

הסדר הטלת האחריות לעברה נגררת – הרהורים על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איזון אחרת

ניתוח דאונטולוגי בעקבות ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל¹

הדר דנציג-רוזנברג*

- א. מבוא
- ב. עקרון האשמה – עיקרון "מנצח"
1. הרציונל לעיגון עקרון האשמה בתיקון 39 והיחס בינו לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו
 2. עקרון האשמה כהצדקה להטלת אחריות בדיני השותפות הקלאסיים
 3. דוקטרינת האחריות הנגררת וסטייתה מעקרון האשמה
- ג. הקושי החוקתי שמעוררת דוקטרינת האחריות הנגררת בתחולתה על מבצע בצוואת
1. משוכות חוקתיות
 2. ניסיון לדלג מעל משוכות חוקתיות: צידוקים התומכים בחוקתיות הדוקטרינה
- 2.1 הצידוק התועלתני והקושי הגלום בו – התיתכן "תכלית ראויה" שאינה מערבת יסודות גמוליים?
- 2.2 הצידוקים הגמוליים
- ד. כישלון לדלג מעל משוכות חוקתיות? – הרהורים על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איזון אחרת

* תלמידת מחקר לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. מרצה ומנהלת הקליניקה לסיוע משפטי לנשים נפגעות אלימות, המרכז לחינוך משפטי קליני לזכויות אדם ואחריות חברתית, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. רשימה זו מבוססת על חלקים מחיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה" הנכתב על ידי בהנחיית פרופ' אהרן אנקר. ברצוני להודות מקרב לב למורי, פרופ' אנקר, שותפי לחשיבה ולפולמוס, על הדיאלוג המתמשך בינינו, שהוליד, בין היתר, את ניצני הרעיון שבבסיס חיבור זה ולפרופ' רותי קנאי על הערותיה המועילות ועל עידודה הרב. תודה לד"ר ליאת לבנון-מורג על הערות ביקורת מצוינות. מאמר זה מוקדש בגעגוע, למורי, דייד.

¹ ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002).

1. מידתיות באספקלריה תועלתנית – על הבניית הנמקת דעת הרוב בפרשת סילגדו
 2. הרהורים דאונטולוגיים על אשמה ועל נוסחת איזון "מידתית"
 - 2.1 הדיון הנורמטיבי בדרגות האשם של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת
 - 2.1.1 מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת כשהוא דוחק מתודעתו את אפשרות ביצועה עקב הימצאות במצב של הכשלה עצמית
 - 2.1.2 מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת במצב של "חלל תודעתי"
 - 2.1.3 מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת במצב של מודעות לסיכון כללי
 - 2.1.4 מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת במצב של רשלנות "טהורה"
 - 2.2 מן הדיון האתי לדיון המושגי – ניתוח ביקורתי של פרשנות ההסדר בדיון המצוי והקושי החוקתי הגלום בה לאור מסקנות הדיון הנורמטיבי
 - 2.3 "לצאת מן המסגרת" – הצעות לגיבוש נוסחת איזון אחרת
- ה. סיכום

א. מבוא

א' ו-ב' חוברים יחדיו לביצוע שוד בנק. טרם יציאתם לדרך הם מסכמים את פרטי ביצוע השוד ואת חלוקת התפקידים ביניהם. על פי המוסכם, ייגש א' לפקידת הבנק ויושיט לעברה פתק ובו דרישה לקבל את המזומנים שבקופה, תוך איום באקדח. במקביל יאסוף ב' את המזומנים שתמסור הפקידה לתיקו, ובתום פעולתו יימלטו השניים מהבנק. עוד מסכמים השניים, כי במהלך ביצוע השוד האקדח שיישא א' יהיה פרוק מתחמושת, לא ייעשה בו שימוש מעשי ותרומתו תסתכם בהיותו כלי איום מרתיע בלבד. השניים לוחצים ידיים ויוצאים לדרך. בבוקרו של יום ניגש א' לפקידת הבנק, שולף את אקדחו ומושיט לעברה פתק ובו דרישה לקבל את המזומנים. בניגוד למצופה, פקידת הבנק מסרבת בעקשנות למסור את הכסף, ובלא היסוס, מושיטה ידה אל מכשיר הטלפון הנייד שלה, מחייגת למשטרה ומזעיקה עזרה. א', שמבין כי הזמן הולך ואוזל, מאיים עליה פעם נוספת באקדחו, אך היא נותרת אדישה. או-אז דורך א' את נשקו ומכוונו לראשה, כאשר בחוץ כבר נשמעים קולות הניידות המתקרבות. לפני שב' מספיק להתערב בנעשה, יורה א' בפקידת הבנק וגורם למותה. בטרם פושטים השוטרים על זירת האירוע, נוטל א' את הכסף ונמלט מהמקום. בדוגמה שלפנינו יישאו א' ו-ב', כמבצעים בצוותא, באחריות לעברת השוד. ברי כי א', שגרם לכל הפחות

בפזיזות למותה של הפקידה תוך ביצוע העברה המקורית המתוכננת, יישא באחריות גם לעברת רצח תוך ביצוע עברה אחרת. ואולם, מה יהא דינו של ב' בנוגע לעברת ההמתה, כאשר לא נטל בה חלק באופן פיזי ובהנחה כי לא צפה בפועל את אפשרות ביצועה? דוקטרינת האחריות הנגררת,² המוסדרת במשפט הישראלי בסעיף 34 לחוק העונשין,³ יוצרת בסיטואציה המתוארת משטר אחריות מוגברת: כאשר מבצע עובר, אגב ביצוע העברה המתוכננת, עברה שונה או נוספת (להלן: "עברה נגררת") החורגת ממהות ההגשמה המשותפת או מהיקפה, אך בזיקה כלשהי לעברה המקורית, "ישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים". המגבלה היחידה על הרשעת המבצעים בצוותא הנותרים בעברה הנגררת היא במקום שבו נעברה העברה הנגררת ככוונה, שאז "ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד".⁴ משמעות הדברים היא, שאף שהמבצעים בצוותא הנותרים לא היו מודעים בפועל לאפשרות ביצועה של העברה הנגררת, אלא היו רשלנים בלבד בנוגע לאפשרות זו – ניתן להרשיעם בעברה הנגררת שלא בהתאם לעמדתם הנפשית, אף שלא התקיימו בה מאפייניה הקלאסיים של השותפות. לשון אחר, אחריות לעברה נגררת של מחשבה פלילית, הדורשת לשם הרשעת מבצעה הישיר קיומם של היסוד העובדתי והנפשי גם יחד, מוטלת על מבצע בצוותא לעברה המקורית, שהיה רשלן לאפשרות ביצועה של העברה הנגררת, בלא תרומה פיזית מצדו לביצועה במישור העובדתי ובלי שמתקיימת המחשבה הפלילית הקבועה בהגדרתה כתנאי להרשעה.⁵

דוקטרינת האחריות הנגררת סוטה משני עקרונות יסוד קלאסיים, שמכוחם, ככלל, נובעת הצדקה להטיל על אדם אחריות בפלילים – אחריות הכרוכה מטבעה בפגיעה או בשלילה של זכויות וחירויות יסוד. האחד, עקרון ההתנהגות (כפי שאכנהו להלן), שלפיו "אין ענישה ללא התנהגות" ובמשתמע – אדם יישא באחריות פלילית לעברה שהוא נטל חלק בביצועה; השני, עקרון האשמה (כפי שאכנהו להלן), ולפיו "אין עברה בלא אשמה", ובמשתמע – אדם יישא באחריות פלילית לעברה בהתאם לאשמתו, המגולמת, באופן טיפוסי, בעמדתו הנפשית כלפי אפשרות ביצועה. שני עקרונות היסוד הללו נשענים על פרופיל האדם המונח ביסוד המשפט הפלילי

2 להלן: "הסדר הטלת האחריות לעברה נגררת" או "ההסדר" או "דוקטרינת האחריות הנגררת".

3 התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין" או "החוק").

4 ס' 34א(א)(1) לחוק העונשין.

5 עם זאת, כאמור, הסעיף מסייג את אחריותו של מבצע בצוותא שלא נטל חלק בביצוע העברה הנגררת לעברת כוונה בקבעו, כי כשהעברה הנגררת דורשת יסוד נפשי של "כוונה" יישא באחריות השותף המבצע רק לעברה מקבילה של מחשבה פלילית (דהיינו, כשהיסוד החפצי הוא לכל היותר, אדישות בעברה תוצאתית) (ס' 34א(א)(1)). כן קיימת מגבלה לגבי העונש הצפוי: עונשי חובה לא יחולו על אחריותו של מבצע בצוותא לעברת נוספות (ס' 34א(ב)). על כך יורחב בהמשך.

והמשפט החוקתי:⁶ אדם זה הוא יצור רציונלי, שיכול להבין את המציאות, להפנים מוסכמות חברתיות ולכלכל מעשיו על פי שיקול דעת אוטונומי. קיומם הסימולטני של שני עקרונות יסוד אלה נתפס באופן קלאסי, כמקיים הצדקה מוסרית ומשפטית להרשע בפלילים. משום כך דוקטרינה החורגת מאמות המידה שמתווים עקרונות אלה מעוררת שאלות יסוד חוקתיות. במוקד רשימה זו אבקש להעמיד לביקורת את סטייתה של דוקטרינת האחריות הנגזרת מעקרונות היסוד הללו במשפט הישראלי. אדון בתחולתה על מבצע בצוותא החובר לפעילות עבריינית קבוצתית, אשר במהלכה חורג שותפו מהתכנית המקורית ומבצע עברה נגררת (להלן אכנה הימצאות בנסיבות הללו: "היקלעות לסיטואציה של עברה נגררת"). זאת, כאשר המבצע בצוותא אינו צופה אפשרות ביצועה, מקום שאדם מן היישוב יכול היה לצפותה. הביקורת תתרכז בהסדר החוקי בישראל ובפסיקה שהתפתחה סביבו.

בפרשת **סילגדו** נדונה לראשונה בבית המשפט העליון שאלת חוקתיות דוקטרינת האחריות הנגזרת במשפט הישראלי, ככל שזו נוגעת להסדר החל על מבצע בצוותא. בבסיס פסק הדין בהקשר זה, נדונה השאלה אם הוראת סעיף 34א(1) לחוק פוגעת שלא כדין בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁷ ומשכך – בטלה. תמצית הטענה שהועלתה נגד חוקתיות ההסדר כיוונה לכך שהוראה זו נחקקה במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד–1994,⁸ ותיקון זה נחקק לאחר כינונו של חוק-היסוד. לפיכך תוקפה מותנה בהתאמתה לאמור בחוק-היסוד. על פי הטענה, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן את העיקרון כי אין להטיל אחריות פלילית על אדם מעבר למידת אשמתו, ומכיוון שהוראת סעיף 34א(1) לחוק מטילה על אדם אחריות פלילית לעברה נגררת בלא שמתקיימים בו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי הקבועים בהגדרתה, היא פוגעת שלא כדין בזכויות אדם מוגנות, ומשום כך היא בלתי חוקתית, ודינה – בטלות.⁹ גישת ניתוחו של הנשיא ברק, בדעת הרוב, את הסוגיה והנמקותיו לה נשענו, לדעתי, במידה רבה על איזון נורמטיבי הנעוץ בשיקולי תועלת והרתעה. הנשיא ברק אמנם הניח כי ההסדר, המאפשר הרשעתו של אדם בעברה שעונשה מאסר, פוגע בהוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה אין נוטלים ואין מגבילים חירותו של אדם במאסר. כן הניח – בלא לפסוק בעניין – כי הטלת אחריות פלילית על אדם בגין עברה שלא ביצע, בהיעדר מחשבה פלילית אך תוך קיום יסוד נפשי של רשלנות או מודעות בכוח, פוגעת בכבוד האדם. אולם לאחר שבחן אם ההסדר מקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-

⁶ Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 ISR. L. REV. 84, 85, 96 (1993).

⁷ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁸ ס"ח 348 (להלן: "תיקון 39").

⁹ פרשת **סילגדו**, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק.

היסוד – הגיע הנשיא למסקנה, כי ההסדר הנו חוקתי. זאת, בהתבסס **בעיקר** על נימוקים תועלתניים הנשענים על האיזון הראוי בין התועלת הצומחת מההסדר לאינטרס הציבורי בהרתעת חבורות מפעילות עבריינית משותפת היוצרת סיכון לביצוע עברות נגרות, לבין היקף הפגיעה בערכי כבוד האדם והחירות של הנאשם, כפי שבאים לידי ביטוי על פי ההסדר.¹⁰ מקריאת דעת הרוב בפסק הדין נדמה, כי בית המשפט בחר להתמקד במידה רבה באינטרס ההרתעה והעלאתו על נס כצידוק מרכזי לחוקתיות ההסדר. הנשיא ברק הניח כי יש ביכולתו של ההסדר לקדם תועלת חברתית בהיותו כלי הרתעה יעיל. תכלית זו מבססת, לדעתו, משקל משמעותי להצדקת הפגיעה בזכויות אדם חוקתיות מכוח ההסדר, באופן שאיננו פוגע באיזון החוקתי הראוי.

ברשימה זו ברצוני להציע התבוננות אלטרנטיבית לזו המונחת בבסיס הניתוח שערך הנשיא ברק בפרשת סילגדו. לתחושת, הנשיא ברק בחר להשקיף על הסדר הטלת האחריות לעברה נגררת מנקודת מבט הנשענת במידה רבה על תורת המוסר התועלתנית. כבר עתה אדגיש, כי אין פירושו של דבר שדעת הרוב התעלמה לחלוטין משיקולי גמול ואשמה. לא כך הוא, וארחיב בעניין בהמשך. ואולם, אף שהתבוננותו משלבת התייחסות גם לשיקולי גמול, סבורני כי במאזן הכללי ובבחירת המינון בין ההנמקות, העניק הנשיא משקל רב מדי לשיקולי תועלת והרתעה, כשגיבש עמדה נורמטיבית בשאלת חוקתיות ההסדר. עיקר הקושי בבחירה לבסס את העמדה בעיקר על נימוקים מתורת המוסר התועלתנית מתבטא, לטעמי, בהענקת משקל חסר לשיקולי גמול ואשמה. ההכרעה בשאלת חוקתיות ההסדר מחייבת, לדעתי, להעניק משקל משמעותי לשיקולים השאובים מתורת המוסר הדאונטולוגית, שבהשראתה עוצבו דוקטרינות שונות התוחמות את גבולות האחריות הפלילית במסגרת תיקון 39. תורת מוסר זו, שעיקרון מנחה בה הוא עקרון האשמה, אומצה על ידי המחוקק ככלי מוביל בעיצוב פניהן של דוקטרינות שונות בחלק הכללי של חוק העונשין, ולא בכדי: בחירה זו נשענת על רציונלים פילוסופיים-מוסריים ששיטת המשפט שלנו, כשיטות משפט מודרניות אחרות, בחרה להעניק להם מקום של כבוד.¹¹

¹⁰ הנשיא ברק הדגיש את מנגנוני "ריכוך" הפגיעה שנקבעו בהסדר (האפשרות להרשיע לכל היותר בעברת אדישות ולהטיל עונש קל מעונש החובה כאמור בסעיף 34א(ב)) ככאלה שבמשקלם המצטבר עושים, לדעתו, את הפגיעה בזכות אדם המוגנת בחוק-היסוד למידתית. בהמשך הרשימה אעמוד בהרחבה על אופן הניתוח.

¹¹ לעיון בהנמקות הפילוסופיות התאורטיות העומדות בבסיס כל אחת מתורות המוסר – דאונטולוגיה אל מול תועלתנות – ראו כתביהם של עמנואל קנט ושל גיאורג הגל, מאבות תורת המוסר הגמולית, שפיתחו את הבסיס הרעיוני של הצידוק הגמולי להטלת אחריות פלילית ולענישה: I. KANT, THE PHILOSOPHY OF LAW: AN EXPOSITION OF THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF JURISPRUDENCE AS THE SCIENCE OF RIGHT (W. Hastie trans., 1887); I. KANT, METAPHYSICAL ELEMENTS OF JUSTICE (John Ladd trans., 1965); G.W.F. HEGL, THE PHILOSOPHY OF RIGHTS, (T.M. Knox trans., 1962); אל מול אלה, ראו

להגדרת הפרספקטיבה אשר דרכה ייבחן ההסדר – בין תועלתנית טהורה, בין דאונטולוגית טהורה או בין דאונטולוגית מעורבת – שמור ערך רב.¹² ראשית, היא יוצרת מסגרת לקיום הדיון, אשר נדרשת בו ההכרעה הנורמטיבית; שנית, היא מעניקה משקל יחסי גבוה לשיקולים המוסריים העומדים בבסיס תורת המוסר הנבחרת כנקודת המוצא לביקורת. נפקותה של בחירת פרספקטיבת ההתבוננות על ההסדר היא ביצירת האיזונים הנתפסים כראויים להצדיק פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, וכפועל יוצא של זה, יש בה כדי להשפיע, בסופו של יום, על ההכרעה הנורמטיבית בשאלת חוקתיות ההסדר וממילא על המסקנה אם ראוי להותירו על כנו או לכוון תחתיו הסדר חלופי. כך, באופן מעשי, עשויה בחינה חוקתית של דוקטרינה משתי אספקלריות שונות – האחת, מעניקה משקל מכריע לשיקולי גמול; והאחרת, לשיקולי תועלת – להוליד מסקנות שונות בשאלת חוקתיות הדוקטרינה, נוכח הישענות על נקודות איזון חוקתיות שונות. **ברשימה זו אבקש אפוא להציע קריאה של ההסדר מאספקלריה גמולית-דאונטולוגית "מעורבת"**. גישה שכזו מובחנת מגישה גמולנית טהורה שאינה מכירה כלל במקומם של שיקולי תועלת. נקודת

כתביהם של ג'ון סטיוארט מיל ושל ג'רמי בנטהאם, מאבות תורת המוסר התועלתנית, שביקשו להסיט את הצידוק הפילוסופי להטלת אחריות פלילית ולענישה אל עבר השגת מטרות המביאות תועלת חברתית מצרפית: J.S. Mill, *On Liberty*, in J.S. MILL, UTILITARIANISM, LIBERTY & REPRESENTATIVE GOVERNMENT 65–170 (A.D Lindsay ed., 1910); J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and legislation*, in COLLECTED WORKS OF JEREMY BENTHAM (J.H Burns & H.L.A Hart eds., London, 1970).

ניתן להסתייע בשתי שאלות, המקיימות ביניהן קורלציה, על מנת לבחור אילו מבין הפרספקטיבות נאמץ כנקודת מוצא לבחינת ההסדר. האחת, הנה תפיסת העולם שנאמץ על אודות הראוי בעיצוב גבולות האחריות הפלילית והמוסרית – האם תפיסת עולם טלאולוגית-תועלתנית היא, האם תפיסת עולם המבוססת על דאונטולוגיה ותורות גמול "טהורות", או שמא גישה מעורבת התומכת בתפיסה גמולנית או תוצאתנית "מרוככת". האומנם אנו מעוניינים להטיל אחריות פלילית גם בהיעדר אחריות מוסרית (לשם הרתעה בלבד), או שמא הטלת אחריות פלילית מותנית לעולם בקיומו של דופי מוסרי? גישות מעורבות גורסות כי יש לבסס את שיקולי הענישה על יסודות המערבים בדרך זו או אחרת תוצאותנות וגמול, ונראה כי כיום, רבים מהמלומדים תומכים במי מהן. על פי רוב התפיסות הדאונטולוגיות המעורבות, אין איסור גורף להתחשב בצורך לקדם מטרות מסוימות, אלא שיש לנסות לקדם מטרות אלו בכפוף לאילוצים מוסריים. להרחבה על אודות ההבחנה הקיימת, המקובלת בספרות, בין המושג "אחריות פלילית" למושג "אחריות מוסרית" ראו עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" **מחקרי משפט** יג 87 (1996); M. ZIMMERMAN, AN ESSAY ON MORAL RESPONSIBILITY (Totowa, 1988). השנייה, הנה התכלית העיקרית המיוחסת לענישה – האם היא גמול, אשר הצידוק לו מתמקד ביחס בין ענישה לאשמה; או שמא הרתעה, שהצידוק לה נעוץ בהיותה כלי יעיל לשמירת הסדר החברתי. להרחבה, ראו: ש' גיורא שוהם וגבריאל שביט **עבירות ועונשים מבוא לפנולוגיה** 28 (אלי שאלתיאל עורך, 1990).

המוצא המנחה בדיוני מתבססת על ההשקפה, כי לא די בשיקולים תועלתניים כדי להכשיר פגיעה בזכויות חוקתיות כשיקולים עיקריים. ואולם אין פירושו של דבר, ששיקולי תועלת נעדרי משקל לגיטימי בהתוויית דוקטרינות של אחריות פלילית. הגישה הדאונטולוגית ה"מרוככת" שאמץ רואה בגמול שיקול המגביל את מתחם התגובות העונשי המותר, אך במסגרת הגבולות ה"ראויים" היא מכירה בקיומם הלגיטימי של שיקולי תועלת. הטענה שאבקש להעלות היא כי **היקף הפגיעה בזכויות החוקתיות של הנאשם והערכת חומרתה מחויבות להיעשות גם בזיקה לאשמתו האינדיבידואלית בנוגע לפגיעה בערך המוגן הספציפי שבסיס העברה המיוחסת לו.** אשמה אינדיבידואלית זו היא תנאי הכרחי לייחוס אחריות פלילית לעברה ספציפית שבבסיסה ערך מוגן קונקרטי, והיא אינה מעוצבת בידי שיקולים תוצאתניים. רק בתנאי שהיא מתקיימת, ראוי לצרף אליה שיקולי תועלת שיובילו, באופן מצרפי, להתוויית דוקטרינות של אחריות פלילית שיש בהן, מטבען, כדי לפגוע בחירויות ובזכויות יסוד. רק לאחר שקלול המעניק משקל ראוי לשיקולי מוסר גמולי, ראוי לקבוע אם דוקטרינה הפוגעת בזכויות יסוד של נאשם – חוקתית היא.

בחיבורי אבקש להראות, כי קריאה של ההסדר מן הפרספקטיבה הדאונטולוגית ה"מרוככת" שאציע, עשויה להוביל למסקנה שונה מזו שאליה הגיע הנשיא ברק בפרשת **סילגדו**. עם זאת, אדגיש כבר עתה, כי אין עניינה של רשימה זו להכריע הכרעה גורפת בשאלת חוקתיות ההסדר, כי אם לעורר ספקות באשר לתוקף המסקנה שנקבעה בפרשת **סילגדו** על ידי הצעה להוסיף לדיון ממד התבוננות אחר. תרומתה של הביקורת שאציג מתמצה אפוא בקיומו של דיון אלטרנטיבי שמציב את מסקנתו של בית המשפט בסימן שאלה, ועקב כך מעורר את הצורך לבחון מחדש את עיצוב פניו של ההסדר. הקריאה שאציע תמחיש כי בנימוקיו, לא עסק בית המשפט בדעת הרוב באופן מקיף בשיקולים דאונטולוגיים חשובים (ובכך נותרו הדיון וממילא ההכרעה בשאלה הנדונה במסגרתו בלתי ממצים). קריאה זו תבקש לעורר חשיבה מחודשת על אודות עיצוב **תנאיה של דוקטרינת אחריות נגררת חלופית, ראויה ומידתית.**

ברשימה זו אבקש לעמוד, ראשית, על עקרון האשמה כעקרון מפתח בעיצוב פניהן של דוקטרינות להטלת אחריות פלילית כפי שעוגנו בתיקון 39, ועל היחס בינו לבין ערך כבוד האדם. בהמשך אציג את ההסדר המעוגן בסעיף 34א(א)(1), ועל רקע השאלה החוקתית שהוא מעורר, אסקור את הצידוקים התומכים בחוקתיותו. לאחר מכן אבקש לחשוף מנקודת מבט ביקורתית, את הבניית ההנמקה התועלתנית-בעיקרה שגיבשה דעת הרוב בפרשת **סילגדו** למסקנה בשאלת חוקתיות ההסדר, תוך התמקדות בנייתו מבחן המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה. על רקע היעדר התייחסות מספקת לשיקולי אשם וגמול, יוקדש עיקרה של הרשימה לדיון אתי בשאלת השיפוט הנורמטיבי של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת בהיותו נתון במצבי תודעה שונים כלפי אפשרות הסטייה. דיון זה יבקש לערוך השוואה בין דרגות האשמה הגלומות במבצע בצוותא הרשך לאפשרות ביצוע העברה

הנגררת, לבין טיפוסים מבצעים בצוותא שצפו – ברמות שונות של ריכוז ועצמה – את אפשרות ביצועה. תכלית הדיון הנורמטיבי לסייע בגיבוש מסקנה אם אמנם ראוי מבחינה גמולית להחיל את כלל שדרוג האחריות הפלילית הקבוע בהסדר על מבצע בצוותא רשן, שלא צפה את אפשרות הסטייה. על רקע מסקנות השיפוט הנורמטיבי, אפנה לדיון המושגי, שעניינו לבחון – מנקודת המבט של הדין המצוי בישראל – באיזו מידה משתלבת הפרשנות המוקנית להסדר בדין המקומי עם המסקנות הללו, ועד כמה הן ניתנות להיטמע בהוראותיו של הדין הנוהג. הדיון המושגי יובילני למסקנה, כי היסוד הנפשי המעוגן כיום בלשון ההסדר אינו יכול לדור בכפיפה אחת עם מסקנות הדיון הנורמטיבי. היקף האחריות המוטל מכוחו על המבצע בצוותא הרשן לאפשרות ביצועה של העברה הנגררת בהשוואה לדרגת האשם הגלומה בו, מציב את מסקנתו של הנשיא ברק בפרשת **סילגדו**, כסימן שאלה. תובנות אלו מלמדות, כפי שאראה, כי אין מנוס משינוי פניו של ההסדר הנוכחי. תחתיו ראוי לאמץ מסגרת נורמטיבית מידתית יותר. הרשימה תיחתם בניסיון להציג נוסחאות איזון אפשריות כאלו.

ב. עקרון האשמה – עיקרון "מנצח"

1. הרציונל לעיגון עקרון האשמה בתיקון 39 והיחס בינו לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

ההשקפה על פרופיל האדם הרציונלי, בעל האוטונומיה המוסרית – שאליו מכוון המשפט הפלילי – היא תולדה של האסכולה הקלאסית במשפט הפלילי ובקרימינולוגיה הרואה התנהגות פלילית כביטוי לבחירתו החופשית של העבריין, המבקש למקסם הנאתו.¹³ נקודת השקפה זו על האדם, המהווה הנחת מוצא בסיסית בדיוני, ייחודית להתבוננותנו על העשייה האנושית ומובחנת מתפיסתנו אירועים אחרים המתרחשים בעולם.¹⁴ הדין העונשי מניח מחויבות בסיסית לערכים חברתיים הנתפסים כ"עמודי התווך" להתנהלותה של חברה תקינה, ועליהם הוא מבקש להגן

¹³ הנחת הרציונליות, הנשאבת מן התאוריה המיקרו-כלכלית, תהווה הנחת יסוד בחיבורי זה. להרחבה על אודותיה ועל תפיסת האדם כיצור רציונלי המחליט על סמך הערכת סיכונים מול סיכויים ראו: קרן שפירא-אטינגר **אחריות פלילית במצבים של הכשלה עצמית** כרך א 102–104 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2003). לגישות הקוראות תיגר על האסכולה הקלאסית ונשענות, חלף זאת, על עקרונות דטרמיניזם וסיבתיות טבעית ראו: ש' גיורא שוהם, משה אדד וגיורא רהב **קרימינולוגיה** (מהדורה חמישית, 2004).

¹⁴ Sanford H. Kadish, A Theory of Complicity, in ISSUES IN CONTEMPORARY LEGAL PHILOSOPHY: THE INFLUENCE OF H.L.A HART 288 (Ruth Gavison ed., 1987).

מפני בעל הכשרות הפלילית הבוחר להתנכר להם. על פי תורת המוסר הדאונטולוגית, אם אדם בוחל, מבחירה, במחויבותו לשמר את ערכי החברה – הוא ראוי למושב שלילי מצדה בדמות גינוי, הרשעה וענישה, אשר "ישיבו לו כגמולו" ויחזירו את האיזון החברתי על כנו. תפיסה של האדם מעצבת את גבולות הענישה,¹⁵ והשפעתה ניכרת בתיקון 39, שנחקק לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומתוך רגישות לעקרונותיו. במסגרת התיקון העלה המחוקק על נס את **עקרון האשמה**,¹⁶ כעקרון יסוד חשוב בקביעת התנאים להטלת אחריות פלילית. קרמניצר, ממנסחיו של תיקון 39, מבהיר כי על פי עיקרון זה, ששורשיו שאובים מתאוריות גמול דאונטולוגיות, "לעולם אין להטיל אחריות פלילית על מי שאינו אשם, גם כאשר יש בכך כדי לקדם מטרות של הרתעה או תועלת; ואין להטיל אחריות פלילית מעבר למידת אשמתו של העושה לשם השגת הרתעה".¹⁷ עיצובו של עקרון האשמה והרציונל לדרישתו כתנאי להטלת אחריות פלילית נגזרים במישרין מתפיסת האדם כישות בעלת כושר בחירה אינדיבידואלי. אף שעקרון האשמה אינו מופיע במפורש בחוקי-היסוד של שיטת המשפט הישראלית, יש הסבורים כי הוא נגזרת של ערכי כבוד האדם וחירותו, הזוכים למעמד חוקתי בעל תוקף נורמטיבי עליון.¹⁸ על פי העיקרון, ההצדקה לפגוע בזכויות יסוד ובחירותו של אדם באמצעות המשפט הפלילי מותנית בקיומה של אשמה מצדו כלפי הפגיעה בערך המוגן הגלום בעברה. בשיטת המשפט הפלילי המודרני הביטוי המעשי לקיומה של אשמה מגולם, באופן טיפוסי, בכפ המנטלי של האדם, דהיינו – לא די שיבצע מעשה או מחדל אסורים, אלא עליו לבצע מתוך יחס נפשי הכרתי שלילי ("Evil intent").¹⁹ הגם שמושג האשמה אינו חופף למושג היסוד הנפשי,

15 מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג 109 (1996).

16 על שימוש במושג "עקרון האשמה" ראו למשל, ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 39–44 (1984). יש המעדיפים שלא להשתמש במושג זה כי אם במינוח דומה. ראו, למשל, המושג שמבכר להשתמש בו פרוש הוא "עקרון האחריות המוסרית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 87.

17 קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 110.

18 ראו פרוש, לעיל ה"ש 12, בעמ' 95; אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9 (1992); A. Ashworth, *Towards a Theory of Criminal Legislation*, 1; CRIMINAL LAW FORUM 41 (1989); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט** מב א 64, 82–85 והטקסט הצמוד לה"ש 73 (1995) (להלן: קרפ "המשפט הפלילי"). לעומת זאת, על הספק לעניין כוונת המחוקק בשאלה זו ראו יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323, 359–360 (1993).

19 שורשיו של המשפט הפלילי המודרני יונקים מתפיסת עולם דואליסטית, ששוכללה על ידי דקארט במאה ה-17, ומאז קנתה אחיזה בעולם הרעיונות בכלל ובקרוב משפטנים בפרט ראו רנה דיקרט **הגינות על הפילוסופיה הראשונית** (תרגום אור, התשכ"ט), כמצוטט אצל שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 22. ככלל, נשענת השיטה המשפטית הנוהגת על שתי הנחות מצטברות: הראשונה הנה הנחת הדואליזם המטפיזי הקלאסי, המפרידה בין גוף ונפש. המשפט הפלילי מבחין בין התנהגות, המוכתבת על ידי חוקי הטבע וניתנת לתצפית, לבין מצבו המנטלי

והוא רחב ומורכב יותר, ניתן לומר, כי בדרך כלל המתאם בין היסוד הנפשי הקבוע בהגדרת העברה לבין התקיימותו בפועל של יסוד נפשי זהה בנאשם, בעת ביצוע העברה, נתפס כתנאי המצדיק לייחס לנאשם אחריות לביצועה מבחינה מוסרית ומשפטית.

2. עקרון האשמה כהצדקה להטלת אחריות בדיני השותפות הקלאסיים

דוגמה לעיגון דרישת האשמה כדרישה הזוכה למעמד בכורה בתיקון 39, מצויה בדיני השותפות הכלליים המוסדרים בפרק ה' סימן ב' לחלק הכללי לחוק העונשין. תנאי הבסיס להפעלת דיני השותפות הוא קיומם של כמה אנשים שהתלכדו סביב פעולה בלתי חוקית מתוך המחשבה הפלילית הנדרשת לשם כך.²⁰ במצב דברים זה אין נפקות לשאלה אם חלקו של כל אחד מהמעורבים באירוע, בנפרד מחלקיהם של האחרים, מקיים את הזיקה הסיבתית, שבה מותנה ביצוע העברה המושלמת, שכן האחריות מכוח דיני השותפות אמנם מותנית בקיומה של תרומה (למצער, פוטנציאלית)²¹ לעברה, אך זו תקום גם אם לא קיים השותף באופן מלא את היסוד העובדתי של העברה, ובלבד שנתקיים בו היסוד הנפשי המתאים. דיני השותפות מאפשרים אפוא להטיל אחריות פלילית בחריגה מהדגם הרגיל, ובלבד שמתקיימת דרישת האשמה.

הרציונל המונח בבסיס הטלת האחריות מכוח דיני השותפות מניח, כי בקונסטלציה מיוחדת כזו, נושא כל אחד מהשותפים באחריות מוסרית לפגיעה בערך החברתי המוגן. זאת, בנכונותו לתרום להגשמת המטרה המשותפת; בודעו כי

של העושה, החסום מפני תודעה חיצונית וכפוף לשלטון רצונו החופשי, ANTONY R. DUFF, INTENTION, AGENCY AND PHILOSOPHY OF ACTION AND THE CRIMINAL LAW 119 (1990). החלוקה המקובלת בין Actus Reus ו-Mens Rea משקפת את אימוץ הדואליזם המסורתי אל המשפט הפלילי. הנחת המוצא השנייה הנה עמדה ראליסטית לגבי קיומם של מצבים נפשיים. עמדה זו רואה במצבים מנטליים ישויות בנות קיום בלתי תלוי בתפיסתן בתודעה חיצונית. הגם ששתי הנחות המוצא אינן קשורות בהכרח, מראה שפירא-אטינגר כי המשפט הפלילי הנוהג מחזיק בעמדה דואליסטית חזקה: הפרדה ברורה בין חומר לרוח, לצד תפיסת הרוח כעובדה בעולם (שם, בעמ' 29). המשך הדיון במאמר זה יתבסס בעיקרו על הנחות המוצא הפילוסופיות שלעיל. החיבור לא יבקש לערער על יסודות השיטה, אלא למצוא פתרונות בתוכה לשאלת חוקתיות ההסדר ובחינתו אל מול אלטרנטיבות שפיעתן בזכויות חוקתיות מידתית יותר.

²⁰ ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 202 (1987).

²¹ כך, למשל, קבעה הפסיקה כי מעשה סיוע יכול שיהיה בעל אפקטיביות פוטנציאלית לסייע, גם אם בפועל לא תרם להגשמת העברה העיקרית. ראו ע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 289, 307, פס' 24 לפסק דינו של השופט מצא (1999); ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (3) 22, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק (2001).

תרומתו עלולה לחבל בערך המוגן ובמימושו נכונות זו – מבטא כל שותף בחירה חופשית לנהוג בדרך זו (אף שיכול היה להימנע מפגיעה זו מבעוד מועד בעצם היותה מתוכננת וצפויה). בין היסוד הנפשי לבין היסוד העובדתי הקבועים בעברה קיימת זיקת גומלין, שלפיה משהוכחה התקיימותו של היסוד העובדתי על ידי הקבוצה בכללותה – אין עוד חשיבות לחלוקת התפקידים הפנימית בין המעורבים באירוע, בתנאי שמתקיים בכל שותף יסוד נפשי של מודעות למהות הפעילות המשותפת ולאפשרות הפגיעה בערך המוגן שבבסיס העברה, בצירוף תרומה פיזית כלשהי.²² מבחינת ההצדקה להטלת אחריות פלילית, כל עוד מתקיים היסוד הנפשי בכל שותף הרי שנוצר "איוון" המפצה על חסר במילוי חלק מפרטי ההתנהגות על ידי מי מהם, וכך "מפוצה" הסטייה מעקרון ההתנהגות בקיומה של דרישת האשמה.

ואולם בכמה הקשרים מטיל החוק שלאחר תיקון 39 אחריות פלילית לביצוע עברות מחשבה פלילית על מי שנטול מחשבה כאמור. דוקטרינת האחריות הנגררת של מבצע בצוותא היא דוגמה להסדר הסוטה מהדגם הרגיל של האחריות הפלילית הן במישור עקרון ההתנהגות והן במישור עקרון האשמה, בתצורתו המקובלת. עם זאת אין מדובר באחריות ללא יסוד נפשי כלשהו אלא באחריות המבוססת על התנהגות פסולה המלווה, כלשונו של קרמניצר, ב"יסוד נפשי מיוחד".²³ סטייה זו מעוררת צורך לבחון את ההצדקה לה ולהיקפה; זאת, ביתר שאת, בעידן שלאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המתיר לפגוע בערכי יסוד (כגון כבוד האדם ונגזרתו – עקרון האשמה) רק בהתאם למבחניה החוקתיים של פסקת ההגבלה. טרם נפנה לבחינה זו נקדים לסרטט את גבולותיה של דוקטרינת האחריות הנגררת במשפט הישראלי: נעמוד על תנאיו ועל טיבו של ההסדר ועל היקף סטייתו מעקרון האשמה, בכל הנוגע לתחולתו על המבצע בצוותא על פי סעיף 34א(א)(1) לחוק העונשין.

3. דוקטרינת האחריות הנגררת וסטייתה מעקרון האשמה

שיטות משפט שונות מאמצות הסדרים שונים בשאלת האחריות הנגררת, כחלק מתפיסות פילוסופיות המקובלות בכל שיטה. ככלל, סקלת הטווחים שעליה ממוקמים ההסדרים הללו נעה מדחיית רעיון האחריות הנגררת לחלוטין ועד להרחבת אחריות השותפים להיקפו המרבי של הביצוע העיקרי, לרבות תולדותיו. התפיסה הפינתית הדוחה את רעיון האחריות הנגררת וקוראת לדבוק בהחלת כללי השותפות כפשוטם, נשענת על השקפה שלפיה אחריותו של מעורב באירוע עברייני רב-משתתפים מותנית בתרומה ישירה, במישור הביצוע העיקרי, או עקיפה, במישור השידול או הסיוע, תוך מודעות למשמעות תרומתו לעניין גיבוש האירוע, על היקפו ומהותו, כפי

²² פלר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 291.

²³ קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 117.

שאירע.²⁴ היעדר יסוד נפשי, לגבי היבט מסוים של האירוע העבריני שולל מאותו צד את המעמד כשותף לאותו היבט של האירוע. לעומת זאת, התפיסה הפינתית הנגדית מסתפקת באחיזה מינימלית בכללי השותפות לגבי היבט המוצא של האירוע העבריני. היא מייחסת לצדדים לאותו היבט אחריות פלילית לאירוע כולו – כפי שהתפתח על היבטיו הנוספים.²⁵ בין שני הפתרונות הפינתיים הללו, קיימת סקלת טווחים שעליה ניתן למקם הסדרים שהם בבחינת דרכי ביניים.

כזה הוא ההסדר הישראלי המעוגן בסעיף 34א, אשר מגביל את היקף פריסתה של האחריות הנגררת הן הגבלה עניינית והן הגבלה אישית.²⁶ לפי ההגבלה העניינית, אין להטיל אחריות נגררת על שותף לסטייה שלא הייתה, בנסיבות העניין, בתחום הציפיה הסבירה בכוח. לפי ההגבלה האישית, האחריות מוטלת בהתאם למעמד השותף לעברה המקורית כשותף ישיר (מבצע בצוותא) או עקיף (משדל או מסייע). רישת ההסדר קובעת את התנאים להטלת אחריות נגררת על השותפים, והיא מגבילה את תחולתו בכמה אופנים. ראשית, האחריות לעברה הנגררת קמה ליתר השותפים רק מקום שמקור אותה עברה הוא פרי חלקו של המבצע העיקרי של העברה המשותפת המקורית.²⁷ שנית, האחריות בגין עברה נגררת מותנית בביצועה אגב עשיית מעשה העולה בצירוף היסוד הנפשי המתאים – כדי "עברה" בחוק העונשין. בנוסף, מוגבלת האחריות הנגררת במישור האובייקטיבי רק לסטייה הטומנת בחובה זיקה עניינית למהלך ביצועה של העברה המקורית, אם מבחינת קידום הביצוע ואם

²⁴ פלר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 324.

²⁵ תפיסה זו נעוצה בכלל שמקורו במשפט הקאנוני ושאומוץ בראשית המאה ה-19 בקוד נפוליאון, ולפיו "מי שנקלע בהתנהגות שלא כדין, למצב בו נעשה מעשה נתון, ייחס לו כל הנובע מעבירה שבאותו מעשה". ראו פלר **יסודות דיני עונשין**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 325. הבסיס הרעיוני הטמון במשמעותו המקורית של כלל זה נשען על הצמדת אחריות השותפים לאחריות המבצע, כשפירוש הדבר הוא הטלת אחריות פלילית על שותף בלא אשמה, לכל סטייה שבוצעה על ידי המבצע, לרבות כזו החורגת מצפיותו בפועל או בכוח.

²⁶ וזוהי לשונו של ס' 34א:

"(א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר

בנסיבות העניין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –

(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותנים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותנים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

(2) יישאו באחריות לה גם המשדל או המסייע, בעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א) (1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו".

²⁷ הרציונל לעיגון רכיב זה בהסדר נעוץ בנימוק עקרוני, שלפיו "מוקדו של אירוע עבריני רב-משתתפים הוא בביצוע העיקרי; כאן הגרעין ומכאן ההסתעפות של צורות השותפות העקיפה, ולא ההיפך". ראו פלר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 323.

מבחינת הביצוע עצמו.²⁸ **שלישית**, על מנת שתיחשב העברה "שונה או נוספת", עליה לחרוג ממהות ההגשמה המתוכננת (קרי, נעברה עברה שונה מזו המקורית שתוכננה) או מהיקפה (קרי, נעברה עברה נוספת על זו המקורית).²⁹ חריגה מדרך ההגשמה שנקבעה מראש אינה מתארת מצב של חריגה מדיני השותפות (שהרי השותפות כללית במהותה ואינה יורדת לפרטי הביצוע המשותף), ולכן אינה מעוררת שאלה של אחריות נגררת. **רביעית**, האחריות הנגררת תחול על השותף "כאשר בנסיבות העניין, אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה". תנאי זה מגלם את היסוד הנפשי הנדרש להטלת אחריות על השותף לעברה הנגררת – יסוד נפשי של צפיות בכוח, בהתבסס על המטען הסובייקטיבי שהיה לשותף בנוגע לנסיבות הקשורות בביצוע העברה. מקובל לדבר על מבחן אובייקטיבי ("אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע") בסייג סובייקטיבי ("בנסיבות העניין").³⁰ זהו אפוא המקור לסטייה מעקרון האשמה, מקום שהשותף הנו מבצע בצוותא.³¹

נוסח זה של ההסדר, אשר נתקבל במסגרת תיקון 39, הוא פרי גלגוליו של סעיף 24 לפקודת החוק הפלילי,³² שתורגם לסעיפים 28 ו-29 לחוק העונשין עובר לתיקון 33.³³ בהצעת החוק להסדר כפי שעוגן בתיקון 39³⁴ הובהר כי ההסדר במתכונתו הנוכחית מבוסס על רצינול הדומה לזה של ההסדר עובר לתיקון. ואכן, אף שבוצעו בו

²⁸ המושג "אגב" מרמז על זיקה עניינית בין העברה המתוכננת לבין העברה הנגררת. השופט הנדל בת"פ (מחוזי ב"ש) 149/94 **מדינת ישראל נ' אבו מדיעם**, תק-מח 2257 (2)96, פס" 9 לפסק הדין (1996) (להלן: עניין **אבו מדיעם**), מציע לפרש את הביטוי "אגב", בהתאם למטרת החוק, על פי פירושו המילולי במקור הארמי: "אגב = א-גב = על-גב" (ראו אברהם אבן שושן, **המילון החדש** כרך א 16 (מהדורה מחודשת ומתוקנת, 1990); וכן עזרא ציון מלמד **מילון ארמי עברי לתלמוד בבלי** 4 (1992)). לשון ציורית זו משקפת טיבה של הזיקה, ומשמעותה: על גב העברה המקורית ובתנאי לה בוצעה העברה הנגררת (לחיוזק פרשנות זו ראו ראו פלר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 337; ע"פ 35/89 **לוגסי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (1) 235, 246 (1992)). לגישתו של השופט, אין לפרש "אגב" כטפל מבחינת התוצאה, אלא כטפל מבחינת המטרה.

²⁹ לדוגמאות הממחישות דרישה זו ראו ע"פ 78/81 **ברעאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה (3) 807 (1981); ע"פ 5022/01 **מדינת ישראל נ' אטיאס** פ"ד נו (1) 863, 856 (2002).

³⁰ ע"פ 377/67 **בן-הרוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד כג (1) 197 (1969).

³¹ ס' 34א(א) (1) לחוק העונשין.

³² חוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 28), התשכ"ו-1966, ס"ח 64.

³³ ס' 28 לחוק העונשין עובר לתיקון 39 קובע: "שניים או יותר שחברו יחדיו כדי להשיג מטרה בלתי חוקית, ובמהלך השגתה של המטרה נעברה עבירה שהיא לפי טבעה תוצאה מסתברת של אותו מהלך, יראו כל אחד מהם שנכח בשעת העבירה כאילו הוא עבר אותה". ס' 29 לחוק העונשין עובר לתיקון 39 קובע: "המייעץ לחברו לעבור עבירה, ולאחר מכן עבר הלה עבירה, יראו את היועץ כאילו יעץ לעבור את העבירה שנעברה בפועל, גם אם נעשתה שלא בדרך היעוצה, ואפילו אין היא העבירה היעוצה, והכל אם העובדות המהוות את העבירה שנעברה בפועל הן תוצאה מסתברת של קיום העצה".

³⁴ הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098.

כמה שינויים,³⁵ נעזרה הפסיקה בפרשנות ההסדר עובר לתיקון בבואה לצקת פרשנות להוראותיו במתכונת הנוכחית. עובר לתיקון 39 הייתה האחריות לעברות נוספות מוטלת על המבצע בצוותא, על המסייע שנכח במקום הביצוע³⁶ ועל המשדל על פי מבחן "התוצאה המסתברת". מבחן זה היה בעיקרו מבחן של רשלנות ומקורו ב-"Natural and Probable Consequences Doctrine" אשר אומצה אצלנו בסעיף 24 לפקודת החוק הפלילי וגילמה את העיקרון הקאזולי, שנתגבש במשפט האנגלי עוד במאה השש-עשרה.³⁷ המבחן להטלתה של האחריות לפי עיקרון זה התפרש כ"מבחן הצפויות הסבירה",³⁸ ולפיו אם נחה דעתו של בית המשפט, כי אדם מן היישוב היה מביא בחשבון שעברה זו הנה תוצאה אפשרית צפויה מהמשימה הפלילית המתוכננת, אזי הייתה מוטלת אחריות פלילית על השותף. זאת, בסייג סובייקטיבי, שלפיו לצורך החלת המבחן "באות בחשבון רק אותן העובדות הרלוונטיות, שהיו בידיעתו הממשית של הנאשם-המסייע, לרבות העובדות שבפניהן עצם את עיניו".³⁹

גם במסגרת תיקון 39 נותרה האחריות לעברה נגררת – המוסדרת בסעיף 34א – על בסיס רשלנות, אלא שלפי הסיפה, היקף האחריות משתנה בהתאם למעמדו של השותף: הסעיף מבחין בין המבצע בצוותא, מחד גיסא, לבין המשדל והמסייע, מאידך גיסא, בקובעו כי משדל או מסייע שהיו רשלנים בנוגע לאפשרות ביצוע העברה הנגררת, יישאו באחריות רק לעברות רשלנות שהיסוד העובדתי שלהן בוצע (שלא על ידם) במהלך ביצוע העברה נשוא השותפות או כתחליף לה. כך, אחריותם מכוח

³⁵ להשוואה בין ההסדר לפני תיקון 39, כפי שהופיע בסעיפים 28 ו-29 לחוק לבין ההסדר לאחר התיקון, כפי שמעוגן כיום בס' 34א ראו שם; מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" **משפטים** כד 9, 49-51 (1994) (להלן: גור-אריה "הצעת חוק העונשין"); מרים גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה – חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994" **מחקרי משפט** יג 129, 135-136 (1996) (להלן: גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה"); כמו כן ראו למשל, בפסיקה: ע"פ 7085/93 נג'אר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 221, 233-234 (1997); עניין **אבו-מדיעם**, לעיל ה"ש 28.

³⁶ קיימת מחלוקת בשאלה למי מיועד סעיף 28 לחוק העונשין עובר לתיקון 39: למסייע, כעמדת הפסיקה (עניין **בן הרוש**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 197; ע"פ 796/79 **צור נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(4) 76 (1980)) או שמה למבצע בצוותא, כעמדתו של ש"ז פלר, המובעת במאמרו "ס' 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 – האמנם נועד הוא למסייע?" **משפטים** ו 275 (1976) על השיקולים השונים בפרשנות הסעיף ראו יובל קרניאל "סעיף 28 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 – מהי 'תוצאה מסתברת'?" **הפרקליט** לח 623, 625-626 (1989).

³⁷ ראו Sayre F. Bowes, *Criminal Responsibility for Acts of Another*, 43 HARVARD LAW REVIEW, 689, 697-698 (1930); MIKE MOLAN, DENIS LANSER & DUNCAN BLOY, BLOY AND PARRY'S: PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 134-135 (4th ed. 2000).

³⁸ ראו למשל ע"פ 445/84 **נבולסי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט(3) 57, 63-64 (1985); פרשת **נג'אר**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 234-235.

³⁹ עניין **בן הרוש**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 229-230; ע"פ 3390/98 **רוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(5) 871, 879 (1999).

התיקון לעברות נגרות משקפת את היסוד הנפשי שלהם ומוגבלת לעברות רשלנות, שהיקפן, כידוע, מצומצם. מנגד, המבצע בצוותא יישא באחריות לעברה נגרת של מחשבה פלילית, גם כשאשמתו לא חרגה מגדר רשלנות, בהתבסס על הנתונים שהיה מודע להם בעת הביצוע,⁴⁰ משמע – שלא בהתאם לעמדתו הנפשית.

שאלה מעניינת היא מה דינו של השותף אשר צפה בפועל את אפשרות ביצוע של העברה הנגרת אף שלא הייתה חלק מהתכנון המקורי. הניתן להרשיעו על פי ההסדר דנן? על שאלה זו נסובה מחלוקת מלומדים. גישתו של פלר גורסת כי על השותף להיות בלתי מודע לאפשרות התרחשות הסטייה, בשעת תרומתו לעברה המקורית; שאם לא כן, העברה הנגרת חדלה מלהיות סטייה בעיניו, והוא תורם להתרחשותה במעמד זהה למעמדו בנוגע לעברה המקורית, ועליו לשאת באחריות הפלילית לאירוע העברייני כולו, לפי כללי השותפות.⁴¹ לעומתו סבורים אחרים, כי אף שקובע הסעיף יסוד נפשי אובייקטיבי בנוסחו – "אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע", אין הוא יוצר מחסום בפני הרשעה כשמתקיימת מודעות, כיוון שמודעות היא יסוד נפשי ברמה גבוהה יותר. אמנם די בכך שאדם מן הישוב היה יכול לצפות אפשרות ביצוע העברה, אך אין בלשון הסעיף דבר שימנע החלתו גם על מקרה שבו הייתה לנאשם מודעות כזו.⁴² יש המדגישים כי השאלה אם ניתן להשתמש בסעיף 34 במקרים שבהם הוכחה אצל השותף מחשבה פלילית לאפשרות ביצוע של העברה הנגרת, כלל לא הוכרעה בהוראת הסעיף.⁴³ מכל מקום, אף אם מנוסח ההסדר אין מניעה עקרונית להטיל אחריות מכוח סעיף 34 לחוק על שותף שצפה את אפשרות ביצוע העברה הנגרת, בחרה הפסיקה לאמץ את גישתו של פלר. בפרשת **מרדכי נקבע**, כי אחריותו של שותף שהיה מודע בפועל לאפשרות הסטייה, תידון לפי

⁴⁰ קיים שוני סמנטי באופן שבו מוצג על ידי מלומדים מבחן הצפיות הנדרש לייחוס האחריות הנגרת. גור-אריה, למשל, נוטה לשוות לו בכתביה אופי של מבחן אובייקטיבי, וכך להדגיש את סטיותו של ההסדר מעקרון האשמה. (ראו: מרים גור-אריה "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה" **מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית** 83, 101 (אלי לדרמן עורך, 2001) (להלן: גור-אריה "צדדים לעבירה"); גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 135–136 מנגד השוו: גור-אריה "הצעת חוק העונשין", לעיל ה"ש 35, בעמ' 49 ובה"ש 151). סימוכין לאופיו האובייקטיבי של המבחן הטמון בתנאי ההסדר עובר לתיקון 39 מצוי גם בפסיקה ישראלית ישנה שהתבססה במידה רבה על המשפט האנגלי. ראו למשל: ע"פ 84/55 **נחמיה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ט(3) 1882 (1955), לעומת זאת, הפסיקה שלאחר תיקון 39 מדגישה, כי לאחר עיגון נוסחו המחודש של ההסדר אין עוד מדובר במבחן אובייקטיבי, כי אם במבחן "מרוכך" – אובייקטיבי-סובייקטיבי במהותו. עניין **בן הרוש**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 229–232; פרשת **רוש**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 879. וכן יובל לוי ואליעזר לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** 478–479 (1981).

⁴¹ פלר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 338.

⁴² קרמניצר, "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 124–125; רות קנאי "דיני עונשין – התפתחות ומגמות" **עיוני משפט** כג 717, 744 (2000).

⁴³ גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 137.

דיני השותפות הכלליים, ולא לפי ההסדר הקבוע בסעיף 34א.44 לדידו, עברה היא "שונה" או "נוספת", רק כשלא נצפתה בתכנון המקורי, ואילו אדם מן היישוב, יכול היה להיות מודע לאפשרות ביצועה. הלכה זו נשתרשה בפסיקה בפרשות מאוחרות יותר, וכיום מהווה חלק מהדין המצוי.⁴⁵

הנה כי כן, נקל לראות, כי בהשוואה להטלת אחריות לעברה מתוכננת על פי דיני השותפות הקלאסית מרחיב ההסדר את אחריותו הפלילית של מבצע בצוותא לעברה הנגררת. מסקנה זו מצריכה אפוא לבחון שתי שאלות: **האחת**, מהי ההצדקה להרחבה זו המאפשרת לייחס אחריות לעברה נגררת, שלא בהתאם לעמדתו הנפשית של המבצע בצוותא; **השנייה**, האם אין בהרחבה זו משום פגיעה בלתי חוקתית בזכויות – יסוד של הנאשם. טרם נפנה לבחון את הצידוקים לקיומו של ההסדר, אקדים להגדיר את המבחן החוקתי שבו נדרשים הצידוקים הללו לעמוד.

⁴⁴ ע"פ 4389/93 **מרדכי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3) 239, 253–254 (1996). הלכת **מרדכי** גררה ביקורת חריפה, שכן יצא שמודעות לאפשרות שתבוצע עברה נגררת – לעומת היעדר מודעות בסיטואציה זוה – עשויה לצמצם את אחריות השותף לאותה עברה, בהיותה מותנית בעמידה בדרישות היסוד העובדתי והנפשי של עברה זו לפי דיני השותפות (ראו קנאי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 742; גור-אריה "צדדים לעברה" לעיל ה"ש 40, בעמ' 100–102. דא עקא, שהפסיקה פתרה אבסורד זה ביצירת פרשנות בעייתית שהולידה קשיים במקום אחר. באותם מקרים שבהם נדונה אחריותו של מבצע בצוותא לעברה נגררת שנצפתה בפועל על ידו, "ויתרה" הפסיקה על בדיקת תרומתו במישור העובדתי לעברה הנגררת והסתפקה בתרומתו לעברה המתוכננת בצירוף מודעותו לעברה הנגררת, כדי להטיל עליו אחריות לה לפי דיני השותפות הכלליים, ללא מגבלות סעיף 34א. ראו: ד"ר 1294/96 **משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 1, פס' 38 לדברי השופט מצא, פס' 4 לדברי השופט קדמי (1998). במילים אחרות, הפסיקה קבעה, כי במקרים שבהם העברה הנגררת הייתה צפויה בפועל, יישא המבצע בצוותא כאחריות ישירה לעברה שנעברה ללא תרומה כלשהי מצדו לביצועה – לרבות לעברת כוונה – בלא שתהא תחולה לסייג הקבוע בס' 34א(א)(1). עמדה זו בעייתית, שכן מבססת את אחריותו של מבצע בצוותא לעברה נגררת שנצפתה על-ידו רק על היסוד הנפשי. הפסיקה מצדה לא טרחה להבהיר מניין היסוד העובדתי המיוחס למבצע בצוותא שאינו רשלן, כלפי העברה הנגררת, שעה שמוטלת עליו אחריות לה מכוח דיני השותפות הכלליים. דומה כי הלכה זו נפסקה בהשפעת שיקולי מדיניות שתמכו בהחמרת הדין עם מי שבחר להצטרף לפעילות עבריינית אף שצפה אפשרות כי במהלכה תבוצע עברה נגררת. בהמשך החיבור אבקש להצביע, כי הלכת **מרדכי** יוצרת מבחינה מושגית קשיים בהקשרים נוספים, הנוגעים לפרשנות ההסדר על פי הדין המצוי בישראל. קשיים אלו, כפי שיוסבר, מחזדים את הביקורת החוקתית הניצבת בבסיס הרשימה, ואליהם נשוב עוד בהרחבה.

⁴⁵ ראו למשל פרשת **נג'אר**, לעיל ה"ש 35, פס' 27 לפסק דינו של השופט גולדברג; ע"פ 3006/96 **מטיאס נ' מדינת ישראל**, תק-על(1) 97, 668, פס' 9 לפסק דינו של השופט קדמי (1997); ע"פ 1639/98 **דהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(4) 501, פס' 10 לפסק דינה של השופטת בייניש (2001); ע"פ 2111/99 **חירו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(1) 411, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2003); ולאחרונה ע"פ 2948/03 **ברזובסקי נ' מדינת ישראל**, תק-על(2) 05, 3264, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2005).

ג. הקושי החוקתי שמעוררת דוקטרינת האחריות הנגררת בתחולתה על מבצע בצוותא

1. משוכות חוקתיות

"עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הפכו זכויות האדם המעוגנות בו לבעלות מעמד חוקתי-על-חוקי".⁴⁶ זהו גרעין "המהפיכה החוקתית"⁴⁷ והיא מורגשת במיוחד בתחום המשפט הפלילי המהותי והדיוני.⁴⁸ סעיף 5 לחוק-היסוד קובע, כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת", ומכאן, נובע כי הוראות המשפט המהותי, ככל שנחקקו לאחר כניסתו לתוקף של חוק-היסוד,⁴⁹ נתונות למשטר חוקתי. קרפ עומדת על זיקתו הכפולה של חוק העונשין לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומדמה אותו, בלשון ציורית, ליאנוס, האל הרומי בעל ארבע-הפנים, ששמר על מפתן השמיים.⁵⁰ מחד גיסא, המשפט הפלילי הוא במהותו "חיל החלוץ של חוק-היסוד, לשמר את ערכיו",⁵¹ ותפקידו להשליט את ערכי זכויות האדם;⁵² מאידך גיסא, המשפט הפלילי מטיבו הוא ביסודו מערכת נורמטיבית הפוגעת בזכויות יסוד ומצמצמת את אפקטיביות תחולתן. זיקה כפולה זו מחייבת את המחוקק להתאים את חקיקת העונשין הן לזכויות היסוד והן לכללים הקבועים בחוק-היסוד באשר לפגיעה בהן. כיוון שהסדר הטלת האחריות הנגררת נחקק לאחר כינונו של חוק-היסוד ומאחר שתנאיו מאפשרים הרשעתו של אדם בעברה שעונשה מאסר – מותנה תוקפו בהתאמתו לכללים הקבועים בחוק-היסוד באשר לפגיעה בזכויות המוגנות על פיו. כיוון שהמשפט הפלילי מתאפיין במתח טבוע הנובע מהתנגשותן של זכויות הזכות כל אחת להגנה חוקתית, מלאכת האיזון איננה פשוטה: אל מול השאיפה להרתיע ולגנות מבצע בצוותא שחבר לפעילות עבריינית קבוצתית והכשיר את הקרקע ברשלנותו להתממשותן של עברות נגררות הפוגעות בזכויות יסוד של נפגעים, ניצבת שאיפה לשמור על כבודו כישות אינדיבידואלית הזכאית לשיפוט העומד באמות המידה הערכיות שנקבעו בדין העונשי להטלת אחריות פלילית. מטיבם שרויים אינטרסים אלה במתח. האם

⁴⁶ פרשת **סילגדו**, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁴⁷ ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט (4) 221, 353 (1995) (להלן: פרשת **מזרחי**).

⁴⁸ ראו פרשת **סילגדו**, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק; עוד ראו בהקשר זה אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5 (1996).

⁴⁹ ראו ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (שמירת דינים).

⁵⁰ קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 76.

⁵¹ שם, בעמ' 68.

⁵² יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי-היסוד" **מחקרי משפט** יג 276, 275 (1996).

דוקטרינת האחריות הנגררת פוגעת בעקרון האשמה אך מווסתת פגיעה זו בהיקף ובמידה ראויים, או שמא אין כלל פגיעה בעקרון האשמה, וזאת מתוקף הסיטואציה המיוחדת, העובדתית והנפשית, שבה שרוי המבצע בצוותא? ובהנחה שדוקטרינת האחריות הנגררת פוגעת בעקרון האשמה – הנעשית פגיעה זו לתכלית ראויה? מהי אותה תכלית המצדיקה פגיעה בכבוד או בחירות – האם די בתכלית תועלתנית, כגון יצירת הרתעה מפני חבירה לפעילות עבריינית קבוצתית היוצרת סיכון מוגבר? התייחסות תכלית ראויה שאינה מערבת יסודות גמוליים? האם חריגה מעבר למגיע הגמולי היא פגיעה בכבוד או בחירות שאינה לתכלית ראויה? שאינה במידה הראויה? שילוב של אלה?

על מנת להשיב על השאלות הללו ולמצוא נקודת איזון ראויה, יצר המחוקק משוכות חוקתיות המעוגנות במבחן תלת-שלבי הקבוע בפסקת ההגבלה שבחוק-היסוד. עמד על כך הנשיא ברק בפרשת **סילגדו**:⁵³

”בשלב הראשון, השאלה הינה אם הוראה בחיקוק – שנחקק לאחר כינונו של חוק-היסוד – פוגעת בזכות אדם הקבועה בו; בשלב השני השאלה הינה אם הפגיעה בזכות האדם – מקום שהיא קיימת – מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה. בשלב השלישי השאלה הינה מהי התוצאה (ומהי התרופה) אם יתברר כי החוק פוגע בזכות אדם חוקתית בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.”

כשלעצמי, אני מסכימה עם גישתו של הנשיא, כי בבחינת חוקתיותו של ההסדר איננו נדרשים להתעכב בשלב הראשון – השלב הבוחן אם הוראת החוק פוגעת בזכות חוקתית.⁵⁴ גישה זו מניחה כי ההסדר הקבוע בסעיף 34א(א)(1) אכן פוגע בחירותו של

⁵³ פרשת **סילגדו**, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק. וכן ראו פרשת **מזרחי**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 428.

⁵⁴ פרשת **סילגדו**, שם. לדעה זו הצטרף השופט לוי. לעומתם, על גישה זו חולקת השופטת שטרסברג-כהן. בהתייחסה להוראותיו של סעיף 34 לחוק מציינת השופטת כי הטלת אחריות על מבצע בצוותא בגין עברה נגררת אינה פוגעת בכבודו או בחירותו החוקתית, שכן, לדעתה, החירות המוגנת חוקתית אינה כוללת חירותו של אדם שנטל חלק במבצע עברייני שלא לשאת בתוצאות התממשותו של הסיכון שליצירתו תרם תוך השתתפות בעברה. השופטת מבססת גישתה על "חזקת החוקיות", שבה מובנית ההנחה כי יש לייחס למחוקק מודעות לתוכנם ולהשלכותיהם של חוקי-היסוד על כל חוק הנחקק לאחריהם. אליבא דשטרסברג-כהן, האיזונים השונים של המשפט הפלילי – המתחשבים בנאשם, בקרבן ובחברה – נערכים במסגרת ניתוח הזכות של הנאשם לחירות, והפועל היוצא מכך הוא צמצום היקפה של הזכות ככזו המשקפת את פרי האיזון הסופי. ראו שם, פס' 6–16 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. הקושי הנעוץ בגישתה הוא ב"השמטת הקרקע" תחת רגליה של פסקת ההגבלה. אם האיזון כולו נעשה במסגרת ניתוח "חירותו" של הנאשם, פסקת ההגבלה מאבדת את עיקר תפקידה, שהרי מלאכתה נעשתה במסגרת ניתוח הזכות עצמה. גישתו של הנשיא ברק מצדדת במתן מובן רחב

העבריינין,⁵⁵ שכן ה"חירות" שעליה בא להגן סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – רחבת היקף היא. לגישה זו, עיקר בחינתו של האיזון מצוי בשלב השני, שבו אבקש להתמקד בניתוחי – בחינת התקיימות הוראותיה של פסקת ההגבלה, שלפיהן: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". על פי הוראה זו, פגיעה בזכות אדם מוגנת היא כדן, אם מתמלאים ארבעת התנאים המצטברים הללו. בפרשת **סילגדו** קבע הנשיא ברק כי בהסדר הטלת האחריות הנגררת על מבצע בצוותא מתקיימים התנאים שלעיל.⁵⁶ קיומו של התנאי הראשון מוסכם על הכול.⁵⁷ עיקר המחלוקת נסוב סביב קיומם של יתר התנאים. כיוון שאין ענייני בהבניה המושגית, אלא בבחינה החוקתית המהותית, לא אדון באופן פרטני בכל אמת מידה בנפרד, אלא אנסה לבחון עמידתו של ההסדר בדרישה החוקתית המצרפית. בשורות הבאות אבחן צידוקים התומכים בחוקתיות ההסדר (שעל חלקם ביסס הנשיא את מסקנתו), כבסיס לביקורת שתוצג בהמשך על אודות הצלחתם המוטלת בספק, לטעמי, לעשות כן.

2. ניסיון לדלג מעל משוכות חוקתיות: צידוקים התומכים בחוקתיות הדוקטרינה

2.1 הצידוק התועלתני והקושי הגלום בו – התייחן 'תכלית ראויה' שאינה מערכת יסודות גמוליים?

בפרשת **סילגדו** הציג הנשיא ברק צידוק מרכזי להרחבת האחריות הפלילית על מבצע בצוותא על פי ההסדר – צידוק המבוסס על התכלית התועלתנית המונחת ביסוד סעיף 34א⁵⁸ (להלן: "הצידוק התועלתני"). על בסיס צידוק זה קבע כי מתקיימים התנאים בפסקת ההגבלה, המתנים את חוקתיות ההסדר בקיומה של תכלית ראויה

להיקפה של הזכות ומתן עצמה רבה לפסקת ההגבלה, שבגדריה ייעשה האיזון האנכי. ראו שם, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא ברק. כאמור, נטייתי לאמץ את נקודת המוצא שמניח ברק, ומכאן שעיקר בחינתי תיעשה במסגרת פסקת ההגבלה.

⁵⁵ כשלעצמי, אני נוטה לסבור, כי הסטייה הגלומה בהסדר הקבוע בס' 34א(א)(1) מעקרון האשמה מהווה אף פגיעה בערך כבוד האדם, במובנו של ס' 2 לחוק-היסוד. בפרשת **סילגדו**, שם, הניח כך הנשיא ברק אך נמנע מלפסוק בעניין זה. במאמרו אהרן ברק "כבוד האדם זכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 281 (1994) מביע ברק דעתו כי "הטלת אחריות פלילית ומאסר פלילי בגין התנהגות שאין בה מחשבה פלילית, פוגעת בכבוד האדם".

⁵⁶ פרשת **סילגדו**, שם, פס' 16–13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁵⁷ שם, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁵⁸ שם.

העומדת בבסיסו, אשר הולמת את ערכיה של מדינת ישראל. לדבריו, עניינה של התכלית המונחת ביסוד ההסדר הוא **יצירת הרתעה** מפני כניסה למצב שבו השליטה המלאה על אופן ביצוע העברה יוצאת מידי המבצע הבודד, ולצדה עידוד עבריינים – הפועלים בצוותא לביצוע עברה "מקורית" – למנוע מאחד מהם ביצועה של עברה נגרת. הצידוק התועלתני נשען על ההנחה כי יש ביכולתו של ההסדר לקדם תועלת חברתית בהיותו כלי הרתעה יעיל מפני ביצוע שיש אינטרס מובהק להרתיע מפניו. לדעת הנשיא, הטלתה של אחריות זו על מבצע בצוותא מעודדת טרם היציאה לביצוע משותף מניעת אפשרות ביצועה של עברה נגרת.⁵⁹ כיוון שביצוע רב-משתתפים יוצר סיכון רב במיוחד – הצורך בהגנה על אינטרס הציבור מפני ביצוע משותף והתפתחויותיו האפשרויות, הוא הכרחי ומצדיק קיומו של הסדר כזה.⁶⁰

נוכח מסגרת הדיון שבחרתי בחיבור זה, לא ארחיב בניתוח ההסדר מנקודת מבט תועלתנית. עם זאת, נוכח המשקל הרב שיוחס בדעת הרוב בפרשת **סילגדו** לשיקולי התועלת – אגע, בקליפת האגוז, בקושי כפול הגלום בניתוח תועלתני של הסדר זה. ראשית, ההנחה שעליה נשען הנשיא ברק, בדבר היותו של ההסדר כלי הרתעה יעיל (הנחה המובילה אותו, בין היתר, למסקנה כי ההסדר משקף איזון חוקתי ראוי) אינה חפה מספקות.⁶¹ כשם שקיים ספק בדבר יעילות ההסדר שנקבע בעניין רצח תוך ביצוע עברה (סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין)⁶² – כך מתעורר ספק זה ביתר שאת, משמדובר בניסיון להרתיע לא את המבצע הפיזי של העברה הנגרת, כי אם את שותפו, המבצע בצוותא. מקורו של ספק זה נעוץ באפקטיביות ההרתעה שמנסה ההסדר ליצור, שעה שמושא ההרתעה פועל ברשלנות.⁶³ קיים ויכוח רב-שנים בספרות המשפטית אם קיימת ככלל הצדקה תועלתנית (בנפרד מהצדקה גמולית) להרשיע ולהעניש את הרשולן.⁶⁴ יש הסבורים כי ענישת הרשולן אינה תורמת להרתעה

⁵⁹ שם, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁶⁰ שם, פס' 13. בדעה זו מחזיק גם קרמניצר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 124, המצביע על פוטנציאל יעילותו של הסדר זה: "אין זה רצון להרתיע בעלמא אלא אמצעי מובהק להגן על קרבן העבירה ועל הסובבים אותו".

⁶¹ ראו Daniel Ohana, *The Natural and Probable Consequence Rule in Complicity: Section 34A of The Israeli Penal Law Part II*, 34 ISR. L. REV. 453, 480–482 (2000).

⁶² השווה אהרן אנקר "רצח תוך ביצוע עבירה: היחס בין העבירה האחרת לעבירת גרם-המוות" **מחקרי משפט א 1 (1980)**.

⁶³ השווה שם, בעמ' 37. במיוחד רלוונטית מסקנתו של אנקר לפיה "צירוף זה של שיקולי ההרתעה עם מוות שנגרם 'Negligently or Accidentally' קשה במיוחד. קיים ויכוח גדול בספרות המשפטית סביב השאלה אם ניתן לדבר על הרתעה שכזו, וספק רב אם איום החוק מרתיע אנשים מלהתנהג ברשלנות". להרחבה בעניין זה ראו: JEROME HALL, *GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW*, 135–139 (2nd ed. 1960).

⁶⁴ לדיון בשיקולים (תועלתניים וגמוליים) בעד ונגד ענישת הרשולן ראו: JOSHUA DRESSLER, *UNDERSTANDING CRIMINAL LAW*, 130–131 (3rd ed. 2001).

כללית, שכן כמי שאינו מודע לאופי המסוכן של מעשהו – ממילא אינו מושפע מסוגיית הענישה.⁶⁵ יעילותו של הסדר כגון דא מוטלת בספק גם על רקע ביקורת בספרות הקרימינולוגית על אודות הסדרים משפטיים שהצידוק להם מבוסס על שיקולי הרתעה – ביקורת, הנשענת על מחקרים אמפיריים שבדקו את השפעתו המרתיעה של העונש.⁶⁶

מכל מקום, הדיון שאערוך בחיבור זה בשאלת חוקתיות ההסדר איננו מושתת על הנחה כי ההסדר איננו יעיל. נהפוך הוא; גם מנקודת מבט גמולית, אני רשאית להניח כי יש ביכולתו להרתיע. ואולם הרצון להרתיע – לא די בו כשלעצמו.⁶⁷ צריך שיהיה להסדר גם בסיס של אשמה וכי יהיה צודק, מנקודת מבט גמולית, להטיל אחריות בהיקף המדובר על מי שלא תרם לביצוע היסוד העובדתי של העברה הנגררת ואף לא היה מודע בפועל לאפשרות שתבוצע.⁶⁸ מנקודת מבט דאונטולוגית ניתן לטעון, כי

⁶⁵ ראו למשל: Robert P. Fine & Gary M. Cohen, *Is Criminal Negligence a Defensible Basis for Penal Liability?*, 16 *Buf. L. Rev.* 749 (1966–1967) הטיעון נסמך על ההנחה כי פלוני, כמי שאינו צופה בשעת מעשה את האפשרות כי מעשהו עלול ליצור סיכון (משום שהוא רשלין), אינו יכול טרם המעשה להיות מורתע מענישת הרשלנים, שהרי באותה עת אין הוא מודע לסיכון שבמעשיו וממילא אינו מושפע מאפקט הענישה. ראו דיון אצל יצחק קוגלר "שני מושגים של אדישות" **עלי משפט** ה' 109, 128–129 (2006), בתשובתם של בני-הפולגתא לטענה זו: בחברה שבה מענישים רשלנים ייגרמו פחות נזקים משום שלאנשים היא תמריץ להימנע ב"כוננות מחשבתית" שמה מעשיהם מסוכנים. הידיעה הכללית שניתן להיענש על רשלנות, מייצרת יותר מודעות לאפשרות גרימת נזקים, ובכך עשויה לתרום להקטנתם באמצעות אפקט ההרתעה הכללית והאישית שהיא יוצרת. הוויכוח, כאמור, בעינו עומד.

⁶⁶ לעיון במסקנות כמה מהמחקרים האמפיריים החשובים שבוצעו בתחום ראו שוהם ושביט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 86–93. בעקבות מסקנה שאליה הגיע בנטהאם, שלפיה יש לפרק את גורם ההרתעה לרכיבים על מנת לפשט את תהליך הבדיקה, בחנו קרימינולוגים את השפעתו של כל רכיב בנפרד: חומרת העונש, ודאותו (שיקול סיכויי ההיתפסות), מידיות ומהירות (יעילות האכיפה). בניגוד לתאוריית ההרתעה הקלאסית, שהניחה יחס הפוך בין כל אחד ממרכיבי ההרתעה שבעונש לבין הסתברות ביצוע העברה, נמצא כי הרכיב היחיד שהלם במובהק הנחה זו, הוא רכיב הוודאות (שם, בעמ' 93–96). יישום מסקנה זו בעניינינו ממחיש, כי בבוא מבצע בצוותא לשקול חברתו לפעילות עבריינית קבוצתית, לא בהכרח יחכו בדעתו אם הדבר כדאי דווקא משום האחריות המוגברת שמאיים ההסדר להטיל עליו. השיקול הדומיננטי בהחלטתו יישען, לפי המסקנות הללו, על תקווה כי סיכויי היתפסותו נמוכים, וכך ממילא, תתגמד משמעות היקף האחריות וחומרת העונש שמאיים ההסדר להטיל.

⁶⁷ קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 124.

⁶⁸ שם, בעמ' 110, קרמניצר מצביע על קשר משמעותי בין אחריות פלילית מותנית באשמה ובין גישה תועלתנית של מניעה חיובית. עיקרה של גישה זו הוא בתפקיד העונש כמאושש תוקפה של הנורמה שהופרה, בהשבת הסדר המשפטי על כנו, כמסר המופנה בעיקר לאזרחים שומרי החוק על מנת שלא יפגע ביטחונם בסדר המשפטי כסדר מחייב וממש. אמונם של אלה בסדר המשפטי מותנה גם בהיותו של סדר זה סדר צודק. כאשר מוטלת אחריות פלילית, שלא על יסוד אשמה, נפגע הצדק.

תכלית תועלתנית לבדה אינה מספקת על מנת לדלג מעל המשוכה החוקתית, המתנה חוקתיות הפגיעה בקיומה של "תכלית ראויה" הניצבת ביסוד החיקוק הפוגע. על מנת שתכלית תיתפס כ"ראויה", נדרש שיהא לה בסיס ראוי של אשמה, שיצדיק פגיעה בזכויות החוקתיות של המבצע בצוותא כאות לגינוי מוסרי שלו הוא ראוי. טענה זו מולידה מסקנה שלפיה, רק תכלית המערבת יסודות גמוליים (גם אם לא כיסודות יחידניים) ראוי שתיתפס כ"תכלית ראויה". תפיסה שכזו נשענת על היחס בין גמול לבין כבוד האדם במשמעותו הקאנטיאנית: אם כבודו של האדם מתבטא בכך שאין הוא חפץ או מכשיר הנמדד על פי התועלת שהוא מביא, אלא יצור אוטונומי, בעל זכויות שאינן מותנות באינטרסים חברתיים, הרי שחוק המאפשר להטיל אחריות פלילית על מי שאינו אחראי מבחינה מוסרית למעשה המיוחס לו אך ורק משום שהדבר מקדם מטרה חברתית כלשהי – מתייחס אל אותו אדם כאל "אמצעי בלבד". כשמתייחסים לאדם לא כאל "תכלית כשלעצמה", אלא כאל "אמצעי בלבד" – פוגעים בערך כבוד האדם. בפגיעה כזו יהא לעולם פגם – אף אם מביאה תועלת, ולפיכך תועלת לבדה איננה מספיקה להוות "תכלית ראויה".⁶⁹ יישום מסקנה זו בענייננו מלמד כי רק צירוף תכלית גמולית לתכלית התועלתנית שבבסיס ההסדר עשוי לבסס מסקנה כי תנאי חוקתי זה מתממש. מהם אפוא הצידוקים הגמוליים המונחים בבסיס ההסדר ומה טיבם?

⁶⁹ ראו עמנואל קנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 93–95 (מהדורה ב, התש"י); G. Fletcher, *Human Dignity as a Constitutional Value*, 22 U.W.ONTARIO. L. REV. 171 (1984); Mayer, *Kant's Concept of Dignity and Modern Political Thought*, 8 HISTORY OF EUROPEAN IDEAS 319 (1987); בהקשר זה אדגיש, כי אימוץ אפשרי של ההגדרה הקאנטיאנית למושג האשמה אינו מתנגש עם הניתוח שאציע, המבוסס על גישה גמולנית מעורבת. השאלה אם יש לפרש את עמדתו של קאנט כאוסרת כל התחשבות בשיקולי תוצאה בענישה היא שאלה פתוחה, הנתונה במחלוקת בין מלומדים. אף כי יש המציגים את "האימפריטיב הקטגורי" השני של קאנט כצו התובע שלא להתייחס את האדם כאל אמצעי – אין תיאור זה מדויק (ראו למשל: אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך ג "פרשנות חוקתית" 406–407 (1994)). מעיון בניסוח המדויק של כתביו מסתבר, כי קאנט לא טען שאין להתייחס לאדם כאל אמצעי, אלא שאין להתייחס אליו כאל אמצעי בלבד. לנקודה זו השלכה על פרשנות הגישה הקאנטיאנית כגישה גמולנית טהורה או שמא כגישה גמולנית מרוככת, שאיננה מבטלת לחלוטין שיקולי תועלת, ובלבד שגבולות הענישה מוכתבים ומותווים על ידי שיקולי גמול. ואכן, יש הסבורים כי הציווי המוחלט האוסר להשתמש באנשים רק ככלים להשגת מטרה, אינו מונע להטיל עונש גם כדי לסייע בצמצום הפשיעה. ראו, למשל, Andrew V. Hirsch, *Proportionality in the Philosophy of Punishment: From 'Why Punish?' to 'How Much'* 25 ISR. L. REV. 549, 570–571 (1992); N. Walker, *Reductivism and Deterrence*, in A READER ON PUNISHMENT 210, 214–215 (Antony Duff & David Garland eds., 1994). אימוץ פרשנות זו להגדרה הקאנטיאנית של מושג הגמול איננו מוציא לחלוטין את השיקולים התועלתניים מן המשוואה החוקתית. הניתוח המוצע נשען על פרשנות אחרונה זו.

2.2 הצידוקים הגמוליים

צידוק בולט המבוסס על נקודת מבט גמולית נשען על מחויבותם ההדדית של השותפים – מחויבות שהיא פרי טבעו של ביצוע משותף.⁷⁰ הביצוע המשותף מותנה בהחלטה משותפת ובחלוקת תפקידים בין המבצעים. חיוניותו של כל שותף הופכת אותו לבעל שליטה על הביצוע,⁷¹ וכך, הצלחת המזימה תלויה בשיתוף פעולה של כולם. באופן מטפורי ניתן לדמות את המבצעים בצוותא לגוף אחד בריבוי ידיים⁷² ולראותם כמי שחברו לביצוע שבו "אחד בשביל כולם וכולם בשביל אחד".⁷³ כל אחד מהמבצעים מסמין את חבריו לעשות את הדרוש לשם הצלחת המשימה העבריינית. במקרים רבים העברה הנגררת נעברת על מנת לגונן על מבצע אחר או כדי למנוע חשיפתו. היא נעשית לשם קידום המשימה המשותפת ולהבטחת הצלחתה, קרי, לטובת המבצעים כולם ובעבורם.⁷⁴ ואולם כיוון שלא כל אחד ניחן ביכולת אלתור המאפשרת לו להתמודד עם קושי בלתי מתוכנן, קורה שהצורך להתמודד עם קושי כזה מוביל להתגברות עליו במעשה עברה. במצב הדברים המתואר, תרומתו של כל אחד מהמבצעים לעברה הנגררת היא משולשת: ראשית, בלעדיו לא הייתה מתגשמת התכנית; שנית, העברה הנגררת נעברה גם "למענו", קרי "למען הקבוצה"; ושלישית, עצם קיומו של המבצע הנוסף מהווה תמריץ משמעותי שלא לוותר על הגשמת התכנית, בשל המחויבות ההדדית ועל מנת שלא לאכזב את ציפיות האחר.⁷⁵ הדחפים הפסיכולוגיים המניעים לחתור להשלמת המשימה גם במחיר ביצוע עברה נגררת, נובעים לא רק מתחושת המחויבות כלפי האחר אלא גם מאינטרס עצמי של חשש לחשיפה בידי האחר. כשם שהאחר נהנה מחיפוי של המבצע משזה מצליח לעשות כן מבלי להסתבך בביצועה עברה נגררת, כך ראוי מבחינה מוסרית ש"ישלם" את המחיר, משאיתרע מזלו של המבצע באלתור דרך "חוקית" להתגבר על בעיה. הרציונל נעוץ בתפיסה, כי השותפות במהותה כורכת שותפות לתוצאה, ומשכך, טיבם של שותפים לחלוק רווחים בצד הפסדים.⁷⁶

צידוק גמולי אחר המובא בספרות להטלת אחריות על מבצע בצוותא במתכונת ההסדר נעוץ בעצם יצירת הסיכון לביצוע עברה נגררת ו"הכשרת הקרקע"

70 קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 122.

71 שם, בעמ' 120; כן ראו ע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 402–403, פס' 27, 28 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997).

72 ראו מרים גור-אריה "צורות של ביצוע עברה פלילית" פלילים א 29, 39 (1990); מרדכי קרמניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו" פלילים א 65, 73–75 (1990); פלר, לעיל ה"ש 20.

73 ראו פרשנותו של אגרנט לביטוי "בצוותא חדא", עניין בן-הרוש, לעיל ה"ש 30, בעמ' 220.

74 קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 122.

75 שם.

76 שם.

להתממשותו, על ידי ויתור על השליטה העצמית המלאה שלו על הביצוע.⁷⁷ לפי צידוק זה, מדובר בסיכון ממשי וחמור, שהוא תולדת המורכבות הכרוכה בביצוע עברייני משותף. קרמניצר סבור כי סיכון זה אינו תאורטי, וביטוי בשני רבדים: ראשית, בהסתברות גבוהה של הסיכון.⁷⁸ לדבריו, עוד בתחילת הביצוע ניתן לזהות אצל השותפים שחרור כוחות המבטאים רצון להביא את העברה המתוכננת לכלל הגשמה.⁷⁹ תחילת הביצוע מהווה נקודת "אל חזור"⁸⁰ המחזקת את הרצון להצליח במשימה. רצון זה נובע מאינסטינקט טבעי לשימור עצמי ומתבטא בשאיפה שלא להילכד או להיחשף. שנית, הביטוי הוא בהיקפו הרחב של הסיכון. ההיקף מתרחב ככל שמדובר במספר רב של מבצעים, שאז קם צורך להבטיח שיצליחו להסתלק, והוא כולל לרוב גם סיכון לעברות החמורות ביותר שתכליתן למנוע התנגדות או זיהוי של המבצעים. בנוסף, הצלחת המשימה העבריינית תלויה לרוב בתגובותיהם של אחרים – תלות שמטבעה טומנת סיכון להתפתחויות שונות ובלתי צפויות.⁸¹ קרמניצר סבור, כי ההצדקה לסטייה מהמבנה הרגיל של האחריות הפלילית נעוצה במהות הביצוע המשותף, בסכנה המיוחדת שהוא יוצר להתפתחות עבריינית נוספת וביסוד הנפשי המיוחד כלפי התפתחות זו. מדובר, למעשה, בסיטואציה, שבה אדם מכניס עצמו מרצון וביודעין למצב היוצר סיכון להתפתחות עבריינית, תוך שהוא שולל מעצמו שליטה על אותה התפתחות.⁸² בשל הסיכון הממשי הטמון בביצוע עברה בשותפות,

77 פלר וקרמניצר, ממנסחי התיקון, רואים בסיס עיוני זה כמקור העיקרי המקים הצדקה להסדר (שם, בעמ' 121 ו-123). גם הנשיא ברק בפרשת סילגדו, לעיל ה"ש 1, פס' 13 לפסק דינו מזכיר בסיס זה כמקור הצדקה להטלת אחריות על פיו.

78 קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 121.

79 שם.

80 מרדכי קרמניצר "סוגיות בדן הניסיון הפלילי מנקודת-ראות השוואתית" עיוני משפט יב 393, 402 (1987).

81 שם.

82 גור-אריה יוצקת אף היא את הבסיס העיוני להצדקת הרחבת הטלת אחריות לעברה נגררת על רצינול דומה של בחירה רצונית ומודעת להיכנס לסיטואציה מסוכנת שבה נשללת יכולת שליטתו של המבצע בצוותא על התפתחות העניינים. אף שהיא חולקת על דעתם של מנסחי התיקון בשאלת היקפה של הרחבה זו, היא מסכימה להצדקה העקרונית העומדת בבסיסה, בהיותה מושתתת על בחירה חופשית בשלב הקודם. את הרצינול לצידוק זה שואבת גור-אריה מדוקטרינת ה-"Actio libera in causa in criminal law", שלא אעמוד עליה כאן (להרחבה בעניין ראו: MIRIAM GUR-ARYE, ACTIO LIBERA IN CAUSA IN CRIMINAL LAW (1984)) אף שדוקטרינת הפעולה החופשית במקור פותחה כדי להתגבר על היעדר כשרות לשאת באחריות מחמת היעדר שליטה, אפשר לשאול תנאיה גם למצב שבו ההתנהגות המוקדמת מובילה להיעדר מחשבה פלילית בשלב הביצוע עצמו. בשני המקרים האחריות נשאבת משלב מוקדם שלאחריו העושה אינו כשיר לשאת בה. ואולם, אף שגור-אריה מסתמכת על הרצינול המצוי בבסיס הדוקטרינה, בהצדקתה את הרחבת האחריות בגין עברה נגררת, יש דקות חשובה המבחינה בין מצב הדברים בענייננו לבין מצב הדברים המוסדר בדוקטרינה: דוקטרינה זו

הצורך להגן על אינטרס הציבור מפני ביצוע משותף – על התפתחויותיו האפשריות – הוא הכרחי. לפיכך, לדעתו "צודק יותר לגלגל את הסיכון לפתחו של המבצע האחר מאשר להשאירו אצל הקורבן, העדים ועוברי האורח"⁸³.

לכאורה ניתן להשיג על צידוק זה, ולטעון כי ייתכנו מקרים שבהם הנאשם לא היה מודע לאפשרות הכללית שבחבירתו לאחר יצר סיכון לביצוע עברה כלשהי. אולם תשובה אפשרית להשגה כגון זו הנה, כי יש עובדות או הערכות כה אלמנטריות, שהמשפט רשאי לצפות מכל אדם בר-דעת להכיר בהן. כשם שלא יישמע אדם בטענה שלא הביא בחשבון שהכאת אדם אחר מסבה לו כאב והשפלה – כך לא יישמע בטענה שלא היה מודע לפוטנציאל המסוכן של חבירתו לאחר לשם ביצוע עברה משותפת, בנסיבות שבהן אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות ביצוע עברה נגדרת. הסיכון טמון בגוף הבחירה לחבור לאחר. זאת ועוד, ניתן לראות בהתעלמות מהערכה זו ביטוי לגישה אנטי-חברתית של התנכרות לזכויות של אחרים; שהרי מי שעשוי שלא לחשוב על הסכנה שייצור בחבירתו לקבוצה עבריינית הוא זה שהאחרים וזכותם שלא להיפגע אינה מעניינת אותו. לגישה זו, עמדה אנטי-חברתית כה מובהקת אינה ראויה להתחשבות.⁸⁴ קרמניצר סבור, כי לאחריה בגין יצירת הסיכון מתווסף מחדלו של המבצע בצוותא באי-מניעה של התממשות הסיכון.⁸⁵ לדבריו, מוצדק לדרוש

מתייחסת להטלת אחריות פלילית על מי שהביא את עצמו, בהתנהגותו החופשית והמודעת, למצב השולל את פלילות המעשה שהוא עצמו ביצע. במקרים אלה מצופה מהעושה שיימנע מלהביא עצמו למצב שבו הוא במישורין ייאלץ לפגוע בערך מוגן. לעומת זאת, בענייננו, המבצע בצוותא עצמו נעדר זיקה פיזית ישירה לביצוע העברה הנגדרת. במילים אחרות, "זיקתו" למעשה העברייני שיצא משליטתו ושכונע בידי שותפו המבצע, רופפת מזיקתו של מי שהביא עצמו מרצון ומדעת לביצוע עברה בעצמו. כך, בענייננו מתווספים קשיים נוספים הנוגעים לייחוס האחריות בתהליך הגרימה, נוכח התערבות גורם אוטונומי (המבצע), שאינו המבצע בצוותא עצמו. ניואנס זה עשוי להקשות על הצידוק הגמולי המונח בבסיס הסדר האחריות הנגדרת, משבאים להקיש מן הדוקטרינה שלעיל לענייננו.

83 שם, בעמ' 124. כשלעצמי, הצגה זו של הדברים נדמית קיצונית. היא מציבה את ההגנה על הקרבן אל מול הנאשם כבררות המוציאות זו את זו. במציאות המורכבת, נדמה, כי אין מדובר בשתי ברורות חלופיות – או הטלת אחריות בהיקף רחב יותר (לרבות עונש) "תמורת" מזעור קרבנות; או קרבנות רבים יותר "במחיר" הגנה על זכויות הנאשם. השענת הנוסחה הראויה להסדר על בסיס תאורטי המשקף נכונה את המציאות מחייבת, בעיניי, התבוננות פחות דיכוטומית על האינטרסים המתנגשים.

84 טענה ברוח זו מעלה קרמניצר כבסיס להצדקת ההסדר שנקבע בתיקון 39 להטלת אחריות על המבצע עברה בשכרות. ראו קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 118. השוואה בין דוקטרינת האחריות הנגדרת לבין הסדר השכרות אערוך בהמשך. ברצוני להעיר, כי הישענות על טיעון זה כבסיס להצדקת החמרה בהקשר זה מעוררת קושי, בהשוואה להקשרים אחרים של רשלנות גבוהה המשקפת התנכרות לערכי הזולת, אשר לדעת קרמניצר אינם ראויים להחמרה מעבר להיקף המוגבל של עברות רשלנות.

85 שם, בעמ' 123. טיעון זה של קרמניצר מעורר קושיה, שאינה זוכה על ידו להתייחסות בכתביו: אם מבססים את אחריותו של המבצע בצוותא לעברה הנגדרת על בסיס מחדלו למנוע

מיוצר סיכון לפעול מלכתחילה לנטרולו או למזעורו על ידי בחירה של שותפיו, על ידי הימנעות מהצטיידות בנשק וכדומה. יש להטיל חובה זו כחובה מוגברת של נקיטת אמצעים סבירים המתחייבים למניעת התפתחות כזו, שהרי "ככלות הכל אין מדובר בסיכון הנובע מעשיית מצווה או מפעילות שיש לה ערך חברתי חיובי כלשהו אלא מחבירה למעשה עברה".⁸⁶ הדופי המוסרי המיוחד במקרה זה הוא שמצדיק בעיני קרמניצר את הטלת האחריות בהיקף רחב שאינו מוגבל לעברות רשלנות בלבד. לגישתו, דופי מיוחד זה "ממלא את מקום" דרישת האשמה במתכונתה הקלאסית המקובלת.

מעניין להשוות בין הסדר הטלת האחריות לעברה נגרת על הנטול מחשבה פלילית לבין הסדרים אחרים בחוק העונשין המטילים אחריות פלילית שלא בהתאם לעקרון האשמה. שני ההסדרים שנקבעו בפרק הסייגים לאחריות פלילית⁸⁷ – זה המתייחס לביצוע עברה במצב שכרות מלאה (סעיף 34 לחוק העונשין) וההסדר הכללי הנוגע לכניסה למצב של היעדר שליטה, של כורח או של צורך בהתנהגות נשלטת ופסולה (סעיף 34 לחוק העונשין) – מאפשרים להטיל אחריות לעברת מחשבה פלילית בצורת האדישות למי שהביא עצמו בהתנהגותו הנשלטת למצב בלתי נשלט.⁸⁸ קיימים הבדלים בין ההסדרים במישור היחס הנפשי. מחד גיסא, כשמדובר ביחס הנפשי לאפשרות ביצוע העברה עצמה, מקל הסדר הטלת האחריות לעברה נגרת מהסדר הטלת האחריות לעברה שבוצעה במצב שכרות מלאה (שאינו מותנה בהוכחת כל יסוד נפשי לגבי ביצוע עברה זו, אלא מבוסס על חזקת אדישות), אך מחמיר מההסדר הכללי של כניסה למצב בהתנהגות פסולה (המותנה בהוכחת רשלנות לפחות). ההסדר נשוא דיוננו מתנה, כזכור, את הטלת האחריות ברשלנות (בתוספת הסייג הסוביקטיבי "בנסיבות הענין"), לא פחות (שאינו השותף נושא באחריות נגרת) ולא יותר (שאינו אליבא דגישת הפסיקה יישא השותף באחריות מכוח דיני השותפות הכלליים). מאידך גיסא, כשמדובר ביחס הנפשי לגבי עצם הכניסה למצב הבלתי נשלט מקל הסדר האחריות לעברה נגרת מההסדר הכללי של כניסה למצב (המייחס אחריות גם למי שמתוך רשלנות הביא עצמו למצב זה), אך זהה בדרישתו להסדר הטלת האחריות תחת שכרות מלאה (המייחס אחריות לעברת מחשבה פלילית רק למי שבמודע הביא את עצמו למצב זה). גם בהסדר דנן מותנית הטלת האחריות לעברה נגרת במודעות לעצם הכניסה למצב הבלתי נשלט, קרי: מודעות לשותפות לביצוע עברה. עצם הנכונות להתקשר עם אחרים ולחבור אליהם להרפתקה משותפת ביודעין ומרצון מהווה תנאי בלתי-אין להטלת אחריות לעברות

התממשותה, מדוע שלא תוטל עליו אחריות ישירה בגין מחדלו (במקרים המתאימים) ובהתאם ליסוד הנפשי שלו, כשהחובה לפעול תישאב מיצירת המצב המסוכן?!

86 ש.ם.

87 פרק ה'1 לחוק העונשין.

88 השו: גור-אריה "סטיית מעקרון האשמה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 133–134.

נגררות שתצמחנה שלא כמתוכנן.

קרמניצר סבור, כי ההצדקה לסטייה מהמבנה הרגיל של האחריות הפלילית בהסדר דנן לגבי המבצע בצוותא דומה במידה מסוימת לזו המצדיקה את הסטייה במקרה של שכרות.⁸⁹ בשניהם היא נעוצה במהות הסכנה המיוחדת שיוצר העברייין להתפתחות עבריינית נוספת וביסוד הנפשי המיוחד כלפיה. בשני המקרים ניתן לזהות סיטואציה שבה אדם מכניס עצמו מרצון וביודעין למצב היוצר סיכון להתפתחות עבריינית, תוך שהוא שולל מעצמו את יכולת הבקרה, המניעה והחרטה, כהיבטים של שליטה עצמית. משום כך מייחס החוק בשני ההסדרים אדישות למי שהכניס עצמו מרצון ומדעת למצב זה.⁹⁰ ההצדקה לסטייה מעקרון האשמה מבוססת על התפיסה, כי הן המשתכר והן המבצע בצוותא מתנהגים באופן המטיל עליהם חובה לנקוט צעדים מוקדמים לנטרול הסכנה מכוח המצב המסוכן שאליו נכנסו ביודעין. בשתי הסיטואציות נשענת תפיסת האשמה על תכונותיו של האדם כיצור בעל יכולת בחירה, ומשום כך התנהגות שבמסגרתה הוא מתנער מתכונות אלה – נתפסת מגונה במיוחד. בשתי הסיטואציות סבור קרמניצר, כי ראוי לנקוט "השתק טיעוני" כלפי מי שינסה להשתחרר מאחריות פלילית בטענה שלא היה מודע לפוטנציאל המסוכן של התנהגותו, מבחינת האפשרות לביצוע עברה (אף כי בשכרות, המודעות הנדרשת לסכנה בשלב הראשון היא כללית, בהשוואה למודעות הקונקרטיית לאפשרות ביצוע העברה הנגררת, הנדרשת בסיטואציה של שותפות).⁹¹ האם עמדה זו

⁸⁹ קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 117.

⁹⁰ למיטב ידיעתי, שלושת ההסדרים שלעיל הם המקומות היחידים כיום בחוק העונשין שבהם "מפרק" המחוקק את ה"פזיזות" לרמותיה ויוצר נפקות להבחנה ביניהן.

⁹¹ חרף קווי הדמיון העומדים בבסיס הרציונל לסטייה מעקרון האשמה בשלושת ההסדרים לעיל, חשוב להדגיש, כי שני ההסדרים המעוגנים בפרק הסייגים לאחריות פלילית נבדלים מהסדר האחריות לעברה נגררת בכך שהנושא באחריות הפלילית הוא **העושה עצמו**, דהיינו, מבצע העברה המקיים את היסוד העובדתי בה. בענייננו, לעומת זאת, לשותף אין תרומה ישירה בביצוע היסוד העובדתי של העברה הנגררת, ואף-על פי כן מוטלת עליו אחריות פלילית בניגוד לעקרון ההתנהגות ובניגוד לעקרון האשמה גם יחד, מכוח שותפותו לעברה המקורית. לעומת זאת, מכנה משותף לשלושת ההסדרים הללו הוא היותם משתייכים למשפחה של הסדרים, אותם אכנה להלן "**סיטואציות דו-שלביות**". כינוי זה מתאר מצבים שבהם מיוחסת לאדם אחריות פלילית לעברה שבוצעה בנקודת זמן B, כשהצדקה להטלת האחריות נשאבת מאשמה שמתגבשת באדם בנקודת זמן מוקדמת יותר, שתיקרא להלן: נקודת זמן A. בשלב A נהנה הנאשם מאפשרות בחירה בין חלופות התנהגות שונות, והוא בחר, בשליטתו ומדעתו, בחלופה שהובילה אותו למצב שבמסגרתו בוצעה העברה בשלב B. מה שמייחד את הטלת האחריות על האדם בגין העברה שבוצעה בשלב B הוא שבנקודת זמן B לא מתקיימים התנאים הרגילים הנדרשים בדרך כלל להתקיים לשם הטלת אחריות פלילית על נאשם (למשל: לא מתקיים בנאשם היסוד הנפשי הקבוע בעברה המיוחסת לו; הנאשם לא מקיים כלל את דרישת היסוד העובדתי; הנאשם חוסה תחת אחד הסייגים לאחריות הפלילית). המצב בשלב B כשלעצמו, במנותק ממה שהביא להיווצרותו, היה יכול לשמש בסיס לטענה שאין אחריות פלילית על

מתיישבת עם שיקולי גמול? בהמשך נתמודד עם שאלה זו בניסיון לבחון את תוקפה. צידוק עיוני נוסף שננקט במשפט הגרמני⁹² להטלת אחריות נגרת על המבצע בצוותא על בסיס גמולי מושתת על הסכמתו המשתמעת למה שנעשה (כפיקציה משפטית), או על ציפייה סבירה המיוחסת לו לעברות שנעשו למען התכנית המשותפת ושניתן לראות בהן אמצעי מתקבל על הדעת לשם קידומה. על פי צידוק זה (שיתכן כי אינו שונה או מובחן מהותית מהקודמים לו), הסכמה כזו מוסקת, למשל, מעצם בחירתו של מבצע בצוותא ליטול חלק בשוד מזוין. הסתייגות מילולית משימוש בנשק לא תשלול את הסכמתו המשתמעת כגזירת-החוק, לעברות נגרות שיבצע שותפו החמוש, שכן לו היה מבקש לשלול באמת ובתמים כל אפשרות לשימוש בנשק – היה דורש לפרוק אותו מתחמושת ולסגור את הנצרה.⁹³

עיון בצידיקים הגמוליים המוצעים בספרות מלמד, כי צידיקים אלה מציעים בסיס שעניינו לשכנע באחת משתי עמדות: על פי האחת, מרוככת יותר, פוגע ההסדר בעקרון האשמה, אך פגיעה זו מוצדקת ומידתית לאור שיקולי גמול העומדים בבסיסו. על פי השנייה, אין ההסדר פוגע מלכתחילה בעקרון האשמה, עקב מידת האשמה הגבוהה הגלומה במבצע בצוותא שנקלע לסיטואציה העובדתית המסוכנת ולנוכח מצבו הנפשי המיוחד. מבחינה תאורטית, ההבדל בין העמדות נעוץ בשאלה אם הצידיקים הגמוליים מובאים כניסיון להתגבר על הפגיעה בעקרון האשמה או במטרה לשכנע כי אין כלל פגיעה בעקרון האשמה, נוכח הסיטואציה המיוחדת, העובדתית

שהתרחש בו; ואולם בשל ההתנהגות הקודמת והפסולה שהביאה לו, טענה זו מאבדת תוקפה. המשותף למשפחת הסיטואציות הדר-שלביות הוא קיומה של דוקטרינה שמאפשרת "להתגבר" על היעדר התנאים שנדרשים ברגיל להתקיים בנקודת זמן B כתנאי להטלת אחריות פלילית על נאשם בגין עברה שבוצעה בזמן B, כשההצדקות לחריגה מהתנאים "רגילים", נעוצות בשיקולי גמול ותוצאה ששואבים תוקפם מן השלב מוקדם לביצוע העברה, נקודת זמן A. בהקשר זה, ניתן לטעון כי בעיית המחשבה הפלילית לאפשרות התפתחות תולדה בלתי רצויה במקרים הללו, שונה מזו שבאירוע חד-שלבי. ייתכן שדווקא באירוע חד-שלבי מוצדק יותר לדרוש מודעות לאפשרות התפתחות תולדה, נוכח היותה קרובה, שהרי היא פועל יוצא מן המעשים של המבצע. בסיטואציות דר-שלביות, התולדה שמפניה אנו חוששים הנה רחוקה יותר: התהוותה תלויה במספר רב יותר של גורמים, שלא כולם נצפים באותה מידה ובאותה רזולוציה. סיבה זו בצירוף קושי גדול יותר להוכיח מודעות באירועים הללו עשויים להצדיק ויתור על הוכחת מודעות ממשית מלאה ולתמוך בהורדת רף היסוד הנפשי הדרוש להוכחה. לנקודה זו עוד נשוב בהמשך.

⁹² ראו קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 122, פלר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 338. צידוק זה אף מוזכר בפסיקה. ראו, למשל, דבריה של השופטת ביניש בפרשת דהן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 524: "את ההצדקה שבהרחבת האחריות הפלילית בסעיף 334 מבססים התומכים בה על כך שהביצוע המשותף כולל גם הסכמה לכך שכל המבצעים שנכנסו למשימה הפלילית, יפעלו ל'הצלחתה' ולהגנה על המבצעים, כפי שהנסיבות תחייבנה".

⁹³ גישה זו מצאה ביטוי בהיר בדברי הנשיא אגרנט בעניין בן-הרוש, לעיל ה"ש 30, בעמ' 226, 232, 234.

והנפשית. על פי העמדה האחרונה, תרומתם של הצידוקים הללו היא במתן אינדיקציה א-פריורית להערכת אשמה, ולא בניסיון להתגבר על פגיעה מונחת בעקרון האשמה.

ההבדל בין העמדות נובע מנקודת התבוננות שונה על משמעות "דרישת האשמה". השאלה היא אם אחריות מוסרית ראוי שתימדד בצמידות לעברה הנגררת ותהא מותנית במבחן תרומה ישירה לביצועה (במישור העובדתי) בליווי מודעות לכך (במישור הנפשי); או שמא אחריות מוסרית ראוי שתימדד באספקלריה רחבה, הרואה בעצם ההשתתפות בפעילות היוצרת סיכון לביצוע עברה נגררת – צידוק מספיק להטלת אחריות בגינה גם בהיעדר מודעות. להבדל בין העמדות עשויה להיות נפקות בבחינת חוקתיות ההסדר. הגישה המניחה כי ההסדר אינו פוגע כלל בעקרון האשמה נסמכת על הכרה כי מושג האשמה הוא רחב ומורכב יותר ממושג היסוד הנפשי, וממילא אינו חופף לו. לפיכך את "דרישת האשמה" עשויים לקיים ביטויי אשמה שאינם משתקפים בקיומה של מודעות. פרשנות "עקרון האשמה", לגישה זו, תהא אפוא רחבה, ותתפרס גם על סיטואציות שבהן ביטוי של הדופי המוסרי המצדיק הרשעה בעברה אינו משתקף דווקא בפן המנטלי, בדמותה של מחשבה פלילית. דופי זה נעוץ בקיומן של נסיבות חריגות שהתממשותן מקימה הצדקה לגינוי מוסרי של הנאשם קבוע בהסדר. הקושי בגישה זו הוא היעדר אמות מידה ברורות ומוגדרות התוחמות את אותן נסיבות חריגות שתיתפסנה כ"מכוננות אשמה", באופן שמצדיק לוותר על אמות המידה המקובלות, ככלל, להטלת אחריות פלילית. לעומת זאת, מי שישתמשו במידת ההלימה בין היסוד הנפשי הקיים בפועל בנאשם לבין היסוד הנפשי הקבוע בעברה המיוחסת לו כאינדיקציה א-פריורית בשאלת האשמה, יסכימו כי ההסדר סוטה מדרישת האשמה במשמעותה המקובלת, ועיקר ייבם יושם בניסיון להצדיק את מידת הסטייה ואת היקפה בנסיבות הסיטואציה המיוחדת.⁹⁴ בשלב זה ייתכן ויכוח בשאלת מידתיות הסטייה. שתי הגישות עשויות להוביל את מצדדי ההסדר למסקנה כי ההסדר חוקתי, אלא שדרך ההנמקה שונה, ולפיכך גם טיעוני הנגד המטילים ספק בחוקתיותו יעוצבו באופן שונה בהתאם לגישה המאומצת. אציין כבר, כי הביקורת שאביא בהמשך הדברים על אודות הצידוקים הללו תעוצב בתגובה לגישה המסכימה כי יש בהסדר סטייה בסיסית מעקרון האשמה במשמעותו המקובלת, אלא שצידוקים מיוחדים המתקיימים בסיטואציה "מפצים" עליה, באופן ההופך את הסטייה למידתית. הסיבה לבחירתי להבנות את הביקורת בהתאם לדרך ההנמקה זו דווקא, נשענת על קיומם של מבחנים חוקתיים ברורים יותר לבחינת

⁹⁴ ראו למשל בחירתה של גור-אריה לכנות מאמרה הדין בין היתר, בהסדר נשוא דינונו, גור-אריה "סטיית מעקרון האשמה" לעיל ה"ש 35, בעמ' 129. המחברת קובעת במפורש כי ההסדר מאפשר להטיל אחריות פלילית, "שלא בהתאם לאשמת העושה", ובכך מאמצת את הגישה שלפיה יש בהסדר סטייה בסיסית מעקרון האשמה, במשמעותו המקובלת.

מידתיות הסטייה, לעומת הקושי לבקר באופן שיטתי גישה הגורסת א-פריורית כי מדובר בהסדר כולל המספק מענה הולם שאינו פוגע בעקרון האשמה. גישה אחרונה זו יוצרת, לדעתי, גמישות יתר בהגדרת הקריטריונים המעצבים את מושג ה"אשמה", כיוון שהיא חורגת מאמות המידה המסורתיות המעצבות ככלל את תוכנו של מושג זה, ובכך מקשה למתוח ביקורת על חוקתיותם של הסדרים המטילים אחריות שלא בהתאם למתכונת המקובלת במשפט הפלילי.

ד. כישלון לדגל מעל משוכות חוקתיות? – תהיות על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איזון אחרת

1. מידתיות באספקלריה תועלתנית – על הבניית הנמקת דעת הרוב בפרשת סילגדו

מצאנו כי שלל הצידוקים שלעיל מקים להסדר תכלית הנשענת גם על שיקולים גמוליים. ואכן, אני מסכימה כי קיימת הצדקה לגנות מבצע בצוותא שיצר במודע סיכון לביצוע עברות נגררות בעצם חברתו לפעילות עבריינית רבת-משתתפים, גינוי שמחירו פגיעה בזכויות יסוד. בחינה צרה של משוכת ה"תכלית הראויה" יוצרת בסיס למסקנה, כי ההסדר עומד במבחן החוקתי של משוכה זו גם מאספקלריה דאונטולוגית. ואולם בכך לא סגי. עדיין נותר לבחון אם היקפה של הפגיעה הולם את תנאיה של המשוכה החוקתית האחרונה בפסקת ההגבלה, הדורשת כי פגיעה זו תהא מידתית. כפי שמבהיר הנשיא ברק בפרשת סילגדו,⁹⁵ מקובל לחלק את מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה. הראשון – מבחן האמצעי המתאים והרציונלי להשגת המטרה החקיקתית; השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; השלישי – מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). תנאי לפגיעה בזכות יסוד הוא שזו תהא במידה המזערית הנדרשת. תנאי מזעור הפגיעה משמעו, שהאמצעי הפוגע יותאם למטרה ויהיה הוגן, סביר ולא שרירותי; שפגיעתו של האמצעי תהיה מעטה ככל הניתן למען השגת התכלית הראויה ושתוצאות הפגיעה תהיינה פרופורציונליות לתכלית המבוקשת ולפגיעה הצפויה בערך המוגן. רק בהתקיים מבחנים מצטברים אלה ניתן להכשיר חקיקה, חרף פגיעתה בזכות יסוד. בפרשת סילגדו סבר הנשיא ברק, כי הסדר האחריות הנגררת על מבצע בצוותא עומד בשלושת מבחני המשנה שלעיל. מבחן המשנה הראשון מתקיים, לידו, שכן ההסדר משרת "את המטרה החקיקתית במניעת ביצוען של עבירות על-ידי חברות עברייניות ככלל, ומניעת ביצועה של עבירה שונה

⁹⁵ פרשת סילגדו, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק. בנוסף, ראו למשל בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 385-367, 384 (1997); בג"צ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12-13 (1995).

או נוספת על-ידי אחד המבצעים – אגב ביצוע העבירה המתוכננת – בפרט⁹⁶. ניתוח זה מניח, כפי שקל להבחין, כי "המטרה החקיקתית" המונחת בבסיס ההסדר היא תועלתנית, ועניינה מניעת ביצוע עברות בשותפות והרתעה מפני חבירה לפעילות עבריינית קבוצתית. מעניין להיווכח כי בשלב מוצא זה – ניתוח מבחן המשנה הראשון – בוחר הנשיא ברק שלא להזכיר שיקול גמולי כלשהו כשיקול המונח בתכלית ההסדר. נקודת המוצא שמגדיר הנשיא בהבניית ההנמקה המובילה למסקנה הסופית, נשענת כולה על הצידוק התועלתני, ומשקפת בחירה ליצור מסגרת דיון, שנקודת הייחוס בה להערכת האיזונים הראויים תישען ממילא על פרספקטיבה תועלתנית. במונח זה, עוד בטרם פונים לבחון את מבחני המידתיות, ניתן למקד את חצי הביקורת להגדרת התכלית שיוצק הנשיא להסדר, הואיל ומבחני המידתיות קשורים בטבורם להגדרת התכלית, ומכאן ש"החטא הקדמון" נעוץ בשלב זה. מבחני המידתיות עשויים להוות אינדיקציה לכך שהתכלית שנבחרה היא אכן הרתעתית בלבד, וכפי שנראה, בחינתם מחזקת מסקנה זו.

בהבניית ההנמקה ממשיך הנשיא לבחינת מבחן המשנה השני. מבחן זה יתקיים, כלשונו, "אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות אדם היא פחותה יותר"⁹⁷. אופן ניסוחו של מבחן המשנה השני מחדד את חשיבות הגדרת "המטרה החקיקתית" המונחת בבסיס ההסדר, עוד בשלב הקודם, שהרי קנה המידה לשקלול המבחן השני נשען על אפשרות הגשמת המטרה שהוגדרה קודם לכן. במילים אחרות, העלאת הצידוק התועלתני על נס כצידוק המשקף את "המטרה החקיקתית", עוד בשלב ניתוח מבחן המשנה הראשון, מתווה את אמת המידה להתממשות המבחן השני, בעצם היותו מותנה בהגשמת מטרה זו. ואכן, דעת הרוב קובעת, כי מבחן המשנה השני מתקיים, על בסיס משקלם המצטבר של מספר שיקולים. **הראשון** מצביע על בחירתו במודע של המבצע בצוותא להשתתף באירוע עברייני כמבצע בצוותא, ומשום כך "הטלת האחריות אינה ללא כל אשמה, והיא מתבססת על בחירה ראשונית זו"⁹⁸. **השני** מצביע על מתאם בין "מידת האחריות" המוטלת על המבצע בצוותא ל"מידת האשמה". פירוש הדבר הוא שקיים מדרג שלפיו כשהמבצע בצוותא מוסיף ב"כוונה" פעולות עברייניות נוספות, "מסתפקת הרתעת הציבור בהטלת אחריות על המבצעים האחרים בצוותא של העברה המקורית בעברה של אדישות בלבד"⁹⁹. **השלישי** מצביע על ה"ריכוך" שקובע ההסדר במישור הענישה, ולפיו מקום שבוצעה עברה נגררת ונקבע לה עונש חובה – רשאי בית המשפט להטיל על המבצע בצוותא עונש קל מעונש החובה.¹⁰⁰

96 פרשת **סילגדו**, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק.

97 שם, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

98 שם.

99 שם.

100 שם.

מסקנתו של הנשיא מעוררת קושי בשני מישורים. במישור התאורטי מעניין להיווכח, כי מבין שלושת השיקולים שלעיל, משקף רק הראשון נקודת מבט שהיא גמולית בעיקרה. שני השיקולים האחרים מתמקדים בצורך להגשים את "התרעת הציבור" (שכזכור, מוגדרת כ"מטרה החקיקתית"), ומכאן משתמע כי אין מנוס מאימוץ ההסדר על תנאיו ה"מרככים" כאמצעי להשגת ה"מטרה", שכן אמצעי אחר שפגיעתו בזכות אדם פחותה – לא יצלח להשיג הרתעה זו. בית המשפט בדעת הרוב אינו מתעלם מקיומו של צעד אלטרנטיבי הפוגע פחות – הטלת אחריות ברשלנות. ודוק; "אמצעי זה אמנם פוגע פחות, אך אינו מגשים את מבחן המידתיות הראשון", לשון הנשיא.¹⁰¹ הסיבה לכך נעוצה, לדידו, בכך ש"המחוקק לא הסתפק בהטלת אחריות על השותף בגין עבירה שונה או נוספת בעבירת רשלנות בלבד, שכן חשש שמא בהטלת אחריות כזו לא יהא די כדי להשיג את המטרה של מניעת חבורות עברייניות והרתעתן מפני הביצוע המשותף וביצוע עבירות נוספות במהלכו"¹⁰² (ההדגשה שלי – ה.ד.ר.). אמנם שני השיקולים האחרונים "מרככים" את הסטייה, אך "ריכוך" זה אינו בא לידי ביטוי בשלב הקריטי, לב לבו של ההליך הפלילי – שלב הטלת האחריות לעברה קונקרטי הדורשת מחשבה פלילית. השיקול השני מתייחד למקרים קיצוניים של ביצוע עברה נגררת בכוונה על ידי המבצע ומגביל את ייחוס האחריות למבצע בצוותא לעברות אדישות בלבד, אולם אין בהגבלה זו משום ריסון הפגיעה הנגרמת לכבודו של נאשם בעצם ייחוס אחריות פלילית לעברה ספציפית בלא מודעות לאפשרות הפגיעה בערך המוגן שבסיסה (ייחוס המלווה בתיוג ובהצמדת "אות קלון" המזוהה עם עברה זו).¹⁰³ השיקול השלישי מציע אף הוא ריכוך; אך שוב, שלא במסגרת מישור ההרשעה.¹⁰⁴ עניינה של מערכת המשפט הפלילי אינו מסתכם אך בהטלת עונשים. למשפט הפלילי תפקיד חשוב בתיוג עבריינים ובהטלת סטיגמה הנלווית להרשעה, באופן המשקף את מידת הפסול המוסרי הדבק בנאשם.¹⁰⁵ ספק בעיניי אם צודק "לתקן" עיוות או "למתן" הכרעה שניתנה בשלב ההרשעה ושנחזית מבחינה גמולית כמופרזת או כמוחמרת באמצעות מתן שיקול דעת גמיש

101 שם.

102 שם.

103 ראו: Alan Brudner, *Proportionality, Stigma and Discretion*, 38 Cr. L.Q. 302, 308 (1996).

104 נקודה זו מעוררת שאלת יסוד במשפט הפלילי, שעניינה מה ראוי להסדיר בשלב קביעת האחריות במסגרת הגדרת העברה ומה ראוי להותיר לשיפוט גמיש בגזר הדין. שאלה זו מתעוררת בהקשרים שונים במשפט הפלילי, ודיון מעמיק בה מחייב פיתוח נפרד. כך, למשל, היא התעוררה סביב עיצובו הראוי של ס' 300 לחוק העונשין. הוויכוח נסב על הדילמה אם לעצב הסדר של אחריות מופחתת המלווה בהרשעה בהריגה (במקום ברצח); או שמא לעצב הסדר של עונש מופחת המתיר שיקול דעת גמיש בגזר הדין, כשבשלב הטלת האחריות תיקבע הרשעה ברצח.

105 Ohana, לעיל ה"ש 61, בעמ' 487.

לבית המשפט בגזר הדין, במישור הענישה. אמנם מבחינה מעשית, היקף העונש וחומרתו מעצבים את היקפה של הפגיעה בחירות הנאשם, אך הטלת אחריות פלילית לעברה ספציפית, במובחן מחומרת העונש הנלווה לה, איננה אך עניין סמנטי, בבחינת שם כזה או אחר של עברה. ייחוס אחריות דווקא לעברה פלונית משקף הערכה נורמטיבית של דרגת האשם הגלומה במעשיו של נאשם, מתייג אותו ומטיל עליו קלון המאפיין את העברה הקונקרטיית. מכאן שייחוס אחריות על בסיס רשלנות לעברת מחשבה פלילית פוגע בעקרון התיוג המידתי,¹⁰⁶ וזה גורר ממילא פגיעה בזכויות חוקתיות בעלות מעמד עצמי כגון: הזכות לכבוד והזכות לשם טוב. הבניית הנמקתו של הנשיא מתעלמת מן העובדה כי אין בתנאים ה"מרכיים" שבהסדר כדי "לרפא", מנקודת מבט גמולית, את הפגיעה האינהרנטית בזכותו החוקתית של מבצע בצוותא לכבוד – זכות הנפגעת מעצם הטלת אחריות פלילית לפגיעה בערך מוגן ספציפי על בסיס מחשבה פלילית, שלא בהתאם לעמדתו הנפשית. דעת הנשיא בוחנת את התאמתו של האמצעי הפוטנציאלי להגשמת ה"מטרה" בהתבסס על צידוק תועלתני ("מניעת והרתעת חברות עברייניות") – צידוק שהוגדר במסגרת מבחן המידתיות הראשון כנקודת ייחוס ארכימדית המתווה את פרספקטיבת הדין.¹⁰⁷ קושי נוסף מתגלה במישור המעשי. מבחן המשנה השני הוא מבחן אמפירי במהותו, המחייב בסיס עובדתי שיש בו כדי לתת אינדיקציה עד כמה ה"אמצעי" הנבחר אכן תורם להשגת ה"מטרה". מסקנותיו של הנשיא ברק אינן מבוססות על ממצאים אמפיריים או על תשתית עובדתית כלשהי, וכך אינן עונות לשאלה אם הטלת האחריות בהיקף הקבוע בהסדר אכן משיגה את מטרת ההרתעה מפני ביצוע בשותפות.¹⁰⁸ גם הדרך שבה דעת הרוב מנתחת את התקיימות מבחן המשנה השלישי – מבחן המידתיות ב"מובן הצר", משקף הישענות על פרספקטיבה תועלתנית. המבחן דורש להכריע אם סעיף 34 מקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת ממנו לבין היקף פגיעתו בכבוד האדם ובחירותו של המבצע בצוותא. לדעת הנשיא ברק, גלגול הסיכון בגין ביצוע העברה הנגררת לפתחו של המבצע בצוותא של העברה המקורית מקיימת יחס זה, "לאור מטרתה של הוראת סעיף 34 להגן על אינטרס הציבור

¹⁰⁶ ראו: Ohana, שם, בעמ' 487–488; Brudner, לעיל ה"ש 103, בעמ' 308.

¹⁰⁷ אמנם אם נניח כי גישת הנשיא ברק תומכת בעמדה שלפיה אין מדובר בסטייה מעקרון האשמה שלאחריה "תיקון", אלא בהסדר כולל המספק מענה הולם בלא לפגוע בעקרון האשמה, הרי שלכאורה אין עיוות בשלב ההרשעה, ועיוות אפשרי – שההסדר מונע – עלול להיווצר רק בשלב העונש. ואולם, כפי שציינתי, התבוננות זו יוצרת גמישות יתר בהגדרת קריטריונים המעצבים אשמה, ומקשה להעביר ביקורת על חוקתיותם של הסדרים המטילים אחריות שלא בהתאם למתכונת המקובלת במשפט הפלילי.

¹⁰⁸ ייתכן שבחינה אמפירית זו קשה לביצוע וממילא לא היו בידי הנשיא הנתונים הנדרשים, אך בהינתן מצב זה – מוטב שלא לבסס מסקנה על היפותזה הקשה לבחינה.

והקורבנות הפוטנציאליים" 109.

הנה כי כן, מהלך הניתוח בפרשת **סילגדו** משקף הישענות על נקודת מוצא שמרכז הכובד שלה נעוץ בשיקולים תועלתניים. הגדרת תכלית ההסדר כתועלתנית (מניעת עברות בחבורה; הרתעה), כבר במסגרת הדיון במבחן המשנה הראשון – מובילה בהמשך הניתוח ליצירת איזונים המשקפים נקודת מבט תועלתנית וממילא מעוצבים בהשפעתה. עיקר הקושי בבחירה לבסס את המסקנה בעיקר על נימוקים מתורת המוסר התועלתנית מתבטא, לטעמי, בשני מישורים: האחד, היעדר בסיס אמפירי לביסוס המסקנה בשאלת התאמת ההסדר ל"מטרה"; השני, בהענקת משקל חסר לשיקולי גמול ואשמה.

2. הרהורים דאונטולוגיים על אשמה ועל נוסחת איזון "מידתית"

בשורות הבאות אציע בחינה אלטרנטיבית להתממשות תנאי המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה, בהסדר הישראלי להטלת אחריות נגררת על מבצע בצוותא. בחינה זו מבוססת על קריאה ביקורתית של ההסדר מפרספקטיבה דאונטולוגית, ובבסיסה שתי הנחות יסוד: האחת – אין די בשיקולים תועלתניים, כבדי משקל ככל שיהיו, כדי להכשיר פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, כשיקוליים עיקריים. השנייה: גם קיומם של צידוקים גמוליים להסדר, כגון אלה שהוצגו לעיל, אינו מכשיר באופן מידי את חוקתיותו. עדיין נותר לבחון אם היקף האחריות לעברה נגררת המוטלת מכוחו על המבצע בצוותא הרשולן לאפשרות ביצועה, הולם את "המגיע הגמולי" במקרה זה. ההנמקות הדאונטולוגיות המוצגות בספרות עשויות לשכנע מדוע מוצדקת חריגה מהמבנה המקובל להטלת אחריות פלילית, אך הן אינן משכנעות מדוע היקף החריגה משתרע דווקא לממדים שמתווה ההסדר, ומדוע אין בהיקף מרוסן יותר משום מענה גמולי ראוי. כיוון שברירת המחל היא הטלת אחריות על פי אמות המידה המקובלות, ואילו סטייה מהן היא החריג, הנמקות דאונטולוגיות המבקשות להראות כי היקף החריגה הראוי הוא דווקא זה הקבוע בהסדר – מחייבות לשכנע מדוע הסדרים חלופיים המרחיבים את האחריות אל מעבר לגבולותיה המקובלים אך בהיקף צר יותר של חריגה – אינם מספקים את "המגיע הגמולי"; ואם הסדרים חלופיים שכאלה הולמים את "המגיע הגמולי" – הרי שהסדר החורג בהיקף רחב יותר – איננו מידתי. דיון שכזה, הנעדר מן ההנמקות הדאונטולוגיות המובאות בספרות, מחייב הערכה נורמטיבית של האשם המוסרי הגלום במבצע בצוותא רשולן הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת. דיון שכזה אבקש לערוך במסגרת הפרק הנוכחי, והוא יבקש להעריך מבחינה נורמטיבית אם כלל שדרוג (Upgrading) המחשבה הפלילית¹¹⁰ המגולם

¹⁰⁹ פרשת **סילגדו**, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹¹⁰ טכניקה זו מוכרת במשפט הפלילי גם בהקשרים נוספים, כגון: הכלל הקבוע בהסדר השכרות (ס')

בהסדר הולם בהיקפו את האשם המוסרי של מבצע בצוותא רשלין החוסה תחתיו. חשיבות הערכת הסטייה הטבועה בהסדר במישור היסוד הנפשי מתעצמת דווקא משום הסטייה הגלומה בו במישור היסוד העובדתי – סטייה הכורכת בחובה קשיים מסדר שני, הנוגעים לדוקטרינת ייחוס האחריות בפלילים.¹¹¹ מפאת קוצר היריעה, לא ארחיב במסגרת זו בליבון הקושיות הנוגעות לסיבתיות ולייחוס האחריות בתהליך הגרימה, המתגלות, באופן טיפוזי, בהסדר נשוא דיוננו. בקצרה אציין רק, כי שאלות אלה מעוררות קושי בייחוס אחריות לעברה נגדרת שבוצעה על ידי אחר ולא נצפתה על ידי המבצע בצוותא, ומדגישות כי הבסיס הראוי להטלת אחריות בנסיבות של היקלעות לעברה נגדרת אמור להישען על קיומו של מצב מנטלי בר-אשמה, ה"מפצה" לכאורה על חסרים במישור העובדתי והסיבתי. נוכח ההתבוננות הייחודית של המשפט הפלילי על האדם כעל יצור בעל בחירה חופשית,¹¹² ניתן לטעון, על יסוד משנתו של קאנט, כי הטלת אחריות פלילית על מבצע בצוותא בגין מעשה אסור שביצע המבצע ביזמתו, כישות אוטונומית בעלת כושר בחירה, פוגעת בכבודו של המבצע בצוותא כפרט עצמאי הראוי לשיפוט נפרד בגין התנהגותו וכוונותיו-הוא. חוק המטיל אחריות פלילית על מי שאינו אחראי מבחינה מוסרית למעשה אסור – לרבות חוק שעושה כן לצורך הרתעה – פוגע בכבוד האדם.¹¹³ אמנם נכון כי חבירה

34ט לחוק), הכלל הקבוע בהסדר הכניסה למצב בהתנהגות פסולה (ס' 34 לחוק), כלל עצימת העיניים (ס' 20(ג)1 לחוק) וכלל הצפיית (ס' 20(ב) לחוק) ומשמעה: החמרה ברמת האשם, שבאה לידי ביטוי בייחוס מחשבה פלילית מדרגה גבוהה יותר מזו המצויה אצל העושה בנסיבות נתונות. להרחבה על אודות כלל שדרוג ויישומו בהקשרים שונים ראו: קרן שפירא-אטינגר "עצימת עיניים – סיפור על שועלים ועל יענים" **ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו** 625, 639–641 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006)

¹¹¹ עניינה של "דוקטרינת ייחוס אחריות לתוצאה" להבטיח זיקה ספציפית-נורמטיבית בין התנהגות העושה לתוצאה, וזאת על מנת לצמצם התנאת אחריות פלילית בגורמים של מזל, מוסר או מקריות. ראו: מרדכי קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" **גבורות לשמעון אגרנט** 325, 334 (1986) (להלן: קרמניצר "על מאפיינים אחדים") להרחבה על אודות משמעותה של "דוקטרינת ייחוס האחריות" על מבחני העזר שלה, ראו: מרדכי קרמניצר "על הרשלנות בפלילים: יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" **משפטים** כד, 71, 85, 87–88 (1993).

¹¹² ראו Kadish, לעיל ה"ש 14, בעמ' 291.

¹¹³ פרוש מסביר כי הפגיעה בכבוד האדם במקרים של הטלת אחריות פלילית על מי שנעדר אחריות מוסרית למעשה המיוחס לו, אינה נובעת רק מהנזק הנגרם לאדם על ידי הסנקציות הפליליות, אלא גם מכך שהריטואל המשפטי של הרשעה וענישה הוא ביסודו ריטואל של הטחת אשמה, ובמקרים רבים אף של הוקעה המצמידה לאדם תווית שלילית (פרוש, לעיל ה"ש 12, בעמ' 96). לכתם ההרשעה השלכות ישירות על חירותו ועל כבודו של אדם: "אופיו המשפיל של ריטואל זה משתקף כבר בצידו הסמנטי – שהרי 'להרשיע' אדם משמע להכריז עליו כרשע ו'להעניש' אדם זה לא רק לגרום לו נזק או סבל אלא לעשות זאת בנימוק שמגיע לו יחס כזה" (שם, בעמ' 95). ניתן לטעון כי הפגיעה בכבוד האדם אינה נעוצה בהוקעתו של הראוי לכך: בהיעדר ביטוי בפועל ליחס הכרתי שלילי כלפי הערך **הספציפי** המוגן שעומד בבסיס העברה הנגדרת – נשמט הבסיס

מודעת לפעילות עבריינית בשותפות יוצרת סיכון להתפתחויות בלתי צפויות, אולם "שימוש" בפלטפורמת השותפות העבריינית על ידי מבצע ש"ידו קלה על ההדק" כבמה לביצוע עברה נגררת שלא נצפתה באופן קונקרטי על ידי המבצע בצוותא, מעורר תהייה אם אמנם ראוי להטיל אחריות לעברה ספציפית זו, או שמא יש להגביל את היקפה (למשל, לעברה כללית של יצירת סיכון ביודעין בשותפות – הצעה שבה נדון בהמשך). גם אם ניתן ליישב חלק מן הקושיות הללו, קיומן נוסף על הסטייה מעקרון ההתנהגות, ממחיש כי **סטייה נוספת במישור הנפשי מחייבת ביתר שאת זהירות, באמצעות הבחנה מדודה ורגישה של מצב התודעה החסר שייקבע כראוי להטלת אחריות מוחמרת**, שהרי הסדר המגלם סטייה במישור אחד, מחייב ריסון מבוקר בהיקף הסטייה במישור האחר. הבחנה זו אבקש לערוך באמצעות דיון בשאלת השיפוט הנורמטיבי של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת כשהוא רשך לאפשרות ביצועה. מסקנה בשאלה אם קיימת שקילות נורמטיבית בין מידת האשמה הגלומה בו לבין מידת האשמה הגלומה במי שהיה מודע בפועל לאפשרות כזו, עשויה להשליך מניה וביה על שאלת מידתיות היקף האחריות המוטלת על מבצע בצוותא רשך מכוח הוראות ההסדר הישראלי, כפי שמתפרשות בדין המצוי.

את דיוני אפתח בניתוח נורמטיבי, שינסה למקם על מפת דרגות האשם קשת מצבים העשויים לאפיין מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת. ההבחנה בין דרגות האשם של מבצעים בצוותא שונים הנקלעים לסיטואציה של עברה נגררת, תושבת על דיון נורמטיבי (מפרספקטיבה של הדין הרצוי) במצבי תודעה טיפוסיים העשויים לאפיין את היסוד הנפשי שלהם כלפי אפשרות ביצוע העברה הנגררת. כפי שנראה בהמשך, חלק ממצבי התודעה הללו מערערים על הנחות, המהוות בסיס לחלק מהצידוקים להסדר במתכונתו הנוכחית, כפי שהוזכרו לעיל. דיוני מניח אפוא כי קיים הבדל במידת האשם בין "טיפוסי" מבצעים בצוותא הנקלעים לסיטואציה של עברה נגררת, וכי יש להכריע בשאלת השיפוט הנורמטיבי שלהם על סמך ניתוח רמת האשם הגלומה במי מהם. לאחר דיון אתי בשאלת השיפוט הנורמטיבי של "אבות-טיפוס" שונים של מבצעים בצוותא בזיקה לשאלת אחריותם המוסרית והמשפטית לביצועה של עברה נגררת, אפנה לדיון מושגי, שעניינו לבחון, האם וכיצד מסקנות הדיון הנורמטיבי משתלבות עם הדין המצוי בישראל, קרי ההסדר המעוגן בסעיף 34א, בצירוף הפרשנות שניתנה לו בפסיקה. הדיון המושגי יבקש, מחד גיסא, לחשוף

המוסרי להכמתת שמו של אדם כמי שבחר להתנכר לערך ספציפי זה. ויודגש אין פירושו כי המבצע בצוותא אינו ראוי לגינוי בגין חברתו לפעילות עבריינית היוצרת סיכון לביצוע עברות נוספות. המחלוקת ניטשת סביב היקף הגינוי, שביטויו במושג האחריות שיש לייחס לו – האם לעברה הנגררת המסוימת או שמא ליצירת מצב מסוכן באופן כללי. הכרעה בשאלה זו מבוססת על שיקולים נורמטיביים-מוסריים: עד כמה אנו מוכנים "ללכת רחוק" בייחוס תוצאה קונקרטיית למי שתרגם להתרחשות, אשר הולידה שרשרת אירועים שהתגלגלו ונסתיימו בביצוע אותה תוצאה בידי אדם אוטונומי אחר.

מבוכה וקושי ביישום הדוקטרינה כפי שמתפרשת בדין המצוי – דווקא על מצבי תודעה של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת, הראויים על פי מסקנות הדיון הנורמטיבי, לחסות תחת כלל השדרוג המעוגן בהסדר; ומאידך גיסא, יחשוף את אי-ההלימה בין מצב התודעה החוסה כיום לפי הדין המצוי תחת כנפי ההסדר, לבין היקף האחריות הראוי להיות מיוחס לו מנקודת מבט מוסרית ומשפטית.

2.1 הדיון הנורמטיבי בדרגות האשמה של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת

חשיבות יצירת קטגוריות מנטליות מובחנות בעלות מידה משתנה של אחריות מקובלת בשיטות משפט שונות.¹¹⁴ תפקיד המשפט הפלילי המהותי הוא לקבוע כללים מדריכים, שישקפו את האינטואיציות המוסריות לגבי עיקר דרגות האשם, ולהגביל את שיקול דעת השופט להכרעה בשאלת האחריות לאור דרגות אחריות קבועות מראש.¹¹⁵ לעומת זאת, קיימת מחלוקת בשאלת הרזולוציה שעל שיטת המשפט לאמץ, כשהיא עוסקת ביצירת הגדרות משפטיות לקטגוריות הללו. מושג יסודי שאומץ בדין הישראלי כאבן יסוד בשיטה, הוא מושג המודעות.¹¹⁶ עד שנות ה-90 של המאה שעברה השתיתו מרבית הגישות בספרות המשפטית את האחריות הפלילית על בסיס קוגניטיבי, מתוך תפיסה, כי בלעדי קליטה חושית של נתונים והבנת אפשרויות הפעולה ותוצאותיהן, לא מתאפשר הליך מושכל של בחירה, המצדיק הטלת אחריות משפטית ומוסרית.¹¹⁷ כך הפך מושג המודעות ציר יסוד לתורת האחריות הפלילית הקוגניטיבית המסורתית, כשלמולו – הוכר המצב המנטלי המנוגד לו – חוסר המודעות. אמנם בתוך "עולם המודעות" מוכרת חלוקה פנימית המבחינה בין יחס הכרת-קוגניטיבי לבין יחס חפצי-רצוני, אך הגישות הרווחות בספרות המשפטית הכירו במשך שנים רק בממד אחד של שוני בין מצבי מודעות – מידת הוודאות של האפשרות להתקיימותם של האובייקטים נשואי המודעות בעיניו של העושה.¹¹⁸ בפועל, מצבי הכרה מובחנים גם מהיבט נוסף שעניינו – מידת העצמה

¹¹⁴ קרן שפירא-אטינגר **אחריות פלילית במצבים של הכשלה עצמית** כרך ב 241 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2003).

¹¹⁵ Joshua Dressler, *Does One Mens Rea Fit All?: Thoughts on Alexander's Unified Conception of Criminal Culpability*, 88 CALIF. L.REV. 955 (2000).

¹¹⁶ מושג זה מכונה בלשון החוק "מחשבה פלילית" (ס' 20 לחוק העונשין).

¹¹⁷ לסקירה היסטורית של התפתחות התאוריה הקוגניטיבית, שנקלטה באופן הרחב ביותר במשפט האנגלו-אמריקני ראו סקירתו של עדי אזור **אשמה, פזיזות ורשלנות במשפט הפלילי** 23–26 (1999).

¹¹⁸ המשפט מייחס משמעות להבדל שבין חשד, מודעות רגילה, מודעות בדרגה של קרבה לוודאי וכדומה. שפירא-אטינגר מציעה לכנות ממד זה של שוני בין מצבי מודעות: "רוחב המודעות".

או הריכוז שניחן בו מצב התודעה.¹¹⁹ ממד נוסף זה כמעט לא זכה לביטוי בדיון המשפטי עד העשור האחרון של המאה הקודמת, והוא "נבלע" בהבחנה הקלאסית שהוכרה בין מצבי התודעה הבינריים – מודעות (שם התודעה ניחנת בעצמה ובריכוז מלאים) אל מול היעדר מודעות (ריק תודעתי). מאז העשור האחרון של המאה הקודמת פותחו גישות שקוראות תיגר על הדיכוטומיה בין המחשבה הפלילית לבין הרשלנות. מלומדים כדוגמת Pillsbury, Duff, Sistare, אזר ושפירא-אטינגר, כל אחד על פי גישתו, מציעים להתבונן על המצבים הנופלים בין "מודעות" מלאה לבין רשלנות כעל רצף שאיננו חד-ממדי, כי אם כזה המשתרע על עמדות שההבדל ביניהן הוא עניין של מידה ועצמה. חלק מהגישות הללו מבקשות להסיט את מרכז הכובד להטלת אחריות פלילית מהבחירה המודעת אל בדיקת יחסו של העושה לסיכון, אל כשירותו ויכולתו להפעיל תבונתו ואל חוסר האכפתיות שלו לאפשרות הפגיעה בערך המוגן, גם בלא מודעות. אף שהגישות הללו מבססות את האחריות על שיקולי גמול, הן מוצאות את המקור לה בהרחבת מושגי הבחירה המקובלים ובהכרה באחריות אישית למעשים מנטליים.¹²⁰

הדיון שאערוך בשורות הבאות, בשאלת השיפוט הנורמטיבי של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגרת, יבקש לחרוג מהשיטה המושגית המקובלת שאימץ המשפט הישראלי, וישאב השראתו מגישות המכירות בקשת רחבה יותר של מצבי תודעה אפשריים. ייתכנו מצבים שונים שבמסגרתם נקלע מבצע בצוותא לסיטואציה של עברה נגרת – מצבים הנבדלים זה מזה במידת האשם המוסרי הגלומה בו. היסמכות הדיון על גישות המאפשרות לבודד זה מזה מצבי תודעה, החוסים בשיטה הדיכוטומית המקובלת תחת אותה קטגוריה מושגית, תחדד, כפי שאתאר, את יכולת השיפוט הנורמטיבי של כל אחד ממצבי התודעה הטיפוסיים האפשריים של מבצעים בצוותא ותקל לערוך השוואה והבחנה בין דרגות אשם של "טיפוסי" מבצעים בצוותא שונים. דיון שכזה יובילנו למסקנה, אילו מבין מצבי תודעה חסרים של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגרת, שקולים מבחינה נורמטיבית למצב התודעה של מבצע בצוותא, המודע לאפשרות ביצועה.

קרון שפירא אטינגר "קלות הדעת במשפט הפלילי – האם יש משקל לדעת?", **מחקרי משפט יד** 179, 180 (1997). מונח זה מתאר סקלת מצבים שבהם מכיר המשפט כנבדלים בדרגת הביטחון של העושה בהתקיימות הנסיבה או התוצאה. להלן אשתמש במונח "רוחב המודעות" לתיאור ממד שוני זה בין מצבי מודעות.

¹¹⁹ שפירא-אטינגר מציעה לכנות ממד זה של שוני בין מצבי מודעות "עומק המודעות" (שם, בעמ' 180). מונח זה מבטא את המידה שבה המודעות נקודת זמן מסוימת מתקרבת לעצמתה המלאה, והוא כולל סקלת מצבים שבהם אדם פועל בהיסח הדעת, באורח מפוזר או בלתי מרוכז, ואף על פי כן קיימת בו מודעות לגבי פעולותיו, והוא מסוגל לתארן באופן מדויק אם יישאל על כך. להלן אשתמש במונח "עומק המודעות" לתיאור ממד שוני זה בין מצבי מודעות.

¹²⁰ שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 283–284. להרחבה כללית על התפתחות תורות אחריות שאינן מבוססות על גישה קוגניטיבית ראו: אזר, לעיל ה"ש 117, בעמ' 41–58.

מסקנה זו רלוונטית נוכח כלל שדרוג המחשבה הפלילית המגולם בהסדר, המייחס למבצע בצוותא הרשלן לאפשרות ביצוע העברה הנגררת, אחריות לביצוע עברה הדורשת, ברגיל, הוכחת מודעות. מסקנה בשאלות אם קיימת שקילות נורמטיבית בין מצבי תודעה חסרים של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת לבין מצב של מודעות מלאה לאפשרות ביצועה, ואם כן – מהם אותם מצבי תודעה שנתפסים כראויים לחסות תחת כלל השדרוג – תשליך מניה וביה על שאלת מידתיות הוראות ההסדר, כפי שמתפרשות בדין המצוי.

את הדיון אפתח אפוא בתיאור מצבי תודעה טיפוסיים אפשריים של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת, ובשיפוט הנורמטיבי של מבצע בצוותא המצוי במי ממצבי התודעה הללו. עיקר דיוננו יתמקד בניתוח מצבי תודעה **חסרים** הנופלים בתווך שבין "מודעות מלאה" ל"היעדר מודעות", והוא יישען כאמור על הכרה בדו-ממדיות של הפעולה המודעת.¹²¹ מבחינה מתודולוגית יערך הדיון בסדר יורד – ממצב התודעה השלם יותר אל המצב הנמוך ביותר של קיום תודעה פלילית.¹²²

¹²¹ שפירא-אטינגר מבקשת לתאר בחיבוריה את מושג המודעות כמושג דו-ממדי המתואר באמצעות מישור מצבי הכרה המתפצלים לאורכם של צירי הרוחב והעומק כאחד (שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 118, בעמ' 180). התבוננות זו מאפשרת ליצור הבחנות בעלות רמת עידון גבוהה יותר בין דרגות האשם של מצבי התודעה השונים. להרחבה, ראו שפירא-אטינגר, שם, בעמ' 180 ו-183; שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 291–306 (פרק שעניינו "פזיזות, קלות דעת והכשלה עצמית").

¹²² מצב התודעה השלם ביותר, שאינו מעורר קושי במישור השיפוט הנורמטיבי, הוא זה של המבצע בצוותא המודע לאפשרות ביצוע העברה הנגררת, כחריגה אפשרית מהתכנון. מבצע בצוותא שמכשיל עצמו במכוון מלהשיג מידע הדרוש לביסוס חשדו בדבר ביצועה של עברה נגררת (למשל: נמנע במכוון לשאול על אודות כלי נשק לא טעון שהוא רואה בידי המבצע טרם יציאה לביצוע המשותף), וזאת, כדי להתגונן מאוחר יותר מפני הרשעה צפויה המותנית בהוכחת חשד זה כפועל – ייחשב אף הוא כמי שהיה מודע לאפשרות זו. במקרים הללו, במישור היסוד הנפשי אין כל סטייה בין מצבו התודעתי הסובייקטיבי לבין זה המיוחס לו, ומשום כך נותרת הסטייה רק במישור ההתנהגות. דוקטרינה המאמצת לחיקה כלל שדרוג, איננה נדרשת כאן (אולם, עדיין נדרשת קונסטרוקציה שתאפשר להטיל עליו אחריות לביצוע העברה הנגררת בלא תרומה במישור העובדתי). לכאורה ניתן בכל זאת להציע קיומו של הבדל אפשרי בין מבצע בצוותא המכסה את עיניו במכוון על מנת שלא להיחשף למידע שיש בו כדי לחזק את חשדו הקיים לביצוע עברה נגררת, לבין מבצע בצוותא המודע באופן ממשי לאפשרות, כשהוא מזמן לעצמו מידע המחזק חשדו. ההבדל נעוץ בדרגה שונה של עצמת החשד לביצוע העברה הנגררת. דיני העונשין במשפט הישראלי אינם מקנים משמעות בשאלת השיפוט המוסרי ההבדל בין דרגות שונות של חשד לקרות **אירוע עתידי**, אך דיון נורמטיבי שאיננו מוגבל לשיטה הנוהגת במשפטנו, יכול להוליד מסקנה כי לדירוג עצמות החשד בקרות אירוע עתידי ראוי שתהא השלכה על השיפוט המוסרי של נאשמים הפועלים בעצמות חשד שונות. הבחירה לעסוק בשאלה זו נגזרת ממיידת הרזולוציה שהדין בוחר לאמץ בפירוק המחשבה הפלילית לרכיבים, בהתייחסה לאירועים עתידיים [להרחבה על אודות דרכים אפשריות לחידוד הרזולוציה של

2.1.1 מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת כשהוא דוחק מתודעתו את אפשרות ביצועה עקב הימצאות במצב של הכשלה עצמית

נפתח עם מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת, כשהוא דוחק אל קצה תודעתו אפשרות ממשית לביצועה עקב מצב שיכונה להלן "הכשלה עצמית" (Self Obstruction).¹²³ טיפוס זה, שאכנהו להלן "המדחיק", מתאפיין בהטיה קוגניטיבית שבמסגרתה הוא פועל בעקבות פיצול פנימי או קונפליקט המביא אותו לאמונה מסוימת, בהיעדר מידע מספיק התומך בה ולעתים חרף קיומו של מידע נוגד.¹²⁴ מדובר במצב פרדוקסלי לכאורה, שבו מבצע בצוותא "מודע ולא מודע" לאפשרות ביצוע הסטייה, ועל רקע זה מתחדד הקושי להכריע בשאלת אחריותו לעברות שמודעות היא היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בהן.

הימצאות במצב של הכשלה עצמית היא מסתברת עבור מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת. הספרות המחקרית בתחום הפסיכולוגיה החברתית מלמדת כי אנשים שדעותיהם משוחדות במוטיבציות שונות נוטים למצוא ראיות התומכות באמונותיהם.¹²⁵ כפי שמסבירה שפירא-אטינגר, תופעה זו שכיחה במיוחד

רכיבים נפשיים שונים במסגרת העברה ראו: שחר אלדר **על הרזולוציה של המשפט הפלילי**, 84–116 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2003). מכל מקום, לא אעסוק כאן בהבחנה שכזו, אם קיימת.

¹²³ תיאור של קבוצת המקרים העולים כדי הכשלה עצמית, הבחנות ביניהם ודיון מעמיק בתנאים להתקיימותם חורגים ממסגרת דיוננו, ועל כן לא אאריך בהם כאן. להרחבה ראו: שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 13.

¹²⁴ מושג קלות הדעת כמשמעותו במשפט הגרמני, דומה במהותו למצב הנפשי של מבצע בצוותא מהטיפוס המתואר: קל הדעת במשפט הגרמני הוא מי שמעלה על דעתו את אפשרות התרחשות התוצאה (ובכך נבדל מהרשלן) ואף על פי כן הוא מסלקה לקרן זוית, תוך שהוא מאמץ לעצמו השקפה, שאינה מבוססת באורח רציונלי, שהעניין ייגמר בשלום. אין מדובר רק על תקווה שהתוצאה האפשרית לא תתממש, כי אם על **אמונה והסתמכות** שכך יהיה (ראו: קרמניצר "על מאפיינים אחדים", לעיל ה"ש 111, בעמ' 343). מדובר בהליך בלתי הגיוני, שבמסגרתו מוציא העושה את המקרה שלו מהחוקיות הרגילה ומכללי ההסתברות המוכרים לו במציאות. אף שאותה חוקיות אמורה, לפי ידיעתו, לחול גם על עניינו, רואה בו העושה – מתוך אופטימיות לא מבוססת – חריג (שם). להרחבה על אודות מהות קלות הדעת במשפט הגרמני, להבדיל מתפיסתה במשפט האנגלו-אמריקני, ראו קרמניצר, שם, בעמ' 341–347. השוואה מזווית אחרת של המצב הנפשי המתואר, ניתן לערוך, בשינויים המחויבים, עם מצבו הנפשי של מי שסובל מקונפליקט פנימי המוביל אותו לאמונה בקיומו של מצב דברים נתון חרף היעדר מידע מספיק התומך בהשערת קיומו של מצב דברים זה (להרחבה על דמותו של "עוצם עיניים" זה, המכונה בפי שפירא-אטינגר "בת-יענה", ראו: שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 110, בעמ' 655–656). חשדו של "עוצם העיניים" הוא בדבר קיומן של נסיבות נתונות הקיימות בעת החשד, ואילו חשדו של המבצע בצוותא "המדחיק" הוא בדבר התרחשות אפשרית עתידית (ביצוע עברה נגררת) שהיא ספקולטיבית בעת החשד.

¹²⁵ שפירא-אטינגר, שם, בעמ' 657. למקורות המחזקים טענה זו ראו שם, בה"ש 120.

במצבים שבהם אדם מבקש לשמר את ביטחונו באשר ליכולותיו או לסיכויי הצלחתו בהקשרים שונים ועל ידי כך לגונן על בטחתו (Confidence). דוגמה טיפוסית למצב כזה עשויה להתעורר בסיטואציה של שותפות שבמהלכה מתבצעת עברה נגררת. מבצע בצוותא חובר לאחר כדי להגשים מעשה עברה רצוי (להלן: "עברה A"). על מנת להתגבר על חשש מהסתבכויות בלתי רצויות מדחיק המבצע בצוותא כל אפשרות המתעוררת בתודעתו, כי שותפו לעברה A יחרוג מהתכנון ויבצע עברה נגררת, לעתים חמורה יותר (להלן: "עברה B"). הרצון מצד אחד, להגשים את המזימה העבריינית הרצויה, ומצד אחר להגדיר גבולות ברורים להיקף הנכונות לבצע עברות על ידי החלטה ש"לא לחצות קווים אדומים" – עלול לכוון אצל מבצע בצוותא בסיטואציה של שותפות, מנגנון הונאה עצמית, שבמסגרתו הוא "משכנע את עצמו" כי שותפו לעברה A אינו מסוגל לחצות אותם "קווים אדומים" ולבצע עברה B, גם בנסיבות שבהן מתעורר חשד לאפשרות כזו – חשד שהפועל בוחר לדחוק לקרן תודעתו, ובכך להחלישו מאוד.¹²⁶

טעם אחר המחזק את ההסתברות לדחיקת האפשרות לביצועה של עברה נגררת מתודעתו של המבצע בצוותא נעוץ ברצון טבעי לפרש מידע המגיע אליו באופן שישמר את הדימוי החיובי שיש לו כלפי ידו-שותפו, גם כשפירוש זה נדמה שגוי מנקודת מבט אובייקטיבית. סטטמן מתאר את מוסד הידידות הבין-אישית ואת מוסד האמון כמכשירים להגנה על הבטחה, בהיותם מועילים לרווחה הפסיכולוגית של שני הצדדים: לאדם יש צורך פסיכולוגי עמוק להתקבל בידי הזולת ולקבל בכך אישור עצמי. ידיד עשוי למלא צורך זה בתנאי שהוא עצמו מוערך מדי על ידי האדם.¹²⁷

¹²⁶ ניתן להעלות על הדעת מניעים פסיכולוגיים אפשריים העלולים ליצור קונפליקט פנימי בסיטואציה של החלטה להגשים מזימה עבריינית משותפת. מניע אחד עשוי להיות העדפה של המבצע בצוותא להימנע, ככל שאפשר, מהצורך להכריע בין חלופות שאינן נוחות להכרעה. חלופה אחת – משמעה ויתור על הגשמת המזימה הרצויה (ביצוע עברה A) נוכח חשד לאפשרות "חציית גבולות" בלתי רצויה מצד שותפו (ביצוע עברה B); חלופה שנייה – משמעה יציאה לביצוע עברה A ב"מחיר" סיכון ב"חציית גבולות" בדמות ביצוע אפשרי ובלתי רצוי של עברה B. דחיקה מן התודעה של אפשרות מסתברת לביצוע עברה נגררת עשויה להוות אסטרטגיה נוחה להימנע מלהכריע בין החלופות. מניע אפשרי אחר עשוי לנבוע ממתח בין חלקים באישיות שהם "נורמטיביים" ומרוסנים יותר לבין צדדים אחרים ה"מושכים" לפיתוי לתועלת שבעברה (השוו: שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 245). כך, הצד המרוסן יותר, קורא לתחום את פריצת החוק להיקף מוגבל (בדמות ביצוע עברה A) ונוכח קיומו של חשד לאפשרות פריצת הגבולות – מורה לאדם להתנזר מלכתחילה מהגשמת העברה המתוכננת. לעומתו, הצד ה"פראי" מתנכר להצבת הגבולות. שכנוע עצמי כי אין סיכוי ממשי שתתממש הסכנה הנחשדת, חוסך את הצורך להכריע בין שתי חלופות בלתי נוחות ומגביר את בטחתו של המבצע בצוותא בהצלחת התכנית הרצויה (השוו לניתוח מצבו של מי שנמנע מלדווח על מעשה פשע של אחר. מרים גור-אריה "חובה פלילית למנוע פשע – אימתי מוצדקת" מחקרי משפט יז 355 (2002)).

¹²⁷ דניאל סטטמן ידידות, אמון והלשנה פרק ד' – הונאה עצמית (לא פורסם, החיבור שמור

ההכרה בערכה של הידידות כיחס רצוי עשויה להסביר כיצד עלול מבצע בצוותא שלא להבחין בתכונות השליליות של שותפו או מדוע הוא דוחק מתודעתו מסקנה מתבקשת, כי שותפו עלול לסטות מהתכנית ולבצע עברה נגרת.¹²⁸ סטטמן מניח כי בעברות חמורות קשה לבני אדם לגבש ידיעה ממשית על הפשע המתוכנן (ובאנלוגיה לענייננו, חשד לפשע אפשרי), בשל המרכזיות של אמון ביחסי ידידות, המחייב ראייה סלקטיבית של מושא האמון. ראייה זו אינה נובעת מבחירה מודעת; היא תוצר הכרחי של "משקפי" האמון שאנו מרכיבים בבואנו לשפוט את ידידנו.¹²⁹

מהי אפוא דרגת האשם הגלומה במבצע בצוותא מטיפוס "המדחיק"? האם מצבו הנפשי המיוחד ממקם אותו בדרגת אשם נמוכה משל מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגרת כשהוא מודע לאפשרות ביצועה? ואם כן, הקיימת שקילות מוסרית בינו לבין מבצע בצוותא הרשולן לאפשרות ביצועה? ניתן להשתמש, בהשאלה, במבחן עזר שמציע, בהקשר אחר, המלומד Luban להערכת שאלת האשם הגלום במי שפועל כשהוא עוצם עיניים כלפי מצב דברים נתון.¹³⁰ המבחן יבקש להתחקות באמצעות הצגת השאלה נוגדת המציאות (Counterfactual Question) אחר האופן שבו היה נוהג המבצע בצוותא אילו לא דחק מתודעתו את אפשרות ביצועה של העברה הנגרת. אם בהתקיים חשד היה הנאשם מתמיד בדרכו – הרי

במערכת). תודתי לפרופ' סטטמן שניאות להעמיד לרשותי את טיוטת חיבורו.
 128 אמון (המהווה רכיב ביחסי ידידות) איננו ציפייה גרידא שהזולת יפעל בדרך מסוימת, אלא ציפייה שיפעל כך מתוך הכרה בכך שהידיד סומך עליו ובוטח בו (שם). הבטחה מראש, למשל, מצד המבצע כי אף שיישא על גופו נשק חם – לא יעשה בו שימוש בשום תרחיש אפשרי, עשויה להגביל את יכולתו של המבצע בצוותא להאמין כי חברו עלול להפר הבטחה זו (חוק קיומם של תמרורי אזורה) על רקע יחסי האמון שהוא רוחש לו ובשל האיום שיש להכרה זו על הסובייקט עצמו. סטטמן מראה כיצד ההשפעה של יחסי ידידות על ההטיה (Bias) להאמין לידיד ולפרשו באופן חיובי מאושרת גם במחקרים אמפיריים (שם, בעמ' 15, והאזכורים שבה"ש 43).

129 שם, בעמ' 20. סטטמן מודה כי ניתן לצאת כנגד הטענה שלפיה יחסי אמון מקשים על אדם להאמין שידידו עלול לבצע פשע חמור תוך שימוש בביטוי "אמור לי מי חבריך ואומר לך מי אתה". במילים אחרות, אם פלוני הוא ידיד קרוב של מי שהתגלה כרוצח, מן הסתם אף הוא בעל אופי מושחת, ולכן אינו יכול לחסות בצל הטיעון שלפיו לא יכול היה לדעת שידידו מתכנן רצח (שם, בעמ' 21). הטעם לסייג זה נעוץ בהנחה כי תוקפה של הטענה חל רק על בני אדם בעלי דימוי מוסרי רגיל (ולא כאלה שהם בעצמם רוצחים), שאכן לא יוכלו לקבל שמי שמאשר את ערכם – רוצח. יישום סייג זה בענייננו עשוי להגביל את תוקפו של ההסבר, הנשען על מוסד הידידות כמניע העלול להפעיל מנגנון הונאה עצמית של המבצע בצוותא לאפשרות ביצוע עברה נגרת, לסיטואציות שבהן העברה המתוכננת קלה בחומרתה משמעותית מהעברה הנגרת (למשל: רצח המתבצע אגב פריצה מתוכננת), שאז הפער בין דימוי המוסר העצמי של המבצע בצוותא לבין הדימוי המוסרי של שותפו המבצע הוא כה משמעותי, עד כי יש בו להקשות על המבצע בצוותא להכיר שמי שמאשר את ערכו – הוא רוצח או עבריין בדרגה חמורה יותר ממה שהוא-עצמו.

130 David. Luban, *Contrived Ignorance*, 87 GEO. L. J 957, 968 (1999) כמצוטט אצל שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 110, בעמ' 654.

שמידת אשמתו זהה לשל מבצע בצוותא המודע לאפשרות הסטייה; אך אם היה בוחר להימנע מיציאה משותפת לביצוע העברה המתוכננת – או-אז ניתן לומר שמידת אשמתו פחותה. בענייננו, יישום המבחן על מצבו של "המדחיק" איננו מוביל למסקנה מסתברת ברורה. ייתכן מבצע בצוותא שאילולא דחק מתודעתו את אפשרות הסטייה היה בוחר להתנזר מחבירה לתכנית המקורית, עקב שיקולי עלות-תועלת המטים את הכף לבחירה זו או עקב התעלות הצד ה"מרוסן" על הצד ה"פראי" שבאישיותו. ייתכן, לעומתו, מבצע בצוותא אחר שגם אילולא דחק מהתודעה את אפשרות הסטייה היה דבק בתכנית המקורית בהיותו אדם אוהב סיכון המוכן בעבור הסיכוי להגשים את מבוקשו – להסתכן בביצוע עברה נגררת. הקושי להעריך תשובתו של "המדחיק" נובע ממתח פנימי שעלול להתבטא בדיוק ברצון לדחות את ההכרעה.¹³¹ מכל מקום, האפשרות שלפיה היה "המדחיק" נמנע מלכתחילה לצאת לביצוע עברה A לולא הדחיק את אפשרות הסטייה נדמית מסתברת יותר מאשר במקרה של הפועל במצב של מודעות לאפשרות הסטייה.

ניתן להצדיק יחס משפטי מקל כלפי "המדחיק" על בסיס בחינת ההחלטה של המבצע בצוותא בשאלת הפגיעה בערך החברתי המוגן שבבסיס העברה הנגררת – שאלה שהיא קריטית מנקודת מבט מוסרית המשתיתה אחריות פלילית על בחירה ועל שליטה.¹³² כשאדם נדרש להכריע בין עשייה שלידיעתו עלולה לפגוע בערך מוגן לבין הימנעות מעשייה כזו והוא מחליט לעשותה – החלטתו מבטאת מידה מכרעת של אשם מוסרי.¹³³ כפי שמסביר קרמניצר, אדם ייחשב כמי שהחליט לפגוע בערך חברתי מוגן כשהוא מודע לאפשרות התממשות הפגיעה, אפילו אם היא מלווה בתקווה לאי-התממשותה.¹³⁴ אולם כשהעושה לא רק קיווה שהפגיעה לא תתרחש, אלא האמין כך (כשצפיית אפשרות התממשותה הודחקה מתודעתו ולא השפיעה על החלטתו) – אין לומר כי בחר לפגוע בערך מוגן; ואם כך, ראוי להבחינו, מבחינת דרגת האשם, ממי שבחר לפגוע ופעל כשהוא מודע לאפשרות התממשות הפגיעה. במישור המשפטי ניתוח זה עשוי להנביע מסקנה, שלפיה מיקומו של "המדחיק" מחוץ למחשבה הפלילית.¹³⁵ מסקנה כזו אינה זוכה לביטוי במשפט הישראלי.

¹³¹ השוו עם ניתוחה של שפירא-אטינגר את דרגת האשם של מי שעוצם עיניים עקב הימצאות במצב של הכשלה עצמית, לעיל ה"ש 114, בעמ' 245–246.

¹³² קרמניצר "על מאפיינים אחדים", לעיל ה"ש 111, בעמ' 344.

¹³³ שם.

¹³⁴ כזה הוא קל הדעת במשפט הישראלי, החוסה תחת הקטגוריה של המחשבה הפלילית. ראו ס' 20(א)(2)(ב) לחוק העונשין.

¹³⁵ השוו לעמדתו של קרמניצר באשר לאשמה הגלומה במצב הנפשי של קלות הדעת, כמשמעותה במשפט הגרמני, קרמניצר "על מאפיינים אחדים", לעיל ה"ש 111, בעמ' 325, 341–347. כפי שמסביר החוקר, אשמתו של קל הדעת במשפט הגרמני טמונה בהימנעותו לשקלל אינטרסים ולהביא בחשבון את הפרספקטיבה השלילית מקום שהיה עליו לעשות כן (ובמקום זאת, דחק אותה לקרן זוית). קרמניצר מדגיש, כי בולט הדמיון בין קלות הדעת כמשמעותה במשפט

הבחנה בין "המדחיק" לבין מבצע בצוותא המודע לאפשרות ביצוע העברה הנגררת חושפת את מוגבלות הציוד להסדר שנסמך על רעיון של פעולה חופשית במקור, לשכנע מדוע ראוי טיפוס "המדחיק" לחסות תחת כלל שדרוג המחשבה הפלילית. לפי צידוק זה, הרציונל להחלת כלל שדרוג מבוסס על בחירה מודעת ורצונית, בשלב מוקדם, להיכנס לסיטואציה מסוכנת העלולה להנביע עברה נגררת. ניתן לטעון כי דווקא במקרה של "המדחיק" עלולה החלת כלל שדרוג להחמיר יתר על המידה, משום שמבצע בצוותא הסובל מהכשלה עצמית אינו יוזם במכוון תכנית פעולה שעלולה, בראייתו, להובילו להיקלע לסיטואציה כזו, ועל כך נשען מקור ההקלה בשאלת שיפוטו המוסרי. ההימצאות במצב של הכשלה עצמית בשלב החבירה לשותפו גורמת לו שלא להאמין כי אפשרות זו מסתברת, ולפיכך אין הוא נכנס באופן רצוני ומודע לסיטואציה "מסוכנת" בראייתו. גישה זו מטילה ספק בשאלת ראיות החלת כלל שדרוג על טיפוס זה.

גישה אחרת עשויה להסכים כי הכשלה עצמית בלתי מכוונת נופלת בחומרתה מהתנהגות מודעת, אך בו-בזמן תמקם אותה בקטגוריית ביניים במסגרת המחשבה הפלילית, בהיותה חמורה מרשלנות.¹³⁶ את ההצדקה להטלת האחריות ניתן לייחס למחדלו הנשלט של המבצע בצוותא לנקוט אסטרטגיות למניעת המצב שאליה נקלע. קיימים טעמים גמוליים להטיל האשם לפתחו של מבצע בצוותא שאינו משכיל להרחיק עצמו מ"יצר הרע" על ידי נקיטה צעדים שימנעו ממנו ליפול במלכודת ההכשלה העצמית (כדוגמת: הימנעות מלכתחילה מלחבור לפעילות עבריינית משותפת, גם כשזו נדמית מוגבלת ומתוכננת למשעי; בחירה קפדנית של שותפיו). לצד זאת, כשיחסי ידידות ואמון מביאים-הם להכשלה עצמית (מצב מסתבר בסיטואציות של שותפות לעברה, כאמור לעיל), ייתכנו נימוקים המצדיקים התחשבות משפטית מקלה במי שפועל במצב של הכשלה עצמית, בשאלת אחריותו

הגרמני לבין הרשלנות, ואם כך "יש מקום לראות בה קטגוריה הנבדלת איכותית מן המחשבה הפלילית" (שם, בעמ' 345). קרמניצר מציע ניתוח, המבוסס על מהויות שונות של קלות הדעת, להסבר ההבדל במקומה השונה של קלות הדעת על מפת האשם בשיטה האנגלו-אמריקנית (הממקמת מצב נפשי זה בתוך המחשבה הפלילית) לעומת המשפט הקונטיננטלי (הממקמו מחוץ למחשבה הפלילית): ספק אם ניתן לראות ביחס של קלות דעת המאופיין ברצון ובאמונה שהתוצאה לא תקרה – יחס שלילי, ואם כך, אין לכלול במחשבה הפלילית (שם, בעמ' 345–346).

¹³⁶ גישה כזו משתמעת, על דרך של היקש, מעמדתה של שפירא-אטינגר בשאלת השיפוט הנורמטיבי של עצמית עיניים הנובעת מהכשלה עצמית בלתי מכוונת. להרחבה ראו שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 110, בעמ' 679; וכן שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 262). לבטים באשר למידת האשמה הגלומה בפועל המצוי בהשפעת מנגנון ההונאה העצמית ניתן למצוא גם בהקשרים נוספים, כדוגמת שאלת האחריות של מי שנמנע מלדווח על פשע של אחר. ראו דבריהם של השופט חשין בע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2), 735, 764 (2001) ושל גור-אריה, לעיל ה"ש 126, בעמ' 380.

למעשי שותפו. עיקר הנימוקים נשען על ההכרה בערך החיובי שעשוי להיות להכשלה עצמית בתרומתה לביסוס יחסי רעות כמוסד רצוי,¹³⁷ שלעתים הגנתו כרוכה במחיר חיצוני – יחס משפטי מקל כלפי מי שמדחיק מתודעתו אפשרות כי יידו עלול לבצע עברה נגררת בסיטואציה של שותפות. גישה זו תטיל ספק בהצדקה להשתמש בכלל שדרוג כלפי "המדחיק", בהקשר זה.

2.1.2 מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת במצב של 'חלל תודעתי'

"טיפוס" נוסף של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת, הוא מי שלפני הביצוע המשותף או במהלכו אינו מקדיש כל מחשבה לשאלה אם קיים סיכון שתבצע סטייה בלתי מתוכננת, אף שקיום הסיכון ברור לכל אדם סביר. במקרה כזה, הנחת המוצא היא כי העובדה שהמבצע בצוותא אינו ער לאפשרות היווצרותו של הסיכון הקונקרטי שהעברה הנגררת תבצע, נובעת מאי-אכפתיות (Disregard) כלפי הערך המוגן, מהתנכרות ומאדישות לו (Indifference).¹³⁸ להלן אכנה מצב מנטלי זה "חלל תודעתי" או "אדישות מעשית" או "תודעה חלולה מבחינת עומקה". להבהרת המצב המנטלי האמור, נניח מבצע בצוותא החובר לשותפו לביצוע עברת אינוס בשותפות. השניים מפתים את הקרבן ללכת עמם לאזור מבודד, ועם ההגעה למקום מסמנים זה לזה כי הגיעה העת למימוש המזימה. הם מתנפלים על הקרבן, משכיבים אותה בכוח על הארץ ומפשיטים אותה. בעיצומו של מאבק, שבה ומתחננת הקרבן כי יחדלו, ומאיימת כי תתלונן במשטרה אם יאונה לה רע. השניים מתעלמים וממשיכים בהגשמת תכניתם. כשמסיימים לבצע בה זממם, קם המבצע בצוותא ועוזב את המקום. לשמע ניסיונותיה של הקרבן לזעוק לעזרה, ונוכח חשש לחשיפה, מרים חברו המבצע קרש גדול המוטל במקום ומטיח אותו בחווקה בראשה. בעקבות המכה נגרמת לקרבן חבלה חמורה. כשיישאל המבצע בצוותא על אודות מצב תודעתו לפני ביצוע האינוס ובמהלכו כלפי אפשרות גרימת חבלה חמורה לקרבן (כל זאת נוכח התנגדותה הנמרצת; חשש חברו מאיומיה בדבר תלונה למשטרה; הבחירה בזירת עברה שבה מצויים חפצים מסוכנים) ישיב, כי בעת המעשה לא עמדה לנגד עיניו אפשרות התממשותו של סיכון זה, פשוט מפני שלא התעניין בשאלה ולא חשב עליה

¹³⁷ ראו: שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 178–183; Amelie O. Rorty, *User-Friendly Self-Deception*, 69 PHILOSOPHY 211, 212, 222 (1984), כמצוטט אצל סטמן, לעיל ה"ש 127, בעמ' 17.

¹³⁸ DRESSLER מכנה נטייה של זלזול ואדישות כלפי הערך המוגן, המתבטאת בחוסר מודעות, כ"אדישות בת-אשמה" (Culpable Indifference), ראו לעיל ה"ש 64, בעמ' 130–131. קוגלר מכנה יחס מתנכר הבא לידי ביטוי באי-מתן תשומת לב שנובע מאדישות כ"אדישות במובן הרחב", להבדיל ממושג האדישות המוגדר בסעיף 20(א)(2) לחוק העונשין המבוסס על מודעות, אשר אותו הוא מכנה "אדישות במובן הצר". ראו קוגלר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 115.

כלל. מהי אפוא דרגת האשם של מבצע בצוותא כזה? לכאורה, בשיטה המושגית הנוהגת, התופסת את המודעות כתופעה בינרית, אמור להשתייך מצבו המנטלי לכל היותר אל "עולם הרשלנות" בהיעדר קיומה הפוזיטיבי של הידיעה. ואולם במקרה המתואר, האם אי-הקדשת מחשבה לאפשרות גרימתו של סיכון ברור וגלוי שעמד לנגד עיניו של המבצע בצוותא ראויה להוות שיקול לקולא בהערכת אשמתו, בהשוואה למבצע בצוותא שהיה נותן דעתו לסיכון?

הספרות המשפטית דנה בהרחבה בשאלת המדיניות המשפטית שראוי להחיל על מי שלא נתן דעתו לסיכון ברור שעמד נגד עיניו מחמת אדישותו לאפשרות הפגיעה בערך המוגן. מבחינה מוסרית, יש הסבורים כי במקרים מסוימים הפועל במצב כזה מגלה יחס נפשי של אי-אכפתיות המקים בסיס חזק לאשמה, לא פחות מזה שפועל במצב של מודעות לסיכון, וזאת, אף שתודעתו "ריקה" יותר.¹³⁹ ואולם, כיוון שהמשפט הפלילי הקלאסי מושתת על התאוריה הקוגניטיבית המציעה מערך מושגי חד-ממדי שאינו מכיר בדירוג מודעות על פי עומקה (עצמת הריכוז, מידת הערנות), מתעורר קושי להטיל אחריות לעברת מחשבה פלילית על מי שפעל במצב חלל תודעתי.¹⁴⁰ בספרות המשפטית הצעות להתרת הקושי האמור, חלקן מבקש לכפור בגישה הקוגניטיבית של המחשבה הפלילית. Pillsbury קורא, למשל, להכיר בכך כי תפיסה היא סוג של פעולה שלאדם יש יכולת לשלוט בה, לכוון אותה ולבחור את

¹³⁹ ראו, למשל, טענתו של 4 D. J. Birch, *The Foresight Saga: The Biggest Mistake of All*, 4 CRIM. L. REV. 8,9 (1988). כי קיימת שקילות מוסרית בין מי שצפה את אפשרות גרימת התוצאה לבין מי שלא צפה אותה רק משום הנטייה של אי-אכפתיות ואדישות, ושהיה ממשיך בפעולתו גם לו היה צופה אותה. בדעה דומה מחזיק גם G. Syrota, *A Radical Change in the Law of Recklessness?*, 97 CRIM. L. REV. 97,102-106 (1982) גישות נוספות התומכות במסקנות ברוח זו, מובאות להלן בהמשך הדברים.

¹⁴⁰ הלכת "החלל התודעתי" המפורסמת שנוסחה לראשונה בפרשת R. v. Caldwell [1982] AC 341 (להלן: הלכת Caldwell) נולדה במשפט האנגלי כניסיון להתמודד עם הקושי האמור. בתמצית, קבעה הלכה זו כי בגדר "פזיז" ייחשב לא רק מי שפעל בהיתו ער לאפשרות יצירת סיכון, אלא גם מי שיצר בפועל סיכון ברור, מבלי שנתן דעתו לאפשרות יצירת הסיכון. הפסיקה האנגלית יישמה הלכה זו על עברות שונות הדורשות בהגדרתן פזיזות, וגררה בעקבותיה ביקורת חריפה בספרות. בשנת 2003 נסתרה הלכת Caldwell בפסק דין של בית הלורדים [2003] 4 All ER 765 R. v. G, ודומה שעתה תתפרש ה"פזיזות" באנגליה כיסוד נפשי סובייקטיבי הדורש הוכחת מודעות בפועל. לדין נרחב במשמעות הלכת Caldwell, בביקורת מלומדים עליה ובנטיית הזרם המרכזי בפסיקה האנגלית בשנים האחרונות לנטות לכיוון של "סובייקטיביזציה" במשפט הפלילי – ראו: G. Williams, *The unresolved Problem of Recklessness* 8 OXFORD J. LEGAL STUD. 74, 25, 86 (1988); קוגלר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 116-122; אור, לעיל ה"ש 117, בעמ' 77-102; וכן אצל שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 118, בעמ' 203-205. בהמשך הרשימה נדון בהשפעתה האפשרית של הלכה זו גם על הפסיקה בישראל ועל ההשלכות הנובעות מכך לענייננו.

מידת תשומת הלב שהוא מחליט להשקיע בה.¹⁴¹ אם כך, גם בחוסר מודעות מגולמת בחירה.¹⁴² היות שאדם בוחר במושאי ההכרה שלו, אדישות – כיחס נפשי של חוסר אכפתיות – מספיקה לדידו, להטלת אחריות גם בהיעדר מודעות לסיכון, שכן היא הסיבה לכישלון להגיע לידי מודעות. מקור האחריות למעשה המאוחר נעוץ ב"החלטה" המוקדמת אם לשים לב. גישה זו מקימה תשתית אפשרית לטענה, כי מבצע בצוותא הפועל במצב התודעה האמור משום היותו אדיש לערך המוגן שבסיס העברה הנגררת – ראוי לחסות תחת כלל שדרוג האחריות הפלילית, באופן שתושווה אחריותו לזו המוטלת על מי שפעל במודעות. מבחינה מוסרית נדמה, כי ייחוס אחריות לו בגין עברה הדורשת מחשבה פלילית הנו מידתי, שהרי כישלוננו להבחין בסכנה בנסיבות שבהן היא ברורה וגלויה עקב אי-האכפתיות שלו לענייני הזולת, מגלמת את בחירתו האוטונומית, כישות אינדיבידואלית.

הצעה אחרת ליישוב הקושי היא הצעתו של Duff הכופרת בזיהוי מצבים נפשיים בנפרד מההתנהגות שממנה הם מוסקים. לשיטתו, מצבים מנטליים, כמודעות, נעדרים קיום מטאפיזי עצמאי, וכרוכים מבחינה מושגית במעשים כפי שאלה מתגלים בפועל.¹⁴³ לפיכך, יש ללמוד על משמעות המעשה, על עמדת העושה ובהתאם על מידת האחריות הפלילית שבו, מתוך המעשה עצמו, באמצעות בחינתו בהקשר שבו בוצע. במקום להסתייע במדרג חומרה של מצבי תודעה, מציע Duff למשפט ליצור קטגוריות מובחנות של "עמדות מעשיות" (Practical Attitudes) שיורכבו ממעשים וממשמעותם הכוללת לפי הקשרם. לפי Duff, אדם עשוי להיחשב כפזיז לגבי ערך מוגן גם כשאינו נותן דעתו לאפשרות הפגיעה בו, משום שלעתים דווקא מי שנכשל במתן תשומת לב לסיכון ברור הגלום במעשיו – מגלה אותה מידה של "אדישות מעשית", כלשונו, כמי שנוטל במודע את הסיכון.¹⁴⁴ ההבדל בין רשלנות לפזיזות המגולמת בחוסר מודעות, מתבטא במידת חוסר ההתחשבות שבמעשה, קרי, בביטויים שונים של דרגות היעדר עניין: פזיזות היא ביטוי לאדישות גסה כלפי ענינו של האחר, ואילו רשלנות מבטאת דרגה פחותה של חוסר תשומת לב, והיא רחוקה יותר

¹⁴¹ S.H Pillsbury, *Crimes of Indifference*, 49 RUTGERS L. REV. 105,143 (1996).

¹⁴² Pillsbury, שם, טענתו נתמכת על ידי ממצאים מקובלים בשדה המחקר הפסיכולוגי, המצביעים על יכולת שליטה של האדם על רכישת מידע רלוונטי ועל שימוש בו. ניצה אייל **מסע אל הזיכרון** (1994) מדגימה כיצד ניתן לשלוט בריכוז ובתשומת הלב, על ידי הבאת דוגמת נהיגה "אוטומטית" המבוצעת אגב חשיבה על עניין אחר, שבסופה מגיע הנהג ליעדו ולאחר שציית לכללי הדרך, מבלי שזוכר קטעים מסוימים שעבר בדרך.

¹⁴³ DUFF, לעיל ה"ש 19, בעמ' 127–134.

¹⁴⁴ דוגמת "החתן השכחן" היא הדוגמה המפורסמת שנותן DUFF כדי להמחיש כיצד אי-מתן תשומת לב יכול להצביע יותר מכל על פזיזות: חתן השוכח את ערב חתונתו ובמקום להגיע לטקס הנישואין מבלה במסבאה עם חבריו לכאורה ייחשב, על פי תומכי הגישה הסובייקטיבית, לרשלן כלפי התחייבותו להגיע לטקס, שהרי שכחתו משמעה – חוסר מודעות. אולם דווקא דוגמה זו מלמדת כאלף מילים כיצד אי-מתן הרעת עשוי ללמד על פזיזות. שם, בעמ' 160.

מהסיכון.¹⁴⁵ מסקנותיו עשויות להלום את האינטואיציה המוסרית בשאלת שיפוטו הנורמטיבי של המבצע בצוותא בדוגמה שלעיל, הטוען כי בעת ביצוע האיננוס לא עמדה לנגד עיניו אפשרות חבלתה של הקרבן, מפני שלא הרהר בה כלל. לגישתו של Duff, דרגת אשמתו מקבילה למי שנוטל במודע את הסיכון, אף שבמונחי השיטה הקוגניטיבית נעדר הנאשם מודעות. שפירא-אטינגר מציעה ליישב את חוסר העקביות המושגית שנוצר עקב זיהוי קטגוריית מקרים נעדרי מודעות ככזו הראויה לחסות תחת תחום המחשבה הפלילית: על המשפט להכיר בכך שתודעה עשויה להתקיים ברמות שונות של ריכוז או עומק, שאז תיפתח הדרך להכרה באפשרות קיומה של "תודעה חלולה" או חלולה בחלקה, ומושג זה עשוי לתת מענה למקרים כאלה מבלי להיקלע לחוסר עקביות מושגית.¹⁴⁶ סיווג המצבים הנפשיים התואמים את מה שמכונה "חלל תודעתי" כמצבים של ידיעה חסרה מבחינת עומקה עשוי לחסוך מחלוקות המסווגות מצבי תודעה כאלה כרשלנות, וכך לייתר את הצורך להשתמש בכלל שדרוג אחריות פלילית.

ואולם יש גם היוצאים חוצץ נגד ניסיונות להטיל אחריות מוגברת (פרט לרשלנות) על מי שלא נתן דעתו לסיכון ברור וגלוי עקב אדישות או חוסר אכפתיות. המתנגדים לגישה זו מחזיקים בגישה סובייקטיבית. כזה הוא, למשל, Alexander, המתנגד להטלת כל סוג של אחריות בשל אי-מתן תשומת לב לסיכונים ברורים, וזאת, גם אם המעשה הבלתי מודע נובע ממחדל מודע קודם.¹⁴⁷ לדידו, ציווי להבחין בסיכון גלוי, הוא גזרה שאין הציבור יכול לעמוד בה, שהרי כל אחד מאתנו אינו נותן את הדעת לסיכון כזה או אחר, שחברו היה מבחין בו.¹⁴⁸ גישתו מאפשרת להטיל אחריות מוסרית ומשפטית רק על מי שמודע ממש לסיכון שהוא נוטל, ולפיה, המבצע בצוותא בדוגמה שלעיל אינו ראוי לשאת באחריות לעברה הנגררת של חבלה חמורה במודעות, וזאת, גם אם בחירתו לחבור לביצוע עברת אינוס בשותפות – בנסיבות היוצרות סיכון ברור לפגיעה בגופה של הקרבן – מגלה מתוכה אדישות מובהקת כלפי ערך מוגן זה. מגישתו נובע, כי אין להחיל כלל שדרוג האחריות על מי שנעדר מודעות סובייקטיבית לסיכון, גם במקרים שבהם היה נתון במצב של חלל תודעתי או מודעות

¹⁴⁵ שם, בעמ' 165. חידושו המעניין של DUFF הוא בהצעתו להפנות הזרקור לשאלה **מדוע** הנאשם לא עמד על הסיכון שכל אדם היה עומד עליו מיד, חרף היותו בעל כשירות מלאה לעמוד עליו. מקום שהסיבה היא התעלמות מאינטרסים של אחרים – לפנינו פזיזות ולא רשלנות. לעומת זאת, מי שאפשרות התממשות הסיכון נעלמה מעיניה לא מחמת אדישות לערך המוגן אלא מסיבות אחרות (כגון טיפשות, חוסר זהירות עקב פעולה בתנאים של קוצר זמן) צריכה להיחשב לכל היותר רשלנית (שם, בעמ' 162–166).

¹⁴⁶ שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 118, בעמ' 207.

¹⁴⁷ Larry Alexander, *Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability*, 88 CALIF. L. REV. 931, 950 (2000).

¹⁴⁸ שם, בעמ' 949.

שאיננה עמוקה.¹⁴⁹

2.1.3 מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת במצב של מודעות לסיכון כללי

מצב תודעה טיפוסי נוסף העשוי לאפיין מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת הנו מצב שבו עצם הסיכון הכללי להתפתחויות בלתי רצויות הכרוכות בשותפות הנו ידוע, אך לא נלווית לו שקלא וטריא, הכוללת החלטה מודעת לצעוד אל עבר הסיכון הקונקרטי המגולם בעברה הנגררת. מהי אפוא מידת אשמתו של מבצע בצוותא שאינו נותן דעתו לאפשרות ביצועה של עברה נגררת קונקרטית אך מודע באופן כללי לסיכון הכרוך באופייה של פעילות עבריינית רבת-משתתפים, שמטיבה מעצימה סיכונים? מצב תודעה מעין זה מעורר סימני שאלה באשר למידת הקונקרטיזציה של הסיכון שעל מבצע צוותא להיות מודע לו עם יציאתו להגשמת עברה בשותפות, בסיטואציה שבה מתבצעת עברה נגררת. במילים אחרות, **מתעוררת כאן שאלת מידת הרזולוציה הראויה של הפרטים שנדרש לזפות המבצע בצוותא על מנת לייחס לו אחריות לעברה קונקרטית נתונה.**

גישה אפשרית אחת היא לדחוק אל מחוץ לגדר המחשבה הפלילית, את כל המקרים שאינם ניחנים בהחלטה מודעת ושקולה ליטול את הסיכון הקונקרטי, נוכח העובדה כי אינם מקיימים את הפעילות המנטלית הנדרשת להתקיים כתנאי להטלת אחריות בגין עברה המשקפת פגיעה בערך מוגן ספציפי. מי שאינו מהרהר במשמעות הסיכון שהוא נוטל (אלא רק מודע לטיב הכללי של הסיכונים העלולים לנבוע מאופי הפעילות שהוא חובר אליה, ובענייננו, פעילות עבריינית בשותפות), יישפט כאילו היה רשלו, אם קיימת אחריות ברשלנות באותו תחום שיפוט. גישה זו נשענת על ההשקפה, כי תפקיד קביעת גדר החירות המוגבלת מחד, וקביעת גדר זכות הזולת המוגנת על ידי האיסור מנגד, נתון להגדרת יסודות העברה: משנקבעת בהגדרת העברה דרישה להוכחת מחשבה פלילית לאפשרות הפגיעה הקונקרטית ותרומה ישירה (ולו מינימלית) במישור העובדתי כתנאי להטלת אחריות פלילית על נאשם בגין אותה עברה – היא-היא משליכה על היקף הגנתו מפני נקיטת אמצעים של פגיעה בכבודו ושליטת חירותו. על פי השקפה זו, ההסדר במתכונתו מתעלם מהיקפה של ההגנה על אינטרס הזולת, ככזה המותנה בביטוי של נכונות לפגוע באינטרס המוגן *הספציפי* העומד בבסיס האיסור שבגיניו מואשם אדם. הבסיס להרחבת האחריות על פי ההסדר נשען על מודעותו *הכללית* של המבצע בצוותא לסיכון הכרוך

¹⁴⁹ גישתו של אלכסנדר חריגה, ולקבלתה נלווית השלכה מעשית: ההחמרה עם אנשים זהירים אל מול ההקלה עם נמהרים שאינם מעריכים סיכונים כראוי, עלולה להתיע מפני ההורו מוקדם בסיכונים – תוצאה בלתי רצויה מבחינת מדיניות משפטית.

בחבירתו לקבוצה המבצעת עברה מתוכננת. זאת, מבלי שהיה מודע לאפשרות הפגיעה הספציפית בערך המוגן המונח בבסיס העברה הנגררת. ניתן לטעון כי גם אם הגישה המוצעת אפשרית, אין למהר לאמצה ללא הנמקה המסבירה מדוע מידת האשמה של מי שאינו מודע כלל לסיכון דומה לזו של מי שמודע לסיכון הכללי אך אינו מהרהר במשמעותו הקונקרטית ואולי אף מאמץ לעצמו אמונה בלתי מבוססת כי הסיכון אינו קיים.¹⁵⁰ שפירא-אטינגר מטעימה, כי הוצאת חלק ניכר מהפעילות האנושית אל מחוץ לתחום העונשי או הגבלה לענישה קלה שאינה מלווה בהכתמה השמורה לעברות מחשבה פלילית – איננה עניין פשוט.¹⁵¹ להערכתה, זו הסיבה ששיטות משפט שונות מוצאות דרך להעניש על מצבים כאלה ביתר חומרה מאשר על רשלנות באותו מקום.

גישה אפשרית שנייה להתגבר על הקושי בהרשעת מי שאינו מודע לסיכון הקונקרטי שהוא נוטל אלא רק לסיכון הכללי הכרוך באופי פעילותו, היא לקבוע אחריות בשל תוצאות מסתברות מהסיכון שנלקח. לגישה זו, המחשבה הפלילית הדרושה להרשעה בעברה תהא רק מודעות לסיכון הכללי ולא לסיכון הקונקרטי לפי האירוע. למעשה, מדובר במעין כלל שדרוג אחריות שמשמעותו כי מי שמודע באופן כללי לאופי המסוכן של מעשיו יישפט כאילו היה מודע לסכנות קונקרטיות הנובעות מהם. כפי שראינו, חלק מהצידוקים הגמוליים לעיצובו של ההסדר הישראלי במתכונתו הקיימת נשענו על בסיס שכזה.¹⁵² גישה זו מספקת תשובה אפשרית לטענה שלעיל, שלפיה ההסדר במתכונתו, מתעלם מהיקף ההגנה על אינטרס הזולת, ככזה המותנה בביטוי של נכונות לפגוע בערך המוגן **הספציפי** העומד בבסיס האיסור שבגיניו מואשם אדם. התשובה טוענת כי טענה זו נכונה, ככל שמדובר על האיזון הראוי בהטלת אחריות על מבצע יחיד, אך בעברה המבוצעת בידי חבורה, מתווספים שיקולים מחמירים העשויים לבוא תחת שיקולים המצדיקים חיוב קיומה של מחשבה פלילית קונקרטית במצב של ביצוע בידי יחיד. אבהיר.

כשפלוני מבצע עברה לבדו, ניתן במקרים רבים להסיק מסקנות על מחשבתו הפלילית מתוך התנהגותו בסמוך לפני ביצוע העברה ובעת עשייתה. כך, למשל, אם א' מבצע שוד בנק ובמהלכו יורה כמה יריות שגורמות למות אחד הנוכחים בנק – לא קשה לתביעה להוכיח ולשופטים להשתכנע (בהיעדר נתונים מיוחדים) כי א' היה מודע לסכנה שמישהו עלול להיהרג עקב מעשיו, שכן נשיאת נשק וירי באולם סגור הנם מעשים מסוכנים, אשר סכנתם ידועה לכולי עלמא. המצב משתנה כשכמה אנשים חוברים יחד לביצוע שוד במשותף. עקב חלוקת התפקידים, המבצע בצוותא א'

¹⁵⁰ שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 267.

¹⁵¹ שם.

¹⁵² כך גם אפשר לראות את ההלכה הישראלית, שאפשרה טרם תיקון 39 להרשיע בהריגה את מי שצפה נזק חמור בעקבות מעשיו, גם אם לא העלה על דעתו אפשרות של מוות. ראו ע"פ 1/52 דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 456, 471 (1954).

לא בהכרח ידע בכל רגע נתון מה בדיוק עושים חבריו, המבצעים בצוותא האחרים. א' עלול שלא לדעת ברגע הקריטי כי ב' עומד לירות כמה יריות המסכנות חיי אדם. חלוקת התפקידים משפיעה גם על אופי המודעות ועושה אותה כללית יותר וקונקרטי פחות. מצב דברים זה עשוי להצדיק הגמשה במידת המסוימות הנדרשת להוכחה במסגרת שאלת הצפייה, וייתכן כי אין מנוס מלהרשיע את א' בדוגמה שלעיל באותה עברה של רצח תוך ביצוע עברה, אף אם ייתכן שהמחשבה הפלילית שלו במקרה זה פחותה ובלתי שלמה. אלא ש"פתיחת הרקמה" יוצרת סכנה שמא נכלול בה גם מקרים יותר גבוליים.¹⁵³ המורכבות בהקשר הנדון נובעת מכך שאין ברשותנו כלים מושגיים שיאפשרו לערוך הבחנה דקה ורגישה במישור ההרשעה. אחד הפתרונות שהחוק לעתים מאמץ במקרים כאלה הוא הותרת שיקול דעת גמיש לבית המשפט בשלב הענישה, פתרון המעורר כשלעצמו, כמוזכר לעיל,¹⁵⁴ ספקות. מכל מקום, הדוגמה לשיקולים ייחודיים המאפיינים ביצוע בשותפות ושעשויים לבוא תחת שיקולים המצדיקים חיוב קיומה של מחשבה פלילית קונקרטית בסיטואציה של ביצוע בידי יחיד מקימה בסיס לטענה, כי האשמה המוסרית בשני המקרים דומה: במקרה של ביצוע בידי יחיד – בגין מודעות המבצע לפגיעה בערך המוגן הספציפי שבבסיס העברה; במקרה של ביצוע קבוצתי – בגין מודעותו הכללית של המבצע בצוותא לסיכון הכרוך בחבירתו הרצונית והמודעת לקבוצה המבצעת את העברה העיקרית בנסיבות מיוחדות הידועות לו (נתון שממילא מרכז את כלליות המודעות ומשונה לה אופי קונקרטי יותר). ואם כך, הרי שאין בהסדר משום פגיעה בלתי מידתית בזכויות החוקתיות של המבצע בצוותא.

ואולם נשאלת השאלה אם אמנם גישה זו איננה מפריזה בהערכת דרגת האשם

¹⁵³ דוגמה אקטואלית למקרה גבולי כזה, שבו התעוררה מידת המסוימות הנדרשת להוכחה במסגרת שאלת הצפייה של מבצע בצוותא את אפשרות ביצוע העברה הנגררת מצויה בתפ"ח (מחוזי חיפה) 4006/07 **מדינת ישראל נ' זידאן**, תק-מח (3)08 3948 (2008) (להלן: פרשת **זידאן**) שניתן לאחורונה. במקרה זה, חרג מבצע מהתכנון ורצח בדקירות סכין, אגב ביצוע עברה מתוכננת של הצתת רכב, את אביו של בעל הרכב שהופיע במפתיע. במהלך השחזור במשטרה פלט המבצע בצוותא של עברת ההצתה, כי ידוע לכול ששותפו-המבצע הוא "משוגע", המסתובב עם סכינים, וכי הוא מחזיק תמיד סכין ברכבו. כשנשאל, בתגובה, אם צפה כי העניינים עלולים להתפתח כמתואר, כשהחליט לפנות לשותפו ולהזמין להצטרף לביצוע ההצתה בידוע כי הוא נושא עמו תמיד סכין, השיב בשלילה, בנימוק כי באותו יום הגיעו השניים שלא עם רכבו של השותף. במסגרת התיק התעוררו, בין היתר, השאלות: האם מספיקה ידיעתו הכללית של מבצע בצוותא לעברת הצתה, כי שותפו-המבצע נוהג לשאת עמו סכין ככלל, על מנת להרשיעו ברצח על פי ס' 300(א)(3) או 300(א)(2) בצירוף ס' 34א(1) לחוק העונשין; האם ניתן להסתמך על אמירה כללית שלפיה ידוע לכול כי השותף הנו טיפוס בעייתי המסתובב בדרך כלל עם סכין, כדי להסיק קיומה של מודעות ככוח במידת המסוימות המספיקה להרשעה ברצח. תורה לחברי, השופט יריב נבון, שהפנה תשומת לבי לשאלות שהתעוררו במסגרת ניהול תיק זה. ראו הטקסט בפרק ד' (1) לחיבור זה.

הגלומה בפעולה במצב תודעה שכזה עד כדי ייחוס אחריות לעברה נגררת קונקרטיית, העשויה להשתנות בין מקרה אחד למקרה אחר! חשוב לזכור, כי גם אם במציאות, מקרה שכיח החוסה תחת דוקטרינת האחריות הנגררת הוא המקרה הטיפוסי של המתה אגב ביצוע שוד המלווה בנשיאת נשק, אין הדוקטרינה מתייחדת למקרה זה בלבד – היא מתפרשת וחלה על כל מקרה של ביצוע עברה שונה או נוספת אגב ביצוע עברה מתוכננת (בהתקיים יתר תנאי ההסדר), ומכאן שהעברה הנגררת עשויה להיות במקרה אחד דומה בחומרתה לעברה המתוכננת, אך במקרה אחר – שונה לחלוטין. ייתכן שלמידת השונות או הדימיון בין העברה הנגררת למתוכננת קיימת נפקות, בהקשר זה. ככל שהעברות "דומות" בחומרתן ובמהותן, דהיינו ניתנות לסיווג תחת קבוצה אחת של עברות (למשל: עברות הפוגעות בגופו של אדם; עברות רכוש; עברות הפוגעות בסדרי המשטר והחברה וכיו"ב) ייתכן שמידת ההקפדה על רזולוציה גבוהה של דיוק ושל מסוימות בצפיית פרטי העברה הנגררת הקונקרטיית – פחות משמעותית מאשר במקרים שבהם שתי העברות שונות במהותן (ובמיוחד כשהעברה הנגררת חמורה יותר מהמתוכננת).¹⁵⁵ הסבר אפשרי לכך נשען על הנחה שלפיה מידת האנטי-חברתיות כלפי הערך המוגן החוסה תחת העברה הנגררת באה לידי ביטוי בעצם הנכונות לבצע את העברה המתוכננת בשותפות, באותם מקרים שבהם שתי העברות מגנות על ערכים דומים. מתקבל על הדעת כי אדם שמוכן לבצע בשותפות עברת גנבה מתוכננת (עברת רכוש), מגלה בנכונותו זו, במידה רבה של הסתברות, הסכמה לפגוע בערך המוגן העומד בבסיס עברת ההיזק לרכוש, בסיטואציה שבה נאלץ שותפו אגב ביצוע הגנבה, לבצע עברה נוספת של היזק לרכוש, נוכח נסיבות בלתי צפויות שמקשות על מימוש הגנבה בלא גרימת נזק לכנס אחר בזירה. קווי הדמיון בין שתי העברות והיותן מגנות על ערכים מ"משפחה" אחת עשויים להצדיק הסתפקות בצפייה כללית יותר של המבצע בצוותא לשם הטלת אחריות לביצוע עברת ההיזק לרכוש, גם מבלי לדרוש צפייה קונקרטיית של עברה זו בדיוק. שונה המצב בסיטואציה שבה אדם חובר לאחר כדי לבצע עברת רכוש קלה יחסית (כדוגמת פריצה לרכב, עברה שעונשה בחוק הישראלי 3 שנים), ואגב ביצועה (בעת שהפורצים עסוקים בשבירת מנעולי הרכב) מתקרב למקום בעל הרכב ואחד המבצעים מסתער עליו בבהלה, הולם בו בחוזקה וגורם למותו. הערכים המוגנים החוסים תחת כל אחת משתי העברות – הזכות לקניין ולפרטיות המוגנים באמצעות האיסור על פריצה לרכב; לעומת ערך חיי אדם המוגן באמצעות עברות ההמתה – שונים במהותם, במשקלם ובחשיבותם, ומכאן שנכונות לפגוע בערך הקל מביניהם אינה מלמדת בהכרח על נכונות לפגוע בערך החמור מבין השניים.¹⁵⁶

¹⁵⁵ ראו, למשל, עובדות פרשת זידאן, לעיל ה"ש 153.

¹⁵⁶ השוו: Sanford H. Kadish, *Reckless Complicity*, 87 J. CRIM. L. & CRIMINOL 369, 376 (1997).

אמנם ייתכן כי ככל שהפעל בין הערכים המוגנים החוסים תחת שתי העברות – המתוכננת והנגררת – הוא משמעותי נוכח השוני במהות ובחומרה של שתייהן, כך ממילא שאלת הצפיות האובייקטיביות של העברה הנגררת (קרי: האם אדם מן היישוב יכול היה לצפות את אפשרות ביצועה) תהא מוטלת בספק בנסיבות העניין. אולם באותם מקרים שבהם יסתמן כי ניתן היה לצפות בנסיבות ביצוע העברה המתוכננת את הסטייה, סביר לומר בהכללה כי ככל שהערכים המוגנים העומדים בבסיס שתי העברות נבדלים בחומרתם כך שהנגררת חמורה משמעותית מהמתוכננת – כך יהיה מוצדק יותר להקפיד במידת הקונקרטיזציה של צפיית העברה הנגררת לשם הטלת האחריות על המבצע בצוואת לביצועה. במקרים אחרונים אלה, ספק אם מודעות לסיכון הכללי הכרוך בטיב הביצוע המשותף מקימה הצדקה ראויה ומספיקה להטלת אחריות לעברה נגררת חמורה יותר, בלא מודעות קונקרטית לטיבה המסוים ולפרטיה.¹⁵⁷

הקושי שבהבחנה החדה בין מודעות לסכנה כללית לבין מודעות לסיכון קונקרטי מעורר צורך לחשוב על פתרון ביניים. ניתן להציע, למשל, כ"פתרון של פשרה" – בהשראת הרעיון שהוזכר בפסק דין בארי¹⁵⁸ אך לא פותח שם – ליצור דרגת ביניים של מסוימות הצפייה הנדרשת על מנת להטיל על מבצע בצוואת שהיה מודע לסיכון כללי אחריות לעברה נגררת שלא הייתה לו מודעות קונקרטית לאפשרות ביצועה.

¹⁵⁷ הדילמה בדבר הרזולוציה הנדרשת לצפייה התעוררה בפסיקה בעניין אחר, אך היא מעוררת לבטים דומים הרלוונטיים לענייננו. בע"פ 426/67 בארי נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(1) 477 (1968) נדונה שאלת הספציפיות של המחשבה הפלילית הנדרשת להרשעת צד כמסייע לעברה. באותה פרשה, מסר פלוני את מכונתו לאלמוני בידיעה כי אלמוני עומד לעשות בה שימוש בלתי כשר. עם זאת, לא היו ראיות שהצביעו על מודעותו של פלוני לכוונה להסתייע ברכב לביצוע שוד דווקא. בית המשפט נדרש להכריע אם ניתן להרשיעו כמסייע לעברה הספציפית של שוד. השופט לנדוי מדגיש כי המחשבה הפלילית הנדרשת להוכחה בדבר היותו של צד מסייע צריכה להיות ככלל מכוונת לאותה עברה שבוצעה ולא לעברה "כלשהי" (שם, בעמ' 481–482). השאלה היא מהו הדין כשמעשה הסיוע הוא בהספקת מכשיר הדרוש לביצוע העברה. השופט מזכיר פסק דין של בית המשפט לערעורים פליליים באנגליה R. v. Bainbridge, [1960] 1 QB 129 שבו מעשה הסיוע היה בקניית ציוד פריצה, ובית המשפט גרס שם, ש"די היה להוכיח נגד המערער שהוא קנה את הציוד לשם מתן סיוע לעבירה מאותו סוג שבוצעה לבסוף, ולא דווקא אותה עבירה ממש". לנדוי מצטרף לדעה זו, אך מסייגה "לפחות לגבי אותם מקרים, בהם משאיר המסייע "שיקול דעת" לעבריו העיקרי, לבחירת שעת הכושר ומקום הכושר להגשמת הכוונה הפלילית המשותפת לשניהם" (שם). באנלוגיה לענייננו, בסיטואציה של ביצוע עברה נגררת לא ניתן לדבר על "השארית שיקול דעת" מצד מבצע בצוואת לשותפו המבצע, לבצע עברה נגררת ככל שיעלה על דעתו, שהרי זו איננה בגדר הגשמת הכוונה הפלילית המשותפת, נהפוך הוא; היא חורגת מהתכנון. לפיכך, אותו היגיון שהנחה את השופט להסכים כי די בהוכחת מודעות המסייע לשוגר העברה שבוצעה לבסוף – ולא דווקא לאותה עברה ממש – לא יעמוד בהכרח במקרה של עברה נגררת.

שאלה מעניינת היא מהם הקריטריונים ליצירת דרגת ביניים זו. האם ראוי להסתפק, למשל, במודעות לאפשרות ביצועה של עברה מ"סוג" מסוים? מהו "סוג", בהקשר זה? על בסיס אילו שיקולים ראוי לסווג את העברות השונות ל"משפחות"?¹⁵⁹ דרך אחת היא להכיר בסיווג העברות לפי אופי הערכים המוגנים החוסים בצלן. דרך שנייה היא לסווג את העברות לפי חומרת העונש הקבוע בצדן (תוך הכרה כי תחת קטגוריה אחת ידורו עברות השונות במהותן מבחינת הערך המוגן החוסה בצלן). דרך שלישית מאמצת קריטריון המבוסס על הדמיון בין התוצאות או הנזקים שנגרמו בפועל (Harm-Based Criterion); ולעומתה, דרך רביעית נשענת על סיווג העברות ל"משפחות" על בסיס קריטריון המזהה את הדימיון בין המעשים שביצע הנאשם (Action-Based Criterion). שאלות אלה מצריכות לתת את הדעת גם לשאלה אם ראוי לכוון הסדר אחד ויחיד, שיחול בכל המקרים (הן כששתי העברות דומות בחומרתן או במהותן; והן כשהן שונות); או שמא ראוי לכוון הסדרים נפרדים, שיובחנו במידת רזולוציית הצפייה שניתן יהיה להסתפק בה במקרה שבו העברה הנגררת היא מאותו ה"סוג" של העברה המתוכננת (שאז תספיק צפייה כללית יותר של סיכון); אל מול מקרה שבו העברה הנגררת חמורה משמעותית מהעברה המתוכננת (שאז לא תספיק מודעות כללית לסיכון, בלא מודעות קונקרטית לאפשרות ביצוע העברה הנגררת המסוימת).

כשלעצמי, דומני כי גישה גורפת הדוגלת בהטלת אחריות, בכל המקרים, על מי שהיה מודע לסיכון הכללי אך לא לאפשרות הפגיעה הקונקרטית, כך שיישא בה בהיקף זהה לזה שמוטל על מבצע בצוותא שהיה מודע לסכנה הקונקרטית – היא גישה מופרזת שחורגת מההתאמה המידתית הראויה בין דרגת האשמה של הפועל במצב תודעה זה לבין היקף האחריות המוטלת עליו, על פי גישה זו. אמנם אני סבורה כי דרגת האשמה הטבועה במבצע בצוותא המצוי במצב תודעה שכזה גבוהה מדרגת האשמה הגלומה ברשלן. עם זאת, אין זה ראוי בעיניי למקם את המקרים הללו כולם (בלא הבחנה בשאלת הדמיון או הקרבה מבחינת מהות או חומרה בין העברה המתוכננת לנגררת) בקטגוריית אשם אחת עם מי שהיה מודע ברמת רזולוציה גבוהה לאפשרות ביצוע העברה הנגררת הקונקרטית, באמצעות הכפפתם של המקרים הללו לכלל שדרוג האחריות הפלילית. Ferzan סבורה כי הגישה המציעה להטיל אחריות בשל תוצאות מסתברות מהסיכון שנלקח על מי שמודע לסיכון כללי היא פסולה, בלתי הוגנת ואינה מתאימה באופן מידתי את דרגת האשם לטיב המצב המנטלי של העושה.¹⁶⁰ שפירא-אטינגר מוסיפה, כי קשה להצדיק במונחים דאונטולוגיים את

¹⁵⁹ לדיון בשאלה זו, ראו: John Gardner, *On The General Part of the Criminal Law, in* PHILOSOPHY AND THE CRIMINAL LAW: PRINCIPLE AND CRITIQUE 205, 247–249 (Antony Duff ed., 1998).

¹⁶⁰ Kimberly K. Ferzan, *Opaque Recklessness*, 91 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 597, 604–605 (2001).

השוואת דרגת האשם המוצעת לפי גישה זו, גם אם אפשר לתת הסבר מטעמים של הרתעה ויעילות.¹⁶¹ כפי שהיא מצביעה, אפשר לומר ככלל, כי "ככל ששיטת המשפט נוטה להדרגת הפן הסובייקטיבי של האחריות הפלילית – כך יקשה עליה לקבל שדרוג אחריות של מי שמודע רק לאופי המסוכן של מעשיו – לכל התוצאות המסתברות מהסיכון שלקח בפועל, הגם שלא נצפו על-ידו".¹⁶²

2.1.4 מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת במצב של רשלנות
"טהורה"

לאור השיפוט הנורמטיבי של מצבי התודעה החסרים שנדונו לעיל, נפנה לבחון, מנקודת מבט השוואתית, את דרגת האשמה הגלומה במבצע בצוותא שפעל ברשלנות כלפי אפשרות ביצוע העברה הנגררת, דהיינו, במצב של חוסר מודעות שאינו נובע מחוסר אכפתיות אלא מאי-הערכה נכונה וזהירה של סיכונים (להלן אכנה מצב תודעה זה: "רשלנות" או "רשלנות טהורה").

אקדים לציין, כי הספרות המשפטית בארץ ובעולם משופעת בכתיבה על אודות המחלוקת ההיולית בשאלה אם רשלנות ראויה להוות מבחינה מוסרית בסיס לאחריות פלילית, בהיותה בת אשמה.¹⁶³ דיוני כאן פוסח על מחלוקת זו ונשען על הכרה בקיומה של אשמה ברשלנות המצדיקה הטלת אחריות פלילית. לב הדיון נעוץ בהערכת חומרת האשמה שברשלנות ומידתה, ביחס למצבי תודעה פליליים אחרים ובסיטואציות של ביצוע עברה נגררת, ולפיכך חשוב להבהיר, כי בחינת חוקתיות ההסדר אינה מתבססת על תקיפת הרשלנות כשלעצמה כיסוד נפשי הקבוע בו, כתנאי להטלת אחריות בפלילים. הדיון הביקורתי מכוון לבחינת נאותות היקף האחריות המיוחסת למבצע בצוותא הרשלן שנקלע לסיטואציה של עברה נגררת, לאור דרגת האשם הגלומה בו בהשוואה לאבות הטיפוס שנדונו לעיל. השוואה זו תסייע לגבש

161 שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 268.

162 שם.

163 מבין שלל המקורות האינסופי, ראו, למשל המחלוקת שהתעוררה בנושא במסגרת סימפוזיון על אחריות פלילית, שנערך לאחרונה: Claire Finkelstein, *Responsibility for Unintended Consequences*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 579 (2005); A. P. Simester, *Responsibility for Inadvertent Acts*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 601 (2005). להרחבה על יסוד האשמה שברשלנות, לסקירת הגישות התאוריות המכוונות להסביר כיצד אפשר להטיל אחריות על מי שאינו נוטל סיכון במודע ולפיתוח דיון ביקורתי בהן, ראו אור, לעיל ה"ש 117, בעמ' 23–182; קוגלר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 129; Jerome Hall, *Negligent Behavior Should be Excluded from Penal Liability*, 63 COLUM. L. REV. 632, 652 (1963); George P. Fletcher, *A Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis*, 119 U. PA. L. REV. 401 (1971); H.L.A Hart, *Negligence Mens Rea and Crime Responsibility*, in OXFORD . ESSAYS IN JURISPRUDENCE 39, 44–45 (1961).

מסקנה בשאלת השקילות המוסרית בין אבות הטיפוס השונים – ולזו השלכה על זיהוי מצב התודעה הראוי לחסות תחת כלל שדרוג האחריות הקבוע בהסדר, וממילא על שאלת מידתיות הוראותיו כפי שמתפרשות בדין המצוי.

ובכן, מיהו הרשֵׁלן הטהור, ובמה הוא מתייחד מהפועל במצבי תודעה חסרים אחרים? הספרות מתארת את הרשֵׁלן הטהור כמי שנכשל באורח בלתי סביר בהשגת מידע, בהסקת מסקנות או ביישומן, מקום שיכול היה להיות מודע לסיכונים, אילו אימץ עד תום את הפוטנציאל התודעתי שלו.¹⁶⁴ Hart תולה את אשמת הרשֵׁלן בכישלונו להפעיל כישוריו השכליים כדי להעריך סכנות בטרם פעולה, מקום שיש לו הזדמנות הוגנת להפעילם.¹⁶⁵ אי-הפעלת החשיבה נעשה בשלב הכניסה למצב הרשלנות, כשאדם מתעלם מעובדות המחייבות אותו לבדיקה מעמיקה יותר, בטרם יפעל. מדובר אפוא על מצב נפשי של אי-למידת מצב והוא מכונן אשמה מוסרית. מבצע בצוותא רשֵׁלן הפועל בנסיבות סעיף 34א עשוי להתאים לאפיון זה, כמי שהכניס עצמו ביוזמתו למצב מסוכן של ביצוע פעילות עבריינית בשותפות, תוך שנכשל באורח בלתי סביר להבחין בסיכונים הקונקרטיים הנשקפים מחבירה להרפתקה פלילית מהסוג שאליה החליט לחבור.

ודוק; מהו ההבדל במידת האשמה המוסרית בין הרשֵׁלן לפזיז? הפזיז הוא מי שלא הקדיש תשומת לב מספיקה לפגיעה אפשרית בקרבן, אף שהיה ברשותו מידע על אודותיה. הרשֵׁלן לעתים קרובות לא השכיל להשיג פרט מידע רלוונטי שניתן היה להשיג בקלות, ואילו הפזיז החזיק במידע זה ולא עשה בו די שימוש במסגרת הפעלת שיקול דעתו.¹⁶⁶ אשמתו של הרשֵׁלן איננה מבטאת, על כן, עמדה ערכית סובייקטיבית, אלא כישלון באורח סביר להשיג מידע, להסיק מסקנות ולהעריך סיכונים; לעומת זאת, אשמתו של קל הדעת נעוצה בעמדתו הפרטית בנוגע לערך המוגן, שהביאה לכך שאותו ערך לא מילא את התפקיד הראוי במסגרת שיקוליו.¹⁶⁷ הרשֵׁלן, לפי טענה זו, אינו יודע שיש סכנה, ולפיכך אינו מגלה נכונות לפגוע באינטרסים של אחרים.¹⁶⁸ הסבר מרכזי לביסוס העמדה כי מידת האנטי-חברתיות של הרשֵׁלן הטהור פחותה מזו של הפועל במצב של מודעות חלקית נעוץ בכך שבתחום הרשלנות נובעת האשמה מאי-הפעלת הכשירות השכלית להימנע מלפעול, ולפיכך מדובר בדרישה מחמירה יותר כלפי האזרח. משמעותה המעשית היא ציפייה מהאזרח לבדוק את הנעשה סביבו תוך זהירות יתר – דרישה מכבידה ביחס לזו המוטלת על הפועל במצב של מודעות חלקית, בהיותו ער במידה זו או אחרת לסכנה.¹⁶⁹ אי לכך,

164 ראו: קרמניצר "על הרשלנות בפלילים", לעיל ה"ש 111, בעמ' 90.

165 HERBERT L. ADOLPHUS HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY 152 (1968).

166 שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 298.

167 שם.

168 השוו: אזר, לעיל ה"ש 117, בעמ' 57.

169 קרמניצר "על הרשלנות בפלילים", לעיל ה"ש 111, בעמ' 72.

קוראים מלומדים להטיל סייגים בדרכה של המדינה להרשיע בגין רשלנות.¹⁷⁰ רצינול זה מצדיק להגביל את הרחבת גבולות האחריות המיוחסת לרשולן להיקף צר מזה המיוחס לפועל במודעות חלקית.

ומה בין הרשולן הטהור לבין מי שלא הקדיש כל מחשבה לשאלת קיומו של סיכון ברור שעמד לנגד עיניו עקב אי-אכפתיות כלפיו? חסידי הגישה הקוגניטיבית- הבינרית יסווגו את שני סוגי הטיפוסים תחת קטגוריה אחת: "נעדרי המודעות". בשיטה הקיימת, אי-ההכרה בהתפלגות פנימית של המצבים נעדרי התודעה לזהויות נבדלות מבחינה מהותית אינו מאפשר ליצור הבחנה מושגית רגישה בין מצבי תודעה אלה.¹⁷¹ גישות הכופרות בהנחת המוצא הקשיחה של התורה הקוגניטיבית- הבינרית, עשויות לסייע בנקודה זו. המשותף להן הוא השימוש בהבחנות רגישות בין מצבי תודעה, שאינן נסמכות על פרמטר הידיעה או שאינן משוות לו ממד דיכוטומי, ובכך מאפשרות להצביע על הבדלי אשמה במישור הנפשי בין הרשולן לפועל במצב של חלל תודעתי. גישה אחת היא זו הקוראת לדרג את הרשלנות במונח הנפשי על פי מידת אי-תשומת הלב הניתנת לסימני האזהרה.¹⁷² גישה אחרת שהוזכרה היא גישתו של Duff, המתנערת מעקרונות השיטה הקיימת ומאפשרת לייחד לפועל במצב של חלל תודעתי קטגוריה מושגית נבדלת מזו של הרשולן, עד כדי הכפפתו למושג המשפטי של "פזיזות", ועקב כך השוואת דרגת אשמתו, במקרים מסוימים, לזו של הפועל במודעות. העובדות שבהן מתחשבת גישה זו, על מנת להעריך את הדופי המוסרי הגלום בפעולה, רחבות ונוספות על הידיעה לבדה. איתור יחס נפשי לא אכפתי, השונה נורמטיבית מיחס רשלני טהור, אפשרי לגישה זו, בהתחשב בנתוני המקרה, בנתוני האישיים של הנאשם ובהסברו למעשהו. הסבר כזה עשוי לחשוף עובדות שילמדו על היקף גישתו האנטי- חברתית לערך המוגן (לדוגמה: האם פגע בקרבן עקב היקלעות למצב חירום או פגע בקרבן עקב זלזול). כך מתאפשרת הטלת אחריות פלילית ברמה נאותה על מי שנושא באשמה מוסרית גדולה מרשלנות טהורה, ושלפי הגישה המסורתית היה משתחרר ממנה.

יישום הגישות הללו בענייננו יסייע להבחין בין דרגת האשם של מבצע בצוותא רשולן הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת לבין זה המצוי במצב של תודעה חלולה. הדוגמה הבאה תמחיש יישום זה: זוג נערים שובב זומם בצוותא לגנוב ציוד ספורט ממחסן הממוקם בחצר של מתנ"ס. לאחר לבטים, בוחרים הנערים להגשים את

¹⁷⁰ קרמניצר, שם; אזר, לעיל ה"ש 117, בעמ' 77.

¹⁷¹ פלר סבור כי רשלנות כיסוד נפשי איננה ניתנת לדירוג של קטגוריות מובחנות מבחינה מהותית (לעיל ה"ש 16, בעמ' 634-635). המלומד טרנר, המצוטט במאמרו של Hart, לעיל ה"ש 163, בעמ' 41, גורס כי הרשלנות אינה ניתנת לדירוג כלל, שהרי לא ניתן לדרג את ה"אין".

¹⁷² ראו: אזר, לעיל ה"ש 117, בעמ' 61; רות קנאי, "רשלנות כבסיס לאחריות פלילית: האם חל שינוי בעקבות תיקון 39?" **מגמות בפלילים – עשור לתיקון 39 לחוק העונשין** 19 (עתידי להתפרסם ב-2009).

המזימה בשעות אחר הצהריים, מתוך תקווה כי הסתייעות באור תקל עליהם, אף שהם יודעים שבשעות אלה מתקיימת פעילות במתנ"ס, לרבות חוגי ספורט המנוהלים על ידי מדריך. שניהם מסכימים כי "אסור להיתפס", וכדי להקטין את הסתברות ההיתפסות הם מקדישים מחשבה לבחירת הדרך היעילה לביצוע הגנבה. ביום הרלוונטי יוצאים השניים להגשמת התכנית. לאחר המתנה לרגע שבו השטח "נקי", הם שוברים את ידית הדלת, נוטלים עמם את הציוד ועומדים לחמוק החוצה. בדרכם החוצה מבחין אחד מהם במדריך הספורט שמתקרב למחסן. המדריך, שמתעשת ומבין מיד מה אירע, רץ לעבר השניים וקורא להם לעצור. הנערים אינם מספיקים להחליף ביניהם מילה או מבט: נער אחד פותח במנוסה ונמלט בריצה מהמקום כשבידו שק מלא ברכוש גנוב. השני, שכבר נמצא קרוב למדריך, מתקדם לעברו, בועט בבטנו, מפילו ונמלט אף הוא, כשבידו שק נוסף של רכוש גנוב. עקב הבעיטה בכטן והנפילה נגרם למדריך שטף דם חמור באיברים פנימיים. בדוגמה שלפנינו יישאו השניים באחריות לעברות התפרצות וגנבה כמבצעים בצוותא. הנער התוקף יישא באחריות לעברה של חבלה כוונה מחמירה או למצער, חבלה חמורה (להלן: "העברה הנגררת"). השאלה היא מה חלקו של הנער האחר (להלן: "המבצע בצוותא") בביצוע העברה הנגררת? כיצד נדע לאבחן את מצב תודעתו (רשלנות טהור או "תודעה חלולה") כלפי אפשרות ביצועה? בנסיבות המקרה אפשרות ההיתקלות באדם בלתי קרוי, ובפרט במדריך שנוכח באותה העת באזור, הייתה ידועה לשניים. הם אף הסכימו כי "אסור להיתפס", משמע – עליהם להתאמץ ולבחור בדרכים שתמנענה היתפסותם, במהלך הביצוע ולאחריו. דווקא על רקע נתונים אלה, נדמה כי פנייה לקבלת הסבר מפיו של המבצע בצוותא, מדוע לא עמד על הסיכון לפגיעה בגופו של אדם נוכח סימני האזהרה הללו, עשויה לסייע באפיון מצב תודעתו ובהערכת אשמתו. כך, למשל, הסברו כי התכוון לגנוב, אך לא העלה בדעתו פגיעה חמורה בזולת – עשוי לשלול אדישות לגורל הקרבן (בהנחה שגרסתו אמינה). ייתכן שמדובר מבחינתו בתאונה, אמנם תוך ביצוע עברה, אך לא עקב התעלמות אדישה משלום הקרבן.¹⁷³ הקשרן הכולל של הנסיבות, לרבות גיל הנאשמים ונסיבות מעשה העברה המתוכננת ומטרותיה עשוי ללמד אף הוא על היקף גישתו האנטי-חברתית של המבצע בצוותא לערך המוגן על ידי העברה הנגררת (שלומו ובריאותו של אדם). תחום הרשלנות עוסק באנשים הנוהגים בחוסר זהירות או בטיפשות ואינם נוהגים אמצעי זהירות נדרשים כנגד סכנה בלתי סבירה, אך לא משום שלא אכפת להם שאחרים ייפגעו; לעומת זאת, הפזיזות (לרבות מצבי תודעה הנתפסים שקולים לה בדרגת האשמה, כמו "חלל תודעתי") עוסקת בעבריינים המתנכרים לערכי החברה ומגלים מידה גבוהה של אגואיסטיות.¹⁷⁴ מבצע בצוותא הרשלן לאפשרות ביצוע

¹⁷³ השוו לדוגמה שנותן אזר, לעיל ה"ש 117, בעמ' 174.

¹⁷⁴ שם, בעמ' 100.

העברה הנגררת, הוא מי שהסתבך בתאונה (תוך ביצוע עברה קלה יותר, קרי, תוך נכונות לפגוע בערך פחות בחשיבותו) עקב חוסר תשומת לב ואי-עמידה על סימני אזהרה מחמת חלוקת קשב לא נכונה.

ניתן לטעון, כי המאפיינים הייחודיים של הרשלן הפועל במסגרת סעיף 34 משווים לו דרגת אשמה חמורה יותר ממי שמבצע עברה ברשלנות כשהוא פועל לבד. אמנם שני הרשלנים – המבצע בצוותא הרשלן לאפשרות ביצוע עברה נגררת ומי שמבצע לבדו עברה ברשלנות – מודעים לקיום הנסיבות המלמדות על סכנת התרחשות הנזק: המבצע בצוותא מודע לנסיבות המלמדות על סכנת העברה הנגררת, אך נכשל מלבצע את הקישור המתבקש בין קיומן לבין אפשרות גרימת העברה הנגררת. הרשלן המבצע עברה ביחידות, מודע אף הוא לנסיבות המלמדות על אפשרות גרימת הנזק הנובע ממעשיו. עם זאת, האינדיקציות שיש לנו על אודות אופיו האנטי-חברתי של המבצע בצוותא הפועל ברשלנות הן חזקות ומבוססות מן האינדיקציות שיש על הרשלן המבצע עברה ביחידות, הואיל והראשון הוא מי שחבר לפעילות עבריינית בשותפות, ובהר לבצע **ביודעין** עברה מתוכננת. מדובר אפוא באדם שבחר במודע להצטרף להרפתקה פלילית, הגם שלא צפה את הסתבכותה בעברה הנגררת. ניתן לטעון כי בחירתו זו מלמדת, כשלעצמה, על פגם שמתגלה באופיו, ועל נטייתו להתנכר לערכים חברתיים מוגנים. לעומתו, רשלן טהור המבצע עברה ברשלנות כשהוא פועל לבד, לא רקם תכניות פליליות ולא שקל ליטול חלק בפעילות עבריינית. ענייננו באותו נהג רשלן שגרם למוות בתאונת דרכים קטלנית או באותה מורה שיצאה עם תלמידיה לשיט סירות בכינרת ותרמה, על ידי אי-נקיטת אמצעי זהירות מתאימים, למותה של אחת התלמידות שקפצה למים וטבעה. במקרים רבים מדובר באנשים הנתפסים כ"נורמטיביים", בלא רקע עברייני קודם. פגישתם עם החוק והסתבכותם בעברת רשלנות עשויה להיות פרי "תאונה" איומה ולנבוע ממקרייות ומחוסר מזל.¹⁷⁵ יתרה מזאת, ניתן להדוף את הטענה הגורסת כי ראוי להחמיר דווקא עם הרשלן המבצע עברה לבדו, כיוון שראוי לדרוש מאדם להיות מודע יותר לסיכונים הנובעים ממעשיו-הוא מאשר לאלה הנובעים ממעשיו של אחר, בטענה נגדית, שלפיה אולי ראוי להבחין דווקא במישור הנורמטיבי בין יצירת מצב מסוכן בתנאים שבהם לאדם יש שליטה על כיוון ההתפתחויות, לבין יצירת סכנה במצב שבו אדם מאבד את יכולת ההשפעה העיקרית על ההתפתחויות – מצב

¹⁷⁵ אמנם במקרה של ביצוע עברה בידי יחיד, תרומתו הישירה של הרשלן לביצוע היסוד העובדתי של העברה היא מלאה, ואילו תרומתו הישירה של מבצע בצוותא לביצוע היסוד העובדתי של העברה הנגררת היא אפסית, אך ברור כי שאלת מידת התרומה לביצוע היסוד העובדתי אינה יכולה לבסס לבדה אשמה מוסרית מספקת, ולפיכך טיעון זה אינו יוצר "איזון" בפערי החומרה שנדרמים בין המצבים של ביצוע ברשלנות בידי יחיד לעומת ביצוע בצוותא של עברה נגררת ברשלנות. אין בעניינים שבמישור העובדתי כדי לפצות על היעדר אשמה, גם אם רכיבי היסוד העובדתי התקיימו במלואם ובאופן בלעדי על ידי הנאשם.

המאפיין ביצוע רב-משתתפים. נימוקים אלה מחזקים את הטעון שלפיו האשמה המוסרית המייחדת את מבצע בצוותא רשולן בנסיבות 34א היא חמורה מזו המאפיינת רשולן טהור הפועל ביחידות.

דא עקא, שטיעון זה מעורר קושי. ראשית, שאלת ההצדקה להרשיע אדם ולהענישו בגין אופי רע נתונה במחלוקת. רבים מתנגדים לביסוס הצדק הטלת האחריות ברשלנות על אופיו הרע של הפועל, כפי שמתגלה במעשיו. טענה זו מתחזקת ביתר שאת כשמדובר על האופי הרע של הפועל, כפי שמתגלה במעשים **אחרים** שהוא ביצע, שלא במסגרת העברה המיוחסת לו ברשלנות. הניסיון להצדיק קיומה של אשמה מוגברת אצל מבצע בצוותא הרשולן לאפשרות ביצועה של עברה נגררת, על סמך השתתפותו בביצוע עברה מתוכננת (בטענה כי השתתפות זו מלמדת על אנטי-החברתיות שבו) מזכיר הרשעה וענישה של נאשם על סמך אופי רע כפי שהשתקף במעשים פליליים קודמים או אחרים שהוא ביצע בנפרד. דבר זה פוגע, כמובן, בשיפוט האינדיבידואלי שראוי להפעיל בכל מקרה שבו מבקשים להטיל אחריות פלילית על אדם. על מנת לייחס לאדם אשמה לעברה נתונה, על בסיס נטייתו הרעה כפי שבאה לידי ביטוי במעשה, הכרחי שהנאשם יבצע מעשה פלילי, כפי שהוא קבוע במסגרת האקטוס ראוס של העברה שלה מבקשים לייחס לו אחריות. בסיטואציה של עברה נגררת המבצע בצוותא אינו מבצע מעשה אקטיבי המהווה חלק מן הרכיב ההתנהגותי בהגדרת העברה הנגררת. אמנם יש שיטענו, כי נסיבות ההיקלעות לסיטואציה של עברה נגררת יוצרות מצב עובדתי שונה ממצב שבו אדם ביצע מעשה פלילי, ולאחר מכן ביצע בנפרד עברה נוספת. ניתן לטעון כי ההשתתפות בביצוע עברה מתוכננת בשותפות תורמת ליצירת נסיבות ותנאים שהולידו, מבחינת שרשרת ההתרחשויות העובדתית, את ביצועה של עברה נגררת, ולכן הזיקה של המבצע בצוותא הרשולן לביצוע העברה הנגררת היא חזקה וישירה יותר מן הזיקה שיש לביצוע קודם ונפרד של עברה פלילית על ביצוע מאוחר יותר. במילים אחרות, יש להתבונן על הקונסטלציה הכללית של היקלעות לביצוע עברה נגררת אגב ביצוע עברה מתוכננת בשותפות כעל מסכת עובדתית אחת, שאינה מפרידה בין הבחירה לבצע עברה מתוכננת לבין ביצועה בפועל של עברה נגררת על ידי השותף, כהשתלשלות טבעית שאירעה במסגרת העובדתית הכוללת האמורה. ואולם בכל זאת קשה לקבל את הטענה המבקשת לגזור אשמה לביצוע עברה נפרדת, קונקרטי ועצמאית (העברה הנגררת) מאשמה הנובעת מביצוע עברה אחרת (העברה המתוכננת), גם אם נסיבות ביצוע נובעות ממסכת עובדתית שלמה שקשה לנתק בין חלקיה. הסיבה נעוצה בטענה השנייה, המהווה, לדעתי, טענה עיקרית המקשה לייחס למבצע בצוותא הרשולן אשמה מוגברת בהשוואה לרשולן הטהור הפועל ביחידות, ולפיה אין לגזור באופן אוטומטי מנכונותו של המבצע בצוותא לפגוע בערך המוגן שבסיס העברה המתוכננת את נכונותו להתנכר לערך המוגן שבסיס העברה הנגררת. כפי שראינו בדוגמה שהובאה לעיל, פער החומרה בין שתי העברות עשוי לעתים

להיות משמעותי מאוד. על מנת לבאר את הטענה שלעיל, ניתן להיעזר בקריטריון שמציע אזר לזיהויו של הרשן הטהור. לדידו, הרשן הוא זה שאילו היה עומד על הסיכון ואילו היה נאמר לו במפורש כי קיימת סכנה רצינית בהתנהגותו, הוא היה מפסיק את פעולתו מיד או נוקט אמצעי זהירות ממשיים.¹⁷⁶ שפירא-אטינגר סבורה כי לאחר מעשה יש להניח שהרשן יגלה הפתעה או זעזוע לגלות את תוצאות מעשיו.¹⁷⁷ כך בדוגמה שלעיל: קיימת הסתברות גבוהה שהמבצע בצוותא יזעזוע נוכח התממשות הסיכונים בפועל. מבחינתו, זה היה מעשה קונדס, שהסתכם בפריצה למתנ"ס ובגנבה של ציוד ספורט. אילו היה מעלה על הדעת תרחיש שלפיו יסטה חברו מהתכנון ויבצע עברה נוספת, הפוגעת בערך מוגן כה חשוב (סיכון שלומו ובריאותו של אדם), ייתכן מאוד שלא היה חובר מלכתחילה להגשמת התכנון המקורי. לראיה, בשעה שהתעוררה סכנת חשיפתם, הוא בחר רק לנוס מהמקום בריצה. אי-מתן תשומת הלב לסכנה מסתברת של הסתבכות בעברת אלימות שתבוצע בידי חברו, בנסיבות שבהן הבהבו "נורות אזהרה" (בדמות סיכומם "שלא להיתפס" ובדמות נוכחותם של אנשים בקרבת זירת העברה) עשוי לנבוע מטיפשות, מחוסר אחריות, מילדותיות וכיוצא באלה, אך אין בו בהכרח משום עמדה נורמטיבית מתנכרת לערך המוגן החוסה בצל העברה הנגרת. אם נקבל את הניתוח המוצע כאפשרי, יוצא, כי מבצע בצוותא הרשן לאפשרות ביצועה של עברה נגרת אינו נושא בהכרח באשמה מוסרית גבוהה יותר לעברה שכלפיה הוא רשן, ביחס למי שמבצע עברה ברשלנות כשהוא פועל לבד.

לי נדמה שניטה לפגוש את המבצע בצוותא הרשן לאפשרות ביצועה של עברה נגרת דווקא במקרים שבהם קיים פער משמעותי בחומרה בין העברה המתוכננת לבין העברה הנגרת (כמו במקרה של גרם מוות או פציעה חמורה אגב ביצוע עברה קלה של רכוש). הנימוק לכך נשען על ההכרה, כי במקרים הללו תוחלת הנזק עולה על תוחלת התועלת ומובילה למסקנה כי ההרפתקה כולה איננה משתלמת למבצע בצוותא. במצבים כאלה גובר סיכוי כי תשובתו של המבצע בצוותא לשאלה נוגדת-המציאות: "כיצד היית נוהג לו היית מודע לאפשרות קרות העברה הנגרת?" – תסתכם בכך שהיה בוחר להימנע מביצוע העברה המתוכננת. ככל שרמת הסיכון נמוכה יותר, ככל שסימני האזהרה מטושטשים וככל שבפיו של המבצע בצוותא מצוי הסבר מדוע לא עמד על חומרת הסכנה – כך תגבר הנטייה לאפיין את היעדר מודעותו כרשלנות ולא כ"תודעה חלולה" השקולה לפזיזות. שונה המצב כאשר אי-מתן הדעת של מבצע בצוותא לסיכון ברור של פגיעה בערך המוגן העומד בבסיס העברה הנגרת נובע מאי-אכפתיות שלו לאפשרות הפגיעה בערך זה. מצב מנטלי זה, של "הלל תודעתי", מתייחס בעיקר למי שיודע על הסיכון במובן זה שקיבל בעבר אזהרה, אך

¹⁷⁶ אזר, לעיל ה"ש 117.

¹⁷⁷ שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 298.

במקרה הנוכחי "לא זימן" את המידע לחזית מוחו; וכן למי שאינו מבחין בסכנה כה ברורה לעין למרות כישוריו המלאים לעשות כן, עד שלפי הניסיון האנושי, מתחייבת המסקנה שלפיה אי-האבחנה יכולה לנבוע אך ורק מאדישות כלפיה.¹⁷⁸ ייתכן בהחלט, כי מצב של "תודעה חלולה" יהיה שכיח יותר מבחינה סטטיסטית ממצב של רשלנות טהורה, בנסיבות נשוא דיוננו, שעה שהמבצע בצוותא הוא עבריין החובר לביצוע עברה פלילית בשותפות, כשהוא מודע לנסיבות המיוחדות ההופכות את ביצוע העברה הנגררת למסתבר.¹⁷⁹ ואולם גם אם שכיחות הופעתו של הרשולן הטהור בקרב מבצע בצוותא שנקלע לעברה נגררת היא נמוכה יותר, הרי שיש לה ייתכנות (כפי שנוכחנו בדוגמה שלעיל). לפיכך, אפילו בעבור מעט מקרים, מחייבת אותנו האינטואיציה המוסרית להבחין, מבחינת השיפוט הנורמטיבי של מבצעים בצוותא טיפוסיים אפשריים, בין מי שפועל במצב של "תודעה חלולה" כלפי אפשרות ביצוע העברה הנגררת, לבין הרשולן הטהור, בהיותם נבדלים באופן ברור בדרגות האשמה. יתרה מכך, השכיחות הנמוכה להופעת המצב הנפשי של רשלנות טהורה אצל מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת רק מחזקת את התמיהה מדוע נבחר יסוד נפשי שכזה להיקבע בבסיס כלל שדרוג האחריות שבהסדר. האמור לעיל ממחיש, כי הכפפת המבצע בצוותא הרשולן להסדר הקובע כלל שדרוג אחריות מטשטשת את פער האשמה הקיים בינו לבין המבצע בצוותא חלול התודעה, נוטלת את העוקץ מן השיפוט הנורמטיבי השונה של כל אחד מהם ועושה עוול, מבחינה גמולית, בהיבט של היקף האחריות, עם הרשולן הטהור.¹⁸⁰

¹⁷⁸ אור, לעיל ה"ש 117, בעמ' 174.

¹⁷⁹ הנסיבות הייחודיות של הצטרפות מודעת להרפתקה פלילית, שמסתבכת בביצוע עברה נגררת בניגוד לצפייתו של המבצע בצוותא הרשולן, הן נסיבות הנוטלות מן הנאשם את התכונות שבמקרים רבים מאפיינות רק את הרשולן הטהור, קרי, היותו אדם הגון, בלא עבר פלילי קודם, שאיתרע מזלו והוא הסתכן ב"תאונה". נסיבות אלו מורידות את ההסתברות למצוא בין המבצעים בצוותא את אותה "דמות" בעלת התכונות והאפיונים של הרשולן הטהור, כפי שמצטייר בספרות.

¹⁸⁰ חיזוק לפער האשם בין מבצע בצוותא חלול תודעה לבין חברו הרשולן הטהור ניתן להציע באמצעות יישום קצת שונה של מבחן "הציפיה הסבירה לנהוג אחרת" שמציע Hart, על כל אחד מטיפוסים אלה (לעיל ה"ש 163, שם). עניינו של המבחן ביכולת האדם להשפיע על תוצאות מעשיו בעצם בחירתו בהתנהגותו ושליטתו בה. כבר נוכחנו, כי יש המציעים לבסס את אשמתו של המבצע בצוותא הרשולן על בחירתו המוקדמת לוותר על שליטה ולחבור לפעילות עבריינית קבוצתית. מבחינה תאורטית, גישה זו מייחסת את "היכולת לנהוג אחרת" לשלב הקודם לפעילות העבריינית גופא. בשלב מוקדם זה טמון הדופי המוסרי שבהתנהגותו. וראו, לעניין זה, גם דבריו של הנשיא ברק בפרשת **סילגדו**, לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק דינו. ואולם תחום הרשלנות עוסק באנשים הנוהגים בחוסר אחריות או בטיפשות, אך לא משום שלא אכפת להם שהסיון יתמש; במרבית המקרים, לו היה הרשולן הטהור מתבשר מאחורי מסך הבערות כי קיימת סכנה קונקרטית לביצוע עברת המתה נגררת אגב הוצאתה לפועל של עברת רכוש מתוכנת, היה נוקט אמצעי זהירות ממשיים או נמנע מליטול חלק בהרפתקה. על רקע האמור,

תובנה זו חושפת קושי באחד הצידוקים הגמוליים שמציע קרמניצר להצדקת האחריות הנגררת הגלומה בהסדר – צידוק שלפיו מבוססת האחריות לעברה נגררת על יצירת סיכון מוגבר וויתור על השליטה העצמית. הקושי בטיעונו נובע מהנחתו, כי מבצע בצוותא לא יישמע בטענה כי לא היה מודע לסיכון הכרוך בחבירתו לביצוע עברה משותפת, בנסיבות שבהן אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע – הנחה שאינה מתיישבת בקלות עם שיקולים גמוליים. מידת האשמה שונה, כאמור, כשהיעדר המודעות לסיכון נובע מאדישות ומחוסר אכפתיות (כשל מבצע בצוותא חלול תודעה) מאשר כשהוא נובע מהערכה מוטעית של סיכונים (כשל רשלין טהור). צידוק גמולי הנסמך על טיעון כגון דא, אינו מאפשר לערוך הבחנה נורמטיבית בין שני מצבי התודעה הללו. ראוי אולי "להשתיק" מבצע בצוותא שפעל מבלי לתת דעתו לסיכון עקב חוסר אכפתיות, אולם יש מקום "להאזין" למי שלא היה מודע לסיכון מקום שאדם סביר היה יכול להיות מודע, אם כישלונו נבע מליקוי בהערכה. בחלק מהמקרים היה הראשון דבק בתכנית המקורית, לו היה נותן דעתו לאפשרות גרימת הסיכון; ולעומתו היה השני נרתע ברוב המקרים ומדיר רגליו מחבירה לביצוע המשותף.

עוד בולט, כי נוסף על החריגה מעקרון האשמה לגבי המבצע בצוותא בהסדר הישראלי דהיום קיימת אצלנו אי-הלימה בין זיקתם היחסית של המבצע ושותפו, המבצע בצוותא, לעברה הנגררת עצמה, לבין היסוד הנפשי המספיק להטלת אחריות בגינה מקום שהגדרתה דורשת הוכחת מחשבה פלילית. המחשה של היקף הפגיעה הנרחב בעקרון האשמה נוכח דיספרופורציה זו מובאת בדבריה של גור-אריה,¹⁸¹

מעניינת טענתו של אזר, לעיל ה"ש 117, בעמ' 97, כי "מי שחשב וטעה, אין לו אשמה או יש לו אשמה ברמה נמוכה באופן משמעותי והוא לכל היותר רשלין. במקרה כזה יצרה אצלו הטעות "אי יכולת" נפשית לפעול אחרת". לעומת זאת, חלול התודעה הוא מי שהיעדר תשומת לבו נובע בדיוק מחוסר האכפתיות שלו לאפשרות התממשות הסיכון שהוא יצר. במרבית המקרים ספק אם חלול הדעת היה נמנע מלחבור לפעילות העבריינית המשותפת, לו נתבשר מראש על אפשרות התממשות הסיכון לביצוע עברה נגררת. ואם כך, ניתן לטעון כי הוא יכול היה לפעול אחרת: לחדד חושים, להגביר רגישות ולרסן אגואיזם.

גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה", לעיל ה"ש 35. לביקורת דומה ראו: Ohana, לעיל ה"ש 61, בעמ' 485. מעניין להיווכח, כי שיטת המשפט הגרמנית הכירה בעבר במקרים שבהם השותף נשא באחריות ללא אשמה להחמרת עברה על ידי תוצאה בלתי צפויה שנגרמה על ידי המבצע תוך ביצוע המעשה העיקרי המתוכנן. בשורת עברות קבע החוק הפלילי הגרמני, כי העונש יחמור, אם על ידי מעשה שבוצע מתוך מחשבה פלילית נגרמה תוצאה חמורה יותר בהיעדר מחשבה פלילית ואף רשלנות מצד המבצע. שרידי אחריות קונסטרוקטיבית של שותף בעברה לתוצאות אינצידנטליות בלתי צפויות היו קיימים רק באותן עברות שבהן הייתה מוטלת אחריות בניגוד לעקרון האשמה גם על המבצע הישיר עצמו. במובן זה, נשמרה פרופורציה בין היסוד הנפשי המספיק להטלת אחריות פלילית על המבצע הישיר לבין זה המספיק להטלתה על שותפו (ראו: מרים ברנשטיין **לסוגיית השותפות לדבר עברה – ניתוח משווה של המצב המשפטי בישראל, באנגליה ובצרפת**, בעמ' 253 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים",

הסבורה כי ההסדר הישראלי חורג בהיקפו ממבחן המידתיות המעוגן בחוק-היסוד. אמנם היא מדגישה, כי אין להסיק מכך בהכרח, כי על בית המשפט להכריז על הסדר זה כבטל; הכרזה שכזו, מבלי לחוקק הסדר חלופי, עלולה לפגוע במטרה הבסיסית של המשפט הפלילי – מניעת עברות. קביעת ההיקף הראוי של האחריות, כמתחייב מהמחויבות להגן על כבוד האדם בצד הצורך להגן על אחרים מפני ביצוע עברות כלפיהם, חייבת, לדידה, להימסר למחוקק. ועד אז, בליט ברירה, ייתכן שקיומו של ההסדר הוא בבחינת "דע הכרחי". גישתה של גור-אריה משקפת, בעיניי, הכרה במקומם של שיקולי תועלת בעיצוב פניו של המשפט הפלילי, בד בבד עם התפיסה כי שיקולים אלה אינם חזות הכול, וכי מעבר להם ניצבים שיקולים גמוליים בעלי משקל נכבד.

ביקורות ברוח דומה, המסתייגות משימוש בדוקטרינות המטילות אחריות פלילית בהתבסס על שימוש בנוסחאות אובייקטיביות וקונסטרוקטיביות, נשמעות גם מפיהם של מלומדים זרים ובאות לידי ביטוי בחקיקה משווה ובמשפט הזר. חלק ניכר מביקורות אלו חריפות יותר מהביקורת המוכנה להתיר, עקרונית, הטלת אחריות מוגברת על שותף לעברה נגררת בתנאי שיצומצם היקפה. עיקרון מתמקד בדחייה עקרונית גורפת של רעיון הטלת אחריות פלילית על אדם בגין עברה שביצע אחר ושלא בהתאם ליסוד הנפשי שלו.¹⁸² כבר בראשית המאה הקודמת מתח המלומד

האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1971). כיום החלק הכללי של הקוד הפלילי הגרמני (כפי שתוקן בדצמבר 2001) כולל הוראה המסדירה את אחריותו ועונשו האינדיבידואליים של כל שותף בהתאם לאשמתו-הוא. ראו § 29 לחלק הכללי של הקוד הפלילי הגרמני: *The German Penal Code (as amended as of December 19, 2001), in 32 THE AMERICAN SERIES OF FOREIGN PENAL CODES (Stephen Thaman Trans., 2002)* (להלן: "קודקס פלילי גרמני").

¹⁸² מעניין לציין, כי במשפט העברי קשה למצוא התייחסות ממוקדת לסוגיית אחריות נגררת של שותף לעברה שביצע שותפו, כיוון שבמשפט העברי התורני אין שותפות לעברה. ניסיונותיי לאתר פרשה הכוללת התייחסות לשאלת היסוד הנפשי של שותף בסיטואציה של ענישתו בגין מעשי שותפו, כשלו. כיווני הדרך העולים ממקורותינו מצביעים על התנגדות מרבית פוסקי ההלכה להענשת אדם בגין חטא שהוא לא חטא. ראו מאיר בטיסט "ענישה קיבוצית" **תחומין** יב 232 (התשנ"א); יחזקאל יח, כ. מלכים א ט, יד. הרב עזרא ראובן דנגור, **עדי זהב – על התורה** (הוצאת מכון "אור המזרח", התשמ"ז). עונש כלפי מי שלא ביצע את העברה מוגבל למקרים בודדים (אשר הסיטואציה נשוא דיוננו אינה עולה בהם). כך, למשל, לעתים קובעת ההלכה כי יש מקום להפעיל סנקציות חברתיות גם על סביבת החוטאים, לשם הרתעה; להרחקת בני אדם ישרים מלהתגורר בקרבת חוטאים או משום הערך החברתי-חינוכי שבענישה. מקרים כאלה, לדוגמה, הם כשמדובר בחילול ה' (ראו: דעת-כהן לרא"ה קוק, סי קצג; יבמות, עט, א) או בנענשים שנשאו באחריות פסיבית משום ש"ידעו ואינם מגידים". הידיעה נחשבת לעתים כתמיכה מורלית בחוטא ונתפסת כאלמנט תורם בביצוע העברה; כשקיימת זיקת שכנות שיש בה כדי לקשור את בעליה עד כדי הצדקת ענישתו בגין החטא שחטא זולתו ("אוי לרשע ואוי לשכנו") שאז גובר הערך החברתי של הענישה על העוול שבפגיעה בחפים מפשע, עד כי יש

הגרמני, פון-ליסט, ביקורת חריפה על עצם השימוש בנוסחאות אחריות אובייקטיביות וקונסטרוקטיביות, אשר "אינו הולם את תודעת המשפט של ימינו וגם לא את עקרונותיה של מדיניות פלילית נבונה".¹⁸³ ביקורת זו כוונה בעיקרה לשימוש בדוקטרינת "Natural and Probable Consequences"¹⁸⁴ האנגלית, בהיותה מבוססת על עיקרון סיבתי (Causal) שהמבחן להפעלתו הוא מבחן אובייקטיבי של צפיות בכוח. לראיה, טען פון-ליסט, כי שיטות משפט מוכרות הגיעו לדרגת ה"עידון" המכירה בכך כי צדדים למעשה אחד יכולים להיות אשמים בעברות שונות בהתאם למידת אשמתם המוסרית (Culpability).¹⁸⁵ שיטות משפט המכירות בעיקרון כזה אינן יכולות, לדידו, ולו רק מצד ההיגיון, להחזיק בה בעת גם בהלכה של אחריות ללא אשמה באותו עניין עצמו. המחוקק הפדרלי האמריקני בחר אף הוא לדחות את ההסדר האנגלי של "Natural and Probable Consequences Doctrine"¹⁸⁶ בהקשר של שותפות, שעליו הושתת, כאמור, הסדר הטלת האחריות שאומץ אצלנו לפני חקיקת תיקון 39. ה-Model Penal Code אינו מכיר בהסדר מקביל כגון דא, וכתוצאה של כך, היקף אחריותו של שותף מוגבל למקרים שבהם העברה הנגררת נצפתה בפועל. הסתייגויות נוספות נשמעות מפיו של המלומד Dressler, המצביע על היותו של הסדר כזה "בלתי-צודק, בלתי-קוהרנטי ופוגע בעקרונות היסוד של השיטה".¹⁸⁷ גם לגישתו, דוקטרינה המאפשרת הטלת אחריות פלילית על מבצע

לנקוט צעדי ענישה גם כנגד גורמים המשפיעים על החוטא מבלי שנטלו חלק במעשה העברה עצמו (ראו: הרב מאיר בטיסט, שם, בעמ' 236–237).

¹⁸³ Von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 36 (11ed. 1902).

¹⁸⁴ דוקטרינה זו היוותה הבסיס להסדר שאומץ אצלנו בס' 24 לפקודת החוק הפלילי ותורגם בהמשך לס' 28, 29 לחוק העונשין עובר לתיקון. למען הדיוק ראוי לציין, כי דוקטרינה זו אינה עשויה כמיקשה אחת. יש המתייחסים אליה במסגרת האחריות הסולידרית של קושרים, שאז די בקשירת קשר, הקודמת להיווצרות השותפות בעברה מטרת הקשר, כדי לספק בסיס לאחריות לעברות שבוצעו במסגרת הקשר אם היו נגדר תוצאותיו המסתברות. הסדרים אחרים מתנים את האחריות מכוח דוקטרינה זו בכיצוע עברה בשותפות.

¹⁸⁵ המחוקק הגרמני עצמו היטיב לעגן עיקרון זה בס' 29 קודקס הפלילי גרמני, לעיל ה"ש 181. שיטת המשפט הישראלית גם היא מכירה בכך. ראו: ע"פ 552/68 אילוז נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377 (1969).

¹⁸⁶ American Law Institute, Model Penal Code, Comments to 2.06, 310 (1985). אף שה-Model Penal Code מסתייג מאימוצה של דוקטרינה זו ומתנגד לעיקרון העומד בבסיסה, הוא מותיר פתח למי מהמדינות לאמץ הסדרים הנוגעים לרצה, שבהם עשויה הדוקטרינה לבוא לידי ביטוי בעקיפין. למעשה, כל הקודקסים הפליליים המדינתיים אימצו כלל כזה בנסיבות של רצה תוך ביצוע עברה. לפירוט ולהרחבה ראו: Daniel Ohana, *The Natural and Probable Consequence Rule in Complicity: Section 34A of The Israeli Penal Law Part I*, 34 *Isr. L. Rev.* 321, 322 (2000) וכן ראו: Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* 459 (2nd ed. 1995).

¹⁸⁷ Dressler שם, בעמ' 444, 460. גם בפסיקה נשמעו ביקורות דומות, המתארות את הדוקטרינה

בצוותא בתנאים מקלים מאלו שנדרש להוכיח לגבי המבצע, אינה מתקבלת על הדעת מנקודת מבט מוסרית, הנשענת על תפקידיהם היחסיים של השותפים. הוא מוסיף, כי הטלת אחריות פלילית על בסיס הסדר כזה פוגעת בהליך ההוגן כלפי הנאשם ובעקרונות יסוד נוספים במשפט הפלילי כדוגמת חזקת החפות ועקרון האשמה. אימוצו של ההסדר מאפשר לתביעה "לעקוף" את מחסומי ההגנה האלמנטריים שנקבעו בדין העונשי להגנה על חפותו של הנאשם הואיל והוא פוטר אותה מהדרישה להוכיח את התקיימותן של כל יסודות העברה מעבר לספק סביר.¹⁸⁸ Dressler מזהיר מפני עיוות חוקתי נוסף: הטלת אחריות פלילית מכוח ההסדר עלולה לפגוע בעקרון הפרופורציונליות בענישה.¹⁸⁹ מרגע שהורשע אדם בביצוע עברה נגררת שהיסוד הנפשי הקבוע בה דורש הוכחת מחשבה פלילית, נקרת האפשרות להשית עליו את העונש המרבי הקבוע בהגדרת העברה, מבלי שהוכח כי התקיימו בו בפועל יסודותיה. כך, למעשה, נוצר מצב פרדוקסלי שלפיו ניתן לגזור על אדם אמצעי ענישה שאינו פרופורציונלי אף בעיני המחוקק עצמו, שהרי העונש המרבי שבחר המחוקק לקבוע בהגדרת העברה, נקבע בהנחה כי מי שראוי לשאת בו הוא רק מי שהתקיים בו היסוד הנפשי הקבוע בה.¹⁹⁰ אמנם מצינו כי ההסדר הישראלי מאפשר "לרכך" את עונשו של המבצע בצוותא בעברה שנקבע לה עונש חובה,¹⁹¹ אך ניתן

כ- "obnoxious as felony murder to the basic precepts and purposes of our criminal-law".¹⁸⁸ *People v. Langston*, 273 N.W.2d 99, 100 (1978).

ניתן לדחות את הביקורות התוקפות את הפגיעה בהליך ההוגן, בטענה, כי כל עוד עומדת התביעה בנטל הוכחת התקיימותן של כל יסודות העברה במבצע העברה הנגררת עצמו, וכל עוד היא מוכיחה את קיומה של השותפות על פי דיני השותפות – הרי שהיא עומדת בדרישות החוקתיות הראויות. בהתקיימותן של אלו, אחריות השותף לעברה הנגררת "נשאבת" מאחריותו של המבצע עצמו. זאת ועוד; שיקול נוסף הדוחה ביקורת ברוח זו נשען על ההנחה כי באירועים דו-שלביים כגון דא, הוכחת המחשבה הפלילית היא מכבידה ומורכבת יותר, נוכח ריחוק התולדה שמפניה אנו חוששים ותלותה במספר רב יותר של גורמים, שלא כולם נצפים באותה מידה ומסוימות.

עיקרון זה הוא נגזרת ספציפית של עקרון המידתיות במשפט הפלילי, ומשמעו מתן הגנה מפני עונש אכזרי ובלתי רגיל. זכות זו נקבעה במפורש בחוקתיהן של מדינות (The Canadian Charter of Rights and Freedoms, § 12 <http://laws.justice.gc.ca/en/charter/index.html> (נבדק לאחרונה ב-20.4.2009) מסמך זה היווה את הבסיס ל-U.S Constitution Act, 1982 Constitution Act, 1982 (1791), Amendment 8). אך היא נלמדת בהן גם כפועל יוצא של עקרון המידתיות. בארץ לא נכללה זכות זו בחוק היסוד, אך מבחן המידתיות משמש את בתי המשפט כחלק מעקרון הפרופורציונליות בענישה, לבחון את היחס שבין תכלית החקיקה לבין תוצאותיה. ראו: קרפ, לעיל ה"ש 18.

¹⁸⁹ Dressler, לעיל ה"ש 186, בעמ' 444. לפסיקה שהסכימה עם אפשרות שכזו ראו: *People v. Mouton*, 15 Cal. App. 4th 1313 (1993).

¹⁹¹ ס' 34א (ב) לחוק העונשין.

לטעון, ברוח ביקורתו של Dressler, כי הבחירה "להשיב גמול" למבצע בצוותא הרשלן על הדופי המוסרי הדבק בו במתכונת הקבועה בהסדר, איננה פרופורציונלית – נוכח פגיעתה הקשה בעקרונות חוקתיים בסיסיים – ביחס לתכלית המבוקשת.¹⁹² סיכומו של הדיון הנורמטיבי בדרגות האשם של טיפוסים מבצעים בצוותא שנקלעו למצב של עברה נגררת מוביל למסקנה, כי ייתכנו מצבים מנטליים, המאופיינים בתודעה חסרה או חלקית כלפי אפשרות ביצוע העברה הנגררת, אשר האינטואיציה המוסרית מזהה כשקולים בדרגת האשם המוסרי למצבים של מודעות מלאה לאפשרות עשייתה. כך סבורים מלומדים שונים באשר למבצע בצוותא הפועל במצב של תודעה חלולה מחמת אדישותו כלפי הערך הניצב בבסיס העברה הנגררת. מבחינה מוסרית דומה כי טיפוס זה ראוי לחסות תחת כלל שדרוג האחריות הפלילית. גם אם תודעתו איננה מלאה, הדופי המוסרי הטבוע בו מצדיק להטיל עליו אחריות מוחמרת. לעומתם, גילינו לבטים בשאלת השיפוט הנורמטיבי של שני טיפוסים אחרים (להלן: "טיפוסי קבוצת הביניים"): האחד הוא "המדחיק" – מבצע בצוותא הדוחק מתודעתו את אפשרות ביצוע העברה הנגררת, עקב קונפליקט פנימי המשפיע על עיצוב תודעתו. קונפליקט זה נתפס כמקור להקלה בשאלת השיפוט המוסרי – הקלה שהביטוי לה הובע, כך נדמה, בדירוג האשם היחסי של טיפוס זה: מתחת לטיפוסים החולקים דרגת אשם אחת עם בעל המודעות המלאה, אך מעל לדרגת האשם של הרשלן הטהור. השני, הממוקם על מפת האשם בדרגת ביניים, הוא זה שאינו מודע לסיכון הקונקרטי שעלול להתממש אך מודע לסיכון הכללי הכרוך בפעילות עבריינית משותפת אליה חובר ביודעין. גם אם דרגת האשמה הטבועה בו גבוהה מזו הטבועה ברשלן הטהור, ספק אם ראוי למקמו בקטגוריית אשם אחת עם מי שהיה מודע לאפשרות ביצוע העברה הנגררת באמצעות הכפפתו לכלל שדרוג האחריות הפלילית. אחרון בתחתית סולם האשמה ניצב הרשלן הטהור – המבצע בצוותא שלא נתן כלל דעתו לסיכון הפגיעה בערך המוגן שבבסיס העברה הנגררת, אך לא משום גישה ערכית מתנכרת לו, אלא משום כישלון בלתי סביר למצות את הפוטנציאל התודעתי שלו. התבוננות על מפת האשמה, בתום הדיון שלעיל, מלמדת כי קיים פער במידת

¹⁹² אחד האמצעים שניתן להציע, בהקשר זה, ל"ריכוך" הפגיעה בעקרון המידתיות במישור הענישה שאוב מרעיון של פשרה בדמות הטלת אחריות פלילית בלא ענישה. ראו PAUL H. ROBINSON & JOHN M. DARLEY, JUSTICE, LIABILITY & BLAME: COMMUNITY VIEWS AND THE CRIMINAL LAW 210–211 (1995), שם נקבע כי שיטה זו ננקטת לרוב בסיטואציה שבה החברה אינה מוכנה לקבל התנהגות מסוימת בהיותה מגונה, אך בד־בבד אין היא סבורה כי הפרט שביצע אותה ראוי לשאת במקרה הספציפי בענישה. ודוק; כוחו של המשפט הפלילי אינו מתבטא אך בהטלת עונשים, כי אם גם בהטלת תווית שלילית על העבריין. משום כך הדרישה לפרופורציה בהטלת הסטיגמה על העבריין בזיקה לעברה ספציפית מסוימת, מחייב נקיטת אמצעי שישקף באופן מידתי את מידת האשם של העבריין ביחס לאותה עברה. "אמצעי של פשרה" כגון דא עשוי לכל היותר, "לרכך" את הפגיעה, אך ספק אם יש בו מזור מספק.

הדופי המוסרי הטבוע באבות הטיפוס השונים של מבצע בצוותא. פער האשמה בין חלול התודעה לבין טיפוס קבוצת הביניים מעורר כשלעצמו ספק בשאלת נאותות החלת כלל שדרוג האחריות על האחרונים. ספק זה מתעצם, על דרך קל וחומר, כשבוחנים את הצדקת הכפפתו של המבצע בצוותא הרשולן לכלל שדרוג כגון דא. דווקא על רקע חסך התרומה הישירה במישור העובדתי – חסך המחייב זהירות יתרה בקביעת הרף התחתון של היסוד הנפשי הראוי לחסות תחת כלל השדרוג, נדמית הכפפה זו מופרזת ובלתי מידתית להיקף אשמתו האישית של הרשולן הטהור, במונחים גמוליים.

2.2 מן הדיון האתי לדיון המושגי – ניתוח ביקורתי של פרשנות ההסדר בדין המצוי והקושי החוקתי הגלום בה לאור מסקנות הדיון הנורמטיבי

בתום הדיון בשיפוט הנורמטיבי של קבוצות הטיפוסים שלעיל, נפנה לבחון – מנקודת המבט של הדין המצוי בישראל – באיזו מידה משתלבת הפרשנות המוקנית להסדר בדין המקומי עם מסקנות הדיון הנורמטיבי, ועד כמה ניתנות, אם בכלל, המסקנות הללו להיטמע בהוראותיו של הדין הנוהג.

כזכור, הסדר הטלת האחריות הנגררת המעוגן בלשון סעיף 34א לחוק העונשין, קובע כי מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגרת יחסה תחת כלל שדרוג האחריות המעוגן בהסדר: "[...]כאשר בנסיבות העניין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה". כפי שכבר מצינו בפרק קודם הדין בשאלת פרשנות תיבה זו, התעוררה מחלוקת מלומדים סביב שאלת היקף מצבי התודעה העשויים לחסות בצלה. פשיטא, התפרשה בפסיקה תיבה זו כיסוד נפשי של רשלנות, בהתבסס על המטען הסובייקטיבי שהיה למבצע בצוותא בנוגע לנסיבות ולנתונים הקשורים בביצוע העברה. תימוכין לפרשנות זו ניתן למצוא על דרך ההיקש מהזהות בין הגדרת היסוד הנפשי שלעיל לבין הגדרת הרשלנות בסעיף 21 לחוק העונשין. ודוק, לשון ההסדר איננה קובעת "רף עליון" מרבי של יסוד נפשי אפשרי. המחוקק בחר לעגן "רף תחתון" בלבד בלשון הסעיף, ובכך לא שלל לכאורה אפשרות עקרונית להטיל אחריות מכוחו על מבצע בצוותא שמצב תודעתו נע מרשלנות ועד מודעות מלאה לאפשרות ביצוע העברה הנגררת.

אילו אומצה פרשנות אפשרית כגון דא בדין הישראלי, ולו היה זונח הדין הישראלי את הגישה הקוגניטיבית-בינרית הנוקשה, וחלף זאת מכיר במנעד מצבי תודעה חלקיים שאינם חייבים ליפול בדיכוטומיה של "מודעות" או "היעדר מודעות", ניתן היה תאורטית להכפיף תחת ההסדר הן את המודע (שלגביו אין צורך בכלל לשדרוג אחריות במישור הנפשי, אך נדרשת הוראה מיוחדת שתאפשר "לדלג" על הצורך להוכיח תרומה ישירה במישור העובדתי לביצוע העברה הנגררת); והן את אבות הטיפוס שמצב תודעתם חלקי, אך הם ראויים, על פי מסקנות הדיון הנורמטיבי

שלעיל, לחלוק דרגת אשם אחת עם המודע. כך היה מוכפף לפעולתו של כלל השרדוג מבצע בצוותא שתודעתו חלולה. הקושי היה נותר רק לגבי אבות הטיפוס שמצב תודעתם חסר ושלפי הדיון הנורמטיבי נושאים בדרגת אשם פחותה מזו של המודע, וביניהם "המדחיק" ובעיקר הרשלן הטהור.¹⁹³ ואולם הפסיקה הישראלית בחרה לאמץ גישה אחרת. היסוד הנפשי הקבוע בהסדר התפרש כיסוד נפשי בלבדי של רשלנות, כשבמקביל קבעה הלכת מרדכי כי מצבי תודעה העולים כדי "מודעות" לא יחסו תחת ההסדר, אלא יידונו לפי דיני השותפות הכלליים. פרשנות בעייתית זו בשילוב העובדה כי הדין הישראלי אינו מכיר ברב-ממדיותם של מצבי תודעה יוצרת מבוכה מושגית ומעוררת קשיים רבים עקב תוצאות בלתי ראויות שאליהן היא מובילה. להלן אסביר.

על הקושי שבהכפפת מבצע בצוותא המודע לאפשרות ביצוע העברה הנגררת לדיני השותפות הכלליים כבר הרחבנו לעיל, כשחשפנו את הימנעותה של הפסיקה להסביר מניין לקוחה תרומתו ליסוד העובדתי המיוחס לו. הקשיים שעליהם אבקש להצביע בשורות אלה, קשורים להיבט נוסף, הנוגע בעיקרו לחוסר הלימה מוחלט בין תוצאות הדיון הנורמטיבי לבין ההשלכות המשפטיות של פרשנות ההסדר כפי שהתפרש בפסיקה. השילוב בין הקביעה כי ההסדר פורש כנפיו רק על הרשלן לבין הלכת מרדכי שתחמה את המקרים שיידונו על פי דיני השותפות הכלליים במסגרת מצבי תודעה המסווגים כ"מודעות", יצר לאקונה משפטית לגבי מצבי תודעה חלקיים שאינם עולים כדי "מודעות" אך גם אינם יורדים כדי "רשלנות".¹⁹⁴ מבחינה נורמטיבית נוכחנו כי מי שראוי לחסות תחת כלל שדרוג האחריות הוא מבצע בצוותא הפועל במצב של "חלל תודעתי", ולעומת זאת, פרשנות חד-משמעית של היסוד הנפשי בהסדר כ"רשלנות טהורה" בשילוב הפרשנות שהקנתה הפסיקה ל"חלל תודעתי" – דחקה, מצד אחד, כל אפשרות להכפיף מבצע בצוותא חלול תודעה תחת פועלו של ההסדר. עיון בפסיקה מלמד כי טיפוס זה סווג ככלול בגדר המחשבה הפלילית, ומשכך, ניתן להסיק כי הוא אינו נתון לתחולתו של ההסדר, אלא לתחולתם של דיני השותפות הכלליים. מן הצד השני, מצבי תודעה שדרגת האשמה הגלומה בהם נמוכה מזו של המודע (ולפיכך אינם ראויים לשאת בהיקף אחריות הזהה לו) מסווגים – במסגרת הדיכוטומית המזהה מודעות מול רשלנות כשני עולמות "הפוכים" – כצורות של מחשבה פלילית, ומשכך הם מוכפפים לדיני השותפות

¹⁹³ בהמשך ארחיב כיצד ניתן היה, בשיטה קוגניטיבית המכירה ברצף רב-ממדי של מצבי תודעה לפתור גם קושי זה. אך לעת עתה, גם בלא פתרון לקושי זה, היה בכוחו של ההסדר לסייע חלקית בהשגת תוצאה צודקת לגבי חלק ממצבי התודעה שלעיל.

¹⁹⁴ לקונה זו אמנם אינה מתייחדת רק להסדר האחריות הנגררת, כי אם מאפיינת את דין העונשין הישראלי בהקשר הרחב של אי-הכרה במדרג מצבי התודעה שאינם נופלים בדיכוטומיה הבינרית "מודעות"/"היעדר מודעות", אך היא בולטת ביישום דוקטרינה זו, לאור קיומם המסתבר של טיפוסים מבצעים בצוותא הנקלעים לסיטואציה של עברה נגררת כשמצב תודעתם חלקי.

הכלליים, וזוכים לאותה הסדרה משפטית שלה זוכה בעל המודעות המלאה. נפתח עם קושי שמתעורר עם יישום הדין המצוי על מבצע בצוותא מטיפוס "המדחיק". כפי שמצינו בדיון הנורמטיבי, ספק אם קיימת הצדקה להחיל כלל שדרוג אחריות כאשר דחיקת האפשרות מן התודעה לקיומו של סיכון איננה מכוונת. למעשה, פתרון משפטי ראוי ההולם את דרגת האשמה הגלומה במצב תודעה זה הוא פתרון המייחד קטגוריית-ביניים משפטית, הגוזרת על בעל תודעה זו אחריות פלילית בהיקף שגבוה מרשלנות ונמוך ממודעות. מסקנה זו חושפת מיד את מוגבלות המשפט הישראלי לספק פתרון כגון דא, בהינתן עולם מושגים בינרי וחד-ממדי המכיר רק בשתי קטגוריות "הפוכות". בנוסף, חוסר האחידות בגישתם של בתי המשפט לשאלת ההערכה של מצבי ההכשלה העצמית והקושי בסיווגם לקטגוריות המושגיות הקיימות – כפי שמצביעה שפירא-אטינגר במחקרה¹⁹⁵ – מובילים לתוצאות משפטיות שאינן הולמות את השיפוט הנורמטיבי של המבצע בצוותא "המדחיק". כפי שמראה החוקרת, הפרדוקסליות לכאורה של מצבים אלה מקשה על סיווגם בקטגוריות המשפטיות הנתונות – קטגוריות שרמת ההמשגה שעליה הן מתבססות היא כוללנית ובעלת רזולוציה נמוכה. באין קטגוריות-ביניים מושגיות המתייחדות למצבי תודעה חלקיים הממוקמים על שלב ביניים בסולם האשמה – לא נותר לבית המשפט במקרים אלה אלא לסווג מצב תודעה זה תחת קטגוריית ה"רשלנות" או ה"מודעות", ובמקרה האחרון להכפיף טיפוס זה למרות אותם הכללים החלים על המודע. יישום גישתה של הפסיקה, כמתואר לעיל, על הסדרת אחריותו של מבצע בצוותא "המדחיק", גורר על פי הדין המצוי, **אנומליה** בתוצאות המשפטיות: נאשם המצוי במצב מנטלי כזה ושיסווג כרשלן – יחסה תחת הסדר האחריות הנגררת ויחסה תחת כלל שדרוג האחריות המעוגן בהסדר. בכך תושווה דרגת אשמתו לזו של המודע, בלי שקיימת הצדקה נורמטיבית לכך; נאשם אחר המצוי במצב מנטלי זה ושיסווג כמי שהתקיימה בו "מודעות" – יוכפף, לפי הלכת **מרדכי**, לדיני השותפות הכלליים, ואז נוסף על העיוות בהיקף האחריות שייחס לו, יצטרף העיוות הראשוני שטבעה הלכה זו בייחוס יסוד עובדתי יש מאין.

תוצאות משפטיות בלתי ראויות מתקבלות גם ביישום הדין המצוי על מבצע בצוותא שתודעתו חלולה כלפי אפשרות ביצוע העברה הנגררת עקב חוסר עניין מובהק באפשרות הפגיעה בערך המוגן העומד בבסיסה. אף שהספרות המשפטית נוטה להתייחס ל"חלל תודעתי" כאל מצב של היעדר מודעות (שהרי פירושו – אי-מתן דעת לעובדה רלוונטית, ובענייננו – לאפשרות של התפתחות עתידית), מעניין להיווכח כי הפסיקה בישראל זיהתה מצב מנטלי זה כשייך ל"עולם המחשבה הפלילית".¹⁹⁶ באנלוגיה לענייננו, אימוץ פרשנות הכוללת חלל תודעתי בגדר

¹⁹⁵ שפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 203.

¹⁹⁶ הדיון בדוקטרינת החלל התודעתי אינו מופיע בפסיקה בקשר ישיר לשאלת מודעותו של נאשם

המחשבה הפלילית אמנם מוביל לתוצאות העולות בקנה אחד עם מסקנות הדיון הנורמטיבי: מבצע בצוותא, שלא נתן דעתו כלל לסיכון ברור כי שותפו עלול לבצע עברה נגררת מחמת התנכרות לערך המוגן שבסיסה, ייחשב כמי שחשד באפשרות ביצועה, וכך יידון על פי דיני השותפות הכלליים, תוך שהוא חולק דרגת אשם אחת עם מבצע בצוותא שהיה מודע לאפשרות הסטייה. גם בלא הכפפתו להסדר, תתקבל תוצאה משפטית שמשמעותה המעשית היא השוואת היקף אחריותו הפלילית להיקף האחריות המוטלת על מבצע בצוותא שהיה מודע, כשם שמורה האינטואיציה המוסרית, אך חצי הביקורת אינם מופנים לעבר התוצאה המשפטית הראויה, אלא כלפי הדרך המשפטית המגונה להשגתה. חלף הכפפתו של מבצע בצוותא חלול התודעה להלכת **מרדכי** – על הבעייתיות הכרוכה בה – יכלה הפסיקה לפרש את היסוד הנפשי הקבוע בהסדר כיסוד נפשי הכולל את מצב התודעה האמור. גם בשיטה הקוגניטיבית-הבינרית, שאינה מכירה בקטגוריות ביניים של מצבי תודעה חלקיים עשויה לשון ההסדר, פשיטא, לסבול פרשנות שכזו, שהרי "חלל תודעתי" במשמעותו הרגילה מתפרש כאי-מתן דעת לסיכון ברור וגלוי, הנובע מחוסר אכפתיות – כזה שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות קיומו. היסוד הנפשי הקבוע בהסדר מתייחס אף הוא לנסיבות שבהן אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות התממשות הסטייה, ומכאן תיתכן פרשנות המכילה בהגדרה זו גם היעדר מודעות מסוג "חלל תודעתי". היתרון בדרך המוצעת נעוץ בהשגת אותה תוצאה המשווה דרגת אשמתו וממילא היקף אחריותו של חלול התודעה עם זו של המודע, באמצעות כלל השדרוג הקבוע בהסדר וללא תוצאת הלואי הבעייתית הכרוכה בהלכת **מרדכי**.

ועוד. הביטוי החריף ביותר להתנגשות הנוצרת בין פרשנות ההסדר בדין המצוי לבין מסקנותיו הרצויות של הדיון הנורמטיבי, משתקף כצפוי בעניינו של הרשלן הטהור. הדיון הנורמטיבי לימד על קיומו של פער ברור בדרגת האשמה בין מבצע בצוותא שהיה רשלן טהור כלפי אפשרות הסטייה לבין חברו שצפה אותה. משמעותו של פער זה בדין **הרצוי** – אי-החלת כלל שדרוג האחריות על הרשלן הטהור, שבשונה

לאפשרות התפתחות עתידית, אלא בקשר לשאלת מודעותו לקיומן של נסיבות, ולפיכך ההשלכה לענייננו היא על דרך ההיקש. עיון בפסיקה מלמד כי גם לאחר תיקון 39, קובעים בתי המשפט כי דוקטרינת "עצימת העיניים" מתפרשת על מצב של חלל תודעתי, וזאת על אף ניסוחו הסובייקטיבי של ס' 20(ג1) לחוק העונשין. ראו ע"פ 115/00 טייב נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נדר(3), 289, פס' 31–30 לפסק דינו של השופט אנגלרד (2000) שבו הוא מאמץ את גישתו של השופט גולדברג בע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נגד בארי**, פ"ד מח(1) 302, פס' 4 לפסק דינו של השופט גולדברג (1968); כן ראו שני פסקי דין מחוזיים מהשנים האחרונות השבים ומאזכרים עמדה זו: תפ"ח (מחוזי ב"ש) 904/03 **מדינת ישראל נ' זלצקי**, תק-מח 4(4) 4017, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל (2004) ותפ"ח (מחוזי ת"א) 1201/02 **מדינת ישראל נ' רוזוליו**, תק-מח 1(1) 05 6643 פס' 56 לפסק דינו של השופט טימן (2005).

מאבות טיפוס אחרים בעלי תודעה חסרה, אינו מגלה מידה דומה של התנכרות לערך המצוי בבסיס העברה הנגרת, אלא נכשל בחלוקת קשב נכונה עקב נמהרות, חוסר זהירות ואי-הפעלת שיקול דעת מחושב. כבר ציינו, כי בחירתו של המחוקק שלא לקבוע "רף עליון" בהגדרת היסוד הנפשי הקבוע בהסדר, הותירה פתח עקרוני לבתי המשפט לצקת פרשנות שאינה מכפיפה אך את הרשן הטהור תחת חסותו. כך, למשל, יכלה הפסיקה לקבוע כי אותם מצבי תודעה חלקיים שאינם עולים כדי "מודעות" (כגון "חלל תודעה" או מצבו של ה"מדחיק") מקיימים את דרישת היסוד הנפשי הקבוע בהסדר, וכך ניתן היה להחיל את כלל שדרוג האחריות רק (או למצער גם) על מצבי תודעה אלה, המגלמים דרגת אשם שווה (במקרה של מבצע בצוותא חלול תודעה) או קרובה (במקרה של "המדחיק", לפי חלק מהגישות) לדרגת האשם של מי שצפה את אפשרות הסטייה. מבחינה לשונית, פרשנות כזו נדמית אפשרית, ומבחינה נורמטיבית הייתה עשויה לשוות להסדר ממד מידתי יותר, שכן הייתה מכפיפה תחתיו – חלף הכפפת הרשן הטהור, או למצער לצדו – גם מבצעים בצוותא הראויים מבחינה מוסרית לחלוק דרגת אשם אחת עם המודע. למעשה, לו היה ההסדר מהווה אכסניה לשלוש קבוצות הטיפוסים הללו: חלול התודעה; ה"מדחיק" והרשן הטהור – נדמה כי רק עבור הרשן היה ההסדר מרחיק לכת באופן מובהק מבחינת היקף האחריות הבלתי מידתי המיוחס לו.¹⁹⁷ ואולם בחירתה בפועל של הפסיקה לאמץ פרשנות המצמצמת את היסוד הנפשי שבהסדר לרשלנות טהורה בלבד יצרה **אבסורד כפול**: מחד גיסא, נסתם הגולל בפני הכפפתם של טיפוסים בעלי מצב תודעה חלקי הראויים לחסות תחת כלל השדרוג שבהסדר – לדור תחת כנפיו,¹⁹⁸ ומאידך גיסא, נותר ההסדר כפתרון משפטי החל רק על הרשן הטהור – דווקא מי שאינו שקול מבחינת דרגת אשמתו המוסרית למי שמצב תודעתו מלא, ולפיכך אינו ראוי, מבחינה נורמטיבית, לחסות תחת כלל שדרוג שכזה.¹⁹⁹

¹⁹⁷ אימוץ פרשנות זו היה גם מונע את תוצאות הלוואי של הכפפת טיפוסים בעלי מצב תודעה חלקי להלכת **מרדכי**, ובכך היה ממוזער את השלכותיה הבעייתיות של הלכה זו. ואולם הצעה זו אינה נקייה מקשיים. גם אם מבחינה פרשנית היא אפשרית – ספק אם היא ראויה, הואיל והיא משקמת עיוות אחד אך יוצרת עיוות במקום אחר: הכפפה גורפת של טיפוסים מבצעים בצוותא הנבדלים זה מזה בדרגת אשמתם תחת כלל שדרוג המעמידם בשורה אחת, מאיימת ליצור כאוס מושגי ולטשטש דקויות המחדדות את השיפוט הנורמטיבי השונה ביניהם, במקום ליצור נוסחאות מעודנות המובחנות זו מזו ברזולוציה גבוהה.

¹⁹⁸ מגמה זו קיבלה חיוזק לא רק בפרשנות שהקנתה הפסיקה ליסוד הנפשי הקבוע בהסדר כיסוד נפשי של רשלנות טהורה בלבד, אלא גם בנטייה מקבילה של הפסיקה לסווג, כאמור לעיל, מצבי תודעה חסרים, כמו חלל תודעה, כחוסים בגדר מחשבה פלילית.

¹⁹⁹ הבחירה להעמיד את היסוד הנפשי שבהסדר על רשלנות עשויה לשקף סוג של פשרה לעניין האחריות הסולידרית של קושרים: כיוון שדובר בהטלת אחריות גורפת שזכתה לביקורת רבה – בוטל הכלל, אך הורחבה האחריות ההדדית (של מבצעים אמנם – אך למעט שותפות ספונטנית, מדובר ממילא בקושרים) למצבים של רשלנות. הסבר אפשרי אחר להרחבת היקף האחריות

הנה כי כן, הדיון שלעיל מובילנו למסקנה ברורה: **היסוד הנפשי המעוגן כיום בלשון ההסדר איננו מספק פתרון אפשרי ראוי, אשר יכול לדור בכפיפה אחת עם מסקנות הדיון הנורמטיבי.** הן הפרשנות שהקנתה לו הפסיקה והן הפרשנות החלופית שניתן היה לאמץ לו כמוצע לעיל, כושלות מלספק מסגרת משפטית נורמטיבית ראויה להסדרת אחריותם של מבצעים בצוותא הפועלים במצב של תודעה חסרה כלפי אפשרות הסטייה. מסקנה זו מלמדת כי **אין מנוס משינוי פניו של ההסדר הנוכחי.** ראוי לאמץ הצעה חלופית שתכונן מסגרת נורמטיבית מידתית ותהלוּם את דרגות האשמה של טיפוסים מבצעים בצוותא הנקלעים לסיטואציה של עברה נגדרת. מהי אפוא הצעה אפשרית חלופית העשויה לספק מזור?

2.3 "לצאת מן המסגרת" – הצעות לגיבוש נוסחת איזון אחרת

בשיטת משפט קוגניטיבית המכירה ברב-ממדיותה של ההכרה ושל מושג ה"מודעות" הנגזר ממנה, דומני כי ניתן להציע את הפתרון המידתי הבא: **המרת היסוד הנפשי הקבוע כיום בהסדר נפשי הדורש, למצער, מודעות שאיננה שלמה מבחינת עומקה.** מדובר במידה חלקית של ריכוז, במידה חסרה של עצמה או מיקוד שניחן בהן

למצב של רשלנות כרוך בשיקול הנגזר מהחשש שלא להחטיא מחמת קושי ראייתי את העניין החברתי בהרשעת מבצע בצוותא שנכשל באורח בלתי סביר להבחין בסיכון כשהוא נטול תרומה ישירה במישור העובדתי לביצוע העברה הנגדרת ולעתים אף אינו נוכח בזירת העברה עצמה (לפסיקה המקנה למושג המבצע בצוותא פרשנות מרחיבה שאינה דורשת נוכחות פיזית בזירת העברה, ראו, למשל עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 71, פס' 27,28 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת **דהן**, לעיל ה"ש 45, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ביניש; וכן שלל התבטאויות בפרשת **משולם**, לעיל ה"ש 44, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא ברק; פס' 3 לפסק דינו של השופט קדמי; ובמיוחד פס' 30–31 לפסק דינו של השופט מצא. עוד ראו: קרמניצר, לעיל ה"ש 111, בעמ' 73). אנלוגיה להסדר בעניין רצח תוך ביצוע עברה [ס' 300(א)(3) לחוק העונשין] ממחישה, כי בניגוד לסיטואציה של עברייני יחיד המבצע רצח תוך כדי ביצוע עברה אחרת (שאו דרישת רף גבוה של הוכחת מחשבה פלילית לא תעקר את יכולת התביעה לעמוד בנטל ההוכחה נוכח מעשים ותוצאות חמורות שביצע העברייני עצמו ושעל בסיסם ניתן לייחס לו מודעות) – הורדת הרף הנדרש להוכחת היסוד הנפשי בהסדר דנן נחוצה במיוחד: הקושי להוכיח קיומה של מודעות של מבצע בצוותא לאפשרות הסטייה מתעצם נוכח היעדר התנהגות פיזית שביצע בסמוך לה – ולעתים אף היעדר נוכחות בזירת העברה – ושממנה ניתן להסיק מבחינה ראייתית קיומה של מחשבה פלילית. השוו אנקר "רצח תוך ביצוע עבירה", לעיל ה"ש 62, בעמ' 37. על מנת למזער בכל זאת את היקף הפגיעה ב"עקרון האשמה" – מאמץ ההסדר נוסחת איזון ובה שני סייגים "מרככים" שהוספו לתיקון 39, להבדיל מהצעת החוק. האחד מגביל את ייחוס האחריות לכל היותר לעברת אדישות ס' 34(א)(1) סיפה; שאלה זו הושארה בצריך עיון בפרשת **סילגרו**, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק הנה: האם רשאי בית המשפט להרשיע מבצע בצוותא בגין עברה נגדרת של רצח תוך ביצוע עברה אחרת (ס' 300(א)(3) לחוק) שעה שהמבצע מורשע בעברה נגדרת של רצח ככוונה תחילה (ס' 300(א)(2) לחוק). השני, מאפשר גמישות בענישה כשהרשעה היא בעברה שנקבע לה עונש חובה.

מצב התודעה של המבצע בצוותא כלפי אפשרות ביצועה של העברה הנגררת בידי שותפו המבצע. מצב תודעה שכזה כולל מְנַעַד מצבים נפשיים המצויים בטווח של מודעות חלקית וחסרה, לרבות מצבים מנטליים המתאפיינים בפיזור הדעת, בחוסר ריכוז או בהיסח הדעת כלפי אפשרות התממשותו של הסיכון לביצוע עברה נגרת. במצבים הללו אפשרות הסטייה נדחקת לקרן תודעתו של המבצע בצוותא, והוא אינו מהרהר בה באופן פוזיטיבי (בין מחמת אדישותו, כגון חלול התודעה; בין מחמת היותו נתון במצב של הכשלה עצמית; בין מחמת מודעות כללית לסיכונים הכרוכים בשותפות שאינה מלווה במודעות קונקרטיית לסיכון המסוים). אף על פי כן קיימת בו, בכל המקרים הללו, מידה מספקת של הכרה, כך שאם יישאל על אודות אפשרות הסטייה באופן ממוקד ויָזוּם – ידע להעריכה.

הצעה זו לפתרון עשויה לאיין את נקודות התורפה הקיימות כיום, לפתור את המבוכה המושגית ולהלום את מסקנות הדין הרצוי. **התניית פועלו של ההסדר בקיומה של מודעות שאיננה עמוקה יספק מענה בכמה מישורים:** מחד גיסא, הרשלן הטהור, שאיננו ראוי לחסות תחת כלל שדרוג האחריות, לא יוכפף לפועלו של ההסדר, בהיותו ניחן בריק תודעתי של ממש. גם אם מבחינה אמפירית רשלנות טהורה איננה המצב המנטלי הטיפוסי השכיח לאפיון מצב תודעתו של מבצע בצוותא הנקלע למצב של עברה נגרת – לא יחטא ההסדר בהכפפתם של טיפוסים כאלה – מעטים ככל שיהיו – לכלל שדרוג המטיל עליהם אחריות בהיקף שאיננו מידתי לאשמתם. מאידך גיסא, אותם טיפוסים בעלי תודעה חלקית, שמבחינה נורמטיבית ראויים לחסות תחת כלל השדרוג – יוכפפו לו בדרך משפטית ראויה, דרך שאינה לוקה בחולשותיה של הלכת **מרדכי**, ואף יוצרת עבורם דוקטרינה משפטית מסודרת המרככת את הסטייה (גם במישור היסוד העובדתי) באמצעות הוראת סעיף 34(ב) לחוק העונשין.

לצד אלה, בחירה לקבוע בהגדרת היסוד הנפשי דרישה של מודעות שאינה שלמה כדרישת סף מינימליסטית, תאפשר להכפיף גם את בעל המודעות המלאה לפועלו של ההסדר, במקום להכפיפו כיום לדיני השותפות הכלליים, שאינם נותנים מענה מספק לשאלת היסוד העובדתי החסר. אכן, מבחינה מושגית, הצעה זו מאפשרת להשכין תחת מושג משפטי אחד קשת מצבים מנטליים שונים, ובכך היא עלולה לטשטש את ההבחנה המעודנת בין המצבים הללו; אולם בשונה מהיסוד הנפשי הקיים היום (שמבחינה לשונית מאפשר להכפיף את הרשלן הטהור ואת המודע תחת אותה הגדרה) המשותף לכל המצבים הללו – חרף השוני מבחינה מהותית – הוא הקרבה היחסית ביניהם מבחינת דרגת האשם המוסרית. כך, למשל, מצב של תודעה מלאה שונה לחלוטין מבחינה **מנטלית** ממצב של תודעה חלולה או בלתי עמוקה, המאפיין מבצע בצוותא שלא מהרהר בסיכון גלוי המזדקר לעיני כול מחמת חוסר אכפתיות לאפשרות הפגיעה בערך המוגן. עם זאת, מבחינה **נורמטיבית** יש טעם לשוות דרגת אשם אחת לשני מצבי התודעה הללו, ולפיכך במקרים הללו הגמישות

שמאפשרת הגדרה זו הנה חיובית ורצויה דווקא.²⁰⁰

הייתי שמחה לחתום את הרשימה בקריאה לשינוי חקיקה ולעיצוב מחודש של הסדר האחריות הנגררת על מבצע בצוותא ברוח הצעה זו. דא עקא, כיוון ששיטת המשפט הישראלית איננה מכירה, לפי שעה, ברב-ממדיותו של מושג המודעות וממילא בקיומם העצמי-המושגי של מצבי תודעה חלקיים, יוצא שאימוצה של הצעתי מחייב רביזיה יסודית ומקיפה בשיטת המשפט הנוהגת בישראל, שכאמור, מושתתת על מערך מושגי דו-ממדי ושטוח. הדיון בחיבור הנוכחי מצטרף למסקנות שהובעו בכתיבה מחקרית בהקשרים אחרים, שלכולם משותפת התובנה כי ראוי לשיטת המשפט הפלילי בישראל, שתזנח את השיטה הקוגניטיבית-הבינרית ותאמץ תחתיה עולם מושגי רב-ממדי לזיהויים ולהערכתם של מצבים מנטליים הכרתיים. רביזיה שכזו כרוכה, מן הסתם, בשינוי מהותי ומושגי של הוראות הנוגעות למבנה היסוד הנפשי והמחשבה הפלילית ובעיצוב מחודש של דוקטרינות עונשיות, החורגות ממסגרת דיוננו המוגבלת. אם כן, כיצד ראוי לנהוג בינתיים בהקשר המוגבל של דוקטרינת האחריות הנגררת, עד שתחלחל הקריאה לשינוי החשיבה ותבשיל לכדי רפורמה מהותית ומושגית שינחיל המחוקק בהוראות החלק הכללי לחוק העונשין?

ההכרה כי יישום ההצעה כרוך בשינוי מקיף, שמטבעו דורש בחינה מעמיקה וחשיבה מחודשת העלולות לארוך זמן בלתי מבוטל, מובילני למסקנה, כי אין די בהצעה "מרחיקת לכת" זו (שליישומה יש לשאוף בדבקות ובהקדם). ראוי לכונן לצדה פתרון זמני, שיספק בינתיים – חלף ההסדר הנוכחי – מסגרת נורמטיבית מידתית וראויה יותר שתעוצב במסגרת "כללי המשחק" המקובלים של השיטה המושגית הנוהגת, וכך ניתן יהיה לאמצה גם בלא להידרש לרפורמות יסודיות, שלכינון ניחל. את השורות הבאות אקדיש אפוא בקצרה, להצגת פתרונות זמניים אפשריים, המבוססים כולם על השיטה הקוגניטיבית-הבינרית. אדגיש שוב, כי פתרונות אלה אינם מיטביים בעיניי, חלקם לוקה בקשיים; אך באיזון בין שיקולי תועלתנות וגמול, הם מציעים נוסחת איזון מתונה מזו המשתקפת בהסדר הקיים, ומגלמים בחירה להעניק משקל משמעותי יותר לעקרונות של אשמה, מידתיות וגמול.

אפשרות ראשונה הנה לעצב הסדר המתנה הטלת אחריות לעברה נגררת הדורשת הוכחת מחשבה פלילית בקיומה של מודעות סובייקטיבית בפועל. אגב כך ייפתרו גם

²⁰⁰ שאלה מעניינת למחשבה היא: האם ראוי לכונן את ההסדר המוצע כהסדר שיבוא חלף ההסדר הנוכחי ויחול על כלל המקרים שבהם תתעורר סיטואציה של עברה נגררת; או שמא ראוי לכונן שני הסדרים: ההסדר המוצע יתייחד למקרים "מורכבים" יותר, המצדיקים הקפדה יתרה על מזעור הסטייה במישור היסוד הנפשי (כדוגמת מקרה שבו העברה הנגררת חמורה במידה משמעותית מהעברה המתוכננת, שאז לא די להסתפק במודעות בכוח; ההסדר הנוכחי יחול במקרים "קלים" יותר (דוגמת מקרה שבו העברה הנגררת והעברה המתוכננת דומות בחומרתן, באופיין או במהותן).

הקשיים המתגלים כיום נוכח יישום דיני השותפות הרגילים על מבצע בצוותא שנקלע לעברה נגרות תוך מודעות לאפשרות ביצועה, מבלי שתרום ישירות לביצוע העברה הנגרות במישור היסוד העובדתי; **אם היסוד הנפשי של המבצע בצוותא כלפי אפשרות ביצוע העברה הנגרות הספציפית הוא רשלנות טהורה – יאומץ הפתרון שעוצב לגבי המשדל והמסייע, והוא יורשע בעברת רשלנות (אם קיימת) מבלי "לשדרג" את היסוד הנפשי למחשבה פלילית.** היתרון העיקרי הגלום בפתרון זה הוא הכפפה בפועל תחת ההסדר קשת אבות טיפוס של מבצעים בצוותא בעלי תודעה חסרה או חלקית (למעט רשלנות טהורה). ייתכן שאף חלול התודעה יחסה תחת כנפיו של הסדר שכזה, נוכח גישת הפסיקה לכלול חלל תודעתי בגדר המחשבה הפלילית. החיסרון – היעדר ביטוי לדקויות ההבחנה במידת האשמה בין סוגי טיפוסים שונים, כדוגמת "המדחיק" אל מול חלול התודעה. פתרון זה יכפיף את שניהם תחת ההסדר המוצע בלא מתן הכרה להבדלי האשם המוסרי ביניהם. ובכל זאת נדמה שבשקלול כולל, הסדר זה משקף טוב יותר את מסקנות השיפוט הנורמטיבי – הבחנה ברורה בין דרגות האשם של הרשלן הטהור לבין דרגות האשם של המבצעים בצוותא בעלי מצבי התודעה האחרים (שהרי ההבדל בינם לבין עצמם נדמה משמעותי פחות מההבדל בינם לבין הרשלן הטהור). גור-אריה רואה בפתרון המחייב להתנות את אחריותו של המבצע בצוותא לעברה הנגרות ביסוד הנפשי הנדרש להתהוותה של עברה זו, הסדר ראוי.²⁰¹ נוכח נטייתה לפרש את מבחן צפיות אפשרות ביצועה של העברה הנגרות כ"מבחן אובייקטיבי" במהותו, היא מטעימה כי "הרחבת אחריותו של המבצע בצוותא [...] היא דרקונית מדי".²⁰² כפי שכבר הוזכר, אין היא חולקת על ההצדקה העקרונית המצויה בבסיס הרציונל להטלת "אחריות מוגברת" על שותף לעברה נגרות, אלא שבענייניו של המבצע בצוותא האחריות חמורה, לדידה, יתר על המידה. באיזון האינטרסים בין שמירה על ערך כבוד האדם לבין תכלית הוקעתו של המבצע בצוותא שאכן איננו נקי מרוב – משתמע מגישתה, כי היקף האחריות אינו פרופורציונלי. להשקפתה, טוב היו עושים מנסחי הצעת החוק לו שימרו גרסה קודמת שהוצעה בהקשר זה, ולפיה:

"צד לעבירה ישא באחריות פלילית גם על עבירה נוספת או שונה, שנעברה אגב ביצוע או ניסיון לביצוע העבירה, אם היתה בתחום מודעותו בפועל, או בעבירת רשלנות אם היתה יכולה להיות בתחום המודעות של אדם מן הישוב".²⁰³

201 גור-אריה "הצעת חוק העונשין", לעיל ה"ש 35, בעמ' 51.

202 שם, בעמ' 50.

203 שם. בהקשר זה, יצוין, כי כמה התבטאויות בבית המשפט העליון הביעו אי-נחת מהמבחן הטמון בתנאי ההסדר עובר לתיקון 39 וניסו להצביע על צפייה בפועל של השותף. ראו למשל ע"פ 872/76

מנקודת מבט דאונטולוגית, אם תכלית עשיית הצדק מורה על הטלת אחריות נגררת על המבצע בצוותא על בסיס שיקולי גמול, אזי יש בנסיבות הסיטואציה המיוחדת דנן, להטילה בהיקף שיפגע במידה הקטנה ביותר בערך כבוד האדם, כשם שמורה עקרון המידתיות. השוואת תנאיו של ההסדר בתחולתו על המבצע בצוותא לתנאים החלים על השותפים העקיפים, עשויה לשוות להסדר ממדים מידתיים יותר, גם אם פירוש הדבר שייסוגו מפניה, במידת מה, שיקולי תועלת. אימוץ הסדר ברוח זו עשוי לענות על דרישת האמצעי המידתי הראוי להשגת "התכלית הראויה" לאור הוראת חוק היסוד, מחד; ולאור אינטרס השבת גמול ושימור ההרתעה כלפי מי שנתן ידו בידועין ומרצון ליצירת סיכון לביצוע עברות נוספות, מאידך.²⁰⁴ אפשרות שנייה הנה

ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 573, פסק דינו של השופט שמגר (1977). גישה דומה מובעת על ידי המלומדים Smith & Hogan בספרם (11th ed. 2005). J. SMITH & B. HOGAN, CRIMINAL LAW 126–130. לדעתם, בעברת מחשבה פלילית חיוני שתהא צפייה בפועל של התוצאות כדי שתהא אחריות שותף עליה. פתרון אפשרי אחר שניתן להציע, השואב השראה מנוסח הצעת החוק אך שונה ממנו, הוא זה שטייל אחריות בגין העברה הנגררת על מבצע בצוותא שהיה מודע בפועל לאפשרות ביצועה; ואילו מבצע בצוותא שהיה רק רשן, בנסיבות שבהן אין עברה נגררת ברמת יסוד נפשי של רשלנות – יישא באחריות לעברה הנגררת, אך עונשו יוגבל לשלוש שנים לכל היותר. פתרון זה מעורר קושי שכבר נתקלנו בו במקומות קודמים: האומנם ריכון במישור הענישה מספק "תרופה" מידתית לעיוות שנעשה בשלב הטלת האחריות.

204 בהקשר זה, מעניין להתבונן על ההסדר הקנדי המעוגן בס' 21(2) של ה-Canadian Criminal Code הקובע:

"Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence". לעומת ההסדר הישראלי, ההסדר הקנדי מעמיד את הטלת האחריות לעברה נגררת על בסיס רכיב צפיות חלופי – אובייקטיבי או סובייקטיבי – של אפשרות ביצוע העברה הנגררת. כך, הוא מאפשר להטיל אחריות על בסיס רשלנות, לצד הטלת החלופית על בסיס מבחן סובייקטיבי של מחשבה פלילית. ראוי לציין, כי ההסדר הקנדי אינו מותנה בקיומה של שותפות (כמו בדין הישראלי), אלא נשען על קיומו של קשר בלבד – כוונה משותפת לבצע מטרה בלתי חוקית. על רקע זה, נדמה כי עיגונו של מבחן הצפיות הסובייקטיבי החלופי נועד לרכך את האחריות המוחלטת שנתלוותה לאחריות הסולידרית של הקושרים, אך הוא נותר במהותו הסדר של אחריות סולידרית. חרף ההבדלים בין ההסדרים, ראוי לתת את הדעת לביקורות שנמתחו בקנדה על עיגונו של מבחן הצפיות האובייקטיבי החלופי שנקבע בהסדר האמור. אמנם ביקורות אלו נמתחו בהקשר הכולל של ההסדר, שכאמור מרחיב את האחריות הנגררת גם לקושר, אך לאור העובדה שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו גובש ועוצב בעיקרו על פי מודל מגילת הזכויות הקנדית בשניונים אחדים, ייתכן שניתן ללמוד משהו מרוח הביקורת ומהתפיסה החוקתית שהיא מגלמת גם לענייננו, תוך מתן דעת לשוני בין ההסדרים (להשוואה בין חוק היסוד לבין הסעיפים המקבילים במגילת הזכויות הקנדית ראו: קרפ, לעיל ה"ש 12, 94–95. בית המשפט העליון בקנדה העמיד את ההסדר הקנדי במבחן החוקתיות לאור עקרונות הצ'רטר הקנדי. בעניין R. v.

לעצב הסדר בדמות הטלת אחריות על המבצע בצוותא לעברה כללית של יצירת סיכון ביודעין לביצוע עברות נוספות בשותפות. ההשראה לפתרון מסוג זה שאובה מהמשפט הגרמני, שם קיימת עברה כללית של יצירת סיכון במסגרת השכרות.²⁰⁵ בצד ההסדר הכללי המאפשר לייחס אחריות לעברה שבוצעה במצב של שכרות מלאה בהתאם ליסוד הנפשי בעת ההשתכרות, קיימת עברה שעניינה ביצוע עברה כלשהי במצב של שכרות מלאה, המיועדת למקרים שבהם לא ניתן להוכיח כי מי שהשתכר (ביודעין או ברשלנות) צפה את אפשרות ביצוע העברה הקונקרטיה בהיותו שיכור.²⁰⁶ לו היה המחוקק מאמץ הסדר המטיל על המבצע בצוותא הרשולן לאפשרות ביצוע העברה הנגררת, אחריות לביצועה של עברה כללית של יצירת סיכון לביצוע עברות בשותפות – הייתה נפתרת הבעיה של ייחוס אחריות קונסטרוקטיבית לעברה ספציפית של מחשבה פלילית, שבבסיסה ערך מוגן קונקרטי, מבלי שבפועל התקיימה מודעות לאפשרות הפגיעה בו. חלף זאת, הייתה מוטלת על המבצע בצוותא אחריות לעברה הדורשת מחשבה פלילית ליצירת סיכון, והיינו עברה שהערך המוגן בה (=איסור יצירת סיכון לביצוע עברות נגררות) זהה לערך המוגן הכללי שעל פי רוב מודע לו בפועל המבצע בצוותא, בבחורו להצטרף לפעילות עבריינית קבוצתית. הצעה ברוח זו הולמת את הבסיס העיוני להצדקת הטלת אחריות על המבצע בצוותא, כפי שהוצג לעיל, שלפיו ראוי לו למבצע בצוותא לשאת באחריות על שום יצירת סיכון לביצוע עברות נוספות על ידי כניסה ביודעין ומרצון למצב היוצר סיכון להתפתחות עבריינית אסורה.

פתרון ברוח זו, מאפשר, מצד אחד, להטיל אחריות פלילית לביצועה של עברה

Logan 73 D.L.R. (4th) 40 (להלן: הלכת Logan) הצהיר בית המשפט, כי מבחן הצפיות האובייקטיבי אינו עומד במבחן החוקתיות של ס' 7 לצ'רטר, ברומסו שלא בצדק, את זכויותיו וחירותו של הפרט. ס' 7 לצ'רטר התפרש ככזה הדורש צפיות סובייקטיבית למות הקרבן, לשם הרשעה בעברה נגררת של רצח או של ניסיון לרצח. עם זאת, הלכת Logan סויגה למקרים שבהם מדובר בעברה נגררת של רצח או ניסיון לרצח. בית המשפט קבע, כי מעמדו הנעלה של דבר חקיקה כתכלית חשובה כשלעצמה מחייב לכבד את הרכיב האובייקטיבי שנקבע בהסדר וליישמו במרבית העברות (שם, בעמ' 403). בד בבד, הדגיש, כי נוכח אי-נוחותו להרשיע קושר על בסיס רכיב הצפיות האובייקטיבי הקבוע בהסדר, יש להפעיל שיקול דעת רחב בגזר דינו באופן שיהא פרופורציונלי למעמדו ולאחריותו היחסית הנמוכה. שיקול הדעת בענישה יהווה בינתיים ניסיון לעדן את אי-עמידתו של הרכיב האובייקטיבי במבחן החוקתיות, עד שיואיל המחוקק לתקן את ה"חילול הבלתי מוצדק" (unjustified violation) בזכויות החוקתיות של הנאשם. להרחבה ולניתוח הלכת Logan ראו: K. ROACH, CRIMINAL LAW, 6, 110–111, 118–119 (Irwin 2nd ed., 2000).

²⁰⁵ ס' 330A לקודקס הפלילי הגרמני, לעיל ה"ש 181, בעמ' 199.

²⁰⁶ להרחבה על השיקולים ביצירת עברה שכזו ראו גור-אריה "סטיות מעקרונ האשמה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 132. כפי שמציינת המחברת, עברה כזו קיימת, בין השאר, גם בס' 253 לקודקס הפלילי השוויצרי (1937); בס' 287 לקודקס הפלילי האוסטרי (1974); בס' 193 לקודקס הפלילי היווני (1951) ובס' 485 לקודקס הפלילי האתיופני (1958).

נגררת, על מי שראוי מבחינה מוסרית לגינוי על חבירתו לקבוצה עבריינית ועל נכונותו לתרום במודע ומרצון ליצירת סיכונים שהם פרי טבעו של ביצוע משותף; ומצד אחר, מרסן את היקף האחריות לעברה הנגדרת כך שהערך המוגן הגלום בה משקף את אותן ערך כללי שמי שמצטרף לפעילות עבריינית משותפת מודע בפועל לאפשרות הפגיעה בו. במילים אחרות, **פתרון זה תואם את היסוד הנפשי שקיים בפועל במבצע בצוותא כלפי הסיכון הכללי** וכך מתייחד הצורך לייחס לו אחריות קונסטרוקטיבית לעברה ספציפית של מחשבה פלילית, בנסיבות שבהן היסוד הנפשי המתקיים בו כלפי הערך המוגן הוא רשלנות טהורה בלבד.²⁰⁷ ניתן לטעון, כי בקריאה דאונוטולוגית של ההסדר פגיעה חוקתית מינימלית היא זו שתשקף את הגנאי לסיכון הכללי שיצר, אך לא תייחס לו אשמה לסיכון קונקרטי שלו לא היה מודע. כך יקוים מבחן המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה. כך תתהווה נוסחת איזון שתשיג את תכלית ההוקעה וההרתעה מפני יצירת סיכון כללי אך לא תחרוג אל מעבר לכך, על ידי ייחוס אחריות לעברה הדורשת מודעות קונקרטית לשם הרשעה בה. נוסחת איזון כזו, יכול שתייחס אחריות למבצע בצוותא לביצוע עברת מחשבה פלילית של יצירת סיכון לביצוע עברות נגדרות בשותפות, כשהתממשות הסיכון מוגדרת כפרט תוצאתי ביסוד העובדתי של העברה. נוסחת איזון שכזו פוגענית פחות בעיניי, והולמת יותר את דרישת פסקת ההגבלה.²⁰⁸

²⁰⁷ שאלה שראוי לתת עליה את הדעת טרם אימוץ פתרון זמני שכזה, הנה אם ראוי שההסדר המוצע ימיר את הסדר האחריות הנגדרת (שאז מוותרים על הטלת אחריות במקרים בהם יש מודעות קונקרטית לאפשרות ביצועה של העברה הנגדרת) או שמא יצטרף להסדר האחריות הנגדרת, כשזה האחרון יתקן כך שיחול רק על מבצע בצוותא המודע לאפשרות ביצוע העברה הקונקרטית. כשלעצמי דומני, כי ראוי ששני ההסדרים יחולו במקביל: הראשון יסדיר אחריותו של מבצע בצוותא שנעדר מודעות סובייקטיבית קונקרטית; השני יסדיר אחריותו של מבצע בצוותא שהיה מודע לאפשרות ביצוע העברה הנגדרת הקונקרטית. שני ההסדרים מתאימים את היקף האחריות למידת האשם הגלומה ביחסו הנפשי של המבצע בצוותא אל הערך המוגן שבסיס העברה הנגדרת. הראשון מגביל את אחריותו לעברה כללית של יצירת סיכון בידועין לביצוע עברות נוספות בשותפות; השני משווה את אחריותו לאחריות המבצע. קושיה נוספת להתלבטות סביב עיצובו הראוי של הסדר כגון דא – עניינה, האומנם יש להנתות את העברה הכללית של יצירת הסיכון במודעות ליצירתו, או שמא ניתן להסתפק ברשלנות (כפי שקובע ההסדר הגרמני בקשר לשכרות). גם כאן, דומני, כי נאמנות לעקרונות גמוליים מחייבת התניית הטלת אחריות לעברה כללית שכזו בקיומה של מודעות כללית לאפשרות יצירת סיכון לביצוע עברות נוספות בשותפות. בשונה מההסדר הגרמני החל במסגרת השכרות, מאופיין ההסדר נשוא דיוננו בקשיים נוספים, ייחודיים לו, המגולמים במישור היסוד העובדתי (היעדר תרומה פיזית; קשיי ייחוס בתהליך הגרימה). על רקע זה, ראוי בעיניי לרסן, במישור הנפשי, את היקף האחריות שתייחס.

²⁰⁸ חלופה מוצעת זו, כנוסחת איזון "מידתית" יותר, הולמת, לדעתי, את תכליות הענישה, כפי שמונה אותן השופטת שטרסברג-כהן בדעת המיעוט בפרשת **סילגדו**, לעיל ה"ש 1, פס" 8 לפסק דינה, ומחלקת באופן צודק את הפגיעה בזכויות אדם בין הצדדים למעשה העברה: הקרבן,

אפשרות שלישית (פחות מוצלחת, בעיניי) היא להותיר על כנו את היסוד הנפשי הקיים בהסדר, אך **להתנות את הטלת האחריות הנגררת על מבצע בצוותא רשלין בנוכחותו בזירת העברה בעת ביצוע העברה הנגררת על ידי שותפו**. פתרון אפשרי זה משקף תפיסה שלפיה הדופי המוסרי של המבצע בצוותא "ממלא את מקום" דרישת האשמה בתצורתה המקובלת ועשוי להתבטא בקיומה של זיקה הקושרת אותו לביצוע העברה הנגררת הספציפית. זיקה שכזו עשויה לצמוח מקום שהיה ביכולתו לנסות ולהשפיע ב"שטח" על מצב הדברים – בעת שהתרחשה לנגד עיניו הסטייה מהתכנון – ובכך לממש את "היכולת לנהוג אחרת".²⁰⁹ אמנם נכון כי פתרון זה אינו

העברייני, הציבור ויחידיו. כינון הסדר שיאפשר הרשעה בעברה כללית של יצירת סיכון במודעות לביצוע עברות נגרות בשותפות ישית מחיר אישי על המבצע בצוותא שהורשע אף מבלי שתהם פיזית ישירות לביצוע העברה הנגררת; ירתיע את העברייני הספציפי ועבריינים פוטנציאליים (שהרי לסיכון הכללי שבחבירתם לקבוצה עבריינית הם בוודאי מודעים); יגן על קרבנות פוטנציאליים וישמור על כבודו של הקרוב. בכך יגשים את השיקולים המצדיקים קיומו של ההסדר הנוכחי, רק בשינוי מהותי חשוב – פגיעה מזערית בזכויות החוקתיות של המבצע בצוותא. אני ערה לכך שגם פתרון זה אינו חף מקשיים, בפרספקטיבה גמולית. טיב השיקולים המצדיקים יצירת הסדר שכזה שאוב במידת מה גם ממונחים של תועלת והרתעה. כך, למשל, פתרון מעין זה איננו מבחין בין סוגים שונים של עברות נגרות העשויות לנבוע במהלך ביצוע משותף. לגישת הפתרון המוצע, מבצע בצוותא לעברה מתוכננת, שבמהלכה בוצעה עברה נגרת של המתה – יישא באחריות זהה למבצע בצוותא שהעברה הנגררת שבוצעה בעניינו היא עברת רכוש. שניהם יישאו באחריות לעברה נגרת כללית של יצירת סיכון ביודעין לביצוע עברות נוספות בשותפות, מבלי להבחין בין חומרת הפגיעה באינטרסים הספציפיים עצמם. עם זאת, חשוב לזכור כי אחד הקשיים בהטלת אחריות לפי ההסדר הקיים על העברה הנגררת הקונקרטי שבוצעה, נעוץ היה בדיוק בהיעדר מחשבה פלילית **קונקרטי** לאפשרות הפגיעה בערך המוגן העומד בבסיס העברה, ולכן אולי הפתרון הרצוי – ראוי שלא יכיר בהבחנה שכזו. אמצעי להתמודד עם קושי זה יכול שיהיה בקביעת עונש מרבי גבוה מספיק לעברה הכללית של יצירת סיכון במודעות, שאז מרחב שיקול הדעת של בית המשפט בגזירת העונש יאפשר לו להתחשב בערך המוגן הקונקרטי שנפגע ובהתאם לו להטיל עונש שישקף, בין היתר, את מידת חומרת העברה המסוימת שבוצעה. כך יישמר גם אפקט ההרתעה (השוו: קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 119). לפתרון בדמות עונש מרבי גבוה שיאפשר גמישות לבית המשפט בגזירת הדין קשיים משל עצמו: הוא מעורר דילמות שהוזכרו לעיל, על אודות היחס הראוי בין המוסדר במישור האחריות לבין המוסדר במישור הענישה. חלופה אפשרית אחרת היא ליצור עברה כללית של יצירת סיכון, אשר בצדה מנגנון ענישה מדורג לפי חומרת העברה שבוצעה.

ראו דעתו של המלומד האוסטרלי בספר: M. FINDLAY, SOLVING PROBLEMS FOR THE CRIMINAL LAW, 208–209 (2001) הסבור, כי רק נוכחות בזירת העברה בעקבות הסכמה ראשונית בין השותפים לפעול כגוף אחד, מהווה גורם המספיק להצדיק ייחוס אחריות לשותף בגין מעשים שביצע המבצע. יוזכר, כי בעבר הייתה קיימת בחוק דרישה לנוכחות פיזית בזירת ביצוע העברה כתנאי להטלת אחריות על מבצע בצוותא ועל מסייע. דרישה זו הייתה מעוגנת הן בס' 28 לחוק טרם התיקון והן בס' 24 לפקודת החוק הפלילי. החוק הבחין בין שותף שנכח בביצוע העברה ונשא באחריות בגין העברה הנוספת, לבין חברו שלא נכח – ולא נשא באחריות בעבורה; וזאת ללא הבחנה מושגית בין סוגי השותפים (לשיקולים השונים בפרשנות ס' 28 ראו:

209

מספק מענה ממשי לאי-הנוחות מהחלת כלל שדרוג האחריות על מבצע בצוותא שהיה רשולן טהור. כמו כן, לא תמיד נוכחות מבטיחה שליטה והשפעה על המתרחש באופן מעשי. עם זאת, עשוי פתרון זה, למצער בחלק מהמקרים, לצמצם את פער האשמה בין הרשולן הטהור לבין המודע, ולהקים בסיס מוסרי יציב יותר להחלת כלל

קרינאל, לעיל ה"ש 36, בעמ' 626–627). בפועל, תנאי הנוכחות לנשיאה באחריות בעבור העברה הנגדרת שימש יסוד מספיק להבחין את ההבחנות הרצויות בין המקרים. כידוע, הפסיקה לא פירשה את דרישת הנוכחות בעת ביצוע העברה הנגדרת כנוכחות פיזית דווקא. היא הרחיבה את מושג הנוכחות וכללה בו גם נוכחות "קונסטרוקטיבית" (ראו למשל, בפרשת **משולם**, לעיל ה"ש 44). מעיון באותם פסקי דין שהרשיעו שותפים בעברות נגדרות, התחושה היא שהמבחן שהפעילו השופטים לעניין זה היה מבחן יכולת ההשפעה. ראו אהרן אנקר "על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע" **מחקרי משפט** יז 339, 344–345 (2002). באופן זה שמרה הפסיקה הישנה, במידת מה, על אלמנט של מידתיות במתן הפרשנות שיצקה להסדר עובר לתיקון 39. ההסדר הנוכחי ביקש לקבוע הבחנה ברורה בין השותפים לעניין היקף אחריותם, אך נעדרת ממנו דרישת הנוכחות כתנאי לתחולתו. אנקר מצביע על הקושי שנוצר עקב השמטת דרישת הנוכחות מנוסח ההסדר דהיום, לגבי היקף פרשנות הגדרת מושג "המבצע בצוותא" שבס' 34א(1) להסדר. עם השנים העניקה הפסיקה פרשנות מרחיבה להגדרת "המבצע בצוותא" לעניין העברה המקורית, ככולל בתוכו גם את המתכנן שלא השתתף בביצוע הפיזי של העברה. ראו, למשל, ע"פ 4720/98 **מדינת ישראל נ' כהן**, תק-על 99(2) 51 פס' 4 לפסק דינו של השופט קדמי (1999); עניין **דהן**, לעיל ה"ש 45, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ביניש; עניין **פלוגי**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 405–406, פס' 28 לדברי הנשיא ברק. בתוך כך פרסה, מניה וביה, את רוחב ידיעתה של פרשנות זו גם על מי שמוגדר "מבצע בצוותא" בהסדר הטלת האחריות לעברה נגדרת, הגם ששיקולים שונים עומדים בבסיס הרציונל להטלת אחריות פלילית בגין כל אחת מן העברות (המקורית והנגדרת). בעוד שבחירה בפרשנות המרחיבה של "המבצע בצוותא", ככוללת את המתכנן שלא נכה, ראויה להינקט בעניין השותפות לעברה המקורית, היא עלולה להרחיב בלא הצדקה ראויה את אחריותו של מבצע בצוותא שהשתתף בתכנון העברה המקורית אך לא נכה בעת ביצועה, גם לעניין העברה הנגדרת. החוק בוחר לנקוט מושגית במקום גישה המבוססת על שיקולים של מידת האחריות והאשמה על ידי קביעת מבחן אחיד – "מבחן המבצע בצוותא" כפתרון של שתי סוגיות השונות במהותן (להרחבה, ראו: שם). ייתכן שאי-תחולתו של ההסדר על המבצע באמצעות אחר (אשר אינו נוכח בזירת העברה) מחזקת את הסברה שלפיה מכוון ההסדר להטיל אחריות נגדרת רק על מבצע בצוותא שנכה בזירת העברה בעת ביצועה של הסטייה. מכל מקום, השמטת דרישת נוכחות המבצע בצוותא מתנאי ההסדר במתכונתו דהיום בשילוב אימוץ פרשנותו הרחבה של מושג המבצע בצוותא מחדדת את הקושי החוקתי הטמון בהצדקת ההסדר בהיקפו הנוכחי על המבצע בצוותא. ככל שהיקף פרישתו של מושג המבצע בצוותא רחב יותר, כך תהא האחריות הנגדרת מכוח סעיף 34 רחבת היקף, וממילא פחות מידתית. כפתרון אפשרי, אולי ראוי שיכונן המחוקק שני מושגים משפטיים נפרדים: להגדרת "מבצע בצוותא" בפרשנותו המרחיבה לעניין הטלת האחריות לעברה מקורית-מתוכננת; ולהגדרת "מבצע בצוותא שנכה", דהיינו מונח צר שיגביל הטלת האחריות לעברה נגדרת רק לשותף הראוי משיקולים הנעוצים ביכולת השפעתו המעשית, לשאת באחריות לעברה נגדרת. נוסחת איוון אחרת, "מרוככת" ומידתית יותר היא זו המשווה את תנאי הטלת האחריות של "המבצע בצוותא-המתכנן" לאלו של המשדל והמסייע.

השדרוג על הרשלוך.²¹⁰ בסיס זה נשען על ביטוי חלופי של אשמה שאינו משתקף בפן המנטלי, כי אם דווקא ביכולת השפעה שהייתה נתונה בידו אותה עת על הקורות בזירת העברה – יכולת שמבחירתו החופשית לא השכיל לממש, באותם מקרים שבהם היה באפשרותו לעשות כן. דווקא במקרה של סטייה מן התכנון, עולה החשיבות המעשית של יכולת ההשפעה בעת הביצוע, כי יש בה האפשרות למנוע את הסטייה. על כן במקרה של סטייה מהתכנון, ראוי שתוחמר מידת האחריות של מבצע בצוותא שיכול היה להשפיע ב"שטח" כדי למנעה, אך לא מימש יכולת זו, ותקטן אחריות חברו שלא היה יכול להשפיע בעת הביצוע על מניעתה מחמת שלא נכח בזירה.²¹¹ נוסחת איזון זו אמנם אינה מספקת מענה מיטבי לקושי העיקרי הטמון בהסדר, אולם כפתרון זמני היא עשויה לצמצם (ולא לאיין) את תחושת אי-הנוחות נוכח הסטייה מ"עקרון האשמה" כלפי מי שלא הייתה נתונה בידו "היכולת להתנהג אחרת" ברגע הקריטי של הסטייה. המבצע בצוותא שלא נכח, יישא באחריות ההולמת את מצבו הנפשי.

ה. סיכום

דוקטרינת האחריות הנגררת מעוררת ומציפה שאלות יסוד עמוקות במשפט הפלילי, שאינן מתייחדות אך אליה, כי אם מלוות, כחוט השני, את מלאכת העיצוב של כללים משפטיים שנועדו לשרת את תכליות המשפט הפלילי. חלק משאלות אלו, החורגות אל מעבר לנושא הנדון ברשימה זו, התעוררו לאורך הדיון, וביניהן, שאלת היחס

²¹⁰ תרומה נוספת של מבחן הנוכחות עשויה לבוא לידי ביטוי בהיותו אינדיקציה בשאלת קיומה של מודעות בכוח לאפשרות הסטייה. מעניין להיווכח במשקל שמקנה הפסיקה למבחן הנוכחות במסגרת ההנמקה המובילה את בית המשפט להכרעה, כי לא הוכחה צפיות בכוח של המבצע בצוותא. ראו לדוגמה עניין דהן, לעיל ה"ש 45; עניין ברזובסקי, לעיל ה"ש 45. בשתי הפרשות הללו מוזכר בית המשפט מבצע בצוותא מעברה נגררת, בנסיבות שבהן לא נכח בזירה בעת ביצוע הסטייה. הבניית ההנמקה שמתווה השופטת פרוקצ'יה בפרשת ברזובסקי מעניינת במיוחד: בראשית דבריה היא מדגישה כי דרישת הנוכחות אינה מעלה או מורידה לשם הכרעה בתחולת ס' 34 (ובכך יוצרת אצל הקוראת תחושה כי נפקותו של נתון זה איננה מהותית); אך בהמשך הדברים, בנשימה אחת, היא מוסיפה, כי מבחינה ראייתית להיעדר נוכחות תהיה משמעות רצינית: התביעה תידרש להתאמץ מאוד כדי להרים את נטל ההוכחה לקיומה של צפיות בכוח. למעשה, המשמעות ה"ראייתית" מתורגמת באופן ישיר להשפעה מהותית – היא מובילה את השופטת לפסוק, כי חשד בדבר מודעותו בכוח של הנאשם אינו מגיע לרמת הוודאות הנדרשת לשם הרשעה בפלילים. כך מתקבל, בסופו של דבר, זיכוי; ובעקפיין, דרישת הנוכחות משליכה באופן מובהק על התוצאה המהותית, כביכול "מהדלת האחורית". להתרשמותי, היעדר הנוכחות היה גורם מכריע בשני התיקים הללו, וייתכן כי בבסיס ההכרעה שהתקבלה מסתתר, למעשה, רציונל דרישת קיומו של מבחן ההשפעה והשליטה כתנאי הנתפס ראוי בעיני בית המשפט, להטלת אחריות פלילית בגין עברה נגררת על מבצע בצוותא שלא נכח בעת ביצועה.

²¹¹ אנקר, לעיל ה"ש 209, בעמ' 344.

הראוי בין היקף הגדרת העברה לבין היקף גבולות הענישה; מידת הרזולוציה שראוי כי שיטת המשפט תאמץ כאשר היא עוסקת ביצירת קטגוריות משפטיות; שאלות של סיבתיות ושל ייחוס האחריות למעשים שבוצעו בידי אחר; שאלת ההבחנה בין הסדרת האחריות הפלילית באירוע חד-שלבי לבין אירוע דו-שלבי הגורר אחריו באופן אימננטי קשיים נוספים ייחודיים וכיוצא באלה שאלות. מטבע הדברים, אין מאמר זה מתיימר להקיף כל אחת מן השאלות הללו, המהווה נושא עצמאי למחקר. עם זאת, התקבצותן של שאלות יסוד רבות, אגב דיון בנושא נשוא רשימה זו, מלמדת, כי דוקטרינת האחריות הנגררת מכילה עוד מקום רב לדיון ולמחקר ומהווה כר פורה לליבוני סוגיות עקרוניות במשפט הפלילי.

ברשימה זו ביקשתי לבחון מפרספקטיבה גמולית-מעורבת את היחס בין היקף האחריות הפלילית המושקטת על מבצע בצוותא שהיה רשון לאפשרות ביצוע העברה הנגררת, לבין מידת האשם הגלומה בו, נוכח הסטייה הכפולה של דוקטרינה זו הן מעקרון ההתנהגות והן מעקרון האשמה. נקודת מוצא זו נבחרה על מנת להעריך אם אמנם מהווה ההסדר הישראלי בתחולתו על מבצע בצוותא – מסגרת נורמטיבית מידתית וראויה, לאור מסקנתו של בית המשפט העליון בפרשת סילגדו כי ההסדר הנו חוקתי ומשקף מידתיות ראויה בין היקף הפגיעה בזכויות החוקתיות של הנאשם לבין אינטרס הרתעת הציבור מפני ביצוע עברות בשותפות.

עיקרה של הרשימה הוקדש לדיון אתי בשאלת השיפוט הנורמטיבי של מבצע בצוותא הנקלע לסיטואציה של עברה נגררת בהיותו נתון במצבי תודעה שונים כלפי אפשרות הסטייה. דיון זה ביקש לפרוץ את הגישה הקוגניטיבית-הדיכטומית המקובלת ולערוך השוואה בין דרגות האשמה הגלומות במבצע בצוותא הרשון לאפשרות ביצוע העברה הנגררת, בהשוואה לטיפוסים שונים של מבצעים בצוותא שצפו – ברמות שונות של ריכוז ושל עצמה – את אפשרות ביצועה. תכלית הדיון הנורמטיבי הייתה לסייע בגיבוש מסקנה אם אמנם ראוי מבחינה גמולית להחיל את כלל שדרוג האחריות הפלילית הקבוע בהסדר על מבצע בצוותא רשון שלא צפה את אפשרות הסטייה. כפי שנוכחנו, מסקנת הדיון הייתה שלילית ונשענה על פער משמעותי במידת האשם בין מבצע בצוותא שהיה רשון טהור לאפשרות זו לבין מבצעים בצוותא שהיו מודעים לאפשרות זו, במידה מלאה או חלקית.

בהמשך הרשימה פנינו לבחון – מנקודת המבט של הדין המצוי בישראל – באיזו מידה משתלבת הפרשנות המוקנית להסדר בדין המקומי עם מסקנות השיפוט הנורמטיבי, ועד כמה הן ניתנות להיטמע בהוראותיו של הדין הנוהג. הדיון המושגי הובילנו למסקנה, כי היסוד הנפשי המעוגן כיום בלשון ההסדר איננו מספק פתרון אפשרי ראוי, אשר יכול לדור בכפיפה אחת עם מסקנות הדיון הנורמטיבי. תחולתו הבלבדית של ההסדר על מבצע בצוותא הרשון לאפשרות ביצועה של העברה הנגררת, בשילוב המסקנה כי דווקא הרשון הטהור איננו ראוי, לעומת "טיפוסים" אחרים בעלי תודעה חלקית או חסרה, לחסות תחת כלל שדרוג האחריות – מציבים

את מסקנתו של בית המשפט העליון בדעת הרוב בפרשת **סילגדו**, בסימן שאלה. הן הפרשנות שהקנתה להסדר הפסיקה בישראל, והן פרשנות חלופית שניתן היה לאמץ כמוצע לעיל, כושלות מלספק מסגרת משפטית נורמטיבית ראויה להסדרת אחריותם של מבצעים בצוותא הפועלים במצבי תודעה חסרה או חלקית כלפי אפשרות הסטייה. מסקנה זו מלמדת כי אין מנוס משינוי פניו של ההסדר הנוכחי. ראוי לאמץ תחתיו מודל חלופי שיכונן מסגרת נורמטיבית מידתית ויהלום את דרגות האשמה של טיפוסי מבצעים בצוותא הנקלעים לסיטואציה של עברה נגררת. דוגמאות אפשריות לנוסחאות איזון "מידתיות" וראויות יותר הובאו בתום החיבור כראשית רעיונות.