

## פטור עקב חרטה\*

ע"פ 290/88 ג'ראר נ' מ"י וערעור שכנגד<sup>1</sup> לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין<sup>2</sup>

מאת

### דפנה נתניהו

א. הקדמה. ב. עילות הפטור כפי שהוסדרו בחוק העונשין. ג. על מהות דרכי הסיכול. ד. המבצע – בצוותא. ה. עניין ג'ראר. ו. הפסיקה בעניין הפטור עקב חרטה לאחר כניסתו לתוקף בחוק העונשין. ז. Versari – מעין סיכום

### א. הקדמה

לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין, כשעבר אדם את הגבול של תחילת עשיית העבירה, הוא נשא באחריות פלילית להתנהגותו העבריינית מנקודת "אין-חזרה" זו. אם הפסיק את העשייה לפני השלמתה, היה נושא באחריות לכל מה שביצע עד לנקודת ההפסקה, ואם העבירה הייתה רבת משתתפים – היו נושאים באחריות הפלילית גם הצדדים הנותרים, הישירים והעקיפים<sup>3</sup>.

\* תודתי נתונה לפרופ' ש"ז פלר על התמיכה והעידוד הרבים שנתן לי ועל קריאת כתב היד ומתן הערותיו, ולד"ר ג'ודי ברודר על שעברה על כתב היד והציעה הצעות מועילות.

1 פ"ד מג(4) 696 (להלן: עניין ג'ראר).

2 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, ס"ח תשנ"ד 348, שנכנס לתוקף ב-23.8.1995. להלן: "חוק העונשין", או "החוק".

3 לפני תיקון 39 לא הייתה בחוק העונשין שום השלכה משפטית לחרטת העבריין. פרט לחרטתו של המנסה לשדל. לגבי זה האחרון קבע סעיף 30 לחוק העונשין שלפני תיקון 39, תחת הכותרת "חזרה משידול ומעצה", כי: "שידל אדם את חברו או יעץ לו לעבור עבירה, ובטרם נעברה העבירה חזר בו ושידל או יעץ שלא לבצעה, לא יראו אותו כאילו עבר את העבירה, אפילו נעברה". המחוקק יצא מנקודת הנחה עובדתית, שאם בכל זאת נעברה העבירה בזמן מן הזמנים, ביצע

כיום, עם קבלת תיקון 39 לחוק, הזיו המחוקק במקרים חריגים את נקודת ה"אין-חזרה" אל מעבר לגבול של תחילת הביצוע, באופן שבהתמלא תנאים מסוימים ומוגדרים<sup>4</sup>, פוטר החוק את העברייין מאחריות פלילית על אותו חלק של העבירה שמומש. הרעיון המרכזי בהסדרת פטור זה הוא שחלף הפטור שנותנת החברה לעברייין מאחריות להתנהגותו העבריינית, היינו מן הניסיון לעבור עבירה, שללא הפטור הוא עניש, תקבל החברה תמורה ממשית בדמות סיכול השלמת העבירה. כלומר, אותה נקודת "אין-חזרה" תהיה עדיין בשלב הניסיון לעבור את העבירה, בטרם השלמה. זהו המבנה הבסיסי של העילה לפטור המוצע בחוק העונשין.

חשוב להבליט מראש כי "עילת הפטור" היא זהה בתמציתה לגבי כל צד לעבירה ללא הבדל מעמד השותף בעשייתה – "ישיר" או "עקיף". מן הבחינה הערכית, "עילת הפטור" צריכה להתבטא באפקט המונע את המשך מהלך העשייה של העבירה, כלומר בסיכול השלמתה. עם זאת, לשם התהוות הפטור, התנהגות מסכלת זו נבדלת משותף לשותף, הבדל הנובע באורח אובייקטיבי ממעמדו הספציפי של הצד לעבירה – צד ישיר יחיד, עם מסייע או משדל או בלעדיהם; משדל, מסייע, או אף מבצע-בצוותא שמצוי בסיטואציה בה השלמת העבירה היא בשליטתו של מבצע בצוותא אחר:

- **צד ישיר הפועל לבד** – הפטור יחול רק אם העבירה לא הושלמה עקב חרטה בלבד, ואין די בכך שהמהלך נבע ממניעים או שיקולים אחרים.
- **משדל או מסייע** – כשצדדים עקיפים לעשיית העבירה, שהם חסרי שליטה על הביצוע עצמו, אינם יכולים למנוע את השלמתה על ידי המבצעים אלא תוך התערבות מסכלת את מהלך הביצוע, כלומר התערבות שהביאה לאי-השלמת העבירה.
- **מבצע בצוותא** – לא תמיד יש לאל ידו למנוע את השלמת העבירה, גם אם הוא עצמו מפסיק את התנהגותו מתוך חרטה בלבד, תהיה כנה ככל שתהיה. אלה המקרים שבהם מבצע בצוותא אחר שולט אף הוא על מהלך העבירה, ויכול ומעוניין להשלימו.

המבצע הישיר את העבירה לא עקב השפעתו המקורית של המסית שאחר כך חזר בו, אלא עקב יוזמה עצמית לעשות כן. אך אם החרטה אירעה אחרי שכבר נעשה אותו צעד המהווה תחילת ביצוע של העבירה, ועקב כך התנהגות המנסה לשדל הפכה שידול, לא הייתה לחרטה השפעה על עצם הטלת האחריות, והיה ניתן להתחשב בה רק בשלב הטלת העונש.

לגבי המשדל שתק החוק בעניין החזרה מן השידול ובכך הסדיר את הסוגיה הסדר שלילי. לגבי המבצע קבע החוק במפורש, שחרטה אינה מהווה פטור מאותו חלק של העבירה שכבר בוצע, או בלשון סעיף 33(ב) "אין נפקא מינה... אם... מרצונו חדל מן הביצוע".

ראו מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 "משפטים" כד (תשנ"ד) 9, בעמ' 41; וכן ראו דיון בסוגיית הניסיון, כולל הפטור עקב חרטה: ד' ביין "הערות לעבירת הניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין" המשפט ג (תשנ"ו) 297.

4

המבצע-בצוותא (המוזכר ראשון) צריך ללוות את החרטה בהתערבות מסכלת, המונעת את השלמת העבירה.

ההבחנות דלעיל מתחייבות כאמור מטבע הדברים, ובלבד שמתקיים התנאי הבסיסי של הפטור, ולפיו הוא מותנה בכך שהנהגה ממנו מונע את השלמת העבירה. מטרת רשימה זו היא לנתח באיזו מידה עילות הפטור המוענקות לצדדים לעבירה בהוראות חוק העונשין, מוסדרות מפורשות או מכללא על יסוד הבחנות אלה.

## ב. עילות הפטור כפי שהוסדרו בחוק העונשין

הפטור מאחריות פלילית לצד לעבירה, שחזר בו לאחר תחילת ביצועה ומנע את השלמתה, מוסדר בחוק העונשין בשני סעיפים נפרדים, ולפני שאגש לדיון בהם, אביא אותם כלשונם:

28. פטור עקב חרטה [לצד הישיר]

מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לנסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה.

34. פטור עקב חרטה [לצדדים העקיפים]

(א) משדל או מסייע לא יישא באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לנסיון לשידול, אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה, או אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה.

(ב) "רשויות", לענין סעיף זה – משטרת ישראל, או גוף אחר המוסמך על פי דין למנוע את עשיית העבירה או את השלמתה.

בקובעו את התנאים להתגבשות עילת הפטור, מבחין סעיף 34 לחוק העונשין בין המנסה לשדל לבין הצדדים העקיפים לדבר עבירה. לגבי המנסה לשדל מדבר הסעיף על אי-עשיית העבירה, ואילו בהתייחסו למשדל או למסייע, הביטוי הרלוונטי הוא אי-השלמתה. כלומר דרכי הסיכול של המנסה לשדל חייבות להביא לכך שביצוע העבירה לא יתחיל כלל, בעוד שכשמדובר במסייע או במשדל, דרכים אלה חייבות למנוע את השלמתה ולהבטיח שזו תישאר בגדר ניסיון בלבד. הטעם לכך ברור: בעוד שמעמדו

של המנסה לשדל, על-פי הגדרתו, מותנה בכך שהמבצע הישיר העתידי טרם החל בביצוע העבירה, כלומר הוא אינו צד ל"עבירה", מעמדם של המשדל ושל המסייע דווקא מחייב את השלב של תחילת הביצוע של העבירה. לפיכך יש לקרוא את סעיף 34 כקובע שהפטור חל "אם מנע [המנסה לשדל] את עשיית העבירה או [מנע המשדל או המסייע] את השלמתה, או אם הודיע [המנסה לשדל] בעוד מועד לרשויות על אפשרות עשיית העבירה לשם מניעתה או [אם הודיע המשדל או המסייע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעתה, ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת]" (התוספות בסוגריים המרובעים ניתנו לשם הבהרה). בהמשך הדיון אתמקד רק במבצע הישיר, במשדל ובמסייע, ולא אתייחס בנפרד למנסה לשדל, שהוא כאמור אינו צד לעבירה אם הוא נשאר כזה, ואם לאו – הופך הוא למשדל.

כאמור, לשם היווצרות הפטור, הדרישה הבסיסית המופנית כלפי כל הצדדים לעבירה היא שזו לא תושלם. אך התנאי הנבדל של הפטור לצד הישיר המתבטא בדרישת חרטה, לעומת היעדר דרישה כזו מן הצד העקיף, מחייב, ולא רק מצדיק, הוראות חוק נפרדות להסדרת הפטור לצד ישיר, מזה, ולצד עקיף, מזה. וכך, למרות הכותרת הזוהה של שני הסעיפים העוסקים לכאורה ב"פטור עקב חרטה", הרי שחרטה פנימית, כלומר אי-יכולת נפשית, כסיבה היחידה לאי-השלמת העבירה, נדרשת אך ורק מן המבצע, כצד ישיר לעשייתה, ואתחיל בה את הדיון.

#### חרטת המבצע – תנאי נבדל המתחייב מטבע הדברים

לפי החוק, הפטור לצד הישיר, אינו ניתן ללא הבחנה לכל מי שהחליט לא לסיים את העבירה שהתחיל בעשייתה. למשל, החלטת מבצע לוותר על המשך הביצוע בגלל חוסר אפשרות פיזית להשלים את העבירה או היעדר כדאיות להמשיך את מהלך הביצוע או חשש מגילוי מוקדם של העבריינים, אינה החלטה המקימה פטור<sup>5</sup>. בדרך כלל, גישת חוק

5 לפי דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, הצ"ח 2098 (התשנ"ב) 115 (להלן: הצעת החוק), מדובר במפנה פנימי חזק, הראוי להתחשבות פנולוגית, כיוון ש"חזקה על אדם כזה שלא ישוב עוד לסורו, ואין כל טעם לייסר אותו בייסורים נוספים". דברים כאלה אינם נכונים ביחס למבצע ישיר שמפסיק לפעול משיקולי כדאיות. ראו גם גור-אריה (לעיל, הערה 4), בעמ' 41. ברוח זו נפסק גם בע"פ 401/99 מצארונו נ' מ"י, פ"ד נג' (3) 561. לדעה אחרת, השמה את הדגש על אינטרס החברה שהעבירה לא תושלם, תוך נכונות לוותר על החרטה כמניע שהביא את העבריין לסכל את השלמתה, ראו השופט קדמי בע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מ"י, פ"ד נב' (2) 105, בעמ' 130, וביין (לעיל, הערה 4). יש לציין כי דעה זו אינה מסתמכת על נוסח החוק, אלא על הנימוק שלפיו הלך נפש פנימי קשה להוכחה. המחבר אמנם ער לכך שהמחוקק מטיל את ההוכחה לקיומה של החרטה על הנאשם, אך אינו מסיק

העונשין היא שסיכון ערכי החברה שעליהם נועד החוק הפלילי להגן, נוצר כבר עם תחילת הביצוע של העבירה<sup>6</sup>, והעונשים הזהים הקבועים בחוק לניסיון ולעבירה המושלמת לגבי מרבית העבירות יעידו על כך. לכן עצם הפסקת ביצוע העבירה, לאחר שזו כבר החלה, אינה מספיקה לגיבוש עילת הפטור מאותו חלק של העבירה שכבר בוצע. הפטור חל רק במקרים מיוחדים ובלתי שכיחים, השייכים לקטגוריה של **ניסיון כשל עקב חוסר אפשרות נפשית**. ניסיון זה מתאפיין במצב נפשי פנימי שבו העבריין נוכח לדעת, תוך כדי ביצוע העבירה, כי אינו מסוגל רגשית לבצעה. חוק העונשין משקף למעשה את הגישה שביטא פרופ' פלר בספרו<sup>7</sup> ובהצעת החוק שחיבר עם פרופ' קרמניצר, שהייתה בסיס לתיקון 39 של החוק. לפי גישה זו, להבדיל מעבירה שנעצרה בשלב הניסיון משיקולים הקשורים למהלך ביצועה, הרי שניסיון שהופסק עקב חרטה כנה הוא ניסיון כשל, מכיוון שכישלוננו טמון בו מראשיתו, דהיינו שזרע הכישלון, אותו חוסר אפשרות נפשית של העבריין להשלים את העבירה, היה טמון בו מלכתחילה. על-פי גישה זו, יש להתחשב במצב נפשי מיוחד זה, ובלבד שביטוי ההכרחי במציאות הוא אי-השלמת העבירה. ההנחה היא, כאמור, שבנסיבות העניין, לא סיכן העושה מלכתחילה את הערך החברתי המוגן על-ידי העבירה, וכי התנסות העושה, כשהפסיק את מהלך הביצוע, היא ערובה מספקת לכך שלא יחזור עוד לסורו בנסיבות אלה. עושה כזה אינו טעון עוד טיפול עונשי כדי להגיע לתוצאה כזו.

הביטוי למצב הנפשי הזה שניתן בסעיף 28 לחוק הוא, שהאדם חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה". ואולם מלבד המשמעות הפנולוגית המשוערת העתידית של החרטה כ"עילת פטור" בנדון, מתבקשת שימת הלב גם למשמעותה העכשווית. בהתנתות את הפטור בחרטה בלבד, שלל המחוקק כל אפקט פוטר מטעמים אחרים להפסקה יזומה על-ידי מבצע של מהלך השלמת העבירה, כגון חשש מהתגלות, פחד בכלל, אי-יכולת להתגבר על מכשולים, חוסר כדאיות או בכלל חוסר טעם להמשיך

מכך את המסקנה – המתבקשת בעינינו – ולפיה הטלת נטל הוכחה כזה על הנאשם נובעת דווקא מכך שמדובר בחרטה פנימית בלבד, כעילה יחידה לפטור.

6 יהיה המבחן לקביעת מומנט זה ככל שיהיה. ראו בעניין זה: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב, 1987), בעמ' 116-90 וכן מ' גור-אריה "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא (תשמ"א) 518; א' קמר "על ה-Reus Actus של עבירת הניסיון" הפרקליט ל (תשל"ו) 464;

מ' קרמניצר "עוד על היסוד ההתנהגותי ב'אקטוס ראוס' של הניסיון, הערות בשולי מאמרו של א' קמר" משפטים ט (תשל"ט) 274; מ' גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב(3) 505.

7 פלר (לעיל, הערה 6), בעמ' 122 ואילך.

בעשייה או כיוצא באלה סיבות<sup>8</sup>. על מנת להבטיח שלא ייהנו מן הפטור אנשים שלא אליהם הוא מיועד, נוספה בסעיף הוראה המטילה על הנאשם את נטל ההוכחה לכך שהשלמת העבירה הופסקה מתוך חרטה כנה, כאמור. חשוב הוא גם שאי-השלמת מהלך הביצוע הייתה פועל יוצא הכרחי של החרטה, כאשר זיקה זו אופיינית לתפקידו המיוחד של מבצע העבירה: כשם שהוא שולט בעשייתה, הוא שולט בהפסקת מהלכה. אין ספק כי אי-השלמת העבירה הוא אינטרס חברתי, אך מתן פטור על ניסיון, כאשר מהלך הביצוע הופסק עקב שיקולי כדאיות, פוגע באינטרס הציבורי דווקא בהיותו מעודד עבריינות.

לעומת זאת כשמדובר בצדדים העקיפים, אין נדרשת מהם חרטה כלשהי למרות כותרת השוליים של סעיף 34 לחוק העונשין: "פטור עקב חרטה". גם בדברי ההסבר לשינויים שהוצעו על-ידי הפרופסורים ש"ז פלר ומ' קרמניצר להצעת חלק מקדמי<sup>9</sup> נאמר כי הסעיף נועד "לקבוע...לשותפים העקיפים, אותו דין שנקבע...לגבי החרטה של המבצע העיקרי" (ההדגשה שלי). "אותו דין" משמעו הענקת פטור, אך לא עקב התמלאות אותם תנאים. החרטה של הצדדים העקיפים אינה מתחייבת מן הסעיף ואינה כלולה בו, לא משום שכך רצה המחוקק, אלא משום שלא יכול היה להורות אחרת. זאת בשל המטרה הבסיסית של הענקת הפטור נוכח מעמדם המיוחד של הצדדים העקיפים לגבי מהלך עשיית העבירה. חרטתם על חלקם בעשיית העבירה, כשהיא לעצמה, היא נטולה כל אפקטיביות לגבי הפסקתו של מהלך הביצוע, היות שהם חסרי שליטה בו; תרומתם לביצוע היא חיצונית, וכשם שאין הם שולטים במהלכו, אין להם שליטה על הפסקתו. משום כך, לשם גיבוש "עילת הפטור" המוענק לצדדים העקיפים, הועברה הדרישה מהם למישור סיכול השלמת העבירה, מישור שבו עליהם לרכז את מאמציהם, שדווקא בו הם מחויבים לפעול בכל האפקטיביות. וכך קובעת לשון סעיף 34 לחוק העונשין כי צד עקיף לדבר עבירה ייהנה מן הפטור "אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה", אם בכוחות עצמו ואם בעזרת הרשויות.

אשר לנוסח הזהה של כותרות השוליים של סעיפים 28 ו-34, נוסח ההולם רק את סעיף 28, ניתן להניח כי המנסח נמשך לנפקות הזהה של העילות המוסדרות בשני הסעיפים, ולא הקפיד לבטא בכותרת את הרקע הנבדל של כל אחת מהן. כותרת כמו "פטור עקב מניעה" או "פטור עקב סיכול" הייתה אולי הולמת יותר את סעיף 34, כי הרי בגוף הסעיף נעדרת כאמור כל התייחסות ל"חרטה". ואולם בהיעדר ניסוח כזה יש להסתפק בגישה פרשנית, ולפיה בהיעדר תואם בין כותרת שוליים של סעיף לבין הוראותיו, יד הוראות הסעיף היא על העליונה.

8 לדעה אחרת ראו ביין (לעיל, הערה 4).

9 ש"ז פלר, מ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש – שינויים מוצעים על-ידי המחברים" משפטים יז (תשמ"ח) 392 (להלן: השינויים).

## ג. על מהות דרכי הסיכול

### כללי

הן לפי סעיף 28 והן לפי סעיף 34 לחוק העונשין, מותנה הפטור בנקיטת צעדים אופרטיביים על-ידי הצדדים הישירים והעקיפים לעבירה המעוניינים בקבלת הפטור, צעדים שיביאו לאי-השלמת העבירה לאחר שהוחל בעשייתה. מכאן ואילך אכנה צעדים אלה בשם "דרכי סיכול".

בעניין זה עולה שאלה מרכזית: מהו טיב האפקטיביות הנדרשת בחוק מדרכי סיכול אלו? האם נדרש שתהיה לצעדים אלה אפקטיביות בפועל, באופן שבמציאות תסוכל השלמתה של העבירה, או האם די בכך שדרכי הסיכול המוגדרות בסעיפי הפטור תהיינה בעלות אפקטיביות בכוח בלבד – כלומר, מספיק שיהיו בהן, באורח פוטנציאלי, הסגולות להביא למניעת השלמתה, אך אין הכרח שבפועל ישיגו מטרה זו? כאמור, תשובתי לשאלה זו היא שכתנאי בסיסי לגיבוש עילת הפטור, הן לגבי הצד הישיר והן לגבי הצדדים העקיפים, על דרכי הסיכול להיות בעלות אפקטיביות בפועל ולא בכוח בלבד. אך בשל השוני בין הוראות הסעיף הדין בפטור לצד הישיר לבין אלה הדינות בפטור לצדדים העקיפים, אתיחס בנפרד לכל אחת מקטגוריות אלה.

### דרכי הסיכול של צד ישיר

דרכי הסיכול המנויות בסעיף 28 לחוק העונשין הן שהמבצע (א) יחדל מהשלמת המעשה, או (ב) יתרום תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה. כפי שנראה, הפטור חל רק אם העבירה נעצרה בשלב הניסיון לעבור אותה ולא הגיעה לכדי השלמה. הוא מגלם את ההתחשבות הפנולוגית ב"מפנה הפנימי החזק, המביא אדם לידי הפסקת התנהגותו העבריינית"<sup>10</sup>, וכל עוד מדובר "בבעל תשובה בעיצומו של המעשה וטרם השלמתו, יש לעודדו עד כדי פטור מאחריות על הנסיון"<sup>11</sup> (ההדגשות שלי). מן הניסוח ברור שב"מעשה" הכוונה ל"עבירה" ולא ל"התנהגות", שכן על מבקש הפטור למנוע התרחשות תוצאה אסורה, גם אם ההתנהגות כבר נעשתה. "ניסיון" נאמר, ולא עבירה מושלמת. ברוח זו פותח גם סעיף 28 במילים: "מי שניסה לעבור עבירה, לא ישא באחריות פלילית לנסיון" והוא ממוקם בפרק ה' בסימן א', שכותרתו היא "הנסיון". יתר על כן, אם השלב שבו נעצר המהלך העברייני מגלם עבירה

10 דברי ההסבר להצעת ועדת אגרנט "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר" משפטים י (תש"ם) 202, בעמ' 219 וכן הצעת-החוק (לעיל, הערה 5).

11 שם.

מושלמת אחרת, נקבע במפורש בסיפה של סעיף 28 לחוק כי העברייני יישא באחריות לאותה עבירה מושלמת; נאמר בסעיף כי "אין באמור (בפטור מן האחריות לניסיון) כדי לגרוע מאחריותו הפלילית (של המתחרט) בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה". מכאן נלמד כי הפטור הוא מאחריות לעבירה שנותרה בשלב הניסיון לעבור אותה בלבד, ועל כן הוא חל רק אם דרכי הסיכול שנקט העברייני היו בעלות אפקטיביות בפועל והשיגו את היעד של אי-השלמת העבירה.

לכן, כשמדובר במצב שבו התפתחות האירוע העברייני יוצאת משליטתו של המבצע-המתחרט באופן שאין די בהפסקת התנהגותו כדי לעצור התפתחות זו, נאמר בסעיף 28 כי על המתחרט לתרום "תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה"; מכאן, שמניעת התרחשות התוצאות, אם בהן מותנית השלמת העבירה, היא דרישה הכרחית להענקת הפטור. בהצעת חלק מקדמי שהייתה בסיס לתיקון 39 לחוק העונשין<sup>12</sup>, נקבע כי הפטור חל אם המבצע "חדל מהשלמת המעשה" או "מנע את התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה". מכאן, שלא היה ספק בכך שעל דרכי הסיכול להיות בעלות אפקטיביות בפועל, כלומר כאלו שיביאו לעצירת העבירה בשלב ניסיון. אך כדי למנוע פרשנות שלפיה נדרשת רק פעולה של העברייני עצמו, ושסור לו להסתייע גם באחרים, שינו המחברים את החלק האחרון מ"מנע" ל... "תרם למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה"<sup>13</sup>. ההסבר שניתן לשינוי המוצע היה שהמבצע "לעיתים... אף חייב, לשם מניעת התוצאות, להיזקק לאחרים ודי שהוא תרם לכך"<sup>14</sup>, כלומר בהצעת החוק תנאי הכרחי הוא שהתוצאות אכן נמנעו, ובתיקון 39 עצמו השתנה הנוסח מ"תרם" ל"תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה". התוספת "תרומה של ממש" באה להבליט את הדרישה לפיה כדי שתתגבש עילת הפטור, על המתחרט להשקיע מאמץ, ומאמץ יעיל, למניעת התוצאה שבה מותנית השלמת העבירה; אך תוספת זו כמובן אינה משנה את אופייה של התרומה כבעלת אפקטיביות בפועל בתהליך המניעה של השלמת העבירה. השינוי מ"מנע את התוצאות" ל"תרם תרומה של ממש" למניעתן אינו אפוא ויתור על הדרישה הבסיסית שהתוצאות אכן תימנענה, והמעשה יישאר בגדר ניסיון בלבד. המחוקק רק הבהיר וקבע שגם אחרים יכולים, ולעיתים אף חייבים, להשתתף במניעת התוצאות, תוך כדי הדגשה שעל התרומה של מבקש הפטור להיות תרומה ממשית, כשחלקו של העושה בעצירת העבירה חייב להיות מהותי.

12 ש"ז פלר, מ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" משפטים יד (תשמ"ד) 127 (להלן: הצעת חלק מקדמי).

13 ראו השינויים לעיל, הערה 9.

14 שם, שם.



לסיכום, האפקטיביות של דרכי הסיכול של המבצע הישיר, הנדרשת בסעיף 28 לחוק העונשין, חייבת להיות אפקטיביות בפועל ולא רק בכוח. זאת בין שמדובר בעבירה התנהגותית, שבה על העבריין לחדול מהתנהגותו כדי לסכל את השלמת העבירה, ובין שמדובר בעבירה תוצאתית, כשכבר הושלם בה הרכיב ההתנהגותי, ושאו על העבריין להביא, בתרומה של ממש, לסיכול התוצאה שהייתה עלולה לנבוע מהתנהגותו. ואם לרוע מזלו לא צלחו מאמציו, והתוצאה המזיקה התרחשה, על העושה לשאת באחריות לעבירה המושלמת<sup>15</sup>, כי בסופו של חשבון הוא זה שעבר אותה על מבנה המלא<sup>16</sup>.

### דרכי הסיכול של צד עקיף

כדי לסכל את השלמת העבירה אין די בכך שהשותף העקיף יחדל מתרומתו, מה גם שבמקרים רבים זו כבר מיצתה את עצמה. על כן סעיף 34 לחוק העונשין מציב בפני מבקשי הפטור שבהם הוא דן שתי דרכי פעולה: האחת – למנוע בעצמם את השלמת העבירה, והשנייה – לערב את הרשויות בפעולות אלה, כדי שאלו ימנעו את עשיית העבירה, אף שפנייה זו אינה פוטרת אותם מנקיטת אמצעים נוספים כמיטב יכולתם (שאו לי אין בהם כשלעצמם כדי להביא לסיכול העבירה או למניעת השלמתה). אם כן, כשמדובר בצד עקיף, מצביע בפניו המחוקק על אפשרות של פנייה לרשויות. אפשרות זו היא שוב פונקציה של מעמד הצד העקיף בעבירה רבת משתתפים, כמי שאינו שולט במהלך ביצועה, אך היא ברוב המקרים גם האפשרות היעילה ביותר להשגת היעד של סיכול השלמת העבירה.

יש הגורסים<sup>17</sup> כי האלטרנטיבה השנייה לעיל – ההודעה לרשויות ועשייה כמיטב היכולת – אינה מחייבת את עצירת מהלך הביצוע והשאתו בגדר ניסיון, כשמדובר במשדל או במסייע. כלומר, לפי גישה זו, לשם קבלת הפטור, די בכך שהצד העקיף לעבירה פנה לרשויות ועשה את מיטב יכולתו לשם סיכול העבירה, גם אם אחר כך הושלמה ההתנהגות העבריינית על-ידי השותפים האחרים ו/או התרחשו התוצאות האסורות כשהן רכיב של היסוד העובדתי שבעבירה. מכאן, שלפי גישה זו, קיימת בחוק אפשרות, שלפיה אדם ייחנה מן הפטור גם אם דרכי הסיכול שנקט היו בעלות יעילות פוטנציאלית בלבד, ולא הביאו לסיכול השלמת העבירה. חיזוק לדעה זו ניתן אולי למצוא בנימוק כי עמדתו, שלפיה נדרש סיכול בפועל של העבירה, מפקידה את גורלו של

15 בכך אין כמובן מניעה להתחשב במאמציו בשלב הטלת העונש

16 לשם הטלת אחריות פלילית, אין הכרח שתהיה לעושה שליטה על כל תהליך התרחשות העבירה. יש מקרים רבים, בייחוד כשמדובר בעבירות תוצאתיות, שבהם לאחר השלמת ההתנהגות השלב של תהליך גרימת התוצאה יוצא משליטת העושה, אך אין בכך כדי לשלול את אחריותו הפלילית של העושה לאירוע העברייני כולו.

17 לתמיכה בדעה זו ראו גור-אריה וביין (לעיל, הערה 4).

הפטור בידי רצונן הטוב של הרשויות או יעילותן, וכשאלו אינן פועלות כראוי, אין הצדקה לשלול את הפטור מן העברייין, אם הודעתו לרשויות נעשתה בזמן ובאופן שאפשרו להן לסכל את השלמת העבירה.

למרות נימוק זה, שהוא לכאורה כבד משקל, נראה שהוא אינו תואם את לשון החוק, את מטרתו ואת רוחו, שלפיהן גם כשמדובר בתורמים עקיפים לעבירה, התנאי לתחולת הפטור הוא שהעבירה נשארה בגדר ניסיון ולא הושלמה. גישה זו מתעלמת מן הרציונל המצוי בבסיס המבנה של עילת הפטור, ולפיו חֶלֶף הפטור מן האחריות הפלילית לתרומה העבריינית שנעשתה עד להפסקתה, מקבלת החברה כתמורה את אי-השלמת העבירה. מבנה זה של עילת-הפטור, חל על כל הצדדים לעבירה, משתקף גם בנוסחו של סעיף 34 המציג אלטרנטיבות פעולה שעל העברייין לנקוט, וכאלטרנטיבות, סביר שעליהן להיות שוות ערך מבחינת האפקטיביות שלהן<sup>18</sup>. האלטרנטיבה הראשונה להתגבשות עילת הפטור היא שהצד שחזר בו "מנע [בעצמו] את עשיית העבירה או את השלמתה", כלומר אין מחלוקת שלפי אופציה זו מתחייבת – ולו רק מכוח לשונו היבשה של החוק – אפקטיביות בפועל של דרכי הסיכול, כשהעברייין עצמו נוקט אותם. היות שהעיקר הוא היעד שנועדו להשיג דרכי הפעולה שמנויות בסעיף, אין זה הגיוני ואין זה סביר להעמיד מול דרך פעולה אפקטיבית זו אלטרנטיבה של התנהגות בעלת פוטנציאל בלבד, שלא סיכלה בפועל את עשיית העבירה או את השלמתה.

נוסף על ההודעה לרשויות, נדרש בחוק מן הצד לעבירה לעשות "למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת", כלומר שאם ביכולתו למנוע את השלמת העבירה, עליו לעשות זאת ולא להסתפק בפנייה לרשויות. מכאן, שלא כמו במקרה של אזרח תמים, שאין מצפים ממנו לאכוף את החוק, אלא להשאיר תפקיד זה בידי הרשויות, הרי שבמקרה שמדובר בשותף לעבירה, הפנייה לרשויות אינה מעבירה אליהן את האחריות הבלעדית לסיכול העבירה, ואינה פוטרת את העברייין במקרה שהרשויות לא טרחו, או לא הצליחו, להשיג יעד זה. ההנחה היא אמנם כי הרשויות תעשינה כמיטב יכולתן, אך אם לא יעלה בידן לסכל את השלמת העבירה, על העברייין לשאת באחריות לעבירה המושלמת שלעשייתה הוא תרם, בדיוק כפי שקורה כשדרכי הסיכול שנוקט המבצע הישיר אינן משיגות את מטרתן ואינן מצליחות למנוע את השלמת העבירה. המחוקק מתווה לצד העקיף דרך מוגדרת של פנייה לרשויות ספציפיות, שנראית לו בעלת הסיכויים הטובים ביותר להשגת היעד של מניעת השלמתה של העבירה. זאת, לא כדי להסיר מן העברייין את האחריות לעבירה שהוא עצמו שידל לעשותה או סייע לה, כשזו אכן הושלמה, אלא כדי להבטיח מבעוד מועד שהחברה אכן תקבל את התמורה הראויה של אי-השלמת העבירה, תמורה שהיא תנאי הכרחי לקיום הפטור.

18 באנלוגיה ל"עבירות בעלות דפוס חלופי" ראו ש"ז פלר יסודות דיני עונשין (כרך ג, 1992), בעמ' 70-78. כמו כן ראו פלר (לעיל, הערה 6), בעמ' 131 פסקה 176.

האלטרנטיבה של פנייה לרשויות לא נועדה אפוא לשנות את המבנה הבסיסי של עילת הפטור וליצור עבור הצד העקיף דין אחר מזה החל על המבצע הישיר, באופן שיתאפשר לו ליהנות מן הפטור גם אם מאמציו לא הצליחו לסכל את השלמת העבירה. להפך. מדברי ההסבר להצעות השונות שהיו בסיס לתיקון 39 לחוק העונשין עולה, שמטרת המחוקק הייתה דווקא להשוות את תנאי הפטור לכל הצדדים לעבירה. המגמה משתקפת באופן ברור בדברי ההסבר לשינויים של מחברי ההצעה<sup>19</sup>, שהפכה לתיקון 39 לחוק העונשין, ושלפיהם הוספו תוספות לסעיף 34 "כדי לקבוע כאן, ביחס לשותפים העקיפים, אותו דין שנקבע בסעיף 28 לגבי החרטה של המבצע העיקרי" (ההדגשה שלי). אותו דין, משמע כאמור שעילת הפטור שומרת על אותו מבנה בסיסי ותחול על אותה סיטואציה עובדתית הנוצרת מנקיטת דרכי הסיכול, כלומר סיטואציה שבה העבירה לא תיעשה או לא תושלם. השקפתנו זו מתחזקת גם לאור לשון החוק היבשה, כאמור בסיפא של הסעיף, שהיא באה בו לידי ביטוי מפורש. נקבע שם כי אין בפטור מן הניסיון לעבור את העבירה – ולא נאמר 'מן העבירה המושלמת' – "כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה" (ההדגשה שלי). מכאן, שהמחוקק ממקם את "נקודת-החזרה", שבה ניתן עדיין לעברייך לשנות את דעתו, אחרי תחילת הביצוע של העבירה אך לפני השלמתה. ואם הפטור אינו חל על עבירה מושלמת אחרת שבמעשה, ברור שאינו חל על העבירה המושלמת שהנחה העיקרית לגביה היא דווקא שלא הושלמה<sup>20</sup>.

נראה לנו שפרשנות זו תואמת גם את רוח תיקון 39 לחוק העונשין, ולפיה התחברות אנשים סביב מימוש מזימה משותפת היא אחת מן הצורות החמורות ביותר, אם לא הצורה החמורה ביותר, של כניסה במודע בהתנהגות פסולה למצב שבו המעורבות בהתרחשויות פליליות היא מטרת ההתחברות. החוק – בסעיף 34א, המטיל אחריות בגין עבירה שונה או נוספת – מזהיר מראש כל צד להתחברות כאמור מפני האחריות הרובצת לפתחו גם להתרחשויות שתתפתחנה בעקבות מהלך המימוש של המזימה המשותפת, אף אם תוך כדי מהלך זה שינה את טעמו בעניין נכונותו להיות צד להתרחשויות אלה. הרשות נתונה לצד כאמור להימנע מראש מהשתתפות במימוש מזימות פליליות. אם בכל זאת לא שמע להזהרת החוק, הוא הרי אינו מופתע מכך שעליו לשאת באחריות, שכן ההתפתחויות צפויות, ועל כן אין כל אי-צדק בהטלת אחריות

19 השינויים (לעיל, הערה 9), בעמ' 401. הצ"ח 2098 (התשנ"ב-1992), 132.

20 ישנן שיטות משפט שיש בהן פטור מן ההרשעה בעבירות מסוימות גם כשהחרטה נעשתה לאחר השלמת העבירה, כמו החזרת הרכוש הגנוב בסמוך לאחר השלמת הגניבה, או מתן עדות אמת לאחר מסירת עדות שקר באותו הליך שיפוטי. ראה לעניין זה א' לבנה "חזרה מעבירה או מנסיון פלילי ("תשובה פעילה")" משפטים ד (תשל"ב) 105, בעמ' 110 ואילך, וכן בייך (לעיל, הערה 4), בעמ' 311. אם אכן מאומץ הפתרון האמור, המחוקק מציין זאת במפורש.

עליהן, ואולם החברה מוכנה לעודד צד לעבירה המשנה את טעמו וללכת לקראתו, בתנאי שגם הוא בא לקראתה, באורח אפקטיבי, וסיכל את השלמת ההתרחשות. כי רק תרומה חיובית ואפקטיבית של העבריין עשויה לכפר על תרומתו העבריינית המקורית. לא הצליח לעמוד בתנאי זה, אין לו להלין אלא על עצמו בלבד על כך שהפטור אינו מוענק לו. כי אין פרס על לא מאומה, וניתנה לו מראש האפשרות להימנע מהסתבכויות במזימות אסורות בפלילים. הוראות סעיפים 28 ו-34 לחוק העונשין נועדות גם להבהיר זאת כיעד ראשוני, מניעתי וחינוכי.

לדעתי, השקפה שלפיה כדי ליהנות מן הפטור אפשרות אחת העומדת בפני העבריין היא למנוע את השלמת העבירה, כשבצדה יש לו אפשרות אחרת, המשחררת אותו מאחריות פלילית לעבירה שהיה שותף לה למרות השלמתה, ובלבד שפנה לרשויות, חוטאת לרוח היסודית של עילת הפטור על המבנה הבסיסי שתואר לעיל. פרשנות זו אינה מגשימה את תכלית החקיקה<sup>21</sup>, וככזו, היא אינה יכולה להימנות עם הפרשנויות הסבירות של הפטור. על כן גם אם היא מקלה עם הנאשם, היא אינה עומדת בדרישות סעיף 34 לחוק העונשין, הקובע כי יש לבחור בפירוש המקל ביותר עם הנאשם רק מבין פירושים סבירים אחרים.

#### ד. המבצע בצוותא

נעבור עתה לדון במקרה המסוים של חרטה שמבצע-בצוותא<sup>22</sup> התחרט במהלך ביצועה של העבירה, ולא המשיך למלא את חלקו בה, בעוד שמבצע אחר השלים אותה לבדו. סוגיה זו, שהתייחסתי אליה בפתח דבריי, אינה מוסדרת במפורש בחוק העונשין. היא התעוררה בעניין ג'ראר<sup>23</sup>, אך לפני שאדון בפסק-הדין בהרחבה, אפנה תחילה לשאלה העיונית.

סעיף 29 לחוק כולל בהגדרת "מבצע-עבירה" גם את המבצע-בצוותא<sup>24</sup> וקובע בסיפא שלו כי "אין נפקא מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי

21 כדברי הנשיא ברק בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מד(3) 529, בעמ' 544.

22 על מבצע העבירה, מ' גור-אריה "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א' (תש"ן) 29; מ' קרמניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו" פלילים א (תש"ן) 65; ש"ז פלר "על זיקה סיבתית, סיוע לדבר עבירה ו"סיוע להתאבדות" בפרט" עיוני משפט כ (2) (תשנ"ו) 511.

23 עניין ג'ראר (לעיל, הערה 1).

24 גם לפי סעיף 5 לחוק הפרשנות, תשמ"א 1981-, ס"ח 1030 (התשמ"א) 302, הקובע כי "האמור בלשון יחיד – אף בלשון רבים במשמע, וכן להיפך".

אחד ומקצתם בידי אחר". משנעשה המעשה, רואים במכלול המעשים הללו כביצוע אחד, שנעשה על-ידי גוף אחד, וכל מבצע בנפרד נושא באחריות למכלול המורכב מן התרומות של כל המבצעים. תפיסה זו של הביצוע בצוותא בוטאה גם על-ידי הנשיא ברק בע"פ 2814/95, 2796, 252813, ולפיה "החוק רואה במבצעים בצוותא גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. פעולתה של כל זרוע משוייכת לגוף כולו, ולכל אחד ממשתתפיו". אותו רעיון מובע גם בהצעת החוק<sup>26</sup>: "שילוב תרומתו של כל אחד ואחד [מן המבצעים] מצמיח את הביצוע הישיר של העבירה והופך כל אחד לסוכנו של זולתו כמבצע בצוותא של העבירה, כאילו ביצעה כיחיד". מכאן, סעיף 28 הדין ב"פטור עקב חרטה" של "מי שניסה לעבור עבירה" – כלומר מבצע – חל גם על מי שניסה לעשות כן עם מבצע או מבצעים אחרים. כמו כל מי שמבקש ליהנות מן הפטור, כך גם על המבצע-בצוותא למלא את התנאי הבסיסי המקים אותו, כלומר להביא לסיכול מהלך ההשלמה של העבירה, אם על-ידי הפסקת ההתנהגות שלו ושל המבצעים האחרים, ואם על-ידי מניעת התוצאות שהשלמת העבירה מותנית בהן, ובלבד שמהלך העבירה ייפסק לפני השלמתה. זו המשמעות של השילוב בין סעיף 28 לתיקון, המתנה את גיבוש הפטור עקב חרטה באפקטיביות בפועל של אמצעי סיכול העבירה, ובין סעיף 29(ב) הרואה במבצעים בצוותא גוף אחד, בתרומותיהם מקשה אחת, וקובע אחריות של כל אחד מן המבצעים לאירוע העברייני על כל היקפו.

תנאי זה של סיכול השלמת העבירה הוא כאמור התנאי הראשי להתהוות עילת הפטור, ואילו מצטרף התנאי המשני, החרטה, כשמדובר בצד ישר. פירוש שלפיו יחול הפטור על מבצע בצוותא שהתחרט, גם אם מבצע אחר הביא להשלמת העבירה, מתעלם מהכרחיות קיומו של אותו תנאי ראשי של הפטור ומקנה משקל בלתי ראוי לחרטה בלתי יעילה.

ראוי לציין שתפיסתו של החוק היא שביצוע עבירה בתנאים של שותפות חמור ומסוכן עד כדי כך שהוא מצדיק הטלת אחריות נגדרת על הצדדים אפילו על עבירה שונה ממושג המזימה המקורית, או נוספת לה<sup>27</sup>. החוק מזהיר למעשה את העברייני הפוטנציאלי: הברית הבלתי קדושה שאתה עומד לחרות עם מרעיך העבריינים קושרת אותך בגורלם לא רק למזימה המתוכננת, האחריות הסולידרית תקשור אותך אליהם לפי

25 פלונים ואח' נ' מ"י, פ"ד נא(3) 388, בעמ' 402-403.

26 הצעת החוק, דברי ההסבר לסעיף 29, עמ' 130.

27 החוק מאמץ את ההשקפה בדבר אחריות סולידרית של שותפים, אך מבחין בין השותפים, מבחינת החומרה, הן לגבי העונש על העבירה נושא השותפות, והן לגבי העונש על עבירה אחרת או נוספת, הנגדרת לעבירה המקורית. הביצוע בצוותא הוא צורת השותפות החמורה ביותר הן על-פי סעיף 29 לתיקון 39 המגדיר את מאפייניה, והן על-פי סעיף 34 שלו, הקובע את התנאים להיווצרות האחריות הנגדרת.

סעיף 34א(א)(1) גם אם אחד המבצעים יעבור עבירה שונה מזו המקורית או נוספת עליה, אף-על-פי שהייתה לך מודעות בכוח בלבד לסטייה לעומת מה שצפית מראש. האחריות הנגררת אין עניינה רק השותפות ההומוגנית, אך היא דוגמה לכברת הדרך שהולכת החברה כדי להזהיר מפני התרחשויות במסגרת עשיית עבירה רבת משתתפים ולהגיב עליהן בחומרה הראויה, כשהיו בגדר הצפיות בכוח בלבד. על אחת כמה וכמה זה המצב כשמדובר בהתרחשויות שהיו צפויות בפועל, כלומר כשחלים עליהן כללי השותפות הרגילים.

במצב זה, כשיש מבצעים בצוותא, אם שותף ישיר מתחרט במהלך ביצוע העבירה המקורית, כל עוד אין מתקיימים התנאים המקימים את עילת הפטור, כלומר דרכי הסיכול שנקט המתחרט אינן אפקטיביות, האחריות למזימה העבריינית, מכוח כללי השותפות, תיוותר בעינה, תהיה החרטה כנה ככל שתהיה, וכל מה שביצעו הצדדים האחרים יזקף גם לחשבוננו של השותף המתחרט.

## ה. עניין ג'ראר

ניסיון כשל עקב חרטה הוא מטבעו אירוע נדיר, וזה של מבצע-בצוותא שדרכי הסיכול שנקט לא מנעו את השלמת העבירה הוא נדיר אף יותר. אך הנה עוד לפני כניסת תיקון מס' 39 לתוקף, בא לפני בית-המשפט עניין ג'ראר<sup>28</sup>, שבו עלה לדיון אירוע כזה. ג'ראר קשר קשר עם אחד לוטפי לחטוף חייל ולרצוח אותו על מנת לשדוד ממנו את נשקו. בהתאם לתכניתם, אספו השניים חייל חמוש מתחנת הסעה לחיילים. לאחר נסיעה סטה לוטפי, שנהג במכונית, לדרך עפר ליד שדות קיבוץ מסריק, בהסבירו לחייל שרצונו רק לבקר במקום ומשם ימשיכו בדרכם. סמוך לאחר מכן השמיע לוטפי קול שיעול כסימן מוסכם מראש לג'ראר שיכה את החייל בגרזן שהוטמן קודם לכן למטרה זו מתחת למושב הנהג. "אולם המערער [ג'ראר] לא רק שהתעלם מסימן זה... אלא גם אמר ללוטפי בערבית כי אין לו 'כוח בלב' להכות את החייל, וכי ייתן לו [לחייל] ללכת. לוטפי לא שעה להצעת המערער, והמשיך לנסוע. אחרי כן עצר את המכונית, יצא מתוכה", וכשנוכח לדעת שג'ראר מתמיד בסירובו לשתף פעולה, "נטל לוטפי את הגרזן, הניפו והנחית בו מכה על ראש המנוח. בשלב זה ברח המערער מהמקום. לוטפי עוד הוסיף אחרי-כן מכת גרזן על ראשו של המנוח, ואחרי שהרגו, נטל את נשקו וגרר את גופתו אל בין גידולי כותנה. כשעזב את המקום קרא לוטפי בשמו של המערער, כדי

<sup>28</sup> עניין ג'ראר (לעיל, הערה 1).

שיחזור ויצטרף לנסיעה, ואכן הגיע המערער, כשהוא יוצא יחד מביצה טובענית שלתוכה נקלע<sup>29</sup> (התוספות בסוגריים מרובעים שלי).

אמנם, פסק-הדין ניתן שנים מספר לפני תחילתו של תיקון מס' 39, אך היות שהייתה בו התייחסות מפורטת למה שהיה אז בגדר הצעת חוק בדבר "פטור עקב חרטה", בית-המשפט אף זיכה את המערער המתחרט מחלק מן העבירות שבהן הואשם, גם בהסתמך על אותו פטור. והיות שמאז כניסת התיקון לחוק נוהג בית-המשפט להפנות אל פסק-הדין ג'ראר כאל אסמכתה בסוגיית החרטה של המבצע הישיר, יש חשיבות לדון בו ובמסקנותיו גם כיום, כשהפטור קיבל תוקף של חוק.

ראשית, נבדוק מה היה דינו של ג'ראר, לו נשפט היום, ואם היה חל עליו הפטור עקב חרטה. כאמור, אחד התנאים בסעיף 28 לחוק העונשין לתחולת הפטור למבצע הישיר הוא שהפסקת המהלך העברייני תיעשה מתוך חרטה פנימית כנה. מצבו הנפשי של ג'ראר, שהיה מבצע-בצוותא, אכן גילם חרטה באותו מובן שאליו התכוון המחוקק, כלומר אותו מצב של הכרה פנימית של העברייני בכך שהוא, נפשית, אינו קרוץ מן החומר המסוגל לעבור את העבירה. פסק-הדין זרוע באמרות המשקפות חרטה הנובעת ממניע פנימי, כמו: "לוטפי... אמר לי תרביץ לו אומר תרביץ ואני לא מרביץ... לא יכולתי להרביץ. פתח דלת הרכב, הוא מהצד שלי, ואני בורח בורח... אני לא יכולתי להרוג אותו" (ההדגשות שלי)<sup>30</sup>, או כשאמר ללוטפי "כי אין לו 'כוח בלב' להכות את החייל וכי ייתן לו [לחייל] ללכת"<sup>31</sup>. מבחינת התנאי המשני של החרטה הפנימית, מתאים ענין ג'ראר לקטגוריה של הפטור, והיה מקום להתייחס אליו, אילו נדון על-פי החוק כמו שהוא היום.

אך כפי שכבר הראיתי, תנאי החרטה אינו עומד לעצמו, והוא מצטרף אל דרישה חיונית לגיבוש עילת הפטור, דהיינו שהמבקש ליהנות ממנו ינקוט דרכי סיכול שיביאו למניעת השלמת העבירה, ואין די בכך ש"חדל מהשלמת המעשה". מכאן, שהפטור מחייב ודורש, כתנאי להחלתו, שהעבירה לא תחרוג משלב הניסיון, ולא תושלם. משנוכח ג'ראר לדעת כי לא עלה בידו לשכנע את שותפו להפסיק את ביצוע המזימה, ברח מן המקום והניח ללוטפי להשלים את העבירות של המתת החייל ושדידת נשקו. כיוון שלא מנע את השלמת המזימה העבריינית שהחל לבצעה עם לוטפי, לא מילא אחר התנאי האמור המונח בבסיס עילת הפטור. לכן אילו נדון מקרהו לפי חוק העונשין היום, לא היה יכול ליהנות מן הפטור האמור בסעיף 28, והיה מקום להרשיעו בכל העבירות שהתחיל לבצען עם לוטפי.

29 שם, בעמ' 698 בין אותיות השוליים א-ד.

30 שם, עמ' 698 מול אות השוליים ז.

31 שם, בין אותיות השוליים ב-ג.

נעבור עתה ונראה כיצד התייחס בית-המשפט לאירוע נושא הדיון. בית-המשפט המחוזי הרשיע את ג'ראר בקשירת קשר לביצוע פשע (סעיף 499 לחה"ע), בחטיפה לשם רצח (סעיף 372 לחה"ע) ובהריגה (סעיף 298 לחה"ע)<sup>32</sup>, כלומר בעבירות המושלמות שביצע עד לשלב החרטה. את ההרשעה בעבירת ההריגה ביסס בית-המשפט לא על המזימה המקורית של השניים, שהושלמה על-ידי לוטפי, אלא על התנהגותו הלא אכפתית של ג'ראר עצמו כלפי המנוח עד לשלב שברח מן המכונית, ועל כך שלא העמידו על כך שנשקפת לו סכנה לחייו. הערכאה הראשונה זיכתה את ג'ראר מרצח בכוונה תחילה (סעיף 300(א)(2) לחה"ע), מרצח במזיד (סעיף 300(א)(3) ומשוד (סעיף 402(ב)) – העבירות שהחל לבצע ושהושלמו על-ידי השותף. הנימוק לזיכוי היה "כי במסגרת דיני הקשר אין הנאשם אחראי למעשיו של לוטפי אשר בוצעו על ידי האחרון לאחר שהנאשם חזר בו מהמזימה המשותפת והביא זאת לידיעתו של לוטפי"<sup>33</sup>.

בערעור בפני בית-המשפט העליון קיבל בית-המשפט את ערעורו של ג'ראר על הרשעתו בעבירת ההריגה בנימוק שזו לא נכללה בכתב-האישום, ולא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן מפניה. בית המשפט אישר את זיכויו של המערער מן העבירות של רצח ושוד שהשתתף בביצוען בהתבססו, מלבד על דיני הקשר, בעיקר על הפטור עקב חרטה שהוצע בהצעות החוק השונות שקדמו לחקיקת תיקון 39 לחוק העונשין, על דברי חקיקה זרים ועל דברי מלומדים<sup>34</sup>. למרות הנתון העובדתי שבית-המשפט הסתמך עליו, ולפיו הגיעו השניים "לשלב מתקדם של ביצוע מזימתם לרצוח את המנוח ולשדוד את נשקו"<sup>35</sup>, מזימה שהושלמה, זיכה בית-המשפט את ג'ראר ונימק זאת בכך ש"בנסיבותיו של המקרה, אין לראות את חרטתו של המערער כבלתי יעילה, ואין לראותו אחראי למעשה שעשה לוטפי לאחר מכן בניגוד לדעתו, כשרצח את המנוח ושדד את נשקו" (ההדגשה במקור)<sup>36</sup>. כלומר, לדעת בית-המשפט, הן לפי הדינים הנובעים מן האחריות הסולידרית של הקושרים (אחריות שבינתיים בוטלה עם הוספת סעיף קטן (ב) לסעיף 499 לחוק העונשין)<sup>37</sup>, והן לפי הצעות החוק השונות התומכות במתן הפטור, האמצעים שעל המתחרט לנקוט צריכים להיות בעלי יעילות בכוח בלבד לסכל את השלמת המזימה

32 שם, עמ' 700 מול אות השוליים ו.

33 שם, עמ' 699 מתחת לאות השוליים ז.

34 הצעת ועדת אגרנט (לעיל, הערה 10), סעיף 20 בעמ' 206. ראו ציטוט של דברי-ההסבר בעניין ג'ראר (לעיל, הערה 1), בעמ' 703. פרופ' פלר בספרו (לעיל, הערה 6): הצעת חלק מקדמי (לעיל, הערה 12): Model Penal Code; Smith and Hogan *Criminal Law* (London, 6<sup>th</sup> ed., 1988).

35 עניין ג'ראר (לעיל, הערה 1), בעמ' 704 מול אות השוליים א.

36 שם, בעמ' 704 בין אותיות השוליים ג-ד.

37 ראו בעניין זה גם ש"ז פלר "האם עוד קיים 'דין קשר' נוסף על דין הקשר?" משפטים כז (תשנ"ז) 631, ודיון בסוגיה בפסק-דינו של הנשיא ברק בע"פ 2796/95, 2813, 2814 (לעיל, הערה 25), פסקאות 22-25.



העבריינית המשותפת. אין נדרש מן העברייין המתחרט להצליח למנוע ממש את השלמת העבירה שנטל חלק בביצועה. בסברו כי תנאי הפטור מולאו, פעל בית המשפט על-פיו, בכך שהרשיע את ג'ראר רק בעבירות המושלמות שביצע קודם לחרטה, דהיינו בקשר לביצוע הפשע ובחטיפה לשם רצח, וזיכה אותו מן הניסיון לרצח ולשוד, שבמהלך ביצוען התחרט.<sup>38</sup>

אך כפי שהראיתי, לדעתי אין די בכך שהשותף המתחרט יפסיק את תרומתו לביצוע; השילוב בין תנאי הפטור לפי סעיף 28 לחוק לבין הביצוע בצוותא, כהגדרתו בסעיף 29(ב) לחוק, דורש אפקטיביות בפועל של דרכי הסיכול ומתנה את הענקת הפטור באי-השלמת העבירה. מכאן, שהמסקנה היא כי חרטתו של ג'ראר, למרות כנותה, אינה עומדת בתנאי הפטור, שכן לא מנע את מותו של החייל ואת שוד נשקו, ואילו היה נדון מקרהו כיום לפי חוק העונשין, הוא היה נושא באחריות גם לרצח ולשוד, עבירות שהחל לבצע.<sup>39</sup>

## 1. הפסיקה בעניין הפטור עקב חרטה לאחר כניסתו לתוקף בחוק העונשין

כאמור, ההחלטה בעניין ג'ראר ניתנה לפני חקיקתו של סעיף 28 לחוק העונשין, ולא היינו נכנסים לפרטי הדיון בפסק-הדין, שנושאו הוא אמנם חרטת המבצע-בצוותא, אילולא צוטט פסק-הדין כאסמכתה בסוגיית החרטה גם כיום, כשהחוק בעניין השתנה. למשל, בע"פ 4389/93, 4497 עבודי ומרדכי נ' מ"מ<sup>40</sup> מתייחס בית-המשפט לטענת החרטה של אחד המבצעים. אמנם, נשללה שם עובדתית קיומה של החרטה בלבו של העברייין, אך בית-המשפט הפנה לפסק-הדין בעניין ג'ראר כאל אסמכתה בסוגיה<sup>41</sup>.

38 זיכוי על סמך פטור שאינו קבוע בחוק מעורר כמובן תמיהות, אך נדמה כי אף-על-פי שג'ראר זוכה מן העבירות של המתת החייל, פסק-הדין לא היכה הדים, גם כיוון שבית-המשפט בחר להשאיר על כנו את עונש המאסר של 15 שנה שהוטל על המערער בערכאה הראשונה, אף-על-פי שזיכה אותו מעבירת ההריגה, שגם בגינה הוטל העונש בבית-המשפט המחוזי. לנו נראה שזיכוי מעבירה של רצח או הריגה, שעונשה עשרים שנות מאסר, צריך להתבטא בהקלה בעונש למצער, היה מקום לנמק את היעדר ההשפעה על העונש של זיכוי מעבירה כה חמורה, ביחוד לאור העובדה שבית-המשפט ייחס משקל כה רב לחרטתו הכנה של המערער, עד כדי הפעלת פטור שלא היה קבוע בחוק.

39 ראוי לשים לב לכך שסעיף 300 לחוק העונשין, הדין ב"עונש מופחת", אינו חל במקרה זה.

40 ע"פ 4389, 4497/93 מרדכי ועבודי נ' מ"מ, פ"ד נ(3) 239, בעמ' 252.

41 עניין ג'ראר (לעיל, הערה 1), שם.

בשללו את התקיימות עילת הפטור, התייחס בית-המשפט להתנהגות העושה כמדד להיעדר החרטה שלו, ולא לכך שהעבירות הושלמו על-ידי המבצע האחר.

פסק-דין נוסף שהייתה בו התייחסות לחרטה של מבצע-בצוותא הוא פסק-דין של בית-המשפט העליון בעניין פלונימ נ' מ"<sup>42</sup>. ארבעת המערערים הורשעו בזריקת רימון בשוק הקצבים בעיר העתיקה בירושלים. הרימון הביא למותו של אדם אחד ולפציעתם של שבעה אחרים. טל, אחד הקושרים, לא הופיע לפגישה המתוכננת שממנה היו אמורים לצאת הארבעה לבצע את הפיגוע. כשטלפן אליו קושר אחר, אמר לו טל: "לא נעשה את זה היום". הוא נענה על-ידי שלושת האחרים כי הם מתכוונים לבצע את התכנית בלעדיו, ועל כך השיב טל: "תעשו"<sup>43</sup>. בית-המשפט קבע כי כל המערערים הם מבצעים בצוותא (למרות העובדה שטל לא יצא כלל מפתח ביתו), ובדונו במשמעות המשפטית של התנהגותו של טל אמר, בין השאר, כי "אין לראות בהתנהגותו משום חרטה הפוטרת מאחריות פלילית". הוא נימק זאת בכך ש"חרטה, בנסיבות העניין, צריכה להתבטא ביותר מאשר אי-השתתפות בהמשך העשייה. היא צריכה להשתקף בפעולות למניעת העבירה או השלמתה... כל זאת לא עשה טל. נהפוך הוא: בסוף דבריו אמר לנחמיה "תעשו" – אמירה שיש בה היבט של עידוד"<sup>44</sup>. בהתייחסו לטיב דרכי הסיכול הנדרשות לשם התגבשות עילת הפטור, קובע הנשיא כי אין די בעצם ההימנעות מן העשייה, וכי דרכים אלה צריכות להשתקף בפעילות למניעת העבירה או השלמתה.

אילולא הייתה תוספת לדבריו, היה ניתן לסבור כי בית-המשפט אכן מאשר את פרשנותי למבנה הבסיסי של הפטור, שבו מתחייבת אי-השלמת העבירה והישארותה בגדר ניסיון בלבד, ולא די בפעולות שנעשו לשם אי-השלמת העבירה, אלא נדרשות פעולות שאכן מנעו אותה בפועל. אך בית-המשפט מוסיף שבניגוד לנדרש ממנו, לא עשה טל למניעת העבירה, אלא בדיוק להפך: "בסוף דבריו אמר לנחמיה 'תעשו' – אמירה שיש בה היבט של עידוד"<sup>45</sup>. כלומר, על מנת לשלול את עילת הפטור, לא התייחס בית-המשפט לעובדה שאינה ניתנת לערעור והיא שהעבירות המתוכננות הושלמו, שהתוצאות המזיקות של העבירה – מותו של אדם ופציעתם של אחדים – אכן התרחשו בפועל.

נראה שהוא התייחס לאופי האובייקטיבי של דרכי הסיכול ולהיותן בעלות יכולת פוטנציאלית בלבד להביא למניעת עשיית העבירה או השלמתה. גם מדברים נוספים של בית-המשפט בעניין זה ניתן ללמוד על גישתו זו: "אי השתתפותו [של טל] בשלב של זריקת הרימון – אי השתתפות שאינה מגיעה לכדי חרטה – אין בכוחה לנתקו מהאירוע

42 ע"פ 2796/95, 2813, 2814 (לעיל, הערה 25).

43 שם, עמ' 394 מול אות השוליים א.

44 שם, עמ' 408 בין אותיות השוליים ו-ז.

45 שם

הפלילי רב המשתתפים<sup>46</sup>. כלומר, ניתן להבין, שלו אכן נבעה אי-השתתפותו של המערער מתוך חרטה, היה ניתן לשקול ניתוק כזה מן העבירה, גם אם שאר השותפים השלימו אותה. מכאן אנו למדים כי בית-המשפט אינו סבור שמניעת השלמת העבירה היא תנאי הכרחי להתגבשות הפטור, ובכך הוא מאמץ, למעשה, את גישת בית-המשפט בעניין ג'ראר, ולפיה די בכך שהמתחרט נוקט דרכי סיכול בעלות יעילות פוטנציאלית בלבד להביא להשלמת העבירה, כדי שתקום עילת הפטור עקב חרטה.

אם זו אכן גישת בית-המשפט לגבי הפטור, הרי שכפי שכבר נאמר קודם, אני חולקת עליה. לדעתי, התנאי הבסיסי וההכרחי שמציב המחוקק, שבלעדיו אין כל הצדקה למתן פטור, הוא שהעבריינין יביא בהתנהגותו הוא לסיכול השלמת העבירה. לתנאי זה מצטרפים תנאים אחרים, משניים, כמו חרטה, כשמדובר במבצע ישיר, אך אין בקיומם כדי לשלול את הכרחיותה של אי-השלמת העבירה או מניעת תוצאותיה האסורות.

### ‡. Versari – מעין סיכום

היעד המצוי בבסיס הפטור שבתיקון<sup>39</sup>, הן בסעיף 28 לגבי המבצע או המבצעים הישירים, והן בסעיף 34 לגבי הצדדים העקיפים, והמתגלם בדרישה שלפיה דרכי הסיכול שעל העבריינין לנקוט ימנעו בפועל את השלמת העבירה על מנת שיתגבש הפטור, נעוץ בעקרון ה-Versari. עיקרון זה מתבטא באמרה: *Versatur in re illicita tenetur etiam pro casu* – המסתבך במעשה אסור אחראי גם למה שנובע ממנו<sup>47</sup>, ומגלם את הרעיון שלפיו "מי שנקלע בהתנהגות פסולה למצב בו נחשף לעשיית מעשה נתון, ייחס לו כל הנובע מעבירה שבאותו מעשה". עיקרון זה בא לידי ביטוי בסיטואציות שונות בחוק העונשין, ובאופן מפורש הוגדרו השלכותיו המשפטיות לגבי כמה מהן בסעיף 34 י"ד, תחת הכותרת "כניסה למצב בהתנהגות פסולה"<sup>48</sup>.

ככל שההתנהגות שהביאה למצב פסולה יותר, או ככל שהמצב שהובילה אליו חמור יותר, מוחמרת גם האחריות הפלילית המוטלת בגללה. אחת הסיטואציות המובהקות והחמורות שהן בבחינת "re illicita" – דבר פסול – היא ההתנהגות שהיא כשלעצמה

46 שם, עמ' 409 מול אות השוליים א

47 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, 1984), בעמ' 861.

48 ראו ד' נתניהו "כניסה למצב בהתנהגות פסולה" – בשולי הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק

כללי), תשנ"ב-1992 "פלילים ג' (תשנ"ג) 233 וההפניות שם.

עבירה פלילית. עצם הכניסה למצב של שותפות לדבר עבירה מטילה על העבריין, לפי סעיף 34א לחוק העונשין, אחריות אפילו לעבירות שונות מן העבירה המקורית או נוספות עליה – עבירות שלא בוצעו על-ידי, אלא על-ידי שותף אחר, ושהוא אף לא צפה בפועל את התרחשותן. מכאן, שעל אחת כמה וכמה על העבריין לשאת באחריות לעבירה המקורית שנטל בה חלק.

הסיטואציה החריגה היחידה שבה הוא לא צריך לשאת בתוצאות מעשיו היא כשהעבריין אכן מבטיח, באמצעות מעשיו, שתוצאות אלה לא יתרחשו, כלומר מביא לסיכול מזימתו העבריינית. משהפעיל העבריין את דרכי הסיכול למימוש מזימתו באופן יעיל, ורק אז, קם הפטור גם על אותו החלק בעבירה שכבר בוצע, דהיינו על הניסיון לבצעה, כשמדובר בביצוע הישיר של העבירה שנקטעה, בשידול לבצעה או בסיוע לה.