

— החובה להלשין או החובה לדווח — על העברה של אי־מניעת פשע

מרדכי קרמניצר *

- א. מבוא
- ב. העברה של אי־מניעת פשע
 1. פתח דבר
 2. הליקויים באיסור הישראלי
 3. קווים כלליים לאיסור הראוי
 4. ההצדקות לאיסור ברוח האיסור הראוי
- ג. החלת הכלל של עצימת עיניים: עמדת השופט חשין נגד החלת הכלל
 1. פתח דבר
 2. מסקנת השופט בדבר אי־תחולת הכלל של עצימת עיניים
 3. הטעמים שהוליכו את השופט למסקנה: הצגה ודיון
 - 3.1 פתח דבר
 - 3.2 ייחודה של העברה של אי־מניעת פשע
 - 3.3 עברות מחדליות אינן מתאימות להחלת הכלל של עצימת עיניים?
 - 3.4 נטל שאינו אפשרי?
 - 3.5 האחזקתן — עינו פקוחה?
 - ד. החלת הכלל של עצימת עיניים: טעמים בעד החלת הכלל
 1. פתח דבר
 2. הוראות החלק הכללי
 3. הצורך המעשי בהחלת הכלל: חשד כמצב התודעתי הנפוץ של מי שאינו מונע פשע
 4. יש להימנע מלתמרץ התעלמות מחדש
 5. דין אחד למקרים דומים

* פרופסור מן המניין, מופקד על הקתדרה למשפט פלילי ע"ש ראנד, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה ליונתן אדלסון על עזרתו.

- ה. תחום האחריות הפלילית בגין מחדל מלמנוע עברה: על היחס בין עניין הרשפי לעניין ויצמן
ו. במקום סיכום

א. מבוא

ברשימה זו אבקש לעסוק בטיפול השיפוטי בעברה של אי-מניעת פשע¹, על רקע פסק דינו של השופט חשין בע"פ 3417/99 הרשפי נ' מ"י². העברה של אי-מניעת פשע נחשבת לעברה הנושאת עמה מטען של בעיות, והיא אף זכתה וזוכה לקיתונות של ביקורת³. השופט חשין היה שותף לביקורת זו במסגרת פסק דינו האמור. מטרה אחת של רשימה זו היא לטעון כי יש מקום לעברה של אי-מניעת פשע, בתנאי שהיא מנוסחת כראוי.

שאלה אחרת שהתעוררה בקשר לעברה זו היא אם נכון וראוי להחיל עליה את הכלל של עצימת עיניים, כך שיהא די בחשד כי עומד להתבצע פשע כדי לכוון חובת פעולה לפי עברה זו. בעניין הרשפי דן השופט חשין בשאלה האמורה, וקבע כי ההלכה של עצימת עיניים אינה חלה על עברה זו. מטרה שנייה של רשימה זו הנה לטעון כי הבסיס לקביעה זו מעורער. בהקשר זה יש להקדים ולציין כי הקביעה נעשתה במסגרת הערת אגב, שכן בנסיבות העניין נפסק שלמעוררת הייתה מודעות מלאה לרכיבי היסוד העובדתי של העברה. אולם בשל חשיבותה ובשל המקום המשמעותי שהוקדש לה בפסק הדין, מצאתי לנכון לדרון בה במסגרת רשימה זו⁴. הפשע שהמערערת לא מנעה בעניין הרשפי הוא רצח ראש הממשלה

1 ס' 262 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

2 ע"פ 3417/99 הרשפי נ' מ"י, פ"ד נה(2) 735 (להלן: עניין הרשפי).

3 אולי המפורסמת בביקורות היא השתלחותו של השופט ח' ה' כהן בעברה זו. לדבריו, "על עם ישראל היו המוסרים והמלשינים שנואים מאז ומקדם מאין כמותם; ואם כי צמחה שנהא זו על רקע חיי הגלות, הרי אף הממלכתיות הישראלית שזכינו בה עם קום המדינה אינה גורעת בהרבה מן הסלידה במוסרים ובמלשינים שאליה הורגלנו כשעוד פזורים היינו בין האומות. ולענין הסלידה הזאת אין אנו יחידים סגולה: היא מנת חלקם של כל עמי התרבות הדוגלים בכבוד האדם ובחירותו; רק תחת שלטונות טוטליטריים, כמו בגרמניה הנאצית וברוסיה הסובייטית, הועלתה חובת המלשינות לדרגת חובה אזרחית ומשפטית העדיפה על כל יחסי בני אנוש [...] יש לפרש את סעיף 33 [כיום סעיף 262 לחוק העונשין] על דרך הצמצום וההקפדה למען לא לפתוח פתח לחובת מלשינות אשר ריח ידיכוי טוטליטרי נודף ממנה". ע"פ 496/73 פלוגי נ' מ"י, פ"ד כח(1) 714, 719-718. השתלחות זו אינה נראית לי השתלחות מוצדקת, כי אם השתלחות ששורשיה נעוצים במורשת מן הגולה, שהוקיעה מכול וכול את המוסר והמלשין לשלטון הזר. ההשתלחות מוצדקת כאשר מדובר במשטר טוטליטרי, ומטילים חובה על חבריות לדווח, למשל, על התבטאויות ביקורתיות של אחרים על השליט או על המשטר. לביקורות נוספות על העברה ראו פסק דינו של השופט חשין בעניין הרשפי, וכן מ' גור-אריה "חובה פלילית למנוע פשע — אימתי מוצדקת?" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 355.

4 בפסיקת בית המשפט העליון ניתן לאתר התייחסות מאמצת לפסיקתו של השופט חשין בנוגע

יצחק רבין ז"ל. על רקע זה אבקש למקד את הדיון שלהלן בעברה של אי-מניעת פשע נגד החיים. אפתח במספר הערות בנוגע לעברה של אי-מניעת פשע, לצידוקים לה ולהיקפה הראוי. לאחר מכן אציג את עמדתו של השופט חשין נגד החלת ההלכה של עצימת עיניים על העברה, ואבקש להתמודד עם הטעמים שעליהם ביסס את עמדתו. בשלב זה אעבור להצגת הטעמים התומכים בעמדה הפוכה, שלפיה יש להחיל את הכלל של עצימת עיניים על העברה. אסיים בבחינת היחס בין עניין הר-שפי לבין רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מ"י⁵, אשר עשויה להאיר כמה נקודות בנוגע לטיפול השיפוטי במצבים של אי-מניעת פשע.

ב. העברה של אי-מניעת פשע

1. פתח דבר

אבקש לפתוח בדיון בעברה של אי-מניעת פשע. אעמוד תחילה על הליקויים באיסור הישראלי, אשר אפשר שהם מהווים את הרקע לעמדתו המצמצמת של השופט חשין בעניין הר-שפי. אעבור לסרטט קווים לאיסור ראוי, ואסיים בפירוט ההצדקות לקיומו של איסור של אי-מניעת פשע, בהנחה שאכן מדובר באיסור המתוחם כראוי.

2. הליקויים באיסור הישראלי

אקדים ואבהיר כי ניתן להבין את הקושי שנתקל בו השופט חשין על רקע נוסחה הבעייתי של העברה. נוסח העברה כפי שהוא מופיע בספר החוקים הישראלי

לשאלה זו. בע"פ 5938/00 אזולאי נ' מ"י, פ"ד נה(3) 873 מצינת השופט ביניש: "ואכן, תיתכנה עבירות של מחשבה פלילית אשר נוכח מהותן ומאפייניהן, אין זה ראוי להסתפק במסגרתן בחשד ממשי כתחליף למודעות בפועל. כך למשל, נפסק לאחרונה כי העבירה של אי מניעת פשע לפי סעיף 262 לחוק העונשין מהווה דין ספציפי (Lex Specialis) ביחס לסעיף 20(ג)(1) לחוק, וכי במסגרתה נדרש להוכיח ידיעה ממשית של התקיימות הנסיבות". שם, בע' 897; עניין הר-שפי, לעיל הערה 2, בע' 679. אפשר שהשפעתה של עמדת השופט חשין כבר ניכרת גם בפסיקת בתי המשפט המחוזיים. בת"פ (שלום יום) 2070/99 מ"י נ' רביב (לא פורסם), פדאור 2003(2) 379, ציינו השופטים אפעל-גבאי ורומנוב באשר ליסוד הנפשי הנדרש בעברה של אי-מניעת פשע: "בפרשת הר-שפי נקבע, כי לצורך התגבשותה של העבירה אין די בחשד ואף לא בעצימת עיניים. לצורך התגבשותה של עבירה זו יש להוכיח קיומה של ידיעה ממשית בדבר הכוונה לבצע פשע". שם, בפסקה 56 לפסק הדין. ראו גם דברי השופט אורי שהם בת"פ (ת"א) 40032/04 מ"י נ' דהן (טרם פורסם), פדאור 2004(20) 795: "בין הפוסקים התעוררה מחלוקת בדבר השאלה [...] באשר לתחולתו של סעיף 20(ג) לחוק העונשין, הקובע את הכלל כי חשד בדבר טיב התנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות, דינו כדין 'מודעות' [...] נראה כי אין צורך להכניס ראשנו, במסגרת פסק דין זה, למחלוקת משפטית זו, שכן נקבע בפס"ד הר שפי באורח חד משמעי כי: 'מושג הידיעה שבהוראת סעיף 262 לחוק העונשין (מי שידע)' לא יפרש עצמו על עצימת עיניים ועל חשד". שם, בפסקה 5 לפסק הדין.

5 רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מ"י, פ"ד נו(3) 187 (להלן: עניין ויצמן).

הוא נוסח לקוי, המשקף תפיסות אנכרוניסטיות המתאימות למדינה שאין לה כוח שיטור משמעותי⁶. כפי שצוין, החובה לדווח על פשע שעומד להתבצע מעוגנת בסעיף 262 לחוק העונשין, הקובע כי "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים"⁷.

האיסור הישראלי של אי־מניעת פשע רחב יתר על המידה. הוא תובע נקיטת כל האמצעים הסבירים – דרישה העולה, לכאורה, על הדרישה הרגילה ברשלנות – בהקשר של עברה שאיננה עברת רשלנות. זאת, כדי למנוע כל פשע – גם פשעים שאינם מן החמורים ביותר, כגון זיוף בנסיבות מחמירות⁸ – כאשר יש מי ש"זומם" לבצעו. יתרה מכך, המונח "זומם" יוצר רושם ראשוני בדבר מחשבות שבלב, ובכללן תכניות שאינן בהכרח בנות מימוש, ואזרחים "טובים" הבולשים אחרי חושבי "המחשבות הרעות". ברי כי הטלת חובה כזו אינה מוצדקת ואינה רצויה. עם זאת, ניתן וראוי להטיל חובת דיווח מוגבלת על פשעים חמורים העומדים להתבצע.

3. קווים כלליים לאיסור הראוי

העברה של אי־מניעת פשע צריכה להיות מוגבלת לתכנון ולהוצאה אל הפועל של פשעים חמורים במיוחד בלבד, כדוגמת פשעים נגד החיים או פשעים הכרוכים בתוצאות המסכנות את החיים באופן חמור (למשל פשעים נגד ביטחון המדינה)⁹. הגורמים האחראיים על מניעת עבריינות הם בראש ובראשונה הרשויות. אחד מתפקידי הארגון החברתי הוא לשחרר את הפרטים מן הצורך לעסוק בעצמם במניעת פשיעה. נדרש טעם חזק – סכנה לפגיעה חמורה ביותר בקרבן או בחברה – כדי לאלץ את האזרחים, תוך איום בסנקציה פלילית, לפעול גם הם, ביחד עם הרשויות, למען סיכול פשעים שמתכננים אחרים סביבם.

סביר להגביל את תחולת החובה רק למצבים שבהם קיימת תכנית קונקרטית ואופרטיבית לביצוע פשע חמור¹⁰. רעיונות שטרם הבשילו לכדי תכנית פעולה אינם מגלמים סכנה ממשית, ולכן אינם מצדיקים הגבלת חירות של אזרחים הנחשפים

6 ראו "שחר" מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936 "עיוני משפט ז (תשל"ט) 75, 80. הרחבה של עברה זו מצויה בסעיף בעל נוסח דומה מאוד, הוא סעיף 95(א) לחוק העונשין, הקובע: "מי שידע כי אדם פלוני זומם לעבור עבירה או עבר עבירה לפי פרק זה שענשה מאסר חמש־עשרה שנה או עונש חמור מזה, ולא פעל באופן סביר כדי למנוע עשייתה, השלמתה או תוצאותיה, הכל לפי הענין, דינו – מאסר שבע שנים".

8 סיפה של ס' 418 לחוק העונשין.

9 ראו כדוגמה את הפשעים הכלולים בס' 138(1) ו-2(2) בחוק הפלילי הגרמני: רצח, הריגה, השמדת עם, שוד, בגידה חמורה ועוד. [http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#138] (last visited on 9.5.05) (להלן "החוק הפלילי הגרמני").

10 A. Schönke & H. Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* (München, 25 Auflage, 1997) p. 10.1137, para II2.

אליהם. ובנוסף לכך, ניתן להניח ש"דחיית" התחולה של חובת הפעולה לשלב התכנית האופרטיבית לא תסכל את מניעת ביצוע הפשע. נראה שברוב המקרים שאינם עניין של ביצוע ספונטני (שבו ממילא מניעה היא קשה) יתקיים פער זמן כלשהו בין גיבוש התכנית האופרטיבית לבין הוצאתה אל הפועל. פער זמן זה מאפשר את מניעת ביצוע הפשע. פרט לכך, החובה צריכה להיות מוגבלת לחובת דיווח למשטרה או לחלופין לקרבן בפועל או לקרבן המיועד של העברה¹¹. אין עליה להתרחב לנקיטת אמצעים סבירים (ובוודאי לא "כל האמצעים הסבירים", כנדרש לפי סעיף 262 לחוק העונשין) כדי למנוע את ביצוע הפשע. להגבלת החובה לחובת דיווח בלבד יש חשיבות הן מבחינת הבהירות של ההוראה (המסבירה לאזרח בדיוק מה מצופה ממנו לעשות, וכיצד הוא יכול להסיר מעליו את אימת הדין הפלילי באופן ודאי) והן מבחינת כובד הנטל המוטל עליו (דיווח הוא פעולה פשוטה, שאינה דורשת מאמץ רב).

החוק צריך לקבוע הסדרים לסוגיות שונות שההטלה של חובת מניעת הפשע מעוררת. לדוגמה כאשר בין הזומם לבין מי שנודע לו על המזימה מתקיימת קרבה משפחתית או כאשר הידיעה נמסרת לעורך דין, לרופא או לאיש דת, עקב היותם כאלה, סביר להטיל עליהם חובה לפעול למניעת הפשע בדרכים אחרות מאשר דיווח, ובמיוחד באמצעות הפעלת השפעה נוגדת על הזומם במגמה להניאו ממזימתו. אם הם נכשלים בכך, ניתן להשיב על כנה את חובת הדיווח, לוותר עליה כליל או להשיבה רק בנוגע למספר קטן עוד יותר של הפשעים החמורים ביותר¹². כן מתבקש לפטור מעונש את מי שנמנע מדיווח במקרים שבהם הזומם לא החל בהוצאת מזימתו אל הפועל. זאת, כדי למנוע מצב דברים שבו על הזומם אין מוטלת אחריות פלילית, ואילו אחריות כזו מוטלת על מי שהיה מודע לדבר המזימה¹³.

יש מקום לאפשר דיווח שיישאר אנונימי לפי בקשתו של המדווח, ובלבד שאינו שקרי. זאת, כפועל יוצא של המחויבות לצמצום הנטל המוטל על האזרחים, ומתוך התחשבות בחששות מסתברים שלהם: דיווח שאינו אנונימי יוביל פעמים רבות לדרישה למסור עדות במשטרה, להשתתף במסדר זיהוי או בעימות, להעיד במשפט ולעמוד בחקירה נגדית, ובנוסף — דיווח כזה עלול לגרום הסתבכות עם העבריינים אשר תכניתם סוכלה. גם אם הסתפקות בדיווח אנונימי תקשה על העמדת עבריינים לדין, יש לזכור כי הצורך הבסיסי והראשוני ביותר שעליו מבקשת העברה לענות הוא הצורך למנוע את ביצוע הפשע, ולא הצורך להעמיד את המבצע (הפוטנציאלי) לדין. מול הנטייה של פרטים להימנע מ"הסתבכות" עם אכיפת החוק הפלילי,

11 ס' 138 לחוק הפלילי הגרמני.

12 ס' 139 לחוק הפלילי הגרמני נוקט בחלופה השלישית במקרה של עורך דין ורופא, ופותר מחובה כלשהי את איש הדת.

13 ס' 139(1) לחוק הפלילי הגרמני קובע כי כאשר לא היה ניסיון לעשות את הפשע, ניתן להימנע מהענשתו של היודע.

ראוי להניח "גשר של זהב" לדיווח. בהיעדר "גשר" שכזה, גם תוכה מכוח איסור עונשי עלולה להיות בעלת השפעה מוגבלת בלבד על ההתנהגות.

4. ההצדקות לאיסור ברוח האיסור הראוי

הצורך להטיל חובת דיווח משפטית-עונשית על מזימה לבצע פשע חמור נעוץ בחשש של האזרחים להסתבך עם "העולם התחתון", בחשש מן הטרחה הכרוכה בחקירה ובחשש להעיד. לנוכח חששות אלה, יש להניח שחובה מוסרית לדיווח כאמור לא תהיה אפקטיבית כשהיא עומדת לבדה¹⁴. ואולם בצורך זה כשלעצמו אין די. האיסור חייב להיות מוצדק לגופו.

כאשר סכנת הפגיעה הנה חמורה ביותר, קיימת הצדקה מובהקת להטלת החובה: ראשית, הטלת חובה כזו בהקשר של אי-מניעת רצח מתחייבת מן העיקרון של קדושת החיים. בשנים לב לחשיבות העליונה של הערך של חיי אדם, הטלת חובת הדיווח לשם מניעת רצח הנה מתבקשת, ואולי אף מתחייבת, מכוח הפער העצום בין הערך של חיי אדם שניתן להציל לבין המאמץ המינימלי (והפגיעה הקלה באוטונומיה ובחירות הפעולה) הבא לידי ביטוי בדיווח (ובמיוחד אם תתקבל הצעת הדיווח האנונימי) לרשות.

ניתן להשוות את המצבים שבהם היא מוטלת למצבים של "צורך מצדיק" — מצבים שבהם מוצדק ביצוע של עברה פלילית (על הנזק הכרוך בה) לשם מניעת פגיעה בערך חברתי חשוב. ד"ר חאלד גנאים הסביר את הרציונל שבבסיס כלל זה: "קשה לתאר חברה מודרנית הדואגת לאזרחיה בלי לחייב את הזולת לוותר על ערכים חברתיים שלו למען קיום חיים בצוותא של אנשים חופשיים. כך, למשל, החברה חייבת להגן על החיים [...] לפיכך, חיוב האדם להשלמה עם פגיעה בערכים חברתיים שלו, למשל, הרכוש או הכבוד, למען קיום חיים חברתיים ומשותפים, למשל, הגנה על החיים, מתיישבת עם רצון הפרטים (החברה) לחיים חופשיים ומשותפים [...] לשם הגנה על חיים אלה רשאית החברה לחייב את האדם לספוג פגיעה בערכים החברתיים שלו"¹⁵. במצבים אלה, של "צורך מצדיק", מוטלת על האזרח חובה להשלים עם הפגיעה בו למען מניעת התוצאות המזיקות לערך חשוב אחר. באופן דומה ניתן להצדיק הטלת חובה שתוצאתה פגיעה מזערית בחירות הפעולה למען מניעת התוצאה המזיקה לערך החשוב ביותר — חיי אדם. לטעון זה ניתן תוקף מיוחד בשיטת המשפט הישראלית לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק-היסוד"). סעיף 1 לחוק-היסוד משתית את ההכרה

14 מן הבחינה הזו נבדלת החובה לדיווח לשם מניעת פשע מחובת "לא תעמוד על דם רעך", שכן בנוגע לאחרונה אפשר שהחובה המוסרית תהיה אפקטיבית בפני עצמה גם ללא גיבוי עונשי. ראו: M. Kremnitzer "Constitutional Principles and Criminal Law" 27 *Isr.L.Rev.* 84, 87–90 (1993).

15 ח' גנאים "ההבחנה בין הצדקה-בדין לבין סליחה בדין, ערוכה על פי סייג הצורך" (עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, תשס"ב) 176.

בזכויות היסוד של האדם על ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו¹⁶. מעבר לאיסור על פגיעה בחיי אדם, המופיע בסעיף 2 לחוק־היסוד, מוכרת גם זכותו של הפרט להגנה על חייו¹⁷. אם המדינה מבקשת לתת תוקף מעשי להוראות אלה, עליה לספק באופן פעיל הגנה על החיים. הטלת חובה על האזרחים לנקוט פעולה — שיכולה להתמצות במעשה פשוט של דיווח — כדי למנוע פגיעה בחיי אזרחים אחרים מתבקשת מהוראות אלה.

שנית, הטלה של חובת דיווח על מעשי פשע חמורים שעלולים לצאת אל הפועל מבטאת רמה מינימלית של סולידריות חברתית, קרי מחויבות של אזרחים כלפי קרבתם פוטנציאליים וכלפי הארגון החברתי בכללותו. שלישית, חובת הדיווח יוצרת מעין "ביטוח הדדי" של האזרחים אלה כלפי אלה, אשר יש להניח שאזרחים הרואים עצמם כשומרי חוק ירצו בקיומו, בבחינת: "דווח לשם הצלת חיי שלי, ואדווח לשם הצלת חייך", שרק הגיוני ומתבקש לאמץ.

רביעית, יש לזכור שרשויות החוק אינן יכולות להימצא בכל מקום, ולעתים רק דיווח להן עשוי למנוע את הפגיעה. לכן, ככל שמדובר בדיווח לשם מניעת פשע חמור, יש לראות את העמדה שלפיה "חובת דיווח למשטרה[...]" חובה קשה היא לעצמה, חובה היא שאינה נקייה מעכבות¹⁸, כבלתי מקובלת, ככל שדברים אלה מבטאים יחס מסויג כלפי האיסור והצדקותיו.

יש להסתייג גם מעמדתו של השופט טירקל המצדד בחובה מוסרית בלבד של מניעת פשע ובמקביל בסילוק האיסור מספר החוקים¹⁹. התומך בחובה המוסרית אשר מבקש שיהיה לה קיום הלכה למעשה, חייב להעמיד בצדה חובה משפטית.

ג. החלת הכלל של עצימת עיניים: עמדת השופט חשין נגד החלת הכלל

1. פתח דבר

בעניין הר־שפי דן השופט חשין בהחלת ההלכה של עצימת עיניים על העברה של אי־מניעת פשע. מסקנתו היא כי אין להחיל את ההלכה, כלומר: אין להסתפק בחשד כי אחר מתכנן לבצע פשע כדי להטיל אחריות בגין אי־מניעת פשע, אלא יש לתבוע ידיעה "ברורה ונקייה"²⁰. חשין מבסס את מסקנתו בעיקר על שורת טיעונים הנוגעים לבעיות שמעוררת, לכאורה, החלת ההלכה על העברה של אי־מניעת פשע. אציג תחילה את מסקנתו של חשין, ולאחר מכן אדון בטיעונים שהוליכו אותו אליה.

16 ס' 1 לחוק־היסוד קובע: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן־חורין".

17 ס' 2 לחוק־היסוד קובע: "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; ואילו ס' 4 לחוק־היסוד קובע: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

18 עניין הר־שפי, לעיל הערה 2, בע' 768.

19 שם, בע' 809–812.

20 שם, בע' 766. אין להתפלא על כך שהשופט חשין נמנע מלדון בידיעה מלאה וודאית, שכן לשיטתו כאשר מדובר במזימה של אחר, ידיעה כזו אינה בגדר האפשר.

2. מסקנת השופט בדבר אי-תחולת הכלל של עצימת עיניים מדבריו של השופט חשין בתחילת הדיון עולה, לכאורה, כי חשד הוא המצב האפשרי היחיד בהקשר של אי-מניעת פשע. הוא מציין כי:

"בהיצבר ביטויים חיצוניים לרוב נוכל להסיק — כמסקנה של שכל-ישר — כי פלוני רוקח תוכניות רשע בלבד, ואולם גם-אז לא יהא זה אלא היסק — היסק ולא ידיעה מוחלטת. ידיעה 'מוחלטת' יכולה שתהיה באשר לאירועי-עבר או באשר למחשבותי-שלי. 'ידיעה' באשר למחשבות הזולת — על-פי עצם טיבה — לעולם לא תצא מגדר היסק [...] היסק לעניינה של תופעה שלילית ניתן לכנותו אף בתיאור 'חשד' — מתוך שראיתי דברים מסוימים אני 'חושד' כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע — אך ניהרר בשימושו של מושג זה מטעמים שנעמוד עליהם בסמוך" (ההדגשה שלי — מ.ק.)²¹.

דברים דומים כתב השופט טירקל ולפיהם מדובר "ברוב המקרים — בדרך של הסקת מסקנות הבנויה השערה על גבי השערה"²². כפי שעולה מן הדיון שלעיל, אין לי אלא להסכים עם דברי השופטים. ברוב המקרים מסוג זה אין מדובר בידיעה על פשע שעומד להתבצע, כי אם בחשד בלבד — ואין אני חושש משימוש במושג זה או "נזהר" בו. על כן קביעה שלפיה חשד אינו מספיק כדי לכונן את היסוד הנפשי הנדרש בעברה של אי-מניעת פשע תשפיע השפעה מפליגה על ישימות האיסור. בשלב מתקדם יותר של הדיון דן השופט בכיטוי "מי שידע" המופיע בהגדרת העברה. הוא מסביר מהי הידיעה הנדרשת במילים אלה: "ידיעה כהוראתה בסעיף 262 לחוק העונשין משמעה הוא, כי בראשו של אדם הצטברו נתונים שעניינם גילויים חיצוניים לנעשה בליבו ובמוחו של פלוני, עד כי משקלם המצטבר מגיע ל'מאסה קריטית', דהיינו, לכדי 'ידיעה' כי פלוני זומם לבצע פשע"²³. קביעה זו אינה ברורה ואינה מדויקת. אינה ברורה — משום שלא ברור מהי אותה "מאסה קריטית" ומתי מגיע משקלם המצטבר של הנתונים לכלל "מאסה" זו; אינה מדויקת — משום שאין היא מבהירה כי ה"ידיעה" הנה יסוד אינדיבידואלי-סובייקטיבי. מה שמבחינתו של פלוני עשוי לעורר חשד בלבד שמא מדובר במזימה לבצע פשע, עשוי ליצור אצל אלמוני רושם ברור וחד-משמעי שמדובר באותה מזימה.

אי-בהירות זו מתקיימת גם בהמשך הדברים:

"ומכאן שאלה: כמה ביטויים וגילויים חיצוניים, ואיזו איכות אמורה שתהא לאלה, עד שנוכל לומר כי אדם 'יודע' שפלוני זומם לעשות מעשה פשע?

21 שם, בע' 757.

22 שם, בע' 811.

23 שם, בע' 766.

תשובה אחת ויחידה לשאלה זו — לא תימצא לנו; נסיבותיו של כל עניין ושל כל מקרה תכרענה, ובהן נגלה תשובה. מיבחן הראיות יהא מבחנו של האדם הסביר — קרא: בית־המשפט — והוא מיבחן ההיגיון והשכל הישר. השאלה שבית־המשפט יציג לעצמו תהא, האם המידע שנצבר באמתחתו של הנאשם — כמות המידע ואיכות המידע — האם מידע זה הגיע לדרגה כזו עד שניתן להחיל עליו — על־פי כללי ההיגיון והשכל הישר — את מושג ה"ידיעה"; האם המידע הגיע לשלב של 'מאסה קריטית', האם הכוס נמלאה עד שפתה. בית־המשפט יחיל מיבחן־ראיות זה על נאשם העומד לפניו לדין, ולמותר לומר שהנאשם יוכל לנסות ולשכנע את בית־המשפט כי מטעמים אלה ואחרים לא יעמוד מיבחן האדם הסביר, מיבחן זה עצמו, במיבחן נסיבותיו המיוחדות של העניין"²⁴.

האם מדובר במבחן סובייקטיבי במהותו, שכן מבחן האדם הסביר אינו אלא כלי עזר הוכחתי כדי להגיע באמצעותו אל מצב תודעתו של העושה, או שמא מדובר במבחן אובייקטיבי בבסיסו, ובו אפשרות לתיקן סובייקטיבי שמהותו אינה ברורה? בכך לא מסתיימת אי־הבהירות: "התשובה לשאלה אם נתגבשה 'ידיעה' אם לאו, אינה אך נגזרת מכמותו ומאיכותו של מידע שנצטבר במוחו של אדם (אותו אדם סביר)"²⁵. מה הוא ואיזה הוא המוח הרלוונטי — מוחו של החדל או מוחו של האדם הסביר? האם מכריעים בנוגע לכמות ולאיכותו של המידע לפי משמעותם האובייקטיבית או לפי המשמעות שניתנה להם על ידי החדל?

דומה כי כפות המאזניים של השופט חשין נוטות בסופו של דבר למבחן האובייקטיבי: "לשון אחר: אין די בכך שרמת המידע הגיעה לכדי 'מאסה קריטית', דהיינו, כי הידע נתגבש לכלל היותו 'ידיעה' באורח אובייקטיבי"²⁶ (ההדגשה שלי — מ.ק.). ברור כי קביעה זו אינה נכונה: הן החשד והן הידיעה או המודעות מבטאים תפיסה אישית־סובייקטיבית של העושה, ובמקרה שלנו — החדל. לכך מתווסף מאפיין נורמטיבי, קרי נקודת איוון שיפוטית המושפעת משיווי המשקל בין הכוחות המבקשים לצמצם את היקף האיסור לבין הגורמים המבקשים להרחיבו. יש בכך להוסיף הן לאופייה האובייקטיבי המוטעה של ה"ידיעה" והן לאי־הבהירות של המושג²⁷. הדרא קושייה לדוכתה: אם משמעות הביטוי "ידיעה" — וכך נכון לפרש — הנה ידיעה מלאה ובטוחה, כיצד יכולה זו להתקיים לנוכח דבריו הנכוחים של השופט חשין בפתח הדיון, שלפיהם בסוגיית מזימתו של אחר לא תיתכן כלל ידיעה כזו! ? גם כאשר פלוני מספר לאלמוני על כוונתו ועל תכניתו לבצע פשע²⁸,

24 שם, בע' 772.

25 שם, שם.

26 שם, בע' 776.

27 שם, בע' 772.

28 כפרפראזה על דברי השופט חשין, שם, בע' 757.

אין אלמוני "יודע" כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע אלא רק חושד בכך. לשם קיום שיטתו נאלץ השופט חשין לתת לביטוי "ידיעה" משמעות שונה מהמקובלת, שאינה ברורה ואינה נכונה.

אם מבחינים היטב בין חשד לבין ידיעה (מודעות), ניתן למצוא בדברי השופט חשין תימוכין דווקא לכך שכאשר מדובר במזימה לבצע פשע, מתקיים כלפיה — מבחינת המציאות — חשד בלבד. ניתן לכל היותר לתרגם את גישתו של השופט חשין לדרישה לחשד ברמה גבוהה מכיוון שלפי ההבחנה המושגית המקובלת והראויה — לשיטתו — אין אפשרות להגיע ל"ידיעה" ממש. במילים אחרות, לענייננו, אם עולה מסקנה כלשהי מאופייה המיוחד של העברה לפי סעיף 262 לחוק העונשין, הרי היא להסתפק בחשד כלומר עצימת עיניים בנוגע לעברה זו. לשם שלמות התמונה, אזכיר כי השופט חשין דורש בנוסף ל"ידיעה" גם "אמונה". בדרישה כזאת יש טעם, אלא שהשופט חשין אינו מטיב להבהירה. לדבריו, נדרש שהעושה (החדל) יאמין כי פלוני "אכן זומם לעשות מעשה פשע" או "אכן מתכוון לעשות מעשה פשע"²⁹. בתיאור זה אין כדי להוסיף דבר על דרישת ה"ידיעה" ואולי יש בו אף לגרוע ממנה, שכן אמונה איננה חייבת להיות מבוססת על ידיעה בטוחה. גם הדוגמה המובאת על ידו, של ילד הרואה תכנון לביצוע שוד אולם סבור שמדובר בשעשוע, ואינו מאמין שמדובר בכוונה רצינית לשדוד בנק, מדגימה את הייתור שבדרישה כפי שהיא מוצגת. ברור שאם הילד סובר שמדובר במשחק, לא מתקיימת אצלו הידיעה כי אחר זומם לעשות מעשה פשע. על מנת שישוד ה"אמונה" יקבל משמעות יש להסב אותו מן המזימה אל עבר הוצאתה אל הפועל, כלומר אל הסכנה שהמזימה תתגלגל לכלל ביצוע של פשע. וזאת שכן החדל עשוי להיות מודע לכך שפלוני זומם לבצע פשע אך באותה עת להיות משוכנע כי פלוני לא יממש את מזימתו. האמונה תתייחס אפוא לסכנה שהפשע יבוצע, ובעניין זה קבע השופט חשין כי די בממשות הסכנה מבחינת הערכת העושה (החדל). אין לדרוש שהסכנה תיראה בעיניו כקרובה לוודאי או כקרובה³⁰. אפשר שהשופט חשין נזקק לדרישת ה"אמונה", שהנה סובייקטיבית, בשל המשמעות האובייקטיבית שהוא מייחס ל"ידיעה". ואולם, כאמור, ה"ידיעה" מבטאת דרישה סובייקטיבית אינדיווידואלית מובהקת. זאת ועוד, גם אם נלך לשיטתו של השופט חשין — "מאסה קריטית" אובייקטיבית ואמונה של העושה — אינם מגיעים לכדי ידיעה מלאה ובטוחה.

עוד ראוי לציין כי כל דיונו של השופט חשין נסב על היחס ההכרחי-תודעתי כלפי המזימה לבצע פשע. כלל אין אזכור של היחס ההכרחי-תודעתי כאשר החובה למנוע חלה בשלבים מאוחרים יותר שבהם מתחיל הזומם לממש את מזימתו, אך ניתן עוד למנוע את השלמת הפשע. אשוב לעניין זה בהמשך.

29 שם, שם.

30 שם, בע' 774.

3. הטעמים שהולכו את השופט למסקנה: הצגה ודיון

3.1 פתח דבר

בחלק זה אבקש להציג את הטעמים שמציג השופט חשין נגד החלת הכלל של עצימת עיניים על העברה של אי־מניעת פשע, ולהתמודד עמם. עם טעמים אלה נמנים ייחודה של העברה שהיסוד המכונן שלה הוא, לפי הטענה, יסוד הידיעה; הבעייתיות, לכאורה, בהחלת הכלל על עברות מחדליות; חוסר האפשרות לברר חשדות באשר לזממם של אחרים והמחיר החברתי של תביעה לברר חשדות כאלה.

3.2 ייחודה של העברה של אי־מניעת פשע

במסגרת הדיון בעברה הספציפית, גרס השופט חשין כי:

“עבירת מחל מיוחדת זו — העברה של אי־מניעת פשע — אופייה מחייבנו לנהוג זהירות־יתר בפירושו של מושג הידיעה בה. רכיב הידיעה בעברה (‘מי שידע’) הוא היסוד עליו מושתתת העברה, הוא הרכיב המכונן, הוא הרכיב המקים חובה לפעול ולנקוט בכל האמצעים הסבירים למניעת ביצוע או השלמתו של מעשה פשע. מקומו זה המיוחד של יסוד הידיעה מחייבנו [...] לצמצמו לידיעה בלבד, פשוטה כמשמעה, כהלכה ששררה קודם לתיקון”³¹.

קביעתו של השופט חשין כי הידיעה היא שמכוננת את חובת הדיווח, ועל כן יש לדרוש ידיעה ממשית, נובעת ככל הנראה מלשון ההוראה המצויה, הקובעת כך: “מי שידע כי פלוני זומם [...] ולא נקט כל האמצעים הסבירים”³².

אולם באותה מידה ניתן היה לנסח הוראה הקובעת: “מי שלא דיווח על קיומה של תכנית לבצע מעשה פשע, דינו...”. ברי כי נדרשת ידיעה על התכנית העומדת להיות מבוצעת, שהיא פרט מפרטי היסוד העובדתי. בכך לא שונה עברה זו מכל עברה מחדלית אחרת של מחשבה פלילית — תמיד הצירוף של פרטי היסוד העובדתי עם הידיעה עליהם הוא שמכונן את החובה³³. כך, למשל, רק מי שידע על אחר המצוי, לנגד עיניו, בסכנה פתאומית, חמורה ומידית לחייו, מחויב להושיט לו עזרה³⁴.

המחוקק המנדטורי השתמש לא אחת במושג “ידיעה” או בביטויים אחרים למחשבה פלילית (כמו “זדון” או “מזיד”) משום שמושכלות יסוד של המשפט הפלילי המודרני לא היו עדיין בבחינת “נכס צאן ברזל” בעת התהוות העברות

31 שם, בע’ 765.

32 ס’ 262 לחוק העונשין.

33 “הידיעה (מודעות) על כך שפלוני זומם לעשות מעשה פשע אינה שונה לעניין סיווגה — ואין זה ראוי כי תהיה שונה — ממודעות שבכל עבירה פלילית אחרת”. ראו עניין הר־שפי, לעיל הערה 2, בע’ 764.

34 ראו חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ”ח–1998 (להלן: “חוק לא תעמוד על דם רעך”).

וגיבושן. במקרה זה יש גם הסבר ספציפי לשימוש בביטוי: על רקע ההיזקקות למינוח "כל האמצעים הסבירים" ניתן היה לחשוב שהאיסור הנו איסור של רשלנות. לפיכך בא הביטוי "ידע" ומסיר כל ספק לעניין היסוד הנפשי הנדרש בעברה, באשר למזימה.

החלק הכללי של חוק העונשין מספק כלים לפרשנות ההוראה בדבר אי-מניעת פשע והביטוי "מי שידע". סעיף 90א(3) לחוק העונשין קובע: "כידועין או מונח בעל משמעות דומה – יתפרש המונח כמחשבה פלילית כאמור בסעיף 20(א)". סעיף 20(א) לחוק העונשין מגדיר מחשבה פלילית כ"מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העברה". סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין קובע, ביחס לכל הוראות סעיף 20, כי "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם". מכאן שהניסוח המיוחד לכאורה של העברה – "מי שידע..." – זכה להסבר פרטני במסגרת החלק הכללי.³⁵

הסבר זה מבדיר במפורש שאין כל ייחוד בניסוח זה, ויש להבינו בהתאם להוראות הכלליות. מבחינה מהותית, הרכיב המכונן את העברה הוא מציאות של פשע שהחל "להתגלגל", והאפשרות למנוע את ביצועו או את השלמתו, ולא עצם הידיעה על כך שהוא עתיד להתרחש. על רקע אפשרות זו, יכול המחוקק להתנות את הפליליות במודעות בפועל, אך גם במודעות בכוח, כפי שעשה גם בעברות נוספות העוסקות בחובות דיווח. כך, למשל, סעיף 368ד(א) לחוק העונשין מטיל חובה לדיווח על עברה שנעשתה נגד קטין או חסר ישע למשטרה או לפקיד סעד. היסוד הנפשי הנדרש בנוגע לעברה המדווחת הוא של רשלנות ("יסוד סביר לחשוב"). לכאורה, אין מדובר באותה מאטריה, שכן סעיף 368ד(א) לחוק העונשין, עניינו בדיווח על עברה שכבר נעברה, אך לאמיתו של דבר הסוגיות דומות במהותן, שכן תכלית הדיווח על העברה שנעשתה נגד קטין או חסר ישע היא מניעת הישנות התנהגות עבריינית כלפיהם – כלומר – מניעת עברה.³⁶ מכאן שהמחוקק גילה דעתו בסעיף זה כי במקרים מסוימים, די אף ביסוד נפשי של רשלנות כדי להטיל חובת דיווח. במילים אחרות, המאטריה של הטלת חובת

35 ראו המהלך הדומה שמבצע השופט חשין בעניין ה"רשפי", לעיל הערה 2, בע' 765.

36 אמנם נכון, אפשר שהצורך להגן על קטינים דווקא מכתוב נקיטת אמצעים דרמטיים במיוחד, בגלל הקושי של קטינים להיחלץ בעצמם ממעגלי התעללות ובגלל הנוק הנפשי ארוך הטווח שעלול להיגרם לקטינים. ואולם ייחוד זה של העברה מוצא ביטוי בירידה החריגה אל מתחת לקו המחשבה הפלילית. זוהי, ככל הנראה, חריגה מן הכלל הרגיל, האמור לחול בדרך כלל בהיעדר טעמים מיוחדים – הוא הכלל של מודעות מלאה או חשד כתחליף לה. זאת ועוד, סכנה חמורה, קונקרטית ומידית לחיי אדם (למשל שעומדים לרצוח אותו והוא נתון במצב של חוסר ישע להציל עצמו), אינה נראית פחות משמעותית או ראויה להטלת חובה מאשר הנוק לקטין. מה גם שההסתברות להישנות של עברה נוספת נגד הקטין נראית פחותה מההסתברות שמזימה לביצוע פשע – ובוודאי תחילת מימוש מזימה – תוגשם במלואה. היא אף אינה שונה מבחינת אפשרויות המניעה, המתמצות בהתערבות על ידי בעל החובה.

הדיווח לשם מניעת פשע עשויה להתאים, במקרים מסוימים, אפילו להחלת יסוד נפשי חלש ביותר — של רשלנות³⁷. לא כל שכן היא עשויה להתאים להחלת יסוד נפשי "חזק" יותר, כפי שהוא מוצא ביטוי בכלל של עצימת עיניים. השופט חשין מתעלם מהוראת סעיף 368ד(א) לחוק העונשין. קיומה של ההוראה מחליש את עמדתו, שכן אם ניתן להסתפק ברשלנות, קל וחומר שניתן להסתפק גם בעצימת עיניים. יש להתחשב בעמדה זו של המחוקק, המתבטאת בסעיף האמור, כאשר דנים ביסוד הנפשי הנדרש לשם הטלת חובת הדיווח בסיטואציה אחרת. כמו כן יש ליתן טעמים חזקים במיוחד לקביעה כי היא דורשת, באופן יוצא מהכלל, דווקא יסוד נפשי חזק מסוג של מודעות מלאה. השופט חשין מבקש להציג טעמים כאלה. הוא נסמך על הטעמים שהציגה פרופ' רות קנאי³⁸, ועיקרם: שמירה על יחסי שכנות טובים, חשש מהתנכלויות לשכנים וכן חשש מהצפת המטרה בתלונות שווא³⁹. כל הטעמים הללו אינם מיוחדים לעברה של אי-מניעת פשע, אלא חלים על כל עברה המטילה חובת דיווח, ובכלל זה גם על העברה הנזכרת המטילה חובת דיווח בנוגע לעברה שנעשתה בקטין.

3.3 עברות מחדליות אינן מתאימות להחלת הכלל של עצימת עיניים? השופט חשין מאמץ למעשה את הטענות של פרופ' גור-אריה נגד החלת הכלל של עצימת עיניים על העברה של אי-מניעת פשע. טיעון זה בנוי משלושה נדבכים. הנדבך הראשון הוא טענה כללית בדבר הקושי להסתפק בעצימת עיניים כיסוד נפשי מספיק לשם החלת חובות פעולה (והעברה של אי-מניעת פשע היא, כמובן, עברה המטילה חובת פעולה). לפי טענה זו, הטלת חובות פעולה באמצעות עברות מחדליות נוגסת נגיסה עמוקה בחירות הפעולה. לכן אין להרחיב את היקף החובה באמצעות הטלתה על קשת רחבה של מצבים, הכוללת גם מצבים של חשד. ובמילותיה של פרופ' גור-אריה, אותן מאמץ השופט חשין:

"הסתפקות בעצימת עיניים במקרים של מחדל איננה מובנת מאליה. אם אכן מחילים את עצימת עיניים גם לגבי מחדלים, אין מותרים לחודל ברירה שלא לברר את חשדו. המושג של עצימת עיניים מטיל על החודל נטל נוסף — לברר אם מצב הדברים העובדתי הוא כזה המחייב אותו לפעול"⁴⁰.

בהתנהגות אקטיבית, העושה יכול לפטור עצמו מחובת בדיקה במקרה של חשד

37 במשפט הגרמני מוטלת חובת הדיווח לשם מניעת פשע — גם ברמת ענישה נמוכה יותר — ביסוד נפשי שהוא פחות מהיסוד הנפשי הנדרש והמספיק בדרך כלל להטלת אחריות פלילית. במדינות פלורידה ורוד-אייילנד מוטלת חובת הדיווח על עברת מין המתבצעת לנגד עיניו של החודל גם על בסיס רשלנות! ראו: 3.1–37–11 § R.I. Gen. Laws; 794.027 § Fla. Stat. Ann.

38 ר' קנאי "האומנם תמיד דין אחד לחושד ולירודע?" מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 433, 438.

39 עניין הר-שפי, לעיל הערה 2, בע' 767.

40 שם, שם; גור-אריה, לעיל הערה 3, בע' 379.

על ידי הימנעות מהתנהגות. לעומת זאת, בהתנהגות מחדלית אפשרות זו אינה עומדת לרשותו. אם יימנע מלפעול כאשר חשד מקנן במוחו, ייתפס בגדר האיסור. אכן, הטלת חובת הפעולה מגבילה את חירות הפעולה יותר מאשר הטלת חובת להימנע. אולם המסקנה מכך היא כי יש להקפיד ולהטיל חובת פעולה רק במצבים המתאימים. המסקנה אינה כי יש להימנע בהכרח מהטלת חובות פעולה מקום שבו מתקיים יסוד נפשי "חלש" של עצימת עיניים בלבד, ולדרוש יסוד נפשי של מודעות מלאה. ישנם מקרים שבהם קיימת הצדקה להטלת חובת הפעולה גם כאשר העושה חושד (בלבד) בהתקיימות הנסיבות. כך, למשל, כאשר מי שמעורב בתאונת דרכים (ואדם עשוי להיות מעורב בתאונת דרכים שלא באשמתו ואף שלא בשליטתו) חושד כי פגע במישהו, אך הוא אינו בטוח בכך. קיימת הצדקה להטיל עליו חובה לעצור ולברר את החשד.⁴¹ באותו אופן, במסגרת חוק לא תעמוד על דם רצח קיימת הצדקה להטיל חובה לברר את החשד או חובה להושטת עזרה (למעשה להזעיק רשות הנוגעת לעניין) גם על מי שחושד שלפניו, עקב אירוע פתאומי, מצוי אדם בסכנת חיים. כאשר החובה מיועדת למנוע פשע חמור כמו רצח, קיימת הצדקה חזקה במיוחד לתבוע בירור החשד. גם כשהעברה הנה מחדלית, אין החדל חייב בבירור החשד. יש בפניו מסלול פעולה חלופי על מנת שלא ליפול בגדר האיסור — לקיים את החובה שהאיסור דורש את ביצועה. מתבקש אפוא להביא בחשבון גם מהו תוכנה של החובה לפעול, ומהי מידת פגיעתה בחירות הפעולה ובאורח חייו הרגיל של החדל. כאשר מדובר בחובה מינימלית של דיווח למשטרה, אין זו גזרה שלא ניתן לעמוד בה או שקשה עד מאוד לעמוד בה. היא מאפשרת לחושד להימנע מבירור החשד, אם רק ידווח למשטרה על חשדו. גם הנחתו של בית המשפט שלפיה: "קשה יותר לעשות מעשה לבירור אמיתותו של חשד מאשר לחדול ושלא לעשות מעשה בעבירת-מעשה"⁴², אינה מוכנת מאליה. האומנם קשה יותר לדווח למשטרה במקרה של חשד שעומד להתבצע רצח מאשר להימנע מלקבל נכס שבו האדם חפץ עד מאוד, בשל חשד שמא מדובר בנכס גנוב (או לוותר על הנחה משמעותית במחירה של דירה בשל חשד שהמוכר מבקש לשחד את הקונה שהנו "עובד ציבור").

3.4 נטל שאינו אפשרי?

הנדבך השני של הטיעון עוסק באופן ספציפי בעברה של אי-מניעת פשע. הטענה היא כי אדם אינו יכול לברר מה אחר זומם⁴³. מחשבות של אחרים נמצאות בראשם בלבד, והתביעה לבררן היא תביעת הבלתי אפשרי. לכאורה מדובר בטיעון חזק ואולי אף מנצח. אך במחשבה שנייה לא היא. מה שבלב בלבד אינו יכול להיות

41 ס' 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א-1961 (להלן: "פקודת התעבורה").

42 עניין הר"שפי, לעיל הערה 2, בע' 768.

43 שם, בע' 767; גור-אריה, לעיל הערה 3, בע' 379.

מושא לידיעה או לחשד. האיסור מטיל חובה המשתרעת משלב גילוי המזימה כלומר מן השלב שבו המחשבות הופכות לפחות לדיבורים, ובלבד שאין אלה דיבורים כלליים, שאינם מגלים התגבשותה של תכנית פעולה. יש להבין את העברה כנוגעת לשלב שבו מתחיל התכנון הקונקרטי של ביצוע העברה, ויש לו ביטוי בעולם החיצוני לעושה. כך עולה גם מדבריו של השופט חשין עצמו, המציין:

“עד־אם ימציא הממציא מכונה הקוראת מחשבות, לא נדע מה מחשבות מתרוצצות במוחו של אדם — מה מזימות רוקח הוא בליבו, מה תוכניות הולכות־ובאות בו — אלא אם אותן מחשבות, תוכניות או מזימות ניתן להן ביטוי חיצוני־אובייקטיבי (overt acts), למשל, אדם מספר על תוכניותיו ועל מחשבותיו; צופים אנו במעשי הכנה לביצוע תכנית מסוימת; פלוני שומע, מרצונו או שלא־מרצונו, שיחה בין הזומם רע לבין אחר, וכו'. את האמת־לאמיתה ולאשורה — האם פלוני זומם לעשות פשע — לא ידע אלא אותו פלוני הזומם עצמו. ואילו הזולת לא 'ידע' אם פלוני זומם לעשות פשע אלא כהיסק מגילויים חיצוניים שניתנו לרקיחת המזימה”⁴⁴.

ועל כך יש לומר — בשלב שלפני גילוי המזימה: לא ידע, וגם לא יחשוד חשד ממשי — שכן חשד שאין לו כל עיגון בעולם החיצון אינו חשד ממשי, ולכן — גם אם נחיל על העברה את הכלל של עצימת עיניים — לא תקום חובת הבירור או הדיווח בנוגע לחשד כזה. החלת הכלל אינה מסיגה את תחולת האיסור לשלב מוקדם יותר בציר הזמן שעליו הולכת ומתגלה לעושה (החדל) התכנית לבצע פשע. היא משנה אך את טיב הדרישה כלפי החדל — לפעול גם על בסיס חשד. כאשר מתעורר חשד ממשי — אף אם הוא מתעורר בשלב מוקדם יחסית של גלגול הפשע — ניתן במקרים לא מעטים לברר את החשד בקלות יחסית (בעיקר על ידי עיון והתעמקות בנתוני המציאות), או לחלופין — לדווח למשטרה על דבר החשד. כך, למשל, נראה שיש ציפייה גבוהה, ובצדק, משכן השומע צעקות הבוקעות מהדירה הסמוכה, המעוררות אצלו חשד בדבר ביצוע פשע באותה דירה, שיימנע מלהגביר את מקלט הרדיו כדי לא לשמוע, וכך לפטור עצמו מאחריות. באופן דומה, נראה שניתן לצפות ממי שגילה יומן בפח האשפה, המתאר מה שהנו אולי תכנית לבצע פשע, להמשיך ולקרוא ביומן כדי לברר את החשד שנתעורר בו עם קריאת העמוד הראשון, ואחר כך לדווח על ממצאיו למשטרה.

זאת ועוד, העברה משתרעת עד לפני ההשלמה הסופית של העברה (למשל השלב שטרם התרחשות תוצאת העברה). על כן יש להוסיף ולציין כי במקרים רבים אין מדובר כלל ב"מזימה", אלא בהתרחשות. אמנם נכון, הנוסח הקיים של הסעיף מושך את העין ומסיט את המחשבה למקרה הלא־טיפוסי, שבו טרם הוחל במימוש המזימה. ואולם המקרים הרגילים הם מקרים שבהם כבר יש מימוש כלשהו של

44 עניין הר־שפי, לעיל הערה 2, בע' 757; ראו גם שם, בע' 765.

התכנית. אפשר שיהיו אלה מקרים שבהם מי שזומם לעשות מעשה פשע כבר החל בעשיית מעשים לקראת הביצוע, ואז יש בסיס בנתוני המציאות לידיעה על זממו או לחשד מבוסס על זממו. מקרה נוסף הוא המקרה שבו המזימה מקבלת ביטוי חיצוני באופן של שיתוף אחרים (קשר בין הזוממים), וגם כאן אין מדובר כבר רק בדברים שבלב, שאינם ניתנים לבירור. יתר על כן, כאמור, חלה החובה גם על שלב הביצוע ממש עד להשלמה סופית של העברה, כל עוד ניתן להביא למניעת השלמתה. ובאשר לשלב זה, ברור שלא חל הקושי באשר לבירור מזימות שבלב. הקושי בשלב זה אינו רב יותר מאשר הקושי לברר אם סחורה מסוימת המוצעת למכירה נגנבה. הוא אף קטן יותר מהקושי שבפניו ניצב מי שמתבקש להשאל את מכוניתו לשימושו של אחר והוא חושד שהאחר מבקש להסתייע בה לביצוע עברה. כאשר הדברים כבר מוצאים ביטוי כזה או אחר של מימוש, מתעצמת האפשרות לברר את החשד (ולכן אין צורך אוטומטי לדווח עליו). הסיטואציה אף מתקרבת לסיטואציות הנכללות בגדר העברה של "לא תעמוד על דם רעך", אשר, כאמור, מתבקש להחיל עליה את הכלל בדבר עצימת עיניים.

הן הכתיבה האקדמית בסוגיה והן הפסיקה הלכו שבי אחרי המקרה שאינו אלא נקודת ההתחלה של החובה (גילוי המזימה). ואולם פרשנות ראויה אינה יכולה להסתפק בכך. מבטו של הפרשן חייב להשתרע על כל הטווח הרלוונטי. הרחבת הפרספקטיבה הייתה עשויה, אולי, להביא לשינוי הגישה הפרשנית, ומכל מקום לדעתי מתבקש שכן יהיה.

3.5 האח הקטן – עינו פקוחה?

הנדבך השלישי של הטיעון הוא המחיר החברתי של עידוד החושד לברר את חשדו. לפי הטענה, לתביעת בירור כזו יש מחירים חברתיים. היא הופכת את החברה לחברה של "אדם לאדם בלש". פרופ' גור-אריה מציינת כי "ספק אם היינו רוצים שהחושד ינסה לברר את החשד [...] אין לחברה כל אינטרס לדרבן את הפרטים לבלוש האחד אחר זולתו"⁴⁵. בהקשר לעניין זה מתבקשות שתי הערות.

ראשית, אין לשכוח את קיומה של החלופה – מילוי החובה לדווח לגורמי האכיפה על החשד. דיווח לגורמי האכיפה מונע כל צורך מן האזרח להוסיף ולעסוק ב"בילוש" כאמור. אילו האפשרות היחידה הניצבת בפני האזרח הייתה לברר את החשד, ניתן לומר שהחוק מפעיל לחץ חזק על הפרטים "לבלוש" כאמור. אך כהינתן שתי אפשרויות פעולה, הלחץ "לבלוש" דווקא מצטמצם במידה ניכרת. מבחינה מעשית-מציאותית, התרחיש של "האזרח הבלש" הנו רחוק מאוד מן הדעת. שנית, החובה לברר את החשד מכוח הכלל בדבר עצימת עיניים איננה חובה "לעשות הכול" על מנת לברר את החשד. האיסור של אי-מניעת פשע, כמו כל איסור אחר, אינו מחייב ואינו מתיר לחושד לפעול בניגוד לדין. החושד אינו

45 שם, בע' 767; גור-אריה, לעיל הערה 3, בע' 379.

רשאי להסיג גבולו של אחר, להאזין לסוד שיחו הטלפוני וכיוצא באלה. באותה רוח מתבקש לראות בתחום הפרטיות המוגן של הזולת תחום שהחושד אינו רשאי לחדור לתוכו. במילים אחרות — חובת הבירור של חשד, כפי שראוי לפרשה, איננה מתירה לעשות את מה שאיננו רצוי מבחינה חברתית. היא מתירה אך ורק עשייה לגיטימית, שגבולותיה בתחום הפרטיות נקבעים לפי הרציות החברתיות. לפני שמגיעים למסקנה בדבר אי־תחולתו של כלל עצימת העיניים בשל התוצאות הקשות של יישומו, מתבקשת אפוא בחינה נוספת. מתבקש לבדוק האומנם הקביעה בדבר התוצאות הקשות הצפויות הנה מבוססת ואם אין דרך אחרת למניעתן של אותן תוצאות. כאמור, בהיעדר אפשרות לברר את החשד באמצעים לגיטימיים, על החושד לדווח לגורמי האכיפה.

ד. החלת הכלל של עצימת עיניים: טעמים בעד החלת הכלל

1. פתח דבר

בחלק זה אבקש לטעון כי קיימים טעמים חזקים להגיע למסקנה שונה מזו של השופט חשין, ולהחיל את ההלכה של עצימת עיניים על האיסור של אי־מניעת פשע — קרי, להסתפק בחשד שאחר עומד לבצע פשע, ולא לתבוע מודעות מלאה לכך. טעם ראשון הוא תביעותיו של החלק הכללי של חוק העונשין. טעם שני הוא טעם מעשי: כפי שעולה גם מחלקים מפסק דינו של השופט חשין, בדרך כלל לא תהיה ידיעה מלאה כי אחר עומד לבצע פשע, אלא חשד בלבד. ההלכה בעניין הרישפי עוקרת מן האיסור את אחד מהמקרים הטיפוסיים שלהם הוא נועד. טעם שלישי הוא כי יש להימנע מלתמרץ התעלמות מחשד. טעם רביעי הוא כי מן הראוי שדין אחד יחול על מקרים דומים.

2. הוראות החלק הכללי

נקודת המוצא לקביעת היסוד הנפשי של עברה כלשהי היא הדין החקוק, ובראש ובראשונה הוראות החלק הכללי שבחוק העונשין המסדירות את היסוד הנפשי. הוראות אלה הן בבחינת המכנה המשותף של העברות, גורם הנמצא "מחוץ לסוגריים" של הגדרות האיסורים. כאשר באים לפענח את האיסור מבחינת היסוד הנפשי הנדרש בו, יש להחיל עליו הוראות כלליות אלו. השופט חשין פונה לחוק הפרשנות, תשמ"א–1981 (להלן: "חוק הפרשנות"), ומציין כי "הדוקטרינה וההגדרה הכללית תחולנה, בלשונו של חוק הפרשנות [...] 'אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב' עם ההגדרה הכללית או עם הדוקטרינה" (ההדגשה שלי — מ.ק.).⁴⁶ לדידו, העברה של אי־מניעת פשע אינה מתיישבת עם הדוקטרינה של עצימת עיניים. ואולם השופט

46 עניין הרישפי, לעיל הערה 2, בע' 769–770.

מתעלם מכך שהנורמה המופיעה בחוק הפרשנות אינה מתייחסת לשאלת החלות של דוקטרינות המופיעות בחלק הכללי של חוק העונשין על עברות ספציפיות. סעיף 34 לחוק העונשין — שאינו מאזכר בפסק הדין — מחיל את הוראות החלק הכללי של החוק על כל העברות הספציפיות "באין בחוק הוראה לסתור"⁴⁷. סעיף 34 הוא נורמה מיוחדת ביחס להוראת חוק הפרשנות. נורמה מיוחדת, כפי שמדגיש השופט חשין⁴⁸, גוברת על נורמה רגילה. מן ההבדל בניסוח בין הוראת חוק הפרשנות לבין סעיף 34 ניתן ללמוד, כי הגמישות שמאפשר חוק הפרשנות בהחלת ההוראות הכלליות אינה חלה בנוגע לשאלת החלתן של דוקטרינות כלליות המופיעות בחלק הכללי של חוק העונשין על עברות ספציפיות. במקרה מיוחד זה, ניתן להימנע מהחלת הדוקטרינות הכלליות רק בהינתן הוראה מפורשת הקובעת כך. הוראה כזו אינה מצויה בנוגע לתחולת הכלל של עצימת עיניים על העברה של אי-מניעת פשע. למרות זאת, השופט חשין מצא לנכון לקבוע חריג לתחולת הכלל בנוגע לעברה זו. חוששני שקביעת החריג היא בניגוד לדין.

לקביעת החריג בנוגע לעברה של אי-מניעת פשע עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת. נובע ממנה כי ההחלטה אם להחיל או להימנע מלהחיל את כל הוראות החלק הכללי על העברות הספציפיות יכולה להיעשות מכוח השתמעות, מכוח הבנה של עברה זו או אחרת, ולא מכוח הוראה מפורשת. התוצאה של כלל כזה היא חוסר ודאות נרחב, שבמסגרתו קביעת היקפן של עברות נעשית רק בדיעבד, בעת המשפט. זאת ועוד, אפשר, וזו דעתי, שראוי היה להגמיש בהוראה מפורשת את הוראות החלק הכללי בנוגע לעברות שנחקקו קודם לו, אולם הגמשה כזו צריך שתתאפשר לכיוון של צמצום האחריות הפלילית בלבד. אמנם בעניין הרישפי החריגה מהוראות החלק הכללי נעשתה לכיוון של צמצום האחריות הפלילית, אך השופט חשין לא סייג את האפשרות לחרוג לכיוון זה בלבד. ברי כי אין להסכים עם מצב כזה, לפחות כל עוד אפשרות ההגמשה של הוראות החלק הכללי אינה קבועה בחוק.

3. הצורך המעשי בהחלת הכלל: חשד כמצב התודעתי הנפוץ של מי שאינו מונע פשע

לידדי, קיים צורך מעשי להשתמש בכלל של עצימת עיניים בעברה של אי-מניעת פשע, כדי להימנע מהוצאת מצבים שכיחים וטיפוסיים של אי-מניעת פשע אל מחוץ לאיסור⁴⁹. כרבים מהמצבים העושה חושד בלבד, ואינו מגבש ידיעה. להלן אבקש להסביר טענה זו.

47 כלשון ס' 34 לחוק העונשין (להלן: "סעיף 34").

48 ראו אמירות שונות בעניין הרישפי, לעיל הערה 2, בע' 769.

49 ניסוח שכיח — אך מטעה — להיאור פרשנות המצמצמת את האיסור במידה משמעותית הוא "ריקון העברה מתכנה". כך, למשל, שימש נוסח זה את השופט אגרונט כדי להצדיק את החלטתו להחיל את הלכת הצפיות על העברה של הסגת גבול בכוונה להרגיז (סעיף 286

אפתח בהבהרת ההבדל בין חשד לבין ידיעה, הכולל המשושטש במסגרת פסק דינו של השופט חשין. חשד וידיעה, שניהם מצבים סובייקטיביים, כנגזר מעקרון האשמה. חשד הוא מצב שבו העושה מביא בחשבון את האפשרות שמצב דברים מסוים מתקיים. מנגד, ידיעה היא מצב של ודאות באשר להתקיימותו של מצב דברים.

בהינתן מובנים אלה של "חשד" ושל "ידיעה", השימוש בעצימת עיניים בעברה של אי־מניעת פשע הוא מחויב המציאות. ראשית, כאשר מדובר בעמדה ההכריתית־תודעתית באשר ליסוד הנפשי של אחר, במקרים לא מעטים (שלא לומר ברוב המקרים או ככולם) תהא זו ידיעה מסוג של חשד, כפי שעולה גם מן הדיון הנזכר של השופט חשין. שנית, במצב של אי־מניעת פשע, בשלב של גילוי דבר המזימה, האפשרות של מציאות דו־משמעית הנה שכיחה: במקרים רבים מי שמתכנן פשע לא יטה לשתף שיתוף מלא בתכניותיו. לעתים הוא ירמוז עליהן, ולעתים דבריו או מעשיו יהיו בעלי משמעויות שונות (פליליות ותמימות). במצבים הללו לא תהיה לסובכים אותו ידיעה ברורה ומלאה על תכניותיו, אלא, לכל היותר — חשד. גם כאשר מדובר כבר בשלב הביצוע ממש או בסמוך לו מאוד, יתקשו הסובכים "לקלוט" את האירוע במלואו — קרי מתחילתו לרבות הרקע שהוביל אליו — אלא רק פיסות ממנו (לדוגמה: צעקות הבוקעות מדירה סמוכה). לכן הם יתקשו להכריע בדבר טיב האירוע: האם מדובר בריב בלתי אליס בין בני זוג בדירה הסמוכה או שמא בהתרחשות אלימה? האם מדובר בהורה המפנה זעמו הקולני כלפי ילדו או בהורה המתעלל פיזית? האם מדובר במעצר הנערך על ידי שוטרים סמויים שבו מופעלת אלימות מסכנת־חיים כדי להתגבר על התנגדות או שמא מהווה האירוע תקיפה אלימה במיוחד? האם מדובר באלימות יזומה או בהתגוננות לגיטימית? לעניין זה יש לזכור שמדובר באזרחים מן השורה, שאינם מצפים להתרחשות עבריינית (להבדיל משוטרי מוסווה, שהוא ערני יותר, מצפה להתרחשות כזו ומפרש את פיסות המציאות שהוא קולט בהתאם). כאשר

לפקודת החוק הפלילי, 1936 ע"ר, תוס' 1 (ע) 263. ראו ע"פ 63/58 ע"מ נ' הי"מ, פ"ד יג 421, 432; השופט מצא השתמש בנוסח דומה כדי לנמק את עמדתו שלפיה הערך המוגן על ידי סעיף 136(4) לחוק העונשין (עבירת ההמרדה) רחב יותר ממבנה המשטר. ראו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, פ"ד נב(1) 535, 572. על כך כבר אמרתי: "יש להיזהר מפני קביעה נמהרת כי האיסור מרוקן מתוכנו, אם למעשה האיסור אך מצטמצם מעבר למידה הנאיית ראויה לפרשן זה או אחר. רק כאשר מקרים טיפוסיים ומובהקים, שהאיסור אמור בביורור לחול עליהם לפי הגיונו ולשונו, יצאו מגדרו האיסור בעקבות מתן פרשנות מסוימת — יש להימנע ממנה". ראו מ' קרימינצ'ר ול' לבנון־מורג "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות — על ערכים מוגנים ומבחינת הסתברות בעברות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא" משפט וממשל ז (תשס"ד) 305, 315–316. נראה כי זהו המצב בענייננו — מקרים טיפוסיים ומובהקים יוצאים מתחולת האיסור, גם אם אינו "מרוקן מתוכנו" לחלוטין. ברי כי הימנעות מהחלת הלכת הצפיות על עברה זו לא היה מרוקן את העברה מכל תוכן. היא הייתה מותירה תחום מובהק, אם כי מצומצם, של מקרים שנכנסים לגדרה — אותם מקרים שבהם הכניסה נועדה להרגיז את המחזיק במקרקעין. ניסוח זה אינו מקובל עליי.

מדובר בחבר או בקרוב, מתווסף הקושי להאמין שהוא אכן מבצע עברה⁵⁰. לקושי זה עשויה להצטרף התחושה של: "לא שופט אני, וכיצד אדע? ודאי שאינני בוחר כליות ולב ומכאן שאין לי דרך לדעת מצב תודעתו של אחר". לכך יש להוסיף כי דרישה לביטחון מוחלט בדבר ביצוע פשע על ידי אחר אינה מתיישבת עם חזקת החפות ועם ההיגיון שביסוד האיסור – ביטחון כזה יכול להיווצר רק אחרי הרשעה בדין ובעקבותיה. מבחינת ההפנמה הלא פשוטה של חזקת החפות ומעמדה הערכי-חינוכי, דרישה לידיעה בטוחה אודות פשע של אחר ללא הליך שיפוטי כלל ומחוצה לו, איננה מוסיפה חוסן ותוקף לחזקה.

4. יש להימנע מלתמרץ התעלמות מחשד

דווקא משום השכיחות והטבעיות של מצב החשד, חשוב שהדין יתמרץ את החושד לפעול לבירור החשד או למלא את חובת הדיווח המוטלת עליו. במקרים לא מעטים, חשד עשוי להפוך לידיעה תוך מתן מבט מעמיק יותר במתרחש, הקשבה לנאמר (או לנצחק) וניתוח קפדני מעט יותר של ההתרחשות. אם הדין הוא כקביעת בית המשפט בעניין הרשפי, דהיינו שהחושד אינו מחויב כלל, כי אז נוצר תמרץ הפוך – שלילי. עדיף לו לאדם להישאר במצב החשד, שכן אז לא תחול עליו כל חובה. לא זו בלבד שקל ונוח יותר להסתתר מאחורי החשד אלא שגישה זו גם משתלמת. מחירה של גישה זו עלול להיות חיי אדם, שניתן היה למנוע קיפוחם באימוץ גישה שונה. אל לו לדין לתמרץ התעלמות מהחשד. נהפוך הוא, על הדין לתמרץ את החושד להפעיל מהלכי התעניינות, תשומת לב, קליטה, תפיסה וחשיבה העשויים להביאו לכדי ידיעה.

5. דין אחד למקרים דומים

חרף הדרישה לידיעה אודות המזימה, אין הפסיקה דורשת חובה לפעול רק כאשר היודע משוכנע שהפשע יבוצע. די בכך שהעריך כי קיימת סכנה של ממש שהפשע יבוצע. ודוק: סכנה של ממש, ולא דווקא סכנה קרובה לוודאי או אפילו קרובה⁵¹. יוצא אפוא שלפי שיטת בית המשפט ייווצר הבדל בדין בין שני המקרים הבאים:

50 עניין הרשפי, לעיל הערה 2, בע' 750–751; גור-אריה, לעיל הערה 3, בע' 397, 380. במובן האמור, העברה של אימניעת פשע דומה לסיוע במחדל לדבר עברה המבוצעת על ידי חבר או קרוב. גם במצב זה, ניתן להעריך שבמקרים רבים לא תתגבש אצל המסייע ידיעה על העברה העומדת להתבצע, כי אם חשד בלבד. זאת, מכיוון שהמסייע לא ירצה להאמין שאדם קרוב לו אכן יבצע עברה. ואולם בהקשר זה הצורך להיעזר בכלל של עצימת עיניים אינו מעורר התנגדות. זאת, אף שככל שיש הצדקה להימנע מהחלת הכלל של עצימת עיניים על העברה של אימניעת פשע, יש הצדקה להימנע מהחלתו גם על סיוע במחדל לחבר או לקרוב (שכן גם במצב זה מדובר על הטלת החובה לפעול על בסיס ידיעה על עברה העומדת להתבצע או מתבצעת). קבלת הצורך בהחלת הכלל על עברת הסיוע מחד, והתנגדות להחלתו על העברה של אימניעת פשע מאידך, עשויים להעיד על אופייה השנוא של העברה של אימניעת פשע, ועל המאמצים המיוחדים לצמצם את תחולתה.

51 עניין הרשפי, לעיל הערה 2, בע' 778.

במקרה הראשון, ראובן בטוח ששמעון זומם לעשות פשע, אך האפשרות שאכן יוציא את מזימתו אל הפועל איננה יותר מאשר אפשרות ממשית. במקרה זה תוטל עליו חובת דיווח. לעומת זאת, במקרה השני, ראובן קולט תכנית פעולה של שמעון, ולא ברור לו אם מדובר בתכנית לבצע פשע או בתכנית תמימה, אולם ברור לו כי שמעון גמר אומר להוציא לפועל את תכניתו, כלומר רב עד מאוד הסיכוי שאם מדובר בפשע הוא יבוצע. במקרה זה לא תוטל חובת דיווח (ניתן אף לדמות מצב שבמקרה השני ההערכה שמדובר בפשע היא בהסתברות גבוהה יותר מאשר במקרה הראשון). ספק רב בעיניי אם יש מקום להבחין בין המקרים. אם מכירים בכך שהחובה חלה כלפי אדם המתכוון מן הצד במצב שבו מתקיימת אפשרות ממשית לביצוע פשע (וזהו הנתון הקריטי הראוי ולא דבר המזימה לביצוע פשע), אין זה חשוב מהו יסודה של אפשרות זו; מה לי ביטחון במזימה וספק לגבי מימושה, מה לי ספק בדבר המזימה וביטחון באשר למימושה.

ה. תחום האחריות הפלילית בגין מחדל מלמנוע עברה: על היחס בין עניין הר־שפי לעניין ויצמן

מעניין לבחון את היחס בין פסק דינו של השופט חשין בעניין הר־שפי לבין פסק דינו בעניין ויצמן. בחינת היחס בין פסקי הדין עשויה ללמד כי אף השופט חשין חש בצורך בטיפול פלילי משמעותי במצבים של אי־מניעת פשע, ואף ביתר שאת — בעניין ויצמן היה טיפולו, לדידי, מחמיר מן הרצוי. על רקע זה לא ברור צמצום תחומה של העברה של אי־מניעת פשע באמצעות הימנעות מהחלת ההלכה של עצימת עיניים, כפי שנעשה בעניין הר־שפי.

עניין ויצמן עוסק בסיוע לעברה של הפקדה לאחר פגיעה לפי סעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה. באותו מקרה ישבו המערערות לצדו של הנהג, אשר תוך ניסיון כושל להתחמק משוטר שביקש לעצור את הרכב, פגע בו פגיעה קשה. הנהג המשיך בנסיעתו, ולא עצר להגיש טיפול לשוטר, אשר מת מפצעיו. הערעור נסב, כאמור, על חלקן של המערערות כמסייעות לנהג המפקיר. מאחר שהתנהגותן של המערערות הייתה מחדלית (הן לא עשו דבר כדי להביא לטיפול בשוטר הפצוע), השאלה המרכזית נסבה סביב הצורך במקור חובה מיוחד לשם הרשעתן, וסביב טיבו של מקור חובה כזה. השופט חשין סבר כי, באופן עקרוני, אין צורך במקור חובה מיוחד לצורך הטלת אחריות בגין סיוע במחדל. ואולם ההחלטה אם במקרה מסוים תוטל אחריות תיעשה בעזרת המסגרות של אופייה של העברה העיקרית ושל "נסיבות העניין". מן הדיון של השופט חשין עולה כי בין "נסיבות העניין" ניתן למנות קרבה למבצע העיקרי וכן תוצאה חמורה כגון פגיעה קשה באדם. בסופו של דיון הגיע השופט למסקנה כי על המערערות חלה חובת פעולה, אשר הן לא עמדו בה.

מבחינה מהותית, בשני המקרים דובר בעצם על אי־מניעת עברה. נראה שהיו טעמים חזקים להגיע דווקא לתוצאות הפוכות מאלה שהגיע אליהן השופט, כלומר — היו טעמים חזקים להגיע לתוצאה הפוכה (של החלת הכלל בדבר עצימת עיניים) בעניין הר־שפי, ולהימנע מהרשעה בסיוע להפקרה לאחר פגיעה בעניין ויצמן. ננסה להסביר מדוע:

ראשית, בעניין הר־שפי דובר במניעת העברה החמורה ביותר בספר החוקים — עברת הרצח; ואילו המערערות בעניין ויצמן לא מנעו עברה של הפקרת פצוע, שהיא חמורה, אך פחותה בחומרתה מעברת הרצח.

שנית, מבחינת נסיבות העניין, הידיעה על הפשע העומד להתבצע בעניין ויצמן נרכשה למעשה תוך כדי ביצועו. ההחלטה לפעול הייתה צריכה להתקבל בתוך שניות, ולכן לא התאפשרה שקילה ובחינה של האפשרויות. בנוסף, האפקטיביות המשוערת של פעולה הייתה נמוכה — כלל לא ברור שאלו פנתה הנוסעת אל הנהג, הוא היה עוצר — ובזמן — ומושיט עזרה לשוטר הפצוע. בנסיבות כאלה, האשם הדבק במערערות אינו כבד. לעומת זאת, בעניין הר־שפי, בהנחה שהכלל בדבר עצימת עיניים היה מוחל, מדובר בתהליך ארוך, המאפשר שקילה והערכה של המצב והאפשרויות. המערערת יכולה הייתה לפטור עצמה בדיווח טלפוני למשטרה (לפי שיטתי — אם הייתה מוסרת מידע מספק — אפילו דיווח אנונימי) אם לא רצתה להתעמת עם המבצע או להתייצב למסירת עדות. ובנוגע לאפקטיביות המשוערת של הפעולה, הרי לפי דברי השופט חשין, אילו הייתה מדווחת על שידעה, אפשר בהחלט שניתן היה למנוע את הרצח⁵². במילים אחרות, דווקא בעניין הר־שפי ניתן למצוא הצדקה לעמדה המרחיבה את האחריות הפלילית, ואילו בעניין ויצמן מוצדקת הייתה עמדה מצמצמת. בית המשפט נקט מהלכים הפוכים.

שלישית, כדי להחיל את הכלל בדבר עצימת עיניים על אי־מניעת פשע בעניין הר־שפי צריך היה להחיל את הדין כמות שהוא, על בסיס של איסור בהיקף רגיל: עצימת עיניים מהווה, לפי החוק, תחליף למחשבה פלילית. במקום ללכת בדרך המלך, יצא בית המשפט מגדרו — במגמה של צמצום האיסור — כדי לקבוע חריג לכלל בדבר עצימת עיניים, ללא סמכות בדין, ובעצם — בניגוד לדין. וזאת כאשר, כאמור, התבקשה דווקא גישה מרחיבה. לעומת זאת, בעניין ויצמן, כדי להגיע לזיכוי מן העברה של סיוע להפקרה לאחר פגיעה, צריך היה ללכת לפי פשוטו של החוק (סעיף 18 לחוק העונשין) ולפי הגישה המקובלת בנושא זה (נדרש מקור חובה מיוחד בחוק לשם הרשעה במחדל, גם במסגרת עברת

⁵² בפסקה האחרונה לפסק דינו, כותב השופט חשין: "לעולם, לעולם לא נדע כיצד היו מתגלגלים הדברים לו עשתה המערערת את שמצוה היתה לעשות — לדווח לרשויות על מזימת־הרשע של יגאל עמיר לרצוח את ראש הממשלה יצחק רבין. לו אך עשתה המערערת מעט שיכולה היתה לעשות, אפשר היה יצחק רבין עימנו היום הזה. שיחת־טלפון אחת, ולו בעילום־שם, וחיו של יצחק רבין אפשר היו ניצלים". ראו עניין הר־שפי, לעיל הערה 2, בע' 807.

הסיוע)⁵³. במקום לנהוג כך, נקט בית המשפט גישה של הרחבה — בניגוד לדין — של תחום הסיוע על ידי מחדל, וזאת אף שעמדו לרשותו עברות חלופיות, פחות חמורות: אי-מניעת פשע ועמידה על דם רעך⁵⁴. וזאת כאשר, כאמור, התבקשה דווקא גישה מצמצמת.

אם הימנעות מהתערבות כדי למנוע פשע הנה כה ראויה לגנאי, עד שיש להתאמץ ולהרחיב בפסיקה את תחום ההימנעויות האסורות כפי שנעשה בעניין ויצמן, אין זה ברור מדוע יש לצמצם באופן דווקני ומיוחד את דרישות היסוד הנפשי כפי שנעשה בעניין הרשפי. במיוחד גדולה התמיהה בשים לב לכך שבעניין הרשפי מדובר בהימנעות המשתייכת לגרעין החמור ביותר של ההימנעויות האסורות.

ומן הכיוון ההפוך, מעניין הרשפי עולה כי השופט חשין אינו רואה באי-מניעת פשע (גם כשמדובר באי-מניעת רצח) התנהגות חמורה במיוחד. אחד הנימוקים המרכזיים שעליהם נשענת ההחמרה לעניין היסוד הנפשי הדרוש בהרשפי נוגע לחולשת היסוד העובדתי, בהיותו יסוד עובדתי מחדלי. לפיכך קשה להבין כיצד מתיישבת גישתו זו עם ההרחבה של תחום המחדלים האסורים שנעשתה בעניין ויצמן. אם המחדל המובהק ביותר של אי-מניעת רצח אינו מבטא אנטי-חברתיות מדרגה גבוהה, קשה להצדיק הרחבה של ההתנהגות האסורה אף למחדלים מובהקים פחות, שהאנטי-חברתיות הטמונה בהם פחותה במידה רבה ממחדל שכזה.

הפער בין גישתו של השופט חשין בעניין הרשפי לגישתו בעניין ויצמן אינו יכול להיות מוסבר באמצעות השוני שבין העברות — סיוע להפקרה לאחר פגיעה לעומת אי-מניעת פשע. בעניין ויצמן ציין השופט חשין כי לידוד, העברות קרובות מאוד זו לזו, ובמילותיו: "יש נסיבות שבהן ההבדל בין סיוע לעברה לבין אי-מניעת עברה יהא דק-מכל-דק"⁵⁵. אך פרט לכך, אפילו היה השופט מייחס משמעות לאותו הבדל בין העברות, היו מסקנותיו אמורות להיות הפוכות. השופט חשין עצמו מתאר את מהותו של ההבדל כך: "ההבדל טמון במידת קירבתו של האדם לעברה, שהמסייע בהימנעותו מעשייה ובכוונתו לעזור לעבריין העיקרי, מקרב עצמו לעברה וכמו עושה עצמו צד (טפל, אמנם) לעברה. אכן, ההבדל דק, ובכל זאת הבדל הוא" (ההדגשה שלי — מ.ק.)⁵⁶. השופט דן אפוא בטיבו של המחדל ובטיבו של היסוד הנפשי כגורמים המבחינים בין המצבים. ראשית, העברה

53 אך קיימות גם גישות עיוניות אחרות, דוגמת גישתו של פרופ' פלר, שלפיה אין צורך במקור חובה מיוחד. גישה זו נדחתה, לדעתי, במפורש בחוק העונשין. ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשנ"ב, כרך ג) 154.

54 כאמור, הדיון בעניין ויצמן לא נסב על הרשעה בעברה של אי-מניעת פשע או בעברה מכוח חוק לא תעמר על דם רעך, ולכן התעוררה גם שאלה נוספת, מיוחדת לנסיבות ההרשעה, בנוגע לטיב הזיקה שעליה מבוססת החובה. אולם אין בכך כדי לבטל את העובדה ששתי העברות יכולות היו לחול על המקרה כשלעצמן.

55 עניין ויצמן, לעיל הערה 5, בע' 224.

56 שם, שם.

של אי־מניעת פשע תסתפק במחדלים שתרומתם נמוכה, ולצורך כינון סיוע יהיה צורך במחדלים שתרומתם משמעותית. שנית, העברה של אי־מניעת פשע תסתפק ביסוד נפשי חלש יחסית, ולצורך כינון סיוע יהיה צורך ביסוד נפשי חזק מסוג של מטרה.

הרשעה בסיוע לעברה הנה, כמובן, חמורה יותר — מבחינה מהותית, מבחינת הסטיגמה החברתית ומבחינת העונש — מאשר הרשעה באי־מניעת פשע. הפער באנטי־חברתיות המצדיק את ההבדלים הללו בחומרה חייב להיות מובהק וניכר. לפי שיטה זו — היה מקום לצמצם את תחום המחדלים האסורים במסגרת עברת הסיוע — בניגוד לפסיקה בעניין ויצמן; וכן להימנע מצמצום היסוד הנפשי הנדרש בעברה של אי־מניעת פשע — בניגוד לפסיקה בעניין הר־שפי.

ו. במקום סיכום

זהו מקרה מובהק שבו מתחדדת ההבחנה בין הלכה פסוקה לבין אמרת אגב. לא ניתן שלא לתהות אם בית המשפט היה מגיע לאותה תוצאה אם היה נקבע כי הר־שפי לא ידעה ממש על המזימה ועל הצעדים שנקטו לרציחת ראש הממשלה לשעבר, יצחק רבין ז"ל, אלא רק חשדה בכך. קל לוותר על תחליף מהותי לדרישת המודעות כאשר אין צורך בו בשל התקיימות הדרישה העיקרית למודעות. שאלת מוצדקות החלתו של התחליף, ראוי לה שתתברר כאשר יתעורר מקרה המעלה צורך קונקרטי להחלה כזו.

במציאות שבה טרור מתאבדים איננו חזיון נדיר, קשה להניח כי הפסיקה הייתה מוכנה לפטור מאחריות פלילית אדם (לרבות קרוב משפחה) שחשד בדבר מזימה לבצע פיגוע התאבדות, נמנע מלברר את החשד וגם נמנע מלדווח אודותיו. האם ערך החיים של הקרבנות אינו עולה עשרות מונים על חירות הפעולה, על אי־הנוחות ועל הקושי הנפשי של החושד? השאלה היחידה היא אם תזדקק הפסיקה דווקא למקרה חמור מסוג זה כדי להעמיד את הדין על מכונו (החלת הכלל בדבר עצימת עיניים בעניין אי־מניעת פשע) או שמא די יהיה באי־מניעה של "סתם" רצח?