

## הערות לפרק 10

### ניסיונות לבצע עבירות לעומת עבירות מושלמות

פרופ' יורם רבין\*

הפושט ידו לחברו להכותו, אף על פי שלא הכהו, נקרא רשע, שנאמר: 'ויאמר לרשע: למה תכה רעך' (שמות ב, יג) – הכית לא נאמר, אלא תכה.<sup>1</sup>

הפרק העשירי עוסק בארבע שאלות בסיס המתעוררות בקשר לעבירות הניסיון: (1) הגדרת הניסיון לביצוע עבירה; (2) סוגיית המזל המוסרי; (3) סוגיית הניסיון הבלתי-צליח; (4) סוגיית הפטור עקב חרטה. סוגיות אלה, כפי שמראה פלטשר, העסיקו מחוקקים ובתי משפט במדינות המשפט המקובל ובמדינות המשפט הקונטיננטלי, וגם כיום הן עדיין מעסיקות אותם. גם המשפט הישראלי התלבט בשאלות אלה, והדין בנושא זה ידע שינויים והתפתחויות. בשורות הבאות אפרוס בפני הקוראים את הרקע בישראל ביחס לכל אחת משאלות הבסיס שלעיל.<sup>2</sup>

---

\* היועץ המשפטי למבקר המדינה. לשעבר דיקן בית הספר למשפטים של המסלול האקדמי המכללה למינהל.

<sup>1</sup> תנחומא, פרשת קורח, סימן ח'.

<sup>2</sup> לדיון מקיף יותר בעבירת הניסיון בישראל ראו: יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** 583–545 (מהדורה שלישית, 2014). דיונים על עבירות הניסיון ניתן למצוא גם במשפט העברי, אך הדיון בו חורג מענייננו. על עבירת הניסיון במשפט העברי ראו: יעקב בזק "נסיון כשל לביצוע עבירה במשפט העברי – מבחן סובייקטיבי או אובייקטיבי (מחקר השוואתי)" **קריית המשפט** ט 65 (התשע"א); אהרון קירשנבאום "נסיון פלילי והמזל שבמוסר (Moral Luck) במקורות היהדות" **מחקרי משפט** כ 97 (התשס"ג); יעקב משלם גינזבורג "מסה ומריבה – העונש על נסיון למעשה פלילי על פי משפט התורה" **סיני** כרך כח, כד (התשי"א).

**הגדרת הניסיון** – קשה להגדיר את "הניסיון לביצוע עבירה" כדרך של ביצוע מעשה עברייני. פלטשר סוקר את התפתחותו של הניסיון הפלילי, אך בסופו של דבר הוא מודה כי קשה מאוד לקבוע מתי מסתיימת ההכנה שאינה בת-עונשין ומתחיל הביצוע העברייני המצדיק הטלתו של עונש. קושי זה הוא שגרם למחוקק הישראלי בתיקון 39 לחוק העונשין להגדיר את הניסיון – מבחינת היסוד העובדתי שבו – בדרך השלילה. ההגדרה ל"ניסיון" קבועה בסעיף 25 לחוק העונשין בזה הלשון: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי ניסיון הוא "מעשה שהוא חוליה בשרשרת המעשים לקראת ביצוע העבירה ושאינו בו משום הכנה בלבד וגם לא משום השלמת הביצוע".<sup>3</sup> מעשי הכנה אינם מצדיקים בדרך כלל אחריות עונשית מכיוון שעל פי רוב אין הם מסכנים את הערך המוגן.<sup>4</sup> ניתן להניח לזומם בתקווה שבסופו של דבר ינטוש את הרעיון לבצע את העבירה. לעומת זאת, חציית הפער שבין מעשי ההכנה לבין הביצוע היא בדרך כלל תולדה של החלטה מגובשת יותר. החלטה כזו הופכת את התנהגותו של האדם שניגש לביצוע העבירה להתנהגות בעלת מטען אנטי-חברתי המצדיק תגובה עונשית.<sup>5</sup> עם זאת, כדי להגדיר "ניסיון" יש לאתר את קו הגבול בין שלב ה"הכנה" לבין שלב ה"ניסיון", אשר ממוקם בין שוליים רחבים של עמימות. בכתיבה ובפסיקה בישראל הוצעו מבחנים אחדים להבחנה בין שלב ההכנה לבין שלב הניסיון, ולבסוף אומצו שניים: הראשון הוא "מבחן הקרבה המספקת", שעל פיו נדרש כי תהליך ביצוע העבירה התקרב קרבה מספקת, מוחשית או מסוכנת, להשלמת העבירה. על פי גישה זו, גם השלבים הראשונים של הביצוע עשויים להיות ניסיון אם הם קרובים קרבה מספקת לביצוע המושלם;<sup>6</sup> השני הוא "מבחן חד-המשמעות", שעל פיו התנהגות נכללת

<sup>3</sup> דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 114, 128 (בדברי ההסבר לסעיף 26 להצעה).

<sup>4</sup> מרים גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" **משפטים** לב 505 (2002).

<sup>5</sup> שם, בעמ' 528.

<sup>6</sup> מבחן הקרבה המספקת אומץ בפסקי-הדין אלה: ע"פ 1/65 **שמש נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יט(1) 398 (1965); ע"פ 115/77 **לב נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב(2) 505

בגדר ניסיון אם החל המבצע בביצוע התחלתי המגלה את כוונותיו באופן חד-משמעי. כאשר כוונתו הפלילית של המבצע משתקפת ממעשיו, חוצים המעשים את קו הגבול שבין מעשי הכנה לבין ניסיון.<sup>7</sup> לפיכך, על אף השאיפה לבהירות ולוודאות בנוסח החיקוק ולהגדרת עבירות באופן מדויק ככל הניתן כמתחייב מעקרון החוקיות, קו הגבול בין מעשי ההכנה לבין הניסיון נותר – גם בדיון הישראלי – לא ברור, והוא מותנה בנסיבותיו הקונקרטיות של מקרה ומקרה.<sup>8</sup>

**המזל המוסרי** – את הדילמה של המזל המוסרי מציג פלטר כמאבק בין שתי גישות. לפי הגישה האחת, החשיבה המסורתית, האחריות הפלילית מתחילה מהרגע של התחוללות הנזק והיא בוחנת את זהותו של האחראי לביצוע הנזק ואת מידת אחריותו. אם המנסה מתחיל בביצוע העבירה ויוצר סכנה בלבד ללא נזק, יש לייחס לו מידה פחותה של אחריות פלילית, וכנגד מכך – גם עונש קל יותר. לעומת זאת, הגישה השנייה מתמקדת בעושה ולא בקרבן. לפי גישה זו, הבסיס ההוגן ביותר לייחוס אחריות פלילית עיקרו בפעולות אשר בשליטתו של העושה כגון לחיצה על ההדק, הכנסת הרעל לכוס וכדומה ולא בתוצאות אשר התרחשותן (או אי-התרחשותן) תלויה באקראיות או במזל. השלמת ביצועה של עבירה מיועדת הוא רק עניין של מקריות, ולכן ראוי להחמיר בעונש המושת על העושה גם כאשר נכשל. בישראל הלך חוק העונשין בעקבות הגישה השנייה. מדברי ההסבר להצעת החוק עולה לכאורה, שתקון 39 התיימר במידה רבה לעקור את המזל מדיני הניסיון, ולהסיט את

(1978); ע"פ 180/83 סרור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 445 (1984); ע"פ 400/88 עית' נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 778 (1990).

<sup>7</sup> ע"פ 50/65 ווידנפלד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 7 (1966); ע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 221, 264 (1989); ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105 (1998).

<sup>8</sup> לדיון בטענה שהיעדרה של הגדרה מפורטת של ניסיון מותיר את גבולותיו האמיתיים של האיסור הפלילי עמומים ועל כן חותר תחת עקרון החוקיות, ראו: שחר אלדר "ארבע תהיות בעקבות השוואת העונש בין הניסיון לעונש שבצד העבירה המושלמת" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 35 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

המשקל מן התוצאה אל עבר האשם המוסרי. לפי גישה זו הושווה העונש על ניסיון לעונש בגין העבירה המוגמרת. בדברי ההסבר נכתב כך:

הטעם לכך הוא, שהן מבחינת השיקול הגמולי – אשמתו המוסרית של המנסה – והן מבחינת השיקול של הרתעת הפרט – הסכנה שבעושה – אין המנסה נבדל מן המבצע שהשלים את זממו. המנסה נכשל חרף רצונו להשלים את העבירה, בשל גורמים שאינם תלויים בו [...] ואם אין תולים אבחנות עונשיות במקריות, אין מקום להבחין מבחינת העונש בין המנסה לבין מבצע העבירה המושלמת.<sup>9</sup>

יש לשים לב, שתיקון 39 לחוק העונשין לא התכוון לנטרל לגמרי את תוצאות המזל אלא רק לצמצמן, וסעיפים כגון 27, 34 ו-33 לחוק העונשין אינם מתיישבים עם סילוק מלא של המזל מדיני הניסיון. במקרים הנדונים בסעיפים אלה אין זהות בין העונש על ניסיון לבין העונש על העבירה המוגמרת. כפי שטענו בצדק סטטמן וקרמניצר, סילוק מלא של המזל מדיני הניסיון ממילא אינו רצוי ואינו ראוי. סטטמן גרס, כי סילוק כזה "היה נוגד באופן ברור את הציפיות של הציבור הרב מענישת הניסיונות לעומת ענישת עבירות מושלמות, וככלל ראוי לנסות להתחשב בציפיות כאלה".<sup>10</sup> מטעם זה ומטעמים אחרים,<sup>11</sup> החוק הישראלי בקשר לניסיון הפלילי משקף פשרה הולמת.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (ה"ש 3 לעיל), בעמ' 129.

<sup>10</sup> דני סטטמן "הניסיון הפלילי לאחר תיקון 39 לחוק העונשין לאור בעיית המזל המוסרי" **מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין** 11, 33 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

<sup>11</sup> ראו למשל: מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" **מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין** 609, 616-617 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

<sup>12</sup> להרחבה ראו רבין וואקי (ה"ש 2 לעיל), בעמ' 571-573.

**הניסיון הבלתי-צליח** – הנושא השלישי שבו עוסק פלטשר הוא "הניסיון הבלתי-צליח". פלטשר מסביר:

למעשה, כל הניסיונות הם בלתי-צליחים. אילו היטיב העושה לכוון ואלמלא זו הקרבן המיועד, היה הרוצח הפוטנציאלי מצליח במזימתו העבריינית. בדברם על ניסיונות בלתי-צליחים, אנשים מתכוונים לכך, כי חסמים עובדתיים מסוימים מנעו את השלמת העבירה, למשל: האקדח אינו טעון, הארנק ריק והאבקה היא בסך הכול אבקה ולא הרואין.

הניסיון הבלתי-צליח – כך מסביר פלטשר – מעורר שאלה ביחס לפעולות תמימות לכאורה, שאופיין הפלילי נובע אך ורק ממחשבותיו המסוימות של העושה. האם ראוי להעניש בגין פעולות כאלה? האם נקודת המיקוד של המשפט הפלילי היא ב"מעשים מסוכנים" או ב"עושים מסוכנים"? בדין המוקדש לבעיה זו הוא טוען, כי אף ש"ברבות ממדינות המערב, ניכרת נטייה להעניש עוד ועוד בגין התנהגויות על פי הבנתו של העושה את מעשיו", השאלה המתעוררת מורכבת והתשובה עליה אינה ברורה מאליה.

בישראל מעוגן ההסדר בקשר לניסיון בלתי-צליח בסעיף 26 לחוק העונשין. סעיף זה קובע כך: "לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו". בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כך: "סעיף 26 קובע כי חוסר אפשרות העובדתית לבצע את העברה אינו שולל את פליליות הניסיון, ובלבד שהמנסה היה מודע או שטעה לגבי מצב הדברים אשר מנע מלכתחילה את ביצוע העבירה, כגון שימוש באמצעים בלתי מתאימים להשגת המטרה או אי קיום הנסיבות שבהגדרת העבירה".<sup>13</sup> כך גם הודגש בפסיקה: "הדין הנוהג בסיטואציות כגון דא הוא כי ניסיון בלתי-צליח הוא בר-עונשין, ובלבד שהמנסה לא היה מודע בשעת ביצוע העבירה למצב הדברים האובייקטיבי המונע ממנו את השלמת ביצועה".<sup>14</sup> לכלל

<sup>13</sup> דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (ה"ש 3 לעיל), ההסבר לסעיף 26 להצעה.

<sup>14</sup> ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בפדאור, 2.4.2012), בסעיף 66 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

הקובע כי ניסיון בלתי-צליח הוא בר-עונשין יש בישראל שני חריגים: האחד, כאשר מדובר בשימוש באמצעים אבסורדיים, למשל, שימוש במילות קסם במעשי כישוף מתוך אמונה שיגרמו למות הקרבן;<sup>15</sup> והשני, כאשר אין אפשרות חוקית להשלים את העבירה, למשל, קיום יחסים הומוסקסואליים בין בוגרים בהסכמה אגב קיומה של הכרה מוטעית כי החוק אוסר על יחסים כאלה.<sup>16</sup> בספרות ובפסיקה שוררת הסכמה, כי שני המצבים הללו אינם בני-עונשין.

פלטשר אינו חולק על המסקנה, כי שני מצבים אלה נראים לכולנו בצדק כבלתי פליליים. לגבי השימוש באמצעים אבסורדיים הוא מדגיש, כי במשפט המערבי שוררת הסכמה רחבה כי במקרה זה לא תיתכן אחריות פלילית, מהטעם שפעולות כאלה משעשעות את האדם הממוצע יותר משהן מפריעות לו; לגבי חוסר האפשרות החוקית להשלים את העבירה הוא כותב, כי "מערכות משפט מערביות מצדדות בגישה שלפיה אין צורך להטיל אחריות פלילית במקרים אלה, שכן העבירה אינה אפשרית מבחינה חוקית, או במילים אחרות, זוהי 'עבירה מדומה'". עם זאת, הוא סבור, כי ברמה העיונית הפטור ביחס לניסיונות בלתי-צליחים מבחינה חוקית אינו משכנע דיו, וכי שתי דוגמאות אלה – השימוש באמצעים אבסורדיים וחוסר אפשרות חוקית להשלים את העבירה – ממחישות את הצורך בפתרון פילוסופי הולם לסוגיית הניסיונות.

**פטור עקב חרטה** – הנושא האחרון שבו עוסק פלטשר בקשר לעבירות הניסיון הוא ה"פטור עקב חרטה", קרי: האפשרות של העושה לקבל פטור מאחריות פלילית במקרה שבו זנח מרצונו את התכנית העבריינית לפני התרחשותו של נזק כלשהו. פלטשר מסביר, כי כל הקודקסים הפליליים

<sup>15</sup> ע"פ 675/85 גרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 763 (1986), בסעיפים 4–5 לפסק דינו של השופט גולדברג; דן ב"ן "הערות לעבירת הניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין" המשפט ג 297, 300 (1996); שניאור זלמן פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 129 (1987); מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב–1992 (הצעת חוק 2098, מיום 6.1.1992) "משפטים" כד 8, 40 (1994). לטענתה (שם), לא ניתן להתייחס אל עושה מסוג זה כאל מי שעתידי להפיק לקחים מכישלונו, ועל כן אין נשקפת סכנה ממעשיו הן בהווה והן בעתיד.

<sup>16</sup> ראו רבין וואקי (ה"ש 2 לעיל), בעמ' 563–564.

המודרניים מכירים בדרך כזו או אחרת בפטור עקב חרטה.<sup>17</sup> לשיטתו, הסעיפים העוסקים בסוגיה זו בשיטות השונות מתמקדים בשתי בעיות: הראשונה, מה הניע את העושה לשנות את החלטתו ולנטוש את התכנית העבריינית; השנייה, באיזה שלב של הביצוע העברייני נטישת התכנית העבריינית עדיין אפשרית.

עד שנת 1994 לא הכירה שיטת המשפט הישראלית באפשרות של העושה לקבל פטור עקב חרטה.<sup>18</sup> תיקון 39 לחוק העונשין חידש במישור זה והכיר לראשונה בפטור עקב חרטה בסעיף 28 לחוק. סעיף זה, שכותרתו "פטור עקב חרטה", קובע כך: "מי שניסה לעבור עבירה לא יישא באחריות פלילית לניסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהם מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה".

סעיף זה, ובעיקר השאלה הפרשנית "מה הניע את העושה לשנות את החלטתו" (כפי שמכנה אותה פלטר), העסיק את הפסיקה הישראלית. בשנת 1998, בפרשת **נחושטן**, קבע בית המשפט העליון, כי "חרטה" בעניין זה [...] אינה חייבת להיות חרטה 'מוסרית' הנעוצה בשינוי ערכי, שחל אצל המתחרט, ודי בכך שהמנסה חוזר בו מכוונתו לבצע את העבירה, גם אם הטעם לכך נעוץ בסיבות כלכליות, חברתיות או אחרות, ולא דווקא 'מוסריות-ערכיות'.<sup>19</sup> אולם כעבור שנה, בשנת 1999, ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין **מצארוה**, שבו נהפכה ההלכה. לפי הלכה זו, על החרטה להיות "רגשית-מוסרית", מעין

<sup>17</sup> למען הדיוק ראוי לציין, כי לא כל השיטות מכירות בפטור עקב חרטה. דוגמה בולטת לדיני ניסיון שאינם כוללים רכיב של פטור עקב חרטה היא המשפט האנגלי. לדיון ביקורתי ראו: Shachar Eldar, *Attempt, Legality and Intention: In the Aftermath of the English Law Commission Report No. 318*, 48 CRIMINAL LAW BULLETIN 956, 974-976 (2012).

<sup>18</sup> ראו סעיף 33(ב) לחוק העונשין טרם תיקון 39 לחוק: "אין נפקא מינה – זולת לעניין הענישה – אם עשה העבריין את כל הדרוש מצדו לגמר ביצוע העבירה, או אם גמר הביצוע נמנע על-ידי נסיבות שאינן תלויות ברצונו, או שמרצונו חדל מן הביצוע". עם זאת, בסעיף 30 הכיר החוק הישן (בטרם תיקון 39) באפשרות לחזרה משידול.

<sup>19</sup> ע"פ 7399/95 **נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 105, 130 (1998).

"חזרה בתשובה" של העושה.<sup>20</sup> נקבע כי "הסעיף דן ב'בעל תשובה' ולא במי ששוקל שיקולי כדאיות".<sup>21</sup> מאמרים אקדמיים מתחו ביקורת על הלכת **מצארווה**, ונראה היה כי הדעת לא הייתה נוחה הימנה. בעיקר נכתב, כי דרישת ההלכה לאחר מוסרית מנוגדת ליסודות המשפט הפלילי המודרני.<sup>22</sup> בשנת 2015, לאחר כחמש-עשרה שנים שבהן נהגה הלכת **מצארווה**, נהפכה הלכה זו בפרשת **פלוני**, ובית המשפט העליון חזר למתווה שנקבע בפרשת **נחושתן**. בפסק דין **פלוני** חידד השופט ג'ובראן את הפרשנות של הביטוי "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה", וקבע כי הוא כולל שני יסודות נפרדים: האחד, "מחפץ נפשו בלבד", הדורש להוכיח כי החזרה מהשלמת העבירה תהיה ביוזמתו של העושה (וולונטרית) וללא השפעה של גורם חיצוני; והשני, "מתוך חרטה", שדורש להוכיח כי העושה חזר בו מהכוונה לבצע את העבירה גם אם החזרה מהכוונה נבעה משיקולים שאינם מוסריים-ערכיים אלא כלכליים, חברתיים וכדומה.<sup>23</sup> את הפרשנות של הביטוי שבחוק השתית השופט ג'ובראן על טעם תועלתני – הצורך לתמרץ את העושה לחזור בו מהשלמת העבירה. עם זאת, פסק הדין בעניין **פלוני** לא דן בכל קשת המצבים שבהם דן פלטשר, אשר בעטיים יכול העושה לזכות בפטור עקב חרטה. למשל, במשפט הישראלי עדיין אין תשובה על השאלה שפלטשר מנתח, אם עושה יוכל ליהנות מפטור עקב חרטה במצב שבו הקרבן שכנעה אותו לחדול מביצוע העבירה.<sup>24</sup> שאלה נוספת עשויה להתעורר לגבי העיתוי שבו ראוי לאפשר לנאשם ליהנות מהפטור, שגבולו נקבע בהשלמת העבירה. לדוגמה, אכן ראוי לפטור אדם שעומד לקחת רכוש לאילו מעבירה של ניסיון גִּבּה כדי למנוע את לקיחת הרכוש. ההיגיון שמאחורי תפיסה זו אינו מחייב להציב את קו הגבול דווקא בין הניסיון להשלמה, שכן הרציונל אינו מאבד את תוקפו ברגע שהרכוש נלקח ונישא, כל עוד ניתן להשיב את הרכוש

<sup>20</sup> ע"פ 401/99 **מצארווה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(3) 561 (1999).

<sup>21</sup> שם, בעמ' 573.

<sup>22</sup> Yoram Shachar, *Wresting Control from Luck: The Secular Case for Aborted Attempts*, 9 THEORETICAL INQ. L. 139, 141 (2008).

<sup>23</sup> ע"פ 5767/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בפדאור, 16.6.2015), בסעיפים 51 עד 69 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

<sup>24</sup> בהקשר זה מנתח פלטשר פסק דין של בית המשפט העליון של גרמניה שנת 1955. ראו הפניה לפסק הדין בהערת שוליים 46 לפרק.



למקומו ללא נזק.<sup>25</sup> במובנים אלה, ההלכה הישראלית שנקבעה בעניין פלוני בנושא הפטור עקב חרטה היא עדיין בעלת פוטנציאל של התפתחות.

---

<sup>25</sup> לדיון בשאלת הגבול הראוי לפטור ראו אלדר (ה"ש 8 לעיל), בעמ' 49–51.