

**ביקורת ספר: "דיני עונשין" מאת יורם רבין ויניב ואקי
(מהדורה שנייה, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין,
2010)**

מאת

אורנה אליגון דר*

למדף הישראלי של ספרי המשפטים העוסקים בדיני עונשין נוסף ספרם של יורם רבין ויניב ואקי "דיני עונשין" בהוצאת לשכת עורכי הדין. הכרך הבודד של המהדורה הראשונה (2008) צמח לשני כרכים במהדורה השנייה (2010). מדובר בספר הסוקר את דיני העונשין של מדינת ישראל תוך הצגת עקרונות היסוד של שיטת המשפט הפלילי בישראל. הספר אינו מתיימר להציע תאוריה חדשה של דיני העונשין אלא לתאר את הדין הקיים. עם זאת שומרים המחברים על פרספקטיבה ביקורתית, הממקמת את ניתוח הדין המקומי בהקשר רחב מבחינה היסטורית ומשפטית.

הספר מתחיל בסרטוט הקשרה של המטריה הנדונה – תיאור קצר של ענפי המשפט הפלילי (דיני עונשין, סדר דין פלילי וראיות) ורקע היסטורי של דיני העונשין הישראליים החל מהתקופה העות'מאנית, דרך תקופת המנדט, עד לתקופה הישראלית וכלה בקבלת תיקון 39. כן נכלל בפרק הראשון דיון בדיני העונשין כתלויי-חברה וכתלויי-תרבות. המוטיבים המופיעים בפרק הראשון מהדהדים בספר כולו. המחברים אינם מסתפקים בתיאור המצב המשפטי הקיים אלא מביעים דעה ברורה על מה שחסר בדין הקיים או במה הוא לוקה. למשל, לאחר שהתייחסו לתיקון 39 לחוק העונשין, שנתקבל בשנת 1994 והחליף את החלק הכללי של חוק העונשין, כותבים המחברים: "החלק השני של חוק העונשין – פרק העבירות – ממתין אף הוא ליום בו יוחלף בחלק חדש ומודרני, וככל שתמהר הכנסת לעשות כן – כך ייטב" (עמ' 13).

שלושת הפרקים הבאים מתווים את המסגרת של דיני העונשין בכלל ובישראל בפרט. הפרק השני מתאר את מטרת דיני העונשין. מאז פרסום המהדורה השנייה התעדכן החוק הישראלי, ותיקון 113 הוסיף לחוק העונשין הוראות המגדירות את מטרות הענישה, שינוי שמן הסתם יבוא לידי ביטוי במהדורות הבאות של הספר. הפרק השלישי עוסק בדעות השונות בנושא הגבולות הראויים של הדין הפלילי, או במילים אחרות: מהן ההתנהגויות

* בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי כרמל.

שיש לראות בהן מושא ל"הפללה" (במובן של קרימינליזציה) ומהם הערכים הראויים להגנה באמצעות המשפט הפלילי. הפרק הרביעי עוסק בהשפעת התפתחויות המשפט החוקתי בישראל על המשפט הפלילי המהותי ומשרטט את המבחנים לחוקיותן של הוראות הדין הפלילי ובנפקות המהפכה החוקתית באשר למעמדן של עקרונות היסוד בדין הפלילי. הפרק מדגיש כי הוראותיו של תיקון 39 מאוחרות לחוק היסוד, ועל כן עשויות להיפסל אם לא תעמודנה בתנאי פסקת ההגבלה.

המשך הספר, על שני כרכיו, עוקב אחר ההוראות והעקרונות שהדין אימץ במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, היינו החלק הכללי של חוק זה. פרקי הספר סדורים בהתאמה למבנהו של החלק הכללי של חוק העונשין. הפרקים מתייחסים לסעיפים 1 עד 34 לחוק (למעט ס' 23 שעניינו האחריות הפלילית של תאגיד). השער השני עוסק בעקרון החוקיות וביטוי בדין הישראלי ובתחולת דיני העונשין לפי זמן ומקום עשיית העברה (ס' 1–17 לחוק העונשין). פרקי השער השלישי עוסקים ב־actus reus, היסוד העובדתי של העברה (המוגדר בס' 18 לחוק העונשין). פרק 8 בוחן את הרכיב ההתנהגותי של העברה, והדיון מבחין בין "מעשה" לבין "מחדל". פרק 9 עוסק ברכיב הנסיבתי של העברה, ופרק 10 ברכיב התוצאתי. פרק 11 מתייחס לדוקטרינות שאינן מעוגנות בחוק עצמו אך זכו להתייחסות בפסיקה, והמחברים מציגים את הדין הקיים בצורה מסודרת. הפרק כולל דיון בדוקטרינות של העברה הנמשכת (וההבחנה בינה לבין עברה רגעית ועברה מתחדשת) ושל העברה רבת הפריטים (ובמה היא נבדלת מעברת שרשרת). גם הפרק העוקב, העוסק בחפיפה של מעשים ועברות, דן בנושא שאינו מוסדר בחוק עצמו אלא בהוראות 186 ו־5 של חוק סדר הדין הפלילי. הדיון באפשרות להעמיד לדין בגין עברות שונות שיש להן רכיב התנהגותי משותף משלים את השער השלישי. השער הרביעי של הספר עוסק ביסוד הנפשי של העברה. פרקים 13–15 עוסקים, בהתאמה, במחשבה הפלילית, רשלנות ואחריות קפידה. הדיון מתייחס לכללים שקבע תיקון 39 בנושא ה־mens rea, וכן לדוקטרינות שגובשו בפסיקה בטרם התיקון (כמו הלכת הצפיות, המחשבה הפלילית המועברת) ולהשפעת תיקון 39 על תחולתן. השער החמישי מכיל פרק אחד ודן בעקרון המזיגה המחייב חפיפה בזמן של היסוד העובדתי והנפשי. זכרו של עיקרון זה לא בא בגדר תיקון 39, ופרק 16 מפרט את הדעות השונות באשר להיקף תחולת העיקרון לאחר התיקון.

השערים השישי והשביעי מכילים פרק בודד כל אחד. פרק 17 מציג היבטים שונים של עברת הניסיון: היסוד העובדתי והנפשי, העונש, פטור עקב חרטה וניסיון בסוגים מיוחדים של עברות. גם כאן סוקרים המחברים את ההלכות הקיימות ואת השלכת תיקון 39 על הדין. המשך הדיון בעברות הנגזרות הוא בפרק 18, הדין בצדדים לעברה, המבצע בצוותא, המשדל והמסייע, ההבדלים ביניהם ונפקותם.

השער השמיני, העוסק בסייגים לאחריות הפלילית, משתרע על רובו של הכרך השני (פרקים 19–32). סדר הפרקים תואם את סדר הסעיפים הקובעים את הסייגים בחלק הכללי. כך זה מנסה לתפוס את המרובה, ולא כל הסייגים זוכים לטיפול מקיף באותה מידה. כך

זוכה הסייג של ההגנה העצמית לטיפול מרחיב יחסית, כולל תת-פרק המתייחס להגנה על בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר (ס' 134).¹ בשל חשיבות הוספתו של סייג זה לחלק הכללי והיות שהסייג טרם נדון בפסיקת בית המשפט העליון, המחברים מקדישים דיון מאיר עיניים גם לדעות השונות של השופטים שישבו לדין בפרשת דרומי.² לעומת זאת הדיון בסייג השכרות קצר בהרבה. ברור שהיקף הדיון בכל סייג נתון משקף במידה רבה את כמות הפסיקה ואת המחלוקות האקדמיות הרלוונטיות, אך יש שהקיצור פוגע בהצגת הדברים. כך למשל כותבים המחברים כי "לא ידוע לנו ולו על מקרה אחד במשפט הישראלי אשר בו זוכה אדם מכוח הסייג של השכרות".³ אולם בפרק העוסק בשכרות מתארים המחברים כי בעניין אלסביצקי זיכה בית המשפט את הנאשם שהיה שיכור בשעת מעשה מעברה של מעשה מגונה.⁴ ייתכן כי לו היו מרחיבים את הדיון, היו מבהירים כי כוונתם הייתה לומר שאינם מכירים מקרה שבו אדם זוכה בשל שכרות שנגרמה שלא בשליטה ומדעת (לפי ס' 34א), וזאת להבדיל מזיכוי בגין שכרות בעברות מטרה (לפי ס' 34ב). בנוסף רואים המחברים בסייג השכרות דוגמה ליישום הדוקטרינה של "ההתנהגות החופשית במקור" (actio libera in causa).⁵ קביעתם נסמכת על אמירה ברוח זו בדברי ההסבר לחקיקה והם מפנים לכתבתם של קרמניצר וגור-אריה בנושא.⁶ האחרונים אמנם מסכימים כי במקרה של שכרות ראוי לסטות מהעיקרון הכללי שלפיו אדם נדון לפי מידת אשמתו. עם זאת קרמניצר וגור-אריה מחזיקים בהשקפות מנוגדות באשר לרציונל של סטייה מעקרון האשם. לפי גור-אריה, יש להטיל על העושה השיכור אחריות פלילית לפי דוקטרינת "ההתנהגות החופשית במקור", על ידי חיבור היסוד הנפשי שהיה קיים אצל העושה בשלב שהשתכר עם האלמנט ההתנהגותי שביצע בשלב השני (כך למשל כשאדם נכנס למצב שכרות מתוך רשלנות, אי אפשר יהיה להטיל עליו אחריות פלילית בגין עברה של מחשבה פלילית). ההסדר הקבוע בתיקון 39 קובע חזקת אדישות ללא דרישה להוכחת היסוד הנפשי של העושה כלפי העברה בעת שהכניס עצמו למצב השכרות, ולכן על פי גישת גור-אריה ס' 34ב אינו מיישם כראוי את דוקטרינת ההתנהגות החופשית במקור (בהיעדר דרישה לצפייה בפועל או בכוח של העברה שבוצעה). לשיטת קרמניצר, השתכרות היא יצירת מצב מסוכן, ואין לקבל טענת הגנה שלפיה העושה לא היה מודע לפוטנציאל המסוכן של ההשתכרות. קרמניצר מתפלמס עם גישת גור-אריה, הנסמכת על דוקטרינת "ההתנהגות

1 הסעיף שהוסף במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח–2008 ידוע בכינויו העממי "חוק דרומי".

2 ת"פ (מחוזי ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי (פורסם בנבו, 15.7.2009).

3 כרך ב, בעמ' 624, בפרק המתייחס לעקרונות כלליים בנוגע לסייגים לאחריות פלילית.

4 בתיק שנדון בבית המשפט העליון נתקבל זיכוי בעברות של איומים והפרעה לשוטר במילוי תפקידו. ראו רע"פ 3480/09 מלכה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.3.2010). ראויה לציין פרשה נוספת שבה זוכה נאשם שהיה שיכור בעת מעשה מעברת רצח, והורשע חלף כך

בהריגה: תפ"ח (מחוזי ת"א) 1041/08 מדינת ישראל נ' מצגורה (פורסם בנבו, 13.1.2010). הדברים נאמרים הן בפרק העוסק בעקרון המזיגה (כרך א, בעמ' 43) והן בפרק העוסק בסייג

השכרות (כרך ב, בעמ' 698).

6 כרך ב, בעמ' 698–699 וההפניות הכלולות שם.

חופשית במקור".⁷ לשיטתו, לעושה תיוחס מחשבה פלילית ללא קשר ליסוד הנפשי שליווה אותו בעברה שביצע בסופו של דבר (כך יהיה אפשר לייחס לו מחשבה פלילית גם אם היה רשלין בלבד בעניין העברה שביצע). דעה נוספת נשמעה מפי פלר, ולפיה מי שהשתכר שלא כדי לבצע את העברה, הביא עצמו באדישות או בקלות דעת למצב של שחרור מעצורים שבו הוא עלול לבצע עברות. לפיכך מכוח הדוקטרינה של "התנהגות חופשית במקור" אפשר לצרף את הפזיזות שאפיינה אותו בעת ההשתכרות לעשיית העברה ולהטיל עליו אחריות פלילית.⁸ אפשר לסכם ולומר שהספרות המשפטית הישראלית אינה מתבטאת בקול אחד בעניין החלת דוקטרינת "ההתנהגות החופשית במקור" על סייג השכרות. עם זאת ראוי לזכור כי מטרת המחברים היא מתן סקירה כללית על נושאים בסיסיים בדיני העונשין, ולא יהיה הוגן לצפות שספר מעין זה יידרש לנפתוליה של כל סוגיה משפטית. במובן זה גם הפרקים הקצרים יחסית הם נקודת מוצא טובה להעמקה בסוגיות הנדונות בהם, ומכילים אסמכתאות המאפשרות לעשות כן.

נוסף על הסייגים הקבועים בתיקון 39, מקדישים המחברים פרק להגנה תרבותית (פרק 32). המחברים מביעים דעתם שהסייגים המנויים בתיקון 39 אינם מהווים רשימה סגורה. הפרק עוסק במצבים שבהם הנאשם טוען להגנה מהטעם שמעשהו בוצע על רקע הערכים והמנהגים של התרבות שבה התחנך. הפרק דן בשאלה אם בכלל ראוי להכיר בהגנה התרבותית. המחברים עונים בשלילה, אך מגלים דעתם כי אפשר להתחשב בטענות תרבותיות במסגרת דוקטרינות קיימות (כגון טענה להיעדר יסוד נפשי, זוטי דברים, שיקולי ענישה וכו'). הדיון מרתק משום שהמחברים אינם מסתפקים בהתייחסות למנהגים ולתרבות של קבוצות מיעוט במדינת ישראל, אלא מתייחסים גם למנהגים שהם נחלת הרוב היהודי, כגון ברית המילה.

השער התשיעי והאחרון עוסק בהוראות כלליות שונות – רף ההוכחה הפלילי, "מעבר לספק סביר" (פרק 34), רף ההוכחה להוכחת סייג לאחירות פלילית (פרק 34) וכלליות החלק המקדמי והחלק הכללי, ס' 34 כג (פרק 35). הפרק העוסק ברף ההוכחה של "מעבר לספק סביר" הוא התאורטי ביותר בספר, ומכיל רקע היסטורי ליצירת רף ההוכחה, ומודלים שונים המתייחסים לסטנדרט הספק הסביר (מודלים מתמטיים, קוגניטיביים ופסיכולוגיים). נושא כללי אחר שכדאי לכלול במהדורות הבאות (בתקווה שתהיינה כאלה) הוא התייחסות לדרכי הענישה השונות הקיימות בחוק הישראלי, והתייחסות מיוחדת לפרשנות תיקון 113 לחוק העונשין, המתייחס להבניית שיקול הדעת השיפוטי וליישומו בפסיקת בתי המשפט.

סגנונו של הספר פשוט וברור. הכתיבה משלבת אזכורי חקיקה ופסיקה (כולל המחשת סוגיות באמצעות פסיקת הערכאות הדיוניות או דין זר במקרה הצורך) עם ספרות אקדמית

7 פרופ' קרמניצר אינו תומך עמדתו בדוקטרינה מסוימת, לפחות לא במפורש. עמדתו נעוצה גם בשיקולים מעשיים, ולדבריו: "הדוגמטיקה המושגית היא כלי, אמצעי לניתוח, ואסור שהגולם יקום על יוצרו" מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109, 118 (1996).

8 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 616 (1984).

על הנושאים הנדונים (כולל עבודות דוקטור שטרם פורסמו). הנאמר בספר אינו נמסר בקול אוטוריטטיבי, שלפיו לשאלות משפטיות תשובה נכונה אחת, אלא פורש מחלוקות ודעות שונות באשר לבעיות משפטיות. למשל, בקטע הדין בהבחנה בין מעשה למחדל (פרק 8) נאמר כי לעתים ההבחנה בין מצבים אלה עשויה להיות מבלבלת וקשה. המחברים מציגים מבחנים משפטיים שונים לצורך ההבחנה. המבחן המקובל שמתאר פרופ' פלר הוא "מבחן התנועה הגופנית", שיוצר ניגוד בין התנהגות אקטיבית הכרוכה ב"הוצאת אנרגייה פיזית" לבין התנהגות פסיבית המתבטאת בהימנעות מהוצאת אנרגייה פיזית. מול מבחן זה מציגים המחברים את ביקורתם של קרמניצר ושגב, שלפיה ההבחנה בין מעשה למחדל אינה יכולה להתבסס על קריטריון בודד ומציעים את "מבחן הדומיננטיות" המשקלל כמה וכמה נתונים שבאמצעותם אפשר להחליט מהי ההתנהגות הדומיננטית באירוע. השיקולים כוללים גרימת תוצאה לעומת אי-מניעת תוצאה, הרעת הפגיעה באינטרס חברתי מוגן לעומת הימנעות משיפור המצב ויצירת מצב מסוכן לעומת הימנעות מהצלת אינטרס חברתי הנתון בסכנה. את המבחן של קרמניצר ושגב מיישמים המחברים בסיטואציה של המתת חסד בניתוקן של אדם השרוי במצב של "צמח" ממכונת ההחייאה. המחברים מגלים דעתם כי לפי מבחן הדומיננטיות, פעולת הניתוק תואמת את הגדרת "מחדל" יותר מאשר את הגדרת "מעשה". עם זאת הניתוח שלהם מבהיר כי מדובר במהלך פרשני שאינו ברור מאליו, ולא מן הנמנע להגיע למסקנה אחרת. הדיון בהמתת חסד כולל גם התייחסות להבחנות עיוניות-מוסריות בין המעשה למחדל (תוך התייחסות למחקרו של רוני רוזנברג על הערכים השונים המונחים בבסיס האיסורים מסוג מעשה ומחדל). סגנון כתיבה זה משלב הצגה ברורה של הסוגיה המשפטית, הדעות השונות, כולל נקיטת עמדה ברורה של המבקרים, עם אזכורים לפסיקה, לספרות ולמחקר עדכני, באופן המאפשר לקורא המעוניין להעמיק ולהיעזר בספר כנקודת פתיחה למחקר נוסף.

הכתיבה המתארת ריבוי דעות בסוגיות משפטיות מתבטאת גם באופן הביקורת על פסיקת בית המשפט העליון. למשל, בדונם בשאלה אם אפשר לסייע בדרך של מחדל לעברה שהיא בעצמה עברת מחדל (פרק 18), מנתחים המחברים את פסק דינו של השופט חשין בפרשת ויצמן, הקובע כי הדבר אפשרי אף ללא מקור חובה חיצוני שבדין. המחברים מפרטים את קביעותיו של פסק הדין (תוך מתיחת ביקורת על אופן השימוש של כבוד השופט חשין באסמכתאות), ולאחר הבהרת דעות המלומדים השונות על הסוגיה, מביעים דעתם כי הפסיקה פוגעת בעקרון החוקיות ואינה רצויה משיקולי מדיניות. מחד גיסא מבהירים המחברים את עמדתם, ומאידך גיסא מבהירים קיומן של דעות אחרות באשר לדין הקיים.

סגנון הכתיבה והתייחסות המחברים למגוון פרשנויות ונקודות מבט הופכים את הספר לנגיש ושימושי לסטודנטים, עורכי דין ושופטים (ואין זה מפתיע לגלות שהספר כבר צוטט בעשרות פסקי דין של בית המשפט העליון). המהדורה הראשונה הייתה מצומצמת בהיקפה, אך הכרך הבודד היה נוח יותר לסחיבה לבית המשפט או לשיעור. אפשר לקוות שההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין תוציא ספר זה במהדורה אלקטרונית, שתקל את נשיאתו ואת אפשרויות החיפוש, ותאפשר למחברים לעדכן את הספר עדכון שוטף. שורה תחתונה: קריאה מומלצת מעבר לספק סביר.