

על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון*

ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות נ' מדינת ישראל, נב(2) 105

ע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 221

מאת

מרס גור־אריה**

להבחנה בין הכנה לבין ניסיון יש חשיבות רבה הנוגעת לגבול התחתון של האחריות הפלילית: בעוד שמעשי ההכנה בדרך כלל אינם ענישים, הניסיון הוא עניש. ובכל זאת, למרות חשיבותה של ההבחנה, בתיקון 39 לחוק העונשין בחר המחוקק הישראלי שלא להגדיר כל קריטריון בהקשר זה אלא הסתפק באפיון כללי של הניסיון על דרך השלילה. לפיכך, יש חשיבות מיוחדת לאופן שבו הכריעה הפסיקה שלאחר תיקון 39 לחוק העונשין בסוגיית ההבחנה בין מעשי הכנה לבין ניסיון.

תחילה אציג את עמדת הפסיקה ואראה כי למעשה הלכת לוי־נחושטן [ע"פ 7399/95 נחושטן, תעשיות מעליות נ' מדינת ישראל, המבוסס על ע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל] שילבה בין המבחנים המסורתיים להבחנה בין הכנה לבין ניסיון. במהלך הרשימה אבהיר מדוע אין די בשילוב זה כדי להתגבר על הליקויים המרכזיים של כל אחד מהמבחנים המסורתיים בנפרד. בהמשך תלובן ההבחנה הראויה שבין מעשי הכנה לבין ניסיון, בהתאם למהות האחריות בגין ניסיון. לקראת סיום אסביר מדוע ניתן לעגן את ההבחנה הראויה בין הכנה לבין ניסיון בהוראות סעיף 39 לחוק העונשין, ואף אציע הגדרה חקיקתית שתאפיין את הניסיון על־דרך החיוב.

א. מבוא. ב. הלכת לוי־נחושטן. 1. משמעותה; 2. התאמתה של הלכת לוי־נחושטן לפסיקה קודמת; 3. הערת סיום על מעמדה של הלכת לוי־נחושטן כאובסטר; ג. הערכת המבחנים שביסוד הלכת לוי־נחושטן. 1. הקשיים במבחנים המסורתיים; (א) קרבה; (ב) חד־משמעות (The Unequivocal Theory); 2. השפעתן של רפורמות חקיקתיות על המבחנים המסורתיים; (א) הרחבת הניסיון מעבר למבחני הקרבה; (ב) דחייתו של מבחן החד־משמעות; ד. הערכת השילוב בין המבחנים שביסוד הלכת לוי־נחושטן על פי מהותה של האחריות בגין ניסיון. 1. השילוב בין המבחנים על פי התפיסה הסובייקטיבית של דיני הניסיון – עמדת הקוד הפלילי לדוגמא; 2. השילוב בין המבחנים והתפיסה האובייקטיבית של דיני הניסיון – הגישה המאפיינת את היסוד

* תודותיי לחברי מערכת משפטים על הערותיהם המועילות.

** פרופסור חבר, הקתדרה למשפט פלילי על שם השופט בזיל וונש, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

העובדתי של הניסיון כבעל אופי פלילי; ה. תחילת הגבול בין הכנה לניסיון – ההבחנה הראויה. 1. מהות האחריות בגין הניסיון; 2. ההבחנה העונשית בין מעשי הכנה לבין ניסיון; 3. קריטריונים לתחילת הגבול בין הכנה לניסיון; ו. עיגונה של ההבחנה הראויה בין הכנה לניסיון בהוראות תיקון 39 לחוק העונשין. ז. במקום סיכום: הצעה לשינוי ההגדרה החקיקתית של הניסיון.

א. מבוא

להבחנה בין הכנה לבין ניסיון חשיבות רבה הנוגעת לגבול התחתון של האחריות הפלילית. בעוד שמעשי ההכנה בדרך כלל אינם ענישים,¹ הניסיון לבצע כל עבירה מסוג עוון או פשע הוא עניש.² למרות חשיבותה של ההבחנה, דומה כי שיטות המשפט שותפות היום למסקנה כי לא ניתן להגדיר מראש במדויק את נקודת הגבול המפרידה בין הכנה לניסיון.

הגישה שהציבה קריטריון ברור להבחנה בין הכנה לבין ניסיון, שיחסית קל היה ליישמו, היתה זו שדרשה כי יעשה "המעשה האחרון" הנדרש מצד העושה להשלמת מזימתה.³ גישה זו, המכירה, למעשה, רק בניסיון המושלם, מעולם לא נקלטה במשפט הישראלי,⁴

- 1 במקרים חריגים מגדיר המחוקק עבירות ספציפיות של מעשי הכנה, כדוגמת העבירה של "הכנת עבירה בחומרים מסוכנים" המוגדרת בסעיף 497 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.
- 2 על פי סעיף 334 לחוק העונשין, "הניסיון... לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש".
- 3 מקורה של גישה זו בפסק הדין האנגלי *R. v Eagleton* [1843-1860] All E.R. 363. למשמעות המבחן של המעשה האחרון, תוך מתיחת ביקורת עליו, ראו מרדכי קרמניצר, "עוד על היסוד ההתנהגותי ב'אקטוס ריאוס' של הניסיון", משפטים ט 274, 279-280, 286-289 (תשל"ט), והשוו עם אריה קמר, "על ה'Actus-Reus' של עבירת הניסיון", הפרקליט ל 464 (תשל"ו). כן ראו R.A. Duff, *Criminal Attempts* 37-42 (1996); Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* 364-365 (2d ed., 1995).
- 4 כבר בשנות השישים הרגישה הפסיקה אצלנו כי "לפי לשונו המפורשת של החוק, לא המעשה האחרון והסופי הוא הקובע, אלא כל מעשה גלוי, ובכלל זה מעשה שאין בו אלא דווקא תחילת שרשרת המעשים שבביצוע העבירה כולה..." ע"פ 50/65 ויידנפלד נ' היועץ המשפטי, פ"ד כ(1) 7, 13-1. עוד ברוח זו ראו ע"פ 1/65 שמש נ' היועץ המשפטי, פ"ד יט 398, 398-400-ב; ע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 505, 522; ע"פ 180/83 סרור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 444, 447; ע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 221, 264. דברים אלה התחייבו מהוראת סעיף 30 לפקודת החוק הפלילי, הוא סעיף 33 לחוק העונשין שקדם לתיקון 39, לפיה: 33. ניסיון – מהו

(א) רואים אדם כמנסה לעבור עבירה, אם הוא מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמתה, אולם אינו מגשים את כוונתו עד כדי עשיית העבירה.

והיא אף ננטשה במרוצת הזמן במשפט המקובל.⁵ ברגע שמכירים גם בניסיון שאיננו מושלם, כאשר העושה עדיין לא השלימה את כל הפעולות הנדרשות מצדה להשלמת ביצוע העבירה, קשה – אם לא בלתי אפשרי – להצביע על קריטריון יחיד לתחילת הגבול שיאפשר לקבוע במדויק את הנקודה שהחל ממנה חרגו פעולותיה של העושה משלב ההכנה ועברו לשלב הניסיון. במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין⁶ בחר המחוקק הישראלי שלא להגדיר כל קריטריון בהקשר זה, אלא להסתפק באפיון כללי של הניסיון על דרך השלילה:

25. ניסיון מהו

אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה (ההדגשה הוספה).

דברי ההסבר לסעיף⁷ אינם מפרטים את השיקולים שהניעו את המחוקק להסתפק באפיון זה של הניסיון. בהיעדר פירוט, יש חשיבות מיוחדת לאופן שבו הכריעה הפסיקה שלאחר תיקון 39 לחוק העונשין בסוגיית ההבחנה בין מעשי הכנה לבין ניסיון. רשימה זו מכוונת לבחון ולהעריך את עמדת הפסיקה שלאחר תיקון 39 בסוגיה זו, כפי שהיא באה לידי ביטוי בע"פ 7399/95 נחושטן, תעשיות מעליות נ' מדינת ישראל,⁸ המבוסס על ע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל⁹ (להלן: הלכת לוי-נחושטן).

הפרק השני ברשימה זו יוקדש להלכת לוי-נחושטן. אבהיר את משמעותה של ההלכה, ואבחן את מידת התאמתה לפסיקה שקדמה לתיקון 39 לחוק העונשין. בפרק ג אפנה להעריך את הלכת לוי-נחושטן על פי המבחנים המסורתיים של המשפט המקובל להבחנה בין מעשי הכנה לבין ניסיון, ששילובם מצוי ביסוד הלכת לוי-נחושטן. אצביע על הליקויים המרכזיים של כל אחד ממבחנים אלה ואראה כיצד רפורמות חקיקתיות ניסו להתמודד עם ליקויים אלה. בפרק ד אפנה להערכת השילוב בין המבחנים המסורתיים, כפי שהוא עולה מהלכת לוי-נחושטן לאור מהותה של האחריות הפלילית בגין ניסיון. את השילוב בין המבחנים אבחן על פי תפיסה סובייקטיבית למול תפיסה אובייקטיבית של האחריות בגין ניסיון. פרק ה יוקדש לליבון ההבחנה הראויה בין מעשי הכנה לבין ניסיון: אעמוד על מהות האחריות בגין ניסיון ואראה כיצד מהות זו משפיעה על השיקולים להבחנה העונשית בין הכנה לניסיון. מהשיקולים העונשיים ניתן יהיה לגזור קריטריונים לתחילת הגבול בין הכנה לבין ניסיון. בפרק ו אסביר מדוע ניתן לעגן את ההבחנה

(ב) אין נפקא מינה – זולת לעניין ענישה – אם עשה העבריין את כל הנחוק מצידו לגמר ביצוע העבירה....

7 ראו האזכורים בהערה 3 לעיל.

8 חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון 39 לחוק העונשין).

9 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098, 128.

8 נב(2) 105.

9 הערה 4 לעיל.

המוצעת ברשימה זו בין הכנה לניסיון בהוראות סעיף 39 לחוק העונשין. בפרק ז', במקום סיכום, אציע הגדרה חקיקתית, שבניגוד לסעיף 25 לחוק העונשין תאפיין את הניסיון על דרך החיוב.

ב. הלכת לוי־נחושתן

1. משמעותה

בפרשת נחושתן דן בית המשפט העליון בשאלת ההבחנה בין מעשי הכנה לבין ניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין. הנחתו של השופט קדמי, שכתב את פסק הדין, הייתה כי

...המחוקק לא התכוון בתיקון 39 לחוק העונשין לסטות מהגדרת הניסיון המסורתית, [לפיכך] ניתן לפנות בהקשר זה להלכה הפסוקה שקדמה לתיקון.¹⁰

לדעת השופט קדמי, בהתאם להלכה הפסוקה –

די בעשיית מעשה 'המבטא את תחילת תהליך הביצוע של העבירה המושלמת, ובלבד שיש בכך כדי לגלות בצורה חד־משמעית את כוונת העבריין' (מתוך ע"פ 355/88, מג(3) 264, לוי).¹¹

בדבריו אלה אימץ השופט קדמי, למעשה, את מבחן החד־משמעות,¹² שלפיו התנהגות נכללת בגדר הניסיון החל מהשלב שבו היא משקפת באופן חד־משמעי ובלא צורך בראיות נוספות את כוונתה של העושה לבצע את העבירה. אולם, מבחן החד־משמעות אינו המבחן היחיד שהזכיר בית המשפט בפרשת לוי, ממנה ציטט השופט קדמי בהקשר זה. בפרשת לוי הבהיר השופט דב לוי:

באשר לניסיון, ההלכה הפסוקה שוללת את הכלל לפיו, כדי שניתן יהא להרשיע בעבירת ניסיון, צריך שיחול המעשה האחרון ממש לפני הביצוע הסופי... די בכך שנעשה מעשה גלוי 'המקרב' את תהליך ביצועה של העבירה המושלמת. לעיתים קיימות נסיבות, שבהן ניתן אף להסתפק במעשה המבטא את תחילת תהליך הביצוע של העבירה המושלמת, ובלבד שיש בכך כדי לגלות בצורה חד־משמעית את כוונת העבריין.¹³

מדברים אלה עולה, כי במקרים שבהם התנהגות מסוימת קרובה קרבה מספקת לביצוע

10 הערה 8 לעיל, בעמ' 129.

11 שם.

12 לדיון במבחן זה בהרחבה ראו הטקסט הסמוך להערה 15 להלן.

13 הערה 4 לעיל, בעמ' 264, פסקה 93 לפסק הדין.

המושג, היא תסווג כניסיון, גם אם אין היא מגלה בצורה חד-משמעית את כוונת העבריין. בהעדר קרבה להשלמת הביצוע ניתן להסתפק גם בהתנהגות המשתייכת לתחילת הביצוע של העבירה – אולם זאת בתנאי שההתנהגות מגלה את הכוונה בצורה חד-משמעית. למעשה יש כאן אימוץ של המבחנים המסורתיים שהתגבשו בעבר במשפט המקובל¹⁴ – קרבה להשלמה וחד-משמעות – באופן חלופי.

במשפט המקובל תפס מבחן הקרבה – the proximity rule – את מקומו של מבחן המעשה האחרון, שלפיו על המנסה לעשות את כל המעשים הנחוצים מבחינתה להשלמת העבירה (ניסיון מושלם). על פי מבחן הקרבה, התנהגות תשתייך לתחום הניסיון אם היא קרובה קרבה מספקת להשלמת העבירה. נקודת המוצא ליישומו של המבחן נעוצה בביצוע המושלם, שממנו הולכים אחורנית ובודקים את מספר הפעולות הנדרשות מצד העושה להשלמת הביצוע ואת איכותן של פעולות אלו.

המבחן החלופי שהוזכר בפרשת לוי ואומץ בפרשת נחושטן כמבחן יחיד הוא מבחן החד-משמעות, כפי שנוסח בניו-זילנד מולדתו. מבחן זה קובע:

A criminal attempt is an act which shows criminal intent on the face of it. The case must be one in which *Res ipsa loquitor*. An act, on the other hand, which is in its own nature and on the face of it innocent is not a criminal attempt. It cannot be brought within the scope of criminal attempt by evidence *aliunde* as to the criminal purpose with which it is done.¹⁵

הדימוי הוא של סרט אילם, בו מוקרנת התנהגותה של העושה ללא הסבר על מטרותיה. הסרט יחדל מלהיות אילם וישמיע התבטאות רק כאשר ההתבטאות עצמה היא חלק מהביצוע או לפחות חלק מהאמצעים לביצוע (איום). הניסיון יתחיל החל מהשלב שבו יהיה ברור לצופים באופן חד-משמעי כי העושה מתכוונת לבצע את העבירה. לפי המבחן המקורי נדרש כי מסקנת הצופים בדבר מהותה המדויקת של הכוונה הפלילית תהיה

14 לדיון במבחנים להבחנה בין הכנה לבין ניסיון במשפט המקובל, ראו Duff, הערה 3 לעיל, בעמ' Sanford H. Kadish & Stephen J. Dressler, 48-37; הערה 3 לעיל, בעמ' 368-364; Shulhofer, *Criminal Law and its Process (Cases and materials)* 593-610 (6th ed., 1995); American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries* 321-329 (1985); George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 140-144 (1978); Alon Harel, "The Economics of the Law of Criminal Attempts: A Victim-Centered Perspective," 145 *U. Pa. L. Rev.* 299, 323-328 (1996); קרמניצר, הערה 3 לעיל, בעמ' 294-286; ש"ז פלר, יסודות בדיני-עונשין ב 95-106 (תשמ"ז).

15 *The King v. Baker* [1924] N.Z.L.R. 865, 874-875 (השופט ג'ון סלמונד (John Salmond)). פסק הדין נחשב כמקורו של המבחן, והוא צוטט על ידי סלמונד בספרו *Jurisprudence* 346 (6th ed., 1920).

מכרעת. גישה מרוככת יותר של המבחן הסתפקה בכך שההתנהגות תשמש ראייה לכאורה לכוונה הפלילית.¹⁶

2. התאמתה של הלכת לווינחותן לפסיקה קודמת

בפרשת נחושטן הניח השופט קדמי כי מבחן החד־משמעות הוא גם המבחן המקובל בהלכה הפסוקה, ולא היא. פרט לשני מקרים משנות השישים¹⁷ – שניתן לראותם כחריגים – ועד לפרשת לוי דבקה הפסיקה הישראלית בעקביות במבחני הקרבה להשלמה. פסק הדין הבסיסי שעליו הסתמכה הפסיקה הוא ע"פ 1/65 שמש נ' היועץ המשפטי, שקבע:

המעשה המהווה תחילת ביצוע לפי סעיף 30 [לפקודת החוק הפלילי] אינו חייב להיות השלב האחרון של הביצוע; גם שלבים ראשונים של הביצוע יכולים להיות בגדר ניסיון, ובלבד שהם קרובים קרבה מספקת להשלמה.¹⁸

הדרישה של "קרבה מספקת להשלמה" חזרה ואומצה – תוך הסתמכות על פסק הדין בפרשת שמש¹⁹ – בע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל,²⁰ בע"פ 180/83 סרור נ' מדינת ישראל²¹ ובע"פ 400/88 ע"ת נ' מדינת ישראל.²² גם בפרשת לוי חזר בית המשפט ברישא של דבריו על הדרישה כי "די בכך שנעשה

16 הריכוך הוצע על ידי טרנר. ראו I. W. Cecil Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law* 104 (19th ed., 1966).

17 בפרשת ויינפלד היה השופט חיים כהן בדעה כי:
לפי לשונו המפורשת של החוק, לא המעשה האחרון והסופי הוא הקובע, אלא כל מעשה גלוי, ובכלל זה מעשה שאין בו אלא דווקא תחילת שרשרת המעשים שבביצוע העבירה כולה – ובלבד שגם תחילת המעשה כאמור נעשתה בכוונה לבצע את העבירה, ויש בה כדי לגלול כוונה זו. הערה 4 לעיל, בעמ' 13–1 (ההדגשה הוספה).
על דבריו אלה חזר השופט חיים כהן בע"פ 534/69 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 169, 170; אך ראו הערה 19 להלן.

18 פ"ד יט 398, 399–400 ג (ההדגשה הוספה).

19 המעניין הוא כי גם בפרשת ויינפלד, שבה נקט בית המשפט ניסוח המתאים למשפט החד־משמעות מצא השופט חיים כהן לנכון להפנות לפרשת שמש. ראו הערה 4 לעיל, בעמ' 13–1.

20 פ"ד לב(2) 505, 522 ("המעשים דלעיל חרגו בהרבה משלב של הכנה גרידא וקרבו אותם קרבה מספקת להשלמה").

21 פ"ד לח(2) 444, 447 ("כפי שהוסבר עוד בע"פ 1/65... גם שלבים ראשונים של הביצוע יכולים להיות בגדר ניסיון, ובלבד שהם קרובים קרבה מספקת להשלמה." קרבה מספקת כזו נתקיימה גם בעניינו).

22 פ"ד מד(1) 778, 782 ("מעשה גלוי לעין לעניינו, כולל כל מעשה הקרוב קרבה מספקת להשלמה ביצועה של העבירה (ע"פ 1/65 ע"פ 115/77, ע"פ 180/83)").

מעשה גלוי המקרב את תהליך ביצועה של העבירה המושלמת²³, כשהוא מסתמך בהקשר זה על פסק הדין בפרשת סרור. הבעיה היא שגם את החלופה הנוספת – "לעיתים קיימות נסיבות שבהן ניתן אף להסתפק במעשה המבטא את תחילת ביצועה של העבירה המושלמת, ובלבד שיש בכך כדי לגלות בצורה חד-משמעית את כוונת העבריין"²⁴ – מבסס השופט דב לוי על פסק הדין בפרשת סרור; אולם בפסק הדין סרור אין כל התייחסות, ולו ברמז, לחלופה נוספת זו.

מקור השיבוש שחל בעמדת הפסיקה בהקשר זה הוא בספרו של השופט קדמי, על הדין בפלילים, המוזכר בפרשת לוי. למעשה, דבריו של השופט דב לוי הם ציטוט כמעט מדויק של הקטע בספר המסכם את "ההלכה המחייבת אצלנו" כהלכה המשלבת שתי גישות.²⁵ פסקי הדין התומכים בסיכום זה, בספר, הם פסקי הדין בפרשות לב וסרור, שבשניהם אין כל רמז למבחן החלופי של תחילת ביצוע שיש בה כדי לגלות בצורה חד-משמעית את כוונת העבריין. המבחן היחיד המובא בפסקי דין אלה הוא של קרבה להשלמה.

המסקנה המתחייבת היא כי מבחן החד-משמעות שאימץ השופט קדמי בפרשת נחושתן, כמבחן ההולם את אפיון הניסיון לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, נקלט במשפטנו בטעות עקב שיבוש לגבי עמדת הפסיקה. מקורו של שיבוש זה הוא בספרו של השופט קדמי, שעליו הסתמך בית המשפט בפרשת לוי. לולא שיבוש זה היו הנחותיו של השופט קדמי – לפיהן תיקון מס' 39 לחוק העונשין משמר את עמדת הפסיקה בסוגיית ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון – מחייבות לשמר את מבחני הקרבה להשלמה גם לאחר התיקון. עם זאת, ראוי להפנות את תשומת הלב גם לפסיקה מאוחרת לפרשת לוי וקודמת לתיקון 39 לחוק העונשין. בפסיקה זו אף השופט קדמי עצמו לא הסתמך על המבחן המשולב של הלכת לוי, ואף לא על כל אחד מהמבחנים המונחים ביסודו – קרבה וחד-משמעות. בע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל ביקש השופט קדמי להוסיף כמה הערות, ביניהן הערה הנוגעת למידת ההתנהגות הנדרשת להתנהגות הניסיון. לדבריו:

לא תחילת 'המעשה האסור' נדרשת כאן, אלא תחילת 'הגשמת הכוונה';
ובמקום שמוכחת הכוונה – אין לבחון אלא אם המעשה שנעשה, הינו שלב
משלבי הגשמתה להבדיל ממעשה המכשיר את הקרקע בלבד להגשמה
שתבוא מאוחר יותר.²⁶

בדברים אלה אין רמז לדרישה כי הכוונה חייבת להשתקף בהתנהגות (חד-משמעות): הוכחת הכוונה יכול שתיעשה בנפרד. כמו כן אין דברים אלה מחייבים קרבה להשלמה, ודי בכל שלב משלבי הביצוע – בהבדל ממעשי הכנה המכשירים את הביצוע. באופן

23 הערה 4 לעיל, בעמ' 264, פסקה 93.

24 שם.

25 יעקב קדמי, על הדין הפלילי – הדין בראי הפסיקה א 92 (תשנ"א).

26 פ"ד מח(2) 183, 189, פסקה 2(ג) לפסק-דינו של השופט קדמי (ההדגשה הוספה).

כללי, כפי שעוד יובהר,²⁷ תואם אפיון זה את האופן שבו אפיין הניסיון בתיקון 39 לחוק העונשין, ויש להצטער על כך בפרשת נחושתן העדיף השופט קדמי את הלכת לוי על פני הערתו שלו בפרשת סריס.

3. הערת סיום על מעמדה של הלכת לוי-נחושתן כאוביטר

למעשה, השאלה מהו המבחן הראוי לתחזית הגבול בין הכנה לבין ניסיון לא הייתה דרושה לגופו של עניין בפרשת לוי או בפרשת נחושתן. בשתי הפרשיות ניסיונם של המערערים היה מושלם – הם עשו כל שהיה נחוץ מבחינתם להביא להשלמת העבירה. בפרשת לוי מסר המערער לפרקליטו, בהיותו עצור, מכתבים המיועדים לאחרים, ובהם ניסה להניא אותם מלמסור למשטרה מידע מפליל נגדו. המכתבים נתפסו, והמערער הועמד לדין על העבירה של ניסיון להדחה בחקירה לפי סעיף 245(א) לחוק העונשין. בית המשפט הדגיש כי ההדחה נמנעה משום שהמכתב לא הגיע לתעודתו, אולם חשוב לשים לב כי במסורו את המכתבים עשה המערער כל הנחוץ מצדו להדחית את האחרים ולהניאם ממסירת מידע מפליל נגדו בחקירה המשטרית. בפרשת נחושתן השופט קדמי עצמו ביסס את ההרשעה בניסיון לעריכת הסכם כובל, בניגוד לסעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, על הקביעה כי המערערים מצדם עשו –

כל שהיה בידם לעשות, על מנת להגשים את המטרה האמורה; והתנהגות כזו בוודאי חלפה את שלב ההכנה. הסכמתו של אמאר להסדר כובל הייתה משכללת את העבירה המושלמת.²⁸

כאשר הניסיון הוא מושלם – כפי שהיה בפרשות לוי ונחושתן – לא מתעוררת שאלת ההבחנה בין מעשי הכנה לבין ניסיון. הקושי לתחום את הגבול שבין מעשי ההכנה לבין הניסיון מתעורר כאשר הניסיון לא הושלם משום שהעושה לא עשתה עדיין את כל הפעולות הנדרשות מצדה להשלמת העבירה.

ג. הערכת המבחנים שביסוד הלכת לוי-נחושתן

כאמור, הלכת לוי-נחושתן מאמצת את המבחנים המסורתיים שהתגבשו במשפט המקובל להבחנה בין הכנה לבין ניסיון – קרבה ותד-משמעות, באופן חלופי. כיוון שכך, ניתן להעלות נגדה את הביקורת שלה חשוף כל אחד ממבחנים אלה בנפרד. להלן אצביע על הליקויים המרכזיים של כל אחד מהמבחנים ואבחן את הניסיונות החקיקתיים להתמודד עם ליקויים אלה.

27 בפרק 1.

28 הערה 8 לעיל, בעמ' 129.

1. הקשיים במבחנים המסורתיים

(א) קרבה

למבחן הקרבה כמה גוונים המשקפים רציונלים שונים, שכל אחד מהם מעורר קשיים. הרציונל הראשון נגזר מרעיון החרטה.²⁹ ההנחה היא שיש לאפשר למי שגיבשה כוונה לבצע עבירה ואף התחילה להוציאה אל הפועל לחזור בה מיוזמתה מהגשמת הכוונה – *a locus poenitentiae*: כל עוד יש אפשרות שהזוממת לבצע עבירה תחדל מיוזמתה, אל לו למשפט להתערב. ככל שפעולותיה של הזוממת לבצע עבירה קרובות יותר להשלמת הביצוע כך קטנה ההסתברות שהיא תתחרט, וכך גדלה ההצדקה להתערבות המשפט באמצעות דיני הניסיון.

הבעיה המרכזית ברציונל זה היא שאין הוא מתחשב במידת הסכנה הכרוכה בהתנהגותה של מי שזוממת לבצע עבירה ואף מתחילה להוציא את כוונתה אל הפועל. גם אם בנסיבות המקרה ההתנהגות היא מסוכנת, אין די בכך, ויש להמתין שמא הזוממת תחזור בה ממזימתה. האמנם סביר לצפות שהזוממת תשב בחיבוק ידיים אל נוכח התנהגות מסוכנת רק כדי לאפשר חרטה? והרי התערבות המערכת המשפטית רק כאשר אין אפשרות ממשית לחרטה עלולה להיות מאוחרת מדי ולהקטין מאוד את ההסתברות שניתן יהיה למנוע את השלמת ביצוע העבירה.

זאת ועוד: נאמנות מלאה לרציונל החרטה עלולה להביא למסקנה כי גם הניסיון המושלם לא יהיה תמיד עניש. חרטה עשויה להיות אפשרית גם לאחר שהזוממת השלימה את כל הנחוק מבחינתה (ניסיון מושלם), באם משך הזמן שנותר להשלמת העבירה הוא מספיק ארוך. דוגמא מובהקת לעניין זה היא של מי שהניחה פצצת זמן, המיועדת להתפוצץ ולהמית כעבור מספר שעות. במשך שעות אלו יש למי שהניחה את הפצצה שהות מספקת להתחרט ולנטרל את הפצצה. היעלה על הדעת שכדי לייחס לה אחריות בגין ניסיון לרצח נידרש להמתין עד סמוך למועד שבו אמורה הפצצה להתפוצץ?

למסקנה, כי אף שהניסיון הושלם אין לייחס אחריות בשל השעות שנותרה לחרטה, ניתן למצוא סימוכין, אמנם בהקשר שונה, בפסק הדין האנגלי בפרשת *Hope V. Brown*.³⁰ בפרשה זו רשם בעל אטליז מחיר מופקע על תוויות והניח אותן במגרה במטרה שהעובד שלו יצמיד את התוויות לחבילות הבשר שהוא מוכר. בעל האטליז הועמד לדין על עבירה של ניסיון למכור בשר במחיר העולה על המותר. למרות שבעל האטליז עשה את כל הנחוק מצדו לצורך ביצוע העבירה, הוא זוכה מהנימוק כי

29 ראו Kadish & Shulhofer, הערה 14 לעיל, בעמ' 594; American Law Institute, הערה 14 לעיל, בעמ' 325-324; Dressler, הערה 3 לעיל, בעמ' 367; Duff, הערה 3 לעיל, בעמ' 44-46; קרמיצר, הערה 3 לעיל, בעמ' 286-288 מרדכי קרמיצר, "סוגיות בדין הניסיון הפלילי מנקודת ראות השוואתית", עיוני משפט יב 393, 409-410 (תשמ"ז).

30 [1954] All E. R. 330.

ייתכן שהיה מתחרט עוד קודם שהעובד היה מצמיד את התווית עם המחיר המופקע לחבילות הבשר.

הרציונל השני של מבחן הקרבה מדגיש את הסכנה שבהתנהגות. ההנחה היא כי התערבות המשפט הפלילי בחירויות הפרט באמצעות דיני הניסיון תהיה מוצדקת רק כאשר ההתנהגות הגיעה לשלב של קרבה מסוכנת להשלמת העבירה – dangerous proximity to success.³¹ הסכנה בהקשר זה מזוהה עם הסכנה המוחשית לאובייקט הקונקרטי המיועד להיפגע על ידי ביצוע העבירה. לאור זאת נפסק לא פעם, כי התנהגותה של מי שזממה להמית את הקורבן, הצטיידה בנשק, וארבה לקורבן או תרה אחריו עם נשק דרוך, איננה מגיעה כדי ניסיון כל עוד לא נוצר עימות עם הקורבן.³² גם כאן, שימת הדגש על הסכנה המוחשית לאובייקט הקונקרטי מצמצמת את הניסיון. הדרישה להמתין עד להופעת הקורבן עצמו בזירה, למשל, מקטינה מאוד את ההסתברות שניתן יהיה למנוע, באמצעות דיני הניסיון, את הפגיעה בקורבן.

הבעיה המהותית יותר במבחן הקרבה בגרסתו זו נוגעת לזיהוי הסכנה האופיינית לניסיון עם סכנה מוחשית לאובייקט הקונקרטי שבו רוצה המנסה לפגוע. כפי שיובהר בהמשך,³³ את הסכנה האופיינית לניסיון ראוי לאפיין בהתחשב במידת האיום על הערך החברתי המוגן על ידי איסור העבירה (חיי אדם למשל); איום שנוצר קודם להיווצרות הסכנה המוחשית לאובייקט המגלם ערך זה (הקורבן המיועד להמתה).

31 המינוח הוא של השופט האמריקני הולמס (Holmes) בפסק הדין *Hyde v. United States*, 225 U.S. 347, 387 (1912) (בפרשה זו היה הולמס במיעוט). עמדתו זו אומצה בפרשת *People v. Rizzo*, 246 N.Y. 334, 335, 338-339 (1927) ובתקופה מאוחרת יותר בפסקי-הדין *People v. Kadish & Shulhofer*, הערה 14 לעיל, בעמ' 596-594; *Dressler*, הערה 3 לעיל, בעמ' 366-365; *Acosta*, 80 N.Y.2d 665, 609 (1993). לדין בדרישה לקרבה מסוכנת להשלמה ראו *Kadish & Shulhofer*, הערה 14 לעיל, בעמ' 596-594; *Duff*, הערה 3 לעיל, בעמ' 48-46. *American Law Institute*, הערה 14 לעיל, בעמ' 323-322; *Commonwealth v. Ortiz*, 560 N.E.2d 698 (1990). עמדה דומה משתמעת מפסק הדין האנגלי *Jones* [1990] 1 W.L.R. בפרשה זו אמנם הורשע הנאשם בניסיון לרצח, אולם בית המשפט הבהיר כי לולא המגע בינו לבין הקורבן הייתה התנהגותו נשארת בגדר מעשי הכנה. לדברי בית המשפט:

Clearly his actions in obtaining the gun, in shortening it, in loading it, in putting on his disguise, and in going to school, could only be regarded as preparatory act. But, in our judgment, once he had got into the car, taken out the loaded gun and pointed it at the victim with the intention of killing him... those acts were more than merely preparatory

כן ראו פסק הדין בפרשת *Campbell* (1991) 93 Crr. App. R. 259, המובא בטקסט הקודם להערה 58 להלן.

33 בפרק ה.1 להלן.

(ב) חד-משמעות (The Unequivocal Theory)³⁴

גם ביחס למבחן החד-משמעות ניתן לאתר רציונלים שונים, שאף הם זכו לביקורת חריפה. היו שהניחו כי המבחן משמש כלי לקביעת הקרבה הנדרשת בניסיון. ההנחה שביסוד רציונל זה היא שכל שהמנסה מתקרבת להשלמת הביצוע, כוונתה לבצע את העבירה משתקפת בהתנהגותה.³⁵ המבקרים רציונל זה הצביעו על העובדה כי אין קשר ישיר בין מידת הקרבה של ההתנהגות להשלמת הביצוע לבין השתקפותה של הכוונה בהתנהגות.³⁶ ייתכנו מקרים שבהם אף שההתנהגות קרובה קרבה מסוכנת ומיידית להשלמת העבירה, אין היא משקפת בצורה חד-משמעית את הכוונה לבצע את העבירה. במקרים אלה לא סביר לצפות שמערכת המשפט תימנע מהתערבות. הדוגמא המצוטטת ביותר בהקשר זה היא אדם שבהיותו באסם של תבואה החזיק מקטרת בפיו, מילא אותה טבק והצית גפרור.³⁷ גם אם מחזיק המקטרת יודה כי בכוונתו להצית את האסם, מבחן החד-משמעות לא יאפשר להרשיעו בניסיון הצתה, שכן מסקנתו הסבירה של הצופה מהצד – שנדרש להתעלם מהודאתו – תהיה שהצתת הגפרור מיועדת להדליק את המקטרת. מאידך גיסא, ייתכנו מקרים שבהם התנהגות מוקדמת, שאינה חורגת ממעשי הכנה מובהקים, תשקף באופן חד-משמעי את הכוונה. כך, למשל, קביעת תור באמצעות שיחת טלפון לביצוע הפלה בלתי-חוקית משקפת באורח חד-משמעית את הכוונה לבצע הפלה בלתי-חוקית.³⁸ האמנם די בכך כדי לבסס הרשעה בניסיון לבצע הפלה בלתי-חוקית?

רציונל אחר של מבחן החד-משמעות הוא הרציונל הראייתי, שלפיו כדי למנוע שימוש לרעה יש להתנות את האחריות בגין ניסיון בקיומם של סממנים חיצוניים לכוונתה

- 34 לדיון במבחן זה בהרחבה ראו Duff, הערה 3 לעיל, בעמ' 48-53; Dressler, הערה 3 לעיל, בעמ' 358-367; Kadish & Shulhofer, הערה 14 לעיל, בעמ' 606-610; The American Law Institute, הערה 14 לעיל, בעמ' 326-329; Fletcher, הערה 14 לעיל, בעמ' 141-146; J.C. Smith & Brian Hogan, *Criminal Law* (4th ed., 1978); Alan W. Mewett & Morris, *Criminal Law* 171-175 (2d ed., 1985); Maning, *Criminal Law* 171-175 (2d ed., 1985); קרמניצר, הערה 3 לעיל, בעמ' 280-283; פלר, הערה 14 לעיל, בעמ' 98-102.
- 35 רציונל זה מובא על ידי פלר, הערה 14 לעיל, בעמ' 98; Glanville L. Williams, *Criminal Law – The General Part* 629 (2d ed., 1961).
- 36 ראו Williams, הערה 35 לעיל, בעמ' 630; Kadish & Shulhofer, הערה 14 לעיל, בעמ' 607; Dressler, הערה 3 לעיל, בעמ' 368; Mewett & Maning, הערה 34 לעיל, בעמ' 173-175; Smith & Hogan, הערה 34 לעיל, בעמ' 246-254; קרמניצר, הערה 3 לעיל, בעמ' 290; פלר, הערה 14 לעיל, בעמ' 100.
- 37 מקורה של דוגמא זו אצל Williams, הערה 35 לעיל, בעמ' 630, והיא מובאת על ידי פלר, הערה 14 לעיל, בעמ' 100; Dressler, הערה 3 לעיל, בעמ' 368; Kadish & Shulhofer, הערה 14 לעיל, בעמ' 607.
- 38 הדוגמא לקוחה מ-Smith & Hogan, הערה 34 לעיל, בעמ' 254.

הפלילית של המנסה – סממנים המשתקפים בהתנהגות.³⁹ הסתפקות בהתנהגות שהיא על פניה תמימה, תהפוך את האחריות בגין ניסיון לאחריות המותנית בהודאת המנסה כי אכן היה בכוונתה לבצע עבירה. הודאה כזו עלולה להיות מושגת באמצעים פסולים. רציונל זה מערב מין בשאינו מינו, בין שאלות של הוכחה הנוגעות לאמצעים הראויים להוכחת היסוד הנפשי בניסיון לבין שאלות של מהות בדבר מידת ההתנהגות הנדרשת לגבי הניסיון.⁴⁰ אם אכן רוצים להבטיח כי ההרשעה בניסיון לא תתבסס אך ורק על הודאת המנסה לגבי כוונתה, ניתן לדרוש סיוע של ראיות אחרות, אך מדוע להגביל ראיות נוספות אלו לאופן שבו משתקפות הכוונה בהתנהגות?⁴¹ מה עוד שאין – ואף לא נטען שקיימות – הוכחות אמפיריות לכך שנעשה שימוש ראיתי לרעה במקרים שבהם כוונת המנסה לא השתקפה בהתנהגות עצמה.⁴²

2. השפעתן של רפורמות חקיקתיות על המבחנים המסורתיים

הקשיים הכרוכים במבחנים המסורתיים (קרבה וחד-משמעות) שהובהרו לעיל הולידו רפורמות חקיקתיות המיועדות להתגבר על קשיים אלה. המבחנים המסורתיים לא ננטשו לחלוטין: לעתים הביא ביטולו של אחד המבחנים לאימוצו של האחר.

(א) הרחבת הניסיון מעבר למבחני הקרבה

ההכרה כי מבחני הקרבה להשלמה מצמצמים מדי את תחום הניסיון הניעה את מנסחי הקוד הפלילי לדוגמא של המכון למשפט אמריקני (Model Penal Code) להציע הגדרה שונה ומרחיבה של הניסיון.⁴³ ההגדרה, הנושטת את מבחני הקרבה, כוללת גרסה מרוככת ולא מלאה של מבחן החד-משמעות. סעיף 5.01 לקוד הפלילי לדוגמא⁴⁴ מבחין בין ניסיון מושלם לבין ניסיון שאינו מושלם. כאשר הניסיון הוא מושלם, עשיית כל הפעולות הנחוצות מצד העושה להביא להשלמה

39 רציונל זה מובא על ידי Duff, הערה 3 לעיל, בעמ' 51; The American Law Institute, הערה 14 לעיל, בעמ' 326-327; Fletcher, הערה 14 לעיל, בעמ' 143.

40 ראו Mewett & Maning, הערה 34 לעיל, בעמ' 174; Kadish & Shulhofer, הערה 14 לעיל, בעמ' 607; קרמניצר, הערה 3 לעיל, בעמ' 290; פלר, הערה 14 לעיל, בעמ' 99-100.

41 Fletcher, הערה 14 לעיל, בעמ' 143.

42 Lloyd L. Weinreb, "Manifest Criminality, Criminal Intent, and the 'Metamorphosis of Larceny'," 90(I) Yale L.J. 294, 317 (1980).

43 ראו סעיף 5.01 ל-"Model Penal Code, The American Law Institute", הערה 14 לעיל, בעמ' 331-330.

44 הסעיף קובע (ראו שם):

(1) A person is guilty of an attempt to commit a crime if...he:

(a) purposely engages in conduct that would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believes them to be; or

(b) when causing a particular result is an element of the crime, does or

העבירה מספקת את היסוד העובדתי של הניסיון. לעומת זאת, כאשר הניסיון אינו מושלם, הדרישה המרכזית היא כי ההתנהגות תהווה צעד משמעותי בדרך לביצוע עבירה. והתנהגות עשויה להיות צעד משמעותי כאמור רק אם יש בה כדי לחזק באופן משמעותי את המסקנה בדבר הכוונה הפלילית –

...Conduct shall not be held to constitute a substantial step...
unless it is strongly corroborative of the actor's criminal purpose.⁴⁵

הדרישה שההתנהגות תחזק את המסקנה בדבר הכוונה מהווה, על פי דברי ההסבר, גרסה מרוכבת של מבחן החד-משמעות. על פי גרסה מרוכבת זו אין להתעלם מהודאת העושה (כמתחייב ממבחן החד-משמעות), וכל שנדרש הוא כי התנהגותה של העושה תוסיף משקל משמעותי להוכחת הכוונה, שעליה ניתן ללמוד מהודאת העושה.⁴⁶ בצד ההגדרה עצמה כולל הסעיף רשימה של מקרים שאותם יש לראות כצעד משמעותי בדרך לביצוע העבירה. המגמה הברורה המצטיירת מרשימת המקרים היא של הרחבה – וביחס למקרים מסוימים אף הרחבת יתר⁴⁷ – של תחום הניסיון בהשוואה לתחום שהוקצב לו על ידי הפסיקה מכוח מבחני הקרבה להשלמה.⁴⁸ בדברי ההסבר הובהר כי המבחן המוצע לניסיון משנה את נקודת המוצא: במקום להתמקד במספר הפעולות שנותרו להשלמת הביצוע (קרבה), יש להתמקד בפעולות שכבר נעשו (צעד משמעותי).⁴⁹

omits to do anything with the purpose of causing or with the belief that it will cause such result without further conduct on his part; or
(c) purposely does or omit to do anything that, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step in the course of conduct planned to culminate in the commission of the crime.

(2)...Conduct shall not be held to constitute a substantial step under Subsection (1)(c) unless it is strongly corroborative of the actor's criminal purpose...

שם, סעיף 2)5.01. 45

שם, דברי ההסבר לסעיף 2)5.01. 46

בין המקרים המנויים בסעיף נכללים גם מצבים מובהקים של מעשי הכנה. כך, למשל, מתייחס סעיף 2)5.01(e) להתחזקת מכשירים שיועדו לביצוע העבירה. ראו שם. 47

כך, למשל, מתייחס סעיף 2)5.01(a) (ראו שם) למי שאורב לקורבן או מחפש אחריו. סעיף זה חוקק במטרה לשנות את הפסיקה האמריקנית שקבעה כי התנהגותו של מי שהצטייד במכשירים הנדרשים לביצוע השוד או הרצח, ויצא לחפש את הקורבן המיועד אך לא הצליח למצאו, או ארב לו והקורבן לא הגיע – איננה מספיק קרובה כדי להשתייך לתחום הניסיון. ראו הערה 32 לעיל וכן הטקסט הסמוך לה. 48

The American Law Institute, הערה 14 לעיל, בעמ' 329. ההגדרה המרחיבה לניסיון בקוד הפלילי לדוגמא אומצה במספר לא מבוטל של מדינות בארצות-הברית. לפירוט המדינות ראו שם, בעמ' 300, הערה 7. 49

התפיסה שביסוד הקוד הפלילי לדוגמא היא שהסכנה האופיינית לניסיון נגזרת מנחישותה של העושה להגשים את כוונתה לבצע את העבירה. אם העושה הגשימה את כל הנחוץ מצדה להשלמת העבירה – ניסיון מושלם – הכוונה שלה מגובשת דיה, הנחישות מתקיימת וניתן להוכיח אותה בעזרת אמצעי הראיה הרגילים.⁵⁰ לעומת זאת, כאשר העושה לא השלימה את כל הנחוץ מבחינתה להביא להשלמת העבירה, מידת הנחישות של כוונתה איננה ברורה ולכן נדרש כי התנהגותה תחזק את המסקנה בדבר הכוונה (גרסה מרוככת של מבחן החד-משמעות). ההנחה היא כי העושה לא תבחר בהתנהגות המשקפת את כוונתה הפלילית ומפלילה אותה אם אין היא נחושה בדעתה להשלים את ביצוע העבירה.⁵¹

ההנחה שהביאה לאימוצו של מבחן החד-משמעות (אם גם בגרסה מרוככת) לכל המקרים שבהם הניסיון לא הושלם היא הנחה מהתחום הראייתי. עמדה זו חשופה, לכן, להשגות שהוטחו כנגד הרציונל הראייתי של מבחן החד-משמעות שעליהן עמדת לעיל.⁵² כאן רק אדגיש כי במסגרת דיני הניסיון אין קשר ישיר בין הדגשת נחישות הכוונה להשלים את העבירה לבין אימוץ המבחן של חד-משמעות, אפילו בגרסתו המרוככת, במקרים של ניסיון שלא הושלם. דגש כזה היה מחייב להטיל אחריות בגין ניסיון על מי שהייתה נחושה בדעתה לבצע את העבירה, אך הייתה גם מתוחכמת דיה לבחור בהתנהגות שלא תסגיר אותה גם בטרם השלימה את כל הנחוץ מצדה.

(ב) דחייתו של מבחן החד-משמעות

מבחן החד-משמעות בוטל במפורש על ידי המחוקק בארץ הולדתו – ניו-זילנד. הגדרת הניסיון בחוק שם המירה מבחן זה במבחני הקרבה, בקובעה:⁵³

An act done or omitted with intent to commit an offence may constitute an attempt if it is immediately or proximately connected with the intended offence, whether or not there was any act unequivocally showing the intent to commit that offence.

ועדת מומחים שהוקמה באנגליה להכנת חוק הניסיון קבעה גם היא במפורש, כי אין זה ראוי לאמץ את מבחן החד-משמעות שאוזכר בכמה פסקי-דין אנגליים.⁵⁴ הוועדה הציעה, אמנם, גם להרחיב את הניסיון מעבר למתחייב ממבחני הקרבה המסורתיים, ולאפיין את היסוד העובדתי בניסיון כצעד משמעותי לקראת ביצוע העבירה. הצעה אחרונה זו לא התקבלה מן הטעם שהאפיון הוא מעורפל מדי ועלול להרחיב יתר על המידה

50 שם, בעמ' 320.

51 שם, בעמ' 329.

52 ראו פרק ג.1(ב) לעיל.

53 סעיף 72(3) ל-Crimes Act, 1961.

54 The Law Commission, Working Paper No. 50, paras 78-87 (1973).

את תחום הניסיון.⁵⁵ האפיון שהתקבל בסופו של דבר בחוק הניסיון האנגלי זהה לאפיון הניסיון בתיקון 39 לחוק העונשין שלנו:

If, with intent to commit an offence... a person does an act which is *more than merely* preparatory to the commission of the offence, he is guilty of attempting to commit the offence.⁵⁶

בדברי ההסבר לסעיף האנגלי הובהר כי מטרת החוק איננה לשנות את מבחני הקרבה המסורתיים. למרות זאת הוחלט שלא לאפיין את הניסיון באמצעות ביטויים של קרבה שמא יפורשו ביטויים אלה בצורה מצומצמת מדי.⁵⁷ בדיעבר התברר כי גם הנוסח שנבחר, המדגיש כי ניסיון כולל התנהגות החורגת מהכנה בלבד, לא מנע צמצום יתר של הניסיון מצד הפסיקה האנגלית. בפרשת *Campbell*, למשל, לא היה די בעובדה שהנאשם, שהתכוון לשדוד בית דואר, נעצר על ידי המשטרה בזמן שהתקרב לדלת הכניסה כשהוא מצויד באקדה ובאמתחתו פתק איום, כדי להרשיעו בניסיון שוד.⁵⁸ ביקורת רבה נמתחה על צמצום הניסיון על ידי הפסיקה באנגליה. מרבית המבקרים קראו להמיר את הגדרת הניסיון בחוק בהגדרה מרחיבה כדוגמת זו המצויה בקודקס הפלילי לדוגמא של המכון למשפט אמריקני.⁵⁹

ד. הערכת השילוב בין המבחנים שביסוד הלכת לוי-נחושתן על פי מהותה של האחריות בגין ניסיון

ראינו כי באנגליה נמתחה ביקורת רבה על הגישה המשמרת את מבחני הקרבה להשלמה, וזאת בשל הצמצום הניכר של הניסיון. מאידך גיסא, גם המבחן האלטרנטיבי של חד-משמעות חשוף לביקורת. השאלה היא אם השילוב בין המבחנים – כפי שנפסק בהלכת לוי-נחושתן – חשוף אף הוא לביקורת. על פניו, השילוב בין המבחנים הוא אטרקטיבי משום שהוא נותן מענה לחלק מהקשיים הנלווים לכל אחד ממבחנים אלה בנפרד. שילוב זה מאפשר להתערב במקרים של קרבה מסוכנת להשלמה גם כאשר

55 Law Com.102, paras 2.45-2.52.

56 סעיף 1(1) ל-Criminal Attempts Act, 1981 (ההדגשה הוספה).

57 פסקה 2.48 ל-Law Com.102.

58 פרשת *Campbell*, הערה 32 לעיל. ראו גם *R. v. Geddes* [1996] *Crim. L. Rev.* 894. לעומת זאת, בפסק הדין *R. v. Tosti* [1997] *Crim. L. Rev.* 746, אושרה ההרשעה בניסיון התפרצות של מי שהתקרב למקום המיועד, בחן את המנעול, אך משנוכח כי הבחינו בו ברח מהמקום.

59 ראו Glanville Williams, "Wrong Turnings on the Law of Attempt," *Crim. L. Rev.* 416, 411-417 (1991); Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* 467-468 (3d ed., 1999); J.C. Smith & Brian Hogan, *Criminal Law* 314-315 (9th ed., 1999). כן ראו ביקורת על ההסדר החוקי אצל, Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* 416-417 (2d ed., 1983).

ההתנהגות אינה משקפת את הכוונה (מקרים שזכו לביקורת במסגרת מבחן החד-משמעות). נוסף על כך מאפשר השילוב להרחיב את תחום הניסיון מעבר למתחייב ממבחני הקרבה להשלמה במקרים שבהם ההתנהגות שיקפה באורח חד-משמעי את הכוונה להשלים את העבירה קודם שהגיעה לשלב של קרבה מספקת להשלמה. הערכה מלאה של שילוב זה מחייבת לתת את הדעת לרציונל שביסודו ולמידת התאמתו של רציונל זה לתפיסות רחבות יותר של האחריות בגין הניסיון.⁶⁰ בפרשות לוי ונחושטן לא הייתה כל התייחסות לרציונל שביסוד השילוב בין מבחני הקרבה למבחן החד-משמעות. לעומת זאת, מנסחי הקוד הפלילי לדוגמא של המכון למשפט אמריקני התייחסו במפורש לזיקה שבין ההסדר שהציעו לבין תפיסה רחבה יותר של האחריות בגין ניסיון. ניתן להיעזר בהסבר זה כנקודת מוצא לבחינת הרציונל שביסוד הלכת לוי-נחושטן.

ג. השילוב בין המבחנים על פי התפיסה הסובייקטיבית של דיני הניסיון – עמדת הקוד הפלילי לדוגמא

בדברי ההסבר של הקוד הפלילי לדוגמא הבהירו המנסחים כי המבחנים שהם מציעים להבחנה בין הכנה לבין ניסיון נגזרים מתפיסה סובייקטיבית של דיני הניסיון.⁶¹ הדגש, בהתאם לתפיסה זו, הוא על המסוכנות של העושה – dangerous of the actor, להבדיל מהסכנה שבהתנהגותה – dangerous of the actor's conduct. המסוכנות של העושה נובעת מהנחישות שלה לבצע את העבירה. ההתנהגות האופיינית לניסיון משמשת אינדיקציה לנחישותה של העושה להגשים את כוונתה לבצע את העבירה. בכוחו של רציונל זה גם לתמוך בשילוב שבין המבחנים כפי שנפסק בהלכת לוי-נחושטן. כאשר התנהגותה של העושה קרובה קרבה מספקת להשלמת העבירה, באופן שאינו מותיר אפשרות לחרטה – הכוונה שלה מגובשת דיה, הנחישות מתקיימת וניתן להוכיח אותה בעזרת אמצעי הראיה הרגילים. לעומת זאת, כאשר התנהגותה של העושה לא הייתה קרובה דיה להשלמת העבירה ניתן ללמוד על מידת הנחישות של כוונתה מהאופן שבו היא משתקפת בהתנהגותה (חד-משמעית); וזאת בשל ההנחה שכבר הובהרה כי העושה לא תבחר בהתנהגות המשקפת את כוונתה הפלילית ובכך מפלילה אותה אם אין היא נחושה ברעתה להשלים את ביצוע העבירה. על הקשיים הכרוכים בהנחה הנוגעת ליחס שבין נחישות הכוונה לבין אופן השתקפותה בהתנהגות עצמה עמדתי לעיל.⁶² כאן ברצוני להדגיש את הבעיה המשמעותית יותר, הנוגעת לתפיסה הסובייקטיבית של דיני הניסיון כפי שהיא מוצגת בדברי ההסבר.

60 לדיון בתפיסות אלו, המתויגות כתפיסה אובייקטיבית למול תפיסה סובייקטיבית, ראו Duff, הערה 3 לעיל, בעמ' 236–145, Fletcher; הערה 14 לעיל, בעמ' 184–131, Dresler, הערה 3 לעיל, בעמ' 364–363, The American Law Institute, הערה 14 לעיל, בעמ' 299–298; Ashworth, הערה 59 לעיל, בעמ' 467–466.

61 The American Law Institute, הערה 14 לעיל, בעמ' 299–298.

62 בסקסט הסמוך להערה 52 לעיל.

מהמחויבות לכבוד האדם וראייתו כישות אוטונומית נובע כי גם אם החברה רשאית במקרים חריגים לטפל במסוכנות (למשל, אשפוז כפוי של חולי נפש המסוכנים לסביבתם), מסוכנות העושה איננה בסיס הולם לאחריות עונשית – אין להעניש את הפרט בגין מה שהיא אלא בגין מה שעשתה. אף שהרתעה הצופה פני עתיד מהווה את אחת התיאוריות המרכזיות להצדקת ענישה, אין לבסס את עצם האחריות העונשית על מה שהפרט עלולה לעשות (ניבוי של מסוכנות) אלא על מה שעשתה בעבר.

...[I]f the law is to treat its citizens as rational and responsible agents...it should seek to guide their conduct by giving them good reasons to obey its legitimate requirements...[T]his...requires that it should subject them to criminal sanctions only if or when they have definitively refused...to act in accordance with those reasons; for if they were to be made liable to sanctions because of what they *would* do or *might* do, rather than because of what they have actually done, they would no longer be treated as rational agents who can, and should therefore be allowed to, determine their own conduct.⁶³

ההכרה בחשיבותה של הסכנה שבהתנהגות כבסיס לאחריות העונשית מצויה ביסוד התפיסה האובייקטיבית של דיני הניסיון.

2. השילוב בין המבחנים והתפיסה האובייקטיבית של דיני הניסיון – הגישה המאפיינת את היסוד העובדתי של הניסיון כבעל אופי פלילי

בהתאם לתפיסה האובייקטיבית, האחריות הפלילית מושלת בגין הסכנה הסמונה בהתנהגות ולא בשל מסוכנותה של העושה. הדגשת הסכנה שבהתנהגות הביאה לגישה המחייבת לאפיין את ההתנהגות עצמה, במנותק מהיסוד הנפשי, כהתנהגות שאובייקטיבית גורמת נזק לפרט או לחברה.⁶⁴ ההנחה שביסודה היא שכשם שליסוד העובדתי של העבירה המושלמת יש אופי אובייקטיבי שלילי, כך גם היסוד העובדתי של הניסיון חייב לבטא, בלא תלות ביסוד הנפשי שנלווה אליו, סכנה אובייקטיבית של גרימת נזק.

63 Duff, הערה 3 לעיל, בעמ' 190–191 (ההדגשות במקור); ראו גם Fletcher, הערה 14 לעיל, בעמ' 170–174.

64 לתומכים באפיון אובייקטיבי של היסוד העובדתי של הניסיון ראו, נוסף על האזכורים שבהמשך, גם Fletcher, הערה 14 לעיל, בעמ' 141–166; Arnold N. Enker, "Impossibility of Criminal Attempts – Legality and the Legal Process," 53 Minn. L. Rev. 665 (1969); Graham Hughes, "A Further Footnote in Attempting the Impossible," 42 NYU L. Rev. 1005 (1967).

גישה זו מוליכה לגישה מצומצמת יותר של הניסיון, ויש בה כדי לספק הסבר למבחן של קרבה מסוכנת להשלמה – סכנה אובייקטיבית של נזק, הנדרשת גם בניסיון, תתקיים רק כאשר התנהגותה של העושה קרובה קרבה מסוכנת להשלמת הביצוע.⁶⁵ למרות שבדרך כלל מקשרים את התפיסה האובייקטיבית של דיני הניסיון עם מבחני הקרבה, בכוחה של תפיסה זו גם לספק רציונל למבחן החד-משמעות. השתקפות הכוונה לבצע עבירה בהתנהגות היא שתקנה להתנהגות האופיינית לניסיון אופי שהוא אובייקטיבי פלילי.⁶⁶ המייצג הבולט ביותר היום של רציונל כזה הוא פלטשר (Fletcher), הטוען לתיאוריה של "פליליות גלויה" ("manifest criminality")⁶⁷ לדעתו, ההצדקה להטלת אחריות פלילית בגין ניסיון נעוצה בתחושת החרדה של הציבור. תחושות חרדה מתעוררות אל נוכח התנהגות המשקפת כלפי חוץ את כוונת העושה לבצע עבירה, ולכן יש הצדקה לאסור התנהגות כזו מכוח דיני הניסיון:

If the public feels 'apprehension' at the subject's manifestly criminal conduct, that is a sufficient social interest to warrant suppression.⁶⁸

פלטשר אף מדגיש את חשיבותה של גישה זו כערובה לשמירה על חירויות הפרט. התנהגות שהיא חיצונית תמימה לא תהווה עילה למעצר חשודים בניסיון לבצע עבירה. מעצרים של אלה יוגבל למקרים שבהם הכוונה לבצע עבירה משתקפת בגלוי בהתנהגות.⁶⁹

65 ראו ברוח זו דבריו של השופט הולמס, אבי הדרישה לקרבה מסוכנת להשלמה, בפסק הדין בפרשת *Commonwealth v. Kennedy*, 48 N.E. 770 (Mass. 1897):

As the aim of the law is not to punish sins, but is to prevent certain external results, the act done must come pretty near to accomplishing that result before the law will notice it.

66 הרציונל המקורי של מבחן החד-משמעות, כפי שהוצג על ידי סלמונד בפרשת *The King* (הערה 15 לעיל, בעמ' 874-875), מבוסס על תפיסה דומה. לדבריו:

The law does not punish men for their guilty intentions or resolutions in themselves. Nor does it commonly punish them even for the expression, declaration, or confession of such intentions or resolutions. That a man's unfulfilled criminal purpose should be punishable they must be manifested not by his words merely, or by acts which are in themselves of innocent or ambiguous significance, but by overt acts which are sufficient in themselves to declare and proclaim the guilty purpose with which they are done...

67 Fletcher, הערה 14 לעיל, בעמ' 141-166. תיאוריה זו, לגישתו, אינה מוגבלת לניסיון, והוא מסביר באמצעותה עבירות ספציפיות שונות, ובעיקר עבירות נגד הרכוש ובראשן גניבה (עמ' 115-130).

68 שם, בעמ' 144.

69 שם, בעמ' 145. ראו ברוח דומה Enker, הערה 64 לעיל. הדגש אצל אנקר הוא על החשש מפני הרשעת החף, המחייב שההתנהגות האופיינית לניסיון תהיה חריגה.

בקרב התומכים בתפיסה האובייקטיבית לא מצאתי אמנם התייחסות מפורשת לשילוב בין מבחני הקרבה לבין מבחן החד-משמעות (שילוב שביסוד הלכת לוי-נחושתן), אולם משילוב ההנחות השונות שביסוד התפיסה האובייקטיבית ניתן לגזור גם הצדקה לשילובם של המבחנים: האופי הפלילי האובייקטיבי של ההתנהגות האופיינית לניסיון יכול לנבוע מקרבה מסוכנת להשלמת הביצוע או מהשתקפות הכוונה בהתנהגות. השאלה אם השילוב בין מבחני הקרבה לבין מבחן החד-משמעות – הלכת לוי-נחושתן – הוא אכן מוצדק מחייבת להעריך את ההנחות השונות שהובחרו במסגרת התפיסה האובייקטיבית.

אף שאני שותפה לנקודת המוצא של התפיסה האובייקטיבית, שלפיה הבסיס הראוי לאחריות פלילית נעוץ בסכנה שבהתנהגות, להבדיל מהמסוכנות של העושה, ההנחות שנגזרו מנקודת מוצא זו בעייתיות בעיניי. כאמור, אחת ההנחות המרכזיות שביסוד התפיסה האובייקטיבית היא כי ההתנהגות האופיינית לניסיון חייבת להיות אובייקטיבית שלילית. לא ברור לי מדוע הערכתה של התנהגות חייבת להיות אובייקטיבית במנותק מהיסוד הנפשי שנלווה אליה.⁷⁰ בשל המורכבות של ההתנהגויות האנושיות לא ניתן לעמוד על משמעותה האמיתית של ההתנהגות בהתעלם מהמניעים והמטרות הנלווים אליה. הערכתה של התנהגות בתחום המוסר ובחיי היומיום נעשית בהתחשב ביסוד הנפשי שנלווה אליה, ואין הצדקה להתכחש להערכה זו במסגרת דיני הניסיון בתחום הפלילי.⁷¹ על אף עתיקותה מבטאת האמירה המפורסמת *actus non facit reum nisi mens sit rea* בצורה הקולעת ביותר את ההכרה כי גם בתחום הפלילי, האופי השלילי של ההתנהגות עצמה מושפע מהיסוד הנפשי שנלווה אליה. להמחשת עניין זה די לחזור ולהזכיר את דוגמת הצתת הגפרור על ידי מי שמצוי באסם תבואה כשמקטרת בפיו.⁷² לא ניתן יהיה להעריך את אופייה האמיתי של הצתת הגפרור אם נידרש להתעלם מהיסוד הנפשי של מצית הגפרור. בהתנהגותו לא יהיה כל פסול אם יתברר כי כוונתו היתה להדליק לעצמו את המקטרת. לעומת זאת, אם כוונתו הייתה לשרוף את האסם, הצתת הגפרור הופכת להתנהגות שלילית ומסוכנת.

היסוד הנפשי הוא הכרחי להערכת ההתנהגות, אך מכאן לא נובע שהוא חייב להשתקף בה באופן גלוי. הדרישה לפליליות גלויה (על פי פלשטר) הופכת את האחריות בגין ניסיון לאחריות על בסיס חזות (האופן שבו ההתנהגות נראית) ולא על בסיס מהות (הסיב האמיתי של ההתנהגות).⁷³ הדגש על החזות עלול לדרבן זוממים מתוחכמים ליצור סיטואציה עובדתית כזו המונעת מההתנהגות להסגיר את כוונתם, כפי שעשה, בדוגמה

70 ראו ברוח זו Duff, הערה 3 לעיל, בעמ' 167; קרמניצר, הערה 3 לעיל, בעמ' 291; Mordechai Kremnitzer, "The Punishability of Impossible Attempts," 19 *Isr. L. Rev.* 340, 370 (1984) וכן האזכורים בהערות 71–73 להלן.

71 ברוח דומה ראו Weinreb, הערה 42 לעיל, בעמ' 317–318.

72 הדוגמא הובאה בשקסט הסמוך להערה 37 לעיל.

73 קרמניצר, הערה 3 לעיל, בעמ' 290; כן ראו Kremnitzer, הערה 70 לעיל, בעמ' 370.

דלעיל, מי שזמם להצית את האסם והצטייד במקטרת. מאידך גיסא, דווקא הדגש על החזות עלול להביא לפגיעה בזכויות חשודים או נאשמים – הפגיעה שממנה חשש פלטשר – במקרים שבהם אף שההתנהגות נחזתה כפלילית לא נלוותה אליה כוונה פלילית.⁷⁴ החשש הוא כי בעקבות הדגשת החזות החיצונית של ההתנהגות הנטייה תהיה להניח כי קיימת כוונה כל אימת שההתנהגות נחזית כפלילית.⁷⁵ כעקרון, בחשש למסקנות מוטעות לגבי כוונתיה של העושה, הן במקרים שההתנהגות נחזית כתמימה והן במקרים ההפוכים, יש לטפל באמצעות דיני הראיות.

למעשה, גם פלטשר עצמו ער לסכנות הטמונות בהערכת ההתנהגות על פי חזותה החיצונית, אם כי בהקשר קצת שונה.⁷⁶ כאמור, לגישתו, הדישה לפליליות גלויה נגזרת מהאינטרס למנוע חרדה בציבור. אולם, אם בכל מקרה יהיה עלינו להעריך את פליליות ההתנהגות על פי תגובות החרדה של הציבור למקרה הקונקרטי, אנו עלולים לקבוע סטנדרט של אחריות המושפע מדעות קודמות ומחששות לא-רציונליים.⁷⁷ כדי להימנע ממצב כזה הציע פלטשר לראות את הפליליות הגלויה כרציונל שביסוד דיני הניסיון, להבדיל מתנאי לאחריות במקרה קונקרטי. ובמלותיו שלו:

The principle of manifest criminality proves to be a source...of danger to a criminal suspect...It is a source of danger so far as it unleashes a standard of liability that is responsive to the community's fears and irrational sentiments. The safeguard against the latter danger is the invocation of manifest criminality as a rational for rules rather than for individual decisions on liability.⁷⁸

אולם, בכך מרוקן פלטשר את מבחן החד-משמעות מכל תוכן. מהעובדה כי הרציונל שלפיו הניסיון עניש בין השאר משום שהוא מעורר חרדות בציבור (המינוח של פלטשר), או משום שהוא פוגע באמון הציבור בתקפותו של הסדר המשפטי (המינוח המקובל במשפט הגרמני⁷⁹), לא נובע כי ההתנהגות האופיינית לניסיון חייבת לשקף את הכוונה – חד-משמעית (במינוח המקובל) או פלילית גלויה (כמינוח של פלטשר). כרציונל, ניתן וראוי לבחון את תגובות הציבור למהות האמיתית של הניסיון, ומהות זו מושפעת מהיסוד הנפשי שנלווה להתנהגות, בין אם השתקף בהתנהגות עצמה ובין אם ניתן ללמוד על

74 דוגמא למקרה כזה מובאת אצל קרמניצר, הערה 3 לעיל, בעמ' 290.

75 שם.

76 ראו בספרו, הערה 14 לעיל, בעמ' 144–146.

77 במציאות הישראלית, למשל, חששות כאלה עלולים להתעורר למראה בן מיעוטים המסתובב עם נשק או עם סכין בתקופה של פיגועים חבלניים.

78 ראו Fletcher, הערה 14 לעיל, בעמ' 145–146.

79 על משמעותה של תיאוריית הפגיעה באמון הציבור בסדר המשפטי במשפט הגרמני ראו קרמניצר, הערה 29 לעיל, בעמ' 399–401.

קיומו מראיות אחרות.⁸⁰ המבחן של פליליות גלויה מאבד מערכו גם במסגרת הניסיון הבלתי-אפשרי במקרים שבהם אובייקטיבית לא הייתה אפשרות להשלים את העבירה. התפיסה הרווחת היא כי הניסיון הבלתי-אפשרי יהיה עניש במקרים שבהם העושה לא הייתה מודעת לנסיבות העובדתיות המצמיחות את אי-האפשרות (למשל: שימוש בטעות במים במקום ברעל במטרה להמית, נטילת רכוש בכוונה לשלול אותו שלילת קבע מתוך אמונה מוטעית כי הרכוש בעל ערך ושייך לאחר).⁸¹ פלטשר עצמו ער לכך שלא בכל המקרים הללו ניתן לבסס את האחריות בגין ניסיון על מבחן אובייקטיבי המתחשב בנסיבות שהיו גלויות לצופה מהצד.⁸² כדי להצדיק את ענישת הניסיון גם במקרים אלה הוא מפתח את המבחן של המניע הרציונלי (rational motivation), המחייב לבחון את המניע של ההתנהגות כדי להיווכח אם העושה הייתה משנה את התנהגותה אילו הייתה ערה למעוטה.⁸³ הערכת גישתו של פלטשר בהקשר זה תורגת מרשימה זו.⁸⁴ לענייננו חשוב להדגיש, כי המבחן של מניע רציונלי הוא מבחן סובייקטיבי במובהק, וככזה הוא עומד בסתירה לתפיסה האובייקטיבית שכה חשובה לפלטשר.⁸⁵

ההכרה בניסיון הבלתי-אפשרי כניסיון עניש מציבה קשיים גם למבחן של קרבה מסוכנת להשלמה. אובייקטיבית, השלמת הביצוע – כשמדובר בניסיון הבלתי-אפשרי – כלל אינה אפשרית, וההתנהגות אינה מסכנת את האובייקט המוחשי של העבירה. ענישת הניסיון הבלתי-אפשרי מחייבת לבחון את התנהגותה של העושה על פי מצב הדברים העובדתי כפי שנתפס בעיניה הסובייקטיבית של העושה, ולא על פי העובדות האובייקטיביות. ואכן, לא מעט מההתלבטויות בשאלת ענישת הניסיון הבלתי-אפשרי

80 במשפט הגרמני, "ההשפעה והרושם של המעשה על הציבור נבחנים מתוך הנחה, שלציבור ידועים כל הנתונים שבפועל ידועים *ex post facto* על המקרה" – שם, בעמ' 400.

81 לדיון נרחב בניסיון הבלתי-אפשרי ראו, למשל, Duff, הערה 3 לעיל, בעמ' 115-76; Kremnitzer, הערה 70 לעיל; Enker, הערה 64 לעיל; Huges, הערה 64 לעיל; American Law Institute, הערה 14 לעיל, בעמ' 307-317; פלר, הערה 14 לעיל, בעמ' 116-133; מרים גור-אריה, "אי-האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון", משפטים ח 310 (תשל"ח).

82 באמצעות הדרישה לנסיבות הגלויות לצופה מהצד מקשר פלטשר בין הדרישה לפליליות גלויה לבין חלק מהמקרים של הניסיון הבלתי-אפשרי. הקישור הוא באמצעות מבחן של "aply related", המחייב לבדוק אם היה המנסה מצליח להגשים את כוונתו ולהשלים את ביצוע העבירה לו היה תור על אותו סוג של התנהגות, וזאת בהתחשב רק בנסיבות שהיו גלויות לצופה מהצד. ראו Fletcher, הערה 14 לעיל, בעמ' 149-154.

83 שם, בעמ' 160-166.

84 לביקורת על עמדתו בסוגיית הניסיון הבלתי-אפשרי ראו Kremnitzer, הערה 70 לעיל, בעמ' 372-380. בהקשר הספציפי שבו אנו דנים ראו – Stephen J. Shulhofer, "Book Review – Rethinking Criminal Law, by George Fletcher," 68 Cal. L. Rev. 181, 186, note 24 (1980).

85 ראו ברוך דומה Kremnitzer, הערה 70 לעיל, בעמ' 374-375.

הועלו על ידי התומכים באפיון אובייקטיבי של היסוד העובדתי של הניסיון.⁸⁶ את העובדה שמרבית שיטות המשפט כיום נוטות להכיר בענישותו של הניסיון הבלתי-אפשרי⁸⁷ ניתן ליישב גם עם תפיסה אובייקטיבית שונה של הניסיון (ולא רק עם זו הסובייקטיבית). תפיסה זו, הרואה ביסוד הנפשי רכיב מרכזי להערכת אופייה המסוכן של התנהגות, מהווה נדבך חשוב בדרך לביסוס ההבחנה הראויה בין מעשי הכנה לבין ניסיון, והיא תלובן בחלק הבא של הרשימה.

ה. תחימת הגבול בין הכנה לניסיון – ההבחנה הראויה

כדי לבסס את ההבחנה הראויה בין מעשי הכנה לבין ניסיון אבהיר תחילה את מהות האחריות בגין ניסיון. מהות זו תאפשר להסביר מדוע מעשי הכנה אינם ענישים בדרך כלל ואילו הניסיון עניש. מהשיקולים שביסוד ההבחנה העונשית שבין מעשי הכנה לבין ניסיון ניתן יהיה לגזור גם קריטריונים לתחימת הגבול שבין הכנה לניסיון.

1. מהות האחריות בגין הניסיון

כמתחייב מנקודת המוצא של התפיסה האובייקטיבית, את האחריות בגין ניסיון יש לבסס על הסכנה הטמונה בהתנהגות. כדי לאפיין את ההתנהגות הנדרשת לניסיון, ובעיקר את מידתה, ראוי לתת את הדעת לסכנה שדיני הניסיון מיועדים למנוע. הסכנה בהקשר לניסיון נגזרת ממהות הערכים המוגנים באמצעות איסור העבירה המושלמת. הערך המוגן על ידי איסורה של עבירה פלילית הוא ערך חברתי מופשט (חיי אדם, שלמות הגוף, בעלות על רכוש וכיוצא באלו ערכים), בהבדל מאובייקט קונקרטי המגלם אותו (האדם הקונקרטי שהומת או שנפצע, הרכוש הספציפי שנגנב). הפגיעה בערך החברתי המוגן נוצרת גם אם לא נגרם נזק לאובייקט הקונקרטי. הפגיעה נובעת מהאיום על ערך זה כערך ששמירתו חיונית לחיי חברה תקינים. האיום על הערך החברתי המוגן נוצר על ידי התנהגות שהייתה מכוונת לפגוע בו (לוותה ביסוד נפשי של כוונה), או על ידי התנהגות שיצרה במודע סיכון בלתי-סביר של פגיעה בו (פזיזות).⁸⁸ כדי להמחיש את טיב האיום על הערך החברתי המוגן בהקשר לניסיון ניתן להיעזר בדימוי של התקפה,

86 ראו האזכורים בהערה 64 לעיל.

87 במשפט הישראלי, ענישותו של הניסיון הבלתי-אפשרי מוסדרת בסעיף 26 לחוק העונשין (נוסח הסעיף מובא בפרק ה להלן). להסדרתו במשפט האנגלי ראו סעיפים 1(2)(3) ל-Criminal Attempts Act 1981. כן ראו סעיף 1(1)5.01 ל-Model Penal Code, הערה 44 לעיל.

88 כחריג, מוטלת אחריות פלילית גם במקרים שבהם הסיכון הבלתי סביר של פגיעה בערך המוגן נוצר מתוך רשלנות.

הלקוח מ-Duff.⁸⁹ מי שהתכוון לבצע עבירה ואף התחיל בניצוע פתח בהתקפה על הערך המוגן באמצעות איסור העבירה.⁹⁰ דימוי של התקפה מאפשר להסביר מדוע הפגיעה בערך החברתי המוגן קיימת גם אם העבירה עצמה לא הושלמה והאובייקט הקונקרטי שלה לא נפגע.⁹¹ כידוע, קיומה של התקפה איננו מותנה בנפגעים. דימוי זה של התקפה גם יאפשר להסביר את האינטרס הנוסף המצדיק את ענישת הניסיון, הנעוץ בערעור תחושת הביטחון של הציבור.⁹² התקפה מחייבת תגובה, ובאנלוגיה:

אמון הציבור בתקפותו של הסדר המשפטי, כממשות אובייקטיבית של החיים החברתיים, ייפגע, אם מי שהחליט לבצע עבירה והחל בכך [קרי: "פתח בהתקפה על הערך המוגן"] יוותר ללא עונש.⁹³

דימוי של התקפה אף יכול להסביר מדוע מבחני הקרבה להשלמה, בהתאם לרציונלים השונים, מצמצמים מדי את תחום הניסיון. ברגע שנפתחה התקפה מתחייבת תגובה, ואין כל הצדקה להמתין עם התגובה עד קרוב לסיומה של ההתקפה. בדומה, אין הצדקה להמתין עם הטלת אחריות בגין הניסיון עד שההתנהגות תגיע לשלב של קרבה מסוכנת להשלמת העבירה. כמו כן אין לצפות שהחברה תימנע מתגובה עונשית ותמתין עד סמוך לסיומה של ההתקפה כדי לאפשר למתקיפה לחדול בה מיוזמתה מההתקפה, כפי שמתחייב מהרציונל האחר של מבחני הקרבה – רציונל החרטה.

שימת הדגש על הפגיעה בערך החברתי המוגן כערך מופשט מאפשרת להסביר את ההבחנה העונשית בין מעשי הכנה (שבדרך כלל אינם ענישים) לבין הניסיון (שהוא ככלל עניש).

89 Duff, הערה 3 לעיל, בעמ' 364-366.

90 ראו שם:

I attack another's life by acting with the intention of killing her, in a way that in fact directly threatens her life; or I attack another's property by acting with the intention of damaging what I know is her property, in a way that in fact threatens her property.

Attacks are essentially, not merely potentially, harmful.

91 דימוי זה אף עשוי להסביר מדוע הניסיון הבלתי-אפשרי הוא עניש, וראו שם, בעמ' 90-92. עוד על הקשר בין הערך המוגן על ידי איסור העבירה כערך חברתי מוגן לבין ענישת הניסיון הבלתי-אפשרי ראו קרמניצר, הערה 29 לעיל, בעמ' 401; Kreinitzer, הערה 70 לעיל, בעמ' 347-346.

92 Duff רואה בערעור תחושות הביטחון "סכנה משנית" (שם, בעמ' 130). תפיסה זו עדיפה בעיני על האופן שבו מתייחס Fletcher ל"תגובות של חרדה", ראו הסקסט בין הערות 76-77 לעיל.

93 קרמניצר, הערה 29 לעיל, בעמ' 380-399.

2. הבחנה העונשית בין מעשי הכנה לבין ניסיון

ההנחה המרכזית שביסוד הגישה כי בהבדל מניסיון, מעשי הכנה בדרך־כלל אינם עניינים, היא כי לרוב מעשי ההכנה אינם מסכנים את הערך המוגן באמצעות איסור העבירה במידה המצדיקה אחריות עונשית. סידורים מוקדמים לקראת ביצועה של עבירה – כגון תצפיות המיועדות לאסוף אינפורמציה על המקום המתאים לביצוע העבירה, או הצטיידות באמצעים הנדרשים לביצועה – בדרך כלל אינם מסוכנים כשלעצמם. בהיות הסידורים המוקדמים נפרדים מעצם ביצוע העבירה, עדיין אין הם יוצרים איום של ממש על הערך המוגן. זאת, בשל הפער המפריד בין הסידורים המוקדמים (מעשי הכנה) לבין הביצוע (ניסיון או ביצוע מושלם). תחילת הביצוע מחייבת חצייתו של פער זה באמצעות קפיצה איכותית. כל עוד לא נחצה הפער וביצוע העבירה טרם החל, לא נפגע הערך המוגן כערך מופשט ששמירתו חיונית לחיי חברה תקינים.

הפער המפריד בין מעשי ההכנה לבין ביצוע העבירה משפיע גם על העמדה הנפשית. למעשי הכנה נלווית לא פעם התלבטות נפשית.⁹⁴ גם מי שטרם גיבשה החלטה סופית לבצע את העבירה עשויה, במהלך ההתלבטות, לבצע תצפיות או להצטייד באמצעים מתאימים לביצוע העבירה. עריכת התצפיות או ההצטיידות באמצעים מספקות אפיקים חשובים לשחרור כעסים ותסכולים. מי שמתוך חמת זעם זממה לבצע עבירה, עשויה לפרוק את זעמה באמצעות השקעת אנרגיה בסידורים המוקדמים. מאחר שבשלב הסידורים המוקדמים אין עדיין סכנה של ממש לערך החברתי המוגן, ניתן להניח לזוממת להתלבט, לשחרר כעסים ותסכולים ואף להיות חשופה לשכנועים – בתווה שבסופו של דבר תנטוש את הרעיון לבצע את העבירה.

לעומת זאת, חציית הפער שבין מעשי ההכנה לבין הביצוע מהווה בדרך כלל תולדה של החלטה מגובשת יותר.⁹⁵ החלטה כזו הופכת את התנהגותה של מי שניגשה לביצוע העבירה להתנהגות בעלת מטען אנטי־חברתי המצדיק תגובה עונשית. התנהגותה של מי שגיבשה כוונה לבצע עבירה ואף הוכיחה שהיא מסוגלת להוציא את כוונתה אל הפועל (תחילת הביצוע) היא התנהגות היוצרת איום ממשי על הערך המוגן כערך מופשט ששמירתו חיונית לחיי חברה תקינים. איום כזה מחייב תגובה עונשית שתהיה לה השפעה מרתיעה. הותרת ההתנהגות המאיימת על הערך המוגן במקרים אלה ללא ענישה עלולה לפגוע באמון הציבור בתקפותו של הסדר המשפטי.

להמחשת עניין זה ניתן לשוב ולהיעזר בדימוי של התקפה. ההבחנה היא בין הערכות מוקדמת (מעשי הכנה) לבין התקפה על הערך המוגן (ביצוע העבירה – מושלם או ניסיון). כל עוד מדובר בהערכות מוקדמת ניתן, ואולי אף ראוי, להעדיף אמצעי שכנוע ואזהרה על פני תגובה עונשית, במסרה למנוע את הבשלת ההיערכות להתקפה. אולם, מרגע

94 ראו, ברוח דומה, פלר, הערה 14 לעיל, בעמ' 49.

95 שם, בעמ' 61.

שנפתחה ההתקפה מתחייבת תגובה עונשית, ואין הצדקה לחייב המתנה עם התגובה עד שיהיו נפגעים.

חיזוק למסקנה בדבר ההבחנה העונשית בין מעשי הכנה לבין ניסיון, כפי שלובנה לעיל, ניתן למצוא גם במצבים החריגים שבהם מעשי ההכנה הם ענישים. החריג המובהק ביותר בהקשר זה הוא זה הקבוע בסעיף 497 לחוק העונשין – "הכנת עבירה בחומרים מסוכנים".⁹⁶ כאן ההנחה היא שאף שמדובר בסידורים מוקדמים, עצם ההצטיידות בחומרים מסוכנים (כמו חומר נפץ) כאמצעי לביצוע עבירה היא מסוכנת. הבחירה בהתנהגות שהיא כשלעצמה מסוכנת היא בדרך כלל תולדה של החלטה מגובשת יותר. ברגע שיוחלט לממש החלטה זו ולבצע את העבירה, הפגיעה הצפויה היא לרוב חמורה במיוחד.

3. קריטריונים לתחילת הגבול בין הכנה לניסיון

המושג המרכזי שעלה אגב הדיון בהבחנה העונשית בין הכנה לבין ניסיון הוא המושג של ביצוע העבירה.⁹⁷ מעשי ההכנה מהווים סידורים מוקדמים הנפרדים מהביצוע, ואילו הניסיון משתייך כבר לשלב הביצוע של העבירה. הניסיון מתחיל החל בתחילת הביצוע. לא ניתן להגדיר מראש מתי בדיוק מתחיל שלב הביצוע של כל עבירה ועבירה, שהרי אופן הביצוע הקונקרטי משתנה מעבירה לעבירה ואף ממקרה למקרה ביחס לאותה עבירה; ככל שיהיה בידינו מידע רב יותר על תוכניתה של העושה ועל נחישות כוונותיה, כך יהיה קל יותר להכריע אם הוחל בביצוע. אולם, אין סיבה לדרוש שהמידע על התוכניות ועל הכוונות ישתקף דווקא בהתנהגות. כך, למשל, מהילת רעל בבקבוק יין והנחתו של הבקבוק המהול במזווה תסווג כהכנה, אם יתברר כי התוכנית הייתה להניח

96 הסעיף קובע:

497. הכנת עבירה בחומרים מסוכנים

העושה, או מחזיק ביודעין, חומר נפץ או מכונה, מכשיר או כל דבר אחר שהם מסוכנים או מזיקים, בכוונה לעשות בהם פשע או עוון... דינו – מאסר שלוש שנים.

97 על ראיית המושג של ביצוע עבירה כמושג המבחין בין הכנה לבין ניסיון, ראו אצלנו: פלר, הערה 14 לעיל, בעמ' 103; קרמניצר, הערה 29 לעיל, בעמ' 405. גם במסגרת המשפט האנגלי נעשה שימוש במושג של ביצוע העבירה כמושג הממלא תוכן את הגדרת הניסיון בהתנהגות החורגת מהכנה בלבד. כך, למשל, מציע Duff (הערה 3 לעיל, בעמ' 398) לקבוע במפורש בחקיקה הבהרה לפיה:

For the purpose of section (1), a person acts in a way which is more than preparatory to the commission of the offence if he has embarked on the commission of the offence.

Smith & Hogan (הערה 59 לעיל, בעמ' 313) נוקטים עמדה זוהי תוך הוספת דימוי מהפסיקה האנגלית:

...the act must be part of the commission of the intended offence, an act that is done by a defendant 'on the job', that it is, in a word 'attempt'.

את הבקבוק המהול ברעל עד שתגיע ההזדמנות המתאימה להגיש לקורבן המיועד את היין המהול ברעל. לעומת זאת, הנחת בקבוק היין המהול רעל במזווה תהווה ניסיון, ואף מושלם, אם על פי התוכנית אמור היה הקורבן המיועד למזוג לעצמו יין מבקבוק המצוי במזווה.

על האפיון הפוזיטיבי של מושג "ביצוע העבירה" ניתן לומר כי הוא רחב מהיסוד העובדתי כפי שהוא מפורט בהגדרת העבירה.⁹⁸ כך, שליחת יד לעבר רכושו של אחר משתייכת לשלב הביצוע של הגניבה אף בטרם התקיימה נטילה ונשיאה של הרכוש. הביצוע מתחיל לאחר חציית הפער המהותי שמבדיל בינו לבין הסידורים המוקדמים (מעשי הכנה). בדרך כלל, אך לא תמיד, מאופיין הביצוע ברצף של זמן ומקום.⁹⁹ הרצף מלמד על כך שהביצוע יצא לדרך (או על כך שנפתחה ההתקפה).

כדי לתחום את רוחב הביצוע ניתן להיעזר במבחנים שפותחו במשפט הגרמני של קרבה בזמן ובמקום ליסוד העובדתי של העבירה:¹⁰⁰ "הקרבה בזמן מבטאת דרישה לסמיכות מובהקת בזמן בין פעולת העושה לבין עיתוי הביצוע של היסוד ההתנהגותי לפי תוכנית העושה, כלומר, כוונת העושה בעת עשיית הפעולה היא לעבור מיד, וללא עיכוב או שהייה, להגשמת היסוד ההתנהגותי של העבירה".¹⁰¹ הקרבה במקום מתבטאת בחדירה "לספרה של הקורבן או של האובייקט המוגן".¹⁰²

בהקשר זה חשוב להדגיש כי בהבדל ממבחני הקרבה המסורתיים במשפט המקובל, הבודקים את מידת הקרבה להשלמת הביצוע, מבחני הקרבה במשפט הגרמני בוחנים את מידת הקרבה לתחילת ההתנהגות האופיינית לעבירה. מבחנים אלה נותנים ביטוי לרעיון כי שלב הביצוע של העבירה רחב מהיסוד העובדתי של העבירה ומתחיל קודם להתנהגות האופיינית לעבירה. מבחינה מעשית, מבחני הקרבה לתחילת ההתנהגות האופיינית לעבירה (משפט גרמני) מרחיבים את היקף הניסיון בהשוואה לזה שניתן לו על ידי מבחני

98 ראו ברוח זו, פלר, הערה 14 לעיל, בעמ' 103 וקרמניצר, הערה 29 לעיל, בעמ' 405.

99 את הרעיון של הרצף המאפיין את הביצוע ניתן למצוא כבר אצל James Fitzjames Stephen, A Digest of the Criminal Law 24-25 (9th ed., 1950). בסעיף 29 הוא מאפיין את הניסיון: "...an act done with intent to commit that crime, and forming part of a series of acts, which would constitute its actual commission if it were no interrupted." (ההדגשה הוספה). בפסק הדין האנגלי [1990] W.L.R. 1064 R. v. Gullefer קישר לורד ליין (Lord Lane) בין הדרישה ל-"series of act" של סטיבן לבין אפיון הניסיון בחוק האנגלי משנת 1981 כהתנהגות התורגת מהבנה בלבד. לדבריו (בעמ' 1066):

...the words [of the Act of 1981] give perhaps as clear a guidance as is possible in the circumstances on the point of time at which Stephen's 'series of act' begin. It begins when the merely preparatory acts come to an end and the defendant embarks upon the crime proper. When that is will depend of course upon the facts in any particular case.

100 על משמעותם של מבחנים אלה בהרחבה ראו קרמניצר, הערה 29 לעיל, בעמ' 404-410.

101 שם, בעמ' 408.

102 שם.

הקרבה להשלמה (משפט מקובל) בכמה הקשרים.¹⁰³ ההקשר האחד הוא של עבירות תוצאה המתבצעות בשלבים. למשל, הרעלה באמצעות מתן כמויות מדודות של רעל, האמורה להימשך בשיטתיות תקופה ארוכה. במשפט הגרמני, סמיכות בזמן ובמקום בין התנהגות העושה לבין מתן הרעל בפעם הראשונה תאפשר לראות בהתנהגות ניסיון המתה, ואילו במשפט המקובל, מספר פעולות ההרעלה שעוד נותרו עד להשלמת ההמתה, והעובדה שבשלב הראשון כמות הרעל היתה מזערית, לא היו מאפשרים לראות בהתנהגות הסמוכה לשלב הראשון של הרעלה ניסיון המתה. ההקשר האחר שבו היקפו של הניסיון לפי מבחני הקרבה שבמשפט הגרמני יהיה רחב מזה המתחייב ממבחני הקרבה שבמשפט המקובל נוגע לעבירות בעלות אלמנט התנהגותי מורכב. כך, ניסיון לאונס יהיה מותנה במשפט הגרמני בקרבה להתנהגות אלימה המיועדת להכניע את האישה, ואילו במשפט האנגלי תיבדק הקרבה ביחס לבעילה עצמה.¹⁰⁴

אף שמבחני הקרבה בזמן ובמקום שבמשפט הגרמני נותנים ביטוי לרעיון כי שלב הביצוע של העבירה רחב מההתנהגות האופיינית ליסוד העובדתי שלה, ובכך מרחיבים את היקפו של הניסיון בהשוואה למבחני הקרבה שבמשפט המקובל (שהיו מקובלים גם בפסיקה אצלנו), אני מציעה שלא לראות בהם מבחנים בלעדיים. סמיכות בזמן ובמקום מאפשרת אמנם לשייך את ההתנהגות לרצף של הביצוע; אולם ההפך אינו בהכרח נכון. התנהגות עשויה להשתייך לשלב הביצוע גם בהעדר סמיכות בזמן ובמקום.¹⁰⁵ כך, למשל, הוצקה טלפונית של הקורבן המיועד לבית שבו ממתנה העושה כשבידה אקדח טעון ובלתי־נצור, במטרה להמיתו מיד כשיגיע, משתייכת – כך אני מאמינה – לשלב

103 ראו הדיון שם, בעמ' 405.

104 בפרשת סריס, הערה 26 לעיל, למעשה התבססה טענת באי־כוחו של המערער שהואשם בניסיון אונס על הקרבה לבעילה. הטענה הייתה: "כל עוד לא נגע המערער באבריה האינטימיים של המתלוננת ולא ניסה להפשיטה, אין להרשיעו בניסיון לאונס, אם כי יתכן שבוצעה תקיפה או ניסיון למעשה מגונה" (עמ' 185, פסקה 2 לפסק־דין של המשנה לנשיא ברק). בית המשפט דחה את הטענה. המשנה לנשיא ברק הבהיר (בעמ' 188, פסקה 5):

המערער התקרב אל המתלוננת, הוא רדף אחריה. הוא הדביק אותה. הוא תפס אותה וסתם את פיה. הוא חיבק אותה בחזקה, ונאבק בה. הוא משך אותה לכיוון הסלעים שבצד הדרך. מעשים אלה הם חוליות ברורות בשרשרת ההתנהגותית, אשר לולא הופרעה, היתה מסתיימת בבעילתה של המערער ללא הסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח.

בגוריו של 'מתחם הניסיון' התנהגותו של המערער אינה מצויה בגבול המינימלי הקרוב להכנה. היא עברה 'כברת דרך' ארוכה בתוך מתחם זה, והיא אינה רחוקה מגבול העליון הקרוב לביצוע העבירה המושלמת של אונס.

במשפט הגרמני, לעומת זאת, בית המשפט כלל לא היה צריך להיכנס למבחני הקרבה במקרה כגון זה. המערער כבר התחיל בהתנהגות האופיינית לעבירה – הוא השתמש בכוח במטרה להתגבר על התנגדות האשה לבעילה (ראו קרמניצר, הערה 29 לעיל, בעמ' 405).

105 ראו ברוח דומה פלר, הערה 14 לעיל, בעמ' 104; אך השוו עם קרמניצר, הערה 29 לעיל, בעמ'

409–408.

ביצוע ההמתה, גם אם הקורבן המיועד מוזעק ממרחק המחייב מרווח זמן בין הזעקתו לבין המתתו באמצעות לחיצה על ההדק ברגע שיגיע. בדומה, גם התנהגותה של מי שאורבת לקורבן עם נשק דרוך, או תרה אחריו, עשויה להשתייך לשלב הביצוע של ההמתה – בניגוד למה שנפסק לעתים בארצות־הברית ואף באנגליה תוך שימוש במבחני הקרבה המסוכנת להשלמה.¹⁰⁶

ו. עיגונה של ההבחנה הראויה בין הכנה לניסיון בהוראות תיקון 39 לחוק העונשין

הראיתי לעיל כי את ההבחנה בין מעשי הכנה לבין ניסיון יש לקשור עם מושג "ביצוע העבירה". מעשי הכנה מהווים סידורים מוקדמים הנפרדים מעצם הביצוע, ואילו הניסיון משתייך לשלב ביצוע העבירה ומתחיל עם תחילתו. המושג של "ביצוע העבירה" אמנם אינו מופיע בסעיף 25 לחוק העונשין שחוקק במסגרת תיקון 39 לחוק, ויש להצטרף על כך;¹⁰⁷ עם זאת, האופן שבו מוגדר הניסיון בסעיף 25 מתיישב עם הבחנה זו.

סעיף 25 לחוק העונשין מאפיין את הניסיון על דרך השלילה. במקרים שבהם העבירה לא הושלמה, כל התנהגות שאיננה הכנה בלבד מהווה ניסיון. נקודת המוצא של אפיון זה שונה מזו של המבחנים המסורתיים. הדגש איננו על מה שעוד נותר לעשות, כמתחייב ממבחני הקרבה להשלמה הבוחנים את מספר הפעולות שנותרו עד להשלמת הביצוע ואת איכותן. הדגש הוא על הערכת מה שכבר נעשה – האם הפעולות שנעשו חרגו מהכנה בלבד והשתייכו לשלב של ביצוע העבירה. הגבול המבחין בין ניסיון לבין הכנה, בהתאם לסעיף 25, הוא הגבול התחתון של הביצוע, וזאת בהבדל ממבחני הקרבה להשלמה המתמקדים בגבול העליון שבין הניסיון לבין הביצוע המושלם. הניסיון מתחיל החל מתחילת הביצוע ("אין בו הכנה בלבד") ומשתרע עד שהביצוע מושלם ("והעבירה לא הושלמה"). בסעיף 25 לחוק העונשין אין אף כל רמז לדרישה של השתקפות הכוונה בהתנהגות החורגת ממעשי ההכנה ואופיינית לניסיון, כמתחייב ממבחן החד־משמעות. המסקנה, כי את תחילת הניסיון במובחן מהכנה – כמתחייב מהוראת סעיף 25 לחוק העונשין – יש לפרש שלא באמצעות המבחנים המסורתיים (בניגוד להנחה השמרנית של השופט קדמי בפרשת נחושתן¹⁰⁸), נתמכת גם בהוראות הנוספות שחוקקו במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין ומסדירות את הניסיון.

סעיף 26 לחוק קובע כי "לעניין ניסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו" (ניסיון בלתי־אפשרי). ענישת הניסיון הבלתי־אפשרי בכל המקרים שבהם אי־האפשרות נבעה

106 ראו הערה 32 לעיל והטקסט הסמוך לה.

107 ראו החלק המסכם רשימה זו.

108 ראו הטקסט הסמוך להערה 10 לעיל.

ממצב דברים עובדתי שלא היה ידוע למנסה אינה מתיישבת, כפי שהובהר, עם מבחן החד-משמעות: כאשר השלמת ביצוע העבירה אובייקטיבית איננה אפשרית, ההתנהגות שהיתה מכוונת להביא להשלמה לא תשקף בדרך כלל את הכוונה. כמו כן, ענישת הניסיון הבלתי-אפשרי אינה מתיישבת עם הקרבה המסוכנת להשלמה: מבחינה אובייקטיבית אין כל סכנה שהמנסה תשלים את ביצוע העבירה ותגרום נזק.

סעיף 28 מעניק פטור במקרים של חרטה, ומלמד על דחיית הרציונל הנוסף של מבחני הקרבה להשלמה – רציונל החרטה. ההנחה היא שאין להמתין עם ענישת הניסיון עד לשלב שבו ההסתברות לחרטה היא נמוכה. כיוון שכך ומאחר שהניסיון העניש מותר מרחב המאפשר חרטה, מי שבפועל ניצלה מרחב זה והתחרטה, מחפץ נפשו בלבד, קודם שנתפסה – לא תשא באחריות בגין הניסיון.

חזוק נוסף למסקנה שניתן לעגן את ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון, כפי שהוצעה ברשימה זו, בתיקון 39 לחוק העונשין, אפשר למצוא במהות האחריות בגין הניסיון כפי שהיא משתקפת מהוראות החוק.

כאמור, התפיסה שלפיה ההתנהגות האופיינית לניסיון, בהבדל ממעשי הכנה, יוצרת איום ממשי לערך החברתי המוגן באמצעות איסור העבירה כערך חברתי מופשט, שימשה עבורי נדבך חיוני לביסוס ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון. בניגוד לתפיסה האחרת, השמה את הדגש על הסכנה האובייקטיבית של נזק לאובייקט המוחשי, מחייבת תפיסה זו להעריך את הפגיעה בערך החברתי המוגן הסמונה בניסיון על פי היסוד הנפשי של המנסה. הערכת הפגיעה בערך המוגן על פי היסוד הנפשי של המנסה משתקפת בסעיף 26 לחוק, הקובע את ענישותו של הניסיון הבלתי-אפשרי. מסעיף זה עולה כי היסוד העובדתי של הניסיון אינו חייב להיות אובייקטיבית פלילי. הפלילות של ההתנהגות המאפיינת את הניסיון מושפעת מהיסוד הנפשי של המנסה ונבחנת על פי מצב הדברים כפי שהמנסה האמינה שהתקיים. האיום לערך המוגן נוצר משום שהמנסה גיבשה כוונה לפגוע בערך המוגן, הוכיחה שהיא מסוגלת להוציא את הכוונה אל הפועל בכך שניגשה לביצוע העבירה, ואף הייתה עלולה להשלים את הביצוע אילו מצב הדברים האמיתי היה כפי שהאמינה שהוא.

הענקת פטור מאחריות בגין ניסיון למי "שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה" (ההדגשה הוספה), כאמור בסעיף 28 לחוק, תואמת גם היא את התפיסה הרואה ביסוד הנפשי רכיב הכרחי להערכת הסכנה לערך החברתי המוגן הסמונה בהתנהגותה של המנסה. הדגש הוא על המפנה הנפשי שחל אצל המנסה, המאיין את הסכנה שהיתה סמונה בהתנהגותה. המפנה הנפשי מלמד כי אף שהמנסה גיבשה כוונה לפגוע בערך המוגן ואף ניגשה לביצוע, אין היא מסוגלת – נפשית – להגשים כוונה זו. כיוון שכך, התנהגותה אינה יוצרת איום של ממש לערך המוגן.

סימוכין נוספים לתפיסה המדגישה את חשיבות הפגיעה בערך החברתי המוגן על ידי איסור העבירה כערך חברתי מופשט, בהבדל מהתפיסה המדגישה את הנזק לאובייקט המוחשי של העבירה, ניתן למצוא גם בהוראות תיקון 39 לחוק העונשין החורגות מדיני

הניסיון. ההוראה המובהקת ביותר בהקשר זה היא זו שבסעיף 20(ג)(2) לחוק, הקובעת כי "אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להעשות". בהתאם לסעיף זה, המאמץ את תורת הכוונה המועברת,¹⁰⁹ במסגרת האחריות הפלילית אין חשיבות לאובייקט הקונקרטי שניזוק. הכוונה לפגוע בערך החברתי המוגן על ידי איסור העבירה יכולה להתממש על ידי פגיעה באובייקט קונקרטי שונה מזה המיועד, ובלבד שהאובייקט שנפגע מגלם אותו ערך חברתי.

ז. במקום סיכום: הצעה לשינוי ההגדרה החקיקתית של הניסיון

כאמור, סעיף 25 לחוק העונשין מאפיין את הניסיון על דרך השלילה: במקרים שבהם העבירה לא הושלמה, כל התנהגות החורגת מהכנה בלבד תסווג כניסיון. אף שניתן ליישב אפיון זה עם ההבחנה הראויה בין מעשי הכנה לבין ניסיון (כפי שהובהר ברשימה זו), ראוי היה לאפיין את הניסיון על דרך החיוב. במסגרת האפיון הנדרש יש לתת ביטוי מפורש למושג של "ביצוע העבירה", שהוא המושג המרכזי שמבדיל בין מעשי הכנה לבין ניסיון.

המושג של "ביצוע עבירה" מופיע בחוק העונשין בהקשר אחר. סעיף 29(ב) לחוק מגדיר את המבצעים בצוותא כמי ש"משתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה..." (ההדגשות הוספו). במקום אחר הבהרתי כי מהותית אין שוני בין מושג ביצוע העבירה בהקשר למבצעים בצוותא לבין אותו מושג כשמדובר בניסיון.¹¹⁰ כיוון שכך, גם במסגרת הגדרת הניסיון ראוי היה להבהיר כי הניסיון מאופיין על ידי "עשיית מעשים לביצוע העבירה".

לפיכך, את ההגדרה של ניסיון בסעיף 25 לחוק העונשין הייתי משנה באופן הבא:

ניסיון מהו

אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשים המשותתפים לביצוע העבירה, והעבירה לא הושלמה.

109 למשמעותה של תורת הכוונה המועברת, ראו פלר, הערה 14 לעיל, כרך א, בעמ' 587–592.

110 ראו מרים גור-אריה, "צורות של ביצוע עבירה פלילית", פלילים א 29, 36–37 (תש"ן).