

המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה

מאת

מרים גור-אריה*

הרשימה מזהה מגמה של הרחבת האחריות הפלילית או של החמרת הענישה בפסיקת בית המשפט העליון בתחום הפלילי בשנת תשע"א. הרשימה מנתחת לעומק שלושה פסקי דין, שכל אחד מהם מייצג מגמה שונה של הרחבה או החמרה. הרטוריקה שבה משתמש בית המשפט בדיון הנוסף בפרשת אונגרפלד היא רטוריקה מצמצמת שאובה מהמשפט החוקתי, אך תוצאת הפסק – הרשעת העותר בעברה של העלבת עובד ציבור – מרחיבה את האחריות הפלילית ועלולה להביא להשתקתה של ביקורת פומבית. לעומת זאת על תוצאת פסק הדין בפרשת זוארץ – הרשעת המערערים שהשתייכו לארגונו של אסי אבוטבול בעבירות על חוק מאבק בארגוני פשיעה – קשה לחלוק, אולם ברמה הרטורית האפיון שניתן ל"ארגון פשיעה" הוא רחב ועלול להביא להחלת האמצעים החמורים הקבועים בחוק המאבק בארגוני פשיעה גם על שותפים המתכננים לבצע יחד יותר מעברה אחת. העלאה מכוונת של רף הענישה בעברות של "פגע וברח" בצד הרחבת האחריות והטלתה על נוסע ברכב ששתק כמסייע לעברה, בפרשת ימיני, הושפעו מ"הפאניקה המוסרית" שמעוררים אירועי פגע וברח בחברה הישראלית.

א. הדיון הנוסף בפרשת אונגרפלד; 1. הרטוריקה המשותפת; 2. המחלוקת; 3. אמתות הפרסום; 4. תוצאת הפסק; 5. השלכת עמדת הרוב – השתקתה של ביקורת פומבית; 6. סייג לעמדת המיעוט – תום לב. ב. פרשת זוארץ; 1. עיקרי פסק הדין; 2. על היחס בין חוק מאבק בארגוני פשיעה ובין דיני השותפות; 3. הסיכונים הטמונים בארגון פשיעה שפורטו בפסק הדין – טעם עצמאי להפלתו?; 4. הסיכון הייחודי לארגון פשיעה; 5. ההגדרה שבסעיף 1 לחוק מאבק בארגוני פשיעה – פרשנות תכליתית ולשונית. ג. פרשת ימיני; 1. סיוע במחדל לעברה מחדלית; 2. חומרת העברה של הפקרה לאחר פגיעה – פאניקה מוסרית. אפילו; 1. פרשת טל מור; 2. חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 101), התשע"ב-2011.

* הקתדרה למשפט פלילי ע"ש השופט בזיל וונש, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודות לעוזרת המחקר שלי גליה דאור, שעזרתה, מסירותה והערותיה שיפרו מאוד רשימה זו.
כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה באפריל 2012.

ברשימה זו בחרתי להציג שלושה פסק דין מרכזיים בתחום המשפט הפלילי המהותי שניתנו בשנת תשע"א, כשכל אחד מהם מייצג מגמה אחרת של הרחבת האחריות הפלילית או של החמרת הענישה.

פסק הדין בדיון נוסף בפרשת אונגרפלד,¹ שבו נדונה העברה של העלבת עובד ציבור,² הוא מקרה מבחן להשפעתה של "המהפכה החוקתית" על המשפט הפלילי. ברמה הרטורית מצמצם פסק הדין את העברה של העלבת ציבור כדי לא לפגוע יתר על המידה בחופש הביטוי. אך בפועל תוצאת פסק הדין – הרשעת העותר בעברה של העלבת עובד ציבור – היא הרחבת־יתר של העברה, העלולה להשתיק ביקורת פומבית על עובדי הציבור.

הרחבת האחריות הפלילית בפסק הדין בפרשת זוארץ³ נעשית בדרך הפוכה. בפרשה זו דן בית המשפט העליון בחוק מאבק בארגוני פשיעה⁴ תוך שהוא מתמודד עם הביקורת שנמתחה על היקפו של החוק.⁵ אף שקשה לחלוק על תוצאת פסק הדין, שהרשיע את אסי אבוטבול ופעילים אחרים בארגונו בעברות על חוק מאבק בארגוני פשיעה, ברמה הרטורית האפיון שניתן ל"ארגון פשיעה" הוא רחב ועלול בסופו של דבר להביא להחלת החוק על שותפים המתכננים לבצע יחד יותר מעברה אחת.⁶

בפרשת ימיני⁷ בחר בית המשפט העליון ללכת בעקבות פרשת ויצמן⁸ ולהרשיע נוסע ברכב כמסייע לעברה של הפקרה לאחר פגיעה ("פגע וברח")⁹ אף שהיה ער לביקורת שנמתחה בזמנו על פרשת ויצמן.¹⁰ הטלת אחריות על הנוסע ששתק כמסייע לעברת הפקרה היא – כך אטען, על סמך נימוקים שונים מאלה שהושמעו בספרות המשפטית

- 1 דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.7.2011) (להלן – עניין אונגרפלד).
- 2 סעיף 288 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 864.
- 3 ע"פ 6785/09 זוארץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.2.2011) (להלן – עניין זוארץ).
- 4 חוק מאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג-2003, ס"ח 1894.
- 5 ראו למשל: בועז סנג'רו, "תיקון 39 לחוק העונשין במבחן סבלנותן של רשויות האכיפה – חוק מאבק בארגוני פשיעה", מגמות בפלילים – עשור לתיקון 39 (אלי לדרמן, שי לביא וקרן שפירא-אטינגר – עורכים, תשע"א) 91; איתי פרוסט, על "חוק המאבק בארגוני הפשיעה" – קווים פרשניים ראשוניים לחוק (תשס"ט) [אפשר לצפות במסמך באתר נבו]; שחר אלדר, כלי אדם: שימוש בבני אדם לביצוע עבירות והנהגת ארגוני פשיעה (תשס"ט) בעמ' 109-105; גדי אשד, "הפשיעה המאורגנת בישראל ובעולם – מגמות ותהליכים", המשפט יא (תשס"ז) 499, בעמ' 513-514.
- 6 לביקורת נוספת על האפיון הרחב של ארגון פשיעה בפרשת זוארץ ראו: שחר אלדר, "על היקפו של המונח 'ארגון פשיעה' בחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003", משפטים מב(1) (תשע"ב) 183, בעמ' 230-235.
- 7 ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.1.2011) (להלן – עניין ימיני).
- 8 רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187 (להלן – עניין ויצמן).
- 9 סעיף 64א לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א-1961, ס"ח 352.
- 10 ראו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג, "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל", עלי משפט ד (תשס"ה) 175.

ושפורטו בפסק הדין – הרחבה שאינה מוצדקת של דיני הסיוע לדבר עברה. כן בחר בית המשפט העליון בפרשת ימיני במכוון להעלות בצורה משמעותית את רף הענישה בעברת ההפקרה לאחר פגיעה לרבות עונשו של נוסע ברכב שהורשע כמסייע להפקרה. העלאה זו מושפעת מ"הפאניקה המוסרית" שנוצרה בחברה הישראלית סביב אירועי פגע וברח. באפילוג אגע בקצרה בהתפתחויות נוספות שחלו במשפטנו לאחר כתיבתה של רשימה זו והמחזקות את המסקנה בדבר הפאניקה המוסרית שמעוררים אירועי פגע וברח. כוונתי לפסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז בפרשת טל מור,¹¹ ולתיקון החקיקתי הנוגע לעברת ההפקרה לאחר פגיעה שהתקבל בכנסת ביום 12.7.11.2011.

א. הדיון הנוסף בפרשת אונגרפלד¹³

בפסק הדין בדיון הנוסף בפרשת אונגרפלד נבחנה הרשעתו של העותר בעברה של העלבת עובד ציבור¹⁴ בגין פרסום כרזה מול תחנת משטרת חדרה, שלפיה שוטר שניהל חקירה נגדו משתף פעולה עם עבריינים והוא "תפוח רקוב". העותר טען להגנתו כי דבריו הם אמת, והשאלה שהועמדה לדיון נוסף נגעה ל"נפקותה של אמיתות הפרסום במסגרת עבירת 'העלבת עובד ציבור'".¹⁵ בפסק דינם בחרו השופטים שלא להתמקד רק בשאלת אמתות הפרסום, והם התייחסו בהרחבה לשאלת היקף העברה של העלבת עובד ציבור. השופטים שישבו בדיון הנוסף נחלקו באשר לתוצאת הפסק: ששת שופטי הרוב אישרו את הרשעתו של העותר בעברה של העלבת עובד ציבור למול שלושת שופטי המיעוט שסברו שיש לזכותו.

1. הרטוריקה המשותפת

ברמה הרטורית ובמבט שטחי אין הבדל משמעותי בין עמדות שופטי הרוב לבין עמדות שופטי המיעוט. כל השופטים השתמשו ברטוריקה חוקתית, השאובה מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁶ בהדגישם את החשיבות המרכזית שיש לייחס לחופש הביטוי. אף שהעברה של העלבת עובד ציבור נחקקה קודם לחקיקתו של חוק

11 ת"פ (מחוזי מר') 2892-07/10 מדינת ישראל נ' מור (פורסם בנוב, 23.10.2011) (להלן – עניין מור).

12 חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 101), תשע"ב-2011, ס"ח 2319.

13 לעיל, הערה 1.

14 לעיל, הערה 2. להלן נוסח העברה: "המעליב בתנועות, במלים או במעשים, עובד ציבור, או דיין או פקיד של בית דין דתי או חבר וועדת חקירה לפי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, כשהם ממלאים תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם, דינו – מאסר ששה חדשים".

15 עניין אונגרפלד (לעיל, הערה 1) בפסקה 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

16 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 90.

היסוד, ולכן חסינה מפני ביקורת חוקתית,¹⁷ היו השופטים בדעה כי יש לצמצם את תחולתה באמצעות מבחנים שאובים מפסקת ההגבלה שבחוק היסוד.¹⁸ לגישת בית המשפט, התכלית של העברה של העלבת עובד ציבור איננה להגן על "כבודו או על מעמדו הפרטי של עובד הציבור"¹⁹ אלא לשמור על תפקודו התקין של השירות הציבורי.²⁰

"חשיפת עובד הציבור לעלבונות בעת שהוא ממלא את תפקידו או בקשר עם תפקידו, עלולה להצטבר לכדי פגיעה של ממש ביכולתו לממש את סמכויותיו ולבצע את התפקידים המוטלים עליו. עלבונות כאלה עשויים גם לכרסם באמון הציבור בשירות הציבורי, באופן שתישחק ההכרה בסמכות החוקית ובסמכות המוסרית הנתונה לעובד הציבור לבצע תפקידים ופעולות מסוימות".²¹

זוהי תכלית ראויה. מבחני המידתיות מחייבים לאזן בין הגשמתה של תכלית זו לבין הפגיעה בחופש הביטוי הנגרמת מן העברה ולהבטיח שהפגיעה בחופש הביטוי לא תעלה על הנדרש. האיזון נעשה באמצעות מבחן משולב של תוכן והסתברות. מבחן התוכן מיועד לקבוע אם הביטוי מגיע כדי "העלבה". המבחן ההסתברותי, שאף שאין לו עיגון מפורש בלשון העברה, יוציא מגדר העברה ביטויים מעליבים שהסתברות כי יגרמו לפגיעה בתפקודו של השירות הציבורי איננה עוברת סף מסוים: סף של סיכון ממשי לפי חלק מהשופטים או של ודאות קרובה לפי שופטים אחרים.²²

2. המחלוקת

המחלוקת באשר לתוצאת פסק הדין נובעת מהמשקל השונה שמייחסים השופטים לערכים המתנגשים: שופטי המיעוט מעניקים הגנה מיוחדת לביטוי המצוי בליבת חופש

17 סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
 18 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
 19 עניין אונגרפלד (לעיל, הערה 1) בפסקה 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
 20 שם, בפסקאות 4-13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, בפסקה 4 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, בפסקה 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת ארבל.
 21 שם, בפסקה 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
 22 מעניין כי התפלגות השופטים בשאלת הסף הנדרש אינה זהה להתפלגות באשר לתוצאה הסופית. בסף של אפשרות ממשית (או "סבירה") תמכו שופטי המיעוט ריבלין (שם, בפסקה 43 לפסק דינו) ולוי (שם, בפסקה 3 לפסק דינו), אבל גם שופט הרוב רובינשטיין (שם, בפסקה יב לפסק דינו). לעומת זאת בסף של ודאות קרובה תמכו שופטי הרוב פרוקצ'יה (שם, בפסקאות 31-32 לפסק דינה), חיות (שם, בפסקה 1 לפסק דינה), ג'ורבאן (שם, בפסקאות 7, 9 לפסק דינו), ארבל (שם, בפסקאות 5-6 לפסק דינה), אך גם הנשיאה ביניש שהייתה במיעוט (שם, בפסקה 7 לפסק דינה).

הביטוי, ואילו שופטי הרוב מתנים את ההגנה על חופש הביטוי בכך שאין הביטוי פוגע בליבת כבודו האישי של עובד הציבור.

המשנה לנשיאה ריבלין, שכתב את פסק הדין המרכזי של שופטי המיעוט, סבר כי המבחן התוכני מחייב להבחין בין השמעת דברי ביקורת המשתייכים לליבת חופש הביטוי לבין חרפות וגידופים שתכליתם היא "ביזוי והשפלה".²³ בשל חשיבותם של דברי הביקורת לדמוקרטיה בכלל ולהבטחת הפעילות התקינה של הגוף השלטוני בפרט, הטחת ביקורת כלפי עובד הציבור, אף אם אינה מושמעת בלשון "נקייה", אינה נכללת בגדר "העלבת עובד ציבור".²⁴ לעומת זאת קללות וגידופים, שכל תכליתם היא לפרוק זעם, ייכללו מבחינת התוכן ב"העלבה". ההבחנה בין ביקורת לבין גידוף בהקשר זה אינה תמיד קלה, והיא מותנית במאפייני הדומיננטי של הביטוי, שאותו יש ללמוד מן ההקשר הכולל שבו הובע הביטוי ומנסיבות הבעתו.²⁵ גם כאשר מבחינת התוכן הביטוי הוא בגדר "גידוף", הכללתו בגדר העברה של העלבת עובד ציבור מותנית במסגרת נוספת הסתברותית, המוציאה מגדר העברה חרפות וגידופים שאין הסתברות ממשית שיסכנו את התפקוד של השירות הציבורי.²⁶

השופטת פרוקצ'יה, אשר כתבה את פסק הדין המרכזי של שופטי הרוב, סברה כי "עיקרו של האיסור הפלילי מכוון למנוע מעשי העלבה הפוגעים בליבת כבודו האישי של עובד הציבור. הפגיעה בכבוד אינה תלויה בשאלה אם היא נובעת מדברי ביקורת או מגידופים וקללות".²⁷ אף שיש לאפשר השמעת ביקורת כלפי עובד ציבור, אין עובד הציבור חייב "לשאת על כתפיו פגיעה בליבת כבודו כאדם וכעובד, ובכלל זה פגיעה ביושרו ובטוהר מידותיו".²⁸

3. אמתות הפרסום

המחלוקת בין השופטים בשאלת המשקל השונה שיש להעניק לליבת חופש הביטוי למול ליבת כבוד האדם השפיעה גם על יחס השופטים לשאלת אמתות הפרסום. כל השופטים היו בדעה כי בשל ההבדל בין תכלית העברה של העלבת עובד ציבור לבין תכלית העברה של לשון הרע אי אפשר לייבא את הגנת "אמת דיברתי" שבחוק איסור לשון הרע²⁹ אל העברה של העלבת עובד ציבור.³⁰ בבחנם את השאלה אם במנותק מחוק

23 שם, בפסקה 32 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

24 שם, בפסקאות 29-31 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

25 שם, בפסקה 34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

26 שם, בפסקאות 39-40 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

27 שם, בפסקה 29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

28 שם, בפסקה 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

29 ראו: סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240.

30 עמדה זו הובעה בהרחבה על ידי השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.2008), בפסקאות 50-53 לפסק

איסור לשון הרע יש להתנות את העברה של העלבת עובד ציבור בשקירות הפרסום, הדגישו כל השופטים את הקושי לברר את אמתות הביטוי במסגרת הליך פלילי, שעובד הציבור, שכנגדו הושמעו הדברים הפוגעניים, אינו צד לו "ואין בידו להתגונן מפני ההאשמות המוטחות בו".³¹ עם זאת המחלוקת העקרונית בין השופטים בשאלת המשקל שיש לייחס לליבת חופש הביטוי, למול ליבת כבוד האדם, באה לידי ביטוי בשאלה אם אמתות הפרסום עשויה להיות רלוונטית במסגרת מבחן התוכן המיועד לקבוע מהי "העלבה". לדעת השופטת פרוקצ'יה, אין כל רלוונטיות לשאלה "האם יש אמת או שקר בתוכנה של העלבה";³² זו – העלבה – נקבעת בהתחשב בפגיעה בליבת הכבוד של עובד הציבור העלולה להפריע הפרעה ממשית לתפקודו. לעומת זאת המשנה לנשיאה ריבלין סבר כי אמתות הפרסום יכולה לשמש מבחן עזר להבחנה בין דברי ביקורת המצויים בליבת חופש הביטוי, וככאלה אינם נכללים בגדר "העלבה", לבין גידוף המהווה "העלבה". מאחר שלגידופים אין תוכן ממשי, וכל תכליתם היא להעביר מסר של בוז והשפלה, אין כל טעם לבחון את "אמתות" הגידוף. לפיכך במקרים שבהם אמתות הביטוי אינה יכולה להצדיק את הבעתו, "יש בכך אינדיקציה להיות הביטוי עלבון ולא ביקורת".³³

4. תוצאת הפסק

לדעת שופטי המיעוט, זיכוי העותר מהעברה של העלבת עובד ציבור מתחייב מהמבחן התוכני המיועד לאפשר השמעת ביקורת והצבעה על ליקויים בעבודתם של עובדי ציבור. אמת, הכרוז מייחס לשוטר האשמה חמורה שיש בה "כדי לערער על יושרו של המתלונן ולהציגו כמי שניצל [...] סמכויותיו באופן שמקדם את הפשיעה, כאשר לב תפקידו הוא המלחמה בפשיעה".³⁴ גם האמצעים שבהם בחר העותר להשמיע את ביקורתו "אינם ראויים". אולם, וזה העיקר, "הזכות להשמיע ביקורת לא מותנית בשימוש בשפה עדינה. הערך שבהתרת ההשמעה של ביקורת כלפי עובדי ציבור – אפילו היא חמורה וקשה – גובר על הפגיעה האישית שבשמיעת הביקורת".³⁵

דינה של השופטת פרוקצ'יה (להלן – עניין רע"פ אונגרפלד) ואומצה על ידי שופטי המיעוט בדיון הנוסף (עניין אונגרפלד (לעיל, הערה 1) בפסקה 35 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

31 שם, בפסקה 37 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. ברוח זו ראו: פסקה י' לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת חיות ופסקה 2 לפסק דינה של השופטת נאור.

32 שם, בפסקה 27 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

33 שם, בפסקה 36 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

34 שם, בפסקה 45 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

35 שם, בפסקה 46 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

לעומת זאת השופטת פרוקצ'יה, בדעת רוב, פסקה כי יש להרשיע את העותר בעברה של העלבת עובד ציבור משום שהכרזה שמאשימה את השוטר בשיתוף פעולה עם עבריינים פוגעת בליבת כבודו של השוטר:

האשמת שוטר בשחיתות-מידות, ובשיתוף פעולה עם גורמים פליליים שכנגדם הוא אמור לפעול במסגרת תפקידו המשטרתי, אינה מצויה ברף-הסיבולת שעובד הציבור נדרש להפעיל בגדרי תפקידו [...] דברים אלה פוגעים בתשתית האמון הבסיסית כלפי השוטר, ובבסיס האמון כלפי שירות המשטרה כולו. דברים אלה פוגעים לא רק בשוטר כפרט, אלא משפיעים על יכולתו לבצע את תפקידו. בכך הם גורמים נזק גם למערכת המשטרה כולה. טענות רציניות ואמיתיות של העותר כנגד תפקודו של השוטר המתלונן ניתן היה לברר – אילו מצא העותר ענ[י]ין כנה בכך – באמצעות מנגנוני הביקורת הקיימים בשירות הציבורי ובמערכת המשפטית.³⁶

5. השלכת עמדת הרוב – השתקתה של ביקורת פומבית

הרשעת העותר בעברה של העלבת עובד ציבור, לפי פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, מבוססת על שתי הנחות: האחת, האשמה פומבית של עובד ציבור בשחיתות מידות, במיוחד אם היא חמורה, פוגעת בליבת כבוד האדם של עובד הציבור; ההנחה הנוספת היא שהפגיעה בליבת הכבוד מתקיימת גם אם יש אמת בחשדות נגד עובד הציבור. דבקות בהנחות אלו, כפשוטן, עלולה לשים קץ לחשיפה פומבית של שחיתות ציבורית. כדי לראות זאת הבה נניח כי במקום לשאת כרזה היה העותר פונה לעיתונאי ומוסר לו מידע שעולה ממנו חשד כי לשוטר קשרים עם עבריינים. העיתונאי היה מפרסם את החשדות נגד השוטר. כלום ההנחות שביסוד פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה לא היו מחייבות להרשיע את העיתונאי בעברה של העלבת עובד ציבור? יש להניח כי בשל תפקידה של העיתונות כ"כלב שמירה של הדמוקרטיה" עיתונאי לא יועמד לדין בסיטואציה דומה. אי-העמדתו לדין תתאפשר במסגרת "המעגל החיצוני של העבירה [ה]עוסק במנגנונים החיצוניים לעבירה, המשפיעים אף הם על תהליך האיזון הנדרש בין הגשמת הערך המוגן בעבירה לבין ההגנה על זכות האדם לחופש ביטוי. מביניהם, ישנה חשיבות מיוחדת לשיקול-הדעת הנתון לתביעה הכללית בגיבוש מדיניות העמדה לדין בעבירות פליליות הכרוכות בהגבלות על מימושן של זכויות היסוד של האדם".³⁷ לעומת זאת לאדם פרטי אין שמורה – לגישתה של השופטת פרוקצ'יה – הזכות להטיח ביקורת

36 שם, בפסקה 41 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

37 שם, בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

פומבית; הדרך של אדם פרטי למתוח ביקורת על אופן תפקודו של עובד ציבור היא "בדרך של הגשת תלונה למשטרה, למבקר המדינה, ולגורמי משמעת אחרים בשירות המדינה".³⁸ האומנם מוצדק להגביל את זכותו של הפרט לעשות שימוש במרחב הציבורי לצורך השמעת ביקורת כלפי עובדי ציבור?

ההשלכה הבעייתית של גישתה של השופטת פרוקצ'יה נובעת מהמשקל המרכזי שהיא מעניקה לליבת כבוד האדם של עובד הציבור. השופטת פרוקצ'יה אמנם שותפה להנחה כי העברה של עובד ציבור "נועדה ביסודה להגן על השירות הציבורי במשמעותו המוסדית-ערכית, ולהבטיח את פעילותו התקינה. לא עניינו של העובד כפרט עומד במרכז הערך המוגן בעבירה, אלא עניינה של מערכת השירות הציבורי ככזו, הוא הניצב במוקד האיסור" [כך במקור].³⁹ אולם אין היא מביאה בחשבון כי ייתכנו מצבים שבהם הפגיעה בליבת הכבוד האישי של עובד הציבור הכרחית לשמירה על הפעילות התקינה של השירות הציבורי. זהו המצב במקרה של ביקורת על תפקודו של עובד הציבור בכלל וחשיפת החשד לשחיתות מידות של עובד הציבור בפרט. גם אם הביקורת פוגעת בליבת כבודו של עובד הציבור, אין היא מסכנת את תפקודו התקין של השירות הציבורי. להפך: הביקורת הכרחית לתפקודו התקין של השירות הציבורי. ואכן, ובניגוד לעמדת הרוב, החלטת שופטי המיעוט לזכות את העותר מהעברה של העלבת עובד ציבור התבססה על "הערך שבהתרת ההשמעה של ביקורת כלפי עובדי ציבור – אפילו היא חמורה וקשה – [ש]גובר על הפגיעה האישית שבשמיעת הביקורת".⁴⁰

על העדפת האינטרס של הביקורת על אופן תפקודם של עובדי הציבור, לרבות חשיפה פומבית של חשד לשחיתות המידות, על פני "ליבת הכבוד האישי" של עובד הציבור בשיטתנו המשפטית אפשר ללמוד מחוק איסור לשון הרע, המעניק הגנה לפרסום אמת שהיה בו "עניין ציבורי".⁴¹ אף שהתכלית המרכזית של החוק היא להגן על כבוד האדם (שמו הטוב), הפגיעה בשם הטוב נסוגה מפני פרסום אמת שיש בו עניין ציבורי.⁴² החשש כי העברה של העלבת עובד ציבור תביא להשתקתה של ביקורת פומבית על עובדי ציבור הניב בעשור האחרון הצעות חוק חוזרות הקוראות לביטול העברה (האחרונה שבהן ביום 16.5.2011).⁴³ לפי דברי ההסבר, "כאשר מדובר בחופש הביטוי,

38 שם, שם.

39 שם, בפסקה 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

40 שם, בפסקה 46 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

41 לעיל, הערה 29.

42 בזמן הכנתה של רשימה זו לפרסום התפרסם פסק הדין בע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך (פורסם בנבו, 8.2.2012), שדחה את תביעת הדיבה נגד אילנה דיין על פרסום תחקיר במסגרת התכנית "עובדה". פסק הדין מחזק, ואף מרחיב, את ההגנה על חופש העיתונות – גם במחיר של פגיעה בשם הטוב.

43 הצעת חוק העונשין (תיקון – ביטול העבירה על העלבת עובד ציבור), תשע"א-2011. [ניתן לצפייה באתר: www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/3190.rtf]. הצעת החוק הוגשה לראשונה לכנסת החמש-עשרה ביום 19.5.2006, הוחזרה והונחה גם בכנסת השש-עשרה

יש ערך רב לביקורת על השלטון לסוגיו... לא ייתכן שפרסום שלא נועד להעליב אלא נעשה מתוך כוונה להצביע על ליקוי ולהביא לתיקונו, אף אם בפועל פגע בעובד, עדיין נושא עימו אחריות פלילית לעברה". את ההגנה על כבודם של עובדי הציבור, לפי דברי ההסבר, יש להשוות להגנה על כבודם של אזרחים רגילים ולהסתפק בהגנה שמעניק חוק איסור לשון הרע. תקוותי היא כי ההשלכה הבעייתית ומרחיקת הלכת של עמדת הרוב בדיון הנוסף בפרשת אונגרפלד תביא בסופו של דבר לאימוצה של הצעת החוק ולביטול העברה של העלבת עובד ציבור.

6. סייג לעמדת המיעוט – תום לב

כל עוד העברה של העלבת עובד ציבור נשארת בספר החוקים שלנו, ראוי לדעתי לאמץ את עמדת המיעוט, המוציאה מגדר העברה ביקורת על עובדי הציבור בלא תלות בשאלת אמתותה, אך זאת בתוספת סייג של "תום לב". גם אם אי אפשר לברר במסגרת ההליך הפלילי את אמתות החשדות המוטחים בעובדי ציבור במידת ההוכחה הנדרשת במשפט הפלילי, כהנחת כל השופטים, אפשר וראוי להתנות את פלילות הביטוי בפרסום החשדות שלא בתום לב.⁴⁴ דהיינו, גם אם המפרסם אינו יודע אם עובד הציבור אכן מעורב בשחיתות, הפרסום לא ייפול בגדר העברה של העלבת עובד ציבור אם הוא האמין בתום לב בקיומו של חשד כזה. עם זאת יהיה אפשר להרשיע בעברה של העלבת עובד ציבור מי שפרסם כי עובד הציבור מעורב בשחיתות כשהוא יודע שאין לטענה זו כל בסיס מציאותי. לעניין זה מתחייבות כמה הבהרות:

תום הלב בהקשר זה איננו מיועד להתנות את העברה של העלבת עובד ציבור במניע. פרסום ביקורת אמתית על עובד ציבור – גם אם נעשה שלא כדי להביא לחשיפת השחיתות ולתיקון הליקוי אלא כדי לפגוע בעובד הציבור ולהעליבו – לא ייכלל בגדר העברה של העלבת עובד ציבור. את מבחן תום הלב אני מציעה לשייך למבחן התוכן המיועד לקבוע אם יש בהשמעת הביטוי משום "העלבה". פרסום ביקורת על ידי מי שמאמין שהיא שקרית ייכלל מבחינת התוכן בגדר "העלבה", והפללתו תהיה מותנית במסננת ההסתברותית.

ביום 12.3.2007 ובכנסת השבע-עשרה ביום 4.5.2009. כן ראו קריאה לביטולה של העברה של העלבת עובד ציבור: ראם שגב ומרדכי קרמניצר, חופש הביטוי נגד רשויות המדינה: הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור (2001) בעמ' 373-389.

44 אך ראו: עניין רע"פ אונגרפלד (לעיל, הערה 30) בפסקה 60 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. בפרשה זו, ובניגוד למוצע ברשימתי, ציינה השופטת כי "השאלות אם יש באמירה הפוגענית משום אמת או שקר, או האם הפוגע האמין בתום לב בכנות אמירתו, אינן רלבנטיות לגיבושו של האיסור הפלילי" (ההדגשה הוספה – מג"א).

ההוכחה כי הנאשם פרסם חשדות נגד עובד ציבור בידעה שהם כוזבים מחייבת עימות עם עובד הציבור, שאיננו צד להליך הפלילי. אולם עובדה זו כשלעצמה איננה מצדיקה לשלול את מבחן תום הלב, כפי שהיה אפשר להסיק מעמדת השופטים שהצביעו על הקושי להוכיח את אמתות הפרסום בהליך הפלילי.⁴⁵ המקרה הזה איננו המקרה היחיד במשפט הפלילי שבו מעורבות המתלונן או המתלוננת נדרשת להוכחת יסודות העברה. הדוגמה המובהקת היא עברת האינוס, המחייבת הוכחה כי המתלוננת לא הסכימה ליחסי המין, וכי הנאשם היה מודע לחוסר ההסכמה.

ב. פרשת זוארץ⁴⁶

בפסק הדין בפרשת זוארץ נרתם בית המשפט העליון לניתוח מעמיק של מהותו של "ארגון פשיעה" לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה.⁴⁷ הגדרת "ארגון פשיעה" בחוק מאפשרת להטיל אחריות פלילית חמורה על העומד בראש ארגון פשיעה⁴⁸ וכן על הפעילים בארגון – "מנהל, מארגן, מכוון פעילות בארגון פשיעה או מפקח עליה",⁴⁹ "מממן... פעילות של ארגון פשיעה"⁵⁰ – ובתנאים מסוימים גם על "הנותן שירות יעוץ לארגון פשיעה".⁵¹ חומרת האחריות נעוצה הן בגובה עונשי המאסר – עשר או עשרים שנות מאסר – לפי חומרת פעילותו של הארגון, והן בחובת החילוט לאחר הרשעה בפלילים.⁵² בנוסף, ביצוע עברה במסגרת ארגון פשיעה היא נסיבה מחמירה המכפילה את העונש הצפוי לעברה.⁵³

השופט לוי מתמודד בפסק דינו בהרחבה עם הביקורת שנמתחה על רוחב ההגדרה של "ארגון פשיעה" בחוק, המאפשרת – כך נטען – להחיל את האמצעים החמורים הקבועים בחוק על כנופיית עבריינים המבצעים במשותף כמה עברות ובכך לבלוע את דיני השותפות.⁵⁴ השופט לוי אמנם מדגיש כי "[ה]חשש מפני שימוש מופרז באמצעי אכיפה שעוצמתו כה רבה, לעולם ראוי כי יעמוד לנגד עיניהם של רשויות החקירה, התביעה ובתי־המשפט".⁵⁵ עם זאת אין הוא רואה "[ב]היעדרה של הגדרה דווקנית

45 לעיל, הערה 31 והטקסט שלידה.

46 לעיל, הערה 3.

47 סעיף 1 לחוק מאבק בארגוני פשיעה.

48 סעיף 2(א) רישה לחוק מאבק בארגוני פשיעה.

49 סעיף 2(א)(1) לחוק מאבק בארגוני פשיעה.

50 סעיף 2(ב) לחוק מאבק בארגוני פשיעה.

51 סעיף 5 לחוק מאבק בארגוני פשיעה.

52 סעיף 3 לחוק מאבק בארגוני פשיעה.

53 לעיל, הערה 5.

54 עניין זוארץ (לעיל, הערה 3) בפסקה 44 לפסק דינו של השופט לוי.

ונוקשה של המונח 'ארגון פשיעה' [...] מכשול. אדרבא, היסוד הפתוח מכשיר את הקרקע להפעלתו של שיקול דעת באכיפה. [...] שיקול הדעת, בפרט זה השיפוטי, הוא אמצעי חשוב במניעתה של תחולת-יתר של החוק, כמו גם במאמץ להבטיח מפני תחולתו החסרה. קיומו הוא יסוד מוסד במשפטנו, אף כשמדובר בדיני עונשין.⁵⁶ בדבריו אלה חוזר בית המשפט העליון ומאמץ את התפיסה שחלחלה בהדרגה לפסיקה אצלנו, ולפיה יש יתרון בקיומן של עברות שאינן מוגדרות דיין, המאפשרות לבית המשפט להתאים את המשפט הפלילי למציאות המשתנה.⁵⁷ תפיסה זו אינה מייחסת משקל הולם לעקרון החוקיות בתחום הפלילי המיועד להבטיח בין השאר הזהרה הוגנת. מכוח עיקרון זה מתח בית המשפט העליון שלנו כבר בשנות החמישים (בפסק הדין בפרשת אש"ד)⁵⁸ ביקורת חריפה ונוקבת על העברה האוסרת על מעשה שיש בו תקלה לציבור,⁵⁹ בהיותה עברת סל בעלת רקמה פתוחה. בשיטות משפט אחרות ההזהרה ההוגנת הנגזרת מעקרון החוקיות משמשת בסיס לפסילה חוקתית של איסור פלילי שאינו מוגדר דיו.⁶⁰ על העמדה המרחיבה של בית המשפט שלנו בהקשר זה נמתחה לא אחת ביקורת,⁶¹ ואין לי אלא להצטרף לביקורת זו. מטרתי ברשימה זו היא לבחון לגוף העניין את הדרך שבה אפיין בית המשפט את ארגון הפשיעה.

1. עיקרי פסק הדין

השופט לוי הדגיש בפסק דינו כי יש להבחין בין דיני השותפות, המאפשרים להטיל אחריות פלילית על עברה שנעברה תוך ריבוי משתתפים, לבין חוק מאבק בארגוני פשיעה "[ה]רואה בקיומו של ארגון הפשיעה, כשלעצמו ומעבר לכל אחת מהעבירות שביצעו אנשיו, נושא לטיפולו של הדין הפלילי".⁶² שני טעמים עיקריים מצדיקים את

56 שם, בפסקה 62 לפסק דינו של השופט לוי.
57 ראו למשל: דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385, בפסקה 30 לפסק דינו של הנשיא ברק. בעניין זה הדגיש הנשיא ברק כי היות עברת הפרת האמונים עברת סל מאפשרת לבתי המשפט להחיל את העברה "...על מצבים שקשה לצפותם או להגדירם מראש בעת החקיקה אך הם נגזרים מנסיבות הזמן והמקום", וכי "תהא זו תוצאה בלתי ראויה אם השימוש בהכללות אלה, עד כמה שהוא פוגע בזכויות אדם חוקתיות, יהא בלתי חוקתי".
58 ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785.
59 עברת התקלה הציבורית הוגדרה בס' 198 לחוק העונשין, ובוטלה במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 100), תשס"ח-2008, ס"ח 2176.
60 לפסילה חוקתית של איסורים פליליים שאינם מוגדרים דיים בארצות הברית ראו: *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *City of Chicago v. Jesus Morales*, 527 U.S. 41 (1999).
61 ראו למשל: בועז סנג'רו, "פרשנות מרחיבה בפלילים!?", *עלי משפט* ג(1) (תשס"ג) 165;
62 עניין זוארץ (לעיל, הערה 3) בפסקה 44 לפסק דינו של השופט לוי. *Mordechai Kremnitzer*, "Interpretation in Criminal Law", 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 358.

טיפולו של המשפט הפלילי בארגוני פשיעה: הטעם האחד נעוץ בהחמרת הפגיעה החברתית הטמונה בפעילות עבריינית במסגרת מאורגנת, והטעם האחר נובע מהצורך להשלים את דיני השותפות שאינם מאפשרים להפליל את כל המעורבים בפשיעה מאורגנת.⁶³

עוד הוסיף השופט לוי כי "האב־טיפוס" של ארגון פשיעה מבוסס על "מנגנון בירוקרטי סדור, המתנהל על־פי קוד מפותח של כללים", הוא בעל "היררכיה ברורה" ומקיים את עצמו "מעבר להרכב כזה או אחר של חברים". הוא מאופיין "בהקפדה על סודיות, בקידושו של ערך הנאמנות", ונאכפים בו "חוקים נוקשים של משמעת".⁶⁴ מדובר בארגון פשיעה "[ה]חותר למעמד של מונופול, ואינו מהסס לנקוט אלימות כלפי העומדים בדרכו". הארגון פועל ל"השחתה שלטונית, לרבות תשלומי שוחד ו'קנייני' בעלי תפקידים".⁶⁵ אולם המחוקק הישראלי, בדומה למחוקק האמריקני, "ויתר בכוונת מכוון על דרישה לקיומו של טיפוס־האב של המסגרת הפלילית המאורגנת. תחת זאת הוא אימץ [...] את המונח 'ארגון פשיעה', כמתייחס לטווח רחב של התארגנויות העוסקות בפלילים". עמדה זו של המחוקק מתאימה "לתופעה כה אנושית במהותה, של קבוצת בני־אדם המונעת מאינטרסים אישיים וקבוצתיים דינאמיים ושונים, ודומה בכך יותר לרקמה חיה מאשר למסגרת נוקשה ומונוליטית".⁶⁶ לאור זאת אפשר להצביע על "מגוון של מאפיינים [ה]מקנים להתארגנות עבריינית את צביונה כארגון פשיעה, אך אין הכרח כי כולם כאחד יופיעו במקרה נתון".⁶⁷

בהסתמך על הנחות אלו מפריד השופט לוי בין מאפיינים הכרחיים לקיומו של ארגון פשיעה לבין סימני עזר המחזקים את המסקנה כי מדובר בארגון פשיעה. המאפיינים ההכרחיים הם "היסוד האיגבורי (סינרגטי) וההמשכיות".⁶⁸ היסוד האיגבורי מחייב קיומה של מסגרת בעלת קיום עצמאי המעניקה ערך עברייני נוסף לפעילות העבריינית; ערך היכול להתבטא ב"תועלת כלכלית, צבירת השפעה, יוקרה ורחשי כבוד, תחושת שייכות ושותפות גורל".⁶⁹ ההמשכיות מחייבת התמדה והיא מותנית בכוונה ליצור מסגרת שתשרע "אל מעבר להוצאתו אל הפועל של מעשה עבירה יחיד".⁷⁰ בין סימני העזר שאינם הכרחיים, אך קיומם יכול לתמוך במסקנה כי אכן מדובר בארגון פשיעה, נכללים: הייררכיה, הנובעת מקיומן של דמויות מפתח שסביבן מתפתח ומתנהל

63 שם, שם.

64 שם, בפסקה 58 לפסק דינו של השופט לוי.

65 שם, שם.

66 שם, בפסקה 60 לפסק דינו של השופט לוי.

67 שם, בפסקה 63 לפסק דינו של השופט לוי.

68 שם, בפסקה 64 לפסק דינו של השופט לוי.

69 שם, שם.

70 שם, שם.

הארגון;⁷¹ תכניה של הפעילות העבריינית, המשקפים חתירה "להפקתו של רווח כספי [...] ממקורות שאינם חוקיים כסמים, הימורים, סחר בבני אדם, סחיטה או גביית דמי חסות";⁷² ו"הסתייעות בבעלי תפקידים ציבוריים".⁷³

פסק דינו של השופט לוי היה מקובל על השופטים האחרים שישבו בדיון.⁷⁴ עם זאת השופט הנדל בחר להוסיף "כלי עזר" לצורך פירוש המונח "ארגון פשיעה". את כלי העזר שאב השופט הנדל הן מתורת הארגונים שבמדעי החברה והן מניתוח המאפיינים המופיעים בהגדרת ארגון פשיעה בחוק. מתורת הארגונים למד השופט הנדל כי ארגון הפשיעה "מהווה כשלעצמו מעיין 'שחקן' בביצוע העבירה. הוא ישות עצמאית. קרי, השלם עולה על סך חלקיו".⁷⁵ אפיון זה של "שלם העולה על סך חלקיו" הוא המקבילה של היסוד האיגבורי, שלגישת השופט לוי הוא מאפיין הכרחי של ארגון פשיעה. הניתוח שהציע השופט הנדל לכל אחד ממאפייני ההגדרה של ארגון פשיעה, המפורטים בחוק, נעדר מפסק דינו של השופט לוי, שהסתפק באזכור ההגדרה בלבד.⁷⁶ בהמשך הרשימה אחזור לניתוח מאפייני ההגדרה כפי שנעשה על ידי השופט הנדל.

2. על היחס בין חוק מאבק בארגוני פשיעה ובין דיני השותפות

הנחת המוצא שביסוד פסק דינו של השופט לוי, שלפיה קיים הבדל בין דיני השותפות לבין חוק מאבק בארגוני פשיעה, היא מרכזית וחשובה. אולם אני חוששת שהשופט לוי לא ייחס להנחה זו את מלוא ההשתמעויות המתחייבות. השופט לוי הניח כי אחריות לעברה שבוצעה במסגרת ארגון פשיעה תיעשה מכוח דיני השותפות, אך מאחר שדינים אלה אינם מאפשרים לייחס אחריות לכל המעורבים בפעילות עבריינית במסגרת מאורגנת, הפללת הפעילים בארגון פשיעה תשלים את החסר.⁷⁷ אמת, דיני השותפות המסורתיים לא תמיד מאפשרים להטיל אחריות פלילית על כל העוסקים בפעילות עבריינית, ובמיוחד מקשים הם לתפוס ברשתם את מי שהם הרוח החיה מאחורי הפעילות

71 שם, בפסקה 65 לפסק דינו של השופט לוי.

72 שם, בפסקה 66 לפסק דינו של השופט לוי.

73 שם, שם.

74 השופטת ארבל והשופט הנדל היו השופטים הנוספים בדיון.

75 שם, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט הנדל.

76 אלדר (לעיל, הערה 6) בעמ' 232-233.

77 עניין זוארץ (לעיל, הערה 3) בפסקה 44 לפסק דינו של השופט לוי. ברוח זו ראו: דברי ההסבר להצעת חוק מאבק בארגוני פשיעה, תשס"ב-2002, ה"ח 3155. להלן חלק מדברי ההסבר להצעה: "הצעת חוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ב-2002, באה להתמודד במישור החקיקתי עם התופעות של פשיעה מאורגנת ועם המבנה של ארגוני פשיעה, הגורם לעתים קרובות קושי בהוכחת הקשר בין ראשיהם ומוביליהם של ארגונים מסוג זה לבין ביצוען של עבירות שנעברו על-ידי אחרים". כן ראו: תפ"ח (מחוזי ת"א) 1226/04 מדינת ישראל נ' שורפי (פורסם בנבו, 20.4.2005).

העבריינית, שאין להם חלק בפעילות עצמה, ושזכו במשפטנו לכינוי "רבי־עבריינים".⁷⁸ במשפטנו הקושי להפיל את רבי־העבריינים התחזק עם ביטולה של האחריות הסולידרית של הקושרים, שאפשרה לייחס לכל קושר אחריות לכל העברות שנעברו במסגרת קיום הקשר, ולמען קידום מטרתו, אף בלא שהקושר נטל חלק בביצועו.⁷⁹ הריחוק בין רבי־עבריינים לבין ביצוע הפעילות הפלילית אינו מיוחד לארגון פשיעה. בעלי סמכות רוחנית עלולים גם הם להשליט את השפעתם על אחרים ולגרום להם – בין במישרין ובין בעקיפין – לבצע עבירות בלא שלהם עצמם יהיה חלק בביצוע העברות. גם כאשר ההשפעה הרוחנית נעשית במסגרת ארגונית, כמו תופעת הכתות שלה אנו עדים לאחרונה,⁸⁰ אין לראות בעצם קיומה של הכת ארגון פשיעה המאפשר להפיל את מנהיגי הכת. ייחוס אחריות לרבי־עבריינים, לבעלי סמכות רוחנית ולמנהיגי כתות בגין עברות שבוצעו מכוח השפעתם, ראוי שייעשה מכוח הרחבתם של דיני השותפות. ההרחבה המתבקשת לשם כך (וראוי לה שתיעשה בחוק) היא בעיקר של הביצוע באמצעות אחר. אצלנו, בהשפעת המשפט המקובל, הביצוע באמצעות אחר מבוסס על הרעיון של שימוש באחר "ככלי בידיו של המבצע";⁸¹ רעיון שהניב את המסקנה כי האחר חייב להיות סוכן תמים שאינו נושא באחריות לעברות של מחשבה פלילית. אבל את הדוקטרינה של ביצוע באמצעות אחר אפשר, וראוי, לבסס על השלטת רצון: מי שמשליט את רצונו על המבצע הישיר של העברה, בין במישרין ובין בעקיפין, באופן שהמבצע הישיר איננו מפעיל שיקול דעת עצמאי, ייחשב למבצע העברה באמצעות האחר, אף אם האחר (המבצע

78 דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, בפסקאות 7-2 לפסק דינו של השופט חשין.

79 האחריות הסולידרית של הקושרים בוטלה במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, ס"ח 1481. סעיף 499(ב) לחוק, אשר הוסף בתיקון האמור, קובע כי אחריות לעברות מטרת הקשר תוטל מכוח דיני השותפות.

80 כוונתי למעצרו המתקשר של גואל רצון, ראו: יניב קובוביץ, "הותר לפרסום: גואל רצון נעצר בחשד לאינוס והחזקה בתנאי עבדות", הארץ (14.01.2010) [ניתן לצפייה באתר: www.haaretz.co.il/news/law/1.1184504]; כוונתי גם למעצרו של מנהיג כת ה"איתקה", שי אברהמוף, שהניע, כך החשד, את חסידיו להתעלל בילדיהם, אך התאבד בתאו עוד בטרם התגבשו החשדות לכדי כתב אישום. ראו בעניין זה: עידן רוט, "כת איתקה: אלמנתו של שי אברהמוף ניסתה להתאבד", אתר חדשות נענע (09.06.2010) [ניתן לצפייה באתר: <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=724340>].

81 כלשון סעיף 29(ג) לחוק העונשין.

הישיר) נושא באחריות פלילית.⁸² השלטת רצון כזו יכול שתיעשה מכוח מסגרת ארגונית אך גם מכוח סמכות רוחנית שאינה מאורגנת.⁸³

את האחריות המוטלת מכוח חוק ארגוני פשיעה יש לבסס על טעם עצמאי המצדיק לראות בעצם קיומו של ארגון פשיעה, ובמנותק מהעברות המתבצעות בו, תופעה אנטי-חברתית המחייבת תגובה של המשפט הפלילי. קיומו של טעם עצמאי להפללת ארגון הפשיעה הוא, ורק הוא, יכול להצדיק את קביעתו של השופט לוי כי אין דיני השותפות וחוק מאבק בארגוני פשיעה מוציאים זה את זה, ויהיו מצבים שבהם הנאשם "יהיה נתון במקביל למרותן של שתי מערכות הדינים".⁸⁴ מצב כגון זה יהיה במקרה שבו יהיה אפשר לייחס לראש הארגון אחריות לעברה הקונקרטי שבוצעה במסגרת הארגון מכוח דיני השותפות, ובנוסף יהיה אפשר להטיל עליו אחריות בגין עצם העמידה בראש ארגון הפשיעה לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה.⁸⁵

3. הסיכונים הטמונים בארגון פשיעה שפורטו בפסק הדין – טעם עצמאי להפללתו?

בהתייחסו לסיכונים המיוחדים הטמונים בארגון פשיעה והמחריפים "במידה ניכרת את הפגיעה החברתית הטמונה בעבריינות"⁸⁶ מדגיש השופט לוי כי קיומן של מסגרות מאורגנות תוביל להשתכללות הפעילות העבריינית, וזאת בשל "הקניית השכלה עבריינית", הגברת תכנון העבירות [...] [ו]עידוד עבריינות בקרב חברי הארגון". לגישתו,

82 במשפט הפלילי הבין-לאומי, סעיף 25(3) של אמנת רומא קובע מפורשות כי אפשר לבצע עברה באמצעות אחר, וזאת ללא חשיבות אם האחר נושא באחריות פלילית על מעשהו. UN General Assembly, *Rome Statute of the International Criminal Court* (last amended January 2002), 17 July 1998, A/CONF. 183/9. [אמנת רומא ניתנת לצפייה באתר: <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/rome.htm>].

83 על התפתחות הדוקטרינה של "המבצע מאחורי המבצע" בהקשר זה במשפט הגרמני, כולל הביקורת שהושמעה כלפי דוקטרינה זו, ראו: Claus Roxin, "Crimes as Part of Organized Power Structure", 9 *JICJ* (2011) 193; Thomas Weigend, "Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept", 9(1) *JICJ* (2010) 91. כן ראו: מרים גור-אריה, "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה", מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית (אליעזר לדרמן – עורך, תשס"א) 83, בעמ' 106-103; מרדכי קרמניצר, "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו", פלילים א (תש"ן) 65. אך ראו אלדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 68-103. אלדר מדגיש את ההבדל בבסיס העיוני שבין ביצוע באמצעות אחר לבין זה שביסוד השליטה הארגונית.

84 עניין זוארץ (לעיל, הערה 3) בפסקה 43 לפסק דינו של השופט לוי.

85 לדעה מנוגדת ראו: אלדר (לעיל, הערה 6) בעמ' 236-241. אלדר טוען כי האחריות מכוח חוק מאבק בארגוני פשיעה צריכה להיות אחריות שירותית, המוטלת במקרים שבהם אי אפשר לייחס אחריות מכוח דיני השותפות.

86 עניין זוארץ (לעיל, הערה 3) בפסקה 44 לפסק דינו של השופט לוי.

"היבט זה של שיפור איכותי רב בו הסיכון וניכר".⁸⁷ בהתייחסו למאפיין האיגבורי ההכרחי לקיומו של ארגון פשיעה מדגיש השופט לוי כי הערך העברייני הנוסף הצומח מקיום ארגון פשיעה יכול להתבטא לא רק בתועלת כלכלית אלא גם ב"תחושת שייכות ושותפות גורל".⁸⁸

סיכונים אלה אינם מיוחדים לארגון פשיעה, וכדי להתמודד אתם לא היה צורך, ואף לא הצדקה, לחקיקת חוק מאבק בארגוני פשיעה על האמצעים החמורים הקבועים בו. עברת הקשר, שנשמרה במשפטנו גם לאחר ביטולה של האחריות הסולידרית של הקושרים,⁸⁹ מטילה אחריות פלילית בגין עצם ההתקשרות בין שניים או יותר לביצוע עברות פליליות, גם אם בסופו של דבר לא בוצעו העברות מטרת הקשר. העונש הצפוי בגין קשירת הקשר נע בין שבע שנות מאסר (כאשר מטרת הקשר היא ביצוע עברת פשע)⁹⁰ לבין שנתיים (כאשר מטרת הקשר היא ביצוע עבירת עוון).⁹¹ ההצדקה להטיל אחריות פלילית בגין עצם קשירת קשר מבוססת על הסיכונים הטמונים בהתחברות בין אנשים לביצוע עברה, ובעיקר על המחויבות ההדדית בין הקושרים ועל תחושת שותפות הגורל, המגבירות את הנחישות לבצע עברות; התכנון המשותף עשוי להגביר את סיכויי ההצלחה של הביצוע.⁹² כאשר הקושרים ניגשים לביצוע משותף של העברה, דיני העונשין רואים, לא פעם, בביצוע המשותף נסיבה המחמירה את העונש הצפוי לעברה,⁹³ וזאת בהתבסס על ההנחה כי היקף הביצוע המשותף וסיכויי ההצלחה של הביצוע המשותף גדולים יותר. ההנחה בדבר הסכנות המיוחדות הטמונות בביצוע משותף של עברה היא שהולידה אצלנו את ההסדר המאפשר לייחס למבצעים בצוותא אחריות לעברות נוספות שבוצעו על ידי אחד מהמבצעים, לרבות עברת הרצח, על בסיס רשלנות.⁹⁴

87 שם, בפסקה 48 לפסק דינו של השופט לוי.
 88 שם, בפסקה 64 לפסק דינו של השופט לוי.
 89 לעיל, הערה 79.
 90 סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין.
 91 סעיף 499(א)(2) לחוק העונשין.
 92 ראו: מרדכי קרמניצר, "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה", משפטים יד (תשמ"ד) 231, בעמ' 242.
 93 ראו למשל: עברת התקיפה בנסיבות מחמירות – סעיף 382 לחוק העונשין, עברת תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות – סעיף 274(3) לחוק העונשין, עברת האינוס – סעיף 345(ב)(5) לחוק העונשין, עברת השוד – סעיף 402(ב) לחוק העונשין.
 94 סעיף 34(א)(1) לחוק העונשין כפי שפורש בע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529. ראו גם: מרדכי קרמניצר, "עקרון האשמה", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 109, בעמ' 121. לביקורת על עמדה זו ראו: מרים גור-אריה, "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי – בעקבות פסק-הדין בפרשת סילגדו", ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג – עורכים, תשס"ט) 325, בעמ' 334-338.

טשטוש ההבחנה בין הסכנות המיוחדות הנובעות מעצם קיומו של ארגון פשיעה, והעשויות להצדיק את האחריות החמורה מכוח חוק מאבק בארגוני פשיעה, לבין הסכנות האופייניות לביצוע רב-משתתפים בא לביטוי מפורש בפסק הדין בפרשת זוארץ. כאמור, המאפיין המרכזי ההכרחי לאפיונו של ארגון פשיעה נעוץ ביסוד האיגבורי. בהסבירו את חשיבותו של יסוד זה נשען בית המשפט על דבריו של השופט חשין בבש"פ 7171/00 מדינת ישראל נ' חאמד⁹⁵, ולפיהם: "העזרה ההדדית והעידוד ההדדי שפושעים עוזרים ומעודדים איש את רעהו יש בהם אפקט סינרגטי, והסיכון לשלום הציבור גובר והולך" (ההדגשה הוספה – מג"א).⁹⁶ דברים אלה של השופט חשין נאמרו במסגרת דיון במעצר עד תום ההליכים של המשיב, שהשתתף בהתפרעות (ספונטנית) בנצרת, שבמסגרתה יידו המתפרעים אבנים נגד שוטרים (!) אמת, לגישת השופט לוי לא די ביסוד הסינרגטי כדי לייחד את ארגוני הפשיעה, והתפרעות ספונטנית של קבוצת אנשים כשלעצמה איננה בגדר "ארגון פשיעה". עם זאת ספק אם המאפיין הנוסף של המשכיות, המחייב כוונה לבצע יותר מעברה אחת, די בו כדי לשנות מהותית את המסקנה. השילוב בין המאפיינים (סינרגטיות והמשכיות) בהקשר זה עלול להפוך קבוצת אנשים המתכננת להתפרע יותר מפעם אחת לארגון פשיעה על הסכנות המיוחדות הטמונות בעצם קיומו.

גם ברמה הרטורית לא תמיד מייחד בית המשפט בפרשת זוארץ את דבריו לארגון פשיעה במובן הצר של המילה. למשל, השופט לוי מציין כי חוק מאבק בארגוני פשיעה נועד להעניק "כלים לטיפול משפטי בעניינין של קבוצות פשיעה"⁹⁷ (ההדגשה הוספה – מג"א), וזאת אף שבמקום אחר מביא השופט לוי את דבריו של חבר הכנסת אברהם רביץ ז"ל ש"היטיב לקבוע [...] בעת הדיון בחוק מאבק בארגוני פשיעה" כי "הפשע המאורגן [...] הוא לא הצטברות של כמה פושעים שהחליטו לארגן איזה שוד או פשע קבוצתי כלשהו על ידי בודדים רבים. הפשע המאורגן מוביל את החברה לכיוון של התנהגות אחרת כחברה"⁹⁸. ברוח זו מזכיר השופט לוי את הביקורת שהושמעה בארצות הברית על ההגדרות הרחבות של החוק הנוגע לארגוני פשיעה שם (RICO) שלפיה "ממאבק ממוקד בארגוני פשיעה" הפך החוק "לכלי שרת במאבק בכל פשיעה מרובת משתתפים"⁹⁹.

95 בש"פ 7171/00 מדינת ישראל נ' חאמד, פ"ד נד(4) 729, בעמ' 731.

96 דברי השופט חשין מצוטטים בעניין זוארץ (לעיל, הערה 3) בפסקה 42 לפסק דינו של השופט לוי.

97 שם, בפסקה 62 לפסק דינו של השופט לוי.

98 שם, בפסקה 48 לפסק דינו של השופט לוי.

99 שם, בפסקה 44 לפסק דינו של השופט לוי.

4. הסיכון הייחודי לארגון פשיעה

כדי להצדיק את חוק מאבק בארגוני פשיעה, שלגישת בית המשפט מעניק "אמצעי אכיפה שעוצמתו כה רבה"¹⁰⁰ יש לאתר את הסיכון המיוחד הנעוץ בעצם קיומם של ארגוני פשיעה והשונה מהותית מהסיכונים הטמונים בביצוע משותף של עברות, לרבות ביצוע על ידי כנופיית עבריינים. סיכון זה יכתיב גם את האפיון הראוי של ארגון פשיעה. בפרשת זוארץ הזכיר השופט לוי את הסכנה הטמונה בארגון פשיעה "בצורתה הקיצונית": "מסגרת פשיעה החותרת לשים עצמה בנעליה של המדינה, להניח תשתית חלופית לסדר הנורמטיבי הקיים ולהמיר את המנגנונים הממלכתיים בבני-דמותם יצירי המאפיה"¹⁰¹. זוהי אכן צורה קיצונית. אבל מצורה קיצונית זו אפשר לגזור את הסכנות הטמונות בקיומו של ארגון פשיעה בצורתן הקיצונית פחות. ארגון פשיעה קורא תיגר על שלטון החוק ומערכת אכיפת החוק. הקוד האתי שחברי הארגון מחויבים לו, תחושת הנאמנות שבין חברי הארגון וחובת הציות למערכת ההיררכית שבתוך הארגון גוברים על החובה לציית לחוק. כל אלה מקשים על מערכת אכיפת החוק למגר את ארגוני הפשיעה, מגבירים את תחושת החרדה בציבור, וכך נוצרת קרקע נוחה לסחיטה ולביצוע עברות נוספות במסגרת ארגוני הפשיעה. סכנות אלה מתיישבות היטב עם המאפיינים של האב-טיפוס של ארגון הפשיעה, שהוזכרו על ידי השופט לוי.¹⁰² אולם היות שהמחוקק הישראלי, בדומה לזה האמריקני, לא הגביל את חוק מאבק בארגוני פשיעה לאבות-טיפוס, אפשר – וראוי – להגמיש כמה מהמאפיינים של האב-טיפוס של ארגון פשיעה או לוותר עליהם. למשל, אין הכרח כי ההיררכיה בתוך הארגון תקיים מכוח "מנגנון בירוקראטי סדור, המתנהל על-פי קוד מפותח של כללים"¹⁰³ כתנאי לאפיונו של ארגון פשיעה; כן לא ברור עד כמה ה"סודיות" ומידור נוקשה בין חברי הארגון הם הכרחיים. ודאי שאפשר לוותר על חדירת הארגון למערכת השלטונית כמאפיין הכרחי של ארגון פשיעה. עם זאת ספק אם אפשר לוותר על ההיררכיה כמאפיין הכרחי של ארגון פשיעה,¹⁰⁴ הייררכיה שחובת הציות לה גוברת על הציות לחוקי המדינה והיא זו שקוראת תגר על שלטון החוק ואכיפתו.¹⁰⁵

100 שם, שם.

101 שם, בפסקה 48 לפסק דינו של השופט לוי.

102 ראו: לעיל, הטקסט הסמוך להערה 64.

103 עניין זוארץ (לעיל, הערה 3) בפסקה 58 לפסק דינו של השופט לוי.

104 הדרישה למבנה הייררכי כמאפיין טיפולוגי של ארגון פשיעה מופיעה במרבית המחקרים החוקרים את מהותם של ארגוני הפשיעה. ראו: Sean Grennan and Marjie T. Britz, *Organized Crime – A Worldwide Perspective* (2006) pp. 12-14 (לעיל, הערה 6) בעמ' 198-195.

105 לגישתו של אלדר (שם, בעמ' 197), המאפיין ההיררכי הוא שמספק את היסוד הסינרגטי שאותו הדגיש השופט לוי, שכן לדברי אלדר: "המאפיינים של היררכיה, התמקצעות

5. ההגדרה שבסעיף 1 לחוק מאבק בארגוני פשיעה – פרשנות תכליתית ולשונית

אל המסקנה כי אין לוותר על המבנה ההיררכי כמאפיין הכרחי של ארגון פשיעה הגעתי, לעיל, באמצעות פרשנות תכליתית. מסקנה זו התחייבה מאיתור הסיכון המיוחד בעצם קיומו של ארגון פשיעה, הנבדל מהסיכונים הטמונים בביצוע משותף של עברות, והמצדיק את האמצעים החריפים שבחוק מאבק בארגוני פשיעה. השאלה היא אם אפשר לעגן מסקנה זו גם בלשון החוק.

בקבעו את המאפיינים ההכרחיים של ארגון פשיעה לא פנה השופט לוי להגדרת "ארגון פשיעה" שבסעיף 1 לחוק מאבק בארגוני פשיעה, ואת הוויתור על המבנה ההיררכי כמאפיין הכרחי לארגוני פשיעה לא ניסה לעגן בניסוח הסעיף.¹⁰⁶ לעומת זאת השופט הנדל ניתח את האלמנטים השונים של ההגדרה המפורטים בסעיף 1 לחוק. מאחר שההגדרה אינה מתייחסת מפורשות למבנה הייררכי אלא רק ל"תבנית מאורגנת" (בנוסף ל"שיטתית ומתמשכת"),¹⁰⁷ הסיק השופט הנדל כי "החוק הישראלי אינו דורש היררכיה, אך נדמה כי ארגון מצריך סוג של מבנה המכוון את פעילותו. ברם, גם המבנה צריך שיהא כאמור בתבנית מסוימת שיצק המחוקק – 'מאורגנת, שיטתית ומתמשכת'".¹⁰⁸ אולם מהסעיפים האופרטיביים שבחוק המאפיינים את ה"פעילים" הנושאים באחריות בגין פעילותם בארגון אפשר ללמוד דווקא על ארגון בעל מבנה הייררכי המורכב ממי ש"עומד בראש הארגון" ומתחתיו "המנהל, מארגן או מכוון את הפעילות".¹⁰⁹

106 וחלוקה לתפקידים מקיימים את דרישת 'שלם הגדול מסך חלקיו' באפשרם לנצל את המבנה הארגוני להשגת יעדים שקבוצה זהה בגודלה של עבריינים לא מאורגנים לא תוכל להשיג". עמדתו של השופט לוי בפרשת זוארץ, המוותרת על ההיררכיה כמאפיין הכרחי לארגוני פשיעה, אומצה בפסיקות מאוחרות יותר של בית המשפט העליון. ראו: ע"פ 2996/09 דבור נ' מדינת ישראל, בפסקאות ל-ל"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.5.2011); ע"פ 9093/08 נאצר נ' מדינת ישראל, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 7.12.2011).

107 הגדרת "ארגון פשיעה" שבסעיף 1 לחוק מאבק בארגוני פשיעה קובעת: "ארגון פשיעה" – חבר בני אדם, מאוגד או בלתי מאוגד, שפעל בתבנית מאורגנת, שיטתית ומתמשכת לעבירת עבירות...".

108 עניין זוארץ (לעיל, הערה 3) בפסקה 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

109 ראו ברוח זו את דברי ההסבר להצעת חוק מאבק בארגוני פשיעה, המבהירים כי סעיף 2 לחוק, המטיל אחריות על פעילים בארגון פשיעה, "...בא להתמודד עם הקושי להוכיח את הקשר בין נושאי תפקידים בארגוני פשיעה לבין עבירות שנעברו בפועל...". הקושי, כפי שנכתב קודם לכן במבוא לדברי ההסבר, נוצר "...לאור המבנה ההיררכי של אחדים מארגונים אלו, היוצר מרחק בין מקבלי החלטות ומתווי המדיניות לבין מבצעי העבירות". (ההדגשה הוספה – מג"א).

ה"חיללים" שמבצעים את העברות בשטח אינם נכללים בגדר חוק המאבק בארגוני פשיעה.

בהתחשב בתכליתו של חוק מאבק בארגוני פשיעה, בבחירת הפעילים שעליהם מוטלת אחריות מכוח הסעיפים האופרטיביים בחוק, ובמאפיינים המקובלים בספרות הקרימינולוגית של ארגון פשיעה,¹¹⁰ אני מציעה לפרש את המאפיין של "תבנית מאורגנת" שבהגדרת ארגון פשיעה בסעיף 1 לחוק מאבק בארגוני פשיעה כמתייחס לארגון בעל מבנה הייררכי.¹¹¹

לעניין זה חשוב לציין כי ארגון הפשיעה שנדון בפרשת זוארץ, ארגונו של אסי אבוטבול, היה בעל מאפיין הייררכי מובהק, ולכן הוויתור על ההייררכייה כמאפיין הכרחי לארגוני פשיעה לא היה נחוץ לגוף הפסק. אולם כידוע אין הפסיקה שלנו מקפידה על ההבחנה בין גוף הפסק (רציו דסידנדי) לבין אמירות אגב (אוביטר דיקטום). החשש שלי הוא כי בעקבות האפיון הרחב של ארגוני פשיעה בפרשת זוארץ, חוק מאבק בארגוני פשיעה ייאכף על קבוצות עברייניות שהסיכון הטמון בהתארגנותן העבריינית אינו שונה מהסיכונים האופייניים לביצוע משותף של עברות פליליות.

ג. פרשת ימיני¹¹²

בפרשת ימיני דן בית המשפט העליון בהרחבה בשאלה אם אפשר לייחס אחריות פלילית לעברת ההפקרה לאחר פגיעה (פגע וברח)¹¹³ גם לנוסע ברכב שהבחין כי הנהג פגע בהולכות רגל, ולא הניא את הנהג מלברוח מהמקום, ואף לא הזעיק בעצמו את כוחות הצלה [להלן: "הנוסע ששתק"]. שאלה זהה נדונה בעבר בפרשת ויצמן,¹¹⁴ ובית המשפט העליון בחר בפרשת ימיני ללכת בעקבות הלכה זו ולהרשיע את הנוסע ברכב כמסייע לעברת ההפקרה אף שהיה ער לביקורת שנמתחה על הלכה זו בזמנו, ולפיה בהיעדר חובה מפורשת המחייבת את הנוסע ברכב לפעול אי אפשר להרשיעו בסיוע לעברת ההפקרה.¹¹⁵ למרות זאת בחרתי להתייחס לפסק הדין בפרשת ימיני כפסק דין המייצג התפתחות שחלו בשנת תשע"א במשפט הפלילי, משום שאין הוא מסתפק באימוץ הלכת ויצמן אלא מציג בהרחבה את ההלכות שנפסקו והעמדות שהובעו בספרות המשפטית אצלנו, לרבות מאז הלכת ויצמן, בסוגיות מרכזיות שיש להן נגיעה לסוגיה שניצבה בפני בית המשפט, ובעיקר: בשאלת ההבחנה בין ביצוע בצוותא לבין סיוע;

110 Grennan and Britz (לעיל, הערה 104) בעמ' 14-12; אלדר (לעיל, הערה 6) בעמ' 195-198.

111 אלדר (לעיל, הערה 6) בעמ' 204-208.

112 לעיל, הערה 7.

113 לעיל, הערה 9.

114 לעיל, הערה 8.

115 לעיל, הערה 10.

בסוגיה הנוגעת לייחוד המחדל הפלילי בהשוואה למעשה ולדרישת החובה לפעול במקרים של מחדל ומקורה, וכן בסוגיה הקונקרטית אם נדרשת חובה לפעול במקרים של סיוע על ידי מחדל ומה יהיה מקורה. בחלק מהסוגיות הביע השופט עמית את עמדתו, וסוגיות אחרות הוא בחר להשאיר בצריך עיון.

ברשימה זו אין בכוונתי להציג ניתוח מדוקדק של כל אחת מהסוגיות שנסקרו בפסק הדין, אף שאין אני שותפה תמיד לאופן שבו הוצגו הסוגיות השונות. בכוונתי להתמקד בהנחות המרכזיות ששימשו נקודת מוצא לדיון שערך השופט עמית בסוגיות השונות ולהציג נקודת מבט שונה על הנחות אלו. נקודת המבט שאציע תחייב להפוך את מסקנת פסק הדין: כעיקרון אין להרשיע את הנוסע ששתק כמסייע לעברת ההפקרה, אך זאת מנימוקים שונים מאלה שהועלו בספרות שביקרה בזמנה את הלכת ויצמן.¹¹⁶ בהקשר זה מתחייבת הבהרה: לאחר כתיבתה של רשימה זו התקבל בכנסת תיקון לפקודת התעבורה המטיל אחריות פלילית גם על "נוסע ברכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם" שנמנע מ"להתקשר לגופי ההצלה הנחוצים ולהזעיקם למקום התאונה, בהקדם האפשרי בניסבות העניין".¹¹⁷ אף שתיקון זה מייתר את הדיון בשאלה הקונקרטית הנוגעת לאחריות הנוסע ששתק כמסייע לעברת ההפקרה, הדיון בפסק הדין בפרשת ימיני נשאר רלוונטי לסוגיה העקרונית הנוגעת לסיוע במחדל מכוח דיני השותפות. לתיקון בחוק אתיחס בקצרה בהמשך.¹¹⁸

בהמשך הרשימה אתיחס לחומרה המיוחדת שבית המשפט מייחס בפרשת ימיני לעברת ההפקרה. החומרה מושפעת, כך אטען, מהפאניקה המוסרית שנוצרה בחברה הישראלית בעקבות אירועי פגע וברח.

1. סיוע במחדל לעברה מחדלית

השפעת ההבחנה בין ביצוע בצוותא לבין סיוע על שאלת החובה לפעול בסוגיה המרכזית בפרשת ימיני נסבה על הטלת אחריות פלילית לעברת מחדל (הפקרה) על שותף שתרומתו לעברה זו הייתה מחדלית ("הנוסע ששתק"). כידוע, הטלת אחריות פלילית בגין מחדל מותנית בקיומה של חובה לפעול.¹¹⁹ הסוגיה שחייבה הכרעה בפרשת ימיני הייתה אם יש לדרוש חובה לפעול גם כתנאי לאחריות שותף בגין התנהגותו המחדלית. בית המשפט הניח כי סיווגו של השותף כמבצע בצוותא או כמסייע יש בו כדי להשפיע על ההכרעה בשאלה. כשמדובר בביצוע בצוותא של עברה מחדלית,

116 ש, ש, ש.

117 סעיף 1א64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

118 ראו: להלן, הערה 145 והטקסט שלידה; ראו גם: אפילוג מאמר זה.

119 ראו: סעיף 18(ג) לחוק העונשין, המגדיר את המחדל כ"הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה".

די כי חובה לפעול מוטלת על אחד מהמבצעים כדי שיהיה אפשר לייחס אחריות פלילית גם למבצע האחר שהתנהגותו גם היא הייתה מחדלית ואף אם אין מוטלת עליו במישרין חובה לפעול. לעומת זאת כשמדובר בסיוע על ידי מחדל, הנטייה היא לדרוש חובה המחייבת את המסייע לפעול. ברוח הבחנות אלו בית המשפט המחוזי הרשיע את ימיני בהסתמכו על סיווגו כמבצע בצוותא של עברת ההפקרה, ואילו בית המשפט העליון, שראה בימיני מסייע, נאלץ לדון בהרחבה בשאלת מקור החובה לפעול כתנאי להרשעתו של ימיני כמסייע לעברת ההפקרה. בית המשפט העליון סקר בהקשר זה גישות מנוגדות: הגישה הטוענת כי בדומה לביצוע בצוותא גם את האחריות בגין סיוע על ידי מחדל אין להתנות בקיומה של חובה לפעול,¹²⁰ ומנגד הגישה המחייבת קיומה של חובה לפעול כתנאי לאחריות בגין סיוע במחדל.¹²¹ בתווך, בין שתי הגישות הללו, מצויה הגישה המוכנה להכיר בחובה לפעול יציר הפסיקה.¹²² השופט עמית העדיף "במודע שלא לאמץ במפורש אף אחת מהגישות שנסקרו לעיל" ולהותיר "את הדברים בצריך עיון", ובחר ללכת "בעקבות [ה]חובה שנוצרה בפסיקה בפרשת וני[יצמן]"¹²³ ולהטיל אחריות גם על המסייע במחדל – על הנוסע ששתק. לגישתו, העובדה כי החובה לפעול נוצרה על ידי הפסיקה בעבר בפרשת ויצמן מקטינה את הפגיעה בעקרון החוקיות ובוודאות המשפטית. כיוון שכך, אין הוא נדרש להכריע אם יש להתנות את האחריות בגין סיוע במחדל בקיומה של חובה לפעול שהוגדרה במפורש בדין או שמא די בחובה יציר הפסיקה.¹²⁴

אני מרשה לעצמי להביע תמיהה על עמדה זו, שהרי ההכרעה בשאלה אם נדרשת חובה לפעול במקרים של סיוע במחדל הייתה דרושה לגופו של עניין, ולא ברור לי כיצד אפשר להשאיר את ההכרעה בין הגישות השונות הנוגעות בשאלה זו בצריך עיון. אם מנסים לחלץ מעמדתו של השופט עמית את "הגיון הפסק", המסקנה המשתמעת תהיה מעגלית – אפשר לאמץ חובה יציר הפסקה רק במקרים שבהם הפסיקה בעבר יצרה חובה מעין זו. מה יהיה הבסיס ליצירת החובה הראשונית על ידי הפסיקה? משבחר בית המשפט ללכת בעקבות הלכת ויצמן, הוא דחה במשתמע את הגישה המחייבת קיומה של חובה לפעול שאיננה יציר הפסקה כתנאי לסיוע במחדל; גישה שהובעה במסגרת ביקורת על הלכת ויצמן.¹²⁵

120 ש"ז פלר, יסודות דיני-עונשין (כרך ב, תשמ"ז) בעמ' 242-246; גבריאל הלוי, השותפות לדבר-עבירה (תשס"ח) בעמ' 541-542.

121 לעיל, הערה 10.

122 יצחק קוגלר, "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי – הצדקת הדרישה, היקף חלותה, והעיגון הפורמלי של החובות לפעול", מחקרי משפט כ (תשס"ג) 201, בעמ' 238-288.

123 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 63 לפסק דינו של השופט עמית.

124 שם, שם.

125 לעיל, הערה 10.

לגוף העניין, ובחזרה לנקודת המוצא, ממבט ראשון ההבחנה בין ביצוע בצוותא לבין סיוע, בכל הנוגע לדרישת החובה לפעול במקרים של מחדל, עולה בקנה אחד עם דיני השותפות. המבצע בצוותא אינו חייב להגשים את כל האלמנטים המאפיינים את העברה. די שיהיה לו חלק בביצוע עצמו, או שתהא לו שליטה על הביצוע המשותף. תכנון מוקדם ושליטה על הנסיבות המצמיחות את הביצוע של עברת המחדל עשויים להצדיק הטלת אחריות פלילית על המבצע בצוותא, אף אם מחדלו שלו לא הפר את החובה לפעול המאפיינת את העברה. כך, במקרים שבהם הייתה לנוסע שליטה על הרכב, למשל בשל היותו הבעלים של הרכב, ולמרות זאת לא הורה לנהג שהיה מעורב בתאונה לעצור ולהגיש עזרה, לא יקשה להצדיק הטלת אחריות פלילית על השניים כמבצעים בצוותא את עברת ההפקרה, אף שהחובה לעצור ולהגיש עזרה מוטלת על נוהג הרכב המעורב בתאונה ולא על הבעלים שנסע עמו ברכב. מנגד, הסיוע תורם רק תרומה עקיפה לביצוע, וההחלטה אם לבצע והשליטה על הביצוע מסורים בידי המבצע העיקרי. מאחר שתורמתו של המסייע איננה חלק מהביצוע עצמו, הפרת החובה לפעול מצד המבצע אין די בה כדי לשוות למחדלו של המסייע אופי אנטי-חברתי.¹²⁶ בענייננו הפרתו של הנהג המעורב בתאונה את חובתו להגיש עזרה ובריחתו אינן הופכות את שתיקתו של הנוסע להתנהגות בעלת מטען אנטי-חברתי מספיק. המחדל של המסייע יהפוך לפלילי רק כאשר המסייע עצמו הפר חובה לפעול.¹²⁷

להלן, וממבט שני, אטען כי ממהות השותפות מתחייבת מסקנה הפוכה ולפיה בדומה למבצע בצוותא גם על המסייע אפשר להטיל אחריות פלילית בגין התנהגות מחדלית אף בהיעדר חובה לפעול,¹²⁸ ובלבד שמחדלו של המסייע עונה אחר המאפיינים הנדרשים מסיוע (מאפיינים שיפורטו בהמשך). עם זאת בפרשת ימיני היה ראוי לזכות את ימיני מהעברה של סיוע להפקרה בלא קשר לשאלת החובה לפעול, משום ששתיקתו לא הגיעה כדי סיוע לעברה.

מהות השותפות לדבר עברה

אפשר להבחין בין שלבים שונים בדרך לביצוע עברה שתוכנן מראש: עשיית מעשי הכנה המיועדים להקל את הביצוע (כגון איסוף אינפורמציה), תחילת ביצוע העברה (ניסיון) והשלמת הביצוע. כאשר מבצע יחיד מבצע בעצמו את השלבים השונים, האחריות הפלילית מוטלת, ככלל, החל משלב הניסיון, ואילו השלב של עשיית מעשי

126 קרמניצר ולבנון-מורג (לעיל, הערה 10) בעמ' 199-197.

127 קרמניצר ולבנון מורג (שם, בעמ' 196) טוענים כי מסקנה זו מתחייבת מסעיף 34 לחוק העונשין, הקובע כי "מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המשולמת חל גם על [...] סיוע, לאותה עבירה".

128 הנימוקים שביסוד גישתי שונים מאלה שהובאו על ידי פלר והלוי (לעיל, הערה 120) לתמיכה בגישתם, שלפיה סיוע במחדל אינו מותנה בקיומה של חובה לפעול.

ההכנה בדרך כלל אינו עניש.¹²⁹ התמונה משתנה כאשר בשלבים שבדרך להתגבשות העברה נוטלים חלק שותפים שונים: המסייע עושה את מעשי ההכנה לקראת ביצוע העברה (מספק למבצע אינפורמציה), המבצע בצוותא ניגש לביצוע (ניסיון) עם המבצע הנוסף, וזה משלים את הביצוע. בהבדל מהמבצע בצוותא, שאילו היה פועל לבדו היה בדרך כלל אחראי בגין הניסיון לבצע העברה, פעולותיו של המסייע, שמטיבן הן פעולות של מעשי הכנה כשלעצמן, בדרך כלל, אינן ענישות.¹³⁰ תרומתן של פעולות אלו לביצוע העברה על ידי המבצע העיקרי היא שמקנה להן את אופיין האנטי־חברתי. זוהי הסיבה שבהיעדר ביצוע עיקרי (מושלם או ניסיון) אין מוטלת אחריות פלילית בגין ניסיון לסייע, אף כאשר המסייע השלים את כל הנחוץ מצדו כדי לסייע לעברה; כמו במקרים שבהם בכוונה לסייע למי שמתכנן לשדוד בנק סיפק לו המסייע אינפורמציה על סדרי הביטחון בבנק, אולם בסופו של דבר מתכנן השוד התחרט ולא ניגש כלל לביצוע. מאחר שהתרומה לביצוע היא שהופכת את התנהגותו של המסייע להתנהגות אנטי־חברתית, תרומה זו חייבת להיות תרומה ממשית, ולא די שהיה בהתנהגות המסייעת "כדי לסייע בפועל או בכוח לביצועה של העבירה" – כעמדת השופט עמית בפסק דין ימיני,¹³¹ המשקפת את ההלכה הפסוקה אצלנו.¹³²

הדרישה לקיומה של תרומה ממשית מתחייבת ממהות השותפות לדבר עברה. אחריות פלילית לעברה טיפוסית מוטלת על מי שביצע את כל יסודות העברה. דיני השותפות מרחיבים את האחריות הפלילית ומאפשרים לייחס אחריות פלילית לעברה שנעברה גם לשותפים שלא ביצעו את כל יסודותיה. הטלת אחריות פלילית לעברה על שותף שלא ביצע את יסודותיה מחייבת קיומה של זיקה אחרת בין התנהגות השותף לבין העברה. יש שנדרשת נטילת חלק בביצוע ושליטה עליו (ביצוע בצוותא), ויש שנדרשת זיקה של סיבתיות, במובן זה שלולא תרומתו של השותף לא הייתה העברה מתבצעת (ביצוע באמצעות אחר ושידול). התרומה הנדרשת בסיוע חלשה יותר: אין הכרח כי לולא תרומתו של המסייע לא הייתה העברה מתבצעת. עם זאת כדי לייחס אחריות למסייע כשותף לעברה שנעברה נדרש כי התנהגותו של המסייע תרומה של ממש לביצוע העברה. בהיעדר תרומה ממשית לעברה שנעברה, אי אפשר לראות במי שהתכוון לתרום

129 במקרים חריגים מעשי הכנה ענישים במסגרת עברות מיוחדות כדוגמת העברה של "הכנת עבירה בחמרים מסוכנים" המוגדרת בסעיף 497 לחוק העונשין.

130 יוצא דופן הוא האיסור הקבוע בסעיף 498 לחוק העונשין, והמתייחס להספקת אמצעים לביצוע פשע. איסור זה כמוהו כאיסורים החריגים על מעשי הכנה.

131 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 36 לפסק דינו של השופט עמית.

132 פסק הדין המרכזי הוא ע"פ 320/99 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22; ע"פ 11131/02 יוסופוב ובעקבותיו: ע"פ 320/99 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 917. לביקורת על עמדה זו, שלפיה סיוע מחייב תרומה ממשית נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 917. לביקורת על עמדה זו, שלפיה סיוע מחייב תרומה ממשית לביצוע העברה, ראו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון, "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים", מחקרי משפט יז (תשס"ב) 403, בעמ' 404. כן ראו: להלן, הערה 133.

לביצוע עברה שותף לעברה שנעברה, אף אם עשה מעשה שהיה בו כדי לתרום לעברה.¹³³ עם זאת התרומה הממשית לביצוע העברה אינה חייבת להתבטא בתרומה במישור העובדתי – הקלת הביצוע – אלא תיתכן גם תרומה רוחנית, כאשר התנהגותו של המסייע מאמצת את המבצע העיקרי בהחלטתו ומחזקת את ידיו (בהבדל משידול הנוטע בלב המבצע העיקרי את הרעיון לבצע את העברה או לפחות מכריע אצלו את הכף).¹³⁴

התרומה במקרים של סיוע במחדל

בפרשת ימיני הדגיש השופט עמית כי "להבדיל מסיוע במעשה, הרי שכאשר במחדל עסקינן, החדל לא תורם ממשית לביצוע העבירה אלא נמנע מלהפעיל את יכולתו להשפיע על האירוע".¹³⁵ הימנעות מלהפעיל "יכולת השפעה על האירוע" כשלעצמה אכן איננה תורמת לביצוע: אין היא מקלה את הביצוע (או מסייעת בדרך אחרת לביצוע) כנדרש לצורך סיוע. הימנעות כזו יכול שתכלול בגדר העברה של אי-מיניעת פשע¹³⁶ (שעליה עוד ידובר). הטלת אחריות פלילית בגין סיוע במחדל מחייבת כי אפס מעשה יתרום תרומה של ממש לביצוע עברה בהקלו את עצם הביצוע, כגון במקרה של "הימנעות מכוונת של בעלת דירה מלנעול את דלת המרפסת שלה [...] כדי לאפשר [...] לשודדים לחדור דרך המרפסת לדירה השכנה".¹³⁷ גם שתיקה יכולה לתרום במישור הרוחני לביצוע עברה (סיוע רוחני) אם השותק הוא בעל סמכות רוחנית, שתיתקו מכוונת ומתפרשת על ידי המבצע כתמיכה במעשיו, המחזקת את ידיו.

אם אכן מגבילים את הסיוע על ידי מחדל למצבים שבהם אפס המעשה תרם תרומה של ממש לביצוע, אין – להשקפתי – מקום להמשיך ולהתנות את האחריות הפלילית בגין הסיוע בקיומה של חובה לפעול שאותה הפר המסייע במחדלו, משום שהשיקולים המצדיקים התניית אחריות פלילית בקיומה של חובה לפעול אינם חלים על סיוע במחדל.

133 אני ערה לעובדה כי סעיף 31 לחוק העונשין, המגדיר את המסייע, אינו נותן ביטוי מפורש לדרישת התרומה הממשית: הסעיף מתייחס למעשה שנעשה "כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו..." [ההדגשה הוספה – מג"א]. למרות זאת הדרישה של תרומה ממשית מתחייבת – כפי שהובהר בטקסט – מהתכלית של דיני השותפות. ברוח זו ראו: קרמניצר ולבנון (לעיל, הערה 132) בעמ' 404, הטוענים כי "...מן הראוי היה [...] לשמר את דרישת האפיון המשמעותי של תרומה בפועל, כפי שנקבעה בפסיקה ביחס להוראת החוק שקדמה לתיקון 39, והיתה זהה בנוסחה לנוסח העכשווי. זו גם העמדה המקובלת במרבית שיטות המשפט, ואין כל אינדיקציה לכוונה (שבאמת לא היתה) לשנות דרישה זו במסגרת התיקון".

134 מרים גור-אריה, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992", משפטים כד (תשנ"ד) 9, בעמ' 47-49.

135 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 37 לפסק דינו של השופט עמית.

136 ס' 262 לחוק העונשין. להלן נוסח הסעיף: "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים".

137 קרמניצר ולבנון-מורג (לעיל, הערה 10) בעמ' 202. לדוגמאות נוספות ראו: ש"ז פלר (לעיל, הערה 120) בעמ' 242-245.

אחריות בגין סיוע במחדל – היש להתנותה בחובה לפעול ?

בפסק הדין בפרשת ימיני עמד השופט עמית בהרחבה על השיקולים המחייבים, בתחום הפלילי, התייחסות שונה למחדל בהשוואה למעשה.¹³⁸ השוני בא לידי ביטוי בהתניית האחריות הפלילית בגין מחדל בקיומה של חובה לפעול. בעיקר הדגיש השופט ימיני את העובדה כי "ענישת המחדל פוגעת במידה רבה יותר בחירות הפעולה של הפרט", היא מחייבת את הפרט "להפסיק את מהלך חייו הרגילים" ולפעול להצלת הזולת כל אימת שנודע לו שהזולת בסכנה. כן הודגש כי המחדל "מבטא פחות נחישות לבצע את העברה", וכי "החדל אינו יוצר הסיכון והוא לא בעל השליטה על מהלך העניינים". ועוד הובהר כי "הטלת חובה לפעול במצבים של היקלעות לסיטואציה היא בעייתית [...] אנשים מגיבים בדרך שונה למצבים חריגים אליהם נקלעו בהפתעה ובחוסר מוכנות [...] מוכרת גם התופעה של 'דילול אחריות' כאשר כל נוכח בזירה האירוע נוטל על עצמו רק חלק מהאחריות". שיקולים אלה, שנדונו בהרחבה בספרות,¹³⁹ מסבירים מדוע שיטות המשפט השונות מהססות להטיל חובה כללית לפעול על סמך קריטריון רנדומלי על כל מי שנקלע לסיטואציה. בשיטות המשפט המוכנות, במקרים חריגים, להטיל חובה כללית לפעול, החובה מוטלת במסגרת עברה עצמאית כשהעונש הצפוי בגינה נמוך יחסית.¹⁴⁰ בשיטת המשפט הישראלית העונש הצפוי למי שמפר את החובה הכללית להציל חיים, המוטלת – מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך – על כל מי שנקלע ל"אירוע פתאומי" המסכן חיים, הוא קנס בלבד.¹⁴¹ העונש המרבי הצפוי, מכוח תקנה 146 לתקנות התעבורה, לנהג שעבר במקום שבו התרחשה תאונת דרכים ונמנע מלעצור ולהגיש עזרה

138 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 39 לפסק דינו של השופט עמית.

139 ראו: מרדכי קרמניצר וראם שגב, "המחדל בדין העונשין", ספר תמיר (יוסף תמיר ואורה הירש – עורכים, תש"ס) 197; עדי פרוש, "חוק מוסר והשומרוני הטוב", עיון כז (תשל"ו-תשל"ז) 295; לעיל, הערה 122; לעיל, הערה 10. כן ראו: Joel Feinberg, *Harm to Others* (1984) pp. 86-126; James M. Ratcliffe, *The Good Samaritan and the Law* (1966); Robert Justin Lipkin, "Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: An Individualistic Justification for the General Legal Duty to Rescue", 31 *UCLA L. Rev.* (1983) 252; Steven J. Heyman, "Foundation of the Duty to Rescue", 47 *Vand. L. Rev.* (1994) 673.

140 העונש הצפוי בגין הפרת החובה במשפט הגרמני ובמשפט האוסטרי הוא שנת מאסר. ראו: STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE], Nov.13, 1998, BUNDESGESETZBLATT [BGBl.] 3322, as amended, § 323C (Ger.); STRAFGESETZBUCH (STGB) (PENAL CODE), BUNDESGESETZBLATT [BGBl.] No.60/1974, as amended, § 95 (Austria).

141 סעיף 4 לחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998, ס"ח 1670.

הוא שישה חודשי מאסר.¹⁴² עונש חמור יותר, של עד שתי שנות מאסר, צפוי לכל מי שיוודע כי אחר זומם לבצע פשע ונמנע מלדווח עליו – עברה על סעיף 262 לחוק העונשין.¹⁴³ אולם כשמדובר בפשע חמור כדוגמת רצח, הפער העונשי בין העונש הצפוי לפשע עצמו לבין העונש הצפוי לכל מי שלא מנע אותו, הוא ניכר.

השיקולים המיוחדים לאחריות פלילית על בסיס מחדל, ושפורטו בפרשת ימיני, ברובם אינם חלים כאשר יש לחדל זיקה ספציפית לסיטואציה: זיקה הנובעת מתפקיד – חובת מציל להציל את מי שעומדים לטובע בים; ממעמד – חובות הורים לדאוג לצורכי מחיה של ילדיהם; זיקה לסכנה – חובה למנוע את התממשות הסכנה המוטלת על מי שיצר את הסכנה, אם בהתנהגות ואם באמצעות נכסים שבשליטתו. במצבים הללו בדרך כלל אין מדובר בהיקלעות פתאומית לסיטואציה מסוכנת, והחדל שקיבל על עצמו להיות מציל בים או החדל שיצר מצב מסוכן אינו יכול לטעון לפגיעה בחירות המחייבת אותו להתפנות משגרת חייו. המחדל במצבים אלה תורם תרומה של ממש להיווצרות הסכנה, או להחמרתה, והמטען האנטי-חברתי הטמון בהימנעותו מלהתערב כדי למנוע את התממשות הסכנה אינו שונה מזה הטמון במעשה היוצר את הסכנה. ואכן, בניגוד להפרת חובה כללית לפעול, המהווה עברה בפני עצמה, הפרתה של חובה לפעול המבוססת על זיקה ספציפית מאפשרת לייחס לחדל שהפר את החובה אחריות פלילית לתוצאה שאת התרחשותה הוא לא מנע (לאחת מעברות ההמתה או הפגיעה הגופנית). עקרון החוקיות אמנם מחייב כי החובה לפעול, גם כשהיא מבוססת על זיקה ספציפית, תהא קבועה בחוק "או על-פיו", אולם מאחר שהמחויבויות הנובעות מזיקות ספציפיות של תפקיד, מעמד או שליטה על מקורות סכנה, בדרך כלל אינן מוסדרות בדיני העונשין עצמם,¹⁴⁴ קובע חוק העונשין, בסעיף 18(ג), כי המקור המשפטי של החובה לפעול במקרים של מחדל יכול לנבוע מ"כל דין או חוזה".

הדינים המטילים חובות לפעול, בין חובות כלליות המעוגנות בדיני עונשין במסגרת עברות ספציפיות, ובין חובות על יסוד זיקה המוסדרת לרוב בדינים לבר-פלילים, מתייחסים – מטבע הדברים – לביצוע העיקרי (מחדלי). מאחר שהסיוע במהותו מאופיין בהתנהגות המיועדת להקל את ביצוע העברה אך אין היא חלק מהביצוע, וכשלעצמה איננה בעלת מטען שלילי, אין לצפות שהדין יטיל חובה מיוחדת לפעול על המסייע. באותם מקרים שבהם המחוקק בוחר להטיל חובה לפעול כדי להפליל "מחדל מסייע",

142 על פי תקנה 146 לתקנות התעבורה: "נוהג רכב העובר במקום תאונת דרכים שבו נמצא נפגע, ייעצר ולא ימשיך בנסיעתו עד שעשה כל שביכולתו כדי להגיש כל עזרה הדרושה לנפגע או כדי לבוא לעזרתו בהתאם לתקנה 144(א)(2)".

143 לעיל, הערה 136.

144 חריג לעניין זה הן החובות בסעיפים 322–326 לחוק העונשין, המהוות קודיפיקציה של החובות לפעול על בסיס זיקה, כפי שהתפתחו במשפט המקובל האנגלי ערב חקיקת פקודת החוק הפלילי 1936.

הפרתה של החובה הופכת את החדל למבצע. כך בענייננו, משהחליט המחוקק הישראלי, ביום 7 בנובמבר 2011, להרחיב את עברת ההפקרה ולכלול בגדרה גם את ה"נוסע ברכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם", הוטלה על הנוסע חובת הצלה: חובה "להתקשר לגופי הצלה הנחוצים ולהזעיקם למקום התאונה, בהקדם האפשרי בנסיבות העניין".¹⁴⁵ נוסע שיפר חובה זו יישא באחריות כמבצע של עברת ההפקרה, ולא כמסייע לנהג שלא עצר.

טענתי היא כי גם בהיעדר חובה לפעול המתאימה לסיוע במחדל, תרומתו של הסיוע לביצוע העיקרי היא היוצרת זיקה המצדיקה להפלייל את הסיוע המחדלי. האופי האנטי־חברתי של הסיוע אינו משתנה בין שהתרומה לביצוע היא במעשה או במחדל, והשיקולים המחייבים התייחסות שונה למעשה ולמחדל שפורטו בפרשת ימיני ושהוצגו לעיל, אינם חלים על הסיוע המחדלי שתרם לביצוע העברה. להמחשת עניין זה הבה נחזור לדוגמה של בעלת דירה שכדי לסייע לשודר נמנעה מלנעול את דלת המרפסת שלה כדי לאפשר לשודדים לחדור דרך המרפסת לדירה השכנה.¹⁴⁶ כלום יש הבדל בינה לבין שכנה אחרת שכדי לסייע לשודר מסרה לשודדים אינפורמציה לגבי השעות שבהן הדירה השכנה ריקה? האם הבדל זה יצדיק הטלת אחריות פלילית בגין סיוע לשודר רק על השכנה שמסרה אינפורמציה ולא על השכנה שלא נעלה את דלתות המרפסת? בדומה לשכנה שמסרה אינפורמציה, גם השכנה שלא נעלה את דלתות המרפסת איננה מי שנקלעה לסיטואציה ונאלצה בעל כורחה להתפנות מעיסוקיה, אלא מי שהקלה את ביצוע השודר מתוך מטרה לסייע. נחישותן של שתי השכנות שהתכוונו לסייע לביצוע השודר אינה משתנה בין שהתרומה לביצוע היא במעשה (מסירת האינפורמציה) או במחדל (אי־נעילת דלת המרפסת). בשני המקרים השליטה על הביצוע איננה בידי השכנות אלא בידי השודדים. בשני המקרים ההתנהגות המסייעת, בין שמדובר במעשה ובין שמדובר במחדל, איננה בעלת מטען אנטי־חברתי עצמאי, והפללת הסיוע נובעת מתרומתו לביצוע העיקרי. אני מציעה אפוא לפרש את האיסור על הסיוע, המפליל תרומה המקלה את הביצוע, כחל באותה מידה על מעשה ועל מחדל.

הניתוח שהוצע לעיל מאפשר להסביר את ההבדל בין סיוע במחדל לבין העברה של אי־מניעת פשע,¹⁴⁷ המעורר לדעת השופט עמית "שאלות נכבדות", שאת ההכרעה בהן הוא משאיר לאחרים מהנימוק ש"בית משפט זה אינו בית ועד לחכמי אקדמיה".¹⁴⁸ מי שיודע כי המבצע זומם לבצע עברה מסוג פשע ונמנע מלנקוט אמצעים למניעת העברה,

145 סעיף 1א64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], כפי שהוסף בחוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 101).

146 לעיל, הערה 137 והטקסט שלידה.

147 לעיל, הערה 136.

148 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 70 לפסק דינו של השופט עמית.

יהיה אחראי לעברה של אי-מניעת פשע שעונשה המרבי הוא שתי שנות מאסר.¹⁴⁹ זוהי כאמור עברה המבוססת על חובה כללית, ומעמדו של מי ששתק אף שידע על המזימה לבצע פשע הוא של מבצע עיקרי של עברה ספציפית זו. השותק, במקרה זה, לא יישא באחריות כמסייע לפשע שאותו לא מנע. לעומת זאת מי שידע כי אחר עומד לבצע עברה (מסוג עוון או פשע), ומתוך כוונה לסייע למבצע נמנע מעשות מעשה ובכך תרם תרומה המקלה את הביצוע (השכנה שנמנעה לנעול את דלת המרפסת) או המחזקת את המבצע בהחלטתו (שתיקה מכוונת של בעל סמכות רוחנית), יישא באחריות כמסייע לעברה שביצע המבצע ויהיה צפוי למחצית מהעונש הצפוי לעברה זו.¹⁵⁰

הרשעת ימיני – מסייע לעבירת ההפקרה?

החלת הניתוח שהוצע על פרשת ימיני מחייבת את המסקנה כי אי אפשר היה להרשיע את ימיני כמסייע לעברת ההפקרה בלא תלות בשאלה אם הייתה מוטלת עליו חובה לפעול ומה מקורה. בהבהירו מדוע בניגוד לעמדת בית המשפט המחוזי אין לראות בימיני מבצע בצוותא, הדגיש השופט עמית כי בין ימיני, הנוסע ששתק, לבין סימון, שנהג ברכב, לא היה "תכנון או קשר מראש. הנוכחות של ימיני ברכב אף אינה 'חבירה ספונטנית' לביצוע עברה אלא בגדר היקלעות לזירה ללא תכנון מראש של עבירת ההפקרה [...] לא הוכחה שליטתו של ימיני על סימון".¹⁵¹ קביעות עובדתיות אלו מחייבות את המסקנה הנוספת כי שתיקתו של ימיני לא תרמה לביצוע עברת ההפקרה על ידי סימון. בהיעדר סמכות ומשלא הוכח תכנון, אי אפשר לראות בשתיקה של ימיני סיוע רוחני המחזק את החלטתו של סימון לברוח מהמקום. בהיעדר תרומה אחרת¹⁵² אין לייחס אחריות לימיני כמסייע לעברת ההפקרה. האחריות שהיה ניתן לייחס לימיני, שנקלע – כדברי בית המשפט – לזירה, היא לכל היותר אחריות לעברת אי-מניעת פשע:¹⁵³ ימיני ידע כי לאחר שפגע בהולכות הרגל סימון עומד לברוח מהמקום ("זומם לבצע פשע"), ולמרות זאת לא מנע ממנו לברוח ואף לא הזעיק בעצמו את כוחות ההצלה.

149 לעיל, הערה 136.

150 סעיף 32 לחוק העונשין.

151 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 34 לפסק דינו של השופט עמית.

152 השופט עמית מתייחס לאפשרות להרשיע את ימיני כמסייע למעשה ההפקרה במעשה, בשל קביעתו של בית המשפט המחוזי כי ימיני הורה לנהג לטשטש את טביעות האצבע ברכב, ואם מניחים כי עברת ההפקרה היא עברה נמשכת. אולם לדעתו, "ספק אם הוראה לטשטש ראיות מהווה חלק מהרכיב ההתנהגותי בעבירת ההפקרה" – שם, בפסקה 65 לפסק דינו של השופט עמית.

153 לעיל, הערה 136.

2. חומרת העברה של הפקרה לאחר פגיעה – פאניקה מוסרית

הרטוריקה והעלאת רף הענישה

בפרשת ויצמן הדגיש השופט חשין כי "עבירת ההפקרה אחרי פגיעה עברה קשה היא; לא עוד אלא שעברה היא הפוקדת עצמה עם העבירות שיש בהן כיעור".¹⁵⁴ למרות דברים אלה העונשים שהוטלו על הנוסעים שהורשעו כמסייעים לעברת ההפקרה התמצו בעבודות שירות: על ויצמן, שהאיץ בנהג לברוח מהמקום, הוטלו שישה חודשי עבודות שירות, ואילו על הנוסעות הנוספות ששתקו הוטלו שלושה חודשי עבודות שירות. לעומת זאת בפרשת ימיני עברת ההפקרה נצבעה בצבעים חריפים הרבה יותר. ברמה הרטורית הדגיש השופט עמית כי "תאונות 'פגע וברח' הפכו למכת מדינה בארצנו ומדובר באחת מהתופעות היותר כעורות, בלתי מוסריות וחמורות בחברה הישראלית".¹⁵⁵ וכן, "עבירת ההפקרה לאחר פגיעה היא מהבזויות שבעבירות, עברה שיש בה חומרה וכיעור, ובאיש אשר יחטא בה דבק פגם מוסרי וחברתי כבד".¹⁵⁶ בית המשפט העליון אמנם הקל בעונשים שהטיל בית המשפט המחוזי על עברת ההפקרה, אך גם העונשים שהטיל בית המשפט העליון בולטים בחומרתם. את עונשו של ימיני, הנוסע ששתק, היה על בית המשפט להקל, משום שבהבדל מבית המשפט המחוזי, שהרשיע את ימיני כמבצע בצוותא הצפוי לאותו עונש שלו צפוי המבצע העיקרי, סבר בית המשפט העליון שיש להרשיע את ימיני רק כמסייע לעברת ההפקרה, שהעונש הצפוי לו הוא מחצית מהעונש הקבוע לעברה. העונש שהטיל בית המשפט העליון על ימיני, הנוסע ששתק, היה שלוש חודשי מאסר בפועל, בהדגישו: "שהגיעה העת להעלות את הרף בעבירות אלה, שנקעה נפשו של הציבור מהן".¹⁵⁷ גם בעונשו של הנהג – סימון – הקל בית המשפט העליון, אף שסבר כי "נקל להזדהות עם גזר־דינו של בית משפט קמא".¹⁵⁸ שהטיל על סימון עשרים שנות מאסר – ארבע־עשרה שנים על הריגה ועוד שבע שנים על הפקרה, מהן שש במצטבר להריגה – שכן "הכעס רב והתסכול גדול נוכח התנהגותו של סימון ותוצאות מעשיו, והרצון למצות עמו את הדין מקשיח את לבו של היושב בדיון".¹⁵⁹ למרות זאת הגיע בית המשפט העליון למסקנה כי "בית המשפט המחוזי חרג באופן קיצוני מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות". למסקנה זו הגיע בית המשפט העליון לאחר שבחן הן את רף הענישה המקובל להריגה בתאונות דרכים והן את זה המקובל "בעבירת הפקרה לאחר פגיעה הניצבת לבדה, [שאז] נע הענש בין תשעה חודשי

154 עניין ויצמן (לעיל, הערה 8) בפסקה 13 לפסק דינו של השופט חשין.

155 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 66 לפסק דינו של השופט עמית.

156 שם, בפסקה 77 לפסק דינו של השופט עמית.

157 שם, בפסקה 71 לפסק דינו של השופט עמית.

158 שם, בפסקה 78 לפסק דינו של השופט עמית.

159 שם, שם.

מאסר לבין עשרים וארבעה חודשי מאסר בפועל". בית המשפט סבר ש"הרצון לנקוט ביד קשה כלפי אלה המזלזלים בחוקי התנועה, האדישים לחיי זולתם, משותף לכולנו",¹⁶⁰ ולכן ראוי להעלות את רף הענישה – הן על עברת ההריגה בתאונת דרכים והן על העברה של הפקרה לאחר פגיעה. אולם "הגבהה כה חריגה של רף הענישה הנוהג, אינה יכול להיעשות בבת אחת, והיא מבטאת סטן[יה מעקרון אחידות הענישה, אשר טוב לה שתעשה באופן הדרגתי".¹⁶¹ לאור דברים אלה בחר בית המשפט העליון להעמיד את עונשו של סימון (הנהג) על ארבע-עשרה שנות מאסר בפועל: עשר שנים על עברת ההריגה וארבע שנים מצטברות על עברת ההפקרה לאחר פגיעה (כאשר כאמור העונש בגין עברת ההפקרה בעבר נע בין תשעה לעשרים וארבעה חודשי מאסר).¹⁶²

הרטוריקה המוסרנית שבה השתמש בית המשפט בפרשת ימיני, בצד העלאת ניכרת של רף הענישה בגין עברת ההפקרה לאחר פגיעה, מלמדת על "פאניקה מוסרית" שנוצרה בחברה הישראלית כאשר לאירועי פגע וברח, ואשר חלחלה גם לבתי המשפט שלנו.

פאניקה מוסרית

את המונח "פאניקה מוסרית" טבע הסוציולוג סטנלי כהן (Stanley Cohen) בתחילת שנות השבעים,¹⁶³ ומאז הפך המונח כלי להעריך תופעות חברתיות הקשורות קשר הדוק למשפט הפלילי.¹⁶⁴ פאניקה מוסרית מתפתחת בהתייחס להתנהגות שנתפסת כבלתי מוסרית המסכנת ערכים בסיסיים בחברה. גם אם יש בסיס אמפירי לראות בהתנהגות זו התנהגות אנטי-חברתית, התגובה להתנהגות היא חסרת פרופורציה, ויש בה אלמנטים של הגזמה. התגובה יוצרת סטראוטיפ של המעורבים בהתנהגות הזו – "שטן עממי" כלשונו של סטנלי כהן. הסטראוטיפ שנוצר יוצר זרות בין "הם", הרעים, לבין "אנחנו", הקרבנות התמימים. את הפאניקה המוסרית מזינה בדרך כלל התקשורת, ועם התפשטותה נוצר לחץ ציבורי "לעשות משהו". הלחץ משפיע גם על גורמי אכיפת החוק, ותוצאותיו באות לידי ביטוי בהחמרת הענישה, בהרחבת האחריות הפלילית ולרוב גם בשפע הצעות חוק שיאפשרו להתמודד עם המצב שנוצר. אחד הקריטריונים לזיהויה של פאניקה מוסרית טמון ברטוריקה שבה משתמשים הגורמים השונים להעצמת התופעה.¹⁶⁵

רבים ממאפייניה של הפאניקה המוסרית מאפיינים את האופן שבו נתפסת אצלנו העברה של הפקרה לאחר פגיעה. התקשורת חוזרת ומדווחת בפירוט רב ובכותרות

160 שם, בפסקה 85 לפסק דינו של השופט עמית.

161 שם, שם.

162 לעיל, הערה 160 והטקסט שלידה.

163 Stanley Cohen, *Folk Devils and Moral Panics: the Creation of the Mods and Rockers* (1972).

164 ראו למשל: Erich Goode and Nachman Ben-Yehuda, *Moral Panics: The Social Construction of Deviance* (2009).

165 שם, בעמ' 20-50.

הראשיות על אירועי פגיעה ובריחה.¹⁶⁶ בתי המשפט רואים בעברה של פגע וברח "מכת מדינה",¹⁶⁷ אף על פי שמנתוני המשטרה עולה כי מאז 2007 מספר תאונות הפגע וברח יורד בהתמדה (835 תאונות ב-2006 לעומת 529 תאונות ב-2010).¹⁶⁸ בתי המשפט משתמשים ברטוריקה מוסרנית היוצרת זרות בין הנהג שהיה מעורב בתאונה, ומשום ש"נס על נפשו"¹⁶⁹ דבק בו "פגם מוסרי וחברתי כבד",¹⁷⁰ לבין הנפגע "המתפתל בייסוריו ואין מושיע".¹⁷¹ רטוריקה זו מתייגת את העברה של הפקרה לאחר בריחה כבזויה שבעברות. ההעלאה הניכרת של רף הענישה נעשתה בפרשת ימיני מתוך ציפייה שרף הענישה ימשיך להעלות בהדרגה. שפע של הצעות חוק המציעות להעלות את העונש הצפוי לעברה של הפקרה לאחר פגיעה הוגשו לכנסת (חלק מהצעות אלו אוזכרו בפסק הדין בפרשת ימיני).¹⁷² במסגרת דיון בוועדת הכנסת בבקשה להקדים את הדיון בהצעות אלה הודגש הצורך לתת מענה לפאניקה הציבורית:

זה עניין שלנו כמחוקקים שצריכים לשרת את הציבור ולהשיב על ציפיותיו [...] אני אומרת שזה בנפשנו, זה לא סתם חוק, זה חוק שהציבור משווע לקיומו ולמימושו ואנחנו מוכנים לכל פשרה בניסוח, אבל אל תפילו את זה. לכן אנחנו מבקשים את העזרה שלכם.¹⁷³

דיסוננס בין חלקי פסק הדין

הפאניקה המוסרית שמעוררת עברת ההפקרה לאחר בריחה גרמה לדיסוננס בין חלקים שונים בפסק הדין בפרשת ימיני: בין הדיון העקרוני בשיקולים המחייבים, בתחום

166 ראו למשל: כתבה "פגע וברח", אשר שודרה במהדורה המרכזית של חדשות ערוץ 2, ביום 22.10.2008 [הכתבה ניתנת לצפייה באתר: <http://reshet.tv/News2/Shows/MainNewscast>; <http://video/videomarklist,125538/>].

167 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 66 לפסק דינו של השופט עמית.

168 נתוני השנים 2000–2009 נלקחו ממסמך "תמונת מצב" של עמותת אור ירוק, תחום מדיניות וביקורת ציבורית – 2011 [המסמך ניתן לצפייה באתר: http://www.oryarok.org.il/webfiles/fck/file/pga_brah2011.pdf]; הנתון הנוגע לשנת 2010 מצוי בפרוטוקול ישיבה מס' 363 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת השמונה-עשרה (15.03.2011) [פרוטוקול הישיבה ניתן לצפייה באתר: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka_2011-03-15-01.rtf].

169 עניין ויצמן (לעיל, הערה 8) בפסקה 55 לפסק דינו של השופט חשין.

170 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 77 לפסק דינו של השופט עמית.

171 לעיל, הערה 169.

172 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 66 לפסק דינו של השופט עמית.

173 פרוטוקול ישיבה מס' 119 של ועדת הכנסת, הכנסת השמונה-עשרה (02.11.2010) [פרוטוקול הישיבה ניתן לצפייה באתר: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/knesset/2010-11-02.rtf]. הציטוט הוא של ח"כ רונית תירוש, ומופיע בעמ' 5 במסמך].

הפלילי, התייחסות שונה למחדל בהשוואה למעשה,¹⁷⁴ לבין האופי שייחס בית המשפט לעברת ההפקרה לאחר פגיעה. בהתייחסו לייחודו של המחדל הפלילי הדגיש השופט עמית בין השאר כי המחדל "מבטא פחות נחישות לבצע את העברה"; "הטלת חובה לפעול במצבים של היקלעות לסיטואציה היא בעייתית [...] אנשים מגיבים בדרך שונה למצבים חריגים אליהם נקלעו בהפתעה ובחוסר מוכנות".¹⁷⁵ לעומת זאת בהתייחסו לחומרה של עברת ההפקרה לא הביא בית המשפט כלל בחשבון את היותה של ההפקרה עברה מחדלית שאינה משקפת "נחישות" עבריינית. אף על פי שעברת ההפקרה מטילה חובה לפעול על מי שהייתה לו זיקה לתאונה (המעורב), המעורבות בתאונת דרכים איננה מתוכננת, הנהג המעורב נקלע בפתאומיות לסיטואציה, וההחלטה לברוח מהמקום היא לא פעם החלטה רגעית, המונעת מחרדה ומאבדן עשתונות. אף שהאיסור על הפקרה לאחר פגיעה מיועד לספק מוטיבציה עונשית שתמנע מהמעורב בתאונה מלברוח, האפקטיביות של ההרתעה במצב של אבדן עשתונות איננה ברורה לגמרי. אין זה אומר שלא ראוי להטיל אחריות פלילית על מי שנכנע לתחושת החרדה וברח ממקום התאונה, אך כלום ראוי לתייג אותו כמי שביצע את "הבזויה שבעברות"? האין לשמר את התיוג של "בזויה שבעברות" לעברות מתוכננות שמבצעהם רוצחים, אונסים, שודדי ישישות, מתעללים פיזית ונפשית בבני משפחותיהם?

אפילוג

לאחר כתיבתה של רשימה זו התווספו שתי תגובות משפטיות לתאונות פגע וברח: פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז בפרשת טל מור¹⁷⁶ וחקיקת התיקון המחמיר את העונש הצפוי בגין עברת ההפקרה לאחר פגיעה, בצד הרחבת העברה גם על נוסע ברכב שלא הזעיק את כוחות הצלה.¹⁷⁷ בשני ההקשרים אפשר לזהות את המשך השפעתה של הפאניקה המוסרית.

1. פרשת טל מור

בדומה לפרשת ימיני, גם בפרשת טל מור השתמש סגן הנשיא כספי ברטוריקה מוסרנית באשר לעברה של פגע וברח. בנמקן את גזר הדין שנגזר על מור שהורשע בהריגה, בהפקרה לאחר פגיעה ובעוד כמה עברות הדגיש סגן הנשיא כי "הסיכונים שנטל על עצמו, ואשר נתממשו, למרבית הצער, היו רבים מאוד ובהמשך התנהל באופן נקלה,

174 עניין ימיני (לעיל, הערה 7) בפסקה 39 לפסק דינו של השופט עמית.

175 שם, שם.

176 לעיל, הערה 11.

177 סעיפים 1א64-א-1א64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

כאשר נס מן המקום, כדי למלט את נפשו מידי של החוק" [ההדגשה הוספה – מג"א].¹⁷⁸ אשר למכלול העברות האחרות, לרבות עברת ההריגה, תוארו מעשיו של טל מור כנטילת סיכונים רבים שלמרבית הצער התממשו. לעומת זאת המנוסה מהמקום נתפסת כהתנהגות "נקלה". ובדומה לכך, לדעתו של סגן הנשיא, "הנאשם, [...] נכשל כישלון חרוץ, חוקית ומוסרית גם יחד".¹⁷⁹ יש להניח שאת הכישלון המוסרי מייחס סגן הנשיא להפקרה לאחר פגיעה. בדומה לפרשת ימיני, גם בפרשת מור בחר בית המשפט, במוצהר, להמשיך ב"מגמה של ההחמרה בעונשיהם של עבריינים כאלה והעלאת רף הענישה",¹⁸⁰ והוא גזר על מור שתים-עשרה שנות מאסר בפועל, פסילה מהחזקת רישיון נהיגה או מקבלתו למשך עשרים שנה, וכן עשרים וארבעה חודשי מאסר על תנאי.

2. חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 101), התשע"ב-2011¹⁸¹

מגמת ההחמרה באה לידי ביטוי בחוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 101),¹⁸² שנחקק ביום 7 בנובמבר 2011. החוק קובע מדרג של עונשים. המדרג הנמוך ביותר מיועד למקרים של רשלנות שבהם המעורב בתאונה לא ידע כי אדם נפגע בתאונה אף "שהיה עליו לדעת", שאז העונש הצפוי הוא שלוש שנות מאסר.¹⁸³ העונש של שלוש שנות מאסר הוא העונש המרבי שאפשר להטיל על עברות רשלנות,¹⁸⁴ והוא זהה לעונש הצפוי לעברה של גרם מוות ברשלנות.¹⁸⁵ עם זאת יש להדגיש כי קודם לתיקון לא ייחדה פקודת התעבורה עברה נפרדת להפקרה ברשלנות, וזו הייתה כלולה בעברה הבסיסית של הפקרה. לנהג שידע כי בתאונה נפגע אדם (מחשבה פלילית) ולא עצר ו/או שלא הזעיק עזרה צפויות על פי התיקון שבע שנות מאסר, אם בתאונה נפגע אדם,¹⁸⁶ וארבע-עשרה שנות מאסר – במקרים שבתאונה נגרמה לאדם חבלה חמורה או שבה נהרג אדם,¹⁸⁷ וזאת בהשוואה לעונשים מרביים של שבע או תשע שנות מאסר קודם לתיקון.¹⁸⁸ וכן, כפי שכבר צוין, מטיל החוק על הנוסע ברכב שהיה מעורב בתאונה שבה נפגע אדם חובה "להתקשר לגופי ההצלה הנחוצים ולהזעיקם למקום התאונה, בהקדם האפשרי בנסיבות

178 עניין מור (לעיל, הערה 11) בעמ' 13.

179 שם, שם.

180 שם, שם.

181 לעיל, הערה 12.

182 שם, שם.

183 סעיף 64א(א) לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

184 סעיף 21(ב) לחוק העונשין.

185 סעיף 304 לחוק העונשין.

186 סעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

187 סעיף 64א(ג) לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

188 קודם לתיקון, שבע שנות מאסר היו צפויות לנהג אשר ידע, או היה עליו לדעת, שעשוי היה להיפגע אדם, ואילו תשע שנים היו צפויות לנהג שידע, או היה עליו לדעת, שנפגע אדם.

העניין, אלא אם כן נוהג הרכב עצר והזעיק עזרה; דינו על הנוסע שהפר את החובה הוא מחצית מעונשו של הנהג, דהיינו – שלוש שנים וחצי או שבע שנים, לפי סוג התאונה.¹⁸⁹ דיון מעמיק בהחמרת הענישה כפי שנעשה בתיקון לחוק חורג ממטרותיה של רשימה זו. ברצוני רק להסב את תשומת הלב לאנומליה העונשית הנובעת מהשוואה של העונשים הצפויים לעברת ההפקרה לעונשים הצפויים לעברות "קרובות". מי שגרם במעשהו, ומתוך מחשבה פלילית, חבלה חמורה יהיה צפוי לעונש מרבי של שבע שנים, ואילו דינו של נהג שהיה מעורב בתאונה שבה נגרמה חבלה חמורה ולא הגיש עזרה לנפגע הוא כפל העונש (ארבע-עשרה שנה) אף אם הנהג לא היה אשם בגרימת התאונה ואף על פי ש"במצבים של היקלעות לסיטואציה [תאונת דרכים] [...] אנשים מגיבים בדרך שונה למצבים חריגים אליהם נקלעו בהפתעה ובחוסר מוכנות".¹⁹⁰ האנומליה העונשית ניכרת אף יותר אם משווים את העונש הצפוי לנוסע ברכב שלא הזעיק את שירותי ההצלה, לעונשים הצפויים בגין מחדלים להגיש עזרה בהקשרים אחרים. נוסע ברכב שלא הייתה לו כל זיקה לתאונה, ולעתים אף לא הייתה לו זיקה לנהג שהיה מעורב בתאונה (רכב ציבורי), שהפר את החובה להזעיק את שירותי ההצלה צפוי לעונש של עד שבע שנות מאסר אם בתאונה נגרמה לאדם חבלה חמורה או שנהרג בה אדם. לעומת זאת מי שנגד עיניו נמצא אדם "עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו", והוא נמנע מלהזעיק את שירותי ההצלה, צפוי – מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך – לכל היותר לקנס.¹⁹¹ גם על נהג העובר במקום שאירעה תאונה מוטלת חובת ההצלה, והעונש הצפוי להפרת הוא שישה חודשי מאסר.¹⁹²

189 סעיף 1א64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

190 לעיל, הערה 175.

191 לעיל, הערה 141.

192 לעיל, הערה 142.