

הלכת הצפיות: יסודות של ודאות מול שיקול-דעת שיפוטי על רקע תיקון 39 לחוק העונשין

מאת

גיל עשת*

א. מבוא; 1. יסודות מסורתיים של דין והלכה במשפט הפלילי בישראל; 2. השפעתה של תורת הפרשנות התכליתית; 3. הגישה המושגית באקדמיה במשפט הפלילי בישראל; 4. העימות על גבולות שיקול-הדעת השיפוטי. ב. יסוד הכוונה והלכת הצפיות במשפט הישראלי עובר לתיקון 39; 1. רקע כללי והבחנות מושגיות; 2. הגישה המסורתית: הלכת הצפיות ככלי עזר גמיש; 3. הגישה הפרשנית: הלכת הצפיות כאופציה לשונית; 4. הגישה המושגית: תחליף כללי ליסוד הכוונה. ג. תיקון 39: האומנם נקודת איזון חדשה בין דין והלכה? ד. זרם ראשון: פסיקה שהחילה את הלכת הצפיות בעבירות התנהגות מיוחדות; 1. יסודות לשלוש גישות בפרשת אלבה; 2. ביסוס הגישה הגמישה: החלת הלכת הצפיות על מטרה – בצריך עיון לגבי מניע; 3. צעד נוסף לגישה מכלילה: הטלת ספק בהבחנה בין מניע למטרה; 4. שעת מבחן להבחנה בין מניע למטרה: פרשנות היסוד הנפשי בעבירת ריגול; 5. המשך צעידה בתלם ללא הכרעה תוך נטייה לאימוץ הגישה הגמישה. ה. גישה מכלילה מול גישה גמישה בעבירת סיוע. ו. זרם שני: פסיקה שנמנעה מהחלת תחליף צפיות מהותי ליסוד הכוונה; 1. בעבירות התנהגות המתאפיינות ביסוד נפשי מיוחד; 2. בעבירות תוצאה. ז. מסקנות: היקף הלכת הצפיות בפסיקה לאחר תיקון 39: בין ודאות לגמישות. ח. במקום אחרית דבר.

א. מבוא

תיקון 39 לחוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, אשר נכנס לתוקף ב־23 באוגוסט 1995¹, הוא פרי משנה אקדמית סדורה, שנבנתה ועוצבה על-ידי פרופ'

* עורך-דין, מוסמך במשפטים מאוניברסיטת תל-אביב. המאמר מבוסס על עבודת גמר, בהנחיית פרופ' אלי לדרמן, שהגיש המחבר בשנת תשס"ב. אני מודה למערכת עלי משפט על העזרה הרבה בהבאת המאמר לדפוס.

1 ס"ח 1481 תשנ"ד (23.8.1994) 348 (להלן – תיקון 39).

ש"ז פלר ופרופ' מרדכי קרמניצר בהשפעה קונטיננטלית. על דבר חקיקה זה נכתב בפסיקה כי "ביקש להכניס סדר חדש במושגי היסוד" במשפט הפלילי בישראל². ואכן, תיקון 39, על-פי עמדות מחבריו, ביקש ליטול מידיהן של ערכאות השיפוט את שרביט המלוכה בעיצובן של נורמות האחריות בפלילים. למול תפיסת העולם שהנחתה את מחברי תיקון 39 ניצבה פסיקה בת עשרות שנים שביססה את מעמדו של בית-המשפט כשותף בכיר ביצירת הדין הפלילי בהשראת שיטת המשפט המקובל.

משנות השבעים ואילך, ובעיקר במהלך שני העשורים שקדמו לכניסתו של תיקון 39 לתוקף, התרחשו במשפט הפלילי בישראל שני מהלכים מנוגדים. מחד גיסא, גיבושה של תורה מושגית בדיני העונשין במסגרת האקדמית מבית מדרשו של פרופ' פלר. מאידך גיסא, מיסודה של תורת פרשנות בפסיקה מבית מדרשו של הנשיא ברק, אשר תרמה להצבת הרשות השופטת במרכז הבמה והשפיעה על פרשנות החקיקה במשפט הפלילי. ניצחונה לכאורה של הגישה המושגית בא לידי ביטוי בעיגונו של תיקון 39 כחלק כללי ומקדמי לחוק העונשין, אשר ביקש להעביר את עיקר כובד המשקל ביצירת הדין בפלילים למחוקק, ואשר ניצק לו ממד נוסף עם חקיקתו בקריאה לבתי-המשפט לאמץ את פרשנות מנסחיו. אלא שלבתי-המשפט, מתוקף תפקידם כמפרשי הדין, נמסרה הזכות לצקת תוכן מעשי אל גדר המסגרות המובנות של תיקון 39 ולעצב את השפעתן על המשפט הפלילי הישראלי הקיים שגובש במשך עשרות בשנים. בחלוף שמונה שנים מכניסת תיקון 39 לתוקף דומה כי ציפיית מחבריו באשר לאופן יישומו בפסיקה נענתה באופן מוגבל.

העימות על רוחבו של שיקול-הדעת השיפוטי משתקף בנקודות מפגש רבות הפזורות בדיני העונשין לאחר תיקון 39. הלכת הצפיות אשר בה תעסוק רשימה זו הנה אך אחת מהן³. הלכת הצפיות פותחה על-ידי ערכאות השיפוט ככלי עזר גמיש שיסודות סותרים של ודאות ושיקול-דעת משמשים בו יחדיו. המודל המובנה של סעיף 20(ב) לחוק העונשין המתוקן ביקש למסד הלכה זו כתחליף כללי ליסוד הכוונה ועל רקע זה עורר את שופטי בית-המשפט העליון למחלוקת היונקת מתפיסות עולם שונות.

בחלקה הראשון של הרשימה (פסקאות א-ב) אציג את שתי הגישות השונות שהתגבשו במשפט הפלילי שלנו משנות השבעים ואילך תוך כדי ליווי הליכי חקיקתו של תיקון 39 לחוק העונשין. אעמוד על הרקע ועל היסודות השונים שבבסיס שתי הגישות הללו, שהמתח ביניהן הלך והקצין משנות השמונים ואילך, מתוך כמה זוויות מבט משלימות, הקשורות בטבורן לעימות עתיק היומין על רוחבו של שיקול-הדעת השיפוטי. כן אתייחס בקצרה לדמותה של הלכת הצפיות עד לחקיקת תיקון 39, שעליה כבר עמד

2 ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (להלן – פרשת אלבה), דברי השופט מצא בעמ' 278.

3 לניתוח תמציתי של סוגיות נוספות בדיני העונשין ראו ההפניה לעבודת הגמר בהערת הפתיח, עמ' 70-82. וראו "במקום אחרית דבר" בפסקה האחרונה של רשימה זו.

ד"ר יצחק קוגלר בעבודה מקיפה שנערכה בסמוך לחקיקת התיקון⁴. אבקש לשכנע כי מרכיב רב משקל בהבנת תגובתן המסתייגת של ערכאות השיפוט לסוגיות מסוימות שעוגנו בתיקון 39, ובכללן הלכת הצפיות, נעוץ בקושי של בתי-המשפט להסתגל למוסרות שביקשו מנסחי התיקון להטיל על שיקול-הדעת השיפוטי בהשוואה למבנה הגמיש של הדוקטרינות והכלים שגיבשה הפסיקה במהלך השנים, שאותם עיצבה באופן מסורתי בהתאם למידותיה. בחלקה השני של הרשימה (פסקאות ג-ז) אנתח את הפסיקה שדנה בהלכת הצפיות מאז כניסת תיקון 39 לתוקף בשנת תשנ"ה ועד היום. במסגרת זו אבחין בין שני זרמים. האחד, פסיקה שהחילה את הלכת הצפיות כתחליף ליסוד הכוונה בעבירות התנהגות בעלות יסוד נפשי מיוחד, והשני, פסיקה שנמנעה מהחלת תחליף ידיעה בדין המהותי אף מקום שבו הגיעו בתי-המשפט לתוצאה דומה תוך כדי שימוש בחזקות עובדתיות מתחום דיני הראיות. אטען כי שני הזרמים יחד מלמדים על רתיעת בתי-המשפט מלמסד את הלכת הצפיות כתחליף כללי ליסוד הכוונה. אבקש לשכנע אפוא כי הניסיון לכפות את בתי-המשפט למסגרת מובנית השוקלת תחליף מושגי ליסוד הכוונה לא הביא להגבלה ממשית של רוחב יריעת שיקול-הדעת השיפוטי בהקשר הנדון, ולמצער, עשוי להביא לתוצאה של הרחבת מסגרתה המושגית, תוך אובדן הרגישות והגמישות שהיו מנת חלקה של הלכה זו עובר לחקיקת התיקון. בחלקה השלישי והאחרון של הרשימה (פסקה ח) אבקש להרחיב את היקף היריעה תוך הצעת קווי חשיבה אחרים לעתיד בדבר נקודות מפגש נוספות המשמשות, או עשויות לשמש, אכסניה להתמודדות על רוחב שיקול-הדעת השיפוטי בהקשר להוראות תיקון 39.

1. יסודות מסורתיים של דין והלכה במשפט הפלילי בישראל

פקודת החוק הפלילי, 1936⁵, שהושלטה על-ידי שלטון המנדט הבריטי, נקלטה לדין הישראלי עם קום המדינה ועמדה בתוקף כשלושה עשורים, עד שהוחלפה בחוק העונשין, תשל"ז-1977⁶. הן הפח"פ והן חוק העונשין, שהיה אך נוסח מאוחד לדברי החקיקה הקיימים, לא כללו התייחסות שיטתית לתנאים הכלליים להטלת אחריות פלילית או הגדרות סדורות למבנה המחשבה הפלילית על צורותיה⁷. אל חולשתו של

4 "קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין (המכון ע"ש הארי סאקר, תשנ"ז). וראו להלן, פסקה 2.

5 ע"ר, תוס' 1 (ע) 263, (א) 285 (להלן – הפח"פ).

6 ס"ח 864 תשל"ז (4.8.1977) 226 (להלן – חוק העונשין).

7 ראו: "שחר" מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936 "עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"ם) N. Abrams "Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936 – The Untapped ; 75 (1972) 25 Isr. L. Rev. 7 Well"; "קוגלר" על כוונת המחוקק בדרישת הכוונה "מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית (א' לדרמן – עורך, תשס"א) 235, עמ' 238-241.

החוק הפלילי חברו סיבות הנעוצות בהיסטוריה המודרנית של ישראל, אשר קלטה את שיטת המשפט המקובל האנגלית, וממנו ירשה גם את משקלה הרב של ההלכה בפיתוח המשפט⁸. כל אלה הציבו את בתי המשפט כבעלי תפקיד מרכזי ביצירת המשפט הפלילי בישראל במשך עשרות בשנים⁹. במצב זה שימשה הפסיקה מקור עיקרי לגיבושו של המשפט הפלילי בישראל מקום המדינה ועד לחקיקתו של תיקון 39 לחוק העונשין באמצע שנות התשעים. כבר בראשית שנות החמישים גיבשה הפסיקה, על בסיס עקרונות המשפט המקובל, את המבנה הנפשי של העבירה ובכלל זה את יסוד הכוונה והלכת הצפיות¹⁰. אף עבירת הרשלנות, שלא הוגדרה כיסוד נפשי בפח"פ או בחוק העונשין כנוסחו משנת תשל"ז, פותחה בפסיקה במסגרת דיון בעבירת גרם מוות ברשלנות¹¹. באופן זה נבנו בפסיקה גם דיני השותפות לעבירה¹².

- 8 סימן 46 לדבר המלך במועצתו 1947-1922 (חוקי א"י, כרך ג, 2738), שבוטל בחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980.
- 9 ראו: מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992" משפטים כד (תשנ"ד) 9, עמ' 9-10; מ' לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ט) 292, עמ' 293; פרשת אלבה (לעיל, הערה 2), השופט מצא, בפסקה 35. לדיון בהתפתחות המשפט הישראלי על בסיס המורשת האנגלו-אמריקנית ראו: פ' להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 479; א' רובינשטיין שופטי ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל (שוקן, תשמ"א), 194-192; ומזווית משלימה: ע' זלצברגר, פ' עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא(1) (תשנ"ח) 259, עמ' 293.
- 10 ע"פ 125/50 יעקובוביץ נגד היועמ"ש, פ"ד ו 514 (להלן – פרשת יעקובוביץ), 545; ע"פ 63/58 עג'מי נ' היועמ"ש, פ"ד יג 421 (להלן – פרשת עג'מי), עמ' 432.
- 11 ע"פ 153/51 שווילי נ' היועמ"ש, פ"ד ו 470; בע"פ 35/52 רוטנשטרייך נ' היועמ"ש, פ"ד ז(1) 58, אימצו שופטי הרוב חשין ואסף, בניגוד לדעתו של השופט זילברג, את עקרונות הרשלנות בדין הנזיקי לעניין עבירת גרם מוות ברשלנות כנוסחה דאז לפי סעיף 218 לפח"פ, שם, בעמ' 84-85 (חובה, הפרתה, וגרימת התוצאה). השופט זילברג חזר בו מעמדתו הקודמת בע"פ 47/56 מלכה נ' היועמ"ש, פ"ד י(2) 1543, עמ' 1563-1564, ואימץ את דעת הרוב שם, וזו ההלכה שהשתרשה מאז ועד כניסת תיקון 39 לתוקף; ראו: מ' גור-אריה "העבירה של גרם מוות ברשלנות והיחס בינה ובין עוולת הרשלנות" משפטים יב (תשמ"ב) 257, עמ' 269 והערות 35, 38; ש"ז פלר "הקורלציה – אם בכלל – שבין 'עוולת הרשלנות האזרחית' לבין מושג ה'רשלנות' בתחום הפלילי" הפרקליט (ספר היובל, 1993) 53, עמ' 58-59.
- 12 הפסיקה והספרות בארץ התלבטו בראשיתן בשאלה אם צומצמה הלכה זו במשפט המקובל להיבט הראייתי גרידא או שהנה הלכה בדין המהותי; ראו: ע"פ 129/54 גולדשטיין נ' היועמ"ש, פ"ד י 505, השופט אגרנט; ש"ז פלר "אחריות פלילית ללא מעשה, על סמך מה?" הפרקליט כט (תשל"ד) 19, עמ' 25-27, 30; כך או כך, דומה כי אין חולק כי ההלכה אומצה בארץ כחלק מהמשפט המהותי בע"פ 88/58 קייזר נ' היועמ"ש, פ"ד יב 1628 (להלן – פרשת קייזר), עמ' 1642 (השופט גויטיין) ונשנתה בע"פ 196/75 בן שושן נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 215, עמ' 218-219 (השופט ברנזון).

למרות תפקידם המרכזי של בתי-המשפט בגיבוש עקרונות המשפט הפלילי, השתדלה הפסיקה לשמור באופן מסורתי על איזון זהיר, לכל הפחות ברובד ההצהרתי של הדברים, בהתווית רקמת היחסים העדינה שבינה לבין המחוקק. הגישה המסורתית הכירה במדרג שבו ניתן למחוקק תפקיד הבכורה ואילו לבתי-המשפט נמסר התפקיד הזוטר במלאכת יצירת הדין. ידועה בהקשר זה אמרתו של השופט זילברג בשנות החמישים כי "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה"¹³. ואילו השופט חיים כהן ציין באמצע שנות השבעים כי: "החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית; ומה שלא עשה המחוקק בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנאלוגיה והגיון יכולים לעשות. דברים מן המושכלות הראשונים הם, ואין צורך להאריך"¹⁴. ברוח זו נזהרו, ככלל, בתי-המשפט שלא לחצות בפרשנות הוראות החוק הפלילי את אותם גבולות אשר דריסתם הייתה עשויה להיחשב כפלילה לתחום המסור לריבון¹⁵. אף באשר לדוקטרינות מהותיות בדין הפלילי, אשר לבתי-המשפט היה כאמור תפקיד מרכזי בגיבושן, ניכרה באופן מסורתי גישה זהירה, אשר הכירה במוגבלות האנושית בצפיית העתיד תוך מתן עדיפות להתפתחות קזואיסטית גמישה על פני יומרה להצגת תזות מושגיות חובקות עולם¹⁶. כך שלמרות גילו הצעיר של המשפט הישראלי, ניכרו בו באופן מסורתי חלק מאותם סימני היכר המאפיינים שיטה המעוצבת על-ידי ערכאות השיפוט (Judge Made Law)¹⁷. אותם סימנים שעליהם עמדו לדרמן ושחר המאפיינים גישה אנטי קונספטואלית, קזואיסטית, מבוזרת ובלתי מאורגנת, אשר התגבשה באופן אורגני כחלק מהמשפט הפלילי ואשר בתי-המשפט נטלו חלק מרכזי בעיצובה, כל אלה, או חלקם לפחות, השתקפו בדוקטרינות הפליליות אשר נוצרו בפסיקה הישראלית המסורתית שעד סוף שנות השבעים¹⁸.

- 13 ע"פ 53/54 אש"ד מרכז זמני לתחבורה נ' היועמ"ש, פ"ד ח 785, עמ' 819.
- 14 ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, עמ' 372.
- 15 ראו למשל, ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועמ"ש, פ"ד יח(2) 70, עמ' 81-82 (השופט חיים כהן); ד"נ 7/78 זקצר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 828, עמ' 832 (השופט ויתקון); וראו: י' לוי, א' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (רמות, תשמ"א), 76-77; א' לדרמן "דיני עונשין" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג), 469, עמ' 530.
- 16 ראו למשל דברי השופט אגרנט באשר לסיוג תחולתה של הלכת הצפיות בפרשת עגמי (לעיל, הערה 10), עמ' 432.
- 17 לאזכור הדברים בהקשר למשפט המקובל, ראו אצל לוי ולדרמן בספרם (לעיל, הערה 15), עמ' 98.
- 18 על הקשר בין סדר וצדק על רקע הגישות השונות בהליכי הרפורמה בחוק העונשין ראו א' לדרמן, י' שחר "הערות לפרקים ד'-ה'" להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" הפרקליט לו (תשמ"ו) 499, עמ' 505-506.

2. השפעתה של תורת הפרשנות התכליתית

מלומדים עמדו על כך שמראשית שנות השמונים ואילך חלה תמורה בפסיקת בית-המשפט העליון. תמורה זו, אשר זכתה לכינוי המוכר והשנוי במחלוקת "אקטיביזם שיפוטי", נותחה מזוויות מגוונות¹⁹. לאחרונה אף ניתן בה חותם מפורש להשפעתו האישית הרבה של נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק²⁰. בין שיסודה של תמורה זו בטביעת אצבע אישית, בין שבתהליכים תרבותיים, חברתיים, מוסדיים ואחרים, ובין שכל אחת מהסיבות גם יחד, הרי שתוצאתה בחלוף שני עשורים הובילה, כך דומה, לגיבושה של שיטת משפט שבה מסורה לערכאות השיפוט מידה ניכרת של שיקול-דעת שיפוטי, הנתמך בתורת משפט. תורה זו גובשה בראשיתה בתחילת שנות השמונים על-ידי השופט ברק מתוך רצון למסד "תזה פרשנית ישראלית כוללת" לתורת השפיטה. צירה העיקרי של תזה זו נסב סביב ערעור ההבחנה שהייתה מקובלת עד אותה עת במשפטנו (עם כל ההסתייגות להבחנה זו) בין לשון החוק לבין פרשנותו²¹, בהציעה לראות בלשון אך ורק "נקודת אחיזה ארכימדית" הקשורה "קשר לשוני מינימלי" בדרכו של השופט הפרשן אל יעדו הסופי²². באופן זה נדחתה במוצהר האפשרות להעדיף את

19 לנקודת מבט של יחסי הגומלין בין המשפט והתרבות ראו מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (מעגלי דעת, 1993). לנקודת מבט ציבורית-פוליטית ראו ג' ברזילי, א' יער-יוכטמן, ז' סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (פפירוס, 1994), 29-30 והערה 3. ועוד ראו ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7, ולתגובה ראו מ' מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 25. לדין ואסמכתאות נוספות ראו ר' עמית "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 81 והדיון שם, עמ' 82.

20 עמית, שם, עמ' 137.

21 הדברים הוצהרו לראשונה באופן סדור במאמרו של השופט ברק "פרשנות ושפיטה: יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י (תשמ"ה) 467, הציטוט מעמ' 473. חיבורים קודמים שבהם שורטטו קווים ראשונים לתורת הפרשנות הם: א' ברק "על השופט כפרשן" משפטים יב (תשמ"ב) 248; א' ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 25. כן ראו א' ברק "כוונת המחוקק: מציאות או דימיון" הפרקליט לו (תשמ"ה) 165. הרעיונות עובדו ואוגדו בספרו של השופט ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז). בשנות התשעים באו לידי ביטוי במפעל רב ההיקף של כרכי פרשנות במשפט (כרך א, תורת הפרשנות הכללית (תשנ"ב); כרך ב, פרשנות החקיקה (תשנ"ג); כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ה), ולאחרונה: כרך ד, פרשנות החוזה (תשס"א); כרך ה, פרשנות הצוואה (תשס"א)). וראו אצל עמית (לעיל, הערה 19), עמ' 86-87. לאחרונה מכנה השופט ברק את גישתו "תורת משפט אקלקטית", ראו בכרך ד, פרשנות החוזה, עמ' 106-108. בספרו האחרון מבקש השופט ברק לסכם ולהציג בהכללה את עיקרי תורתו, ראו א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג), דברי הקדמה, עמ' 27-35.

22 ראו אצל ברק במאמרו "יסודות לתורת פרשנות ישראלית" (לעיל, הערה 21) הציטוט מעמ' 484; וראו שם, עמ' 476-477. כן ראו ע"פ 928/90 גוב ארי בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה, נתניה, פ"ד לה(4) 764, עמ' 769; א' לדרמן "מטרת החיקוק, 'המטררייה

משמעותן הרגילה, הטבעית, הראשונית של המילים על פני משמעותן החריגה והמשנית, בנימוק ש"לשונו של החוק אינה ברורה כל עוד היא אינה עולה בקנה אחד עם מטרה ברורה"²³. כך, בחיפוש אחר תכלית החקיקה, הוסט הדגש לקשת רחבה של ערכים הנחבאים ביסוד השיטה אשר על השופט לאתר ולאזן ביניהם, ומהווים חלק מרשימת סל שאינה סגורה לעולם²⁴. אכן, הצוהר לדיון מודע בתופעת החקיקה השיפוטית והממד היוצר שבשפיטה נפער בעידודו של השופט ברק עצמו, ושיקף גישה כנה ונכוחה לאופיו של ההליך השיפוטי²⁵. זאת ועוד, אף השופט ברק עצמו ביקש להדגיש כי אין בגישתו כדי למסד לגיטימציה לפרשנות סובייקטיבית אלא כזו המוגבלת לעקרונות של "מדיניות שיפוטית ראויה"²⁶, אך השופט ברק עצמו הודה, כפי שהצביעו מלומדים, כי "ככל שמתרחקים מההוראה נשוא הפרשנות לעבר ערכיה של השיטה כולה, כך הולכים ומתרחקים מאמות מידה אובייקטיביות, וגוברת הסובייקטיביזציה של המבחן האובייקטיבי"²⁷.

- הנורמטיבית' והפרשנות בפלילים" הפרקליט לז (תשמ"ז) 159; לדרמן במאמרו "דיני עונשין" (לעיל, הערה 15), עמ' 528; ברק במאמרו "על השופט כפרשן" (לעיל, הערה 21), עמ' 255. והשוו ברק פרשנות תכליתית במשפט (לעיל, הערה 21), עמ' 259-271.
- 23 ברק במאמרו "יסודות לתורת פרשנות ישראלית" (לעיל, הערה 22) 483-484; והשוו: G. Williams "The meaning of Literal Interpretation" *New L.J.* (1981) 1128, p. 1129 שאליו מפנה ברק, שם, עמ' 476, הערה 67; Williams מבחין בין משמעות ראשונית ומשנית של מלות החוק, אך דוחה את הטענה של מצדדי הפרשנות המילולית, שלפיו בנסיבות שבהן משמעותן הראשונית של המילים ברורה, אין מקום לעבור לשלב השני המשני. לדעתו הבחנה זו מטעה ואינה משקפת את הדרך שבה אנו משתמשים בשפה או את הפרקטיקה של בית-המשפט. הוא סבור כי החלטת בית-המשפט אם לאמץ משמעות ראשונית או משנית למילות החוק נגזרת משיקולים רבים הקשורים לנסיבות המקרה שבפניו, ואינה תלויה בשאלה אם המשמעות הראשונית היא ברורה ובלתי עמומה אם לאו.
- 24 זו אותה מטבע לשון ידועה המכונה "מטרייה נורמטיבית הפרושה מעל דברי החקיקה כולם" וכוללת "עקרונות של שויון, צדק, מוסר... מטרת חברתיות, הפרדת רשויות, שלטון החוק, חופש הביטוי, חופש התהלוכה, הפולחן, העיסוק, כבוד האדם, טוהר השיפוט, שלום הציבור ובטחוננו, ערכיה הדמוקרטיים של המדינה ועצם קיומה... תום-לב, צדק טבעי, הגינות וסבירות..." , ראו ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט (3) 205 (להלן – פרשת בורוכוב), עמ' 217-218; וראו לדרמן במאמרו "דיני עונשין" (לעיל, הערה 15), עמ' 527.
- 25 ראו אצל לדרמן במאמרו "מטרת החיקוק" (לעיל, הערה 22), עמ' 169; ברק במאמרו "חקיקה שיפוטית" (לעיל, הערה 21), עמ' 79-80; וראו אצל מאוטנר בספרו (לעיל, הערה 19), עמ' 50-51. לדרישה לריאליזם בפרשנות החקיקה, ראו, למשל, M. Radin "Statutory Interpretation" 43 *Harvard L. Rev.* (1930) 863, p. 870. J.M. Landis "A Note on Statutory Interpretation" 43 *Harvard L. Rev.* (1930) 886.
- 26 ברק במאמרו "יסודות לתורת פרשנות ישראלית" (לעיל, הערה 22), עמ' 487.
- 27 ברק במאמרו "כוונת המחוקק – מציאות או דימיון" (לעיל, הערה 21), עמ' 187; לדרמן במאמרו "מטרת החיקוק" (לעיל, הערה 22), עמ' 170. Landis מגיב לטענתו של Radin

כך יוצא אפוא כי מגמה דומיננטית בפסיקה מראשית שנות השמונים ואילך הביאה לערעורם של מושגים ושל עקרונות יסוד מסורתיים וליצירת כלים חדשים להתמודדות עם שאלות יסוד של שפיטה ושל פרשנות. המשקל הניתן למשמעות הלשונית המקובלת פחת לטובת מרכיבים כלליים ונורמטיביים, אשר בד בבד עם תרומתם לחשיפה כנה של פניו של התהליך השיפוטי, העניקו כר נרחב ליצירתיות שיפוטית²⁸. שינוי הטרמינולוגיה ודרך החשיבה מצד בתי-המשפט לפרשנות החקיקה השפיעה על גישתם ביחס למהות תפקידם ולמיקומם ביחס למחוקק בשדה המשפטי. הן ביסוד הגישה המסורתית בפסיקה אשר תוארה בראשית הדברים, הן ביסוד הגישה הפרשנית, חבויה מוטיבציה זהה, והיא מתן פתח לגמישות ולהתוויית גבולות רחבים של שיקול-דעת שיפוטי. אלא שבעבר נתמכה השיטה האנטי קונספטואלית המסורתית בנימוקים מסוג דומה להצדקת חריגים בדיני העונשין, ובמקביל לכך ננקטה זהירות מפני פגיעה במרקם העדין שבין המחוקק לבתי-המשפט. ואילו פסיקת בית-המשפט מראשית שנות השמונים ואילך, אשר נתמכה לראשונה בתורת שפיטה, גיבשה יסודות מושגיים כלליים אשר מיסדו את שיקול-הדעת השיפוטי, וכפועל יוצא, תרמו לחשיפתם של כמה מן העצבים הרגישים ביותר הנוגעים לשאלת גבולות הלגיטימיות של פרשנות או "חקיקה שיפוטית" במשפט הפלילי בישראל.

3. הגישה המושגית באקדמיה במשפט הפלילי בישראל

אל מול השורשים שהכתה הגישה הפרשנית בפסיקה על השלכותיה בתחומי המשפט השונים משנות השמונים ואילך, התגבשה במקביל באקדמיה המשפטית בישראל גישה שונה בתכלית בדיני העונשין, אשר מנהיגה המובהק, אבי המשפט הפלילי האקדמי בישראל, פרופ' ש"ז פלר ועמו עמיתיו ותלמידיו, הפרופסורים מרדכי קרמניצר ומרים

דבר הפיקטיביות שב"כוונת המחוקק", בנימוק ששופטים חזקים יהיו עמנו תמיד וראוי למקד את המאמץ בריסון נטייתם לעקוף את "כוונת המחוקק" כדי להשליט את דעותיהם ולא ביצירת מרחב חופשי לשליטתם בשמה של תורת פרשנות מדעית (Supra, note 25, p. 891).

28 ראו אצל לדרמן (לעיל, הערה 22), עמ' 169. בקליפת אגוז ראו מספר מן ההלכות המוכרות: במשפט הפלילי ראו ע"פ 787/79, 881/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, עמ' 427, שם נקבע כי יש לפרש את הוראות הדין הפלילי כשם שמפרשים כל הוראת חוק אחרת; בתחום פרשנות דיני המס ראו ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70; בפרשנות דיני החוזים וביטול הקטגוריות בין דיני החוזים לדיני עשיית עושר שלא במשפט ראו: ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221; ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533; בפרשנות דיני הנוזיקין ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113; בפרשנות דיני העבודה, ראו דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817. לדיון מפורט ראו אצל מאוטנר בספרו (לעיל, הערה 19), פרק ג, עמ' 45-68 וכן אצל עמית (לעיל, הערה 19) עמ' 86 והערות 129-127.

גור-אריה²⁹. הגישה המושגית הציעה תפיסה שונה בתכלית למשפט הפלילי מזו שגיבשה הפסיקה הלכה למעשה. הדברים באו לידי ביטוי צלול ומפורש בספרו של פרופ' פלר, יסודות בדיני עונשין, שבו הציג המחבר תפיסת עולם אנליטית, קוהרנטית ומקיפה לדיני העונשין³⁰, וכן במאמרים רבים בכתבי העת המקצועיים במהלך השנים³¹. ביסוד הגישה המושגית עמדה תפיסת עולם הדוגלת בעליונות הריבון על פני רשויות השיפוט והדורשת את הגבלתה של יצירה שיפוטית ברוח תפיסות שיסודן במשפט הקונטיננטלי. אכן, הברדלי גישות בין ערכאות שיפוט לבין מלומדי משפט אינו ייחודי כמובן למשפט הפלילי שלנו. אלא שבמידה שבאופן מסורתי נסב הוויכוח במשפטנו על הברדלים בגישה באשר להסדרתן של סוגיות בדיני העונשין תוך שימוש בדיאלוג ובתכנים משותפים, הרי שהחל מראשית שנות השמונים ואילך ובעקבות התבססותה של תורת הפרשנות התכליתית, התעצמו ורבו הפערים בין גישת הפסיקה לגישה המושגית האקדמית בגדרו של המשפט הפלילי. העימות הפך להיות כזה המתנהל לא רק על פער בהברדלי גישות בין שני שותפים הדוברים ביניהם בשפה משותפת אלא עורר ספק באשר לעצם קיומו של בסיס משותף בין שתי גישות טוטליות אלה³². העברת כובד המשקל בפסיקה אל עקרונות היסוד הכלליים של השיטה עמדה בניגוד ל"אני מאמין" הבסיסי ביותר של מצדדי הגישה המושגית³³. ניתן לומר על דרך ההשאלה כי "הקשר המינימלי"

29 להלן תכונה הגישה המושגית. ככל ניסיון להכללה ודאי חטאתי באי-דיוק מסוים, מבחינה זו שגם בין שלושת המלומדים שהוזכרו ניכרים חילוקי דעות בסוגיות ספציפיות של דיני העונשין. עם זאת נדמה לי כי ברמה המושגית מחזיקים שלושתם בתפיסת עולם עקרונית דומה בדיני העונשין ומכאן אפוא ההכללה האמורה.

30 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד; כרך ב, תשמ"ז; כרך ג, תשנ"ב). השקפת עולמו של פרופ' פלר נפרסת בדברי ההקדמה "במקום מבוא" לכרך הראשון: "ברור לי מה חפץ לבי – על הסיכום להתבטא בחיבור תאורטי תוך מגמה להכללה, ושימת דגש על העקרונות, על המושגיות והמוסדות האופייניים לתחום דיני העונשין, כענף מדעי המשפט. גישה זו היא פועל יוצא של תפיסת תחום זה כ'שלם' בעל הגיון פנימי עקיב ותאום מלא בין כל חלקיו, בינם לבין עצמם, על יחסי הגומלין והתלות ההדדית שביניהם, ובין כל אחד מהם לבין השלם המורכב מהם..." ובהמשך "התיזות והדעות צריכות לעמוד במבחן ההגיון המשפטי הפנימי שלהן עצמן, ומכוח התלות ההדדית ויחס הגומלין שביניהן, כמסכת תאורטית הומוגנית ועקיבה, עליה מושחת ענף דיני העונשין כולו" (שם, עמ' ז, ח). וראו הדיון באשר להגדרה האנאליטית של העבירה, שם, עמ' 128-131.

31 אסמכתאות יובאו בהמשך.

32 היטיב לתאר את הדברים בועז סנג'רו, כאשר ציין כי הרושם הנוצר הוא של "דו שיח בין דוברי שפות שונות". ראו ב' סנג'רו "היהפכו מטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות" משפטים יח (תשמ"ח) 337, עמ' 348; המחבר מציין כי "בית המשפט העליון נוטה לקבל את המושגיות שגיבש פרופ' פלר בספרו, ולהתבסס עליה. אולם לעתים לא מדייקים השופטים במושגיות זו, ולצד קיימת גם נטייה להתנער ממנה" (שם, עמ' 350); להבחנה כללית בין נקודת מבט חיצונית לפנימית בוויכוח המשפטי, ראו למשל R. Dworkin *Law's Empire* (1986, reprinted by hart publishing, 1998), 11-15.

בין הלשון לבין מטרת החקיקה גרר עד מהרה גם קשר מינימלי בין הגישה הפרשנית לבין זו המושגית³⁴.

יתר על כן, הבדלי הגישות שתוארו לא נותרו כאמור נחלת הספרות המקצועית בלבד. מראשית שנות השבעים ואילך נערכה עבודה לרפורמה בדיני העונשין. ראשיתה בעבודתה של ועדת מומחים בראשותו של נשיא בית-המשפט העליון לשעבר השופט אגרנט וסופה במעשה כפיהם של פרופ' פלר ופרופ' קרמניצר. פרי חלקי של עבודה זו הוא תיקון 39 לחוק העונשין שנכנס לתוקף בשנת תשנ"ה³⁵. תיקון 39 הוא בבואה חקוקה של הגישה המושגית בסוגיות רבות בדיני העונשין, באופן שאותן עמדות שהביעו מצדדי הגישה המושגית בספרות המקצועית במהלך השנים, יושמו בהוראות התיקון כמודלים אלטרנטיביים לאלו שגיבשה הפסיקה. בתקופה הארוכה שליוותה את ההליכים לרפורמה בחוק העונשין ביקרו פרופ' פלר ועמיתיו את גישת הפסיקה בשורה של נושאים יסודיים במשפט הפלילי ובד בבד חזרו וקראו לסיים את הליכי חקיקתו של חוק עונשין חדש, אשר פרופ' פלר וקרמניצר הם אלה שעמלו על השלמתו. הציפייה לקודיפיקציה של חוק העונשין ליוותה את הליכי חקיקת התיקון כבר לפחות מראשית שנות השמונים. כך, ציין פרופ' פלר בספרו כי "לכשיוחק ספר חוקים פלילי חדש, אין ספק כי ייוחד בו חלק להסדרת נושא 'חוקיות הענישה'..."³⁶. ואילו בחלוף השנים הלכה הנטייה והחריפה. כך, כתבה מרים גור-אריה בשנת תש"ן כי "כידוע, בתחום הפלילי אין עדיין קודקס ישראלי חדש..."³⁷ ואילו פרופ' קרמניצר ציין באותה שנה בלשון שאינה

33 ראו דברי פרופ' פלר: "הגישה הפרשנית' מתעלמת ממושגים ומערכים הנורמטיביים, ומפנה אל עקרונות במישורין, אף כשניתן לפתור את הקושיה בעזרת המושגים. וכאן גם הגענו ל'אני מאמין', שלנו... העקרונות הם חומר הגלם הבסיסי, ואילו המושגים הם התוצר המפורט, המעובד באורח מוסמך. האם ניתן לתאר קודקס פלילי מודרני שבו המושגים של מחשבה פלילית, על שלוחותיה, או של רשלנות, אינם מוגדרים ואינם הופכים חלק מלשונו?" (ש"ז פלר "בכוונה לפגוע" – כסימן ייחוד של העבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965: גישה פרשנית – עד היכן ועל סמך מה? משפטים יז (תשמ"ח) 439, עמ' 460).

34 ניתן להציע קו דמיון בין מחלוקת זו לבין הוויכוח בין גישת הפוזיטיביזם המשפטי לבין תורת הפרשנות של פרופ' דבורקין, בשאלה אם מרכז הכובד של השיטה המשפטית נעוץ בכלליה או שמא בעקרונות יסוד שאינם מפורשים בה. לדיון ראו: H.L.A. Hart *The Concept of Law* (1961, 2th ed., Oxford U. Press, 1994); Dworkin, *supra* note 32 ב-Postscript למהדורה השנייה של ספרו של Hart, *ibid*, pp. 259-263; אם כי השופט ברק מסתייג מגישתו של דבורקין בנוגע להיעדר שיקול-דעת פרשני. ראו בספרו שיקול דעת שיפוטי (לעיל, הערה 21), עמ' 55-58; פרשנות חכליתית במשפט (לעיל, הערה 21), עמ' 261.

35 לדיון מפורט ראו להלן, פסקה ג.

36 פלר, כרך א (לעיל, הערה 30), עמ' 11.

37 מ' גור-אריה "ארבעים שנה לדיני העונשין – התפתחויות בפסיקה לגבי דרישת האשמה כתנאי לאחריות פלילית" משפטים יט (תש"ן) 679, עמ' 679.

משתמעת לשתי פנים כי: "המשימה החשובה והדחופה המוטלת על המחוקק הישראלי הוא להעניק לישראל חוק עונשין חדש... הדרך של תיקוני דרך מוצתה עד תום. הבגד הזה לא ניתן עוד להטלאה. הוא טעון החלפה"³⁸.

במאמר שכתב בראשית שנות השמונים כינה השופט אגרנט את הקשר בין המחוקק לבתי-המשפט כ"שותפות נמשכת" במעשה החקיקה³⁹. אלא שבשותפות זו, מתגלם גם רובד אחר, חבוי מן העין, הבא לידי ביטוי במאבקי כוח על עמדות ושליטה בשדה המשפטי. המודלים שעצבה הפסיקה מזה ותומכי הגישה המושגית מזה במסגרתו של המשפט הפלילי שקדם לתיקון 39 היו כלי קיבול לתפיסות העולם השונות שעמדו ביסוד כל אחת מהגישות. הפער ביניהן שיקף את המאבק על מדרג מערכת הנורמות במשפט הפלילי ועל גבולות הפרשנות הלגיטימיים של בתי-המשפט. הוא שיקף את הקונפליקט בין השאיפה לשמירה על עקרונות יסוד של ודאות ובהירות בדין הפלילי לבין המוטיבציה של ערכאות השיפוט להגמוניה בעיצוב נורמות האחריות בחברה באמצעות קביעת מסגרות דוקטרינריות גמישות ושיקול-דעת שיפוטי רחב. למתח זה ניצק כאמור תוכן מעשי בדמות ההליכים שקדמו לחקיקת תיקון 39. בטרם אדגים את הטיעון שלעיל בהקשר ליישומו של כלל הצפיות בפסיקה לאחר כניסתו של תיקון 39 לתוקף אעמוד על הרקע לשתי תפיסות העולם השונות הללו משלוש זוויות עיוניות משלימות.

4. העימות על גבולות שיקול-הדעת השיפוטי

4.1. בהקשר היסטורי-השוואתי

כרקע להבנת היסודות להבדלי הגישות השונות שתוארו אעמוד בתמצית על ההתפתחות ההיסטורית השונה של תפיסת הארגון והסדר במשפט המקובל למול המשפט הקונטיננטלי ובכלל זה המעמד השונה המוקנה בכל אחת משיטות אלה לקודיפיקציה פרי כתבי מלומדים בהשוואה למשפט יציר פסיקה. הבדלים אלה משתקפים, בקליפת אגוז, באמרה מצוטטת שלפיה המשפט המקובל הוא מה ש"שופטים אומרים" בעוד שהמשפט הקונטיננטלי הוא מה ש"אומרים המלומדים"⁴⁰. ההתפתחות ההיסטורית השונה של שתי מסורות המשפט המרכזיות הללו השליכה על המעמד

38 מ' קרמניצר "ארבעים שנה לדיני העונשין (תגובה להרצאתה של ד"ר גור-אריה)", משפטים יט (תש"ן) 695, עמ' 699.

39 ש' אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד) 233, עמ' 233.

40 J.H. Merryman *The Civil Law Tradition* (Stanford, 1969), 64; J.M. Kelly *A Short History of Western Legal Theory* (1992), 258-265; A. Von Mehren *The Civil Law System: an Introduction to the Comparative Study of Law* (2nd ed., 1977).

השונה של הקודיפיקציה בכל אחת מהן⁴¹. בעוד שבקונטיננט נתפסה הקודיפיקציה כהליך טבעי בעקבות דחיית שיטות המשפט המסורתיות, פסחה מגמה זו על אנגליה, אשר נמרה על מסורת ה-Common Law שלה. בבסיס הפוזיטיביזם הלאומי שהתפתח בקונטיננט עמדה דרישה לנטישת סדרי המשפט הישנים ולתפיסה ריכוזית של הריבון כיוצר המשפט על בסיס עקרון הפרדת הרשויות במתכונתו הקלאסית. במסגרת זו התפתח מדרג אקסלוסיבי של מקורות משפט (חוק, תקנות ונוהג) היונקים מכוחו של הריבון⁴².

מלומדים מציינים כי ההשפעה העצומה של הקודיפיקציה בשיטה הקונטיננטלית אינה נמדדת בכמות החקיקה, אשר אינה עולה תמיד על זו הנהוגה בקודים מודרניים בארצות המשפט המקובל, אלא במעמד המוקנה לקודקס, בהיקף פריסתו על פני שדות משפט שלמים ובמבנה הסיסטמטי שלו, שהוא אופייני למשפט הקונטיננטלי⁴³. בתפיסה הקונטיננטלית יונק הקוד את כוחו מעקרון סמכות הריבון. מערכת בתי-המשפט נתפסת בו, לפחות על פני הדברים, כבעלת תפקיד זוטר, חסרת לגיטימציה ביצירת משפט, אלא ביישומו גרידא. גישה זו, ככל שמידת נכונותה מוטלת בספק בעשרות השנים האחרונות אף מצד מחברים העוסקים במשפט הקונטיננטלי, זרה למסורת המשפט המקובל אשר מסורת ארוכה של תלי תלים של הלכות שיפוטיות יצרו בה את עיקרו של המשפט האורגני של המדינה⁴⁴. יתרה מזו, המרכזיות של הקודיפיקציה במשפט הקונטיננטלי

- 41 Merryman, *ibid*, pp. 20-22. להיסטוריה המוקדמת של המשפט המקובל באנגליה ראו ו' ס' צ'רצ'יל הסטוריה של העמים דוברי האנגלית (כרך א: הולדת בריטניה) (תשכ"ג), עמ' 201-194; P. Brand *The Making of the Common Law* (London, 1992); Merryman, *ibid*, p. 24; Kelly (*supra*, note 40), pp. 262-265
- 42 Amos & Walton *Introduction to French Law* (2nd ed., וראו: Merryman, *ibid*, p. 27
- 43 Oxford, 1963), 5-6; המחברים מציינים, בין השאר, את אמרתו של אחד הקומנטרים המוקדמים, Bugnet, שציין "I know nothing of civil law, I only teach the Code" ; וראו K. Zweigert and H.J. Puttfarcken "Statutory Interpretation – Civilian" ; וראו "Style" 44 *Tulane L. Rev.* (1970) 704, p. 707 ; להתרשמות מהמבנה הססטמטי של קודיפיקציה במשפט הפלילי בקונטיננט ראו למשל הקוד הפלילי הצרפתי משנת 1810 : *The French Penal Code* (G.O.W. Mueller – ed., London, 1960) ; וראו *The French Penal Code of 1994* (E.A. Tomlinson – trans., Colorado, 1999) ; הקוד האזרחי הצרפתי: (New Jersey, (J.H. Crabb – trans.) (*The French Civil Code* (1977), 1-13 ; ובגרמניה ראו G.O.W. Mueller & T. Buergethal – trans., London, 1961) ;
- 44 J.W. Tubbs *The Common Law* ; אך השוו: Merryman (*supra*, note 40), p. 24-25 ; *Mind-Medieval and Early Modern Conceptions* (Baltimore and London, 2000), 179-186 ; בעשרות השנים האחרונות מודגשת בקרב מלומדים בקונטיננט חשיבותה של הפרשנות השיפוטית וגוברת ההכרה בפיקטיביות שבטענה כי בתי-המשפט רק "מיישמים" את החוק ולא משפיעים על יצירתו. ראו Zweigert & Puttfarcken (*supra*, note 43), pp. 708, 715 ; בהקשר המשפט הפלילי בצרפת, ראו R. Vouin, J. Leaute *Droit Penal et Criminologie* (Paris, 1956), 15 ; וראו Amos & Walton (*supra*, note 43), pp. 6, 14

קשורה הדוקות במעמד הרם של המלומדים ביצירת המשפט, המלווה את מסורת המשפט הקונטיננטלי עוד מהתקופה הרומית הקלאסית בדמות ה"יועץ" לשליט, ואשר משמשים עד לעת זו כבעלי תפקיד משפיע על דמותו של המשפט בהדרכת המחוקק, זרועות האכיפה, ובתי-המשפט העוסקים בפרקטיקה⁴⁵. כן ניתן לקשור בין הדומיננטיות של הגישה הקודיפיקטיבית בקונטיננטל והשפעתם של המלומדים במסגרתה לבין התפתחות "מדע המשפט", או "הפורמליזם המשפטי", במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה באירופה, ששיאו בקוד האזרחי הגרמני (BGB) משנת 1896⁴⁶. גישה זו, המשפיעה עד היום על שיטת הלימוד הנהוגה בקונטיננטל, נגזרת מתפיסת הליברליזם הקלאסי, בשימת הדגש על ערכי ודאות ויכולת התכנון של הפרט. היא מתאפיינת בהתייחסות למשפט כגוף מידע מבודד בעל הגיון פנימי קוהרנטי, בהכללה, במושגיות, באבסטרקציה ובהבניית מערכת ההגדרות, מתוך מטרה ליצור תאוריה כללית וקוהרנטית המנוטרלת מאלמנטים עודפים כגון אינטואיציה, שיקול-דעת וכיוצא באלה ובהדגשת תקפותם של המושגים יותר מאשר הפונקציה החברתית שנועדו לשרת⁴⁷.

מנגד, העדפת המושגיות על פני ההשלכות המעשיות, הצרכים הפרקטיים, וההקשרים החברתיים והתרבותיים, נחשבת כזרה באופן מסורתי לשיטת המשפט המקובל, אשר נאמר לגבי שופטיה כי הם יותר "פותרים בעיות מאשר תאורטיקנים"⁴⁸.

המציינים כי לאחר תקופת ניסיון קצרה בשימוש בקוד נפולאון הובהר לשופטים ולעורכי-הדין שלא יוכלו ל"רוקן" את ראשם מגוף גדול של ידע מקצועי אשר ניתן לכנותו כ"משפט המקובל" של צרפת פרי פסיקת בתי-המשפט. בפרק משלים למהדורה השנייה של ספרו, מתאר מרימן מגמה של דה-קודיפיקציה במשפט הקונטיננטלי ובין השאר את השפעתו הגוברת של משפט יציר פסיקה; ראו J.H. Merryman *The Civil Law Tradition* (2nd ed., 1985), pp. 151-158.

Amos & Vouin & Leaute (*supra*, note 44), p. 15 וראו Merryman, *ibid*, pp. 63-64 45
Walton (*supra*, note 43), pp. 12-13.

N. Foster *German Legal System & Laws* (2nd ed., 1996), 229 etc. 46
בשנת 1900.

Merryman (*supra*, note 40), pp. 67-70 47
M. Damaska "On Circumstances favoring Codification" 52 *Rev. Juridica de la Puerto Rico* (1983), 356-370. לניתוח השפעות גישה זו והשלכותיה על ההתפתחות ההיסטורית של המשפט האנגלו-אמריקני ראו M.J. Horwitz "Why is Anglo-American Jurisprudence Unhistorical?" 17 *Oxford J. of Leg. Stud.* (1997) 551

D. Sugarman "Legal Theory, The Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition" *Legal Theory and Common Law* (W. Twining – ed., Blackwell) 26-30 48
משפטיים מצניעה את העובדה שמדובר במבנים אנושיים, הכוללים הכרעות ערכיות, פוליטיות וכיוצא באלה. ראו גם: Radin (*supra*, note 25), pp. 863-864; Damaska (*supra*, note 47), pp. 361-362.

ולראיה כי השפעותיה של גישת "מדע המשפט" אכן ניכרו בארצות-הברית בשלהי המאה התשע-עשרה אך זכו שם לביקורת ונדחו מפני גישות מעשיות למשפט⁴⁹. תפיסת הארגון והסדר שהוכרה כאמור במשפט הקונטיננטלי במסורת ארוכת שנים של ה-Comments, זכתה לעדנה גם באנגליה במאה השמונה-עשרה במפעל של Blackstone⁵⁰ ובמיוחד במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, בהשפעת תאוריות המשפט של בנתם ואוסטין⁵¹, כאשר באותה תקופה מופו תחומים שלמים במשפט על-ידי מלומדים קלאסיים בניסיון ליצור מערכת קוהרנטית של המשפט המקובל, תוך דחיית הגישה המסורתית שבמסגרתה נלמד המשפט מתוך עיסוק פרקטי⁵². כמו כן, השפעותיה של גישת "מדע המשפט" ניכרו בארצות-הברית ב-"Restatement of the Law" שהוכן על-ידי מלומדים במגמה ליצור גוף מידע סדור וקוהרנטי של הפסיקה⁵³. עם זאת מקובל להניח כי בסיס האחיזה של הגישה המדעית היה רופף וזמני במשפט המקובל והיא לא הכתה בו שורשים ממשיים, למעט השפעה על שיטות ההוראה, וזה נותר בעיקרו משפט יציר פסיקה בעל רגישות להקשרים המעשיים הכרוכים בסוגיות המתבררות בפני בית-המשפט⁵⁴.

- 49 מלומדים מזכירים כנקודת ציון לראשיתה של ההיסטוריה המשפטית המודרנית בארצות-הברית את העימות הידוע בסוף המאה התשע-עשרה בין דיקן הפקולטה של אוניברסיטת הרווארד לנגדל, חסיד הגישה האורתודוקסית הקלאסית של "מדע המשפט", לבין השופט הולמס, אשר טבע בתגובה, בספרו שפורסם בשנת 1881, את מכתמו המצוטט: "The life of the law has not been logic; it has been experience" O.W. Holmes *The Common Law* (Boston, 1881) 1: "The life of the law has not been logic; it has been experience" T.C. Grey *Langdell's Orthodoxy* (U. of Pittsburgh, 1983), 1-5; עמ' 18-20.
- 50 W. Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (Book 1, ראו דברי המבוא: 1765 וראו: M. Lobban *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850* (Oxford, 1991), 17-46; Horwitz (*supra*, note 47), pp. 555-557; Horwitz, *ibid*, pp. 564-565.
- 51 Horwitz, *ibid*, pp. 26-30; Sugerman (*supra*, note 48), pp. 26-30.
- 52 וכושל לקודיפיקציה של המשפט הפלילי המקובל על-ידי ועדה ממלכתית שפעלה בשנים 1845-1833. ראו Lobban (*supra*, note 50), pp. 202-207.
- 53 Merryman (*supra*, note 40), p. 71.
- 54 Merryman, *ibid*, at 71-72; Lobban, *supra* note 50, at 205-206; האנגלו-אמריקני עוסק באובססיות יתר בתהליך השיפוטי תוך הצנעת הממדים הפוליטיים וההיסטוריים שלו, ראו Horwitz (*supra*, note 47), pp. 553-554; עוד ראו: F. Crownie, A. Bradney *English Legal System in Context* (London, 1996), 2-5; M.J. Horowitz "The Rise of Legal Formalism" 19 *Am. J. Leg. History* (1975) 251; P.S. Atiyah & R.S. Summers *Form and Substance in Anglo American Law* (1978) W.T. Pizzi *Trials Without Truth* (New-York U. Press, 1999). המחבר טוען, בין השאר, כי שיטה זו סובלת מהערכת חסר של מושג האמת על חשבון עיסוק יתר בהגנות פרוצדורליות וניסיון עקר של בתי-המשפט להגדרה מדויקת של כללים שהתבונה השיפוטית יפה להם.

בהקשר שלענייננו, רבים מזרעי המחלוקת שנבטו במשפט הפלילי בישראל ניתנים להבנה על רקע הבדלי הגישות שהוזכרו. פרופ' פלר, חסיד השיטה הקונטיננטלית, ביקש ליצור מערכת מושגית, קוהרנטית ואנליטית לדיני העונשין וכלשונו, כאמור, כענף מתחום "מדעי המשפט"⁵⁵. בראש מדרג הנורמות לפי גישה זו מצוי הקוד. את הקוד מפרש המלומד, מומחה המשפט, שעל בתי-המשפט להנחות עצמם בהתאם להדרכתו. אכן, פרופ' פלר התייחס באופן מפורט לעקרונות המנחים את השיטה כחלק מתפיסות היסוד של החברה וצורכיה⁵⁶ אך שלל בתוקף, כאמור, את הפניה לעקרונות ללא מערך מושגי תקף ומבוסס⁵⁷. כמו כן, במסגרת ניתוחה של מערכת המושגים שבהם מצוידים דיני העונשין, הוצגה על-ידי בדרך כלל הבחירה בפתרון זה או אחר כאילוץ מושגי, לוגי, הטמון בטבע הדברים ואשר ככזה יכול להיות "נכון" או "שגוי" גרידא, תוך הצנעת ממדים נורמטיביים וערכיים שעשויים להיות כרוכים בבחירת הפתרון⁵⁸. ומצדו השני של המטבע, אף אם בעבר לא אמצה הפסיקה בכל מקרה עמדות שהובעו באקדמיה המשפטית, כיבדה הפסיקה באופן מסורתי את האיזון הרגיש שבין חקיקה לבין חקיקה שיפוטית. ואילו הפסיקה מראשית שנות השמונים ואילך אשר נתמכה בתורת המשפט התכליתית, ערערה מדרג עדין זה במיסודו של שיקול-הדעת השיפוטי לכדי תורת משפט קוהרנטית, שהעניקה משנה כוח לרשות השופטת כיוצרת דין.

4.2. בהקשר תרבותי-משפטי

העיונות בין שתי הגישות שתוארו ניתן להארה מזווית נוספת. בעשרות השנים האחרונות ניכרת השפעתה של גישה הממקדת מבטה בקשר שבין המשפט לבין התרבות שבגדרה צמח וחי⁵⁹. המצדדים בגישה יוצאים חוצץ נגד ניסיונות במסגרת מדעי הרוח והחברה, לזקק את התרבות האנושית למסגרת של כללים והקשרים סיבתיים אשר יהיו

55 לעיל, הערה 30, והטקסט הצמוד לה.

56 שם, כרך א, 1-113.

57 שם, שם.

58 ראו ר' שפירא "מבנה היסוד העובדתי של העבירה" מגמות בפלילים (תשס"א) 113, עמ' 136-137. פרופ' שפירא טוען כי עמדתו של פלר, שלפיה לא ניתן לייצר יחס חפצי אלא לגבי תוצאה, מוצגת על-ידיו כאילוץ הנובע מאנליזה מושגית או כממצא אמפירי ולא מקביעת עמדה נורמטיבית.

59 H.G. Gadamer *Truth and Method* (2nd rev. ed., J. Weinsheimer & D. Marshall – tran. 1960, 1993); וראו מ' מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג), עמ' 26, והערה 29; מ' מאוטנר "המשפט כתורות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (רמות, תשנ"ח) 545; מ' מאוטנר "גדמר והמשפט" עיוני משפט כג (תש"ס) 367; מ' מאוטנר "מעבר לסובלנות ולפלורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי" עיוני משפט כה (תשס"ב) 253.

"נכונים" תמיד, ללא התייחסות לזיקות התרבותיות שמהן יונק תהליך ההבנה את משמעותו. לפי קו מחשבה זה, המשפט הוא גוף ידע עצום בעל אין ספור אופקים ומשמעויות השלובים באופן בלתי ניתן להפרדה מהתרבות ומהחברה שבתוכה הוא ממוקם. תהליך ההבנה הוא תהליך של "מיזוג אופקים", משמע של דיאלוג דינמי שבתוכה מתערבבים יחד ההבנה, הפרשנות ויישומם. תהליך ההבנה מושפע באופן אינהרנטי ממיקומו התרבותי, היינו מ"האופק" אליו חשוף הפרשן. המחזיק בגישה זו עשוי לצאת כנגד היומרה לקיומה של אמת מידה אחת, בלעדית ומוחלטת, אלא להכיר בכבואות או באמות מידה שונות אשר כל אחת מהן צומחת ושלובה בתפיסה וברקע הסובייקטיבי הייחודי לה, אשר ההכרעה ביניהם היא פועל יוצא של השקפה ערכית⁶⁰. בהשפעת גישה זו החלו מחברים באקדמיה המשפטית בישראל לעסוק בשנים האחרונות בשאלות הקשורות לזיקה שבין המשפט והתרבות, ובהקשר לענייננו בין המשפט הפלילי והתרבות⁶¹.

לקו המחשבה שתואר עשויות להיות השלכות כאשר להבנה בדבר טיבם של המודלים השונים שעמדו ביסוד הגישה המושגית באקדמיה המשפטית בהשוואה למודלים השיפוטיים הגמישים שפיתחה הפסיקה במשפט הפלילי בישראל⁶². במודלים יצירי הפסיקה ניתן למצוא סימני זיהוי הטמונים באופיו של ההליך השיפוטי. ערכאות השיפוט פועלות בספירה השקועה בשכל ישר, באינטואיציות ובפרקטיקות⁶³. הן מונחות תדיר על-ידי השאיפה לעשיית "משפט צדק"⁶⁴. חוש זה מכון ומנחה את השופט היושב

60 זהו מה שמכנה פרופ' מאוטנר "אוסף של 'מתחמים' של פתרונות אפשריים", במאמרו "המשפט כתרבות" (לעיל, הערה 59), עמ' 570.

61 ראו מ' מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז (תשנ"ט) 11. פרופ' מאוטנר טוען כי העושר והמורכבות של הדוקטרינה המשפטית ושל השכל הישר בהפעלת המשפט מחייבים "חשיבה חדשה לגמרי על מהות ההליך השיפוטי", שעשויה לתמוך בהתייחסות להליך זה "לא במושגים של הבטחת תוצאה מסוימת לצדדים הנוטלים חלק בהליך, אלא רק במושגים של הבטחה לצדדים שיתקיים בעניינם הליך בעל מאפיינים מסוימים (אי-משוא-פנים, אובייקטיביות, שליטה גדולה יותר של הצדדים בדרך ניהול ההליך ותוצאותיו וכולי)" (שם, עמ' 58). אמירה זו מקבלת משמעות מיוחדת לנוכח מאפייני המשפט הפלילי ובכללם עקרון החוקיות.

62 על "דגם שיפוטי" ראו אצל עמית (לעיל, הערה 19), עמ' 83 והערה 14.

63 ראו מאוטנר (לעיל, הערה 61); על ריאליזם משפטי ועל ה"אופי האנושי במשפט" ראו למשל: J. Frank "Courts on Trial" in Lloyd's *Introduction to Jurisprudence*, 683-684; J. Frank "Law and the Modern Mind" in W. Fisher, M. Horwitz and T. Reed, *American Legal Realism*, 206-211.

64 ראו ח' כהן "ענישת צדק – הרהורים שלאחר השפיטה" פלילים א (תש"ן) 1, עמ' 9-10: "שאלת מהותו של 'הצדק' שבדין העסיקה, כידוע, חכמי כל הדורות ולא נמצאה לה תשובה מספקת. על כן נדחה כל צדק שיפוטי אובייקטיבי מפני חוש הצדק הסובייקטיבי של השופט, והוא הידוע בשם 'שיקול-דעת'". חיים כהן מציין את ההתלבטויות היומיומיות הקשות שהן פועל יוצא מתפקידו של השופט: "כל ימי שבתני בדין הציקה לי השאלה כיצד

בדין וטבועים בו אלמנטים ומשקעים של שכל ישר שקשה, אם בכלל, לסווגם או להסדירם במבנים מושכלים פרי חשיבה שיטתית⁶⁵. פרופ' מאוטנר עמד על ההבחנה בין היסוד הערכי והאופרטיבי בפסק-הדין. היסוד הערכי מבטא את מערכת הערכים המשמשת בסיס להכרעתו של בית-המשפט. היסוד האופרטיבי הוא השינוי במצב העולם שעליו מצווה בית-המשפט בפסק-דינו או מתן אישור על-ידיו למצב עולם מסוים⁶⁶. בתי-המשפט חייבים להכריע במקרה שבפניהם ולהכרעתם במשפט הפלילי תוצאה אלימה כלפי הנדון. ההתמודדות המעשית מחייבת את בתי-המשפט בהכרעות יומיומיות קשות באשר לנקודת האיזון שבין מערכת הכללים הנורמטיביים לבין הרצון להגיע להכרעה קונקרטיית שתעמוד בתחושת הצדק של היושב בדין⁶⁷. בנקודת איזון זו מתהווה המתח הנסב על גבולות הפרשנות הלגיטימיים של בתי-המשפט; מתח אשר השתקף במודלים הגמישים שפיתחה הפסיקה עובר לתיקון 39 ובמיוחד מאז שנות השמונים ואילך מן העבר האחד ובביקורת שהובעה על-ידי פרופ' פלר ועמיתיו מן העבר השני.

להגיע לידי עשיית צדק בענישה. עתה באתי להודות שלא מצאתי תשובה לשאלה זו: ואילו נדרשתי ליתן דין-וחשבון, הייתי מודה שנכשלתיי".

65 השופט חיים כהן מתייחס ל"חוש הצדק" של השופט כאחד החושים ממש, ראו שם, עמ' 18. ככזה, חוש זה הוא סובייקטיבי, טבוע באלמנטים הקשורים באישיותו של השופט, במשקע וברקע תרבותי וחברתי שלא ניתן למדוד אותם ולקטלגם. על "השכל הישר" במשפט ראו C. Geertz "Common Sense as a Cultural System" in C. Geertz *Local Knowledge* (1983) 92; גרץ רואה בשכל הישר תופעה תרבותית המתאפיינת, בין השאר, בהטרוגניות ובהיעדר היכולת לסיווג במבנים לוגיים. ראו גם דבריו של השופט ברנזון, בחוברת הפרקליט לט (תשמ"ט) 5, בערב עיון שנערך לכבודו בהגיעו לגבורות (שם, עמ' 19): "היו גם כאלה שאמרו: ברנזון חלש במשפט. זה היה נכון אז ונכון עד היום, ואין כמוני יודע עד כמה הם צדקו בביקורת זו עלי. האמת היא שמעולם לא ראיתי עצמי חכם משפטים שתחומי המשפט השונים שמורים בזיכרונו ושגורים בפיו. גם לא השתדלתי להיות כזה. מעולם לא ראיתי בכך, ואינני רואה גם כיום, את סגולתו וגבורתו של שופט... לאחר זמן נתקלתי גם בהגדרה של לורד צ'נסלור אנגלי על סגולותיו של שופט טוב... יושר, חריצות, אומץ, ג'נטלמניות, ולבסוף הוא אומר: 'אם יש לו ידיעת מה במשפט זה יעזור'"; וראו D. Van Zandt "Alternative Theory of Practical Reason in Judicial Decisions" 65 *Tulane L. Rev.* (1991) 775, p. 777.

66 ראו אצל מאוטנר (לעיל, הערה 19), עמ' 161 והערה 15. פרופ' מאוטנר מציין שם כי "אכן, שופטים תמיד מביאים בחשבון לא רק את המימד הערכי של ההכרעה, אלא גם את המימד המעשי שלה".

67 ראו, למשל ע"פ 3417/99 ה"ר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735, דברי השופט חשין: "דוקטרינות, קלסיפיקציות והגדרות, כל אלה לא בראנו אותן אלא לכבודנו; נועדו הן לשרתנו; אנו נשלוט בהן ולא נתיר להן להשתלט עלינו; הכוח בידינו הוא, ולא ניתן ליצירי כפינו לקום עלינו... פרופ' פלר לימדנו את החשיבות שבהגדרה אנליטית וכללית לעבירות... כל דברים אלה נכוחים הם, ובלבד שלא נמצא את עצמנו משתחוים לדוקטרינות, להגדרות ולקלסיפיקציות; עובדים אותן, משתחוים להן, ומעלים להן מס עובר" (שם, עמ' 767-768).

בשל טיבן כאמור קשה לשכלל את המוטיבציות השונות הללו לכדי דיון סדור או לפרוט אותן למסקנות יישומיות במסגרת דיון מושגי דוקטרינרי והן אינן משתקפות במלואן בשיח המתנהל בפסיקה ובמאמרים. קיים רובד שלם הקשור לפרקטיקה של ניהול המשפט הפלילי שהוא דומיננטי ומשפיע על ההכרעה שאליה יגיע בית-המשפט אשר כמעט ואינו עולה על פני השטח בפסק-הדין של הערכאה הדיונית ואף פחות מזה בתכנים העיוניים בפסיקת בית-המשפט העליון, החשופה לדיון האקדמי, וגם קשה, אם בכלל ניתן, לנתחו במסגרת דיון עיוני סדור, בהיותו כאמור פרי פרקטיקה. הדיון המושגי אינו יכול להחיל את עומק המשמעויות והמורכבות האנושית הנגלית בפני-המשפט בכל מקרה נתון הנדון בפניו. המוטיבציה של בתי-המשפט לשמור על שיקול-דעת מובנית אפוא בתפקידם.

יתרה מכך, בתי-המשפט שוקלים בין השאר גם את המסר לציבור המתורגם לנוסחה מזוקקת ופשוטה הבאה לידי ביטוי בפסיקתם, מעבר לגבולותיו של השדה המשפטי – לציבור בכלל⁶⁸. יסוד ההרתעה משמש נדבך חשוב ביותר בפרקטיקה של בתי-המשפט. הוא טומן בחובו את השורה התחתונה של פסק-הדין שתיקלט מחוץ לגדרו של השדה המשפטי⁶⁹. מנגד, למול השיקול ההרתעתי-ציבורי עומד כמובן בכל משפט עניינו של הנאשם האינדיווידואלי, על כל דקי דקויות נסיבות המקרה והרקע האישי, ומכלול אותם אלמנטים שאינם משתקפים במלואם על-פי רוב בפן המשפטי של פסק-הדין. מאחר ששיקולים אלה משמשים נדבך מרכזי בפרקטיקה של בתי-המשפט קיים אפוא מתכון אינהרנטי לדיסוננס בין העניין בשמירה על מבנים מושגיים נוקשים לבין העניין בתוצאה שתעמוד בתחושת הצדק במקרה נתון. דיסוננס זה אינו נפתר אך ורק בשלב העונש אלא משפיע על המוטיבציה של בתי-המשפט לתמוך, ככלל, במבנים משפטיים שיאפשרו להם גמישות ומרווח פעולה של שיקול-דעת במידת הצורך.

4.3. בהקשר חברתי-משפטי

זווית משלימה נוספת לענייננו מתארת את ההקשרים החברתיים הכוחניים שבין שחקני שדה חברתי נתון. גישה זו רואה בשדה המשפטי, ככל שדה מקצועי אחר, תחום או אזור של פעילות חברתית מבנית ומוסדרת המוגדרת בשפה מקצועית. לפי קו מחשבה זה, השדה המשפטי הוא הזירה שבה מתנהלים מאבקים ויחסי כוח בין השחקנים השונים⁷⁰. ככל שהשיח מתנהל בגדרו של השדה המשפטי, בכלים ובשפה המיוחדת לו,

68 על הרעיון של "הפרדה אקוסטית" בין בתי-המשפט לציבור ראו M.D. Cohen "Decisions rules and Conduct rules: on acoustic separation in criminal law" 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 625.

69 על "מעורבות הציבור" בהכרעה השיפוטית, ראו אצל כהן (לעיל, הערה 64), עמ' 16-18.

70 P. Bourdieu "The Force of Law: Toward a sociology of the Juridical Field" 38 *The Hastings L.J.* (1987) 805.

בפסיקה, בכתבי-עת ובספרות המקצועית למשל, מוגבל השיח לשחקניו באופן יחסי. ככל שהוא מתנהל מחוץ לגדרו בפורומים ותוך שימוש בתכנים שאינם ייחודיים לשדה המשפטי הוא גולש לזירות אחרות, הציבורית או הפוליטית וכדומה. המאבקים או האינטראקציות בין השחקנים אינם נוגעים רק ליחסי הכוחות ביניהם בשדה אלא גם לעצם כינונו ולגבולותיו של השדה, מאבק מפני חדירה לשדה ומאבק על הכתבת השליטה מתוך השדה בשדות אחרים. הבחנה משלימה בהקשר זה⁷¹ מציעה לדאות בשדה תרבותי נתון זירה של יצרנים וצרכנים של מוצרים. מוצרים "קנוניים" מצויים במרכז השדה ובשוליו מצויים מוצרים בלתי קנוניים. המוסד הוא הגוף בעל הכוח להפוך מוצרים בלתי קנוניים לקנוניים ולהיפך. חומרים קנוניים הם אפוא תוצר של תהליכים ומאבקי אינטרסים בין היצרנים בשדה על שליטה בהון במסגרתו של השדה וביחס לשדות אחרים⁷². המעמד המוקנה לכל אחד מהמוסדות או השחקנים בשדה המשפטי הוא נתון המשתנה משיטת משפט אחת לרעותה כתוצר של התפתחות היסטורית, חברתית ותרבותית⁷³. השופט ברק סבור כי השיטה הישראלית משלבת בין שתי השיטות, זו הקונטיננטלית וזו של המשפט המקובל⁷⁴. אלא שההכרה בכוחו של השופט, המחוקק או מלומד המשפט לצורך העניין, בשיטות המשפט השונות, היא תוצר של התפתחות היסטורית, חברתית ומדינית הרוויה מאבקי כוחות, ואינה "ניטרלית". יתרה מכך, המרכיבים בכל אחת מהשיטות מאזנים זה את זה על-פי רוב לכדי מכלול שלם אחד שגובש בכל שיטה לפי מסורתה במהלך הדורות. כך, למשל, בצד הדומיננטיות הרבה של המערכת הקודיפיקטיבית ומלומדי המשפט בשיטה הקונטיננטלית התפתחה מסורת בת שנים של ערכאות השיפוט המקבלות על עצמן ככלל מרות זו, ומנגד, הדומיננטיות של ערכאות המשפט המקובל מאוזנת אל מול התפיסה המשלימה של החקיקה. השופט ברק מתאר את המחוקק והשופט כבעלי ברית ה"שותפים במפעל הפרשני. האחד משלים את האחר. המחוקק מניח את היסוד למפעל זה בקובעו את הטקסט המשמש בסיס לפרשנות, והשופט נותן לו מובן"⁷⁵. אלא שתומכי הגישה החברתית למשפט יטענו כי בתיאור זה אין די כדי להאיר את הרובד החסוי מעין; את המוטיבציות והאינטרסים השונים של השחקנים ושל המוסדות בשדה המשפטי הנאבקים על גבולות כוחם בשדה המשפטי ובחברה⁷⁶.

- I. Even-Zohar "Polysystem Theory" 11 *Poetics Today* (1990) 1 71
 והשווה התהליכים שמתאר עמית בהתייחסו לשופט ברק (לעיל, הערה 19). 72
 וראו אצל ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (לעיל, הערה 21), עמ' 49. 73
 ראו דבריו שם, שם. 74
 שם, עמ' 63-64. 75
 תהליך החקיקה קשור במאבקי הכוח בין הקבוצות השונות בכנסת ובחברה ולתפיסות עולם 76
 אידיאולוגיות, כלכליות ואחרות ומשחקי תן-וקח. רובם של גורמים אלה עוברים תהליך של סטריליזציה על-ידי השופט הפרשן כאשר, משיקוליו הוא, הוא אינו מייחס להם רלוונטיות רבה בשדה המשפטי (ראו למשל אצל ברק במאמרו "כוונת המחוקק: מציאות

המאבק בהקשר שלעניינו הוא זה הנסב כאמור על גבולות שיקול-הדעת השיפוטי. בד בבד עם השמירה על ריסון מפני אי-חציית גבולו של המחוקק, פיתחו ערכאות השיפוט שלנו, ברבות השנים, מודלים גמישים במשפט הפלילי שגיבשו את מעמדן כמעצבות אמות המידה הראויות והותירו להן חופש פעולה ליישוב דרישות הצדק במקרה הנתון. הגמישות ושיקול-הדעת אפשרו מרווח פעולה אף בעלות מסוימת של חוסר ודאות, אם כי הטכניקה המצניעה הזאת באה לידי ביטוי במאמץ ליצור רצף של המשכיות ובהארתה, ככל הניתן, כהתפתחות הרמונית של דוקטרינות קיימות⁷⁷. זאת ועוד, בתי-המשפט מפרשים את החוק ויוצקים לו תוכן. הם במידה רבה "צד מעוניין" כאשר הם עצמם מפרשים את גבולות שיקול-הדעת המשקף את מעמדם ואת כוחם בשדה המשפטי. ומנגד, כך גם המלומדים מצדדי הגישה המושגית שביקשו לקדם הליכי קודיפיקציה במשפט הפלילי ולהטיל מוסרות על גבולות הפרשנות של בתי-המשפט הם "צד מעוניין" בשדה המשפטי. על אחת כמה וכמה כאשר לערכים שביקשו להשליט ניצק תוכן מעשי בדמות מעורבותם בהליכי החקיקה של קוד פלילי חדש. המאבק בין בתי-המשפט לבין הגישה המושגית באקדמיה המשפטית על גבולות שיקול-הדעת השיפוטי ניתן אפוא להבנה גם על רקע השאיפה של כל אחד מהצדדים לקדם את הערכים שהוא מבקש להשליט בשדה המשפטי. הרצון להכפפת בתי-המשפט לקודיפיקציה כתמיכה בעקרונות של ודאות ובהירות החוק הפלילי מזה למול הרצון לשמור על שוליים גמישים של שיקול-דעת שיפוטי מזה. מאבק כוחות זה הפך כפי שאראה לבעל פן כפול עם חקיקת תיקון 39. הכפפת בתי-המשפט למודלים המושגיים שעוגנו בחוק יחד עם מגמה להכפיפם בפרשנותם לזו של יוצרי התיקון. אפנה להדגים את הטיעון הכללי שהוצג תוך ניתוח יסוד הכוונה והלכת הצפיות בפסיקה עובר לחקיקת תיקון 39 ובשנים שחלפו מאז כניסתו לתוקף.

ב. יסוד הכוונה והלכת הצפיות במשפט הישראלי עובר לתיקון 39

1. רקע כללי והבחנות מושגיות

למרות מרכזיותו של המונח "כוונה" בהקשר הפלילי מעניין ההיווכח כי קיימת הסכמה רחבה בקרב מלומדי המשפט המקובל כי הגדרתו של דיבור זה נותרה באופן

או דימיון" (לעיל, הערה 21), עמ' 182). כך מתרגם הפרשן את כוונת המחוקק לתכנים הרצויים לו בשיח המשפטי, שיח המעוצב על-ידי הפרשן עצמו בשל מיקומו המוסדי. והשוו אצל שמיר (לעיל, הערה 10).

77 ראו למשל את הרקולס השופט הדבורקיאני: Dworkin (*supra*, note 32), p. 313; והשוו אצל ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (לעיל, הערה 21), עמ' 63, הערה 3.

מסורתי מעורפלת וחסרת גבולות ברורים⁷⁸. דומה כי הקושי הבסיסי שבהגדרת יסוד הכוונה הפלילית טמון בפער שבין מובנו היומיומי המקובל של דיבור זה, הכולל רצון או שאיפה, לבין המשמעות שייחסו לו משפטנים באופן מסורתי במשפט המקובל, אשר כללה גם ידיעה בדרגת הסתברות גבוהה לקרות התוצאה האסורה⁷⁹. ואכן, תורת הכוונה העקיפה (Oblique Intention) – או בשמה האחר הלכת הצפיות – התפתחה במשפט המקובל כדוקטרינה של הדין המהותי, המרחיבה את יסוד הכוונה במשמעותו המקובלת, בהשוותה בנסיבות נתונות בין ידיעה המגיעה לכדי דרגת הסתברות גבוהה כתחליף השקול בחומרתו לרצון או לשאיפה ממש. לפי גישה זו, ידיעתו של הנאשם בדבר רמת הסתברות קרובה לוודאי כי יסוד רלוונטי מיסודות העבירה קיים, או יתרחש בעקבות התנהגותו, היא שוות ערך מבחינת חומרתה האסורה לרצון להשגת אותו יסוד⁸⁰. ד"ר קוגלר, אשר כאמור עמד בחיבור מקיף על התפתחות יסוד הכוונה והלכת הצפיות במשפט הישראלי עד לחקיקת תיקון 39, מתח ביקורת על הבסיס העיוני של שקילות האשמה המוסרית שבתחליף הצפיות⁸¹. עם זאת, הגישה המשפטית שהשוותה בין רצון

78 במונח נעשה שימוש בהקשרים שונים: כך, למשל: "כוונה פלילית", כוונה כללית" או "בסיסית", כוונה "ישירה" או "קונסטרוקטיבית" או "עקיפה"; ראו בארצות-הברית: "The Meaning of the word 'intent' in the criminal law has always been rather obscure" and "obscure" and "obscure"; Lafave and Scott *Criminal Law* (2nd ed., 1986), 216; Smith and Hogan *Criminal Law* (8th ed., 1996), 57; ראו באנגליה: "It might be expected that the meaning of such a fundamental term would have been settled long ago, but this is not so" R. Cross "Specific Intent" *Crim. L. Rev.* (1961) 510; המצייץ את חוסר העקביות של בתי-המשפט באנגליה בשימוש במונח "כוונה" תוך הבחנה בין שלוש חלופות שונות: כוונה ישירה (direct intention), כוונה עקיפה במובן של צפיות סובייקטיבית בהסתברות גבוהה לקרות התוצאה (oblique intention) ושלישית, הסקת כוונה מתוך פעולה שכל אדם סביר במקומו של הנאשם היה צופה שתביא לקרות התוצאה (presumed intention); וראו לוי ולדרמן (לעיל, הערה 15), עמ' 410 ואילך.

79 G.P. Fletcher *Rethinking Criminal Law* (Boston, 1978), 440-443

80 ראו באנגליה: Cross and Jones *Introduction to Criminal Law* (10th ed., 1984) 30-35; Smith & Hogan (*supra*, note 78), pp. 57-63; G. Williams *Criminal Law* (The General Part) (2nd ed., 1961), 34-47; G. Williams *Textbook of Criminal Law* (2nd ed., 1983), 81, 84-87; Perkins and Boyce; Cross (*supra*, note 78), p. 510; *Criminal Law* (3rd ed., 1982), 836-837; Lafave & Scott (*supra*, note 78), pp. 216-220; *American Jurisprudence* (2nd ed., 1998), sec. 127-130.

81 ראו קוגלר (לעיל, הערה 4), עמ' 223 ואילך. המחבר טוען כי בהנחה שבעבירות "הכוונה" קיימת יותר אשמה מוסרית מאשר ב"פזיזות", וכי כוונה משמעה רצון או חתירה לגבי התוצאה המזיקה, אזי נובע מכך שלילת הלכת הצפיות כתחליף השקול מבחינת האשמה המוסרית ליסוד הכוונה, מאחר שאותו הבדל שקיים בין כוונה לפזיזות קיים גם בין כוונה לצפייה ודאית. המחבר מציע לבחון את אפשרות החלתה של הלכת הצפיות בכל עבירה לפי תכליתה, באופן שבכל מקרה יש לבחון מדוע נשללה הפללת הפזיז באותה עבירה, ואם

לידיעה בנסיבות מסוימות, הייתה ערה לחריגה הלשונית שבהשוואה זו ונתפסה אפוא באופן מסורתי כקונסטרוקציה המרחיבה מטעמים של מדיניות משפטית את מונח הכוונה כמשמעותו בדיבור הרגיל⁸². ומנגד, גישות מודרניות כדוגמת ה-M.P.C. האמריקני משנת 1962 הבחינו במפורש בין יסוד הכוונה (Purposely) לבין יסוד הידיעה (Knowingly), ובכך פטרו עצמן לכאורה מהניסיון הבעייתי לגשר בין שני היסודות הללו באמצעות תחליף הצפיות⁸³.

זאת ועוד, הלכת הצפיות היא דוקטרינה מהותית בדיני עונשין, התופסת את הנאשם כבעל "כוונה" חרף היותו נעדר שאיפה או רצון, ובכך מובחנת מ"חזקת הכוונה" שהיא כלי ראייתי שבו עושים שימוש בתי-המשפט כדי להסיק את כוונתו של הנאשם על סמך ההנחה הניתנת לסתירה, שלפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו⁸⁴. בכך מרחיבה הלכת הצפיות את גדרה של האחריות בפלילים באפשרה הרשעת נאשם הנעדר

כך, האם רציונל זה מצדיק גם את אי הפללתו של הצופה בהסתברות גבוהה. במאמר מאוחר יותר סייג ד"ר קוגלר הצעתו זו בציינו כי טכניקה זו אינה ישימה בחלק גדול של העבירות במשפט הישראלי, אשר מקורן במשפט המקובל, ואשר דרישת הכוונה הוכנסה בהן לא כדי לשלול את הפללת הפזיז אלא במטרה לשלול הפללה ממי שאינו בעל יסוד נפשי כלל, תוך חוסר מחשבה לגבי הפזיז (ראו קוגלר (לעיל, הערה 7) עמ' 251-252). לי נדמה כי מרכז הכובד של הלכת הצפיות נעוץ בהיותה כלי עזר גמיש שבידי ערכאות השיפוט ופחות בהבחנות מושגיות כאלה או אחרות. לדעה שלפיה יש מקום להבחנה מוסרית בין כוונה ישירה לבין ידיעה, אפילו בטוחה, לקרות התוצאה, ראו R.A. Duff, Intention "Mens Rea and the Law Commission Report" *The Crim. L. Rev.* (1980) 147, p. 159.

82 ראו: Cross & Jones (*supra*, note 80), p. 30; Smith & Hogan (*supra*, note 78), p. 57.
83 סעיף 2.02(2) ל-M.P.C. מבחין בין ארבע דרגות אשמה: Purposely, Knowingly, Recklessly, Negligently. הקוד האמריקני מבחין במפורש בין יסוד הכוונה (המוגדר בסעיף 2.02(a)(2)) לבין יסוד הידיעה (המוגדר בסעיף 2.02(b)(2)) תוך זניחת ההגדרה הכללית של "General Intent" שכללה גם ידיעה באופן מסורתי ותרמה לאי-בהירות לדעת מנסחי הקוד. סעיף 2.02(7) כולל "ידיעה בהסתברות גבוהה" (Knowledge of High Probability) בהקשר ליסוד הידיעה בלבד. ראו *The American Law Institute* (Official Draft And Revised Comments) (Philadelphia, 1985), 225-226 and Comments, pp. 233-235.

84 ראו: לוי ולדרמן (לעיל, הערה 15), עמ' 420; ש"ז פלר "נפקדות על מנת להשתמש מתפקיד קרבי" הפרקליט כט (תשל"ה) 534, עמ' 535-536; קוגלר (לעיל, הערה 4), עמ' 109-110; הפסיקה לא הבחינה תמיד באופן ברור בין הלכת הצפיות לבין חזקת הכוונה, ונסתה לבלבלה ביניהם. ראו למשל, ע"פ 172/68 המטפרסט נ' היועמ"ש, פ"ד (2) 3, עמ' 9 (השופט זילברג). לניתוח סדור של ההבחנה האמורה ראו, למשל, ע"פ 3126/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 638, עמ' 649-651 (השופט גולדברג). כן ראו באשר לזיקת הגומלין בין שתי הדוקטרינות את דברי השופט גולדברג בפרשת אלבה (לעיל, הערה 2), עמ' 311.

חפץ או שאיפה כמשמעותם המקובלת ועל-כן עשויה להיות חשופה למוסרות של עקרון החוקיות כל עוד אינה מעוגנת מפורשות בחוק⁸⁵.

הבחנה משלימה בהקשר שלענייננו היא זו הנעוצה בהבחנה בין יסודות ההתנהגות והתוצאה שבעבירה כהגדרתם בסעיפים 18 ו-20 לחוק העונשין המתוקן, ואשר מעוררת קושי שעליו עמדו מלומדים ושופטים⁸⁶. ביסודו, מכוון יסוד הכוונה ביחס לתוצאות העבירה, אך קיימות גישות שלפיהן ניתן להחילו וכיצא בזה את תחליף הידיעה השקולה לו, אף על יסודות נוספים של האקטוס ריאוס כגון נסיבות העבירה⁸⁷. הקושי שבהחלת הלכת הצפיות בא לידי ביטוי במשפטנו במיוחד באותן עבירות התנהגות המתאפיינות ביסוד נפשי של "כוונה מיוחדת" המכוון ליעד נוסף החורג מיסודות האקטוס ריאוס של העבירה⁸⁸. מאחר שבמקרים כגון אלה יסודות העבירה אינם כוללים תוצאה אסורה, מחד גיסא, ואילו היסוד הנפשי מתבטא בהן במונח תכליתי מפורש, מאידך גיסא, מחדדת החלתו של כלל הצפיות במסגרתן את המתח שבין לשון החוק לבין הקונסטרוקציה המשפטית המסתפקת בידיעה באשר להתממשות היעד האובייקטיבי האסור, שאותו לא נדרשת התביעה להוכיח. עבירות אלה לפי לשונו של פרופ' פלר הן עבירות של מחשבה פלילית מיוחדת⁸⁹. ולאחרונה, יש להבחין בין כוונה, מניע ומטרה. המניע נחשב כמצב נפשי המדרבן נקיטת קו פעולה מסוים ומשמש בסיס להתנהגות. בעוד שהכוונה היא היסוד הנלווה להתנהגות המגדיר את יחסו הנפשי של העושה למעשה הפלילי, מתמקד המניע בשאלה מדוע בוצע המעשה תוך בחינת היעדים והמטרות הסופיות שהכתיבו את המעשה⁹⁰. מלומדים רואים במניע כעשוי לשאת שתי פנים: פני עבר, כגון תחושות איבה, שנאה, קנאה שבעטיין בוצע המעשה הפלילי, או בנושא פני עתיד, ובמקרה זה מתמקד ביעדה הסופי של ההתנהגות האסורה⁹¹. הכוונה

- 85 ראו לעניין זה אצל קוגלר (לעיל, הערה 4) עמ' 121-123.
- 86 לוי ולדרמן (לעיל, הערה 15), עמ' 210-209; שפירא (לעיל, הערה 58). השופטים בך וטירקל בפרשת אלבה (לעיל, הערה 2).
- 87 לוי ולדרמן, שם, עמ' 411; א' לדרמן "דיני עונשין" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"א), 387, עמ' 397-398; וראו גישת ה-M.P.C. המוזכרת שם, היוצרת פסיפס של רכיבי היסוד הנפשי ביחס ליסודות העובדתיים.
- 88 ד"ר קוגלר מונה בחוק העונשין למעלה משישים עבירות הדורשות את יסוד ה"כוונה", ומצייין כי רובן ככולן הן עבירות שבהן לא נדרשת תוצאה, דהיינו עבירות התנהגות בעלות יסוד נפשי מיוחד (בספרו (לעיל, הערה 4), עמ' 39 והערות 1-2). קוגלר מכנה עבירות אלה "עבירות מטרה" ואילו אני אמנע מכינוי כולל זה בשל ההבחנה שבין מניע למטרה, שעליה אעמוד, ואשר ד"ר קוגלר רואה בה הבחנה חסרת משמעות (שם, עמ' 147). עוד ראו בהקשר ל"כוונה מיוחדת" אצל לוי ולדרמן (לעיל, הערה 15), עמ' 443; וראו ש' אגרנט "התפתחויות במשפט הפלילי" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 53, עמ' 53-54.
- 89 ראו בספרו, כרך א (לעיל, הערה 30), עמ' 546-547.
- 90 ראה לוי ולדרמן (לעיל, הערה 15), עמ' 438.
- 91 שם, עמ' 437-438.

היא אמצעי להשגת המניע המרוחק יותר שאינו נחשב לפיכך כרלוונטי להגדרת העבירה, אלא בעבירות מיוחדות שבהן הוא מופיע במפורש⁹². ההבחנה בין מניע הנושא פני עבר לבין מניע הנושא פני עתיד הביאה למחלוקת או לנקיטת מושגים שונה בין מלומדים במשפט שלנו אשר השליכה על יישום הלכת הצפיות בפסיקה שלאחר חקיקת תיקון 39 כפי שאבקש להראות בהמשך הדברים⁹³.

2. הגישה המסורתית: הלכת הצפיות ככלי עזר גמיש

יסוד הכוונה לא הוגדר בעבר במשפט הישראלי על-ידי המחוקק, בפח"פ או בחוק העונשין. אזכור מושגי ליסוד הכוונה נכלל רק בהוראה שקבעה את היעדר הרלוונטיות של המניע להוכחת האשמה, זאת בעקבות ההבחנה המוכרת במשפט המקובל, שהוכרה גם בארץ⁹⁴. בפרשת יעקובוביץ הבחין השופט אגרנט, בעקבות הגדרות המשפט המקובל, בין יסוד הכוונה לפזיזות. כך, הוגדרה הכוונה כ"חזות מראש המלווה גם חפץ לגרום לתולדה האסורה"⁹⁵. פסקי-דין נוספים המשיכו בקו זה, שלפיו נתפסה הכוונה, להבדיל מפזיזות, ככוללת חפץ או רצון ממש, דהיינו, כאשר נדרשת "כוונה" אין די בפזיזות לצורך הרשעה בעבירה⁹⁶. אלא שבד בבד הכירה הפסיקה, בהקשרים אחדים,

- 92 עיקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף 16 לחוק העונשין משנת תשל"ז, שהושמט בתיקון 39. וראו 81-83 (Smith & Hogan (*supra*, note 78), pp. 81-83).
- 93 לוי ולדרמן מתייחסים ל"מניע" כאמור בנושא פני עבר או עתיד (בספרם (לעיל, הערה 15) עמ' 437 והערה 163). ואילו פרופ' פלר הבחין בין "מניע" לבין "מטרה" כשני פנים ליסוד נפשי של מחשבה מיוחדת בעבירות התנהגות. באשר ל"מניע" שלל פלר את תחולת הלכת הצפיות. ואילו ד"ר קוגלר סבור כאמור בספרו (לעיל, הערה 4) כי סעיף 90א(2) שנחקק במסגרת תיקון 43 לחוק העונשין קובע הבחנה חסרת משמעות בין "מניע" ל"מטרה". לטעמי יש יסוד להבחנה זו, ראו להלן, הערה 243.
- 94 ראו סעיפים 15(ב), 16 לחוק העונשין כנוסחם בשנת תשל"ז, וראו ע"פ 28/62 פלוני נ' היוהמ"ש, פ"ד טז(3) 2305. על ההלכה במשפט המקובל ראו Smith & Hogan (*supra*, note 78), pp. 81-83.
- 95 לעיל, הערה 10, עמ' 545; בעקבות מאמרו של Turner "The Mental element in Crimes at Common Law" in L. Radzinowicz and J.W.C. Turner (eds.) *The Modern Approach to Criminal Law* (1945) 195; השופט אגרנט חזר על הלכה זו בע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועמ"ש, פ"ד י 281 (להלן – פרשת מנדלברוט), עמ' 315; וראו לוי ולדרמן (לעיל, הערה 15), עמ' 411; קוגלר (לעיל, הערה 4), עמ' 43 והערה 16.
- 96 ד"ר קוגלר רואה בגישה זו את הזרם המרכזי בפסיקה שעד פסק-דין בורוכוב (לעיל, הערה 24). ראו בספרו, שם, עמ' 43-69; ראו: פרשת מנדלברוט (לעיל, הערה 95), עמ' 315; ע"פ 232/55 היועמ"ש נ' גרינוולד, פ"ד יב(3) 2017 (להלן – פרשת גרינוולד), עמ' 2068; ע"פ 419/68 מדינת ישראל נ' רפאל, פ"ד כב(2) 749, עמ' 754; ע"פ 396/69 נעים נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 561, עמ' 567; ע"פ 176/71 הרב שמואל ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 667, עמ' 674-675; ע"פ 155/59 דרעי נ' היועמ"ש, פ"ד יד 233, עמ' 237; ע"פ 515/74 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 201, עמ' 203; ע"פ 344/75 נחום נ' מדינת

באפשרות של החלת הלכת הצפיות כתחליף ליסוד הכוונה. עם זאת נזרה הפסיקה, במוצהר, מלראות בדוקטרינה זו משום תחליף כללי ומושגי ליסוד הכוונה והעדיפה להחילה ככלי עזר במקרים בודדים מטעמים הנעוצים ב"תקנת הרבים"⁹⁷. במהלך השנים החילה הפסיקה את הכלל המשווה ידיעה לכוונה בכמה הקשרים ספציפיים, אשר צוין לגביהם כי יותר מאשר היה בהחלתם קו עיוני מאבחן ברור, מלמדים הם על רתיעתם של בתי-המשפט מלהפוך דרך אלטרנטיבית זו לגיבוש כוונה לדוקטרינה כללית, ועל הותרתה ככלי עזר גמיש שבו רשאית הערכאה השיפוטית לערוך שימוש סלקטיבי בהתאם להבנתה ולתחושתה⁹⁸. באופן זה הוחלה הלכת הצפיות על היסוד הנפשי של "כוונה לפגוע בביטחון המדינה" שבעבירות ריגול תוך טשטוש הגבולות שבין ההלכה המהותית לחזקה הראייתית⁹⁹. כן הוחלה ההלכה כתחליף ליסוד ה"כוונה להרגיז" שבעבירה של הסגת גבול¹⁰⁰. הלכת הצפיות הוחלה אף על עבירת הסיוע באופן כללי בד בבד עם שלילתה באופן ספציפי על היסוד הנפשי שבעבירת רצח

ישראל, פ"ד ל(1) 659, עמ' 662-663; ואסמכתאות נוספות המוזכרות אצל קוגלר, שם, עמ' 44.

97 פרשת עג'מי (לעיל, הערה 10), דברי השופט אגרנט, עמ' 432, בהקשר להחלתה בעבירה של הסגת גבול "מתוך כוונה להרגיז" לפי סעיף 286 לפקודה, כנוסחה דאז: "אין ספק כי גירסה זו יסודה נעוץ בתקנת הרבים ולפיכך הינה בעלת ערך רב. אף-על-פי-כן, אין בדעתי לאמצה, לפי שעה, כהלכה המתפשטת על כל מקרה שבו קבע המחוקק, כיסוד מיסודות העבירה, קיום כוונה פלילית מיוחדת בלב הנאשם בשעת מעשה, שכן ייתכן מאוד שהחלתה לגבי עבירה מסוימת, הטומנת בחובה כוונה פלילית ספציפית, תהא נוגדת למטרת המחוקק ותעשה אותה פלסטר"; וראו לוי ולדרמן (לעיל, הערה 15), עמ' 423: "בתי המשפט הם שהגו את הרעיון להשוות, בנסיבות מוגדרות, את הידיעה לכוונה. אולם הערכאות נזהרו מלהפוך דרך אלטרנטיבית זו לגיבוש כוונה, לדוקטרינה כללית."

98 ראו אצל לוי ולדרמן (לעיל, הערה 15), עמ' 425-426, שם מציינים המחברים כי בגישה זו "יתרונות של גמישות וחסרונות של חוסר ודאות".

99 ע"פ 129/58 קוקס נ' היועמ"ש, פ"ד יג(1) 177; מדבריו של השופט לנדוי באותו מקרה לא ברור אם הוחלה הלכת הצפיות או שמא החזקה הראייתית (שם, עמ' 178); ע"פ 268/59 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד יד(1) 310, עמ' 312; ע"פ 45/61 קורט סיטה נ' היועמ"ש, פ"ד טו(2) 1373 (להלן – פרשת סיטה), עמ' 1379 (השופט זילברג): "אי התחשבות בתוצאות הפוגעות שהן 'טבעיות' במידה גבוהה של הסתברות מהווה עצימת עיניים בפני התוצאה ואף היא כוונה במובן הסעיפים הנדונים"; ע"פ 122/61 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד טז(4) 2397, עמ' 2402; השופט אגרנט מחזק את השופט זילברג בפרשת סיטה, שם, ומציין: "במקום שהנסיבות מצביעות שאדם סביר, אילו היה נתון במצבו של הנאשם, היה יודע, במידה גבוהה של הסתברות על התוצאה הפוגענית, שתצמח ממעשהו של זה, משמע – שגם הנאשם ידע זאת".

100 פרשת עג'מי (לעיל, הערה 10); ע"פ 48/49 כהנוביץ נ' היועמ"ש, פ"ד ב 890 (להלן – פרשת כהנוביץ), אם כי מדבריו של השופט אולשן בעמ' 895 ניתן להבין כי הוא רואה בידיעת הפולשים כי כניסתם תקניט את המתלוננת ככוונה ממש ולא כתחליף; וראו אצל קוגלר (לעיל, הערה 4), עמ' 58.

או סיוע לרצח אשר גרר בזמנו עונש זהה, תוך הדגשת היסוד הנפשי החמור הנדרש לעבירה זו¹⁰¹. כן הושארה בצריך עיון תחולתה של הלכת הצפיות על היסוד הנפשי של "כוונה לפגוע" ו"כדי להחשיד או לבזות" שבעבירה של זילות בית-המשפט לפי סעיף 255 לחוק העונשין¹⁰². ד"ר קוגלר סבור כי באופן מסורתי נתפסה הלכת הצפיות, לפחות עד פרשת בורוכוב, כקונסטרוקציה המשתרעת מעבר לגבולות הפרשנות הלשונית הלגיטימית למונח "כוונה"¹⁰³, אם כי המחבר עמד על כך שפסקי-דין מסוימים לא התיישבו עם גישה זו, אלא ראו בה לכאורה חלק מיסוד הכוונה, במיוחד כאמור בעבירות ריגול¹⁰⁴, וכן בעבירות של הסגת גבול¹⁰⁵. זאת ללמדך על הקושי שבהתווית קווי גבול ברורים לדוקטרינה זו, אשר אומצה כאמור ככלי עזר הנעוץ ב"תקנת הרבים" יותר מאשר כהלכה מושגית סדורה. הלכת הצפיות הוחלה באופן מסורתי על-ידי הפסיקה ללא הבחנה ברורה בין עבירות תוצאה לעבירות התנהגות. עם זאת בפועל המקרים שבהם נעשה בה שימוש היו, כפי שצוין, עבירות התנהגות של מחשבה פלילית מיוחדת¹⁰⁶. בגיבוש תחליף ליסוד הכוונה באמצעות הלכה פסוקה היה משום הרחבה של האחריות הפלילית שחרגה מעקרון החוקיות, הגם שלחריגה זו נמצאו צידוקים נוכח החסר בחוק העונשין הישן¹⁰⁷.

- 101 ע"פ 552/68 אילוז ואליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377. העתירה לדיון נוסף נדחתה, ד"נ 7/69 אליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 561; באותו מקרה הוחלה ההלכה באופן כללי על סיוע אך נדחתה כאשר לעבירת רצח או סיוע לרצח. השופט לנדוי ציין כי: "אין זה מן הראוי שפיקציה זו תחול על עבירת רצח הדורשת כוונה ספציפית, דהיינו רצון להרוג, וכוונה זו היא המשווה לעבירה זו את אופייה החמור במיוחד. אין לשים אות קין על מצחו של אדם, אלא אם הוכח כלפיו אישית הרצון להרוג, בראיות ישירות או נסיבתיות של ממש, ולא רק מכוח הפיקציה. זה הדין לגבי הרוצח עצמו, והוא חייב להיות הדין גם לגבי המסייע לרצח, הצפוי לאותו עונש חובה של מאסר עולם, בו מענישים את הרוצח". (פסק-הדין בערעור הפלילי, בעמ' 390); וראו אצל קוגלר (לעיל, הערה 4), עמ' 55-51; לפסקי-דין נוספים באותו קו ראו: ע"פ 553/77 תומא נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 141, עמ' 148; ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 393.
- 102 בג"ץ 506/89 בארי נ' ראש מדור התביעות אגף החקירות, פ"ד מד(1) 604, עמ' 608-607 (השופטים שמגר וברק).
- 103 הגישה הוזכרה בפרשת גרינוולד (לעיל, הערה 96) ועוגנה בפסק-הדין המנחה בפרשת עגמי (לעיל, הערה 10) מפי השופט אגרנט, בעמ' 431, שלפיה "ה'דיעה' שהיתה לנאשם בשעת מעשה כי התנהגותו תביא לתוצאה, שהמחוקק חתר למנעה, הופכת, על פי הקונסטרוקציה של החוק, לכוונה להביא לתוצאה כזאת".
- 104 לעיל, הערה 99 וראו בספרו (לעיל, הערה 4), עמ' 57.
- 105 פרשת כהנוביץ (לעיל, הערה 100); ע"פ 151/52 פ. י. שפירא נ' קיפניס, פ"ד ח 1034; ראו בספרו (לעיל, הערה 4), עמ' 58. ד"ר קוגלר מפנה גם לע"פ 114/52 חבורה נ' ירוחם, פ"ד ז 190, אם כי לי נראה כי באותו מקרה החיל השופט זוסמן את חזקת הכוונה הראייתית ולא את הלכת הצפיות (שם, עמ' 193).
- 106 ראו אצל קוגלר, שם, עמ' 68, הערה 62.
- 107 שם, עמ' 128.

3. הגישה הפרשנית: הלכת הצפיות כאופציה לשונית

בראשית שנות השמונים קמה בפסיקה גישה מתחרה לגישה המסורתית שראתה בהלכת הצפיות, על-פי רוב, משום תחליף או פיקציה החיצוניים והשקולים למושג הכוונה גופו. גישה זו, שנגזרה מתפיסתו הכללית של השופט ברק שעליה עמדת בראשית מאמר זה, הציעה לראות בהלכת הצפיות אפשרות פרשנית לשונית הנכללת בגדר המונח כוונה, אשר תיושם ממקרה למקרה לפי תכלית העבירה והקשרה, תוך ניסיון ליישב את גיבושה של דוקטרינה זו עם עקרון החוקיות. בפרשת בורוכוב ציין השופט ברק כי "הביטוי 'כוונה' עשוי להשתרע, מבחינה לשונית, הן על מצב שבו קיים רצון להשיג תוצאה הן על מצב, שבו לא קיים רצון להשיג תוצאה, אם כי קיימת מודעות להסתברות הגבוהה כי התוצאה תושג. ההחלטה בכל סוגיה משפטית קונקרטית, איזו מבין משמעויות אלה היא התופסת, נעשית על-פי ההקשר החקיקתי שבו מופיע המונח 'כוונה'¹⁰⁸. ואילו השופט גולדברג נקט באותה פרשה בגישת התחליף המסורתית ולא בגישה הפרשנית, אך מדבריו הסתבר כי לשיטתו בדרך כלל יש להחיל את הלכת הצפיות אלא אם קיימים נימוקים מיוחדים שלא להחילה¹⁰⁹. גישה פרשנית דומה נקט השופט ברק בדעת יחיד בפרשת ליכטמן בהחילו את הלכת הצפיות על היסוד הנפשי של "בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו" הקבוע בעבירה של איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין¹¹⁰. עם זאת הלכה למעשה, למרות הבדלי טרמינולוגיה, הן גישת התחליף המסורתית והן גישתו הפרשנית של השופט ברק שיקפו מוטיבציה דומה של בית-המשפט בשמירת שיקול-דעתו. שתי הגישות הותירו את יישום הלכת הצפיות לאותם מקרים מתאימים שיקבע בית-המשפט נוכח שיקולים הטמונים בסוג העבירה הנדונה או בקשיי הוכחה ראייתיים בנסיבות העניין. עם זאת במיסודה של הלכה זו כאופציה לשונית לגיטימית, להבדיל מקונסטרוקציה משפטית עקיפה, היה משום חידוש אשר ערער את התפיסות המסורתיות בנוגע לפרשנות הדין הפלילי, בהופכו את האופציה הלשונית החריגה למקובלת ובמיסודה של מסגרת תאורטית להחלתה של הלכת הצפיות לפי הצורך, הגם שבאורח ספורדי וגמיש¹¹¹.

108 לעיל, הערה 24, עמ' 216. באותו מקרה לגופו שלל השופט ברק את אפשרות החלתה של הלכת הצפיות על היסוד הנפשי של "בכוונה לפגוע" שבעבירה על סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (שם, עמ' 219). קוגלר מכנה גישה זו "הגישה הגמישה". לדיון מפורט ראו בספרו (לעיל, הערה 4), עמ' 71-91.

109 שם, עמ' 212; אף השופט גולדברג שלל באותה מקרה את תחולתה לגופו של עניין. קוגלר מכנה את גישתו של השופט גולדברג "הגישה המסייגת". השופט גולדברג חזר על עמדתו בע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265 (להלן – פרשת וענונו), עמ' 302, ובע"פ 506/89 נעים נ' רוזן, פ"ד מה(1) 133 (להלן – פרשת נעים), עמ' 138-139; וראו אצל קוגלר, שם, עמ' 67, 86-87, 114.

110 ע"פ 103/88 ליכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 373, עמ' 386.

111 ראו אצל לדרמן במאמרו "מטרת החיקוק" (לעיל, הערה 22).

4. הגישה המושגית: תחליף כללי ליסוד הכוונה

הגישה המסורתית בפסיקה, אשר נרתעה מהחלת הלכת הצפיות כדוקטרינה כללית, זכתה בראשיתה לתמיכה באקדמיה המשפטית¹¹², ברם בחלוף מספר שנים נתקלה גישה זו בביקורת מצדו של פרופ' פלר. כמתחייב מגישתו המושגית הכללית ביקר פרופ' פלר את עמדת הפסיקה, שביקשה לשמור על דוקטרינה זו ככלי עזר גמיש. לצורך ניתוח הדברים בהקשר ליישום בפסיקה שלאחר תיקון 39 אבחין בין שתי זרועות. הזרוע הראשונה עניינה תחולת הלכת הצפיות בהקשר לעבירת תוצאה; והזרוע השנייה עניינה תחולת הלכת הצפיות בהקשר לעבירת התנהגות של מחשבה פלילית מיוחדת. אתחיל בזרוע הראשונה, שעניינה עבירות תוצאה. למבנה המושגי הסדור שהציע פרופ' פלר בנוגע למבנה העובדתי והנפשי של העבירה, היו השלכות מבחינת תחולתה של הלכת הצפיות. נאמן לגישתו המושגית אשר שללה את האפשרות להכיר ביחס רצוני להתנהגות או לנסיבות, אלא מודעות או היעדר מודעות בלבד, טען פלר כי את הדיבור "כוונה" יש לייחד אך ורק לרכיב הנפשי המכוון לתוצאות העבירה¹¹³. כיוון שכך, טען פלר כי המסגרת הבסיסית להחלתו של כלל הצפיות היא העבירות התוצאתיות או כלשונו "עבירות הכוונה"¹¹⁴. פלר טען כי יש להחיל את הלכת הצפיות ככלל רחב וגורף בכל עבירה המתייחדת ביסוד של "כוונה", בלי מקום לסייגים, לגמישות או לחריגים¹¹⁵. בשלב מאוחר יותר הבחין פרופ' פלר בספרו בין הלכת הצפיות החלה לגבי יסוד התוצאה לבין זו "המקבילה" לה, החלה לשיטתו בעבירות התנהגות של מחשבה פלילית מסוג "מטרה". עם זאת פלר לא הבחין הבחנה מהותית בין הלכת הצפיות בהקשר ליסוד

- D. Bein "Knowledge which reached a high Degree of Probability" *Isr. L. Rev.* (1967) 112
 18; ביין תמך בגישתו הזהירה של בית-המשפט בפרשת עג'מי (לעיל, הערה 10). הגם שהציע נימוקים אחדים לתחולת ההלכה ציין כי ההסבר המשכנע טמון באילוץ המציאות ולא בהסברים רציונליים שהם לדידו בגדר משחק מילים (*ibid.*, pp. 23, 31).
- 113 סיווג זה בא לידי ביטוי בסעיף 18 לחוק העונשין המתוקן, המגדיר את מבנה היסוד העובדתי של העבירה ובסעיף 20 המגדיר את מבנה המחשבה הפלילית. לביקורת בהקשר זה ראו אצל שפירא (לעיל, הערה 58).
- 114 פלר, כרך א (לעיל, הערה 30), עמ' 597.
- 115 S.Z. Feller "The Knowledge Rule" 5 *Isr. L. Rev.* (1970) 352; בעקבות ע"פ 172/68 המטפרסט נ' היועמ"ש, פ"ד (2) 3 ור"נ 8/68 המטפרסט נ' היועמ"ש, פ"ד (2) 536; פלר (לעיל, הערה 84), עמ' 534. ד"ר קוגלר מכנה גישה זו "הגישה המכלילה" בנוגע להלכת הצפיות, ראו בספרו (לעיל, הערה 4), עמ' 70-71. גישה דומה הובעה על-ידי סנג'רו, במאמרו (לעיל, הערה 32), עמ' 346-347. המחבר ציין כי משחוללה הלכה זו למשפט הישראלי כדוקטרינה כללית בדרך פסיקתית אין עוד סמכות לבתי-המשפט להסתייג ממנה. ואילו ד"ר קוגלר סבור כי פלר וסנג'רו טעו בטענה שלפיה הלכת הצפיות הוחלה כדוקטרינה כללית בפרשת המטפרסט, ראו בספרו, שם, עמ' 55-56 והערה 42.

התוצאה לבין זו החלה בהקשר ליסוד "המטרה" שבעבירות התנהגות כאמור¹¹⁶. באשר לזרוע השנייה, שעניינה עבירות התנהגות בעלות יסוד של מחשבה פלילית מיוחדת, לא שלל פרופ' פלר את תחולתה של הלכת הצפיות, בכפוף להבחנה שבה נקט, כפי שצוין, בין מניע למטרה. כאשר עסקינן בעבירת התנהגות המתאפיינת ביסוד נפשי של "כוונה מיוחדת" סבר פלר כי יש לדבר על "מטרה" או "מניע" ולא על "כוונה" המתייחדת לתוצאה. להבחנתו של פרופ' פלר בין מניע ("המוטיב" הסובייקטיבי הפנימי שהביא לביצוע העבירה) לבין מטרה ("התכלית" שיש בה גם היבט אובייקטיבי אותו שואפים להגשים במעשה העבירה) הייתה השלכה, לשיטתו, באשר להחלת הלכת הצפיות. בעוד שבאשר ליסוד המטרה ראה אפשרות להחלת תחליף צפיות "השקול כנגדה", שלל פלר נחרצות את החלתו של תחליף ליסוד הנפשי של מניע אשר "חי וקיים בנפשו" של העושה וקבע שאין להחליפו בתחליף, לא במישור הרצוני או ההכרתי ולא בכל מישור אחר¹¹⁷. הקביעה בכל עבירת התנהגות מיוחדת, אם היסוד הנפשי שבה הוא מניע או מטרה, הייתה כפופה לשיטתו להבחנה אנליטית זו. הדברים באו לידי ביטוי, למשל, במחלוקת באשר לסיווג היסוד הנפשי של "כוונה לפגוע" שבעבירה של איסור לשון הרע, שאותה פירש פלר כמניע ושלל לגביה את תחולתה של הלכת הצפיות¹¹⁸. כיצד באה לידי ביטוי גישתו של פרופ' פלר בפסיקה שקדמה לתיקון 39? ובכן, שתי הזרועות המושגיות של פרופ' פלר שתוארו לעיל, הן זו שביסודה ההבחנה בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות בהקשר לתחולת הלכת הצפיות, הן זו שביסודה ההבחנה בין "מטרה" ל"מניע" לעניין החלטה של הלכת הצפיות – נדחו באופן מסורתי על-ידי הפסיקה שקדמה לחקיקת תיקון 39 לחוק העונשין. לאורך השנים החילה כאמור הפסיקה את הלכת הצפיות ללא הבחנה ברורה בין עבירות תוצאה לעבירות התנהגות. זאת ועוד, הפסיקה החילה את הלכת הצפיות באופן מסורתי על עבירות הריגול, הכוללות יסוד נפשי של "כוונה לפגוע בביטחון המדינה", אשר אותן פירש פלר כעבירות "מניע" שאין להחיל לגביהן את הלכת הצפיות¹¹⁹. בפרשת וענונו ביקש הנשיא שמגר לעשות סדר

116 פלר, כרך א (לעיל, הערה 30), עמ' 606-607; והשוו אצל סנג'רו, שם, עמ' 339, הערה 14, המציין שלדעתו אין טעם בהבחנה זו; כן ראו קוגלר, שם, עמ' 70 והערה 66 ועמ' 524-525.

117 פלר (לעיל, הערה 33), עמ' 448; וראו בספרו, כרך א (לעיל, הערה 30), עמ' 506-510, 549-548. בגישתו של פלר חלו ניואנסים שקוגלר עומד עליהם. ראו בנספח השלישי לספרו (לעיל, הערה 4), עמ' 509 ואילך.

118 פלר (לעיל, הערה 33), עמ' 448; והשוו אצל סנג'רו (לעיל, הערה 32), עמ' 340; וראו ש"ז פלר "לשון הרע – עבירה" ומשמעות הדרישה 'בכוונה לפגוע' – מחשבה שנייה (ע"פ 506/89) "משפטים כג (תשנ"ד) 515.

119 ראו פלר (לעיל, הערה 30), עמ' 422: פלר מתייחס לעבירה של מסירת ידיעה לאויב או בשבילו ככוונה לפגוע בביטחון המדינה (עבירת ריגול לפי סעיף 11 כנוסחו אז), בציינו כי "מדובר במעשים אשר פלילותם או ענישתם המיוחדת מותנית ביסוד נפשי המאופיין במניע מיוחד שהובע בהגדרת העבירה בסיגנון תכליתי". 'הכוונה לפגוע בביטחון המדינה',

במונחים השונים תוך הליכה מסוימת בתוואי שהציע פלר באשר להבחנה בין מניע למטרה, אך בסופה של הדרך הגיע הנשיא שמגר למסקנה כי אינו רואה לנכון להבחין בין עבירות תוצאה לבין עבירות התנהגות לצורך החלת הלכת הצפיות וכן אינו רואה לנכון לשלול את תחולתה של הלכת הצפיות באשר ליסוד נפשי של "מניע" כגישת פרופ' פלר¹²⁰. יתר על כן, עמדתי על כך שהחל משנות השמונים ואילך, ובעקבות פרשת בורוכוב, התמקדו חצי הביקורת של מצדדי הגישה המושגית בגישתו הפרשנית של השופט ברק. בהקשר לאותה פרשה נסבה הביקורת באופן קונקרטי כנגד גישתו הגמישה באשר לתחולתה של הלכת הצפיות, אשר נתפסה כאיום על עקרונות יסוד של ודאות ובהירות במשפט הפלילי ובמובנם העמוק של דברים, איום על תפיסת עליונות הריבון על בית-המשפט¹²¹. גם בהקשר זה שיקפו הפערים שבתפיסות העולם השונות שביסוד המודל שגיבשה הפסיקה למול זה שהציע פרופ' פלר, את המתח בין עקרונות יסוד של חוקיות ובהירות לבין המוטיבציה של ערכאות השיפוט לשמור על הגמוניה בעיצוב גבולות האחריות והותרת מרווח רב לשיקול-דעת שיפוטי. כך אפוא גישת הפסיקה בסוגיית הלכת הצפיות לימדה במהלך השנים על רתיעה עקבית מאימוץ המבנה המושגי הנוקשה של פרופ' פלר תוך שמירה על גבולות גמישים של שיקול-דעת שיפוטי.

ג. תיקון 39 : האומנם נקודת איזון חדשה בין דין והלכה ?

תיקון 39 פורסם ברשומות ביום 23.8.1994 ונכנס לתוקף שנה לאחר מכן, ביום 23.8.1995¹²². התיקון החליף את החלק המקדמי והכללי לחוק העונשין, וביקש להסדיר

משמעותה, לדעתנו, ביצוע המעשה על רקע אידיאולוגי כביטוי לשלילת סדרי המשטר במדינה, או לשלילת המדינה עצמה... כאשר המעשה נעשה מתוך מניע אנטי-ממסדי או אנטי-מדינתי, אם כי המניע בוטא בסיגנון תכליתי – 'התכוון לפגוע בביטחון המדינה'". וראו במאמרו (לעיל, הערה 33), עמ' 448: "מקום בו המחוקק מתנה את היסוד הנפשי שבעבירה, במניע מסויים, כולל התנאי בתוכו גם מודעות העושה למניע זה, החי והקיים בנפשו. נוכח מציאות מנטאלית זו, אין עוד, מטבע הדברים, מקום לתחליף למניע זה, אם במישור הכרתי ואם בכל מישור נפשי אחר".

120 פרשת ועגנוני (לעיל הערה 109), עמ' 288-290; וראו אצל לדרמן (לעיל, הערה 87), עמ' 397-398.

121 לביקורת מזווית אחרת ראו D. Kretzmer "Intent in Criminal Libel: Statutory Interpretation or Judicial Imagination?" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 591.

122 הצעת החוק שקדמה לתיקון עברה מספר גלגולים ועיבודים במהלך כשני עשורים. בראשיתה, ננקטה דרך ביניים ביחס לדין המצוי (ראו הצעת הוועדה בראשות הנשיא לשעבר אגרנט, משפטים י (תש"ם) 203, אם כי עיגונה של הלכת הצפיות כעקרון כללי היה חידוש ביחס לדין הקיים פרי עמדת פרופ' פלר, שהיה חבר בוועדה, ואשר נכלל בהצעה הראשונה, ראו שם, עמ' 215-216). הצעת אגרנט נמסרה לידי פרופ' פלר וקרמניצר והורחבה ועובדה על-ידיהם כחלק ממהלך קודיפיקטיבי לחקיקתו של חוק עונשין (ראו

לראשונה בחוק את אבני היסוד של המשפט הפלילי. עקרון החוקיות עוגן בסעיף 1 לחוק העונשין המתוקן. חקיקת תיקון 39 הייתה אמורה לסמל לכאורה את ניצחון מצדדי הגישה המושגית, במתן עיגון חקיקתי לגישה הקונטיננטלית שהנחתה את מחבריו. סימן מובהק לאופן חשיבה זה מצא ביטוי במאמרה של פרופ' גור-אריה בסמוך לכניסת התיקון לתוקף, שבו קראה לבתי-המשפט למקם עצמם בעמדה חדשה ונחותה ביחס למחוקק¹²³. גור-אריה כתבה באופן מפורש כי לטעמה שולל תיקון 39 מבתי-המשפט את הסמכות לקבוע אחריות פלילית שאינה מעוגנת בחוק¹²⁴. דברים ברוח זו כתב פרופ' קרמניצר¹²⁵. יתרה מזו, מצב הדברים שלפיו מחבריו של התיקון הם עצמם מלומדים באקדמיה המשפטית שלנו הביאה לכך שהדיון אודות פרשנותו חרג מהשיח או מחלוקת התפקידים "המקובלת" בשדה המשפטי. כך לאחזונה קרא פרופ' קרמניצר לצמצם את שיקול-הדעת השיפוטי ברוח הוראות התיקון¹²⁶.

ש"ז פלר, מ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד (תשמ"ד) 127; ש"ז פלר, מ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש – שינויים מוצעים על ידי המחברים" משפטים יז (תשמ"ח) 392. הצעתם של פלר וקרמניצר אומצה על-ידי משרד המשפטים והוגשה כהצעת חוק מטעם הממשלה בינואר 1992 (ה"ח 2098 תשנ"ב (6.1.1992) 115). על נוסחיה השונים של ההצעה והשפעת גישתם הקודיפיקטיבית של מנסחיה בנוגע לעקרונות יסוד בפלילים בכלל ובהקשר ליסוד הכוונה והלכת הצפיות בפרט, עמדתי בעבודת הגמר, לעיל, הערת הפתיח, עמ' 37-41.

123 ראו מאמרה (לעיל, הערה 9), עמ' 9: "...ההגבלה המשמעותית הנובעת מעקרון החוקיות בתחום הפלילי נוגעת לשיקול דעתם של השופטים. כדי להבטיח כי האחריות הפלילית תוטל רק לאחר אזהרה הוגנת ובמטרה למנוע שרירות בהטלתה, אוסר עקרון החוקיות על יצירה שיפוטית של עבירות או של עונשים. ההגבלה האמורה חלה בכל חומרתה בראש ובראשונה לגבי הגדרת התנהגות מסויימת כעבירה ולקביעת העונש הצפוי בגין הפרתה". גור-אריה מציינת בהקשר זה, בין השאר, את הלכת הצפיות שפותחה בעבר על-ידי הפסיקה (שם, עמ' 11; וראו שם, הערה 13).

124 ראו דבריה: "מאחר שההצעה אמורה להסדיר את התנאים הכלליים לאחריות באופן ממצה, היא מחילה את עקרון החוקיות גם לגבי החלק הכללי של דיני העונשין. ההצעה שוללת מבתי המשפט את הסמכות ליצור בדרך פסיקתית תנאים כלליים לאחריות" (שם, עמ' 12). עוד ראו: "קרב" יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטונליזציה לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (1995) 64, עמ' 98; "קרב" החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 275.

125 M. Kremnitzer "Criminal Law in Israel" in *Crime and Criminal Justice in Israel* 185, pp. 200-202 (R.F. Friedmann – ed., New York Press, 1998).

126 ראו מ' קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו" מגמות בפלילים (תשס"א) 55, עמ' 66: "תהא זו השפעה שלילית של החוק החדש, אם ישפיע השפעה משתקת או ממתנת על היצירתיות השיפוטית, ובלבד שיצירתיות זו תהיה א-סימטרית, חד-מימדית וחד-כיוונית, לאמר מכוונת לצמצום היקפה של האחריות הפלילית. המגמה הפוכה של הרחבה אינה באה בחשבון, בהיותה סותרת את עקרון החוקיות".

באיזו מידה, אם בכלל, באה לידי ביטוי נקודת האיזון החדשה בין המחוקק לבתי-המשפט לה ציפו מנסחי התיקון בהקשר ליסוד הכוונה והלכת הצפיות? ובכן, מבנה המחשבה הפלילית עוגן לראשונה באופן מובנה בסעיף 20, וכלל לעניין הכוונה את תחליף הידיעה השקולה כנגדה, בהקשר ליסוד התוצאה, בהתאם לגישת פרופ' פלר כאמור¹²⁷. סעיף 20 לחוק העונשין המתוקן קובע כך:

20" (א) מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1) כוונה – במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2) פזיזות שבאחת מאלה;

(א) אדישות – בשוין נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;

(ב) קלות דעת – בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.

(ב) לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה במטרה לגרמן.

(ג)..."

באשר לזרוע הראשונה מבין השתיים שתוארו, הרישה של סעיף 20(ב) מייחדת את כלל הצפיות "לענין כוונה". יסוד ה"כוונה" מכוון בסעיף 20(א) סיפה ל"לענין התוצאות" ובסעיף 20(א)(1) כ"מטרה לגרום לאותן תוצאות". ה"תוצאות" מוגדרות בסעיף 18(א) כפרט מפרטי העבירה "שנגרמה על ידי המעשה, מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה". לפיכך, בהקשר לזרוע הדנה בעבירות תוצאה, הרי שלפי לשונו המפורשת של סעיף 20(ב) אומצה, כך נראה, הלכת הצפיות כדוקטרינה כללית השקולה כתחליף ליסוד הכוונה, בהתאם לגישתו של פרופ' פלר.

באשר לזרוע השנייה, בהקשר לתחולת כלל הצפיות על עבירות התנהגות של מחשבה פלילית מיוחדת, לקה סעיף 20 באי-בהירות. מאחר שיסוד הכוונה יוחד לעבירת

127 בנוסח הסופי שאומץ על-ידי המחוקק, בהקשר ליסוד הכוונה, חלו שינויי נוסח לעומת הצעתם של פלר וקרמניצר משנת תשמ"ד. שינוי טכני מופיע בסעיף 20(א)(1) בו נקבע כי "כוונה – במטרה לגרום לאותן תוצאות", לעומת "תוך מטרה" וגו' בהצעתם של פלר וקרמניצר. שינוי משמעותי יותר נלמד מסעיף 20(ב), הדן בכלל הצפיות, בו נקבע כי "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה במטרה לגרמן". דהיינו, שהוספה התיבה "כאפשרות קרובה לוודאי" היוצקת תוכן למידת הצפיות, שלא נכללה בהצעתם המקורית של פלר וקרמניצר או בזו של וועדת אגרנט (השוו סעיף 20(ב) להצעתם וסעיף 10(א)(1) להצעת אגרנט (לעיל, הערה 122) המדברת על "ראייה מראש" בלא הסתברות למידת הצפיות).

תוצאה בלבד, הרי שעמידה דווקנית על עקרון החוקיות עשויה הייתה להוביל לכאורה למסקנה פרשנית (שנדחתה על-ידי בתי-המשפט כפי שנראה להלן) שלפיה בהיעדר הוראת חוק מפורשת, יש לשלול את תחולת הלכת הצפיות, המרחיבה את האחריות בפלילים, על עבירות התנהגות מיוחדות¹²⁸. לשון אחר, אימוץ גישתם העקרונית של מחברי התיקון, שלפיה תיקון 39 צמצם את סמכותם של בתי-המשפט ביצירת דין מהותי מובילה כביכול למסקנה המביכה, שלפיה אין להחיל את תחליף הצפיות על היסוד הנפשי בעבירות התנהגות המתאפיינות במחשבה פלילית מיוחדת, משום שלתחליף שכזה אין עיגון לשוני בסעיף 20. עם זאת פרשנות דווקנית (ובלתי סבירה) שכזו אינה מתיישבת עם גישתם של שני מנסחי התיקון בסוגיה הנדונה. כאמור, הכיר פרופ' פלר בתחולת הלכת הצפיות על יסוד ה"מטרה" (להבדיל ממניע) שבעבירות התנהגות מיוחדות¹²⁹. ואילו פרופ' קרמניצר אף מחזיק בדעה כי יסוד הכוונה מבטא, ככלל, מונח תכליתי ולא מניע, והסתייג לאחרונה מגישת פלר בהקשר זה בציינו כי יש לנסות להימנע מהפיכת מניעים ליסודות העבירה¹³⁰.

על רקע הקשיים הללו ואחרים, וכהשלמה לתיקון 39, נכנס עמו לתוקף ביום 23.8.1995 תיקון 43 לחוק העונשין אשר קבע בין השאר כמה הוראות להתאמת צורות המחשבה הפלילית שנקבעו בחלק הכללי לעבירות בחלק הספציפי בחוק הקיים¹³¹. הצעת החוק שקדמה לתיקון 43 לחוק הוגשה ביום 10.7.1995, כמעט כשנה לאחר פרסום תיקון 39 ברשומות ביום 23.8.1994 וכחודש וחצי בלבד לפני כניסתו לתוקף ביום 23.8.1995¹³². תיקון 43 נחקק במטרה ליצור התאמה בין ההגדרות החדשות לבין מונחים הקיימים בחוק העונשין¹³³. כך קובע סעיף 90א(2) שנחקק במסגרתו כי "בכוונה – מקום שהמונח אינו מתייחס לתוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה, יתפרש המונח כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה, לפי

128 על כך עומד ד"ר קוגלר, בספרו (לעיל, הערה 4), עמ' 151; והשוו: קרמניצר (לעיל, הערה 126), עמ' 77, המאשר כי בדיעבד הייתה זו טעות שלא לקבוע מפורשות את תחולתה הכללית של הלכת הצפיות על עבירות מטרה, תוך אפשרות לסטות מכך במקרים מתאימים מכוח הוראות מפורשות בחלק הספציפי לחוק העונשין. בכך שינה פרופ' קרמניצר טעמו בהשוואה לעמדה קודמת שהביע לפיה "מאחר שהמטרה אינה בגדר יסוד נפשי כללי אלא יסוד נפשי מיוחד אין זה תפקידו של החלק הכללי לטפל בה". ראו מ' קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות' משפטים ל (תשנ"ט) 105, עמ' 127.

129 לעיל, טקסט ליד הערה 115 ואילך. הקושי שבו אנו מתמקדים נוגע כאמור לעבירות של מחשבה פלילית מיוחדת, שכן בהיעדר יסוד נפשי מיוחד, שולל פלר את הרלוונטיות של יחס רצוני להתנהגות ולנסיבות העבירה זולת מודעות גרידא.

130 לעיל, הערה 126, עמ' 77-78.

131 ראו סעיף 90א לחוק העונשין המתוקן.

132 ה"ח 2421 (י"ב בתמוז תשנ"ה, 10.7.1995), 561.

133 ראו דברי ההסבר, שם, עמ' 562.

ההקשר". אלא מאי, שסעיף 90א(2) אינו מבהיר מהו "ההקשר" שלפיו יש לפרש יסוד בעבירה פלונית כ"מניע" או כ"מטרה" ומשאיר זאת לבתי-המשפט. יתרה מכך, סעיף 90א(2) שותק באשר לאפשרות החלטה של הלכת הצפיות על יסוד ה"מטרה" או על יסוד ה"מניע" ואף בו אין משום עיגון לשוני להרחבת האחריות בפלילים בעבירות התנהגות של מחשבה פלילית מיוחדת כפי שעשה סעיף 20(ב) בהקשר ליסוד התוצאה. בראשית הרשימה עמדתי על תפקידו המרכזי של בית-המשפט העליון ביצירת המשפט הפלילי מאז קום המדינה. לבתי-המשפט, מעצם תפקידם נתונה הסמכות לפרש את הוראות החוק, לצקת להן תוכן ממש¹³⁴, ולספק תוך כדי כך נקודת מבט על תפיסתם ביחס למחוקק הלבוש בחליפתם של מלומדי האסכולה המושגית. הדברים נכוחים במיוחד לאור סעיף 5(א) לחוק העונשין המתוקן המחייב את בתי-המשפט להחיל את הדין המקל עם הנאשם במידה וחל שינוי בהגדרת העבירה ותוך כדי כך להשוות בין הוראות החוק החדשות להלכות שגיבשה הפסיקה. העימות בין בתי-המשפט לבין מלומדי האסכולה המושגית בא לידי ביטוי לא רק בחקיקת תיקון 39 אלא במאבק על כיבוש הפרשנות של בתי-המשפט בשנים שחלפו מאז נכנס התיקון לתוקף. גישת הפסיקה אינה מתאפיינת בעימות חזיתי עם לשון החוק ובמקומות שבהם נקט המחוקק בלשון מפורשת נכנעים בתי-המשפט, ככלל, לקביעתו. עיקר ההתמודדות מתרחשת במקומות שבהם הותירו הוראות התיקון מרווח פרשנות רב יותר והפרצות הללו הן כר פורה למחלוקות על גבולות הפרשנות הלגיטימיים בין אסכולות שונות בבית-המשפט העליון.

כפי שאבקש להראות בחלקה השני של הרשימה, הפסיקה שדנה ביסוד הכוונה ובהלכת הצפיות מאז חקיקת תיקון 39 אינה אחידה ומלמדת על רתיעת בתי-המשפט מלכבוש עצמם בנוסחאות הנוקשות שקבע התיקון. כאשר לזרוע הראשונה, שעניינה סעיף 20(ב), נראה כי בתי-המשפט מקבלים על עצמם ברמה הרטורית את עיגונו של כלל הצפיות כתחליף השקול ליסוד הכוונה בעבירות תוצאה. עם זאת אף בהקשר זה ניכרת רתיעה ממשית מהחלתו של תחליף צפיות זה כתכתיב מושגי, המחייב בהכרח בכל הנסיבות, וברוח זו ניתן לזהות זרם בפסיקה אשר שומר על רוחבו של שיקול-הדעת השיפוטי באמצעות הסטת המשקל לחזקת הכוונה מתחום דיני הראיות. כאשר לזרוע השנייה, שעניינה עבירות התנהגות המתאפיינות במחשבה פלילית מיוחדת, שבהן דן סעיף 90א(2), זו נותרה, כאמור, פרוצה בהקשר להחלת הלכת הצפיות. במסגרת זו נטלו לעצמם בתי-המשפט חופש פרשני רב יותר, כפי שאראה, אך עם זאת אף לא אחד מבין שופטי בית-המשפט העליון היה מוכן להגיע למסקנה פרשנית שלפיה הלכת הצפיות חלה על עבירות תוצאה בלבד. יתרה מכך, הפסיקה נרתעה, ככלל, מהתמודדות עקרונית

134 על זכות "המילה האחרונה" של בתי-המשפט ראו אצל Hart (*supra*, note 34), p. 141 והשוו *Ibid*, pp. 145-146.

בשאלת ההבחנה בין "מניע" לבין "מטרה"¹³⁵ ויישרה קו עם ההלכות שקדמו לתיקון 39 בפירוש היסוד הנפשי כמטרה. זאת ועוד, אף בהקשר זה, בשורה של פרשות שעליהן אעמוד ניכרת הרתיעה מהחלת תחליף מהותי של צפיות ושימוש ניכר בחזקת הכוונה הראייתית ככלי גמיש להסקת כוונתו של הנאשם. דומה אפוא כי בתי-המשפט אינם רואים, באופן אינטואיטיבי, בהלכת הצפיות תחליף מוסרי השקול ליסוד הכוונה, ויותר מכך, אף במקום שבו מגיעים המה לתוצאה של החלת תחליף הסתברותי של צפיות ליסוד הכוונה, הם מעדיפים לעשות כן במסגרת דיני הראיות תוך שמירה על שיקול-הדעת השיפוטי, ולא דווקא כתכתיב מושגי. מהלך הדיון יחולק לשלושה. ראשית, אעמוד על גישת הפסיקה בפרשות שבהן הוחלה הלכת הצפיות בעבירות התנהגות בעלות יסוד נפשי מיוחד. שנית, אעמוד על הברדלי הגישות בהתייחסות לתחולת הלכת הצפיות על עבירת סיוע. שלישית, אנתח את המגמה בפרשות שבהן נמנעו בתי-המשפט מהחלת תחליף מהותי של צפיות, הן בעבירות התנהגות בעלות יסוד נפשי מיוחד והן בעבירות תוצאה.

ד. זרם ראשון: פסיקה שהחילה את הלכת הצפיות בעבירות התנהגות מיוחדות

1. יסודות לשלוש גישות בפרשת אלבה

פסק-הדין המנחה בפרשת אלבה¹³⁶ שימש תמרור דרך ראשון לבדיקת יישום הוראות חוק העונשין המתוקן בהקשר ליסוד הכוונה ולהיקף הלכת הצפיות. באותו מקרה נדונה עבירת התנהגות לפי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין הכוללת יסוד נפשי מיוחד של פרסום דבר "מתוך מטרה להסית לגזענות"¹³⁷. הדיון בהקשר להלכת הצפיות נותר במסגרת אמרות אגב בלבד מאחר שחמישה שופטי הרוב, הנשיא ברק והשופטים מצא, גולדברג, כך ודורנר, היו תמימי דעים ביניהם כי לגופו של עניין התקיים במערער היסוד הנפשי של "מטרה להסית לגזענות" ולא היה צורך מעשי להיזקק לתחליף. שני שופטי המיעוט, השופטים טירקל וטל סברו, כל אחד וטעמו עמו, כי אין מקום להרשיע

135 חריג לענין זה השופט אילן שנותר בדעת יחיד בפרשת רייך שתידון להלן.

136 לעיל, הערה 2. פסק-הדין ניתן ביום 24.9.1996.

137 המערער, רב ומורה הלכה ככולל שליד מערת המכפלה בחברון הורשע על-ידי בית-המשפט המחוזי בירושלים בחמישה אישומים. עניינו המרכזי של הערעור, שהועבר להרכב מורחב, נגע לפרשת האישום הראשון, שסב על מאמר בנושא "בירור הלכות גוי" שחיבר והפיץ המערער בשנת 1994, ושאותו פרסם לטענת המדינה מתוך כוונה להסית לגזענות.

את המערער בעבירה¹³⁸. מספר הדעות שהובעו בפסק-הדין, על דגשיהן השונים, היו כמספר חברי ההרכב. עם זאת הסתמנו בו, ככלל, שלוש גישות עיקריות. האחת, גישתו של השופט מצא, שהחיל את כלל הצפיות הקבוע בסעיף 20(ב) על כל עבירות הכוונה, בין אם עבירות תוצאה ובין אם עבירות התנהגות המתאפיינות במטרה¹³⁹. לעמדה זו נטה השופט כך אם כי לא בלשון נחרצת¹⁴⁰. השנייה, גישתו של הנשיא ברק, נאמן לעמדתו הגמישה משכבר הימים, שהותיר על כנה את הלכת הצפיות הפסיקתית לפיתוח ממקרה למקרה לפי תכלית העבירה, בין השאר בנימוק שלפיו "טרם גובשה בישראל תורה הלכתית בדבר תחולה כללית של 'כלל הצפיות' על כל היסוד המחשבתי של מודעות או מטרה"¹⁴¹. אל הנשיא ברק הצטרפו ככלל, אם כי בהדגשים שונים, השופט

138 היבטיה של הפרשה נדונו במאמר מאת פרופ' קרמניצר (לעיל, הערה 128).
 139 בעוד שבחלק הראשון לפסק-דינו תולה השופט מצא עמדתו ב"הכרעת" המחוקק שנטל לכאורה מבתי-המשפט את הסמכות לקבוע אימתי תוחל הלכת הצפיות – ומסווה באופן זה את עמדתו הפרשנית האישית – הרי שבחלק השני של פסק-דינו מביע השופט דעתו בגלוי כי החוק המתוקן לקה בחסר לטעמו כאשר לא התייחס ליסוד הנפשי של מטרה בעבירת התנהגות, ומאחר שאין הוא מסיק הברדל בין כלל הצפיות, לצורך תוצאה או מטרה, ראוי לדעתו להחיל את כלל הצפיות בשני המקרים. השופט מצא לא דן בשאלת ההבחנה שקבע סעיף 90א(2) בין עבירות מטרה ומניע, ולא דן בשאלה מתי יש לפרש המושג "כוונה", לפי ההקשר, כמניע, ואם חל כלל הצפיות גם על מניע. המהלך של השופט מצא מרחיב ביותר את גרין העבירה הנדונה בהיבט היסוד העובדתי והנפשי. את היסוד העובדתי מפרש השופט מצא באופן רחב ביותר ככל דבר אף אם אין בו זיקה גזענית. כמו כן, הגם שהשופט מציג את היסוד הנפשי כמרכזי, הוא מסתפק בתחליף לו (והשוו אצל קרמניצר, שם, עמ' 112-114).

140 נראה כי השופט כך נטה לפרש את כלל הצפיות הקבוע בסעיף 20(ב) בדומה לשופט מצא, אלא שמאחר שמדובר בדין מהותי שנחקק לאחר המעשה, סבר השופט כך כי לא ניתן להחילו למפרע (פרשת אלבה (לעיל, הערה 2), עמ' 308). על נטייתו לתמוך בגישת השופט מצא ניתן ללמוד מדבריו שם, שם, מול אותיות השוליים ד-ה, בצינו כי הוראת החוק כוללת קביעה מוצדקת שלפיה ניתן להסתפק בצפיות, גם לעניין מטרה.

141 שם, עמ' 302. הנשיא ברק מושך קו עקבי מגישתו בפרשת בורוכוב (לעיל, הערה 24) עובר לחיקון 39, אם כי נראה שהנשיא ברק נסוג מהגישה ה"פרשנית" שנקט שם באשר לפרשנות לשונית של הלכת הצפיות בגדרו של יסוד הכוונה. הנשיא ברק צועד בתוואי שהציעו מנסחי החיקון בכל הנוגע לייחוד יסוד ה"כוונה" וכיוצא בזה כלל הצפיות הקבוע בסעיף 20(ב) לעבירות תוצאה בלבד (פרשת אלבה (לעיל, הערה 2), עמ' 300). זאת ועוד, שלא כמו השופטים מצא טירקל ובך, הנשיא ברק מאמץ ללא ספקות את הסיווג שקבע החוק המתוקן בין עבירות התנהגות לבין עבירות תוצאה. אלא שהנשיא ברק ממשיך וקובע כי אין הוא רואה בכלל הצפיות משום הסדר שלילי ולפיכך ממשיך לקיים למעשה את ההסדר הפסיקתי לצד ההסדר שנקבע בחוק (שם, עמ' 302). גישה זו מעמעמת שינוי משמעותי שעשוי היה לסמן החוק המתוקן, לפחות לדעת אלה שסברו כי פירושו בכפוף לעקרון החוקיות עשוי להגביל יצירתה של אחריות פלילית בהסדר פסיקתי. ראו אצל קרמניצר, במאמרו בעניין פרשת אלבה (לעיל, הערה 128), עמ' 127-128.

גולדברג¹⁴² והשופט טירקל¹⁴³. ושלישית, הציעה השופטת דורנר דרך ביניים המחילה את כלל הצפיות הקבוע בחוק גם על עבירת המטרה, אך זאת בסייג מבחן התוצאה הצומחת בדרך הטבע מן ההתנהגות¹⁴⁴. חבר ההרכב האחרון, השופט טל, לא הביע עמדה בסוגיה הנדונה¹⁴⁵. מזווית אחרת, מגמה שיש מקום להיות ער לה השתקפה באותה פרשה בהתבטאויותיהם של השופטים כך וטירקל שהטילו ספק בחיוניותו של הסיווג שנקבע בתיקון 39 בין עבירות תוצאה לעבירות התנהגות¹⁴⁶. הדעות השונות שהובעו בפרשה זו סיפקו התרשמות ראשונה מתגובת בית-המשפט להוראות התיקון

142 אף השופט גולדברג עקבי עם גישתו לפני התיקון בפרשות בורוכוב ונעים, שלפיה בדרך כלל תחול הלכת הצפיות אלא אם ישנם נימוקים חריגים שלא להחילה. פסק-דינו של השופט גולדברג משקף באופן הצלול ביותר את הקושי שבפניו ניצב בית-המשפט אל מול סיווגיו הנוקשים של החוק המתוקן ועיגונה של הלכת הצפיות כדוקטרינה מובנית השקולה לכוונה. השופט גולדברג סבור שלשון החוק ברורה ואינה סובלת את הפירוש שנתן לה השופט מצא, הגם שאף הוא עצמו מסתייג מפרשנותה המילולית, והוא מסכים עמו, להבדיל מהנשיא ברק, שאין הבדל מהותי בין "מטרה" ו"כוונה". עם זאת השופט גולדברג מעדיף הסדר גמיש לתחולת הלכת הצפיות, שיאפשר סטייה במקרים חריגים, בשל הרצון לשמור במקרים אלה על רף גבוה לצביעת היסוד הנפשי בפלילים, בעוד שגישתו של השופט מצא תביא באותם מקרים לכבילת בית-המשפט להחלת כלל הצפיות (פרשת אלבה (לעיל, הערה 2), עמ' 315). והשוו אצל קרמניצר במאמרו בעניין פרשת אלבה (לעיל, הערה 128), עמ' 143.

143 השופט טירקל היה בדעת מיעוט לגופו של עניין בסברו כי לא הוכחו היסוד העובדתי או הנפשי שבעבירה (פרשת אלבה (לעיל, הערה 2), עמ' 332-334). השופט תמך מבחינת הסיווג המושגי בגישת השופטים ברק וגולדברג, שלפיה כלל הצפיות הקבוע בסעיף 20(ב) אינו חל על עבירות מטרה, אך אין לראות בו הסדר שלילי לתחולת ההסדר הפסיקטי על עבירות מטרה.

144 בסוגיה שבמחלוקת בין השופטים מצא וברק, מתווה השופטת דורנר מסלול ביניים עצמאי. בהיבט המושגי דומה גישתה לזו של השופט מצא, שכן כמוהו היא מחילה את כלל הצפיות הקבוע בחוק, ולא את הלכת הצפיות הפסיקתית, על עבירות "מטרה". בהיבט המהותי, הסייג שהיא מוסיפה לתחולת כלל הצפיות מקרב אותה לגישת הנשיא שכן כמוהו אף היא מבקשת להשאיר פתח לשיקול-דעת להחלת כלל הצפיות. להבדיל מהנשיא ברק המשאיר הסדר גמיש שייבחן בכל מקרה מציעה השופטת דורנר את מבחן העזר שצוין. כן יש לציין כי להבדיל מהשופטים מצא וגולדברג, שוללת השופטת דורנר תחליף צפיות ליסוד הכוונה המיוחדת שבעבירה של הסתה לגזענות ולפיכך אף לגופו של עניין נוקטת השופטת ברך גבוה להרשעה (לביקורת על גישתה ראו אצל קרמניצר (לעיל, הערה 128), עמ' 134-135).

145 השופט טל לא הביע דעה באשר למחלוקת בהקשר ליסוד הנפשי שבעבירה (פרשת אלבה (לעיל, הערה 2), עמ' 323-324). לביקורת על עמדתו, ראו אצל קרמניצר (לעיל, הערה 128), עמ' 120-121.

146 ראו דברי השופט כץ שם, עמ' 307; דברי השופט טירקל שם, עמ' 332; לתמיכה בספקנות זו שבהבחנה בין היסוד העובדתי לנפשי שבעבירה, ראו אצל שפירא (לעיל, הערה 58), עמ' 138. למעשה, אף מגישת השופט מצא שאינו מבחין בין "כוונה" ל"מטרה" ניתן להסיק מסקנה דומה בכיוון זה.

בסוגיה הנדונה, אשר לימדה כי איש מבין השופטים לא היה מוכן לפרש את יסוד הכוונה הקבוע בסעיף 20(ב) כלשונו, באופן שמצמצם את תחולת כלל הצפיות לעבירות תוצאה בלבד. בעוד שהשופט מצא היה מוכן לקבוע בפה מלא כי הגדרת היסוד הנפשי חסרה ולהחיל את כלל הצפיות, שיוחד לכאורה לתוצאה, גם על עבירות התנהגות, עשה זאת הנשיא ברק בדרך עוקפת, תוך שמירת ההסדר הפסיקתי הקיים לצד זה שנקבע בחוק. גם גישת השופטת דורנר חורגת מעקרון החוקיות כלשונו באופן שהחילה את כלל הצפיות הקבוע בחוק על עבירות של מחשבה פלילית מיוחדת תוך שימת סייג בדמות מבחן עזר. בעקבות פרשת אלבה ביקר פרופ' קרמניצר את גישת הנשיא ברק שהתעלם לטעמו מ"הכרעת המחוקק"¹⁴⁷.

2. ביסוס הגישה הגמישה: החלת הלכת הצפיות על מטרה – בצריך עיון לגבי מניע

הצעד הבא בו פסעה הפסיקה בעקבות פרשת אלבה היה רע"פ 4827/95 ה.ג. פולק נ' מדינת ישראל¹⁴⁸, שבו נדונה פרשנות היסוד הנפשי "כדי להטעות משקיע סביר"

147 במאמרו (לעיל, הערה 128). פרופ' קרמניצר טען כי בעמדתו של הנשיא שלפיה טרם גובשה בישראל תורה הלכתית להלכת הצפיות, השופט ברק "מתעלם לחלוטין ממעשהו של המחוקק בסעיף 20(ב), הן לעניין תפיסת הלכת הצפיות כתחליף (ייחסו הנפשי של העושה לנולד הוא שווה ערך, מבחינת החומרה, לכוונה...) והן לעניין ההכרעה שהכריע המחוקק ביחס לעבירות הכוונה התוצאתיות" (שם, עמ' 129). לדעתו השקילות העקרונית בין צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות לבין רצון אומצה על-ידי המחוקק לעניין כוונה כלפי תוצאה. הכרעה זו חייבה, לטעמו, עיון מחדש של הנשיא ברק בגישתו הפרשנית בפרשת בורוכוב שלפיה נכללת הלכת הצפיות בטווח המשמעות של המונח כוונה, עמדה אשר אינה משקפת לדעתו של פרופ' קרמניצר אופציה לשונית אוטנטית למונח כוונה בלשון בני-האדם (שם, עמ' 130). לדעתו, לכל הפחות התבקשה קביעה כי ככלל תחול הלכת הצפיות גם בעבירות מטרה (שם, עמ' 131). זאת ועוד, פרופ' קרמניצר מציין כי "נטייתו של הנשיא להזרים אל הלשון מקורות משמעות רבים עלולה להציף את המילה עד מעבר לשפתה, עד כדי הטבעתה, עד לשלילת סגולתה לתקשורת בין בני אדם. אין מנוס מלתפוס את הלכת הצפיות כתחליף מהותי ליסוד הרצוני האוטנטי" (שם, עמ' 142). דומה שעיקר קצפו של פרופ' קרמניצר יצא כנגד חוסר מחויבותו של הנשיא ברק לתפיסת השקילות שבסעיף 20(ב), בעוד שמבחינה מעשית, לא קבע הנשיא מסמרות בפרשה זו והביקורת היא בבחינת איתות לבאות. שנית, הגם ש"גישתו הפתוחה" של הנשיא ברק מעוררת קושי ברור מבחינת הוודאות המשפטית ועקרון החוקיות, הרי שאף גישתם של השופטים מצא וגולדברג, שבה תמך פרופ' קרמניצר, ולפיה יש להחיל את כלל הצפיות על עבירות מטרה (בין בכל מקרה כגישת השופט מצא ובין בדרך כלל כגישת השופט גולדברג), אינה נקייה מספקות משום החסר בהוראת התיקון, אשר פרופ' קרמניצר עצמו מודה בו (שם, עמ' 127-128).

148 פ"ד נד(2) 97 (השופטים ברק, כץ וזמיר), מיום 9.6.1997 (להלן – פרשת פולק).

הנכלל בעבירה לפי סעיף 53(א) לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968¹⁴⁹. בפרשה זו חזר הנשיא ברק על גישתו בפרשת אלבה והחיל את הלכת הצפיות הפסיקתית על היסוד הנפשי שבעבירה תוך חזרה על ההבחנה החדה שנקבעה בין עבירה התנהגותית לעבירת תוצאה¹⁵⁰. הנשיא ברק פרש את היסוד הנפשי שבעבירה כמחשבה פלילית מיוחדת של מטרה¹⁵¹ תוך דחיית טענת המערערים שלפיה מדובר בעבירת מניע. למרות שהנשיא ברק ציין כי יש לדעתו רגליים לסברה שלפיה חלה הלכת הצפיות לעניין מטרה ולא לעניין מניע, הותיר שאלה זאת בצריך עיון¹⁵². בפרשה זו ביסס הנשיא ברק את גישתו הגמישה בפרשת אלבה שהותירה על כנה את הלכת הצפיות הפסיקתית תוך רתיעה מקביעת מסמרות באשר להבחנה בין מניע למטרה, כפי שנקבעה בסעיף 90א(2) לחוק העונשין¹⁵³. בע"פ 3779/94 חמדני נ' מדינת ישראל¹⁵⁴, סומן סימן מהוסס נוסף לנכונות להחלת הלכת הצפיות על היסוד הנפשי שבעבירת איומים, אשר פורש כמטרה¹⁵⁵.

149 המערערים, חברה ציבורית לייצור ציוד רפואי ומחזיק מניותיה העיקרי ומנהלה, הואשמו בשני המקרים בהכללת פרט מטעה בדוח שהוגש לפי סעיף 36 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, עבירה בניגוד לסעיף 53(א) לחוק הנ"ל, הקובע כי "מי שעשה אחד מאלה... (4) לא קיים הוראה מהוראות סעיף 36 או גרם לכך שבדו"ח או בהודעה לפי חוק זה או תקנות לפיו שנמסרו לרשות או לבורסה, יהיה פרט מטעה, והכל כדי להטעות משקיע סביר".

150 שם, בפסקה 10 לפסק-דינו.

151 שם, בפסקה 15 לפסק-דינו.

152 שם, בפסקה 16: "להבחנה בין יסוד נפשי מסוג 'מניע' ליסוד נפשי מסוג 'מטרה' חשיבות בסוגיות שונות של דיני העונשין. אחת מאותן סוגיות היא 'הלכת הצפיות'. יש רגליים לסברה, כי 'הלכת הצפיות' חלה לענין מחשבה מיוחדת מסוג 'מטרה' ולא לענין מחשבה מיוחדת מסוג 'מניע' (ראו פלר, שם, בעמ' 603-604)". אלא שהוא מוסיף כי "אין לנו צורך לנקוט עמדה בענין זה" נוכח פרשנותו כי היסוד הנפשי שמדובר בו הוא של מטרה ולא של מניע.

153 הגם שטענת המערערים באותו מקרה הייתה כי מדובר בעבירת מניע, ולכאורה הצריכה טענה זו דיון בשאלת ההבחנה בין מניע למטרה, נמנע בית-המשפט מלדון בכך מתוך כך שהגיע למסקנה כי מדובר במקרה זה במטרה.

154 פ"ד נב(1) 408, מיום 16.2.1998.

155 המערער באותו מקרה הורשע בסדרת עבירות, ובכללן איומים, נגד עובדת הכפופה לו אשר עמה ניהל מערכת יחסים. בית-המשפט המחוזי הרשיע את המערער בעבירת איומים לפי סעיף 192 במקום עבירת סחיטה בה הואשם, מאחר שהגיע למסקנה שהמערער פעל "מתוך מגמה של נקמנות, הפחדה והקנטה". הגם שלגופו של עניין הסיקה השופט בינייש כוונה ישירה של המערער, מציינת השופטת כי דרישת היסוד הנפשי מתמלאת באשר לסעיף העבירה לא רק כאשר "המאיים פועל במטרה להפחיד או להקניט" אלא "גם אם למאיים היתה מודעות ברמה גבוהה של הסתברות, עד כדי קרוב לוודאי, כי התנהגותו יש בה כדי להפחיד או להקניט", הגם שהערתה זו לא נדרשה לצורך המסקנה הסופית וצוינה בתמצית וללא הנמקה (שם, עמ' 419).

3. צעד נוסף לגישה מכלילה: הטלת ספק בהבחנה בין מניע למטרה

הקושי שבהבחנה בין "מניע" ל"מטרה" בהקשר להלכת הצפיות, ממנו נרתע בית-המשפט מלהתמודד מאז חקיקת תיקון 39, זכה להתייחסות עקרונית בע"פ 5640/97 רי"ך נ' מדינת ישראל¹⁵⁶. בפרשה זו נדון בשנית היסוד הנפשי "בכדי להטעות משקיע סביר" שבעבירה לפי סעיף 53(א)(4) לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968¹⁵⁷. השופט אילן פירש באותו עניין את היסוד הנפשי שבסעיף כמטרה והחיל לגביו את הלכת הצפיות¹⁵⁸. תוך כדי כך תרם השופט אילן תרומה נוספת לחוסר הבהירות בפסיקה בנוקטו בעמדה שלפיה יש לבטל כליל את ההבחנה שבין "מניע" ל"מטרה" לצורך החלת הלכת הצפיות. השופט אילן סבר כי אין כלל מקום להבחנה בין "מטרה" לבין "מניע" אלא ש"המניע למעשה אינו אלא 'לשון אחר' למטרת המעשה" ואילו החלופות שבסעיף 90א(2) לחוק העונשין באו לדעתו לרבות ולא לחסר¹⁵⁹, ברם השופט קדמי הסתייג מעמדת עמיתו להרכב והותירו בדעת יחיד בנקודה זו¹⁶⁰. באשר לתחולת הלכת

156 פ"ד נג(2) 433 (השופטים קדמי, זמיר ואילן), מיום 28.3.1999 (להלן – פרשת רי"ך).
157 המערער באותו מקרה, רואה חשבון בהשכלתו, שהיה דירקטור ובעל מניות בחברה ציבורית הורשע בגין הימנעות מדיווחים על אחזקותיו וחתומה על תשקיף מטעה. בית-המשפט העליון דן בעניינו במסגרת רשות ערעור.

158 בהחילו את הלכת הצפיות על היסוד הנפשי "כדי להטעות משקיע סביר" המשיך השופט אילן בתלם שבו צעד בית-המשפט העליון בפרשות אלבה ופולק. במחלוקת בין גישתו הגמישה של השופט ברק לבין גישתו המכלילה של השופט מצא בפרשת אלבה, אליו הצטרף השופט אנגלרד בפרשת פוליאקוב (ראו הדיון להלן, פסקה ה), תמך השופט אילן בגישת אלה האחרונים שלפיה סעיף 20(ב), "חרף לשונו חל גם על עבירות מטרה" (פרשת רי"ך, שם, עמ' 459-460). הדברים נותרו באמרת אגב משום שהשופט מציין כי "גם אלו המחילים את הלכת הצפיות לגבי עבירות התנהגות בצורה מסויגת, יסברו כי יש להחיל את הלכת הצפיות במקרה של סעיף 53(א)(4)" (שם, עמ' 462).

159 עמ' 9 לפסק-הדין. לתמיכה בעמדתו הסתמך השופט אילן על שלושה מקורות: ראשית, דבריו של השופט אגרנט בד"נ 8/68 המטפרסט נ' היועמ"ש; שנית, נימוקיו ועמדתו של ד"ר קוגלר (לעיל, הערה 4); שלישית, דבריו המאוחרים של פרופ' פלר במאמרו (לעיל, הערה 33), עמ' 449, שלפיהם: "אלמלא התחליף [הלכת הצפיות – ג' ע'] לא היינו רואים עניין בהבחנות שעשינו", מהם הסיק השופט אילן כי "נראה כי פרופ' פלר עצמו מודה בחוסר הטעם שבאבחנות אלה...". יוער כי כאשר להפניה לדברי השופט אגרנט, נראה כי באותו מקרה לא נאמרו דברים מפורשים המובילים למסקנתו של השופט אילן, שלפיה אין הבדל בין מטרה למניע, אלא שנעשה שם שימוש דומה בשני המושגים כדי לעמוד על ההבחנה שבין מניע – שאינו נכלל בהגדרת העבירה לבין יסוד הכוונה שנדון שם. שנית, השופט אילן רתם דעתו של ד"ר קוגלר לצורכי הנמקת פסק-הדין אך נמנע מלהתייחס לקושי שבהחלת כלל הצפיות הקבוע בסעיף 20(ב) על עבירות התנהגות נוכח עקרון החוקיות, קושי עליו עמד קוגלר (ראו בספרו (לעיל, הערה 4), עמ' 151). דוגמה אחרונה זו מלמדת על האקלקטיות שנוקטים בתי-המשפט לעתים בשימוש בדעות בספרות המקצועית.

הצפיות הצטרף השופט קדמי לגישתו של הנשיא ברק בפרשת אלבה¹⁶¹. בדנ"פ 2243/99 ריין נ' מדינת ישראל¹⁶² נדחתה בקשת המערער לקיים דיון נוסף בסוגיות שהועלו על הפרק בערעורו, וכיניהן שאלת תחולתה של הלכת הצפיות. הנשיא ברק נמנע מלערוך את השאלה לדיון בהרכב נרחב והעדיף לדחותה לעת מצוא¹⁶³.

4. שעת מבחן להבחנה בין מניע למטרה: פרשנות היסוד הנפשי בעבירת ריגול

שעת המבחן לבדיקת נכונותו של בית-המשפט לקבל על עצמו מעשי להבחנה המושגית של מנסח תיקון 39, פרופ' פלר, בין "מניע" ל"מטרה" הגיעה בשתי פרשות שבהן נדונו עבירות על ביטחון המדינה. אלא שתשובת בית-המשפט בהקשר זה התגלתה כשלילית בתכלית. בע"פ 3116/99 גיל נ' מדינת ישראל¹⁶⁴, נדונה פרשנות סעיף 112(א) לחוק העונשין, הן בעבירת התנהגות של מחשבה פלילית מיוחדת ולפיה "מי שמסר ידיעה והתכוון לפגוע בביטחון המדינה, דינו – מאסר חמש עשרה שנים"¹⁶⁵. הקושי בהחלת הלכת הצפיות התחדד באותו מקרה בהתחשב בממצא שלפיו נשללה כוונה ממש מצדו של המערער לפגוע בביטחון המדינה¹⁶⁶. להבדיל מפסקי-הדין הקודמים שפורטו, אשר דנו בעבירות צופות פני עתיד, אשר טבעי יותר היה לפרשן כעבירות מטרה, נדונה

160 השופט קדמי סבר כי באותו עניין דובר בעבירת "מטרה" ועל כן "אין המקרה דנא מצריך דיון בשאלה אם 'הלכת הידיעה' חלה גם לעניינו של 'מניע' ויש להשאיר זאת לעת מצוא" (פרשת ריין (לעיל, הערה 158), עמ' 477).

161 שם, שם.

162 תקדין-עליון, כרך 99(2), תשנ"ט/תש"ס-1999, מיום 30.5.99, עמ' 915.

163 גישת הנשיא ברק מלמדת על רתיעתו מלהידרש להבחנה הבעייתית בין מניע ומטרה בהקשר לתחולת הלכת הצפיות. הנשיא ברק מציין כי הגם ש"נכון הדבר, כי הובעו בעניין זה דעות שונות בבית משפט זה", הרי ש"סקירת פסקי הדין של הערכאות השונות מראה, כי לגוף העניין נמצאה כוונה של ממש (כמטרה או כמניע) להטעות המשקיע הסביר", ולגופו של עניין סבור כי הוכח מניע (שם, פסקה 3).

164 פ"ד נד(4) 193 (השופטים זמיר, שטרסברג-כהן וריבלין), מיום 16.4.2000 (להלן – פרשת גיל).

165 המערער שימש כעובד של המוסד שנים רבות, והורשע בגין מסירת מידע מטעה או חלקי למוסד מקצין סורי שהפעיל וכן בגניבה של כספים שקיבל ממעסיקיו לצורך העברתם לקצין הסורי ואשר נתפסו בביתו.

166 בבית-המשפט המחוזי נחלקו הדעות. השופט אילן, בהסכמת השופט גורן, פירש את היסוד הנפשי של "כוונה לפגוע בביטחון המדינה" כ"מטרה" והחיל לגביו את הלכת הצפיות, בעוד שהשופט פורת סבר בדעת מיעוט כי הוראות תיקון 39 חוללו שינוי בדין החל ויש להסיק מהן כי היסוד הנפשי הנדרש לעבירה הוא "מניע" שאין להחליפו בצפיות. בערעור התבקש בית-המשפט העליון לאמץ את דעת המיעוט דלמטה (פרשת גיל (לעיל, הערה 164), עמ' 201).

בפרשה זו, לראשונה מאז חקיקת תיקון 39, תחולתה של הלכת הצפיות על היסוד הנפשי הבעייתי של עבירת ריגול. בהתאם לגישת פרופ' פלר יש לפרש יסוד זה כמניע שאין להחליפו בצפיות¹⁶⁷. עמדתו זו של פרופ' פלר סותרת, כאמור, את גישת הפסיקה לפני תיקון 39, שבאה לביטוי מובהק בפרשת וענונו, שבה פורש היסוד הנפשי של "כוונה לפגוע בביטחון המדינה" כ"מטרה" ולא כ"מניע"¹⁶⁸. פרשה זו שמשה אפוא אכסניה לעימות חזיתי בין הגישה המסורתית של הפסיקה לבין הגישה המושגית שהולידה את תיקון 39 (וליתר דיוק, לכל הפחות גישתו של אחד משני מנסחי התיקון, פרופ' פלר, אשר פירש יסוד זה כמניע)¹⁶⁹. במקרה זה, כמו באחרים לפניו, הוכיח בית-המשפט העליון כי אינו רואה עצמו ככול בעבותות לגישת פרופ' פלר. השופט ריבלין, בהסכמת חבריו להרכב, פרש את היסוד הנפשי של "כוונה לפגוע בביטחון המדינה" כ"מטרה" והחיל לגביה את הלכת הצפיות תוך משיכת קו ברור ועקבי מהלכות העבר. מהלך ההנמקה של פסק-הדין נטוע היטב בהלכות שגובשו בפסיקה במהלך השנים בהקשר של עבירות נגד ביטחון המדינה ובראשן פסק-דינו של הנשיא שמגר בפרשת וענונו ולא בהוראות תיקון 39 או בגישת פרופ' פלר¹⁷⁰.

בע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל¹⁷¹ המשיכה הפסיקה בתלם שהתווה בית-המשפט בפרשת גיל¹⁷². אכן, השופט אור ער להוראות תיקון 39 ולשאלות

167 ראו לעיל, הערה 119. עמדתו של פלר הוצגה לבית-המשפט העליון, אלא שלא ניתנה לכך התייחסות בפסק-הדין.

168 לעיל, הערה 109. אלא שפסק-דין זה ניתן כאמור עובר לתיקון 39 והשופט שמגר אינו מבחין שם לצורך החלת הלכת הצפיות בין עבירות התנהגות לעבירות תוצאה, באופן שאינו מתיישב לכאורה כיום עם הוראות התיקון. כן ראו, אצל קוגלר (לעיל, הערה 4), עמ' 110-103.

169 כאמור גישת מנסחו השני של תיקון 39 שונה (לעיל, הטקסט הסמוך להערה 130). כן ניתן לטעון כי גישת פרופ' פלר בכל הנוגע להבחנה בין מניע למטרה לא אומצה, לפחות לא במלואה ובמפורש, בסעיף 90א(2), ומכאן שבית-המשפט לא ראה עצמו מחויב לה.

170 פרשת גיל (לעיל, הערה 164), עמ' 202. השופט ריבלין ער להוראת סעיף 90א(2), המבחינה בהקשר ל"כוונה" בין מניע למטרה, אלא שזו אינה משנה ממסקנתו, שכן "אמנם לשון הסעיף מפרשת את הדיבור 'כוונה' לענין עבירת התנהגות – 'כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה, לפי ההקשר', אלא שכבר נקבע בפסיקה, כאמור, כי לענין סעיף 112 לחוק 'הכוונה לפגוע' היא מטרה ולא מניע" (שם, עמ' 203). כן מציין השופט את המחלוקת בפסיקה לגבי תחולת הלכת הצפיות אלא שאינו רואה צורך להכריע בה מאחר שלפי כל הדעות, ניתן לטעמו, להחיל את הלכת הצפיות על יסוד "המטרה" שבעבירת הריגול (שם, שם).

171 פ"ד נה(2) 150 (השופטים אור, מצא וקדמי), מיום 5.12.2000 (להלן – פרשת מנבר).

172 המערער הורשע בעבירות לפי סעיפים 99 ו-111 לחוק העונשין, סיוע לאויב במלחמתו בישראל, בניסיון לסיוע כאמור ובמסירת ידיעה בכוונה לפגוע בביטחון המדינה בהקשר לעסקאות למכירת ואספקת ציוד לוחמה שביצע עם איראן. בית-המשפט המחוזי קבע שלא הוכח רצון ישיר של המערער לסייע לאויב ולפגוע בביטחונה של המדינה, אלא שהלה היה

הפרשניות שהן מעוררות, אך בסוקרו את גישת שופטי בית-המשפט העליון מסכים לעמדה המקובלת על כל השופטים שהביעו דעתם בשאלה זו, כי אין בהוראות תיקון 39 כדי לחסום את החלת הלכת הצפיות בעבירות ביטחון המדינה שבהן נכלל יסוד נפשי מיוחד של "כוונה"¹⁷³. פרשות גיל ומנבר משקפות באופן ברור את ההישענות של בית-המשפט על פסיקתו בעבר, אשר אפשרה לו להימנע מדיון חוזר בשאלות החוזרות ומתעוררות נוכח חקיקתו של תיקון 39 ובמיוחד נוכח גישתו של פרופ' פלר, מנסח התיקון, ביחס ליסוד הנפשי הנדון בעבירות אלה כמניע דווקא ולא כמטרה. בית-המשפט אינו מוכן לקבוע רף גבוה של "מניע" שאין לו תחליף בצפיות בהקשר לעבירות נגד ביטחון המדינה ונצמד לפסיקתו עובר לתיקון 39.

5. המשך צעידה בתלם ללא הכרעה תוך נטייה לאימוץ הגישה הגמישה

בשתי פרשות נוספות נרשמו סימנים זהירים נוספים לכיוון אימוצה של גישה גמישה בהחלת הלכת הצפיות. בע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל¹⁷⁴ החילה השופטת פרוקצ'יה, בהסכמת השופטים זמיר וטירקל, את הלכת הצפיות על היסוד הנפשי בעבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ו) לחוק העונשין "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים"¹⁷⁵, תוך תפיסתו כהרחבה של יסוד הכוונה¹⁷⁶. בפרשה זו צעד בית-המשפט בדרך סלולה, על סמך הדעות שהובעו בפסקי-הדין שנסקרו לעיל, בפירוש היסוד הנפשי שלגביו הוחלה הלכת הצפיות כ"מטרה" בלי להכריע במחלוקת השופטים שבין הגישה הגמישה לבין הגישה המכלילה, שבה התחבטה הפסיקה מאז כניסתו של תיקון 39 לתוקף. אלא שהלכה ולמעשה נראה כי בהימנעות מהכרעה, תוך כדי החלתה של הלכת הצפיות באופן ספורדי, הולכת ומתבססת הגישה הגמישה.

מודע לתוצאות מעשיו ולאור הלכת הצפיות התקיים היסוד הנפשי הנדרש להרשעתו (שם, בעמ' 207).

173 שם, עמ' 208-209; אף השופט אור, כמו השופט ריבלין בפרשת גיל (לעיל, הערה 164), הסתמך שם על דברי השופט שמגר פרשת וענונו (לעיל הערה 109).

174 פ"ד נה(2) 496 (השופטים זמיר, טירקל ופרוקצ'יה), מיום 17.1.2001 (להלן – פרשת כהן).

175 העבירות שביצע המערער נעשו במתלוננת, שהמערער היה סרסורה. המערער טען בין השאר כי בעניינו לא הוכח היסוד הנפשי הנדרש של מטרה להשיג גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, כאמור בסעיף 348(ו) לחוק העונשין, ואין אפוא להחיל את הלכת הצפיות בעניינו (ראו שם, עמ' 500).

176 שם, עמ' 503-504: דומה כי השופטת פרוקצ'יה לא הבחינה הבחנה ברורה בהקשר זה בין הגישה הרואה בהלכת הצפיות הרחבה של יסוד הכוונה, לבין זו הרואה בה, בדרך פרשנית, כנכללת בטווח הלשוני של המושג "כוונה" גופו: בעוד שמדברי השופטת נראה כי היא נמנית על מצדדי הגישה הראשונה היא מצטטת באותו הקשר דווקא את דבריו של השופט ברק בפרשת בורוכוב (לעיל, הערה 24) שגישתו שם תומכת כאמור בעיגון לשוני של הלכת הצפיות בגדרו של יסוד הכוונה.

ברע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל¹⁷⁷ נרשם חיזוק נוסף לאימוץ הגישה הגמישה בהערות אגב. באותה פרשה נדון היסוד הנפשי של "כוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין..." שבעבירה של שיבוש הליכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין¹⁷⁸. השופטת ביניש ניתחה באריכות את הדעות השונות שהובעו בפסיקה ובספרות המקצועית באשר לפרשנות יסוד הכוונה והלכת הצפיות לאור סעיפים 20(ב) ו-90א(2) לחוק העונשין¹⁷⁹. במחלוקת בין הגישה המכלילה לבין הגישה הגמישה, הצטרפה השופטת ביניש לזו האחרונה, שלפיה "כלל הצפיות הקבוע בסעיף 20(ב) לחוק מתייחס לעבירות כוונה תוצאתיות בלבד" ו"בעבירות שאינן עבירות תוצאה יש אפשרות כי במקרים מיוחדים נוסח הגדרת העבירה ותכליתה יחייבו שלא להחיל על היסוד הנפשי הנדרש בה את הלכת הצפיות"¹⁸⁰. כן הביעה השופטת דעתה במחלוקת הנוגעת להבחנה שבין "מניע" ל"מטרה", שלפיה "הבחנה זו, העולה מסעיף 90א(2) לחוק, אינה נטולת נפקות מעשית... ייתכן שיש בהבחנה זו כדי לסייע בשאלת תחולת הלכת הצפיות. כאשר נזהה עבירה כעבירת מניע, יהיה בכך כדי להשפיע לעניין ההכרעה אם ניתן להחיל עליה את הלכת הצפיות, או שמא מתחייבת דרישה לרצון ממשי ואין בלתו"¹⁸¹. עם זאת השופטת ביניש פטרה עצמה מלהכריע בשאלה זו בהשאירה בצריך עיון נוכח פרשנותה את היסוד הנפשי הנדון כ"מטרה", אשר לגביה קמה תחולה לתחליף הצפיות, בין מכוח סעיף 20(ב) ובין מכוח הלכת הצפיות הפסיקתית המקובלת עליה כאמור¹⁸². פרשה זו מסמנת אבן דרך נוספת במגמה המשקפת את גישת רוב שופטי בית-המשפט העליון לאמץ גישה גמישה המותירה את תחולתה של הלכת הצפיות בעבירות התנהגות בעלות מחשבה פלילית מיוחדת לנסיבות המקרה ולא לאמצה ככלל נוקשה השקול לכל אורך חזית יסוד הכוונה.

177 פ"ד נה(5) 729 (השופטים חשין, טירקל וביניש), מיום 29.8.2001 (להלן – פרשת אלגד).
 178 המבקש הורשע בשיבוש הליכי משפט והדחה בחקירה. בית-המשפט העליון נדרש במסגרת רשות ערעור לטענתו שלפיה נעדר בעניינו יסוד נפשי של "כוונה מיוחדת" (ראו שם, עמ' 736-739).
 179 שם, עמ' 746-749.
 180 שם, עמ' 750. הגם שהשופטת ביניש אינה מציינת זאת, גישתה דומה לגישתו "המסייגת" של השופט גולדברג, שלפיה בדרך כלל תחול הלכת הצפיות, אלא אם קיימים טעמים המצדיקים חריגה מכך.
 181 עמ' 750-751.
 182 שם, עמ' 751. בקשת רשות הערעור נדחתה לגופו של ענין בהסכמת השופטים חשין וטירקל.

ה. גישה מכלילה מול גישה גמישה בעבירת סיוע

המחלוקת בין שופטי בית-המשפט העליון בנוגע לתחולתה של הלכת הצפיות כהלכה גמישה או כתכתיב מושגי התגלטה אף בהקשר לפרשנות היסוד הנפשי שבעבירת הסיוע, כנוסחה לאחר תיקון 183³⁹, בשתי פרשות שתידונה להלן. בע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל¹⁸⁴ נדונה הלכת הצפיות בהקשר ליסוד הנפשי של סיוע לרצח¹⁸⁵. השופטים מצא וטירקל סברו בדעת רוב כי ניתן להסתפק במודעות המסייע, להבדיל מהפסיקה שקדמה לתיקון, אשר עמדה על יסוד נפשי של מטרה לסייע. השופט אנגלרד, שנותר בדעת יחיד, היה מוכן, תוך מציאת תימוכין בגישת השופט מצא בפרשת אלבה, לסטות מההלכה המסורתית שנוהרה מהחלת הלכת הצפיות על עבירת סיוע לרצח, בנימוק שעדיפה בעיניו גישה "מכלילה" שלא תותיר את תחולתה של ההלכה לשיקולי מדיניות שיפוטיים במסגרת כל עבירה ועבירה לפי ההקשר הספציפי שלה¹⁸⁶. יתרה מזו, השופט אנגלרד אף ציין כי נטייתו היא כי "יש להחיל את כלל הצפיות גם על עבירת הרצח", אך זאת בלי להכריע בשאלה זו. כך, פרט השופט אנגלרד את גישתו העקרונית בעקבות עיגונה החקיקתי של הלכת הצפיות, שלפיה:

183 סעיף 31 לחוק העונשין.

184 פ"ד נג' (1) 289 (השופטים מצא, טירקל ואנגלרד), מיום 21.1.1999 (להלן – פרשת פוליאקוב).

185 בית-המשפט המחוזי הרשיע באותו מקרה את הנאשמים, שלושה עובדי מכון ליווי, ברצח של יצאנית במהלך נסיעה ברכב. הנאשם הרביעי, דמיטרי גורייב (להלן – דימה), שהיה נהג הרכב, הורשע בסיוע לרצח. שלושת הנאשמים הורשעו בביצוע בצוותא והמחלוקת העיקרית נסבה על אחריותו של הרביעי, דימה. לפי העובדות שנקבעו, לא היה חולק כי דימה לא הוכנס מראש בסוד התוכנית הפלילית של שלושת חבריו, הוא לא היה עד לתקיפה אלימה קודמת של המנוחה על-ידי אחד מהם לפני שהוכנסה לרכב, ודבר הכוונה לרוצחה נתברר לו רק במהלך הנסיעה. כאשר הבחין מבעד למראת הרכב, כי שני חבריו חונקים במושב האחורי את המנוחה, הופתע אך כשניסה לשאול שאלות הושתק ונצטווה להמשיך ולנהוג. דימה המשיך לנהוג עד להשלמת הרצח ולאחר מכן למקום שבו הושלכה גופת המנוחה. לאחר שהחזיר את שלושת חבריו לביתם ניקה את המושב האחורי של הרכב מעקבות הרצח. בית-המשפט המחוזי דחה את עמדת התביעה שביקשה לראות את דימה כמבצע בצוותא עם חבריו והרשיע אותו בסיוע לרצח. ערעורו של דימה התמקד בהשגות על קביעות בית-המשפט המחוזי בדבר התקיימותם בדימה של היסודות העובדתיים והנפשיים הדרושים להרשעה בסיוע לרצח.

186 פרשת פוליאקוב (לעיל, הערה 184), פסקה 11 לפסק-דינו של השופט אנגלרד. השופט אנגלרד מזכיר את עמדתו של ד"ר קוגלר שלפיה יש לבחון את תחולתה של הלכת הצפיות בכל עבירה לפי תכליתה, אך מסתייג ממנה בציינו: "לטעמי, הצדק בהקשר הפלילי דורש, קודם כל, אחידות לשם ודאות". לסקירת ההלכות שלפני התיקון ראו שם, פסקה 18 לפסק-דינו.

"עם הפיכת הלכת הצפיות לגזרת הכתוב, הרעיון של תחולתה 'הגמישה' של הלכה זו, אינו נראה עוד לגיטימי. כלומר, השקפת הפסיקה כי בשל אופיה 'הפרשני' או 'הפסיקתי' של הלכת הצפיות אפשר לסייג את תחולתה משיקולי מדיניות של תכלית העבירה, אינה מתיישבת עוד עם החלתה החקיקתית ללא סייג"¹⁸⁷.

ואילו השופט מצא, אשר בגישתו בפרשת אלבה מצא השופט אנגלרד תימוכין, נרתע מלדון בעמדה העקרונית שהביע והותירו בדעת יחיד בנקודה זו, מכיוון שסבר כאמור כי די במודעות של המסייע¹⁸⁸. במחלוקת שבין השופט אנגלרד לבין השופט מצא הצטרף השופט טירקל לדעתו של השופט מצא, שלפיה די במודעות לצורך גיבוש היסוד הנפשי של המסייע¹⁸⁹. הקושי שבקביעת מסמרות באשר ליסוד הנפשי של המסייע בפרשת פוליאקוב, אשר הוביל את דעת הרוב שם להסתפק במודעות של המסייע נהפכה בע"פ 320/99 פלוגית נ' מדינת ישראל¹⁹⁰. במחלוקת שבין השופטים מצא ואנגלרד, אם מספיקה מודעות או שמא נדרש מצב נפשי של מטרה בעבירת סיוע, נקט הנשיא ברק, בהסכמת השופטים שטרסברג-כהן וריבלין, בגישה שלפיה נוסף על המודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולנסיבות הרלוונטיות, נדרש גם "מצב נפשי של מטרה או תכלית לסייע לעבריין העיקרי"¹⁹¹. בכך יושר הקו ממנו סטה בית-המשפט בפרשת פוליאקוב בהשוואה לפסיקה שקדמה לחוק המתוקן, אשר דרשה מטרה לסייע לעבריין העיקרי¹⁹². כאשר לתחולת הלכת הצפיות, נותר הנשיא ברק נאמן לגישתו בפרשת אלבה, שלפיה יש להחיל את "הלכת הצפיות אשר פותחה בפסיקה" כתחליף השקול "כנגד המטרה לסייע", להבדיל מעמדתו של השופט אנגלרד שדגל כאמור בגישה מכלילה ביחס להלכת הצפיות¹⁹³. מחלוקת הפוסקים שלעיל מדגימה אף בהקשר של עבירת הסיוע את המתח בין הנטייה לשמירה על גישה גמישה בהחלת הלכת הצפיות כבעבר לבין הנטייה לאמצה כתכתוב מושגי של המחוקק, וכן את התוצאות הבלתי רצויות העשויות להילוות לנטייה

187 שם, עמ' 323.

188 השופט מצא מציין כי: "הנמקתו של השופט אנגלרד מעוררת שאלות מורכבות רבות סביב תוכנה והיקף התפרסותה של הלכת הצפיות בעיגונה הסטטוטורי" שהוא נמנע מלעסוק בהן (שם, עמ' 312).

189 שם, עמ' 313-314.

190 פ"ד נה(3) 22 (השופטים ברק, שטרסברג-כהן וריבלין), מיום 15.2.2001.

191 שם, בעמ' 33. עם זאת יש לציין כי כאשר למושא הכוונה לסייע, השופט אנגלרד בדעה כי על מחשבתו הפלילית של המסייע להשתרע על ביצוע העבירה העיקרית ולא רק על המטרה לסייע לעבריין העיקרי (פרשת פוליאקוב (לעיל, הערה 184), עמ' 321-322). בכך מציב השופט אנגלרד רף גבוה יותר לצורך הרשעת המסייע בהשוואה לגישת הנשיא ברק.

192 פרשת פלוגית (לעיל, הערה 190), עמ' 32.

193 שם, עמ' 35. נראה שהנשיא ברק לא עמד במדוקדק באותו הקשר על הבחנה זו בהפנותו, בין השאר, דוקא לעמדתו של השופט אנגלרד בפרשת פוליאקוב.

אחרונה זו, תוך הכרה באפשרות של החלת תחליף צפיות בעבירת סיוע לרצח (או אף בעבירת רצח עצמה) על מזבח האחידות המושגית, כגישת השופט אנגלרד.

ו. זרם שני: פסיקה שנמנעה מהחלת תחליף צפיות מהותי ליסוד הכוונה

עמדתי עד עתה על פרשות שבהן הוחלה הלכת הצפיות, על גוניהן השונים. עם זאת בפרשות הללו אין כדי לספק תמונה שלמה משום שבשורה נוספת של פסקי-דין שניתנו בהקשרים שונים מאז כניסת תיקון 39 לתוקף ראו בתי-המשפט ביסוד הכוונה רכיב נפשי מיוחד המביא לידי ביטוי את שאיפתו או חפצו של הנאשם ונמנעו מלהחליפו בתחליף מהותי של צפיות. בהיעדר ראיות ישירות על כוונתו של הנאשם ניכרת מגמה של בתי-המשפט לשימוש ב"חזקת הכוונה" הראייתית כדי להסיק את כוונתו של הנאשם וזאת בין שבמוצהר ובין שלא במוצהר. חזקה זו אפשרה לבתי-המשפט להסיק כי התקיים בנאשם יסוד נפשי מהותי תוך שימוש במסקנות או ברטוריקה מתחום דיני הראיות תחת הליכה בתוואי הדין המהותי. אדגים בשורות הבאות את המגמה בפסיקה להימנע מהחלת תחליף צפיות השקול לכוונה תוך חלוקה בין עבירות התנהגות לעבירות תוצאה.

1. בעבירות התנהגות המתאפיינות ביסוד נפשי מיוחד

בע"פ 8735/96 ביטון נ' קופ¹⁹⁴ שב ונדרן היסוד הנפשי של "בכוונה לפגוע" לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, אשר לפי הפסיקה שעובר לתיקון, בפרשת בורוכוב, נקבע כי אין להחיל לגביו תחליף צפיות¹⁹⁵. ואכן, השופטת ביניש נסמכה על הלכת בורוכוב כדי לשלול, אף לאחר חקיקת תיקון 39, את החלת הלכת הצפיות על היסוד הנפשי שבעבירה בציינה כי "לפי פסיקתו של בית-משפט זה, בעבירת 'לשון הרע' אין להחיל את 'הלכת הצפיות' ועל-כן אין להסתפק בכך שהוכח כי הנאשם צפה את הפגיעה בהסתברות גבוהה של קירבה לוודאות"¹⁹⁶. כן הוסיפה השופטת ביניש כי פירוש זה אף עולה בקנה אחד עם הוראות תיקון 39, אם כי מבלי להרחיב נקודה זו¹⁹⁷. בית-המשפט שלל לגופו של עניין שלמשיב הייתה מטרה לפגוע במערער בפרסום

194 פ"ד נב(1) 19 (להלן – פרשת ביטון).

195 לעיל, הערה 108.

196 פרשת ביטון (לעיל, הערה 194), עמ' 27.

197 שם, שם.

ונדרש אפוא לשלול באופן מפורש את אפשרות החלת הלכת הצפיות, לצורך זיכוי מהעבירה¹⁹⁸.

רתיעת בתי המשפט מהחלת תחליף ליסוד הכוונה באה לביטוי גם בפרשת כהנא שבה נדונה עבירת המרדה¹⁹⁹. בפסק-הדין בערעור השאיר הנשיא ברק את שאלת תחולתה של הלכת הצפיות על היסוד הנפשי "לשם המרדה" בצריך עיון²⁰⁰. ואילו בדיון הנוסף שהתקיים בפרשה זו ציינה השופטת דורנר במלים ברורות את הסתייגותה מהחלת תחליף הסתברותי ליסוד הכוונה בעבירה שאינה עבירת תוצאה²⁰¹. מגמה דומה נלמדה

198 יוער כי באותו מקרה פרסם המשיב תגובה לדברי לשון הרע שפרסם נגדו תחילה המערער, אשר אף דחה הצעות פשרה בשתי ערכאות, וסרב לקבל התנצלות המשיב, וניתן לכך ביטוי בפסק-הדין (שם, עמ' 22, 27). נראה שנטיית בית-המשפט שלא להסתפק בתחליף לכוונה מובנת גם על רקע ההליך הנדון כקובלנה פלילית בין שני אזרחים ולא כהליך פלילי מטעם המדינה.

199 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, עמ' 589; דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, שנדון בהרכב הנשיא ברק והשופטים ש' לוי, אור, מצא, קדמי, דורנר וטירקל. המערער שהפיץ כרוז שקרא להפצצת אום אל-פאחם הועמד לדין בגין עשיית מעשי המרדה לפי סעיף 133 לחוק העונשין הכולל יסוד נפשי "לשם המרדה" וכן בהחזקת פרסומי המרדה לפי סעיף 134(ג) לחוק העונשין. בית-משפט השלום זיכה את הנאשם משתי העבירות שיוחסו לו אך הוא הורשע בערעור שהגישה המדינה. בית-המשפט העליון זיכה את כהנא מהעבירות ברוב דעות הנשיא והשופט גולדברג כנגד דעתו החולקת של השופט מצא. בדיון הנוסף נהפכה ההלכה וכהנא הורשע ברוב דעות בעבירות שיוחסו לו. השופט אור כתב את חוות-הדעת העיקרית להרשעת הנאשם ואליו הצטרפו המשנה לנשיא לוי והשופטים מצא, קדמי ודורנר כנגד דעתם החולקת של הנשיא ברק שחזר על עמדתו בערעור ושל השופט טירקל. השופט אור אישר בדיון הנוסף את קביעתו של בית-משפט השלום כי כהנא רצה בהתממשות היעד שבמטרה, בהתעוררות רגשות שנאה כלפי הציבור הערבי והיסוד הנפשי התקיים בעניינו ולפיכך נמנע מדיון באפשרות החלת הלכת הצפיות לגביו (פיסקה 32 לפסק-דינו).

200 ע"פ 6696/96 (לעיל, הערה 199), עמ' 589-590. הנשיא ברק ציין כי מדובר ברכיב נפשי של "מטרה מיוחדת" במסגרת עבירה התנהגותית אלא שלאור מסקנתו שלפיה התקיים בנאשם היסוד הנפשי של מטרה ביקש להשאיר בצריך עיון את השאלה אם כלל הצפיות ההלכתי חל בעניינו ואם קמה לו תחולה בעבירה גופה.

201 השופטת דורנר, אשר הצטרפה בדיון הנוסף לדעת הרוב מאחר שסברה כי יסוד "מטרה" הוכח, הסתייגה מהחלת הלכת הצפיות כתחליף ליסוד זה בנימוק שהחלתו פוגעת באיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין אינטרסים מתנגשים (לעיל, הערה 199, פיסקה 7 לפסק-דינה). תוך כדי כך, ציינה השופטת את עמדה העקרונית כנגד החלתו של מבחן הסתברותי בעבירה שאינה מסוג תוצאה: "הכללת מבחן הסתברותי בעבירות שאינן תוצאותיות היא בעייתית. שכן, ראשית, נוסחות איזון הנקבעות על יסוד הערכה, אינן מציבות מבחן המאפשר במקרים רגילים לבסס ממצא אובייקטיבי. שנית, הוכחת יסוד זה מעבר לכל ספק סביר, שהיא רמת ההוכחה הדרושה במשפט הפלילי, קרובה להיות בלתי אפשרית" (שם, פיסקה 3 לפסק-דינה). ואכן, השופטת דורנר מדגימה זאת בעצם העובדה שבאותו מקרה סבר השופט אור כי התקיימה "ודאות קרובה" על סמך מבחן של "הגיון ושכל ישר" לכך שפרסום הכרוז יביא למדנים ולשנאה כלפי האוכלוסייה הערבית ויעודד

מפרשת פקוביץ שבה נדון היסוד הנפשי שבעבירה של כניסה ללא רשות למקום פולחן לפי סעיף 172 לחוק העונשין²⁰². באותו מקרה בית-המשפט העדיף להגיע למסקנה שהמערער "התכוון" למעשיו, או לחלופין חזקה כי התכוון למעשיו, תחת קביעה כי המערער ידע או צפה ברמת הסתברות קרובה לוודאי שמעשהו עשוי לפגוע ברגשות, מסקנה שעל נקל הייתה יכולה להיות מוסקת מאותה מערכת עובדתית. השופטת ביניש הותירה את שאלת תחולתה של חלופת הידיעה בצריך עיון, נוכח הסקת כוונת הנאשם מהראיות. ובפרשת אסקין (שבה הורשע המשדל לעבירה שנדונה בפרשת פקוביץ) הסיקה השופטת ביניש על סמך אותה מערכת נתונים כי הנאשם שאף למימוש התוכנית האסורה, גם במקרה זה ללא שימוש בתחליף צפוי²⁰³. בע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל²⁰⁴ נדון היסוד הנפשי של "מניע של גזענות", הנכלל בסעיף 1714 לחוק העונשין, המקנה חומרה יתרה למבצע עבירות שונות כמוגדר בסעיף זה. השופט אור ציין כי מדובר ב"יסוד נפשי מחמיר" אשר התממש כעולה ממעשיה של המערערת, שפעלה לפי דבריה "במטרה להראות למוסלמים את הפן האמיתי של דתם ובכך לפגוע

- מעשי אלימות בעוד שהשופט ברק, על סמך אותו מבחן של הגיון ושכל ישר, סבר כי ההסתברות היא רחוקה ולא ממשית. לפיכך מציינת השופטת כי במצב דברים זה כאשר שני שופטי בית-המשפט העליון חלוקים ביניהם בשאלת קיומה של נסיבה אובייקטיבית שהיא מיסודות העבירה, קשה להגיע למסקנה במידת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי לגבי מודעותו של המשיב כי הכרוז צפוי לעורר בוודאות קרובה שגאה כלפי הציבור הערבי.
- 202 בשני פסקי-דין נפרדים נדונה מסכת עובדתית דומה אשר במסגרתה התבררה אחריותם של שניים, משדל ומבצע, להנחת ראש חזיר על קבר בבית קברות מוסלמי. בע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 667 (להלן – פרשת פקוביץ) (השופטים זמיר, ביניש וזועבי), מיום 20.12.2000, הורשע הנאשם דמיאן פקוביץ כמבצע העבירה של הנחת ראש החזיר בבית הקברות. בע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65 (להלן – פרשת אסקין) (השופטים זמיר, ביניש וריבלין), מיום 1.1.2001, הורשע הנאשם אסקין כמשדל לאותה העבירה של הנחת ראש החזיר. הגם שסעיף 172 כולל שתי חלופות, של כוונה ושל ידיעה, השוות מבחינת עונשן, והיה בכך כדי לסמן לבית-המשפט כי המחוקק ראה לכאורה לנכון להתייחס בגדרו של סעיף זה באופן שווה לכוונה ולתחליף הידיעה, ביכר בית-המשפט באותו מקרה לשמור על דרישת ה"כוונה" כרף גבוה ומחמיר ללא תחליף טובסטנטיבי תוך יישום חזקת הכוונה מדיני הראיות.
- 203 ראו פרשת אסקין, שם, פסקה 11: "המערער היה מודע לטיב התנהגותו המשדלת ולנסיבותיה, ואף שאף למימוש התוכנית להנחת ראש החזיר בבית הקברות בנשר על ידי פקוביץ, שכמטרתו היא שפקוביץ יבצע את המעשה האסור בסעיף 172 לחוק העונשין ובמטרה הקבועה באותו סעיף".
- 204 פ"ד נב(3) 289 (השופטים אור, שטרסברג-כהן וגולדברג), מיום 8.7.14998. באותו מקרה הואשמה המערערת בעבירות שונות ובכללן הכנת והפצת כרוזים בשטח המועצה הפלשתינית בעיר חברון, שבהם הופיעה דמות חזיר עוטה כפייה הדורך על ספר קוראן. השופט אור שכתב את חוות הדעת בערעור חזר ואישר את קביעותיו של בית-המשפט המחוזי כי המניע שעלה מדבריה של המערערת היה "מניע גזעני מובהק שהוא תוצאה טבעית של הדבקת כרוזי החזיר" (שם, פסקה 8 לפסק-הדין).

ברגשותיהם". הגם שדומה כי נקיטת המונחים השונים לצורך סיווג היסוד הנפשי נערכה במקרה זה ללא הבחנה ברורה לחלוטין ביניהם, ניכרת עמידת בית-המשפט על דרישה מחמירה של יסוד המניע הקבוע בסעיף 17144 תוך הסקתו באופן ישיר מאמרותיה של המערערת, ללא הידרשות לתחליף צפיות²⁰⁵.

שמירה על רף הכוונה נלמדת גם מעיון בגישת הפסיקה בשנים שחלפו מאז חקיקת תיקון 39 בפרשות שבהן נדונה העבירה של חבלה בכוונה מחמירה לפי 329 לחוק העונשין²⁰⁶. גם במסגרת זו נרתעה הפסיקה מלהחיל את הלכת הצפיות על החלופות השונות שבעבירה הנדונה. בע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל²⁰⁷ הורשעו המערערים בניסיון חבלה בכוונה מחמירה תוך הסקת כוונתם מראיות ישירות²⁰⁸. השופט דורנר הוסיפה באותו הקשר כי גם אילו לא כך, הייתה מסיקה כוונה זו מחזקת הכוונה הנלמדת מעצם המעשה, מהנסיבות הרלוונטיות ומהתוצאות העלולות לצמוח מהמעשה, ועל-כן איננה נדרשת לדיון בתחליף צפיות בדין המהותי²⁰⁹. פסק-דין נוספים שבהם נדון סעיף עבירה זה מגלים את רתיעת בתי-המשפט מהחלתה של הלכת הצפיות

205 עמדי על כך שבפרשות גיל ומנבר נמנע בית-המשפט מלדון במשמעות ההבחנה שבין "מניע" ל"מטרה" בהקשר ליסוד ה"כוונה לפגוע בביטחון המדינה" תוך כדי כך שפירשו כ"מטרה". בחירת המחוקק בסעיף 17144 במונח מניע אינה מתיישבת לכאורה עם גישת השופט אילן בפרשת רייך שלפיה אין משמעות להבחנה בין מניע למטרה (הגם שעניינו של סעיף 17144 במניע תוך ביצוע עבירות שונות, ולא ביסוד נפשי המופיע בהגדרת העבירה גופה).

206 סעיף 329 לחוק העונשין קובע עונש של עשרים שנות מאסר ל"עושה אחת מאלה בכוונה להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה חמורה, או להתנגד למעצר או לעיכוב כדין, שלו או של זולתו, או למנוע מעצר או עיכוב כאמור" וכו'. סעיף העבירה מונה שש חלופות לעבירות כאמור, אשר חלקן התנהגותיות וחלקן תוצאתיות. כן יש לציין כי לעבירה זו חלופות קלות יותר מבחינת היסוד הנפשי, אם כי לא זהות מבחינת היסודות העובדתיים: ראו סעיפים 333, 334, 335 לחוק העונשין. קיומן של חלופות אלו בספר החוקים עשוי לספק הסבר באשר לנכונות בית-המשפט שלא לוותר על דרישת הכוונה שבסעיף 329. ראו בהקשר זה את הבחנתו של קוגלר בין עבירות חומרה לעבירות בסיס (לעיל, הערה 4, עמ' 40-42).

207 פ"ד מט(5) 534 (השופטים ברק, ש' לוי ודורנר), מיום 8.2.1996.

208 שם, עמ' 551.

209 אחת ההשלכות מביקורתו של פרופ' שפירא (לעיל, הערה 58) על ההבחנה שבחוק העונשין המתוקן בין עבירות התנהגות לעבירות תוצאה, נסבה לעניין היסוד הנפשי הנדרש לניסיון לעבור עבירה התנהגותית. פרופ' שפירא מציין כי הגבלת יסוד הכוונה לתוצאות בלבד הובילה את מנסח התיקון למניעה מושגית מלהחילו על עבירות התנהגותיות, או על ניסיון לעבור עבירות אלה. הגם שסעיף 25 לחוק מגדיר את המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירת ניסיון כ"מטרה" לבצע את העבירה, הרי שלפי סעיף 20(א)(1) מתייחד הביטוי מטרה לעבירות תוצאה בלבד. מכאן, מציין פרופ' שפירא, "על כורחנו אנו נאלצים להכיר בעבירות ניסיון ללא כוונה (או לוותר על האפשרות להחיל את עבירות הניסיון בעבירות המסוגלות להתנהגותיות" (שם, עמ' 140-141). ואכן, כעולה מפסק-הדין, בית-המשפט אינו נוטה לוותר על דרישת הכוונה בעבירת הניסיון לעבור את העבירה ההתנהגותית הנדונה.

והעדפתה של חזקת הכוונה הראייתית על פניה²¹⁰. מגמה דומה של שמירת רף גבוה ליסוד הנפשי נלמדת מגישת הפסיקה בנוגע לעבירה רבת חלופות אחרת, של סיכון חיי אנשים בנתיב תחבורה לפי סעיף 332 לחוק העונשין²¹¹. כך, בע"פ 6202/95 פלוני נ' מדינת ישראל²¹² נדרש בית-המשפט לשאלה אם עליו להרשיע את המערער מעצם נוכחותו במקום בין קבוצת הנערים, שלא לוותה במעשה אקטיבי של זריקת אבנים מצדו. השופט מצא, שאילו הצטרפה השופטת שטרסברג-כהן, סברו כי "היה בנוכחותו של המערער בזירת העבירה משום ראייה להיותו שותף (למצער פאסיווי) של המבצעים". ואילו השופט טל בדעת מיעוט, סבר כי "לא הוכח לא השלב בו נהפך לבכו של המערער מעובר אורח מזדמן לשותף, ולא הוכחה הפיכה כזו כל עיקר" וביקש לזכותו. בית-המשפט לא העלה לדיון את אפשרות החלתה של הלכת הצפיות והתמקד אך ורק באפשרות החלתה של חזקת הכוונה הראייתית בנסיבות העניין. שופטי הרוב היו מוכנים ללכת כברת דרך ניכרת בהסקת "כוונתו" המערער, ולא להסתפק בתחליף לה, הגם שמעורבותו בעבירה הסתכמה אך ורק בעצם נוכחותו בזירת העבירה, והיה ניתן, לשיטת שופטי הרוב, להגיע ביתר קלות למסקנה שהנאשם צפה כי עצם נוכחותו תחזק את מבצעי העבירה. מגמה זו עולה מפרשות נוספות שבהן נדונה עבירה זו²¹³. מגמת בית-המשפט להימנע מהחלת תחליף צפיות ליסוד הכוונה בעבירות התנהגות בעלות יסוד נפשי מיוחד ניכרת גם בפרשות אחרות, שבהן נדונו עבירות שונות, ובכללן, עבירות איומים²¹⁴, וכן עבירות מיסוי הכוללות יסוד של כוונה מיוחדת²¹⁵.

- 210 ע"פ 517/95 פלוני נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 95(3) 1114; ע"פ 5724/95 אבר-דחל נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 96(2) 567; ע"פ 887/96 ביטון נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 97(1) 848; ע"פ 9256/96 לוקמוסקי נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 99(2) 650; ע"פ 9265/96 אברמוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 481; ע"פ 3153/97 שיבלי נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 98(3) 5; ע"פ 6575/97 ברכאת נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 2000(2) 1152; ע"פ 6984/97 פלוני נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 99(3) 1366; ע"פ 2189/98 יזרייב נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 99(4) 81; ע"פ 7282/98 מג'די נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 99(1) 705; ע"פ 7825/98 מחאג'נה נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 99(3) 812.
- 211 סעיף 332 לחוק העונשין קובע: "העושה אחת מאלה, בכוונה לפגוע בנוסע בנתיב תחבורה או כלי תחבורה או לסכן את בטיחותו, דינו – מאסר עשרים שנים" וכו'.
- 212 פ"ד מט(5) 685 (השופטים מצא, שטרסברג-כהן וטל), מיום 26.2.1996.
- 213 ראו ע"פ 4395/98 חסון נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 98(3) 183; ע"פ 1184/00 מחמיד נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 159; דנ"פ 5165/00 מחמיד נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 2000(2) 500.
- 214 ברע"פ 1178/97 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 266, פירש הנשיא ברק את היסוד הנפשי שבעבירה ככוונה מיוחדת ללא התייחסות לאפשרות החלת תחליף של צפיות לכוונה להקניט את המתלונן. עוד ראו בהקשר זה: רע"פ 8108/00 סונגו נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 2000(4) 205.
- 215 ראו ע"פ 1182/99 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1, בפרשה שעוררה הד ציבורי הפך בית-המשפט העליון את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בזכותו את מנכ"ל חברת

2. בעבירות תוצאה

סעיף 20(ב) לחוק העונשין קבע, כאמור, תחולה ברורה ומפורשת לכלל הצפיות כתחליף ליסוד הכוונה בהקשר לעבירות תוצאה, וברי כי בזירה זו הוגבל באופן ניכר מרחב התמרון של בתי-המשפט. ואכן, בפסקי-דינם של מצדדי הגישה הגמישה או המסייגת, בפרשת אלבה ובפרשות אחרות שבאו בעקבותיה, ניתן אישור לתחולתו של כלל הצפיות על תוצאת המעשה לפי סעיף 20(ב) לחוק העונשין. עם זאת דומה כי לא ניתן למצוא בדעות הללו, על גוניהן השונים, מחויבות עקרונית להחלת תחליף הצפיות בהכרח בכל הנסיבות, אף באשר ליסוד התוצאה, וניתן לראות בכך איתות אפשרי לבאות אף במסגרת זו²¹⁶. חוק העונשין המתוקן, המאפשר בחירה בין "כוונה" (סעיף 20(א)(1)) לבין "פזיזות" (סעיף 20(א)(2)) ביחס לתוצאה, חוסך במידה רבה את הצורך להידרש להחלת כוונה או תחליפה בעבירות תוצאה שאינן מתאפיינות ביסוד נפשי מיוחד. עם זאת רתיעה זהירה של הפסיקה ממחויבות לשקילות מושגית של יסוד הכוונה, אף בעבירות תוצאה, ניכרת בפרשות אחדות שעליהן אעמוד בשורות הבאות.

בע"פ 4597/00 עובדיה נ' מדינת ישראל²¹⁷ נדונה החלופה התוצאתית של העבירה של חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין. באותו מקרה המערער תקף את המתלונן, עורך-דין שהגיש הליכי הוצאה לפועל נגד אמו, וכשזה האחרון הדפו, שלף המערער אולר מכיסו ודקרו מספר דקירות בפלג גופו העליון, בלי שלמתלונן נגרמו חבלות רציניות. בית-המשפט המחוזי קבע כי "משהוכח שהנאשם תקף את המתלונן באמצעות סכין עמו הצטייד מראש, ודקר אותו מספר פעמים, הרי שיש להסיק מכך שהעמיד את המתלונן בפני סכנה ממשית לגרימת חבלה לגופו. דהיינו – שהמעשה בוצע לפחות תוך כוונה לגרום לו חבלה חמורה". אלא שבערעור סרבה השופטת ביניש להחיל את כלל הצפיות הקבוע בסעיף 20(ב), שהוחל לשיטתה על-ידי בית-המשפט המחוזי, משום ספק שנתר בלבה באשר לכוונתו של הנאשם. כך ציינה השופטת ביניש כי בבית-המשפט המחוזי "השופטת (החילה) את הלכת הצפיות על-פי סעיף 20(ב) לחוק... ספק בעינינו אם אמנם בנסיבות הענין מתקיימת צפיית התוצאה כקרובה לודאי ולכן התעורר ספק בלבנו אם ניתן להסיק מהמעשה ומטיב הסכנה את הכוונה לגרימת חבלה

טבע וחברת פרומדיקו ומנהליה מעבירות של השמטת מס לפי סעיף 220 לפקודה, על חלופותיה השונות, בנימוק שלא הוכח בעניינם היסוד הנפשי הנדרש לעבירה, המתבטאת ב"כוונה להתחמק ממס". בית-המשפט העליון דרש רף גבוה לדרישת הכוונה המנויה בסעיף ולא היה נכון לשקול את החלפתה באלמנט צפיות הסתברותי. ראו דברי השופט אנגלרד, שם, עמ' 112-113, גישה שאינה עקבית, בכל הכבוד, עם הדברים שהביע השופט בפרשת פוליאקוב. כן ראו דברי השופט אור שם, עמ' 154-155.

216 פרשת אלבה (לעיל, הערה 2), עמ' 301 (הנשיא ברק); עמ' 315 (השופט גולדברג). וראו פרשת אלגד (לעיל, הערה 177), עמ' 747-748 (השופטת ביניש).

217 תקדין-עליון 2000(4) 314 (השופטים זמיר, ביניש ואנגלרד), מיום 26.12.2000.

חמורה²¹⁸. אכן, קשה להסיק בבירור כי בית-המשפט נטה במקרה זה לשלילה עקרונית של הלכת הצפיות, נוכח מישור ההנמקה שנסבה על אי-התממשותו של התנאי לקיומה (צפיית התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי) ולא דווקא על שלילתה ככלל. עם זאת דומה כי גישת בית-המשפט מסמנת חוסר נוחות ממשית מהחלת תחליף הצפיות על יסוד הכוונה, אף בעבירת תוצאה כאשר נסיבותיה של העבירה, תקיפת המתלונן בסכין ודקירתו מספר דקירות בפלג גופו העליון, היו עשויות לגבש, כך דומה, ממצא בדבר צפיות התוצאה של גרימת חבלה חמורה כאפשרות קרובה לוודאי. נראה לפיכך כי הקושי להידרש לדיון מהותי בשאלת החלתו בהכרח של כלל הצפיות לפי סעיף 20(ב) (אשר הוחל לשיטת ערכאת הערעור על-ידי הערכאה הדינית), הוא שהוביל, בין השאר, את בית-המשפט למסלול הנמקה עובדתי, שאותו בכר על פני דיון מהותי²¹⁹.

בהקשר אחר, הנטייה שלא לאמץ את תחליף הצפיות כדוקטרינה מושגית מחייבת השקולה ליסוד הכוונה ניכרת בפרשות שבהן נדון היסוד הנפשי המיוחד של "כוונה תחילה" הייחודי לעבירת רצח. מחד גיסא, סדקים בגישה המסורתית שראתה ב"כוונה תחילה" יסוד מיוחד ומחמיר התגלו בע"פ 3126/96 עמיר נ' מדינת ישראל²²⁰ ובהמשך בפרשת פוליאקוב שהוזכרה, שם היה מוכן השופט אנגלרד, נאמן לגישתו המושגית, לערער בשם האחידות את הרף החמור שנקבע ל"כוונה תחילה" בעבירה החמורה עלי ספר²²¹. מאידך גיסא, סקירת הפסיקה בשורה של פרשות אחרות שהתבררו מאז חקיקת תיקון 39 מלמדת כי איתות זה לא זכה לתמיכה וכי הקו המסורתי הדורש רף מיוחד ליסוד ה"כוונה תחילה" נשמר, תוך שימוש בחזקת הכוונה הראייתית כבעבר. הגבלת הדיון לגדרי המסגרת הראייתית בולט הן בפרשות שבהן הוסקה כוונתו של הנאשם²²²

218 שם, בעמ' 2 לפסק-הדין.

219 וראו אצל שפירא, במאמרו (לעיל, הערה 58), עמ' 139, המציין כי ההבחנה בין עבירות תוצאה להתנהגות אינה מסייעת לפתרון הסיבוך הקשור להחלת הלכת הצפיות ולהבחנה בין מניע למטרה.

220 פ"ד נ(3) 638 (השופטים גולדברג, מצא, קדמי), מיום 4.8.1996. השופט גולדברג היה מוכן לפתוח צוהר לדיון בשאלת תחולתו של כלל הצפיות בעבירת רצח, אך השאיר את השאלה בצריך עיון לבוא (שם, עמ' 651).

221 לעיל, הערה 184, פסקה 22 לפסק-דינו.

222 ראו: ע"פ 536/94 אהרון נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 96(3) 362; ע"פ 357/95 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 577; דנ"פ 5373/97 ויצמן נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 98(1) 264; ע"פ 3243/95 צאלח נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 98(1) 692; ע"פ 2506/96 מורלי נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 98(3) 18; ע"פ 1057/96 אמסלו נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 160, אם כי באותו מקרה עשה בית-המשפט שימוש בשני המונחים, הבנת תוצאתו המסתברת של המעשה, קרי צפיותו, וכן הכוונה להמית, ללא הבחנה ברורה בין השניים; כן ראו: ע"פ 2260/98 אילוז נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 98(4) 1; ע"פ 759/97 אליאבייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 459; ע"פ 8818/96 נח נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 99(1) 1357; ע"פ 2316/98 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 797, עמ' 815-814.

והן במקרים שבהם נותר ספק בלבו של בית-המשפט באשר לגיבושה²²³. כר הפעולה שבגדרו התמודד בית-המשפט עם הספקות באשר ל"כוונת" הקטילה של הנאשם נותר במסגרת דיני הראיות תוך שימוש בחזקת הכוונה.

בהמשך לפרשות הללו סיפק פסק-הדין בע"פ 5446/99 אלימלך נ' מדינת ישראל סימן ברור להסתייגות ממחויבות לתחליף מושגי של צפיות ליסוד ה"כוונה תחילה"²²⁴. באותו מקרה זוכה הנאשם בבית-המשפט העליון מעבירת רצח, והורשע תחתיה בהריגה, בשל ספק שנותר בכוונתו להמית את המנוח, אותו דקר פעמיים. הספק באשר לקיומה בפועל של כוונת הקטילה עלה בשל דברי הנאשם בשיחת טלפון לאחר המעשה שהובילו למסקנה שלפיה "התערערה חזקת הכוונה"²²⁵. בנסיבות אלה הסתייג השופט מצא מן האפשרות שלפיה עשוי היה להימצא הנאשם חב ברצח, חרף הספק באשר לקיומו של רצון ממש בגרימת המוות – מכוח כלל הצפיות – בציינו כי "המסקנה שסעיף 20(ב) חל גם על ה'החלטה להמית' איננה הכרחית" וכי "החלטה נורמה שתחייב הרשעת אדם ברצח בכוונה תחילה גם בנסיבות שבהן קיימת אפשרות סבירה שלא התגבשה כלל בלבו ההחלטה להמית, עלולה להצמיח תוצאות קשות, ובהיעדר הוראה מפורשת בחוק המחייבת זאת אין להחילה"²²⁶. במקרה זה ניכרה רתיעת בית-המשפט מן האפשרות למצוא עצמו כבול במחויבות להחלת כלל הצפיות על יסוד ה"כוונה תחילה", בנסיבות שבהן נותרים בלבו ספקות באשר לחפצו של הנאשם בגרימת המוות. כך נותר ובצדק יסוד נפשי מיוחד זה מחוץ לגדרה של הדוקטרינה הכללית שבסעיף 20(ב) לחוק העונשין²²⁷.

הסטת הדגש לגדרם של דיני הראיות לצורך הסקת מצבו הנפשי של הנאשם ביחס לתוצאה ניכרת אף מגישת הפסיקה בעבירת הריגה, הגם שבהקשרים הללו לא נדרש הוכחת כוונה או תחליפה אלא מודעות "לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה" כלשון סעיף 20(א) ופזיונות (באדישות או בקלות דעת) לאפשרות גרימת התוצאות האמורות (סעיף 20(א)(2)). בעקבות תיקון 39 צמצמה הפסיקה, לאחר מחלוקת פוסקים, את היקף המודעות הנדרשת בעבירת הריגה ביחס לתוצאה, באופן שכיום נדרשת מודעות לאפשרות גרימת המוות, ולא די במודעות לאפשרות גרימת חבלה גופנית שהובילה

223 ראו ע"פ 6066/94 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 326, שם זוכה המערער מרצח בכוונה תחילה והורשע תחת זאת בהריגה נוכח ספק בכוונתו לדקור את המנוח בחזהו, אשר הביא את בית-המשפט לשלול גם אפשרות הסקת הכוונה מנסיבות מהמעשה גופו (דברי השופט אור, שם, עמ' 335-336); וראו גם ע"פ 8391/99 לוי נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 2001(1) 71, שם הומר הסעיף מרצח לחבלה חמורה בשל ספק באשר לכוונת הקטילה.

224 פ"ד נו(4) 49.

225 שם, עמ' 56.

226 שם, עמ' 59.

227 יוער כי השופטת ביניש, שתמכה בתוצאה הסופית אליה הגיעו שני חבריה למותב, הסתייגה מהצורך בנקיטת עמדה בסוגיה העקרונית בסברה כי בנסיבות העניין אף לא הוכחה צפיות של הנאשם לגרימת המוות (שם, עמ' 60).

למוות²²⁸. הצרת היקף החזות לתוצאה בדין המהותי הביאה מניה וביה לשימוש ניכר, ובצדו התלבטות, בחזקת המודעות הראייתית להסקת יחסו הנפשי של הנאשם לתוצאת מעשיו. בע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהווא²²⁹, הסיק השופט מצא מכוונתו של הנאשם לגרום לחבלה חמורה בגופו של המנוח, אותו דקר בירכו, קיומה של חזקה עובדתית שלפיה "בהחדירו את סכיניו לגופו של המנוח, היה ג'מאל מודע גם לאפשרות שמעשהו עלול לגרום אף למותו"²³⁰. ואילו השופטת ביניש הסתייגה באותו מקרה מגישה זו, בציינה כי "שאלה מורכבת היא עד כמה ניתן להיעזר בקביעת קיומה של המודעות לתוצאה הקטלנית תוך הישענות על חזקה ראייתית-עובדתית, המושתתת על הוכחת מודעות הנאשם לאפשרות של גרימת חבלה גופנית. נראה כי החזקה, שלפיה המודעות לאפשרות גרימת חבלה מקימה בדרך-כלל חזקת מודעות לגרימת המוות, עלולה לטשטש את השינוי שחל בנוגע ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה"²³¹. בהמשך לכך, בע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל²³² עשה השופט ריבלין שימוש בחזקת המודעות הראייתית להסקת חזותו של הנאשם לתוצאה הקטלנית, בלי להכריע בין הגישות השונות באשר להיקף המודעות הנדרשת ביחס לאפשרות גרימת התוצאה²³³. דומה אפוא כי הגבלתה המושגית של החזות לתוצאה הקטלנית גרידא בעבירת הריגה הביאה ליצירת מסלול עוקף מתחום דיני הראיות, ואף בהקשר זה ניכרת הנטייה לשמירת שיקול-הדעת השיפוטי בקביעת יחסו הנפשי של הנאשם ליסוד התוצאה שבעבירה זו.

ז. מסקנות: היקף הלכת הצפיות בפסיקה לאחר תיקון 39 בין ודאות לגמישות

בשורות הבאות אנתח אפוא את המגמות המסתמנות מן הפסיקה שנסקרה לעיל. שלושת סימני הדרך שהוצבו לראשונה בפרשת אלבה²³⁴, כפי שעמדתי לעיל, נעו בין גישתו הגמישה של הנשיא ברק מן העבר האחד, לבין גישתו המכלילה של השופט מצא מן

228 ראו: ע"פ 2598/94 דנינו נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 265 והשוו דעת השופטת שטרסברג-כהן, שם, עמ' 279-282; ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 145, עמ' 150 (השופט אור); ע"פ 3158/00 מגדיש נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 80, עמ' 86 (השופט אנגלרד).

229 פ"ד נה(3) 327.

230 שם, עמ' 331.

231 שם, עמ' 333-334.

232 פ"ד נו(1) 34.

233 שם, עמ' 44-45.

234 לעיל, הערה 2.

העבר השני, כאשר בתווך גישת השופטת דורנר המסייגת תחולת הלכת הצפיות לתוצאות הטבעיות הצומחות מהמעשה. מכאן ואילך, בפרשות נוספות הלכו שתי הגישות הקוטביות מבין השלוש והפכו לשני מחנות נבדלים, כאשר כל אחת מהשתיים אוספת לה תומכים בצדה. כך, מן העבר האחד, הצטרף השופט אנגלרד בפרשת פוליאקוב²³⁵ לגישתו המכלילה של השופט מצא בפרשת אלבה. ואילו השופט אילן, שהצטרף בפרשת רייך²³⁶ לגישת שני השופטים האחרונים, צעד צעד נוסף כשסבר שיש לבטל כליל את ההבחנה בין מטרה למניע. ומן העבר השני, ביסס הנשיא ברק את גישתו הגמישה בפרשת פולק²³⁷. מרבית שופטי בית-המשפט העליון שנדרשו לסוגיה תמכו בגישתו, בניואנסים כאלה ואחרים. כך השופט גולדברג (כאשר גישתו "המסייגת" מכירה בתחולת ההלכה אלא אם קיימים שיקולים שלא להחילה) והשופט טירקל בפרשת אלבה, השופט קדמי בפרשת רייך והשופטת בניש בפרשת אלגד²³⁸. במסגרת גישה זו, הותיר הנשיא ברק בפרשת פולק וכן השופטת בניש בפרשת אלגד את שאלת ההבחנה בין מניע למטרה לצורך תחולת הלכת הצפיות בצריך עיון לעתיד לבוא, תוך נטייה עקרונית להכיר בה.

בפרשות אחרות, גיל²³⁹, מנבר²⁴⁰, וכהן²⁴¹, נמנעו השופטים מנקיטת עמדה בנוגע למחלוקת שבין שתי הגישות, מתוך הנחה שבין כך ובין כך רשאים היו לגופו של עניין להחיל את הלכת הצפיות על היסוד הנפשי שבאותן עבירות. עם זאת בפועל בכל הפרשות הללו פורש היסוד הנפשי כמטרה ולא כמניע. כך מסתבר כי בית-המשפט העליון לא נמנע מהחלת הלכת הצפיות על עבירות התנהגות המתאפיינות במחשבה פלילית מיוחדת, חרף היעדרו של עיגון לשוני ברור בסעיפים 20(ב) או 90א(2) לחוק העונשין המתוקן. יתר על כן, הרתיעה מאימוץ עמדה עקרונית בין שתי הגישות משרתת את הגישה הגמישה ותורמת לביסוסה הלכה ולמעשה. במקביל לכך, ניתוח זרם שני של פסיקה שבה נדונו עבירות שונות, ובכללן פרשת ביטון²⁴² ואחרות, מלמד על שלילה או אי-היזקקות להחלת הלכת הצפיות על יסוד הכוונה. עם זאת במקרים רבים העדיפו בתי-המשפט להגיע לאותה תוצאה ממש של הסקת כוונה תוך שימוש בחזקת הכוונה הראייתית המאפשרת מרחב של גמישות ושיקול-דעת. מגמה זו עולה הן בעבירות התנהגות המתאפיינות ביסוד נפשי מיוחד והן בעבירות תוצאה, הגם שבאשר לאלה האחרונות באופן מסויג וזהיר יותר. לצורך הצגת הדברים באופן כוללני יותר איעזר בסכמה המוצגת בטבלה א להלן.

לעיל, הערה 184.	235
לעיל, הערה 156.	236
לעיל, הערה 148.	237
לעיל, הערה 177.	238
לעיל, הערה 164.	239
לעיל, הערה 171.	240
לעיל, הערה 174.	241
לעיל, הערה 194.	242

טבלה א: היקף הלכת הצפיות לאחר תיקון 39: תיאור המגמות השונות

בית-המשפט		הגישה המושגית תיקון 39	יסוד נפשי		סעיף	סיווג העבירה
גישה גמישה	מכלילה גישה	הלכת הצפיות כהסדר גמיש לפי ההקשר	מטרה	כוונה	90א(2)	התנהגות
↓	↑	כלל הצפיות כתחליף כללי	כלל הצפיות כתחליף כללי			
↑	↓	נטייה שלא להחיל: בצריך עיון	אין להחיל תחליף ידיעה	מניע		
תחליף כללי (ספק אם הכרח להחילו)	תחליף כללי	כלל הצפיות כתחליף כללי	כוונה		20(ב)	תוצאה

באשר לעבירות התנהגות המתאפיינות במחשבה פלילית מיוחדת, הגישה המכלילה של שופטי בית-המשפט העליון, כמתואר לעיל, אמצה את הגישה המושגית התופסת את הלכת הצפיות כתחליף כללי ומושגי השקול ליסוד הכוונה. ברם שכפי שמתאר הקו המקוטע, גישה זו אינה הולכת בתלם של פרופ' פלר בכל הנוגע להבחנתו בין עבירות מטרה למניע בהקשר להחלת הלכת הצפיות. גישתו של בית-המשפט לאורך השנים מלמדת על נטייה להרחיב את גבולותיו של יסוד המטרה ורתיעה, ככלל, מפירוש יסודות נפשיים כמניעים. לפיכך, ככל שמצדדי הגישה המכלילה מבין השופטים הרחיבו את גבולותיו של יסוד המטרה (כפי שמסמנים החצים בטבלה) הוחלה בגדרן הלכת הצפיות כתחליף מושגי ליסוד הכוונה בעבירות התנהגות המתאפיינות במחשבה פלילית מיוחדת. פריסה זו הובילה לכאורה לצביעת תחליף מקיף כללי של ידיעה לכל אורך חזית יסוד הכוונה תוך אובדן הרגישות שבה נקטה הפסיקה שלפני תיקון 39, אשר החילה את

הלכת הצפיות ככלי עזר גמיש. הבלם המושגי שעליו עמד פרופ' פלר בדמותו של יסוד המניע (הנכלל כיום בסעיף 90א(2)) נעקף, או צומצם בפסיקה, באמצעות הרחבת יסוד המטרה, כדי שלא לשלול מבתי-המשפט את האפשרות להחיל תחליף ידיעה במקרים שיראו לנכון לעשות כן. באשר לגישה הגמישה המתוארת בטבלה, זו מותירה את היקף תחולתה של הלכת הצפיות כהסדר גמיש לנסיבות המקרה ומצמצמת ביותר את היקפה (כמסומן בטבלה). בכך היא משמרת למעשה את המצב המשפטי עובר לתיקון 39 שבו יושמה הלכה זו ככלי עזר גמיש גרידא. באשר להבחנה בין מטרה ומניע נוטה גישה זו להכיר בה כאמור (מסומן בקו מקוטע בטבלה) אם כי הכרה זו לא באה נכון להיום לכדי נפקות מעשית ובאף פרשה עד כה לא פורש יסוד נפשי כמניע, וזאת כאמור באופן עקבי לרתיעה המסורתית של הפסיקה מלפרש יסודות נפשיים של עבירות שונות כמניעים. הגישה הגמישה מקנה, אם כך, לבית-המשפט שיקול-דעת בעל ממד כפול, הבא לידי ביטוי באפשרות לתנועת נדנדה (כפי שמדגימים החצים). בממד האחד, שיקול-דעת להחיל או שלא להחיל את הלכת הצפיות על יסוד המטרה לפי ההקשר. בממד השני, אפשרות לשלול את החלת הלכת הצפיות בעבירות מסוימות, שהיסוד הנפשי בהן יפורש כמניע. כל אחד משני הממדים הללו משקף את העניין של בתי-המשפט בשמירה על רוחב שיקול-דעת שיפוטי כמתואר בטבלה ב להלן.

טבלה ב: יסודות של ודאות מול שיקול-דעת בהחלת תחליף צפיות ליסוד הכוונה

בית-המשפט				
הסעיף	הגישה המושגית	גישה מכלילה	גישה גמישה	
20(ב)	תוצאה	החלה	שיקול-דעת	
90א(2)	מטרה	החלה	שיקול-דעת	
	מניע	אי-החלה	שיקול-דעת	

טבלה ב מתארת אפוא את המתח בין יסודות של ודאות לבין יסודות של שיקול-דעת שיפוטי תוך כדי החלתה של הלכת הצפיות על יסוד הכוונה על שלוחותיו השונות.

בתי-המשפט בישראל יצרו דין מהותי פלילי במשך עשרות שנים ובמסגרת זו עיצבו דוקטרינות וכלים גמישים המאפשרים שמירה על שיקול-הדעת השיפוטי. אחת מאותם כלים היא הלכת הצפיות המתבססת על אדנים של אינטואיציה שיפוטית. הלוגיקה של מנסחי תיקון 39 ביקשה להסיט את הדגש מבתי-המשפט למחוקק ולתחום את מסגרת פעולתם של בתי-המשפט לסד מושגי מובנה באמצעות קביעת תחליף כללי ליסוד הכוונה. בתי-המשפט ממאנים לאמץ תכתיב זה ומתמודדים עמו ביצירת חסמים או צמתים של שיקול-דעת שיפוטי בשני רבדים, המקיימים ביניהם זיקה הדדית. ראשית, השימוש בחזקות עובדתיות של דיני הראיות אפשר לבתי-המשפט להימנע בנסיבות מסוימות מכניסה לזירת ההתמודדות עם התכתיב המושגי שקבע חוק העונשין המתוקן לגבי תחולת כלל הצפיות. מגמה זו ניכרת בעבירות התנהגות בעלות יסוד נפשי מיוחד, וניתן לה ביטוי זהיר ומסויג אף בגישת הפסיקה בעבירות תוצאה. שנית, בגדרו של הדין המהותי יצרו בתי-המשפט צומת נוסף שבו התפצלו גישות השונות שעליהן עמדתי. כך יוצא כי בתי-המשפט שומרים על תחולתה הספורדית של הלכת הצפיות (לפי הגישה הגמישה), או למצער, נוטים להרחבת היקפה המושגי (לפי הגישה המכלילה) תוך שמירת מרחב תמרון ניכר בגדר דיני הראיות. בכללם של דברים דומה כי המסגרת המושגית המובנית שקבע סעיף 20(ב) באשר לשקילות תחליף הצפיות ליסוד הכוונה לא פורשה כתכתיב שיש בו כדי להגביל באופן ממשי את שיקול-הדעת השיפוטי. גישת רוב שופטי בית-המשפט העליון מלמדת על המשך ההיזקקות לדוקטרינה זו המשמשת ככלי עזר גמיש בידי הפסיקה. ומנגד, אימוצו של האילוץ המושגי של תחליף הצפיות על-ידי מיעוט מבין שופטי בית-המשפט העליון טומן בחובו, כאשר נלווית לו נטייה כללית לאי-הכרה מעשית בהבחנה בין מניע למטרה שעליה הורה סעיף 90א(2), משום חשש לאובדן הזהירות בהחלטה של הלכה זו שהייתה מנת חלקה עובר לתיקון²⁴³.

תגובת הפסיקה מלמדת כי הניסיון להפוך את הלכת הצפיות, שפותחה ככלי שיפוטי גמיש, לתכתיב מושגי כללי המעוגן בחוק, לא הטיב עם הלכה זו וממילא שלא תרם ליתר בהירות בסוגיה הנדונה.

243 ההבחנה בין מניע לבין מטרה בגדרו של סעיף 90א(2), אכן מעוררת קושי מבחינה עיונית ומבחינת השלכותיה המעשיות. לטעמי, ניתן להותירה על כנה ולו ככלי עזר, תוך בחינתה לגופו של מקרה. יש טעם לסברה כי ככל שתיתן ליסוד הכוונה (הנכלל בעבירת התנהגות בעלת יסוד נפשי מיוחד) פרשנות נושאת פני עבר (מניע), אין להחליפו בתחליף צפיות. ואילו ככל שתיתן ליסוד זה פרשנות נושאת פני עתיד (מטרה), יש לכאורה הצדקה לתחליף הצפיות. זאת בכפוף לשאר השיקולים לגופו של מקרה. עם זאת, דומה כי אין בסעיף 90א(2) כדי לתרום באופן ממשי להבחנה הנדונה ומלאכה זו נותרת בידי בתי-המשפט.

ח. במקום אחרית דבר

ביקשתי לתאר את העימות בין תפיסות העולם השונות במשפט הפלילי שלנו, אשר לבש צורה ממשית, ואף כוחנית, במסגרת ההליכים שקדמו לחקיקת תיקון 39 לחוק העונשין מראשית שנות השמונים ועד לכניסתו לתוקף בשנת 1995, ולאחרונה – מאז ועד היום. אלא, שהלכת הצפיות היא אך אחת מבין נקודות מפגש רבות המשמשות אכסניה להתמודדות על רוחבו של שיקול-הדעת השיפוטי. התמודדות זו טבועה בהליך השיפוטי, וניצק בה תוכן קונקרטי עם חקיקתו של תיקון 39 על תפיסת העולם שביסודו. נקודות המפגש הללו פרוסות לאורכם ולרוחבם של דיני העונשין שלנו וניתוחן המקיף נותר כמלאכה לעתיד לבוא.

כך, בקצירת האומר, מהווים דיני השותפות – אשר גובשו באופן מסורתי בפסיקה²⁴⁴ – נקודת מפגש אחת אשר במסגרתה מתחולל בשנים האחרונות עימות של ממש בין הגישה שהנחתה את מנסחי תיקון 39 לבין הפסיקה אשר סירבה לאמץ את ביטולה של אחריותם הסולידרית של קושרים בסעיף 499(ב) לחוק העונשין. הפסיקה דאגה לעקוף את הוראות התיקון מבלי ליצור עימות חזיתי עם דבר המחוקק ובד בבד עם אימוצו הרטורי של מבחן השליטה הפונקציונלי הורחבו גבולותיו של הביצוע בצוותא באופן משמעותי אף על מי שלא נכח כלל בביצוע מעשה העבירה²⁴⁵, תוך צמצום היקף עבירת הסיוע (שהעונש בגינה הופחת בסעיף 32 לחוק העונשין המתוקן למחצית מעונשו של המבצע העיקרי) לכדי זרוע מדולדלת²⁴⁶. מנייה וביה הרחיבה הפסיקה את אחריותו של המבצע לעבירה נוספת תוך עקיפת הוראת סעיף 34 לחוק העונשין המתוקן²⁴⁷. תגובת הפסיקה בסוגיה זו הביאה את פרופ' קרמניצר לציין לאחרונה כי דוקטרינת האחריות

244 ראו פרשת קייזר (לעיל, הערה 12).

245 ע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, שבו נדונה אחריותם של ארבעה חברי "כהנא" לרצח בשוק הקצבים, הורשע אחד הקטינים, "טל", כמבצע בצוותא למרות שלא נכח כלל בעת ביצוע המעשה ואף ביקש מחבריו לדחות את הפעולה (שם, עמ' 410). ראו אצל גור-אריה "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית (תשס"א) 83, עמ' 90-91; אותה אמת מידה לפיה "נוכחות בזירת האירוע אינה תנאי הכרחי לגיבוש מעמד של מבצע בצוותא" נקבעה בע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534; ראו אצל גור-אריה, שם, עמ' 92-93. פרופ' גור-אריה מציינת כי הדגש הוסט מבדיקה בדבר תרומתו של המבצע בצוותא לביצוע לבדיקת תרומתו להחלטה לבצע את העבירה, שם, עמ' 95. וראו אצל קרמניצר, במאמרו (לעיל, הערה 126), עמ' 60.

246 ראו ניתוח גישתו של השופט קדמי בפרשת משולם, אצל גור-אריה במאמרה (לעיל, הערה 245), עמ' 95-97; וראו גישת השופט מצא בפרשת פוליאקוב אצל גור-אריה, שם, עמ' 98-99.

247 ראו ניתוח גישתו של בית-המשפט בע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239 אצל גור-אריה (לעיל, הערה 245), עמ' 99-101. וראו ע"פ 7085/93 נג'אר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 221, עמ' 235-237.

הסולידרית "מסרבת לגווע כמצוות המחוקק..."²⁴⁸. ובמלים חדות אף יותר ציינה לאחרונה פרופ' גור-אריה כי גישת הפסיקה מביאה למצב שבו "ההגדרות מתרוקנות מתוכנן..." ו"מלות החוק מאבדות מערכן" וכי "אני חוששת, כי אם לא יחול שינוי של ממש בעמדת הפסיקה בהקשר זה, בסופו של תהליך עלול המצב הנהוג לגבי דיני השותפות במשפטנו להיות גרוע מזה שהיה קיים קודם לתיקון 39"²⁴⁹.

פרופ' גור-אריה מנמקת את חששה בכך שהבחנות עונשיות זהירות שהיו נהוגות בעבר בפסיקה עובר לתיקון 39 בין המסייע למבצע העיקרי, תימחקנה בשל הקושי לאבחן בין המבצעים בצוותא אשר מסגרת אחריותם המושגית הורחבה ביותר על-ידי הפסיקה. דומה כי דברים נכוחים אלה מבהירים בצורה משכנעת את הזהירות שיש לנקוט מפני הטלת מוסרות יתר על שיקול-הדעת השיפוטי, כפי שביקשתי לעמוד ברשימה זו. נקודת מפגש אחרת מספקת עבירת גרם מוות ברשלנות, אשר הפסיקה הרחיבה ביותר את היקפה במהלך השנים – הרחבה שנתקלה בביקורת אשר יושמה לכאורה בהוראות תיקון 39²⁵⁰. סעיף 21 לחוק העונשין המתוקן מגדיר כיום את הרשלנות כיסוד נפשי עצמאי, ובכך נותק לכאורה הקשר המסורתי שנהג בעבר לדיני הנוזיקין²⁵¹. השינוי בהגדרת העבירה והמעבר ממבחן "האדם הסביר" הערכי ההלכתי למבחן "האדם מן הישוב בנסיבות העניין", המלווה בעמדותיהם (אם כי בגוונים שונים) של מנסחי התיקון, מצביעים כולם על כיוון של צמצום בהיקף העבירה²⁵². אלא שכל הנימוקים הללו לא

248 לעיל, הערה 126, עמ' 60.

249 במאמרה (לעיל, הערה 245), עמ' 107-108.

250 ע"פ 196/64 היועמ"ש נ' בש, פ"ד יח(4) 568, עמ' 570; ד"נ 15/64 בש נ' היועמ"ש, פ"ד יט(1) 309. והשוו למודל של "אדם סביר" ממוצע בפסיקה קודמת משנות החמישים: ע"פ 46/54 היועמ"ש נ' סגל, פ"ד ט 393, עמ' 432; לניתוח מהלך ההרחבה של היקף עבירת גרם מוות ברשלנות במהלך השנים ראו אצל לוי ולדרמן (לעיל, הערה 15), עמ' 529-530; ע"פ 385/89 אבנת נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 1, עמ' 6-7. הביקורת בספרות המשפטית כלפי הפסיקה עובר לתיקון התמקדה ככלל בשני מישורים עיקריים: אימוצו של המודל הנוזיקי בדין הפלילי על שלל הבעיות שעורר, וההרחבה היתרה של מבחן "האדם הסביר" (ראו: א' פולנסקי "סעיף 218 של החוק הפלילי, עבירה פלילית או עוולה אזרחית" הפרקליט יב (תשט"ז) 119; גור-אריה (לעיל, הערה 11), עמ' 270; פלר (לעיל, הערה 11), עמ' 61-62; י' שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט (תש"ן) 78, עמ' 95; וראו אצל מאוטנר בספרו (לעיל, הערה 19), עמ' 62-63, 107).

251 בהתאם לכך תוקן נוסח סעיף העבירה הספציפי של גרם מוות ברשלנות הקבוע בסעיף 304 במסגרת תיקון 43 לחוק העונשין.

252 פרופ' פלר ראה במבחן המודעות בכוח פוטנציאל וכושר של "אדם סביר", או "אדם מן הישוב" או "אדם רגיל" או "אדם בר דעת" ככינויים נרדפים לאדם בעל כושר תפיסה ממוצע. ראו בספרו (לעיל, הערה 30), עמ' 622. דברי ההסבר לתיקון 39 עשו שימוש בנשימה אחת במושגים "אדם מן הישוב", "אדם סביר" ואדם "ממוצע" ללא הבחנה ביניהם תוך ציון כי מדובר ב"מבחן חיצוני... ולא קריטריון פרסונלי של האדם המסוים, עושה העבירה" (ה"ח 2098 תשנ"ב (6.1.1992), 115, עמ' 216). דברים אלה תאמו את

מנעו לאחרונה מהשופט חשין לציין בדנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל כי "אותו אדם מן הישוב, ידענו כולנו, הוא חלף דיבור לאדם הסביר, ידידנו הווירטואלי המלווה אותנו משכבר הימים במשפט הנזיקין..."²⁵³, ודומה אם כך כי אף בסוגיה זו טרם נאמרה המילה האחרונה²⁵⁴.

נקודת מפגש נוספת היא הוספת צמד המלים "לפי תכליתו" להוראת סעיף 34כא לחוק העונשין הדין בפרשנות הדין. תוספת זו לא נכללה מלכתחילה בהצעת החוק, היא עומדת בניגוד לגישתם הבסיסית של מנסחי התיקון באשר למעמדו של עקרון החוקיות ופרשנות הדין בפלילים²⁵⁵, ומהווה פתח פוטנציאלי להזרמת תורת הפרשנות התכליתית אל המבנה הסדור של תיקון 39 והכפפתו לעקרונותיה²⁵⁶.

גישתו של פלר שביקר את עמדת הפסיקה עובר לתיקון (ראו פלר (לעיל, הערה 11), עמ' 58-59). עם זאת ניסוח זה ישמש כלי נשק בידי אלה הממאנים להכיר בצמצום היקף העבירה (ראו למשל גישת השופט גל בת"פ (י-ם) 3020/95 מדינת ישראל נ' פלוני, דינים-מחוזי לב(1) 238). פרופ' גור-אריה דוגלת במעבר למבחן דו-שלבי, אובייקטיבי וסובייקטיבי גם יחד (ראו גור-אריה (לעיל, הערה 9), עמ' 30). ואילו פרופ' מרדכי קרמניצר סבר כי תיקון 39 מחייב מעבר לגישה המקלה ביותר עם הנאשם הנהוגה בקונטיננט ויישומו של מבחן אינדיווידואלי לעבירת הרשלנות בפלילים (ראו מ' קרמניצר "על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד (תשנ"ד) 71, עמ' 94).

253 פ"ד נו(4) 385, עמ' 393.

254 יוער כי בפסיקת ערכאות נמוכות הוכרה נטייה להכיר בצמצום מסוים של היקף עבירת גרם מוות ברשלנות הגם שהשלכותיה המעשיות לוטות בערפל. ראו ע"פ (ת"א) 70212/99 ביליס נ' מדינת ישראל, תקדין-מחוזי 99(3) 1045, מיום 9.9.1999 (השופט המר); ע"פ (ת"א) 3998/98 מרן נ' מדינת ישראל, תקדין-מחוזי 99(2) 2805, פסקאות 18-24. ניתוח מקיף בסוגיה זו נערך בת"פ (ת"א) 15237/97 מדינת ישראל נ' בראילין (לא פורסם), שבו נדונה פרשת אסון גשר המכבייה, שם נקבע כי התיקון הצר את תחולת עבירת הרשלנות בהשוואה לדין הקודם. בית-המשפט ראה במבחן שנקבע אמת מידה אובייקטיבית (האדם הממוצע) וסובייקטיבית (בנסיבות הענין) גם יחד אך ציין כי הלכות קודמות תמשכנה לחול ככל שאינן סותרות את הוראות התיקון. קו זה אומץ לאחרונה בת"פ (אשד" 2332/97 מדינת ישראל נ' בנדר (לא פורסם), בענין אסון פסטיבל ערד, תוך ציון כי: "אדני ההלכות שנקבעו ע"פ החוק הישן, ימשיכו לחול גם אחרי תיקון החוק, תוך פריצת חלונות למשבי רוח קלים ומקלים, בהקשרים מסוימים בלבד" (עמ' 26 לפסק-הדין). סימן יחיד בפסיקה, למיטב ידיעתי, לאימוץ גישתו של פרופ' קרמניצר באשר למבחן אינדיווידואלי נרשם בת"פ (ת"א) 3378/93 מדינת ישראל נ' ויינריך, דינים-שלום ד 328.

255 ראו למשל: M. Kremnitzer "Interpretation in Criminal Law" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 367-368, pp. 358; קרמניצר (לעיל, הערה 38), עמ' 698.

256 ראו ב' סג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים? ! האמנם אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" עלי משפט ג (תשס"ג) 165. וראו, למשל, ע"פ 6182/98 שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 625, השוו בין פסקאות 13-15 לדעת המיעוט של הנשיא ברק לבין פסקאות 4-11 לדעת הרוב של השופט אור. בעוד שהנשיא ברק פונה למעגלים נרחבים הקשורים בטעמים המונחים ביסוד הסדרי ההסגרה וביחסים

ההתפתחות המסורתית של המשפט הפלילי בישראל בצירוף השתרשותה של תורת הפרשנות מבית מדרשו של הנשיא ברק משנות השמונים ואילך, גיבשו מערכת שפיטה חזקה, שיש לה תפקיד מרכזי בעיצוב הדין המהותי הפלילי בישראל. הרשות השופטת שלנו גיבשה במסורת של עשרות שנים דוקטרינות וכלים גמישים המשמשים את בתי-המשפט במלאכת השפיטה, אשר אחת מיני רבים מביניהם היא הלכת הצפיות. העקרונות שהדריכו את מחברי תיקון 39 ושיושמו בהוראותיו ביקשו לצמצם את סמכותם של בתי-המשפט ביצירת דין ברוח תפיסות קונטיננטליות, להכפיפם לסד מושגי, וליטול מהם או לצמצם את כוחם להיעזר באותם כלי עזר גמישים. המפגש בין שתי הגישות השונות הללו הביא לטלטלה במשפט הפלילי שלנו, אשר יש בו כיום, בהכללה, חלק מקדמי וכללי של קוד פלילי בהשראה קונטיננטלית, ומסורת שפיטה דומיננטית אשר גובשה בהשראת המשפט המקובל ונתמכת בתורת שפיטה ממוסדת. שתי הגישות הללו מתקשות לדור בכפיפה אחת. יציקתן יחדיו בכור ההיתוך של הפסיקה מתרחשת לנגד עינינו, ויש לצפות כי זו תתגבש לכדי דמות בעלת מאפיינים יציבים יותר בשנים הקרובות.

הבין-לאומיים בין המדינות, הדגיש השופט אור בבדיקתו את התכלית הצמודה להוראת הסעיף הנדון בחוק ההסגרה, דברי הכנסת, והרקע לחקיקתו. וראו ברק פרשנות תכליתית במשפט (לעיל, הערה 21), עמ' 254.