה עבירה; היה זה מקרה טיפוסי של עבירה רבת-משתתפים. כלומר, נתון בסיסי בהיפותיזה המוסדרת בשתי ההוראות כאחת, מתבטא בעבירה מקורית, רבת-משתתפים, שהאחריות לה נשלטת על-ידי כללי השותפות הרגילים.

418. נתון משותף נוסף להיפותיזות האמורות, הוא שבמהלך הגשמת העבירה המקורית חלה סטייה, שעשויה להתבטא בביצוע עבירה שונה מן העבירה המקורית, או עבירה נוספת לה, מבלי שיחולו גם על סטייה זו, לגבי כל השותפים לעבירה המקורית, כללי השותפות; די אם אחד מהם לא היה מודע לסטייה זו, שעה שתרם את תרומתו לעבירה המקורית. האם הוא יישא באחריות פלילית לסטייה, כאחריות נגררת מהשתתפותו בעבירה המקורית? כמו כן, שאלה זו מתעוררת רק כאשר מתקיים הנתון הנוסף האמור — סטייה, בבחינת עבירה שונה או נוספת, מן המזימה המשותפת, לבצע את העבירה המקורית בלבד. והתשובה היא, כפי שנראה, חיובית. הסטייה עשויה להתבטא גם בדרך הביצוע של העבירה המקורית, ללא כל גלישה אל מחוץ למתכונתה בהתאם להגדרתה הנורמטיבית. כאמור בדיון הכללי, נתון זה הוא בלתי רלוואנטי, שכן אם שותף תרם את תרומתו לשם קידום ביצוע עבירה, ובמהלך הביצוע עקב תרומה זו, השתמש מבצע בדרך שונה מזו המתוכננת מראש, האירוע העברייני נשאר בגדר אותה עבירה, ללא תוספת או שינוי מבחינה זו, ואין כל מקום למושג אחריות נגררת על-ידי האחריות לה. שכן, כל עוד דרך הביצוע אינה רלוואנטית לזהות העבירה, העבירה שנעברה היא אותה עבירה שלביצועה תרם אותו שותף, ואין נפקא מינה, מבחינה נורמטיבית, מה היתה דרך הביצוע. סטייה כזאת היא אפוא חסרת רלוואנטיות משפטית. נדרשנו לנקודה זו, מאחר שבהוראת סעיף 29 לחוק העונשין, ישנה התייחסות לסטייה במישור הדרך בה געשתה העבירה, כמובן, תוך שלילת נפקותה, ואילו בסעיף 28 לחוק אין כל התייחסות לסטייה כזאת. לדעתנו, כשם שההתייחסות בסעיף 29 אינה מוסיפה, כך היעדרה בסעיף 28 אינו גורע.

בע"פ 146/81³⁰⁴ שידל המערער את שלושת המבצעים העיקריים "להכיא" לו מוגית, תוך הבטחת תשלום עבור המעשה, תשלום שאכן קיבלוהו לאחר שסיפקו את המוגית. המבצעים העיקריים מלאו את תפקידם, תוך שימוש באיומים על נהג המוגית בסכין ובאבן, שהיו בידיהם, ואף פצעוהו והיכוהו, ולאחר מכן הסתלקו עם המוגית, בהשאירם את הנהג בכביש. טען המערער, בין השאר, כי לא התווה את הדרך בה ישיגו השלושה את המכונת, כך שאין מקום להרשיעו בגין שידול למעשה שוד. יחד עם זאת, עלה בבירור

304 ע"פ 146/81 אל טנע ב' מ"י, פ"ד לו(2) 500.

מחומר הראיות כי השגת המכונית הייתה אמורה להתבצע בעבירה פלילית, כלומר לפחות בגניבה. לטענה זו, שנדחתה על-ידי בית המשפט, הושב כי, לפי סעיף 29 לחוק העונשין, יראו את המשדל כאילו שידל לעבירה שנעברה בפועל, "גם אם נעשתה שלא בדרך היעוזה, ואפילו אין היא העבירה היעוזה"³⁰⁵. אמנם כך נקבע בהוראת הסעיף, אך במקרה הנדון התפתחו הדברים לפי ההנחה השגיה שבסעיף האמור. שכן, במהלך ביצוע העבירה היעוזה נעברה עבירה שונה – שוד – מזו המקורית – גניבה. זה לא היה מקרה בו נעברה העבירה המקורית בדרך שונה מזו שהמשדל היתווה אותה. למשל, לבצע את השוד רק תוך שימוש בנשק קר אך לא גם בנשק חם, ואילו המבצע ביצע את השוד תוך שימוש בנשק חם. או, למשל, שידול לבצע מעשה רצח בהרעלת הקרבן, ואילו המבצע המית את הקרבן בדקירות סכין, או בריות בו. בדוגמאות אלה, העבירה שנעשתה בפועל איננה שונה במהותה, מזו שלביצועה שודל המבצע: רק דרך הביצוע היה שונה. דרך הביצוע של אותה עבירה וביצוע עבירה שונה, הם, אפוא, שתי הנחות נפרדות.

419. נתון שלישי, משותף, בהיפותיזה המוסדרת בהוראות שני הסעיפים, הוא שהסטייה היתה בגדר תוצאה מסתברת ממהלך הביצוע של העבירה המקורית. נתון זה בא להבהיר ולהגביל. להבהיר שהמדובר בסטייה שלא כל השותפים לעבירה המקורית היו מודעים לה שעה שתרמו את תרומותיהם לביצועה. שאם לא כן, ושותף כאמור היה מודע לאפשרות התרחשות הסטייה, הוא הופך לשותף גם לסטייה, והאחריות לה נשלטת על-ידי כללי השותפות. המדובר ביחס שכלי של חוסר-מודעות לסטייה. אולם, כאמור, הנתון בא גם להגביל, ולקבוע כי מדובר בתרומה מתוך חוסר-מודעות לאפשרות התרחשות הסטייה, מקום שהיתה קיימת יכולת סבירה להיות מודע לאפשרות כגון זו. זוהי המשמעות של סטייה שהיא בבחינת "תוצאה מסתברת" ממהלך ביצוע העבירה המקורית.

המבחן לזיהוי הנתון האמור הוא, אפוא, מבחן הרשלנות: האם השותף, כאדם סביר, יכול היה לחזות מראש את התפתחות הדברים; ההתפתחות לא היתה בתחום צפיותו בפועל של השותף, אך היא היתה בתחום צפיותו בכוח לפי מבחן האדם מן היישוב. בכך מגביל הנתון האמור את היקף הסטיות מן המובא בחשבון, עליהן על כל שותף ליתן את הדיון, לעומת היקף האחריות של שותף לפי הכלל הקאנוני של *versanti in re illicita*. האחריות הנגזרת לפי סעיפים 28 ו-29 אינה סותרת, אפוא, כליל את העיקרון לפיו אין עבירה בלא אשמה; האחריות היא מתוך רשלנות. זוהי דרישה מינימאלית אך גם מירבית, שכן, אם היתה מחשבה פלילית גם לגבי "הסטייה", יישא אדם באחריות פלילית מכוח כללי השותפות הרגילה; שכן "הסטייה" חדלה מלהיות סטייה, והופכת חלק מן האירוע שהשותף תרם להיווצרותו, במודע. נתון זה, משותף להיפותיות המוסדרות בהוראות סעיפים 28 ו-29 לחוק העונשין, המתבטא בהיות הסטייה "תוצאה מסתברת" – ולא גם מודעת – ממהלך הביצוע של העבירה המקורית, נקבע במפורש בהוראות אלה, והמבחן של "הצפיות הסבירה", לפיו יש לקבוע את הסתברות הסטייה, הוחל בעקיבות וללא כל סייג בהלכה הפסוקה³⁰⁶.

מובן כי הצפיות הסבירה של התרחשות הסטייה מותנית בידיעת הנסיבות מהן ניתן היה להסיק מסקנות לגבי התפתחות הדברים האפשרית; שכן, אף אדם מן היישוב אינו מסוגל לחזות מראש את הנולד, אלא תוך ידיעה בפועל של מערכת הנסיבות שעלולות לאפשר את התפתחות הדברים

305 שם, בע' 503 בין אותיות השוליים ג-ד.

306 ראה בעיקר את הדיון בע"פ 377/67 דהאן ו-בן-הרוש נ' מ"י, פ"ד כג(1) 197, 226–229; וראה גם: ע"פ 146/81 אל סנע נ' מ"י, פ"ד לו(2) 500, 503; ע"פ 777/80 בינאשוילי נ' מ"י, פ"ד לו(2) 452, 474–475; ע"פ 78/81 ברעאן נ' מ"י, פ"ד לה(3) 807, 810–811.

לקראתו³⁰⁷. לא למותר לציין כי, כרגיל, "עצימת עיניים" מפני אפשרות קיום נסיבות כאלה שקולה כנגד ידיעתן³⁰⁸.

420. לסיכום, הנתונים המשותפים שבהיפותיזות המוסדרות בהוראות סעיף 28 ו-29 לחוק העונשין הם:

- א. עבירה רבת-משתתפים;
- ב. שבמהלך ביצועה נעברה על-ידי שותף ישיר עבירה שונה ממנה או נוספת לה;
- ג. מקום שסטייה זו מן המתכונת המקורית של השותפות, היתה בגדר הצפיות הסבירה של השותפים הנותרים.

נתונים אלה טעונים השלמה בנתונים הנבדלים שבכל אחת מן ההיפותיזות המוסדרות בהוראות שני הסעיפים, כדי לסיים בדיספוזיציה, שהיא שוב זהה בהוראות אלה, הקובעת את הפתרון בדבר האחריות הפלילית הנגררת, כאשר נוכחים כל הנתונים המשותפים והנבדלים שבכל אחת מן ההיפותיזות האמורות.

421. המיוחד לכל אחת המיוחד שבכל אחת מהוראות הסעיפים 28 ו-29 לחוק, נעוץ במעמד מן ההוראות השותף שאת אחריותו הנגררת היא מסדירה.

אין וויכוח על כך שהנתון המייחד את ההיפותיזה בה דנה הוראת סעיף 29 הוא שותף במעמד של משדל, למרות שההוראה נוקטת בלשון "המייעץ" בלבד, בהשוואה להוראות סעיף 26(3) וסעיף 30 לחוק, בהן נקוטה הלשון "מי שיעץ או שידל" (סעיף 26(3)) או "שידל אדם את חברו או יעץ לו" (סעיף 30). כבר עמדנו על כך, שאין כאן עניין של שתי צורות נבדלות של שותפות עקיפה לדבר עבירה³⁰⁹, שבסעיף 29 בחר המחוקק לדון באחת מהן בלבד. למעשה, ה"שידול" הוא המושג-גג, ואילו ה"יעוץ" הוא דרך פרטית של שידול, ואף, יותר מזה — מקום שהמחוקק השתמש במטבע הלשון "יעץ" הוא העניק לו את מלוא ההיקף של משמעות המושג "שידול". על כך, כאמור, אין חילוקי דעות ובכל פעם שבתי המשפט דנו בהוראת סעיף 29 לחוק העונשין, הם התייחסו ל"משדל", למרות שהוראה זו נוקטת לשון "המייעץ"³¹⁰.

ספקות מתעוררים לגבי מעמד השותף שאת אחריותו הנגררת מסדירה הוראת סעיף 28 לחוק העונשין — מבצע עיקרי, ביחד עם מבצע אחר לעשיית העבירה, או גם מסייע לביצוע העיקרי על-ידי אחר? אם התשובה הנכונה היא שהוראה זו אינה חלה גם על מסייע, פירוש הדבר כי לפי הדין המצוי, המסייע אינו נושא באחריות פלילית אלא כשותף לעבירה המקורית, תהיה סטייתו של המבצע העיקרי ממנה אשר תהיה; בהיותו שותף עקיף וגם משני בלבד, לדבר עבירה, אין להטיל על מסייע גם אחריות פלילית נגררת. אולם, אם הפרשנות הנכונה של הוראת סעיף 28 היא כי צירוף המלים בו פותחת הוראה זו — "שניים או יותר שחברו יחד..." — מקיף גם את המסייע, תהיה המסקנה כי גם שותף זה נושא באחריות נגררת.

307 ראה ע"פ 377/67 דהאן ויבן-הרוש נ' מ"י, פ"ד כג(1), 197, 229—234. וראה גם ע"פ 777/80 בינאשוילי נ' מ"י, פ"ד לז(2), 452, 474 בין אותיות השוליים ד-ו.

308 ראה דיני עונשין — א, פסקה 638 ואילך.

309 ראה פסקה 294.

310 ראה ע"פ 21/49—20 האדי ויזערור נ' היוה"מ, פ"ד ג 13, 49 בין אותיות השוליים ג-ד; ע"פ 49/52 חלאל נ' היוה"מ, פ"ד ז(1), 337, 357; ע"פ 325/64 ירקוני ויגור נ' היוה"מ, פ"ד יח(4), 20, 46 מול אות השוליים א.

בע"פ 377/67³¹¹ הגיע בית המשפט העליון למסקנה כי:

"בסעיף 24 [הוא סעיף 28 לחוק העונשין] בא המחוקק לקבוע את אחריותו הפלילית של אדם (להלן – 'המסייע') במקרה הספציפי, שבו הסכים עם אחר לפעול יחדיו לשם השגת מטרה בלתי-חוקית, ולאחר-מכן, תוך כדי שיתוף פעולה לצורך זה, ביצע השני (להלן – 'העבריין העיקרי') עבירה או עבירות... לרבות עבירה שהראשון לא נתכוון לה... ובלבד שנתמלאו שאר התנאים האמורים בסעיף 24"³¹².

לפי מסקנה זו, שקנתה לה ישיבה בהלכה, נועדה הוראת סעיף 28 לקבוע את האחריות הפלילית הנגררת של מסייע, ולא של שותף מסוג אחר, לדבר עבירה, כאשר במהלך ביצועה, סטה מבצע עיקרי מן המתוכנן ועבר עבירה שונה מן העבירה המקורית, או נוספת לה. מובן מאליו שההוראה האמורה לא נועדה למשדל, שכן, באחריותו הנגררת של שותף זה דן סעיף 29 לחוק העונשין, אשר למבצע בצוותא ייתכן לגרום, בעקבות הלכה זו, כי אין מגיעה מלהחיל את הוראת סעיף 28 גם עליו, מקל וחומר; שכן, כל מבצע כאמור הוא גם מסייע לחברו במהלך ההגשמה, בצוותא חדא, של המזימה המשותפת. ואכן בית המשפט העליון לא ראה מגיעה מלהחיל את ההוראה האמורה גם במקרה בו נדונה אחריותם של מבצעים בצוותא, לעבירה נוספת שנעברה על-ידי אחד מהם במהלך מימוש המזימה המשותפת³¹³. אולם, בע"פ 377/67, למרות שגם שם מדובר במבצעים בצוותא של מעשה שוד, דן משום מה בית המשפט העליון בהוראת סעיף 28 לחוק העונשין, כאילו היא נועדה דווקא למסייע, ולו בלבד³¹⁴.

422. שאלת מושא ההסדרה של הוראת סעיף 28 – האחריות הנגררת של מסייע בלבד, או, מכללא, גם של מבצע בצוותא, או שמא של מבצע בצוותא בלבד – היא בעלת משמעות פרקטית מובהקת. שכן, אם אוביקט ההסדרה, המפורש, של ההוראה הוא האחריות הנגררת של מבצע בצוותא דווקא, פירושו של דבר כי אין אחריות זו חלה גם על מסייע. לדעתנו, נוסח ההוראה מחייב את הגירסה האחרונה דווקא, ולא את גירסתו של בית המשפט העליון³¹⁵. כלומר, אם המדובר בשותף שהוא, אמנם, בעל מעמד של מסייע – ולא של מבצע – עליו ליתן את הדין כמסייע לעבירה המקורית, ואין מוטלת עליו אחריות נגררת בגין סטייה מעבירה זו, שנעשתה על-ידי מבצע עיקרי. אחריות זו מוטלת מכוח הוראת סעיף 28 לחוק העונשין על מבצע בצוותא בלבד.

311 ע"פ 377/67 דהאן ויבן-הרוש ג' מ"י, פ"ד כג (1) 197.

312 שם, בע' 217 מול אות השוליים ז.

313 ע"פ 777/80 בינאשוילי ג' מ"י, פ"ד לז (2) 452.

314 ע"פ 377/67 דהאן ויבן-הרוש ג' מ"י, פ"ד כג (1) 197, 217 ואילך; המדובר בשניים שתכננו ביצוע מעשה שוד מזויין בסניף בנק, פרצו ביחד לתוך בניין הסניף ושם גרם אחד מהם, על-ידי יריה באקדח, למותו של מנהל הסניף. שניהם הורשעו בנסיון לשוד, כך ששניהם הם בגדר מבצעים עיקריים בכל הנוגע לעבירה המקורית, כך שכל ההבחנה ביניהם לגבי עבירת ההמתה, אחד כמבצע והאחר כמסייע, היא תמוהה. הרי השאלה צמודה לחפקידיהם של הצדדים בביצוע העבירה המקורית ולגבי עבירה זו שניהם היו בגדר מבצעים בצוותא, והורשעו, שניהם, בנסיון לשוד, ולא אחד בנסיון לשוד והאחר כמסייע לנסיון שוד.

315 ראה ש"ז פלר, "סעיף 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 – האמנם נועד הוא למסייע?" משפטיים ו (תשל"ו) 275.

ואלה הם הנימוקים³¹⁶ שאובים מעצם נוסח הוראה זו:

(1) תנאי בין התנאים בהם מותנית תחולת הוראת סעיף 28 הוא שידובר בשותף "שנכח בשעת העבירה". בלי תנאי זה, המחייב את נוכחותו של השותף — שהוא אליבא דהלכת בית המשפט העליון בע"פ 377/67, במעמד של "מסייע" בלבד — אין מתקיימת ההיפותיזה המוסדרת בהוראה זו. ואז מתעוררת השאלה — במה מוצדקת ההפליה של מסייע שהיה נוכח בשעת ביצוע העבירה אף במובן הצר ביותר של המושג "נוכחות", לבין מסייע שלא היה נוכח שם — אף במובן הרחב ביותר של המושג האמור?³¹⁷ וזאת, כאשר יתכן שמשקל תרומתו המסייעת של השני לאפשרות ביצוע עבירה שונה או נוספת, על-ידי מבצע עיקרי, הוא לאין ערוך משמעותי, בהשוואה למשקל תרומתו, הקלוש ביותר, של הראשון. למשל, בעוד שהמסייע הראשון המתין בזירת ביצוע העבירה כדי להסיע משם, לאחר הביצוע, את המבצע העיקרי, המסייע השני סיפק למבצע את האקדח לשם ביצוע השוד תוך איום בשימוש בו, והמבצע השתמש בו וגרם אגב כך גם להמתת הקרבן שהתנגד לשוד ואף ניסה ללכוד את השודד. תנאי "הנוכחות" לא יתמלא לגבי המסייע השני, והוא לא יתן את הדין גם בגין הרצח, ואילו המסייע הראשון יישא באחריות נגררת גם למעשה רצח. וזאת, אפילו המבצע העיקרי, מתוך בהלה, לא השתמש בהסעתו של מסייע זה, והסתלק מזירת העבירה בדרך אחרת. האם אין בכך משום אבסורד? שאלה זו מעוררת את הספק אם, אכן, ניתן לייחד את הוראת סעיף 28 לחוק העונשין להסדרת האחריות הנגררת של מסייע לדבר עבירה, כאשר מבצע עיקרי סטה מן המתוכנן. וזאת, מקום בו לא בתוך הסעיף עצמו ואף לא בכותרת השוליים שלו, אין כל זכר למסייע דווקא.

(2) בפירוט התנאים המתנים את האחריות הנגררת של שותף לדבר עבירה בהתאם להוראת סעיף 28 לחוק העונשין, פירש בית המשפט העליון, בע"פ 377/67³¹⁸, את לשון ההוראה כדלקמן: "הדיבור 'שניים או יותר' בו פותחת ההוראה, פורש 'המסייע והעבריין העיקרי'; 'הדיבור 'נעברה עבירה' פורש 'מבצע העבריין העיקרי מעשה עבירה'; ואילו המלים 'כל אחד מהם' פורשו במונח 'המסייע'. מובן שבדרך זו ניתן לקבוע, כפי שקבע בית המשפט באותו עניין, כי סעיף 28 מסדיר את האחריות הנגררת של המסייע דווקא. אולם, אם משלבים את מלוחיה המפורשות של הוראת הסעיף גם בטיב היחסים שבין 'שניים או יותר' המובעים בצירוף המלים 'שחברו יחדיו' ובתנאי 'הנוכחות' שמופיע בסיפא ההוראה, עולה מיד כי אין מדובר כאן ב'מסייע ובעבריין עיקרי', כפרשנות בית המשפט, אלא בשותפות הומוגנית בין שניים או יותר, שעומדים לפעול במעמד זהה, כגוף אחד, ותפקידם אינו יכול להיות אלא כמבצעים עיקריים בצוותא — joint perpetrators — של העבירה או ביקט מזימתם המשותפת. כאמור, במתכונת זו משתלב אף באורח טבעי, גם תנאי הנוכחות, שכן הביצוע בצוותא מחייב, בדרך כלל, הימצאות של המבצעים העיקריים

316 ראה שם את הדיון המפורט בסוגיה.

317 לא היה כאן לעניין לדון בהבחנה בין נוכחות "ממשית" לבין נוכחות "קונסטרוקטיבית", ואף אין אנו בטוחים שניתן לדבר על "קונסטרוקטיביות" לעומת "ממשיות". יחד עם זאת סבורים אנו כי יש ליחס למונח "נוכחות" את המובן הרחב ביותר, אף מבלי לסטות בכך ממשיותה של הנוכחות. כל אדם שהתנהגותו בשעת ביצוע העבירה ילובה במלאכת עשייתה נחשב כנוכח בזירת העשייה, יהיה מקום הימצאותו כמרחב אשר יהיה. למשל, גם א', שמקיים שיחה טלפונית עם ב', כדי להצמידו למכשיר הטלפון, להסחית את דעתו ולאפשר בכך, באותו זמן ממש, ל-ג' להתפרץ לתוך הדירה של ב', לגנוב משם חפץ מסויים ולהסתלק משם באין מפריע, הרי גם א' מקיים "נוכחות" בשעת העבירה ובמקום עשייתה, ואין נפקא מינה מאיזה מרחק הוא ערך את השיחה הטלפונית. הטכניקה בת זמננו מקנה לנוכחות ממדי מרחב וזמן חדשים.

318 ע"פ 377/67 דהאן ויבן-הורש נ' מיי, פ"ד כג (1), 197, 218—219.

בשעת הביצוע, גם בזירת הביצוע, כשפעולה של כל אחד היא פעולתם גם של האחרים, וכל הפעולות ביחד מולידות את הביצוע בצוותא.³¹⁹

עולה, אפוא, גם מלשון הוראת סעיף 28, כי היא אינה נועדה להפלות בין מסייע שנכח בשעת עשיית העבירה במקום עשייתה, לבין מסייע שתרום את תרומתו בזמן ובמקום אחרים, אלא היא באה ליתן ביטוי לגישת המחוקק שבא להוציא דווקא את המסייע מתחולת ההוראה וייעד אותה למבצעים בצוותא בלבד. מובן כי אין זה מוציא מכלל אפשרות שהיו להם גם מסייעים, אך אלה אינם נכללים בהסדר שנקבע בהוראת סעיף 28. סברה זו עולה בקנה אחד גם עם הלשון הברורה של ההוראה.

(3) לא למותר לציין אי-אלה התבטאויות של בית המשפט עצמו, בע"פ 377/67, בהן מתפרצות הלשון והרוח האמיתיות של הוראת סעיף 28, חרף ההלכה שנפסקה לגבי ייעודה. בסכמו את הדיון בהנחה "כששני אנשים או יותר זוממים יחד לפעול בצוותא חדא... — כלשון ההוראה לפני הנוסח החדש משנת 1977, אומר בית המשפט:

"נותר לי לציין, בנוגע לתנאי הראשון, שהמלים 'בצוותא חדא' באות ללמד, כי מדובר בקשר פלילי, לפיו הקושרים ישתפו פעולה יחדיו בזמן ובמקום המיועדים להשגת המטרה המשותפת, כך שבזמן הזה ובאותו מקום הם יפעלו בדרך של מתן עזרה הדדית, הגנה הדדית ועודד הדדי, הכל למען המטרה ההיא"³²⁰.

ההדדיות המודגשת שלוש פעמים — כל אחת לגבי היבט אחר של שיתוף הפעולה — באה להבליט את המעמד ההומוגני של האנשים המשתתפים בה, והוא של מבצעים עיקריים בלבד. היבטים מצטרפים אלה הם אופייניים לפעילות במסגרת הגשמת מזימה משותפת, בצוותא חדא, ואינם הולמים כלל את תרומתו המשנית והעקיפה של המסייע לדבר עבירה, כאשר עשייתה, גופא, נעשית על-ידי המבצע העיקרי. גם הנסיבות הקונקרטיות בהן פעלו שני המערערים, דהאן וריבון-הרוש, מצביעות בכירור על מתכונת של שני מבצעים עיקריים של העבירה המקורית — עבירת השוד. הם אף הורשעו בתור מבצעים עיקריים, ולא אחד כמבצע עיקרי והשני כמסייע; שכן הם יצאו ביחד לבצע מעשה שוד, כך חדרו לתוך סניף הבנק אותו תיכננו לשדוד, וכך התנהגו עד סוף פעילותם העבריינית שם, ובמשך נסיגתם משם.

אי-לכך, גם לאור דברים אלה, קשה לנו להבין כיצד נפסקה ההלכה, כפי שנפסקה בע"פ 377/67.

319 אפילו כאשר במהלך הביצוע של העבירה מתחלפים מבצעים, עם או בלי שינויים במקום הגשמת שלבי הביצוע, כל אחד מן המבצעים נמצא, עם תרומתו המבצעת, ולו אף החלקית בלבד, על-ידי המבצעים הנותרים בזירת הביצוע בכל עת הביצוע, עד להשלמתו או הפסקתו. ניתן לתאר חטיפת מטוס כאשר בעת מסוימת מתחלפים אחדים מצוות החוטפים, ובשלב הבא ובמקום גיאוגרפי אחר, הם, בהרכב המחודש, מבצעים עבירות נוספות בגוף האדם, כתוצאה מסתברת מהגשמת המזימה המקורית. ניתן להתייחס לדוגמאות מציאותיות גם מתחום סוגי עבירות אחרות, בייחוד מקום בו הן נעברות כעבירות-שרשרת, שכל חוליה בה מציגה את כל היסודות להתהוות עבירה בפני עצמה. ייתכן שיש פער מסויים בין ה"טכניקה" המודרנית של ביצוע עבירות, לבין דרכי ביצוע המקובלות בזמן שחוק העונשין שלנו נחקק. אי-לכך יש לראות את זירת ביצוע העבירה ואת עניין הנוכחות בה, כמושגים יחסיים, ואילו הקובע בדבר אחריותו הנגררת של צד לדבר עבירה, לסטייה במהלך ביצועה, הוא לאיזה סוג של צדדים, מבחינה תפקודית מתייחסת הוראת החוק שדנה באחריות זו. מכל מקום, אפילו תנאי "הנוכחות" היה נעדר מהוראת סעיף 28 לחוק העונשין, לא ניתן היה להסיק מלשונה ומרוחה שהיא נועדה למסייע.

320 ע"פ 377/67 דהאן וריבון-הרוש נ' מי, כג(1), 197, 220 בין אותיות השוליים ד-ה.

(4) גירסתנו זו מתחזקת גם בהתייחסויותיו של בית המשפט העליון עצמו לאותה שאלה של מושא ההסדרה של הוראת סעיף 28 לחוק העונשין, בטרם פסק את ההלכה האמורה. בע"פ 21/49–20³²¹, התעוררה השאלה אם מסייע למעשה שוד הופך למסייע גם לרצח שבוצע על-ידי המבצע העיקרי אגב ביצוע השוד — האם דינו של המסייע שלא צפה מראש את ביצוע עבירת הרצח הנוספת, כמסייע גם לעבירה זו מכוח הוראות סעיף 26(2) ו- (4) לחוק העונשין? תשובת השופט חשין המנוח היתה כמובן שלילית³²². ואשר לתחולת סעיף 28 לחוק העונשין על מסייע, הסכים השופט להבדל שבין דינו של משדל, מבחינה זו, לדין המסייע, וקבע כי בעוד ש-

"משדל שעשה עבירה, אין נפקא מינה, לפי הסעיף 29, אם העבירה 'שנעשתה בפועל' היא העבירה ששידלוהו לעשותה או עבירה שונה מזו, מה שאין כן, בדין 'מסייע': כאן לא השווה הכתוב לעניין הכוונה, עבירה 'שנעשתה בפועל' בסיועו של אדם, לעבירה שנתכוון לה אותו אדם בסיועו"³²³.

הווי אומר, השופט אף לא העלה על הדעת שסעיף 28 חל על מסייע, בהבדל מתחולתו של סעיף 29 על משדל. ובע"פ 325/64³²⁴ מסב השופט ח' כהן את תשומת הלב להבחנה האמורה בין מסייע לבין משדל —

"ולעובדה שהבחנה זו מביאה לידי כך שכוונתו הפלילית של המסייע חייבת להיות לאותה עבירה אשר לביצועה הוא מסייע, ואילו כוונתו הפלילית של המשדל יכול ותהא לעבירה שונה מזו המבוצעת על-ידי העבריין העיקרי, ובלבד שבוצעה בעקבות השידול"³²⁵.

שוב ללא כל היזקקות להוראת סעיף 28, מתוך סברה ברורה שאין היא חלה על מסייע. אולם, כאמור, מאז ע"פ 377/67 השתנו פני הפרשנות של הוראות החוק שנוגעות לעניין, אם כי בהוראות עצמן לא הל כל שינוי.

(5) האם קיים גם טעם ענייני להבחנה בין שידול לבין סיוע לגבי האחריות הנגררת עקב סטייה מן העבירה המקורית על-ידי מבצע עיקרי במהלך ביצועה, או שמא ההבחנה גובעת מן הנוסח הפורמאלי של הוראות החוק הנוגעות לעניין? לדעתנו, אין ההבחנה חסרת טעמים ענייניים. הרי השידול הוא אמנם צורת שותפות עקיפה, אך גם ראשית מבחינת ערכה האנטי-חברתי ומשקלה, כתרומה לביצוע העבירה רבת-המשתתפים, בעוד שהסיוע הוא צורת שותפות משנית בלבד מבחינות אלה. הבדל זה בא לידי ביטוי גם בכך, שבעוד שהנסיון לשידול לדבר עבירה הוא עניש, אם כי הוא צורת התנהגות נגזרת בגילגול שני — מהתנהגות ענישה נגזרת גם היא מן העבירה הטיפוסית — הנסיון לסייע לדבר עבירה אינו עניש כלל ועיקר. יש מדינות בהן האחריות הפלילית לסייע לדבר עבירה היא מופחתת, בהשוואה לאחריות הפלילית לשידול לדבר עבירה ולביצועה העיקרי.

321 ע"פ 21/49–20 הארי וזערור נ' היוה"מ, פ"ד ג 18.

322 שם, בע' 48 מול אות השוליים ז.

323 שם, בע' 49 מול אות השוליים ד.

324 ע"פ 325/64 היוה"מ נ' ירקוני ויגור, פ"ד יח (4) 20.

325 שם, בע' 46 לפני אות השוליים א.

לכן, גם מתקבל על הדעת ליתן ביטוי להבדלים אלה בין שידול וביצוע עיקרי מצד אחד, לבין הסיוע מצד אחר, ולקבוע כלל לפיו על המסייע ליתן את הדין בגין הסיוע לדבר עבירה שצפה מראש שתבוצע בעזרתו על-ידי המבצע העיקרי, מבלי להטיל עליו אחריות נגררת בגין סטיות מן העבירה המקורית שנעשו על-ידי מבצע עיקרי במהלך ביצועה. זהו, לדעתנו, גם הדין המצוי במשפט הישראלי – הוראת סעיף 28 לחוק העונשין נועדה למבצעים בצוותא, הוראת סעיף 29 נועדה למשדל, ואילו המסייע אינו צפוי לאחריות נגררת עקב ראיית שתיקת החוק כהסדר שלילי.

יחד עם זאת, ניתן לתאר מצב נורמאטיבי בו אין עושים הבחנה מבחינה זאת בין השותפים הראשיים לבין שותף משנה, ומסתפקים בהבחנות במישורים אחרים. אך זה עניין שטעון הוראה ברורה ומפורשת של החוק החרות, שכן כל נושא האחריות הנגררת הוא בגדר חריג מכללי האחריות של שותפים לדבר עבירה, וככל חריג, בתחום הפלילי, הוא טעון הסדר מפורש ופרשנות קפידה.

נבולות האחריות 423. בהגבלות האחריות הנגררת לפי מעמד השותף בנוגע לעבירה המקורית, דנו עד כה וסיכמנו כי, לפי הדין המצוי, היא מוגבלת למבצעים עיקריים ומשדלים, מבלי להקיף גם את המסייעים. זאת לדעתנו, אם כי אליבא דהלכה הפסוקה, אין היא מוגבלת *in personam*, מבחינת מעמדו של השותף לדבר עבירה.

עתה נידרש להגבלות האחריות הנגררת, לפי הדין המצוי, *in rem*, כלומר מבחינת הסטייה מן העבירה המקורית, שנעשתה על-ידי מבצע עיקרי, ואשר השותפים הנותרים אחראים לה אחריות נגררת, לפי ההוראות המיוחדות של סעיף 28 וסעיף 29 לחוק העונשין. שתיים הן ההגבלות מבחינה זו, מלבד הדרישה, המובנת מאליה, שהסטייה חייבת להיות בגדר עבירה פלילית; שאם לא כן, אין מקום לאחריות פלילית לה. הגבלה אחת במישור האוביקטיבי, והגבלה אחרת במישור הסוביקטיבי.

ההגבלה האחת היא במישור האוביקטיבי של המושג "סטייה" מן העבירה המקורית, הטומן בתוכו זיקה למהלך ביצועה של עבירה זו, אם מבחינת קידום הביצוע ואם מבחינת הביצוע עצמו. בכך, הסטייה היא גם בעלת זיקה לתרומת השותף לקידום העבירה המקורית; היא נחשבת לתוצאה גם מתרומה זו וזוהי, בעצם, ה-*ratio*, מבחינה אוביקטיבית, לאחריות הנגררת לסטייה, של אותו שותף. אם המדובר בביצוע עבירה שונה או נוספת, חסרת זיקה עניינית כאמור, אין היא, מטבע הדברים, בגדר סטייה מן המתוכנן, ואין מקום לאחריות נגררת לה, שעל כל השותפים לעבירה המקורית לשאת בה; האחריות הבלעדית לה, כעבירה עצמאית, תהיה מוטלת על מי שעבר אותה בלבד.

למשל, פגיעה בגוף הקרבן של עבירה מינית, של עבירה נגד חרותו של הקרבן, של עבירה ברכוש, עשויה להיות עבירה בעלת זיקה עניינית למהלך ביצוע עבירה שנמנית על אחד מסוגי עבירות אלה. שותף לעבירה מסוג זה עשוי לשאת באחריות פלילית נגררת גם לפגיעה בגוף הקרבן, שנגרמה בידי מבצע עיקרי אגב ביצוע העבירה המקורית, או עקב ביצועה. גרימת נזק לרכוש במהלך ביצוע עבירה אחרת ברכוש, כגון גניבה או שוד, עשויה להוות סטייה, לה אחראים אחריות נגררת השותפים לעבירה המקורית ברכוש, בשל הזיקה העניינית האוביקטיבית של גרימת הנזק לרכוש לעבירת הגניבה או השוד.

424. ההגבלה האחרת היא במישור הסוביקטיבי של הסטייה, והגבלה זו היא דו-ממדית: ההגבלה עצמה במישור הסוביקטיבי מתבטאת בכך שהסטייה מן העבירה המקורית צריכה להיות,

כפי שכבר נאמר ³²⁶, תוצאה "מסתברת" ממהלך הביצוע של העבירה המקורית. זהו תנאי מפורש, קבוע בהוראות סעיפים 28 ו-29 לחוק העונשין. שני הממדים של ההגבלה הם שהסטייה צריכה להיות מפתברת בלבד, ולא יותר, אך מסתברת ולא פחות.

מסתברת "בלבד", פירוש הדבר, שהשותף חייב להיות בלתי מודע בשעת תרומתו לעבירה המקורית, לאפשרות התרחשות הסטייה. שאם לא כן, והוא היה מודע לכך, העבירה השונה או הנוספת חדלה מלהיות סטייה בעיניו, והוא תורם להתרחשותה מתוך מחשבה פלילית כשותף, במעמד זהה למעמדו בנוגע לעבירה המקורית, ועליו לשאת באחריות פלילית לאירוע העברייני, כולו, לפי כללי השותפות.

מסתברת "ולא פחות", פירוש הדבר, סטייה בלתי צפויה בעיני השותף בשעה שתרם את תרומתו לעבירה המקורית, אך בתחום צפיותו בכוח לפי מבחן "הצפיות הסבירה", כאדם מן היישוב; אם אדם מן היישוב, במקומו, היה יכול לצפות מראש את אפשרות התרחשות הסטייה, על השותף לשאת באחריות פלילית גם לה, מקום שיש בה משום עבירה פלילית, שונה מן העבירה המקורית או הנוספת לה ³²⁷. כפי שכבר צויין, הדרישה שהסטייה תהיה תוצאה "מסתברת", ולא תוצאה סתם, ממהלך הביצוע של העבירה המקורית, היא סייג, במישור הסוביקטיבי, לכלל של Versanti ... in re illicita, בכך שהיא מגבילה, בקו גבול מסויים, את האחריות הבלתי מוגבלת מבחינה סוביקטיבית של אדם, לפי כלל זה, לכל תוצאה עבריינית שנבעה מביצוע העבירה המקורית בה הוא הסתכן כשותף, הן אם היא היתה בתחום הצפיות הסבירה ממהלך ביצועה, והן אם לא.

425. ההגבלה במישור הסוביקטיבי של האחריות הנגזרת של שותף לדבר עבירה, על שני ממדיה, באה לידי ביטוי מוחשי בעזרת אמת-המידה של הרשלנות — מודעות בכוח לאפשרות קרות הסטייה, כאשר מבחן המודעות בכוח הוא יכולתו השכלית הפוטנציאלית של אדם מן היישוב להיות מודע לכך. ועוד לא למותר לחזור ולהזכיר כי "יכולת" זו אינה קיימת בחלל ריק. יכולתו של אדם לחזות מראש את הגולד זקוקה לרקע עובדתי, שממנו מסוגל אדם להסיק על ההתפתחויות האפשריות, ואם לא הסיק את העשוי לצמוח ממנו, מגדירים אותו כרשלן. עולה מכאן שאם המודעות בכוח לגולד היא חוסר מודעות בפועל לגביו, מותנית המודעות בכוח, במודעות בפועל לגבי אותה מערכת עובדות רקע, מהן נתבע אדם להסיק את העשוי לצמוח ממנה, ולהתנהג בהתאם, כדי למנוע את העשוי להתרחש אם הוא עלול ליפול בגדר עבירה פלילית. למשל א' זומם לבצע ביחד עם ב' מעשה גניבה מדירתו של ג', כאשר סוכם ביניהם שאם ייתקלו שם בנוכחותו של ג', יהיה עליהם לסגת, ולא להשתמש בכוח או באיומים בשימוש בכוח, שכן הם מוכרים ל-ג' והוא עשוי לזהותם. יחד עם זאת, א' יודע כי ב' הוא אדם אימפולסיבי, חם מזג ואלים, וגם יודע כי הוא נוהג לשאת עליו נשק קר. בעיצומו של ביצוע הגניבה בשעות הלילה התעורר ג' משנתו ופנה לחדר בו פעלו הפורצים. בעוד ש-א' נסוג מיד ונמלט מן המקום, לא עמד ב' במבחן נטיותיו האלימות, התנפל על ג' ודקר אותו דקירות קטלניות. לפי סעיף 28 לחוק העונשין, על א' לשאת באחריות פלילית גם לרצח של ג'; שכן, הרצח היה בגדר תוצאה מסתברת בשביל א' מכוח ידיעת מערכת העובדות שנוגעות לאישיותו ומוגו של ב', מהן אדם סביר יכול היה ללמוד על תגובותיו האפשריות בנסיבות נתונות. כלומר, מבחינת הכרתיות, מורכב היסוד הנפשי משני רבדים — רובד של מודעות בפועל, כולל עצימת עיניים כמובן, לרקע העובדתי

³²⁶ ראה גם פסקה 418.

³²⁷ ראה את האסמכתאות בהערת שוליים 306 שבפרק זה.

שצריך היה להעמיד את האדם על המשמר לגבי הנולד העשוי לצמוח מרקע זה, ורובד נוסף של מודעות בכוח לגבי הנולד עצמו, שהיא הבסיס הסוביקטיבי, המירבי והמינימאלי כאחד, של האחריות הנגררת של שותף לדבר עבירה, לסטייה מן המתוכנן, שנעשתה על-ידי מבצע עיקרי במהלך הגשמת המזימה המקורית.

426. אולם, וכאן היבט מיוחד לאחריות זו – למרות אמת-מידה זו של ההגבלה – רשלנות, לא פחות אך גם לא יותר – יישא השותף באחריות נגררת לעבירה של מחשבה פלילית, מקום שהמבצע גרם לסטייה במחשבה פלילית. שכן, הוראות סעיף 28 ו-29 לחוק העונשין מצמידות, כאחת, את אחריותו הנגררת של שותף, לעבירה, על סוגה וטבעה, כפי שהיא נעברה על-ידי המבצע העיקרי שסטה ממהלך הביצוע של העבירה המקורית. כלומר, אם המבצע ביצע, תוך סטייה כאמור, עבירה של מחשבה פלילית, גם שותפו ייתן את הדין בגין עבירה של מחשבה פלילית, למרות שבשעת תרומתו לעבירה המקורית, לא היה מודע שהוא תורם בכך גם לביצוע עבירה שונה ממנה או נוספת לה. בסעיף 28 נקבע בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים כי יראו את השותף "כאילו הוא עבר אותה" עבירה; ובסעיף 29 נקבע באותה צורה כי יראו את המשדל כאילו שידל "לעבור את העבירה שנעברה בפועל". כלומר, אחריות מתוך רשלנות לעבירה של מחשבה פלילית. זאת, משום שבדרך כלל המבצע העיקרי שגורם לסטייה מן המתוכנן עושה זאת מתוך מודעות למה שהוא עושה.

אולם, ייתכן שמבצע עיקרי יגרום לסטייה מן העבירה המקורית, מתוך רשלנות, ואז, אם יש בסטייה זו משום עבירה פלילית, הוא יהיה צפוי לאחריות פלילית לה, וכמוהו שותפיו, אם הסטייה היתה בתחום הצפיות בכוח של אדם מן היישוב. למשל א' ו-ב' ביצעו שוד בנק, עת שעדיין נכחו לקוחות בבנק. אחד מהם, שהיה חולה לב, צנח ארצה ונפטר, עקב הבהלה שאחזה בו בגלל ירייה שירה א' כדי להפחיד את הקופאי. במקרה כגון זה, ישנה הקבלה מלאה בין סוג היסוד הנפשי שהתלווה לסטייה אצל מבצעו, לבין סוג היסוד הנפשי שהתלווה לגביה אצל השותף, אם כי שתי הרשלנויות, עצמן, עשויות להיות בעלות רקע עובדתי מודע שונה. לכן, דייקנו ואמרנו הקבלה מלאה בין "סוגי" היסוד הנפשי, ולא הקבלה מלאה בין היסוד הנפשי "עצמו", על ביטויו הפרטי.

רשלנות, כתשתית סוביקטיבית לאחריות הנגררת של אדם לסטייה שנגרמה על-ידי אחר מן העבירה המקורית, ובכל זאת תחולת האחריות גם על עבירה של מחשבה פלילית שבסטייה, ולא רק של רשלנות שבה, וכן תשתית סוביקטיבית כזאת של אחריות שהיא קורלאטיבית לאחריותו של אותו אדם כשותף לעבירה המקורית, שהיא מותגית, כתשתית סוביקטיבית, במחשבה פלילית בלבד, הן תופעות שאינן נוגדות כלל ועיקר את כללי השותפות, מן הטעם הפשוט, שכללים אלה ושיקוליהם, להם כפופה האחריות לעבירה המקורית, לתוד, והכללים ושיקוליהם, להם כפופה האחריות הנגררת לעבירה, שבסטייה מן העבירה המקורית, לתוד. כלומר, סעיף 26 לחוק העונשין, הקובע את כללי האחריות לעבירה המקורית, עקב שותפות לביצועה, לתוד, וסעיפים 28 ו-29 לחוק, שקובעים את כללי האחריות הנגררת לסטייה מן העבירה המקורית, לתוד. זאת, למרות שמדובר באותו אדם, ולמרות הקורלאטיביות של האחריות הנגררת בשל הסטייה, לאחריות בגין העבירה המקורית. על כך כבר עמדנו במסגרת הדיון הכללי בסוגיה³²⁸.

על רקע האמור, תמוה בעינינו הפתרון אליו הגיע בית המשפט העליון בע"פ 445/84³²⁹. בית המשפט

328 ראה פסקה 414.

329 ע"פ 445/84 נבולסי נ' מ"י, פ"ד לט (3) 57.

קבע כי הרשעתם של שני המערערים, לפי דיני השותפות, ברצח אחד מן הקרבנות, בדין יסודה. עוד קבע בית המשפט כי המערער מס' 1 סטה מגבולות המזימה המשותפת המקורית, וניסה לרצוח גם את הקרבן השני, וכי, אשר לעבירה נוספת זו, יש להטיל על המערער מס' 2 אחריות נגררת, מכוח סעיף 28 לחוק העונשין, וכאן, מפתיע אותנו בית המשפט בזו המסקנה —

"בנסיבות המקרה לא הייתי קובע בתור 'תוצאה מסתברת' יותר ממה שאירע בפועל, היינו פציעתו הקשה של חאווש. הייתי משאיר פתוחה את השאלה, מה היה מצבו של המערער 2 לו מצא אף חוואש את מותו באותה תקרית, ולו הורשע המערער 1 בשל כך בעבירה המוגמרת של רצח גוסף"³³⁰.

כתוצאה מכך, אשר לעבירה נגד חוואש, מצא בית המשפט את המערער מס' 2 אשם בעבירה של גרימת חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין. נשאלת השאלה — אם הפציעה כאמור היתה "תוצאה מסתברת" ואם היא נגרמה אגב נסיון לרצח, וזה "מה שאירע בפועל", כדברי בית המשפט, ולא משהו אחר, מדוע לא הורשע גם מערער זה בנסיון לרצח? שהרי ההוראה המפורשת והחד-משמעית של סעיף 28 האמור היא כי "יראו את כל אחד מהם שנכח בשעת העבירה כאילו הוא עבר אותה"; והמערער מס' 1 ירה בקרבן השני, ממש כיוזמנית עם הפעולות המשותפות של שני המערערים, בהן הם רצחו את הקרבן הראשון. אך מלשון פסק הדין עולה התלבטות מסויימת שהתלוותה לגיבוש הפתרון אותו אימץ בית המשפט; אם לא כן, היתה חסרה התערה שבסוף הקטע המובא לעיל. ההתלבטות נבעה, כנראה, מכך שבית המשפט נרתע מליחס נסיון לדבר עבירה מכוח הוראת סעיף 28 לחוק העונשין, ויכול היה להשלים, ביתר קלות, עם ייחוס עבירת רצח מושלמת מכוח אותה הוראה. כללית, תוך התייחסות לעבירה כלשהי — ולא דווקא לעבירת הרצח בלבד — אכן מותנה הנסיון לעבירה ביסוד נפשי, שעשוי להיות חמור מזה הנדרש להתהוות אותה עבירה, על צורתה המושלמת. אבל, בהבחנה זו שומה היה להתחשב במלוא כובד הראש — ויש להניח כי כך גם עשה בית המשפט — כאשר מצא מקום להרשיע את המערער מס' 1 בנסיון לרצח נגד חאווש, ולא בגרימת חבלה חמורה בלבד. אולם, בהתגבר על מחסום זה לגבי המערער מס' 1, אחריותו של המערער מס' 2 מכוח הוראת סעיף 28, איננה אלא אחריות נגררת, המותנית דווקא בכך, שלגבי, אותו יסוד נפשי לא התקיים. לגביו, הכרחי הוא, אך גם מספיק, שהעבירה הנוספת היתה "לפי טבעה תוצאה מסתברת של אותו מהלך", כאמור באותה הוראה. עולה מכאן כי העבירה הנוספת, שנעברה על-ידי המערער מס' 1 תוך סטייה ממהלך ההגשמה של המזימה המשותפת המקורית, היא זו, ולא עבירה אחרת, שטעונה ייחוס גם למערער מס' 2, ואם בית המשפט קבע כי הפציעה הקשה אכן היתה תוצאה מסתברת כאמור, אין עוד כל תנאי גוסף, צמוד לסוג העבירה בה נגרמה תוצאה זו על-ידי המערער מס' 1 — ב"נסיון לרצח" או ב"חבלה חמורה". לפי טבעם, גם זה וגם זה, הם מתחום העבירות של "פגיעות בגוף". ואולם, ההתלבטות עצמה של בית המשפט בשל השוני, במישור היסוד הנפשי, בין נסיון לדבר עבירה לבין העבירה המושלמת, היתה, במקרה הנדון, מיותרת; שכן לגבי עבירות הרצח בכוננה תחילה, אין כל שוני בין העבירה המושלמת, לבין הנסיון לבצעה, במישור היסוד הנפשי.

אבל, גם לגבי היבטים אחרים של פסק-הדין בו אנו דנים פטור בלא-כלום, אי-אפשר, ולו אף תוך הצגת שאלות בלבד. המעיין בפסק-הדין עיון מעמיק יותר, אינו יכול שלא להציג שתי שאלות: האחת — האמנם תרומותיו של המערער מס' 2 היו בגדר סיוע בלבד, או, שמא, הוא פעל ביהד עם המערער מס' 1, שניהם בתור מבצעים בצוותא, הן של רצח הקרבן האחד והן של הנסיון לרצוח את הקרבן האחר? השאלה האחרת היא, אם לאור נסיבות העניין, המוכיחות כי המערער מס' 2 היה שותף באותו תפקיד ומודע באורח מלא, לכל מסכת הפעולות שנעשו נגד שני הקרבנות, ובכל משך ביצוען, אכן היה מקום להידרש להפעלת הוראות סעיף 28 לחוק העונשין, או, שמא, צריך היה להחיל לגבי שני המערערים, לגבי שתי העבירות, את הוראות סעיף 26(1) לחוק? התשובות מתבקשות מאליהן.

סיכום לפי הדיון המצוי 427. בנושא האחריות הנגררת של שותף לדבר עבירה, לעבירה שונה ממנה או נוספת לה, שנעברה במהלך הגשמת המזימה המשותפת, ניתן לסכם את הדברים כדלקמן:

330 ש"ז, בע' 64 מול אות השוליים ג.

- (1) דיני העונשין של מדינת ישראל מצויידיים בנורמות מפורשות שמסדירות את האחריות הנגררת האמורה, והן מצויות בסעיפים 28 ו-29 לחוק העונשין;
- (2) ההסדר בנוי על השקפה מסוייגת לגבי האחריות הנגררת, תוך הגבלה משמעותית של הכלל לפיו המסתבך בעניין בלתי חוקי יישא באחריות לכל העשוי לצמוח ממהלך ההגשמה של אותו עניין – *Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicta*;
- (3) הסייגים הם במישור הענייני, *in rem*, ובמישור האישי, *in personam*;
- (4) הסייג הענייני – *in rem* – מתבטא בכך שהסטייה מהגשמת המזימה המשותפת, והמתבטאת בעבירה השונה מן העבירה המקורית או הנוספת לה, צריכה להיות בעלת זיקה למהלך הביצוע של עבירה זו, אם מבחינת קידום הביצוע ואם מבחינת עצם הביצוע;
- (5) מלבד זאת, צריכה הסטייה להיות בתחום הצפוי ככוח של אדם מן היישוב, כתוצאה מסתברת ממהלך ההגשמה, בנסיבות העניין, של המזימה המקורית;
- (6) חוטל על שותף אחריות נגררת גם לעבירה של מחשבה פלילית, לפי היסוד הנפשי הטמון בסטייה, כפי שהיא נגרמה על-ידי מבצע עיקרי, למרות שלגבי השותף היא היתה בגדר תוצאה מסתברת בלבד, לפי מבחן הרשלנות;
- (7) לא למותר לציין כי כל "סטייה" שהיתה בגדר מודעותו בפועל של השותף נשלטת על-ידי כללי השותפות, שכן אין היא כלל בגדר סטייה;
- (8) הסייג האישי – *in personam* – הוא, לפי ההלכה הפסוקה, שאחריות נגררת רובצת על כל שותף מכל הסוגים – מבצע בצוותא, משדל ומסייע – מלבד מסייע שלא היה נוכח בשעת הגשמת המזימה המקורית במקום הגשמתה;
- (9) אליבא דידנו, הסייג האישי להטלת אחריות נגררת מתבטא בכך שהיא איננה רובצת כלל על מסייע לדבר עבירה, אף אם נכח בשעת הגשמת המזימה המקורית ובמקום הגשמתה.

4.6. דין רצון

428. הדין לגבי האחריות הנגררת של שותפים לדבר עבירה עשוי לנוע כאמור בין אי-הכרה באחריות זו כלל ועיקר, לבין הפיתרון הקיצוני האחר של אימוץ הכלל של *Versari*, לפיו כל שותף לדבר עבירה יישא באחריות בלתי-מותרת לכל עבירה שנעברה על-ידי מבצע עיקרי של העבירה המקורית אגב ביצוע העבירה המקורית. הפיתרון הראשון אינו טעון ביטוי נורמטיבי כלשהו; שכן, שתיקת החוק לגבי אחריות נגררת היא בבחינת הסדר שלילי. הפיתרון השני טעון, כמובן, ביטוי נורמטיבי מפורש; שכן, אין אחריות פלילית ללא בסיס בחוק.

כין שני הפתרונות הקיצוניים ניצבים מספר פתרונות ביניים, אשר כולם טעונים גם הם ביטוי נורמטיבי מפורש, משום שגם הם מביאים להרחבה של האחריות הפלילית אל מעבר לאחריות המבוססת על כללי השותפות. אחד מן הפתרונות הוא זה שאומץ בהוראות הסעיפים 28 ו-29 לחוק העונשין, ואין אנו בטוחים שהוא פיתרון גרוע, ובלבד שההסדר טעון הבהרה בנוגע לתחולתו של מסייע.

אולם, ניתן לתאר הסדר מגוון יותר שיבטיח גם הקבלה צמודה יותר של יחסו הנפשי של השותף לעבירה המקורית, לאפשרות התרחשות הסטייה, ליחס הנפשי לסטייה, של המבצע שגרם לה אגב ביצוע עבירה זו; וזאת, תוך גיוון לפי מעמדו של אותו שותף – שותף עקיף או שותף ישיר. הכל, כמובן, תוך שמירה על התנאי הבסיסי-המינימאלי שהסטייה תהיה בגדר המודעות בכוח של אדם מן היישוב, כתוצאה מסתברת ממהלך הביצוע של המזימה המשותפת המקורית.

429. היינו מציעים, אפוא, הבחנה בין שותף שהוא מבצע בצוואת, ביחד עם מבצע עיקרי אחר או עם מבצעים עיקריים אחרים, לבין שותף שהוא משדל או מסייע. אשר למבצע בצוואת, הוא ניגש להגשמת המזימה המשותפת המקורית *animo auctoris* כחלק מגוף אחד עם המבצעים הנותרים, מבלי שתהיה משמעות פונקציונאלית כלשהי לצורה בה העשייה הקונקרטיה התחלקה באורח פנימי ביניהם, כשם שאין כל משמעות לשימוש באיברים השונים של גופו של אותו אדם בעשיית מעשה מסויים. לגבי מבצעים בצוואת כאמור, טבעי שכולם יתנו את הדין על כל הנעשה אגב ההגשמה ביחד של המזימה המשותפת, ללא הבחנות לפי התרומה הפיזית של כל אחד ואחד מהם. ואם נעברה בידי אחד או אחדים מהם עבירה שונה מזו שזממו, או נוספת לה, על כולם לשאת באחריות לאותה עבירה — כולם בגין עבירה של מחשבה פלילית או בגין עבירה של רשלנות, כפי שהיא נעברה, כולל היסוד הנפשי הטמון בה, בידי המבצע שעבר אותה; ובלבד, כאמור, שהסטייה היתה בגדר תוצאה מסתברת ממהלך ההגשמה של המזימה המשותפת. כלומר, המבצעים בצוואת הנותרים יישאו באחריות פלילית לסטייה, שלגבי אפשרות התרחשותה, התייחסו מתוך רשלנות בלבד, כעל עבירה של מחשבה פלילית, אם המבצע שגרם לסטייה גרם אותה במחשבה פלילית. אצל מבצעים בצוואת אינה הכרחית אפוא ההקבלה בין היסוד הנפשי לגבי התרחשות הסטייה, לבין היסוד הנפשי האופייני לעבירה שלה הם עשויים להיות אחראים אחריות נגררת, אם כי ההקבלה היא גם אפשרית מקום בו הגורם לסטייה גרם לה ברשלנות. זהו גם ההסדר בדין המצוי.

430. אשר לשותפים העקיפים — המשדל והמסייע — תרומותיהם להגשמת המזימה המשותפת הן, בכל זאת, חיצוניות לביצוע העבירה גופא, אם כי הן מתמוזגות, בדיעבד, עם ביצוע זה, בתוך אירוע עברייני אחד, רב-משותפים. עקב כך, ניתן לחתור, לגבי שותפים אלה, לקראת הקבלה בין יחסם הנפשי הרשלני כלפי אפשרות התרחשות סטייה מטעם מבצע עיקרי אגב ביצוע העבירה, לבין אחריותם הנגררת לסטייה זו, רק מתוך רשלנות. במלים אחרות, אף אם נגרמה הסטייה על-ידי מבצע עיקרי במחשבה פלילית, יישאו המשדל והמסייע באחריות לסטייה, רק כעל עבירה של רשלנות, בעוד שלמבצעים העיקריים תיחוס הסטייה כעבירה של מחשבה פלילית. כמוכך, הכל מותנה בקיום עבירה פלילית של רשלנות, בעלת יסוד עובדתי זהה ליסוד העובדתי שבעבירה של מחשבה פלילית לה יהיו אחראים המבצעים העיקריים. בהעדר עבירת רשלנות מקבילה כאמור, לעבירה של מחשבה פלילית, לא יהיו אחראים שותפים עקיפים אחריות נגררת. למשל, מבצע עיקרי עבר, כעבירה נוספת לזו המקורית, גם עבירה של גרימת נזק לרכוש. המשדל והמסייע לעבירה המקורית לא היו מודעים לאפשרות סטייה כאמור מן המתוכנן, אך הסטייה היתה בגדר תוצאה מסתברת ממהלך הביצוע של העבירה המקורית. במידה שאין בספר החוקים עבירה של גרימת נזק לרכוש ברשלנות, בצד עבירה של גרימת נזק לרכוש, המותנית במחשבה פלילית, המשדל והמסייע לא יישאו באחריות פלילית נגררת לגרימת הנזק לרכוש. אם השתתפו באירוע העברייני גם מבצעים עיקריים נוספים, מלבד זה שגרם במחשבה פלילית לנזק לרכוש, הם יישאו באחריות נגררת לעבירה זו, למרות שגם הם, כמו המשדל והמסייע, התייחסו לאפשרות גרימת הנזק ברשלנות בלבד. ואולם, אם מדובר ב"רכוש שהוא בשימוש כוח מזויין", כאמור בסעיף 108 לחוק העונשין, יישאו באחריות נגררת לפגיעה בו גם השותפים העקיפים, שכן בתחום זה קיימת גם עבירה של רשלנות.

כלומר, ניתן לתאר הסדר לפיו לגבי השותפים העקיפים תהיה דווקא הקבלה בין יחסם כלפי אפשרות התרחשות הסטייה ובין סוג העבירה, מבחינת היסוד הנפשי האופייני לה, בה הסטייה עשויה להתבטא, מבחינת היסוד העובדתי.

431. ניתן גם להשוות את הגישה לגבי המשדל לגישה הנקוטה לגבי מבצעים בצוותא, ובכך לקבוע דין אחד לשותפים הראשיים לעניין אחריותם הנגררת, לעומת דין המסייע כשותף משנה. כלומר, להתחשב בהבחנה בין צורות השותפות, הראשיות והמשניות, מבחינת המשקל הסגולי של חלקה של כל צורה של שותפות באירוע העברייני – במקום להתחשב בחלוקת צורות השותפות, לישירה ועקיפות, לפי השתייכותן למהלך הביצוע העיקרי של העבירה גופא, או היותן תרומות חיצוניות למהלך זה³³¹ – ולאחד את דינן של הצורות הראשיות, במקום לאחד את דינן של העקיפות. אליבא דידנו, עדיפה ההפרדה של צורת השותפות הישירה מצורתה העקיפות, על פני הצירוף של צורות השותפות הראשיות מול הצורה המשנית. שכן, כגוף אחד פועלים המבצעים בצוותא בלבד, כמבצעי העבירה גופא ישירים, ודינם האחד גם לעניין האחריות הנגררת מושתת על פועלם כגוף אחד; מאידך גיסא סביר אולי שדינם של השותפים שתרומותיהם לאירוע העברייני רב-המשתתפים ניצבות מחוץ למהלך הביצוע הישיר של העבירה גופא, יהיה שוב אחד. ניתן ביטוי לשתי הסברות דלעיל בהצעת נוסח נורמאטיבי כדלהלן, בעל חלק נבדל לפי כל אחת מהן:

"כטייה מהגשמת המזימה המשותפת עבר מבצע עיקרי, אגב ביצוע העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, שהסתברות ביצועה היתה, לפי נסיבות הענין, בתחום המודעות בכוח של אדם מן היישוב, יישאו באחריות לה גם –

- (1) המבצעים בצוותא הנותרים; ו" (1) המבצעים בצוותא הנותרים והמשדל; ו" (2) המשדל והמסייע, על עבירה של רש" (2) המסייע, על עבירה של רשלנות בלבד, לנות בלבד, אם קיימת עבירה כזאת באותו אם קיימת עבירת כזאת באותו יסוד עובדתי". יסוד עובדתי.

נדמה לנו, כאמור, כי ההצעות המנוסחות בלשון נורמאטיבית דלעיל הן מאוונות מבחינת מדיניות הענישה, כאשר הגירסה מצד ימין, לטעמנו, עדיפה על פני זו מן הצד השמאלי.

432. בהצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש³³², סעיף 28, ובהצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש³³³, סעיף 35, נמצאת הצעת הסדר נורמאטיבי של סוגית האחריות הנגררת, בעל תוכן זהה בהבדלים לשוניים קלים בין שני הסעיפים. לאחר מחשבה שניה, עלינו להודות שההסדר לוקה בחסר ובעודף כאחד, ונוסף לכך, אין הוא מצטיין אף בבהירות מספקת. ראשית כל, במגמה להציע הקבלה בין סוג היסוד הנפשי המתבטא ביחס המנטלי של השותף לאפשרות התרחשות

331 ראה פסקות 244–245.

332 משפטים י (תשמ"מ) 203; והרי לשון הסעיף:

"עבירה שונה 28. צד לעבירה יישא באחריות פלילית גם על עבירה נוספת או שונה, שנעברה אגב ביצוע או נסיון לביצוע עבירה, אם היתה בתחום צפייתו בפועל, או בעבירת רשלנות אם היתה בתחום הצפייה הסבירה".

333 משפטים יד (תשמ"ד) 127; וזה נוסח הסעיף:

"עבירה שונה 35. צד לעבירה יישא באחריות פלילית גם על עבירה נוספת או שונה, שנעברה אגב ביצוע העבירה או נסיון לביצועה, אם היתה בתחום מודעותו בפועל, או בעבירת רשלנות – אם היתה יכולה להיות בתחום המודעות של אדם מן היישוב".

הסטייה, לבין היסוד הנפשי שבעבירה הטמונה בסטייה, ושכגינה על השותף לשאת באחריות נגררת, נשכח הנתון הבסיסי של ההיפותיזה מושא ההסדר: כי היחס האמור אינו יכול להיות אלא של רשלנות. היה זה יחס של מודעות בפועל לאפשרות התרחשות הסטייה, אזי, כפי שהובהר³⁸⁴, היא, "הסטייה", חדלה להיות סטייה ואחריותו של מי שהיה מודע לאפשרות גרימתה היא אחריות לפי כללי השותפות, ולא אחריות נגררת.

אי-לכך, החלופה הראשונה בה דנים הסעיפים הנוכרים, של צד אשר הסטייה "היתה בתחום מודעותו בפועל", היא, לא רק מיותרת, אלא גם נטע זר בסוגיה; יחד עם זאת, חסר הנתון ההכרחי לפיו מדובר בצד אשר הסתברות התרחשות הסטייה היתה בתחום מודעותו בכוח, כאדם מן היישוב, לא פחות אך גם לא יותר.

אשר לחלופה השנייה "או בעבירות של רשלנות", לא ברור אם המדובר ב"רשלנות" של אותו צד, או ב"רשלנות" שמתוכה נגרמה הסטייה על-ידי מבצע עיקרי. אם הכוונה היתה לפרשנות השנייה, נשאלת השאלה מה הדין במקרה, והוא השכיח, בו מבצע זה גרם לסטייה מתוך מחשבה פלילית?

משהתבררו לנו החסרונות האמורים של נוסח ההסדר המוצע, הגענו למסקנה שמוטב לנטשו ולנסות להציע נוסח שונה, כפי שעשינו³⁸⁵.

סימן 10

האחריות לשותפות

§ 1. כללי; § 2. אחריות לפי מעמד השותף; § 3. ריבוי משתתפים — נסיבה מחמירה; § 4. השתתפות "מודיע".

§ 1. כללי

433. נותר לנו לדון בשאלת הענישה במקרה של שותפות לדבר עבירה, שאלה שהיא בעלת משמעות כפולה; "אחריות לשותפות", במובן אחריות לפי התפלגות השותפות לצורותיה הידועות: ביצוע עיקרי, שידול וסיוע, וניתן להוסיף להן את ההסתה כנסיון לשידול; "אחריות לשותפות", במובן אחריות מיוחדת, חמורה מזו הרגילה, לעבירה בה השתתפו שניים או יותר, כלומר השותפות כנסיבה שמחמירה את העונש הרגיל שנקצב לעבירה, כשהיא מתבצעת בידי יחיד. "אחריות מיוחדת", מאחר שהיא איננה כללית, אלא מותנית בתנאים נוספים, כגון בסוג מיוחד של עבירה, במעמד מיוחד של משתתפים ובכיוצא באלה סימני ייחוד אחרים. בנוסף לכך, לא למותר להידרש להיבט נוסף של אחריות לעבירה רבת-משתתפים, כשביניהם

334 ראה פסקות 413, 418 ובייחוד פסקה 423.

335 ראה פסקה 429.

גם סוכן הרשות המעוניינת לחשוף עבריינים ולמנוע עבריינות, כלומר כאשר היתה נוכחות, בצורה כלשהי, של "מודיע".
נדון בהמשך בכל אחד מהיבטי הענישה של עבירה רבת-משתתפים.

2.9. אחריות לפי מעמד השותף

434. אשר להיבט הראשון של האחריות לשותפות לדבר עבירה, ניתן לתאר שתי גישות. האחת של השוואה נורמטיבית של העונש ללא הבחנה בין סוגי השותפות – ביצוע עיקרי, שידול או סיוע – כלומר, דינו של משדל ומסייע כדין המבצע העיקרי, והוא העונש שנקצב לעבירה הטיפוסית, תוך מסירת מלוא הנטל של התאמת העונש הקונקרטי המגיע לכל אחד מן השותפים הקונקרטיים, שתרמו, במעמדם הקונקרטי, את תרומותיהם לאירוע העברייני, רב-המשתתפים, לרשות השופטת. לפי גישה זו, אין המחוקק קובע גבולות מיוחדים לעונש עבור צורה זו או אחרת של שותפות לדבר עבירה, הנבדלים מן העונש שנקצב לעבירה על ביצועה העיקרי והמושלם; אין המחוקק קובע קנה מידה נורמטיבי, כללי, לעניין זה. זוהי גישת המחוקק הישראלי, הנקוטת בסעיף 26 לחוק העונשין.

אשר ל"הסתה", כנסיון לשידול לדבר עבירה, מתבקשת, לכאורה, הפחתה נורמטיבית ברמת הענישה, סימטרית להפחתה שנהוגה לגבי הנסיון לביצוע עיקרי. כתוצאה מכך, אם דין הביצוע העיקרי הוא גם דינו של השידול, דין ההסתה צריך להיות דין הנסיון לבצע את העבירה עצמה. זוהי גישת המחוקק הישראלי, הנקוטת בסעיף 34 לחוק העונשין.

435. אולם, ניתן לתאר גם גישה, לדעתנו, מגוונת יותר, לא סתם לשם גיוון, אלא מתוך שיקולים כלליים של מדיניות ענישה, המאפשרים למחוקק להתוות את קווי האינדיבידואליזציה של העונש, המסורה לשיקול דעתה של הרשות השופטת, מבלי לכפות עליה כיווני דרך שלא היתה מאמצת ואיננה מאמצת אותם ממילא. בתנאים כאלה, אין צורך עוד לגמק את היתרון של ביטוי הדברים בנורמה של הרשות המחוקקת; שהרי, בתחום דיני העונשין, כל כיוון דרך הגיתן להכללה, ראוי ורצוי הוא בחוק דווקא.

כך, אם יש ממש בהבחנה בין שותפות ראשית – הביצוע הישיר והשידול לו – לבין שותפות משנית, היא הסיוע לדבר עבירה, ראוי ורצוי שהבחנה זו תבוא לידי ביטוי נורמטיבי. מה גם, שאנו משוכנעים כי מחקר בנושא הענישה בבתי המשפט, לפי התפלגות אובייקט השתת העונש – סיוע לדבר עבירה, וביצועה העיקרי – היה מגלה לנו קו מקביל שניתן למתוח בין נקודת העונשים המירביים, שהוטלו בגין סיוע לדבר עבירה, לקו שניתן למתוח בין נקודות העונשין המירביים, שהוטלו בגין ביצוע ישיר של אותה עבירה, והקו הראשון נמוך בהרבה מן הקו השני. גם לפי הנחה זו, יש מקום להבחין הבחנה נורמטיבית כללית בין גבולות העונש בגין סיוע לדבר עבירה, בהשוואה לגבולותיו בגין הביצוע העיקרי. גישה זו היא בהחלט מובנת יותר ומוצדקת יותר מהבחנה דומה, הנהוגה לגבי הנסיון לדבר עבירה בהשוואה לביצועה המושלם; המגסה עשה כברת דרך במהלך ביצוע העבירה גופא, רצה והתכוון להשלים את העבירה, והדבר לא עלה בידו, בניגוד לשאיפתו. ואילו המגיש סיוע, בוחר בכך בלבד, ולא בביצוע העיקרי והישיר של העבירה. יש משמעות לדבר, והיא צריכה לבוא לידי ביטוי גם במדיניות הענישה המוכרזת והמוצהרת בחוק.

לכן, היינו סבורים כי, בדרך כלל, ראוי היה להעמיד את הגבול העליון של העונש בגין סיוע לדבר עבירה על מחצית העונש המירבי שנקצב לביצוע העיקרי. מובן כי, גישה כאמור אינה

מוציאה מכלל אפשרות גם חריגים בנוגע לסוגי עבירות מסויימים, שלגביהן אין אולי להבחין בין סיוע לביצוע, מבחינת גבולות העונש.

436. לא זו היא הגישה הרצויה לגבי השידול, שהוא צורת שותפות ראשית, עקרונית באותה דרגה של חומרה כביצוע הישיר, אם לא, לעתים, חמורה ממנו. לעומת זאת, נדמה כי החומרה המוקנית לנסיון לשידול — "הסתה" — תוך השוואתו לנסיון לבצע את העבירה גופא, היא מופרזת. נסיון לבצע את העבירה מתבטא בהגשמת חלק, ולו מזערי ביותר, מן העבירה, כאשר, אילו התפתחו הדברים לפי שאיפתו של המבצע הוא היה משלים את העבירה. לעתים, כאשר מדובר בעבירה תוצאתית, עשוי הנסיון להתבטא אף בהגשמה מלאה של הרכיב ההתנהגותי של העבירה. ואילו במקרה של הסתה, אין אף שמץ מתחילת ביצוע העבירה גופא; מאומה לא קרה. יתירה מזו, הגשמת השידול תלויה בנכונות המשדל לעשות זאת, ולא רק ברצונו של המשדל. כתוצאה מכל אלה, אין לעשות אנאלוגיה מנסיון לבצע עבירה על נסיון לשדל אחר לבצע עבירה. והראיה לכך, בעוד שמקרי נסיון מרובים מובאים לפני בתי משפט, העמדה לדין בגין הסתה היא נדירה במיוחד.

לדעתנו, היה מקום להפחית את גבולות העונש בגין ההסתה לרמה נמוכה עוד יותר מזו המוצעת בגין סיוע לדבר עבירה. מכל מקום, קשה להעריך את חומרת ההסתה לדבר עבירה, כשאין אחריה ולא כלום מבחינת ההגשמה, כשוות משקל לחומרת הנסיון לעבור עבירה, המתונה לפחות בתחילת ביצוע העבירה, מה גם, שבמקרים המיוחדים בהם מושווה העונש בגין הנסיון, לזה בגין העבירה המושלמת, עונשה של ההסתה עומד להשתוות גם הוא עם העונש על העבירה המושלמת.

§ 3. ריבוי משתתפים — נסיבה מחמירה

437. ייתכנו מקרים בהם המחוקק יראה בהשתתפות אנשים מספר בביצוע עבירה מסויימת נסיבה המחמירה את העונש שנקצב לעבירה למקרה שהיא נעברה על-ידי יחיד. עמדה זו של המחוקק עשויה להיות מותנית בתנאים נוספים, שעניינם, למשל, מספר המשתתפים, מעמדם במסגרת השותפות וכיוצא באלה תנאים. אין ספק כי התחברות מספר אנשים לשם ביצוע עבירה, מוסיפה חומרה לאירוע העברייני. הוא טומן בחובו סכנה מוגברת, הנובעת מסיכויי ההצלחה לממש את המזימה המשותפת, הודות לתרומה הפיזית והמנטאלית של כל אחד מן השותפים למפעל המשותף, ומתקטנת היכולת להתנגד לביצוע, או לסכלו; בנוסף לכך, התחברות כאמור יכולה להיות אף תנאי הכרחי לשם ביצוע העבירה, ולעתים גם ביטוי התחלתי של התארגנות נפשית. לכן, אף אם אין החוק הפלילי מכריז על ביצוע עבירה על-ידי אנשים מספר בתנאי שותפות, כנסיבה מחמירה כללית, אין כל מגיעה שהרשות השופטת תשקול בכל מקרה בנפרד, את השאלה אם, במסגרת האינדיבידואליזציה של האחריות הפלילית, אין להחמיר בעונש בשל ביצוע העבירה עקב מזימה משותפת של שניים או יותר. מובן כי האמור מתייחס לריבוי עבריינים מודמן, כאשר העבירה עשויה להיעשות גם בידי יחיד, ולא גם לסוג העבירות רבות-משתתפים מטבע ברייתן³³⁶. למשל, תקיפת שוטר במילוי תפקידו על-ידי יותר משלושה אנשים, בצוותא, היא, לפי סעיף 274(3) לחוק העונשין, צורה מוחמרת של תקיפת שוטר לפי סעיף 273 לחוק; כאן הנסיבה המחמירה היא ריבוי העבריינים, המתונה במספרם, יותר משלושה, ומעמדם, כולם בבחינת מבצעים עיקריים. נסיבה מחמירה לעניין העבירות של "חבלה חמורה" ו"פציעה", לפי סעיפים 333 ו-334 לחוק העונשין, היא, לפי סעיף 335(2) לחוק, נוכחות "שניים או יותר שחברו יחד

336 ראה לעניין ההבחנה בין שני סוגי העבירות, פסקות 239, 240.

לביצוע המעשה בידי אחד או אחדים מהם". לפי סעיף 353(2) לחוק העונשין, אותה נסיבה מחמירה את הענישה בגין עבירת "האינוס" (סעיף 345), "בעילת קטינה" (סעיף 347(ב)) ו"מעשה סדום" (סעיף 350(א)), ולפי סעיף 354(ב)(2), מחמירה נסיבה זו את העונש בגין העבירה של "מעשה מגונה בכפייה" (סעיף 354(א)); לפי סעיף 382 לחוק העונשין, משמשת הנסיבה האמורה נסיבה המחמירה את הענישה של מספר נוסף של עבירות; לפי סעיף 402(ב), הנסיבה שהשודד "היה בחבורה" היא אחת הנסיבות שמעלות את העונש המירבי על עבירת השוד מארבע-עשרה שנות מאסר לעשרים שנים.

4.6 השתתפות "מודיע"

438. בחרנו במטבע הלשון "מודיע" – כשם עצם – במקום ביטויים אחרים, כגון "סוכן מדיח", "איש רשות" או "סוכן משטרה", שנוצדים לכנות את האדם שפועל מטעם, כמעורב ביוזמה, בתיכנון או בביצוע, עבירה, כשמטרת המעורבות היא לגלות עבריינים, לחשוף בעוד מועד את הפשע ולהילחם בתופעה העבריינית. בלע"ז נוהגים להתייחס למודיע בדיבור "agent provocateur" – סוכן מדיח. אולם, בחרנו במונח "מודיע", כי לא תמיד הוא פועל בתפקיד של יוזם ומסית. בדרך כלל, נהפוך הוא; הוא חודר לעולם הפשע ומשתלב בו כ"מסייע" או כ"מבצע בצוותא", ולא דווקא כ"משדל"; אך תמיד הוא נשאר "מודיע", שכן תפקידו הבסיסי הוא לאסוף ולמסור מידע על העולם בו הושתל, כדי להביא לידיעת הרשויות את האינפורמציה שבעורתה ניתן לחשוף עבריינים ולמנוע עבריינות.

נוכח התפתחות תופעת העבריינות, באירגון, עוצמה ושכיחות, כאחד, אין כלל מנוס מלהשתמש גם בדרך זו, של השתלת "מודיעים" בקרב עולם הפשע, כדי ללחום בו. אולם, במקרים די נדירים, מדובר ביוזמה ובהדחה לביצוע עבירה, שאלמלא ההדחה היא לא היתה נעברת; אם כי גם במקרים אלה הפנייה היא, בדרך כלל, למי שידוע מראש שמחכה רק לפנייה כזו כדי לבצע את העבירה, ולא במטרה לשים מלכודת לאדם "תמים", להכשילו ולתפסו בקלקלתו. תחום עבירות הסמים, על הספקים, הסוחרים, המתווכים, למיניהם, הוא זירה בה מן ההכרח להשתמש במודיעים, כדי להתאים את המלחמה בתופעה זו, ולו גם במקצת בלבד, לטיב התופעה ולפרופורציות שלה. ייתכנו מקרים בהם סוכני הרשויות פועלים כמדיחים אמיתיים, כדי להעמיד במבחן אנשים, אם אכן הם עמידים בפני פיתוי להפר את החוק ולבצע עבירה פלילית, בייחוד בתחומי פעילות ציבורית, המופקדים בידיהם.

בדרך כלל, פועלים המודיעים של הרשויות, כסוכנים סמויים, משך זמן לא מבוטל בתפקידים שונים ומשונים, וגם מסוכנים, עד שהם יוצאים מן המחותרת, לאחר גילוי מעשי העבירה ומבצעייהם, ככל האפשר על חוטיהם המסועפים של חבורות הפשע. התחומים בהם יכולים לפעול מודיעים כאמור, הם שונים – החל מתחום העבירות נגד בטחון המדינה, וכלה בכל תחום בו "ההפלה בפח" של העבריינין יכולה להיות דרך לגילוי; דוגמה טובה היא גם תחום של הפקעת מחירים, כאשר פקחים למיניהם עושים פשיטה, תוך העמדת פנים שהם קוגים, כדי לבדוק אם יש במערכת המסחרית תופעות של הפקעת המחירים המירביים, שנקבעו לפי חוק. כאמור, תחום אחר יכול להיות תחום המסים.

337 ראה: ג' בך, "סוכני המשטרה בעיני בית המשפט" הפיקלים יט (תשכ"ג) 132; א' לדרמן, "הדחה לדבר עבירה בידי איש הרשות או שליח הרשות" רבעון לקרימינולוגיה, למשפט פלילי ולמשטרה א (תשל"ב–תשל"ג) 253.

439. אמנם, ניתן להעלות את השאלה המוסרית³³⁷, אם לא די במשדלים ומשודלים אמיתיים, כדי להוסיף גם את הרשויות, כמגרות יצרים שליליים, ומכשילות אנשים שאולי לא היו מגיעים אל ספסל הגאשמים בעבירות פליליות, אלמלא ההדחות של אנשי הרשויות. אולם, נדמה כי ראוי להעמיד את הדברים בפרופורציות של המציאות. ה"סוכנים" אינם תמיד, בדיוק, סוכנים מדיחים. הם חוזרים במאמץ לא מבוטל, לחוגי הפשע, מתוך נטילת סיכונים לא מעטים על עצמם, ואין מחכים להם שם אנשים "תמימים", שמוטל על הסוכנים להכשילם. על הסוכנים לרכוש תחילה את האמון של אנשי הפשע, לזחות, ככל האפשר, את הסתעפויות התופעה, לגלות את התוכניות שלהם, ולמרות שיתוף הפעולה הדרוש כדי למלא את התפקיד הזה, להכשיל ככל האפשר את מימוש התוכניות ולתפוס בעוד מועד את אלה המעורבים בהן.

גם בעיית גיוס המודיעים היא מסובכת. שכן, לא כל אדם, בעל עיסוקים רגילים ומעוגן בחיי החברה השגרתיים, מוכן לקבל על עצמו מטלות כאלה. במקרים השכיחים ביותר, ניתן לגייס לשירות כזה, אנשים בעלי עבר פלילי, שיש להם גם קשרים עם עולם הפשע. דרכי הגיוס אינן תמיד פשוטות ונקיות. הרשות משתמשת לעתים בדרכים שניתן להגדירן כפסולות, של לחץ, פיתוי, עיסוקת טיעון, וכיוצא באלה. מן הנמנע להתעלם מן הקורלאציה בין סוג עבודה לבין סוג האנשים שמוכנים לעשות אותה. ניתן לעתים להסתייג מן הדרכים הללו, אף לגנותן ולהביע סלידה מפניהן. בדרך כלל, אין זו עבודה נקייה מטבעה. היא בבחינת רעה נחוצה, שמחייבת משגה זהירות מטעם הרשויות, שיקול דעת בריא, והתוויית גבולות שאין לחצותם; ואין מנוס מלהכיר בהיבטים העדינים גם של דרכי הגיוס של סוכנים כאמור, ושל השימוש בהן.

440. אבל, וכאן הנקודה החשובה מבחינת הפעלת דיני העונשין, אין בדרכי הגיוס של המודיעים ובשיטות בהן הם משתמשים, כדי לסייג את החלת דינים אלה על פעילות עבריינית שלגילוייה הם מביאים³³⁸, אפילו במקרים בהם המודיעים פעלו בתפקיד של יוזמים ומדיחים לדבר עבירה; שכן, אם תפקידם היה סתם מודיעיני פאסיבי, או אם הם השתלבו או שובצו כ"מסייעים" או אף "כמבצעים בצוותא", אין עשויות להתעורר, כך נדמה, בעיות מיוחדות לגבי השותפים האמיתיים לדבר עבירה.

השאלות עשויות להתעורר, אפוא, כאשר סוכן מדיח הביא אדם לביצוע עבירה תוך מילוי התפקיד ביעילות מופרזת, עד כדי כך שאלמלא ההדחה לא היתה העבירה נעברת; לדעתנו, מבחינת פליליות המעשה, אין כל הבדל בין אדם שהוכיח את עצמו כמי שמסוגל לקלוט שידול אמיתי לדבר עבירה, ולגשת לביצועה עקב השידול, תהיה עוצמת השידול אשר תהיה, לבין אדם שהוכיח את עצמו כ"מחונן" באותה סגולה, לאחר שהודח לדבר עבירה על-ידי סוכן סמוי של רשות. ולא רק מן הבחינה הפורמאלית של פליליות המעשה, אין כל הבדל כאמור, אלא גם מבחינה עניינית. הרי בעיני המשדל, היה הסוכן המדיח, בשעת עשיית מלאכתו, משדל לכל דבר, ושותף עתידי עמו לדבר עבירה, לכשייגש לעשייתה. המבצע טעון אפוא טיפול, ככל עברייני רגיל, אפילו תוגדר ההדחה עצמה כפסולה. השקפה זו על מהות הדברים, משחררת מכל צורך בהבחנות כרוכות במשקל תרומתו של המדיח לביצוע העבירה, בעברו של המודח ובכיוצא באלה נסיבות אחרות, כדי להכריע את הדין בנוגע לפליליות מעשהו של המודח. שאלת מידת העונש היא שאלה נפרדת ואנו דנים בפליליות המעשה בלבד.

338 ראה לגבי נקודה זו את הרשימות האמורות בהערות השוליים הקודמת.

בית המשפט העליון קבע בע"פ 15/78³³⁹ כי "ההדרה של סוכני משטרה לתוך קבוצות עבריינים או הפעלת אנשי משטרה מוסווים כדי שישמשו פתיון לאנשים החשודים בעיסוק קבע בתחום פלילי מוגדר... הם הכרח בל-יגונה ומהווים אחת משיטות הפעולה החיוניות של הלחמה בפשע"³⁴⁰. עם זאת, מייחד בית המשפט העליון מקום נכבד לדיון ב"שידול אקטיבי" על-ידי סוכני-משטרה, "מודיע" בלשוננו.

בע"פ 470/83³⁴¹ נאמר: "אסור שהפעלת הסוכן תשמש פיתוי והדחה, שיש בהם כדי להשחית אדם חף מפשע ולהביאו לידי ביצוע עבירות, שאחרת לא היו מבוצעות כלל... יש פגם בהפעלת לחץ ושיכנוע מוגזמים על מנת לשדל את החשוד לבצע את העבירה"³⁴². אולם, למרות פגם זה, אין בהפעלת המודיע ובפעולות ההדחה שלו כדי להשפיע על פליליות מעשיו של המשדל, ואין משדל שכזה שונה מכל משדל אחר. שהרי הוא לא היה כלל מודע לכך שאין המדובר במשדל רגיל.

ואכן, בע"פ 470/83 האמור, נאמר כי בישראל עשויה פעולת ההדחה על-ידי סוכן משטרה להביא, לכל היותר, להקלה מסויימת בעונשו של הנאשם. בישראל, כך מודגש, אין קיים כלל ה-entrapment האמריקאי, המתיר לזכות נאשם, אפילו כאשר העבירות שעבר עקב השידול הוכחו מעבר לכל ספק, וזאת אם המשטרה הפעילה סוכן מדיח ללא הצדקה מספקת. יש רק להקפיד שמרוב איזכור הכללים האמריקאיים, לא נביא לכדי הפעלת אותם כללים בישראל, למרות שאין להם תחולה כאן. משדל שביצע עבירה פלילית – עבריין הוא, ומן הדין שיבוא על עונשו, בין אם המשדל היה אמיתי ובין אם הוא התחזה כמשדל; ואילו הטיפול ברשויות השלטון ובסוכניהן, אם אכן נדרש טיפול כזה, אין בו כדי להשפיע על כך.

גם בע"פ 360/80³⁴³ נאמר כי בפסיקת בית המשפט העליון נקוט הכלל לפיו הדחתו של אדם לעבירה אין בה כדי לפטור את המודח מעצם אחריותו הפלילית. גם כאן מודגש שלא הרי מערכת המשפט של ישראל כהרי מערכת המשפט של ארצות-הברית של אמריקה. שם נפסק כי מעשה ההדחה בנסיבות מסויימות עשוי לפטור את המודח מאחריות פלילית. יחד עם זאת, מטיח בית המשפט דברים חריפים ביותר על התנהגות המודיע במקרה הנדון: "מתפקידה של המשטרה הוא למנוע את הפשיעה ולגלות את העבריינים שפשעו, ועיוות קשה ונלוז הוא כאשר אדם משלוחיה יוזם ויוצר מעשה עבירה ומביא לידי פשיעה. בנוסף לכך, ולא פחות חשובה היא המסקנה שיש להסיק מהתנהגות פסולה זו של הסוכן המדיח לעניין העונש שיש להשית על העבריין המודח. הפסיקה שבמקרה הדחה כזה יש להקל בעונשו של המודח... יסודה בכך שאם אמנם אין בהדחה משום פטור של העבריין מאחריות פלילית, שהרי מצווה היא לשמוע בקול החוק-הרב, ולא בקול התלמיד-המדחה, הרי יש בהדחה פסולה זו משום 'הלבשת היצר' הפלילי על העבריין ומידת העונש נמדדת היא לפי מידת היצר הפלילי ונסיבות ביצוע העבירה. הקלה זו שבעונש איגה עניין שבחסד, אלא מהוויבת היא מטעמים שבצדק, וככל שמפתה יותר, ככל שעוה וחצופה יותר הלבשת היצר הפלילי על העבריין בידי הסוכן המדיח, כן יש להקל יותר במידת העונש המושגת על העבריין המודח"³⁴⁴ (ההדגשות במקור). לכך אין לנו אלא להוסיף כי שיקולים אלה אינם

339 ע"פ 15/78 ביכס נ' מ"י, פ"ד לב (4) 64.

340 שפ, בע' 71 מול אותיות השוליים ד-ה.

341 ע"פ 470/83 מורי נ' מ"י, פ"ד לט (1) 1.

342 שפ, בע' 5 מול אותיות השוליים ד-ה.

343 ע"פ 360/80 מ"י נ' אפנז'ר, פ"ד לה (1) 228, 233 מול אות השוליים ז, ו-234 מול אות השוליים א.

344 שפ, בע' 234 מול אות השוליים ז, ו-235 מול אות השוליים א.

משחנים גם כשמדובר במשדל רגיל, שאינו כלל זרועה של רשות שלטונית כלשהי, ובמידת השפעת תרומתו לביצוע העבירה, על מידת אחריותו של המשדל שביצע אותה. דינו של המודח, כדין משדל רגיל, כפי שהוא בעצמו דימה את מעמדו, בשעת ההדחה, וגישה זו הולמת את ההשלכה המקובלת הרגילה של הטעות על האחריות הפלילית. זאת, מבחינתו של המבצע ושאר שותפיו, אם היו כאלה, האמיתיים. ואולם, בכל זאת, בתיקון אחד: השתתפות מודיע באירוע עברייני, פירוש הדבר כי הכל התרחש בידיעת הרשויות המוסמכות ותחת פיקוחן. אם, כתוצאה מכך, השלמת העבירה שבאירוע זה היתה נידונה מלכתחילה לכישלון ואכן הוכשלה, אין אירוע כאמור יכול לעלות אל מעבר לשלב הנסיון, ולו אף כאשר האירוע, כשהוא לעצמו, הוא מושלם. כמובן, נסיון מן הסוג של נסיון כשל, אך עניש; ³⁴⁶ ואילו, העונש יהיה בהתאם לאמות-המידה של ענישת הנסיון. זוהי ההשלכה של ביצוע מעשה במעורבות "מודיע" על פליליותו וסיווגו הכללי.

סימן 11

שותפות מול קשר

§ 1. כללי; § 2. השאלה הבסיסית והנחות רקע לדיון בה; § 3. המבחן לברירת-הדין.

§ 1. כללי

441. כאשר ריבוי המשתתפים באירוע עברייני הוא מזדמן ³⁴⁶, ניתן לראות, ללא ספק, כל שותף ישיר לאירוע כמעודד או נעזר בהגשמת מזימתו על-ידי עצם תרומותיהם של השותפים הנותרים, ישירים כעקיפים, לפחות במקרים בהם הוא היה מודע לדבר השתתפותם בעבירתו; לעתים, עד כדי כך, שבלעדי תרומותיהם או בלעדי אחדות מהן לא היה ניגש לעשיית המעשה. כוחו של האמור יפה לא רק לגבי המשדל כלפי המשדל, אלא גם לגבי מבצעים בצוותא, בינם לבין עצמם, ולגבי מסייעים כלפי מבצעים; ועידוד או סיוע זה יכול שיפעל אף בשלב הטרם-ביצועי של העבירה, עת המבצעים העיקריים מגבשים את דרך ההגשמה של המזימה המשותפת, או כשמסייעים מביעים את נכונותם לסייע להגשמה זו, או עושים פעולות מיועדות לכך. ואולם, אין בכל אלה כדי לגרום לטישטוש הגבולות, מבחינה פונקציונאלית, בין קשירת קשר לעבור עבירה, שידול לדבר ביצועה וסיוע לביצועה, אף מקום שגורסים היבלעות באחריות לעבירה רבת-המשתתפים, של האחריות לקשר שנקשר בין המבצעים לשם עשייתה, כמובן במקרה בו היתה גם עשייה כאמור ³⁴⁷. שכן, ההיבלעות היא של האחריות הפלילית לקשר, באחריות לעבירה שלשמה הוא נקשר, ולא גם של העילה לאותה אחריות — דהיינו של הקשר עצמו — בעבירה זו, המקיפה את תרומותיהם של השותפים בלבד, לעשייתה. אכן, יש הגורסים כי, משנעברה

³⁴⁵ ראה דיון בסוגיה זו, פסקה 158 ואילך.

³⁴⁶ ראה פסקה 241.

³⁴⁷ ראה גם פסקה 9.

העבירה שלשמה נקשר הקשר, מיותר צירוף ההאשמה הנוספת בקשירת הקשר; אך זאת שוב בשל ההיבלעות האמורה של האחריות, אך לא עקב השתלבות הקשר עצמו, בעבירה שלשם ביצועה הוא נקשר, כפי שמתמזגות, באירוע עברייני אחד, תרומותיהם של השותפים להגשמתו. כלומר, היבלעות האחריות לקשירת קשר, באחריות לעבירה שלשמה הוא נקשר, אינה סותרת את עצמאות הקשר עצמו, ביחס לעבירה מושלמת זו, אם כי הוא עבירה קורלאטיבית ביחס אליה, בכך שזיקתו אליה, כיעד להגשמה, היא דרישה חיונית להתהוות הקשר³⁴⁸. עצמאות הקשר הפלילי ביחס לעבירה שלשמה הוא נקשר, והיבלעות, בכל זאת, של האחריות לו, באחריות לעבירה זו, הן פועל יוצא מן האופי הכפול של קשירת קשר: כעבירה קורלאטיבית, היא היתה צריכה להצמיח גם אחריות מקבילה, לאחריות לעבירה שלשמה נקשר הקשר, כמובן מקום שנעברה, ואילו כעבירה שנמנית ביסודה על הסוג של "עבירות מנע"³⁴⁹, היא היתה צריכה להיבלע אף כעילה ולא כאחריות לה בלבד, בעבירה שלשמה נקשר הקשר. עצמאות קשירת הקשר, כעבירה קורלאטיבית, והיבלעות האחריות לה, כעבירת מנע, באחריות לעבירה שלשמה נקשר הקשר, משקפות את האופי המורכב האמור של עבירת הקשר.

442. והראיה לכך — אם נקשר קשר בין שניים או יותר לשם ביצוע עבירה נתונה, ונגשו לביצוע רק אחדים מן הקושרים, מן ההכרח, תחילה, להאשים ולהרשיע את מולם בקשירת הקשר, ורק לאחר הרשעה זו, ניתן להטיל גם על הנותרים אחריות פלילית בגין העבירה שנעברה בידי חבריהם, מכוח האחריות הסולידארית של כל הקושרים לעבירות שנעברו על-ידי כל אחד מהם לשם קידום מטרת הקשר, אפילו בוצעו בהיעדרם של הנותרים ובלי ידיעתם מראש. ראיה זו איננה נחלשת על-ידי שלילת אחריות סולידארית זו — ואנו בין השוללים אותה. שכן, עצמאות הקשר, כשהיא לעצמה, איננה מצמיחה כלל אחריות סולידארית, אך רק הודות לעצמאות זו, יכולים לגרום, הדוגלים באחריות כאמור, כי קשירת קשר מצמיחה, מניה וביה, אחריות סולידארית של כל הקושרים, לכל עבירה שנעברה על-ידי כל אחד מהם לשם קידום מטרת הקשר, בהיעדר הנותרים ואף בלי ידיעתם מראש. זאת, כאמור, ללא כל התניה בגישה, המחייבת או השוללת, אחריות כזאת בתחום הפלילי, ללא עיגון מפורש בחוק החרות³⁵⁰.

יש להניח שהמחוקק הישראלי ישקול שבעתים לפני שינהיג במפורש אחריות קושר לעבירה שנעברה, בהעדרו ובלי ידיעתו מראש, על-ידי חברו לקשר לשם קידום מטרת הקשר³⁵¹. אפילו הנסיון להשתית את האחריות הפלילית של קושרים לעבירה שנעברה על-ידי חבריהם לקשר לשם קידום מטרתו, בהעדרם ובלי ידיעתם מראש, על התוצא של *actio libera in causa* ויותר מזה, על התוצא של *re illicita*... אינו מייתר את מצוות חוקיות הענישה, מקום שמדובר באחריות למעשה שנעשה בידי אחר; בדומה לתשתית הנורמטיבית של האחריות הנגררת של שותף לדבר עבירה³⁵².

ועוד ביטוי לעצמאות עבירת הקשר. נניח ש"א" משדל את ב' לבצע עבירה מסוימת; בטרם ניגש לביצוע העבירה מתקשר ג' עם ב', ומציע לו לבצע, ביחד, אותה עבירה, והם נעזרים על-ידי ד' בעשייתה. כולם הם שותפים לעבירה זו — א' כמשדל, ב' ו-ג' כמבצעים עיקריים ו-ד' כמסייע; מלבד זאת, ב' ו-ג' קשרו גם קשר פלילי לביצוע העבירה. הגירסה לפיה אין טעם להטיל על

348 ראה ש"ז פלר, "הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עבירה" משפטים ז (תשל"ו) 232, 240—244.

349 ראה דיון בסוג זה של עבירות בריני עונשין — ג.

350 ראה ש"ז פלר, "אחריות פלילית ללא מעשה, על סמך מה?" הפרקליט כט (תשל"ד—תשל"ה) 19.

351 ראה דעה אחרת: מ' קרמניצר, "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה"

משפטים יד (תשמ"ה) 231.

352 ראה פסקה 407 ואילך.

שני קושרים אלה אחריות פלילית גם לקשירת הקשר, בנוסף לאחריותם לביצוע העבירה שלשמה הם קשרו את הקשר, אינה כלל מבוססת על היבלעות הקשר עצמו בעבירה זו. שאם לא כן, היה צריך לראות גם את א' ו-ד' כשותפים לאירוע עברייני מורכב כאמור, בעוד שאין ולא היה להם כל יד בקשירת הקשר. כלומר, קשירת קשר נשארת עבירה מושלמת שעומדת ברשות עצמה, אם כי אחריות הקושרים לה, אך לא גם היא עצמה, נבלעת באחריותם לעבירה מטרת הקשר שעברה.

443. בהיות קשירת קשר לשם ביצוע עבירה, עבירה מושלמת עצמאית, העומדת ברשות עצמה, אם כי עבירה קורלאטיבית, קשירת קשר נתונה, ככל עבירה ספציפית אחרת, לשותפות עקיפה. א' יכול לקשור קשר פלילי עם ב', עקב שידולו של ג' לכך ובעזרת ד'. א', שסיפר ל-ג' כי הוא עומד לעשות עבירה מסוימת, החליט להתחבר עם אדם נוסף למטרה זו, עקב עצתו ושידולו של ג'; ואילו ד' היה זה אשר מסר ל-א', לפי בקשתו, מידע לגבי אנשים, וביניהם גם ב', שעשויים להסכים להתחברות למטרה האמורה.

כלומר, למרות שקשירת קשר היא עבירה רבת-משתתפים מטבע ברייתה, היא תשופה גם לריבוי משתתפים מודמן, מקום שמלבד הקושרים, מעורבים במקרה, גם שותפים עקיפים לעצם קשירת הקשר, שאין להם מעמד של קושר.

אולם, הצורך להידרש לגיתוח השותפות לדבר עבירה, בהשוואה לקשירת קשר לשם ביצוע עבירה, אינו גובע מן השאלה אם קשירת קשר, כעבירה טיפוסית, רבת משתתפים מטבע ברייתה, עשויה להתבצע גם בתרומותיהם של שותפים עקיפים כאמור. צורך זה גובע ממבנהו הפנימי של הקשר עצמו, כעבירה קורלאטיבית רבת-משתתפים, ומתהליך קשירתו, העשויים לעורר שאלות של הבחנה, ואולי של חפיפה, בין קשירת קשר לשם ביצוע עבירה, לבין שותפות לביצוע אותה עבירה עצמה; ושאלות אלה מתעוררות בייחוד כאשר קשירת הקשר נכשלה — האם זה נסיון לקשירת קשר עם אחר לשם ביצוע עבירה נתונה, או, שמא, זה נסיון לשדל אדם נוסף לביצוע אותה עבירה? האם אין משום קשירת קשר גם בסיכום שבין משדל ומשודל, ובין מבצע עיקרי לבין מסייע, לעניין הגשמת המזימה המשותפת? וביתר שאת, האם ביצוע עבירה בצוותא אינו מלווה, בדרך כלל, גם בקשר לביצועה? כמו כן, האם האחריות הסולידארית של הקושרים לכל עבירה שנעברה על-ידי כל אחד מהם לשם קידום מטרת הקשר, אף כאשר היא בוצעה בהעדרם של הנותרים ובלתי ידיעתם מראש — אחריות געדרת כעת תשתית נורמטיבית — איננה מייצגת את האחריות הנגזרת של השותפים לדבר עבירה, על כל הגבלותיה הנורמטיביות של אחריות זו? השאלות אינן עיוניות בלבד, שכן תשובה לכאן או לכאן, היא הרת תוצאים משפטיים לא מבוטלים במישור העונשי.

§ 2. השאלה הבסיסית והנחות רקע לדיון בה

444. השאלות דלעיל ושאלות נוספות שעדיין לא פורטו, בנוגע ליחס שבין שותפות לדבר עבירה וקשירת קשר לביצוע עבירה, הן, לאמיתו של דבר, ביטויים פרטיים של שאלה בסיסית אחת, שמצריכה תשובה עקרונית — האם קיים קו מפריד בין תחום ההסדרה של כללי הקשר הפלילי מזה, ותחום ההסדרה של כללי השותפות מזה, או, שמא, קיימת חפיפה ביניהם, ולו אף חלקית בלבד, ואם כך הוא, אלו כללים נדחים מפני אלו, או שמא חלים גם אלה וגם אלה? בקיצור השאלה היא של ברירת-דין, אם בכלל.

יחד עם זאת, עלינו להוסיף כי לא כאן המקום ולא זאת המטרה, לערוך דיון ממצה בעבירת הקשר, כאחת מן העבירות המוסדרות בחלק הספציפי של דיני העונשין. דיון כזה מקומו בתחום

העיוני של דיני העבירות. השאלה המיוחדת המעסיקה אותנו כאן היא רק היחס שבין שותפות לדבר עבירה לבין קשירת קשר לשם ביצועה.

בטרם ננסה ליתן תשובה לשאלה זו, מן ההכרח להסכים על כמה הנחות רקע, ולו אף תוך סטייה מן הרקע הנורמטיבי של עבירת הקשר, כפי שהיא מוסדרת, כהיקף וכעונש, בדין הישראלי המצוי, ואולי אף מאמת-המידה של העונש שנקצב בדין המצוי ל"הסתה" לדבר עבירה — היא הנסיון לשידול לדבר עבירה. ועוד הבהרה טרומית — הדיון יושחת גם על הנחות רקע נוספות, מלבד אלה שכרוכות בהיקף עבירת הקשר ואמות-המידה של העונשים שנקצבו לקשירת קשר ול"הסתה", בדין המצוי.

445. פליליותה של קשירת קשר בין שנים או יותר לבצע עבירה פלילית, נובעת מן הסכנה המיוחדת בעיני החברה, שטמונה בנכונותם של הקושרים, לאחר שכרתו ביניהם את הברית לבצע את העבירה שלשמה נקשר הקשר, להגשים כל אחד בנפרד או ביחד עם האחרים, לפי המקרה וההזדמנות, את המזימה המשותפת, ללא כל תלות — בעת קשירת הקשר — בהחלטות נוספות לגבי עצם הנכונות האמורה, בנוסף להחלטה המשותפת המקורית. הסכנה הנשקפת לערך החברתי המוגן על-ידי איסור העבירה שלשם ביצועה נקשר הקשר, היא כפולה ומכופלת עקב החלטתו של כל אחד מן הקושרים, במסגרת ההסכמה המשותפת, לגשת לביצוע אותה עבירה, והחברה נרתעת מאיום כזה, רב-צדדי, ממוקד על אותו יעד. בכך ניצבת קשירת קשר, בין שנים או יותר, לביצוע עבירה, בקטיגוריה של "עבירות מנע" ביחס לערך החברתי המוגן על-ידי איסור העבירה מטרת הקשר, כאשר משקל הסכנה האמורה לעיל, כשלעצמו, מהווה גורם שעשוי להצריך איסור וענישה, למרות שהם מתקרבים, במידה ניכרת, לאיסור וענישה על גיבוש מחשבה פלילית בלבד; אלא שהמחשבה הפלילית האופיינית לקשירת קשר, היא קולקטיבית, של חברים מספר לאותו קשר, ואופיה הקולקטיבי מותנה גם בהתנהגות חיצונית, המתבטאת בהסכמת הקושרים לפעול לשם קידום מטרת הקשר, כאמור לעיל.

לעומת זאת, אם מדובר בתחום ההסדרה של כללי השותפות, המצב הוא שונה. המבצע העיקרי, הוא היחיד מבין השותפים הנותרים בתפקידים אחרים, שהוא האדון הבלבדי של המעשה; בו ובו בלבד תלויה עשיית העבירה. כל האפקטיביות של השידול וכל התרומה שבמעשי-סיוע, אפילו סוכם לגביהם לפני תחילת הביצוע, כפופים להחלטתו של המבצע העיקרי לגשת לביצוע ולהוצאה לפועל על-ידי של החלטה זו. לכן, הסיכום הטרומי-ביצועי, שבין משדל, מסייע ומבצע עיקרי, נעדר, בעיני החברה, אותו משקל אגטי-חברתי, הטמון, לפי הערכת החברה, בקשירת קשר לשם ביצוע עבירה, שמתאפיין בהחלטה כנגד החלטה, של כל הקושרים לגשת — כל אחד בנפרד או ביחד עם אחר, לפי הנסיבות — לביצוע העבירה שלשמה נקשר הקשר, כמבצעים עיקריים.³⁵³ לא ניגש מבצע עיקרי לביצוע העבירה, לאחר סיכום עם מסייע, או אף לאחר קבלת כלים או מידע ממנו, אין לדברים אלה כל משקל פלילי — שכן הסיוע עצמו לא התממש והנסיון לסייע אינו בגדר איסור פלילי. לא ניגש המשדל לביצוע העבירה, יישא המשדל באחריות פלילית ל"הסתה" רק מכוח הוראה מיוחדת של החוק, אולם, כאמור, לעניין קושרים, אין קושר, מביניהם, לאותו קשר, כפוף לחברו, בכל הנוגע להגשמת מטרת הקשר; שכן, אם לא ניגש קושר מבין הקושרים להגשמת מטרה זו, או אם מטרה זו לא הוגשמה כלל, אין בכך כדי לגרוע מעצם קיומו

353 ראה גם מ' קרמניצר, "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה" משפטים יד (תשמ"ה) 231, 245.

של הקשר, או כדי להשליך על מהותו. מכאן, גם תדמיתה של קשירת קשר כעבירה של העמדה בסכנה, העומדת ברשות עצמה, מכוח סכנה זו בלבד.

446. נדמה כי ניתן להסכים גם להנחת רקע אחרת — והיא שהפלילות של קשירת קשר, בניגוד לגישה העומדת מאחורי הדין המצוי, עשויה להצדיק את עצמה רק אם העבירה שלשמה נקשר הקשר היא מן החמורות ביותר, המעמידות בסכנה את עצם קיום המדינה וסדרי המשטר הפוליטי שלה. רק במקרים אלה, עשויה החברה להירתע באמת מפני הגורם הכמותי, של ריבוי בעלי אותה מחשבה פלילית, ולפיכך להקדים ולקבוע איסור פלילי, אשר כל ביטוי במישור ההתנהגותי הוא בהסכמה ההדדית בין שנים או יותר לבצע עבירה מן הסוג האמור. כפי שכבר צויין, לאמיתו של דבר, מפגש זה של החלטות אינו אלא הליך של גיבוש מחשבה קולקטיבית לביצוע עבירה, ללא כל צעד פיזי שעטוי לקרב את בעלי ההסכמה להגשמת מזימתם המשותפת. למעשה, ההפללה היא של גיבוש המזימה בלבד, אלא שהדרישה שתהיה משותפת לשנים או יותר מצריכה, כאמור לעיל, גם ביטוי בעולם החיצון, באותה הסכמה, המשמשת רכיב התנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה של קשירת קשר; הגישור עצמו והוא בלבד, בין המחשבות של שנים או יותר, הוא אפוא הרכיב ההתנהגותי של העבירה. נוכח actus כזה, חיצוני בהחלט למסלול ההגשמה של המחשבות, צריכה ה־mens להיות מופנית למיגור עבירות סלקטיבי ביותר, כדי שהמיווג ביניהם — בין המעט שב־actus והמרבית שב־mens — יגלם את הסכנה, החומרה והאנטי־חברתיות, הראויות לתופעה עבריינית. להרגשתנו, אולי לא היה מקום אף להפלת קשירת קשר לבצע מעשה רצח³⁵⁴, שכן, כך נדמה לנו, רתיעת החברה מפני גיבוש מחשבה משותפת אצל שניים או יותר לביצוע עבירה חמורה כזאת, אינה חזקה דיה, כדי להקנות לו, ולו בלבד, משקל אנטי־חברתי של עבירה פלילית.

הפללה מובחרת כזאת של קשירת קשר, היתה מקנה לעבירה זו גם את המשקל הסגולי הראוי, כעבירות מנע ביחס למגור עבירות חמורות ביותר מבין העבירות החמורות. היקף כזה, סלקטיבי עד למאד, של העבירה של קשירת קשר, היה גורר אחריו, כפועל יוצא, גם קציבת עונש בגינה, שמתאים, בחומרתו, לחומרת העבירה שלשמה נקשר הקשר³⁵⁵. וכל אלה בונים לקשר דמות של עבירה עצמאית, על כל הכרוך בכך, כולל גם היחס שבין שותפות לדבר עבירה, לבין קשירת קשר לבצע אותה עבירה.

לא זה הוא המצב הנורמאטיבי, כנרמז לעיל, לפי הדין המצוי בישראל, לפיו אפילו קשירת קשר "להשיג מטרה אסורה" כלשהי — ולא דווקא לעבור עוון או פשע, ואף קשירת קשר "להשיג מטרה כשרה באמצעים אסורים", הם בגדר איסור פלילי, כאמור בסעיף 500 לחוק העונשין. אין גישתנו הסלקטיבית לעניין היקף הפלילות של קשירת קשר לביצוע עבירה יוצרת פער בלתי מוצדק לעומת כלליות פלילותו של נסיון לשדל אחר לבצע עבירה כלשהי מסוג פשע או עוון. אי־נכונותו של משודל להיענות להסתה איננה כלל תלויה במשדל, כשם שכשלונו של מבצע עיקרי להשלים את העבירה, הינו תמיד בניגוד לשאיפתו. לכן, היקף פלילותו — אך לא גם חומרת ענישתו — של נסיון לשדל לדבר עבירה, אינו צריך ליפול מהיקף הנסיון לבצע את העבירה גופא. אשר להגשמת מטרתו של קשר, המצב הוא שונה. כל אחד מן הקושרים הוא

354 כמובן שאין דעה זו מתייחסת להתארגנות לשם ביצוע מעשי טרור, כשם שהנושא של התארגנות לביצוע עבירות הוא נושא נפרד הראוי לדין וטיפול משלו.

355 ראה גם ש"ז פלר, "אחריות פלילית ללא מעשה, על סמך מה ז' הפרקליט כט (תשל"ד—תשל"ה) 19.

בן-חורין להתמיד ולקיים את המזימה המשותפת, או להימנע מכך. לא התמיד, נשארה לחובתו קשירת הקשר בלבד, שמשקלה האנטי-חברתי צריך לעמוד באמות-המידה של הפיכתה לתופעה עבריינית.

447. עוד הנחת רקע היא, שהנסיון לשידול – ה"הפתה" – לעבור עבירה, אינו יכול להשתוות מבחינת חומרתו לנסיון עצמו לבצע אותה עבירה, חרף הכלל שנקבע בדין המצוי – סעיף 34 לחוק העונשין. על היבט זה של ענישת ההסתה כבר עמדנו³⁵⁶, ונחזור רק על השיקול, שבעוד שנסיון לבצע עבירה מתבטא בהתנהגות שניצבת כבר בתחום הביצוע ועשויה למצות אף את הרכיב ההתנהגותי כולו של העבירה, מקום שהיא מותנית בתוצאה מסויימת, הרי הנסיון לשידול אף מותנה בכך שהמשודל לא ייגש כלל לביצוע העבירה יעד השידול; שאם לא כן, כבר מדובר בשידול, ולא בהסתה.

העמדת ההסתה בפרופורציה הסבירה מבחינת מידת העונש הראויה, והעמדת העבירה של קשירת קשר על היקפה הראוי, ועקב כך גם על חומרתה ההולמת את מטרותיה החמורות ביותר, עשויות למנוע נטיות להיזקק לשיקולים אריטמטיים מבוססים על הוראות הדין המצוי ולהעדיף, מכוח כך, את החלת דיני השותפות על פני החלת דיני הקשר, מן השיקול שהעונש לפי דיני הקשר הוא קל מדי, לעומת העונש לפי דיני השותפות שהולם יותר את חומרת המעשה³⁵⁷, אם כי מבחינה מהותית, מדובר באירוע עברייני שנופל, אולי, בתחום ההסדרה של דיני הקשר דווקא. מכל מקום, העונש בגין הפרת איסור פלילי הוא רק פועל-יוצא מהפרה זו, ונדמה שלשם הגדרת אירוע עברייני יש להתחשב, קודם לכול, במהות האיסור ולא בשיקולים כרוכים באמות-המידה של הענישה, שעשויות להיות גם טעונות תיקון בשל חוסר פרופורציה שבהן. עלינו רק לציין כי, אילו היה, גם אצלנו, העונש בגין קשירת קשר לבצע עבירה, כדין ביצוע עבירה זו, עצמה, כפי שנקבע בזמנו בדיני הקשר הפלילי באנגליה, למרות ההיקף הרחב של עבירת הקשר גם שם, לא ניתן היה לטעון את הטענה כי, אם א' ניסה, ללא הצלחה, לקשור קשר עם ב' לבצע ביחד עבירה פלוגית, יש לזנוח את מישור דיני הקשר, ולייחס ל-א' "הסתה" לביצוע עבירה זו, משום שדין הנסיון לשדל לבצע את העבירה יעד הקשר שנכשל, הוא חמור והולם יותר, מדין הנסיון לקשור קשר לביצועה של אותה עבירה³⁵⁸. שיקול זה, כפי שראינו, אינו לעניין כאן והוא אף מתעלם ממהות מעשהו של א'. הוא לא ניסה להביא את ב' שיגש לבד לביצוע העבירה; רק במקרה זה ניתן היה לדבר על נסיון לשידול, כלומר, על "הסתה". הוא ניסה להביא את ב' לקשור קשר עמו כדי לבצע ביחד, כמבצעים עיקריים, את העבירה, וזהו נסיון לקשירת קשר, יהיה העונש הצפוי בגינו, לפי הדין המצוי, אשר יהיה. ואם העונש אינו מתאים אין אלא לתקן את הוראת החוק שקובעת אותו.

448. הנחת רקע היא אפוא גם זו, שתחום ההסדרה של דיני השותפות ההטרוגנית הוא שונה, מבחינה פונקציונאלית, מתחום ההסדרה של דיני הקשר. המעמד של המשדל לדבר עבירה ביחס למשודל הוא שונה מבחינה פונקציונאלית ממעמדו של קושר ביחס לחברו לקשר, אפילו קשירת

356 ראה פסקה 435.

357 ראה מ' קרמניצר, "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה" משפטים יד (תשמ"ה) 231, 250–251.

358 שם, בע' 251.

הקשר ביניהם הצריכה מלאכת הדחה קודמת של השני, על-ידי הראשון. כתוצאה מכך, קיים שוני בסיסי בין שתי המהויות המוחשיות, מבחינת היסוד העובדתי והיסוד הנפשי כאחד. מבחינה אוביקטיבית מתבטא השידול במלאכת המשדל לעצב אצל המשדל את המחשבה הפלילית לבצע, הוא לבדו, ולא ביחד עם המשדל, את העבירה יעד השידול, ולקבל את ההחלטה לגשת להגשמת מחשבה זו, במתכונת זו. תפקידו של המשדל מתחיל להתממש באורח אוביקטיבי רק לאחר שהמשדל סיים את מלאכתו האמורה, שבאה לידי ביטוייה התמציתי ביותר בצירוף המלים "לך ועשה"³⁵⁹. אפילו מקום שמלאכת השידול מוכתרת בהצלחה, נשאר השידול מחוץ לגדר הביצוע הישיר של העבירה. פן אוביקטיבי זה של השידול, קובע גם את היסוד הנפשי שבו. למלאכת השידול האוביקטיבית מתלווה יסוד נפשי צמוד לה — החתירה לשחול במשדל את הרעיון לבצע — הוא, לבד — עבירה מסויימת, לגרום שיקבל את ההחלטה המתאימה ושיגש למימושה, הכל תוך מודעות ברורה של שני הצדדים כאחד, לכך שהמשדל יישאר מחוץ לביצועה הישיר של העבירה, ושרק המשדל יהיה העושה הישיר. כתוצאה מכך, היחס משדל—משדול אינו קרוי ואינו יכול להיקרא "קשר" פלילי. אם מלאכת השידול נכשלה, יישאר ה"שידול" בגדר נסיון בלבד — "הסתה" לדבר עבירה — אולם הכל לפי אותה מתכונת בסיסית. לעומת זאת, קשירת קשר בנויה, שוב מבחינה אוביקטיבית וסוביקטיבית, אחרת. אפילו יוזם הקשר צריך להתגבר על סירוב, היסוס או חוסר נכונות, התחלתיים, אצל מי שהסכים לבסוף להצטרף אליו, הביטוי התמציתי של מלאכת קשירת הקשר הוא בצירוף "גלכה ונעשה"³⁶⁰, במעמד זהה של מבצעים ישירים של העבירה שלשמה אמור הקשר להיקשר. מלאכת ההדחה של יוזם הקשר, אפילו כשהיא נחוצה, אינה מזדהה אפוא עם המלאכה המקבילה שבשידול, המתבטאת ב"לך ועשה". וכאשר נפלה ההחלטה החיובית אצל הקושר השני ונוצרה ההסכמה — החלטה כנגד החלטה — שניהם "בפנים", בתוך הקשר שנוצר עקב כך, באותו מעמד פונקציונאלי של מבצעים פוטנציאליים ישירים של העבירה שלשמה נקשר הקשר ביניהם. אף לגבי קשירת הקשר, הפן האוביקטיבי הייחודי שבה קובע גם את הפן הסוביקטיבי הייחודי — הקשר נקשר תוך מחשבה שכל אחד מן הקושרים עשוי ליטול חלק ישיר בהגשמת מטרתו. רק הודות לשני ההיבטים, האוביקטיבי והסוביקטיבי, של פעילות זו, ניתן לקרוא לה וקוראים לה "קשר". ואם יוזם קשירת הקשר לא הצליח להניע את חברו להצטרף ליוזמה, תיפול היוזמה בגדר נסיון לקשור קשר, ללא כל תחליף או תוספת, מכוח כך שהנסיון לקשור את הקשר טומן בחובו גם את הנסיון להביא את הצד השני להצטרף לביצוע העבירה שלשמה היה נועד הקשר, כלומר נסיון לשידול לאותה עבירה. שכן, המדובר במהות שונה, אוביקטיבית וסוביקטיבית, של ההדחה במסגרת הנסיון לקשור קשר. ולא נחזור שוב על ההבדל. אולם, ייתכן ש-א', המתחיל בשידול של ב' לבצע עבירה מסויימת, וכדי להתגבר על היסוסיו של ב', מוכן א' להחליף את המתכונת, ותמורת הסכמתו של ב', יסכים גם הוא להשתתף בהגשמת המזימה המשותפת במעמד של מבצע עיקרי. במקרה כזה, ההתחלה בשידול מסתיימת בקשירת קשר; וזוהי ההגדרה המשפטית — קשירת קשר — של האירוע העברייני. ושוב, אם, גם תוך שינוי המתכונת, ב' אינו נותן את הסכמתו, ייפול האירוע בגדר נסיון לקשירת קשר. אבל, היתה החלפת המתכונת מטעם א' בגדר תחבולה, כדי להביא את ב' לבצע לבד את העבירה, שוב יישאר מעמדו של א' בגדר משדל.

359 ראה: ש"ז פלר, "הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עבירה" משפטים ז (תשל"ו) 232, 238—236; ב' גרינברג, "לשאלת היחס בין עבירות הקשר וההסתה" משפטים א (תשכ"ח) 621.

360 שם.

הנחת רקע זו, הנובעת מן המהויות השונות של היחס "משדל-משודל" והיחס "קושר-קושר", היא אחת מן העיקריות לעניין פתרון השאלות שנוגעות לנושא תחומי ההסדרה של כללי השותפות מזה, וכללי הקשר מזה, והחלתם³⁶¹.

עם זאת, מתבקש סייג מסויים, אם לא הבהרה בלבד. כוחו של האמור יפה בהנחה של חפיפה בין היקפי הפלילות של קשירת קשר ושל שידול ונסיון לשידול. אולם, אם קיים פער בין היקפים אלה, עקב מדיניות הפללה סלקטיבית של קשירת קשר לביצוע עבירה — בכפוף לחומרה המיוחדת של סוגי העבירות שלשמן נקשר הקשר — לעומת הפללה כללית של שידול ונסיון לשידול, מתעוררת השאלה, מה הדין במקרים בהם קשירת הקשר איננה מופללת, ו"א" גישה, ללא הצלחה, להביא את ב' לידי ביצוע בצוותא חדא עמו, של עבירה פלילית? וכאן, ניתן לתאר שתי תתי-הנחות. האחת, בה ב' לא נענה להפצרותיו של א', והאחרת, בה ב' סירב להיענות לפנייתו של א', אך לכאורה בלבד, וניגש לבד לביצוע העבירה אם כי עקב הפצרותיו של א'. כפי שהעדר קשירת קשר כאכסניה בעלת משמעות פלילית, מן הדין לבדוק את שתי תתי-הנחות תוך זניחת סימני-הייחוד של קשירת קשר, כחסרי כל משמעות פלילית. תוצאת הבדיקה תהיה, שתוך נסיונו של א' לצרף את ב' להגשמה ביחד של מזימתו, ביצע א', בתת-ההנחה הראשונה, הסתה לדבר עבירה, שכן, ב' סירב לקבל את ההצעה, ואילו בתת-ההנחה השנייה, יתקיימו סימני-הייחוד של שידול, שכן ב' ניגש לביצוע, למרות העמדת הפנים שבסירובו לעשות כן. כלומר, בהיעדר מתכונת של קשירת קשר פלילי, מתרכזת הבדיקה סביב לאכסניות הנותרות, בעלות משמעות פלילית, תוך התעלמות מסימני-הייחוד של קשירת קשר והתמקדות בנתונים שעשויים לספק את הדרישות לשבח את ההנחות באכסניות אלה. ואכן, אם מורידים את ה"יחד" אליו הטיף א' מבחינה אוביקטיבית, ושאליו שאף מבחינה סוביקטיבית, הרלוואנטי להתהוות קשר פלילי, נשארה מלאכת ההפצרה שלו ב' להביאו לידי ביצוע עבירה פלילית; וזהו שידול במקרה של הצלחה, והסתה במקרה של כישלון. אך זאת, כאמור, רק מקום בו קשירת קשר לשם ביצוע עבירה נטולה כל משמעות פלילית.

בהקשר זה, קשה לעבור לסדר-היום מבלי להתייחס לע"פ 696/84³⁶² בו התעלם בית המשפט העליון מן ההבחנה הזאת, והפעיל, במחיידי, את כללי הקשר בנוגע לאחריות הסולידארית של הקושרים, במקרה מובהק בו מדובר ביחסי שותפות לדבר עבירה. במקרה זה מן הראוי היה להתייחס לאחריות הנגררת של שותף לעבירה שונה מזו המקורית או נוספת לה, שנעברה בידי מבצע אגב הגשמת המזימה המקורית, אם כי התנאים להיווצרות אחריות נגררת של שותף אינם בדיוק חופפים את תנאי ההיווצרות של אחריות סולידארית של קושר. יתירה מזו, לפי הגישה הנקוטה במקרה זה, על-ידי בית המשפט, מתייתרים לא רק כללי האחריות הנגררת של השותפים לדבר עבירה, אלא גם כללי אחריותם הרגילה לעבירה המקורית עצמה. העובדות היו פשוטות — המערער סיפר לשניים אחרים כי בעל מכולת מסויים נוהג לבוא לבית עסקו מדי בוקר עם תיק המכיל כסף רב, וכי בהזדמנות זו ניתן לתשוף את התיק, שעה שהוא מעמיד את התיק על המדרכה כדי לפתוח במפתח את מנעול הדלת. את חטיפת התיק צריכים היו לבצע שני האחרים, משום שהמערער מופר לבעל החנות; ואכן, הם ביצעו את החטיפה, אך תוך שימוש באלימות כלפי המתלונן. בין שאר טענותיו, טען המערער כי לכל היותר ניתן לראות בו שותף לדבר

361 כל הדין נסוב סביב תיחום בין שני תחומי ההסדרה, ללא כל התייחסות לסיוע לדבר עבירה חרף היותו, גם הוא, צורה של שותפות, שכן השוני בינו לבין קשירת קשר הוא כל כך בולט שאין מתעוררת כל שאלה של חפיפה.

362 ע"פ 696/84 אלבו נ' מ"י, פ"ד לח (4) 330.

גניבה, אך לא למעשה שוד, שכן המבצעים היו אמורים לעשות את המעשה ללא כל שימוש באליומנות. ברור כי בין המערער לבין שני האחרים לא היו יחסי "קושר-קושר", שכן, הוא תרם לעשיית העבירה על-ידי האחרים, מבלי שהוא, עצמו, יטול על עצמו תפקיד כלשהו במימוש פעולות הביצוע. בכל זאת, במשפט לאקוני, בן שתי שורות, פסק בית המשפט כי "... אחראי כל שותף לקשר לכל מה שאחד משותפיו עשוי לעשות לקידום המטרה המשותפת ולכל מה שנובע, ולו גם אינצידנטאלית, מן הביצוע כאחת האפשרויות הטבעיות"³⁶³ (ההדגשות במקור). לכן, "דין הערעור על ההרשעה להידחות"³⁶⁴. ייתכן שבמקרה הספציפי, ניתן היה להגיע לאותו פתרון של דחיית הערעור, גם מכוח ההוראות שנוגעות לאחריות הנגררת של שותפים לדבר עבירה, כאשר הכוונה היא לעבירת השוד שנעברה בידי שני האחרים. אבל זאת, על בסיס הוראות המפורשות של סעיף 29 לחוק העונשין, שנוגעות לסוג זה של אחריות פלילית, ולאחר ניתוח נתוני המקרה לאור התנאים האמורים בהן, ולא תוך התעלמות מהן. שכן, לא תמיד הם מתקיימים, מקום שניתן להפעיל את האחריות הסולידארית של קושרים; ובלבד שידובר בקושרים, אך לא גם כאשר מתכונת הקשר נעדרת. שאם לא כן, מבטלים במחייב את כללי האחריות הנגררת של שותפים לדבר עבירה, ואף את כללי האחריות הרגילה, עצמה, של שותפים לדבר עבירה.

449. הנחת רקע נוספת, ודומה שאין חולק עליה, היא שעבירה מסוג ה"עבירות מנע" מצריכה אחריות פלילית נפרדת, רק וכל עוד העושה לא עבר את העבירה, שאיסור העבירה מסוג זה נועד למנעה. תמיד קיימת, ובוודאי קודם, עבירה שטעונה מניעה גם על-ידי איסור עבירת המנע. אך עם ביצוע אותה עבירה, נבלעת באחריות לה האחריות לעבירת המנע. לכן, מכוח היות קשירת קשר לעבור עבירה נתונה, עבירות מנע, אין עוד מקום לאחריות פלילית נפרדת לקשירת הקשר לגבי אותם קושרים שעליהם ליתן את הדיון בשל העבירה שנעברה לשם קידום מטרת הקשר.

אולם, קשירת קשר היא גם עבירה קורלאטיבית, העומדת ברשות עצמה, מכוח זיקתה לעבירה אחרת כדרישה חיונית לשם התהוותה. לכן, תמיד היא מחייבת האשמה והרשעה נפרדת בה, מקום שהוכחו הנתונים שמספקים את הדרישות החיוניות להתהוותה בהתאם להגדרתה הנורמטיבית. זאת, אפילו נעברה העבירה שלשמה נקשר הקשר. יש להבחין כי "האשמה והרשעה נפרדת" אינן מחייבות דווקא גם השתתפות אחריות נפרדת, במקרים בהם האחריות לקשירת הקשר אמורה להיבלע באחריות הפלילית לעבירה שלשמה נקשר הקשר. כאמור, היבלעות האחריות אינה כלל פועל יוצא של התמוגגות קשירת הקשר לשם ביצוע עבירה נתונה עם עבירה זו³⁶⁵. לכן, תיתכנה אף האשמה והרשעה נפרדות בקשירת קשר. והן אף מתחייבות למקרה שקושר חשוף

363 שפ, בע' 334 בין אותיות השוליים א-ב.

364 שפ, שם מול אות השוליים ב.

365 כאמור בע"פ 441/72 בשן נ' מ"י, פ"ד כז(2) 141 :

"משנוצר קשר בין שני אנשים לעבור עבירה סובסטנטיבית, כי אז רואים בו היום משום עבירה "מושלמת" (completed crime) שהיא נפרדת מהעבירה הסובסטנטיבית ואינה מתמוגגת בה...". (בע' 149 מול אות השוליים ו).

אפילו נאמר בע"פ 228/77 בן-שושן נ' מ"י, פ"ד ל(3) 215, 222, כי: "על ידי הוצאת הקשר מן הכוח אל הפועל, ניטל מן הקשר עיקר העוקץ, כאילו נבלע במעשה העבירה אשר לשמה נקשר". נאמר שם "כאילו נבלע" אך לא שהוא נבלע, והוא "כאילו נבלע" משום שניטל ממנו "עיקר העוקץ", דבר המסביר מדוע נבלעת האחריות לקשר באחריות לעבירה שנעברה לשם קידום מטרתו, אך אינו בא לסתור את המציאות שהקשר עצמו שומר על עצמאותו.

לאחריות פלילית בגין עבירה שנעברה לשם קידום מטרת הקשר מכוח האחריות הסולידארית של כל הקושרים לעבירה, כשהיא נעברה בלי השתתפותם של אחדים מהם ואף בלי ידיעתם מראש. תנאי חיוני לאחריות סולידארית זו הוא האשמתם והרשעתם בקשירת הקשר. האשמה והרשעה נפרדות אלה מתחייבות גם כאשר קושר טוען לשיחרורו מאחריות סולידארית זו, מן הטעם שהוא נטש את הקשר בטרם נעברה עבירה כלשהי לשם קידום מטרת הקשר. כמובן, מתחייבת האשמה והרשעה נפרדות כאמור, גם למקרה בו לא יוכח מעבר לכל ספק סביר ביצוע העבירה שלשמה נקשר הקשר.

אמנם, אין בהלכה הפסוקה בהירות רבה, אם כי הנטייה היא ברורה, לגבי הצורך להבחין בין האשמה והרשעה, בעבירה של קשירת קשר, נפרדות מהאשמה והרשעה בעבירה שלשמה נקשר הקשר, לבין הטלת אחריות פלילית בגין קשירת הקשר³⁶⁶. דעתנו היא ברורה – האשמה והרשעה בקשירת קשר, תמיד, ואילו, בנוסף, הטלת אחריות פלילית בגין קשירת קשר רק כאשר אין מטיילים על הקושר גם אחריות בגין העבירה שלשמה נקשר הקשר; הושתה אחריות פלילית בגין עבירה זו, נבלעת באחריות זו האחריות בגין קשירת הקשר לבצעה, ואין עוד לגזור עונש נפרד בגין קשירת הקשר.

§ 3. המבחן לברירת-הדין

450. הנחות הרקע בהן דגו עד כה, מאירות את הדרך לגיבוש המבחן הבסיסי לברירת-הדין בין כללי השותפות, לבין כללי הקשר, והחלתם על אירוע עברייני נתון. המבחן הוא מהות היסוד העובדתי ומהות היסוד הנפשי הצמוד ליסוד זה, שבאירוע עברייני רב-משותפים. למעשה, זהו המבחן הבסיסי והכללי יותר לשם זיהוי המהות של כל אירוע עברייני והבחנתו לעומת אירועים עברייניים אחרים, ולו אף קרובים לו ביותר.

הן קשירת קשר לשם ביצוע עבירה, והן יצירת יחסי שותפות סביב לביצועה, מותנות בהתקשרות בין שני אנשים או יותר; אך תוכן ההתקשרות היא שונה מתוכן התקשרות זו. הן עשויות להתקיים זו בצד זו, אך לא זו במקום זו. המפתח להבחנה ביניהן הוא אפוא במודעות לתכנים הנבדלים, מבחינה עובדתית ומבחינה נפשית. "קשר" אינו "שותפות" ו"שותפות" אינה "קשר" – הם שני מושגים נבדלים מטבע ברייתם, למרות, אולי, הדמיון הלכאורי שביניהם. אין זה עניין של סגירות המושגים, זה מפני זה, או של פתיחותם, זה כלפי זה, אלא של תיחומם לפי ייחודם. ההבחנה היא פועל יוצא מייחוד זה בלבד, ובלתי מותנית במדיניות הענישה, הנכונה או טעונה התיקון, שבאה לידי ביטוי בדין המצוי כלפי שתי התופעות המשפטיות – קשר פלילי בהשוואה לשותפות לדבר עבירה.

צורות השותפות לדבר עבירה, שעשויות להידמות, למראית עין, לקשירת קשר לשם ביצוע עבירה, הן "השידול" לדבר עבירה וה"הסתה" לדבר עבירה כצורה בלתי מושלמת של השידול. הסיוע לדבר עבירה רחוק כל כך, מבחינה עובדתית ונפשית, מקשירת קשר, שאין אף מעלים שאלה של ברירת-דין לגביהם; כל אחד ודינו. השותפות ההומוגנית, כלומר הביצוע בצוותא, שוב אינו מעלה שאלות של ברירת-דין. שכן, אם היה ביצוע, נקלטת באחריות לו גם האחריות לקשר שנקשר בין המבצעים, כמובן מקום שקדם לביצוע גם קשר כזה; אם האחריות לביצוע,

366 ראה סקירה לעניין זה, מ' קרמניצר, "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה" משפטיים יד (תשמ"ה) 231, 240–241. כן ראה: ע"פ 305/61 זעבי נ' היוה"מ, פ"ד טז(2) 1247–1240; המ' 9/62 בלום נ' היוה"מ, פד טז(1) 225, 227.

של מבצע, מבוססת על האחריות הסולידארית של הקושרים, ולא על חלקו הממשי באותו ביצוע, אין מנוס גם מהאשמה ומהרשעה מפורשת בקשירת הקשר. אך, כאמור, גם במקרה זה, אין כל מקום לברירת-דין. כל אירוע עברייני ודינו: קשירת הקשר ודינו, ועשיית העבירה שלשמה נקשר הקשר ודינה; אלא, שמכוח הדין הראשון, על כל הקושרים לשאת באחריות פלילית לעבירות שנעברו על-ידי כל אחד מהם לשם קידום מטרת הקשר, אף בהעדרם של הנותרים ובלי ידיעתם מראש. זוהי הלכה בישראל, ללא כל זיקה לדיני השותפות.

נשאת אפוא ההתמודדות בין "שידול" או "הסתה", לעבירה, מזה, לבין קשירת קשר לביצוע אותה עבירה, או נסיון לקשירת קשר כאמור, מזה. זאת, כמובן כאשר קיימת חפיפה בין היקף פליליות השידול וההסתה, לדבר עבירה, לבין היקף הפליליות של קשירת קשר לביצוע אותה עבירה. אם לא כן, נשארים בזירת התופעה העבריינית רק השידול וההסתה, בהנחה שפליליות קשירת קשר לביצוע עבירה, היא סלקטיבית יותר.

451. ובכן, כיצד מפעילים את המבחן הנזכר על מקרה זה? לא למותר שוב להזכיר, תחילה, שקשירת קשר היא עבירה קורלאטיבית, בשל זיקתה לעבירה אחרת, שלשם ביצועה נקשר הקשר, כדרישה חיונית לפליליותו; קשירת קשר היא גם עבירה שנוצרת עקב הסכמתם של שנים או יותר לבצע באורח ישיר את העבירה מטרת הקשר. מכאן, המבנה העובדתי והנפשי של העבירה של קשירת קשר: מבחינה אובייקטיבית, שניים או יותר שהסכימו ביניהם — הבטחה כנגד הבטחה — ליטול חלק, כמבצעים עיקריים, בהגשמת מטרת הקשר; מבחינה נפשית, מאופיין הקשר במודעות הקושרים לטיב התקשרותם ההדדית, כולל המעמד בו הם מסכימים לפעול, וכן במטרה המשותפת שלשמה הם התחברו, כלומר לעבור את העבירה כמבצעים ישירים. כתוצאה מכך, אם שנים קושרים קשר פלילי ביניהם, אין בכך שידול הדדי לביצוע העבירה מטרת הקשר, משתי סיבות פשוטות למדי: האחת — שזהו בדיוק התהליך הרגיל של קשירת קשר, ואם לא כן אין קשר פלילי כלשהו נוצר; השניה — משום שהשידול ההדדי, פירושו של דבר לך אתה, לבדך ובלעדך, לבצע את העבירה, ומ"הסכמת" כל אחד שזולתו יבצע אותה, קשר ודאי אינו יכול לצמות³⁶⁷. לפי מתכונת זו, א' המצליח להביא את ב' לידי הסכמה לקשור עמו קשר לשם ביצוע עבירה מסויימת, אינו הופך את עצמו אלא לצד לקשר שנוצר, ותו לא; א' שלא הצליח להביא את ב' לידי הסכמה כאמור ביצע נסיון לקשור קשר עם ב', ללא כל תוספת או חלופה. זאת, אפילו כאשר ב', לאחר שסירב כאמור להתחבר עם א', "גנב" את הרעיון לבצע את העבירה שאמורה היתה להיות מטרת הקשר, וניגש לביצועה לבד. א' אינו הופך, במקרה זה, למשדל, כשם שלא היה מסית במקרה הקודם, כי לא זהו מה שעשה, ולא זהו למה שהתכוון³⁶⁸.

452. זאת לא אומרת שאין לתאר שילוב של שותפות וקשר, כאשר תרומתו של השותף לקשר ולהגשמת מטרתו היא עקיפה — הוא נשאר מחוץ לקשר, וגם מחוץ להגשמתה הישירה של מטרת הקשר. במקרה זה, יש לבדוק את האירוע גם באספקלריה של תחום ההסדרה של כללי השותפות. הקושרים יהיו בבחינת מבצעים ישירים הן לגבי קשירת הקשר, והן לגבי הגשמת מטרתו מקום שהיתה גם הגשמה, ואילו השותפים יכולים להיות משדלים לקשירת קשר, אם הצליחו

367 אמנם, במקרה כזה עשוי להיווצר "שידול" או "הסתה", לאותה עבירה, אך זה בדיוק כתוצאה מהפעלת המבחן המוצע. "שותפות" לתוך ו"קשר" לחוד, כל אחד לפי מבנהו הייחודי מבחינה עובדתית ונפשית.

368 א' יתן את הדין על נסיון לקשירת קשר ואילו ב' על ביצוע העבירה שאמורה היתה להיות מטרת הקשר.

להביא אחרים לקשור ביניהם קשר לשם ביצוע עבירה מסוימת. מלאכתם תישאר בגדר "הסתה" בלבד, אם לא הצליחו בכך. אם הם תרמו, לא רק לקשירת הקשר בין אחרים, אלא גם להשתלט הרעיון, בלבבותיהם לגבי מטרת הקשר³⁶⁹, והיתה גם הגשמה של מטרה זו, יצטרף לשידול לקשר, גם שידול לביצוע העבירה מטרת הקשר. תוספת זו היא פועל יוצא של הצטרפות פרט אוביקטיבי ליסוד העובדתי שבתרומת השותף העקיף, פרט המתבטא בכך, שהקשר לא רק שנוצר אלא גם נשא פרי. השאלה אם האחריות לשידול לקשירת הקשר אינה נבלעת באחריות לשידול לעבירה מטרת הקשר, היא שאלה מקבילה לשאלת ההיבלעות של האחריות לקשר עצמו באחריות לביצוע הישיר של העבירה מושא קשירת הקשר. אך כאמור, שאלות אלה של היבלעות אחריות לחוד, ודבר קיומן הנפרד של העילות לאחריות זו לחוד. ראינו כי לא תמיד האשמה והרשעה נפרדות גוררות אחריהן גם אחריות נפרדת. ולשם הבהרה, אם הקשר לא נשא פרי, אין כל מקום לצירוף הסתה לביצוע העבירה מטרת הקשר, לשידול לקשירת אותו קשר, משום שהפעם, ההסתה האמורה נבלעת, על כל המבנה האוביקטיבי והסוביקטיבי שלה, במבנה השידול האמור.

אשר לרעיון לבסס את האחריות הסולידארית של הקושרים לכל עבירה שנעברה בידי כל אחד מהם לשם קידום מטרת הקשר, אפילו נעברה העבירה ללא השתתפותם וללא ידיעתם מראש, על מערכת הנורמות עליהן מושחתת האחריות הנגררת של שותפים בגין עבירה שונה מן העבירה המקורית, או נוספת לה, שנעברה על-ידי מבצע במהלך הגשמת המזימה המשותפת, גם רעיון זה אינו ברה-הגנה. זאת, בשל השוני התכני שבין תחום ההסדרה של דיני השותפות, לבין תחום ההסדרה של דיני הקשר, כפי שעולה מכל האמור עד כה. כשם, שמן הנמנע לבסס את פליליות השותפות על דיני הקשר, או את פליליות קשירת קשר על דיני השותפות, בעטיו של אותו שוני, כך גם זר הרקע העובדתי של האחריות הסולידארית של קושרים, לדיני השותפות, והרקע העובדתי של האחריות הנגררת של שותפים, לדיני הקשר.

אין מקום לחזור כאן על התנאים בהם מותנית האחריות הנגררת של מבצעים בצוותא³⁷⁰, כדי להיווכח עד כמה זר הרקע העובדתי של אחריות זו לרקע העובדתי של האחריות הסולידארית של קושרים. די להזכיר רק תנאי אחד מן התנאים הללו: הקושרים הם מבצעים בצוותא פוטנציאליים של העבירה שלשם ביצועה הם קשרו את הקשר; ואמנם, גם הנחת היסוד של סעיף 28 לחוק העונשין, שדן באחריות הנגררת של מבצעים בצוותא, היא של מבצעים שחברו יחדיו, כלומר קשרו קשר, עובר למהלך ההגשמה של מזימתם. אבל, תנאי עובדתי, בל-יעבור, לשם היווצרות אחריות פלילית לפי הוראות סעיף 28 האמור, הוא, שאותם "שנים או יותר שחברו יחדיו" לשם הגשמת מזימתם המשותפת, גם ניגשו, כולב, בפועל למימוש מזימה זו ואגב כך אחד או אחדים מהם עברו עבירה שונה מזו המקורית או נוספת לה. רק עקב כך עשויה להתעורר שאלת האחריות הנגררת לסטייה זו, של המבצעים הנותרים, שנטלו חלק, גם הם, במימוש המזימה המקורית. לעומת זאת, נקודת המוצא של האחריות הסולידארית היא קושר או אחדים מן הקושרים, שבהעדרם ואף בלי ידיעתם, נעברה עבירה על-ידי אחרים מחבר הקושרים, לשם קידום מטרת הקשר. שכן, בו ברגע שמדובר במבצעים בצוותא בפועל, ולא בכוח בלבד, חלים דיני השותפות, ודינים אלה בלבד. מה גם, שלפי דינים אלה מותנית האחריות הפלילית הנגררת אף בתנאים נוספים. אין ספק כי האחריות הנקראת "סולידארית" של הקושרים, בהיותה בלתי מותנית, מלבד תנאי ההשתייכות לקשר, עלולה ליתר את האחריות הנגררת לפי דיני השותפות, המותנית גם בתנאים נוספים, על תנאי ההשתתפות בפועל במהלך המימוש של המזימה המשותפת. לשם מה עוד להוכיח כי הסטייה מן המזימה המשותפת מטעם מבצע בצוותא היתה תוצאה מסתברת מן הנסיבות בהן הוא ניגש להגשמת המזימה, וכי מבצע זה היה מודע בפועל לנסיבות אלה? בכלל, לשם מה עוד להוכיח שמדובר במבצעים בצוותא שניגשו,

369. ניתן לתאר גם מקרים בהם ב' רג' מגבשים, כל אחד בנפרד, את הרעיון לבצע אותה עבירה, ואילו א', היודע על כך, מגשר ביניהם לשם קשירת הקשר בלבד, לבצע ביחד את העבירה, כך, שלא היתה לו כל יד בגיבוש המחשבה הפלילית לבצע את העבירה עצמה, אצל הקושרים.

370. ראה פסקה 408 ואילך.

בפועל, למימוש המזימה המשותפת? כאשר ניתן להשתחרר מכל התנאים הללו, תוך שימוש באחריות הסולידארית של קושרים לכל עבירה שתבוצע על-ידי אחד מהם לשם קידום מטרת הקשר, ללא כל השתתפות בפועל, ללא כל נוכחות, וללא כל ידיעה על מה שעומד להתבצע ועל הרקע העובדתי של הביצוע? אבל, דווקא לשם הגבלה והתניה קיים סעיף 28 לחוק העונשין. לא זו בלבד שאין באחריות הסולידארית של קושרים כדי ליתר את האחריות הנגררת של מבצעים בצוותא, אלא שהיא נדחית על ידי אחריות זו. במשפט אחד: בעוד שהאחריות הנגררת של מבצעים בצוותא היא לגיטימית וחוקית, האחריות הסולידארית של קושרים היא פסולה וחסרה כל תשתית נורמטיבית; וכך גרסנו תמיד³⁷¹. אלא אם כן, נקרא לאחריות הראשונה בשם האחריות השנייה; אך אין זה עניין של שמות, אלא של מהויות.

ואולם, מי שפוסל כל סוג של אחריות פלילית ללא תשתית נורמטיבית מפורשת, אך, בעת ובעונה אחת, רואה ברכה באחריות סולידארית של קושרים לכל עבירה שנעברה על-ידי כל אחד מהם לשם קידום מטרת הקשר, עליו להסכים שאחריות זו טעונה עיגון מפורש בחוק, כפי שמעוגנת במפורש בחוק האחריות הנגררת של שותפים. אין די באחריות מכוח ההלכה הפסוקה.

בקיצור ולסיכום, כל אירוע עברייני רב-משותפים מחייב ניתוח קפדני של מבנהו העובדתי והנפשי, וניתוח זה מאפשר החלה נכונה של דיני השותפות או דיני הקשר הפלילי, או של אלה בצד אלה³⁷², לפי העניין. זאת, משום שתחום ההסדרה של דיני השותפות אינו נחתך עם תחום ההסדרה של דיני הקשר.

פורסמו בזמנו דעותינו בנושא זה, תוך שימוש בהדגמה של היפותיות דיון קונקרטי, הצגת דרך ניתוחן והצעת פתרון לכל היפותיות בנפרד³⁷³, הכל על בסיס המבחן המוצע. לא היינו מסייבים את תשומת הלב לכך, אלמלא היתה מתבקשת הבהרה ואולי תיקון, מסויימים לאמור שם. אין שם דיון ברור בשאלת ההבחנה בין היבלעות אחריות לקשירת קשר לעבור עבירה, באחריות לעבירה זו — מקום שנעברה — לבין האשמה והרשעה בקשירת הקשר, נפרדות מהאשמה והרשעה בעבירה מושא הקשר. נדמה כי משתקפת שם גטייה לצד הגישה של הטלת אחריות נפרדת גם כן. ולא היא התפיסה שהוצגה כאן, עקב ראיית הקשר גם כעבירת מגע, ולא רק כעבירה קורלאטיבית. כעבירה קורלאטיבית, מצריכה קשירת קשר האשמה והרשעה נפרדות מן האשמה וההרשעה בעבירה שלשמה נקשר הקשר — כמובן אם היא נעברה. אולם, כעבירה מן הסוג של עבירות מגע, קשירת הקשר מחייבת את היבלעות האחריות לה, באחריות לעבירה שלשמה נקשר הקשר.

371 ראה ש"ז פלר, "אחריות פלילית ללא מעשה, על סמך מה?" הפרקליט כט (תשל"ד) 19, בייחוד הערה 8 (ע' 23-24) וע' 35-36; ש"ז פלר, "סעיף 24 לפקודת החוק הפלילית, 1936 — האמנם נועד הוא למסייע?" משפטים ו (תשל"ו) 275, 278 ואילך; ש"ז פלר, הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עבירה" משפטים ז (תשל"ז) 232, בייחוד ע' 238-239.

372 אך לא כתחליף לאלה.

373 ש"ז פלר, "הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עבירה" משפטים ז (תשל"ו) 232.