

בבית המשפט העליון

רע"פ 3626/01

בפני: כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת מ' נאור

המעוררים: 1. שלומי ויצמן
2. קרן מישאל
3. אורנה גלילה

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

תאריך הגשת סיכומים בכתב: י"ד בשבט תשס"ב (27.1.02)

בשם המערערים: עו"ד נגה שמואלי-מאייר

בשם המשיבה: עו"ד אלון אינפלד
עו"ד תמר בורנשטיין

בקשה למתן רשות ערעור וערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בע"פ 70297/00 מיום 1.3.01 שניתן על-ידי השופטים ד' ברלינר, ע' פוגלמן וי' שטופמן, בו דחה בית-המשפט את ערעורם של המבקשים על פסק-דינו של בית-המשפט השלום בנתניה מיום 18.1.00 (השופטת ש' בן שלמה) בת"פ 1189/99

פסק-דין

השופט מ' חשין:

השוטר אריאל מורי קיפח את חייו בעת שמילא את תפקידו בלילה שבין יום ה-4 באוקטובר לבין יום ה-5 באוקטובר 1998. ויקטור זרגריאן נהג בפראות ברכב הקדילאק שלו, ובנסיעתו פגע בשוטר מורי אשר עמד על הכביש וסימן לזרגריאן כי יעצור בצד הדרך. ענייננו עתה נסב על אשר אירע מיד בסמוך לאחר אותה תאונה נוראה, שעה שזרגריאן נמלט מן המקום, המשיך בנסיעתו, ולא עצר - לא הוא ולא שלושה המערערים שהיו עימו במכונית - לחוש לעזרתו של השוטר מורי אשר נותר שרוע על הכביש מתבוסס בדמו.

עיקרי העובדות שלעניין

2. בלילה שבין ה-4 לבין ה-5 באוקטובר 1998, נסע רכב מסוג קדילאק על כביש החוף בדרכו מדרום לצפון. ברכב ישבו שני זוגות ואלה הם: נהג ברכב ויקטור זרגריאן (ויקטור), בעל הרכב, וישבה לידו חברתו אורנה גלילה (אורנה), נערה כבת שבע-עשרה. במושב האחורי ישבו שלומי ויצמן (שלומי), בחור כבן עשרים- וחמש, וחברתו קרן מישאל (קרן), בחורה כבת עשרים-ושלוש. הארבעה היו בדרכם צפונה על כביש החוף.

הארבעה אמרו לבלות אותו ערב ועל תוכנית הבילוי נשאו ונתנו ביניהם אם יעשו כך ואם יעשו אחרת. וכך, בשעה 1:30 בבוקרו של יום ה-5 באוקטובר 1998 מוצאים אנו את הארבעה נוסעים על כביש החוף בדרכם צפונה.

ויקטור נוהג ברכב בפראות ובמהירות מופרזת. בסמוך למחלף נתניה עומדת בשולי הדרך ניידת משטרה ולידה השוטר אריאל מורי המאותת לרכב לעצור בצד הדרך. כל הארבעה רואים את השוטר מאותת לרכב, ומבינים הם כי ויקטור נדרש לעצור את הרכב בשל נהיגתו הפרועה. אלא שהרכב אינו עוצר כפי שנדרש, וויקטור מתמרן את הרכב בכוונה להתחמק מן השוטר. תוך כדי כך חובט הרכב בשוטר חבטה נוראה, וכפי שהסתבר לאחר-מכן היתה זו חבטה קטלנית.

החבטה מזעזעת את הרכב והיושבים בו יודעים היטב כי פגעו בשוטר. אורנה - היושבת במושב הקדמי - רואה את השוטר "נכנס עם הכתף והראש בזכוכית" אל-מול פניה, והיא צווחת ומשתתקת. אף שלומי וקרן - במושב האחורי - רואים ויודעים היטב כי נסיון ההתחמקות של ויקטור עלה בתוהו וכי השוטר נפגע. שלומי צועק אל ויקטור: "סע" (כגירסתו), או: "סע, סע" (כגירסת אורנה).

אף לא אחד מן הארבעה אינו מעלה בקול רם ולו הירהור שמא יעצרו את הרכב ויושיטו עזרה לשוטר הפגוע.

3. ויקטור משתלט על הרכב, מאיץ את המהירות, וממשיך לדהור בדרכו צפונה. לאחר זמן קצר נוטש הוא את כביש החוף, ובעצה אחת עם שלומי ובהסכמת אורנה וקרן, מחליטים הארבעה להמשיך ולנסוע לחמרה, אל מקום המחצבה של אביו של ויקטור. את דרכו למחצבה עושה ויקטור בדרכים צדדיות. תוך כדי

הנסיעה מבקשת קרן כי יפתחו את הרדיו ואפשר ישמעו דבר על-אודות התאונה. לזכותם של הארבעה נניח כי רוב זמן הנסיעה שלאחר התאונה שררה במכונית דממה כבדה.

4. בחמרה יורדים הארבעה מן הרכב, כדי לבדוק מה נזקים נגרמו לו. מוצאים הם כי הפנס הימני הקדמי נשבר וכי חלקה הימני של השימשה הקדמית נתרסק. כן מגלים הם על הרכב סימני דם. בהודעתה תיארה קרן כי ראתה "סימנים פסים על החלון הימני ראיתי סימנים כמו שמציירים בלורד על זכוכית כבר בשלב הזה היה ברור לי שזה הדם של השוטר אבל לא רציתי לנגוע בזה".

מחמרה נוסעים הארבעה לביתו של ויקטור באור עקיבא, ושם מנקה ויקטור את כתמי הדם מן הרכב. ככל הנראה עוזר שלומי על-ידו.

בשעה 03:00 שומעים הארבעה בחדשות כי השוטר מורי נהרג, ושלומי משכנע את ויקטור כי לא יעיר את אביו משנתו וכי יימנע מלספר לו מייד על-אודות מה שאירע.

5. לאחר ניקוי הרכב מחזיר ויקטור את חבריו לבתיהם, ולמחרת היום ממשיכים הארבעה בשיגרת-יומם כמו לא אירע דבר. על התאונה אין הם מדווחים לאיש, לא למשטרה אף לא למקורביהם. לאותו ערב תוכננה מסיבה, וקודם לכן נפגשים הארבעה על חוף הים לפגישת-התייעצות על-אודות התאונה. הפגישה אינה מניבה דבר. כבר באותו ערב מגיעה המשטרה לביתו של ויקטור ואז מתגלה גם מעורבותם של השלושה האחרים באירוע הנורא שאירע.

6. תיאור קצר זה של העובדות נטלנו מפסק-דינו של בית-משפט השלום, מפי כב' השופטת שירה בן-שלמה. השופטת בן-שלמה כתבה פסק-דין ארוך, מפורט ורגיש, תוך ניתוח מדוקדק של הראיות והשוואתן זו-אל-זו, בייחוד לעניין מעורבותם של נוסעי המכונית באשר אירע לאחר התאונה הנוראה. בית-המשפט המחוזי אימץ את מימצאי בית-משפט השלום, ובהליכים שלפנינו נאמץ אף-אנו אותם מימצאים כמות שנקבעו.

7. על יסוד מסכת עובדות זו שנקבעה הרשיע בית-משפט השלום את שלומי את אורנה ואת קרן - אלה השלושה שנסעו עם ויקטור ברכב - בעבירה של סיוע לעבירה של הפקרה לאחר פגיעה, עבירה כהגדרתה בסעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א-1961 (פקודת התעבורה), ובעבירה של אי-דיווח כנדרש בתקנה 144א(3) ו-4 לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961 (תקנות התעבורה). כן הורשע שלומי בעבירה של סיוע לשיבוש מהלכי משפט, עבירה כהגדרתה בסעיף 244 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (חוק

העונשין). בית-המשפט קבע כי יסודותיה של עבירה זו נתקיימו גם באורנה ובקרן, אלא שלאחר הגשת תסקיר מבחן בעניין זכו אלו השתיים ויצאו בלא הרשעה.

אשר לעונשים שהוטלו על השלושה: עונשו של שלומי נגזר כך: בגין העבירה של סיוע להפקרה אחרי פגיעה: שישה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות ושנים-עשר חודשים מאסר על-תנאי, ובגין העבירה של סיוע לשיבוש מהלכי משפט - שישה חודשים מאסר על-תנאי. כן נפסל שלומי מקבל או מהחזיק ברשיון נהיגה לתקופה של שמונה עשר חודשים, והוטל עליו קנס בסך של 1,800 ש"ח. על אורנה ועל קרן, על כל אחת מהן, הוטלו בגין העבירה של סיוע להפקרה לאחר פגיעה שלושה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות; שנים-עשר חודשים מאסר על-תנאי; פסילת רשיון נהיגה לשנים עשר חודשים, וקנס כספי בסך 1,800 ש"ח. כן קבעה השופטת בן-שלמה כי השתיים "תעמודנה תחת פיקוח שירות המבחן למשך שנה, "על מנת לסייע להן בעבוד ובהתמודדות עם הטראומה." כך נאה וכך יאה.

8. ערעורם של השלושה לבית-המשפט המחוזי נדחה - בשינויים מסויימים - בפסק-דין ארוך ומנומק כהלכה (מפי כב' השופטת ברלינר ובהסכמת חבריה לדין, השופטים פוגלמן ושטופמן).

9. להשלמה נסיף כי ויקטור הועמד לדין בכתב-אישום נפרד.

10. לאחר עיון החלטנו להעניק לשלומי לאורנה ולקרן רשות ערעור באשר לעבירות של הפקרה אחרי פגיעה ואי-דיווח, והוספנו והחלטנו לדון בבקשת הרשות לערער כבערעור שהוגש לאחר מתן רשות.

דברי-החוק שלעניין

11. עד שנעצור נשימה ונצלול אל המים העמוקים והאפלים הבה נעיין בדברי-החוק שלעניין, אלה דברי-חוק שיורונו הדרך בהמשך המסע. ענייננו בשתי אשמות שהמערערים הורשעו בגינן, וכל אחת מן השתיים סבה-הולכת הוראת-חוק נפרדת. אשמה אחת היא בגין העבירה של הפקרה אחרי פגיעה - זו עבירה הקבועה בסעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה - ואשמה שניה עניינה באי-דיווח על תאונה כדרישת תקנה 144(א)(3) ו-4) לתקנות התעבורה. הואיל ועיקר הדיון שלהלן יסוב על עבירת ההפקרה, נביא עתה אך את עניינה של עבירה זו ובהמשך דברינו נדבר בעבירה של אי-דיווח.

12. וכך מורה אותנו הוראת סעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה:

הפקרה אחרי פגיעה	(א) 64א.
(ב)		<p>נוהג רכב המעורב בתאונה, והוא ידע, או שבנסיבות המקרה היה עליו לדעת, כי בתאונה נפגע אדם, ולא הגיש לנפגע עזרה שהיה ביכולתו להגיש בנסיבות המקרה, לרבות הסעתו לטיפול רפואי, דינו - מאסר תשע שנים, עם קנס או ללא קנס, ובלבד שלא יוטל עליו מאסר-על-תנאי בין כעונש יחיד ובין כעונש נוסף ולא יינתן עליו צו מבחן.</p>

עבירה זו של הפקרה אחרי פגיעה נולדה בשנת תשכ"ה-1965 - בחוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 5), תשכ"ה-1965 - וייעודה היה - וכן הוא כיום - להתמודד בתאונות הקרויות "פגע וברח". וכפי שמלמדים אותנו דברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח תשכ"ד, 295):

הולכים ומתרבים המקרים שבהם מופקרים לנפשם נפגעי תאונות דרכים על ידי הנהגים שגרמו לתאונה. ביחוד גדולה הסכנה של הפקרת נפגע לנפשו כאשר לא נכחו בעת התאונה עדי ראיה, שאז גדול הפיתוי העומד בפני הנהג שגרם לתאונה להימלט ולמנוע הענשתו בשל העבירה שגרמה לתאונה. במקרים אלה נתונים חייו של הנפגע בסכנת מוות אלא אם הוא נאסף על ידי עוברי דרך מקריים.

חומרת מקרים אלה וריבויים מחייבים קביעת עונש חמור ביותר, כדי להרתיע עבריינים בכוח, להעמידם על חומרת העבירה ולהגביר את המערכה נגד תאונות דרכים.

ראו עוד דברי הדוברים בישיבת הכנסת שהיתה ביום 16.11.1964: "דברי הכנסת", כרך 41, 349-358, ובישיבת הכנסת שהיתה ביום 8.7.1965: "דברי הכנסת", כרך 43, 2492-2493, 2497-2498.

כדרכו ובסיגנונו של המשפט הפילי ששפתו שפת השלילה היא, מצווה החוק על נוהג רכב המעורב בתאונה והיודע כי באותה תאונה נפגע אדם - או שהיה עליו לדעת כי נפגע אדם באותה תאונה - לעזור לנפגע כיכולתו. על דרך הכלל ייאמר, שהנהג חייב לעצור את ריכוזו לאלתר ולהושיט עזרה לנפגע. שלא כעבירות פליליות על דרך הכלל, שעניינן הוא בצווים של לא תעשה - לא תרצח, לא תגנוב, לא תענה בריעך עד שקר - העבירה של הפקרה לאחר פגיעה מסיבה עצמה על צו עשה: צו המחייב נוהג ברכב להושיט עזרה למי שנפגע בתאונה שהרכב היה מעורב בה. לניתוח מעמיק של העבירה מכל צדדיה ראו: ש"ז פלר, "חובות נוהג כלי-רכב

כלפי נפגע בתאונת דרכים" **משפטים** ו (תשל"ה-תשל"ו - 1975-1976) 451 (המאמר נכתב לפני התיקון שהיה בשנת תש"ם-1979; ראו פסקה 54 להלן); ראו עוד: ע"פ 66/88 **מדינת ישראל נ' נאוה אפרתי**, פ"ד מג(1) 847, 852-855.

13. עבירת ההפקרה אחרי פגיעה עבירה קשה היא; לא עוד אלא שעבירה היא הפקדת עצמה עם העבירות שיש בהן כיעור. הנה זה שרוע על הכביש, מתבוסס בדמו, אדם שזה עתה נפגע בתאונה שהנהג היה מעורב בה - אדם שאפשר ניתן לעזור לו, אפשר ניתן להצילו - ותחת אשר יעצור ויושיט עזרה לפגוע, לוחץ הנהג על דוושת ההאצה ובורח מן הזירה, למלט נפשו מחיוב בעונשין. חומרה וכיעור אלה שבמעשה הנהג הביאו לבריאתה של העבירה ולקביעת עונש חמור בצידה: תשע שנות מאסר.

14. הנחת היסוד לענייננו היא, שוויקטור - נהג המכונית בה נסעו השלושה שלפנינו - עבר עבירה זו של הפקרה אחרי פגיעה. העובדות מדברות - שמא נאמר: זועקות - בעד עצמן, ומה לנו שנוסיף. ואולם ענייננו עתה אין הוא נסוב על ויקטור אלא על שלומי, על אורנה ועל קרן. הוראת סעיף 64א(ב) כפשוטה מסיבה עצמה על ה"נהג רכב", והנה אף לא אחד מאלה השלושה לא נהג ברכב. כיצד זה איפוא שהשלושה עמדו לדין ואף הורשעו בדינם? אלא שלעבירה של הפקרה אחרי פגיעה צירפה עצמה הוראת סעיף 31 לחוק העונשין, זו הוראה שעניינה סיוע למעשה עבירה. וכלשון החוק:

מסייע 31. מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע.

כל השלושה נמצאו - הן בבית-משפט השלום הן בבית-המשפט המחוזי - כמי שסייעו לוויקטור לבצע את העבירה של הפקרה לאחר פגיעה, וכמסקנה נדרשת מכך חוייבו בדינם כמסייעים לביצוע העבירה של הפקרה לאחר פגיעה. ועל הרשעה זו בדין מלינים השלושה לפנינו.

15. אל ביקעת המחלוקת שנבעתה בין בעלי-הדין נאספו ובאו איפוא - מעברים שונים - שתי סוגיות משפטיות נפרדות. סוגיה אחת עניינה בעבירות המחדל. עיקר דיני העונשין הוא בעבירות שעניינן מעשה אסור, ואילו מיצוות לא תעשה: לא תרצח, לא תגנוב. מיקצת מן העבירות הפליליות - מיקצת והן המיעוט - עניינן מחדל אסור, ואילו מיצוות עשה: עשה, שאם לא כן תורשע ותיענש. עבירת ההפקרה לאחר פגיעה, שלא כמרבית

העבירות הפליליות, עבירת מחדל היא. החוק מצווה על אדם מסויים כי יעשה מעשה, ובחדול אותו אדם מעשות את המעשה מתחייב הוא בפלילים. עבירות המחדל - בהן עבירת המחדל של הפקרה לאחר פגיעה - מייחדות עצמן בקשיים שאינם מנת חלקן של עבירות הלא-תעשה, ומכאן מיצבור קשיים ששומה עלינו להתמודד עימו.

אכן, פרק עבירות המחדל מציג לפנינו אחד מן הקשים שבפירקי משפט העונשין, ולא נתמה איפוא משיימצא לנו כי רבים וטובים הוגיעו את מוחם וכתבו וכתבו וכתבו. מתוך סיפורות המחקר העניפה שנכתבה לא נזכיר עתה אלא שני מלומדים - שלנו ומשלנו - שהעמיקו חקור ואף ציחצחו חרבות ביניהם. ראוי ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** כרך א' (תשמ"ד-1984), 384 ואילך (**פלר-א**); כרך ב' (תשמ"ז-1987) 241 ואילך (**פלר-ב**); כרך ג' (תשנ"ב-1992) 110 ואילך, 141 ואילך (**פלר-ג**). פרופ' מרדכי קרמניצר וראם שגב, "המחדל בדין העונשין", **ספר תמיר** (עורכים י' תמיר וא' הירש, תש"ס-1999) 197 (**קרמניצר ושגב**); פרופ' מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג, "בית-המשפט כמסייע לדבר חקיקה? - על הסיוע לדבר עבירה ועל הפרשנות בפלילים (בעקבות הדיון בהוראת הסיוע בע"פ 6327/97 **אולג פוליאקוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1)289)" (**קרמניצר ולבנון-מורג**) (המאמר עתיד לראות אור בכרך י"ז של הביטאון מחקרי משפט, והועמד לעיונו ברשות המחברים על-ידי באת-כוח המערערים. ההפניות הן לעמודים בנוסח שלפנינו).

16. אל סוגיית עבירות המחדל מקשרת עצמה סוגיית הסיוע כהוראת סעיף 31 לחוק העונשין. העבירה שעבר ויקטור היתה עבירת מחדל, והסיוע שהשלושה סייעו לו - כהכרעת ערכאות קמא - היה אף הוא במחדל. לשון אחר: השלושה חדלו מעשות מעשה, ובשל כך חוייבו בסיוע לוויקטור שאף הוא חדל מעשות מעשה. וכאן מונח עיקר הקושי: המקרה הרגיל של סיוע הוא סיוע במעשה לעבירה של מעשה. לעתים יש סיוע במעשה לעבירה של מחדל או סיוע במחדל לעבירה של מעשה. ואילו אנו ענייננו עתה הוא סיוע במחדל לעבירה של מחדל, דגש על סיוע במחדל. בית-משפט זה נדרש כבר בעבר לסוגיה של סיוע על דרך של מחדל (ראו, למשל, ע"פ 2910/94, 2912, 2922, 2929, 3737 **ארנסט יפת ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221, 437-438, מפי השופט ד' לוי, ומראי-המקומות הנזכרים בו), ואולם טרם נידונה הדוקטרינה לקביעת קיומו של מחדל ולהגדרת תחומיו סביב-סביב. מטעם זה החלטנו ליתן רשות ערעור לשלושה שהורשעו, ככל שהמדובר הוא בהכרעה בסוגיה של סיוע על דרך של מחדל לעבירה של הפקרה לאחר פגיעה ולעבירת אי-דיווח.

17. מיקצת מן העבירות בדין העונשין עבירות של מחדל הן. כך הן, למשל, העבירות המנויות בסעיפים 322 עד 326 לחוק העונשין; וכלשונן של כותרות השוליים: "אחריות לחסרי ישע" (סעיף 322); "חובת הורה או אחראי לקטין" (סעיף 323); "חובת הממונה על מעשה שיש בו סכנה" (סעיף 325) ו"חובת הממונה על דבר שיש בו סכנה" (סעיף 326). הכל מסכימים כי באין חובה מפורשת בדין - חובה המוטלת על אדם שאיפיונו נקבע בדין

- לא יחוב אדם בשל מחדל שחדל, יהא המחדל רע ומכוער ככל שיהא. עבירת מחדל לא תקום ולא תהיה באין חובה שפורשה בחוק. כך הוא דין מאז-ומקדם, ודומה כי על-כך מסכימים הכל. ראו למשל:

Model Penal Code §2.01(3)(b) and comment 3 (omissions) (Official Draft and Revised Comments 1985); Glanville Williams, **Criminal Law - The General Part** (London, Stevens, 2d ed., 1961) 3-4 (§3), 360-362 (§122) (**Williams - Criminal Law**);

וכן:

A Criminal Code for England and Wales, vol.1, §§17(1)(b), 27(3), vol.2, § 9.22 (1989), Law. Com. No. 177; Andrew Ashworth, "The Scope of Criminal Liability for Omissions", (1989) 105 **L.Q.R.** 425.

אכן, "מחדל" בפלילים נצרך - על-פי עצם הגדרתו - לחובה שהופרה, וקיומה של חובה הוא כה מובן מאליו ומשוקע בשיטת המשפט, עד שהמונחים "מחדל" ו"חובה" נטמעו זה-בזה להיותם לאחדים. ראו:

Graham Hughes, "Criminal Omissions", 67 **Yale L.J.** (1957-58); Geoffrey Mead, "Contracting into Crime: A Theory of Criminal Omissions" (1991) 11 **Oxford J. of Legal Studies** 147,.

18. הצורך בקיומה של חובה - חובה שהפרתה יוצרת מחדל בן-עונשין - צורך הוא הנלמד מעצמו. אמנם כן: גם למיצות לא-תעשה נדרשת הוראת חוק מפורשת העושה מעשה לעבירה, ואולם בעבירות מחדל נוסף קושי ייחודי להן: עבירות של מעשה (עבירות "אקטיביות") המעשה עצמו - *ex hypothesi* - פורע סידרי חברה, ואשר למחשבה הפלילית, זו יכולה שתילמד מן המעשה. שלא-כמות אלו הן עבירות המחדל. בהיעדר מעשה גלוי לעין תולות עצמן עבירות אלו, כביכול, במחשבה פלילית המקננת בליבו של אדם. אלא שמחשבה פלילית, כשהיא לעצמה - רעה ומכוערת ככל שתהא - אין בה כדי לחייב אדם בעונשין, שהרי דברים שבלב אינם דברים; מכאן הצורך ה"קיומי" לעבירות המחדל, ששיטת המשפט תחייב אדם בעל איפיונים מסויימים בעשיית מעשה מסויים - מעשה שהמחדל לעשותו יקרב מחדל למעשה; ובהצטרף המחשבה הפלילית לאותו מחדל - תיברא עבירה. על כך ייאמר, כי פלוני - בעל איפיונים מסויימים הקבועים בדין - על דרך אי-ביצוע (חובה) מבצע (עבירה). השוו: דברי השופט אגרנט בפרשת גרינוולד: **היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד**, ע"פ 232/55, פ"ד יב 2017, 2077-2079. הנה-כי-כן, הפרת החובה מספקת את דרישת הממשות והריאליה, להבדיל בין

אפס-מעשה או הימנעות מעשייה - שאינם בני-עונשין - לבין מחדל בן-עונשין. ראו עוד: George P. Fletcher, "On the Moral Irrelevance of Bodily Movements", 142 U. Pa. L. Rev. 1443, (1994) 1453; פלר-א 31-32 (פיסקה 54).

19. העיקרון כי ניתן לבצע עבירה על דרך של מחדל מצא את מקומו בסעיף (a)(1)23 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ולפיו:

Principal offenders 23. (1) When an offence is committed each of the following persons is deemed to have taken part in committing the offence, and to be guilty of the offence, and may be charged with committing it; that is to say:-

(a) every person who actually does the act or any of the acts, or makes the omission or any of the omissions which constitute the offence.

וכלשונו של סעיף 26(1) לחוק העונשין (במקורו):

עוברי העבירה 26. נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא באחריות לה:

(1) מי שעשה אחד המעשים או המחדלים שהם מיסודות העבירה;

כך הם העושה והחדל כעבריינים עיקריים.

20. דברים שאמרנו על עבירות-המחדל, כאלו העבירות הקבועות בסעיפים 322 עד 326 לחוק העונשין - עבירות "טיפוסיות" כלשונו של פרופ' פלר - וקשיים הנילווים לעבירות אלו, יחולו - וביתר-שאת - על מי שחבים בפלילים הגם שאין הם עבריינים עיקריים. וגם זאת היה במשפטנו מאז-ומקדם. כך היה כהוראת הסעיף (c)(b)(1)23 לפקודת החוק הפלילי:

Principal offenders 23. (1) When an offence is committed each of the following persons is deemed to have taken part in committing the offence, and to be guilty of the offence, and may be charged with committing it; that is to say:-

(a)

(b) every person who does or omits to do any act for the purpose of enabling or aiding another person to commit the offence;

(c) every person who, whether or not he is present at the time the offence is committed, aids another person in committing the offence.

A person is deemed to aid if he is present at the place where an offence is committed for the purpose of overawing opposition or of strengthening the resolution of the actual perpetrator or of ensuring the carrying out of an intended offence;

וכלשון סעיף 26(2) ו-4 לחוק העונשין (במקור):

עוברי העבירה **26.** נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא אחריות לה:

(1)

(2) מי שעשה מעשה או נמנע מעשות מעשה כדי לאפשר לחברו לעבור את העבירה או לסייע בידו בכך, בין שנכח בשעת עשייתה ובין שלא נכח;

(3)

(4) 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.

הנה-כי-כן, כהוראתה של פקודת החוק הפלילי - ובן-דמותה: חוק העונשין במקורו, בשנת תשל"ז-1977 - יכול היה אדם לסייע לעבריין העיקרי על דרך של מחדל. נזכיר ונזכור כי "סיוע" של אותם ימים לא היה ואין הוא כ"סיוע" של-ימינו; ש"סיוע" בעבר היה כביצוע בצוותא (כיום), ואילו המסייע כיום הוא חוליה טפלה בביצועה של עבירה.

21. הדין לענייניו של מסייע נשתנה לאחר תיקון 39 לחוק העונשין. וזה הוא סדר הדברים. עיקר בא בסעיף 31 לחוק העונשין והוא הקובע מסייע מהו:

מסייע 31. מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע.

"מסייע" לעבירה, כידוע, אינו נימנה עם העבריינים שמקומם הוא בליבת העבירה. מצוי הוא אך במעגל החיצוני של העבירה, ומכאן שצפוי הוא אך למחצית מן העונש שהעבריינים העיקריים צפויים לו (סעיף 32 לחוק העונשין לאחר תיקון 39).

סיוע במעשה - ידענו; סיוע במחדל - מהו? הוראת סעיף 31 מדברת אך במי ש"עשה מעשה". והיכן הוא איפוא הַחֲדָל מחדל פלילי? במקום זה תחוש לעזרנו הוראת סעיף 18 לחוק העונשין, ולפיה:

מבנה היסוד העובדתי 18. (א)

(ב) "מעשה" - לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת.

מתוך שבהוראת סעיף 31 "לא נאמר אחרת", הביטוי "עשה מעשה" שבה כולל אף "חדל מחדל". הוראת סעיף 31 לחוק העונשין - שעניינה המסייע - תיקרא איפוא כהוראה הפורשת עצמה גם על מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, חדל מחדל כדי לאפשר את הביצוע וכו'. חוליה נוספת חסרה בשרשרת והיא בהגדרתו של "מחדל" כהוראת סעיף 18 (ג) לחוק העונשין:

.....	18. (א)	מבנה היסוד העובדתי
.....	(ב)	
"מחדל" - הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.	(ג)	

מכל אלה ידענו כי יכול שאדם יהא "מסייע" לביצועה של עבירה לא אך בעשותו מעשה אלא גם בהימנעותו מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.

22. נדע ונזכור: לא כל הימנעות מעשייה הכרוכה בדרך זו-אחרת בעבירה, למחדל בן-עונשין תיחשב. יש הימנעות מעשייה ויש הימנעות מעשייה, ולא הרי הימנעות מעשייה כהרי הימנעות מעשייה. הימנעות מעשייה למחדל בן-עונשין תיחשב רק במקום בו הוטלה "חובה לפי כל דין או חוזה" על פלוני, ופלוני חדל ולא קיים את החובה שהוטלה עליו. החובה היא-היא הקושרת הימנעות מעשייה פלונית עם פגיעה באינטרס חברתי - אותו אינטרס המגולם ביצירתה של החובה - וכך נבראת עבירה. ה- (3)(a)(iii)(1985) Model Penal Code, § 2.06 מנסח כך את הדברים:

A person is an accomplice of another in the commission of an offense if: (a) with the purpose of promoting or facilitating the commission of the offense, he...(iii) having a legal duty to prevent the commission of the offense, fails to make proper effort so to do;...

וכן נאמר שם (comment 6(d) n. 63):

Absent a legal duty to prevent the crime, there is, of course, no basis for asserting liability. Presence alone is not enough, absent preconcert. But silence may in special situations be an expression of approval and encouragement.

נוסיף ונעיר על צד הלשון, כי המושג "מחדל" - באשר הוא - נושא בביטנו משמעות-לוואי (קונוטציה) שלילית. וכהגדיר המגדיר, "מחדל" הוא: "(בחוק) הקטא שבאי-עשייה" (מילון ספיר, עורך ראשי: איתן אבניאון, 1997). מחדל הוא "אי-עשייה פגומה מבחינה מוסרית": אליעזר ויינריב, "מחדלים" עיון כז (תשל"ו-1976) 249, 250.

23. בבואנו עד הנה קרבים אנו אל העיקר. והעיקר הוא באיתורה של החובה העושה הימנעות מעשייה להיותה מחדל בן-עונשין. לעניינה של עבירה טיפוסית של מחדל - מקום שחובת העשה קבועה בחוק במפורש - לא ניתקל בכל קושי והרי החובה פרושה לפנינו בחוק. ואולם היכן תימצא לנו אותה חובה שפלוני חדל מקיימה, חובה שבעצם הימנעותו מקיימה מחייב פלוני עצמו במחדל בן-עונשין? הוראת סעיף 18(ג) מלמדת אותנו כי הימנעות מעשייה לא תהא מחדל בן-עונשין אלא אם "חובה [היא] לפי כל דין או חוזה". ואולם מהו והיכן יימצא לנו אותו "דין" המטיל חובה על פלוני, חובה שאם לא יקיימה יחייב עצמו פלוני - כמסייע - במחדל בן-עונשין?

הגדרת המושג "דין" בחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, בסעיף 1 בו, כוללת כמובן כל חוק וכל תקנה, ובנוסף לאלה גם את "דיני המשפט המקובל ועקרוני היושר של אנגליה, כפי תקפם במדינה". חוק העונשין אינו מכיל פרק מיוחד המטיל חובות על מסייעים - או גם על מסייעים - וכמותם הם שאר חוקי המדינה והתקנות למיניהן. השאלה הנשאלת היא איפוא: אותן חובות הבוראות עבירות - מנין תימצאנה לנו? לנושא זה נוסיף ונידרש להלן.

24. הנחתנו היא כי בתי-המשפט קנו סמכות פורמלית ליצירתן של חובות - או להכרה בחובות - המייצרות מחדלים-בני-עונשין. ואולם מה דרך יבורו להם בתי-המשפט ליצירתן של אותן חובות או להכרה בהן? במקום זה לא נוכל עוד להיעזר במקורות משפט פורמליים ויהא עלינו להידרש לדוקטרינה ולפרשנות. ואמנם, חכמים ובתי-משפט התלבטו ביצירתה של הדוקטרינה, ובתהליך היצירה נתהוו אסכולות חשיבה שונות. באלו נעסיק עצמנו בדברינו להלן. ואולם עד שנבוא אל הדוקטרינה נקדים הערה הנראית חשובה בעינינו.

סיוע בהסכם מראש וסיוע שלא בהסכם מראש

25. כאסמכתא לאחת מן האסכולות בעניינו של מסייע-לדבר-עבירה מסתמכים לעיתים על דברים שאמר השופט חיים כהן בפרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' שלמה ירקוני ושלמה גור (ע"פ 325/64, פ"ד יח(4) 20;

פרשת ירקוני וגור). אותה עת שררה הוראת סעיף 23 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ולפיה נחשבו אנשים אלה ואלה כמי שהשתתפו בעבירה ונשאו באחריות לה, וביניהם - כהוראת סעיף 23(1)(ב): "כל אדם העושה, או הנמנע מעשות, כל מעשה, במטרה לאפשר או לסייע לאדם אחר לעבור את העבירה" (ראו הוראת-חוק זו בפסיקה 20 לעיל). בפרשת ירקוני וגור שאל השופט חיים כהן (שם, 47): "מה הוא 'מחדל' זה האמור בסעיף 23(1)(ב)?" (הוראת סעיף 23(1)(ב) דיברה באדם ה"נמנע מעשות כל מעשה" ואילו השופט כהן תירגם הוראה זו ל"מחדל"). השופט כהן שאל והשופט כהן השיב (שם, 47):

... מחדל של סיוע, כמותו כמעשה של סיוע, שניים הם סימני ההיכר שלו: סגולתו לסייע בביצוע העבירה (אך לאו דוקא, כאמור, נחיצותו לביצוע העבירה), וכוונת הסיוע שבלב המסייע. אם מחדל פלוני מסוגל לסייע בידי העבריין לבצע את עבירתו, והחדל את המחדל מתכוון במחדלו זה לסייע לעבריין בביצוע עבירתו, כי אז המחדל נכנס בגדר סיוע כמשמעותו בסעיף 23(1)(ב). משל לעזרת-בית שחדלה מלסגור חלונות הדירה, בכוונה לסייע לפורץ לתוכה: זהו מחדל מובהק של סיוע; ואין נפקא מינה לעניין זה אם הוטלה עליה חובה לסגור את החלונות אם לאו, או אם הפורץ היה פורץ בלאו הכי אם לאו.

הצהרת-דין זו חייבה עצמה בביקורת (ראו, למשל, קרמניצר ושגב, 234), ולדעתי שלא-בצדק. דומני כי דבריו של השופט כהן, ובייחוד מִשֵּׁל עוזרת-הבית - מִשֵּׁל שנועד להדגים את הצהרת-הדין הנורמטיבית הקודמת לו - מלמדנו שהשופט כהן נתכוון להסב דבריו על מערכת עובדות שבה הוסכם מראש בין העבריין העיקרי לבין המסייע על ביצועו של מעשה עבירה.

הנה-היא אותה עוזרת-בית "שחדלה מלסגור חלונות הדירה, בכוונה לסייע לפורץ לתוכה..."
 מחדל זה של אותה עוזרת-בית - מחדל אותו מכנה השופט כהן "מחדל מובהק של סיוע" - האין הכתוב מלמדנו כי נעשה הסדר מוקדם בין הפורץ לבין העוזרת ולפיו תחדל העוזרת מלסגור את החלונות בכוונה לסייע לו לפורץ לפרוץ לדירה? אם אמנם נעשה הסדר מוקדם בין הפורץ לבין עוזרת-הבית - ואכן נעשה הסכם מעין-זה ביניהם - מתייטר מאליו הדיון בנושא החובה שהעוזרת חדלה מקיימה, שהרי באותו הסדר עשתה עוזרת-הבית עצמה - צד לעבירה כמסייעת. מכאן אף אמירתו של השופט כהן כי "אין נפקא מינה לענין זה אם הוטלה עליה חובה לסגור את החלונות אם לאו..." אכן, בהסדר עם הפורץ עשתה עצמה עוזרת-הבית שותפה לעבירה; ואם לא בדרגת מבצע-בצוותא אזי בדרגה של מסייע (כהוראת החוק כיום). זה דינה של העוזרת וזה דינו של כל אדם אחר שהסכים עם הפורץ כי יעשה (או יחדל) והחלון שלעניין יישאר פתוח; וזאת בין אם אותו אדם חב חובה (כלפי בעל-הבית) לסגור את החלון בין אם לאו.

26. מצאנו לנכון להעיר הערה זו כבר בתחילת הדיון, שכן קריאה בכתובים שנכתבו בענייננו, יש שהיא מערבת אירועים של הסדר מוקדם לביצועה של עבירה באירועים שבהם לא היה הסדר מוקדם. ועל כך ביקשנו לומר: כל אימת שנעשה הסדר מוקדם בין העבריין העיקרי לבין מי שלימים יכונה "מסייע", שאלת החובה האפרורית שאותו מסייע הפר, שאלה שלא-לעניין היא. הסדר מוקדם כי ייעשה, ייגר אותו הסדר דיון בנושא המחדל, ודינו של המסייע יהא כדינו של כל מסייע אחר. על מחדל מעין-זה - מחדל-שאינו-מחדל - ניתן בנקל להסב את האמירה כי התנהגות המסייע היתה *commission par omission*.

27. על רקע הערה מוקדמת זו הבה נפנה עצמנו לבחינת הדוקטרינה האמורה להתוות לפנינו הדרך לאיתורה של חובה שאי-מילוייה יעשה את פלוני מסייע על דרך של מחדל.

האסכולה של החובה המפורשת

28. אסכולה אחת גורסת כי אין סיוע לעבירה אלא בעשיית מעשה, וכי אדם לא יחוייב בסיוע על דרך של הימנעות מעשייה אלא אם חייבו החוק מפורשות בעשייה. השקפה מעין-זו מיוחסת לשופט לנדוי - כשאני לעצמי, אינני בטוח שזו היתה אמנם השקפתו - אשר תוך כדי התפלמסות עם השופט חיים כהן השמיע אותנו דברים אלה בפרשת **ירקוני וגור** (שם, 55, 56):

ההלכה היא שאין סיוע לעבירה פלילית אלא על-ידי מעשה פעיל, ואין די בידיעה על מעשה עבירה של אדם אחר, תוך השלמה עם המעשה, כדי לחייב את הנאשם כמסייע ...

... אמנם מזכיר סעיף 23(1)(ב) גם הימנעות מעשיית מעשה, כדי לאפשר לאדם אחר לבצע עבירה, אבל עלינו לפרש דברים אלה כמסובים על נאשם שעליו מטיל המשפט הפלילי חובה לפעול, והוא נמנע מלפעול. חובות כאלה נובעות, בדרך כלל, מיחסי קירבה מיוחדים, כגון החובות המוגדרות בסעיפים 228-232 של פקודת החוק הפלילי [כיום: סעיפים 322 עד 326 לחוק העונשין; ראו לעיל, פסקה ...]. היחס בין מרשה ומורשה או יחס אחר של פיקוח של אדם על חברו אינם בין אלה.

דברים דומים השמיעתנו השופטת מרים בן-פורת, שגם לדעתה אפס-מעשה לא יעלה כדי היותו מחדל בר-עונשין אלא אם יש בדין או בחוזה הוראה המחייבת את פלוני לעשות מעשה. וכדבריה בע"פ 115/77 לב נ' **מדינת ישראל**, פ"ד לב(2) 505, 518:

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.

ראו עוד: ת"פ (ת"א-יפו) 40157/00 **מדינת ישראל נ' יגאל זוהר**, מפי השופטת רינה משל-שוהם (טרם פורסם).

29. אינני בטוח שהשופטים לנדוי ובן-פורת נתכוונו לצמצם את הסיוע-על-דרך-של מחדל אך למקרים שבהם נקבעה חובת עשייה מפורשת בחוק, חובה שהמסייע חדל מקיימה. השופט לנדוי מזכיר אמנם את הוראות הסעיפים 228 עד 232 לפקודת החוק הפלילי - כיום: הוראות הסעיפים 322 עד 326 לחוק העונשין - ואולם מביא הוא הוראות אלו אך כדוגמה ("כגון") למקרים של "יחסי קירבה מיוחדים". סברת השופט לנדוי היתה, כפשוטה, כי אפשר שיהיו "יחסי קירבה מיוחדים" גם אם אלה לא נקבעו מפורשות בחוק.

מכל מקום, השופט לנדוי כתב דברים שכתב לעת שהוראת סעיף 23 לפקודת החוק הפלילי קבעה דינו של מסייע ושל שותף. כיום, שהוראותיו הכלליות של חוק העונשין נשתנו, יקשה עלינו להסתמך על דברים שנאמרו בעידן אחר. בה-בעת - נזכור אף זאת - הגם שהוראותיו האופרטיביות של הדין החרות נשתנו, עקרונות-היסוד של שיטת המשפט לא נשתנו, ואלה מבצבים מבין דבריו של השופט לנדוי. עקרונות-יסוד אלה - עקרונות היסוד של הדין הפלילי - נשארו כשהיו, ואלה ככוחם אז ככוחם עתה.

האסכולה של החובות הספציפיות

(הזיקה המיוחדת) - האסכולה המצמצמת

30. האסכולה של החובות הספציפיות והזיקה המיוחדת (להלן נכנה אותה גם - האסכולה השנייה) היא האסכולה שנתקבלה, על דרך העיקרון, במשפט האנגלו-אמריקני. לאסכולה זו יש תומכים נכבדים במשפט ישראל, וכוונתנו היא, בעיקר, למאמרים של קרמניצר ושגב ושל קרמניצר ולבנון-מורג.

31. מאמרם של קרמניצר ושגב עוסק בעבירת המחדל על דרך הכלל, ולעניינו של המסייע מוצאים אנו את המחברים אומרים לנו כך (שם, 233):

הגישה הדורשת חובה ספציפית לפעול כתנאי הכרחי לראיית מחדלו של האדם כסיוע מקובלת הן במשפט האנגלי והן בארה"ב. רק כאשר יש חובה המבוססת על זיקה ספציפית מוצדק ליחס לחדל את התנהגות המבצע העיקרי.

מאמרם של קרמניצר ולבנון-מורג מרחיב בנושא המסייע במחדל, וכך משמיעים אותם המחברים המלומדים 4-

(3):

... תיקון 39 לחוק העונשין מבהיר בסעיף 18(ג), ללא הותרת מקום לצל צלו של ספק, כי מחדל הוא "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה" (ההדגשה הוספה על ידינו). הרחבת הביטוי "כל דין או חוזה", אפשר שתיעשה על ידי פנייה לדינים מגוונים, אך ביטולו אינו בא בחשבון, לא ביחס למבצע העיקרי ולא ביחס למסייע. החובה להימנע מן המעשה המכונן את העבירה איננה יכולה ללמד על קיומה של חובה להימנע ממעשה מסייע, הכרוך באנטי-חברתיות פחותה. מלבד ההתעלמות המפורשת ממצוות החוק, יש בביטול כזה גם התעלמות מן השוני - היוצר את הצורך במקור חובה מיוחד לכל מחדל עניש - בין התנהגות פעילה (אקטיבית) להתנהגות מחדלית.

המחדל כרוך בפגיעה מצומצמת יותר בחברה, משום שחיובי "עשה" מבטאים עמדה של סולידריות חברתית, שהיא ערך אשר הצורך בהגנתו באמצעות המשפט הפלילי עשוי להיות שנוי במחלוקת, ואילו חיובי הימנעות מגנים על האינטרסים הבסיסיים ביותר, שהצורך בהגנתם מוסכם. נחיצות ענישת המחדל נובעת אך ורק מן הקושי להגיע למניעה מושלמת של מעשים יוצרי סיכון (באמצעות איסורי הימנעות). ההתנהגות המחדלית חמורה פחות, שכן החובה לעשות מערימה קושי הכרוך בעשייה הפעילה. לעומת זה זיקת ההתנהגות המחדלית לתוצאה האסורה היא היפותטית וספקולטיבית בלבד. שליטת החדל על ההתרחשות העבריינית מצומצמת מזו של העושה הפעיל. מחויבותו לתוצאה ונחישותו לגרום לה פחותה. ענישת המחדל פוגעת במידה רבה יותר בחירות הפעולה של הפרט, שכן היא מכתיבה התנהגות מסוימת (בעוד ענישת העשייה מותירה מקום למרחב בלתי מוגבל של התנהגויות); היא כרוכה בקושי להגדיר במדויק את היקף האיסור (הנובע מן הקושי להגדיר את ההיקף הרצוי של ההגנה על הסולידריות החברתית), ועל כן יש להזהיר כראוי בטרם ענישה.

לאור ההבדלים הללו, ענישת כל מחדל הנראה בלתי ראוי, ללא תחימת המחדלים הענישים באמצעות הגדרת מקורות חובה חוקיים אשר בסיסם חזק דיו, מהווה קביעת שקילות מבחינת האחריות הפלילית בין התנהגויות שאינן שקולות.

.....

... מקור חובה חייב להתבסס על זיקה ספציפית בין העושה (או המסייע) לסכנה (למשל, מכוח שליטה שלו במקום ביצוע העברה או בנכס המשמש לביצועה) או לקרבן העברה. תוצאתה של גישה אחרת תהא הטלת אחריות פלילית בגין סיוע לדבר עברה על אדם שנקלע באקראי לסיטואציה שבה נודע לו על עברה שמתבצעת, ולא עשה כדי למנעה, תוך החמרת יתר עם מי שאחריותו צריכה להתמצות, לכל היותר, במסגרת הוראה הקובעת חובת "עשה" כללית, כאשר קיימת הוראה כזו. השוואת דינו של אדם כזה, שזיקתו לעברה היא מקרית בלבד, לדינו של המסייע הפעיל לביצוע העברה היא נטולת הצדקה מוסרית.

שלא כאסכולה הראשונה - אסכולה התובעת (כביכול) הוראת חוק מפורשת המחייבת את פלוני המסייע בעשיית מעשה מסויים - האסכולה של החובה הספציפית אינה נדרשת לחוק חרות דווקא. לדידה, ניתן להסתפק בחובות הנדרשות מתוך מערכת יחסים מיוחדת היוצרת זיקה ספציפית בין המסייע לבין הסכנה או קורבן העבירה, מערכת יחסים שאינה מוצאת בהכרח ביטוי בחוק החרות. כך, למשל, עשויה אסכולה זו להסיק חובה החלה על בעל רכב המצוי ברכב ואינו נוהג בו, להורות את הנוהג שלא לנהוג במהירות מעל למהירות המותרת. בלא קיומה של זיקה מיוחדת - בין מי שמבקשים לחייבו בסיוע על דרך של מחדל לבין העבירה או העבריין הראשי - תתנגד אסכולת החובה הספציפית בכל תוקף להכרה באפס-מעשה כבמחדל בר-עונשין.

אסכולה זו אינה מתווה דרך ברורה להלך בה לאיתורה של חובה-יוצרת-מחדל-בר-עונשין. מספקת היא עצמה בקביעה כי נדרשת "זיקה מיוחדת" - זיקה ספציפית - בין מי שנטען עליו כי מסייע הוא לבין אירוע העבירה או העבריין, בלא שנותנת היא סימנים מיוחדים באותה "ספציפיות" או באותה "מיוחדות". נראה עם זאת כי אותה "זיקה" שאסכולה זו מדברת בה, עניינה - למיצער ברובא-דרובא של המקרים - בזיקה מוקדמת בין המסייע לבין הסכנה או העבריין. ראו עוד דברים שכתבה הוועדה לתיקון החוק הפלילי באנגליה, והם בהצעת החוק הקרויה *A Criminal Code for England and Wales* § 27(3) (ראו עוד לעיל, בפיסקה 17):

Assistance or encouragement includes assistance or encouragement arising from a failure by a person to take reasonable steps to exercise any authority or to discharge any duty he has to control the relevant acts of the principal in order to prevent the commission of the offence.

אליבא דאסכולה זו, כך ניתן להבין, לא יחוייב אדם בסיוע בר-עונשין אם הזיקה הספציפית הנדרשת לבריאתו של מסייע נוצרה תוך כדי ביצועה של העבירה ובלא קיומה של זיקה קודמת. מכל מקום, נראה כי מקרים מעין אלה יהיו יוצאי-דופן במיוחד. ראו: קרמניצר ושגב, 218 ואילך; קרמניצר ולבנון-מורג, 4.

32. אסכולת הזיקה הספציפית פוסעת בעקבות הלכות שנקבעו במשפט האנגלי, ובהקשר זה לא מן המותר להזכיר כי על מיקצת מאותן חובות ספציפיות שנקבעו בפסיקה - חובות שההלכה ראתה בהפרתן מחדל העולה כדי סיוע בר-עונשין - נמתחה ביקורת לא מעט. ראו, למשל: *Glanville Williams, "Letting Offences Happen" [1990] Crim. L.R. 780*.

33. מבחינה משפטית פורמלית עשויה אסכולה זו להיתקל בקושי בחיפושיה אחרי מקור ליצירתן של חובות עשה. כהוראת סעיף 18(ג) לחוק העונשין, לא יקום ולא יהיה "מחדל" בר-עונשין אלא אם נמנע אדם מעשייה שהיא חובה "לפי כל דין או חוזה". מבחינה משפטית-פורמלית איפוא, חייב שיימצא "דין" היוצר חובת עשה, חובה שמצידה יולדת "מחדל" בר-עונשין (חוזה אינו לענייננו עתה ולא נדבר בו). במקום זה עשויה אסכולת הזיקה המיוחדת להיתקל בקושי. על-פי הלוח מחשבתה של אסכולה זו - הבונה עצמה על קיומה של זיקה מיוחדת - לא תמיד יימצא לנו "דין" פורמלי - דין שקיומו הוא תנאי-בלעדי-אין ליצירתו של מחדל - לשאוב ממנו אותה חובה-של-זיקה-מיוחדת. יתר-על-כן: אסכולה זו אף אינה משמיעה אותנו דרך לחיפוש של אותו "דין".

ואולם נניח - גם נסכים - כי כוחו של בית-המשפט עימו - בתוככי הגדרת ה"דין" - לבנות חובות עשה על זיקות מיוחדות. גם-כך תתקשה אסכולה זו לחיות בשלום עם עקרון החוקיות ועם האימפרטיב הקבוע בסעיף 1 לחוק העונשין ולפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו". אכן, אליבא דאסכולה זו קנה בית-משפט סמכות וכוח ליצור חובות - קרא: עבירות פליליות - בסוברו כי בנסיבות העניין יש "זיקה ספציפית" בין המסייע לבין מעשה העבירה או העברין; ואותן חובות יראו אור עולם, למותר לומר, עם פסיקתו של בית-המשפט - קרא: לאחר מעשה - ולא לפני מעשה כדרישת עקרון החוקיות במשפט הפלילי. הלכה למעשה עושה אסכולה זו מעין השתלה (טרנספלנטציה) של חובות מן התחום האזרחי הכללי - או מן התחום הבין-אישי שאינו כלל משפטי - אל התחום הפלילי, ובמעשה זה של השתלה יוצרת היא חובות בעונשין היולדות מצידן עבירות פליליות. על מערכת דומה בתחומי המשפט האזרחי עמדתי ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר. **יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289, 334, ואמרת דברים אלה:

מקובל לאפיין את עולת הרשלנות כעוולה בת שלושה יסודות אלה, ובסדר זה: קיומה של חובת זהירות; הפרתה של אותה חובה; גרימתו של נזק עקב אותה הפרה. ואולם לאמיתם של דברים הסדר הוא הפוך: תחילת הדברים היא דווקא בנזק שנושא בו הניזוק. משהוכח נזק, השאלה הבאה היא: האם ראוי הוא כי נטיל חבות בגין אותו נזק על הזולת? (ובתוככי שאלה זו נחבאת גם שאלת בחינתו של קשר סיבתי משפטי - קרי: קשר סיבתי ראוי - בין מעשהו או מחדלו של פלוני לבין הנזק שאירע). על דרך העיקרון, הטלת חבות אמורה להשעין עצמה על קיומה של חובה משפטית קודמת - חובה אפרירית - ועל הפרתה של אותה חובה. ואולם כולנו ידענו כי החובה המשפטית מציגה עצמה, אמנם, להיותה חובה אפרירית, אך לאמיתם של דברים אין היא - למיצער, בחלק ניכר של המקרים - אלא חובה-של-אחר-מעשה, חובה אפוסטריורית. ומקורה של החובה בנורמה שיוצר בית-המשפט בעצם פסיקת הדין.

דרך זו ביצירתה של עבירה פלילית לגיטימית היא בעינינו - בוודאי לא יהיה זה נכון לפוסלה - ואולם לא נוכל להתעלם מקשיים שהיא מציבה על דרך.

34. חסידי האסכולה של הזיקה הספציפית מותחים ביקורת חריפה על האסכולה השלישית שנדבר בה בהמשך מסענו - זו האסכולה של הסיוע הנגזר מן העבירה הפלילית - בגורסם כי אסכולה זו של הסיוע הנגזר, בעיקרה, פוגמת בעקרון החוקיות המחייב בהירות החוק וידיעת החוק מראש. אלא שטיעון-תקיפה זה יש בו מתכונת הבומרנג. אם ביקורת האסכולה של החובה הספציפית על האסכולה של הסיוע הנגזר ביקורת נכונה היא, כי-אז גם האסכולה של הזיקה הספציפית לוקה, למיצער, בליקויים דומים לאלה שהיא מגלה באסכולה יריבתה. האסכולה של הזיקה הספציפית בונה עצמה על זיקות מיוחדות דוגמת מי שיש לו "שליטה ... במקום ביצוע העבירה או בנכס המשמש לביצועה" (קרמניצר ולבנון-מורג, 4). ובמקום אחר (קרמניצר ושגב, 235):

דוגמאות אחרות המובאות אצל פלר מתייחסות למצבים של זיקה מיוחדת, בעיקר זיקה של אדם לנכסיו (רכב שלו, רעל שבבעלותו או דירה שבחזקתו). בנסיבות אלה קיימת, כאמור, זיקה מיוחדת, וניתן לראות את החובה למנוע ביצוע מעשה עבירה בנכס שברשותו של אדם מכוח שליטתו בנכס, כנגזרת מחובתו להפעיל פיקוח ולנטרל סכנות מן הנכסים שבתחום שליטתו.

על דוגמאות אלו - עליהן ועל אחרות זולתן - והן דוגמאות הבאות להמחיש את אסכולת הזיקה הספציפית, ניתן להעלות ביקורת שחסידי אסכולה זו מטיחים באסכולה של הסיוע הנגזר. וכלשונם של קרמניצר ושגב (שם),

:(216)

מקור חובה פסיקתי הוא, מעצם טיבה של פעולת השיפוט, רטרואקטיבי, וככזה מנוגד לחובה לתת לאזרח אזהרה הוגנת מראש. הפרה זו של עקרון החוקיות אינה כה חמורה כאשר מדובר בהצהרה על חובה מובנת מאליה המבוססת היטב מבחינת הבסיס החברתי והעקרוני שלה (למשל, חובת הורים כלפי ילדיהם, או חובת בעל תפקיד), אך היא הופכת לבעייתית יותר ככל שמקור החובה הוא פחות מובן מאליו.

ובכן, מחלה שאליבא דאסכולת הזיקה המיוחדת מקננת באסכולת הסיוע הנגזר, אסכולת הזיקה המיוחדת אף-היא אינה נקיה ממנה. יתר-על-כן: היכן ב"דין" תימצאנה אותן חובות יוצרות-מחדל כדרישת סעיף 18(ג) לחוק העונשין? בעלי האסכולה של הזיקה הספציפית סוברים כי יש לעשות ל"תחימת המחדלים הענישים באמצעות הגדרת מקורות חובה חוקיים אשר בסיסם חזק דיו" (קרמניצר ולבנון-מורג, 4). ואולם נתקשה ליישב קביעה

נורמטיבית צודקת זו עם איתור מקור חובה המייסד עצמו על דוקטרינה שעניינה "זיקה ספציפית בין העושה (או המסייע) לסכנה" (קרמניצר ולבנון-מורג, 4). הדרישה ל"זיקה ספציפית" מוציאה אמנם מן הזירה פלונים ואלמונים המצויים במקום העבירה אך אינם ראויים כי נחייב אותם כ"מסייעים"; ואולם בה-בעת משלימה היא - שמא נאמר: ממליצה היא - על יצירת חובות שאינן חרותות בדין העונשין, חובות עונשין שבת-המשפט אמורים לקובען מעת לעת. האם נאמר כי קביעתן של חובות בדרכה של אסכולה זו - מכוח העיקרון של "זיקה ספציפית" - פירושה הוא שבת-המשפט אך "מגלים" חובות הנחבאות בתוככי שיטת המשפט, מגלים ואינם ממציאים חובות-יוצרות-מחדל-בר-עונשין? הנה-כי-כן, אסכולת הזיקה הספציפית מבקשת לגדור ולצמצם את מושג ה"מחדל" ל"דין", ובה-בעת מבקשת היא ליצור מעת-לעת - אמנם באורח מצומצם ומבוקר - חובות ספציפיות שאינן מצויות בדין הפלילי.

35. זאת ועוד. אסכולת הזיקה המיוחדת אינה נותנת בידינו אמת-מידה שווה-לכל-נפש לאיתורם של מסייעים. הדוקטרינה המוצעת לנו בידי אסכולת הזיקה המיוחדת היתה כריקמה פתוחה, שכן לא הרי זיקה "מיוחדת" אחת כהרי זיקה "מיוחדת" אחרת. כל זיקה "מיוחדת" בת יחידה היא לאביה ולאימה, ואין זיקת-פנים בין זיקה מיוחדת אחת לרעותה. מחרזת הזיקות המיוחדות עשויה אבנים בצבעים שונים, בגדלים שונים ובצורות שונות, כדי דמיונו היוצר של בית-המשפט, ונעדרים אנו אמת-מידה חותכת וחד-משמעית ליצירת זיקות או להכרה בהן.

36. לא נתקשה להסכים לדבריהם של קרמניצר ולבנון-מורג (שם, 4) כי "שליטת החדל על ההתרחשות העבריינית מצומצמת מזו של העושה הפעיל"; כי "מחויבותו [של החדל] לתוצאה ונחישותו לגרום לה פחותה"; כי "ענישת המחדל פוגעת במידה רבה יותר בחירות הפעולה של הפרט"; כי הטלת אחריות בגין מחדל "כרוכה בקשי להגדיר במדויק את היקף האיסור (הנובע מן הקושי להגדיר את ההיקף הרצוי של ההגנה על הסולידריות החברתית)"; וכמסקנה נדרשת מכאן, כי יש לעשות לצימצום הסיוע על דרך של מחדל תוך "תחימת המחדלים הענישים באמצעות הגדרת מקורות חובה חוקיים אשר בסיסם חזק דיו ...". אמנם כן: עיקרו של דין העונשין מיוסד על חובות לא תעשה ואילו חובות העֵשָׂה לא תימצאנה - וראוי להן כי לא תימצאנה - אלא במשורה. הפגיעה בחירותו של אדם גדולה ורבה בחובות עשה מאשר בחובות לא תעשה, ועל-כן לא תיקבענה עבירות מחדל - ולענייננו: עבירת סיוע במחדל - אלא בשל טעם מבורר. השוו: בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' **משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 366-367. ראו עוד דברים שנאמרו בע"פ 3417/99 הר-שפי נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 735, 747-748. בה-בעת - ונראה זאת עוד להלן - חובות שאנו אומרים להטיל על המועמד-להיותו-מסייע - חובות שבכוחן ליצור מחדל-בר-עונשין - חובות אלו אינן נוצרות יש-מאין; נוצרות הן על רקע של ביצוע עבירה מושלמת בידי אחר; ודומה כי לא הרי חובות הנוצרות יש-מאין, כביכול - אלו חובות

המוטלות על עברייני עיקרי - כהרי חובות המוטלות על פלוני (מסייע) והן חובות הטפלות לחובה עיקרית המוטלת על פלמוני (העברייני העיקרי).

37. אל-נא נְטָעָה ואל-נא נְטָעָה: אסכולת הזיקה המיוחדת כוונתה ראויה ורצויה ומסקנתיה אף-הן ראויות ורצויות. שאלות ששאלנו אינן מכוונות עצמן אלא לדרך אל אותן מסקנות, לתשתית שעליה בנויה הדוקטרינה ולמצפן שמחזיקה היא בידה.

"חובה לפי כל דין" - לפי כל דין?

38. בשירשור הוראות החוק שלעניין, פתחנו בהוראת סעיף 31 לחוק העונשין ודלינו ממנה את צמד המילים "עשה מעשה". הימשכנו במסענו אל-עבר הוראת סעיף 18(ב) לחוק ולמדנו כי "מעשה" הוא "לרבות מחדל". עברנו אל הוראת סעיף 18(ג) וידענו כי "מחדל" הוא "הימנעות מעשיה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה". מהו אותו "דין" היוצר מחדל בר-ענישה? האם כל חובה שבדין תסכון או שמא נידרש אך להוראות דין "נבחרות"? ואם כגירסה אחרונה - כיצד נדע להבחין בין חובה לחובה?

39. הנה-כי-כן, כהוראת סעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, "חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל-ידו להושיט את העזרה מבלי להסתכן או לסכן את זולתו." כיוצא בחובה זו היא החובה הקבועה בסעיף 262 לחוק העונשין, ולפיה "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים." והנה, גם חובה אחת גם חובה אחרת השתיים באות בגידרי המושג "חובה לפי כל דין" שבסעיף 18(ג) לחוק העונשין. האם די בכך כדי לצרפן למועדון אותן חובות ההופכות הימנעות מעשייה למחדל בר-ענישה כהוראת סעיף 18(ג) לחוק העונשין?

40. תשובתי לשאלה היא בשלילה. לדעתי, לא כל חובה הקבועה בכל דין שהוא עשויה לשמש מקור חובה כשר לעניינו של סעיף 18(ג) לחוק העונשין. לו אחרת אמרנו, דומני שהיינו מרחיקים לכת במאוד, וללא כל הצדק ראוי. אכן, לקבלת כרטיס כניסה אל מועדון החובות הקבועות בסעיף 18(ג) לחוק העונשין אין די לה לחובה כי תיקבע בדין, כך על דרך הסתם. חובה היא המוטלת עלינו לבחון את עוצמתה של אותה חובה, ולהוסיף ולבחון אם ראויה היא - על-פי תכליתה - ליצוא מאותו דין שבו נקבעה אל-עבר מיתחם דין העונשין שבו מצוי אף ביתו של המסייע לדבר עבירה; בחוק העונשין. הנה-היא אותה "חובת הצלה והושטת עזרה" (כדבר

כותרת השוליים) הקבועה בסעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך. כהוראת סעיף 3 לאותו חוק, העובר על הוראת סעיף 1 "דינו - קנס", וכדברו של סעיף 61(א)(1) לחוק העונשין המדובר הוא בקנס עד 9,600 שקלים חדשים. נוכח גדירות אלו שהוצבו סביב העבירה של חובת ההצלה והושטת עזרה, נתקשה לקבוע כי אותה חובת הצלה נועדה אף ליצוא, דהיינו, בכוחה לשמש מנוף להטלתה של חובה נוספת - חובה שעוצמתה שבעתיים - וליצירת "מחדל" בר-עונשין בענייננו של מסייע. אכן, הרכבה מכניסטית של חובות עשה "כלליות" על עבירות מן-המניין אין לקבלה כפירוש ראוי לחוק. זו גם דעתם של קרמניצר ושגב (שם, 218-220), וכן היא דעתו של פרופ' ש"ז פלר: **פלר-ב 247**, פסקה 321. ראו עוד: דברי השופט אנגלרד בפרשת **הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד**, ע"א 6649/96, פ"ד נג(3) 529, 544; F.J.M. Feldbrugge, "Good and Bad Samaritans - A Comparative Survey of Criminal Provisions Concerning Failure to Rescue", 14 **Am. J. Comp. L.** 630, 655-657 (1966).

האסכולה של הסיוע הנגזר מן העבירה הפלילית;

האסכולה של פרופ' ש"ז פלר

41. האסכולה השלישית (להלן נכנה אותה גם - האסכולה השלישית) אסכולה היא שפיתח בהרחבה פרופ' ש"ז פלר בספריו על דין העונשין. ראו: פלר-ב, 241 (פיסקה 315) ואילך; פלר-ג, 143 (פיסקה 158) ואילך. בהיקבע בחוק חובה ספציפית החלה על המסייע, כך מלמדנו פרופ' פלר, נחיל חובה זו ככתבה וכלשונה. ואולם מעבר לכך, כך סובר הוא, אין צורך כי נשוטט ברחובות ובשדות במטרה לנסות ולאסוף חובות ממקורות עצמאיים ולו כדי שתימצאנה לנו - כהוראת סעיף 18(ג) לחוק העונשין - חובות "לפי כל דין". אין אנו נדרשים להביא ממרחק לחמנו והרי מצוי הוא בהישג-יד, באותה עבירה עצמה שמבקשים אנו למצוא אם פלוני היה מסייע לביצועה. פרופ' פלר מרחיב בענייננו, ונביא מעט מדברים שכתב (פלר-ב 243, פסקה 316):

המחדל כהתנהגות מסייעת לדבר עבירה אינו צריך להוות הפרת צו-עשה מקביל בנורמה נפרדת מזו האוסרת על עצם הסיוע, כצורה של שותפות עקיפה לאירוע עברייני רב-משתתפים, שעשויה להתבטא גם בהתנהגות פאסיבית ...

כמובן תישאל מיד השאלה - הכיצד מתיישבת סברה זו עם הכלל הבסיסי, לפיו משמעותו של מחדל בפלילים מותנית בקיום צו-עשה לפי דין שהופר בו? היא מתיישבת, מכוח יחס "הצמידות" של הסיוע לדבר עבירה לביצועה העיקרי, "תכליתיות" הסיוע לביצוע העיקרי, השתלבות הסיוע בביצוע העיקרי וגיבוש עקב כך של אירוע עברייני אחד רב-משתתפים. ... הביצוע העיקרי, על הקונקרטיים בעין שלו - ולא רק על האיסור הנורמטיבי שהופר בו - מאריך את רדיוס הקרינה של החובה המוטלת על המבצע העיקרי להימנע מן הביצוע, גם על זולתו,

להימנע מהתנהגות, לז אף פאסיבית, שיש בה כדי לסייע, במודע, לביצוע זה.

... אם נעברה עבירה בעשייה או במחדל, שואב הסיוע בהתנהגות פאסיבית לביצוע העבירה, את פליליותו מהשתרעות חובת המבצע העיקרי גם על הזולת, עקב אותה השתלבות במודע של התנהגותו המסייעת, הפעם פאסיבית, באותו אירוע עברייני, קונקרטי, אחיד ויחיד, רב-המשתתפים... קונקרטיות הביצוע העיקרי וההשתלבות המודעת בו של ההתנהגות המסייעת, מרחיבות את מרחב הקרינה של החובה המופרת על-ידי המבצע העיקרי גם על הסיוע לו, אם בהתנהגות אקטיבית ואם בהתנהגות פאסיבית. ובנוסף לכך, יש לצרף את החובה המפורשת הטמונה בעצם איסור הסיוע לדבר עבירה גם במחדל, ולא רק בעשייה.

אשר לרתיעה מפני חובה כללית לפעול, שנובעת, לכאורה, משלילת הדרישת של צו-עשה ספציפי להכשרת מחדל, בו הוא הופר, כסיוע לדבר עבירה, יש להזכיר כי כלליות זו כבר עברה את ההגבלה הראויה, במישור הביצוע העיקרי של העבירה. צימצום זה משליך בעקיפין גם על היקף הסיוע, עקב צמידותו לפליליות הביצוע העיקרי והשתלבותו בביצוע זה, כתהליך גיבוש אירוע עברייני, אחד ויחיד, רב-משתתפים. ...

לסיכום, אכן, פליליותו של מחדל מותנית, מבחינה אובייקטיבית, בקיום חובה לפי דין, שהופרה באותו מחדל, אך דרישה זו באה על סיפוקה המלא כשהיא מקיימת במישור הביצוע העיקרי. עמידת הביצוע העיקרי בתנאי הפליליות, מקרינה גם על פליליותה של התנהגות פאסיבית מסייעת, ודי בפעולה זו, עקיפה, ללא כל צורך בחובות חוקיות ספציפיות, נוספות ונפרדות, שלא לסייע במחדל, מלבד החובה הנובעת מעצם האיסור על סיוע לדבר עבירה, גם במחדל. [ההדגשות במקור - מ' ח']

פרופ' פלר מסכים, כמובן, ש"מחדל" בר-עונשין לא יקום ולא יהיה בהיעדרה של חובה לעשות: "מן הנמנע לסבור כי ניתן לוותר על כלליות העיקרון של דרישת חובה לפי דין לפעול בצד המחדל שבו היא הופרה, כדי לייחס לו משמעות פלילית אפשרית" (פלר-ג, 146, פסקה 161). ואולם, להשקפתו - כאמור - חובה זו תימצא לנו בהגדרת העבירה העיקרית (העבירה ה"טיפוסית"). ציווי לא-תעשה שבהגדרת העבירה, יש לפרשו גם כצו עשה בנסיבות המתאימות. ראו עוד: פלר-א, 399-403, פסקאות 516-520. פרופ' פלר מוסיף ומודיענו כי גישתו למעמד המסייע "היא ברוח עמדתו ... של השופט חיים כהן" (פלר-ב, 244; לעמדתו של השופט חיים כהן ראו לעיל, פסקה 25).

42. אשר לאיפיונה של החובה המוטלת על המסייע, מוסיף פרופ' פלר וכותב כך (פלר-ג' 154, פסקה 168):

[העבירות עשויות להיות רבות-משתתפים, אם לשם מימוש מזימתו מסתייע המבצע העיקרי בהתנהגות הפאסיבית של אדם אחר. ושוב חוזרת השאלה, מה מקור החובה לפעול, המוטלת על מסייע כזה? לפי דעתנו, אין חובה ברורה יותר, מוגדרת יותר ומוחשית יותר מאשר החובה הנובעת מן האיסור של העבירה הטיפוסית, בצירוף האיסור

לתרום באורח תכליתי, אף בהתנהגות פאסיבית, תרומה מסייעת לביצוע על-ידי אחר של עבירה זו. אין זו חובת "עשה" ערטילאית וכוללנית, בבחינת גזירה שרוב הציבור אינו יכול לעמוד בה. היא חובה קונקרטי שמוטלת על הפרט, כשהוא מודע, באורח הקונקרטי ביותר, למה שמתרחש או עומד להתרחש סביבו, למשמעות צעדיו הוא לגבי המתרחש ותכליתם, ושעלול, תוך כדי כך, לבחור בצעדים שיש בהם כדי לאפשר לאחר לעבור עבירה נתונה, או להקל עליו את מימוש מזימתו. אל פרט זה פונה המחוקק ומצווה עליו שלא ליתן יד למבצע העיקרי, אפילו לא בהתנהגות פאסיבית. המחוקק פונה אליו באמצעות האיסור שבהגדרות העבירות הטיפוסיות הספציפיות, לסוגיהן, בצירוף האיסור לתרום תרומה מסייעת לביצוען, אפילו במחדל ולא רק בעשייה.

להשקפתו של פרופ' פלר, אין מוטלת חובת-עֶשֶׂה למנוע ביצועה של עבירה על כל מי שיודע כי עבירה עומדת להתבצע. ובלשונו (פלר-ב-243, פסקה 326):

... אין המדובר במחדל **למנוע** ביצוע עבירה או את השלמתה, כי אם במחדל **שסייע** לכך; ויש הבדל מהותי בין הדברים, שכן מחדל מסייע, פירושו הסתמכות המבצע על המצב שנוצר עקב המחדל, או השימוש במצב זה, תוך ביצוע העבירה. (ההדגשות במקור - מ' ח')

יסוד הקונקרטי שבחובה: סגולתה של ההימנעות מעשייה לסייע בצירוף היסוד הנפשי של מטרה לסייע, בצירופם של אלה יש כדי לנפות זכאים מחייבים: "הסיוע לדבר עבירה צריך להתבטא בהתנהגות בעלת ייעוד מוחשי", כלומר לעבירה מסויימת, קונקרטי, כפי שהיא עומדת להתבצע בעולם המעשה" (פלר-ב-255, פסקה 329).

לאחרונה אימץ השופט מצא - "למעלה מן הצורך" - את השקפתו של פרופ' פלר. כך עשה בע"פ

4317/97 **פוליאקוב ואח'** נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 289, וכלשונו (בעמ' 308):

... גם אילו נוכחתי שהמדובר בסיוע על דרך מחדל, לא הייתי מהסס לקבוע שדימה [אחד המערערים - מ' ח'] אשם בסיוע לרצח. יש שראוי להרשיע בסיוע על דרך מחדל, אף כשאין בידי התביעה להצביע על חובה מן הדין לעשות מעשה (ראו דברי השופט ח' כהן בע"פ 325/64 **היועץ המשפטי לממשלה** נ' **ירקוני** ... ודברי פרופ' פלר בספרו הנ"ל (כרך ב), בעמ' 246).

קרמניצר ולבנון-מורג (שם, 3) מותחים ביקורת על אמירה זו, ואני אסתייג מן הביקורת. על-פי הדוקטרינה של הזיקה המיוחדת - זו זיקה שקרמניצר ולבנון-מורג וקרמניצר ושגב מחזיקים בה בעוז: האם לא הוכחה זיקה

מיוחדת בפרשת פוליאקוב בין דימה לבין הרצחים או בין דימה לבין הסכנה? ראו עוד דברי השופט אנגלרד (שם, 316) אשר הסכים עם מסקנתו של השופט מצא "בעניין סיוע על דרך מחדל".

43. גישתו של פרופ' פלר אומרת לספק תשתית משפטית לשאלת מקור החובה לעניינו של מסייע על דרך מחדל, שהחובה העושה את פלוני מסייע נאצלת מתוך העבירה העיקרית וממידת קירבתו של פלוני למערכת העבירה. ובלשונו של פרופ' פלר (פלר-ג 154, פסקה 168):

אין חובה ברורה יותר, מוגדרת יותר ומוחשית יותר מאשר החובה הנובעת מן האיסור של העבירה הטיפוסית, בצירוף האיסור לתרום באורח תכליתי, אף בהתנהגות פאסיבית, תרומה מסייעת לביצוע על-ידי אחר של עבירה זו.

יכול הטוען שיטען, כי יש בהשקפתו של פרופ' פלר הרחבת-יתר של החובות החלות על מי שנטען כי מסייע הוא, וזו היא אמנם ביקורתם של קרמניצר ושגב וקרמניצר ולבנון-מורג. אכן, אם אמנם החובה הבוראת מחדל בר-עונשין תולה עצמה בשלושה אלה: במסוגלותה של ההימנעות-מעשייה לסייע; במודעות לטיב המעשה ולנסיבות; ובמטרה לעזור לעבריין העיקרי; יכול הטוען שיטען כי אימוצה של האסכולה השלישית יקרבו במאוד למסקנה שכוונתו של אדם לסייע - כוונה באשר היא - מטילה עליו חובה בת-עונשין והופכת אותו מסייע; ולמותר לומר כי איש לא יטען שיש להטיל חבות פלילית על אדם אך בגין מחשבתו. אין זאת אלא ששומה עלינו לצמצם את המסגרת הרחבה שבנה פרופ' פלר עבורו, וברוח דבריו של Otto Kirchheimer, "Criminal Omissions", 55 Harv. L. Rev. 615, 621 (1942), נ'אמר כך:

The duty to act...must be made concrete according to the various situations in which it arises. In defining the various duties to act we must treat at the same time the required performance, for which there can be no general standard.

לשון אחר: שומה עלינו לבחון את פרטי המקרה הקונקרטי ולברר אם פלוני - שנטען עליו כי מסייע הוא - קירב עצמו למעשה העבירה עד שניתן לומר כי הימנעותו מעשייה שקולה כנגד מעשה, דהיינו, כי בנסיבות העניין הקונקרטי שומה היה עליו לנתק עצמו מן העבירה על דרך של עשיית מעשה. אכן, יש נסיבות שבהן ההבדל בין סיוע לעבירה לבין אי-מניעת עבירה יהא דק-מכל-דק. ההבדל טמון במידת קירבתו של האדם לעבירה,

שהמסייע בהימנעותו מעשייה ובכוונתו לעזור לעבריין העיקרי, מקרב עצמו לעבירה וכמו עושה עצמו צד (טפל, אמנם) לעבירה. אכן, ההבדל דק, ובכל זאת הבדל הוא.

44. להשלמת דברינו על האסכולה השלישית נסיף ונעיר הערות אלו. ראשית לכל, יש להבדיל ולהבחין היטב בין עבירת מחדל לבין סיוע על דרך של מחדל. אשר לעבירת מחדל, הכל מסכימים כי באין חוק הקובע עבירה מעין-זו, לא ייאשם ולא יורשע איש בגין מחדל שחדל. כך הוא, למשל, דין העבירות הקבועות בסעיפים 322 עד 326 לחוק העונשין. ראו פסקה 17 לעיל. שונה מקצה-אל-קצה הוא הסיוע על דרך של מחדל.

עבירת הסיוע על דרך של מחדל - ככל עבירת סיוע - אין היא עבירה העומדת על רגליה-שלה. עבירה נגזרת היא. תולה היא עצמה על עבירה מושלמת - עבירת מעשה או עבירת-מחדל - ובאין עבירה ראשונה אין עבירת סיוע. עבירת הסיוע נמשלת לזנב הבא אחרי בעליו, שבאין בעלים אין זנב. עבירות המנויות בחלק ב' של חוק העונשין - ובעצם עבירות הקבועות בחוקים אחרים אף הם - עבירת הסיוע מספחת עצמה לכל אחת ואחת מהן והרי מהווה היא חלק בלתי נפרד מן העבירה הראשה. ומה החבל הולך אחר הדלי כן תלך עבירת הסיוע אחרי העבירה הראשה.

45. דומה שהצגתה של עבירת הסיוע במקומה הראוי - כעבירה הטפלה לעבירה הראשה והנכרכת אחריה - יש בה כדי לאצול על קביעת גדריה סביב-סביב. שיטת המשפט בישראל, כמוה כשיטות משפט אחרות בכל הזמנים, אינה מספקת עצמה אך בענישת מי שביצע עבירה בפועל. אמרנו על-כך בע"פ 4389/93, 4497 מרדכי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 255, ונחזור על מיקצת הדברים:

בקובעה חבות בפלילים אין שיטת המשפט בישראל - כמוה כשיטות משפט אחרות - מספקת עצמה בענישת מי שביצע עבירה בפועל. החבות בפלילים פורסת עצמה גם על "מקורבים" אחרים למעשה העבירה ולמבצע עיקרי: מבצעים בצוותא, משדלים, מסייעים. הגדרתם של "מקורבים" החבים בפלילים נעשית תוך קביעת זיקתם למעשה העבירה ולמבצע העיקרי. חבות בפלילים כי תוטל על פלוני, אמורה אותה חבות ליתן ביטוי לזיקה "קרובה" בין אותו פלוני לבין מעשה העבירה והעבריין העיקרי. לאמור: על-פי השקפתה של שיטת המשפט, יש וראוי לראות את פלוני כנושא בחבות פלילית - וכמי שראוי כי תוטל עליו סנקציה פלילית - אף שאין הוא מבצעה בפועל של העבירה. ולהפך: פטור מחבות פלילית...אמור ליתן ביטוי ל"ריחוק" של פלוני ממסכת העבירה, כדי כך שלא יהיה זה ראוי להטיל עליו סנקציה בפלילים.

כך נולדו - בצד המבצע בפועל - גם המבצע בצוותא והמשדל, ולענייננו-שלנו - המסייע. הטעם להטלת אחריות בעונשין גם על מי שלא ביצעו עבירה בפועל, טעם פשוט הוא: שכל אחד מאותם עבריינים הסובבים את העבירה

חיזקו בדרך זו או אחרת את ידו של העבריין הראשי, ובחיזוק זה שחיזקוהו קירבו הסובבים את סיכון ביצועה של העבירה. ובלשונו של הנביא (ישעיהו מא, ו):

"אִישׁ אֶת-רֵעֵהוּ יַעֲזֹרוּ וְלֹא־חֵיוּ יֵאמֶר חֲזֵק".

עמדנו על-כך בעניינה של עבירת הקשר, ונחזור על הדברים (ע"פ 461/92, 1496, 2569 שמואל זכאי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 580, 588):

... פלוני כי יחרוש מזימות רשע ועבירה בלבבו - כך, למשל, לגנוב מכונת פלונית בלילה פלוני - לא יעבור כל עבירה. דברים שבלב אינם דברים ... כך דין גם אם בצידו של פלוני, ובלא קשר אליו, יחרוש אלמוני אותן מזימות רשע ועבירה בלבבו; גם אלמוני, כמוהו כפלוני, לא יעבור עבירה הגם שהשניים אמרו לעבור אותה עבירה ממש, ובאותה עת עצמה. ואולם אם יסכימו השניים ביניהם את שכל אחד זמם לעצמו בלבבו, יחוייבו שניהם כאחד בעבירת הקשר.

מדוע כך, ומה נשתנה זה מזה? אף אתה אמור, הסכמה בין שניים לבצע עבירה מקרבת את הסיכון שהעבירה אמנם תבצע - השניים כמו מחזיקים איש ביד רעהו, ובהיחלש האחד יחזקנו חברו - ובלשונו של הנביא (ישעיהו מא ו): "איש את רעהו יעזרו ולאחיו יאמר חזק". בשל סיכון יתר זה קם ונהיה האינטרס החברתי לקבוע הסכם-קשר לביצוע עבירה פלילית כעבירה לעצמה.

ראו עוד מראי המקום המובאים שם. כך בעבירת הקשר וכך בהטלת אחריות בעונשין לא אך על המבצע אלא על ה"סובבים" אותו, בהם המסייע.

46. משאיפיינו כך את מקומו של המסייע בביצועה של עבירה, נוכל להמשיך בדרכנו. בבירור אחריות הפלילית של מי-שנטען-עליו כי מסייע הוא, חובה היא המוטלת עלינו לבחון ולבדוק - ובעניינם של המערערים לפנינו נדון בשאלה להלן - אם נתקיים במועמד-להיותו-מסייע היסוד הנפשי הנדרש. נניח עתה לרגע, כי המועמד-להיותו-מסייע מודה בפה מלא כי חדל כאשר חדל (בענייננו-שלנו: שתק ולא השמיע קול מחאה) כדי לחזק את ידי העבריין הראשי בביצוע העבירה, כדי למנוע את תפיסת המבצע או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם ביצוע העבירה, והכל כהוראת סעיף 31 לחוק העונשין. ואולם - כך מוסיף וטוען אותו מועמד-להיותו-מסייע - הגם ששתקתי כדי לחזק את ידיו של העבריין הראשי, אין אני בן-עונשין מן הטעם שאין עונשין על מחשבות-שבלב, ואין מוטלת עלי כל חובה להביע מחאה. מסקנה: אין מקום להרשיעני בדין. על דברים אלה כולם נאמר אנו: מקום שהיסוד הנפשי אינו שנוי במחלוקת; והימנעותו של המועמד-להיותו-מסייע ניחנה בתכונה של מסוגלות לעזור לעבריין העיקרי (ראו, למשל: ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד

נה(3) 22, 31); דומה שניתן להסכים כי אין הצדק להרחיק לכת בחיפוש אחר אותה חובה שהימנעות מקיומה יוצרת מחדל בן-עונשין. נראה כי אותה "חובה לפי כל דין" כדבר סעיף 18(ג) לחוק העונשין - זו חובה העושה הימנעות למחדל בר-עונשין - עשויה להילמד מתוך קומפלקס העבירה גופה. לא תמיד, אמנם; לא בכל מקרה; ואולם במקרים המתאימים נוכל ללמוד כן.

47. דבר אחרון: יכול הטוען שיטען, כי האסכולה של הסיוע הנגזר יש בה ממעגל הקסם: החובה לעשות מעשה, מזה, וההימנעות מעשייה, מזה, השתיים כמו נולדות הן יחדיו, אחזות אשה ביד רעותה. האסכולה השניה - זו האסכולה של הזיקה המיוחדת - גורסת, על דרך העיקרון, קיומה של זיקה מוקדמת בין המסייע לבין העבריין או בין המסייע לבין הסכנה, וזיקה מיוחדת זו היא המכוננת והמקוממת את חובת העשייה. שלא כמותה היא האסכולה השלישית - האסכולה של הסיוע הנגזר - ש"נסיבות העניין" אף-הן עשויות לכוון חובה לעשות, וממילא יוצרות הן אותן נסיבות אף את המחדל בן-העונשין. החובה לעשות מעשה, מזה, וההימנעות מעשייה, מזה, נסיבות העניין עשויות לייצר את השתיים יחדיו והן נבראות אחזות ושלובות זו בזו. אליבא דאסכולת הסיוע הנגזר, אין צורך בקיומה של זיקה קודמת בין המסייע לבין העבריין או בין המסייע לבין הסכנה. ה"זיקה" - אם נעשה שימוש במושג הלקוח ממילון האסכולה של הזיקה המיוחדת - יכולה שתיווצר עם ביצועה של העבירה או סמוך מאוד לפני ביצועה של העבירה; החובה ועימה ההימנעות מעשייה - קרא: המחדל הפלילי - יכולים שיבואו לעולם יחדיו, שעה שההימנעות מעשייה אחזת בעקב החובה שאך זה נולדה. אם נבקש ללמוד היקש מתחום אחר, נסמך דברינו להלכה של "גיטה וחצירה באין כאחד"; והיודע ידע ויבין. ראו: משה זילברג, **באין כאחד** (כינסו והביאו לדפוס צבי טרלו ומאור חובב, ירושלים, תשמ"ב) 174. אלא שמעגל קסם זה אין בו כדי לשלול מכל-וכל את קיומה של האסכולה השלישית.

48. לסיכום הדברים נאמר כך: בין אם נלך בדרכה של האסכולה השניה בין אם נלך בדרכה של האסכולה השלישית, כולנו נסכים - דומה - כי מצויים אנו על הגבול שבין דין העונשין לבין טריטוריה שהיא לבר-המשפט. עושים אנו בתחום ההתהוות הבלתי-פוסקת של המשפט, בתחום שבו נוצרים חיים מלא-חיים, בתחום בו חובות-של-מוסר הופכות חובות-של-חוק. הכרעות שנעשה הכרעות מוסריות-ערכיות הן. השאלה בכל מקרה ומקרה תיסוב על כוח הסיבולת של החברה, תוך שבית-המשפט מתמרן בזהירות ובעדינות בין מחדלים פורעי סדר חברתי ראוי לבין עקרון החוקיות במשפט הפלילי, הן במובנו הפורמלי הן במובנו המהותי.

זיקות חובה; זיקות מיוחדות; מוסר חברתי ואישי

49. במקום אחד הישונו את המוסר וציווי לאגם מים טהורים ואת המשפט וציווי דימינו לחבצלות מים (נימפיאות) הפרוסות על-פני המים. ועל היחס בין לבין אמרנו דברים אלה (ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית ואח', פ"ד נ(3) 133, 182):

המוסר וציווי נדמים הם לאגם מים טהורים, והמשפט וציווי נידמים הם לחבצלות-מים (נימפיאות) הטובלות במים, הפרושות על-פני המים והשוואבות מן המים חיים ועוצמה. המוסר מזין את המשפט בשורשיו והוא אף על סביבותיו של המשפט. יש מהם מפירחי חבצלות-המים הנותנים תוקף משפטי לציווי מוסר; יש שפירחי החבצלות משמשים מושג-מיסגרת במשפט הנמלאים תוכן בציווי המוסר, מוסר אישי ומוסר חברתי: כך המושגים "מוסר" ו"צדק" וכך מושג "תום-הלב"; יש שהמוסר ימצא מקומו בינותינו כמות-שהוא, בלא שיידרש למתווכים; ויש פירחי חבצלת שאינם מתקיימים כלל מן המוסר.

חבצלת-המים שלנו - זו חבצלת-המים שעניינה סיוע על דרך של מחדל - היא מאותן חבצלות מים המזינות עצמן במימי המוסר - מוסר חברתי ומוסר אישי - ומים אלה הם על סביבותיה. ראו עוד: עדי פרוש, "אחריות מוסרית, אחריות פלילית וערך כבוד האדם", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו-1996), 87 ("עקרון האחריות המוסרית ... קובע כי אין לחוקק חוקים המטילים על בני אדם אחריות פלילית בגין מעשים שאין הם אחראים להם מבחינה מוסרית.")

50. בהקשר זה לא נוכל להימנע מהביא את דבריו של זקן-השופטים הלורד קולרידג' (Lord Coleridge, C.J.) בפרשת **The Queen v. Instan** [1893] 1 Q.B. 450. באותו מקרה גרה הנאשמת - אשה ערירית שגילה היה בין שלושים לבין ארבעים - עם דודתה הזקנה. השתיים גרו לבדן, על חשבונה של הדודה. יום אחד חלתה הדודה והותקה למיטתה בניסבות שבהן היתה חסרת-אונים לחלוטין. הנאשמת לא סיפקה את צרכי הדודה, לא במזון ולא בתרופות, ואף לא הודיעה לאיש על מצבה של הדודה אף שיכולה היתה לעשות כן. רק הנאשמת היא לבדה ידעה על מצבה של הדודה. בריאותה של הדודה הידרדרה והלכה בשל מחסור במזון, בטיפול ובהשגחה רפואית. לאחר עשרה ימים, והיא במצבה הקשה, מתה הדודה. הנאשמת הועמדה לדין באשמת הריגה והורשעה בדינה. אמר הלורד קולרידג' בפסק-דינו הקצר דברים אלה (בעמ' 453, 454):

... We are all of opinion that this conviction must be affirmed. It would not be correct to say that every moral obligation involves a legal duty; but every legal duty is founded on a moral obligation. A legal common law duty is nothing else than the enforcing by law of that which is a moral obligation without legal enforcement.

... it was only through the instrumentality of the prisoner that the deceased could get the food. There was, therefore, a common law duty imposed upon the prisoner which she did not discharge.

Nor can there be any question that the failure of the prisoner to discharge her legal duty at least accelerated the death of the deceased, if it did not actually cause it. There is no case directly in point; but it would be a slur upon and a discredit to the administration of justice in the country if there were any doubt as to the legal principle, or as to the present case being within it. The prisoner was under a moral obligation to the deceased from which arose a legal duty towards her; that legal duty the prisoner wilfully and deliberately left unperformed, with the consequence that there has been an acceleration of the death of the deceased owing to the non-performance of the legal duty. It is unnecessary to say more than that upon the evidence this conviction was most properly arrived at.

פרשת **Instan** עניינה אמנם בחובת עשה ראשית - לא בחובת-עשה-של-סיוע - ואולם תהליך היצירה ותחושת המוסר העמוקה המפעמת בהכרעת הדין, אות וסימן הם לדרכי שיפוט ראויים. זו היתה דרכו של המשפט המקובל. זו ראוייה שתהא דרכנו-שלנו אף-היא.

51. גם אסכולה שניה גם אסכולה שלישית, כזו-כזו, השתיים בונות עצמן על מִשְׁל חבצלות-המים, כל אחת מהן בדרכה-שלה. אסכולה שניה בונה עצמה על זיקה מיוחדת הנשאבת ממקום שהיא נשאבת - זיקה היוצרת חובה ועימה הפרתה של אותה חובה - בעוד אשר אסכולה שלישית בונה תשתית תיאורטית ובגדריה של תשתית זו מבקשת היא למצוא חובה ראוייה ומחדל מִמֶּלֶא אותה חובה. אסכולה שניה מצמצמת גדרים בתחילת דרכה, בעוד אשר אסכולה שלישית מרחיבה בתשתית ומצמצמת גדרים בהמשכה. אסכולה שניה באה מצפון ואסכולה שלישית באה מדרום. נבְּנָה על אסכולה שלישית, המציבה תשתית תיאורטית ראוייה, ונהלך עימה מדרום אל צפון תוך קביעת מיסגרות ראויים וקפדניות ליצירתן של חובות. ובבואנו אל חצרה של האסכולה השלישית, להשתקעות קבע בה, את מי פוגשים אנו בחצרה אם לא את האסכולה השניה, שאף היא מצאה להשתקע באותה חצר עצמה. אכן, שתי אסכולות שדומה היה בתחילת הדרך כי צהובות הן זו-לזו, נמצא אותן שוכנות זו-בצד-זו ואין מחריד. ואם יאמר האומר: יש בכל-זאת חילוקים בין האסכולה השניה לבין האסכולה השלישית, נשיב אנו ונאמר: וכי בגדריה של אחת מאותן שתי אסכולות לא ייווצרו חילוקי-דעות? אכן, חילוקים בין האסכולה השניה לבין האסכולה השלישית כמוהם כחילוקים בתוככי כל אחת מאותן אסכולות.

52. בין כך ובין אחרת, שומה עלינו לזכור ולשמור כי לא נכיר ביד רחבה בקיומן של חובות ולו בזכרנו כי מדברים אנו במשפט העונשין, קרא: באותה חטיבת-משפט שנועדה מעיקרה לגזור עונשים. ראו עוד: פרשת קונטרס, שם, 366-367; פרשת הר-שפי 747-750. פירוש הדברים הוא זה, שְׁעַד אשר נגלגל חובה מוסרית בחובה משפטית, נבחן בחון-היטב אם אין אנו מטילים על היחיד חובה מעבר לסיבולת הראויה. כן נוסיף ונבחן את הסיוע-על-דרך-מחדל במשקפי העבירה העיקרית, שלדעתנו ככל שהעבירה העיקרית חמורה יותר ופוגעת יותר בעומקם של סידרי החברה, כך תִּעָצֵם ותלך נכונותנו להכיר בחובה היוצרת סיוע על דרך של מחדל. אכן, הנכונות להכיר בסיוע על דרך של מחדל אינה תוצאה של פעילות מכניסטית או גיאומטרית. שיקולים ערכיים ועוצמת אופייה האנטי-חברתי של העבירה יהוו שיקול מן המעלה העליונה, הגם שלא שיקול יחיד.

סיוע על-דרך-מחדל בעבירה של הפקרה אחרי פגיעה

53. דיברנו עד-כזה במודלים תיאורטיים שניתן לבנות לסיוע על-דרך-מחדל. נקרב עתה מבטנו אל ענייננו-שלנו וננסה לבחון החלתו של הדין הכללי על העבירה שהמערערים הורשעו בה, העבירה של הפקרה אחרי פגיעה. ענייננו הוא בהוראת סעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה, ולנוחות הדיון נשוב ונפרוש אותה לפנינו:

.....	הפקרה	64א. (א)
	אחרי	
	פגיעה	(ב)
		<p>נוהג רכב המעורב בתאונה, והוא ידע, או שבנסיבות המקרה היה עליו לדעת, כי בתאונה נפגע אדם, ולא הגיש לנפגע עזרה שהיה ביכולתו להגיש בנסיבות המקרה, לרבות הסעתו לטיפול רפואי, דינו - מאסר תשע שנים, עם קנס או ללא קנס, ובלבד שלא יוטל עליו מאסר-על-תנאי בין כעונש יחיד ובין כעונש נוסף ולא יינתן עליו צו מבחן.</p>

הוראת-חוק זו מנוסחת על דרך השלילה - אי-הגשת עזרה - ואולם כדרך של עבירות מחדל ייעודה הוא להטיל חובת עֲשֵׂה: נהגת ברכב שהיה מעורב בתאונה, וידעת - או שבנסיבות העניין היה עליך לדעת - כי בתאונה נפגע אדם, חובה היא המוטלת עליך להגיש לנפגע עזרה שיש ביכולתך להגיש בנסיבות המקרה, לרבות הסעתו לטיפול רפואי. אם תחדל ממילוי חובה זו המוטלת עליך, דע כי צפוי אתה לעמוד לדין פלילי ולהיענש.

54. החובה שהוראת סעיף 64א(ב) מדברת בה היתה שונה בלידתה. בניסוחה של ההוראה בתחילה דובר על "נוהג רכב שתוך נהיגה גרם לתאונה" (סה"ח תשכ"ה 202, 204), ואולם בתיקון מס' 15 לפקודת התעבורה, בשנת תש"ם-1979, תוקן החוק, ותחת הנוסח המקורי נקבע הנוסח דהיום, לאמור: "נוהג רכב המעורב בתאונה" (סעיף 22 לחוק שלשנת תש"ם-1979; סה"ח, 18, 22). כוונת התיקון היתה להכביד את החובה להגיש עזרה, וכלשון דברי ההסבר להצעת החוק: "[בית המשפט מפרש את הדיבור 'גרם לתאונה' על דרך הצמצום לאמור שהחובה חלה על מי שהתאונה נגרמה ברשלנותו הוא ולא ברשלנות זולתו. מן הראוי שייקבע כי כל נהג רכב המעורב בתאונה יהיה חייב להגיש עזרה לנפגע בתאונה" (ה"ח תשל"ט 156, 164). ראו עוד והשוו: דנ"פ 2974/99 **אוחנה נ' מדינת ישראל**; (לא פורסם; מפי הנשיא ברק).

55. העבירה של הפקרה אחרי פגיעה - אמרנו זאת כבר - עבירה קשה ומכוערת היא. כולנו ידענו מה נזק יכול שייגרם לאדם בתאונת מכוניות - נזכיר כי השוטר מורי נפגע והשיב נשמתו לבוראו - והנה מוצאים אנו את הנוהג ברכב שהיה מעורב בתאונה נס על נפשו ומותיר את הנפגע מאחוריו מתפתל בייסוריו ואין מושיע. מעשהו זה של הנוהג הבורח פוגע בשורשי הסולידריות החברתית והאישית המינימלית לקיומה של חברה תקינה; בריחתו של הנהג מן המקום היא מעשה אנטי-חברתי ואנטי-מוסרי מובהק; וראוי הוא כי יענש בכל חומר הדין.

המחוקק הכביד אמנם ידו בהרחבתה של החובה לעזור למי שנפגע בתאונה, ואולם גם לאחר התיקון לחוק נותר הנושא בחובה כשהיה: הנוהג ברכב, הוא ולא אחר זולתו. השאלה הנשאלת בענייננו היא איפוא זו: האם נושאים הם המערערים שלפינו - שלא נהגו ברכב הפוגע - בחובה כלשהי? ואם נושאים הם בחובה - מהם גדריה של אותה חובה? בתי-משפט קמא ומציעא מצאו את המערערים חייבים בדין סיוע לוויקטור - נהג הרכב הפוגע - והשאלה הנשאלת היא איפוא, אם אמנם חייבים הם במשפט המסייעים.

56. נזכיר בתחילה את דבריה של השופטת מרים בן-פורת במאמרה "עזרה לזולת" שפורסם בעיוני משפט ז (תשל"ט-תש"ם - 1979-1980) 269, ובעיקר את תמיהתה (שם, 276), לאמור:

אין להבין מדוע הוטלה החובה רק על הנוהג ברכב, שהרי יתכן כי דווקא הוא שנפגע ואילו הנוסעים האחרים, כולם או חלקם, מסוגלים להושיט לו עזרה. לכאורה, סביר להטיל גם על אלה חובה **משפטית** לעשות כן, ואולי אף על הולך רגל או עד ראייה אחר למתרחש. (ההדגשות במקור - מ' ח')

יימצאו בוודאי מי שיחלקו על אמירה מרחיקת-לכת זו - ולו כמשפט רצוי - ואולם יש בדבריה של השופטת בן-פורת כדי לחדד ולהעמיק את התחושה בדבר חשיבותה של החובה לעזור לנפגעי תאונות דרכים. דברים אלה, לדעתי, נודעת להם חשיבות יתירה לענייננו.

57. ואם להמלצתה של השופטת בן-פורת ניתן להסכים או שלא להסכים, נתקשה להסכים לדבריה של השופטת רינה משל-שוהם בפרשת **זוהר** (לעיל). השופטת משל-שוהם מסבירה את החובה המוטלת על הנהג ברכב, ואלה הם דבריה (בפיסקה 17. לפסק-הדין):

חובת העשייה - אשר הפרתה מהווה עבירת מחדל - מתייחסת, בדרך כלל, לסיטואציה - אליה נקלע אדם עקב פעולה רצונית שלו - אשר לגביה הוטלה עליו חובת העשה. במקרה דגן, חובת העשייה הקבועה בסעיף 64א(ב) לפקודה, מוטלת על הנהג ברכב. היות מי שהוטלה עליו החובה, נהג הרכב, אינו מצוי בשולי האיסור הפלילי, אלא במרכז. הפעולה האקטיבית של הנהג, בנטלו את ההגה לידי, נותנת למחוקק בסיס מוסרי, להטיל עליו חובת עשה מפורשות - ובכללן, החובה להגיש עזרה, לאדם שנפגע בתאונה בה היה מעורב - אשר הפרתן עלולה להביא לענישתו החמורה בפלילים.

עד כאן נקבל את הדברים במלואם. ואולם נתקשה לקבל את המשכם (שם, ובפיסקה 7 ט. לפסק-הדין):

... פירוש אחר, המטיל חובות עשה, שבצדן ענישה פלילית כה מחמירה, על אנשים שלא ביצעו אקט רצוני רלוונטי [וולונטרי?] כלשהו, אינו רק בלתי מוסרי, אלא יכול להחשב כבלתי חוקתי, כפוגע קשות בחופש הפרט ובעיקר בחופש רצונו.

... חובת הגשת עזרה לנפגע בתאונה, מוטלת לעולם על הנהג.

מעמדו של היושב לצד הנהג, אינו שונה במאומה מזה של עובר אורח, בהעדר בסיס משפטי, המטיל עליו חובת עשה מפורשת ...

(בהמשך דבריה מסייגת השופטת משל-שוהם את דבריה, ומסכימה היא כי ניתן להטיל אחריות בפלילים על היושב ליד הנהג כשותף לעבירה, כגון במקרה של שידול הנהג שלא להגיש עזרה).

האמנם מעמדו של היושב ליד הנהג אינו שונה במאומה ממעמדו של עובר-אורח? נניח, למשל, שאב נותן לבנו הצעיר (המחזיק ברשיון נהיגה) לנהוג ברכבו, והאב יושב ליד בנו. במקרה של תאונה ואי-עצירה להושטת עזרה, האם נוכל להסכים כי הבן ישא באחריות מלאה ואילו האב יצא פטור בלא-כלום, אף לא כמסייע? מסקנה זו תקשה עלי.

הנה הוא רכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם, ונוסעי הרכב יודעים על הפגיעה. הרכב אינו עוצר בנסיעתו, ונוסעיו אינם מושיטים עזרה לנפגע. כהוראת סעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה, הנוהג ברכב אשמ בעבירה של הפקרה לאחר פגיעה. אשר לנוסעי הרכב, חבותם של אלה בפלילים - חבות תלוית-נסיבות היא. עד שלא נבחן את הנסיבות מקרוב, לא נדע להשיב על השאלה אם חבים הם בעבירה של הפקרה אחרי פגיעה, ואם חבים הם - באיזו רמה של שותפות חבים הם.

58. במשפט האנגלי, כבמשפט האנגלי, נקבעו ונצברו הלכות מעניין לעניין. על דרך הכלל, דומה, אין נוסע ברכב - אך באשר נוסע הוא ברכב - חב בחובות עֶשֶׂה כלשהן. וגם מודעותו של הנוסע לכך שהנהג עבר עבירה אינה עושה אותו מסייע לדבר עבירה. השוו: **Smith v. Baker** [1971] RTR 350, 353. גלנוויל וויליאמס סבור כי אין מקום להעניש נוסע שאינו בעלים של הרכב בגין עבירה שעובר הנהג בנהיגתו.

Williams - Criminal Law, 360-362 (§122); Glanville Williams, **Textbook of Criminal Law** (2nd. ed., London, 1983) 348.

וכך, אין רואים נוסע כמסייע לנהיגה רשלנית אך מטעם זה בלבד שלא הביע מחאה על דרך הנהיגה. ראו: בה-בעת הכיר המשפט האנגלי בחובות הנגזרות משליטה או מבעלות של נוסע, על רכב נוסע או על נהגו. כך, למשל, הורשע נוסע שהיה בעלים של רכב בסיוע לעבירה שעבר הנהג בנהיגה מהירה שסיכנה את הציבור: **Du Cros v. Lambourne** [1907] 1 K.B. 40. כן הוטלה אחריות על נוסע בשל היותו נהג מנוסה שהשגיח על נהיגתו של נהג מתלמד שלא הותר לנהוג ללא השגחה: **Rubie v. Faulkner** [1940] 1 All ER 285 (K.B.D.). באותו הקשר נזכיר כי במקרה אחד הורשע בעל בית-מרזח בסיוע לשתיית משקה חריף לאחר השעות המותרות אך בשל שליטתו במקום ושתיקתו לעת מעשה העבירה: **Tuck v. Robson** [1970] 1 All ER 1171 (Q.B.D.). ראו עוד מאמרו של David Lanham, "Drivers, Control and Accomplices" [1982] **Crim. L.R.** 419.

הלכות אלו שנקבעו במשפט האנגלי, הן ועימיהן הלכות שנקבעו במשפטיהן של מדינות בארצות-הברית, ראויות הן כולן לעיון ולדין. ואולם ההכרעה בעניינה של הדוקטרינה תהא הכרעתנו שלנו. וכפי שאמרנו במקום אחר: "כל גנן מגדל דגן בגנו-שלו, והדגן בגן האחד אינו כדגן בגן האחר".

59. תאונה בה נפגע אדם הוא המאורע המחולל חובה להושיט עזרה. הנהג ברכב מצוה במיצוות עשה של הושתט עזרה, והפרתה של מיצווה זו - ככל שיש הפרה - באה מיד בסמוך לאחר התאונה. סיוע להפרת המיצווה - ככל שיש סיוע - מתגבש בה-בעת עם הפרתה של המיצווה. הנוסע שאינו נוהג ברכב נקלע אמנם למצב דברים שאינו בשליטתו; ואולם בדיעבד, קירבתו הייחודית לנוהג ברכב נותנת בידו יכולת וכוח שאין לאחרים שמחוץ לרכב. יכולתו של הנוסע להשפיע על הנהג ברכב מייחדת אותו לעצמו. מלים קצרות באוזני הנהג המאיץ ברכב לברוח ממקום התאונה: מלים קצרות של עצה, ולו בשאלה: אולי נעצור? אולי כדאי לעצור? אני מציע שנעצור; מחאה - ולו בקול דממה דקה - על הפקרת פצוע השרוע על הכביש, דבר של לא-כלום הוא, טירחה קלה-שבקלות; ואולם בטירחה זו של לא-כלום: "יכול היחיד למנוע פגיעה - לעתים פגיעה חמורה ביותר - ביחיד ובחברה, פגיעה ששיעורה עולה עשרות מונים על הטרחה שהוא מתבקש לטרוח בה" (פרשת הר-שפי, 749). אין המדובר בחובה-בכוח המוטלת על כל העולם כולו אלא בחובה המוטלת - אם בכלל מוטלת היא - על הנוסע ברכב או על מי שיש להם זיקה קרובה לרכב או לתאונה.

הסכנה המיידית והממשית לחיי אדם - או לפגיעה חמורה באדם והפיכתו נכה לשארית ימיו - סכנה זו היא אשר כוננה מעיקרה את מיצוות העשה שהנהג מצוה בה. סכנה זו כוחה עימה לכונן ולהציב על רגליה - בנסיבות מתאימות - גם חובת-מישנה שעניינה הטלת איסור על נוסע לשתוק מקום ששתיקתו תסייע להפקרתו של אדם לאחר תאונה. אכן, לא כל נוסע. לא בכל מקרה. ואולם על דרך העיקרון, אין דרישה זו נעלה ממידה בינונית באדם, ובכוחו של דין העונשין לשאתה על גבו. דרישה זו אף אינה חודרת לחיי הפרט למעלה מן המידה הראויה, ואין היא גזירה שרוב הציבור אינו יכול לעמוד בה. ראו עוד והשוו: פרופ' מרים גור-אריה, "חובה פלילית למנוע פשע - אימתי מוצדקת", **מחקרי משפט** יז (תשס"ב-2002) 355, 369.

60. יתר-על-כן: דחף טבוע בו באדם: דחף לעזור למי שנפגע בתאונה, דחף להציל חייו של אדם השרוע על הכביש ללא-נוע או זועק מתפתל בכאבים. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן אם נפגע אדם בתאונה בה היה מעורב רכב שנהג בו או שהיינו בו לעת הפגיעה. דחף זה ישמיע אותנו, יורה אותנו: נעצור. אנו חייבים לעצור. מחובתנו לעזור לנפגע הסובל. נודה: כנגד דחף אנושי זה לעזור לזולת יתייצב דחף אגואיסטי של הצלת האני מפני נטילת אחריות: לברוח מן המקום ולו ל"הישרדות משפטית". ואולם אנו, כאנשי-משפט, איזה מן השניים - דחף החמלה ודחף הצלת האני - נעדיף, ואיזה מן השניים נסיג מפני חברו? נוסף עוד ונאמר כך: נסכים כי לא כל נוסע יחוב בחובה; נודה כי לא בכל מקרה ולא בכל נסיבות שהן תיכון חובה שנוסע יחוב בה; ואולם בה-בעת נתקשה לשלול מראש יצירתה של חובת-מישנה מעין-זו החלה על נוסע בכל נסיבות שהן. האירוע הטראומטי של פגיעה באדם; הדחף הטבוע בנו והמביא לדופק-לב מואץ; שני אלה המתרגמים עצמם גם למושג הנייטראלי של סולידאריות חברתית ואישית; דומה בעינינו כי אוצרים הם כוח ועוצמה במידה הראויה עד לכינונה של חובת-

מישנה העשויה לחול על נוסע בנסיבות של תאונה בה נפגע אדם: חובה לדרוש מן הנוהג הבורח או, למיצער, לבקש אותו כי יעזור במטרה לעזור לנפגע. אכן, מעשה ההפקרה אחרי פגיעה מעשה כה חמור ומכוער הוא, עד שדומני כי לא יקשה גם על אנשי האסכולה השניה - קרמניצר-שגב וקרמניצר לבנון-מורג - להסכים לאפשרות כינונה של חובה בנסיבות של תאונה כפי שתוארו, חובה שבכוחה להוליד סיוע על דרך של מחדל. אשר לאסכולה השלישית, זו בוודאי תסכים לאפשרות כינונה של חובה כאמור.

61. המערערים חולקים, כעיקרון, על הדיעה כי ניתן לראות בנוסע שברכב מסייע על-דרך-מחדל לעבירה של הפקרה אחרי פגיעה. לטענתם, עבירה זו עבירה *sui generis* היא, ואילו "הקרנת חובות הנהג אל הנוסע באמצעות דיני הסיוע הינה הרחבת מעגל האחראים בניגוד לתכלית החוק". טענה זו נדחה מעל פנינו. לדעתנו, גם אנשי האסכולה השניה - אסכולת הזיקה המיוחדת שהמערערים פוקדים עצמם עימה - יוכלו בלא מאמץ יתר להכיר בנסיבות מיוחדות בחובת-מישנה החלה על נוסעי מכונית כחבים בסיוע על דרך של מחדל. בפרשת *Flippen v. State*, 365 S.W. 2d 895 (1963) - אשר אירעה בטנסי שבארצות-הברית - פגעה מכונית במכונית אחרת, המכונית האחרת הועפה לאגם וילד קטן שהיה בה טבע במים. במכונית הפוגעת נהג אחד בשם Smalling ועימו במכונית היה Flippen. המכונית הפוגעת המשיכה בנסיעתה כמו לא אירע דבר. וכך קוראים אנו את בית-המשפט אומר בפסק-דינו (בעמ' 898-899):

The serious question that is presented to us by this record is the conviction of the plaintiff in error, Flippen. He had no control over this car as far as this evidence shows and was only a passenger therein. He was first only held as a material witness. It is true as far as the record shows he did nothing to try to stop Smalling and get him to go back and see about the wreck or anything of the kind. He says he looked back over his shoulder after the impact with the other car and did not see it. It then became his duty to warn the driver that something serious must have happened and to go back and assist. He was present and aided in hiding the car in which he was riding as above set forth... These acts of Flippen clearly were sufficient, if believed by the jury and they evidently were as shown by their verdict, to make an aider and abettor of him.

ראו עוד:

H. B. Chermiside, Jr., Annotation - "Criminal responsibility of one other than driver at time of accident, under 'hit-and-run' statute", 62 **ALR** 2d 1130; 7A **Am Jur** 2d, **Automobiles and Highway Traffic** §355 (1997) .

דן ביין, "בעיות יסוד בעבירות של 'פגע וברח'" עיוני משפט ד (תשל"ה-ל"ו - 1975-76) 568, 552 (ביין, פגע וברח).

ולענייננו-שלנו

62. נוסעים ברכב - שלא כנוהג ברכב - אינם נושאים בחובת עֶשָׂה אך באשר הנוהג ברכב חייב עצמו במחדל ובעבירה של הפקרה אחרי פגיעה. חובת עֶשָׂה החלה על נוסעים ברכב - ככל שעשויים הם לחוב בחובת עשה - אינה נגררת כמו-מעצמה אחרי חובת העֶשָׂה של הנוהג. חובתם של הנוסעים חובה תלוית-נסיבות היא. לא הרי נוסע כהרי נוסע; יש נוסע שיחייב עצמו בסיוע של מחדל ויש נוסע שלא יחייב עצמו כך. על רקע כללי זה הבה נבחן את עניינם של המערעים.

לעניינו של שלומי

63. בסמוך לאחר שהמכוננית פגעה בשוטר מורי, ותוך שוויקטור מנסה להשתלט על הרכב ולייצבו, צעק שלומי אל ויקטור: "סע" (או, לגירסה אחרת: "סע, סע"). בתי-משפט קמא מצאו בהתנהגותו זו של שלומי סגולה של סיוע למחדלו של ויקטור, ואני תמים דעה עימהם. למותר לומר כי מטרתו של שלומי היתה לסייע לוויקטור ולחזק את ידו בהימלטות מן המקום. כך נהג שלומי גם לאחר מכן, בנוטלו חלק פעיל בהחלטותיו של ויקטור מאז התאונה ובמשך אותו הלילה. כך היה אף למחרת היום, שעה שהארבעה נפגשו על שפת הים ודנו באירוע שאירע. הקשרים בין שלומי לבין ויקטור לאחר התאונה יש בהם אף כדי לאצול לאחור על הסיוע שסיפק שלומי לוויקטור במחדל ההפקרה לאחר פגיעה. קרובים אנו לומר כי שלומי היה מבצע בצוותא עם ויקטור - יהיו מי שיאמרו כי שלומי היה משדל - ואולם בוודאי יש לראות בו, למיצער, מסייע למחדלו של ויקטור.

בהקשר זה מזכיר פסק-דין של בית-המשפט העליון בניו-המפשייר, אשר בפרשה דומה לענייננו קבע

כי נוסע שאמר לנהג: "Let's get out of here and take me home before somebody comes" רואים בו מסייע לעבירת הפקרה: **State v. Derosia**, 50 A. 2d 231 (N.H. 1946). כך הורשע כמסייע

גם בעל רכב שאחר נהג בו, ואשר לאחר פגיעה בהולך-רגל אמר לנהג: "drive like hell". **People v. Graves**, 240 P. 1019 (Cal. Ct. App. 1925).

64. נמצא לנו איפוא כי התנהגותו של שלומי ניחנה בסגולה של סיוע, כנדרש בעבירת הסיוע; ניתן אף להרחיק לכת ולומר, כי התנהגותו של שלומי חיזקה את רוחו של ויקטור ועל דרך זו סייעה לו בפועל לעת ההימלטות. יתר-על-כן: בחינת העובדות תלמדנו כי שלומי חייב עצמו לא אך במחדל אלא במעשה ממש. כן ידענו כי שלומי עשה את אשר עשה וחדל את אשר חדל מתוך מטרה לסייע לוויקטור בהימלטות מן המקום. שלומי עשה עצמו איפוא צד לעבירת ההפקרה לאחר פגיעה, ובדין חייב כפי שחוייב בבתי-משפט קמא.

לעניין של אורנה ושל קרן

65. בית-משפט השלום חייב את אורנה ואת קרן בסיוע על דרך של מחדל. בית-המשפט המחוזי הירבה במוצאו כי התנהגותן עלתה כדי מעשה. אשר לאורנה, כך קבע בית-המשפט המחוזי:

מדבריה עולה כי היתה שותפה להחלטה לסוע (כך) לחמרה כדי להחליט מה לעשות. [אורנה] היתה גם זו שהבינה מיד כי פגעו באדם, המנוח לדבריה "נכנס עם הכתף והראש בזכוכית של הקדילק". בידיעה זו הסכימה להסתלקות מן המקום, הסכמה אקטיבית ולא רק פסיבית. (ההדגשות במקור - מ' ח')

ובאשר לקרן:

המערערת [קרן] מספרת בהודעתה כי ויקטור "...פנה ימינה ונסע דרך כביש חשוך...אני אמרתי בדרך מה יהיה אולי זה השוטר תדליק את הרדיו אני רוצה לדעת מה קרה...וויקו אמר לי אני רוצה לנסוע לראות מה קרה לאוטו...אנחנו הסכמנו וויקו נסע לשם בדרך לא מוכרת לי בדרך שזה לא דרך המלך"...ההסכמה עליה מספרת המערערת הינה מעשה אקטיבי...(ההדגשות במקור - מ' ח')

אני מתקשה למצוא בהתנהגותן של אורנה ושל קרן התנהגות "אקטיבית" ולא אך התנהגות פאסיבית. אמת נכון הדבר; השתיים הסכימו - בשתיקה - להימלטות, אך לדעתי אין הסכמה זו עולה כדי מעשה. ואולם בשוללנו תואר של מעשה מהתנהגותן של אורנה ושל קרן עדיין רחוקים אנו מקביעה כי פטורות הן מאחריות.

66. נסכים כולנו: רכב שהיה מעורב בתאונה שבה נפגע אדם, והנוהג ברכב נמלט ממקום התאונה בעוברו על איסור של הפקרה לאחר פגיעה, נוסע שהיה ברכב אינו מחייב עצמו בסיוע לעבירת הפקרה אך באשר היה ברכב לעת התאונה וההפקרה. זה דבר החוק וכך היא ההלכה באשר לנוכחות על-דרך-הסתם (השוו: סעיף 26 (4) לחוק העונשין כנוסחו בשנת תשל"ז-1977: "נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא באחריות לה: ... (4). 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"). ראו: ע"פ 100/55 ארנה מאיר נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 1225, 1226; ע"פ 303/82 כוכבה אדרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 309. ראו עוד: ע"פ 62/65 עלי קנאנבה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(2) 488, 496-497; ע"פ 78/71 מאיר עמר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 421, 442-443; ע"פ 9282/00 משה ירחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 759, 763-765; ע"פ 319/88 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 693, 698. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן נוסע במכונית שהוא - אם נשאל ביטוי ממקום אחר - בבחינת captive audience. אכן, נוכחות במכונית, נוכחות באשר היא, לא יהא זה ראוי כי תטיל על הנוסע אחריות של מסייע על-דרך-מחדל לעבירת הפקרה. ראו עוד:

7A Am Jur 2d, Automobile and Highway Traffic §355 (1997); **Fight v. State**, 863 S.W.2d 800 (Ark. 1993).

לא הרי אפס-מעשה המלווה במעשה (כגון בהגיע אדם למקום מסויים במחשבה תחילה) כהרי אפס-מעשה של נוסע הכלוא ברכב. סגולתו של המחדל לסייע אמורה להיבחן מיד בסמוך לאחר התרחש התאונה, ואולם באותו מועד - להבדילו ממועד מאוחר יותר - עצם נוכחותו של הנוסע במקום אין בה - באשר היא - כל סגולת סיוע, ואין זה ראוי כי נראה בה סיוע.

67. אכן, לא בכל נסיבות שהן יש בכוחו של נוסע להשפיע - לכאן או לכאן - על הנוהג ברכב. ובהיעדר קשר קודם כלשהו בין הנוהג לבין הנוסע, קשר שבכוחו להעיד על סגולת-סיוע במחדלו של הנוסע, נתקשה לראות במחדלו של הנוסע מעשה סיוע. השוו: פלר-ב, 259-260 (פיסקה 335). ואולם, כל מקרה יידון על-פי נסיבותיו. במקום שבו נוסע בעל-שררה - לורד, איש העסקים, שר או פקיד בכיר - ונהגו מחזיק בהגה, נוכל לראות בבעל-השררה מסייע; ואילו במקרה ההפוך - שבעל השררה עולה מלפניו הרצון לנהוג ונהגו לידו - לא בהכרח כך יהיה. כך במקרים אחרים אף-הם: אם כי תנהג ובתה הצעירה לידה, ובת כי תנהג ואמה לידה. כל מקרה יידון לעניינו, ונסיבות העניין תקבענה אם נעברה - או אם לא נעברה - עבירה של סיוע על דרך-של-מחדל.

68. אשר לעניינין של אורנה ושל קרן. השתיים נאלמו דום, ושלא כשלומי לא קראו אל-עבר ויקטור לא כך ולא אחרת. ואולם כאמירתו הידועה של השופט ד"ר משה זילברג (בהקשר אחר לגמרי): "יש ושתיקתו של המחוקק יפה מדיבורו, או לפחות יפה כדיבורו...". ובהמשך: "ואם הוא [המחוקק] נמנע מקבוע הלכה, מקום שהיה צריך או יכול לעשות כן, הרי שתיקתו זו מדברת בעדה, ואומרת לנו, בפה מלא, מה היתה עמדתו כלפי השאלה הנדונה": ע"א 167/47 **מינקוביץ נ' פישצנר**, פ"ד ב 39, 43. הִמְר באמירה בלתי-נשכחת זו את "המחוקק" באורנה ובקרן וידעת מה עשוי להיות דיין של אלו. השאלה הנשאלת היא, אם שתיקתן של אורנה ושל קרן - בנסיבות העניין - ניחנה בסגולה של חיזוק רוחו של ויקטור בהימלטות מן המקום.

69. בראשית חוות-דעתנו תיארנו בקצרה את דרכם של המערער והמערערות ושל ויקטור באותו ערב מר ונמהר. היו אלה שני זוגות חברים אשר יצאו לבילוי משותף. הם הכירו היטב זה-את-זה והכל נטלו חלק פעיל בשיח שהיה ביניהם על-אודות בילוי הערב. אכן, ויקטור ושלומי כמו הילכו בראש ואילו אורנה וקרן באו אחריהם, ואולם הלכה למעשה היו הארבעה כגוף בן ארבעה ראשים - ראש-נהג ושלומי ראשים נוספים; כך התנהגו הארבעה במשך אותו ערב, ולא בכדי מדברים הם תדיר בהודעותיהם ובעדויותיהם בלשון רבים. ביודענו כל זאת, נוסף ונסיק כי דבקו באורנה ובקרן - בוודאי דבק בשלומי - מעט מאותה שליטה ברכב היוצרת זיקה מיוחדת כנדרש לדעתם של בעלי האסכולה השניה. אכן, שתיקתן של אורנה ושל קרן - בנסיבות העניין - ניתן להעלות עליה כי ניחנה בסגולה של סיוע על דרך של מחדל.

70. אשר למחשבה הפלילית שקיננה, או שלא קיננה, בליבותיהן של השתיים. הלכה היא בידינו כי מחשבה הפלילית לעניינין של סיוע ("כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו...או כדי לתרום בדרך אחרת וכו'": סעיף 31 לחוק העונשין) נסבה על מטרתו של המסייע להיות לעזר לעבריין העיקרי; ראו פרשת **פלונית**, פסקה 46 לעיל, בעמ' 33-37. השאלה הנשאלת בענייננו אינה איפוא אלא זו, אם התנהגותן הפאסיבית של השתיים - בנסיבות העניין - מלמדת על מטרתן לחזק את ויקטור. השוו: ע"פ 131/56 **יעקב לחם נ' היועץ המשפטי לממשלה**; **היועץ המשפטי לממשלה נ' ברוך לחם**, פ"ד יב 320, 334-336. לעניין זה דומני שראוי כי נאמץ דברים האמורים בקודקס הפלילי לדוגמה שנתקבל בארצות-הברית, ולפיהם: "Presence alone is not enough, absent preconcert. But silence may in special situations be an expression of approval and encouragement": Model Penal Code comment 6(d) n. 63. ענייננו-שלנו, דומה עלי, נופל בגדרי אותם "special situations". נוכחותן ושתיקתן של אורנה ושל קרן היו, בנסיבות העניין, נוכחות ושתיקה תומכות ומחזקות; תומכות בוויקטור, מחזקות את רוחו ומאמצות את ליבו להימלט מן המקום.

נזכיר בהקשר זה דברים שנאמרו בע"פ 684/87 אברמוב ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 146. באותה פרשה הרשיע בית-המשפט המחוזי שוטרים על-כך שתקפו את המתלוננים שעה שהסיעו אותם בג'יפ משטרה. בערעור טענו שניים מן השוטרים כי לא תקפו אישית את המתלוננים באשר התקיפה בוצעה בחלקו האחורי של הג'יפ ואילו הם ישבו בחלקו הקדמי. אמר על-כך בית-המשפט (מפי השופט אברהם חלימה) בעמ' 151-150:

אמנם [אותם שני מערערים] ישבו בחלק הקדמי של הג'יפ, אך אלה נוכחו במעשי חבריהם וידעו על המעשים שעשו אלה, ולמרות זאת לא מחו ולא גילו, במפורש או במרומז, את אי-הזדהותם עם מבצעי העבירה. לפיכך יש לראות בהם אחראים לתוצאה על-פי מחדל של סיוע.

71. דעתי היא איפוא זו, שנכון עשו בתי-משפט קמא בהרשיעים את אורנה ואת קרן בסיוע לעבירה של הפקרה לאחר פגיעה, ואציע לחבריי לדחות את ערעוריהן של השתיים באשמה זו.

סיוע לעבירה של אי-דיווח על תאונת

דרכים שתוצאתה הריגה או פגיעה בגוף

72. בנוסף לעבירה של סיוע להפקרה לאחר פגיעה, הורשעו שלומי, אורנה וקרן בעבירה של סיוע לאי-דיווח על תאונת דרכים שתוצאתה הריגה או פגיעה בגוף, עבירה כהגדרתה בתקנה 144(א)(3)-ו(4) לתקנות התעבורה. בית-משפט השלום הרשיע את המערערים בעבירה של אי-דיווח, ואולם בית-המשפט המחוזי המיר הרשעה זו בעבירה של סיוע לאי-דיווח.

73. וזה לשון תקנה 144(א)(3)-ו(4) לתקנות התעבורה:

נוהג רכב המעורב בתאונה שכתוצאה ממנה נהרג אדם או נפגע, יפעל לפי הוראות אלה:

(1)

(3) ימסור לשוטר, או לאדם שנפגע או לנוהג רכב אחר המעורב באותה תאונה, או לכל נוסע או אדם שהיה בחברתו של הנפגע, את שמו ומענו, את מספר רשיון הנהיגה ומספר הרישום של הרכב שהוא נוהג בו ושם בעליו ומענו, ויציג, לפי דרישתם, את רשיון הנהיגה, רשיון הרכב או תעודת הביטוח ואת תעודת הזהות שלו אם היא נמצאת ברשותו וירשה להעתיק כל פרט

תאונת
דרכים
שתוצאתה
הריגה
או פגיעה
בגוף

144. (א)

הרשום בהם;

(4) יודיע מיד ככל האפשר ובאמצעי הקשר המהירים ביותר לתחנת המשטרה הקרובה למקום התאונה על אירועה ויפרט בהודעה את

(א) שמו ומענו;

(ב) מקום האירוע ומקום הימצאו הוא, ואם ידוע לו - גם שם האדם שנפגע ולאיזה מקום הועבר לטיפול;

הנה-כי-כן, הוראת תקנה 144 לתקנות התעבורה, כמוה כהוראת סעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה, כזו כן זו השתיים פניהן הן אל הנוהג ברכב; וכזו-כן-זו השתיים מטילות חובת עֵשָׂה על נוהג רכב המעורב בתאונה שכתוצאה ממנה נהרג או נפגע אדם. חובת העֵשָׂה שבתקנה 144 היא חובת דיווח. כבר עמדו חכמים על אזורי חפיפה בין שתי הוראות חוק אלו (ראו: ש"ז פלר, "חובות נוהג כלי-רכב וכו'", פסקה 12 לעיל; ביון, פגע וברח), ואנו נמקד ענייננו אך באותן הוראות בתקנה 144 שהמערערים הורשעו בהן.

74. כאמור, תקנה 144 לתקנות התעבורה אינה מטילה חובת עשה אלא על הנוהג ברכב; לא הנוסעים ברכב ולא כל אחרים שהם, לא אלה ולא אלה אינם חייבים בכל חובה שבתקנה 144. בה-בעת נדע - וזו הפעם נוכל לקצר - כי בהטלתה של חובת דיווח אך על הנוהג ברכב, אין כדי לשלול חיובם של הנוסעים ברכב כמסייעים על דרך-של-מחדל; ולא-כל-שכן על דרך של מעשה. השאלה אינה אלא האם - כהכרעתו של בית-המשפט המחוזי - ניתן לראות במעשיהם או במחדליהם של המערערים סיוע לעבירה שעבר ויקטור באי-דיווח על התאונה.

75. לדעתי צדק בית-המשפט בהרשיעו את המערערים בסיוע לעבירה של אי-דיווח. עבירת אי-דיווח - שלא כמות העבירה של הפקרה לאחר פגיעה - עבירה היא הנמשכת והולכת מרגע התאונה ואילך. על רקע זה נתבונן בהתנהגותם של המערערים לאחר התאונה ועד למעצרו של ויקטור, וידענו כי אין קושי יתר בהרשעתם בסיוע לוויקטור בעבירה של אי-דיווח. בייחוד כך, בתיתנו דעתנו לתכליתה של עבירת אי-דיווח: תכלית הגנה על חייו ועל בריאותו של נפגע בתאונת דרכים ושמירה על זכויותיו האחרות אף-הן.

76. בדברינו למעלה עמדנו על-כך שנוכחות - באשר היא - אין די בה כדי להעלות (או להוריד) אדם לדרגתו של מסייע לדבר עבירה. בה-בעת, בנסיבות מסוימות עשויה נוכחות ללמד על עבירת סיוע, הן מבחינת המחדל הפלילי הן מבחינת המחשבה הפלילית. וכך, משידענו על אותו גוף ארבעה-ראשי שניהג עצמו החל

בערב התאונה ועד למחרת היום - לעת מעצרו של ויקטור; על הקשר שהיה בין הארבעה כל אותה עת - לפני התאונה, בעת התאונה ולאחר התאונה; על פועלם המשותף, על שיחותיהם ועל התייעצויותיהם; נוכל להסיק בלא קושי יָתֵר כי נוכחותם של המערערים בחברתו של ויקטור העידה על סיועם לו - על היותם משענת לו, על תמיכתם בו - בדרך של מחדל; ויהיו מי שיאמרו כי סיועם של המערערים לוויקטור היה על דרך של מעשה. נוכחותם של השלושה לא היתה אך נוכחות של אפס-מעשה. המערערים שלפנינו שבו וכרכו עצמם במעשיו ובמחדליו של ויקטור - כך לאחר התאונה ועד שנפרדו לבתיהם וכך במיפגש המשותף על חוף הים למחרת היום. אכן, תכלית חִבְרָתָם של המערערים לוויקטור היה בה כדי לסייע לו במחדל אי-הדיווח וחזיקה את רוחו כל העת בהסתרת האמת מן הרשויות.

77. אחתום איפוא על מסקנתו של בית-המשפט המחוזי כי המערערים, כל אחד מהם, חייבו עצמם בעבירה של סיוע לעבירה של אי-דיווח על תאונה, עבירה כהגדרתה בסעיף 144(א)(3) ו-(4) לתקנות התעבורה. לא אכריע בשאלה - שלא עלתה לפנינו - אם היו המערערים מבצעים בצוואת עם ויקטור בעבירת אי-דיווח.

78. אשר להרשעתו של שלומי בשיבוש הליכי משפט: בנושא זה לא הענקנו לשלומי רשות ערעור וממילא לא נדון בה. למעלה מן הצורך נאמר, שאין ספק בליבנו כי שלומי עבר עבירה זו, ובדין הורשע בה בידי בית-משפט השלום ובידי בית-המשפט המחוזי.

79. סוף דבר: אם דעתי תישמע כי אז נדחה את ערעורם של המערערים.

80. אשר לעונש שנגזר על המערערים: ריצוי עונש המאסר (בעבודות שירות) נדחה עד הנה. לבקשתם, ובעזרת שירות המיבחן, יועלה עניינם של המערערים לפני הממונה על עבודות השירות, ותיבחן שוב שאלת עבודות השירות שיוטל עליהם לבצע. הממונה על עבודות שירות ידווח לבית-המשפט תוך חודש ימים; המערערים יהיו רשאים להגיב על המלצותיו תוך עשרה ימים נוספים; ולאחר מכן נכריע בנושא עבודות השירות בלא שנידרש להזמין את המערערים שוב לבית-המשפט.

81. דבר אחרון: לבקשתנו העלו באי-כוח בעלי-הדין את טיעוניהם על הכתב. קראנו טיעונים אלה ונעזרנו בהם רבות לעת כתיבת פסק-הדין. באנו עתה להודות לעורכי-הדין על סיכומיהם הנאים.

שופט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

שופט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט מ' חשין.

היום, כ"א באדר תשס"ב (5.3.02).

שופטת

שופט

שופט

העתק מתאים למקור G09.01036260
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.
שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444
בית המשפט פתוח להערות והצעות: pniot@supreme.court.gov.il
לבתי המשפט אתר באינטרנט: www.court.gov.il