

## ביצוע רב-עברייני והחלפת אובייקט העבירה

מאת

שחר אלדר\*

זה 440 שנה לפחות, מאז כינונה של דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת, מתמודד המשפט הפלילי עם שאלת המשגתה של המחשבה הפלילית כמכוננת לאובייקט ספציפי (למשל, האדם או החפץ שאליו כיוון העושה) או לסוג אובייקט (כל אדם, כל חפץ). שאלה זו היא אקוטית במקרים שבהם השתנה אובייקט העבירה במהלך הביצוע, אם מחמת זיהוי מוטעה של אובייקט העבירה בפועל כאובייקט המיועד ואם מחמת החטאת האובייקט המיועד ופגיעה תאונתית באובייקט העבירה בפועל. במקרים אלו המשגה מקובעת-אובייקט לא תאפשר הרשעה בעבירה כלפי האובייקט שנפגע בפועל, ואילו המשגה המכוונת לסוג אובייקט והדוקטרינה המעבירה את מחשבתו של העושה מאובייקט לאובייקט תאפשרנה הרשעה. המאמר מבקש להראות כיצד התבוננות באירועי עבירה רבי-משתתפים יכולה לשפוך אור על שאלה זו. בחינה אנליטית של שמונה תרחישים המערבים ביצוע רב-עברייני והחלפה של אובייקט העבירה תראה שתרחישי עבירה מרובי-משתתפים תומכים בהמשגה מקובעת-אובייקט של המחשבה הפלילית (בניגוד לדין הנוהג בישראל ועל פי עמדת הדין הגרמני) וביחס שווה למקרים של החטאת הפעולה וטעות בזהוי (בניגוד לעמדת הדין הגרמני).

מבוא א. רקע עיוני. 1. גישות תאורטיות להחלפת אובייקט העבירה; 2. טיעונים לתמיכה בעמדה הטורנית; 3. טיעונים לתמיכה בגישה עקיבה; 4. דיני השותפות לדבר עבירה; ב. החלפת אובייקט והמשתתף העקיף. 1. המשתתף העקיף הביא לשינוי האובייקט; 2. המשתתף הישיר הביא לשינוי האובייקט; ג. החלפת אובייקט והביצוע המשותף. 1. הסיטואציות; 2. תובנות; ד. אחרית דבר.

### מבוא

מאמר זה מבקש להראות כיצד התבוננות באירועי עבירה רבי-משתתפים יכולה לשפוך אור על המחלוקות המורכבות שעוררה דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת מאז

\* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. אני מודה לאהרן אנקר, לאלקנה לייסט וליורם רבין על הערותיהם המועילות. חלקים מהמחקר ביצעתי בעת שהייתי כחוקר אורח בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת קיימברידג', אנגליה.

כינונה לפני כ-440 שנה<sup>1</sup> ומכאן לשפוך אור גם על המשגת המחשבה הפלילית בכלל. נתמקד במקרים שבהם השתנה אובייקט העבירה במהלך ביצוע העבירה, אם מחמת זיהוי מוטעה של אובייקט העבירה בפועל כאובייקט העבירה המיועד ואם מחמת החטאה של האובייקט המיועד ופגיעה תאונתית באובייקט העבירה בפועל.<sup>2</sup> במקרים אלה דוקטרינת המחשבה המועברת "מעתיקה" את המחשבה הפלילית של העושה מהאובייקט המיועד לאובייקט בפועל, כאילו כיוון העושה מלכתחילה נגד האובייקט שנפגע. אם נשתול מקרים אלה של טעות והחטאה באירועי עבירה רבי-משתתפים נוכל לדמיין סיטואציות מגוונות של אחריות פלילית. ראשית, נניח מצב של משתתף עקיף בעבירה (משדל, מבצע באמצעות אחר) הגורם למבצע הישיר לטעות בזהות יעדו או להחטיא את יעדו המקורי ולפגוע באחר. האם די בשינוי אובייקט העבירה כדי לייחס למשתתף העקיף אחריות לעבירה שהמשתתף הישיר עמד לבצע ממילא, אם כי כלפי אובייקט אחר? שנית, נניח מצב שבו המשתתף הישיר פוגע באובייקט שונה מזה שאליו כיוון המשתתף העקיף ששלח אותו לבצע את העבירה בשל טעות בזהות, החטאת הפעולה או אולי אף סטייה מכוונת. כיצד ישפיע שינוי האובייקט בכל אחד מהמצבים על אחריותו של המשתתף העקיף? שלישית, נניח מצב שבו צד לביצוע משותף פועל לפי התכנית המשותפת אך נגד אובייקט שונה מהמתוכנן – גם הפעם בשל טעות בזהות, החטאת הפעולה או סטייה מכוונת. האם יהיה נכון לייחס את הפגיעה באובייקט השונה גם לשותפיו? התבוננות במקרים אלה ודאי תלמד אותנו משהו על אופייה של השותפות הפלילית ועל גבולותיה. מלבד זאת – וזה העיקר – המסקנות שאליהן נגיע יסייעו לקדם את הדיון בסוגיות שנויות במחלוקת בתחום המחשבה הפלילית המועברת, ובעקבות כך ישפרו את הבנתנו את המחשבה הפלילית.

- 1 לסקירה השוואתית מהעת האחרונה של גישות לסוגיית המחשבה הפלילית המועברת, המאפיינות שיטות משפט ממשפחת המשפט המקובל ומהקונטיננט, ראו Michael Bohlander, *Transferred Malice and Transferred Defenses: A Critique of the Traditional Doctrine and Arguments for a Change in Paradigm*, 13 NEW. CRIM. L. REV. 555, 583–607 (2010). לסקירה השוואתית של הגישות לסוגיה באזורי שיפוט שונים זה מזה בארצות הברית ראו Travis E. Robey, *Recent Decisions: The Court of Appeals of Maryland – Criminal Law*, 64 MD. L. REV. 1098, 1106–1108 (2005). הכתיבה האקדמית בתחום רבה, והגישות המשתקפות בה מגוונות, כפי שידגם להלן בפרק א.1. דאגלס הוסאק ערך טקסונומיה של הגישות במאמרו Douglas N. Husak, *Transferred Intent*, 10 NOTRE DAME J. L. ETHICS & PUB. POL'Y 65 (1996). גם אני הבעתי לאחרונה דעה באשר לכמה היבטים של סוגיית המחשבה המועברת (אך לא התייחסתי לשילוב שבין המחשבה המועברת לבין אירועי עבירה רבי-משתתפים, שהוא המוקד של המאמר הנוכחי). ראו Shachar Eldar, *The Limits of Transferred Malice*, 32 O.J.L.S 633 (2012).
- 2 הקטגוריות של מקרים אלה יכוננו להלן בהתאמה 'טעות בזהות' ו'החטאת הפעולה', בעקבות חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר "טעות בזהות והחטאת הפעולה – האמנם מחשבה פלילית מועברת?" דין ודברים א 65 (2004).

מקרים המשלבים השתתפות עקיפה והחלפת אובייקט העבירה מדווחים בפסיקה מאז המאה השש-עשרה ועד ימינו אלה. פסק הדין האנגלי משנת 1577 בעניין *Saunders and Archer*<sup>3</sup> הוא פסק הדין הראשון שעסק בשיטתיות בשינוי אובייקט העבירה והביא לעולם את דוקטרינת המחשבה המועברת: ג'ון סונדרס תכנן לרצוח את אשתו כדי להינשא לאהובתו החדשה. הוא חשף את התכנית באוזני חברו אלכסנדר ארצ'ר, וזה יעץ לו להרעיל את האישה ואף סיפק לו רעל. סונדרס החדיר את הרעל לתפוח אפוי, העניק את התפוח המורעל לאשתו וזו טעמה מן התפוח ונתנה אותו לבתם בת השלוש של השניים. סונדרס, שאהב את הילדה, אמר בקול רפה שתפוחים אינם יפים לבריאותם של ילדים קטנים, אך אשתו ביטלה את דבריו. סונדרס ראה את בתו אוכלת את התפוח אך החריש שמא ייחשד בניסיון להרעלת האישה, והילדה מתה. בית המשפט האנגלי יצר בשביל סונדרס את דוקטרינת המחשבה המועברת, העומדת בתוקפה גם היום, והרשיע אותו ברצח הילדה. עם זאת, השופטים התקשו להחליט אם – וכיצד – להחיל את הדוקטרינה על השותף המשני – היועץ ארצ'ר. ההחלטה בעניינו של ארצ'ר התעכבה חודשים רבים, ובסופו של דבר הוכרז על זיכוי.<sup>4</sup>

3 *R v. Saunders*, (1577) 75 Eng. Rep. 706 (Q.B); 2 Pl. 474 (להלן: עניין *Saunders and Archer*). יש מחברים המציינים דווקא את פסק הדין בעניין *Matters of the Crown Happening at Salop* (Salisbury Case), (1553) 75 Eng. Rep. 152 (Q.B) 158; 1 Pl. 97,100 (להלן: עניין *Salisbury*) כמקור הראשון לדוקטרינת המחשבה המועברת. ראו למשל William L. Prosser, *Salisbury Transferred Intent*, 45 TEX. L. REV. 650, 652 (1967); MICHAEL S. MOORE, CAUSATION AND RESPONSIBILITY 204 (2009). בפסק דין זה הורשעו הנאשמים בעבירת המתה לאחר שתכננו להמית אחד ד"ר אלס, אך המיתו לבסוף את המשרת שהתלווה אליו. ההנחיה שנתן בית המשפט למושבעים במקרה זה היא צרה וממוקדת מלהקים את דוקטרינת המחשבה המועברת: "When a man has malice against another, and intends to kill him, and endeavours to put his purpose in execution, and kills one that resists his purpose, it cannot be otherwise construed that by necessity of reason he has malice against all those who would defeat his design, and that he would offer violence to them that would defend the person against whom his malice is directed, rather than desist from his purpose, and therefore if he kills them to whom he had before-hand intended to offer such violence, this cannot be anything else than murder: and so the act declares his intent before, and the malice against the principal begets in himself another malice against those whom he presumes will resist his purpose, which malices are combined one to the other inseparably". לעומת זאת פסק הדין בעניין *Saunders and Archer* מפרט מקרים של החטאת הפעולה ושל טעות בזהות וקובע שבמקרים אלה תועבר המחשבה מהאובייקט המיועד לאובייקט בפועל.

4 אדמונד פלאודן (Edmund Plowden) דיווח כי הלורד דייר (Lord James Dyer), שעמד בראש ההרכב שנתן את ההחלטה, גילה באוזניו שפרסום ההחלטה המזכה עוכב על ידי השופטים כדי לאפשר לארצ'ר לפנות בבקשת חנינה באופן שימנע את הערך התקדימי של ההחלטה; ראו הערות המדווח הנלוות לפסק הדין בעניין *Saunders and Archer*, שם, בעמ' 709. ההשלכות של ההחלטה המזכה מפורטות להלן בפרק ב.2.

בחוודש אפריל שנת 2012 נתן בית המשפט העליון בישראל את פסק דינו בעניין פלוני נ' מדינת ישראל,<sup>5</sup> שנסיבותיו מזכירות מאוד את אלה של *Saunders and Archer*. באמצעות בנו הקטין שלח המערער שלוש סוכריות שוקולד שי לשלוש בנותיו הקטינות שהתגוררו בבית אמן, גרושתו של המערער. הסוכריות צופו על ידי המערער ברעל עכברים כדי לגרום למותן של הבנות. בטרם הגיעו הסוכריות ליעדן התעורר באם חשד בדבר טיבן: היא טעמה מאחת הסוכריות ובעקבות זאת איבדה את הכרתה וסבלה מהרעלה חמורה. בשונה מהמקרה האנגלי, ההרשעה בעבירה של ניסיון לרצוח את שלוש הבנות חמורה מהרשעה בהרעלת האם, ולכן בחר בית המשפט להותיר את המחשבה במקומה ולא להעבירה מהבנות לאם.<sup>6</sup> מקרים מעין אלה יידונו להלן בפרק ב למאמר. גם מקרים המשלבים ביצוע משותף והחלפה של אובייקט העבירה מעסיקים את בתי המשפט מאז המאה השש־עשרה ועד ימינו אלה, החל ב־*Mansell and Herbert's case*<sup>7</sup> הוותיק ועד לפסק הדין השנוי במחלוקת בעניין *Gnango*<sup>8</sup> שנתן בית המשפט העליון באנגליה בדצמבר 2011. המקרה הראשון עסק באירוע של שוד בחבורה: בעוד השודדים צובאים על שערי הבית המיועד לשדידה, זרק אחד מהם אבן על אחר שנכח במקום,<sup>9</sup> החטיא ופגע למוות באישה שיצאה מבית הנשדדים. דעת הרוב קבעה כי מאחר שנראה כי האישה גוננה על הנשדד, כלל השותפים לשוד אשמים בהמתתה על ידי אחד מהם.<sup>10</sup> לעומת זאת עניין *Gnango* אינו מייצג מקרה רגיל של ביצוע משותף (אם כי כמה מהשופטים סיווגו אותו ככזה). המשיב, קטין בשם ארמל גנגו, היה מעורב בקרב יריות בחניון פתוח בדרום לונדון עם צעיר נוסף שכונה בפסק הדין "איש הבנדנה" (*Bandana Man*) בשל בנדנה אדומה שכיסתה את פניו במשך האירוע. אחד הקליעים החטיא את

- 5 ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 2.4.2012). בית המשפט העליון אינו מזכיר את עניין *Saunders and Archer* בפסק דינו בעניין פלוני.
- 6 בית המשפט המחוזי, שעל החלטתו הוגש הערעור, הרשיע את המערער בניסיון לרצוח את בנותיו, אך בד בבד העביר את כוונתו הרעה של המערער לעבר האם והרשיע אותו מכוח דוקטרינת המחשבה המועברת גם בעבירה של שימוש ברעל מסוכן בכוונה לפגוע (ס' 336 לחוק העונשין, התשל"ז-1977) כלפי האם. בית המשפט העליון ראה במהלך זה לא רק העברת הכוונה כי אם שכפול או מחזור שלה: הכוונה מועברת כלפי האם ונתרת כלפי הבנות בעת ובעונה אחת. אי לכך המיר בית המשפט העליון את ההרשעה לעבירה של גרימת חבלה חמורה (ס' 335 לחוק העונשין), המסתפקת ביסוד נפשי של פיזיות כלפי האם, ללא צורך בהעתקת הכוונה. הסוגיה של שכפול המחשבה הפלילית אינה מענייניו של מאמר זה.
- 7 *Mansell and Herbert's Case*, (1555) 73 Eng. Rep. 279 (Q.B.); 2Dy. 128b. אם בכל זאת מחפשים מקור מוקדם מ־*Saunders and Archer* לדוקטרינת המחשבה המועברת, נראה שמקרה זה מתאים מהמקרה של *Sailsbury*, לעיל ה"ש 3, אף שגם הוא אינו מספק הלכה ברורה כזו המופיעה בעניין *Saunders and Archer*.
- 8 *R v. Gnango*, [2011] UKSC 59, [2012] 1 A.C. 827 (Appeal taken from Eng.)
- 9 ייתכן שהיה זה אחד הנשדדים – פסק הדין לקוני בנקודה זו.
- 10 דעת המיעוט זיכתה את המעורבים מן הטעם שהרשעה ברצח נסמכת על כוונת הנאשם, ואילו לשודדים לא הייתה כוונה רעה כלפי האישה.

מטרתו, פגע בראשה של עובדת סיעודית בת 26 שעברה במקום בדרכה ממקום עבודתה וגרם למותה. בדיקה מדעית שלאחר האירוע גילתה שהקליע הקטלני לא נורה מאקדחו של גנגו כי אם מאקדחו של איש הבנדנה. דעת הרוב בבית המשפט העליון קבעה את הרשעתו של גנגו ברצח האישה (ובכך הפכה את פסק הדין המזכה של בית המשפט לערעורים).<sup>11</sup> במקרים מעין אלה יתמקד פרק ג למאמר.

הניתוח שלהלן יראה שתרחישי עבירה מרובי-משתתפים תומכים בהמשגה מקובעת-אובייקט של המחשבה הפלילית (בניגוד לדין הנוהג בישראל ולפי עמדת הדין הגרמני),<sup>12</sup> כמו גם ביחס שווה למקרים של החטאת הפעולה וטעות בזהות (בניגוד לעמדת הדין הגרמני). נפתח בהצגת הגישות בסוגיית ההחלפה של אובייקט העבירה.

## א. רקע עיוני

### 1. גישות תאורטיות להחלפת אובייקט העבירה

החלפה לא מודעת של אובייקט העבירה עשויה להתרחש באופן תאונתי (החטאת הפעולה – פגיעה באובייקט אחר מזה המיועד) או בטעות (טעות בזיהוי – פגיעה באובייקט שהעושה מזהה בשגגה כאובייקט המיועד). דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת נועדה לגשר על הפער שבשני סוגי המקרים<sup>13</sup> בין היסוד הנפשי ליסוד העובדתי, היינו בין האובייקט שראה העושה לנגד עיניו לבין האובייקט שנפגע בפועל. היא מאפשרת "להעתיק" את מחשבתו של העושה מאובייקט אחד לאחר,<sup>14</sup> ובעקבות זאת לחייבו כאילו<sup>15</sup> עבר עבירה מושלמת של פגיעה באובייקט בפועל. בדרך זו, מי

11 בית המשפט הכיר בכך שהמקרה משלב בין סוגיית הביצוע בצוותא לסוגיית המחשבה הפלילית המועברת (שם, פס' 2 לפסק הדין).

12 ראו גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2, שהציגו בישראל את עמדת הדין הגרמני.

13 פסק הדין שיצר את הדוקטרינה, *Saunders and Archer*, לעיל ה"ש 3, מייעד אותה במפורש הן למקרים של החטאת הפעולה והן למקרים של טעות בזהות.

14 גישה אחרת לסוגיה, מקובלת פחות, דוגלת ב"העתקת" האובייקט דווקא באופן שהאובייקט המיועד תופס את מקומו של האובייקט בפועל, כאילו הוא שנפגע. דעה זו הציגו ש"ז פלר ודוד חשין; ראו דוד חשין "תורת הכוונה המועברת ברצח בכוונה תחילה" משפטים 378, 382 (התשל"ו); ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 588 (1984) (להלן: פלר א').

15 על אופייה הפיקטיבי של הדוקטרינה ראו GLANVILLE WILLIAMS, CRIMINAL LAW – THE GENERAL PART 126 (2nd ed. 1961): "His malice (i.e., his intention) is by a legal fiction transferred from the one object to the other. The defendant is then treated for legal purposes as though he had intended to hit the object that he did hit, though in fact he did not have the intent, nor even was reckless as to it" WAYNE R. LAFAVE & AUSTIN, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW 399 (2nd ed. 1986); Anthony M. Dillof,

שמנסה להמית בכוונה את אדם א' וממית אגב כך את אדם ב' יורשע בהמתה מכוונת של אדם ב': היסוד הנפשי כלפי האובייקט האחד יצורף ליסוד העובדתי כלפי האובייקט האחר לכדי יצירת עבירה מושלמת. נהוג להתנות את העברת המחשבה הפלילית בין אובייקטים ביחס כלשהו של העושה כלפי האובייקט בפועל – למשל צפיות אובייקטיבית לאפשרות הפגיעה בו.<sup>16</sup> הדוקטרינה פועלת רק בין אובייקטים מאותו הסוג, וכך מי שהתכוון לפגוע באדם אך פגע ברכושו (או ההפך) לא יורשע בעבירה מושלמת כי אם בניסיון כלפי האובייקט המיועד (אולי עם עבירה מושלמת כלפי האובייקט שנפגע בפועל – לפי היסוד הנפשי שהחזיק כלפי אובייקט זה). דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת נוהגת בדין הישראלי מכוחו של סעיף 20(ג) לחוק העונשין, שלפיו "אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות". התייחסות רחבה לדוקטרינה הציגו חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר במאמרם הקנוני "טעות בזיהוי והחטאת הפעולה".<sup>17</sup> לשיטתם, התואמת את עמדת הדין הגרמני, סעיף 20(ג) לחוק העונשין ועמו דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת בכללותה אינם משקפים דין ראוי. במצבים שבהם החטיא העושה את אובייקט העבירה המיועד ופגע באובייקט אחר הם מציעים לא להעתיק את מחשבתו הפלילית של העושה מהאחד לאחר, כי אם להרשיעו בניסיון לבצע עבירה נגד האובייקט המיועד (אולי בתוספת עבירה מושלמת נגד האובייקט שנפגע בפועל, על פי היסוד הנפשי שהתקיים בעושה כלפי הפגיעה בו – פזיזות או רשלנות). במצבים שבהם טעה העושה בזיהוי האובייקט והחליף את האובייקט המיועד באובייקט שאליו כיוון בפועל, אפשר לדידם להרשיעו בעבירה מושלמת כלפי האובייקט הנפגע – ישירות ובלא צורך "להעתיק" את מחשבתו.

המתח שבין דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת לבין הדרישה המשפטית המקובלת להלימה קפדנית בין היסוד הנפשי ליסוד העובדתי בעבירה<sup>18</sup> הניב מגוון גישות לסוגיה, תומכות<sup>19</sup> ומסתייגות. את הגישות המסתייגות אפשר לסווג בכמה אופנים: חלוקה עיונית אחת היא בין המבטלים לבין הטהרנים.<sup>20</sup> הראשונים מבטלים את דוקטרינה המחשבה המועברת כמיותרת הואיל והאיסורים הפליליים ממילא מזהים את

*Transferred Intent: An Inquiry into the Nature of Criminal Culpability*, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 501, 506 (1998).

16 לעניין זה ראו דיון בה"ש 63.

17 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2.

18 ידוע גם כעקרון ההתאמה או ההלימה. ראו Barry Mitchell, *In Defence of a Principle of Correspondence*, 1999 CRIM. L. REV. 195.

19 באנגליה ובארצות הברית יש תמיכה רבה לדוקטרינה והיא מופיעה שם בהצעות הקודיפיקציה הפלילית. ראו THE LAW COMMISSION, A CRIMINAL CODE FOR ENGLAND AND WALES, 1988-9, H.C. 299, at 53 (§24) (U.K); MODEL PENAL CODE §2.03(2)(a) (1962).

20 "Abolitionists" ו-"Purists" לפי הטקסונומיה של דאגלס הוסאק; Husak, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69-75.

האובייקטים שלהם בהפשטות שאינן מתחשבות בקרבן מסוים. כך, עבירה טיפוסית מגדירה יעדים מופשטים כגון 'חפץ' (למשל בעבירות הגנבה או הפגיעה ברכוש) או 'אדם' (למשל בעבירות נגד החיים או נגד שלמות הגוף). אם כיוון העושה ליעד מהסוג המזוהה בעבירה (חפץ, אדם) ופגע ביעד מהסוג המזוהה בעבירה (חפץ, אדם) – תחול עליו העבירה גם אם לא באובייקט המסוים שאליו כיוון הוא פגע, ואין צורך בהעתקת המחשבה בין האובייקטים.<sup>21</sup> מנגד, הטהרנים סוברים שהשימוש בהגדרה מכלילה של אובייקט העבירה אמנם נועד להעניק לכל האובייקטים מאותו סוג הגנה שווה של החוק, אך היסוד הנפשי של הנאשם במקרה היחידני עדיין נבחן בזיקה לאובייקט הקונקרטי של מחשבתו. כך צריכים להיות פני הדברים במצבים שבהם המחשבה במקורה אכן כוונה לאובייקט מסוים, בניגוד למצבים שבהם הייתה למתכנן מחשבה כללית לפגוע באדם שאינו מסוים (כגון מי שהטמין פצצה ברכבת התחתית). הטהרנים אינם סוברים שהדוקטרינה בדבר המחשבה המועברת מיותרת – לדידם היא שגויה. תחת העתקת המחשבה הפלילית של הנאשם מאובייקט לאובייקט כדי ליצור עבירה מושלמת נגד האובייקט שנפגע בפועל, יעדיף הטהרן הרשעה בניסיון לפגוע באובייקט המיועד (נוסף, אולי, על העבירה השלמה נגד האובייקט הנפגע על פי היסוד הנפשי בפועל של הנאשם כלפיו – פזיזות או רשלנות).<sup>22</sup>

כאמור, בישראל הביעו דעה נחרצת בסוגיה זו גנאים וקרמניצר, שבמאמרם<sup>23</sup> הגנו במרץ על העמדה הטהרנית. בהמשך הדברים ייוחד דיון נרחב ליתרונותיה של עמדה

21 עמדה זו מובעת בין היתר במקורות אלה: HYMAN GROSS, A THEORY OF CRIMINAL JUSTICE ;102 (1979) Prosser ; 653 ; לעיל ה"ש 3, בעמ' 653 ; Kyron Huigens, *The Nature, Structure, and Function of Heat of Passion/Provocation as a Criminal Defence: Introduction and Commentary: A Critical Introduction to the Symposium*, 43 U. MICH. J. L. REFORM 1, 10–11 (2009); A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, G.R. SULLIVAN & G.J. VIRGO, SIMESTER AND SULLIVAN'S CRIMINAL LAW – THEORY AND DOCTRINE 165 (4th ed. 2010); RICHARD CARD, CARD, CROSS & JONES CRIMINAL LAW 95 (19th ed. 2010). העמדה המבטלת הובעה גם בהקשר הספציפי של אירועי עבירה רבי-משותפים: C.M.V. Clarkson, *Complicity, Powell and Manslaughter*, 1998 CRIM. L. REV. 556, 559 ("The accessory is a party to a shared violent venture involving foresight of the death of a human being. All human life is of equal value. Why should the identity of the victim make any difference?"); K.J.M. SMITH, A MODERN TREATISE ON THE LAW OF COMPLICITY 207 (1991) ("[t]he issue should not be 'did A [the accessory] desire or consent to that murder?' but 'did A desire or consent to participation in an offence of murder?'").

22 לעמדה זו ראו Andrew Ashworth, *The Elasticity of Mens Rea*, in CRIME, PROOF AND PUNISHMENT – ESSAYS IN MEMORY OF SIR RUPERT CROSS 45, 57–58 (C.F.H. Tapper ed., 1981) (להלן: Ashworth, *The Elasticity*); Heidi M. Hurd & Michael S. Moore, *Negligence in the Air*, 3 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 333, 390 (2002).

23 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2.

24. כעת מעניין להדגיש לאו דווקא את עמדתם הקונקרטיה אלא את הנחרצות שבה הם מחזיקים בה: כשלעצמי אינני סבור שהסוגיה נתונה להכרעה נחרצת.<sup>25</sup> אחת הסיבות לכך היא ששתי העמדות נסבות על מחלוקת יסודית באשר לדרך המשגתה של המחשבה הפלילית: האם כמחשבה כללית<sup>26</sup> כלפי סוג האובייקט הנפגע ('אדם') כסמל של ערך חברתי, כגישת המבטלים, או שמא כמחשבה מקובעת-אובייקט (אדם מסוים), כגישת

24 ראו להלן פרקים ב-ג.

25 כך הביע הוסאק דעה צנועה באשר ליכולת ההכרעה בין העמדה המבטלת לעמדה הטהרנית: אין טיעוני מחץ לכאן או לכאן ו- "all that remains to be said is that reasonable minds may differ in their judgments". ראו Husak, לעיל ה"ש 1, בעמ' 71. יתרה מכך, גם מי שמאמץ את העמדה הטהרנית או המבטלת עשוי להכיר בנחיצותה של דוקטרינת המחשבה המועברת במקרים מסוימים, בעיקר כדרך לגשר על פערים שבין גישות אלה במתכונתן התאורטית לבין יישומן במערכת עובדת של משפט פלילי. כך, דוקטרינת המחשבה המועברת יכולה להשלים את הטהרנות במקרים שבהם הניסיון הפלילי אינו זמין כחלופה להרשעת העושה – למשל כאשר אחריותו של המנסה מותנית, כבישראל, ביסוד נפשי של מטרה לפגוע באובייקט המיועד, ואילו העושה היה פזיז בלבד בעניינו. אם העושה פזיז בעניין אפשרות הפגיעה בא', והוא פוגע מתוך רשלנות בב', יישומה של העמדה הטהרנית בישראל תוביל לזיכוי מפגיעה בא', באשר העושה לא פגע בא', וזיכוי מפגיעה פזיזה בב', באשר העושה לא היה בעל מחשבה פלילית של פזיזות כלפי ב'. הפתרון שמציעה בדרך כלל הטהרנות, הוא הרשעתו של העושה בעבירה החמורה של ניסיון לפגוע בא', אינו זמין כאן מכיוון שהעושה נעדר את המטרה לפגוע בא', כנדרש בדוקטרינת הניסיון כנוסחה בסעיף 25 לחוק העונשין. במקרה כזה הטהרן עשוי לבכר את העברת מחשבתו של העושה מא' לב' ולהרשיעו בפגיעה פזיזה בב' על פני החלופה של זיכוי של העושה (או הרשעתו בעבירה הקלה של פציעה רשלנית). בדומה, דוקטרינת המחשבה המועברת יכולה להשלים את הגישה המבטלת במקרים מסוימים שבהם נוסח העבירות שבחוק אינו מאפשר להתייחס לאובייקט המיועד ולאובייקט שנפגע בפועל כמשתייכים לאותו סוג. לאחרונה הצעתי להשתמש בדוקטרינת המחשבה המועברת במקרים שבהם ההבדל שבין האובייקטים המנויים בעבירות שונות שבחוק הוא מבוסס-אשם, בניגוד להבדל המבוסס על שוני אובייקטיבי בין האובייקטים. לדוגמה, ההבדל שבין העבירה של תקיפת שוטר לבין העבירה של תקיפת אזרח עשוי להיות מבוסס על הייחוד האובייקטיבי של פגיעה בשוטר, שיכולתו כמשרת הציבור נפגמת בגלל התקיפה, או על האשם הייחודי של מי שתוקף שוטר ובכך מגלה לא רק זלזול בחברו אלא גם חוסר כבוד למטרה. לפי האפשרות השנייה, אם העושה התכוון לפגוע בשוטר א' ובשל טעות או תאונה פגע למעשה באזרח ב', יהיה ראוי להעביר את מחשבתו של העושה באופן שיאפשר הרשעתו בעבירה שלמה של פגיעה בשוטר. לדיון והדגמה של הקטגוריות שבהן עשויה דוקטרינת המחשבה המועברת לשרוד את ההתקפה הכפולה של הטהרנות והגישה המבטלת ראו Eldar, לעיל ה"ש 1, בעמ' 640–649.

26 מכונה לעתים "בלתי-אישית" (Impersonal) או "מועתקת" (Replicated); ראו בהתאמה Jeremy Horder, *Transferred Malice and the Remoteness of Unexpected Outcomes from Intentions*, 2006 CRIM. L. REV. 383; Mitchell Keiter, *With Malice Toward All: The Increased Lethality of Violence Reshapes Transferred Intent and Attempted Murder Law*, 38 U.S.F. L. REV. 261 (2004). אצל כותבים מסוימים הרעיון שלפיו המחשבה היא כללית ולא מקובעת-אובייקט משמש גם להצדקה של דוקטרינת המחשבה הפלילית המועתקת. ראו למשל Daniel J. Curry, *Poe v. State: The Court of Appeals of Maryland Limits the Applicability of the Doctrine of Transferred Intent*, 27 U. BALT. L. REV. 167, 169–170 (1997).



הטהרנים.<sup>27</sup> המחלוקת נוגעת ברמת ההפשטה – במקרה זה של אובייקט המחשבה הפלילית – ושאלות מסוג זה אינן נתונות להכרעה חדה.<sup>28</sup> בחירה ברמת ההפשטה של המושגים המשמשים בדיון המשפטי מתבססת על הסכמה אינטואיטיבית בין המשתתפים בדיון באשר להתאמה של רמת ההפשטה לטיפול במקרים הנופלים בו.<sup>29</sup> לכן טיעונים בעד או נגד רמות ההפשטה השונות (מבטלת לעומת טהרנית, כללית לעומת קונקרטי) צריכים לכוון לאינטואיציות שלנו באשר לטיפול במקרים קונקרטיים<sup>30</sup> – אלה המטופלים

27 סקירה מן העת האחרונה של הגישות לרמת ההפשטה של אובייקט הכוונה ראו Kimberly Kessler (2008) 1147 *FERZAN, Beyond Intention*, 29 CARDOZO L. REV. יודגש כי הטהרן לא יצמיד מחשבה מקובעת-אובייקט למי שבמקור התכוון לפגוע בכל אובייקט מאותו סוג – למשל: "אדם" כלשהו – ללא מיקוד באובייקט מסוים.

28 ראו אצל Husak, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74: "The ambiguity is in the scope of the existential quantifier that symbolizes the indefinite article 'a' in the statute that proscribes the intentional killing of a human being. The intent may be to kill anyone, or to kill someone in particular. As far as I can see, there is no clear basis for resolving this ambiguity one way or the other". הסוגיה בדבר המשגת המחשבה הפלילית היא סוגיה פילוסופית המעוררת שתי אינטואיציות נוגדות שאי אפשר להכריע ביניהן באמצעים לוגיים – והיא לא היחידה. לסקירת סוגיות שמגיעות למבוי סתום מסוג דומה ראו Christopher Boorse & Roy A. Sorensen, *Ducking* Harm, 85 J. PHIL. 115, 133 (1988). אין זה מפתיע שהסוגיה בדבר המשגת המחשבה הפלילית נכללת בקבוצה זו, שכן היא מבוססת על סוגיה ידועה אחרת המגיעה למבוי סתום – הסוגיה בדבר השפעת המזל על השיפוט המוסרי של הפעולה (סוגיית המזל המוסרי, Moral Luck). ההתייחסות להחלפת האובייקט עקב החטאת הפעולה או עקב טעות בויהוי נושקת לשאלה אם נכון לתת נפקות למזל הרע שגרם שהאובייקט המיועד לא נפגע ושבמקומו נפגע אובייקט אחר, ובמילים אחרות: עד כמה ראוי, אם בכלל, לתת נפקות למקורות שבהגשמת הפעולה. על הקשר בין דוקטרינת המחשבה המועברת לסוגיית המזל המוסרי ראו Kimberly D. Kessler, *The Role of Luck in the Criminal Law*, 142 U. PA. L. REV. 2183, 2207 (1994). גם אשוורת' קשר בין הנושאים וביסס טיעון בעד העמדה הטהרנית על התנגדות להשפעת המזל על המוסר. לדבריו, יתרונה של העמדה הטהרנית נעוץ במניעתה את ההתייחסות למקורות שבפגיעה באובייקט בפועל; ראו Andrew J. Ashworth, *Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequences*, in *RESHAPING THE CRIMINAL LAW – ESSAYS IN HONOUR OF GLENVILLE WILLIAMS* 77, 89 (P.R. Glazebook ed., 1978). (להלן: *Transferred Malice and Punishment*). הנמקה זו אינה משכנעת מאחר שהעמדה הטהרנית נותנת נפקות למקורות שבהחטאת האובייקט המיועד. על כורחנו אנו נתקלים בחוסר יכולת לגבש הכרעה ברורה בין רמות ההמשגה של המחשבה הפלילית. למעשה, הקושי לבחור בין רמות ההפשטה מתקיים כבר ברמה הלשונית; ראו WILLARD VAN ORMAN QUINE, *WORD AND OBJECT* 138–141 (1960).

29 להצגת הבחירה בטהרנות כאינטואיטיבית בעיקרה ראו Husak, לעיל ה"ש 1, בעמ' 66–67, 69–70. 30 זו גם עמדתו של אשוורת', *Transferred Malice and Punishment*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 91: "[n]either proposition [framing intentions in general or in respect to the object actually harmed] is deducible from the general principles of *mens rea*: it depends upon how one chooses to define those principles, and that choice will be influenced by one's view about the solution of the particular problem presented by the transferred malice situation"

כיום בדוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת – ולהדגים עקיבות בדבר עקרונות משפטיים נוהגים.

## 2. טיעונים לתמיכה בעמדה הטהרנית

להדגמה ביקורתית של סוג הטענות המועלים להגנת הטהרנות ישמשו אותנו הנימוקים שמביאים גנאים וקרמניצר לתמיכה בעמדתם. בהקשר זה ההתמקדות בעמדתם של גנאים וקרמניצר נובעת לא ממידת נחרצותה של עמדה זו אלא מטיבה – בכל הספרות שסקרתי לא מצאתי הגנה מקיפה יותר על העמדה הטהרנית מזו שמספקים גנאים וקרמניצר. בהגנם על העמדה הטהרנית גנאים וקרמניצר מספקים טיעונים נגד גישת המחשבה הכללית ונגד העתקת המחשבה בין אובייקטים. וכך הם פותחים את הנמקתם:

ה"אדם" כאובייקט עבירת התקיפה וה"דבר" כאובייקט בעבירת הגניבה אינם סתם אדם או דבר בעלמא, אלא אדם מסוים שהוא מכה או דבר מסוים שהוא נושא ונוטל. שכן אחרת אין כמעט משמעות לדרישת המודעות כלפי הנסיבות, כי כל אדם מודע כל העת שיש בעולם אנשים ודברים.<sup>31</sup>

נימוק זה אינו משכנע. ראשית, אף שהעושה מודע כל העת שקיימים בעולם אנשים, הוא לא תמיד מודע לאפשרות שאדם (כלשהו) עשוי להיפגע ממעשיו, למשל כשהוא משוכנע שהוא פועל בשטח שומם. בהיעדר מודעות לאפשרות הפגיעה באדם כלשהו אין מתקיימת כלפי רכיב זה מחשבה פלילית כלל – לא מחשבה כללית ולא מחשבה מועברת. שנית, כפי שיסכימו ודאי גם גנאים וקרמניצר,<sup>32</sup> מחשבתו של העושה לעתים מתייחסת בכלליות לאדם בעלמא או לחפץ בעלמא, כמו במקרה של מחשבה כללית אצל טרוריסט המטמין פצצה ברכבת התחתית ואינו מכוון לפגיעה באדם מסוים דווקא. הגנה על העמדה הטהרנית צריכה להתייחס למקרים שבהם מחשבתו של העושה היא מקובעת-אובייקט, והוא מחטיא ופוגע באובייקט אחר. האם על המשפט לכבד את מחשבתו של העושה לפגוע בפרט ספציפי או שמא המשפט מכליל ומתייחס למחשבה לפגוע באובייקט כסוג? גנאים וקרמניצר מציעים כמה טעמים לדחות את הגישה המכלילה במצבים שבהם הייתה לעושה מחשבה ממוקדת. כאמור, סוגיה זו אינה נתונה לטעמים לוגיים מכריעים לכאן או לכאן, ויש דבר-מה אילוסטריטיבי בהקשר זה בכך שהטעמים שגנאים וקרמניצר יכולים להציג מסתכמים ברובם בחזרה (במילים משתנות) על הגישה התומכת בכיבוד המחשבה מקובעת-האובייקט של העושה. לחזרה יש ערך

31 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 96.

32 כעולה למשל מדבריהם שם, בעמ' 107.

שכנוע אינטואיטיבי אך אין בה הסבר, טעם או נימוק עצמאיים.<sup>33</sup> טכניקה אחרת המשמשת את גנאים וקרמניצור, אפקטיבית יותר מחזרה, היא פנייה לתרחישים אילוסטראטיביים:

טלו למשל מקרה שבו העושה – הנוהג ברכב – קיבל, לאחר שקילה, החלטה להמית את יריבו. באותה העת, וללא קשר לכך, הוא גרם לתאונת דרכים, שבה קופחו חייו של יריבו. אילו הייתה המחשבה הפלילית כללית (*dolus in genere*), ניתן היה להטיל על העושה אחריות פלילית בגין רצח, כעבירה מושלמת, הואיל והיסוד העובדתי של העבירה התקיים, ולעושה הייתה כוונה תחילה לגרום למותו של היריב. תוצאה זו אינה מקובלת כלל. שכן אין די בעצם גיבושה של כוונה תחילה. חיוני שכוונת תחילה זו תוצא אל הפועל ותתגשם בהתנהגותו הספציפית של העושה. ללמדנו, שהמחשבה הפלילית של העושה חייבת להשתלב ברכיבי היסוד העובדתי ובאירוע, כפי שהתקיימו בפועל. על העושה להיות מודע בפועל לקיומם של רכיבי היסוד העובדתי של העבירה שבוצעה בפועל, ובכללם לאובייקט העבירה הקונקרטי, האובייקט בפועל. המחשבה הפלילית הנה אפוא מחשבה פלילית קונקרטית ולא מחשבה פלילית מופשטת [...].<sup>34</sup>

דוגמה זו אינה מעידה על הנדון. ראשית, יש לשים לב שהיא אינה דוגמה להחלפת אובייקט, שכן האובייקט המיועד והאובייקט בפועל מגולמים שניהם באותו אדם – ולכן

33 שימו לב כיצד ההנמקה היא למעשה הכרזה חוזרת ונשנית על העמדה הטהרנית: "לדעתנו, יש לדחות את הדוקטרינה של מחשבה פלילית כללית, מטעמים מספר: ראשית, העושה נושא באחריות פלילית בגין המעשה הספציפי שעשה ולא בגין התנהגות מופשטת כלשהי. מיוחסת לו אחריות אך ורק לתוצאה שגרמה התנהגותו האמורה, כלומר לתוצאה הקונקרטית. התנהגותו של העושה הופכת לאנטי-חברתית רק בשל ההקשר הנסיבתי הספציפי שבו היא נעשתה. מה שמיוחס לעושה איננו עבירה מופשטת אלא אירוע עברייני קונקרטי. לעושה יש מחשבה פלילית ביחס לאירוע העברייני, רק אם השתלבה מודעותו בפועל של העושה באירוע הקונקרטי. ניתן לייחס לעושה מבחינה סובייקטיבית את האירוע שהתרחש רק אם הייתה לעושה מודעות בפועל להשתלשלות האירוע, כפי שהתרחש בעולם המעשה. המחשבה הפלילית היא המחשבה לקיים את היסוד העובדתי, כפי שהתרחש, ולא לקיים יסוד עובדתי כלשהו של העבירה. המחשבה הפלילית של העושה אינה מתייחסת לעבירה בעלמא, מופשטת, אלא לעשיית העבירה הספציפית. [...] שנית, ניתן (גם) להבחין בין הרמה הכללית של האיסור לבין ייחוס העבירה לעושה. בעוד שברמה הכללית של האיסור, באה בחשבון, ואף מתבקשת, התייחסות כללית ומופשטת ליסודות העבירה, אין הדבר נכון כאשר מדובר באישום ובהרשעה על מעשה עבירה. האחריות הפלילית המוטלת על העושה היא על עבירה קונקרטית שנעשתה במציאות ולא על עבירה מופשטת. העמדת העושה לדין היא בשל מעשה קונקרטי. שלישי, המחשבה הפלילית של העושה צריכה להשתלב באירוע הקונקרטי שהתרחש בעולם המעשה. אין להסתפק במחשבה פלילית כללית (*dolus in genere*), כלומר מחשבה פלילית העומדת בפני עצמה ושאינה מתייחסת לאירוע קונקרטי". שם, בעמ' 97–98.

34 שם, בעמ' 98.

אין להסיק ממנה על סגולותיה של העמדה הטורנית להמשגת המחשבה הפלילית. שנית ועיקר, בדוגמה זו הקושי אינו שהעושה אינו מודע לאפשרות הפגיעה באובייקט ב' במקום באובייקט א', אלא שהעושה אינו מודע כלל לאפשרות שבנסיעתו הוא יפגע באדם. בנסיבות אלה, כשהעושה אינו מודע לרכיב הנסיבתי של העבירה, אין למצוא אצלו כל מחשבה פלילית – גם לא כזו הניתנת להעברה. אכן, תרחיש זה, של הנוסע בכוונה תחילה להמית את אויבו ובדרכו ממית את האויב בתאונה, שימש את הכותבים של ספרי הטקסט הקלסיים כדי להדגים היעדר מחשבה פלילית או היעדר זיקה בין יסוד עובדתי ליסוד נפשי.<sup>35</sup> בהקשר הנוכחי השאלה שעלינו לשאול שונה לחלוטין: האם בהינתן שהעושה מודע לאפשרות הפגיעה באובייקט א' אפשר לומר שהוא מודע גם לפגיעה באובייקט מסוגו של א'? ובהקשר של הדוגמה: האם נשתמש במודעותו של העושה לאפשרות הפגיעה באדם שהוא האויב כדי לייחס לו מודעות לאפשרות הפגיעה בכל אדם? התרחיש המוצע אינו עונה על שאלה זו. גנאים וקרמניצר מציעים תרחיש נוסף:

הדוקטרינה של מחשבה פלילית כללית תתקשה להתמודד כראוי עם מקרה, שבו העושה פועל במצב של הגנה עצמית, אך בשל החטאת הפעולה פוגע פגיעה קטלנית בעובר אורח. על פי המחשבה הפלילית הכללית, העושה פעל במחשבה פלילית להמתת עובר אורח, קרי: קיים את היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של עבירת הרצח או ההריגה. לזכותו של העושה לא יעמוד סייג ההגנה העצמית, שכן עובר האורח אינו בגדר תוקף.<sup>36</sup>

35 ראו למשל יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 129 (1981): "תיתכנה מסכתות עובדתיות בהן חופפים היסודות החיצוניים-הגלויים, והפנימיים-המנטאליים שבהגדרת העבירה מבחינת הזמן, אולם שורשיה של הפעולה הגלויה אינם נעוצים במחשבה הפלילית. משל לפלוני שנוהג מכוניתו ברשלנות והוגה אגב נהיגה בפרטי תכנית לרציחתו של אויבו. תוך צירוף מקרים נדיר מזדמן אותו אויב נוכח המכונית ואגב חציית הכביש נפגע למוות בגין נהיגתו הרשלנית של פלוני. לזה האחרון מסתבר להפתעתו כי גרם למותו של קרבו המיועד. אמנם קיימת זהות זמנים בין מעשה הדריסה לבין הכוונה לגרום למותו של הקרבן, אך ברי כי אין לומר שפעולת הנאשם מקורה בכוונתו להמית את קרבו ואין למצוא אחראי באשמת רצח". כן ראו אצל פלר א', לעיל ה"ש 14, בעמ' 134-135, תחת הכותרת "התלות ההרדית בין יסודות העבירה – התלות בזמן": "א' יכול לגבש כוונה לרצוח את ב' ואף לתכנן את הביצוע הקונקרטי של הרצח בשעה שהוא נוסע במכוניתו וגורם לתאונת דרכים, וזאת ללא כל אשמה. הקרבן, עובר אורח אשר חש ברע, התעלף או נפל מן המדרכה לכביש בדיוק עובר לרגע בו הגיע א' במכוניתו למקום ודרס אותו למוות ללא כל מודעות לזהות הקרבן. בדיעבד מסתבר שהקרבן הוא דווקא ב'. אין כאן כל קשר ענייני בין כוונתו של א' לבין מעשהו האובייקטיבי".

36 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 98.

גם בדוגמה זו הקושי טמון לא במחשבה הכללית אלא במקום אחר, הפעם בשילוב הפסול המתקיים בין המשגה כללית של המחשבה בנוגע לרכיבי העבירה (ירי לעבר אדם כלשהו) לבין המשגה ספציפית של המחשבה בנוגע לרכיבי הסייג (התגוננות מפני התוקף הספציפי). המחזיקים בגישת המחשבה הכללית צפויים להתייחס גם למחשבה כלפי הסייג ככללית, ולפיכך לראות באירוע באופן כללי פגיעה באדם מתוך התגוננות. מכאן שגם דוגמה זו אינה מספקת תמיכה בהמשגה הטהרנית.

הדוגמה השלישית שהציעו גנאים וקרמניצר להמחשת יתרונה המושגי של העמדה הטהרנית היא מתחום דיני השותפות: "אם לא [מתחשבים במחשבה מקובעת-אובייקט], קשה להבין מדוע יש בהנעתו המוצלחת של מי שגמר אומר להרוג את [א'], להרוג במקומו את [ב'] משום שידול לרצח".<sup>37</sup> תרחיש זה משלב שידול והחלפת האובייקט, ונדמה שבמקרה זה כבר נגעו גנאים וקרמניצר בנקודה. זו דוגמה להעתקת מחשבה הנוגעת ישירות להמשגת המחשבה הפלילית ככללית או כמקובעת-אובייקט, ואי אפשר לפטור את הבעייתיות שהיא מעלה כנוגעת להיבטים אחרים של כללי האחריות לדבר עבירה. בפרקים הבאים אבקש להראות כיצד אילוסטרציות כגון זו, המשלבות שינוי אובייקט באירועים מרובי-עבריינים, מחזרות את האינטואיציות שלנו ומסיעות לבחור את רמת ההפשטה המתאימה לדיון ביקורתי בדוקטרינת המחשבה המועברת.<sup>38</sup> מסקנת הדיון תהיה שדוגמאות של אירועי עבירה רבי-משתתפים מבססות את הטענות החזקים ביותר בעד העמדה הטהרנית, ונוגדות את העמדה המבטלת ואת דוקטרינת המחשבה המועברת המשתקפת בחוק העונשין.

### 3. טיעונים לתמיכה בגישה עקיבה

פילוג רעיוני מסוג אחר הוא בין הגישה העקיבה לגישה המפצלת. פילוג זה מתקיים בין מבטלים וטהרנים המחזיקים בעמדתם בעקיבות באשר למקרים של טעות בזיהוי והחטאת הפעולה כאחד, לבין אלה המחזיקים בעמדתם המבטלת או הטהרנית באשר למקרים של החטאת הפעולה בלבד. לגישה המפצלת יש השלכה מעשית רק במסגרת העמדה הטהרנית, שהרי מי שמחזיק בגישת המחשבה הכללית ובעמדת הביטול ממילא אינו מייחס משמעות לזהות האובייקט הנפגע וממילא אינו מייחס משמעות לשינוי האובייקט, בין בשל טעות בזיהוי ובין בשל החטאת הפעולה. לעומת זאת הטהרן-המפצל יתמוך באחריות בגין שתי עבירות במקרים של החטאת הפעולה (ניסיון כלפי האובייקט המיועד בתוספת עבירה מושלמת כלפי האובייקט הנפגע, על פי היסוד הנפשי בפועל של העושה כלפיו), ובאחריות בגין עבירה אחת במקרים של טעות בזיהוי (עבירה מושלמת

37 שם, בעמ' 97-98.

38 במסגרת זו תידון גם דוגמה נוספת שמציגים גנאים וקרמניצר בתמיכה בגישה הטהרנית, המשלבת החלפה של אובייקט העבירה וביצוע באמצעות אחר. ראו להלן בפרק ב.1.

כלפי האובייקט שנפגע). הטהרנות המפצלת היא עמדתם של גנאים וקרמניצר.<sup>39</sup> לגישתם, מבצע הטועה בזהותו של האובייקט הנפגע עדיין פועל במחשבה פלילית לפגוע באובייקט שניצב מול עיניו, כלומר: באובייקט הנפגע עצמו. מחשבתו של העושה כי פעולתו כלפי האובייקט שלפניו תפגע באובייקט המיועד היא אפוא אך המניע לפעולה, שאינו רלוונטי לאחריות פלילית. במקרים של החטאת הפעולה, ממשיך הטיעון, האובייקט המיועד והאובייקט הנפגע נבדלים זה מזה.<sup>40</sup>

במאמר מן העת האחרונה טענתי נגד הגישה המפצלת והרציונל המבסס אותה.<sup>41</sup> בקצרה, עמדתי על כך שבדומה להבחנה בין העמדה המבטלת לעמדה הטהרנית, היחס השונה לטעות בזהות ולהחטאת הפעולה מתבסס על האופן שבו אנו ממשיגים את המחשבה הפלילית. לפי המשגה דקדקנית מזו המשמשת את הטהרנים-המפצלים, אין מניעה לומר שגם במקרים של טעות בזהות מתקיים בידול בין האובייקט שנפגע בפועל לבין האובייקט שעליו חשב העושה. הטהרן-המפצל עשוי להשיב שהחציצה טבעית יותר במקרים של החטאת: העושה כיוון לעבר האובייקט המיועד לא באופן רעיוני כי אם באופן פיזי ממש, המצדיק אחריות לניסיון כלפיו, ואילו הפגיעה באובייקט אחר מבססת הצדקה נפרדת לאחריות לעבירה מושלמת כלפיו. אולם רציונל דומה עשוי לחול גם על מקרים של טעות בזהות. למשל, כאשר העושה מזהה בטעות בובה בחלון הראווה כאדם שהוא רוצה להמית, ופוגע בבובה כדי להמית את האדם, אין פתוחה בפני הטהרן-המפצל האפשרות לייחס לעושה המתת האובייקט בפועל, והוא ייחס לו ניסיון באשר לאובייקט המיועד (האדם) ועבירה מושלמת כלפי האובייקט הנפגע (הבובה) לפי היסוד הנפשי שהיה לו באשר לאפשרות הפגיעה בו. מה טעם יכול לתת הטהרן-המפצל להבחין דוגמה זו ממקרה גרעיני של טעות בזהות, למשל כשהעושה יורה על אדם א' בחשבו אותו בטעות לאדם ב'? אם הוא רוצה להיות עקיב, עליו להתייחס גם למקרה הגרעיני בראש ובראשונה כניסיון לפגוע באובייקט המיועד. הטהרן-המפצל צפוי לטעון שהחציצה בין האובייקט המיועד לאובייקט הנפגע אינה נחוצה כשהטעות מתרחשת בין שני אובייקטים מאותו סוג, כפי שמגדירה העבירה, אבל הנמקה מסוג זה נוקטת רטוריקה של העמדה

39 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2. הרעיון מופיע בכמה מקומות במאמר, למשל בעמ' 83-84. לתמיכה נוספת בטהרנות מפצלת ראו את עמדתו של אשוורת' כפי שהיא עולה מהשילוב בין שניים ממאמריו: Ashworth, *The Elasticity*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 57-58; *Transferred Malice and Punishment*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 77-78. זו העמדה השלטת במשפט הגרמני; ראו MICHAEL BOHLANDER, PRINCIPLES OF GERMAN CRIMINAL LAW 74 (2009) (להלן: PRINCIPLES OF GERMAN CRIMINAL LAW).

40 הנמקה דומה לעמדה הטהרנית-המפצלת מופיעה גם במאמר של אשוורת', *Transferred Malice and Punishment* לעיל ה"ש 28, בעמ' 77-78, והיא גם מבססת את עמדת המשפט הגרמני לסוגיה; ראו PRINCIPLES OF GERMAN CRIMINAL LAW, שם, בעמ' 74.

41 Eldar, לעיל ה"ש 1, בעמ' 637-639.

המבטלת ומתבססת על הרעיון של המחשבה הפלילית הכללית – שאותו הטהרנים דוחים.

הנה סוג נוסף של דוגמאות להבהרת חוסר העקיבות שבעמדה הטהרנית-מפצלת: דמיינו פעולת השתלטות על אירוע חטיפה שבו צלף משטרתי ממת דמות שהוא מזהה בטעות כחוטף, ובדיעבד מתגלה שהיה זה השבוי. הצלף לא התכוון לפגוע בשבוי – כפי שיסכים ודאי הטהרן, נאמן לגישתו המחויבת לכוונה המקובעת-אובייקט של העושה (בדיוק מטעם זה ייהנה הצלף מהגנת הצדק מדומה).<sup>42</sup> לדוגמה אחרת דמיינו חובב כדורגל המאמין שהוא גונב כרטיסים למשחק הדרכי, ובדיעבד מתגלה שהכרטיסים שגנב מקנים כניסה להופעה של האופרה הישראלית. טהרנים לא יתארו אדם כזה כמי שביקש לגנוב כרטיסים כלשהם – אך גם לא צפוי שהם יראו בו חובב אופרה. התייחסות עקיבה לעמדתם תראה בו מי שניסה לגנוב כרטיסי כדורגל והצליח – נוסף על כך – לגנוב כרטיסים לאופרה.<sup>43</sup>

כמו בדבר המחלוקת בין המבטלים לטהרנים, כך גם בהקשר של המחלוקת בין הגישה העקיבה לגישה המפצלת אציג בפרקים הבאים דוגמאות לאירועי עבירה רבי-משתתפים שישליכו על הבנתנו את שני צדי המחלוקת. נראה כיצד דוגמאות אלה מחזקות את הטענות בעד הגישה העקיבה ונגד הגישה המפצלת. כפועל יוצא מכל האמור עד כה יתמוך מאמר זה בגישה הטהרנית-עקיבה לסוגיית השינוי של אובייקט העבירה.

42 כך הוא הדין בישראל: סייג של טעות בעובדה חל על העובדות שבחלק הכללי של חוק העונשין, לרבות הסייגים של צורך, צידוק והגנה עצמית. תמיכה לאפשרות זו ניתן למצוא אצל ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 516–518 (1987); אהרן אנקר ורות קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחור תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג 5, 11 (1992), וכן בפסיקת בית המשפט העליון, בעיקר בע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 25.10.2006).

43 לפי גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 95, החטאת הפעולה מרחיקה את העושה מיעדו המקורי פעמיים – הוא מחטיא את האובייקט המיועד ונוסף על כך פוגע באובייקט אחר – ואילו טעות בזהות אינה כוללת את החטאת היעד אלא רק את הפגיעה באובייקט לא מתוכנן. טיעון זה אינו משכנע. בדוגמאות שפורטו לעיל היעד הרעיוני של העבירה מוחטא בהחלט. הצלף רצה שפעולתו – (1) תפגע בחוטף ר' (2) לא תפגע בשבוי, ופעולתו סתמה משני ההיבטים של רצונו גם יחד. ננסה כיוון נוסף: נניח כי פ', המתכוון לפרוץ לביתו של א', מגיע למקום ומגלה שביתו של א' נהרס ואינו קיים עוד. זהו מקרה ברור של ניסיון (שיהיו מי שידירוהו "בלתי צליח") לפרוץ לביתו של א'. פ' לא השיג את יעדו, שהוא הכניסה – הפריצה – לביתו של א'. עתה נניח כי מעל הריסות ביתו של א' בנו את ביתו של ב', ופ' נכנס לבית משוכנע שהוא פורץ לביתו של א'. הרצון של פ' לפרוץ לביתו של א' עדיין מתקיים גם בגרסה זו, נוסף על הכניסה ליעד לא רצוי – ביתו של ב'. העמדה הטהרנית-המפצלת לא תוכל לבסס את בחירתה להתייחס לגרסה זו כדוגמה של טעות בזהות – שאינה גורעת מאחריותו של פ' כפורץ לביתו של ב' – על ההבדל שבין ריחוק יחידי (במקרים של טעות בזהות) לריחוק כפול (במקרים של החטאת הפעולה) מהיעד המקורי.

#### 4. דיני השותפות לדבר עבירה

הניתוח שאציע בהמשך המאמר ישתול רכיב החלפה של אובייקט העבירה בתוך הסיטואציות היסודיות של אירועי עבירה רבי-משותפים, ולפיכך מוטב כי נעמוד בקצרה על הקטגוריות והמונחים המרכזיים בדיני השותפות לדבר עבירה.

הפרדיגמה הראשונית של האחריות הפלילית היא האחריות האישית והמלאה – "איש בחטאו יומתו"<sup>44</sup> – ומכאן שהאיסור הפלילי חל על ביצוע ישיר ומלא של כל רכיבי העבירה על ידי עבריין יחיד. פרדיגמה זו תקפה גם לאירועי עבירה רבי-משותפים. בחינת אחריותם של המשותפים באירוע נפתחת בהתבוננות על חלקו של כל אחד מהם במבורד מחלקם של היתר בניסיון לברר אם יש בחלק זה כשלעצמו כדי למלא את יסודותיו של האיסור. בצד פרדיגמת האחריות האישית והמלאה התפתחה במשפט הפלילי פרדיגמה נוספת – דיני השותפות לדבר עבירה. אלה מאפשרים להתבונן על הפעילות המשותפת באירועי עבירה רבי-משותפים ולחלץ ממנה את אחריותו של כל אחד מהשותפים לפי תפקידו היחסי בה.

כנגד ארבעה שותפים דיבר חוק העונשין: המבצע בצוותא, המבצע באמצעות אחר, המשדל והמסייע. צד לעבירה שלא קיים בגופו את כל יסודותיה העובדתיים עדיין יכול להיחשב מי שביצעה בצוותא עם אחרים, כמי שביצעה באמצעותו של אחר, כמי ששידל את מבצעה או כמי שסייע לו. ביצוע בצוותא וביצוע באמצעות אחר הם דרכים חלופיות לביצוע העבירה,<sup>45</sup> שיכול להיות ישיר ומלא (למשל: המתת הקרבן או נטילה ונשיאה של החפץ הנגבב במו ידיו של הנאשם), חלקי או עקיף. ביצוע חלקי יכול להספיק לשם ייחוס אחריות מלאה לעושה אם הוא מתמזג בביצוע משותף של העבירה עם אחרים (ביצוע בצוותא). כלשונו של סעיף 29(ב) לחוק העונשין: "המשותפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר". ביצוע עקיף, באמצעות אחר, מתקיים כשהעושה משתמש ביתרון שיש לו על אדם אחר כדי להביאו לבצע את רכיביה ההתנהגותיים של העבירה.<sup>46</sup> יתרון זה יכול ללבוש צורה של שליטה פיזית של המבצע העקיף על האחר (כגון הסטה כוחנית של ידו של האחר לשם תקיפת הקרבן באמצעותה), והוא יכול להתבטא בהבנה עודפת של הסיטואציה העבריינית (כגון הטעיית האחר לבצע

44 דברים כד 16.

45 "מבצע עבירה – לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר" ס' 29(א) לחוק העונשין. ראו מרים גור-אריה "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א 29 (1990); מרדכי קרמניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו" פלילים א 65 (1990).

46 ס' 29(ג) לחוק העונשין. ראו מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד 9, 43-46 (1994).



מעשה גנבה ללא מודעות לרכיב הנסיבתי בדבר היעדר ההסכמה של הבעלים).<sup>47</sup> היחס בין המבצע העקיף לאחר מנוסח אפוא במונחים של שימוש באחר ככלי תמים (או חסר אחריות מסיבה אחרת) לביצוע העבירה. עם זאת הספרות המשפטית מתארת מצבים חריגים שבהם המבצע הישיר-מבחינה-פיזית אחראי לביצוע העבירה עם המבצע העקיף הפועל באמצעותו. דוגמה מעין זו, המערבת גם החלפת אובייקט ועל כן תעסיק אותנו בהמשך הדיון, מתייחסת לתרחיש כגון זה שבו פ' מכוון את אקדחו לעבר א' ויורה, ובה בשנייה ע' מסיט את ידו של פ' כדי לגרום לקליע לפגוע בב'. לפי הספרות הרלוונטית, ע' – המבצע העקיף – השליט את רצונו על הביצוע באמצעים פיזיים וביצע המתה של ב' באמצעות פ', ואילו פ' – שלחץ פיזית על ההדק – אחראי גם הוא להמתת ב', מכוח הדוקטרינה של מחשבה פלילית מועברת.<sup>48</sup>

המשדל והמסייע אינם מבצעים את מעשי העבירה, ואחריותם נגזרת מאחריותו של המבצע שאותו שידלו, או שלו הגישו את הסיוע. משדל הוא מי שבדרכי שכנוע הביא את המבצע לעשיית העבירה. סעיף 30 לחוק העונשין מגדיר את דרכי השידול בהרחבה: "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה".<sup>49</sup> מסייע ייחשב מי שלפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה עשה מעשה התומך בביצוע. גם כאן פריסת החוק רחבה, וסעיף 31 לחוק העונשין מגדיר מעשה סיוע ככל מעשה<sup>50</sup> שנעשה כדי "לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה". ההבחנה בין פעולות הנעשות "כדי לאפשר את הביצוע" והן בבחינת סיוע לבין מעשים "לביצועה של העבירה" שהם בבחינת ביצוע בצוותא היא הבחנה קשה במיוחד,<sup>51</sup> אך אפשר לומר בהכללה שכל קווי הגבול שבין קטגוריות השותפות מתאפיינים באי-בהירות. למשל, תרחיש הסתת האקדח שהובא לעיל מדגים את קו הגבול שבין ביצוע באמצעות אחר מזה לבין שידול וסיוע מזה. זוהי דוגמת גבול מאחר שהיא כורכת שליטה פיזית – כמו בביצוע באמצעות אחר, באחריות מלאה של המבצע הישיר – כמו בשידול ובסיוע. בדרך

47 ראו מרים גור-אריה "ביצוע עבירה באמצעות אחר" ספר זוסמן 319 (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן, נפתלי ליפשיץ וגבריאלה שלו עורכים, התשמ"ד); שחר אלדר כלי אדם – שימוש בבני אדם לביצוע עבירות והנהגת ארגוני פשיעה 19–30 (2009).

48 ראו להלן בפרק ב.1.

49 לסקירת גבולותיו של השידול ראו בועז סנג'ור "שידול במחדל – האמנם בלתי אפשרי?" משפטים טז 482 (1987).

50 לרבות עשייה בדרך מחדל; ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל" עלי משפט ד 175 (2005).

51 מרים גור-אריה "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית 83 (אלי לדרמן עורך, 2001); אהרן אנקר "על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע" מחקרי משפט יז 339 (2002). קושי נוסף מאפיין את קו המתאר הנפשי שבין שתי הקטגוריות; ראו מרדכי קרמניצר "כוונת המסייע – כוונת המבצע?" משפטים ג 97 (1971).

כלל נוכל להסתפק בדוגמאות גרעיניות של סוגי השותפות, שאותם נחלק לקטגוריות של השתתפות עקיפה (ביצוע באמצעות אחר, שידול, ובמידת מה גם סיוע) – שתעמוד במוקד פרק ב למאמר, ולקטגוריות של ביצוע משותף (בצוותא) – שבו יתמקד פרק ג למאמר.

## ב. החלפת אובייקט והמשתתף העקיף

### 1. המשתתף העקיף הביא לשינוי האובייקט

#### (א) הסיטואציות

נתבונן תחילה בשלושת התרחישים האלה:<sup>52</sup>

תרחיש 1: פ' מנסה לירות בא' כדי להמיתו. בה בשנייה ע' מסיט את ידו של פ' כדי שהירי, תחת שיפגע בא', יפגע בב' ויהרגו.<sup>53</sup>

תרחיש 2: פ' אורב לא' כדי להמיתו; ע', המודע לתכניתו של פ' ומעוניין בפגיעה בב', שולח את ב' לאזור המארב כדי שפ' יזהה אותו בטעות כא' ויפגע בו; פ' מבחין בדמותו המתקרבת של ב' ופוגע בה לאחר שזיהה אותה בטעות כא'.

תרחיש 3: פ' מכוון את אקדחו לעבר א', אך חברו ע' משכנע אותו ברגע האחרון להמית דווקא את ב'.

האם המוטיבציה למצוא את ע' אחראי להמתה של ב' – בכל אחד מהתרחישים – יכולה לסייע ביישוב המחלוקות מתחום דוקטרינת המחשבה המועברת?

תרחישים 1 ו-2 ממחישים ביצוע באמצעות אחר ותרחיש 3 עוסק בשידול לדבר עבירה. בתרחיש 1 השתלט ע' על הסיטואציה, כלומר: נהנה מיתרון שליטה על פ', ובתרחיש 2 נהנה ע' מיתרון הבנה על פ' – אך בשניהם המבצע העקיף השפיע אך על זהות האובייקט הניזוק ולא על יצירת הנזק או על סוגו. המשפט הישראלי יתקשה להתייחס לתרחישים אלה כמשקפים ביצוע באמצעות אחר. בהקשר של רצח אדם, פ'

52 בפרק זה פ' הוא המשתתף הישיר או המבצע הפיזי של העבירה; ע' הוא המשתתף העקיף; א' הוא האובייקט המיועד של העבירה וב' הוא האובייקט שנפגע בפועל.

53 מדובר בדוגמה של עבירה שאין לה רכיב התנהגותי מוגדר במשפט הישראלי: ס' 300(א)(2) לחוק העונשין דן במי ש"גורם בכוונה תחילה למותו של אדם", ועל כן מפליל את ע' ללא היזקקות לדוקטרינה חיצונית של ביצוע באמצעות אחר. עם זאת נראה שאפשר בקלות לדמיין עבירת המתה הכוללת רכיב התנהגותי מוגדר. על כל פנים, קרמניצר סבור כי הדוגמה כמות שהיא ממחישה סיטואציה שבה הנטייה היא לייחס לע' ביצוע באמצעות פ' האחראי לעבירה של כוונה תחילה; ראו קרמניצר, לעיל ה"ש 45, בעמ' 69.

אינו בעמדת נחיתות ביחס לע' אף לא באחד מהתרחישים. העובדה שהאובייקט שנרצח אינו זה שאליו כיוון פ' בכל אחת מהדוגמאות היא חסרת נפקות, שכן עבירת הרצח מדברת על הגורם למותו של 'אדם' לא מסוים, ודוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת מונעת אינדוידואציה צרה יותר של אובייקט העבירה לקרבנות ספציפיים, ולכן פ' יורשע ברצח של ב'. אולם אף שכל מי שיחסו למשפט הפלילי אינו תועלתני גרידא<sup>54</sup> ימצא את מעשיו של ע' בשני התרחישים הראשונים פסולים וראויים להוקעה, המשפט יתקשה לתייג אותם לפי יתר דוקטרינות השותפות: הוא אינו מבצע בצוותא משום שלא פעל מתוך שיתוף, הוא אינו מסייע משום שפ' לא הסתייע בו (אלא הופרע על ידי), והוא גם אינו משדל משום שלא נקט פעולות שידול. בהיעדר דוקטרינה רלוונטית להרשעה המשפט יכול ליצור דוקטרינה חדשה, שתעקוף במקרים כאלה את דוקטרינת המחשבה הפלילית המועתקת – והוא יכול לעשות שימוש יצירתי באחת הקטגוריות הקיימות. בשתי האפשרויות נשאלת השאלה מהו היקף האחריות שנייחס למבצע העקיף – מלא או

54 כוונתי בעיקר לתועלתן-פעולות, בניגוד לתועלתן-כללים. תחשיב תועלתני של הפעולות שיוחסו בדוגמאות שבטקסט לע' מוביל לתוצאה אפס, שכן כנגד המתתו של ב' עומדת הצלתו ממוות של א'. תחשיב תועלתני של כללי פעולה, או בחינת פעולות שאינה נסמכת אך על שיקולי תועלת, צפויים להוביל להוקעתו של ע'. בהקשר זה מעניין להתייחס בקצרה לשתי סוגיות: האחת היא סוגיית הקרונית הדורסנית, שבה אדם ניצב אל מול הדילמה אם להסיט קרונית דהרה דהרה קטלנית אל עבר כמה אנשים, כשעל המסלול החלופי היחיד של הקרונית ניצב אדם אחד (לסקירה מקיפה של הסוגיה והספרות שדנה בה ראו Eric Rakowski, *Taking and Saving Lives*, 93 COLUM. L. REV. (1993) (1063). סוגיה זו נתפסת בדרך כלל כמעמדת תפיסות תועלתניות – המעדיפות מותו של יחיד על מותם של כמה – עם תפיסות דאונטולוגיות, הרואות בעצם המתתו של האחד רע מוסרי (ראו CHARLES FRIED, *RIGHT AND WRONG* 2 (1978); SAMUEL SCHEFFLER, *THE REJECTION OF CONSEQUENTIALISM* 89 (1982); FRANCES M. KAMM, *MORALITY, MORTALITY* vol. II – RIGHTS, DUTIES AND STATUS 239 (1996); יצחק קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין 191–192 (1997). לעומת סוג זה של מקרים, במקרה של ע' ניצבים על הכף זה מול זה שני יחידים, ולכן הרע הדאונטולוגי שבהסתת האקרה לעבר ב' אינו יוצר כל יתרון תועלתני. מכאן שכל גישה המשלבת שיקולים תועלתניים ודאונטולוגיים צפויה להוקיע את ע'. הסוגיה האחרת היא סוגיית המניע הכפול, העוסקת בשאלה אם להוקיע מי שפעל מתוך שני מניעים – האחד חיובי והאחר שלילי (דוגמה לפולמוס סביב שאלת המניע הכפול בבסיס הסירוב להתגייס לצה"ל). ראו אצל Avi Sagi & Ron Shapira, *Civil Disobedience and Conscientious Objection*, 36 ISR. L. REV. 181 (2002); Alon Harel, *Unconscionable Objection to Conscientious Objection: Notes on Sagi and Shapira*, 36 ISR. L. REV. 219 (2002); David Enoch, *Some Objections to Conscientious Objection and Civil Disobedience Refuted*, 36 ISR. L. REV. 227 (2002); Avi Sagi & Ron Shapira, *Rejoinder: Civil Disobedience and Conscientious Objection*, 36 ISR. L. REV. 255 (2002); כן ראו אלקנה לייסט על הרלוונטיות של המניע במשפט הפלילי המהותי 112–121 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור בפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2008). בהשלכה על המקרה של ע', המחלוקת הייתה מתעוררת אילו הסיט ע' את האקרה הן כדי להמית את ב' והן כדי להציל את א', אולם היות שהיה לע' מניע יחיד – להמית את ב' – אין מקום לדבר על מניע טוב שעשוי "לנטרל" או "לאזן" את המניע הרע, ופעולתו של ע' ראויה להוקעה.

חלקי? כפי שנראה מיד, ההתייחסות היחידה בכתיבה לאירועים מסוג זה הציעה לעשות שימוש יצירתי בדוקטרינת הביצוע באמצעות אחר. אולם שימוש בדוקטרינת הביצוע באמצעות אחר כדי להתמודד עם מקרים אלה מחייב הרחבתה של הדוקטרינה אל מעבר לגבולותיה הנוחים.

מעניין שקיימת הקבלה בין שני התחומים הנדונים בראש פרק זה: שתי הקטגוריות הראשיות של ביצוע באמצעות אחר ושתי הקטגוריות הראשיות של דוקטרינת העברת המחשבה יוצרות מתאם, כך שדוגמאות של החטאת הפעולה עוסקות ביתרון שליטה של המבצע העקיף על המבצע הפיזי, ודוגמאות של טעות בזהות עניינן ביתרון ההבנה שיש למבצע העקיף על המבצע הפיזי.

### (ב) תוכנות

התרחישים שבהם הביא המשתתף העקיף לשינוי אובייקט העבירה נושאים מטען אינפורמטיבי רב. כזכור, גנאים וקרמניצר המחישו את יתרונה המושגי של העמדה הטהרנית בדוגמה המקבילה לתרחיש 3: "אם לא [מתחשבים במחשבה מקובעת-אובייקט], קשה להבין מדוע יש בהנעתו המוצלחת של מי שגמר אומר להרוג את [א'], להרוג במקומו את [ב'] משום שידול לרצח".<sup>55</sup> אם מקרים המשלבים את החלפת אובייקט העבירה וביצוע רב-עברייני הם כלי משוכלל לחידוד האינטואיציות שלנו להמשגת המחשבה הפלילית, הרי שתרחיש 3 משתלב במגמה זו. אולם כוח ההמחשה של תרחיש זה הוא החזק פחות מבין השלושה. בניגוד למקרה של הסטת ידו של פ' על ידי ע' (תרחיש 1), או שליחת קרבן שונה על ידי ע' לזירת המארב (תרחיש 2), המתייחסים לאירוע ירי יחיד, את תרחיש השידול אפשר לפצל לשני אירועים: (1) הרג א'; (2) הרג ב'. זהו למעשה מקרה פרטי של הבאת אחר לביצוע עבירה (כהגדרת סעיף 30 לחוק העונשין) בדומה לתרחיש שבו המשתתף הישיר תכנן לגרום חבלה לאחר, והמשתתף העקיף שכנע אותו להרוג דווקא את אותו אחר. ע' שידל את פ' לזנוח את תכניתו המקורית ולאמץ במקומה תכנית אחרת, השונה ממנה – ומכאן אחריותו כמשדל להמתת ב'. גם לפי הסתייגות זו, תרחיש השידול מדגים את כוחה האינטואיטיבי של העמדה הטהרנית, שהרי לא היינו ממהרים לראות יצירת אירוע עבירה נפרד במקרה שבו המשתתף העקיף הביא לשינוי יום האירוע או דרך הביצוע (בהינתן זהות אובייקט). אכן, במקרים מעין אלה לא נראה בע' משדל כי אם מסייע שנתן עצה בדבר אופן הביצוע. מכאן שהמשפט אכן רגיש לזהות האובייקט שנפגע בפועל (לנושא זה של החלפת האובייקט לעומת שינוי מודוס הפגיעה נחזור להלן).<sup>56</sup>

55 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 97–98, וכפי שנדון לעיל בפרק א.1.

56 בפרק ב.2. גם תרחישים של ביצוע באמצעות אחר מדגישים את חשיבותו של האובייקט הספציפי באופן דומה. נדמין שע' היה מסיט את ידו של פ' או מטעה אותו (תרחישים 1 ו-2) – לא כדי שיפגע בב' במקום בא' אלא כדי שיפגע בא' באופן עקיף במקום לפגוע בו ישירות (למשל בפגיעה במכלל גז

אילוסטרציה מובהקת יותר מציגים מקרים מתחום הביצוע באמצעות אחר כגון תרחישים 1 ו-2. תרחישים אלה הובאו בספרות כדוגמה המשכנעת ביותר נגד הגישה הרווחת שלפיה ביצוע באמצעות אחר מותנה בהיות האחר פטור מאחריות פלילית.<sup>57</sup> נכתב כי בתרחישים אלה, אף שהמבצע הפיזי אחראי לעבירה באופן מלא – ואולי אף יותר מהמבצע באמצעותו, שכן פעל כמו ידיו – נכון לראות גם במשתתף העקיף מבצע של העבירה באמצעות המבצע הפיזי.<sup>58</sup> מיד נראה כיצד תרחישים אלה נכללים גם בקבוצת הדוגמאות המשכנעות ביותר ליישוב מחלוקות מתחום המחשבה הפלילית המועברת ולבחירת אופן המשגתה של המחשבה הפלילית. עצם העובדה שתרחישים 1 ו-2 הם המחשבות כמעט בודדות לביצוע באמצעות אחר, האחראי במידה שווה למבצע באמצעותו (ואולי יותר מכך), צריכה לגרום לנו לחשוך בהנחות היסוד של תרחישים אלה. אפשר להבחין שהבחירה להעתיק את המחשבה מהאובייקט המיועד לאובייקט שנפגע בפועל היא שיוצרת את הקושי שבתרחישים אלה, ומשמעות הדבר היא העדפת המשגה מקובעת-אובייקט של המחשבה הפלילית והעדפת העמדה הטורנית לסיטואציה.

ראינו שכאשר ע' מסיט את ידו הלוחצת על ההדק של פ' באופן שהקליע יפגע בב' ולא בא' המיועד (תרחיש 1), הביעה הכתיבה מוטיבציה לייחס לע' ביצוע באמצעות פ' של המתת ב', בעיקר לנוכח היעדרה של דוקטרינה אחרת המאפשרת הפללה. באיזו רמת המשגה אפשר יהיה להגשים מוטיבציה זו בדרך הטובה ביותר? נבחן את הפתרון שיינתן

שלצדו, אולי כדי לטשטש את זהותו של היורה ולהקשות על תפיסתו). במקרה זה מדובר על אותו אובייקט אך על מודוס שונה; התרחישים היו מאבדים את כוחם האינטואיטיבי, והמוטיבציה לייחס למשתתף העקיף אחריות כמבצע באמצעות אחר הייתה פוחתת במידה ניכרת. גישה המאפיינת באופן כמעט גורף את הספרות המשפטית האנגלו-אמריקנית, המגדירה את האחר 57 "Innocent Agent" : "Whoever commits a crime by an innocent agent is a principal in the first degree" (JAMES FITZJAMES STEPHEN, A DIGEST OF THE CRIMINAL LAW 15 (9th ed. 1950)); "A person who employs an *innocent* agent is liable as a principle [...]" (IAN MCLEAN & PETER MORRISH, HARRIS'S CRIMINAL LAW 73-74 (22nd ed. 1973)); "[T]he felony may have been committed by the hand of an innocent agent who, having no blamable intentions in what he did, incurred no criminal liability by doing it" (J.W. CECIL TURNER, KENNY'S OUTLINE OF CRIMINAL LAW 111 (19th ed. 1966)); "An innocent agent, WILLIAMS) is one who is clear of responsibility [...]" [i]n law he is a mere machine [...]" לעיל ה"ש 15, בעמ' 350).

58 קרמניצר הציג תרחישים מסוג 1 ו-2 במאמרו לעיל ה"ש 45, בעמ' 69. לדבריו (וראו גם המקורות שהוא מצטט שם), כאשר ע' מסיט את ידו הלוחצת על ההדק של פ' באופן שהקליע יפגע בב' במקום בא' המיועד, או כאשר ע' שולח את ב' לזירת המארב שטומן פ' לא', הן פ' והן ע' אחראים לעבירה שלמה של רצח כלפי ב'. ע' אחראי כמבצע באמצעות אחר, אף שגם פ' אחראי לרצח, בעיקר בהיעדר דרך נוחה יותר לייחס לע' את המתתו של ב'. קרמניצר, לפי גישתו המשתקפת במאמרו המשותף עם גנאים, לעיל ה"ש 2, יראה בפ' מתרחיש 1 אחראי לניסיון ההמתה של א'. כפי שנבחר בטקסט, עמדה זו רק מקלה את ייחוס ההמתה של ב' לע' כמבצע באמצעות פ'.

לתרחיש לפי המשגה כללית ולאחר מכן לפי המשגה תלוית-אובייקט. פ' התכוון להמית אדם, ומכאן שהמשגה כללית של כוונתו כוללת את המתת ב'. דוקטרינת המחשבה המועברת מאפשרת ממילא להעתיק את כוונתו מא' לב', ולכן יוצא שהוא אחראי מלא לעבירה.<sup>59</sup> במילים אחרות, לפי העמדה המבטלת ודוקטרינת העברת המחשבה, פ' אחראי באופן מלא להמתת ב', והמשפט נותר אפוא עם שתי אפשרויות לא רצויות: לפטור את ע' מאחריות להמתת ב' או להרחיב את גבולותיה של דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר באופן לא טבעי, שיאפשר ביצוע באמצעות אחר בר-אחריות מלאה לעבירה. המשגת המחשבה הפלילית כמקובעת-אובייקט עוקפת את הקושי האמור. כאשר המשתתף הישיר יורשע בעניינו של אובייקט העבירה בפועל לפי היסוד הנפשי הממשי שלו באשר לאפשרות הפגיעה בו – פזיזות או רשלנות – יישמר יתרונו של המשתתף העקיף על המשתתף הישיר.<sup>60</sup> האפשרות של ביצוע רצח באמצעות אחר רשלן או פזיז טבעית לדוקטרינה יותר מהאפשרות של ביצוע רצח באמצעות מי שאחראי אף הוא לרצח של אותו אובייקט, וסיכווייה לשמש הלכה נוהגת גבוהים בהרבה. מכאן שהעמדה הטהרנית ממשיגה ביעילות רבה יותר תרחישים דוגמת הסטת האקדח.

בהערת ביניים אבקש לחזור ולהזכיר כי הנושא אינו נתון להכרעה לוגית חד-משמעית. לכן הפתרון שמספקת ההמשגה מקובעת-האובייקט לתרחיש 1 אמנם מקנה יתרון לעמדה הטהרנית, אך זה אינו יתרון גורף. אדגים בעזרת גרסה של תרחיש 1: פ', מתוך כוונה להמית הן את א' והן את ב' ומתוך טעות בדבר חוקי הבליסטיקה, סבר שהוא מכוון את האקדח באופן שקליע בודד יפגע הן בא' והן בב' וימית את שניהם. ע', שידיעותיו בבליסטיקה טובות משל פ', יודע שהקליע צפוי לפגוע בא' בלבד, ולכן הוא מסיט את ידו היורה של פ' לעבר ב'. בגרסה זו הכוונה של פ' כוללת בפועל את שני האובייקטים, ולכן גם מצדדי העמדה הטהרנית צפויים לראות בה דוגמה לביצוע

59 בעבירות תוצאה, המצריכות צפיות של גרימת התוצאה כחלק מדרישת הסיבתיות שלהן, וכן כאשר העברת המחשבה הפלילית מותנית בצפיות הפגיעה באובייקט בפועל, הרשעתו של המשתתף הפזיז תלויה בכך שפעולתו המתערבת של המשתתף העקיף לא הפכה את התוצאה שנגרמה בפועל לבלתי צפויה. סביר בעיניי שבמופעים הטיפוסיים של תרחישים 1 ו-2 יהיה על המשתתף הישיר לצפות את הפגיעה באובייקט בפועל. בתרחיש 1 האובייקט בפועל נמצא בסמוך לאובייקט המיועד, ולכן הפגיעה האפשרית בו תהיה בדרך כלל צפויה. בתרחיש 2 המשתתף הישיר מכוון לעברו של האובייקט בפועל, והאפשרות של טעות באשר לזהותו של זה תהיה בדרך כלל בגדר הצפיות.

60 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 104 גורסים שלפי העמדה הטהרנית אחריותו של העושה במקרים של החטאת הפעולה עשויה להיות גבוהה מזו שלפי הדוקטרינה של העתקת המחשבה. למשל, במקרים של המתה, כשהעושה התכוון לפגוע באובייקט המיועד והיה פזיז באשר לאפשרות הפגיעה באובייקט בפועל, העתקת המחשבה תייחס לעושה עבירה יחידה של רצח, ואילו העמדה הטהרנית עשויה לייחס לו שתי עבירות – ניסיון רצח והמתה פזיזה. גם אם האחריות המשולבת בגין ניסיון רצח והמתה פזיזה עולה על האחריות בגין רצח, החשוב לעניין הביצוע באמצעות אחר הוא שבאשר להמתה שביצע המבצע העקיף באמצעות המבצע הישיר – כלומר המתתו של הקרבן בפועל – היה המבצע העקיף (שהתכוון) בעל יסוד נפשי עודף על זה של המבצע הישיר (הפזיז).

באמצעות אחר האחראי לאותה עבירה כמבצע העקיף. כך, גם תרחיש 1 – הממחיש טוב מהאחרים את יתרונה של העמדה הטהרנית – אינו יכול להכריע בסוגיה מבחינה לוגית אלא רק לספק תמיכה חלקית לאינטואיציה הטהרנית.

תרחיש 2 – שליחת קרבן שונה לזירת המארב – אף הוא אילוסטריטיבי, אם כי באופן שונה מקודמו. התרחישים נבדלים זה מזה בכך שבתרחיש 1 פ' פוגע בב' בשל החטאת הפעולה, ובתרחיש 2 הוא עושה זאת בשל טעות בזהות. מתרחיש 2 נלמד כי אירועים של החלפת אובייקט על ידי המשתתף העקיף מספקים נימוק טוב נגד הגישה המפצלת, כלומר נגד ההבחנה בין החטאת הפעולה לבין טעות בזהות. לא כך סבורים גנאים וקרמניצר. כך הם מתייחסים לדוגמה המקבילה לתרחיש 2:

במקרה זה ביצע [פ'] עבירת תקיפה, שכן הוא פעל במחשבה פלילית לתקוף את האדם שניצב מול עיניו, ולטעות אין נפקות משפטית. [ע'] ביצע גם הוא עבירת תקיפה באמצעות אחר. אילו היינו גורסים שיש להעביר את המחשבה הפלילית לפגוע ב[א'] אל הפגיעה ב[ב'], כאילו התכוון העושה מלכתחילה לפגוע ב-[ב'], אזי אין מקום כלל לביצוע באמצעות אחר.<sup>61</sup>

כלומר: מסקנתם היא שבמקרים המשלבים השתתפות עקיפה וטעות בזהות לא יהיה נכון להעתיק את המחשבה, שכן אז אי אפשר יהיה לייחס לעקיף ביצוע באמצעות הישיר. טענה זו היא כחרב פיפיות התקפה לשני צדי הטיעון, שהרי אין הבדל אם נעתיק את מחשבתו של פ' מא' לב' או אם נייחס לפ' מחשבה ישירה בנוגע לב', כגישתם. כך או כך, פ' אחראי כמי שפעל במחשבה לפגוע בב'. יוצא שגם לפי גישתם של גנאים וקרמניצר ביצע פ' עבירה מלאה נגד ב', ולכן – ובאותה מידה – אין מקום כלל לביצוע באמצעות אחר.<sup>62</sup> למעשה, תרחיש 2 מלמד על היפוכה של הגישה המפצלת. הוא ממחיש (כמו בתרחיש 1) שנכון לדבוק בעמדה הטהרנית גם במקרים המערבים ביצוע באמצעות אחר והחלפת האובייקט עקב טעות בזהות שגרה המשתתף העקיף, ולייחס לפ' ניסיון פגיעה בא'. בדרך זו המוטיבציה של גנאים וקרמניצר להרשיע את המטעה כמבצע באמצעות אחר תבוא על סיפוקה בצורה טובה יותר. ה"אחר" – כלומר המשתתף הישיר הטועה – לא יורשע בפגיעה מכוונת באובייקט בפועל, כפי שתורה הגישה המפצלת, כי אם בפזיזות או ברשלנות בלבד, ולכן בעניין האובייקט שנפגע בפועל יחזיק המבצע העקיף יתרון מנטלי על האחר, באופן המאפשר לדוקטרינת הביצוע באמצעות אחר להוביל להכרעה צודקת בלי לחרוג מגבולותיה הנוחים.

לסיכום: המשגה כללית של המחשבה הפלילית כמתייחסת לקטגוריות כגון "אדם" – כמו גם הפעלתה של דוקטרינת המחשבה המועברת – גורמת שבדוגמה של הטיית

61 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 87–88.

62 שם.

האקדח (תרחיש 1) אי אפשר יהיה לייחס למשתתף העקיף אחריות להמתת האובייקט שנפגע בפועל חרף היותו גורם מכריע במותו של זה. המשגת המחשבה של המשתתף הישיר כמקובעת-אובייקט ומתייחסת לאובייקט המיועד בלבד, כבגישה הטהרנית, תאפשר לייחס למשתתף העקיף ביצוע באמצעות המשתתף הישיר של המתת האובייקט בפועל – ומכאן עדיפותה הבולטת במקרים שבהם המבצע העקיף גרם למבצע הישיר להחטאת הפעולה. בה בעת תרחיש 2 ממחיש את עדיפותה של המשגה מקובעת-אובייקט גם במקרים שבהם המשתתף העקיף גרם למבצע הישיר לטעות בזהותו של אובייקט העבירה. ראינו שהאילוסטרציה תקפה באותה מידה בין כשהסיט ע' את ידו של פ' מא' לעבר ב' ובין כשגרם לפ' לחשוב שב' הוא למעשה א'. התוצאה המשולבת של הדיון בתרחישים שבהם המשתתף העקיף הביא לשינוי אובייקט העבירה היא תמיכה בעמדה שהיא גם טהרנית וגם עקיבה.

מיד נראה שתובנות דומות נובעות גם מסוגים אחרים של שילוב בין החלפת האובייקט לבין שותפות לדבר עבירה.

## 2. המשתתף הישיר הביא לשינוי האובייקט

### (א) הסיטואציות

נתבונן עתה בשלושה תרחישים נוספים, ונבדוק בכל אחד מהם אם נכון לייחס למשתתף העקיף אחריות בגין הפגיעה באובייקט בפועל.

תרחיש 4: ע' שולח את פ' להמית את א' או מספק לו אמצעים לשם כך;  
פ' מחטיא את א' ופוגע בב'.

תרחיש 5: ע' שולח את פ' להמית את א' או מספק לו אמצעים לשם כך;  
פ' טועה בזהותו של א' וממית תחתיו את ב'.

תרחיש 6: ע' שולח את פ' להמית את א' או מספק לו אמצעים לשם כך;  
פ' בוחר מסיבותיו שלו להמית דווקא את ב'.

תרחישים של שינוי התכנית המקורית על ידי המשתתף הישיר כורכים שאלות של קשר סיבתי בשאלות של יסוד נפשי ומוסיפים לשקלול ארבעה משתנים: (1) אם הסטייה היא תאונתית, מוטעית או מכוונת; (2) מידת הסטייה של המבצע מהתכנית המקורית; (3) האופי והתוכן של הסטייה;<sup>63</sup> (4) עיתוי הסטייה. החלפת האובייקט תיתפס בדרך כלל

63 משתנים (1)–(3) מוזכרים אצל SMITH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 198. משתנה נפרד הוא היסוד הנפשי של המבצע העקיף: האם נסתפק בסיבתיות עובדתית בין השתתפותו העקיפה לבין הפגיעה באובייקט השונה? או שמא נדרוש יסוד נפשי של רשלנות או אף של פזיזות לצורך הרשעה בגין הפגיעה באובייקט השונה? לנהם זיהה בשעתו ארבע גישות לאחריותו של משתתף עקיף לשינוי היעד על ידי המשתתף הישיר: (1) גישת הסיבתיות; (2) גישת הרשלנות; (3) גישת הפזיזות; (4) גישת ההסמכה



כסטייה בעלת אופי מטריאלי. לשם השוואה, החלפת מודוס הביצוע נחשבת לזניחה אף שאפשר להעלות על הדעת דוגמאות שבהן המודוס מהותי למשתתף העקיף, למשל במקרה שבו הנאשם ביטח את אשתו למקרה של מוות מתאונת דרכים, והרוצח ששכר כדי שידרוס אותה דווקא ירה בה למוות.<sup>64</sup> בדומה לכך, כאשר פוליסת הביטוח מוגבלת בזמן או במקום, גורמים אלה עשויים להיהפך מהותיים לביצוע.

אף אם המודוס של ביצוע העבירה בדרך כלל אינו נחשב למהותי, ואובייקט העבירה דווקא כן נחשב לכזה, אין להסיק מכך שהאובייקט הוא הגורם המהותי היחיד בעבירה. בדרך כלל גבולות העבירה הספציפית חשובים גם הם, ואם המשתתף הישיר מבצע עבירה שונה מהמתוכנן כלפי האובייקט המתוכנן, הסטייה תיחשב למהותית. כך, אם ע' נתן לפ' מפתח גנבים בציפייה שפ' יתגנב באמצעותו למוזאון ישראל לאחר שעת הסגירה ויגנוב מהאגף לאמנות מודרנית את "מתווה לדיוקן לרסיין" של פרנסיס בייקון, ואילו פ' הגיע למוזאון בשעות הפתיחה והשתמש במפתח שקיבל מע' כדי לפגוע בתמונה זו

המפורשת. ראו David Lanham, *Accomplices and Transferred Malice*, 96 L.Q.R. 110, 110 (1980). שימו לב שהגישה הרביעית היא היחידה הייחודית לשותפות. יתר הגישות רלוונטיות גם לאחריותו של העושה הבודד שפעולתו אינה פוגעת באובייקט המיועד. גישה זו, עם הגישה השלישית, למעשה שוללת את העברת המחשבה: שתייהן מצריכות יסוד נפשי סובייקטיבי בנוגע לפגיעה באובייקט בפועל ולכן הן שקולות או קרובות לעמדה הטורנית. הגישה הראשונה והשנייה נכללות בעמדה המבטלת או בעמדה התומכת בהעברת המחשבה הפלילית במקרים של החלפת האובייקט. הגישה הראשונה מאפשרת את העברת המחשבה ללא מגבלה, והגישה השנייה מחפשת להגביל את הדוקטרינה כדי ליצור איזון בינה לבין דרישת ההלימה בין המחשבה הפלילית ליסוד העובדתי (ראו Mitchell, לעיל ה"ש 18). הגישה השנייה מקובלת יותר בכתיבה, ומאז מאמרו של לנהם אף נוצרו גישות משנה המתבססות על אבני בוחן אחרות להגבלת תחולתה של הדוקטרינה, למשל: ריחוק בין הכוונה לבין התוצאה ("Remoteness", כגישת Horder, לעיל ה"ש 26, בעמ' 386) או מידיות ופיזיות של התוצאה בפועל ("immediate and physical effect", כגישת וויליאמס: GLANVILLE WILLIAMS, *TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW* 181 (2nd ed. 1983)). להלן אתייחס לגישת הרשלנות – או הצפיות האובייקטיבית – בלבד. לא אוכל להיכנס לכלל הסיבות לבחירה ברשלנות דווקא, ואעשה כן בטקסט באופן חלקי בלבד. לשיקולים נוספים לבחירה בגישת הרשלנות ראו Eldar, לעיל ה"ש 1, בעמ' 649–657. לנהם תומך דווקא בגישת הסיבתיות. לגישתו, אחריותו של המשתתף העקיף צריכה להסתמך על השאלה אם הפגיעה באובייקט בפועל הייתה תוצאה ישירה של ניסיון המשתתף הישיר להשלים את העבירה כלפי האובייקט המיועד. לפיכך הוא מבקר את ההחלטה ב-Saunders and Archer, באמרו כי מותה של הבת היה תוצאה ישירה של ניסיונו של סונדרס להרעיל את אשתו (Lanham, שם, בעמ' 114). האומנם? אפשר להתווכח עם קביעתו שמדובר בתוצאה ישירה: במחדלו של סונדרס אפשר לראות ביצוע באמצעות אשתו (התמימה) של רצח הבת, כלומר: עבירה חדשה ושונה מזו שארצ'ר סייע לה.

אפשר לומר שהתוצאה השתנתה כאן, שכן הדרך המיועדת הובילה לזכייה בכספי הביטוח, ואילו הדרך שנקטה בפועל לא הובילה לכך. ברם לעניין העבירה הנדונה – המתה – מדובר באותה תוצאה, היינו: מות האשה.

עצמה, ע' אינו אחראי כמסייע לפעולה זו אף שהעבירה בוצעה כלפי האובייקט המתוכנן.<sup>65</sup>

מודוס שונה ואובייקט שונה הם שניהם סטיות מהיעד המקורי שאינן חורגות מגבולות העבירה. אם כך, מדוע החלפת המודוס אינה נחשבת מהותית לאחירותו של העושה ואילו החלפת האובייקט כן נחשבת מהותית למטרה זו? אנדרו אשוורת' רואה בכך עניין פרגמטי: אף שמודוס שונה ואובייקט שונה הם סטייה דומה – מבחינת האופי והתוכן – מיעד העבירה המקורי, הרי זה טבעי פחות – ולכן נראה נחוץ פחות – לדבר על ניסיון לפגוע באובייקט מסוים כשפעולתו של העושה פגעה באובייקט זה, גם אם בשונה מהמתוכנן.<sup>66</sup> במובן מסוים הסבר זה אינו עונה על השאלה אלא רק מציג אותה בצורה אחרת; עדיין עלינו לתהות מהי התכונה של האובייקט השונה שיוצרת את ההבדל. ככל שמדובר באובייקטים אנושיים, אולי זה הייחוד של כל בן אנוש, לפי האתוס של "לכל איש יש שם" שהמשפט עשוי לראות עצמו מחויב לו, אבל המשפט אינו מבדיל בהקשר זה בין אנשים לחפצים, והוא מקנה חשיבות מהותית בעבירה גם לאובייקטים דוממים. אם כן, אפשר לחדד ולשאול מה ההבדל בין חפץ שונה לדרך פעולה שונה, ומדוע החלפת הראשון היא מהותית והחלפת השנייה אינה כזו. ייתכן שהסיבה לכך נעוצה לא ביחס שלנו לשתי הסטיות האמורות אלא במידת שכיחותן. מאחר שבדרך כלל זהות האובייקט חשובה לעושה, המשפט מייחד דיון לסוגיית המחשבה המועברת בין אובייקטים; מאחר שבדרך כלל המודוס של גרימת הפגיעה אינו חשוב, המשפט נמנע מהפניית תשומת לב דומה לשינוי המודוס במסגרת גבולות העבירה. כך, אם ע' הנחה את פ' להמית את הקרבן בחניקה, אין זה משנה אם פ' בחר להמית את הקרבן בהרעלתו דווקא. אולם מאחר שלעתים הדרך כן חשובה – כפי שמדגימים תרחישי ההמתה המבוטחת – אזי אופייה ותוכנה של הסטייה אינם אמורים לשמש גורם מכריע בשאלת אחירותו של המשתתף העקיף. אופן ההתייחסות לאחירותו של העושה צריך להיות אחיד לאובייקט אחר ומודוס אחר.<sup>67</sup> אם כן, השאלה שעלינו לשאול אינה מהו אופי הסטייה אלא אם היה העושה צריך לצפות את הסטייה. אופי הסטייה, כמו גם היקפה, עשויים להוות אינדיקציות לקיומה או להיעדרה של צפיות, אך אין בכוחם להכריע בשאלה זו.<sup>68</sup>

65 אף לא כעבירה נגזרת לפי ס' 34 לחוק העונשין. אחירותם של המשדל והמסייע לפי סעיף זה מותנית ברשלנותם בנוגע לעבירה הנגזרת ובקיומה של עבירת רשלנות בעלת יסוד עובדתי וזה לזה שבעבירה הנגזרת. אף אם ע' היה רשלן בנוגע לעבירה הנגזרת, אין למצוא בחוק עבירת רשלנות שתחול עליו.

66 ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 198 (5th ed. 2006) (להלן: ASHWORTH – PRINCIPLES).

67 מעניין להיווכח שמודל הקוד הפלילי האמריקני כורך יחד החלפת אובייקט והחלפת מודוס ומתייחס אליהם באופן זהה. ראו MODEL PENAL CODE §2.03(2) (1962).

68 כאשר העבירה מותנית בתוצאה, דרישה של צפיות אובייקטיבית באשר לאובייקט בפועל ממילא תחול עליה כחלק מדרישות הסיבתיות. ברם תיתכנה סיטואציות תאונתיות גם בעבירות המותנות

בהקשר של צורות ההשתתפות העקיפה, החלפת האובייקט על ידי המשתתף הישיר – בדומה להחלפת המודוס – אינה פוגמת רק במידת הצפיות אלא גם בדרישות ספציפיות של דוקטרינת השותפות. למשל, שינוי היעד פוגם במידת השליטה של המבצע באמצעות אחר במעשיו של האחר ובסיטואציה העבריינית. המבצע העקיף אמנם יצר את התנאים לפגיעה באובייקט שנפגע בפועל בשלחו את האחר לפגוע באובייקט המיועד, אולם העובדה שאובייקט שונה הוא שנפגע מעידה על גריעה ממידת השליטה שהייתה למשתתף העקיף על השתלשלות האירועים. אשר לשידול, הפגיעה באובייקט אחר מזה המיועד פוגמת במידת המסוימות של השידול: הפער שנוצר בין תוכן השידול לבין הפעולה גורע משלמות השידול.

פסק הדין בעניין *Saunders and Archer*<sup>69</sup> עוסק במקרה שבו המשתתף הישיר הביא לשינוי אובייקט העבירה. השאלה המעניינת היא באיזה מן התרחישים (4–6) הוא נופל. הגישה הרווחת בדיון על פסק הדין והסוגיה שהוא מעלה תולה את אחריותו של המשתתף העקיף להחלפת האובייקט בשאלה אם המשתתף הישיר החליף את האובייקט במכוון אם לאו. המשתתף העקיף אינו אחראי אם המשתתף הישיר סטה במכוון מהתכנית, למשל: אם קיבל סכין כדי להמית את א' והחליט במכוון להמית באמצעותו את ב'. סטייה תאונתית או מוטעית של המשתתף הישיר תחייב את המשתתף העקיף.<sup>70</sup> גישה זו מובילה את תרחישים 4 ו-5 לכיוון האחריות ואת תרחיש 6 לכיוון הפטור. דייוויד אורמרו, האוחז בגישה זו, מסווג את המקרה של *Saunders and Archer* כתרחיש מסוג 6. את ההחלטה של בית המשפט לזכות את המשתתף העקיף ארצ'ר הוא מייחס לכך שבחירתו של סונדרס להחריש לנוכח העברת התפוח המורעל מהאישה לבת יוצרת מעשה חדש ועצמאי, המנותק ממעשי הסיוע של ארצ'ר. אורמרו מעיר שאלמלא נכח סונדרס במעמד שבו העבירה האישה את התפוח לבת, היה זה מקרה של החטאת הפעולה (תרחיש 4) וארצ'ר היה נושא באחריות.<sup>71</sup> הערה זו היא יישום שגוי של הכלל, שהרי לפיו לא נוכחותו של המשתתף הישיר במעמד החלפת האובייקט היא החשובה אלא השאלה אם החלפת האובייקט הייתה מכוונת או לא. אילו לא נכח סונדרס במקום אך סידר את הדברים כך שהאישה תעביר את התפוח לבת, לא היה משתנה ניתוח אחריותו של ארצ'ר. ואילו ניסה סונדרס למנוע מבתו לאכול מהתפוח אך לא היה מספיק למנוע את מותה, אזי חרף נוכחותו היה מדובר בהחטאת הפעולה המחייבת הן את סונדרס הן את ארצ'ר. השילוב של נוכחות סונדרס והימנעותו מהתערבות להצלת חיי בתו הופך את הרעלאתה

בהתנהגות בלבד, ועל כן אינן מצריכות הוכחת קשר סיבתי. עקיבות הטיפול בסוגיית הסטייה התאונתית מצריכה שגם בעניין עבירות אלה תידרש צפיות אובייקטיבית בנוגע לאובייקט בפועל.

69 ראו לעיל ה"ש 3.

70 ההתמקדות בסטייה מכוונת עומדת למשל בבסיס הניתוח של CARD, לעיל ה"ש 21, בעמ' 782, ושל DAVID ORMEROD, SMITH & HOGAN'S CRIMINAL LAW 211–213 (13th ed. 2011); ראו גם את

המקורות המובאים שם.

71 שם, בעמ' 213.

למעשה מכוון חדש ונבדל, בדומה למקרה שבו היה סונדרס משתמש ברעל שסיפק לו ארצ'ר בזמן אחר ובמקום אחר ונגד אדם אחר.<sup>72</sup> כנגד הגישה הרווחת וכנגד העמדה של בית המשפט שדן במקרה מייקל בוהלנדר מסווג את המקרה של *Saunders and Archer* כדוגמה של החטאת הפעולה (תרחיש 4). לגישתו, סונדרס לא פעל להחלפת האובייקט כי אם חדל – ואין בכוחו של מחדל לנתק שרשרת סיבתית.<sup>73</sup> בניגוד לאורמרווד, שטועה בייחוס של משמעות-יתר לנוכחותו של סונדרס במקום, בוהלנדר טועה בכך שאינו מקנה כל חשיבות לשאלת נוכחותו של סונדרס. ייתכן שמבחינה סיבתית-עובדתית אין משמעות לנוכחותו של סונדרס במעמד של מעבר התפוח מהאישה לבת, אולם נוכחותו של סונדרס עשויה להפכו מחוליה פסיבית בשרשרת הסיבתית למבצע באמצעות אשתו התמימה. אפשר לזהות כאן שרשרת ארוכה יותר מביצוע ישיר ועקיף: 'ע' נותן את התפוח לפ', שמבצע באמצעות צ' עבירה נגד קרבן חדש. אם הייתה האישה אומרת לסונדרס להעביר את התפוח לבת, והוא היה עושה כן, היינו רואים בכך אירוע חדש, ישיר ומכוון של המתת הבת על ידי סונדרס. בדומה לכך, כשהתפוח שנתן סונדרס לאשתו עבר ללא הבנת האישה אל הבת, וסונדרס לא מנע זאת, אפשר לראות בו מבצע המתה מכוונת של הבת באמצעות האם התמימה. מתוך ראייה זו אפשר לדמות את המקרה של *Saunders and Archer* גם לאירוע שבו ע' נתן לפ' רעל כדי שזה ימית את אשתו, ופ' החליט להרעיל אדם אחר לגמרי (תרחיש 6). אם כן, חוזרת השאלה אם החלטת המשתתף הישיר להחליף את אובייקט העבירה צריכה לשמש אבן בוחן בלעדית לאחרייתו של המשתתף העקיף. לדעתי, התשובה לזה לזו שנתנו קודם לכן לשאלת אופייה ותוכנה של הסטייה: היותה של הסטייה תאונתית או מוטעית מזה או מכוונת מזה יכולה להיות אינדיקציה לבירור מידת צפיותה, אך אין למצוא בה אבן בוחן עצמאית ומכריעה. כאשר הסטייה המכוונת היא בגדר הצפיות האובייקטיבית, אין היא שונה מסטייה בדרך של תאונה או טעות. מוקד הבחינה לא צריך אפוא להיות היסוד הנפשי של המשתתף הישיר כי אם הצפיות האובייקטיבית מנקודת מבטו של השותף.<sup>74</sup> בדרך כלל סטייה מכוונת של המשתתף הישיר מהתכנית המקורית

72 לניתוח דומה ראו TURNER, לעיל ה"ש 57, בעמ' 112.

73 Michael Bohlander, *Problems of Transferred Malice in Multiple-actor Scenarios*, 74 J.C.L. 145, 150 (2010). (להלן: *Bohlander, Problems of Transferred Malice*).

74 ש"ז פלר "מהות הגורם המתערב הזר והשלכתה על הקשר הסיבתי" משפטים ו 30 (1975). יש להיזהר ולא לערב ולבלבל בין מוקדי הבחינה, כפי שעשה פוסטר במקרים הנופלים תחת הכותרת של פרק זה (החלפת אובייקט העבירה על ידי המשתתף הישיר): "I believe the following criteria will let the most inquisitive reader into the grounds upon which the several cases falling under this head will be found in turn. Did the principal commit the felony he standeth charged with under the influence of the flagitious advice; and was the event, in the ordinary course of things, a probable consequence of that felony? Or did he, following the suggestions of his own wicked heart willfully and knowingly commit a felony of another kind or upon a different subject?" (MICHAEL FOSTER, CROWN LAW 372 (3rd ed. 1792)).

אינה צפויה – אך לא תמיד זה המקרה. מנגד, סטייה תאונתית או מוטעית לא לעולם תהיה צפויה. נוכחותו של סונדרס במעמד העברת התפוח מהאישה לבת מלמדת על היסוד הנפשי שלו כמבצע, אך היא אינה מעידה בהכרח על היסוד הנפשי של ארצ'ר המסייע. במילים אחרות: קיומו של סונדרס כגורם זר מתערב בשרשרת הסיבתית שבין ארצ'ר לבין התוצאה הקטלנית הוא רק אינדיקציה חלקית לשאלת הצפיות האובייקטיבית מנקודת מבטו של ארצ'ר.

הרברט הארט וטוני הונורה תומכים אף הם בגישה הרווחת, הנסמכת על ההבחנה בין החלפת אובייקט תאונתית או מוטעית מזה לבין החלפת אובייקט מכוונת מזה. לגישתם, רק החלטה עצמאית של המשתתף הישיר להחליף את אובייקט העבירה תסיר אחריות מהמשתתף העקיף.<sup>75</sup> אשר לדינו של ארצ'ר, הם מציעים לראות בהחלטתו של סונדרס לא לגלות לאשתו שהתפוח מורעל משום החלטה חדשה ועצמאית, המבטלת את אחריותו של ארצ'ר כמשתתף עקיף. הם מעלים גם אפשרות נוספת, שלפיה החלטתו של סונדרס לא הייתה עצמאית, חופשית או רצונית: הגילוי שהתפוח מורעל הייתה מהווה למעשה הודאה בניסיון רצח וחושפת את סונדרס לענישה חמורה – ולפיכך נכון היה למצוא את ארצ'ר אחראי.<sup>76</sup> ניתוח זה – במקום להמחיש את יתרונה של הגישה הרווחת – ממחיש עד כמה חשוב להתמקד דווקא במידת הצפיות האובייקטיבית המיוחסת למשתתף העקיף ולא ביסוד הנפשי של המשתתף הישיר. נראה בבירור שהשאלה אם סונדרס חשש מאשתו (או מהמשטרה) יותר משאהב את בתו או להפך אינה צריכה להכריע במישרין בבדיקת אחריותו של ארצ'ר.<sup>77</sup>

סיבוך נוסף המאפיין את התרחישים הנופלים בראש פרק זה נוגע לעיתוי הסטייה על ידי המשתתף הישיר. ע' משדל את פ' להמית את א'. אם פ' מחליט להמית את ב', מדובר

75 H.L.A HART & TONY HONORE, CAUSATION IN THE LAW 383–384 (2nd ed. 1985). הם אמנם מפנים לעמוד 203 בספרם, באופן העשוי ללמד שהם בכל זאת נסמכים על צפיות אובייקטיבית אצל המשתתף העקיף באשר לחריגה של המשתתף הישיר, שכן בעמוד זה הם מדברים על כך ש-“a” “voluntary act which is not reasonably foreseeable [...] negatives responsibility”. אולם פרט להפניה זו הדיון מתמקד אך במידת העצמאות של החלטת המשתתף הישיר. עניין זה מרכזי בחשיבה של הארט והונורה כפי שהיא באה לידי ביטוי בספרם. לגישתם, אי אפשר לבצע עבירה באמצעות אחר אחראי מכיוון שבמקום שבו מתחילה אחריותו של המבצע הפיזי מסתיימת השרשרת הסיבתית שתחילתה במעשיו של המבצע העקיף, ומתחילה שרשרת סיבתית חדשה. פיינברג מתנגד לעמדה זו: לדידו אפשר לדבר על גרימה של פעולות אנושיות מודעות ואפילו מכוונות; ראו JOEL FEINBERG, *Causing Voluntary Actions*, in DOING AND DESERVING 152 (1970) חורג ממטרת החיבור ועל כן אסתפק בהפניה נוספת – לדעותיהם המנוגדות של קדיש וגור-אריה: Sanford Kadish, *A Theory of Complicity*; Miriam Gur-Arye, *Comment*, both in ISSUES IN CONTEMPORARY LEGAL PHILOSOPHY 287, 295–296, 304 (Ruth Gavison ed., 1987).

76 רעיון זה מובא גם אצל WILLIAMS, לעיל ה"ש 15, בעמ' 403.

77 לכל היותר מדובר בפטור אישי מאחריות, שאינו מצדיק את מעשיו של המבצע הישיר ולכן אינו חל על המשתתף העקיף. ראו ס' 34 לחוק העונשין ("נתון אישי שנפקתו מכוח חיקוק להחמיר בעונש, להקל בו, לשנותו בדרך אחרת או למנעו, תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים").

בהחלפת אובייקט מכוונת מצד פ' (תרחיש 6), שככל הנראה אינה צריכה להיות צפויה על ידי ע', והוא ייחשב אפוא אחראי לניסיון שידול בלבד. האם תשתנה תמונת המצב המשפטית אם נניח שפ' החליט להחליף את האובייקט לאחר שהגיע לקרבתו של א', למשל כשהגיע לזירת העבירה, ראה את ב' ליד א' והחליט שעדיף להמית אותו? ייתכן שבשלב זה כבר עבר פ' את שלב הניסיון לרצח א', ואם כך הרי שגם לפי העמדה הטהרנית ע' אינו אחראי עוד לניסיון שידול אלא לשידול הנגזר מאחריותו של פ' לניסיון המתווה של א'.<sup>78</sup> דוגמה זו מעלה אל פני השטח שאלה בסיסית אף יותר בדבר האופן שבו נבחנת אחריותו של המשתתף העקיף לתרחישים של החלפת האובייקט על ידי המשתתף הישיר. אחריותם של המשדל והמסייע נבחנת בישראל (כבמקומות אחרים, לרבות אנגליה) באופן דריווטיבי, היינו כנגזרות של אחריותו לעבירה של המשתתף הישיר. סוגיית העברת המחשבה הפלילית מציבה אתגר בפני שיטת הנגזרות: האם הרציונלים החלים על תרחישים של החטאת הפעולה וטעות בזהות תקפים גם כשמדובר במחשבה מסדר שני – דריווטיבית – של המשדל והמסייע? האם אפשר לגזור מהעברת המחשבה של המבצע הישיר מאובייקט לאובייקט גם העברה אצל המשתתף העקיף? במילים אחרות: בכל הנוגע לתרחישים של שידול וסיוע הנכללים בפרק זה, על המשפט להכריע אם לגזור גם בהם את אחריותו של המשתתף העקיף מאחריותו של המבצע הישיר, או שמא למקד את הבחינה באופן בלתי אמצעי במחשבתו של המבצע העקיף. לשם המחשה נניח שע' סיפק אקדח לפ' כדי שימית את א', ופ' החטיא את א' ופגע בב', ולחלופין טעה לחשוב שב' הוא א'. באופן דריווטיבי, החלופה הראשונה היא החטאת הפעולה מצדו של פ' ולכן גם מצדו של ע', והחלופה השנייה היא טעות בזהות מצדו של פ' ולכן גם מצדו של ע'. לעומת זאת התבוננות ישירה בכוונתו של ע' תזהה את שתי החלופות כאירועים של החטאת הפעולה מצדו, שכן מנקודת מבטו כמשתתף עקיף פעולתו העקיפה נגד האובייקט המיועד החטיאה את מטרתה ופגעה באובייקט אחר, וזאת בין שהמשתתף הישיר החליף את האובייקט בדרך של תאונה (החטאת הפעולה) ובין שעשה זאת בדרך של טעות בזהות. כל אחת משתי החלופות יוצרת החטאה של הפעולה העקיפה שביצע ע'.<sup>79</sup> שונים הם פני הדברים בתרחישים שבהם המשתתף

78 אם נכניס לתמונה גם את ס' 34 לחוק העונשין, השלב שאליו הגיע המבצע הפיזי בדרך לאובייקט המיועד ישפיע על התשובה לשאלה אם הפגיעה באובייקט בפועל היא עבירה שונה (שינוי היעד בשלב מוקדם, פגיעה בב' במקום פגיעה בא') או נוספת (שינוי היעד בשלב מאוחר, פגיעה בב' בנוסף על הניסיון לפגוע בא').

79 Bohlander, *Problems of Transferred Malice*, לעיל ה"ש 73, בעמ' 148. בוהלנדר העיר בצדק שמבחינתו של המשתתף העקיף, החלפת אובייקט מכוונת על ידי המשתתף הישיר היא החטאה משמעותית יותר מהחלפת אובייקט בדרך של החטאת הפעולה של המשתתף הישיר, שכן החלפה מכוונת מהווה סטייה גדולה יותר מהתכנית המקורית מאשר החטאה. בוהלנדר טועה כשהוא מבקש לראות בהחטאה מסוג זה מקרה מובהק להעתקת המחשבה. מאחר שבדרך כלל החלפת אובייקט מכוונת על ידי המשתתף הישיר צפויה פחות על ידי המשתתף העקיף, ובהתחשב בכך שהעברת

העקיף מסווג כמבצע באמצעות המשתתף הישיר – כגון בעניין פלוני,<sup>80</sup> שם שלח המערער את בנו הקטין להרעיל את אחיותיו וזה הרעיל את אמו – שכן על ביצוע באמצעות אחר לא חלה שיטת הנגזרות והוא נבחן באופן ישיר בלבד. פלוני נתפס כמי שהחטיא את פעולתו בין משום שבנו החליף את אובייקט ההרעלה בגלל טעות בזהות ובין משום שעשה כן מתוך החטאת הפעולה.

### (ב) תוכנות

נראה שמהו באינטואיציה התומכת בהעברת המחשבה הפלילית ובהמשגה כללית של היסוד הנפשי מתפורר כשניגשים לתרחישים של השתתפות עקיפה, שבהם החליף המשתתף הישיר את אובייקט העבירה. כראיה לכך ההזדמנות היחידה שבה הקנה המשפט האנגלי רלוונטיות כלשהי לזהותו הספציפית של אובייקט העבירה נוגעת לתרחישים מסוג זה. השותפות העקיפה נבחנת באופן ממוקד, ואם המבצע הישיר החליט לשנות יעד (כשהמשתתף העקיף כיוון ליעד ספציפי), לא נחיל על המשתתף העקיף את דוקטרינת המחשבה המועברת אף שמבחינתו מדובר בתאונה. ההתחשבות בזהות הקרבן הקונקרטי במקרים של השתתפות עקיפה סותרת את ההתעלמות הכללית של המשפט האנגלי מזהותו הקונקרטית של הקרבן בכל הקשר אחר.<sup>81</sup> החריגה שבתרחישים אלה מהעמדה הגנרית של המשפט האנגלי אמורה לגרום לנו לתהות שמא ההמשגה הכללית והדוקטרינה של העברת המחשבה הפלילית אינן מדויקות דיין, ולפקפק במידת התאמתן למשפט הפלילי בכלל.<sup>82</sup>

אכן, אם ההלכה היא שזהותו הקונקרטית של האובייקט הנפגע אינה משנה כל עוד הייתה לעושה מחשבה לפגוע באובייקט מאותו סוג, מדוע במקרה של *Saunders and Archer* נהפכה זהותו של האובייקט לחשובה ואף מכריעה בשאלת אחריותו של המשתתף העקיף? מבחינתו של ארצ'ר – המשתתף העקיף – הייתה זו מקריות בלבד שהובילה לפגיעה באובייקט אחר מהמיועד. התחושה המשתקפת במשפט האנגלי, שלפיה זהותו של האובייקט חשובה מבחינת המשתתף העקיף, גורעת מהרעיון של העברת המחשבה באופן כללי, כלומר גם כשמדובר במבצע יחיד. רעיון זה יתבהר בהמשך, אגב התבוננות על התרחישים הקונקרטיים שבראש פרק זה. התבוננות זו תערב פרמטרים של מחשבה פלילית (טהרנות מול מחשבה פלילית מועברת ועמדת הביטול); צפיות אובייקטיבית (נוכחותה אצל המשתתף העקיף והיעדרה אצל המשתתף הישיר

המחשבה מוצדקת יותר ככל שמתקיימת זיקה חזקה יותר בין העושה לבין האובייקט בפועל, הרציונל להעברת המחשבה במקרים אלה פוחת.

80 עניין פלוני, לעיל ה"ש 5.

81 זו המסקנה האמפירית שאליה הגיע אשוורת' לאחר שסקר את הפסיקה מאז *Saunders and Archer* ועד ימינו אלה. ראו ASHWORTH – PRINCIPLES, לעיל ה"ש 66, בעמ' 429–430.

82 זה אכן האפקט שהיה לחריגה זו על אשוורת', שם, בעמ' 199.



ולהפך); הגדרת תפקידו של המשתתף העקיף (מבצע באמצעות אחר לעומת משדל או מסייע); ואופן הסטייה (תאונתית, מוטעית או מכוונת).

הבעייתיות שבהעברת המחשבה הפלילית מתחדרת למשל בסיטואציות שבהן למשתתף הישיר יש צפיות אובייקטיבית באשר לאפשרות הפגיעה באובייקט בפועל אך המשתתף העקיף חסר אותה – או להפך. ניזכר שצפיות אובייקטיבית (רשלנות) באשר לאפשרות הפגיעה באובייקט בפועל היא תנאי להעברת המחשבה הפלילית (והיא אחת מדרישות הסיבתיות).<sup>83</sup> נניח שהמשתתף הישיר נשלח על ידי המשתתף העקיף לפגוע בא', או הסתייע בו לשם כך, ופגע דווקא בב', ונוסיף שתי הנחות חלופיות: (1) למשתתף הישיר הייתה צפיות אובייקטיבית באשר לאפשרות הפגיעה בב', ולמשתתף העקיף לא הייתה צפיות כזו; (2) למשתתף העקיף הייתה צפיות אובייקטיבית באשר לאפשרות הפגיעה בב', ולמשתתף הישיר לא הייתה צפיות כאמור.

החלופה הראשונה היא תרחיש לא שכיח, שכן ברגיל על המשתתף העקיף לדמיין מגוון רחב יותר של אפשרויות עתידיות לעומת המשתתף הישיר, שמבחינתו החלופות המציאותיות (העולמות האפשריים) מצטמצמות לנסיבות האופפות אותו. עם זאת חשבו למשל על מקרה מסוג תרחיש 4, שבו המשתתף העקיף שלח את המשתתף הישיר להמית שומר בחנות בשעה שהחנות סגורה וריקה. המשתתף הישיר רואה אדם חסר בית מתחבא בחנות לאחר שעות הסגירה, והוא יורה בשומר – אך פוגע בחסר הבית. ייתכן שקל יותר להדגים מקרים של טעות (תרחיש 5): 'ע' שולח את 'פ' להצית את ביתו של 'א' בעודו משוכנע ש'פ' יודע היטב את הכתובת. 'פ' מצית בטעות לא סבירה את ביתו של 'ב'. בתרחישים אלה אם יוגדר המשתתף העקיף מבצע באמצעות המשתתף הישיר (מגודל או מסייע), הוא לא יהיה אחראי לפגיעה באובייקט בפועל, שכן המשתתף הישיר הוא כלי בידו, וצפייתו של הכלי באשר לאחד מרכיבי העבירה (במקרה זה: הסכנה לאובייקט בפועל) אינה מושלכת על המבצע באמצעותו.<sup>84</sup> תוצאה זו אינה מתקיימת בהרמוניה עם דינם של המשדל והמסייע בתרחיש דומה. כפי שראינו, אחריותם של המשדל והמסייע נגזרת מאחריותו של המשתתף הישיר. לפחות כל עוד לא החליף המשתתף הישיר את יעד העבירה במכוון, העתקת המחשבה אצל המשתתף הישיר תחול גם על הנגזרות, ומכאן שהמשדל והמסייע יימצאו אחראים לפגיעה באובייקט בפועל.<sup>85</sup> לפיכך המבצע באמצעות אחר – שכמבצע אחריותו אינה צריכה ליפול מזו של המשדל והמסייע – אחראי רק בגין הניסיון לפגוע באובייקט המיועד, ואילו למשדל ולמסייע

83 ראו לעיל ה"ש 63.

84 בדומה לשימוש בנשק עם מכ"מ. אם הנשק מזהה עצמים נוספים בטווח בלי שהמשתמש מבחין בכך, חוסר מודעותו של המשתמש לא יושפע מ"מודעותו" של הכלי. ממילא דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר מניחה יסוד נפשי עודף אצל המבצע העקיף בהשוואה לאחר, ולא להפך.

85 רכיב המזל מקבל מקום מרכזי באחריותם של המשדל והמסייע בתרחיש האמור, שכן אחריותם של המשדל והמסייע נסמכת על היקף הצפיות האובייקטיבית אצל המבצע, אך זוהי תכונה ידועה של שיטת הנגזרות באחריות הפלילית.



תקום אחריות בגין הפגיעה המושלמת באובייקט בפועל. מסקנת הדברים היא שכל עוד המשפט משמר את שיטת האחריות הנגזרת בדיני השותפות, מוטב במקרים אלה לוותר על העברת המחשבה ולהעדיף את הגישה הטהרנית. בדרך זו תתבסס אחריותם של המשדל והמסייע על הניסיון להמתת א' כפי אחריותו של המבצע באמצעות אחר.<sup>86</sup> החלופה השנייה – שלפיה המשתתף העקיף הוא שהיה צריך לצפות את קיומו של האובייקט בפועל ולא המשתתף הישיר – היא שכיחה וטבעית יותר מבחינת התרחשותה. החלת דוקטרינת המחשבה המועברת על חלופה זו תגרום שכאשר המשתתף העקיף הוא מבצע באמצעות אחר – שהיה צריך לצפות את קיומו של האובייקט בפועל – הוא יורשע בפגיעה באובייקט זה. לעומת זאת אחריותם של המשדל והמסייע תיגזר מאחריותו של המשתתף הישיר כמי שניסה לפגוע באובייקט המיועד.<sup>87</sup> חוסר העקיבות שבחלופה זו אינו חריף כבחלופה הראשונה (שבה הצפיות התקיימה במשתתף הישיר בלבד), שכן אחריותו של המבצע באמצעות אחר – כאחראי לפגיעה באובייקט בפועל – תהיה רבה מזו של המשדל והמסייע, האחראים אך לניסיון הפגיעה באובייקט המיועד. עם זאת הדיון ישיג דרגה גבוהה יותר של עקיבות אם (לפי העמדה הטהרנית) מחשבתו של המבצע באמצעות אחר לא תועבר, וכך כל המעורבים הפוטנציאליים – המשתתף הישיר, המבצע באמצעות אחר, המשדל והמסייע – יורשעו בגין ניסיון הפגיעה באובייקט המיועד.

תרחישים של שינוי אובייקט על ידי המשתתף הישיר מדגימים גם את חוסר התוחלת שבפיצול הטיפול לטעות בזהות ולהחטאת הפעולה. מבחינתו של המשתתף העקיף, כך או כך מדובר בתאונה: אם ע' שלח את פ' להמית את א' ופ' כיוון לעבר ב' בחשבו אותו לא' (תרחיש 5), אזי מדובר בטעות בזהות מבחינתו של פ' אך בהחטאת הפעולה מצדו של ע', שכיוון את פעולתו כל העת נגד אובייקט א'.<sup>88</sup> מנקודת מבטו של המשתתף העקיף אין אפוא הבדל בין טעות בזהות שטעה המשתתף הישיר לבין החטאת תאונתית מידי של המשתתף הישיר (תרחיש 4): שתיהן בגדר תרחישים תאונתיים מבחינתו. אם הרציונל המפצל בין החלפת אובייקט תאונתית להחלפת אובייקט מוטעית לא חל על המשתתף העקיף, לרבות המבצע באמצעות אחר, נחלש כוחו ביחס למבצעים בכלל. הפיצול בין טעות בזהות להחטאת הפעולה עשוי להיות בעייתי במיוחד מבחינתו של המשתתף עקיף מסוג משדל או מסייע. על פי הגישה המפצלת, כאשר שידל המשתתף

86 עקיבות דומה תושג על ידי זניחה של שיטת הנגזרות שעליה מבוססת האחריות השיתופית במשפט הפלילי בישראל. מכאן שאפשר להשתמש בדוגמה שבטקסט גם להמחשת כשלים בשיטת האחריות הנגזרת. אפשרות זו לא נראית ראלית. על כל פנים היא תצריך מהפכה במשפט הפלילי בישראל, שהשלכותיה מרחיקות לכת הרבה מעבר לביטול הלכת המחשבה הפלילית המועברת.

87 אם כי יש לשים לב לאפשרות שיתרון ההבנה שחל אצל המבצע העקיף הופך אותו על פי החלופה הנדונה למבצע באמצעות המבצע הישיר של המתת ב'. זו אינה אפשרות פשוטה. היא מעוררת את המחלוקת באשר לאפשרות לבצע באמצעות אחר מתוך יסוד נפשי של רשלנות.

88 Bohlander, *Problems of Transferred Malice*, לעיל ה"ש 73, בעמ' 150–151.

העקיף את המשתתף הישיר לבצע עבירה, או סייע לו בכך, והמשתתף הישיר טעה בזהות האובייקט המיועד (תרחיש 5), ייתכנו שתי גישות באשר לדינו של המשתתף העקיף: אחריות כמשדל או כמסייע לפגיעה באובייקט בפועל (הנגזרת מאחריותו של הישיר כמבצע עבירה מלאה כלפי האובייקט בפועל) ואחריות בגין ניסיון לשידול או לסיוע באשר לאובייקט המיועד (התבוננות ישירה על מעשיו של העקיף כחטאת הפעולה). נאמנים לעמדתם הכללית בתי המשפט בישראל צפויים להחיל על תרחיש זה את שיטת האחריות הנגזרת ולראות במשתתף העקיף משדל או מסייע לפגיעה באובייקט בפועל, אף שראינו כי מבחינתו של המשתתף העקיף טעותו של המשתתף הישיר היא תאונה, ומכאן שייחוס אחריות לפגיעה באובייקט בפועל עומדת בסתירה לעמדה הטהרנית. לעומת זאת גישה טהרנית-עקיבה לאחריותו של המשתתף הישיר – שתייחס לו ניסיון לפגוע באובייקט המיועד בין שהחלפת האובייקט הייתה תוצאה של תאונה ובין שהייתה תוצאה של טעות (תרחישים 4 ו-5 בהתאמה) – תאפשר לטהרן לייחס למשדל ולמסייע בשני התרחישים אחריות נגזרת מניסיון הפגיעה באובייקט המיועד (שידול לניסיון וסיוע לניסיון, בהתאמה), כראוי למקרים של תאונה. מכאן שבתרחישים מסוג זה עדיפה עמדה טהרנית-עקיבה על עמדה טהרנית-מפצלת.

התבוננות ישירה בפעולתו של המשתתף העקיף תוך עקיפתה של שיטת הנגזרות<sup>89</sup> הניבה עקיבות בעניין המבצע באמצעות אחר, אך לא בהכרח תניב תוצאה מוצלחת בעניין המשדל והמסייע. זאת, מאחר שבישראל (כמו במדינות אחרות) הניסיון לשידול או לסיוע עניש במידה חלקית ולעתים אינו עניש כלל. כך, לפי העמדה הטהרנית, גישה ישירה לאחריותו של המסייע בתרחישים 4 ו-5 (למשל: מי שבדומה לארצ'ר סיפק למשתתף הישיר את הרעל להמתת האובייקט המיועד) תראה בו מי שניסה לסייע לפגיעה באובייקט המיועד (וכשל עקב תאונה), ובעקבות זאת תפטור אותו מכל אחריות. ייתכן שפתרון מוצלח יותר הוא זה שמציעה האחריות הנגזרת, היינו לחייב את המשתתף העקיף כמי שסייע לניסיון שביצע המשתתף הישיר.<sup>90</sup>

בכמה מקורות הוצגה אילוסטרציה מסעירה למדי להכרעה בין העמדות בסוגיה של העברת המחשבה הפלילית. אם מפשיטים את האילוסטרציה מהגרסאות שלבשה, היא עוסקת במקרה שבו העושה, המתכוון לפגוע באובייקט אחד, מכוון בטעות לעבר אובייקט אחר, מחטיא – ופוגע באובייקט המקורי שנמצא במקרה בקרבת מקום (ובהתאמה לשותפות: המשתתף העקיף משדל את הישיר לפגוע באובייקט אחד, המשתתף הישיר מכוון בטעות לעבר אובייקט אחר, אך פוגע באופן תאונתי באובייקט

89 אפשרות אחרת להגיע להתבוננות ישירה באחריותו של המשתתף העקיף היא התייחסות לטעותו של המשתתף הישיר באשר לאובייקט העבירה כאל "נתון אישי שנפקותו מכוח חיקוק החמיר בעונש, להקל בו, לשנותו בדרך אחרת, או למנעו", ושלגביו "תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים" (ס' 34 לחוק העונשין).

90 אינני משוכנע לכאן או לכאן. על כל פנים, וכאמור לעיל בה"ש 85, שיטת הנגזרות חלה על דיני השותפות בישראל כך שהגישה הישירה לפעולתו של העקיף אינה בגדר חלופה ריאליית.

המקורי). גנאים וקרמניצר, עקיבים בעמדתם הטהרנית-המפצלת, מייחסים לעושה ניסיון לפגוע באובייקט האחר (אולי עם פגיעה רשלנית או פזיזה באובייקט המקורי, שאכן נפגע בפועל).<sup>91</sup> אכן, לפי עמדה זו, טעותו של העושה בזהות האובייקט האחר אינה רלוונטית לאחריותו, ולכן העושה אחראי לניסיון פגיעה באובייקט האחר אף שחשב שהוא למעשה האובייקט המקורי, ואין להעביר את מחשבתו לאובייקט שנפגע בפועל – הוא האובייקט המקורי – שכן הפגיעה בו היא בשל החטאת הפעולה שכוונה לאובייקט האחר. לעומתם ראה דאגלס הוסאק בתוצאה זו משום אבסורד, הואיל והעושה לא התכוון כלל לפגוע באובייקט האחר ואף לא פגע בו בפועל (אלא התכוון לפגוע באובייקט המיועד ואכן בו פגע), והסיק מכך כי העמדה הטהרנית אינה מתאימה לכלל תרחיש.<sup>92</sup> אלא שהתרחיש הנדון עשוי לתמוך דווקא בעמדה הטהרנית כל עוד היא מיושמת בעקיבות – בניגוד לגישה המפצלת בין מקרי טעות למקרי תאונה. גישה טהרנית-עקיבה תכבד את כוונתו של העושה, שירה (לעבר האובייקט האחר) מתוך כוונה להמית את האובייקט המקורי, ואחריותו תקום אפוא בגין ניסיון להמתת האובייקט המקורי. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם גישתו של המשפט למקרים של החלפת המודוס לביצוע העבירה. למעשה, ההצטברות של טעות בזהות והחטאת הפעולה המתקיימות יחדיו באילוסטרציה הנדונה יצרה הסחה מהבסיס האמתי של האילוסטרציה, שהיא בכלל דוגמה של החלפת מודוס ולא של החלפת אובייקט, שהרי האובייקט המכוון הוא גם זה שנפגע, אם כי בדרך עקיפה. ברגיל אנחנו פוטרם דוגמאות להחלפת מודוס כפגיעה באובייקט המכוון – הוא האובייקט בפועל, ואם דרך הביצוע מרוחקת מהתכנון המקורי – כניסיון לפגוע באובייקט זה (שאמנם נפגע בפועל, אך ללא צפיות מצד העושה את הקשר שבין פעולתו לתוצאה זו).<sup>93</sup>

כיצד תשפיע התבוננות על אחריותו של המשתתף העקיף, היינו: מי ששידל את העושה באילוסטרציה הנדונה? אחריותו של המשדל נגזרת מאחריותו של המשתתף הישיר, ומכאן שהעמדה הטהרנית-המפצלת מובילה כאן לאבסורד גדול אף מזה שזיהה הוסאק בנוגע למשתתף הישיר, בייחסה למשתתף העקיף שידול לפגוע באובייקט האחר – שאליו לא כיוון המשתתף העקיף ובו גם לא פגע. הגיוני יותר לגזור את אחריותו של מי ששידל לפגוע באובייקט מסוים שאכן נפגע בפועל מעבירה כלפי אובייקט זה (או למצער מניסיון לעבירה כלפי אובייקט זה), כפי שתורה הגישה הטהרנית-העקיבה. לסיכום: ראינו שבמקרים בהם המשתתף הישיר בחר מיוזמתו לשנות את אובייקט העבירה (תרחיש 6) המשפט נמנע מהמשגה כללית של המחשבה הפלילית ויצר חריג להפעלת דוקטרינת המחשבה המועברת. גילוי זה הוביל אותנו לבחון דוגמאות בהן הביא המשתתף הישיר לשינוי אובייקט העבירה בדרך של תאונה או של טעות בזיהוי (תרחישים 4 ו-5, בהתאמה). בדוגמאות אלה יישום של גישת המחשבה הפלילית

91 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 108.

92 Husak, לעיל ה"ש 1, בעמ' 70.

93 ראו יורם רבין וניב ואקי דיני עונשין כרך א 279 (מהדורה שנייה, 2010) והמקורות המובאים שם.

הכללית, כמו גם דוקטרינת המחשבה המועברת, מביאים לחוסר אחידות בדבר אחריותם של המבצעים העקיפים השונים – המבצע באמצעות אחר מזה והמשדל והמסייע מזה. לפי החלופה שבה למשתתף הישיר בלבד יש צפיות אובייקטיבית באשר לאפשרות הפגיעה באובייקט שנפגע בפועל, גישת המחשבה הפלילית הכללית ודוקטרינת המחשבה המועברת מביאות לכך שדווקא למבצע באמצעות אחר, שאחריותו אינה אמורה להיות פחותה מאחריותם של המשדל והמסייע, אי אפשר יהיה לייחס אחריות לפגיעה באובייקט בפועל, בעוד המשדל והמסייע – שאחריותם נגזרת מזו של המשתתף הישיר, שכוונתו הועברה לאובייקט שנפגע בפועל – יימצאו אחראים לפגיעה באובייקט זה. במצב הדברים ההפוך, שבו המבצע העקיף בלבד מקיים צפיות אובייקטיבית באשר לאפשרות הפגיעה באובייקט שנפגע בפועל, גישת המחשבה הכללית ודוקטרינת המחשבה המועברת יוצרות אי-התאמה בין אחריותו של המבצע באמצעות אחר, שיואשם בפגיעה באובייקט בפועל, לבין זו של המשדל והמסייע, האחראים לניסיון פגיעה באובייקט המיועד. מנגד, המשגת המחשבה של המשתתף הישיר כמקובעת באובייקט המיועד בלבד, כבגישה הטהרנית, תאפשר לייחס בשתי החלופות לכלל המשתתפים העקיפים אחריות אחידה, הנגזרת מהניסיון לפגוע באובייקט המיועד. התרחישים שהוצגו בפרק זה מדגימים בנוסף את עדיפותה של המשגה מקובעת-אובייקט גם במקרים שבהם המשתתף הישיר טעה בזהותו של אובייקט העבירה, במיוחד ככל שהדבר נוגע למשדל ולמסייע. לפי העמדה המפצלת, אחריותם של המשדל והמסייע תיגזר מהפגיעה באובייקט בפועל, אף שטעותו של המשתתף הישיר היא מבחינתם החטאת הפעולה, ומכאן שייחוס אחריות בנוגע לאובייקט בפועל נוגדת את העמדה הטהרנית. לעומת זאת גישה טהרנית-עקיבה לאחריותו של המשתתף הישיר תאפשר לטהרן לייחס למשדל ולמסייע אחריות הנגזרת מניסיון הפגיעה באובייקט המיועד, וזאת הן במקרים שבהם המשתתף הישיר החטיא את מטרתו והן במקרים שבהם טעה באשר לזהות המטרה – באופן ההולם את העמדה הטהרנית.

## ג. החלפת אובייקט והביצוע המשותף

### 1. הסיטואציות

נוסיף לדיון שני תרחישים אחרונים:

תרחיש 7: מ' ומ' יורים זה בזה בכוונת קטילה; מ' מחטיא את מ' ופוגע בעובר אורח ק'.

תרחיש 8: מ' ומ' יוצאים להמית בצוותא את ק'; במהלך הפעולה מ' מזהה בטעות את מ' כק' ויורה לעברו, או שהוא יורה לעבר ק', מחטיא ופוגע במ'.2.

התרחיש הראשון מתאר את עובדות פסק דינו של בית המשפט העליון באנגליה בעניין *Gnango*.<sup>94</sup> במקרה זה בחינת אחריותו של מ'2' להמתת ק' מעלה את התהייה אם אמנם מדובר בביצוע משותף, ובעיקר אם אדם יכול להיות שותף בעבירה נגד עצמו. דרך אחרת להתבונן על מעשיהם של מ'1' ומ'2' היא לראות בהם שותפים לקטטה ולייחס למ'2' אחריות להמתה באופן נגרר לאחריותו של מ'1'.<sup>95</sup> בית המשפט האנגלי לא היה מוכן לראות את הדברים בדרך זו. אחת הסיבות הייתה חוסר התאמה בין נסיבות המקרה הקונקרטי לדקויות של הגדרת הקטטה במשפט האנגלי. זו אינה בעיה עקרונית, והיא תיפתר מאליה במקרים שבהם הצדדים ממלאים במשותף את הדרישות של עבירה אחרת כגון ירי בשטח בנוי.<sup>96</sup> סיבה עקרונית יותר הייתה ששני המשתתפים באירוע – גננגו ואיש הבנדנה<sup>97</sup> – לא התקוטטו כי אם ירו זה לעבר זה כדי להרוג. אי לכך בחר בית המשפט ברוב דעות לראות בגננגו (המקביל למ'2' בתרחיש 7) שותף של איש הבנדנה (המקביל של מ'1' בתרחיש 7) לירי שכוון כלפיו. מאחר שהכדור החטיא את גננגו ופגע בעוברת אורח, העביר בית המשפט את כוונתם של השניים מהמתת גננגו להמתת עוברת האורח והרשיע את גננגו ברציחתה. אשר לטיב השותפות של גננגו במעשיו של איש הבנדנה הציגו שופטי הרוב שתי גישות: ארבעה שופטים ייחסו לגננגו סיוע לירי לעבר עצמו, על בסיס ההיגיון שבפירות גננגו לעבר איש הבנדנה הוא עודד אותו לירות בחזרה.<sup>98</sup> ראייה זו של הדברים מסווגת את הסיטואציה כהשתתפות עקיפה, הנופלת

94 לעיל ה"ש 8.

95 לפי ס' 34 לחוק העונשין או באמצעות דוקטרינת "האחריות הטפילה" (Parasitic Liability) באנגליה.

96 יתרה מזו: בית המשפט האנגלי כתב שאפשר לקבל שבמקרים מסוימים – הקרובים ל-*Gnango* – קטטה תיצור שותפות שתהווה בסיס להרשעה, למשל כשיש הסכמה מראש בין הצדדים להתקוטט במקום ציבורי (שם, בפס' 39). מעניין לציין שבית המשפט העלה את שאלת הגבול שבין קטטה (affray) להתפרעות רבתי (riot) והציע (שם, בפס' 41) להימנע מהרחבת האחריות המשותפת להחטאת הפעולה במקרים של קבוצות גדולות; כלומר ריבוי המשתתפים משפיע על הדין. לאחרונה התייחס דיוויד אורמרוד להיבט זה של פסק הדין: "Practical consequences also flow from the decision that a defendant can be convicted of being party to a crime of which he is the actual or intended victim (at [52]). While denying that this extends the law, the Court urges prosecutors to consider carefully whether prosecuting intended victims is justified. Relying on prosecutorial discretion to define the scope of liability is undesirable in principle and of huge practical significance unless there is a difference between cases where A and B meet for the purpose of fighting and those where they happen to get into a fight. Will all parties to fights now be charged as principals and accessories?" (David Ormerod, *Worth the Wait?*, 2012 CRIM. L. REV. 79, 80).

97 לעובדות פסק הדין ראו לעיל במבוא.

98 יש לשים לב שאין מדובר במקרה רגיל של עידוד, הנופל בשידול או בסיוע לביצוע העבירה, כי אם במקרה של פרובוקציה. ראו *Damian Warburton, Murder – Whether Secondary Liability by Joint Enterprise Arises in Circumstances of Mutual Conflict Between Defendants*, 75 J.C.L.

בתרחישים שבהם התמקדנו לעיל בפרק ב.2. שופטים אלה הסכימו עם בעלי הגישה השנייה בקרב שופטי הרוב והיא שאין מניעה לראות במעשיו של גנגו ביצוע בצוותא של ירי לעבר עצמו.<sup>99</sup>

השופט קלרק (Clarke)<sup>100</sup> הרחיק לכת וערך הקבלה בין מקרה זה לפסק הדין בעניין *Pagett*,<sup>101</sup> שבו נקבע שכאשר עובר אורח נורה מידי של שוטר שירה לעבר תוקף מתוך התגוננות סבירה מפני תקיפה קטלנית – אך החטיא ופגע למוות בעובר האורח – יורשע התוקף בהמתת עובר האורח. ההקבלה בין שני המקרים היא בעייתית מאחר שבעניין *Pagett* הנאשם לבדו הוא שיצר את האירוע והיה אחראי להתרחשות כולה – במילים אחרות: הייתה לו "בעלות מלאה" על האירוע. לעומת זאת בעניין *Gnango* הייתה לנאשם בעלות רק על חצי מהאירוע. גנגו לא כפה על איש הבנדנה להיכנס עמו לקרב יריות, ואילו התערבותו של השוטר במקרה של *Pagett* נבעה מתוך אילוץ שיצר הנאשם. *Pagett* הוא למעשה דוגמה לביצוע באמצעות אחר<sup>102</sup> ועניין *Gnango* אינו כזה חרף קיומו האפשרי של קשר של סיבתיות בין מעשיו של גנגו לבין המתת עוברת האורח על ידי איש הבנדנה.

ראויה לציון מיוחד גם האינטואיציה שביטא השופט בראון (Brown), שנמנה עם השופטים שראו בגנגו מבצע בצוותא עם איש הבנדנה: "The general public would in my opinion be astonished and appalled if in those circumstances the law attached liability for the death only to the gunman who actually fired the fatal shot"<sup>103</sup> אמירה זו מניחה בטעות שהציבור הרחב נוטה להחמיץ דקויות של חשיבה מוסרית ומייחסת לו תגובות גסות וכוללניות, ואילו מחקרים אמפיריים מלמדים על רגישות מוסרית דווקא אצל "האדם מן הרחוב".<sup>104</sup> אפשר להניח שכל תגובה ראשונית חריפה באשר לאחריותו

457, 461 (2011). ריצ'רד בקסטון הצביע על קושי נוסף הניצב לפני האפשרות לייחס לגנגו סיוע לרצח: לדבריו, גם אם נקבל את קביעתו של בית המשפט כי גנגו רצה לסייע לאיש הבנדנה, לכל היותר אפשר לומר שהוא רצה לסייע לאיש הבנדנה לנסות להמית אותו – לא להצליח בכך. מכאן שאין לגזור את דינו של *Gnango* מהעבירה המושלמת של המתת עוברת האורח. Richard Buxton, *Being an Accessory to One's Own Murder*, 2012 CRIM. L. REV. 275, 278.

99 במשפט האנגלי, בניגוד לישראלי, אין נפקות להבחנה בין מסייע למבצע בצוותא.

100 עניין *Gnango*, לעיל ה"ש 8, פס' 83–89.

101 *R. v. Pagett*, [1983] 76 Cr. App. R.(S). 279 EWCA (Crim) (Eng.).

102 בפרט לפי גישת הגרימה; ראו גור-אריה, לעיל ה"ש 45, בעמ' 55.

103 עניין *Gnango*, לעיל ה"ש 8, פס' 68.

104 לדוגמה, מחקרים של רובינסון ודארלי: PAUL H. ROBINSON & J.M. DARLEY, JUSTICE, LIABILITY AND BLAME (1995). השניים נתנו לקבוצה של "אנשים מהרחוב" לדרג אחד-עשר תרחישים של המתה, שתשעה מהם מוגדרים במשפט האמריקני כרצח (בין היתר מכוח Felony murder rule). הנבדקים דירגו את התרחישים על סמך הבחנות דקות מאוד ביניהם, בהתבסס על קריטריונים כגון סוג המקרה, נסיבות הקרבן, תמהילים של רמות אחריות של הצדדים במשולש עבריין-שותף-קרבן, עצמת הסיבתיות שבין המעשה לתוצאה וכיוצא באלה.

של גנגו להמתת עוברת האורח תתרכך לנוכח ההכרה בכך שגנגו הורשע ממילא בניסיון לרצוח את איש הבנדנה, ולכן פסק הדין עסק אך בשאלה אם יש לייחס לו – נוסף על כך – את המתתה של עוברת האורח על ידי איש הבנדנה.

אף אם במעשה הירי לעבר איש הבנדנה יצר גנגו סכנה של פגיעה באחרים, הוא עצמו לא פגע באיש. ככלל, מי שירה לעבר חברו יחויב אך בשל הפגיעה או בשל הסכנה שגורם לחברו ולא בשל הסכנה שיצר לסובבים אותו. יתרה מזו: אלמלא הייתה עוברת האורח נפגעת לא היינו מייחסים לגנגו שותפות עם איש הבנדנה להמתת את עצמו. אם כך, מדוע לעשות כן כאשר נכנסת לתמונה תאונה שגרמה להחלפת האובייקט? הרי ללא הפגיעה התאונתית בעוברת האורח לא הייתה האינטואיציה של השופט בראון כה חזקה ואולי אף הפוכה. ודאי שהציבור שאליו מתייחס השופט בראון לא היה חושב שנכון למצוא את גנגו שותף לניסיון המתה שלו עצמו. בכל זאת הערתו של השופט בראון מפנה את תשומת לבנו למורכבותה של הסיטואציה ולמאבק המתחולל בה בין המשגת הסיבתיות על יסוד הקרב שניטש בין שני הניצים ("הקרב הוא שגרם למוות ושני הצדדים לקרב אשמים בהמתה") לבין המשגתה על בסיס פעולת הירי מידו של איש הבנדנה ("אבל לא גנגו הוא שהרג"). זוהי שאלה של אינדיוידואליזציה הפעולה, מהסוג שמרק קלמן הדגים והשמין במאמרו הידוע.<sup>105</sup>

כאמור, תרחיש 7 כורך את סוגיית המחשבה המועברת עם שאלת היתכנותה של שותפות בין יריבים;<sup>106</sup> תרחיש 8 כבר מתמקד בשותפים של ממש: המשתתפים בו אינם ניצים הפועלים באותו אירוע זה נגד זה אלא מבצעים בצוותא של עבירה נגד אובייקט משותף, בדומה ל-*Mansell and Herbert's case*.<sup>107</sup> אלא שבפסק דין זה נפגעה עוברת אורח מידי של אחד השותפים, ואילו בתרחיש 8 אחד השותפים הוא שנפגע בפועל. כאשר שותף אחד יורה לעבר שותף אחר מתקיימת חריגה מהשותפות, מסוג של החלפת אובייקט העבירה. מיד ננסה לברר אילו תובנות גלומות בתרחיש זה.

## 2. תובנות

כפי שראינו, במקרה של *Gnango* (תרחיש 7) הרשעתו של גנגו בהמתת עוברת האורח תתאפשר רק אם נאמץ אחת משתי תפיסות: (1) נגדיר את פעולת הנאשמים הגדרה רחבה – קרב אלים בין שניים שהוביל למוות; (2) נגדיר את פעולתם הגדרה צרה יותר – ירי –

105 Mark Kelman, *Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law*, 33 STAN. L. REV. 591 (1981) (משחק עם גבולות היחידה עשוי לספק כמה תשובות לאותה שאלה).

106 עירוב שעליו עמד בית המשפט בעניין *Gnango*, לעיל ה"ש 8, בפס' 2: "The particular areas of criminal law that will have to be considered are (i) joint enterprise; (ii) transferred malice; (iii) exemption from liability where a party to what would normally be a crime is a victim of it"

107 *Mansell and Herbert's Case*, לעיל ה"ש 7.

אך נייחס את הירי הזה לגנגנו כשותף.<sup>108</sup> דעת הרוב בחרה לאמץ את התפיסה השנייה, ובמצטבר לה העבירה את כוונתם הרעה של הצדדים מגנגנו לעוברת האורח. בחירה זו מעוררת קושי רב, מכיוון שהיא מושתתת על יחס פיקטיבי כלפי גנגנו כמי שגיבש כוונה להמית את עצמו (כוונה שהועתקה לפגיעה בעוברת האורח). אימוץ עמדה טהרנית הבוחנת את מחשבתם של הצדדים לאירוע באופן מקובע-אובייקט לא היה מוביל את שופטי הרוב לתוצאה טובה יותר. לפי עמדה זו, לא תועבר המחשבה הפלילית של השותפים כלפי עוברת האורח, ולפיכך אחריותו של איש הבנדנה היא לניסיון פגיעה בגנגנו (אולי בשילוב עם עבירה מושלמת, לפי היסוד הנפשי של היורה, כנגד עוברת האורח), ואחריותו של גנגנו – כשותף לפעולת הירי של איש הבנדנה – מתייחסת גם היא לעבירה זו. שורש הבעיה אינו טמון בעמדה שתאומץ בדבר המשגת המחשבה הפלילית, כי אם ביצירה המשונה של שותפות בין יריבים – גנגנו ואיש הבנדנה – לניסיון המתה הדדי, יצירה שהיא תולדה מעוותת של הרצון לייחס לגנגנו את מות עוברת האורח.<sup>109</sup> כישלונה של העמדה הטהרנית להוביל את דעת הרוב בעניין גנגנו לתוצאה טובה מזו שהושגה באמצעות שימוש בדוקטרינת המחשבה המועברת אינו מעיד אפוא על עדיפותה או נחיתותה של איזו מהעמדות, אלא מצביע על הבעייתיות שבתפיסת שני יריבים היורים זה לעבר זה כשותפים האחד ליעדיו של יריבו.<sup>110</sup>

להבהרת הנקודה תסייע טכניקה ששימשה אותנו בפרקים הקודמים – הוספת שותפים לתמונה: מה דינו של המסייע לגנגנו, שסיפק לו אקדח לאחר ששמע על הסכסוך שלו עם איש הבנדנה? אילו היה איש הבנדנה פוגע בגנגנו וממית אותו כמתוכנן, לא היינו מייחסים לספק האקדח סיוע לגנגנו להמית את עצמו. בדומה לכך לא היינו מייחסים לספק האקדח סיוע לאיש הבנדנה להמית את גנגנו בספקו אקדח לגנגנו כדי שימית את איש הבנדנה. מנקודת מבטו של ספק הנשק, המתתה של עוברת האורח על ידי איש הבנדנה היא תוצאה צפויה פחות מהמתתו של גנגנו בקרב היריות ההדדי עם איש הבנדנה. אם כך, מדוע לייחס לספק הנשק סיוע לעבירה זו, כמתחייב מעמדת שופטי הרוב?

גם מקרה כגון *Mansell and Herbert's case* אינו מקדם את הדיון כשלעצמו: אין להוציא ממנו תובנות שונות מאלה שמתקיימות ממילא באירועים שאינם מערבים שותפות לדבר עבירה. השאלה שהוא מעורר מתקיימת בכל אירוע של החלפת אובייקט,

108 שופט המיעוט בעניין *Gnango*, השופט קר (Kerr), לא היה נכון לחתוך את הפעולה באופן רחב כקרב אלים ולכן לא הרשיע את גנגנו כמבצע בצוותא של ההמתה; וגם לא ראה בגנגנו מי שגרם לאיש הבנדנה לירות, ולכן לא הרשיע את גנגנו כמסייע להמתה של עוברת האורח.

109 ראו התייחסותי לעמדת השופט בראון, לעיל, בפרק ג.1.

110 כאמור לעיל בפרק ג.1, לפי החלופה האחרת, הרחבה, של התבוננות על מעשיהם של גנגנו ואיש הבנדנה כשותפים לקטטה, גנגנו אחראי (לפי שתי רמות המשגה של המחשבה הפלילית – הכללית והמקובעת-אובייקט) להמתת עוברת האורח באופן נגרר לאחריותו של איש הבנדנה אחריה זו מהתכנון המשותף.



היינו: מה נכון לייחס לעושה (ובמקרה זה לעושים) – פגיעה באובייקט בפועל, לפי ההמשגה הכללית או על ידי העברת המחשבה מהאובייקט המיועד לאובייקט בפועל, או שמא ניסיון לפגוע באובייקט המיועד, כפי שתורינה העמדה הטהרנית וההמשגה מקובעת-האובייקט שעליה היא נשענת. לעומת זאת הווריאציה שבתרחיש 8 אכן מקדמת את הדיון, משום שאף בהיעדר טעמים מכריעים לבחירה בין העתקת המחשבה לבין העמדה הטהרנית כלפי מ'1 (היורה), סביר בהרבה לייחס למ'2 ניסיון להמית את ק' ולא ניסיון להמתה עצמית. כך, בעיקר אם מביאים בחשבון שאילו היה מ'2 מנסה להמית את עצמו כמו ידיו הוא היה פטור מכל אחריות.<sup>111</sup> העמדה הטהרנית לא תייחס למ'2 שותפות לניסיון להמתה עצמו כי אם שותפות לניסיון להמית את ק', האובייקט המיועד. אמנם העמדה הטהרנית מאפשרת לייחס לצדדים, נוסף על ניסיון הפגיעה באובייקט המיועד, גם אחריות בגין הפגיעה באובייקט בפועל, אולם מאחר שלא התקיימה בין הצדדים שותפות לפגיעה זה בזה, האחריות בגין הפגיעה במ'2 תותנה ביסוד הנפשי האישי של כל נאשם באשר לתוצאה זו – פזיזות או רשלנות – ומ'2 יהיה פטור מפגיעה פזיזה או רשלנית בעצמו על אף אחריותו של מ'1 לעבירה זו.<sup>112</sup>

ההיגיון שבהימנעות מלייחס לאדם שותפות לניסיון פגיעה בו עצמו תקף הן במקרים של החטאת הפעולה והן במקרים של טעות בזהות. כפי שתרחיש 8 מדגים, אין זה משנה אם מ'1 חשב שמ'2 הוא ק' המיועד או אם מ'1 כיוון לעבר ק' ופגע במ'2 שהיה סמוך אליה<sup>113</sup> – בשני המקרים יהיה מוזר, באותה מידה, לייחס למ'2 ניסיון להמית את עצמו.

111 Buxton, לעיל ה"ש 98, בעמ' 279–280. דייוויד אורמרוד מציב בהקשר זה שיקול נוסף: "Is it possible for an intended victim to be liable for assisting his own attempted murder? Consider A and B who are suicide bombers: they intend to blow up a deserted landmark in the depth of night and each other in the process. A's bomb does not detonate and he survives the blast. Can A, by being an accessory to B's conduct, be guilty of attempting to murder himself? Such a result would look odd given that if A succeeded in killing B he would only be liable as part of a suicide pact for his manslaughter" (David Ormerod, *Joint Enterprise: Murder – Killing of Bystander by Other Party in Gunfight*, 2011 CRIM. L. REV. 151).

112 בישראל עשוי לשמש כאן ס' 34 לחוק העונשין, המטיל על השותפים אחריות בגין רשלנותם למעשים חורגים של יתר השותפים. מכאן אפשר להסיק מסקנה נגד רוחב היריעה של הסעיף ונגד הקונסטרוקציה המאפשרת להטיל על השותף אחריות בגין מעשים חורגים של שותפיו על בסיס רשלנות בלבד (באופן המשתלב עם הביקורת שהובעה בעבר על ס' 34א; ראו למשל הדר דנציג-רוזנברג "הסדר הטלת האחריות לעברה הנגרת – הרהורים על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איוון אחרת" ספר דייוויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 683 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

113 בהקשר זה מעניין לציין כאנקדוטה כי אף שעניין *Gnango* דן במקרה מובהק של החטאת הפעולה, בית המשפט האנגלי ניסח את השאלה שבבסיס הערעור במונחים של טעות בזהות (עניין *Gnango*, לעיל ה"ש 8, פס' 1: "[i]f [...] D1 mistakenly kills V in the course of the fight, in what

אם כן, יוצא שגם תרחיש של החלפת אובייקט על ידי מבצע במשותף תומך בעמדה הטהרנית-העקיבה. אמנם דוגמת הירי ההדדי (תרחיש 7), שניצבה במרכזו של פסק הדין העיקרי מן השנים האחרונות שעסק בשילוב החלפת אובייקט וביצוע משותף, אינה מקנה עדיפות לאיזו מבין הגישות השונות לסוגיית העברת המחשבה הפלילית. אולם מקרהו של המשתתף בעבירה רבת-עבריינים המנסה לפגוע בקרבן אך פוגע למעשה באחד משותפיו לעבירה (תרחיש 8) מבסס את יתרונה של המשגה מקובעת-האובייקט של המחשבה הפלילית, באשר המשגה כללית של המחשבה, כמו גם דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת, מובילות לסיטואציה האנומלית שבה נחשב השותף שנפגע לחבר במיזם הפלילי של המתת עצמו – אף שניסיון התאבדות אינו בגדר עבירה פלילית. לעומת זאת המשגה מקובעת-אובייקט תימנע מאנומליה דומה ביחסה לשותף שנפגע השתתפות בניסיון פגיעה בקרבן המיועד של המיזם העברייני המשותף – וזאת בין שהשותף היורה פגע בשותפו עקב החטאת הקרבן ובין שפגע בו בשל טעותו בחשבו ששותפו (שנפגע) הוא הקרבן.

#### ד. אחרית דבר

היה משהו באווירה של הר הצופים באמצע שנות התשעים שעודד חשיבה אנליטית על הדוקטרינות המהותיות של המשפט הפלילי. החיבה לסוגיות של המחשבה הפלילית ושל דיני השותפות לעבירה וכן צורת החשיבה האנליטית הוטבעו בי כמו אצל חבריי לשיעורים לתואר שני באותן שנים. אפנות מתחלפות וגישות משתנות, ובשנים האחרונות רוחות חדשות מכוונות את חוקרי המשפט הפלילי לאפיקים אחרים ולצורות חשיבה אחרות. קולגה חד-לשון אמר לי לאחרונה בצער שמקומה של הדיסציפלינה האנליטית אינו עוד בפקולטה למשפטים כי אם בחוג להיסטוריה של הרעיונות.

מאמר זה אינו מכוון להיות פרק בהספד הדיסציפלינה האנליטית אלא, בתקווה, חלק מתחייתה. ביקשתי להראות מה יכול ללמד אותנו ניתוח תרחישים המשלבים שינוי של אובייקט העבירה עם שותפות עקיפה ועם ביצוע משותף. הטמעת אירועים של החלפת אובייקט בסבך דיני השותפות הניבה כמה תובנות מעניינות בדבר דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת – וכפועל יוצא מכך בדבר המשגת המחשבה הפלילית – ועל היחס שבין טעות לבין תאונה. בעיקר ראינו שהסוגים השונים של תרחישי עבירה מרובי-משתתפים תומכים בהמשגה מקובעת-האובייקט של המחשבה הפלילית וביחס שווה למקרים של טעות בזהות ושל החטאה תאונתית.

מציא לנכון להעיר על כך. (circumstances, if any, is D2 guilty of the offence of murdering V?)  
ואף לא אחד מהשופטים