

ביצוע בצוותא ברשלנות בעקבות ע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל

מאת
שאול כהן*

"The subject matter of joint enterprise is not a state of mind or intention but an objective act which it is contemplated will or might be done"¹

תקציר

לאחרונה ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל (להלן: פרשת פלוני). במרכז פסק הדין עמדה השאלה אם אפשר להחיל את דוקטרינת הביצוע בצוותא על עברות של רשלנות, קרי: האם אפשר לייחס לאדם אחריות בגין עברת רשלנות מכוח הדוקטרינה של ביצוע בצוותא, בנסיבות שבהן הוא חבר לאחר לביצוע מעשה משותף ומתוכנן, שהוא או האחר לא היו מודעים לכך שבכוחו לגרום לתוצאה אסורה, אף כי אדם מן היישוב יכול ואף צריך היה להיות מודע לכך (רשלנות). בפסק הדין השיב בית המשפט העליון על שאלה זו בשלילה. נקבע בפסק הדין כי "רשלנות כלפי אפשרות קרות התוצאה בלבד אינה מקימה אחריות לפי דיני השותפות", ולפיכך אפשר ליישם את דוקטרינת הביצוע

* המחבר משמש כפרקליט במחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה.

אני מבקש להודות לכל קוראי טיוטת המאמר עובר לפרסומו, שהאירו לפני את הדרך בהערו תיזה המועילות, ובכלל זה תודה עמוקה לפרופ' רות קנאי מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, שהעירה הערות וסייעה לי בעצתה הטובה; לפרופ' מרים גור-אריה מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית שנאותה להשתתף בסדנה שבה הצגתי טיוטה מתקדמת של מאמר זה והעירה הערות ביקורת מועילות שסייעו לי רבות; לידידי הטוב עוה"ד ד"ר דותן רוסו, על הערותיו והתייחסותיו; לד"ר ראם שגב מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, שטרח להעמיד אותי על הדרוש ליבון וחידוד; לעוה"ד סיוון רוסו מן המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה על הערותיה המצוינות ועל הדיאלוג בינינו סביב סוגיות מרכזיות מתוך מאמר זה; לעוה"ד יעל שרף (שייצגה את המדינה בבית המשפט העליון בפרשה נשוא ענייננו), שעמה התייעצתי רבות במהלך הכתיבה ושהעירה את הערותיה לטיוטת הטקסט; לעו"ד עמי לינדר מן המחלקה הפיסקלית בפרקליטות המדינה; ולעו"ד יניב בן-הרוש מפרקליטות מחוז מרכז. אני מבקש להודות גם לחבריי הטובים מן המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה, שעמם התייעצתי במהלך כתיבת המאמר, ובפרט למנהל המחלקה עו"ד ג'ואי אש; לסגן מנהל המחלקה עו"ד אריה פטר; ולעו"ד יאיר חמודות. ואחרונה חביבה לחמותי, הגב' שרה פיין-מצלר, על עזרתה בהגהת ועריכת התכנים באנגלית שבמאמר זה. תודתי העמוקה נתונה לכם.

1 R. v. Rahman [2009] 1 A.C. 129, 153

בצוותא רק בעברות של מחשבה פלילית. בכך אופיינה דוקטרינה זו כדוקטרינה שביסודה עומד היסוד הנפשי של המבצעים בצוותא, במובחן מהיסוד העובדתי שבמעשיהם המשותפים. מאמר זה מבקש להעמיד בביקורת הלכה זו ובעיקר את התשתית העיונית שלה. חשיבותו אינה רק במסקנתו השונה באשר להחלה של דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות, כי אם – בעיקר – בתשתית העיונית החלופית שהוא מציע למסקנה זו. במאמר זה אבקש לעמוד על טיבה של דוקטרינת הביצוע בצוותא כדוקטרינת **ביצוע**, שדבר אין לה עם מושגי היסוד הנפשי. אטען כי היא קשורה ליסוד העובדתי של העברה בכלל ולרכיב הקשר הסיבתי המשפטי (Legal Causation) בפרט, שכרכיב **עובדתי** בעברה משמש כמבחן ייחוס (Imputation) **נורמטיבי** של מעשה עברה למבצעיו הרלוונטיים. בהבנה זו יש כדי להציג אלטרנטיבה ראויה לתפיסה – השגויה, לדעתי – שקנתה שביתת הדין הישראלי בעשורים האחרונים. על רקע ניתוח זה אבקש למתוח ביקורת גם על נטיית הדין הפלילי בישראל להמיר ולהגדיר היבטים רבים של היסוד העובדתי של העברה, הפיזי או הנורמטיבי, או לפתור בעיות הקשורות ליסוד זה, באמצעות שימוש, ניתוח או יצירת קונסטרוקציות מתחומו של היסוד הנפשי. אטען כי ההלכה שנקבעה בפרשת **פלוני** בסוגיה של ביצוע בצוותא ברשלנות אינה אלא ביטוי נוסף לנטייה שלילית ולא רצויה זו.

מבוא

- א. ע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל: ביצוע בצוותא ברשלנות?
 ב. ביצוע בצוותא ברשלנות: ביקורת פסק הדין מצד הדין הרצוי
1. ביצוע בצוותא ברשלנות: סתירה רעיונית?
 2. מודעות לפליליות המעשה ומודעות לאפשרות גרימת התוצאה
 3. סיוע ושידול ברשלנות
 4. ביצוע בצוותא ומודעות לעברה מסוימת
- ג. ביצוע בצוותא: מדיניות שיפוטית ראויה – הדין הרצוי
1. ביצוע בצוותא כ"תכנית משותפת" של "מעשה"
 2. ביצוע בצוותא: ייחוס נורמטיבי וזיקתו לקשר הסיבתי המשפטי
 - (א) תכניו הכלליים של הקשר הסיבתי המשפטי
 - (ב) ניתוק הזיקה הנורמטיבית שביסוד התכנית המשותפת: "ביצוע שונה באופן יסודי" (fundamentally different)
 3. סיכום – המדיניות השיפוטית הראויה להגבלת היקף האחריות בביצוע בצוותא
- ד. סיכום הדין הרצוי
- ה. ביצוע בצוותא ברשלנות: ביקורת פסק הדין מצד הדין המצוי
1. תחולת סעיף 19 על דוקטרינת הביצוע בצוותא
 2. סעיפים 29(ג) ו-34א: האומנם הסדרים שליליים?
- ו. היש צורך בדוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות?
 סיכום

מבוא

ביום 9.10.2013 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל² (להלן: פרשת פלוני). במרכז פסק הדין עמדה השאלה אם אפשר להרשיע אדם בביצוע בצוותא של עברת רשלנות: האם אפשר לייחס לאדם אחריות בגין עברת רשלנות מכוח הדוקטרינה של ביצוע בצוותא, בנסיבות שבהן הוא חבר לאחר לביצוע מעשה משותף ומתוכנן, שהוא או האחר לא היו מודעים לכך שבכוחו לגרום לתוצאה אסורה, אף כי אדם מן היישוב יכול ואף צריך היה להיות מודע לכך (רשלנות).

בפסק הדין השיב בית המשפט העליון על שאלה זו בשלילה. נקבע בפסק הדין כי "רשלנות כלפי אפשרות קרות התוצאה בלבד אינה מקימה אחריות לפי דיני השותפות"³, ולפיכך אפשר ליישם את דוקטרינת הביצוע בצוותא רק בעברות של מחשבה פלילית. הלכה זו חזרה ואישרה את ההלכה שניתנה בסוגיה זו כבר בע"פ 4188/93 לוי ואח' נ' מדינת ישראל⁴ (להלן: פרשת לוי).

מאמר זה מבקש להעמיד בביקורת הלכה זו ובעיקר את התשתית העיונית שלה. חשיבותו אינה רק במסקנתו השונה באשר להחלה של דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות, אלא בעיקר בתשתית העיונית החלופית שהוא מציע למסקנה זו. כפי שאבקש להראות במאמר, ההכרעה בשאלת הביצוע בצוותא ברשלנות קשורה בטבורה לסוגיות מורכבות ועקרוניות בתורת האחריות הפלילית, החורגות בהרבה משאלה צרת-ממדים זו. ההכרעה בשאלת הביצוע בצוותא ברשלנות היא אפוא פועל יוצא של הכרעות מקדימות בסוגיות עקרוניות בהרבה בתחום דיני העונשין.

בפרק הראשון אציג את עובדות פסק הדין בפרשת פלוני ואת ההנמקה שעליה התבססה ההכרעה. אציג את הניתוח של בית המשפט באשר ליסוד הנפשי הנדרש בביצוע בצוותא מצד הדין הרצוי כמו גם מצד הדין המצוי. הביקורת על ניתוח זה תוצג בכל אחד ממישורים אלה בנפרד בפרקים הבאים.

בפרק השני אציג את הביקורת על הניתוח שנעשה בפסק הדין ליסוד הנפשי הנדרש בביצוע בצוותא מצד הדין הרצוי. בשני החלקים הראשונים של הפרק אבקש להראות מדוע הכרעת בית המשפט במישור זה עומדת בסתירה לעקרונות יסוד בדיני העונשין; כן אראה מדוע אי-אפשר ליישב סתירה זו על יסוד הניתוח העיוני שהציע פלר, שגישתו – כפי שהובהר בפסק הדין – הייתה הבסיס העיוני להכרעת בית המשפט.

בשני החלקים האחרים של הפרק השני אצביע על שגיאה נוספת שיש לדעת בפסק הדין – היעדר הבחנה בין סוגי השותפות לעניין היסוד הנפשי הנדרש בהם. בהקשר זה אטען כי היסוד הנפשי הנדרש בביצוע בצוותא אינו זהה לזה הנדרש בסיוע ובשידול, וכי להבחנה זו נפקות ממשית בשאלת ההחלה של דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות. הפרק השלישי יבחן את שאלת המדיניות השיפוטית הראויה להגבלת היקף האחריות הפלילית במקרים של ביצוע בצוותא. אטען כי הגבלת היקף האחריות על פי דוקטרינה זו

2 ע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.10.2013).

3 שם, בעמ' 18 (ההדגשה במקור).

4 ע"פ 4188/93 לוי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 539 (1995).

צריכה להתבסס על שיקולים נורמטיביים-מוסריים ולא על צמצום היסוד הנפשי הנדרש לכינונה. במסגרת זו אצביע על הזיקה התכופה שבין דוקטרינת הביצוע בצוותא לבין תוכני הקשר הסיבתי המשפטי, ואציע ליישם במסגרת הדוקטרינה תכנים אלה, העוסקים בייחוס "מעשה" לאדם על יסוד פרמטרים נורמטיביים-מוסריים של מושג ה"ביצוע". בפרק הרביעי אציג סיכום ביניים של הדין הרצוי בסוגיה.

בפרק החמישי אציג את הביקורת על פסק הדין מצד הדין המצוי. אראה מדוע שגה לדעתי בית המשפט בפרשנותם של סעיפי חוק שבהם מצא תימוכין להכרעתו, ואטען כי אין בתוכנם של סעיפים אלה כדי ללמדנו דבר על אודות היסוד הנפשי הנדרש בביצוע בצוותא. הפרק השישי והאחרון במאמר יעסוק בשאלה אם עברות הרשלנות – כעברות של ביצוע עקיף – נזקקות בכלל לדוקטרינת הביצוע בצוותא. שאלה זו תיבחן על רקע גישתם של פלר ושל בית המשפט העליון בפרשת לוי, שלפיה עברות רשלנות הן לעולם עברות של ביצוע עקיף. בפרק זה אסביר את הכשל הטמון בגישה זו במישור הקשר הסיבתי העובדתי, ואציג שיקולים נוספים לדחיית יישומה בדין הישראלי. עוד אציג בפרק זה תמונה כוללת של הסוגיות הרלוונטיות לשאלת היישום של דוקטרינת הביצוע בצוותא כעברות רשלנות, ואראה מדוע הכרעת בית המשפט העליון בשאלה זו קשורה באופן יסודי במעמדו הרעוע של היסוד העובדתי בדין הפלילי בישראל. נפתח אפוא בתיאור העובדות ובנימוקי ההכרעה בפרשת פלוני.

א. ע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל: ביצוע בצוותא ברשלנות?

עניינו של פסק הדין בפרשת פלוני הוא בקטין (להלן: הקטין) שחבר לקטין אחר (להלן: הקטין האחר) במטרה להתעמת עם קרבן העברה (להלן: המנוח). השניים נטלו שתי קורות עץ וניגשו אל המנוח בתנועות מאיימות. כאשר התקרב המנוח אל הקטין האחר הניף הלה את הקורה שהייתה בידו וחבט באמצעותה בעוצמה בראשו של המנוח, שמצא את מותו כתוצאה מכך ימים ספורים לאחר מכן. הקטין, בשונה מהקטין האחר, לא נקט כל פעולה פיזית אלימה. בית המשפט המחוזי זיכה את השניים מעברת ההריגה שיוחסה להם לאחר שהגיע למסקנה שהם לא היו מודעים לאפשרות גרימת מותו של המנוח. חלף עברת ההריגה הורשעו השניים בגרימת מוות ברשלנות. לימים הורשע הקטין האחר בעברת הריגה במסגרת הסדר שהתקבל בערעור המדינה לבית המשפט העליון.⁵ בעניינו של הקטין, שערעורו נדון בנפרד, נדונה האפשרות לייחס לו גרימת מוות ברשלנות מכוח דיני הביצוע בצוותא, על יסוד חבירתו אל הקטין האחר במטרה להתעמת עם המנוח. כאמור, השאלה שנדונה הייתה אם אפשר לייחס אחריות פלילית על עברת רשלנות בביצוע בצוותא כשאחד הצדדים, לפחות, אינו מודע לאפשרות של גרימת התוצאה הרלוונטית.

בפסק הדין השיב בית המשפט העליון על שאלה זו בשלילה. נימוקיו התבססו על שיקולים מן הדין הרצוי כמו גם על טעמים מן הדין המצוי. נקבע כי ביצוע בצוותא ברשלנות מבטא

5 ע"פ 6387/12 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 24.4.2013).

"סתירה רעיונית", שכן כדוקטרינה משפטית הוא מחייב "להוכיח כי המבצעים פעלו במטרה לבצע יחדיו את העבירה המסוימת המיוחסת לכל אחד מהם"⁶ וכי:

רשלנות כלפי אפשרות קרות התוצאה בלבד אינה מקימה אחריות לפי דיני השותפות. לא ניתן להרשיע אדם בביצוע בצוותא כשלעצמו. מדובר, כלשונו של סעיף 29(ב) בהשתתפות בביצוע עבירה. המודעות הנדרשת מהשותפים לאפשרות אינה רק למעשים הפיזיים שהם מבצעים, אלא לפליליות הטמונה במעשיהם המשותפים.⁷

בית המשפט העליון ראה ייחוס אחריות בעברת רשלנות מכוח דיני השותפות⁸ כעניין העומד אף בסתירה לוגית לרעיון הביצוע בצוותא:

היעדר מודעות לתוצאת המעשה משמעה, ממילא, היעדר מודעות לכך שאותו מעשה מבוצע בצוותא חדא. אכן, לא ניתן לקבל טענה, לפיה אדם יכול שלא לצפות שמעשיו יגרמו לתוצאה של מוות אך בה בעת להיות מודע לכך שהוא מבצע, יחד עם אדם נוסף, עבירת גרם מוות ברשלנות. ודוק: לא ניתן לחשוב על מצב בו אדם אינו מודע לתוצאות קטלניות של מעשיו אך כן מודע לכך שהוא מבצע עבירה פלילית שתוצאתה מוות. טוענת הסניגוריה כי מדובר בסתירה פנימית – והדין עמה.⁹

בכך נדחתה עמדת המדינה, שטענה כי החבירה הנדרשת להחלה של דיני הביצוע בצוותא מתגבשת בהחלטה המודעת לבצע בצוותא מעשה מסוים, גם בהיעדר מודעות לאפשרות הגרימה של תוצאותיו האסורות, או לטיבו או לאופיו הפלילי של המעשה. בית המשפט דחה טענה זו ותמך את מסקנתו האמורה על טעמים מהותיים מתחום דיני השותפות, תוך שהוא מסתמך על עמדתו של פלר בסוגיה.¹⁰ כד בכר – עדיין במישור הדין הרצוי – תמך בית המשפט העליון את החלטתו גם על שיקולים של מדיניות שיפוטית:

גם שיקולי מדיניות שיפוטית מובילים לאותה מסקנה. הטלת אחריות פלילית על שותף לביצוע בצוותא מקום בו לשותף לא היתה תרומה פיזית למעשה היא, מטבעה, הרחבה של האחריות הפלילית [...] הטלת אחריות כזו מקום שאותו

6 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 16 (ההדגשה לא במקור).

7 שם, בעמ' 18-19 (ההדגשה במקור).

8 בפסק הדין נשללו כל סוגי השותפות ברשלנות ובכלל זה ביצוע בצוותא, שידול וסיוע. בהמשך אתייחס להבחנה הרלוונטית ביניהם בהקשר של עברות הרשלנות.

9 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19.

10 ש"ו פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 291 (1987) (להלן: פלר יסודות בדיני עונשין ב'), שם הוא טען כי "אין כל שותפות לדבר עבירה בין שני הפועלים שגרמו ברשלנות למוות חבר לעבודה, מן הטעם הפשוט שאף לא אחד מהם לא היה מודע, עובר למעשה ובשעתו, לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית [...] אין אפוא שותפות מתוך רשלנות ולעבירה של רשלנות"; ש"ו פלר "קיפוח חיים אגב משחק מסוכן – האומנם פטור בלא כלום?" משפטים כט 109, 117-119 (1998) (להלן: פלר "קיפוח חיים").

שותף גם לא היה מודע לאפשרות קרות התוצאה (אף שאדם סביר בנעליו היה צריך לצפותה) היא מרחיבה מדי, ועלולה להביא להפלת יתר.¹¹

בצד השיקולים במישור הדין הרצוי, תמך בית המשפט העליון את הכרעתו גם על שני נימוקים נוספים, שעיונם בדין המצוי. לפי הנימוק הראשון, ההכרעה שלפיה אין מקום לדוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות נתמכת אף בסעיף 19 לחוק העונשין, שלפיו "אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית" אלא אם נקבע אחרת בהגדרת העברה. על יסוד זה נפסק כי "משנבקע כי ההסדר הכללי הנו יסוד נפשי של מחשבה פלילית, יש לראות את השותפות לדבר עבירה כמותנית בקיום אותו יסוד נפשי של מחשבה פלילית".¹² לשון אחר, בית המשפט קבע כי ההסדר הכללי – שלפיו הטלת אחריות על ביצוע עברה פלילית מותנית במחשבה פלילית – חל גם על סעיף 29(ב) שעניינו דוקטרינת הביצוע בצוותא. אשר לנימוק השני, בית המשפט הסתייע אף בסעיפים 29(ג) ו-34 לחוק העונשין המהווים, לדבריו, "הסדר שלילי לעניין תחולת דיני הרשלנות בביצוע משותף".¹³ סעיף 29(ג) מורה כי ניתן להטיל אחריות פלילית על אדם כ"מבצע באמצעות אחר" אם אותו אדם תרם לעשיית המעשה על ידי האחר בנסיבות שבהן לא הייתה לאחור מחשבה פלילית (אחת החלופות של הסעיף); סעיף 34 מאפשר להטיל אחריות על שותף, מסייע או משדל שהתקיימה בעניינו רשלנות ביחס לעברה נוספת שביצע המבצע העיקרי. בית המשפט ראה סעיפים אלה כחריגים לעיקרון שלפיו, ככלל, לא ניתן להחיל את דיני השותפות על מעשה רשלני שנעשה בצוותא.

לדעתי, הלכה זו של בית המשפט העליון מעוררת קושי רב. היא נראית לי שגויה מבחינת הדין הרצוי, אך גם מבחינת הדין המצוי היא נראית בלתי־משכנעת ומבוססת על ניתוח שגוי של הוראות חוק. להלן אציג את טענותיי בשני מישורים אלה.

ב. ביצוע בצוותא ברשלנות: ביקורת פסק הדין מצד הדין הרצוי

1. ביצוע בצוותא ברשלנות: סתירה רעיונית?

בפסק הדין בפרשה נשוא ענייננו קבע כאמור בית המשפט כי ביצוע בצוותא ברשלנות מהווה "סתירה רעיונית". נטען כי תנאי לביצוע בצוותא הוא "כי המבצעים פעלו במטרה לבצע יחדיו את העבירה המסוימת"¹⁴ המיוחסת לכל אחד מהם.¹⁵ חיזוק לטענה זו נמצא בלשון סעיף 29(ב), הקובע כי "המשתתפים בביצוע עבירה [...] הם מבצעים בצוותא". מכאן בא בית המשפט למסקנה שהשותפות בביצוע בצוותא אינה רק שותפות במעשים הפיזיים אלא גם בפליליות¹⁶ הטמונה בהם, קרי: שותפות שתכליתה לבצע עברה. על כן, אם אדם אינו מודע לכך שמעשיו עם אחר עלולים לגרום לתוצאה של מוות לא ניתן לקבוע לגביו

11 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19.

12 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 16.

13 שם, בעמ' 20.

14 השוו לדין האנגלי, להלן ה"ש 61, שם התפיסה שונה לחלוטין.

15 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 16 (ההדגשה הוספה).

16 שם, בעמ' 18-19.

כי תכנן לבצע עם אותו אחר עברה פלילית (בענייננו – גרם מוות ברשלנות) ולכן לא ניתן לקבוע לגבי כי ביצע עברה זו בצוותא. הדרישה האינהרנטית למודעות ל"פליליות" המעשה, הטבועה – לשיטת בית המשפט – בביצוע בצוותא, נמצאת אפוא בסתירה רעיונית עם מושג הרשלנות (להלן: הסתירה הרעיונית).

הרעיון של ביצוע בצוותא ברשלנות הוצג בפסק הדין גם כסתירה לוגית: נטען כי היעדר מודעות לתוצאת המעשה משמעו גם היעדר מודעות לכך שאותו מעשה (המתה) מבוצע בצוותא-חדא.¹⁷ מאחר שביצוע בצוותא חייב לכלול, לכל הפחות, מודעות למעשה המשותף (אף לשיטת המדינה), אי-מודעות של מי מן השותפים לאפשרות של גרימת מוות שוללת את המודעות למעשה המתה המשותף. מכאן, שמודעות למעשה העברה של גרם מוות ברשלנות (גרימת מוות) אינה מתיישבת עם אי-מודעות לאפשרות גרימת המוות על-פיה מוגדרת עברה זו, ולכן מדובר בצירוף בעל סתירה לוגית (להלן: הסתירה הלוגית).

אעיר כבר עתה כי לדעתי יש דמיון רב בין שתי הסתירות האמורות – הרעיונית והלוגית: אם המושג "מעשה" בעברת המתה כולל גם את תוצאת המוות, הרי הוא כולל גם את משמעותו הפלילית. לכן אפשר לטעון כי המודעות ל"מעשה" כזה (המתה), כוללת גם את המודעות לפליליותו וכי יש זיקה הדוקה בין שני סוגי מודעות אלה. לזיקה זו אתיחס בהמשך, אך בשלב זה הבאתי את הדברים בלשון בית המשפט על פי ההיגיון שניתן להם בפסק הדין.

נראה כי המסקנות שאליהן הגיע בית המשפט אינן מתחייבות, מה גם שהן עומדות בסתירה לכאורה לעיקרון יסודי בדיני העונשין. כמה דברים אמורים? אתחיל עם הסתירה הלוגית. הטענה ש"ביצוע בצוותא ברשלנות" מהווה סתירה לוגית מבוססת לדעתי על הנחה עורפת בדבר טיבו של היסוד ההתנהגותי (במובנו הצר) בעברה, כמו גם בדבר טיב המודעות הנדרשת ביחס אליו. כך, אם משמעותו של המונח "מעשה" – אף במובנו כיסוד התנהגותי בלבד – כוללת את התוצאה שהוא גורם לה, אכן אפשר לקבוע כי מי שלא מודע לאפשרות של גרימת תוצאה זו אינו מודע למעשה עצמו. אולם, הגדרה זו של "מעשה", במובנו ההתנהגותי, מביאה להיבלעותו ביסוד התוצאתי: על פי הגדרה זו מעשה הגורם למוות יוגדר כ"המתה" – היינו: כתוצאה – חלף הגדרתו על פי טיבו הפיזי בלבד, כהתנהגות עצמה שהייתה הסיבה למוות (למשל: נסיעה באור אדום). הגדרה זו מבטלת כליל את ההבחנה בין היסוד ההתנהגותי ליסוד התוצאתי, וממילא את ההבחנה בין המודעות ליסוד ההתנהגותי שבעברה לבין המודעות לתוצאתו (ויש בה אף פגיעה בעקרון החוקיות¹⁸). מאחר שבית המשפט זיהה את ה"מעשה" עם התוצאה, אין פלא שנוצרה הסתירה הלוגית שעליה

17 שם, בעמ' 19.

18 עמדה דומה לזו הוצגה על ידי פלר במאמרו "משחק מסוכן כאירוע עברייני", שם נטען כי אי-המודעות לסיכון בנסיבות של משחק בנשק הופכת גם את היסוד ההתנהגותי בעברה ליסוד שבוצע ברשלנות, שכן "טיבה" של ההתנהגות כמסוכנת אינו מובן לבעליה. ראו ש"ז פלר "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות למבנהו" משפטים כו 169, 176 (1995). במקום אחר טענתי כי עמדה כזו עומדת בסתירה להיבט האובייקטיבי של עקרון החוקיות (שעל פיו המעשה האסור בעברה חייב להיות מוגדר באופן אובייקטיבי), שכן היא חושפת במפורש את התלות של התגבשות היסוד ההתנהגותי בעברה – היינו: את טיב "המעשה האסור" על פיה – ביסוד הסובייקטיבי של המודעות לתוצאה. ראו שאול כהן "היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעברת הריגה" משפט ועסקים טו 145, 202, ה"ש 186, 215-217 (2012).

הצביע בית המשפט ("היעדר מודעות לתוצאת המעשה משמעה [...] היעדר מודעות לכך שאותו מעשה מבוצע בצוואת"). אולם, אם השותפות מוגדרת כתכנון משותף של היסוד ההתנהגותי בלבד – כפי שטענה המדינה בפרשה נשוא ענייננו – ברי כי אין כל סתירה לוגית במונח "ביצוע בצוואת ברשלנות". אכן, עדיין עומדת לבית המשפט טענת המדיניות השיפוטית הראויה – האם נכון לצמצם את השותפות לעניין ההתנהגותי בלבד – אולם סתירה לוגית אינה בנמצא.

ומה באשר לסתירה הרעיונית שבמושג "ביצוע בצוואת ברשלנות"? דומני כי בעניין זה חורג פסק הדין – שלא לצורך וללא הצדקה – מעקרון יסוד בדיני העונשין שלפיו האחריות הפלילית אינה מותנית בזיקת היסוד הנפשי אל היסוד הנורמטיבי של העברה:

הסייג האמור של היסוד הנפשי, הכרוך במבנה היסוד העובדתי הוא כדלהלן: בין רכיבי יסוד זה [היסוד העובדתי בעברה; ש"כ] נמצא, כרכיב חיוני להיווצרות כל עבירה פלילית, הרכיב הנורמטיבי, לפי העקרון של nullum crimen sine lege. היות העבירה אסורה בנורמה חקוקה היא עובדה קיימת. נורמה אסרת זו מהווה, עקב כך, רכיב של היסוד העובדתי של כל עבירה פלילית במשטר הנשלט בעיקרון האמור. מכאן הסייג: היסוד הנפשי שבעבירה אינו כולל את ההתייחסות הסובייקטיבית לרכיב זה של היסוד העובדתי שבעבירה; או, במלים אחרות, היסוד הנפשי שבעבירה הפלילית מתייחס לכל רכיבי היסוד העובדתי, למעט הרכיב הנורמטיבי שבו.¹⁹

הקביעות בפסק הדין – שמבצעים בצוואת צריכים לפעול במטרה משותפת לביצוע עברה מסוימת, או שעליהם להיות מודעים לפליליות מעשיהם – הן סטייה של ממש מהעיקרון האמור. אדם אינו צריך להיות מודע לפליליות מעשהו, או לכך שהוא מבצע עברה מסוימת, כדי שאפשר יהיה לחייבו בדין; לא מודעותו לפסול או לאיסור הטמון בהתנהגותו היא המכוננת את אחריותו. כל שנדרש לכינון האחריות הוא שאותו אדם היה מודע, בפועל או בכוח (בהתאם לסוג העברה), למעשה שהוא עושה, בנסיבותיו, וכן לתוצאתו האפשרית (בעברת תוצאה), שעל פי דין הם (המעשה ו/או התוצאה) אסורים ומכוננים עברה פלילית ("עובדה קיימת", כלשונו של פלר). החרגת המבצעים בצוואת מעקרון יסוד זה היא הטעונה הנמקה ולא להפך.

בהמשך אתייחס אל הנמקה שסיפק בית המשפט להחרגת דיני הביצוע בצוואת מעקרון האחריות האמור המבוססת על שיקולי מדיניות שיפוטית; אולם דומה שבית המשפט ראה במושג ה"ביצוע בצוואת ברשלנות" סתירה רעיונית במישור העקרוני ולא רק מושג שיש לדחות מטעמים של מדיניות שיפוטית. כפי שהראיתי, סתירה כזו מתקיימת רק אם מניחים מראש שמבצעים בצוואת צריכים להיות מודעים לפליליות הטמונה במעשיהם – אולם מדוע עלינו להניח הנחה אפריורית זו, הסוטה בכירור מעקרון יסוד של דיני העונשין? אכן, אם יונחו לפנינו טעמים ייחודיים יוצאי־דופן המצדיקים זאת יתכן ויהיה מקום לסטייה כאמור, אולם טעמים ונימוקים לחוד ו"סתירה רעיונית" לחוד. ביצוע בצוואת אינו דוחה מעצם טבעו את מושג הרשלנות ומכאן שאין ביניהם כל סתירה רעיונית. ובאשר לטעמי

19 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 487 (1984) (להלן: פלר יסודות בדיני עונשין א') (ההדגשה במקור).

מדיניות שיפוטית התומכים בדחיית הדוקטרינה של "הביצוע בצוותא ברשלנות" – על טעמים אלה אפשר בהחלט להתווכח.

הדרישה שמבצעים בצוותא יהיו מודעים ל"פליליות" התנהגותם (או לכך שהם מבצעים עברה) היא אפוא דרישה עודפת, המנוגדת לעקרון יסוד מרכזי בתורת האחריות הפלילית.

2. מודעות לפליליות המעשה ומודעות לאפשרות גרימת התוצאה

כאמור לעיל, המודעות לפליליות המעשה הוצגה בפסק הדין כתנאי ליישומה של דוקטרינת הביצוע בצוותא. ואולם ראוי לציין כי פלר, שעל גישתו ביסס כאמור בית המשפט את עמדתו, התנה את יישום דוקטרינת הביצוע בצוותא ב"מודעות לאפשרות גרימת התוצאה" ולא במודעות לפליליות המעשה.²⁰ לכן אפשר להניח שיהיה מי שיבקש להבחין בין דרישת המודעות לפליליות המעשה, שנקבעה בפסק הדין, לבין דרישת המודעות לאפשרות גרימת התוצאה האסורה, כדרישתו של פלר, ויטען כי בדרישת המודעות לפליליות המעשה נכשל בית המשפט במישור הטרימינולוגי גרדא, כשל הדורש תיקון במישור זה בלבד. תיקון כזה יעגן את התנאי לשכלול דוקטרינת הביצוע בצוותא בהתגבשות המודעות לאפשרות גרימת התוצאה בלבד – ובכך יתיישב פסק דינו של בית המשפט עם עקרון היסוד שלפיו האחריות הפלילית אינה מותנית במודעות לאיסור הפלילי (זיקת היסוד הנפשי אל היסוד הנורמטיבי של העברה).

חשוב ליתן את הדעת לכך כי תיקון כזה זונח את טענת הסתירה הרעיונית ומתמקד בסתירה הלוגית בלבד: המבצעים בצוותא צריכים לגבש מודעות לאפשרות של גרימת התוצאה, קרי – בעברות המתה – לאפשרות של המתת אדם, משום שמודעות זו מבטאת את תכניתם המשותפת לבצע "מעשה" של "נטילת סיכון לגרימת מוות". מודעות כזו אינה מתיישבת עם מושג ה"רשלנות" ולכן אי-אפשר להניח רעיון של "ביצוע בצוותא ברשלנות". בטרם אתיחס לתיקון המוצע אציין כי הביקורת במאמר זה מופנית ברובה המכריע, ובאופן קונקרטי, נגד דרישת המודעות ל"אפשרות גרימת התוצאה" כתנאי ליישומה של דוקטרינת הביצוע בצוותא, והיא אינה מוגבלת לדרישת המודעות לפליליות דווקא. כך בנוגע להגדרת טיבו של היסוד ההתנהגותי ומובחנותו מן היסוד התוצאתי, כנטען לעיל; וכך – כפי שיוצג בהמשך – באשר לנימוקים ולטעמים אחרים שהוצגו בפסק הדין, בהם אלה הנוגעים למישור המדיניות השיפוטית הראויה. הטיעון המוצג במאמר זה מבקר אפוא את דרישת המודעות העודפת שנקבעה בפסק הדין, בין שנכנה אותה "מודעות לפליליות" המעשה ובין שנכנה אותה "מודעות לאפשרות גרימת התוצאה".

ואולם, אני איני סבור אף שבית המשפט נכשל כשל טרימינולוגי גרדא, ולדעתי אין בתיקון "כשל" זה כדי לפתור את הבעיה, שכן לטעמי הסתירה הרעיונית והסתירה הלוגית אינן אלא אותה גברת בשינוי אדרת. הטעם לכך נעוץ בעובדה שמקור הכשל או הבלבול בין "המודעות לפליליות" לבין "המודעות לאפשרות גרימת התוצאה" אינו נעוץ בניסוח לא זהיר של בית המשפט אלא בהגותו של פלר עצמה, היוצרת אסימילציה – עד כדי זהות של ממש – בין שני סוגי מודעות אלה. להבנת הטענה יש לעמוד על אופייה הייחודי של

20 ה"ש 10 לעיל.

המודעות ל"אפשרות גרימת התוצאה" בהגותו של פלר, שלה הוענק מעמד בלעדי בהגדרת "המעשה האסור" בעברה. נעשה זאת תוך חזרה על כמה מושכלות יסוד. העברה הפלילית מורכבת (לכל היותר) משלושה יסודות עובדתיים: היסוד ההתנהגותי, היסוד הנסיבתי והיסוד התוצאתי (בעברות תוצאה). היסוד ההתנהגותי מגדיר את ההתנהגות (מעשה או מחדל) שהביאה להתממשות של יסודות העברה ומבטא את המעשה שנאסר על פיה (להלן: המעשה האסור או ההתנהגות). בחלק מהעברות "המעשה האסור" מוגדר במדויק, כמעשה מסוים, כמו למשל, בעברת הגנבה (נטילה ונשיאה²¹) ובעברת האונס (בעילת אשה²²). בעברות אחרות אין הגדרה מדויקת למעשה האסור אך יש הגדרה כללית של "סוג" ההתנהגות האסורה. בעברות אלה יכולות התנהגויות שונות שפגעו בערך המוגן בעברה להיחשב כמעשה האסור על פיה. דוגמה לעברה כזו היא העברה של "הטרדת עד" שבה יכולה ה"הטרדה" ללוש צורות התנהגות שונות – ובלבד שיהא בהן כדי "להטריד"²³; דוגמה נוספת היא העברה של שיבוש מהלכי משפט, העשויה לכלול התנהגויות שונות ומגוונות (היסוד ההתנהגותי הוגדר בעברה זו במילים "העושה דבר"²⁴). עברות המתה הן דוגמאות מובהקות לסוג זה של עברות, שבהן היסוד ההתנהגותי יכול להתגבש בדרכים שונות ומגוונות ובלבד שההתנהגות גרמה למוות (קשר סיבתי עובדתי). בעברות תוצאה מסוג זה נהוג לכנות את היסוד ההתנהגותי במושג הכללי המקובל "נטיילת סיכון".

היסוד הנסיבתי מאפיין את ההקשר שבו בוצע המעשה האסור – את עובדות המסגרת של ההתנהגות שהוגדרו בעברה. ירי באקדה עשוי לשמש "מעשה אסור" בעברת המתה,

21 ס' 383(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

22 ס' 345 לחוק העונשין.

23 בעקבות פרשה שבה שלח נאשם בעברת מין חוקרים פרטיים ליצור קשר עם המתלוננת נגדו, לפתח עמה קשרים חברתיים ולדוכב אותה למסור פרטים על הפרשה (בתקווה להפיק חומר מזכה באמצעות פעולות אלה), עלתה השאלה אם מעשים אלה עולים כדי הטרדת עד – עברה לפי סעיף 249 לחוק העונשין. היסוד ההתנהגותי בעברה הוא "המטריד אדם", אולם דבר לא נאמר בעברה לגבי משמעות המונח "הטרדה". קל לקבוע כי התקשרות וניתוק חוזרים ונשנים של שיחות טלפון הם מעשים של הטרדה, אולם מה באשר לסיטואציות שבהן המטרה של יצירת הקשר עם העד היא לגיימית לעצמה, או אף מקדמת אינטרס חשוב (בירור האמת) – ובה במידה יש בה גם כדי "להטריד" על פי שיפוטו של אדם מן היישוב? הבעיה מחריפה אף יותר בהתחשב בעובדה שהעברה בנוסחה התקף אינה מוגבלת להטרדת מתלונן או עד בהליך פלילי, אלא תקפה גם בענייניו של עד בהליך אזרחי. יתר על כן, האיסור על פי העברה אינו מוגבל לתקופה הקודמת בזמן לעדות העד בבית המשפט, אלא חלה גם למפרע, לאחר שמסר את עדותו. כמו כן, התברר שבמסגרת הליכים אזרחיים נהוג ומקובל (גם על ידי המדינה) להשיג מידע החיוני לצד בהליך באמצעות העסקת חוקרים פרטיים, היוצרים לעתים מזדמנות קשר עם צד אחר להליך או עם עדים שאמורים להעיד במסגרת ההליך. בנסיבות אלה עלתה השאלה אלו התנהגויות או נסיבות ייחשבו ל"הטרדה" והתגבשותן תצדיק העמדה לדין על פי עברה זו. צוות שהקים פרקליט המדינה לשעבר משה לדור (בראשותו של עו"ד יוסי קורצברג ואף אני זכיתי להיות חבר בו) התבקש לבחון את הקריטריונים להעמדה לדין בעברה זו ואף הגיש טיוטת הנחיה בעניין לפרקליט המדינה. למיטב ידיעתי, ההנחיה טרם פורסמה. עברה זו היא דוגמה מובהקת לעברת התנהגות בלתי-מדויקת כפי שהוגדרה בגוף הטקסט.

24 סעיף 244 לחוק העונשין.

אך אם הירי גרם למותה של חייט־בר לא מתקיימת הנסיבה הרלוונטית של המתת "אדם"²⁵ הנדרשת בעברות אלה. זו דוגמה ליסוד נסיבתי שפורט במדויק בעברה, אולם גם בהקשר הנסיבתי העברה יכולה להיות לא מדויקת. דוגמה כללית לכך הן הנסיבות המאפיינות מעשה של נטילת סיכון כ"בלתי־סביר" בעברות תוצאה. כרוך שבנסיבות מסוימות מותר למנתח, למפקד בצבא ולבעלי מקצוע מסוכן (כמו בנייה, מפעלים מסוכנים, תעופה וכדומה) ליטול סיכונים לפגיעה בערך מוגן;²⁶ אולם אפיון הנסיבות שבהן אסור ליטול סיכון בהקשר קונקרטי אינו מוגדר, וככל הנראה גם אינו יכול להיות מוגדר מראש²⁷ (ודאי לא באופן ממצה) בעברות מסוג זה. כל שניתן לומר על טיבן של "נסיבות אסורות" אלה הוא שהן אמורות לאפיין את המעשה (נטילת הסיכון) כ"בלתי־סביר" (כלומר: "אסור"). המונח "נטילת סיכון בלתי־סביר" מבטא אפוא את היסוד ההתנהגותי־נסיבתי בעברות של נטילת סיכון, שבהן לא הוגדרו במדויק היסוד ההתנהגותי והיסוד הנסיבתי (להלן: עברות בלתי־מדויקות של נטילת סיכון בלתי־סביר). להלן אתמקד בעברות תוצאה מסוג זה; "גרם מוות ברשלנות" (נשוא ענייננו) היא דוגמה להן (לא אתייחס לעברות התנהגות בלתי־מדויקות, הדורשות בחינה נפרדת ואינו רלוונטיות לענייננו).

היסוד התוצאתי בעברה מוגדר בדרך כלל במדויק, אולם גם כאן יש יוצאי דופן כגון העברה של מטרה לציבור לפי סעיף 215 לחוק העונשין ועברות תוצאה מסוג של "יצירת סיכון"²⁸ – מושג שניתן לתהות על מידת האובייקטיביות שהוא מבטא.²⁹

25 נהוג להתייחס למונח "אדם" בעברות המתה כאל יסוד נסיבתי; ראו גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 538, 549 (2010). לאפשרות שונה, שלפיה מדובר בחלק מן היסוד התוצאתי, ראו רע"פ 7036/11 מדינת ישראל נ' חורי (פורסם בנבו, 24.4.2014) וכן דנ"פ 3080/14 חורי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.11.2014). לעניין הקושי האינהרנטי הטמון בהבחנה בין היסוד ההתנהגותי, היסוד הנסיבתי והיסוד התוצאתי בעברה ראו R. A. DUFF, INTENTION, AGENCY AND CRIMINAL LIABILITY: PHILOSOPHY OF ACTION AND THE CRIMINAL LAW 40-41 (1990).

26 ANDREW ;DAVID ORMEROD, SMITH AND HOGAN'S CRIMINAL LAW 118 (13th ed. 2011) 26 DON STUART, CANADIAN ;ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 177 (7th ed. 2013) JOHANNES ANDENAES, THE GENERAL PART OF THE ;CRIMINAL LAW 248-249 (6th ed. 2011) ALAN NORRIE, ;CRIMINAL LAW OF NORWAY 151 (Thomas P. Ogle trans., 2nd ed. 2004) CRIME, REASON AND HISTORY: A CRITICAL INTRODUCTION TO CRIMINAL LAW 79-80 (2nd ed. 2001).

27 במקום אחר טענתי כי "רבגוניותה של ההתנהגות האנושית העלולה לפגוע באינטרסים מוגנים של החברה אינה עניין להגדרה תחומה וסופית של מאגר ציוויים לשוניים, יהא מספרם אשר יהא. יתר על כן, נסיבותיהן האינסופיות של ההתנהגויות האנושיות השונות, המאפיינות אותן כמותרות או כאסורות, אינן ניתנות לכינוס מלא בקודקס פלילי. על־כן הדרישה להבהרה מרבית של תוכן הנורמה הפלילית היא בבחינת שאיפה לאינסוף שאינה ניתנת להגשמה מלאה". לעניין זה ראו כהן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 210.

28 למשל, עברה לפי סעיף 338 לחוק העונשין.

29 על שבריריותו של המושג "סיכון" בעולם האובייקטיבי־דיאלי ראו LARRY ALEXANDER, CRIME AND CULPABILITY: A THEORY OF CRIMINAL LAW 28-31 (2009).

העברות הבלתי־מדויקות מעוררות קושי רב: לכאורה הן אינן מתיישבות עם הדרישה להגדרה בהירה של הנורמה על פי עקרון החוקיות. אם המעשה האסור, או הנסיבות המאפיינות אותו כאסור, אינם מוגדרים במדויק בעברה – כיצד אפשר לחייב אדם בפלילים על פיה? וככל שמתייחסים אל עקרון החוקיות כעיקרון־על,³⁰ אין בתיחום היסוד ההתנהגותי־נסיבתי במונחים של "סבירות" ("נטילת סיכון בלתי־סביר") כדי לִסְפֵק כלל וכלל.

הטענה בדבר אי־הלימתן של העברות הבלתי־מדויקות לדרישת הגדרה בהירה של הנורמה על פי עקרון החוקיות היא טענה כבדת־משקל החורגת מענייננו, אולם בעברות תוצאה בלתי־מדויקות של נטילת סיכון בלתי־סביר, שתוצאתן רעה לעצמה (mala in se) כגון עברות המתה, אפשר לכאורה "לעקוף" בעיה זו. כך אפשר לטעון כי המתת אדם היא תוצאה רעה המובנת ככזו לכל בר־דעת. לכן, לגבי עברות תוצאה של mala in se יהיה מי שיטען כי הדרישה להגדרה בהירה של הנורמה על פי עקרון החוקיות חלשה יותר,³¹ שכן כל אדם יודע שהמתת אדם אחר היא "אסורה" וממילא "פלילית". על יסוד זה אפשר (שוב, לכאורה) להמשיך ולטעון כי אם אדם מודע לכך שהתנהגותו עלולה לגרום למותו של אחר הרי הוא מודע ממילא גם לכך שהתנהגותו זו "אסורה" או "פלילית". המודעות ל"אפשרות גרימת התוצאה האסורה" מכוננת לפי טעון זה גם את המודעות ל"פליליות" ההתנהגות בעברות תוצאה בלתי־מדויקות שתוצאתן "רעה לעצמה", ומקשה על הטענה שלפיה עברות אלה אינן מתיישבות עם הדרישה להגדרה בהירה של הנורמה על פי עקרון החוקיות.

נראה ל³² כי בנתיב רעיוני זה פסע פלר כשהגדיר את היסוד של "נטילת סיכון בלתי־סביר" בעברות תוצאה בלתי־מדויקות. לפי הגדרתו מאופיין יסוד זה בשניים אלה: זיהוי אי־סבירות הסיכון עם הקונקרטיים שלו; והתניית התגבשותו בויקת היסוד הנפשי לקונקרטיות

30 דומה כי פלר ראה עיקרון זה כעיקרון־על ומכאן גם פרשנותו למושג "סיכון בלתי־סביר" כמושג סובייקטיבי, כפי שתוצג להלן בגוף הטקסט. לעומת זאת, הגישה במשפט האנגל־אמריקני שונה, והיא רואה עיקרון זה – על כל חשיבותו – כעיקרון יחסי בלבד. לעניין זה ראו יובל לוי וואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 124 (1981). לי נראית גישת המשפט האנגל־אמריקני, ועל הטעמים לכך עמדתי באריכות במקום אחר; ראו כהן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 208-218.

31 ANTONY R. DUFF, ANSWERING FOR CRIME: RESPONSIBILITY AND LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW 87 (2007). Duff טוען שם כי ביחסו לעברות של mala in se הקודקס הפלילי נושא אופי דקלרטיבי בלבד, במובחן מעברות של mala prohibita, שלגביהן האיסור הסטטוטורי הוא גורם מכונן.

32 לא מצאתי מקור מפורש בו העמיד פלר את פרשנותו למונח "סיכון בלתי־סביר" על הצורך להעניק ליסוד זה תוכן בהיר וברור יותר או על הצורך ליישבו עם עקרון החוקיות. אולם, עמדתו – שלפיה כל נטילה מודעת של סיכון קונקרטי היא "בלתי־סבירה" – בצירוף מעמד־העל שהעניק למחשבה הפלילית בכלל ובזיקתה ליסוד התוצאתי בפרט, מצביעה לדעתי על כך שזה היה הטעם שעמד ביסוד פרשנותו. בין כך ובין כך, מה שחשוב לענייננו הוא תוכנה של מודעות זו בהגותו כפי שהוצגה בגוף הטקסט ולא הטעם העומד ביסודה.

זו (מודעות בפועל או בכוח לקונקרטיות הסיכון)³³. בכך כרך פלר יסוד זה עם היסוד הנפשי – עד לבלי הפרד – באופן הבא:

"סיכון סביר" מאופיין לדעתו כסיכון תאורטי (סיכון שאינו מעורר דאגה מיוחדת שמא תתמש הסכנה ואינו מצריך כל פעולה או צעד מיוחדים להתמודד עמה; כאלה הם סיכונים מקובלים כמו שימוש במעלית, במכשירים חשמליים, נסיעה ברכבות וכדומה; להלן: סיכון תיאורטי)³⁴, שלגביו:

אין צורך בשום הוראה חקוקה מיוחדת שתשחרר מאחריות פלילית בשל הליכה לקראת סכנה המתבטאת בנטילת סיכון סביר. שכן הגדרות צורות האשמה בהן תלויה התהוות העבירה הפלילית אינן מתייחסות לסיכון כזה. בשום צורה של מחשבה פלילית, אף לא ברשלנות, לא ניתן לבצע עבירה פלילית תוך נטילת סיכון סביר כאמור, בלבד.³⁵

נסביר: לשיטתו של פלר, המחשבה הפלילית והרשלנות, בזיקתן אל היסוד התוצאתי בעברה, מתייחסות מעצם הגדרתן לסיכון קונקרטי-מוחשי, אך בשום אופן לא לסיכון תאורטי.³⁶ לפיכך, התגבשות היסוד הנפשי שוללת מתוך עצמה את אפשרות ההרשעה בנטילת סיכון כזה, ואם התגבשה מחשבה פלילית או רשלנות – ממילא אפשר לקבוע כי ענייננו אינו ב"סיכון סביר".

לעומת זאת, אופיין "הסיכון הבלתי-סביר" על ידי פלר כסיכון קונקרטי:

מהות הסיכון אשר נוטל על עצמו אדם הפועל בקלות-דעת שונה לחלוטין. האופייני לסיכון כזה – בהבדל מן 'הסיכון הסביר' – הוא שהוא נובע מהליכה לקראת סכנה קונקרטית, בכך שנסיונות ספציפיות יוצרות סיכונים קונקרטיים שהסכנה התיאורטית תתמש באורח ספציפי. גם התקווה המתלווה אל ההליכה לקראת סכנה קונקרטית כאמור, היא קונקרטית, בהיותה מעוגנת בהתפתחות המעשית של הדברים, כאשר התנהגותו של בעל התקווה, כולל התמודדותו עם הסכנה כדי למנוע את התמשותה, היא חלק מהתפתחות זו. במצב כזה, חדל הסיכון מלהיות סביר, וההליכה לקראת הסכנה והגרימה בכך להתמשותה יוגדרו כביצוע המעשה בקלות דעת. במקרים כאלה דורשים דיני העונשין מן האדם שיקדם את פני הסכנה, עד כדי ויתור על התנהגותו.³⁷

33 עמדתו של פלר קיבלה ביטוי מפורש בשיבוץ היסוד של "נטילת סיכון בלתי סביר" בסעיפים 20(א)(ב) (קלות דעת) ו-21(א)(2) (רשלנות) לחוק העונשין, שהם סעיפי הגדרה בתחום היסוד הנפשי.

34 פלר יסודות בדיני עונשין א', לעיל ה"ש 19, בעמ' 618-619.

35 שם, בעמ' 619 (ההרגשה הוספה).

36 עמדה זו של פלר, שלפיה היסוד הנפשי ביחס לתוצאת העברה מתייחס תמיד לסיכון קונקרטי בלבד, אומצה בפסיקת בית המשפט העליון בע"פ 4089/07 סייף נ' מדינת ישראל, בעמ' 36 (פורסם בנבו, 6.5.2010) ובע"פ 9815/07 רון נ' מדינת ישראל, בעמ' 88 (פורסם בנבו, 26.11.2008). על הקושי שמעוררת הגדרה זו ראו בהרחבה כהן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 192-207.

37 פלר יסודות בדיני עונשין א', לעיל ה"ש 19, בעמ' 619.

לפי פרשנות זו, "נטילת סיכון בלתי סביר" מקבלת אופי של **יסוד עובדתי בעברה** – היות הסיכון **קונקרטי**. ממילא, גם מטעם זה נדרשת זיקה הכרתית אליו (מודעות) – ככל יסוד עובדתי אחר בעברה. ענייננו אפוא **בקשר כפול** בין היסוד הנפשי ליסוד "אי-סבירות הסיכון" (הקונקרטיות, לשיטת פלר): היסוד הנפשי, בזיקתו ליסוד התוצאתי, כולל בהגדרתו מודעות לסיכון **קונקרטי** ("סיכון בלתי-סביר"); והסיכון הקונקרטי ("סיכון בלתי סביר"), כיסוד עובדתי בעברה, מחייב את זיקת היסוד הנפשי אליו³⁸. והרי לפנינו אי-נפרדות המובנית של יסוד "נטילת הסיכון הבלתי-סביר" מן היסוד הנפשי בהגותו של פלר.

בכך פתר פלר לכאורה את הבעייתיות הכרוכה באי-הלימתו של יסוד "נטילת הסיכון הבלתי-סביר" לרשימת הגדרת הבהירה של הנורמה על פי עקרון החוקיות: אם "אי-סבירות הסיכון" היא הקונקרטיות שלו; ואם התגבשות "אי-סבירות" זו כרוכה ומותנית בזיקת היסוד הנפשי אליה (הליכה מודעת לקראת סיכון קונקרטי/מודעות להיות הסיכון "בלתי סביר"/קונקרטי), מתקיימת בפועל גם מודעות ל"פליליות" (ל"אי-סבירות") של ההתנהגות – לכל הפחות בעברות "תוצאה רעה" בלתי-מדויקות של נטילת סיכון בלתי-סביר³⁹ (שהן גם העברות החמורות ביותר – עברות נגד גופו של אדם – שבהן עמידה על דרישת הגדרת הנורמה על פי עקרון החוקיות נדרשת ומחויבת עוד יותר).

דא עקא, שהיסוד ההתנהגותי-נסביתי בעברות התוצאה הבלתי-מדויקות – קרי: היסוד של "נטילת סיכון בלתי-סביר" כפי שתארתי אותו לעיל – אינו יסוד עובדתי בעברה כי אם היסוד הנורמטיבי של העברה, שכן הוא זה שמגדיר את גבולות ההתנהגות (נטילת הסיכון) האסורה (בלתי-סבירה) – את המעשה האסור עצמו. במובן זה אין מדובר בעובדה "דגילה", אלא במושג שתפקידו להגדיר את הנורמה עצמה: איזו התנהגות ואלו נסיבות מאפיינות את המעשה כ"אסור" על פי העברה. בהתחשב בכך, אין זה סביר כלל ועיקר לכרוך או להתנות את התגבשותו של יסוד זה בזיקת היסוד הנפשי,⁴⁰ שכן האחרון הוא בעל מאפיינים סובייקטיביים ואילו היסוד הנורמטיבי של העברה הוא יסוד אובייקטיבי טהור. יוצא אפוא שאף אם נאמץ את עמדת פלר – שלפיה התנאי להתגבשות דוקטרינת הביצוע בצוותא הוא מודעות ל"אפשרות גרימת התוצאה" בלבד – הרי גם מודעות זו, על פי המשמעות שהעניק לה פלר, עומדת בסתירה לעקרון היסוד שלפיו האחריות הפלילית אינה מותנית בזיקת היסוד הנפשי אל היסוד הנורמטיבי של העברה.

38 בעניין זה יש להעיר כי אם "נטילת סיכון בלתי סביר" היא נטילה מודעת של סיכון קונקרטי, נוצרת זהות בין יסוד זה לבין המודעות לאפשרות גרימת התוצאה (כאפשרות קונקרטית) הנדרשת על פי ס' 20' רישא לחוק העונשין. על רקע זה מתעוררת שאלת הטעם בכפילות זו, ובלשון אחר: מדוע אנו בכלל נזקקים ליסוד של "נטילת סיכון בלתי-סביר" בהגדרה של "קלות הדעת"?

39 לעומת עברות תוצאה מסוג זה, היסוד הנפשי הנדרש בעברת התנהגות הוא לעצם ההתנהגות, אך בשום אופן לא לטיב הערך המוגן בה או לאפשרות הפגיעה בו. לעניין זה ראו התייחסות נוספת להלן בה"ש 72. יוצא אפוא שהיסוד הנפשי בעברות תוצאה של נטילת סיכון שונה איכותית – לפי הגותו של פלר – מזה הנדרש בעברות התנהגות, מצב שלא ניתן למצוא לו צידוק.

40 ראו בהרחבה כהן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 192-207.

על תוכנו הראוי של היסוד "נטילת סיכון בלתי־סביר" כתבתי בהרחבה במקום אחר⁴¹ ונושא זה חורג מעניינינו; בתמצית אומר רק כי יסוד זה אינו יכול להצטמצם לשאלת הקונקרטיזם של הסיכון בלבד, אינו יכול להיות מותנה בה לבדה ומכל מקום אינו צריך לקיים כל זיקה עם היסוד הנפשי. יש אמות־מידה חשובות לא פחות (ולדעתי אף יותר) משאלת ה"קונקרטיזם" לבחינה של "סבירות" הסיכון כמו, למשל, "תכלית" נטילתו, "סוגו" ו"אופיו". בנסיבות מסוימות הסיכון עשוי להיחשב "בלתי־סביר" אף אם מדובר בסיכון שהסתברות התממשותו קטנה ביותר,⁴² למשל כשתכלית נטילתו אינה ראויה (שלא לומר פסולה) בהתחשב בטיבו ובאופיו (כמו, למשל, בנסיבות של משחק בנשק⁴³). בנסיבות אחרות הסיכון עשוי להיחשב "סביר" אף אם הוא קונקרטי מאוד,⁴⁴ וזאת כשתכלית נטילתו ראויה⁴⁵ (למשל: מנתח בפעולה מצילת חיים שכרוכה בה גם סכנה קונקרטיזם), או בנסיבות שאופי הסיכון או טיבו אינם

41 שם, בעמ' 168-182, 192-207.

42 ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 118, שם נטען, למשל: "What degree of risk? It is impossible to say in general terms that recklessness requires any particular degree of probability of the occurrence of the harm in question. If the conduct has no social utility – for example, a game of 'Russian roulette' or an armed robbery – the slightest possibility of the occurrence of the harm is enough." Indeed, LaFave; of any harm should be enough" if there is no social utility in doing what he is doing, one might be reckless though the chances of harm are something less than 1%". לעניין זה ראו WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW 285 (5th ed. 2010). כמו כן ראו ALEXANDER & FERZAN, לעיל ה"ש 29, בעמ' 72; וכן GLANVILLE WILLIAMS TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 73 (2nd ed. 1983).

43 ראו, לדוגמה, ע"פ 1982/98 מדינת ישראל נ' מירו, פ"ד נב(5) 145, 155 (1998); ע"פ 9112/07 אנדריי חייפץ נ' מדינת ישראל (פורסם בתקדין); ע"פ 6656/08 חביבולין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.1.2010).

44 השוו לטענתו של פלר בהקשר זה: "ועוד יש להוסיף ולהטעים כי כאשר אדם עומד בפני סיכון מוחשי לבצע עבירה פלילית, עליו להימנע מן הביצוע, אלא אם כן עומדת לו הגנה מפורשת בפני אחריות פלילית. במקרה זה, אין זה עניין של 'סיכון סביר', אלא עניין של מאזן סיכונים, אשר רק המחוקק הוא המוסמך להחליט לאן נוטה כף המאזניים מבחינת האינטרס החברתי; ובכלל, יש לציין כי אין 'הסיכון הסביר' מהווה הגנה בפני אחריות פלילית" (פלר יסודות ביני עונשין א', לעיל ה"ש 18, בעמ' 619). אני מסכים עם פלר שמאזן הסיכונים הסביר מבחינה נורמטיבית הוא עניין אובייקטיבי ולא סובייקטיבי (אם כי הוא מסור לבית המשפט, שכן המחוקק לא יכול לקבוע מראש את מאזן הסיכון הסביר בהקשר קונקרטי); אולם, בניגוד לטענת פלר, מאזן הסיכונים הוא לדעתי מהות תמציתו של המונח "סיכון סביר" – ופלר לא הצביע על עיגון סטטוטורי חלופי לשאלה חשובה זו. ולבסוף, "הסיכון הסביר" אכן אינו "הגנה" מפני אחריות פלילית, אך לטענתי הוא חלק מיסודות העברה, וביתר דיוק: הוא מבטא את היסוד ההתנהגותי־נסיבתי בעברות תוצאה בלתי־מדויקות של נטילת סיכון. אשר לאפשרות לפטור מאחריות את הנוטל "סיכון ממש" באמצעות סייג מסיגי המשפט הפלילי – על הבעייתיות הקונספטואלית שבניתוח זה עמדתי באריכות במקום אחר; ראו כהן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 186-182.

45 ראו אסמכתאות בה"ש 26 לעיל. היטיב לתאר את הטענה המלומד ORMEROD: "If the act has a high degree of social utility – for example, the performance of a surgical operation

חמורים מדי (כמו סיכון לרכוש). אמות-מידה אלה, ואף ה"קונקרטיות" של הסיכון כאחת מהן, מתארות אפוא את אופייה האסור של ההתנהגות אך לא את מושא המודעות.⁴⁶ לפיכך אלה הן אמות-מידה אובייקטיביות ומעמדן זה חייב להישמר, אחרת ייקבעו גבולות הנורמה על פי אומד דעתו הסובייקטיבי של מבצע העברה.

כמו כן, מעבר לנדרש בענייננו, הטענה שהתניית התגבשות היסוד של "נטילת סיכון בלתי-סביר" בזיקת היסוד הנפשי אליו נדרשת או מוצדקת כתחליף להגדרה הבהירה של הנורמה (דרישת מודעות לקונקרטיות – אי-סבירות/פליליות המעשה – כ"פיצוי" על אי-בהירות הנורמה), היא חרב פיפיות בידי המחזיק בה, משני טעמים. ראשית, משום שקונקרטיות הסיכון לברה, כנטען לעיל, אינה "מפלילה" בהכרח את ההתנהגות, וממילא מודעות לקונקרטיות זו אינה שוות ערך תמיד למודעות לפליליותה (לדעתי, כאמור, פליליות ההתנהגות או "אי-סבירותה" תלויה באמות-מידה נוספות מלבד קונקרטיות הסיכון). שנית, משום שמודעות ל"פליליות" (מודעות ל"אי-סבירות" (קונקרטיות) הסיכון, על פי ההגדרה של פלר) אולי פותרת את הקושי בהיבט אחד של עקרון החוקיות (אי-בהירות הנורמה) אך מהווה סטייה מובהקת מהיבט אחר של אותו עיקרון: אופייה האובייקטיבי של הנורמה ואי-כפיפותה לזיקת היסוד הנפשי.⁴⁷

מכל מקום, ובחזרה לענייננו, מאחר שהמודעות ל"אפשרות גרימת התוצאה" לשיטת פלר מתנה את השתכללות היסוד של "נטילת סיכון בלתי סביר" – קרי: את השתכללות היסוד הנורמטיבי בעברה – המעשה האסור – היא זהה ממילא להתניית האחריות בהתגבשותה

– then only a very high degree of probability of grave harm that outweighs the social utility will suffice to condemn it as reckless" .ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 118. 46 גישתו של פלר יוצרת מצב שלפיו "המעשה האסור" בעברת הריגה, לדוגמה, אינו מאופיין בדרך כלשהי, והתגבשות העברה תלויה כולה בהתגבשות המחשבה הפלילית. במוכן זה, אם היה הנאשם מודע לסיכון קונקרטי של מוות, אין כל משקל לאופי או לטיב של התנהגותו או של נסיבותיה בבחינת ההתגבשות של העברה. לעמדה זו שותף גם קרמניצר; ראו מרדכי קרמניצר "על עבירת ההריגה במשפטנו" הפרקליט לו 201 (1985); ש"ז פלר "הלכת דויטש – מתחייבת הבהרה נוספת" הפרקליט מא 157 (1993) (להלן: פלר "הלכת דויטש"); ש"ז פלר "סוף-פסוק להבחנות בדבר שילובו של היסוד הנפשי ביסוד העובדתי שבעבירת ה'הריגה'" הפרקליט מא 410 (1994). בהקשר של עברה זו כתב פלר, למשל, כי: "קשה שלא להעריך סטייה מרמת זהירות סבירה תמיד כרשלנות רבתי, גסה, כאשר המתרשל היה 'ער לסכנה שהיתה צפויה מהתנהגותו לחייהם או לגופם של אחרים'"; ראו פלר "הלכת דויטש", שם, בעמ' 159. ניסוח זה נועד להתמודד עם ההלכה שנקבעה בע"פ 1/52 דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 456, 469-471 (1954), שבה הוגדר היסוד ההתנהגותי בעברת הריגה כ"רשלנות רבתי". קרי: כיסוד בעל מאפיינים אובייקטיביים עצמאיים מן היסוד הנפשי. טענתו האמורה של פלר כוונה נגד הגדרה נפרדת זו של היסוד ההתנהגותי בעברה, שכן לדירוד המאפיין היחיד הרלוונטי ליסוד ההתנהגותי בעברת הריגה הוא היותו של הסיכון קונקרטי, אך היבט זה טבוע ממילא, כאמור לעיל, בהגדרת המחשבה הפלילית. למרבה הצער אומצה לבסוף עמדתם זו של פלר וקרמניצר בע"פ 1100/93 סובאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(3) 635 (1993), ועברה זו מאופיינת כיום כעברה של יסוד נפשי בלבד בצירוף תוצאה של מוות, אך ללא כל מאפיין התנהגותי-נסיבתי.

47 לטיעון בהרחבה ראו כהן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 208-218.

של מודעות ל"פליליות" המעשה. לכן, היא כינויה אשר היא, הגדרתה של "מודעות" זו על פי פלר מנוגדת לעיקרון שלפיו האחריות הפלילית אינה מותנית בזיקת היסוד הנפשי אל היסוד הנורמטיבי של העברה בדיוק באותו אופן שבו מנוגדת לעיקרון זה דרישת המודעות ל"פליליות" ההתנהגות.

בתיקון הטרימינולוגי שהוצע לעיל אין אפוא כדי לסייע לפתרון הבעיה. מעבר לכך, לדעתי הניסוח שהוצע בפסק הדין לטיב המודעות הנדרשת ב"ביצוע בצוותא" (מודעות ל"פליליות") אינו "פליטת קולמוס" לא זהירה של בית המשפט כי אם זיהוי אינטואיטיבי של המודעות ל"אפשרות גרימת התוצאה" עם המודעות ל"פליליות" המעשה. בעניין זה יש לציין כי בית המשפט העליון אימץ בעקביות את גישתו של פלר בכל הנוגע לטיב המודעות הנדרשת ליסוד התוצאתי (מודעות לסיכון קונקרטי⁴⁸) ואת פרשנותו ליסוד "נטילת הסיכון הבלתי-סביר" בזיקתו ההדוקה ליסוד הנפשי. לפיכך, אין פלא שפסק הדין לא נזהר בדיוק הטרימינולוגי ושהשתמש בזיהוי האינטואיטיבי האמור.

בין כה ובין כה, כאמור לעיל, הביקורת המוצגת במאמר זה אינה מכוונת נגד דרישת המודעות ל"פליליות" המעשה דווקא, כפי שנוסחה בפסק הדין, כי אם בעיקר נגד התפיסה שלפיה ביצוע בצוותא מותנה בגיבוש של מודעות ל"אפשרות גרימת התוצאה". אולם כדי לשלול את טענת הקורא הביקורתי – כאילו שגה בית המשפט שגיאה טרימינולוגית גרדא – טרחתי להציג את הטענות לעיל, המצביעים, לדעתי, כי ענייננו באותה גברת כשינוי אדרת. אם אכן עלה בידי להסיר את טענת "הסתירה הלוגית או הרעיונית" נותר אפוא להתמודד עם ה"טעמים" (או שמא נאמר: טעם אחד) שהניח בית המשפט לדחיית הדוקטרינה של ביצוע בצוותא ברשלנות, המבוססים על "שיקולי מדיניות שיפוטית". אולם בטרם שאפנה לכך אני מבקש להתייחס אל מושג "השותפות ברשלנות" כמושג כללי, מעבר לדיני הביצוע בצוותא. התייחסות זו טומנת בחובה הבנה נוספת של השגיאה הטמונה, לדעתי, בפסק הדין.

3. סיוע ושידול ברשלנות

בפסק הדין בפרשה נשוא ענייננו התייחס בית המשפט אל האפשרות של "שותפות ברשלנות" כמושג כללי ולא דווקא ל"ביצוע בצוותא ברשלנות". בהקשר רחב זה פסק בית המשפט כי כל סוגי השותפות בעברה אינם מתקיימים ברשלנות, ובכלל זה גם סיוע ושידול. על רקע אי-הבחנה האמורה בין סיוע ושידול לבין ביצוע בצוותא הציג בית המשפט, כתימוכין לעמדתו, אמרת אגב של השופט אגרנט בש"פ 131/56 היועמ"ש נ' ברוך לחם.⁴⁹ בפסק הדין האמור התייחס השופט אגרנט לקושי הטמון בהרשעת אדם בעברה של סיוע לגרם מוות ברשלנות, שהרי, כלשונו, המסייע "אינו אלא מי שנתכוון לסייע בידי אדם אחר לעשות עבירה מסוימת, ולא מעשה כל-שהוא, ולא עבירה סתם".⁵⁰ באמרה זו מצא

48 שם, בעמ' 203-207; כן ראו לעיל ה"ש 36.

49 ע"פ 131/56 לחם נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 320 (1958). אמרת האגב נכתבה

בהקשר לערעור המדינה נגד זיכוי של ברוך לחם, שהיה המערער השני בפרשה זו.

50 שם, בעמ' 331. הקביעה התבססה על פסק דין מוקדם יותר של בית המשפט העליון (של השופט

חשיזן), בע"פ 21-20/49 עבד אל-האדי ואח' נ' היועץ המשפטי, פד"י ג 13, 48 (1950).

בית המשפט תימוכין לעמדתו שלפיה לא תיתכן "שותפות ברשלנות", שהרי ברשלנות אין כוונה לבצע עברה מסוימת.

לדעתי, לא היה כל מקום להשוות בעניין זה בין סיוע ושידול לבין ביצוע בצוותא. הטעם לכך נעוץ בעובדה שסיוע ושידול לדבר עברה הן עבירות **מטרה**⁵¹ ולא עבירות של יסוד נפשי רגיל. במובן זה, מטרת המסייע והמשדל היא לתמוך או להביא להגשמה של יסודות העבירה הרלוונטית.⁵² כאשר מדובר בעברת תוצאה, יסודותיה כוללים במשמע גם את תוצאתה. על כן, כחלק מהתפיסה הדוקטרינרית של סוגי שותפויות אלה, כדי לחייב אדם בעברה של שידול או סיוע יש להראות כי הוא פעל **במטרה** לסייע למבצע העיקרי, או לשדל אותו להגשים את יסודות העברה ובכלל זה את תוצאתה. דרישת **מטרה** זו מחייבת, כמסקנה לוגית הכרחית,⁵³ את מודעותו של המסייע או המשדל לאפשרות גרימת התוצאה האסורה במעשיו של המבצע העיקרי. אולם שונה הוא עניינם של מבצעים בצוותא: הביצוע בצוותא אינו דורש יסוד של "מטרה" להגשים את יסודות העברה אלא **תכנית משותפת** לבצע מעשה מסוים שעל פי דין הוא מעשה עברה. התכנית המשותפת מבטאת רק את קבלת אחריותו של מבצע

51 למען הדיוק, היסוד הנפשי הנדרש בעברות של שידול וסיוע מורכב הרבה יותר. בדין האנגלי, למשל, נדרש יסוד נפשי כפול: כוונה לבצע את הפעולה המסייעת או המשדלת (במובחן מנטילת סיכון שהמעשה ישדל או יסייע) וידיעה כי המעשה מסייע או משדל; וכן מודעות לרכיבים המרכזיים המגבשים את העברה של המבצע העיקרי ("essential matters which constitute the offence," Johnson v. Youden [1950] 1 KB 544). יש מחלוקת בשאלה מה מידת המודעות הנדרשת למסייע או המשדל – עד איזו רמת פירוט של תכניות המבצע העיקרי עליהם להיות מודעים... ברי כי סיוע ושידול אינם יכולים להתבצע ברשלנות, אך יש מחלוקת אם די בפזיזות. לעניין זה ראו בהרחבה Ashworth, לעיל ה"ש 26, בעמ' 431-436. הגדרה זו מורכבת מאוד ואפשר להציגה גם באופן מעט שונה; ראו לעניין זה Ormerod, לעיל ה"ש 26, בעמ' 201-213. הדין הגרמני דומה בעניין זה, והכוונה לסיוע או לשידול מתגבשת גם כשהם אינם מטרה לעצמה (dolus eventualis). לעניין זה ראו Michael Bohlander, Principles of German Criminal Law 167-173 (2009). מטעמי נוחות, ובהתחשב בכך שנושא הסיוע והשידול אינו מרכזו של מאמר זה, תיארתי את היסוד הנפשי הנדרש כיסוד של "מטרה".

52 ס' 31 לחוק העונשין, שכותרתו "מסייע", קובע כי "מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע [...]" (ההדרגה הוספה). המלה "כדי" מבטאת את מטרתו של המסייע להגשמת יסודות העברה. הגדרת ה"משדל" בסעיף 30 אינה כוללת ביטוי מפורש של מטרה, אם כי אפשר לטעון שהמטרה עומדת בלב המונח "שידול לעברה", שהרי מטרתו של המשדל להביא להגשמתה של התנהגות ספציפית או של תוצאה מסוימת.

53 השוו לפסק הדין של בית הלורדים בפרשת DPP v. Morgan [1976] A.C. 182, שם נקבע, בעמ' 214 לפסק הדין, כי "כוונה" לאנוס אינה יכולה להתיישב עם טעות כנה בשאלת ההסכמה של האשה ("inexorable logic"), שכן כוונה כזו – קרי: כוונה לקיום יחסי מין נגד רצון האשה (against her will), שהייתה בשעתו תנאי לעברת האונס באנגליה (כעברה של כוונה בלבד) – אינה יכולה להתיישב עם טעות כנה ביחס לקיומה של הסכמה זו. אולם בית הלורדים קבע בפסק דינו כי לו הייתה עברת האונס מבוססת על יסוד של פזיזות לא הייתה כל מניעה להרשעה בעברת אונס אף בהתגבשות של טעות כנה וזאת במצבים א־נורמטיביים במובהק. "מטרה" (שהיא סוג של כוונה) אינה יכולה אפוא להתיישב לוגית עם טעות כנה לגבי אפשרות התגבשותם של יסודות העברה.

אחד על חלקו הביצועי של האחר, ובעניין זה, לשון סעיף 29(ב) – שלפיה "המשתתפים בביצוע עבירה [...] הם מבצעים בצוותא" – אינה אלא תיאור שבעובדה, שלפיו מעשיהם המשותפים של השניים מהווים "עברה"⁵⁴. לפיכך, אין כל סתירה רעיונית בין הדוקטרינה של ביצוע בצוותא (במובחן משידול ומסיוע) לבין מושג הרשלנות.

אם אגב הילוכנו הזכרנו את המונח "עברה" שבהגדרת הביצוע בצוותא לפי סעיף 29(ב) לחוק העונשין, אוסיף גם (אף שטוען זה הוא במישור הדין המצוי) כי לדעתי שגה בית המשפט גם בכך שפירש את ההיגד "המשתתפים בביצוע עברה" שבסעיף זה כהיגד הדורש "תכנית משותפת" לביצוע "עברה", קרי: תכנית המכוונת למעשה פלילי דווקא. הטעם לכך הוא שפרשנות זו, על פניה, אינה מתיישבת עם הגדרת המושג עברה בפקודת הפרשנות כ"מעשה, ניסיון או מחדל, שדינם ענישה"⁵⁵. אם נשבץ הגדרה זו בסעיף 29(ב) לחוק העונשין תחת המלה "עברה", תונח לפנינו הגדרת "הביצוע בצוותא" כדלהלן: "המשתתפים בביצוע 'מעשה, ניסיון או מחדל, שדינם ענישה' תוך עשיית מעשים לביצועה, הם המבצעים בצוותא". בהגדרה זו, הביטוי "דינם ענישה" מבטא ללא ספק עובדה אובייקטיבית ולא את מושא ה"תכנית המשותפת". יוצא אפוא כי "המשתתפים בביצוע עברה" הם המשתתפים בביצוע מעשה המהווה "עברה" על פי דין (דינו ענישה) כעניין שבעובדה, אך לא כמושא של תכנית המבצעים.

ודוק: גם בעניינם של מסייע או משדל לא נדרש כי הם יהיו מודעים לפליליות מעשיו של המבצע העיקרי או לכך שהם מסייעים ל"עברה מסוימת". כל שנדרש הוא שהם יפעלו במטרה לשדל או לסייע למבצע העיקרי לבצע מעשה, או לגרום לתוצאה, שהם – על פי דין – עברה פלילית מסוימת. ולעניין ה"מסוימות" האמורה, אם אדם מתכוון לסייע לאחר לבצע פעולות או להשיג תוצאות שהדין מגדיר כעברה X, אך הוא אינו מודע לכך שהאחר מתכוון לבצע מעשה אחר או להשיג תוצאה אחרת שהדין מגדיר כעברה Y, אזי אי-אפשר ליחס לו סיוע לעברה Y על בסיס מטרתו לסייע למעשה או לתוצאה המהווים עברה X, שכן הוא לא התכוון לסייע למעשים או לתוצאות המגבשים את עברה Y⁵⁶ (בה במידה אי-

54 השוו לתרגום של Bohlander לסעיף 25(2) לקודקס הגרמני הפלילי, שבו הוגדר הביצוע

בצוותא כך: "If more than one person commit the offence jointly, each shall be liable as a principal". הגדרה זו חדה ומדויקת יותר, שכן היא מתייחסת לביצוע העברה במשותף (המבצעים את העברה יחדיו) ולא להשתתפות בביצוע עברה, שעשוי להביא לפרשנות מהסוג שהציע בית המשפט. לעניין ההגדרה בדין הגרמני ראו BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 155.

55 סעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]. אני מבקש להודות למר אליק מושקוביץ, ממחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, שהסב את תשומת לבי להגדרה זו.

56 כאמור, לעיל ה"ש 51, קיימת מחלוקת בדין האנגלי לגבי האפשרות להתגבשות יסודות הסיוע או השידול מתוך פזיונות. ככלל נקבע כי נדרשת מודעות ל"סוג" מעשה העברה שהתכוון המבצע העיקרי לבצע ולא נדרשת מודעות למעשה עברה ספציפי. לעניין זה ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 209-211; וכן ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 435. בדין הגרמני יש הבחנה בעניין זה בין המשדל למסייע, כשבעניינו של המשדל נדרשת מודעות מקיפה יותר למטרותיו ולכוונותיו של המבצע העיקרי ביחס לזו הנדרשת אצל המסייע. לעניין זה ראו BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 173. עם זאת, בהצגת ניתוח ה"מסוימות" של העברה נשארתי נאמן להגדרה המפשטת של היסוד הנפשי כיסוד של "מטרה", מן הטעם שצוין בה"ש 51 לעיל.

אפשר לייחס לו סיוע לעברה X, מאחר שסיוע ושירדול הן עברות נגזרות, המותנות בביצוע העברה העיקרית על ידי המבצע העיקרי – והרי עברה X כלל לא בוצעה). אולם המונח "עברה מסוימת" אין משמעו שהמסייע יהיה מודע לכך שמדובר בעברה, או בעברה X, או בעברה X ולא בעברה Y, שכן די בכך שידע שהוא מסייע למעשים או לתוצאות שעל פי דין מגבשים את עברה X כדי לחייבו כמסייע לעברה X; אולם לא די במטרתו לסייע למעשה או לתוצאה המגבשים עברה X כדי לחייבו בגין מעשה או תוצאה של המבצע העיקרי המהווים עברה Y (להלן: **מסוימות העברה**).

ועוד ראוי להדגיש כי הבחנה זו בין היסוד הנפשי המחמיר הנדרש בסיוע ובשירדול לבין זה הנדרש בביצוע בצוותא אינה ייחודית לשיטת המשפט המקומית, כי אם הבחנה המבוססת היטב הן בדין האנגלו-אמריקני⁵⁷ והן בשיטות משפט קונטיננטליות.⁵⁸ לכן בולטת בבדידות מזהרת אי-הבחנתו של בית המשפט בין ביצוע בצוותא לבין שירדול וסיוע בהקשר זה. עוד הבהרה בעניין זה: מאחר שרשלנות ומטרה אינן מתיישבות זו עם זו, אי-אפשר לייחס למסייע ולמשדל אחריות פלילית ברשלנות; אולם עניינם של מסייע ומשדל לחוד ועניינם של מבצע עיקרי לחוד. לפיכך, אין כל מניעה שהמשדל או המסייע יישאו באחריות פלילית כשהמבצע העיקרי פועל ברשלנות בלבד.⁵⁹ אפשרות זו מוכרת בחלק משיטות

57 ליסוד הנפשי הנדרש בסיוע ושירדול ראו Ashworth, לעיל ה"ש 26, בעמ' 431-436; וכן Ormerod, לעיל ה"ש 26, בעמ' 201-213. לעומת זאת, בביצוע בצוותא נדרש היסוד הנפשי של העברה בלבד. לעניין זה ראו Ashworth, שם בעמ' 419; וכן ראו את ההבחנות שהניח Ormerod בין ביצוע לסיוע ושירדול – Ormerod, שם, בעמ' 186.

58 בדין הגרמני ראו Bohlander, לעיל ה"ש 51, בעמ' 169-173; וכן Nigel Foster & Satish Sule, German Legal System and Laws 375-377 (4th ed. 2010). בדין הדני, לעומת זאת, נראה כי היסוד הנפשי הנדרש לסיוע ולשירדול הוא אותו יסוד נפשי הנדרש לעברה עצמה, ככל הנראה בהתחשב בעובדה שההבחנה בין סוגי שותפות אלה לביצוע בצוותא אינה חדה. לעניין זה ראו Lars Bo Langsted et al., Criminal Law in Denmark 77-80 (3rd ed. 2011).

59 במקרה זה עולה שאלת היחס בין סיוע לבין "מבצע באמצעות אחר". נראה כי ההבדל בין הקטגוריות קשור לשאלה אם המסייע הוא בעל העניין בביצוע של מעשה העברה, והוא מפעיל את המבצע בפועל ככלי בידיו, או שבעל העניין בביצוע המעשה (המהווה עברה על פי דין) הוא המבצע עצמו והמסייע רק מספק לו עזרה, על אף מודעותו לאפשרות של התגבשות יסודות העברה במעשי המבצע בפועל (שאינו מודע בפועל ופועל ברשלנות בלבד). לעניין היחס בין שירדול לבין ביצוע באמצעות רשלן אחר, נראה שהגדרת השירדול בדין הישראלי אינה מאפשרת אלא מצב של ביצוע באמצעות אחר, שכן המשדל, לפי הגדרתו ס' 30 לחוק העונשין, הוא תמיד בעל העניין ("המביא אחר לידי עשיית עבירה [...] ככל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ [...]"). בדין האנגלי, לעומת זאת, מושג השירדול רחב יותר ועשוי לכלול גם מתן עצה בלבד (advice). במקרים מסוג זה נראה שאפשר לדבר גם על שירדול של מבצע רשלן. לעניין זה ראו Ashworth, לעיל ה"ש 26, בעמ' 429-431. קריטריון אחר להבחין בין "משדל של מבצע עיקרי רשלן" לבין משדל שהוא מבצע באמצעות אחר הוא מידת השליטה שיש למשדל על הביצוע, כפי שהוצג מבחן זה על ידי Bohlander. לעניין זה ראו Bohlander, לעיל ה"ש 51, בעמ' 168.

המשפט המשוות⁶⁰ ובה לעצמה יש כדי ללמד שאין ברעיון השותפות דבר הרוחה את מושג הרשלנות מתוך עצמו.

אם כן, מסייע ומשדל לחוד ומבצעים בצוותא לחוד; אולם הראשונים כמו גם האחרונים אינם נדרשים להיות מודעים לפליליות מעשיהם, שכן העיקרון הכללי הוא שהדין הפלילי אדיש לשאלת מודעותו של נאשם ליסוד הנורמטיבי של העברה.

4. ביצוע בצוותא ומודעות לעברה מסוימת

הצגתי לעיל את מושג "מסוימות העברה" בעניינם של משדל ומסייע. האם מסוימות כזו נדרשת אצל מבצעים בצוותא?

נניח דוגמה של שניים היוצאים לבצע שוד בנק כשהם מצוידים באקדח. תכניתם המשותפת היא להשתמש באקדח לצורך איום בלבד. האחד ממתין ברכב מילוט מחוץ לבנק והאחר נכנס עם האקדח פנימה לביצוע השוד. במהלך השוד העניינים מסתבכים והמאבטח של סניף הבנק פותח באש לעבר השודר שנכנס פנימה. בתגובה הלה פותח באש אל עבר המאבטח ופוצע אותו. פציעת המאבטח אינה חלק מהתכנית המשותפת של השניים, אם כי סביר להניח שהייתה בתחום צפייתם (מודעות). בנסיבות אלה – האם נוכל לייחס לשותף היושב ברכב המילוט את העברה הרלוונטית לפציעת המאבטח?

אם ביישום דוקטרינת הביצוע בצוותא נדרש להוכיח כי "המבצעים פעלו במטרה לבצע יחדיו את העבירה המסוימת המיוחסת לכל אחד מהם", אזי אי-אפשר לייחס לשותף שמחזיק לבנק את פציעתו של המאבטח (תהא העברה שהיא מקימה אשר תהא), שכן הוא לא פעל עם האחר במטרה לבצע את העברה המסוימת הזו. כל שאפשר לומר על השותף שמחזיק לבנק – בנוגע לעברת הפציעה – הוא שהוא ביצע עם השותף השני מעשה משותף שגרם בסופו של דבר לפציעת המאבטח, מתוך מודעות (מחשבה פלילית) לאפשרות פציעתו של אדם (מודעות לאפשרות גרימת התוצאה). ואולם האם לא די בכך כדי לחייבו כמבצע בצוותא של עברת הפציעה? לשון אחר: האם אין די בשותפות מעשה בלבד (בענייננו שוד), בצירוף יסוד נפשי רלוונטי ביחס לאפשרות התגבשותה של עברה במעשה המשותף (בענייננו פציעה), כדי שאפשר יהיה לייחס לשותף גם את עברת הפציעה כמבצע בצוותא, אף שעברה זו לא הייתה העברה המסוימת על פי התכנית המשותפת?

אכן, בדוגמה האמורה, המעשה המשותף הוא כשלעצמו מעשה פלילי (שוד) – והשניים מודעים לכך ללא ספק; השניים גם מודעים לסיכון הטמון במעשיהם לפציעתו של אדם

60 ראו Ashworth, לעיל ה"ש 26, בעמ' 432. ראו גם Ormerod, לעיל ה"ש 26, בעמ' 208-209, שם נדונים התנאים להתגבשות עברה של סיוע לעברות של אחריות מוחלטת – קרי: עברות שהמבצע העיקרי כלל אינו חייב לגבש לגביהן יסוד נפשי כלשהו. לדין הנורווגי ראו Andenaes, לעיל ה"ש 26 בעמ' 275, וקביעתו שם שאפשר ליישם את עקרונות הביצוע בצוותא על עברת גרם מוות ברשלנות. בדין הגרמני אין סיוע לעברת רשלנות, אלא אם מעשי המסייע מהווים ביצוע עיקרי של עברת רשלנות (או באחריות נגרת לפלילים, בדומה לס' 34 בחוק העונשין הישראלי). הטעם לכך נעוץ בכך שבמקרה זה מעשה העברה הוא עקיף וממילא גם הסיוע או השידול הם מעשים עקיפים; לעניין זה ראו הניתוח שיוצג בפרק האחרון ברשימה זו. לדין הגרמני בהקשר האמור ראו Bohlander, Principles of German Criminal Law, לעיל ה"ש 51, בעמ' 154-155, 168.

במהלך השוד, ולפיכך אפשר לטעון שהם מודעים גם לפליליות הטמונה במעשיהם (נטילת סיכון) אף בנוגע לעברת הפציעה. לפיכך, אין בדוגמה זו כדי לערער את קביעת פסק הדין שמבצעים בצוותא צריכים להיות מודעים לפליליות הטמונה במעשיהם. אולם, דוגמה זו תכליתה לשכנע כי מטרתם המשותפת של המבצעים בצוותא אינה צריכה להיות מכוונת לביצוע עברה מסוימת דווקא.⁶¹ כן אפשר ללמוד מהדוגמה האמורה גם על הצורה הבסיסית של ביצוע בצוותא: מעשה משותף (שוד) ובצדו יסוד נפשי רלוונטי נפרד לכל אחד מהמבצעים כלפי יסודות העברה שנגרמה מאותו מעשה (עברת הפציעה).⁶²

ג. ביצוע בצוותא: מדיניות שיפוטית ראויה – הדין הרצוי

1. ביצוע בצוותא כ"תכנית משותפת" של "מעשה"

נותר אפוא להתמודד (במישור הדין הרצוי) עם סוגיית "המדיניות השיפוטית הראויה". אין ספק כי דוקטרינת הביצוע בצוותא היא הרחבה של תחום האחריות הפלילית, שכן כל אחד מהמבצעים נענש גם על מעשי חברו שבלעדיהם אין מעשה-ישלו עולה כדי עברה כלל. מה ההצדקה להרחבת אחריות זו? האין זה ראוי להגבילה באמצעות דרישה להתגבשות יסוד נפשי מוגבר בעניינו של כל אחד מהמבצעים בצוותא? לי נראה כי הגבלת "הביצוע בצוותא" למצבים של מודעות לפליליות המעשה המשותף או לאפשרות גרימת התוצאה היא צעד מגביל בכיוון הלא-נכון והלא-רלוונטי. הטעם לכך נעוץ בעובדה שמלכתחילה האחריות הפלילית מכוח ביצוע בצוותא מעוגנת במישור אחר – המישור הנורמטיבי – ולא במישור היסוד הנפשי מוכונו הצר. במה דברים אמורים? ובכן, תחילה וראש מבוסס רעיון הביצוע בצוותא על התכנית המשותפת⁶³ של המבצעים

61 השוו לדין האנגלי בעניינם של מבצעים בצוותא (Joint enterprise), שבו אין צורך במודעות לטיב העברה המסוימת ודי במודעות לאפשרות שעברה Y תיגרם בעקבות עברה X שבוצעה ביוזמה משותפת. לעניין זה ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 215-218. כן ראו ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 436-445. לעניין ההבחנה בין Joint enterprise ל-"Joint principles" ראו להלן ה"ש 63.

62 ראו, למשל, ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 402 (1997), שם כתב הנשיא ברק (כתוארו דאז): "מבחינת היסוד הנפשי, נדרש, כי לכל אחד מהמבצעים בצוותא יהא היסוד הנפשי של העבירה שאותה הם מבצעים. כן נדרש כי הם יהיו מודעים לכך שהם פועלים בצוותא".

63 התכנית המשותפת (common plan), בצירוף ההשפעה של כל אחד מהשותפים על התכנית או על ביצועה, הן העומדות ביסוד הדוקטרינה של "Joint Principles" (Mittaterschaft) בדין הגרמני, המקבילה מבחינה רעיונית למושג הביצוע בצוותא בחוק העונשין בישראל. בעניין זה ראו BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 161, 163-164. המקבילה הקרובה ביותר לרעיון זה בדין האנגלי היא הדוקטרינה של "Joint enterprise", או בכינויה האחר "Joint venture", המבוססת, כפי ששמה מעיד עליה, על יזמה או תכנית משותפת. בכך שונה ההגדרה של "Joint enterprise" מהקטגוריה של "Joint principles" בדין האנגלי: האחרונה חלה רק כששני המבצעים נוטלים לכל הפחות חלק בביצוע היסודות הפיזיים המנויים בהגדרת העברה, שאז אפשר לייחס להם את המעשה ממש. לעומת זאת, בקטגוריה של "Joint enterprise" המעשה

לכצע מעשה מסוים יחדיו, שבשלה המעשה נחשב כאילו בוצע ב"גוף אחד"⁶⁴ על ידי אדם אחד. הדוקטרינה יוצרת ייחוס של "מעשה" (המהווה עברה) לשותפים לתכנית ביצועו, על יסוד קבלת אחריות מרצון של כל אחד מהם למעשי האחר ועל יסוד "ייפוי הכוח" שכל אחד מוסר לחברו לפעול בשמו ועל דעתו. קבלת האחריות מרצון על ידי כל שותף, וייפוי הכוח שכל שותף מעניק לחברו, בצירוף חלקו היחסי של כל שותף במעשה הכולל (העברה) – שלושת אלה מאפשרים ומצדיקים מבחינה נורמטיבית-מוסרית לייחס לכל אחד מהם את המעשה כולו, אף אם רק חלקם נטלו חלק בביצוע יסודות העבירה ממש. במובן זה הביצוע בצוותא הוא חריג לכלל שלפיו "אין שליח לדבר עברה", אם כי חריג זה מותנה בכך שכל "שולח" ימלא תפקיד מסוים במעשה: ה"שליח" אינו מחליף את ה"שולח" בכל דבר ועניין אלא משמש עוזר כנגדו ופועל בצוותא עמו ולצדו.

ייחוס פעולתו של מבצע אחד לשותפו מבוסס אפוא על היותו של הראשון שלוחו ה**בצועי** של השני – פועל על דעתו – באופן המאפשר לייחס לשני גם פעולות שלא ביצע בעצמו, אך זאת רק בכל הנוגע למעשה הפיזי שביסוד תכנית הפעולה המשותפת. ואולם בכל הנוגע ליסוד הנפשי, האחריות של כל מבצע מותנית בהתגבשות היסוד הנפשי הרלוונטי לעצמו ובנפרד מחברו. בעניין זה יש להבהיר: אין שותפות ביסוד נפשי אלא אך ורק ב"מעשה". בכך מתאפיין הביצוע בצוותא כצורה של ביצוע בלבד אך לא כצורה של אחריות פלילית במובנה הכולל. הביצוע המשותף אינו מטיל אחריות פלילית על מבצע בצוותא אלא אם גיבש לעצמו את היסוד הנפשי הרלוונטי ולא עומד לו סיג לאחריות.

ייחוס האחריות הפלילית למבצעים בצוותא מכוח תכנית משותפת של "מעשה" מתיישב עם האינטואיציה המוסרית שלנו. שניים המבצעים יחדיו מעשה על פי תכנית מוסכמת ראויים לכך שנייחס לכל אחד מהם את חלקו הביצועי של האחר בתכנית המשותפת, שהרי חלוקת התפקידים ביניהם עשויה להיות אקראית בלבד. היא מתחייבת גם מכוח העובדה שאם לא נעשה כן, "מעשה" העברה עשוי להיות יותר יתום – בלא "בעלים" (בנסיבות שאיש מן המבצעים המשותפים לא קיים בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העברה). ובעניין זה – זיהוי ה"בעלים" של המעשה – חשוב להדגיש כי אין כל הבחנה רלוונטית, אינטואיטיבית או דוקטרינרית, בין "מעשה" עברה של מחשבה פלילית ל"מעשה" עברה של רשלנות.

הפיזי מיוחס לשותף שלא נטל בו חלק ממשי מכוח התכנית המשותפת בלבד, ועל כן הוא אינו יכול להיחשב Principal. בעניין זה יש להבהיר כי עיקרון זה חל באנגליה גם על מבצעים משניים אחרים (secondary principles) דוגמת מסייע ומשדל, משום שמבצע עיקרי (principal) מוגדר בשיטה זו בצמצום רב (כמי שנטל חלק בביצוע היסוד הפיזי עצמו בלבד, כיאה לדין האנגלי, שבו היסוד העובדתי הוא בעל מעמד גבוה). אולם חלק גדול מהמסייעים והמשדלים על פי הדין האנגלי אינם אלא מבצעים בצוותא על פי הגדרת מונח זה בדין הישראלי ובדין הגרמני, שבהם לא שולט עיקרון ביצוע דווקני זה. להגדרות אלה ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 36, בעמ' 185-190, 213-215. כן ראו ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 419-422, 436-445. פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 202; כן ראו ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(2) 694, 696.

כדי לסבר את האוזן בעניין זה נבחן תרחיש טיפוסי של אחריות משותפת ברשלנות.⁶⁵ שני קבלנים אחראים על פרויקט בנייה. על פי חלוקת העבודה ביניהם, בכל יום פותח ומנהל את אתר הבנייה אחד מהם בלבד. השניים מקבלים החלטה משותפת להשתמש בהתקן לא תקני לרתימה של פיגומי הבנייה לשלד הבניין, מתוך הנחה שדי בו כדי להבטיח את יציבות הפיגומים. למחרת היום – כדרך יום ביומו – מגיע לאתר הבנייה אחד מהם בלבד ומורה לפועלים לפעול בדרך האמורה. במשך היום ניתק אחד הפיגומים משלד הבניין ופועל שעמד עליו מצא את מותו. בהנחה שמדובר במעשה רשלני – קרי: שקבלן סביר היה צופה את הסיכון ונוהג אחרת – האם מוצדק יהיה לייחס את האחריות לגרימת מות הפועל ברשלנות לקבלן שפתח את האתר והפעילו ביום האסון בלבד? האין די בעובדה שהחלטה לפעול בדרך מסוימת התקבלה גם על דעתו של הקבלן האחר כדי להצדיק את ייחוס אותו "מעשה" גם לו? במילים אחרות: האין להרחיב את האחריות הפלילית גם אליו – חרף העובדה שהוא היה רק "רשלן" כלפי תוצאת העברה? האם יש בכך משום "הרחבה" לא סבירה של האחריות הפלילית?

דוגמה זו ממחישה את הקושי הטמון בטענה הגורפת שלפיה הטלת אחריות על אדם שחלקו במעשה הפיזי לא היה דומיננטי היא הרחבת יתר של האחריות הפלילית. טענה זו, אף שהיא נכונה במקרים מסוימים, אינה יכולה להתקבל באופן מכליל. יש סיטואציות שבהן דווקא זה שחלקו במעשה הפיזי מינורי הוא בעל האחריות המוסרית הגדולה יותר,⁶⁶ ולכן אין מקום לטענה כללית שהרחבת האחריות מכוח המעשה המשותף בלבד, כשלעצמה, מעוררת קושי אינהרנטי.

או ניטול את הדוגמה שהביא פלר⁶⁷ על שתי גרסאותיה: שני פועלי בניין מפנים לבנים מפגום. הם סוגרים את הכניסה לאתר הבנייה כדי למנוע כניסה של עוברי אורח, אך הם אינם

65 עיקרי העובדות בדוגמה זו, בשינויים מסוימים, מבוססים על האירוע שנדון בע"פ 81/79 ערוץ נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 679.

66 בדיון האנגלי צומצמה הגדרת המבצע בצוותא (Joint Principal) למי שנטל חלק בביצוע היסוד העובדתי של העברה (בעברות התנהגות) או למי שמעשיו נחשבים לגורם המידי והישיר לתוצאה אסורה (בעברות תוצאה). הגדרה מצמצמת זו, שהדגש בה הושם על היסוד הפיזי, מוציאה מתחולתה מעורבים רבים הנחשבים כמבצעים בצוותא בדיון הישראלי (למשל: נהג רכב מילוט מזירת הפשע או ראשי ארגוני פשיעה שהורו על ביצוע העברה). אולם הדיון האנגלי אינו מבחין, לעניין הענישה, בין מבצע בצוותא לבין משדל או מסייע (Accessory), כך שעל שניהם אפשר להטיל אותו עונש, בהתאם למידת האשמה; במילים אחרות: יש הבחנה לעניין סוג האחריות בין מבצע לבין מסייע או משדל, אך הענישה נקבעת בהתאם לחומרה המוסרית של האשמה. בצד הבחנה זו הדין האנגלי קובע כי התביעה אינה חייבת לציין באישום אם היא מייחסת לנאשם את העברה כמבצע בצוותא או כמשדל או מסייע, וחבר המושבעים רשאי להרשיע נאשם בנסיבות שבהן הוא משוכנע כי הנאשם היה מעורב בביצוע העברה לכל הפחות כמסייע או משדל, אף אם חלקו המדויק בביצוע העברה לא הוכהר דיו. אם כן, ההבחנה בין סוגי האחריות חשובה, אך אין לה משקל מכריע לעניין העונש וחומרתו. לעניין זה ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 185-188; ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 419-422. כן ראו את פסק דינו של בית המשפט לערעורים בפרשת R. v. Giannetto [1997] 1 Cr. App. R. 1.

67 פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 290-291.

מביאים בחשבון את האפשרות שפועלים הנמצאים כאתר עלולים להיפגע. הם מתחילים להשליך את הלבנים אל הקרקע מהגובה וכתוצאה ממעשיהם נפגע אחד הפועלים בראשו ומוצא את מותו. נניח שאפשר לקבוע בוודאות מי מהשניים השליך את הלבנה הקטלנית. כעת נסקור שתי מסכתות עובדתיות חלופיות: בראשונה השניים פעלו בתיאום מלא ודרך פינוי הלבנים מהפיגום בוצע בהתאם לתכניתם המשותפת; במסכת העובדתית השנייה שניהם השליכו לבנים אל הקרקע, אך ללא כל תיאום ונניח אף בלי שכל אחד מהם ידע על פעולת האחר.⁶⁸ לשיטתו של פלר, במקרה הראשון תוטל האחריות הפלילית (ברשלנות) לגרימת המוות על כל אחד מהפועלים – אם כי, לשיטתו, כמבצעים עיקריים בלבד ולא כמבצעים בצוותא (הבחנה שאליה אתייחס בהמשך); במקרה השני תוטל האחריות על משליך הלבנה הקטלנית בלבד.

אם נתעלם לרגע מההבחנה שבין ייחוס האחריות לשני הפועלים כמבצעים עיקריים לבין ייחוס האחריות לשניהם מכוח דוקטרינת הביצוע בצוותא, נוכל לשאול מה בין המסכת העובדתית הראשונה לשנייה? מדוע זה תוטל האחריות במקרה הראשון גם על הפועל שלא זרק את הלבנה הקטלנית ואילו במקרה השני יצא הלה פטור בלא כלום? התשובה לכך פשוטה וטבעית: במקרה הראשון פעל זורק הלבנה הקטלנית על דעתו ו"בשליחותו" של הפועל השני, מתוך תכנית משותפת לפינוי הלבנים, שמכוחה קיבל על עצמו הפועל השני את האחריות המוסרית ל"מעשה" של הראשון והפך אותו למשותף לשניהם. לעומת זאת, במקרה השני בוצעה זריקת הלבנה הקטלנית על דעתו של הפועל הראשון בלבד, ובעניין זה אין כל משמעות לעובדה שגם הפועל השני זרק באותה עת לבנים אחרות (שלא גרמו פגיעה). והנה, למרבה הפלא, זו ההבחנה שעליה הצביע גם פלר, המצדיקה לשיטתו את הטלת האחריות על הפועל השני במסכת העובדות הראשונה.⁶⁹ אמנם, כפי שציינתי לעיל, לשיטתו של פלר ייחוס האחריות מטעם זה לשני הפועלים במקרה הראשון הוא כשל "מבצעים עיקריים" ולא כשל "מבצעים בצוותא", שכן עמדתו העקרונית היא שאין שותפות מתוך רשלנות;⁷⁰ ואולם לדעתי, בניסיונות המתוארות, הבחנה זו מלאכותית, נטולת תוכן או נפקות. השאלה הייתה ונותרה מכוח מה נייחס את השלכת הלבנה הקטלנית של הפועל הראשון

68 פלר לא ראה תנאי זה כהכרחי לשלילת אחריותו של הפועל שלא זרק את הלבנה הקטלנית במסכת העובדות השנייה, וגם טען כי אף העובדה שהשניים ביצעו את מעשיהם בסמיכות זמן ומקום אין בה כדי לחייב כדין פועל זה, שכן התיאום בין השניים ביצעו את מעשיהם בסמיכות זמן את הרחבת האחריות. לעניין זה ראו שם; ראו גם את ציטוט טענתו, להלן ה"ש 69. לעצמי אני חושב שעמדה זו של פלר אינה נקייה מספקות וכדי לנטרל כל רכיב שאפשר לחלוק עליו בדוגמה המקורית שלו החלטתי לציין תנאי זה אף אם מדובר בתנאי שמעבר לצורך.

69 בקשר למסכת העובדות השנייה כתב פלר כי "אין אנו רואים הבדל מהותי בין המקרה בו שני הפועלים עשו את פעולותיהם בסמיכות מקומית, זה על-יד זה, לבין המקרה בו כל אחד עבד בקצה אחר של הפיגום. העיקר הוא שלא היה כל סדר מחייב בין פעולותיהם, כל התנייה של פעולות האחד בפעולותיו של האחר, או כל תיאום מיוחד אחר בין פעולותיהם, המאחד אותם לפעילות אחת, בלתי ניתנת לפיצול. בהנחה נוספת זו, היו מתחייבים שני הפועלים כמבצעים עיקריים של גרימת מוות ברשלנות [...]". ראו פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 291.

לפועל השני, שלא תרם כל תרומה פיזית למעשה ההמתה? והתשובה היא – אף לשיטתו של פלר – מכוח המעשה המשותף שבחרו להוציא לפועל יחדיו. ובעניין זה – "מעשה" משותף אמרנו ולא החלטה משותפת לסכן את חייו של מאן-דהוא, שהרי השניים לא היו מודעים לאפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית. אולם, אם בכוחו של "מעשה משותף" להצדיק, לדעת פלר, את הרחבת האחריות אל הפועל השני כמבצע עיקרי – מדוע אין בכוח לעשות כן מכוח הדוקטרינה של ביצוע בצוותא? ובכלל: האם אופי אחריותו של הפועל השני אינו הולם יותר את מושג הביצוע בצוותא מאשר את מושג הביצוע העיקרי? ולבסוף, אם אין נפקות מעשית בין שתי האפשרויות האמורות – האם ראוי לקדש את ההבחנה ביניהן לשם עצמה? להלן אתיחס ביתר הרחבה להבחנה בין ביצוע עיקרי לביצוע בצוותא בעברות רשלנות, אולם על רקע הנמקתו של פלר לייחוס האחריות לפועל השני במקרה הראשון (החלטתם המשותפת לבצע מעשה מסוים), נותרה תמוהה וחסרת פשר קביעתו שבביצוע בצוותא נדרשת "מודעות של כל אחד מן המבצעים העיקריים לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית עקב פעילותם המשותפת, ולא לפעילות הפיזית עצמה, בלבד".⁷¹

ובכלל: אם ההצדקה להרחבת האחריות מכוח הדוקטרינה של ביצוע בצוותא נעוצה במודעות המבצעים לפליליות מעשיהם, ראוי לכאורה לדרוש שמודעות זו תתקיים בכל יישום של דוקטרינה זו ולא דווקא בעברות רשלנות. כך, למשל, יהיה עלינו לדרוש את מודעות המבצעים לכך שהם פוגעים בערך מוגן בעברות התנהגות (פגיעה זו היא ה"תוצאה" בעבירות אלה)⁷², או לכך שמעשיהם המשותפים מהווים עברה פלילית בעברה מסוג של mala prohibita. ומה יהיה בנסיבות שבהן המבצעים סבורים כי עומד להם צידוק לביצוע המעשה המשותף? האם טעותם בעניין זה – השוללת כשלעצמה את מודעותם לפליליות התנהגותם⁷³ – תשלול את האפשרות לייחס להם את ביצוע העברה בצוותא? לדעתי, כל האפשרויות הללו – שיסודן בדרישה למודעות המבצעים בצוותא ל"פליליות" מעשיהם (על פי כל אחד מהכינויים שהוצגו למודעות זו) – הן סטייה מעקרונות יסוד במשפט הפלילי. לא מודעותו של אדם לפליליות מעשהו מכוננת את אחריותו, ויהא אותו אדם מבצע עיקרי או מבצע בצוותא; האחריות הפלילית של אדם, או של חבר בני אדם,

71 ש.ם.

72 ראשית יהיה עליהם להיות מודעים לכך שהערך הנפגע ממעשיהם הוא ערך מוגן בקודקס הפלילי; נוסף על כך תידרש מודעותם לכך שהתנהגותם פוגעת בו – שכן המודעות לשני רכיבים אלה היא שמבטאת את המודעות לפליליות התנהגותם ויכולה להיחשב אקוויוולנטית למודעות לאפשרות גרימת מוות בעברת התוצאה של גרם מוות ברשלנות. כך, העוברת שחיי אדם הם ערך מוגן ידועה לכול, ועל כן הנחת המוצא היא שמבצעים של עברת המתה מודעים לכך (מה שאינו הכרחי בעברת התנהגות קלה יותר). ואילו המודעות לאפשרות גרימת המוות היא המקבילה למודעות לפגיעה בערך המוגן בעברת התנהגות. דרישת מודעותם של המבצעים בצוותא לאפשרות גרימת המוות בעברת גרם מוות ברשלנות היא, לפיכך, שוות ערך לשני סוגי המודעות הנזכרים לעיל בעברת התנהגות.

73 במבנה המשולש (Tripartite Structure) של יסודות האחריות הפלילית בדין הגרמני, הסייגים לאחריות מסוג צידוק נחשבים חלק מיסוד אי-החוקיות (Unlawfulness – Rechtswidrigkeit) בעברה, משום ש"צידוק" שולל מעיקרא את פליליות המעשה. לעניין זה ראו BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 16-17, 77-114.

היא על כל מעשה רצוני שעשה, ודרישת המודעות (בכוח או בפועל) לתוצאותיו של המעשה מיועדת אך ורק לתחימת היקף האחריות – הא ותו לא.

נסכם אפוא את הטענה עד כה: הביצוע בצוותא מבוסס על שיפוט נורמטיבי שלפיו תכנית משותפת של מעשה (כלומר: ייפוי כוח, קבלת אחריות מרצון ונטילת חלק בביצוע כולל של מעשה) מצדיקה ייחוס של אותו מעשה, על רכיביו הנפרדים, לכל אחד מהשותפים שנטלו בו חלק מסוים (אף קטן⁷⁴) מרצון.

2. ביצוע בצוותא: ייחוס נורמטיבי וזיקתו לקשר הסיבתי המשפטי

דוגמת הפועלים האחרונה של פלר ממחישה היטב כי אף לשיטתו התגבשותה של מחשבה פלילית אינה תנאי בלעדיו-אין לייחוס מעשה של אדם לזולתו, וכן כי תיתכנה הצדקות נוספות לעשות כן כגון תכנית משותפת של מעשה. אולם, לדעתי, המחשבה הפלילית לא ראויה לשמש אף כתנאי מספיק לכך, ותחולת האחריות והיקפה הראוי על פי דוקטרינת הביצוע בצוותא – כדוקטרינה המבוססת על שיפוט נורמטיבי – חייבת להיבחן בפרספקטיבה רחבה יותר מזו שבכוחו של היסוד הנפשי לספק.

לדעתי, השאלה בדבר ייחוס מעשה של פלוני לאדם אחר צריכה להיות מוכרעת, ראשית לכול, על פי עוצמת הזיקה הנורמטיבית-מוסרית שבין מעשיו של אותו אחר לבין המעשה (העברה) שמבקשים לייחס לו. אמנם, בבחינת זיקה זו היסוד הנפשי עשוי לשמש אמת-מידה אחת בלבד, אך לא זו המכרעת ואף לא זו המספקת. ובעניין זה, חרף הרטוריקה השונה, נראה כי גישתו המעשית של פלר אינה שונה מזו המוצעת על ידי, כפי שאפשר ללמוד מדוגמת הפועלים (וכך גם, כנראה, גישתו של בית המשפט, בהתחשב בהכרעתו בפרשת לוי⁷⁵). יש אפוא לעמוד על טיב הזיקה הנורמטיבית-מוסרית הנדרשת לייחוס מעשה של פלוני לזולתו – שאלה הכרוכה, לדעתי, בשאלת תכניו של הקשר הסיבתי המשפטי.⁷⁶ במה דברים אמורים? נראה לי כי קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין מעשיו של אדם לבין התגבשות יסודותיה של עברה מסוימת ("המעשה") הוא התנאי המרכזי לייחוס העברה לאותו אדם כ"מבצע עיקרי", שהרי קשר סיבתי זה מבטא את הליך הגרימה וגרימה זו מבטאת את תוכנו המינימלי של המושג "ביצוע". הביצוע העיקרי מעוגן אפוא, ראשית לכול, בדרישת התגבשותו של

74 בדנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, 20 (1998), נקבע כי ניתן "לכלול במעגל המבצעים בצוותא משתתף, שיחסו הנפשי לעבירה [...] היה כשל מבצע, גם אם חלקו בעשייה היה קטן יחסית". השאלה מהו החלק המינימלי שעל שותף ליטול ב"עשייה" כדי לחייבו בביצוע בצוותא לא קיבלה תשובה בפסיקה.

75 ראו ה"ש 121 להלן.

76 אחרי כתיבת שורות אלה, בשלב עריכת התוכן של המאמר, פורסם פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2015). כאשר קראתי את פסק הדין מצאתי כי כיוונתי לדעתו של גדול ממני בשנים וברעה, שופט בית המשפט העליון ניל הנדל, שכתב בעניין הקשר הסיבתי המשפטי כך: "מבחן הקשר הסיבתי המשפטי רחב יותר ממבחן של צפיות גרידא. במקרים אלה למעשה נבחנת עוצמת הזיקה בין מעשי הנאשם לבין התוצאה הקטלנית, על אף שגם בהקשר זה נעשה שימוש במונח "צורך לצפות". גם כאשר הכל צפוי, עשויה הרשות להיות נתונה, שכן הצפיות אינה יוצרת זיקה, כשלעצמה, בין אדם מסוים לתוצאה מסוימת". לא יכולתי לנסח את הטענה טוב יותר.

קשר סיבתי עובדתי, שממנו יונק מושג הביצוע את משמעותו העובדתית (להלן: ביצוע עובדתי). אולם משמעות זו מוגבלת גם בעניינו של מבצע עיקרי בתוכני הקשר הסיבתי המשפטי, שתפקידו לרסן את מושג הביצוע העובדתי המינימלי (גרימה) לכדי משמעותו הנורמטיבית-מוסרית (להלן: ביצוע נורמטיבי), שאינה זהה לו.

שונים הם הדברים בדוקטרינת הביצוע בצוותא, המבוססת על מהלך הפוך: ככלל, העיקרון המשפטי הנקוט בידינו הוא שאדם אחראי למעשיו שלו בלבד ואינו אחראי למעשיהם של אחרים; בכלל מעשיו של אדם – כתנאי מינימלי – נופל כל מעשה שהוא גרם לו, קרי: כל מעשה המקיים קשר סיבתי עובדתי עם מעשיו ("הביצוע העובדתי"). חריג לכלל זה הוא דוקטרינת הביצוע בצוותא, שעניינה ייחוס מעשה עברה לאדם שמעשיו, כשלעצמם, אינם מקיימים זיקה סיבתית-עובדתית ("גרימה") עם אותו מעשה. הטעם לייחוס מעשה זה למי שלא ביצע אותו עובדתית נעוץ בשיקולים נורמטיביים-מוסריים, קרי: בהתגבשותו של קשר סיבתי משפטי, שבביצוע בצוותא מאופיין בשיקול המוסרי-נורמטיבי הייחודי לדוקטרינה זו של היות אותו אדם צד לתכנית המשותפת (ייפוי הכוח, קבלת האחריות מרצון ונטילת חלק מסוים בביצוע), המצדיק לייחס לו ביצוע נורמטיבי של אותו מעשה. הבסיס המוסרי של הרחבת האחריות הפלילית במקרים של ביצוע בצוותא הוא אפוא שאף שהמעשה לא בוצע עובדתית על ידי פלוני, יש טעם משפטי-מוסרי לייחס לו ביצוע נורמטיבי של מעשה זה. אולם, הקשר הסיבתי המשפטי – המבטא את השיפוט הנורמטיבי-מוסרי של מושג הביצוע – משמש בדוקטרינת הביצוע בצוותא בתפקיד כפול: תחילה, אמנם, כבסיס להטלת אחריות בשל התכנית המשותפת, אך לבסוף גם כיסוד שתפקידו להגביל את היקף תחולתה של האחריות על בסיס שיקולים נורמטיביים מתחרים, כפי שהוא מיושם גם במצבים של ביצוע עובדתי.

שאלת ההגבלה של האחריות הפלילית בדוקטרינת הביצוע בצוותא (כמו גם של כל ביצוע) קשורה אפוא בטבורה בשאלת התכנים הכלליים של הקשר הסיבתי המשפטי. אולם, חרף העובדה שלשאלה אחרונה זו יש השפעה מכרעת על מסקנותיו של מאמר זה, היא ללא ספק חורגת מאוד מנושאו. לי נראה כי לצורך גיבוש מסקנותיי במאמר די אם אציג שניים אלה: תחילה את שורשי המחלוקת בשאלת תכניו הכלליים של הקשר הסיבתי המשפטי, שיש בהם כדי לשפוך אור על הנתיב הרעיוני שמאמר זה מצדד בו; ולבסוף את מבחן ניתוק הקשר הסיבתי המשפטי הייחודי לביצוע בצוותא, שיישומו רלוונטי מאוד במקרה נשוא ענייננו.

(א) תכניו הכלליים של הקשר הסיבתי המשפטי

הצגה של שורשי המחלוקת בשאלת תכניו הכלליים של הקשר הסיבתי המשפטי, כאמור לעיל, רלוונטית מאוד להבנת המבחנים להגבלת האחריות הפלילית בביצוע בצוותא. נפתח אפוא בהצגת עמדתו של פלר בסוגיה.

בהגותו של פלר יש זהות תוכנית בין הקשר הסיבתי המשפטי לבין תוכני היסוד הנפשי בעברה, וענייננו של הראשון כענייננו של השני חדהם: שאלת התגבשותה של צפיות לאפשרות ההתגבשות של תוצאת העברה.⁷⁷ על רקע זהות זו, ייחוס אחריות בגין ביצוע בצוותא

77 פלר אמנם טען כי לצורך איתור האירועים הסיבטיים הרלוונטיים לגיבוש אחריות פלילית יש מבחנים נוספים על מבחן הצפיות, אולם עיון במבחנים שהוצעו על ידו מגלה כי עניינם

ברשלנות – קרי: ביצוע בצוותא במצבי מודעות ככוח – הוא מימוש מרבי של פוטנציאל כוחו ותוכנו של הקשר הסיבתי המשפטי (צפיות כלשהי, אף ככוח בלבד). לפיכך, מבחינה מושגית, מדובר בהרחבת אחריות מרבית של דוקטרינת הביצוע בצוותא – על כל מצבי הביצוע הנורמטיבי האפשריים (צפיות מסוג כלשהו), שגבולותיהם תחומים במצבי פטור בלבד (אי-מודעות סבירה או סייג לאחריות).

לא כן בגישה השלטת בדין המשווה, האנגלו-אמריקני⁷⁸ והקונטיננטלי⁷⁹ כאחד, שבו תכניו של הקשר הסיבתי המשפטי חורגים מתחום הצפיות אל היבטים נורמטיביים-מוסריים רחבים של מושג הביצוע. כאמור לעיל, העיסוק המלא בתכנים אלה חורג מאוד מנושאו של מאמר זה, אך בתמצית אומר כי עניינם במבחיני ייחוס ביצוע נורמטיבי של מעשה לאדם על רקע זיקתו הנורמטיבית-מוסרית למעשה (העברה) כשלעצמה, ובהשוואה לזיקתם של אחרים לאותו מעשה. מבחינים אלה כוללים, למשל, את מבחן הסיבה הזניחה⁸⁰ (Negligible causes), מבחן חובת הדאגה⁸¹ (duty of care), מבחן הגורם זר המתערב⁸² (Intervening acts).

בתנאי ההתגבשות של יסודות העברה (הרכיב ההתנהגותי, הנסיבתי והיסוד הנפשי) וכן דרישת הכשרות הפלילית והיעדר התגבשותו של סייג. תנאים אלה – תנאי הסף להתגבשות האחריות הפלילית – אינם משקפים את מבחני הביצוע הנורמטיביים. לעניין זה ראו פלר יסודות בדיני עונשין א', לעיל ה"ש 19, בעמ' 447-449, 646-655, וכן ש"ז פלר "השפעת מהות הגורם המתערב הזר על האחריות הפלילית – חזרה לגישה המיושנת?" הפרקליט לה 396 (1983) (להלן: פלר "השפעת מהות הגורם המתערב הזר").

78 ראו בדין האנגלי ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 81-102; ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 102-103 DOCTRINE (5th ed. 2013). בדין הקנדי ראו STUART, לעיל ה"ש 26, בעמ' 154-165. A.P. SIMESTER ET AL., SIMESTER AND SULLIVAN'S CRIMINAL LAW: THEORY AND DOCTRINE (5th ed. 2013). בדין האמריקני ראו, למשל, (AM. LAW INST., MODEL PENAL CODE § 2.03(2)(b), 2.03(3)(b) Proposed Official Draft 1962), שם הוגדרו גבולות הקשר הסיבתי המשפטי כך: "is not too remote or accidental in its occurrence to have a [just] bearing on the actor's liability or on the gravity of his offense"

79 ראו, למשל, בדין הגרמני את BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 45-54; ובדין הנורווגי את ANDENAES, לעיל ה"ש 26, בעמ' 112-127.

80 ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 84-85; SIMESTER ET AL., לעיל ה"ש 78, בעמ' 85-86.

81 ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 54-55; ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 290-294; BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 42-45. הערפתי לכנות מבחן זה בשם "חובת הדאגה" ולא "חובת הזהירות" בשל התוכן השונה של מבחן זה בהשוואה לתוכן המבחן של "חובת הזהירות" בדין הישראלי. אציין כי מבחן זה בדרך כלל אינו נדון בספרי הלימוד בפרק העוסק בסיבתיות (causation) אם כי הלכה למעשה הוא משמש מבחן המנתק סיבתיות עובדתית מטעמים של היעדר סיבתיות נורמטיבית, כדרך מבחני הקשר הסיבתי המשפטי. כך, מבחן זה עשוי לשלול את הטלת האחריות גם כשמתקיים קשר סיבתי עובדתי (שבלעדיו אין) בין מעשה או מחדל לבין תוצאה, וזאת בנסיבות שבהן לעושה או לחודל אין חובת זהירות כלפי קרוב העברה.

82 ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 85-100; ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 108-113; SIMESTER ET AL., לעיל ה"ש 78, בעמ' 87-103; STUART, לעיל ה"ש 26, בעמ' 154-165; BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 48-50.

(or events), מבחן היעדר סיכון משפטי רלוונטי⁸³ (Lack of Creation of a Legally Relevant Danger), מבחן הפחתת הסיכון⁸⁴ (Risk Diminishment) ועוד.

על יסוד שורשי המחלוקת באשר לתוכני הקשר הסיבתי המשפטי שהוצגו כעת, יקל עלינו להבין גם את שורשי המחלוקת בשאלת יישומה של דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות. אם הצפיות היא-היא הקשר הסיבתי המשפטי ואין בלתי (פלר), הרי היא גם הגורם הבלעדי שבכוחו לייחס ביצוע נורמטיבי של מעשה עברה של פלוני לזולתו בהיעדר קשר סיבתי עובדתי בין מעשי הזולת למעשה זה. בנסיבות אלה מובנת הדרישה להתגבשות של יסוד נפשי מוחמר (צפיות כפועל) בביצוע בצוותא, שהרי היא האמצעי היחיד בנמצא להגבלה של היקף האחריות במסגרת דוקטרינה זו, על דרך של "פיצוי" החסר במישור העובדתי על ידי יסוד נפשי מוחמר.

אולם, אם תוכני הקשר הסיבתי המשפטי רחבים וחורגים מאלה של היסוד הנפשי, אזי היקף האחריות בביצוע בצוותא אינו תלוי בדרגת היסוד הנפשי על היבטיו הצרים לכדה, אלא בעוצמת הזיקה הנורמטיבית-מוסרית של אדם למעשה, הנבחנת על יסוד פרמטרים נורמטיביים נוספים. זיקה חזקה מסוג זה עשויה בהחלט להצדיק ייחוס ביצוע נורמטיבי של מעשה גם בעברת רשלנות – ולהפך: זיקה חלשה לא תכונן אחריות אף בעברות של מחשבה פלילית.

כעת מתבהרים גם גבולות האחריות בדוקטרינת הביצוע בצוותא. כאמור, רכיב ייחודי הכרחי לכינון הזיקה הנורמטיבית-מוסרית בדוקטרינה זו (תנאי הסף להחלתה) הוא אכן התכנית המשותפת לביצוע מעשה העברה, אך גבולות יישומה של דוקטרינה זו (התנאים המספיקים) כפופים לשיקולים נורמטיביים נוספים של מושג הביצוע (המבחנים הנורמטיביים של הקשר הסיבתי המשפטי), שאינם ייחודיים דווקא לדוקטרינה זו. לכן, בהינתן הקשר הסיבתי המשפטי בין אדם למעשה מסוים על יסוד שיקול נורמטיבי רלוונטי כלשהו, תישלל אחריותו הפלילית של אותו אדם לאותו מעשה אף אם היה שותף מלכתחילה לתכנית ביצוע. מכאן, שהטענה שלפיה יישום דוקטרינת הביצוע בצוותא בביצוע משותף של מעשה בלבד היא הרחבה לא מידתית של האחריות הפלילית היא טענה לא תקפה, שכן ביצוע משותף זה הוא אך תנאי סף להחלת הדוקטרינה אך בשום אופן לא תנאי מספיק. ואולם תנאי הסף – כמו גם התנאים המספיקים ליישום דוקטרינת הביצוע בצוותא – אינם יכולים לגדור את עצמם למושגי היסוד הנפשי לכדם, שכן אלה צרים מלהכיל את תכניו המורכבים של מושג הביצוע הנורמטיבי.

(ב) ניתוק הזיקה הנורמטיבית שביסוד התכנית המשותפת: "ביצוע שונה באופן יסודי" (fundamentally-different)

אחד המבחנים המקובלים בדין הפלילי לניתוק הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן "הגורם הזר המתערב". אולם בניגוד לתכניו של מבחן זה בדין הישראלי, המוגבלים (ככל מבחני

83 Bohlender, לעיל ה"ש 51, בעמ' 50.

84 שם, בעמ' 51.

הקשר הסיבתי המשפטי) למצבי אי-צפיות (בפועל או בכוח) של התערבות זו,⁸⁵ בדין המשווה מבחן זה כולל, בין השאר, את הכלל שלפיו מעשה חופשי (free), מכונן (deliberate) ומודע (informed) של אדם (להלן: מעשה אוטונומי) מנתק את הקשר הסיבתי בין מעשה קודם של אדם אחר לבין מעשה העברה – בין שהאחר יכול היה לצפות את המעשה האוטונומי המתערב ובין שלא.⁸⁶ הטעם לכך נעוץ בעקרון האוטונומיה של הפרט,⁸⁷ שלפיו מעשה אוטונומי של אדם (agent) לעולם אינו יכול להיחשב כמעשה שנגרם על ידי אדם אחר⁸⁸ ואפילו פעל האחר בכוונה,⁸⁹ משום שמעשה אוטונומי נחשב לעולם "עילת העילות" ו"סיבת הסיבות" בדיני הקשר הסיבתי המשפטי בתחום המשפט הפלילי.

85 פלר יסודות בדיני עונשין א', לעיל ה"ש 19, בעמ' 452-453; פלר "השפעת מהות הגורם המתערב הזר", לעיל ה"ש 77; ש"ז פלר "מהות הגורם המתערב הזר והשלכתה על הקשר הסיבתי" משפטים ו' 30 (1975) (להלן: פלר, "הגורם המתערב הזר"). גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ב 112 (2010). בתחילה הייתה עמדת הפסיקה הישראלית שונה בסוגיה זו; ראו לעניין זה את האסמכתאות בה"ש 132 להלן. ברבות השנים דומה כי הפסיקה אימצה ככלל את עמדתו של פלר בסוגיה האמורה; לעניין זה ראו, למשל, ע"פ 8827/01 שטרייזנט נ' מדינת ישראל פ"ד נז(5) 506, 518 (2003); ע"פ 4752/08 שולמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.4.2009). יש להעיר כי אם מבחן "הגורם הזר המתערב" רלוונטי רק במצבי אי-צפיות", אזי אין מדובר כלל במבחן עצמאי או מובחן, שהרי ה"צפיות", בפועל או בכוח, נדרשת ממילא מכוח דרישת היסוד הנפשי. יוצא אפוא שכלל אין טעם לדבר על מבחן זה כקטגוריה בפני עצמה.

86 ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 85-86; ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 104-105, 108-113; SIMESTER ET AL., לעיל ה"ש 78, בעמ' 90-91. גם בדין הגרמני שמורה לדוקטרינה מעמד מסוים בקביעת גבולות הקשר הסיבתי, אם כי באופן מצומצם יותר. לעניין זה ראו BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 48.

87 ראו בהרחבה ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 23-26.

88 היטיב לבטא עמדה זו בית הלורדים בפרשת R v. Kennedy [2008] 1 A.C. 269, 275, שם נקבע: "Thus D is not to be treated as causing V to act in a certain way if V makes a voluntary and informed decision to act in that way rather than another".

89 בהתאם לעיקרון שעליו חזר בית הלורדים בפרשת Kennedy, שם. דוגמה לסיטואציה כזו אפשר להניח באירוע ההיפותטי שלהלן: ראובן, המשמש אח בבית חולים, רוצה לגרום למותו של שמעון, המאושפז במקום. לשם כך הוא מכין לרופא המחלקה, לוי, מזרק ובו חומר ממית, בתקווה שלוי יזריק את החומר לחולה מתוך הנחה שמדובר בתרופה הקבועה ששמעון מקבל מדי יום. לוי מבחין בפעולתו של ראובן, אך משום שאף הוא רוצה להמית את שמעון הוא מזריק לו את החומר שהכין עבורו ראובן. בנסיבות אלה, שבחן פעל לוי באופן חופשי, מכונן ומודע, אפשר יהיה להאשים רק את לוי ברצח של שמעון, ואת ראובן אפשר יהיה להרשיע רק בעברה של ניסיון לרצח – שהיא לכדה המעשה שלו (בתנאי שאינם שותפים למעשה). הטעם לכך נובע מן העובדה שהמתת שמעון, אחרי הכול, היא מעשה של לוי ולא של ראובן. ובעובדה שאף ראובן רצה במותו ואף ביצע פעולה ממשית לקידום תוצאה זו אין כדי להביא לכך שתיוחס לו פעולה אוטונומית ומכוונת של אדם אחר. מקרה דומה (אם כי לא זהה) נדון בפרשה אנגלית ישנה מאוד, עניין 2 Plowd 473 (1573) R. v. Saunders. כאמור לעיל (ה"ש 76), לאחר כתיבת שורות אלה אך טרם פרסום המאמר, התפרסם פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"פ 404/13, שבו אימץ השופט הנדל עיקרון זה מפורשות, תוך הפניה לפרשת Kennedy

אולם, כלל זה (הגורם הזר האוטונומי המתערב), על פי פשט תוכנו, אינו רלוונטי לביצוע בצוותא שבו, אינהרנטית, נוטלים חלק כמה שחקנים הפועלים אוטונומית, כלומר: באופן חופשי, מכוון ומודע. הנימוק הנורמטיבי לכך פשוט: מעשיו האוטונומיים של ראובן אינם יכולים לנתק את זיקתו הנורמטיבית-מוסרית של שמעון אליהם, שעה שראובן פועל לצדו, על דעתו ובשליחותו ("התכנית המשותפת") של שמעון בקשר לאותם מעשים. מכאן, שמבחן ה"גורם הזר המתערב" – כגורם אוטונומי חופשי, מכוון ומודע – אינו מנתק את זיקתו הנורמטיבית של מבצע בצוותא אחד למעשיו של מבצע בצוותא אחר.⁹⁰ ובלשון אחר: הביצוע בצוותא הוא חריג לעיקרון האוטונומיה.

אולם העובדה שיסודו של מעשה מסוים הוא בתכנית משותפת אינה קושרת לנצח כל שותף לתכנית זו למעשיהם של השותפים האחרים. בדיני השותפות שבדין האנגלי התפתחה למשל הדוקטרינה של "fundamentally different" (להלן: ביצוע שונה יסודית), הפוטרת שותף מאחריות על מעשה שביצע שותף אחר בדרך השונה יסודית מזו שעמדה בבסיס התכנית המשותפת או מזו שהתפתחתה הייתה ריאלית בנסיבות העניין.⁹¹ ודוק: ההגש בדוקטרינה זו מושם על הדרך או האופן של ביצוע המעשה או של גרימת התוצאה אף בנסיבות שהמעשה או התוצאה כשלעצמם היו צפויים או אף מתוכננים. בכך מבוססת הדוקטרינה על מאפייני הביצוע האובייקטיביים-נורמטיביים ולא על מאפיינים סובייקטיביים של "צפיות" גרדא,⁹² באופן המבטא את הרעיון שלפיו מעשה עצמאי ואוטונומי של אדם אינו יכול להיחשב

האנגלית. התשובה לשאלה אם פסק הדין אימץ את העיקרון כהלכה חדשה אינה חד-משמעית, מאחר שעיקרון זה בנוסחו האמור אינו מפורש בחוות דעתם של כל שופטי הרוב. מכל מקום ברור לחלוטין מפסק הדין כי בית המשפט אימץ פה אחד את העמדה המשפטית שלפיה תוכני הקשר הסיבתי המשפטי חורגים ורחבים מתכניה של ה"צפיות" לברדה.

90 G. Williams "Finis for Novus Actus?" [1989] CAMB LJ 391, 397-398.

91 מבחן זה נקבע בשני פסקי דין חשובים של בית הלורדים באנגליה: עניין English שנירון במסגרת R v. Powell [1999] 1 A.C. 1 ופרשת Rahman, ה"ש 1, לעיל.

92 בעניין זה יש להבחין בין צפיות של סוג המעשה או התוצאה לבין צפיות של אופן הביצוע שלהם. החידוש בפסקי הדין בעניין Rahman ו-Powell, שם, הוא בכך שאף במצב שבו תכננו שותפים לבצע מעשה עברה מסוים – פציעה, נניח – ואותו מעשה עברה בדיוק בוצע לבסוף, אין השותפים כולם נושאים באחריות למעשה עברה זה אם בוצע על ידי מי מהם באופן השונה יסודית מזה שנכלל בתכנית המשותפת או היה ריאלי במסגרתה. משמעות הדברים היא ששלילת האחריות אינה מבוססת על פגם ביסוד הנפשי של השותפים שלא נטלו חלק בדרך הביצוע השונה של מעשה העברה, שהרי הם היו מודעים ואף התכוונו לבצע את מעשה העברה של "פציעה" (אם כי בדרך שונה). הטעם לזיכוי השותפים שלא ביצעו את מעשה העברה בדרך שבה בוצע נעוץ בכך שמעשה זה, בדרך השונה יסודית שבה בוצע, הוא מעשה אחר מזה שהסכימו לו. כלומר, אף ששאלת הצפיות של אופן הביצוע של המעשה רלוונטית ליישום הכלל של "ביצוע שונה יסודית", אין מדובר ביסוד נפשי אלא בשאלה אם אפשר לייחס את המעשה, על פי אופיו, לכל אחד מהם בהתאם להסכמתם על פי התכנית המשותפת. בפרשת Rahman הדגיש בית הלורדים כי השאלה אם מדובר "בביצוע שונה יסודית" או לא היא שאלה אובייקטיבית המבוססת על טיב המעשה עצמו בהשוואה לזה שתוכנן. לעניין זה ראו שם, בעמ' 152-153; כן ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 221. על עיקרון זה חזר גם בית המשפט לערעורים באנגליה בפרשת R v. Yemoh [2009] EWCA Crim 930, כשקבע

אלא כמעשה שלו בלבד. על מורכבותה של דוקטרינה זו ועל מבחני-המשנה שלה נשברו קולמוסים רבים,⁹³ אולם החשוב לענייננו הוא שהגבלת האחריות הפלילית על מעשה שהוא פרי תכנית משותפת (ביצוע בצוותא) מבוססת, על פי דוקטרינה זו, על מבחן נורמטיבי של מושג הביצוע ולא על תכניו הצרים של היסוד הנפשי.

דוקטרינת הביצוע השונה יסודית היא אפוא מבחן ניתוק ייחודי של זיקת הקשר הסיבתי המשפטי הייחודית ("תכנית משותפת") לדוקטרינת הביצוע בצוותא. אולם, "הביצוע השונה יסודית" אינו מבחן הניתוק היחיד שאפשר ליישם במצב של ביצוע בצוותא, שכן לסוג ביצוע זה רלוונטיים גם כל מבחני הניתוק הכלליים האחרים המקובלים במסגרת תוכני הקשר הסיבתי המשפטי. בקיצור, "הביצוע השונה עוברתית" אינו אלא יישום ייחודי של אחד ממבחני הניתוק הכלליים (גורם זר אוטונומי מתערב), שהחלתו רלוונטית דווקא במקרים של ביצוע בצוותא.

3. סיכום – המדיניות השיפוטית הראויה להגבלת היקף האחריות בביצוע בצוותא

דוקטרינת הביצוע בצוותא מבוססת על ייחוס "ביצוע נורמטיבי" של מעשה שעשה פלוני לזולתו, על יסוד זיקתו הנורמטיבית-מוסרית של הזולת לאותו מעשה. זיקה זו מבוססת, תחילה וראש, על ייפוי הכוח ועל קבלת האחריות מרצון של אדם אחד למעשיו של האחר, כתנאי סף לביסוס זיקתו הנורמטיבית לאותו מעשה. ואולם זיקה זו – בהיותה נורמטיבית – כפופה גם למבחניו הנורמטיביים המתחרים של מושג הביצוע, קרי: לכל המבחנים והשיקולים הנורמטיביים של הקשר הסיבתי המשפטי.

אכן, אחד המאפיינים הנורמטיביים של הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן ה"צפיות",⁹⁴ אולם זה מבחן אחד בלבד (שיישומו רלוונטי רק במקרים מסוימים⁹⁵) שאינו יכול לשמש

(בפסקאות 140 ו-149 לפסק הדין) כי השאלה אם מה שנעשה שונה ממה שתוכנן להיעשות היא שאלה עוברתית.

93 לדיון נרחב בנושא זה ראו ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 441-445; ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 219-226; SIMESTER ET AL., לעיל ה"ש 78, בעמ' 236-243.

94 גם בדיון האנגלי; ראו, למשל, ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 85-86; SIMESTER ET AL., לעיל ה"ש 78, בעמ' 88, 89-97. בעניין זה יש לציין כי מבחן הצפיות משמש בקשר הסיבתי המשפטי כמבחן ייחוס (imputation) ולא כמבחן אשמה, כפי שהוא מאופיין (בגישות תאורטיות מסוימות) כיסוד נפשי. כמבחן ייחוס אפשר לטעון כי הצפייה שהתנהגות מסוימת תגרום לתוצאות מסוימות מאפשרת לייחס לבעל ההתנהגות, מבחינה נורמטיבית, את גרימת התוצאות הללו, שכן הזיקה העניינית בינו לבין אותו מעשה מאפשרת לראותן כחלק ממנו; כמבחן של יסוד נפשי הצפיות משמשת במובן אחר – כתנאי להטלת אחריות אישית על העושה שפגע בערך החברתי המוגן בעברה מתוך בחירה מדעת. אין זהות בין שני מישורים אלה של צפיות: לדוגמה, סייג מצדיק (justification) או סולח (excuse) פוטרים מאחריות אישית חרף קיומה של צפיות כיסוד נפשי, אולם אין בכוחם לשלול את ייחוס המעשה לעושה בשל הצפיות קשר סיבתי משפטי. לעניין זה ראו GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 554 (2000).

95 בגורמי טבע (natural events) "מתערכים" הצפיות אכן משמשת מבחן העיקרי לבחינת הקשר הסיבתי המשפטי, אולם במצבים של התנהגות אנושית "מתערבת" מבחן זה משמש אספקט

תנאי סף – ודאי שלא כתנאי שדי בו – לייחוס ביצוע נורמטיבי של מעשה. בהתחשב בעובדה זו אין מקום לבסס את הרחבת האחריות הפלילית בביצוע בצוותא או את הגבלת היקפה על מבחן זה לבדו.

מסקנה נוספת הנגזרת מהניתוח המוצע, שראוי להצביע עליה אף שאין היא נוגעת במישרין לענייננו, היא שיישום דוקטרינת הביצוע בצוותא רלוונטי רק בהיעדר קשר סיבתי עובדתי או בנסיבות שאי-אפשר להוכיח את התגבשותו. בנסיבות שבהן אפשר להצביע על "ביצוע עובדתי" אין לדוקטרינת הביצוע בצוותא כל ערך מעשי, שהרי כל תכליתה לשמש פיקציית ייחוס משפטית של מעשה לאדם שלא ביצע אותו עובדתי, אך אין היא נדרשת במצבים שבהם הוכח ביצוע עובדתי.

ד. סיכום הדין הרצוי

עד כה ביקשתי להראות מדוע יישום של דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות אינו מנוגד לבסיס הרעיוני שבו היא מעוגנת, ומדוע גם אין בו משום הרחבת-יתר של האחריות הפלילית בהשוואה לתאוריה המתחרה שהציע לדוקטרינה זו פלר (ובעקבותיו גם בית המשפט העליון בפרשת פלוני). לדעתי, ההפך הוא הנכון: ההנמקה שהוצעה כדי לשלול את יישום הדוקטרינה בעברות רשלנות היא שמנוגדת לעיקרון יסודי בתורת האחריות הפלילית, שלפיו האחריות הפלילית לעולם אינה מותנית במודעות ליסוד הנורמטיבי של העברה (האיסור הפלילי).

קושי מרכזי נוסף בתאוריה של פלר בנוגע לתנאי היישום של דוקטרינת הביצוע בצוותא קשור בדילולם לכדי תכניו הצרים של היסוד הנפשי, שאינם מבטאים נאמנה את תנאי הסף ואת תנאי הגבול הרלוונטיים להחלתה. כפי שטענתי לעיל, בעיה זו קשורה בטבורה בשאלת תכניו של הקשר הסיבתי המשפטי בהגותו של פלר, המצטמצמים לכדי מבחן הצפיות לבדו. דחיית התאוריה של פלר במישור זה (תוכני הקשר הסיבתי המשפטי) ואימוצו של מבחן הזיקה הנורמטיבית-מוסרית, מביאים ליישום נכון ומידתי יותר של דוקטרינת הביצוע בצוותא, שכן זיקה נורמטיבית-מוסרית חלשה מרסנת את היקף האחריות בביצוע בצוותא על בסיס רלוונטי יותר ובכל סוגי העברות – הן של מחשבה פלילית והן של רשלנות. בכך נשמטת גם הטענה השגויה שלפיה יישומה של דוקטרינת הביצוע בצוותא על תכנית משותפת של מעשה בלבד היא הרחבת-יתר של האחריות הפלילית בהשוואה למדיניות השיפוטית שהציע בית המשפט בפרשת פלוני.

בפרק האחרון של מאמר זה אראה, כדוגמה יישומית, איך אפשר – על יסוד שיקולים נורמטיביים מוסריים מתחום הקשר הסיבתי המשפטי – לאפיין את זיקתו הנורמטיבית-מוסרית של הקטין בפרשה נשוא ענייננו למות המנוח כזיקה חלשה, חרף שותפותו בתכנית המעשה במוכנו ההתנהגותי. בפרק זה אטען גם כי זיקה חלשה זו היא העומדת ביסוד ההחלטה של בית המשפט (ולו כהכרעה אינטואיטיבית) לזכות אותו מעברת ההמתה שיוחסה לו. כעת נעבור לבחינת הנימוקים הגלויים שהציג בית המשפט להכרעתו בפרשת פלוני במישור הדין המצוי.

אחד בלבד. להבחנה זו ראו, למשל, SIMESTER ET AL., לעיל ה"ש 78, בעמ' 89.

ה. ביצוע בצוותא ברשלנות: ביקורת פסק הדין מצד הדין המצוי

כאמור לעיל, בית המשפט העליון תמך את הכרעתו בפרשה נשוא ענייננו אף בטעמים מן הדין המצוי. בפסק הדין נטען כי סעיפי חוק שונים מלמדים על הסתייגותו של המחוקק מהחלה של דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות. בין השאר נמנו בפסק הדין סעיף 19, סעיף 29(ג) וסעיף 34 לחוק העונשין, שפורשו באופן התומך במסקנת בית המשפט. להלן אסביר מדוע, לדעתי, מדובר בניתוח שגוי של סעיפי החוק הנזכרים ומדוע אין לאמץ את הפרשנות שהציע להם בית המשפט; עוד אבקש להראות מדוע אין בסעיפים אלה כדי ללמד דבר לענייננו.

1. תחולת סעיף 19 על דוקטרינת הביצוע בצוותא

סעיף 19 לחוק העונשין, "דרישת מחשבה פלילית", קובע:

19. אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –

(1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או

(2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה.⁹⁶

על יסוד בררת המחדל של היסוד הנפשי הקבועה בסעיף זה נטען בפסק הדין כי "משנקבע כי ההסדר הכללי הנו יסוד נפשי של מחשבה פלילית, יש לראות את השותפות לדבר עבירה כמותנית בקיום אותו יסוד נפשי של מחשבה פלילית".⁹⁷ משמעות הכרעה זו לעניין הביצוע בצוותא (כסוג של שותפות) היא שבית המשפט הכפיף את סעיף 29(ב) לחוק העונשין (ביצוע בצוותא) לבררת המחדל שנקבעה בסעיף 19.

אולם על הכרעה זו יש לתמוה: וכי עניינו של סעיף 29(ב) הוא בעברה או שמא בעקרונות יסוד (Principles) בתחום תורת הביצוע בדיני העונשין? לי נראה כי התשובה לכך ברורה: ביצוע בצוותא אינו עברה כי אם עיקרון יסוד בתורת הביצוע. לכן, סעיף 19 לא חל עליו על פי הגדרת תחולתו – שהיא על עברה בלבד; על פי כותרתו של סעיף 29 – "המבצע"; ועל פי מיקומו של הסעיף – בחלק הכללי של חוק העונשין, הפורט את עקרונות היסוד ולא את העברות.

לדעתי, החלת סעיף 19 על דוקטרינת הביצוע בצוותא לפי סעיף 29(ב) היא שגיאה היורדת לשורשו של עניין: סעיף 19 הוא עיקרון משפטי בתחום היסוד הנפשי, המתקיים בצדו של הביצוע בצוותא כעיקרון משפטי בתחום היסוד העובדתי. ואולם אין ביניהם יחסים היררכיים. כפיפתו של עיקרון יסוד אחד לעיקרון יסוד אחר מאיינת את תכונותיהם כעקרונות יסוד (Principles) ומאפיינת אותם כ"כללים" (Rules), אם נשתמש במונחים של דבורקין.⁹⁸ אולם כפיפות זו היא גם עירוב תוכני של עיקרון ממין אחד בתכנים של עיקרון

96 ס' 19 לחוק העונשין.

97 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 16.

98 RONALD DWORCKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 22-28, 71-80 (1978). דבורקין טוען שם כי המאפיין של "עיקרון" ביחס ל"כלל" הוא שהראשון יכול לדור בכפיפה אחת עם עקרונות מתחרים סותרים, והערפת יישומו של עיקרון אחד על יישומו של עיקרון אחר בהקשר הנתון תלויה תמיד במערכת הנסיבות הקונקרטית אך לא בסדר היררכי קבוע. בהקשר זה יש לציין,

שאינו בן מינו – תוכני היסוד הנפשי הסובייקטיבי עם תוכני היסוד העובדתי (הביצוע) האובייקטיבי – עירוב שבו, כפי שאטען בהמשך, המשפט הישראלי לוקה בהקשרים רבים.⁹⁹

2. סעיפים 29(ג) ו-34א': האומנם הסדרים שליליים?

כאמור לעיל, בית המשפט העליון מצא בשני סעיפים אלה הסדר שלילי, שמכלל הן מלמד על הלאו: סעיף 29(ג) מאפשר להטיל אחריות על אדם שלא ביצע בפועל את היסוד העובדתי בעברה, אך "תרם [במחשבה פלילית, הוספה שלי] לעשיית המעשה על ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו", כשהאדם האחר ביצעו שלא במחשבה פלילית (קרי: ברשלנות או אף בלא אחריות כלל); סעיף 34א' מטיל אחריות פלילית על שותף, מסייע או משדל לעברה (להלן: העברה המקורית) בגין עברה נוספת שעבר (במחשבה פלילית) המבצע בפועל במהלך ביצוע העברה המקורית, בנסיבות שהללו היו רשלנים בלבד ביחס לאפשרות עשייתה של העברה הנוספת. מכוח חריגים אלה של ייחוס מעשה של אדם אחד למשנהו, בנסיבות שבהן אחד מהם נהג ברשלנות בלבד, הסיק בית המשפט שככלל אין לייחס אחריות של ביצוע בצוותא של מעשה בנסיבות שבהן אחד המבצעים (לפחות) נהג ברשלנות בלבד לעניין התוצאות של אותו מעשה – שאלמלא כן היו מתייתרים הסעיפים האמורים כחריגים לכלל. מכאן מסקנתו של בית המשפט שסעיפים אלה מהווים הסדר שלילי, משמע: למעט במצבים החריגים המנויים בהם אין, ככלל, לייחס אחריות של ביצוע בצוותא ברשלנות. דא עקא, לדעתי אין לסעיפים אלה כל נפקות לענייננו; ממילא גם אין לראות בהם משום הסדר שלילי כלל ועיקר. אסביר את טענתי.

סעיף 29 לחוק העונשין, שכותרתו "מבצע", עוסק בכל סוגי הביצוע של עברה פלילית ובכלל זה, בס"ק (ב), בביצוע בצוותא. לעומת ס"ק (ב), סעיף 29(ג) אינו צורה של ביצוע בצוותא¹⁰⁰ אלא צורה של "ביצוע" מסוג נוסף – ביצוע בידי אחר. תכליתו של סעיף 29(ג) היא לייחס אחריות של מבצע עיקרי למי שתרום לביצוע עברה (להלן: התורם) במעשה העולה כשלעצמו כדי שידול או סיוע בלבד,¹⁰¹ בנסיבות שבהן השתמש באחר כ"כלי".

כפי שכתבתי גם בגוף הטקסט, כי בענייננו, על פני הדברים אין מדובר כלל בעקרונות מתחרים מבחינה תוכנית; אולם אפילו היה הדבר כן אין זה נכון לקבוע ביניהם היררכיה.

99 לטענה זו אתיחס בפרק האחרון של מאמר זה.

100 למעשה, כפי שטען פלר, הדוקטרינה המשפטית של "מבצע באמצעות אחר" כלל אינה נשלטת על ידי דיני השותפות, ועמדתו זו מבטאת הסכמה רחבה גם בספרות המשווה. לעניין זה ראו פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 200-201, 208. אכן, בספרות המשווה נרונה דוקטרינה משפטית זו במסגרת הדיון בביצוע העיקרי או ביסוד העובדתי, אך לא במסגרת דיני השותפות. לעניין זה ראו, למשל, ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 188-189; SIMESTER ET AL., לעיל ה"ש 78, בעמ' 205; STUART, לעיל ה"ש 26, בעמ' 106-107; BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 156.

101 פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 206-207: "שלא במחשבה פלילית, פירוש הדבר – אם מתוך רשלנות בלבד, ואם בשגגה, ללא כל אשמה. במצב בו העושה 'אינו אחראי למעשיו' – פירוש הדבר, בדרך כלל, עושה חסר כשרות פלילית, אם מבחינת בגרות הדעת, ואם מבחינת תקינות הרוח. ואילו תרומתו המודעת של א' מתבטאת בהתנהגות שהיתה נופלת בגדר שידול או סיוע אילו ב' היה בעל כשרות פלילית ופעל במחשבה פלילית, כמובן תוך

בנסיבות אלה אי-אפשר לייחס ל"תורם" את המעשה של האחר מכוח דוקטרינת הביצוע בצוותא משני טעמים: הראשון – משום שאין לו בהכרח תכנית משותפת עם האחר;¹⁰² השני – ודומה שבזה העיקר – משום שמעשהו כשלעצמו אינו עולה כדי ביצוע (ולו בצוותא) אלא כדי סיוע או שידול בלבד. לפיכך אי-אפשר לייחס לו אחריות כמבצע מכוח דוקטרינת הביצוע בצוותא ונדרשת דוקטרינה נפרדת של ביצוע באמצעות אחר. סעיף זה אפוא לא בא להוסיף או להחסיר דבר מדוקטרינת הביצוע בצוותא: הטעם לייחוס מעשהו של האחר למבצע באמצעותו אינו בהיותם מבצעים בצוותא אלא חרף העובדה שאינם מבצעים בצוותא. היעדר המחשבה הפלילית של האחר היא שתומכת דווקא בייחוס האחריות למבצע באמצעותו ואינה בבחינת "אף על פי כן". אמרו מעתה: אין בסעיף 29(ג) כל אמירת "הן" באשר לדיני הביצוע בצוותא ואין עניינו להוסיף עליהם חריג של ביצוע בצוותא ברשלנות. על כן, אי-אפשר ללמוד ממנו דבר גם לגבי ה"לאו".

ומה באשר לסעיף 34' לחוק העונשין? סעיף זה מייחס לשותף אחריות על עברה נוספת שכלל לא היה שותף לה – לא בתכנון ולא במעשה; להפך: לדידו העברה הנוספת היא סטייה מן התוכנית המשותפת. ממילא ייחוס האחריות על עברה זו לשותף כלל אינו יכול להתבסס על דוקטרינת הביצוע בצוותא: אם אין תוכנית משותפת גם אין אפשרות לייחס את המעשה של פלוני למאן שהוא אחר מכוח דוקטרינה זו. על הבסיס הרעיוני להטלת האחריות מכוח סעיף 34' אעמוד מיד, אך בשלב זה יש לומר כי מאחר שהטלת האחריות מכוח סעיף זה לא מבוססת על דוקטרינת הביצוע בצוותא, אין בה כדי ללמדנו דבר – לא על דרך החיוב ולא על דרך השלילה – באשר לדוקטרינה זו. נאמר אפוא מעתה: סעיף 34' לא בא להרחיב כ"חריג" את דוקטרינת הביצוע בצוותא אל מחוזות הרשלנות, וממילא אין בו כדי ללמד על המצב ה"טבעי" של הביצוע בצוותא.

אם הטלת האחריות לפי סעיף 34' אינה מבוססת על דוקטרינת הביצוע בצוותא, מהי אפוא התשתית העיונית להטלת אחריות זו? ובכן, עיקרון האחריות העומד ביסוד הסעיף קיבל את ביטויו בפסוק הלטיני "versari in re illicita".¹⁰³ לפי עיקרון זה אדם שקיבל החלטה לבצע

מודעות גם למצב בו נתון ב' בשעת עשיית פעולות הביצוע" (ההדגשות הוספו). לעניין זה ראו גם מרדכי קרמיניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו" פלילים א 65, 66-72 (1990) (להלן: קרמיניצר "המבצע בדיני העונשין") ולדוגמאות המובאות שם. השוו לדין האנגלי בעניין זה אצל ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 188-189; כן השוו לדין הגרמני אצל BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 156.

102 לדוגמאות של ביצוע באמצעות אחר, שבהן לא מתקיים כל קשר בין האחר לבין המבצע באמצעותו, ראו קרמיניצר "המבצע בדיני העונשין", שם, שם.

103 JEROME HALL, GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 6 (2nd ed. 1960). הביטוי הלטיני המלא הוא "versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto" (מי שפועל בניגוד לדין אחראי לכל תוצאותיה של התנהגותו). בעניין זה, בהקשר ליישום הספציפי של העיקרון בסעיף 34' לחוק העונשין, ראו גם פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 325-329. כן ראו חוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן בע"פ 4428/98, 4713/98, 4779/98 סילגרו ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י נו"י (5) 529, 559 (סעיף 13 לחוות הדעת) (2002). לעיקרון הכללי של דפוס אחריות פלילית זו ראו גם ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 76.

מעשה אסור בדין הפלילי¹⁰⁴ (unlawful act) צריך לשאת באחריות על כל תוצאה פלילית שנגרמה ממעשה זה.¹⁰⁵ מקורו של העיקרון בדין הקנוני¹⁰⁶ אולם בגרסאותיו המודרניות¹⁰⁷ הוא מקובל עד היום במדינות רבות בעולם המערבי, הן בשיטת המשפט האנגלו-אמריקניות¹⁰⁸

104 השאלה אם ההתנהגות צריכה להיות אסורה לפי נורמה פלילית דווקא, או שמא די בהתנהגות אסורה לפי נורמה לבר-פלילית (בעברת הריגה) נותרה באנגליה בסימן שאלה לנוכח פסקי הדין שניתנו בעניין R. v. Cato [1976] 1 All E.R. 260, ובעניין DPP v. Newbury, [1977] A.C. 500. לדיון בשאלה זו ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 541-542.

105 עיקרון זה הובע אינטואיטיבית על ידי השופט עמית בפרשה נשוא ענייננו: "לטעמי, העבירה של גרם מוות ברשלנות נועדה בראש ובראשונה ללכוד ברשתה התנהגות שאינה אנטי-סוציאלית במהותה, התנהגות שלחברה יש אינטרס בקיומה ובהתקיימותה, אך שבמהלכה נגרם מותו של אדם ברשלנות [...] לא כך לגבי עבירות שהורתן בהתנהגות אנטי-סוציאלית מובהקת [...] על דרך הכלל, אני סבור כי כאשר מדובר בהתנהגות אנטי סוציאלית מובהקת שגרמה למותו של אדם, כמו תוך שימוש בנשק קר או חם ללא צידוק, ראוי כעניין של מדיניות משפטית לעשות שימוש בחזקת המודעות ולייחס לנאשם עבירה של הריגה [...]". ראו פרשת פלוני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 34. "המדיניות השיפוטית" המוצעת על ידי השופט עמית ממירה את מעמדה של חזקת המודעות מחזקה עובדתית לחזקה משפטית והופכת אותה, הלכה למעשה, לעיקרון מתחום תורת האחריות הפלילית (במובחן מקונסטרוקציה ראייתית). אכן, הדוקטרינה של *versari in re illicita* היא דוקטרינה בתורת האשמה. לעניין זה, בהקשר לעברת רצח, ראו GUYORA BINDER, FELONY MURDER 10-19 (2012), שם מזוהה "המעשה האסור על פי דין" כאחד מרכיביה של "האשמה כפולת הפנים" (dual culpability). לעמדה דומה בפסיקה הישראלית ראו ע"פ 4639/95 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 661 (1996).

106 H. D. J. Bodenstein, *Phases in the Development of Criminal Mens Rea*, 36 S. AFRICAN L.J. 323, 335-337 (1919). כן ראו פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 326.

107 פטור מאחריות על תוצאה אסורה בדין הקנוני חייב את הנאשם להוכיח חפות אבסולוטית, היינו: להוכיח כי המעשה שגרם לתוצאה לא היה אסור. הדוקטרינה במקורה מורכבת אפוא ממעשה אסור, מתוצאה אסורה ומקשר סיבתי עובדתי בלבד ביניהם. התפיסה בגישות המודרניות היא שמלבד מעשה אסור יש להוכיח גם קשר סיבתי משפטי בינו לבין התוצאה. קשר סיבתי זה מבוסס, בהגדרה הכללית, על התגבשות של רשלנות ביחס לתוצאה.

108 עקרון כנסייתי-קנוני זה חדר לדין האנגלי כבר בימיו של המלומד הימני-בניימי Henry Bracton, בספרו "De legibus et consuetudinibus Anglie", שנכתב במאה השלוש-עשרה. בעניין זה ראו Stanislaw Frankowski, *Mens Rea and Punishment in England: In Search of Interdependence of the Two Basic Components of Criminal Liability (A Historical Perspective)*, 63 U. DET. L. REV. 393, 412 (1986). רוגמה מובהקת לעברה כזו בדין האנגלי כיום היא עברת הריגה קונסטרוקטיבית (Constructive manslaughter), שלפיה אם אדם ביצע במחשבה פלילית מעשה שנאסר בדין הפלילי, ומעשה זה מסוכן אינהרנטית – אפשר להרשיעו בעברת הריגה אף בלי להוכיח יסוד נפשי נוסף ביחס לתוצאה. עברות דומות קיימות עד היום גם בדין הקנדי ובדין האמריקני. לעניין הדין האנגלי ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 539-552; וכן ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 286-289. בדין הקנדי ראו STUART, לעיל ה"ש 26, בעמ' 287-289.

והן בשיטות המשפט הקונטיננטליות.¹⁰⁹ אמנם, בדין הישראלי עיקרון זה מיושם רק על אחריות נגררת לביצוע בצוותא בלבד¹¹⁰ – ועל כך יש לתמוה;¹¹¹ אולם מבוחן מהאחריות על העברה המקורית, האחריות על העברה הנוספת אינה מבוססת על רעיון הפעולה כגוף אחד,¹¹² היינו: אינה מבוססת על דוקטרינת הביצוע בצוותא. בהתחשב בטעמים אלה, דומה כי התנא דמסייע בדמות סעיפים 29(ג) ו-34 לחוק העונשין – שבאמצעותו ביקש בית המשפט לתמוך את הכרעתו העקרונית – אינו תנא דמסייע כלל.

ו. היש צורך בדוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות?

טענה אחרת שאפשר להעלות נגד יישום של דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות היא שעברות אלה כלל לא נזקקות ליישום זה. הרשלנות, אפשר לטעון, יכולה להתגבש גם במעשה עקיף ואין צורך בייחוס ישיר של המעשה האסור. כך, בדוגמה של פלר, מפקח

- 109 בדין הגרמני, למשל, התקבל העיקרון בסעיף 18 לחלק הכללי של חוק העונשין. לעניין זה ראו BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 31-32, והעברות הספציפיות שאליהן הוא מפנה שם. לנוסח העברות בתרגומן האנגלי ראו THE GERMAN CRIMINAL CODE: A MODERN ENGLISH TRANSLATION 42 (Michael Bohlander trans., 2008). בדין הנורווגי התקבל העיקרון בסעיף 43 לקודקס הפלילי; ראו ANDENAES, לעיל ה"ש 26, בעמ' 204-207, וראו שם התייחסותו בה"ש 4 לסעיף 20 לקודקס הפלילי הדני ולסעיף 12 לפרק 5 לקודקס הפלילי השוודי, המקבילים לכאורה לעיקרון שנקבע בסעיף 18 לקודקס הפלילי הגרמני. בדין האיטלקי ראו ASTOLFO DI AMATO, CRIMINAL LAW IN ITALY 81, 86 (2011).
- 110 ס' 34 לחוק העונשין. ראו בעניין זה פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 329-325.
- 111 פלר התנגד למבנה הרעיוני של עברות קונסטרוקטיביות (versari in re illicita), שיש בהן הפחתה בדרגת היסוד הנפשי לכדי רשלנות בלבד ביחס לתוצאה, בנסיבות של ביצוע מעשה אסור במחשבה פלילית שגרם לאותה תוצאה. לעניין זה ראו פלר יסודות בדיני עונשין א', לעיל ה"ש 19, בעמ' 414-415, אם כי שם מובעת התנגדותו לעברות קונסטרוקטיביות המבוססות על אחריות מוחלטת (הדין הקנוני במקורו, לעיל ה"ש 107). אולם אפשר להסיק את עמדתו זו גם מתמיכתו ביישום דווקני של עקרון ההלימה, ללא כל יוצאי דופן (כפי שבאה לידי ביטוי בספרו, שם, בעמ' 491; ובהגדרת הרשלנות כאי-מודעות ליסוד אחד בעברה בלבד, ראו שם, בעמ' 621-622) ובסעיפים 20-21 לחוק העונשין, שהוא היה ממעצביו. על רקע זה תמוהה תמיכתו במבנה הקונסטרוקטיבי של האחריות הנגררת של שותפים (פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 325-329). לפי עמדה זו יישא השותף לעברה המקורית באחריות פלילית על כל עברה נוספת שביצע שותפו אם היה רשלן כלפיה, כאילו ביצע אותה במחשבה פלילית לכל דבר ועניין. לעומת זאת, אם העברה המקורית והעברה הנוספת בוצעו על ידי אותו אדם – הראשונה במחשבה פלילית והשנייה ברשלנות בלבד – אפשר לחייבו על העברה הנוספת רק כעברת רשלנות אם יש עברה כזו. כלום אפשר ליישב את האבסורד הזה?
- 112 פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 202.

עבודה¹¹³ שהיה מנחה את אחד הפועלים לזרוק את הלבנים מן הפיגום יכול היה להתחייב בדין כמבצע עיקרי של עברת גרם מוות ברשלנות מכוח הנחייתו זו לברדה, אף בלא שנצטרך לייחס לו את זריקת הלבנה הקטלנית של הפועל מכוח הדוקטרינה של ביצוע בצוותא. הוא הדין לעניין מעשה של סיוע או שידול שעולה כדי רשלנות בלבד: המסייע או המשדל יכולים להתחייב בעברה של רשלנות כמבצעים עיקריים.¹¹⁴ זו, כך נראה, טענתו העקיפה של פלר נגד הרעיון של ביצוע בצוותא ברשלנות, שאותה יישם בדוגמה המקורית שהביא כשקבע כי שני הפועלים הם מבצעים עיקריים של עברת רשלנות.

בטרם אתייחס לטענה זו ראוי לשוב ולהדגיש: זו היא טענתו העקיפה¹¹⁵ של פלר, שכן לדידו רשלנות "איננה יכולה לדור בכפיפה אחת עם היחס שבין שותפים"¹¹⁶ כעניין עקרוני. אל הטענה העקרונית התייחסתי לעיל, ואותיר את עמדתי החולקת לשיפוטו של הקורא. לקראת סיום הדברים מצאתי להתייחס גם לטענה העקיפה – תרתי משמע – האמורה. עברת רשלנות היא עברה של **ביצוע עקיף**: מעשיו של המבצע אינם מכוונים להגשמת יסודות העברה אם כי בכוחם לגרום להתגשמותם באופן אגבי למטרתו (side effect). מטרתו של המבצע היא לקדם עניין פרטי כלשהו – ניטרלי לעצמו מבחינה פלילית, אך אחריותו מתגבשת מכוח ציפיית הקהילה מחבריה להימנע מביצוע עברות גם בעקיפין. זו ההבחנה הבסיסית בדין האנגלו-אמריקני בין עברה של כוונה לבין עברה של פזיזות או של רשלנות,¹¹⁷

113 החלטתי לשנות מעט את הדוגמה של פלר ולבחון את אחריותו של מפקח העבודה (חלף בחינת אחריותו של הפועל שלא זרק את הלבנה הקטלנית, כפי שנהג פלר) בשל ספקנותי בשאלת האפשרות לייחס לפועל אחריות של מבצע עיקרי, כפי שתוצג להלן בגוף הטקסט.

114 כפי שנקבע בפרשת **חום**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 331-335. השוו לדין בגרמניה, BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 154-155.

115 ראו ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש – שינויים מוצעים על-ידי המחברים" **משפטים** יז 392, 402 (1987), שם הוצע להגדיר את עברת הרשלנות כעברה של ביצוע עיקרי בלבד על דרך הוספת סעיף בהאי לישנא: "תרמו שניים או יותר, מתוך רשלנות, לעבירת רשלנות, היא תיחשב לכל אחד מהם בנפרד כמבצע". בצד סעיף זה הובהר כי "הסעיף נועד למקרים שכיחים יחסית בהם תרמו שניים או יותר מתוך רשלנות לאותו אירוע עברייני ותכלית הכללתו של הסעיף היא להסיר דיונים מיותרים לגבי מעמדו של כל אחד מן התורמים". הצעה זו יוצרת למעשה שותפות ברשלנות, שכן היא מבוססת על תרומתו המסוימת של כל אחד מהמעורבים למעשה הרשלני, וההתקשות על הגדרתם כ"מבצעים עיקריים" אינה אלא הדבקת "תואר שם" חסרת נפקות. אולם הצעה זו מרחיבה את השותפות ברשלנות גם אל מעשה פעוט ערך יחסית של מי מן המבצעים גם בנסיבות שאין להם תכנית משותפת. לדעתי, זו הרחבה גדולה ובלתי-מידתית של האחריות הפלילית.

116 פלר **יסודות בדיני עונשין ב'**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 291.

117 במונחי האשמה הקדומים בדין האנגלי התקבלה ההבחנה בין "express malice" לבין "implied malice", המבטאת את השוני בין מעשה שמכוון להגשמת יסודות העברה כמטרה בפני עצמה לבין הגשמתם במעשה לא מוצדק. דוגמה טובה להבחנה זו בדין המודרני מצויה בהגדרת היסודות הנפשיים ב-Model Penal Code, שעל פיו הוגדר היסוד הנפשי של כוונה/מטרה (Purposely) כמצב שבו יסודות העברה הם **מושא הכרתו של הנאשם** (conscious object). לעומת הכוונה הוגדרה הפזיזות כהתעלמות מודעת (conscious disregard) מאפשרות התגבשותם של יסודות העברה בהתנהגות הנאשם, בנסיבות שנטילת הסיכון להתגבשותם אינה ניתנת להצדקה

ויש לה עיגון גם במשפט הקונטיננטלי.¹¹⁸

מבנה זה של עברת הרשלנות פותח פתח רחב להרשעת אדם בגין כל מעשה של יצירת סיכון לפגיעה בערך המוגן בה. "יצירת סיכון" משמעה מעשה או מחדל (שלא כדין) המהווים חוליה אחת בלבד (שבלעדיה אין, אך לא בהכרח המרכזית ביותר) בשרשרת הסיבתית שהביאה לפגיעה זו (קשר סיבתי עובדתי). מכאן הטענה שדוקטרינת הביצוע בצוותא מתייתרת בעברות רשלנות: הטלת אחריות בעברת גרם מוות ברשלנות על פלוני שמסר אקדח לאלמוני, בנסיבות שהיה רשן ביחס לאפשרות שהלה ישתמש בו להמתת אדם אחר, אינה מותנית באפשרות לייחס לפלוני את מעשה ההמתה עצמו מכוח דוקטרינת "ביצוע" נורמטיבית כלשהי, שכן עצם מסירת האקדח היא חוליה בשרשרת הסיבתית העובדתית¹¹⁹ שגרמה למוות, ומדובר בביצוע עובדתי ("גרימה"), קרי: ביצוע עיקרי. בנסיבות אלה, כל שנוטר לבחון הוא אם התקיים גם הקשר הסיבתי המשפטי הנדרש. זו הסיבה ששיטות משפטיות מסוימות לא מצאו טעם בהחלת דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות.¹²⁰

איני משוכנע לגמרי כי המבנה הטיפוסי המתואר של עברת הרשלנות מייתר לחלוטין את הצורך להיזקק לדוקטרינת הביצוע בצוותא בעברה מסוג זה. כך, למשל, בדוגמת הפועלים של פלר אפשר לתהות אם הסכמתו של "המבצע" שלא זרק את הלכנה הקטלנית להשלכת הלכנים מן הפיגום מהווה באופן ריאלי חוליה – ולו קטנה – בשרשרת הסיבתית העובדתית שגרמה למוות. כאמור לעיל, אני מרשה לעצמי להטיל בכך ספק, ואם ספק זה מוצדק אזי, לדעתי, אי-אפשר להתייחס אל פועל זה כאל מבצע עיקרי.¹²¹ למרות זאת, איני סבור כי יש

MODEL PENAL CODE § 2.02(2)(a), 2.02(2)(c) (Am. Law unjustifyable risk). לעניין זה ראו INST., Proposed Official Draft 1962).

118 במשפט הגרמני, למשל, ההבחנה בין כוונה בדרגתה הנמוכה (dolus eventualis) לבין רשלנות מודעת (advertent negligence), המקבילה לפזיזות בשיטה זו, מבוססת על החלטת הנאשם לבצע מעשה מסוכן בכל מחיר, אף אם המחיר (התוצאה האסורה) אינו מטרתו. על פי ההבחנה, החלטה כזו יוצרת זיקה ישירה בין המעשה לתוצאה והתוצאה אינה מאופיינת עוד כ"side-effect" או כמעשה עקיף. לעניין זה ראו BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 63-67.

119 ראו התייחסות לטענה זו במאמרה של יעל קלוגמן "שותפות' בעבירת התרשלנות" המשפט א 225 (1993).

120 למשל כדין הגרמני; ראו BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 154-155, וראו הדוגמה המובאת אצלו בעמ' 166-167, בדגש על ביקורתו של המלומד Roxin, כפי שהיא מובאת שם. מכל מקום אין מדובר בשלילת הדוקטרינה על בסיס היותה נוגדת רעיונית את היסוד הנפשי הנדרש בביצוע בצוותא.

121 ביקורת דומה אפשר למתוח על פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת לוי, לעיל ה"ש 4. בפרשה זו נדון עניינם של כמה שוטרים שבמטרה למנוע מהמנוחה לבלוע את הסם שהחזיקה בפיה, לחצו על גרונה וגרמו למוותה מחנק. בית המשפט העליון קבע בפרשה זו כי אחריותם למוות התגבשה מכוח היותם מבצעים עיקריים ולא מכוח דיני הביצוע בצוותא, וזאת לאחר שאימץ את עמדתו של פלר בעניין זה. אולם נניח שבאותו מקרה הייתה מתבררת זהותו של השוטר הספציפי שלחיצתו על גרונה של המנוחה היא שגרמה למוות (השוטרים התחלפו ביניהם לאורך האירוע): האם אפשר היה להרשיע כל אחד מהם בנפרד כמבצע עיקרי? לדעתי התשובה לכך היא שלילית, משום שביצוע עיקרי מחייב קשר סיבתי עובדתי טרם בחינתו של קשר סיבתי משפטי, שכן מי שלא גרם עובדתית לתוצאה האסורה אינו יכול לשאת באחריות כמבצע עיקרי.

בספק זה כדי לשחרר את אותו פועל מאחריות כמבצע בצוותא, שכן תרומתו של מבצע בצוותא אינה חייבת לגרום עצמה (לפחות בדין הישראלי¹²²) למעגל הביצוע הפיזי של העברה והיא יכולה להתבטא גם בשותפות לתכנית ולגורל¹²³ ("ביצוע נורמטיבי"). אולם יש טעם עמוק נוסף להתנגד לשלילת ההיזקקות לדוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות בדין הישראלי. אנסה להבהיר את הטעם הזה תוך חזרה אל עובדות המקרה נשוא ענייננו.

אם צורת האחריות ברשלנות היא לעולם צורה של "ביצוע עיקרי" (קשר סיבתי עובדתי) – אפילו בדוגמה של פלר, מתעוררת השאלה: מה טעם דחה בית המשפט את האפשרות לייחס את האחריות לקטין בפרשה נשוא ענייננו כמבצע עיקרי? אם אפשר לקבוע שהקטין נהג ברשלנות – קרי: יכול וצריך היה לצפות את מות המנוח כתוצאה אפשרית של מעשיו – לכאורה ראוי היה להרשעו כמבצע עיקרי של עברת גרם מוות ברשלנות; ואם סבר בית המשפט את ההפך – מה טעם לא זיכה אותו מטעם זה בלבד (היעדר צפיות בכוח)? בקיצור: מה פשר מצא בית המשפט לבחון את ענייננו של הקטין "במשקפי" דוקטרינת הביצוע בצוותא אם אכן כלל אין צורך להיזקק לדוקטרינה זו בעברות רשלנות?

נראה לי שעל התהייה האמורה יש להשיב כך: הבעיה בייחוס האחריות למות המנוח לקטין, ככל שהיא קיימת, נעוצה בפגם או בחסר ביסוד העובדתי (הפיזי-נורמטיבי) ולא בפגם או בחסר כלשהו ביסוד הנפשי. בית המשפט סירב לבחון את מעשה הקטין כביצוע עיקרי משום שחש כי מעשהו – כשלעצמו, או בהשוואה יחסית למעשי הקטין האחר – אינו

לעומתו, אחריות המבצע בצוותא אינה מחייבת קשר סיבתי עובדתי בין מעשיו-שלו למוות, משום שהחלטתו לבצע מעשה משותף עם המבצע האחר מאפשרת לייחס לו את מעשה ההמתה של האחר – ויחד אתו גם את הסיבתיות העובדתית שבמעשי האחר למוות. ייתכן ש"הדילוג" בפסק הדין בפרשת לוי על דרישת הקשר הסיבתי העובדתי של כל שוטר ושוטר היה מוצדק משום שאפשר היה לייחס לכל אחד מהם קשר סיבתי עובדתי על דרך המחדל, בהיותם שוטרים שהיו חייבים מכוח תפקידם להגן אקטיבית על חייה של המנוחה; אולם אילו דובר באזרחים מן השורה ספק אם אפשר היה לבצע "דילוג" זה. לעניין זה ראו תימוכין במאמרה של מרים גור-אריה "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא 518, 519 (1981).

122 הגדרת המבצע בצוותא בדין הישראלי דומה יותר לזו המקובלת בדין הגרמני, ומבוססת על מבחן *animus auctoris* – מבחן סובייקטיבי הבוחן אם המבצע מתייחס אל העברה כענייננו שלו ואת חוויית השליטה שיש לו על בצועה. זאת, לעומת המסייע או המשדל, שיחסם הנפשי אל העברה הוא של *animus socii*, כלומר: כנלווים בלבד. בעניין זה ראו פלר יסודות בדיני עונשין ב', לעיל ה"ש 10, בעמ' 196-197. אמנם פלר טען שם כי המבחן לכל סוגי השותפות הוא מבחן מעורב, אובייקטיבי-סובייקטיבי; אך מדבריו שם ביחס לביצוע בצוותא עולה בבירור כי המבחן הסובייקטיבי הוא הדומיננטי, משום שהוא מאפשר להרשע אדם כמבצע בצוותא אף בנסיבות שלא נטל חלק כלשהו ביסודות העובדתיים של העברה ואף בנסיבות שבהן לא נכח כלל בזירת האירוע. להשוואה בדין הגרמני ראו *Bohlander*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 161-163. להגדרה השונה שבדין האנגלי ראו לעיל ה"ש 66.

123 אפשר לטעון כי "שותפות המעשה והגורל" מעורדת ומחזקת את השותפים אהרדי לביצוע מעשיהם המשותפים, ועידוד זה עשוי להיות בעל אופי של קשר סיבתי עובדתי – אם לא ישיר, אזי לפחות עקיף. עם זאת, אני לא משוכנע שעידוד כזה יכול, בכל מצב, להתאפיין כקשר סיבתי עובדתי ריאלי, בבחינת "סיבה בלעדית אין".

מספיק בנסיבות העניין להיחשב כמעשה שגרם למות המנוח – קרי: כמעשה של ביצוע עיקרי – חרף העובדה שהוא יכול וצריך היה לצפות את המוות. לדעתי, זה הטעם לכך שאחריותו נבחנה על רקע השאלה אם אפשר לייחס לו את מעשיו של הקטין האחר (שללא ספק היו הגורם הישיר למוות) כמבצע בצוותא (ביצוע נורמטיבי): בשל התחושה שלא די במעשיו שלו לבדם.¹²⁴

אם אכן אמת בדבר, מה הפגם או החסר בחלקו הפיזי-נורמטיבי של הקטין? ניתוח הפגם ביסוד העובדתי בנסיבות ענייננו אינו פשוט על רקע צורת הניתוח של יסוד זה בדין הישראלי (כפי שתבוקר להלן). ככלל אפשר לתארו כך: ראשית, ברומה לדוגמת הפועלים של פלר, יש קושי גדול מאוד להצביע על קשר סיבתי עובדתי (גרימה) בין מעשה הקטין למות המנוח (ביצוע עיקרי – ולו עקיף). אולם קשה גם מאוד לייחס לקטין ביצוע נורמטיבי של המתת המנוח (קשר סיבתי משפטי). הטעם לכך נובע מהעובדה שהמעשה שגרם למות המנוח – קרי: הכאתו בחזקה בראשו באמצעות קורת העץ – הוא מעשה "פרטי" ואקסקלוסיבי מדי של הקטין האחר, מכדי שאפשר יהיה ליחסו לשותפו (הקטין) לעימות עם המנוח. מעשיו של הקטין – חמורים ככל שיהיו – דהים בצל המעשה האלים והקטלני של הקטין האחר ובטלים בשישים מולו (בכל הנוגע לתוצאת המוות בלבד). הכאת המנוח בראשו בעוצמה כה חזקה וקטלנית בקורת עץ היא מעשה עצמאי, אוטונומי ודומיננטי מדי של הקטין האחר (fundamentally different),¹²⁵ עד שייחוסו לקטין בנסיבות העניין מעניק תוכן מלאכותי למושג הביצוע הנורמטיבי.

הרחבת האחריות למות המנוח אל הקטין היא בעייתית אפוא לא בשל חסר או פגם ביסוד הנפשי – שלו, של שותפו או של שניהם יחד – אלא משום שהיסוד העובדתי – הפיזי-נורמטיבי – בעניינו מאופיין כך. הבעיה אפוא נעוצה באקטוס ראוס ולא במנס ריאה.

124 עמדה זו בוטאה במפורש בפסק הדין אם כי באופן מרוכך יותר. בית המשפט כתב כי לא ניתן לייחס לקטין את עברת גרם מוות ברשלנות כמבצע עיקרי משום ש"המערער לא נקט בעצמו כל פעולה המקימה את היסוד העובדתי של עבירת החבלה החמורה" (ראו פרשת פלוני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20). נימוק זה בוחן את מעשי המערער כשלעצמם, ללא בחינה השוואתית-יחסית למעשיו של הקטין האחר – בחינה העשויה אף היא, לדעתי, לפגוע בהתגבשותו של היסוד העובדתי בעברה. לעניין זה ראו להלן ה"ש 131.

125 בדיני השותפות בדין האנגלי התקבלה הדוקטרינה של fundamentally different, הפוטרת שותף מאחריות על עברה נוספת שביצע שותף אחר בדרך השונה באופן יסודי מזו שהייתה ריאלית בנסיבות העניין. בעניין זה ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 219-226. כן ראו ASHWORTH, לעיל ה"ש 26, בעמ' 441-444. דוקטרינה זו שמה את הדגש על אופן הביצוע של העברה האחרת, והיא חלה אף בנסיבות שבהן צפה השותף הראשון את אפשרות הביצוע של העברה הנוספת בדרך אחרת. הדוקטרינה מבוססת אפוא על מאפייני הביצוע האובייקטיביים של העברה הנוספת ולא על מאפיינים סובייקטיביים של "צפיות", ובכך היא מבטאת את הרעיון שמעשה עצמאי, דומיננטי ואוטונומי של שותף אחד, נחשב כמעשה שלו בלבד. דוקטרינה זו ייחודית לדיני השותפות שבהם, ככלל, אין באוטונומיה של שותף אחד כדי לנתק את הקשר הסיבתי המשפטי בעניינו של שותף אחר. לדוקטרינה הכללית של אוטונומיה כיסוד שבכוחו לנתק קשר סיבתי ראו להלן ה"ש 131.

ודוק: ייתכן שמעשה זה של הקטין האחר היה גם מפתיע במידה שהקשתה על האפשרות לצפותו; אולם אם זיכוי של הקטין מאחריות למוות היה נעוץ בעובדה זו לבדה, אפשר היה לזכותו מטעם זה בלבד (היעדר רשלנות). בחירתו של בית המשפט במסלול שונה – קרי: קביעתו שהזיכוי מבוסס על היעדר האפשרות לייחס לקטין את מעשה ההמתה עצמו (האקטוס ראוס) – מלמדת כי הפגם ביסוד העובדתי (הפיזי-נורמטיבי) הוא הפגם הדומיננטי במקרה נשוא ענייננו; מה גם שהקושי בצפיית המעשה הקטלני בנסיבות ענייננו קשור לכאורה ביכולת הצפיות של אופן התרחשות התוצאה אך לא של אפשרות גרימתה (כמעט כל הליכה לקראת עימות פיזי טומנת בחובה אפשרות כזו). אולם כבר שנינו מפי הפסיקה כי פגם זה אינו שולל, ככלל, את התגבשותו של היסוד הנפשי.¹²⁶

אולם אם כן – מדוע נמנע בית המשפט מלקרוא לילד בשמו? מדוע זה הפליג אל מחוות היסוד הנפשי (במקרה זה – של המבצעים בצוותא) חלף ניתוח דיותו של היסוד העובדתי? לדעתי הטעם לכך נעוץ בנוהג הפגום שהשתרש ברין הישראלי להגדיר את היסוד העובדתי, הפיזי או הנורמטיבי, או לפתור בעיות בתחום יסוד זה, באמצעות שימוש, ניתוח או יצירת קונסטרוקציות מתחומי של היסוד הנפשי.

נוהג זה – אף הוא – מקורו בבית מדרשו של פלר. בחינת הטענה בדוגמה נשוא ענייננו תעלה כי השימוש במושג הרשלנות, כפי שהגדירו פלר, אינו מניח לבית המשפט כל פתח או מוצא לזכות את הקטין על יסוד פגם ביסוד העובדתי. לפי פלר, היסוד העובדתי, הפיזי-נורמטיבי, בעברת רשלנות תלוי אקסקלוסיבית בשאלת התגבשותו של היסוד הנפשי: "ה'חייב' וה'יכול' משתזרים זה בזה, בכך שהאדם חייב מה שאדם סביר יכול, ואדם יכול מה שאדם סביר חייב עקב יכולתו, והשניים – וזה העיקר – הם קטיגוריות במישור ההכרתי בלבד, ולא במישור העשייה; הרי הם מרכיבי 'הצפיות הסבירה', ותו לא".¹²⁷ לפי גישה זו, המעשה הרשלני אינו מאופיין פיזית או נורמטיבית באופן כלשהו, לא לעצמו ולא בהשוואה לחוליות עובדתיות "מתחרות", אלא תלוי בלעדית ביכולת הצפיות לבדה.¹²⁸ על כן, אם

126 ראו את דבריו של השופט אנגלרד בע"פ 3158/00 מגידש נ' מדינת ישראל, פ"ד (נד) 80, 93 (2000): "באשר להיקף המודעות, או ביתר דיוק: למושא, הרי דעתי היא כי העושה צריך להיות מודע לסיכון הקונקרטי הנוצר על-פי נסיבות המקרה המיוחדות. עם זאת אין כל צורך כי העושה יהיה מודע לדרך המדויקת של השתלשלות האירועים שהביאו בסופו של דבר לידי מותו של אדם". כן ראו ע"פ 6131/01 מדינת ישראל נ' פרבשטיין, פ"ד (נו) 24 (2001); ע"פ 10477/08 פיזולאיב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו); ע"פ 467/09 זילברמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.2.2010); ע"פ 960/09 אבני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.7.2010).

127 פלר יסודות בדיני עונשין א', לעיל ה"ש 19, בעמ' 623 (ההדגשה במקור). עוד ראו שם: "החובה נובעת מן היכולת, שכן היקף כושרו של האדם להיות מודע למציאות הסובבת אותו קובע את היקף חובתו להיות מודע לה ולהתנהג כנדרש תוך התחשבות באיסורים הקבועים בה. ה־debemus ביחס לתפיסת המציאות הוא פונקציה של ה־possumus ביחס אליה [...] אין כל מקום להפריד בין שני המרכיבים, תוך בדיקה קודמת של קיום מעין 'חובת' זהירות העומדת ברשות עצמה [...]". (ההדגשה במקור). ראו גם פלר "השפעת מהות הגורם המתערב הזר", לעיל ה"ש 77, בעמ' 402-403; פלר "הגורם המתערב הזר", לעיל ה"ש 77, בעמ' 37, 39-41.

128 להתייחסות ביקורתית נוספת לעניין זה ראו יניב בן-הרוש "על הקשר שבין היכולת לצפות תוצאה קטלנית ובין החובה לצפות אותה" משפט מפתח 1, 36 (2013).

הקטין במקרה נשוא ענייננו יכול היה לצפות את אפשרות גרימת המוות – שום מאפיין בעייתי או פגם ביסוד הפיזי-נורמטיבי לא יחלצו מהרשעה. אולם גישה כזו אינה מקובלת עוד אפילו במחוזות שמהם נטל פלר, ככל הנראה, את ההשראה לגישתו.¹²⁹ ושמה היינו אומרים לזכות את הקטין בשל אפיונו של המעשה הקטלני כ"מעשה¹³⁰ זר מתערב", אוטונומי, שבוצע במודע ובמכוון על ידי הקטין האחר (בביצוע עיקרי – "גורם זר מתערב"; בביצוע בצוותא – "ביצוע שונה יסודית"), כמקובל בדין המשווה¹³¹ וכדרך שבה פסע בעבר בית המשפט העליון בישראל?¹³² ובכן, גישה זו נשללה אף היא בחריפות על ידי פלר,¹³³ שגרס כי ניתוק הקשר הסיבתי המשפטי על ידי הגורם המתערב הזר מותנה, שוב, אך ורק ביכולת לצפות את התערבותו של המעשה או הגורם הזר, ואין לאופייה הפיזי או הנורמטיבי¹³⁴ של התערבות זרה זו כל משקל בשאלת אחריותו של אדם. ושוב חזרנו אל המעגל השוטה בדין הישראלי: הקשר הסיבתי, שבשיטות משפט משוות הוא חלק בלתי-

129 את ההשראה לגישתו זו נטל פלר, ככל הנראה, מן הדין הגרמני, אולם נראה כי הדין הגרמני כיום אינו אווז עוד בגישה זו, כפי שציין Bohlander: "A traditional view had held that for negligence offences, the only objective criterion was causation, everything else being a question of personal abilities of the of the offender and thus of guilt. This is no longer the prevailing view, because it became apparent that there had to be something already on the objective level that justified the theoretical inclusion of human frailty and error into the criminal law's remit, something that made a conceptual comparison with the intentional offences justifiable". ראו BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 55. ודוק: גם בגישה המסורתית הישנה נדרש היה להוכיח בעברות רשלנות שניים אלה: קיומו של קשר סיבתי משפטי, שבשיטה זו אינו מוזהה עם היסוד הנפשי בעברה (משום שהקשר הסיבתי הוא בעל משמעות נורמטיבית ולא קוגניטיבית); וקיומה של אשמה, שאף היא אינה מוזהה בשיטת זו עם היסוד הנפשי בעברה (ראו ה"ש 140 להלן). לעניין זה ראו גם FOSTER & SULE, לעיל ה"ש 58, בעמ' 360-363. על מאפייני הרשלנות במישור האובייקטיבי-נורמטיבי במשפט הקונטיננטלי ראו גם מרדכי קרמיניצר "על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי, או שניהם גם יחד" משפטים כד 71, 79 (1994).

130 בדין האנגלי הדוקטרינה של "גורם זר מתערב" ממוקדת באופיו של ה"גורם", כמעשה או כאירוע, אך לא בסתם היותו "גורם", ולכן היא מוגדרת כ-"Intervening acts or events". לעניין זה ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 85-100.

131 לעיל ה"ש 82, 86 ו-91. היישום של מבחן מנתק זה כ"גורם זר מתערב" או כ"ביצוע שונה יסודית" צריך להיות מותאם למעמדו של הקטין כ"מבצע עיקרי" או כ"מבצע בצוותא", בהתאמה.

132 עקרונות דומים יישם בעבר גם בית המשפט העליון בישראל; ראו את פסקי הדין בע"א 23/61 סימון ואח' נ' מנשה ואח', פ"ד יז 449, 467-469 (1963); ע"פ 478/72 פנקס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 617 (1973); ע"פ 737/81 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 604 (1982).

133 פלר "הגורם המתערב הזר", לעיל ה"ש 85, בעמ' 38-42, 55-59. פלר "השפעת מהות הגורם המתערב הזר", לעיל ה"ש 77, בעמ' 397, 401-405; פלר "קיפוח חיים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 123-127.

134 במונח "נורמטיבי" כוונתי לכך שהמעשה המתערב הזר נעשה במכוון ובאוטונומיה מלאה של בעליו, כאמור לעיל בה"ש 131 ו-86. לניסוח נחרץ של התנגדותו של פלר למושג האוטונומיה במובן זה בדין הפלילי ראו פלר "קיפוח חיים", להלן ה"ש 10, בעמ' 120-121.

נפרד מהיסוד העובדתי (הפיזי-נורמטיבי) של העברה,¹³⁵ מאופיין בהגותו של פלר כיסוד נפשי.¹³⁶ מה הפלא אפוא שההכרעה בעניינו של הקטין אינה מוצאת מזוור אלא במישור זה? וכך לא רק בעברות של רשלנות בלבד אלא אף בעברות של מחשבה פלילית. לפי פלר, קשר סיבתי משפטי אינו אלא היסוד הנפשי בעברות אלה (מודעות או צפיות בפועל) הנדרש ממילא לגיבוש;¹³⁷ ואילו היסוד הפיזי-נורמטיבי בעברות אלה ("נטילת סיכון בלתי סביר") תלוי אף הוא בלעדית במודעות הנאשם לאי-סבירות (קונקרטיות) הסיכון בהתנהגותו – קרי: במחשבתו הפלילית – בלי ש"אי-סבירות" זו תאופיין אובייקטיבית, פיזית או נורמטיבית, באופן כלשהו.¹³⁸ ומה באשר לאפשרות התגבשותה של אחריות קונסטרוקטיבית (*versari in re illicita*), המבוססת על אופיו האסור של המעשה עצמו, כדרך שמקובל בשיטות המשפט המערביות?¹³⁹ גם אפשרות זו נדחתה על ידי פלר, שכן לידו האחריות הפלילית (ובמונחיו: האשמה)¹⁴⁰ אינה יכולה להתגבש אלא על בסיס היסוד הנפשי (יש דוגמאות נוספות על אלה

135 ההבחנה החדה בין הקשר הסיבתי העובדתי לבין הקשר הסיבתי המשפטי אינה מקובלת בספרות המשווה, משום שה-*actus reus* בעברה נחשב גם כרכיב נורמטיבי ולא רק כרכיב עובדתי-פיזי. לפי גישה זו אין מדובר ברכיב פיזי בלבד אלא ברכיב הפיזי בהקשרו הקונקרטי – כמעשה שמכונן את אחריותו הפלילית של הנאשם מבחינה נורמטיבית (כלומר שמתקיים בעניינו גם הקשר הסיבתי הנדרש על כל היבטיו). להבחנה זו ראו J. W. CECIL TURNER, *KENNY'S OUTLINE OF CRIMINAL LAW* 17-19 (19th ed. 1966). אשר לקושי בהבחנה בין שאלה של דין לשאלה של עובדה בעניין הקשר הסיבתי ראו ORMEROD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 82.

136 פלר ביקר את הגישה שעל פיה נבחנים הקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי כמכלול אחד (כמוסבר לעיל בה"ש 135), שכן לטענתו היא מטשטשת את ההבחנה בין הסיבתי העובדתי (*causa sine qua non*) לבין איתור הסיבה הרלוונטית (הקשר הסיבתי המשפטי) – שהוא מבחן הצפיות, בכוח או בפועל, בלבד; כלומר: מבחן היסוד הנפשי. לעניין זה ראו פלר יסודות בריני עונשין א', לעיל ה"ש 19, בעמ' 444-449, 752-756. לדעתי השגיאה של פלר נעוצה באי-ההבחנה בין היסוד הנפשי בעברה לבין היסוד הנורמטיבי, המהווה – בשיטות משפט אחרות ובהיבטים מסוימים – חלק מהיסוד העובדתי.

137 שם, בעמ' 753-754.

138 לעניין עברות של קלות דעת ראו לעיל ה"ש 40. בעברות של כוונה ואדישות באה גישתו זו לידי ביטוי, למשל, בשאלת המודעות לדרך או לתהליך של גרימת התוצאה, שאינה נדרשת לשיטתו בעברות אלה. לפי גישה זו, ריחוק הקשר הסיבתי העובדתי בין המעשה המכוון או האדיש לבין התוצאה אינו משפיע כלל על שאלת האחריות. יוצא מזה, לכאורה, כי אם התכוון אדם להמית את חברו וגרם לכך במעשה כלשהו, אפשר יהיה לייחס לו את עברת הרצח ללא כל קשר לשאלת אופיו של המעשה שעשה. לעמדה שונה, חרשה יחסית, שהוצגה בפסיקה (אם כי באופן כללי וראשוני בלבד) ראו ע"פ 10023/06 טואלבו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.12.2009).

139 לעיל ה"ש 108 ו-109.

140 זיהוי יסוד האשמה עם היסוד הנפשי בעברה כמשנתו של פלר אינו זיהוי קונצנזואלי. למעשה, אף אי-אפשר לטעון שהוא מבטא את הגישה הדומיננטית במשפט המשווה. בגרמניה, למשל, יסוד האשמה (*schuld*) הוא יסוד עצמאי ואינו זהה עם היסוד הנפשי, שהוא רכיב ביסודות העברה בלבד. לעניין זה ראו BOHLANDER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 16-17, 115-136. כן ראו FOSTER & SULE, לעיל ה"ש 58, בעמ' 340. בספרד, כדוגמה נוספת, אומצה בחוק העונשין החדש משנת

שהוזכרו¹⁴¹, אך בשלב זה נסתפק בכך).

בשיטת משפט כזו, שבה מעמדו של האקטוס ראוס בעברה כל כך רעוע,¹⁴² קשה לוותר על דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות. אחרי הכול, בכוחה של דוקטרינה זו לייחס משקל מסוים – מינימלי – למעשה עצמו, שכן באמצעותה מתעוררת שאלת האפשרות הריאלית לייחס אותו למבצע הזוטר, כדרך שהתעוררה בענייננו. אמנם, בית המשפט שלל לבסוף אפשרות זו על יסוד ניתוח של היסוד הנפשי (ולו של המבצעים בצוותא) ולא של היסוד העובדתי (בשל טשטוש התחומים כאמור), אולם, לדעתי, לידתו של הזיכוי היא בפגם ביסוד העובדתי שהשימוש בדוקטרינת הביצוע בצוותא הצליח לעורר את עצביו הרדומים – אם לא באופן שיטתי, לכל הפחות בתחושה האינטואיטיבית-פרקטית שבחכמת הלב של השופט. ועוד חשוב לי להבהיר כי בדברים דלעיל לא התיימרתי להביע דעה לעניין התוצאה הסופית של פסק הדין אלא רק על שיטת הניתוח שלו. שכן אחרי ככלות הכול, השיפוט הנורמטיבי של מעשה פלילי הוא יישום שחילוקי דעות בין אדם לאדם וכיין שופט לשופט הם חלק בלתי-נפרד ממנו.

הערה אחרונה לסיום: ביום 3.1.2013 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 9647/10 פלוני נ' מדינת ישראל.¹⁴³ פסק דין זה, שעסק בניתוח של מבחני הקשר הסיבתי המשפטי בעברות של מחשבה פלילית, הניח תשתית עיונית ראשונית ליסוד אחריות חשוב זה, כזו שכבר אינה חגה עוד סביב מבחן הצפיות בלבד. בית המשפט העליון פרץ בכך דרך חדשה העולה על נתיב נשכח במחוזותינו – נתיב היסוד העובדתי-נורמטיבי של העברה. אורו של זה האחרון הפציע בפסק הדין.

בעקבות פסק דין זה התקיים דיון נוסף בהרכב מורחב¹⁴⁴ (לבקשת הסנגוריה) בסוגיה חשובה זו, ולאחרונה אף ניתן בו פסק דין. בית המשפט שב וקבע פה אחד כי מבחני הקשר הסיבתי המשפטי חורגים ורחבים מתכניה של הצפיות, ואף נקבע בו כי הצפיות עצמה, כאחד ממבחני הקשר הסיבתי המשפטי, אינה משמשת במישור זה באותו מובן שהיא משמשת כיסוד נפשי.¹⁴⁵ בפסק הדין אף עמד בית המשפט על החשיבות של עקרון האוטונומיה בשאלת

1995 דוקטרינה נורמטיבית ליסוד האשמה ובכך בוטלה הדוקטרינה שקדמה לה, שזיהתה יסוד זה עם היסוד הנפשי. לעניין זה ראו, LORENA BACHMAIER & ANTONIO DEL MORAL GARCIA, CRIMINAL LAW IN SPAIN 80-82 (2010).

141 דיני השותפות, נשוא ענייננו, הם דוגמה נוספת לדומיננטיות של היסוד הנפשי בהגותו של פלר, שכן לשיטתו היסוד המרכזי המכונן את השותפות הוא היסוד הסובייקטיבי. לעניין זה ראו לעיל ה"ש 122.

142 במיוחד בעברות תוצאה ובעברות של יצירת סיכון, שבדרך כלל אין בהן הגדרה ברורה של היסוד ההתנהגותי או הנסיבתי, שאמורים להיבחן על פי מונחים כלליים של סבירות הסיכון, קשר סיבתי או מבחני נורמטיביות כלליים אחרים.

143 ע"פ 9647/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.1.2013).

144 דנ"פ פלוני, לעיל ה"ש 76.

145 ראו את ההבחנה שהבאתי לעניין זה בה"ש 94 לעיל. הבחנה זו באה לידי ביטוי, למשל, בדברים של נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט גרוניס, בפסק הדין. השופט גרוניס כתב כי מבחן הצפיות מתחלק לשניים: יכולת צפיות וחובת צפיות. תפקידו של הראשון הוא "לבצע צמצום ראשוני וגס של השרשרת העובדתית", שכן הטלת אחריות על תוצאות שאינן ניתנות

הייחוס של מעשה לאדם, שאף הוא חורג משאלת התגבשותה של צפיות, בכוח או בפועל, בתודעתו של אותו אדם.¹⁴⁶ נותר אפוא רק לקוות כי בית המשפט יתמיד לילך בדרך שבה החל לצעוד – נתיב היסוד העובדתי-נורמטיבי של העברה – כיסוד עצמאי, נפרד ובלתי תלוי ביסוד הנפשי, גם בהקשרים אחרים של מבנה האחריות הפלילית.

סיכום

שאלת היישום של דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות היא שאלה צרת-ממדים, יחסית, בהתחשב בכך שההכרעה בה רלוונטית לתופעות פליליות שהיקפן מוגבל. אולם חשיבות ההכרעה בסוגיה זו קשורה בכרירת הנתיב העיוני המוביל עדיה. נתיב זה חוצה סוגיות מרכזיות ומורכבות בתורת האחריות הפלילית, שניתוח נכון ומדויק של עקרונותיהם הוא תנאי מקדים לה.

במאמר זה צעדתי בנתיב האמור, תוך ניסיון להציג את הניתוח הרצוי של הסוגיות הרלוונטיות. בשלבים הראשונים של המאמר עשיתי זאת על דרך הניתוח העיוני, שכן היה עלי להתמודד עם הנימוקים העיוניים-מופשטים שהציגו בית המשפט (בפרשת פלוני) ופלר להחייט יישומה של דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות של רשלנות. לעומת זאת, בפרק האחרון של המאמר ביקשתי להציג את הניתוח הרצוי של סוגיה זו שלא על דרך הדקדוקציה – ניתוח מופשט מקדים של העקרונות והחלתם (ויש שיאמרו "כפייתם"), בשלב מאוחר יותר, על המקרה הפרטי – כי אם בפרספקטיבת המקרה הפרטי, הקונקרטי – פרשת פלוני – שבהשראתו קורמים עור ולובשים בשר הדין הרצוי ועקרונותיו, כדרך הילוכו האינדוקטיבי של המשפט המקובל. בחרתי להציג את הניתוח הרצוי גם באמצעות שיטת ניתוח זו, משום שככלות הכול, וכדרך שטען הולמס, עקרונות המשפט יונקים את חיותם מן הניסיון הפרטי ולא מניתוח לוגי מופשט.¹⁴⁷

לצפיות סבירה "כלל אינה מועילה להגשמת תכלית העבירה"; אולם תפקידו של המבחן השני – חובת צפיות – אחר, והוא פותח "פתח למגוון שיקולים, שכן [...] הקשר הסיבתי המשפטי הוא במהותו מבחן שבמדיניות משפטית". ניתוח זה מדויק בעיניי במישור המהותי אך מעט מבלבל במישור הטרמינולוגי: אם מבחן חובת הצפיות אינו אלא כותרת המאגדת תחתיה "מגוון שיקולים" ש"במדיניות משפטית" שאין בינם לבין מושג ה"צפיות" קשר מחייב כלל, מדוע לאגדרם תחת כותרת זו – חלף איגודם תחת הכותרת "קשר סיבתי משפטי"? לכן, במישור הטרמינולוגי נראה לי יותר ניסוח הדברים של השופט הנדל, כפי שהובא בה"ש 76 לעיל.

146 ראו לעיל ה"ש 76. בעניין זה אעיר כי להבנת המחלוקת שהתגלעה בפסק הדין בין שופטי בית המשפט העליון רובינשטיין והנדל, בשאלת יישומו של עקרון האוטונומיה, היא מחלוקת הנוגעת ליישומו במקרה הקונקרטי שנדון בפסק דין זה אך אינה מבטאת מחלוקת בשאלת תוקפו של העיקרון ככלל.

147 OLIVER WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW I (1923). הציטוט המלא של אמרתו של הולמס הוא כדלהלן: "The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions or public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with

ואכן, המקרה הפרטי שנדון בפרשת פלוני מעורר אי־נוחות אינטואיטיבית כלפי האפשרות לייחס לקטין חלק בהמתת המנוח, ולכלל הפחות הוא מעורר דילמה בהקשר זה. על עובדה זו, כך דומני, יסכימו הכול – אף אלה שיחלקו על תוצאת פסק הדין. אולם, הדרך המשפטית שבה צעד בית המשפט אל תוצאת זיכוי של הקטין רחוקה מלבטא שיקוף רציונלי של רבדיה העמוקים של חוויית אי־נוחות זו. במובן זה, נימוקיו של פסק הדין מבטאים את החלתם הכפויה של עקרונות לוגיים מופשטים (שאף יסודם העיוני מוטל בספק) על המקרה הפרטי, בשילוב היוצר דיסוננס צורם בין הבעיה לבין פתרונה.

כפי שביקשתי להראות במאמר, אני סבור כי אין במקרה הפרטי נושא ענייננו כדי להציע תשתית עיונית לשלילה של החלת דוקטרינת הביצוע בצוותא על עברות רשלנות, שכן הקושי להרשיע את הקטין בעברת גרם מוות ברשלנות אינו מעוגן באי־מודעותו לאפשרות גרימת המוות. לדעתי, הקושי בהרשעה זו נובע מהתוכן העובדתי ו/או הנורמטיבי־מוסרי שאנו – ככני אדם החברים בחברה בעלת תפיסות נורמטיביות מסוימות – מעניקים למושגים כגון "ביצוע" או "גרימה" של מעשה מסוים. הבעיה נעוצה אפוא ביסוד העובדתי־נורמטיבי ולא בזה הנפשי. אם אכן כך – מדוע חייבים אנו לצעוד בכפייה, כשבויי חרב, בנתיב רעיוני מופשט, אלגנטי ואסתטי – כשהוא מנותק מן הקונקרטי בלבד – ככל שיהיה, שאינו מבטא ואינו מוביל אל הריאלי־מעשי?

ואף במישור הדין המצוי כך. לדעתי אין בדין המצוי כל ביטוי שבכוחו להצדיק שלילה של החלת דוקטרינת הביצוע בצוותא בעברות רשלנות. במישור זה נראה לי כי סעיפי החוק שבהם ביקש בית המשפט לתמוך את עמדתו אינם יפים לכך כלל ועיקר.

תם ולא נשלם, שכן דומני כי הבעיה העקרונית שעליה ביקשתי להצביע בפרק האחרון של מאמר זה – מעמדו הרעוע של היסוד העובדתי־נורמטיבי בדין בישראל, כמו גם הבעיה שעליה הצבעתי בסיכום קצר זה – ביכור שיטתי של השיטה הדוקטיבית על זו האינדוקטיבית במסגרת פיתוחם של עקרונות המשפט הפלילי בשיטה המקומית – אינן ייחודיות לסוגיה שבמוקד מאמר זה. נראה לי כי הסבת תשומת הלב לבעייתיות הכרוכה בגישות אלה היא תכלית חשובה בפני עצמה.

their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining
the rules by which men should be governed”

