

שידול במחדל – האמנם בלתי אפשרי?*

מאת

בועז סנג'רו**

א. מבוא

הרעה הרווחת בקרב המשפטנים, הן בארץ והן בשיטות משפט אחרות, היא שנדרש מעשה אקטיבי כתנאי הכרחי להתגבשות השידול הפלילי. ישנם אף הגורסים כי לא זו בלבד שאין השידול עניש כשהוא מתבצע על-ידי מחדל, אלא אף אינו אפשרי, אפילו לא באופן תיאורטי.

ברשימה זו אעמוד בקצרה על המצב המשפטי הנוכחי בנושא, ואציע ראייה שונה שלו. אמנם מסכים אני כי מטבע הדברים, ברובם המכריע של המקרים מתבצע השידול במעשה אקטיבי, אולם, כפי שאנסה להוכיח, אין כל סיבה לשלול את האפשרות של שידול במחדל, ואף לא את ענישותו.

ב. עמדת המשפט הישראלי

סעיף 26(3) לחוק העונשין תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) מחיל את ההוראה שבדין שאלו, לפיה "נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא באחריות לה", על "מי שיעץ או שידל את חברו לעבור את העבירה, בין שנכח בשעת עשייתה ובין שלא נכח".

טרם נדון בפני בית-המשפט העליון שלנו מקרה בו הואשם אדם בשידול שהתבצע במחדל, ולכן קביעותיו בנושא הן בגדר אמרות אגב. כך, למשל, בעניין ירקוני וגור, קבע בית-המשפט במפורש כי "השידול מצריך מעשה, והסיוע מצריך או מעשה או מחדל"¹. לכאורה ניתן לטעון כי הגישה הנדונה הוכתבה על-ידי המחוקק, אשר בעוד שלגבי הסיוע לדבר עבירה, הנדון בסעיף 26(2) לחוק העונשין, קבע גם את האפשרות של ביצועו

- תודתי נתונה לר"ר מ' קרמניצר על הדרכתו ועל הערותיו המועילות.
- ** תלמיד השנה השלישית בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית בירושלים.
- 1 ייתכן שעובדה זו משקפת לא רק את נדירות התופעה של שידול במחדל, אלא אף את התפישה לפיה תופעה זו כלל אינה אפשרית.
- 2 ע"פ 325/64 הוזהמי"ש נ' ירקוני וגור, פד"י יח(4) 20, בעמ' 47 מול אות השוליים א.

במחדל ("מי שעשה מעשה או נמנע מעשות מעשה כדי..."), הרי שלגבי השידול, המופיע באותו סעיף, לא קבע מפורשות אפשרות כזו. אולם בית-המשפט כבר עמד לא פעם על כך ש"שידול" בלשון חוק העונשין שווה-ערך ל-"procure" ללשון פקודת החוק הפלילי, 1936". לדעת בית-המשפט פירוש המלה "procure" קרוב יותר למונח של 'להניע', לגרום שדבר ייעשה". פירוש זה סובל לדעתי את האפשרות של ביצוע השידול במחדל. אולם הבעייה, כפי שאראה להלן, אינה נובעת מלשון החוק בלבד, אלא מהתפישה, הרווחת בקרב המלומדים בארץ ובעולם, לפיה השידול במחדל אינו אפשרי אפילו תיאורטית.

ג. השוואה לשיטות משפט אחרות

בחינתה של סוגיית השידול במחדל בשיטות משפט אחרות מלמדת, שהדעה הרווחת באשר לנושא זה במשפטנו, אינה שונה מהגישה המקובלת מעבר לים.

בכל הקודקסים הפליליים שבחנתי, מתואר הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי (actus reus) של השידול כעניין אקטיבי לחלוטין. על-פי רוב, הטכניקה החקיקתית בנושא היא של תיאור הרכיב ההתנהגותי על-ידי מספר פעלים, שאינם סובלים פירוש לפיו עשוי השידול להתבצע במחדל.

מרבית המלומדים החשובים שעסקו בשידול הפלילי, לא התייחסו במפורש לסוגיית השידול במחדל. ייתכן שכלל לא נתנו דעתם לקיומה של אפשרות כזו. ואפשר שהתייחסו לאי-הפליליות של השידול במחדל כאל דבר המובן מאליו. מכל מקום, תיאוריהם את הרכיב ההתנהגותי הנדרש לשם התגבשות השידול אינם מותירים מקום לשידול המתבצע במחדל.

המלומדים הבודדים שהתייחסו ישירות לשידול במחדל שללו מכל וכל את פליליותו. יתירה מזאת. חלקם אף שללו את קיום האפשרות של שידול אדם על-ידי מחדל.

3 ראה ע"פ 52/80 בן נ' מדינת ישראל, פ"י (ר)3, 664, בעמ' 668 ובעמ' 671. פירוש זה מופיע בפסקי-דין רבים. ראה למשל ע"פ 548/73 מדינת ישראל נ' רבדש, פ"י (ח)2, 678, בעמ' 681. לבסוף, בעניין ירקוני וגור הנזכר בעמ' 42 לפסקי-הדין, תירגם בית-המשפט את סעיף 23(1)(d) לפ.ח.פ. כך: "ורו כל אדם, בין שהוא נוכח בשעת העבירה, בין אם לאו, המשדל אדם אחר לעבור את העבירה או המביאו לידי ביצוע העבירה" (ההדגשה שלי - ב.ס.).

4 הנוסח בסעיף 23 לפקודת החוק הפלילי, 1936, הוא: "23(1)(d) every person who, whether or not he is present at the time the offence is committed, counsels or procures any other person to commit the offence" (ההדגשה שלי - ב.ס.).

5 הציטוטים נלקחו מע"פ 52/80, שם, עמ' 668, מול את השוליים ה.

6 ראה, למשל, סעיף 5.02 ל-The American Law Institute, Tentative Draft No. 10 (Model Penal Code, 1960), p. 19. נוכח הכלל הבסיסי של פרשנות מצמצמת בפלילים, אין לפרש פעלים כאלה כמתארים גם מחדלים.

7 ראה, למשל, G. Williams, *Criminal Law* (London, Second Edition, 1961) p. 362; G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (London, Second Edition, 1983) p. 334; J.C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* (London, Fifth Edition, 1983) p. 222; *Halsbury's Laws of England* (London, Fourth Edition) Vol. XI pp. 34-35; R.M. Perkins & R.N. Boyce, *On Criminal Law* (N.Y. Third Edition, 1982) p. 647; *American Jurisprudence* (N.Y. Second Edition) Vol. XXI, p. 330.

המלומד הקנדי Rose, בספר אותו ייחד לדיני השותפות לדבר עבירה, כותב כך:

on a charge of being a party to an offence by counselling or procuring, it is an essential element, and must be proved by the Crown, that some overt act of counselling or procuring was performed... Since there must be evidence of some actual act of counselling or procuring on the part of the alleged party, it follows that mere passive acquiescence will not be enough to charge a person with criminal liability as a party to an offence.

את קביעותיו אלה, לפיהן נדרש מעשה אקטיבי מצד המשרד לצורך התגבשות השידול, מבסס המחבר על שורה של פסקדין קנדיים, שבהלם נקבע הדבר במפורש. המלומד המערביגרמני Jescheck מציין במפורש בספרו, כי "השידול עלידי מחדל איננו אפשרי משפטית"⁸. יתירה מזאת. מהנמקתו לקביעה זו עולה כי לדעת המחבר, לא זו בלבד שאין השידול במחדל עניש, אלא אף סבור הוא כי לא ניתן להשפיע השפעה מכרעת על החלטתו של אדם עלידי אי־עשייה.⁹

לבסוף, אבקש להדגיש כי אף לא אחד מהמלומדים שכתבו בנושא השידול גרס שניתן לבצעו במחדל.

ד. גישה אחרת

כפי שציינתי בראשית רשימתי, מטבע הדברים מתבצע השידול על־ידי רוב במעשה אקטיבי. אולם אין להגיע מכאן למסקנה, המוטעית לדעתי, לפיה השידול במחדל הוא בלתי אפשרי.

לשם הכשרת הקרקע להבהרת קביעתי זו, אם כי לא לשם כך בלבדי, אעמוד תחילה בקצרה על יסודות השידול הפלילי במשפטנו. בסיס הדברים הוא, כמובן, חוק העונשין, בצירוף פרשנותו של בית־המשפט העליון.

השידול הינו צורה של שותפות לדבר עבירה, הנגזרת מן הביצוע העיקרי של העבירה מושאי השידול. הכלל הוא שאין צורה נגזרת של התנהגות עבריינית ללא ביצוע עיקרי.¹⁰

8 V.G. Rose, *Parties to an Offence* (Toronto, 1982) pp. 125-126

9 ראה שם, עמ' 125-127.

10 H.H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts* (Berlin, Dritte Auflage, 1982) p. 562

11 שם, בהמשך אותו עמוד.

12 נוכח חסרונו של חומר כתוב בנושא השידול לדבר עבירה במשפטנו, ראיתי לנכון, בהודמנות זו, להרחיב מעט בנושא.

13 הביטוי השגור בפי שופטי בית־המשפט העליון, ובעקבות כך גם בקרב יתר המשפטנים בארץ, הינו "העבירה נשוא השידול". השימוש במונח הלשוני "נשוא" מופיע גם בהקשרים הבאים: "העבירה נשוא הקשר", ובתחום הלבר־פלילי – "נשוא ההסכם", "נשוא החוזה", "נשוא התובענה" וכדומה. לדעתי, המונח "מושא" מתאים יותר לעניין. כך, למשל, במשפט (התחבירי) ראובן שידל את שמעון לבצע גניבה, יהיה שמעון מושא, ואילו הגניבה – מושא עקיף. אשר לתחום הלבר־פלילי, הרי שלדעתי יש לאמר, למשל, הבית נשוא ההסכם, ולא נשוא ההסכם. הדברים עולים מעצם הגדרתם של המונחים נשוא, נשוא ומושא, ומתיישבים עם משמעותם הפילוסופית. ראה, למשל, הגדרות מונחים אלו במילון החדש של א' אבן שושן. כן מקובלים הדברים על חברים באקדמיה ללשון העברית, עימם התייעצתי בטרם העליתי אותם על הכתב.

14 דרישה זו עולה ישירות מלשון החוק – "נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן..." (סעיף 26,

אולם גם כשדרישה כללית זו לא מתמלאת, שכן העבירה מושא השידול אינה מתבצעת, עדיין ייתכן שמעשה (או מחדל) המשדל ייפול לגדר סעיף 34 לחוק העונשין – "נסיון של שידול לדבר עבירה" ("הסתה")¹⁵, אותו קבע המחוקק כחריג לכלל האמור. דין המשדל הוא כדין מבצע העבירה מושא השידול¹⁶, אולם אם האחרונה הינה בגדר "חטא", אין השידול לביצועה ענישי¹⁷. בתחום היסוד העובדתי של העבירה ישנן שלוש דרישות עיקריות להתגבשות השידול:

- (א) נדרש "קשר בין מוחי" – השפעה רוחנית של המשדל על המשדול¹⁸.
 (ב) פעולת המשדל חייבת להיות סיבה בלעדית (causa sine qua non) לכך שהמשדול מבצע את העבירה מושא השידול¹⁹.

דרישה זו מתמלאת, כמובן, אם המשדל הוא שנטע את הרעיון לעבור את העבירה במוחו של המשדול. אולם הדבר אינו הכרחי. גם במקרה בו המשדול עצמו הגה את הרעיון, אולם התלבט אם לבצע את העבירה אם לאו, עשויה הדרישה הנ"ל להתמלא, ובלבד

רישא, לחוק העונשין. ההרגשה שלי – בי"א. ראה למשל ע"פ 61/73 שמואלי נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 281, בעמ' 291, וראה גם ש"ז פלר, "הקשר הפלילי מול השותפות לרבר עבירה", משפטים 202 (2) (תשל"ז) 232, בעמ' 243. הדרישה של ביצוע עיקרי מתמלאת גם כשהמשדול מבצע נסיון בלבד, די בתחילת ביצוע על-ידי המשדול.

15 סעיף זה נועד לדעת לענישת שני סוגי מקרים: (א) ה"משדל" לא הצליח לשרל, חרף נסיונו לעשות כן. (ב) ה"משדול", למרות שהשתכנע, לא ביצע בסופו של דבר את העבירה. ואולם השווה להתבטאות בפסיקה ממנה עולה כי לכאורה מיועד סעיף ההסתה לסוג הראשון של המקרים בלבד, בע"פ 78/53 רייכמנדר ואדו נ' היהמ"ש, פ"ד 854 ז' 854, בעמ' 864 ובעמ' 870. להערכתי יכיר בית-המשפט גם בענישות המקרים מהסוג השני שלעיל, שכן ענישותם היא בבחינת קליחומר לעומת ענישות המקרים מהסוג הראשון.

16 הדבר עולה מלשון החוק (סעיף 26, רישא, לחוק העונשין – "... יראו כל אחד מהמגויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא באחריות לה..."), וראה גם ש"ז פלר, "לענין ההשלכה שיש לדין הצורה הסיפוסית של העבירה על דין צורות ההתנהגות העבריינית הנגזרות ממנה", הפרקליט כד (תשכ"ח) 444, בעמ' 444.

17 ראה סעיף 25 לחוק העונשין.

18 "תרומתו (של המשדל – הבהרה שלי – בי"א) לביצוע העבירה באה לידי ביטוי ביצירת ובהיווצרות היסוד הנפשי הדרוש לעשייתה אצל המשדול". (ציטוט ממאמרו של ש"ז פלר "הקשר הפלילי מול השותפות לרבר עבירה", שם, בעמ' 237). וראה גם רברי המחבר על תפקיד במישור הרוחני – שם, בעמ' 261. הקשר ה"בין-מוחי" הנדרש הינו חריכווני, מהמשדל למשדול. אולם, על השידול להיות מופנה כלפי אדם או בני-אדם מסויימים, ולא כלפי קהל שלם. במקרה האחרון ייתכן שתתגבש עבירה ספציפית כגון זו שבסעיף 166 לחוק העונשין. יש לציין שגם "שידול שרשרת" הינו עניש (כלומר מצב בו א משדל את ב לשדל את ג לבצע עבירה מסויימת) – ראה G. Williams בספרו Textbook of Criminal Law, שם, בעמ' 335. אם לא נוצר "קשר בין-מוחי" בין ה"משדל" ובין ה"משדול", עדיין תיתכן הרשעה בנסיון שידול (הסתה) – ראה G. Williams בספרו Criminal Law, שם, בעמ' 612. להסרת ספק אפשרי יובהר כי אין ליחס חשיבות למלה "יעץ" שבסעיף 326 לחוק העונשין, שכן דרך שידול זו כלולה במלה "שידול" שבאותו סעיף, כך שהיעוץ הוא בעצם תלופה מדומה לשידול. ראה, למשל, פסקהדין בעניין ירקוני וגור, שם, בעמ' 45 מול אות השוליים 19.

שהמשדל "היטה את כפות המאזניים" – הביא את התלבטות המשדל לקיצה, ובכך היתה השפעתו גורם הכרחי לביצוע העבירה עליידי המשדל.²⁰

(ג) נדרש שהמשדל יתייחס בשידולו לעבירה ספציפית, על נתונה הקונקרטיים (אם כי לא הכרחי שיתייחס לכולם), או, לכל היותר, ל"משפחת עבירות" (שוב, בצירוף נתונים קונקרטיים), שכן אין שידול לעבירה בעלמא.²¹

לגבי היסוד הנפשי הנדרש לשם התגבשות השידול חלוקות הדעות. לפי הגישה המשוערת²² של הפסיקה צריך שיתקיים אצל המשדל, כמו אצל המסייע, אותו יסוד נפשי הנדרש לגבי המבצע העיקרי של העבירה.²³ לעומת זאת, לפי גישת מלומדים שהתבטאו בנושא (להלן – "גישת המלומדים"), נדרשות צפייה שהשידול יגרום לביצוע העבירה, ומטרה של המשדל להביא לידי ביצוע העבירה עליידי המשדל.²⁴ לכך יש להוסיף כי לפי שתי הגישות נדרשת גם, כמובן, מודעות של המשדל לטיב הפיזי של מעשיו ולנסיבות השידול, וכן נדרש יסוד "שלילי" – אי רצון של המשדל להשתתף עם המשדל בביצוע העבירה מושא השידול (שכן כשיש רצון כזה, מקובל שהדבר נופל לגדר עבירת הקשרי²⁵).

להשלמת התמונה יש לציין גם את סעיף 29 לחוק העונשין – "היקף האחריות של היועץ" – שמכוחו מורחבת אחריותו של המשדל לרבר עבירה גם על עבירה אחרת או נוספת על העבירה מושא השידול²⁶, ואת סעיף 30 לחוק העונשין, העוסק בחזרה משידול^{27,28}.

20 ראה, למשל, ש"ו פלר, "סעיף 24 לפקורת החוק הפלילי, 1936 – האמנם נועד הוא למסייע?", משפטים (2) (תשל"ו) 275, בעמ' 287.

21 דרישה זו עולה מעצם מהותו של השידול כצורת התנהגות עבריינית הנגזרת מביצועה העיקרי של עבירה מסוימת. וראה, למשל, ע"פ 441/72 בשן (אגמ"ו) נ' מדינת ישראל, פד"י כז(2) 141, 147, 158. כטרם נעבור לדון ביסוד הנפשי של השידול, אולי לא למותר להבהיר כי ככלל, די שמאפיינים אישיים הנדרשים בהגדרת עבירה המותנית בעושה מיוחד יתקיימו במשדל, ולא נדרש שיתקיימו גם במשדל.

22 "משוערת" – משום שאין בפסיקה התייחסות ישירה לנושא.

23 ראה, למשל, ע"פ 522/68 אילוז ואליאם נ' מדינת ישראל, פד"י כג(1) 377, בעמ' 389 מול אות השוליים 1, ואילך. הדברים נאמרו בהתייחס לסיוד לרבר עבירה, אולם הנמקתם מתאימה גם לשידול לרבר עבירה. גישת הפסיקה היא שהיות והאחריות שמטיל החוק על המשתתפים השונים (המבצע העיקרי והמסייע) היא זהה (ראה סעיף 26 רישא לחוק העונשין), אזי גם הדרישות לגבי היסוד הנפשי שצריך להתקיים אצל כל אחד מהם הן זהות. אם מקבלים הנמקה זו (שהיא, לדעתי, מוטעית) לגבי הסיוד, אין סיבה שלא לקבלה גם לגבי השידול, ולהגיע למסקנה דומה. וראה גם מקור גישה זו בפסיקה, כע"פ 158/58 אברעמרים נ' היהודים, פד"י יג 1965, בעמ' 1970 מול אות השוליים ג.

24 ראה, למשל, ש"ו פלר, יסודות בדיני עונשין (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ד) כרך א, בעמ' 601.

25 ראה ש"ו פלר, "הקשר הפלילי מול השותפות לרבר עבירה", שם בעמ' 237, וכן ע"פ 441/72 בשן (אגמ"ו) נ' מדינת ישראל, שם, בעמ' 151, 156. אולם ראה גם דעה אחרת כסוגייה זו, במאמרו של מ' קרמניצר "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לרבר עבירה", משפטים יד(2) (תשמ"ד) 231, עמ' 246 ואילך.

26 ראה, למשל, ע"פ 146/81, אל סנע נ' מדינת ישראל, פד"י לו(2) 500, בעמ' 503. וראה גם י' לוי וא' לדרמן, עיקרים באחריות פלילית (רמות מערכות חינוך בע"מ, תשמ"א), עמ' 478-479.

27 כפי הנראה עוסק סעיף 30 לחוק העונשין בחזרה מהסתה (נסיון שידול). מסקנתי זו נובעת מכך שהפסוק בגין התרסה ניתן רק במקרה של "שידול נגדי" המתבצע כטרם ניגש ה"משדל" לביצוע העבירה מושא השידול, ובשלב זה אין עדיין שידול אלא הסתה בלבד. לא כאן המקום להתעמק בסוגיית התרסה כדיון

עתה, לאחר שעמדנו על יסודות השידול, ניתן דעתנו על המקרה הבא: לאחיותפל השפעה מכרעת על שמעון. שמעון אינו נוהג לקבל החלטות חשובות מבלי להיוועץ קודם לכן באחיותפל. קשישא הוא אדם ישיש וחסר ישע שאחיותפל מטפל בו מכוח חוזה. שמעון שוקל לרצוח את קשישא. אולם הוא וקוק לדעתו של אחיותפל על מנת שיוכל להחליט. שמעון מוביל את קשישא, תוך כדי איומי אקרה, אל משרדו של אחיותפל. שמעון מתפרץ למשרד (יודגש כי אחיותפל לא הזמינו ואף לא ידע על בואו) כשהוא מוביל את קשישא עימו, תוך כיוון האקרה לראשו של קשישא. הם מתקדמים עד שהם חוצים את שדה הראייה של אחיותפל. עתה מצטלבים מבטיהם של שמעון ושל אחיותפל. שמעון ממשיך לסווג האקרה לעברו של קשישא, אומר לאחיותפל במפורש שבכוונתו לרצוח את קשישא, ומתבונן באחיותפל בציפייה.

אם יורה אחיותפל לשמעון שלא לרצוח את קשישא, שמעון לא יבצע את המעשה. כל שעל אחיותפל לעשות כדי למנוע הרצח העומד להתבצע, הוא לבקש משמעון שלא יבצעו. אחיותפל מודע לכך. הוא אף יודע שאם לא יגיב, יראה בכך שמעון אישור שאחיותפל מסכים למעשה.

אחיותפל אינו מגיב. שמעון לוחץ על ההדק.

כאמור, אין זה הכרחי שהמשרד יטע את הרעיון לבצע את הפשע במוחו של המשדל. די בכך שישים קץ ללבטיו של המשדל על-ידי "הטיית-כפות-המאזניים". שמעון אמנם הגה את הרעיון לרצוח את קשישא, אולם הוא טרם החליט אם לבצע את הדבר. התלות שלו באחיותפל היא מכרעת. אלמלא ניתנה לשמעון האפשרות לברר את דעתו של אחיותפל על הרעיון, הוא לא היה מבצע את המעשה.

אין ספק שאחיותפל הכריע את כפות-המאזניים, ואין לדעתי סיבה שלא לראות בו משדל.

המקרה שתואר לעיל נראה אולי בלתי מציאותי, אולם ניתן להעלות על הדעת מקרים שהם לאו דווקא יצירי הדמיון. כך, למשל, יושב א ליד ב, ומכין את האכילוריום הדרושים

הישראלי. אציון רק שתמוה בעיני שניתנת נפקות לחרטה - בצורת פטור מאחריות - רק במקרה בו מתבצע "שידול נגדי". "שידול נגדי" כזה - לא תמיד הוא בריביוע. מרוע אין די, למשל, בהודעה מבעוד מועד לרשויות על העבירה העומדת להתבצע? רומני שהודעה כזו תשרת את המטרה התועלתנית שמאחורי הפטור בצורה טובה יותר מאשר השידול הנגדי. גם מבחינת השיקול של טעם הענישה (וליתר דיוק - חוסר הטעם בענישה) כהצדקה לפטור בגין חרטה, אין להגביל עילת הפטור לשידול נגדי בלבד. כמו כן ייתכן שיש מקום לפטור גם בגין חרטה פעילה ויעילה בזמן ביצוע העבירה - שאז המדובר כבר בחזרה משידול ולא רק בחזרה מנסיון שידול. אולם בקודקס פלילי בו אין פטור בגין חרטה פעילה למנסה ולמסייע, ואין פטור בגין חרטה פעילה לאתר ביצוע עבירה מושלמת ספציפית כלשהי, גם הפטור המצומצם שבגין חרטה המנסה לשדל מפתיע לטובה. לעניין זה ראה סעיפים 28 ו-34 להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, משפטים יד, עמ' 127 ואילך.

28 סעיף נוסף בחלק הכללי של חוק העונשין הנוקט לשון שידול הינו סעיף 27. אולם אין הוא עוסק בשידול, אלא בביצוע על-ידי אחר, שיכול להתקיים גם ללא כל השפעה רוחנית של המבצע העקיף על המבצע הישיר. גם כשיש השפעה כזו, עדיין יש לזכור שביצוע באמצעות אחר מתגבש כשהמבצע הישיר אינו נושא באחריות פלילית מלאה לעבירה אותה ביצע, בין אם משום שלא התקיים אצלו היסוד הנפשי הנדרש בהגדרתה ובין אם מסיבה אחרת. לעומת זאת המשדל נושא באחריות הפלילית המלאה למעשהו. לדיון מפורט בסוגייה ראה מ' גוריאריה, "ביצוע באמצעות אחר", ספר חופמן (תשמ"ד), עמ' 223.

לו לצורך זיוף מסמכים. א הוא עובדו של ב, והזיוף העתיד להתבצע נועד לקדם הגשמתה של משימה שהטיל עליו האחרון. א טרם החליט אם לבצע את מלאכת הזיוף. החלטתו תלויה ביחסו של מעבידו למעשה. אם לא ידע א מהו יחס מעבידו למעשה – לא יבצע אותה. המעביד מתבונן בעובדו ובמעשיו, ומבין את שעתיד להתרחש אם לא יגיב. יתרה מזאת: הוא יודע שעובדו יראה בחוסר תגובה מצידו אישור למעשה.

העובד מתבונן במעביד בציפייה.

המעביד אינו מגיב³⁰ והעובד מתחיל בביצוע עבירת הזיוף³¹.

ה. החובה לפעול

כדי שמחדל יהיה עניש, נדרש מקור חובה לפעול. האם נדרשת – ואם כן, מאילו מקורות ניתן לשאוב – חובה לפעול לצורך הפללת שידול במחדל? שאלה דומה עלתה בבית-המשפט העליון במסגרת הדיון בסיוע לדבר עבירה. ניתן להצביע על שלוש גישות עיקריות בנושא בקרב השופטים:

(1) אין כל צורך במקור חובה לפעול³².

29 לקורא התמה מדוע אין המעביד מגיב, נספר כי אמנם מעוניין המעביד בזיוף העתיד להתבצע, אולם אין הוא רוצה שהדבר יתגלה לאנשים הנוספים הנמצאים אותה שעה בחדר.

30 להלן מספר הבהרות: ראשית, רק לשם הסרת הספק אציין כי נוכחות המשדל בעת ביצוע העבירה עליידי המשדל כלל אינה הכרחית. לכן, בשתי הדוגמאות שהבאתי לעיל, היה השידול מתגבש גם אם אחיתופל (כדוגמא הראשונה) והמעביד (כדוגמא השנייה) היו עוזבים את המקום עובר לביצוע העבירות מושאי השידולים עליידי שמעון ועליידי העובד (בהתאמה). שנית, לא היה זה הכרחי שאחיתופל (כדוגמא הראשונה) והמעביד (כדוגמא השנייה) נמנעו מכל פעולה אקטיבית ברגע בו היתה להתנהגותם השפעה מכרעת על החלטות המבצעים העיקריים של העבירות. כך, למשל, אילו עסקו בכתיבה ברגע המכריע, והמשיכו לעסוק בה תוך הימנעות מלהבהיר לשמעון ולעובד שהרעיונות של ביצוע העבירות אינם מקובלים עליהם, גם אז היו מתגבשים שידולים פליליים עליידי מחדלים. זאת משום שהמחדל הפלילי הוא ביחס לחובה מסויימת לפעול, וגם כשמבצעים פעולה, שהיא אמנם אקטיבית, אך אין בה משום מילוי החובה המסויימת לפעול, מרובך בעצם במחדל. ושלישית, ער אני לאפשרות לראות במחדלים שתיארת מחדלים יוצאי רופן; שכן ניתן לראות בחוסר התגובה של המשדלים מעין סימנים מוסכמים, מלים בשפה המיוחדת שביניהם לבין המשדלים. בדומה לכך ראה השופט ח' כהן במחדל של סיוע מחדל מיוחד, שאין צורך במקור חובה לפעול כדי שיהא עניש (ראה להלן, הערה 32). אולם גם ראיית מחדלים אלו כמחדלים מיוחדים, אינה משנה כהוא זה את עצם היותם מחדלים. ההבחנה בין מעשה למחדל היא לרעתי טבעית, קודמת למשפט ועומדת בפני עצמה. לכן אין לסווג התנהגות מסויימת כמעשה או כמחדל על-פי תוצאותיה המשפטיות, אלא על-פי חוקי הטבע. ורק לאחר סיווג זה, ובאם המסקנה היא שמדובר במחדל, יש לתור אחר מקור חובה לפעול. תוצאת שתי ההבהרות האחרונות שלעיל היא שהתנהגות שמבחינת טבע הדברים מהווה מחדל, תהא מבחינה משפטית לעולם מחדל. לעומת זאת, בעת ביצוע פעילות שמבחינת טבע הדברים מהווה מעשה, ייתכן בהחלט שבוצע גם מחדל, ביחס לחובה מסויימת לפעול.

31 יש והגדרת העבירה עצמה מספקת דרישה זו. במקרים אחרים נדרש מקור חובה חיצוני. לדיון במקורות הנורמטיביים של החובה לפעול ראה ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין, שם, עמ' 399-403, וראה גם י' לוי וא' לדרמן, עיקרים באחריות פלילית, שם, עמ' 180-185.

32 גישת השופט ח' כהן בעניין ירקוני וגור, שם, עמ' 47.

- (2) יש צורך במקור חובה לפעול, וניתן לשאוב אותו אך ורק מחוק העונשין או מהוראת חוק אחר המטילה אחריות פלילית.³³
- (3) יש צורך במקור חובה לפעול, אך אין זה הכרחי שיימצא בדיני העונשין דווקא.³⁴

הגישה האחרונה היא ככל הנראה ההלכה המקובלת כיום. להערכתנו, הגישה לגבי מקור החובה לפעול לצורך הפללת שידול במחדל, אם וכאשר תתקבל התפישה לפיה הוא אפשרי ועניש, תהיה רומה לגישה ביחס לסיוע, שתוארה לעיל. בדוגמאות לשידול במחדל שהבאתי, ניתן לספק הדרישה למקור חובה לפעול. בדוגמא הראשונה ניתן לעשות כן אפילו במסגרת הגישה לפיה ניתן לשאוב מקור זה אך ורק מחוק העונשין או מהוראת חוק אחר המטילה אחריות פלילית,³⁵ ועל דרך קליוחומר – ניתן לספק דרישה זו גם לפי הגישות האחרות שבאו לידי ביטוי בבית המשפט העליון. במקרה הראשון, ניתן לראות בסעיף 322 לחוק העונשין מקור חובה לפעול, שכן על אחתופל מוטלת האחריות לקשישא, שמקורה בחוזה, וקשישא, מחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני או כל סיבה אחרת (כאמור בסעיף 322 לחוק) אינו יכול להפקיע עצמו מאותה אחריות ואינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו. סיועאציה נדירה זו, שבה הקרבן הוא אדם חסרישע שבאחריותו של המשרד, נוצרה על-ידי כותב שורות אלה רק כדי לספק את הדרישה המכסימלית בנושא מקור החובה לפעול. אולם, יש לשים לב לכך שהגישה המקובלת, הן בפסיקה והן בקרב המלומדים, היא שניתן לספק דרישה זו גם על-ידי מקור חובה שמחוץ לדיני העונשין,³⁶ וקיימת אפילו נטייה לרעה שכלל אין צורך במקור חובה לפעול לצורך הפללת הסיוע.³⁷

33 גישת השופט לנדוי בעניין ירקוני וגור, שם, עמ' 56 ואילך.

34 גישת השופטת בן-פורת בעניין לב, ע"פ 115/77 אברהם לב ואחד נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד (2) 505, בעמ' 518 מול אות השוליים ה.

35 לכאורה ניתן לראות בסעיף 262 לחוק העונשין (אי מניעת פשע) מקור חובה לפעול לצורך הפללת כל המקרים של שידול במחדל לביצוע פשע, ובכך, בעצם, לייתר דרישה זו. אולם, לדעתי, אין להכיר בסעיף זה כמקור חובה לצורך הפללת מחדל כלשהו (לאו דווקא לגבי שידול). זאת משום שעבירה זו אינה מושתתת על זיקה מיוחדת, לא על זיקה בין "מי שירע כי פלוני זומם לעשות פשע" לבין הזומם לעשות פשע, ולא על זיקה בין הראשון לבין הקרבן או מקור הסכנה. למסקנה רומה הגיע השופט ח' כהן בעניין ירקוני וגור (שם, בעמ' 47 מול אות השוליים ד), אולם הנמקתו, לפיה "אילו היה אי-מילוי החובה האמורה בסעיף 33 (מדובר בסעיף 33 לפקודת החוק הפלילי, 1936, המופיע בסעיף 262 לחוק העונשין – הבהרה שלי – בי"ש) ממין המחדלים אשר סעיף 123(א) (סעיף 262 לחוק העונשין – בי"ש) מדבר בהם, לא היה לא טעם ולא צורך בקביעת עונש מיוחד למי אשר מפיר חובה זו; די היה בהוראה הקובעת את עצם החובה...", היא לדעתי, ובכל הכבוד, מוטעית. זאת משום שישנם מצבים בהם אין באי-מילוי החובה הקבועה בסעיף הנדון (החובה לנקוט כל האמצעים הסבירים למנוע עשייתו או השלמתו של הפשע) כדי להוות סיוע או שידול כמשמעותם בדין הפלילי, כגון, כאשר לא מתקיים אצל מפר אותה חובה היסוד הנפשי הנדרש להתגבשות סיוע או שידול. זאת ועוד. סעיף 262 לחוק העונשין מפליל גם מקרים בהם ביצוע הפשע, אותו אין העובר על העבירה הקבועה בו מונע, כלל לא החל. הסעיף מדבר על "מי שירע כי פלוני זומם לעשות פשע..." (ההדגשה שלי – בי"ש) ומכאן שלא נדרשת תחילת ביצוע לשם התגבשות עבירה זו. כידוע, תחילת ביצוע היא תנאי הכרחי לענישות הצורות הנגזרות מן הביצוע העיקרי (למעט המקרה של "הסתה" – נסיון שידול, שענישותו נקבעה במפורש על-ידי המחוקק).

36 ראה לעיל, הערות 31 ו-34.

37 ראה לעיל, הערה 32.

במקרה השני שהובא לעיל, ניתן למצוא מקור חובה לפעול באחריות המוטלת על המעביד למעשי עובדו³⁸.

ו. שידול במחדל מול אי מניעת פשע

סעיף 262 לחוק העונשין קובע כי "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים". לכאורה ניתן לטעון כי די בעבירה זו כדי לענוש את המשרד במחדל.

לדעתי אין בטיעון זה ממש. ראשית, סעיף 262 עוסק בפשעים בלבד, בעוד שהשידול מתייחס גם לעוונות. שנית, אם לגבי כל התנהגות עבריינית נסתפק בעבירה הקלה ביותר שלגידרה ניתן להכניס אותה, כי אז נעשה פלסטר את דבר המחוקק, ואף נחטא בהתעלמות מטיבה האמיתית של אותה התנהגות. כך ייהפך השודד לגנב, האנס למבצע מעשה מגונה, והרוצח בכוונה חילה למבצע הריגה בלבד. השידול חמור לאין ערוך יותר מאי מניעת הפשע. המשרד, לא זו בלבד שהוא גורם לביצוע העבירה, הוא אף יוצר עברייני (המשרדל)³⁹. בדוגמאות לשידול במחדל שהבאתי לעיל, הדגשתי כי אלמלא עלה בירי המשרד לברר את דעתו של המשרד, כלל לא היה מבצע העבירה.

אין כל ספק שהשידול במחדל מהווה סיבה בלעדית (causa sine qua non) לביצוע העבירה. לעומת זאת, אי מניעת הפשע, הנדונה בסעיף 262 לחוק העונשין, אינה מהווה גורם הכרחי שכזה. הפשע היה מתבצע בין כך ובין כך (כלומר – גם אם האדם שידע על הפשע ולא מנע אותו, כלל לא היה יודע עליו). לבסוף, ולשם הקצנה שניתן ללמוד ממנה, אין ספק שהעונש של שנתיים מאסר, שנקבע בסעיף 262 לחוק, אינו הולם המעשה החמור של שידול לביצוע רצח.

ז. שידול במחדל מול סיוע במחדל

את הסיוע המתבצע במחדל הפליל המחוקק שלנו במפורש, בהגדרתו בסעיף 26(2) לחוק העונשין את המסייע כ"מי שעשה מעשה או נמנע מעשות מעשה כדי לאפשר לחברו..." (ההדגשה שלי – ב"מ)⁴⁰.

הסיוע עשוי להיות רוחני בלבד. די בכך שהמסייע אימץ את רוחו של המבצע העיקרי,

38 בעניין לב הנזכר, בעמ' 519 לפסקה 19, קבעה השופטת ברפורת כי "כלל הוא שמעביד היודע שעובדו (או שלוחו) עובר עבירה במסגרת תפקידו, חייב למנוע זאת, שאם לא כן יראוהו כמסייע". דברים אלה מדברים בעד עצמם.

39 ראה, למשל, ש"ז פלר, "הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עבירה", שם, בעמ' 261.

40 אמנם ישנה בפסיקת בית המשפט העליון התבטאות ממנה עולה כי לכאורה אין מתחל יכול להיות סיוע לדבר עבירה – ראה ד"ר 7/69 אליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 562, בעמ' 563 מול אות השוליים ב. אולם אמירה זו של השופט אגרנט אינה משקפת את ההלכה החד-משמעית בנושא, המתחייבת, בין היתר, מלשון החוק. ראה, למשל, עניין ירקוני וגור, שם בעמ' 47 מול אות השוליים א, וכן, ע"פ 454/74 חזיה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 577, בעמ' 593 מול אות השוליים ו.

גם אם לא הושיט לו סיוע פזי לביצוע העבירה⁴¹ (השידול נברל מן הסיוע הרוחני בהיותו גורם הכרחי לביצוע העבירה).

נוכח העובדה שדין המשדל הוא כדרך המסייע⁴², מתעוררת השאלה כלום אין די בפליליות הסיוע במחול לצורך ענישת המקרים של שידול במחול. התשובה היא, לדעתנו, שלילית. אין לבנות הלכות על יחס מסויים בין העונשים, הקבוע בחוק, תוך התעלמות מן הבחינה המושגית של העניין. אמנם המחוקק לא הבחין בין דין המסייע לבין דין המשדל, אולם מקובל כי השידול חמור מהסיוע לדבר עבירה. המשדל מהווה צד ראשי בעשיית העבירה, בעוד שלמסייע מעמד משני, הן ביחס למבצע העיקרי והן ביחס למשדל⁴³.

בהיות העונשים הקבועים בחוק עונשי מכסימים, יכול וצריך בית המשפט להבחין, בעת גזירת הדין, בין המסייע לבין המשדל, כשם שהוא מבחין בין המסייע לבין המבצע העיקרי של העבירה, למרות שגם הבחנה זו לא באה לידי ביטוי בחוק העונשין הנוכחי. ב"הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" נעשתה הבחנה חדה בין דין המשדל (שהוא כדן מבצעה העיקרי של העבירה) לבין דין המסייע (שהוא כדן המנסה)⁴⁴. לדעתנו מתחייבת הבחנה זו מעצם טיבם השונה של הסיוע והשידול. הבחנה מבוססת על שני דברים עיקריים. ראשית, השידול נברל מן הסיוע בהיותו גורם הכרחי לביצוע העבירה⁴⁵. השפעת המשדל על החלטת המשדול היא מכרעת, מה שאין כן לגבי השפעת המסייע (לרבות המושיט סיוע רוחני) על החלטת המבצע העיקרי של העבירה. שנית, המשדל, לא זו בלבד שהוא גורם לביצוע העבירה, הוא אף יוצר עברייני – המשדל. זוהי פעולת החטאה הצופנת בחובה הן אשמה רבה והן סכנה גדולה.

הראשיות שבשידול לעומת המשניות שבסיוע באה לידי ביטוי מובהק בין היתר בכך, שבעוד שהנסיון לשדל (הסתה) עניש מכוח מצוות המחוקק (סעיף 34 לחוק העונשין), הרי שהנסיון לסייע כלל אינו עניש.

הנה כי כן, גם כמנותק מסוגיית העונש, חשובה מאוד ההבחנה המושגית והעקרונית בין השידול לבין הסיוע, ואין לערב מין בשאינו מינו. נוכח העובדה שפעולת המשדל נתפשת כחמורה מפעולת המסייע, תמוה בעיני כי בעוד שהסיוע במחול נתפש כחמור דיו כדי שיהא עניש, הרי שלגבי השידול במחול, שענישותו היא, לפי מידת ההיגיון, בבחינת קל-חומר, שלטת ללא עוררין הדעה שאינו עניש.

לכשתוכר גם ענישותו של השידול המתבצע במחול, תושג הרכוניה בין הסיוע לבין

41 אם נכח המסייע במקום ביצוע העבירה, עולה האפשרות של סיוע רוחני מסעיף 26(4) לחוק העונשין ("מי שסייע... על ידי שנכח במקום העבירה... כדי לאמץ את המבצע בהחלטתו..."). סיוע רוחני ניתן להושיט גם לפני ביצוע העבירה ושלא במקום ביצועה – ראה, למשל, ש"ז פלר, "לעיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה", משפטים י', 121, בעמ' 125 ואילך.

42 ראה סעיף 26, רישא, לחוק העונשין.

43 ראה, למשל, ש"ז פלר, "סעיף 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 – האמנם נועד הוא למסייע?", שם, בעמ' 287–288.

44 ההצעה מורסמה, בצירוף דברי הסבר תמציתיים, במשפטים יד, עמ' 127 ואילך. ראה סעיפים 30–32 להצעה (עמ' 143) וכן דברי ההסבר לסעיף 32 (עמ' 208).

45 "מה נשתנה המשדל מן המסייע? שמשדל הוא אדם שבין מעשהו ובין מעשה העבירה יש קשר סיבתי..." – דברי השופט ח' כהן בעניין ירקוני הגור, שם, עמ' 45 מול אות השוליים ו.

השידול במשפטנו, שאם כי אינני מצדד בה (נוכח החומרה הרבה יותר המגולמת בשידול), הרי שהיא עדיפה על מצב דברים בו השידול במחדל כלל אינו עניש.

ח. הגישה המוצעת וחירויות האדם

נושא השידול וחופש הביטוי כבר נדון בהרחבה במספר מאמרים וספרים. לפיכך אדון רק בשאלה האם אין באימוץ הגישה שהצעתי משום הגבלה בלתי רצויה של החופש לשתוק (שניתן לראות בו חלק מחופש הביטוי) או של חירות האדם להימנע מלפעול (מהמוהו מרכיב חשוב בחירות הפעולה של האדם).⁴⁶

ניתן לכאורה לטעון כי אם תוטל אחריות פלילית על מעשי שידול המתבצעים במחדל, תהא בכך הגבלה חמורה של חירויות אלו. אולם, לדעתי, אין הדבר כך. ראשית, אין להתעלם מהדרישה המקובלת לקיומה של חובה לפעול כתנאי הכרחי לענישות המחדל. דרישה זו מצמצמת מאוד את המקרים הנכנסים לגדרו של השידול במחדל, ובכך גם את הפגיעה בחירויות האדם.

שנית, יש לזכור ששידול במחדל עשוי להתגבש רק במקרים בהם יש למשדל השפעה מכרעת על החלטות המשדול. מקרים אלה נדירים הם.

שלישית, אסור להתעלם מהפגיעה החמורה בערכיה המוגנים של החברה, הבאה לידי ביטוי בשידול, בין במעשה ובין במחדל. כאמור, המשדל, לא זו בלבד שהוא גורם לביצוע העבירה מושא השידול, הוא אף יוצר עברייני (המשדול). הן מבחינת יסוד האשמה והן מבחינת יסוד הסכנה, מהווה השידול תופעה פלילית חמורה, שבשום פנים ואופן אין להקל בה ראש.

גם ההשוואה בין השידול במחדל לבין הסיוע במחדל, אותה ביצעתי לעיל, מחייבת את המסקנה שעל השידול במחדל להיות עניש.

רביעית, יש לזכור כי לצורך התגבשות השידול, אין די ב־actus reus (היסוד העובדתי), אלא ישנה גם דרישה גבוהה בתחום היסוד הנפשי (mens rea) של המשדל. גישתה המשוערת של הפסיקה בנושא היא, כאמור, היסוד הנפשי הנדרש מהמשדל זהה לזה הנדרש ממבצעה העיקרי של העבירה. לפי "גישת המלומדים", עליה עמדת לעיל, נדרשת, בין היתר, גם מטרה של המשדל להביא לידי ביצוע העבירה על-ידי המשדל. דרישה של יחס שאיפתי כזה מבטיחה שחירות האדם לא תיפגע כתוצאה מההכרה בענישות השידול במחדל.

אולם עדיין ניתן לטעון כי הרכבת האפשרות של שידול במחדל על דרישתה המשוערת של הפסיקה בתחום היסוד הנפשי, עלולה להביא להגבלה בלתי רצויה של חירות זו. בעניין זה דעתי היא שאין כל הכרח שאם וכאשר יכיר בית-המשפט באפשרות של ביצוע השידול הפלילי במחדל, הוא ידבוק בדרישתו בתחום היסוד הנפשי, ויסתפק בכך שיתקיים אצל המשדל היסוד הנפשי הנדרש ממבצעה העיקרי של העבירה. באות בחשבון שתי אפשרויות סבירות נוספות:

46 חירות זו עומדת, לדעתי, כבסיס ריני העונשין, ובאה לידי ביטוי בכך שלגבי מרבית העבירות הביצוע במחדל אינו עניש בהיעדר מקור חובה לפעול החיצוני להגדרת העבירה.

- (א) אימוץ "גישת המלומדים" בנושא.
 (ב) דרישה של יחס שאיפתי של המשדל כלפי ביצוע העבירה עליידי המשדל, כאשר השידול מתבצע במחדל.⁴⁷

בטוחני שבית-המשפט יגלה הגמישות הנחוצה, ולא יימנע מהפללת התופעה החמורה של שידול במחדל, רק בשל אי-התיישבותה עם הדרישה הנוכחית בתחום היסוד הנפשי (בהנחה שמקבלים את הטענה שהן אכן אינן מתיישבות זו עם זו).

ט. אחרית דבר

ב"הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" מוגדר המשדל כך (סעיף 30(א)): "המביא אחר לידי ביצוע עבירה בדרישה, בעצה, בעידוד או בכל דרך אחרת שאינה מגיעה כדי כפייה או צידוק, הוא משדל לדבר עבירה" (ההדגשות שלי - ב"ס). אמנם לא ברור אם מחברי ההצעה, בקובעם נוסח זה, נתנו דעתם על האפשרות של שידול במחדל (ויעיד על כך היערר דברי הסבר לסעיף זה), אולם הנוסח המוצע מתיישב היטב עם אפשרות זו. משתתקבל הצעת החוק, לא תהיה כל מניעה, אפילו לא מניעה לכאורה (כפי שיש כיום נוכח לשון החוק), להכרה באפשרות של ביצוע שידול עליידי מחדל, ובענישותו.

47 יש לציין שאין לראות בשינוי כזה בגישת הפסיקה פגיעה בעקרון החוקיות. זאת משום שדרישת יחס שאיפתי כאמור, מצמצמת את תחום המקרים בהם תבוא דרישת היסוד הנפשי על סיפוק, ובכך גם את האחריות הפלילית על השידול המתבצע במחדל.