

אי-האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון

(ע"פ (רים) 89/66 סימן-טוב נ' מדינת ישראל, פ"מ נח 74 ; ע"פ (ב"ש) 93/72 מדינת ישראל נ' ממן, פ"מ פא 534)

א. מבוא

אי-האפשרות להשלים את העבירה נוגעת ליסוד העובדתי — לאקטוס ריאוס — של עבירת הניסיון, ומתייחסת לטיב ההתנהגות הנדרשת להיווצרות הניסיון. מבחינת טיב ההתנהגות ניתן להבחין בין ניסיון צליח ובין ניסיון בלתי צליח. ניסיון הוא צליח, כאשר ההתנהגות מעצם טיבה מתאימה לביצוע העבירה, אך השלמת העבירה נמנעת עקב התערבות גורם חיצוני, או כתוצאה מהרטה של המנסה, וזאת לאחר שהמנסה התחיל בביצוע העבירה. ניסיון בלתי צליח הוא ניסיון שנדון מראש לכישלון, משום שאין אפשרות אובייקטיבית לעבור את העבירה. הגורמים המסכלים כאן את השלמת העבירה הם אינהרנטיים לאופן הביצוע, כך שבנסיבות העניין אין טיבה של ההתנהגות מתאים לביצוע העבירה.

שאלת אי-האפשרות להשלים את העבירה מעוררת את אחת הבעיות העקרוניות הנוגעות לענישתו של הניסיון והיא: האם ניתן להרשיע אדם בניסיון לבצע עבירה פלילית כשביצוע העבירה נדון מלכתחילה לכישלון; או: האם ניסיון בלתי צליח, כהגדרתו לעיל, הוא ניסיון בריעונשין?

ב. עמדת בתי המשפט בפסק הדין סימן-טוב וממן

בי"ע"פ (יים) 89/66 סימן-טוב נ' מדינת ישראל¹ (להלן — סימן-טוב), נקט בית המשפט המחוזי בירושלים עמדה בסאלת השפעתה של אי-האפשרות להשלים את העבירה על ענישת הניסיון, וזאת אגב דיון בעבירה של ניסיון לקבל מטבע זר — עבירה על תקנה (1)3 לתקנות ההגנה (כספים) 1941 (להלן — תקנות הגנה)², בצירוף סעיף 29 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן — הפקודה). עובדות המקרה: המערער, שלא היה סוחר מוסמך, קיבל ממי שאינו סוחר מוסמך

1 וזאת להבדיל מצורת ההתנהגות וממדתה. ראה להלן.

2 פ"מ נח 74.

3 תקנה (1)3 קובעת: "אדם שאינו סוחר מוסמך לא יקנה, לא ילווה ולא יקבל לרשותו באופן

אִי־הֶאֱפֶשְׂרוֹת לְהַשְׁלִים אֶת הָעֵבִירָה וְהַשְׁפֵּעָתָה עַל עֵינֵשֶׁת הַנִּסְיוֹן

דולרים אמריקאניים. לאחר מעשה התברר שהדולרים היו מזויפים, ולצורך תקנת ההגנה – פיסות נייר בלבד. מפאת היותם של הדולרים מזויפים לא ניתן היה להרשיע את המערער בעבירה המושלמת של קבלת מטבע זר. בית המשפט פסק כי העדרו של "מטבע זר" כהגדרתו בתקנות ההגנה יכול גם ענישתו של הניסיון לקבל מטבע זר. את מסקנתו זו ביסס הנשיא התורן גולן (שלדעתו הצטרף השופט עדן) * על הנימוקים הבאים:

(1) סעיף 30 לפקודה, המגדיר את הניסיון הפלילי, דורש כי האקטוס ריאוס בניסיון יתבטא במעשה גלוי שיש בו משום התחלת הביצוע של העבירה המושלמת, וכן דורש סעיף זה שהמעשה הגלוי הזה ייעשה באמצעים המותאמים לביצוע אותה עבירה מושלמת.⁵

(2) המיבחן לקביעת תנאים אלה חייב להיות אובייקטיבי.

(3) "האמצעי היחידי שבו ניתן היה לבצע, או להתחיל לבצע, בנסיבות המקרה הנדון את העבירה הוא מטבע זר... ומאחר שאמצעי זה לא היה מצוי כלל בשום שלב משלבי התנהגותו של המערער, הרי שבכל מה שעשה המערער לא היה מאומה שיכול להראות באופן אובייקטיבי כהתחלה של בצוע עבירה על תקנה 3(1), וכן לא היו מצויים בידי המערער האמצעים המתאימים לביצוע העבירה הזאת".⁶

(4) סעיף 30(3) לפקודה אמנם דן במקרים שבהם לא היתה אפשרות למעשה לבצע את העבירה בשל נסיבות שהיו בלתי ידועות למנסה, אך סעיף זה לא בא לוותר על תנאי הגדרת הניסיון הקבועים בסעיף 30(1).⁷

יש לזכור, כי "הכוונה של סעיף קטן 3 היא לא־אפשרות מבחינה עובדתית (impossible in fact) ולא למקרים שבהם אִי־הֶאֱפֶשְׂרוֹת היא מבחינה משפטית (in law). ובמקרה הנדון, אִי־הֶאֱפֶשְׂרוֹת היא מהסוג האחרון".⁸

מסקנתו של השופט, בהסתמך על הנימוקים הנ"ל היתה: "הכוונה הפלילית, אפילו כשהיא מלווה באמונה בקיומו של מצב עובדות מסויים, אין בה עדיין כדי ליצור עבירה של נסיון, כל עוד המעשה שנעשה כשלעצמו אינו מהווה צעד ממשי לקראת בצוע העבירה המושלמת".⁹

בערעור על פסק־דין¹⁰ טענה נציגת המדינה:

אחר מטבע זר או זהב, אלא מידי סוחר מוסמך, ולא ימכור, לא ילוה ולא יעביר מרשותו באופן אחר מטבע זר או זהב פרט לידי סוחר מוסמך, אלא אם קיבל רשיון לכך מאת שר האוצר או מאת מי שנתמנה על ידיו.¹¹

4 השופט מ' כהן הצטרף למסקנתו של הנשיא התורן גולן, אך מנימוקים אחרים, שעליהם עוד ידובר.

5 בעמ' 78.

6 שם.

7 בעמ' 79.

8 עמ' 80.

9 שם.

10 ע"פ 41/67 מדינת ישראל נ' סימני-סזב, פ"ד כא (1) 340.

"השקפת בית המשפט המחוזי באומרו, שעובדת היותם של הדולרים מזוייפים שוללת את האפשרות להרשיע את המשיב בנסיון לבצע את העבירה הנדונה — השקפה זו בטעות יסודה... העובדות (1) שהמשיב לא היה סוחר מוסמך, עשה כדי לרכוש מפלוגי, שגם הוא לא היה סוחר מוסמך, דולרים אמריקאים, (2) שהוא חשב שהשטרות שקבלם ממנו נוצאים אופי כזה — מספיקות כדי לחייב את המסקנה שחוא אשם בנסיון פלילי כאמור." 11

בית המשפט העליון, מפי הנשיא (אגרנט), מצא כי "אכן ניכרים דברי טעם בטענותיה של באת כח היוה"מ", אולם הוא נמנע מלדון בבעיה משפטית זו והשאירה בצריך עיון, שכן החליט לדהות את הערעור מנימוק אחר — לא הוכח שהמוכר לא היה סוחר מוסמך. ב"ע"פ (ב"ש) 93/72 מדינת ישראל נ' כמנן¹² (להלן — כמנן), נקרא בית המשפט המחוזי בבאר שבע לדון במקרה, שעובדותיו היו זהות עם אלה שהתעוררו בפרשת סימן-טוב. בית משפט השלום, שדן בעניין כמנן¹³, זיכה את הנאשם מהעבירה של ניסיון לקבל מטבע זר, בהסתמכו על עמדתו של בית המשפט המחוזי בפרשת סימן-טוב. בערעור לבית המשפט המחוזי הסתמך באיכות המדינה על העובדה שבית המשפט העליון, בפרשת סימן-טוב, השאיר בצריך עיון את שאלת השפעתה של אי-האפשרות להשלים את העבירה על ענישת הניסיון, וניסה לשכנע את בית המשפט לסטות מההלכה שנפסקה בפרשת סימן-טוב. אך יופטי הרוב, שיישבו לדיון בעניין כמנן, קבעו כי "אחרי עיון בנימוקי פסק-הדין ב"ע"פ הנ"ל (סימן-טוב), לא מצאנו טעמים שיש בהם כדי להגיענו לסטות מהמסקנה המשפטית אליה הגיעו חברינו הנכבדים שיישבו בדיון באותו ערעור"¹⁴.

ברשימה זו ננסה להצביע על הטעמים, המחייבים סטייה מהמסקנה המשפטית שהגיעו אליה בתי המשפט המחוזיים בפרשת סימן-טוב וכמנן. קודם לדיון בשאלת השפעתה של אי-האפשרות להשלים את העבירה על ענישת הניסיון, נביא מספר הבהרות באשר לסיווג אי-האפשרות האמורה, הבהרות המתחייבות מן המצבים שגדונו בפסקי הדין סימן-טוב וכמנן.

ג. סיווגה של אי-האפשרות להשלים את העבירה

1. אי-אפשרות עובדתית ואי-אפשרות חוקית

השאלה, בדבר השפעתה של אי-האפשרות להשלים את העבירה על ענישת הניסיון, מתעוררת רק במקרים שבהם לא ידע המנסה על אי-האפשרות. שהרי ידיעה על אי-האפשרות להשלים את העבירה שוללת את היסוד הנפשי הנדרש להתהוות הניסיון: מן הנמנע ליחס לאדם, היודע שאין אפשרות למעשה לעבור את העבירה, כוונה לבצע

11 בעמ' 342.

12 פ"מ פא 534.

13 ב"ת"פ 229/72 מיום 27.3.72.

14 בעמ' 535.

אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת לְהִשְׁלִים אֶת הָעֵבִירָה וְהִשְׁפֵּעָה עַל עֲנִישַׁת הַנִּיסְיוֹן

אוֹתָה עֵבִירָה. כִּאֲשֶׁר אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת לְהִשְׁלִים אֶת הָעֵבִירָה נֹבְעַת מִמַּצֵּב עֹבְדֹתֵי מִסּוּיִם, שֶׁלֹּא הִיָּה יָדוּעַ לְמִנְסָה, אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת הִיא עֹבְדֹתִית, וְטַעוֹתוֹ שֶׁל הַמִּנְסָה הִיא טַעוֹת שֶׁבְעֹבְדָה. כִּאֲשֶׁר אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת לְהִשְׁלִים אֶת הָעֵבִירָה נֹבְעַת מִמַּצֵּב חֹקֵי שֶׁלֹּא הִיָּה יָדוּעַ לְמִנְסָה — הַמִּנְסָה הָאֲמִיִן בְּטַעוֹת שֶׁהַתְּנֵהְגוֹתוֹ אִסּוּרָה עַל־פִּי הַחֹק, אֲךָ לְמַעֲשֵׂה אֵינן הַחֹק אוֹסֵר הַתְּנֵהְגוֹת זֶה — הֵרִי זֶה אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת חֹקִית, וְטַעוֹתוֹ שֶׁל הַמִּנְסָה הִיא טַעוֹת שֶׁבְחֹק.

בְּפֶרֶשֶׁת סִימָן־זֶר, הִתִּיחַס הַנְּשִׂיא הַתּוֹרֵן גּוֹלֵן אֶל אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת לְבַצֵּעַ אֶת הָעֵבִירָה שֶׁל קִבְלַת מִטְבַּע זֶר, עֵקֶב הִיָּוֹת הַדּוֹלָרִים מְזוּיָפִים, כֹּאֵל אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת מִשְׁפָּטִית (in law), מִהַגְיָמוֹק: "הָעֵבִירָה הַנְּדוּנָה הוֹגְדֶרָה בְּחֹק גּוֹפֵא, וְלִפִּי הַהֲגֵדֶרָה שֶׁבְחֹק הִיסוּד הַבְּסִיסִי שֶׁל הָעֵבִירָה הוּא מִטְבַּע זֶר, שֶׁאֵף הוּא קִבַּל הַגְּדֶרָה מִיּוֹחֶדֶת בְּחֹק"¹⁵. "מִטְבַּע זֶר", שֶׁהוּא יִסוּד מִיִּסוּדוֹת הָעֵבִירָה, הוֹגֵדֵר אֲמֵנָם בְּחֹק, אֲבָל קִיּוּמוֹ שֶׁל מִטְבַּע זֶר, בְּהַתְּאָם לְהַגְדֶּרְתוֹ בְּחֹק, הוּא עֲנִיִן שֶׁבְעֹבְדָה. טַעוֹתוֹ שֶׁל הַמַּעֲרַעֵר בְּעֲנִיִן סִימָן־זֶר הִיָּתָה טַעוֹת שֶׁבְעֹבְדָה — הוּא הָאֲמִיִן שֶׁהוּא מְקַבֵּל דּוֹלָרִים אֲמִיתִים בְּעֵלֵי עֵרֶךְ, אֲךָ הַתְּבַרֵר שֶׁקִּיבֵל דּוֹלָרִים מְזוּיָפִים חֲסֵרֵי כֹל עֵרֶךְ; וְאִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת לְהִשְׁלִים אֶת הָעֵבִירָה שֶׁל קִבְלַת מִטְבַּע זֶר בְּנִיגוּד לְתַקְנֹת הַהֲגָנָה נֹבְעָה, בְּמִקְרָה זֶה, מִמַּצֵּב דְּבָרִים עֹבְדֹתֵי — הַדּוֹלָרִים שֶׁקִּיבֵל הִיוּ מְזוּיָפִים.

2. סִיוּגָה שֶׁל אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת הָעֹבְדֹתִית

אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת הָעֹבְדֹתִית לְהִשְׁלִים אֶת הָעֵבִירָה עֲשׂוּיָה לְנֹבַע מֵאֶחָד מִשְׁנֵי מִקְרוֹת: אוֹ מִשִּׁמוּשׁ בְּאֲמִצְעִים בְּלֹתֵי מִתְאִימִים לְבִיצוּעַ הָעֵבִירָה, אוֹ מִנְסִיבוֹת הַבִּיצוּעַ שֶׁל הָעֵבִירָה.

(א) אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת הַנּוֹבְעַת מִשִּׁמוּשׁ בְּאֲמִצְעִים בְּלֹתֵי מִתְאִי־מִים. בְּשְׁנֵי פִסְקֵי הַדִּין הַנִּלְ הִתִּיחַסוּ בְּתֵי הַמִּשְׁפָּט לְמִקְרִים שֶׁהוּבְאוּ לְפָנֵיהֶם כֹּאֵל מִקְרִים הַמַּעֲוָרִים אֶת שְׁאֵלַת אִי־הֶאֱפֶשְׁרוֹת הַנּוֹבְעַת מִשִּׁמוּשׁ בְּאֲמִצְעִים בְּלֹתֵי מִתְאִימִים; וְזֹאת מִשׁוּם שֶׁרָאוּ בִּ"מִטְבַּע זֶר", כִּהַגְדֶּרְתוֹ בְּתַקְנֹת הַהֲגָנָה, אֲמִצְעֵי לְבִיצוּעַ הָעֵבִירָה עַל תַּקְנָה (1)3 לְאוֹתָן תַּקְנֹת. מֵאַחֵר שֶׁהַמַּעֲרַעֵרִים קִיבְלוּ לִידֵיהֶם דּוֹלָרִים מְזוּיָפִים, שֶׁהֵיוּ "לֹא יוֹתֵר מֵאֲשֶׁר פִּיסוֹת זֵיִר בְּעֵלוֹת עֵרֶךְ אֲפִסִּי"¹⁶, הִסִּיקוּ בְּתֵי הַמִּשְׁפָּט שֶׁלֹּא הִיוּ בִּידֵיהֶם הָאֲמִצְעִים הַמִּתְאִימִים לְבִיצוּעַ הָעֵבִירָה שֶׁל קִבְלַת מִטְבַּע זֶר.

הַשׁוֹפֵט שֶׁנִּשְׂאָר בְּמִיעוּט בְּפֶרֶשֶׁת מִמֶּן — הַשׁוֹפֵט וִילְנֶסְקִי — גֵּרַס, לְעוֹמֶת זֹאת, כִּי בִּידֵי הַמַּעֲרַעֵר, שֶׁהוּאִים בְּנִיסְיוֹן לְקִנּוֹת מִטְבַּע זֶר, הִיוּ הָאֲמִצְעִים הַמִּתְאִימִים לְבִיצוּעַ הָעֵבִירָה. לְקִבְעָה זֶה הִגִּיעַ הַשׁוֹפֵט וִילְנֶסְקִי עַל סִמְך פִּירוּשׁ הַמוֹנָה "אֲמִצְעִים לְבִיצוּעַ עֵבִירָה", בְּהִקְשֵׁר לְתַקְנָה (1)3 לְתַקְנֹת הַהֲגָנָה. לְדַעְתּוֹ, מִלְשׁוֹן תַּקְנָה (1)3 לְתַקְנֹת הַהֲגָנָה — הָאוֹסֶרֶת עַל עִיסְקָה בְּמִטְבַּע זֶר — עוֹלָה כִּי גַם הַקִּנּוֹת וְגַם הַמוֹכֵר עֹבְרִים עֵבִירָה אִם הֵם פּוֹעֵלִים בְּנִיגוּד לְהוֹרְאוֹתֶיהָ. אוֹלֵם, "כִּאֲשֶׁר מְדוּבָר בְּנִסְיוֹן לְעִבּוֹר עֵבִירָה עַל אוֹתָה תַּקְנָה, שׁוֹנִים הֵם הָאֲמִצְעִים הַמִּתְאִימִים לְכַך שֶׁל הַקִּנּוֹת מֵאֵלֶּה שֶׁל הַמוֹכֵר. בּוֹ בּוֹמֵן

15 בעמ' 80.

16 ראה פרשת סימן־מ"ב, עמ' 76.

17 ראה ניסח התקנה בהערה 3 לעיל.

שהאמצעים המותאמים של הקונה הם תשלום כסף, במטרה לרכוש מטבע זר, הרי שהאמצעים המותאמים של המוכר הם הספקת המטבע הזר"¹⁸.

לדעתנו, בשני המקרים הרחיבו בתי המשפט את המונח "אמצעים לביצוע עבירה". אמצעי הוא "דבר המשמש לצורך דבר אחר"¹⁹. ואם נכנה את הדבר, שלצורכו משתמשים באמצעים, "מטרה", ברור כי האמצעי להשיג אותה מטרה חייב להיות נפרד מהמטרה עצמה. מאחר שמטרתו של המנסה היא לבצע את העבירה, האמצעים לביצוע העבירה אינם יכולים להיות חלק ממנה — יסוד מיסודותיה²⁰. בעבירות על עסקה במטבע זר, המטבע הזר הוא יסוד מיסודות העבירה — נסיבה רלוואנטית להתהוותה — ובהעדרו אין עבירה. לפיכך, אין המטבע הזר יכול להיות אמצעי לביצוע עבירה של עסקה במטבע זר. מטרתו של אדם המנסה לסחור במטבע זר היא או לקבל את המטבע הזר להחזקתו (אם הוא קונה), או לספק את המטבע הזר לאחר (אם הוא מוכר). בשני המקרים המטבע הזר הוא חלק מהמטרה עצמה, והאמצעי להשיג מטרה זו חייב להיות שונה ממנה. הראייה הנכונה: המונח "אמצעים לביצוע העבירה" מתייחס לתנאי הביצוע, בעזרתם מתכוון המנסה לבצע את העבירה על כל היסודות שבה.

(ב) אי-אפשרות הנובעת מנסיבות הביצוע. בהקשר זה ניתן להבחין בין אי-אפשרות הנובעת מנסיבות רלוואנטיות להתהוות העבירה ובין אי-אפשרות הנובעת מנסיבות שאינן רלוואנטיות להתהוות העבירה. כאשר נסיבות הביצוע אינן ממלאות אחר התנאים הנדרשים להתהוות העבירה, אי-אפשרות להשלים את העבירה נובעת מנסיבות רלוואנטיות להתהוותה — מהעדר התאמה בין נסיבות הביצוע ובין הנסיבות הנדרשות להתהוות העבירה כהגדרתן בגורמה האוסרת את העבירה.

בשני פסקי הדין נשואי הערה זו אי-אפשרות להשלים את העבירה נבעה מהעדר התאמה כאמור. לצורך העבירה של קבלת מטבע זר, בניגוד לתקנות ההגנה, נדרש כי הנאשם יקבל לידיו "מטבע זר" כהגדרתו באותן תקנות. בשני המקרים שנדונו בפסקי הדין קיבלו המערערים לידיהם דולרים מזויפים, שאינם בגדר "מטבע זר". כאשר נסיבות הביצוע שמהן נובעת אי-אפשרות אינן כלולות בהגדרת העבירה, אי-אפשרות נובעת מנסיבות שאינן רלוואנטיות להתהוות העבירה.

ד. השפעתה של אי-אפשרות העובדתית על ענישת הניסיון — שיקולי מדיניות

קביעת הניסיון כעבירה פלילית שנענשים עליה מבוססת על הרעיון כי אדם, שגיבש כוונה לבצע עבירה פלילית, והוכיח שהוא מסוגל להוציא כוונה זו אל הפועל על-ידי תחילת ביצועה של העבירה, מעמיד בסכנה את האינטרס הציבורי, ולפיכך הוא טעון

18 בעמ' 537.

19 מילונו של אבן-שושן.

20 במקרים שבהם המחוקק כולל בהגדרת העבירה גם את האמצעים לביצועה, וזאת כאשר הוא רואה בשימוש באמצעים מסוג מיוחד משום נסיבה המחמירה את העבירה, הופכים אמצעים אלה לנסיבות. ראה למשל סעיף 251א(א) לפקודה, הקובע: "נעברה עבירה על אחד הסעיפים 157, 238 ו-241א(א) כשהעברין גושא נשק הם או קר, דינו — כפל העונש הקבוע לעבירה".

איי-האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון

טיפול שתהיה לו השפעה מרתיעה. אם לא יוטל עליו עונש בשלב זה הוא עלול לגסות את מזלו שנית, והפעם ביתר הצלחה.

רעיון זה בא לידי ביטוי בהגדרת הניסיון במשפטנו²¹, הדורשת כתנאי להיווצרות הניסיון שתהיה למנסה כוונה לבצע את העבירה, ושהוא יביא לידי ביטוי כוונה זו על-ידי מעשה גלוי המהווה תחילת ביצועה של העבירה.

כדי לבדוק את השפעתה של אי-האפשרות העובדתית להשלים את העבירה על ענישת הניסיון, עלינו לצאת מההנחות הבאות:

- (1) המנסה גיבש כוונה פלילית לבצע עבירה.
 - (2) הוא אף התחיל להוציא את כוונתו אל הפועל על-ידי מעשה גלוי.
 - (3) עקב נסיבות שלא היו ידועות לו, ביצוע העבירה לא היה אפשרי; אך אילו היה מצב הדברים כפי שהוא האמין שהוא, היה ביכולתו להשלים את העבירה.
- מהנחות אלה עולה, כי השאלה בדבר השפעתה של אי-האפשרות להשלים את עבירה על ענישת הניסיון היא פונקציה של השאלה, האם במקרים, שבהם לא היתה אפשרות למעשה להשלים את העבירה, ניתן לבדוק את אחריותו הפלילית של המנסה באספקלריה של טעותו — לאור מצב הדברים כפי שהוא האמין שהוא. אם כן, יש לראות את הניסיון, גם במקרים שבהם לא היתה אפשרות להשלים את העבירה, כניסיון ברי-עונשין.
- בדיקת האחריות הפלילית באספקלריית טעותו של הנאשם מוכרת לנו בהקשר אחר — הגנת הטעות בעובדה, הקבועה בסעיף 12 לפקודה²². בהקשר זה משפיעה הטעות על היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה. ההנחה היא, שמצב הדברים האובייקטיבי יש בו כדי למלא אחר האקטוס ריאוס הנדרש, והשאלה היא, האם טעותו של הנאשם שוללת את היסוד הנפשי הנדרש. בדיקת האחריות הפלילית באספקלריה של הטעות בהקשר זה באה כדי לשחרר את הנאשם מאחריותו.
- לעומת זאת, במקרים של ניסיון בלתי צליח — כשלא היתה אפשרות למעשה להשלים את העבירה — אנו נזקקים לטעות לשם בדיקת היסוד העובדתי (האקטוס ריאוס) הנדרש להתהוות הניסיון. ההנחה היא שהנאשם התכוון לבצע את העבירה, אך בנסיבות העניין התנהגותו — מבחינת טיבה — אינה מתאימה לביצוע; והשאלה היא, האם ניתן לבדוק את התנהגותו באספקלריה של טעותו. בהקשר זה, בדיקת האחריות הפלילית באספקלריה של הטעות מטרתה לחייב את הנאשם בביצוע עבירת הניסיון.
- בפרשת סימני-טיב גחלקו דעות השופטים בשאלה זו. לדעת הרוב, שהובעה על-ידי הנשיא התורן גולן, במקרה של ניסיון לא ניתן לבדוק את אחריותו הפלילית של המנסה באספקלריה של הטעות²³. ואילו השופט מי כהן היה בדעה, כי "אם היה זה בלתי אפשרי לבצע את העבירה לה התכוון הנאשם רואים את העובדות באספקלריה של טעותו של הנאשם. אם באספקלריה זו היתה עבירה מרשיעים אותו בנסיון"²⁴.

21 ראה סעיף (1)30 לפקודה, שיובא להלן.

22 הסעיף קובע: "A person who does or omits to do an act under an honest and reasonable, but mistaken, belief in the existence of any state of things is not criminally responsible for the act or omission to any greater extent than if the real state of things had been such as he believed to exist"

23 בעמ' 80.

24 בעמ' 81.

לדעתנו, לא היתה המחלוקת הנ"ל צריכה להתעורר כלל. סעיף 30(3) לפקודה נוקט עמדה מפורשת בעניין זה, בקבעו כי לצורך ענישת הניסיון "אין נפקא מינא אם, לרגלי נסיבות שאינן ידועות לעבריינו, לא היתה אפשרות למעשה לעבור את העבירה".

בסעיף 30(3) לפקודה בחר אפוא המחוקק המנדטורי בגישה, שלפיה ניתן לבדוק את אחריותו הפלילית של המנסה באספקלריה של טעותו, גם כאשר מטרת הבדיקה להטיל עליו אחריות פלילית. ביסוד סעיף 30(3) מונח הרעיון, שיש להטיל עונש על אדם, שגיבש כוונה פלילית ואף התחיל להוציא כוונה זו אל הפועל על-ידי מעשה גלוי, אף במקרים שבהם ביצוע העבירה לא היה אפשרי עקב נסיבות שלא היו ידועות למנסה, ובלבד שאילו מצב הדברים היה כפי שהוא האמין שהוא, היה ביכולתו להשלים את העבירה.²⁵

ה. לפרשנותו של סעיף 30 לפקודה

סעיף 30 לפקודה קובע: ²⁵א

30.—(1) A person is deemed to attempt to commit an offence when he begins to put his intention to commit the offence into execution by means adapted to its fulfilment, and manifests his intention by some overt act, but does not fulfil his intention to such an extent as to commit the offence.

"Attempt defined"

25 הדין שונה במקרים שבהם אי-האפשרות להשלים את העבירה היא אי-אפשרות חוקית. במקרים אלה ה"מנסה" אמנם האמין שהוא מבצע עבירה, ואף הוכיח שהוא מסוגל להוציא לפועל כוונה לבצע מעשה, שבהתאם לאמונתו מהווה עבירה. אולם, החברה אינה יכולה לשפוט אדם בהתאם למושגים הנורמטיביים שלו, החמורים יותר מאלה של החברה. מושג החוקיות הוא מושג אוניברסלי, שאינו יכול להיות מושפע מהשקפתו המוטעית של פרט כלשהו בחברה. חוק פלילי חדש אינו יכול להיווצר רק משום שמישהו מאמין שהחוק קיים. אי-ידיעת החוק אמנם אינה פוטרת מאחריות פלילית, אך אין היא יכולה ליצור אחריות פלילית יש מאין. זאת ועוד, מהיות הניסיון עבירה נגזרת מהעבירה המושלמת נובע, כי בהעדר עבירה מושלמת לא ניתן לדבר על עבירה הנגזרת ממנה — על ניסיון לבצעה.

25 א לאחר כתיבתה של רשימה זו הופיע חוק העונשין, תשל"ו-1977 (ס"ח תשל"ז, 221) האמור להיכנס לתוקף באפריל 1978.

סעיף 33 לחוק העונשין, המיועד להחליף את סעיף 30 לפקודה קובע:

33. (א) רואים אדם כמנסה לעבור עבירה, אם הוא מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמתה, אולם אינו מגשים את כוונתו עד כדי עשיית העבירה;

(ב) אין נפקא מינה — זולת לענין ענישה — אם עשה העבריינו את כל הדרוש מצדו לגמר ביצוע העבירה, או אם גמר הביצוע נמנע על ידי נסיבות שאינן תלויות ברצונו, או שברצונו חדל מן הביצוע;

(ג) חוסר האפשרות לבצע את העבירה למעשה, מחמת נסיבות שאינן ידועות לעבריינו, אינו מעלה ואינו מוריד.

אִי־הַאֲפִשְׁרוֹת לְהַשְׁלִים אֶת הָעֲבִירָה וְהַשְׁמַעְתָּה עַל עֵשִׂית הַנִּיסְיוֹן

(2) It is immaterial, except so far as regards punishment, whether the offender does all that is necessary on his part for completing the commission of the offence, or whether the complete fulfilment of his intention is prevented by circumstances independent of his will, or whether he desists of his own motion from further prosecution of his intention.

(3) It is immaterial that by reason of circumstances not known to the offender it is impossible in fact to commit the offence."

1. עמדת הרוב בפרשת סימן־טוב

(א) נקודה המוצא של שופטי הרוב בפרשת סימן־טוב היתה סעיף 30(1) הוא הקובע מהו האקטוס ריאוס הנדרש להתהוות עבירת הניסיון. כשלב בדרך לפירוש סעיף קטן זה מביא הנשיא התורן גולן שני מיבחנים, שלדעתו התגבשו בפסיקה האנגלית בהקשר זה. האחד – מיבחנו של קני, לפיו "המעשה המהווה את האקטוס ריאוס של הניסיון מן ההכרח שיביא לקידומו הממשי של הפשע המכוון", והשני – מיבחנו של טרנר, לפיו "המעשה צריך שיהא יעיל ומקרב אל העבירה המושלמת"²⁶. ממיבחנים אלה מסיק הנשיא התורן כי בסעיף 30(1) לפקודה "נעשה ניסיון למזג ביחד את תוכן שתי הנוסחאות שהובאו בזה, של קני ושל טרנר. סעיף זה דורש שהאקטוס ריאוס בניסיון פלילי יתבטא במעשה גלוי שיש בו משום התחלת הביצוע של העבירה המושלמת שאליה התכוון המנסה, וכן דורש סעיף זה שהמעשה הגלוי יעשה באמצעים המותאמים לבצוע אותה עבירה מושלמת"²⁷. לדעתו, "לפי סעיף 30(1) לפקודה אין די בזה שהנאשם יתחיל לבצע את זממו ע"י מעשה גלוי, אלא דרוש שבבצוע תמצא, כאמור, התחלת הביצוע של העבירה המושלמת..."²⁸ והמיבחן, לפיו יש לקבוע האם התנהגותו של המנסה מהווה התחלת הביצוע של העבירה, הוא מיבחן אובייקטיבי.

בהחילו את המיבחן האמור על נסיבות המקרה שלפניו, קובע הנשיא התורן גולן, כי "בכל מה שעשה המערער לא היה מאומה שיכול להראות באופן אובייקטיבי כהתחלה של ביצוע העבירה על חקנה 13(1) לתקנות ההגנה (כספים) 1941..."²⁹, עבירה שאותה ניתן להתחיל לבצע רק באמצעות "מטבע זר".

(ב) סעיפים קטנים (2) ו־3 של סעיף 30 אינם באים, לדעת הנשיא התורן גולן, לפטור מקיום התנאי הנדרש בסעיף קטן (1), והמחייב כי בהתנהגותו של המנסה יהיה משום תחילת ביצוע העבירה מבחינה אובייקטיבית.

"סעיף קטן 2 דן על נסיבות שנתרחשו ע"י התערבות פעילה מצד גורם היצוני, בעל רצון משלו, שהוא בלתי תלוי ברצון המנסה, ושהתערבות זו היא שמנעה את הביצוע השלם של העבירה... לפיכך, לא יהא למשל, אדם השולח ידו לכיס

26 בעמ' 77.

27 בעמ' 78. על הדרישה כי האמצעים יתאימו לביצוע העבירה נעמד בנפרד להלן.

28 ע"ב.

29 ע"ב.

חברו לגנוב משם, פטור מנסיון לבצע עבירת גניבה, כאשר הכיס נמצא ריק אותה שעה. וכן לא יהיה אדם פטור מעבירה של נסיון פלילי כשפרץ לדירת חברו מתוך כוונה לגנוב ממנה חפץ מסויים, ואותו חפץ לא נמצא בדירה אם מחמת שנגנב כבר קודם לכן, או מחמת שבעליו הוציאו ממקומו לפני כניסתו... אך אין כוונת הסעיף הזה למניעה הנובעת מנסיבות הטבועות בשורש הדבר גופא מלכתחילה, כגון במקרה הנדון שהדולרים לא היו דולרים כלל מלכתחילה.³⁰

"גם סעיף קטן 3 לא בא, לדעתי, לוותר על התנאי האמור שנדרש על-פי סעיף קטן 1, אלא הוא בא ללמדנו, שאם לאחר שהמנסה עשה הכל כפי שנאמר בסעיף קטן 1, אי-אפשר בכל זאת, בשל נסיבות שהיו בלתי ידועות למנסה לבצע את העבירה השלמה, שלא יהיה פטור מעבירה של נסיון פלילי".³¹

לדעתנו, טעה בית המשפט בפירוש שנתן לסעיף 30 לפקודה. כדי לעמוד על הפירוש ההולם, לדעתנו, את סעיף 30, נבדוק תחילה מהו האקטוס ריאוס הנדרש להתהוות הניסיון לפי סעיף זה, ולאחר מכן נבחר את היחס בין סעיפיו הקטנים.

2. האקטוס ריאוס הנדרש להתהוות עבירת הניסיון לפי סעיף 30 לפקודה

(א) המיבחנים השונים. יש לבדוק את ההתנהגות, המרכיבה את האקטוס ריאוס של עבירת הניסיון, בשלושה מישורים: צורת ההתנהגות, מידת ההתנהגות וטיב ההתנהגות.

סעיף 30(1) לפקודה מתייחס רק לצורת ההתנהגות ולמידת ההתנהגות הנדרשת להתהוות הניסיון. שאלת טיב ההתנהגות הנדרשת להיווצרות עבירת הניסיון, שבמסגרתה מתעוררת בעיית אי-האפשרות להשלים את העבירה, באה על פתרונה במסגרת סעיף 30(3), המורה שגם התנהגות פגומה, שאין ביכולתה להוביל להשלמת העבירה, מספיקה להתהוות הניסיון.

בהתאם לסעיף 30(1) לפקודה, צורת ההתנהגות של הניסיון חייבת להיות אקטיבית — "מעשה גלוי", ומידת ההתנהגות הנדרשת להתהוות הניסיון באה על סיפוקה החל מ"תחילת הביצוע" — מושג הבא לתחום בין הניסיון ובין מעשי ההכנה.

כדי לקבוע אם ההתנהגות, מבחינת מידתה, עברה את שלב מעשי ההכנה ונכנסה לגדר הניסיון — הגיעה לשלב של תחילת ביצוע — אנו מציעים לאמץ את מיבחנו של סטפן, לפיו יש לבדוק האם ההתנהגות היא חלק משרשרת פעולות, שלולא סוכלה היתה מובילה להשלמת העבירה³²; כשלצורך הניסיון די בנקודה ההתחלתית של שרשרת הפעולות כאמור, שקביעתה מותנית בנסיבות הספציפיות של כל מקרה.

אנו מעדיפים את מיבחנו של סטפן על-פני מיבחניהם של קני ושל טרנר, משום שהאחרונים מוסיפים תנאי נוסף — עליו לא עמד הנשיא התורן גולן — תנאי שאינו נראה לנו הולם. לדעתם של קני ושל טרנר, התנהגות מסוימת תעבור את שלב ההכנה

30 עמ' 79.

31 ש.ם.

32 ראה 24-25 (London 9th ed., 1950) *Stephen, A Digest of the Criminal Law*.

איי-האפשרות לחשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון

והיכלל בגדר הניסיון בהתמלא שני תנאים: האחד, ההתנהגות מהווה צעד אפקטיבי בדרך לביצוע העבירה. תנאי זה זהה למעשה עם מיבחנו של סטפן: כדי לבדוק אם ההתנהגות מהווה צעד אפקטיבי בדרך לביצוע העבירה מציעים המחברים לבדוק האם ההתנהגות היתה מובילה להשלמת העבירה לולא סוכלה.³³ השני, ההתנהגות מצביעה על כוונתו של המתנהג לבצע את העבירה, בלי שיהיה צורך בהוכחות נוספות לגבי כוונתו.³⁴ תנאי אחרון זה אינו מופיע בסעיף 130(1) לפקודה³⁵, ובצדק: לא היסוד הנפשי הוא שמבדיל בין מעשי ההכנה ובין הניסיון – גם מעשי ההכנה מלווים בכוונה לבצע עבירה; אלא היסוד העובדתי – היות ההתנהגות חלק משלב הביצוע – הוא שמבדיל ביניהם. ואין כל הצדקה לדרוש שהכוונה לבצע את העבירה תוכח דוקא מההתנהגות.

החשוב לעניינו הוא, שגם המיבחנים של קני ושל טרנר, להם נזקק הנשיא התורן גולן, עניינם במידת ההתנהגות הנדרשת להתהוות הניסיון, ומטרתם לקבוע את קו הגבול בין מעשי ההכנה ובין הניסיון. מיבחנים אלה אינם מתייחסים לטיב ההתנהגות הנדרשת להתהוות הניסיון. כל שלושת המחברים – סטפן, קני וטרנר – קובעים במפורש, כי גם ההתנהגות שמבחינת טיבה אינה מתאימה לביצוע העבירה, משום שלא היתה אפשרות אובייקטיבית לבצועה, מספיקה להתהוות הניסיון³⁶, קביעה שהופיעה אצלנו, כאמור, בסעיף 130(3) לפקודה.

(ב) היחס בין סעיף 130(1) ובין סעיף 130(3). כאמור, עניינם של כל אחד מהסעיפים הקטנים הנ"ל שונה. סעיף קטן (1) מתווה את הגבול בין ההכנה לבין הניסיון, ואילו סעיף קטן (3) מתייחס לטיב ההתנהגות. סעיף 130(3) אמנם אינו בא לוותר על התנאים הקבועים בסעיף 130(1), ואף אינו יכול לוותר על תנאים אלה; אך קיומו של סעיף 130(3) מחייב להחיל את התנאים הקבועים בסעיף 130(א) גם לגבי התנהגות שאינה מתאימה לביצוע העבירה, משום שלא היתה אפשרות לבצועה. העובדה, שלא היתה אפשרות למעשה לבצע את העבירה מחייבת לבדוק את התנאים הקבועים בסעיף 130(1) באספקלריה של טעותו של המנסה.

כפי שהובהר, מסעיף 130(1) לפקודה עולה כי לשם התהוות עבירת הניסיון נדרש שההתנהגות – מבחינת מידתה – העבור את שלב ההכנה ותסתייך לשלב של תחילת ביצוע. בין אם נאמץ את מיבחנו של סטפן לקביעת מידת ההתנהגות – כהצעתנו, ובין אם נאמץ את מיבחניהם של קני ושל טרנר – כעמדת הנשיא התורן גולן, השאלה בכל מקרה תהיה, האם ההתנהגות היא חלק משרשרת פעולות, שלולא סוכלה היתה מובילה להשלמת העבירה; ואם כן, כי אז היא מהווה צעד אפקטיבי בדרך לביצוע העבירה.³⁷

33 ראה *Kenny's Outlines of Criminal Law (Cambridge 19th ed., 1966) (by Turner)*; 104–105; וכן *Stephen, op. cit.*

34 ראה קני, שם.

35 המונח "מעשה גלוי" שבסעיף 130(1) עניינו צורת ההתנהגות הנדרשת להתהוות הניסיון, והוא "מוציא מכלל אפשרות כי מחלל יהווה יסוד מיסודות עבירת הניסיון". ראה: ע"פ 155/59 דרעי נ' היוה"מ, פ"ד יז 233.

36 *Stephen, op. cit., Kenny, op. cit., 106–107.*

37 התנאי השני הנדרש על-ידי קני ועל-ידי טרנר לקביעת מידת ההתנהגות הנדרשת להתהוות הניסיון אינו רלוואנטי לעניינו.

כאשר ההתנהגות מתאימה לביצוע העבירה, והשלמת העבירה נמנעה עקב התערבות גורמים חיצוניים, הבדיקה אם ההתנהגות היתה מובילה להשלמת העבירה לולא סוכלה תיעשה לאור מצב הדברים האובייקטיבי. אולם, כאשר ההתנהגות מבחינת טיבה אינה מתאימה לביצוע, והשלמת העבירה נמנעה עקב גורמים אינהרנטיים להתנהגות עצמה, הבדיקה האמורה אינה יכולה להיעשות לאור מצב הדברים האובייקטיבי, שהרי מבחינה אובייקטיבית לא היתה אפשרות להשלים את העבירה. מאחר שגם במקרה זה הניסיון הוא — עקרונית — ברי-עונשין, יש לבדוק את ההתנהגות של המנסה לאור מצב הדברים כפי שהוא האמין שהוא. אם לאור מצב דברים זה היתה ההתנהגות מובילה להשלמת העבירה, כי אז ההתנהגות עברה את שלב ההכנה ומהווה חלק מתחילת הביצוע כנדרש בסעיף 30(1).

ולענין זה מספר הבהרות:

המבחן לקביעת מידתה של ההתנהגות ביני המקרים הוא אותו מיבחן, ועל-פיו יש לבדוק מה היה עשוי לקרות לולא התערבות הגורמים שסיכלו את השלמת העבירה. במקרה של ניסיון צליח אנו מבודדים את הגורמים החיצוניים שהתערבו, ואילו במקרה של ניסיון בלתי צליח אנו מבודדים את הגורמים שמהם נוכעת אי-האפשרות. רק הדרך לבידודם של הגורמים המסכלים שונה — במקרה האחד (כאשר הניסיון הוא צליח) אנו עושים זאת לאור מצב הדברים האובייקטיבי, ואילו במקרה האחר אנו עושים זאת לאור מצב הדברים העובדתי כפי שהמנסה האמין שהוא.

בבדיקת התנהגותו של המנסה לאור מצב הדברים העובדתי כפי שהוא האמין שהוא — במקרים של ניסיון בלתי צליח — לא חטאנו למיבחניהם של סטפן, של קני ושל טרנר. מאחר ששלושתם קובעים במפורש, כי גם כשלא היתה אפשרות למעשה להשלים את העבירה, הניסיון הוא ברי-עונשין, החלת המיבחנים המוצעים על-ידיהם לבדיקת מידת ההתנהגות הנדרשת ל"ס התהוות עבירת הניסיון במקרים אלה חייבת להיעשות לפי מצב הדברים כפי שהמנסה האמין שהוא.

3. סעיף 30(2) לפקודה והיחס בינו ובין סעיף 30(3)

(א) סעיף 30(2). סעיף 30(2) לפקודה מתייחס למידת ההתנהגות הנדרשת להתהוות הניסיון, ומטרתו להבהיר שתי הבהרות: האחת, מבחינת מידת ההתנהגות, הניסיון יכול להיות מושלם או בלתי מושלם. ניסיון הוא מושלם, כאשר ההתנהגות המרכיבה את האקטוס ריאוס של העבירה המושלמת, שממנה נגזר הניסיון, הושלמה; וכלשון סעיף 30(2) לפקודה: "... העבריין עושה את כל הנחוץ מצדו כדי להביא את מעשה העבירה לידי גמר". במקרה זה העבירה המושלמת לא בוצעה כתולדה מאחת משתי הסיבות: התוצאות, שבהן תלויה התהוותה של העבירה המושלמת, לא התרחשו; או שאחת הנסיבות הנדרשות להתהוות העבירה המושלמת לא התקיימה. ניסיון הוא בלתי מושלם, כאשר ההתנהגות המרכיבה את האקטוס ריאוס של העבירה המושלמת הופסקה. הניסיון הבלתי מושלם, ורק הוא, מעורר את הבעיה של מתיחת קו הגבול בין מעשי ההכנה ובין הניסיון; בעיה שבאה על פתרונה בסעיף 30(1) המחייב, כאמור, שההתנהגות תשתייך לשלב של "תחילת ביצוע". השנייה — חרטה של המנסה אינה פוטרת אותו מאחריות פלילית. סעיף 30(2) סיפא, המתייחס לניסיון

אִי־האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון

הבלתי מושלם, קובע: "אין נפקא מינא... אם נמנע מרצונו הוא מלהוסיף ולבצע את זמרו".

(ב) היחס בין סעיף 30(2) ובין סעיף 30(3) לפקודה. שני סעיפים קטנים אלה משקפים את ההבחנה בין ניסיון צליח ובין ניסיון בלתי צליח, הבחנה הנוצרת, כאמור, בטיב ההתנהגות הנדרשת להתהוות הניסיון, ושמקורה בגורמים שסיכלו השלמת העבירה. סעיף 30(2) מתייחס לניסיון הצליח, כאשר השלמת העבירה נמנעה עקב התערבות גורמים חיצוניים לאחר שהמנסה התחיל בביצוע זמרו. ההתנהגות במקרה זה, מתאימה, מעצם טיבה ומהותה, לביצוע העבירה. סעיף 30(3) מתייחס לניסיון הבלתי צליח, כאשר השלמת העבירה נמנעה עקב גורמים אינהרנטיים להתנהגות עצמה, שנילוז אליה מלכתחילה. בנסיבות העניין, ההתנהגות היתה פגומה ובלתי מתאימה לביצוע.

ההבחנה בין ניסיון צליח ובין ניסיון בלתי צליח נעוצה אמנם בגורם שסיכל השלמת העבירה, אך אין היא מותנית כשאלה אם גורם זה היה "בעל רצון משלו, בלתי תלוי ברצון המנסה" – כגירסתו של הנשיא התורן גולן. גם כשמדובר בניסיון בלתי צליח, הגורם המסכל ייתכן שהוא "בעל רצון משלו", ועובדות פסק הדין סימן-טוב יוכיחו: העובדה שהמערער קיבל לידיו דולרים מזויפים לא היתה תלויה כלל ברצונו; להיפך: היא היתה מנוגדת לרצונו. הראיה הנכונה: ההבחנה האמורה מותנית בעייתי שבו נכנס הגורם המסכל לפעולה. אם הגורם, שסיכל את השלמת הפעולה, התערב לאחר שהמנסה כבר התחיל בביצוע, כי אז הניסיון הוא צליח – ההתנהגות בנסיבות העניין התאימה לביצוע העבירה. ואילו, אם הגורם המסכל היה אינהרנטי להתנהגות ונילוז אליה מלכתחילה, כי אז הניסיון הוא בלתי צליח, משום שבנסיבות העניין לא היתה אפשרות להשלים את העבירה. בהתאם להבחנה זו יש לסווג את הניסיון לגנוב מכיס ריק – שאליו מתייחס הנשיא התורן גולן – כאל ניסיון בלתי צליח, הנופל בגדר סעיף 30(3), ולא כאל ניסיון הנשלט על-ידי הוראת סעיף 30(2). עובדת היותו של הכיס ריק שוללת את האפשרות לבצע את העבירה של גניבה, ועובדה זו גילוה את ההתנהגות מלכתחילה. בנסיבות העניין, ההתנהגות של שליחת היד לעבר הכיס הריק לא היתה מתאימה לביצוע העבירה של גניבה. אי־האפשרות להשלים את העבירה נובעת, במקרה זה, מנסיבות הביצוע שאינן רלוואנטיות להיווצרות העבירה: האובייקט של העבירה לא נמצא בזמן הביצוע במקום שבו המנסה האמין שהוא נמצא.

ו. אי־האפשרות הנובעת משימוש באמצעים בלתי מתאימים

1. אמצעים בלתי מתאימים מבחינה כמותית ואמצעים בלתי מתאימים מבחינה איכותית

בשני פסקי הדין נשואי הערה זו נפסק, כי אין להרשיע אדם בניסיון לבצע עבירה כאשר הוא משתמש באמצעים שאינם מתאימים מבחינה איכותית לביצוע. למסקנה זו הגיעו בתי המשפט בהסתמך על שתי הוראות הפקודה: האחת, הוראת סעיף 30(1), המחייבת שהמעשה הגלוי שעשה המנסה יעשה "באמצעים המתאימים לביצוע";

השנייה, הוראת סעיף 30(3), הדנה במקרים שבהם לא היתה אפשרות למעשה לבצע את העבירה, והפותרת בלשון "אין נפקא מינא". מהוראה זו הסיקו, כי לסעיף 30(3) תהולה רק בהתמלא תנאי הגדרת הניסיון הקבועים בסעיף 30(1), ולפיכך סעיף זה לא בא לוותר על התנאי הקבוע בסעיף 30(1) והמחייב שהנאשם ישתמש באמצעים המתאימים לביצוע³⁸.

להמחשת עניין זה הביא הנשיא התורן גולן, בפרשת סימון-מזב, שתי דוגמאות. לדבריו:

"מסעיף 30(3) עולה שלא יהיה אדם פטור מעבירה של ניסיון לרצח, כאשר הוא שם רעל בתוך מאכל חברו מתוך כוונה להמיתו והלה לא מת, רק בשל כך שמתוך אי-ידיעה כמות הרעל שהושמה במאכל היתה בלתי מספקת להביא למותו של אדם. אך סבורני שאם יימצא שלא הושם רעל כלל, אלא שבמקום רעל שם המנסה מתוך אי-ידיעה, או טעות, מים רגילים, שאינם מסוגלים לגרום כל נזק לאדם, לא יהא מקום להאשמה כלל, משום שבמעשה זה שנעשה אין משום מלוי התנאי שנקבע בסעיף קטן 1.³⁹"

שתי הדוגמאות הנ"ל משקפות את ההבחנה בין אמצעים שאינם מתאימים מבחינה כמותית ובין אמצעים שאינם מתאימים מבחינה איכותית. מדבריו של הנשיא התורן גולן עולה, כי סעיף 30(1) לפקודה מחייב שהמנסה ישתמש באמצעים, שמעצם טיבם ומהותם מתאימים לביצוע, אך אין סעיף זה מחייב שאופן השימוש באמצעים אלה יתאים לביצוע⁴⁰.

לדעתנו אין כל היגיון בהבחנה הנ"ל.

(א) קשה להצדיק את התוצאה השונה, שייחס הנשיא התורן גולן, לכל אחת משתי הדוגמאות שהובאו על-ידו להמחשת ההבחנה בין אמצעים בלתי מתאימים מבחינה כמותית ובין אמצעים בלתי מתאימים מבחינה איכותית. בשני המקרים לא היתה אפשרות להשלים את ביצוע עבירת ההמתה מפאת אי-התאמתם של האמצעים, שבהם בהם המנסה: במקרה האחד, כמות הרעל לא היתה מספיקה כדי לגרום להמתה, ובמקרה האחר, המים אינם יכולים לגרום להמתה. בשני המקרים אי-האפשרות לא היתה ידועה למנסה, שהאמין שהוא משתמש באמצעי המתאים לביצוע זממו; במקרה האחד האמין המנסה שהוא שם רעל בכמות מספקת; ובמקרה האחר האמין המנסה שהוא שם רעל ולא מים. ואילו מצב הדברים היה כפי שהמנסה האמין שהוא, והוא היה משתמש ברעל בכמות מספקת, הרי שבשני המקרים יכול היה המנסה להשלים את ביצוע העבירה⁴¹.

38 ראה פרשת סימון-מזב 79, 82.

39 שם, בעמ' 79-80.

40 למסקנה זו הגיע בית המשפט המחוזי בת"פ 207/56 יהודה נ' מנבויב, פ"מ כ (ת) 1, במפורש בקבועו: "פרושו של המלים 'אמצעים המתאימים לביצוע זממו' אינו מצומצם למעשה מושלם ללא פגם, המסוגל להביא למטרה הנכספת. הכוונה היא למעשה, אשר מבחינה כללית הוא מסוג המעשים שאדם השותף לאותה מטרה נוקט בהם".

41 בשני המקרים הניסיון – מבחינת מידת ההתנהגות – הוא מושלם. המנסה עשה את כל הנתון מצידו להביא להשלמת העבירה, והעבירה לא בוצעה מפאת אי-התאמתם של האמצעים. לפיכך, בשני המקרים לא מתעוררת שאלת ההבחנה בין הניסיון ובין מעשי ההכנה.

אִי־האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון

(ב) ההבחנה בין כמות האמצעים ובין איכותם היא מלאכותית, וזאת משום שיש וכמות האמצעים הופכת לאיכות. טול את המקרה שבו אדם, המתכוון להמית את חברו, שם בכוס המשקה שלו אספירין בהאמינו שזהו רעל. מבחינה איכותית אין באספירין כדי להמית אדם, אלא להיפך – אספירין יכול לעתים להועיל לו. אולם כמות גדולה של אספירין יכולה להיות הרסנית ואף לגרום למותו של אדם.⁴² האם אדם, המשתמש באספירין לביצוע עבירת המתה, מי־תמש באמצעים שמבחינה איכותית אינם מתאימים לביצוע העבירה, או שמא אי־ההתאמה היא מבחינה כמותית בלבד? השאלה אם האמצעים מתאימים, מבחינת איכותם, לביצוע העבירה תלויה לעתים ברובח ההגדרה הניתנת למונח "אמצעים"⁴³. והמקרה הבא יוכיח: ⁴⁴ אלמוני מוג לכוס המשקה של פלוני נוזל מבקבוק הנושא תווית "רעל" מתוך כוונה להמיתה. התברר כי הבקבוק הכיל מים. אם נתייחס למוזגת המים כאל האמצעי שבו השתמש אלמוני, כי אז אין הוא אמצעי המתאים מבחינה איכותית לגרום למותו של פלוני, ולגיבתו של הנשיא התורן גולן לא ניתן יהיה להרשיע את אלמוני בניסיון לרצח. אולם, אם המזיגה מבקבוק של רעל היא האמצעי שבו השתמש אלמוני, כי אז זהו אמצעי שמבחינה איכותית מתאים לביצוע העבירה, והביצוע נמנע מפאת אופי השימוש בו.

לסיכום עניין זה, אין כל הצדקה להבחין בין אי־אפשרות הנובעת משימוש באמצעים שאינם מתאימים מבחינה כמותית ובין אי־אפשרות הנובעת משימוש באמצעים שאינם מתאימים מבחינה איכותית. וההיגיון מחייב את המסקנה שבשני המקרים הניסיון הוא בר־עונשין, ובלבד שהמנסה לא ידע על אי־ההתאמה.

2. שימוש באמצעים בלתי מתאימים לאחר ניסוחו של סעיף 30 לפקודה

סעיף 30(1) לפקודה אמנם מחייב שהאמצעים יהיו מותאמים לביצוע העבירה. מאידך, סעיף 30(3) לפקודה קובע כי גם במקרים שבהם לא היתה אפשרות למעשה להשלים את ביצוע העבירה הניסיון הוא בר־עונשין, וקשה למצוא הצדקה כל שהיא להוציא מגדר המקרים הנופלים בגדר סעיף 30(3) את כל אותם המקרים, שבהם אי־האפשרות להשלים את העבירה נבעה משימוש באמצעים בלתי מתאימים. כדי להתגבר על תוצאה בלתי רצויה זו, אנו מציעים לפרש את סעיף 30(1) בהתחשב עם הרעיון שביסוד סעיף 30(3) לפקודה.

כפי שהובהר, סעיף 30(3) לפקודה מבטא את הרעיון, כי במקרים שבהם לא היתה אפשרות למעשה להשלים את ביצוע העבירה, יש לבדוק את אחריותו הפלילית של המנסה באספקלריה של טעותו – לאור מצב הדברים העובדתי כפי שהוא האמין שהוא. הצעתנו היא, כי במקרים אלה בדיקת התנאים הקבועים בסעיף 30(1) לפקודה –

42 דוגמה זו לקוחה מספרו של ויליאמס, *Criminal Law, The General Part* (London, 2nd ed., 1961), בעמ' 645.

43 וזאת מבלי להציא מונח זה מגדר האמצעים לביצוע העבירה, שמשמעותם – כפי שהובהר – תנאי הביצוע שבעזרתם מתכוון המנסה לבצע את העבירה על כל יסודותיה.

44 גם דוגמה זו לקוחה מספרו של ויליאמס, בעמ' 644.

לרבות התנאי המחייב התאמתם של האמצעים לביצוע העבירה— תיעשה גם היא לאור מצב הדברים העובדתי כפי שהמנסה האמין שהוא. ולעניין זה חשוב להדגיש כי אין אנו חולקים על גישתם של בתי המשפט, שגרסו כי סעיף 30(3) לפקודה לא בא לוותר על התנאים להתהוות הניסיון הקבועים בסעיף 30(1). אנו מסכימים כי תנאים אלה חייבים להתקיים, הן כשמדובר בניסיון צליח והן כשמדובר בניסיון בלתי צליח— מטום שלא היתה אפשרות לבצע את העבירה. אולם, אנו בדעה שהמבחן לבדיקת תנאים אלה מושפע מטיבה של ההתנהגות: כאשר ההתנהגות, מבחינת טיבה, מתאימה לביצוע העבירה והניסיון הוא צליח, בדיקת התנאים הקבועים בסעיף 30(1) תיעשה לאור מצב הדברים האובייקטיבי; כאשר ההתנהגות אינה מתאימה, בנסיבות העניין, לביצוע הניסיון הוא בלתי צליח, התנאים הקבועים בסעיף 30(1) ייבדקו לאור מצב הדברים העובדתי כפי שהמנסה האמין שהוא. אם נחיל את הצעתנו זו על יתי הדוגמאות שהובאו על-ידי הנשיא התורן גולן בפרשת סימן-מ"ב, המסקנה תהיה כי בשני המקרים התמלא התנאי הקבוע בסעיף 30(1) והמחייב התאמת האמצעים לביצוע. בשני המקרים האמצעים אמנם לא התאימו, מבחינה אובייקטיבית, לביצוע העבירה: במקרה האחד, כמות הרעל לא הספיקה, ובמקרה האחר, מים אינם מתאימים לביצוע העבירה. אולם, אם נבדוק את התאמתם של האמצעים לאור מצב הדברים העובדתי כפי שהמנסה האמין שהוא, הרי שבשני המקרים נגיע למסקנה שלאור מצב דברים זה האמצעים היו מתאימים לביצוע: בשני המקרים האמינו המנסים שהם משתמשים ברעל בכמות מספקת, וזהו אמצעי המתאים לביצוע ההמתה.

2. אי-אפשרות עובדתית הנובעת מנסיבות הביצוע

1. אי-אפשרות הנובעת מנסיבות רלוואנטיות להתהוות העבירה

בשני פסקי הדין נשואי הערה זו, אי-האפשרות להשלים את העבירה נבעה מנסיבות רלוואנטיות להתהוותה— מהעדר התאמה בין נסיבות הביצוע ובין הנסיבות הנדרשות לחיזוק העבירה. העבירה של קבלת מטבע זר בניגוד לתקנות ההגנה מחייבת כי העבריין יקבל לידיו "מטבע זר" כהגדרתו באותן תקנות; ואילו בשני המקרים קיבלו המערערים לידיהם דולרים מזויפים, שאינם בגדר "מטבע זר". עמדתנו ביחס לפרשנותו של סעיף 30 לפקודה מחייבת את המסקנה, כי גם במקרים שבהם אי-האפשרות נבעה מנסיבות רלוואנטיות להתהוות העבירה, הניסיון הוא בר-עונשין. ואם נבדוק את המקרים שנדונו בפסקי הדין, לאור הרעיון שביסוד סעיף 30(3), תהיה המסקנה, כי יש להרשיע את המערערים בפרשות סימן-מ"ב וממך בניסיון לקבל מטבע זר בניגוד לתקנות ההגנה (כספים), וזאת מטום שהמערערים התכוונו לקבל להזקתם דולרים אמריקאניים, שהם "מטבע זר", כהגדרתו בתקנות. הם אף קיבלו לידיהם דולרים, שלפי אמונתם היו כדורים, ולפיכך בגדר "מטבע זר". מאחר שהדולרים היו מזויפים, לא ניתן להרשיע את המערערים בעבירה המושלמת של קבלת מטבע זר; אך אין כל מניעה להרשיע אותם בניסיון לעבור עבירה זו. הם גיבשו כוונה לבצע עבירה, הוכיחו את עצמם כמי שמסוגלים להוציא כוונתם זו אל הפועל

אִי־האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון

על-ידי תחילת ביצועה של העבירה, ואילו מצב הדברים היה כפי שהם האמינו שהוא, והדולרים היו אמיתיים, הם היו מבצעים את העבירה המושלמת. נוסף לעניין זה שתי הבהרות: האחת, העובדה שהמערערים השלימו את התנהגותם אינה שוללת את אחריותם בגין הניסיון. כבר הובהר כי סעיף 30(2) לפקודה מכיר בניסיון מושלם — כאשר התנהגות המרכיבה את האקטוס ריאוס של העבירה הושלמה, אך העבירה עצמה לא הושלמה. בענייננו — העבירה של קבלת מטבע זר בניגוד לתקנות ההגנה לא הושלמה בשל העדרה של נסיבה רלוואנטית — העדרו של מטבע זר כהגדרתו בתקנות. השנייה, העובדה שהניסיון במקרים אלה הושלם מיתרת את הדיון במידת ההתנהגות הנדרשת להתהוות הניסיון. לא יכול להיות ספק כי התנהגותם של המערערים עברה את שלב ההכנה.

2. אי־אפשרות הנובעת מנסיבות שאינן רלוואנטיות להתהוות העבירה

בעניין סימון טוב הביא הנשיא התורן גולן את המקרה, שבו אדם שלח ידו לכיס חברו בכוונה לגנוב ממנו את ארנקו, אך מצא שהכיס ריק, כדוגמה למקרה שבו הניסיון הוא בר־עונשין⁴⁵. במקרה זה אי־האפשרות מקורה בעובדה, שהאובייקט של העבירה — יסוד מיסודותיה — לא נמצא בזמן ביצוע העבירה במקום הביצוע. מאחר שהימצאות האובייקט במקום ובזמן הביצוע של העבירה היא חלק מתנאי הביצוע, אך היא עצמה איננה יסוד מיסודות העבירה, הנסיבות שמהן נובעת אי־האפשרות אינן רלוואנטיות להתהוות העבירה.

אין אנו חולקים על המסקנה כי הניסיון לגנוב מכיס ריק הוא ניסיון בר־עונשין, שהרי הניסיון לגנוב את הארנק נידון אמנם לכישלון, אולם המנסה לא ידע שהכיס ריק, אלא האמין שבכיס מצוי ארנק, ואילו היה מצב הדברים כפי שהמנסה האמין שהוא, והארנק היה בכיס, היה באפשרותו להשלים את עבירת הגניבה. לפיכך, לפנינו אדם, שגיבש כוונה לגנוב ארנק והוכיח שהוא מסוגל להוציא כוונה זו אל הפועל על-ידי תחילת ביצוע. אולם דוקא מסקנה זו יש בכוחה להזק את טענתנו כי גם במקרים שנדונו בפסקי הדין נשואי הערה זו הניסיון הוא בר־עונשין. שכן אין כל הצדקה להבחין בין המקרה של ניסיון לגנוב מכיס ריק ובין המקרה של ניסיון לקבל מטבע זר, שעמד בפני בית המשפט בפרשת סימון טוב.

מגישתו של בית המשפט בעניין סימון טוב עולה כי, במקרה שאדם לוקח — בכוונה לגנוב — שטרות מכיסו של חברו, אך מתברר לאחר מכן שהשטרות היו מזויפים ולפיכך אינם בגדר "דבר הניתן להיגנב" כהגדרתו לצורך עבירת הגניבה, הניסיון אינו בר־עונשין. האם עובדת הימצאותם של שטרות מזויפים בכיס מצדיקה דין שונה למנסה במקרה זה, מדינו של המנסה לגנוב מכיס ריק?

נבדוק מה היתה מסקנתו של בית המשפט אילו היו העובדות שעמדו לפניו שונות במקצת. נניח, שהמערער היה נכנס למשא ומתן עם פלוני לרכישת מטבע זר. לאחר שהגיעו להסכמה, אך קודם שהצליח פלוני להעביר המטבעות למערער, התערבה המשטרה ומנעה את השלמת העסקה. נראה, כי במקרה זה לא היה בית המשפט מהסס להרשיעו בניסיון לקבל מטבע זר, והיטאלה אם בפועל עמד פלוני לספק למערער

מטבעות מזויפים או אמיתיים לא היתה מתעוררת כלל. האם יש הצדקה כלשהי להבדיל בין דוגמה היפותטית זו ובין עובדות פסק הדין? בשני המקרים התכוון המערער לקבל להחזקתו מטבע זר ועשה צעדים בכיוון זה. בשני המקרים לא הצליח המערער להשיג את מטרתו ולקבל להחזקתו מטבע זר. ההבדל היחידי בין המקרים הוא שבדוגמה ההיפותטית לא השיג המערער דבר, ואילו בהתאם לעובדות פסק הדין השיג המערער משהו – פיסות נייר חסרות ערך.

מנימוקים אלה ואחרים (שהועלו במסגרת הדיון באי-אפשרות הנובעת מנסיבות רלוואנטיות להתהוות העבירה) אנו מעדיפים את דעתו של השופט וילנסקי, שהיה בדעת מיעוט בעניין *ממן*, שגרס, כי "אין מקום לאבחנה... בין מקרהו של כייס, אשר שם את ידו בכיס רעהו ומצאו ריק, ובין המקרה הנוכחי"⁴⁶ ולפיכך אף היה בדעה שיש להרשיע את המערער שבפניו בעבירה של ניסיון לקבל מטבע זר.

הערה נוספת לסיום: בהביאו את המקרה של ניסיון לגנוב מכיס ריק, בחר הנשיא התורן גולן להסתמך על פסק הדין האנגלי בעניין *Collins*⁴⁷, ואת המקרה של ניסיון לגנוב חפץ מדירה, שבה לא נמצא החפץ, ביסס הנשיא התורן על פסק הדין *M'cpherson*⁴⁸ אולם, דוקא בפסקי דין אלה זיכו בתי המשפט האנגליים את הנאשם שהובא בפניהם מעבירת הניסיון, בקבעם במפורש, כי ניסיון לגנוב מכיס ריק או מחדר ריק איננו בר-עונשין. ההלכה באנגליה שונתה מאוחר יותר, בפסקי הדין בעניין *Ring*⁴⁹, ויש להצטער על כך שבית המשפט לא ביסס את עמדתו על ההלכה המאוחרת יותר.⁵⁰

מרים גור-אריה*

46 בעמ' 538.

47 *R. v. Collins* (1864) E. Rep. 1477.

48 *R. v. M'cpherson* (1857) 169 E. Rep. 975.

49 *R. v. Ring* (1892) 66 L.T. 300.

50 בשנת 1973 חלה נסיגה בעמדת הפסיקה האנגלית בנוגע להשפעת אי-האפשרות להשלים את העבירה על ענישת הניסיון. בית הלורדים, בפרשת *Haughton v. Smith* [1973] 3 All E.R. 1109 היה בדעה, כי אי-האפשרות להשלים את העבירה שוללת, ככלל, את ענישתו של הניסיון. עם זאת, ציין בית הלורדים במפורש, כי המסקנה האמורה אינה חלה לגבי שיטת משפט שבה יש הוראה מפורשת הקובעת אחרת. מאחר שבמשפטנו סעיף 30(3) לפקודה קובע במפורש כי אי-האפשרות להשלים את העבירה אינה שוללת את ענישתו של הניסיון, לפסק דין זה אין למעשה כל נגיעה למשפטנו.

* אסיסטנטית, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.