

קוים להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת עונשו של העבריין *

מאת

ד"ר ד. ביין

א. מבוא

בשנים האחרונות הופנתה במידה גדלה וחולכת, תשומת הלב לכך, שלא ניתן להבין את תופעת העבירה, על ידי התייחסות לאישיותו של העבריין ולהתנהגותו בלבד, אלא יש לעקוב לצורך כך, בדרך דומה, אחרי הקרבן; רק מתוך ראייה כוללת של היחסים בין העבריין לקרבנו אפשר יהיה לקדם את המחקר שמטרתו מגיעת עבירות או לפחות הפחתתן. להתפתחותה של הכרה זו תרמו חוקרים מתחומי מדע שונים, ובעיקר עורך הדין הישראלי ב. מגדלסון¹ – אשר, כנראה, היה הראשון שטבע את המושג "ויקטימולוגיה" (מדע הקרבן), הקרימינולוג פרופ' פון הנטיג², הפסיכיאטר פרופ' אלגברגר³ ואחרים⁴.

עצם העובדה, שלהכרת חשיבות תרומתו של הקרבן לביצוע העבירה, הגיעו חוקרים מתחומים שונים, מצביעה על רב צדדיותה של הבעיה. ניתן לומר, כי כשם שאין לך מחקר קרימינולוגי ראוי לשמו אלא על ידי שיתוף פעולה אינטר-דיסציפלינרי, כך הוא המצב גם לגבי מחקר בתחום הויקטימולוגיה.

למשפטן המעשי, למחוקק ולשופט יש מטבע הדברים, עניין רב, בתוצאותיהם של מחקרים כאלה הואיל ועלולה להיות בהם תועלת רבה, הן בהתוויות מדיניות החקיקה, והן בקביעת האחריות ושיעורה, במקרים קונקרטיים. מאידך, אין המשפטן יכול כמובן

* לעו"ד ב. מגדלסון, אבי ה"ויקטימולוגיה", בהקדמה.

1 ראה בין מחקריו בעיקר: The Origin of the Doctrine of Victimology, *Excerpta Criminologica*, Vol. 3, No. 3, p. 239; The Victimology, *Etudes Internationales de Psycho-Sociologie Criminelle*, p. 25.

2 Hans von Hentig, *The Criminal and His Victim* (New Haven 1948).

3 Henry Ellenberger, "Relations Psychologiques entre le Criminel et la victime," *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique* (1954), 103. פורסם גם ב- *Archives of Crim. Psychodynamics*, p. 257.

4 סקירות על התפתחות הויקטימולוגיה ניתן למצוא ב- Mannheim. *Comparative Criminology*, Vol. 2, p. 670 et seq.; Stephen Schafer, *The Victim and His Criminal*, p. 39. סקירה ביבליוגרפית בתחום הויקטימולוגיה ניתן למצוא גם K. Miyazawa, "Zum gegenwärtigen Stand der Victimologischen Forschung in Japan" (Vorträge bei der Tagung der Gesellschaft für die Gesamte Kriminologie) in *Kriminologische Gegenwartsfragen*, Heft 9, וברשימתה של לידיה שוקרו, "הויקטימולוגיה מהי זו", הפרקליט, כרך כ"ו, עמ' 605. יש לציין כי הסימפוזיון הבין-לאומי הראשון בנושא הויקטימולוגיה מטעם האגודה הבין-לאומית לקרימינולוגיה יערך בירושלים בספטמבר 1973.

קוים להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת ענשו של העברין

לחכות עד שחקר הקרבן יגיב פירות של ממש, הואיל ועליו למצוא פתרונות מידיים לשאלות המתעוררות בפניו. אין תימה איפוא, כי עוד בטרם דובר רשמית על תורת הקרבן (ויקטימולוגיה) ולפני שהחוקרים החלו במיונם של הקרבנות לטיפוסים שונים בהתאם לאישיותם ודפוסי התנהגותם, כבר עסק המשפט הפלילי בהיבטים רבים ושונים של התנהגות הקרבן.⁵ היבטים אלה ניתן לחלקם לשלוש קבוצות עיקריות והן:

- א. השפעת התנהגותו של הקרבן על אחריותו של העברין ומידתה;
- ב. האחריות הפלילית המוטלת על קרבן העבירה עצמו;
- ג. הענקת פיצויים לקרבנות של עבירות.

הקבוצה הראשונה כוללת בעיקר בעיות המתייחסות לסיטואציות הבאות: הקרבן היוצר הזדמנות לביצוע עבירה, קינטור מצד הקרבן, הקרבן המנסה לפגוע בנאשם ונפגע בעצמו תוך כדי הגנה פרטית מצד הנאשם; הקרבן הנפגע תוך כדי מעשה של עזרה עצמית או נקמה מצד הנאשם לאחר שהקרבן ביצע עבירה כנגדו, הסכמת הקרבן לפעולות הנאשם המבוצעות כנגדו; שידול מצד הקרבן שהנאשם יבצע מעשה הפוגע בו, התנהגות תורמת של הקרבן על צורותיה השונות והתנהגות הקרבן לאחר ביצוע העבירה המצביעה על אישור בדיעבד או מחילה על הפגיעה בו.

בחלק מסיטואציות אלה נשללת אחריות הנאשם מכל וכל אך לעתים מביאה התנהגות הקרבן רק להקטנת מידת האחריות של הנאשם.

הקבוצה השנייה: קבוצה זו משמשת קורת גג בעיקר לשאלות של אחריות הקרבן עצמו כשותף לעבירה המבוצעת נגדו כאשר שידל את הנאשם לבצע או הסכים לה; אחריות הקרבן בשל אי-נקיטת אמצעים מספיקים כדי למנוע עבירה העומדת להתבצע כנגדו ולבסוף אחריותו של הקרבן כאשר עשה הסכם לכיפור על עבירה שבוצעה נגדו.

הקבוצה השלישית: מתייחסת לנושא חדש ביחס⁶ והוא חובת המדינה לפצות קרבנות של עבירות – בעיקר עבירות של אלימות, על הנזק שנגרם להם. קטיגוריה חדשה זו מעוררת מספר שאלות הקרובות לשאלות המתעוררות בשתי הקבוצות הראשונות ובעיקר האם יש להתחשב בהתנהגות הקרבן ותורמתו לביצוע העבירה כאשר באים לקבוע את עצם זכותו לפיצויים ואת מידתה.⁷

ברשימתנו זו, כפי ששמה מעיד עליה, נעסוק רק בסיטואציות מתחום הקבוצה הראשונה ומתוכה רק בשאלות של מידת העונש.⁸ סקירה כללית זו של תבעיות "הויקטימולוגיות" במשפט הפלילי הובאה בעיקר על מנת להראות מיקומו של נושא רשימתנו במסגרת יתר תבעיות הנוגעות לקרבן העבירה.

5 למעשה ניתן לתאר קורס אוניברסיטאי שיעסוק בשאלות הקשורות בקרבן העבירה, ויכסה תוך כדי כך חלק ניכר מתחום המשפט הפלילי המהותי.

6 ראה בין הספרות העניפה שהתפתחה בנושא זה: Stewart, "A Modern View of the Criminal Law," p. 31; Le-Roy Lamborn, "Toward a Victim Orientation in Criminal Theory," 22 Rutgers L. Rev. 733.

7 ראה המאמר של Le-Roy Lamborn, *ibid.*, p. 761.

8 על חשיבות השיקולים הויקטימולוגיים בקביעת מידת העונש ראה גם Horst Schüller, *Über Victimologie, Festschrift für Richard M. Honig* (1970) S. 201, 209.

ב. תיחומנו של הנושא והגדרת מושגים

1. אחריות פלילית ומידת העונש

הגבול בין נושא רשימה זו שהוא השפעת התנהגות הקרבן על מידת העונש לבין שאלות של עצם האחריות הפלילית הוא לעתים קרובות דק למדי; במקרים רבים, הקביעה במסגרת שיטת משפטי נתונה אם סיטואציה מסוימת יכולה לשמש הגנה בידי הנאשם השולל את אחריות או אם היא מהווה רק עילה להקלה בעונש, הנה בעיקר פרי מסורת חברתית ומשפטית, ושיקולי מדיניות היכולים להיות שונים מארץ לארץ.¹ אנו במסגרת רשימה זו ניקח כנקודת מוצא את הקביעות של השיטה המשפטית המקומית, באשר למיזן שאלה מסוימת כשאלה של עצם האחריות או רק של מידתה, אך נביא לעתים באורח משונה גם גישות של שיטות משפטיות אחרות.

2. דרך המתקן

השיטה המקומית גוקטת כידוע בדרך של קביעת עונשי מקסימום¹⁰. כמו כן אין החוק המקומי מכיל רשימה של השיקולים שעל בתי המשפט לשקלם לענין מידת העונש¹¹ ועל כן אין גם הנחיה בדבר מידת ההתחשבות בהתנהגות הקרוב בקביעת גזר הדין¹². התוצאה היא שמחקרנו יכול להתבסס אך ורק על בדיקה לוגית של השיקולים על פי העקרונות הכלליים של הענישה ועל הפסיקה של בתי המשפט. רוב החומר בבירור זה מצוי דוקא בפסיקת בתי המשפט הנמוכים (בתי משפט שלום, בתי משפט לתעבורה) שאינה מתפרסמת, אך מסיבות מעשיות נוכל להתייחס רק לאותה פסיקה הזוכה לפירסום דהיינו פסיקת בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון, שהיא דלה יחסית בכמותה בכל הנוגע לענישה. הגבלה זו מביאה לידי כך שעיקר המחקר עוסק בשיקולים ש מן הראוי היה לדעתנו כי יובא בחשבון, ופחות בשיקולים המופעלים בבתי המשפט הלכה למעשה. קביעת העונש בדרך כלל, וגם בנושא רשימתנו, אינה יכולה מטבע הדברים להיות נושא לקביעה מדויקת באותה מידה שנקבעות שאלות של עצם האח-

9 למשל בארץ חרטה בנסינו מהווה רק שיקול להקלה בעונש (ר' סעיף 30(2) לפ.ח.פ.) ומאידך בכמה מארצות היבשת, חרטה מהווה בנסיבות מסויימות גורם השולל אחריות פלילית, מכל וכל. דוגמא אחרת היא הקינטור (או יותר נכון העדר קינטור) שבארץ מהווה יסוד מיסודות עבירת הרצח בכוונה תחילה (סעיף 214(ב) לפ.ח.פ.) אך בארצות אחרות הוא מופיע בחוק כשיקול להקלה בעונש לגבי כלל העבירות או חלקן (ראה הערות 46, 47).

10 רק בעת האחרונה יש נטיה קיימת וגוברת לקביעה של עונשי מינימום. אך גם מקום שנקבע עונשי מינימום ניתנת בדרך כלל סמכות לבית המשפט "מטעמים מיוחדים" או "מסיבות מוצדקות" (או נוסחאות דומות) לגזור עונש שהוא פחות מן המינימום הקבוע בחוק; בתי המשפט עושים שימוש רב בסמכות זו ובכך סוטים לעיתים מכוונות המוחקק להחמיר בעונש.

השווה גם L. Sebba, "Minimum Sentences," 6 Is.L.Rev. 227.

11 כפי שזה קיים במספר שיטות של הקונטיננט למשל פרקים III ו- IV לקודקס הפלילי האוסטרי, או סעיף 38 לקודקס הפלילי היוגוסלבי.

12 ישנן שיטות משפטיות בהן קיימות הנוראות מפורשות באשר לכך. ראה למשל סעיף 62(5) לקודקס הפלילי האיטלקי. יצוין יחד עם זאת שקיימות מספר הנוראות בפ.ח.פ. הקובעות בצידה של עבירה צורות מחמירות או מקילות של אותה עבירה בתהליך הבתהגותו של הקרבן; בהם אין למצוא בהנוראות אלה איום מגמה כללית בכיוון זה או אחר. הנוראות אלה יוזכרו בהמשך הערכים.

קוים להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת ענשו של העבריין

ריות, שהרי רבים כאן השיקולים הנוגדים שיש לפטר ביניהם; לכן גם ברשימה זו מסתפקים אנו בהצגתן ובמיון של הבעיות והשיקולים לפתרונן, בלי להתיימר להציג תשובות חד-משמעיות.

3. הגדרת המושגים "קרבן" ו"התנהגות הקרבן"

שני מושגים המהווים את צירו המרכזי של נושא רשימה זו טעונים הגדרה: והם – "קרבן" ו"התנהגות הקרבן".

כשם שקיים ויכוח ער בספרות הקרימינולוגית בשאלה מיהו העבריין, כך מתעוררת אצל הויקטימולוגים השאלה המקבילה – מיהו הקרבן; בשני המקרים, נטוש עיקר הוויכוח, בין "הליגליסטים" הקושרים את ההגדרה עם הוראות החוק הפלילי הפוזיטיבי המגדירות עבירות אשר בין יסודותיהן מצוי תיאור של מבצע העבירה וקרבנו¹³ – לבין אלה החורגים מתחומי ההגדרות המשפטיות, על פי שיקולים סוציולוגיים¹⁴. כמובן, כמו תמיד, יש גם כאן אסכולות ביניים¹⁵. אנו פטורים מלהכניס ראשנו במחלוקת זו כאן, הואיל ודיון בשאלות של מידת העונש, יכול להתייחס רק לעבירות כהגדרתן בחוק ומוכן מאליהן שעלינו לאמץ לעצמנו לצורך דיון זה גישה "ליגליסטית"; מכאן נובע ש"הקרבן" לענייננו הנו אך ורק קרבן של עבירה כהגדרתה בחוק.

אך גם במסגרת החוק, יכולות להיות גישות שונות בשאלה מיהו הקרבן של עבירה מסוימת. מעצם מהותו של המשפט הפלילי נובע, כי בביצוע עבירה נפגע ערך חברתי כללי ומכאן ניתן להסיק לכאורה ש"הקרבן" של כל עבירה הנה החברה בכללותה¹⁶; אך בנוסף לקרבן "קבוע" זה, יש בחלק מן העבירות אך לא בכולן פרטים שהפגיעה בהם היא מיוחדת בהשוואה ליתר בני החברה, הואיל והעבירה פוגעת ישירות בגופם, באיזה אינטרס רכוש שלם, בשמם הטוב או באינטרס אישי אחר. להלן נתייחס בדברינו על "קרבנות" רק לפרטים אלה ולא לחברה כולה^{17, 18}.

במקרים רבים בהם נפגע פרט במיוחד כתוצאה מעבירה, לוקים עקב כך גם אנשים נוספים הקשורים בו – הכוונה היא בעיקר לאלה התלויים בו או קשורים אליו מבחינה

13 Paul W. Tappan, *Who is the Criminal in The Sociology of Crime and Delinquency* (ed. Marvin E. Wolfgang, L. Savitz and N. Johnston, 2nd ed., 1970, p. 41).

14 Albert K. Cohen, *Deviance and Control* (1966), p. 1.

15 Edwin H. Sutherland, *White Collar Criminality* (1940), *Am. Soc. Rev.*, pp. 1-12.

16 אם היינו מקבלים הגדרה רחבה זו היינו צריכים לדון במסגרת זו גם בהתנהגות השלטונות כלפי העבריין, למשל היינו עוסקים בשאלה, האם העובדה שהעבריין שודל למעשה העבירה על-ידי סוכן המשטרה מהווה שיקול להקלת העונש. אנו לא נדון במיוחד בשאלה זו.

17 יצוין כי עבירות הפוגעות רק בערך חברתי כללי נקראות לעתים *victimless crimes*.

18 Schultz, *Kriminologische und Strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung von Täter und Opfer*, 71 *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, S. 171. מחבר זה מוסיף ומבחין בעמ' 172 באותן העבירות הכתייחסות לקרבן ספציפי – בין עבירות שבהן יש חשיבות ליחסים שבין הקרבן לעבריין ובין עבירות שבהן אין חשיבות ליחס זה (כגון גניבה, לדעתו), אך אנו לא נזדקק להבחנה זו, הואיל ולדעתנו לא ניתן לקבוע א-פריורי, שבעבירה מסוימת אין חשיבות ליחסים שבין העבריין לקרבן, שהרי הכל תלוי בנסיבות.

כלכלית ונפשית¹⁹, כגון בני משפחתו, עובדיו, מעבידיו וכיוצא באלה. יתכן שלצרכים מסוימים, כגון הענקת פיצויים, יש מקום להתייחס גם לסובלים בעקיפין עקב מעשה העבירה כאל קרבנות, אך לצורך שאלת קביעת מידת העונש לא תהיה בדרך כלל להתנהגותם של אנשים אלה, השפעה ניכרת על מידת העונש שיוטל על העברין. לכן כשנדבר על הקרבן להלן, נתייחס תמיד רק לנפגע הישיר עקב מעשה העבירה; רק בהקשר אחד נתייחס גם לאנשים שאינם בבחינת הקרבן הישיר, והוא כאשר הביא מעשה העבירה למותו של הקרבן הישיר ובני משפחתו מוחלים לעברין על מעשיו²⁰ — או להיפך, נוקמים בו על כך.

יש להבחין בין אישיותו, מעמדו, תנאי חייו ומערכת היחסים של הקרבן — לבין התנהגותו; אישיותו של הקרבן יכולה להיות מסוג כזה, שתצור מיד אצל אנשים מסוימים גירוי שלילי היכול לבוא לביטוי בצורות שונות, החל מרגשי סלידה ודחיה בלבד, ועד לתוקפנות ממש, וזאת מבלי שתיעשה על ידו במודע כל פעולה חיצונית פרובוקטיבית²¹. כמובן, שזהו ענין שאין לו שיעור וקשה מאד לבדיקה מדעית, אך אין ספק שהוא קיים; ממש כשם שקיימים מקרים הפוכים שבהם "אישיות" מסוג מסוים (למשל אישיות כריזמטית של מנהיג) ממריצה אנשים להשמע לה, להעריך אותה ולבוא למענה באש ובמים, ללא כל תנאי.

אורח חייו או מקצועו של אדם יש ויחשוף אותו במיוחד לסיכון, כי יבוצעו עבירות כנגדו: למשל, לפרוצות יש "סיכון מקצועי" מיוחד, הואיל ועיסוקו ואורח חייהם מביא אותן במגע עם אנשי העולם התחתון או עם סוטים למיניהם (למשל סדיסטים) העלולים לראות במפגש עם הפרוצה מוצא לרגשות תוקפנות. גם עצם העובדה שהמגע המיני נערך, על פי הרוב, במקום מוצנע וביחידות — מגדיל את הסיכון שהן עומדות בו²². דוגמא אחרת לאותו ענין, ניתן להביא, (להבדיל) מנהגי מונחיות העובדים בלילות, שוטרים, שומרי לילה וכו'²³. גילו של האדם, מצבו הגופני והנפשי ומינו יכולים אף הם להעלות את ההסתברות של ביצוע עבירות כנגדו²⁴; הוא הדין לגבי קיום מערכת יחסים מיוחדת בין אנשים; רבות מבין עבירות האלימות מבוצעות דווקא בין בני משפחה, חברים לעבודה או שכנים, הואיל והיחסים במסגרות קרובות אלה טעונים לעתים מתח רגשי רב²⁵. בכל הסיטואציות שהזכרנו, "תרומתו" של הקרבן להתהוות העבירה היא עקיפה, ולרוב בלתי מודעת ולכן יכולתו למנוע את העבירה הנה מוגבלת. שונים ממצבים אלה הם המצבים בהם היתה

19 Trevor C. N. Gibbins and Joyce Prince, *Victims of Sex Offences* (London השוה 1963), p. 14; Le-Roy Lamborn, *Toward a Victim Orientation in Criminal Theory*,

22 *Rutgers L. Rev.*, 733, 754.

20 ראה להלן פרק ו'.

21 Mannheim, *Comparative Criminology*, vol. II, p. 673 ראה

22 Macdonald, *The Murder and His Victim*, p. 75; Mannheim, *Comparative Criminology*, vol. II, p. 673.

23 Macdonald, *ibid.*, 82.

24 Macdonald, *ibid.*, p. 80. ראה

25 Macdonald, מציין שמבחינה סטטיסטית חלק ניכר ממעשי הרצח מתייחסים לבני משפחה לבני משפחת הנאשם או לפחות לאנשים שהכירם קודם לכן (שם, עמ' 64). ראה גם ד"ר י.

בוק, "מדיניות הענישה לגבי עבירות אלימות", *הפרקליט*, כרך כ"ד, עמ' 338.

קיום להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת עינו של העבריין

מצד הקרבן התנהגות תיצונית ברורה בצורת מעשה או מחדל המתחסת ישירות אל מעשה העבירה. מצבים אלה ניתנים לתיאור לא פחות מהתנהגות העבריין המוגדרת על-ידי העבירות השונות. כשם שהחוק הפלילי מן הדין כי יתיחס תמיד רק להתנהגות של העבריין ולא לסטטוס שלו או לאורח חייו²⁶. כך בבואנו לדבר – במסגרת קביעת מידת האחריות של העבריין – גם על הקרבן וחלקו בגרימת העבירה, נתיחס גם כאן רק להתנהגות הקרבן, ולא לענינים אחרים.

בין הויקטימולוגים מקובלים מיונים שונים של התנהגות הקרבן; ההבדל בין מיונים אלה לעתים אינו רב²⁷. מאחר ומיונים אלה לא נעשו בדרך כלל לצרכים משפטיים²⁸ אלא יותר לצרכי מחקר פסיכולוגי או סוציולוגי – הם אינם מתאימים תמיד לענינו. לכן נאלצים אנו להשתמש במיון שונה במקצת (אם כי לא במידה גיבחת) אשר יהיה נוח יותר להזקק לו במסגרת נושא רשימת זו. המיון שלנו מחלק את התנהגות הקרבן לשלוש קבוצות עיקריות אלה:

ב**קבוצה הראשונה**, מושם הדגש על האספקט הפסיכולוגי של יחסי הקרבן עם הנאשם. נכללות בה אותן צורות התנהגות של הקרבן הגורמות להחלשת מעצורי הנאשם, המקילות עליו את ביצוע העבירה, המחזקות את רצונו לבצע את העבירה, או היוצרות אצלו מניע לביצוע העבירה.

26 ראה Robinson v. California, 370 U.S. 660; Sylving, *Constituent Elements of Crime*, p. 71.

27 המיון של מגדלסון כפי שהוא מופיע בספרו של Mannheim, *Comparative Criminology*, vol. II, p. 672, מבדיל בין: (א) קרבן חף מפשע; (ב) קרבן הפועל מתוך טעות או אי-ידיעה; (ג) קרבן שאשמתו שווה לזו של הנאשם; (ד) קרבן שאשמתו גדולה משל הנאשם (למשל קרבן המקנטר את העבריין במכוון); (ה) קרבן אשם יחיד (למשל כאשר לנאשם עומדת ההגנה העצמית); יש לציין שאצל מגדלסון מושג הקרבן הוא רחב ביותר ואינו מתייחס דווקא לקרבן של עבירה פלילית.

עבדאל עזאת פתאח במאמרו Towards a Criminological Classification of Victims, שנתפרסם ב-22 Int. Crime Police Rev., 209 ושחמצית ממנו מופיעה בכרך התשיעי של ה-Abstracts on Criminology and Penology, p. 68, מבדיל בין (א) קרבן בלתי משי-תתף; (ב) קרבן לסנטי (קרבן שיש בו נטיה חבויה ליהפך קרבן); (ג) קרבן פרובוקטיבי; (ד) קרבן משחתף; (ה) קרבן שווא.

28 מיון לצרכים משפטיים נעשה על-ידי Le-Roy Lamborn במאמרו הנ"ל, אך כאן מטרת המיון היתה בעיקרה לענין תשלום פיצוי לקרבנות עבירה. לכן ההדגשה היא יותר על אשמת הקרבן בעוד שנושא חיבורנו עוסק בשאלת אשמת העבריין; זהו דבר מיונו של מחקר זה: (א) invitation, לקיחת של סיכון ביוזעין (למשל אדם נכנס לאיזור בו מסתובבים דרך קבע שיכורים); (ב) facilitation, אי-ניקטת באמצעים סבירים למניעת עבירה; (ג) provocation, (המוגדר כ-"active inducement of criminal response"). כאן לא מדובר בהתנהגות המכוונת להביא לביצוע עבירה על-ידי הנאשם אם כי הקרבן מביא בחשבון אפשרות כזאת; (ד) perpetration, התנהגות הקרבן המכוונת לפגוע בנאשם המביאה לתגובה נגדית מעם הנאשם, כאן קשה לעתים לקבוע מי יחשב כנאשם ומי כקרבן; (ה) cooperation, הסכמת הקרבן לעבירה או שותפות לעבירה, בעיקר בעבירות של סמים, הומוסקסואליות וכו'; (ו) instigation, שידול מצד הקרבן שהעבריין יבצע עבירה כנגדו. לבסוף קיימת צורת מיון כרונולוגי המבדיל בהתנהגות הקרבן אם בוצעה לפני במשך או לאחר ביצוע העבירה. ראה Bray, *Quellques observations sur le victimes des delicts*, Revue de Droit Pénal et de Criminologie, April 1959, p. 643-9, (מצוטט גם ב-S. Schafer, *The Victim and His Criminal*, p. 53, n. 33).

הקבוצה השנייה מתייחסת אך ורק לעבירות שבהגדרתן נכללת תוצאה מסוימת, ונכללות בה אותן צורות התנהגות של הקרבן אשר בהצטרפן להתנהגות הנאשם, תורמות להתהוות אותה התוצאה.

הקבוצה השלישית מתייחסת להתנהגותו של הקרבן (או מי מבני משפחתו, אם מצא את מותו עקב מעשה העבירה), לאחר שכבר הושלמה העבירה על כל יסודותיה. כפי שנראה להלן אין הגבולות בין שלוש הקבוצות שהזכרנו חדים וברורים תמיד; ככל מיון הוא נכון רק באופן כללי, כשסיטואציות גבוליות יכולות להשתבץ במספר קבוצות.

ג. הערה כללית לענין הרלבנטיות של התנהגות הקרבן, כאשר נמדדת מידת אחריותו של הנאשם

קביעת מידת העונש בדרך כלל, מעוררת קשיים לא מעטים עקב קיומם של שיקולים שונים וסותרים.²⁹ למשל, לא פעם עלולות לנבוע תוצאות שונות לחלוטין אם שמים את הדגש על השיקול ההרתעתי, על השיקול התגמולי או על השיקול של תיקון העברייני. קונפליקטים אלה קיימים כמובן גם בנושא של רשימתנו. כפי שנראה, לא קל יהיה למשל לקבוע אם התנהגות פרובוקטיבית של הקרבן הגוררת אחריה החלשת מעצורים אצל הנאשם היא נסיבה מקילה או מחמירה.³⁰ מבחינת מידת האשמה ברור שיש להקל, אך אם נעמיד את השיקול ההרתעתי במרכז, הרי שיש אולי לחשוב על החמרה או לפחות על תתעלמות מגורם זה כליל, כדי ליצור משקל שכנגד לעומת היצרים המתפרצים עקב החלשת המעצורים. כמו בכל ענין הנוגע למידת העונש, הרי אף כאן מושפעת העדפת שיקול זה או אחר על פני רעהו, מגורמים רבים ושונים כגון אישיותו של השופט ורקעו התברתי, חומרת העבירה והרגשות שהיא מעוררת בציבור, שכיחותה של העבירה, ומידת הסיכון שבעברייני הספציפי.

ד. הקבוצה הראשונה

הסיטואציות הנכללות בקבוצה זו, ידונו להלן בסדר העובר מן הקל אל הכבד, מבחינת האינטנסיביות של השפעת התנהגות הקרבן על נפש הנאשם בכיוון לביצוע העבירה המסוימת עליה הורשע; נתחיל ביצירת הזדמנות לביצוע עבירה, לאחר מכן נעסוק בהרגזה ובהתנהגות פרובוקטיבית, נעבור להתקפה על גופו או רכושו של הנאשם, ושלילת חזקתו של הנאשם ברכושו, ולבסוף נדון בהסכמת הקרבן ובשידול מפורש של הקרבן לביצוע עבירה נגד עצמו.

29 ישנן תחיקות שלפחות למראית עין קובעות שיקול אחד מרכזי שעל פיו יש לשקול את מידת העונש. כך הוא הדבר למשל בקודקס השווייצרי שלפיו מידת העונש נשקלת לפי מידת האשמה (Schulz, *ibid.*, p. 188). לא ידוע לנו באיזו מידה אכן נוהגים בתי המשפט בשווייץ צריה למעשה על-פי שיקול אחד זה.

30 השווה Schüller-Springorum, *ibid.*, at p. 210.

קוים להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת ענישו של העבריין

1. יצירת הזדמנות לביצוע עבירה

יש והקרבן עושה מעשה, או גמגע מעשות מעשה, ובהתנהגות זו הוא יוצר הזדמנות נוחה עבור עברין לבצע עבירה. ליצירת הזדמנות כזו יכול ותהיה השפעה כפולה בכיוון לביצוע העבירה: ראשית, היא יוצרת פיתוי המשפיע על הנאשם לנסות את כוחו בביצוע העבירה; שנית, היא מקילה בפועל על ביצוע העבירה. הקלה כזו פועלת היא עצמה על נפשו של עברין שכבר החל בביצוע עבירה להמשיך בדרך זו, עד להשלמתה. דוגמאות לאמור לעיל יכולים לשמש מקרים בהם בעל מכונית משאיר אותה בלתי נעולה כדבעי והמכונית נגנבה, או כאשר הוזהרה בחורה שלא לעבור בשעות הלילה בגן ציבורי מסוים בשל ריבוי העבריינים המהלכים בו, היא מתעלמת מן האזהרות ונאנסת שם³¹; או להבדיל, פקד שמעבירו מסר לידו רכוש רב ערך, מבלי להפעיל עליו פיקוח והפקיד שלח ידו ברכוש.

עיון בדירוג העונשין ב.פ.ח.פ. ביחס לעבירות שיש בהן אלמנט של יצירת הזדמנות, יראה על חוסר מגמה אחידה לגבי השאלה אם בכלל יש להתחשב בגורם זה ובכיוון שיש להתחשב בו, למשל בעבירה של גניבה על ידי מציאה כאשר איבוד החפץ על ידי הקרבן יוצר את ההזדמנות לביצוע עבירה, מידת העונש הצפויה לעברין שווה לעונש בגניבה רגילה³²; או בעבירה של השגת גבול פלילית דינו של מי שגשג ברכוש שלא כדין, אחרי שקודם לכן הורשה לו על ידי המחזיק להכנס אליו – שווה לדינו של מי שוכנס לנכס נגד רצונו של המחזיק³³. מאידך, סוכנים³⁴, עובדים³⁵ ופקידי ממשלה³⁶ השולחים ידם ברכוש שהופקד בידיהם על ידי הקרבן או נציגו דינם חמור יותר מדינם של גנבים רגילים³⁷. מכאן שלא נוכל להחכים הרבה מעיון בחוק עצמו.

ההכרעה הראשונית במקרה זה היא מתי יש להתחשב בכלל בהתנהגות הקרבן היצרת הזדמנות לביצוע עבירה ומתי יש להתעלם ממנה³⁸. לאחר מכן יש להחליט

31 או כאשר התנגדות הקרבן להתקרבות הנאשם היתה תחילה בלתי רצינית, ורק בשלב מאוחר יותר התנגדה באופן ממשי, הבחור התגבר על התנגדותה ועשה בה מעשה מגונה. ראה ע"פ 273/68, כ"ב פד"י (2), 315.

32 ראה סעיף 263 לפ.ח.פ. יש לציין כי בחתיקות פליליות רבות אין מי שנוטל חפץ אבוד – אשם בגניבה כלל, אלא בעבירה קלה יותר של אי-הודעה על אבידה. למשל סעיף 394 לקודקס הנורבגי. הוא הדין לפי הקודקס הפלילי השווייצרי. ראה Schwander, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, S. 260. השווה גם החוק הפלילי לדוגמא של המכון המשפטי האמריקאי סעיף 223.5 ודברי הסבר ב-T. D., No. 2, p. 83.

33 סעיף 286 לפ.ח.פ.

34 סעיף 276 לפ.ח.פ. הקובע שבע שנות מאסר במקום שלוש שנים לגניבה רגילה.

35 סעיף 275 לפ.ח.פ. – שבע שנות מאסר.

36 סעיף 274 לפ.ח.פ. – עשר שנות מאסר.

37 ישנן שיטות משפטיות אשר בהן העונש הצפוי לנפקד ששלח ידו בחפץ המופקד קל יותר מעונשו של גנב סתם. כך הוא המצב לפי הקודקס השווייצרי. ראה מאמרו של Schulz (הנוכח בהערה 18 לעיל) בעמ' 186. יצוין כי הדבר אינו מפליא כי, כפי שציינו בהערה 29 לעיל, השיקול היחיד למידת העונש לפי הקודקס השווייצרי הוא השיקול של מידת האשמה. גישה דומה המקילה עם הנפקד בהשוואה לגנב רגיל ניתן למצוא בקודקס הטורקי (השווה סעיף 491 עם סעיף 508) ובקודקס היפאני משנת 1907 (השווה סעיף 235 עם סעיף 252).

38 יש לציין כי בקודקס הפלילי השווייצרי ישנה הוראה כללית לפיה יש להקל בעונשו של

לאיזה כיוון ישפיע גורם זה אם לחומרה או לקולה ולבסוף מהי המידה שיש להתחשב בה. כמובן שלא נוכל לקבוע מסמרות לענין זה אלא רק להצביע על שיקולים שיש להביאם בחשבון. לענין ההכרעה הראשונית, יש לשקול בראש ובראשונה אם ההזדמנות שנוצרה על ידי הקרבן השפיעה רק על עיתוי ודרך ביצוע העבירה הקונקרטית; כלומר האם ניתן להניח שאף אלמלא ההזדמנות המיוחדת – היה הנאשם מבצע עבירה דומה, אם כי אולי במקום ובזמן אחר, או שמא מצביעות נסיבות המקרה על כך שאלמלא ההזדמנות המיוחדת שנוצרה על ידי הקרבן סביר להניח שעבירה מן הסוג שבוצעה על ידי הנאשם, לא היתה מבוצעת על ידו כלל ועיקר.³⁹ למשל, אם קבוצה של בני תשחורת עוברת ממכונית למכונית במטרה "לסחוב" אחת מהן לצורך טיול אך בשל היותן נעולות – אינם מצליחים בכך: לבסוף הם מוצאים מכונית אחת בלתי נעולה ולוקחים אותה; הרי אין כל מקום להתחשב בהתנהגות בעל המכונית שנגנבה לענין מידת האחריות של הנאשמים, כי ברורה לגמרי כוונת הצעירים לבצע את העבירה ויש להניח שלאחר נסיבות מספר היו מוצאים מכונית שניתן לקחתה גם אם לא היתה עומדת לרשותם המכונית שנגנבה בפועל. אין כל רבותא בכך שהעברין בוחר לו את דרך ההתנגדות הקלה ביותר; מאידך אם המעביד משאיר על שלחנו לאחר עזבו את המשרד ארנק ובו סכום גדול של כסף, ופועלת הנקיון אשר במשך שנים עבדה באותו משרד ללא שהיו נגדה כל תלונות נוטלת את הכסף לעצמה, הרי נראה שיש מקום לקחת את עובדת יצירת ההזדמנות בחשבון. במקרי גבול ניתן להעזר גם בכך אם לנאשם יש עבר פלילי אם לא. מאחר ועומדים אנו בשלב העונש, אין כל פסול להזקק לרשימת הרשעותיו הקודמות של הנאשם, אשר ממילא נמצאת בפני בית המשפט.

כדי לקבוע אם יצירת הזדמנות לביצוע עבירה, הנה גורם מקל או מחמיר, יש להחליט תחילה אם המטרה העיקרית של הטלת העונש בכל מקרה ספציפי היא הרתעה, או שמא עומדים במרכז שיקולים של תגמול, או רצון לתקן את העברין. כדי להגיע לכלל החלטה, ניתן להעזר במידה רבה על ידי השיקול הבא: האם ההזדמנות שנוצרה על ידי הקרבן הוא פרי של רשלנות מצדו או שההזדמנות שיצר הנה בגדר תוצאת לואי הכרחית של פונקציה אשר החברה אינה מעוניינת לותר עליה. למשל, אדם המשאיר מכונית בלתי נעולה, פועל באורח בלתי סביר, ולאחרונה נקבע בארצנו כי התנהגותו זו מהווה אפילו עבירה פלילית.⁴⁰ מאידך, אין למשל בנק יכול לפעול מבלי שיפקיד בידי הקופאי סכומי כסף ניכרים, הוא הדין במוסדות רבים אחרים פרטיים וממשלתיים. במקרים אלה, ההתגברות על הפיתוי שבהזדמנות שנוצרה על ידי המעביד היא בעצם חלק מתפקידו של העובד, ובמסגרת כישוריו הכלליים לתפקיד זה נלקחות בחשבון גם תכונות אופיו המכשירות אותו לכך. דוגמאות אחרות באותו

עבריינין כאשר התנהגותו של הקרבן יצרה "פיתוי" לביצוע עבירה (ר) Schüller-Springorum, *ibid.*, p. 212, מעל 71 (N).

39 יש דמיון מסוים לשיקול זה ולמבחנים המופיעים לגבי הגנת "הפח היקוש" Entrapment בארצות-הברית, אלא ששם מדובר על פטור מאחריות ולא רק על הקלה בעונש. ראה פסקי הדין בענין 73 Sorrells v. U.S., 287 U.S. 435; U.S. v. Sherman, 200 F 2d 880, Note, 73 Har. L. Rev. 1333, 1335-6.

40 ראה סעיף 70(א17) לפקודת התעבורה גוסס חדש ותקנה 364 לחקנות התעבורה, תשכ"א – 1961, וראה מאמרו של א. שפירא, "על מגיעת גניבתם של בלי רכב ועל האחריות הפלילית של בעליהם", משפטים, כרך ב', עמ' 428.

ענין: לא ניתן למשל להפעיל שירותי טלפון ציבורי, מבלי שהדבר יקל על אנשים הגונבים את מכשירי הטלפון או אביזרים אחרים; או, כל שיטת השירות העצמי בסופר-מרקטים יש בה בעצם יצירת פיתוי והזדמנות לביצוע גניבה, אך מאחר והיא משרתת אינטרס ציבורי בעל חשיבות רבה אין מי שיעלה על הדעת כי יש לבטלה בשל כך. במקרים מסוג אחרון זה, הגורם ההרתעתי יבוא בודאי לידי ביטוי מיוחד בכוון של החמרת העונש, שהרי אין דרך אחרת לקיים פונקציות חינוכיות לחברה הקשורות במתן אימון בצרכנים, בלקוחות או בעובדים. לעומת זאת, במקרים מן הסוג הראשון, עלול להיווצר יחס אמביוולנטי מצד בתי המשפט; לעתים עצם העובדה כי יש "אשמה" מסוימת מצד הקרבן שהתרחש משפיעה בכיוון של החלשת הרצון להעניש את העברין מבחינה זו שלעתים בידועין או שלא בידועין קיים רצון ל"העניש" את הקרבן, בדרך של הפגנת הזדהות עם הנאשם. מאידך יש ופועלים שיקולים רציונליים יותר שלפיהם יש להגן גם על אנשים רשלנים ואולי ביתר שאת מאשר על אנשים זהירים ולכן אין רשלנותו של הקרבן יכולה לשמש נימוק לקולה⁴¹.

מקרה מיוחד של יצירת הזדמנות לביצוע עבירה, מתקיים כאשר הקרבן מנסה לבצע עבירה כנגד הנאשם ותוך כדי כך יוצר רקע נוח לנאשם לבצע עבירה כנגדו. למשל הקרבן משדל את הנאשם לשחק עמו משחק קלפים במגמה להונותו. מסתבר שהנאשם רמאי גדול הימנו ותוך כדי שהקרבן מנסה לרמותו נמצא הוא עצמו מרומה. או נניח שהקרבן והנאשם מגסים יחד לבצע עבירה ותוך כדי כך מוצא הנאשם הזדמנות נאותה למירמה כלפי שותפו. הגישה הכללית של המשפט הפלילי היא שאין להבדיל בין עבירה שבוצעה במהלכה של עסקה בלתי חוקית לבין עבירה אחרת⁴², ונראה שגם השיקולים למידת העונש לא יהיו שונים, במקרה זה.

2. התנהגות פרובוקטיבית⁴³ מצד הקרבן

במובן הבלתי טכני והרחב ביותר של המושג, הרי התנהגות פרובוקטיבית הנה צורת התנהגות בנוכחות הנאשם או המגיעה לידיעתו של הנאשם – המעוררת בו רגשות עזים שיכולות לשלוט בהם היא קטנה והדוחפים את הנאשם לביצוע עבירה. ניתן לחלק את התנהגות הפרובוקטיבית, מבחינת סוג הרגשות שהיא מעוררת אצל הקרבן בעיקר לשני סוגים: (א) התנהגות המעוררת רגשות תוקפנות; (ב) התנהגות המעוררת רגשות מיניים.

הרגשות מן הסוג הראשון גוררים בעקבותיהם בדרך כלל ביצוע עבירות של אלימות אם גופנית ואם מילולית, והרגשות מן הסוג השני – עבירות מיניות. במציאות קיימות כמובן סטיות ממודל זה. כך למשל לעתים יש ורגשות של תוקפנות מוצאות להם ביטוי

41 מענין להשוות לענין זה את התפתחותה של עבירת המרמה. היתה תקופה שבה לא ראו מקום להגן על אדם שרומה בשל חוסר זהירותו ורק מאוחר יותר הגיעו למסקנה שיש להגן דווקא על אנשים בלתי זהירים, ראה רשימתנו "האחריות הפלילית בשל הבטחות כוזבות", הפרקליט, כרך כ"ו, עמ' 207, 385.

42 ראה מאמרנו, "האינטרס החברתי המוגן באמצעות עבירת המרמה", הפרקליט, כרך כ"ו, בעמ' 85.

43 אנו משתמשים בכוונה במושג התנהגות פרובוקטיבית ולא במושג קינטור כדי להדגיש שאין אנו קשורים בהגדרה הצרה שזכה לו מושג הקינטור במשפט הפלילי וטאנגלי בקשר לעבירת הרצח.

מעוות במקצת על ידי ביצוע עבירות רכושיות. כדוגמת הנערה הגונחת על ידי מאהבה בצורה פוגעת ובתגובה על כך לוקחת עמה כתפצוי האישיים.⁴⁴ כמו כן עלול להטשטש הגבול בין עבירות מיניות ועבירות אלימות כאשר תקיפה מינית מלווה בברוטאליות מיוחדת הנותנת מקום למסקנה כי המניע העיקרי מאחרי מעשיו של הנאשם הם יצרי תוקפנות ולא יצרים מיניים כמובן הצר של המילה.⁴⁵ יקשה כמובן יותר להוכיח קשר סיבתי בין הרגזה לבין ביצוע עבירות אחרות פרט לאליונות אך זהו יותר קושי ראיתי מאשר עקרוני.

בתחומי המשפט הפלילי עוסקים בעיקר בסוג הראשון של התנהגות פרובוקטיבית הקרוי בלשון הטכנית של המשפט הפלילי – קינטור. ישנן שיטות משפטיות בהן הקינטור משחרר כליל מאחריות בתחום רחב של עבירות אלימות. למשל, בקודקס הפלילי הצרפתי⁴⁶ נקבע כי המתח, פגיעה או תקיפה שבוצעו בתגובה על מכות רציניות או אלימות נגד הגוף אינם ברי אחריות. כאן יש אמנם פטור בסוג רחב של עבירות, אך מאידך מצומצמת ההגנה לצורה הגסה ביותר של קינטור דהיינו זו המתבטאת באלימות ממשית נגד הגוף ואינה כוללת למשל קינטור מילולי או חזותי. בשיטות אחרות מהווה הקינטור עילה להקלה בעונש אם בוצעה עבירה כל שהיא מתוך זעם או צער חזק אשר נגרמו על ידי קינטור בלתי חוקי.⁴⁷

במשפט הפלילי המקומי ניתן למצוא הכרה בקינטור כהגנה חלקית או יותר נכון כעילה לשינוי סוג האחריות בתחום צר ביותר – הוא תחום עבירת הרצח בכוונה תחילה.⁴⁸ קיומו של קינטור, מפחית בתנאים מסוימים את העבירה מרצח להריגה.⁴⁹ הדבר משפיע כמובן על מידת הסטיגמה המיוחסת לעברין, שהרי אין דומה "רוצח" ל"הורג" וכן גוררת הורדת האחריות מרצח להריגה הקלה בעונש ממאסר עולם כעונש חובת, למאסר של עשרים שנה בלבד.⁵⁰

אנו לא נעסוק כאן ביסודות של "הקינטור" בעבירת הרצח – נושא עליו נכתב רבות. אלא נתרכז בשאלת ההתנהגות הפרובוקטיבית כעילה להקלה בעונש בעבירות אחרות. עצם העובדה שהמשפט כבר מכיר באמצעות הוראה מפורשת בחוק בקינטור כיסוד מיסודות עבירה חמורה כעבירת הרצח, מקילה עלינו את המשימה של הוכחת הרלבנטיות של התנהגותו הפרובוקטיבית של הקרבן כשיקול להקלת העונש לפחות בעבירות של

44 דוגמא זו אינה פרי הדמיון, אלא היתה נשוא של אחד המשפטים בבית-משפט השלום בירושלים.

45 ראה R. Fine, Psychoanalytic Theory of Sexuality (in Slovenko, *Sexual Behavior and Law*, Springfield Ill. 1965), p. 149 וראה גם Rubinstein, Sexual Motivations in "Ordinary" Offences באיתו קובץ בעמ' 616.

46 סעיף 321 לקודקס הפלילי, 1810, כפי שתוקן בשנת 1959.

47 סעיף 51 לקודקס התורקי משנת 1926 כפי שתוקן ב-1961; סעיף 62(2) לקודקס הפלילי האיטלקי; סעיף 56(b) לקודקס הנורבגי משנת 1902 כפי שתוקן ב-1961.

48 סעיף 214(ב) לפ.ח.פ. (וראה גם ע"פ 43/53, פ"מ ח' (ז) 62 בו נאמר במפורש כי קיום קינטור אינו שולל כוונה פלילית בעבירות אחרות פרט לרצח. יצויין כי בטבה מדינות של אוסטרליה שבשפטן הפלילי אף הוא מבוסס על המשפט האנגלי, ישנן הוראות המכירות בקינטור כהגנה אף בתקיפה (סעיף 269 לקודקס הפלילי של קווינסלנד וסעיף 246 לקודקס הפלילי של אוסטרליה המערבית), וראה Howard, *Australian Criminal Law*, p. 126.

49 סעיף 212 לפ.ח.פ.

50 ראה חוק לחיקון פ.ח.פ. (מס' 28, תשכ"ז).

קיום להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת ענשו של העברין

אלימות הקרובות במידת מה לעבירות ההמתה מבחינת רגשות התוקפנות של העברין הבאות בהן לידי ביטוי. מה הם השיקולים העלולים להשפיע בכיוון של הקלת העונש במקרה של התנהגות פרובוקטיבית של הקרבן? ניתן לענות על שאלה זו מכמה גקודות מבט אשר קיים ביניהן קשר הדוק:

ראשית, יש להתחשב בכך שבמצבים מסוימים, אשמתו המוסרית של אדם פוחתת בשל העדר יכולת מצידו לעצור בעד רגשותיו הסוערים המתפרצות שלא באשמתו.

שנית, אדם הנתון להשפעתם של רגשות כה עזים, יכולתו לבחור באורח חפשי בין דרכי התנהגות חילופיים פוחתת בהרבה, לכן ערכו ההרתי עתי של העונש אינו רב.

שלישית, אם נגרם מצב נפשי זה עקב פעולתו של הקרבן עצמו, הרי הצורך הנפשי של בני החברה לנקום בעברין תוך הזדהות עם הקרבן (השיקול התגמולי) – הולך ופוחת.⁵¹ כמוכן בשיקול אחרון זה הדבר תלוי בכך באיזו מידה ידע הקרבן כי התנהגותו תביא אצל הנאשם להתפרצות של יצרים ובאיזו מידה זו היתה רק תוצאת לזוי בלתי חזונית מראש של התנהגותו, וכן באיזו מידה היתה התנהגות הקרבן לגיטימית אם לאו.

יצוין שמבחינת שני השיקולים הראשונים, אין למעשה הבדל אם ההתנהגות הפרובוקטיבית באה מעם הקרבן עצמו או מצד שלישי.⁵² ורק מבחינת השיקול התגמולי יש משקל לכך שהמדובר בהתנהגות הקרבן עצמו. בעינינו נראים שיקולים אלה תקפים לגבי כל עבירות האלימות ובעצם לגבי כל העבירות. אך כפי שצינו כבר, קשה יותר להוכיח קשר סיבתי בין התנהגות מרגיזה לבין עבירות שאינן עבירות של אלימות, פרט אולי לעבירות כנגד שמו הטוב של האדם אשר נדון בהם בהמשך דברינו.

מה הם המבחנים שיש להפעילם בבוא בית המשפט להתחשב בהתנהגות הפרובוקטיבית כעילה להקלה בעונש באופן עקרוני, נראה שניתן לשאוב הדרכה ממבחן הקינטור ברצות. אך מאחר ומדובר בשאלה של מידת העונש ניתן לנהוג במידה רבה יותר של גמישות. בראש ובראשונה צריך ביהמ"ש להשתכנע כמובן שיש קשר סיבתי בין ההתנהגות הפרובוקטיבית לבין ביצוע העבירה. אשר למבחן הסבירות, המעורר ויכוחים עזים בספרות ובפסיקה, הן באנגליה והן בארץ.⁵³ – הרי אין כל סיבה שלענין העונש לא יהפך למבחן גמיש יותר.⁵⁴ יחד עם זאת אין להתעלם ממנו לגמרי גם בשלב זה, לאור השיקולים הבאים: ראשית, מדע הפסיכיאטריה לא הגיע עדיין לשלב כזה

51 על תפקיד החברה כנוקמת את נקמת הקרבן ראה מאמרו של Schüller-Springorum, *ibid.*, בעמ' 209.

52 מענין להשוות את גישת המשפט האנגלי לקינטור לפחות מאז ה־1957 Homicide Act, שלפיה הדגש הוא על איבוד השליטה העצמית ואין נפקא מינה אם תוצאה זו נגרמה על־ידי התנהגות הקרבן עצמו או צד שלישי. ראה: Twine [1967] *Crime L. Rev.* 710; Smith and Hogan, *Criminal Law*, 2nd ed., p. 206.

53 ראה בארץ בעיקר את המחלוקת בין השופטים וילברג מחד וגויטין וברגמן מאידך, בע"פ 46/54 י.מ. נ. כגל, ט' פד"י, 393.

54 יש לציין כי באנגליה מאז ה־1957 Homicide Act, הפך מבחן הסבירות למבחן גמיש יותר מאחר והשאלה נבסרה להכרעת חבר המושבעים בתור שאלה עובדתית. וראה גם לענין הפעלת מבחני הסבירות כאשר דנים בקינטור בקשר למידת העונש Walker, *Crime and Punishment in Britain*, p. 216.

עד כי ניתן יהיה לקבוע בעזרתו בודאות מספקת אם היה קשר סיבתי בין הקינטור לעבירה ולכן מוטב אולי שתהיה דבקות מסוימת במבחנים חיצוניים אובייקטיביים; שנית, אם הגיב אדם באופן בלתי סביר, הרי שהוא מהווה לעתים סכנה מיוחדת לחברה מאחר וקיים חשש כי יגיב כך גם בעתיד. ואם יחד עם זאת אין לאבחן בו מחלת נפש שהיתה מאפשרת אישפוזו בבית חולים לחולי נפש אין מנוס לעתים מהרחקת נאשם כזה מן החברה, על ידי מאסרו לתקופה ממושכת.⁵⁵

הגישה של בתי המשפט המקומיים, עד כמה שניתן לברר מהפסיקה המועטה בנושא זה, היא לראות בהתנהגות פרובוקטיבית עילה להקלה בעונש בעבירות של אלימות. במקרה אחד⁵⁶ הותקפה המערערת (הנאשמת) תחילה על ידי המתלונן בפראות, לאחר שהמתלונן סיים את תקיפתו ועמד לעזוב את המקום, זרקה המערערת בקבוק על ראשו. היא הואשמה בחקיפה.

כאן לא יכלה לעמוד למערערת טענה של הגנה עצמית הואיל וההתקפה על המערערת כבר נסתיימה, אלא ניתן לסווג את התנהגות המתלונן כהתנהגות פרובוקטיבית; ביהמ"ש ראה בהתנהגות זו נימוק להקלה בעונש.

במקרה אחר בו הואשם אדם בעבירה של חבלה חמורה לפי סעיף 235(א) לפ.ת.פ.⁵⁷ התנפל הנאשם על קרבו וגרם לו לפציעה כזו שהביאתו לידי שיתוק; קדמה למעשה הנאשם התנפלות של הקרבן אשר פצע את הנאשם בבטנו. לאחר מכן נעשתה "סולחה" בין הצדדים, אולם גם לאחר הסולחה המשיך הקרבן להתגרות בנאשם ובמשפחתו. ביהמ"ש ראה בהתנהגות הקרבן נסיבה מקילה. מעניין לציין, כי שותף לעבירה אשר בעצמו לא קונטר לא זכה לאותה הקלה שזכה בה הנאשם שקונטר.⁵⁸

כדוגמה אחרונה באותו ענין יובא מקרה של נער בן 15 אשר הורשע בעבירה של הריגה.⁵⁹ העבירה בוצעה במהלכה של מריבה אשר בה התעללו אנשים וביניהם הקרבן באמו של הנאשם. ביהמ"ש העליון התלבט בשאלה, מהו העונש שיש להטיל על הנאשם; מחד, הדגיש את הצורך לעקור את תרבות הסכין (שיקול הרתעתו) – שיקול המביא לכאורה למסקנה שיש להתחמיר בעונש; מאידך, לקח בחשבון את ההתעללות באמו של הנאשם; בבית המשפט המחוזי גידון הנאשם ל-4 שנות מאסר בפועל; בית המשפט העליון, החליט כי 44 חודשים מתוך תקופה זו יהיו על תנאי ורק את יתרת התקופה יהיה על הנאשם לשאת בפועל.

55 השווה ע"פ 1/63, י"ז פד"י, 566, בו השחית נאשם פניה של צעירה על אשר לא עמדה בהבטחתה להנשא לו. בית המשפט אפילו לא העלה על הדעת לראות בהתנהגות הצעירה התנהגות פרובוקטיבית שיש בה כדי להקל בעונש. ביהמ"ש קיבל אמנם חוות דעת של קצין מבחן שלפיה אישיותו של הנאשם היתה מעוככת בגיל רך, שהוא עדיין מגמגם בדיבורו וחינו בעל אישיות רגשית וכן כי יש להסביר את המקרה על רקע רגישותו הגדולה כתוצאה אכזבתו מהחלטת הצעירה לבוא בנישואין עם אדם אחר, אך סבר כי אופיה החמור של העבירה שברצעה כלפי הצעירה מחייב מפאת המגמה של הגנת הציבור הסלת עונש מרתיע. ביהמ"ש הטיל על הנאשם מאסר ל-4 שנים, מזה שנתיים מאסר על תנאי.

56 ע"פ 43/53, פ"מ ח' (ת) 62.

57 ע"פ 313/65; 319/65, י"ט פד"י (4), 329, 330.

58 כאידך עמדו לזכותו נסיבות מקילות אחרות ולכן בסופו של דבר הושווה עונשו לעונש שהוטל על הנאשם השני.

59 ע"פ 194/62, י"ז פד"י, 1401. דוגמאות נוספות ע"פ 55/52, י"ב פ"ע, 78; ע"פ 243/53, י"ד פ"ע, 362.

קוים להשמעת התנהגות קרבן עבירה על מידת ענישו של העברין

ישנן שיטות משפטיות שבהם רואים בהתנהגות פרובוקטיבית של קרבן להעלבה או ללשון הרע, נסיבה השוללת בתנאים מסוימים – אחריות פלילית מכל וכל⁶⁰ יצוין שאין כאן לדבר על הגנה פרטית או צורך הואיל וכאשר עולב הנאשם בקרבן או מוציא עליו דבר דיבה הרי בדרך כלל כבר נסתיימה "ההתקפה" של הקרבן על הנאשם שהרי דברי העלבון שהוא הטיח מצדו בפני הנאשם או לשון הרע שפירסם עליו או כל התנהגות פרובוקטיבית אחרת מצדו הם כבר נחלת העבר בעת שהנאשם פותח בהשמצה נגדית, ועל כל פנים אין ההשמצה הנגדית מכוונת למנוע את תוצאות התנהגות הקרבן, ויש למינם, איפוא, במסגרת של התנהגות פרובוקטיבית; בארץ אין כל הוראה בחוק בקשר לכך לא לגבי העבירה של העלבה⁶¹ ולא לגבי העבירה של לשון הרע⁶². גם סעיף 15(10) לחוק איסור לשון הרע לפיו תעמוד הגנה של תום לב אם "הפרסום לא נעשה אלא כדי לגנות או להכחיש לשון הרע שפורסמה קודם לכן" יש לראותו יותר כמתייחס לאקט של צמצום היקף הנזק שנגרם על ידי התנהגות הקרבן מאשר להתנהגות שניתן לסווגה כנובעת מפרובוקציה.

יחד עם זאת אין לדעתנו סיבה שבתי המשפט לא יתחשבו לקולה בהתנהגות פרובוקטיבית של הקרבן אף בעבירות שמטרתן הגנה על שמו הטוב של אדם⁶³. אשר להתנהגות פרובוקטיבית בעלת אופי מיני, הרי אף היא יכולה להביא לידי החלשת מעצוריו של נאשם, אולם בכיוון אחר מהתנהגות פרובוקטיבית של הרגוזה; התנהגות זו יכולה ליצור אצל הנאשם את המחשבה המוטעית, כי קיימת הסכמה ואף רצון אצל הקרבן לקיים יחסים מיניים, אף אם לאמיתו של דבר לא היתה הסכמה כזו קיימת (לפחות לא במודע). מחשבה זו עלולה לעורר את יצרי הנאשם במידה כזו, עד כי גם אם בשלב מאוחר יותר תבוא התנגדות ברורה למעשיו יקשה עליו לעצור בעד עצמו.

אך בחברה מתירנית כהברתנו, יש לשים אל לב כי קיימת חירות רבה יותר ביחסים בין המינים ולא תמיד יוכלו גינוני חן נשיים או התנהגות אקסהיביציוניסטית לתחשב בהתנהגות פרובוקטיבית. נראה שיש על כן להפעיל מבחן של סבירות ביתר נוקטות מאשר במקרה שההתנהגות הפרובוקטיבית היא מן הסוג המעורר רגשי תוקפנות.

עד כמה שניתן לברר מן הפסיקה שפורסמה התחשבו בתי המשפט בהתנהגות פרובוקטיבית של קרבן לעבירה מינית כשיקול להקלה בעונש. במקרה אחד⁶⁴ הורשע הנאשם בעבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 157 לפ.ח.פ., המעשה בוצע בעת שהנאשם הסיע ברכב אשה צעירה. ביהמ"ש העליון בדברו על מידת העונש אומר: "הנסיבות שבהן בוצעה העבירה אינן מחייבות לדעתנו להחמיר בדינו של המשיב – בהתנהגות של המתלוננת

60 למשל סעיף 599 לקודקס האזרחי קובע באשר לעבירה של העלבה (בתרגום אנגלי בהוצאת המדפס הממשלתי בא"): "...if the offences are mutual, the judge may declare that either or both of the offenders are not to be punished". כמו כן נאמר בהמשך סעיף 599 כי לא יוטל עונש על העלבה ועל הוצאת שם רע אם המעשים הללו נעשו: "...in a state of anger induced by the unlawful act of another and arising immediately thereafter".

61 סעיף 102(2) לפ.ח.פ.

62 סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.

63 יצוין כי לדעתנו אין לראות את רשימת ההקלות בסעיף 19 לחוק איסור לשון הרע כממזגת.

64 ע"פ 372/62 ט"ז פד"י, 2894, 2895.

היתה כמות מסוימת של "קינטור" או עידוד, אשר עד לשלב מסוים יכול היה לתת מקום למחשבה שהמתלוננת מעוניינת במשיב—".

3. התקפה מצד הקרבן כנגד הנאשם (נסיבות הקרובות להגנה פרטית)

אחת הסיטואציות שבהן הכירו רוב שיטות המשפט בהתנהגות הקרבן כמסייעת על עצם אחריות הנאשם היא הסיטואציה שבה עורך הקרבן התקפה כנגד גופו של הנאשם או רכישו (או בנסיבות מסוימות גם כשמדובר בהתקפה על אדם שלישי) והנאשם פועל למען הדיפת התקפה זו; עם התמלא הנאשם מסוימים זוכה הנאשם הנמצא במצב זה, בשלילת אחריותו מעיקרא⁶⁵. מדברים אז על קיום הגנה פרטית או הגנה לגיטימית. קיימות וריאציות מסוימות בתנאים להחלת ההגנה בשיטות שונות ולא ניקנס אליהם כאן. אך בעיקרו של דבר ההבדלים אינם גדולים. לפי החוק הפלילי המקומי⁶⁶ תנאי ההגנה הם אלה:

- א. קיום התקפה על שלמות הגוף, על הרכוש או הכבוד⁶⁷ — של הנאשם או של אחרים שהנאשם חייב בהגנתם;
- ב. פעולת הנאשם באה למנוע פגיעה באחד מערכים אלה;
- ג. לא ניתן היה למנוע פגיעה בערכים שהותקפו בדרך אחרת;
- ד. הנאשם לא עשה יותר מן הנחוץ למטרת הדיפת התקפה;
- ה. חשיבות הערך בו פגע הנאשם במהלך התגוננותו אינה רבה יותר, מהערך שאת הפגיעה בו רצה למנוע. כך למשל אין כנראה זכות להמית אדם כדי להגן על רכוש אפילו אם נתמלאו יתר תנאי ההגנה.

אותנו מעניינות במסגרת רשימתנו זו, אותן הסיטואציות הקרובות מבחינה עובדתית, לאלה הנותנות מקום להעלאת טענה של הגנה פרטית, אך אשר בשל איידיהתמלאות יסוד או יסודות של ההגנה שמגרנו לעיל אינן עילה לשלילה מלאה של אחריות⁶⁸. השאלה הנשאלת היא האם סיטואציות אלה מקנות לנאשם לפחות עילה להקלה בעונש? נראה שהתשובה לכך חייבת להיות, בדרך כלל חיובית. בכל התקפה פיזית, יש אלמנט מסוים של "פרובוקציה" המביאה להחלשת השליטה העצמית והעובדה שתגובתו של הנאשם סטתה מן התגובה הנדרשת בחוק היא עצמה תולדה של אבדן השליטה

65 ראה ע"פ 10/49, פתניאם, ב' פ"ע, 34, 54.

66 סעיף 18 לפ.ח.פ.

67 יש אייבהירות מסוימת בשאלה למה מתכוון המחוקק בסעיף 18 לפ.ח.פ. בדברו על "כבוד", תאם הכוונה היא לשמו הטוב של אדם או שמא הכוונה היא לכבוד המיני (chastity). ראה בענין זה רשימתנו "חובת הנסיגה בהגנה בפני התקפה", הפרקליט, כרך כ"ג, עמ' 221, 226 הערה 31.

68 כוונתי לסטיה שאינה תוצאה של טעות כנה והגיונית במובן סעיף 12 לפ.ח.פ. שהרי אז תשלל האחריות של הנאשם מכוח ההגנה של טעות בעובדה, ראה ע"פ 54/49 עסלה ג. י.מ., פ"ע ג', 273, 277. יש לציין כי קיימות שיטות הקובעות בגוף הסעיף הדין בהגנה פרטית, כי סטיה מתנאי ההגנה שהנה תוצאה של המצב הנפשי המיוחד אליו נקלע הנאשם בשל התקפה מהווה עילה לשלילת אחריות על אף הסטיה (סעיף 48 לקודקס הנורבגי).

קיים להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת עניו של העבריין

ברגשות⁶⁹. גם מבחינת השיקול התגמולי, הרצון להפרע מהנאשם קטן יותר, כאשר הקרבן מביא בעצמו את הצרה על ראשו בכך שפתח בהתקפה על הנאשם, והנאשם עצמו פעל מתוך מניע שהוא לכשעצמו חיובי⁷⁰. גביא עתה מספר דוגמאות לסטיה מכמה מן היסודות של ההגנה הפרטית.

דוגמא לסטיה מן היסוד השלישי של ההגנה (ניתן היה למנוע הפגיעה בדרך אחרת) יכול לשמש המקרה בו הואשם הנאשם בגרימת חבלה חמורה לפי ס' 238 לפ.ח.פ.⁷¹ הנאשם הגיב על התקפה, אך בנסיבות המקרה יכול היה למנוע הפגיעה בו "בדרך אחרת" – דהיינו על ידי נסיגה, ולכן לא נשללה אחריות הנאשם. יחד עם זאת ביהמ"ש התחשב בכך שהנאשם חשש לחייו ופעל מתוך מניע של התגוננות והטיל עליו קנס כספי של 200 ל"י בלבד.

פסקי הדין הבאים יכולים לשמש כדוגמאות לסטיה מן היסוד הרביעי (הנאשם עשה יותר מן הנחוץ להדיפת ההתקפה)⁷²: במקרה אחד⁷³, הקרבן קילל את הנאשם, הנאשם השיב בקללה, ועד מהרה עברו השניים מריב שפתיים לריב ידיים. במהלך הריב תפס הנאשם צנצנת והכה את הקרבן בעיגו. כתוצאה מכך איבד הקרבן לא פחות מ-0.9% של כוח הראייה באותה עין. בנסיבות המקרה היתה המכה בצנצנת מיותרת, ויכול היה הנאשם להתגונן באמצעים מתונים יותר; מסיבה זו דחה בית המשפט את טענת ההגנה העצמית ביהמ"ש העליון. קובע "מותר לנו לדעתנו להתחשב בעובדה, כי קדם למעשה הפלילי, ריב בין המתלונן לבין המערער וכי המתלונן הוא אשר פתח בריב גלוי זה ואלמלא זאת לא היו הדברים מגיעים למה שהגיעו". בביהמ"ש המחוזי נידון הנאשם למאסר בפועל לתקופה של ששה חדשים, אך ביהמ"ש העליון המיר את העונש לששת חדשי מאסר על תנאי ו-150 ל"י קנס. נראה, שבמקרה זה עמד מאחורי החלטת ביהמ"ש העליון בעיקר השיקול התגמולי שהרי ביהמ"ש מציין את אשמת המתלונן בריב שפרץ. גם מקרה של עבירה חמורה יותר, היא העבירה של הריגה לפי סעיף 212 לפ.ח.פ. – יכול לשמש דוגמא לעניינו⁷⁴: העובדות היו שבין הנאשמת לבין הקרבן שהיה בעלה היו קיימים סכסוכים שהביאו לידי דיבורים על גירושין. תוך כדי דין ודברים נתן הבעל לנאשמת מכות והנאשמת השיבה לו במכות. בשלב זה חלה הפסקה. הנאשמת הלכה לחדר אחר והאזינה לרדיו, ואילו בעלה פנה למרפסת. עוד הנאשמת מאזינה למוסיקה חזר הבעל עם חבל ואיים על הנאשמת כי יהרגנה. היא מצדה הכתה בבעלה ואף בעטה בו ברגליה, הבעל נפל ליד הרדיו כשהוא פצוע, בנפלו משך אתו את הנאשמת

69 ידועה אימרתו של השופט הולמס ב- "Detached Brown v. U.S., 256 U.S. 335, 343; reflection cannot be demanded in the presence of an uplifted knife" והשווה גם ע"פ

95/60, ט"ו פד"י, 53, 55.

70 בע"פ 314/66, כ' פד"י (4), 52, 53 "הנאשם עשה את מעשיו תוך כדי התגוננות או לפחות בכוונת התגוננות".

71 ע"פ 190/54, ט' פד"י, 54. וראה גם ע"פ 50/64, י"ח פד"י (4), 76, 82. פסק-דין אחרון זה מראה גם על הקירבה הרבה שיש בין הגנה פרטית וקניטור.

72 יש לציין, כי באוסטרליה רוחחת לאחרונה הרעה כי שימוש בכוח מוגזם בעת הדיפת התקפה הינה עילה להפחתת אחריות מרצח להריגה. ראה ספרם של שמיט והוגן על המשפט הפלילי, מהד' 11, עמ' 233.

72 ע"פ 75/56, י' פד"י, 858.

73 ע"פ 229/69, י"ז פד"י, 1078.

ארצה. הבעל המשיך לצעוק שהוא יהרוג את הנאשמת או לקחה הנאשמת את החבל, כרכה אותו סביב צוואר בעלה והמיתה אותו. טענת ההגנה העצמית של הנאשמת — נדחתה הואיל ובשלב נפילתו ארצה לא היווה הבעל סכנה לנאשמת ולכן לא היתה צריכה לנקוט באמצעי כה קיצוני. בבית המשפט המחוזי הוטל על הנאשמת עונש כל שבע שנות מאסר ברוב דעות. (דעת המיעוט היתה שיש להטיל עליה עשר שנות מאסר). בית המשפט העליון הקל בעונש והוא הועמד על 4 שנים. ההנמקה היתה בין היתר זו: "העיקר הוא שהמערערת (הנאשמת) ביצעה את הפסע כשהיא היתה כמצב של התגוננות, מפני בעלה שהכריז כי בא להרוג אותה, 'פחדתי ממנו', אמרה המערערת וחזרה ואמרה, אלא שעברת את גבול המותר והדרוש להגנה עצמית כאשר חנקה את בעלה בחבל. — על כך הייבט היא עכשיו לתת את הדין. חטאה אינו אלא זה, כי בהאבקות עם בעלה כשחששה לחייה ופחדה שתהרג אם לא יעלה בידה להרוג אותו, לא נתנה ברגע המכריע דעתה לפתרון אחר, שלישי, והוא שאחרי עבור הזעם שניהם ישארו בחיים. אין זה אלא מקרה טרגי בו אשה אומללה שהותקפה על ידי בעלה לא ידעה לרסן את עצמה בשעת ההתגוננות". כאן אנו רואים שהשיקול המרכזי היה העדר יכולת הנאשמת לשלוט בעצמה.

לא מצאנו דוגמא מקומית לסטייה מן היסוד החמישי (הערך שנפגע בפועל חשוב יותר מן הערך שאת הפגיעה בו רצו למנוע). ניתן להסיק שזו כנראה תופעה נדירה. יש לציין שזכות קיומו של יסוד זה כתנאי מתנאי ההגנה הפרטית — שנוי במחלוקת; תתכן הטענה שיסוד זה נחוץ אמנם "בצורך" שאינו יליד התקפה, ואילו במקרה של הגנה בפני התקפה, בה עיקר האשמה רובץ לפתחו של התוקף — אין הצדקה לקיומו⁷⁴. אך כל עוד קיים יסוד זה אין אנו פטורים מהתייחס אליו. נראה שאין סיבה שאף כאן לא יוקל בדינו של הנאשם. דעה זו מוצאת לה חיוק בפסק דין ממדינת ויקטוריה⁷⁵. בפרשה זו הרג הנאשם, בעל משק חקלאי, אדם בעת שזה ניסה לגנוב תרנגולות מלולו; כלומר לשם הגנה על הרכוש הומת אדם. הוא הורשע בהריגתו. אותו חקלאי הוטל קודם לכן תקופה ממושכת על ידי גניבת תרנגולות. בביהמ"ש של דרגה ראשונה הוטל עליו עונש של שלוש שנות מאסר, עונש זה הוקל על ידי ביהמ"ש לערעורים והועמד על 18 חדשי מאסר. לאחר שקמה לזכות הנאשם דעת קהל אוהדת שדרשה שחרורו כליל בוטל המאסר על ידי היועץ המשפטי והומר בערבות על סך 100 ליש"ט⁷⁶.

4. שלילת החוקה ברכוש של הנאשם על ידי הקרבן וכיבוע עכירה על ידי הנאשם תוך כדי עזרה עצמית (self-help)

המקרה השכיח ביותר של עזרה עצמית נתקיים כאשר הקרבן שלל מעם הנאשם את החוקה ברכוש, והנאשם מחזיר לעצמו את החוקה ברכוש זה ותוך כדי כך

74 ראה בענין זה פרוס' ש. ז. פלר, דיני עונשין, חלק ו', עמ' 585-7. ראה גם מאמרו על "הצורך", משפטים, כרך ד', חוברת 1, עמ' 5, 14.

75 Reg. v. McKay (1957), Vic. Rep. 560.

76 ראה בקשר לפסק-דין זה 2 Sydney L. Rev. 414. Morris, "The Slain Chicken Thief," 2 Paulsen and Kadish, Criminal Law and its Processes, 1st ed., p. 63.

77 יתכנו גם מקרים של עזרה עצמית בתחומים אחרים כגון וחזרה וחזירות אישית לאחר שזו

קוים להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת ענשו של העבריין

מבצע מעשים הנכנסים לכאורה לתחומה של עבירה מסוימת (כגון תקיפה, סחיטה או השגת גבול). יש ונסיבות אלה תשלולנה את האחריות הפלילית. מאחר ובמשפטנו אין הוראה כללית הדנה בעזרה עצמית (המכונה גם לעתים עשיית דין עצמית), השאלה אם ביצע הנאשם עבירה אם לאו תלויה כנראה בפירוש של כל עבירה בנפרד. בשאלת עצם האחריות הפלילית למעשים של עזרה עצמית דנו בהרחבה במקום אחר⁷⁵ ואין זה המקום לחזור על כך. במסגרת רשימה זו, עלינו לצאת מהנחה שאין לנאשם פטור מאחריות, מאחר ולמשל השתמש במידת כוח מופרזת, והשאלה הנשאלת היא האם העובדה שפעל מתוך מניע של עזרה עצמית תהווה נסיבה לקולה. אם נקח את הסיטואציה הטיפוסית של עזרה עצמית ונשוו אותה לנסיבות הקרובות להגנה פרטית הרי נראה שהאלמנט של אבדן השליטה העצמית הוא קטן בהרבה במקרה של עזרה עצמית; אין כאן תגובה מידית מתוך תחושה של סכנה, אלא בדרך כלל פעולה הנעשית מתוך חישוב קר. זו בודאי הסיבה לכך שבעוד שהגנה פרטית זכתה להכרה כהגנה כללית, הרי עזרה עצמית מותרת רק במקרים מסוימים ונדירים. עמדת המשפט המודרני לעזרה עצמית היא בדרך כלל שלילית⁷⁶, הואיל וזה תפקידן של רשויות המדינה לעמוד על משמר זכויותיו של הנגזל. אם ניקח בחשבון מה שאמרנו לעיל בדבר קור הרוח היחסי שבו נעשות בדרך כלל פעולות כאלה, הרי שיש להעדיף במקרים אלה את המגמה ההרתעתית, על כל שיקול אחר. כל האמור, יש לו רק סייג אחד, והוא שעלולות להיות נסיבות שבהן עצם שלילת החזקה ברכוש תראה על ידי בית המשפט כהתנהגות פרוכוק-טיבית למשל אם נעשתה לנגד עיני הנאשם תוך שימוש באלימות, או אז יחולו השיקולים שהוזכרו בדברינו על פרוכוקציה.

5. ביצוע עבירה מצד הקרבן כלפי הנאשם וביצוע עבירה על ידי הנאשם תוך כדי פעולת תגמול

אם עזרה עצמית במקרה של שלילת החזקה ברכוש יש לה לפחות מטרה לגיטימית והיא החזרת המצב לקדמותו — אם כי האמצעים פסולים הם, — הרי פעולות של תגמול ונקמה אין להם אפילו מטרה חיובית; למדינה מוגזף מלא על ענישת עבריינים באמצעות בתי המשפט ואין שום נסיבות שבהן היא מתירה לפרט שנפגע עקב מעשה עבירה לנקום בעצמו במי שפגע בו. מכאן שלכאורה אם התנהגותו הקודמת של הקרבן אין לראות בה בדרך כלל נסיבה מקילה בנסיבות של ביצוע עבירה תוך כדי עזרה עצמית, קל וחומר שזהו הדין כשבוצעה עבירה כנקמה גרידא על עבירה שבוצעה קודם לכן על ידי הקרבן כלפי הנאשם. אך שוב, כל זאת בתנאי שאין בנסיבות לסווג את עצם ביצוע העבירה כלפי הנאשם כהתנהגות פרוכוקטיבית.

75. נשללה על-ידי הקרבן. אך סיטואציה זו קרובה יותר להגנה עצמית והאיל וניתן אולי לראות את שלילת החירות כהתקפה בעלת אופי מתמשך כנגד הגוף. כמו כן לא נדון פה בעזרה עצמית לגביית חוב המגיע לנאשם מעם הקרבן.
76. "עמדתו של המשפט הפלילי הישראלי לעשיית דין עצמית לשם השבת החזקה ברכוש", הפרקליט, כרך כ"ג, עמ' 337, 475. על המצב לאחר הכנסו לתוקף של חוק המקרקעין ראו ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969 — מבמות והישגים, בעמ' 56, 57.
77. ע"א 243/60, מ"ס פ"ע 208, 217, שם משחמש ביהמ"ש בביטוי "עשיית דין לעצמו".

6. הסכמת הקרבן⁸⁰

בבואנו לדון על הסכמת הקרבן בקביעת מידת העונש, עלינו להבחין קודם לכן בין מושג ההסכמה לבין שני מושגים הקרובים אליו במידת מה ואשר דנו בהם לעיל והם יצירת הזדמנות לביצוע עבירה, ופרובוקציה. בסיטואציות של יצירת הזדמנות לביצוע עבירה, אין הקרבן נותן בדרך כלל את דעתו לעבירה העלולה להתבצע כנגדו, ואם האפשרות הזאת מגיעה לתודעתו, הרי שהוא מאמין ומקווה שהיא לא תקרה. גם במקרה של פרובוקציה הרי ברוב המקרים אין המקנטר חפץ שתבוצע עבירה כנגדו אם כי אפשרות זו מובאת בחשבון במקרים רבים. כשמדברים על הסכמה, מתיחסים בעיקר למקרים שבהם היוזמה לביצוע העבירה יוצאת מעם הנאשם ו"הקרבן" הגם שהוא יכול לכאורה להתנגד אינו דוחה את ביצוע העבירה כנגדו בידיעה ברורה מת יהיו התוצאות של התנהגות זו. השאלה אימת שוללת הסכמת הקרבן את אחריות הנאשם היא שאלה סבוכה⁸¹; באופן כללי ביותר ובלי להכנס לפרטים ניתן לאמר שפתרונה תלוי בשיקולים הבאים:

- א. האם קיים אינטרס חברתי כללי בשמירתו של ערך מסוים העולה בחשיבותו על האינטרס של היחיד אשר כנגד זכויותיו מבוצעת העבירה⁸²;
- ב. האם הקרבן הנו בעל הכישורים המתאימים על מנת להחליט אם מסכים הוא אם לאו, או שמא יש להגן עליו בפני החלטות בלתי שקולות של עצמו;
- ג. הצורך בהגנה על קרובים לקרבן העלולים להפגע גם אם הקרבן מוחל על זכותו⁸³.

הקביעה היכן בדיוק למתוח את הקו בכל מקרה ומקרה קשורה בהשקפת עולמו של כל מחוקק ובעיקר אם מאמץ הוא לעצמו גישה פחות או יותר פטרנליסטית לגבי הנתונים למרותו.

מבחינה מעשית מתעוררת בעית ההסכמה בעיקר לגבי ארבע קבוצות של עבירות והן עבירות נגד הרכוש, עבירות אלימות, עבירות מין ועבירות נגד הירותו של אדם⁸⁴. מבין העבירות נגד הרכוש עלולה שאלת ההסכמה להתעורר בעיקר בגניבה, בהשגת גבול פלילית ובגרימת נזק לרכוש. מאחר ולאדם יש בדרך כלל זכות לעשות דיספור-

⁸⁰ להסכמה בדרך כלל ראה *Crim. L. Rev.* 71 [1962] *Consent and Public Policy*. ראה גם אסתר ברזל, "אספקטים אחדים בהסכמתו של קרבן לעבירה", פרומים לשיירות המשפטי, חוב' א', עמ' 13 (הוצאת משרד המשפטים).

⁸¹ בדרך כלל אין למצוא בקודקים הפליליים הוראה כללית לגבי השפעתה של הסכמת הקרבן על האחריות הפלילית ויש לבדוק את השאלה תוך בדיקת יסודותיהן של עבירות שונות, אם כי כמובן לאור שיקולים כלליים. יוצא מכלל זה הקודקס האיטלקי אשר קובע בסעיף 50 "Whoever injures or endangers a right with the consent of the person who can validly consent is not to be punished". כמובן שגם במסגרת הוראה כללית זו, תישאל השאלה מי הוא האדם שיכול לתת הסכמה בת תוקף בכל מקרה. התשובה לשאלה זו תהא תלויה באינטרס החברתי המוגן בעבירה הספציפית ובשיקולי מדיניות כלליים.

⁸² ראה גם *Bassiouni, Criminal Law and Its Processes*, p. 107.

⁸³ ראה *Andenaes, Norwegian Criminal Law*, p. 174.

⁸⁴ באופן תיאורטי השאלה יכולה להתעורר גם בעבירות של לשון הרע (כאשר שני אנשים רוצים ליצור רושם כלפי צד שלישי שהיחסים ביניהם מעורערים). ראה גם *Andenaes* 180 (שם).

קיום כהשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת ענישו של העברין

וציות ברכושו ואפילו להסמידו⁸⁵ נובע מכך שהסכמתו ללקיחת החפץ⁸⁶ או לכניסה למקרקעין⁸⁷ שוללת את האחריות והוא הדין לגבי הסכמתו לגרימת נזק לרכוש. בעבירות של אלימות, מוכן החוק המקומי להכיר בזכותו של אדם ברדיעתו ובוגר להסכים לתקיפתו בתנאי שמדובר במידה כזו של אלימות שאינה גורמת נזק לגוף⁸⁸ ותוצאה היא גם כאן שלילת אחריות התוקף. בנסיבות מיוחדות ומוגדרות כמו טיפול רפואי, השתתפות בסוגים של ספורט כגון האבקות והתאגרפות (כל עוד גשמיים "כללי המשחק") נשללת אחריות "התוקף" גם כאשר נגרמת חבלה ממשית לגוף הקרבן⁸⁹. בעבירות הנוגעות לשלילת חירותו של אדם כגון מאסר שוא וחטיפה, מוכרת זכותו של אדם ברדיעתו ובוגר להסכים לשלילת חירותו⁹⁰ או להגבלתו והסכמה כזאת תשלול אחריות⁹¹.

בעבירות מין, מוכן החוק להכיר בהסכמתה של אשה מבוגרת וברת דעת למגע מיני, כשוללת אחריות משותפה למגע זה⁹². במספר מדינות מסוגות קביעה כללית זו במספר סייגים הקשורים לשיקולים מוסריים, כוונתי לאותן מדינות בהן קיימות עבירות של ניאוף⁹³ ושל גילוי עריות⁹⁴. באשר ליחסי מין שלא כדרך הטבע, הרי בשיטתנו אין הסכמה שוללת אחריות⁹⁵, אם כי למעשה אין אוכפין את החוק. באנגליה לעומת זאת משכב זכר בהסכמה בין גברים מבוגרים הנערך בצנעת הפרט אינו נחשב יותר לעבירה⁹⁶.

שרטטנו בקיום כלליים ביותר תמונה על המצבים שבהם ההסכמה שוללת אחריות מכל וכל כדי שנוכל להצביע על אותם המקרים שבהם ההסכמה אינה מעלה או מורידה לענין האחריות אך אשר בהם יהיה מקום להעלות את השאלה אם להסכמה לפחות השפעה על מידת העונש. ואלה הם המצבים שיעסיקו אותנו בהקשר זה: א. הסכמה בעבירות אלימות כאשר נגרמת חבלה חמורה⁹⁷ ואין הם בגדר המצבים

85 להגבלות על זכות של הבעלים להסמיד את רכושו ראה רשימתנו Limitations on the Owners Right to Damage his Own Property, 5 Is. L. Rev., p. 92.

86 העדר ההסכמה הינו יסוד מיסודות עבירת דגניבה, ראה סעיף 263(1) לפ.ח.פ.

87 בסעיף 286 המגדיר את העבירה של השגת גבול לא מופיע מפורשות היסוד של העדר הסכמה, אך הרבר נובע מע"פ 63/58, "ג פד", 421, בו קבע השופט אגרנט (כתוארו אז) כי העבירה כוללת יסוד של העדר זכות חוקית. ברור שאדם הנכנס למקרקע בהסכמת הבעלים יש לו אותה שעה זכות חוקית להכנס.

88 ראה סעיף 248 לפ.ח.פ. וראה Smith and Hogan, Criminal Law, 2nd ed., 255-256.

89 ראה 154, Crime. L. Rev., 74, 1962], Williams, Consent and Public Policy [1962].

90 למשל סעיף 252 לפ.ח.פ. הקובע "כל המעביר אדם מעבר לגבולות ישראל שלא בהסכמתו".

91 אך כנראה שהסכמה כזו תשלול אחריות רק אם היא לתקיפה קצרה, השווה Andenaes, ibid, p. 181.

92 העדר הסכמה הוא יסוד מיסודות עבירת האונס, ראה סעיף 152(1)(א) לפ.ח.פ.

93 כמו בכמה ממדינות ארצות-הברית, למשל איובה ואידהו, ראה Perkins, Criminal Law, 2nd ed., p. 378, n. 6.

94 ראה לגבי כמה מדינות בארצות-הברית Perkins, ibid., p. 383-385.

95 סעיף 152(2)(א) לפ.ח.פ.

96 Section 1 of the Sexual Offences Act, 1967.

97 בעבירות המתה נראה שהשאלה לא תתעורר בארצנו היאיל וברצח קיים עונש חובה, ואילו

המיוחדים (כגון טיפול רפואי ומשחקי ספורט) שבהם האינטרס הציבורי מכיר בהסכמה כעילה לשלילת אחריות.

ב. הסכמת קטינות או בלתי שפיות בדעתן בעבירות מין.

השיקולים שיש בהם כדי להשפיע על מידת העונש הם אף כאן מסוגים שונים ולעתים סותרים:

מחד, על ידי עצם הסכמתו מחליש הקרבן את הבלמים העוצרים בעד הנאשם מלבצע עבירה;

כמו כן, הרצון לגמול לנאשם על מעשיו קטן יותר כאשר פעל בהסכמת הקרבן.⁹⁹ מאידך, השיקול הציבורי אשר מנע מן המחוקק להכיר בהסכמה כעילה לשלילת אחריות בעבירה מסוימת יכול, הוא גופו, לשמש גם מניעה לראות בהסכמה נימוק להקלה בעונש; הדבר תלוי כמובן בטעם המיוחד אשר הניע את המחוקק לדחיית ההסכמה כרלבנטית לענין האחריות: למשל, אם הטעם הוא העדר היכולת לתת הסכמה של ממש בשל קטינות מופלגת או בשל מחלת נפש, ספק גדול הוא, אם ניתן להתחשב בהסכמה כזו כשיקול להקלה בעונש, אבל הדבר תלוי אולי במידת הקטינות ואולי גם בהבדל השנים בין הנאשם לקרבנו; במקרה שהכונה היא להגן על הבריאות הגופנית או הנפשית של הקרבן¹⁰⁰ (בין בעבירות מין ובין בעבירות תקיפה) השאלה היא קשה יותר. כאן יהיה על בית המשפט להכריע אם להעדיף את הצורך בהרתעה לעומת השיקול הראשון והשני. כמו בכל מקרה של צורך בהכרעה כזו יקח בית המשפט בחשבון את חומרת הפגיעה ואת מידת השכיחות של התופעה. אותה בעיה תתעורר במקרה שהסיבה לאי-התחשבות בהסכמה נעוצה בשיקולים של מוסר¹⁰¹.

על כונת המחוקק אם להתחשב בהסכמה כשיקול לענין העונש אם לאו, ניתן לעתים לעמוד מדירוג העונשים הקבועים בצידן של העבירות הנוגעות לענין. במקרה והמחוקק קובע שתי עבירות נפרדות ונבדלות הדנות באותה התנהגות, אלא שאחת מהן עוסקת מפורשות במצבו בו לא ניתנה הסכמה והשניה לא מתייחסת ליסוד ההסכמה כלל, הרי אם קבע המחוקק בצדה של העבירה השניה עונש קטן יותר – ניתן להסיק מכך לכאורה כי משיואשם אדם בעבירה הקלה יותר בשל הסכמת הקרבן אין מקום להתחשבות נוספת לענין העונש בשל אותה הסכמה; סביר להניח שהמחוקק לא חפץ כי לקיומה של ההסכמה ינתן משקל פעמיים – פעם לצורך סיווג ההתנהגות במסגרת עבירה נתונה קלה יותר, והשנייה להקלה נוספת בעונש במסגרת אותה עבירה עצמה. למשל בעבירה של אינוס מופיע כאמור היסוד של העדר הסכמה והעונש הצפוי הוא 14 שנות מאסר¹⁰². מאידך בעבירה של בעילת נערה מתחת לגיל 17¹⁰³ אין העדר ההסכמה מהווה יסוד של העבירה

במקרים של הריגה שהן בדרך כלל מקרים של הריגה רשלנית או המתה עקב קינטור, קשה לחשוב שתתעורר שאלה של הסכמה.

98 Le-Roy Lamborn, 22 Rutgers L. Rev., 733, 760; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar (15. Aufl.) S. 123; Model Penal Code, T.D., No. 2, Sec. 701(f) at pp. 33-4.

99 ע"פ 360/64, י"ט פד"י (1), 437, בעיקר בעמ' 475 (פסק-דינו של השופט לנדוי).

100 ע"פ 360/64 הנ"ל, בעמ' 462 (פסק-דינו של השופט זילברג).

101 סעיף 152(א) לפ.ח.פ.

102 סעיף 152(3) לפ.ח.פ. כדוגמאות נוספות יכולות לשמש הוראות בקודקסים פליליים אחרים בהם עבירה של הפלה בהסכמת האשה נושאת בכנפיה עונש קל יותר מעבירה של הפלה

קיום להשפעת התנהגות קרבו עבירה על מידת ענישו של העבריין

והעונש הצפוי הוא חמש שנים בלבד ועל כן ניתן לטעון שענין קיום ההסכמה אין לקחתו בחשבון פעם נוספת, אם כי ניתן יהיה להתחשב בכך אם היתה הסכמה פסיבית בלבד או שידול ופיתוי ממש. אולם כאשר אין המחוקק מבדיל בקביעת העונש המקסימלי בין עבירה שיסוד העדר ההסכמה מהווה אחד מיסודותיה לבין עבירה שבה יסוד זה אינו מופיע כפי שעשה המחוקק המקומי לגבי בעילת קטינה (או קטין) מתחת לגיל 16¹⁰³, אין לכאורה מניעה להתחשבות בענין ההסכמה כשיקול בקביעת מידת העונש. בפסיקה המקומית מצאנו רק פסק דין אחד אשר בו התחשב בית המשפט בהסכמה כשיקול להקלה בעונש.

בפסק דין זה¹⁰⁴ הואשם בחור צעיר בבעילת קטינה לפי סעיף 152(1)(ג) בהסכמתה. נסיבות הבעילה היו שהנאשם בחור כבן 20 שנה גר בבית המתלוננת שהיתה בגיל קרוב ל-16 שנה בהסכמתה ובהסכמת אמה; זאת, על רקע של הבנה כי הנאשם ישא את המתלוננת לאשה. לבסוף לא יצאו הנישואין אל הפועל ובעקבות זאת הוגשת התלונה. בבית המשפט המחוזי הוטל על הנאשם עונש של מאסר בפועל לתקופה של ששה חדשים, אך ביהמ"ש העליון הקל בעונש במידה ניכרת, בכך שבמקום עונש של מאסר בפועל הטיל על הנאשם שנת מאסר על תנאי.

7. שידול מצד הקרבו

ההבדל בין שידול להסכמה לעניינו הוא בכך שבשידול נוקט הקרבו ביוזמה ואפשר לראות בו את הסיבה¹⁰⁵ לביצוע העבירה, בעוד שבהסכמה תפקידו פסיבי יותר. הבדל אחר הוא ששאלת ההסכמה מתעוררת לגבי הקרבו בלבד, בעוד שהשידול לביצוע עבירה יכול לבוא גם מצד שלישי וגם מצד הקרבו.

השאלה אם להקל בדינו של נאשם ששודל לביצוע עבירה על ידי אדם אחר יש לה פנים לכאן ולכאן. מחד, יש לראות את אשמתו המוסרית כפחותה שהרי אלמלא השידול לא היה מבצע את העבירה לפחות לא במקום ובזמן שבו בוצעה למעשה. מאידך, יכול להיות שיקול הפוך המכתיב הטלת עונש מרתיע, כדי להוות משקל שכנגד לעומת הפיתוי שבשידול.

נראה שבדרך כלל השיקול הראשון הוא המכריע וכי אכן מקילים בתי המשפט בעונשו של אדם ששודל לביצוע עבירה¹⁰⁶. להקלה בעונשו של אדם כאשר שודל למעשה העבירה על ידי אחר מתוסף – במקרה שהמשדל הוא הקרבו עצמו – שיקול נוסף לקולה והוא החלשת הצורך בתגמול. באופן כללי ניתן לאמר שבאותן סיטואציות שבהן

סתר. ראה סעיפים 545-6 לקודקס האיטלקי; סעיף 85 לקודקס הארגנטינאי; סעיף 468 לקודקס התורקי; סעיפים 213-215 לקודקס היפאני.

103 העונש בעבירה לפי סעיף 152(1)(ג) הוא 14 שנות מאסר כמו באינוס. על האבחנה בין שתי העבירות ראה ע"פ 353/62, י"ח פד"י (4), 218, 200.

104 ע"פ 434/65, י"ט פד"י (4), 378.

105 דבר זה גובע מעצם מהותו של השידול, ראה ע"פ 316/64, 325 שפיגל נ. י.מ.; י.מ. נ. ירקוני וגור, י"ח פד"י (4), 7, בעמ' 45.

106 השווה ע"פ 38/52, ח' פ"ע, 114; ע"פ 226/50, ר' פ"מ (ח), 49, וראה גם Thomas, Sentencing Co-defendants—When is Uniform Treatment Necessary? [1964] *Crim.L. Rev.*, 22, 24-25.

ההסכמה של הקרבן מהווה שיקול להקלה בעונש, יהווה גם שידולו של הקרבן נסיבה מקילה ולא עוד אלא שמשקלה יהיה רב יותר מהסכמה פסיבית בעלמא.

מאידך באותם המקרים שאין להתחשב בהסכמה כנסיבה מקילה בשל שיקולים שעליהם עמדנו בפרק הקודם, אין לשלול לחלוטין התחשבות בשידול כנסיבה מקלה; הואיל והשידול הוא פעולה אקטיבית מצד הקרבן, הרי גם במקרים שבהם מדיניות החוק היא להתעלם מן ההסכמה, ספק אם ניתן יהיה להתעלם לגמרי מן השידול אפילו אם הוא בא מצד קרבן שהחוק בא להגן עליו בפני עצמו.

אחת העבירות שמסביבן מתעורר לעתים קרובות הויכוח אם יש לראות בשידול מצד הקרבן נסיבה מקילה הנה עבירת הרצח. העמדה שתינקט בויכוח האמור תלויה בעמדה הכללית יותר לענין המתת החדש — (אויטנסייה) ¹⁰⁷. ישנן שיטות משפטיות שבהן שידול מצד קרבן הרצח לביצוע העבירה כנגדו — הנה נסיבה מקילה ¹⁰⁸. השיטה המקומית אשר בה קיים עונש חובה על רצח — אינה מאפשרת כל התחשבות בשידול כל שהוא להקלה בעונש. אם כן יתכן שבנסיבות של שידול על ידי הקרבן תבחר התביעה הכללית להגיש אישום בשל הריגה במקום ברצח כמו שנהגה במקרה אחד של המתת חסד ¹⁰⁹. אפשר לטעון שכשם שהמחוקק המקומי רואה בסיוע להתאבדות עבירה קלה יותר מרצח ¹¹⁰ הרי שאין מקום שלא להכיר גם ברצח שבוצע עקב שידול של הקרבן, כעבירה קלה יותר מאשר רצח רגיל. שיטתנו אינה מבדילה בדרך כלל בין מידת אחריותו של המבצע העיקרי והמסייע ¹¹¹, ואם כך מה ההבדל אם הנאשם סייע למתאבד, או שדול על-ידי הקרבן לגרום למותו (של הקרבן) ¹¹².

ה. הקבוצה השנייה: רשלנות תורמת של הקרבן

בעבירות הכוללות לפי הגדרתן יסוד של תוצאה מסוימת כגון עבירות ההמתה, מתעוררת שאלת הקשר הסיבתי בין התנהגותו של הנאשם לבין אותה תוצאה. שאלת הקשר הסיבתי היא סבוכה במיוחד, באותם מקרים אשר בהם חברו יהוד מספר גורמים אנושיים שלכל אחד מהם חלק — מבחינת *Sine qua non* בגרימת אותה תוצאה. יש ובצדק של התנהגותו של הנאשם קיימת התנהגות מכוונת, בלתי אכפתית או רשלנית בדרגה גבוהה. גבוהה של צד שלישי או של הקרבן עצמו והנאשם לא יכול היה לצפות התנהגות כזו ¹¹³. במקרה כזה נשללת אחריות הנאשם ¹¹⁴. אך ברשימתנו זו אין אנו עוסקים במקרים שבהם

107 ראה G. Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, p. 311. השווה גם ע"פ 349/68, כ"ב פד"י (2), 286.

108 ראה למשל סעיף 139(a) לקודקס האוסטרי וסעיף 114 לקודקס השווייצרי (ראה גם מאמרו של Schulz, *ibid.*, p. 186).

109 י.מ. נ. גיזלה כפרי (לא פורסם).

110 סעיף 225(2)(ג) העונש הצפוי הוא 20 שנה בלבד ולא מאסר עולם כעונש חובה.

111 ראה סעיפים 23 ו-24 לפ.ח.פ.

112 לצורך ענייננו אין לדעתנו לייחס חשיבות לכך שהמתאבד עצמו אינו מבצע כל עבירה. ביטול העבירה של נסיון לאיבוד לדעת, לא בא לדעתנו כתוצאה מהשקפה שמותר לאדם לעשות בגופו כרצונו אלא הוא פרי שיקול פרגמטי של קשיי אכיפת החוק וההכרח שברוב המקרים פועל המתאבד בלחץ של דחפים נפשיים שקשה לו לעצור בעדם.

113 ראה לרנר-נאור, "השפעת גורם מתערב זר", על קיום הקשר הסיבתי בפלילים, משפטים, כרך ב', עמ' 113, בעמ' 117.

114 ראה ע"פ 408/65, כ' פד"י (1), 78; ע"פ 18/66, כ' פד"י (2), 163.

קיים להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת ענישו של העבריין

נשללת אחריות הנאשם מכל וכל, אלא אך ורק בשאלת מידת העונש. לכן השאלה שעלינו להשיב עליה כאן היא האם התנהגות תורמת של הקרבן שלא הגיעה לרמה כזו שתשלל אחריות הנאשם מהווה בכל זאת עילה להקלה בעונש? נדון פה רק ברשלנות תורמת ולא בצורות אחרות של התנהגות תורמת הואיל והתנהגות תורמת מכוונת של הקרבן נידונה כבר במסגרות הקודמות של קיצור, שידול, הסכמה וכו'.

נראה שבדרך כלל תילקח רשלנות תורמת בחשבון כנסיבה מקילה בשים לב לשיקולים הבאים:

- א. עצם העובדה שהמחוקק ראה בתוצאה יסוד מיסודות עבירה, מצביעה על החשיבות שהוא מיחס לעובדה זו. מכאן שאם ניתן ליחס אחריות להתנהגות התוצאה לאנשים נוספים פרט לנאשם, הרי שאחריותו של הנאשם פוחתת באופן יחסי למידת אחריותם של אנשים אלה. מבחינת שיקול זה, אין כל הבדל אם הרשלנות התורמת היא של הקרבן עצמו, או של צד שלישי.
- ב. במקרה ומדובר ברשלנות תורמת מצד הקרבן, וניתן לדבר על "אשמה" הרובצת גם עליו, הצורך בתגמול כלפי הנאשם קטן; שהרי אם הקרבן עצמו אינו עומד כהלכה על משמר חייו או רכושו, אין החברה יכולה לצאת מגדרה בבואה להגן על אותם הערכים. שיקול זה הוא מיוחד למקרה שבו הרשלנות התורמת היא של הקרבן דוקא ואין שיקול זה חל מקום שהתנהגות התורמת היא של צד שלישי.

לעומת שני שיקולים אלה, קיים השיקול ההרתעתי אשר פעולתו היא הפוכה. דוקא רשלנותו התורמת של הקרבן צריכה להעמיד את הנאשם על המשמר; בעבירות של תעבורה למשל מדברים על הצורך ב"נהיגה מונעת", הלוקחת בחשבון רשלנותם של אחרים. שיקול אחרון זה יגבר ככל שיכולתו של הקרבן לשמור על עצמו קטנה. ברור למשל שככל שהקרבן צעיר יותר בגילו, יש להתחשב פחות בהתנהגותו התורמת. הפסיקה המקומית עסקה בשאלת הרשלנות התורמת בעיקר סביב לעבירה של גרימת מות ברשלנות לפי סעיף 218 לפ.ח.פ.; בכמה פסקי דין נקבע ברורות רשלנות תורמת של הקרבן הנה נסיבה מקילה.¹¹⁵ אבל יש ומוצאים בפסיקה מאבק בין השיקול ההרתעתי המתנגד להתחשבות מהותית בנסיבה זו, לבין שני השיקולים האחרים שהזכרנו הפועלים בכיוון של הקלה בעונש. נביא דוגמא בולטת לכך ממקרה¹¹⁶ שבו נהג הנאשם טרקטור ודרס למות ילדה בת 10 שרכבה על אופניה. לא היתה מחלוקת על כך שהילדה נהגה באופניה בצורה רשלנית. בבית משפט השלום נידון נהג הטרקטור ל-5 חדשי מאסר, ל-500 ל"י קנס ולשלילת רשיון הנהיגה לתקופה של שנה. בבית המשפט המחוזי, הוקל דינו של הנאשם מהנימוק הבא: "העונש שהוטל על ידי בית המשפט השלום נראה לנו כגוטה לצד החומרה היתירה; אין זה מקרה מתאים להטלת עונש להרתעת עבריינים בכוח כיוון שאין זה מקרה שאפשר לחולל במסגרת התאונות בדרכים עקב רשלנותם של נהגים חדשים בגלגליהם את כללי הזהירות; זהו מקרה בלתי רגיל והיתה בו רשלנות רבה מצד הילדה, אם אפשר לדבר על רשלנות לגבי ילדה בגיל כה רך". בית המשפט

115 ראה למשל ע"פ 42/51, ח' פד"י 675; ע"פ 439/62, י"ז פד"י, 722, 726.
116 ע"פ 160/59, מ"א פ"ע, 130.

המחזוי, מדגיש איפוא את מיעוט האשמה מצד הנאשם בשל הצטרפות אשמת הילדה, זאת למרות שבית המשפט המחזוי מטיל ספק באם ניתן ליחס אשמה לילדה צעירה. בערעור שני לבית המשפט העליון גבר שוב כוחו של השיקול ההרתעתי. השופט זילברג (כתוארו אז) קובע: "לא היה כאן יסוד מספיק להפחית את העונש שהוטל על ידי שופט השלום; אשר לרשלנותה של הילדה קרבן התאונה, הרי בית המשפט מבטל אותה מיניה וביה כי כלום אפשר לדבר על רשלנות מצד ילדה רכה כזאת? אבל עצם רכיבתה של הילדה שהיה בה משום רשלנות "אוביקטיבית" היתה ידועה למשיב והשופטים המלומדים (בבית המשפט המחזוי ד. ב.) מצביעים בעצמם על כך כי "לדברי עצמו (לדברי הנהג) היא רכבה סמוך לתאונה רכיבה מסוכנת". מכיוון שכך, הרי רשלנותה — זאת אומרת רכיבתה הפרועה — של הילדה, לא זו בלבד שאינה משמשת גורם לקולא, אלא דוקא מהווה גורם לחומרא, שכן היא עשויה היתה וחייבת היתה להפנות את תשומת לבו של הנהג לכך כי הנה עומד להתרחש אסון".

גם השופט ויתקון מאמץ לו גישה זו באמרו "אלו נגרם האסון אך ורק בגלל העובדה שהילדה רכבה על האופניים במצב בלתי יציב, הייתי מקבל את השקפתו של בית המשפט המחזוי, אשר הקל בעונשו של המשיב; ברור, שהתנהגות פרועה מצד ילדים בכביש עלולה להקטין את חומרת הרשלנות שבהתנהגותו של הנהג. אך מן העובדות שנמצאו על-ידי שופט השלום, נראה בעליל כי המשיב לא עשה דבר שהיה עשוי למנוע את האסון". אם לשיקול ההרתעתי יש חשיבות רבה, מקום שהתנהגות הקרבן קדמה להתנהגות הנאשמת או התחוללה באותו הזמן, הרי ערכו יורד בהרבה באותם המקרים בהם עשה הנאשם מעשה הפוגע בקרבן, והקרבן לאחר מכן, בהתנהגותו גורם להחמרת התוצאות של הפגיעה בו. נניח שהנאשם תקף את קרבנו וגרם לו לחבלה חמורה תוך חזות התוצאות של פגיעה בבריאות או בחיים¹¹⁷. הקרבן מזניח את הטיפול בעצמו (מתוך רשלנות) וכתוצאה מהזנחה זו מצא את מותו. במקרה כזה ניתן להאשים את הנאשם בהריגה לפי סעיף 212 לפ.ת.פ., בהסתמך על הוראות סעיף 219(ב) לפ.ת.פ. הקובעות שהתנהגות כזו של הקרבן אינה מנתקת את הקשר הסיבתי. ברור שכאן זכאי הנאשם להקלה ניכרת בעונש. אמנם יש להרתיע נאשמים גם מעבירה של חבלה חמורה, היא התוצאה אליה כיוון הנאשם את מעשיו. אך חומרת העונש במקרה זה לא צריכה להיות רבה במידה ניכרת מזו שהיתה מוטלת עליו אילו הואשם בעבירה של חבלה חמורה ולא של הריגה. כאן לא יכול לפעול השיקול של הצורך ב"התנהגות מונעת", הואיל והנאשם לא יכול בדרך כלל לקחת בחשבון "רשלנות תורמת" מסוג כזה.

ו. הקבוצה השלישית: התנהגות הקרבן לאחר השלמת כל יסודות העבירה

1. החמרה, אי-מניעה של נזק או תוצאה, שאינם מיסודות העבירה

בתי המשפט נוהגים לקחת בחשבון בקביעת מידת העונש, את הנזק נגרם לקרבן גם אם נזק כזה אינו יסוד מיסודות העבירה¹¹⁸.

117 זהו היסוד הנפשי הדרוש בהריגה לאור הלכת ע"פ 1/52 דויטש נ. י.מ., ח' פד"י, 456, 471, וראה גם ע"פ 100/56 איכס, כ' מד"י (3), 102, 107-9.

118 למשל ביהמ"ש מתחשב בממדי הרכוש הגוול בעבירת מרמה (ע"פ 116/66, כ' פד"י (3),

קיום להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת ענישו של העבריין

נדגים את דברינו על-ידי דוגמא: העבירה של גניבה מגיעה לכלל השלמה עם שלילת החפץ מבעליו בתנאי שנתלוותה אליו הכוונה לשלול אותו עולמית, ואין נזק מסוים לקרבן מהווה יסוד מיסודות העבירה. אך ברור שבית המשפט יטיל בדרך כלל עונש חמור יותר כאשר יתברר כי שלילת החפץ המסוים גרמה לקרבן נזק מיוחד, כגון ששלול מבעל מלאכה כלי יקר-המציאות וכתוצאה מכך לא יכול היה לבצע הזמנה מסוימת ונגרם לו נזק כספי רציני. מאידך אם הנזק המיוחד הוא פרי מעשהו או מחדלו של הקרבן עצמו, כגון בדוגמא דלעיל, שבעל המלאכה יכול היה לשכור כלי עבודה אחר תמורת זה שנגנב ולהשלים את העבודה המוזמנת אך הוא בחר לשבת באפס מעשה, הרי שיש ליחס נזק זה לקרבן ולא לנאשם ואין להתמיר בדינו של הנאשם בשל תוצאה זו.¹¹⁹

2. ביצוע מעשה נקמה מצד הקרבן לאחר גמר ביצוע העבירה על-ידי הנאשם

ישנם מקרים בהם לאחר שהנאשם ביצע מעשה עבירה כלפי הקרבן ולפני שנגזר דינו על-ידי בית המשפט, עושה הקרבן, או מישהו מבני משפחתו¹²⁰, מעשה נקמה כלפי הנאשם; למשל, אחרי שהנאשם הוציא שם רע על הקרבן או העליבו במקום ציבורי, מחליט הקרבן לנקום בו ומשמיד מצדו את הנאשם. או ימים מספר אחרי שהותקף על-ידי הנאשם בא הקרבן וכפעולת תגמול תוקף את הנאשם. אין לערב סטואציה זו עם המקרה אשר כבר דנו בו לעיל כאשר הנאשם עושה מעשה של עזרה עצמית או נקמה לאחר שנשללה זכותו או נעברה עבירה כנגדו על-ידי הקרבן; כאן אנו עוסקים בפעולת הקרבן שבאה כתגובה על ביצוע העבירה על-ידי הנאשם ולא במעשים של הנאשם שהם תגובה להתנהגות קודמת של הקרבן. מה יכולים להיות השיקולים לענין העונש במקרה זה? נראה שהשיקול הראשון הוא זה שהנאשם כבר סבל ונענש במידת-מה עבור מעשיו הרעים; אמנם אין המדינה מרשה לאדם לעשות דין לעצמו ולנקום במי שעשה לו עוול, אך בדיעבד כאשר כבר נעשה כלפי מעשה נזק יש להתיחס לכך כאילו כבר נשא בחלק מן העונש ולהקל בדינו. השיקול השני הוא שההודאות החברתית עם סבלו של הקרבן פחתה מאחר ויצר הנקמה שלו כבר בא על סיפוקו. שלישית, יתכן אולי לאמר שבהקלת עונשו של הנאשם יש גם משום ביטוי להשקפה השוללת את התנהגותו של הקרבן שעשה דין לעצמו. כל השיקולים הללו כאחד פועלים בכיוון להקלת עונשו של הנאשם.

3. הסכמה בדיעבד

כפי שראינו ישנן עבירות בהן העדר הסכמה מצד הקרבן הוא יסוד מיסודות העבירה. בעבירות אלה יתכנו מקרים בהם בעת ביצוע העבירה לא היתה קיימת הסכמת הקרבן

393, 411) ובגניבה (ע"פ 108/53, י"ד פ"ע, 78). השווה גם סעיף 29 לחוק דיני עונשין (דרכי ענישה) [נוסח משולב].

119 המצב דומה למצב של תובע בתביעת נזיקין או בתביעה על הפרת חוזים שאף עליו חלה החובה להקטין את נזקו. השווה גם Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch-Kommentar* (15 Aufl.), S. 123.

120 כבר ציינו בתחילת דברינו כי בקבוצה זו אנו מרחיבים את מושג הקרבן באופן שיכלול גם את בני משפחתו.

והקרבת פנה למשטרה התלונן, ובכך גרם להנעת גלגלי התביעה. מאוחר יותר נותן הקרבן את הסכמתו בדיעבד, או מתנהג באופן אשר ממנו יכולה להתפרש הסכמה או אישור כזה.

הדבר יכול להתרחש בעיקר בעבירות נגד הרכוש, או בעבירות מין.¹²¹ למשל הנגב אשר לאחר ביצוע הגניבה (בדומה לבישוף ברומן "עלובי החיים" של ויקטור הוגו) מודיע כי הוא מעניק לגנב את החפץ במתנה, או הנאנסת אשר נשאת מאוחר יותר לבועלה.

כידוע, בדרך כלל אין המשפט הפלילי מכיר בפעולות שנעשו לאחר שביצוע העבירה כבר הושלם, כעילה להסרת כתם הפלילות מן המעשה.¹²² דבר זה חל גם על הסכמה בדיעבד.¹²³ אך נראה שבעבירות שהעדר הסכמה מהווה יסוד מיסודותיהם תהווה הסכמה בדיעבד שיקול רציני להקלה בעונש.

מאידך באותן עבירות שאין העדר הסכמה מהווה בהן יסוד והאחריות הפלילית מוטלת בין אם היתה הסכמה ובין אם לאו, כגון כאשר אדם בעל קטינה שלא בהסכמתה ולאחר מכן נושא לו את הקרבן לאשה – יחולו אותם שיקולים לענין העונש שכבר דנו בהם בדברנו על הסכמה מלכתחילה. אך יש הבדל אחד ניכר לרעת הנאשם והוא שבעוד שבהסכמה מלכתחילה ניתן לעתים להתחשב בכך שהדבר משפיע בכיוון של החלשת מעצורי הנאשם, הרי אין הדבר כך במקרה של הסכמה בדיעבד.

4. מחילה

מחילה לעניננו פירושה התנהגות הקרבן או מי מבני משפחתו (במידה ומצא את מותו עקב מעשה העבירה) המצביעה על כך שהנאשם אינו מעוניין יותר בהענשת העברייני. ההבדל בין הסכמה בדיעבד לבין מחילה נראה לעתים מטושטש, אולם הוא קיים. בהסכמה בדיעבד יש רצון, אמנם בלתי מוכר על-ידי שיטתנו, מצד הקרבן לבטל את עצם האחריות על-ידי שלילת קיומו של יסוד מיסודות העבירה. ואילו במקרה של מחילה, אין הקרבן מתכוון לשלול את עצם האחריות, אלא סולח לנאשם ומוותר על ענישתו. בעבירות שהן נשוא לקובלנה פרטית ושהמדינה מחליטה לא להתערב בהן¹²⁴

121 פחות ניתן לתאר סיטואציה כזאת בתקיפה.

122 לכך יש יוצאים מן הכלל. למשל סעיף 25(2) לפ.ח.פ. מכיר בחרטה בשידול. ישנן מדינות שמכירות בחרטה פעילה כהגנה בעבירת הנסיון. (ראה לבנה, מעצפים, כרך ד', חוברת 1, עמ' 105, 123).

123 ראה Burdick, *Law of Crime*, Vol. 1, sec. 191; G. Williams, *Criminal Law*, 2nd ed., sec. 251; Andenaes, *Norwegian Criminal Law*, p. 174-5, 185 האמור יש סייגים. יש למשל, מספר מדינות בארה"ב אשר בהן יכול הקרבן להתפרש בעבירות מסוג העוון ולגרור לביטול האחריות הפלילית, ראה Burdick, *ibid.*, Vol. 1, sec. 192, p. 246-7. בכמה קודקסים קונטיננטליים מוכרת הסכמה בדיעבד כעילה לשלילת אחריות, למשל, בסעיף 544 לקודקס האיטלקי נקבע שבעבירות של אונס, מעשה מגונה וחטיפה של אשה, הרי אם הקרבן נשאת לנאשם גשלת האחריות הפלילית. תוראה דומה ניתן למצוא בסעיף 132 לקודקס הפלילי הארגנטינאי. לפי סעיף 435 לקודקס הטורקי התוצאה של נישואין כאלה היא הפסקת ההליכים הפליליים וגם אם תורשע כבר הנאשם בדיון והוטל עליו עונש לפני הנישואין יופסק ריצוי העונש. אך אם בשלב מאוחר יותר מתגורשים הצדדים באשמת הבעל ניתן יהיה להמשיך את ההליכים נגדו או לחייבו בריצוי העונש הכל לפי הענין.

124 ראה סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965.

קוים להשפעת התנהגות קרבן עבירה על מידת עינו של העבריין

יכול הקרבן למנוע על-ידי אי-הגשת קובלנה פרטית או על-ידי חזירתו ממנה את הטלת האחריות מעיקרה, אך אנו לא בכך עסקינן אלא במקרים אשר בהם האישום מוגש על-ידי התביעה הכללית ואז נשאלת השאלה אם מחילת הקרבן מהווה נסיבה מקילה. יצוין מיד כי תנאי לכך שאפשר יהיה להתחשב במחילה הוא כי הקרבן מחל לנאשם מרצון חופשי וללא לחץ כל שהוא.¹²⁵

בחברות פרימיטיביות בהן המטרה העיקרית של הענישה היא הנקמה, יש משקל רב למחילה מצד הקרבן. ידוע למשל מוסד "הסולחה" אצל הערבים שלפיו תשלום כופר נפש על מעשה רצח והמחילה שבאה בעקבותיו יש בהם כדי לחסל כאילו את "החשבון" בין העבריין ומשפחת הקרבן בעבירה חמורה כמו רצח.

ככל שיוֹרד, בחברה מסוימת, ערכו של השיקול התגמולי, כן יורד במקביל הערך של המחילה כנסיבה שיש להתחשב בה להקלת העונש.

אך בצידו של השיקול התגמולי פרעל לעתים גם שיקול פרגמטי יותר והוא הרצון להביא להרגעת הרוחות באותה חברה (למשל כפר, שכונה וכו') שבה בוצעה העבירה. אחת המטרות של הענישה היא שמירה על שלום הציבור בפני ביצוע עבירות נוספות ולכן אין ביהמ"ש יכול להתעלם מכך שיש ומחילה מצד הקרבן או משפחתו יכולה אף היא להביא לאותה מטרה. מול השיקול התגמולי והשיקול הפרגמטי הנזכר עומד כרגיל השיקול של הרחעת כללית כלפי החברה בכללותה, גם במקרים שבאותו כפר בו אירעה העבירה כבר שקטו הרוחות. ערכו של שיקול זה עולה לפי חומרת העבירה ומידת שכיחותה.

ההתחבטות בין השיקולים השונים ניכרת יפה בפסק-דין אחד של בית המשפט העליון.¹²⁶ במקרה זה נהרג אדם על רקע של מריבה על מקום באוטובוס. לאחר המקרה הושכן שלום בין משפחת הקרבן לבין הנאשמים ומשפחותיהם. כתוצאה מכך הודו הנאשמים מיד באשמה. לפני מתן גזר הדין הופיע בבית המשפט גם ב"כ המשפחות המתלוננות וביקש מבית המשפט להמחיק את דינם של הנאשמים. בבית המשפט המחוזי הוטל על הנאשמים עונש של שנה וחצי מאסר. היועץ המשפטי לממשלה ערער על קולת העונש לבית המשפט העליון וערעורו נדחה.

כבוד הנשיא אולשן אומר בפסק דינו¹²⁷: "העונש אמנם נראה קל ביותר בהחשב עם חומרת הפשעים בהם הואשמו הנאשמים וייתכן שבתי המשפט אינם צריכים להיות מושפעים על-ידי השכנת שלום עד כדי הטלת עונש קל יתר על המידה, אולם אין ספק שדבר השכנת השלום בעיקר בין תושבי כפר, הינו דבר הנהוג מכבר בארץ הזאת ושלאחר קרות המקרה טוב לעודד אותו". דברים ברוח שונה אומר באותו פסק-דין השופט גויטיין¹²⁸: "טוב עשה היועץ המשפטי שהגיש את הערעור כדי להפנות את

125 למשל בסכסוכים בין בני הווג הממשיכים להיות יחד, יש והמחילה היא פרי של לחץ מצד אותו בן-הווג הנאשם במשפט פלילי, כלפי קרבתו – בן הווג השני, ולכן אין לקחת בחשבון "מחילה" כזו, השווה Thomas, *Principles of Sentencing*, p. 94.

126 ע"פ 206/54, ח' פד"י 1502. ראה גם ע"פ 188/53, ט"ו פ"ע, 370; ע"פ 149/55, כ' פ"ע, 471; ע"פ 173/54, י"ז פ"ע, 370; ע"פ 160/54, י"ז פ"ע, 60.

127 עמ' 1503.

128 עמ' 1503.

תשומת לב בתי המשפט המחוזיים שבמקרים כאלה, אפילו הושכן שלום, הם צריכים לקחת בחשבון את חומרת הפשע ולחשוב פעמיים בטרם יגזרו עונש קל מדי".
השופט ברנזון מצדו מביע את תקוותו שדחיית הערעור לא תתפרש על-ידי בתי המשפט המחוזיים שבדרך כלל יהיה זה נכון להטיל עונש כה קל על פשע כה חמור. "בתי המשפט מצווים לשמור על קדושת חיי אדם. אמנם השכנת שלום בכפר מסייעת בכיוון זה כי היא שמה קץ לריב בין משפחות שעלול היה לקפח חיי אדם נוספים, אבל בינתיים קיימת העובדה שהנאשמים קיפחו חייו של אדם, ללא כל הצדקה ובצורה אכזרית"¹²⁹.

ז. סיכום

ניסינו להתוות בקווים כלליים את הבעיות העומדות בפני בתי המשפט בשאלת ההשפעה שיש להתנהגות הקרבן על מידת העונש. מטרת הרשימה היתה בעיקרה לערוך כעין מיון של הבעיות והשיקולים השונים הפועלים בתחום זה ולא להמציא פתרונות מוחלטים. ההתקדמות במחקרים אמפיריים בדבר יחסי הקרבן והנאשם הנערכים ושיערכו בוודאי בעתיד בתחומים שונים תתרום בוודאי לא מעט גם בכיוון של הקלת על בתי המשפט בקביעת העונש המתאים. אך יחד עם זאת יש לזכור כי ההכרעות העיקריות בקביעת גזר הדין ימשיכו תמיד להיות בתחום של בחירה בין שיקולים מוסריים ופרגמטיים שונים ואף סותרים; תהליך זה של בחירה ותחלטה ימשיך תמיד להיות באחריותו האישית של השופט, הפוסק לפי מצפנו האישי והחברתי, ושום מחקר אמפירי לא יוכל לפטרו מאחריות זו.

129 השווה גם ע"פ 314/58, ל"ח פ"ע, 222; ע"פ 173/54, ס' פד"י, 83; ע"פ 231/53, י"ד פ"ע, 176; Walker, *Crime and Punishment in Britain*, p. 219.