

סייגים לאחריות פלילית והחלפת אובייקט העברה

שחר אלדר*

סוגיית האחריות הפלילית של מי שטעה בזיהויו של אובייקט העברה המיועד או החטיא אותו ופגע באחר תחתיו – בשני המקרים בנסיבות מסייגות-אחריות כלפי אחד האובייקטים – מטופלת בארצות המשפט האנגלו-אמריקאי כמו גם בשיח המשפטי בישראל כעניין של העברת סייגים לאחריות פלילית, ובירורה נספח לסוגיה של העברת המחשבה הפלילית בין אובייקטים. תפיסה זו של הסוגיה מרדדת מאוד את השיח, ומונעת התייחסות שתכלול את מלוא מורכבותו של הנושא. רשימה זו מבקשת להציג כמה פגמים עיוניים הנובעים ממיקום הדיון בתרחישים אלה כתת-נושא של דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת, ולהצביע על פתרון בדמות העברת השיח לתחום של תיאוריית הסייגים. התמקדות בתיאוריית הסייגים תאפשר להתייחס לכל סייג בהתאם לרציונלים המבססים אותו ולאמות-המידה להחלתו, וכך להשיג תוצאות משיביות רצון יותר. כתוצאת-לוואי של הניתוח מתגלה עדיפות לדרך ההמשגה הטהרנית שאימץ המשפט הגרמני, אשר נמנע מהעברה של רכיבי עברה ומאפשר בחינה פרטנית של הנסיבות המסייגות את אחריותו של העושה כלפי כל אובייקט בנפרד. עם זאת, אין למתוח את גבולות הטעוין – הרלוונטי לתרחישים המשלבים נסיבות מסייגות-אחריות – ולתקף באמצעותו את ההמשגה הטהרנית ביחס לכלל המקרים של החלפת אובייקט העברה.

מבוא. א. מחשבה מועברת וסייגים מועברים. ב. תרחיש ראשון: הסייג מתייחס לאובייקט העברה המיועד. ג. תרחיש שני: הסייג מתייחס לאובייקט העברה בפועל. ד. האומנם שאלה של העברת סייגים? ה. האומנם תמיכה בעמדה טהרנית? ו. סיכום.

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. רשימה זו נכתבה לרגל הוצאת כרך מאמרים לכבודו של פרופ' מוטה קרמניצר, והיא מוקדשת לו בתודה על היד המכוונת שהעניק לי בשלבים שונים של דרכי באקדמיה. אני מודה לחאלד גנאים, לגיא ירום, למאור ליברמן, לאלקנה לייסט, לרועי נפתלי, ליובל קפלינסקי, ליורם רבין ולהדס רכטמן על הערותיהם המועילות, אשר תרמו לנוסחו הסופי של המאמר

מבוא

רשימה זו מתמקדת בשני תרחישים שעוררו במשפט את הרעיון של העברת סייגים לאחריות פלילית בין אובייקטים או קורבנות. בתרחיש הראשון העושה פועל מתוך סייג לאחריות פלילית כלפי אובייקט א, אולם עקב טעות בזיהוי או החטאת הפעולה הוא פוגע באובייקט ב, שלגביו לא מתקיימים תנאי הסייג. האם יוכל העושה ליהנות מהסייג המקורי גם לגבי פגיעתו באובייקט בפועל? ומה השלכת הדברים על זכאותו של כל אחד מהאובייקטים להתגונן מפני הסכנה הנשקפת מהעושה? בתרחיש השני העושה פועל מתוך מחשבה רעה כלפי אובייקט א, אך עקב טעות או החטאה הוא פוגע באובייקט ב, שביחס אליו מתקיימות נסיבות המסייגות אחריות פלילית. האם יחול הסייג ביחס לאובייקט שנפגע אף שהעושה כיוון במקור לאובייקט אחר? ומהו המנגנון המשפטי שיוכיל לתוצאה הרצויה ביותר?

ככלל, תרחישים אלה נדונים בשולי ההתייחסות לסוגיה של העברת המחשבה הפלילית מאובייקט לאובייקט. סוגיה זו, הידועה כדוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת, מתמקדת במצבים שבהם היסוד הנפשי של העושה מתייחס לאובייקט אחד ואילו היסוד העובדתי מתייחס לאובייקט אחר: העושה כיוון לפגוע ב־א, אך החטיא ופגע ב־ב; או לחלופין – העושה כיוון לפגוע ב־א, אך בשל טעות בזיהוי והחלפת ב־א, הוא פגע ב־ב. העברת המחשבה הפלילית בין אובייקטים מאפשרת לחבר את שני היסודות – היסוד הנפשי ביחס ל־א¹ והיסוד העובדתי ביחס ל־ב – לכלל עברה שלמה אחת של פגיעה באדם.² האם העברת המחשבה הפלילית בין אובייקטים היא פרקטיקה משפטית ראויה? והאם עליה ללכת צעד בצעד עם העתקת סייגים לאחריות בין אובייקטים? בשאלות אלה לא הגיעו שיטות משפט או חוקרי משפט לעמדה אחידה. פרופ' מייקל בוהלנדר, שערך מחקר השוואתי מקיף בסוגיית ההעברה של המחשבה הפלילית ושל הסייגים לאחריות פלילית, סיכם את ממצאיו כאקורד צורם: מביין שיטות המשפט שסקר, יש שדוגלות בהעברת המחשבה הפלילית ועימה הסייג מאובייקט לאובייקט, יש שבוחרות להימנע כליל מהעברה של רכיבי מחשבה או סייג בין אובייקטים, יש שבוחרות בהעברה פְּרִירֵנית של רכיבים, יש שמתנות העברה של רכיבים בפזיזות או ברשלנות של העושה כלפי האפשרות שמעשיו יחטיאו את יעדם או ייכרכו בטעות בזיהוי, ויש שדוגלות בהעברת המחשבה או הסייג רק בתרחישים של החטאת הפעולה אך לא במצבים של טעות בזיהוי.³

1 לפי גישתם של חלק מהכותבים, במקרה של טעות בזיהוי היסוד הנפשי של העושה מכוון מלכתחילה כלפי האובייקט שנפגע בפועל, שכן כלפיו העושה מכוון את פגיעתו. אין בכך שמעשיו נובעים מרצון לפגוע באחר – שהוא סבור בטעות כי הוא הוא קורבנו בפועל – כדי להעלות או להוריד לעניין אחריותו הפלילית. לדיון ראו להלן פרק א.

2 על-פי המתכונת הקלסית של דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת, העברה מושלמת כלפי האובייקט שנפגע בפועל. בכתיבה הישראלית קנתה לה גישה אחרת שביתה. ראו להלן פרק א.

3 Michael Bohlander, *Transferred Malice and Transferred Defenses: A Critique of the Traditional Doctrine and Arguments for a Change in Paradigm*, 13 NEW CRIM. L. REV. 555, 616 (2010).

הסוגיה של העברת סייגים לאחריות פלילית מזמנת מסגרת לדיון משולב בשני מאמרים שכתב פרופ' מרדכי קרמניצר יחד עם ד"ר חאלד גנאים – האחד מאמר קנוני בתחום המחשבה הפלילית המועברת, והאחר מאמר מעמיק בנושא ההתגוננות מפני תוקף תמים. מטבע הנושא ייגע הדיון שלהלן גם בתמות נוספות שהעסיקו את פרופ' קרמניצר, ביניהן עקרון האשמה, כניסה מרצון למצב של התגוננות ועברות ההמתה.

הדיון יתקדם על-פי הסדר הבא: תחילה אציג את הגישות המתחרות בסוגיית ההעברה של רכיבי אחריות ושל סייגים (פרק א). לאחר-מכן אבחן את הפתרונות שגישות אלה מציעות למקרים מסוג התרחיש הראשון ולמקרים מסוג התרחיש השני (פרקים ב ו ג, בהתאמה). שתי מסקנות עיקריות יעלו מניתוח המקרים. ראשית – וכנגד הגישה הרווחת בארצות המשפט המקובל – אבקש לבסס את המסקנה שסוגיית המחשבה המועברת אינה המסגרת המתאימה להסדרה נורמטיבית של אירועים המשלבים סייגים לאחריות פלילית והחלפה של אובייקט העברה. המיקום הנכון של הדיון הוא גזרת הסייגים, ורק בגדרה אפשר לכלול את מלוא מורכבותו של הנושא, המחייב דיון פרטני בכל סייג וסייג בהתאם לרציונלים המבססים אותו ולאמות-המידה להחלתו (פרק ד). שנית, אצביע על העדיפות המסתמנת של ההמשגה הטהרנית כמתודת התייחסות לתרחישים הנדונים, ובה-בעת אבקש לדייק בהגדרת יתרונה של דרך המשגה זו וגם לסייגו. המשגה טהרנית נמנעת משימוש בפיקציית ההעברה של רכיבי עברה, ובוחנת את אחריותו של העושה לגבי כל אובייקט בנפרד. מכיוון שסייגים כגון הגנה עצמית מתייחסים מטיבם לאובייקטים מסוימים, ואינם מקנים לעושה רישיון לפגוע בכל אובייקט שהוא, התייחסות טהרנית תאפשר דיון לכיד באובייקט המוגדר של המחשבה הפלילית ושל הסייג. עם זאת, יש להיזהר מפני מסקנות גורפות: המסקנה כי דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת אינה מתאימה להסדרת מקרים של החלפת אובייקט המערבים סייג אין משמעה בהכרח שהדוקטרינה נחלשת בכל מקרה של החלפת אובייקט (פרק ה).

א. מחשבה מועברת וסייגים מועברים

האחריות הפלילית מותנית בהלימה בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי בעברה.⁴ כך, הרשעה ברצח מותנית במודעות של העושה לכך שמעשיו עלולים להמית את קורבנו, ולפי אחת מחלופות העברה – גם בכוונה תחילה להמיתו. באופן דומה, הרשעה בהיזק לרכוש מותנית במודעות של העושה לכך שמעשיו יוצרים סיכון בלתי-סביר לגרימת נזק זה. אולם לעיתים העברה מחמיצה את יעדה, והעושה ממית קורבן שונה מן המתוכנן או פוגע בחפץ אחר מזה שבו רצה לפגוע. במצבים אלה, שבהם העושה מיעד את העברה לאובייקט אחד אך פוגע

4 לעקרון ההלימה (או ההתאמה) ראו Barry Mitchell, *In Defence of a Principle of Correspondence*, 1999 CRIM. L. REV. 195. כן ראו מרים גור-אריה "היסוד הנפשי והרציה בעבירות ההמתה" משפטים ה' 181, 182 (1973); מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109, 110 (1996). בכמה שיטות משפט יש חריגים לעיקרון זה (כגון felony murder rule), אולם אלה אינם משפיעים על הדיון כאן. ראו Jeremy Horder, *A Critique of the Correspondence Principle in Criminal Law*, 1995 CRIM. L. REV. 759.

למעשה באובייקט אחר מאותו סוג, המשפט הפלילי בישראל מחיל על האירוע את דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת, שלפיה "אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות"⁵. משמעות הדבר היא שבמקרים שבהם השתנה אובייקט העברה במהלך הביצוע, חוק העונשין מחבר בין היסוד העובדתי כלפי האובייקט שנפגע בפועל לבין היחס הנפשי כלפי האובייקט המיועד לשם יצירה פיקטיבית של עברה אחת שלמה. פתרון זה מתייחס הן להחטאת הפעולה (פגיעה תאונתית באובייקט אחר מזה המיועד) והן לטעות בזיהוי (פגיעה באובייקט שהעושה מזהה בשגגה כאובייקט המיועד).⁶ דוקטרינת המחשבה המועברת נהנית מתחולה רחבה בארצות הניזונות משיטת המשפט המקובל,⁷ אולם קמו לה מתנגדים. בישראל מחנה המתנגדים מונהג על-ידי קרמניצר וגנאים, אשר מאמרים "טעות בזהות והחטאת הפעולה"⁸ מהווה את המניפסט המקיף ביותר שנכתב במשפט האנגלו-אמריקאי בגנות הטכניקה של העברת המחשבה הפלילית. במאמרם אימצו גנאים וקרמניצר עמדה טהרנית,⁹ אשר דוחה את הפיקציה שעליה מתבססת העברת המחשבה מאובייקט אחד לאחר ותומכת בבחינה ישירה של אחריות העושה לגבי כל אובייקט בנפרד. במצבים שבהם החטיא העושה את אובייקט העברה המיועד ופגע באובייקט אחר, ירשע אותו הטהרן בניסיון לבצע עברה נגד האובייקט המיועד ובעברה מושלמת נגד האובייקט שנפגע בפועל על-פי היסוד הנפשי שהתקיים בעושה כלפי הפגיעה בו – פזיזות או רשלנות.¹⁰ גנאים וקרמניצר התבססו על גישת המשפט הגרמני, ובהתאם לה פיצלו בין ההשלכות של החטאת הפעולה לבין אלה של טעות בזיהוי, וייחדו את הגישה הטהרנית למקרים של פגיעה תאונתית באובייקט בפועל אגב החטאת האובייקט המיועד. לדידם, במצבים שבהם טעה העושה בזיהוי האובייקט והחליף את האובייקט המיועד באובייקט שאליו כיוון למעשה, היסוד הנפשי של

- 5 'ס' 20(ג)2 (2) לחוק העונשין, התשל"ז–1977. דוקטרינת המחשבה המועברת מהווה מתיחה של דרישת ההלימה בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי. ראו Andrew Ashworth, *The Elasticity of Mens Rea*, in CRIME, PROOF AND PUNISHMENT – ESSAYS IN MEMORY OF SIR RUPERT CROSS 45 (C.F.H. Tapper ed., 1981).
- 6 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 115, 125: "ההתנהגות העבריינית תיראה כעבירה אחת ומושלמת ולא תתפצל לנסיון ועבירה אחרת, כאשר המושא בפועל של העבירה שונה מן המושא הנועד, אם בגלל טעות – Error in Obiecto – ואם בגלל החטאת הפעולה – Aberratio Actus". ראו באופן דומה גם את עמדתו של בית-המשפט העליון בע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2012). פסק-הדין האנגלי שיצר את הדוקטרינה – R. v. Saunders, (1577) 2 Pl. 473, 75 Eng. Rep. 706 (Q.B.) – ייעד אותה במפורש הן למקרים של החטאת הפעולה והן למקרים של טעות בזיהוי. Bohlander, לעיל ה"ש 3, בעמ' 583–598.
- 7 חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר "טעות בזהות והחטאת הפעולה – האומנם מחשבה פלילית מועברת?" דין ודברים א 65 (2004). המאמר פורסם גם באנגלית: Khalid Ghanayim & Mordechai Kremnitzer, *Mistaken Identity and Error in Performance: A Transferred Malice?*, 61 CRIM. L.Q. 329 (2014).
- 9 המשגה זו של עמדתם של גנאים וקרמניצר נסמכת על הטקסונומיה שהוצגה לראשונה אצל Douglas N. Husak, *Transferred Intent*, 10 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 65 (1996).
- 10 על-פי הגישה הטהרנית שנוקטים גנאים וקרמניצר, בהעדר יסוד נפשי כלפי האובייקט שנפגע בפועל, לא תהיה הרשעה כלפי אובייקט זה, חרף הפגיעה שנגרמה לו.

העושה מתייחס לאובייקט שניצב לפניו ואשר בו פגע בפועל, ועל-כן אפשר להרשיעו בעברה מושלמת כלפי אובייקט זה – ישירות ובלא צורך בהעברת מחשבתו הפלילית. עמדתם של גנאים וקרמניצר היא אפוא טהרנית-מפצלת.¹¹

עמדתם של גנאים וקרמניצר היא בגדר חידוש גמור בדין בישראל, ועם זאת כוח השכנוע שלה רב. בהמשך הרשימה אדון במידת כוחה המשכנע של העמדה הטהרנית-המפצלת. כעת ברצוני להדגיש עד כמה תפיסה זו שונה מהדין הנוהג, ובעיקר עד כמה היא סוטה מהעמדה המשתקפת בפסק-הדין בעניין שניר¹² – פסק-הדין העיקרי שנתן בית-המשפט העליון בסוגיית המחשבה הפלילית המועברת, אשר הכתיב במשך השנים את עמדתו של הדין הישראלי בסוגיה. המערער בעניין זה הורשע בכך שירה כמה יריות מאקדחו לעבר קרובי-משפחתו שהתאספו באותה עת בדירת חמותו, וגרם בכך בכוונה תחילה למות החמות. טענתו בערעור הייתה כי ככל שהייתה לו כוונה לגרום למותו של אדם, היא הייתה מופנית כלפי אשתו, ולא כלפי חמותו, וכי השינוי בזהות הקורבן בפועל מונע הרשעה ברצח מכוון. בית-המשפט העליון פסק כי המתכוון להרוג את א והורג את ב – אשם, והחיל על המקרה את "הפיקציה של העברת הכוונה הפלילית מן הקרבן בכוח אל הקרבן בפועל".¹³ בית-המשפט דחה במפורש את העמדה הטהרנית, אשר במקרה זה הייתה מובילה להרשעה בניסיון לרצוח את האישה¹⁴ (אולי בתוספת עברת המתה פחותה ביחס לחמות – הריגה או גרם מוות ברשלנות, בהתאם ליסוד הנפשי של המערער כלפי אפשרות המתה). בית-המשפט נימק את ההרשעה ברצח בכך שנעשה מעשה פלילי כנדרש, התקיימה כוונת קטילה והושגה התוצאה האסורה בעברה.¹⁵ בעוד גנאים וקרמניצר סוברים כי שאלת הצורך בפיקציה של העברת המחשבה מתעוררת רק במקרים של החטאת הפעולה (וזאת, כאמור, בהתאם לעמדתם הטהרנית-המפצלת, הרואה בשינוי האובייקט עקב טעות בזיהוי מקרה רגיל של מחשבה המכוונת לאובייקט הניצב לנגד עיני הנאשם), בית-המשפט בעניין שניר שוקל עמדה שלפיה הפיקציה חלה דווקא על מקרים של טעות בזיהוי, "ואילו לצורך האחריות הפלילית לכדור התועה שום פיקציה אינה דרושה, מפני שהעברייני השלים את מעשהו הפלילי בכוונתו הפלילית, והתוצאה המצויה אינה פחות אסורה מאשר

11 להמשגה זו של גישת גנאים וקרמניצר ראו שחר אלדר "ביצוע רב-עברייני והחלפת אובייקט העבירה" משפטים מד 229 (2013).

12 ע"פ 406/72 שניר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 234 (1973).

13 שם, בעמ' 240.

14 בהנחה שהייתה מתקבלת גרסתו העובדתית של המערער כי כיוון לעבר אשתו והחטיא.

15 עניין שניר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 239–240. בית-המשפט הכיר בכל-זאת באופי הפיקטיבי של הדוקטרינה, והלך בעניין זה בעקבות GLANVILLE WILLIAMS, CRIMINAL LAW – THE GENERAL PART 126 (2nd ed. 1961). על דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת כפיקציה משפטית, המחברת מחשבה פלילית כלפי אובייקט אחד לפגיעה פיזית באובייקט אחר, ראו גם WAYNE R. LAFAVE & AUSTIN W. SCOTT, JR., SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW 399 (1986); Anthony M. Dillof, *Transferred Intent: An Inquiry into the Nature of Criminal Culpability*, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 501, 506 (1998).

היתה התוצאה הרצויה".¹⁶ עם זאת, כאמור, חוק העונשין מחיל כיום את דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת הן במקרים של החטאת הפעולה והן במקרים של טעות בזיהוי. עמדתם של גנאים וקרמניצר בסוגיה זו שונה גם מתיאוריה מקורית שהתפתחה בכתיבה בישראל, אף שמעולם לא נקלטה בפסיקתם של בתי-המשפט. לפי תיאוריה זו, לא המחשבה הפלילית היא המועברת, כי אם אובייקט העברה. הסטת הדגש היא משמעותית: על-פי דוקטרינת המחשבה המועברת, המחשבה הפלילית שהתקיימה כלפי האובייקט המיועד נודדת לעבר האובייקט בפועל, וכך יורשע העושה בעברה מושלמת כלפי האובייקט בפועל. על-פי התיאוריה הדוגלת בהעתקה של אובייקט העברה, האובייקט המיועד תופס את מקומו של האובייקט בפועל, כאילו הוא שנפגע.

הוגה התיאוריה, פרופ' ש"ז פלר, הסביר אותה כך:

המשמעות המילולית של הביטוי "כוונה-מועברת" היא, שהכוונה להמית את הקרבן המיועד מועברת אל הקרבן בפועל, כאילו זה היה הקרבן שאליו התכוון, מלכתחילה, עושה העבירה. אולם, לדעתנו, למעשה, לא הכוונה עוברת אל הקרבן בפועל, אלא הקרבן המיועד עובר במקום הקרבן בפועל; או, במלים אחרות, במקום התוצאה בפועל, נגרמה התוצאה הרצויה, על היבטיה הקונקרטיים, כמובין.¹⁷

דוד חשין אימץ אף הוא את התיאוריה בדבר העתקת האובייקט ועיגן את בחירתו ברצון לתת משקל ראוי לכך שהעושה כיוון את מעשיו כלפי האובייקט המיועד.¹⁸ ההשלכה המעשית הצפויה של תיאוריית העתקת האובייקט היא החלת הסייגים המתקיימים ביחס לאובייקט המיועד – כגון במצב של התגוננות מפניו – על הפגיעה שהתרחשה, שכן אם האובייקט בפועל נכנס לנעליו של האובייקט המיועד, יחולו עליו אותם סייגים שהיו חלים עליו אילו היה באמת האובייקט המיועד. (כפי שנראה מייד, גנאים וקרמניצר ייחסו לפלר עמדה שונה.) נעבור אפוא לדון בשאלה של העברת סייגים לאחריות פלילית.

הגישה הרווחת לשאלה זו בשיטות הניזונות מן המשפט המקובל תומכת בהעברת המחשבה הפלילית עם כלל הנסיבות המסייגות שהתקיימו ביחס לאובייקט המיועד. משמעות הדבר היא שאחריותו של העושה נבחנת כאילו התכוון לפגוע באובייקט בפועל בנסיבות המקימות את הסייג ביחס לאובייקט המיועד.¹⁹ לשם המחשה, אם העושה התגונן כדין כלפי א ופגע תחתיו ב-ב, הוא ייהנה מהסייג שעמד לו כלפי א. בהעתקת המחשבה והסייג כאחד דוגלת

16 עניין שניר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 240. בית-המשפט החיל את דוקטרינת הכוונה המועברת על תרחיש של טעות בזיהוי גם בע"פ 6059/92 שיבאם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.1993), שם התכוון המערער לפגוע באחיו, אך בשל טעות בזיהוי המית תחתיו את גיסתו.

17 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 588 (1984) (להלן: פלר, כרך א).

18 דוד חשין "תורת הכוונה המועברת ברצח בכוונה תחילה" משפטים ו 378, 382–383 (1976).

19 A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, G.R. SULLIVAN & G.J. VIRGO, SIMESTER AND SULLIVAN'S CRIMINAL LAW – THEORY AND DOCTRINE 165 (5th ed. 2013) ("When malice is transferred, so also are defences")

הצעת החקיקה הפלילית באנגליה,²⁰ וזו גם גישתן של רוב המדינות בארצות-הברית.²¹ ומה באשר לתיאוריה המעבירה את האובייקט במקום את המחשבה? תומכיה של גישה זו חלוקים באשר להעברת הסייג, כפי שתיארו גנאים וקרמניצר:

חשין טוען ש"רואים את המצב כאילו נפגע האובייקט אליו התכוון הנאשם בתחילה למרות שנפגע אובייקט אחר"; כלומר, העושה נושא באחריות פלילית בגין ביצוע עבירה נגד האובייקט המיועד, ולכן יעמדו לו כל ההגנות שעמדו לו נגד האובייקט המיועד. לעומתו, פלר גורס שהעושה ביצע עבירה אחת ויחידה "כמובן נגד הקורבן בפועל בלבד", והעושה ייחנה מההגנות שיעמדו לו רק נגד האובייקט בפועל, כלומר, ההגנות שעמדו לעושה נגד האובייקט המיועד לא יעמדו לו כלפי האובייקט בפועל.²²

מאחר שגנאים וקרמניצר אינם מציעים להעביר את המחשבה הפלילית בין אובייקטים כגישה הרווחת במשפט המקובל, וגם אינם דוגלים בהחלפת אובייקטים כתיאוריה של פלר וחשין, ממילא אין הם מציעים להעביר סייגים בין אובייקטים. לגישתם, במקרה של החטאת הפעולה

20 Law Commission of England and Wales, Criminal Law: A Criminal Code for England and Wales, vol. 1 – Report and Draft Criminal Code Bill cl. 24 (LAW COM. No. 177, HMSO, 1989), שלפיו:

- (1) In determining whether a person is guilty of an offence, his intention to cause, or his recklessness whether he causes, a result in relation to a person or thing capable of being the victim or subject-matter of the offence shall be treated as an intention to cause or, as the case may be, recklessness whether he causes that result in relation to any other person or thing affected by his conduct.
- (2) Any defence on which a person might have relied on a charge of an offence in relation to a person or thing within his contemplation is open to him on a charge of the same offence in relation to a person or thing not within his contemplation.

21 Bohlander, לעיל ה"ש 3, בעמ' 597–598. חוק העונשין הישראלי שותק באשר להעברת הסייג.
22 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 72. ראו גם יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 474 (מהדורה שלישית, 2014). בעקבותיהם אתיחס גם אני לגישה המתוארת כאל גישתו של פלר, אף שראוי לציין כי למעשה גישתו של פלר אינה חד-משמעית, והוא פוסח בעניין זה על שתי הסעיפים. אומנם, לדבריו – כפי שציטטו גנאים וקרמניצר – ההמתה היא של הקורבן בפועל בלבד, אך הוא מוסיף מיד: "כאילו התוצאה הקטלנית הושגה כמבוקש באובייקט המיועד" (פלר, כרך א, לעיל ה"ש 17, בעמ' 587). לעניין טעות בזיהוי, לעומת זאת, פלר החלטי בגישתו, ולפיה הסייג שהיה חל על מעשהו של העושה אילו אכן פגע באובייקט המיועד יחול על פגיעתו השגויה באובייקט בפועל. כך באו הדברים לידי ביטוי בכתביו – ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 444 (1987) (להלן: פלר, כרך ב): "ניתן להרכיב את הטעות במצב דברים גם על הסייגים לפליליות המעשה"; שם: "במקרים כאלה, פועל אדם במצב של הגנה פרטית 'מדומה'"; שם, בעמ' 515: "הטעות עשויה להתייחס לנתון בו מותנית התהוות סייג לפליליות המעשה, מבלי להתייחס כלל לנתוני המעשה עצמו. במקרה [זה] הטעות משליכה על המהות הפלילית של המעשה, תוך שלילתה"; שם, בעמ' 517: "מבחינת תוצאו המשפטי, סייג מדומה שקול כנגד סייג אמיתי, [ו]אותו סייג עצמו הוא זה ששולל את פליליות המעשה, ולא הטעות במצב הדברים שנוגע למבנהו, היא זו השוללת את הפליליות".

יחולו – הן ביחס לאובייקט בפועל והן ביחס לאובייקט המיועד – היסוד הנפשי שהיה לעושה כלפי כל אחד מהם וכן הסייגים הפרטניים הרלוונטיים לכל אחד מהם בנפרד. במילים אחרות: אם העושה התגונן כדין מפני אופגע תחתיו ב-ב, ייחסו לעושה ניסיון לפגוע ב-א ופגיעה ב-ב – הניסיון לפגוע ב-א יחסה תחת הסייג הנובע מההתגוננות מפניו, והפגיעה ב-ב תקים אחריות לעושה בהתאם ליסוד הנפשי שהחזיק ביחס לפגיעה זו (פגיעה פזיזה, פגיעה רשלנית, או בהעדר אשם – זיכוי).²³

אם כן, ראינו ארבע גישות לפתרון הסוגיה של החלפת אובייקט העברה באירועים המערבים סייג לאחריות פלילית: העברה של המחשבה הפלילית מהאובייקט המיועד לאובייקט בפועל בד בבד עם העברת הסייג, כבגישה הרווחת במשפט המקובל; העברה של אובייקט העברה ומתן תוקף לסייגים שעמדו לעושה כלפי האובייקט המיועד, כגישת חשין; העברה של אובייקט העברה ומתן תוקף לסייגים שעמדו לעושה כלפי האובייקט בפועל, כגישת פלר; והימנעות מהעברה של המחשבה הפלילית או של הסייג, כגישתו הטהרנית של המשפט הגרמני, שאותה ייבאו לשיח בישראל גנאים וקרמניצר. מיצוי של אפשרויות השילוב יסיף עוד שני פתרונות אפשריים לסוגיה – העתקת המחשבה הפלילית בלבד, ללא העתקת הסייג; והעתקת הסייג בלבד, ללא העתקת המחשבה הפלילית. לפתרונות אלה לא נמצאו חסידים בקרב המשפטנים בישראל.

מבחנם של הפתרונות האפשריים לסוגיה הוא יכולתם לספק תוצאות הולמות לתרחישים רלוונטיים. על-כן בשני הפרקים הבאים אבחן עד כמה הגישות שסקרתי מסוגלות לטפל בתרחישים של החלפת אובייקט העברה בנסיבות מסייגות אחריות ביחס לאובייקט המיועד (התרחיש הראשון) או ביחס לאובייקט בפועל (התרחיש השני). על בסיס מבחן זה אוכל לנפות כבר עתה, בשלב מקדמי, את שני הפתרונות האחרונים שהזכרתי. הפתרון של העתקת המחשבה הפלילית ללא העתקת הסייג גורר בכירור השלכות בלתי-סבירות בשני התרחישים. כאשר העושה מתגונן כדין מפני א המאיים לפגוע בו, אך בשל טעות או מחמת החטאת הפעולה פוגע תחתיו ב-ב התמים, העברת המחשבה ללא העברה של הסייג המתיר התגוננות משמעה הרשעה בלתי-מסויגת של העושה בגין תקיפה. במקרה ההפוך, שבו העושה מתכוון לפגוע ב-א התמים אך תחתיו פוגע (בשל טעות בזיהוי או מחמת החטאה) ב-ב, אשר בדיוק באותה עת מבקש לפגוע בעושה עצמו, גישה זו תזפה את העושה כליל. השלכות אלה אינן מביאות בחשבון את ההיבט הנפשי של האחריות הפלילית או את דיני הניסיון לדבר עברה, אלא מתמקדות אך ורק במציאות האובייקטיבית, כלומר, בתוצאה שהתממשה בפועל. מי שמגביל את הניתוח הנורמטיבי לנסיבות האובייקטיביות של האירוע הנבחן ממילא אינו צפוי להתעניין כלל בתופעה הסובייקטיבית של המחשבה הפלילית ובדוקטרינה של העברתה בין אובייקטים. גם העברה של הסייג ללא העברת המחשבה הפלילית גוררת השלכות לא-מוצלחות. כאשר העושה מתגונן כדין מפני א אך פוגע בטעות או עקב החטאה ב-ב התמים, פתרון זה יוביל להרשעה של

23 לפי הגישה הטהרנית-המפצלת של גנאים וקרמניצר, במקרה של טעות בזיהוי תיחוס לעושה פגיעה באובייקט בפועל, אולם טעותו עשויה לזפות אותו בסייג מדומה. לעניין זה ראו גם האלד גנאים "סייג מצדיק מדומה – טעות בדבר קיומו של סייג מצדיק" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 335 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

העושה בניסיון לפגוע ב-א וכד ב-בד לזיכויו המוחלט מאחריות לפגיעה ב-ב, אף אם זו נגרמה בשל רשלנותו או פזיזותו.²⁴ לא ייפלא אפוא שלא נמצאו תומכים לשני פתרונות אלה.

ב. התרחיש הראשון: הסייג מתייחס לאובייקט העברה המיועד

נפנה אפוא לבחינת השלכותיהן של הגישות שהוצעו לסוגיית ההחלפה של אובייקט העברה. ניעזר לשם כך בשני תרחישים מנוגדים, שבשניהם העושה מכוון לפגוע ב-א אך פוגע בפועל ב-ב: בתרחיש הראשון מתקיים לגבי מעשיו סייג לאחריות ביחס ל-א אך לא ביחס ל-ב; ואילו בתרחיש השני מתקיים לגבי מעשיו סייג לאחריות ביחס ל-ב אך לא ביחס ל-א. בפרק זה אדון בתרחיש הראשון, ואבדוק כיצד מתייחסות אליו העמדות העוסקות בסוגיית המחשבה המועברת והסייג המועבר.

כפי שראינו,²⁵ הגישה הרווחת במשפט המקובל מורה להעתיק במקרה זה את המחשבה הפלילית של העושה מאובייקט לאובייקט, ועימה את הסייג. העושה ייחשב כמי שכיוון את מעשיו לעבר האובייקט בפועל, כאילו התקיימו ביחס לאובייקט זה הנסיבות המסייגות שהתקיימו למעשה ביחס לאובייקט המיועד. משמעות הדבר היא תחולה מלאה של הסייג על העושה. גישה זו מעוררת כמה תהיות. ראשית, אם הנסיבות המסייגות מתייחסות לאובייקט המיועד (למשל, כאשר האובייקט המיועד תקף את העושה או לחלופין נתן את הסכמתו שהעושה יפגע בו), העברת הסייג במלואו כאילו התקיים כלפי האובייקט בפועל מתעלמת מהפגיעה שנגרמה לאובייקט בפועל וחוטאת לאינטרס ההגנה עליו. גנאים וקרמניצר מתחו ביקורת על השלכה אפשרית זו של עמדת המשפט המקובל. לגישתם, במקרים שבהם נבעה הפגיעה באובייקט בפועל מפזיזות או מרשלנות, הרשעתו של העושה על בסיס זה מתבקשת.²⁶ גנאים וקרמניצר גזרו מביקורתם נימוק נגד עצם רעיון ההעברה של רכיבי אחריות בין אובייקטים.²⁷ שנית, יש לתהות אם המשפט המקובל נתן את מלוא הדעת להשלכות של העברת סייגים מצדיקים אל הקורבן בפועל, כמו במצבים של התגוננות מידתית או בחירת הרע במיעוטו תחת צורך. המשמעות הרגילה של סייג מצדיק, להבדיל מסייג פוטר, היא שהמעשה המוצדק נתפס כמותר בדין ולעיתים אף כנושא ערך חברתי חיובי, ועל-כן נאסר על הקורבן

24 במצב ההפוך – כאשר העושה תוקף את א ועקב טעות בזיהוי או החטאה פוגע ב-ב, אשר במקרה מתכוון באותה עת לפגוע בעושה – תוביל העתקת הסייג בלבד, ללא המחשבה הפלילית, לתוצאה מתקבלת על הדעת דווקא. התוצאה תהא הרשעה של העושה בגין ניסיון לפגוע באובייקט המיועד ונוסף על כך הרשעה אפשרית שלו בגין הפגיעה באובייקט בפועל בהתאם ליסוד הנפשי שהתקיים בו כלפי אפשרות הגרימה של תוצאה זו (מאחר שהסטטוס של העדר סייג, שהתקיים במקור ביחס לאובייקט המיועד, מועבר כלפי האובייקט בפועל).

25 ראו ה"ש 19–21 והטקסט שלידן.

26 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 111.

27 שם, אולם, כפי שנראה בהמשך (בפרק ה), נמצאה במשפט המקובל טכניקה שבאמצעותה אפשר בכל-זאת לייחס לעושה אחריות בגין פגיעה בת-אשם באובייקט בפועל אשר נגרמה אגב פעולתו התמימה כלפי האובייקט המיועד.

להתגונן בכוח מפני עושה המעשה המוצדק, וכל מי שסייע לעושה ייהנה מסייג אף הוא.²⁸ ככל שהדבר אמור בתרחיש הראשון, אפשר לפקפק אם אכן נכון לחייב את האובייקט בפועל לשאת בנזק הצפוי לו מידיו של עושה שטעה בזיהוי או החטיא (או לחלופין לשאת באחריות פלילית בגין התנהגותו), וכן ספק אם נכון להקנות לצדדים שלישיים את הזכות לסייע במודע לעושה לממש את טעותו או את החטאת הפעולה ולפגוע באובייקט שלא חטא. לא ברור כלל כי דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת היא המסגרת העיונית הנכונה לפתרון תהיות אלה. תהיות מתעוררות גם לנוכח הפתרונות המוצעים לתרחיש הנדון על-ידי המצדדים בתיאוריה של העברת האובייקט. ראינו כי על-פי תיאוריה זו אין מעתיקים את המחשבה הפלילית מהאובייקט המיועד אל האובייקט בפועל, אלא להפך – מעתיקים את האובייקט בפועל אל מקומו של האובייקט המיועד. חרף נקודת המוצא הדומה ביחס להעתקה של אובייקט העברה, התומכים בתיאוריית העתקת האובייקט חלוקים ביניהם בשאלת תחולתו של הסייג. במקרים של שילוב ההחלפה של אובייקט העברה עם סייג לאחריות פלילית, לפי גישתו של חשין יוכל העושה ליהנות מסייג שהיה נתון לו ביחס לאובייקט המיועד, ואילו על-פי גישתו של פלר יחול על העושה סייג שהתקיים ביחס לאובייקט בפועל.²⁹ אם מחילים על התרחיש הראשון את גישתו של חשין, לא מתעורר כל צורך להעביר את הסייג בין האובייקטים, משום שהסייג חל על האובייקט שכלפיו כביכול הושלמה העברה: מבחינת הפיקציה, האובייקט המיועד הוא שנפגע, וביחס אליו אכן מתקיים הסייג. אין להסיק מכך שגישה זו חפה מהקשיים הנלווים לתיאוריות הדוגלות בהעברת הסייג. מאחר שזהות האובייקט בפועל נמסכת בזהות האובייקט המיועד ואובדת בה, התיאוריה מבנה את המקרה כאילו האובייקט המיועד הוא שהותקף, והתוצאה היא שהאובייקט הנמצא בסכנה בפועל אינו רשאי להתגונן מפני העושה. תוצאה נוספת היא שכעת האובייקט המיועד – שאינו נתון בסכנה כלל – רשאי "להתגונן" מפני העושה אם מעשיו של זה כלפי האובייקט בפועל חרגו מהמותר בסיטואציה (תקיפת העושה על-ידי האובייקט המיועד תיחשב התגוננות של האחרון, מאחר שהוא זה שמוחקף כביכול, אף שלמעשה לא הוא שעמד בסכנה, אלא האובייקט בפועל). לבסוף, גם ביחס לתיאוריית העתקת האובייקט בגרסת חשין – כמו ביחס לגישה של העתקת המחשבה הפלילית, הרווחת במשפט המקובל – נשאלת השאלה אם נכון לפטור את העושה מכל אחריות גם כאשר פגיעתו באובייקט בפועל נבעה מפזיזות או מרשלנות.

על-פי גישתו של פלר, העושה בתרחיש הראשון – שפגע באובייקט אחר מזה שכלפיו התקיימו הנסיבות המסייגות ואשר אליו ייעד העושה את פעולתו – לא ייהנה מתחולת הסייג. גישה זו משקפת תפיסה אובייקטיבית לגבי החלה של סייגים (שלילת הסייג מבוססת על מצב

28 ראו, למשל, GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 760–761 (1978); Albin Eser, *Justification and Excuse*, 24 AM. J. COMP. L. 621, 622 (1976); PAUL H. ROBINSON, STRUCTURE AND FUNCTION IN CRIMINAL LAW 105–106 (1997); Claire O. Finkelstein, *Self-Defense as a Rational Excuse*, 57 U. PITT. L. REV. 621, 644 (1996). פרופ' מרים גור-אריה הציעה להחיל את ההשלכות המתוארות בטקסט גם על סייגים פוטרים. ראו, Miriam Gur-Arye, *Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?*, 5 CAN. J.L. & JURIS. 215 (1992).

29 ראו לעיל ה"ש 22 והטקסט שלידה.

הדברים בפועל), ובכך היא סותרת את העמדה הכללית של פלר בשאלת האחריות הפלילית, המצדדת בקביעה של רכיבי עברה וסייג כאחד מנקודת-ראותו של הנאשם.³⁰ חוסר עקיבות נוסף בגישתו של פלר מתגלה כאשר מקישים מטעות שעניינה רכיב עברה על טעות שעניינה רכיב מסייג: נניח שהעושה התכוון ליטול טלית של חברו שהוצעה כמתנה למתפללים, אך בשל טעות בזיהוי או מחמת החטאת הפעולה נטל את טליתו הפרטית של מתפלל אחר. במקרה זה לא היה העושה מודע לרכיב הנסיבתי של העדר הסכמה מצד בעל החפץ הנלקח, כנדרש בעברת הגנבה, ועל-כן לא גיבש מחשבה פלילית שאפשר להעבירה. בהעדר מחשבה פלילית לגבי גנבת הטלית של א, אין מחשבה פלילית שאפשר להעבירה לטלית של ב. אולם הסכמת הקורבן, המופיעה לעיתים כרכיב שלילי בהגדרת העברה,³¹ מופיעה פעמים אחרות כרכיב מסייג – למשל, במסגרת סייג הצידוק, השולל אחריות פלילית ביחס למעשה שהנאשם "עשהו באדם בהסכמה כדון, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם טובתו או טובת הזולת".³² האופי הקונטינגנטי של מיקום רכיב ההסכמה במבנה האחריות הפלילית מסבך את ניתוח הסוגיה של העברת המחשבה והסייגים. לפי גישתו של פלר, מי שכיוון לעשות מעשה מיני בהסכמה ב-א, אך בחסות החשכה טעה בזיהוי או החטיא את א³³ ועשה את המעשה ב-ב המתנגדת, יהא פטור מאחריות, בהעדר יסוד נפשי באשר לרכיב ההסכמה שבעברת המין. לעומת זאת, יישלל הסייג ותוטל אחריות על מי שבמקום לבצע טיפול חודרני במטופלת א המסכימה, טעה בזיהוי או החטיא וביצע את הטיפול במטופלת ב שהתנגדה לו. התוצאה בשני המקרים שונה רק משום שסוגיית ההסכמה מוסדרת פעם אחת כרכיב שלילי במסגרת העברה ופעם אחרת בגדרו של סייג. אין כל טעם ענייני להבחין בין המקרים, ולפיכך נראה שגישתו של פלר נגועה בחוסר לכידות.

בהעדר סייג לעושה ביחס לאובייקט בפועל, ומתוך רצון להתחשב בהיבט הנפשי של הסיטואציה, הדביק פלר על הניתוח של התרחיש הראשון סייג מדומה, השולל את המחשבה הפלילית של העושה ביחס לפגיעה האסורה. פתרון זה מתחשב בהלך-הרוח של העושה, ומסייע לגשר על הפער שבין הפתרון שהציע פלר לתרחיש הראשון לבין ההטיה הסובייקטיבית המאפיינת את עמדתו בשאלת האחריות הפלילית ככלל. אף-על-פי-כן צודקים גנאים וקרמניצר בראותם בפתרון שהציע פלר פתרון מאולץ שאינו עולה בקנה אחד עם תמיכתו ברעיון של העברת האובייקט.³⁴ נוסף על כך, פתרון זה אינו מספק מענה מלא לקושי אחר המאפיין את

30 עמדה כללית זו באה לידי ביטוי בס' 34(א) לחוק העונשין, שלפיו "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו".

31 העדר הסכמה של בעל החפץ הניטל הוא נסיבה בהגדרת הגנבה (ס' 383(א)(1) לחוק העונשין). באופן דומה, העדר הסכמה לקיום יחסי מין הוא רכיב נסיבתי בעברת האינוס, והעדר הסכמה למעשים מיניים הוא רכיב נסיבתי בעברת המעשה המגונה (ס' 345(א)(1), 348(ג) לחוק העונשין, בהתאמה).

32 ס' 34(ג) לחוק העונשין.

33 במקרה זה קשה מאוד להבחין בין טעות בזיהוי לבין החטאת הפעולה.

34 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 112: "גישה זו אינה מתיישבת עם גישתו בדבר העברת האובייקט, ועם תפיסת האירוע כעבירה אחת ויחידה. היא מעידה שלא ניתן להתעלם מאופיו

התיאוריה של העברת האובייקט: תיאוריה זו אינה מביאה בחשבון את האינטרסים של עוברי-אורח בלתי-מעורבים, ובראשם האובייקט בפועל, ופוטרת את העושה מאחריות בגין פגיעתו באובייקט זה, אף אם נבעה הפגיעה מפזיזות או מרשלנות.

הגישה של המשפט הגרמני, שעם חסידיה נמנים גנאים וקרמניצר, מבחינה בין מקרים של התרחיש הראשון שמקורם בטעות בזיהוי האובייקט לבין מקרים של תרחיש זה שנגרמו עקב החטאת הפעולה. כאשר העושה תוקף את ב מאחר שהוא סבור בטעות כי ב הוא למעשה א המאיים עליו, מעשיו של העושה מכוונים כלפי ב, והטעות בזיהוי אינה נושאת כל נפקות באשר לאחריותו. אובייקט א יוצא מהמשוואה הנורמטיבית, ועימו יוצא לכאורה גם האיום שנבע ממנו, שהוא מקור הסייג. עם זאת, העושה יוכל עדיין ליהנות מטעותו ומהסייג הנובע ממנו: אף שאין ערך מזכה למחשבתו המוטעית כי ב הוא א המאיים עליו, יוכל העושה ליהנות מסייג מדומה הנובע ממחשבתו כי ב מאיים עליו.³⁵ כאשר העושה מתגונן כדין כלפי א אך מחטיא ופוגע תחתיו ב-ב, המשפט הגרמני שולל העברה של רכיבי מחשבה או סייג. משמעות הדבר היא זיכוי של העושה מאחריות לנסינו לפגוע ב-א (האובייקט המיועד שכלפיו מתקיים הסייג), והטלת אחריות עצמאית עליו ביחס לפגיעתו ב-ב (האובייקט בפועל) בהתאם ליסוד הנפשי שהחזיק כלפי אפשרות הפגיעה בו (רשלנות או פזיזות, בהתאם לעניין) או לחלופין זיכוי (בהעדר יסוד נפשי רלוונטי). אפשר להסכים עם ההערכה של גנאים וקרמניצר כי תוצאה זו צודקת וכי הגישה הטהרנית – הבוחנת את אחריותו של העושה כלפי כל אובייקט בנפרד, ללא העתקה של מחשבה פלילית או של סייגים – מוצלחת בהקשר זה. עם זאת, ראוי לשים לב שהתוצאה לא תשתנה גם אם תיזנח העמדה המפצלת בין טעות בזיהוי לבין החטאת הפעולה, כך שגם מקרים של טעות בזיהוי ייבחנו על-פי העמדה הטהרנית.³⁶ יישום הניתוח הטהרני על מקרה שבו תקף העושה את ב מכיוון שסבר בטעות כי ב הוא א המאיים עליו יוביל לזיכוי העושה מאחריות לנסינו לפגוע ב-א שאכן איים עליו, וכן לזיכוי מאחריות לתקיפת ב מתוקף טעותו לגבי הזהות של ב³⁷ – תוצאה זהה לזו שהתקבלה מהניתוח של כוונת העושה כמתייחסת לאובייקט ב, ועל-כן טובה כמוה.³⁸

ג. התרחיש השני: הסייג מתייחס לאובייקט העברה בפועל

נהפוך כעת את התפקידים ונניח כי העושה כיוון לפגוע לא כדין באובייקט א, אך בשל טעות בזיהוי או מחמת החטאת הפעולה פגע למעשה באובייקט ב, אשר ביחס אליו התקיימו נסיבות מסייגות. כך יקרה, למשל, אם יחטיא העושה את א או יטעה בזיהויו ועקב כך יפגע ב-ב, אשר

המפוצל של האירוע: היינו פגיעה באובייקט בפועל וניסיון לפגיעה באובייקט המיועד, ומכאן גם שני הסייגים: כלפי כל אחד מן האובייקטים הללו.

35 לפי ס' 34 לחוק העונשין, סייג מדומה פוטר מאחריות לעברות המחשבה הפלילית אם טעותו של העושה במצב הדברים הייתה כנה, ופוטר אף מאחריות לעברת רשלנות אם טעותו של העושה במצב הדברים הייתה כנה וגם סבירה.

36 להבדל שבין טהרנות עקיבה לבין העמדה הטהרנית-המפצלת ראו לעיל פרק א.

37 כאמור בה"ש 35 לעיל, פטור מעברת רשלנות יינתן רק אם הטעות הייתה כנה וגם סבירה.

38 אשוב לדון ביתרונותיה של הגישה הטהרנית בפרק ה להלן.

באותה עת ממש כיוון לעברו נשק באיום.³⁹ על רקע הדברים האמורים עד כה נוכל להציג כעת בתמצית את התוצאות שאליהן יובילו הגישות העוסקות בסוגיית המחשבה המועברת והסייג המועבר.

לפי הגישה הרווחת בארצות המשפט המקובל, המעבירה את כלל הרכיבים של האחריות הפלילית (המחשבה ועימה הסייג) מהאובייקט המיועד אל האובייקט בפועל, העושה בתרחיש השני ייחשב כמי שפגע במכוון באובייקט בפועל, ואליו תועתק מחשבתו הרעה. הנסיבות המסייגות המתייחסות לאובייקט זה לא יועילו ככל הנראה לעושה, אשר על-פי הפיקציה ייחשב כמי שפגע באובייקט בפועל כאילו הוא האובייקט המקורי. תוצאה זו עולה לכאורה מלשונו של חוק העונשין, השולל כל נפקות מן העובדה שאובייקט העברה הוחלף.⁴⁰ עם זאת, הדברים אינם חד-משמעיים: ייתכן שהעושה יעמוד בתנאים הנדרשים כדי ליהנות מסייג ישיר ביחס לאובייקט בפועל, בלא קשר להעברה של רכיבי העברה בין האובייקטים (למשל, אם שיטת המשפט מאפשרת לעושה ליהנות מהסייג על בסיס אובייקטיבי של עצם קיום הנסיבות המסייגות ביחס לאובייקט בפועל, או על בסיס משולב אובייקטיבי-קוגניטיבי, המותנה בכך שהעושה היה מודע לאיום הנובע מ-ב ולאפשרות שמעשיו כלפי א ישתבשו או יסתעפו ויגרמו פגיעה ב-ב). אכן, הצעת החקיקה הפלילית באנגליה מציינת כי העושה ייחנה מכל סייג שעמד לו ביחס לאובייקט המיועד אף אם פגע באובייקט אחר מן המתוכנן,⁴¹ אך אינה כוללת הוראה הפוכה שלפיה ישלל מהעושה כל סייג שהתקיים ביחס לאובייקט בפועל אם הסייג לא התקיים גם ביחס לאובייקט המקורי. כל שאפשר לומר הוא שעל-פי הגישה הנפוצה במדינות המשפט המקובל, העושה בתרחיש השני ייחשב כמי שכיוון את פגיעתו אל עבר האובייקט שנפגע בפועל, אך אין ללמוד מכך שיועתק כלפי אובייקט זה גם הסטטוס של "העדר סייג" המתקיים ביחס לאובייקט המיועד.⁴²

הפתרונות הדוגמטיים שיעניקו לתרחיש השני חסידי התיאוריה בדבר העתקת האובייקט עומדים בניגוד לעמימות המאפיינת את גישת המשפט המקובל באשר להחלה ישירה של הסייג המתקיים לאובייקט בפועל על העושה. ייתכן שאני קורא בגישות שנבעו מתיאוריית העתקת האובייקט יותר ממה שיש בהן, שכן פלר וחשין – שהציגו את התיאוריה הזו איש-איש בכתביו

39 ייתכן גם שהעושה ידע כי הוא מאוים על-ידי אויב ב, אך הוא בחר לירות דווקא באויב א, החטיא או טעה בויהוי ופגע באויב ב. דוגמה זו אינה צפויה להיות שכיחה מבחינה עובדתית, אך היא אינה בלתי-סבירה (אף אם אין היא רציונלית): ייתכן שהעושה מוכן ליהרג אך רוצה קודם לכן להספיק להמית את שנוא נפשו העיקרי – אויב א. דוגמה נוספת לתרחיש הנדון היא מקרה של גנב הנוטל תיק בחוף הומה אדם, ובדיעבד מגלה כי התיק ממולכד וכי בנטילת התיק הוא מנע אסון (אפשר להציע גם גרסה של החטאה שבה הגנב שלח ידו לתיק א, אך בחפזונו תפס את תיק ב הממולכד).

40 ראו לעיל ה"ש 5 והטקסט שלידה.

41 ראו לעיל ה"ש 20.

42 במשפט האנגלי נודעה השפעה להלכת R. v. Dadson, (1850) 4 Cox CC 358, שלפיה בהעדר מודעות ביחס לנסיבות המסייגות, לא ייחנה העושה מתחולת הסייג. הלכה זו שנויה במחלוקת. לסקירת הגישות שהתפתחו בנושא זה ולדיון ראו Russell L. Christopher, *Unknowing Justification and the Logical Necessity of the Dadson Principle in Self-Defence*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD. 229 (1995).

– לא התייחסו במפורש לתרחיש השני, ואילו היו נותנים לו את הדעת, אולי היו מייחדים לו פתרון שונה. מכל מקום, גישתו של פלר מבנה כאמור את האירוע כאילו האובייקט המיועד הוא שנפגע, אך מקנה לעושה את הסייגים שעמדו לו ביחס לאובייקט בפועל דווקא, ומכך אפשר להסיק שבמקרים המשוויכים לתרחיש השני ייחנה העושה מהסייג תמיד. לעומת זאת, גישתו של חשין מעתיקה את זהות האובייקט הנפגע אל האובייקט המיועד, ומחילה על העושה את הסייגים שעמדו לו מול האובייקט המיועד, ומכך אפשר להסיק שבמקרים מסוג התרחיש השני יהא העושה אחראי תמיד.

כמו בתרחיש הראשון, גישתו של פלר לסוגיית ההחלפה של אובייקט העברה במצבים של סייג נחשפת בתרחיש השני כאובייקטיבית במהותה, דהיינו, כמתחשבת בנסיבות הסייג כפי שהתקיימו במציאות, ולא כפי שהשתקפו בהלכי-רוחו הסובייקטיביים של העושה. גישה זו ניצבת בניגוד לעמדה הכללית של פלר בשאלת האחריות הפלילית, הנוטה באופן בולט לסובייקטיבי,⁴³ וזאת מבלי שניכר ייחוד נורמטיבי של התרחישים הנדונים שיצדיק את המהפך. הפעם אין תקנה לנטייה אידיוסינקרטית זו, שכן אם ביחס לתרחיש הראשון היה פלר יכול לתקן את המעוות באמצעות חיבור התותב של סייג מדומה, המאפשר לעושה ליהנות מהנתונים המסייגים שקיננו במחשבתו,⁴⁴ ביחס לתרחיש השני אין פתרון דומה שיאפשר להרשיע את העושה ולו בניסיון לפגוע באובייקט המיועד של פעולתו. לעומת אמת-המידה האובייקטיבית שהפעיל פלר ביחס לתרחיש השני, גישתו של חשין לתרחיש זה היא סובייקטיבית באופן מובהק: תמונת הדברים שבמוחו של העושה מושלכת על המציאות ומוקרנת במלואה על אחריותו, כאילו פגע באמת בא התמים.

גנאים וקרמניצר ייבאו מהמשפט הגרמני פתרון שונה, שלפיו אין להעביר בין אובייקטים את המחשבה הפלילית או את הסייגים לאחריות פלילית, ואין גם להעתיק את זהותו של אובייקט העברה. כאשר העושה מכוון לעבר אובייקט א, מחטיא אותו ופוגע באובייקט ב,⁴⁵ תיבחן אחריותו באופן עצמאי ביחס לכל אחד משני האובייקטים. אם מתקיימים תנאים מסייגי-אחריות כלפי אובייקט ב בלבד, יורשע העושה בניסיון לפגוע באובייקט א, שבו ביקש לפגוע אך לא פגע, ויזוכה מהפגיעה באובייקט ב, שבו פגע בנסיבות המקימות סייג לאחריות פלילית. אולם ניתוח זה של עמדת גנאים וקרמניצר מניח את המבוקש, דהיינו, שדי בעצם קיומם העובדתי של התנאים המסייגים להביא לידי כך שהעושה ייחנה מהסייג. השאלה אם במקרים מסוג התרחיש השני תסויג האחריות הפלילית של העושה בשל קיומן האובייקטיבי של הנסיבות המסייגות (כגון איום מידי של ב), או שמא יידרש איזה יחס נפשי מצידו באשר לקיומם של רכיבי הסייג (מודעות לאיום או אף יותר מכך – מניע של הסרת האיום), תעמוד במוקד הדיון בהמשך הדברים.

43 ראו לעיל ה"ש 30 והטקסט שלידה.

44 ראו לעיל ה"ש 34 והטקסט שלידה.

45 ראו אלדר, לעיל ה"ש 11. עמדתם הטהרנית של גנאים וקרמניצר מתייחסת למקרים של החטאת הפעולה, ולא למקרים של טעות בזיהוי.

ד. האומנם שאלה של העברת סייגים?

כל אחת מארבע הגישות לשאלת המשגה הנורמטיבית של אירועים שבהם הוחלף אובייקט העברה בשל טעות בזיהוי או בשל החטאת הפעולה⁴⁶ הציגה כיתרון את הפתרון שהיא מציעה לתרחישים שכללו נסיבות מסייגות-אחריות, וביקשה לתקף באמצעותו את עמדתה. בפרקים הקודמים נוכחנו כי הדיון שהתפתח עקב כך עורר דווקא תהיות באשר לנאותות השלכותיה של כל גישה ביחס לתרחישי-משנה פרטניים (למשל, כאשר הפגיעה באובייקט בפועל נבעה מפזיזות או מרשלנות של העושה או כאשר אחד האובייקטים מבקש להתנגד לעושה). הקושי אינו מקרי. התבוננות על התרחישים האלה ועל הדילמות שהם מעוררים מלמדת כי המיקום הנפוץ של הדיון תחת הכותרת של "החלפת אובייקט העברה"⁴⁷ הוא שאחראי לחלק גדול מהקשיים העיוניים. אפיון הסוגיה כשאלה של "העברת סייגים לאחריות פלילית", הנספחת למחלוקת שסביב דוקטרינת המחשבה המועברת, הטה את הדיון ממסלולו הנכון וגרר דיון עקר. המבוכה נובעת מכך שהמענה לתהיות המתעוררות אינו טמון ברובד ההעברה של רכיבי האחריות בין אובייקטים, אלא במישור של תורת הסייגים לאחריות פלילית. מענה זה עשוי להשתנות מסייג לסייג בהתאם לרציונל המבסס כל אחד מהם ולאמת-המידה הראויה לזמינותו. התמקדות בתחום הסייגים לאחריות פלילית אינה נותנת פתרון מן המוכן לבעיות המתעוררות במקרים מהסוג של התרחיש הראשון או התרחיש השני, אך היא מכוונת אל השאלות הנכונות, ולכן היא המסגרת העיונית המתאימה להתמודדות עם אירועים הכרוכים בהחלפת אובייקט ובסייג.

המגרעת העיקרית של הדיון שהתפתח סביב שאלת ההחלפה של אובייקט העברה בנסיבות של סייג טמונה בכך שכל המשתתפים בדיון התייחסו לסייגים כאל חטיבה גנרית אחת, ובכך התעלמו מההשלכות הנלוות לסיווגים המקובלים בדיני הסייגים. סיווג כזה הוא, למשל, הסיווג המקובל של סייגים להצדקים, לפטורים ולהחרגות.

סייגים מחריגים (exemptions) – כגון קטינות, אי-שפיות והעדר שליטה – מתמקדים בכישורי העושה ובמסוגלותו לגבש אחריות פלילית בעת הביצוע. הגנתם גורפת, והם אינם חלים במידות שונות על אובייקטים שונים. אם כך, מה הטעם לדבר על העברתם בין אובייקטים? כך, אם העושה אינו שפוי, מצבו הנפשי הרעוע פוטר אותו מאחריות לכלל מעשיו ותוצאותיהם, וזאת בין שהוא פגע באובייקט המיועד ובין שהוא החטיא או טעה בזיהוי ופגע עקב כך באובייקט אחר.

לעומת החרגות, סייגים שנהוג לסווגם תחת הצדק או תחת פטור עשויים להיות ממוקדי-אובייקט. הגנה עצמית, למשל,⁴⁸ היא דוגמה מובהקת לסייג ממוקד-אובייקט, שכן ההתגוננות

46 (א) העברת המחשבה הפלילית, כגישת הדין הנוהג; (ב) העתקת האובייקט בגרסה של פלר; (ג) העתקת האובייקט בגרסה של חשין; (ד) הימנעות מהעברה, כעמדה הטהרנית של גנאים וקרמניצר.

47 ראו לעיל פרק א.

48 כפי שנראה מייד בטקסט, יש המסווגים את ההגנה העצמית כהצדק ויש הרואים בה פטור.

מתייחסת לתוקף דווקא, ולא לכל אדם.⁴⁹ יש גם סייגים מעורבים – לעיתים בעלי תחולה כללית ולעיתים ממוקדי-אובייקט – וכן קיימים מקרי-ביניים. דוגמה לסייג מעורב היא צידוק שבהפעלת סמכות: צידוק כזה יהיה ממוקד-אובייקט אם בנסיבות העניין הסמכות נתונה ביחס לאובייקט ספציפי, כבמעצר חשוד, והוא יהיה כללי אם הסמכות נתונה ביחס לכל אדם, כבמקרה של גביית אגרה המחייבת את הכלל וטרם נגבתה מאיש. דוגמה למקרה-ביניים היא ההקלה הניתנת לאם שהמיתה את תינוקה במצב של שיקול-דעת מעורער כתוצאה מהלידה או מההנקה: מצד אחד, ההקלה עם האם הממיתה אינה כללית, אלא מתייחסת ספציפית לתינוקה; מצד אחר, הרציונל הבולט להקלה הוא המצב הנפשי המעורער של האם (כלומר, עניין של יכולת). מה הדין אפוא כאשר האם, בשל מצבה המעורער, מכוונת לפגוע בתינוקה אך מחמת טעות או החטאה פוגעת בתינוק אחר? בדין הישראלי דוגמה זו באה על פתרונו בנקל, מאחר שההקלה עם האם הממיתה את תינוקה נמצאת בהגדרת העבירה:⁵⁰ נראה את האם כמי שטעתה ביחס למצב הדברים הנוגע בעבירה, והיא תורשע בחלופה המקילה של המתת תינוק.⁵¹ הדין האנגלי מגיע לתוצאה דומה על-ידי מתן סייג (חלקי) מאחריות והשתתותו על הגבלת יכולותיה של האם:⁵² על-פי רציונל זה, הסייג הוא בעל תחולה כללית, ואין צורך להעתיקו מתינוק לתינוק. אנו רואים אפוא שהבחנות מהמימד התיאורטי של דיני הסייגים משליכות על הדיון בתרחישים הכרוכים בהחלפת אובייקט ובסייג לאחריות פלילית, ומכשילות את האפשרות של דיון גנרי בסוגיה.

בעוד ביחס לסייגים כלליים העברת הסייג מתיירת, כאשר עוברים לדון בסייגים ממוקדי-אובייקט, הרציונל של העתקת הרכיבים כושל. הטעם לכך נעוץ במעמדו השונה של הערך הנפגע שבעבירה, ושבסייג, מזה. את דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת, כמרגם את התיאוריה בדבר העתקת אובייקטים, נוהגים להסביר בכך שמבחינת האינטרס הציבורי הקבוע בעבירה אין זה משנה מי האובייקט הספציפי שנפגע; בלשונו של פלר ביחס לעבירות של קטילת חיי אדם: "חיי אדם, כערך חברתי המוגן על-ידי איסור עבירות ההמתה, הן שווים".⁵³ אולם,

49 Bohlander, לעיל ה"ש 3, בעמ' 557.

50 ס' 303(א) לחוק העונשין.

51 זאת, מכוח ס' 34 לחוק העונשין, הדין בטעות במצב הדברים. ראו גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 92–93.

52 SIMESTER ET AL., לעיל ה"ש 19, בעמ' 165. ראו גם DAVID ORMEROD, SMITH & HOGAN'S CRIMINAL LAW 593–594 (13th ed. 2011). לתוצאה דומה הגיע פלר על-ידי טכניקה של העתקת אובייקט: התינוק של האם הממיתה מועבר לעמדת הקורבן בפועל, ואז תחול הגישה המקילה. ראו פלר, כרך א, לעיל ה"ש 17, בעמ' 588.

53 פלר, כרך א, לעיל ה"ש 17, בעמ' 587. השוו LAFAVE & SCOTT, לעיל ה"ש 15, בעמ' 401, הדוחים את הרציונל הזה להעברת המחשבה הפלילית, באשר הוא אינו עולה בקנה אחד עם יחסו של החוק למקרים שבהם האובייקט המיועד הוא אכן שנפגע אך בדרך לא-צפויה. במקרים אלה מודל חקיקת העונשין האמריקאי מורה על זיכוי (ראו MODEL PENAL CODE §2.03(2)(b) ((Proposed Official Draft 1962)) אף-על-פי שהנאשם התכוון לפגוע באובייקט מסוג רלוונטי לעבירה ואכן פגע באובייקט מסוג זה. הרציונל שהם מאמצים נוגע בעונש: התרחשות הנזק מסירה את המכשול הנורמטיבי מפני ענישה מלאה בגין ניסיון, ופותחת פתח להרשעה בעבירה מושלמת ולענישה החמורה הנובעת ממנה. לענייננו, גם הסבר זה מסיט את הדגש מזהותו של האובייקט הנפגע לעצם הפגיעה באובייקט כלשהו מאותו סוג.

ככל שמדובר בסייגים ממוקדי-אובייקט, הזהות הקונקרטית של הקורבן דווקא משנה. לדוגמה, מי שנדרש להגנה עצמית אינו מקבל היתר כללי לפגוע ב"אדם", כמעין רישיון להרוג הנובע ממצב ההתגוננות, אלא הוא רשאי להתגונן מפני התוקף ולהסיר את האיום. השאלה אם הסייג יחול גם על מי שאגב התגוננות פגע בעובר-אורח אינה יכולה אפוא להישען על ההיגיון הפנימי של רעיון ההעברה של רכיבי העברה. מתן הסייג בנסיבות אלה אינו קשור להעברה של הסייג או של האובייקט, כי אם מעוגן בתפיסה סובייקטיבית לגבי תחולת הסייג, ולהפך: שלילת הסייג בנסיבות אלה אינה נעוצה בגישה טהרנית להמשגת המחשבה הפלילית, אלא בבחירה של אמת-מידה אובייקטיבית לתחולת הסייג.

הבחנה נוספת שיש להביא בחשבון היא זו שבין סייג מצדיק לבין סייג פוטר. מעשה עברה יוצדק אם בנסיבות העניין הייתה עשייתו רצויה או לכל-הפחות מותרת, דוגמת גנבה של סולם לשם הצלת לכודים בבניין בוער או פעולה תוקפנית הנדרשת לשם הדיפת תוקפנות חריפה ממנה. פטור יינתן כאשר מעשה העברה אינו רצוי ואינו מותר, אך בנסיבות העניין לא יהיה זה צודק לייחס לעושה אשמה פלילית. דוגמאות לכך הן המתת אדם שהעושה היה אנוס להמיתו מחמת איום של פגיעה בחייו אם לא יעשה כן, או מעשה התגוננות החורג במעט מהנדרש לשם מניעת הפגיעה הצפויה לעושה.⁵⁴ אמת-המידה לתחולת הסייג עשויה להשתנות בין פטורים להצדקים, והבדל זה משליך על שאלת תחולתם של הסייגים על פגיעה בעוברי-אורח. פטורים מבוססים על עתירת העושה להתחשבות של החברה במצב המיוחד שבו היה נתון בעת ביצוע העברה, והגיון העתירה מבוסס על מודעותו בעת הביצוע לנסיבות שבגינן הוא מבקש את ההתחשבות. ייתכן שהגיון העתירה אף מחייב שנסיבות אלה יהיו הזרז המנטלי לפעולת העושה כמניע או כמטרה. דרישת-הסף להנאת העושה מסייג מצדיק שנויה במחלוקת. עמדה אחת מדגישה את המהות האובייקטיבית של ההצדקה, אשר אינה משתנה גם אם העושה לא היה מודע לקיומה. לפי עמדה זו, די בכך שהנסיבות המצדיקות התקיימו בפועל להביא לידי החלתן על אחריות העושה, ולהפך: בהעדר נסיבות מצדיקות, לא תסייע לעושה מחשבתו המוטעית בדבר קיומן.⁵⁵ עמדת-הנגד מדגישה את ההיבט הסובייקטיבי של האחריות, ובוחרת את קיום הנסיבות המצדיקות לפי היחס הנפשי של העושה: הלה ייהנה מסייג מצדיק רק אם פעל מכוחו או לכל-הפחות היה מודע לנסיבות קיומו.⁵⁶

54 זה התיאור הסטנדרטי של ההבחנה. ראו, למשל, Paul H. Robinson, *A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*, 23 UCLA L. REV. 266, 274-275 (1975); J.C. SMITH, *JUSTIFICATION AND EXCUSE IN THE CRIMINAL LAW* 8-12 (1989); Mordechai Kremnitzer & Khalid Ghanayim, *Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defense*, 39 TULSA L. REV. 875, 877 (2004). כן ראו FLETCHER, לעיל ה"ש 28, בעמ' 215. Gur-Arye; 875-759, לעיל ה"ש 28, בעמ' 215.

55 Robinson, לעיל ה"ש 54. עם זאת, גם לפי רובינסון, במצב ההפוך – שבו הנסיבות המצדיקות מתקיימות אולם העושה אינו מודע להן ומכוון את מעשיו להשלמת העברה – תיתכן הרשעה בניסיון פלילי.

56 FLETCHER, לעיל ה"ש 28, בעמ' 552-568. מקרב האוחזים בגישה הסובייקטיבית יש המתנים את ההצדקה בפעולה על-סמך הטעם המצדיק, ולפיכך אף אם היה המבצע מודע לנסיבות ההצדקה אך הן לא היו הטעם או אחד הטעמים לפעולתו, אין לזכותו בסייג. ראו, למשל, Douglas N. Husak, *Motive and Criminal Liability*, 8 CRIM. JUST. ETHICS 3, 10-11 (1989).

אמת-המידה לתחולתו של כל סייג נקבעת מתוך התחשבות ברציונל המבסס אותו. בהתאם לרציונל יימצאו סייגים שיהיה נכון להחילם גם על הפגיעה הלא-מתוכננת באובייקט בפועל, ויהיו כאלה שלא יהיה נכון להחילם כאמור. לא הרעיון של העברת הסייג או אי-העברתו הוא שיכריע, אלא השאלה אם הגיונו של הסייג חל גם על עוברי-אורח. לשם הדגמה נתמקד במקרה שבו העושה יורה לעבר תוקף אך מחטיא ופוגע בעובר-אורח תמים (התרחיש הראשון). אם הרציונל לסייג ההגנה העצמית הוא שמעשה ההתגוננות ביטל בפועל סכנה מרפפת, ייבחן הסייג באמת-מידה אובייקטיבית, ולא יתאים למקרה של פגיעה לא-מתוכננת בעובר-אורח שלא ביטלה את האיום. באופן דומה, אם הסייג נקבע מתוך תפיסה ערכית שהתוקף מותר במובן כלשהו על זכותו לחיים ולשלמות הגוף (או לחלופין מאבד את זכותו להגנת החברה על חייו ועל שלמות גופו),⁵⁷ אזי אין להחילו על עובר-האורח, מאחר שאין ליחס לו ויתור דומה.⁵⁸ לעומת זאת, אם הרציונל הוא הגנה על האוטונומיה של הנתקף או על הסדר החברתי-המשפטי, אזי הפגיעה בעוברי-אורח היא לעיתים מחיר סביר של מעשה ההתגוננות.

לעומת זאת, אם מאמצים אבן-בוהן סובייקטיבית לזמינות הסייג, אזי אין זה משנה במי פגע העושה, אלא כלפי מי כיוון את פגיעתו. במקרה זה שאלת האחריות של העושה לפגיעה אינה קשורה להעברת המחשבה, אלא למצב הנפשי הנדרש כדי ליהנות מתנאי הסייג: האם די במודעות לקיומו או שמא נדרשת פעולה מתוך מניע לממש את האינטרס שבבסיס הסייג? גם כאן אין תשובה אחידה לכל הסייגים, וכל תשובה תלויה בהגיונו של כל סייג וסייג, ושוב דיני החלפת האובייקט אינם מתאימים כמסגרת עיונית להכרעה. גם הפעם מלוא מורכבותה של השאלה מתגלה רק בזיקה לתיאוריית הסייגים, וכל הכרעה תוליד הסתעפויות נוספות שביורן אפשרי רק במסגרת זו. לדוגמה, גם לאחר שבוחרים באמת-מידה סובייקטיבית למתן הסייג ומחליטים להתנות את תחולתו ביסוד נפשי של מודעות לרכיבו, יש להחליט עדיין אם המודעות הנדרשת מתייחסת לקיום של נסיבות הסייג ביחס לאובייקט בפועל או שמא לאפשרות שהאובייקט בפועל ייפגע כתוצאה ממעשי המתגונן – ואולי לשני העניינים גם-יחד. אם נבחרה אמת-מידה אובייקטיבית, המותנית בקיום בפועל של נסיבות הסייג, גם כאן השאלה הרלוונטית אינה אם הסייג יועתק בין אובייקטים, אלא יש לחקור את הגיון הסייג ולהתחזקת אחר הטעם של הדרישה האובייקטיבית לקיומו: אם התנאי האובייקטיבי נועד לאשש את הצדקת הפגיעה (רציונל אובייקטיבי טהור), אזי אם התנאי אינו מתקיים באובייקט בפועל (כבמקרים המשתייכים לתרחיש הראשון), לא יחול הסייג במתכונתו האובייקטיבית; לעומת זאת, אם התנאי האובייקטיבי נעוץ בטעמים נורמטיביים, ונדרש כדי להגביל את זמינות הסייג כך שהוא לא יחול במקרה שבו העושה מפריז ביחסו המגונן כלפי האינטרסים שלו (רציונל

57 לדיון בשכיחותה של תיאוריית הוויתור (forfeiture) בספרות המשפטית ולביקורת עליה ראו Kenneth W. Simons, *The Relevance of Victim Conduct in Tort and Criminal Law*, 8 BUFF. CRIM. L. REV. 541, 554–557 (2005).

58 במצב ההפוך, כאשר העושה יורה לעבר קורבן תמים ופוגע עקב טעות בזיהוי או בשל תאונה בעובר-אורח שלגביו מתקיימות במקרה נסיבות מסייגות-אחריות (התרחיש השני), אזי לפי בחינה אובייקטיבית הסייג צריך לחול, שכן בפועל נפגע מי שהתקיימו לגביו תנאי הסייג.

אובייקטיבי מגביל),⁵⁹ אזי יש לבדוק אם העושה פעל באופן מותאם לסיטואציה. ההיבט האובייקטיבי יתמקד לפיכך בקיומן של נסיבות הסייג ביחס לאובייקט המיועד דווקא, ואם נסיבות הסייג מתקיימות,⁶⁰ יחול הסייג אף אם טעה המתגונן בזיהויו של אובייקט העברה, ואף אם החטיאו ופגע באחר תחתיו. ולהפך: כאשר הסייג מתקיים רק ביחס לאובייקט בפועל, והעושה ירה לעבר מי שחשב כי הוא תמים אך פגע במי שבפועל הוא תוקף (כבתרשיש השני), המאפיין האובייקטיבי של הסייג יתקיים רק אם הוא יושבת על רציונל אובייקטיבי טהור. עדיפותה של המסגרת העיונית של תיאוריית הסייגים להסדרת אירועים המשלבים סייג לאחריות פלילית והחלפה של אובייקט העברה ניכרת גם ביחס לזכותו של הקורבן בפועל להתגונן מפני העושה. מאחר שככלל אין להצדיק התגוננות מפני תקיפה מוצדקת,⁶¹ העתקת האובייקט הנפגע מ-ב ל-א שוללת מ-ב – שכאילו אינו מסתכן בפגיעה – את הזכות להגן על עצמו כנגד העושה. השלכה זו מובהקת יותר בגרסת חשין לתיאוריית העתקת האובייקט מאשר בגרסת פלר, מכיוון שחשין, להבדיל מפלר, יאפשר במקרה זה לעושה ליהנות מהסייג שהתקיים ביחס לאובייקט המיועד, ופעולותיו המכוונות בפועל ל-ב לא יהיו כרוכות אפוא באשם. תוצאה דומה תתקבל גם מגישת המשפט המקובל: כגישתו של חשין, המעתיקה את האובייקט ומותירה את הסייג במקומו, גם גישת המשפט המקובל, המעתיקה את המחשבה עם הסייג לעברו של ב, שוללת מ-ב את זכותו להתגונן.⁶² תוצאה זו אינה מובנת מאליה, ובוודאי יש מקום לגישה שלפיה אין למנוע מ-ב את האפשרות להתגונן, ואין לחייבו לקבל את מותו כתוצאה מוצדקת וללא מאבק, רק משום שהעושה ניצב באותה עת בסכנת פגיעה מידי א.⁶³ גישה זו נתמכת בהמשגה הטהרנית: הטהרן יכיר בפגיעה כלפי ב, ולכן יאפשר ל-ב להתגונן כלפי העושה. אבל גם כך נותרת השאלה אם התגוננות בנסיבות אלה מצדיקה את מעשיו של ב כלפי העושה או שמא רק מזכה אותו בפטור מאחריות. שאלה זו מעוררת את סוגיית ההצדקים

59 הרציונל האובייקטיבי המגביל מקובל בעיקר בדיון על-אודות סייגי הקנטור והשכרות. סייגים אלה אינם זמינים למי שאיבד את קור-רוחו, את שליטתו או את הבנתו אך בשל אופיו חסר המעצורים או בשל השתכרות עצמית, כי אם רק למי שהונע על-ידי גורמים אובייקטיביים כלשהם שמחוץ לשליטתו. ראו, למשל, Joshua Dressler, *Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?*, 51 MOD. L. REV. 467, 474–475 (1988); Alon Harel, *Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault*, 82 CAL. L. REV. 1181, 1214 (1994); Stephen P. Garvey, *Passion's Puzzle*, 90 IOWA L. REV. 1677, 1700 (2005); Stephen J. Morse, *The Irreducibly Normative Nature of Provocation/Passion*, 43 U. MICH. J.L. REFORM 193, 194–195 (2009). נראה כי לאורו של רציונל זה יש להבין גם את המבחן הנורמטיבי לסייג הקנטור המופיע בהצעת הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דיין-וחשבון 31–34 (2011). הרציונל המגביל מופיע גם בהקשר רחב יותר – של כלל הסייגים מסוג פטור. לדעה זו ראו JEREMY HORDER, *EXCUSING CRIME* 28–29 (2004). יש לציין כי רציונל זה מקובל פחות ביחס לסייגים מסוג הַצֶּדֶק, המותנים בדרך-כלל בדרישה אובייקטיבית טהורה (ראו לעיל ה"ש 55 והטקסט שלידה).

60 גם בהתחשב בנוכחותו של האובייקט בפועל כגורם תמים בזירה. לעניין זה ראו להלן פרק ה.

61 ראו לעיל ה"ש 28 והטקסט שלידה.

62 אפשר לפתור עניין זה באמצעות הענקת סייג פוטר ל-ב בגין התגוננותו מפני א, אך פתרון זה מלאכותי לא פחות מהפתרון של פלר, שלפיו העושה ייהנה מסייג מדומה ביחס ל-ב.

63 זו עמדתם של גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 86–87.

ההדדיים (האם אפשר להצדיק בה־בעת הן את מעשה התקיפה והן את ההתגוננות מפניה?), שהיא מהנושאים הסבוכים ביותר בתיאוריה של דיני הסייגים.⁶⁴ אף לא אחת מהגישות הנדונות לשאלת החלפת האובייקט, המתייחסות כולן לשאלת הסייג רק בשוליהן, ערוכה להתמודד עם מלוא מורכבותו של הנושא. גם סוגיה זו צריכה אפוא להיבחן בהתאם לרציונלים המבססים כל סייג וסייג – ובעיקר בהתחשב בהבחנה שבין הצדקים לבין פטורים – ולא במסגרת המגבילה של המחשבה המועברת.

הנה דוגמה להסתעפות־משנה נוספת אשר מיקומו של הדיון במסגרת העיונית של העתקת רכיבי העברה מטשטש את השלכותיה: פרופ' ג'ורג' פלטשר ביסס את סייג ההגנה העצמית על מושג האוטונומיה.⁶⁵ לפי התיאוריה שפיתח, התגוננות אינה פרקטיקה גמולנית, אלא טקטיקה לנטרול האיום הגלום במעשה התקיפה כלפי האוטונומיה של המתגונן, והזכות להתגונן אינה תלויה במידת האשם הסובייקטיבי של התוקף, אלא בטבע האובייקטיבי של התקיפה. השלכה אפשרית של גישה זו היא הצדקת פעולתו של עובר־אורח המוצא את עצמו נדרש להתגונן מפני העושה, אשר מצידו פעל תחת הצדק כלפי אחר אך החטיא את יעדו. במאמרם בנושא ההתגוננות מפני תוקף תמים הסתייגו קרמניצר וגנאים מתיאוריית האוטונומיה ומהשלכותיה האפשריות. לגישתם, אדם המוצא את עצמו מתגונן מפני איום אינו רוכש זכות להטות את הסכנה לעבר אחר תמים, גם אם אותו אחר הוא מקור האיום. לדידם, הדרישה מהאחר כי יוותר על האינטרסים המוגנים שלו לטובת המתגונן מצריכה הצדקה מיוחדת.⁶⁶ הפתרון שהציעו קרמניצר וגנאים מבחין בין טיב ההצדק שמקנה את סייג ההגנה העצמית לבין טיב ההצדק שמקנה את סייג הצורך למי שנמצא במצב המחייב בחירה בין שתי רעות ובחר את הרע במיעוטו. כל עוד הם שמרו על מידתיות מעשיהם, יזכה המתגונן מפני תוקף אחראי בסייג הרחב של הגנה עצמית, ואילו המתגונן מפני תוקף תמים יזכה בהגנה הצרה יותר של סייג הצורך. הבחנות אלה משמעותיות לא רק לעניין אחריותם של עוברי־אורח המבקשים להתגונן מפני עושה שפעל בנסיבות של סייג (כגון האובייקט בפועל באירועים מסוג התרחיש הראשון), אלא גם לעניין אחריותו של העושה עצמו, מכיוון שסוג הסייג שממנו ייחנה תלוי בשאלת אחריותו או תמימותו של האובייקט שהקים לעושה את הסייג.⁶⁷ במסגרת מאמר זה אין צורך שנאמץ איזו מן הגישות, אלא העיקר הוא התובנה שהעושה הרעיוני שהתפתח בכתיבה על תורת הסייגים וסייע בקידום המבנה האנליטי של דיני הסייגים אובד כאשר השאלה מצטמצמת למסגרת הדוקטרינרית השגורה של העתקת רכיבי העברה. שוב ניכר כי הסוגיה מורכבת מכדי להיענות בפתרון פשוטי של העתקת הסייג מאובייקט לאובייקט או אי־העתקתו.

64 לניתוח מצבים של התנגשות בין סייגים מצדיקים המוקנים לתוקף התמים ולמתגונן כאחד ראו Russell L. Christopher, *Mistake of Fact in the Objective Theory of Justification: Do Two Rights Make Two Wrongs Make Two Rights...?*, 85 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 295 (1994)

65 George P. Fletcher, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*, 8 ISR. L. REV. 367, 381 (1973) פלטשר חזר על עמדתו כמה שנים מאוחר יותר בספרו – FLETCHER, לעיל ה"ש 28, בעמ' 860–862.

66 Krennitzer & Ghanayim, לעיל ה"ש 54, בעמ' 880.

67 כאן מתעורר סיבוך נוסף הגלום באפשרות שמי מן המעורבים – העושה או אחד האובייקטים – יצר בעצמו את נסיבות התגוננותו. קרמניצר הגדיר סוגיה זו במילים "מן הקשות". ראו מרדכי קרמניצר "כניסה מרצון למצב של התגוננות" משפטים כט 445, 446 (1998).

המורכבות הנורמטיבית המאפיינת את סוגיית ההחלפה של אובייקט העברה במצבים של סייג לאחריות פלילית קשורה גם לשדות תיאורטיים נוספים. כך, למשל, עיון בתרחיש הראשון (פעולה מתוך סייג כלפי א אך פגיעה בפועל – בשל טעות או עקב תאונה – ב"ב) עשוי לעורר את השאלה אם יש הבדל בין מי שכיוון לפגוע בתוקף אך החטיא ופגע באחר לבין מי שכיוון ישירות לעבר האחר כדי למנוע פגיעה בעצמו מידי תוקף (למשל, מוטט קיר לבנים כדי לחצוץ בינו לבין התוקף, ביודעו שבהתמוטטות ייפגע עובר-אורח)? תשובה מושכלת תיעזר בדוקטרינת האפקט הכפול ובהלכת הנזק הסביבתי – שתייהן סוגיות סבוכות וחמקמקות במידה ידועה.⁶⁸ על-מנת לעמוד כדי טעימה על סוג השיקולים שעניין זה מעורר, אזכיר רק את העמדה שהציגו קרמניצר וגנאים במאמרם המשותף על התגוננות מפני תוקף תמים. לפי העמדה שהציגו, יש משמעות לכך שהפגיעה מכוונת כלפי תוקף דווקא. נטרולו של תוקף אינו פוגע באוטונומיה שלו, הכוללת מלכתחילה רק את מתחם הפעולות שאינן פוגעות באחרים.⁶⁹ נימוק זה אינו נקי מספקות, שכן הפגיעה המותרת אינה מוגבלת תמיד לנטרול התקיפה, ופעמים רבות – ואולי אף בדרך-כלל – היא גולשת לפגיעה מקיפה יותר, לעיתים בתוקף עצמו (אם פריקתו מאמצעיו המאיימים מחייבת את המתגונן לגרום לו נכות הנמשכת מעבר לזמן האיום הנשקף ממנו) ולעיתים בעוברי-אורח. באופן משכנע יותר ביססו קרמניצר וגנאים את עמדתם בגבולות הראויים של מידת הסולידריות החברתית שבגדרם אין לתוקף (אף אם אינו בר-אשם, כגון תוקף פסיכוטי) זכות לדרוש מהמתגונן שיחוס עליו תוך ויתור על אינטרסים חיוניים שלו.⁷⁰ הבחירה בין הרציונלים השונים למתן הסייג מצריכה דיון מעמיק מזה שאפשר לקיים במסגרת הפשטנית של הסוגיה "העברת סייגים בין אובייקטים – כן או לא". אין פלא אפוא שקרמניצר וגנאים פורשים את מלוא השיקולים בעניין זה במאמרם על סייג ההגנה העצמית, ולא במאמרם בנושא המחשבה המועברת.

הפנייה לסוגיית ההעברה של רכיבי העברה לצורך הסדרת אירועים של פגיעה בעוברי-אורח מבלבלת את היוצרות ומפריעה לדיון בשאלת התחולה של סייגים במצבים של שינוי אובייקט דוגמת התרחישים שהוצגו לעיל. הניתוח הנורמטיבי של תרחישים אלה מוצלח הרבה יותר כאשר האפשרות להעתיק רכיבי עברה אינה זמינה בדין או בתודעת הכותב. דוגמה מצוינת לכך ניתנה חודשים ספורים לאחר קום המדינה בעניין עסלה⁷¹ – מקרה שנמזגו בו התגוננות וטעות בזיהוי הקורבן.⁷² בעלה של המשיבה שב לביתם המשותף בשעת לילה מאוחרת, וכדי לא להעירה ניסה להיכנס לבית בכוחות עצמו: תחילה דרך הדלת, ומשלא עלה הדבר בידו – דרך החלון. המשיבה סברה בטעות כי מדובר בפורץ וירתה בו למוות. מאחר שדוקטרינת

68 סוגיות אלה סבות על שאלת ההבדל שבין פעולות המכוונות לפגוע ביעד באופן ישיר (למשל, הפצצה ישירה של יעד אזרחי בגבולות האויב) לבין פעולות שאינן מכוונות לפגוע אך מלוות הכרה בדבר אפשרות הפגיעה כתופעת-לוואי שלהן (למשל, הפצצה של יעד צבאי של האויב תוך ידיעה או צפייה שפעולה זו תגרור פגיעה גם ביישוב אזרחי סמוך). ראו את סקירתו של יצחק קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין 163–423 (1997).

69 Kremenitzer & Ghanayim, לעיל ה"ש 54, בעמ' 881.

70 ש.ס.

71 ע"פ 54/49 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' עסלה, פ"ד ד 496 (1950).

72 אף שאפשר לדקדק ולטעון כי במקרה של טעות בזיהוי העושה סבור ש-ב פרטי הוא למעשה א פרטי, ואילו בעניין עסלה חשבה הנאשמת ש-ב פרטי הוא למעשה פורץ כללי.

המחשבה המועברת לא הייתה זמינה עדיין לתפיסה היוריספרודנציאלית בישראל, לא כפה בית-המשפט על המקרה העתקה של המחשבה ושל הסייג. בית-המשפט התמקד בפשטות בסייג בלבד, וקבע כי הוא יימדד מנקודת-ראותה של הנאשמת, ואם זו כנה וסבירה בנסיבות המקרה, אזי הסייג יחול, אף אם טענתה הנאשמת באשר לעובדות.

בדומה לעניין עסלה, שבו אי-זמינותה של דוקטרינת המחשבה המועברת אפשרה לבית-המשפט לאמץ אינטואיציות בריאות, כך גם אצל פלר. אגב דיון בסוגיה של טעות במצב הדברים התייחס פלר לאירוע של "פגיעה ב-ג", שלא היתה לו כל יד זדונית במעשה התקיפה של א' נגד ב' כדי לאנוס אותה, ו-ב' גרמה לאותה פגיעה עקב התגוננותה בנשק חס נסיונו של א' ואחת היריות, שנועדו להניס את א' והשיגו את מטרתן, פגעה ב-ג', שהזדמן במקרה בזירת האירוע ללא כל קשר עמו.⁷³ היה אפשר לצפות שהוגה התיאוריה בדבר העתקת האובייקט יחיל על המקרה את גישתו, כלומר: יחייב את ב' כאילו פגעה בפועל ב-א, ימנע מ-ב את הסייג שהתקיים במקור ביחס ל-א, וידביק על האירוע סייג מדומה.⁷⁴ אולם פלר הציע פתרון שונה לחלוטין: "אף אם ב' פעלה מתוך מודעות שהיריה עלולה לפגוע באדם שלישי, יחולו על תגובתה סייג הצורך לגבי הפגיעה ב-ג' וסייג ההגנה הפרטית לגבי הפגיעה ב-א', ובלבד שנתמלאו כל שאר התנאים בהם מותנים סייגים אלה, כל אחד על תנאיו כמובן".⁷⁵ את הפער אפשר לתלות במקום שבו הופיעו הדברים – מחוץ להקשר של דוקטרינת המחשבה המועברת, בפרק בספרו יסודות בדיני עונשין הדין בסייגים לאחזיות פלילית. הנה כי כן, כאשר פגש הכותב דוגמאות לא-שגרתיות של שינוי אובייקט בעודו מנותק מההשפעה המאגית של דוקטרינת המחשבה המועברת, הפתרון שהציע לסוגיה לא נטה לפיקציית ההעתקה של רכיבי עברה.⁷⁶

ה. האומנם תמיכה בעמדה טהרנית?

במהלך הדברים עד כה רמזתי מפעם לפעם כי ניתוח התרחישים המשלבים סייג לאחזיות פלילית עם החלפה של אובייקט העברה תומך בהמשגה הטהרנית, הבוחנת את אשמו של העושה ביחס לכל אובייקט בנפרד. כעת אבקש להסביר עניין זה ולדייק בו. ההבדלים בין הפתרונות של הגישות הניצות לתרחישים המערבים החלפת אובייקט וסייג לאחזיות פלילית אינם מובהקים כפי שהוצג לעיתים. גנאים וקרמניצר הדגישו כי גישתם הטהרנית עדיפה על גישות המעתיקות את המחשבה הפלילית או את אובייקט העברה בהסדרת

73 פלר, כרך ב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 394.

74 ראו לעיל פרק א.

75 פלר, כרך ב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 394.

76 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 86, מתחו ביקורת על ההפרדה המוחלטת שערך פלר בין הדיון בסוגיית הטעות בזיהוי לבין הדיון בסוגיית הטעות בעובדה. הם הראו כיצד פתר פלר בשני אופנים שונים זה מזה מקרה של עושה שהמית בכוונה (אך לא בכוונה תחילה) את אביו לאחר שהחליף אותו במחשבתו באדם זר. תחת הדיון בסוגיית המחשבה המועברת ראה פלר בדוגמה זו טעות בזיהוי, המאפשרת להרשיע את העושה בעברה החמורה של רצח אב (פלר, כרך א, לעיל ה"ש 17, בעמ' 588), ואילו תחת הדיון בסייג הטעות בעובדה ראה פלר בדוגמה זו טעות בעובדה, שמשמעה הרשעת העושה בהריגה בלבד (פלר, כרך ב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 522).

אירועים שבהם פיון העושה לפגוע באובייקט שמתקיימות לגביו נסיבות מסייגות אך בפזיזותו או בשל רשלנותו פגע באובייקט אחר מן המתוכנן. כפי שראינו אגב הדיון בתרחיש הראשון,⁷⁷ הכלל הטהרני בוחן את אחריותו של העושה ביחס לכל אובייקט בנפרד וממשיג את היסוד הנפשי של העושה בזיקה לאובייקט הקונקרטי של מחשבתו, ובמקרים אלה הוא יאפשר להרשיע את העושה בפגיעה פזיזה או רשלנית באובייקט בפועל, לפי העניין.⁷⁸ גנאים וקרמניצר הסתייגו מהפטרונות החלופיים שהוצגו לסוגיה. לדידם, גישת המשפט המקובל שגויה מכיוון שהעברת הסייג והחלתו על האובייקט בפועל אינה מאפשרת להרשיע את העושה בגין פגיעתו באובייקט בפועל גם כאשר נלווה לה אשם; גישתו של חשין שגויה מכיוון שלפיה האובייקט בפועל כאילו לא נפגע, ולכן גם היא אינה מאפשרת להרשיע את העושה בגין פגיעתו באובייקט בפועל גם כאשר נלווה לה אשם; ואילו גישתו של פלר שגויה מן הכיוון ההפוך, ביחסה לעושה אחריות לעברה מכוונת כלפי האובייקט המיועד, שהיא חמורה מזו המוצדקת על-פי אשמו.⁷⁹

ניתוח זה של הגישות הניצות עשוי לשכנע ביתרונותיה של העמדה הטהרנית, המאפשרת להרשיע את העושה בגין פגיעתו באובייקט בפועל בהתאם למידת אשמו (פזיזות או רשלנות, לפי העניין), אולם הצגת הדברים בדרך זו ממעיטה בהשפעת העובדה שמלבד האובייקט המיועד גם אובייקט תמים מעורב בתרחיש, והוא נוכח באזור הסכנה. עובדת נוכחותו של האובייקט בפועל מעצימה את אשמו של העושה – לעיתים עד כדי שלילת הסייג ביחס לפגיעה באובייקט הנוסף כאשר הסכנה מתממשת והוא נפגע בפועל. הפנמה של נתון זה לגישה הדוגלת בהעברת המחשבה והסייג כאחד בין אובייקטים, כמו במשפט המקובל, משמעה שאף על-פי שהעושה ייהנה מהסייג שהתייחס לאובייקט המיועד, וכוונתו לפגוע באובייקט זה לא תחייב אותו גם לאחר שמחשבתו הפלילית תעבור אל האובייקט בפועל, הסייג לא יחול על הפגיעה באובייקט בפועל אם נוכחותו באובייקט נוסף בזירה הפכה את הסכנה שבמעשיו של העושה לבלתי-סבירה. במקרה זה תיחוס לעושה אחריות לפגיעה באובייקט בפועל על בסיס פזיזותו (אם היה מודע לסכנה המופרזת שיצר) או על בסיס רשלנות (אם לא היה מודע לה). פתרון זה, שהשלכותיו דומות לאלה של הפתרון הטהרני לסוגיה, מבוסס היטב בספרות האנגלית⁸⁰ והאמריקאית,⁸¹ ומופיע גם במודל חקיקת העונשין האמריקאי.⁸² פתרון דומה עשוי

77 לעיל בפרק ב.

78 נזכור כי משמעות הדבר היא סטייה מהדין הנוהג בישראל, ולמעשה מנוהגו של המשפט המקובל ככלל. על-פי הדין החל, החטאת היעד ופגיעה באחר מובילה להרשעה בפגיעה באובייקט בפועל, ואילו אצל הטהרן יוביל מקרה דומה להרשעה בניסיון לפגוע באובייקט המיועד, אולי בצירוף הרשעה בגין הפגיעה באובייקט בפועל לפי היסוד הנפשי שהתקיים אצל העושה ביחס לאפשרות גרימתה – פזיזות או רשלנות. ראו לעיל פרק א.

79 או לחלופין נדרשת בצורה מלאכותית לסייג מדומה. גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 86. כן ראו את הדיון לעיל בפרק ב.

80 ראו, למשל, WILLIAMS, לעיל ה"ש 15, בעמ' 132: "Since the law of transferred malice does not dispense with the need for proof of the usual *mens rea* and *actus reus*, it follows that defences are in effect transferred with the malice. Thus there is no guilt if the intended force was lawful, unless the accused was criminally reckless or negligent (where that founds responsibility) in respect to the actual victim"

להתאים גם לתיאוריית העתקת האובייקט בגרסת חשין, אם הרשעתו של העושה ביחס לפגיעה באובייקט בפועל תתבסס על השאלה אם הסייג זמין גם בהתחשב בנוכחותו של אובייקט תמים בטווח הסכנה. גישתו המחמירה של פלר ממילא ממותנת באמצעות סייג מדומה שהיא מקנה לעושה ביחס לפגיעה שגרם,⁸³ וגם על הסייג המדומה אפשר להחיל את השיקול בדבר נוכחותו של האובייקט בפועל כגורם תמים בזירה. על כל פנים, העובדה שהאוחזים בגישות השונות מצאו דרכים להתאים את פתרונותיהם לתוצאה הרצויה מבחינת תורת הסייגים מעידה כי בתרחישים הנדונים השאלה של החלפת האובייקט היא משנית לשאלת הסייג. אפשר אומנם להתעכב על כך ששלוש הגישות המתבססות על העתקת רכיבים נדרשות להיעזר באמצעים מלאכותיים, ואילו הגישה הטהרנית מגיעה לתוצאה הרצויה בדרך ישירה ואלגנטית יותר, אך אין בכך יותר מאשר חזרה על הטענה הבסיסית של הטהרנות – כפי שעולה גם משמה – בדבר היותה הישירה יותר והמלאכותית פחות מקרב הגישות השונות לסוגיה של החלפת האובייקט. מכיוון שכך, אין בכוחו של הדיון להמיר לטהרנות את הדוגלים בדוקטרינת המחשבה המועברת או בתיאוריה של העתקת האובייקט. אלה מודעים היטב לכך שעמדתם מבוססת על פיקציה משפטית, אך הדבר אינו מניע אותם לחרוג ממנה.

כוח השכנוע של ההמשגה הטהרנית לגבי מקרים של החלפת אובייקט המערבים סייג לאחריות פלילית נובע בסופו של דבר מכך שהרציונלים המשמשים להצדקת הדוקטרינה של המחשבה המועברת ולביסוס רעיון ההעתקה של רכיבי עברה בין אובייקטים אינם חלים ביחס לסייגים שהם תלויי-אובייקט במהותם. בעוד האיסור הפלילי נועד להגן על אינטרס כללי, כגון חיי אדם או שלמות גופו באשר הוא אדם, הסייג מתייחס לאובייקט ספציפי.⁸⁴ אם כך, התייחסות טהרנית לטיב לזווג בין אובייקט הכוונה הרעה לאובייקט הסייג, ותאפשר דיון לכיד יותר באחריות העושה. לפי טיעון זה, מאחר שהרציונל שבבסיס הסייג אינו מתאים להעברתו בין אובייקטים, ומכיוון שהעברת המחשבה הפלילית ללא העברת הסייג אינה מניבה תוצאות

באופן דומה ראו SIMESTER ET AL., לעיל ה"ש 19, בעמ' 165: "the transfer of a defence will not necessarily preclude liability for an independent offence. It may, for example, have been grossly negligent to shoot at Tom because of the risk of hitting Bill"

81 ראו LAFAYE & SCOTT, לעיל ה"ש 15, בעמ' 401–402: "If A aims at B in self defense, missed and hits C, he enjoys the justification unless where the presence of bystanders such as C exclude the justification"

82 באופן כללי, מודל חקיקת העונשין האמריקאי מכיר בדוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת – MODEL PENAL CODE §2.03(2)(a). באשר להעתקת סייגים המודל קובע, בס' 3.09(3), כי סייגים מסוג הצדק (התגוננות, הפעלת סמכות) יחולו על העושה גם אם פגע באובייקט לא-מכוון, אלא אם כן הפגין העושה רשלנות או פזיזות בדרך הפעלת הסייג: "When the actor is justified under Sections 3.03 to 3.08 in using force upon or toward the person of another but he recklessly or negligently injures or creates a risk of injury to innocent persons, the justification afforded by those Sections is unavailable in a prosecution for such recklessness or negligence towards innocent persons"

83 ראו לעיל פרק א.

84 כאמור לעיל בה"ש 53 ובטקסט שלידה. האיסור מתייחס לכל האובייקטים מאותו סוג שאליו הוא מכוון (כגון "אדם" או "חפץ"), וגם באירוע הקונקרטי אין העושה רשאי לשנות את יעדו, בעוד סייגים יכולים להתייחס לאובייקטים ספציפיים, ואז אין בהם היתר כללי לפגוע.

צודקות, אין להעביר את המחשבה הפלילית. יהיה מי שיבקש למתוח את הטיעון ולהסיק כי אם דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת אינה מתאימה להסדרת מקרים של החלפת אובייקט המערבים סייג, כ־אז הדוקטרינה נחלשת בכל מקרה של החלפת אובייקט.⁸⁵ אולם מסקנה גורפת זו אינה מתחייבת, ואפשר שהגיון הטיעון תקף רק במקרים של החלפת אובייקט המשלבים סייג, שלגביהם הרציונל להענקת הסייגים הוא שמקבל את הבכורה, ואילו במקרים הרגילים, שלא מעורב בהם סייג, הרציונל שבבסיס העברת המחשבה עומד בעינו. כאן אפשר ללמוד מאחד העיקרים של דוקטרינת המחשבה המועברת – הכלל שלפיו המחשבה לא תעבור בין עברות שונות זו מזו: הדוקטרינה תחול רק אם הפגיעה המיועדת והאובייקט המיועד הם מהסוג של הפגיעה בפועל והאובייקט בפועל.⁸⁶ בהקבלה, אפשר לראות בגרימת נזק מתוך הצדק ובגרימת נזק ללא הצדק שתי פגיעות שונות באינטרס הציבורי, אשר המחשבה המתחייסת לאחת אינה מתגלגלת למחשבה ביחס לאחרת. כך, לדוגמה, המתת אדם בהגנה עצמית אינה דומה להמתת אדם שאינה מתוך התגוננות. נראה כי לכך כיוון אורמרו באומרו:

If D shoots X with intent to kill, because X is making a murderous attack on him and this is the only way in which he can preserve his own life, he does not intend an actus reus (in the broader sense, above), for to kill in these circumstances is justified. If, however, D misses X and inadvertently kills V, an innocent bystander, he does cause an actus reus, but he is not guilty of murder for there is no mens rea (in the broader sense) to transfer; the result which he intended was a perfectly lawful one.⁸⁷

האם טיעון זה משכנע? בוהלנדר, למשל, דחה את ההמשגה שבבסיס הטיעון האמור בשל היותה נסמכת במשתמע על הגדרה צרה מהמקובל של המחשבה הפלילית. לגישתו, "the intent for murder is to kill a human being, not to kill without a defence"⁸⁸. הגדרה אד-הוק של המחשבה הפלילית הכוללת את הסייג עוקפת למעשה את השאלה של העתקת סייגים משום שהיא מסייגת מלכתחילה את תחולתה של דוקטרינת המחשבה המועברת ביחס למקרים המערבים סייג. עמדתו של בוהלנדר נכונה כתיאור של הדין הנוהג. במשפט האנגלו-אמריקאי,

85 גנאים וקרמניצר ראו בכשלונו ההמשגה הכללית של המחשבה הפלילית בהשגת תוצאה צודקת במקרה מסוג התרחיש הראשון משום אינדיקציה לעדיפות הכללית של העמדה הטורנית. ראו גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 98.

86 בחריג שלפיו אם נגרם נזק חמור פחות מזה שתוכנן – תועתק המחשבה. ראו, למשל, את עמדת לאובייקט בפועל מסויג במקרים שבהם "MODEL PENAL CODE §2.03(2)(a) ...the injury or harm designed or contemplated would have been more serious or more extensive than that caused" Andrew J. Ashworth, *Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequences*, in *RESHAPING THE CRIMINAL LAW – ESSAYS IN HONOUR OF GLANVILLE WILLIAMS* 77, 82 (P.R. Shachar Eldar, Glazebrook ed., 1978). לדיון ביקורתי בכלל ובחריגיו האפשריים ראו Shachar Eldar, *Limits of Transferred Malice*, 32 OXFORD J. LEGAL STUD. 633, 640–646 (2012).

87 ORMEROD, לעיל ה"ש 52, בעמ' 212.

88 Bohlander, לעיל ה"ש 3, בעמ' 579.

היסוד הנפשי בעברה אכן מתייחס לרכיבי היסוד העובדתי, ולא לרכיבי הסייג. אולם הבחירה למקם רכיב הגנה במסגרת הכללית של סייג דווקא, ולא בהגדרת העברה היחידנית כנסיבה שלילית, היא עניין מקרי בחלקו הגדול, וככל שהיא מושתתת על טעם עיוני, עדיין אין היא מכוונת להשוות בין המתה ממניעים זדוניים להמתה אגב התגוננות סבירה. מבחינה עניינית, ההמשגה של אורמרו מסייעת לנו להבין את הסטייה מההיגיון שבדוקטרינת המחשבה המועברת הגלומה בתרחישים המערבים סייגים, ומזהירה מפני חילוץ מסקנות כלליות מתרחישים אלה לסוגיה של החלפת האובייקט בכלל.

1. סיכום

סוגיית האחריות הפלילית של מי שטעה בזיהויו של אובייקט העברה המיועד או החטיא אותו ופגע באחר תחתיו – בשני המקרים בנסיבות מסייגות-אחריות כלפי אחד האובייקטים – מטופלת בכמה דרכים. בארצות המשפט האנגלו-אמריקאי, כמו-גם בשיח המשפטי בישראל, הסוגיה מנוסחת כעניין של העברת סייגים לאחריות פלילית, ובירורה נספח לסוגיה של העברת המחשבה הפלילית בין אובייקטים. תפיסה זו של הסוגיה מרדדת מאוד את השיח, ומונעת התייחסות שתכלול את מלוא מורכבותו של הנושא. ברשימה זו ביקשתי להציג כמה פגמים עיוניים הנובעים ממיקום הדיון באירועים אלה כתת-נושא של דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת, ולהצביע על פתרון בדמות העברת השיח לתחום של תיאוריית הסייגים. התמקדות בתיאוריית הסייגים מאפשרת להתייחס לכל סייג בהתאם לרציונלים המבססים אותו ולאמות-המידה להחלתו, וכך להשיג תוצאות משביעות-רצון יותר. הפתרון המוצע מאפשר להבחין בין סייגים בעלי תחולה כללית לבין סייגים ממוקדי-אובייקט, וכן בין סייגים מסוג קצודק לבין סייגים מסוג פטור או חרטה. הוא מאפשר גם לברור את הרציונל המתאים לכל סייג, ולכבד את ההשלכות הנובעות מכך באשר לאופיו של התנאי המפעיל אותו (אובייקטיבי, סובייקטיבי או מעורב) וביחס למידת התאמתו להגנה מפני פגיעה בעוברי-אורח תמימים. כתוצאה-לוואי של הניתוח התגלית עדיפות לדרך ההמשגה הטהרנית שאימץ המשפט הגרמני, אשר נמנע מהעברה של רכיבי עברה ומאפשר בחינה פרטנית של הנסיבות המסייגות את אחריותו של העושה כלפי כל אובייקט בנפרד. כוח השכנוע של ההמשגה הטהרנית לגבי מקרים של החלפת אובייקט המערבים סייג לאחריות פלילית נובע מכך שהרציונלים המשמשים להצדקת הדוקטרינה של המחשבה המועברת אינם חלים על סייגים שהם תלויי-אובייקט במהותם, כגון הגנה עצמית. אומנם האיסור הפלילי נועד להגן על אינטרס כללי, כגון חיי אדם או שלמות גופו באשר הוא אדם, אך הסייג מתייחס לאובייקט ספציפי, ואינו מקנה רישיון כללי לפגוע באחרים. התייחסות טהרנית מאפשרת דיון לכיד באובייקט המוגדר של המחשבה הפלילית ושל הסייג. עם זאת, אין למתוח את גבולות הטיעון – הרלוונטי לתרחישים המשלבים נסיבות מסייגות-אחריות – ולתקף באמצעותו את ההמשגה הטהרנית ביחס לכלל המקרים של החלפת אובייקט העברה. בתרחישים שמעורב בהם סייג תלוי-אובייקט, כגון הגנה עצמית, אפשר לראות שתי פגיעות שונות באינטרס הציבורי (גרימת נזק מתוך סייג כלפי אובייקט אחד וגרימת נזק ללא סייג כלפי אובייקט אחר); במקרים אלה המחשבה המתייחסת לפגיעה אחת אינה מתגלגלת לפגיעה האחרת. לעומתם, בתרחישים שלא מעורב בהם כל סייג, עומד בעינו הרעיון של שוויון בין אובייקטים, המבסס את דוקטרינת המחשבה המועברת.