

ביקורת ספרים

ש"ז פלר: יסודות בדיני עונשין, כרך א *

(ירושלים, המכון ע"ש הארי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשמ"ד—1984)

מאת

ד"ר מרים גור-אריה **

הספר "יסודות בדיני עונשין", שחלקו הראשון ראה בינתיים אור, מעמיד לרשות המשפטנים היבור מקיף הנובע מתפישת מגובשת של דיני העונשין כענף של מדעי המשפט. זוהי — כדבריו של פרופ' פלר עצמו בהקדמה לספר — תפישת של דיני העונשין כתחום שלם בעל היגיון פנימי ועקבי, כאשר יש תיאום מלא בין כל חלקיו של התחום, בינם לבין עצמם ובינם לבין התחום השלם המורכב מהם. ניתוח התחום בשלימות ובחינת החלקים המרכיבים אותו, מותנים — לדעתו של פרופ' פלר — בגישה קונצפטואלית. לדידו, הגישה הקונצפטואלית איננה רק גישה הכרחית לכל חיבור תיאורטי שמגמתו להכללה, אלא היא גם מאפשרת להתמודד עם בעיות קונקרטיות המתעוררות במציאות ולהגיע לפתרונות אחידים ונאותים.¹

הערכת מלוא תרומתו של הספר לפיתוחם של דיני העונשין ולהבנתם היתה מחייבת לערוך דיון מקיף וממצה בסוגיות השונות המנותחות בספר, תוך הבטחת הזיקות ויחסי הגומלין שביניהם. אני חוששת, כי לא ניתן לערוך דיון כזה במסגרת רשימה שהיקפה מוגבל. מטרתי ברשימה זו תהיה, לכן, מצומצמת יותר. בכוונתי להצביע על הכוח הטמון בגישתו הקונצפטואלית של פרופ' פלר לפתרון של בעיות קונקרטיות, וזאת אגב התמקד דות בתרומתה של גישתו זו להתפתחות הפסיקה במשפטנו. בחרתי ללכת בדרך זו דווקא משום שהספר הוא בראש-ובראשונה חיבור תיאורטי מקיף שבמרכזו ניתוח מושגי המבוסס על הכללה ועל הפשטה, ככזה הוא היה עלול, לכאורה, להיות חשוף לטענה שהפער בין המסקנות התיאורטיות המנותחות בספר לבין עמדת הפסיקה הנאלצת להתמודד עם בעיות קונקרטיות הוא בלתי-נמנע. אלא שהספר עצמו סותר טענה זו. הניתוח התיאורטי שבספר של העקרונות, המושגיות והמוסדות האופייניים לדיני העונשין נעשה על בסיס הפרקטיקה השיפוטית. לפסקי-הדין במשפטנו ייחס פרופ' פלר תפקיד כפול במהלך גיבושו של הספר: אלה היו עבורו לבעיות קונקרטיות המתעוררות במציאות והמחייבות בדיקה במישור התיאורטי, ובאמצעות פסקי-הדין העמיד פרופ' פלר את התיזות העיוניות המנותחות במבחן המציאות.²

* הדברים שלהלן מבוססים על הרצאה שניתנה באוניברסיטת בריאילן לרגל הופעת הספר.
** מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

1 הספר, במקום מבוא, עמ' ז.

2 שם, עמ' ח.

ברשימה זו אלך בדרך שהתווה פרופ' פלר בספרו ואאמת את הגיתוח המושגי שבבסיס הספר עם עמדות הפסיקה במשפטנו, במסגרת שתי סוגיות המנותחות בהרחבה בספר. אגב כך אתיחס גם למאמרו של פרופ' פלר, ששימשו — כעדותו של פרופ' פלר עצמו — מעין עבודת-הכנה לקראת חיבור הספר. מטרתי תהיה להצביע על יחסי-הגומלין שנוצרו במהלך השנים בין ניתוחיו התיאורטיים של פרופ' פלר לבין הפסיקה בתחום דיני העונשין. יחסי-גומלין אלה, שביטוי להם ניתן למצוא בספר, עשויים לאשש את תפישתו של פרופ' פלר, שלפיה הגישה הקונצפטואלית "מאפשרת גם חזרה לאחר-מכן אל זירת החיים, בכלים המתאימים, כדי להתיר את השאלות הקונקרטיות המועלות על-ידי הפרקטיקה ולהגיע לפתרונות גאוניים, אחידים, תוך תיאום מלא בינם לבין עצמם ובינם לבין הרקע העיוני והעקרוני של דיני העונשין בכללותם".³

אחת הדוגמאות הבולטות ביותר לדו־שיח שהתנהל בין פרופ' פלר לבין הפסיקה, שהדיו משתקפים בספר עצמו, היא הסוגיא של רצח בכוונה-תחילה.⁴

כידוע, עבירת הרצח הטיפוסית במשפט הישראלי מותנית ביסוד הנפשי של כוונה-תחילה. הכוונה-תחילה הוגדרה בחוק העונשין עצמו — בסעיף 301 — באמצעות 3 יסודות: החלטה, הכנה והעדר קינטור. בעקבות שורה של פסקי-דין, שבהם נפסק כי ההכנה המאפיינת את הכוונה-תחילה היא יסוד פיזי טהור, פירסם פרופ' פלר מאמר-תגובה שבו הוא מסביר מדוע ההכנה כיסוד של הכוונה-תחילה חייבת להיות הכנה נפשית.⁵ לדעתו, על אופייה של ההכנה יש ללמוד ממהותה של הכוונה-תחילה, שכן "כיסוד מרכיב של הכוונה-תחילה אין ההכנה יכולה להיות אלא מאותו טיב ככוונה-תחילה".⁶ מאחר שהכוונה-תחילה היא קטיגורית נפשית, גם ההכנה המרכיבה אותה חייבת להיות נפשית. ההכנה הנפשית — לגישתו של פרופ' פלר — היא למעשה היסוד המרכזי המייחד את הכוונה-תחילה בהשוואה לכוונה הספונטנית. שכן, כשמדובר בכוונה-תחילה ניתן להבחין בין שלבים אחדים בדרך להתגבשותה: השלב שבו נוצר הרעיון להמית; השלב של שקילת הרעיון וההתלבטות הנפשית אם להגשימו אם לאו; שלב העשוי להוליד בעקבותיו את ההחלטה הסופית להגשים את הרעיון ולגשת לביצוע ההמתה. בכוונה הספונטנית, לעומת זאת, נעדר השלב של שקילת הרעיון, והיווצרות הרעיון מתמזגת עם ההחלטה הסופית לבצעו. שקילת הרעיון, ההתלבטות הנפשית אם להגשימו, המאפיינת את הכוונה-תחילה והנעדרת מן הכוונה הספונטנית, היא שמהווה את ההכנה הנפשית.⁷

ניתוחו זה של פרופ' פלר זכה לדיון נרחב בפסקי-הדין בנו נעים.⁸ בפרשה זו הודה הגשיא אגרנט, כי "מבחינה תיאורטית ניכרים דברי אמת בהנמקתו של פרופ' פלר", שלפיה ההכנה המאפיינת את הכוונה-תחילה היא הכנה נפשית.⁹ אלא שלדעתו, המחוקק

3 שם, עמ' ז.

4 הסוגיא מנותחת בהרחבה בספר, אגב התייחסות להתפתחות הפסיקה בהקשר זה, עמ' 583–554.

5 ש"ז פלר, "ההכנה כיסוד הכוונה תחילה" הפרקליט כו (תשמ"ז) 51.

6 שם, עמ' 67.

7 ראה גם הספר, עמ' 573.

8 ע"פ 396/69 בנו נעים נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 561 (להלן: בנו נעים).

9 שם, בעמ' 574.

התחשב בנסיון החיים שלפני ברוב המקרים קשה מאוד להוכיח הכנה נפשית, ולפיכך הוא התווה מבחן מעשי חיצוני כדי לקבוע אם רצון הקטילה נוצר מתוך שיקול ויישוב דעת, הוא המבחן של עשיית פעולות פיזיות שמטרתן להכשיר את ביצוע המזימה הקטלנית. כך, אם לקראת הגשמת מזימתו הקטלנית עשה הנאשם פעולת הכנה, כגון הודיין בכלי מטבח, ארב לקורבן במקום סתר, אסף מידע לצורך תכנון המזימה — משמע שהוא חשב ושקל לפני שהחליט להרוג.¹⁰

לכאורה, דבריו אלה של הנשיא אגרנט ממחישים את הפער שבין המשפטן האקדמי, השם את עיקר מעייניו בניתוח התיאורטי, לבין המשפטן הפרקטי החייב לשוואת לנגד עיניו גם בעיות של הוכחה. אמת, פרופ' פלר איננו נרתע מקשיי הוכחה, לא משום שאין הוא ער לקשיים אלה, אלא מתוך גישה עקרונית שלפיה אין קשיי הוכחה צריכים להשפיע על שאלות שבמהות, ואל לו למשפטן לערב בין כללים ראיתיים לבין כללים מהותיים. כך בכלל, וכך גם בסוגיא של ההכנה כמאפיינת את הכוונה-תחילה. מבחינה מהותית ההכנה חייבת להיות הכנה נפשית. השאלה, איך יוכח קיומה של ההכנה היא שאלה נפרדת. פרופ' פלר אינו חולק על כך שעשיית מעשי הכנה פיזיים בשלב הקודם לביצוע העבירה — כדוגמת אלה שהוזכרו על-ידי הנשיא אגרנט — יכולה ללמד על ההכנה הנפשית. אך ההכנה הנפשית יכולה להתקיים גם בלא שהתלוו אליה פעולות פיזיות של הכנה. במקרים אלה אין הצדקה שלא לייחס לנאשם כוונה-תחילה. אם כתוצאה מקשיי ההוכחה התביעה לא תצליח להוכיח הכנה נפשית, לא ניתן יהיה אמנם לייחס לנאשם כוונה-תחילה. אך מדוע לסגור את הדלת בפני אותם מקרים, ואפילו יחידים, שבהם תצליח התביעה להוכיח קיומה של הכנה נפשית אף בלא שהתלוו אליה פעולות פיזיות?¹¹

הפסיקה במשפטנו סגרה אמנם את הדלת בפני מקרים אלה בקובעת, כי ההכנה המאפיינת את הכוונה-תחילה היא יסוד פיזי החייב להתבטא בעשיית פעולות חיצוניות ולפיכך בהעדר הכנה פיזית אין כוונה-תחילה. אך במקביל היא פתחה פירצה אחרת, המרחיבה את גבולותיה של עבירת הרצח בכוונה-תחילה בצורה ניכרת. בשורה ארוכה של פסקי-דין, המצוטטים בפסק-הדין בנו נעים עצמו, נפסק כי גם אם לא עשה הנאשם פעולות הכנה קודם שניגש לביצוע ההמתה, יסוד ההכנה המאפיין את הכוונה-תחילה יכול לבוא על סיפוקו על-ידי פעולות המהוות חלק מביצוע ההמתה עצמה. כך, למשל, נפסק כי יסוד ההכנה מתקיים בפעולות המנויות להלן — ואני מצטטת מהמובאות שבפסק-דין בנו נעים — "טלטול כלי-הפריצה מטרים אחדים למיטתו של הקורבן והנחתת מכות קשות ורבות בראשו באמצעות הכלי הזה; דקירת הקורבן שמונה דקירות בחלקים שונים ופגיעים של גופו; הורדת כמה מהלומות בראש הקורבן באמצעות פטיש וכדו".¹²

ותגובתו של פרופ' פלר — ראיית ההכנה בפעולות המהוות חלק מביצוע ההמתה — מרוקנת, למעשה, מתוכן את הכוונה-תחילה. זו מאופיינת, ועל כך אין הפסיקה חולקת, שהנאשם שקל את הרעיון קודם שהחליט להמית. פעולות הנעשות תוך כדי הביצוע יכולות, אמנם, ללמד כי בשלב הביצוע התכוון הנאשם לגרום בפעולותיו אלו למוות.

11 ראה ברוח זו הספר, עמ' 574—575.

10 בעמ' 571.

12 בנו נעים, בעמ' 571—572.

אך אין פעולות אלו יכולות ללמד, כי ההחלטה להמית נוצרה אצל הנאשם רק לאחר שהוא שקל את הרעיון¹³. כך גיתן, אמנם, להסיק כי הנאשם שדקר את הקורבן שמונה דקירות במקומות פגיעים בגופו התכוון להמיתו. אך כלום ניתן להסיק מכך, כי כוונה זו נוצרה רק לאחר שהנאשם שקל ותיכנן להמית את הקורבן? האם אין דקירות אלו מתיישבות, לפחות באותה מידה, עם כוונה שנוצרה באופן ספונטני? שיקול ויישוב־הדעת המיוחד את הכוונה־תחילה בהשוואה לכוונה הספונטנית חייב — לדעתו של פרופ' פלר — להתקיים בשלב הקודם לביצוע והנפרד מעצם הביצוע. לא ניתן אפוא ללמוד על שיקול־הדעת הקודם לביצוע מפעולות המהוות חלק מהביצוע.

ואכן, דומה כי בפרשת בנו נעים היה הנשיא אגרנט ער לקושי האמור. בהתייחסו להשגותיו של פרופ' פלר בהקשר זה הוסיף: "אסור שנשכח כי לעניין הדרישה שהנאשם חשב ויסקל לפני שהחליט להרוג, קבע המחוקק מבחן נוסף, הוא העדר קינטור מיידי"¹⁴. אולם, לא היה בדברים אלה כדי לרצות את פרופ' פלר. לדעתו, לא ניתן לייחד את הכוונה־תחילה — ככוונה שקדמו לה שיקול ויישוב־הדעת — בהשוואה לכוונה הספונטנית, רק בהסתמך על המבחן של העדר קינטור. שכן, בהיות העדר קינטור יסוד שלילי אין הוא יכול לאפיין את הכוונה־תחילה, אלא להיות רק סימן עזר לשלילה. במקרים שבהם הנאשם קונטר סמוך לביצוע, הקינטור אכן שולל את שיקולו ויישוב־דעתו, ולפיכך לא ניתן לייחס לו כוונה־תחילה. אולם, במקרים שבהם הנאשם לא קונטר, אין זאת אומרת שניתן לייחס לו כוונה־תחילה. במקרים אלה עדיין יש צורך להראות, כי ההחלטה להמית לא נוצרה אצלו באופן ספונטני, אלא כתולדה של שיקול ויישוב־דעת קודם, קרי: כתולדה מהכנה נפשית¹⁵.

בכך לא תמו השגותיו של פרופ' פלר על עמדת הפסיקה, שלפיה ההכנה היא יסוד פיזי טהור. ראינו, כי לדעתו של פרופ' פלר אין הצדקה להוציא מגדר עבירת הרצח בכוונה־תחילה אותם המקרים שבהם לא התלוו להכנה הנפשית פעולות של הכנה פיזית בשלב הקודם לביצוע. הפסיקה מצדה התמודדה עם מקרים אלה על־ידי הרחבת יסוד ההכנה גם לפעולות פיזיות המהוות חלק מהביצוע, הרחבה המרוקנת — לדעתו של פרופ' פלר — את הכוונה־תחילה מתוכנה המיוחד בהשוואה לכוונה ספונטנית. אך למרות ההרחבה האמורה של יסוד ההכנה, אין די בה כדי לכלול בגדר הרצח את המקרים שבהם היתה הכנה נפשית בלא שהתלוותה אליה כל פעולה פיזית — לא בשלב הקודם לביצוע ואף לא בשלב הביצוע עצמו. הכוונה למקרים שבהם ההמתה בוצעה על־ידי מחדל, ומקשה פרופ' פלר:

"א, שמחובתו לדאוג ל־ב, מחליט, לאחר שיקול־דעת קודם, להמית את ב על־ידי אי־סיפוק צורכי מזון. ההמתה מתבצעת על־ידי אי־עשיית מוחלטת ללא כל זיקה לפעולה פיזית כלשהי. האם אין כאן כוונה־תחילה? האומנם יש לשבץ את המקרה בגדר עבירת ההריגה הספונטנית ולא בגדר עבירת הרצח בכוונה־תחילה?"¹⁶

13 ש"ז פלר, "הכוונה תחילה" הפרקליט כו (תשמ"מ) 464, בעמ' 468; וראה גם הספר, עמ' 577—578.

14 בנו נעים, בעמ' 572.

15 פלר (לעיל, הערה 5), בעמ' 58; הספר, עמ' 558—559.

16 פלר, שם, עמ' 68. ראה גם הספר, עמ' 579—580.

גם לקושיא זו התייחס הנשיא אגרנט בפרשת בנו נעים. לדבריו:

"עד היום לא בא בפני בית-משפט זה מקרה בו הואשם או הורשע אדם ברצח בכוונה תחילה עקב מחדל פלילי. ואם פעם יבוא בפנינו מקרה שכזה, אזי לא מן הנמנע שנהיה מצווים לבקר מחדש את ההלכה שנפסקה בגין יסוד ההכנה. אולם לפי שעה איני רואה הצדקה לסטות מההלכה הזאת".¹⁷

מקרה של רצח על-ידי מחדל לא הובא עדיין — לפי מיטב ידיעתי — בפני בית-המשפט העליון, והפסיקה, לכן, לא נאלצה לבחון מחדש את ההלכה שלפיה ההכנה היא יסוד פיזי טהור. אלא שגם להלכה זו היתה דינמיקה משלה: ההלכה עצמה התרחבה והתפשטה במרוצת הזמן. את ההכנה הפיזית ראתה הפסיקה לא רק בפעולות המשתייכות לשלב ביצוע ההמתה, אלא גם בפעולה הקטלנית עצמה. כך, בפסק-הדין שמיירמן¹⁸ גרס השופט שמגר, כתוארו או, כי במקרה של המתה בחניקה ההכנה, המהווה יסוד פיזי מובהק, יכולה "לבוא לידי ביטוי בעוצמת הלחץ הפיזי על צווארו של האחר"¹⁹, קרי: בעצם החניקה. וההשפעה — בכל מקרה של המתה על-ידי מעשה (להבדיל ממחדל) — תוכל הפסיקה למצוא יסוד של הכנה: אם לא בפעולות שקדמו לפעולת ההמתה, כי אז בעצם ההמתה. מהו אפוא הטעם בדרישה להכנה כתנאי לייחוס — ואפילו להוכחה — של הכוונה-תחילה?

ואכן, במקביל להתפשטותה של ההלכה שלפיה ההכנה היא יסוד פיזי טהור — התפשטות שהפכה בסופו של דבר את ההכנה ליסוד חסר תוכן משלו — החלו להישמע בקרב שופטי בית-המשפט העליון הרהורי כפירה. אף בלא לחכות שיובא בפניהם מקרה של מחדל, גרסו כמה מהשופטים כי ייתכן שהגיע הזמן לשקול מחדש את ההלכה שנפסקה בגין יסוד ההכנה.

כך, בפסק-הדין מזרייפס²⁰ אומר השופט חיים כהן:

"בין אם אלמנט ההכנה אינו אלא יסוד פיזי טהור — כפסיקתו העקבית של בית-משפט זה מימים-ימימה — ובין אם נראה באלמנט ההכנה יסוד נפשי של התכוונות ותכנון — כדרישת הפרופ' פלר במאמרו — מצד המערער דגן היתה הכנה למכביר, לא רק פיסית אלא גם נפשית; ועל-כן אין המחלוקת האקדמית בשאלה זו עניין לכאן. אלא רוצה אני להשתמש בהזדמנות זו ולהצטרף להצעותיו של הפרופסור פלר במאמרו הנ"ל במידה שהן נוגעות לתיקון החוק הקיים ולפישוט, ויפה שעה אחת קודם".

ובפסק-הדין תומא²¹, לאחר שהשופטת בן-פורת, כתוארה או, הציגה את המחלוקת בין עמדת הפסיקה, שלפיה ההכנה היא יסוד פיזי טהור, לבין עמדתו של פרופ' פלר שלפיה ההכנה חייבת להיות נפשית, היא הוסיפה:

17 בנו נעים, עמ' 575.

18 ע"פ 655/78 שמיירמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (1) 63.

19 שם, עמ' 72–73.

20 ע"פ 185/74 מזרייפס נ' מדינת ישראל (לא פורסם), ניתן ביום 23.3.75.

21 ע"פ 553/77 תומא נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (3) 141.

"אודה כי לכאורה ראויה שאלת ההכנה לחזור ולהישקל מחדש, שכן לפי ההלכה הקיימת הופכת הדרישה של הכנה כתנאי להרשעה ברצח בכוונה-תחילה כמעט לחסרת נפקות נפרדת עצמאית... אולם ההלכה לגבי ההכנה... היא כה מושרשת, שמן הראוי לא להרהר אחריה אלא כאשר תהיה זו השאלה המרכזית העשויה להכריע את גורלו של הנושא העומד לדיון"²².

מאחר שבמקרה שגדון בפניהם הוחלט, ברוב דעות, להמיר את ההרשעה ברצח להרשעה בהריגה, בשל הספק אם הייתה למערער כוונה לגרום למות הקורבן – גם בפרשה זו לא נאלץ בית-המשפט לבחון את ההלכה מחדש.

אם בסוגיא של רצח בכוונה-תחילה ההצעה לאמץ את עמדותיו של פרופ' פלר לגבי ההכנה נשארה, בשלב זה, בגדר הרהורים שהובעו במסגרת אמירות-אגב, הרי שבסוגיא אחרת מצטיירת תמונה הפוכה: קביעותיו של בית-המשפט העליון שנאמרו במסגרת אמירת-אגב הן שהולידו הפעם תגובה מצדו של פרופ' פלר; ואילו כאשר בית-המשפט נאלץ להתמודד עם הסוגיא לגופו של עניין הוא הלך למעשה, ובלא כל היסוס, בדרכו של פרופ' פלר. כוונתי לדרישת הרציה כתנאי להטלת אחריות פלילית – דרישה המת-ייבט כי תהיה לנאשם האפשרות להימנע מהתנהגות העשויה להצמיח עבירה פלילית²³. בפסק-הדין מנדלברום²⁴ גרס השופט אגרנט, כתוארו אז, במסגרת אמירת-אגב, כי דרישת הרציה איננה חלה לגבי עבירות של רשלנות. למסקנה זו הוא הגיע בהסתמך על הוראת סעיף 11(1) לפקודת החוק הפלילי (היום סעיף 15 לחוק העונשין). ואילו בדיון הנוסף שבפרשת גדישי²⁵ הצטרף הנשיא אגרנט, גם הפעם במסגרת אמירת-אגב, לדבריו של השופט לנדוי בערעור הפלילי, שלפיהם:

"דרישת הרציה חלה מטבע ברייתה רק במקום שהאקטוס ריאוס של העבירה טומן בחובו מעשה חיובי או מחדל מכוון, אך אין לה מקום כאשר האקטוס ריאוס הוא מחדל רשלני, ולכן גם לא כאשר האקטוס ריאוס הוא מחדל מסוג איסור מוחלט" (שהרי בעבירות של איסור מוחלט מוחזק הנאשם כרשלן)²⁶.

להמחשת דברים אלה התייחס הנשיא אגרנט לעבירה של גרם מוות ברשלנות, שלדעתו

(ואני מצטטת):

"טומנת בחובה את המחדל של אי-נקיטת אמצעי זהירות לשם מניעת התוצאה הקטלנית במקום ובדרך שאדם סביר היה עושה כן. ברור (ממשיך הנשיא אגרנט) שבין מחדל כנ"ל לדרישת הרציה אין ולא כלום... כך, אם נהג שעמד להירדם המשיך בנסיעה ולאחר שנרדם גרם לתאונה קטלנית, אזי אין ספק כי בזמן עובר

22 שם, בעמ' 153.

23 הסוגיא מנותחת בהרחבה בספר, אגב התייחסות להתפתחות הפסיקה בהקשר זה, בעמ' 74–99.

24 ע"פ 118/53 מנדלברום נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 281, בעמ' 331.

25 ד"נ 11/65 גדישי נ' היועץ המשפטי, פ"ד כ(1) 57.

26 שם, בעמ' 65.

לתאונה פעל הנג ללא רצייה, ובכל זאת יצטרך לתת את הדין, הואיל והתרשל כאשר לא הפסיק את הנהיגה בעת שהרגיש שנופלת תרדמה עליו"²⁷.

תגובתו של פרופ' פלר לקביעות אלו לא איתרה לבוא. במאמר מפרייטעו²⁸ הביע פרופ' פלר את הדעה — המנותחת בהרחבה בספרו²⁹ — כי דרישת הרצייה היא דרישה בסיסית המהווה תנאי מוקדם להטלת אחריות פלילית בגין כל עבירה שהיא, בלא תלות ביסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה (מחשבה פלילית או רשלנות או איסור מוחלט) ובלא תלות בצורת ההתנהגות המרכיבה את העבירה (מעשה או מחדל). בדרכו האופיינית פרופ' פלר מנתח את כל אחת מהקביעות שהובאו לעיל במטרה להראות מדוע אין הן מתיישבות עם העקרונות הכלליים והמושגיות שביסוד דיני העונשין. הוא פותח בניתוח סעיף 11(1) לפקודת התוק הפלילי, שבו ראה הנשיא אגרנט את המקור לדרישת הרצייה במשפטנו. בהסתמכו הן על המבנה הפנימי של סעיף 11(1) והן על היחס שבין סעיפי הקטנים, פרופ' פלר מגיע למסקנה כי הסעיף, על כל סעיפיו הקטנים, מיועד להסדיר את דרישת היסוד הנפשי בעבירה ולא את דרישת הרצייה. לדעתו, הסעיף נותן ביטוי למדיניות הנהוגה בתחום דיני העונשין, שלפיה בדרך-כלל היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה הוא מחשבה פלילית, ואילו אחריות פלילית על בסיס רשלנות היא יוצאת-דופן ומותנית, לכן, בהוראה מפורשת. מאחר שסעיף 11 אינו מסדיר כלל את דרישת הרצייה, אין הוא מסייג את תחולתה של דרישה זו לגבי עבירות של רשלנות³⁰. ואכן, אין — לדעתו של פרופ' פלר — כל הצדקה להגביל את היקף תחולתה של דרישת הרצייה. הרצייה, שמשמעותה אפשרות בחירה בין קווי התנהגות חלופיים, מהווה דרישה בסיסית ומהותית יותר מדרישת היסוד הנפשי, והגיונית בדיקת הרצייה קודמת לבדיקת היסוד הנפשי. במקרים שבהם לא היתה הנאשם האפשרות להימנע מההתנהגות — קרי: במקרים של העדר רצייה — אין כל הצדקה להטיל עליו אחריות פלילית בגין אותה התנהגות, וממילא אין כל טעם לבדוק מה היה היסוד הנפשי שגלווה להתנהגות. לעניין זה אין הבדל, ולא יכול להיות הבדל, בין מעשה לבין מחדל. כך, השאלה אם ניתן להטיל על אדם, שבהיותו על שפת-הים נמנעה מלהציל את בנה הקט שנכנס למים והחל טובע, אחריות פלילית בגין מחדלה, מותנית קודם-כול בשאלה אם היתה לאדם אפשרות להציל את הילד. אם יתברר, למשל, כי האם התעלפה ואיבדה את הכרתה קודם שבנה נכנס למים, לא תהיה כל הצדקה להטיל עליה אחריות פלילית בגין המחדל מלהצילו. במקרה זה אין אנו מגיעים כלל לבדיקת היסוד הנפשי של האם: האם לא תישא באחריות פלילית משום שמחדלה לא היה רצוני — לא היתה לה האפשרות לעשות את שמחובתה היה לעשות. לעומת זאת, אם, ורק אם, יתברר כי היתה לאדם אפשרות להציל את הילד והיא נמנעה מעשות כן — דהיינו: מחדלה היה רצוני — יהיה עלינו להמשיך ולבדוק מהו היסוד הנפשי שאותו ניתן לייחס לאדם. כך, אם נניח כי בהיותה שקועה בקריאת ספר לא שמה האם לב כי בנה נכנס למים, ניתן

27 שם.

28 ש"ז פלר, "היסוד הנפשי בעבירה ודרישת הרצייה לפי משפט הארץ" הפרקליט כג (תשכ"ו) 308.

29 ראה בעיקר בספר, עמ' 85—88.

30 פלר (לעיל, הערה 28), עמ' 339—349. ראה גם בספר, עמ' 95.

יהיה לייחס לה רשלנות: בנסיבות המקרה היתה לה יכולת סבירה לצפות כי הילד עלול להתפתות ולהיכנס למים. במקרה זה, מהדלה הרצוני של האם מלהציל את הילד היה מחדל רשלני: למרות שהיתה לאם האפשרות להציל היא נמנעה מעשות כן מתוך רשלנות³¹. מהו, אם כן, הבסיס לקביעתו של הנשיא אגרנט, שלפיה בין דרישת הרצייה לבין מחדל רשלני אין ולא כלום? האומנם מתיישבת הדוגמא האחרונה של האם, שנמנעה ברשלנותה מלהציל את בנה, עם המסקנה שלפיה דרישת הרצייה מטבע ברייתה אינה יכולה לחול לגבי מחדל רשלני?

בפרשת גרייסי התייחס, אמנם, הנשיא אגרנט לדוגמא אחרת – זו של הנהג שנרדם ובמצב זה גרם לתאונת-דרכים קטלנית – כדי להראות כי דרישת הרצייה אינה חלה לגבי מחדל רשלני. פרופ' פלר אינו חולק על כך שבמקרה זה מן הראוי להטיל על הנהג, שלא הפסיק את הנהיגה בשעה שהרגיש שהוא עומד להירדם, אחריות פלילית בגין גרם מוות ברשלנות. אך לדעתו, אין עובדה זו מחייבת את המסקנה שלפיה דרישת הרצייה אינה חלה לגבי מחדל רשלני.

ראשית – פרופ' פלר מבהיר – התנהגותו של הנהג במקרה זה איננה מחדלית: הנהיגה ברכב מהווה התנהגות אקטיבית, עשיית מעשה. מדבריו של הנשיא אגרנט משתמע, כי כל עבירה של רשלנות טומנת בחובה מחדל של אי-נקיטת אמצעי זהירות. אך הרשלנות – לדעתו של פרופ' פלר – יכולה להתבטא הן בעשיית מעשה שאדם סביר לא היה עושה (נהיגה במהירות מופרזת) והן בהימנעות מעשות מעשה שאדם סביר היה עושה – מחדל (הימנעות מלהציל את הילד)³².

שנית, וזה העיקר – הטלת אחריות פלילית על הנהג שנרדם מתחייבת מכוח הסייג של התנהגות חופשית במקור (*Actio libera in causa*). מכוח סייג זה הטענה של העדר-רצייה אינה עומדת למי שהכניס את עצמו מרצון למצב של העדר-רצייה, שבו הוא ביצע את היסוד העובדתי של העבירה³³. סייג זה – פרופ' פלר מבהיר – מתחייב מההיגיון שביסוד דרישת הרצייה: בשלב הביצוע לא היתה לנאשם, שהיה במצב של העדר-רצייה, האפשרות להימנע מביצוע היסוד העובדתי של העבירה; אולם בשלב הקודם היתה לנאשם אפשרות לבחור בין קווי-התנהגות חלופיים והוא בחר בהתנהגות שהביאה אותו למצב של העדר-רצייה. לנאשם כזה, לכן, היתה אפשרות להימנע מביצוע העבירה על-ידי ההימנעות בשלב הקודם מההתנהגות שהביאה אותו למצב של העדר-רצייה. משלא נמנע הנאשם בשלב הקודם מההתנהגות כאמור, מן הראוי להטיל עליו אחריות פלילית בהתאם ליסוד הנפשי שהיה לו בשלב קודם זה. כך, בדוגמא שאליה התייחס הנשיא אגרנט, עובר לתאונה התנהגותו של הנהג אמנם לא היתה רצונית: לנהג הישן לא היתה אפשרות להימנע בשלב זה מהנהיגה שגרמה במישרין לתאונה. אולם בשלב הקודם, בשעה שהנהג הרגיש שהוא עומד להירדם, היתה לו אפשרות להפסיק את הנהיגה. מאחר שבשלב זה היתה לנהג יכולת סבירה לצפות כי הוא עלול להירדם בהמשך הנהיגה ולגרור או לתאונת-דרכים, היה עליו לעצור את רכבו. משבחר הנהג, למרות זאת, להמשיך בנהיגה

31 לדוגמא זו מתייחס פרופ' פלר, בהקשר קצת שונה, במאמרו לעיל (הערה 28), עמ' 321; ובספר, עמ' 95.

32 פלר (לעיל, הערה 28), עמ' 321–322.

33 לדין במשמעותו של סייג זה ראה הספר, עמ' 97–99.

מן הראוי להטיל עליו אחריות בגין גרימת מוות ברשלנות. האחריות במקרה זה – פרופ' פלר מדגיש – איננה מוטלת על הנהג משום שבעבירות של רשלנות אין תחולה לדרישת הרצייה; אלא משום שהתנהגותו הקודמת של הנהג היתה רצונית ולוונה ביסוד נפשי של רשלנות.³⁴ מסקנתו זו של פרופ' פלר עשויה לקבל משנה-תוקף ברגע שזוכרים, כי יש מקרים שבהם ההתנהגות הרצונית הקודמת שהביאה את הנאשם למצב של העדר-רצייה לוונה ביסוד נפשי של מחשבה פלילית. כלום לא נטיל במקרים אלה אחריות לעבירה של מחשבה פלילית מהנימוק שבעבירות מסוג זה יש תחולה לדרישת הרצייה? כך נניח כי נהג, שסבל בעבר מהתקפים של אובדן-הכרה, הוזהר על-ידי רופא לב לא ינהג ברכבו משום שהתקף עלול לחזור במהלך הנהיגה. הנהג לא שעה לאזהרת הרופא ונהג ברכבו. הוא איבד במהלך הנהיגה את הכרתו וגרם לתאונת-דרכים קטלנית. האם יש הצדקה שלא להטיל עליו אחריות לעבירת ההריגה המותנית ביסוד נפשי של מחשבה פלילית מהנימוק, כי בעבירות של מחשבה פלילית יש תחולה לדרישת הרצייה ואילו התנהגות הנהג עובר לתאונה לא היתה רצונית? התשובה לגישתו של פרופ' פלר תהיה ברורה: יש לייחס לנהג אחריות להריגה מכוח הסייג של התנהגות חופשית במקור, שכן נהיגתו הקודמת היתה רצונית ולוונה ביסוד נפשי של מחשבה פלילית: למרות שהנהג צפה את האפשרות כי במהלך הנהיגה הוא עלול לאבד את ההכרה ולגרור, לכן, לתאונה, הוא בחר לקחת את הסיכון ולנהוג ברכבו, אף שהיתה לו אפשרות להימנע מכך. ואם אכן במקרה זה יש להטיל על הנהג אחריות לעבירת ההריגה מכוח הסייג של התנהגות חופשית במקור, למרות שביחס לעבירות של מחשבה פלילית נדרשת רצייה, כך גם בדוגמא של הנהג הנדרם, שהובאה על-ידי הנשיא אגרנט, יש להטיל על הנהג אחריות לעבירה של גרם מוות ברשלנות מכוח אותו סייג, ובלא שיהיה צורך לשלול את דרישת הרצייה מהעבירות של רשלנות.

מסקנתו של פרופ' פלר היא, אפוא כי דרישת הרצייה, המהווה דרישה בסיסית ומהותית יותר מדרישת היסוד הנפשי, חלה לגבי כלל העבירות, לרבות העבירות של רשלנות ושל איסור מוחלט, ובין אם ההתנהגות המרכיבה אותן היא מעשה או מחדל. בפסיקה, לעומת זאת, הובעה הדעה כי לדרישת הרצייה אין תחולה בעבירות רשלנות (פסק-דין מנרלבירט)³⁵ או כי מטיבה אין דרישה זו יכולה לחול לגבי מחדל רשלני (פסק-דין גדייבי)³⁶. אלא שדעה זו הובעה במסגרת אמירות-אגב, ואילו כאשר השאלה אם לדרישת הרצייה יש תחולה בעבירות של רשלנות או של איסור מוחלט היתה צריכה לגופו של עניין, לא היסס בית-המשפט העליון ללכת בדרכו של פרופ' פלר, ולענות על שאלה זו בחיוב.

כך בפס"ד כרמל³⁷, שניתן כ-3 שנים לאחר פסק-דין גדייבי, דן בית-המשפט העליון בערעורו של נהג על הרשעתו בעבירות תנועה של אי-עצירת רכב לפני קו-עצירה (עבירה של איסור מוחלט) ושל נהיגה לא-זהירה (עבירה של רשלנות). טענתו של הנהג היתה, כי במהלך הנהיגה הוא איבד לפתע את הכרתו, ולפיכך המשך הנהיגה והתחיי

34 פלר (לעיל, הערה 28), עמ' 323–324.

35 לעיל, הערה 24.

36 לעיל, הערה 26.

37 ע"פ 415/68 כרמל נ' מרינת ישראל, פ"ד כב (2) 803.

מנעות מלעצור לפני קו-העצירה לא היו רצוניות. למרות שהעבירות שיוחסו למערער היו עבירות של רשלנות ושל איסור מוחלט, לא דחה בית-המשפט את טענתו של המערער כטענה בלתי-רלבנטית, משום שבעבירות מסוג זה אין תחולה לדרישת הרצייה. להיפך, בית-המשפט בדק את חומר הראיות שהיה בפני הערכאות הקודמות, ומאחר שבהסתמך על חומר זה הוא הסיק, כי "אין להוציא מכלל אפשרות... שאכן המערער איבד את הכרתו"³⁸, הוא פסק שיש לזכות את המערער.

ובדומה, בפרשת מוסקוביץ משנת 1973³⁹ דן הנשיא זוסמן המנות בבקשת רשות ערעור של נהג שגרם בנהיגתו הרשלנית לתאונה קטלנית והורשע בעבירה של גרם מוות ברשלנות. גם טענתו היתה, כי איבד במהלך הנהיגה את הכרתו ולפיכך הנהיגה שגרמה לתאונה לא היתה רצונית. למרות שהעבירה היא של רשלנות גרס הנשיא זוסמן ז"ל, כי "זוהי טענה אפשרית... ואם מעוררת הטענה לפחות ספק סביר ברציית הנאשם, על בית-המשפט לזכות, שכן אין אדם חב על מעשה שנעשה שלא ברצונו"⁴⁰. אין לי ספק, כי פרופ' פלר היה סומך את שתי ידיו על קביעה זו. בפרשת מוסקוביץ הבקשה לרשות ערעור נדחתה, בסופו של דבר, אך זאת משום שלא היה בחומר הראיות כדי לעורר ספק סביר שמא נהיגתו של הנהג לא היתה רצונית.

38 שם, עמ' 808.

39 חמ' 532/73, פ"ד כה (1) 344.

40 שם, עמ' 346.