

הערות לעבירת הניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין*

ד"ר דן ביין**

א. מבוא

יחסית לשינויים מרחיקי הלכת שעשה תיקון 39¹ בתחום אחר של הצורות הנגזרות, דהיינו הצדדים לעבירה, חידושי החוק, ככל שהדבר נוגע לניסיון² — צנועים יחסית ואף-על-פי-כן, יש להם חשיבות בשל כך שיש בהם ביטוי להשקפה אידיאולוגית ומעשית שונה מזו ששררה קודם לכן.

נדון בשינויים אלה לא לפי סדר חשיבותם, אלא תוך שמירה על הסדר ה"דידקטי" המקובל של ניתוח עבירה, מהיסוד העובדתי אל היסוד הנפשי, משם לעונש ולאחר מכן לפטור החדש מאחריות בניסיון.

ב. היסוד העובדתי

כידוע, השאלה המרכזית לגבי היסוד העובדתי בניסיון היא כיצד תוחמים את הגבול בין הכנה, שבגינה אין אדם נושא באחריות פלילית (אלא אם הוגדרה כעבירה בחלק המיוחד של החוק הפלילי³), לבין הניסיון.

נעשו נסיונות רבים לגבי נוסחאות או מבחנים שישמשו מורי דרך בתיחום האמור⁴. חוק העונשין אף הוא ניסה כוחו בניסוח מבחן בדברו על מי ש"מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין".

החוק החדש "הרים ידיים" מבחינה זו וויתר על שימוש בנוסחה משלו. כנראה

* מבוסס על הרצאה שניתנה בהשתלמות שופטים בדיני עונשין ביום 31/5/95.

** שופט בית-המשפט המחוזי חיפה. הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

1 חוק העונשין (תיקון מספר 39) (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ד — 1994, ס"ח 1481. (להלן: תיקון מספר 39 או החוק החדש).

2 סעיף 25–28 לחוק החדש, ראה גם מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ב — 1992" משפטים כד (1) (תשנ"ד) 9, 37.

3 ראה 185 (1993) 27 Is.L.Rev. "Preparatory Offences" Bein

4 ראה מ' קרמניצר "עוד על היסוד ההתנהגותי 'באקטוס ריאוס' של הניסיון" משפטים ט (2) 274 (וראה ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב) 79 ובעיקר ע' 95 ואילך).

שהמחוקק הגיע למסקנה שאין טעם לקבוע נוסחה בחוק וכי יש להשאיר מלאכה זו לבתי-המשפט ולכן הוא הסתפק בקביעה, כי יש מקום להבחין בין הכנה לניסיון, בלי להתוות דרך כיצד להבדיל בין התחום האחד לרעהו. יש להניח שהכללים שפותחו בפסיקה ושטוכמו לאחרונה בפרשת סריס⁵, ימשיכו לחול. הנה כי כן, נקבע בפרשה זו שמעשי הכנה מתבטאים בדרך כלל בתכנון, באיסוף אמצעים ומידע ואילו בניסיון יש כבר תנועה אל עבר הביצוע. עם זאת, אין צורך בתחילת הביצוע של האקטוס ריאוס ובודאי שאין צורך שהנאשם יעשה כל התלוי בו להגשמת העבירה.

עם זאת, ניתן לדעת "לנצל" את ההגדרה החדשה של היסוד העובדתי כדי לסלק אנומליה שהפסיקה יצרה. כוונתי, לאותה פסיקה המאפשרת את הרכבת הניסיון על עבירות שמבחינת מהותן ותוכנן אינן אלא עבירות הכנה. כך למשל, נפסק בפרשת בשן⁶, כי אין מניעה לקיומו של ניסיון לבצע עבירה של קשר, הגם שהקשר אינו אלא עבירת הכנה⁷.

על פסיקה זו נמתחה ביקורת חריפה⁸.

המילים "עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד" שבסעיף 25 לחוק החדש, מתפרשות כפשוטן כמתייחסות למהות ההתנהגות בהשוואה לעבירה "המושלמת" נשוא הניסיון. מדובר, באבחנה יחסית ככל הנוגע ל"קירבת" ההתנהגות לעבירה שלביצועה נושא הנאשם את עיניו מבחינה כמותית ועוד יותר מבחינה איכותית. אך פרשנות מתוחכמת יותר לא תסתפק באמור, אלא תקבע שיש פה איסור החלטי להטיל אחריות על מעשה שהוא בגדר הכנה בלבד; משמעות הדברים היא שכאשר עבירת המטרה היא עצמה מבחינת מהותה עבירת הכנה, הרי ניסיון לבצע עבירה כזאת (גם אם בהשוואה לעבירת המטרה הוא עבר את שלב ההכנה), הוא בגדר מעשה הכנה מקל וחומר! נדגים את האמור: הצעה של ראובן לשמעון לקשור עמו קשר, שלא נתקבלה על דעת שמעון, היא בהשוואה לעבירת הקשר, ניסיון לבצע את העבירה האמורה. אך אם הקשר הוא הכנה, הרי על אחת כמה וכמה שכך צריך לראות את התנהגותו של ראובן בדוגמתנו.

התנהגות כזו אינה עבירה כל עוד לא נקבע בחוק מפורשות אחרת.

בפסיקה שקדמה לחוק החדש, הובעו ספקות אם ניתן לבצע ניסיון במחדל⁹. ניתן היה לעגן ספיקות אלה בנוסח סעיף 33 (א) לחוק העונשין אשר דיבר על "מעשה גלוי לעין". אינני חושב שדעה זו היתה נכונה אפילו בשעתה. על כל פנים, בחוק החדש אין כל ספק שניסיון יכול עקרונית להתבצע גם במחדל. זאת, נוכח העקרון הכללי שבסעיף 18 (ב) לחוק החדש, שלפיו "מעשה" — לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת". הדבר יבוא

5 ע"פ 5150/93, 5447 סריס נ' מ"י, פ"ד מח (2) 183.

6 ע"פ 441/72 בשן נ' מ"י, פ"ד כוז (2) 141.

7 Bein, *supra* note 3, at p. 195.

8 ראה מ' קרמניצר "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה" משפטים יד (תשמ"ד-תשמ"ה) 231.

9 ע"פ 155/59 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 233, 239. לסוגייה של ניסיון במחדל ראה גם E. Meehan, *The Law of Criminal Attempt — A Treatise*, (Calgari, 1984) 88

לידי ביטוי בעיקר בנסיונות לבצע עבירות תוצאה, כגון ניסיון לרצח. לדוגמא, כאשר הנאשם חייב מכוח דין או חוזה לספק מזון ותרופות לאדם חסר ישע והוא בהדרגה מחסיר מהאדם התלוי בו את מזונו או את התרופות הדרושות לו, והכל במטרה להמית את אותו אדם, אך עקב התערבות גורמי הרווחה אין הנאשם משיג מטרה זו, ניתן יהיה לייחס לו ניסיון לרצח.

קשה יותר לתאר ניסיון במחדל בעבירה של התנהגות, שכן לא ניתן לפצל את ההתנהגות לשלבים ואז או שאדם מבצע את העבירה המושלמת, או שאין הוא מבצעה כלל. אם מוטלת על ראובן חובה להתייצב לשירות ביטחון בלשכת הגיוס במועד פלוני, הרי אם עבר המועד והוא "חדל" מהתייצב, יש לייחס לו את העבירה המושלמת של אי-התייצבות לשירות ביטחון, אך כל עוד לא הגיעה השעה היעודה לא ניתן לקבוע שבוצע ניסיון במחדל¹⁰. אין גם תועלת באישום בניסיון במקרה כזה כאשר עוד מעט "סבלנות" מצד רשויות אכיפת החוק והמועד לקיום החובה יגיע וממילא ניתן יהיה לייחס לנאשם את העבירה המושלמת.

בסוגיית הניסיון "הבלתי צליח", מאמץ התיקון בעיקרו של דבר את אשר נפסק בפסק-דין גרציאנו¹¹, שם נעשה שימוש במהופך בדוקטרינה של "טעות במצב דברים"¹². לשון אחרת, הנאשם יורשע בניסיון גם מקום שהעבירה אינה ניתנת להשלמה, אם בשל אי-התאמת האובייקט (ירייה אל גופת אדם מת בעבירה של רצח), או בשל אי-התאמת האמצעים (שימת סוכר בכוס הקורבן במקום ארסניק), והכל כאשר הנאשם האמין כי הקרבן הוא חי (כדוגמא הראשונה) וכי הוא שם ארסניק בכוס (כדוגמא השנייה)¹³. ברור שהאחריות חלה רק לגבי טעות במצב דברים ולא כאשר הנאשם טעה במצב משפטי הנוגע לקיום האיסור הפלילי, או בדבר גבולותיו של אותו איסור¹⁴. נראה שטעות בדין לבר פלילי תחשב אף לעניין "הטעות ההפוכה" בניסיון, כטעות במצב דברים¹⁵.

ברור לדעתנו, שהאבחנה שאזכרה בפרשת גרציאנו בין מקרה שבו "הטעות ההפוכה" מתעוררת לגבי קיום יסוד מיסודות העבירה (למשל לעניין "הסטטוס" של

- 10 יתכן שניתן לדבר על ניסיון במעשה פוזיטיבי כגון שמספר שעות לפני המועד לקיום חובת ההתייצבות נתפס ראובן כשהוא עולה על כבש מטוס העומד להמריא תוך זמן קצר לאוסטרליה.
- 11 ע"פ 675/85 גרציאנו נ' מ"י, פ"ד מ (3) 763 (להלן: עניין גרציאנו). וראה גם גור אריה, לעיל הערה 2, בע' 39.
- 12 השווה את הנוסח הדומה בהתייחסות "למצב דברים" בסעיף 26 להגנה של טעות במצב דברים בסעיף 34 יח (א).
- 13 הניסיון הבלתי צליח יכול להתייחס גם "למצב דברים" הנוגע לקיום סייג לאחריות פלילית (ראה פלר, לעיל הערה 4, סעיף 554 בע' 444).
- 14 השווה סעיף 34 י"ט לגבי הסייג של טעות במצב משפטי.
- 15 נראה שהאבחנה בין טעות בחוק פלילי ולבר פלילי כפי שיושמה למשל בפסקי-הדין בע"פ 291/64 וינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (1) 150; ע"פ 5/72 אייזיקס נ' מ"י, פ"ד כז (1) 371, תמשיך לחול גם לאחר תיקון 39 וזאת מאחר שסעיף 34 י"ט הן בטעות במצב משפטי והשולל את קיומו של סייג לאחריות במקרה זה, פרט למקרה שבו הטעות היא "בלתי נמנעת באורח סביר" עוסק רק ב"טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור" ולא בטעות בדין בדרך כלל. ראה לאחרונה ע"פ 389/91 מ"י נ' ויסמרק ישראל (טרם פורסם).

רכוש כרכוש גנוב בניסיון לקבלת נכסים גנובים), לבין מקרה שהטעות מתייחסת לנסיבה שאינה יסוד מיסודות העבירה (למשל, העדרו של נוקד ברובה בו מתכוון הנאשם לעשות שימוש למטרת רצח)¹⁶ — אין לה נפקות וכי בשני המקרים תחול אחריות בגין הניסיון. לפי הפרשנות שניתנה לניסיון לפי חוק העונשין, ניתן היה לפטור מאחריות מקום שבו נאשם האמין בטעות שבכוחם של אמצעים מסוימים להביא להשלמת מטרתו הפלילית, אך אותם אמצעים מעצם טיבם הם אבסורדים מהבחינה האובייקטיבית, כגון במקרה שהנאשם (בחברה מערבית) מאמין שבכוחם של מעשי כישוף להביא למותו של אויבו¹⁷.

הבסיס לפטור מאחריות לפי הדין הקודם היה בסעיף 33 (א) לחוק העונשין שדיבר על "אמצעים המתאימים להגשמתה". מילים שפורשו כקובעות שהאמצעים (בהתחשב באמונתו המוטעית של הנאשם לגבי מצב הדברים) מסוגלים עקרונית להביא להגשמת המטרה, להבדיל מאמצעים שאינם מסוגלים מבחינת טיבם האובייקטיבי להביא לתוצאה הפלילית.

בסעיף 26 לחוק החדש, אין עיגון לאבחנה אשר כזאת ולכן פתוחה הדרך בפני בתי-המשפט לאמץ גישה סובייקטיבית טהורה, הרואה את הסיכון בעצם אמונתו של הנאשם ביכולתו להשתמש באמצעים להשגת המטרה הפלילית ללא היזקקות לקנה-מידה אובייקטיבי.

עם זאת, סביר להניח, שבת-המשפט לא ילכו בדרך קיצונית זו וגם להבא ימשיכו שלא להטיל אחריות במקרה של שימוש באמצעים אבסורדים, אולי תוך הישענות על הסייג של "זוטי דברים" לפי תיקון¹⁸ 39.

ג. היסוד הנפשי

נראה שלא חל שינוי ממשי ביסוד הנפשי בניסיון כתוצאה מתיקון 39. קודם לתיקון נפסק, כי בניסיון נדרשת (דרישת מינימום) כוונה ממשית או ספציפית¹⁹. ואם בעבירה מושלמת נדרש יסוד נפשי מורכב יותר, יהיה צורך בהוכחתו גם בניסיון²⁰. יחד עם זאת

- 16 עניין גרציאנו, לעיל הערה 11, בע' 773 סעיף 3.
 17 עניין גרציאנו, שם, בע' 769; וראה גור-אריה, לעיל הערה 2.
 18 סעיף 34 יד' לתיקון 39.
 19 ראה ע"פ 61/51 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה 1249; ע"פ 216/56 ג'ניה יתום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 596, 592; ע"פ 155/59 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 237, 233 (להלן: עניין דרעי).
 20 פסק-הדין בעניין דרעי, שם, אשר קבע, כי בעבירה של "ניסיון לרצח" לפי סעיף 305 לחוק העונשין נדרשת רק כוונה ממשית להמית ולא "כוונה תחילה" — אינו ראייה לסתור, שכן לפי ההסטוריה החקיקתית וניסוחה של העבירה הגיע בית-המשפט למסקנה כי על אף הכותרת "ניסיון לרצח" מדובר בסעיף 305 על ניסיון להריגה. לשון אחרת, לו ניתן היה להרכיב את הניסיון על רצח ככוונה תחילה לפי סעיף 300 (א) לחוק העונשין אין ספק שגם בניסיון היתה נדרשת "כוונה תחילה". (לעניין "הרכבת" הניסיון על עבירת הרצח ככוונה תחילה ראה בהמשך).

נפסק, שאם בעבירה המושלמת די בפזיזות לגבי הנסיבות (למשל לגבי גיל הנערה בעבירה של חטיפת נערה מתחת לגיל 16)²¹, הרי כך יהיה המצב גם לגבי ניסיון. החוק החדש מדבר על "מטרה" שהוא בעצם מושג זהה לכוונה ספציפית. כלומר, מדובר בחזות תוצאה שאינה מיסודות העבירה וחפץ בהשגת אותה תוצאה. האם ידיעה שהגיעה לדרגה גבוהה של הסתברות, תהווה תחליף למטרה זו? כידוע, מאמץ החוק החדש, ככלל של ברזל, את הקביעה ש"לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן"²². האם הכלל הזה חל גם על מטרה?

נראה לי, שלעניין מטרה יחול הדין הקודם, שלפיו אמנם ברוב המקרים ידיעה קרובה לוודאי תשמש "תחליף" למטרה, אך לבית-המשפט שיקול-דעת אם לסטות מכלל זה²³. לדעתי, ככל שהדבר נוגע לניסיון שבו למחשבה הפלילית יש תפקיד נכבד יותר מבעבירות אחרות, שכן היא משמשת לא רק בתפקידה הרגיל, אלא כאינדיקטור מרכזי בקביעת הסיכון לביצוע העבירה המושלמת ולפגיעה באינטרס החברתי שעליו באה אותה עבירה להגן — אין להחיל את כלל הידיעה בכל מקרה. יש להותיר מרחב של שיקול-דעת בידי בית-המשפט.

על כל פנים, נוסח החוק מאפשר אופצייה פרשנית כזאת.

השאלה האם פזיזות באשר לנסיבות יכולה לשמש יסוד נפשי מספיק בניסיון, לא תוכל להתעורר במסגרת החוק החדש, וזאת מן הטעם הפשוט שאין החוק מכיר כלל באפשרות של פזיזות לגבי הנסיבות. פזיזות היא מחשבה פלילית מוכרת רק לגבי הרכיב התוצאתי²⁴.

ד. העונש

הבסיס האידיאולוגי

כידוע, העקרון הכללי ששרר לפי החוק הקודם הוא שדינו של הניסיון הוא מחצית מהעונש בגין העבירה המושלמת²⁵. אין ספק שמאחורי עיקרון זה עמדו שני נימוקים עיקריים:

(א) השיקול התגמולי בענישה מקנה חשיבות לא רק לכוונות, אלא גם ואולי בעיקר לתוצאות של התנהגות הנאשם, לנוק לקורבן העבירה ולחברה בכללותה בשל השלמת העבירה; מאחר שבניסיון לא נגרמה עדיין התוצאה המזיקה נשוא העבירה המושלמת, הרי ממילא יש להקל בעונש.

(ב) אם יוטל על הניסיון עונש השווה לעבירה המושלמת, יהווה הדבר "תמריץ

21 סעיפים 253, 255 לפקודת החוק הפלילי 1936 וראה פסק-דין בעניין ע"פ 291/62, 390/62 אבו רביעה נ' הייעץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 2913.

22 סעיף 20 (ב) לתיקון 39.

23 ראה ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט (3) 205, 212, 219; ע"פ 506/89 געים נ' רוזן, פ"ד מה (1) 133, 138.

24 ראה סעיפים 20 (א); 20 (א) לתיקון 39.

25 סעיף 32 לחוק העונשין.

שלי" לנאשם לחזור בו מביצוע העבירה, לפחות באותם מקרים שבהם השלמת העבירה "מחסלת" בד בבד גם את הראיה המרכזית כנגד הנאשם, כמו למשל ברצח²⁶. יתכן שיש שיקול נוסף, סמוי, המתאים לבעלי השקפה פרוידיאנית והוא שמי שאינו מצליח בהשלמת העבירה, יתכן שלפחות במקרים מסויימים הדבר מעיד על כך שמלכתחילה לא היתה כוונתו נחושה במלואה ויתכן שגורמים תת-הכרתיים הסולדים מביצוע העבירה, פעלו אצל הנאשם לסיכול העבירה.

בהצעה שקדמה לחוק החדש²⁷, הופיעו שתי גרסאות: האחת, לפיה יש להמשיך לפי אותו עיקרון ששרר לפי חוק העונשין, והשנייה – דגלה בשינוי, לפיו יש להשוות, במודיפיקציות מסוימות, את עונשו של הניסיון לעונש בגין העבירה המושלמת. גרסה זו אומצה בסופו של דבר בחיקון החדש. על כך ניתן ללמוד מסעיף 34ד' לתיקון 39 הקובע שכל דין החל על העבירה המושלמת חל גם על הצורות הנגזרות (שהניסיון נמנה עליהן) "מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת".

במקרה הנדון, אין הוראה נוגדת בחיקוק. להיפך. ניתן ללמוד על אימוץ הגרסה השנייה שבהצעה גם מהשוואת ההוראה לגבי ניסיון לשידול, שלפי הדין הישן דינו היה כדין הניסיון²⁸, והנה לגבי הניסיון לשידול כחוק החדש, נקבע ככלל העיקרון של מחצית העונש²⁹ והוראה דומה לא נקבעה לגבי הניסיון.

ראיה נוספת באותו כיוון ניתן למצוא בסעיף 27 לחוק החדש שכותרתו היא "עונש מיוחד על ניסיון". סעיף זה קובע את אי-תחולתן של הוראות בדבר עונש חובה ועונש מזערי על ניסיון. הוראה זו היתה מיותרת לולא שרר העיקרון של השוואת העונשים. בדברי ההסדר לגירסה השנייה בהצעת החוק³⁰ נומקה הגישה המצדדת בעונש אחד לניסיון ולעבירה המושלמת בכך שמבחינה מוסרית אין להבדיל בין המנסה לבין מבצע העבירה המושלמת ואין לתלות את מידת העונשין בעניין שבמקירות.

הנמקה זו אינה בהכרח מקובלת על הכל. ראשית, לא ניתן לדעתי להתעלם לגמרי מהשיקול התגמולי המושרש עמוק בתודעת הציבור ובפסיקה ושרכיב מרכזי בו הוא חומרת התוצאה.

מעבר לכך, שיקולי מקריות תופסים מקום חשוב גם בחברה מתקדמת. אנשים מתוגמלים ומוערכים לא לפי המאמץ בלבד, אלא בעיקר לפי התוצאות ותוצאות אלה לא פעם תלויות במקירות. כך למשל שני חוקרים עובדים על פיתוח המצאה מסוימת וברוך מקרה סיים הראשון את הפיתוח לפני חברו. הראשון יזכה בכל היתרונות המורליים והחומריים והשני לא יזכה בדבר³¹.

- 26 ראה עניין דרעי, לעיל הערה 9, בע' 244.
- 27 סעיף 27 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ב – 1992, ה"ח התשנ"ב 115 (להלן: ההצעה).
- 28 סעיף 34 לחוק העונשין.
- 29 סעיף 33 לתיקון 39.
- 30 לעיל הערה 27.
- 31 ראה Nils Jareborg "Criminal Attempts and Moral Luck" 27 Is.L.Rev. 213, 222 Esc. 7. ראה (1993) ראה גם שיקולים בעד ונגד השוואת העונשין בניסיון ובעבירה המושלמת כנגזר מאימוץ השקפה סובייקטיבית או אובייקטיבית; ראה Meehan לעיל הערה 9, בע' 13 ואילך.

שנית, הנימוק של אי-התחשבות במקריות, כוחו יפה לכל היותר בחלק מהמצבים של הניסיון. הכוונה בעיקר ל"ניסיונות מושלמים", שהם נסיונות לבצע עבירה של תוצאה, בהם עשה הנאשם כל התלוי בו להשלמת העבירה, כגון שהפעיל מנגון שהייה של פצצה ומעתה השאלה אם יארע הפיצוץ תלויה אך ורק בכוחות פיזיקליים או כימיים או בכך אם יבוא מאן דהוא וינטרל את הפצצה. מבחינת הנאשם ניתן לומר במקרה זה, כי התהוות הפיצוץ או מניעתו היא עניין שבמקריות.

פחות פועל שיקול המקריות בעבירות של התנהגות או בעבירות תוצאה שבהן לא הגיע הנאשם לשלב האחרון התלוי בו³², שהרי השלמת העבירה במצבים אלה תלויה במידה רבה בנאשם עצמו. האם גם כאן מדובר במקריות? נניח שהנאשם עומד להטמין פצצה עם מנגון שהייה. תוך כדי התקנת הפצצה ובטרם סיים מלאכתו עוברת באיזור משטרה. הנאשם יכול להתרע מהופעת המשטרה ולהחליט לחדול מהמשך הביצוע, אך הוא יכול גם להסתתר במקום כל שהוא עד שהסיוור המשטרתי יעבור ולאחר מכן להמשיך בביצוע המשימה שנטל על עצמו. מבחינת הנאשם אין כאן מקריות. גם אם נניח שהמשטרה הבחינה בפצצה ועצרה את הנאשם, אין זו בהכרח תוצאה מקרית, שכן יתכן שאם הנאשם היה מיומן יותר בהסוואת פעילותו או בבחירת השעה והמקום להטמנת הפצצה, הוא לא היה נתפס. ושוב, אלמנט המקריות אינו כה בולט בסיטואציה כזו. כמובן ששיקולים אלו יוכלו להיות מובאים בחשבון בקביעת מידת העונש במקרה הקונקרטי, שכן מדובר רק בתקרת עונש מירבי ולבתי-המשפט שיקול-דעת לגבי מידת העונש בכל מקרה ומקרה.

מקומו של הניסיון לרצח לאור התיקון

השוואת העונשים בניסיון ובעבירה המושלמת מעוררת את השאלה האם פרט לניסיון לרצח לפי סעיף 305, אשר כפי שהוזכר כבר לעיל פורש כניסיון להריגה³³, קיים גם ניסיון "אמיתי" לרצח, דהיינו הצירוף של סעיף 300 (א) (2) לחוק העונשין וסעיף 25 לתיקון מספר 39.

לפני תיקון 39 כנראה שלא היתה אפשרות ליצור "תרכובת" של ניסיון לפי סעיף 33 לחוק עם הרצח בכוונה תחילה, או לפחות לא היה כל טעם מעשי או ענייני ליצירת "תרכובת" כזאת. הבסיס לקביעת זו נעוץ בכך שהעונש בגין העבירה לפי סעיף 305, שאינה מצריכה כאמור הוכחת כוונה תחילה, הוא עשירים שנות מאסר.

בסעיף 32 לחוק העונשין אשר קבע את מידות העונשין בניסיון, אין מופיעה כלל "משבצת" של עבירה שדינה מאסר עולם חובה, להבדיל מעונש מאסר עולם שאינו חובה (שהוא כידוע רק עשירים שנה)³⁴. העונש על ניסיון לעבור עבירה שעונשה מוות

32 כזכור הנאשם יכול להיכנס לתחום הניסיון גם אם לא ביצע את השלב האחרון החלוי בו לביצוע העבירה. ראה למשל ע"פ 1/65 שמש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (1) 398, 400; ע"פ 180/83 סורר נ' מ"י, פ"ד לח (2) 444, 447.

33 עניין דרעי, לעיל הערה 19.

34 סעיף 41 לחוק העונשין.

היה כאמור עשרים שנה ובוודאי שניסיון לבצע עבירה שדינה מאסר עולם חובה לא היה יכול לעלות על עונש זה (עשרים שנה כאמור). ואם העבירה לפי סעיף 305, שהיא למעשה ניסיון להריגה, דינה ממילא עשרים שנה, אין כל סיבה ליצור את ה"תרכובת" של סעיף 300 (א) (3) ו־33 לחוק העונשין.

הפיתרון לשאלה אם לאחר תיקון 39 יש מקום לשילוב סעיף הניסיון עם סעיף הרצח בכוונה תחילה, קשור קשר כל יינתק עם שאלה אחרת, והיא אם מוסמך בית־המשפט להטיל בגין נסיון לרצח כזה, עונש העולה על העונש בגין העבירה לפי סעיף 305, כלומר מעבר לעשרים שנה.

לצורך פתרון שאלה אחרונה זו, עלינו לבדוק את משמעותו של סעיף 27 לתיקון ויחסו של סעיף זה לסעיף 41 לחוק העונשין.

סעיף 41 לחוק העונשין קובע, כי עבירה שדינה מאסר עולם שאינו חובה, המאסר אינו "לעולם" אלא לעשרים שנה בלבד. מאידך, מאסר עולם שהוא עונש חובה, הרי הוא פשוטו כמשמעו מאסר עולם "לעולם", כלומר עד קץ החיים.

סעיף 27 לתיקון 39 קובע ש"הוראה שבה נקבע לעבירה עונש חובה... לא תחול על ניסיון לעבור אותה". לסעיף זה ניתן לתת שני פירושים אפשריים ככל הנוגע להתייחסותו לסעיף 41 לחוק העונשין. הפירוש האחד אומר: העונש אינו משנה את סיווגו כעונש חובה ולכן ככל שמדובר במאסר עולם, הריהו מכוח סעיף 41 לחוק העונשין, מאסר עולם "לעולם". וכל כוונתו של סעיף 27 היא ליתן שיקול־דעת בידי השופט הדין בניסיון לעבור עבירה כזאת, לרדת מהתקרה הגבוהה ההיא, אך גם להטיל, במקרה שיראה זאת לנכון, את העונש עד גובה התקרה, כלומר בניסיון לרצח (שלא לפי סעיף 305) עונש מאסר עולם עד כלות החיים.

פירוש שני אפשרי הוא שסעיף 27 משנה לגבי הניסיון לרצח את סיווג העונש באופן שממאסר עולם חובה הופך הוא למאסר עולם סתם. ומכוח סעיף 41 לחוק העונשין תהא התקרה בכל הנוגע לניסיון לרצח עשרים שנה. כמובן שאם מאמצים את הפירוש השני, שוב אין כל היגיון בהוספת ניסיון לרצח אמיתי (עם דרישה לכוונה תחילה) לניסיון לרצח "המדומה" המגולם בסעיף 305 לחוק העונשין.

שאלה דומה, אך לא זהה, עלתה בפסק־דין פלוני נ' מ"י³⁵, שם היא הוצגה בהקשר לסעיף 25 (ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) תשל"א – 1971, אשר קובע, כי אם אדם היה קטין ביום ביצוע העבירה, "אין חובה להטיל עליו מאסר עולם" ובית־המשפט נדרש להכריע בשאלה אם מוסמך (הגם שאינו חייב) בית־המשפט להטיל על קטין עונש העולה על עשרים שנה. דעת הרוב (הנשיא מ' שמגר, שאליו הצטרף השופט ת' אור) היתה, כי לעבירת הרצח בכוונה תחילה צמוד עונש מאסר עולם כמאסר חובה. סיווגו של העונש לפי סעיף 300 כמאסר עולם חובה, אינו משתנה עקב הוראותיו של סעיף 25 (ב) של חוק הנוער וכל פעולתו של סעיף זה היא ליתן בידי בית־המשפט מרווח של שיקול־דעת, בו בזמן שסעיף 41 לחוק העונשין מתייחס ברורות רק לעונש

35 ע"פ 530/90 פלוני נ' מ"י, פ"ד מו (3) 648; וראה מאמר הביקורת של ש"ז פלר "מאסר עולם חובה", מאסר עולם ומאסר עשרים שנה", משפט וממשל ב' (2) (תשנ"ב–תשנ"ה) 507.

כפי שנקבע בסעיף העבירה הרלוונטי. פירוש זה הולם את המטרה החקיקתית להרחיב את קשת הסמכויות לגבי קטין.

סעיף 25 לחוק הנוער לא ביקש לשנות את סיווגו המשפטי של העונש בשל רצח כעונש חובה, אלא הקנה שיקול-דעת לגבי סוג עבריינים. דעת המיעוט של השופט ג' כך, בה תומך גם פרופ' פלר³⁶, היתה שאין להבחין בין עונש מירבי הנקבע בחוק עבור "עבירה" לבין עונש מירבי הנקבע ל"עברייין". אם קובע החוק עונש מירבי קל יותר עבור עברייין בעל תכונות מיוחדות, כגון קטין, אזי נובע מכך שאם נעברה עבירה מסוימת על-ידי קטין, הרי העונש המירבי עבור העבירה הספציפית הנדונה הוא אותו עונש קל יותר שהמתקוק חשבו כמתאים לאותה סיטואציה. כאשר גילו של הנאשם משפיע על העונש המירבי הקבוע בחוק, הרי הופך הגיל מניה וביה לאחד הגורמים המשפיעים על מהות העבירה.

פרשנות זו נותנת לדעתו ביטוי אמיתי לתכלית החקיקתית המגלמת את התפיסה שעשרים שנות מאסר משקפות נכונה עונש של מאסר עולם, פרט לאותם מקרים חריגים בהם חומרת העבירה מחייבת הטלת מאסר עולם חובה.

בכל מקרה, גם אם פרשנותו של הרוב סבירה, הרי בין שתי פרשנויות סבירות יש להעדיף את זו המקלה עם הנאשם³⁷.

דעתי נוטה לאמץ את דעת הרוב בפרשת פלוני הנ"ל גם על ענייננו. ראשית, מתוך רצון ליתן ביטוי למגמה העקרונית החדשה של השוואת רמת העונשין לניסיון עם זאת בעבירה המושלמת. לאור מגמה זו יש לפרש את החריג שבסעיף 27 על דרך הצמצום. שנית, בנוסחה א' בהצעה שקדמה לתיקון³⁸ ואשר כזכור המליצה על השארת העיקרון של מחצית העונש נאמר, כי "עונש חובה כלשהו – הוא יהיה עונש מירבי ומחציתו תהא עונש מזערי". כלומר, נשלל רק אלמנט הכפייתיות, אך לא שונתה התקרה שבית-המשפט מוסמך להטיל. ואם זהו המצב "במשטר" בו מוטל בגין הניסיון רק מחצית העונש, קל וחומר זהו המצב בשיטה המאמצת את העיקרון של השוואת העונשין.

שלישית, תיקון 39 רואה בניסיון לשידול צורת אחריות קלה יותר מאשר ניסיון סתם. זאת בניגוד למצב לפי חוק העונשין שבו העונש של ניסיון לשידול היה שווה לניסיון הרגיל³⁹. בחוק החדש, העונש על ניסיון לשידול הוא בדרך כלל מחצית העונש⁴⁰, בעוד שבניסיון רגיל העונש שווה לעונש בעבירה המושלמת.

והנה לגבי ניסיון לשידול, נקבע שמקום שבעבירה המושלמת נקבע מאסר עולם חובה, יהיה העונש בניסיון לשידול עשרים שנות מאסר⁴¹.

אם רוצים ליתן ביטוי לאותה גישה שהניסיון חמור מהניסיון לשידול, ובשים לב

36 המאמר הנזכר בהערה 35 לעיל.

37 וראה כיום ביטוי לאותו רעיון בסעיף 34 כ"א לתיקון 39.

38 סעיף 27 (4) להצעה.

39 סעיף 34 לחוק העונשין.

40 סעיף 33 לתיקון מספר 39.

41 סעיף 33 (1) לתיקון 39.

לניסוח השונה של סעיף 27 לעומת סעיף 33 (1) לתיקון 39, הרי יש להניח שתקרת העונש בניסיון סתם, מקום שמדובר במאסר עולם חובה, עולה על עשרים שנה – הווה אומר, מאסר עולם "לעולם".

ה. חרטה

כמו שציינו, קביעת דרגת עונש אחת לניסיון ולעבירה המושלמת, עשויה להביא לכאורה לתוצאה בלתי רצויה של "עידוד" הנאשם במקרים רבים להשלים את העבירה, בין היתר, כדי שיקשה לעלות על עקבותיו.

לפיכך, חשוב היה לאזן סכנה זו על-ידי עידוד נאשמים לחזור בהם ולמנוע את השלמת העבירה. זאת עושה המחוקק של תיקון 39 על-ידי אימוץ הפטור של חרטה⁴².

אין ספק, שיש באימוץ פטור כזה משום אנומליה בהשוואה לסייגים הרגילים לאחריות פלילית, בכך שנאשם שכבר נכנס (לפי ההנחה) למסגרת האחריות בגין הניסיון, כלומר עבר את שלב ההכנה גרידא והחל בשלב הביצוע – זוכה לפטור ולהסרת כתם האחריות שכבר הוטלה עליו בשל התנהגות מאוחרת יותר, בעוד שבסייגים אחרים השחרור מאחריות נובע מנסיבות המתקיימות לפני ביצוע העבירה או בעת ביצוע העבירה. ניתן גם להציג את השאלה, מדוע מוכרת חרטה כפטור בניסיון ולא, למשל, בגניבה. מדוע לא יזוכה הגנב שמיד לאחר הגניבה מחזיר את השלל לבעליו⁴³? השיטה הקודמת הכירה בחרטה כפטור רק לגבי שידול "חיויבי" הבא "לנטרל" שידול לדבר עבירה⁴⁴, ואילו בניסיון, החרטה שימשה רק נסיבה התורמת להקלה בעונש. יתכן שגישה זאת נובעת מכך שמחוקק חוק העונשין סבר שקשה מאד לקבוע אם חרטה נובעת מרצון חופשי ונוכח ריבוי המניעים העשויים להשפיע על הנאשם לחזור בו מניסיון לבצע עבירה, ראוי שהעניין יידון בשלב העונש, שהוא יותר גמיש.

אין ספק, שבהכרה בפטור חרטה מעורבים שיקולים שונים – שיקול מוסרי, שיקול השם את הדגש על נטרול הסכנה החברתית וכן שיקול פרגמטי של עידוד נאשמים לחזור בהם. השיקול המוסרי מתבטא בשניים: ראשית, מדובר בבעל תשובה. שנית, יתכן שהחרטה מצביעה על כך שמלכתחילה לא היה הנאשם שלם עם המטרה הפלילית. השיקול של העדר סכנה חברתית מתבטא בכך שקיימת חזקה ש"בעל תשובה" לא יתזור לסורו, וכן שמשום שכונתו לא היתה מגובשת מלכתחילה, סכנתו החברתית קטנה.

42 סעיף 28 לתיקון 39.

43 השווה גם Ashworth Principles of Criminal Law (1991) p. 418.

44 סעיף 30 לחוק העונשין. אינני נכנס כאן לשאלה אם השידול הנגדי היה צריך להיות אפקטיבי במובן זה שמאכן ואילך בוצעה העבירה מטעמים שאין להם קשר לשידול (הראשון) "הנגטיבי", או שדי היה בכך שהשידול הנגדי היה בעל סגולה אובייקטיבית להשפיע, גם שלא השפיע בפועל. הפסיקה הכירה "בחרטה" גם כנסיבה המונעת הטלת אחריות סולידרית על קושר אחד למעשיו של קושר אחר, במהלך הקשר ולשם קידומו (ראה ע"פ 290/88 ג'ראר נ' מ"י, פ"ד מג (4) 696; Ashworth, ibid, at p. 419; 499 (ב) את האחריות הסולידרית של הקושרים וקבע כי אחריות טוטל רק לפי הדינים הכלליים החלים על צדדים לעבירה.

לבסוף, "חרטה" מראה על הצלחת המערכת הפלילית (ואולי החברתית-אתית) להרתיע את הנאשם ולכן אין צורך בהרתעה נוספת בצורת הטלת אחריות ועונש על נאשם שהתחרט⁴⁵.

נראה לנו, שיש לתת את הבכורה לשיקול הפרגמטי של עידוד עבריינים לחזור בהם, שכן השיקולים המוסריים קשים לבחינה. אין זה קל, למשל, לקבוע אם נאשם התחרט מאחר ש"חזר בתשובה" ולא מתוך שיקולים של תועלת. כמו כן, ההנחה שנאשם שהתחרט, מראש לא היתה לו כוונה מגובשת, אינה ניתנת לאישוש או להפרכה. ולכן גישה מדעית נמנעת מלעסוק בהנחות כאלה. גם עניין הסכנה החברתית קשה לבחינה. איך נדע האם החרטה היתה עניין של "קוניוקטורה" בלבד ובהזדמנות הראשונה יחזור הנאשם לסורו, או שמא מדובר במפנה פנימי, יסודי וקבוע?

הנבדלות של הפטור הנדון מיתר הסייגים לאחריות פלילית, מוצאת לה ביטוי בנושא נטל ההוכחה. בעוד שלגבי הסייגים הרגילים לאחריות פלילית מוטל נטל הבאת הראיות על הנאשם, אך נטל השכנוע הסופי במידה העולה על ספק סביר מוטל על התביעה⁴⁶, הרי לעניין הפטור בניסיון חלה על הנאשם לא רק החובה להביא ראיות, אלא מוטל עליו גם נטל השכנוע הסופי, אם כי לא מעל לכל ספק סביר, אלא לפי מאזן ההסתברויות כמקובל (בהעדר הוראה אחרת) מקום שנטל השכנוע מוטל על הנאשם. לקביעה, כי נטל השכנוע הסופי מוטל על הנאשם, ניתן למצוא סימוכין בשימוש במילים "אם הוכיח" בסעיף 28 לחוק החדש.

פטור מעצם טיבו חל In Personam ולא In Rem ולכן הוא לא אמור לחול על צדדים אחרים לעבירה.

במקרה של ביצוע על-ידי אחר⁴⁷ השאלה אינה מתעוררת, כי ההנחה היא שהמבצע הפיזי אינו אחראי, לפחות לא בעבירה של מחשבה פלילית⁴⁸ ואם אין אחריות כלל אין מקום לשאלת הפטור. אולם משדל לדבר עבירה שהצליח בשידולו והמשדול החל בביצוע העבירה נשוא השידול באופן שחרג משלב ההכנה והגיע לשלב הניסיון, אך התחרט לאחר מכן, יחול הפטור על המשדול, אך לא על המשדל. הוא הדין במי שסייע למנסה — אף הוא לא יהנה מחרטת המבצע העיקר. הפטור של חרטה, הקיים לגבי משדלים ומסייעים⁴⁹, חל רק אם הם עצמם התחרטו ומילאו את יסודות החרטה המיוחדת להם, הנבדלת מהחרטה בניסיון, כפי שעוד יוסבר להלן.

שאלה אחרת היא, האם הפטור החל על המנסה עצמו כאשר התחרט, פעולתו לגביו היא לכל דבר ועניין. התשובה היא בשלילה. ראשית, נאמר שאין הפטור חל על עבירה מושלמת אחרת שבמעשה ועל כך עוד נדבר בהמשך. שנית, כאשר קיימת עבירה קורלטיבית הטומנת בחובה, כאחד מיסודותיה, ביצוע עבירה אחרת, ילקח הניסיון בחשבון לעניין אותה עבירה על אף הפטור.

45 ראה גם את דברי ההסבר לסעיף הפטור בהצעה.

46 ראה סעיפים 34 ו-34 כב (ב) לחיקון 39.

47 סעיף 29 (א) לחיקון 39.

48 סעיף 29 (ג) (3) לחיקון 39.

49 סעיף 34 לחיקון 39.

נניח שראובן הנמצא בכיתו של שמעון ברשות, מכוון לראשו של שמעון הישן אקדח ככוונה להרגו, אך מתחרט ובורח החוצה מהבית. בכניסה הוא רואה שוטר המנסה לחסום את דרכו. ראובן יורה בשמעון וממיתו. לעניין העבירה של רצח תוך כדי הימלטות לפי סעיף 300 (א) (4) לחוק העונשין, ייחשב הניסיון לרצוח את שמעון כ"עבירה אחרת" על אף הפטור.

התנאי המרכזי לשחרור הנאשם מאחריות בשל חרטה הוא, שהחרטה תנבע "מחפץ נפשו בלבד". לדעתנו, לא ניתן ליתן למושג זה פרשנות פשטנית כאילו מדובר בחרטה במובן הדתי-אתי⁵⁰, דהיינו שהנאשם נטהר ממחשבות זדון, ומתוך הכרה שבאי-המוסריות שבמטרה הפלילית, החליט לחזור בתשובה. בשים לב למרכזיותו של השיקול הפרגמטי באימוץ פטור זה, יש לתת לו פרשנות כזאת שתצמיח תוצאות אופטימליות מבחינת המטרה של עידוד הנאשם לסכל כמו ידיו את המטרה הפלילית.

מכאן שהדגש צריך להיות מושם על כך, שמה שגרם לנאשם לחזור בו הם גורמים פנימיים ויהיו אלה גורמים שאין להם כל גוון מוסרי, כגון פחד בפני גילוי, שיקול שמבחינת מאזן הרווח וההפסד אין עוד טעם בכיצוע העבירה ובלכד שלא נתערכו גורמים מסכלים מבחוץ. אם נתעורר לפתע, ללא סיבה חיצונית, פחד כללי בלבד של הנאשם שמא יתפס, ניתן לראות את החרטה כנובעת מחפץ נפשו בלבד, אך אם חזר בו כי ראה שוטרים מסיירים בסביבה, הרי גורם חיצוני פעל עליו ואין לראות את החרטה כנובעת "מחפץ נפשו בלבד"⁵¹.

מהו הדין במקרה הביניים כאשר הנאשם טעה בעובדה קונקרטית? נניח שהוא סבר שעובר אורח שעבר במקרה בזירת השוד הוא שוטר סמוי ולכן הפסיק את פעילותו הפלילית. נראה, שכאן אין להתיר את הפטור, וזאת מאותם טעמים העומדים ביסוד הניסיון הבלתי צליח. אין לדעתנו לתת למילה "בלבד" משקל יתר, שכן אחרת ימעטו מאד המקרים שיוכל הנאשם לזכות בפטור, בשים לב לכך שקשה לו לבית-המשפט לעשות אנליזה כה מדוקדקת שתוודא כי אכן לא הושפע הנאשם ממכלול של גורמים. כך למשל, אם נכונה השקפתנו שפחד הגילוי הוא גורם פנימי ולא חיצוני, מה יהיה הדין אם הנאשם המנסה לבצע שוד, ראה כמה שעות לפני כן סרט המראה כיצד נתפס שודד על ידי המשטרה, נשפט, נדון למוות ומוצא להורג בכסא חשמלי, או חבר שאינו איש הרשות ואינו מאיים על הנאשם למסרו לרשות, מציע לו מתוך חברות טובה להמנע מהשלמת העבירה.

לדעתנו, תוכנו של הסרט או עצתו של החבר, הגם שהשפיעו על החלטתו של הנאשם לחזור בו, אינם יכולים להחשב כגורם חיצוני. אנו נתונים כל העת ל"הפגזה" בלתי פוסקת של השפעות מצד אמצעי התקשורת, חומר קריאה ושיחות עם אנשים. איש אינו

50 ראה פסק-הדין הגרמני BGH 7, 296 [299]; וראה גם לבנה "חזרה מעבירה או מניסיון פלילי (תשובה פעילה)" משפטים ד (תשל"ב) 105, 108.

51 בחוקים של חלק ממדינות ארה"ב כמו קונטיקט, דלוור, ניו-יורק, פנסילבניה ובהצעה לחוק פדרלי חדש בהם אומץ פטור החרטה, נקבע מפורשות כי יש לשלול תחולת הפטור כאשר נוצרו נסיבות המגדילות את ההסתברות שהנאשם ייתפס (ראה כספרו של Meehan, לעיל הערה 9, בע' 223).

בבחינת "אי-בודד" ולא ניתן לקחת השפעות אלה בחשבון, ממש כמו שבכיוון ההפוך, העובדה שהנאשם (שהוא בעל כשרות, חופש בחירה ואינו סובל מפגם מפגמי הרצון) ביצע את העבירה בהשפעת שידול או השפעות סביבתיות אחרות, אינה פוטרת אותו מאחריות לעבירה.

כדי שגורם ייחשב לגורם חיצוני עליו להתייחס באופן קונקרטי לעבירה נשוא הדין באופן שניתן לראות בו את הגורם העיקרי לסיכול העבירה. אין דומה ראיית סרט על תפיסת שודד אלמוני ללא קשר לעבירה הקונקרטית אותה מנסה הנאשם לבצע, להופעת סיור שוטרים באיזור זירת העבירה, כאשר בפני הנאשם עומדת סכנה אובייקטיבית להיתפס.⁵²

זאת ועוד, גורם חיצוני שאינו מתייחס ישירות לסיכול העבירה, אף הוא לא ימנע קבלת טענת חרטה. כך למשל, חרטה הנובעת מריב שפרץ בין הנאשם לבין שותפו לעבירה, אשר לכשעצמו אינו מונע מהנאשם לבצע את העבירה לבדו, אף היא עדיין תחשב כנראה כנובעת "מחפץ נפשו בלבד" של הנאשם.⁵³

יצוין, כי עדיף היה להשתמש בנוסחה "שלילית", לפיה תנאי לקבלת פטור החרטה הוא שאי-השלמת העבירה אינה נובעת מנסיבות שאינן תלויות ברצון הנאשם.⁵⁴ מאחר שכאמור, המטרה של הפטור אינה בעיקרה מוסרית אלא פרגמטית, אין החוק מסתפק בחרטה פנימית, תהא היא כנה ככל שתהיה, אלא נדרשת התנהגות. ההתנהגות הנדרשת משתנה לפי השלב שאליו הגיע הניסיון. כאשר בניסיון לעבור עבירה, בין של התנהגות ובין של תוצאה, טרם עשה הנאשם כל התלוי בו להשלמת העבירה, די בהתנהגות מסוג מחדל. כלומר, הפסקת הפעילות המוליכה להשלמת העבירה. למשל, אם במטרה להצית בית מדליק הנאשם גפרור, אך במקום להמשיך ולשפוך גם נפט מתוך מיכל נפט שהוא נושא עמו ולהצית את הנפט, הוא מתיר לגפרור לבעור עד כלותו ואינו עושה דבר נוסף, יוכל הוא ליהנות מהפטור. מאידך, אם הנאשם בעבירה של תוצאה הרחיק לכת, עשה כל התלוי בו להשלמת העבירה ומעתה ואילך השלמת העבירה תלויה אך ורק בגורמים שמחוץ לנאשם, נדרשת ממנו פעולה אקטיבית למניעת התוצאות בהם מותנית השלמת העבירה. כך למשל בניסיון לבצע מרמה, אם שלח הנאשם מכתב המכיל טענות כוזבות במטרה להניע אדם אחר לשלם לו סכום כסף, נדרשת ממנו פעולה של עצירת המכתב בטרם יגיע לתעודתו, או העמדת קורבן העבירה על הכוזב שבטענה הכלולה במכתב, בטרם ישלח אותו אדם את הכסף על סמך אותה טענה.

שאלה מעניינת היא, האם החרטה צריכה להיות אפקטיבית במובן זה שהחרטה ולא גורם אחר, גרמו לסיכול העבירה. למשל, אדם הטמין פצצה עם מנגנון השהיה והסתלק מן המקום. לאחר זמן ובטרם הגיע המועד להפעלת מנגון הפיצוץ, הוא חזר למקום הטמנת הפצצה על-מנת לנטרלה, אך מתברר לו כי מישהו אחר גילה את הפצצה, הזמין את כוחות הביטחון ואלה כבר נטרלו את מנגנון הפיצוץ, או נמצאים בשלבי נטרול

52 לבנה, לעיל הערה 50.

53 שם, בע' 108.

54 Jescheck Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (2 Aufl) p. 409

מנגנון זה. נראה לכאורה מלשון סעיף 28 לתיקון, כי נדרשת "תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה" ולכאורה מצביעות מילים אלה על קשר סיבתי מהותי (אם כי לאו דווקא בלעדי) ואילו "ניסיון לחרטה" אין די בו. גישה כזאת ניתן להצדיק בכך שהחרטה היא סייג יוצא דופן ושונה מיתר הסייגים כפי שכבר הוסבר, ובתור שכזה, יש לתת לו פרשנות מצמצמת. אך אם נשווה נוסח זה לנוסח שננקט בסעיף החרטה האחר הנוגע לשידול לניסיון לשידול או לסיוע, המצוי בסעיף 34 לתיקון ואשר בו השתמש המחוקק במילים "מנע את עשיית העבירה או את השלמתה", הרי יתכן פירוש פחות מחמיר כלפי הנאשם, דהיינו כזה המסתפק בנקיטת צעדים שמבחינת מהותם מסוגלים בדרך כלל למנוע את התוצאות בהם מותנית השלמת העבירה. פרשנות כזו נתקבלה בגרמניה⁵⁵ והיא גם הולמת את הגישה האידיאולוגית שאומצה בחוק והמבקשת להתנער ממקורות.

שאלה אחרת היא, האם יכולה החרטה להתקיים בנסיבות שבהם עשה הנאשם הכל התלוי בו להשלמת העבירה והתהליך הפיזיקלי או החברתי הקשור בהתנהגות הנאשם הושלם, אך לא הביא למימוש המטרה.

למשל, אדם ירה אל עבר קרבנו והחטיא את המטרה כחוט השערה, או אדם שלח מכתב המכיל מצגים כוזבים כמטרה לקבל טובת הנאה, אך הקרבן לא הוטעה על-ידי המצג הכוזב. האם ניתן לחשוב על חרטה במקרים אלה? לכאורה, נשאלת השאלה מדוע יגרע מצבו של נאשם שירה אל עבר קרבנו והחטיא מנאשם שנהג באותה צורה ופגע בקרבן, אלא שהקרבן לא מת והנאשם מבהילו אל בית החולים וכך ניצלים חייו. מנקודת מבט זאת, ניתן אולי להכיר בחרטה הנובעת מעצם העובדה שלאחר שהחטיא הנאשם את המטרה, לא ניסה מיד לירות בקרבנו קליע נוסף מאקדחו, אלא החליט שלא להמשיך באותו קו. נראה לנו, שתהא זו הרחבה גדולה מדי של הסייג של חרטה. החרטה נשוא סעיף 28 לתיקון פועלת רק במסלול עברייני קונקרטי המתבטא במקרה זה במהלך שמשליפת האקדח, כיוון האקדח, לחיצת ההדק ומרוץ הקליע אל עבר הקרבן. האפשרות של ירייה נוספת מהאקדח נוגעת למסלול עברייני היפותטי שאין להתחשב בו. אך תיתכן גם גישה המתייחסת לניסיון בצורה פחות פורמלית, אך אולי יותר מציאותית ולפיה אין להפריד בין כל ירייה וירייה, אלא לראות בירייה שנורתה ואלה שבאופן טבעי היו אמורות לכוא מיד בעקבותיה, כחלק מהמשימה שנטל הנאשם על עצמו כמסכת אחת ועל כן, אי-המשכת המשימה על-ידי הימנעות מלירות יריות נוספות, אף היא יכולה לזכות בפטור של חרטה.

נראה, שתיתכן חרטה גם בניסיון "בלתי צליח" כל עוד האמין הנאשם בעת שהתחרט, כי ניתן להשלים את העבירה. נניח שהנאשם מנסה להמית אדם שכבר מת, אך הנאשם סבור שהוא ישן. הוא ניגש אל הגופה מכוון אקדחו, אך כרגע האחרון נרתע. אם הוא נרתע בעודו מאמין שקרבנו חי, יעמוד לו הפטור, אך אם הוא נמנע מלירות באשר התברר לו שהקרבן כבר מת, לא יעמוד לו הפטור⁵⁶.

55 לכנה, לעיל הערה 50, בע' 109.

56 ראה פסק-הדין הגרמני [83] RG, 68, 82.

בכל מקרה, הפטור של חרטה חל על הניסיון בלבד ולא על עבירות "מושלמות" שביצע הנאשם במהלך הניסיון. כך למשל, אם הנאשם ירה בקרבנו בכוונה להמיתו, פצעו ולאחר מכן הציל את חייו על-ידי הזעקת עזרה רפואית מהירה, הנאשם יתן הדין על עבירה של פגיעה או חבלה חמורה. נשאלת השאלה, האם מוצדק לקיים את האחריות בגין עבירה מושלמת שהיא לפי מהותה עבירה של הכנה. ניקח כדוגמה את העבירה לפי סעיף 497 (הכנת עבירה בחומרים מסוכנים). נניח שאדם מניח פצצה עם מנגנון השהיה במקום ציבורי במטרה לגרום למותם של אנשים. לאחר מכן הוא התחרט ולכן הוא "מנטרל" את הפצצה. במקרה זה תעמוד לו הגנה של חרטה בפני עבירה של ניסיון לרצח, אך לכאורה הוא אחראי בגין העבירה המושלמת של החזקת תומרי נפץ "בכוונה לעשות בהם פשע או עוון", לפי סעיף 497 לחוק העונשין. נכון שמבחינה פורמלית זו עבירה מושלמת, אך למעשה כפי שמעידה גם הכותרת של פרק י"ד וגם הכותרת של העבירה עצמה, מדובר במעשה הכנה. אם חל הפטור על ניסיון, שהוא שלב מהותי יותר לקראת ביצוע העבירה, מדוע לא יחול (אולי מקל וחומר) גם על עבירת ההכנה, הגם שהיא מנוסחת כעבירה מושלמת?

שאלה בעלת היקף כללי יותר, היא מדוע חל הפטור של חרטה רק בניסיון ולא גם בעבירות אחרות שבהן טרם נגרם הנזק לאינטרס המוגן. כך למשל בעבירת עדות שקר⁵⁷. האינטרס המוגן הוא טוהר ההליך השיפוטי, אך האחריות הפלילית מוטלת כבר כאשר הנאשם מעיד כיודעין שקר בעניין מהותי, ואין זה תנאי להטלת האחריות, שבפועל הושפע בית-המשפט מהעדויות; קל וחומר שלא נדרש כי יוכח שבפועל עוות הדין בשל עדותו הכוזבת. העבירה מטילה אחריות בשלב בו רק נוצר סיכון לפגיעה באינטרס המוגן. לפיכך, נשאלת השאלה האם מי שמעיד שקר, ובטרם נסתיים שלב שמיעת הראיות או אולי אפילו לפני שניתן פסק-הדין, חוזר בו ומביא לידיעת בית-המשפט כי שקר דיבר⁵⁸, אינו ראוי לפטור? ניתן להביא דוגמאות באותה רוח לגבי עבירות דוגמת העבירה של גילוי כוונה לבגוד⁵⁹, קשר⁶⁰ או אולי אפילו הצתה⁶¹, כאשר הנאשם הצית אש ובטרם התפשטה כיבה את הדליקה.

נראה, שקשה כאן להסתפק בנוסחאות כלליות וכאשר יערוך המחוקק רפורמה בחלק המיוחד של חוק העונשין, יצטרך לבדוק בהקשר לעבירות הכנה או עבירות אנלוגיות אם אין מקום להצמיד במקרים מתאימים פטורים של חרטה לעבירות אלה. עד לחקיקה כזאת יתכן שבתי-המשפט יוכלו להחיל את פטור החרטה בדרך של היקש באשר עקרון החוקיות לא הוחל על הסייגים לאחריות פלילית⁶².

57 לפי סעיף 237 לחוק העונשין.

58 השווה פסק-הדין בעניין ע"פ 75/63 קוגלר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1031, 1033; וראה לבנה, לעיל הערה 50, בע' 105.

59 סעיף 100 לחוק העונשין.

60 סעיפים 499–500 לחוק העונשין.

61 סעיף 448 לחוק העונשין.

62 עקרון החוקיות שבסעיף 1 לתיקון 39 חל רק על העבירה והעונש אבל לא על הסייגים לעבירה. ראה ביתר הרחבה בנקודה זו, ביין "הקודיפיקציה של החלק הכללי והשפעתה על החלק המיוחד של חוק העונשין" משפט וממשל (חשנה) ג (1) 253, 260.

י. ניסיון לשידול

ניסיון לשידול וניסיון לביצוע עבירה באמצעות אחר הניסיון לשידול, מתייחס למספר מצבים והם:

א. "שודר" שידול לביצוע עבירה, בעל-פה או בכתב, אך הוא לא נקלט אצל "הנמען", אם באשר הוא לא שמע את דברי השידול אשר כוונו אליו או שהמכתב או שדר כתוב אחר, לא הגיע לתעודתו.

ב. "השדר" הכולל את דברי השידול נקלט אצל "הנמען", אך לא השפיע עליו, אם באשר הוא לא שוכנע לבצע את העבירה נשוא השידול ואם באשר הוא יצר את הכוונה הפלילית לביצוע העבירה באופן עצמאי, עוד כטרם נקלט "השדר".

ג. "הנמען" שודל לבצע את העבירה, אך בסופו של דבר לא הגיע לשלב ביצוע העבירה היוצר אחריות פלילית. למשל, "הנמען" שודל לבצע גניבה והוא ניגש לבצע את העבירה, אך נתפס על-ידי המשטרה או התחרט כטרם עבר את שלב ההכנה (ובהנחה שההכנה אינה עבירה עצמאית⁶³).

בעוד שבעבר העונש בגין הניסיון לשידול היה זהה לעונש בגין הניסיון⁶⁴, הרי תיקון 39 קובע, כי העונש בגין ניסיון לשידול יהיה רק מחצית העונש הצפוי לניסיון.

לכאורה, השיקול של "ניטרול" המקריות היה צריך לפעול גם בניסיון לשידול, שהרי מבחינת המשדל, ברגע שהוא "שדר" את דברי השידול, הוא עשה כל התלוי בו להשלמת התנהגותו הפלילית ועתה ההצלחה או הכישלון של דברי השידול ביצירת הכוונה אצל המשדול לבצע את העבירה נשוא השידול ובהוצאת הכוונה מן הכוח אל הפועל, הם עניין שבמקריות. אם בכל זאת מצא המתקן להעמיד את הניסיון לשידול על מחצית העונש הצפוי בגין העבירה (ובגין הניסיון), הרי זאת רק מאחר שמדובר ב"הרכבת" צורה נגזרת אחת (ניסיון) על צורה נגזרת אחרת (שידול).

מאחר שלפי הדין הקודם, לא היה הבדל במידת העונש בין הניסיון לבין הניסיון לשידול, לא היתה חשיבות רבה להתווית הגבול המדויק בין שתי הצורות הללו⁶⁵. לאחר התיקון החדש, לפיו העונש בניסיון הושווה לעונש בעבירה המושלמת, ומן הצד השני, העונש בניסיון לשידול עומד על מחצית העונש, מתחייב כיום תיחום מדויק יותר בין שתי הצורות הללו.

בלי להכנס לדיון במסגרת זו על מהות הביצוע באמצעות אחר⁶⁶ ייאמר, כי הניסיון לשידול מתייחס אך ורק למצבים שבהם "הנמען" של השידול (במקרה של הצלחת השידול) היה נושא באחריות בגין עבירה של מחשבה פלילית ולא היה עומד לו כל סייג בפני אחריות זו.

63 ראה דברי השופט זוסמן בפרשת ע"פ 78/53 מרכוס ריימונד ג' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז (2) 854, 870. (להלן: עניין ריימונד).

64 ראה סעיפים 32, 34 לחוק העונשין.

65 לעניין זה מ' גור-אריה "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א (תש"ן) 29, 42; מ' קרמניצר "המבצע בדיני העונשין — קווים לדמותו" פלילים א (תש"ן) 65, 66.

66 ראה הגדרת ביצוע על-ידי אחר בסעיף 29 (ג) לחיקון 39.

הפרשנות ששררה מאז פסק-הדין בפרשת ריימונד⁶⁷, היתה כי מי שניסה לשדל אחר תוך שהוא מתכוון לקחת בעצמו חלק בכיצוע העבירה יחד עם "הנמען", אינו אחראי בגין ניסיון לשידול, אלא בניסיון לקשר. על הלכה זו, נמתחה כאמור ביקורת⁶⁸, ולפחות אחד משופטי ההרכב בפסק-דין בשן (השופט קיסטר) הסתייג ממנה⁶⁹. נראה כי תיקון 39 אינו מחייב להמשיך באותה הלכה שמקורה בפרשת ריימונד. ההלכה האמורה, צמחה על רקע שאלת סמכות בית-הדין למניעת הפקעת שערים וספסרות שהוקם לפי החוק למניעת הפקעת שערים וספסרות (שיפוט) תשי"א — 1951, לדון בעבירה של ניסיון לשידול, כאשר ברשימת העבירות נגד המשק בתוספת לאותו חוק לא נזכרה העבירה של ניסיון לשידול. דעת הרוב (השופטים אולשן וזוסמן) כנגד דעת השופט לגרוי) היתה, כי לבית-הדין נתונה הסמכות, על אף שניסיון לשידול אינו נזכר בתוספת. השופט אולשן בדעת הרוב, הציג את השאלה, האם הניסיון לשידול הינו עבירה "בפני עצמה" או שמה המדובר הוא רק "בדרך, בה יכול עבריין להמצא אשם בעבירות השונות המוגדרות בפקודת החוק הפלילי או בחוקים אחרים"⁷⁰. להלן משווה השופט את הניסיון לשידול לניסיון ושואל, האם יש לראות בניסיון לשדל אחר לביצוע גניבה שלב ראשון של עבירת הגניבה, או ביצוע חלקי של הגניבה, בדומה לניסיון כאשר המנסה עתיד היה להיות הגונב, או האם יש לראות בניסיון לשידול עבירה נפרדת⁷¹. להלן מציין בית-המשפט שהניסיון הוא "הוראה כללית החלה על כל העבירות למיניהן" גם כאשר המחוקק לא הזכירה במפורש באותו חוק⁷². השופט אולשן סבור שמאחר שבסעיף 31 לפקודת החוק הפלילי נאמר כי המנסה לשדל "יאשם בעבירה מאותו הסוג וצפוי לאותו העונש כאילו הוא עצמו היה מנסה לעשות או לבלי עשות את המעשה ההוא בפלשתינה (א"י)", הרי שהמנסה לשדל כאילו ניסה לעבור את העבירה בעצמו.

להלן מוסיף השופט אולשן⁷³, וזה הקטע המשמש בסיס להלכה שנשתרשה, כי "סעיף 31 לא בא אלא כדי להרחיב את המושג של העבירה 'ניסיון' (attempt) לפי סעיף 30 על כל מקרה שהעבריין אינו מתכוון ואינו מנסה לבצע את העבירה בעצמו במישרין או בעקיפין אלא שברצונו שהעבירה תבוצע מתחילתה עד סופה על-ידי אדם אחר". השופט וזוסמן תומך בעמדת השופט אולשן, ואף הוא מייחס חשיבות לכך שהמחוקק, על אף דעות שונות ששררו בפסיקה האנגלית והאמריקאית, הכריע לכיוון הרעה שיש להשוות את הניסיון לשידול לניסיון. יוצא, שכל ההלכה כאילו מי שמנסה לשדל תוך שהוא מתכוון לקחת בעצמו חלק בכיצוע העבירה אינו מבצע ניסיון לשידול — מבוססת על אימרת אגב, שלא היתה דרושה לעניין. התוצאה בפרשת ריימונד מבוססת על מילות

67 עניין ריימונד, לעיל הערה 63.

68 קרמניצר, לעיל הערה 8.

69 ע"פ 441/72 בשן נ' מ"י, פ"ד כז (2) 141, 158.

70 עניין ריימונד, לעיל הערה 63, בע' 860.

71 שם, בע' 861.

72 שם, בע' 861–860.

73 שם, בע' 865.

המחוקק אשר קבע בסעיף 31 לפקודת החוק הפלילי, כי דין המנסה לשדל כדין מי שמבצע עבירה בעצמו. לפיכך, אין לראות את ההלכה הנ"ל כמחייבת.

האבחנה בין הניסיון לשידול לניסיון לפי כוונת הנאשם שהעבירה תבוצע על ידי אחר או במו ידיו היא אמנם נכונה, אך מכאן לא נובע שמי שיש לו "שתי כוונות": האחת, שאחר יבצע את העבירה והשנייה, שגם הוא עצמו יקח בה חלק, יוצא עניינו מגדר ניסיון לשידול, והשאלה אם יש גם ניסיון ממש לביצוע העבירה. השאלה שעלתה בפרשת ריימונד לא היתה עשויה להתעורר כלל לפי תיקון 39, שכן התיקון נמנע מלנקוט בעמדה שדין הניסיון לשדל הוא כדין ניסיון. הגישה היא הפוכה. דין הניסיון לשידול שונה מדין הניסיון כפי שהוסבר, אך העיקר הוא שקיימת הוראה כללית לפיה איזכור עבירה בחיקוק, כולל מניה וביה את כל הצורות הנגזרות, לרבות הניסיון לשידול.

פטור החרטה בגין ניסיון לשידול זהה לפטור החרטה בגין השידול ("המושלם") והסיוע, ונבדל מפטור החרטה בניסיון.

ההבדל הראשון נוגע לדיני הראיות: בעוד שבפטור החרטה בניסיון, על הנאשם להוכיח את תנאי הפטור, אין דרישה זו נזכרת בפטור החרטה הנוגע לצדדים שהם שותפים עקיפים. לגבי פטור זה נראה כי יחולו הכללים הנוגעים לסייגים לאחריות בדרך כלל. דהיינו, חובת הבאת הראיות מוטלת על הנאשם ואילו נטל השכנוע הסופי מעל לכל ספק סביר, מוטל על התביעה⁷⁴.

לגופו של עניין, אין הפטור עוסק בשאלה אם החרטה באה "מחפץ נפשו" של הנאשם אם לאו, ומכאן אין זה מעלה או מוריד מה הניע את הנאשם להתחרט: האם גורמים פנימיים או חיצוניים. לשאלה זו אין חשיבות בנסיבות שבהן (לפי ההנחה) המבצע עצמו לא התחרט. כאן השיקול הפרגמטי, שהוא הצורך לעצור את "הטיל המונחה" (קרי, הנאשם) ממהלכו, גובר על כל שיקול אחר וגם חרטה הנובעת מהתערבות הרשות, יכולה לפטור מאחריות.

הדגש מושם על הפעילות. אין די באפס מעשה, שכן מי ששידל או ניסה לשדל עשה מבחינתו כל התלוי בו להשלמת העבירה והוא במצב אנלוגי למנסה שביצע "ניסיון מושלם". לפיכך, החלופה הראשונה היא מניעה של "עשיית העבירה או [את] השלמתה". כאן, בניגוד לפטור של הניסיון, אין די בתרומה למניעת התוצאות, תרומה העשויה להיות בלתי אפקטיבית, אלא נדרשת מניעה בפועל.

האלטרנטיבה השנייה מסתפקת בהודעה לרשויות לשם מניעת עשיית העבירה או השלמתה. אין צורך להראות שהרשויות להם נמסרה ההודעה הצליחו למנוע את העבירה או את השלמת העבירה.

אך הסעיף מוסיף לכאורה תנאי נוסף, מצטבר לעצם ההודעה, הגלמד מקיום וו החיבור והוא שהנאשם "עשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת". נשאלת השאלה מדוע נדרש תנאי נוסף זה? יתכן שהכוונה היא למנוע מצב שבו השותף לעבירה מודיע על ביצוע העבירה לרשויות, אך מודע לכך שאין סיכוי שהעבירה תמנע על-ידי הרשות, כגון שראובן המשדל את שמעון לרצוח את לוי, רץ מיד לאחר מכן לטלפון כדי להודיע

למשטרה, אך ברור לו שעד שתגיע המשטרה כבר יבוצע הרצח ולכן נדרשת מראובן פעולה נוספת "בשטח" כמיטב יכולתו.

אין להניח שוו החיבור היא בגדר שיבוש וכי מדובר בחלופה שלישית העומדת בפני עצמה. חלופה כזו תהיה "מינימליסטית" מדי בשים לב לכך שהחלופה הראשונה דורשת מניעה בפועל והאלטרנטיבה השנייה, זו של פנייה לרשויות, היא ברוב המקרים הדרך האפקטיבית ביותר; ואם כן מדוע יסתפק המחוקק ויעניק פטור מלא למי שרק עשה למניעת העבירה או השלמתה "כמיטב יכולתו בדרך אחרת"?
יצוין, שתנאי נוסף זה אינו מופיע בנוסח סעיף 34 של ההצעה⁷⁵.

ז. סיכום

ראינו, כי החידושים העיקריים שבתיקון עומדים על שני רכיבים: בכל הנוגע לענישה, הבסיס הוא בעיקרו אידיאולוגי — הקטנת משקל המקריות; בכל הנוגע לפטור החרטה, הבסיס הוא בעיקרו פרגמטי — יצירת תמריץ לשלילת הסיכון שנוצר על-ידי הניסיון. שני שיקולים אלה כאחד, נתונים לויכוח חריף בספרות העולמית, אך לאחר שהוכרע אצלנו הויכוח כפי שהוכרע, נותר עתה לפסיקה ולספרות למלא את התיקון תוכן. במאמרנו זה הצבענו על מספר בעיות עמן יהיה צורך להתמודד, אך מאחר שהמציאות עשירה מהדמיון, יש להניח שבעתיד יתעוררו מספר בעיות נוספות שלא שמנו לבנו אליהן.

75 לעומת זאת הגדרת "רשויות" בהצעה רחבה יותר: היא כוללת לא רק את משטרת ישראל או גוף אחר המוסמך על-פי דין למנוע את עשיית "העבירה או את השלמתה", אלא נאמר שם, כי "בהעדר אפשרות לפנות לרשויות האמורות — מי שהיה בידו למנוע את עשיית העבירה או את השלמתה".