

## בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים

בעקבות הדיון בהוראת הסיוע בע"פ 6327/97<sup>1</sup>

### מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון

**א. עמדת הרוב בפסק הדין** 1. היסוד העובדתי של סיוע לפי דעת הרוב (א) מקור חובה לסיוע במחדל 2. היסוד הנפשי לפי דעת הרוב (א) היסוד הנפשי ביחס לעצם הסיוע – על הרצוי ועל המצוי (ב) המשמעויות של פסיקת הרוב (1) הפרה בוטה של עקרון החוקיות (2) הרחבת יתר של התחום הפלילי (3) פגיעה ברשות המחוקקת – על פרשנות ודמוקרטיה ♦ **ב. דעת המיעוט** ♦ **ג. סיכום** ד. **לאחר סיכום**

בעניין פוליאקוב הורשע המערער (דימה), כדעת רוב, בסיוע לרצח. העובדות, כפי שנקבעו על ידי בית המשפט, הן כדלקמן: דימה עבד כנהג ב"מכון אקסקלוסיב", וכתפקידו זה היה כפוף למורשעים ברצח. באחד מביקוריהם במכון, בעת שהמתין דימה במכונית, החליטו הללו לרצוח בחורה שעבדה במכון, לאחר שאחד מהם הכה אותה, והיה חשש כי היא תלונן עליו. הם הבטיחו להסיע אותה לביתה, וכך שכנעו אותה להיכנס למושב האחורי של המכונית, שבה נהג דימה. לדימה ניתנה הוראה להתחיל לנסוע לביתה. במהלך הנסיעה נתן אחד המורשעים ברצח סימן לחבריו, ואלו החלו לתנוק את הבחורה. החניקה ארכה כחמש דקות. דימה שמע את ההוראה והבחין במתרחש במושב האחורי כשהביט במראה. בהתאם להוראות הרוצחים, הוא המשיך לנסוע, ובשלב מסוים, כשהגיעו לאזור מבודד, עצר את המכונית. הרוצחים השאירו שם את גופת המנוחה, לאחר שכיסו אותה באבנים. דימה הסיע אותם בחזרה וניקה את המכונית מעקבות הרצח.

בית המשפט קבע כי התנהגותו של דימה סייעה בפועל למעשה הרצח, שכן רכב נוסע אינו מעורר חשד (להבדיל מרכב חונה בצד הדרך, אשר מושך תשומת לב). כן נקבע כי דימה היה מודע לטיבה המסייע של התנהגותו, אך לא רצה במות האישה. עיקר הדיון בפסק הדין התמקד בשאלת היסוד העובדתי, ובעיקר היסוד הנפשי, הנדרש לשם הרשעה בעברת הסיוע, וזאת במטרה להכריע בשאלה, האם ניתן להרשיעו בסיוע לעברת רצח.

\* מרדכי קרמניצר הוא פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית (הקתדרה על שם אייוון. סי. ראנד למשפט פלילי). ליאת לבנון היא בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. 1 ע"פ 6327/97, 4392, 4317 אולג פוליאקוב נ' מ"י, פ"ד נג(1) 289 (להלן: פרשת פוליאקוב).

**א. עמדת הרוב בפסק הדין**

הפרשנות שנתנו שופטי הרוב לדין הסיוע בפרשת פוליאקוב תואמת את הדין שבהצעת החוק, אך חורגת לחלוטין מן הדין שהתקבל במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, הן באשר ליסוד העובדתי והן – בקביעה שמשמעותה זמורה הרבה יותר – באשר ליסוד הנפשי, הנדרשים בסיוע.

**1. היסוד העובדתי של סיוע לפי דעת הרוב**

כאשר ליסוד העובדתי, קבעו שופטי הרוב אגב אורחא כי נדרש אפיון אובייקטיבי מינימליסטי של המעשה כבעל סגולה לסייע<sup>2</sup> למרות היעדרו של אפיון אובייקטיבי כלשהו בחוק. אף על פי שפרשנות החורגת מלשון החוק היא בדרך כלל, לדעתנו, פרשנות בלתי רצויה (כפי שיוסבר בהמשך), קיימים מקרים חריגים שבהם פרשנות כזו עשויה לבוא בחשבון. פרשנות החורגת מלשון החוק עשויה לבוא בחשבון כאשר היא מכוונת לצמצום האחריות הפלילית ומוסיפה יסוד ליסודות העברה.<sup>3</sup> זאת, מכיוון שעיקר פגיעתה של הפרשנות החורגת מלשון החוק היא בתוצאה של הטלת אחריות פלילית ללא מתן אזהרה ברורה מראש, ואילו כאשר החריג מן הלשון פועלת בכיוון ההפוך, של "הפתעה" באי-הטלת האחריות, תוצאה זו נמנעת

אנו סבורים כי מן הראוי היה להרחיק לכת אף יותר ולשמר את דרישת האפיון המשמעותי של תרומה בפועל, כפי שנקבעה בפסיקה ביחס להוראת החוק שקדמה לתיקון 39,<sup>4</sup> והיתה זהה בנוסחה לנוסח העכשווי. זו גם העמדה המקובלת במרבית שיטות המשפט,<sup>5</sup> ואין כל אינדיקציה לכוונה (שבאמת לא היתה) לשנות דרישה זו במסגרת התיקון.

2 פסקה 24 לפסק דינו של השופט מצא.  
3 דוגמה לכך מהווה עמדתם של חלק מן השופטים בערעור 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מ"י, פ"ד (5) 221, אשר קראו לתוך היסוד העובדתי של עברת ההסתה לגזענות מידה של שליליות חברתית, כדי להימנע מהטלת אחריות פלילית על בסיס יסוד עובדתי נטול אנט-חברתיות. אין ספק כי, כדברי השופט גולדברג, בביטוי שעליו חלה העברה של הסתה לגזענות צריך שתהא גם "משמעות תכנית כלשהי הקשורה לגזענות, ולו בדרך רמו או דרש, שבלעדיה לא קיימת סכנה, אף לא מינימאלית, לציבור" (שם, בעמ' 309). וראו גם עמדת השופט טל, שם, בעמ' 325, ועמדת השופט ברק, שם, בעמ' 298.  
4 השופט לנדוי בע"פ 325/64 היזה"מ נ' ידקוני וגור, פ"ד יח(4) 20, 56. עמדת השופט ח' כהן בפסק דין זה היתה עמדת מיעוט, ולא התקבלה בפסיקה מאוחרת, גם כזו המתייחסת להוראה שהתקבלה בתיקון 39; ראו, למשל, ע"פ 2796/95 פלונים נ' מ"י, פ"ד נא(3) 388, 405: "תרומתו מתבטאת בכך שהוא מסייע (במעשה או במחול) ביצירת החנאים לביצוע העבירה על-ידי העבריין העיקרי. תרומתו היא בגדר 'אמצעי עזר' (פיזי או נפשי)... המסייע תורם תרומה לביצוע העבירה, שהיא 'מחוק' לביצוע הישיר, אם כי היא מסייעת לו"; וראו גם: ע"פ 2652/95 ז' נ' מ"י (טרם פורסם), בפסקה 5 לפסק דינו של השופט קדמי: "...המסייע – הינו זו: ה'תורם' בהתנהגותו לביצועה של העבירה, אך תרומתו... נותרת 'חיצונית' למעגל 'ביצוע' העבירה".  
5 הקוד הפלילי הגרמני מגדיר "מסייע", בסעיף 27 (בתרגום לעברית), כ"מי אשר במחשבה פלילית מושיט עזרה במטרה לאפשר לאחר לבצע עברה מתוך מחשבה פלילית"; הוראת הסיוע השבדית קובעת ב-Chapter 23, sec. 4 לקוד הפלילי (בתרגום לאנגלית): "Punishment as provided for an act in this code shall be imposed... on anyone who furthered it by advice or deed" הקוד הבולגרי קובע ב-Article 20(4) (בתרגום לאנגלית): "An accessory shall be a person who..."

(א) מקור חובה לסיוע במחדל

תמוהה במיוחד היא הכרעת השופטים<sup>6</sup>, אף כי גם כאן, אגב אורחא, שלא נדרש מקור בדין המטיל חובה לפעול לשם הרשעה בסיוע במחדל.<sup>7</sup> הכרעה זו מאמצת את עמדת פרופסור פלר באשר לדין הרצוי, ולפיה כשמדובר על סיוע במחדל, אין צורך שהמחדל יהווה:

הפרח צו עשה מקביל בגורמה נפרדת מזו האוסרת על עצם הסיוע, כצורה של שותפות עקיפה לאירוע עברייני רב משתתפים, שעשויה להתבטא גם בהתנהגות פאסיבית... הביצוע העיקרי... מאריך את רדיוס הקרינה של החובה המוטלת על המבצע העיקרי להמנע מן הביצוע, גם על זולתו, להימנע מהתנהגות, לו אף פאסיבית, שיש בה כדי לסייע, במודע, לביצוע זה.<sup>8</sup>

ואולם, תיקון 39 לחוק העונשין מבהיר בסעיף 18(ג), ללא הותרת מקום לצל צלו של ספק, כי מחדל הוא "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או תוזה"<sup>9</sup> (ההדגשה הוספה על ידינו). הרחבת הביטוי "כל דין או תוזה", אפשר שתיעשה על ידי פנייה לדינים מגוונים, אך ביטולו אינו בא בחשבון, לא ביחס למבצע העיקרי ולא ביחס למסייע. החובה להימנע מן המעשה המכונן את העברה אינה יכולה ללמד על קיומה של חובה להימנע ממעשה מסייע, הכרוך באנטי-חברתיות פחותה. מלבד ההתעלמות המפורשת ממצוות החוק, יש בביטול כזה גם התעלמות מן השוני – היוצר את הצורך במקור חובה מיוחד לכל מחדל עניש – בין התנהגות פעילה (אקטיבית) להתנהגות מחדלית.<sup>10</sup>

המחדל כרוך בפגיעה מצומצמת יותר בחברה, משום שחיובי "עשה" מבטאים עמדה של סולידריות חברתית, שהיא ערך אשר הצורך בהגנתו באמצעות המשפט הפלילי עשוי להיות שנוי במחלוקת, ואילו חיובי הימנעות מגנים על האינטרסים הבסיסיים ביותר, שהצורך בהגנתם מוסכם. נחיצות ענישת המחדל נובעת אך ורק מן הקושי להגיע למניעה מושלמת של מעשים יוצרי סיכון (באמצעות איסורי הימנעות). ההתנהגות המחדלית המורה פחות, שכן החובה לעשות מערימה קושי הכרוך בעשייה הפעילה, ומעבר לכך זיקת ההתנהגות המחדלית לתוצאה האסורה היא היפותטית וספקולטיבית בלבד. שליטת המחדל על ההתרחשות העבריינית מצומצמת מזו של העושה הפעיל. מחויבותו לתוצאה ונחישותו לגרום לה פחותה. ענישת המחדל פוגעת במידה רבה יותר בחירות הפעולה של הפרט, שכן היא מכתיבה התנהגות מסוימת (בעוד ענישת העשייה מותירה מקום למרחב בלתי מוגבל של התנהגויות); היא כרוכה בקושי להגדיר במדויק את היקף האיסור (הנובע מן הקושי להגדיר

"...intentionally facilitated the perpetration of a crime through..."

מדינת ניו יורק מטיל אחריות ב-20, sec. על מי ש: "intentionally aids such person to engage in such conduct (that constitutes an offense)" (כל ההדגשות הוספו על ידינו).

6 השופט מצא הוא שהגיע להכרעה זו, אולם השופטים האחרים לא ראו לנכון לחלוק עליה.

7 פסקה 24 לפסק דינו של השופט מצא. השופטים טירקל ואנגלרד הצטרפו.

8 ש"ז פלר יסודות כדני עונשין (ירושלים תשמ"ז, כרך ב) 242, ודברים דומים (תשנ"ב, כרך ג), בעמ' 148-155.

9 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864, 226.

10 ראו הרחבה אצל מ' קרמניצר, ר' שגב "המחדל בדין העונשין" ספר חמיר (ירושלים 2000) 197, 206-199.

## מרדכי קרמניצר וליאת לבנון

את ההיקף הרצוי של ההגנה על הסולידריות החברתית), ועל כן יש להזהיר כראוי בטרם ענישה.

לאור ההבדלים הללו, ענישת כל מתדל הנראה בלתי ראוי, ללא תחימת המחדלים הענישים באמצעות הגדרת מקורות חובה חוקיים אשר בסיסם חוק דיו, מהווה קביעת שקילות מבחינת האחריות הפלילית בין התנהגויות שאינן שקולות.

בתחימת המחדלים הענישים, מחבקש שהוראת דין כללית, הקובעת חובת עשה מכוח היקלעות מקרית לסיטואציה או קליטת אירוע באמצעות החושים, דוגמת החובה למנוע פשע,<sup>11</sup> לא תוכל לשמש מקור להטלת חובת עשייה במסגרת עברה אחרת, חמורה יותר, בניגוד לעמדת השופטים בפרשת פוליאקוב.<sup>12</sup> מקור החובה חייב להתבסס על זיקה ספציפית בין העושה (או המסייע) לסכנה (למשל, מכוח שליטה שלו במקום ביצוע העברה או בנכס המשמש לביצועה) או לקרבן העברה.<sup>13</sup> תוצאתה של גישה אחרת תהא הטלת אחריות פלילית בגין סיוע לדבר עברה על אדם שנקלע באקראי לסיטואציה שבה נודע לו על עברה שמתבצעת, ולא עשה כדי לקנעה, תוך החמרת יתר עם מי שאחריותו צריכה להתמצות, לכל היותר, במסגרת הוראה הקובעת חובת "עשה" כללית, כאשר קיימת הוראה כזו. השוואת דינו של אדם כזה, שזיקתו לעברה היא מקרית בלבד, לדינו של המסייע הפעיל לביצוע העברה היא נטולת הצדקה מוסרית.<sup>14</sup>

## 2. היסוד הנפשי לפי דעת הרוב

סעיף 31 לחוק העונשין מגדיר כמסייע "מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע..." (ההדגשה הוספה על ידינו), והמשמעות המילולית של הגדרה זו היא כי לשם הרשעה ובסיוע נדרש יחס חפצי מסוג כוונה לסייע. שופטי הרוב נטרלו את המילה "כדי", הקובעת דרישה זו, וקבעו כי היסוד הנפשי הנדרש ביחס לאופייה המסייע של ההתנהגות הוא מודעות ובלבד.<sup>15</sup>

השופט מצא גוזר את מסקנתו מן הדרישה הכללית ליסוד נפשי של מחשבה פלילית, אשר מצויה בסעיף 20(א) לחוק. למוות הכרתו, כי ההוראה הכללית תחול רק ב"מקום בו לא נאמר, כי היסוד הנפשי כולל רכיבים אחרים או נוספים",<sup>16</sup> אין השופט מגיע למסקנה שאמורה, למיטב הבנתנו, לעלות מזכרים אלה, לאור לשונו הברורה של סעיף 31, המגדיר

11 סעיף 262 לחוק העונשין.

12 פסקה 24 לפסק דינו של השופט מצא.

13 וראו גם: מ' קרמניצר, ר' שגב, לעיל הערה 10, בעמ' 218-227.

14 אפשר שניתן להגביל את הטלת האחריות הפלילית על מסייע, שאין עליו חובת מניעה, למקרה שבו העושה נמנע מעשיית מעשה, שהוא עושה בדרך כלל (ללא קשר לפעילות העבריינית), ושיש בו כדי להקשות על ביצוע העברה או למנוע את ביצועה. הימנעות כזו היא צורת סיוע מובהקת, השקולה לסיוע פעיל. ראו: קרמניצר ושגב, לעיל הערה 10, בייחוד בעמ' 234-235.

15 מן הראוי לציין כי בע"פ 807/99 מ"ג עזיזיאן, המאוחר לפסק דין פוליאקוב, נטה בית המשפט להבין את היסוד הנפשי של סיוע ככולל מרכיב של רצון לסייע, אם כי לא הכריע בדבר (כפי שאמר השופט אילן: "קשה להלום את הדברים האמורים בדברי ההסבר עם לשונו של הסעיף, המשתמש בביטוי 'כדי לאפשר את הביצוע'. המילה 'כדי' מצביעה בדרך כלל על מטרה, משמע מודעות אינה מספקת").

16 פסקה 29 לפסק דינו של השופט מצא.

#### בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה

סיוע כמקרה בו היסוד הנפשי כולל רכיב נוסף, הוא רכיב המטרה לסייע.<sup>17</sup> עוד הוא מבקש להישען על פחיתות עונשו של המסייע ביחס לעונשו של המבצע כראיה לכך שהחוק תופס את המסייע כמי שאין מעשהו מתאפיין באנטי-חברתיות רבה, העולה מיסוד נפשי של כוונה לסייע.<sup>18</sup> אולם ההבדל, אשר באמת מוצא ביטוי בהוראת הענישה, בין חומרת מעשיו של המבצע העיקרי לזו של המסייע, עשוי להיות מוסבר על ידי השוני ביסוד העובדתי, בתרומה האובייקטיבית שלהם לביצוע העברה. המבצע הוא שביצע "במו ידיו" את ההתנהגות האסורה על ידי הנורמה המגדירה את העברה, בעוד המסייע רק תרם לביצוע. ובכל מקרה, דומה שקלות העונש החקוק אינה נימוק מספיק לפיחות ביסוד הנפשי בניגוד ללשון החוק בדרך של יצירתיות שיפוטית מופלגת, המרחיבה את היקף האחריות הפלילית. השופט טירקל חמך בעמדת השופט מצא, תוך שהוא נסמך על שיטת הפרשנות התכליתית. לדעתו, אין ללמוד דבר משמירת נוסח הוראת הסיוע כפי שהיתה לפני תיקון 39, שכן לאותן מילים יכולות להיות משמעויות שונות ב"סביבות חקיקתיות" שונות.<sup>19</sup> עם שינוי "הסביבה החקיקתית", אין עוד פירושים סבירים אחרים להוראת הסיוע, כי אם פירוש סביר אחד.

#### (א) היסוד הנפשי ביחס לעצם הסיוע – על הרצוי ועל המצוי

היסוד הנפשי בסיוע מורכב משניים: העמדה הנפשית כלפי עצם הסיוע והיחס לעברה המתבצעת או העומדת להתבצע. על היסוד הנפשי ביחס לעברה יורחב הדיבור להלן, במסגרת הדיון בעמדת המיעוט של השופט אנגלרד. אשר לעמדה הנפשית כלפי עצם הסיוע, חל שינוי בין הנוסח המופיע בהצעת החוק לתיקון החלק הכללי של חוק העונשין לבין הנוסח שהתקבל בסופו של דבר. הצעת החוק קבעה כי מסייע הוא "מי אשר... עשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו..."<sup>20</sup> כלומר: היא כללה דרישת אפיון אובייקטיבי של תרומת המסייע, ויסוד נפשי של מודעות כלפי עצם הסיוע וכלפי העברה העיקרית. כן כללה ההצעה הפחתת עונשו של המסייע לדבר עברה, שקודם לתיקון היה זהה לעונשו של המבצע העיקרי, למחצית עונשו של המבצע. שני היסודות הראשונים לא מצאו ביטוי בחוק. הניסוח שהתקבל – "עשה מעשה כדי לסייע" – חסר כל אפיון אובייקטיבי של מעשהו של המסייע, ואילו היסוד הנפשי הנדרש הוא מטרה לסייע. נוסח זה הוא פרי טעות מצערת שנפלה בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט, כאשר יושב ראש הוועדה הפך בטעות את הנוסח שהוסכם עליו בוועדת המשנה.<sup>21</sup>

אנו שותפים לתחושתו של בית המשפט, שהדין שהתקבל אינו המיטבי. הוא יוצר הבדל בלתי מוצדק בין דין השידול, שאין בו דרישה לעמדה תכליתית, לבין דין הסיוע. משמעות דרישת רצון שהפעולה תסייע אינה ברורה כאשר מדובר בסיוע בשעת הביצוע, שאז ניתן

17 ראו גם פסקה 23 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

18 פסקה 29 לפסק דינו של השופט מצא.

19 פסקה 3 לפסק דינו של השופט טירקל.

20 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 131.

21 פרוטוקול ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 18.1.94, בעמ' 43: יושב ראש הוועדה מורה למחוק את המילים "שהיה בו", תוך הפניה לסיכומי ועדת המשנה. זאת אף על פי שהסיכום בוועדת המשנה היה להשאיר מילים אלה בהוראת החוק – בעמ' 31 לפרוטוקול ועדת המשנה מיום 1.11.93.

## מרדכי כרמניצר וליאת לבנון

לדבר רק על יחס הכרתי, ולא על יחס הפצי, הצופה פני עתיד. לפחות כאשר המסייע אדיש לטיב המסייע של מעשיו, דומה שאין סיבה טובה להימנע מענישתו. אולם לדעתנו, אין הדין הזה אבסורדי או מופרך עד כי מתחייב סיכולו. הא ראייה, שיש מלומדי משפט המבקשים להחיל דרישת יחס הפצי של מטרה לכויע. כך, למשל, סבור פרופסור פלר, כי השתלבות היסוד הנפשי של הסיוע ביסוד העובדתי של העברה מגלה מחשבה פלילית המיוחדת במטרה להגיש עזרה למבצע העיקרי.<sup>22</sup> דרישת הרצון לסייע אף אומצה על ידי מנסחי ה-M.P.C.<sup>23</sup> מתוך חשש שהסתפקות במודעות עלולת לעתים לתפוס ברשת גם מקרים אשר אינם ראויים לענישה,<sup>24</sup> ותוך קבלת העמדה שהובעו בפסיקה שלפיה: "It is not enough that he does not forego a normally lawful activity, of the fruits of which he knows that others will make an unlawful use; he must in some sense promote their venture himself, make it his own, have a stake in its outcome"<sup>25</sup> (ההדגשה הוספה על ידינו)<sup>26</sup>

### (ב) המשמעויות של פסיקת הרוב

(1) הפרה בוטה של עקרון החוקיות

מוסכם על הכול כי בפירוש הדין הפלילי, אל לו לשופט לחרוג מן המשמעות המקובלת של לשון החוק, או במילותיו של הנשיא ברק, על הפרשן לתת "משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה".<sup>27</sup> פרשנותם של שופטי הרוב אולי מגשימה את המטרות שביסוד דיני הסיוע הרצויים, אך נדמה לנו שהיא אינה הגיונית וטבעית, ועל כן גם אינה סבירה, ובוודאי אינה הפרשנות הסבירה היחידה. למרבה הצער, אין למילות הוראת הסיוע משמעות שתהא גם הגיונית וטבעית, וגם תגשים במלואן את התכליות שביסוד דין הסיוע הרצוי. לפי שיטת הפרשנות הראויה, לדעתנו, בכל הקשור לפירוש הדין הפלילי, במקרה כזה יש לתת עריפות לכלי הפרשני השקוף יותר לאזרה, כל עוד הוא גם הכלי המקל עמו. אם לשון החוק כפשוטה קובעת הוראה מפתיעה, שאינה מתיישבת עם היגיון בריא

22 פלר, כרך ב, לעיל הערה 8, בעמ' 260-261. אולם ראו עמדתו שם, בעמ' 273, שלפיה "תשתיה ההכרחית וגם המספיקה של האחריות הפלילית בגין סיוע לדבר עבירה היא מודעות האדם למהות המסייעת של התנהגותו ולמהות העבירה מושא הסיוע, המושט בהתנהגות זו... ובאלה באה על סיפוקה גם דרישת התכליתיות של הסיוע" (ההדגשות במקור).

23 סעיף 2.06 קובע:

(3) a person is an accomplice of another person in the commission of an offence if:  
(a) with the purpose of promoting or facilitating the commission of the offence, he: ....

(2) aids... such other person in planning or committing it.  
(ההדגשה הוספה על ידינו).

24 בייחוד כאשר פעולת הסיוע כשלעצמה נעשית על ידי אדם במסגרת הפעילות העסקית הרגילה שלו. ראו: American Law Institute *Model Penal Code and Commentaries* (part 1, Philadelphia: 1985) 318.

25 *United States v. Falcone* 109 F.2d 579, 582 (2d. Cir.)

26 וראו גם העמדה המובעת אצל: 133 (Smith & Hogan *Criminal Law* (9th ed., London 1999) ולפיה: "it is the intention to do the acts of assistance or encouragement which must be proved"

27 ראו דברי הנשיא ברק בע"פ 787/79 *מזוזי נ' מ"י*, פ"ד לה (4) 421, 427.

#### בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה

ורגש מוסרי של כל אזרח שאינו בקי ברזי המשפט הפלילי, יש להעדיף את הפרשנות התכליתית המקלה, זו שהאזרח ציפה לה. אך אם, כמו במקרה של דין הסיוע, לשון החוק החרוטה עלי ספר קובעת הוראה ברורה, שחריגתה מן הדין הרצוי מובנת למשפטן בלבד (ואף שנויה במחלוקת בין המשפטנים), תועדף הפרשנות הדבקה בלשון החוק; תבוכר המשמעות שלא נדרשים מילונים כדי לכבשה ולהעלותה ממילות החוק כפרשנות "אפשרית" למילותיו,<sup>28</sup> זו שיבין האזרח. בירי האזרח אין מצויים דיוני הוועדות וועדות המשנה, אלא רק ספר החוקים לעיין בו ולהסתמך עליו כאינדיקציה לכוונת המחוקק.

הסכנה בשימוש מופרז בתכליות של איסורים ספציפיים חריגה מכללי הפרשנות שהוזכרו באמצעות שימוש בתכלית הספציפית של האיסור ככלי פרשני ראשון עלולה להוביל (וכפי שעולה מפסק דין פוליאקוב, היא אכן מובילה) לחריגה מעקרון החוקיות. שכן, חריגה זו מאפשרת לתת לאותו ניסוח, לאותן מילים שמשמעותן המקובלת קבועה כמעט תמיד, משמעויות שונות בזמנים שונים, תוך הכרזה על שינוי התכלית, והאזרח נדרש לנחש כי הדין השתנה מפני ש"סביבתו" ורוחו השתנו.<sup>29</sup> בלשון אחרת, קשה להניח שהשינויים הערכיים והחברתיים מביאים בהכרח לשינוי באופן שבו אזרח מן השורה מבין את הגדרת האיסור. ניתן להביא דוגמה: ברי כי לאור השינויים באופי הנכסים של בני האדם, יש טעם לקבוע שגם מעשה של העברת כספים מחשבון אחד לאחר עשוי, בנסיבות מסוימות, להיחשב למעשה של גנבה. עם זאת, יש להניח שלפחות חלק מן האנשים שיישאלו, אם מעשה שכזה נכנס תחת איסור על נטילה ונשיאה של דבר הניתן להיגנב, המוגדר כ"דבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם, ובמחוכר למקרקעין – לאחר ניתוקו מהם",<sup>30</sup> ישיבו על כך בשלילה. הנחה זו מספיקה כדי לקבוע שהעברת כספים מחשבון אחד לאחר אינה יכולה ליפול בגדרה של עברת הגנבה, כפי שהיא מוגדרת עתה. זאת, מכיוון שאין להעניש מבלי להזהיר תחילה. ואזהרה היא הגדרה מפורשת של האיסור בחוק. בהיעדר הגדרה מפורשת כזו, אין לענוש.

שורשיה של תפיסה זו נעוצים בשניים: כבוד האדם וחירות האדם. כבוד האדם מחייב כי מי שמתיימר להשית עונש על אדם, יסביר לו קודם לכן בדיוק מהי התנהגות אסורה הגוררת עמה עונש, וכפועל יוצא מכך גם כיצד להימנע ממנה. כאשר אדם עושה מעשה שהוזהר קודם לכן שלא לעשותו, הוא נוטל על עצמו את האחריות לתוצאות מעשיו. על כן אין ענישתו משפילה אותו, אלא להפך – היא מכבדת אותו. הענישה היא הוצאה לפועל של האחריות שהאדם עצמו נוטל על עצמו. היא בגדר הצפוי מבחינתו. ההפך הוא הנכון כאשר העונש מוטל על האדם במפתיע, ללא אזהרה קודמת. אז, גורלו של האדם על חייו ניטל ממנו. החברה היא ש"משחקת" בו ככלי – מענישה או מרחמת – מבלי שתהיה לאדם

28 ראו דברי הנשיא ברק, שם, הכולטים בעיקר לנוכח התוצאה המנוחקת מלשון החוק, שאליה הגיע באותו פסק דין (ועל כך עוד ירחיב הדיון להלן), ולנוכח פסיקות נוספות שלו; למשל בפסק דינו בע"פ 677/83 בורכוב נ' יפת, פ"ד (3) 205, 216. שם הוא מפרש את המושג "כוונה" ככולל גם מצב של העדר כוונה, תוך שהוא דולה פרשנות זו מספרות של מומחי משפט אנגליים, אשר נכתבה לאחר תהליך ארוך של הטמעת הלכת הצפייה במשפט האנגלי.

29 ראו הערתו השנייה של השופט טירקל בפסקה 3 לפסק דינו.

30 סעיף 383 לחוק העונשין.

## מרדכי קורמניצר וליאת לבנון

האפשרות לברר מראש מה צפויות להיות גחמותיה. ואשר לעקרון החירות – חירות האדם מחייבת לאפשר לו להתנהל ללא חשש מתמיד שהחוש המוסרי שלו אינו זהה לחוש המוסרי החברתי, ועל כן אפשר שמעשה שנראה לו ראוי ומותר יגרור את ענישתו באופן שהוא, מבחינתו, מפתיע. ובאותו אופן – אפשר שמעשה שנראה לו בלתי ראוי,<sup>31</sup> אך לא חמור עד כדי כך שהוא ראוי לענישה פלילית, יספוג לפתע סנקציה חמורה כזו. שכן, כרי כי שום חברה אינה הומוגנית לחלוטין מבחינת תפיסותיה לגבי אסור ומותר, רצוי ובלתי רצוי. ומעבר לכך – ככל ששולי האיסור עמומים יותר, ניתן להניח ש"טווח הביטחון" שנוטל אזרח שומר חוק מליבת האיסור יגדל. התוצאה היא צמצום המתחם שבו יש לאדם חירות פעולה אף מעבר לרצוי על ידי החברה. ולכן, מן הראוי לפרש את האיסור תוך היצמדות למשמעות המקובלת של מילותיו, ולהימנע מלהרחיב את תחולתו למחוזות שהם אולי ראויים לענישה, אך אינם מכוסים על ידי משמעות מקובלת זו.

אנו ערים לקיומה של עמדה פרשנית, שלפיה אין החוק קופא על שמריו, ויש לפרשו תוך התאמה מתמדת לשינויים החברתיים. ואולם ניתן לטעון ששיטת פרשנות זו, לפחות כאשר נעשה בה שימוש המרחיב את תחום האזרחיות הפלילית (אל מעבר לתחום העולה ממשמעות המקובלת של מילות החוק), אינה מראימה למשפט פלילי במדינה ליברלית. האחריות להרחבת הדין הפלילי לשם התאמתו לשינויים החברתיים רובצת על המחוקק; ורק לו נתכנו עלילות החקיקה. לעניות דעתנו, שינוי מרחיב כאמור של הדין הפלילי אינו הולם מדינת חוק.<sup>32</sup> לאזרח אין אפשרות לזהות תכלית כאשר זו מרוחקת ומנותקת, נובעת מרעיונות משתנים, המסתתרים (היטב) מאחורי המילים.

על אחת כמה וכמה נכון הדבר כאשר המגמה היא, בניגוד לרצוי ולראוי לטעמנו, להגדיר את התכלית ברמת הפשטה גבוהה ובמושגים רחבים ועמומים, אשר אינם יכולים לכוון התנהגויות קונקרטיות.<sup>33</sup> ככל שרמת הפשטה גבוהה יותר, כך זיהויה קשה יותר לאזרח. אילו לפחות ניתן היה להשתמש בהגדרת התכלית ככלי מכוון התנהגות מן הפסק ולהבא, היה העול תרפועמי, בזמן הגדרתה (אם נירן בכלל "לספור" חוסר צדק). אך מאחר שהאפשרות ללמוד מן התכלית מה מותר ומה אסור היא מוגבלת, ואפילו נעדרת, אין בניסוחה נחמה של ממש לגבי העתיד, שכן ניסוח התכלית אינו מאפשר לדעת מראש כיצד תיושם התכלית הלכה למעשה בשאלה הפרשנית הבאה. המגמה לנסח תכליות בעמימות ובהרחבה אף אינה עולה בקנה אחד עם עמדת הנשיא ברק: "תכליתה של הנורמה עולה מהמובן הטבעי, הרגיל והראשוני של משמעותו הלשונית".<sup>34</sup> דמובן הטבעי של המילים מצומצם למה שעולה מהן, ואינו מתפרס על תחומים של תכליות רוזבות ומופשטות.

31 ונדמה שאין מחלוקת על כך שחירותו של אדם משחרעת לפחות על חלק ממגור המעשים הבלתי ראויים.

32 ראו גם דבריו של הנשיא ברק, אשר מסכים כי יש להביא בחשבון "חזקות לפיהן אין להכניס שינוי מהותי אגב אורחא ודרך מקריח", מונח הרצאה שנתן א' ברק, בנושא "על פרשנותה של הוראה פלילית", דברים באוניברסיטת בר-אילן (ביום 28.5.00) בכנס לכבוד פרישתו של פרופסור א' אנקר.

33 ראו גם: M. Kremnitzer "Interpretation in Criminal Law" 21 *Is L. Rev* (1986) 358, 373.

34 השוו: ברק, לעיל הערה 32.



## בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה

שיטת הפרשנות הראויה הנגזרת מעקרון החוקיות לפי עמדתנו, הכללים הפרשניים הרצויים הם הכללים שמכתיב עקרון החוקיות, ולפיו אין ענישה ללא אזהרה ברורה בחוק תחילה, ועל כן הגבול האחרון של האיסור הוא הגבול שקובעת המשמעות המקובלת של מילותיו. לכן, אין ללכת בעקבות תכלית ספציפית של איסור, כאשר זו תוחמת את האיסור בגבולות רחבים מאלה שמכתיבות המילים. לפי הבנתנו, זו גם משמעותו של סעיף 34 לחוק העונשין, הקובע: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות הפלילית לפי אותו דין".

השלב הראשון שמכתיבה הוראה זו הוא איתור הפירושים הסבירים האפשריים. פירוש המכשיל את עקרון החוקיות אינו פירוש סביר בשום מקרה. בחברה המקדשת ומעלה למדרגה חוקתית – ובצדק – את הערך של כבוד האדם, ולו את הכבוד הגרעיני בלבד, זה שהוא נחלתו של כל אדם מתוקף היותו אדם, אין מקום להתפשרות על העקרונות המגנים עליו לטובת מטרות נקודתיות. עקרון החוקיות הוא פרוטה (או אולי מטבע זהב) המתקבלת עם פריטתו של הערך של כבוד האדם למרכיבים בדמותם של עקרונות וכללים. הוא השומר מפני ענישה שרירותית ללא אזהרה, תוך שימוש באדם ככלי להשגת מטרות חברתיות חיצוניות לו ותוך פגיעה בחופש הפעולה שלו (שכן אין הוא יכול לדעת מראש איזו התנהגות נמצאת מחוץ לתחום ההתנהגויות האסורות). יתרה מזו, עקרון החוקיות הוא שמבטיח את השגת מטרתו המניעתית של הדין העונשי (שכן אין הרתעה ואין מניעה כאשר אין האיסור ידוע מראש), ועל כן מאפשר להשיג ודאות בחיים החברתיים.<sup>35</sup> על כן, כאמור, יש להסיר מן הדין כל פירוש הפוגע בעקרון החוקיות.

מכאן גם שהפירוש התואם את משמעותן המקובלת של מילות הסעיף יהא כמעט תמיד פירוש סביר (אלא אם הוא אבסורדי או מרוקן את האיסור מכל תוכן). פירוש כזה משמר ומחזק את עקרון החוקיות, ועל כן מקדם את הערך של כבוד האדם, שיש להעדיפו על פני התכליות "הספציפיות" של האיסורים.

מסיבות אלו אנו חולקים על עמדתו של הנשיא ברק, שלפיה "הפניה אל הרקע ההיסטורי, החברתי והמשפטי לשם גיבוש תכלית החקיקה צריכה להיעשות באופן מתמיד ושוטף, ואין להגביל זאת רק לאותם המקרים בהם לשון החוק אינה ברורה או מובילה לאבסורד".<sup>36</sup> לדעתנו, ייפקד מקומן של התכליות "הספציפיות" רק לאחר שנדלו הפרשנויות הסבירות האפשריות, כלומר: הפרשנויות העולות מלשון החוק ואינן מופרכות לחלוטין. השימוש בתכליות הספציפיות ייעשה אם כשלה הלשון, ואינה מספקת תשובה ברורה אחת, או ייעשה לשם צמצום תחום השתרעות האיסור האפשרי לפי לשון החוק.<sup>37</sup> "התכלית הספציפית" של החוק אינה חזרת הכול, ותפקידה מוגבל ומתמצה באלה. כאשר אין מתעורר צורך להשתמש בתכלית, או שלמרות השימוש בה עדיין נותרות מספר אפשרויות פרשניות, יש לפנות להוראת הפרשנות המקלה של סעיף 34 כ.א.

35 ראו: קרמניצר, לעיל הערה 33, בעמ' 367.

36 א' ברק פרשנות החקיקה (ירושלים 1993), בעמ' 408.

37 קרמניצר, לעיל הערה 33, בעמ' 378-384.

## מרדכי קרמניצר וליאת לבנון

לא זו אף זו, מוכנים אנו, לצורך הדיון, להלך בדרכו של הנשיא ברק ולהניח שהחריגה מעקרון החוקיות עשויה לעבור דרך מסגרת הסבירות של סעיף 34כא, ושהעמידה בו היא שיקול בלבד (ולא "טעם מוציא") במסגרת איתור הפירושים אשר "סבירים לפי התכלית". גם אז המסקנה מדברי הנשיא, שלפיהם קיימת חזקה כי האיסור הפלילי מבקש להגשים את עקרון החוקיות וכי תכליתו עולה מהמובן הראשוני של מילותיו,<sup>38</sup> אמורה להיות זהה, קרי: העדפת הפרשנות המילולית (למעט במקרים שהיא יוצרת אבסורד).

כוחה של חזקה לטובת הפרשנות המילולית יכול להתבטא רק בכך שקיומה של פרשנות תכליתית, העדיפה מבחינת ההגנה על הערך אך אינה עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות, אינו מספיק כדי לפסול את הפרשנות המילולית (שכן אחרת אין משמעות לחזקה לטובתה). החזקה אינה פועלת לטובת הפרשנות המתאימה לעקרון החוקיות רק כאשר אין פרשנות זו טובה פחות מן הפרשנות החורגת ממנו. אין היא שיקול נוסף, כי אם נקודת מוצא. נדרש חוסר סבירות אפרורי, ריקון מוחלט ומתוכן של הפרשנות המילולית או תוצאה אבסורדית כדי להפריך חזקה שמשקלה כבד כל כך. להוראת הפרשנות המקלה יש מקום, כדברי הנשיא ברק, רק כאשר כפות המאזניים מעוינות,<sup>39</sup> ולא כאשר עקרון החוקיות כבד המשקל עומד לצדה של אחת הפרשנויות בלבד.

זאת ועוד אחרת, אם נרחיק לכת הובה מעבר למשמעות הנכונה (לדעתנו) של הסעיף (או נפרשו באופן "תכליתי"), ונגרוס כי עדיפותה (מבחינת ההגנה על הערך) של הפרשנות החורגת מעקרון החוקיות מעלה אותה לדרגת שקילות (מבחינת עדיפות לאור מכלול השיקולים) לפרשנות העולה ממילות החוק ועקרון החוקיות, לא תשתנה מסקנתנו הסופית. המסגרת האחרונה, שלפיה יש להעדיף את הפירוש המקל, קובעת למעשה כי הפרשנות החורגת ממילות החוק ומרחיבה כך את תחום האחריות הפלילית, לא תעמוד.

### (2) הרחבת יתר של התחום הפלילי

הצורך בהגדרת ההתקפה האסורה לאור תפקידי הדין העונשי העדפת התכלית על פני המילים אינה רק מסוכנת לעקרון החוקיות, היא גם בלתי נכונה לאור תפקידי הדין הפלילי בהגנה על ערכי החברה. איתור התכלית, לפחות כפי שהוא נעשה על ידי בית המשפט, הוא בעצם איתור הערך המוגן על ידי האיסור.<sup>40</sup> אולם המשפט הפלילי אינו בא להגן על כל תחום השתרעותם של הערכים שמאחוריו, אלא רק על נגזרת מסוימת שלהם, תוך איסור סוג התקפה מסוים בלבד. פגיעות שאינן מן החמורות ביותר אינן נתפסות ברשות, אלא מוסדרות על ידי תחומי משפט אחרים. גזירת היקף האיסורים מן התכליות הופכת את המשפט הפלילי לחובק כול, שוללת אז אופיו השיורי ומטשטשת את ההבדל, המתחייב נוכח חומרת התגובה כלפי מפירי איסורים פליליים, בין דיני העונשין למערכות דינים אחרות.

38 ברק, לעיל הערה 32.

39 ש.ש.

40 דוגמה לכך היא עניין *מוזלי*, לעיל הערה 27, בעמ' 427, שם הגדיר הנשיא ברק את התכלית של עברת הבריחה ממשמורת חוקית כך: "מטרה בסיסית זו היא לשמור על המשמורת, ולמנוע כל השתחררות מכבליה". הגנת המשמורת החוקית היא בעצם הערך שמאחורי איסור זה.

צמצום תחומו של המשפט הפלילי נעשה באמצעות הגדרת ההתקפה האסורה על הערך המוגן, ואותה לא ניתן לתאר באמצעות התכלית (שאלמלא כן, ניתן היה להגדיר את הנורמות האוסרות כולן בנוסח "אין לפגוע בערך X") אלא רק באמצעות המילים. הן שמרטטות את הקו הכולא את תחולת הדין הפלילי בתחומו. התכלית, כל תכלית, אך בייחוד זו המסתפקת בזיהוי ערך מוגן מופשט, אינה יכולה לתת תשובה לשאלת היקף האיסור. כך, למשל, עברת הגנבה באה להגן על ערך ההחזקה, אך לא כל פגיעה בהחזקה תיפול בגדר גנבה (למשל השמדת הנכס), אלא רק פגיעה מן הסוג המתואר באמצעות מילות הנורמה האוסרת לגנוב: נטילה ונשיאה ללא הסכמה במטרה לשלול שלילת קבע.<sup>41</sup>

זאת ועוד, גם במסגרת המשפט הפלילי קיימות דרגות חומרה (ובהתאם – דרגות ענישה) מגוונות, הנקבעות לא רק בהתאמה לריוג הערכים וחשיבותם, אלא גם בהתאמה למידת פוגענותה של ההתקפה על הערך המוגן. כך, למשל, כדי לבסס את העמדה העולה מפסק דין מזרחי,<sup>42</sup> שבו טופלה הימנעות משיבה לכלא על ידי העברה של בריחה ממשמורת חוקית,<sup>43</sup> יש להסכים כי קיימת רק גישה אחת סבירה, ולפיה מידות החומרה הכרוכות בהתקפה מסוג בריחה פעילה ובהתקפה מסוג אי-חזרה הן זהות. ולא היא. הימנעות משיבה אינה חמורה כבריחה, בעיקר משום שהחדל אינו מונע על ידי אותה מידה של נכונות לפגוע בערך המוגן המאפיינת את העושה,<sup>44</sup> ועל כן הנורמה הפלילית החמורה האוסרת על בריחה אינה חלה עליה, כפי שעולה בבירור מן השימוש בלשון "בריחה".<sup>45</sup>

העובדה שהאסיר מבין שהימנעות לחזור בזמן מחופשה אינה מותרת, היא חסרת כל חשיבות בהכרעה בשאלת תחולת העברה המסוימת דווקא על המקרה.<sup>46</sup> בהימנעות משיבה ניתן לטפל, כפי שאכן נעשה עד פרשת מזרחי (ואף בהחלטת בית המשפט המחוזי בעניין מזרחי)<sup>47</sup> באמצעות עברות חמורות פחות, כמו הפרת הוראה חוקית<sup>48</sup> או העברה הקובעת עונש על עברה בחופש או על הפרת תנאי ברישיון.<sup>49</sup> כמו כן, כמובן, ניתן לחשוב על סנקציות משמעותיות שאינן פליליות כלפי הנמנע מלחזור, בעיקר שלילת חופשות.

הפחתה מוגזמת בדרישות העובדתיות והנפשיות בסיוע הסתפקות בדרישה של מורעות לטיב המסייע של ההתנהגות היא בלתי סבירה בייחוד לנוכח פסיקת בית המשפט באשר ליסוד העובדתי של הסיוע. מהלך סביר הוא כזה שבו מחזקים

- 41 סעיף 383 לחוק העונשין.  
 42 ע"פ 787/79 מזרחי, לעיל הערה 27.  
 43 סעיף 257 לחוק העונשין, הקובע עונש מאסר של שבע שנים כאשר הורשע הבורח בפשע, ושל שלוש שנים בכל מקרה אחר.  
 44 וראו על ההבדל בין מעשה למחדל גם לעיל, בפרק העוסק במקור החובה למחדל.  
 45 ראו: מ' קרמניצר "בריחה ממשמורת חוקית – במחדל? – הערה נוספת" עיוני משפט י (חשמ"ד-מ"ה) 195, 199-200.  
 46 השוו: ברק, לעיל הערה 32.  
 47 ת"פ (ת"א) 847/79 מ"י נ' מזרחי, פס"מ תש"ם (1) 362, שם הורשע הנאשם בהפרת הוראה חוקית לפי סעיף 287 לחוק העונשין.  
 48 סעיף 287 לחוק העונשין, הקובע עונש מאסר של שנתיים.  
 49 סעיף 32 לפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש), תשל"ב-1971, הקובע עונש מאסר של שלושה חודשים עם אפשרות לביטול הרישיון.

### מרדכי קרמניצר וליאת לבנון

יסוד אחד (העובדתי או הנפשי) ומחלישים יסוד אחר, כך שאין צניחה מוגזמת במידת האנטי-חברתיות הנדרשת לשם ענישה. כך, למשל, ההחלטה שנתקבלה לבסוף על דרישת יסוד של מטרה לסייע ב-M.P.C לוותה בהרחבת ההגדרה של היסוד העובדתי לעומת זו שהופיעה בטייטה קודמת, שהסתפקה בורישת מודעות.<sup>50</sup>

לעומת זאת, הפחית בית המשפט שלנו בשתי הדרישות הקובעות את רף הענישות בסיוע: הן העובדתית, שבה הוצבה דרישה מזערית של סגולה לסייע במקום דרישת התרומה בפועל, והן הנפשית, שבה הופחתה דרישת המטרה להסתפקות במודעות בלבד. התוצאה היא הנמכה מופרזת של רף הכניסה לתחום הסיוע הפלילי. זאת ועוד, אם אין דורשים תרומה ממשית (במישור העובדתי), מענישים למעשה גם את הניסיון לסייע (אף על פי שאין כל רמז בחוק או בדיניים שקדמו לו לעשות זאת), ואז מן הראוי, לפי המקובל אצלנו בניסיון, לדרוש יחס תכליתי דווקא.<sup>51</sup>

(3) פגיעה ברשות המחוקקת – על פרשנות ודמוקרטיה

לא למותר לציין גם כי כיבוד אמת של הדמוקרטיה משמיע מתן משקל למילות המחוקק, מנסח החוק, ואין לגרוס כי להשמטת נזילים שהופיעו בהצעת החוק אין משמעות פרשנית. וזאת, גם כאשר ניכר כי המחוקק טעה וכי סוכלה הוצאת רצונו האמתי אל הפועל. כיבוד משמיע התייחסות למחוקק כאל מי שניתן להטיל עליו אחריות למעשיו. ומכאן גם שפרשנות סובייקטיבית עשויה לגבור על פרשנות אובייקטיבית רק ככל שהמחוקק נתן ביטוי לרצונו בניסוח החוק, ולא במקרה שבו היא ניהנת לאיתור רק באמצעות עיון בפרוטוקולים של דיוני ועדות<sup>52</sup> (ולו רק משום שאין לגלגל על האזרח את מחירה, הכבד כל כך בעבורו, של שגיאה שיצאה מתחת ידי המחוקק). פעילות שיפוטית כזאת לוקה גם בכך שהיא תורמת לנרפות ולא-עשייה מצדו של המחוקק. אל לו לבית המשפט לחרוג מתחומו. בשמירה קפדנית על הפרדת כוחות וסמכויות מעודד בית המשפט וממריץ את המחוקק לקיים את אחריותו ולמלא כהלכה את תפקידו.

עמדה זו מקבלת משנה תוקף כאשר אין מדובר בסיכול מוחלט של כוונת המחוקק או של תכלית החוק, כפי שאירע בקשר לדין הסיוע; המטרה המרכזית של סעיף 31 היא ענישת הסיוע, ומטרה זו הוגשמה. רק היקף הענישות מצטמצם לעומת הראוי, צמצום שמרוכך על ידי הלכת הצפייה, ההופכת גם סיוע מתוך מודעות לאפשרות גרימת התוצאה בהסתברות קרובה לוודאות לעניש.<sup>53</sup>

50 וזיטיטה הראשונה דרשה סיוע משמעותי (substantial), והוציאה מגדרה התנהגויות מחדליות. ראו: *Model Penal Code and Commentaries (part 1)*, לעיל הערה 24, בעמ' 314-315. וכאמור לעיל, גם הצעת החוק לתיקון החלק הכללי של חוק העונשין ליוותה את ההסתפקות במודעות לסיוע בדרישת אפיון אובייקטיבי של היסוד העובדתי.

51 סעיף 25 לחוק העונשין קובע: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה..." (ההדגשה הוספה).

52 השוו: ברק, לעיל הערה 32.

53 סעיף 20(ב) לחוק העונשין.

## ב. דעת המיעוט

השופט אנגלרד אינו מצטרף לדעת הרוב באשר לפרשנות היסוד הנפשי. אמנם הוא סבור, כי היחס הנפשי הנדרש לגבי סיוע הוא רצון לסייע, וזאת מתוך עמידה ראויה על עקרון החוקיות בפלילים, אך לגבי היחס הנפשי הנדרש ביחס לביצוע העברה העיקרית, נדמה לנו שניתוחו לוקה בבלבול מושגים.

ראשית, השופט אנגלרד מזהה בין מחשבה פלילית ובין מטרה ובין כוונה כאשר הוא גורס כי "לגרסתם, פשוט הוא כי המחשבה הפלילית (המטרה-הכוונה) של המסייע צריכה לגעת לסיוע לעברה ולא לביצוע העבירה. לגבי האחרונה די במודעות"<sup>54</sup> (ההדגשה הוספה על ידינו). זאת, בניגוד להוראתו המפורשת של סעיף 20(א), שהיחס החפצי הוא רק חלק מן המחשבה הפלילית, ואשר יש לו מקום במסגרת עברות הכוללות יסוד עובדתי של תוצאה (אשר אליה בלבד הוא מתייחס). ועוד יש לציין כי המונח "מטרה", המשמש לשופט כמונח המקביל ל"כוונה", הוא מונח המשמש לתאר יחס חפצי של רצון כלפי יעד שאינו חלק מן היסודות העובדתיים של העברה.

אך ראוי יותר לתשומת לב הוא הבלבול בקשר ליסוד הנפשי של המסייע ביחס לביצוע העברה. השופט אנגלרד פותח בהצגת עמדת השופט לנדוי בעניין *אילוז ואליאס*<sup>55</sup> בסוגיה, ואומר: "יש הגורסים כי אמנם כן, המחשבה הפלילית של המסייע צריכה להתייחס לביצוע העבירה. אם ניישם רעיון זה בסיוע לרצח, הרי על המסייע לרצות בביצוע העבירה"<sup>56</sup>. באופן דומה הוא מוסיף וקובע בסופו של הדיון בהתייחסו לאותה עמדה: "במחלוקת זו, דעתי נוטה דווקא להשקפה הראשונה, והיא: כי מחשבתו הפלילית של המסייע צריכה להשתרע בעיקרון על ביצוע העבירה העיקרית"<sup>57</sup>. אין חולק כי המחשבה הפלילית של המסייע צריכה להתייחס גם לביצוע העיקרי של העברה. המחלוקת היא על טיב המחשבה הפלילית הזאת, ובמסגרתה השאלה הראשונה היא, האם המחשבה הפלילית של המסייע זהה למחשבה הפלילית של המבצע העיקרי או שונה ממנה. אם נקבל את העמדה כי מדובר במחשבה פלילית שונה, עולה שאלה שנייה, והיא מהו טיבה המיוחד של מחשבה פלילית שונה זו.

אשר לשאלה הראשונה, יש הגורסים כי יש להחיל על המסייע בדיוק את דרישות היחס הנפשי מן המבצע העיקרי של העברה. לאמור: אם העברה דורשת כוונה, נדרוש גם מן המסייע כוונה. אם העברה מסתפקת בכל צורה של מודעות, נסתפק גם בקלות דעת מצד המסייע.<sup>58</sup> אנו סבורים כי האבסורד אשר עולה מעמדה זו הוא בהתעלמותה מן השוני הנובע בהכרח מכך שהמבצע והמסייע אנשים שונים הם. שוני זה מביא לכך שמודעותו של המבצע (לכך שהוא עובד ציבור, למשל) אינה זהה למודעותו של המסייע (לכך שהמבצע הוא עובד ציבור, ולא לכך שהוא עצמו, המסייע, עובד ציבור, שכן אינו כזה).<sup>59</sup>

54 פסקה 14 לפסק דינו (הכוונה היא לגרסת פרופסור פלר ופרופסור קרמניצר).

55 ע"פ 552/68 *אילוז ואליאס נ' מ"י*, פ"ד כג(1) 377.

56 פסקה 12 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

57 פסקה 17 לפסק דינו.

58 עמדת השופט לנדוי בעניין *אילוז ואליאס*, לעיל הערה 55, בעמ' 389-390.

59 ראו: מ' קרמניצר "כוונת המסייע – כוונת המבצע?" *משפטים* ג 97.

מכאן ההכרח הלוגי להבחין בין היסודות הנפשיים של השניים כלפי ביצוע העברה, ומכאן גם השאלה השנייה: מהו היסוד הנפשי אשר ראוי לדרוש מן המסייע ביחסו לביצוע העברה; האם ראוי לדרוש כי המסייע ירצה בביצוע העברה (ואפילו העברה אינה דורשת כוונה), או בלשון אחרת, האם ראוי להחיל את דרישת הרצון החלה על עצם הסיוע גם על ביצוע העברה או שמא ניתן להסתפק במודעות שלו כלפי הביצוע? אפשרות ביניים היא לדרוש כוונה רק בעברות הדורשות כוונה מן המבצע, ולהימנע מלהציב למסייע דרישת יסוד נפשי חמורה מזו של המבצע.

היישום שמציג השופט אנגלרד לעברת הרצח הוא, אם כן, נכון לא רק לדידם של המחזיקים בעמדה שהמחשבה הפלילית של המסייע זהה לזו של המבצע.<sup>60</sup> הוא נכון גם אם נקבל את העמדה, שהמחשבה הפלילית של המסייע שונה מזו של המבצע, ומבחינת טיבה היא כוללת גם יחס חפצי של רצון שהעברה תבוצע.

התשובה לשאלה השנייה, לדידו של השופט אנגלרד, היא כי נדרש רצון שהעברה תבוצע על מנת להרשיע בסיוע. תשובה זו אינה עולה במפורש מן החוק (ובוודאי אינה נגזרת מן הגישה שהיסוד הנפשי של המסייע זוהי לזה של המבצע, ואף שונה ממנה – עמדה אחרונה כזו תנכיע הסתפקות ביסוד נפשי פחור מכוונה, כאשר זו הדרישה מן המבצע).

לדעתנו, יש גם בסיס לטענה כי התשובה אף אינה נגזרת מדרישת היחס החפצי כלפי הסיוע. רצון המסייע לסייע הוא רצון המותנה בתנאי של ביצוע העברה (אם העברה תבוצע, המסייע מעוניין כי פעולת הסיוע שלו תשתלב בביצוע). אמנם במקרה הטיפוסי, רצון לסייע מלווה ברצון שהעברה תבוצע, אולם ניתן להעלות על הדעת מצבים חריגים שבהם רצון כזה יכול להתקיים במקביל לחוסר רצון בהתקיימות התנאי, כלומר – בביצוע העברה. הרצון לסייע במקרה שהעברה תבוצע אינו משמיע רצון שאותו מקרה יארע. כל משמעותו עשויה להיות כי היה אם יקרה הבלתי רצוי, ותבוצע העברה, רוצה המסייע כי פעולת הסיוע שלו תשתלב באותו ביצוע.

ניסוח שאלת השופט: "וכי אדם המתכוון לסייע לביצוע עבירה אינו מתכוון גם כי סיועו יביא לביצועה?"<sup>61</sup> הוא ניסוח שגוי ומטעה, ככל הנראה לנו. שגוי – מכיוון שאין דין הסיוע דורש שמסייע ירצה שהסיוע יביא לביצוע העברה אלא שישתלב בביצוע. אדם מסייע גם כאשר ברור לו שהעברה תבוצע גם ללא הסיוע שלו. מטעה – כיוון שהרצון שהסיוע ישתלב בביצוע הוא למעשה הרצון לסייע, אשר לא אליו מתייחס הדיון, כי אם לרצון שהעברה תבוצע. קשה להסכים עם עמדת השופט, כי "אם באמת אפשר לתאר מציאות שבה יש הבדל כוונות מסוג זה [כוונה לסייע לעומת כוונה שהעברה תבוצע], הריני סובר כי עדיף שאדם שאינו מתכוון שסיועו יביא לביצוע העבירה לא ייתשב כמסייע לביצוע אותה העבירה". נדמה שאין ספק בצורך להרשיע בסיוע לדבר עברה את הנענה להפצרות אשתו לסייע לה (ואפילו הסיוע מתמצה, למשל, במחיל מלהוציא מביתם המשותף כלי נשק הנאגרים בו על ידי האישה), אף על פי שהיה מעדיף שהעברה לא תבוצע (בייחוד לאחר שעונשו של המסייע

60 אם כי אפשר שהוא מהווה, גם לדעתנו, יישום נכון, אף על פי שמבחינה הגיונית לא ניתן ליישם עמדה כזו ללא התאמה לשינויים המתחייבים, כפי שהוסבר. זאת ועוד, אם דורשים זהות ביסוד הנפשי בין

המסייע למבצע, יש לדרוש כוונה תזילה אצל המסייע, ואין להסתפק בכוונה בלבד.

61 פסקה 17 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

#### בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה

הופחת למחצית עונשו של המבצע, באופן שמלמד גם כי אשמתו וקלונו פחותים). ההצדקה להרשעה מקורה בכך שאדם כזה הציב את האינטרס הפרטי הצר שלו – הרצון לרצות את אשתו – מעל הערך החברתי המוגן על ידי הדין הפלילי, ובכך גילה עמדה אנטי-חברתית מובהקת.<sup>62</sup> התחושה החזקה מאוד שהתנהגות כזו ראויה לעונש היא שהביאה את שופטי הרוב לאקרויטיקה שיפוטית, כמעט "סלטה מורטליס", שכל תכליתה היא להבטיח ענישות כזו.

המקרה הקשה, שאליו מתייחסת פרופסור גור-אריה, ובו מי שבמהלך עסקיה הרגיל מוכרת לאחר מכשיר העלול לשמש לביצוע עברה, בעודה צופה אפשרות זו,<sup>63</sup> הוא מקרה שבו המסייעת מקווה, תקווה המעוגנת במציאות, שהעברה לא תבוצע. קלות הדעת, המוצמדת במשפטנו לכוונה ולאדישות במסגרת היסוד הנפשי של מודעות לאפשרות גרימת התוצאה, היא אכן חריגה מבחינת חומרתה (או נכון יותר: קלותה), ואפשר שנכון יותר היה להפרידה מן היסודות החפציים האחרים. עם זאת, קשה לטעון כי אין הצדקה ואין בסיס לענישת מי שסייעה בעודה מודעת לאפשרות התרחשות התוצאה, ואפילו קיוותה שהיא לא תתרחש, שכן היא נטלה סיכון מודע שבמעשיה תסייע לדבר עברה. ההשוואה שעורכת פרופסור גור-אריה בין מעשי הסיוע למעשי הכנה (על תכליותם) אינה משכנעת, שכן בשלב ההכנה הכול עדיין בידיה של המכינה, והיא יכולה לחרול מהגשמת מטרתה העבריינית ללא כל קושי. לעומת זאת, המסייעת מוסרת את גורל העברה ואת תרומתה לה בידי אחר. כמו כן, אין המסייעת נענשת רק על מעשיה שלה במנותק מן האירוע העברייני, אלא על תרומתה לביצוע, על השתלבות פעולתה המסייעת במעשה עברה של אחר, על כך שסייעה בידי אחר לבצע.

על כן נראה כי ניתן להסתפק במודעות ליסודות העברה ה"מסועת". עמדה זו אף עולה בקנה אחד עם הוראת הסיוע שהתקבלה במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, שלפיו היסוד הנפשי הנדרש בהיעדר הוראה מפורשת אחרת (וזה נעדרת בהוראת הסיוע לגבי היסוד הנפשי כלפי ביצוע העברה) הוא זה של מודעות.

השופט אנגלרד מסכים להחיל את הלכת הצפייה כתחליף לרצון שהעברה תבוצע.<sup>64</sup> עמדה זו מעמידה בספק את קביעתו הקודמת, כי עדיף שמי שלא התכוון שסיועו יביא לביצוע העברה לא יחשב כמסייע. אם מטילים אחריות פלילית על מסייע שחזה את ביצוע העברה כאפשרות קרובה לוודאי, מתקרבים מאוד להטלת אחריות גם על מי שראה אותה כאפשרות מסתברת מאוד (אף אם לא כקרובה לוודאי), ולא ברור שההבדל שאכן קיים בין שני היסודות הנפשיים הוא הבדל מכריע לעניינו. זאת, על רקע ההערכה שסיוע מתוך מודעות לאפשרות מסתברת שהעברה תבוצע טעון באנטי-חברתיות רבה ועל כן ראוי לו שיהיה עניש.

62 ראו גם: פלר, לעיל הערה 8, בעמ' 262: "אין זה אומר שהכרחי שהמסייע ישאף לכך שגם העבירה תבוצע, אפילו כאשר אין לו כל ספק שהיא תבוצע, או אפילו כאשר היא מתבצעת לנגד עיניו".

63 מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ב-1992" משפטים כד (תשנ"ד) 49-48. את עמדתה מביא השופט אנגלרד בפסקה 17 לפסק דינו.

64 פסקה 22 לפסק דינו.

---

מרדכי קרמניצר וליאת לבנון

### ג. סיכום

הוראת הסיוע הנה הוראה בעייתית ממילא. אין לערום עליה ליקויים נוספים, כגון ויתור על דרישת מקור חובה לסיוע במחדל. וכאשר לליקויים המצויים בניסוח היסוד הנפשי, נראה שלבית המשפט אין מנוס מלהסכין עוג קיומם, בגלל החשיבות העצומה של עקרון הפרשנות המילולית בפלילים. אין עיקרון זה זוכה ליחס הראוי לו מצד בית המשפט במקרים רבים בגלל גישה עקרונית לפרשנות, המעוצבת בראש ובראשונה על ידי הנשיא ברק. גישה זו מביאה להרחבת יתר של התחום הנליילי ולפגיעה בעקרון החוקיות. כל ניסיון ליישב את גישת הפרשנות התכליתית עם עקרון החוקיות – דינו לעלות בתוהו. עקרון החוקיות מתיישב אך ורק עם עקרון הפרשנות המילולית, ויש לקוות כי בית המשפט ישנה את גישתו ויאמצו.

### ד. לאחר הסיכום

בפסק דין שניתן לאחרונה מפי הנשיא ברק, באו דברים על תיקונם.<sup>65</sup> הלכת פוליאקוב בוטלה. נפסק כי היסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעה בסיוע הוא מטרה לסייע, וכי אין לדרוש כוונה של המסייע שהעברה תבוצע, גם אם כוונה כזו נדרשת מן המבצע העיקרי. ועל כך אין לנו אלא לברך.

65 ע"פ 320/99 פלנית נ' מ"י (ניחן ביום 15.2.01).