

לשאלת היחס בין עבירות הקשר וההסתה

(ת"ס 248/67 מדינת ישראל נ. לוק, ס"ג פ"מ, עמ' 395) ¹

א משקבע המחוקק את מעשי ההסתה ², השידול ³ והקשר ⁴ כמעשי עבירה, הרחיב מן הסתם את גדר האחריות הפלילית אל מעבר לזו הנקבעת בגין העבירה הטיפוסית לפי הסעיף המגדיר אותה. אף כי ענישה על מחשבה בלבד איך כן הרי ענישה על מעשה שלא הוא עצמו מהווה תכלית האיסור עליו יש ויש, שכן כאשר ראובן הורג את שמעון הוא נענש כי החברה בה הוא חי רואה במעשהו התנהגות עבריינית החורגת לכשעצמה ממערכת הנורמות שלה. כאשר ראובן מסית או משדל את שמעון או קושר קשר עמו הוא נענש כי התנהגותו עשויה להביא, או הביאה לביצוע מעשה עברייני אחר אליו היא מתיחסת. נקודת הכובד איננה על התנהגות זו אלא על אותו מעשה עברייני העתיד לצמות ממנה וכדי למנוע מענישים גם עליה ⁵. במלים אחרות, מוטלת כאן אחריות פלילית על אמצעי להגשמת עבירה על-ידי הפיכתו של אותו אמצעי לעבירה בפני עצמה ⁶.

ראית הדברים באור זה מחייבת זהירות כפולה בקביעת אחריותו הפלילית של הנאשם בעבירות אילו מכח הנימוקים הבאים.

1) אופן הפריילימנרי והנגזר ⁷ של העבירות מחייב אי הרחבת יריעת האחריות הפלילית יתר על המדה לבל נמצא מענישים על המחשבה בלבד.

1 להלן פרשת לוק.

2 בסעיף 31 לפקודת החוק הפלילי מ-1936, להלן הפח"פ.

3 בסעיף 23(ד) לפח"פ.

4 בסעיפים 34, 35, 36 לפח"פ.

5 המלומד Russell, *On Crime*, 11th ed., Vol. 1 ב" Russell, מגדיר בעמ' 182 את המשותף לעבירות הנסיון, הקשר וההסתה (ואפשר להוסיף גם שדול) —

"...they are committed not as ends in themselves but as stages in the accomplishment of an ultimate end which is criminal."

6 בהקשר זה מדברים אנו על עבירה בפני עצמה כמוכּן זה שביצועה מהווה מעשה בר ענישה. שאלת הפריילימנריות או הקורלטיביות של עבירה מעין זו לעבירה העיקרית איננה רליבנטית כאן.

7 דעת הכל היא כי עבירות ההסתה והשידול הינן עבירות פריילימנריות או נגזרות (ראה: Russell, *op. cit.*, 182). ואולם יש הסוברים (פרופ' פלר, לענין ההשלכה שיש לדין הצורה הטיפוסית של העבירה על דין צורות ההתנהגות העבריינית, הנגזרות ממנה, הפרקליט, כרך כ"ד, עמ' 443) שמאחר ואין בביצוע הקשר כל צעד או תרומה לשם עשיית העבירה הטיפוסית, הוא אינו עבירה פריילימנרית אלא קורלטיבית. ואולם גם פרופ' פלר מודה שהתהוות הקשר תלויה בצורה מסוימת בעבירה מקורית אחרת (שם, עמ' 443, ה"ש 1). כך שהכל מודים בתלות עבירות ההסתה, השידול והקשר בעבירה העיקרית אליה חותרים העבריינים להגיע.

2) הנחתנו הבסיסית היא שאין הרחבת האחריות הפלילית שאלה של מקריות או שרירות המחוקק אלא שטעמיו ונימוקיו עמו. לכן כשרוצים לשבץ את מעשהו של פלוני במסגרת אחת העבירות הנ"ל, יש לבדוק ולודא אם אכן לשם הטלת אחריות על מעשה כגון זה נוצרה העבירה.

ב שתי אזהרות אלו, ביחוד השניה שבהן, לא עמדו נגד עיני בית המשפט המחוזי בתל-אביב בפרשת לוק. ואם בסופו של דבר הגיע בית המשפט למסקנה הנכונה עלי-פי הדין המצוי והרצוי כאחד, הרי יש בזה יותר יד המקרה מאשר כל גורם אחר.

פרשת העובדות היתה גם כדלקמן — נאשם נסה לשדל את רעהו לביצוע מעשה שוד משותף⁸. גדר הספיקות היה האם נתן להרשיעו בנסיון לשידול⁹. שאז לא נכנס מעשהו תחת כנפי החנינה וניתן לדונו, או שמא מהווה מעשהו קשירת קשר בלבד שאז יתנה מחוק החנינה¹⁰. מבחינה משפטית ניתן לנסח את המחלוקת בצורה זו — האם כוונת המסית או המנסה לשידול ליטול חלק הוא עצמו במעשה העבירה מוציאה אותו מגדר סעיף 31 לפח"פ?

הרוב בבית המשפט¹¹ נטה להשיב בשלילה על שאלה זו. ואולם קיומה של הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון¹² כנע עוות דין והפך את הרוב למיעוט¹³, כך שההחלטה הסופית השיבה על השאלה בחיוב. ואולם כאשר מגיע בית המשפט למסקנה — ואפילו הנכונה ביותר — על סמך תפיסה כללית של מהות המוסדות המשפטיים של אחד השופטים¹⁴ פלוס הבנה לקויה של תקדים שאינו מתייחס לענייננו, פתוחים הדברים לביקורת.

ע"פ 78/53¹⁵ (להלן פרשת ריימונד) היה אישום יבואני נקניק בנסיון לשדל סוחרים למכור את הסחורה במחירים מופרזים. התעוררה גם הבעיה, באם יוצר סעיף 31 לפח"פ עבירה בפני עצמה או שמא מרחיב הוא באופן מלאכותי את המושג נסיון לעבור עבירה. שאלת אחריותו הפלילית של המסית המתכוון להשתתף בביצוע העבירה לא התעוררה ולא נידונה שם. ואם אמר שם השופט אולנין¹⁶ כי —

"נראה לי כי סעיף 31 לא בא אלא כדי להרחיב את המושג של העבירה נסיון

8 ש"פ, ס"ג פ"מ, עמ' 395, 396.

9 יוצאים אנו מההנחה שהנסיון לשידול וההסתה הינם היינו הך. עוד נעמד להלן על משמעות הנסיון להסתה.

10 ש"פ, ס"ג פ"מ 395, 397. הכוונה היא לחוק החנינה, תשכ"ז—1967.

11 השופטים בנטל וקווארט.

12 ע"פ 78/53 ריימונד נ. היהודים, ז' פד"י, עמ' 854.

13 השופט קווארט ראה עצמו מחויב ללכת בעקבות ההלכה שנפסקה עליידי בית המשפט העליון ולכן צירף דעתו לשופט צלטנר. השופט בנטל הבין את פסק הדין בפרשת ריימונד כאינו קובע הלכה בענייננו, ובהלכו בצמידות יתירה לפירושו המילולי של סעיף 31 לפח"פ נשאר במיעוט.

14 השופט צלטנר מבלי שעמד בפסק דינו על משמעותו ומהותו של עבירות ההסתה והקשר הגיע אמנם לתוצאה הנכונה, אך כמוהן שפסק דינו אינו משכנע כי חסרות בו ההנמקות לתוצאה אליה הגיע. מכל מקום, אין למצוא בפרשת ריימונד את הסוד למסקנתו כפי שהתימר לקבוע (ש"פ, ס"ג פ"מ, עמ' 395, 398).

15 ראה לעיל הערה 12.

16 ש"פ, ז' פד"י, עמ' 854, 865.

(attempt) לפי סעיף 30, על כל מקרה שהעברין אינו מתכוון ואינו מנסה לבצע את העבירה בעצמו במישרין ובעקיפין אלא בברצונו שהעבירה תבוצע מתחילתה עד סופה על-ידי אדם אחר¹⁷

הרי אין לנתק את דבריו מהקשרם שהוא עובדותיה המיוחדות של פרשת ריימונד, ובשום פנים ואופן אין להתיחס אליהם כאל תורה מסיני, כלגורמה הבסיסית שאך ורק מתוכה זכאים אנו לשאוב את ההלכה המחייבת לעניינינו.

נראה כי השיקולים הבאים, מהם התעלם בית המשפט כליל, הם שהיו צריכים להכריע את הכף —

(1) סעיף 31 לפח"פ קובע עבירה של נסיון לשדול. מטבע הדברים לא יכול שיהיה בנסיון לבצע עבירה יותר מאשר בעבירה עצמה — כך שעל זהות המנסה לשדול נתן ללמוד מזהות המשדל. והנה נקבעת עבירת השדול בסעיף 23(1)(ד) לפח"פ, סעיף העוסק בקביעת אחריותם הפלילית של הסותפים לדבר עבירה. מעצם האבחנה בין מבצע עיקרי¹⁸ מסייע ומשדל נובע כי המשדל, אותו אדם הנכנס למסגרת סעיף 23(1)(ד) אינו מבצע עיקרי או מסייע, והאפשרות שיהיה נוכח בשעת מעשה העבירה¹⁹ אינה מעלה ואינה מורידה. מכאן שגם דין המנסה לשדול שלא יתכוון ליטול חלק בביצוע המעשה האסור גופו.

כאן רצוי לתת את הדעת על דברים מתמיהים אותם אמר שופט המיעוט בנטל²⁰ בפרשת לוק, אומר הוא שכאשר מסית אחד את קרוביו לרצוח לשם גאולה דם, ומעשה העבירה אינו יוצא לפועל, לפי מסקנת הרוב לא נתן יהיה להעמיד את א' לדין באשמת נסיון לשדל. והרי זהו המקרי הטיפוסי של נסיון לשדל אליבא דכל הדעות!

(2) יבוא הטוען ויאמר — נכון, לא יתכן שבנסיון לשדל יהיה יותר מבשדול עצמו. אך סעיף 31 לפח"פ מדבר גם על נסיונות להדיח ולהסית. ומאחר ואין דרכו של המחוקק לומר מלים מיתרות, הרי מטבע הדברים יש להכניס תוכן שונה למלים אילו מזה שקבענו לנסיון לשדול. נודה ולא נבוש — זהו נימוק כבד משקל. אולם משננסה לחפש את התוכן שיש לתת למלים אלו, נראה כי משמעותן של הסתה והדחה (ושל מקבילותיהן האנגליות "Solicit or incite") מכסה בפירוש מצבים בהם שולח אדם אחרים לביצוע מעשים כל שהם. והרי דבר המחוקק בלשון בני אדם! ואם בכ"ז יש לתת פירוש שונה לנסיון להסתה ולהסחה (דהיינו נסיון לשדול), יתא ההבדל נעוץ בכך שבעוד שבהסתה נדרשת קומניקציה בין המסית למשדל, אלמנט זה אינו נדרש בנסיון להסתה²⁰. כך שהנסיון להסתה הנו עבירה נגזרת מהנסיון לשדול — ומה שאין בשני אין בראשון.

17 המלומד סטפן (Stephen) מגדיר בספרו: *History of the Criminal Law of England* (1883) VI. 2 את המונח מבצע עיקרי (שם, עמ' 230) —

"Every person who takes part in the actual execution of a crime is a principal, even if he is present only for the purpose of aiding..."

למותר לציין כי אין המשדל נכנס למסגרת הגדרה זו.

18 אפשרות המועלית בסעיף 23(1)(ד) לפח"פ עצמו.

19 שם, ס"ג פ"מ, עמ' 395, 400—401.

20 כ"ב 18 T.L.R. 238 (1902). *The King v Krause* - נסה אדם לשדול רעהו לבצע עבירה באמצעות מכתב. המכתב לא הגיע לתעודתו. בית המשפט קבע שאמנם לכלל הסתה לא הגיעו הדברים, אך נסיון להסתה היה גם היה.

(3) כאשר נעושה ראובן על דבריו לשמעון "הבה נבצע עבירה" מחד גיסא ועל דבריו לשמעון "לך בצע עבירה" מאידך, מוגנים שני אובייקטים חברתיים מיוחדים²¹ שונים. במקרה הראשון, נעושה ראובן כי החברה רואה בצירוף הכוונות הפליליות סכנה מרובה. זוהי עבירת הקשר. במקרה השני, מענישים אנו את ראובן כי רואים אנו בעצם שליחת אחר ל"קו האש" תוך כוונה להתגער בכל אחריות פלילית ולהשאיר עם "ידיים נקיות מדם", נגע שצריך לבערו. זוהי עבירת הנסיון לשידול (כל עוד לא נגש המשודל לביצוע העבירה).

עינינו הרואות כי שני האובייקטים החברתיים המיוחדים המוגנים על-ידי שתי עבירות אלו הינם בעלי אופי ומהות שונה. לכן יש להמנע מלשכך מקרה שכדי לבערו נועדה עבירת הקשר לתוך עבירה שקביעתה נועדה להגן על אובייקט חברתי מיוחד אחר. (4) קיים שוני יסודי בין ה-*actus reus* של עבירת הקשר ל-*actus reus* של עבירת ההסתה. לא רק שאין הקשר נכלל בהסתה — אלא גם אין להכניס את ההסתה שהסתימה בהסכם למסגרתו של הקשר.

בפרשת ריימונד הביע השופט אולשן דעה אחרת.²² אומר הוא, כי כל אימת שנוצר הסכם כתוצאה ממעשה שידול באה לעולם עבירת הקשר. בפרשת לוק צוטטו דברים אלה בהרחבה,²³ כשהשופטים מתלבטים קשות באשר להיקפם, אולם מידת תוקפם ונכונותם לא הוטלה בספק.

דעתו זו של השופט אולשן זהה לגישת גלבייל וויליאמס.²⁴ מלומד זה סובר כי כל מעשה הסתה הינו בבחינת נסיון לקשר וכל הסתה המסתיימת בהסכמת המוסת הופכת לקשר.

האמנם עומדים דברים אלה במבחן הביקורת העיתונית? נראה לנו שלא. בע"פ 269/58²⁵ אומר השופט זילברג כי: "... קנה המידה לגבי ההסכם הפלילי של סעיף 35 הוא רק 'חסר מעט' ואולי אף זהה לגמרי עם קנה המידה החל אצל הסכם אורחי המצוי אצל חוזים".²⁶ ולמסקנתו זו הוא מגיע בין היתר תוך כדי הסתמכותו על הפסיקה האנגלית ובמיוחד על *Mulcahy v. Reg*²⁷ ממנו הוא מצטט²⁸ את הקטע הבא²⁹:

"אם שני בני אדם נסכמים (*agree*) להוציא את כוונתם אל הפועל, הרי הקשר לכשעצמו הינו גופו פועלו³⁰, ופעולתו של כל אחד מהם ה בט תה כנגד ה בט תה, מעשה ה (*actus*) כנגד מעשה ה".³¹

21 מדברים אנו על אובייקט חברתי מיוחד במאובחן מאובייקט חברתי רגיל. האובייקט החברתי הרגיל המוגן על-ידי עבירות הקשר וההסתה הינו אחד וזהה לזה המוגן על-ידי העבירה הטיפוסית לביצועה הסייתי או קשרו (חיי אדם בהריגה למשל). האובייקט החברתי המיוחד הינו המטרה שלמענה מענישים על מעשי ההסתה והקשר.

22 שם, ז' פד"י, עמ' 854, 864.

23 שם, ט"ג פ"מ, עמ' 395, 397 (השופט צלטנר), 399 (השופט קוארט), 402 (השופט בנטל).

24 *Glanville Williams, Criminal Law* (1953), p. 467, 517 24.

25 ע"פ 269/58 עמ"ד נ. דוה"מ, י"ג פד"י, עמ' 276.

26 שם, י"ג פד"י, עמ' 276, 278.

27 *Mulcahy v. Reg* (1868), L.R. 3 H.L., p. 306 27.

28 שם, י"ג פד"י, עמ' 276, 278.

29 *op. cit.*, (1868), L.R. 3 H.L., p. 306, 317 29.

30 ההדגשה במקור. 31 ההדגשה שלנו.

הנתן לדבר על 'הבטחה כנגד הבטחה' בהסתה המסתימת בהסכמה? מהי התמורה אותה מקבל המוסת כנגד הבטחתו לבצע את העבירה? — סבורנו שבהסתה שנסתימה בהסכם אין יותר מאשר הבטחתו החד צדדית של המוסת שאין כנגדה כל התחייבות מצד המסית. בעוד ששני הקושרים שכרתו ברית ביניהם נמצאים על אותו מישור, מקומם של המסית והמוסת הינו על שני מישורים שונים כשאין ביניהם כל ברית או מפגש כוונות משותף שהוא אלמנט קונסטיטוטיובי המקים את ה-*actus reus* של עבירת הקשר.

ניתוח זה מאין את טענת התביעה כי אם תתקבל החלטת הקובעת כי כוונת המסית להשתתף בביצוע העבירה מוציאה אותו מגדר סעיף 31 לפח"פ, הרי נגיע לתוצאה מווררה — הצליח מעשה השידול ונסתיים בהסכם שלא יצא לפועל מורשע המשדל בקטירת קשר בלבד. לא הצליח מעשה השידול — המוסת לא נגש לבצוע מעשה העבירה — הרי לפי סעיף 31 לפח"פ רואים במנסה לשדל כאילו כבר צעד צעד אחד לביצוע העבירה.³² התשובה לטענה זו נעוצה בכך שלא זו בלבד שאין הקשר בין המשדל למשדול צריך ללוש צורה של הסכם ביניהם כפי שנקבע ב-*R. v. Kupferberg*,³³ אלא שגם קיומו של ההסכם אין בו כדי לשלול את היות העבירה בבחינת הסתה או שידול כל עוד פירוש ההסכם הוא ששמעון המוסת ורק הוא יבצע את העבירה העיקרית. קיזמה של הסכמה לכשעצמה אינה תנאי מספיק להכנסת העבירה למסגרת הקשר.

(5) עיון בפסיקה האנגלית ובספרי המלומדים³⁴ יגלה כי מאז ומעולם היה המסית אדם שכוונתו היתה שאחר יבצע את העבירה. פסק הדין שניתן בפרשת ריימונד ממשך בקו זה אך אין להתיחס אליו כאל יותר מאשר לחוליה נוספת בשרשרת שקבעה את ההלכה. ואולם אין הוא ממצה כי לא התכוון להקיף את הסוגיה שעמדה במוקד פרשת לוק, לכן אין לראות בו את התגלמות האמת המוחלטת כפי שעשה בית המשפט המחוזי בתל-אביב.

לפיכך ניתן לסכם נקודה זו ולומר כי המעשים הבאים הם שיוצרים את העבירות הבאות.

(א) ראובן משדל את שמעון שיבצע עבירה ושמעון אמנם מבצעה בשל הסתת ראובן. קיומו של הסכם מפורש בין השניים אינו רלבנטי: זוהי עבירת השידול על-פי סעיף 23(1)(ד) לפח"פ.³⁵

(ב) ראובן משדל את שמעון שיבצע עבירה. שמעון אינו נגש לבצעה בשל סירובו או בגלל כל סיבה אחרת. העובדה ששמעון הסכים איננה רלבנטית. כל עוד לא הוחל בביצוע העבירה זוהי עבירת הנסיון לשידול על-פי סעיף 31 לפח"פ.³⁶

(ג) ראובן ושמעון מסכימים ביניהם לבצע במשותף עבירה. העובדה שמקור היזמה

32 שם, ס"ג פ"מ, עמ' 395, 398.

R. v. Kupferberg (1918), 13 Cr. Ap. Rep., p. 166 33
34 ראה, למשל: Cross, Jones, *An Introduction to Criminal Law*, 5th ed., p. 113-114
והדוגמות והאיזכורים המובאים שם.

35 ראה למשל: ע"פ 325/64 חיזק"מ נ. ירקוני ונור, י"ח פד"י (4), עמ' 20.

36 כפי שהיו העובדות בפרשת ריימונד.

הוא בשידול ראובן איננה רלבנטית. זוהי עבירת הקשר על-פי סעיפים 34, 35 או 36 לפח"פ.³⁷

החלת כללים אלה על פרשת לוק תלמד אותנו כי המדובר שם היה בקשירת קשר לביצוע עבירה שמקורה היה ביזמת הנאשם. כאמור, זה נכנס למסגרת סעיפים 34, 35 או 36 לפח"פ ובשום פנים ואופן לא למסגרת ס' 31 לפקודה זו.

ג בפרשת ריימונד³⁸ ובפרשת לוק³⁹ יצא בית המשפט מהנחה כי הסתה הגתקלת בסירוב הינה בבחינת נסיון לקשר. ראינו כי העמדת דברים על דיוקם משמיטה את הקרקע מתחת להנחה זו וכי מקומן הגיאומטרי של עבירות ההסתה והקשר הינו שונה. ואולם ברצוננו להוסיף ולבדוק אם בכלל אפשר לדבר על הענשת אדם בעבירת הנסיון לקשר. שאלה זו לא התעוררה כלל בפרשת לוק, אך מכיון שנקודה המוצא היתה קרומה של עבירה זו, הרי למען שלימות התמונה המשפטית כדאי להקדיש לכך מספר מלים.

ספק גדול הוא בעינינו אם ניתן בכלל להביא בפלילים אדם על נסיון לקשר, שכן אם מהווה מעשה הקשר עבירה נגזרת (פרילימינרית)⁴⁰ במובן המקובל של המלה, הרי מעצם טיבה ומהותה אין לבצע בה גזירה נוספת. אך גם אם נראה בקשר עבירה עצמאית הקורלטיבית לעבירה העיקרית⁴¹ אותה רוצים למנוע סוברים אנו כי אין להעניש על נסיון לקשר בגלל אופיה המיוחד של עבירה זו כמעשה הכנה מנטלי שעצם הענשתו מהווה הרחבת האחריות הפלילית אל מעבר למשמעותה הצרה והמצומצמת.⁴² הענשה על נסיון לקשר תרחיב אחריות זו יתר על המדה, מה גם שקשה יהיה לתחום את הגבול בין מעשה הכנה לקשר לנסיון לקשר. האם כל זריקת רעיון לחלל על ביצוע עבירה משותפת יהווה הוכחה חותכת ליצירת 'אקטוס ריאוס' מספיק של עבירת הנסיון כגדרש על-ידי טרנר למשל?⁴³ אם כן, הרי הרחקנו לכת והגדרשנו את הסאה. אם לא — מהו הגבול? נראים לנו בנקודה זו דברי השופט זילברג בע"פ 269/58⁴⁴ —

"עבירת הקשר היא, איפוא, עבירה "מוניסטית", בעלת חוליה אחת, שאין לא לפניה ולא אחריה כלום".⁴⁵ היא כלולה כל כולה באותה "ברית" הנכרתת ברגע מסוים בין שני הקושרים". ומכאן שכל עוד לא נכרתה הברית, אין קשר ואין עבירה.

37 כפי שהיו העובדות בפרשת לוק.

38 שם, ז' פד"י, עמ' 854, 864.

39 שם, ס"ג פ"מ, עמ' 395, 397, 399, 402.

40 לפי דעת Russell; ראה לעיל הש"ש 7.

41 לפי דעת פרויף מלר; ראה לעיל הש"ש 7.

42 ראה לעיל בתחילת הרשימה.

43 מבחו טרנר להגדרת הנסיון ב" J.C. Turner, *The Modern Approach to Criminal Law* — p. 273, 292

"If the acts of the accused beyond reasonable doubt indicate, and indicate only, that he intended to commit a certain definite crime, then he has performed a sufficient actus reus to support a charge of attempting to commit that crime."

44 שם, י"ג פד"י, עמ' 276, 278.

45 ההדגשות שלנו.

בציין שלו היתה עבירת הקשר מצומצמת לעבירות המורות, כגון פסעים המורים ועבירות נגד בטחון המדינה למשל, כי אז היתה משמעות להענשה על עצם יצירת מגע במטרה לקשור קשר, והיה טעם לנסות ולמצוא גבול בין הכנה לקשר ונסיון לביצועו. ואולם במשפט הפוזיטיבי של מדינת ישראל יתכן קשר לעוון או אפילו⁴⁶ לביצוע מעשה שאינו מהווה לכשעצמו עבירה פלילית⁴⁷. ואם יש מקום לזיכוח על ההצדקה שבהענשת אדם על קשירת קשר כדי להשיג כל מטרה בלתי כשרה, למשל⁴⁸, בשעה שהמעשים המהווים עבירה פלילית בס' 36 לפח"פ אינם מהווים עוולות אזרחיות במשפט ארצנו — למרות ששם מקומם, הרי נראה לנו כי רק במשטר ששלטון החוק זר לו אפשר לדבר על עבירת נסיון לקשר כדי להשיג כל מטרה כשרה באמצעים בלתי כשרים⁴⁹.

ואכן לא מצאנו בפסיקה המקומית כל הרשעה על נסיון לקשר. ומקרים בהם נקבעה אי השלמת עבירת הקשר בגלל היעדר מפגש כוונות אמיתי⁵⁰ או אי כריתת הברית⁵¹ נסתימו בזיכוי המוחלט של הנאשם.

אפשר להקשות ולשאל — מדוע המנסה לקשור שפר עליו גורלו מגורל המנסה לשדל? שהרי את הנסיון לשידול ואפילו את הנסיון להסתה קבע המחוקק במפורש כמעשה עבירה! לכך מספר תשובות —

1) קביעתו המפורשת של המחוקק על הנסיון לשידול כמעשה עבירה מול שתיקתו על הנסיון לקשר — היא הנותנת שאין הנסיון לקשר בר ענישה הוא.

2) הענשת הנסיון לשידול או הנסיון להסתה אינה בבחינת ענישת נסיון — הנאשם השלים במעשה ההסתה את כל המוטל עליו. הכנסת מעשהו לתחום השידול או ההסתה תלוי בקיומו או בהיעדרו של אקט מאוחר יותר של המשדול.

3) הצעת ראובן לשמעון כי יבצע עבירה פלילית מסוכנת יותר לחברה מהצעתו לשמעון כי שניהם יבצעה, שכן כהרגע בו זרק ראובן לחלל האויר את הצעתו הראשונה שוב אין השתלשלות העניינים תלויה בו כמלוא הנימה. כמו כן כפי שכבר הערנו⁵² שליחת אחר ליקו האש' ראויה יותר לגנאי מבחינה מוסרית, מאשר כוונה ליטול חלק במעשה העבירה.

ד) אפשר לסכם ולומר שחולשתו היסודית של פסק-הדין שניתן בפרשת לוק הינה אי מתן הדעת לאבחנה המהותית בין ההסתה לקשר, לרקע הדוקטרינלי של אבחנה זו ולכך שלעולם לא יתכן לראות בהסתה נסיון לקשר גם אם יש כלל קיום לזה האחרון.

אמנם הפתרון הקונקרטי שניתן על-ידי בית-המשפט היה נכון, אך בכך אין כדי לפצות על החמצת הזדמנות לפסיקה להלכה ברורה ומכרעת בשאלה עקרונית זו.

בנימין גרינברג*

46 עבירה על-פי סעיף 35 לפח"פ.

47 עבירה על-פי סעיף 36 לפח"פ.

48 עבירה על-פי סעיף 36(ו) לפח"פ.

49 עבירה על-פי סעיף 36(ז) לפח"פ.

50 ע"פ 161/58 היוה"מ נ. בייליס, י"ג פד"י, עמ' 1709.

51 ע"פ 269/58 הג"ל.

52 ראה לעיל, שיקול (3) בפרק ב'.

* תלמיד השנה השלישית בפקולטה למשפטים.