

יעילות וצדק במשפט הפלילי

מאת

אלון הראל*

מאמר זה, נחלק לשני חלקים. החלק הראשון בוחן את הטעמים לעיונות ההדדית של אנשי הגישה הכלכלית ואנשי המשפט הפלילי. אנשי המשפט הפלילי דוחים הסברים כלכליים בשל החשש כי השיח הכלכלי "מזהם" את החשיבה והלשון המשפטית ועל כן פוגם בערכים מרכזיים של המשפט הפלילי. אנשי משפט וכלכלה נוטים להתמקד בתחומי המשפט האזרחי משום שהמשפט הפלילי אינו תואם את הפרדיגמה השוקית המקובלת עליהם. המאמר חושף את הטעמים בגינם מן הראוי להשתמש בניתוח כלכלי של המשפט הפלילי למרות הקשיים הנ"ל.

החלק השני בוחן ומבקר מפרספקטיבה כלכלית הנחת יסוד של המשפט הפלילי. הניתוח הכלכלי יוצא כנגד ההנחה לפיה המשפט הפלילי מפנה את הנחיותיו לעברייני בלבד ולא לקרבן הפוטנציאלי. הן שיקולי יעילות והן שיקולי צדק חלוקתי מחייבים את המסקנה כי התנהגותו של הקרבן צריכה להוות שיקול בהרשעת העברייני או בענישתו. אין זה יעיל להתעלם מהתנהגות הקרבן משום שההעלמות כזו איננה מספקת תמריצים לקרבנות להשקיע באמצעי זהירות כנגד פשיעה. אין זה צודק להתעלם מהתנהגות הקרבן משום שקרבנות רשלניים מטילים עלויות גבוהות על מערכת האכיפה ולכן קרבנות זהירים נדרשים לסכסד קרבנות רשלניים. לבסוף מראה המאמר כי דוקטרינות סובסטיביות של המשפט הפלילי – כמו דרישת העדר קינטור בעבירות רצח והאבחנה בין עבירות רכוש כגון גניבה, שוד ופריצה – ניתנות לפרשנות מחודשת באופן המתיישב עם מסקנות הניתוח הנורמטיבי.

מבוא. א. הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי; 1. מדוע אנשי המשפט הפלילי עוינים את הניתוח הכלכלי? 2. מדוע זנחו הכלכלנים את המשפט הפלילי? ב. הניתוח הכלכלי של המשפט – מבוא חלקי למשפטן ההדיוט. ג. דוקטרינה פלילית של אשם תורם; 1. אשם תורם במשפט הנזיקי; 2. האם דוקטרינה פלילית של אשם תורם יעילה? 3. האם דוקטרינה

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. ברצוני להודות לאיל בבנישתי, מאיר דן-כהן, סיליה פסברג, מלקולם פילי, רות גביוון, סטיב גולדשטיין, זוהר גושן, מירי גור-אריה, אירית חביב-סגל, דוד הד, מרק קלמן, מיכאל קרן, מוטה קרמניצר, ניקולה לייסי, אנדרי מרמור, אוריאל פורת, אוריאל פרוקציה, יורם שחר, מיק סינקלר ואלכס שטיין על הערותיהם המועילות. תודות מיוחדות לדיק קרסוול על הערות מפורטות לסעיף ג' וללורה אנדרקפלד על הערות מועילות במיוחד למספר טיוטות. בנוסף לכך זכיתי להציג מאמר זה בפני הסדנא הבינתחומית במכון ון ליר וכן בפני הסדנא המשפטית באוניברסיטה העברית. משתתפי/משתתפות הסדנאות העירו הערות והציגו התנגדויות נוקבות. עוזר המחקר יובל טל שקד על תקונים טכניים ומהותיים רבים וחשובים.

פלילית של אשם תורם צודקת? (א) עקרון ההגנה השווה; (ב) עקרון העלות השווה.
ד. משפט פלילי ודוקטרינת האשם התורם; 1. קנטור; 2. מיון עבירות-רכוש. ה. תמיהות
לדין נוסף.

מבוא

המשפט הפלילי נחשב מאז ומתמיד מקלט בטוח עבור המשפטן המסודתי מפני האמפריאליזם הבלתי-מרוסן של הכלכלנים. ראייה זו זוכה לביסוס ממשי והן בספרות המשפטית הפלילית המסורתית והן בספרות הכלכלית. המשפטנים הפליליים (הן הפרקטיקנים והן התיאורטיקנים) הקדישו תשומת-לב מועטה-יחסית לניתוח כלכלי של המשפט. אם קיימת התייחסות שכזו, השימוש בכלים כלכליים תואר כבלתי-מתאים עם הלוגיקה הפנימית של המשפט הפלילי, ובמיוחד עם האופי המוסרי של האיסורים הפליליים.¹ עיון בספרות העוסקת בניתוח כלכלי של המשפט משקפת אף היא הזנחה יחסית של המשפט הפלילי, אף שהזנחה זו איננה מקבלת צידוק אידיאולוגי.² על-אף הצהרותיהם הדרמטיות בדבר הישימות האוניברסלית של הכלכלה לכל תחומי המשפט, חסידי הזרם הכלכלי של המשפט נוטים להתמקד בתחומי המשפט האזרחי. החלק הראשון של מאמר זה חוקר את הטעמים לעיונות (או אדישות) הדדית זו וחושף את הנזק שהיא גורמת הן למשפט הפלילי והן לניתוח הכלכלי של המשפט.

חשיפה מופשטת של תרומה אפשרית של הכלכלה למשפט הפלילי איננה מבטיחה את הצלחת היישום של עקרונות כלכליים בתחום זה. החלק השני של המאמר בוחן את הפוריות בפועל של האנליזה הכלכלית של המשפט.

מה צריכה להיות השפעת התנהגות הקורבן על ההליך הפלילי? האם המשפט הפלילי צריך לייבא מן המשפט הנזיקי את הדוקטרינה של אשם תורם, דהיינו: להקל בעונשו של העבריין שביצע עבירה פלילית כנגד קורבן רשלן? כאופן מסורתי, המשפט הפלילי הכחיש קיומה של דוקטרינה כזו. תוך שימוש בכלים כלכליים אני מקווה להראות, שעמדה מסורתית זו של המשפט הפלילי איננה נתמכת על-ידי שיקולי יעילות או על-ידי שיקולי צדק. שיקולי יעילות מחייבים קיומה של דוקטרינה של אשם תורם משום שהכרה בדוקטרינה כזו תיצור תמריצים לקורבנות פוטנציאליים לנקוט אמצעי-זהירות מתאימים כנגד פשע. שיקולי צדק מחייבים הכרה בדוקטרינה כזו, משום שהדוקטרינה מחייבת את הקורבן הפוטנציאלי הרשלן לשאת בעלויות הממשיות של רשלנותו. אי-הכרה בדוקטרינה כזו מביאה בפועל לניצול הקורבנות הזהירים על-ידי הקורבנות הרשלניים, משום שהיא מטילה על קורבנות זהירים את עלויות ההגנה של קורבנות רשלניים.

1 ראה, למשל, G. Schulhofer, "Is There an Economic Theory of Crime?" *NOMOS* XXVII 329; Fletcher, "A Transaction Theory of Crime?" 85 *Colum. L. Rev.* (1985) 921.

2 ראה Alvin Klevorick, "On the Economic Theory of Crime" *NOMOS* XXVII 290. פוזנר האשים את אנשי המשפט וכלכלה בהזנחה הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי. ראה R. Posner, "Comment on the 'Economic Theory of Crime'" *NOMOS* XXVII 310, 311. (להלן ייקרא פוזנר "הערה"); וכן R. Posner, "An Economic Theory of Criminal Law" 85 *Columbia Law Review* 1193-1194. (להלן: פוזנר, "תיאוריה כלכלית של המשפט הפלילי").

מסקנות הדיון יוצרות תמריץ למשפטנית הפלילית לחקור, האם העמדה הרשמית של המשפט הפלילי (המכחישה את קיומה של דוקטרינה פלילית של אשם תורם) אכן משקפת את המציאות. האם דוקטרינות פליליות מסורתיות ניתנות לפרשנות מחודשת באופן שיחשוף את קיומה הסמוי של דוקטרינה כזו? חלקו האחרון של מאמר זה מוקדש לפרשנות מחודשת של דוקטרינות ידועות באופן התואם את מסקנות הניתוח הנורמטיבי. דוקטרינה פלילית של אשם תורם איננה אפוא רק פרי דמיון אקדמי יוקד ותאב חידושים, אלא גם מאפשרת להסביר כללים בדין הפוזיטיבי.

הניתוח סוטה מן העמדה המסורתית, לפיה המשפט הפלילי מכון את הנחיותיו בראש-בראשונה לפושעים-בפועל או לפושעים-בכוח. על-פי הניתוח שלי, ההנחיות הפליליות מכוונות לכל האוכלוסייה: פושעים כקורבנות. קורבן הפשע, כמו הפושע עצמו, נקרא על-ידי המשפט הפלילי לשתף פעולה כדי לצמצם את עלויות הפשע, כמו גם לחלק את עלות הפשע באופן צודק.

א. הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי

חלק זה יבחן את הטעמים להשפעה המוגבלת של הכלכלה בתחום המשפט הפלילי. ניתוח זה אינו מתיימר לספק הסבר היסטורי, אלא להבין את הלוגיקה הפנימית של המשפט הפלילי, וכן את הלוגיקה הפנימית של הניתוח הכלכלי של המשפט. מסקנתנו תהיה, כי ההשפעה המצומצמת של כלכלה בתחום המשפט הפלילי היא מובנת אך בלתי-מוצדקת. הניתוח הכלכלי הוא בעל ערך גם בתחום המשפט הפלילי.

1. מדוע אנשי המשפט הפלילי עוינים את הניתוח הכלכלי?

אחד המכשולים בניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי הוא הקרבה היתירה בין המשפט הפלילי לבין שיקולי מוסר. קשה לתאר את המשפט הפלילי במונחים הקרים והמנוכרים של ניתוח עלות-תועלת³. אך הכלכלן מסוגל לספק שלל טיעונים בזכות השימוש בשיקולי יעילות. שילובם של שיקולי יעילות בשיח הפלילי עשוי לספק הסבר קוהרנטי לשלל הדוקטרינות של המשפט הפלילי. יתר על כן: חקר המשפט הפלילי מפרספקטיבה כלכלית עשוי להביא לדה-מיסטיפיקציה של המשפט הפלילי, לקבוע סטנדרטים חדים וברורים בתחום זה של המשפט וכן לספק פרספקטיבה נייטרלית שבאמצעותה ניתן יהיה לפתור מחלוקות בתחום זה. הכלכלן המתוחכם יכיר כמובן בכך, ששיקולים אחרים מלבד יעילות משחקים תפקיד חשוב בקבלת החלטות בתחום המשפט הפלילי⁴. כאשר שיקולים שאינם נוגעים ליעילות מותירים לקונות ועל-כן מותירים לשופט או למחוקק שיקול-דעת, הכלכלן עשוי לסייע לנו – על-פי גרסתנו – לזהות את ההחלטה המועדפת. אין גם לשלול את האפשרות ששיקולי יעילות כבדי-משקל ייגברו בנסיבות מסוימות

3 אפילו חסידים מושבעים של הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי יודו, כי אופי זה של המשפט הפלילי עלול לפגוע בחשיבותו של הניתוח הכלכלי. ראה פחנר, "תיאוריה כלכלית של המשפט הפלילי", 1230.

4 ראה, למשל, את ניתוחו של קלבוריק (לעיל, הערה 2).

על שיקולים שאינם שיקולי יעילות. לא ניתן להניח באופן אפריורי ששיקולים שאינם שיקולי יעילות צריכים לעולם לדחוק את מקומם של שיקולי תועלת. יתר על-כן: עיון, ולו שטחי, מגלה כי שיקולי יעילות ממלאים כבר כיום תפקיד חשוב בשיח המשפטי. הרבה מן השיח המשפטי המסורתי מונחה על-ידי הנחות כלכליות סמויות. לשיקולי יעילות מיוחס כבר כיום תפקיד מרכזי בהחלטות הנוגעות להקצאת משאבים למניעת פשע. הן כמות המשאבים והן הקצאתם נקבעים באופן חלקי על-ידי שיקולי יעילות. הוא-הדין לגבי קביעת הסנקציות הנאותות לפעילות פלילית.

ניתן אולי להגן על הטענה כי המשפט הפלילי איננו מביא בחשבון שיקולי יעילות אם נצמצם את תחולתה של הטענה ונאמר כי שיקולים כלכליים אינם יכולים למלא תפקיד בקביעת התוכן של דוקטרינות סובסטנטיביות של המשפט הפלילי, כמו ההיקף של הגנות שונות או התנאים לאחריות פלילית. אבל ההבחנה בין מדיניות אכיפה או שיקולי קביעת העונש (שלפי טענתנו מושפעים כבר כיום משיקולים כלכליים) לדוקטרינות סובסטנטיביות של המשפט הפלילי עצמו (שלפי הטענה אינן צריכות להיות מושפעות משיקולים כלכליים) היא תמוהה. הטיעון המרכזי כנגד שימוש ביעילות הוא זה, שלפיו הקורבנות או הפושעים נהנים מזכויות אשר אין לשוללן מהסיבה הפשוטה שאין זה יעיל להגן על הזכויות הנ"ל. אך אם הטענה הזו תקפה, ניתן להשתמש בה לא רק בהקשר של קביעת הדוקטרינות הסובסטנטיביות של המשפט הפלילי, אלא גם בהקשר של מדיניות אכיפה וכן בקונטקסט של קביעת גובה הסנקציות. אם לימין האדם ניצבת הזכות להיות מוגן על-ידי חקיקה פלילית סובסטנטיבית, הן לגבי גופו הן לגבי רכושו, גם אם חקיקה זו איננה יעילה במובן הכלכלי – נגזרות מזכות זו גם מסקנות הנוגעות לדרך האכיפה של חקיקה זו וכן מסקנות הנוגעות לאופי וחומרת הסנקציות הפליליות. אם על המערכת הפלילית להגן גם על כבודם של הפושעים, הגנה זו צריכה להשתקף גם באופי הסנקציות המוטלות עליהם וגם בקביעת תנאי האחריות הפלילית. אם אנו מכירים אפוא ברלבנטיות של שיקולי יעילות בהקשר של מדיניות אכיפה ושל חומרת הסנקציה הפלילית, עלינו להכיר ברלבנטיות שלהם גם בהקשר של דוקטרינות פליליות סובסטנטיביות.

ההכרעה המשפטית צריכה אפוא להתחשב הן בשיקולי יעילות והן בשיקולים שמחוץ ליעילות. יתר על כן: הן שיקולי יעילות והן שיקולים שמחוץ ליעילות משפיעים כבר היום על החשיבה המשפטית. כאשר בתי-משפט דנים באמצעים הטובים ביותר להרתעת פושעים וכאשר הם מעלים הנחות באשר להשפעת הענישה על ההתנהגות, הם לוקחים חלק בשיח כלכלי בלתי-פורמלי. לכן העוינות כלפי משפט וכלכלה בקרב אנשי המשפט הפלילי איננה נובעת מעוינות כלפי יעילות בתור שכזו. כיצד ניתן להסביר עוינות זו? מהו המקור האמיתי של חוסר-הנכונות להשתמש בשיח כלכלי בתיאוריה, כמו גם בפרקטיקה של המשפט הפלילי?

דעתי היא, שהעוינות של מומחי המשפט הפלילי איננה מופנית כלפי יעילות בערך בקביעת תוכן הדין הפלילי, אלא כלפי השימוש בשיח הכלכלי כאמצעי לבחון ולהעריך שיקולי יעילות. השימוש בלשון כלכלית בדין הפלילי דורש קיום ברזמני של שני אופני חשיבה: החשיבה המשפטית המסורתית והחשיבה הכלכלית

הפורמלית. מומחי המשפט הפלילי אינם עוינים את שיקולי היעילות בתור שכאלה, אלא את השימוש בשיח כלכלי כדרך לתאר ולהעריך שיקולים אלה.⁵ אבל אם השיח המשפטי הפלילי מכיל כבר כיום באופן בלתי-פורמלי שיקולי יעילות, מהו המקור לעוינות כלפי הניסוח הרגורדי, הפורמלי, של שיקולים אלו כפי שהוא בא לידי ביטוי בכלכלה? מדוע מומחי המשפט הפלילי, כמו גם הפרקטיקנים בתחום משפטי זה, נרתעים מהשימוש בניתוח כלכלי המיועד לתת ביטוי מדויק לשיקולי יעילות המוכרים כבר כלגיטימיים?

עמדתי היא, שהעוינות של מומחי המשפט הפלילי לשימוש בשיח כלכלי בהערכת שיקולי יעילות מונע על-ידי החשש ל"זיהום" הלשון והחשיבה המשפטית – זיהום העלול לעוות את היכולת להעריך שיקולים שאינם שיקולי יעילות. השיח המשפטי המסורתי פגיע במיוחד לפלישה של רטוריקה כלכלית, ולכן אף ששימוש בכלים כלכליים עשוי לשפר את הדיוק בהערכת המשקל של שיקולי יעילות, הוא עשוי לפגוע אנושות בדיוק של זיהוי והערכת משמעותם של שיקולים שאינם שיקולי יעילות. לכן, מה שמנחה את אויבי הניתוח הכלכלי איננו עוינות כלפי שיקולי היעילות ככאלה ואף לא ספקנות כלפי הערך של חשיבה כלכלית בהערכת שיקולי יעילות, אלא החשש שהשיח הכלכלי יפגע ויעוות את היכולת להעריך שיקולים שאינם שיקולי יעילות.

מהן המשמעויות של "זיהום" הלשון המשפטית וזיהום החשיבה המשפטית? מדוע השימוש בשיח כלכלי "מוזהם" את הלשון והחשיבה המשפטית? מדוע שימוש כזה עלול להרוס את היכולת להעריך שיקולים שאינם שיקולי יעילות? בהעדר אפיון מדויק של מונחים אלה נשארת ההנחה שלי בגדר ספקולציה בלתי-מבוססת. חלק ניכר מן החשיבה המשפטית המסורתית מבוססת על שיח ייחודי שבו משתמשים המשפטים. השימוש בלשון ובחשיבה שונה עלול – על-פי טענתנו – לעוות את היכולת להעריך שיקולים שאינם שיקולי יעילות. האינטואיציות והרגישויות המוסריות משתנות עם השיח שבו אנו משתמשים כדי לתאר רגישויות אלה. שימוש נרחב בלשון של עלויות ותועלת בספרות המשפטית איננו יכול להתבצע מבלי שישנה את האינטואיציות המוסריות עצמן. איננו יכולים לנוע משיח המדגיש זכויות וצדק לשיח המדגיש עלות או תועלת ולראות את השניים כמשלימים זה את זה או כפרספקטיבות חלקיות, מבלי שנשנה בעת ובעונה אחת את הדרך באמצעותה אנו חושבים על סוגיות משפטיות. השיח הכלכלי איננו יכול להיות בהרמוניה עם השיח המשפטי, משום שברגע שאנו משתמשים בו במסגרת ההליך המשפטי, השיח הכלכלי משנה את הרגישויות המשפטיות המסורתיות. הזיווג של לשון כלכלית המיועדת לזהות ולהעריך את התועלת החברתית הגלומה בענישת עבריינים עם לשון משפטית מסורתית המיועדת להעריך שיקולים מחוץ לתועלת הוא זיווג בלתי-אפשרי ומסוכן.

דוגמא יכולה לסייע בהבנה מלאה של סכנות הזיהום של השיח המשפטי. מומחי המשפט הפלילי מדגישים את המחשבה הפלילית כתנאי להטלת אחריות פלילית.

5 התנגדות זו נגזרת מן ההנחה, שמאחורי השיח הכלכלי יש הנחות נורמטיביות וכי הוא משקף פרספקטיבה חלקית בלבד של החשיבה והתרבות האנושית. ראה White, "Economics and Law" 54 Tennessee L. Rev. (1986) 161.

הטעם לדרישה זו הוא הרצון להגן על אנשים חפים-מפשע, דהיינו: אנשים אשר לא יכלו לנהוג אחרת בתנאים ששררו בזמן הפשע. הבסיס לדרישת האחריות הפלילית במשפט הפלילי הוא האמונה בקיום רצון חופשי וגינוי חריף של אלו אשר באופן חופשי בחרו לבצע פשעים.⁶

חסידי הגישה הכלכלית מאמצים את מושג המחשבה הפלילית, אך מפרשים את המושג אחרת. על-פי טענתם, הדרישה לקיומה של מחשבה פלילית איננה אלא דרישה הבאה להבטיח שמשאבים לא יבוזבזו כדי לענוש אנשים שלא ניתן להרתיעם. לאדם יש אפוא מחשבה פלילית אך ורק אם ניתן להרתיעו באמצעות שימוש בסנקציות פליליות. אם הרתעה כזו היא בלתי-אפשרית, הסנקציות הפליליות הן מיותרות ובוזבזניות.⁷

אבל לא ניתן לזהות אחריות מוסרית עם היכולת להרתיע. השימוש ביכולת להרתיע כמדד בלעדי לקיומה של מחשבה פלילית או לאי-קיומה הוא מסוכן, משום שהוא עלול להוביל להרשעה של החף-מפשע, כמו גם לזיכוי של האשם. אחרי הכול, אדם הגיתן להרתעה על-ידי סנקציה פלילית עשוי עדיין להיות חף-מפשע במובן המסורתי אם תחת הנסיבות האקטואליות ששררו בזמן הפשע נבצר ממנו להימנע מלבצע את הפשע. יתר על כן, אדם אשר היה מבצע את הפשע באופן בלתי-תלוי בסנקציה הפלילית המוטלת עליו (ולכן לא ניתן להרתיעו) עשוי עדיין להיות בעל כוונה פלילית במובן המסורתי אם בחר לבצע את העבירה הפלילית מרצונו החופשי. דוגמא זו מדגימה כי השימוש בשיח כלכלי מעוות את המושגים הבסיסיים ביותר של המשפט הפלילי, כמו מחשבה פלילית, על-ידי התדרת משמעות חדשה למושגים אלה.

האם סיכון זה צריך להרתיע אותנו משימוש בשיח כלכלי? אם אכן שיקולי יעילות צריכים להילקח בחשבון על-ידי המשפט הפלילי, שימוש בשיח נחות לבטא שיקולים אלה רק משום הסיכון בזיהום הלשון והחשיבה המשפטית עלול להיות בבחינת השלכתם של מיהאמבט עם החינוך. אם אכן אנו מאמינים כי המשפט הפלילי צריך לשלב שיקולי יעילות ושיקולים שאינם שיקולי יעילות וכן ששיקולי יעילות ניתנים לניסוח מדויק יותר באמצעות השיח הכלכלי, מומחי המשפט הפלילי מחויבים להכיר בערך של השיח הכלכלי. אנליזה זו צריכה לפחות להציב דילמה בפני המשפטן הפלילי. שעה שהשימוש בכלים כלכליים במשפט הפלילי הוא בלתי-נסבל מן הפרספקטיבה של המשפטן, מכיוון שהוא מאיים לעוות את היכולת להעריך שיקולים שאינם שיקולי יעילות — השיח הכלכלי הוא חיוני במסגרת הערכתם של שיקולי יעילות המהווים — על-פי טענתנו — כבר כיום חלק אינטגרלי מן החשיבה בתחום הפלילי. יתר על כן: הגיתות היה מבוסס עד כה על ההנחה, שהלשון הכלכלית מעוותת את היכולת להעריך את השיקולים המשפטיים המסורתיים, ואילו החשיבה הכלכלית חסינה בפני עיוות דומה. אך

6 ראה, למשל "The Moral and Metaphysical Sources of the Criminal Law" NOMOS XXVII, 11.

7 ראה פוזנר, "תיאוריה כלכלית של המשפט הפלילי", 1223-1225. לניתוחים אחרים מפרספקטיבה כלכלית של דרישת הכוונה הפלילית ראה S. Shavell, "Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent" 85 Colum. L. Rev. (1985) 1232, 1247.

אין לנו סיבה להאמין בחסינות של השיח הכלכלי⁸. מדוע הסכנה בעיוות השיח המשפטי המסורתי עקב השימוש בשיח הכלכלי חמורה יותר מן הסכנה של עיוות השיח הכלכלי עקב השימוש בשיח המשפטי מסורתי? מדוע אין הסכנה בעיוות היכולת להעריך את השיקולים הכלכליים מצדיקה וניחת השיח המשפטי המסורתי, בעוד שהסכנה שבעיוות היכולת להעריך שיקולים חוץ-כלכליים מצדיקה את וניחת השיח הכלכלי?

מניתוח זה איננו יכולים להסיק מסקנות באשר לרציות השימוש בשיח הכלכלי, ואולם כחינת הטעמים לעוינותם של המשפטנים הפליליים כלפי השיח הכלכלי והודאה חלקית בסכנה של ניתוח כלכלי העלחה ספקות רציניים באשר לצידוק שבעוינות זו. הן שיקולי יעילות והן שיקולים שאינם שיקולי יעילות משתתפים בקביעת ההחלטות המשפטיות בהקשר הפלילי. העוינות כלפי הניתוח הכלכלי איננה עוינות כלפי שיקולי היעילות בתור שכאלה, אלא העוינות ביחס לשימוש בשיח הכלכלי כדי לבטא שיקולי יעילות. ניתן להצדיק עוינות זו על בסיס הסכנה שבזיהום השיח המשפטי. זיהום זה עלול להשפיע לרעה על היכולת לבחון ולהעריך שיקולים שאינם שיקולי יעילות. ואולם אין סיבה להאמין, שההשפעה ההרסנית של השיח הכלכלי על היכולת להעריך שיקולים שאינם שיקולי יעילות היא בעלת משקל רב יותר מן ההשפעה החיובית שיש לשיח הכלכלי על היכולת להעריך שיקולי יעילות. יתר על כן: ההשפעה המזהמת של השיח הכלכלי על השיח המשפטי מסורתי איננה בהכרח מסוכנת יותר מן ההשפעה המזהמת של השיח המסורתי על השיח הכלכלי. מבלי לבחון את הכוח היחסי של השיקולים המנוגדים הנ"ל, אויבי השיח הכלכלי אינם יכולים להצדיק את התנגדותם לשיח זה.

2. מדוע זגחו הכלכלנים את המשפט הפלילי?

כל תיאוריה של המשפט מעניקה עדיפות מושגית לניתוח תחומים מסוימים של המשפט כאמצעי להסברת התופעה המשפטית ולהצדקתה. במסורת הפוזיטיביסטית המוקדמת נהנה המשפט הפלילי מעדיפות מושגית כזו. תיאורו של אוסטין את המשפט כפקודה הנחמכת על-ידי סנקציות תואמת לחלוטין את המבנה של המשפט הפלילי⁹. בהיותו פילוסוף רציני ושיטתי, הסביר אוסטין גם כיצד תפישת המשפט שלו, המבוססת על הפרדיגמה הפלילית, יכולה להאיר תחומים אחרים של המשפט. אוסטין השכיל לתאר את המשפט האזרחי על-ידי הרחבה של המושג סנקציה כך שיכלול גם תרופות אזרחיות. על-פי שיטתו, אי-הכרה בתקפות של חוזה או צוואה איננה אלא סנקציה שאיננה שונה מבחינה מושגית מן הסנקציה הפלילית¹⁰. לעתים הקשר בין תיאוריה של המשפט לתחום משפטי ספציפי הוא מורכב יותר ועל-כן קשה לזהוי, ואולם בחינה מדוקדקת של תיאוריות של המשפט תחשוף בדרך-כלל עדיפות מושגית לתחומים משפטיים מסוימים. הזרם של משפט וכלכלה איננו חריג.

8 אני מודה ליוזם שחר על שהעלה בפני לראשונה רעיון זה.

9 ראה John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* (1832) Lecture I.

10 אוסטין, שם.

הפרדיגמה שהוא בנוי עליה היא השוק, והמשפט האזרחי ניתן לניתוח במונחי שוק ביתר קלות מאשר המשפט הפלילי.

הזרם הכלכלי של המשפט משתמש בשווקים כפרדיגמה בסיסית. ככל שהמציאות החברתית דומה יותר לשוק, כן יהיה קל יותר לחסידי הניתוח הכלכלי של המשפט להפעיל את דרך החשיבה הכלכלית. בנסיבות שבהן שווקים אינם מתפקדים באופן יעיל, דהיינו: כאשר ישנו כשלון שוק, חסידי משפט וכלכלה נוטים להשתמש בשווקים היפותטיים. המערכת המשפטית נתפשת אפוא כאמצעי להגנה על שווקים אקטואליים או כאמצעי לריפוי כשלונות שוק, כאשר אלה פוגעים ביעילות השווקים האקטואליים. במקרה זה מנסה הניתוח הכלכלי לזהות מהו מצב העניינים שהצדדים היו מגיעים אליו בשוק משוכלל (נטול כשלי שוק) היפותטי¹¹.

המשפט הפלילי איננו נוח באופיו לניתוח מסוג זה. הכנקציות הפליליות תוארו על-ידי חסידי הניתוח הכלכלי של המשפט כמחירים שהחברה מטילה על פעילות בלתי-חברתית. מתיאור זה ניתן להסיק, כי האיסורים של המשפט הפלילי הם איסורים מותנים (ולא כפי שהם נתפשים באופן מסורתי כאיסורים קטגוריים). במלים אחרות: על-פי הגישה הכלכלית, הכוח המחייב של הסנקציה הפלילית חל רק אם אדם רוצה להימנע מן המחיר, דהיינו: מן הסיכון שהסנקציה הפלילית תופעל נגדו. הסנקציה הפלילית מתוארת אפוא כמחיר שעל המבצע לשלם כדי לבצע את המעשה הפלילי¹². אלא שהדרך המסורתית לתאר את המשפט הפלילי היא כמערכת של איסורים קטגוריים. על-פי תיאור זה, איסורים פליליים אינם בגדר מחיר על ביצוע פעילות, אלא הם מטילים איסור בלתי-מותנה על הפועל ללא קשר לנכונות "לשלם את המחיר", דהיינו: לשאת בסיכון של הסנקציה הפלילית¹³.

ואולם ראיית המשפט הפלילי כסט של איסורים מותנים מעוררת בעיות קשות. אם האיסור הפלילי הוא איסור מותנה, יכולנו להתיר לאדם לדווח לשלטונות על כוונתו לבצע עבירה פלילית, לרצות את עונשו מראש ולאחר ריצוי מלא של עונשו לבצע את העבירה הפלילית. מנגנון זה היה יעיל משום שהיה חוסך עלויות הכרוכות בזיהוי העברייני. היעדרו של מנגנון כזה בדין הפוזיטיבי איננו מתיישב עם העמדה, שלפיה האיסור הפלילי הוא איסור מותנה, ולא איסור קטגורי¹⁴.

חסידי משפט וכלכלה יכולים לנסות ולהסביר את האופי הקטגורי של המשפט

11 ראה, למשל, R. Posner, "Utilitarianism, Economics and Legal Theory" 8 *Journal of Legal Studies* 103, 119 (1979); R. Posner, "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law" 8 *Hofstra Law Rev.* (1980) 487.

12 המאמר הקלסי שהחל לדון בסנקציות פליליות במונחים אלה הוא G. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach" 76 *J. Pol. Econ.* (1968) 169. להצגה בהירה של הגישה התמחירית לענישה ראה R. Cooter and T. Ullen, "Law and Economics" (1986) 515-523. ביקורת על הנחה זו בניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי הוצעה על-ידי קולמן. ראה J. Coleman, "Crime Kickers and Transaction Structures" *NOMOS XVII* 310, 324-325.

13 E. Baker, "Counting Preferences in Collective Choice Situations" 25 *U.C.L.A. L. Rev.* (1978) 381.

14 ריכז דומה התעורר בדיני-הנויקין. ראה J. Coleman & J. Krauss, "Rethinking the Theory of Legal Rights" in J. Coleman, *Markets, Morals and the Law* (Cambridge, 1988) 28, Reprinted from 95 *Yale L. J.* (1986) 1335. קראוס וקולמן מצביעים במאמרם על שני תפקידים של דיני הנויקין, המקבילים לאבחנה המוצגת כאן. על פי עמדתם דיני הנויקין קובעים הן איסורים מותנים והן איסורים

הפלילי במונחים כלכליים. אם רגשי אשם מתוארים כחלק מן המחיר שעל הפועל לשלם בעבור פעילותו הפלילית, אנו יכולים להפחית את עלויות הפעלתן של סנקציות משפטיות על-ידי חיזוק סנקציות פסיכולוגיות שונות – הן פנימיות, כגון רגשי אשם, הן חיצוניות, כגון חשש מתגובות הזולת. השימוש בסוג הראשון של סנקציות פסיכולוגיות מותנה בכך, שהאיסורים הפליליים ייתפשו על-ידי הפרטים כאיסורים קטגוריים. לכן התפישה המסורתית של המשפט הפלילי כמטיל איסורים קטגוריים יכולה היא עצמה להיות מוסברת במסגרת הניתוח הכלכלי כמחויבת מטעמי יעילות.

לרוע המזל, לוקה הסבר זה בחולשות המקשות על חסידיו של הניתוח הכלכלי. חיזוק של רגשי-אשם דורש שהמערכת הפלילית תיתפש כלגיטימית וכבודקת. אך אם השופטים משתמשים בניתוחי עלות תועלת, הדבר עלול לפגוע בלגיטימיות של המשפט הפלילי, ועל-כן לפגוע ביעילות של הסנקציות הפסיכולוגיות ועמן לפגוע ביעילות המערכת הפלילית בכלל. באופן פרדוקסלי, שיקולי יעילות מחייבים אפוא זניחת חישובי עלות תועלת כדי להגן על האפקטיביות של הסנקציות הפנימיות¹⁵. לסיכום: ההזנחה היחסית של המשפט הפלילי על-ידי חסידי הניתוח הכלכלי של המשפט מובנת לאור העובדה שהפרדיגמה השלטת אשר במסגרתה הם עובדים – פרדיגמת השוק, איננה תואמת את אופיו של המשפט הפלילי. אך הקשיים הנ"ל אינם מצדיקים את הזנחת הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי. כפי שטענתי לעיל, יעילות היא גורם אחד בהחלטות שיפוטיות. אנו יכולים לזנוח את היומרה הפוזיטיבית המבקשת להסביר את המשפט הפלילי באופן בלעדי על בסיס שיקולי יעילות, ויחד עם זאת להעניק מעמד מכובד (אם כי לא אקסלוסיבי) לשיקולים אלה.

ב. הניתוח הכלכלי של המשפט – מבוא חלקי למשפטן ההדיוט

הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי מנסה לבנות פרספקטיבה מאחדת של תחומים משפטיים שונים¹⁶. דיני-החוזים, דיני-הנוזקין והמשפט הפלילי הם כולם אמצעים להשפיע על התנהגות האנושית באופן שיבטיח התנהגות אופטימלית מבחינה חברתית. השפעה על התנהגות אנושית יכולה להיעשות על-ידי הרתעה ומניעת התנהגות בלתי-רצויה או על-ידי חיזוק התנהגות רצויה והמרצתה (או שניהם כאחד). מסיבות מובנות יעסוק הדיון להלן בהרתעה או במניעת התנהגות בלתי-רצויה, אך מסקנותי יישומות גם להמרצת התנהגות רצויה. את חסידי משפט וכלכלה ניתן לחלק לשתי קבוצות: הרדיקלים והמתונים.

קטיגוריים. לגישתם, הנטיון לנתח את דיני הנוזקין במונחים של צוים מותנים בלבד (כפי שגזר מהגישה הכלכלית) מוטעה.

15 L.M. Seidman, "Soldiers, Martyrs and Criminals — Utilitarian Theory and the Problem of Crime Control" 94 *Yale L. J.* (1984) 315

16 המאמר הקלסי הוא כמובן G. Calabresi and D. Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability — One View of the Cathedral" 85 *Harvard Law Rev.* (1972) 1089

הרדיקלים מאמינים, כי האפיון של התנהגות רצויה הוא אפיון כלכלי בטבעו¹⁷. המשפט הוא מיכניזם המיועד להבטיח יעילות. הכלכלה מאפשרת לנו אפוא הן להגדיר את מטרות המשפט (יעילות) והן לזהות את הדרכים היעילות ביותר להבטיח כי המטרות הנ"ל תתממשנה באופן יעיל. על-פי המתונים, האפיון של מטרות המשפט יכול להיות בלתי-כלכלי, אבל האמצעים להבטיח מטרות אלה יכולים להיחשף באופן פורה על-ידי הניתוח הכלכלי. לכן עמדת המתונים מתיישבת עם הטענה, כי מטרת המשפט איננה יעילות בלבד (או איננה אפילו יעילות כלל), אלא שהדרך האופטימלית להשיג מטרה זו (יהיה תוכנה אשר יהיה) ניתנת לזיהוי ככלים כלכליים. על-פי הפרספקטיבה המתונה נתפש אפוא המשפט כמיכניזם המיועד ליצור תמריצים אופטימליים להתנהגות רצויה, אך הזיהוי של ההתנהגות שתמריצים אלה אמורים להביא בעקבותיהם איננו נקבע (בהכרח) על בסיס שיקולי יעילות. דיני-החוזים, דיני-הנזיקין והמשפט הפלילי יוצרים תמריצים כדי להבטיח התנהגות אופטימלית של הפרטים. הערכת היעילות של התמריצים הנ"ל (אך בשום פנים ואופן לא בשאלה מה מוגדר כ"התנהגות אופטימלית") יכולה וצריכה להיות מנותחת באמצעות כלים כלכליים.

הניתוח להלן יתמקד בוורסיה המתונה של משפט וכלכלה. אולם כיון שוורסיה זו נגזרת באופן לוגי מן הוורסיה הרדיקלית, מסקנותי חייבות להיות מקובלות גם על החסידים הרדיקלים של משפט וכלכלה.

עד עתה ביססנו את הטענה, כי הניתוח הכלכלי מיועד לזהות את הטכניקות המשפטיות המבטיחות התנהגות אופטימלית של פרטים. התנהגות הפרטים היא פונקציה של העדפותיהם ושל עלויות מימוש העדפות אלה¹⁸. ישנן שתי אסטרטגיות שבאמצעותן ניתן להשפיע על ההתנהגות האנושית בדרך הנראית רצויה למעצבת המדיניות. הדרך האחת היא על-ידי שינוי ההעדפות של הפרטים באופן שיוכיל את הפועל לפעול בהתאמה עם ההתנהגות הרצויה. הדרך השנייה היא שינוי סל-התגמולים (עלויות מימוש ההעדפות) של הפועל באופן שיוכיל אותו לפעול בהתאמה עם ההתנהגות הרצויה. מרבית חסידי המשפט והכלכלה בחרו לנתח את המשפט, בכלל, והמשפט הפלילי, בפרט, תוך שימוש במודל השני¹⁹. גם הניתוח שלנו להלן יאמץ את העמדה המקובלת ויראה במשפט הפלילי מכשיר לשינוי התנהגות על-ידי שינוי של סל-התגמולים. על-פי גישה זו, המשפט הפלילי

17 זוהי עמדתו של פחנר. ראה מאמריו המוזכרים לעיל, בהערות 2 ו-11.

18 זוהי עמדתו של קלברסי. ראה למשל G. Calabresi, "About Law and Economics — A Letter to Prof. Dworkin" 8 *Hofstra L. Rev.* (1980) 553.

19 אחד הניתוחים היחידים, המתמקד בהשפעת המשפט הפלילי על ההעדפות ולא על סל-התגמולים, הוא K. Dau Schmidt, "An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference Shaping Policy" 1990 *Duke Law Jour.* 1. הבחנה בין שינוי ההעדפות לשינוי סל-התגמולים איננה תמיד הבחנה חד-חד. שינוי סל-התגמולים עלול לגרום שינוי בהעדפות. סינדרום "הענבים החמוצים", דהיינו: אימוץ העדפה להשיג מטרות שקל-יחסית להשיגן (מטרות שעלות מימושן נמוכה), הוא דוגמא להשפעה העשויה להיות לשינוי סל-התגמולים על ההעדפות. לניתוח סינדרום זה ראה J. Elster, *Sour Grapes* — *Studies in the Subversion of Rationality* (Cambridge, 1983) 109–140; C. Sunstein, "Legal Interference With Private Preferences" 53 *U. Chi. L. Rev.* (1986) 1129, 1146–1150. דוגמא אחרת היא הסינדרום ההפוך של counteradaptive preferences. סינדרום זה מביא אדם דווקא לידי אימוץ העדפות שעלות מימושן גבוהה במיוחד. לניתוח סינדרום זה ראה אלסטר 111–112.

קובע סל-תגמולים לפעילויות שונות כדי להבטיח התנהגות אופטימלית מבחינה חברתית. בהינתן התנהגות אופטימלית (הנקבעת על-פי שיקולים חוץ לכללים), הגישה הכלכלית יכולה לנתח את הגודל והאופי של התמריצים שיבטיחו התאמה בין ההתנהגות האופטימלית להתנהגות האקטואלית.

עד כה לא הבחין הניתוח בין תחומים משפטיים שונים. דיני-החודים, כמו גם דיני-הנזיקין והמשפט הפלילי, משנים את סל-התגמולים באופן ההופך פעולות מסוימות לאטרקטיביות יותר או פחות עבור הפרט. מה יכול להסביר את קיומם של תמריצים משפטיים שונים? מדוע עלינו להרחיע הפרת חוזה – על-ידי שימוש בתרופות חוזיות; מעשים נזיקיים – על-ידי דיני הנזיקין; ופעילות פלילית – על-ידי הטלת סנקציות פליליות?

מן הפרספקטיבה הכלכלית, ההבחנה בין תחומים משפטיים שונים היא ביעילות הדיפרנציאלית של סנקציות²⁰. היעילות של סנקציות מסוגים שונים משתנה בהתאם לנסיבות. סוגים מסוימים של התנהגות בלתי-רצויה יימנעו על-ידי שימוש בסנקציות אזרחיות, בשעה שסוגים אחרים של התנהגות בלתי-רצויה מחייבים הפעלת סנקציות פליליות. לפי התיאור הנ"ל, ההבחנה בין משפט פלילי למשפט אזרחי איננה נתפשת כהבחנה בין קטגוריות שונות של התנהגות בלתי-רצויה, אלא בין אמצעים שונים להרתעת התנהגות בלתי-רצויה. גביית קנסים, הטלת אחריות אזרחית בגין הפרת חוזה, הטלת אחריות נזיקית בגין רשלנות או קנס ומאסר בגין הפרת חובה פלילית – כולם מהווים אמצעים להרתעת התנהגות בלתי-רצויה על-ידי שינוי סל-התגמולים. היעילות של הסנקציות השונות היא הגורם המרכזי בקביעת הקו המבחין בין תחומים משפטיים שונים.

שינוי סל-התגמולים איננו נעשה רק באמצעות הסנקציות הפורמליות הנקבעות על-ידי המשפט. סנקציות משפטיות הן רק חלק ממערכת אכיפה הכוללת מרכיבים חשובים אחרים. השימוש בשיקול הדעת השיפוטי או המנהלי, נחישות ותחכום של התובע במשפט אזרחי או היעילות של מערכת האכיפה הפלילית בזיהוי האחראים לפעילות פלילית משפיעים כולם על סל-התגמולים של הפועל. ייתכנו הבדלים ביעילות כמו גם בעלות של מיכניזמים אלה. אך אין סטטוס מיוחד לסנקציה המשפטית הפורמלית על-פני מרכיבים אחרים של מערכת-האכיפה²¹.

ניתוח זה מדגים את יכולתו של הניתוח הכלכלי להסביר תופעות מגוונות. הניתוח הכלכלי מסוגל לבצע אינטגרציה של תחומים משפטיים שונים ולתאר את ההבדלים ביניהם כהבדלים בטכניקות להשגת מטרות משותפות. באותו האופן מסוגל גם הניתוח הכלכלי להסביר מרכיבים שונים של מערכת-האכיפה: נורמות משפטיות, שיקול-הדעת השיפוטי, כמו גם המנהלי, מאמצי האכיפה של המשטרה במשפטים

20 זוהי העמדה המוצגת כמאמרם הקלסי של קלברטי ומלמד (לעיל, הערה 16) ואשר השפיע רבות על הגישה הכלכלית כלפי המשפט. לבחינה ביקורתית של גישה זו ראה קולמן וקראוס (לעיל, הערה 14).

21 אכן, חסידי משפט וכלכלה מפרסמים לעתים קרובות ניתוחים של המערכות הלא-פורמליות של אכיפה, כגון נתוחים של התמריצים להגיש תביעות אזרחיות או תלונות פליליות או אמצעי-הגנה הננקטים על-ידי קורבנות. "R. Posner, 'An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration' 399 Jour. of Legal Studies (1973) 2 אלה ייתפשו בעיניו של המשפטן המסורתי כלא-רלבנטים לעיסוק המשפטי.

פליליים או תובעים במשפטים אזרחיים – אינם אלא חלק ממערכת אחת הקובעת סל-תגמולים המיועד להביא להתנהגות אופטימלית. הכוח האינטרגטיבי של הגישה הכלכלית פועל אפוא להבטיח הן הסבר אחיד של תחומי המשפט השונים והן הסבר אחיד של המערכת המשפטית הפורמלית ושל מרכיבים בלתי-פורמליים של מערכת-האכיפה, כגון משטרה, שיקול-הדעת של התביעה ושיקול-הדעת השיפוטי. הכוח האינטרגטיבי של ההסבר הכלכלי מעמיד בעיה חדשה בפני חסידי הניתוח הכלכלי של המשפט. בעייתם שוב איננה מתן הסבר גלובלי לריבוי התופעות בעולם המשפטי, אלא דווקא להסביר כיצד ההסבר הגלובלי המוצע על-ידם מסוגל לתת דין-וחשבון מדויק של ריבוי התופעות במציאות התברתית-משפטית. על-כן, רוב המאמץ של חסידי משפט וכלכלה הוקדש דווקא כדי להסביר את הריבוי של התרופות – בין היתר הדיכוטומיה בין תרופות נזיקיות, מצד אחד, וסנקציות פליליות, מצד אחר.

ברוב המקרים הניחו חסידי הגישה הכלכלית, שהמשפט הנזיקי הוא מקרה פרדיגמטי, ואילו המשפט הפלילי הוא חריג הדורש הסבר מיוחד. המשפט הפלילי הוא תחליף נחות לסנקציות נזיקיות בנסיבות שבהן סנקציות נזיקיות אינן מספקות תמריצים מתאימים.²²

אך למטרותינו, האחדות הבסיסית של המשפט הנזיקי והמשפט הפלילי חשובה יותר מהסברת ההבדל בין השניים. המבנה המשותף של שני התחומים מעניק לנו את הזכות להשתמש במודלים המשוכללים יותר של דיני-הנזיקין כדי להיטיב להבין את המשפט הפלילי. הוא מעניק לנו גם את הזכות להעלות תמיהות כאשר דוקטרינות בסיסיות של דיני-הנזיקין נעדרות מן המשפט הפלילי. מסקנתנו המרכזית מדיון קצר זה היא, כי הכרת הלוגיקה של התחום הנזיקי יכולה לסייע לנו להבין טוב יותר את התחום הפלילי. בסעיף הבא נעשה שימוש במסקנה חשובה זו.

ג. דוקטרינה פלילית של אשם תורם

1. אשם תורם במשפט הנזיקי

מעשה נזיקי מוליד לעולם נזק אשר יכול היה להימנע על-ידי נקיטת אמצעי זהירות.²³ לעתים קרובות הפוגע או הנפגע או שניהם כאחד יכולים לנקוט אמצעי זהירות כדי למזער את הנזק הכולל של פעילות נזיקית. הנזק הכולל של התאונות מוגדר כסכום של תוחלת הנזק של התאונות ועלות אמצעי הזהירות.²⁴ מנקודת-המבט הכלכלית מטרת המערכת המשפטית היא לספק תמריצים אופטימליים כך שהן המזיק והן

22 ראה פוזנר, "תיאוריה כלכלית של המשפט הפלילי" (לעיל, הערה 2), 1205-1201; וכן, R. Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston & Toronto, 3rd ed., 1986) 205-212; S. Shavell, "Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent" 85 *Colum. L. Rev.* (1985) 1232, 1236-1238.

23 המונח "אמצעי זהירות" צריך להתפרש בהקשר זה במובן רחב. הוא כולל אפוא גם שינוי ברמת הפעילות היוצרת את הסיכון וגם נקיטת אמצעים כדי לצמצם את הסיכון שפעילות זו יוצרת. הבחנה זו מנותחת, למשל, אצל S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (1987) 5.

24 ראה שבל (לעיל, הערה 23), 7.

הקורבן ישתמשו באמצעי זהירות אופטימליים (אמצעי זהירות אשר ימזערו את הנזק הכולל של התאונות).²⁵

בעולם נטול עלויות עסקה ינקטו שני הצדדים אמצעי זהירות אופטימליים, ללא קשר להקצאה הראשונית של אחריות משפטית; כיוון שאם המערכת המשפטית מחלקת אחריות באופן לא אופטימלי, הצדדים (באמצעות הסכם) ישנו באורח וולונטרי את חלוקת האחריות בדרך שתהיה אופטימלית מבחינה חברתית.²⁶ אבל לעתים קרובות שינוי וולונטרי בחלוקת האחריות הוא יקר ולכן חלוקת האחריות המשפטית עלולה לספק תמריצים לא-נאותים ולהביא לידי התנהגות תת-אופטימלית. בסיטואציות אלו על המערכת המשפטית להתערב ולדאוג לתמריצים שיבטיחו התנהגות אופטימלית.

תיאור זה נשמע פשוט, אבל יש ויכוחים רבים באשר לשימוחם של עקרונות אלה.²⁷ לצרכינו הפן החשוב ביותר של התיאור הנ"ל הוא האופי המורכב של הנורמות הנזיקיות. הן הפוגע והן הנפגע ממלאים תפקיד חשוב במזעור העלות הכוללת של תאונות. האופנים שהפוגע והקורבן חולקים בהם את האחריות הנזקית משתנים משיטה משפטית אחת לאחרת, ואולם כל שיטה משפטית מודרנית פונה הן לפוגע הן לנפגע. הדוקטרינה המרכזית המעתיקה את האחריות מן הפוגע אל הקורבן כדי לספק לאחרון תמריץ לנקוט אמצעי זהירות היא הדוקטרינה של האשם התורם. על-פי דוקטרינה זו, רשלנותו של הקורבן תביא בעקבותיה לשלילה מלאה או חלקית של הפיצויים שהוא זכאי להם. דיון מפורט בדוקטרינה זו איננו נחוץ לענייננו.²⁸ מטרתנו איננה להכריע בוויכוחים הנטושים על הדרך האופטימלית להפעיל את הדוקטרינה הנ"ל. אנו מעוניינים לחקור מדוע המשפט הפלילי מסרב לייחס כל חשיבות להתנהגות הקורבן. לפני שנחקור זאת, עלינו לבחון מהו אופיה של דוקטרינה של אשם תורם בהקשר הפלילי.

אופי זה נגזר מהדוקטרינה הנזיקית. כשם שבנזיקין הדוקטרינה של האשם התורם שוללת את אחריותו הנזיקית של המזיק או מצמצמת אותו כאשר קורבן

25 להצגה בהירה של הגישה הכלכלית למשפט נזיקי ראה Cooter and Ulen (לעיל, הערה 12), 347 ואילך.

26 זוהי מסקנתו של קו במאמר הנחשב קלסי. ראה R. Coase, "The problem of Social Cost" 3 J. L. and Econ. (1960) 1.

27 הוויכוח הקלסי הוא בין קלברסי לפחנר. השאלות שעלו בוויכוח זה כוללות בין היתר מהי עלות וכיצד ניתן לזהות את ההתנהגות האופטימלית של הפוגע והקורבן. ראה, למשל, Guido Calabresi, *The Costs of Accidents — A Legal and Economic Analysis* (Yale, 1970); M. Landes and R. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987); R. Posner, "A Theory of Negligence" 1 J. Legal Stud. (1972) 29; R. Posner, "Strict Liability — A Comment" 2 J. Legal Stud. (1973) 205.

28 על-פי עמדה אחת, הרשלנות התורמת מפקיעה תמיד את הזכות לפיצויים. לעומת זאת, עמדה מקלה חליפית גורסת, שיש לצמצם את הזכות לפיצוי בהתחשב באשם היחסי של הצדדים. הכתיבה הכלכלית בתחום זה היא רבה. ראה למשל: R. Cooter & T. Ulen, "An Economic Case for Comparative Negligence" 61 N.Y.U. L. Rev. (1966) 1067; D. Haddock and C. Curran, "An Economic Theory of Comparative Negligence" 14 J. Legal Studies (1985) 49; Orr, "The Superiority of Comparative Negligence — Another Vote" 20 J. Legal Studies (1991) 119; A. Rea, "The Economics of Comparative Negligence" 7 International Review of Law and Economics (1987) 149; D. Rubinfeld, "The Efficiency of Comparative Negligence" 16 J. Legal Stud. (1987) 375.

המעשה הנזיקי התרשל, כן בתחום הפלילי הדוקטרינה המוצעת תשלול את אחריותו הפלילית של העבריין כאשר קורבן העבירה התרשל או תקטין את הסנקציה הפלילית המוטלת על העבריין. כמו דיני-הנזיקין, הדין הפלילי יכול אפוא לסרב לענוש אדם שביצע מעשה הנחשב בדרך-כלל כמעשה פלילי אם קורבן המעשה לא נקט אמצעי זהירות מתאימים כנגד המעשה הפלילי; או לפחות לא לענוש אותו באותה מידה בה נענש אדם אשר ביצע עבירה דומה כלפי קורבן זהיר יותר. מדיניות כזו תגדיל את הסיכונים המוטלים על קורבנות עתידיים בלתי-זהירים ולכן תמריץ אותם להשקיע באמצעי זהירות. כלל מעין זה יכונה להלן "דוקטרינה פלילית של אשם תורם" או "אשם תורם פלילי". בחלקים הבאים של סעיף זה נבחון את רציות הדוקטרינה של אשם תורם פלילי מן הפרספקטיבה של יעילות ומן הפרספקטיבה של צדק חלוקתי.

2. האם דוקטרינה פלילית של אשם תורם יעילה?

סעיף זה יבחן את יעילות השימוש בדוקטרינה פלילית של אשם תורם. מסקנתנו הסופית תהיה כי השימוש בדוקטרינה של אשם תורם הוא יעיל. שיקולי יעילות תובעים מן המערכת הפלילית למזער את העלות הכוללת של הפשע (המוגדרת כסכום העלות הצפויה של הפשע ועלות אמצעי הזהירות כנגד פשע)²⁹. עלות אמצעי הזהירות מוטלת הן על המדינה והן על הקרבנות הפוטנציאליים. יעילות תובעת חלוקת עלויות אמצעי הזהירות בין המדינה לבין הקרבנות הפוטנציאליים באופן הממזער את העלות הכוללת של הפשע. על פי הטיעון אותו נוכיח בהמשך, הגנה בלתי סלקטיבית על קרבנות פוטנציאליים תביא קרבנות פוטנציאליים להשקיע באמצעי זהירות פחות מן הנדרש מבחינה חברתית. יתר על כן, אנו נוכיח כי אחת הדרכים להבטיח השקעה אופטימלית של קרבנות פוטנציאליים באמצעי זהירות היא לאמץ דוקטרינה פלילית של אשם תורם. הטיעון נחלק לפיכך לשניים:

(1) בהעדר דוקטרינה של אשם תורם, התמריצים של קרבנות פוטנציאליים לנקוט אמצעי זהירות כנגד פשע הם תת-אופטימליים.

(2) דוקטרינה פלילית של אשם תורם יכולה להבטיח שהתמריצים שיפעלו על קרבנות פוטנציאליים יהיו יעילים או יעילים יותר מאשר בהעדרה של דוקטרינה כזו.

הבה ונבחן כל אחת מטענות אלה. בניגוד לטענה הראשונה ניתן היה לחשוב כי ההשקעה של קרבנות פוטנציאליים באמצעי זהירות כנגד פשע תהיה אופטימלית גם בהעדרה של דוקטרינה של אשם תורם בהנחה שהקרבנות הפוטנציאליים נושאים תמיד בעלויות הפשע המכוון כלפיהם. טיעון זה מבוסס על שוני בין המשפט הפלילי לנזיקי המערער כל נסיון להשתמש באנלוגיה בין שני תחומים אלה. בניזיקין הקרבן הוא כעיקרון אדיש בין מצב הענינים בו הוא קרבן של תאונה, אך נהנה גם מפיצוי נאות לבין מצב הענינים בו אין תאונה כלל³⁰. על כן על מנת להבטיח

29 ראה: Cooter and Ulen הערה 12 לעיל עמודים 539-536.

30 זוהי הנחה נפוצה בספרות הכלכלית של דיני הנזיקין. ראה למשל Cooter and Ulen הערה 12 לעיל עמ', 344-346. הנחה זו איננה חמיד מחממשת באופן מלא. ראה למשל את ניתוחו של שבל הערה 23 לעיל עמ' 163-127.

תמריצים אופטימליים לקרבנות של מעשה נזיקי, עלינו לשלול מהם פיצוי באם לא נקטו אמצעי זהירות. זהו איננו המצב במשפט הפלילי. ללא קשר למדיניות האכיפה הקרבן נושא בעלויות המלאות של הפשע. על כן, אין צורך בשימוש בדוקטרינה של אשם תורם על מנת לספק תמריצים אופטימליים לקרבנות פוטנציאליים. יתר על כן, אימוץ דוקטרינה כזו יכול ליצור תמריצים גבוהים מן האופטימלי ולהביא להשקעה גבוהה מן הרצוי באמצעי זהירות כנגד פשע.

זהו טיעון חזק, אך תקפותו מותנית בהנחה חשובה הראויה לבדיקה מדוקדקת. ההנחה בבסיס הטענות היא ההנחה של העדר השפעות חיצוניות (externalities), דהיינו ההנחה כי אמצעי זהירות הננקטים על-ידי קרבנות פוטנציאליים אינם משפיעים על צדדים שלישיים. קיומן של השפעות חיצוניות עתיד להביא קרבנות פוטנציאליים להשקיע יותר מדי או פחות מדי משאבים במניעת פשע, משום שקרבנות פוטנציאליים יתעלמו מן ההשפעות של פעולותיהם על צדדים שלישיים. כדי לבסס את הטענה הראשונה שהצגתי יש להראות כי ההנחה בדבר העדר השפעות חיצוניות היא הנחה מוטעית. לאמצעי הזהירות של קרבנות יש השפעות חיצוניות משני סוגים. ראשית, קרבנות פוטנציאליים נהנים מאמצעי הזהירות הננקטים על ידי קרבנות אחרים משום שאמצעי זהירות אלה מגדילים את עלות הפשע עבור העבריין הפוטנציאלי ולכן מקטינים את נכונות העבריין להיות מעורב בפשע. שנית המדינה עצמה נהנית מאמצעי הזהירות משום שאמצעי הזהירות של הקרבנות מקטינים את עלות מערכת האכיפה. הבה נוכיח כל אחת מטענות אלה. עבירה המבוצעת כנגד פרט מביאה לערעור תחושת הביטחון הכללית בין קרבנות פוטנציאליים³¹. החסינות היחסית של קרבנות זהירים תורמת לתחושת ביטחון חברתית. לכן, אמצעי זהירות של קרבנות פוטנציאליים תורמת לרווחתם של קרבנות אחרים. יתר על כן, אמצעי זהירות הננקטים על-ידי קרבנות פוטנציאליים מגדילים את הסיכון של העבריין ומקטינים את סיכויי ההצלחה של הפשע. אמצעי זהירות הננקטים על-ידי קרבנות פוטנציאליים מקטינים את הריווחיות של פשיעה, ולכן מקטינים את מספר העבריינים.

חשובה עוד יותר היא ההשפעה על עלות מערכת האכיפה. ככל שהקרבנות הפוטנציאליים משקיעים יותר באמצעי הזהירות כך פוחתת רמת הפשע הכוללת החברתית³². עלות מערכת האכיפה תלויה ברמת הפשע כיוון שחלק ניכר מעלות מערכת האכיפה מוקדש לזיהוי וענישה של פושעים אקטואליים. ההפחתה במספר וחומרת העבירות כתוצאה מאמצעי זהירות משוכללים הננקטים על ידי קרבנות פוטנציאליים מפחיתה לפיכך את עלות מערכת האכיפה.

ההצדקה לאימוץ דוקטרינה של אשם תורם בדיני הנזיקין איננה דורשת קיום מלא של הנחה זו. מספיק להראות כי רמת הרווחה של הקרבנות משתפרת באופן משמעותי בעקבות הפיצוי ולכן בהעדר דוקטרינה של אשם תורם הם ישקיעו פחות מן האופטימלי באמצעי זהירות.

31 בהינתן שלקרבנות פוטנציאליים אין אינפורמציה על אמצעי הזהירות בהם נוקטים קרבנות אקטואליים, פשע המבוצע כנגד קרבן בלתי יוליד חרדה גם בקרב קרבנות זהירים.

32 טענה זו עלולה לעורר את ההתנגדות הבאה. אמצעי זהירות הננקטים על ידי קרבן אחד מרעים ולא מטיבים עם קרבנות אחרים משום שהם יביאו את הפושע למצוא קרבן אחר. לבחינה מפורטת בהתנגדות זו ראה/ראי דיון בהמשך סעיף זה.

העלויות של פשע אינן מוגבלות לעלויות הישירות (נזק לגוף ולרכוש). הן כוללות עלויות של שימוש במשטרה ובבתי המשפט. הרמה האופטימלית של אמצעי הזהירות צריכה להתחשב בכל העלויות הרלבנטיות. אבל קרבנות פוטנציאליים יתעלמו מעלויות עקיפות אלה בהחליטם על רמת השקעתם באמצעי זהירות³³.

ההנחה בדבר העדר השפעות חיצוניות היא לפיכך מוטעית. אמצעי זהירות הננקטים על ידי קרבנות פוטנציאליים משפיעים באופן חיובי בשני אופנים. ראשית הם מיטיבים עם קרבנות פוטנציאליים אחרים על ידי הקטנת רווחיות הפשע והגדלת הסיכון להתפס. שנית, הם מורידים את עלות אחזקת מערכת האכיפה. השפעות חיצוניות אלה אינן משפיעות על התנהגות קרבנות פוטנציאליים ועל-כן יש להניח כי הם ישקיעו השקעה תת-אופטימלית באמצעי זהירות.

לרוע המזל הוכחת הטענה הראשונה (שבהעדר דוקטרינה של אשם תורם, תהיה ההשקעה של קרבנות פוטנציאליים במניעת פשע תת-אופטימלית) איננה מספקת לצרכינו. עלינו להוכיח בנוסף לכך את הטענה השנייה, דהיינו כי אימוץ דוקטרינה פלילית של אשם תורם תגדיל את התמריצים של קרבנות פוטנציאליים לנקוט באמצעי זהירות. מדוע הפחתת העונש המוטל על העברייין משפיעה לרעה על רווחתו של הקרבן? מדוע יתפצו קרבנות בענישת העבריינים?

שתי תשובות אפשריות לתמיהה זו. התשובה הראשונה מתבססת על שאיפת הנקם של קרבנות; השנייה על העלות השונה של פשע עבור קרבנות זהירים ובלתי זהירים במערכת משפטית המכירה בדוקטרינה של אשם תורם. ראשית, ניתן היה לטעון כי קרבנות פוטנציאליים חפצים בענישה חמורה של עבריינים שיפעלו נגדם על שום רגש הנקמה המפעם בקרבם. לכן, לכאורה דין פלילי אשר מכיר בדוקטרינה של אשם תורם יביא קרבנות פוטנציאליים להשקיע יותר באמצעי זהירות כדי להבטיח שעבריינים שפעלו נגדם יענשו בחומרה.

עם זאת, ניתן לשער כי ההשפעה של רגשי נקם אלה על ההתנהגות של קרבנות פוטנציאליים היא שולית. תחושות נקם אכן נפוצות בין קרבנות אקטואליים, אך הן אינן משפיעות כמעט על קרבנות פוטנציאליים. תחושת הנקם מתפתחת לאחר שאדם הפך קרבן של עבירה פלילית, אך הסכנה להפך קרבן של עבירה פלילית עתידית אפשרית והרצון לראות בענישת העברייין העתידי ישפיעו רק לעתים נדירות על הקרבן הפוטנציאלי.

הסבר מספק יותר נשען על העלות הצפויה של פשע עבור קרבנות פוטנציאליים, במיוחד על ההבדל בעלות הצפויה של פשע עבור קרבנות זהירים ובלתי זהירים. דוקטרינה של אשם תורם משנה את התמריצים הפועלים על עבריינים. שינוי זה מצידו משנה את התמריצים הפועלים על הקרבן באופן המקדם התנהגות יעילה מבחינה חברתית.

במערכת משפטית המכירה באשם תורם, עבריינים ימנעו מלפעול כנגד קרבנות

33 טיעון דומה נותח במסגרת דיני הניקין. מספר מחברים חקרו את השפעת עלות ההליך המשפטי על החלוקה האופטימלית של האחריות. ראה למשל: Hylton, "The Influence of Litigation Costs on Deterrence Under Strict Liability and Under Negligence" 10 *International Rev. of Law and Economics* (1990) 161. A. Polinsky and D. Rubenfeld, "The Welfare Implications of Costly Litigation on the Level of Liability" 17 *Jour. of Legal Studies* (1988) 151.

זהירים. אם העברייני יודע שהקרבת נקט באמצעי זהירות תת-אופטימליים ואם הוא יודע כי הדין מכיר בדוקטרינה של אשם תורם, העברייני יעדיף לפעול כנגד קרבן זה. לעומת זאת, אם הקרבן נוקט באמצעי זהירות אופטימליים, העברייני ידע שיהיה צפוי לעונש חמור במיוחד ולכן ייטה פחות לבצע עבירות כנגד הקרבן הזהיר. הסנקציות הכבדות הצפויות לעבריינים הפועלים כנגד קרבנות זהירים ישפיעו על התנהגותם של קרבנות פוטנציאליים. אלה ינקטו אמצעי זהירות גבוהים בהינתן שעבריינים יירחצו מלפגוע בהם (בשל הסנקציה הגבוהה יחסית המוטלת על עבריינים הפועלים כנגד קרבנות זהירים). אימוץ דוקטרינה של אשם תורם מעניקה תמורה לקרבנות פוטנציאליים אשר נקטו אמצעי זהירות.

זיכר העברייני או הקלה בעונשו כאשר הפשע כוון כלפי קרבן בלתי זהיר מגדילים את הסיכון המוטל על קרבנות בלתי זהירים ולכן מוביל קרבנות פוטנציאליים לנקוט באמצעי זהירות מוגברים. אימוץ דוקטרינה של אשם תורם יוביל את העבריינים לפעול כנגד קרבנות בלתי זהירים בהינתן הסנקציות הנמוכות יחסית המוטלות על עבריינים אלה. לכן, בשיטה משפטית אשר תכיר באשם תורם, קרבנות בלתי זהירים, ייחשפו לסיכונים גבוהים במיוחד. על כן, קרבנות פוטנציאליים יגדילו את השקעתם באמצעי זהירות על מנת להקטין סיכונים אלה. יש להדגיש סייג אחד. ניתוח זה ישים רק לאמצעי זהירות שניתנים לזיהוי מוקדם על-ידי העבריינים. אמצעי זהירות שאינם ניתנים לזיהוי מוקדם אינם יכולים להשפיע על התנהגות העבריינים ועל כן לא ישפיעו על רמת חשיפת קרבנות לפשע.

אימוץ דוקטרינה של אשם תורם היא כמובן רק טכניקה אחת באמצעותה יכולה המערכת הפלילית להביא קרבנות לנקיטת אמצעי זהירות. מרכיבים אחרים של מערכת האכיפה יכולים להביא תוצאות דומות. למשל, שימוש נאות בשיקול הדעת השיפוטי בקביעת הסנקציה על עבריינים דהיינו הקלה בעונשם של עבריינים שפעלו כנגד קרבנות בלתי זהירים; או מאמץ מופחת של המשטרה ומנגנון האכיפה לזהות ולהביא לדין עבריינים שפגעו בקרבנות בלתי זהירים.

עד כה ביססנו את שתי הטענות הבאות: ראשית, הראינו כי בהעדר דוקטרינה של אשם תורם, ההשקעה של קרבנות פוטנציאליים באמצעי זהירות היא תת-אופטימלית. אמצעי זהירות הננקטים על-ידי קרבן פוטנציאלי מטיבים עם קרבנות אחרים כמו גם מורידים את עלות מערכת האכיפה. ואולם שיקולים אלה אינם מובאים בחשבון על-ידי הקרבן הפוטנציאלי ועל כן בהעדר דוקטרינה של אשם תורם תהא השקעתו של הקרבן נמוכה מן המתחייב משיקולי יעילות. שנית, הראינו כי אימוץ דוקטרינה פלילית של אשם תורם יגדיל את התמריצים של קרבנות להשקיע באמצעי זהירות. שתי הטענות יחדיו מביאות למסקנה כי אימוץ דוקטרינה של אשם תורם עשויה להבטיח השקעה אופטימלית של קרבנות באמצעי זהירות. אבל המשפט הפלילי הכחיש באופן מסורתי את הרלבנטיות של התנהגות הקורבן. כיצד ניתן להצדיק או להסביר את סרובו של המשפט הפלילי להכיר בדוקטרינה זו? ניתן להציע שלושה הסברים אפשריים:

(1) הטלת העלות על הקורבן היא יעילה מבחינה כלכלית, אך בלתי-צודקת. ההבחנה בין המשפט הפלילי לבין דיני-הנוזקין מבוססת על שיקולים שאינם שיקולי יעילות.

(2) הטענה שלפיה הדוקטרינה של אשם תורם איננה קיימת כמשפט הפלילי היא מטעה. הדוקטרינה מיושמת כמשפט הפלילי, אם כי באופן פחות מפורש מאשר בדיני-הנוזיקין. הסבר זה דורש לחשוף את הטכניקות הסמויות שהדוקטרינה של אשם תורם מיושמת באמצעותן, על-אף העמדה הרשמית המכחישה את קיומה של הדוקטרינה.

(3) קיימים שיקולי יעילות המבחינים בין המשפט הנוזיקי לבין המשפט הפלילי ומצדיקים את השימוש בדוקטרינה של אשם תורם בנוזיקין והיעדרה של דוקטרינה דומה בדיני-הנוזיקין.

ההסבר הראשון לא יידון כאן. דיון בהסבר השני יידחה לסעיף הבא. שני נסיונות אפשריים להסביר את היעדרה של דוקטרינה פלילית של אשם תורם ברוח ההצעה השלישית (דהיינו: על בסיס שיקולי יעילות) ייבחנו בסעיף זה. הסבר אחד הוצג בקצרה על-ידי פוזנר הטוען:

Though in principle... the victim rather than the aggressor might be the "cheapest cost avoider"... It appears that the market bypassing acts that have been made criminal are primarily those where the victim is never (or very rarely) the cheapest cost avoider. Other harmful acts are more likely to be governed by tort law, with its concepts of assumption of risk and contributory negligence that facilitate comparing the costs of potential injurer and potential victim of avoiding injury³⁴.

פוזנר מאמין, כי אחריות פלילית מוטלת מלכתחילה על-ידי המשפט הפלילי רק לאחר שחישוב עלות-תועלת כבר נעשה, והאדם שהאחריות הפלילית מוטלת עליו זוהה כמונע הנזק הזול ביותר. לכן העיקרון הדורש מאתנו לחלק אחריות לפעילות באופן אופטימלי נכלל כבר בהגדרת הפעילות הפלילית. ההחלטה להטיל אחריות פלילית בגין פעולה מסוימת מבוססת כבר על שקלול עלויות. שקלול עלויות זה הביא את המחוקק למסקנה, כי תמיד (או לעתים קרובות מאוד) ראוי מבחינה כלכלית שהאדם אשר הוגדר בחוק כפושע ינקוט אמצעי זהירות. סירוב לנקוט אמצעי זהירות כאלה הוא בלתי-יעיל, ועל-כן מחייב התערבות משפטית.

כוחו של הטיעון מבוסס על ההנחה (הלקוחה מן הדין הנוזיקי), שהעלויות הרלבנטיות הן העלות בגין הימנעות מן הפעילות העבריינית (המוטלת על העבריין הפוטנציאלי) מול עלות נקיטת אמצעי זהירות (המוטלת על הקורבן) הפוטנציאלי. השוואת עלויות המניעה של העבריין ושל הקורבן אכן תביא באופן בלתי-נמנע למסקנה, שהפושע הוא לעתים קרובות "המונע הזול ביותר". ואולם זוהי השוואה חלקית בלבד: מן הקביעה כי הפושע הוא "המונע הזול ביותר" נגזר, כי אופטימלי שהוא (העבריין) יימנע מביצוע הפשע; אך לא ניתן להסיק מכך, כי על המדינה (ולא הקורבן, למשל) לשאת בעלויות המניעה. החלטה באשר לחלוקת עלויות

34 ראה פוזנר, "הערה" (לעיל, הערה 2), 311.

המניעה דורשת השוואה בין עלויות המניעה של המדינה מול הקורבן, ולא רק של הקורבן מול העברייין.

יעילות דורשת מאתנו לזהות את הפרטים העשויים לנקוט אמצעי זהירות אשר ימזערו את העלויות הכוללות של פשע. אין זה מספיק לציין את אי-היעילות של המעשה הפלילי. נוסף על כך עלינו לזהות את האדם המצוי במצב הטוב ביותר למנוע את הנזק. שיפוט זה דורש מאתנו להשוות את עלות אמצעי הזהירות עבור הקורבן מול עלות אמצעי הזהירות עבור המדינה.

המדינה יכולה למנוע את הנזק על-ידי הטלת סנקציות חמורות יותר או הגדלת הסתברותה של התפישה. הקורבן יכול למנוע את הנזק על-ידי נקיטת אמצעי זהירות שיקשו על העברייין לבצע את העבירה. שינוי ההשוואה הרלבנטית מן ההשוואה בין עלות המניעה של הפושע ושל הקורבן להשוואה בין עלות המניעה של הקורבן ושל המדינה מדגימה את הפגם בעמדת פוזנר. על-פי הצעתנו, ההחלטה לענוש את הפושע איננה באה להטיל את העלות על הפושע, אלא לתבוע מן המדינה לשאת בעלויות המניעה וכך לשחרר את הקורבן מנשיאה בעלויות אלה. לעומת זאת, החלטה לזכות את הקורבן באופן מלא או חלקי, או החלטה להימנע מלהשקיע מאמצים לתפשו, באה להטיל את עלויות מניעת המעשה הפלילי על הקורבן.

נעבור לבחינת טיעון שני, המעלה ספקות לגבי יעילות השמוש בדוקטרינה הפלילית של אשם תורם. אנשי-אקדמיה רבים, ובמיוחד קרימינולוגים, טענו כי שימוש באמצעי זהירות על-ידי קורבנות מעתיק את סיכוני הפשע לקורבנות אחרים. קרימינולוגים פסימיים מאמינים, כי נקיטת אמצעי זהירות על ידי קורבנות פוטנציאליים רק מחלקת באופן שונה את סיכוני הפשע בין קורבנות שונים, אך איננה מצמצמת את הנזק הכולל של כלל הקורבנות. לכן, כל ניסיון של הקורבנות להשתמש באמצעי זהירות איננו אלא (מפרספקטיבה חברתית) בזבוז משאבים, משום שמשאבים אלה אינם מונעים פשע אלא גורמים לחלוקה-מחדש שלו. דרך אחרת להציג טענה זו תהיה לומר כי הקורבן הפוטנציאלי הנוקט אמצעי זהירות משפיע באופן שלילי על קורבנות פוטנציאליים אחרים, משום שהוא מסיט פשיעה שהיתה עלולה להיות מכוונת נגדו אל קורבנות פוטנציאליים אחרים. תופעה זו, הידועה כ"העתקת פשע" (displacement of crime), נבחנה ביסודיות על-ידי קרימינולוגים³⁵. הטענה, שלפיה היעדרה של דוקטרינה פלילית של אשם תורם היא יעילה בשל העתקת פשע, תיקרא להלן "ההיפותזה של העתקת פשע".

ההיפותזה של העתקת פשע היא בעייתית לפחות מארבע בחינות: ראשית, העתקת פשע יכולה להתקיים רק בחלק מן הפשעים. העתקת פשע איננה מתקיימת

35 ראה D. Barr and K. Pease, "Crime Displacement and Deflection — A Review of Research" 12 *Crime and Justice* (1990) 277; D. Cornish and R. Clarke, "Understanding Crime Displacement — An Application of Rational Choice Theory" 25 *Criminology* (1987) 933; Clarke, *Introduction in Situational Crime Prevention* (Clarke ed.) 21–27; Gabor, "Crime Displacement" 6 *Crime and Justice* (1978) 100; T. Reppetto, "Crime Prevention and the Displacement Phenomenon" 22 *Crime and Delinquency* (1976) 166. קרימינולוגים הבחינו בין חמש צורות לפחות של העתקת פשע. חמשת האופנים הם שינוי זמן, שינוי טקטיקה, שינוי המטרה, שינוי המקום ושינוי הפונקציה. ראה רפטו (שם), 168–169. לאתרונה הוסיפו בר ופיס צורה שישית — העתקת מבצע. ניסיון להגביל את צעריו של מבצע אחד עלול לגרום ביצוע פשע דומה על-ידי אחר.

בפשעים הנגזרים מיצרים עזים בלתי-נשלטים. אם חברתו של אדם נטשה אותו, אמצעי זהירות שיינקטו על-ידיה לא יובילו את המאהב המאוכזב לחפש קורבן אחר. שנית, מחקרים אמפיריים מעידים, כי אמצעי זהירות מחייבים את הפושעים לעסוק בפעילויות עברייניות אטרקטיביות פחות ומסוכנות יותר. למשל: אמצעי זהירות מחמירים הנקטים על-ידי קורבנות בסביבה יוקרתית עלולים לחייב את העבריינים למצוא שכונות יוקרתיות פחות, והללו עשויים להשתכנע לנטוש את הפעילות הפלילית הבלתי-רווחית ולבחור במקומה פעילות קרובה שאיננה פלילית. גם כאשר העברייין בוחר פעילות פלילית אלטרנטיבית, הוא עשוי לבחור בפעילות פלילית חמורה פחות מן הפעילות שבה היה בוחר בהיעדר אמצעי זהירות³⁶. שלישית, ההיפותזה של העתקת פשע ישימה רק כאשר אמצעי הזהירות ניתנים לזיהוי מוקדם על-ידי העברייין. העברייין לא יסיט את תשומת-לבו ממטרה אחת לזולתה, אלא-אם-כן הוא יודע שאמצעי זהירות ננקטו על-ידי הקורבן³⁷. לכן, ההיפותזה של העתקת פשע ישימה רק לגבי מקצת מאמצעי הזהירות הנקטים על-ידי הקורבנות. לבסוף, הקרימינולוגים בחנו ומצאו, כי פעילות מניעתית המכוונת להגן על קורבנות מסוימים הובילה לירידה בפשיעה כנגד קורבנות אחרים. לאמצעי הזהירות הנקטים על-ידי הקורבן יש אפוא גם השפעות חיצוניות חיוביות המקזזות את השפעתה של העתקת פשע³⁸.

לסיכום: ההיפותזה של ההעתקת פגומה מכמה טעמים. היא ישימה רק לחלק מן הפושעים, לחלק מן הפושעים (אלו אשר יבחרו לבצע מעשה דומה כנגד קורבן אחר, ולא, למשל, אלה שיעדיפו לבצע פעילות אחרת בלתי-פלילית) ולחלק מאמצעי הזהירות (אלו הניתנים לזיהוי מוקדם על-ידי העבריינים). כמרכז ההיפותזה של ההעתקה מתעלמת מן ההשפעות החיצוניות החיוביות של אמצעי הזהירות. טיעונים אלה אינם מוכיחים כי העתקת פשע איננה קיימת, אלא הם מגבילים את תחולתה באופן המעלה ספקות באשר לתקפות של היפותזה ההעתקה.

שני הגיונות להפריך את הטענה כי הדוקטרינה הפלילית של אשם תורם מקדמת יעילות נכשלו. טענתנו בתחילת סעיף זה לפיה שיקולי יעילות תומכים באימוץ דוקטרינה של אשם תורם, נראית לפיכך משכנעת. ואולם המערכת המשפטית משרתת גם מטרות דיסטריבוטיביות. האם שיקולי צדק דיסטריבוטיבי תומכים גם הם במסקנה זו?

3. האם דוקטרינה פלילית של אשם תורם צודקת?

באופן מסורתי, סנקציות פליליות נותחו מפרספקטיבה תועלתנית או מפרספקטיבה של תורת גמול כלשהיא. מעט מאוד נסיונות נעשו לנתח ענישה במונחים של צדק דיסטריבוטיבי. בסעיף זה אדגים כיצד מונחים של צדק דיסטריבוטיבי יכולים

36 ראה את הניתוח של קורניש וקלרק (לעיל, הערה 35), 934.

37 ראה S. Shavell, "Individual Precaution to Prevent Theft — Private Versus Socially Optimal Behavior" 11 *International Review of Law and Economics* (1991) 123.

38 תופעה מוכרת לקרימינולוגים זה זמן רב. ראה הניתוח בספרו של קלרק (לעיל, הערה 35), 25. ראה גם T. Miethe, "Citizen Based Crime Control Activity and Victimization Risks — An Examination of Displacement and Free Rider Effects" 29 *Criminology* (1991) 419-422.

להעשיר את הבנתנו את המשפט הפלילי. על-פי התיאור שלנו, המשפט הפלילי צריך להיות מתואר כמיכניזם לחלוקת הגנה לקורבנות פוטנציאליים. חלוקה צודקת של הגנה דורשת אימוץ דוקטרינה פלילית של אשם תורם³⁹. אין זה חדש לראות את המשפט הפלילי ככלי למתן הגנה וביטחון לקורבנות פוטנציאליים. מדוע חלוקה של טובין אלה לא תהיה כפופה לשיקולים דיסטריבוטיביים השולטים בחלוקת טובין אחרים?

התשובה מבוססת על העמדה הנפוצה, שלפיה הגנה איננה אלא טובין ציבוריים⁴⁰. לטובין ציבוריים טהורים שני מאפיינים מרכזיים: אספקה משותפת ואי-האפשרות או אי-הכדאיות של שלילת צריכתם מפרטים המסרבים לתרום לייצורם⁴¹. אספקה משותפת משמעותה, כי הצריכה של טובין ציבוריים על-ידי פרט אחד איננה גורעת מהצריכה של כל פרט אחר. אי-האפשרות של שלילת צריכה מפרטים מבטיחה, כי החברה לא תוכל למנוע צריכת המוצר הציבורי מפרטים המסרבים להשתתף במימונו. מתכונות אלה נגזרות מסקנה חשובה במיוחד לצורכי מאמר זה. טובין ציבוריים הם טובין שאינם ניתנים לחלוקה. אמנם, המדינה יכולה לשלוט ברמת הייצור של טובין ציבוריים, אולם אין היא יכולה לשלוט באופן שבו הם נחלקים⁴². החלוקה של טובין ציבוריים (בניגוד לרמת הייצור שלהם) איננה נקבעת על-ידי המדינה; לכן אם הגנה היא טובין ציבוריים, הפרספקטיבה הדיסטריבוטיבית איננה רלבנטית מכיוון שהדרך שבה טובין ציבוריים נחלקים איננה נשלטת על-ידי המדינה.

אבל האם אכן הגנה היא טובין ציבוריים? כפי שעולה מן הניתוח עד כאן, אינני סבור כך. המדינה יכולה לשלוט בחלוקת ההגנה. למשל: המדינה יכולה להעניק הגנה טובה יותר לשכונות מסוימות, או לספק משאבים לזיהוי ולנקיטת הליכים פלילים כלפי עבריינים אשר ביצעו עבירות כנגד קורבנות מסוימים או לענוש בחומרה מיוחדת עבריינים שפגעו בקורבנות מסוימים ולא אחרים.

ברגע שהמיתוס המסווג הגנה כמוצר ציבורי נחשף במערומיו, ברור כי למדינה הכוח המלא, ועקב כך – גם האחריות המלאה לשלוט בחלוקת ההגנה. הגנה היא טובין המסופק על-ידי המדינה לאזרחיה. האפשרות של המדינה לספק הגנה נתפשת לעתים קרובות כצידוק המרכזי לקיומה של המדינה. כמו כל טובין שאינם

39 ניסוח השאלה הוא כבר ניסוח מוטע. אחרי הכול חלוקת ההגנה משפיעה על האינטרסים של הקבוצות: הפרשנים והקורבנות הפוטנציאליים. מערכת אכיפה מביאה תועלת לקבוצת הקורבנות ומטילה עלויות על הפרשנים. המונח חלוקת ההגנה מתמקד בחלוקת התועלות לקורבנות, ולא בחלוקת העלויות לפרשנים, אולם חלוקה צודקת של תועלות לקורבנות יכולה להביא לחלוקה בלתי-צודקת של העלות המוטלת על הפרשנים.

האם ניתן להצדיק את ההתמקדות בחלוקת התועלת לקורבנות? רק בחינת התוצאות של העמדה יכולה להביא אותנו למסקנה בסוגיה זו. המסקנות שנגיע אליהן אינן בלתי-צודקות כלפי העבריינים במידה המזמינה התנגדות מעין זו. קורא בעל אינטואיציות מוסריות שונות עלול לדחות את מסקנותינו לא משום ששיטתנו איננה מבטיחה חלוקה צודקת של פירות מערכת הענישה בין הקורבנות אלא משום שהיא איננה מבטיחה חלוקה נאותה של העלויות בין הפרשנים.

40 ראה, למשל, M. Taylor, *The Possibility of Cooperation* (Cambridge, 1987), Ch. 1.

41 לניתוח המאפיינים של טובין ציבוריים ראה D. Mueller, *Public Choice II – A Revised Edition of Public Choice* (1989) 11.

42 ראה מולר (לעיל, הערה 41).

טובין ציבוריים, חלוקת ההגנה חייבת להיות כפופה לשיקולי צדק חלוקתי. עלינו לחקור אפוא את טיבם של שיקולי צדק אלה. האופי המדויק של חלוקת טובין הוא מן הנושאים השנויים ביותר במחלוקת. על הקורא להסכים עמנו, שסיפוק הגנה כפוף לשיקולי צדק דיסטריבוטיבי ולהסכין גם עם העובדה שחלוקת הגנה איננה מחוסנת מפני המחלוקות הנוטשות באשר לחלוקת טובין אחרים⁴³.

חלוקת הגנה יכולה להיות נשלטת על-ידי שני מודלים: מודל ההגנה השווה ומודל העלות השווה. מודל ההגנה השווה דורש, כי מערכת-האכיפה תעניק הגנה שווה לכל פרט. דרגת ההגנה של הפרט יכולה להיות מוגדרת כתוחלת הנזק מפשע עבור הפרט, דהיינו: ההסתברות של נזק מפשע מוכפלת בגודל הנזק. לפי עקרון ההגנה השווה, מערכת-אכיפה היא צודקת אם תוחלת הנזק מפשע לגבי כל פרט שווה לתוחלת הנזק מפשע לגבי כל פרט אחר בחברה. לעומת זאת, עקרון העלות השווה דורש מן המדינה להשקיע משאבים שווים בהגנה על כל פרט. עקרון זה עלול להביא לאי-שוויון ברמת ההגנה המוענקת לכל פרט אם מגיחים שפגיעותם של פרטים שונה זו מזו. על-פי עקרון העלות השווה, מערכת-אכיפה היא הוגנת מפרספקטיבה דיסטריבוטיבית אם העלות של הגנה של כל קורבן פוטנציאלי שווה לעלות ההגנה של זולתו.

כל אחד מן המודלים הנ"ל מוביל למדיניות ענישה שונה, כולל הבדלים רלבנטיים ביחס לנשוא הדיון המרכזי שלנו, דהיינו: לדוקטרינה הפלילית של אשם תורם. האם ניתן למצוא טעמים להעדיף אחד מן המודלים הנ"ל? האם ניתן לבחור קריטריונים לשימושו של כל אחד מן המודלים בהקשרים שונים? מהן ההשלכות של אימוץ כל אחד מן המודלים הנ"ל באשר לדוקטרינה הפלילית של אשם תורם?

(א) עקרון ההגנה השווה

על-פי עקרון ההגנה השווה, כל פרט זכאי להגנה שווה, דהיינו: תוחלת הנזק מפשע המוטלת על כל פרט שווה לתוחלת הנזק מפשע המוטלת על זולתו. קריטריון זה תובע כמובן מתן הגנה מיוחדת לפרטים פגיעים יותר לפשע. סביר להניח, כי עקרון ההגנה השווה צריך להיות מופעל כאשר הפגיעות לפשע איננה תוצאה של התנהגות וולונטרית. אבל כפי שנראה, ייתכן שהמערכת המשפטית תשתמש בעקרון ההגנה השווה גם בהקשרים שבהם הפגיעות היא וולונטרית כל עוד הפעולה או המחזר של הקורבן הגורמים לפגיעות זו הם בעלי ערך חברתי מיוחד.

נשים פגיעות יותר לפשעים מסוימים מאשר גברים, כיוון שהסתברות התקיפות המיניות כנגד נשים גבוהה בהרבה מהסתברות התקיפות המיניות כנגד גברים. כמובן, ערכים חשופים יותר מיהודים לפגיעות על רקע גזעני. העיקרון של שוויון ההגנה מספק הצדקה להגנה מיוחדת על נשים או על ערבים כדי לאיין את השפעה

43 ראה Douglas Rea, *Equalities* (1981); R. Dworkin, "What Is Equality, Part I — Equality of Welfare" 10 *Philosophy and Public Affairs* (1981); R. Dworkin, "What Is Equality, Part II — Equality of Resources" 10 *Philosophy and Public Affairs* (1981); A. Sen, "Equality of What", in: A. Sen, *Choice Welfare and Measurement* (1982) 353

הפגיעות שלהם. זאת במיוחד משום שפגיעות זו היא פגיעות בלתי וולונטרית ועל כן מחייבת התערבות חברתית.

עם זאת מושג הוולונטריות מעורר בעיות מושגיות קשות. דוגמאות עשויות להבהיר את טבען של בעיות אלה. דוגמת האונס איננה שונה מבחינה מושגית מן המקרה של הקשיש, קורבן הפשע אשר הותקף בהיותו ברחוב. בשני המקרים ההתקפה היא תוצר של מצב עניינים בלתי-וולונטרי (הפגיעות של נשים או קשישים בחברה) והתנהגות וולונטרית (ההתנהגות ה"פרובוקטיבית" של האשה או היציאה לרחוב של הקשיש). אני מאמין, כי בשני המקרים מצב העניינים הבלתי-וולונטרי המביא לפגיעות של קבוצות חלשות מצדיק הפעלתו של עקרון שוויון ההגנה; שאם לא כן עלול להיווצר אי-שוויון חמור שיפעל לרעת הקבוצות הפגיעות במיוחד לפשע.

עם זאת הדוגמאות שהבאנו מעידות כי פגיעות בלתי-וולונטריות מלווה בדרך-כלל גם בפעולה וולונטרית. בהנחה שכל פשע הוא תוצר של אקט (או מחדל) וולונטרי, כמו גם מצב עניינים בלתי-וולונטרי, ההחלטה איזה מרכיב צריך לקבוע איזה עקרון דיסטריבוטיבי יחול היא החלטה נורמטיבית מורכבת. החלטה לשים דגש על מצב העניינים הלא-וולונטרי, כמו הפגיעות המיוחדות של נשים לתקיפות מיניות, וכתוצאה מכך להשתמש בעקרון ההגנה השווה; או לחלופין לשים דגש על האקט הוולונטרי של הקורבן, למשל: "ההתנהגות הפרובוקטיבית של האשה", ועל-כן להשתמש בעיקרון דיסטריבוטיבי אחר — היא החלטה שנויה במחלוקת התלויה בתפישות המוסריות של המערכת המשפטית.

אבל הקיום של מרכיב לא-וולונטרי איננו המקרה היחיד שבו המערכת המשפטית מאמצת את עקרון ההגנה השווה. לעתים המערכת המשפטית מגינה על קורבן אשר הפגיעות הוולונטריות שלו היא תוצר של פעילות כה חשובה מבחינה חברתית עד שיש להגן עליה למרות העלות הגבוהה של ההגנה. אנו עומדים על מתן הגנה מלאה לפרטים העושים שימוש בחירות הביטוי שלהם, גם אם הם חושפים את עצמם באופן וולונטרי לסיכונים חמורים. עקרון הווטו של הקלר (Heckler's veto) מחייב אותנו להעניק הגנה מירבית לביטוי פרובוקטיבי בשל החשיבות המיוחדת של חופש הביטוי, גם אם ההגנה על הדוברים כרוכה בעלות גבוהה מבחינה חברתית⁴⁴.

הדיכוטומיה בין שני הצידוקים להפעלתו של עקרון ההגנה השווה איננה כה חדה כפי שהוצגה עד כה. הצידוק להפעלתו של עקרון ההגנה השווה בהקשר לנשים, למשל, יכול להתבסס על הטענה שהתנהגות הוולונטרית אשר יצרה את הסיכון היא בעלת חשיבות מיוחדת. חירותן של הנשים להתלבש כרצונן ולהתנהג באופן התואם את אישיותן היא חירות חשובה החייבת להיות מוגנת על-ידי המערכת המשפטית באותו האופן שבו המערכת המשפטית מגנה על זכותם של המפגינים הבלתי-פופולריים. ההגנה המוענקת למפגינים על בסיס דוקטרינת הווטו של הקלר יכולה אף היא להיות מוצדקת על בסיס הפגיעות הלא-וולונטריות של המפגינים,

44 לניתוח דוקטרינת הווטו של הקלר ראה Terminiello v. Chicago 337 U.S. 1 (1949). ראה גם L.H. Tribe, American Constitutional Law (2nd ed., 1988). בהקשר הישראלי ראה בג"צ 140/79 סער ואח' נ' שר הפנים והמטרה ואח', פ"ד לד(2) 169, 178; בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 406-407.

ובמיוחד האופי הלא-קונבנציונלי של אמונותיהם. המפגינים, אף שחשפו את עצמם באופן וולונטרי לסיכון עקב ביטוי בוטה של עמדות בלתי-קונבנציונליות, אינם אחראים לעוונות כלפי עמדותיהם. עוונות זו (ובמיוחד האופי הבלתי-וולונטרי שלה) יכולה לשמש בסיס להגנה המיוחדת של הביטוי. דוגמאות אלה מעידות, כי שני הצידוקים לשימוש בעקרון ההגנה השווה קשורים זה בזה. חשוב להדגיש, כי השאלה האם התנאים להחלתו של עקרון ההגנה השווה מתקיימים היא שאלה נורמטיבית סבוכה. מטרתנו היתה רק לספק מסגרת כללית להפעלתו של עקרון ההגנה השווה. ישימותה של מסגרת זו תלויה באופן בלתי-נמנע באמונות הנורמטיביות של כל אדם ואדם.

(ב) עקרון העלות השווה

עקרון העלות השווה דורש מאתנו לחלק באופן שווה את המשאבים המיועדים למניעת פשעים. עיקרון זה מחייב, כי מערכת-האכיפה תשקיע משאבים זהים בהגנה על פרטים שונים. האינטואיציה הניצבת מאחורי המודל ברורה. אין זה הוגן, כי פרטים מסוימים ייהנו מהשקעה גדולה יותר להגנתם, גם אם בהיעדר השקעה מיוחדת כזו פרטים אלה יהיו פגיעים במיוחד לפשע. עקרון העלות השווה מחייב אפוא לא שוויון בתוצר של מערכת-האכיפה, דהיינו: שוויון בהגנה, אלא שוויון בהשקעת המשאבים המושקעים בהגנה.

דרך אחת להדגים את האטרקטיביות של מודל העלות השווה היא לראות בהוצאות ההגנה קרן קולקטיבית אשר יש לחלקה בין הפרטים. כל פרט צריך ליהנות מכמות שווה של משאבים להגנתו. יתכן כי יעיל יותר ליצר את ההגנה באופן מרוכז; אך אל-לה לחלוקת המשאבים להיות שונה מזו שהיתה מתממשת במסגרת שהיתה מעניקה לכל פרט את חלקו היחסי בקרן הקולקטיבית. מתן משאבים מרוכזים יותר להגנת פרט פגיע במיוחד על-חשבון קורבנות פגיעים פחות מעניקה עדיפות בלתי-צודקת לקורבנות הפגיעים. אדם איננו זכאי ליטול מקופת ההגנה נתח בלתי-פרופורציונלי, אך ורק משום שהוא פגיע יותר.

מהו ההקשר שבו מן הראוי להשתמש בעקרון העלות השווה? מתי יהיה זה הוגן לחלק את המשאבים המיועדים להגנה באופן שווה? נראה, כי פגיעות בלתי-וולונטריות של הקורבן איננה צריכה לגרור בעקבותיה הגנה פחותה. נראה גם, כי כאשר ההתנהגות הוולונטרית היא בעלת ערך חברתי מיוחד היא זכאית להגנה מיוחדת. בשני המקרים עקרון העלות השווה איננו עיקרון מתאים; ואולם אם התנהגות הקורבן החושפת אותו לסיכון היא וולונטרית ונטולת ערך חברתי מיוחד, אין זה צודק להטיל את עלות אמצעי הזהירות על כתפיהם של קורבנות זהירים. עקרון העלות השווה צריך לשלוט בחלוקת ההגנה, כאשר אף אחד מן התנאים הנדרשים לצורך הפעלתו של עקרון ההגנה השווה אינו מתקיים.

נניח לרגע לסוגיית הנסיבות שבהן מן הראוי להפעיל את מודל העלות השווה ונבחן לרגע את הטכניקות השיפוטיות להפעלת עיקרון זה. דרך יעילה אחת ליישם את מודל העלות השווה היא על-ידי אימוץ הדוקטרינה הפלילית של אשם תורם. פרט החושף את עצמו לסיכון מטיל עליות תחיליות (*ex-ante*)

גבוהות על מערכת-האכיפה. מבלי לאמץ דוקטרינה פלילית של אשם תורם, קורבנות בלתי-זהירים יטילו עלויות תחיליות על מערכת-האכיפה הגבוהות מן העלויות התחיליות המוטלות על-ידי קורבנות זהירים. זאת, משום שעלותם של אמצעי האכיפה מוקדשת במידה רבה לזיהוי פושעים ולענישתם. אם ההסתברות של קורבנות פוטנציאליים בלתי-זהירים ליהפך לקורבנות אקטואליים של פשע גבוהה מזו של קורבנות פוטנציאליים זהירים, כמות המשאבים המוקדשים לזיהוי פושעים שפגעו בקורבנות בלתי-זהירים ולענישתם גבוהה מזו המוקדשת לזיהוי פושעים שפגעו בקורבנות זהירים ולענישתם. בהיעדר מאמץ מיוחד, ייהנו הקורבנות הבלתי-זהירים מנתח בלתי-פרופורציונלי של המשאבים שהמדינה משקיעה בהגנה. במלים אחרות: קורבנות זהירים יהיו מוגנים פחות וקורבנות בלתי-זהירים יהיו מוגנים יותר מכפי שנדרש על-ידי מודל העלות השווה. הדרך להבטיח שוויון היא להקטין את ההשקעה בהגנה על קורבנות בלתי זהירים, למשל על-ידי ענישה מופחתת של עבריינים שפגעו בקורבנות בלתי זהירים. אימץ של דוקטרינה כזו איננו אלא אימץ של הדוקטרינה הפלילית של אשם תורם.

בחנו את המשפט הפלילי מפרספקטיבה דיסטריבוטיבית. חשפנו שני מודלים השולטים בחלוקת ההגנה ובדקנו את התנאים לשימונם. לבסוף הראינו, ששימוש בעקרון העלות השווה יכול להתממש באמצעות הכרה בדוקטרינה פלילית של אשם תורם.

אם אכן הן יעילות והן שיקולי צדק תומכים באימץ דוקטרינה פלילית של אשם תורם, מדוע אין המערכת המשפטית מכירה בדוקטרינה שכזו? החלק הבא ידגים, שההנחה העומדת בבסיס התמיהה הנ"ל היא מוטעית. המערכת המשפטית מכירה בדוקטרינה של אשם תורם, אם כי בדרך סמויה. הדגמת ההקשרים שבהם דוקטרינה כזו מוכרת במשפט דורשת פרשנות מחודשת של דוקטרינות פליליות. מוכרות מכאן ואילך נעבור מדיון נורמטיבי לכתינת הדרך שבה המשפט הפלילי פועל הלכה למעשה.

ד. משפט פלילי ודוקטרינת האשם התורם

חלק זה ידגים נסיבות שבהן המערכת המשפטית מכירה בדוקטרינה של אשם תורם. הכרה זו היא הכרה סמויה ותחייב אפוא פרשנות בלתי-מקובלת של דוקטרינות פליליות מסורתיות. לפני דיון מפורט בסוגיה זו עלינו להבחין בין אשם תורם פלילי לבין תופעות דומות במשפט הפלילי, כדי שלא נזהה בטעות אשם תורם פלילי עם דוקטרינות אחרות. במיוחד עלינו להיזהר משני כשלים העלולים להטעות את החוקר הבלתי-זהיר:

כשל הכוונה הפלילית. לעתים התנהגות הקורבן מפחיתה, או אף מאיינת, את האחריות הפלילית של המבצע, משום שהתנהגות הקורבן השפיעה על המצב הנפשי של המבצע באופן שלא ניתן לייחס לו אחריות פלילית. התנהגות הקורבן במקרים אלה גרמה למבצע לאבד את קור-רוחו בדרך המפחיתה או המאיינת את האחריות הפלילית. אם הקורבן ביצע פעולה אשר הובילה את המבצע לפעול ללא אחריות

פלילית, או עם אחריות פלילית מופחתת, זיכויו של הנאשם או עונש מופחת המרשע עליו אינם צריכים להתפרש כהכרה בדוקטרינה פלילית של אשם תורם. כשל וזהו העבירות. נקיטת אמצעי זהירות כנגד פשע עלולה להביא את העבריין לבצע עבירה חמורה יותר כדי לגבור על אמצעי זהירות אלה. במקרים אלה המערכת הפלילית מטילה סנקציות כבדות הקשורות באורח סיבתי לאמצעי הזהירות שנקטו על-ידי הקורבן, ואולם תופעה זו איננה צריכה להתפרש כהכרה בדוקטרינה פלילית של אשם תורם, אלא כאינדיקציה לאופי החמור יותר של העבירה. פרשנות דוקטרינות פליליות במונחים של אשם תורם פלילי צריכה להיעשות אפוא בזהירות רבה. ייתכן שקשה לזהות תופעה כמאששת קיום דוקטרינה, אלא אם-כן פרשנויות אחרות מתחרות נבחנות ומוכחות כבלתי-תקפות. רבים יהיו הקוראים העלולים לאחר קריאת פרק זה לסבור, שאני עצמי נפלתי בפח שהתרעתי בפניו. לכל הפחות ידעו קוראים אלה, כי אני מודע לסכנות של בלבול מושגי, גם אם לדעתם אינני נוהר ד"י מסכנות אלה.

1. קנטור

קנטור נתפש לעתים קרובות כדוקטרינה חריגה של המשפט הפלילי החלה אך ורק בהקשר של עבירת ההמתה. המסקנה המפתיעה של מאמר זה היא, כי ההיקף המצומצם המיוחס לדוקטרינה הנ"ל הוא מטעה. קנטור משקף באופן טהור תופעה אופיינית ביותר של המשפט הפלילי, דהיינו: את הדוקטרינה הפלילית של אשם תורם. חריגותה של הדוקטרינה היא יותר תוצר של הדמיון האקדמי מאשר שיקוף המציאות של המשפט הפלילי.

קשה להציג את הדוקטרינה של הקנטור מבלי לדרון בחילוקי-דעות קשים הקשורים בדוקטרינה זו. הדוקטרינה היא מן הפחות בהירות במשפט הפלילי ונהנתה מעין אקדמי שיטתי פחות מדוקטרינות אחרות⁴⁵.

המשפט הפלילי מבחין בין רצח להמתה. רוצח מוגדר בחוק בסעיף 300 (א) (2) לחוק העונשין כך: "גורם בכוונה תחילה למותו של אדם". סעיף 301 (א) לחוק העונשין מגדיר כוונה תחילה כדלהלן: "לענין סעיף 300 יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר בלי שקדמה התגרות בתוכו למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו".

ההבדל בין רצח להריגה מבוסס אפוא על פעולה של הקורבן שקדמה להמתה ואשר תרמה לה. העלאת טענת הקנטור מחייבת קיום בו זמני של תנאי סובייקטיבי ותנאי אובייקטיבי. התנאי הסובייקטיבי מחייב קיומו של מצב מנטלי של הקורבן הקשור סיבתית לפעולה המקנטרת. התנאי האובייקטיבי דורש קיומה של פעולה שקדמה להמתה ואשר הביאה בעקבותיה לאובדן שליטה של הממית. חשוב כי הפעולה המקנטרת תקיים דרישות אובייקטיביות מסוימות. הפעולה המקנטרת חייבת להיות כזו שתביא אדם סביר לאובדן שליטה עצמית. כדי להצליח בטענת

45. לניתוח של הקנטור ראה מ' קרמניצר, "כוונה תחילה או כוונה רגילה ברצח בכוונה תחילה? על מהות היסוד של 'העדר קנטור' בעבירה של רצח בכוונה תחילה", משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה א, 9.

פרובוקציה יש להבטיח את קיומם המצטבר של שני התנאים: קיומה של פעולה מקנטרת המקיימת קריטריונים אובייקטיביים מסוימים וקיומו של מצב מנטלי מסוים אצל העבריין הממית.

מה יכול להסביר את ההכרה המשפטית בדוקטרינת הקנטור? מדוע דוקטרינה זו מוגבלת לעבירת הרצח? אנשי המשפט הפלילי הציעו כמה הסברים חלופיים: מקצתם טענו, כי הקנטור הוא צידוק, דהיינו: המתה בעקבות קנטור היא מעשה מתועב פחות מהמתה שלא קדם לה קנטור (למשל: בשל הפגם המוסרי שדבק במקנטר). אחרים התעקשו לפרש את הקנטור כמחילה והצדיקו את קיומה של הדוקטרינה על בסיס המצב המנטלי של המבצע.⁴⁶

שני ההסברים חשופים לביקורות קשות. אם הקנטור הוא צידוק, נובע כי חייו של הקורבן שביצע קנטור חשובים פחות מחייו של הקורבן שנמנע מקנטור.⁴⁷ זוהי מסקנה בלתי-אינטואיטיבית. יתר על כן: מתנגדי פרשנות זו הדגימו בהצלחה, כי תיאור הקנטור כצידוק איננו מסביר את הדוקטרינה כפי שהיא מיושמת על-ידי בתי-המשפט;⁴⁸ ואולם כשלון המצדדים בעמדה שקנטור הוא צידוק איננו צריך לשמח את אלו המסוגלים קנטור כמחילה. לרוע המזל, פרשנות זו איננה מסבירה את המימד האובייקטיבי של הדוקטרינה.⁴⁹ אם אנו מפרשים קנטור כמחילה ניתן לשאול מדוע יוקל עונשו של מי שביצע המתה בעקבות יצר שאינו בריכוש אשר מקורו בקנטור לעומת הממית מתוך יצר דומה שמקורו איננו בקנטור? יתר על כן: גם אם נניח, שיש הכדל מוסרי רלבנטי בין יצר שמקורו בקנטור ליצר שמקורו איננו בקנטור, אין זה מצדיק את דרישת המבחן האובייקטיבי. אחרי הכול, אדם נורטי הממית אדם עקב קנטור קל, שאיננו מספק את הדרישות של המבחן האובייקטיבי, איננו בהכרח אשם יותר מאדם יציב יותר הממית בעקבות קנטור חמור יותר המספק את דרישות המבחן האובייקטיבי.

התבוננות בשיקולי היעילות ובשיקולי הצדק שתוארו בסעיפים יכולה להאיר באור חדש את הדרישה האובייקטיבית. נניח מערכת פלילית המסרכת להכיר בקנטור כהגנה. פרטים אשר ביצעו המתה בעקבות קנטור ייענשו באותה מידה כמו פרטים שביצעו המתה שלא בעקבות קנטור. מערכת כזו תרחיק באורח יעיל יותר את הפרטים אשר נחשפו לקנטור מלבצע המתה. הריסון היחסי של ממיטים פוטנציאליים ישפיע על יוצרי הקנטורים להגדיל את מספר הקנטורים, משום שהקנטור שוב איננו מסכן באותה מידה את יוזם הקנטור. מספר ההמתות בחברה

46 לפרשנות המזהה קנטור כמחילה ראה J. Dressler, "Rethinking Heat of Passion — A Defense in Search of a Rationale" 73 *Journal of Criminal Law and Criminology* (1982) 421, 432-470 (להלן דרסלר, "חשיבה מחודשת"); J. Dressler, "Provocation — Partial Justification or Partial Excuse?" 51 *M.L.R.* 467 (1988) (להלן דרסלר, "פרובוקציה"); R. O'Regan, "Indirected ; Provocation and Misdirected Retaliation" *Crim. L. Rev.* (1968) 319. לפרשנות המזהה קנטור כצידוק ראה A. Ashworth, "The Doctrine of Provocation" 35 *Cambridge Law Journal* (1976) 292, 307; F. McAuley, "Anticipating the Past — The Defense of Provocation in Irish Law" 50 *M.L.R.* (1987).

47 ראה דרסלר, "חשיבה מחודשת" (לעיל, הערה 46), 457-458.

48 ראה דרסלר, "פרובוקציה" (לעיל, הערה 46), 479.

49 ראה אשוורת (לעיל, הערה 46), 314-307.

הוא פונקציה של התנהגות המקנטרים, כמו גם הממיתים הפוטנציאליים. ביטולה של הגנת הקנטור עלול אפוא להגדיל, ולא להקטין, את מספר ההמתות בשל הגדלה של מספר הקנטורים.

כרי להשלים את הניתוח נניח חברה שבה קנטור משמש הגנה מלאה ומביא בכך לזיכוי של הממית. בחברה כזו מספר הקנטורים יהיה נמוך יחסית; אבל במקום שבו אירע מעשה מקנטר, סביר מאוד שהוא יסתיים במותו של המקנטר. מערכת פלילית הדומה למערכת שלנו, דהיינו: מערכת שבה קנטור מתפקד כהגנה חלקית, מספקת תמריצים הן לממית לרסן את סערת יצריו והן למקנטר לרסן את לשונו והתנהגותו. הכרה בקנטור כהגנה חלקית מקדמת אפוא יעילות על-ידי מתן תמריצים מתאימים הן לממית הפוטנציאלי והן למקנטר⁵⁰.

שיקולי הגינות המבוססים על מודל העלות השווה תומכים אף הם במסקנה זו. המקנטר מטיל עלות תחילית גבוהה על החברה. החברה איננה חייבת לתגמל את המקנטר בשל פגיעותו (הוולונטרית) לפשיעה. בהנחת ההסתברות הגבוהה של מקנטרים ליהפך לקורבנות, עקרון העלות השווה מחייב להקדיש פחות מאמצים לזיהוי ממיתים שפעלו בעקבות הקנטור או לענישתם.

אך ההסבר הזה ניתן כמובן ליישום בהקשרים רחבים הרבה יותר. אנו יכולים לדבר על קנטור של הפורץ המבוצע על-ידי הקורבן המותיר את דלת ביתו פרוצה לרווחה. מדוע קיום הדוקטרינה מוגבל לעבירת ההמתה? האם ניתן למצוא הקשרים שבהם הדוקטרינה מופעלת בהקשרים אחרים?

באופן רשמי הדוקטרינה של קנטור קיימת אך ורק בעבירת ההמתה. הרחבה טבעית אחת של הדוקטרינה תיעשה גם לגבי עבירות-גוף אחרות, כמו תקיפה. ייתכן כי בבחינת הדרך שבה משתמשים השופטים בשיקול-דעתם לגבי עבירות-גוף אחרות, כגון תקיפה, נגלה כי התנהגות הקורבן היא רלבנטית. מחקר אמפירי יוכל לאשש או להפריך את הטענה שמנגנונים אחרים של מערכת-האכיפה, כמו שיקול-הדעת השיפוטי או אפילו המשטרה, מחמירים עם הקורבן הבלתי-זהיר.

50 לפני שנסיים לשבח את ההסבר המוצע, עלינו לזכור בהתנגדות מרכזית אחת לטעון היעילות המתואר לעיל. ניתן היה לטעון, כי אין לתאר באופן פורה את המקנטרים או את הממיתים כפועלים רציונליים, השוקלים את פעולותיהם על בסיס ניתוח של עלות-תועלת. המתה המבוצעת בעקבות קנטור היא תוצר של פרץ-רגשות שאיננו ניתן לניתוח שכזה. אם אכן התנהגותם של הממיתים איננה ניתנת לניתוח במונחי עלות-תועלת, אין זה רציונלי גם עבור הפרובוקטורים להמעיט את מספר הקינטורים עקב הפחתת העונש, משום שהפחתת העונש איננה מגדילה את הסיכון להמתה. יתר על כן: גם אם לא נטיל ספקות באשר לרציונליות של הפושעים, עדיין ניתן להטיל ספק ברציונליות של המקנטרים. איר-הרגישות של מקנטרים לשיקולי עלות-תועלת מספיקה כדי לערער את הטענה, שהגנת הקנטור נועדה להרתיע מקנטרים פוטנציאליים. יהא זה פשטני באופן בלתי-נסבל, אפילו עבור חסידים שוטים של הגישה הכלכלית, לומר, כי פושעים שבוצעו עקב פרץ-רגשות מבוצעים תוך כדי חישובי עלות-תועלת מרוויקים. אם החקיקה יכולה להשפיע על הנטייה של ממיתים להמית או זו של מקנטרים לייצר קנטורים, הרי זוהי השפעה עקיפה. ענישה חמורה על פושעים המבוצעים מתוך פרץ-רגשות תביא כדרך-כלל לחברה מרוסנת יותר, וכתוצאה מכך – לחברה שבה העלות התחילית של קנטור היא קטנה-יחסית. לכן פרטים בחברה שבה הסנקציות על המתה בעקבות פרובוקציה הן גבוהות יפתחו ריסון עצמי גבוה יותר, דהיינו: ירסנו את נטייתם להמית עקב קנטורים, רבעת ורבעונה אחת יפתחו נטייה חזקה יותר לקנטר. מבלי להניח באופן לא-ריאליסטי שקלול מדויק של עלות-תועלת בפשעים מסוג זה, אנו יכולים להסביר את התפתחותן של נטיות הן להמתה בעקבות קנטור והן ליצור קינטורים.

ואולם הניתוח שלנו דורש הרחבה נוספת של הדוקטרינה מעבר לעבירות-גוף. השארת דלת פתוחה, כאמור, דומה מבחינה לוגית לקנטור. האם ניתן למצוא במערכת המשפטית הפורמלית (דהיינו: בחקיקה או בפסיקה) ניצנים של הכרה בדוקטרינה זו גם בהקשר של עבירות-רכוש?

2. מיון עבירות-רכוש

המערכת המשפטית מכירה בהבחנה בין הפשעים הבאים: לקיחת אבידה בניגוד לחוק, גניבה, פריצה והתפרצות. ההבחנה נראית לנו טבעית, אך היא יכולה להתפרש כהכרה סמויה בדוקטרינה של אשם תורם. ככל שאמצעי הזהירות שנקטו על-ידי הקורבן יעילים יותר, כן תגדל ההגנה המוענקת לרכושו. על-ידי התאמת הסנקציה לרמת אמצעי הזהירות הננקטים על-ידי הקורבן יוצרת המערכת המשפטית תמריצים עבור קורבנות פוטנציאליים לנקוט אמצעי זהירות יעילים יותר.

זניחת רכוש ברחוב היא בגדר הזנחה פושעת. לכן ההגנה המוענקת לרכוש אבוד על-ידי המערכת המשפטית היא שטחית ביותר. חוק מציאת אבידה מטיל סנקציות קלות ביותר על העבריין. לעומתה, עבירת הגניבה משקפת הגנה טובה יותר. אולם הקורבן יכול ליהנות מהגנה טובה יותר אם יתכבד ויחזיק את החפץ על גופו או ינעל את החפץ בביתו. במקרה הראשון תוגדר העבירה כשוד, ואילו במקרה השני – כפריצה.

ההבחנה בין גניבה לשוד או בין גניבה לפריצה הוסברה באופן מסורתי על בסיס האופי החמור יותר של הפעילויות הנ"ל, בהשוואה לאופי הקל-יחסית של הגניבה. אם אכן זהו המצב, תיאור של עבירות אלה כהכרה סמויה של אשם תורם פלילי איננה אלא מקרה פרטי של מה שכינינו קודם-לכן הכשל של זיהוי עבירות. מטורתי הראשונה תהיה להצביע על פגמים בתפישה מסורתית זו.

הצבעה שטחית על הגדרת השוד תדגים את הקשיים בתפישה המסורתית. סעיף 402 (א) מגדיר שוד כך: "הגונב דבר ובשעת מעשה או בתכוף לפניו מבצע או מאיים לבצע מעשה אלימות לאדם או בנכס כדי להשיג את הדבר הנגנב או לעכבו אצלו או כדי למנוע התנגדות לגניבת הדבר או להתגבר עליה, הרי זה שוד, ודינו של השודד – מאסר ארבע עשרה שנים".

רבים הצביעו על כך, כי שוד איננו אלא גניבה בנסיבות מחמירות⁵¹. שוד הוא עבירה המורכבת מגניבה ומתקיפה. מדוע אפוא עומדת השיטה המשפטית על קיומה של עבירה מורכבת כזו במקום להרשיע את השודד בעבירות של תקיפה וגניבה. יתר על כן מדוע היא מחמירה באופן יחסי עם השודד בהשוואה לאדם שביצע את העבירות המרכיבות את עבירת השוד?

הסבר אחד מתבסס על כך, שהחפיפה בין השוד לבין הקומבינציה של גניבה ותקיפה איננה מלאה. עבירת השוד יכולה להתבצע גם ללא תקיפה, למשל: במקרה שבו העבריין מאיים לבצע מעשה אלימות. על-פי הסבר זה, תשומת-הלב המיוחדת של המשפט הפלילי היא הדרך להחמיר עם אלו שאלמלא קיומה של העבירה לא יכלו להיות מורשעים בתקיפה⁵².

51 ראה Wharton's Criminal Law (N.Y. 14th ed., 1979) Vol IV, Section 469.

52 ראה Note, "A Rationale of the Law of Aggravated Theft" 54 Columbia L. Rev. (1954) 84.

הסבר זה איננו יכול להסביר מדוע לא בחר המחוקק לטפל בבעיה על-ידי הרחבת עבירת התקיפה או הוספת עבירה אשר תכסה את מקרי האיום בביצוע מעשה אלימות.

הסבר אחר הוצע על-ידי ה-Model Penal Code, המסביר את עבירת השוד כדלהלן:

Moreover, even if all threats were subject to minor penalties, e.g., as "disorderly conduct", the combination of penalties for a petty theft and petty threat or minor violence by no means corresponds to undesirability and danger of the offense. The violent petty thief operating in the streets and alleys of our big cities, the "mugger", is one of the main sources of insecurity and concern of the population. There is a special element of terror in this kind of depredation... But he [the ordinary citizen] abhors robbers... just as he abhors burglars who penetrate the security of his home or shop. In proportion as the ordinary man fears and detests such behavior, the offender exhibits himself as seriously deviated from community norms, requiring more extensive incapacitation and restraining⁵³.

ההסבר הנ"ל מבוסס על הטענה, ששוד חמור בהרבה מגניבה וכי על-כן הוא דורש טיפול רציני יותר של המערכת המשפטית. אולם האופי התמור של השוד נובע מן המפגש האלים בין הקורבן לעבריין. אלא שמפגש דומה מתרחש גם במקרי תקיפה רגילים. ההסבר אפוא איננו מדגים את האיכות המיוחדת של הקומבינציה של גניבה ותקיפה, האמורה להצדיק את הטיפול הנוקשה בשוד. תופעה דומה נחשפת גם בהבחנה בין גניבה לפריצה והתפרצות. סעיף 405 לחוק העונשין קובע:

פריצה, כניסה והתפרצות:

- (א) השובר חלק חיצוני או פנימי של בנין, או פותח — במפתח במשיכה, בדחיפה, בהרמה או בכל דרך אחרת — דלת חלון, תריס או כל דבר שנועד לסגור או לכסות פתח בבנין או פתח הנותן מעבר מחלק לחלק בבנין, נקרא פורץ.
(ב) המכניס לבנין חלק מגופו או מן הכלי שהוא משתמש בו, נקרא נכנס.

87-89 ואכן, מחבר הקומנטר של ה-MPC החיחס לטוהיה זו באומרו: Robbery appears, then, to consist of a combination of theft and actual or threatened injury, each element constituting at least in our day and under this code, a separate crime. It might be thought sufficient, therefore, to prosecute for these crimes, cumulating punishment where appropriate. Closer analysis reveals that the premise is not accurate and that the conclusion does not follow. Many threats are not criminal, apart from special circumstances. For example, a threat (as distinguished from actual attempt) to punch someone in retaliation for a slight is generally not criminal. Only a minority of the states provide misdemeanor penalties even for coercive threats, i.e., those designed to secure some non-pecuniary concession from the person threatened.

53 ראה MPC Tent., Draft No. 11, p. 69.

(ג) הפורץ נכנס או פורץ ויוצא, נקרא מתפרץ. סעיפים 406 ו-407 לחוק העונשין קובעים את העונשים לפריצה ולהתפרצות. עובדה אחת מרכזית לגבי סעיפים אלה היא, כי הם חלים רק על מי שנכנס או התפרץ בכוונה לבצע גניבה או פשע או לאחר שביצע גניבה או פשע. המורשעים בעבירת הכניסה או ההתפרצות יכלו אפוא להיות מורשעים הן בהסגת-גבול פלילית על-פי סעיף 447 לחוק העונשין והן בעבירה המושלמת או בניסיון לבצע את העבירה שהם מתכוונים לבצע. מדוע אפוא יש צורך בהגדרה מיוחדת של עבירת הפריצה? יתר על כן: מדוע יש צורך להחמיר בעבירה זו יותר מאשר בעבירות המרכיבות אותה?

תמיהה זו לא נעלמה מעיניו החדות של מחבר הקומנטר של ה-Model Penal Code.⁵⁴ כותב הקומנטר מודה, כי העבירה הנפרדת של פריצה מוצדקת על בסיס היסטורי וכי היה אולי ראוי לבטלה אלמלא היתה מושרשת כה עמוק במשפט האנגלו-אמריקני. באששו עמדה זו מזכיר מחבר הקומנטר את הגישה הנהוגה במדינות יבשת אירופה, שאינן מכירות בעבירה. במקום זאת הן נוהגות להרשיע את המבצע בעבירה פשוטה של הסגת-גבול נוסף על הרשעה בגין העבירה שהפורץ ביצע או ניסה לבצע.

ניתן היה לטעון, כי החומרה המיוחדת של הפריצה נעוצה בקדושת הבית ובחשיבותו המיוחדת. הפגיעה במבצרו של אדם היא איום חמור על פרטיותו, והמערכת המשפטית צריכה לשקף חומרה מיוחדת זו.

לרוע המזל, אין הסבר זה נותן דין-וחשבון על היחס המקל כלפי העבירה של הסגת-גבול פלילית. אין זה ברור מדוע אותם ערכים שהנכנס או המתפרץ פוגעים בהם אינם נפגעים באותה מידה על-ידי מסיג-הגבול הפלילי.

לבסוף, חסיד ההסבר המסורתי יכול היה לטעון, כי סנקציות חמורות המוטלות על הפורץ או על השודד משקפות את הסיכונים המוטלים על החברה על-ידי האופי המשולב או המתואם של מעשי השודד או הפורץ. על-פי טענה זו, הנכונות לבצע עבירות שונות (כמו תקיפה וגניבה או הסגת-גבול וגניבה) באופן מתואם היא מסוכנת יותר ומשקפת את האופי הנתעב של העבריין יותר מאשר הנכונות לבצע עבירות באופן ספורדי, ללא מטרה מגובשת.⁵⁵

אין ספק, כי הביצוע המשולב של כמה עבירות עלול להסב נזק כבד, ומשקף את האופי הנתעב של העבריין יותר מאשר ביצוע ספורדי של אותן עבירות. אולם טיעון זה איננו רלבנטי בהקשר זה. תקיפה וגניבה כרוכים זה בזה באופן כה טבעי, שאין כל צורך באישיות מיוחדת כדי למזג את השניים. אותה מערכת-שיקולים חלה גם על הקשר בין גניבה להסגת-גבול. דרך אחרת לבטא טיעון זה היא לומר, כי השילוב של גניבה ותקיפה הוא שילוב טריביאלי ואיננו מעניק אינדיקציה לאופי נתעב במיוחד של השודד או הפורץ, בהשוואה לאופיו של העבריין שביצע עבירות המרכיבות עבירות אלה באופן בלתי-מתואם.

54 ראה דרפט 11 של ה-MPC (לציל, הערה 49), 57. דיון מעניין בסוגיות אלה ניתן גם למצוא ב-Note Statutory Burglary — The Magic of Four Walls and a Roof" 100 University of Pennsylvania Law Rev. (1951) 411, 425 ff.

55 אני מודה לאלכס שטיין על שהעלה בפני לראשונה הסבר זה.

ההסבר המסורתי לסיווג עבירות-רכוש מתבסס על האופי הקלייחסית של עבירות-רכוש מסוימות (כמו גניבה) מול האופי החמור של עבירות-רכוש אחרות, כגון שוד או פריצה. על-פי הסבר זה, שוד משקף לא רק פגיעה ברכוש, אלא גם פגיעה בגוף הבעלים. כמ-כן, פריצה איננה רק ברכושו של הקורבן או כגופו, אלא גם פגיעה חמורה בפרטיותו. על-כן על המערכת המשפטית להעניש על עבירות אלה באופן שישקף את אופיין החמור.

ואולם ההסבר המסורתי איננו מבהיר את החומרה המיוחדת שהמערכת המשפטית מייחסת לעבירות המורכבות, כגון שוד או פריצה, העומדת בניגוד מוחלט לאופי הקלייחסית של מרכיבי עבירות אלה (גניבה ותקיפה או גניבה והסגת-גבול). אם אכן עבירות מורכבות אלה חמורות יותר מגניבה רק משום שהן מערבות פגיעה בקדושת הגוף או הבית, המערכת הפלילית היתה צריכה לשקף חומרה זו באמצעות הרשעות מצטברות בעבירות המרכיבות את עבירת השוד או הפריצה.

כיצד ניתן להסביר את האופי החמור של שוד או פריצה? האם אין התגובה של המערכת המשפטית משקפת היסטוריה בלתי-מוסכמת? נבחן אפוא את התופעה תוך שימוש בדוקטרינה הפלילית של אשם תורם.

גניבה היא מקרה שבו הקורבן לא נקט את כל אמצעי זהירות; בשוד החזיק הקורבן את הנכס על גופו או תחת פיקוחו הישיר; בפריצה הוא שמר אותו בביתו. בשני המקרים הנ"ל החזיק הקורבן את הנכס במה שניתן לכנות הטריטוריה שלו. אמצעי הזהירות הבסיסי הנתבע מן האדם הרוצה ליהנות מהגנה מיוחדת של המערכת הפלילית הוא להחזיק את רכושו במה שנתפש כאופן ציבורי ומשפטי כטריטוריה שלו.

החומרה המיוחדת של העונש המוטל על שוד או פריצה איננה משקפת את הנזק של גניבה ביחס לפריצה. במקום זאת, החומרה משקפת את הרצון של המערכת להעניק הטבות מיוחדות לקורבנות זהירים. הטבות אלה נחוצות כדי לקדם יעילות, כמו גם צדק חלוקתי. יעילות מושגת על-ידי מתן תמריץ נוסף לקורבן לנקוט אמצעי זהירות; צדק חלוקתי מושג באמצעות השוואתה של עלות ההגנה של קורבנות זהירים ושל קורבנות בלתי-זהירים.

הניתוח במאמר זה מוביל למסקנה כי הן יעילות והן צדק חלוקתי דורשים מאתנו להכיר בדוקטרינה של אשם תורם. עיון בדוקטרינות מסורתיות של המשפט הפלילי חשף כי כבר כיום מופעלת הדוקטרינה, אם כי בדרך בלתי-מפורשת. ראוי אולי לציין, כי הדוקטרינות שנותחו הן רק חלק קטן מן הדוקטרינות הפליליות המשקפות עיקרון של אשם תורם פלילי. חוקרי המשפט הפלילי יוכלו למצוא דוקטרינות נוספות הניתנות לפרוש בדרך זו.

ה. תמיהות לדיון נוסף

עד כה חשף הדיון את הרציות של אימוץ דוקטרינה פלילית של אשם תורם, כמו גם את קיומה הסמוי בדין הפוזיטיבי. לסיום ברצוני להעלות שתי סוגיות הראויות לחשיבה נוספת: הראשונה נוגעת לרציות הדוקטרינה, והשנייה – לסטטוס הפוזיטיבי שלה.

הקורא הרגיש למצוקתם של קורבנות הפשע יודעק על כך שהדיון עד כה מתעלם מן ההבדל בין קורבנות לפושעים. ההכרה של המשפט הנזיקי בדוקטרינה של אשם תורם ודחיית הדוקטרינה הזו במשפט הפלילי מבוססת על שיקולי מוסר שהניתוח התעלם מהם עד כה. באופן ספציפי ניתן להצדיק את היעדרה של הדוקטרינה על בסיס העובדה, שהקורבן חף-מפשע, ואילו על העבריין מוטלת כתם מוסרי כבד. התנגדות זו ראויה לדיון מפורט. עם זאת, גם אם יש בה אמת, יכולים השיקולים המוסריים הנ"ל לצמצם את היקפה ומשקלה של דוקטרינת האשם התורם; אך לרעתי, אין מקום להאמין כי שיקולים אלה מאיינים את רצינותה לחלוטין. הדוגמאות שהובאו מן הדין הפוזיטיבי מוכיחות, כי לעתים עיקרון של אשם תורם פלילי מתיישב היטב עם האינטואיציות המוסריות.

תמיהה נוספת עלול הקורא להעלות לגבי ניתוח הדין הפוזיטיבי. מדוע אין ההכרה בדוקטרינה של אשם תורם פלילי לובשת אופי מפורש יותר? מדוע היא נחבאת מאחורי מסך עב של רטוריקה המדחיקה את קיומה? מדוע נכון המשפט הנזיקי לזעוק בפה מלא על כך, שהתנהגות הקורבן היא בעלת חשיבות מכרעת להטלת אחריות נזיקית, בעוד שהמשפט הפלילי מסרב אפילו להודות קיום הדוקטרינה בלחישת? דיון בסוגיה זו היא מעבר למטרותיו של מאמר זה. מטרתו הצנועה היא להסיר את קשר השתיקה לגבי הדוקטרינה הפלילית של אשם תורם, ולא להסבירה. המסקנה הבלתי-נמנעת של הניתוח שלנו היא, שהמשפט הפלילי מכון את הנחיותיו לא רק לפושעים, אלא גם לקורבנות. עובדה זו ידועה זה מכבר במשפט האזרחי. שני הצדדים לתוזה מונחים על-ידי ההנחיות המשפטיות. הן המזיק והן הנזוק נדרשים על-ידי דיני-הנזיקין לנקוט אמצעי זהירות סבירים. אין שום טעם להניח, כי המשפט הפלילי הוא חריג לכלל זה. תמוה הוא בעיני, שכלל זה, היפה לתחום המשפט האזרחי, טרם נבחן בהקשר הפלילי.
