

## עוד על היסוד ההתנהגותי ב"אקטוס ראוס" של הניסיון

הערות בשולי מאמרו של א' קמר

מאת

מרדכי קרמניצר \*

1. פגמים בהצגת העובדות. 2. פגמים בהצגת ההלכות: מבחן "המעשה האחרון".
3. "מקרים מיוחדים". 4. פגמים בהצגת המצב המשפטי. ג. על מה בעצם דנים? ד. הראציונאל. ה. בדיקת המבחנים. 1. מבחן "המעשה האחרון".
2. תיאוריית "החד-משמעות". 3. מגמה חדשה. ו. סיכום.

לאחר שהוא סוקר את מבחני העזר השונים שהתגבשו בעולם המשפט האנגלו-אמריקאי ואת הפסיקה הישראלית בסוגיית ה"אקטוס ראוס" שבניסיון ואת הפסיקה הישראלית, כותב המחבר<sup>2</sup>:

"בסימו של הפרק ראוי לחזור ולהזכיר כי בתו המשפט באנגליה דחו במשך שנים רבות את מבחן 'המעשה האחרון', ולא נהגו לפיו, בנסותם לחשוב שאין הוא נכון: אך מאז משפט *Hope v. Brown* משנת 1954, החזר המבחן לשימוש מחייב. אין, איפוא, כל סיבה שבתי המשפט בישראל לא ילכו בדרכם של עמיתיהם באנגליה, שהתלבטו במציאת דרך בערפל הכבד של סוגיית עבירת הניסיון, וזאת חרף הוראותיו המפורשות של ס' 30 לפ"פ<sup>3</sup>. (ההדגשה שלי. מ"ק.)

מלכתחילה, היה בדעתנו להתייחס רק לדברים האלה, אולם על מנת שהתייחסות מעין זו לא תובן כהסכמה לדרך ולתוכן הצגת המבחנים במאמר, לא ראינו מנוס מהתייחסות למאמר כולו. הנושא כשלעצמו הוא קשה וכבר דימה אותו ג'רום הול לאישה יפה וחסרת רחמים, הנמלטת מפני כל אהביה-מחוריה. אין בדברים המובאים להלן משום ניסיון לחדש בסוגיה זו, או להקיף את הדין בה, אלא הערות ואולי גם (כך אנו מקווים) הארות בלבד.

\* אסיסטנט, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

- 1 ה"אקטוס ראוס" חובק את כל היסודות האובייקטיביים של העבירה וכולל נוסף על היסוד ההתנהגותי גם את הנסיבות, הנורמה האוסרת וב"עבירת תוצאה" — גם תוצאה. דיוונו מתייחד ומתמקד ביסוד ההתנהגותי.
- 2 א' קמר, "על ה-Actus Reus של עבירת הניסיון" הפרקליט ל (תשל"ו—1976) 464 (להלן: המאמר).
- 3 המאמר, עמ' 492.

## א. התזה של מחבר המאמר

מאז שנת 1954 הוחזר מבחן "המעשה האחרון" לשימוש מחייב באנגליה. מכאן גובע, כי "אין כל סיבה שבתי המשפט בישראל לא ילכו בדרכם של עמיתיהם באנגליה". לפי תפיסה זו, גם העובדה שמבחן "המעשה האחרון" עומד בסתירה לחוק התרות איננה מכשילה את התזה — "וזאת חרף תוראותיו המפורשות של ס' 30 לפח"פ".

להלן נראה כי הנחת היסוד של המחבר, לפיה מאז משפט *Hope v. Brown* הוחזר מבחן "המעשה האחרון" לשימוש מחייב באנגליה אינה מבוססת כלל ועיקר. אולם, גם אם אין חולקים על הנחת היסוד, קשה מאוד לעכל את התזה. נלך מן הקל אל הכבד, ותחילה תוך התעלמות מלשון החוק שלנו. אם מסתרת מאחורי התזה הנחה, כי משנת 1954 דווקא ואילך ירדה משמים רוח מיוחדת של חכמה, ודווקא על שופטי אנגליה, בין אם באורח כללי ובין אם בהתייחס לסוגיה זו, אין אנו יודעים אם יש להנחה זו על מה לסמוך; אם לא משתמעת הנחה כזו, אנו מתקשים לעמוד על ההצדקה לחיקוי-קופים או "חיקוי מתוך התבוללות", כלשון אחד העם, שמציע המחבר. המחבר אינו מעלה שום נימוק ענייני או מהותי לטובת מבחן "המעשה האחרון". נהפוך הוא: במקום אחר הוא כותב: "מבחן זה נדחה כבלתי מספיק ובלתי אמין לגבי כלל המקרים, מכיוון שאין הוא מתיישב עם המקרים שבהם מנסים העבריינים לבצע את העבירות בשלבים אחדים, כגון הניסיון לגרום למותו של אדם על ידי הרעלה הדרגתית ממושכת" (עמ' 467). מדוע אפוא לאמצו אצלנו? רק משום שאחרים עשו כן?

מדוע צריכה שיטתנו המשפטית לראות עצמה משועבדת או כפופה לשיטת משפט זרה, ולא רק לשיטה זרה במצב נתון וקפוא, אלא לשיטה זרה על השינויים ותנועות-המטוטלת שבה? ואם יחזור בתי המשפט באנגליה וידחו את המבחן ויבכרו אחר על פניו, האם יצטרכו בתי המשפט אצלנו להיחפו ולהתאים את פסיקתם למלה האחרונה של אופנה משפטית זרה?

ועתה — לעיקר טענתנו, תוך התייחסות להצעת המחבר, המופנית אל הרשות המפקדת על הגשמת החוק, לפעול בניגוד לחוק. השאלה איננה אם אין כל סיבה שבתי המשפט בישראל לא ילכו בדרכם של עמיתיהם באנגליה, אלא אם ניתן להעלות על הדעת סיבה שבתי המשפט שלנו אכן ילכו בדרכם של בתי המשפט באנגליה, בהתחשב בעובדה "הפרוזאית" שהוק העונשין שולל את מבחן "המעשה האחרון" ואימצו אצלנו עומד בסתירה לחוק ונוגד אותו. אין ספק, כי סעיף 33 לחוק העונשין, תשל"ז—1977 (סעיף 30 לפקודת החוק הפלילי, 1936), בנוי במפורש על תפיסה הנוגדת את מבחן "המעשה האחרון" — הן בסעיף 33(א) (סעיף 30(1) לפח"פ) כאשר הוא מתייחס ל"מי שמתחיל...", דהיינו לתחילת הביצוע, שהיא היפוכה המנוגד של השלמת הביצוע הנדרשת במבחן "המעשה האחרון", והן בסעיף 33(ב) (סעיף 30(2) לפח"פ), המתייחס לשתי ההיפותוזות — זו של השלמת ההתנהגות העבריינית הנדרשת ("המעשה האחרון"), דהיינו הניסיון המרשלם, וזו של אי-השלמתה — "אם גמר הביצוע נמנע על ידי נסיבות שאינן תלויות ברצונו, או שמרצונו חדל מן הביצוע", הניסיון הבלתי מושלם.

המחבר אינו גורס שקיימת דרך של פרשנות לגיטימית המוליכה להצעתו, ובעניין זה הצדק עמו: הן לאור לשונו של סעיף 33, הן לאור העובדה שאין מדובר כלל

בשאלת פרשנות של מלים ומושגים, אלא בשאלה של "שיטה ועמדה", אשר זכתה לתשובה ברורה וחותרת בלשון הסעיף, הן לאור העובדה, שגם אם מבקשים להיעזר ברקע ההיסטורי לסעיף, הרי הרקע אינו מבחן "המעשה האחרון" — לפי הצגת הדברים במאמר הסעיף הוחק בטרם נתקבל המבחן כמחייב באנגליה — הן לאור העובדה שמדובר בהלכה אנגלית שנפסקה לאחר 1948, והן לאור הנראות חוק לתיקון פקודת סדרי שלטון ומשפט (מס' 14), תשל"ב—1972.

הצעתו של המחבר, שבתי המשפט יפעלו בניגוד לחוק, היא בעיני מוזרה ונטולת תוקף, גם אם נכונה גירסת המחבר, שכך נהגו בתי המשפט של ניו-יורק, אין כוחה של ראייה זו יפה מכל מקרה שבו הפרת חוק מובאת כהנמקה והצדקה להפרת חוק אחרת. כאשר המשפט הקיים אינו תואם את המשפט הרצוי, אזי לגיטימי, ואף מתבקש, להציע את שינוי המשפט הנוהג ברוח המשפט הרצוי, אולם בלתי לגיטימי להציע, שבתי המשפט יעשו דין לעצמם ויפעלו בניגוד לחוק.

### ב. הצגת המציאות המשפטית במאמר

גם הצגת המציאות המשפטית במאמר פגומה. השורות הבאות מוקדשות להדגמת מספר פגמים המתייחסים לדרך שבה סוקר המחבר את פסקי הדין, העובדות וההלכות ואת המצב המשפטי על דרך ההכללה.

#### 1. פגמים בהצגת העובדות

בהציגו את פסק הדין *R. v. Eagleton*<sup>4</sup> כותב המחבר<sup>5</sup>: "בדיון נוסף שנתקיים לאחר חיובו של איגלטון בדין באשמת ניסיון הונאה, זוכה הנאשם לאחר שנקבע כי מעשיו היו רחוקים מדי מביצוע העבירה המוגמרת...". ולא היא. עיון בפסק מעלה, כי הרשעתו של איגלטון בעבירות של ניסיון להשיג כסף על-ידי טענות שווא אושרה, כפי שגם עולה מן הקטע שמצטט המחבר במאמרו<sup>6</sup>.

בהתייחסו לפרשת *People v. Stites*<sup>7</sup> מתאר המחבר את העובדות: "הנאשם הניח מטען דינמיט מתחת למסילת הברזל". על-פי העובדות לאשורן לא הניח הנאשם מטען דינמיט מתחת למסילת הברזל, אלא השמיטו מידי מעבר לגדר אל תוך גן פרחים שלידי עבר, לאחר שנוכח לדעת כי הוא נתון במעקב, בהיותו בדרכו להנחת המטען מתחת למסילת הברזל.

#### 2. פגמים בהצגת ההלכות: מבחן "המעשה האחרון"

לדברי המחבר אומץ מבחן "המעשה האחרון" במספר פסקי דין בארצות הברית והראשון שהוא מאוכר הוא *Commonwealth v. Peaslee*<sup>8</sup>. לדעתנו, אין הפסק אסמכתה למבחן "המעשה האחרון". נהפוך הוא, ניתן לראות בו ראייה לסתור. הנאשם, שהואשם והורשע

4 [1843—1860] All E.R. 363.

5 המאמר, עמ' 466.

6 בציטוט נפלה השמטה. בשורה החמישית מתחילת הציטוט, אחרי המלים "to commit" צריכות לבוא המלים: "but acts immediately connected with it are".

7 17 P. 693.

8 59 N.E. 55 (1901).

בערכאה ראשונה בעבירה של ניסיון להבעיר בניין וטובין בכוונה לפגוע במבטחים, טען בערעור, כי המעשים שיוחסו לו באישום ואלה שהוכחו במהלך המשפט אינם מגיעים לכלל ניסיון. בית המשפט שדן בערעור דן תחילה במה שהוכח. לאחר הדברים שהמחבר מצטט מתוך הפסקה ממשך בית המשפט ואומר, כי הכנות מסוימות עשויות להגיע לכלל ניסיון. השאלה היא שאלה של דרגה, וכאשר התכנה מגיעה קרוב מאוד להשלמת העבירה והכוונה להשלים את העבירה הופכת את השלמת העבירה למסתברת ביותר, מעשי התכנה מהווים עוון, אם כי יש עדיין *locus poenitentiae* וקיים צורך בהפעלה נוספת של הרצון להשלים העבירה.

בית המשפט סוקר את הפסיקה באנגליה ובארצות הברית ובין השאר הוא מזכיר מקרים שבהם אדם, שסיפק כמויות מוקטנות של בשר בעזרת משקל מזויף מתוך כוונה לגנוב את יתרת הבשר, הורשע בניסיון גניבה, ואדם שנכנס לאורווה וברשותו תפוח אדמה מורעל מתוך כוונה להגישו לסוס שהיה שם, הורשע בניסיון להמית את הסוס. לפיכך,

"It seems to be settled elsewhere that the defendant could be convicted on evidence like the present... Under the cases last cited we assume that there was evidence of a crime and perhaps of an attempt."

עם זאת, קיבל בית המשפט את טענת הערעור שהתייחסה לנוסח האישום, אך מאלפת הנמקתו: איסוף והכנה של הומרים בחדר כדי לשלח בהם אש, אם אינם מלווים בכוונה נוכחת (*present intent*) להבעיר אש, יהיו מרוחקים מדי. אם הנאשם התכוון לסמוך על ידיו שלו עד הסוף, יש להוכיח כי היתה לו כוונה קיימת לבצע את העבירה ללא דחוי רב, בזמן ובמקום שהיה יכול להוציאה אל הפועל. אנו מניחים, מבלי להכריע, שזו משמעות האישום, והאישום היה מוכח אם, למשל, היתה מובאת ראיה, שהנאשם הובהל בגלל הופעת המשטרה בעת שעמד להדליק את הנר. בית המשפט קבע, כי היה משגה בכך שעובדת שידולו של אחר לביצוע ההצתה לא נטענה באישום ופסק הדין מסתיים במלים, שלו היה האישום מנוסח כראוי, ניתן היה להרשיע את הנאשם.

גם בשאר האסמכתאות האמריקניות שהמחבר מביא לא הוחל באופן מפורש והד-משמעי מבחן "המעשה האחרון". בחלק מהן נקבעו והופעלו במפורש מבחנים אחרים: "מבחן הקרבה המסוכנת", על-ידי השופט הולמס בעניין *Hyde v. U.S.*<sup>10</sup> ומבחן

9 המאמר, עמ' 467.

10 32 S.Ct. 793 (1911). בפרשה זו חזר השופט הולמס, שהיה בדעת מיעוט, למרות שהמחבר מצטט את דבריו כאילו הם משקפים את הלכת הפסק, על הדברים שאמר בפיו, בהציגו במפורש מבחן רחב יותר ממבחן ה"מעשה האחרון". השופט הולמס מבדיל בין הצורה הקלאסית של ניסיון, כאשר הנאשם עשה כל שביכולתו להשלמת העבירה ומה שנותר לשם השלמתה הוא פעולה של גורמי טבע, ובין הצורה השנייה והמרחיבה של ניסיון, כאשר במפורש נדרש מעשה נוסף כדי לגרום לנוק האסור, אולם מה שכבר נעשה כה קרוב לתוצאה, כך שבצירוף הכוונה לגרום לתוצאה, הסכנה היא גדולה מאוד, וכלשון הפסק בעמ' 810: "The act and the natural conditions present or supposed to be present are not enough to be the harm without a further act, but where it is so near to the result that if coupled with an intent to produce the result, the danger is very great". והו הקטע המופיע בפסק לאחר המלים "is very great", המזכירות בצייטוט מתוך הפסק במאמר, בעמ' 468.

"הקרבה המידית" ב- *People v. Rizzo*<sup>11</sup>. ברי, והדבר עולה גם מן המאמר, שאין זהות בין מבחן "המעשה האחרון" ובין מבחני "הקרבה": שליהת יד אל תוך כיס זר או מגירה זרה עומדת במבחן הקרבה לגבי עבירה של ניסיון לגניבה, אך אינה עומדת במבחן "המעשה האחרון".

לבסוף, המחבר מביא את הפסק האנגלי *Hope v. Brown*<sup>12</sup>. גם הניסיון לראות בפסק זה אסמכתא למבחן "המעשה האחרון" הוא ניסיון סרק. המחבר מתייחס אל הצמדת הפתקים לחבילות הבשר כאל המעשה האחרון — מעשה שלא נעשה בעובדות המקרה — אולם צריך רק להזכיר איוו עבירה יוחסה לגאשם כדי להיזכר שאין הדבר כן. העבירה היתה ניסיון למכור בשר במחיר העולה על המאקסימום המותר. ברי, שהדבקת הפתקים, ובהם המחירים המופרזים, לחבילות הבשר אינה המעשה האחרון במסלול העבירה של מכירת הבשר במחירים מופרזים. הקביעה בפסק, שדי היה בהדבקת הפתקים כדי שיתהווה ניסיון מכירה פלילי, הנשענת גם על מה שנקבע בפסק קודם *Gardner v. Ackeroyd*<sup>13</sup> מלמדת, שאין צורך במעשה האחרון לשם התהוות ניסיון.

### 3. "מקרים מיוחדים"

את הקטגוריה של "מקרים מיוחדים" מתאר המחבר כך: "כאשר הכוונה הבלעדית מוכחת מהנסיבות ומעצם טיבו של המעשה יסתפק בית המשפט אף בפעולה קלה מצידו של הנאשם להרשיעו"<sup>14</sup>, ובסיכום הוא מאפיין את קבוצת המקרים הזו בכך, שבתי המשפט הסתפקו בהם בפעולות "הכנה"<sup>15</sup>. לפיכך, מפליא לקרוא בהמשך הדברים כי במסגרת זו ניתן לכלול את המקרים המיוחדים, "אשר בהם מניח הנאשם חומר נפץ ליד בתי מגורים או מתחת למסילת ברזל כשחומר הנפץ מוכן להפעלה"<sup>16</sup>. הלכך ייקרא "פעולה קלה", או "פעולה הכנה", כאשר התיאור הולם לחלוטין את "המעשה האחרון" דווקא? הדברים אמורים הן בפסק הדין *Jambor v. State*<sup>17</sup>, שבו עשה הנאשם את כל הפעולות התלויות בו כדי לגרום להתפוצצות ולמותו של הקרבן המיועד. כל שנותר לו לעשות היה לחכות שכרכרתו, הרתומה לסוס של הקרבן<sup>18</sup> והנהוגה בידי האחרון, תגיע אל המקום תפגע בחוט ותפעיל את הפצצה, וכן הם אמורים בפרשת *People v. Lanzit*<sup>19</sup>. הצגת עובדות הפסק בעניין זה, כפי שנעשה במאמר — "הנאשם הכין פצצה כדי להרוג בה את אשתו" — עלולה להטעות. העובדות הן, שהנאשם נטל חלק יחד עם אחר, בהנחת פצצת-זמן בקרבת חדר השינה של אשתו ובהתקנתה לפיצוץ. המשטרה, שהוכנסה באמצעות שותפו של הנאשם בסוד העניין

11 158 N.E. 888 (1927)

12 1 ALL E.R. 331 [1954], ולא כפי שהודפס בטעות במאמר, בעמ' 469, בהערת-שוליים 13.

13 2 ALL E.R. 306 [1952].

14 המאמר, עמ' 477.

15 המאמר, עמ' 478.

16 המאמר, עמ' 477.

17 94 N.W. 963 (1890)

18 ולא מכוניתו, כפי שהמחבר כותב בטעות.

19 233 PAC. 816 (1925)

מראשיתו, נכנסת לתמונה לא תר שהפצצה היתה מוכנה ובשלה לפיצוץ בזמן שנקבע לכך — כעבור מספר שעות. ושוב, האומנם מדובר כאן בפעולה קלה או במעשי הכנה?

4. פגמים בהצגת המצב המשפטי

(א) מבחן "המעשה האחרון"

כזכור, התחייבנו להראות שדברי המחבר, לפיהם מאז משפט *Hope v. Brown*<sup>20</sup> הוחזר מבחן "המעשה האחרון" לשימוש מחייב באנגליה, אינם מבוססים. הראינו שפסק הדין גופו איננו אסמכתא לאימוץ מבחן "המעשה האחרון", אלא להיפך — להסתפקות בפחות מכך. אולם, לא רק שמבחן "המעשה האחרון" לא הוחזר לשימוש מחייב באנגליה בפרשה זו או בפרשה אחרת כלשהי, אלא שדחייתו הכמעט אוניברסאלית כמבחן ממצה, להבדיל מתנאי מספיק, היא מן הדברים הברורים והמובהקים ביותר בסוגיה קשה זו.<sup>21</sup> המחבר עצמו כותב במקומות אחרים, שדווקא מבחן "החד-משמעות" זכה במיוחד, לאהרונה, להצלחה מרשימה באנגליה. כפי שנראה להלן, זהו תיאור מוגזם. אולם כיצד ניתן לקבוע שמבחן "המעשה האחרון" הוחזר לשימוש מחייב באנגליה בשנת 1954 כאשר בעניין *Davey and others v. Lee*<sup>22</sup>, שנפסק בשנת 1969, נקבע כי חיתוך גדר בקרבת חנות נחושת מספק את היסוד ההתנהגותי בעבירה של ניסיון לגניבת נחושת. האם חיתוך הגדר הוא המעשה האחרון בהתנהגות הנדרשת לשם ביצוע גניבה? בעניין *Jones v. Brooks*<sup>23</sup> הורשעו הנאשמים בניסיון לשימוש ברכב בלי רשות הבעלים,

20 ראה לעיל, הערה 12.

21 במשפט הצרפתי ניתן למצוא הבחנה בין "infraction manquée" ובין "infraction tentée", כאשר המושג הראשון זהה לניסיון המושלם ולמבחן "המעשה האחרון". המושג הזה נחשב לאחת מצורות הניסיון, כאשר ניסיון כולל גם התנהגות בלתי שלמה של המנסה. ראה: P. Bouzat, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie* (Paris, 1963) Tome 1, 221, 222. הבחנה דומה מופיעה בקודקס הפלילי השוויצרי (סעיפים 21 ו-22). במשפט הטורקי קיימת הבחנה עונשית בין הגיסיון המושלם (סעיף 62) ובין הניסיון הבלתי מושלם (סעיף 61).

אשר לדחיית המבחן בעולם המשפט האנגלו-אמריקני ראה: M. Ch. Bassiouni, *Criminal Law and its Processes* (Springfield, 1969), 160, 163, 164; G. Williams, *Criminal Law — The General Part* (London, 2nd ed., 1961), 623 f.n. 7, 625; J. Hall, *General Principles of Criminal Law* (Indianapolis, 2nd ed., 1960) 580; R. M. Perkins, *Criminal Law* (Mineola, 2nd ed., 1969) 557; J. C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* (London, 3rd ed., 1973) 198; Russell, *On Crime* (London, 14th ed., by J. W. C. Turner, 1964) vol 1, 178—180; Archbold, *Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases* (London, 39th ed., by A. S. Mitchell, 1976) §4105; C. Howard, *Australian Criminal Law* (Melbourne, 2nd ed., 1970) 293, 294; H. Wechsler, W. K. Jones & H. Korn, "The Treatment of Inchoate Crimes in the M.P.C. of the American Law Institute" 61 *Col. L.R.* (1961) 586; N. Moris, "An Australian Letter" *Crim. L.R.* (1955) 290, 293; *Cook* 48 *Cr. App. Rep.* 98 (1963); *Shaw v. Knill* (1973) *Crim. L.R.* 622; *R. v. Williams* (1965) *Qd. R.* 86; *U.S. v. Robles* 185 *F Supp.* 82, 85 (1960).

[1969] 2 *ALL E.R.* 423 22

.52 *Cr. App. Rep.* 614 (1968) 23

אף כי לא הניעו כלל את הרכב ואף לא נכנסו לחוכו, כל מה שעשו היה ניסיון לפתוח את דלת הרכב. האם זהו המעשה האחרון? בעניין *Shaw v. Knill*<sup>24</sup> הורשע הנאשם בעבירה של ניסיון לנהוג רכב בדרך ציבורית לאחר שנפסל מלנהוג על-פי העובדות הבאות: הוא דחף רכב שחנה במגרש חניה לעבר כניסה לדרך ציבורית, אך לא הספיק להגיע אליה בטרם נעצר. וכך נאמר שם:<sup>25</sup>

"All that had to be proved was that the defendant attempted to drive and took a step beyond mere preparation which was the first step in a course of conduct which if completed would have constituted the full offence."

### (ב) מבחן "החד-משמעות"

כאמור, תיאורו של המחבר את קליטת מבחן "החד-משמעות" באנגליה כהצלחה מרשימה, בייחוד לאחרונה, הוא מזגזג. מסקירת המחבר עצמו עולה, כי הלכת בארקר<sup>26</sup> — אבן הפינה למבחן זה — בוטלה, לפחות חלקית, באנגליה, וכי על-פי הלכת *Jones v. Brooks*<sup>27</sup> מתייחסים גם לדברים שאמר הנאשם בעת מעשה וגם לאחר מעשה, וכי מבחן "החד-משמעות" אינו מבחן לקיומה של דרישת "הקרבה", אלא מבחן המוצב בצדה ולאחר שמסכת התנהגותו של הנאשם עמדה במבחן "החד-משמעות" עליה לעמוד באופן נפרד בדרישת "הקרבה". ניתן להדגים זאת באמצעות כמה מפסקי הדין שהמחבר מזכיר:

בעניין *Hope v. Brown*<sup>28</sup> דומה, שהימצאותם של פתקים שבהם נרשמו מחירים גבוהים מן המותר במגירת שולחנו של הנאשם מעידה באורח ברור על כוונתו הפלילית למכור בשר במחירים מופקעים. אף-על-פי-כן זוכה הנאשם.

בפרשת *R. v. Miskell*<sup>29</sup> קבע בית המשפט, שהתנהגותו של הנאשם כבר במפגש הראשון בינו ובין הקרבן (התנועות שעשה והדברים שאמר) הצביעה בעליל על מטרתו המגונה. חרף עובדה זו, ראה בית המשפט צורך להיזקק גם לפגישה ולהליכה בצוותא למחרת היום, כדי לראות בהן חלק, ואפילו עיקר, של ההתנהגות המרכיבה את הניסיון. הוא הדין בפסק *Kyprinian v. Reynolds*<sup>30</sup>. פנייתו של הנאשם אל מוכרי סמים: "מה יש לכם הלילה נערים, חשיש או הרואין? יש לי כסף למעלה" משקפת באופן ברור את כוונתו להשיג סמים מסוכנים. הנאשם זוכה מכל אשמה מן הנימוק שדבריו היו בגדר הזמנה או הצעה למשא ומתן בלבד, ולכן אין די בהם. או במלים אחרות: למרות

*Shaw v. Knill* [1973] Crim. L.R. 622 24

*Shaw v. Knill, op. cit.* 623 25

*The King v. Barker* [1924] N.Z.L.R. 864 26 כמו האיזכור במאמר, בהערת-שוליים 24,

ובניגוד לאיזכור בהערת-שוליים 19, שהוא שגוי.

ראה לעיל, הערה 23.

ראה לעיל, הערה 12.

29 (1953) 214 Cr. App. Rep. 37, ולא האיזכור השגוי המופיע במאמר, בעמ' 479, הערת-

שוליים 38.

30 (1969) 133 S.J. 563

שהתנהגותו גילתה את כוונתו באופן חד-משמעי, היא לא היתה קרובה מספיק לביצוע העבירה.<sup>31</sup>

האם ניתן לקבל על רקע זה את דברי המחבר, לפיהם בכל פסקי הדין החילו הלכה למעשה את המבחן הזה?

המחבר מציג את פרשת *R. v. Robinson*<sup>32</sup> כפסק, שבו נעשה "שימוש" הלכה למעשה, במבחן "החד-משמעות". בדיקת הפסק מעלה, כי בית המשפט הינחה עצמו באותו חלק מהלכת איגלוצון הקובע את דרישת "הקרבה המידית": לא מספיקים מעשים רחוקים, יש צורך במעשים שהם "immediately connected". מאחר שמצג השווא של רובינזון לא הגיע כלל לידיעת המבטחים קבע בית המשפט, כי מה שנעשה היה בגדר הכנה לביצוע העבירה בהיותו קשור עם ביצוע העבירה המשלמת באופן מרוחק מדי, ולא צעד במהלך הביצוע. הדברים המיוחסים במאמר לבית המשפט, כאילו נאמר כי "ניתן לפרש את השוד המבוים כאילו בועד להונאת נושיו או להונאת שלטונות המס ואולי אף לצורך פרסומת עצמית" לא נאמרו כלל על-ידי בית המשפט, אלא מובאים במסגרת התייחסותו של טרנר למבחן "החד-משמעות"<sup>33</sup>. זאת ועוד. ניתן לגרוס כי מבחן "החד-משמעות" היה מוליך את בית המשפט למסקנה הפוכה מזו שהגיע אליה: בנתחו ניתוח עצמאי את הפסק בעניין רובינזון לפי מבחן "החד-משמעות", מעיר טרנר:<sup>34</sup>

"There was evidence that Robinson had insured his stock a little over one month before he put his plan into preparation. It may perhaps be thought that this fact, taken with the rest of his acts, might be just enough to raise the necessary presumption against him; but there is nothing in the report to suggest that the prosecution or the court applied their minds to this point at all".

גם המלומד גלנוויל ויליאמס<sup>35</sup> והשופט חיים כהן<sup>36</sup> סבורים, כי על-פי מבחן "החד-משמעות" מן הדין היה להרשיע את הנאשם.

האסמכתא המובהקת ביותר לתיאוריית "החד-משמעות" במשפט האנגלי היא: *Davey and Others v. Lee*<sup>37</sup>. מן הראוי להתעכב מעט על אסמכתא זו: המבחן כפי שנקבע בספרו של ארצ'בולד<sup>38</sup>, ואשר צוטט בפסק הדין, אינו מציג את מבחן "החד-משמעות" כמבחן עזר לדרישת הקרבה, אלא כדרישה נוספת ועצמאית העומדת בצדה

31 ניתן, אולי, לשייך לקבוצה זו גם את פסק הדין: *R. v. Gammon* 43 Cr. App. Rep. 155 (1959). לאור האמירה, שאם ההזמנה לביצוע מעשים מגונים מתייחסת למועד מאוחר יותר שלפניו עדיין צריכים להתקיים סידורים שונים, ייתכן שאין לראות בה ניסיון, חרף העובדה שהיא מגלה את כוונתו הפלילית של המזמין.

32 11 Cr. App. Rep. 124 (1915).

33 *Kenny's Outlines of Criminal Law* (Cambridge, 19th ed., by J.W.C. Turner, 1966).

34 *Kenny, op. cit.* 105 f.n. 1.

35 *Williams, op. cit.*, 629.

36 ע"פ 121/65, 50/65 ויידנפלד הנ"ל נ' י"מ פ"ד כ(1), 7, 13.

37 לעיל הערה 22.

38 *Archbold, op. cit.* (London, 36th ed., by A.S. Mitchell, 1966) §4104.



של דרישת הקרבה, כאשר לשם התהוותו של ניסיון צריכה התנהגותו של הנאשם לעמוד בכל אחת משתי הדרישות באורח מצטבר. וכך גם נקבע בעניין *Jones v. Brooks*<sup>39</sup>. חשוב להתייחס להקשר הדברים שבמסגרתו הובא מבחן "החד-משמעות" בתוך הפסק. מהקשר הדברים עולה, כי מבחן "החד-משמעות" לא הוצג ולא נקבע כמבחן אוניברסאלי. בית המשפט מביא בהסכמה את דברי סטפן, לפיהם נקודת הזמן שבה מתחילה סדרת המעשים, שאילולי הופסקו היו מהווים את הביצוע המושלם, תלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה ומבחן "החד-משמעות" קובא כ"הגדרה מועילה". מבדיקת העובדות של הפסק קשה להשתכנע כי ניתן לייחס להתנהגותו של הנאשם באורח סביר רק את המטרה של ביצוע העבירה המסוימת שבה הואשם: גיסיון לגניבת נחושת. מעשהו של הנאשם, חיתוך הגדר, נעשה אמנם בקרבת חנות הנחושת, אולם האם ניתן לשלול אפשרות שכונתו היתה לגנוב מחנות אחרת, משרד או דירת מגורים שבאותו מכלול מוקף גדר או לבצע עבירה אחרת שם?<sup>40</sup>

בחוקי אנגליה של הולסבורי<sup>41</sup> לא מוזכר כלל מבחן "החד-משמעות" בהקשר ה"אק-טוס ראוס" בניסיון, אלא מבחנו של סטפן ודרישת "הקרבה" המוציאה אל מחוץ לניסיון מעשי הכנה. במהדורה ה-39 של ארצ'בולד<sup>42</sup> לא ניתן למצוא את הפסיקה המפורסמת שהופיעה במהדורות הקודמות, אשר צוטטה בפסיקה (*Davey and Others v. Lee*) והמצוטטת בעמ' 481 במאמר. בתיאור ה"אקטוס ראוס" בניסיון קובע ארצ'בולד את דרישת הקרבה המוציאה מעשי הכנה, שולל את דרישת "המעשה האחרון", מציג את המבחן של סלמונד וכותב לגביו: "It proved, however, unworkable in practice". לפי מבחן ה"חד-משמעות" במתכונתו המתוקנת מתחשבים בכל הודאה של הנאשם, גם מאוחרת, כדי לבחון מה היתה כוונתו, ובנוסף למבחן "החד-משמעות" מופעל מבחן "הקרבה". המחבר מביא גם את דברי הביקורת על המבחן ומסיים בהצגת מבחן אלטרנטיבי שכזה למידה רחבה של אהדה: המבחן של "substantial step". מאלף במיוחד העיון בדברי הלורד היילשאם בפסק הדין של בית הלורדים *Haughton v. Smith*<sup>43</sup>. הלורד היילשאם מדגיש את ההבחנה שבין ניסיון ובין הכנה. הוא מזכיר את מבחנו של סטפן ואת דרישת "הקרבה". הוא מציין, כי בהפעלת מבחן "הקרבה" מתעוררות שאלות קשות של עובדה ודרגה. אין הוא מביא את מבחן "החד-משמעות" כמבחן עור למבחן "הקרבה" או נוסף למבחן "הקרבה". הלורד ריד הוור על אותם עקרונות, ומוסיף כי שום מלים, אלא אם הן כה כלליות עד שהן חסרות ערך, לא תוכלנה להתאים למגוון העצום של מקרים אפשריים. לדבריו, כל ניסיון להגדיר (את דרישת הקרבה — הוספה שלי. מ"ק) יזיק יותר מאשר יועיל. צריך להשאיר זאת לשכל הישר, כדי להחליט אם במקרה מסוים הנאשם עבר צעד מעבר להכנה<sup>44</sup>.

39 לעיל הערה 23.

J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* 197 40

Halsbury's *Laws of England* (London, 4th ed., by Lord Hailsham of St. Maryle- 41  
bone) vol. 11, 49 para. 64

Archold, *op. cit.* (London, 39th ed., by A. S. Mitchell, 1976) §§4104, 4105, 42  
4106

[1973] 3 ALL E. R. 1109 43

עוד דוגמאות לאי-הפעלתו של מבחן החד-משמעות ראה בפסק דינו של השופט דיניג ב- 44  
*Shaw v. Knill* [1973] Crim. L.R. 622; *Cook* 48 Cr. App. Rep. 98 (1963)

את תיאור קליטתו של מבחן "החד-משמעות" במשפט האנגלי היטיבה לתאר ועדת המשפט שם, בשנת 1973<sup>45</sup>:

"It has had some effect in English Law in such cases as *Davey v. Lee* and *Jones v. Brooks*, but in neither of these cases can it be said to have been adopted fully."

לא למותר להזכיר, כי נוסף לדחיית המבחן במקום הורתו ניוזילנד, תחילה מתוך ביקורת בפסיקה<sup>46</sup> ואחר כך במפורש בחוק<sup>47</sup>, הוא נדחה גם באונטריו (קנדה)<sup>48</sup> ובטסמניה (אוסטרליה)<sup>49</sup>. לעת בלותו היתה למבחן עדנת-מה, על-ידי שימוש בו בצורה מוגבלת ומרוככת ב-"*Model Penal Code*"<sup>50</sup>.

### ג. על מה בעצם דנים ?

אנו סבורים, שמן הראוי להבחין ולהבדיל בין שתי שאלות: הראשונה היא שאלת ההבחנה בין "הכנה" ובין "ניסיון"; השנייה, האם כל ניסיון, ככלל, צריך להיות עניש, או שמא ראויים להיות ענישים רק חלק או מקצת מן הניסיונות, כגון אלה הקרובים להשלמה או כאלה המעידים על כוונת המנסה.

מן הראוי לייחס ולייחד למושגים "הכנה" ו"ניסיון" את משמעותם הפשוטה, האינהרנטית והטבעית. לאמיתו של דבר, יש להבחין בין "מעשי הכנה" ובין ביצוע העבירה (כאשר הניסיון הוא ביצוע שלא הושלם), או בסדר הפוך: מסלול ביצוע העבירה, ה-*iter criminis*, מול מה שקדם לו ונמצא לפניו, כאשר הנקודה המבדילה בין המושגים היא נקודת תחילת הביצוע המציינת את סופה של ההתחלה ותחילתו של הסוף. מה שנמצא לפני מבחינת הזמן מהווה "הכנה". מה שנמצא אחריה הוא ביצוע העבירה או ה"רוביקון" של העבירה. המושג "ביצוע העבירה" רחב יותר מן ההגשמה הממשית של יסודות ההתנהגות וכולל גם מעשים הקודמים לאותה הגשמה<sup>51</sup>. היסוד ההתנהגותי בעבירת הגניבה מוגדר כ"גנטילה ונשיאה". אולם, ביצוע העבירה קודם ללקיחה ויכול להתבטא בשליחת יד לעבר או בכייקט הגניבה ועוד בטרם גוצר מגע בין היד ובין החפץ. לכן עדיף לנסות להגדיר באופן מהותי את "ההכנה" כרכישה או כהכנה של אמצעים, איסוף מידע או תכנון הפעולה או ביצוע פעולות נוספות המכוונות ליצור את התנאים לביצוע העבירה. מעשה המכוון לביצוע העבירה והמצוי מעבר לשלב "ההכנה" נופל בגדרו של הביצוע, ואם לא הושלמה העבירה — הוא מהווה

The Law Commission, *Working Paper No. 50 — Inchoate Offences* (London, 1973) 51

*Campbell and Bradley v. Ward* [1955] N.Z.L.R. 471; *Mackie* [1957] N.Z.L.R. 669 46

סעיף 72(3) ב-*Crimes Act, 1961*. 47

*Reg. v. Cline* [1956] 4 D.L.R. 480, 487 48

*Haas* [1964] Tas. S.R. 1 49

(להלן, הערה 62) סעיף 5.01(2). 50

O. A. German, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht* (Zürich, 1948) 260; H. Blei, 51

*Strafrecht II, Besonderer Teil* (München, 1976) 157; J. Andenaes, *The General*

*Part of the Criminal Law of Norway* (New-York, 1965) 285

212; ויליאמס (לעיל, הערה 35) 628. 21

ניסיון. יש להטעים, שעצם הביצוע, ובכלל זה תחילת הביצוע, דורשים "קפיצה" בשלב איכותי נוסף ואחר, ביחס ל"הכנה".

יש להסכים, כי בקו הגבול בין סוף ההכנה ובין תחילת הביצוע מצויים שוליים של עמימות, אולם אין זו תופעה ייחודית לסוגיה זו. מה שקובע הוא, שלכל אחד מן המושגים גרעין מוצק של משמעות ייחודית שעל טיבה ניתן לעמוד. כלל "הקרבה", מבחן "החד-משמעות" ומבחן "המעשה האחרון" אינם מבטאים כלל ועיקר את המשמעות הטבעית והרגילה של המושגים "הכנה" ו"ניסיון" ולכן אין לראות בהם קריטריונים לצורך ההבחנה בין מושגים אלה. מקום העמידה היחיד הבא בחשבון לקריטריונים אלה הוא בתחומי השאלה השנייה.

בפחה דבר למאמר<sup>52</sup> מתאר המחבר את כלל "הקרבה" (The Proximity Rule) ככלל הנועד להבחין בין פעולות "הכנה" ובין "המעשה הפלילי". כפי שכבר נאמר, כלל "הקרבה" איננו משקף את ההבחנה המושגית הנכונה בין "הכנה" ובין "ביצוע העבירה".

מעשי "הכנה" יפלו, בדרך כלל, בגדר ההגדרה של מעשים רחוקים מדי מן הביצוע השלם לפי כלל הקרבה, אולם לא כל מעשה הנמצא אחרי נקודת תחילת הביצוע ייחשב למעשה הקרוב די הצורך לעבירה השלמה לפי כלל "הקרבה". נקודת תחילת הניסיון לפי כלל "הקרבה" תהיה, בדרך כלל, אי-שם בדרך בין תחילת הביצוע ובין השלמת העבירה. המחבר מציג את מבחן "המעשה האחרון" ותיאוריית "ההתנהגות החד-משמעית" כמבחני עזר לכלל "הקרבה". לא זו בלבד שאין זהות בין המושג של תחילת ביצוע לאחר סיומה של הכנה ובין "המעשה האחרון", אלא שהם כמעט דבר והיפוכו. המנסה לשדוד, אשר השלים את האיום על קרבנו, אך לא נטל עדיין את שללו ממנו, נמצא עמוק בתוככי מסלול הביצוע ולא בתחום ה"הכנה", אך טרם עשה את הפעולה האחרונה. ההבדל הוא פחות דראמטי כאשר מדובר בתיאוריית "ההתנהגות החד-משמעית", אולם גם כאן הוא קיים: תחילת ביצוע של עבירה, ואף מעבר לזה — התקדמות בביצוע כמעט עד לסף ההשלמה ואף עד לאחר השלמה — יכול שתהא דו-משמעית: אדם נכנס לאסם, גרוש חציר, ממלא את מקטרתו ומדליק גפרור. התנהגותו יכולה להתפרש כהתנהגות תמימה של מי שמבקש לגשת לעישון מקטרת כשהוא נהגה גם מניחות חציר, ולפיכך היא דו-משמעית ובגדר "הכנה". אולם אם מדובר במי שכוונתו להבעיר את האסם, הרי רק כפסע בינו ובין השלמת ביצוע וממו<sup>53</sup>.

התלותו של היסוד הנפשי להתנהגות איננה היסוד המבחין והמבדיל בין "הכנה" ל"ניסיון", שכן הוא מלווה את שניהם<sup>54</sup>. כשם שגם התגלותו של היסוד הנפשי בהתנהגות ומתוכה, איננה אבן הבוחן להבדיל בין המושגים האלה, כדברי פרופ' ש"ן פלר:

"אין כל קשר בין סיווג הפעולות כנמנות מבחינת ה-actus reus על תחום הניסיון

52 המאמר, עמ' 464.

53 ויליאמס (לעיל, הערה 35) 630.

54 מ' גור-אריה, "אי האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון" משפטים ח (תשל"ח) 310, 319.

או על תחום ההכנה, לבין השאלה אם אותן פעולות משקפות על-פניהן... הכוונה לעבור את העבירה ואם לאו.<sup>56</sup>

האם מעשה מושלם (למשל, המתה), שהוא אילם ביחס לכוונת הנאשם, כ"הכנה" ייחשב!?

את ההבחנה הנכונה בין "הכנה" ובין "ניסיון" משקף רק מבחן "הפעולה הראשונה" או "תחילת הביצוע" כהווייתו, ולא כפי שהמחבר מציגו<sup>56</sup>, אותו מבחן הבא לידי ביטוי בהגדרת הניסיון בסעיף 33 בחוק העונשין שלנו.

להלן, נבחן את המבחנים האחרים, במסגרת השאלה השנייה (היש הצדקה לצמצום ענישות הניסיון), כאשר הדיון הוא בתחום המשפט הרצוי ולא המצוי, על-פי קריטריונים של בהירות המבחנים ושל התאמתם לראציונאל של ענישת הניסיון. לבסוף, נחזור אל הדיון המצוי. ותחילה, התייחסות קצרה לשאלת הראציונאל.

#### ד. הראציונאל

הרעיון ביסודו הוא, שמי שגיבש כוונה לבצע עבירה והוא גיגש לבצע זממו, להוציא כוונתו מן הכוח אל הפועל ומתחיל בביצוע העבירה, אך איננו משלים את הביצוע, מוכיח בכך בעליל שהוא מסוכן לציבור ולפיכך טעון טיפול עונשי מחנך ומרתיע. בהעדר טיפול כזה, ממשיך להתקיים במנסה "פוטנציאל עברייני", כאשר תכליתו של טיפול עונשי ל"גטרל" פוטנציאל זה, והציבור נחשף לסכנה של הישגות התנהגות עבריינית, תוך הפקת לקחי הכישלון ויישומם על-ידי העבריין על מנת להבטיח השלמה של יעד עברייני<sup>57</sup>.

אין כל הצדקה לדרוש, כתנאי לענישות הניסיון, נזק ממשי ואף לא סכנה של נזק ממשי לאובייקט מאטריאלי כלשהו. דיני העונשין באים להגן על ערכים חברתיים

55 ש"ז פלר, "ההכנה כיסוד הכוונה תחילה" הפרקליט כו (1970) 51, 68.

56 מן המאמר עולה, כי גם במבחן הזה קיים תנאי כל יעבור של "קרבה" ו"מידיות" לתוצאה הפלילית המתוכננת. הרכבת התנאי הזה על המבחן פוגעת במשמעותו כמבחן עצמאי ונוטלת את נשמתו. המחבר מציג כאחד הפגמים במבחנו של סטפן (מבחן "הפעולה הראשונה") את שלילת האפשרות להרשיע אדם בניסיון לבצע עבירה, אשר השלמתה היא בלתי אפשרית מסיבות שאינן תלויות בנאשם. יש להזכיר, בהקשר לכך, כי סטפן עצמו היה ער לכך ולכן קבע מפורשות כי מקרה כזה הוא ניסיון לבצע את העבירה.

הקושי האמור אינו מיוחד ואינו מאפיין דווקא את מבחן "הפעולה הראשונה" אלא את סוגיית הניסיון באורח כללי, ואכן ברוב הקודקסים הפליליים אנו מוצאים הוראה מפורשת המתייחסת לסיטואציה של ניסיון בלתי צליח בשל התקיימות נסיבות שאינן ידועות לנאשם, כדוגמת הוראת ס' 33(ג) בחוק העונשין שלנו. מן המאמר משתמע, כי הגישה המופיעה בספרו של ראסל (לעיל, הערה 21) דומה לגישה של "התחלת הביצוע", ולא היא. הגישה המופיעה בספרו של ראסל היא, בעיקרה, "תיאוריית החד-משמעות", ואין בכך כדי להפגיע בהתחשב בזהותו של העורך, טרנר. אנו מוצאים יחס של התנגדות למבחן "המעשה האחרון" מחד גיסא ולמבחנו של סטפן מאידך גיסא. לאחר הצגת דרישת הקרבה נאמר, כי מבחן הקרבה הוא הצגה של הבעיה מבלי לפתור אותה.

57 ראה מאמרה של גור-אריה (לעיל, הערה 54) 314, 315.

מופשטים<sup>58</sup>, במובחן מאובייקטים מאטריאליים קונקרטיים. הערך המוגן על-ידי עבירות זהמתה הוא האדם בתור שכזה ולא פרט מסוים. הערך המוגן בעבירות נגד הרכוש הוא ערך הבעלות, שהוא מושג אחר ושוונה מבעלותו של פרט כלשהו ואף מסך כל ה"בעלויות" של הפרטים בחברה<sup>59</sup>. כאשר אדם מתחיל לבצע עבירה מתוך כוונה להשלים את הביצוע, לא רק שהערך המוגן — במשמעותו זו, המופשטת — מועמד בסכנה, אלא שהוא גם נפגע בפועל ממש.

זאת ועוד, את המושג "זק" יש לתפוס במשמעות הרחבה שהעניק לו בנתהאם<sup>60</sup>, והוא כולל לא רק את הנזק הראשוני לקרבן העבירה, אלא גם את הנזק המשני, המתייחס לחברה בכללותה והכולל את סכנת ההישנות של העבירה (אליה התייחסנו למעלה) ואת החרדה שביצוע הגיסיון גורם לכלל האוכלוסיה. אין ספק, שהתופעה של גיסיון לבצע עבירה (ראשית ההגשמה של כוונה לבצע עבירה) יש בה כדי להפחיד ולהחריד את בני החברה, שכן ערך חברתי שהחברה מבקשת להגן עליו נפגע. אין הצדקה להתעלם מתחושה זו של פגיעה וחרדה, כשם שבלתי הגיוני, אף מאזוכיסטי, להחריף את הסכנה שבתישנות התנהגות עבריינית על-ידי הימנעות מטיפול עונשי במי שהוכיח שהוא זקוק לו.

#### ה. בדיקת המבחנים

##### 1. מבחן "המעשה האחרון"

###### (א) הצגת המבחן

דרישת המבחן היא, שהנאשם יעשה את כל הפעולות התלויות בו ("depending on himself") כדי להביא לביצוע מלא ושלם של העבירה המוגמרת. למבחן זה זיקה רעיונית מובהקת לרעיון החרטה והחזרה, לפיו אין לראות התנהגות כמצמיחה אחריות פלילית כל עוד לא עבר הנאשם במהלך הביצוע את השלב שאין ממנו חזרה עוד. התנהגות היא פלילית רק כאשר היא בלתי הדירה. רעיון החרטה והחזרה הצמיח גם שני מבחנים נוספים, קיצוניים אף יותר: מבחן "התיאוריה של התערבות אפשרית", לפיו הנאשם לא הגיע לכלל גיסיון גם כאשר עשה את המעשה האחרון התלוי בו כדי לגרום להשלמת העבירה, אך יש עוד ביכולתו לחזור בתשובה, להתערב ולמנוע את השלמת העבירה<sup>61</sup>. בעוד שלפי המבחן של "המעשה האחרון" הנחת פצת זמן במקום המיועד לפיצוץ, כשהיא מוכנה לפיצוץ בעוד מספר שעות מתוך כוונה לגרום למותם של דיירי המקום, מהווה גיסיון לרצח, הרי שלפי המבחן השני — כל עוד יש לאל ידו של הנאשם לחזור בו ולמנוע את השלמת העבירה, מעשהו איננו מגיע לכדי גיסיון. מבחן דומה

<sup>58</sup> Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* (Scienta Aalen, 1961) Erster Band, 307.

<sup>59</sup> ד' תש"ן, "תורת הכוונה המועברת ברצח בכוונה תחילה" משפטים ו (תשל"ה) 378, 380.

<sup>60</sup> P. K. Ryu, "Contemporary Problems of Criminal Attempts" 32 *N.Y.U.L.R.* 59 (1957), 1183.

<sup>61</sup> J. Bentham, *An Introduction of the Principles of Morals and Legislation* 60 (London, 1823) 152—157.

<sup>62</sup> G. H. Gordon, *The Criminal Law of Scotland* (Edinburgh, 1967) 167.

למבחן זה, אולם פחות קיצוני, הוא ה"תיאוריה של חזרה מסתברת"<sup>62</sup>, לפיה לא נדרש העדר מוחלט של אפשרות מניעתית, אלא נבדקת השאלה אם לפי הגסיבות קיימת אפשרות מסתברת של חזרה ומניעה.

### (ב) ביקורת המבחן<sup>63</sup>

כותב המחבר<sup>64</sup>: "מבחן זה נדחה כבלתי מספיק ובלתי אמין לגבי כלל המקרים, מכיוון שאין הוא מתיישב עם המקרים שבהם מנסים העבריינים לבצע את העבירות בשלבים אחרים, כדוגמת הניסיון לגרום למותו של אדם ע"י הרעלה הדרגתית וממושכת". אולם, זהו רק אחד מטעמי הביקורת נגד המבחן כמבחן ממצה וכתנאי הכרחי להתנהות ה"אקטוס ראוס", ולא בהכרח העיקרי והחשוב שבהם.

במבחן טבועה אי-בהירות: כאשר א' יורה לעבר ב' ומחטיא או יורה ופוגע פגיעה קלה, האם עשה את כל הפעולות התלויות בו לשם ביצוע רצח, גם כאשר רובו טעון בכדורים נוספים? מבחן "המעשה האחרון" מצמצם את הניסיון עד לקרבה מסוכנת לנקודת היעלמות והוא מוציא מכלל ניסיון את כל עבירות ההתנהגות (העבירות המאטריאליות) להבדיל מעבירות תוצאה (עבירות פורמאליות). היסוד ההתנהגותי בעבירה של אינוס הוא חדירת אבר מיגו של האנס לאבר המין של הקרבן. כל עוד לא היתה חדירה, דהיינו כל עוד לא הושלמה העבירה, לא נעשה המעשה האחרון ולכן ניתן לדבר על עמידה במבחן "המעשה האחרון" רק כאשר הושלמה העבירה. הגדרת הניסיון היא הגדרת עבירה המושלמת. הוא הדין בכל עבירות ההתנהגות: היוזף, התקיפה, הנהיגה האסורה לצורתייה וכיו"ב.

גם בעבירות של תוצאה מביא המבחן הנדון את הניסיון לקרבה מסוכנת לביצוע השלם: בעבירה של הבער, המעשה האחרון מבחינה דוקטרינאית אינו אפילו המעשה של הדלקת הגפרור (לאחר שהמקום העומד להיות מוצת הוצף בדלק), אלא גרימת האש, דהיינו יצירת מגע בין הגפרור ובין החומרים ספוגי הדלק<sup>65</sup>. מאידך גיסא, עלולה אש הגפרור לבוא במגע עם אדי דלק ולגרום התלקחות. האם כדי לתפוס עברייני בכף צריך איש חוק להמתין לא רק עד לשלב שבו נוצרת סכנה ממשית להתלקחות אש, אלא גם לשלב שבו האש הופכת לעובדה ממש? לא קשה לתאר מצבים שבהם הנזק העלול להתגלגל ולהתפתח עלול להיות עצום בכמותו ובאיכותו<sup>66</sup>.

הבה נשווה לגד עינינו את המנסה לרצוח בדרך של הצתה, אשר שפך בנוזל על קרבנו והוא ניגש עתה לשלוף קופסת גפרורים מכיסו כדי להדליק גפרור ובאמצעותו לשלוח אש בקרבנו. האם יעלה על הדעת להתייחס להתנהגותו עד כאן כאל התנהגות "תמימה", בלתי עבריינית? או טול, למשל, שכיר-רצח, השוכב במארב כשבידו רובה

62 בסיוני (לעיל, הערה 21) 164; The American Law Institute, Model Penal Code, Tentative Draft, No. 10 (Philadelphia, 1960) 24.

63 The Law Commission (לעיל הערה 45); גורדון (לעיל, הערה 61) 171; ראסל (לעיל, הערה 21) 178-180.

64 המאמר, עמ' 467.

65 ואנו מתעלמים כאן מהיבט אחר שכבר הצגנו לגבי דוגמה אחרת: כאשר המנסה להדליק גפרור שכבה ברות, האם אין לגרוס שעליו להדליק גפרור נוסף מתוך קופסת הגפרורים שברשותו?

בעל משקפת טלסקופית, הטוען את נשקו, דורך אותו ומכוונו אל הקרבן כשאצבעו על ההדק. האם ניתן להתייחס ברצינות לרעיון הציני של המתנה עד ללחיצה-על-ההדק-היוצרת-ירייה תוך תפילה לבורא עולם שיעורר חרטה פתאום בלב ה"מנסה", שיגרום תקלה לנשק או יסיט את הכדור ממסלולו?

מבחן ה"מעשה האחרון" אינו פועל יוצא של ה"ראציונאל" שמאחורי ענישת הניסיון: ההתנהגות מגיעה ל"בשלות פלילית" בהוכיחה כי המתנהג מהווה סכנה לציבור וטעון טיפול במסגרת דיני העונשין הרבה לפני המעשה האחרון. מבחן ה"מעשה האחרון" אינו עולה בקנה אחד עם הרעיון של מניעה שמאחורי הניסיון, לפיו מתבקש לנעול את דלת האורווה כאשר הסוס מגלה סימנים שבכוונתו לצאת ואיוולת היא להמתין עד לאחר שייצא<sup>67</sup>. המבחן של "המעשה האחרון" במקרים שבהם הוא ברי-הפעלה (במסגרת עבירות תוצאה) פועל בשיטה של המתנה עד הרגע האחרון; איחור קל בהפעלתו עלול לסכל את רעיון המניעה. הפעלתו של המבחן מולידה תוצאות מוזרות גם בכיוון אחר: כאשר מדובר ב"מנסה" לשדוד או לרמות, אין ניסיון לשדוד כל עוד לא היתה נשיאה ונטילה של הנכס הנשדד, ואין ניסיון לרמות כל עוד לא קיבל הרמאי "דבר". לעומת זאת, בעבירה של סחיטה באיומים, לפי סעיף 428(א) סיפא לחוק העונשין, מתהווה ניסיון לביצוע העבירה עם השמעת האיום. בעבירות המתונות בשיתוף פעולה או בהתנהגות של הקרבן יהיה תחומו של הניסיון רחב יותר מאשר בעבירות שהגשמת כל יסודותיהן "מופקדת" בידי העבריין.

דומה, כי הורתו של מבחן זה בהפעלה קיצונית ומוגזמת עד כדי אבסורד של רעיון החרטה והחזרה האפשרית. ביטוי הולם יותר לרעיון החרטה ניתן בשיטות המשפט הקונטיננטליות ובאחרות, והוא חודר בתקופה האחרונה גם לעולם המשפט האנגלו-אמריקני<sup>68</sup>, והוא בתפיסה, לפיה חזרה פעילה-ממשית פוטרת מאחריות בגין הניסיון.

ולבסוף, ניתן להדגים את כשל המבחן בניתוח פסק הדין *R. v. Eagleton*<sup>69</sup>, הנחשב לפסק הקלאסי שבו נקבע המבחן. לעניות דעתנו, הפעיל הלורד פרק באיגלמן את מבחן המעשה האחרון באורח בלתי מדויק: בעבירה של קבלת דבר (במקרה הנדון: כסף) במרמה (במקרה הנדון: כתוצאה ממצג שווא) המעשה האחרון הנעשה על-ידי הנאשם והתלוי בו הוא קבלת הדבר. כל עוד לא קיבל הנאשם את הדבר, לא עשה את "כל הפעולות אשר מוטל היה עליו לעשותן, כדי להביא לביצוע המלא והשלם של העבירה המוגמרת". בפסק הדין בעניין איגלמן קבע הלורד פרק, כי הנאשם עשה את המעשה האחרון בכך שהשלים עשיית מצג שווא, ולפני שקיבל את הכסף, אשר ביקש

J. Michael & H. Wechsler, *Criminal Law and its Administration* (Chicago, 1940) 66, 601, 602.

67 גורדון (לעיל, הערה 61) 149.

68 הפטור מתייחס, כמובן, רק לניסיון ואינו מתייחס לעבירה מושלמת, כאשר הניסיון כשלעצמו מהווה עבירה כזו. ראה, למשל, הקודקסים הפליליים של ארגנטינה, ס' 43; רומניה, ס' 22; צ'כוסלובקיה, סעיף 38; טורקיה, סעיף 61; ברית המועצות, סעיף 16; יוגוסלביה, סעיף 18; דניה, סעיף 22; יוון, סעיף 44. ראה גם: R. von Hippel, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch* (Berlin, 1966); *Model Penal Code, op. cit.*, §5.01(4).

69 ראה לעיל, הערה 4.

לקבל בעזרת המצג הטוב. לו היתה העבירה מוגדרת כעבירה של מצג שווא גרידא, או מצג שווא הגורם נזק לאחר, כדוגמת העבירה של דרישת נכס באימים, לפי סעיף 404 לחוק העונשין, המושלמת עם הדרישה המאיימת, ניתן היה לראות במעשיו של איגלטון השלמת כל הפעולות מצדו. אולם, לא ניתן לומר כן ביחס לעבירה שבה הואשם, שכן גם היסוד של "קבלה" אינו יסוד זר לנאשם ובלתי תלוי בו, אלא יסוד הדרוש שיתוף פעולה מצד הנאשם ומותנה בשיתוף פעולה זה. יוצא אפוא, שהתנהגותו של הנאשם אינה עומדת לאמיתו של דבר במבחן "המעשה האחרון", והרשעתו בדין היא, לפיכך, דוגמה להרשעה בניסיון כאשר לא נעשה המעשה האחרון.

## 2. תיאוריית "החד-משמעות"

### (א) הצגת התיאוריה

לפי תיאוריה זו, התנהגות נכנסת לגדרו של ניסיון כאשר היא מוכיחה את כוונתו העבריינית של המנסה או לפחות מעידה עליו. הצגת התיאוריה במאמר, לפיה מתעלמים מדברים שאמר הנאשם לפני ולאחר ביצוע מעשיו, אינה שלמה. הכלל הוא, שדברי הנאשם אינם יכולים לשמש ראיה לכוונתו לצורך מבחן "החד-משמעות". אולם, לכלל זה חריג, המובא על-ידי השופט סלמונד בפרשת *Barker*<sup>70</sup>: כאשר המלים הן אמצעי או חלק מן האמצעים לביצוע העבירה, יש להתחשב בהן, כגון מי שרוצה לקיים מגע מיני עם קטינה ואומר לה זאת כדי להשיג את הסכמתה. על-פי הגישה המקובלת מתייחס המחבר בהקשר של תיאוריה זו באורח נפרד לתיאוריית טרנר. השוואת מה שמכונה תיאוריית טרנר עם פסק דינו של השופט סלמונד בעניין *Barker* מעלה, כי בתיאוריה הראשונה של טרנר אין שום חידוש ביחס לדברי השופט סלמונד, למעט האילוטרציה של הסרט האילם כתיאור דרך פעולתו של המבחן, ואין בה שום רבותה. אשר לשינוי שהכניס טרנר במבחן "החד-משמעות", דווקא שינוי זה אינו חסר משמעות, בניגוד למה שכותב המחבר<sup>71</sup>. לפי המבחן המקורי נדרש שהתנהגותו של הנאשם תוכיח באורח חד-משמעי וקונקלוסיבי את כוונתו הפלילית כאפשרות יחידה הבאה בחשבון. המבחן המתוקן והמרוכך מסתפק בכך, שהתנהגות תהווה ראיה ברורה לכאורה לכוונה הפלילית, או תעלה חזקה מספיקה בדבר קיום הכוונה הפלילית<sup>72</sup>. משמעות הדברים איננה רק שלנאשם עשויה להיות כוונה או מטרה נוספת לבד מכוונתו הפלילית, אלא גם שהתנהגות אינה צריכה לשלול ספק בדבר אפשרות של פעולה תמימה: אין נדרשת הוכחה קונקלוסיבית של הכוונה הפלילית, אלא ראיה לכאורה בלבד.

### (ב) ביקורת מבחן "החד-משמעות"

בביקורת המבחן נתייחס אל המבחן בצורתו המקורית כפי שנוסח בידי השופט סלמונד בעניין *Barker*<sup>73</sup>, ולא בצורתו המרוככת לפי שיטת טרנר המאוחרת ובצורתו "המסור-

70 ראה לעיל, הערה 26.

71 המאמר, עמ' 476.

72 ראסל (לעיל, הערה 21) 184; סמית והוגאן (לעיל, הערה 21) 196, 197.

73 ראה לעיל, הערה 26.



סת"ע על-פי הפסק *Jones v. Brooks*<sup>74</sup>, המתיר התייחסות להודאת הנאשם והפקת כוונתו גם ממנה. ספק רב בעינינו, אם למבחן במתכונתו "המשופרת" משמעות של ממש. כאשר כוונתו של הנאשם עולה מהודאתו וכאשר מסתפקים בכך שהמעשה ישמש ראיה לכאורה בלבד לכוונה, כל מעשה שיעשה הנאשם במסגרת תכניתו העבריינית, כולל מעשי "הכנה" מובהקים, יעמוד בדרישת המבחן. המבחן בצורתו המקורית מעורר, בעיקר, התנגדות; בצורתו המתוקנת הוא מעורר, בעיקר, רחמים. אמנם, המחבר מביא במאמר חלק מן הביקורת על המבחן, אולם נראה כי יש מקום להרחבת היריעה. כבר במבט ראשון ניתן לגלות את הכשל הכפול במבחן: ראשית, אין היסוד ההתנהגותי מאופיין בקווי אופי ותכונות משלו. קיומו מותנה בהוכחת קיומו של יסוד אחר, שונה ממנו, היסוד הנפשי-סובייקטיבי. שנית, דרישת קיומו של היסוד הנפשי איננה דרישה מהותית-סובסטנטיבית, אלא ראייתית-גרידא: אין המבחן קובע, כי לצורך קיומו של היסוד ההתנהגותי צריך להתקיים יסוד נפשי. המבחן דורש רק, שההתנהגות כשלעצמה ורק היא תוכיח את קיומה של הכוונה הפלילית. הליקוי היסודי של המבחן, ליקוי המבטיח מראש את כשלונו, הוא שהוא מבחן ראייתי ולא מהותי<sup>75</sup>. ליקוי זה מוליד עיוות בלתי נמנע הנובע מן המציאות: מן הפער הקיים בין ההיראות או ההידמות של פעולות (האופן שבו דברים נראים) ובין תכונתם וטיבם האמיתיים (מה שהם באמת). אם יוקרן בפני צופים סרט שבו נראה רופא-מנתח המוליך איזמל-ניתוח בקרבת לבו של מנתח בניתוח לב פתוח, לא יחשוד איש ברופא שבכוונתו להמית את המנותח, אם כי לאמיתו של דבר זו אמנם כוונתו, והוא הדין בגלגל המקרב תער אל גרונו של לקוחו<sup>76</sup>. ושאלת תם: כיצד יידע קהל הצופים בסרט האילם אם החומר המוכנס לכוס משקה הוא סוכר או ארסן? כאשר "גיבור הסרט" מוציא ארסן מתוך כלי שכתוב עליו "סוכר", יראו הצופים את הפעולה כמעשה תמים של המתקת כוס משקה, אולם האם ההיראות התמימה משנה את האופי האמיתי של ההתנהגות? האם הארסן הופך לסוכר והמנסה לרצוח — לממתיק משקה?

אלה דוגמאות מן הקצה האחד, כאשר התנהגות — שהיא לאמיתו של דבר בעלת משמעות פלילית — אינה נראית כזו. אולם ניתן לתאר דוגמאות גם מן הקצה השני: לאחר סכסוך חריף בין בעל לאשתו, שבמהלכו הבעל מאיים לשים קץ לחיי אשתו, נראה הבעל כשהוא מערבב במוזן העומד להיות מוגש לה בארוחה קרובה כמויות גדולות של רעל. הצופה הממוצע יגרוס, שההתנהגות מוכיחה את קיומה של כוונה קטילה, ולפי המבחן התקיים, לפיכך, היסוד ההתנהגותי שבניסיון לרצח. אולם, הבה נתאר לעצמנו שהבעל החליט "להקדיש" את מזונו של אשתו להרעלת עכברים ובאופן זה להשיג באחת שני יעדים: היסול העכברים והלגות אשתו. האם ניתן להתייחס לכך כאל "אקטוס ראוס" של ניסיון לרצח?<sup>77</sup>

נקודת המוצא הרעיונית של המבחן היא, שהכוונה היא היסוד העיקרי בניסיון. לכן, כדי שהמעשה יהווה ניסיון, הוא צריך לשקף את הכוונה. התוצאה של המבחן במקרים

74 ראה לעיל, הערה 23.

75 גורדון (לעיל, הערה 61) 156.

76 הדוגמה לקוחה מעבודת-דוקטור, שכתב דן ביין על הכוונה הפלילית בניסיון (ירושלים, האוניברסיטה העברית, 1964).

77 גורדון (לעיל, הערה 61) 155.

רבים היא היפוכה של נקודת המוצא: המעשה הופך להיות עיקר. כדי שהמעשה כשלעצמו ישקף את הכוונה גדרש, לעתים, כל כך "הרבה" מעשה, גדרשת קרבה כה גדולה להשלמת העבירה, עד שהמעשה הופך להיות עיקר ותחומו של הניסיון מצטמצם<sup>287</sup>. המחבר הציג את הצד השני והמנוגד של הפרובלמטיקה, שאף הוא קיים, כפי שכבר ראינו, האפשרות שהכוונה תשתקף ותתגלה כבר בשלבים מוקדמים וראשוניים, שלבי "ההכנה", אולם העיוות קיים בשני הצדדים. כאשר הנאשם ניגש למימוש כוונתו הפלילית, מתחיל בביצוע העבירה ומוכיח בכך שהוא מהווה סכנה לציבור וטעון טיפול במסגרת דרכי הענישה, מה טעם יש בדרישה שכוונתו הפלילית צריכה להיות גלויה לעין, משתקפת בהתנהגותו, נוסף על היותה קיימת בראשו? האם ההתנהגות הפלילית מאופיינת בכך שהיא ראי לכוונה הפלילית? אינן יחס הכרחי של התאמה בין השתקפות הכוונה במעשה ובין הדרישה שההתנהגות תתקרב לביצוע השלם של העבירה. הכוונה יכולה להשתקף בשלביה הטרומיים ביותר של ההתנהגות והיא עלולה להיות נסתרת וחבויה, כאשר ההתנהגות קרובה עד מאוד להשלמת העבירה ואף כאשר העבירה השלמה כולה.

אומר השופט סלמונד בפרשת בארקר: הסיבה לראות אדם כחף מפשע, כאשר הוא עושה מעשה בכוונה לבצע פשע, היא הסכנה הכרוכה בקבלת ראייה שעל-פיה ייענש בגין מעשים שהם, כשלעצמם ולפי תדמיתם, תמימים לחלוטין. התשובה לכך היא עתיקת יומין: כאשר יש רק כוונה פלילית — אין עבירה ואין עונש. אבל כאשר נעשה מעשה, שופטים לא רק את המעשה אלא גם את הכוונה בו נעשה. אם לווה המעשה בכוונה לעשות עבירה, גם כאשר המעשה כשלעצמו מבלעדיה הוא תמים, בשל הצטרפות הכוונה הפלילית הוא עלול להפוך למעשה פלילי ועניש. מקורו של ה"ראוס" שב"אקטוס" הוא ב"ראה" שב"מנס". הטעות היסודית שבניסיון לבודד את היסוד ההתנהגותי-האובייקטיבי-הנגלה-לעין מן היסוד הסובייקטיבי-הנפשי-הסמוי מתבלטת בפסק עצמו, כאשר השופט סלמונד מתייחס למנסה לרצוח בעזרת אקדח בלתי טעון מתוך מחשבה מוטעית שהאקדח טעון, או למנסה להרעיל באמצעות סוכר בדמותו שהוא רעל. לגירסתו, מן הראוי להתייחס למנסים האלה לא לפי העובדות כפי שהן בפועל, אלא לפי העובדות כפי שהם האמינו בקיומן. אם תוקרן בסרט התמונה של הגשת תה לאהר שהומתק בסוכר, שום צופה בר-דעת שאינו לוקה בחשדנות חולנית לא יעלה על דעתו כי מאחורי המעשה החברותי הגאה מסתתרת כוונת קטילה, ואף-על-פי כן זהו "אקטוס ראוס" של ניסיון לרצח, כאשר מגיש התה סבר בטעות כי התה מורעל.

התהליך המחשבתי הנדרש במבחן זה הוא "אקרובטי": הוא דורש התעלמות ממידע המצוי בידי השופט ואשר הגיע אליו כחוק (דברים שהנאשם אמר בהודאתו), והקושי להתעלם ממידע כזה, ולו גם לצורך תרגיל חשיבתו, גדול בהרבה מן הצורך המאפיין את התהליך השיפוטי, לעתים לא נדירות, להתעלם ממידע זר או פסול, באשר, מטבע הדברים, ההתעלמות עלולה להוביל למסקנה בלתי נכונה. הממצא על הכוונה כפי שהיא משתקפת מן ההתנהגות עלול להיות שונה מן הממצא ביחס לכוונה כפי שהוא עולה מכלל הראיות, והיחס בין הממצאים הוא כחוס בין ממצא חלקי ובלתי נכון ובין ממצא מלא ונכון. מדוע להקרין סרט אילם, כאשר פס-הקול קיים והשופט אינו חרש?

78 הווארד (לעיל, הערה 21) 293, 295.

מדוע להתחשב בדברים שאמר הנאשם על כוונתו לשותף לעבירה, ולא להתחשב בדברים שסיפר על כוונתו לאהובתו? אם ההודאה היא ראייה כשרה לכל מטרה אחרת, מדוע היא נפטלת לעניין זה?

הפעלת המבחן מובילה לתוצאות מוזרות עד כדי קפריזיות: נוצר פער בלתי מוצדק מבחינה עניינית בין עבירות של התבטאות לפי הגדרתן, כגון סחיטה או עבירות שהעברייך מבצען תוך שימוש במלים או כתובים (פרסומת למכירה בלתי חוקית, סיכום טלפוני מוקדם בדבר ביצוע הפלה בלתי חוקית), המלמדים על כוונתו, ובין עבירות הנעשות בעשייה שקטה בלבד, בביצוע אילם. פער דומה נוצר בין העברייך הפועל בתור בודד ובין העברייך הפועל יחד עם אחרים והמגלה בדיבור, במהלך קשירת הקשר או תכנון התכנית, את כוונתו הפלילית. בעבירה של שידול קטין למעשה מגונה או מעשה מגונה בקטיין, הזמנת מבוגר לקטיין המגלה את כוונתו הפלילית מהווה גניסיון, ואילו הזמנה הנחזית כתמימה, שמאחוריה אותה כוונה ממש — אינה מהווה גניסיון.

האם אין מבחינים כאן בין זאב המופיע ברבים כזאב ובין זאב המחופש כשה? <sup>79</sup> תכליתו העיקרית של המבחן לספק אמצעי קל ופשוט, כמעט מכני, לאיתור היסוד ההתנהגותי בניסיון. גם מטרה זו אינה מוגשמת. הקושי העיקרי הוא, שהתנהגות חיצונית כשלעצמה אף פעם אינה מוכיחה בצורה חד-משמעית את הכוונה שמאחוריה.<sup>80</sup> ניסיון התפרצות לבית זר ייחשב, בדרך כלל, כניסיון להתפרצות פלילית, היינו מתוך כוונה לבצע גניבה או פשע, אולם אין לשלול את האפשרות כי המנסה מתכוון "לחטוף" תגומה בבית או להשאיר בו, בעילום שם, מתנה.<sup>81</sup> התקפה אלימה על אשה עלולה "לבשר" כוונת קטילה, כוונת חבלה גופנית, כוונת שוד, כוונת אינוס וכוונה לבצע מעשה מגונה.<sup>82</sup> אופן הגשת הנתונים, המשקל אשר מייחסים להם ומידת התפוצה של העבירות השונות בתודעת הציבור יקבעו במידה רבה את המסקנה באשר להשתקפות הכוונה. כאשר האיש העומד ליד דלת בית זר ומנסה לפרוץ אותה הוא מסגר, שאומנותו בכך, השאלה אם התנהגותו משקפת כוונה פלילית תלויה במשקל שמייחסים לעובדת היותו מסגר. העובדה שמדובר במסגר אינה שוללת, כמובן, את האפשרות שהפעם מדובר בניסיון להשיג "הכנסה צדדית".<sup>83</sup> משמעותה הפלילית של תקיפת אשה תהיה תלויה במידה רבה בהשקפה הרווחת על תדירותן של העבירות השונות הבאות בחשבון. כבר ראינו את הקשיים ביישום המבחן, כאשר התייחסנו לפסקי הדין בעניין רובינסון.<sup>84</sup>

ובפרשת *Davey and Others v. Lee*<sup>85</sup>

בעניין בארקר<sup>86</sup> עצמו העלה אחד השופטים השופט סטרינגר ספק אם התנהגותו של הנאשם, שהיתה אמנם השודה, ניתנת להתפרש פירוש מפלילי, או שמא ניתן לייחס

79 גורדון (לעיל, הערה 61) 159.

80 הווארד (לעיל, הערה 21) 295; גורדון (לעיל, הערה 61) 155; ויליאמס (לעיל, הערה 21) 630; הול (לעיל, הערה 21) 581, 230.

81 הול, שם, 581. אנו מזכירים כאן את דוגמת המקטרת המובאת בראשית המאמר והלקוחה מספרו של ויליאמס, עמ' 630.

82 ראה גם הדוגמה של איוס באקדח בספרו של ויליאמס, עמ' 630.

83 D. Stuart, "The Actus Reus in Attempts" *Crim. L.R.* (1970) 505

84 ראה לעיל, הערה 32.

85 ראה לעיל, הערה 22.

86 ראה לעיל, הערה 26.

לה משמעות תמימה, ואף סבר כי הפירוש המפילל יוחס לגאשם עקב האור או הצל שהוטל בהודאתו על התנהגותו (אם כי הצטרף לאישור ההרשעה לאור עמדת חבריו). הערכה דומה של העובדות אנו מוצאים גם אצל המלומד גורדון.<sup>87</sup>

בעניין *R. v. Moor*,<sup>88</sup> הגיע אחד השופטים, השופט ריד, שהיה בדעת מיעוט, תוך הפעלת מבחנו של סלמונד לתוצאה, לפיה מעידה התנהגותו של הנאשם על כוונתו הפלילית לבצע מעשה מגונה בילדה; תוצאה הפוכה מזו שהגיעו אליה שופטי הרוב. אחד משופטי הרוב נימק את החלטת הזיכוי שלו בנימוק זר למבחן החד-משמעות, לפיו כשם שתנועה לעבר יעד העבירה, הקרבן, היא רק הכנה, כך גם כאשר הנאשם מביא אליו או לקרבתו את הקרבן המיועד. ספק אם נימוק זה, המנוסח בלשון כללית וכוללנית, משקף את ההשקפה הרווחת בעניין זה, ומכל מקום דומה, כי הדברים מנוסחים באורח גורף מדי. מפסקי דין אחדים עולה כי תנועה לעבר יעד העבירה יכולה להוות ניסיון<sup>89</sup>, וגם אם אין מקבלים את ההשקפה המנוגדת באורח כללי וגורף, הרי יש מקום לגישת ביניים התולה את התכרעה בנסיבות: תנועת יד לעבר חפץ מתוך כוונה לגנוב אותו היא ניסיון, ואפילו תנועה רגלית לעבר קרבן הנמצא במרחק של מספר צעדים מן התוקפן בכוונה לדקור אותו, או לפחות ההסתערות, היא ניסיון, כשם שתפיסת הקרבן בידו, במטרה להביא אותו לקרבת הנאשם כדי לבצע בו מעשה מגונה, וכן הזמנת הקרבן אל מקום שבו ממתינה לו פצצה המוכנה לפיצוץ, אף היא ניסיון.

שופט אחר משופטי הרוב, השופט בלייר, מבסס את החלטת הזיכוי שלו על העובדות המיוחדות של העניין, שלא הובאו במאמר: הילדה היתה נכדתו של אותו אדם שהתיר לגאשם ללון בבקתתו (ולא של הנאשם, כפי שכתוב בטעות במאמר), נחן לו להם והבטיח לשלוח לו בשר. בתחילת השיחה עם הילדה שאל אותה הנאשם על הבשר והילדה אמרה שתשתדל להשיג בשר עבורו. אחר כך הזמינה הנאשם לשתות תה וכאשר עזבה ביקש שוב בשר. עובדות אלה אכן זורות על התנהגותו של הנאשם אור תמים אפשרי. שמא כל מטרתו בשיחה עם הילדה, כולל התבטחה להעניק לה מחזרות, היתה לקדם השגת בשר עבורו. אין לדעת מה היתה ההחלטה, לו היו העובדות כפי שמתואר במאמר: דהיינו, שאדם זר לגמרי הזמין את הילדה להיכנס לצריף, תוך הבטחה להעניק לה מחזרות.<sup>90</sup>

הניתוח מוביל, לדעתנו בצורה חד-משמעית, לדחיית מבחן ה"חד-משמעות". למסקנה זה הגיעה גם הוועדה המשפטית באנגליה בשנת 1973<sup>91</sup> והיא ניתנת לאימוץ גם אצלנו. אין בהגדרת הניסיון בס' 33 ביטוי למבחן ה"חד-משמעות". את הביטוי "גלוי-לעין" יש להבין כמתייחס למה שנאמר לפניו — אל תוצאת הכוונה הפלילית מן הכוח אל הפועל, מעולם המחשבה לעולם המציאות האובייקטיבית, שניתן לראותו בעין

87 גורדון (לעיל, הערה 61) 156.

88 [1936] N.Z.L.R. 979.

89 *People v. Stites* 17 p. 693; *People v. Gormley* 225 N.Y. Supp 653 (1927); *Henderson* [1949] 2 D.L.R. 121; *Reg. v. Carey* (1957) 118 C.C.C. 241 וראה לעומתם:

*Stokes v. State* 46 So. 627; *People v. Rizzo* 158 N.E. 888.

90 ראה: ויליאמס (לעיל, הערה 21) 630, 631.

91 The Law Commission (לעיל, הערה 45) 57, 58: "We believe that there is a danger here of re-introducing an 'equivocality' test, which we consider undesirable"

ותר-לא<sup>92</sup>. זאת, לעומת ביטוי נורמאטיבי מפורש למבחן זה, שאנו מוצאים במספר קודקסים פליליים, כגון הקודקסים של ויסקונסין (סעיף 939.32), אתיופיה (סעיף 27), איסלנד (סעיף 20), איטליה (סעיף 56) ובצורה מרוכבת ומוגבלת ב- *Model Penal Code* בסעיף 5.01(2).

### 3. מגמה חדשה

לאחרונה, מסתמנת מגמה להגדיר את היסוד ההתנהגותי בניסיון כ- "substantial step" בביצוע העבירה<sup>93</sup>, כאשר, לעתים, נלווית אליה מגמה להרחיב את תחומו של הניסיון למעשים שבאורח מסורתי וקלאסי נחשבו ל"מעשי הכנה" מובהקים, כגון שכיבה במארב, סריקת המקום המיועד לביצוע העבירה, רכישה, הכנה והצטיידות בחומרים לביצוע העבירה<sup>94</sup>.

לעניות דעתנו, ראויים החידושים האלה להתייחסות ביקורתית ומסתייגת. התואר "substantial" איננו בעל שיעור ומידה קבועים וברורים, והוספתו יותר משהיא מבהירה, היא מערפלת. זאת ועוד, דומה בעינינו כי יש במגמה החדשה דבר והיפוכו. הגדרת היסוד ההתנהגותי בניסיון כצעד מהותי לקראת ההגשמה המצביעה לכאורה על שימור האבחנה בין "הכנה" ובין "ביצוע" ואף מעבר לזה, על אי-הסתפקות בכל התחלה של ביצוע, אלא על דרישה של ביצוע מתקדם ומשמעותי — אינה מתיישבת עם פריצת הגבול ושטטוש התחומים בין "הכנה" ובין "ניסיון" על-ידי הרחבת הניסיון והכללת מעשי הכנה מסוימים במסגרתו.

### 1. סיכום

1. (א) יש לדחות בשתי ידיים את הצעת המחבר שבתי המשפט יפעלו בניגוד לחוק החרות; (ב) מתבקש יחס של ספקנות להצגת התמונה המשפטית בסוגיה זו, כפי שעשה זאת המחבר.

2. אין בפינו בשורה של חידוש. ניסוח סעיף 33 טעון שיפוץ יסודי, אולם מבחינה מהותית הוא תואם את ההיגיון שבענישת הניסיון. סעיף 33 קובע, לדעתנו, דרישה והסתפקות בתחילת ביצוע: "... הוא מתחיל", תוך שמירת האבחנה בין "הכנה" ובין

92 כך הבין את המושג השופט אגרגט בע"פ 55/59 הרעי נ' י"מ, פ"ד יב, 235, 239: "ומכאן שאין העבירה הנזכרת בסעיף קטן (א) יכולה להתבטא באפס מעשה", ולא כפי שפורש בידי השופט ח' כהן בפרשת וייזנפלד, כאילו הוא מבטא דרישה שהמעשה יגלה את כוונת העושה. ראה גם: *Cramer v. U.S.* 325 U.S. 1, 61 (1945).

93 *Model Penal Code; Draft Criminal Code for The Australian Territories*, 52 93 בקודקס הפלילי של אילינוי, 4-8; של מינסוטה, 609.17; של פנסילבניה, 901; *The Law Commission* (לעיל, הערה 45) 53-58.

94 הקודקס הפלילי של לואיזיאנה, ס' 27; מופיעה בו רק המגמה השנייה. *Model Penal Code* (לעיל, הערה 62) (a)-(g) 5.01(2); *The Law Commission* (לעיל, הערה 45); *Draft Criminal Code for the Australian Territories*, 53 להרחבת האחריות הפלילית גם על מעשי הכנה, ראה עוד: ויליאמס (לעיל הערה 21) 632; פרקינס (לעיל הערה 21) 561; *Gurmit Singh* [1966] 2 Q.B. 53. הקודקס הפלילי הדני, ס' 21.

"ביצוע": "...להוציא את כוונתו אל הפועל" — זהו הביצוע; "באמצעים המתאימים להגשמתה" — זו ה"הכנה". מאחר שהמבחנים שפותחו בפסיקה האנגלית אינם משקפים את ההבחנה הזאת, אין להם מקום בשיטת המשפט שלנו. הגדרת הניסיון במישור ה"אקטוס ראוס" כתחילת ביצוע מקובלת גם במדינות אחרות.<sup>95</sup>

ה"ראציונאל" של הניסיון כטיפול עונשי ומניעתי במי שהוכיח שהוא סכנה לציבור כוחה יפה כבר ביחס למי שהתחיל בביצוע העבירה תוך כוונה לבצעה עד תום. יתר על כן, שיטה משפטית צריכה לשאוף להסדרים הד-כיווניים בשאלות שוגות המתייחסות לאותה "מאטריה". שיטתנו מכירה בניסיון הבלתי-צליח בשל נסיבות שאינן ידועות לגאשם כבניסיון עניש.<sup>96</sup> ההיגיון מאחורי עמדה זו אינו נעוץ באינטרס קונקרטי שנפגע באורח ממשי בניסיון, שכן שום אינטרס כזה לא נפגע כאשר העבריין גיסה לגנוב רכוש שהפקר או רכוש השייך לו, מתוך אי-מודעות לנסיבות אלה. ההיגיון הוא, שהנאשם בפגעו מתוך עמדה אנטי חברתית בערך מוגן מופשט, הוכיח את הפוטנציאל המסוכן שבו המזיק טיפול, שכן אחרת, בהזדמנות הבאה, עלול מצב הדברים האובייקטיבי להיות תואם את מצב הדברים כפי שהנאשם רואה אותו ואז עלול להיפגע גם אובייקט קונקרטי-מאטריאלי, המגלם את הערך המופשט. הנאשם מוכיח פוטנציאל זה של סכנה כבר בעת שהוא מתחיל בביצוע עבירה מתוך כוונה להשלים את ביצועה. עמדה זו יש לסייג בחריג אחד: הפטור מעונש במקרה של חזרה פעילה, במידה שהחוק יכיר בכך בעתיד.

95 יוגוסלביה (סעיף 16), פורטוגל (סעיף 11), יוון (סעיף 42), הונגריה (סעיף 18), בולגריה (סעיף 16), ארגנטינה (סעיף 42), קוריאה (סעיף 25), יפן (סעיף 22), צרפת (סעיף 2), טורקיה (סעיף 61), שוויץ (סעיף 21).

96 סעיף 33(ג) לחוק העונשין; מ' גור-אריה (לעיל, הערה 54). אין אנו מתעלמים מפסקי הדין ע"פ י"ם סימן פזב נ' מ"י, פ"מ נה, 74, וע"פ ב"ש 93/72 מ"י נ' ממו, פ"מ פא, 534, אולם לדעתנו אין הם משקפים את הדין.