



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5767/14

לפני: כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט א' שהם

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר שבע בתפ"ח 013729-09-12 שניתן ביום 15.07.2014 על ידי כבוד השופטים ב' אזולאי, נ' זלוצ'ובר וי' רז-לוי

תאריך הישיבה: ט"ו באייר התשע"ה (4.5.2015)

בשם המערער: עו"ד נועם בונדר

בשם המשיבה: עו"ד דגנית כהן-ויליאמס

בשם שירות המבחן למבוגרים: גב' ברכה וייס

פסק-דין

השופט ס' ג'ובראן:

1. פלוני מנסה להמית את אלמוני באמצעות חניקתו. לאחר מעשה חניקה ממושך, הכולל הן חניקה באמצעות ידיים והן חניקה באמצעות חגורה, אלמוני מאבד את הכרתו ופלוני סבור כי אלמוני מת. או אז, מעוניין פלוני להזעיק את כוחות החירום לעזרה ועושה זאת לאחר שאלמוני שב להכרתו. האם יש לפטור את

פלוגי מאחריות פלילית על ניסיון ההמתה של אלמוני לנוכח חרטתו ומעשיו לאחר מעשה החניקה? זו השאלה אשר עומדת לפנינו כעת.

2. לפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (השופטים ב' אזולאי, נ' זלוצ'ובר וי' חז-לוי) בתפ"ח 13729-09-12 מיום 20.2.2014, במסגרתו הורשע המערער פה אחד בעבירה של ניסיון לרצח לפי סעיף 305(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). כמו כן, מופנה הערעור כלפי גזר הדין מיום 15.7.2014, במסגרתו נגזרו על המערער עונש מאסר בפועל למשך שש וחצי שנים, ומאסר מותנה של 18 חודשים למשך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר בתנאי שלא יעבור בתקופה זו על העבירה בה הורשע או כל עבירת אלימות מסוג פשע.

רקע והליכים

כתב האישום

3. על פי כתב האישום מיום 5.9.2012, כשבועיים עובר לאירוע מושא כתב האישום, החליט המערער להמית את בתו, קטינה ילידת 1998 (להלן: המתלוננת), אשר התגוררה עמו ועם אמה בדירה באשדוד (להלן: הדירה). המערער החליט להמית את המתלוננת על ידי כך שיחנוק אותה, ובהמשך ימית את אשתו ולאחר מכן יתאבד. ביום 30.8.2012, בסביבות השעה 7:00 בעת שהמתלוננת ישנה במיטתה, המערער נכנס לחדרה על מנת להעיר אותה. המתלוננת אמרה למערער שהיא קמה אך לא קמה מיד והדבר הכעיס את המערער. בסמוך לאחר מכן, המתלוננת החלה להתלבש ולהתארגן לקראת יציאה לבית הספר.

בעת שהמתלוננת עמדה בחדרה, המערער נכנס אל החדר ואמר לה שצריך לנסוע. המתלוננת השיבה בטון כעוס שהיא יודעת. הדבר הכעיס את המערער והוא נעמד מול המתלוננת, לפת את צווארה בשתי ידיו וחנק אותה בחוזקה. המערער המשיך לחנוק את המתלוננת, תוך שהיא מנסה להדוף אותו ביד אחת ומנסה לחייג לאמה בטלפון הסלולארי ביד השנייה, ואומרת למערער: "תפסיק אתה הורג

אותי!" המערער השכיב את המתלוננת על המיטה והמשיך לחנוק אותה בידי, עד אשר אפסו כוחותיה והיא הפסיקה להיאבק. המערער הוציא את החגורה מן המכנסיים שלבשה, כרך את החגורה סביב צווארה וחנוק אותה באמצעות החגורה. כתוצאה מהחניקה, פניה של המתלוננת הכחילו, לשונה השתרבבה החוצה מפיה והיא איבדה את הכרתה. המערער אשר ראה כי היא מחוסרת הכרה סבר כי היא מתה. רק אז הוא חדל מחניקתה, יצא מהדירה, שאל את שכנתו מה מספר הטלפון של המשטרה ושב לדירתו. תוך כדי כך, המתלוננת שבה להכרתה והחלה להקיא במיטתה. המערער התקשר למוקד 100 של המשטרה, דיווח כי כמעט הרג את בתו וביקש שניידת תגיע אל הדירה.

כתוצאה מחניקתה על ידי המערער, המתלוננת פונתה לבית חולים ונגרמו לה חבלות של ממש, סימנים אדומים, שטפי דם באזור הצוואר ושריטות בכתף.

בגין מעשים אלה הואשם המערער בעבירה של ניסיון לרצח לפי סעיף 305 לחוק העונשין (להלן: עבירת הניסיון לרצח).

4. בתשובתו לכתב האישום, המערער הודה במעשים שייחסו לו – חניקת בתו, אך טען שבשלב כלשהו מתוך חרטה הפסיק את מעשיו והזמין משטרה ואמבולנס, ולכן יש לפטור אותו מאחריות פלילית עקב חרטה לפי סעיף 28 לחוק העונשין. עוד טען, כי עובר לאירוע מושא כתב האישום סבל מדיכאון קשה ובין היתר היו לו מחשבות לפגוע במשפחתו ולהתאבד, ולפיכך יש להחיל בענייננו את הסייג לאחריות פלילית של אי שפיות הדעת, או דחף לאו בר כיבוש.

בית המשפט המחוזי

5. ביום 20.2.2014 הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער לאחר שמצא כי התקיימו כל רכיבי עבירת הניסיון לרצח, וביום 15.7.2014 גזר עליו את העונש האמור בפסקה 2 לעיל.

6. מרבית עובדות המקרה שלפנינו היו מוסכמות על הצדדים לאחר שהמערער הודה בהן, ועיקר המחלוקת נגעה למצבו הנפשי של המערער בעת ביצוע המעשים המתוארים בכתב האישום ולשאלה האם יש בו כדי לפטור את המערער מאחריות פלילית.

7. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער לפיה הוא אינו אחראי למעשיו בשל מצבו הנפשי שבעטיו לא יכול היה להבין את אשר הוא עושה או להימנע מעשיית המעשה. בית המשפט מצא, לאחר בחינת מעשי המערער ומכלול החומר בתיק, כי מצבו הנפשי של המערער לא לווה בתסמינים פסיכויטיים או בפגיעה בבוחן המציאות ומכאן כי לא היתה כל פגיעה ברוחו או ביכולתו להבין את המעשה או להימנע מעשייתו. כך גם נקבע כי המערער לא סבל ממחלת נפש ולכן נדחתה הטענה לפיה המערער לא יכול היה להימנע מן המעשה בשל מחלה שפגעה ברוחו. על כן, בית המשפט המחוזי קבע כי לא התקיים סייג אי שפיות הדעת בעניינו של המערער.

8. בית המשפט המחוזי בחן את יסודות עבירת הניסיון לרצח וקבע כי התקיימו כל יסודות העבירה מעבר לכל ספק סביר, וכי לא התקיים הפטור עקב חרטה הקבוע בסעיף 28 לחוק העונשין. בית המשפט מצא כי ניסיון הרצח לא הושלם לא בשל חרטה של המערער, אלא דווקא בשל כך שהוא סבר שניסיונו לרצוח צלח ושהמתלוננת מתה. נקבע, כי כיוון שהסיבה שהמערער חדל ממעשיו לא היתה מניע פנימי של חרטה, אין מקום להחלת הפטור. בנוסף ציין בית המשפט כי המתלוננת שבה להכרה ויצאה מסכנת חיים כבר לפני הגעת מד"א והמשטרה למקום, ולכן מעשיו של המערער – ההתקשרות אל מד"א והמשטרה – לא היו אלו שגרמו למניעת התקיימות תוצאת ההמתה. וכן צוין, כי סמוך לאחר המעשה בשעה שנעצר, המערער ציין בפני קצינת משטרה כי הוא לא יודע אם הוא מצטער על מעשיו, כך שקשה לייחס לו חרטה בעת ביצוע המעשה.

לפיכך, הורשע המערער בעבירת הניסיון לרצח.

9. בגזר דינו, בית המשפט המחוזי עמד על הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו, על הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ועל מדיניות הענישה הנהוגה. באשר לערך החברתי שנפגע ומידת הפגיעה בו, בית המשפט המחוזי קבע כי הערכים החברתיים המוגנים הם שלמות הגוף והנפש, קדושת החיים, כבוד האדם, ותחושת הביטחון של הקטינה בחיק משפחתה. באשר לנסיבות הקשורות לביצוע העבירה, בית המשפט המחוזי התחשב בחומרה לכך שהמערער תכנן מראש את ביצוע העבירה; בכך שהמעשה עצמו התאפיין באלימות קשה ובחניקה מתמשכת עד שסבר כי בתו מתה; ובכך שהמערער ניצל כוחו ומעמדו כאביה של המתלוננת. בית המשפט התחשב באופן הברוטאלי של ביצוע המעשה, ובפרט המשך חניקת המתלוננת באמצעות חגורה גם לאחר החניקה באמצעות הידיים, וכן התחשב בנזק שהיה עלול להיגרם מהמעשה. מנגד, בית המשפט התחשב בקרבתו של המערער לסייג האחריות הפלילית של אי שפיות הנפש. בית המשפט מצא כי המערער היה במצב נפשי קשה במועד ביצוע העבירה, אף על פי שהיה אחראי למעשיו. בית המשפט המחוזי קבע, על-פי מדיניות הענישה הנוהגת ולאחר התחשבות בכלל השיקולים, כי מתחם העונש ההולם נע בין שש לתשע שנות מאסר. בקביעת העונש הקונקרטי בתוך המתחם, בית המשפט התחשב בנסיבות החיצונית למעשה העבירה, ובהן הפגיעה הרבה של העונש במערער; הפגיעה של העונש במשפחתו של המערער; נטילת האחריות מצידו על מעשיו – אמנם נדחתה טענתו לפטור עקב חרטה אך עדיין נמצא כי הוא הצר על מעשיו ונטל אחריות מיד בתום מעשה העבירה, וכן פעל מיד לתיקון מעשיו; העדר עבר פלילי או התנהגות אלימה; והעדרן של תוצאות טרגיות בפועל של המעשה. אשר על כן, נמצא כי יש לגזור את עונשו של המערער ברף התחתון של מתחם הענישה ונגזר העונש האמור בפסקה 2.

הערעור

10. המערער טוען כי שגה בית המשפט המחוזי משקבע כי לא התקיים סייג הפטור עקב חרטה בעניינו. המערער סבור כי נסיבותיו של המקרה מצדיקות את החלת הפטור עקב חרטה משני הנימוקים שהוכרו בפסיקה, הן הנימוק המוסרי והן

הנימוק התועלתני. כן טוען המערער, כי פרשנות יסודות הפטור טרם נדונה בפסיקה, וכך גם טענותיו המשפטיות.

11. לעמדת המערער, בית המשפט המחוזי שגה בקביעה העובדתית על פיה הוא הפסיק לחנוק את בתו בשל סברתו כי היא מתה ולא בשל חרטתו. לחלופין, המערער טוען כי גם אם תעמוד הקביעה העובדתית האמורה, אין להפריד לעניין פרשנות סעיף 28 לחוק העונשין בין שני השלבים השונים של ביצוע המעשה כפי שסבר בית המשפט המחוזי, וכי העובדה שהוא לא שב לחנוק את המתלוננת משנוכח כי היא חיה, שקולה היא להפסקת המעשים, ומכאן שמתקיימת החלופה הראשונה שבסעיף 28 לחוק העונשין ('חדילה מהשלמת המעשה'). לטעמו, לעניין תחולת הפטור עקב חרטה, אין להבחין בין מי שחדל מביצוע העבירה באופן רציף, לבין מי שחדל מהשלמתה בשל סיבה חיצונית ואולם לא חזר לבצעה בשל כך שהתחרט. לשיטתו של המערער, גישה פרשנית זו מתיישבת עם לשון החוק ועם תכלית הפטור המתמרץ עברייני לחזור בו מהוצאת תכניתו העבריינית לפועל ולא להמשיך בה.

12. עוד טוען המערער כי קריאתו המידית לכוחות ההצלה היוותה בנסיבות העניין העלאת "תרומה של ממש" למניעת התוצאות של מעשיו, ועל כן יש בה כדי למלא גם את החלופה השנייה של הסעיף ('תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה'). לגישתו, כדי להחיל את הפטור, אין נדרש כי התרומה תהיה בלעדית או מכרעת ולכן אין להחיל מבחן של "מעשים שאין בלעדיהם", אלא יש להסתפק בנקיטת צעדים מהותיים אשר מסוגלים בדרך כלל למנוע את הנזקים. לעמדתו, פרשנות זו מתיישבת אף היא עם לשון החוק ועם תכלית הפטור.

13. לחלופין, המערער מפנה את ערעורו גם לחומרת העונש שהוטל עליו. המערער סבור כי גם אם יידחה ערעורו על ההרשעה, יש הצדקה להתערב ולהקל משמעותית בעונש המאסר שהוטל עליו, וזאת בשל נסיבות המקרה ובשל היות העונש בלתי מידתי וסוטה סטייה ניכרת ומשמעותית מרף הענישה הקיים בעבירות

מסוג זה. המערער מפרט שורת נסיבות אשר לטעמו מצדיקים ענישה מקלה "לפנים משורת הדין", וביניהן הרקע לביצוע התקיפה; המצב הנפשי בו היה שרוי בעת המעשה; התעשתותו והזמנת המשטרה ומד"א; הסבל שנגרם לכל המשפחה; החרטה וההאשמה העצמית שחש המערער; והערכת שירות המבחן התומכת באי-החמרה עמו. המערער מוסיף וטוען כי מתחם הענישה שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי אינו הולם את מעשיו ומחמיר עמו יתר על המידה בניגוד להלכה הפסוקה שנקבעה במקרים דומים. עוד סבור המערער כי בית המשפט המחוזי טעה משלא מצא לקבוע כי יש לעשות בעניינו שימוש בסעיף 40 לחוק ולחרוג ממתחם הענישה לקולה בשל שיקולי שיקום, וכן מבקש הוא לסטות לקולה ממתחם הענישה מפאת שיקולי צדק.

14. המשיבה, מנגד, ביקשה לדחות את הערעור וטענה כי הפטור עקב חרטה לא הוכח על ידי ההגנה כנדרש. לעמדתה, בשלב הראשון המערער עשה את כל הנדרש לביצוע רצח, ובשלב השני הוא הזמין את כוחות החירום. המשיבה סבורה כי הפטור עקב חרטה לא נועד למקרים שבהם העושה חדל מהמעשה לאחר שכבר השלים אותו. זאת ועוד, לשיטת המשיבה, הביטוי "תרומה של ממש" דורש הוכחת קשר סיבתי בין התרומה לבין מניעת התוצאה, אשר לא התקיים בענייננו.

15. לגישת המשיבה, גם אין להתערב בעונש שנגזר על ידי בית המשפט המחוזי. לטעמה, בית המשפט שקל את כל השיקולים לקולה וגזר את העונש שהתאים לנסיבות המקרה הספציפי. המשיבה סבורה כי בית המשפט המחוזי כבר הקל מאוד בעונשו של המערער בשל הקרבה לפטור של אי שפיות, ואין מקום להקלה נוספת.

תסקיר שירות מבחן עדכני

16. ביום 30.4.2015 הוגש תסקיר שירות מבחן עדכני בעניין המערער, לפיו, התנהגותו של המערער מתוארת כתקינה, ללא עבירות משמעת, וכי הוא מכבד את סגל האגף ואת גורמי הטיפול. נמצא כי המערער שולב במחלקת חינוך ועבר קורס ללימוד עברית, אותו השלים בהצלחה, וכי הוא מתפקד במסגרת תעסוקתית בכלא

באופן עקבי ויציב. המערער נמצא במעקב רפואי ומקבל טיפול תרופתי קבוע אנטי דכאוני והרגעתי השולל מחשבות אובדניות. עוד לפי התסקיר, נמצא כי הוא לוקח אחריות מלאה על חלקו בביצוע העבירה, מבטא תחושת אשמה וחרטה, ומייחס מעשיו למצבו הנפשי המערער באותה העת. עם זאת, הוא טרם שולב בטיפול קבוצתי בתחום אלימות במשפחה במסגרת המאסר.

המסגרת הנורמטיבית

17. ערעורו של המערער כלפי הרשעתו מתמצה בטענה אחת: התקיימות הפטור עקב חרטה לפי סעיף 28 לחוק העונשין, בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי. על כן, אדון מיד בפטור זה תוך קבלת קביעת בית המשפט המחוזי – עליה אין המערער חולק – לפיה התקיימו יסודות עבירת הניסיון לרצח.

פטור מעבירת הניסיון עקב חרטה – סעיף 28 לחוק העונשין

18. המערער טוען, כאמור, כי הוא זכאי לפטור מעבירת הניסיון לרצח שביצע עקב חרטה, בין אם בשל כך שלא המשיך בביצוע מעשה ההמתה ובין אם בשל כך שהזעיק את כוחות החירום למקום האירוע.

19. כידוע, ניסיון לבצע עבירה הוא בר-ענישה, ולאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין, העונש על הניסיון לבצע עבירה הוא זהה לעונש על ביצוע העבירה המושלמת "מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת" (סעיף 34ד לחוק העונשין). עובר לתיקון מס' 39 לחוק העונשין, העונש על הניסיון לבצע עבירה היה מחצית מהעונש על ביצוע העבירה המושלמת, ובמאמץ לצמצם את מקומו של המזל המוסרי בענישה, הוחלט להשוות את העונשים של הניסיון לבצע עבירה וביצוע של עבירה מושלמת.

כך, מנסחי תיקון מס' 39 לחוק העונשין – פרופ' פלר וד"ר (כתארו דאז)

קרמניצר – הסבירו את השוואת העונשים:

"הטעם לכך הוא, שהן מבחינת השיקול הגמולי – אשמו המוסרי 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 בין המנסה לבין המבצע שהשלים" (ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד 127, 208 (1984) (להלן: פלר וקרמניצר – דברי הסבר תמציתיים); ההדגשות הן שלי – ס.ג.).

השוואת הענישה בין ניסיון לביצוע העבירה ובין ביצוע העבירה המושלמת נעשתה בהתאם לתפיסה הרווחת במשפט הפלילי הגרמני, המבוססת על תורת הגמול הקנטיאנית, המתמקדת באדם ובמעשיו, ואשר מדגישה את אשמו המוסרי של העושה ואת חוסר חשיבותם והשפעתם של גורמים מקריים וכאלו שאינם בידעתו של העושה (ראו: מרדכי קרמניצר "סוגיות בדין הניסיון הפלילי מנקודת-ראות השוואתית" עיוני משפט יב(2) 393, 399 (1987)).

20. במקביל להשוואת העונשים בין הניסיון לבין העבירה המושלמת, חוקק סעיף 28 לחוק העונשין האמור לעיל, אשר קבע חריג לכלל המטיל אחריות פלילית על ניסיון לבצע את העבירה והעניק פטור מעבירת הניסיון עקב חרטה.

סעיף 28 לחוק העונשין 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 שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה".

כלומר, לפי סעיף 28 לחוק העונשין כדי לזכות בפטור, על הנאשם להוכיח שלושה תנאים מצטברים: האחד, כי חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; השני, כי עשה זאת מחפץ נפשו בלבד; והשלישי, כי עשה זאת גם מתוך חרטה. בפסיקה נקבע כי על הוכחת

תנאי הפטור להיות ברמת הוכחה של מאזן ההסתברויות הנהוג במשפט האזרחי (וראו: ע"פ 297/11 סעיד נ' מדינת ישראל, פסקה 50 (22.7.2013) (להלן: עניין סעיד); ע"פ 10110/03 גמליאל נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (11.12.2006) (להלן: עניין גמליאל); וע"פ 5268/04 מינין נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (7.11.2005) (להלן: עניין מינין)).

בית משפט זה התייחס לשינוי שביצע המחוקק בתיקון מס' 39 לחוק העונשין בע"פ 401/99 מצארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 561, 569 (1999) (להלן: הלכת מצארווה):

”נראה כי הדבר נעשה משום שהמשקל הוסט מן התוצאה אל האשם המוסרי. מבחינה מוסרית אין הבדל בין מי שחפצו הפלילי עלה בידו לבין מי שכשל בביצוע המעשה האסור. כפועל יוצא מכך נובע גם הפך השני של התיקון, והוא שחרטה העונה על התנאים הקבועים בחוק – מכפרת על האשמה.”

21. ישנם מספר טעמים למתן הפטור עקב חרטה, אותם ניתן למצות בשניים מרכזיים: טעם מוסרי וטעם תועלתני. לפי הטעם המוסרי, החרטה מצביעה על שינוי שחל במצבו הנפשי של הנאשם ועל כך שהוא מבקש להתנער מהעבירה, גם אם חצה את סף הניסיון. לפי הטעם התועלתני, תכליתו של הפטור היא לעודד עבריינים לחדול ממעשה העבירה לפני השלמתו, או לנסות למנוע את תוצאות המעשה אם מדובר בעבירה תוצאתית והושלם היסוד ההתנהגותי של העבירה (ראו: עניין גמליאל, בפסקה 18; עניין מינין, בפסקה 12; הלכת מצארווה, בעמ' 569-570; ראו גם: דן ביין "הערות לעבירת הניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין" המשפט ג 306, 306 (1996) (להלן: ביין – הערות לעבירת הניסיון)).

תכלית חקיקת הפטור עקב חרטה

22. במקרה שלפנינו, נדרשים אנו לפירוש יסודות הוראת הפטור עקב חרטה הקבועה בסעיף 28 לחוק העונשין. על מנת לעשות זאת, אעמוד על תכלית ההוראה כפי שבאה לידי ביטוי ברקע החקיקתי שלה, ואביא כעת את דברי ההסבר שניתנו

להוספת הוראת הפטור בהצעות החוק עובר לחקיקתו של תיקון מס' 39 לחוק העונשין, כדי שישמשו לנו מסגרת דיונית.

23. בדברי ההסבר להוספת ההוראה – הן בהצעה המקורית לחלק כללי לחוק עונשין בשנת 1980 והן בהצעה שהתקבלה לבסוף בתיקון מס' 39 לחוק העונשין בשנת 1992 – נכתב כך:

הוראת סעיף 20 [28 בהצעה המאוחרת – ס.ג.]. היא בבחינת חידוש. המפנה הפנימי החזק, המביא אדם לידי הפסקת התנהגותו העבריינית, ראוי להתחשבות פנולוגית. המדובר בבעל תשובה בעיצומו של המעשה וטרם השלמתו. יש לעודדו עד כדי פטור מאחריות על הניסיון. חזקה על אדם כזה שלא ישוב עוד לסורו, ואין כל טעם לייסר אותו בייסורים נוספים. אבל כל זאת בשני תנאים: אם המדובר בעבירה של תוצאה והמנסה השלים את האלמנט ההתנהגותי, מן הדין שיצליח למנוע את התוצאה; ועל כל פנים, שבחלק מן העבירה שבוצע לא יהיה משום עבירה מושלמת אחרת" (שמואל תמיר "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר" משפטים י 202, 219 (1980) (להלן: הצעת חלק כללי); הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, בעמ' 129 (להלן: הצעת חוק תיקון מס' 39 לחוק העונשין); ההדגשות הן שלי – ס.ג.).

כלומר, נקודת המוצא בהתחשבות העונשית שמביאה עמה ההוראה היא המפנה הפנימי החזק אשר הביא אדם לידי חדילה מן המעשה, וכדי לעודד אותו לעשות זאת – מעניקים לו פטור מאחריות פלילית על הניסיון לבצע את העבירה.

24. בשנת 1984, בדברי ההסבר של מנסחי הצעת חוק תיקון מס' 39 לחוק העונשין, אמנם אין התייחסות מפורטת לשאלת הפטור עקב חרטה, אך בהקשר של השוואת העונשים של הניסיון לבצע עבירה וביצוע של עבירה מושלמת, נכתב, בין היתר, כך:

המנסה נכשל חרף רצונו להשלים את העבירה, בשל גורמים שאינם תלויים בו (המנסה החדל מיוזמתו מתוך חרטה – פטור מעונש), ואם אין תולים אבחנות עונשיות במקריות, אין מקום להבחין בין המנסה לבין המבצע

שהשלים" (פלד וקרמניצר – דברי הסבר תמציתיים, בעמ' 208; ההדגשות הן שלי – ט.ג.).

מדברי ההסבר של המנסחים, ניתן ללמוד כי השינוי בדיני הניסיון נועד כדי לצמצם את המזל המוסרי של העושה, וכי מה שמבדיל בין השלמת ניסיון ענישה לבין השלמת ניסיון שפטורה מענישה הוא האם גורמים שאינם תלויים בעושה גרמו לכך שהשלמת העבירה נכשלה (ענישה), או האם העושה עצמו ביוזמתו מתוך חרטה גרם לכך שהשלמת העבירה נכשלה (פטור מענישה).

25. לאחר אישור הצעת חוק תיקון מס' 39 לחוק העונשין בקריאה ראשונה בכנסת בתחילת שנת 1992, פרופ' גור-אריה הבהירה את משמעות ההסדר המוצע של הפטור עקב חרטה:

"[...] במקרים החריגים, שבהם המנסה התחרט וחדל מיוזמתו מן הביצוע, אין סיבה שלא לפטור אותו מאחריות פלילית, כפי שמוצע בסעיף 28 להצעה. אדרבא: דווקא משום שהוא כבר היה בעיצומו של הביצוע, חשוב לספק לו מוטיבציה להתחרט אפילו בשלב זה. יש גם להניח כי מי שחזר בו לאחר שכבר התנסה בתחילת הביצוע של העבירה "לא ישוב עוד לסורו" – כלשון דברי ההסבר להצעה.

"[...] את הפטור מאחריות יש להעניק למי שזנח את הרעיון לבצע את העבירה עקב מפנה פנימי בעמדתו הנפשית, ולא למי שעקב נסיבות חיצוניות שהתגלו במהלך הביצוע הבין כי השלמתו של הביצוע עלולה להיכשל וכי הוא עלול להיתפס" (מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כ"ד 9, 41 (1994) (להלן: גור-אריה – הצעת חוק העונשין); ההדגשות הן שלי – ט.ג.).

אם כן, לפי גור-אריה, ההסדר נועד לעודד את המנסה להתחרט ולחדול ביוזמתו מביצוע המעשה. גור-אריה מדגישה כי על החרטה להיות החלטה פנימית של המנסה, ללא תלות בהשפעות חיצוניות.

26. לסיום, אביא את דבריו של חבר-הכנסת (דאז) דן מרידור עת הביא את הצעת חוק תיקון מס' 39 לחוק העונשין בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט בפני הכנסת:

"אנחנו עוסקים כאן בפטור עקב חרטה. זהו חידוש. מטרתו היא מדיניות של הרתעה מפני ביצוע עבירה או עידוד לחזור בך מכוונתך לעבור עבירה.

לא יהיה קל להוכיח את הצטברות התנאים האלה [שקובע סעיף 28 לחוק העונשין – ס.ג.]. לא מספיק שאדם ניסה וחזר בו. צריך שהחזרה הזאת תהיה מלווה בתדילה מהשלמת המעשה, או אם הוא כבר השלים את שלו, והוא לא יכול לעשות יותר לצורך השלמת העבירה, הוא יעשה מאמץ כדי למנוע את תוצאותיה, יתרום תרומה של ממש למניעת תוצאות. הביטוי הוא 'תרומה של ממש', וכל זה צריך להיות מחפץ נפשו - SUA - SPONTE - ומתוך חרטה.

כדי להדגים אומר, אם הוא ראה מכונית משטרה מתקרבת וחזר בו, זה לא מחפץ נפשו אלא מפני שהוא ראה את המשטרה. לכן הוא יצטרך להוכיח שזה מחפץ נפשו ולא מתוך פחד או חשש, גם חפץ הנפש בלבד וגם מתוך חרטה.

כמובן, אם עד אותו מועד הוא כבר ביצע עבירה אחרת שהיא כבר מושלמת, לא רק ניסיון לבצע עבירה, הוא יכול להיות מורשע בה (ד"כ 124 (תשנ"ד) 2297; הדברים הובאו בחלקם גם בהלכת מצארווה, בעמ' 571; ההדגשות הן שלי – ס.ג.).

וכן ראו גם את דבריו של דוד צוקר, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט (דאז),

באותו דיון:

"אני מניח שלסעיף זה יש חשיבות רבה בתור עניין, אלמנט, מרכיב, שמעודד חרטה וחזרה למוטב. הוא איננו מסכן את הציבור, היות שאינו פוטר מאחריות לאותן עבירות שכבר בוצעו על-ידי מי שאחר כך התחרט.

יותר מזה, אני אומר לחבר הכנסת יצחק לוי, הסעיף המוצע פוטר מאחריות רק מי שהוכיח - וזה הוא תנאי, לדעתי, מחמיר, מחמיר ביותר - שמחפץ נפשו בלבד, ומתוך חרטה, חדל מביצוע העבירה.

ביסודו של דבר אני אומר אותו דבר גם לידידי, עמיתי, חבר הכנסת רביץ: ביסוד הסעיף, כפי שאמרת, מונח הרצון לעודד חזרה מהעבירה, אפילו אם זה בעיצומו של ביצוע העבירה (ד"כ 124 (תשנ"ד) 2297; הדברים הובאו בחלקם גם בהלכת מצארווה, בעמ' 571; ההדגשות הן שלי – ס.ג.).

מדברי חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט שנאמרו בכנסת עולה כי מטרת הפטור היתה לעודד מנסים לחזור בהם מהעבירה או להרתיע אותם מביצועה (המושלם), וכי על חזרתם מהביצוע להיות מחפץ נפשו של העושה ("Sua Sponte") ומתוך חרטה.

27. תולדות החקיקה אשר מעידות על תכליתה תשמשנה אותנו בהמשך הדיון עת אעמוד על גדריו של הפטור ומשמעות יסודותיו.

ההבחנה בין הגנות מצדיקות להגנות פוטרות

28. טרם אעבור לדון ביסודות הפטור עקב חרטה, אבקש לייחד מספר מילים לאופיו של הפטור – לעומת הצדק, ולמשמעות הבחנה זו – בין הגנות מצדיקות להגנות פוטרות – לעניין נפקויות הפטור ועיצובו.

29. בקצרה, ההבחנה מבחינה בין הגנות מצדיקות לבין הגנות פוטרות, כך שהגנה מצדיקה משמעותה היא כי על-אף שיסודות העבירה התקיימו, לא נטיל אחריות על העושה שכן המעשה היה מוצדק, היה ראוי או מותר לפעול, באותן נסיבות. זאת לעומת הגנה פוטרת, שמשמעותה שאכן התקיימו יסודות העבירה, ואכן המעשה לא היה מוצדק, אולם לא ראוי לייחס לעושה אשמה באותן נסיבות. בניגוד להגנה מצדיקה, אשר מקנה הגנה גם לצדדים שלישיים, הגנה פוטרת היא אישית ופוטרת מאחריות רק את העושה עצמו.

פרופ' פלר עמד על ההבחנה שבין שני סוגי ההגנות בספרו:

"בין שתי ההנחות, זו בה חל 'הצדק' לעבירה, וזו בה חל 'פטור' מאחריות לה, קיים הבדל בסיסי. בהנחה הראשונה, אין כלל עבירה פלילית... ההצדק מקרין את

תוצאו על המעשה עצמו, כנתון ענייני הקובע את מהות המעשה... בהנחה השניה, רכיב הכרחי הוא דווקא היווצרות תופעה עבריינית... כאשר מדברים על 'הצדק' השלכתו היא כאמור על פליליות המעשה; כאשר מדברים על 'פטור' השלכתו היא על האחריות הפלילית" (ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך ב 505 (1987) (להלן: פלר – דיני עונשין ב)).

30. מדובר בהבחנה תיאורטית לרוב, לה ניתן למצוא ביטוי בפועל במשפט הגרמני (וראו סעיפים 34 ו-35 לקודקס הפלילי הגרמני, 1975, המגדירים צורך מצדיק וצורך פוטר, בהתאמה), אולם, ככלל, היא אינה נחלתן של שיטות משפט שמקורן במשפט המקובל (ראו: Albin Eser "Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime" in A. Eser, G.P. Fletcher (eds.) Justification and Excuse, Comparative Perspectives (1987); Miriam Gur-Arye "Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?" Canadian J.L. & Jurisprudence 215 (1992)).

גם בדין הישראלי לא קנתה ההבחנה עיגון מפורש, אך חשיבותה הוכרה בפסיקה הישראלית. ראו לעניין זה את דבריו של השופט א' א' לוי בסוף פסק דינו בע"פ 1109/09 שיבלי נ' מדינת ישראל (4.1.2010):

"לסיכום, המשפט הישראלי לא אימץ את ההבחנה בין הגנות פוטרות להגנות מצדיקות באופן מפורש. אולם חרף זאת, אינני סבור כי נכון יהיה להתעלם ממנה, שכן המטען התיאורטי הניצב בבסיסה עשוי לספק לנו דרך יעילה ונכונה לפתרון בעיות, והמקרה הנוכחי יוכיח".

31. ואכן, גם אני סבור כי ניתן וראוי להשתמש בהבחנה זו, אשר ברובה עיונית במחוזותינו, על מנת שתספק לנו מידה מסוימת של הכוונה בעיצוב תוכנו וגבולותיו של הפטור עקב חרטה.

32. דומה כי אין חולק כי סיווג הפטור עקב חרטה הוא כהגנה פוטרת. הפטור (עקב חרטה) משאיר את הנורמה – האיסור על ניסיון לבצע עבירה – על כנה, מכיר בכך שנעשה מעשה פסול, אך באותו מקרה לא ראוי לייחס לעושה אשמה

ולכן לא נטיל עליו אחריות פלילית (ראו: אלעד רום טעות בחוק הפלילי 31-32 (2015) (להלן: רום – טעות בחוק הפלילי)).

עמדתי לאחרונה על אופן בחינת אשמתו של העושה בדנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 לפסק דיני (15.4.2015):

"אשמה נבחנת באופן מקובל כבחירה מודעת לעשות את אשר אסור, לאחר שניתנה לאדם אפשרות לבחור בין מותר לבין אסור. זהו למעשה ה"אופי הרע" של העושה המצדיק את הגינוי המוסרי החברתי על המעשה (וראו רום – טעות בחוק הפלילי, בעמ' 38-40)".

33. לשיטתי, נראה כי חוק העונשין קובע כי ככל שהעושה יבחר בחירה מודעת לעשות את הבחירה "הנכונה" במקום הפסולה, לא יהיה ראוי לייחס לו אשמה על המעשה. הפטור עקב חרטה במשפט הישראלי קובע למעשה כי לא ראוי לייחס לעושה אשמה משום שהעושה מחפץ נפשו ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה. כלומר, ככל שהעושה יבחר בחירה מודעת ורצונית – מחפץ נפשו ומתוך חרטה – "נכונה", לחדול מהשלמת המעשה או לתרום תרומה ממשית למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה – לא נייחס לו אשמה והוא יהיה פטור מאחריות פלילית. זאת לעומת הבחירה הפסולה – המשך השלמת המעשה או אי-תרומת תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה – אשר תייחס לעושה אשמה ונטיל עליו את האחריות הפלילית.

34. ויודגש כבר עתה, כי הפטור עקב חרטה אינו פוטר מכל אחריות פלילית על המעשה. סעיף 28 לחוק העונשין קובע במפורש כי "אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה". כלומר, אם כבר הושלמה עבירה מסוימת במהלך המעשה, הבחירה לבצע את המעשה האסור על ידי אותה עבירה כבר נעשתה – העושה כבר אשם – ובהתאם תוטל עליו אחריות פלילית. כך, הפרטים בחברה עדיין מורתעים ומתמרצים כלל לא להתחיל בביצוע מעשה פלילי.

35. עתה, לאחר שהובהר הרקע לחקיקת הפטור, כוונת המחוקק בחקיקתו, סיווגו ומהותו של הפטור, אעבור לדון ביסודות הפטור עצמם. ראשית אדון ביסודות אלו ברמה העקרונית ולאחר מכן ברמה הפרטנית הנוגעת למערער בענייננו.

יסודות הפטור עקב חרטה

36. כאמור לעיל, כדי ליהנות מהפטור על העושה להוכיח שלושה תנאים מצטברים: האחד, כי הוא חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; השני, כי עשה זאת מחפץ נפשו בלבד; השלישי, כי עשה זאת גם מתוך חרטה. אדון ביסודות כסדרם.

חדילה מהשלמת המעשה או הקמת תרומה של ממש למניעת התוצאות

37. לפי סעיף 28 לחוק העונשין, ההתנהגות הנדרשת מהעושה על מנת ליהנות מהפטור עקב חרטה יכולה להיות אחת משתיים. האפשרות הראשונה, היא חדילה מהשלמת המעשה; והאפשרות השנייה, היא הקמת תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה. כלומר, נדרשת חזרה מביצוע העבירה באמצעות פעולה חיצונית של העושה למניעת עשיית העבירה או השלמתה (ראו: עניין גמליאל, בפסקה 18; ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 408 (1997)).

38. חלופת ההתנהגות הרלבנטית תלויה בשאלת התקיימותם של רכיבי היסוד העובדתי של העבירה, והאם אלו הושלמו. כאשר הושלמו כל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה, העבירה מושלמת, וכבר אין מדובר בניסיון, ולפיכך, דיני הפטור עקב חרטה אינם חלים. לעומת זאת, כאשר רק חלק מרכיבי היסוד העובדתי של העבירה התקיימו, עניין לנו בניסיון, ואז לצורך בחינת דיני הפטור עקב חרטה, יש להבחין בין עבירות התנהגותיות לבין עבירות תוצאתיות.

עבירה התנהגותית מושלמת באמצעות ההתנהגות של העושה, ולא נדרשת התקיימות תוצאה לצורך השלמת העבירה. זאת בעוד שעבירות תוצאתיות דורשות התקיימות תוצאה, בנוסף להתקיימות התנהגות, לצורך השלמת העבירה.

39. יובהר, כי אין מניעה מלעבור עבירה של ניסיון לביצוע עבירה התנהגותית (ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 550 (2014) (להלן: רבין וואקי – דיני עונשין א); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 426 (1984) (להלן: פלר – דיני עונשין א); פלר – דיני עונשין ב, בעמ' 72). כך גם, אין מניעה מלהחיל את הפטור עקב חרטה על ניסיון לביצוע עבירה התנהגותית. סעיף 28 לחוק העונשין משתמש בביטוי "העבירה לא הושלמה", אשר משמעותו אי-השלמת כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי, ולא דווקא דרישה לאי-השלמת יסוד התוצאה (ראו: רון שפירא "מבנה היסוד העובדתי של העבירה" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית 113, 140 (אלי לדרמן עורך, 2001); רבין וואקי – דיני עונשין א, בעמ' 550).

40. ככל שהעבירה היא התנהגותית, יש לבחון האם ההתנהגות שבה מותנית השלמת העבירה הושלמה – כלומר, האם המעשה הושלם – או שהיא עדיין מתבצעת. במקרים שבהם ההתנהגות שבה מותנית השלמת העבירה הושלמה, המעשה הושלם, ואין מעשה לחזור ממנו. במקרים כאלו, העבירה הושלמה והפטור עקב חרטה לא יעמוד לעושה. לעומת זאת, במקרים שבהם ההתנהגות שבה מותנית השלמת העבירה עדיין מתבצעת, על העושה לחדול מההתנהגות ולהפסיק את השלמת המעשה על מנת לעמוד בתנאי הפטור עקב חרטה.

41. ככל שהעבירה היא תוצאתית, יש לבחון את התקיימות ההתנהגות וכן את התקיימות התוצאה שבה מותנית השלמת העבירה. בחינת התקיימות ההתנהגות זהה היא לבחינת ההתנהגות בעבירות התנהגותיות, בשינוי משמעותי אחד והוא שהשלמת ההתנהגות הנדרשת אינה משלימה את העבירה והפטור עקב חרטה עדיין יכול לעמוד לעושה. כך, במקרים שבהם ההתנהגות הנדרשת עדיין מתבצעת, על העושה, כאמור, לחדול מההתנהגות ולהפסיק את השלמת המעשה על מנת לעמוד

בתנאי זה. לעומת זאת, במקרים שבהם ההתנהגות הנדרשת כבר הושלמה, יש לבחון את החלופה השנייה של התנאי – הקמת תרומה של ממש למניעת התקיימות התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

42. דומה כי החלופה הראשונה של התנאי – חדילה מהשלמת המעשה – ברורה היא על פניה מהאמור לעיל ואין צורך להרחיב על משמעותה (לפחות לא ברמה העקרונית; טענותיו הפרטניות של המערער תידונה בשלב ההכרעה). ואולם, החלופה השנייה של התנאי – הקמת תרומה של ממש למניעת התקיימות התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה – דורשת ביאור, אשר יובא להלן.

הקמת תרומה של ממש למניעת התקיימות התוצאות

43. סעיף 28 לחוק העונשין דורש, כאמור, כי העושה "תרם תרומה של ממש למניעת התקיימות התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה", ואולם עולה השאלה מהי אותה תרומה של ממש הנדרשת מהעושה. כלומר, האם נדרש כי התרומה תימנע בפועל את השלמת העבירה או שמא ניתן להסתפק בכך שלתרומה תהיה באופן פוטנציאלי היכולת למנוע את השלמת העבירה? נראה כי שאלה זו טרם התבררה בפסיקתנו ואבקש לתת לה מענה כעת.

44. הן בהצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש משנת 1980 והן בהצעת חוק לחלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש משנת 1984, אשר היוו את הבסיס לתיקון מס' 39 לחוק העונשין, נקבע כי נדרש בתנאי זה, כחלופה לחדילה מהשלמת המעשה, כי העושה "מנע את התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה" (ראו סעיף 20 וסעיף 28, בהתאמה, להצעות החוק). ואולם, בהמשך, בשנת 1988, שינו מנסחי החוק את נוסח החלופה ל"תרם למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה". בדברי ההסבר, המנסחים ציינו כי השינוי נעשה לשם הבהרת הרעיון כי אין צורך שהעושה יצליח למנוע את התוצאות בגפו, אלא לעיתים הוא אף חייב, לשם מניעת התוצאות, להיזקק לאחרים ודי שהוא תרם לכך (ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש – שינויים מוצעים על-ידי המחברים" משפטים יז 392, 397 (1988)).

45. על כן, מהצעות החוק אשר קדמו לתיקון מס' 39 לחוק העונשין עולה תמונה לפיה החלופה עברה שינוי מדרישה כי העושה הוא יהיה בפועל הגורם המונע את התקיימות התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה, לדרישה כי העושה יהיה גורם אשר יתרום למניעת התוצאות הללו אך לאו דווקא הגורם אשר מעשיו גרמו בפועל למניעת התקיימות אותן תוצאות, וגם אם אחרים לבסוף היו אלו אשר מנעו את התוצאות – הפטור יעמוד לעושה.

46. תיקון מס' 39 לחוק העונשין בנוסחו הסופי הביא עמו שינוי נוסף. כיום לפי נוסח הסעיף, נדרש כי העושה "תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה". כלומר, מדרישה לתרומה רגילה למניעת התוצאות בהצעה הקודמת, הוחמרה הדרישה לתרומה ממשית. נראה כי התוספת של "תרומה של ממש" נועדה להבליט את הדרישה לפיה כדי שיתגבש הפטור, על העושה להשקיע מאמץ – משמעותי ויעיל – למניעת התוצאה שבה מותנית השלמת העבירה (ראו נתניהו – פטור עקב חרטה, בעמ' 152; והשוו: יעקב קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין חלק ראשון 308 (2004), לפיו על העושה לעשות כל שניתן להיעשות על מנת למנוע את התרחשות התוצאות).

47. אם כן, ניתן ללמוד מהרקע החקיקתי של הפטור כי כוונת המחוקק בהוראת החלופה היתה להטיל על העושה חובה לפעול באופן אקטיבי למניעת התוצאות, וזאת גם בהשתתפות אחרים במניעת התוצאות, אך על התרומה של העושה להיות תרומה ממשית. כלומר, חלקו של העושה במניעת התוצאות חייב להיות מהותי. ואולם, לא קיימת – לא מפורשות בחוק ולא בדברי ההסבר לו או להצעותיו – כל דרישה כי התרומה של העושה אכן תהיה זו אשר מנעה בפועל את התקיימות התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

48. זאת ועוד, פרשנות אשר דורשת קשר סיבתי של "סיבה בלעדית אין" בין התרומה לבין מניעת התוצאה איננה מתיישבת עם תכליות תיקון מס' 39 לחוק העונשין בכללותו. כאמור, תיקון מס' 39 לחוק העונשין ביקש להתנער ממקריית

ולמזער את רכיב המזל המוסרי ושם דגש על התנהגותו הסובייקטיבית של העושה (ראו: ביון – הערות לעבירת הניסיון, בעמ' 310; רבין וואקי – דיני עונשין א, בעמ' 578). ככל שאדם בחר לחזור בו מהשלמת העבירה ופעל באופן ממשי באמצעות נקיטת צעדים משמעותיים ויעילים למניעת התוצאה שבה מותנית השלמת העבירה, יש לראות בו כמי שעומד בתנאי של הקמת תרומה של ממש למניעת אותה תוצאה. לצורך קביעת האחריות הפלילית, יש לבחון את אשמתו הסובייקטיבית של העושה ובחירותיו הבאות לידי ביטוי במעשים אשר עשה, ולא האם במקרה גורם אחר התערב בהתרחשות ובסופו של דבר היה זה אשר בפועל מנע את התוצאה. ויוזכר, כי אף מנסחי תיקון מס' 39 לחוק העונשין הבהירו כי לעתים על מנת למנוע את התוצאה יש צורך – ואף לפעמים חובה – להיעזר בגורמים נוספים.

49. פרשנות זו מקובלת גם בגרמניה. הקוד הפלילי הגרמני, אשר היווה את ההשראה למנסחי תיקון מס' 39 לחוק העונשין, קובע בסעיף 24(1) לקוד הפלילי פטור מאחריות פלילית במקרים שבהם אדם מרצונו החופשי אינו ממשיך בביצוע המעשה או מונע את השלמת המעשה. הסעיף ממשיך וקובע כי העושה לא ייענש אם הוא עשה מאמצים רצוניים וכנים למנוע את השלמת המעשה, גם אם המעשה לא הושלם בשל גורם אחר. וזו לשון הסעיף (בתרגומו הרשמי):

"Whoever voluntarily renounces further execution of the act or prevents its completion shall not be punished for an attempt. If the act is not completed due in no part to the contribution of the abandoning party he shall not be punished if he makes voluntary and earnest efforts to prevent its completion".

(וראו גם פסק הדין הגרמני (RG, 68, 82 (1983)).

50. על כן, סבורני כי אין צורך שהתרומה תהיה בלעדית או מכרעת, וניתן להסתפק בנקיטת צעדים מהותיים אשר מסוגלים בדרך כלל למנוע את התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

51. ויודגש, כי הדרישות מהעושה בתנאי זה האמורות לעיל הן במישור העובדתי. במישור הנפשי, על העושה גם להיות מודע לכך שהוא חדל מהשלמת המעשה או שהוא תורם תרומה של ממש למניעת התקיימות התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה. זאת בנוסף ליסוד הנפשי המוגבר המיוחד שקובע הפטור בשני תנאיו האחרים: שהחדילה מהשלמת המעשה או הקמת התרומה של ממש למניעת התקיימות התוצאות תהיה מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה. אדון בשני תנאים אלו להלן, וכדי לפשט את הדיון, אכנה את התנאי האמור לעיל – של החדילה מהשלמת המעשה או הקמת תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה – כ"חזרה מהשלמת העבירה".

מחפץ נפשו בלבד

52. התנאי השני אשר מעמידה הוראות הפטור עקב חרטה הוא כי על החזרה מהשלמת העבירה להיות "מחפץ נפשו בלבד" של העושה. עיקר הפסיקה אשר עסקה בפטור עקב חרטה דנה בתנאי האחר של היסוד הנפשי הדרוש – חזרה מהשלמת העבירה "מתוך חרטה" – בעוד שדיון בתנאי זה טרם התקיים לגופו אלא באופן אגבי ומשתמע לתנאי "מתוך חרטה" (ראו: עניין מינין, בפסקה 12; עניין גמליאל, בפסקה 18; עניין עצאם, בפסקה 5; והשוו: עניין סעיד, בפסקאות 48-52). במקרה שלפנינו, כפי שארחיב בשלב ההכרעה, ישנה חשיבות לתנאי זה ולמשמעותו, ועל כן אדון בו כעת, בנפרד מתנאי "מתוך חרטה" שבו אדון לאחר מכן.

53. בראשית גלגולה החקיקתי של הוראת הפטור עקב חרטה, בהצעת החלק הכללי של חוק העונשין משנת 1980, תנאי זה נוסח כדרישה לכך שהחזרה מהשלמת העבירה תהיה "מיוזמתו" של העושה (בסעיף 20 להצעה זו). כך גם בדברי ההסבר להצעת החוק של תיקון מס' 39 משנת 1984 – בה שונה התנאי לדרישה כי החזרה מהשלמת העבירה תהיה "מחפץ נפשו בלבד" של העושה – צוין כי "המנסה החדל מיוזמתו מתוך חרטה – פטור מעונש" (פלר וקרמניצר – דברי הסבר תמציתיים, בעמ' 208; ההדגשה היא שלי – ט.ג.).

בדומה, בשנת 1992, לאחר שתיקון מס' 39 לחוק העונשין עבר בקריאה ראשונה בכנסת, פרופ' גור-אריה הבהירה את משמעות ההסדר המוצע של הפטור עקב חרטה, וציינה כי "במקרים החריגים, שבהם המנסה התחרט וחדל מיוזמתו מן הביצוע, אין סיבה שלא לפטור אותו מאחריות פלילית, כפי שמוצע בסעיף 28 להצעה" (גור-אריה – הצעת חוק העונשין, בעמ' 41; ההדגשה היא שלי – ס.ג.).

כזכור, כך גם חבר-הכנסת (דאז) דן מרידור עת הביא את הצעת החוק בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט בפני הכנסת, ציין כי: "כל זה צריך להיות מחפץ נפשו - SUA SPONTE - ומתוך חרטה. כדי להדגים אומר, אם הוא ראה מכונית משטרה מתקרבת וחזר בו, זה לא מחפץ נפשו אלא מפני שהוא ראה את המשטרה. לכן הוא יצטרך להוכיח שזה מחפץ נפשו ולא מתוך פחד או חשש, גם חפץ הנפש בלבד וגם מתוך חרטה" (ד"כ 124 (תשנ"ד) 2297; ההדגשות הן שלי – ס.ג.).

יצוין, כי התרגום המקובל לאנגלית של הביטוי הלטיני "Sua Sponte" הוא: "Of his or her or its own will; voluntarily" (West's Encyclopedia of American Law (2008); Burton's Legal Thesaurus (2007)). כלומר, משמעות הביטוי היא כי ההחלטה היא עצמאית ונעשית ללא השפעה של גורם אחר.

54. אם כן, מהרקע החקיקתי עולה כי למעשה דרישת התנאי "מחפץ נפשו בלבד" היא כי החזרה מהשלמת העבירה תהיה מיוזמתו של העושה ללא השפעה של גורם חיצוני. כך, בדומה, בעניין סעיד, השופט ח' מלצר התייחס לתנאי זה כדורש חדילה מניסיון "שלא בגין השפעות חיצוניות" (עניין סעיד, בפסקה 50).

55. על כל האמור, דומה כי אין חולק כי תנאי זה דורש כי החזרה מהשלמת העבירה תהיה ביוזמתו של העושה ללא השפעה של גורם חיצוני, ועיקר המחלוקת טמונה בתנאי הבא של הפטור – "מתוך חרטה". סבורני כי הערבוב בפסיקה בין תנאים אלה ומשמעותם גרם לפרשנות שגויה של התנאי האחרון, ועל כך אעמוד בהרחבה להלן.

מתוך חרטה

56. לבסוף, התנאי האחרון אשר מעמידה הוראת הפטור עקב חרטה הוא כי על החזרה מהשלמת העבירה להיות "מתוך חרטה" של העושה. הפסיקה הישראלית עסקה בעיקר בתנאי זה וההלכה הנהוגה כיום כוננה בהלכת מצארווה בשנת 1999. לפי הלכה זו, על החרטה להיות "רגשית-מוסרית", מעין "חזרה בתשובה" של העושה. כך קבע שם, בקצרה, השופט מ' אילן:

"הסעיף דן ב'בעל תשובה' ולא במי ששוקל שיקולי כדאיות, כפי שנובע מדברי הכנסת ומדבר ההסבר להצעות החוק שאוזכרו לעיל (שם, בעמ' 573).

57. הלכת מצארווה צוטטה במספר פסקי דין של בית משפט זה, אך הם לא נדרשו להתייחסות מפורטת לסוגיה או דיון מעמיק בה (וראו: עניין מינין, בפסקה 12; עניין גמליאל, בפסקה 18; עניין עצאם, בפסקה 5; עניין סעיד, בפסקה 49, שם התייחס השופט מ' מלצר במפורש לצורך בדיון מעמיק בדבר נכונותה של הלכת מצארווה (בפסקה 52)). לעומת זאת, כתיבה אקדמית בנושא ביקרה בחריפות את ההלכה (וראו למשל: Yoram Shachar, Wrestling Control from Luck: The Secular Case for Aborted Attempts, 9 THEORETICAL INQ. L. 139 (2008), אשר סבר כי דרישת ההלכה לחרטה מוסרית מנוגדת ליסודות המשפט הפלילי המודרני (שם, בעמ' 141)).

58. לדעתי, הגיעה העת לשנות הלכה זו, ואעמוד על מספר טעמים לכך. עיקרם של דברים הוא כי סבורני שהלכת מצארווה איננה מקדמת את תכלית הוראת הפטור עקב חרטה – והיא תמרוץ העושה לחזור בו מהשלמת העבירה. בשיטת המשפט הישראלית, שבה העונש על עבירה מושלמת זהה לעונש על ניסיון, אם אדם מעוניין להפסיק את הביצוע ממניעים תועלתניים פנימיים אך לא חרטה רגשית-מוסרית, על פי הלכת מצארווה, אין לו שום טעם להפסיק את ביצוע המעשה. לשיטתי, מצב משפטי זה ראוי לתיקון ויש לחזור למתווה שנקבע בע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105 (1998) (להלן: הלכת נחושטן).

59. עובדות הלכת נחושתן היו, בקיצור נמרץ, אלה: המערערת – נחושתן תעשיות מעליות בע"מ – הורשעה בבית המשפט המחוזי, בין היתר, בניסיון לעבור עבירה של "צד להסדר כובל", לפי סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. זאת, בשל פנייתה של המערערת לחברה מתחרה בהצעות שונות להפסקת התחרות ביניהן. ואולם, בפגישה האחרונה בין החברות, מנכ"ל המערערת דחה מכל וכל את אפשרות עריכת ההסכם הכובל. בית משפט זה קיבל את ערעורה של המערערת לעניין זה וקבע כי חזרת המערערת מן הניסיון להסדר כובל שנעשה עומדת בתנאי "מתוך חרטה" הקבוע בסעיף 28 לחוק העונשין, והעניק את הפטור עקב חרטה למערערת על אישום זה.

השופט י' קדמי קבע שם כך:

"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" (שם, בעמ' 130).

כלומר, לפי הלכת נחושתן, ככל שהחזרה מהכוונה להשלים את העבירה נבעה רק מחפץ נפשו של העושה, וללא השפעות חיצוניות, יש להעניק את הפטור למי שחזר מכוונתו להשלים את העבירה עקב חרטה, אף שחרטתו אינה "רגשית-מוסרית".

הלכת מצארווה – אשר יצאה מידי בית משפט זה כשנה בלבד לאחר הלכת נחושתן – קבעה, כאמור, הלכה הפוכה, ולא כללה כל התייחסות להלכה הקודמת.

60. יתר על כן, הדרישה אותה קבעה הלכת מצארווה, לפיה על החזרה מהשלמת העבירה להיות בלתי-תלויה בהשפעות חיצוניות וכן ממניע רגשי-מוסרי של חרטה ותשובה שלמה, נדירה היא בשיטות משפט אחרות אשר מכירות בפטור עקב חרטה.

למעשה, ממחקר שנערך, רק במדינת אתיופיה יש דרישה דומה לפיה על החזרה מהשלמת העבירה להיות מטעמים של יושר או מניעים נעלים (Honesty or high motives; סעיף 28(1) לקוד הפלילי של הפדרציה הדמוקרטית של רפובליקת אתיופיה).

לעומת זאת, הקוד הפלילי הגרמני, אשר כאמור היווה השראה למנסחי תיקון מס' 39 לחוק העונשין, קובע, כזכור, בסעיף 24(1) לקוד פטור מאחריות פלילית על עבירות הניסיון, במקרים שבהם אדם מרצונו החופשי חוזר בו ואינו ממשיך בביצוע המעשה או מונע את השלמת המעשה:

"Whoever voluntarily renounces further execution of the act or prevents its completion shall not be punished for an attempt. If the act is not completed due in no part to the contribution of the abandoning party he shall not be punished if he makes voluntary and earnest efforts to prevent its completion".

כך גם הקוד הפלילי השוויצרי, למשל, מאפשר לבית המשפט להפחית מהעונש או להעניק פטור מענישה כאשר אדם מרצונו האישי לא משלים את המעשה או עוזר למניעת השלמת המעשה. כך נקבע בסעיף 23(1) לקוד הפלילי השוויצרי:

"If the person concerned of his own accord does not complete the criminal act or if he assists in preventing the completion of the act, the court may reduce the sentence or waive any penalty".

גם חוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי קובעת בסעיף 25(3)(f) כי אדם החדל מהמאמץ לבצע פשע או מונע את השלמת הפשע לא יוענש אם הוא וויתר באופן שלם ומרצון על הכוונה הפלילית, ובלשון הסעיף:

"[...] However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose".

לבסוף, גם ה-Model Penal Code האמריקני (להלן: MPC) מכיר בפטור עקב חרטה של העושה, וקובע מפורשות מהי אותה חרטה אשר נדרשת. לפי סעיף 5.01(4) ל-MPC, על מנת ליהנות מההגנה על העושה לחדול ממאמצו לבצע פשע או למנוע את השלמתו, בנסיבות המעידות על חזרה שלמה ומרצון על כוונתו הפלילית. הסעיף ממשיך ומבהיר כי חזרה מהכוונה הפלילית היא לא חופשית אם המניע לה, כולו או חלקו, הוא נסיבות אשר לא היו קיימות או ידועות בתחילת הביצוע של העושה אשר מגדילות את ההסתברות של גילוי או תפיסה או אשר מקשות על השלמת הכוונה הפלילית. וכן, הסעיף מבהיר כי החזרה אינה שלמה אם המניע לו הוא החלטה לדחות את המעשה הפלילי לזמן טוב יותר או להעביר את המאמץ הפלילי לקורבן או אובייקט דומה אחר. וזהו לשונו:

"Renunciation of Criminal Purpose. When the actor's conduct would otherwise constitute an attempt under Subsection (1)(b) or (1)(c) of this Section, it is an affirmative defense that he abandoned his effort to commit the crime or otherwise prevented its commission, under circumstances manifesting a complete and voluntary renunciation of his criminal purpose [...]

Within the meaning of this Article, renunciation of criminal purpose is not voluntary if it is motivated, in whole or in part, by circumstances, not present or apparent at the inception of the actor's course of conduct, that increase the probability of detection or apprehension or that make more difficult the accomplishment of the criminal purpose. Renunciation is not complete if it is motivated by a decision to postpone the criminal conduct until a more advantageous time or to transfer the criminal effort to another but similar objective or victim".

61. הבחינה ההשוואתית, אשר עיקריה בלבד הובאו לעיל, מלמדת כי הזריזה המוגברת לחרטה רגשית-מוסרית שהציבה הלכת מצארווה היא יוצאת דופן ואיננה מקובלת בשיטות משפט דומות, אשר לרוב מסתפקות בחזרה שלמה ומרצון חופשי מהשלמת העבירה או מהכוונה להשלים את העבירה. אכן, כל שיטת משפט

ועקרונותיה וכל שיטת משפט וכלליה, אך בסוגיה אוניברסאלית כמו חזרה מהשלמת עבירה – אין אלא לתהות על פשר חריגותו של הדין הישראלי.

62. ודוק: אף המשפט העברי איננו מעמיד דרישה לחרטה רגשית-מוסרית בכל חזרה מהשלמת העבירה על מנת להיות פטור מעונש (וראו: אהרן קירשנבאום "ניסיון פלילי והמזל שבמוסר (Moral Luck) במקורות היהדות" מחקרי משפט כ 97, 112 (2003) (להלן: קירשנבאום – ניסיון פלילי במקורות היהדות). כך, למשל, הרמב"ם הכיר במקרים שבהם העושה "פרש" מביצוע העבירה לפני השלמתה בשל התראה שקיבל כמקרים אשר פוטרים מענישה (ולאו דווקא מתוך חרטה מוסרית). וזו לשון הרמב"ם:

"וכיצד מתרין בו?
אומרין לו: 'פרוש' או 'אל תעשה, שזו עבירה היא וחייב
אתה עליה מיתת בית דין או מלקות. אם פירש – פטור'
(רמב"ם, סנהדרין, יב, ב).

גישתו של הרמב"ם אף היתה מן המחמירות. מדאורייתא כמעט אין הכרה בעבירת ניסיון בכלל, ומדברי סופרים מטילים לעתים עונש במקרה של ניסיון בלתי צליח, אבל אין עונש כללי על כל ניסיון לעבור עבירה. התפיסה היא כי מה שפטור בדיני אדם – חייב בדיני שמיים. זאת, מתוך ההנחה שסביר והגיוני להפקיד את סוגיית הניסיון למערכת של "דיני שמיים" הבוחנת כליות ולב, ולא ל"דיני האדם" אשר אינם מותאמים לבחינה זו (ראו: קירשנבאום – ניסיון פלילי במקורות היהדות, בעמ' 112-135; וכן ראו פסקה 66 להלן). ובמקביל, גם במשפט העברי, השיקול לעודד עבריינים לחזור בהם ממעשיהם נתפס כבעל משמעות לעניין הענישה (ראו למשל: נחום רקובר מטרה המקדשת את האמצעים 301 (2000)). אם כן, אין זה נהיר בעיניי מהו מקור ביסוס הדרישה המחמירה לחרטה רגשית-מוסרית.

63. לא נעלמה מעיניי גישתו של פרופ' פלר, אשר נוטים להסתמך עליה להצדקת הלכת מצארווה, לפיה החרטה הנדרשת על מנת ליהנות מהפטור עקב

חרטה היא "חרטה שצומחת מעומק ליבו של האדם וחוסר-אפשרות נפשית להמשיך ולסיים את ההתנהגות, ולא בויתור או דחיית ביצוע בשל תנאים, נסיבות ושיקולים חיצוניים" (פלר – דיני עונשין ב, בעמ' 132). ואולם, החרטה האמורה בה עסק פלר נוגעת למקרים של חוסר אפשרות נפשית להשלים את העבירה הנובעת ממבנהו הנפשי של העושה (וראו שם, בעמ' 131). דומה כי סוג החרטה אותה הציג פלר בספרו – ואשר צוטטה בעניין מינין, בפסקה 12 – אינה נוגעת לחרטה תחת הפטור עקב חרטה הקבוע בסעיף 28 לחוק העונשין, אלא נוגעת לחרטה אשר מובילה למפנה נפשי כזה עמוק וחזק עד כדי אי-צליחות של המעשה, ולמעשה עסקינן בניסיון בלתי-צליח (וראו שם מיד לאחר הציטוט המובא בתחילת פסקה זו – "במקרים של חרטה עקב חוסר-אפשרות [נפשית] כאמור [...]") (ההדגשות והתוספת הן שלי – ט.ג.); ודוק: פלר בעצמו אינו מתייחס לסעיף 28 להצעת חוק העונשין בהקשר זה, על אף שהתייחס לסעיפים אחרים של ההצעה בפסקאות סמוכות. כך, ראו למשל התייחסות לסעיף 26 להצעה מיד לפני הדיון בחוסר-האפשרות הנפשית להשלים את העבירה (שם, בעמ' 131)).

סבורני כי יש להבחין בין סוג חרטה המכונן ניסיון בלתי-צליח לבין סוג חרטה המכונן פטור עקב חרטה, שכן אלו שני סוגי חרטה שונים המובילים לתוצאות שונות. בעוד שאחד (בו פרופ' פלר עסק) מעיד על חוסר יכולת נפשית להשלים את ביצוע המעשה, השני מעיד על חזרה מכוונה לבצע את העבירה. בסוג הראשון, מדובר בניסיון בלתי-צליח בשל מבנהו הנפשי של העושה אשר לא מאפשר לו להשלים את ביצוע המעשה; בעוד שבסוג השני, הניסיון הוא צליח והעושה יכול נפשית להשלים את ביצוע המעשה, אך בוחר בחירה מודעת ורצונית לא לעשות זאת. משכך, לצורך עמידה בתנאי של הפטור עקב חרטה, אין העושה נדרש למהפך נפשי עמוק עד כדי חזרה בתשובה, אלא עליו לחזור מכוונתו לבצע את העבירה.

64. כמו כן, מקור אפשרי נוסף לבלבול במפנה החרטה הדרוש הוא הערבוב (עליו עמדתי לעיל, בפסקה 52) בין התנאי השני של הוראת הפטור עקב חרטה של "מחפץ נפשו בלבד" לבין התנאי הנדון כעת של "מתוך חרטה".

65. התפיסה היא כי נדרש "מפנה פנימי בעמדתו הנפשית" על מנת ליהנות מהפטור עקב חרטה, וכך מעידה ההבהרה להצעת חוק תיקון מס' 39 לחוק העונשין (וראו גור-אריה – הצעת חוק העונשין, בעמ' 41). ואולם, יושם אל לב כי תפיסה זו מערבת את שני התנאים: 'מפנה בעמדה נפשית' – מתייחס לתנאי "מתוך חרטה"; 'פנימי' – מתייחס לתנאי "מחפץ נפשו בלבד". הנוסח המלא של ההבהרה מבחין בין מי "שזנח את הרעיון לבצע את העבירה עקב מפנה פנימי בעמדתו הנפשית" ועל כן יש להעניק לו פטור מאחריות פלילית, לבין "למי שעקב נסיבות חיצוניות שהתגלו במהלך הביצוע הבין כי השלמתו עלולה להיכשל וכי הוא עלול להיתפס" ואין להעניק לו פטור מאחריות (שם, שם). מכך, ניתן להיווכח כי משמעות המפנה הפנימי היא כי המפנה אינו נובע מנסיבות חיצוניות ("מחפץ נפשו בלבד"), ולא כי מדובר במפנה פנימי במשמעותו הרגשית-מוסרית. "מפנה בעמדה הנפשית" – לאחר שהופרד מהרכיב ה'פנימי' – משמעותו, אם כן, שינוי נפשי בנוגע לכוונה לבצע את העבירה. זאת, בדומה ובהתאם לשיטות המשפט השונות אשר דורשות חזרה מהכוונה הפלילית לבצע את העבירה (וראו, למשל, סעיף 5.01(4) ל-MPC; ובסעיף 25(3)(f) לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי).

66. זאת ועוד, דרישה לחרטה רגשית-מוסרית גם אינה עולה בקנה אחד עם הכלל הבסיסי במשפט הפלילי לפיו "אין עונשין על דברים שבלב" (פלר – דיני עונשין א, בעמ' 31). אמנם, כלל זה מתייחס לענישה ולא לפטור מענישה אך מהותו רלבנטית גם לענייננו. כך פרופ' פלר הסביר את הרקע לכלל זה:

"היחס הפנימי – האידיאולוגי או הרגשי – של האדם כלפי ערכי החברה אינו מעניינו של המשפט ובוודאי שאינו בתחום הסדרתו של המשפט הפלילי. יחס זה מקבל משמעות משפטית ואף פלילית רק לאחר הגשמתו בהתנהגות חיצונית, והתגלמותו, עקב כך, בעולם האובייקטיבי. המחשבות וההעדפות הנפשיות של האדם הן מבצרו הבלעדי ואין כל אינטרס חברתי במדינה מתוקנת לחדור למבצר זה ולהכתיב באמצעי כפייה משפטיים כיוונים או דפוסים, תהיינה מחשבות אלה השליליות ביותר, כל עוד הן אינן באות לידי מימוש

בהתנהגות החיצונית, הגלויה לעין, של בעליהן" (פלד – דיני עונשין א, בעמ' 32).

ככלל, אין זה מעניינו של המשפט הפלילי מחשבותיו של אדם אלא מעשיו. מחשבות ודברים שבלב קשה מאוד להוכיח ובנקל ניתן לייחס לאדם את קיומן או אי-קיומן, שכן "למעשה אין צורך להוכיח כל התנהגות אובייקטיבית, הטעונה קליטה על ידי הזולת באמצעות חושיו" (פלד – דיני עונשין א, בעמ' 34). המשפט הפלילי, המבוסס על עקרון האשמה, מתמקד בבחירות של העושה אשר קיבלו ביטוי חיצוני באמצעות התנהגותו. התפיסה היא כי אדם אשם הוא מי שהייתה לו אפשרות לבחור בין מותר לבין אסור והוא עשה בחירה מודעת לעשות את אשר אסור (רום – טעות בחוק הפלילי, בעמ' 38). בפטור עקב חרטה, ניתן ללמוד על הבחירות של העושה לפי התנהגותו – בין אם חדל מהשלמת המעשה או בין אם תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות. התנהגותו החיצונית האובייקטיבית מעידה על בחירתו לחזור בו מהשלמת העבירה אך היא איננה יכולה להעיד על מחשבותיו או על דברים שבלבו. דומה כי דרישה אשר מנסה לבחון את "מהפכו הנפשי" ו"חזרתו בתשובה" של העושה איננה ריאלית להוכחה ואין לה מקום בשיטת משפט פלילי מתוקנת (וראו: דורון מנשה ויחיאל קפלן "רחמים בשיפוט ובענישה" עיוני משפט לב 583, 632-633 (2011); איתי ליפשיץ ורינת קיטאי סנג'רו "מקומה הראוי של החרטה בענישה הפלילית" מחקרי משפט כח 69, 89-90 (2012); (Bryan H. Ward, Sentencing Without Remorse, 38 Loy. U. Chi. L.R. 131 (2006)). על כן, יש לבחון את מעשיו של העושה והאם אלו מעידים על שינוי נפשי בנוגע לכוונה לבצע את העבירה וחזרה ממנה.

67. "נקודת היציאה" אשר מקנה חוק העונשין בטרם הושלמה העבירה, נועדה לעודד את העושה לחזור מהשלמת העבירה. העושה בחר בחירה פסולה עת החל בביצוע המעשה – ועל כן ייענש על כל עבירה אחרת אשר הושלמה עד החזרה מהשלמת העבירה שטרם הושלמה – ועל מנת למנוע את השלמת העבירה, החוק מוכן להקנות חריג ולאפשר הזדמנות בחירה נוספת. כך, בחירה "נכונה" לחזור מהשלמת העבירה תימנע ייחוס אשמה לעושה על המעשה והוא יהיה פטור

מאחריות פלילית (בהתאם לסיווג הפטור כהגנה פוטרית, כאמור לעיל; וכן ראו את הדיון במשמעות הבחירה על ייחוס האשמה והאחריות הפלילית בפסקה 33 לעיל).

68. יש לזכור את תכלית הוראת הפטור עקב חרטה: תמרוץ העושה לחזור מהשלמת העבירה. כאמור, בעבר, עובר לתיקון מס' 39 לחוק העונשין, העונש המקסימלי על עבירת הניסיון היה מחצית העונש על העבירה המושלמת, כך שהיה תמריץ חזק לעושה לא להשלים את העבירה. תיקון מס' 39 לחוק העונשין אמנם השווה את העונשים בגין העבירה המושלמת ובגין הניסיון לעבירה, אך בד בבד יצר תמריץ חזק אחר בדמות הוראת הפטור עקב חרטה בסעיף 28. אם מתן הפטור יהיה כמעט בלתי אפשרי כפי שהוא לפי ההלכה הנוהגת כיום, לא יהיה לעושה תמריץ לחזור בו מהשלמת העבירה וזו תושלם, לדאבונו. על כן, אל לנו להערים קשיים ולהעמיד דרישות שאינן מתחייבות מהוראת הסעיף ומתכליתו. ויוזכר, כי אותו עושה יישא במלוא האחריות הפלילית על עבירות מושלמות אחרות שביצע במהלך המעשה, כמצוות סיפא סעיף 28 לחוק העונשין (וראו פסקה 34 לעיל).

69. מן הטעמים לעיל, אני סבור כי הדרישה לחרטה רגשית-מוסרית איננה ראויה, וכי ניתן להסתפק בחזרה מהכוונה לבצע את העבירה על מנת לעמוד בתנאי של "מתוך חרטה". זאת, גם אם החזרה מהכוונה נבעה משיקולים שאינם מוסריים-ערכיים, אלא כלכליים, חברתיים וכדומה. ויוזכר, כי במקרים שבהם החזרה מהכוונה להשלים את העבירה נובעת מנסיבות חיצוניות – כמו למשל אם העושה ראה ניידת משטרה – התנאי של "מחפץ נפשו בלבד" לא יתקיים ולפיכך לא יוענק הפטור עקב חרטה.

70. על כל האמור, סבורני כי על מנת לעמוד בתנאי היסוד הנפשי של הוראת הפטור עקב חרטה, על העושה לחזור חזרה מלאה מכוונתו להשלים את העבירה, מיוזמתו וללא השפעה של גורמים חיצוניים. ועל מנת לעמוד בתנאי היסוד העובדתי, על העושה לחדול מהשלמת המעשה (כל עוד הוא לא הושלם) או לנקוט צעדים מהותיים אשר מסוגלים בדרך כלל למנוע את התוצאות שבהן מותנית

השלמת העבירה. עושה אשר יעמוד בכל תנאים אלו, יוכל ליהנות מהפטור עקב חרטה הקבוע בסעיף 28 לחוק העונשין ולא תוטל עליו אחריות פלילית בגין מעשה הניסיון לביצוע העבירה.

מן הכלל אל הפרט

71. במקרה שלפנינו, המערער טוען כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעה העובדתית על פיה הוא הפסיק לחנוק את בתו בשל סברתו כי היא מתה ולא בשל חרטתו. לחלופין, המערער טוען כי גם אם תעמוד הקביעה העובדתית האמורה, עדיין עומד לו הפטור עקב חרטה הקבוע בסעיף 28 לחוק העונשין, מטעמיו אשר הובאו לעיל ויוזכרו בקצרה להלן.

72. ראשית, הלכה ידועה היא, כי ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי מהימנות ובממצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, אשר שומעת את העדים ובוחנת את התשתית הראייתית כולה, והיא תעשה כן רק במקרים חריגים, כאשר קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את התערבותה או כאשר הגרסה העובדתית שנתקבלה על-ידי הערכאה הראשונה אינה מתקבלת על הדעת (ראו: ע"פ 4655/12 אדרי נ' מדינת ישראל, בפסקה 25 (29.9.2014); ע"פ 1310/12 שוורצמן נ' מדינת ישראל, בפסקה 28 (3.11.2014); ע"פ 993/00 אורי שלמה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205 (2002); ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564 (1986)).

המקרה שלפנינו איננו מהווה חריג לכלל זה. בחנתי את ממצאי הערכאה הדיונית ואת טענות הצדדים לגופן ונחה דעתי כי עיקר הממצאים העובדתיים שאותם קבע בית המשפט המחוזי מבוססים על חומר הראיות, ואין מקום לשנות ממה שקבע. כך למשל, מקובלת עליי קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי, לפיה המערער הפסיק את מעשה חניקת המתלוננת לאחר שסבר כי מעשה ההמתה הושלם ולא בשל סיבה אחרת ובכללה חרטה. המערער אמר מפורשות בחקירתו במשטרה כי "חשבתי שהיא כבר מתה, לא היה לי כוח כבר" (ת/11, עמ' 4, ש' 94-

93), וכן במהלך דיון ההוכחות בבית משפט המחוזי הוא לא סיפק נימוק חלופי לסיבה בגינה הפסיק את מעשה החניקה אלא טען שעשה זאת כי הוא הבין "שזה לא חלום אלא מציאות" (פרוטוקול הדיון מיום 5.11.2013, עמ' 43, ש' 2), ולא היה בפיו מענה כשנשאל אודות אמירתו בחקירה במשטרה – "אני לא יודע למה עניתי ככה" (שם, עמ' 43, ש' 19).

ועתה לבחינת התקיימות יסודות הפטור עקב חרטה.

73. כאמור לעיל, כדי ליהנות מפטור עקב חרטה, על העושה לחזור חזרה מלאה מכוונתו להשלים את העבירה, מיוזמתו וללא השפעה של גורמים חיצוניים, ולחדול מהשלמת המעשה (כל עוד הוא לא הושלם) או לנקוט צעדים מהותיים אשר מסוגלים בדרך כלל למנוע את התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

74. אפתח ואומר כי במקרה שלפנינו אינני סבור כי המערער עומד בתנאי הפטור עקב חרטה, וזאת בשל אי-התקיימותם של לפחות אחד מתנאי הפטור המצטברים הדרושים. אדון להלן ביסודות הפטור בהתאם לסדר הדיון במסגרת הנורמטיבית לעיל.

חזרה מהשלמת העבירה

75. היסוד העובדתי של הוראת הפטור עקב חרטה דורש, כאמור, כי העושה יחדל מהשלמת המעשה או יתרום תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה. בדיון לעיל מצאתי כי משמעות החלופה הראשונה של יסוד זה הוא כי על העושה לחדול מאותו מעשה אשר החל לבצע לפני השלמתו; ומשמעות החלופה השנייה היא כי על העושה לנקוט צעדים מהותיים אשר מסוגלים בדרך כלל למנוע את התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

76. במקרה שלפנינו, המערער טוען כי אין להבחין בין מי שחדל מהשלמת העבירה באופן רציף, לבין מי שחדל מהשלמתה בשל סיבה חיצונית ואולם לא חזר

לבצעה בשל כך שהתחרט. לטעמו, העובדה כי הוא לא שב לחנוק את המתלוננת משנוכח כי היא חיה, שקולה היא להפסקת המעשים. לעומתו, המשיבה סבורה כי הפטור עקב חרטה לא נועד למקרים שבהם העושה חדל מהמעשה לאחר שכבר השלים אותו. אם כן, עולה בענייננו שאלת עיתויי החדילה מהשלמת המעשה אשר תזכה את העושה בפטור.

77. מהרקע החקיקתי אשר הובא לעיל, עולה כי מטרת הפטור היתה לעודד מבצעים אשר נמצאים בעיצומו של הביצוע לחזור בהם מהשלמת העבירה טרם השלמתה. כך, בהצעת חוק תיקון מס' 39 לחוק העונשין, צוין במפורש כי: "המדובר בבעל תשובה בעיצומו של המעשה וטרם השלמתו. יש לעודדו עד כדי פטור מאחריות על הניסיון" (הצעת חוק תיקון מס' 39 לחוק העונשין, בעמ' 129; ראו גם הצעת חלק כללי, בעמ' 219). וכן, גור-אריה מבהירה כי יש לעודד את העושה לחזור בו "דווקא משום שהוא היה כבר בעיצומו של הביצוע" וכי "את הפטור מאחריות יש להעניק למי שזנח את הרעיון לבצע את העבירה" (גור-אריה – הצעת חוק העונשין, בעמ' 41). דברים דומים אמר דוד צוקר, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט (דאז), בדיון בכנסת על הצעת חוק תיקון מס' 39 לחוק העונשין: "ביסוד הסעיף, כפי שאמרתי, מונח הרצון לעודד חזרה מהעבירה, אפילו אם זה בעיצומו של ביצוע העבירה" (ד"כ 124 (תשנ"ד) 2297).

78. דומה כי על מנת לענות על השאלה האם העושה נמצא בעיצומו של ביצוע העבירה יש לבחון האם המעשה כבר הושלם או לא. המערער, כאמור, טוען כי גם אם תתקבל קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי לפיה בשלב הראשון הוא סבר כי המתלוננת מתה, עדיין יש לראות אותו כמי ש"חדל מהשלמת המעשה" שכן הוא לא המשיך בחניקתה בשלב השני כאשר הוא חזר לדירה לאחר שהשיג את מספר הטלפון של כוחות החירום. כלומר, לגישתו, המעשה לא הושלם בשלב הראשון והימנעותו מהמשך החניקה בשלב השני משמעותה חדילה מהשלמת המעשה. לעומתו, המשיבה סבורה כי המעשה כבר הושלם בשלב הראשון כך שלא היה מעשה לחדול מהשלמתו בשלב השני.

79. סבורני, כי במקרה של רצף התנהגויות המעלה ספק לגבי עיתוי החדילה מהשלמת המעשה, יש לבחון האם השלב הראשון והשלב השני הם בגדר "אותו מעשה" ממנו העושה היה יכול עוד לחדול, או שמא הם שני מעשים נפרדים, ומשכך לאחר שהשלב הראשון הושלם – הושלם גם המעשה הראשון ואין העושה יכול לחדול מהשלמתו. כלומר, יש לבחון האם החדילה של העושה היתה מאותו מעשה או כבר ממעשה אחר.

80. בפסיקה נקבעו שני מבחנים עיקריים לבחינת השאלה מתי רואים אירועים נפרדים כ"אותו מעשה", בהקשר של סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1992. האחד – מבחן עובדתי; השני – מבחן מהותי (וראו: ע"פ 104/89 דרורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 843, 849-853 (1990) (להלן: עניין דרורי); ע"פ 5023/99 חכמי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 406, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט י' טירקל (2001) (להלן: עניין חכמי)).

המבחן העובדתי עונה לשאלה האם מדובר בפעולות נפרדות עוקבות אשר ניתן לפצל ביניהן אף שבוצעו ברצף, ואילו המבחן המהותי הוא מבחן נוסף שניתן להיעזר בו כדי להגיע לפתרון והוא מתייחס למהות האינטרס הנפגע של קורבן העבירה שעליו באה החברה להגן (לרוב במקרים של ריבוי קורבנות). שני המבחנים משמשים, לפי העניין, כדרך להגיע לפתרון המוכתב על ידי השכל הישר וההיגיון (עניין דרורי, בעמ' 849-853; ע"פ 7147/96 אזואלוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 412, 415 (1998); ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289, 301-302 (1997) (להלן: עניין פופר)).

81. במקרים כפי שבענייננו שבהם יש רק קורבן אחד, אין נדרשים למבחן מהותי האם האינטרס הנפגע של הקורבנות דומה, ויש לבחון את המקרה לפי המבחן העובדתי (ראו: עניין פופר, בעמ' 302; והשוו: עניין דרורי, בעמ' 853). המבחן העובדתי מתבונן על הרצף העובדתי של האירועים, וכאשר ניתן, ולו באופן מלאכותי, להצביע בכל נקודת זמן במהלך ביצוע העבירה, אילו עבירות הושלמו

ואילו טרם החלו, הרי אז רצף המעשים הינו תופעת לוואי, שאינה מונעת פיצולם לעבירות רבות. לצורך המבחן העובדתי משתמשים במבחני עזר, כמו: האם את ההתרחשות ניתן לתמוך במסכת ראייתית אחת או יותר; האם ניתן לייחס נקודות זמן ברורות לכל שלב ושלב; והאם העושה היה יכול באופן סביר לכוון את התנהגותו כך שיבצע רק חלק מהעבירות ויימנע מהשאר (עניין דדורי, בעמ' 853-849; עניין חכמי, בעמ' 416).

82. ודוק: המעשה מושא פסק דין זה הוא מעשה המתה. סבורני כי הערך המוגן באיסורים על מעשי המתה מחייב בחינה מחמירה יותר בקביעה האם מדובר באותו מעשה ואם לאו, במובן זה שניטה לפצל את רצף ההתנהגות למעשים נפרדים. וזאת בדומה להבחנה בקביעה האם מדובר בעבירה אחת רבת-פריטים או בריבוי עבירות כמספר הפריטים (וראו דנ"פ 4603/97 אהרן משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, בפסקה 22 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (1998) (להלן: דנ"פ משולם); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ג 287 (1992)).

עמד על הדברים הנשיא א' ברק בדנ"פ משולם, בפסקה 22 לפסק דינו:

"תנאי להכרה בעבירה רבת-פריטים הוא כי האינטרס החברתי המוגן בעבירה מאפשר את קיבוצם של מספר פריטים המצויים על רצף אחד לכדי עבירה אחת, רבת-פריטים. על-כן, ניתן לקבץ גניבות מספר לעבירה אחת רבת-פריטים, תוך שהעונש בגין כל הפריטים יהיה כעונש בגין גניבה אחת. לעומת זאת, לא ניתן יהיה לקבץ כמה מעשי רצח או אונס לעבירה רבת-פריטים של רצח או אונס. האינטרס החברתי המוגן הוא בעל עוצמה כה רבה, עד כי נדרשת הפרדה, תוך ראיית כל פריט כעבירה בפני עצמה, ותוך הטלת עונש נפרד על כל פריט ופריט (ראה ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל [8])"

(ההדגשות הן שלי – ג.ס.).

83. על כן, כאשר המסכת העובדתית מעלה רצף של התנהגות אשר ניתן בהתבוננות הגיונית (המבוססת על נתונים שונים שנסקרו לעיל) לפצל בין המעשים, יש לעשות כן. וככל שמעשה מסוים כבר הושלם – אין עוד אפשרות

לחדול מהשלמתו, ועל העושה תוטל האחריות הפלילית עליו. קביעה זו מתיישבת גם עם רוח הסיפא של הוראת סעיף 28 לחוק העונשין, אשר כאמור, מכירה בכך שהפטור עקב חרטה אינו גורע מאחריות הפלילית על עבירה אחרת שכבר הושלמה.

84. כזכור, בענייננו המערער חדל מהשלמת מעשה ההמתה לאחר שסבר כי המתלוננת מתה, ולא שב לבצע את המעשה לאחר שמצא כי היא עדיין בין החיים. בהתאם לניתוח לעיל, כעת יש לבחון האם מעשה החניקה אשר הוביל לאיבוד הכרתה של המתלוננת ומעשה אי-המשך חניקתה לאחר שמצא כי היא חיה – הם בגדר אותו מעשה או לאו.

הרצף העובדתי של האירועים הוא כדלקמן: המערער חנק ממושכות את המתלוננת באמצעות כפות ידיו ובאמצעות חגורת מכנסיה; סבר כי הביא למותה; יצא מהדירה לזמן קצר לא ידוע להשיג את מספר הטלפון של כוחות החירום; חזר לדירה ונוכח לדעת כי היא חיה; והזמין את כוחות החירום. רצף התנהגות זה נשען על מסכת ראייתית דומה, אך ניתן לייחס נקודות זמן ברורות לכל שלב ושלב, והמערער היה יכול לבצע רק את ההתנהגות הראשונה (ובכך להשלים את העבירה), ולא להמשיך להתנהגות הבאה. לכך יש להוסיף כי בענייננו מדובר במעשה המתה, ולכן הבחינה נוטה כאמור לטובת פיצול ההתנהגות למעשים נפרדים. דומה כי בכך היה ניתן לסיים את הכרעתנו ולקבוע כי עבירת הניסיון לרצח הושלמה עת סיים המערער לחנוק את המתלוננת וסבר כי היא מתה, ומשכך לא עומד לו יותר הפטור עקב חרטה. ואולם, אני מוכן להניח לטובת המערער כי החפיפה הראייתית הרבה בין ההתנהגויות, פער הזמנים הקצר למדי ביניהן ויציאתו מן המקום על מנת להזעיק עזרה, תומכים בהמשך בחינת עמידתו בתנאי הפטור עקב חרטה, ומשכך, אעבור לבחון את החלופה השנייה של תנאי זה – הקמת תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

85. כאמור לעיל, סבורני כי על מנת לעמוד בדרישה החלופית של הוראת הפטור להקמת תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה,

אין צורך כי התרומה תהיה בלעדית או מכרעת, וניתן להסתפק בנקיטת צעדים מהותיים אשר מסוגלים בדרך כלל למנוע את אותן התוצאות. במקרה שלפנינו, המערער הזמין את כוחות החירום על מנת שיצילו את בתו ממיתה לאחר שבאותה נקודת זמן הוא היה סבור כי "כמעט הרג" אותה. ואולם, בתו היא זו אשר מנעה בפועל את התוצאה בכך ששבה להכרתה, ובעת שבה המערער התקשר לכוחות החירום – התוצאה הקטלנית כבר נמנעה. עם זאת, לנוכח מצבה ההכרתי הירוד, קשיי נשימתה וחולשתה הכללית, היה מן הראוי להזעיק כוחות חירום על מנת שינטרלו את הסיכון שמא מצבה ידרדר לכדי מיתה. צעד זה לטעמי הוא אכן צעד מהותי אשר בדרך כלל מסוגל למנוע את התוצאה הקטלנית, ומשכך עומד בדרישת הוראת הפטור, לכל הפחות במישור העובדתי. לעניין המישור הנפשי של חלופת 'הקמת תרומה של ממש', אין בידינו ממצאים מספקים על מנת להעריכו שכן לא התקיים דיון הוכחות בסוגיה זו, אך מכל מקום סבורני כי הפטור אינו עומד למערער וזאת בשל אי-עמידתו בתנאי הבא – חזרה מהשלמת העבירה מחפץ נפשו בלבד.

מחפץ נפשו בלבד

86. התנאי השני של הוראת הפטור דורש כי החזרה מהשלמת העבירה תהיה "מחפץ נפשו בלבד" של העושה, אשר כאמור לעיל, משמעותה חזרה מיוזמתו וללא השפעת גורמים חיצוניים. במקרה שלפנינו, אינני סבור כי המערער חזר מהשלמת העבירה – בין אם בכך שלא המשיך לחנוק את המתלוננת או בין אם בכך שהזעיק את כוחות החירום – מיוזמתו וללא השפעת גורמים חיצוניים.

87. כזכור, הסיבה בגינה המערער הפסיק את מעשה החניקה היתה סברתו כי המתלוננת מתה. לא היה מדובר בהחלטה פנימית שלו עם עצמו אליה הוא הגיע באופן עצמאי, אלא בהחלטה אשר אליה הגיע בשל גורם חיצוני – המתלוננת ואשליית מותה בעיניו – ומשכך אינה עומדת בדרישת תנאי זה. ככל שהמתלוננת אכן היתה מקפחת את חייה – העבירה היתה מושלמת, והסיבה שבגינה היא עדיין עמנו היא איבוד הכרתה אשר הוביל את המערער לחזור מהשלמת העבירה. ויודגש,

כי גם אם מניחים כי שני השלבים הם "אותו מעשה" ובוחנים את מצב הדברים רק "בשלב השני" של האירוע – עת חזר המערער לדירה לאחר שהשיג את מספר הטלפון של כוחות החירום – ההחלטה לחזור מהשלמת העבירה התקבלה כבר "בשלב הראשון" עת המערער חדל מחניקת המתלוננת לאחר שסבר כי היא מתה (אלא שאז לפי מצב הדברים בעיניו לא היתה כבר דרך לחזור מהשלמת העבירה), ואותה החלטה כאמור לא היתה מיוזמתו וללא השפעת גורמים חיצוניים. על כן, אני מוצא כי החלטתו של המערער לחזור מהשלמת העבירה לא היתה מחפץ נפשו בלבד ואין המערער יכול ליהנות מהפטור עקב חרטה.

מתוך חרטה

88. התנאי השלישי של הוראת הפטור הדורש כי החזרה מהשלמת העבירה תהיה "מתוך חרטה", לעומת זאת, כן מתקיים לטעמי בענייננו. כאמור בהרחבה לעיל, סבורני כי החרטה הנדרשת היא חזרה מלאה מכוונתו להשלים את העבירה, ולא דווקא חרטה מוסרית-רגשית. בענייננו, דומה כי אכן המערער חזר חזרה מלאה מכוונתו להשלים את העבירה בכך שלא שב והמשיך לחנוק את המתלוננת אלא ניסה במירב מאמציו להזעיק את כוחות החירום, ואף הביא לה נייר כדי שתנקה את שאריות הקיא שלה. "מניעיו" לא היו מוסריים-רגשיים באופן מובהק אלא נבעו מהבנה כי אין ברצונו להביא למותה של המתלוננת ובחירה בדבר "הנכון" בנסיבות העניין. לגישתי, די בכך על מנת לעמוד בתנאי זה.

89. אולם, כאמור לעיל, מצאתי כי המערער לא עמד בתנאי הקודם הדורש כי החזרה מהשלמתה עבירה תהיה "מחפץ נפשו בלבד", וכיוון שתנאי הפטור מצטברים הם – הפטור עקב חרטה אינו עומד לו, ויש להטיל עליו את האחריות הפלילית בגין עבירת ניסיון הרצח.

על כן, אינני רואה לנכון לשנות מקביעתו של בית המשפט המחוזי אשר דחה את טענת הפטור עקב חרטה והרשיע את המערער בעבירת הניסיון לרצח.

גזר הדין

90. ערעורו של המערער מופנה, כאמור, גם כלפי גזר דינו של בית המשפט המחוזי. הלכה ידועה היא כי ערכאת הערעור אינה מתערבת בחומרת העונש שנקבעה על ידי הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים, גם לאחר תיקון 113 לחוק העונשין (ראו: ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009); ע"פ 5931/11 עבדולייב נ' מדינת ישראל (22.10.2013); ע"פ 3931/13 באום נ' מדינת ישראל (10.6.2014)). לאחר עיון בגזר דינו של בית המשפט המחוזי ובנימוקי הערעור ולאחר שמיעת הצדדים לפנינו, אני סבור כי המקרה הנוכחי אינו נמנה על אותם מקרים המצדיקים התערבות, כפי שיובהר להלן.

91. ראשית, אינני מקבל את הטענה כי בית המשפט המחוזי לא נתן משקל מספק לנסיבות המקרה ולנסיבותיו האישיות של המערער. גזר דינו של בית המשפט המחוזי מפורט היטב, לאורכו הוא מונה את כלל הנסיבות הקשורות ושאינן קשורות בביצוע העבירה באופן מסודר ומנומק, תוך מתן דגש רב לנסיבותיו האישיות של המערער, ובפרט מצבו הנפשי. יצוין, כי על המערער הוטל עונש ברף התחתון של מתחם הענישה, ניתן אף לומר ברף התחתון ביותר, מה שמעיד על כך שבית המשפט המחוזי שקל את כלל השיקולים הרלבנטיים וקבע כי הם מטים את הכף לטובת הטלת עונש ברף הנמוך (כפי שציין זאת מפורש בעמ' 11 לגזר דינו).

92. גם דין טענת המערער לפיה מתחם הענישה אינו תואם פסיקות קודמות רלבנטיות – להידחות. בית המשפט המחוזי ציין מספר מקרים בעלי מאפיינים דומים בהם נקבע מתחם דומה לזה שנקבע בעניין המערער. מעבר לצורך יצוין ויוזכר, כי העונש הקבוע בצד העבירה של ניסיון לרצח הוא 20 שנות מאסר. כל שכן, מתחם ענישה אשר הרף התחתון שלו הוא שש שנים, הוא סביר ומידתי בנסיבות העניין, ואינני רואה מקום להתערב בו.

93. עוד סבור המערער כי היה להטיל עליו ענישה מקלה בהתאם להערכת שירות המבחן אשר תומכת באי-החמרה עמו. לעניין זה, ידועה ההלכה לפיה תסקיר שירות המבחן, על אף הערכת מקצועיותו הרבה, מהווה המלצה בלבד ובית המשפט

רשאי להפעיל את שיקול דעתו בהתחשב בכלל האינטרסים העומדים לפניו (בש"פ 5309/05 צמח נ' מדינת ישראל (29.6.2005)). במקרה שלפנינו, לא ניתן לומר כי לא ניתנה התייחסות מספקת להמלצת שירות המבחן, שכן זו נסקרה בהרחבה בגזר הדין של בית המשפט המחוזי והיא נלקחה בחשבון עת גזר בית המשפט את דינו של המערער, כאמור – ברף התחתון של המתחם. על כן, אין בידי לקבל גם את טענתו זו של המערער.

94. זאת ועוד, המערער מלין על כך שבית המשפט המחוזי לא עשה שימוש בסעיף 40ד לחוק העונשין וחרג ממתחם הענישה לקולה בשל בשיקולי שיקום. גם דין טענה זו להידחות. אכן, בית המשפט רשאי להעניק בכורה לשיקולי שיקום בבואו לקבוע את העונש המתאים, ואכן ניכר כי המערער התחרט על מעשיו והסיכון להישנות עבירות דומות בעתיד פחת. אך לצד כל זאת, עומדת הפגיעה הקשה בערכים המוגנים של שלמות הגוף והנפש, קדושת החיים ותחושת הביטחון של קטינה בחיק משפחה. בית משפט זה עמד לא אחת על הצורך להביע את סלידתה החמורה של החברה כלפי מי שפגע פגיעה בגופו ובנפשו של הקורבן הקטין, פגיעה אשר לא בנקל תימחה על ידי חלוף הזמן (וראו למשל פסק דיני בע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סג(1) 752 (2009)). הפגיעה במקרה שלפנינו, בגופה ובנפשה של הקטינה וכמעט בחייה, אף בעלת חומרה מיוחדת שכן היא בוצעה בידי אדם קרוב ביותר אליה והאמון על ביטחונה – אביה, ובמקום שבו היא אמורה להיות בטוחה ביותר – ביתה. המערער ניסה להמית את בתו בבית המשפחה, ועל מעשה שכזה – המערער את יסודות ביטחונה ושלוותה של הקטינה – יש להביע סלידה ברורה וחד-משמעית. לכך יש להוסיף כי המעשה אף לא היה מקרי או כתוצאה ממעידה רגעית, אלא לאחר שקילה ותכנון מראש של המערער במשך זמן ממושך של כשבועיים ימים; וכן כי המעשה היא אליים למדי וכלל יותר מפעולה אלימה אחת על מנת להמית את הקטינה. כזכור, לאחר חניקתה באמצעות ידיו, המערער המשיך וחנוק אותה באמצעות חגורת מכנסיה עד אשר סבר כי היא נפחה את נשמתה.

לנוכח נסיבות אלה, אני סבור כי לא היה מקום לבכר שיקולי שיקום על פני האינטרס הציבורי, וכי העונש שהוטל על המערער, ברף התחתון של המתחם, הוא ראוי וניתן תוך התחשבות במערער עד מאוד. מטעמים אלו גם אין בידי לקבל את טענותיו של המערער לעניין שיקולי הצדק.

אשר על כן, דין ערעורו של המערער על גזר הדין להידחות אף הוא.

95. על כל האמור, אני מוצא כי צדק בית המשפט המחוזי כאשר הרשיע את המערער בעבירת הניסיון לרצח והטיל עליו את העונש האמור בפסקה 2 לעיל, ואני מציע לחבריי לדחות את הערעור.

שׁוֹפֵט

השופט א' שהם:

1. אני מסכים לחוות דעתו המקיפה והיסודית של חברי, השופט ס' ג'ובראן, ולדחיית הערעור כמוצע על-ידו. עם זאת, אבקש להעיר שתי הערות ביחס לפסק דינו של חברי.

2. ההערה האחת, נוגעת למשמעות המונח "מתוך חרטה". כפי שהבהיר חברי השופט ג'ובראן, ניתן למצוא בפסיקתו של בית משפט זה שתי גישות. הגישה האחת באה לידי ביטוי בע"פ 401/99 מצארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 561 (1999) (להלן: עניין מצארווה), שבו קבע השופט מ' אילן כי נדרשת חרטה "רגשית-מוסרית", שהיא מעין "חזרה בתשובה" של העושה, והיא אינה נובעת משיקולי כדאיות. לעומת זאת, נקבע בפסק דין קודם (ע"פ 7399/95 נחושתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105 (1998) (להלן: עניין נחושתן)), כי אין צורך בחרטה "מוסרית", הנעוצה בשינוי ערכי של העושה, ודי בכך שמדובר בחזרה מכוונתו של העושה לבצע את העבירה, גם אם מדובר מבחינתו בשיקולי כדאיות-כלכליים,

אישיים או חברתיים. כמו חברי, הנני סבור כי יש להעדיף את הגישה המופיעה בעניין נחשתן על פני הגישה האחרת, הנקוטה בעניין מצארווה, וכפי שניתן ללמוד מהמחקר המקיף שנערך על-ידי חברי בשיטות משפט אחרות, זאת הגישה המקובלת גם שם. שהרי, המטרה היא לעודד את העושה לחדול מהשלמת העבירה (בין אם מדובר בעבירה התנהגותית ובין אם בעבירה תוצאתית), ואין צורך לפשפש בעומק מניעיו לחדילתו מביצוע העבירה, מטרה שאליה יש לחתור מטעמי האינטרס הציבורי.

לפיכך, הנני מצטרף בהסכמה מלאה לגישתו זו של השופט ג'ובראן.

3. הערתי השנייה נוגעת לשאלה, האם ניתן להתייחס אל מעשיו של המערער כרצף אירועים אחד, או שמא מדובר באירועים נפרדים. לעניין זה יש חשיבות רבה, בבואנו לבחון את השאלה, האם המערער חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה. כזכור, המערער חנק ממושכות את המתלוננת באמצעות כפות ידיו, ולאחר מכן המשיך בחניקה באמצעות חגורת מכנסיה. המתלוננת הכחילה, לשונה השתרבבה מחוץ לפיה והיא איבדה את הכרתה. המערער חדל ממעשיו רק לאחר שהיה משוכנע כי הוא הביא למותה של המתלוננת. בשלב השני, לאחר שהמערער נוכח לדעת כי המתלוננת בחיים, מששבה להכרתה והקיאאה, הוא הזמין את גורמי הסיוע הרפואי. חברי השופט ג'ובראן נדרש לשאלה, האם מדובר ברצף אירועים אחד, שיש להתייחס אליו כאותו מעשה, או שמא יש להפריד בין האירועים, תוך קביעה כי כבר בשלב הראשון הושלמה עבירת הניסיון לרצח, ולכן אין להידרש כלל לטענה שעניינה פטור עקב חרטה. לאחר ניתוח הפסיקה הרלבנטית על רקע נסיבות המקרה הקונקרטי, ציין השופט ג'ובראן, כי בשים לב לעובדה שמדובר במעשה שכוונתו המתה "הבחינה נוטה כאמור לטובת פיצול ההתנהגות למעשים נפרדים" (פסקה 84 לחוות דעתו). המשמעות היא, "... כי בכך היה ניתן לסיים את הכרעתנו ולקבוע כי עבירת הניסיון לרצח הושלמה עת סיים המערער לחנוק את המתלוננת וסבר כי היא מתה, ומשכך לא עומד לו יותר הפטור עקב חרטה" (שם). עם זאת, סבר השופט ג'ובראן, כי עקב פער הזמנים הקצר בין המעשה לבין יציאתו של המערער להזעיק עזרה,

והחפיפה הראייתית הרבה בין ההתנהגויות, יש מקום לבחון את עמידתו של המערער בתנאי הפטור עקב חרטה. על יסוד הנחה זו, נקבע לבסוף כי המערער תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

דעתי בעניין זה שונה. לטעמי, יש לפצל את רצף האירועים וההתנהגויות של המערער לשני חלקים, שכל אחד מהם עומד בפני עצמו. בשלב הראשון, פעל המערער במטרה להביא למותה של המתלוננת, ועשה את כל הדרוש על מנת לקפח את חייה. המערער חנק אותה באמצעות ידיו ולאחר מכן באמצעות חגורה, והוא חדל ממעשיו רק לאחר שהיה משוכנע כי גרם למותה. בשלב השני, שכאמור גם הוא עומד בפני עצמו, הזעיק המערער את גורמי הסיוע הרפואי, אך זאת רק לאחר שנוכח לדעת כי המתלוננת שבה להכרתה. אינני סבור כי יש לראות רצף אירועים זה כאירוע אחד, שבמסגרתו פעל המערער על-מנת למנוע את התוצאות הנובעות ממעשיו. כאמור, המערער לא חדל מהמעשה הנורא, תוך כדי ביצועו, ולכן אין כל סיבה מוסרית או אחרת להעניק לו פטור מאחריות פלילית עקב חרטה, רק בשל החלטתו להזעיק את גורמי ההצלה, משנוכח לדעת כי מעשהו לא צלח. לדעתי, ניתן להתחשב בנתון זה, לכל היותר, כנימוק להקלה בעונש, אך אין כל הצדקה לפטור את המערער מאחריות פלילית, מסיבה זו.

לפיכך, ולו תשמע דעתי, הייתי קובע כי המערער אינו עומד באמות המידה הנדרשות לפטור עקב חרטה גם מטעם זה, ולא רק משום שהוא לא פעל "מחפץ נפשו בלבד", כפי שסבר חברי השופט ג'ובראן.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המעמיק של חברי, השופט ג'ובראן. גם לגישתי, בבואנו לפרש את המונח "מתוך חרטה", מוטב להסתפק בהוכחה כי הנאשם חזר בו מכוונתו לבצע את העבירה, ואין צורך בהוכחת רגשי חרטה מוסרית-רגשית בהקשר זה. הטעם המרכזי לכך נעוץ לשיטתי ברצון להכווין

התנהגות לעבר התוצאה הרצויה מבחינה ציבורית, דהיינו ברצון לספק לעושה תמריץ להימנע מהשלמת ביצוע העבירה, כפי שעמד על כך השופט ג'ובראן בחוות דעתו. חוששני כי הצבת רף גבוה יותר, כזה הכרוך ב"פשפש בעומק מניעיו" של העושה, בלשונו של השופט שהם, עלולה להפוך את הוראת הפטור עקב חרטה לאות מתה בספר החוקים. עוד מסכים אני ליישום הזהיר שערך השופט ג'ובראן של הוראת הפטור על המקרה הנוכחי ולתוצאה שאליה הגיע.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, כ"ט בסיון התשע"ה (16.6.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט