

סקירה

דיני עונשין – התפתחות ומגמות

מאת
רות קנאי*

- א. מבוא
- ב. חקיקה
 1. החוק למניעת הטרדה מינית
 2. חוק לא תעמוד על דם רעך
 3. עונשי מינימום בעבירות מין
- ג. דין-וחשבון של הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין
- ד. הפסיקה
 1. מבוא
 2. מרמה והפרת אמונים
(א) היסוד הנפשי בעבירה של מרמה והפרת אמונים
(ב) אי-מודעות כטעות במצב משפטי
(ג) סיכום
 3. צדדים לעבירה
(א) סף הכניסה לגדר מסייע
(ב) מבצע בצוותא ומסייע
(ג) האחריות ההדדית של הקושרים
(ד) האחריות של מבצעים המודעים לאפשרות שתבוצע עבירה נוספת
(ה) סיכום
4. הריגה וגרימת מוות ברשלנות

א. מבוא

רשימה זו הינה סקירה על התפתחות המשפט הפלילי בשנים תשנ"ז-תשנ"ח. ברור שלא ניתן לעמוד על כל ההתפתחויות שהיו במשפט הפלילי בשנים אלה, ובחרו נושאים

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראון. ברצוני להודות לחברי מערכת עיוני משפט, רוני פלג, רות לובן, אלכס וירין וכרמית שוורץ, שהערותיהם תרמו רבות להצגת הדברים.

שנראו לי חשובים במיוחד. השתדלתי להביא גם מעט מן ההתפתחויות בשנים תשנ"ט ואף תש"ס, במיוחד בפסיקה הנוגעת בנושאים שיידונו להלן.

החלק הראשון של הסקירה דן בקצרה בשלושה חוקים חדשים: החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998,¹ חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998,² וחוק העונשין (תיקון מס' 51), תשנ"ח-1998,³ הקובע עונשי מינימום בעבירות מין. לאחר-מכן סקרתי בקצרה את הדין והשבון של הוועדה הציבורית, בראשות שופט בית-המשפט העליון אליעזר גולדברג, לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין, שהוגש לשר המשפטים בראשית שנת תשנ"ח.⁴ דו"ח ועדת גולדברג נועד להיות צעד ראשון לקראת חקיקה בנושא חשוב זה.

הדגש בסקירה זו הושם בפסיקה, ועליכן אין בה דיון מעמיק בחידושי החקיקה. נושאים רבים וחשובים נידונו בפסיקה, ובחתי בשלושה מהם: העבירה של מרמה והפרת אמונים, סוגיות הקשורות באחריות של צדדים לעבירה וקביעת קו-הגבול בין הריגה וגרימת מוות ברשלנות. מהדיון בשלוש הסוגיות האלה ניתן ללמוד על הדרך שבה דן בית-המשפט בשאלה מרכזית של המשפט הפלילי, היא שאלת היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. הדרישה ליסוד נפשי סובייקטיבי – מחשבה פלילית בלשון חוק העונשין, תשל"ו-1977⁵ – מבטאת את החשיבות המיוחדת לעקרון האשמה.⁶ חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994,⁷ ביסס בחוק את הדרישה למחשבה פלילית כתנאי לאחריות פלילית. דרישה זו פורשה בסעיף 19 לחוק העונשין תוך הכרה בשני יוצאים מן הכלל: רשלנות ואחריות קפידה. גם הוראות נוספות בתיקון 39 מבססות את עקרון האשמה.⁸ אין צורך להכביר מילים על מרכזיותו של עקרון האשמה במשפט הפלילי. אסתפק באמירה קצרה על חשיבותו של עיקרון זה:

"The idea might best be termed *evaluative*, or *normative*: there *ought* to be no conviction without blame."⁹

- 1 ס"ח 166 (להלן: החוק למניעת הטרדה מינית).
- 2 ס"ח 245 (להלן: חוק לא תעמוד על דם רעך).
- 3 ס"ח 270 (להלן: תיקון 51).
- 4 דין וחשבון של הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (תשנ"ח) (להלן: דו"ח ועדת גולדברג).
- 5 ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).
- 6 ראו, למשל: A. Ashworth *Principles of Criminal Law* (Oxford, 2nd ed., 1995) 25-28, 151-155.
- 7 ס"ח 348 (להלן: תיקון 39).
- 8 ראו במיוחד ע' פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם – על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 87; מ' קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 109; מ' גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה – חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי) תשנ"ד-1994" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 129.
- 9 A.P. Simester & A.T.H. Smith "Criminalization and the Role of Theory" *Harm*

אולם גם עיקרון בסיסי זה אינו נשמר תמיד, ויש שהוא נפגע על-מנת להגשים תכליות אחרות של המשפט הפלילי.¹⁰

ב. חקיקה

בשנים הנסקרות כאן אין חידושים רבים בחקיקה הפלילית. כפי שנאמר, אסתפק באזכור שלושה חוקים חדשים.¹¹

1. החוק למניעת הטרדה מינית

חשוב וחידשני הוא החוק למניעת הטרדה מינית. חוק זה הוצע בשנת תשנ"ז על-ידי הוועדה לקידום מעמד האשה של הכנסת.¹² החוק יוצר שתי עבירות: הטרדה מינית והתנכלות מינית. סעיף 3(א) לחוק כולל שישה סעיפי-משנה המוגים מקרים של הטרדה מינית. שני המקרים הראשונים הם עבירות פליליות קיימות. השיבות מיוחדות יש בשלושת סעיפי-המשנה הבאים:

"(3) הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות;

(4) התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות;

10 *and Culpability* (A.P. Simester & A.T.H. Smith eds., Oxford, 1996) 1, 3 (ההדגשות במקור).

11 ראו: J.L. Diamond "The Myth of Morality and Fault in Criminal Law" 34 *Am. Crim. L. Rev.* (1996) 111. המחבר טוען כי למעשה, במקרים רבים, המשפט הפלילי מטיל אחריות ללא אשמה. המחבר דן, בין היתר, באחריות מוחלטת ובטעות במצב משפטי.

12 מלבדם נזכיר גם את החוק למניעת אלימות במשפחה (תיקון מס' 3), תשנ"ח-1997, ס"ח 15, המרחיב את סמכויות בית-המשפט במתן צווים לשם הגנה על קורבנות האלימות במשפחה, ואת חוק העונשין (תיקון מס' 52), תשנ"ח-1998, ס"ח 316, הכולל, בין היתר, עבירות הנוגעות בפרסום מידע על זנות ושירותי זנות, במיוחד שירותי זנות של קטינים, וכן עבירות של החזקה, פרסום והצגה של תועבה, ובמיוחד חומר תועבה שיש בו דמויות של קטינים. חקיקה נוספת נוגעת במעצרים ובבתי-סוהר: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה מעצרים) (תיקון), תשנ"ז-1997, ס"ח 116, וחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 17), תשנ"ח-1998, ס"ח 196. בהודש מאי 1997 נכנס לתוקפו חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח 338.

12 הצעת חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ז-1997, ה"ח 484.

(5) התייחסות מבוה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית;¹³

סעיף-קטן 6 דן בהטרדה מינית כאשר מתקיימים יחסי תלות בין המטריד והמוטרד. במקרים אלה אין צורך שהמוטרד יראה שאינו חפץ בהצעה או בהתייחסות המינית: " (6) הצעות או התייחסויות כאמור בפסקאות (3) או (4), המופנות למי מהמגויים בפסקאות המשנה (א) עד (ג), בנסיבות המפורטות בפסקאות משנה אלה, גם אם המוטריד לא הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות: (א) לקטין או לחסר ישע תוך ניצול יחסי מרות, תלות, חינוך או טיפול; (ב) למטופל במסגרת טיפול נפשי או רפואי תוך ניצול תלות של המטופל במטפל; (ג) לעובד במסגרת יחסי עבודה, ולאדם בשירות במסגרת שירות - תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות." ¹⁴

סעיף 3(ב) מגדיר התנכלות מינית כ"פגיעה מכל סוג שהוא שמקורה בהטרדה מינית, או בתלונה או בתביעה, שהוגשו על הטרדה מינית".
 סעיף 4 אוסר כל הטרדה והתנכלות מינית, וסעיף 5 קובע את העונשים על עבירות אלה. סעיף 6 של החוק קובע כי ההטרדה וההתנכלות יהיו עוולה אורחית. חלק ניכר מהחוק דן בהסדרים שימנעו הטרדה והתנכלות מינית בעבודה.¹⁵
 לא נעמוד כאן על חוק זה, הדורש דיון בפני עצמו.¹⁶ יצוין כי בשיטות משפט אחרות אין כמעט חקיקה המפלילה הטרדה מינית באופן כללי, אולם קיימת חקיקה האוסרת סוגים מסוימים של הטרדה מינית, וקיימת חקיקה האוסרת הטרדה, ובכללה גם הטרדה מינית.¹⁷
 ראוי להזכיר את ע"מ 6713/96 מ"י נ' בן אשר,¹⁸ שאף הוא ניתן בתקופה הנסקרת. פסקי-הדין ניתן לפני שנחקק החוק למניעת הטרדה מינית. בית-המשפט ראה בהתנהגות המשיב כלפי תלמידתו הטרדה מינית, וקבע כי בכך עבר המשיב, שהיה עובד המדינה, עבירת משמעת של התנהגות בלתי-הולמת. זכורה גם החלטתו של בית-המשפט העליון בבג"צ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי (טרם פורסם) למנוע הענקת דרגת אלוף

13 כך, למשל, העבירות הפליליות שנקבעו בסעיפים 3(א)3 ו-4(4) לחוק רחבות יותר כאשר מתקיימים יחסי עבודה בין המטריד והמוטרד, כפי שנקבע בסעיף 3(א)6 לחוק.
 14 להסבר רחב לרקע של החוק, למגמותיו ולחידושים שבו, ראו א' קמיר "איוז מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים כט (תשנ"ח) 317.
 15 ספרות רבה נכתבה על הטרדה ועל הטרדה מינית. לדיון בהפללה של הטרדה מינית, ראו: C.N. Baker "Sexual Extortion: Criminalization Quid Pro Quo Sexual Harassment" 13 *Law & Ineq. J.* (1994) 213. לחקיקה פלילית על הטרדה מינית, ראו: 11 Del. Code. Ann. §763(2). לחקיקה על הטרדה (ולאו דווקא מינית) באנגליה, ראו: Protection from Harassment Act, 1997, Ch. 40. תודתי לעו"ד לאה ויזל על עזרתה בסוגיה זו.
 16 פ"ד נב(1) 650.

לתת אלוף ניר גלילי בעקבות הרשעתו הקודמת בעבירת משמעת של התנהגות שאינה הולמת קצין. המדובר היה בקיום יחסים אינטימיים עם חיילת בשירות סדיר ששירתה תחת פיקודו. בשתי החלטות אלה מדובר בהטרדות נמשגרת של יחסים מיוחדים בין המטריד למטרדת, כאשר המטריד היה נתון לכללי משמעת, ומשום כך היה ניתן לנקוט באמצעים נגד המטריד עוד לפני חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית. בהחלטות אלה יש הכרה של בית המשפט העליון בפסול שבהטרדה מינית, ויש בהן התחלה של השרשת נורמות חברתיות האוסרות הטרדה מינית. מגמה זו עשויה להתחזק עם חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית.

חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית וההפלה של ההתנהגויות המוגדרות כהטרדה מינית מעוררות קודם-כל את השאלה אם היה מקום להפיל התנהגויות אלה, או שהיה ראוי להשאירן בתחום של עבירות המשמעת ובתחום של העוולות האזרחיות.

שאלות נוספות מתעוררות לגבי ההגדרות של העבירות החדשות. אסתפק כאן בהערה שהגדרת ההטרדה המינית אינה פשוטה, ונראה כי נכוננו לנו דיונים בפסיקה בדבר היקפה של העבירה והיסוד הנפשי הנדרש בה. הדברים אמורים במיוחד לגבי סעיף 3(5) לחוק, הדין בהתייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למינויותו, לרבות נטייתו המינית.¹⁷ כאן עשויות להתעורר שאלות בדבר המדר לקביעת ההתייחסות המבזה או המשפילה, מתי נאמר כי ההתייחסות מבזה ומשפילה? האם נבדוק זאת לפי תחושותיה של המוטרת? האם נשתמש במבחן של האדם הסביר? או שמא במבחן של האשה הסבירה?¹⁷

בלי קשר לבחירה בין החלופות הללו, מתעוררת השאלה מהו היסוד הנפשי הנדרש כאן. סעיף 3(5) – כמו גם שני סעיפי המשנה הקודמים – אינו אומר דבר על היסוד הנפשי. מכוח סעיף 19 לחוק העונשין¹⁸ נדרשת מחשבה פלילית, רהינינו: מודעות לכל היסודות העובדתיים של העבירה. ניתן לטעון כי הנאשם חייב להיות מודע לכך שדבריו מבזים או משפילים. מודעות זו כוללת כמובן גם מקרים שבהם חשד הנאשם שהתייחסותו מבזה או משפילה.¹⁹ מכאן, אם לא חשד הנאשם בכך ולא היה ער לכך שהתייחסותו משפילה או מבזה, לא יהיה ניתן להרשיעו בעבירה על סעיף זה גם אם הקורבן הוטד וגם אם אדם סביר היה חושד בכך. דרך אחרת לפרש את הסעיף תהיה לומר שהקביעה אם ההתייחסות משפילה או מבזה היא קביעה נורמטיבית הנעשית על-ידי בית המשפט. במקרה כזה נמשיך ונאמר שגם אם לא היה הנאשם מודע לכך שהתייחסותו מבזה או

17 ראו ד' ברק-ארו "האשה הסבירה" פלילים 1 (תשנ"ח) 115.

18 סעיף 19 לחוק העונשין קובע: "אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם (1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או (2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה." סעיף 20 לחוק העונשין ממשיך ומבאר מהי מחשבה פלילית: "(א) מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות, ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה..."

19 סעיף 20(ג) לחוק העונשין קובע: "לענין סעיף זה – (1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם;"

משפילה, אין לזכותו, ולא נדרש שיהיה מודע לכך. טעותו אינה טעות במצב־דברים, אלא טעות במצב משפטי, והיא תהווה הגנה רק אם היתה בלתי־נמנעת באורח סביר.²⁰ בשאלות אלה של הבחנה בין טעות במצב־דברים לטעות במצב משפטי ארון בהמשך הסקירה, בדיון בפסיקה בקשר לעבירה של מרמה והפרת אמונים.²¹

2. חוק לא תעמוד על דם רעך

חוק לא תעמוד על דם רעך קובע חובת הצלה והושטת עזרה. ייחודו של חוק זה הוא בכך שהוא יוצר עבירה כללית של מחדל בהושטת עזרה. עד לחקיקת חוק זה לא היתה חובה כללית כזו. חובת השטת עזרה התקיימה רק כאשר התקיים קשר מיוחד בין המציל לניצול. כך, למשל, נקבעה חובה על נוהג רכב המעורב בתאונה להגיש עזרה לאדם שנפגע בתאונה.²² מצב זה תואר על־ידי השופט לזין בע"פ 119/93 לורנס נ' מ"י:²³

"אמת, נכון הדבר – חובה כללית של הצלה אין בשיטתנו. 'חוק השומרוני הטוב' לא קיים. אך ישנם 'איים' של חובות הצלה, חובות סטטוטוריות – וכן כאלה שבית המשפט יכול וראוי שייצור..."²⁴

סעיפים 322–326 לחוק העונשין יוצרים חובות של אחריות לשלום אדם, אך אינם יוצרים עבירות. החובות שנקבעו בסעיפים אלה מבטאות את הקשר המיוחד בין החייב לאלה שבשלומם הוא חייב. חובות אלה יהיו בסיס לחיוב במחדל בעבירות שונות, והן יוצרות "איים" של חובת הצלה.²⁵

סעיף 1(א) לחוק קובע:

"חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לגנד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל־ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו."

20 סעיף 34 לחוק העונשין קובע: "לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה כלתי נמנעת באורח סביר."

21 ראו להלן, פרק ד.2.

22 סעיף 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א–1961, נ"ח 173 ולהלן: פקודת התעבורה, ותקנה 146 לתקנות התעבורה, תשכ"א–1961, ק"ת 1425.

23 פ"ד מח(4) 1.

24 שם, בע' 30. לדיון בעניין זה ראו גם ד' סטטמן "לא תעמוד על דם רעך" מחובת הזהירות לחובת 'השומרוני הטוב' מחקדי משפט טו (תשנ"ט) 89. למאמרים נוספים ראו סטטמן, שם, הערה 8.

25 למשל, סעיף 323 לחוק העונשין קובע חובה על הורה או אחראי לקטין לספק את צרכי מחייתו של הקטין ולדאוג לבריאותו. הורה שלא קיים חובה זו אחראי לעבירת המתה בהתאם ליסוד הנפשי שהיה לו אם הקטין מת כתוצאה ממחדלו.

החובה המוטלת כאן היא חובה של "הצלה קלה"²⁶ בלבד. כלומר, היא אינה חלה כאשר ההצלה מסכנת את המציל או את זולתו. יתר עלי-כן, לפי סעיף 1(ב) לחוק, הודעה לרשויות או לאדם אחר היכול להגיש עזרה כמוה כהגשת עזרה.

כידוע, נושא זה של חובת הצלה שנוי במחלוקת זה שנים. המשפט העברי הכיר בחובה זו, ושם החוק נלקח מהמשפט העברי.²⁷ החובה מוכרת גם במדינות רבות במשפט הקונטיננטלי, אך לא היתה מוכרת במשפט האנגלוסקסי.²⁸ החובה שנקבעה בחוק מצומצמת למדי. בעוד שבהצעת החוק הוצע לקבוע עונש מאסר של שישה חודשים למי שאינו עומד בחובת ההצלה,²⁹ החוק קובע עונש של קנס בלבד. ניתן לראות בכך מעין פשרה בין השיטות, וחשש לקבוע עבירה הגוררת עונש מאסר כשמדובר בחובת הצלה כללית. נראה כי רק מקרים קיצוניים של אי-הגשת עזרה יילכדו ברשת החוק. אפשר שהמחוקק ביקש לצעוד רק צעד ראשון לקראת השרשת נורמה של עזרה לזולת.³⁰ ספק בעיני אם הדבר יצלח כאשר החובה מצומצמת והעונש הוא קנס בלבד.

3. עונשי מינימום בעבירות מין

תיקון 51 קובע עונשי מינימום לכמה עבירות מין, והוא מוסיף לחוק העונשין את סעיף 355. סעיף זה קובע שכאשר הורשע אדם בעבירות המפורטות בו, שהן עבירות המין החמורות (אינוס והמקרים החמורים של מעשים מגונים), יוטל עליו עונש מוערי של רבע מהעונש שנקבע לעבירה.³¹ למשל, בעבירה של אינוס (ללא נסיבות מחמירות) העונש

26 סטטמן, לעיל הערה 24, בע' 107.

27 ראו א' בן שלמה "החובה להציל נפשות" הפרקליט לט (תש"ן) 414; וכן:

A. Kirschenbaum "The 'Good Samaritan' and Jewish Law" 7 *Dine Israel* (1976) 7.

28 לחובה זו במשפט הקונטיננטלי ובמשפט האנגלוסקסי ראו: M.L. Menlowe &

A. McCall Smith *The Duty to Rescue – The Jurisprudence of Aid* (Cambridge,

D.B. Yeager "A Radical Community of Aid: A Rejoinder to Opponents of Affirmative Duties to

Help Strangers" 71 *Wash. Univer. L. Q.* (1993) 1.

29 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 47) (לא תעמוד על דם רעך), תשנ"ה-1995, ה"ח 456.

30 שימו-לב שהצעת החוק היא משנת תשנ"ה, בעוד החוק הוא משנת תשנ"ח. עיכוב גדול

חל בהבאת הצעת החוק לקריאות שנייה ושלישית. זמן קצר לפני שהובאה הצעת החוק

לקריאות שנייה ושלישית התפרסם מקרה שאירע בירושלים, ובו נפטר אדם לאחר שהלך

ברחובות ירושלים מרחק של כמה קילומטרים כשהוא שותת דם, ואיש לא בא לעזרתו.

מקרה זה שימש זרו לחקיקת החוק, והוא נזכר בדבריו של חבר הכנסת בני אלון, ד"כ

(תשנ"ח) 8347.

31 וזו לשון סעיף 355: "עונש מוערי. הורשע אדם בעבירה לפי סעיפים 345, 348(א) או (ב),

או 351(א), (ב) או (ג) או (2), לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה

עבירה, אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו."

המרבי הוא שש־עשרה שנות מאסר (סעיף 345א) לחוק העונשין, והעונש המזערי יהיה ארבע שנות מאסר. הסיפא של סעיף 355 מסמיך את בית־המשפט לקבוע עונש קל יותר מהעונש המזערי, לפי שיקול־דעתו, ובלבד שיש טעמים מיוחדים המצדיקים זאת. טעמים אלה חייב השופט לפרט בגור־דינו.

לכאורה נראה כי חקיקת תיקון 51 היא סיוס של מאבק מתמשך של שזולת הנשים וארגונים נוספים, ובראשם חברת הכנסת יעל דיין, לחקיקת עונשי מינימום בעבירות מין.³² אולם רק הפעלת תיקון 51 הלכה למעשה תלמדנו אם אכן הסתיים המאבק. תיקון 51 יפעל כמובן רק על עבירות שנעברו לאחר חקיקתו,³³ ולכן אין לנו עדיין פסיקה בנדון.

לגופו של עניין יש להעיר כי ספק אם היה צורך בסיפא של סעיף 355, המאפשר הקלה בעונש. יש להניח כי המציעים רצו לרכז את ההתנגדות לקביעת עונשי מינימום על־ידי הסיפא. מכל מקום, נראה כי די בסעיף 355 לחוק העונשין כדי לאפשר הקלה בעונש. סעיף 355א(א) קובע:

"הורשע אדם בעבירה שדינה עונש חובה, ניתן להטיל עליו עונש קל מעונש החובה הקבוע לעבירה, אם העבירה נעברה בנסיבות מקלות מיוחדות שיפורשו בגור הדין."³⁴

הסיפא של סעיף 355 עלול להביא לידי פסיקה מיותרת, כאשר יעלו טענות להשוואה בין הסיפא לסעיף 355. עם זאת יש מקום לומר שהנוסח של הסיפא רחב יותר מהנוסח של סעיף 355. סעיף 355 מאפשר הקלה בעונש כאשר העבירה נעברה בנסיבות מקילות. הדגש מושם בנסיבות העבירה, ואפשר לומר שהסיפא של סעיף 355 מאפשר גם התחשבות בנסיבות הקשורות בעבריו.

הערה שנייה חשובה יותר. סעיף 355 אינו מונע הטלת מאסר על־תנאי. ראינו כי לפי סעיף זה, העונש המזערי בעבירת אינוס הוא ארבע שנות מאסר, אך הן יכולות להיות על־תנאי, כולן או חלקן. הפסיקה בעניין זה ברורה, וראשיתה בקביעה שחודש המאסר בעבירה של תקיפת שוטרים יכול להינתן על־תנאי.³⁵ כאשר המחוקק מבקש למנוע הטלת מאסר על־תנאי, הוא אומר זאת במפורש, למשל בסעיף 207 לחוק העונשין או בסעיף 64א לפקודת התעבורה.³⁶ יודגש כי לפי נוסחו של סעיף 355, הטלת עונש של מאסר על־תנאי אינה דורשת טעמים מיוחדים והנמקה. יש להניח כי המצדדים בהקיקה של עונשי מינימום

32 הצעת־החוק בעניין זה הוגשה כהצעת־חוק פרטית של חברי הכנסת מטעם ועדת חוקה, חוק ומשפט, דדי צוקר ויעל דיין – הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 57) (ענישה בעבירות מין), תשנ"ו–1996, ה"ח 606.

33 סעיף 3(א) לחוק העונשין.

34 עונש חובה כולל גם עונש מזערי. ראו רע"פ 7/87 סינאוני נ' מ"י, פ"ד מג(1) 527.

35 ע"פ 10/54 אל טהה נ' הי"מ, פ"ד ט(1) 88; ע"פ 26/55 שקדגי נ' הי"מ, פ"ד ט(1) 378.

36 והשוו לסעיף 62א לפקודת התעבורה, הקובע: "בקבעה בפקודה זו לגבי העבירה שעליה הורשע הנאשם מאסר לתקופת מינימום, ובית המשפט החליט שלא להטיל מאסר בפועל, יפרש בפסק הדין את הנימוקים להחלטתו זאת."

בעבירות מין לא היו מסתפקים בעונש של מאסר על-תנאי, וכוונתם היתה לעונש מזערי של ארבע שנות מאסר בפועל בעבירת האינוס. השאלה החשובה והמרכזית בסוגיה זו של עונשי מינימום היא אם אכן קביעה של עונשי מינימום היא הדרך הראויה להבניית שיקול-הדעת של השופט בקביעת העונש. לשאלה זו נפנה עתה.

ג. דין-חשבון של הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין

בראשית שנת תשנ"ח הוגש לשר המשפטים דו"ח ועדת גולדברג, ועדה זו הוקמה על רקע הקריאה לקביעת עונשי מינימום בעבירות מין, אך תפקידה לא הוגבל לעבירות מין, והוטל עליה לבדוק אם יש צורך בהבניה של שיקול-הדעת של השופט בקביעת העונש ולקבוע מהי הדרך הנאותה להבנות את שיקול-הדעת. הוועדה הגיעה להסכמה באשר לצורך בהבניית שיקול-הדעת של השופט בגזירת הדין. הדעות היו חלוקות באשר לקביעת הדרך הנאותה ובאשר למידת ההבניה. עו"ד י" גולן כתב דעת יחיד, חמישה חברים היו בדעת מיעוט ועשרה חברים, ובראשם יושב-ראש הוועדה, כתבו את דעת הרוב.³⁷ דעת המיעוט הציעה חקיקה מפורטת של דרכי הענישה והוראות מפורטות לקביעת העונש. דעת המיעוט קוראת גם לקביעת עונשי מינימום. הצעת המיעוט מסתמכת על הצעת-החוק שהציעו פרופסור פלר ופרופסור קרמניצר בשנת תשמ"ד, תוך הכנסת שינויים ותוספות.³⁸

בהצעת הרוב אין מקום לעונשי מינימום, והיא מבקשת להדריך ולכוון את שיקול-הדעת של השופט על-ידי קביעה של עקרונות-יסוד בקביעת העונש. קביעת האיוון בין שיקולי הענישה ונתינת משקל מכריע לדרישה שחומרת העונש תהלום את חומרת העבירה הן הציר המרכזי בהצעת הרוב. איוון זה כולל גם את האפשרות להקל בעונש מטעמי שיקום ולהחמיר בעונש על-מנת להגן על הציבור מפני עבריינות נוספת של הנאשם. יש בהצעה הוראות לקביעת העונש ההולם, והוראות באשר לאפשרות הסטייה ממנו – לקולה מטעמי שיקום ולחומרה להגנה על הציבור. ההצעה מדברת על מתתם של עונש הולם, ולא על עונש הולם. חומרת העבירה קובעת מרווח של ענישה כאשר מרווח זה נחשב להולם את חומרת העבירה. לשם קביעת חומרתה של העבירה מציע הרוב שהמחוקק יקים ועדה שתקבע עונשי-מוצא לעבירות שונות.³⁹ עונשי-מוצא אלה יהלמו את חומרת העבירה

37 להסבר על דעת הרוב בוועדה – שגם אני נמנית עימה – ולתמיכה ולביסוס עמדה זו, ראו ר' קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש: בעקבות דו"ח ועדת גולדברג" מחקרי משפט טו (תשנ"ט) 147.

38 ש"ז פלר ומ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד (תשמ"ד) 127.

39 הצעת הרוב יכולה לעמוד גם ללא קביעת עונשי-מוצא. ראו דברי ההסבר להצעת הרוב בדו"ח הוועדה, לעיל הערה 4, בע' 14.

במופשט, דהיינו: את המקרה הטיפוסי. השופט הוא אשר יקבע את חומרת העבירה בנסיבות הקונקרטיות שלה ואת העונש ההולם חומרה זו. לקביעת החומרה של המקרה הקונקרטי יש בהצעה רשימה של נסיבות מהמירות ומקילות שעל השופט לשקול אותן. כן יש בהצעה רשימה נוספת של נסיבות מהמירות ומקילות שאינן קובעות את חומרת העבירה, אך יש בהן כדי לקבוע את חומרת העונש בתוך המתחם של העונש ההולם. כאמור, ההצעה קובעת גם הוראות באשר למתן עונש קל יותר או חמור יותר מהעונש ההולם. יש בהצעה גם מספר קטן של הוראות הנוגעות בדרכי הענישה. הוראות אלה נובעות מהעקרונות דלעיל.

לאחר הגשת הדו"ח של ועדת גולדברג, נחקק תיקון 51. סביר להניח כי עתה יעלה הדו"ח אבק, אין עתה מי שידחוף להבניה של שיקול-הדעת של השופט בענישה. לטעמי, זו תוצאה מצערת. הצורך בהבניה של שיקול-הדעת של השופט בקביעת העונש – שעליו הסכימו כל חברי הוועדה – אינו מיוחד לעבירות מין. דומה כי התקווה היחידה, למי שהפץ בהסדרת תחום הענישה, היא בכך שכאשר יופעל תיקון 51, יתגלו בעיות – כגון אלה שהזכרנו קודם – ויובהר שיש מקום להסדרה כללית של קביעת העונש.

ד. הפסיקה

1. מבוא

נביא כאן שלוש סוגיות שבהן דנה הפסיקה שלנו בשאלות הנוגעות במחשבה הפלילית ובעקרון האשמה. הסוגיה הראשונה נוגעת בעבירה של מרמה והפרת אמונים. בסוגיה זו הפסיקה נותנת משמעות רחבה לדרישת המחשבה הפלילית, וכך מגיעה לזיכויים של נאשמים. נראה כי השמירה על עקרון האשמה היא שעומדת מאחורי גישה זו. מאידך גיסא, בסוגיות הנוגעות בצדדים לעבירה, ובמיוחד בסוגיה של האחריות הנגדרת של השותפים לעבירה, הפסיקה מרחיבה את האחריות תוך פגיעה מסוימת בעקרון האשמה ובמגמותיו של המחוקק בתיקון 39.

הסוגיה השלישית נוגעת בקביעת ההיקף של עבירת ההריגה וקו-הגבול בין המתה מתוך מחשבה פלילית לבין המתה מתוך רשלנות. נראה כי בתחום זה ניכרת אצל חלק משופטי בית-המשפט העליון נטייה להרחיב במקצת את התחום של עבירת ההריגה על-ידי שימוש בחוקה, ובאופן זה לפגוע מעט בדרישה למחשבה פלילית.

2. מרמה והפרת אמונים

בתקופה הנסקרת נידונו כמה אנשי-ציבור על עבירה של מרמה והפרת אמונים, בניגוד לסעיף 284 לחוק העונשין. סעיף זה קובע: "עובר הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים."

ברוב המקרים בהם הוגש כתב-אישום נגד אנשי-ציבור בגין עבירה זו הכיל כתב-אישום גם אישום בעבירה של שוחד. רבים מאוד מאישימום אלה הסתיימו בזיכוי. הויכוי לא נבע מכך שלא הוכח היסוד העובדתי של העבירה; אדרבא, נמצא כי היסודות העובדתיים של העבירה התקיימו.⁴⁰ הזיכויים נבעו מכך שלא הוכח היסוד הנפשי של העבירה. סוגיה זו מהווה איפוא דוגמה לכך שהפסיקה שמרה על עקרון האשמה, והקפידה, למרות ביקורת ציבורית, לא להרשיע אישי-ציבור שהפרו אמונים ופגעו בציבור כאשר מעשיהם לא היו פליליים בשל היעדר אשמה. הפסיקה הגיעה לתוצאה זו בקובעה שלא התקיים אצל הנאשמים היסוד הנפשי.

(א) היסוד הנפשי בעבירה של מרמה והפרת אמונים

בע"פ 5046/93 מ"י נ' הוכמן⁴¹ הואשם ראש העיר של אילת בעבירה הנידונה לאחר שנסע עם אשתו ליפן והשתתף שם בכנס שערכה חברה יפנית שהיו לה עסקים והשקעות באילת. הנסיעה והאירוח של בני-הזוג היו על-חשבון החברה. לא היתה מחלוקת שההשתתפות של הנאשם וגם של אשתו בכנס היתה מיועדת לקדם את ענייני העירייה. מאידך גיסא, הוסכם גם שמפעם לפעם היתה העירייה צריכה לקבל החלטות בענייניה של החברה היפנית ובניהול עסקיה באילת, כך שהיתה אפשרות שהנאשם ייקלע למצב של ניגוד אינטרסים. עליכן מצא בית-המשפט העליון שהיתה בעובדות המקרה משום הפרת אמונים. השאלה שהתעוררה היא אם היה לנאשם יסוד נפשי כנדרש בעבירה, כלומר, אם היה מודע לכל היסודות העובדתיים של העבירה. בית-המשפט מצא שהנאשם לא היה מודע לכך שיש במעשהו משום הפרת אמונים, ולכן זכה אותו. הכסיס לקביעה זו הוא שהנאשם הביא את העניין לפני מועצת העירייה, שם נידונה גם האפשרות שהעירייה תישא בהוצאות, והתקבלה החלטה להסכים למימון הוצאות הנסיעה של הנאשם על-ידי החברה. יתר-על-כן, הנאשם פנה לממונה על המחוז, והלה אמר לו שחבל על כספי העירייה, והוא יכול לנסוע על-חשבון החברה היפנית. על רקע זה קבע בית-המשפט כי הנאשם לא היה מודע לכך שיש במעשיו משום הפרת אמונים.

מהו היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של מרמה והפרת אמונים? מכוח סעיף 19 לחוק העונשין נדרשת כאן מחשבה פלילית. לפי סעיף 20 לחוק העונשין, המשמעות של המחשבה הפלילית היא דרישת מודעות לכל יסודות העבירה. דהיינו, על הנאשם להיות מודע לכך שהוא עובר הציבור, הפועל במילוי תפקידו; עליו להיות מודע למעשים שהוא עושה ולהיותם בעלי פוטנציאל של פגיעה בציבור. אומנם, בע"פ 884/80 מ"י נ' גרוסמן,⁴² שבו נדון בהמשך, פירש השופט ברק את העבירה כעבירה תוצאתית, אך כבר הראה פרופסור קרמניצר שמדובר בעבירה התנהגותית.⁴³

40 יוצא מן הכלל הוא ע"פ 3954/94 מ"י נ' לב, פ"ד נא(2) 529, בעניין ראש עיריית פתח-תקה, שבו נקבע כי לא הוכח היסוד העובדתי של הפרת אמונים.
 41 פ"ד ג(1) 2 (להלן: עניין הוכמן).
 42 פ"ד לו(1) 405 (להלן: עניין גרוסמן).
 43 מ' קרמניצר "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל

האם משמעות הדרישה של מודעות ליסודות העובדתיים של העבירה היא אכן מודעות להיות המעשה מעשה של הפרת אמונים? האם לא די שהנאשם מודע לכך שהוא נוסע על-השבון החברה היפנית, שלחברה זו יש עסקים באילת, שבתוקף תפקידו הוא עתיד לדון בענייניה של החברה? לכל העובדות הללו היה ראש העיר מודע. הוא לא היה מודע למשמעות המשפטית של העובדות, אך מודעות זו אינה חלק מדרישת היסוד הנפשי.⁴⁴ פסק-הדין המנחה בסוגיה זו הוא בעניין גרוסמן. מדובר בסגן מנהל מינהל המלוות בבנק ישראל, שרכש אגרות-חוב בניגוד למדיניות של הבנק. השופט ברק (כתוארו דאז), בדונו במחשבה הפלילית הנדרשת בעבירה זו, פסק:

”מחשבה פלילית זו, משמעותה בעבירות מהסוג שלפנינו, מודעות בפועל לטיב הפיזי של ההתנהגות, לקיום הנסיבות הרלוואנטיות ולאפשרות גרימת התוצאה הרלוואנטית.”

ובהמשך:

”על התביעה להוכיח, כי הנאשם היה מודע לכך, שהוא עובד ציבור, הפועל במילוי תפקידו; כי הוא היה מודע לכך, שפעולתו מהווה הפרת אמונים, וכי הוא היה מודע לאפשרות של גרימת פגיעה בציבור.”⁴⁵

אף שתחילה השופט ברק מדבר על ”הטיב הפיסי של ההתנהגות”, בהמשך הוא אומר שהמודעות היא לכך שהפעולה ”מהווה הפרת אמונים”. מאז הפסיקה נדרשת לשאלה אם היה הנאשם מודע לכך שפעולתו מהווה הפרת אמונים. הפסיקה בוחנת גם את השאלה מהי ההתנהגות המהווה הפרת אמונים. שאלה זו נידונה בפסיקה גם בעניין גרוסמן וגם בפרשיות אחרות, והדיון בה הוא חלק מהדיון בקיום הרכיב העובדתי של העבירה. הפסיקה מונה סטנדרטים אחדים שאי-שמירתם מהווה הפרת אמונים. למשל: עובד-ציבור המעמיד עצמו במצב של ניגוד אינטרסים; או עובד-ציבור הפועל בדרך הנוגדת את התנאים שעל-פיהם עליו למלא את תפקידו הציבורי.⁴⁶ כבר בפסק-הדין בעניין גרוסמן בולט שבית-המשפט נקרא למלא בתוכן את הרכיב

המחשבה הפלילית” משפטים יג (תשמ"ג) 275. גישה זו התקבלה גם בפסיקה. ראו, למשל, דבריו של השופט גולדברג בע"פ 4148/96 מ"י נ' גנות, פ"ד (5) 367, 386 (להלן: עניין גנות).

44 ראו סעיף 2.02(9) ל: Model Penal Code, The American Law Institute *Model Penal Code Proposed Official Draft* (Philadelphia, 1962) 22, הקובע במפורש שמודעות לכך שהתנהגות מהווה עבירה אינה יסוד עובדתי של אותה עבירה.

45 לעיל הערה 42, בע' 420.

46 שני אלה הוזכרו בעניין גרוסמן, שם, בע' 416-417. וראו ק' מן "אייזר כמרכיב באחריות פלילית בעבירות שיש בהן הפרת נאמנות" עיוני משפט י (תשמ"ד) 505; המחבר מונה רכיבים מספר של הפרת אמונים, ולדעתו, אי-יושר הוא אחד הרכיבים של עבירה זו.

העובדתי של העבירה על-ידי קביעת הסטנדרטים להתנהגות עובד-הציבור שהפרתם פוגעת באמון הציבור. במילוי תפקיד זה, בית-המשפט נקרא לתת את דעתו על ההבחנה בין התנהגות פלילית להתנהגות הפגומה רק מבחינה אסתטית ואתית. בית-המשפט מודע לכך שבקביעת המשמעות של הפרת אמונים הוא קובע נורמות, והוא אף מזכיר את הקושי שבקביעת נורמות והטלתן למפרע.⁴⁷ לפנינו אם-כן רכיב עובדתי שאינו פיסיו בלבד, אלא שהגדרתו טעונה קביעות נורמטיביות.

הפסיקה הלכה בעקבות פסק-הדין בעניין גרוסמן, ולאורך כל השנים נבדקה השאלה אם היה הנאשם מודע לכך שפעולתו מהווה הפרת אמונים. בדרך זו הלכה הפסיקה גם בתקופה הנסקרת, ובמקרים מספר זוכו איש-הציבור משום שלא הוכח כי היו מודעים לכך שפעולתם מהווה הפרת אמונים.⁴⁸

בריקה של הפסיקה מראה כי בחלק מאותם מקרים אכן לא הוכחה מודעות לטיב הפיסיו של ההתנהגות. כך, למשל, בעניין דיניץ, דיניץ הואשם שבעת ששימש יושב-ראש הסוכנות היהודית, השתמש בכרטיס-האשראי שניתן לו בסוכנות להוצאות פרטיות. הסוכנות שילמה את כל החשבונות של כרטיס-האשראי. דיניץ טען שלא היה מודע לכך שלא גערה התחשבות, ושהסוכנות שילמה את הוצאותיו האישיות בלי לחייב אותה. לדעת הרוב, לא הוכח כי דיניץ היה מודע לכך שהסוכנות תשלם את כל הקניות באחד מכרטיס-האשראי שלו.⁴⁹ אולם בחלק מהמקרים, והכולט שבהם הוא עניין הוכמן, ברור שהיתה לנאשם מודעות לכל העובדות, אך לא לכך שהן מהוות הפרת אמונים. גם בעניין גרוסמן היה המשיב מודע לכל העובדות, אך לא היה מודע לכך שפעולתו מהווה הפרת אמונים.

הזיכוי של הוכמן נבע מכך שהשופטים סברו שאין מקום לייחס לו אשמה. חוסר הרצון להרשיע את הוכמן התבסס על כך שהוכמן סבר שמעשיו כשרים. תחושה זו נבעה מן ההחלטה של מועצת העירייה בעניין מימון נסיעתו, ומתשובתו של הממונה על המחוז, שהשיב לשאלתו של הנאשם בעניין ואמר שהוא יכול לנסוע על-השבון החברה וכך לחסוך כספים לעירייה. הזיכוי של איש-הציבור מהעבירה של הפרת אמונים, גם כאשר נמצא שהתקיים היסוד העובדתי של העבירה, מקורו בשמירה על עקרון האשמה. בתי-המשפט אינם מוכנים להרשיע כאשר נראה להם שלנאשמים אין אשמה. אשמה דורשת מודעות, וכאשר אין מודעות, יזוכה הנאשם אף אם היתה במעשיו משום הפרת אמונים. אולם זיכוי זה בשל חוסר מודעות, כאשר היעדר המודעות אינו לגבי העובדות עצמן, אלא לגבי המשמעות המשפטית שלהן, הוא מסוכן. הוא פוגע באכיפת החוק. הוא פוגם בהשלטה של נורמות התנהגות הנחשבות לראויות בעיני בית-המשפט. דרישת מודעות לכך שהמעשה מהווה הפרת אמונים יוצרת מצב לפיו ההרשעה תלויה בשיקול הערכי של הנאשם. יתר

47 לעיל הערה 42, בע' 416.

48 ראו, למשל, עניין הוכמן, לעיל הערה 41; עניין גנות, לעיל הערה 43; ע"פ 4336/96 מ"י נ' דיניץ, פ"ד נא(5) 97 (להלן: עניין דיניץ).

49 השופטת דורנר סבורה, בדעת מיעוט, כי המשיב, דיניץ, היה מודע לעובדות.

על-כן, ככל שהשיקול הערכי של הנאשם פגום יותר, כן מרובים סיכוייו לצאת זכאי בדיון.⁵⁰

(ב) אי-מודעות כטעות במצב משפטי⁵¹

טעות במצב משפטי אינה מהווה סייג לאחריות פלילית. עד לחקיקתו של תיקון 39 היתה זו הוראה בלתי-מסויגת.⁵² למן תיקון 39, טעות שהינה בלתי-נמנעת באורח סביר מהווה סייג לאחריות פלילית.⁵³ טעותו של הוכמן היא טעות במצב המשפטי. לאור דבריו של הממונה על המחוז, היתה טעות זו בלתי-נמנעת באורח סביר, ולכן היה מקום לזכותו. הסיפא של סעיף 34 לחוק העונשין, המספק הגנה כאשר הטעות במצב המשפטי היתה בלתי-נמנעת באורח סביר, נועד לשמור על עקרון האשמה מבלי לדון בשאלת ההצדקה לכלל, לפיו טעות במצב משפטי אינה מהווה הגנה, ניתן להסכים כי יש מקרים בהם אי-ידיעת הדין שוללת את האשמה, ולפחות מפתחה אותה מאור.⁵⁴ כאשר החוק עצמו אינו נותן הנחיה ברורה באשר למותר ואסור, וכאשר הנאשם ניסה לברר מה מותר ומה אסור, טעותו שוללת את אשמתו. על סיטואציה דומה אומר Ashworth:

50 ראו והשוו לדבריו של פרופסור קרמניצר בדיון שנערך באוניברסיטת חיפה לאחר פרשת בר-יאון בנספה למאמרו של פרופסור זאב סגל. ז' סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק עם פרשת בר-יאון ובעקבותיה – על העמדת אישי-ציבור לדין פלילי" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 587, 665.

51 שאלת היחס בין היעדר מודעות לטעות במצב משפטי בעבירה של מרמה והפרת אמונים נידונה ביתר פירוט בהרצאה שנתתי בכנס באוניברסיטת תל-אביב, והיא מהווה את הבסיס למאמר שעתיד להתפרסם בכרך מיוחד של כתב-העת פלילים, "מגמות בפלילים", תחת הכותרת "היעדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב משפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה".

52 סעיף 12 לחוק העונשין עובר לתיקונו על-ידי תיקון 39, קבע: "אי ידיעת הדין לא תשמש עילה לפטור מאחריות לעבירה, אלא אם נאמר במפורש שידיעת הדין היא אחד מיסודות העבירה".

53 סעיף 34 לחוק העונשין קובע כיום: "לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר." יצוין כי הסיפא לא היה מצוי בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, ה"ח 115 (להלן: הצעת תיקון 39).

54 לדיון מעניין ביחס שבין טעות במצב משפטי לבין אשמה, ראו: D. Husak & A. Von Hirsch "Culpability and Mistake of Law" *Action and Value in Criminal Law* 157 (S. Shute, J. Gardner & J. Horder eds., Oxford, 1993). לדעת המחברים, יש לספק הגנה של טעות במצב משפטי כאשר טעות זו שוללת את האשמה, והם מנסים להראות באילו מקרים הטעות אכן שוללת את האשמה. ראו גם ב"צ להב "אי ידיעת הדין" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 165, 193-194.

"Where the law is so vague that it cannot perform its guiding function, the ignorantia juris principle may be outweighed by the need to respect an individual's intention and attempt to conform to the rules."⁵⁵

הסיפא של סעיף 34 לחוק העונשין מאפשר לזכות נאשמים שטעו במצב משפטי וטעותם הביאה לידי כך שאין להם אשמה.⁵⁶ אחד המקרים שבהם יש מקום לראות את הטעות בדין כשוללת אשמה הוא כאשר הנאשם פעל בהתאם למה שנמסר לו על-ידי רשות מוסמכת. Ashworth אומר כי המקרה שבו פעל אדם לפי עצת הרשות הוא מקרה שבו אין לו אשמה, וראוי להכיר בטעותו במצב המשפטי כסייג לאחירותו.⁵⁷ המקרה של הוכמן יכול להוות דוגמה טובה לאדם שפעל לפי עצת הרשות, ולכן אין לו אשמה. נראה שסעיף 34 סיפא לחוק העונשין כולל גם מקרה כזה, וניתן לתת לאדם כהוכמן הגנה.⁵⁸

בשולי הדברים ראוי להעיר כי הדיון כאן נסב על אישומו של הוכמן בהפרת אמונים בגין תשלום הוצאות הנסיעה שלו ליפן. ההתייחסות לאישום זה בגין נסיעת אשתו ליפן שונה. אומנם, גם נסיעת האשה היתה לטובת העירייה ולשם קידום עניינה, אולם משנקבע כי התקיים היסוד העובדתי של הפרת אמונים לגבי נסיעה זו, קשה להבין מדוע לא הורשע הוכמן בעניין זה, דעת הרוב היתה כי לאחר שהמונה על המהוו אישר את נסיעתו על-חשבון החברה היפנית, סבר הוכמן כי אין להבדיל בין נסיעתו הוא לנסיעת אשתו. אך השופט גולדברג אמר שיש להרשיעו בהפרת אמונים לפחות לגבי הוצאות הנסיעה של אשתו.⁵⁹ לדעת השופט גולדברג, בעניין זה היתה לנאשם מודעות, והתנהגותו מלמדת כי הוא חשב שהיה ראוי שהוא עצמו יישא בהוצאות נסיעתה של אשתו, וכך הציג את הדברים לפני מועצת העירייה.

לדעתי, כאמור, אין כאן שאלה של מודעות, שכן היתה לו מודעות לעובדות, אלא שהוא לא ראה בעובדות אלה הפרת אמונים. טעותו זו היא טעות במצב משפטי. אולם להבדיל מהטעות לגבי הוצאות הנסיעה שלו, כאן אין לומר שהטעות היתה בלתי-נמנעת באורח סביר, שהרי הוא לא הביא את הדבר לפני הממונה על המחוז. אדרבא, יש אולי מקום לומר שלגבי נסיעת האשה לא היתה טעות כלל. ואכן כך רואה זאת השופט גולדברג. מכל מקום, קשה לומר כי לגבי נסיעת האשה אין לנאשם אשמה. ייתכן שאילו היה הוכמן עומד לדין רק על הוצאות הנסיעה של אשתו, היה בית-המשפט מוצא אותו אשם בעבירה של הפרת אמונים.

55 A.J. Ashworth "Excusable Mistake of Law" (1974) *Crim. L. R.* 652, 657. ראו גם קרמניצר, לעיל הערה 43, בע' 284, שם המחבר מתייחס לרכיב של הפגיעה בציבור, ומצדיק את הדרישה של מודעות הנאשם להערכה הנורמטיבית של מעשיו משום שהרכיב של פגיעה בציבור אינו מוגדר.

56 ראו פרוש, לעיל הערה 8, בע' 103-104.

57 לעיל הערה 55, בע' 662. להסתמכות על עצה רשמית ראו גם ע' אור "דין היסוד 'שלא כדין' בדין הפלילי" עיוני משפט ת (תשמ"ב) 561.

58 ראו ע"פ 389/91 מ"י נ' ויסמרק, פ"ד מט(5) 705.

59 לעיל הערה 41, בע' 17.

(ג) סיכום

ההכרעה בשאלה מה נחשב למעשה של הפרת אמונים היא הכרעה ערכית של בית-המשפט. הכרעה זו נעשית בקביעה שהתמלא היסוד העובדתי, כלומר, בהחלטה של בית-המשפט שהתנהגות מסוימת מהווה הפרת אמונים. מי שאינו מודע לעובדות המהוות הפרת אמונים יש לזכותו בשל היעדר מחשבה פלילית. מי שמודע לעובדות, אך אינו מודע לכך שהן מהוות הפרת אמונים, יש לו מחשבה פלילית, אך הוא טועה במצב המשפטי.⁶⁰ נאשם כזה – הוכמן, למשל – סבור טמעשהו כשר, בעוד בית-המשפט קובע שהמעשה אינו כשר, אלא מהווה הפרת אמונים. היעדר מודעות לכך שהמעשה אסור אינו היעדר מחשבה פלילית, ואין בו כדי להביא לידי זיכוי הנאשם.

הדיון בפסקי-הדין בעבירות של הפרת אמונים מדגים את שאיפתם של השופטים לשמור על עקרון האשמה, ולא להרשיע נאשמים שביצעו את היסוד העובדתי של העבירה, אך אין להם אשמה. לדעתי, הדרך שבה הלכו השופטים – קביעה של היעדר יסוד נפשי – היתה מוטעית במקרים שהתקיימה בהם מודעות לעובדות. במקרים אלה התקיים היסוד הנפשי, אלא שהיתה טעות במצב משפטי, טעות בלתי-נמנעת באורח סביר, ולכן לא היתה לנאשמים אשמה והיה מקום לזכותם.

3. צדדים לעבירה

בסוגיה זו חלו שינויים משמעותיים בתיקון 39, ובתקופה הנסקרת דנה הפסיקה רבות בשינויים אלה. ניתן לומר כי חוק העונשין המתוקן שומר יותר על עקרון האשמה. הדבר בא לידי ביטוי במיוחד בביטול האחריות ההדדית של הקושרים (סעיף 499(ב) לחוק העונשין) ובשינויים באחריות הנגררת של הצדדים לעבירה (סעיף 34 לחוק העונשין). ההסדרים שנקבעו בחוק העונשין מחזקים את עקרון האשמה בכך שהם מצמצמים את האפשרות להרשיע בעבירות נאשמים שלא היה להם יסוד נפשי ויסוד עובדתי לגביהן. המדובר בצמצום, ולא בהימנעות גמורה, שהרי סעיף 34 לחוק העונשין מאפשר הרשעה בעבירה שלנאשם לא היה יסוד נפשי לגביה והוא לא ביצע את היסוד העובדתי שלה, אלא שאפשרות זו צומצמה. פרופסור גור-אריה דנה בהוראות אלה, ובמיוחד בהבדל בין הרטוריקה של בית-המשפט להתלטות הקונקרטיות שלו, בהרצאה שנשא באוניברסיטת תל-אביב בראשית שנת תשנ"ט. חלק ניכר מהבעיות הנידונות בחלק זה של הסקירה נידונו בהרחבה בהרצאה זו.⁶¹

60 בעיה דומה עלולה להתעורר לגבי העבירות לפי החוק למניעת הטרדה מינית, ראו לעיל טקסט להצעות 20-21.

61 ההרצאה מהווה את הבסיס למאמר שעתידי להתפרסם בכרך מיוחד של כתב-העת פלילים, "מגמות בפלילים", תחת הכותרת "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה". התייה העיקרית של פרופסור גור-אריה היא שבעוד שלהלכה בית-המשפט בוחן את אחריותו של כל צד לעבירה לפי היסוד העובדתי והיסוד הנפשי שניתן לייחס לו,

(א) סף הכניסה לגדר מסייע

לאחרונה ביתנה בע"פ 4317/97 פוליאקוב ג' מ"י (טרם פורסם) (להלן: עניין פוליאקוב) החלטה ארוכה וחשובה, שנידונו בה סוגיות אחדות הנוגעות בצדדים בעבירה.⁶² בין היתר נידונה באריכות שאלת הגבול התחתון של הסיוע. מדובר בפרשת רצח שבה היו מעורבים ארבעה נאשמים. לגבי שלושה מהם נקבע כי היו מבצעים בצוותא, ואחד, שנהג ברכב בו בוצע הרצח, הורשע כמסייע לרצח.⁶³ החלטה זו תזכה בוודאי בהתייחסות רחבה יותר וגם בפסיקה נוספת. ברצוני לגעת בקצרה רק בשאלה של דרישות המינימום להרשעה כמסייע. השופטים נהלקו בשאלת היסוד הנפשי הנדרש למסייע, דעת הרוב (מפי השופטים מצא וטירקל) היתה כי די שהמסייע יהיה מודע לכך שיש במעשיו כדי לאפשר את ביצוע העבירה.⁶⁴ השופט אנגלרד סבר בדעת מיעוט כי נדרשת פעולה תכליתית של המסייע, ופעולתו צריכה להיעשות מתוך כוונה לסייע.⁶⁵ אומנם, בסופו של דבר הגיעו כל השופטים לאותה תוצאה, משום ששופט המיעוט, השופט אנגלרד, החיל על הכוונה לסייע את סעיף 20(ב) לחוק העונשין, הקובע:

"לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן."

בהסתמך על סעיף זה אמר השופט אנגלרד שכאשר המסייע יודע כאפשרות קרובה לוודאי שמעשיו יסייעו, רואים אותו כמי שהתכוון לסייע.⁶⁶ לדעת הרוב, היסוד הנפשי הנדרש למסייע נלמד מהדרישה הכללית שבסעיפים 19 ו-20 לחוק העונשין, ולא מן ההוראות שבסעיף 31 לחוק העונשין, הדנות במסייע. לא אכנס כאן לדיון המפורט של השופטים בנוסח תיקון 39 ובנוסח הצעת תיקון 39; אציין רק כי ברקע החלטת הרוב בסוגיה זו, השונה מן ההלכה שרווחה לפני תיקון 39, מצויה גם העובדה שעונשו של המסייע הוא כיום מחצית מהעונש של המבצע העיקרי, וכן קיומם של סעיפים כלליים הדנים ביסוד הנפשי. אומנם, בעניין פוליאקוב היתה דעת הרוב שדי במודעות של המסייעים, אך ספק רב אם זו גם דעת השופטים האחרים בבית המשפט

ושומר על ההבחנה בין המבצע למסייע, למעשה חלה הרחבה של המבצע העיקרי עלי-
השבון המשדל והמסייע, וכתוצאה מכך גם הרחבה בהטלת אחריות נגררת מכוח סעיף
34 לחוק העונשין.

62 ההחלטה ניתנה בשלבי הסיום של כתיבת הסקירה, ולכן התייחסות אליה קצרה.

63 עניין פוליאקוב מזכיר במידת-מה את ע"פ 552/68 אילוז נ' מ"י, פ"ד כג(1) 377, הידוע כ"פרשת אילוז ואליאס".

64 פסקה 29 לפסק-דינו של השופט מצא. השופט טירקל הצטרף לדעתו של השופט מצא, תוך הוספת הנמקות.

65 פסקה 17 לפסק-דינו של השופט אנגלרד.

66 פסקות 18-22 לפסק-דינו של השופט אנגלרד. יצוין כי השופט אנגלרד דן גם בתחולתה של הלכת הצפיות על עבירת רצח.

העליון. לכאורה משתמע מדבריהם של שופטים אחרים שנדרשת כוונה, וזאת מכוח לשון סעיף 31 לחוק העונשין.⁶⁷

ראוי להבהיר כי לפי דעת השופטים מצא ושירקל, המודעות הנדרשת מכוח ההוראות הכלליות שבחוק העונשין (סעיפים 19 ו-20) היא מודעות לאפשרות שהמעשים יאפשרו את ביצוע העבירה. ספק בעיני אם ראוי לראות אדם כמסייע כאשר הוא היה מודע לאפשרות שמעשיו יסייעו לביצוע העבירה, ולא יותר מכך. לדעתי, ההסתפקות במודעות זו כיסוד נפשי לסיוע מעוררת חשש שגם כאן יש לפנינו דוגמה של פסיקה המכרסמת בעקרון האשמה.⁶⁸

לכך יש להוסיף שלפי דעת השופט מצא, לא נדרש שהמעשים של המסייע יהיו בעלי סיוע אפקטיבי, ודי בכך שיהיה בהם הפוטנציאל של הסיוע.⁶⁹ יש כאן תורדה של דרישת היסוד הנפשי, ולצידה תורדה של דרישת היסוד העובדתי, ומצב זה עלול להביא לידי הרשעה בסיוע לעבירה כאשר גם היסוד הנפשי דל (חשד בלבד) וגם היסוד העובדתי דל (סיוע שאינו אפקטיבי).⁷⁰ כך, למשל, יהיה ניתן להרשיע בסיוע לשוד מתדלק בתחנת דלק שחשד בכך שיושבי מכונית יוצאים לשוד (למשל, משום שידע שעשו כך פעמים מספר) גם אם מיכל הדלק לא היה ריק וגם אם תחנת הדלק שממול היתה פתוחה.⁷¹

(ב) מבצע בצוותא ומסייע

בסעיף 29(א) לחוק העונשין נקבע כי מבצע העבירה הוא גם המבצע בצוותא. המבצע

67 אומנם, באותן החלטות לא הועלתה במפורש השאלה של הצורך בכוונה לסייע. אך ראו למשל את דברי השופט קדמי בפסקה 5(ד) לפסק-דינו בע"פ 628/97 ליזרוביץ נ' מ"י (טרם פורסם); ואולי גם דברי השופט גולדברג בע"פ 7085/93 נג'אר נ' מ"י, פ"ד נא(4) 221, 238-239 (להלן: עניין נג'אר).

68 וראו יי קוגלר כוונה והלכת הציפיות בריני עונשין (תשנ"ז) 321-323. המחבר דן בשאלה אם יש להחיל את הלכת הציפיות על הכוונה לסייע. הוויכוח שהוא מביא נסב סביב הסתפקות בידיעה כאפשרות קרובה לוודאי שהמעשים יסייעו. הוא אומר במפורש שיש הסכמה שלא די במודעות גרידא ("פזיוות", בלשוננו). דיון זה אינו נערך לגבי המצב בארץ דווקא.

69 פסקה 24 לפסק-דינו של השופט מצא. השופטים טירקל ואנגלרד אינם מתייחסים לסוגיה זו.

70 השוו לדברי השופט גולדברג בע"פ 8573/96 מרקרו נ' מ"י, פ"ד נא(5) 481, 549 (להלן: עניין מרקרו), הדין במקבילית הכוחות, לפיה, ככל שהיסוד הנפשי של עושה העבירה רב יותר, כן יש מקום להסתפק בדרגה נמוכה יותר של היסוד העובדתי. יש לזכור שהשופט גולדברג דן במבצע בצוותא, ולא במסייע.

71 השוו לביקורת של פרופסור גור-אריה על הצעת תיקון 39 בסוגיה זו: מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד (תשנ"ד) 9, 48.

בצוותא מוגדר בסעיף 29(ב),⁷² ולמן תיקון 39 הוא תופס מקום חשוב בפסיקה.⁷³ ההבחנה בין המסייע למבצע בצוותא נידונה רבות בפסיקה בשנים הנסקרות כאן. בזכיר כי עד לתיקון 39 לא ייחסה הפסיקה חשיבות להבחנה זו, משום שלפי סעיף 26 לחוק העונשין עובר לתיקון 39, המסייע והמבצע היו אחראים לעבירה וצפויים לאותו עונש.⁷⁴ למן תיקון 39 חייב השופט להבחין בין המבצע למסייע. עד לתיקון 39 נידונה שאלת ההבחנה בין המבצע למסייע כמעט רק בספרות.⁷⁵ למן תיקון 39 הרבתה הפסיקה לעסוק בהבחנה זו.⁷⁶ נראה כי למרות חילוקי-דעות בין השופטים,⁷⁷ ניתן לתאר את ההבחנה שנעשתה בין המסייע למבצע. לשופט השין דרך משלו בעשיית הבחנה זו, שראשיתה עוד בפסקי-דינו

- 72 וזו לשון הסעיף: "המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר."
- 73 כך, למשל, בולט ההבדל בין פסקי-הדין שניתנו לאחר תיקון 39 לבין פסקי-הדין בע"פ 418/77 ברדריאן נ' מ"י, פ"ד לב(3) 3, שבו הורשעו הנאשמים בתקיפה תוך קביעה שאחד מהם היה מבצע והאחר מסייע, ומבלי לקבוע מי היה המבצע ומי המסייע. כיום, לאחר תיקון 39 וקביעת המושג "מבצעים בצוותא", הפסיקה רואה בשני הנאשמים במקרה דומה מבצעים בצוותא. ראו, למשל, ע"פ 259/97 סובחי נ' מ"י (טרם פורסם). האפשרות לראות בכל הנאשמים מבצעים בצוותא מבלי לקבוע מהו בדיוק חלקו של כל אחד מהם טומנת בחובה סכנה להרחבה מסוימת של האחריות הפלילית. כך, למשל, בדנ"פ 7619/98 דמארי נ' מ"י (טרם פורסם) נקבעה אחריותו של שותף לעבירה נוספת מכוח סעיף 34 לחוק העונשין מבלי שהיתה קביעה עובדתית מי מהשותפים ביצע את העבירה הנוספת. דומני ששקפת כאן סכנה שהנאשמים לא יוכלו לקבל את מלוא הגנתם. באין הכרעה מי מהנאשמים ביצע את העבירה, קשה לעמוד על היסוד הנפשי של המבצע ולהקפיד על מילוי דרישות סעיף 34 לחוק העונשין.
- 74 לביקורת על הפסיקה ראו, למשל, מ' גור-אריה "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא (תשמ"א) 518.
- 75 ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ו, כרך ב) 194 ואילך; מ' קרמניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו" פלילים א (תש"ן) 165; מ' גור-אריה "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א (תש"ן) 29.
- 76 ראו, למשל, ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מ"י, פ"ד נ(3) 239 (להלן: עניין מרדכי); ע"פ 1632/95 משולם נ' מ"י, פ"ד מט(5) 534; ע"פ 2796/95 פלונים נ' מ"י, פ"ד נא(3) 388 (להלן: עניין פלונים); עניין מרקרו, לעיל הערה 70; דנ"פ 1294/96 משולם נ' מ"י (טרם פורסם) (להלן: עניין משולם).
- 77 למשל, בעניין משולם היו חילוקי-דעות בשאלה אם התרומה של המבצע צריכה להיות בגדר ניסיון לעבור את העבירה. השופט מצא סבר, בפסקה 22 לפסקי-דינו, כי התרומה של המבצע צריכה לעלות כדי ניסיון לבצע את העבירה, והנשיא ברק העדיף, בפסקה 5 לפסקי-דינו, להשאיר שאלה זו בצריך-עיון.

בע"פ 4188/93 לוי נ' מ"י,⁷⁶ כלומר, עוד לפני שתיקון 39 נכנס לתוקפו. השופט חשין סבור כי ההבחנה בין המבצע למסייע "מזינה עצמה, מעיקרה, גם מן העונש שכל אחד מאלה צפוי לו". ולא עוד, אלא שהעונש הוא "גורם משפיע מרכזי ועיקרי" בהבחנה בין מבצע למסייע.⁷⁹

ההבחנה שעושים רוב השופטים מתחילה בהבהרה שהמבצע "נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה", ואילו המסייע "מבצע מעשי עזר הנפרדים מביצוע העבירה".⁸⁰ הבחנה זו אינה אלא חזרה על האמור בחוק העונשין, ובית-המשפט נדרש לאיפיונים נוספים של הצדדים. החל בעניין מרדכי, שבו נידונה אתריותו של שותף לעבירת שוד שבמהלכה המית השותף השני את הנשדד, מתקבל הדימוי של המבצעים בצוותא לגוף אחד, והפסיקה חוזרת עליו. איפיון נוסף שנעשה בעניין מרדכי וחוזר בפסיקה הוא שתרומת המבצע היא פנימית, והמבצע שייך למעגל הפנימי של השותפים, בעוד שתרומתו של המסייע היא חיצונית. עוד נאמר בעניין מרדכי שכל אחד מהמבצעים בצוותא "הוא חלק מהמשימה העבריינית עצמה".⁸¹ אומנם, תיתכן חלוקת עבודה בין המבצעים בצוותא, ואין צורך שכל אחד מהם ימצה את העבירה, "ובלבד שחלקו הוא מהותי להגשמת התכנית המשותפת".⁸² מעבר לאיפיונים אלה, נעזר הנשיא ברק בעניין מרדכי במבחן השליטה

הפונקציונלית:

"למבצע בצוותא שליטה פונקציונלית, יחד עם האחרים על העשייה העבריינית והתפתחותה".⁸³

יש קשר חזק בין האיפיונים של הביצוע לשליטה. כאשר איפיונים אלה מתקיימים, יש להניח שיש למבצע שליטה, ושליטה זו היא המצדיקה את האחריות שיש לו כמבצע עיקרי, ולא כמסייע בלבד.⁸⁴

בעניין פלוניס מדובר בארבעה נערים שביקשו לנקום את מותו של מאיר כהנא, ותכננו רצח בעיר העתיקה בירושלים. הם השליכו רימון בשוק הקצבים, ואדם אחד נהרג ואחרים נפצעו. אחד הנערים שתכננו את הרצח (להלן: המערער בעניין פלוניס) לא נכח כלל בעת הביצוע. אחר סירב להשליך את הרימון, אך נכח במקום. השאלה שעמדה לדיון היתה מה מעמדו של כל אחד מהם בעבירת הרצח.

הנשיא ברק חוזר על ההבחנה שעשה בעניין מרדכי, מפתח את האיפיון של כל המבצעים בצוותא לגוף אחד, ואומר:

78 פ"ד מט(1) 539. השופט חשין ממשיך ומפתח את גישתו בעניין מרדכי, לעיל הערה 76, ובעניין משולם, לעיל הערה 76.

79 עניין מרדכי, שם, בע' 261.

80 עניין מרדכי, שם, בע' 250-251.

81 שם, בע' 250.

82 שם, שם.

83 שם, בע' 251.

84 השופט גולדברג בעניין מרקרו, לעיל הערה 70.

"אכן החוק רואה כמבצעים בצוותא גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. פעולתה של כל זרוע משויכת לגוף כולו, ולכל אחד ממשותפיו."⁸⁵

אף שהשופטים אומרים כי מבחן השליטה הוא רק מבחן-עור, והוא מצטרף למבחנים האחרים של מידת התרומה והיסוד הנפשי,⁸⁶ נראה כי מבחן זה תופס לעיתים מקום נכבד ביותר. כך בעניין פלונים וכך בעניין משולם. בעניין פלונים, התיאור של השליטה מתעצם ומתחזק, ואולי אף גובר על הדרישה לביצוע חלק מהותי של המשימה העבריינית עצמה:

"המבצע בצוותא אחראי לתכנית המשותפת בה הוא משתתף והמוצאת מהכוח אל הפועל."⁸⁷

אך בעוד שבעניין מרדכי המבצע מתואר כמי שעושה חלק מהותי של העבירה ומשתתף בביצוע המשימה העבריינית עצמה, בעניין פלונים לא נדרש כנראה שהוא עצמו ייטול חלק בהוצאה לפועל. דבר זה לא נאמר במפורש, אך בית-המשפט ראה במערער בעניין פלונים מבצע בצוותא על-יסוד חלקו הרב בתכנון הרצח, אף-על-פי שרצח עצמו הוא לא השתתף כלל.⁸⁸

קשה להבין כיצד ניתן לראות במערער בעניין פלונים מבצע עיקרי כאשר הוא לא השתתף כלל במשימה עצמה. היעדרו לא שינה את דרך הביצוע של המשימה באופן משמעותי, ולא היה לו למעשה כל פיקוח על העבירה, עד כדי כך שהצעתו לדחות את הביצוע לא התקבלה. ניתן להסכים ששליטה יכולה להיות גם ללא נוכחות, אך היא צריכה לבוא לידי ביטוי. אפשר אולי להסכים שהיתה למשולם שליטה באנשיו, ולפחות היה ביכולתו להניאם מהביצוע, אך לא כך לגבי המערער בעניין פלונים.⁸⁹

85 לעיל הערה 76, בעמ' 402.

86 השופט גולדברג בעניין מרקרו, לעיל הערה 70, בע' 548; השופט מצא בפסקה 27 לפסק-דינו, והשופט ברק בפסקה 5 לפסק-דינו בעניין משולם, לעיל הערה 76.

87 לעיל הערה 76, בע' 403.

88 מעניין לראות כי בהצעה לקודיפיקציה של המשפט האנגלי משנת 1989 נעשית הבחנה בין מבצע למסייע (הבחנה שאינה קיימת במשפט המקובל האנגלי), אך מובהר כי מי שהוא בגדר קושר ואף השתתף בתכנון העבירה לא ייחשב למבצע, אלא רק למסייע, אפילו נכח בעת הביצוע. לפי הבחנה זו בוודאי שלא היה מקום לראות במערער בעניין פלונים מבצע, שהרי הוא לא נכח כלל בשעת הביצוע. יש לזכור כמובן כי אף שנעשית בהצעה הבחנה בין מבצע למסייע, עונשיהם זהים. ראו סעיף 9.9 לדברי ההסבר לסעיף 26 ל: Criminal Code for England and Wales – Report and Draft Criminal Code Bill (1989) (Law Com. No. 177).

89 יושם-לב לכך שגם אילו ראינו במערער בעניין פלונים משדל, הוא היה צפוי לאותו עונש. אומנם, חלקו הרב בתכנון היה בוודאי מעבר לנדרש למשדל. הרשעתו כמשדל היתה פותרת את הקושי שבהרשעתו כמבצע בצוותא. אולם גם ראייתו כמשדל אינה

בפסקי-דינו של השופט גולדברג בעניין מרקור⁹⁰ מבחן השליטה הוא אכן מבחן-עוד בלבד, והמבחן המרכזי הוא המבחן המשולב של היסוד העובדתי והיסוד הנפשי. מבחן היסוד העובדתי דורש שאיכות התרומה הפיסית של המבצע תהיה רבה מאיכות תרומתו הפיסית של המסייע. מבחן היסוד הנפשי דורש שמעורבותו הנפשית של המבצע תהיה גבוהה. מבחן השליטה אינו אלא פועל יוצא של שני מבחנים אלה:
 "שהרי תרומה ניכרת לביצוע העבירה במישור העובדתי מצביעה על שליטה על מהלך ביצוע העבירה, וכן גם מצביעה תפישת עושה העבירה את עצמו כ'אדון העבירה' במישור הנפשי."⁹¹

ראוי לזכור כי הנאשמים בעניין פלונים היו קטינים, שאין חובת מאסר-עולם בעבירת רצח חלה עליהם, ויש לבית-המשפט שיקול-דעת בקביעת עונשם. אילו היו בוגרים, היתה הרשעתם כמבצעים מביאה לידי הטלת מאסר-עולם חובה, ואילו הרשעתם כמסייעים לרצח היתה מאפשרת לבית-המשפט לשקול את עונשם לפי סעיף 32 לחוק העונשין.⁹² האם היה בית-המשפט רואה בכל המשתתפים מבצעים בצוותא גם אילו היו בוגרים?
 בעניין פלונים, הרחבת התחום של המבצע נעשתה על-חשבון התחום של המשרד; אך נראה כי נשקפת סכנה שגם תחום הסיוע יקטן לעומת תחום הביצוע. פרופסור גור-אריה מצביעה על מגמה זו תוך הסתמכות על ע"פ 3006/96 מטיאס נ' מ"י (טרם פורסם),⁹³ שבו הנוכחות הבלתי-מקריית במקום הרצח הביאה לכלל מסקנה שהמערער הוא מבצע בצוותא, בעוד שבעבר היתה נוכחות כזו מביאה לכלל מסקנה שמדובר במסייע. פרופסור גור-אריה טוענת כי למעשה, בית-המשפט מרחיב את התחום של הביצוע בצוותא, ואינו מותיר מקום לשידול ולסיוע.
 אפשר שמאחורי גישה זו עומד גם הרצון של השופטים לשמר לעצמם את האפשרות

נקייה מקשיים. הוא לא אמר לשותפיו "לכו עשו", אלא "הבה נעשה", וזו אמירה של קושר, ולא של משדל. ראו ע"פ 441/72 בשן (אגמ"י) נ' מ"י, פ"ד כז(2) 141; ע"פ 674/79 אליהו נ' מ"י, פ"ד לד(2) 834. אומנם, בשיחת הטלפון ביום הביצוע, כשהמערער בעניין פלונים לא הופיע, הוא אמר לשותפיו "תעשו". מאידך גיסא ברור שהצעתו לדחות את הביצוע אינה יכולה להיחשב לתרסה לפי סעיף 34 לחוק העונשין (ראו גם לעיל הערה 76, בע' 408-409).

90 לעיל הערה 70, בע' 545-549.

91 שם, בע' 548.

92 אומנם, לעניין העונש, הרשעת המערער בעניין פלונים כמשדל אינה שונה מהרשעתו כמבצע.

93 פרופסור גור-אריה הציגה תיזה זאת בהרצאתה, ראו לעיל טקסט להערה 61, והיא תומכת יתדותיה בפסקי-דין זה, אולם נראה לי שאין בו הוכחה טובה למגמה של הרחבת הביצוע על-חשבון הסיוע. אף-על-פי שלא היה כל דיון באפשרות שהמערער הוא מסייע בלבד, הנסיבות של אותו מקרה - למשל, העובדה שקיבל חלק ניכר מהשלל ושהקורבנות הגיעו לביתו - אכן מחזקות את המסקנה שמדובר במבצע בצוותא.

לקבוע את העונש של כל אחד מהמשתתפים ללא ההגבלה שקבע המחוקק, ובכך לשמר את הדין הקודם.⁹⁴ יש מקום לטענה כי הרחבת התחום של המבצע בצוותא על-חשבון התחום של השותפים האחרים פוגעת בעקרון האשמה. הרחבה זו עלולה לחייב את המסייע בעונש חמור יותר, היא מביאה לידי הטלת אחריות רבה יותר במקרה של עבירה שונה או נוספת, והיא שוללת משותפים, שלאמיתו של דבר אינם מבצעים, את האפשרות לפטור עקב חרטה.

(ג) האחריות ההדדית של הקושרים

תיקון 39 ביטל את ההלכה הפסיקתית שהטילה על כל קושר אחריות לעבירות שנעשו על-ידי קושר אחר במהלך הקשר ולשם השגת מטרתו של הקשר. ביטול זה מצוי כיום בסעיף 499(ב) לחוק העונשין. האחריות ההדדית הביאה לידי הרשעה של קושר בעבירה שהוא לא ביצע את היסוד העובדתי שלה וגם לא היה לו יסוד נפשי לגביה. ביטול האחריות ההדדית של הקושרים מביא לידי שמירה על עקרון האשמה. לא ניתן להרשיע קושר בעבירה אלא לפי ההוראות העוסקות בצדדים לעבירה. גם כאן יש בפסיקה שלאחר תיקון 39 נגיסה בעקרון האשמה, שהרי ככל שהתחום של המבצע בצוותא רחב יותר, כן תהא האחריות הנגררת מכוח סעיף 34 לחוק העונשין רבה יותר.

סעיף 34 לחוק העונשין מטיל על מבצע בצוותא אחריות לעבירה שעבר מבצע אחר, אגב ביצוע העבירה שביצע בצוותא עם אותו אחר (או אחרים), כאשר אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות ביצועה. אחריות זו של המבצע בצוותא (שלא ביצע את העבירה הנוספת) אינה חלה על עבירות כוונה. כלומר, אם מבצע אחד עבר עבירה נוספת בכוונה, יורשע המבצע האחר רק בעבירה של אדישות. אומנם, הקביעה שהמבצעים הנוספים לא ישאו באחריות לעבירות של כוונה היא חידוש של המחוקק בתיקון 39, אך ניתן לראות בפסיקה קודמת יישום של אותה הלכה.⁹⁵ האחריות של המשדל והמסייע מצומצמת יותר. אלה יהיו אחראים לעבירה שונה או נוספת רק כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזו באותו יסוד עובדתי.

כפי שראינו, הפסיקה רואה במי שתכנן את העבירה מבצע בצוותא אף שלא השתתף בביצוע למעשה.⁹⁶ התוצאה היא שניתן להטיל עליו אחריות לעבירה שונה או נוספת לפי סעיף 34א(א)(1), ובכך להטיל למעשה על קושר אחריות לעבירות שנעשו על-ידי המבצעים הנותרים. אף-על-פי שהשופטים מזהירים עצמם לא לחזור להלכה הקודמת בדבר האחריות ההדדית של הקושרים, הרי למעשה, כפי שמראה גם פרופסור גור-אריה, הם מטילים אחריות על הקושר והמתכנן כאילו היה מבצע. כך, למשל, בעניין משולם הזהיר השופט קדמי מפני השבת האחריות ההדדית של הקושרים דרך סעיף 34 לחוק העונשין. אך בהמשך דבריו מצא שמשולם הוא מבצע עיקרי של העבירות הכרוכות ביריות על השוטרים אף-על-פי שהיה נתון במעצר בעת הירי. השופט קדמי אומר כי הביצוע בצוותא

94 מבחינה זו יש כאן אולי דמיון לגישתו של השופט חשין, ראו לעיל טקסט להערה 79.

95 ראו ע"פ 445/84 נבולסי נ' מ"י, פ"ד לט(3) 57.

96 על כך עמדה גם פרופסור גור-אריה בהרצאתה, ראו לעיל טקסט להערה 61.

מצריך מעשה של השתתפות בביצוע, אך מוצא מעשה כזה גם בהעלאת הרעיון וקווי פעולה לביצוע לפני המיועדים להשתתף בביצוע. והוא מוסיף ואומר:
 "מכל מקום, לשיטתי, אין ספק, שתכנון הביצוע, מתן הנחיות והתוויות קוי פעולה, לרבות חלוקת תפקידים בין המשתתפים, מהווה 'מעשה' המבטא 'השתתפות' כאמור."⁹⁷

ההלכה כפי שהיא נוסחה כאן רואה ביוזם ומתכנן מבצע עיקרי גם אם תרומתו לביצוע העבירה היא רק בתכנון. תכנון וייזום הם בדרך-כלל איפיון של הקושרים. אם כך, יש כאן לכאורה חזרה לאחריות הסולידרית של הקושרים באמצעות הרחבת התחום של המבצע. אולם בהמשך הפסיקה נראה כי אין מדובר בחזרה מלאה, ולא תמיד יהיה ניתן לראות בקושר, שהוא היוזם והמתכנן, מבצע.

בע"פ 2801/95 קורקין נ' מ"י⁹⁸ השופט קדמי ממשיך ומבהיר את שיטתו. המדובר בפרשת סמים מסועפת. הנאשם קורקין היה מראשי התבורה, אך בחלק מן התקופה שבה בוצעו עסקות הסמים היה נתון במאסר. עם זאת הובהר כי במשך כל התקופה קיבל דיווח על העסקות, ומייד עם שהרדו טיפל בחלוקת הכספים, וקיבל כמובן גם את חלקו. השופט קדמי רואה בקורקין את אחד המבצעים בצוותא, והוא מדגיש:

"ההשתתפות בביצוע של עבירה אינה מחייבת נטילת חלק ב'עשייה הפיסית' של מעשה העבירה גופו דווקא ויכולה היא לבוא לכלל ביטוי בתכנון הביצוע ובניהול הפעילות שבמסגרתה מתבצעת העבירה... אין המדובר כאן באחריותו של 'קושר' מכוח דיני הקשר. המדובר באחריות של חבר לתבורה, שחבריה חברו יחד לביצוע של עבירה תוך חלוקת התפקידים הדרושים לביצוע ביניהם, כאשר המתכנן והמנהל אינו 'משדל' או 'מסייע' - שאינם נמנים על החוג הפנימי של מבצעי העבירה - אלא, 'משתתף בביצוע' ככל 'משתתף' אחר, במסגרת התפקיד שהוטל עליו."⁹⁹

דומה כי יש הבדל בין הדברים שאמר השופט קדמי בעניין משולם לדבריו בעניין קורקין. מעניין משולם משתמע כי ניתן לראות השתתפות בביצוע במעשי התכנון וחלוקת התפקידים גם אם אין לנאשם חלק בעת הביצוע. בעניין קורקין מודגש שלנאשם יש גם חלק בניהול הפעילות.

מאוחר יותר, בע"פ 1820/98 אנגיל נ' מ"י (טרם פורסם), כותבת השופטת בייניש:
 "יודגש, כי טענתה של המדינה בבית-המשפט המחוזי כאילו אין הדין המהותי נותן מענה לאחריותו של היוזם והמתכנן, שהוא הבכיר בהיררכיה העבריינית של המבצעים וחולש על העבירה ממרחק מבלי שהוא נוכח בפועל בעת ביצועה, אינה עומדת עוד נוכח ההלכה שיצאה מלפני בית-משפט זה לאחרונה בדנ"פ 1365/96

97 פסקה 33 לפסק-דינו של השופט קדמי.

98 פ"ד נב(1) 791 (להלן: עניין קורקין).

99 שם, בע' 802.

עוון משולם ואח' נגד מ"י (טרם פורסם). שאלת אחריותם של הצדדים לעבירה כמשמעם בתיקון 39 לחוק הובהרה בפסק־הדין הנ"ל, ונקבע כי משתתף כזה בביצוע העבירה יכול, בנסיבות המתאימות, להיות אחראי כמבצע עיקרי.¹⁰⁰ (ההדגשה שלי – ר' ק.)¹⁰⁰

מדובר כאן במפורש במתכנן ויוזם התולש על העבירה ממרחק, הוא נשאר בעל השליטה, אבל תרומתו המעשית היא רק בתכנון. הקושי הוא שגם אם ניסוח ההלכה בפסיקה מדגיש את המשך השליטה של היוזם והמתכנן, הפעלת המבחן למעשה אינה כה חד־משמעית. קוֹה־גבול בין מי שמתכנן, מחלק את התפקידים ומתווה את הפעילות לבין מי שממשיך ומנהל את הפעילות אינו פשוט. ההשוואה בין עניין משולם לעניין פלונים יכולה להוות דוגמה לבעיות שמבחן זה מעורר. גם אם ניתן לראות במשולם בעל שליטה גם כשהיה במעצר, קשה לראות בעל שליטה במערער בעניין פלונים, שהצעתו לדהות את הרצח ליום אחר נדחתה והמשימה הושלמה כשלא היה גוכח.

הקביעה שגם מעשים של תכנון והתוויית קווי־פעולה יכולים להיות השתתפות בביצוע מעוררת קושי נוסף. השופט מצא סבור כי רק השתתפות המגיעה לכדי ניסיון לבצע את העבירה יכולה להיחשב לביצוע בצוותא.¹⁰¹ קשה לראות בתכנון ובהתוויית קווי־הפעולה משום ניסיון. בדרך־כלל אנו רואים את התכנון כפעולת הכנה, ולא כניסיון.

השופט גולדברג דן בעניין מרקדו במקבילית הנוצרת בין היסוד הנפשי והיסוד העובדתי של הביצוע בצוותא, ומסביר, בעקבות פרופסור פלר, שכאשר היסוד הנפשי חזק, נסתפק בתרומה מעשית פחותה. אין ספק שיש משקל רב ליסוד הנפשי אצל המתכנן והיוזם, ולכן ניתן להסתפק בתרומה מעשית דלה יותר. עם זאת השופט גולדברג ממשיך ומציג שאלה: האם לא נדרש "רף איכותי מינימלי" כדי שנראה בתרומה זו ביצוע של העבירה? הוא משאיר שאלה זו בצריך־עיון.¹⁰² לא ברור אם דרישה זו זהה לדרישתו של השופט מצא. ייתכן שהשופט גולדברג אינו מדבר על ניסיון, משום שלעיתים אין זה מתאים לראות גם בתרומה פיסיית גדולה משום ניסיון; למשל, כאשר התרומה ניתנת בשלב מאוחר יותר. מכל מקום נראה כי השופט מצא יסכים שנדרש "רף איכותי מינימלי" כדי שנראה בתרומה המעשית משום השתתפות בביצוע. דומה כי התכנון בלבד לא יענה על דרישה זו. אולם תכנון שיש עימו המשך שליטה וניהול גם בשעת הביצוע, הגם שאין השתתפות בביצוע עצמו, עשויים לענות על הדרישה ל"רף איכותי מינימלי". ראיית אדם כמבצע כאשר תרומתו הפיסיית דלה גם כאשר יש לו הזדהות נפשית עמוקה אינה נראית לי. עיקרו של סעיף 29(ב) לחוק העונשין, המגדיר את המבצע, הוא בכך שהמבצע עושה מעשים לביצוע העבירה. ההבחנה בין המסייע למבצע טמונה בכך שהמבצע עושה מעשים לביצוע העבירה בעוד המסייע עושה מעשים כדי לאפשר את הביצוע. הסתפקות בתרומה פיסיית דלה שאין בה "איכות מינימלית" אינה מתאימה לדרישת הסעיף. יתר על־כן,

100 פסקה 6 לפסק־דינה של השופטת בייניש.

101 ראו לעיל הערה 77.

102 לעיל הערה 70, בע' 549.

הסתפקות בתרומה דלה כזו מבססת את מעמדו של הנאשם כמבצע בצוואת על היסוד הנפשי, והיא מתקרבת מדי – כך נראה לי – לענישה על מחשבה פלילית.¹⁰³ נראה כי הפסיקה תמשיך ותראה במתכנן וביוזם מבצע בצוואת, בעיקר בשל הרצון לראות באלה העומדים בראש חבורת הפשע מבצעים, ולא רק משדלים ומסייעים. יש לקוות שבעתיד יקפידו על כך שהפעילות של המבצעים בצוואת תימשך מעבר לשלבי התכנון, ויראו בהם מבצעים רק כאשר הם אכן "חולשים" על ביצוע העבירה. בסופו של דבר, הפסיקה מביאה לידי הטלת אחריות בעכירות של מחשבה פלילית על צדדים לעבירה שלא היתה להם מחשבה פלילית גם כאשר היה ראוי לראותם כמסייעים או כמשדלים, בעוד שהמחוקק הטיל אחריות כזו רק על מבצעים בצוואת. הרחבת התחום של המבצעים בצוואת מאפשרת, כפי שראינו, הטלת אחריות מכוח סעיף 34א(א)(1), ובכך יש החזרה מסוימת של האחריות ההדדית של הקושרים.

(ד) האחריות של מבצעים המודעים לאפשרות שתבוצע עבירה נוספת

נקודה אחרונה בהקשר זה נוגעת בתחולה של סעיף 34 לחוק העונשין על עבירה נוספת שהמבצעים בצוואת היו מודעים לאפשרות עשייתה, אף שלא היתה חלק מתוכנית העבירה שכוצעה בצוואת.

בעניין מרדכי הנשיא ברק מבהיר כי סעיף 34 לחוק העונשין חל רק על עבירות שהותפיים לעבירה לא היו מודעים לאפשרות עשייתן אגב ביצוע העבירה שהיו שותפים לה, אך אדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות זו. אם היה הנאשם מודע לאפשרות, יש לדון אותו לפי דיני השותפות הרגילים, ולא לפי סעיף 34 לחוק העונשין.¹⁰⁴ לפי פשוטה של אמירה זו, יש לברוק את מעמדו באותה עבירה נוספת, דהיינו, אם כמבצע ואם כמסייע או כמשדל. לשם כך יש לבחון את תרומתו לביצוע היסוד העובדתי של העבירה הנוספת וכן את היסוד הנפשי שלו לאותה עבירה (כאשר ברור לנו שיש לו מודעות לאפשרות עשייתה), ולברוק אם הוא מבצע, משדל או מסייע. מכאן שבאותם מקרים שלא יתקיימו בהם כל התנאים להרשעתו כמבצע, כמשדל או כמסייע, יהיה מקום לזכותו.

הפעלה נכונה של ההלכה מצויה בעניין נג'אר. כאן נזהר בית-המשפט ובחן את תרומתו של הנאשם לעבירה הנוספת שהוא היה מודע לה. השופט גולדברג בודק את חלקם של מבצעים בצוואת של עבירת התפרצות וגניבה בעבירה של שוד מווין ורצח שביצעה על-ידי מבצעים נוספים במהלך אותו אירוע. לאחר שהוא מגיע למסקנה כי המערערים ידעו "כי קיים סיכוי סביר, ואף מעבר לכך, כי במהלך הפעולה יעשו המבוקשים שימוש בנשק שבידיהם כדי להגשים את מטרתם",¹⁰⁵ ובהסתמך על פסק-דינו של הנשיא בעניין מרדכי, אין הוא מחיל את סעיף 34 לחוק העונשין, אלא בודק את

103 אומנם, יהיה ניתן להרשיעו כמסייע גם אם התרומה הפיסית דלה כל עוד תרומתו עומדת בדרישות של סעיף 30 לחוק העונשין, אך דינו של המסייע קל יותר.

104 לעיל הערה 76, בע' 253.

105 לעיל הערה 67, בע' 235.

אתריותם של המערערים לעבירת הרצח על-פי דיני השותפות הרגילים. הוא מגיע למסקנה שאין לראותם כמבצעים בצוותא של עבירת הרצח. הם לא ראו בשוד וברצח את מטרתם, והם לא פעלו כגוף אחד עם המבוקשים בביצוע עבירה זו. אולם היה במעשיהם משום תרומה לביצוע העבירה, שהרי הם הביאו את המבוקשים למקום הביצוע, ולכן הם בגדר מסייעים לשוד המזוין ולרצח. הנקודה החשובה כאן היא שנבדק היסוד הנפשי והיסוד העובדתי של המערערים בקשר לעבירה הנוספת שהם היו מודעים לאפשרות ביצועה.

אולם נראה כי הפסיקה אינה מדגישה די הצורך שיש לבדוק את מעמדו של הנאשם בעבירה הנוספת שצפה, ויש חשש שעצם תרומתו לעבירה הקודמת יחד עם המודעות שלו לעבירה הנוספת הופכת אותו לאחראי לעבירה הנוספת, וזאת ללא המגבלות של סעיף 34 לחוק העונשין.¹⁰⁶

הטלת אחריות על עבירה שהשותפים צפו את אפשרות ביצועה, אף שלא היתה חלק מהתכנון המקורי, לפי דיני השותפות הרגילים, ולא לפי סעיף 34 לחוק העונשין, מניבה תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת. אילו לא היו השותפים מודעים לאפשרות של עשיית העבירה, היתה חלה עליהם אחריות לפי סעיף 34 לחוק העונשין; דהיינו, הם היו אחראים לעבירה הנוספת אף אם לא ביצעו את היסוד העובדתי שלה ולא היה להם היסוד הנפשי הנדרש בה, ובלבד ש"בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה". אם היו מודעים לאפשרות של ביצוע העבירה הנוספת (הגם שאין היא חלק מהתכנון המקורי), הם יהיו אחראים לעבירה הנוספת רק אם יעמדו בדרישות של היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של אותה עבירה כמבצעים, כמשדלים או כמסייעים. יוצא שמודעותם לאפשרות שתבוצע עבירה נוספת עשויה לצמצם את אחריותם לאותה עבירה. כבר בביקורתה על הצעת תיקון 39 העירה פרופסור גור-אריה על כך שאין הסדר לגבי אחריות השותפים לעבירה נוספת שהם היו מודעים לה.¹⁰⁷ היא מציינת שלא די במחשבה פלילית של השותפים לגבי העבירה הנוספת לשם הרשעתם בעבירה זו, אלא יש צורך שתהיה להם תרומה לביצוע אותה עבירה:

"מבצע שנטל חלק בביצוע העבירה המקורית, או מסייע שעשה מעשי עזר שתרמו לביצועה, אינו יכול להיחשב שותף לעבירה נוספת שבביצועה לא נטל חלק אף לא תרם כל תרומה אחרת לביצועה, אפילו אם הוא צפה את האפשרות שעבירה נוספת זו אכן תבוצע."¹⁰⁸

לדעתה, במקרה כזה יש מקום לקבוע הסדר שיחייב את כל השותפים באחריות

106 על כך העירה פרופסור גור-אריה בהרצאתה, ראו לעיל טקסט להערה 61. חשש כזה עולה מהחלטותיהם של השופטים בעניין משולם. יש לזכור כי בעניין מרדכי היה הרצח חלק מהתכנון המקורי (אומנם כאפשרות צפויה), ולכן אין לראות פרשה זו כדוגמה להטלת אחריות על מבצע שהיה מודע לאפשרות שתבוצע עבירה נוספת או שונה.

107 גור-אריה, לעיל הערה 71, בע' 50.

108 גור-אריה, לעיל הערה 8, בע' 137.

לעבירה של מחשבה פלילית. יחד עם זה ברור מהסיפא של דבריה שם שכל עוד לא נקבע הסדר מיוחד, יש להחיל על השותף שידע על האפשרות של ביצוע העבירה אחריות מכוח סעיף 34א לחוק העונשין. כמוכן בתנאי שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע בנסיבות העניין לאפשרות שהעבירה הנוספת תבוצע.

גם פרופסור קרמניצר מעיר שאין התייחסות לעבירה נוספת שהיתה לשותף מודעות לאפשרות ביצועה, והוא סבור כי ההנחה היא ש"במקרה כזה ייחשב המבצע כשותף גם לעבירה הנוספת, משום שהוא נתפס כמי שתורם לעבירה זו...".¹⁰⁹ אך כאשר לא ניתן לייחס לו אחריות כשותף, "ראוי יהיה להחיל עליו את ההסדר של הרחבת אחריות על פי סעיף 34א לחוק, שכן מתבקש לראות ביסוד נפשי של רשלנות יסוד נפשי מוערי, שאיננו יוצר מחסום כלפי מעלה (כלפי יסוד נפשי המור ממנו)".¹¹⁰

בהיעדר הסדר מפורש לגבי אחריותם של השותפים לעבירה נוספת או שונה שהם היו מודעים לאפשרות ביצועה, ולנוכח ההחלטה שאין להחיל על מקרה כזה את סעיף 34א לחוק העונשין, התוצאה של הפסיקה, שאינה בודקת תמיד את התרומה של כל שותף לעבירה הנוספת ומסתפקת במודעותו, הינה צפויה. פרופסור גור-אריה אומרת שעל המחוקק לתקן את החוק ולמלא את החסר.¹¹¹ לדעתי, עד אשר ייעשה תיקון כזה, ראוי לראות מקרים אלה כמקרים שחל עליהם סעיף 34א לחוק העונשין.¹¹² דרך זו עדיפה על הדרך של הפסיקה, המטילה למעשה אחריות על העבירה הנוספת הצפויה מבלי שהנאשם תרם ליסוד העובדתי שלה. אין בלשון של סעיף 34א לחוק העונשין דבר שימנע פרשנות זו. נכון שדי בכך שאדם מן היישוב היה יכול לצפות את אפשרות ביצוע העבירה, אך אין בסעיף דבר שימנע את החלתו גם על מקרה שבו היתה גם לנאשם מודעות כזו. נראה שכזו היא גם גישתו של פרופסור קרמניצר.¹¹³

בהטלת אחריות לפי דיני השותפות הרגילים יש לבדוק את מעמדו של כל שותף בעבירה בה מבקשים להרשיעו. שוגים הדברים כאשר האחריות מוטלת מכוח סעיף 34א לחוק העונשין. סעיף זה מטיל אחריות לעבירה שהנאשמים לא היו צד לה. לכן אין מקום לבדוק אם הם היו מבצעים, מסייעים או משדלים בעבירה הנוספת או השונה. יש לבדוק רק את מעמדם בעבירה המקורית. מי שהיה מבצע בצוותא של העבירה המקורית יהיה אחראי לעבירה הנוספת או השונה (שאין הוא משתתף בה) בהתאם לתוצאות 34א(א)(1) לחוק העונשין; מי שהיה משדל או מסייע בעבירה המקורית תהא אחריותו בעבירה הנוספת או השונה בהתאם לתוצאות סעיף 34א(א)(2) לחוק העונשין. דומה כי בית המשפט אינו מבהיר נקודה זו, והיא עלולה לגרום טעויות.

109 קרמניצר, לעיל הערה 8.

110 קרמניצר, שם, בע' 124.

111 בהצאתה, ראה לעיל טקסט להערה 61.

112 השוו: R. v. Reardon [1999] Crim. L. R. 392. שימו לב במיוחד להערה על פסק-הדין שמשמע ממנה כי האחריות הנגזרת תחול גם כאשר היה הנאשם מודע לאפשרות שתהיה עבירה נוספת.

113 ראו לעיל טקסט להערה 110.

נבדוק את הדברים בעניין משולם. כזכור, מצאו שופטי הרוב כי הירי על השוטרים לא היה עבירה שונה או נוספת, אולם הם דנו גם באפשרות שהיתה כאן עבירה שונה או נוספת.¹¹⁴ בהנחה שהירי על השוטרים מהווה עבירה שונה מזו שתוכננה, יש לבדוק את מעמדו של משולם בעבירה המתוכננת; ואם היה מבצע בצוותא של אותה עבירה, תהא אחריותו לעבירה שבוצעה מכוח סעיף 34א(א1) לחוק העונשין ובהתאם לתנאים של סעיף זה. אולם בפסק־הדין לא ברור אם נבדק מעמדו של משולם בעבירה המתוכננת או בעבירה הנוספת. אדרבא, משתמע לכאורה שנבדק מעמדו בעבירה הנוספת. בראשית פסק־דינו הנשיא ברק מציג את השאלות המתעוררות. השאלה הראשונה היא אם הירי על השוטרים היווה עבירה שונה מהעבירה המתוכננת, והשאלה השנייה – המתעוררת רק אם התשובה לשאלה הראשונה הינה חיובית – היא מהו מעמדו של משולם – מבצע בצוותא או משדל. אומר הנשיא בהציגו את השאלה השנייה:

"האם משולם, אשר לא נכח במקום בו אירעו היריות, אלא היה נתון במעצר במקום אחר, ממשיך להיות מבצע בצוותא... – מעמד שהיה לו בוודאי שעה ששהה עם חבריו במקום בו הם התכצרו – או שמא ניתוקו ממקום האירוע בשל מעצרו משנה את מעמדו ממעמד של מבצע בצוותא למעמד של משדל..."¹¹⁵

הנשיא מגיע למסקנה שאין מדובר בעבירה נוספת או שונה. אך הוא מוכן להמשיך לברוק גם את השאלה השנייה בהנחה שהיתה כאן עבירה נוספת או שונה, ותשובתו לשאלה זו מצויה בפסקה 3 לפסק־דינו: "לדעתי מעמדו של משולם בעת ביצוע היריות היה כמעמד של מבצע בצוותא." וכאשר הנשיא מנמק את עמדתו, הוא אומר, בין היתר: "אילו נשאר במקום הוא היה ממשיך, איפוא, להיות מבצע בצוותא." ובהמשך הנשיא עומד על כך שהבוכחות בזירת האירוע אינה תנאי הכרחי לגיבוש מעמד של מבצע בצוותא, וכי יש למשולם שליטה גם כשאינו מצוי במקום. הנשיא משווה את מעמדו של משולם למעמדו של המערער בעניין פלוניס. כל הדיון כאן (וההשוואה עם מעמדו של המערער בעניין פלוניס מעידה על כך) מתנהל כאילו דנו במעמדו של משולם בעבירה המתבצעת ובאחריותו לה לפי דיני השותפות הרגילים. אך הדיון צריך להתנהל סביב מעמדו בעבירה המקורית, ולא סביב מעמדו בעבירה הנוספת או השונה.¹¹⁶

(ה) סיכום

סקירת הפסיקה הנוגעת בצדדים לעבירה מלמדת שמגמתו של המחוקק להקפיד יותר על עקרון האשמה כסוגיה זו לא נשמרה במלואה. בעוד שבעקרונות ובפרשנות נראה כי

114 השופטת דורנר, בדעת מיעוט, ראתה בירי עבירה שונה או נוספת.

115 פסקה 1 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

116 ייתכן שבעניין משולם היה מקום לדון בשאלה אם עבירת הירי על השוטרים אינה עבירה שונה, אלא עבירה נוספת על העבירות של החזקת חומרי נפץ וכולי. בדיון זה היה מקום לברוק אם הרישא של סעיף 34 לחוק העונשין מתקיים. בהנחה שתנאי הרישא מתקיימים, אחריותו של משולם לירי תהא בהתאם לסעיף 34א(א) לחוק העונשין.

בית־המשפט שומר על עקרון האשמה, הרי היישום הלכה למעשה כרסם בעיקרון זה. הרחבת התחום של המבצע גרמה להגדלת אחריותו: הוא צפוי לעונש חמור יותר, אינו יכול לקבל פטור עקב חרטה והאחריות הנגררת שלו כבדה יותר.

4. הריגה וגרימת מוות ברשלנות

לשתי עבירות אלה יסוד עובדתי זהה. ההבדל ביניהן טמון ביסוד הנפשי. עבירת ההריגה דורשת מחשבה פלילית, הוזה אומר: מודעות לרכיבים העובדתיים של העבירה, ובמיוחד לאפשרות של גרימת התוצאה, וכן פזיזות באשר לתוצאה זו.¹¹⁷ הפזיזות נחלקת כידוע לשתיים: אדישות וקלות־דעת. הגבול התחתון של היסוד הנפשי בעבירת הריגה הוא אם־כן מודעות לאפשרות של גרימת התוצאה תוך תקווה שהיא לא תיגרם (קלות־דעת). בעבירה של גרם מוות ברשלנות אין נדרשת מודעות של הנאשם לאפשרות של גרימת התוצאה, ודי בכך שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לרכיבים העובדתיים של העבירה ובמיוחד לאפשרות של גרימת התוצאה. הן בקלות־דעת והן ברשלנות נדרש שהתוצאה לא היתה בגדר הסיכון הסביר.

מבחינת חומרתן, עבירות אלה שונות זו מזו. העונש המרבי להריגה הוא עשרים שנות מאסר, בעוד שהעונש המרבי לעבירה של גרם מוות ברשלנות הוא שלוש שנים בלבד. הבדל ניכר זה נעוץ כולו ביסוד הנפשי השונה. המודעות לאפשרות של גרימת התוצאה היא העושה את העבירה לחמורה.

ההבחנה שבית־המשפט מתבקש לעשות קשה עד מאוד. אם יגיע למסקנה שהנאשם צפה את האפשרות של גרימת התוצאה, אך קיווה שהיא לא תתרחש – זו הריגה. אם יגיע למסקנה שהנאשם לא צפה אפשרות זו, אך אדם מן היישוב היה יכול לצפותה בנסיבות העניין – זו עבירה של גרם מוות ברשלנות.

מעבר לשאלה – המעניינת כשלעצמה – אם ראוי שתהיה להבדל דק זה השלכה כה רבה,¹¹⁸ עומד לפני בית־המשפט קושי גדול בעשיית הבחנה זו. יודגש כי הקושי בהבחנה

117 אשתמש כאן בביטוי אפשרות של גרימת התוצאה מבלי להיכנס לשאלה אם נדרשת מודעות לאפשרות של תוצאת מוות, או שדי במודעות לאפשרות של גרימת חבלה חמורה. בע"פ 1/52 דויטש נ' הי"מ, פ"ד ח(1) 456 (להלן: עניין דויטש) קבע השופט אגרונט שבעבירת הריגה נדרשת צפייה של סכנת פגיעה חמורה בחיים ובבריאות. נראה כי לאחר תיקון 39 מכוח סעיף 20(א) לחוק העונשין נדרשת מודעות לתוצאת המוות. ראו, למשל, דברי השופט גולדברג בע"פ 2598/94 דנינו נ' מ"י (לא פורסם), דינים עליון מב 218; השופט בך בע"פ 1713/95 פרידמן נ' מ"י, פ"ד נ(1) 265, 277 (להלן: עניין פרידמן). ודברי השופטת שטרסברג־כהן, שם, בע' 279. ראו גם ע"פ 5910/94 ברקוביץ נ' מ"י, פ"ד מט(5) 353, 360 (להלן: עניין ברקוביץ). לאחרונה קבע השופט אור שכיום נדרשת מודעות לאפשרות של תוצאה קטלנית, וסמך את יתדותיו גם בביטול סעיף 299 לחוק העונשין, ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מ"י (טרם פורסם).

118 פרופסור פלר מסביר שהאשם במצב נפשי של קלות־דעת טמון בכך ש"למרות שהעושה

בין שני מצבים נפשיים אלה אינו ראייתי בלבד, אלא מושגי. קושי זה סובב סביב ההבנה של המצב הנפשי של קלות-הדעת. פרופסור קרמניצר עומד על כך שיש קושי רב בהבנת מצב של קלות-דעת. הוא סבור כי זה מצב שבו העושה מודע לאפשרות של גרימת התוצאה, אך מאמין שהיא לא תקרה (לי זה לא יקרה). אמונה זו יוצרת מצב שבו "הסיכון למרות אופיו הקונקרטי הופך בעיני העושה לסיכון תיאורטי".¹¹⁹ ביסיון להסביר מצב נפשי של קלות-דעת נעשה לאחרונה במאמרה של קרן שפירא-אטינגר.¹²⁰ המחברת מראה כי מצב נפשי זה מתאפיין בכך שלנאשם אין מודעות שלמה, לא מבחינת היקף הידיעה שלו ולא מבחינת עומקה, כאשר עומק המודעות בודק את מידת הריכוז של העושה.¹²¹ במילים אחרות, הנאשם פועל בהיסח-הדעת.

לקושי המושגי מתלווה לעיתים גם הקושי הראייתי. מודעות היא דברים שבלב, ובית-המשפט יכריע לגביה על-סמך נסיבות היצוניות, וברור שלעיתים הדבר קשה עד מאוד.

בתקופה הנסקרת כאן נדרש בית-המשפט העליון לסוגיה זו בכמה פרשיות: עניין ברקוביץ, עניין פרידמן וע"פ 4639/95 מלכה נ' מ"י,¹²² בשלוש הפרשיות הורשעו הנאשמים בהריגה, וערעורם לבית-המשפט העליון נדחה. בשלוש הפרשיות מצא בית-המשפט העליון כי הנאשמים היו מודעים לאפשרות של גרימת התוצאה. בעניין ברקוביץ ובעניין מלכה מדובר בנהגים, כך גם ברוב פסקי-הדין שמתעוררת בהם השאלה של הבחנה בין הריגה לגרם מוות ברשלנות. סוגיה נוספת שגם בה מתעוררת שאלה זו היא המקרים של תאונות בכלי-נשק. בעניין פרידמן נידון נאשם שהמית את אשתו, וגם שם נדחה ערעורו על הרשעתו בהריגה, אך סיפור עניין זה מיוחד, וקשה ללמוד ממנו.¹²³

מודע לאפשרות הגרימה הוא אינו מוותר על התנהגותו כדי להשיג את מטרתו, ש"ז פלר יסודות דיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) 618. אגו מסכימים עם פרופסור פלר כי יש מקרים שבהם יש ברשלנות "ולוול גדול יותר בערכים החברתיים" מאשר בקלות-דעת, שם, בע' 620.

119 מ' קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט (מ' קרמניצר ור' גביוון עורכים, תשמ"ז) 325, 343. לדעת פרופסור קרמניצר, יש קושי בראיית מצב זה כסוג של מחשבה פלילית, משום שאין כאן שקלול אמיתי של ערכים והערפת הערכים של העושה על הערכים של החברה.

120 ק' שפירא-אטינגר "קלות הדעת במשפט הפלילי - האם יש משקל לדעת?" מחקרי משפט יד (תשנ"ה) 179, 184.

121 עומק המודעות "מבטא את המידה, שבה המודעות בנקודת זמן מסוימת מתקרבת לעוצמתה המלאה", שפירא-אטינגר, שם, בע' 195.

122 פ"ד ג(2) 661 (להלן: עניין מלכה).

123 נוסף על כך יש להעיר כי אף-על-פי שבית-המשפט מזכיר בהחלטתו בעניין פרידמן את ע"פ 1100/93 סובאח נ' מ"י, פ"ד מ(3) 635 (להלן: עניין סובאח), ההחלטה מתעלמת למעשה ממה שנפסק בו, ודנה, כמו בפסיקה שקדמה לו, בעיקר בשאלה אם התקיימה רשלנות פושעת. לא ארחיב את הדיבור על פסקי-דין זה.

כרקע לדיון בסוגיה זו יש להזכיר את עניין סובאח וע"פ 3841/94 מ"י נ' צלנקו (לא פורסם).¹²⁴ שתי פרשיות אלה, שגם הן עוסקות בתאונות-דרכים קטלניות, קדמו לתיקון 39. ההלכה שיצאה בעניין סובאח היא שלשם הרשעה בהריגה די בהוכחת יסוד נפשי של פזיזות (בדרגה הנמוכה של קלות-דעת), ואין צורך להוכיח גם רשלנות רבתי, דהיינו: סטייה גסה מנורמת ההתנהגות הסבירה. הלכה זו נפסקה פת-אחד, והיא שינתה את ההלכה שהיתה מקובלת בפסיקה עד אז, שמקורה בפסק-דינו של הגשיא אגרנט בעניין דויטש.

בעניין סובאח נפסק עוד, וזאת ברוב דעות, כי הוכחה של רשלנות רבתי יוצרת חזקה של פזיזות מסוג של קלות-דעת. על הלכה אחרונה זו נמתחה ביקורת רבה.¹²⁵ בית-המשפט מדבר שם אימנם על חזקה עובדתית, אך הוא רואה בה חזקה המעבירה את נטל ההוכחה אל הנאשם. כלומר, אם הוכחה רשלנות רבתי, על הנאשם לערר ספק סביר שהוא לא היה מודע לסכנה. בעניין סובאח היתה השופטת דורנר במיעוט בסוגיה זו, ובעניין צלנקו הצטרפו לדעתה גם שני השופטים שישבו עימה, והמותב כולו הסכים כי אין לקבוע שכל אימת שמוכחת רשלנות רבתי קמה חזקה של פזיזות מסוג של קלות-דעת.¹²⁶ אולם, כפי שנראה בהמשך, יש בבית-המשפט העליון שופטים הנוהגים לפי הלכת סובאח בעניין החזקה, ואינם מזכירים כלל את ההלכה בעניין צלנקו.¹²⁷

סיווג התנהגותו של נהג בתאונה קטלנית כגרם מוות ברשלנות או כהריגה הינו משימה בעייתית בשל ההבחנה הקשה ואולי הבלתי-אפשרית בין קלות-דעת לרשלנות.¹²⁸ האם נהג העוקף בעלייה, כאשר אין לו שדה-ראייה ברור, צופה את הסכנה, אך מקווה שלא תתממש, או שמא אין הוא צופה אותה, אך אדם מן היישוב היה צופה אותה בנסיבות העניין? למקרא דבריה של השופטת דורנר בעניין סובאח ובעניין צלנקו מסתבר כי התנגדותה לקביעת חזקה (שכאשר יש רשלנות רבתי, יש קלות-דעת) מושפעת מהדרך שבה היא רואה את הלך-נפשו של הנהג. היא סבורה כי נהגים רבים אינם צופים את הסכנה.

לענייננו יש חשיבות גדולה לשאלת קיומה של חזקה כזו. משמעותה היא הרחבת התחום של עבירת ההריגה והרשעה של נהגים רבים יותר בעבירה חמורה זו, הדורשת

124 דינים עליון לה 954 (להלן: עניין צלנקו).

125 ש"ז פלר "על הקטגוריות של החזקות אגב פסקי הדין סובאח, צלנקו ופלוני" מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 357. ביקורת זו נוגעת רק בשאלת החזקה. ההלכה שלפיה די בעבירת הריגה בהוכחת הפזיזות, ואין צורך להוכיח רשלנות רבתי, בעינה עומדת.

126 לעיל הערה 124, פסקה 4 לפסק-דינו של השופט קדמי, ופסקה 3 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

127 כך, למשל, בעניין ברקוביץ, לעיל הערה 117, ובע"פ 6236/97 מטמרה נ' מ"י (טרם פורסם) (להלן: עניין מטמרה). בעניין ברקוביץ ניתן אפילו לומר כי בית-המשפט דן ברשלנות רבתי כחלק מהיסוד העובדתי של עבירת ההריגה. וראו ע' אור אשמה פזיזות ורשלנות במשפט הפלילי (1999) 378-390.

128 ראו שפירא-אטינגר, לעיל הערה 120.

מודעות לאפשרות של גרימת התוצאה גם כאשר מודעות זו לא הוכחה אלא באמצעות החוקה. ייתכן שמאחורי גישה זו עומד רצונו של בית המשפט להילחם בתאונות-דרכים. אפשר שהפתרון הנכון אינו ביצירת חוקה שאינה עומדת במבחן ההסדרים המשפטיים¹²⁹ ומביאה לידי הרחבה של המודעות, אלא בקביעת עבירה מיוחדת של הריגה בנהיגה מסוכנת, שעונשה עולה על שלוש שנים (חמש, למשל), אך אינו מגיע לעשרים שנה. עבירה זו לא תדרוש מודעות לתוצאה, ותסתפק ביסוד נפשי של רשלנות. כמו-כן תידרש סטייה גדולה מנורמת ההתנהגות הרגילה (רשלנות רבתי). עבירה דומה קיימת באנגליה.¹³⁰

גם פתרון זה אינו פשוט. עבירה כזו נחוצה באנגליה מפני שאין בה עבירה של גרם מוות ברשלנות. אצלנו, עבירה כזו פחות נחוצה, והיא מעוררת קשיים. יצירת עבירה של רשלנות שעונשה חמש שנות מאסר מנוגדת להוראות סעיף 21 לחוק העונשין. סעיף 21 קובע שעבירה של פשע אינה יכולה להיות עבירת רשלנות. נראה אומנם כי ניתן להתגבר על סעיף 21 לחוק העונשין על-ידי קביעה מפורשת,¹³¹ אך יש לזכור כי הוראה מפורשת שבעבירה מסוימת די ביסוד נפשי של רשלנות ועונשה חמש שנות מאסר תצטרך לעמוד בדרישות של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם והירותו.¹³² בעבירה כזו יש פגיעה בעקרון האשמה, משום שהיא מאפשרת הרשעה בפשע גם כאשר אין לנאשם מודעות לתוצאת המוות. לפיכך יהיה צורך להראות שקביעת העבירה הולמת את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שהעבירה נועדה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. דומה כי יש מקום לחשוב שעבירה כזו תוכל לעמוד בדרישות הסעיף לנוכח הסכנה הגדולה שיש בתאונות-דרכים. יש לציין כי במקרים חמורים מאוד, שברור בהם כי היתה לנהג מודעות לאפשרות של גרימת התוצאה, יהיה ניתן להרשיעו גם בהריגה. הסעיף המיוחד של המתה בנהיגה מסוכנת יאפשר הרשעה במקרים שבהם המודעות אינה ברורה ובמקרים של רשלנות. ניתן למצוא ביסוס לסעיף כזה בגישה שאינה מייחסת משקל כה רב למודעות, ורואה גם ברשלנות, ובמיוחד בחוסר מודעות שמקורו באדישות, יסוד לאשמה. בהמשך הדברים נראה שניתן לראות ביטויים של גישה זו גם בארץ.¹³³

היתרון שבדרך זו הוא שהרשעה בעבירה זו לא תלווה בתיוג הכרוך בהרשעה בהריגה. דומה כי לרבים יש קושי לראות בנהג שגרם לתאונה קטלנית אדם שמורשע בהריגה וצפוי לעונש של עד עשרים שנות מאסר. אין ביצירת עבירה כזו משום פתרון להמתה שנעשתה

129 כלומר, יצירת חוקה שבעובדה, המעבירה את נטל ההוכחה, פלר, לעיל הערה 125.

130 ראו: Road Traffic Act, 1988, §1, כפי שתוקן על-ידי Road Traffic Act, 1991; וראו גם ההגדרה של נהיגה מסוכנת בחוק משנת 1988, כפי שתוקן בשנת 1991. העונש על עבירה זו הינו כיום עשר שנות מאסר.

131 בעקבות בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם), יש אולי מקום לטענה שיש מדרג בין ההוראות שבחלק הכללי של חוק העונשין לבין ההוראות העוסקות בעבירות ספציפיות, בדומה למדרג שבין חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, ס"ח 60 לחוקי התקציב.

132 ס"ח תשנ"ב 150.

133 לעניין זה ראו להלן הערה 145 והסקסט לידה.

תוך משחק בכלי-נשק, דומני שניתן להבחין בין המקרים. לדעתי, קל יותר להרשיע בהריגה מי שממית תוך כדי משחק בכלי-נשק. אפשר שהסיבה לכך היא שנהיגה בדרכים היא פעולה יומיומית הנחוצה ומועילה לחיי החברה (אם כי לא נהיגה בלתי-זהירה), בעוד שבמשחק בכלי-נשק אין שום תועלת.¹³⁴

גם בהיעדר עבירה מיוחדת אין מקום ליצור חוקה הקושרת בין רשלנות רבתי לפזיזות, תוך עקיפת הדרישה למחשבה פלילית. באותם מקרים שיש בהם מודעות לאפשרות של גרימת התוצאה ניתן להוכיח מודעות זו על-ידי בדיקה מדויקת של העובדות, תוך שימוש בחזקות עובדתיות (שאינן מעבירות כמובן את נטל הראיה), כשהעובדות של המקרה יוצרות אותן. אכן, יש בפסיקה שלנו דוגמות לדרך זו. בעניין מלכה השופט גולדברג מגיע למסקנה שהנאשם היה מודע לסכנה שיצר בנהיגתו כאשר חצה קו הפרדה והתכוון לסטות ממסלול נהיגתו כדי לעקוף את הרכב שלפניו. השופט אומר כי בנהיגה כזאת יש מקום להנחה, שלא נסתרה, כי המערער ידע את הסכנה והימר שלא תקרה. מצב נפשי כזה הוא פזיזות מסוג של קלות-ידע. יושם-לב כי ברברים אלה אין השופט פועל לפי חוקה כללית שהתנהגות שיש בה סטייה רבתי מנורמת הזהירות (רשלנות רבתי) מעידה על פזיזות, אלא בוחן את העובדות של המקרה, ועל-סמך עובדות אלה הוא מתבסס על ההנחה שהנאשם ידע על הסכנה. זו דרך הוכחה של מצב נפשי של פזיזות, שהרי הפזיזות נלמדת מתוך הנסיבות, כפי שנפסק בע"פ 419/68 מ"י נ' רפאל.¹³⁵

בעניין רפאל היה מדובר בתאונה קטלנית שנגרמה בשעה שהנאשם חצה פס לבן בעלייה, ולא היה יכול לדאות אם דרכו פנויה. בית-המשפט המחוזי הרשיעו בגרם מות ברשלנות, מכיוון שלא הוכח שהנאשם ידע כי מכונית באה לקראתו. בית-המשפט העליון הרשיעו בהריגה, ואמר:

"מי שעובר קו לבן בלתי מרוסק ונוסע במהירות בצד שמאל של הכביש מול מכונית אשר לידיעתו מתקרבת לקראתו, איננו מתנכר רק לסכנת התנגשות; ייתכן שתוצאה זו היתה ממש מכוונת. אמנם אין לך אדם פזיז אלא אם ידע את הסכנה, אך ידיעת הסכנה דייה כדי להיבו, ואין צורך בוודאות של פגיעה בוולת."¹³⁶

משמע, לקביעת הפזיזות די בכך שאדם מודע לאפשרות שיבוא רכב ממול. בדרך זו הולך גם השופט אילן בפרשה של תאונת נשק בע"פ 1982/98 מירו נ' מ"י (טרם פורסם) (להלן: עניין מירו) שנידון לאחרונה.¹³⁷ הנאשם שיחק באקדח, ותוך כדי כך כיוון אותו לעבר חברו הטוב, ירה בו והרגו. הנאשם טען כי לא היה מודע לכך שהמחסנית נמצאת באקדח. השופט אילן מנתח בדיוקנות את פרטי המקרה, ומגיע למסקנה שהנאשם היה מודע לסכנה ולאפשרות של גרימת התוצאה. למסקנה זו הוא מגיע גם מתוך

134 ייתכן שלאדם הנושא נשק באופן קבוע תהיה גישה שונה, והוא יסבור שגם לגבי טיפול בכלי-נשק שגרם למוות יש צורך בהוראה מיוחדת.

135 פ"ד כב(2) 749, 756 (להלן: עניין רפאל).

136 שם, בע' 755.

137 בקשה לדין נוסף נדחתה על-ידי הנשיא ברק, דנ"פ 6939/98 מירו נ' מ"י (טרם פורסם).

התחשבות בכך שהנאשם הכיר כלי־נשק וידע על הסכנות הכרוכות בהם. לגבי שאלת המתסנית הוא אומר שאין צורך להוכיח שהנאשם היה מודע לכך שהמתסנית מצויה באקרת. אילו טען הנאשם כי טעה והשב שהמתסנית הוסרה, היה מקום לשקול זאת, אך לא זאת היתה הטענה. השופט מסכם ואומר:

”עניות דעתי היא שדי בכך שהנאשם מודע לכך שהוא מחזיק בידו כלי מסוכן שנועד להרוג, אינו בודק אם הוא טעון ועושה פעולות הדרושות לשם יריה. דהיינו, דורך את האקדה ולוחץ על ההדק – כל זאת כשהוא מכוון אותו אל אדם העומד מולו – כדי לקיים הן את הרכיב העובדתי והן את הרכיב הנפשי של עבירת ההריגה.”

אין כאן הסתמכות על חוקה שכאשר יש רשלנות רבתי יש פזיזות (מסוג של קלות־דעת), אלא הסקת מסקנה מתוך העובדות של אותו מקרה. החלטתו של השופט אילן הולכת בכיוון של החלטת השופט זוסמן בעניין רפאל.¹³⁸

נסיים במקרה נוסף שבו נידונה אחריות הנהג לתאונת־דרכים קטלנית. בעניין מטמרה נידונה השאלה מה דינו של נהג שדרס למוות אשה שהצתה כביש במעבר חצייה – גרם מוות ברשלנות או הריגה? בבית־המשפט המחוזי הורשע הנהג בהריגה, לאחר שבית־המשפט הגיע למסקנה שהנהג לא הבחין מבעוד מועד בהולכת־הרגל. ערעורו לבית־המשפט העליון נדחה. השופט קדמי, שנתן את פסק־הדין, מקבל את הכרעת בית־המשפט המחוזי ש”ניתן לקבוע שהנאשם כלל לא הבחין בהולכת הרגל”, ואומר:

”נהג שאיננו ממקד את תשומת לבו למתרחש בכביש שלפניו ומרשה לעצמו להתקדם בכביש – המצוי במקום ישוב מאוכלס – כשתשומת לבו נתונה כולה למתרחש במקום אחר, נוהג ב'פזיזות' כמשמעותה בסעיף 20(א)(2) (א) להוק העונשין, לאמור: בשוויון נפש לאפשרות שיפגע באדם שיבקש לחצות את הכביש במעבר החצייה שסומן לצורך זה ואשר החל בחצייה כשהמשאית שבה נהג המערער נמצאת במרחק של כ־39 מ' ממנו.”¹³⁹

עתירה לדיון נוסף בעניין מטמרה נדחתה.¹⁴⁰ בעתירה זו נטען כי לא היה מקום להרשעה בהריגה, מכיוון שהנהג לא היה מודע לאפשרות של גרימת התוצאה. הקביעה שנהיגה ללא תשומת־לב מהווה פזיזות נוגעת ביסוד החפצי, אך לפני שמגיעים ליסוד זה יש להראות שהתקיים היסוד ההכרתי, דהיינו: המודעות. בערעור בעניין מטמרה לא נערך כל דיון באשר למודעות של הנהג לאפשרות של גרימת התוצאה.¹⁴¹ הנשיא ברק

138 לתאונות בכלי־נשק, ובמיוחד לשאלת המודעות להיות האקדה טעון, ראו שפירא־אטינגר, לעיל הערה 120, בע' 191–195 והערות 30 ו־31, שם.

139 פסקה 4(ב)3 לפסק־הדין.

140 דנ"פ 3285/98 יאסר נ' מ"י (טרם פורסם).

141 ניתן לראות בע"פ 4724/99 נגר נ' מ"י (טרם פורסם) דוגמה להחלטה הקובעת קודם־כל את המודעות לאפשרות שייגרם מוות כתוצאה מהנהיגה, ורק אחר־כך מגיע בית־המשפט

קבע, ברחותו את העתירה לדיון נוסף, כי היתה מודעות לאפשרות של גרימת המוות. מודעות זו הוסקה מכך שהנאשם נהג ברשלנות רבתי, בכך שלא הבחין במנוחה שהיתה במעבר החצייה חרף הראות הטובה, והיה יכול, אילו נהג בסבירות, לבלום ולמנוע את התוצאה הקטלנית. הנשיא ממשיך ואומר:

“אופי זה של היסוד העובדתי [דהיינו, שהיתה רשלנות רבתי] מעלה הנחה משפטית – הנחה הגינתגת לסתירה – כי התקיים בעותר היסוד הנפשי הגדרש. יסוד נפשי זה עניינו מודעות בפועל לטיב נהיגתו ולאפשרות הגרימה של מות המנוחה וקלות דעת לעניין התוצאה הקטלנית...”¹⁴²

בהחלטה זו הנשיא מסתמך על פסקי-הדין בעניין טובאח ובעניין ברקוביץ. אין בהחלטה כל התייחסות לביקורת על קביעת החוקה ולפסקי-הדין בעניין צלנקו, שבו הסכימו כל השופטים שאין לקבוע חוקה משפטית הקושרת בין רשלנות רבתי לפזיזות. היה אפשר להגיע לאותה מסקנה של קיום מודעות אצל הנהג גם ללא החוקה האמורה. בית-המשפט היה יכול ללכת בדרך שבה הלכו השופטים בעניין רפאל, בעניין מלכה ובעניין מירו, ולהסיק את המודעות מתוך העובדות של אותו מקרה. כשם שהשופט זוסמן אמר בעניין רפאל שלשם הוכחת המחשבה הפלילית אין צורך בידיעה על הרכב הבא ממול, כך גם במקרה זה אין צורך בידיעה שהאשה חוצה, ודי בכך שהנאשם מודע לכך שהוא נוסע בכביש עירוני, ויש אפשרות שאנשים יחצו את הכביש וייפגעו.

בשולי הדברים אעיר כי ההשוואה בין ההחלטה של בית-המשפט בערעור בעניין מטמרה לבין ההחלטה בבקשה לדיון נוסף מעלה נקודה נוספת. השופט קרמי בערעור לא דיבר על פזיזות מהסוג של קלות-דעת. קלות-דעת אכן דורשת מודעות. אדם אינו יכול לקוות שתוצאה לא תקרה אם אינו מודע לה. אך השופט קרמי מדבר על שוויון-נפש, על חוסר איכפתיות. אפשר להבין זאת כאמירה שנהיגה כוו ללא מודעות היא המהווה פזיזות מסוג של אדישות. האם נאשם הנוהג ולא שם-לב למתרחש בדרך ולמעבר החצייה והעוברים בו אשם פחות? אפשר שהשופט קרמי סבור כמו השופט כך, שאמר בשעתו לגבי נאשם שטען כי לא היה מודע לגיל הנערה שבה ביצע מעשה-סדום:

“אולם אין הנאשם יכול להימלט מהרשעה בעבירה זו על-ידי כך שיטען, ואפילו ישכנע, שלא ידע על דבר גילה של המתלוננת מפני שכלל לא התעניין כנושא זה [בנושא זה – ר' ק'] ולא חשב עליו.”¹⁴³

בדברים אלה יש תקיפה של ההבחנה החוקה בין רשלנות למחשבה פלילית. האם מי שאינו נותן את דעתו על עובדות מפני שלא איכפת לו אשם פחות? במשפט האנגלי יש

למסקנה שהעובדות מלמדות על אדישותו של הנהג לתוצאה האפשרית. מדובר בנהג שידע על הליקוי במערכת הבלמים ברכב הכבד שבו נהג, נסע במהירות ועקף רכבים מספר, ולא שם ליבו לתמרור שהורה על התקרבות לצומת.

142 לעיל הערה 140, בפסקה 4 לפסקי-הדין.

143 ע"פ 5424/91 פלוני נ' מ"י, פ"ד מו(4) 497, 501.

פסיקה לפיה מי שאינו גותן את דעתו על עובדות המזדקרות לעין מפני שלא איכפת לו הינו פזיז.¹⁴⁴ אך בחוק שלנו קשה להגיע לתוצאה כזו לנוכח הרשישה המפורשת למודעות כבסיס לכל מחשבה פלילית בסעיף 20(א) לחוק העונשין. סוגיה זו של אחריותו הפלילית של מי שלא נתן את דעתו על סיכון בולט מפני שלא היה איכפת לו נידונה כבר בספרות המשפטית שלנו.¹⁴⁵

לסיכום חלק זה של הסקירה אומר שוב כי קביעת חוקה המעבירה את גטל הראיות, לפיה, משהוכחה רשלנות רבתה, יש פזיזות מסוג של קלות-דעת, כפי שנעשה שוב לאחרונה בעניין מטמרה, אינה ראויה. אין לה מקום מבחינה משפטית, ויש בה הרחבה של המחשבה הפלילית. יש להגיע למסקנה שהיתה מודעות מתוך ניתוח העובדות, כפי שנעשה בעניין רפאל, בעניין מלכה ובעניין מירו.

144 *Reg. v. Caldwell* [1982] A.C. 341.

145 ראו ר' קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת ליסודות העבירה" מחקרי משפט יא (תשנ"ד) 147; ש"ז פלר "טעות במצב הדברים בעקבות פסק הדין בע"פ 5612/92 (פרשת האינסוס "שמרת") ולנוכח תיקון מס' 39 של חוק העונשין" מחקרי משפט יב (תשנ"ה) 5; י' קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" פלילים ה (תשנ"ו) 149, 156; וכן שפירא-אטינגר, לעיל הערה 120, בע' 203-207; יצוין כי שלושת המקורות הראשונים שהוזכרו כאן עוסקים במודעות לנסיבות. לבעיה הכללית של מידת האשמה ביסוד נפשי של רשלנות ולהבחנה בין רשלנות לפזיזות ראו גם שפירא-אטינגר, שם, וכן: *S.H. Pillsbury "Crimes of Indifference" 49 Rutgers L. Rev.* (1996) 105. נושאים אלה של הבחנה בין פזיזות לרשלנות, מידת האשמה שיש ברשלנות ומעמדו של מי שאינו מודע מפני שהוא אדיש נידונו בפירוט אצל אור, לעיל הערה 127.
