שידול במחדל – האומנם אפשרי הוא?

מאת

רוני רוזנברג*

המאמר עוסק בשאלה אם אפשר לשדל אדם באמצעות מחדל. מטרת המאמר היא להוכיח כי אף אם אפשר לשדל אדם ללא כל תנועה גופנית (למשל באמצעות שתיקה), ראוי מבחינה משפטית לסווג שידול זה כמעשה ולא כמחדל, שכן הגדרת מעשה ומחדל אינה כפופה למבחן התנועה הגופנית. על פי גישה זו ייתכנו מקרים שבהם אדם שתק ולא הזיז את גופו, ובכל זאת מבחינה משפטית תוגדר התנהגות זו "מעשה", ולעומת זאת ייתכנו מקרים שבהם אדם הזיז את גופו, ובכל זאת תוגדר התנהגות זו "מחדל" המחייב איתור חובה לפעול. עמדה זו נשענת על רציונל יצירת הסיכון שלפיו "מעשה" מבחינה משפטית משמעו התנהגות היוצרת נזק, ואילו "מחדל" משמעו התנהגות המאפשרת לנזק להתממש אך אינה יוצרת אותו.

בהמשך ישיר לגישה זו מציע המאמר שני דגמים המתייחסים להיעדר תנועה גופנית במשפט הפלילי: **הדגם הראשון** שיוצג הוא "היעדר תנועה מאפשר", כלומר היעדר תנועה שרק מאפשר לסיכון להתממש אך אינו יוצר אותו. **הדגם השני** שיוצג הוא "היעדר תנועה יוצר", כלומר היעדר תנועה שלא רק מאפשר לסיכון להתממש אלא יוצר את הסיכון מלכתחילה. הטענה המוצגת במאמר היא כי כאשר מדובר בשתיקה מן הדגם השני, מבחינה משפטית מדובר ב"מעשה" ולא במחדל, וכי המצבים העובדתיים אשר נטען בעניינם כי עולים הם כדי שידול במחדל, אינם אלא שידול במעשה, שכן הם נכללים במסגרת הדגם השני.

חלקו האחרון של המאמר מראה כי עמדת הפסיקה הישראלית אינה אחידה בנוגע להגדרת המעשה והמחדל, ולכל הפחות חלק מן השופטים סבורים כי לעתים גם היעדר תנועה גופנית יוגדר "מעשה" לצורך המשפט הפלילי. על פי גישה זו עולה כי אמנם ייתכן שידול אשר אינו מצריך תנועה גופנית, אך שידול זה לא יוגדר בהכרח שידול במחדל אלא שידול במעשה.

מבוא. א. שידול בשתיקה – עמדת המשפט הישראלי. ב. גישת סנג'רו בנוגע לשידול במחדל; 1. הצגת המקרים של שידול במחדל; 2. בין שידול במחדל הנתון במחלוקת לסיוע במחדל שאינו נתון במחלוקת; 3. מבחן התנועה הגופנית

---

* ד"ר רוני רוזנברג חבר סגל בפקולטה למשפטים במרכז האקדמי כרמל בחיפה ומרצה בתחום המשפט הפלילי באוניברסיטת בר־אילן. תודתי נתונה לבועז סנג'רו, חאלד גנאים, יניב ואקי ושרית גולן על הערותיהם המועילות. תודות גם למערכת **דין ודברים** על עבודת עריכה מצוינת.

והתאוריות התומכות במבחן זה; (א) תאוריית הסיבתיות; (ב) תאוריית החירות. **ג. ביקורת על מבחן התנועה הגופנית. ד. התפיסה המשפטית־פילוסופית המוצעת המנתקת את הגדרת מעשה ומחדל ממבחן התנועה הגופנית וההשלכות הנובעות מכך;** 1. התנהגות כמחוללת או יוצרת את האיום או הסיכון שהוביל לנזק; 2. שני דגמים להיעדר תנועה גופנית; 3. סיווג מקרי השידול שהוצגו לעיל לפי התפיסה שאינה מכפיפה את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית. **ה. היעדר הצורך באיתור חובה לפעול בשידול במחדל גם על פי רציונל החירות. ו. עמדת המשפט הישראלי בנוגע להגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי הישראלי;** 1. פסקי דין המכפיפים את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית; 2. פסקי דין שאינם מכפיפים את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית; 3. ההשלכה של פסקי הדין הללו על שידול באמצעות שתיקה. **סיכום.**

מבוא

במאמרו ״שידול במחדל – האמנם בלתי אפשרי?״[1] ניסה פרופ׳ סנג׳רו להוכיח כי אין כל סיבה לשלול את האפשרות של שידול במחדל ואף לא את ענישתו, שכן לדעתו אפשר לשדל אדם באמצעות שתיקה שאינה כרוכה בתנועה גופנית. גישה זו מנוגדת לגישת מרבית המלומדים שהתייחסו לשידול במחדל ששללו מכול וכול את פליליותו, וחלקם אף שלל את קיום האפשרות המעשית של שידול אדם במחדל. לדידם, שידול אדם לעברה מצריך מעשה אקטיבי.[2]

לטעמי, עברת השידול כפי שהיא מנוסחת כיום בחוק העונשין וכן הפסיקה הישראלית תומכות בעמדה שלפיה אין הכרח במעשה אקטיבי כדי לשדל אדם לעברה. אולם כפי שאנסה להראות במאמר זה, אף אם אפשר לשדל אדם לעברה בלא כל מעשה אקטיבי (שתיקה), עדיין לא ראוי לסווג שידול זה **כמחדל**, שכן לטענתי הגדרת מעשה ומחדל אינה כפופה למבחן התנועה הגופנית.[3] למשל, ייתכנו מקרים שבהם אדם שתק ולא הזיז את גופו, ובכל זאת מבחינה משפטית תוגדר התנהגות זו ״מעשה״, ולעומת זאת ייתכנו מקרים שבהם אדם הזיז את גופו, ובכל זאת תוגדר התנהגות זו ״מחדל״ המחייב

---

1 בועז סנג׳רו, ״שידול במחדל – האמנם בלתי אפשרי?״, **משפטים** טז (תשמ״ו) 482. יש לציין כי גם פלר לא שלל אפשרות של שידול במחדל. ראו: ש״ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך ב, תשמ״ז) בעמ׳ 229.

2 סנג׳רו (לעיל, הערה 1) בעמ׳ 483–484. זו ככל הנראה הייתה גם עמדת בית המשפט העליון לפני תיקון 39 אשר קבע בפרשת קריב כי ״משמעות המונח שידול היא ׳לדבר על לבו של אדם׳... או לפתות אותו. כדי שיורשע אדם בשידול צריך להוכיח מעשה פוזיטיבי מצדו; בידיעה ובשתיקה לא סגי״. ראו: ע״פ 620/75 **מדינת ישראל נ׳ קריב**, פ״ד לא(3) 589, בעמ׳ 610.

3 על פי מבחן התנועה הגופנית – מעשה משמעו תנועה גופנית ומחדל משמעו היעדר תנועה גופנית.

איתור חובה לפעול.[4] עמדתי זו נשענת על רציונל סיבתי שלפיו במקרים מסוימים אין הבדל בין תנועה גופנית להיעדר תנועה גופנית מבחינת יכולת יצירת הסיכון שמוביל לנזק, ומכאן שלתנועה גופנית כשלעצמה אין משמעות מוסרית מבחינת האחריות והאשמה של הפועל.

בהמשך ישיר לגישתי זו אציע שני דגמים המתייחסים להיעדר תנועה גופנית במשפט הפלילי: **הדגם הראשון** שאציג הוא ״היעדר תנועה מאפשר״, כלומר היעדר תנועה שרק מאפשר לסיכון להתממש אך אינו יוצר אותו; **הדגם השני** שאציג הוא ״היעדר תנועה יוצר״, כלומר היעדר תנועה שלא רק מאפשר לסיכון להתממש אלא יוצר את הסיכון מלכתחילה. טענתי היא כי כאשר מדובר בשתיקה מן הדגם השני, מבחינה משפטית מדובר ב״מעשה״ ולא במחדל, וכי המצבים העובדתיים אשר נטען בעניינם כי עולים הם כדי שידול במחדל, אינם אלא שידול במעשה, שכן הם נכללים במסגרת הדגם השני.[5]

יתרה מזאת אטען כי אף אם נקבל את העמדה (שאינני חולק כי קיימים לה תומכים) שלפיה הגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי כפופה למבחן התנועה הגופנית, עדיין ייתכן כי לא נחייב באיתור חובה לפעול במקרה של שידול במחדל, וזאת בהתייחס לרציונל החירות שהוא אחד הרציונלים העיקריים המבחינים בין מעשה למחדל במשפט הפלילי.

בחלקו האחרון של המאמר אראה כי עיון מעמיק בפסקי הדין שעסקו בנושא המחדל במשפט הפלילי מעלה שעמדת הפסיקה הישראלית אינה אחידה בנוגע להגדרת המעשה והמחדל, ולכל הפחות חלק מן השופטים סבורים כי לעתים גם היעדר תנועה גופנית יוגדר ״מעשה״ לצורך המשפט הפלילי. על פי גישה זו עולה כי אמנם ייתכן שידול אשר אינו מצריך תנועה גופנית, אך שידול זה לא יוגדר בהכרח שידול במחדל אלא שידול במעשה.[6]

---

4 יש לציין כי עמדתי חולקת אף על עמדתם של קרמניצר ושגב אשר באה לידי ביטוי במאמרם ״המחדל בדין העונשין״, שכן על אף עמדתם שהגדרת מעשה ומחדל אינה כפופה בהכרח למבחן התנועה הגופנית, בכל זאת נראה כי שתיקה ועמידה במקום ייחשבו למחדל ולא למעשה. ראו: מרדכי קרמניצר ושגב ראם, ״המחדל בדין העונשין״, **ספר תמיר** (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, תשנ״ט) 197.

5 הנפקות המשפטית באשר לשאלה כיצד יוגדר שידול בשתיקה היא משמעותית, שכן אם השתיקה תוגדר מחדל, כי אז, לפי מרבית השיטות, יהיה צורך באיתור חובה לפעול כדי להרשיע את הנאשם. לעומת זאת אם תוגדר השתיקה מעשה מבחינה משפטית, כי אז לא יהיה צורך באיתור חובה לפעול כדי להרשיע. עם זאת כפי שאראה בפרק ה של המאמר, ייתכן שלפי רציונל החירות אף אם שתיקה תוגדר מחדל עדיין אשר לשידול במחדל לא נחייב באיתור חובה לפעול.

6 יצוין כי מאמר זה מניח שקיימות רק שתי אפשרויות לשידול: שידול באמצעות מעשה אקטיבי (בעיקר באמצעות מילים) ושידול באמצעות שתיקה לפי סוגי המקרים שהציג סנג׳רו במאמרו. לפיכך מסקנת מאמרי היא כי שידול במחדל באופן כללי אינו אפשרי, שכן לטענתי שידול בשתיקה אינו מחדל אלא מעשה מבחינה משפטית. אולם אף אם יימצאו מקרים נוספים של שידול שאין בהם תנועה גופנית ואשר שונים מסוגי המקרים שהעלה סנג׳רו במאמרו, הרי שמסקנת מאמרי תתמקד בסוגי המקרים שהעלה סנג׳רו שאמורים להיות מסווגים לדעתי כמעשה ולא כמחדל.

nevo.co.il

סדר המאמר יהיה כדלקמן: בפרק א אציג את עמדת המשפט הישראלי בעניין עברת השידול, ואנסה להראות כי הן סעיף השידול לאחר תיקון 39 והן הפסיקה הישראלית תומכים בעמדה כי שידול אינו מחייב בהכרח מעשה אקטיבי.

בפרק ב אציג את עמדתו של סנג׳רו בנוגע לאפשרות של שידול במחדל וכן אציג תשתית משפטית־פילוסופית אפשרית לעמדתו הגורסת כי הגדרת מעשה ומחדל כפופה למבחן התנועה הגופנית. במסגרת פרק זה אציע הסבר מדוע היתכנותו של שידול במחדל שנויה במחלוקת, ואילו סיוע במחדל אינו שנוי במחלוקת.

בפרק ג אציג את ביקורתי על מבחן התנועה הגופנית, ובפרק ד אציג תשתית משפטית־פילוסופית חלופית שלפיה הגדרת מעשה ומחדל אינה כפופה למבחן התנועה הגופנית. על פי גישה זו אטען כי לתנועה גופנית כשלעצמה אין משמעות מבחינה מוסרית בהתייחס לאחריות ולאשמה של הפועל. במסגרת פרק זה אציע שני דגמים כאמור להיעדר תנועה גופנית, ובהתייחס לשני דגמים אלה אראה כי שידול בשתיקה ראוי שיסווג מבחינה משפטית כשידול במעשה ולא במחדל.

בפרק ה אטען כי אף אם הגדרת מעשה ומחדל כפופה למבחן התנועה הגופנית, עדיין לא נחייב בהכרח לאתר חובה לפעול כדי להרשיע במקרים של שידול במחדל. טענה זו אעלה בהתייחס לרציונל החירות (אשר יוצג להלן), שהוא אחד מן הרציונלים המוצעים להבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפלילי.

בפרק ו אציג את עמדת המשפט הישראלי כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסקי הדין אשר דנו בין היתר בסוגיית המחדל. כפי שאראה במסגרת פרק זה, קיימים פסקי דין המכפיפים את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית, אך מנגד קיימים לא מעט פסקי דין שאינם מכפיפים הגדרה זו למבחן התנועה הגופנית. אליבא דפסקי דין אלה, מבחינה משפטית שתיקה יכולה לעתים להיחשב מעשה.

אני סבור כי אף על פי שמאמר זה מתמקד בעברת השידול, הרי שיש בטענות המועלות בו כדי להשליך ביתר הרחבה על המשפט הפלילי, במיוחד בנוגע לסיווג המקרים של נוכחות או שתיקה שאינם מלווים בתנועה גופנית – הן באשר לסיוע לעברה והן באשר לביצוע העברה העיקרית.

א. שידול בשתיקה – עמדת המשפט הישראלי

בפרק זה וכבסיס להמשך המאמר אעמוד בקצרה על היסוד העובדתי והנפשי של השידול במשפט הפלילי כפי שהוא פורש בפסיקה שבאה לאחר תיקון 39.[7] במסגרת זו

---

7 יש לציין כי בניגוד למשפט הישראלי כיום, על פי המשפט האנגלי והאמריקאי אין הבדל בין מסייע למשדל מבחינת רמת הענישה. יתרה מכך, אין הבדל מבחינת רמת הענישה בין שותפים אלה למבצע העיקרי. ראו למשל בחוק האנגלי: Accessories and Abbetors Act,

אנסה להוכיח, בין היתר, כי עברת השידול בנוסחה כיום אכן מאפשרת להרשיע אדם בשידול אף כאשר לא בוצע כל מעשה אקטיבי, ובמובן זה עמדתי זו עולה בקנה אחד עם עמדתו של סנג׳רו כפי שהובעה במאמרו.

עברת השידול קבועה בסעיף 30 לחוק העונשין,[8] המציין כי ״המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה״. המשדל נחשב לשותף עקיף אך ראשי בביצוע העברה. עקיף משום שתרומתו לעברה אינה פנימית אלא חיצונית, וראשי משום שתרומתו היא מהותית להתרחשות העברה. תרומתו של המשדל באה לידי ביטוי בהיותו מי שנטע בלבו של העבריין העיקרי את ההחלטה לבצע את העברה – אם בנטיעת רעיון העברה מלכתחילה ואם בדרך של הטיית כף המאזניים בביצוע העברה. לכן יש שכינו את המשדל ״האב הרוחני של העבירה״ או ״המבצע האינטלקטואלי״ שלה.[9]

על פי סעיף 30 כאמור עברת השידול היא עברה תוצאתית,[10] הכוללת ארבעה יסודות מבחינת היסוד העובדתי:[11]

(א) רכיב התנהגותי – במסגרת רכיב זה יש להוכיח כי קיימת התנהגות בעלת אופי משדל. כפי שמפורט בסעיף 30, הרכיב ההתנהגותי של עברת השידול כולל

1861, Ch.8. בשל כך נטען כי ההבחנה בין מסייע למשדל במשפט האנגלי־אמריקאי היא בעלת משמעות מועטה. ראו: Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (2009) p. 405; Richard Card, *Card, Cross & Jones: Criminal Law* (2006) p. 819. לכן גם הכתיבה על אודות ההבחנה בין מסייע למשדל במשפט האנגלי־אמריקאי ביחס למדינות אחרות היא מועטה (למשל בגרמניה). ראו לעניין זה: George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978) p. 637.

8 סעיף 30 לחוק העונשין, תשל״ז–1977, ס״ח 226 כפי שתוקן בחוק העונשין (תיקון מס׳ 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ״ד–1994, ס״ח 348.

9 ראו בין היתר: ע״פ 2796/95 **פלונים נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נא(3) 388, בעמ׳ 404 (להלן – פרשת **פלונים**); ע״פ 7894/03 **מסראווה נ׳ מדינת ישראל**, פסקה 23 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 18.2.2008) (להלן – פרשת **מסראווה**). וכך נאמר בפסק דין זה: ״השידול הינו תרומה ראשית, אך עקיפה (׳חיצונית׳), לאירוע העבריין. המשדל הוא שותף ראשי בשל תרומתו המהותית והמכריעה להתרחשות העבירה, שהרי הוא ׳האב הרוחני׳ של העבירה, וללא תרומתו לא היה המבצע העיקרי ניגש לביצוע. עם זאת, תרומתו הינה עקיפה, משום שהיא מחוץ למהלך הביצוע העיקרי של העבירה״. כמו כן ראו: מרים גור אריה, ״הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ״ב–1992״, **משפטים** יד (תשנ״ד) 46; וכן: פלר (לעיל, הערה 1) בעמ׳ 225–226.

10 לעמדה שונה הקובעת כי עברת השידול היא עברה התנהגותית מטרתית ראו: יעקב קדמי, **על הדין בפלילים** (חלק ראשון, תשע״ב) בעמ׳ 461–462.

11 ראו בין היתר: פרשת **מסראווה** (לעיל, הערה 9) בפסקאות 24–25 לפסק דינו של השופט חשין; ע״פ 11331/03 **קיס נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נט(3) 455, בעמ׳ 470–472 (להלן – פרשת **קיס**); ע״פ 1856/10 **ספיה נ׳ מדינת ישראל**, פסקה 40 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 22.11.2010) (להלן – פרשת **ספיה**); ע״פ 8469/99 **אסקין נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נה(2) 65, בעמ׳ 79–81 (להלן – פרשת **אסקין**).

התנהגות של שכנוע, עידוד, דרישה, הפצרה או כל דרך אחרת שיש בה משום הפעלת לחץ.[12] העיקר הוא כי התנהגות המשדל תהיה בעלת ״אפקטיביות פוטנציאלית״ שעשויה להשפיע על המשודל לבצע את העברה מושא השידול.

(ב) רכיב נסיבתי – במסגרת רכיב זה יש להוכיח קיומו של משודל הזקוק להנעה מנטלית לצורך קבלת ההחלטה לבצע את העברה. יש להדגיש כי קיומו של משודל כאמור עשוי להתקיים גם במצבים שבהם רעיון ביצוע העברה עלה לראשונה במחשבתו של המשודל, אך טרם גובשה אצלו ההחלטה לבצעה. במקרה זה אם השידול הוא שהביא לגיבוש ההחלטה הסופית לבצע את העברה, הרי שנתקיים הרכיב הנסיבתי הנדרש בעברת השידול.

(ג) רכיב תוצאתי – ביצוע העברה על ידי המשודל. כאמור, עברת השידול היא עברה תוצאתית, שכן הסעיף קובע במפורש כי המשדל צריך להביא את המשודל לידי עשיית עברה. ללא עשיית עברה לא תתגבש עברת השידול אף על פי שבמקרה זה יהיה אפשר להרשיע, לעתים, בניסיון לשידול. ויש לציין כי כדי להרשיע בשידול לעברה אין צורך להוכיח כי המשודל השלים את ביצוע העברה נושא השידול, אלא די להוכיח כי המשודל ניסה לבצע עברה זו.[13]

(ד) קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העברה על ידי המשודל – יש להוכיח כי התנהגותו של המשדל היא שגרמה למשודל לבצע את העברה. הבדיקה תיעשה לפי המבחנים הרגילים של הקשר הסיבתי, קרי לפי מבחן הסיבה־בלעדיה־אין ולפי המבחן המשפטי המוצא את ביטויו בעיקר במבחן הצפיות. כמצוין בסעיף ב לעיל, דרישת הקשר הסיבתי עשויה להתמלא בין שהמשדל הוא שנטע את רעיון העברה במוחו של המשודל ובין שהמשדל הטה את הכף בקבלת החלטת ביצוע העברה. בהקשר זה יש להדגיש כי תרומתו של המשדל לביצוע העברה על ידי המשודל אינה מתבטאת במישור העובדתי־חיצוני של ביצוע העברה. המשדל אינו מעניק כלים חיצוניים המאפשרים למשודל לבצע את העברה, או מקלים עליו לבצעה. השפעתו של המשדל על המשודל

---

12 יש לציין כי הביטוי ״הפעלת לחץ״ אינו מתייחס לחלופות האחרות הקבועות בסעיף אלא רק לחלופה האחרונה. ראו לעניין זה: שם, בעמ׳ 78. כן ראו: יורם רבין ויניב ואקי, **דיני עונשין** (כרך א׳, תשע״א) בעמ׳ 547.

13 כך לדוגמה, אם א׳ שידל את ב׳ לרצוח, וב׳ ירה בקרבנו והחטיא, הרי שא׳ יואשם בשידול לרצח, ואילו ב׳ יואשם בניסיון לרצח. בנוסף, אם א׳ שידל את ב׳ לרצוח וב׳ במקום לרצוח שכר את שירותיו של רוצח שכיר לביצוע הרצח, הרי שא׳ יואשם בשידול לרצח, וב׳ יואשם אף הוא בשידול לרצח. כלומר אין צורך להוכיח כי המשודל הצליח להוציא אל הפועל את העברה המסוימת שאליה שודל, ודי בכך שניגש לביצוע העברה שאליה שודל באופן שאפשר להאשימו בעברה הנגזרת ממנה כגון בניסיון לבצע את העברה או בשידול לבצע עברה. ראו בין היתר: רבין וואקי (לעיל, הערה 12) בעמ׳ 548.

נעשית במישור המנטלי־רוחני. המשדל גורם לביצוע העברה על ידי יצירה או גיבוש היסוד הנפשי של המשודל.[14]

מבחינת היסוד הנפשי והיות שמדובר בעברה תוצאתית נקבע בין היתר בפרשת **אסקין** כי יש להוכיח שני יסודות עיקריים:[15]

(א) לפי סעיף 20 לחוק העונשין יש להוכיח את מודעות הנאשם לכל רכיבי היסוד העובדתי. במסגרת זו יש להוכיח כי המשדל היה מודע לכך שיש בהתנהגותו כדי להביא את האחר לידי ביצוע העברה מושא השידול. דרישה זו עניינה מודעות לטיב ההתנהגות המשדלת וכן מודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטלית כדי לבצע את העברה מושא השידול.

(ב) מלבד דרישת המודעות כאמור, על המשדל להתכוון להביא את המשודל לידי ביצוע העברה יעד השידול. כלומר, השידול צריך להיות מלווה בשתי מטרות: שאיפה לשידול עצמו ושאיפה מצד המשדל כי העברה אכן תבוצע על כל יסודותיה על ידי המשודל.[16]

---

14 ראו: פרשת **קיס** (לעיל, הערה 11) בעמ׳ 472; פרשת **פלונים** (לעיל, הערה 9) בעמ׳ 406; ש.ז. פלר, ״הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עבירה״, **משפטים** ז (תשל״ז) 232, בעמ׳ 261. יש לציין כי כדי להרשיע בשידול לעברה אין זה מחויב שהמשודל (בניגוד למשדל) יהא מודע להתנהגות השידול ביחס אליו, שכן ייתכנו מצבים שהמשדל – אביה הרוחני של העברה – ישתול את רעיון העברה גם ללא מודעותו של המשודל. ראו: שם, בעמ׳ 237. רבין וואקי (לעיל, הערה 12) בעמ׳ 547. על פי המלומד Bohlander במשפט הגרמני יש מחלוקת בעניין זה. ראו: Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (2009) p. 169. בכל מקרה, בין שיש צורך בקומוניקציה דו־כיוונית ובין שאין צורך בכך, אני סבור כי אין בכך כדי להשפיע על האפשרות לשדל אדם באמצעות שתיקה.

15 פרשת **אסקין** (לעיל, הערה 11) בעמ׳ 81.

16 ראו: פרשת **אסקין** ופרשת **ספיה** (לעיל, הערה 11). בהקשר זה יש לציין כי בפרשת **אסקין** הודגש ההבדל בין היסוד הנפשי של המסייע לבין היסוד הנפשי של המשדל: אצל המסייע יש להוכיח שאיפה לסייע אך לא שאיפה לביצוע העברה, ואילו אצל המשדל יש להוכיח שאיפה לביצוע העברה ולא רק שאיפה לשדל אדם לעברה. לכאורה מלשון סעיף 30 לא נדרש היסוד הנפשי בדבר השאיפה שהעברה תבוצע. עם זאת קובע בית המשפט בפרשת **אסקין** כי הרציונל העומד בבסיס עברת השידול ובבסיס הענישה בגינו תומך בקביעת יסוד נפשי זה. ראשית, המסקנה מתבקשת מאופיו התכליתי של השידול. השידול הוא מעשה הנעה שיש בו כדי להביא אדם אחר לידי עשיית עברה. תכלית זו לא תתמלא אם היסוד הנפשי שיידרש יתמצה רק במודעות לאפשרות של ביצוע העברה. שנית, הטלת אחריות פלילית על אדם רק בשל השפעה אפשרית שעשויה להיות לו על אדם אחר היא בעייתית. קושי זה מתחדד נוכח העובדה שעונשו של המשדל זהה לעונשו של המבצע העיקרי. הטלת אחריות ברמה כזו יכולה להיות מוצדקת רק אם מטרתו של האדם הייתה לשדל את העבריין העיקרי לבצע את העברה. שלישית, על טיבו של היסוד הנפשי הנדרש בעברת השידול אפשר ללמוד גם מתוך השוואה לדינו של המסייע, הקבוע בסעיף 31 לחוק העונשין. הן המסייע והן המשדל הם שותפים עקיפים למבצע העיקרי, שכן הם מצויים מחוץ למעגל הפנימי של ביצוע העברה העיקרית. עם זאת לעומת המסייע שנתפס כשותף עקיף ומשני למבצע העיקרי, המשדל נתפס כשותף עקיף אך ראשי לו. תפיסה זו באה לידי ביטוי גם

nevo.co.il

סעיף 30 לחוק העונשין בנוסחו כיום נוקט לשון אקטיבית (״בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ״) המקשה, לכאורה, על יצירת אפשרות של שידול במחדל. עם זאת אפשר להתגבר על קושי זה באמצעות סעיף 18(ב) לחוק העונשין, הקובע כי ״מעשה״ כולל ״מחדל״ אלא אם נאמר אחרת. במקרה זה סעיף 30 אינו שולל במפורש את עברת השידול במחדל, ומכאן אפשר להסיק לכאורה כי אפשר לעבור את עברת השידול גם באמצעות התנהגות מחדלית.

מלבד זאת, אף אם נאמר כי סעיף 18(ב) אינו מאפשר לעבור עברות במחדל כאשר לשון העברה חוסמת זאת (כך למשל ספק אם אפשר לעבור את עברת האינוס באמצעות מחדל אף על פי שסעיף האינוס אינו שולל במפורש אפשרות זו), במקרה זה אין כל מניעה לטעון שאפשר ״לשכנע״ או ״לעודד״ אדם לבצע עברה אף באמצעות שתיקה ולא רק באמצעות דיבור או מעשה אקטיבי.[17]

בפרשת **וייצמן**[18] למשל דובר על מקרה שבו קיפח שוטר את חייו מפגיעת רכב שנהגו לא ציית להוראת השוטר לעצור. בתוך הרכב נכחו ארבעה אנשים – ויקטור זרגיאן הנהג, ועוד שלושה אנשים: שלומי, אורנה וקרן, חבריו של הנהג. למרות הפגיעה ברח ויקטור מהמקום, וקרן ואורנה שישבו בתוך הרכב לא אמרו דבר ולא עשו דבר. כיוון ששתקו ולא ניסו לגרום לויקטור לעצור ולבדוק את השוטר, הרשיע אותן בית המשפט בסיוע לעברת ההפקרה לאחר פגיעה מכוח סעיף 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש]. במקרה זה קבע השופט חשין כי כיוון ששתקו ולא אמרו דבר, הרי שהתנהגותן עולה כדי מחדל ולא כדי מעשה. מלבד קביעתו כי מדובר במחדל קבע השופט חשין:

> נוכחותן ושתיקתן של אורנה ושל קרן היו, בנסיבות העניין, נוכחות ושתיקה תומכות ומחזקות; תומכות בוויקטור, מחזקות את רוחו ומאמצות את לבו להימלט מן המקום.[19]

וכן בפרשת **לב**[20] דובר על מקרה שבו ידע המערער כי עובדיו מרמים ומזייפים תעודות כדי לקבל כסף שלא כדין. בית המשפט הרשיע את המערער, בין היתר בסיוע לעברת הזיוף, שכן המערער לא מנע מעובדיו לזייף את התעודות ולנסות לקבל כסף שלא

בעונשם של המסייע ושל המשדל: דינו של המסייע הפך להיות (לאחר תיקון 39) מחצית מעונשו של המבצע העיקרי, ואילו עונשו של המשדל נותר זהה לעונשו של המבצע העיקרי. ההבדל ברמת הענישה נובע בין היתר מההבדל ביסוד הנפשי הנדרש להרשעת המשדל אל מול היסוד הנפשי הנדרש להרשעת המסייע. שם, בעמ׳ 82–83. כמו כן ראו גור אריה (לעיל, הערה 9) בעמ׳ 47–48.

17 אף הביטוי ״בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ״ יכול לכלול, לפחות לכאורה, גם לחץ באי־עשייה, כגון לחץ בשתיקה.

18 רע״פ 3626/01 **ויצמן נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נו(3) 187 (להלן – פרשת **ויצמן**).

19 **שם**, בעמ׳ 236.

20 ע״פ 115/77 **לב נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד לב(2) 505 (להלן – פרשת **לב**).

כדין. במקרה זה קבעה השופטת בן־פורת כי מדובר בסיוע במחדל, שכן המערער לא עשה דבר אלא שתק, וכן נקבע כי שתיקה זו תמכה בעובדיו ועודדה אותם לבצע את הזיוף.[21]

משתי פרשות אלו עולה בבירור כי אפשר לעודד אדם אף באמצעות שתיקה. בפרשת **ויצמן** שתיקתן של אורנה וקרן חיזקה ועודדה את רוחו של ויקטור לבצע את עברת ההפקרה, ובפרשת **לב** שתיקתו של המערער עודדה את עובדיו לבצע את הזיוף. מקביעה זו אפשר להסיק כי גם שידול בשתיקה הוא אפשרי, שכן אם אפשר לסייע לעברה באמצעות עידוד בשתיקה, מדוע שלא יהיה אפשר להרשיע בשידול באמצעות שתיקה (בכפוף כמובן לכך שעידוד זה הטה את כפות המאזניים לביצוע העברה העיקרית ועמד ביתר יסודות השידול), שהרי עידוד הוא אחת מן האפשרויות לשידול לפי סעיף 30 לחוק העונשין?

אף על פי שאפשר לשדל אדם באמצעות שתיקה, לטענתי שידול באמצעות שתיקה אינו שידול במחדל אלא שידול במעשה. לצורך הוכחת עמדתי אציג בתחילה את עמדתו של סנג׳רו ואראה מהו הבסיס שעליו נשענת עמדה זו.

ב. גישת סנג׳רו בנוגע לשידול במחדל[22]

1. הצגת המקרים של שידול במחדל

במאמרו זה ציין סנג׳רו כי מרבית המלומדים שעסקו בשידול הפלילי לא התייחסו לסוגיית השידול במחדל, ומכל מקום תיאוריהם את הרכיב ההתנהגותי הנדרש לשם התגבשות עברת השידול אינם מותירים מקום לשידול המתבצע במחדל. בנוסף ציין כי המלומדים שכן התייחסו ישירות לשידול במחדל שללו מכול וכול את פליליותו, וחלקם אף שלל את האפשרות המעשית של שידול במחדל. כדי להפריך גישה זו הציע סנג׳רו שני מקרים שהם לדעתו שידול באמצעות מחדל:

המקרה הראשון[23] עוסק באחיתופל, אשר לו השפעה מכרעת על שמעון. בנוסף מטפל אחיתופל מכוח חוזה בקשישא שהוא אדם חסר ישע. שמעון שוקל לרצוח את קשישא, אולם הוא זקוק לדעתו של אחיתופל כדי להגיע להחלטה מגובשת בדבר הרצח. לצורך כך מוביל שמעון את קשישא תוך כדי איומי אקדח למשרדו של אחיתופל. שמעון מכוון את האקדח לעבר קשישא ואומר לאחיתופל במפורש כי בכוונתו לרצוח את קשישא. אחיתופל יכול למנוע את הרצח באמצעות בקשה משמעון שלא יבצעו.

---

21 שם, בעמ׳ 518–519.
22 סנג׳רו (לעיל, הערה 1).
23 שם, בעמ׳ 487.

אחיתופל מודע לעובדה שאם לא יגיב יראה בכך שמעון אישור שאחיתופל מסכים למעשה. אחיתופל אינו מגיב ושמעון רוצח את קשישא.

המקרה השני[24] עוסק במקרה הדומה לפרשת **לב**. במקרה זה יושב א׳ ליד ב׳ מעבידו ומכין את האביזרים הדרושים לו לצורך זיוף מסמכים. הזיוף העתיד להתבצע נועד למלא משימה שהטיל עליו מעבידו. החלטתו של א׳ לבצע את הזיוף תלויה ביחס המעביד למעשה. המעביד מתבונן בא׳ ובמעשיו ומבין שא׳ יראה בחוסר תגובה מצדו הסכמה למעשה. א׳ מתבונן במעביד בציפייה. המעביד אינו מגיב, והעובד אפוא מתחיל בביצוע עברת הזיוף.

בשני המקרים טען סנג׳רו כי התקיים שידול במחדל. במקרה הראשון אמנם לא נטע אחיתופל בשמעון את הרעיון לרצוח את קשישא, אך כאמור לעיל אין זה הכרחי לצורך התגבשות עברת השידול, ודי בכך שהמשדל ישים קץ ללבטי המשודל בהטיית כפות המאזניים. במקרה זה אחיתופל הטה את כפות המאזניים, שכן היעדר תגובתו סימן לשמעון כי הוא מסכים למעשה, ולפיכך טען סנג׳רו כי אין כל סיבה שלא לראות באחיתופל משדל.

אף מן המקרה השני עולה כי שתיקתו והיעדר הפעולה מצד המעביד הם שהטו את כף המאזניים בכל הנוגע להחלטת העובד לזייף את המסמכים, ולפיכך אין מניעה לראות בכך שידול לעברה.

לצורך השלמת התמונה המשפטית אציין כי כלל ידוע הוא שאי אפשר להרשיע במחדל כאשר אין חובה לפעול. אולם בשני מקרים אלה טען סנג׳רו כי קיימת חובה לפעול. במקרה הראשון החובה מתקיימת מכוח החוזה או מכוח סעיף 322 לחוק העונשין, ואילו במקרה השני החובה לפעול מוטלת על המעביד מכוח אחריותו למעשיו של עובדו.[25]

---

24 שם, בעמ׳ 487–488.

25 שם, בעמ׳ 488–490. אשר למקרה הראשון אפשר לטעון כי הוא בעייתי להוכחת שידול באמצעות מחדל, שכן לכאורה היה מקום להרשיע את אחיתופל בעברת הרצח עצמה ולא בשידול לרצח. במקרה זה הפרת החובה שהוטלה על אחיתופל מכוח סעיף 322 לחוק העונשין גרמה למות קשישא, וכן ההנחה היא כי התקיים בעניינו היסוד הנפשי המתאים להרשעה ברצח. עם זאת ייתכן שלא יהיה ראוי להרשיע את אחיתופל בביצוע הרצח עצמו, שכן אף אם אחיתופל היה משכנע ומעודד את שמעון באמצעות מילים לרצוח את קשישא, נראה כי היה ראוי להרשיעו בשידול לרצח ולא בביצוע הרצח עצמו (בהנחה שאין מדובר במבצעים בצוותא). אם כך בשידול באמצעות מעשה (מילים), קל וחומר במקרה שבו אחיתופל שתק ולא עשה דבר שראוי להרשיעו בשידול ולא בביצוע הרצח עצמו. אין כל היגיון להרשיע אדם אשר שכנע ועודד באמצעות מילים הרשעה חמורה מזו שיורשע בה אדם ששכנע ועודד באמצעות שתיקה. לשון אחר, מהות התופעה במקרה זה היא שידול ולא ביצוע עברה עיקרית, שכן בין ההתנהגות המשדלת לבין המשודל ניצב אדם שהחליט באופן אוטונומי (במקרה זה שמעון) לעבור את העברה.
בנוסף, אף אם המקרה הראשון הוא בעייתי להוכחת שידול באמצעות מחדל, שכן ייתכן שניתן להרשיע את אחיתופל בביצוע העברה העיקרית אף כאשר שמעון החליט באופן

nevo.co.il

בטרם אעבור לרציונלים שבבסיס הגישה הרואה בשתיקת אחיתופל והמעביד מחדל מבחינה משפטית, ברצוני להבהיר בשלב זה היבט חשוב המתייחס להבדל הקיים בין שידול במחדל, שהיתכנותו המשפטית שנויה במחלוקת, לבין סיוע במחדל, אשר היתכנותו אינה שנויה במחלוקת.

2. בין שידול במחדל לסיוע במחדל

כמצוין לעיל, בעניין עברת השידול קיימת מחלוקת אם אפשר לשדל אדם בדרך של מחדל, שכן יש הטוענים ששידול דורש מעשה אקטיבי. לעומת זאת אין חולק כי אפשר לסייע באמצעות מחדל.[26] מה מקורו של שוני זה? מדוע שידול במחדל שנוי במחלוקת, ואילו סיוע במחדל אינו שנוי במחלוקת? אני סבור כי שוני זה מתבסס על ההבדל המהותי שבין תפיסת המשדל כיוזם הרעיוני של העברה, ולכן כקרוב יותר למעשה העברה עצמו, לבין המסייע, הנחשב רק לשותף משני של מבצע העברה.

כאמור לעיל, המשדל הוא שגיבש בלב העבריין את ההחלטה לבצע את העברה, אם בנטיעת רעיון העברה מלכתחילה ואם בגיבוש ההחלטה לבצע את העברה. המשדל הוא שהניע באופן מנטלי את המשודל לבצע את העברה והוא שתרם לגיבוש המחשבה הפלילית הסופית אצל המשודל.[27] מלבד זאת, התנהגות המשדל צריכה להיות תנאי־בלעדיו־אין לביצוע העברה, באופן שללא התנהגות המשדל לא הייתה העברה מתבצעת כלל. לכן נחשב המשדל שותף עקיף אך ראשי לעבירה, ולכן יש הרואים בו

אוטונומי לעבור את העברה, עדיין אין זה מאיין את המקרה השני (ומקרים דומים לו) אשר בו אי אפשר להרשיע את המעביד בביצוע העברה העיקרית אלא רק בשידול. במקרה השני, אף אם מוטלת על המעביד החובה למנוע מן העובד את מלאכת הזיוף, אי אפשר לכאורה להרשיעו בזיוף עצמו, שכן מבחינה עקרונית המעביד לא זייף את המסמך (וזאת אף לפי סעיף 18(ב)) לחוק העונשין), ולפיכך אפשר להרשיעו בשידול בלבד. נראה שהוא הדין גם במקרה הזה: נניח שא׳ משדל את ב׳ באמצעות שתיקה לבצע בג׳ את עברת האינוס לפי סעיף 345 לחוק העונשין, ונניח שלא׳ הייתה חובה להגן על ג׳ מכוח סעיף 322 לחוק העונשין. במקרה זה יהיה ראוי להרשיע את א׳ בשידול לאונס ולא באונס עצמו גם כאשר הייתה לו חובה לפעול. הרשעת א׳ באונס תהיה הרחבת יתר של עברת האינוס עצמה.

26 דין הסיוע מפורט בסעיף 31 לחוק העונשין. לעניין האפשרות של הרשעה בסיוע במחדל ראו בין היתר: Andrew P. Simester and G.R. Sullivan, *Criminal Law Theory and Doctrine* (2000) pp. 194–197; David Ormerod, *Smith and Hogan's Criminal Law* (2011) p. 197; פלר (לעיל, הערה 1) בעמ׳ 241–243; פרשת **וייצמן** (לעיל, הערה 18) ופרשת **לב** (לעיל, הערה 20); ע״פ 325/64 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ ירקוני**, פ״ד יח(4) 20; ע״פ 6327/97 **פוליאקוב נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נג(1) 289. ע״פ 2247/10 **ימיני נ׳ מדינת ישראל**, פסקה 33 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 12.1.2011) (להלן – פרשת **ימיני**). כמו כן ראו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון־מורג, ״על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל״, **עלי משפט** ד (תשס״ה) 175; קדמי (לעיל, הערה 10) בעמ׳ 475.

27 ראו: פרשת **פלונים** (לעיל, הערה 9) בעמ׳ 406.

האב הרוחני של העברה או המבצע האינטלקטואלי שלה. אחריותו הפלילית של המשדל אינה נגזרת אפוא מן העובדה שלא מנע את העברה, או בכך שאפשר את ביצועה או הקל אותה, אלא מכך שהגה את רעיון העברה, יזם אותה או הטה את כפות המאזניים כאשר מבצע העברה היסס. לפיכך בין היתר עונשו של המשדל זהה לעונשו של המבצע העיקרי.

לעומת המשדל תרומת המסייע לעברה היא משנית ואף לא תמיד הכרחית (כדי להרשיע את המסייע לא צריך להוכיח כי ללא הסיוע לא הייתה העברה מתרחשת). תרומתו היא רק אמצעי עזר לביצוע העברה. בניגוד למשדל, המסייע אינו תורם לגיבוש המחשבה הפלילית של המבצע העיקרי, ותרומתו באה לידי ביטוי בעזרה (שאינה הכרחית) לקיום היסוד העובדתי של המבצע. מכיוון שהמסייע נחשב לשותף עקיף ומשני לביצוע העברה, די להוכיח בין היתר כי התנהגותו אפשרה את ביצוע העברה או הקלה את ביצועה, ואין צורך להוכיח כי המסייע היה הגורם הפעיל בבסיס מזימת העברה או שהיה הגורם הרעיוני שלה.[28] היבט עובדתי זה של המסייע (ועמו יסוד נפשי שונה) הוא הבסיס לכך שעונשו של המסייע, בניגוד לעונשו של המשדל, הוא מחצית מעונשו של המבצע העיקרי.[29]

העובדה כי המסייע הוא שותף עקיף ומשני לביצוע העברה (להבדיל ממשדל שהוא שותף עקיף אך ראשי), המרוחק מהביצוע הישיר של העברה, היא שמרחיבה את קשת המקרים שבהם אפשר לסייע לביצוע העברה, ובכך היא גם מסבירה מדוע אפשר לסייע באמצעות מחדל.[30] כאמור, היסוד העובדתי של הסיוע יכול להתמלא, בין היתר בכך שהמסייע הקל את ביצוע העברה, אפשר את ביצועה או יצר תנאים לשם ביצועה, ואין כל סיבה להניח כי יסוד עובדתי זה אינו יכול להתבצע באמצעות התנהגות מחדלית. למשל, סוהר שלא נעל את שערי הכלא כדי לאפשר לאסיר לברוח יכול להיות מורשע בסיוע לבריחה.[31] או מנהל שלא מנע מעובדו לקחת שוחד,[32] עלול להיות מורשע בסיוע לשוחד, שכן הוא הקל או אפשר את ביצוע עברת השוחד.

לעומת המסייע, המשדל קרוב יותר למעשה העברה עצמו, שכן הוא שגרם מבחינה רעיונית למעשה העברה עצמו, ונראה כי הנחת המלומדים השוללים את רעיון השידול במחדל היא שכדי להיות היוזם הרעיוני והרוחני של העברה וכדי לטעת בלב העבריין את

---

28 ראו: ע״פ 9716/02 **רימאוי נ׳ מדינת ישראל**, פסקה 22–23 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 15.2.2010); ע״פ 320/99 **פלונית נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נה(3) 22, בעמ׳ 32–33.

29 סעיף 32 לחוק העונשין.

30 יש לציין כי עמדה זו עולה בקנה אחד עם עמדתו של גבריאל הלוי המציין בספרו: ״ככל שהשותפות ׳מתרחקת׳ מן הביצוע העיקרי, הישיר והיחיד על ציר אפיון הישירות – עקיפות, רמת הספציפיות של היסוד העובדתי הנדרש יורדת באופן יחסי״. ראו: גבריאל הלוי, **השותפות לדבר עבירה** (תשס״ח) בעמ׳ 473.

31 סעיף 258 לחוק העונשין.

32 סעיף 290 לחוק העונשין.

רעיון העברה או אף להטות את כפות המאזניים, יש צורך במעשה אקטיבי ואי אפשר להסתפק בהתנהגות פסיבית.[33]

כעת אפנה לבחון את התאוריות היכולות להיות בסיס לקביעתו של סנג׳רו כי המקרים הללו מסווגים כשידול במחדל.

3. מבחן התנועה הגופנית והתאוריות התומכות במבחן זה

כפי שאפשר לראות מן המקרים שהוצגו לעיל, הנחת המוצא של סנג׳רו היא ששתיקה שאינה כרוכה בתנועה גופנית תסווג מבחינה משפטית לעולם כ״מחדל״ ולא כ״מעשה״. משכך, יש לסווג את התנהגות אחיתופל והמעביד כמחדל המחייב איתור חובה לפעול. גישה זו מכפיפה את הגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי למבחן התנועה הגופנית. קרי, מעשה הוא תנועה גופנית, ואילו מחדל משמעו היעדר תנועה גופנית. להלן אציג כמה אפשרויות לתשתית המשפטית־פילוסופית שעליה נשענת עמדה זו.[34]

(א) רציונל הסיבתיות

אפשר לומר כי הגדרת מעשה ומחדל זהה לפרשנות הניתנת לה בשפה הטבעית. כך, לפי מור (Moore), מעשה משמעו תנועה גופנית רצונית של הפועל, ואילו מחדל משמעו היעדר תנועה גופנית של הפועל. לכן לפיו כאשר הפועל הזיז את שרירי גופו ובעקבות זאת הקרבן מת, כי אז המקרה מוגדר כהמתה במעשה אשר אינה מחייבת איתור חובה

---

33 כפי שציינתי בתחילת המאמר, יש ששללו את ההיתכנות העובדתית בשידול במחדל.

34 לכותבים אשר עסקו בסוגיה זו ראו בין היתר: יצחק קוגלר, ״דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקת הדרישה, היקף חלותה, והעיגון הפורמלי של החובות לפעול״, **מחקרי משפט** כ (תשס״ג) 201; קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 4); קרמניצר ומורג (לעיל, הערה 26); George P. Fletcher, “On the Moral Irrelevance of Bodily Movements”, 142 *U. Pa. L. Rev*. (1994) 1443; Philippa Foot, “Killing and Letting Die”, *Killing and Letting Die* (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross-eds., 1994) 283; Jeff McMahan, “Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid”, *Killing and Letting Die* (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross-eds., 1994) 383; Michael S. Moore, *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law* (1993) pp. 25–60; Michael S. Moore, “More on Act and Crime”, 142 *U. Pa. L. Rev.* (1994) 1749; Frances M. Kamm, “Action, Omission, and the Stringency of Duties”, 142 *U. Pa. L. Rev*. (1994) 1493; O.H. Green, “Killing and Letting Die”, 17 *APQ* (1980) 195; P.J. Fitzgerald, “Acting and Refraining”, 37 *ANALYSIS* (1967) 133; Leo Katz, “Proximate Cause in Michael Moore’s Act and Crime”, 142 *U. Pa. L. Rev*. (1994) 1513; להצגת הרציונליים השונים והצגת הביקורת עליהם ולרשימת מקורות נוספת ראו: רוני רוזנברג, **השפעתן של הבחנות מוסריות על מעשה ומחדל במשפט הפלילי הישראלי** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן, תש״ע), בעמ׳ 56–167.
כמו כן להצגת רציונל חדש המבחין בין מעשה למחדל במשפט הפלילי תוך יישומו להבחנה שבין המתה להנחה למות ראו: שם, בעמ׳ 168–207.

לפעול כדי להרשיע, ואילו כאשר הפועל לא הזיז את שרירי גופו והקרבן מת, כי אז נדרוש חובה לפעול כדי להרשיע.

> Omissions are simply absent actions. An omission to save life is not some kind of ghostly act of saving life, and certainly not some ghostly kind of killing. It is literally nothing at all….actions are event particulars of a certain kind, namely, willed bodily movements. Anticipating the results of that analysis, we can then say that omissions are the absence of any willed bodily movements.[35]

לכן טוען מור באשר להמתות חסד, כי כאשר רופא מנתק חולה ממכונת הנשמה, הוא גורם במעשה למותו של אדם ולא רק במחדל כפי שנוטים לחשוב חלק מן המשפטנים והפילוסופים העוסקים בסוגיה זו. לפי מור, ניתוק המכונה הוא תנועה גופנית, ולכן אין לראות בניתוק זה אי־חיבור למכונת ההנשמה מלכתחילה.[36] כמו כן טוען מור כי אם אדם קשר לעצמו את שתי ידיו כדי להימנע מאכילה, הרי שלא ביצע מחדל של אי־אכילה (בהנחה שהייתה לו חובה לאכול) אלא מעשה שמנע את אכילתו.[37]

עמדתו של מור, המכפיפה את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית, צומחת מהרציונל שהוא מציע להבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפלילי, שלפיו מעשה שמזיק הופך את מצב הקרבן לרע יותר, ואילו מחדל אינו הופך את מצב הקרבן לטוב יותר, אך הוא גם אינו הופכו לרע יותר. רציונל זה מושתת על תפיסה סיבתית הקובעת כי רק תנועה יכולה לגרום לשינוי בעולם, ורק שינוי כזה יכול לגרום לנזק בסיטואציה רלוונטית. לעומת זאת היעדר תנועה אינו יכול ליצור שינוי בעולם, ועל כן אינו יכול לגרום לנזק.[38]

לפי מור הנימוק לצורך באיתור חובה לפעול במקרה של מחדל נובע באופן טבעי מהרציונל המבחין בין מעשה למחדל במשפט הפלילי, שהוא רציונל סיבתי: במעשה – שהוא תנועה גופנית – קיים קשר סיבתי בין המעשה לבין הנזק הרלוונטי, ואילו במחדל – שמשמעו היעדר תנועה גופנית – אין מתקיים קשר סיבתי בינו לבין הנזק הרלוונטי. לכן, כאשר רופא לא נתן אינסולין לחולה והחולה מת, אין מתקיים לפי מור קשר סיבתי בין היעדר מתן התרופה לבין מות החולה. כדי שיהיה אפשר להרשיע את הרופא בהריגה, הגם שאין מתקיים קשר סיבתי, יש צורך בהפרתה של חובה לפעול. במילים אחרות, היעדר הקשר הסיבתי הפיזי הוא שמצריך את החובה לפעול כאשר מדובר במחדל.[39] מור מודע לעובדה שכדי להרשיע אדם בעברת המתה נדרשת הוכחה לקיומו של קשר סיבתי

35 Moore, *Act and Crime* (לעיל, הערה 34) בעמ׳ 28–29.
36 שם, בעמ׳ 26–27.
37 שם, בעמ׳ 87.
38 שם, בעמ׳ 25, 28–29.
39 Moore, "More on Act and Crime" (לעיל, הערה 34) בעמ׳ 1784–1785.

עובדתי, אך הוא טוען כי כאשר מדובר במחדל, אין מדובר בקשר סיבתי פיזי אלא בהסבר סיבתי, שמשמעו אם האדם היה ממלא את חובתו, אזי המוות לא היה מתרחש.[40]

אם ניישם את עמדתו של מור בשידול במחדל נוכל להסיק כי אף הוא יגדיר את המקרים שהעלה סנג׳רו כמחדלים המצריכים חובה לפעול כדי להרשיע, שכן במקרים אלו לא הייתה תנועה גופנית.

(ב) רציונל החירות

גם על פי רציונל החירות (אשר יפורט מיד), המבחן המקובל להגדרת מעשה ומחדל לעניין הצורך באיתור החובה לפעול הוא מבחן התנועה הגופנית. כלומר, תנועת שריר שגרמה לנזק תסווג כמעשה, ואילו היעדר תנועת שריר שגרמה לנזק יוגדר מחדל.[41] על פי קוגלר, רציונל החירות מבוסס על כך שאיסור על מעשה שגורם לנזק אינו פוגע פגיעה קשה בחירות הפעולה של האזרח, שכן לא נדרש ממנו אלא להימנע מפעולה כלשהי. לעומת זאת איסור על מחדל שגורם לנזק כן פוגע פגיעה קשה בחירות האזרח, היות שאיסור זה היה גורם שבכל רגע נתון היה האזרח חייב להפסיק את עיסוקיו כדי למנוע נזק של אדם אחר. לפי נימוק זה, אילו בכל העברות (במיוחד עברות תוצאה) היה אפשר להרשיע בגין גרימה במחדל אף בלא קיומה של חובה ספציפית לפעול, כי אז היינו חייבים לעזוב את כל מעשינו ולהתגייס לפעול. המערכת המשפטית צריכה לאפשר לאנשים לנהל את חייהם הרגילים באופן סביר מבלי שבכל עת הם ייאלצו לנטוש את עיסוקיהם ולצאת למשימות הצלה שונות ומגוונות.[42]

---

40 שם.

41 קוגלר (לעיל, הערה 34) בעמ׳ 226–232.

42 שם, בעמ׳ 214. לעמדה דומה ראו: Simester and Sullivan (לעיל, הערה 26) בעמ׳ 61–70. יש שיקול נוסף שמעלים לעתים במסגרת תאוריית החירות, אך הוא שונה מעט מהאמור לעיל. יש שטוענים כי המשפט הפלילי ממעט בחקיקת עברות מחדליות, שכן הן מגבילות את חירותו של הפרט יותר מעברות נגד מעשים מסוימים. הטענה היא כי איסור על מחדל מאפשר לאזרח לקיים פעולה אחת אך הוא מונע ממנו לעשות הרבה פעולות אחרות. לעומת זאת איסור על מעשה אוסר עליו לעשות פעולה אחת אך מאפשר לו לעשות מגוון רב של פעולות אחרות. על טיעון זה נמתחה ביקורת האומרת כי אין זה נכון לקבוע כי עברות מחדל פוגעות יותר מעברות האוסרות על מעשה. השאלה בנוגע לפגיעה בחירות היא נגד מי מופנית העבירה ומהם רצונותיו של האדם הספציפי שהעברה מופנית אליו. למשל, האיסור לעשן אינו פוגע באדם שאינו מעוניין כלל לעשן, אך הוא פוגע מאוד באדם שמעשן תדיר. העובדה שהוא יכול לשיר או לרקוד במקום לעשן עדיין אינה מונעת את הפגיעה בחירותו. ראו: Fletcher (לעיל, הערה 34) בעמ׳ 1450–1451. לעומת שיקול זה, השיקול האמור בדיון שלעיל שונה מעט. הטיעון האמור אכן מניח כי כאשר מדובר באיסור על מעשה, עדיין מתאפשרת לאזרח החירות לבצע מגוון פעולות אחרות, ולעומת זאת כאשר מדובר באיסור על מחדל, מגוון הפעולות מצטמצם. אך טיעון זה מוסיף כי בעברות תוצאה (בדרך כלל ללא התנהגות מוגדרת) הצורך לפעול הוא צורך תדיר המתחדש כל הזמן ועל כן תהיה פגיעה קשה בחירות.

nevo.co.il

החובה לפעול במקרה של מחדל מבקשת אפוא לצמצם את מספר המקרים שבהם האזרח צריך לפעול כדי למנוע נזק בכלל ומוות בפרט, ובכך היא מצמצמת את הפגיעה בחירותו ומאפשרת לו לחיות את חייו הרגילים ולהגשימם לפי בחירתו והבנתו.

קוגלר סבור כי מבחן התנועה הגופנית עולה בקנה אחד עם רציונל החירות. איסור על מעשה המוגדר כתנועה גופנית אינו פוגע קשות בחירות האדם, שכן עדיין פתוחות בפניו אפשרויות אחרות לפעולה. לעומת זאת איסור על מחדל המוגדר כאפס מעשה כן פוגע בחירות האדם, שכן איסור זה מחייב את האדם לבצע מעשים, וכאשר מדובר במקרים תדירים, הרי שהאדם לא יוכל לנהל את חייו באופן סביר. אם הייתה מוטלת על האדם חובה כללית למנוע נזק, הרי שבכל פעם שנודע לו על נזק העומד להתרחש היה האדם צריך להפעיל את שריריו באופן שימנע את הנזק. כיוון שהאדם אינו יכול להיות בשני מקומות באותה העת, ומאחר שאינו יכול לבצע בשריריו פעולות רבות בו־זמנית, הרי שכמעט בכל פעם הוא היה צריך לנטוש את מהלך חייו הרגיל. כאשר מדובר בגיוס תדיר ביותר, מדובר בהפרה בוטה של מהלך החיים הרגיל. לעומת זאת כאשר האיסור הוא על גרימת תוצאות בתנועות שרירים המציאות שונה. בכל פעם שמתעורר חשש של גרימת תוצאה אסורה בתנועת שרירים, ההפרעה אינה בוטה משום שפתוחות בפני האדם אפשרויות פעולה רבות אחרות.[43]

כמצוין לעיל, גם סנג׳רו תומך במבחן התנועה הגופנית כמבחן המבדיל בין מעשה למחדל במשפט הפלילי, שכן זוהי ההגדרה הטבעית הקודמת למשפט של מושגים אלה.[44] לפיו, הגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי כפופה להגדרה הפיזיולוגית של מעשה ומחדל. אם מבחינה פיזיולוגית ההבחנה היא בין תנועה גופנית (מעשה) לאי־תנועה גופנית (מחדל), כי אז גם מבחינה משפטית ההגדרה צריכה להיות כפופה למבחן התנועה הגופנית. היות שמבחינה פיזיולוגית שתיקה היא היעדר תנועה גופנית, מבחינה משפטית אי אפשר לסווגה כ״מעשה״ אלא כ״מחדל״, ומשכך, לדעת סנג׳רו, יש לסווג את המקרים שהעלה כמקרים של שידול במחדל.[45]

---

43 קוגלר (לעיל, הערה 34) בעמ׳ 233–234.

44 סנג׳רו (לעיל, הערה1) בעמ׳ 478, הערה 30. יש לציין כי גם לפי סנג׳רו אין זה הכרחי שאחיתופל והמעביד יימנעו מכל פעילות אקטיבית ברגעים שבהם הייתה להתנהגותם השפעה מכרעת על המשודלים. ייתכן לדוגמה שאחיתופל והמעביד עסקו במלאכת כתיבה ונמנעו מלומר מפורשות כי פעולות המשודלים אינן מקובלות עליהם. גם אז היה מדובר במחדל, שכן במקרה זה לא הכתיבה גרמה לשידול אלא השתיקה באשר למעשים היא ששידלה בכך שהטתה את כף המאזניים. הכתיבה במקרה זה לא תרמה דבר לשידול עצמו. דוגמה נוספת: במקרה שבו ראובן רואה את שמעון טובע בים, ייתכן שהוא שרק או הלך או שתה. עדיין מדובר כאן במחדל משפטי, שכן מחדל הוא הימנעות מעשייה מסוימת שיש חובה לעשותה. ראו גם: קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 4) בעמ׳ 207.

45 לכאורה אפשר להעלות את האפשרות כי סיווג התנהגות מסוימת כמעשה או כמחדל יכולה להתברר לפי השאלה שאנו שואלים את הנאשם בסיטואציה הרלוונטית. לדוגמה: כאשר ראובן יורה בשמעון וממיתו, השאלה שאנו שואלים היא מדוע **עשית** את מעשה הירי?

ג. ביקורת על מבחן התנועה הגופנית

עד עתה צעדתי יד ביד עם גישתו של סנג׳רו, ולפיה שידול יכול להתבצע בשתיקה בלא צורך בתנועה גופנית. מכאן ואילך נפרדות דרכינו המשפטיות, שכן לדעתי ייתכנו מקרים שבהם אדם שתק ולא הזיז את גופו, ובכל זאת מבחינה משפטית יהיה ראוי לסווג התנהגות זו כ״מעשה״ ולא כ״מחדל״. מנגד ייתכנו מקרים שהייתה בהם תנועה גופנית אך מבחינה משפטית ראוי לסווגם כ״מחדל״. גישתי זו נובעת מן העמדה כי מבחן התנועה הגופנית אינו המבחן המתאים להגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי, ומכוח גישה זו אציע לראות בשידול בשתיקה שידול במעשה ולא שידול במחדל. להלן ארבע דוגמאות אשר תבהרנה את עמדתי:

1. ״תזוזה״ – ראובן יורה בשמעון, שמעון זז, והכדור פוגע בלוי וממית אותו (אפשר להניח שלשמעון יש שריון והוא לא היה נפגע מכדורו של ראובן).
2. ״מוות מקור״ – שמעון עומד למות מקור. כדי להינצל הוא מעוניין להיכנס לביתו של ראובן, אך ראובן אינו מעוניין להכניס את שמעון ונועל את דלת ביתו, ושמעון מת.
3. ״אי־תזוזה״ – שמעון עומד להיתקל בראובן. אם ראובן ייוותר במקומו שמעון ימות. אם ראובן יזוז שמעון יינצל. ראובן נותר לעמוד במקומו, ושמעון מת.
4. ״חרם כיתתי״ – בני כיתתו של שמעון מחליטים להחרימו ולהפסיק לדבר עמו. שמעון אפוא נפגע מאוד.[46]

ומכאן שמדובר בהתנהגות אקטיבית. לעומת זאת כאשר ראובן לא הציל את שמעון מטביעה, אנו שואלים אותו: מדוע **לא עשית** מעשה הצלה? מקרה זה מסווג כמחדל היות שאנו רוצים להרשיעו בגין דבר שהנאשם לא עשה. לכאורה, במקרה של שידול בשתיקה אנו שואלים את אחיתופל: מדוע לא התנגדת למעשה הרצח? ומכאן, לכאורה, מדובר במחדל. אך אני סבור כי שאלות אלו לא יעזרו לנו במקרה זה (ובמקרים אחרים), שכן אפשר לשאול את אחיתופל גם שאלה זאת: מדוע ישבת ושתקת? והשאלה שתחזור ותישאל היא אם ראוי ששתיקה במקרה זה תסווג כמעשה מבחינה משפטית או כמחדל. השאלה הבסיסית שיש לחזור אליה היא מהו הרציונל המבחין בין מעשה למחדל במשפט הפלילי, ומהי ההגדרה הנובעת מאותו רציונל, וכפי שאראה להלן, אני סבור כי ראוי לסווג שתיקה זו כמעשה מבחינה משפטית, שכן מדובר בשתיקה שהיא יוצרת את הנזק ולא רק בשתיקה המאפשרת אותו. גם המקרים שיובאו להלן במסגרת הביקורת על מבחן התנועה הגופנית מוכיחים כי שאלות אלו אינן מובילות בהכרח לתוצאה הנכונה. למשל, במקרה ״מוות מקור״ שיובא להלן אנו שואלים את ראובן: מדוע עשית את מעשה נעילת הדלת? ובכל זאת, לטעמי, ראוי לסווג מקרה זה כמחדל ולא כמעשה מבחינה משפטית.

46 אני מודע לכך שחרם כיתתי אינו עברה פלילית, אך אין זה משנה לעניין ההבנה כי גם שתיקה יכולה לגרום לנזק, ובמקרים מסוימים אין כל הבדל בין שתיקה לבין דיבור. עם זאת במקרה זה אפשר היה לטעון כי קיים מעשה אקטיבי שהוא ההסכם הכיתתי לחרם. אך יש לשים לב שהנזק נוצר משתיקת בני הכיתה ולא מההסכם. ויתרה מזו, אשר לתלמידים שלא

בשני המקרים הראשונים הייתה תנועה גופנית, והם אף מקיימים את מבחן הקשר הסיבתי העובדתי של סיבה־בלעדיה־אין. במקרה הראשון שמעון זז, ולכן לוי מת, ובמקרה השני ראובן נעל את הדלת, ולכן שמעון מת. על פי מבחן התנועה הגופנית נראה כי מקרים אלו יסווגו כהמתה במעשה, שכן בשני המקרים יש תנועה גופנית אשר לה קשר סיבתי למות הקרבן, ולפיכך לפי מבחן זה לא נדרוש איתור חובה לפעול כדי להרשיע. עם זאת נראה כי ראוי יותר לסווג מקרים אלה כהמתה במחדל (או במינוח אחר, כהנחה למות – letting die) ולא כהמתה במעשה. למשל, במקרה ״תזוזה״ ראוי להרשיע את שמעון בעברת ההריגה רק אם הייתה לו חובה לעמוד במקום ולא לזוז. וכן במקרה של ״מוות מקור״ נראה ראוי להרשיע את ראובן בהריגה רק אם הייתה לו חובה להשאיר את הדלת פתוחה. ואם אכן הסיווג הראוי למקרים אלה הוא מחדל, כי אז מבחן התנועה הגופנית שגוי.

ודוק: מקרים אלה שונים ממקרים אחרים שבהם אדם עשה מעשה אקטיבי בעת המחדל, אך למעשה האקטיבי לא הייתה כל השפעה על התוצאה. לדוגמה, במקרה שבו ראובן רואה את שמעון טובע בים ואינו מצילו, ראובן יכול לשתות, לשיר, לשרוק או לרקוד בזמן היעדר ההצלה, אך מבחינה משפטית עדיין נסווג התנהגות זו כמחדל (המצריך איתור חובה לפעול כדי להרשיע), שכן לפעולות אלו לא היה כל קשר לתוצאה. כלומר אנו נטען כי הפעולות הללו לא תרמו דבר לתוצאת הטביעה. לעומת זאת במקרים שהצגתי לעיל כביקורת על מבחן התנועה הגופנית, לפעולה של לוי (במקרה ״תזוזה״) ולפעולה של ראובן (במקרה ״מוות מקור״) היה לכאורה קשר לתוצאה, שכן אם הם לא היו זזים, שמעון לא היה מת.[47]

עד עתה הראיתי כי קיימים מקרים שיש בהם תנועה גופנית אך מבחינה משפטית ראוי לסווגם כמחדל. כעת אראה כי קיימים מקרים שאין בהם תנועה גופנית אך ראוי לסווגם כמעשה.

המקרה השלישי אינו כרוך בתנועה גופנית, שכן ראובן החליט לעמוד במקומו ולא לזוז, אך נראה כי לא נדרוש כלל חובה לפעול כדי להרשיע את ראובן בהריגה (בכפוף להתקיימות היסוד הנפשי) אף על פי שראובן לא הניע את שרירי.

רקחו את ההסכם להחרים את שמעון אלא רק שיתפו פעולה, ברור שרק שתיקתם יצרה את הפגיעה. מקרה נוסף אשר במסגרתו שתיקה אינה שונה ממעשה יכול לבוא לידי ביטוי לדעתי בעברת האיומים (סעיף 192 לחוק העונשין). הסעיף מציין כי ״המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר, בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו, דינו – מאסר שלוש שנים״. אם שמעון מאיים על לוי כי ראובן יפגע במשפחתו, וראובן, שהוא עבריין ידוע, יושב ליד שמעון ושותק, אפשר לדעתי להרשיע גם את ראובן בעברת האיומים מכוח סעיף 192 לחוק העונשין, גם ללא איתור חובה לפעול ביחס לראובן. במקרה זה עצם שתיקתו של ראובן מהווה איום.

47 ראו גם: Moore, *Act and Crime* (לעיל, הערה 34) בעמ׳ 24–31.

גם המקרה הרביעי אינו כרוך בתנועה גופנית, שכן בני כיתתו של שמעון לא עשו דבר – הם פשוט הפסיקו לדבר עמו. עם זאת קשה לראות שוני מבחינת חומרת ההתנהגות והאחריות בגינה בין הפגיעה שתיווצר באמצעות מילים לבין הפגיעה הקשה שיכולה להיווצר באמצעות החרם הכיתתי (כלומר באמצעות שתיקה ללא תנועה גופנית).

ארבעת המקרים שהוצגו לעיל מוכיחים אפוא שמבחן התנועה הגופנית אינו המבחן המתאים לצורך הגדרת "מעשה" ו"מחדל" במשפט הפלילי.

חשוב להדגיש כי אף אם אני סבור כי הגדרת מעשה ומחדל אינה כפופה למבחן התנועה הגופנית, עדיין אינני סבור שהאינטואיציה המשפטית שלנו בסיווג ארבעת המקרים דלעיל תלויה ביסוד הנפשי של הפועל. קרי, אף אם כוונתו של שמעון (במקרה "תזוזה") וכוונתו של ראובן (במקרה "מוות מקור") הייתה מלווה בכוונה רעה להמית את הקרבן, בכל זאת תסווג התנהגותם כמחדל המחייב איתור חובה לפעול. וכך בנוגע לסיווג המקרים "אי תזוזה" ו"חרם כיתתי" – לשיטתי, מקרים אלה מסווגים מבחינה משפטית כמעשה ללא קשר לכוונתו של ראובן או לכוונת בני כיתתו של שמעון.

ד. התפיסה המשפטית־פילוסופית המוצעת המנתקת את הגדרת מעשה ומחדל ממבחן התנועה הגופנית, וההשלכות הנובעות מכך

1. התנהגות כמחוללת או יוצרת את האיום או הסיכון שהוביל לנזק

לעיל הצגתי שני רציונלים המבחינים בין מעשה למחדל במשפט הפלילי אשר מהם נובע כי מבחן התנועה הגופנית הוא לכאורה המבחן המתאים לסיווג מעשה ומחדל במשפט הפלילי. כעת ברצוני להציג רציונל שונה העומד בבסיס ההבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפלילי. בהתייחס לרציונל זה אנסה להראות כי לא רק שקיימים מקרים שיש בהם תנועה גופנית וראוי לסווגם כמחדל, אלא אף יותר מכך, קיימים מקרים שאין בהם כלל תנועה גופנית אך ראוי לסווגם מבחינה משפטית כמעשה ולא כמחדל. בהתייחס לרציונל זה אראה כי המקרים שאוזכרו לעיל כשידול בשתיקה צריכים להיות מסווגים כשידול במעשה ולא כשידול במחדל.

לפי רציונל זה, ההבחנה בין מעשה למחדל נעוצה בגישה סיבתית שונה מגישתו של מור. ההבחנה בין מעשה למחדל לפי רציונל זה טמונה בהבדל שבין התנהגות אשר מחוללת או יוצרת את הסיכון שהוביל לנזק לבין התנהגות שרק אפשרה לסיכון להתממש. הרעיון שעומד בבסיס רציונל זה הוא כי התנהגות שיוצרת את הסיכון מטילה אחריות ואשמה גדולים יותר על הפועל מאשר התנהגות שרק מאפשרת לסיכון להתממש.

על פי גישה זו, כאשר הפועל יצר או חולל את הסיכון שגרם לנזק הרלוונטי, מדובר במעשה, ואילו כאשר הפועל לא יצר או חולל את הסיכון אלא רק אפשר לו להתממש,

nevo.co.il

מדובר במחדל. כדי לדעת מי יצר את האיום שגרם לנזק הרלוונטי יש צורך לעבור שני שלבים: בשלב הראשון אנו מזהים את הסיבה לנזקו של האדם, ובשלב השני אנו מבררים מי יצר את האיום שגרם לנזק הרלוונטי.[48] למשל: כאשר ראובן יורה בשמעון ושמעון מת – בשלב הראשון אנו מזהים כי שמעון מת מפגיעת הכדור, ובשלב השני אנו מזהים בראובן את מי שיזם את פגיעת הכדור בשמעון. כלומר מבחינה משפטית אנו מסווגים את התנהגותו של ראובן כמעשה לא בשל העובדה הפיזיולוגית המבוססת על כך שראובן הזיז את שרירי אצבעותיו וירה בשמעון אלא משום שראובן יצר את הסיכון שהוביל למותו של שמעון. לעומת זאת במקרה רגיל שבו ראובן ראה את שמעון טובע בים ולא הצילו, אנו מתייחסים להתנהגותו של ראובן כמחדל לא בשל העובדה הפיזיולוגית כי ראובן לא הניע את שרירי גופו אלא משום שבסיטואציה הרלוונטית איננו רואים בראובן מחולל או יוצר סיבת המוות של שמעון. במצב זה אנו טוענים כי גלי הים הם שגרמו למותו.

בניגוד לגישתו של מור, הרציונל השם את הדגש ביוצר הסיכון מוביל לכך שבמצבים מסוימים גם מקרים שיש בהם תנועה גופנית יוגדרו מחדל ולא מעשה, שכן במקרים אלה הפועל לא יצר את הסיכון אלא רק אפשר לו להתממש. מקרה ״תזוזה״ שהצגתי לעיל משקף רעיון זה. לשיטתי, מבחינה משפטית מקרה זה מסווג כמחדל אף על פי שמדובר במקרה שבו שמעון הניע את שרירי גופו ולוי מת בהמשך. במקרה זה איננו רואים בשמעון מחולל או יוצר הסיכון אלא בראובן, שכן ראובן הוא שירה את הכדור והוא שיצר את האיום הראשוני שהוביל למוות. תזוזתו של שמעון רק אפשרה לסיכון שיצר ראובן – להתממש.[49] מקרה ״מוות מקור״ שהוצג לעיל הוא דוגמה נוספת לכך: נעילת

---

48 ראו לעניין זה: Foot (לעיל, הערה 34) בעמ׳ 281–282.

49 ראו לעניין זה גם את עמדתו של McMahan בדבר ההבחנה שבין המתה להנחה למות. על פי McMahan, ההבחנה נעוצה בשאלה אם הפועל יצר או חולל את האיום, או שהוא רק אפשר לאיום להתממש. McMahan מציג בין היתר שני מקרים להוכחת טענה זו: ״ילד הולנדי 1״ – ילד הולנדי מבחין בסכר העומד להיפרץ ולגרום למותם של כל יושבי העיר. לכן הוא מניח את אצבעו ומונע את פריצת הסכר. לאחר כמה שעות הוא מתעייף וחוזר לביתו. בעקבות זאת הסכר נפרץ, וכל יושבי העיר מתו. ״ילד הולנדי 2״ – ילד הולנדי מבחין בסכר העומד להיפרץ ולגרום למותם של כל יושבי העיר. לכן הוא מניח את אצבעו ומונע את פריצת הסכר. לאחר כמה שעות בא אביו ולוקח את הילד. בעקבות זאת הסכר נפרץ, וכל תושבי העיר מתו. לפי McMahan, מקרה ״ילד הולנדי 1״ ראוי להיות מסווג כהנחה למות, ואילו מקרה ״ילד הולנדי 2״ ראוי להיות מסווג כהמתה ולא כהנחה למות. הנימוק להבדל הוא כי במקרה ״ילד הולנדי 1״ איננו רואים בהסרת האצבע על ידי הילד יצירת איום חדש, שכן זהות מסיר המגן זהה לזהות מניח המגן מלכתחילה. הילד הוא שהניח את האצבע והוא שהסיר אותה. הסרת האצבע במקרה הזה היא פשוט חזרה למצב שבו הילד לא התערב מלכתחילה. לעומת זאת ב״ילד הולנדי 2״ אנו רואים בהסרת האצבע על ידי האב יצירת איום חדש, שכן אין זהות בין מסיר המגן למניח המגן. במצב זה אם האב לא היה מתערב כלל, הם היו ניצלים על ידי הבן. לכן אנו רואים בהתערבות האב יצירת איום חדש שגרם למותם של תושבי העיר, ולפיכך פעולה זו מסווגת על פי McMahan כהמתה ולא כהנחה למות. ראו:

הדלת של ראובן לא יצרה את הסיכון אלא רק אפשרה לנזק שאותו יצר הקור – להתממש.[50]

על אף האמור, בהתייחס לרציונל יצירת הסיכון, היה אפשר לטעון כי רק מעשה שמשמעו תנועה גופנית יכול ליצור סיכון, ואילו היעדר תנועה גופנית אינו יכול כלל ליצור סיכון, ועל כן היעדר תנועה גופנית יוגדר לעולם מחדל ולא מעשה. אני סבור כי

McMahan (לעיל, הערה 34) בעמ׳ 389–390. יש לציין כי לפי McMahan הסיווג אינו קשור ליסוד הנפשי של האדם (כלומר שבמקרה ״ילד הולנדי 1״ מדובר בהנחה למות כי הילד היה עייף, ואילו במקרה ״ילד הולנדי 2״ מדובר בהמתה במעשה כי הילד רצה להמשיך, ולאב לא הייתה הצדקה להפסיק את פעולת הבן). סיווג המקרה לפיו הוא ניטרלי והוא אינו קשור לשיפוט המוסרי של המקרים הללו.

50 אני ער לעובדה כי השאלה מתי הפועל יצר את הנזק ומתי הוא רק אפשר לאיום להתממש אינה שאלה פשוטה. למשל, אפשר להעלות מקרה שונה מ״תזוזה״, ולפיו שמעון לא רק זז ממקומו אלא אף תפס את לוי והניח אותו כמגן מפני הכדור שירה ראובן (מקרה זה יכונה להלן ״מגן״). במקרה זה נראה ברור שמבחינה משפטית אנו רואים בזה המתה במעשה ולא המתה במחדל (ואינני מתייחס כאן להגנות האפשריות ששמעון יכול להעלות). אולם מדוע שלא נאמר ב״מגן״ כי שמעון רק אפשר לאיום שבו התחיל ראובן – להתממש? אפשר לענות על כך כי במקרה ״מגן״ שמעון יצר איום חדש ולא רק אפשר לאיום המוקדם של ראובן להתממש. אפשר להמחיש זאת בין היתר באמצעות השאלה מה היה קורה אם שמעון לא היה קיים. אם שמעון לא היה קיים אמנם לוי היה מת מהכדור של ראובן, אך הוא היה מת באופן שונה (הכדור היה צריך לעבור מסלול מעט שונה, הוא היה פוגע בלוי באופן שונה, בזמן שונה מעט וכדומה). מעובדה זו אפשר להסיק שמעשהו של שמעון יצר איום חדש ולא רק אפשר לאיום המוקדם להתממש.

דוגמה נוספת ואף בעייתית יותר לסיווג מתייחסת למקרה אחר השונה מעט מ״תזוזה״ (אשר יכונה להן ״הסטה״). במקרה זה שמעון לא הזיז את עצמו אלא יהודה הסיט את שמעון כדי שהכדור יפגע בלוי. גם במקרה זה נראה כי מדובר בהמתה במעשה מצד יהודה ולא במחדל. אך לכאורה ההבדל היחיד הוא שבמקרה ״תזוזה״ שמעון הסיט את עצמו, ובמקרה ״הסטה״ יהודה הסיט את שמעון – מדוע שיהיה הבדל מבחינת האחריות והאשמה בין שמעון ב״תזוזה״ ליהודה ב״הסטה״? נראה שוב שאפשר לטעון כי במקרה ״הסטה״ יהודה יצר איום חדש כלפי לוי שלא היה קיים לפני כן. לעומת זאת במקרה ״תזוזה״ אין מדובר ביצירת איום חדש. הכיצד? ב״הסטה״ אם יהודה לא היה קיים, הרי שלוי לא היה מת, ועל כן אפשר לומר שמעשהו של יהודה הוא יצירת איום חדש. לעומת זאת ב״תזוזה״ – אם שמעון לא היה קיים, לוי עדיין היה מת בדיוק באותו אופן שהוא מת כאשר שמעון זז, ועל כן איננו רואים בזאת יצירת איום חדש.

אך יש לציין כי לא תמיד השאלה מה היה קורה אם הפועל לא היה קיים תניב תשובה חד־משמעית לשאלה אם מדובר ביצירת איום אם לאו. למשל, במקרה ״מוות מקור״ אפשר להעלות את השאלה מה היה קורה אם ראובן לא היה קיים, אך לא ברור מה תהא התשובה, שכן ייתכן שאדם אחר היה מניח לו להיכנס. בכל מקרה ברור כי השאלה מה היה קורה אם הפועל לא היה קיים היא רק שאלת עזר לקביעה אם מדובר ביצירת איום או לא. כמו כן העובדה שקיימים מקרים המצויים ב״התחום האפור״ שבהם תהא קיימת שאלה אם מדובר ביצירת סיכון אם לאו, אין בה כדי לאיין את ההבחנה המהותית והבסיסית בין יצירת הסיכון לבין נתינה לסיכון להתממש. ראו גם: Katz (לעיל, הערה 34).

מדובר בטענה שגויה, שכן גם התנהגות שאינה מלווה בתנועה גופנית, כשתיקה או כעמידה במקום, יכולה ליצור סיכון. אני סבור כי גישה זו אינה שולית כלל, ויש לה תומכים רבים מתחום הפילוסופיה של המדע והמוסר (אף על פי שהם כמובן לא התייחסו למקרים של שידול).

כך עולה למשל מתורת הפעולה של דייווידסון (Davidson). על פיו, כשם שקיים קשר סיבתי בין שני אירועים, והאירוע הראשון הוא הסיבה והאירוע השני הוא התוצאה, כך קיים קשר סיבתי בין פעולה מנטלית של האדם לבין הפעולה הפיזית־חיצונית שלו.[51] כאשר ראובן יורה בשמעון, אזי קיים קשר סיבתי בין הפעולה המנטלית, שהיא ההחלטה לירות בשמעון, לבין הירי עצמו. ההחלטה לירות בשמעון היא הגורם לירי בשמעון. פעולות מנטליות שהן גורם לתוצאה הם אירוע לכל דבר ועניין, ופעולות אלו מגוונות, כגון החלטה לבצע פעולה, חישוב מסוים, שיפוט ועוד.[52]

לכן במקרה שבו ראובן יורה בשמעון ושמעון מת מתקיימים שני קשרים סיבתיים: הראשון הוא בין הכוונה או ההחלטה לירות בשמעון לבין הירי בשמעון, והשני הוא בין הירי בשמעון לבין המוות שלו.

נראה לפי דייווידסון כי כשם שקיים קשר של סיבה ותוצאה בין פעולת הירי לבין המוות של שמעון, כך ייתכן שקיים קשר של סיבה ותוצאה בין שתיקה מכוונת של אדם לבין נזק שנגרם מאותה שתיקה. אם נבחן למשל את המקרה ״חרם כיתתי״ שהצגתי לעיל (במסגרת הביקורת על מבחן התנועה הגופנית) אפשר לומר לפי דייווידסון כי שתיקת הכיתה שנבעה מהחלטה מכוונת (פעולה מנטלית) יצרה את הנזק שנגרם לשמעון. כלומר, בסופו של דבר, לפי דייווידסון הפעולה המנטלית שבאה לידי ביטוי בהחלטה לשתוק יצרה את נזקו של שמעון. בהקשר זה יש לציין כי לפי דייווידסון מחדלים מכוונים הם מעשים לכל דבר ועניין:

> The word “action” does not very often occur in ordinary speech, and when it does, it is usually reserved for fairly portentous occasions. **I follow a useful philosophical practice in calling anything an agent does intentionally an action, including intentional omissions.**[53]

ויש להדגיש, בהתייחס לעמדתו של דייווידסון אין אני טוען כמובן כי יש להעניש אדם על מחשבותיו, שכן כידוע ״אין עונשין על דברים שבלב״. אני טוען כי לפי התאוריה של דייווידסון כאשר **נגרם לאדם נזק** בגלל אי־מניעתו על ידי אדם אחר, אפשר

---

51 Donald Davidson, “Actions, Reason, and Causes”, *Essays on Action and Events* (2001) 3; כמו כן ראו: Donald Davidson, “Mental Events”, *Essays on Action and Events* (2001) 208.

52 שם.

53 שם, בהערה 2 (ההדגשות שלי – ר״ר).

לומר במצבים מסוימים כי היעדר המניעה (כאשר הוא מכוון לפי דייוויידסון) הוא שגרם לנזק. כלומר, התאוריה של דייוויידסון יכולה להוות תשתית אפשרית לעמדה כי גם היעדר תנועה, במצבים מסוימים, יכול ליצור סיכון שמוביל לנזק.

אף אם לא נסבור, כפי שטוען דייוויידסון, כי מחדלים מכוונים הם מעשים לכל דבר ועניין, הרי שיש שיטענו כי מחדלים יכולים לגרום לתוצאה משום שרכיבי הקשר הסיבתי (הסיבה והתוצאה) אינם צריכים להיות אירועים שהתרחשו בעולם (events – כמו תנועה גופנית)[54] אלא עובדות (facts). מלור (Mellor) מוכיח את הטענה כי עובדות ולא אירועים הן הרכיבים של קשר סיבתי במקרים שבהם מתקיים לכאורה קשר סיבתי הגם שלא כלול בהם אירוע. למשל, נפילתו של ראובן גרמה למותו בשל עצמותיו השבירות.[55] לפי היגד זה, העובדה שעצמותיו של ראובן היו שבירות גרמה למותו עקב הנפילה. מכיוון שתכונת השבירות של עצמות ראובן אינה אירוע, ברור שאף עובדות יכולות לגרום לתוצאות.

מלור מוכיח את טיעונו אף ממקרים נגטיביים הדומים למחדלים: על פיו אם ניתן לומר שהנפילה של ראובן גרמה למותו אזי ניתן לומר שאי נפילתו של ראובן גרמה לכך שהוא לא מת.[56] ומכאן ברור לפי מלור, כי גם מחדל שלא כרוך בתנועה גופנית יכול לגרום לתוצאת נזק.

גם פוט (Foot), אשר דנה באופן ספציפי בהבחנה שבין המתה (killing) להנחה למות (letting die) מבחינה מוסרית, טוענת כי אין לשים את הדגש בתנועתו הגופנית של הפועל, וכי אף היעדר תנועה גופנית יכול ליצור סיכון שיוביל לנזק. לפיכך טוענת פוט כי

---

54 יש לציין כי ההגדרה של אירוע הייתה מקור לאי־בהירויות בנוגע לסיבתיות. ההגדרה לאירוע הנראית לי סבירה היא הגדרתו של Mellor. לפיו, אירוע הוא התרחשות בזמן ובמקום מסוימים, וההתרחשות ניתנת לבידול הן מבחינת המיקום שלה במרחב והן מבחינת המיקום שלה בזמן. כלומר, אירוע דורש התרחשות (שהיא מטבעה נמשכת) מסוימת בזמן ובמרחב, או במילים אחרות: אירוע דורש שינוי במצב הדברים הקיים בעולם. התרחשות יכולה להיות קצרה כמו צילום תמונה או ארוכה כמו קרב בעת מלחמה. אך בכל מקרה ההתרחשות מצריכה מרווח של זמן ומרחב. בכך נבדל אירוע מבחינת תיאורית מאובייקטים אחרים הניתנים לבידול מבחינת המיקום שלהם במרחב אך הם אינם ניתנים לבידול מבחינת המיקום שלהם בזמן. ראו: Dov H. Mellor, *The Facts of Causation* (1995) p. 121.
כמו כן לעמדה הקובעת כי אין מתקיים קשר סיבתי במחדל (מלבד עמדתו של Moore) ראו גם ש.ז. פלר **יסודות בדיני עונשין** (כרך א׳, תשמ״ד) 429. נראה כי זו עמדתם גם של לוי ולדרמן. לפיהם, כאשר המשפט מתייחס לקשר סיבתי במקרים של מחדלים, מדובר בקשר סיבתי משפטי ולא עובדתי: ״קשר סיבתי בין מחדל לבין תוצאות הנובעות ממנו הוא ביטוי בעל משמעות משפטית בלבד, שהרי מבחינה פיסיקאלית אפס מעשה לעולם לא יגרום לתוצאה״. י׳ לוי וא׳ לדרמן **עיקרים באחריות הפלילית** (תשמ״א) 342. כמו כן לטענה כי קשר סיבתי מתקיים רק בין שני אירועים, ועל כן מחדל של אי־עשייה אינו יכול לגרום לתוצאה, ראו: Helen Beebee, "Causing and Nothingness", *Causation and Counterfactuals* (John Collins, Ned Hall and L.A. Paul eds., 2004) 291.

55 Mellor (לעיל, הערה 54) בעמ׳ 106–109.

56 שם, בעמ׳ 132.

קיימים מקרים המסווגים כהנחה למות שיש בהם תנועה גופנית, אולם מנגד קיימים מקרים המוגדרים כהמתה שאין בהם בהכרח תנועה גופנית.

> The first kind of allowing requires an omission, but there is no other general correlation between omission and allowing, commission and bringing about or doing. An actor who fails to turn up for a performance will generally spoil it rather than allow it to be spoiled. I mentioned the distinction between omission and commission only to set it aside.[57]

לאור רציונל יצירת הסיכון ראוי לסווג את המקרים ״אי־תזוזה״ ו״חרם כיתתי״ כמעשה ולא כמחדל אף על פי שאין בהם תנועה גופנית. במקרה ״אי־תזוזה״ כאמור ראובן נותר לעמוד, וכתוצאה מכך שמעון מת. במצב זה עמידתו במקום של ראובן היא שיצרה את סיבת מותו של שמעון ולא רק אפשרה לאיום להתממש. ובמקרה ״חרם כיתתי״ – אין מדובר במצב שבו היה קיים איום ושתיקת הכיתה גרמה לו להתממש. במקרה זה השתיקה עצמה יצרה את הפגיעה בשמעון, ועל כן ראוי להגדיר שתיקה זו מעשה ולא מחדל (במקרה הרלוונטי).

יש לציין כי העמדה שהצגתי לעיל, הרואה (במצבים מסוימים) אף בשתיקה ״מעשה״ מבחינה משפטית, שונה גם מן העמדה שהובעה על ידי קרמניצר ושגב במאמרם ״המחדל בדין העונשין״.

לפיהם אמנם הגדרת מעשה ומחדל אינה כפופה בהכרח למבחן התנועה הגופנית, שכן קיימים מקרים שיש בהם תנועה גופנית שיוגדרו מחדל, וקיימים מקרים שאין בהם תנועה גופנית ומוגדרים מעשה. עם זאת המקרים שאין בהם כלל תנועה גופנית אשר יוגדרו מעשה יצטמצמו על פי קרמניצר ושגב למקרים של שליטה על כוח פיזיקלי או מכני ולא למקרים של שתיקה או עמידה במקום כפי שתוארו לעיל.

> ההגדרה [של מחדל] היא צרה מדי מפני שהיא מתעלמת מהאפשרות של שליטה, ללא תנועה גופנית או הפעלת שרירים, על כוח פיסיקלי או מכני; מה שמוליך למסקנות לא רצויות, כמו למשל, למסקנה שנהיגה במכונית ללא הפעלת שרירים היא מחדל. הרצון להגדיר את הנהיגה כמעשה נובע מהשליטה המוחלטת והבלעדית של הנוהג על רכבו ומהסכנה הטמונה בכלי הרכב.[58]

---

57 Philippa Foot, “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect”, *Killing and Letting Die* (Bonnie Steinbock and Alastair Norcross eds., 1994) 266, p. 273. למאמר נוסף שבו עסקה Foot בנושא ההבחנה שבין המתה להנחה למות ראו: Foot (לעיל, הערה 34).

58 קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 4) בעמ׳ 207. לעניין זה ראו גם: *Fagen v. Commissioner of Metropolitan Police* [1961] 1 Q.B. 439. במקרה זה נפסק כי נהג שכלי רכבו עלה בטעות

כמו כן במסגרת מאמרם התייחסו קרמניצר ושגב לפרשת **לורנס**, שם הואשם אדם בגרימת מוות ברשלנות בשל השתתפותו במעין משחק ״רולטה רוסית״. בפרשה זו קבע השופט דב לוין כי התנהגותו של הנאשם הייתה התנהגות אקטיבית אשר באה לידי ביטוי בין היתר ב״נוכחות ושתיקה״. על פי קרמניצר ושגב, קביעת השופט בהקשר זה תמוהה, שכן לא ברור מדוע נוכחות ושתיקה היא התנהגות אקטיבית.[59] מכאן אפשר להסיק כי גם לפיהם שתיקת אחיתופל והמעביד תוגדר מחדל במשפט הפלילי, וזאת בניגוד לעמדה שהצגתי לעיל.

בנוסף יש לציין כי עמדתי שונה גם מגישת השופט עמית בפרשת **ימיני**, אשר ציין בקצרה את מבחן יצירת הסיכון כמבחן אפשרי להבחנה בין מעשה למחדל. אלא שהוא הדגיש במפורש כי הֶחְדֵּל (וכאן הוא מתכוון להתנהגות פסיבית) אינו יוצר את הסיכון, והוא אינו בעל שליטה על מהלך העניינים, בניגוד לעושה האקטיבי, שהוא בעל השליטה ויוצר הסיכון.[60] בניגוד לכך אני מוכיח במאמר זה כי כפי שייתכנו מקרים שיש בהם מעשה אקטיבי אך הם ראויים להיות מסווגים כמחדל ולא כמעשה, שכן המעשה האקטיבי לא יצר את הסיכון, התנהגות פסיבית יכולה לעתים ליצור סיכון, ובמקרה זה היא ראויה להיות מסווגת מבחינה משפטית כמעשה ולא כמחדל.

מן האמור לעיל עולה אפוא כי לתנועה גופנית כשלעצמה אין משמעות מוסרית מבחינת האחריות והאשמה בהיבט של יצירת הנזק,[61] שכן כפי שניסיתי להראות, הן תנועה גופנית הן היעדר תנועה גופנית יכולים ליצור את הסיכון שהוביל לנזק. מכאן

על רגלו של שוטר, והוא השאיר את רכבו על רגלו של השוטר, התנהג בצורה אקטיבית ולא פסיבית אף על פי שלא הפעיל את שרירי כאשר היה מודע לכך.

59 קרמניצר ושגב (לעיל, הערה 4) בעמ׳ 209.

60 ראו: פרשת **ימיני** (לעיל, הערה 26) בפסקה 39 לפסק דינו של השופט עמית. העובדה שהשופט עמית סבור כי התנהגות פסיבית אינה יוצרת סיכון עולה גם מהצגת מבחן הדומיננטיות של קרמניצר ושגב שבו נטען כי התנהגות אקטיבית יוצרת מצב מסוכן לעומת התנהגות פסיבית שאינה יוצרת מצב מסוכן אלא רק לא מונעת אותו. נראה שהשופט עמית אינו חולק על קביעות אלו, ומכל מקום אין זה מצוין בגוף פסק הדין, ראו: שם, בפסקה 40 לפסק דינו של השופט עמית.

61 אפשר היה לומר כי גם אם נניח שלתנועה גופנית כשלעצמה אין משמעות בהיבט של גרימת נזק במובן זה שגם שתיקה או עמידה במקום יכולות לגרום לנזק, בכל זאת אפשר לומר שיש לה משמעות מבחינת הפגיעה בחירות האדם. כפי שצוין לעיל, הגדרת מעשה ומחדל המוכפפת למבחן התנועה הגופנית אמורה לשמור על חירות האדם, שכן איסור על מחדל (המוגדר כאי־תנועה גופנית) פוגע בחירות האדם יותר מאיסור על מעשה (המוגדר כתנועה גופנית), ועל כן במקרים של מחדל יש צורך באיתור החובה לפעול. שמירה על חירות האדם היא סיבה מספיקה כדי לשמר את מבחן התנועה הגופנית לעניין הגדרת מעשה ומחדל. עם זאת, כפי שאטען להלן, גם לפי רציונל החירות, במקרים שבהם שתיקה או עמידה במקום יוצרות את הנזק או את הסיכון, הרי שגם לפי רציונל החירות לא נחייב לאתר חובה לפעול. ולכן במקרים שמתקיים בהם שידול באמצעות שתיקה לא נחייב לאתר חובה לפעול, גם לפי רציונל החירות, שכן במקרים אלה אין פגיעה בחירות האדם (גם ללא צורך באיתור חובה לפעול).

nevo.co.il

מובנת גם העמדה כי מבחן התנועה הגופנית אינו המבחן הראוי להגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי.[62]

2. שני דגמים להיעדר תנועה גופנית

מתוך העמדה הסיבתית שהצגתי לעיל, אשר על פיה השאלה הבסיסית שיש לשאול לצורך הגדרת מעשה ומחדל היא אם הפועל יצר או חולל את הסיכון שהוביל לנזק, וכי היעדר תנועה גופנית יכול לחולל וליצור סיכון, אפשר לחלץ שני דגמים להיעדר תנועה גופנית:

הדגם הראשון הוא אי־מניעת הסיכון שגרם לנזק. דגם זה מתייחס למצבים שבהם היעדר התנועה הגופנית לא מנע את הסיכון אך גם לא יצר אותו מלכתחילה. אפשר לכנות היעדר תנועה זו – ״היעדר תנועה מאפשר״. במצבים אלה האיום כבר קיים, אך האדם לא זז ולא מנע מהסיכון להתממש. המקרה הקלסי של מצבים אלה הוא המקרה של אדם אשר לא מנע טביעת אדם אחר. במקרה זה סיכון הטביעה קיים ללא כל קשר למציל הפוטנציאלי, והמציל אפשר לסיכון הטביעה להתממש. מקרה זה אינו שונה ממקרה רגיל של מחדל המחייב איתור חובה לפעול כדי להרשיע.

הדגם השני הוא יצירת הסיכון שגרם לנזק. דגם זה מתייחס למצבים שבהם היעדר התנועה הגופנית עצמו יצר או חולל את הסיכון שהוביל לנזק. אפשר לכנות היעדר תנועה זו ״היעדר תנועה יוצר״. במצבים אלה השתיקה או העמידה במקום לא רק אפשרה לסיכון להתממש אלא היא עצמה יצרה את הסיכון. אפשר לומר כי במצבים מעין אלו חוסר התנועה זהה למעשה אקטיבי, ובמקרים אלו לא נחייב באיתור חובה לפעול כדי להרשיע, שכן מבחינת האחריות והאשמה אין שוני בין יצירת נזק במעשה לבין יצירת נזק בשתיקה.

המקרים ״אי־תזוזה״ ו״חרם כיתתי״ הם כאמור לעיל מקרים המאפיינים היעדר תנועה שיצר את הנזק ולא רק אפשר את התממשותו. דוגמה נוספת המשקפת רעיון זה ניתנה על

---

62 לעמדה השוללת גם את מבחן התנועה הגופנית (הגם שלא התייחסה לנושא השידול ולמבחן יצירת הסיכון) ראו: Fletcher (לעיל, הערה 7) בעמ׳ 601–602. כמו כן ראו: Fletcher (לעיל, הערה 34) בעמ׳ 1445. הגישה של Fletcher מתיישבת יפה עם עמדתו באשר למהות דרישת המעשה במשפט הפלילי. על פיו הדגש בדרישת המעשה צריך להיות בהשפעה או בקשר שיש להתנהגות האדם על הסביבה החברתית שלו. בכך הוא יוצא נגד הגישה המכניסטית של Moore, אשר הוצגה לעיל (כך הוא מכנה אותה), הקובעת כי מעשה הוא תנועה גופנית הנובעת מן הרצון. לפיו, הדגש בדרישת המעשה אינו בהבנה הפיזיולוגית־מדעית של מעשה אלא בהשפעה שיש למעשה על הסביבה החברתית של האדם. ראו: George P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, International* (2007) p. 283. גם אלה שכתבו על Fletcher וספרו הזה הבינו כי הדגש הוא בהשפעה שיש להתנהגות על הסביבה החברתית של האדם. ראו: Francisco Munoz Conde and Luis Erensto Chiesa, "The Act Requirement as Basic Concept of Criminal Law", 28 *Cardozo L. Rev.* 2461, pp. 2463–2464 (2007).

ידי Rachels.[63] ראובן מבקש ללחוץ יד לשמעון, ושמעון, בכוונה, אינו מושיט את ידו חזרה. אי־הושטת היד מצד שמעון גרמה להיעלבותו של ראובן. במקרה זה שמעון לא עשה כל תנועה גופנית, ובמובן זה הוא לא עשה מעשה. אך אין שוני מהותי בין מקרה זה למקרה שבו שמעון גידף את ראובן. אי־הגשת היד זהה מבחינה מוסרית לגידוף המעליב את שמעון.[64]

להלן אראה כיצד החלוקה לשני הדגמים כאמור משפיעה על סיווג המקרים של שידול בשתיקה.

3. סיווג מקרי השידול שהוצגו לעיל לפי התפיסה שאינה מכפיפה את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית

נשוב כעת למקרי השידול אשר הוצגו לעיל. לדעתי, גם המקרה הראשון (״אחיתופל״) וגם המקרה השני (״המעביד״) מתייחסים למצב שבו השתיקה היא שתיקה

---

63 James Rachels, "Killing and Starving to Death", 54 *Philosophy* (1979) 159, p. 166. ראו גם דוגמת עברת האיומים שהעליתי במסגרת הערה 46.

64 יש לציין כי בית המשפט אשר עסק בפרשת **ימיני** במקרה של סיוע במחדל, דן באפשרות לראות בשתיקה מעשה אקטיבי. פרשה זו דנה במקרה שבו נהרגה מיטל אהרונסון ז״ל, וחברתה מלי יזדי נפצעה באורח קשה מפגיעת רכב דוהר שלא ציית לרמזור אדום. ברכב היו הנהג שי סימון ונוסע נוסף אשר ישב לצדו, שלום ימיני. לאחר הפגיעה המשיך נהג הרכב בנסיעתו הפרועה והפקיר את השתיים. נהג הרכב הורשע בעברת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין ובעברת ההפקרה לאחר פגיעה לפי סעיף 64א לפקודת התעבורה [נוסח חדש]. הנוסע, שלום ימיני, הורשע בסיוע להפקרה. אחד הדיונים בפסק הדין נסב על הרשעתו של ימיני בסיוע במחדל לעברת ההפקרה. נקבע כי כאשר נהג הרכב ברח ממקום התאונה והפקיר את הולכות הרגל, ימיני שתק ולא עשה דבר. שתיקה זו הייתה לדעת בית המשפט סיוע לעברת ההפקרה, שכן היא עודדה את הנהג להפקיר את הולכות הרגל.
במסגרת דיון זה העלה בית המשפט את האפשרות לראות בשתיקה של ימיני מעשה אקטיבי ולייתר את הצורך באיתור חובה לפעול כדי להרשיע אותו. בית המשפט ציין כי בפסיקה אין אחידות דעים בשאלה אם לסווג שתיקה כמעשה או כמחדל, וכי ייתכן ששתיקה היא תלוית נסיבות. בסופו של דבר בפסק הדין עצמו החליט בית המשפט להרשיע את ימיני בסיוע במחדל תוך איתור חובה לפעול. לעניין דיון זה ראו: פרשת **ימיני** (לעיל, הערה 26) בפסקה 40 לפסק דינו של השופט עמית.
במאמר זה כאמור אני מסכים כי לעתים יש לסווג שתיקה כמעשה ולעתים כמחדל, אלא שבניגוד לפסק הדין אני מצביע על המבחן הראוי לביצוע ההבחנה **שבין שתיקה לשתיקה** – מבחן יצירת הסיכון. אם השתיקה יצרה את הסיכון, כי אז היא תסווג כמעשה, אך אם השתיקה אפשרה לסיכון להתממש, כי אז היא תסווג כמחדל. כמו כן פסק דין ימיני עסק בסוגית הסיוע במחדל. במאמר זה אני מראה כי על פי מבחן יצירת הסיכון, **שידול בשתיקה** להבדיל **מסיוע בשתיקה** אמור להיות מסווג תמיד כמעשה, שכן טבעו של השידול הוא ליצור את הסיכון לביצוע העברה. בנוסף, השופט עמית הבחין בפרשת **ימיני**, בין היתר באמצעות מבחן יצירת הסיכון, בין מעשה אקטיבי להתנהגות פסיבית. אני מראה שמבחן יצירת הסיכון אינו מבחין רק בין אקטיביות לפסיביות אלא גם בין פסיביות לפסיביות, כלומר בין שתיקה לשתיקה (ולעתים גם בין מעשה אקטיבי היוצר סיכון לבין מעשה אקטיבי שרק אינו מונע מהסיכון להתממש).

nevo.co.il

"יוצרת" ולא רק שתיקה "מאפשרת". כלומר, בשני המקרים השתיקה **יצרה** את פעולת המשודל ולא רק אפשרה לה להתממש. במקרה הראשון שתיקתו של אחיתופל שכנעה ועודדה את שמעון לרצוח את ראובן, ובמקרה השני שתיקתו של המעביד עודדה ושכנעה את העובד לזייף את המסמכים. בשני המקרים הללו אין מדובר במקרה שבו המשודל (שמעון או העובד) נמצא בהליך של שידול על ידי צד ג', ואחיתופל או המעביד מניחים לשידול להתרחש. במקרים מעין אלה ייתכן שהיה אפשר להרשיע את אחיתופל או את המעביד בעברה מסוימת אך לא בשידול. לעומת זאת במקרים המתוארים לעיל אחיתופל והמעביד היו המשדלים עצמם, אלא שפעולת השידול הייתה השתיקה. לדעתי, מבחינה משפטית אין לסווג מקרים אלה כמחדל אלא כמעשה, שכן במקרים הללו השתיקה היא שיצרה את הסיכון בכך שהטתה את כפות המאזניים של המשודל. במילים אחרות, אשר להתנהגות המשדלת, אין כל הבדל אם המשודל שוכנע באמצעות מילים שיצאו מפיו של המשדל או שהוא שוכנע באמצעות שתיקתו של המשדל. בהקשר זה יש להדגיש כי אמנם במרבית המקרים של שידול בשתיקה יהיה מדובר בבעל תפקיד ששידל את הכפוף אליו לבצע מעשה, אך לא בהכרח, שכן ייתכנו מקרים שבהם המשודל היה חברו הקרוב או קרוב משפחתו של המשדל (ללא יחסי מרות או כפיפות במקום העבודה), ושתיקת המשדל בהקשר הרלוונטי הטתה את כף המאזניים בגיבוש החלטת המשודל לבצע את העברה.

כמצוין בתחילת המאמר, יש המכנים את המשדל "האב הרוחני של העברה" או "המבצע האינטלקטואלי" שלה, שכן המשדל הוא שנטע בלב העבריין העיקרי את ההחלטה לבצע את העברה, והשפעתו במישור הרוחני־מנטלי היא שיצרה, או גיבשה, את המחשבה הפלילית של המשודל. העמדה שהצעתי לעיל, שלפיה ראוי לסווג את המקרים של שידול בשתיקה כשידול במעשה ולא במחדל, מתיישבת יפה גם עם גישות אלו, שכן נטיעת ההחלטה לבצע את העברה יכולה לבוא לידי ביטוי אף בדרך של הטיית כף המאזניים באשר להחלטה זו. שתיקה כאמור יכולה, לכל הפחות, להשפיע השפעה ממשית ורוחנית על אדם באמצעות הטיית כף המאזניים בביצוע העברה הרלוונטית. במקרים כגון אלה המשדל משמש "המבצע האינטלקטואלי" של העברה או "האב הרוחני" שלה, שכן ללא השתיקה ששכנעה ועודדה את העבריין העיקרי לבצע את העברה, לא הייתה העברה מתבצעת.

ה. היעדר הצורך באיתור חובה לפעול בשידול בשתיקה גם על פי תאוריית החירות

כמצוין לעיל, מבחן התנועה הגופנית נתמך גם בתאוריית החירות: איסור על מעשה המוגדר תנועה גופנית אינו פוגע קשות בחירות האדם, שכן עדיין פתוחות בפניו אפשרויות אחרות לפעולה, ואילו איסור על מחדל, המוגדר אפס מעשה, כן פוגע בחירות

האדם, שכן איסור זה מחייב את האדם לבצע מעשים, וכאשר מדובר **במקרים תדירים**, הרי שהאדם לא יוכל לנהל את חייו באופן סביר.

עם זאת, לטעמי, לפי רציונל זה במקרים של שידול בשתיקה לא יהיה צורך באיתור החובה לפעול היות שבמקרים אלה אין פגיעה ניכרת בחירותו של האדם, וזאת משלושה טעמים:

ראשית, במקרי השידול שהועלו לעיל, אף אם לא נחייב לאתר חובה לפעול כדי להרשיע את אחיתופל ואת המעביד בשידול לעברה, חירותם לא תיפגע קשות: אם נאסור מקרים אלה אף ללא איתור החובה לפעול ייוותר בידי אחיתופל והמעביד מגוון רחב מאוד של אפשרויות פעולה, שכן במקרים אלה כדי להימנע משידול אין נדרשת פעולה ספציפית אחת. כדי להימנע מהתנהגות השידול יכולים אחיתופל והמעביד לעשות כמעט ככל העולה על רוחם: ללכת לים, לקרוא ספר או פשוט להביע את מורת רוחם מהמעשה. הדבר היחיד שנמנע מהם הוא השתיקה בחדר. מכאן עולה כי איסור השתיקה במקרה זה דומה מאוד לאיסור על מעשה במקרה רגיל (באיסור על מעשה רגיל נמנעת מהאדם פעולה אחת אך פתוחות בפניו אפשרויות רבות לפעולה). ומכאן, נראה, שאף לפי תאוריית החירות אין צורך באיתור חובה לפעול, שכן במקרים הללו הפגיעה בחירות אינה שונה מכל איסור על עשיית מעשה.

כנגד טיעון זה אפשר לומר כי ייתכן מקרה שלפיו גם יציאתו מן החדר של אחיתופל תובן על ידי שמעון כהסכמה וכעידוד לביצוע מעשה הרצח. במקרה כזה רוב התנועות הפוטנציאליות של אחיתופל יובילו לשידולו של שמעון, ולפיכך כדי לא לפגוע בחירותו של אחיתופל, יהיה צורך באיתור חובה לפעול כדי להרשיעו.

איני סבור כי יש בכך כדי לערער את הטיעון שהצעתי באשר לרציונל החירות. הטיעון שהצעתי באשר לתאוריית החירות הוא קונצפטואלי. אמנם ייתכן שבמקרה שבו כל פעולה של אחיתופל (למעט הבעת מורת רוח מן המעשה של שמעון) תתפרש כעידוד, יהיה צורך באיתור חובה לפעול כדי להרשיע את אחיתופל. אולם הנקודה המרכזית מבחינת תאוריית החירות היא שמנגד ייתכנו מקרים שבהם מרבית הפעולות של אחיתופל לא תתפרשנה כעידוד וכהסכמה למעשה של שמעון, ובמקרים הללו, לפי תאוריית החירות, לא נחייב באיתור חובה לפעול כדי להרשיע את אחיתופל בשידול, שכן אין פגיעה קשה בחירות.

הדבר הבולט בתאוריית החירות (בהתייחס לטיעון זה) הוא אפוא כי אי אפשר לקבוע קטגורית שבכל מקרה של שידול בשתיקה נחייב לאתר חובה לפעול כדי להרשיע, שכן ייתכנו מקרים שבהם הרשעת המשדל בשתיקה גם ללא איתור חובה לפעול – לא תפגע בחירותו.

שנית, לפי רציונל החירות כאמור, הצורך באיתור חובה לפעול במקרה של מחדל (במיוחד בעברות תוצאה) נועד למנוע פגיעה ניכרת בחירות האדם, שכן ההנחה היא שקיימים מקרים רבים שבהם אזרחים מצויים בסכנת חיים או בסכנת חבלה, ודרישה כללית לפעול למניעת הנזק הייתה פוגעת קשות בחירות האזרח. לעומת זאת מספר המקרים שבהם האדם נחשף לשידול מעין זה מצומצם מאוד, ועל כן הצורך באיתור

חובה לפעול נחלש מאוד. בנוסף, כמצוין לעיל, שידול במחדל עשוי להתגבש רק במקרים שבהם יש למשדל השפעה מכרעת על החלטות המשודל, ומקרים אלה נדירים הם. לפיכך במקרים הללו אין צידוק מהותי לדרישת החובה לפעול גם לפי רציונל החירות.[65]

שלישית, כפי שצוין לעיל, לצורך גיבוש עברת השידול לא די ביסוד העובדתי, אלא קיימת דרישה גבוהה מאוד גם בתחום היסוד הנפשי. על פי הניתוח שצוין לעיל, לא די במודעות לקיומו של משודל ולתוצאות השידול, אלא יש להוכיח נוסף על כך כי למשדל הייתה מטרה להביא את המשודל לידי ביצוע העברה. דרישה של יחס נפשי כזה מבטיחה שחירות האדם לא תיפגע גם אם לא נדרוש חובה לפעול, שכן ענישת המשדל במחדל תתאפשר רק במקרים מעטים מאוד שבהם התקיים היחס הנפשי המלווה בשאיפת המשדל לביצוע העברה.[66]

ו. עמדת המשפט הישראלי בנוגע להגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי, והשלכת הגדרה זו על השידול באמצעות שתיקה

בפרקים הקודמים הצגתי את הביקורת כלפי העמדה הגורסת כי הגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי כפופה למבחן התנועה הגופנית, והראיתי כיצד ביקורת זו משפיעה על סוגיית השידול באמצעות שתיקה. בפרק זה אציג את עמדת הפסיקה הישראלית בנוגע להגדרת מעשה ומחדל, ואראה כי עמדת הפסיקה הישראלית אינה אחידה, שכן קיימים פסקי דין שהכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית, ולעומתם קיימים פסקי דין שלא הכפיפו את ההגדרה למבחן זה. לפי פסקי דין אלה אפשר לומר כי שידול יכול להתבצע גם באמצעות שתיקה, אך שתיקה זו לא תוגדר בהכרח מחדל.[67]

---

65 בפרשת **ימיני** ציין השופט עמית כי לפי תאוריית החירות, דרישת חובה לפעול בעברות תוצאה נגזרת מהפגיעה הקשה באוטונומיה ובחירות העלולה להיגרם לאזרח. הטלת חובת עזרה כללית למניעת נזקים הייתה פוגעת באופן מוגזם במהלך החיים הרגיל של האזרח ומטילה עליו נטל חמור להפסיק את מגוון עיסוקיו כדי למנוע את הנזקים שעלולים להתרחש. ראו: פרשת **ימיני** (לעיל, הערה 26) בפסקה 39 לפסק דינו של השופט עמית. השופט עמית לא התייחס כלל למקרה של שידול, אך מקביעתו אפשר להבין כי כאשר מדובר ממילא במקרים נדירים שבהם האדם יחויב לפעול (כפי שאני טוען למקרה של שידול בשתיקה), הרי שאין בכך פגיעה ניכרת בחירותו, ועל כן ייתכן שלא נצטרך לאתר חובה ספציפית לפעול כדי להרשיע.

66 ראו גם: סנג׳רו (לעיל, הערה 1) בעמ׳ 492.

67 בפרשת **ימיני** צוינה בקצרה חוסר אחידות זו בהסתמך על עבודת הדוקטור שכתבתי בנושא: רוזנברג (לעיל, הערה 34) בעמ׳ 212–231. חלק זה הוא הרחבת ההיבט האמור תוך התייחסות ביקורתית לחלק מפסקי הדין שיובאו להלן.

nevo.co.il

1. פסקי דין המכפיפים את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית

(א) בפסק דין **פלוני**[68] התייחס בית המשפט, בין היתר, למעשים המגונים שביצע המערער בנערה ח׳.[69] המערער טען בין היתר כי חלק מן המעשים המיניים שבגינם הוא **הורשע בוצעו באופן שח׳ נגעה בגופו ללא התנגדותו**. טענתו הייתה כי הוא רק ״נתן לה״ לעשות אותם. כלומר, המערער טען שאין כאן מעשה אלא רק מחדל, ועל כן אין להרשיעו בגין עברת המעשה המגונה (נראה שיכלו להיות לכך שתי סיבות אפשריות: או משום שלא נמצאה חובה לפעול, או משום שאף אם הייתה נמצאת חובה לפעול הרי שאי אפשר מבחינה מילולית להכניס מקרה זה של מחדל לסעיף המעשה המגונה).

השופט רובינשטיין דחה את הערעור וקבע שבמקרה זה אפשר לזהות מעשה, שכן המערער שיתף פעולה עם ח׳ וחש הנאה מאותם המעשים. במקרה זה אף אם התנועה הפיזית אינה רבה, עדיין יש כאן הוצאת אנרגיה פיזית, ולפיכך מדובר במעשה ולא במחדל.[70]

מפסק דין זה משתמעת עמדה דווקנית להגדרת מעשה ומחדל, שכן אם המערער לא היה מניע את גופו, הרי שאי אפשר היה להרשיעו במעשה מגונה היות שמדובר במחדל המצריך איתור חובה לפעול כדי להרשיע.

(ב) בפסק דין **אברמוב**[71] התייחס בית המשפט למקרה שבו המערערים, שוטרים במשמר הגבול, הורשעו בבית המשפט המחוזי בהכאת המתלוננים שהם הסיעו למעצר בתחנת משטרה ברכב משטרתי. חלק מהמערערים ישבו בקדמת הג׳יפ המשטרתי, והמערערים שהיו בחלקו האחורי של הג׳יפ הם שהכו את המתלוננים. השאלה שעליה נסב הערעור היא אם בדין הורשעו המערערים שישבו בחלק הקדמי של הג׳יפ. בית המשפט קבע כי מכיוון שמערערים אלה לא הביעו את מחאתם בפני מבצעי העברה, יש להרשיעם בסיוע במחדל.[72]

כלומר, בית המשפט מפרש את ישיבתם ואת נוכחותם של המערערים כמחדל ולא כמעשה, ככל הנראה משום שהם לא הזיזו את גופם בשלב ביצוע העברה.

מנגד אפשר לומר כי פסק דין זה אינו תומך בהכרח במבחן התנועה הגופנית כמבחין בין מעשה למחדל. לאור החלוקה שהצעתי לעיל בין ״היעדר תנועה יוצר״ לבין ״היעדר תנועה מאפשר״ ייתכן שקביעת בית המשפט כי מדובר במחדל נבעה מכך שמקרה זה מתייחס ל״היעדר תנועה מאפשר״, שכן חלקם של המערערים התמצה באפשרם את התוצאה ולא ביצירתם אותה. אילו היה מדובר במקרה שבו הסיוע היה מתבטא בעידוד

---

68 ע״פ 7832/04 **פלוני נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.5.2006).

69 סעיף 348(א) לחוק העונשין.

70 עניין **פלוני** (לעיל, הערה 68) בפסקה ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

71 ע״פ 684/87 **אברמוב נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מג(2) 146 (להלן – פרשת **אברמוב**).

72 **שם**, בעמ׳ 150–151.

מבצע העברה ולא רק בהקלת ביצוע העברה או במתן אפשרות לביצועה, ייתכן שבית המשפט לא היה קובע כי מדובר במחדל.

(ג) בפרשת **וייצמן**,[73] שהוזכרה לעיל, הרשיע השופט חשין את הנוסעות ברכב – אורנה וקרן – בגין סיוע במחדל לעברת ההפקרה. במקרה זה קבע השופט חשין כי אף על פי ששתיקתן עודדה ואימצה את רוחו של הנהג להפקיר את השוטר, כיוון ששתקו ולא אמרו דבר, אפשר להרשיען בגין סיוע במחדל ולא בגין סיוע במעשה.[74]

יש לציין כי נראה שהנמקת בית המשפט המחוזי[75] בנוגע להרשעת אורנה וקרן שונה, שכן נקבע כי יש להרשיען בגין סיוע אקטיבי ולא בגין סיוע במחדל.[76]

דומה כי המחלוקת בין בית המשפט המחוזי לבין בית המשפט העליון בסוגיה זו אינה מחלוקת עובדתית – אם ההסכמה של אורנה וקרן נעשתה באמצעות מילים אם לאו – אלא הייתה זו מחלוקת בשאלה אם נוכחות ושתיקה המעודדות את המבצע העיקרי לבצע את העברה ומסייעות לו, עולה מבחינה משפטית כדי סיוע במעשה, או שמא יש צורך בתנועה גופנית כדי שסיוע זה יהיה, מבחינה משפטית, סיוע במעשה. לפי בית המשפט המחוזי כאמור, נראה כי העובדה שאין מדובר בנוכחות סתמית אלא בנוכחות שיש בה משום תרומה ליצירת התנאים לשם עשיית העברה – אף ללא תנועה גופנית – דינה מבחינה משפטית כדין סיוע במעשה. לעומת זאת לפי השופט חשין ללא תנועה גופנית אי אפשר לומר שמדובר כאן בסיוע במעשה, ולפיכך יש צורך במציאת חובה לפעול.

(ד) אף השופטת בן־פורת מכפיפה בפרשת **לב**[77] את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית. פסק דין זה התייחס כאמור למקרה שבו ידע המערער כי עובדיו מרמים ומזייפים תעודות כדי לקבל כסף שלא כדין.

על הרשעה בגין מחדל קבעה השופטת את הדברים האלה:

> אין צריך לומר כי ידיעתו של אדם שפלוני עובר, או מתכונן לעבור עבירה אין בה כשלעצמה כדי להטיל עליו אחריות פלילית...כמו כן, **כלל הוא שחוסר מעש אינו מהווה סיוע**, אלא אם כן קיימת חובת עשה שאינה מוסרית גרידא. חובה כזאת יכול שתהא נובעת מן הדין, מהתחייבות או מאופי התפקיד.[78]

במקרה זה אף על פי שהשתיקה הייתה תמיכה ועידוד לביצוע הזיופים (כמצוין לעיל), פירשה השופטת בן־פורת את השתיקה כמחדל וכחוסר מעש, ועל כן הצריכה

---

73 פרשת **וייצמן** (לעיל, הערה 18).
74 **שם**, בעמ׳ 234.
75 ע״פ (מחוזי ת״א) 70297/00 **ויצמן נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.3.2001).
76 **שם**, בפסקה י לפסק דינה של כבוד השופטת ברלינר (ההדגשות שלי – ר״ר).
77 פרשת **לב** (לעיל, הערה 20).
78 **שם**, בעמ׳ 518 (ההדגשות שלי – ר״ר).

איתור של חובה לפעול. נראה שאף השופטת בן־פורת סבורה כי היות שלא הייתה כאן תנועה גופנית, אי אפשר מבחינה משפטית לראות בשתיקת המערערים – מעשה.

2. פסקי דין שאינם מכפיפים את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית

כפי שציינתי, לעומת פסקי הדין שהכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית, קיימים פסקי דין שאינם מכפיפים בהכרח את הגדרת המושגים של מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית.

דוגמה לפסקי דין שהתייחסו למקרים שיש בהם תנועה גופנית אך סברו כי יש לסווגם כמחדל הם פסקי דין שעסקו בניתוק ממכונת הנשמה בנוגע לחולה סופני ואשר קדמו לחוק ״החולה הנוטה למות״.[79]

(א) בפסק דין **פלונית**[80] ביקשה העותרת להצהיר על זכותה לאי־הארכת חייה וכן להצהיר על זכותה להינתק ממכשירים מאריכי חיים. העותרת סבלה ממחלה סופנית והייתה מוגבלת לחלוטין בתפקודה, מרותקת למיטתה ללא כל יכולת תנועה. מדובר בחולה שהייתה בשלב סופני למחלתה, והיה ברור כי כאשר ינתקו אותה ממכשירי ההנשמה, תופסק פעולת לבה והיא תסיים את חייה תוך שעות מספר. בהקשר זה קבע השופט גורן כי ניתוק ממכונת הנשמה כמוהו כאי־חיבור מלכתחילה, ועל כן יש לסווגו כמחדל המחייב איתור חובה לפעול.[81]

(ב) גם בפסק דין **ביבס**[82] התבקש בית המשפט להורות על הפסקת חיבור למכונת הנשמה במקרה שיתברר כי למבקשת אין אפשרות לקיים את חייה ללא עזרה מתמדת. בעניין זה קבעה השופטת סירוטה כי אין הבדל בין אי־חיבורה של המבקשת למכונת הנשמה מלכתחילה לבין ניתוקה לאחר חיבורה. מדובר לדעתה בשני צדדים של אותו מטבע, ועל כן היא התירה את הניתוק ממכונת ההנשמה.[83]

מפסקי דין אלה עולה כי אף על פי שמדובר במקרה שיש בו תנועה גופנית, בכל זאת סיווג אותו בית המשפט כמחדל מבחינה משפטית.

---

79 לכאורה היה אפשר לומר על פסקי הדין שעסקו בניתוק ממכונת הנשמה כי הם סיווגו זאת כמחדל, שכן זו הקונסטרוקציה המשפטית היחידה שאפשרה להם להתיר פעולה זו בשל היעדר הסדר חוקי להמתות חסד (גם כיום לאור חוק החולה הנוטה למות ניתוק ממכונת הנשמה הוא אסור) ולא בשל עמדתם כי הגדרת מעשה ומחדל אינה כפופה למבחן התנועה הגופנית. עם זאת מפסקי הדין שיובאו במסגרת חלק זה עולה (לפחות מהדברים המפורשים שנאמרו) כי פעולת ניתוק ממכונת ההנשמה ראוי שתסווג כמחדל מבחינה מהותית ולא כדי להגיע לתוצאה הרצויה.

80 ה״פ (מחוזי ת״א) 529/01 **פלונית נ׳ הכללית שירותי בריאות** (פורסם בנבו, 5.6.2001).

81 **שם**.

82 ה״פ (מחוזי ת״א) 528/96 **ביבס נ׳ עיריית ת״א-יפו** (פורסם בנבו, 3.4.1997).

83 **שם**.

מנגד, וכפי שציינתי לעיל, קיימים פסקי דין המתייחסים למקרים שאין בהם תנועה גופנית ועדיין מסווגים את המקרה כמעשה ולא כמחדל.

(ג) בפסק דין **אליאס**[84] דן בית המשפט בהרשעתו של המערער (אליאס) בסיוע להריגה. סיפור המקרה היה כדלקמן: המערער ואברהם אילוז שירתו במשמר הגבול. אילוז היה מפקד מחלקה, והמערער היה שוטר נהג. על המערער הוטל להסיע את אילוז לביתו שבבית שמש. המערער נהג בג׳יפ ולידו ישב אילוז. במהלך הנסיעה הגיחה מולם מכונית משא של מע״צ ובה שני ערבים – נהג ועוד עובד. שני כלי הרכב כמעט התנגשו, אבל המערער הצליח למנוע את ההתנגשות. תקרית זו העלתה את חמתו של אילוז. הוא ציווה על שני הערבים לרדת מהמשאית ולעלות על הג׳יפ. הוא התיישב בעצמו ליד ההגה וציווה על המערער לשבת מאחוריו **ולשמור על הערבים**. לשם כך נטל המערער את רובהו האישי ותלה אותו על כתפו. אילוז הוביל את הערבים למקום שומם וסגור למחצה, הוא נטל מאליאס את רובהו וירה בהם למוות.

בית המשפט הרשיע את המערער באשמת סיוע להריגה. הוא טען כך:

> יוצא איפוא, שאשמתו של אליאס כמסייע מתרכזת כולה באותה דקה גורלית, **בה המשיך לשמור ללא מחאה על הקרבנות**. באותה דקה הוא ידע היטב שאלה מובלים אל מותם, אבל לא הוכח שגם הוא עצמו רצה במותם. אדרבא, הוא ״נגרר״ אחרי אילוז **בהוסיפו לשמור על הקרבנות**.[85]

טענת ההגנה בד״נ זה[86] הייתה כי במקרה זה מדובר בסיוע במחדל, שכן הסיוע התבטא בכך שהמערער **לא** ביקש מאילוז להפסיק את מעשיו, או שהוא **לא** הפסיק לשמור על הערבים. משום כך טען פרקליטו שאין להרשיע את המערער (אם משום שסיוע מחייב מעשה או משום שיש צורך במציאת חובה לפעול. עובדה זו אינה ברורה בד״נ זה). אשר להתנהגותו של המערער ואשר לטענה זו קבע בית המשפט:

> התשובה לטענה זו היא: בפסק דינו של בית המשפט העליון לא נפסקה כל הלכה כי מחדל גרידא מהווה סיוע לעבירות הריגה. הלא, כפי שראינו, מלמדת קביעת בית המשפט בקטע שהובא לעיל, כי ראה התנהגות מסייעת מצד העותר בעובדה, **כי הוסיף לשמור על הקרבנות, דבר אשר כמוהו כסיוע אקטיבי**, להבדיל מ״מחדל כסיוע״.[87]

כלומר, בית המשפט ראה כאן בהמשך השמירה על הערבים סיוע אקטיבי (בית המשפט לא ראה סיוע אקטיבי במעבר של אליאס למושב האחורי, שכן בשלב זה לא

---

84 ד״נ 7/69 **אליאס נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד כג(1) 561 (להלן – פרשת **אליאס**).

85 ע״פ 552/68 **אילוז נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד כג(1) 377, בעמ׳ 387 (ההדגשות שלי – ר״ר).

86 פרשת **אליאס** (לעיל, הערה 84) בעמ׳ 563.

87 שם, שם (ההדגשות שלי – ר״ר).

הוכחה כוונה פלילית. כל הבעיה התמקדה בדקה אחת של שמירה לאחר שאליאס עבר למושב האחורי). ודוק: בית המשפט אינו טוען בפסק דין זה כי הסיוע היה אקטיבי משום שהמערער הניע את שרירי גופו כאשר שמר על הערבים. בית המשפט קובע כי עצם נוכחותו של המערער, אף ללא תנועה גופנית, מהווה ״מעשה״ מבחינה משפטית. שאם לא כן מדוע נוקט בית המשפט את הלשון שצוינה לעיל: ״הלא, כפי שראינו, מלמדת קביעת בית המשפט בקטע שהובע לעיל, כי ראה התנהגות מסייעת מצד העותר בעובדה, כי הוסיף לשמור על הקרבנות, **דבר אשר כמוהו כסיוע אקטיבי**, להבדיל מ׳מחדל כסיוע׳״. לו היה מדובר כאן במצב שבו המערער הניע בוודאות את גופו כדי לשמור, אזי לא היה צריך לומר ״דבר אשר כמוהו כסיוע אקטיבי״. נראה שבית המשפט מעוניין לומר כי אף על פי שייתכן שהשמירה עצמה לא לוותה בתנועה גופנית, עדיין מבחינה משפטית נראה בזה ״מעשה״ ולא מחדל, שכן ההבחנה בין מעשה למחדל אינה כפופה למבחן התנועה הגופנית.

(ד) בפסק דין **הלמר**[88] התייחס בית המשפט לסעיף 440 לחוק העונשין, הקובע כי ״הקושר קשר עם זולתו להשפיע במרמה או בהונאה על מחיר השוק של דבר הנמכר בפומבי או להונות את הציבור או כל אדם, או לסחוט נכס מאדם, דינו – מאסר שלוש שנים״. פסק הדין התייחס למקרה שבו המערער, אשר היה בעל מעבדה פרטית לבדיקות בקטריולוגיות, קשר קשר עם הנאשם השני, שהיה עובד מעבדה של בית חולים ״השרון״ בפתח תקווה, שיביא לו בשעות העבודה בדיקות פרטיות כדי שיבצע (הנאשם השני) את הבדיקות במסגרת שעות העבודה של בית החולים באמצעות הציוד והחומרים של בית החולים. מהותו של המעשה הייתה לגרום לממונים של הנאשם השני לחשוב ולהאמין שהבדיקות שבהן הוא עוסק בשעות עבודתו הן בדיקות שהוא אמור לעשות במסגרת מילוי תפקידו בבית החולים. בית המשפט קובע כי מדובר **במעשה הונאה** של הנאשם השני, שכן הוא העלים בזדון מן המעביד את הזהות האמתית של הבדיקות. לעניין זה מציין השופט שמגר כי ״לעניין תרמית והונאה גם יחד – **העלמה זדונית של עובדה**, כמוה כהצהרה מפורשת שאותה עובדה אינה קיימת״.[89]

כלומר, לעניין היסוד העובדתי של **מרמה והונאה** בעברה הזאת אין בית המשפט מצריך תנועה גופנית כדי להרשיע (כגון התנהגות אקטיבית או הטעיה בדיבור). במקרים מסוימים, כגון בהעלמה זדונית של עובדה, מסתפק בית המשפט בהתנהגות פסיבית. במצבים אלה נראה שבית המשפט רואה בהעלמה זו מעשה ולא מחדל, ועל כן אין הוא מצריך איתור חובה לפעול כדי להרשיע.

---

88 ע״פ 201/79 **הלמר נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד לד(4) 97.

89 שם, בעמ׳ 100 (ההדגשות שלי – ר״ר). במקרה זה קבע השופט שמגר כי גם ההתנהגות עצמה היא מרמה, אך הוא גם מציין כי העלמת עובדה אף היא הצהרה מפורשת שאותה ובדה אינה קיימת. קרי, העלמה זדונית של עובדה היא הטעיה במעשה.

נקודה דומה עולה גם מפסק דין **אופנר**.[90] בפסק דין זה דובר על נאשם (יהודה אופנר) שהיה מורה ומדריך אמנות לחימה. בזמנים שונים הציג הנאשם את עצמו בפני תלמידיו כמטפל ״זן תרפי״, שהוא טיפול פסיכולוגי לא שגרתי שמקורו בסין. פסק הדין התייחס בין היתר למ׳, אשר הגיעה לפגישות אצל הנאשם, ואשר סברה כי מדובר בפגישות טיפוליות. במסגרת פגישות אלו קיים הנאשם עם מ׳ יחסי מין. בית המשפט מתעכב בפסק דין זה על הנקודה כי הנאשם **לא הציג** עצמו כמטפל כאשר מ׳ פנתה אליו בבקשת ייעוץ, ובמובן זה התנהגותו של הנאשם הייתה **פסיבית**. עם זאת כאשר בית המשפט מתייחס להתנהגותו הפסיבית של הנאשם אשר באה לידי ביטוי בשתיקתו, הרי שבית המשפט אינו מצריך איתור חובה לפעול כדי להרשיעו בקבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין.[91]

בית המשפט סיווג כאמור את התנהגות הנאשם כהתנהגות פסיבית (ואז התעוררה השאלה אם קיימת דרישת חובה לפעול), אולם לדעתי סיווג זה שגוי, שכן בצד העובדה שהנאשם לא הציג עצמו כמטפל כאשר מ׳ פנתה אליו, הוא כן הציג עצמו בזמנים שונים כמטפל ״זן תרפי״, ומצג זה היה מקור הטעות של מ׳. לדעתי, במקרה זה אי אפשר לנתק את שתיקתו של הנאשם כאשר מ׳ פנתה אליו מהצגתו בפני תלמידיו כמטפל. לכן נראה ראוי יותר לסווג את המקרה כמצג משתמע מצד הנאשם: כלומר כהטעיה אקטיבית ולא פסיבית. עמדתי זו מתיישבת עם עמדתו של קרמניצר, הסבור כי כאשר דנים במצג משתמע בהקשר של עברת קבלת דבר במרמה יש לבחון את מכלול ההתנהגות של העושה, ובמסגרת זו יש לשאול אם התנהגות זו עולה כדי הצהרה כוזבת. לפיו אין לברור רגע בודד אחד מתוך מכלול ההתנהגות (כפי שלדעתי נעשה בפרשת **אופנר** לעיל) אלא יש לשאול אם ההתנהגות בכללותה יצרה סיטואציה שהטעתה את האחר וגרמה לו להגיע למסקנה שאינה תואמת את המציאות. לו היה נקבע כי מדובר במצג משתמע אשר הטעה את מ׳, כי אז לכאורה לא הייתה מתעוררת השאלה בדבר הצורך באיתור חובה לפעול, שכן היה מדובר במרמה במעשה ולא במרמה במחדל.[92]

---

90 תפ״ח (מחוזי י-ם) 855/05 **מדינת ישראל נ׳ אופנר** (פורסם בנבו, 21.5.2007).

91 יש לציין כי בפסק דין אופנר השופטת עצמה מדגישה כי אשר לקבלת דבר במרמה קיימות גישות שונות לצורך בחובה לפעול במקרה של התנהגות פסיבית בדרך של העלמת עובדה. היא מציינת את גישתו של קוגלר, המצריך לכאורה חובה לפעול במקרה זה, והיא מציינת את הגישה שהבאתי לעיל, ולפיה העלמה זדונית של עובדה עולה אף היא כדי מרמה. במקרה זה נראה שאין צורך בחובה לפעול, שכן העלמה זו נחשבת לכאורה למעשה. יש לציין כי בפסק דין **ברזל נ׳ מדינת ישראל** עולה עמדה דומה. שם התייחס בית המשפט לסעיף קבלת דבר במרמה. לפיו: ״הלכה היא ש״מירמה״ במובן סעיף 414 לחוק יכולה להתקיים כשהנאשם מציג על ידי התנהגותו מצג עובדתי מסוים, כשהוא יודע שלא כן הוא. מצב כזה על ידי התנהגות יכול שיתקיים על ידי שתיקה והעלמה של עובדות, אשר על פי הנסיבות מתבקש לגלותן״. ע״פ 752/90 **ברזל נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מו(2) 539, בעמ׳ 601.

92 ראו: מרדכי קרמניצר, **המרמה הפלילית** (תשס״ט) בעמ׳ 84–87. נראה לפי קרמניצר כי כאשר מדובר במצג משתמע לא יהיה צורך באיתור חובה לפעול כדי להרשיע, ראו: שם,

(ה) בפסק דין **עמר**[93] התייחס בית המשפט למקרה שבו המערער, מאיר עמר, ירה למוות באיש ששמו בנימין נעמן. במקום נכח המערער יעקב גולדשטיין. השאלה הייתה אם נוכחותו של המערער נחשבת סיוע לעבירת הרצח.

על כך קובע בית המשפט:

> הערתי האחרונה על הנושא הזה היא: כאשר נוכחותו של אדם במקום העבירה משמשת, בנסיבות המקרה, עידוד – ולכן, סיוע־למבצע העיקרי, **כי אז מן הדין, לדעתי, לראות בעובדת הנוכחות משום התנהגות פיזית, להבדיל מאפס – מעשה.**
>
> הטעם לדבר הוא: הגורם המשפיע על העבריין האחר לבצע את מעשה העבירה ומעודדו לכך, הוא, בין השאר, גורם הנוכחות הפיסית של המסייע, רמז, אם לא ראיה, להשקפתי זו יימצא בקטע אחר מפסק דינו של השופט Davies **בעניין** Allan... **שם הוא מדבר על:** "any physical act other than the fact of his mere presence" **לאמור: "נוכחות" היא בכלל "מעשה פיסי".**[94]

השופט אגרנט אומר בפסק דין זה דברים ברורים. נוכחות במקום, אף על פי שאי אפשר להצביע על תנועה גופנית, יכולה להיות, מבחינה משפטית, מעשה פיזי ולא מחדל.[95]

בעמ׳ 89 (והשוו: ע״פ 592/81 **מנדלבאום נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד לו(2) 505, בעמ׳ 513. השופטת נתניהו קבעה כי מדובר במצג משתמע, ועם זאת קבעה שמדובר בקבלת דבר במרמה, שכן הייתה מוטלת על הנאשם חובת גילוי).

93 ע״פ 78/71 **עמר וגולדשטיין נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד כו(1) 421 (להלן – פרשת **עמר**).

94 **שם**, בעמ׳ 442 (ההדגשות שלי – ר״ר).

95 בפסק הדין ע״פ 6202/95 **פלוני נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מט(5) 685 (להלן – פרשת **פלוני**) התייחס בית המשפט למקרה שבו עמד המערער עם קבוצת נערים ליד מחנה שועפאת בירושלים. הנערים יידו אבנים בכלי רכב עוברים. המערער לא יידה כל אבן. הטענה הייתה כי הוא סייע לנערים בכך שעמד במקום. השופט צבי טל טען בין היתר כי במקרה הזה נוכחות המערער היא מחדל (שכן הוא לא ביצע כל תנועה גופנית), והיות שלא נמצאה כל חובה לפעול, הרי שיש לזכות את המערער: "לעניין המעשה הפלילי: אם אכן נקלע המערער למקום האקראי, **הרי המעשה הפלילי שלו מתבטא בכך שהוא לא פרש מן החבורה, אלא נשאר בתוכה, הווה אומר, ש׳המעשה׳ הפלילי הוא בעצם מחדל**. כדי שמחדל יעלה כדי עבירה פלילית, יש להראות שהייתה עליו חובה לפעול, בקום ועשה, ובמקרה דנן, שהייתה עליו חובה לפרוש מן הקבוצה שאליה נקלע באקראי, כאשר נתברר לו שהוא נקלע לחבורה העושה מעשה פלילי. לא ידוע לי חובה כזו, במקרה כזה. לשם המחשה: כלום עיתונאי, בנסיבות כאלה, חייב להפריש עצמו מן החבורה? או צלם? או סתם סקרן? זה לעניין המעשה הפלילי". שם, בעמ׳ 688. (ההדגשות שלי – ר״ר). בהמשך מוסיף השופט טל

הצגתי לעיל פסקי דין אשר עסקו בסיוע לעברה בדרך של נוכחות בשעת ביצוע עברה (אברמוב, עמר, אליאס ווייצמן). טענתי כי בחלק מפסקי דין אלו (למשל עמר, אליאס ופסיקת בית המשפט המחוזי בפרשת וייצמן) לא הצריך בית המשפט חובה לפעול כדי להרשיע בגין הנוכחות, ומכאן שבית המשפט ראה בנוכחות עצמה מעשה ולא מחדל אף על פי שמדובר בהתנהגות פסיבית ללא כל תנועה גופנית.

עם זאת אפשר להעלות שתי טענות נגד קו מחשבה זה:

(1) ראשית אפשר לטעון כי בית המשפט לא הצריך לאתר חובה לפעול במקרים אלה כיוון שהחוק הפלילי שחל בשעת ביצוע העברות מושאי פסקי הדין הללו אפשר הרשעה בגין נוכחות אף ללא איתור חובה לפעול. למשל, על פי פקודת החוק הפלילי, 1936 נקבע בסעיף 23(1)(ג) כי ״כל אדם המסייע בידי אדם אחר בביצוע העבירה, בין שהוא נוכח בשעת ביצוע העבירה ובין שאינו נוכח בשעת ביצוע העבירה. אדם נחשב כאילו סייע, אם **נוכח** במקום שבו נעשתה העבירה כדי להתגבר על התנגדות או כדי לחזק את רצונו של עושה העבירה האמיתי או כדי להבטיח את ההוצאה לפועל של העבירה העומדת להיעשות״.[96] (ההדגשות שלי – ר״ר).

כמו כן סעיף 26(4) לחוק העונשין, התשל״ז–1977 (לפני תיקון 39) קובע כי ״נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא באחריות לה [...] מי שסייע את חברו בעבירה על ידי **שנכח** במקום העבירה כדי להרתיע התנגדות, או כדי לאמץ את המבצע בהחלטתו, או כדי להבטיח ביצועה של העבירה״ (ההדגשות שלי – ר״ר).

אפשר לראות שפקודת החוק הפלילי וחוק העונשין הזה (שאינו אלא נוסח חדש של סעיפי פקודת החוק הפלילי) מציינים את הנוכחות כאחד מדרכי הסיוע. נוכח זאת היה אפשר לומר כאמור כי הנימוק שבית המשפט (בחלק מן המקרים) לא ראה צורך באיתור חובה לפעול כאשר מדובר בנוכחות בשעת ביצוע עברה אינו נובע מן העובדה שמדובר

כי לא הוכח גם היסוד הנפשי הנדרש. כלומר נראה שלשופט טל שני טיעונים לזכות את המערער: ראשית, אין כאן מעשה, שכן נוכחות אינה מעשה, וזאת אף על פי שיוכח היסוד הנפשי הנדרש; שנית, גם אם נוכחות היא מעשה, עדיין לא הוכח היסוד הנפשי הנדרש כדי להרשיע בגין הסיוע. ראו: שם, בעמ׳ 688–689. לעומת הניתוח של השופט טל את המקרה שאליו מתייחס פסק הדין, השופט מצא טען כי היסוד העובדתי מתקיים בעצם נוכחות הנאשם, וכל שנותר לברר הוא אם התקיים היסוד הנפשי הנדרש. כאשר מנסים להוכיח את היסוד הנפשי בגין נוכחות במקום העברה העיקרית, טוען השופט מצא כי יש להבחין בין נוכחות שהיא על פני הדברים סתמית ומקרית לבין נוכחות שאינה מקרית. כאשר הנוכחות היא מקרית וסתמית, אזי יוטל על התביעה להביא ראיה המורה על שיתוף פעולה ממשי, ואילו כאשר הנוכחות אינה מקרית, היא גופה תהיה ראיה לכאורה לאשמת הנאשם. אולם נראה ברור כאמור שאשר ליסוד העובדתי טוען השופט מצא כי אין צורך בתנועה גופנית כדי להרשיע בגין סיוע במעשה. שם, בעמ׳ 690–692.

96 ע״ר, תוס׳ 1, בעמ׳ 263.

במעשה אלא מן העובדה שהחוק מציין במפורש כי אפשר להרשיע במקרה של נוכחות. לשון אחר, אפשר לומר שבית המשפט ראה בנוכחות **מחדל** שאפשר להרשיע בו אף ללא איתור חובה לפעול, שכן הסעיף עצמו מציין את הנוכחות כאחת מדרכי הסיוע.

(2) שנית אפשר לטעון כי הנימוק לכך שהשופטים לא הצריכו בפסקי דין אלה לאתר חובה לפעול נבע מכך שהם סברו כי אין צורך באיתור חובה לפעול במקרה של סיוע במחדל. זאת עמדתו המפורשת של פלר, אשר טען כי החובה הנובעת מן העברה העיקרית מאריכה את "רדיוס הקרינה" לעברת הסיוע במחדל.[97]

על אף האמור לעיל חרף העובדה שהחוק הפלילי (לפני תיקון 39) ציין את הנוכחות כאחת מדרכי הסיוע, וחרף העובדה כי קיימת עמדה שלפיה אין צורך באיתור חובה לפעול במקרה של סיוע במחדל, אפשר להבחין בבירור כי קיימת מחלוקת (הגם שלא נאמרה במפורש) בין השופטים בשאלה איזו קונסטרוקציה משפטית יש לנקוט כאשר מבקשים להרשיע בגין נוכחות פסיבית במקום העברה, ומתוך כך אפשר להסיק כי אכן קיימת מחלוקת מהותית בדבר ההגדרה של מעשה ומחדל. לדעתי אפשר להצביע על ארבע קונסטרוקציות משפטיות שונות שבהן הלך בית המשפט כדי להרשיע בגין סיוע במקרה של נוכחות:

(1) קיימים פסקי דין שראו בנוכחות האדם בשעת ביצוע העברה **מעשה אקטיבי**, ולפיכך לא היה צורך באיתור חובה לפעול.[98]

(2) קיימים פסקי דין שראו בנוכחותו של האדם מחדל. אולם אף על פי שהם סיווגו את הנוכחות כמחדל הם לא העלו כלל את השאלה אם יש צורך באיתור חובה לפעול אם לאו.[99]

---

97 פלר (לעיל, הערה 1) בעמ' 242.

98 פרשת **עמר** (לעיל, הערה 93), פרשת **אליאס** (לעיל הערה 84); וכן פרשת **פלוני** (לעיל, הערה 95). ויש להדגיש כי לפי פסקי דין אלה היה אפשר להרשיע ללא איתור חובה לפעול, שכן בית המשפט ראה בנוכחות **מעשה** ולא משום שמדובר בסיוע במחדל, ובמקרה של סיוע אין צורך באיתור חובה לפעול (כפי שטוען פלר).

99 פרשת **אברמוב** (לעיל, הערה 71). יש לציין כי גם בע"פ 303/82 **אדרי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(1) 309 ובע"פ 62/65 **קנאנבה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יט(2) 488 (להלן – פרשת **קנאנבה**), וכן בע"פ 454/74 **חוזה נ' מדינת ישראל**, פ"ד כט(2) 589, לא התייחס בית המשפט כלל לשאלה אם יש צורך בחובה לפעול אם לאו, וראה בנוכחות המערערים התנהגות פסיבית. אמנם בית המשפט לא השתמש במילה "מחדל", אך ייתכן שאפשר לראות אף בפסקי דין אלה מקרים שבהם בית המשפט לא הצריך חובה לפעול במחדל. כך ראה זאת פלר. ראו: פלר (לעיל, הערה 1) בעמ' 244, הערה 129. יש לציין כי פלר ראה בפסקי דין אלה הוכחה שאין צורך באיתור חובה לפעול בכל מקרה של סיוע במחדל. אך לדעתי אפשר להבין פסקי דין אלה כטוענים שאין צורך באיתור חובה לפעול רק במקרה של סיוע **בדרך של נוכחות** ולא בכל מקרה של סיוע במחדל.

nevo.co.il

(3) קיימים פסקי דין שראו בנוכחותו של האדם מחדל אך דנו בצורך בחובה לפעול כדי להרשיע.[100]

(4) קיימים פסקי דין שעולה מהם שראו בנוכחות האדם (אם אינה מקרית) הוכחה שהאדם הגיע למקום העברה כשותף. כלומר, הנוכחות הלא מקרית במקום היא ההוכחה שהאדם שיתף פעולה לפני כן עם מבצע העברה באמצעות מעשה אקטיבי, ועל כן אפשר להרשיעו בשל נוכחותו.[101]

כלומר, לדעתי אף מתוך עיון בפסקי הדין שעסקו בסיוע בדרך של נוכחות פסיבית אפשר להסיק מהי עמדת השופטים בנוגע להגדרת מעשה ומחדל בדין הפלילי, וכפי שאפשר לראות, אין תמימות דעים בנוגע להגדרות אלו. קיימים שופטים שהכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית ולפיהם עמידה במקום נחשבת בכל מקרה למחדל, ולעומת זאת קיימים שופטים שלא הכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל לעקרון התנועה הגופנית, ולפיהם אף במקרים שבהם אדם עמד במקום ולא הניע את שריריו אפשר לראות בזה מעשה אשר אינו מצריך חובה לפעול.

---

100 פרשת **ויצמן** (לעיל, הערה 18), וכן פרשת **לב** (לעיל, הערה 20). אמנם פרשת **לב** לא עסקה במקרה קלסי של נוכחות בשעת ביצוע העברה. אולם אפשר לראות כי השופטת בן־פורת ראתה בהתנהגות המערערים התנהגות מעודדת ומאמצת. במובן זה אין שינוי בין התנהגות המערערים בפסק דין לב להתנהגות שבנוכחות בשעת ביצוע עברה. יש לציין כי מעשה העברה בפרשת **וייצמן** התרחש לאחר תיקון 39, ותיקון זה – בהתייחסו לסיוע – אינו מציין את הנוכחות כאחת מדרכי הסיוע. ייתכן כי אלה הרואים בעמידה במקום מחדל, יצריכו, בשל שינוי חוק זה, לאתר חובה לפעול כדי להרשיע.

101 ע״פ 319/88 **אלמליח נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מג(1) 693. כך אפשר להבין גם את האירוע שהתרחש בפרשת **קנאנבה**. פרשה זו התייחסה למקרה שבו הורשע המערער עם אחרים, בין היתר בגין סחיטה בכוח לפי סעיף 11 לחוק לתיקון דיני העונשין (עברות מרמה, סחיטה ועושק). המערערים סחטו נהג מונית באיומים. בשעת הסחיטה נכח המערער בתוך המונית ולא עשה דבר. בית המשפט קבע כי אמנם בזמן האירוע ישב המערער במונית, ומבחינה חיצונית ההתנהגות שלו הייתה פסיבית, אך ״בנסיבות העניין מעידה גם התנהגות זו על ׳אי המקריות׳ של נוכחותו בשעת מעשה העבירה ועל היותו שותף למזימתם הפושעת של שני הנאשמים האחרים... אכן, משלא נהג כך המערער ולא עשה דבר וחצי דבר כדי לנער את חוצנו מהתוכנית הפלילית ולא עוד, אלא המשיך לנסוע במכונית אחרי שהנאשמים מס׳ 1 ומס׳ 3 ׳סחטו׳ אותה בכוח מידי הנהג, הרי שיש לראות בהתנהגות זו משום עדות מה להצטרפותו מראש לאותה תוכנית״. פרשת **קנאנבה** (לעיל, הערה 99) בעמ׳ 495. להבנתי, בית המשפט קובע כי אפשר להרשיע את המערער בשל היותו שותף מראש בתכנית, ועל כן אין כל בעיה בהתנהגות הפסיבית שלו. ההרשעה נבעה מכך שהוא עשה מעשה, וההגעה שלו למונית היא המשך של השותפות לדבר עברה. לדעתי, לו הייתה כאן רק התנהגות פסיבית של המערער, הרי שלכאורה, לפי פסק דין זה, לא הייתה הרשעה (פרשנות זו מנוגדת לפרשנות של פלר, שצוינה לעיל בהערה 99).

nevo.co.il

3. ההשלכה של פסקי הדין הללו על המקרים של שידול באמצעות שתיקה

פסקי הדין הללו לא התייחסו כלל לנושא של שידול במחדל, אך אין ספק כי קיימת בהם זיקה לנושא זה. לצורך כך נשוב למקרים שהעלה סנג׳רו במאמרו. אליבא דפסקי הדין שהכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית, נראה שאכן מקרים אלו יסווגו כמחדל מבחינה משפטית. לעומת זאת אליבא דפסקי הדין שלא הכפיפו את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית, אין כל סיבה לטעון שמקרים אלו יסווגו כמחדל מבחינה משפטית. המקרים של שידול בשתיקה שצוינו לעיל דומים יותר לדגם השני שהוצג לעיל, קרי ל״היעדר תנועה גופנית יוצר״. השתיקה במקרים אלו שכנעה כאמור את המשודלים בדיוק כפי שמילים היו משדלות אותם, ולפיכך אין ביניהם כל הבדל. במצבים מעין אלה אף על פי שאין בהם תנועה גופנית, מדובר במעשה מבחינה משפטית ולא במחדל.

סיכום

במאמר זה ניסיתי להציג תפיסה שונה לעמדה שהציג סנג׳רו במאמרו ״שידול במחדל – האמנם בלתי אפשרי?״. במסגרת זו הסכמתי עם סנג׳רו כי שידול בשתיקה הוא אפשרי. תמכתי בעמדה זו הן לאור סעיף 30 לחוק העונשין בנוסחו כיום והן לאור הפסיקה הישראלית שקבעה בכמה פסקי דין כי במקרים מסוימים שתיקה יכולה לעודד אדם לבצע עברה, כפי שצוין בפרשת **וייצמן** ובפרשת **לב**. עם זאת טענתי כי מבחינה משפטית ראוי ששתיקה זו תוגדר מעשה ולא מחדל. הנימוק שבבסיס טענתי הוא כי הגדרת מעשה ומחדל אינה כפופה למבחן התנועה הגופנית. כלומר, מקרים מסוימים שיש בהם תנועה גופנית יכולים להיות מוגדרים מחדלים, ויתרה מזאת, מקרים מסוימים שאין בהם תנועה גופנית יכולים להיות מוגדרים מעשים. על פי תפיסה זו, הגדרת מעשה ומחדל אינה כפופה להגדרה הפיזיולוגית של תנועה גופנית או של היעדר תנועה גופנית, שכן לתנועה גופנית כשלעצמה אין כל משמעות מבחינת האחריות והאשמה של האדם. השאלה העיקרית שיש לשאול היא אם ההתנהגות יצרה את האיום שהוביל לנזק, או שמא ההתנהגות (בין אקטיבית ובין פסיבית) רק אפשרה לאיום להתממש. על פי הגישה שהצגתי, גם שתיקה או עמידה במקום יכולים ליצור את האיום שהוביל לנזק ולא רק מעשים אקטיביים. כך למשל המקרים ״אי־תזוזה״ או ״חרם כיתתי״, שהוזכרו בפרק ג לעיל.

לאור התאוריה החלופית שהצגתי במאמר הצעתי שני דגמים להיעדר תנועה גופנית: הדגם הראשון הוא ״היעדר תנועה מאפשר״ – דגם זה מתייחס למצבים שבהם היעדר התנועה רק אפשר את הנזק. הדגם השני הוא ״היעדר תנועה יוצר״ – דגם זה מתייחס למצבים שבהם היעדר התנועה לא רק אפשר לנזק להתממש אלא הוא עצמו יצר את

הסיכון שהוביל לנזק: לעתים עמידה במקום כשלעצמה יכולה ליצור את האיום שהוביל לנזק וכך גם שתיקה. טענתי הייתה כי השידול בשתיקה נמצא בקטגוריה השנייה, ולפיכך הוא צריך להיות מוגדר מעשה ולא מחדל.

בנוסף טענתי כי אף אם הגדרת מעשה ומחדל כפופה למבחן התנועה הגופנית, עדיין אין בכך כדי להכריע כי קיים צורך באיתור חובה לפעול במקרה של שידול בשתיקה, לפחות על פי רציונל החירות.

בפרק האחרון של המאמר הצגתי את עמדת הפסיקה הישראלית בכל הנוגע להגדרת מעשה ומחדל במשפט הפלילי. כך הראיתי כי עמדת הפסיקה אינה אחידה, שכן קיימים פסקי דין המכפיפים את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית, ומנגד קיימים פסקי דין שאינם מכפיפים את הגדרת מעשה ומחדל למבחן התנועה הגופנית. על פי פסקי דין אלה ייתכן מצב שבו הנאשם לא ביצע כל תנועה גופנית (כגון עמידה במקום או ישיבה וכדומה), ובכל זאת התנהגות זו תסווג כמעשה ולא כמחדל. אליבא דפסקי דין אלה טענתי כי ייתכן ששידול בשתיקה יוגדר מעשה ולא מחדל.

nevo.co.il