

## מעשה פלילי מהו? ביקורת הגדרת ה"מעשה" בדין הפלילי בישראל

שאול כהן\*

"מהו מעשה? ומהי אי־עשייה?" –

אף החכמים נבוכים בבואם לפסוק זאת.

שכן יש לתת את הדעת למעשה ולעשייה אסורה.

ואף על אי־העשייה יש לתת את הדעת –

מהותו של המעשה עמוקה מני תהום.<sup>1</sup>

"מעשה עברה" במסורת המשפט הפלילי בישראל הוא מושג אובייקטיבי־גשמי המורכב מצירוף של שלושה רכיבים עובדתיים נפרדים: "התנהגות", "נסיבות" ו"תוצאה". כל אחד מרכיבים אלו מבטא עובדות אובייקטיביות מסוימות, אשר צירופן זו לזו מעניק להן כינוי של סוג מסוים של מעשה. "מעשה פלילי", לפי ניתוח זה, הוא תיאור של מציאות אובייקטיבית מסוימת הקשורה ונלווית להתנהגות אנושית.

מאמר זה מבקש לאתגר תפיסה מסורתית זו, ולטעון כי "מעשה" בכלל ו"מעשה עברה" בפרט אינם מושגים עובדתיים־אובייקטיביים־גשמיים, כי אם מושגים שיפוטניים־נורמטיביים. הטענה תהיה כי הצגת "מעשה" כתיאור עובדתי־אובייקטיבי של מציאות גשמית מסוימת חוטאת למובן הבסיסי ביותר שבו בני אדם מן היישוב מתייחסים למושג זה – כמושג שתכליתו לייחס אחריות (ascription), ולא אך לתאר מצב עובדתי מסוים (description).

על יסוד הבחנה מרכזית זו יציג המאמר ניתוח ביקורתי ביחס להגדרת "היסוד העובדתי" בעברה לפי סעיף 18(א) לחוק העונשין בישראל. כן תוצג

\* דוקטור למשפטים, שימש כעשרים שנה פרקליט, ממונה וראש צוות במחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה; משמש כיום יועץ במשרד עורכי הדין בן צור קורב ושות'. המאמר מבוסס על ניתוח שהוצג בחלקו הראשון של הפרק השלישי של עבודת הדוקטורט שכתב המחבר (להלן ה"ש" 36) בהנחיית פרופ' אלון הראל ופרופ' ראם שגב מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. 1 בהגוואד־גיטה "שיר רביעי" שטפן צוויג עיני האח הנצחי (הראל קין מתרגם 2015).

השלכתה הלא-רצויה של הגדרה זו על היקף תחולתם של האיסורים הפליליים בישראל ועל היקף תחולתה של האכיפה הפלילית בדין המקומי בכלל. על יסוד מובנו הנורמטיבי של המושג "מעשה פלילי" יציע המאמר גם ניתוח חלופי למבנה העברה הפלילית. בסופו יציע המאמר גם מתודה פרשנית לבחינת היקף תחולתה של עברה פלילית, באופן ההולם את מובנו החברתי הנורמטיבי של "מעשה עברה".

## מבוא

פרק א: תוכן המושג "מעשה פלילי" במסורת המשפט האנגלי ובדין החקוק בישראל

1. "מעשה פלילי" במסורת המשפט האנגלי
  2. הגדרת "המעשה הפלילי" בדין בישראל
- פרק ב: תוכנו הנורמטיבי של המושג "מעשה" (Action)
1. "מעשה" – תיאור לשוני-עממי ותיאור לשוני-משפטי
  2. "מעשה" – התיאור הלשוני-העממי כשיפוט נורמטיבי
  3. "מעשה" – תיאור לשוני-משפטי כתיאור עובדתי גרידא?
  4. תורת המעשה – על "מעשה" ועל "גרם מעשה"
  5. "מעשה עברה" כמעשה אסור לכאורה ו"גרם מעשה עברה" כמעשה מותר לכאורה
  6. "הטרדה" ו"התעללות" – מעשי עברה נורמטיביים והדגמה נוספת
    - (א) מעשה של "הטרדה"
    - (ב) מעשה של "התעללות"

## פרק ג:

- "מעשה עברה כפשוטו" – ביאור מושגי
1. כללי
  2. מסורת הפילוסופיה האנליטית
  3. "המפנה הלשוני" – מעבר ממשמעות לשימוש
  4. משפטים מכונני משמעות בשפה
  5. שפה כאמצעי תקשורת – הצורך בהסכמה ביחס ליישומים השיפוטיים-הנורמטיביים של מושגים מכונני משמעות בשפה (כללים)
- פרק ד: "מעשה" ו"גרם מעשה" – "סיבתיות", "התנהגות", "נסיבות" ו"תוצאות"
1. "מעשה" ו"גרם מעשה" – "סיבתיות פיזיקלית" ו"סיבתיות נורמטיבית"
  2. "מעשה" כמושג אטומי וכולל, ו"גרם מעשה" כצירוף של רכיבים עובדתיים נפרדים
  3. "מעשה עברה" כ"ביצוע התנהגות" של העברה, ו"גרם מעשה עברה" כ"ביצוע תוצאות" של העברה

- (א) "עברות התנהגות" ו"עברות תוצאה" – האומנם?  
 (ב) "התנהגות" כ"הזזת שריר" או "תנועת גוף" – האומנם?  
 4. "מעשה" ו"תוצאה" – זיקת הקשר הסיבתי  
 5. "המעשה הפלילי" בעברות שהגדרתן מבוססת על רכיבים מובחנים נפרדים  
 פרק ה: ביקורת הגדרת "המעשה הפלילי" בדין הפלילי בישראל  
 1. מעשה כ"התנהגות", "נסיבות" ו"תוצאות" – ביקורת הגדרת "המעשה הפלילי" על פי סעיף 18 לחוק העונשין בישראל  
 2. ביקורת הגדרת "המעשה הפלילי" בפסיקה הישראלית  
 פרק ו: פרשנות היקף תחולתה של עברה פלילית  
 1. ביצוע עברה כביצוע "מעשה העברה כפשוטו" בלבד (ביצוע התנהגות)  
 2. "גרם מעשה" כמושג יחסי  
 פרק ז: אופני ההתפתחות הרצויים של איסורי המשפט הפלילי  
 סיכום  
 אחרית דבר

## מבוא

כלל גדול הוא בתורת האחריות הפלילית כי אין עברה בלא מעשה (nullum crimen sine actu).<sup>2</sup> אולם מהו "מעשה" או מהו תוכנו ההולם את מובנו הפלילי הן שאלות שנתרו בלתי פתורות בספרות התיאורטית של המשפט הפלילי. מאמר זה מבקש לבחון את תוכן המושג "מעשה" במסורת המשפט הפלילי, ולהציע לו ניתוח חדש שלפיו "מעשה" בכלל ולעניינו "מעשה פלילי" הם מושגים נורמטיביים-שיפוטניים, ולא עובדתיים-אובייקטיביים.

וזה יהיה סדר הצגת הטיעון במאמר: הפרק הראשון יסקור את המושג "מעשה פלילי", כפי שהתקבל בדין האנגלי ובדין הישראלי. הפרק השני יציג ניתוח חלופי של המושג "מעשה" כמושג נורמטיבי-שיפוטי, במובחן ממושג עובדתי-אובייקטיבי. בפרק השלישי אעמיק במושג "מעשה" מנקודת מבט פילוסופית-לשונית, ובשאלת משמעותיהם של מושגי פעולה (ומילים בכלל) בשפה. הפרק הרביעי יציע ניתוח חלופי לבחינת מרכיבי היסוד העובדתי ולסיווגן של עברות כ"תוצאות" או כ"התנהגות". בפרק החמישי אראה כיצד הניתוח שהצעתי למושג "מעשה" מאפיין את הגדרת סעיף 18 לחוק העונשין הישראלי כהרחבה עצומה של היקף האחריות הפלילית על ביצועו של כל מעשה עברה. בפרק השישי אציע פרשנות חלופית להיקף תחולתן של עברות

2 הרכיב ההתנהגותי הוא רכיב הכרחי בעברה מכוח כלל זה, בשילוב העיקרון שלפיו אין עונשין על דברים שבלב (cogitationis poenam nemo patitur). לעניין זה ראו גם ה"ש 22 להלן.

פליליות, שתתבסס על מובנו הנורמטיבי של המושג "מעשה" כפי שנוח במאמר זה. הפרק השביעי יתמודד עם ביקורות כלליות אפשריות על התזה של המאמר כולו. הפרק האחרון ישים לסיכום ולהצגת מסקנות נלוות.

## פרק א: תוכן המושג "מעשה פלילי" במסורת המשפט האנגלי ובדין החקוק בישראל

### 1. "מעשה פלילי" במסורת המשפט האנגלי

כאמור, עקרון יסוד בתורת האחריות הפלילית הוא כי אין עברה בלא "מעשה". אולם השאלה מהו "מעשה" היא שאלה מורכבת שהדעות בה חלוקות. במסורת המשפט האנגלי, למשל, אנו מוצאים לפחות שתי תפיסות מתחרות ביחס לתוכנו של מושג זה בהקשר של השימוש בו במשפט הפלילי.<sup>3</sup>

התפיסה האחת היא זו שהציע המלומד האנגלי ג'ון אוסטין,<sup>4</sup> ולפיה "מעשה" (act) הוא תנועה רצונית של הגוף (willed muscular/bodily movement).<sup>5</sup> הגדרה זו מציעה

3 לתיאור מלא של תפיסות אלו ראו JEROME HALL, GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 171–180 (2d ed. 1960).

4 JOHN AUSTIN, LECTURES ON JURISPRUDENCE OR THE PHILOSOPHY OF POSITIVE LAW 411–424 (5th ed. 1911). אוסטין הושפע מהתיאוריה שהוצגה בספרו של הפיזיולוג תומס בראון: THOMAS BROWN, INQUIRY INTO THE RELATION OF CAUSE AND EFFECT § 3 (3d ed. 1818). לעניין זה ראו H.L.A. Hart, *Acts of Will and Responsibility*, in PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW 90, 97 (1968). כן ראו R.D. MACKAY, MENTAL CONDITION DEFENCES IN THE CRIMINAL LAW 8–9 (1995); P.J. Fitzgerald, *Voluntary and Involuntary Acts*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE: A COLLABORATIVE WORK 6 (A.G. Guest ed., 1961); Donald Davidson, *Agency*, in ESSAYS ON ACTIONS AND EVENTS 43, 59 (1980); Arthur C. Danto, *Basic Actions*, in THE PHILOSOPHY OF ACTION 43, 46–47 (Alan R. White ed., 1968); LAWRENCE H. DAVIS, THEORY OF ACTION ch. 2 (1979); GLANVILLE WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 147–148 (2d ed. 1983); Julia Annas, *How Basic Are Basic Actions?*, 78 PROC. ARISTOTELIAN SOC'Y 195 (1978). ראו גם R. v. Burr [1969] N.Z.L.R. 736, 748 (N.Z.). תיאוריה זו השפיעה במידת מה גם על הספרות המשפטית-העיונית הקונטיננטלית – ראו, למשל, GUSTAV RADBRUCH, DER HANDLUNGSBEGRIFF IN SEINER BEDEUTUNG FÜR DAS STRAFRECHTSSYSTEM 75, 98 (1903); CLAUD ROXIN, STRAFRECHT: ALLGEMEINER TEIL I: GRUNDLAGEN. DER AUFBAU DER VERBRECHENSLEHRE 239–255 (4th ed. 2006).

5 לפי תפיסתו של אוסטין, המילה "act" כוללת באופן מובנה את מובנה כ"רצונית", וזאת משום ש-act לא יכול להיות "לא רצוני" – ראו AUSTIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 415. במאמר זה לא אעסוק במובנו של המונח בהקשר זה.

הבחנה חדה וברורה בין ה"מעשה" במובנו זה לבין "נסיבותיו" או "תוצאותיו": במעשה של ירי באקדח על אדם ופציעתו או גרימת מותו יש להבחין, לשיטתו של אוסטין, בין הפעולות של הרמת האקדח, כיוונו אל עבר אדם אחר והלחיצה על ההדק – שהן התנועות הגופניות ולכן ה"מעשה" – לבין מכת פטיש האקדח והנוקר שלו על פיקת הכדור, התלקחות אבק השרפה בתרמיל הכדור, מעופו של הכדור מן האקדח ופציעתו או מותו של האדם האחר, שהם כולם "תוצאות" עובדתיות שנגרמו מן ה"מעשה". בה במידה, "נסיבות", לשיטתו של אוסטין, הן עובדות מסוימות שנלוות למעשה אך חיצוניות לו. כך, אפילו אמצעים (means or instruments) שבהם נעשה שימוש לצורך הוצאת ה"מעשה" אל הפועל (למשל, האקדח או אפילו אצבעותיו של הפועל)<sup>6</sup> שלחצו על הדק האקדח) הם "נסיבות" בלבד, המובחנות מן המעשה כשלעצמו. היסוד העובדתי של עברה, לפי תפיסה זו, מבטא את התגבשותן המשולבת של עובדות אובייקטיביות-גשמיות מסוימות, שיש להן ביטוי ממשי במציאות. תפיסה זו של מבנה ה"מעשה הפלילי" אומצה על ידי השופט האמריקני הנודע אוליבר הולמס,<sup>7</sup> וחדרה באמצעותו גם למסורת המשפט האמריקנית.<sup>8</sup>

התפיסה האחרת היא זו שהציע המלומד האנגלי החשוב ג'ון סלמונד, ולפיה "מעשה" (act) כולל במשמעותו הן את התנועה הגופנית של הפועל (או ההימנעות ממנה), הן את נסיבותיה הנלוות והן את תוצאותיה.<sup>9</sup> בדוגמה לעיל של הירי באקדח, לטענת סלמונד, ה"מעשה" כולל בתוכו גם את הנסיבה של היות האקדח טעון ומוכן לירי, גם את הנסיבה של מיקום האדם שנורה בקו האש של האקדח, גם את תוצאת הירי על כל מרכיביה (החל במכת הפטיש ועד ליציאת הכדור מבית הכליפה) וגם את תוצאת הפגיעה בגופו של האדם שנורה, קרי, פציעתו או מותו.

סלמונד, שביקר את תפיסתו של אוסטין, טען כי צמצום מובנו של "מעשה" לכדי "תנועה גופנית" בלבד מכליל את כל סוגי ה"מעשים" תחת אותו תיאור (פעולה גופנית), באופן המותיר אותנו בלא יכולת להבחין בין סוגים שונים של "מעשים".<sup>10</sup> כך, למשל, מעשה של "רצח" ניתן לתיאור, בדרכו של אוסטין, כתנועת גוף (ירי באקדח, כמתואר מעלה, או נעיצה של סכין) בנסיבות מסוימות (על גופו של אדם) שגרמה לתוצאה של מוות. אולם, על פי ביקורתו של סלמונד, "רצח" הוא גם שם של "מעשה" השונה בתוכנו ממעשים אחרים גם במובנו כמעשה, ולא רק בתוצאותיו או בנסיבותיו.<sup>11</sup> "לרצוח" זה שם של פעולה ספציפית (גנרית), של מעשה מסוג מסוים, ולא של פעולה כללית ("תנועת גוף") השונה מפעולות אחרות רק בנסיבותיה או בתוצאותיה (והוא הדין גם ביחס למעשים אחרים).

6 שם, בעמ' 413.

7 OLIVER WENDEL HOLMES, JR., THE COMMON LAW 91 (1881).

8 HALL, לעיל ה"ש 3, בעמ' 172.

9 JOHN WILLIAM SALMOND, SALMOND ON JURISPRUDENCE 399–402 (11th ed. 1957).

10 שם, בעמ' 401–402.

11 שם, בעמ' 401.

כפי שהראה המלומד האמריקני ג'רום הול,<sup>12</sup> לאימוצה של כל אחת מן התפיסות האמורות של המושג "מעשה" יש השלכה רחבה על האפשרות להסביר או להצדיק סוגים שונים של איסורים פליליים, כמו גם על שאלת היקפה הראוי של האחריות הפלילית. הול, שהיטיב להציג את יתרונותיה וחסרונותיה של כל אחת מהתפיסות האלה,<sup>13</sup> טען גם כי שתי התפיסות הנזכרות חלחלו, זו לצד זו, אל הספרות המשפטית-המקצועית האנגלו-אמריקנית,<sup>14</sup> ויצרו בכך אי-בהירות מסוימת בניתוחם של קשיים מושגיים ובמבנה הרעיוני של המשפט הפלילי.<sup>15</sup>

## 2. הגדרת "המעשה הפלילי" בדין בישראל

סעיף 18 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, מגדיר את רכיבי היסוד העובדתי של העברה הפלילית (בעקבות חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון 39 לחוק העונשין)) כך:

"מבנה היסוד העובדתי

(א) 'פרט', לעניין עבירה – המעשה בהתאם להגדרתה, וכן נסיבה או תוצאה

שנגרמה על ידי המעשה, מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה."

עיון בהגדרה זו מלמד כי מדובר באימוץ סטטוטורי של ניתוח המושג "מעשה פלילי" של אוסטיין: ההגדרה, לפי לשונה, מבססת הבחנה ברורה בין "מעשה", "נסיבה" ו"תוצאה" בתוך "מבנה היסוד העובדתי" של העברה.

12 HALL, לעיל ה"ש 3, בעמ' 171–211.

13 דומה כי מלומדים אנגלים שונים נמנעו במכוון מלהכריע לטובתה של מי מן התפיסות הנזכרות. לעניין זה ראו, למשל, J.W. CECIL TURNER, KENNY'S OUTLINES OF CRIMINAL LAW 18 (19th ed. 1966); J.W. CECIL TURNER, RUSSELL ON CRIME 18 (12th ed. 1964) SEYMOUR, ראו גם F. HARRIS & CHARLES L. ATTENBOROUGH, PRINCIPLES OF THE CRIMINAL LAW 1 (9th ed. 1901): "We term a flagitious act a crime rather on account of its consequences than from any regard to such intrinsic characteristics". ניסוח זה מתייחס לכל מעשה פלילי ככולל באופן אינהרנטי תוצאה (פגיעה בערך חברתי מוגן שעברה מסוימת מבקשת למנוע).

14 בספרי הלימוד האנגליים (textbooks) קיימת נטייה להתייחס למושג "מעשה פלילי" בדרכו של אוסטיין. לעניין זה ראו A.P. SIMESTER ET AL., SIMESTER AND SULLIVAN'S CRIMINAL LAW: THEORY AND DOCTRINE 71–72 (6th ed. 2016); ANDREW ASHWORTH & JEREMY HORDER, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 83–86, 102–103 (7th ed. 2013); DAVID ORMEROD & KARL LAIRD, SMITH AND HOGAN'S CRIMINAL LAW 53–55 (14th ed. 2015). עם זאת, מדובר באמצעי תיאורי גרידא של המושג, ולא בהכרעה רעיונית-עקרונית בעד גישתו התיאורית של אוסטיין. לעניין זה ראו SIMESTER ET AL., שם, בעמ' 71–72. ראו גם ORMEROD & LAIRD, שם, בעמ' 57–58.

15 HALL, לעיל ה"ש 3, בעמ' 175.

אומנם, הביטוי "מעשה", שבו נעשה שימוש בסעיף 18(א) לחוק העונשין, לא הוגדר מפורשות בסעיף זה או בכל דבר חקיקה ישראלי אחר. אולם התפיסה המקובלת בפסיקה ובספרות המשפטית בישראל היא כי "ה'מעשה' הוא התרומה הגופנית-מוטורית האקטיבית של האדם להתהוות העבירה (להבדיל מהתנהגות על דרך של 'מחדל' שהינה תרומה פסיבית להתהוות העבירה)" <sup>16</sup> (להלן: הרכיב ההתנהגותי). כמו כן, על פי הגדרה זו, "מעשה" הוא מושג המובחן מנסיבותיו ומתוצאותיו. יסודה של תפיסה זו – על פי שני מובניה אלו – הוא כאמור במסורת הגותו של אוסטיין.<sup>17</sup>

רכיב נוסף במבנה היסוד העובדתי של העברה לפי הגדרת סעיף 18(א) לחוק העונשין (שוב, בהתאם למסורת הגותו של אוסטיין) הוא כל נסיבה הנמנית עם הגדרתה של העברה (להלן: הרכיב הנסיבתי). במסורת המשפט הפלילי בישראל, הרכיב הנסיבתי נחשב כ"משתייך למערכת נתונים המצויים במציאות האובייקטיבית, אשר אין לעושה העבירה כל שליטה עליהם באמצעות הרכיב ההתנהגותי של העבירה, ואין כל זיקה סיבתית בין הרכיב הנסיבתי לרכיב ההתנהגותי הקבוע באותה עבירה".<sup>18</sup> לפי תפיסה זו, הרכיב הנסיבתי מובחן באורח חד וברור מן הרכיב ההתנהגותי (מן הבחינה התוכנית) ומתקיימת איתלות מוחלטת ביניהם (מצד הזיקה הסיבתית).<sup>19</sup>

הרכיב השלישי במבנה היסוד העובדתי של העברה לפי הגדרת סעיף 18(א) לחוק העונשין הוא כל "תוצאה שנגרמה על ידי המעשה" ואשר נמנית עם הגדרתה של העברה (להלן: הרכיב התוצאתי). במסורת המשפט הפלילי בישראל, הרכיב התוצאתי מבטא פגיעה באובייקט פיזי-מוחשי שמנויה בהגדרת העברה, שנפקותה היא פגיעה בערך המוגן בעברה,<sup>20</sup> ואשר מקיימת זיקה סיבתית עם הרכיב ההתנהגותי.<sup>21</sup> (ה"מעשה" או "תנועת הגוף") אך אינה זהה לו.

לבסוף, לפי לשון סעיף 18(א) לחוק העונשין, הרכיב ההתנהגותי (ה"מעשה") משמש רכיב הכרחי בעברה,<sup>22</sup> בעוד הרכיב התוצאתי והרכיב הנסיבתי הם רכיבים

16 יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 205 (מהדורה שלישית 2014); ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 375, 381–382 (1984). ניתוח שונה מעט הוצג על ידי גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך א 570–586 (2009), שם נטען כי המחוקק הישראלי נמנע מלהכריע בין תיאוריות שונות לגבי טיבו של ה"מעשה" (הרכיב ההתנהגותי). אולם גם הלוי מסכים כי לפי ס' 18 לחוק העונשין כל "פעולה גשמית" עולה כדי הרכיב ההתנהגותי של העברה.

17 ראו Austin, לעיל ה"ש 4, בעמ' 411–424.

18 רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 267.

19 שם, בעמ' 267–268; פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 376–379 ו-382–383.

20 רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 287–288; פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 375, 420–421 ו-424–425; הלוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 728–736 (אם כי הלוי מגדיר את היסוד התוצאתי בצורה שונה מעט).

21 רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 296–298; פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 375 ו-428–429.

22 מכוח העיקרון שאין עברה בלא מעשה – ראו לעיל ה"ש 2 והטקסט שלידה. לעניין זה ראו גם את דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 115, 123 (להלן: הצעת תיקון 39 לחוק העונשין); הלוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 553–554 ו-565–568; פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 372–373; רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 204; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל,

אפשריים בלבד.<sup>23</sup> על יסוד הבחנה זו התבססה במסורת המשפט הפלילי (זו המבוססת על הגותו של אוסטיין) גם הבחנה נוספת – זו שבין "עברות התנהגות" ל"עברות תוצאה".<sup>24</sup> "עברות התנהגות" הן עברות שעל פי הגדרתן אינן מותנות בהתגבשותו של רכיב תוצאתי; ולעומתן "עברות תוצאה" מותנות בהתממשותה של תוצאה מזיקה המנויה בהן ובזיקה סיבתית בינה לבין הרכיב ההתנהגותי בעברה.<sup>25</sup> הבחנה זו לא קיבלה אומנם ביטוי סטטוטורי מפורש בחוק החרות,<sup>26</sup> אך היא מושרשת היטב במסורת המשפט הפלילי בישראל.<sup>27</sup> למעשה, מדובר אף בהבחנה הכרחית, הנגזרת מהפרדת רכיב ה"תוצאה" מרכיב ה"התנהגות" לפי סעיף 18(א) לחוק העונשין (התוצאה אינה חלק ממובנה של ההתנהגות בעברה, כדרך שטען אוסטיין, בעוד לשיטת סלמונד המושג "מעשה" כולל התנהגות, נסיבה/ות ותוצאה, בלא יכולת להתייחס אליהן כאל רכיבים נפרדים בתוך מושג זה).

שלושה רכיבים אלו של היסוד העובדתי בעברה, המכונה בלעז actus reus,<sup>28</sup> נחשבים בדין הישראלי – בהתאם להגדרותיהם האמורות ולמסורת פרשנותם – כרכיביה

פ"ד נ(5) 221, פס' 33 לפסק הדין של השופט מצא (1996); דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 175, 145 (2000).

23 כלשון ס' 18(א) לחוק העונשין: "...מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה". ראו גם רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 287; פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 420.

24 רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 287 ו-289-290. הבחנה זו קיימת, אם כי לא באופן נוקשה או דוקטרינרי, גם בדין האנגלו-אמריקני. לעניין זה ראו SIMESTER ET AL., לעיל ה"ש 14, בעמ' 71; ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 14, בעמ' 53; GERALD. H. GORDON, THE CRIMINAL LAW OF SCOTLAND 63 (2d ed. 1978). לביקורת על הבחנה זו ראו R v. Treacy [1971] AC (HL) 537, 560 (appeal taken from Eng.).

25 לדוגמה, עברת האיגוס, שהוגדרה (באחת מחלופותיה) בס' 345(א) לחוק העונשין כ"הבועל אשה – שלא בהסכמתה החופשית", היא "עברת התנהגות" לפי ההבחנה האמורה, שכן היא אינה מותנית ברכיב תוצאתי (מעשה הבעילה הוא הרכיב ההתנהגותי, והעדר ההסכמה הוא הרכיב הנסיבתי). לעומת זאת, העברה של "קבלת דבר במרמה" לפי ס' 415 לחוק העונשין היא "עברת תוצאה", המותנית ב"קבלת דבר" כתוצאה ממעשה של מרמה (תוצאה שנגרמה מהתנהגות).

26 כפי שצינו בצדק רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 287, ס' 56 להצעת תיקון 39 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 22, הציע להגדיר "עבירה של התנהגות" בחוק, אך הצעה זו לא התקבלה.

27 ראו, למשל, עניין אלבה, לעיל ה"ש 22; ע"פ 6294/11 פלוני נ' מדינת ישראל (אר"ש 20.2.2014); ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (אר"ש 31.12.2008).

28 מושג לטיני זה חדר לדין האנגלי אגב ציטוט אמרתו של אדוארד קוק: "Actus non facit reum, nisi mens sit rea". לעניין זה ראו EDUARDO COKE, THE THIRD PART OF THE INSTITUTES OF THE LAWS OF ENGLAND: CONCERNING HIGH TREASON, AND OTHER PLEAS OF THE CROWN, TURNER, KENNY'S OUTLINES OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL CAUSES (1797). כן ראו GLANVILLE WILLIAMS, CRIMINAL LAW: THE GENERAL PART 1; 19-17, בעמ' 13, לעיל ה"ש 13, בעמ' 17-19; (2d ed. 1961); Haughton v. Smith [1975] AC 476 (HL) 491 (appeal taken from Eng.). ראו גם יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 154 (1981); רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 203.

**העובדתיים-האובייקטיביים-הגשמיים** של העברה הפלילית:<sup>29</sup> מדובר בעובדות אובייקטיביות-גשמיות; שנפרדות ומובחנות זו מזו באופן חד וברור; שיש להן ביטוי במציאות הממשית; שצירופן זו לזו עולה כדי הגדרתה של עברה קיימת בדין החקוק; ואשר תכליתן היא להגדיר את טיב ההתנהגות שנאסרה על פי אותה עברה בנסיבותיה, כמו גם את תוצאתה האסורה (בעברות שתוצאה כזו מנויה בין רכיביהן). זהו אם כן תוכן המושג "מעשה עברה" בדין המקומי (להלן: מעשה עברה), שצירוף רכיביו העובדתיים-האובייקטיביים מגלם תוכן של מעשה שנאסר בדין (להלן: המעשה האסור).

אולם, חרף שורשיה העמוקים של מסורת פרשנית זו של המושג "מעשה" במשפט הפלילי המודרני, אני סבור כי מדובר בניתוח **שגוי מיסודו** של המושג האמור, לפחות בהקשר של המשפט הפלילי ("מעשה פלילי"). בפרק שלהלן אציג ניתוח חלופי למושג "מעשה" בכלל ולמושג "מעשה פלילי" בפרט, ואטען כי ענייננו במושג **נורמטיבי**, ולא עובדתי-אובייקטיבי. בפרקים ד-ו אציג את ההשלכות של ניתוח זה על מובנם של רכיבי העברה ועל המבנה שלה; על היקף תחולתן של עברות פליליות ותחום היקפה של האחריות הפלילית בכלל; ועל דרכי פרשנותה הראויים של העברה.

## פרק ב: תוכנו הנורמטיבי של המושג "מעשה" (Action)

### 1. "מעשה" – תיאור לשוני-עממי ותיאור לשוני-משפטי

"ראובן תקף את שמעון"; "שמעון הטריד את העד לוי"; "לוי התעלל בחסר ישע". שלושה היגדים אלו הם דרכי ביטוי מקובלות של הדיוטות מן היישוב – חסרי הכשרה, תודעה או השכלה משפטיות – לתיאור מעשים ופעולות בשפת היומיום (להלן: תיאור לשוני-עממי). לצד זאת, היגדים אלו הולמים גם את אופני התיאור של מעשי עברה לפי סעיפים שונים בחוק העונשין<sup>30</sup> בשפה השגורה על לשונם של משפטים (להלן: תיאור לשוני-משפטי). אולם מקובל לחשוב כי אופני התיאור הלשוניים-העממיים של מעשים או פעולות אשר זהים בצורתם המילולית – הן מבחינה פונטית והן מבחינה גרפולוגית ("תקיפה", "הטרדה", "התעללות") – לאופני התיאור הלשוניים-המשפטיים של מעשי

29 פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 371 ו-381-382; לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 154; הלוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 551-553, 557 ו-570-573; רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 203; חאלד גנאים **ההבחנה בין הצדקה-בדין לבין סליחה-בדין, ערוכה על-פי סייג הצורך** 75-77 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים 2000); ע"פ 132/57 נכט נ' **היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יא 1544, 1550 (1957) (הדין לפני תיקון 39 לחוק העונשין); ע"פ 3417/99 **הרשפי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 761, 735 (2001).

30 ס' 378-380 (תקיפה), 249 (הטרדה עד) ו-368 (התעללות) לחוק העונשין.

עברה אינם זהים להם בהכרח, ואולי אף על דרך הכלל, במובנם התוכני.<sup>31</sup> הם עשויים להיות שונים אלה מאלה, במעט או ברב, בתוכניהם.

על רקע זה אני מבקש לעורר את השאלה הבאה: אימתי ייפול תוכן התיאור הלשוני-העממי "ראובן תקף את שמעון" גם בגדרו של תוכן התיאור הלשוני-המשפטי על פי מושגיה של עברת התקיפה? ובכן, בקרב קהיליית המשפטים מקובל לחשוב כי תוכן התיאור הלשוני-המשפטי של מעשה עברה אינו נגזר ממובן הלשוני-העממי של מילות התואר הנבחרות, כי אם מהגדרתו הסטטוטורית של אותו מעשה עברה, שממנה יוצא המשפטן אל מלאכת תיאור מעשיו של אדם העומדים לביקורתו. תרשים הזרימה של הליך התיאור הלשוני-המשפטי של פעולה כ"מעשה עברה" הוא מן ההגדרה הסטטוטורית אל מילות התואר הנבחרות, בעוד זה של התיאור הלשוני-העממי של אותה פעולה הוא ממובן העממי של מילות התואר הנבחרות אל ההגדרה (המילונית, למשל).<sup>32</sup> ההגדרה הסטטוטורית של מעשה עברה היא המעניקה למילות התואר הנבחרות לתיאור אותו מעשה את תוכן; בעוד התוכן העממי המקובל של אותן מילות תואר הוא המעצב את הגדרתו המילונית של אותו מעשה. שני הליכי התיאור האמורים הם אפוא הופכיים זה לזה. כך לפחות מקובל לחשוב בקרב קהיליית המשפטים.<sup>33</sup>

לפי גישה זו, "ראובן תקף את שמעון", במובנו של התיאור הלשוני-המשפטי, אם ורק אם ראובן "הכה", "נגע", "דחף" או "הפעיל על גופו [של שמעון] כוח", כהגדרתה החלופית של ההתנהגות בעברת התקיפה. הגדרת מעשה העברה הסטטוטורית "פורטת" את המושג "מעשה" ל"פרוטות", קרי, להיבטיה החיצוניים-הגלויים-האובייקטיביים של ההתרחשות הגשמית הנצפית במציאות. התגבשות ה"פרוטות" העובדתיות-האובייקטיביות-הגשמיות של ההתרחשות החיצונית-הגלויה של "אירועים" אלו היא המכוננת את תיאורה של התרחשות זו כ"מעשה עברה" של "תקיפה", והזיקה העובדתית-האובייקטיבית-הגשמית בין גופו של ראובן להתרחשות זו מכוננת את ייחוס "מעשה העברה" לראובן בתיאור הלשוני-המשפטי "ראובן תקף את שמעון".

31 P.J. Fitzgerald & Glanville Williams, *Carelessness, Indifference and Recklessness*: ראו *Two Replies*, 25 MOD. L. REV. 49 (1962).

32 לשאלה אם ניתן בכלל לדבר על "שפה רגילה" (ordinary language), שיש בה תכנים מוסכמים למילים ולמושגים, ראו Gilbert Ryle, *Ordinary Language*, 62 PHIL. REV. 167 (1953). אולם איני מבקש לטעון כי אכן קיימת שפה כזו במובן האפריורי (קרי, שלמילים או מושגים שונים בשפה היומיומית ניתן להציג תוכן מוגדר אפריורי), אלא, כדרך שטען ויטגנשטיין, כי תוכני המילים בשפה ה"רגילה" הם אלה הנגזרים מן השימוש שנעשה בהם בפועל. במובן זה, ההגדרה המילונית של מילה אינה הגדרה מכוננת, אלא הגדרה המותנית ביישום. לעניין זה ראו לודוויג ויטגנשטיין **חקירות פילוסופיות** פס' 10, 251 (יעקב גולומב עורך, עדנה אולמן-מרגלית מתרגמת התשנ"ה).

33 ראו, למשל, ג'ורג' פ' פלטר **מושגי יסוד במשפט הפלילי** 131 (אפרים הייליקסר ומרדכי קרמניצר עורכים, מוחמד ס' ותד מתרגם 2018). פלטר מדגיש שם את הצורך לעמוד על הבחנה זו (אם כי הוא משתמש במונחים אחרים, אשר מספקים לטעמי תמונה בהירה פחות של ההבחנה). ראו גם H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 124–127 (2d ed. 1994).

המעשה/הפעולה במובנם המשפטי המקובל אינם אפוא אלא תיאור של התרחשות (או אירוע) בעלת מאפיינים אובייקטיביים-גשמיים גרידא.<sup>34</sup> ההיגד "ראובן תקף את שמעון" הוא תיאור של התרחשות שבה גופו של ראובן קיים מגע כוחני עם גופו של שמעון כעניין עובדתי במציאות, אשר ניטרלי כשלעצמו מכל מטען שיפוטי-נורמטיבי, ממש כדרך שמתארים תהליכי טבע: ה"מעשה", בתוכנו זה, נעשה זהה לאירוע טבע. ביטוי מובהק לתפיסה זו נמצא בניסוח שהציע לה גבריאלי הלוי:

"המעשה בדיני העונשין מוגדר כדלהלן:

**מעשה – פעולה גשמית בעלת היצג עובדתי חיצוני.**

...גשמיותה של הפעולה ניכרת בביטוי האובייקטיבי-חיצוני שלה, כלומר שלפעולה הספציפית קיים היצג עובדתי ספציפי בעולם המעשה... כך, חפה הגדרה זו מכל מאפיין שאינו אובייקטיבי-חיצוני והיא בנויה באופן טהור על מאפיינים אובייקטיביים חיצוניים..."<sup>35</sup>

זוהי אפוא משמעותו המשפטית המקובלת של המושג actus reus, הנחשב כרכיב העובדתיים-האובייקטיביים-הגשמיים-החיצוניים של העברה, שהם המכוננים את תוכני המושג "מעשה עברה", אשר לצידו, באורח נפרד ומובחן לחלוטין, מתקיימים רכיבי העברה הסובייקטיביים והרכיבים של סייגי האחריות השיפוטיים-המוסריים,<sup>36</sup> שאין להם כל מעמד בהגדרת תוכנו של "מעשה עברה".<sup>37</sup>

34 פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 371 ו-381-382; לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 154; הלוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 551-554, 557 ו-570-573; רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 203; גנאים, לעיל ה"ש 29, בעמ' 75-77; עניין נכט, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1550 (הדין לפני תיקון 39 לחוק העונשין).

35 הלוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 570-571 (ההדגשות במקור). מדובר בביטוי קיצוני של תפיסה זו, שכן בהמשך הדברים טוען הלוי כי מעשה פלילי אף אינו חייב להתאפיין כלל כפעולה של "בעל רצונות", ועל כן הוא עשוי להתגבש גם ב"פעולה" של רובוט. בכך המעשה מאופיין במובן הקיצוני ביותר כאירוע טבע אובייקטיבי, שאין לו בהכרח קשר לפעילות אנושית דווקא.

36 על המאפיין השיפוטי-המוסרי של סייגי האחריות הפלילית הרחבתי במקום אחר: שאול כהן היסוד של הפוזיות במשפט הפלילי 27 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים 2020).

37 ההבחנה בדיון הישראלי בין יסודות העברה לסייגי האחריות הפלילית היא הבחנה חדה ודיכוטומית. ראו בעניין זה שם, בעמ' 40-43. זאת, להבדיל מן הדין האנגלי, שבו הבחנה זו היא צורנית-אינסטרומנטלית. ראו ASHWORTH & HORDER, לעיל ה"ש 14, בעמ' 116-117 ו-193-194; ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 14, בעמ' 321; Beckford v. R [1988] AC 130, 144 (PC); (appeal taken from Jam.).

## 2. "מעשה" – התיאור הלשוני-העממי כשיפוט נורמטיבי

מעבר לעובדה שהניתוח האמור של המושג "מעשה" העומד ביסוד התיאור הלשוני-המשפטי אינו הולם אפילו את תוכנו המילולי-הלשוני של המושג המשפטי <sup>38</sup>actus reus, יש בו גם משום התכחשות מוזרה (ואף בלתי רצויה, לדעתי) למשמעותו הנורמטיבית האינהרנטית של המושג "מעשה" כמושג שנועד לתאר **פעולה אנושית** (human action). תיאור של פעולה אנושית – קרי "מעשה", להבדיל מתיאור של אירועי טבע<sup>39</sup> או התרחשויות – אינו סובל רדוקציה מסוג זה לרכיבי היבטיה החיצוניים-הגשמיים של הפעילות בלבד,<sup>40</sup> שכן (כפי שיובהר להלן) תיאור זה הוא מקיף-כל מעצם טיבו, וכולל היבטים הקשריים רחבים הרבה יותר. יתר על כן, ברדוקציה זו יש לדעתי גם כדי לפגוע קשות בקידום מטרותיו ויעדיו של המשפט הפלילי.

על מנת ליתן ביטוי מוחשי לטענה פילוסופית מורכבת זו, אבחן את הדוגמה שלהלן: ראובן הוא כירורג במקצועו. במסגרת עיסוקו זה הוא מנתח את שמעון. במהלך הניתוח, וכדרך הטבעית שבה הדברים נעשים, הוא מפעיל כוח על גופו של שמעון (ואולי אף עושה בו חתכים כירורגיים). עתה נפנה אל התיאור הלשוני-העממי של פעולתו של ראובן, כפי שהוא מנוסח על ידי המתבונן-הצופה מן היישוב.

לדעתי, להדיוט מן היישוב הצופה בפעולת הניתוח של שמעון לא יחלוף במחשבה, ולו ברמז קל, היגד תיאורי מן הסוג "ראובן תקף את שמעון". לעומת זאת, סביר עד מאוד להניח כי הוא יתאר פעולה זו כ"ראובן ניתח את שמעון" (או "טיפל" בו או "עשה בגופו חתך כירורגי", להבדיל מ"פצע"). אם נבקש מאותו מתבונן-הדיוט למקד את המבט ולתאר בנפרד כל פעולה מפעולותיו של ראובן באופן ספציפי, ייתכן בהחלט שהוא יתאר חלק מפעולות אלו כ"ראובן הפעיל כוח על גופו של שמעון", אולם הוא ימנע לדעתי משימוש כלשהו בשם הפעולה "תקיפה" לתיאור התרחשות זו.<sup>41</sup> יתר על

38 התרגום המילולי הפשוט של מושג זה הוא "מעשה בר אשם" (guilty act), כלומר, הוא כולל את השיפוט הנורמטיבי של המעשה כמכונן אחריות, להבדיל מתיאור עובדתי-אובייקטיבי גרידא. לעניין זה ראו ADOLF BERGER, ENCYCLOPEDIA OF ROMAN LAW 683–684 (1953) (definition of "Reus"); P.H. COLLIN, DICTIONARY OF LAW 5 (2d ed. 1993) (definition of "actus reus").

39 כך ביחס למושג "מעשה" בכלל וכך ביחס למובנו בהקשר הפלילי: תכליתו של תחום משפטי זה הוא בביקורת פעולותיהם של בני אדם, ולא בביקורת אירועי טבע. ראו לעניין זה פלטשר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 96.

40 אירוע טבע עשוי להיות פוגעני ומצער, אך הוא אינו עניין לשיפוט נורמטיבי ולכן גם לא לשיפוט פרסונלי-איש. כפי שטען גרנר, בכך המשפט הפלילי שונה באופן יסודי מן המשפט האזרחי. ראו John Gardner, *On the General Part of the Criminal Law*, in PHILOSOPHY AND THE CRIMINAL LAW: PRINCIPLE AND CRITIQUE 205, 236–237 (Antony Duff ed., 1998).

41 על הפער בין הגדרת "מעשה" כתנועה גופנית לבין משמעותו בשימוש הרגיל של השפה ראו SALMOND, לעיל ה"ש 9, בעמ' 401.

כן, אם נציע למתבונן זה לכנות ולו רק חלק מסוים מפעולותיו של ראובן בהטיה כזו או אחרת של השורש ת-ק-ף, דומני שלא נופתע אם הלה יגלה התנגדות לכך.<sup>42</sup> אם הנחתי זו אכן נכונה, אזי מה ביכולתנו ללמוד מתיאור לשוני-עממי זה של פעולותיו של ראובן הכירורג על ידי המתבונן-ההדיוט? מדוע חרף העובדה שמתבונן זה עשוי להסכים לתיאור "ראובן הפעיל כוח על גופו של שמעון" הוא יימנע מלהגדיר את פעולתו של ראובן כ"תקיפה", וזאת אף שהגדרת מעשה של "תקיפה" כ"הפעלת כוח על גופו של אדם" היא לכאורה הגדרה סבירה בהחלט? לדעתי, הטעם לכך נעוץ בעובדה שהמושג "מעשה" – כל מעשה, ובענייננו "תקיפה" – אינו מושג המבוסס על תיאור עובדתי (factual description) של התרחשות אובייקטיבית גרידא, אלא בעיקר מושג המבוסס על שיפוט נורמטיבי של פעולה (normative judgment)<sup>43</sup> על פי הקשרה הכולל והמלא.<sup>44</sup>

לשון אחר, כאשר אנו טוענים בשפת היומיום, בתיאור הלשוני-העממי, כי "ראובן תקף את שמעון", אין אנו מתכוונים רק לתאר התרחשות עובדתית-אובייקטיבית-גשמית<sup>45</sup> של מגע כוחני בין גופו של ראובן לגופו של שמעון, אלא בעיקר לכך שפעולתו של ראובן, בהקשרה הנסיבתי המלא, ראויה, מבחינה שיפוטית-נורמטיבית-מוסרית, לשם הפעולה "תקיפה". למעלה מכך, בתיאור זה אנו טוענים למעשה כי ראוי לייחס לראובן בנסיבות העניין "מעשה" של תקיפה. היטיב לתאר טענה פילוסופית זו פילוסוף המשפט הבריטי הרברט הרט:

"...[T]he philosophical analysis of the concept of a *human action* has been inadequate and confusing, at least in part because sentences of the form 'He did it' have been traditionally regarded as primarily *descriptive* whereas their

42 באותו אופן דומני כי המתבונן-ההדיוט לא יתאר את החתך שעשה ראובן בגופו של שמעון במהלך הניתוח כ"ראובן פצע את שמעון", אלא בנוסח שקרוב יותר ל"ראובן עשה חתך ניתוחי בגופו של שמעון". אולם בשלב זה אני מבקש למקד את המבט בפעולת המגע הכוחני, ולא בפעולה הכירורגית של חיתוך רקמת הגוף.

43 לא רק המושג "תקיפה" מבטא תוכן נורמטיבי, אלא גם המילים "הכה" או "כוח", המשמשות להגדרתה של המילה "תקיפה" בעברת התקיפה. ניתוח זה מתכתב עם טענתו של ויטגנשטיין כי תוכן של מילה מבטא הסכמה על "כלל" אך הסכמה זו עצמה מותנית בהסכמה על שיפוט נורמטיביים. ראו על כך בהרחבה להלן בפרק ג.

44 ניסוח אחר של ההבחנה בין "מעשה" במובנו העובדתי-אובייקטיבי לבין "מעשה" במובנו הנורמטיבי הוצע על ידי פלטשר, שהבחין בין "תפיסה מכניסטית" של פעולה לבין הבנה אנושית של מה שמכונה "פעולת אנוש". לעניין זה ראו פלטשר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 74–75.

45 למעשה, אפילו התרחשות עובדתית-גשמית, כאשר תיאורה מתורגם לשפתם של בני אדם, סופגת תכנים נורמטיביים. כך, למשל, המילה "נזק" אינה רק תיאור "עובדתי-אובייקטיבי" של מציאות, אלא עניין של שיפוט. דוגמה לכך היא זו שנדונה בסוגיה בהגוזל קמא: "ואמר רבה הצורם אוזן פרתו של חבירו פטור מאי טעמא? פרה כדקיימא קיימא דלא עבד ולא מידי...". מבחינה "עובדתית-גשמית" אין ספק שאירע משהו (אוזנה של הפרה נפגעה), אולם השאלה אם מדובר ב"נזק" אינה שאלה "עובדתית-גשמית", כי אם שיפוטית-נורמטיבית. לעניין זה ראו בבלי, בבא קמא צח, ע"א.

principal function is what I venture to call *ascriptive*, being quite literally to *ascribe responsibility* for actions much as the principal function of sentences of the form 'This is his' is to ascribe rights in property. Now ascriptive sentences... though they may form only a small part of our ordinary language, resemble in some important respects the formal statements of claim, the indictments, the admissions, the judgments, and the verdicts which constitute so large and so important a part of the language of lawyers; and the logical peculiarities which distinguish these kinds of sentences from descriptive sentences or rather from the theoretical model of descriptive sentences with which philosophers often work can best be grasped by considering certain characteristics of legal concepts, as these appear in the practice and procedure of the law rather than in the theoretical discussions of legal concepts by jurists who are apt to be influenced by philosophical theories."<sup>46</sup>

לפי ניתוח זה, "תקיפה", במובנה הלשוני-העממי הפשוט כפעולה אנושית, אינה תיאור של התרחשות גרידא, כי אם ייחוס של אחריות לפעולה מסוג כזה,<sup>47</sup> ובמשמעותה

46 H.L.A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, 49 PROC. ARISTOTELIAN SOC'Y 171, 171–172 (1949) (ההדגשות הוספו). לטענה דומה ראו גם Fitzgerald, לעיל ה"ש 4, בעמ' 11.

47 הבחנה כזו נוכל ליטול מן התלמוד הבבלי, בבא קמא צו, ע"ב, שם מובאת המשנה הקובעת כי "גזל מטבע ונסדק... משלם כשעת הגזלה". בדיון התלמודי נחלקו האמוראים באשר למשמעות המילה "נסדק": רב הונא טען כי ב"נסדק" הכוונה ל"נסדק ממש", ואילו רב יהודה טען כי ב"נסדק" הכוונה ש"פסלתו מלכות". ממחלוקת זו הסיקו בעלי התוספות כי רבה סבר כרב הונא, שכן במקום אחר טען רבה כי "השף מטבע של חבירו פטור" (בבלי, בבא קמא צח, ע"א). אולם (כך טענו בעלי התוספות) אם "נסדק" משמעו שפסלתו מלכות וחייב לפי המשנה, איך ייתכן שרבה יסבור כי שף מטבע פטור? שהלא לשוף מטבע זה בוודאי היוק ניכר, ישיר ומשמעותי יותר ממצב של "פסלתו מלכות" (ההיזק הוא לחפץ עצמו, ולא רק לערכו). לכן הסיקו בעלי התוספות, מקל וחומר, שאם רבה פוטר ב"שף מטבע", אזי הוא בוודאי פוטר ב"פסלתו מלכות", ומכאן שהוא מפרש בוודאי את המילה "נסדק" כפשוטה (ולא כפסלתו מלכות). אלא שהרמב"ם לא קיבל את סברתם של בעלי התוספות, וקבע להלכה כי מחד גיסא, בדיני מזיק, "המרקע דינרי חבירו והעביר צורתן חייב לשלם משום גורם" (משנה תורה, חובל ומזיק, פרק ז, הלכה יא), אך מאידך גיסא, בדיני גזלן (שהוא הדין שהתלמוד עוסק בו), הוא קבע כי "או שגזל מטבע ונסדק או פסלו המלך... הרי זה כמי שגזל כלי ושברו ומשלם כשעת הגזלה" (משנה תורה לרמב"ם, גזילה ואבידה, פרק ג, הלכה ד). משמעותן של קביעות אלו של הרמב"ם היא שבדיני מזיק המזיק פטור מעיקר הדין (החייב הוא רק מ"דינא דגרמי"), בעוד הגזלן חייב.

הרב ליכטנשטיין, בספרו על קונטרס הרמב"ם "דינא דגרמי" (ישיבת הר עציון שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין: דינא דגרמי 77–80 (התשע"ג) (הספר להלן: שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין)), מעמיד את סברת הרמב"ם על ההבחנה שבין "היזק לחפץ" כעניין שבעובדה או במציאות לבין שאלת קיומו של מזיק כ"חייב גברא". כך, בעוד הרמב"ם סבור כי המרקע דינרי חבירו מזיק לחפץ עצמו כעניין שבעובדה (ולכן הגזלן אינו יכול לומר לבעלי הדינרים "הרי שלך לפניך", שהרי הוא אינו משיב לו

זו היא שונה מאופייה של ההגדרה המשפטית, שיש לה נטייה להיצמד לתיאור עובדתי של התרחשות גשמית.

"מעשה" כתיאור של פעולה אנושית הוא אפוא משמעותה הנורמטיבית הכוללת של אותה פעולה, על כל היבטיה העובדתיים-האובייקטיביים והשיפוטיים-הסובייקטיביים כולם, לאחר תהליך עיבודם ב"כור ההיתוך" השיפוטי-הנורמטיבי של המתבונן-ההדיוט מן היישוב, החולק את ערכיה, תובנותיה, תפיסותיה ושיפוטיה הנורמטיביים של חברה נתונה בזמן נתון. "מעשה" כולל בתוכו, לפי ניתוח זה, את היבטיה האובייקטיביים-החיצוניים של התנהגות בהקשרם הכולל, כלומר, במיזוגם עם מכלול נסיבות העניין הרלוונטיות, עם כל היבטיה הסובייקטיביים (יעדיו וכוונותיו של הפועל) ועם השיפוט הנורמטיבי של אופיים, משמעויותיהם החברתיות המתחרות וסבירותם (ובכלל זה תוכניהם של כל סייגי האחריות הפלילית) באותו הקשר נתון. "מעשה", בתיאורו הלשוני-העממי לפי ניתוח זה, הוא מושג נורמטיבי, מוניסטי, אטומי, שאינו ניתן לחלוקה לרכיביו השונים, כדרך שעושה האנליזה המקובלת של המשפט הפלילי.

### 3. "מעשה" – תיאור לשוני-משפטי כתיאור עובדתי גרידא?

נעבור עתה אל התיאור הלשוני-המשפטי שבאפשרותנו להציע לפעילותו של ראובן הכירורג: אם תיאור זה הוא נגזרת של הגדרתו הסטטוטורית של מעשה העברה ותו לא, אזי ניתן ללא ספק לכנות את פעילותו של ראובן "תקיפה": "ראובן תקף את שמעון" במובן זה שהוא קיים במעשיו (כהגדרת מעשה העברה) מגע כוחני עם גופו של שמעון. אולם האומנם יכול התיאור הלשוני-המשפטי להתנכר באופן זה ולבדל את עצמו מתפיסותיה ותובנותיה הנורמטיביות-המוסריות של החברה – אותה חברה שהוא נועד לשרתה – ביחס לאותו שם פעולה שהוא בוחר לעשות בו שימוש?<sup>48</sup> לשון אחר, האומנם

בדיוק את מה שלקח ממנו), בדיני מזיק יש פטור על מעשה זה (קרי, בלשוננו, בשאלת ייחוס אחריות למעשה של היזק), וזאת משום שמעשה זה גורם נזק שאינו נזק ישיר ולכן אינו נחשב "היזק" (המתכת של המטבע לא נחסרה דבר, ורק ערכו ירד). משמעות הדברים היא שהיזק כ"עניין שבעובדה" (מציאות) אינו גורר מאליו – אפילו הוא נגרם על ידי אדם – "היזק" במובנו הנורמטיבי, שהוא הרלוונטי לייחוס אחריות בדיני מזיק (להבדיל מדין גולן). לכן "תיאור התרחשות" לחוד ו"ייחוס אחריות" לחוד. ההבחנה שבין "מעשה" ל"גרם מעשה" היא אפוא זו שבין פגיעה בערך המוגן כעניין שבעובדה (גרימת נזק – גרמא או "גרם מעשה") לבין ייחוס אחריות לפגיעה כזו ("מעשה" של היזק). להבחנה זו (אם כי במינוח שונה מעט) התייחסתי במקום אחר: שאול כהן "מעשה מגונה באדם" – לבירור יסודות העבירה "מחקרי משפט" לה (צפוי להתפרסם ב-2024).

48 בתחום המשפט האזרחי ניתן לקבל רעיון של פער תוכני בין הגדרה משפטית של מושג לבין משמעותו הפשוטה בשפת היומיום, כגון הגדרת המושג "מקרקעין" בס' 1 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963, הכוללת כל דבר המחובר לקרקע ב"חיבור של קבע", דוגמת ארונות מטבח בדירה, שאינם חלק מן המושג "מקרקעין" בשפת היומיום של האדם הרגיל מן היישוב. לא כן במשפט הפלילי, שבו פער כזה – לפחות כאשר הוא נוגע בהגדרת מעשי עברה – חותר תחת "עקרון התיוג ההולם" ו"עקרון החוקיות", שהם עקרונות יסוד בדיסציפלינת משפט זו. לעניין תוכנו של

יכול המשפט הפלילי להגדיר כ"תקיפה" "מעשה" שמבחינתם של בני הקהילה שבה הוא מוחל אינו מעשה של "תקיפה"?<sup>49</sup>

ובכן, לי נראה כי אם המשפט הפלילי משמש כלי לביקורת נורמטיבית של בני קהילה נתונה על "מעשים" (פעולות אנושיות, להבדיל מאירועים או מהתרחשויות), התשובה לשאלה זו צריכה להיות שלילית בהחלט. החברה, אשר כלי זה נתון בידיה להשגת מטרותיה הנורמטיביות, אינה "נפרדת לשלום" מתובנותיה הנורמטיביות בשעה שהיא מפעילה כלי זה להשגת מטרות אלו. במובן זה, למשפט הפלילי אין קיום עצמי הנפרד משיפוטיה הנורמטיביים של החברה שהוא משמש כלי בידיה לצורך מימוש שיפוטיה אלו.<sup>50</sup>

אני מודע היטב לטענה שעשויה להישמע נגד תהייתו אלו בזיקתן לדוגמה לעיל: ראובן הכירורג עושה פעולה שעל פי שיפוט נורמטיבי סביר אינה מעשה אסור. עובדה זו יוצרת פער בין הגדרת פעולתו כ"ניתוח" או כ"טיפול רפואי" בתיאור הלשוני-העממי לבין הגדרתה כ"תקיפה" או כ"פציעה" בתיאור הלשוני-המשפטי. המתבונן-ההדיוט מן היישוב, כך ניתן לטעון, אינו נוהג לפרק את שלבי הגדרתה של הפעולה על פי המבנה האנליטי של המשפט הפלילי: הוא אינו מניח תחילה כי פעולתו של ראובן ראויה לכינוי "תקיפה" בשל הפעלת הכוח על גופו של שמעון (הגדרת העברה), ואז דוחה מסקנה זו על יסוד העובדה שמעשהו של ראובן אינו "שלא כדין" (בנסיבות של הסכמה, למשל) או בשל התגבשותו של סייג לאחריות מסוג "הצדק". התיאור הלשוני-העממי הוא מהלך **חד-שלבי**, הבוחן ומתאר את המעשה – על כל מאפייניו – באבחה אחת. אולם את

עקרון התיוג ההולם ולקשר בינו לבין עקרון החוקיות ראו כהן "מעשה מגונה באדם" – לבירור יסודות העבירה", לעיל ה"ש 47. כן ראו להלן ה"ש 50.

49 כפי שטען מקס גלוקמן: "In almost every case which I heard... litigants and witnesses, whether they lied or were mistaken, worked with the same moral and legal rules as the judges did... If the litigants have rules of rightdoing different from those of the judges, the judges can punish them, but not convict them" Max Gluckman, *The Reasonable Man*. ראו *in Barotse Law, in ORDER AND REBELLION IN TRIBAL AFRICA: COLLECTED ESSAYS WITH AN AUTOBIOGRAPHICAL INTRODUCTION* 178, 182 (1963).

50 טענה זו ניתן לבסס על הרציונלים העומדים ביסודו של "עקרון התיוג ההולם" (representative/fair labelling principle). עניינו של עיקרון זה בייצוג המוסרי ההולם שההרשעה בדין צריכה לייצג ולבטא, תוך התאמת ייצוג זה לקטגוריות והבחנות חברתיות מקובלות של סוגי התנהגויות אסורות על פי טיבן, טבען, דרגת חומרתן וכינוין המקובל. יישומו של העיקרון קשור בטבורו לתבניות המוסריות הייצוגיות הלשוניות המקובלות בחברה נתונה, ומותנה בשימוש נכון של המשפט הפלילי בשפה המקובלת בין חברי הקהילה לתיאור טיבה ומשמעותה של התנהגות מסוימת המיוחסת לנאשם. לעניין זה ראו ASHWORTH & HORDER, לעיל ה"ש 14, בעמ' 77-79; Glanville Williams, *Convictions and Fair Labelling*, 42 CAMBRIDGE. L.J. 85 (1983); A.J. Ashworth, *The Elasticity of Mens Rea*, in CRIME, PROOF AND PUNISHMENT: ESSAYS IN MEMORY OF SIR RUPERT CROSS 45 (C.F.H. Tapper ed., 1981); James Chalmers & Fiona Leverick, *Fair Labelling in Criminal Law*, 71 MOD. L. REV. 217 (2008). להרחבה בעניין זה ראו כהן "מעשה מגונה באדם" – לבירור יסודות העבירה", לעיל ה"ש 47.

התיאור הזה אין להשוות לתיאור הלשוני-המשפטי הראשוני ("תקיפה") של פעולתו של ראובן על פי הגדרת היסוד העובדתי בעברה, אלא לתיאור הלשוני-המשפטי הכולל של הפעולה, המבוסס על שקלול כל השלבים של בחינת אחריותו הפלילית. אם בסופו של ההליך האנליטי-המשפטי נמצא כי ראובן פטור מאחריות, אזי גם לפי התיאור הלשוני-המשפטי ה"סופי" אין התנהגותו ראויה לכינוי "תקיפה", באופן העולה בקנה אחד עם התיאור הלשוני-העממי.<sup>51</sup>

אלא שאיני סבור כי יש בטענה זו כדי ליישב את הפער שבין התיאור הלשוני-העממי לבין התיאור הלשוני-המשפטי של פעולותיו של ראובן הכירורג. להמחשת הטענה נניח כי ניתוחו של שמעון על ידי ראובן היה בנסיבות העניין מעשה "שלא כדין", כלומר, מעשה שהיה אסור לו לעשותו מטעם כלשהו ואשר לא עמד לו סייג של "הצדק" לעשותו. האם בנסיבות אלו היה המתבונן-ההדיוט מן היישוב נעתר לכנות את פעולתו של ראובן "תקיפה"? או לכל הפחות, האם היה אותו מתבונן נעתר לכנות פעולה זו "תקיפה" באותו אופן או באותו מובן שהוא היה מכנה "תקיפה" מעשה של סטירת לחי או מכת אגרוף?

בעוד תשובה חיובית לשאלה הראשונה נראית לי מסופקת במידה רבה, דומני כי התשובה לשאלה השנייה היא שלילית בבירור. לדעתי, גם בנסיבות של ניתוח שלא כדין היה המתבונן-ההדיוט מן היישוב מתקשה מאוד לכנות את פעולותיו של ראובן "תקיפה"; ומכל מקום, לא זו חלופת התיאור הראשונה שבה היה בוחר להשתמש לצורך זה; ולכל הפחות, הוא לא היה מכנה פעולה זו "תקיפה" באותו מובן שהוא היה מכנה סטירת לחי "תקיפה". הוא עשוי אומנם להסכים כי ראובן ראוי לגינוי הפלילי ולענישה, בהיות המעשה "שלא כדין",<sup>52</sup> אולם מתבונן-הדיוט זה לא יאבד בכך את תובנותיו הנורמטיביות החברתיות-העממיות שעל פיהן הוא יודע להבחין היטב בין מעשה של "תקיפה" על פי משמעותו הנורמטיבית הפשוטה, כגון סטירת לחי או מכת אגרוף, לבין

51 גם לפי ניתוח זה עדיין להיווצר פער בין התיאור הלשוני-המשפטי הסופי של פעולה לבין התיאור הלשוני-העממי שלה – למשל, בניסיון לתאר פעולה של תקיפה בלתי חוקית המבססת טענה של הגנה עצמית. כך, מקובל לטעון כי "הגנה עצמית" מתגבשת רק ביחס ל"תקיפה בלתי חוקית", אך השאלה המתבקשת היא מהי "תקיפה בלתי חוקית". אם נצמד בנתיב התיאור הלשוני-המשפטי, אזי מעשה של תקיפה החוסה תחת סייג בפלילים (כורח, אי-שפיות ואפילו סייג "הצדק") אינו נחשב ב"חיישוב הסופי" כ"תקיפה" (אין מדובר במעשה המכונן אחריות פלילית), וממילא גם לא כ"תקיפה בלתי חוקית". אולם בתיאור לשוני-עממי מעשה כזה עשוי בהחלט להצדיק הגנה עצמית של המותקף, כלומר להיחשב תקיפה בלתי חוקית, שכן ייתכן שאף על פי שעומד לאדם סייג לאחריות (כגון "כורח") לתקיפת הזולת (ולכן התקיפה אינה בלתי חוקית), מצד המותקף היא תיחשב בכל זאת "תקיפה בלתי חוקית", ויעמוד לו צידוק להתגונן מפניה. לדיון בסוגיית "אי-החוקיות" שבכוחה להצדיק "הגנה עצמית" ראו George P. Fletcher, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*, 8 ISR. L. REV. 367 (1973); George P. Fletcher, *The Psychotic Aggressor—A Generation Later*, 27 ISR. L. REV. 227 (1993).

52 כלומר, מעשה של "ניתוח שלא כדין" (או "ניתוח אסור"), ואם לא קיימת עברה כזו, אזי ייתכן שהוא יתמוך בחקיקתה.

מעשה של "תקיפה" (או "פציעה", במקרה של חיתוך רקמות כירורגי) על פי משמעותו המשפטית המלאכותית – כמגע כוחני (או כמעשה של חיתוך או דקירה אשר מבקעים או קורעים קרום גוף חיצוני במקרה של "פציעה"<sup>53</sup>) בנסיבות של ניתוח שלא כדין. המעשים מן הסוג הראשון הם מעשים של "תקיפה" במובנה הנורמטיבי החברתי-העממי הפשוט; לעומת זאת, ניתוח שלא כדין, המקיים את הגדרת "עברת התקיפה" בתיאור הלשוני-המשפטי, אינו מעשה של תקיפה על פי מובנו הנורמטיבי החברתי-העממי הפשוט.<sup>54</sup>

עלינו לעמוד אפוא על השאלה מהו **טיב ההבחנה העממית** שבין תיאור סטירת לחי או מכת אגרוף כמעשים של "תקיפה" לבין תיאור ניתוח שלא כדין כמעשה של "תקיפה". כפועל יוצא מכך עלינו להמשיך ולשאל נוספת וחשובה אף יותר: **האם על המשפט הפלילי – ככלי לביטוי תובנותיה הנורמטיביות של החברה – להיות רגיש להבחנה זו וליתן לה ביטוי בשיפוטיו הנורמטיביים?**

#### 4. תורת המעשה – על "מעשה" ועל "גרם מעשה"

אפתח בשאלה הראשונה שהוצגה לעיל: מהו טיב ההבחנה העממית-האינטואיטיבית המביאה לידי כך שהמתבונן-ההדיוט מן היישוב מבחין בין תיאור סטירת לחי או מכת אגרוף כמעשה של "תקיפה" לבין תיאור ניתוח שלא כדין כמעשה של "תקיפה"? ובכן, לדעתי, הבחנה זו ניתן להגדירה כהבחנה בין "מעשה" ל"גרם מעשה" במובנם הנורמטיבי, קרי, בין משמעותו הנורמטיבית הפשוטה של המעשה ש"עשה" העושה לבין משמעותה הנורמטיבית העקיפה של התרחשות שהעושה רק "גרם" לה במעשהו. ביתר פירוט: תיאור מעשה של סטירת לחי כ"תקיפה" הוא לדעתי תיאור המעשה שנעשה על פי משמעותו הפשוטה, שהרי סטירת לחי אינה אלא "תקיפה"; לעומת זאת, תיאור מעשה של ניתוח שלא כדין כ"תקיפה" אינו תיאור המעשה שנעשה על פי משמעותו הפשוטה – שהרי ניתוח אינו מעשה של "תקיפה" – אלא תיאור תוצריו

53 עברת "פציעה" לפי ס' 334 או 335 לחוק העונשין, ובהתאם להגדרת המושג "פצע" בס' 34 לחוק זה.

54 ההבחנה שבין תיאור לשוני-משפטי לתיאור לשוני-עממי מקבילה, במובנים רבים, להבחנה שבין "סמנטיקה" ל"פרגמטיקה" בתחום הבלשנות. "פרגמטיקה היא הענף בבלשנות שעוסק בשימוש בשפה בקקשור. אנו משתמשים בשפה כדי להעביר מסרים שונים שחורגים לרוב מן המשמעות המילולית של המבטים. בניגוד לסמנטיקה, שעוסקת במשמעות המילולית של ביטויים לשוניים, משמעות הנשאת קבוצה בכל ההקשרים, הפרגמטיקה עוסקת באותם היבטים של פירוש התלויים בשימוש במבטים בהקשרים ספציפיים." ראו אלדו סבי **מבוא לבלשנות תאורטית** חלק ג: משמעות בשפה (סמנטיקה ופרגמטיקה) 221 (2012) (ההדגשות במקור). המונח "פרגמטיקה" נטבע לראשונה על ידי הסמיוטיקאי צ'רלס מוריס – Charles W. Morris, *Foundations of the Theory of Signs*, in 1 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF UNIFIED SCIENCE No. 2 (1938) – בהבחנה שהניח בין "סמנטיקה" ל"פרגמטיקה" (ראו סבי, שם, בעמ' 227).

הנורמטיביים האגביים של המעשה שנעשה, שהוא מעשה של "ניתוח"<sup>55</sup> תיאור סטירת לחי כ"תקיפה" הוא שיפוט משמעותו הנורמטיבית הישירה (direct normative judgment) של מעשה זה (סטירת לחי), בעוד תיאור ניתוח שלא כדין כ"תקיפה" הוא תיאור משמעותו הנורמטיבית העקיפה-הנלווית (indirect normative description) של מעשה זה ("ניתוח"). תיאור סטירת לחי כ"תקיפה" הוא תיאור המעשה שעשה הסוטר/התוקף, בעוד תיאור ניתוח שלא כדין כ"תקיפה" הוא תיאור תוצרי הלוואי (side effects)<sup>56</sup> של המעשה שעשה המנתח. בקיצור, סטירת לחי היא "מעשה" של "תקיפה", בעוד ניתוח שלא כדין הוא "גרם מעשה" של "תקיפה", וההבדל בין השניים הוא זה שבין לעשות את המעשה האסור עצמו (תקיפה) לבין גרימת פגיעה בערך המוגן במעשה אסור (תקיפה) אגב עשייתו של מעשה אחר (ניתוח).

אלא שההבחנה בין "מעשה" של "תקיפה" ל"גרם מעשה" של "תקיפה" אינה אפשרית אלא אם כן "מעשה" (וכך גם "גרם מעשה") הוא אכן מושג נורמטיבי, ולא

55 דוגמה טובה לכך – שהיא אחת מדוגמות היסוד ל"דינא דגרמי" במשפט העברי – היא זו שנדונה בתלמוד הבבלי, בבא קמא כו, ע"ב: "...ואמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות בא אחר וסלקן או קדם וסלקן – פטור, מאי טעמא? בעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה...". מימרה זו קובעת כי אף אם האדם שזרק את הכלים מראש הגג על הכרים והכסתות שמתחתיו הצליח בדרך כלשהי להקדים ולסלק את הכרים והכסתות לאחר זריקת הכלים אך קודם שנחבטו בקרקע, הוא יהיה פטור מתשלום הנזק, שכן בזמן שהוא זרק את הכלים לא דובר ב"מעשה היוזק", משום שבמקום שבו נפלו לבסוף הכלים היו בזמן הזריקה (המעשה המיוחס) כרים וכסתות. משמעות הדברים היא שהפטור אינו נעוץ בהעדר אשמה, מודעות או כוונה, שהרי ייתכן שהזורק עשה כן בכוונה ובמודע. לכן יש לתלות את הפטור באופיו של המעשה עצמו. כלומר, תיאור המעשה אינו כולל את תיאור תוצריו האגביים. למעלה מן הצורך אציין כי איני נכנס למחלוקת בשאלה אם יש לזהות דוגמה זו כ"גרמי", שחייב להלכתא (לפי שיטת ר' מאיר, המחייב ב"גרמי", שהתקבלה להלכה), או שמדובר ב"גרמא", אשר לכולי עלמא פטור. ההבחנה זו מורכבת מכדי שאכנס אליה באופן אגבי לענייננו. אולם המאפיין האמור של "גרם מעשה" הוא מאפיין משותף הן למקרים של "גרמי" והן למקרים של "גרמא", שההבחנה ביניהם לעניין חיוב או פטור קשורה למדיניות שיפוטית של צורכי החברה. לעניין המחלוקת האמורה ראו **שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 112–114. לעניין הטענה כי ההבחנה בין חיוב ב"גרמי" לפטור ב"גרמא" מבוססת על מדיניות שיפוטית ראו דעת הרמ"א בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שפו, סעיף ג (וכן ב"אור הגר"א שם). בעניין זה יש לומר כי הרמ"א פסק כדעת הריצב"א. לדעת הריצב"א ראו **שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 52–53.

56 אחת ההבחנות החשובות בין "מעשה מכוון" ל"מעשה לא מכוון" – שההבחנה ביניהם היא בדיוק זו שבין "מעשה" ל"גרם מעשה" במובנם הנורמטיבי (כפי שטענתי במקום אחר: כהן **היסוד של הפזיזות במשפט הפלילי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 224–242) – היא בין מה שמהווה חלק מן המעשה עצמו לבין מה שהוא "תוצר לוואי" שלו (side effect). להבחנה זו ראו John Finnis, *Intention and Side-Effects*, in *LIABILITY AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN LAW AND MORALS* 32 (R.G. Frey & Christopher W. Morris eds., 1991); JOHN FINNIS, JOSEPH BOYLE & GERMAIN GRISEZ, *NUCLEAR DETERRENCE, MORALITY AND REALISM* 92–96, 102–103, 165 (1987).

תיאורי-עובדתי גרידא.<sup>57</sup> שהרי אם מעשה של "תקיפה" הוא תיאור התרחשות עובדתית-אובייקטיבית-גשמית בלבד של מגע כוחני בין גופו של ראובן לגופו של שמעון, אזי מה לי ההבחנה בין מגע כוחני שבסטירת לחי לבין מגע כוחני אגב ניתוח אסור? אולם למעשה שעשה ראובן הכירורג יש משמעות נורמטיבית-חברתית מתחרה ("ניתוח") מבחינת המתבונן-ההדיוט מן היישוב, אשר הולמת את פעולותיו – במובן העממי, הפשוט והישיר – הרבה יותר מן התוכן הנורמטיבי שהמשפט הפלילי מבקש "להדביק" לו ("תקיפה"). ואף בשעה שבמעשה של ניתוח שלא כדין עסקין, אין בכך כדי לאיין לחלוטין את תוכנו הנורמטיבי המתחרה הנבדל של מעשה של "ניתוח" ממעשה של "תקיפה", לכל הפחות בהשוואה לסטירת לחי, אשר תיאורה כ"תקיפה" הוא תיאור ההולם את משמעותה הנורמטיבית העממית הפשוטה.<sup>58</sup>

57 לצורך חידוד טענה זו אשתמש בדוגמה המובאת בתלמוד הבבלי, בבא קמא צח, ע"א-ע"ב, בענייני דינא דגרמי: "ואמר רבה השורף שטור של חבירו פטור דאמר ליה ניירא קלאי מינך... אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא ומאן דלא דאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי ניירא בעלמא...". במקרה הנדון של שרפת שטר חוב ניתן להתייחס לנוק בשתי דרכים: האחת, מעשה של היזק לחוב עצמו שהשטר מגלם, שהרי בלא השטר לא יוכל הנושה לגבות את חובו; והאחרת, מעשה היזק לנייר השטר בלבד (שהרי זה החפץ שניזוק) ו"גרם מעשה היזק" לחוב, שהרי הנזק לחוב הוא תוצאה עקיפה בלבד של שרפת השטר (החוב ממשיך להתקיים, והנזק בקשר לחוב הוא ראיתי בלבד, שרק גורם לשלילת האפשרות לגבות את החוב). מדברי אמימר עולה כי עמדתו היא שהשטר אינו מגלם או מבטא את החוב עצמו, אלא אך את הראיה לקיומו (ההתייחסות בדבריו להיזק לחוב היא כשל גרימה בלבד – "גרמי"). הכרעה זו, לטעמי, אינה הכרעה עובדתית, כי אם נורמטיבית. במובן זה, תיתכן בהחלט הכרעה אחרת שלפיה ההיזק לחוב אינו עקיף דיו להיחשב "גרם מעשה היזק", אלא הוא היזק ישיר דיו להיחשב "מעשה היזק" של ממש, וזאת משום שההבדל בין מעשה המבטל את החוב לבין מעשה המאיין את אפשרות גבייתו אינו כזה שאדם מן היישוב בחברה נתונה ובזמן נתון היה מוכן להעניק לו, מבחינה נורמטיבית, נפקות משפטית כלשהי (הדבר תלוי כמובן בהקשר ובמשמעות של הבדל זה בחברה נתונה ובזמן נתון). ניתוח זה זורה אור חדש גם על המושג המשפטי המכונה "הלכת הצפיות", שקיבלה מעמד סטוטורי בס' 20(ב) לחוק העונשין. המשוואה שבין "כוונה" להשיג תוצאה מסוימת לבין "מודעות" לגרימת אותה תוצאה כ"אפשרות קרובה לוודאי" אינה נעוצה, לפי ניתוח זה, במשוואה מוסרית בין שני מצבי תודעה ("כוונה" ו"מודעות" בדרגה קרובה לוודאי – כיסודות נפשיים), אלא במשוואה נורמטיבית של מעשים: אם מעשה מסוים מביא איתו בהכרח (או כמעט בהכרח) תוצאה מסוימת, אזי ייתכן שההבחנה בין המעשה ה"גורם" לאותה תוצאה לבין מעשה ישיר של אותה תוצאה תאבד מתוקפה הנורמטיבי מבחינת האדם מן היישוב, כך שהמעשה ה"גורם" לא ייחשב עוד מבחינה נורמטיבית ביצוע עקיף, אלא ביצוע ישיר. לכן, לפי ניתוח זה, "הלכת הצפיות" אינה "משוואת אשמה" (מודעות גבוהה כמצב מנטלי הנושא בחובו אותה דרגת אשמה של כוונה), כי אם "משוואה נורמטיבית" הנוגעת בזיהוי טיב המעשה שנעשה.

58 גם במקרה של סטירת לחי – חשוב להבהיר – לא אופייה החיצוני-ההתרחשותי-האובייקטיבי הוא המעניק לה את משמעותה הנורמטיבית כמעשה של "תקיפה", אלא אך ורק תפיסותיה הנורמטיביות של חברה נתונה בזמן נתון בנוגע להקשר הספציפי שבו נעשתה פעולה זו. לעניין זה ראו את התייחסותי להלן ליד ה"ש 72 למצב של "סטירת לחי" שניתן להגדירה כ"חינוך".

המתבונן-ההדיוט מן היישוב יודע אם כן להבחין היטב, לדעתי, בין עשיית "המעשה האסור" במובנו הנורמטיבי הישיר והפשוט לבין גרימת פגיעה בערך המוגן באותו מעשה אסור אגב עשיית מעשה אחר. הבחנה זו היא אומנם הבחנה אינטואיטיבית<sup>59</sup> מבחינת המתבונן-ההדיוט מן היישוב, אך היא טבועה לדעתי היטב בתובנותיו הנורמטיביות-העממיות-החברתיות,<sup>60</sup> והיא גם זו שעומדת ביסוד התיאורים הלשוניים-העממיים הנבדלים שהוא עשוי להעניק למעשה של סטירת לחי ("תקיפה") מזה ולניתוח שלא כדיון ("ניתוח אסור") מזה, כשני מעשים בעלי תוכן נורמטיבי נבדל.<sup>61</sup>

אם אכן כך, ואם הבחנה נורמטיבית זו אכן טבועה בתפיסותיהם המקובלות של בני כל קהילה נתונה, מתעוררת ממילא השאלה הנוספת שהצגתי לעיל: האם הבחנה נורמטיבית-אינטואיטיבית זו של המתבונן-ההדיוט מן היישוב (זו שבין "מעשה" ל"גרם מעשה"), המייצגת את תובנותיה והבחנותיה הנורמטיביות של החברה, צריכה לקבל ביטוי גם בשיפוטיו הנורמטיביים של המשפט הפלילי – ככלי לביטוי שיפוטית

59 הרמב"ן "קונטרס דינא דגרמי" **שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין**, לעיל ה"ש 47, 11, עמודה ס, טוען לעניין ההבחנה שבין מצב "גרמי" (המחייב בנזיקין) לבין "גרמא" (שאינו מקים חיוב כזה) כי "ואין אומרין בנזיקין אלו זו דומה לזו, שהדברים עמוקים והחילוקים דקים כחוט השערה..." קושי זה עשוי לעורר טענה כי ההבחנה שאני מציע בין "מעשה" לבין "גרם מעשה" היא קשה ליישום או לכל הפחות אינה אינטואיטיבית כלל וכלל. אכן, **המרדכי על הש"ס**, בבבלי, בבא קמא, הגזול עצים (בהתייחסותו לחילוקיו של הר"י בין "גרמי" ל"גרמא"), כתב כי "ולי לא נתיישב לי ולא יכולתי לעמוד על החלוקים וגם ר"י גמגם ברובם לכן קצרת..." אולם, מעבר לעובדה שהתייחסותם של הרמב"ן והמרדכי בדברים אלו היא לקושי הטמון בהבחנה שבין "גרם מעשה" המחייב בדיון ("גרמי") לבין "גרם מעשה" שאינו מחייב בדיון ("גרמא") – הבחנה שאכן עשויה להיות דקה, בעוד ההבחנה שאני מדבר עליה היא זו שבין "מעשה" ל"גרם מעשה", שהיא לדעתי אינטואיטיבית ובהירה יותר (גם אם קיימים מצבי גבול מורכבים בין שני מצבים אלו) – נראה לי גם שהקושי להבחין בין "גרמי" ל"גרמא" (וגם בין מצבי הגבול שבין "מעשה" ל"גרם מעשה") נובע מן היומרה להציג הבחנות אלו כהבחנות עובדתיות-אובייקטיביות, בעוד לטעמי הן הבחנות נורמטיביות, הנובעות משיפוטיות נורמטיביות סובייקטיביות שונים של אנשים שונים. לכן כל ניסיון להציג הסבר עובדתי-אובייקטיבי להבחנה בין מקרה אחד לאחר חשוף באופן אינהרנטי לפרכות, משום שלרוב אין הוא מייצג אלא ניסיון רטרוספקטיבי להעניק להכרעה מוסרית-נורמטיבית באופייה בסיס רציונלי-עובדתי-אובייקטיבי כביכול.

60 על הבחנה זו כטבועה באופן מובנה בשיפוטיותם הנורמטיביים של בני אדם ראו משה קופל **לחיות כמו יהודי: מדוע תמשיך המסורת לקבור את מנבאי מותה** 90–95 (אלון שלו מתרגם) (2021), וכן את המחקרים המודרניים המובאים באסמכתותיו שם: Philippa Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, 5 OXFORD REV. 5 (1967); Judith Jarvis Thomson, *The Trolley Problem*, 94 YALE L.J. 1395 (1985); THOMAS CATHCART, *THE TROLLEY PROBLEM, OR WOULD YOU THROW THE FAT GUY OFF THE BRIDGE? A PHILOSOPHICAL CONUNDRUM* (2013).

61 לעניין טענתו של ויטגנשטיין כי תנאי ליישומו של כלל הוא הסכמה על שיפוטיות נורמטיביות ראו לעיל ה"ש 43.

ותובנותיה הנורמטיביים של החברה – וכפועל יוצא מכך גם בתיאור הלשוני-המשפטי של "מעשה"?

ובכן, לדעתי, לא רק שהמשפט הפלילי יכול להיות רגיש להבחנה נורמטיבית-אינטואיטיבית זו, אלא שהוא צריך וחייב להיות רגיש לה.<sup>62</sup> יתר על כן, הלכה למעשה, בשיטות משפט משוות, המשפט הפלילי אכן רגיש להבחנה זו בהקשרים שונים.<sup>63</sup> אולם, בטרם אראה את האופן שבו על המשפט הפלילי ליישם הבחנה נורמטיבית-אינטואיטיבית זו, דומני כי חשוב שאציג את הטעם המרכזי העומד ביסוד חשיבותה הרבה של ההבחנה האמורה, כהבחנה קריטית ליישומה הנכון של המשפט הפלילי.

## 5. "מעשה עברה" כמעשה אסור לכאורה ו"גרם מעשה עברה" כמעשה מותר לכאורה

אם המושג "מעשה" הוא אכן מושג נורמטיבי-שיפוטי, ואם משמעותו החברתית-הנורמטיבית הפשוטה של המעשה שעשה ראובן הכירורג היא אכן (לפני כל דבר אחר) זו של ניתוח, ואם אכן על המשפט הפלילי לייצג את תובנותיה הנורמטיביות של החברה הנתונה שבה הוא מוחל – אזי נדמה כי לראובן הכירורג בדוגמתנו לעיל עומדת הטענה כי עובדות כתב האישום שהוגש נגדו אינן מגלות מעשה עברה.<sup>64</sup> לשון אחר, ראובן יכול להציע תיאור חלופי הולם יותר למעשיו ולטעון כי הוא "ניתח" את שמעון, ולא "תקף" אותו, וכן כי מאחר שמעשה של ניתוח אינו מעשה אסור כשלעצמו, הוא לא ביצע כלל מעשה עברה. לחייב בדין על עשיית המעשה האסור כפשוטו (סטירת לחי כ"תקיפה") הוא דבר מובן מאליו. לעומת זאת, לחייב בדין על עשיית מעשה שלפי פשוטו מותר לעשותו ("ניתוח"), רק בשל העובדה שהוא גרם לפגיעה בערך המוגן במעשה אסור אחר (ניתוח כ"תקיפה"), הוא דבר שאינו מובן מאליו כלל וכלל.<sup>65</sup>

62 ההכרה בהבחנה זו נגזרת ומתחייבת, לדעתי, מעקרון התיוג ההולם (ראו לעיל ה"ש 50), שכן אם לגבי אדם מן היישוב מעשה נתון אינו מעשה עברה מסוימת במובנו הפשוט, אזי תיוג אותו מעשה נתון על ידי המשפט הפלילי כמעשה אותה עברה פוגע ברציונל ובתכלית של עקרון התיוג ההולם.

63 להרחבה בעניין זה ראו כהן **היסוד של הפוזיות במשפט הפלילי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 266–272. ג'רמי הורדר זיהה בעקרון התיוג ההולם את אחד מארבעת העקרונות המנחים בהיסטוריית הדין הפלילי האנגלי. לעניין זה ראו *Jeremy Horder, Two Histories and Four Hidden Principles of* *Mens Rea*, 113 LAW Q. REV. 95, 103–105 (1997). לטעמי, אין הולם ליישומו של עיקרון זה מן המשפט המקובל, שהוא שיטת משפט המבוססת על הערכים והתפיסות המקובלות (Common Law) של חברה נתונה בזמן נתון.

64 טענה הנחשבת טענה מקדמית לפי ס' 149(4) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

65 ולו בהתחשב בכך שתנאי לדרישת החברה מן הפרט להשיב על ההאשמה היא הוכחת "מעשה רע" (wrongdoing), כפי שביססתי טענה זו במקום אחר: שאל כהן "היסוד ההתנהגותי-נסיוני בעברת הריגה" **משפט ועסקים** טו 145, 182–186 (2012); כהן **היסוד של הפוזיות במשפט הפלילי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 78–83.

וכל כך מדוע? ובכן, מקובל עלינו העיקרון המשפטי הליברלי, העומד ביסוד כל איסורי המשפט הפלילי, כי **הכל מותר, חוץ ממה שנאסר בדין**.<sup>66</sup> לכן, בעוד תוקפו של איסור פלילי בנוגע לעשיית "מעשה" מסוים מותנה בחקיקת נורמה אוסרת בדין, הרשות או ההיתר לעשות מעשה שלא נאסר בדין (במובן הפלילי) אינם מותנים בחקיקה מקבילה של נורמה מתירה. ממילא, **כוחו של איסור המושת על מעשה מסוים חייב להיות מוגבל לאותו מעשה בלבד**, אך הוא נופל מכוחו של עקרון היסוד של ההיתר הכללי בכל הנוגע למעשים אחרים שלא נאסרו במפורש – אף כאלה אשר פוגעים או עלולים לפגוע בערך המוגן שהאיסור נועד להגן עליו. במובן זה, ועל דרך הפרפרזה, יש לומר ביחס ל"גרם מעשה עברה" כי "כוח דהיתרא עדיף".<sup>67</sup>

כעת נשוב לדוגמתנו: אם "מעשה" הוא מושג נורמטיבי-חברתי, אזי המעשה של ראובן הכירורג הוא קודם כל מעשה של "ניתוח"; ואם המשפט הפלילי הוא כלי בידי החברה לביקורת של "מעשים" על פי מובנם הנורמטיבי-החברתי, אזי משמעותו הנורמטיבית-החברתית של מעשה זה כמעשה של "ניתוח" אינה יכולה להיות זרה לו; ואם ניתוח הוא "מעשה" שלא נאסר בדין, אזי נקודת המוצא לגביו היא כי הוא מעשה מותר; ואם ניתוח הוא מעשה מותר, אזי העובדה שהוא גרם לפגיעה בערך חברתי המוגן במעשה אסור אחר (תקיפה) אינה יכולה כשלעצמה לאפיינו כמעשה אסור, שהרי כוח ההיתר של מעשה שלא נאסר בדין עדיף, ומעשה של ניתוח – כמעשה בעל תוכן

66 מדובר בנגזרת של ההיגדים הלטיניים "nullum crimen sine lege" ו-"nulla poena sine lege", שהם התכנים העומדים בבסיסו של עקרון החוקיות, הקובע כי תנאי להרשעת פרט או לענישתו הוא שהאיסור הפלילי של ההתנהגות המיוחסת לאותו פרט יעוגן בדין. לעניין זה ראו HALL, לעיל ה"ש 3, בעמ' 27–69. לפני שנים לא מעטות, בימים שבהם עוד גיששתי באפלה בנכבי המשפט הפלילי ומסתיריו, בשיחה שקיימתי עם פרופ' רות קנאי מאוניברסיטת בר-אילן, היא "זרקה" לעברי את המשפט הזה ("הכל מותר, חוץ ממה שנאסר בדין") באופן שתפס אותי כבר אז בעוצמתו. לכאורה, הטענה הגלומה במשפט זה חייבת להיות מובנת מאליה לכל משפטן פלילי. אולם הניסיון שצברתי מאז בפרקטיקה, כמו גם העיון בספרות העיונית-האקדמית ביחס ליישומיהן של עברות פליליות שונות, לימדו אותי כי מימושה של טענה זו רחוק מאוד מלהיות אינטואיטיבי או מקובל למעשה (להבדיל מלהלכה). אני חושב שראוי לכל משפטן פלילי לשנן משפט זה מדי בוקר, כדרכו של המאמין הפותח את יומו בתפילה הקצרה "מודה אני".

67 משמעות ההיגד במקורות הדין העברי שונה מזו שהענקתי לו בשימוש המושאל שעשיתי בו כאן. במקור היגד זה מבטא את הכלל שלפיו ככל שניתן לנסח מחלוקת על איסור והיתר בדרך המדגישה ביתר שאת את החידוש שבדעה המתירה, יש לנסח את המחלוקת בדרך זו. לעניין זה ראו בבלי, ברכות ס, ע"א; בבלי, עירובין עב, ע"ב; בבלי, ביצה ב, ע"ב; בבלי, גיטין מא, ע"ב; בבלי, קידושין ס, ע"ב; בבלי, חולין נח, ע"א; בבלי, נדה נט, ע"ב. כן ראו דברי רש"י בבבלי, ביצה ב, ע"ב: "דהיתרא עדיף ליה". השימוש שעשיתי בהיגד זה הוא על דרך הפרפרזה, משום שכוונתי היא מהותית, ולא פרשנית: הטענה היא כי העובדה שמעשה מסוים לא הותר בדין מפורש (למשל, "איסוף ראיות" תוך יצירת קשר עם עד בהליך משפטי, באופן שגורם לטרדתו של אותו עד, כבדוגמה שתובא להלן בחלק 66(א)) אינה מאפיינת את ההיתר לעשותו כ"חלש" יותר מן האיסור שהוטל על מעשה של הטרדה כפשוטה (מעשה שאופיו המטריד מבטא את מהותו הנורמטיבית מבחינתו של אדם מן היישוב).

נורמטיבי-חברתי עצמי – לא נאסר בדין. יוצא אפוא שראובן רשאי לטעון, לפחות כטענה ראשונית (*prima facie*), כי המעשה המתואר בכתב האישום, בנסיבותיו הכוללות, אינו מגבש את מעשה העברה שמבקשים לייחס לו<sup>68</sup> – "תקיפה".

העיקרון הכללי הנגזר מניתוח זה הוא כי "מעשה" שמצד תוכנו הנורמטיבי הוא "מעשה העברה כפשוטו" (סטירת לחי כ"תקיפה") הוא גם, כהנחת מוצא, מעשה אסור; לעומת זאת, "גרם מעשה עברה" – קרי, פגיעה בערך המוגן ב"מעשה עברה" מסוים אגב עשיית "מעשה" שמצד תוכנו הנורמטיבי אינו "מעשה העברה כפשוטו" (ניתוח כ"תקיפה") – הוא מעשה מותר, כהנחת מוצא. בכך אין כמובן כדי לטעון שאי-אפשר לאסור בדין גם "גרם מעשה עברה" כעניין עקרוני (כפי שיובהר בהמשך). אולם בשלב זה, כטענה עקרונית, נוכל לומר כי מעשה שמצד תוכנו הנורמטיבי-החברתי אינו מעשה עברה הוא מעשה מותר, כהנחת מוצא.

אכן, טענת נגד אינטואיטיבית לניתוח זה (תרתי משמע), והפעם של המשפטן מן היישוב, תהיה כי ראובן אינו יכול להתכחש להתגבשות יסודותיה של עברת התקיפה בהתנהגותו, אם הוא אכן קיים מגע כוחני (יסודות העברה) עם גופו של שמעון. אולם טענה זו אינה אלא "חזרה בשאלה" מהמושג "מעשה" כמושג נורמטיבי, ודבקות בתוכנו העובדתי-האובייקטיבי-הגשמי, משל "חיי" לו המשפט הפלילי בעולם מושגי-נורמטיבי המנותק מזה של הקהילה שתחום משפט זה נועד לשמש לאכיפת הנורמות שלה. ואף הרבה למעלה מכך, חזרה זו אל המושג "מעשה" במובנו העובדתי-האובייקטיבי-הגשמי אינה אלא תעתוע שווא – "סיפור בדים" שאנו כמשפטנים מספרים לעצמנו בנסינונו הנואש להעניק לשיפוטיות הנורמטיביים-המשפטיים אופי "עובדתי-אובייקטיבי", הנהנה כביכול מיתרון של בהירות וודאות (משל עניינו במדעי הטבע).<sup>69</sup> שכן בשעה שבאים אנו, אף כמשפטנים, לקבוע כי פלוני עבר עברה מסוימת, אין אנו יכולים להתעלם – ואף אין אנו מתעלמים בפועל – משיפוטיות הנורמטיביים הכלליים כחברי קהילה מן המניין. וראיה לדבר: הסכמנו לעיל כי ניתן לייחס עברה של "תקיפה" לראובן הכירורג רק אם ביצוע הניתוח היה "שלא כדין" (כפי שנדרש גם על פי יסודותיה של עברת התקיפה). אולם, האומנם דרישה זו ("שלא כדין") נחוצה לנו אף במעשים של סטירת לחי או מכת אגרוף? ובכן, לדעתי, כל משפטן סביר יראה בסטירת לחי או במכת אגרוף מעשה של תקיפה שלא כדין מתוך עצמו, מה שאין כן במקרה של ניתוח, שאז הוא יבקש לבחון אם מעשה זה אסור על פי דין (איסור סטוטורי), על פי נוהג או בנסיבותיו הקונקרטיות (מעשה "בלתי סביר" בנסיבותיו). והרי לנו הראיה שאף

68 שהיא כאמור טענה מקדמית – ראו לעיל ה"ש 64. לניתוח טענה זו ראו ע"פ 2685/17 מדינת ישראל נ' נסים (אר"ש 26.9.2017); ע"פ 5184/14 פלוני נ' מדינת ישראל (אר"ש 3.8.2016). מבלי להיכנס להכרעות הקונקרטיות בפסקי דין אלו, ראוי להפנות את תשומת הלב לכך שההנמקה בפרשת נסים מבטאת, באופן מובהק, אימוץ של המושג "מעשה" במובנו הלשוני-המשפטי. לעניין זה ראו ה"ש 209 להלן.

69 הלכה למעשה, אפילו מדעי הטבע אינם מדע מדויק, שכן ניתוח אנליטי-מתמטי של תופעה מותנה לעולם במציאות האמפירית. באופן דומה, ומקל וחומר, יש להתייחס למושג "מעשה": תוכנו ומשמעותו לעולם מותנים בתוכן המעשי המקובל שהציבור בחברה נתונה ובזמן נתון מעניק לו.

כמשפטנים אין אנו מתעלמים מהבחנותינו האינטואיטיביות בין מעשה של "תקיפה" כפשוטו לבין מעשה של "תקיפה" במובנו המשפטי ("ניתוח שלא כדין").<sup>70</sup> ומה טעם שנספר לעצמנו סיפורי בדים כאילו אנו בוחנים מעשה של "תקיפה כפשוטה" ("סטירת לחי") ותקיפה שאינה כפשוטה ("ניתוח") על פי אותן דרישות עובדתיות-אובייקטיביות שבהגדרת העברה? ובכלל, האם היסוד "שלא כדין" אינו אלא השיפוט הנורמטיבי של ה"מעשה" – אותו שיפוט שההיצמדות הכפייתית להגדרות העובדתיות-האובייקטיביות-הגשמיות של העברה מבקשת להתעלם ממנו?<sup>71</sup>

סיכומו של דבר: הדרישה להתגבשות יסוד ה"שלא כדין" במקרה של סטירת לחי אינה עולה על דעתנו כלל, משום שסטירת לחי היא מעשה של "תקיפה" על פי משמעותה הנורמטיבית הפשוטה. ממילא, היא מעצמה מעשה "שלא כדין", שהרי "תקיפה" נאסרה כדין. לעומת זאת, מעשה של "ניתוח" אינו מעשה של "תקיפה" במובנו הנורמטיבי הפשוט. לכן, על מנת לאפיינו כ"מעשה אסור" מסוג כלשהו ("תקיפה" או "פציעה" (בשל חיתוך רקמת הגוף)), אין די בהוכחת עצם הפגיעה בערך המוגן בעברה, אלא נדרש גם להוכיח, באופן פוזיטיבי, כי מעשה זה בנסיבותיו הוא גם "שלא כדין"

70 בתקיפה כפשוטה הנחת המוצא היא שהתגבש מעשה העברה אלא אם כן המעשה בכל זאת "כדין" (התגבשותו של "הצדק"). לעומת זאת, במעשה של תקיפה במובנו המשפטי הנחת המוצא היא שלא בוצע מעשה העברה אלא אם כן המעשה הוא "שלא כדין". להרחבה בעניין משמעות המושג "שלא כדין" בעברות פליליות ראו כהן **היסוד של הפוזיות במשפט הפלילי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 81–83 ו-361–359.

71 התעלמות כזו מאפיינת את הגותו של פלר ושל מלומדים אורתודוקסים-סובייקטיביסטים אחרים. לעניין זה ראו פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 403–419. ראו גם את ביקורתו של גלנוויל ויליאמס על השימוש הנפוץ במונח unlawful בעברות כדין האנגלי, שלפיה: "This use of the word 'unlawful' has been criticised, on the ground that it is the business of the statute to reveal to the citizen precisely what conduct the legislature has considered unlawful". לפי גישה זו, הגדרת העברה חייבת לקבוע כבהירות מהם גבולות המעשה האסור על פיה, באופן שלא יותיר אחריה ולא כלום. לאימוץ גישה זו ראו, למשל, ע"פ 3779/94 **חמדני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 408 (1998); ת"פ (שלום ת"א) 24353-05-10 **מדינת ישראל נ' אסרף**, פס" 75–79 (נבו 20.11.2011). אומנם, במצב האידיאלי עדיף תמיד שהגדרת עברה תהיה ברורה עד כמה שניתן, באופן שלא יותיר ספק אם התנהגות מסוימת בנסיבות מסוימות נופלת בגדרה, אולם שאיפה זו, לדעתי, היא בלתי אפשרית ובלתי ניתנת להשגה בהגדרתן של עברות רבות המבקשות לאסור גם מצבי "גרם מעשה" בלתי סביר של אותן עברות ("גרם מעשה" "שלא כדין"). מצבים כאלה תלויים באין-ספור עובדות ונסיבות שאינן ניתנות להכללה במסגרת הגדרה תחומה כלשהי. בעניין זה הרחבתי במקום אחר: כהן **"היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעברת הריגה"**, לעיל ה"ש 65, בעמ' 210–211. לניתוח נוסף של משמעות המונח "unlawful" ראו E.Y. Exshaw, *Some Illustrations of the Application and Meaning of 'Unlawful' in Criminal Law*, 1959 CRIM. L. REV. 503; John G. White, *Criminal Law—Meaning of "Unlawful" in the Criminal Code*, 27 CAN. B. REV. 95 (1949); י"ד זהר **"פירוש הביטוי 'שלא כחוק' במשפט הפלילי"** **הפרקליט** ט 397 (1953); פ' דייקן **"שלא כדין, בניגוד לדין (unlawfully)"** **הד המשפט** א 158 (1956).

(כלומר, אסור). ומה לנו ראייה טובה מזו לכך שאנו, אף כמשפטנים, מבינים באופן אינטואיטיבי מעשה של "תקיפה" כמושג נורמטיבי, ולא עובדתי-אובייקטיבי גרידא? ומה זו אם לא הודאה כי אף בכובענו המשפטי אין אנו נפרדים לשלום מתפיסותינו הנורמטיביות הכלליות כחברי קהילה מן המניין, שלפיהן "ניתוח" אינו מעשה של "תקיפה" כשלעצמו.

כאן ראוי להדגיש, למען הסר טעות, כי אף לסטירת לחי אין אנו מתייחסים כאל "תקיפה" אך בשל העובדה שמעשה זה מקיים את יסודותיה העובדתיים-האובייקטיביים-הגשמיים שבהגדרת העברה (מגע כוחני), אלא אך ורק משום שמעשה זה, בהקשר מתאים מסוים, הוא מעשה של תקיפה על פי שיפוטה הנורמטיביים הפשוטים של החברה שאנו חיים בה. שהרי, כדוגמה, בחברה שבה הכאת ילדים או תלמידים על ידי הורים או מחנכים לצורך "הטבת דרכיהם" היא מעשה לגיטימי, מותר או אף משובח, סטירת לחי בנסיבות אלו עשויה לזכות בכינוי "חינוך"<sup>72</sup> (כשם שמכת אגרוף בהקשר של תחרות עשויה לזכות בכינוי "ספורט"). אולם מהי ההבחנה שבין כינוי סטירת לחי "תקיפה" לבין כינוי "חינוך" אם לא השיפוט הנורמטיבי של המעשה בנסיבותיו (בהקשרו המלא) על פי תפיסותיה הנורמטיביות של חברה נתונה?<sup>73</sup> והרי לפנינו תורת הייחוס הנורמטיבית מבית מדרשו של הרט: כאשר אנו מכנים את המעשה "תקיפה", אין אנו "רק" מתארים עובדות, אלא מייחסים אחריות. כינוי סטירת לחי "תקיפה" או

72 ניתוח זה מאפיין את ההלכה שנקבעה בע"פ 4596/98 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 145 (2000), שלפיה הכאת ילדים על ידי הוריהם עולה כדי עברה פלילית של תקיפה (ובמקרים מסוימים אף כדי עברה של התעללות). פסק דין זה יסודו בתמורה שחלה בשיפוט הנורמטיבי של מעשה מסוג זה, להבדיל מפרשנות יסודותיה של העברה. אולם, יש לומר, סוג כזה של שינוי מבטא חקיקה שיפוטית, המנוגדת לעקרון החוקיות, וזאת משום שהוא מכונן איסור רטרואקטיבי אגב מקרה פרטי שהובא לפני בית המשפט. הדברים אמורים ביתר דגש לנוכח העובדה שפסק דין זה שינה הלכה קודמת של בית המשפט העליון, שקבעה אחרת – ע"פ 7/53 **ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ז 790 (1953) (אם כי יש לדייק ולומר כי פרשת **ראסי** עסקה בהכאת ילדים במסגרות חינוך, וזו נאסרה לימים בפסק הדין שניתן בע"פ 5224/97 **מדינת ישראל נ' שדה אור**, פ"ד נב(3) 374 (1998), כלומר, עוד בטרם ניתן פסק הדין בעניין **פלונית**, שם). בדברים אלו איני מתכוון להביע דעה נגד האפשרות של בית המשפט לעשות כן, אלא רק להסב את תשומת הלב לכך שזו משמעותו של פסק הדין. כשלעצמי אני מסופק אם ניתן להימנע מלעשות כן במקרים המחייבים זאת, שכן דומה כי עקרון החוקיות אינו יכול לשמש עיקרון שאי-אפשר לסטות ממנו בשום מצב. לניתוח נרחב של סוגיית הכאת ילדים לצורכי חינוך כתופעה פלילית ראו בנימין שמואלי "מהפך בעקבות מהפכה: מהפך בסוגיית הכאת ילדים ותלמידים לשם חינוכם בעקבות המהפכה החוקתית" **קריית המשפט** ח 289 (2009). השוו לפסק הדין שניתן באיטליה בהקשר זה: Cass., sez. VI, 18 marzo 1996, n. 407, 1996 Foro It. II (It.).

73 לסקירת הדין בנוגע לחינוך בדרך של הכאת ילדים במסגרת המשפחתית במדינות העולם המערביות, ראו SUSAN. H. BITENSKY, CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN: A HUMAN RIGHTS VIOLATION (2006); Benjamin Shmueli, *Who's Afraid of Banning Corporal Punishment? A Comparative View on Current and Desirable Models*, 26 PENN ST. INT'L L. REV. 57 (2007).

"חינוך" הוא ייחוס של "מעשה" במובנו הנורמטיבי על פי שיפוטיה של חברה נתונה בזמן נתון, ולא תיאור עובדתי-אובייקטיבי-גשמי גרידא. אך בה במידה גם להפך: אנו נייחס לראובן הכירורג עברה של תקיפה רק אם המעשה שעשה הוא "שלא כדין" משום שבמעשהו, בניגוד לסטירת לחי, אין אנו מזהים מבחינה נורמטיבית מעשה של "תקיפה" כפשוטו.

זאת ועוד, לדעתי אין זה סביר כלל ועיקר לטעון<sup>74</sup> כי משמעות המונח "שלא כדין" היא שלא עומד לראובן סייג לאחריות – למשל, שמעשה העברה אכן נעשה אך עמד לראובן "הצדק" לעשותו. הרי לא נוכל להסתתר מאחורי טענה זו בנסיבות שבהן הניתוח שביצע ראובן היה סביר על פי השקפותינו הנורמטיביות-המוסריות הכלליות או מקובל בפרקטיקה המקצועית אך אינו נופל בגדרו הדווקני של סייג מסייגי האחריות.<sup>75</sup> ואף למעלה מכך, והפעם במישור העקרוני: פרשנות זו מרחיבה את גבולות האיסור הפלילי במידה ובאופן הסותרים את הכלל הליברלי שצוין לעיל, שלפיו "הכל מותר, חוץ ממה שנאסר בדין". לפי כלל זה, אם ניתוח הוא מעשה מותר כשלעצמו, אזי כדי להפלילו יש להוכיח שהוא "שלא כדין" כחלק מהגדרת האיסור (הגדרת העברה), ואין די בכך שהוא לא הותר בדין (העדר סייג לאחריות). ובמובן זה, האומנם חייב ראובן "להצטייד" מראש ב"היתר חוקי" לפני ביצוע "מעשה" שלא נאסר בדין?

## 6. "הטרדה" ו"התעללות" – מעשי עברה נורמטיביים והדגמה נוספת

אם אף לאחר הניתוח שהוצג לעיל יתמיד המשפטן העיקש בסירובו להיפרד לשלום ממובניו הלשוניים-המשפטיים של מעשה עברת ה"תקיפה", ויבקש להמשיך לטעון כי יש לייחס לראובן הכירורג עברה זו, לפי שמעשיו עונים על תיאור ההתרחשות העובדתית-האובייקטיבית-הגשמית שבהגדרתה (מגע כוחני), הוא לא יוכל להתהדר ב"יתרון" הגדרה זו ביחס לשורה ארוכה של מעשי עברה פליליים שלגביהם לא הונחה כלל הגדרה סטטוטורית מסוג כזה וכל המאפיין את הגדרתם בלשון האיסור בדין הוא רק שם הפעולה שהוענק להם.<sup>76</sup>

74 כפי שטען פלר – ראו לעיל ה"ש 71.

75 סייגי האחריות מן הסוג של "הצדק" מוגדרים, דרך כלל, באופן צר ודווקני מאוד (ובצדק, בשל אופיים המצדיק ביצוע מעשים שעל פני הדברים נחזים כפליליים). לעומת זאת, המושג "שלא כדין" כיסוד בעברה הוא מושג רחב בהרבה, משום שתפקידו הוא לבחון את אופיו האסור של המעשה (ולטעמי, של "גרם המעשה") מעיקרא.

76 למשל, עברת איומים לפי ס' 192 לחוק העונשין. אכן, בפסיקת בית המשפט העליון עלתה השאלה אם השמעת "איום" בנסיבות המבטאות "התראה", "מצוקה" או "קריאה לעזרה" ראוי שתופל בגדרה של עברת האיומים. ראו רע"פ 2038/04 לם נ' מדינת ישראל פ"ד ס(4) 96 (2006); רע"פ 8736/15 צוברי בר נ' מדינת ישראל (אר"ש 17.1.2018); בש"פ 749/19 פלוני נ' מדינת ישראל (אר"ש 4.2.2019). מצבים אלו מדגישים את ההבחנה שבין "איום" במובנו הפשוט לבין מעשה אחר (כגון התראה) שרק "גורם" לאיום.

לצורך המחשת העניין נבחן, כדוגמאות בלבד, את העברות "הטרדת עד" ו"התעללות בקטין או בחסר ישע" לפי סעיפים 249 ו-368 לחוק העונשין, בהתאמה. המעשים שנאסרו בשתי עברות אלו (כמו גם בעברות רבות נוספות) לא הוגדרו על ידי המחוקק כלל,<sup>77</sup> למעט השימוש בשמות הפעולה הנזכרים בהן – "הטרדה" ו"התעללות".<sup>78</sup> מהו תוכן ה"מעשה" של "הטרדה" או תוכן ה"מעשה" של "התעללות"? את זאת הותיר המחוקק ללא תשובה ברורה. הבה נבחן אפוא את האפשרויות העומדות לפנינו לתוכן ה"מעשה" של "הטרדת עד", ולאחר מכן לתוכן ה"מעשה" של "התעללות".

#### (א) מעשה של "הטרדה"

דרכו של המשפטן המסורתי תהא, מן הסתם, לטעון כי "הטרדה" היא כל מעשה שיש בו משום טרדה לעד (כפי שאכן נקבע בפסיקה),<sup>79</sup> שהרי ענייננו הוא, כדרך הפרשנות המסורתית, ב"מעשה" על פי מובנו כרכיביה העובדתיים-האובייקטיביים-הגשמיים של ההתרחשות שאירעה בפועל כ"התרחשות מטרידה". אולם, מעבר לעובדה שלמעשה של "התעללות" יהיה קשה אפילו לנסח הגדרה מסוג פשטני כל כך, הדבר המטריד היחיד שיש לדעתי בהגדרה זו הוא שמדובר בהגדרה רחבה מני ים, שאינה עולה בקנה אחד עם המושג "הטרדה" במובנו הנורמטיבי הפשוט, ואף אינה עומדת בדרישת המינימום המתחייבת מיישומו של עקרון החוקיות. על מנת להמחיש את הטענה, נבחן את הדוגמה הבאה:

77 דוגמאות אחרות הן הבאת אדם למעשה זנות או לעיסוק בזנות לפי ס' 201 ו-202 לחוק העונשין, בהתאמה. מושגיהן של שתי עברות אלו לא הוגדרו באופן סטטוטורי: אין הגדרה למשמעות תוכנה של פעולת ה"הבאה", כמו גם לתוכן הפעילות שהמושג "זנות" מכונן אליה.

78 העברה של "הטרדת עד" הוגדרה בס' 249 לחוק העונשין כך: "המטריד אדם בנוגע להודעה שמסר האדם, או עומד למסור, בחקירה על פי דין, או בנוגע לעדות שמסר האדם, או עומד למסור, בהליך שיפוטי, דינו – מאסר שלוש שנים." העברה של "התעללות בקטין או בחסר ישע" הוגדרה בס' 368 לחוק העונשין כך: "העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית, דינו – מאסר שבע שנים..."

79 על תוכנו של מעשה "הטרדה" בעברה של "הטרדת עד" בפסיקה הישראלית ראו ע"פ 247/71 מדינת ישראל נ' בחג'אן, פ"ד כו(1) 76 (1971); ע"פ 526/90 בלור נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 133 (1991). השוו לדיון במושג "הטרדה" בעברה לפי ס' 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, העוסק בעברה של הטרדה באמצעות מתקן בזק, ברע"פ 10462/03 הראר נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 70, 82-85 (2005). באשר למושג "הטרדה" בקשר לחקיקים אחרים ראו גם בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393 (1983); ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1988). הגדרת מעשה ה"הטרדה" בפסיקה, המדגישה את היבטיו העובדתיים-האובייקטיביים כמעשה שיש בו משום "טרדה" לאדם, מרחיבה מאוד את היקפו של תוכן המעשה האסור בעברה, שכן היא אינה מעניקה כל משקל לתוכנו הנורמטיבי המתחרה האפשרי של המעשה. כך, למשל, אם אדם עושה מעשה שהוא לגיטימי כשלעצמו, כגון "איסוף ראיות", ואינו חורג מן הסביר בנסיבות העניין, ראוי לדעתי לקבוע כי מבחינה נורמטיבית אין מדובר ב"הטרדה" כלל, אף בנסיבות שבהן מבחינה עובדתית-אובייקטיבית יש במעשה משום טרדה לאדם אחר.

שכס בן חמור, המואשם בביצוע עברת מין בדינה, שוכר את שירותיו של חוקר פרטי על מנת שייצור קשר עם דינה (או עם עדים אחרים בפרשה), במטרה לחלץ ממנה (או מהם) אמרות וראיות שעשויות לסייע לו לביסוס הגנתו. החוקר הפרטי, בידיעתו ובשליחותו של שכס, יוצר באמתלת שווא קשר עם דינה במטרה ליצור את הקשר והאמון שבמסגרתם יוכל לקדם מטרה זו.<sup>80</sup> כעת הבה נשאל: האם יש במעשיו של החוקר הפרטי, או בהזמנת שירות זה על ידי שכס (כמבצע בצוותא או כמשדל), משום עברה של "הטרדת עד"? אם נבחר בנתיב ההגדרה "העובדתית-האובייקטיבית-הגשמית" של המעשה שנעשה, נראה כי התשובה לכך חיובית, שהרי במעשיו של החוקר הפרטי יש משום "פנייה אל אדם בדיבור או במעשה שיש בו כדי לטרדו ממנוחותיו או מעיסוק באותם עניינים שהוא בוחר לו מרצונו".<sup>81</sup> אולם, האומנם יסכים בהכרח המתבונן הסביר מן היישוב להגדיר מעשה זה כ"הטרדה" – בכלל או לפחות באותה מידה שבה יאות להגדיר התקשרויות חוזרות ונשנות אל דינה בשעת לילה מאוחרת, תוך ניתוק השיחה עימה מייד עם המענה, כמעשה של "הטרדה"?<sup>82</sup>

אני מסופק מאוד אם שם הפעולה "הטרדה" מאפיין באופן ברור את פעולת החוקר הפרטי על פי שיפוט נורמטיבי של אדם סביר מן היישוב. מכל מקום, היא בוודאי לא

80 תיאור זה מבוסס על תיק החקירה בעניין גיסו של השר חיים רמון, שבו שלח הלה חוקרים פרטיים ליצור קשר עם המתלוננת נגד רמון (בעברה של מעשה מגונה), לפתח עימה קשרים חברתיים ולדובב אותה למסור פרטים על הפרשה (בתקווה להפיק חומר מזכה באמצעות פעולות אלו). במקרה זה התעוררה השאלה אם מעשים אלו עולים כדי "הטרדת עד" לפי ס' 249 לחוק העונשין. במקרה הנדון התכלית של יצירת הקשר עם המתלוננת הייתה לקדם אינטרס לגיטימי (איסוף ראיות עבור נאשם לשימוש בהליך המשפטי נגדו), אם כי היה בה ללא ספק כדי לגרום "טרדה" במישור האובייקטיבי. במסגרת הדיונים בתיק זה בפרקליטות עלה כי בהליכים אזרחיים נהוג ומקובל בקרב פרקליטות המחוז האזרחיות להשיג מידע אשר חיוני לניהול הליכים משפטיים שהמדינה צד להם באמצעות העסקת חוקרים פרטיים, היוצרים לעיתים מזומנות קשר עם צד או עד בהליך. בנסיבות אלו עלתה השאלה אם מדובר בעברה פלילית ואם הנאשם לא עשוי לטעון כי אף המדינה נוהגת באופן שבו בחר לנהוג. עברה זו, על רקע ההתלבטויות שהתעוררו בעניין יישומה בהקשר האמור, היא דוגמה מובהקת למובנם הנורמטיבי של "מעשים".

81 ראו ההגדרה בפרשת **בלזר**, לעיל ה"ש 79, בעמ' 175.

82 כאמור לעיל בה"ש 80, הפרקליטות אינה סבורה כן בכל הנוגע באיסוף ראיות לטובתה בהליכים אזרחיים שהיא צד להם, משום שהיא תופסת (ובצדק) את המושג "הטרדה" במובנו הנורמטיבי, ולא הטכני-האובייקטיבי (השאלה אינה אם נגרמת טרדה, אלא אם נעשית "הטרדה"). אולם ברגע שנכנסים ל"תמהיל" ההקשרי נתונים המעוררים תחושה של **איינחת מוסרית** (למשל, כאשר נאשם בפלילים או מקורביו הם ששולחים את החוקר הפרטי, וביתר שאת כאשר הם שולחים אותו אל המתלוננת בתיק), מייד צפה ועולה הדילמה (המובנת כשלעצמה) אם אין מקרה זה ראוי לאכיפה פלילית. אלא ש"איינחת" זו, יותר משהיא קשורה ל"טרדתה" של המתלוננת כעדה בהליך משפטי באופן כללי, היא קשורה להטרדתה על ידי נאשם או מקורביו ובהליך פלילי. לפיכך, אם המחוקק סבור כי ראוי לאסור על נאשם, על מקורביו או על כל אדם ליצור קשר כלשהו עם מתלוננת בהליך פלילי, אזי חובתו היא להגדיר מעשה של יצירת קשר כזה כ**מעשה עברה עצמאי**, ולא לייחס במקרים אלו, על דרך ההיקש, את העברה של "הטרדת עד".

מעשה של "הטרדה" באותו מובן שבו מעשה של התקשרויות וניתוקים חוזרים ונשנים של שיחות טלפון הוא מעשה של "הטרדה". ההבדל בין שני "מעשים" אלו נעוץ בכך שהראשון סובל (ואף יותר מכך, לדעתי) תוכן נורמטיבי דומיננטי מתחרה – כמעשה של "איסוף ראיות" (אשר גרימת ה"טרדה" היא תוצאתו/משמעותו הנורמטיבית האגבית בלבד) – בעוד משמעותו הנורמטיבית הראשית של האחרון היא "הטרדה" כפשוטה. כעת, אם מעשה "איסוף הראיות" שעשה החוקר הפרטי אינו אסור כשלעצמו או לא חרג מגבול הסביר (המעשה אינו "שלא כדין"), וביתר שאת אם הוא אף בעל ערך חיובי כשלעצמו (איסוף ראיות בתום לב לצורכי הגנתו של נאשם), אזי על פי שיפוט נורמטיבי של מתבונן סביר מן היישוב הוא אינו מעשה של "הטרדה עד" – לא כפשוטו ("הטרדה") ולא לא כפשוטו ("גרם הטרדה שלא כדין") – וזאת אף אם יש בו במעשה זה משום טרדה מסוימת מבחינת דינה (או מבחינת עד אחר).

אולם, אם אכן כך, ניתוח זה חושף פער בין השיפוט הנורמטיבי של האדם הסביר מן היישוב, שעשוי לאפיין את מעשיו של החוקר הפרטי כמעשה שלא נאסר (מעשה שאינו "הטרדה" ולכן מותר), לבין יישומו של מבחן עובדתי-אובייקטיבי-גשמי, המאפיין את מעשיו כמעשה אסור.<sup>83</sup> בנסיבות אלו מתעוררת שנית התהייה: האומנם ראוי שיהיו לו למשפט הפלילי תובנות נורמטיביות של "אסור ומותר" החורגות מן "האסור והמותר" על פי השיפוט הנורמטיבי של חברי הקהילה שבפניהם הנאשם נותן את הדין? ובנסיבותיה של דוגמה זו לא ימצא לו למשפטן המסורתי מפלט או מחסה בהגדרתו הסטוטורית של מעשה העברה הרלוונטי, שהרי המעשה של "הטרדה" לא הוגדר על

83 דוגמה לפער כזה ניתן להציג מן הסוגיה בתלמוד הירושלמי, שבועות ו, ו, בעניין "צייר פומהון דשהדיא" (סותם פי עדי חברו), שהוא לכאורה מצב של גרימת היזק במניעת עדות שיכולה לתמוך בפיצוי ממוני. הרמב"ן, בקונטרס דינא דגרמי (הרמב"ן "קונטרס דינא דגרמי", לעיל ה"ש 59, בעמודות מא-מב), מסביר את הפטור במקרה זה בהעמדת המעשה של "עדות" כגמילות חסדים, קרי, כדבר שאינו בגדר חובה כלל. לכן גרימת אימתן עדות היא מעשה ששקול לא לגרימת נזק, אלא לגרימת איגמילות חסדים (וממילא היא אינה נופלת אפילו בגדר "גרם מעשה", אלא רק בגדר "גרם גרם מעשה", שאליו אתייחס להלן בתת-פרק 21). אולם תיאור "מעשה של עדות" כ"גמילות חסדים" הוא כשלעצמו שיפוט נורמטיבי (תיאור מעשה על פי מובנו הנורמטיבי), שהרי אם "מעשה של היזק" הוא כל מעשה אשר מבחינה עובדתית-אובייקטיבית גורם להיזק (מעשה במובנו העובדתי-האובייקטיבי), אזי סותם פי עדי חברו הוא ללא ספק מעשה של גרימת נזק. אולם "מעשה" אינו מושג עובדתי, כי אם נורמטיבי; ולענייננו, אם לגבי האדם מן היישוב "מעשה של אימתן עדות" אינו שווה מבחינה נורמטיבית ל"מעשה של היזק", אזי אי אפשר להתייחס למעשה הראשון כמו אל המעשה השני, גם אם יש במעשה הראשון, מבחינה עובדתית, משום "היזק". דרך אחרת להציג ניתוח זה באופן הבא: אף אילו קיבלנו את הרעיון שלפיו "אימתן עדות" כמוהו כמעשה של "היזק", עדיין – מאחר שאימתן עדות הוא מעשה מותר (בהנחה שאין הוראה, שבצידה סנקציה, המחייבת מסירת עדות) – מעשה כזה אינו יכול להיחשב אסור ("שלא כדין"). אולם דרך זו נראית בעיניי טובה פחות, שהרי אם אמרנו "היזק", אמרנו גם "אסור" (אין איש שיחלוק כי אסור להזיק לזולת). אולם אם אימתן עדות הוא "מעשה מותר", ממילא קשה לקבל הצעה לכנותו מעשה של "היזק". אכן, יש קשר הדוק בין השאלה אם מעשה מסוים הוא מעשה אסור או מותר לבין השאלה מהו טיבו הנורמטיבי של אותו מעשה.

ידי המחוקק כלל, והתיאור העובדתי-האובייקטיבי-הגשמי אינו נהנה עוד מיתרון הפורמליסטיקה המשפטית.

ואם יבקש המשפטן המסורתי להציג בדוגמתנו האחרונה טענה מסורתית אחרת, שלפיה כל מעשה שעל פי תוכנו העובדתי-האובייקטיבי-הגשמי פוגע בערך המוגן בעברה הוא "מעשה אסור", אלא אם כן התגבש סייג לאחריות,<sup>84</sup> נתמה אנו: האומנם נדרש מן החוקר הפרטי להצטייד מראש ב"היתר" (סייג) למעשה אשר מותר כשלעצמו ("איסוף ראיות") רק משום שיש בו כדי לפגוע באופן אגבי, באורח שאינו בלתי סביר ואינו "שלא כדין", בערך המוגן במעשה אסור אחר ("הטרדה")? האומנם ראוי שאיסור פלילי שיועד לחול על "מעשה אסור" מסוים יחול, באופן אפרורי, על מגוון עצום ובלתי סופי של "מעשים מותרים" רק בשל תוצריהם האגביים האפשריים, ואף בשעה שתוצרים אלו אינם "שלא כדין" ואינם בלתי סבירים?<sup>85</sup> בנסיבות העניין?

אני סבור כי התשובה לשאלות אלו חייבת להיות שלילית בתכלית השלילה – ולו בשל העובדה שתשובה חיובית מובילה להרחבת האיסורים הפליליים מעל ומעבר לכל מידה סבירה. מובן מאליו שמעשה של התקשרויות וניתוקים טלפוניים חוזרים ונשנים כלפי עד בהליך משפטי הוא מעשה של "הטרדה עד" ולכן אסור, משום שזוהי "הטרדה" כפשוטה, והטרדה עד נאסרה בדין. אולם הרחבת האיסור של "הטרדה עד" אל מעשים שיש להם תוכן נורמטיבי מתחרה דומיננטי שאינו "הטרדה" כפשוטה, רק משום שיש להם תוכן אגבי כזה ("גרם מעשה"), מובילה להרחבת איסורי המשפט הפלילי באורח בלתי סביר, ואף לפגיעה במטרות או יעדים חברתיים חיוניים העומדים ביסוד תכליתם של מעשים שאינם מעשי עברה כפשוטם ("איסוף ראיות" בדוגמתנו) – בין בכלל ובין בנסיבותיו של מקרה קונקרטי.

למעלה מכך, אם המעשה שנעשה אינו "המעשה האסור" כפשוטו וגם אינו "שלא כדין" ואינו בלתי סביר בנסיבותיו, אזי הפניית הנאשם "לקושש" לו סייג מסייגי

84 טענה כזו נוסחה באופן מיטבי על ידי פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 619: "ועוד יש להוסיף ולהטעים כי כאשר אדם עומד בפני סיכון מוחשי לבצע עבירה פלילית, עליו להימנע מן הביצוע, אלא אם כן עומדת לו הגנה מפורשת מפני אחריות פלילית. במקרה זה, אין זה עניין של 'סיכון סביר', אלא עניין של מאזן סיכונים, אשר רק המחוקק הוא המוסמך להחליט לאן נוטה כף המאזניים מבחינת האינטרס החברתי; ובכלל, יש לציין כי אין 'הסיכון הסביר' מהווה הגנה בפני אחריות פלילית." אני מסכים עם פלר ששאלת "מאזן הסיכונים" (נכון יותר לנסח זאת כ"מאזן טעמי ה'בעד' וה'נגד' של פעולה") היא שאלה אובייקטיבית. אולם משמעות טענתו בכללותה היא כי כל מעשה שיש בו סיכון לפגיעה בערך המוגן בעברה מסוימת הוא גם מעשה אסור, כהנחת מוצא. במילים אחרות, הטענה היא כי כל נטילת סיכון אסורה אלא אם כן היא הותרה בדין. על סוג כזה של טענה אני חולק מכל וכל.

85 טיעון זה מבחיר מדוע מבחן "אי-סבירות המעשה" רלוונטי גם ל"עברות התנהגות", שכן אם גם עברת התנהגות ניתן לעבור בביצוע "גרם מעשה" אותה עברה, אזי יש להציב בפני אפשרות זו תנאי שלפיו "גרם מעשה" זה הוא בלתי סביר בנסיבותיו (שאם לא כן נאסור בדרך זו כל "גרם מעשה", אף אם בנסיבותיו אין אנו רוצים לאסור אותו או אף מבקשים לעודד את עשייתו). לכן ייחודו של מבחן "אי-סבירות המעשה" לעברות תוצאה בלבד – כדרך שנעשה בתיקון 39 לחוק העונשין (בהגדרת קלות הדעת בלבד כמצב של "נטילת סיכון בלתי סביר") – הוא שגוי מיסודו, לטעמי.

האחריות הפלילית במאמץ להיחלץ מהרשעה פלילית היא היפוך היוצרות של העיקרון הליברלי הקובע, כאמור, כי הכל מותר, חוץ ממה שנאסר. מכאן שבכל מצב שבו ניתן להגדיר באורח סביר את המעשה שנעשה כמעשה בעל תוכן נורמטיבי מתחרה אשר מותר כשלעצמו,<sup>86</sup> כל אדם זכאי ליהנות מן החירות המוענקת לו על פי העיקרון של ההיתר הכללי, המסיג מפניו כל ניסיון להרחבת האיסור שהוטל על מעשה אחר.

### (ב) מעשה של "התעללות"

העיסוק בשאלת היחס בין מה שנאסר בעברה למה שהותר על פי סייג של "הצדק" עשוי לסייע בבחינת דוגמה יישומית נוספת, הנוגעת במשמעות תוכנו של מעשה העברה של "התעללות בחסר ישע". להלן אבחן עברה זו על פי ניתוח קו הטיעון של צוות ההגנה בפרשה שנדונה בבית המשפט העליון בע"פ 7704/13 **מרגולין נ' מדינת ישראל**.<sup>87</sup>

בפרשה הנזכרת הועמדו לביקורת פלילית פעולות ומעשים של צוות רפואי במחלקה סגורה בבית החולים הפסיכיאטרי "איתנים" כלפי חוסים חסרי ישע במחלקה. חוסים אלו סבלו מפיגור, מאוטיזם עמוק ומהפרעות התנהגות קשות, אשר העמידו אותם תדיר בסיכון חמור לפגיעה עצמית ולפגיעה באחרים. על יסוד תשתית עובדתית רחבה (שאיני מוצא טעם לפרטה מעבר למידה הנחוצה) נטען באישום הפלילי שהוגש נגד בעלי תפקידים שונים במחלקה כי הם נקטו מדיניות פוגענית ומשפילה כלפי החוסים, שכללה שימוש בסנקציות של ענישה פיזית ונפשית, שבעטיים יוחסה להם, בין היתר, עברה של "התעללות בחסר ישע" לפי סעיף 368 לחוק העונשין. במענה לאישום נקטו הנאשמים קו הגנה שלפיו המדיניות ה"מענישה" כלפי החוסים נועדה – בנסיבות מצבם הקשה והסיכון שנשקף מהם – להכווין את התנהגותם באופן שיאפשר להם לדאוג לצורכיהם הבסיסיים בעצמם ולהוביל לשינוי התנהגותם המסכנת. במינוח שהוצע מעלה, קו ההגנה היה כי אין לתאר את מעשי הצוות כ"מדיניות ענישה" או כ"התעללות", אלא כ"מדיניות טיפול" חיונית או לכל הפחות סבירה בנסיבות העניין (נעשה שימוש בביטוי "טיפול רפואי", אך אני מתייחס ל"מדיניות הטיפול" הכללית שננקטה).

<sup>86</sup> יש מצבים שבהם המעשה סובל משמעות נורמטיבית מתחרה אך הוא אסור בכל זאת כשלעצמו, כגון חציית צומת ברכב באור אדום או הפרת תקנות בנייה שגרמו לפציעתו של אדם או למותו. ביחס לפציעה או למוות מעשים כאלה הם "גרם מעשים", אך בה בעת הם גם "מעשי עברה" כשלעצמם. מצב זה – שבו ניתן לעבור את העברה הרלוונטית (בדוגמאות אלו – "פציעה" או "המתה") ב"גרם מעשה" – מכונן במשפט המשווה "אחריות קונסטרוקטיבית" (constructive liability), משום שאין ספק ש"גרם מעשה" כזה הוא גם אסור כשלעצמו. למצב זה התייחסתי במקום אחר: שאל כהן "ביצוע בצוותא ברשלנות: בעקבות ע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל" **עיוני משפט** לח 613, 649–651 (2016) (להלן: כהן "ביצוע בצוותא ברשלנות"). כן ראו כהן **היסוד של הפזיזות במשפט הפלילי**, לעיל ח"ש 36, בעמ' 359–361.

<sup>87</sup> ע"פ 7704/13 **מרגולין נ' מדינת ישראל** (אר"ש 8.12.2015).

כעת נניח שבחינת האמצעים שנקט הצוות הרפואי – כשלעצמם, במנותק מהקשרם הקונקרטי, ועל פי מבחן "עובדתי-אובייקטיבי-גשמי טהור" – אכן מאפיינת אותם כמעשים של "התעללות" (אם בחינה כזו אפשרית בכלל), האם מהנחה זו נגזרת מאליה הרשעת הנאשמים בדין אלא אם כן יעלה בידם לעמוד בתנאיו של סייג לאחריות הפלילית? ואם אכן כך, ובהתחשב בהגדרותיהם הדווקניות והמצמצמות של סייגי האחריות הפלילית (המובנות כשלעצמן), מה יהיה אם לא יימצא להם סייג הולם, אף שאמצעים אלו ייתפסו על ידי כל הדיוט סביר מן היישוב כחיוניים, כהכרחיים או לכל הפחות כסבירים? ובכלל, כיצד יש להבין את טענת ההגנה בהקשר זה? האם בשל אופיים ה"מתעלל" ה"אובייקטיבי" של האמצעים שנקטו הודתה ההגנה כי התגבשו יסודותיה של עברת ההתעללות בחסר ישע אך טענה להתגבשותו של סייג לאחריות (ואם כן, איזה סייג) או שמא עניינו בטענה כי לא התגבש כלל המעשה האסור בעברה?

אני סבור כי האפשרות השנייה היא הנכונה:<sup>88</sup> מעצם הצעתו של תיאור חלופי לאמצעים שנקטו על ידי הצוות הרפואי – "טיפול" – עולה לטעמי מאליה הכחשת האישום. ובשפה שהוצעה על ידי הרט: קו ההגנה שהוצג בפרשה זו היה כי אין להעניק לאמצעים שנקטו על ידי הצוות הרפואי תיאור עובדתי-אובייקטיבי-גשמי גרידא (description), אלא יש לייחס להם את ה"מעשה" הנורמטיבי הרלוונטי בנסיבות העניין הכוללות (ascription). מאחר שהמושג "טיפול" הולם יותר, לדעת ההגנה, את השיפוט הנורמטיבי של מעשי הצוות הרפואי בנסיבותיהם הכוללות, נטען כי אין לקבוע שמדובר ב"התעללות", אלא בטיפול, גם אם מבחינה "אובייקטיבית" גרמו האמצעים שנקטו סבל פיזי או נפשי לחוסים, מן הסוג אשר בהקשר אחר היינו מזהים אותו כמעשה של "התעללות".

אלא שטענה מסוג זה יכולה להישמע רק במסגרת תורת אחריות פלילית המכירה בתוכנו הנורמטיבי של המושג "מעשה", שהרי אם תיושם תורת אחריות שלפיה "מעשה" אינו אלא תיאור עובדתי-אובייקטיבי-גשמי של התרחשות, אזי כשם שהאמצעים שנקטו על ידי הצוות הרפואי חייבים להיחשב מעשה "התעללות" בהקשר אחד (למשל, אילו נעשו על ידי אב כלפי בנו בנסיבות רגילות), כך הם יהיו חייבים להיחשב "התעללות" גם בנסיבות ביצועם במחלקה הסגורה שבה הועסק הצוות הרפואי.

כיצד אפוא נכריע בטענת ההגנה בפרשה זו? אם נבקש לתור אחר הגדרתו הסטוטורית של מעשה העברה הרלוונטי ("התעללות"), נגלה כי זו (בניגוד לעברה של "תקיפה") אינה בנמצא בדין החרות; ואם נבקש לגזור על הנאשמים "מיטת סדום" של תיאור עובדתי-אובייקטיבי-גשמי של מעשיהם, נימצא דוחים בלא דיון ענייני את טענתם, ואולי אף מאפיינים מעשה חיוני של "טיפול" כמעשה אסור (אם בנסיבות העניין אכן היה צורך חיוני באמצעים אלו). או שמא נניח כהנחה ראשונית בלבד שאכן מדובר במעשה אסור של "התעללות" (התגבשות יסודות העברה על פי מבחן "אובייקטיבי")

88 השוו לדברי השופט הנדל בפסק הדין בפרשה זו, שם, בעמ' 29.

אך ננסה לתור אחר סייג לאחריות שניתן לזקוף לטובתם של חברי הצוות הרפואי? ומה נעשה אם לא ימצא לנו סייג מתאים? ובכלל, האומנם ייתכן כי מעשה שאינו המעשה האסור כשלעצמו, ואשר אינו שלא כדין, אינו בלתי סביר בנסיבותיו ואולי אף חיוני כשלעצמו, יקבל את אופיו ה"מותר" רק בנסיבות שבהן הוא הותר על פי דין מפורש (סייג לאחריות)?

כאמור לעיל, אני סבור כי המושג "מעשה" – המתייחס לעולם לפעולה אנושית (human action) – אינו סובל רדוקציה למאפייניהם האובייקטיביים-הגשמיים של אירוע או התרחשות שיסודם בכוחות הטבע. במובן זה, גם אם סופת הוריקן יכולה לגרום לפגיעה בערכים מוגנים – בגוף או ברכוש – היא לעולם אינה "תוקפת", "מטרדה" או "מתעללת" (שהם "מעשים" בעלי משמעות נורמטיבית-מוסרית,<sup>89</sup> אשר אי-אפשר להעניק לאירוע טבעי). לכן "תקיפה", "הטרדה" ובוודאי "התעללות" – כשמות פעולה המתארים "מעשים" – אינן התרחשויות, כי אם פעולות אנושיות. ומאחר שעניינו של המשפט הפלילי אינו בביקורת התרחשויות הפוגעות בערכים מוגנים כשלעצמן, אלא בביקורת של פעולות אנושיות (קרי, של "מעשים"), אי-אפשר להניח, כהנחת מוצא, שהוא חל באופן אוטומטי גם על "גרם מעשים", שהם "התרחשויות" (אשר לעולם טבוע בהן מאפיין אקראי או טבעי<sup>90</sup>) הנלוות ל"מעשה", אשר אינו כשלעצמו המעשה האסור. אמת, לעיתים ניתן להרחיב את האיסור הפלילי גם אל "גרם מעשה", ולו בשל היותו – להבדיל מ"גרימה טהורה" של כוח טבע – תולדה של מעשה אחר (ההתרחשות – "גרם המעשה" – מקורה בפעולה אנושית אחרת או מוקדמת). אולם הרחבה זו אינה יכולה להיות אוטומטית או מובנת מאליה, לדעתי.<sup>91</sup>

89 על משמעותן הנורמטיבית האניהרנטית של פעולות בעלות אופי תיאורי מסוים ראו John Gardner, *The Gist of Excuses*, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 575, 577 (1998).

90 במצב של "סיבתיות פיזיקלית" ההתרחשות או התוצאה העוקבות בזמן ובמרחב ל"מעשה הגורם" הן אקראיות במידה מסוימת (כלומר, הן אפשריות, ולא הכרחיות, וכפופות לתנאים אשר כשלעצמם אינם בשליטת העושה). לעומת זאת, במצב של "סיבתיות נורמטיבית" (מגע כוחני של טיפול רפואי שגורם ל"תקיפה") ה"תוצאה" אומנם אינה אקראית או אפשרית בלבד (ה"תקיפה" היא פועל יוצא הכרחי של המגע הכרוך בטיפול), אך היא טבועה בטבעו של "המעשה הגורם" (אי-אפשר להעניק לאדם טיפול המחייב מגע גופני ללא מגע זה). לכן "תוצאה" זו נכפית על העושה מעצם עשיית "המעשה הגורם", באופן שהוא אינו יכול להשתחרר ממנה אלא על ידי הימנעות מעשיית אותו "מעשה גורם". אולם, אם עשיית אותו "מעשה גורם" אינה אסורה כשלעצמה, יוצא שעשיית מעשה מותר זה (לכאורה) כרוכה – באופן שאינו נתון בשליטת העושה – בגרימת ה"תוצאה" בעברה (ה"תקיפה" כ"גרם מעשה" של טיפול). לכן ב"גרם מעשה" השליטה של הפרט בגרימת ה"תוצאה" אינה מלאה. זהו טעם נוסף להגבלת היקפם של מעשי עברה על גרם אותם מעשים. בעניין זה הרחבתי במקום אחר: כהן **היסוד של הפיזיות במשפט הפלילי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 276.

91 לעניין התנאים להרחבה זו ראו שם, בעמ' 354–359.

## פרק ג: "מעשה עברה כפשוטו" – ביאור מושגי

### 1. כללי

כאמור, "מעשה עברה כפשוטו" מבטא את המובן או המשמעות שבני חברה נתונה בזמן נתון מעניקים לשם הפעולה הנזכר בעברה פלילית נתונה כמעשה האסור על פיה בשימוש המעשי בשפה הרגילה והיומיומית שלהם. כפי שטענתי לעיל, מושג זה, בתוכנו האמור, הוא מושג נורמטיבי, ולא עובדתי; מדובר במושג שתפקידו הוא להעניק משמעות (נורמטיבית) להתרחשות מסוימת, להבדיל מתיאור עובדתי-אובייקטיבי שלה. לכן בכל הקשר שבו לא תימצא הסכמה רחבה בקרב בני חברה נתונה כי ראוי לכנות פעילות מסוימת בשם הפעולה שעברה מסוימת נקבה לתיאור המעשה האסור על פיה – על פי מובנו הפשוט בשפת היומיום שלהם – יהא זה בלתי הולם לייחס עברה זו למי שביצע פעילות זו.

ניתוח זה של המושג "מעשה עברה" מאתגר כמובן תפיסות משפטיות רווחות מסוימות. מטעם זה יהיה ראוי, לדעתי, לבסס את תוכנו ותקפותו מעבר למה שהוצע עד כה. בכך יתמקד הפרק הנוכחי.

### 2. מסורת הפילוסופיה האנליטית

הפילוסופיה האנליטית היא מסורת פילוסופית שראשיתה בסוף המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים. עם הפילוסופים המזוהים ביותר עם מסורת זו<sup>92</sup> נמנה פילוסוף השפה החשוב לודוויג ויטגנשטיין. מאפיין אחד של מסורת זו הוא המקום המרכזי שנוטלים בה העיסוק בלשון וניתוח מושגים בשפה,<sup>93</sup> ששיאם במה שכוונה לימים "המפנה הלשוני" בהגותו של ויטגנשטיין.<sup>94</sup> מאפיין מובהק אחר הוא מעמד הבכורה שהיא מעניקה בניתוח מושגיה לשכל הישר ולאמונות היומיום,<sup>95</sup> שנחשבים הבסיס הוודאי והמוצק ביותר שניתן למצוא<sup>96</sup> לכל עיון פילוסופי באשר הוא. בהלימה לכך, עמדתה העקרונית של מסורת פילוסופית זו היא כי מהלך תיאורטי אשר מתנגש עם השכל הישר ואמונות היומיום או שולל אותן ראוי – מטעם זה בלבד – להידחות.<sup>97</sup>

92 ביניהם גוטלוב פרגה, ג'ורג' אדוארד מור, ברטרנד רסל וכן פילוסופים שהשתייכו ל"חוג הווינאי", אשר ויטגנשטיין מזוהה עימו.

93 Ian Hacking, Why Does Language Matter to Philosophy? (1975). ראו בהרחבה בספרו של יובל אילון שפה, מחשבה, עולם: סוגיות בפילוסופיה אנליטית (2021).

94 שם, בעמ' 13–19.

95 שם, בעמ' 21.

96 אין מדובר בטענה כי מסקנות הנגזרות מן השכל הישר או מאמונות היומיום הן ודאיות בהכרח, אלא בטענה צנועה בהרבה, שלפיה הן הבסיס הוודאי ביותר שבנמצא.

97 אילון, לעיל ה"ש 93, בעמ' 37–38.

ביטוי מובהק לאפיון אחרון זה אנו מוצאים בביקורתה<sup>98</sup> של מסורת זו על ניתוח המושגים "הכרה" או "ידיעה" אצל דקרט. מושגים אלו, כפי שנטען, נותחו ונבחנו על ידי האחרון כמושגים "כשלעצמם", מחוץ למשמעות ולתוכן שאנחנו מעניקים להם או לדרך שבה אנו חווים אותם בחיינו היומיומיים. אולם לפי הביקורת הנזכרת, אין מקום לחקר ה"הכרה" או ה"ידיעה" כשלעצמן, "כפי שהן" כביכול, אלא אך ורק בהתאמה ובהלימה לאופן שבו הן מוכנות ונחוויות בעולמם הממשי של בני אדם, שהוא גם המובן היחיד בנמצא. אין לנו, כך נטען, כל מושג מהי "ידיעה" שאינה "ידיעה" על פי מובנה בחוויותינו האנושיות, שעל כן הגדרתה במונחי תוכן שמחוץ להכרתם וחוויתם של בני אדם אינה אלא ניסיון – אם נשתמש בלשונו של ארכימדס – להסיט את העולם ממקומו ללא כל נקודת משען. "הכרה" או "ידיעה", לפי ביקורת זו, אינן מצבים תיאורטיים מופשטים, אלא מצבים קונקרטיים וממשיים הנחווים על ידינו בחיינו היומיומיים, אשר מחוץ להם אין להם כל משמעות או תוכן שבני אדם מסוגלים לאחוז בהם במובן כלשהו.<sup>99</sup>

עניינו של מאמר זה אינו בתורת ה"הכרה" או בתחומי חקר פילוסופיים מובהקים כגון דא. אולם, כפי שאבקש להראות, מאפייניה של מסורת פילוסופית זו והתוכן שנוצק להם בהגותו המאוחרת<sup>100</sup> של ויטגנשטיין ביחס לתוכניהם או משמעותם של מושגים ומילים בשפה רלוונטיים ביותר לניתוח והבנה נאותים של המושג "מעשה עברה כפשוטו", העומד ביסוד מאמר זה.

### 3. "המפנה הלשוני" – מעבר ממשמעות לשימוש

בספרו החשוב **חקירות פילוסופיות** כותב ויטגנשטיין כך:

"לגבי קבוצה גדולה של מקרים שבהם משתמשים במלה 'משמעות' – אף אם לא לגבי כל מקרי השימוש בה – ניתן לבאר מלה זאת כך: המשמעות של מלה היא השימוש בה בלשון. ואת המשמעות של שם מבארים לעתים קרובות בכך שמצביעים על **נושא**".<sup>101</sup>

"אנו מדברים על התופעה המרחבית והזמנית של השפה; ולא על איזשהו יציר-תעתועים אל-מרחבי ואל-זמני".<sup>102</sup>

98 ג"א מור "הוכחת קיומו של העולם החיצון" שפה, מחשבה, עולם: מאמרים קלאסיים בפילוסופיה אנליטית 9 (2021).

99 אילון, לעיל ה"ש 93, בעמ' 33–34.

100 שציקרה הוצג בספרו של ויטגנשטיין **חקירות פילוסופיות**, לעיל ה"ש 32.

101 שם, בפס' 43 (ההדגשה במקור).

102 שם, בפס' 108.

עניינן של טענות אלו (וטענות רבות אחרות בספר זה) הוא בשאלת היחס שבין **משמעות** או תוכן של מילים בשפה לבין השימוש בהן.<sup>103</sup> כפי שביאר את הדברים אליעזר מלכיאל, שתי אפשרויות פתוחות לפנינו לניתוח או תיאור של היחס האמור. **האחת היא שהשימוש במילה מסוימת מבוסס על משמעותה האפרורית: אילולא הייתה למילים משמעות הקודמת לשימושן בשפת היומיום, הייתה נשללת לכאורה מאליה כל אפשרות להשתמש בהן. משמעות במובנה זה קובעת את גבולות השימוש במילים: מה ניתן להביע באמצעותן ומה לא, ואיזה שימוש בהן חוטא למשמעותן. כך, הבנת משמעותן המוקדמת של מילים משמשת גם תנאי לשימוש בהן בשפה: התינוק לומד את משמעותה או תוכנה של מילה ובכך מותנית ונרכשת יכולתו להשתמש במילה זו.<sup>104</sup> במושגי מאמר זה, התיאור הלשוני-המשפטי קובע **משמעות אפרורית** (בין בהגדרה כללית, כגון זו שבסעיף 18 לחוק העונשין, ובין בהגדרה ספציפית של מעשה מסוים) לשם הפעולה שעברה פלילית כלשהי משתמשת בו לתיאור המעשה האסור על פיה ("תקיפה", "הטרדה", "התעללות") – הגדרה אשר קודמת לשימוש בו וקובעת את משמעותו או תוכנו.**

אולם ויטגנשטיין דוחה אפשרות זו של מובן "משמעות" של מילה מכל וכל. לטענתו, תפיסה זו מאפיינת משמעות של מילה כתכונה הטבועה באותה מילה, מחוץ לשימוש בה בפועל. "משמעות", לפי עמדה זו, קשורה למילה "כשלעצמה", במופשט מן השימוש בה וקודמת לו, כשהשימוש במילה נעשה ב"צילה" של אותה משמעות; המשמעות היא בבחינת "הילת-אד האופפת את המלה, ואשר המלה נוטלת עמה אל כל מיני שימושיה".<sup>105</sup> אולם לטענת ויטגנשטיין, "המושג הכללי של משמעות המלים [במובנה זה – ש' כ'] אופף את תפקוד השפה באד המונע ראייה בהירה".<sup>106</sup> להבהרת טענה זו אשוב מייד.

**האפשרות האחרת להבנת משמעותה של מילה בשפה היא זו הטמונה ברעיון הוויטגנשטייני של מעבר ממשמעות לשימוש, כלומר, מעבר ממשמעות אפרורית מופשטת של מילה אל משמעותה במובנה השימושי, המעשי והקונקרטי. לביטויים לשוניים, כפי שטען ויטגנשטיין, יש משמעות רק בשימושם המעשי בפועל, ומובנו של השימוש בהם הוא-הוא משמעותם או תוכנם.<sup>107</sup> מושגים בשפה, לפי עמדה זו, מקבלים את המשמעות שלהם רק על פי מה שנאמר או מבוטא באמצעותם בהקשר קונקרטי נתון,**

103 להרחבה בעניין זה ראו G.P. BAKER & P.M.S. HACKER, WITTGENSTEIN: UNDERSTANDING AND MEANING 129–158 (2d ed. 2005).

104 אליעזר מלכיאל **משמעות לשימוש: פירוש לסעיפים 1–315 בחקירות פילוסופיות של לדוויג ויטגנשטיין** 24–21 (2017). זהו תיאור משמעותן של מילים בשפה המוצג בפס' 1 לספרו של ויטגנשטיין **חקירות פילוסופיות**, לעיל ה"ש 32, במסגרת ציטוט מתוך ספרו של אב הכנסייה אוגוסטינוס, "וידויים", אשר ויטגנשטיין מבקר אותו בספרו.

105 שם, בפס' 117.

106 שם, בפס' 5.

107 מלכיאל, לעיל ה"ש 104, בעמ' 24–21.

והבנה לשונית אינה נגזרת מהבנת המשמעות האפריורית של המילה, אלא מהבנת השימוש בה בפועל.<sup>108</sup>

על מנת להמחיש את הטענה האחרון, נבחן לרגע את משמעותה של המילה "משחק" בשפה.<sup>109</sup> נניח לרגע שמונחת לפנינו הגדרה של המילה "משחק", המתארת אותו כ-X. מה נעשה אם תוצג לפנינו פרקטיקה התנהגותית שאנשים נוהגים לכנות "משחק" (מסוג מסוים) אף שמאפייניה אינם הולמים את הגדרת "משחק" כ-X? ובכן, לפי מובנה הראשון של ה"משמעות", יש לנו שתי אפשרויות. האחת היא לקבוע כי אותה פרקטיקה אינה "משחק", משום שהיא אינה הולמת את ההגדרה X. אולם, האומנם ניתן לטעון ברצינות שהרשות של בני אדם לכנות פרקטיקה זו "משחק" מותנית בהגדרה אפריורית כלשהי? האפשרות האחרת היא לומר כי כינויה של פרקטיקת התנהגות זו בחיי היומיום "משחק" מחייבת את תיקונה של הגדרת המילה "משחק" (Y) באופן שיהלום גם את מאפייניה של אותה פרקטיקה התנהגותית. ומה נעשה אם בחברה אחרת, באותה תקופה או בזמן אחר, פרקטיקת התנהגות זו אינה מכונה "משחק"? האם ניתן לקבוע איזו חברה נוקטת את המובן או המשמעות ה"אמיתיים" של "משחק" – קרי, את משמעותו או תוכנו של "משחק" "כשלעצמו" – ואיזו חברה חורגת בשימושה במילה "משחק" ממשמעותה כשלעצמה? ובכלל, אם בכל מצב שבו מתגלה כי פרקטיקה התנהגותית מסוימת המכונה "משחק" אינה הולמת את הגדרת התוכן האפריורית שנקבעה למילה זו יהא מוצדק לפעול לתיקון ההגדרה (X) כך שההגדרה החדשה (Y) תהלו גם פרקטיקה זו, האין בכך משום הוראה שתוכן השימוש במילה "משחק" קודם לכל הגדרה שלה?

כך גם להפך: אם בני חברה נתונה אינם מכנים (ואולי אף מסרבים לכנות) פרקטיקה מסוימת "משחק" (או "הטרדה") אף שהיא נופלת בגדרה של הגדרת משחק כ-X (או בגדר ההגדרה המשפטית של "הטרדה"), האומנם ניתן לטעון כי סירובם האמור הוא בבחינת טעות בהבנת תוכנו של מושג זה?

לפי ניתוח זה, המושג "הטרדה", לפי הגדרתו האפריורית הפסיקתית או זו של סעיף 18 לחוק העונשין בישראל, הוא מושג אפריורי תיאורטי מופשט, החורג בהכרח<sup>110</sup> מתוכן השימוש שנעשה בו בהקשרים רבים בשפתם היומיומית של בני אדם (בדיוק כשם שהמושג "ידיעה" של דקרט, לפי הביקורת מעלה, חורג ממושג הידיעה היומיומי שלנו). לכן, אם נאמץ את הניתוח של ויטגנשטיין, אין מנוס מן המסקנה כי יש לדחות את

108 מפתה להציג את המפנה הלשוני הזה בתחום משמעות המילים כמעבר מהגדרה דדוקטיבית (מן הכלל אל הפרט) אל הגדרה אינדוקטיבית (מן הפרט אל הכלל). אלא שהגותו של ויטגנשטיין רדיקלית הרבה יותר: לטעמו, אין כל אפשרות להגדיר משמעות אפריורית, גם אם זו מבוססת על הכללה של מקרים פרטיים רבים (שיטה אינדוקטיבית), וזאת משום שהמקרה הפרטי יוצא הדופן שאת מופעו נפגוש בעתיד לעולם יגבר על כל הגדרה אפריורית שקדמה לו, גם אם זו התבססה על הכללה של מקרים פרטיים קודמים. לכן משמעותה של הגדרה היא אך הבהרת המשמעות. ראו להלן ליד ה"ש 129–130.

109 אילון, לעיל ה"ש 93, בעמ' 34.

110 כתבתי "בהכרח" משום שהמציאות עולה תמיד על כל דמיון: לעולם צפוי שיימצא המקרה הפרטי שהגדרה רלוונטית מסוימת לא תחול לגביו.

הגדרתם המופשטת האפריורית של מעשי עברה, המתנשאת אל מעל למשמעותם בשימוש היומיומי, שהיא – לפחות לפי הניתוח המוצע לנו על ידי ההוגים של מסורת הפילוסופיה האנליטית – היחידה שבנמצא.

כאן חשוב להדגיש כי תוקפו של הניתוח המושגי המוצע ביחס למושגי ה"מעשה" בשימוש במשפט הפלילי ניכר ומודגש באופן ייחודי: משפט פלילי, כפי שטענתי לעיל, משמש אמצעי לאכיפת נורמות חברתיות, אשר תוכנן ומשמעותן הן מעשיות, ממשיות וקשורות לזמן ומקום של בני חברה נתונה, ולא כאלה שתוכנן הוא מופשט או אפריורי להקשרים חברתיים קונקרטיים. במובן זה, נאשם בפלילים נדרש ליתן את הדין לפני החברה שלפניה הוא עומד לדין, ולא לפני האל. לכן, אפילו נניח שקיים תוכן אפריורי, אידיאי ומופשט ("אלוהי") למושגי פעולה מסוימים, אי-אפשר לקבל את הרעיון שלתוכן זה יש מעמד או נפקות בתחום האכיפה הפלילית, שביסודה עומדת דרישתה של חברה נתונה מן הנאשם להצטרף לפנייה על הפרת נורמות ההתנהגות שלה היא,<sup>111</sup> כפי שנוסחו בלשון העברות שנחקקו על ידיה, במובנה הנורמטיבי הפשוט של לשון זו בקרב בני אותה חברה.

#### 4. משפטים מכווני משמעות בשפה

כאמור לעיל, הרט טען כי משפטים מן הסוג "ראובן תקף את שמעון" הם משפטים שתפקידם העיקרי הוא ייחוס נורמטיבי, להבדיל מתיאור עובדתי. כלומר, תפקידו של משפט מסוג זה, לפי הרט, אינו לתאר את התגבשותן של עובדות מסוימות במציאות נתונה, שלאחריה מתגבש – באופן אובייקטיבי וכמו מאליו – מצב של "תקיפה", אלא לכוון משמעות נורמטיבית, כלומר, לקבוע כי בנסיבות המקרה הקונקרטי ייחוס מעשה של "תקיפה" לראובן הוא ייחוס הולם לפי שיפוטנו הנורמטיביים המקובלים. ביתר דיוק, ניתן לתאר את המהלך הנורמטיבי האמור כמורכב משני שלבים נורמטיביים עוקבים: שלב ההצבעה – "זוהי תקיפה", שהוא ביטוי של שיפוט נורמטיבי של הקשר עובדתי ספציפי נתון; ושלב הטענה – "ראובן תקף" (או כינויו של ראובן "תוקף"), שהוא שיפוט מסוג של ייחוס מעשה (שבמקרה זה אנו מכנים אותו מבחינה נורמטיבית "תקיפה") לראובן.

תפיסתו זו של הרט הולמת את הניתוח שהציע ויטגנשטיין לתפקידם של ביטויים ומשפטים רבים בשפה: "זוהי תקיפה" ואפילו "זוהי יד" אינם (ברוב המכריע של מקרי השימוש בהם) משפטים המבטאים טענות עובדתיות (תיאור עובדתי של מציאות), כי אם משפטים שתפקידם הוא לכוון משמעות (של "תקיפה" או של "יד"). כך, טענה עובדתית, לשיטתו של ויטגנשטיין, היא "טענה המועמדת לידיעה", כלומר, טענה על אודות עובדה בעולם הפיזי-העובדתי שניתן לדעת אם היא אמת או שקר. אולם, לשיטתו של

111 ראו R.A. DUFF, ANSWERING FOR CRIME: RESPONSIBILITY AND LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW 19–23 (2007). דאף מנתח שם את המושג "אחריות פלילית" כמצב המכוון את הציפייה שהנאשם ישיב ויצטרף לפני החברה על מעשה רע שעשה.

ויטגנשטיין, הטענה "זוהי יד" (כדוגמה), ברוב שימושיה, אינה מלמדת אותנו דבר וחצי דבר על אודות המציאות הפיזית-הממשית, אלא מבקשת אך לכונן את המשמעות של המילה "יד", בדיוק באותו אופן שבו המשפט "רווק הוא גבר שלא נישא" מכונן את משמעותה של המילה "רווק".<sup>112</sup> ובלשונו, "אנו מלמדים את הילד: 'זוהי היד שלך'... כך לומד הילד את אינספור משחקי הלשון העוסקים בידו. חקירה או שאלה 'האם זוהי באמת יד' כלל לא עולה בדעתו. מאידך גיסא, גם אין הוא לומד שהוא יודע שזוהי יד".<sup>113</sup>

לשם המחשה נשווה לנגד עינינו דוב הרודה באחת מגפיו הקדמיות דבש מתוך כוורת דבורים שעל העץ – האם ניתן לקבוע כי הוא רודה את הדבש באמצעות "ידו"? ובכן, אין תשובה לשאלה זו: המילה "יד" בהקשר זה אינה מבטאת עובדה, אלא מכוננת את משמעות המילה "יד" באינספור "משחקי הלשון" שלה. הורה שיאמר לילדו "ראה איך הדוב רודה דבש בידו" אינו אומר דבר נכון יותר או שגוי יותר מהורה שיאמר לילדו "ראה, לדוב ארבע רגליים", כשהוא מצביע על דוב ההולך על ארבע גפיו. שני ההורים מלמדים את הילד את "משחקי הלשון" של המילים "יד" ו"רגל" בהקשרים שונים, אך אין כל אפשרות לקבוע מי מהם צודק ביחס לטיב גפיו הקדמיות של הדוב, וזאת משום שענייננו אינו בעובדה המועמדת לידיעה. וכך, על השאלה אם גפיו הקדמיות של הדוב הן ידיים או רגליים ישיב ויטגנשטיין, ללא כל היסוס, כי גם לשאלה וגם לתשובה בהקשר זה אין כל מובן.<sup>114</sup>

נתבונן בדוגמה אחרת, שהוצעה על ידי ויטגנשטיין עצמו: "ישנו דבר אחד בעולם שעליו אי-אפשר לומר שאורכו מטר אחד וגם לא שאורכו איננו מטר אחד, וזה המטר המקורי [ה'אב-מטר'] שבפריס. – בכך כמובן לא ייחסנו לו איזושהי תכונה יוצאת-דופן, אלא רק ציינו את תפקידו הייחודי במשחק המדידה עם מטר".<sup>115</sup> כך, כאשר אנו מצביעים על מוט רגיל וטוענים כי "אורכו של המוט הזה הוא מטר", מדובר בטענה עובדתית המועמדת לידיעה, וזאת משום שניתן לבדוק אם אורכו של אותו מוט זהה לאורך המוט המשמש מודל ל"אורך" המכונה על ידינו "מטר", המוחזק בפריז. אולם כאשר אנו אומרים על המוט בפריז "אורכו של מוט זה הוא מטר", איננו טוענים טענה עובדתית, אלא מכוננים את המשמעות של המושג "מטר".<sup>116</sup>

באותו אופן, משפטים מן הסוג "זוהי תקיפה" או "זהו תוקף" משמשים בתנאים רגילים, ברוב המקרים, משפטים מכונני משמעות: מדובר בקביעת כלל של משמעות. בחיצוניותם משפטים או טענות מסוג זה נדמים לנו כטענות עובדתיות-אובייקטיביות המועמדות לידיעה, אך דומות חיצונית זו, כך טוען ויטגנשטיין, מוליכה אותנו שולל,

112 להצגה נרחבת של ניתוח זה ראו אילון, לעיל ה"ש 93, בעמ' 54–58.

113 לדוויג ויטגנשטיין **על הוודאות** פס' 374 (עדנה אולמן-מרגלית מתרגמת 1986).

114 שם.

115 ויטגנשטיין **חקירות פילוסופיות**, לעיל ה"ש 32, בפס' 50.

116 גם לגבי המוט הפריזאי ניתן לטעון כמובן טענה עובדתית שלפיה אורכו הוא מטר, כל עוד הכוונה היא למידת אורך מסוימת המכונה "מטר" שניתן להשוות מוט זה אליה.

ומדובר ב"כישופה של הבנתנו באמצעה של השפה".<sup>117</sup> על מנת להבין מה משמעות ההיגד "זוהי תקיפה", עלינו להתבונן אפוא ב"שיטת הפעולה של השפה שלנו, וליתר דיוק, על-ידי כך שנלמד את שיטת הפעולה שלה: בניגוד לדחף לטעות בה".<sup>118</sup> וכך, אם במשפט "זוהי תקיפה" כוונתנו היא שעניינו באירוע אשר זהה לאירוע אחר שאותו כינינו בעבר "תקיפה" (תקדים משפטי), אזי אכן מדובר בטענה עובדתית, שניתן לקבוע לגביה אם היא אמת או שקר (כמו "זהו מוט באורך של מטר" במובן זה שהוא זהה למודל של מוט המטר בפריז). אולם, מעבר לעובדה שהשוואת המשתנים העובדתיים הכרוכים בטענה "זוהי תקיפה" היא מלאכה מורכבת ומסופקת בהרבה מהשוואת משתנה של אורך לבדו,<sup>119</sup> אם כוונתנו בטענה זו היא לשוב ולהשתמש ב"משחק הלשון" שבו עשינו בעבר שימוש במילה "תקיפה" באותו תקדים (המשמש לנו מודל לחיקוי) או להציע "משחק לשון" חדש ונוסף למילה זו, אזי אין לשימושנו זה במילה "תקיפה" כל יתרון אובייקטיבי (כעניין שבעובדה) שבכוחו לגבור על סירובו של אדם אחר לשחק ב"משחק לשון" זה, וזאת משום ש"תקיפה" אינה עובדה המועמדת לידיעה.<sup>120</sup> לכן, בעוד ניתן בהחלט לומר על אדם כזה כי הוא חולק על ההגדרה המוצעת על ידינו, אי-אפשר לטעון לגביו – בשום פנים, אופן או מובן – כי הוא שוגה בדבר מה.<sup>121</sup> בהשוואה לטענתנו, אשר יש לה כביכול בסיס אובייקטיבי.

טענה אחרונה זו מובילה אותנו אל הניתוח הפילוסופי שהציע ויטגנשטיין לאופני יישומם של כללים מכווני משמעות בשפה (כגון "זוהי הטרדה"), שאליו אפנה כעת.

## 5. שפה כאמצעי תקשורת – הצורך בהסכמה ביחס ליישומים השיפוטניים – הנורמטיביים של מושגים מכווני משמעות בשפה (כללים)

"בין המלה 'הסכמה' למלה 'כלל' יש קרבה, הן בנות-דוד. אם אני מלמד מישהו את השימוש באחת מהן, הריהו לומד בתוך כך גם את השימוש באחרת."<sup>122</sup> אולם, כפי שהמשיך ויטגנשטיין וטען, "לא רק הסכמה בהגדרות נחוצה עבור תקשורת באמצעות

<sup>117</sup> ויטגנשטיין *חקירות פילוסופיות*, לעיל ה"ש 32, בפס' 109.

<sup>118</sup> שם.

<sup>119</sup> במציאות הממשית כמעט אין תיק משפטי אשר זהה בהיבטיו העובדתיים במדויק לתיק אחר שקדם לו (תקדים). לכן, גם בהתקיים דמיון עובדתי רב בין התיק המאוחר לתקדים, ברוב המקרים יאופיין עדיין יישום התקדים בתיק החדש כ"משחק לשון" נוסף במושג השפה הרלוונטי.

<sup>120</sup> אפשר לטעון כי במילה "תקיפה" אנו טוענים לעובדה שלפיה התגבשה הגדרה משפטית מסוימת. לדעתי, מדובר באשליה, משום שכל הגדרה משתמשת במילים, שהן כשלעצמן בעלות תוכן נורמטיבי, ולא עובדתי. אולם, בין כך ובין אחרת, טענה זו אינה אלא חזרה על הסברה המוטעית שלפיה משמעות (הגדרה) קודמת לשימוש.

<sup>121</sup> הדבר נכון אפילו ביחס לפרט העומד לדין (הנאשם) החולק על התגבשות משמעותו של "מעשה עברה" במעשיו הוא. אולם במקרה זה לא דעתו של הפרט היא הקובעת, אלא דעתם של בני החברה שלפניהם הוא מתבקש ליתן את הדין (חבר מושבעים או שופטים).

<sup>122</sup> ויטגנשטיין *חקירות פילוסופיות*, לעיל ה"ש 32, בפס' 224.

השפה, אלא גם (ככל שזה עשוי להישמע מוזר) הסכמה בשיפוטים. זה נראה כמבטל את הלוגיקה, אבל אין זה מבטלה. – עניין אחד הוא לתאר את שיטת המדידה, עניין אחר הוא למצוא תוצאות של מדידה ולבטאן. אבל מה שאנו מכנים 'מדידה' נקבע בין היתר באמצעות קביעות מסוימת בתוצאות המדידה.<sup>123</sup>

הטיעון הראשון מבטא רעיון שלפיו "כלל" (משפט מכונן משמעות) אינו מושג בעל תוכן אפריורי מופשט, אשר מובנן של ידיעתו או הבנתו הוא שכל יישומיו העתידיים ידועים וקבועים מראש, אלא מדובר במושג הקשור באופן הדוק בסדירות אמפירית (הסכמה), כלומר, מושג שאת משמעותו הוא מקבל מן העובדה שהוא **מיושם בפועל** על ידי חבר בני אדם מסוים בדרך מסוימת. לכן, אם בפועל אנו נתקלים ביישום שונה של הכלל, אי-אפשר לטעון שכלל זה הופר על ידי מאן דהוא, אלא שאין בכלל "כלל" (אין הסכמה) או שאותו מאן דהוא מיישם כלל חדש, שהרי עצם קיומו של הכלל כרוך ומותנה בהסכמה, ולא בתוכן אובייקטיבי אשר קבוע באופן אפריורי. לכן, עם גילוייה של אי-הסכמה בטל מאליו גם הכלל.

הטיעון השני הולך "צעד נוסף", בקובעו כי לצורך תקשורת בין בני אדם (הסכמה על כללים או על תוכן מושגים)<sup>124</sup> אין די ב"הסכמה בהגדרות", אלא נדרשת גם "הסכמה בשיפוטים" (שיפוט הוא מושג נורמטיבי, להבדיל מהגדרה, שהיא בדרך כלל בעלת מאפיינים תיאוריים-עובדתיים). וכך, הסכמה על "הגדרה" ("שיטת המדידה") תלויה בעצמה בסדירות אמפירית ("קביעות") של הסכמה בשיפוטים ("תוצאות המדידה"). לשון אחר, איננו יוצאים מן ההגדרה המוסכמת של כלל אל יישומו התוכני בפועל (כגון מהגדרה סטטוטורית אל התוכן או המשמעות, כדרך שעושה התיאור הלשוני-המשפטי), אלא מתוך יישומו של הכלל בפועל, שכרוכה בו הסכמה בשיפוטים, אנו גוזרים את תוכנו של הכלל (מן המשמעות היישומית העממית בפועל אל התוכן, כדרכו של התיאור הלשוני-העממי) – תוכן או הגדרה אשר לעולם יתאפיינו באי-הקבעות (התוכן או ההגדרה של הכלל הנגזרים מן היישום בפועל (הסדירות האמפירית) הם "נכונים" רק כל עוד לא ייושמו בפועל בצורה אחרת).<sup>125</sup>

אם נבקש ליישם את הטיעונים האמורים על המושג "מעשה אסור" במשפט הפלילי, נוכל לומר כך: הגדרה של "מעשה" (כגון "תקיפה") היא הגדרה של "כלל" או מושג (משפט מכונן משמעות: "זוהי הטרדה"), אשר תוקפם ויישומם מותנים ותלויים בהסכמה. אבל ה"הסכמה" הנדרשת אינה הסכמה מופשטת לתוכן תיאורי-עובדתי מסוים שנקבע אפריורית ל"מעשה" (כגון ההגדרה שלפיה "הטרדה" היא הסחת דעתו של אדם מן העיסוקים שהוא בוחר לו מרצונו החופשי, או ההגדרה שלפיה "חבלה" היא מצב של חבורה בגוף), אלא הסכמה שנקבעת לפי היישומים בפועל (סדירות אמפירית) של בני

123 שם, בפס' 242.

124 משמעותו של מושג מבטאת "כלל", משום שאם יש הסכמה רחבה על משמעות שימושית של מושג X בהקשר מסוים, מדובר ממילא במעין יישום של "כלל".

125 לכן גם ניסוח הגדרה על דרך יישומה של מתודה אינדוקטיבית (מן הפרט אל הכלל – ראו לעיל ה"ש (108) אינו בגדר האפשר.

אדם ביחס למובנו של אותו מעשה. ולמעלה מכך, היא כרוכה בהסכמה שיפוטית-נורמטיבית (ולא תיאורית-עובדתית בלבד), אשר לוקה מעצם טבעה באי-היקבעות וקשורה להקשר, זמן ומקום ספציפיים.

וכך, אם גרימת חבורה או פציעה בגופו של אדם בהקשר של כריתת העורלה (ברית מילה) אינה מעשה של "חבלה" מבחינת האדם מן היישוב בחברה נתונה (כלומר, קיימת הסכמה שיפוטית – "תוצאת מדידה" – שלפיה מעשה זה בהקשרו האמור אינו מעשה של "חבלה"), אזי לא יהא בכוחה של הגדרה אפרורית מוסכמת של המונח "חבלה" ("שיטת מדידה") כ"גרימת חבורה לגוף" לבסס כלל חברתי תקף בהקשר זה.<sup>126</sup> למעלה מכך, הלכה למעשה רק השיפוט בפועל של מעשה מסוים בהקשר נתון יכול ללמדנו (באופן רטרואקטיבי) אם קיימת הסכמה כלשהי לגבי טיבו או תוכנו (ולכן תוכן או הגדרה של מושג לוקים באופן אינהרנטי באי-היקבעות תוכנית). כך גם לעניינה של "תקיפה", אשר הגדרתה מראש כ"מגע כוחני" תקפה רק כל עוד לא הופרה ההסכמה (הסדירות האמפירית) בהקשר קונקרטי – הסכמה אשר נושאה אינו הגדרה תיאורית-עובדתית-אובייקטיבית-אפרורית כביכול, אלא שיפוט נורמטיבי רטרואקטיבי.

כעת, מאחר שתכלית המשפט הפלילי היא ליצור תקשורת, שפה וכללים מוסכמים בין חברי קהילה מסוימת, הגדרה תיאורית-עובדתית של מעשה – כגון "תקיפה", "חבלה", "התעללות" וכדומה – היא חסרת כל משמעות אם היא בעלת תוכן אפרורי שאינו מותנה באופן השימוש (היישום בפועל) במושגים אלו ("תקיפה", "חבלה", "התעללות") על ידי אותו חבר בני אדם מסוים במקום מסוים במציאות הממשית. יתר על כן, מאחר שהיישומים בפועל קשורים בהסכמה (בסדירות אמפירית) על שיפוט נורמטיביים (ולא רק תיאוריים-עובדתיים), אשר לוקים באופן מודגש באי-היקבעות, הגדרות קשיחות של "מעשים אסורים" – המורכבות מתכנים שתוכנם אפרורי, תיאורי-עובדתי ובלתי מותנה ביישום בפועל – הן הלכה למעשה אשליה חסרת כל ערך.

לכן, אם קיימת הסכמה רחבה (סדירות אמפירית) בקרב חברי קהילה נתונה בזמן נתון כי רופא המנתח חולה, מבחינה שיפוטית נורמטיבית, אינו "תוקף" אותו (גם אם הם עשויים להסכים כי בנסיבות מסוימות אפשר לייחס לו מעשה פסול או אסור מסוג

126 ראו ת"פ (מחוזי ב"ש) 45487-03-16 **מדינת ישראל נ' פלונית** (נבו 31.1.2018), שבו הואשמה הנאשמת בעברה של חבלה חמורה לאחר שמלה את בנה בן הארבע באמצעות מספריים ביתיים. הנאשמת אומנם זוכתה לבסוף מעברה זו (והורשעה באחרת), אך זאת מטעמים של פרשנות קונקרטית של הגדרת העברה, להבדיל מן הטעמים העקרוניים יותר שאני דן בהם במאמר זה. ראוי להדגיש: הבעיה אינה דווקא עם מעשה של מילה, שהמושג "חבלה" אינו הולם אותו (שאו יכולנו להגדיר חבלה כ"חבורה בגוף שאינה ברית מילה"), אלא בכך שלעולם עשוי לצוץ אירוע שבו מבחינה עובדתית-אובייקטיבית יהיה מדובר בגרימת "חבורה לגוף" אך כזו ששיפוטו הנורמטיביים לא יזהו אותה כ"חבלה". בקיצור, המושג "חבלה" – כמו גם מושגי פעולה אחרים, כפי שטענתי לעיל – הוא מושג נורמטיבי, ולא עובדתי-אובייקטיבי-גשמי.

אחר<sup>127</sup>), אזי תהא הגדרת המשפט הפלילי של מעשה "תקיפה" אשר תהא, אין מדובר ב"כלל" שיש לו תוכן או נפקות כלשהם מלבד עצם ניסוחו בספר החוקים. המשפט הפלילי, שמבקש ליצור שפה משותפת לגבי "מעשה אסור" מסוים, אינו יכול אפוא להסתמך על הגדרות אפריוריות של מעשים מעבר לשימוש בכינוי של אותו מעשה – כגון "לא תתקוף", "לא תטריד", "לא תתעלל"<sup>128</sup> וכדומה (על משקל "לא תרצח" או ציוויים אחרים בעשרת הדברות) – אשר יישומו יהא כרוך ומותנה לעולם בשיפוט נורמטיבי קונקרטי בהקשר ספציפי (אם מדובר ב"תקיפה" אם לאו) בהתאם להסכמות המקובלות על חברי אותה קהילה שבה מבקשים ליישם את אותו איסור. לכן, לדעתי, ההבחנה שהמשפט הפלילי עושה בין "תיאור לשוני-משפטי" ל"תיאור לשוני-עממי" היא בלתי תקפה ובלתי סבירה לחלוטין.

לבסוף, ראוי להדגיש כי מן הניתוח המוצע אין לגזור מסקנה מרחיקת לכת שלפיה להגדרה משפטית של מעשה עברה מסוים (או להגדרת מושג בשפה בכלל) אין כל ערך מעשי. אולם הגדרה כזו, לפי הגותו של ויטגנשטיין, היא אך בגדר שימוש נוסף, או הבהרת שימוש נוספת, של משמעותו או תוכנו של שם הפעולה של אותו מעשה (או של משמעותה או תוכנה של אותה מילה).<sup>129</sup> הגדרתה של מילה בשפה, לפי גישה זו, היא צנועה למדי: מדובר בשימוש מבהיר נוסף של תוכן המילה, אשר אינו נחלץ מ"גלגל השימוש" או מתנשא מעליו, אלא מבטא אך סיבוב נוסף שלו.<sup>130</sup> אולם תקפותה של הגדרה-הבהרה כזו מותנית, לעולם, בהלימתה לשימוש המעשי בשם הפעולה של מעשה נתון (או במילה) בכל מקרה פרטי כשלעצמו. לכן הגדרה כזו אינה כופה את עצמה לעולם על המקרה הפרטני, כי אם כפופה לשיפוטו הקונקרטי-המעשי של כל מקרה כזה. כך, מקום שתוכן ההגדרה המשפטית של "מעשה" אינו עולה בקנה אחד עם משמעות השימוש בפועל (של בני חברה נתונה בזמן נתון) בשם הפעולה של אותו מעשה בהקשר קונקרטי נתון, יהא דינו של תוכן הגדרה זו להידחות מפני תוכן השימוש הקונקרטי באותו שם פעולה באותו הקשר נתון.

127 ככל שקיימת עברה אחרת האוסרת מעשה כזה, כגון "ניתוח לא בהסכמה". אם אין עברה כזו, פתוחה הדרך לפני המחוקק לחוקק אותה.

128 הדרך שבה איסורים אלו מנוסחים בחוק העונשין שונה מעט: "התוקף חברו..." (ס' 380); "המטריד אדם..." (ס' 249); או "העושה... מעשה התעללות..." (ס' 368ג); אך מדובר באותו רעיון שלפיו העברה עושה שימוש בשם הפעולה של המעשה שנאסר על פיה.

129 מלכיאל, לעיל ה"ש 104, בעמ' 25–26.

130 שם, בעמ' 26–27.

## פרק ד: "מעשה" ו"גרם מעשה" – "סיבתיות", "התנהגות", "נסיבות" ו"תוצאות"

### 1. "מעשה" ו"גרם מעשה" – "סיבתיות פיזיקלית" ו"סיבתיות נורמטיבית"

המושג "גרם מעשה", שבו השתמשתי לתיאור פגיעה בערך המוגן במעשה אסור אחד אגב עשייתו של מעשה אחר, עלול לטעת בלב הקורא תוכן מוטעה או בלתי מדויק. כך, המילה "גרם" נושאת בחובה את מובנה המילולי של המילה "סיבה",<sup>131</sup> שיש לה תוכן דומיננטי של תופעה פיזית-גשמית אחת (cause) הגורמת להתפתחותה<sup>132</sup> (sequence) של תופעה פיזית-גשמית אחרת (effect), נוספת ושונה, אשר מאוחרת לסיבתה על ציר הזמן<sup>133</sup> ומתהווה לעיתים אף בנקודת מיקום אחרת על ציר המרחב. זיקת קשר סיבתי מסוג זה, אשר אכנה אותה להלן "סיבתיות פיזיקלית", משמשת דרך כלל להסבר פִּשְׁרֹן של תופעות והתרחשויות במציאות הממשית בטבע.<sup>134</sup>

אולם בביטוי "גרם מעשה" אני מתכוון לקשר סיבתי מסוג אחר, שאותו אכנה לצורך ענייננו "סיבתיות נורמטיבית". אם נשוב לדוגמת המנתח לעיל, משמעותה הנורמטיבית הישירה או הפשוטה של פעילותו של ראובן הכירורג כ"מעשה של ניתוח" אינה סיבתה הפיזיקלית של משמעותה הנורמטיבית העקיפה (הנלווית, האגבית או המשנית) של פעילות זו כ"גרם מעשה של תקיפה" ("מסובב"), שהרי אין מדובר במהויות פיזיות שונות: ההתנהגות, במובנה הפיזי, היא אותה התנהגות (מגע כוחני), והמשמעות השנייה ("גרם מעשה של תקיפה") אינה "התפתחות" של הראשונה ("מעשה של ניתוח") על ציר הזמן או על ציר המרחב (שתי המשמעויות נוצרות בעת ובעונה אחת ובאותו מרחב). אולם ההבחנה המוצעת שבין משמעות "ישירה" למשמעות "עקיפה", או בין משמעות "עיקרית" למשמעות "אגבית" או "משנית", מצביעה לדעתי, אף היא, על קשר סיבתי (אם כי מסוג אחר), במובן זה ש"דבר אחד" (Y) יכול להיות "עקיף", "אגבי" או "משני" רק ל"דבר אחר" (X), המאפיין אותו ככזה. לכן מעמדו של X כ"עיקרי" מהווה את

131 המילה "גרם" מוגדרת כ"סָבָה, גִּרָם". אברהם אבן-שושן מלון אבן-שושן המרכז: מחדש ומעֲרַכֵּן לשונות האלפִּים 280 (משה אור עורך ראשי 2004) (להלן: מילון אבן-שושן).

132 במילון אבן-שושן, שם, המילה "סָבָה" מוגדרת כ"גִּרָם, עֲלָה, דָּבָר הַגִּרָם לְהִתְהוּוֹת שֶׁל דָּבָר או לְהִתְפַּתְחוֹת מְסִימָת" (ההדגשה הוספה).

133 זהו סוג היחס שבין סיבה למסובב שבו עסק הפילוסוף דייוויד יום – יחס שמונתה בסמיכות זמן ומרחב, ואשר בו ה"סיבה" קודמת בזמן למסובב. לעניין זה ראו דייוויד יום מסכת על טבע האדם 528 (מרק שטיינר עורך, יפתח ברייל מתרגם 2013). לעניין זה ראו גם חיים מרנץ הרצאות על ההיסטוריה של הפילוסופיה החדשה 120 (2019).

134 לניתוח סיבתיות מסוג זה ראו פלטשר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 96–99. פלטשר טוען שם כי זוהי ה"סיבתיות" (הפיזיקלית) הרלוונטית לשיפוטי המשפט הפלילי. אני חולק עליו, כאמור להלן בגוף המאמר. על ההבחנה שבין מובנה של הסיבתיות במדעי הטבע לבין מובנה היומיומי ראו גם H.L.A. HART & A.M. HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW 31–38 (1959).

"סיבת" המשניות או האגביות של Y, שבלעדיה אין מקום לדבר על משניות או אגביות של Y כלל ועיקר.

וביישום על דוגמתנו: משמעותה הנורמטיבית של פעילותו של ראובן הכירורג כ"תקיפה" היא משמעות אגבית אך ורק משום שלפעילותו זו יש משמעות ישירה, עיקרית ושלטת יותר על פי שיפוטנו הנורמטיביים הפשוטים – זו של ניתוח (או "טיפול רפואי"). במובן זה, ורק במובן זה, מעמדה הנורמטיבי העיקרי של המשמעות הראשונה (ניתוח) מהווה את הסיבה למעמדה המשני של המשמעות השנייה (תקיפה). אלא שזיקה סיבתית זו אינה פיזית, כי אם נורמטיבית: "משמעות" (ישירה/עקיפה או עיקרית/אגבית) קיימת רק בתודעתם של בני אנוש,<sup>135</sup> שכן בעולם נטול בני אדם אין למשק כנפי הפרפר משמעות פחותה או יתרה מזו של המפץ הגדול. ואולי זו אכן דרך נוספת לתיאור ההבחנה שבין "מעשה" כהתרחשות עובדתית-אובייקטיבית-גשמית (עולם הטבע) לבין "מעשה" במשמעותו הנורמטיבית (עולמם של בני אנוש).

אולם בניתוח זה אין בכוונתי לטעון כי לסיבתיות פיזיקלית אין כל מעמד בשיפוטנו הנורמטיביים ביחס לטיבו של "מעשה" בהשוואה ל"גרם מעשה" בהקשר נתון, שכן ככל שניתן להצביע על שוני פיזי גדול יותר בין "התפתחות" ל"התנהגות" שגרמה לה, או על ריחוק גדול יותר של זמן<sup>136</sup> ומרחב ביניהן, כן ניטה לזהות בהתנהגות (הסיבה) "מעשה" שמשמעותו הנורמטיבית שונה מזו של התפתחותו.<sup>137</sup> אולם "סיבתיות פיזיקלית" כזו

135 דוגמה לסיבתיות הקשורה למשמעות, במונחיו של אריסטו, היא היות הארד, שממנו בנוי הפסל, סיבתו של הפסל. מבחינה פיזית גשמית, החומר של הארד אינו משמש סיבה לארד שממנו מורכב הפסל (מדובר באותו ארד, גם אם הוא יצוק בתבניות שונות). אולם הפסל, על פי המשמעות שבני אדם נותנים לחפץ זה, שונה במשמעותו מסתם גוש ארד. לכן, מבחינת המציאות החומרית מדובר רק בצורות שונות של גושי ארד, אך מבחינת המשמעות שיש לפסל לגבי בני אדם מדובר במהויות שונות, שהאחת (הארד כחומר) מתנה את קיום האחרת (צורת הפסל כ"משמעות") ומהווה את סיבתה. לעניין סיבתיות זו ראו אריסטו **המטפיסיקה – ספר דלתא: על המונחים המשמשים במובנים רבים** 23 (מרסל דיבואה ואביטל וולמן מתרגמות 1998).

136 ריחוק "זמן" ומקום עשוי אף להשפיע על ההכרעה בשאלה אם ענייננו ב"גרם מעשה" אסור ("גרם מעשה בלתי סביר", ובמונחי המשפט העברי – "גרמי", המחייב בדין) או שמא ב"גרם מעשה" מותר ("גרם מעשה סביר", ובמונחי המשפט העברי – "גרמא", הפטור בדין). מעמד כזה למימד הזמן ניתן למצוא באחד ממבחני הרמב"ן לדין "גרמי" בהשוואה ל"גרמא", וכך הוא כותב: "כלל גדול יהיה בידך: כל הגורם ומחמת גרמתו בא היזק שאי אפשר אלא באותו היזק, ואינו תלוי בדעת אחרים, אלא **בשעה שגרם בא ההיזק** או שהוא עתיד לבוא..." (הרמב"ן "קונטרס דינא דגרמי", לעיל ה"ש 59, בעמודות לו–לז) (ההדגשה הוספה). להרחבה בנוגע לעמדת הרמב"ן בעניין זה ראו גם **שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 117–118 ו-122–124. אולם, כעולה מן הניתוח שם, ואפילו מסיפת הציטוט, מימד הזמן הוא אך נתון אחד לבחינת מעמדו של "גרם מעשה", אשר אינו נהנה מיתרון או מבלעדיות ביחס לנתונים מתחרים אחרים (ולטעמי, אף אינו מכריע).

137 אני סבור כי זה הבסיס הרציונלי של הכלל בדין האנגלי שלפיו חלוף זמן של שנה בין מעשה לבין תוצאת מוות שנגרמה בעטיו קוטע את הקשר הסיבתי שבין אותו מעשה לתוצאת המוות, אך זאת כהכרעה נורמטיבית, ולא עובדתית. כמובן, הכרעה זו, בהיותה נורמטיבית, אינה מחויבת המציאות, ואפשר להכריע אחרת, ובלבד שהכרעה כאמור לא תהא מנוגדת לתוכנות הנורמטיביות

יכולה לשמש אותנו אך כנתון רלוונטי אחד בשיפוטינו הנורמטיביים, אשר אינו נהנה מיתרון על נתונים אחרים, ובוודאי לא מיתרון הבלעדיות. אכן, דרך נוספת להצגת ההבחנה שבין "מעשה" במובנו הנורמטיבי לבין "מעשה" במובנו העובדתי-האובייקטיבי-הגשמי היא ש"תוצאה", במובנה הסיבתי-הפיזיקלי, לעולם תהא שונה במהותה מן ה"מעשה", במובנו האובייקטיבי, שגרם לה. לעומת זאת, "מעשה" במובנו הנורמטיבי אינו מובחן מ"תוצאתו" ("מעשה תקיפה" אינו שונה מ"תוצאתו", שהיא העובדה שמאן דהוא הותקף), שהרי "תוצאה" ביחס ל"מעשה" במובנו הנורמטיבי היא "תוצאה נורמטיבית" בלבד (תקיפה כ"תוצאה" מניתוח), שאם אנו מכירים בקיומה הנפרד, אזי המעשה שגרם לה אינו עוד "מעשה" ביחס אליה, כי אם "גרם מעשה" (בדוגמתנו לעיל, אם מבחינה נורמטיבית התקיפה היא "תוצאה", אזי ה"מעשה" אינו "תקיפה", אלא ניתוח). לכן "מעשה" במובנו הנורמטיבי הוא התנהגות בלבד, כפי שאטען להלן, בעוד "גרם מעשה" הוא "מעשה" שנלוו לו נסיבות או תוצאות שאינן חלק מהגדרתו. לניתוח מפורט של טענה אחרונה זו אפנה כעת.

## 2. "מעשה" כמושג אטומי וכולל, ו"גרם מעשה" כצירוף של רכיבים עובדתיים נפרדים

ניתוח המושג "מעשה" במובנו הנורמטיבי והבנת טיב הזיקה הסיבתי-הנורמטיבית בין "מעשה" ל"גרם אותו מעשה" מציעים מסקנה מעניינת וחשובה אחרת, והיא ש"מעשה" הוא מושג אטומי, שאינו ניתן להפרדה או לחלוקה לרכיביו ההתנהגותיים, הנסיבתיים או התוצאתיים השונים. מסקנה זו נגזרת מן העובדה שמלאכת התיאור הנורמטיבי של מעשה כ"מעשה X" (כגון "תקיפה") היא מלאכת הטמעת ההקשר ההתנהגותי-הנסיבתי-התוצאתי הרלוונטי כולו, כמקשה אחת, בתוך אותו תיאור נבחר. כך, כל תנועה או מחוות גוף, נסיבה או תוצאה – על מאפייניהן הדקדקניים בהקשרן המלא – נוטלות חלק מהותי ובלתי מובחן בהגדרת המעשה כ"מעשה X", כך שאם נבקש ליטול או להפריד תנועה או מחוות גוף, נסיבה או תוצאה שהיוו חלק מן ההקשר המלא שהוביל אותנו לתיאור המעשה כ-X, ניטול ממנו ממילא את אופיו כ"מעשה X". כדוגמה, אם שכס בן חמור "אנס" את דינה, אזי "נסיבת" אי-הסכמתה של דינה (או נסיבות אחרות המאפיינות את המעשה כ"אונס") ו"תוצאת" אינוסה אינן נפרדות משם הפעולה שנבחר לתיאור המעשה עצמו: "אונס"<sup>138</sup>. לעומת זאת, אם נבקש לתאר את נסיבת אי-הסכמתה של דינה (או כל נסיבה אחרת מן הסוג האמור) בנפרד מתיאור

האינטואיטיביות של האדם מן היישוב באותה חברה נתונה, לכל הפחות לחומרה (כלומר, שההכרעה לא תחמיר עם הנאשם מעבר למה שעשוי להיות מקובל או נסבל על אדם מן היישוב בחברה נתונה ובזמן נתון).

<sup>138</sup> להבנת פסק דינו החשוב של בית הלורדים באנגליה בפרשת DPP v. Morgan [1976] UKHL 3, AC 182 [1976] (appeal taken from Eng.) לפי ניתוח זה, ראו להלן תת-פרק ה-2. ראו גם כהן היסוד של הפיזיות במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 337–341.

המעשה כמכלול, אזי ניתן לתאר את ה"מעשה" שעשה שכס "קיום יחסי מין",<sup>139</sup> בעוד "אי-הסכמתה" של דינה (או נסיבה אוסרת אחרת, כגון מצב המונע התנגדות) ו"אינוסה" הן נסיבה ותוצאה אשר נפרדות ומובחנות מן ה"מעשה" שנעשה (שבחלופת תיאור זו הוא כאמור "קיום יחסי מין"). באותו אופן, אם ראובן "תקף" את שמעון, אזי הנסיבות המאפיינות מעשה זה כ"תקיפה" (אופיו האלים של המעשה או נסיבת אי-ההסכמה או כל נסיבה רלוונטית אחרת) ותוצאת הפגיעה בערך המוגן בעברת התקיפה (העובדה שראובן הותקף) הן חלק מתיאור המעשה עצמו ("תקיפה"). אולם אם הנסיבות והתוצאה האמורות מובחנות בתיאורן משם הפעולה שנבחר לתיאור ה"מעשה", אזי המעשה שנעשה על פי תיאור זה אינו מעשה העברה, אלא מעשה אחר (בדוגמתנו לעיל – "ניתוח" או "מגע כוחני"), שנעשה בנסיבות אוסרות מסוימות (אי-הסכמה או כל נסיבה אחרת המאפיינת את הניתוח כ"שלא כדין") ואשר גרם לפגיעה בערך המוגן בעברת ה"תקיפה" (תוצאה). "מעשה עברה" במובנו הנורמטיבי הפשוט – "תקיפה", "הטרדה", "התעללות" או "אונס" – הוא אם כן תלכיד שיפוטי-נורמטיבי של הקשרו ההתנהגותי-הנסיבתי-התוצאתי הקונקרטי המלא והכולל, שאינו ניתן לפירוק לגורמיו.

כך, אם במקרה של סטירת לחי קבענו כי ראובן "תקף" את שמעון ("מעשה תקיפה"), אזי תיאור זה מבוסס על השיפוט הנורמטיבי של הקשרו המלא של הסיטואציה הקונקרטית שאותה תיארו באופן זה (מחוות הגוף בהקשרו הנסיבתי והתוצאתי המלא מכונה על ידינו "תקיפה").<sup>140</sup> באותו אופן, אם קבענו קביעה נורמטיבית כי ראובן "חינק" את שמעון ("מעשה חינוך" בהקשר של סטירת לחי לילד או לתלמיד בחברה נתונה שבה מעשה כזה, בנסיבות מסוימות, סובל תיאור נורמטיבי כזה), אזי זה רק על יסוד העובדה שנסיבות העניין הקונקרטיות הכוללות (אופי הפעולה שלפנינו בהקשרו המלא) מצדיקות, מבחינה נורמטיבית, תיאור זה (שינוי ההקשר המלא, ולו במעט,<sup>141</sup> עשוי להוביל באופן מיידי לשינוי תיאור הפעולה מ"חינוך" ל"תקיפה").

<sup>139</sup> זו כמובן דרך אפשרית אחת בלבד לפירוק המושג "אונס" לרכיבים התנהגותיים, נסיבתיים ותוצאתיים נפרדים.

<sup>140</sup> הקשר נסיבתי אחר של סטירת לחי, כגון מנהגו של הרב עובדיה יוסף לסטור על לחייהם של מבקשי ברכתו כמחווה של חיבה, ישלול מאליו את אופייה כ"תקיפה", אף שהיא דומה מאוד מצד טבעה הפיזי-העובדתי לסטירה אשר בהקשר אחר היינו מתייחסים אליה כאל "תקיפה" (לעיתים היה נדמה לי, כאשר צפיתי בכך, כי לא היו אלה סטירות עדינות במיוחד).

<sup>141</sup> למשל, אם סטירת הלחי לא הייתה במסגרת מערכת יחסים של מורה-תלמיד; או אם עוצמת האלימות שהופעלה על ידי המורה היא מעבר לסביר אפילו בעיני בני הקהילה הרלוונטית המוכנים להכיר – מבחינה נורמטיבית – בהפעלת כוח מסוימת של מורה כלפי תלמידיו; או אם המורה הפעיל כוח כלפי תלמידו בהקשר או בעיתוי שבהם אותו תלמיד אינו כפוף למרותו; וכן הלאה. לדרישת "סבירות" השימוש בכוח כלפי ילדים כ"חינוך" ראו פרשת ראסי, לעיל ה"ש 72. כן ראו את הפסיקה האנגלית שעליה התבסס בית המשפט העליון בפרשה זו: R v. Hopley [1860] 2 F.&F. 202; Mansell v. Griffin [1908] 1 K.B. 160; Cleary v. Booth [1893] 1 Q.B. 465; R v. Newport [1929] 2 K.B. 416.

לעומת זאת, ולהבדיל מ"מעשה", המושג "גרם מעשה" מבוסס ביסודו על מלאכת הרכבתם של רכיב התנהגותי, רכיב/ים נסיבתי/ים ורכיב תוצאתי – אשר נפרדים ומובחנים בתיאורם זה מזה – לכלל תיאור התרחשות כוללת העולה כדי פגיעה אסורה בערך המוגן במעשה עברה מסוים. כך, אם ראובן "ניתח" את שמעון או הפעיל על גופו כוח בהקשר אחר מבלי ששמעון נתן את הסכמתו לכך (או בנסיבות אחרות המאפיינות מעשה זה כמעשה "שלא כדין" או "בלתי סביר"), אזי ה"מעשה" שעשה ראובן (הרכיב ההתנהגותי) הוא פעולת ה"ניתוח" או "הפעלת הכוח" על גופו של שמעון; הנסיבה הרלוונטית לבחינת התגבשותה העקיפה של עברת התקיפה היא "אי-הסכמתו" של שמעון לניתוח או כל נסיבה המאפיינת מעשה זה כ"שלא כדין" (הרכיב הנסיבתי); ואילו ה"תוצאה" היא הפגיעה בערך המוגן בעברת התקיפה, קרי, העובדה ששמעון "הותקף" (הרכיב התוצאתי). בדרך דומה, אם החוקר הפרטי בדוגמתנו לעיל "אסף ראיות" לטובת הגנת שולחו (הרכיב ההתנהגותי), אזי הרכיב הנסיבתי הרלוונטי להתגבשותה העקיפה של העברה ("גרם מעשה") הוא כל נסיבה המאפיינת מעשה זה כ"שלא כדין" או כ"בלתי סביר", ותוצאת הטורדה העובדתית של דינה או של עד אחר באותו הליך היא הרכיב התוצאתי.

בקיצור, "גרם מעשה עברה" מורכב מצירוף רכיבים נפרדים בתיאורם, העולה כדי תיאור התרחשות כוללת של פגיעה בערך המוגן בעברה. ובנוסחה כללית, "גרם מעשה עברה" הוא מעשה X (שאינו מעשה העברה) שלא כדין – קרי, בנסיבות Z (המאפיינות את המעשה כ"בלתי סביר" או כ"אסור") – שגרם לתוצאה Y (פגיעה בערך המוגן בעברה הפלילית הרלוונטית). לעומת זאת, ב"מעשה עברה כפשוטו" אין הבחנה שיפוטית-תיאורית בין המעשה לבין נסיבותיו או תוצאותיו, שכן רכיבים אלו הם חלק בלתי נפרד מ"מכלול" אשר רק הקשרו המלא והבלתי-מובחן מאפשר את שיפוט-תיאור אותו מעשה כ"מעשה X".

### 3. "מעשה עברה" כ"ביצוע התנהגותי" של העברה, ו"גרם מעשה עברה" כ"ביצוע תוצאתי" של העברה

#### (א) "עברות התנהגות" ו"עברות תוצאה" – האומנם?

מסקנה חשובה ומרכזית נוספת של הניתוח המוצע מעלה היא כי אין בסיס מוצדק להבחנה המקובלת בדין הפלילי בין "עברות התנהגות" ל"עברות תוצאה",<sup>142</sup> אלא רק

<sup>142</sup> להבחנה זו ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 287–296; הלוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 728–742. כן ראו לעניין זה לעיל ליד ה"ש 24–27. לקושי הטמון בהבחנה זו ראו רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 592 (2005). לגישה החולקת על ההבחנה ראו רון שפירא "מבנה היסוד העובדתי של העבירה" **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** 113, 128–131 (אלי לדרמן עורך 2001); וכן את עמדתו של השופט טירקל בפרשת **אלבה**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 332, בלשון זו: "...אין תועלת מרובה בניסיון להבחין בין 'עבירה התנהגותית' לבין 'עבירה תוצאתית'... שכן 'מעשה אנושי איננו אלא גרימת תוצאות'..."

להבחנה בין אופני ביצוע של עברה. כך, אם "מעשה" – ו"מעשה עברה" בכלל זה – הוא אכן מושג נורמטיבי, אזי ההבחנה הרלוונטית בין "התנהגות", "נסיבה" או "תוצאה" אינה הבחנה עובדתית-אובייקטיבית-גשמית, כי אם הבחנה נורמטיבית. לכן השאלה החשובה אינה מהי ההתנהגות במציאות האובייקטיבית שניתן להבחין מן ה"נסיבות" או ה"תוצאה" האובייקטיביות, כי אם מהו אפיונו הנורמטיבי של המעשה אשר מחוץ לו ניתן לזהות נסיבות או תוצאות שאינן חלק מאפיון זה.

כך, למשל, אם עניינו בביצוע "מעשה עברה כפשוטו" – כגון סתירת לחי, שהיא בנסיבותיה ולפי שיפוטנו הנורמטיביים מעשה של "תקיפה" – אזי העברה של "תקיפה" בנסיבות אלו נעברה כ"עברת התנהגות", שהלא מעשה העברה במקרה זה הוא-הוא ההתנהגות שבוצעה (העברה של "תקיפה" נעברה במעשה של "תקיפה", שאינו שונה מ"תוצאתו", שהיא "תקיפה"). אולם, אם עניינו בביצוע "גרם מעשה עברה" – כגון מעשה של ניתוח שגרם ל"תקיפה" (כ"מגע כוחני" שגרם ל"תקיפה") – אזי בנסיבות אלו נעברה העברה של "תקיפה" כ"עברת תוצאה", שכן המעשה עצמו כפשוטו הוא מעשה של "ניתוח" (שאינו "תקיפה" כפשוטה), בעוד ה"תקיפה" היא תוצאתו (הנורמטיבית) של מעשה זה (והנתונים המאפיינים אותו כ"אסור" או כ"שלא כדין" הם נסיבותיו). בקיצור, אם קבענו ש"מעשה העברה" בוצע כפשוטו (סתירת לחי כ"תקיפה"), אזי קבענו בכך גם שעברה זו נעברה כ"עברת התנהגות"; ואם קבענו שבוצע "גרם מעשה העברה", אזי קבענו בכך גם שעברה זו נעברה כ"עברת תוצאה".

על מנת להבהיר טוב יותר את הטענה, אבחן להלן את הניתוח שהציעו פילוסופים שונים של "תורת המעשה" ביחס לאופן תיאורם ההולם של "מעשים". כאמור, על פי מסורת הגותו של אוסטין, שאומצה בדין בישראל, "מעשה עברה" מורכב מצירוף של שלושה רכיבים עובדתיים-אובייקטיביים: רכיב התנהגותי, רכיב נסיבתי ורכיב תוצאתי. אולם הגדרה זו רחוקה מאוד מלהיות מובנת מאלה, שכן – כפי שטענו מלומדים שונים – אי-אפשר להציג כל הבחנה אובייקטיבית בין "התנהגות" (behavior), "נסיבה" (circumstance) או "תוצאה" (result), כרכיבים נפרדים או מובחנים בתוך המושג "פעולה" או "מעשה" (action).<sup>143</sup> על מנת להבין את הקושי הטמון בהבחנה מושרשת ומקובלת זו שבין רכיביו הנזכרים של היסוד העובדתי בעברה, נתבונן לרגע בדוגמה שהציג אנטוני דאף לצורך זה:<sup>144</sup>

אם שמעון גרם למותו של ראובן ביריית אקדח, ניתן לתאר את הפעולה שעשה שמעון, בין היתר, בכל אחת מן הדרכים הבאות: "שמעון הזיז את אצבעו"; "שמעון לחץ

G.E.M. ANSCOMBE, INTENTION §§ 23–26 (2d ed. 1976); ERIC D'ARCY, HUMAN ACTS: AN ESSAY IN THEIR MORAL EVALUATION ch. 1 (1963); Joel Feinberg, *Action and Responsibility*, in THE PHILOSOPHY OF ACTION 95, 106–107 (Alan R. White ed., 1968); R.A. DUFF, INTENTION, AGENCY AND CRIMINAL LIABILITY: PHILOSOPHY OF ACTION AND DUFF, INTENTION, AGENCY AND CRIMINAL (להלן: THE CRIMINAL LAW 40–44 (1990) (LIABILITY).

144 שם, בעמ' 40.

על הדק האקדח; "שמעון ירה באקדח"; "שמעון ירה באדם"; "שמעון הרג את ראובן"; "שמעון הרוויח 10,000 פאונד בהתערבות" (במקרה שהמניע לפעולה זו היה התערבות). על פי התיאור הראשון ("שמעון הזיז את אצבעו"), עובדת מיקום אצבעו של שמעון בתוך שמורת ההדק של האקדח היא "נסיבה" בלבד,<sup>145</sup> ואילו ה"לחיצה על ההדק", ה"ירי באקדח", ה"ירי באדם" ו"מותו של ראובן" הן "תוצאות". אולם בכל אחד מן התיאורים העוקבים לתיאור זה ברשימה לעיל, עוד ועוד "נסיבות" ו"תוצאות" מבין אלה הנזכרות נבלעות להן בתוך הגדרת ה"פעולה" עצמה: בתיאור שלפני האחרון, למשל, אין כל נסיבה או תוצאה, אלא תיאור פעולה/התנהגות בלבד – "שמעון הרג את ראובן". על יסוד דוגמה זו טען דאף כי הגורם המתאר את ה"פעולה" הוא הקובע אילו עובדות יוצגו כ"התנהגות", אילו עובדות יוצגו כ"נסיבות" ואילו עובדות יוצגו כ"תוצאות", ומיונה של כל עובדה לאחת משלוש הקטגוריות האלה הוא פועל יוצא של אופי ה"תיאור" המוצע לעובדות, ובשום פנים ואופן לא של "מהות" העובדות כשלעצמן.

מפתה מאוד לשאול, כך טוען דאף, מהו התיאור, מבין התיאורים השונים שהוצעו לעיל, המבטא באופן המדויק ביותר את ה"מעשה" או ה"פעולה" שעשה שמעון, במובחן מנסיבותיו או תוצאותיו. מה "באמת" עשה (did) שמעון, ומהן הנסיבות והתוצאות ה"אמיתיות" שאינן חלק מן ה"מעשה" שלו (didn't do)? כאמור, התשובה המקובלת במשפט הפלילי בישראל לשאלה זו היא כי ה"פעולה" ה"אמיתית" של שמעון היא "הזזת האצבע" – שהרי "פעולה" (action) אינה אלא "תנועה גופנית" (bodily movement) – בעוד יתר העובדות בתיאורים המקיפים יותר של ה"פעולה" הן נסיבות או תוצאות של ה"פעולה" ה"אמיתית" הבסיסית. הרכיב ההתנהגותי, על פי השקפה זו, אינו אלא "תנועה גופנית", כאמור.<sup>146</sup>

אלא שהשקפה זו אינה חסינה מביקורת, משום שהיא מניחה כי "פעולה" (action) היא מושג בעל מהות עצמית-אובייקטיבית – מהות אשר מובחנת ונפרדת כביכול מן ה"תיאור" (description) שאנו מעניקים לה. אולם השאלה מהי ה"פעולה" עצמה?<sup>147</sup> (במובחן מנסיבותיה ומתוצאותיה), כך טוען דאף, היא אבסורדית באותה מידה כמו השאלה מהו "אירוע" (event) כשלעצמו: האם נזק שנגרם לגג של בית בסופה הוא אירוע אחד או שמא מדובר בכמה אירועים של נזק כמספר רעפי הגג שנפגעו?<sup>148</sup>

145 וכך גם העובדה שראובן נמצא בקו האש של האקדח, שאף היא, לפי תיאור זה, מהווה "נסיבה".

146 ראו לעיל ה"ש 16 והטקסט שלידה.

147 ראו, למשל, את הדיון בפרשת (Austl.) 119 CLR 47 (1968) *Timbu Kolian v The Queen*, בבית המשפט העליון של אוסטרליה, בשאלה מה נכלל במונח "act" לפי ס' 23(1) לקוד הפלילי של מדינת קווינסלנד. סעיף זה, הקובע כי אדם אינו אחראי בפלילים למעשה (act) או מחדל שנגרמו לא ברצונו (exercise of his will) או לאירוע שהתרחש באקראי (accidentally), עורר את השאלה אם המונח "act" כולל בתוכו אף את תוצאותיו או שמא עניינו רק בהיבט ההתנהגותי של תנועת הגוף.

148 DUFF, INTENTION, AGENCY AND CRIMINAL LIABILITY, לעיל ה"ש 143, בעמ' 41. לניסוח דומה של הטענה ראו SALMOND, לעיל ה"ש 9, בעמ' 401–402.

על רקע האמור טען דאף כי "פעולה" היא "יחידה" מאופיינת ומובחנת רק על יסוד התיאור שאנו מעניקים לה, שהוא גם זה המפריד בינה לבין נסיבותיה או תוצאתה. לפי ניתוח זה, נסיבות מאופיינות כ"נתונים" מובחנים ונטולי זיקה סיבתית אל ה"פעולה" רק בהתאם לתיאור שאנו מעניקים לפעולה עצמה: העובדה שראובן הוא שוטר היא "נסיבה" ביחס לתיאור "שמעון תקף את ראובן", אך היא חלק מן הפעולה עצמה כאשר זו מתוארת כ"תקיפת שוטר" ("שמעון תקף שוטר").<sup>149</sup> העובדה שראובן הוא מעסיקו של שמעון היא "נסיבה" ביחס לתיאור "שמעון גנב מראובן", אך היא חלק מן הפעולה עצמה כאשר זו מתוארת כ"גנבה ממעסיק"<sup>150</sup> ("שמעון גנב ממעסיקו").

הוא הדין גם ביחס לרכיב התוצאתי בעברה, אשר יש להבחין (כפי שטען דאף) בין שתי משמעויותיו האפשריות: תוצאה במשמעות של result (להלן: תוצאת הפעולה) ותוצאה במשמעות של consequence (להלן: תוצאה הנגרמת מן הפעולה).<sup>151</sup> "תוצאת הפעולה" היא חלק בלתי נפרד מתיאור הפעולה עצמה אם תיאור זה מחייב אותה (את התוצאה) מתוך עצמו: מותו של ראובן הוא "תוצאת הפעולה" בתיאור "שמעון הרג את ראובן", מכיוון שמותו הוא תוצאה הכרחית של תיאור זה, והלכה למעשה "תוצאת פעולה" זו היא הפעולה עצמה לפי תיאור זה. אולם תיאור הפעולה כ"שמעון ירה בראובן" מאפיין את מותו של ראובן כ"תוצאה הנגרמת מן הפעולה", שהיא תוצאה

149 בהקשר זה יש להיזהר מן הפיתוי להסיק כי העובדה שהגדרת "מעשה" זה מורכבת משתי מילים נפרדות ("תקיפה" ו"שוטר") מחייבת את המסקנה שעניינו ב"התנהגות" בצירוף "נסיבה", שכן פירוק זה של הפעולה לשתי מילים נפרדות עשוי לנבוע אך מעובדת דלותה של השפה, אשר אינה מציעה לנו מונח אחד וכולל לסוג זה של "מעשה". כך, אין זה מן הנמנע ששפה מסוימת תכנה מעשה של "תקיפת שוטר" במילה אחת, כפי שהשפה העברית עושה ביחס למילה "אונס" (אונס כולל במשמעותו גם מעשה של "בעילה"; גם – לפחות לפי תפיסה תרבותית אחת – משמעות של בעילת "אישה" דווקא; וגם את עובדת אי-הסכמתה של הנבעלת לבעילה או כל עובדה אפשרית אחרת המאפיינת מבחינה נורמטיבית את הבעילה כ"אונס"). אכן, לא אחת אנו מוצאים כי בעוד בשפה אחת הוענק כינוי ספציפי לפעולה בעלת מאפיינים מסוימים, בשפה אחרת אותה פעולה מכונה על דרך צירופן של כמה מילים (למשל, perjury, שתרגומה לעברית הוא "עדות שקר"; או trespass, שתרגומה לעברית הוא "הסגת גבול"), אולם בשוני זה אין כדי ללמדנו כי התוכן הנורמטיבי המקובל של מילה בשפה האחת אינו יכול להיות מוענק גם לתרגומה בשתי מילים או יותר בשפה האחרת. לכן הצירוף "תקיפת שוטר" או "גנבה ממעסיק" עשוי בהחלט לבטא תוכן של "מעשה" מסוים כפשוטו, ולא דווקא "גם מעשה של תקיפת שוטר".

150 DUFF, INTENTION, AGENCY AND CRIMINAL LIABILITY, לעיל ה"ש 143, בעמ' 42, Annas, לעיל ה"ש 4, בעמ' 201. כן ראו Anthony Kenny, *Intention and Purpose in Law*, in ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY 146, 150–151 (Robert S. Summers ed., 1968).

151 במילון אוקספורד השלם הוגדרה המילה "consequence", בין היתר, באופנים הבאים: "A thing or circumstance which follows as an effect or result from something preceding"; "The action or condition of following as a result upon something antecedent; the relation of a result or effect to its cause or antecedent". למילה "consequence" יש אפוא משמעות בולטת של "דבר הנגרם מדבר אחר". אומנם, גם למילה "result" עשוי להיות תוכן כזה, אך משמעות סמנטית זו בולטת פחות לגביה (השוו להגדרות של מילון אוקספורד השלם למילה "result").

המובחנת מן הפעולה עצמה, אם כי היא קשורה אליה בזיקה סיבתית: מותו של ראובן נגרם בשל פעולת הירי, אך תיאור הפעולה כ"ירי" אינו מחייב את תוצאת המוות.<sup>152</sup>

על פי ניתוח זה, "עברת התנהגות" במובנה המסורתי היא עברת "תוצאה" במובן של "תוצאת פעולה", בעוד "עברת תוצאה" במובנה המסורתי היא עברה הכוללת בהגדרתה "תוצאה הנגרמת מן הפעולה". "עברות תוצאה", לפי ניתוח זה, אינן שונות מ"עברות התנהגות" אלא בכך שתיאורן מבוסס באופן מובנה על הבחנה בין ה"פעולה", כפי שהיא מוגדרת בהן, לבין ה"תוצאה", המתוארת בהן בנפרד ובאופן מובחן מן ה"פעולה" ("תוצאה הנגרמת מן הפעולה"). לעומת זאת, "עברות התנהגות" מכלילות בתוך תיאור המעשה שנאסר על פיהן את כל ה"תוצאות" המהוות חלק מתיאור זה. כך, אם "שכם בן חמור אנס את דינה" (עברת התנהגות), אזי "אינוסה" של דינה הוא "תוצאת הפעולה", ואי-הסכמתה של דינה לקיום היחסים אינה נסיבה הנפרדת מן הפעולה עצמה, כי אם חלק מתיאור הפעולה עצמה – "אונס". אולם תיאור הפעולה כשכם בן חמור "קיים יחסי מין עם דינה" מאפיין את אי-הסכמתה של דינה לקיום היחסים כ"נסיבה", המובחנת מן ההתנהגות (קיום יחסים); את קיום היחסים – כ"מעשה" וכ"תוצאת הפעולה"; ואת אינוסה של דינה – כ"תוצאה הנגרמת מן הפעולה", שיש לה זיקה סיבתית לפעולה. מעמדה של עובדה כ"התנהגות", כ"נסיבה" או כ"תוצאה" (על שני סוגיה האמורים) תלוי אפוא בשאלה אם אנו בוחרים להכליל או להטמיע עובדה זו בתיאור הפעולה אם לא. אלא שההחלטה אם להטמיע "עובדה" מסוימת בתוך תיאור הפעולה, כך טוען דאף, אינה תלויה באמת מידה אובייקטיבית מהותית כלשהי של "טבעה האמיתי" של אותה "עובדה", אלא אך ורק במושאי התעניינותו של המתאר.<sup>153</sup>

הניתוח האמור מבהיר היטב את הטענה שהוצגה בראש תת-פרק זה: "גרם מעשה עברה" – המאפיין כצירוף של "רכיב התנהגותי", "רכיב נסיבתי" ו"רכיב תוצאתי", אשר נפרדים ומובחנים זה מזה בתוך מסגרת תיאורו – הוא לעולם ביצוע תוצאתי של העברה, שכן המעשה (ההתנהגות) בנוסחת "גרם המעשה" הוא רכיב מובחן בתיאורו מנסיבותיו ומתוצאתו (המעשה, בנסיבותיו, גרם לתוצאה). לעומת זאת, "מעשה עברה כפשוטו" הוא לעולם ביצוע התנהגותי של אותה עברה, שכן תיאורו הוא תלכיד בלתי מובחן של רכיביו הרלוונטיים (ה"מעשה" כולל בתוך הגדרתו את נסיבותיו ותוצאותיו באופן מובנה). לכן, כעניין עקרוני, אין מניעה לעבור כל עברה ב"ביצוע התנהגותי" וב"ביצוע תוצאתי", שאינם אלא ביצוע "מעשה העברה כפשוטו" לעומת ביצוע "גרם מעשה העברה", בהתאמה.<sup>154</sup>

152 DUFF, INTENTION, AGENCY AND CRIMINAL LIABILITY, לעיל ה"ש 143, בעמ' 42.

153 שם, בעמ' 41–42.

154 כתבתי ש"כעניין עקרוני" אין מניעה לעבור כל עברה גם בביצוע תוצאתי (קרי, ב"גרם מעשה העברה"), אך אין בכך משום טענה כי כך ראוי שיהיה, שכן אין לדעתי מקום להרחיב את כל איסורי המשפט הפלילי גם ל"גרם מעשי עברה". לתנאים הנדרשים להרחבה כזו בעברות מסוימות

**(ב) "התנהגות" כ"הזת שריר" או "תנועת גוף" – האומנם?**

כאמור לעיל, על פי תפיסתו של אוסטיין (שאומצה לדין הישראלי), נהוג להתייחס אל הרכיב ההתנהגותי בעברה כאל "הזת שריר" או "תנועה גופנית" (או הימנעות מהן, במקרה של מחדל) שתרמו להתהוות העברה. הרכיב ההתנהגותי בעברת הגנבה – כדוגמה, ולפי ניתוח זה – הוא התנועה הגופנית של נשיאת הרכוש הגנוב ונטילתו, אך לא "מעשה הגנבה" כמושג נורמטיבי כולל. מדובר, לכאורה, ברדוקציה מרבית של מושגים נורמטיביים כגון "התנהגות", "פעולה" או "מעשה" לכדי עובדות אובייקטיביות במציאות, שביסודה ההנחה המשתמעת כי "תנועה גופנית" או "הזת שריר" הן "התנהגות טהורה" או "אטומית" (התנהגות במובנה הבסיסי ביותר) – זו שלא מוטמעות בתיאורה, כביכול, נסיבות או תוצאות.

אלא שהנחה זו, לדעתי, היא הנחה בלתי תקפה לחלוטין. שהרי גם תנועת גוף כ"הזת יד" כוללת בתיאורה זה את העובדה הנסיבתית שיש לי יד, וכן תוצאה ("תוצאת פעולה"), שהיא הגעתה של היד לנקודה חדשה בחלל שאליה הזוית את ידי. לכן ההנחה שקיים בכלל מושג אובייקטיבי כזה של "התנהגות טהורה" – שלא הוטמעו בתוך הגדרתה כ-X ("הזת יד") נסיבות ותוצאות שהן חלק אינהרנטי ובלתי מובחן בתוך תיאורה כ-X – אינה אלא טענה מדומה, המבוססת על אשליה גרידא.

**4. "מעשה" ו"תוצאה" – זיקת הקשר הסיבתי**

כאמור לעיל, הרכיב התוצאתי של עברה פלילית חייב לקיים זיקה סיבתית ליסוד ההתנהגותי שלה. בהקשר זה נהוג במסורת המשפט בישראל להתייחס לשני סוגים של זיקה סיבתית: האחד כונה "קשר סיבתי עובדתי", והאחר – "קשר סיבתי משפטי" (להלן: קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי).<sup>155</sup>

הקשר סיבתי העובדתי מתייחס לעובדת היותה של ה"התנהגות" (הרכיב ההתנהגותי) "סיבה (פיזית) בלעדית אין" (causa sine qua non) ביחס ל"תוצאה האסורה" (הרכיב התוצאתי):<sup>156</sup> ההתנהגות אומנם אינה חייבת להיות הסיבה הפיזית הבלעדית לגרימת התוצאה (ואף לא בהכרח הסיבה העיקרית), אך היא חייבת להתאפיין כסיבה הכרחית<sup>157</sup> (כלומר, סיבה שבלעדיה לא הייתה נגרמת התוצאה).<sup>158</sup> לעומת זאת, וכפי שנקבע

התייחסתי בהרחבה במקום אחר: כהן **היסוד של הפוזיות במשפט הפלילי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 354–359.

155 פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 428–429; רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 299–318; הלוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 754–767.

156 פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 428–429; רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 299–318; הלוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 754–767.

157 להלכה, "סיבה" היא לעולם הכרחית, שכן אם תוצאתה יכולה להתגבש גם בלעדיה, אזי אין היא יכולה להיחשב סיבתה של אותה תוצאה.

158 פלר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 435–441; רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 299–300; הלוי, לעיל ה"ש

לאחרונה בפסיקת בית המשפט העליון בישראל,<sup>159</sup> קש"ס משפטי הוא ביטוי כולל לשיקולי מדיניות נורמטיביים שונים,<sup>160</sup> שעניינם בבחינת קיומה של הצדקה נורמטיבית לייחס לאדם אחריות פלילית ל"תוצאה אסורה" שנגרמה אגב התנהגותו. הקש"ס המשפטי במובנו זה מבוסס אפוא על הנחת התגבשותו של קש"ס עובדתי (גרימה עובדתית), אך הוא מבקש לבחון אם גם מבחינה משפטית-נורמטיבית ראוי ומוצדק לייחס תוצאה מסוימת לאדם שגרם לה בהתנהגותו.

אולם ניתוח המושג "מעשה" במובנו הנורמטיבי (כפי שהוצג לעיל) זורה אור חדש על טיבה של ה"תוצאה" הרלוונטית לבחינת זיקת הקשר הסיבתי (על שני סוגיו), כמו גם על תוכנה של זיקה זו.

כך, וכאמור לעיל, ב"מעשה עברה כפשוטו" אין, הלכה למעשה, כל "תוצאה" המובחנת מן המעשה שנעשה כשלעצמו (סטירת לחי, בנסיבות שמאפיינות אותה כ"תקיפה" כפשוטה לפי שיפוטיו הנורמטיביים, היא גם "התנהגות" וגם "תוצאה" של "תקיפה"). לכן ב"מעשה עברה כפשוטו" אין כל צורך לבחון אם התקיים קשר סיבתי משפטי בין ה"התנהגות" ל"תוצאה", וזאת משום שייחוס ה"מעשה" הוא בעת ובעונה אחת גם ייחוס ה"תוצאה". לשון אחר, אם ייחסנו לנאשם את "מעשה העברה כפשוטו" (תקיפה, הטרדה, התעללות) – קרי, את "המעשה האסור" בעברה עצמו – כלום נדרש לייחס לו דבר מה נוסף על מנת לייחס לו אחריות פלילית לאותו מעשה עברה?

עם זאת, מאחר שריחוק "זמן" ו"מקום" ("סיבתיות פיזיקלית") אינו שולל, באופן אפריורי, את האפשרות לייחס לאדם "מעשה עברה כפשוטו" (כאמור לעיל),<sup>161</sup> בנסיבות שבהן קיים ריחוק כזה יש לבחון אם התקיים קש"ס עובדתי גם במקרה של ייחוס "מעשה עברה כפשוטו", שכן ה"התנהגות" במובנה הפיזי בנסיבות אלו אינה זהה ל"תוצאה" במובנה הפיזי (אף שמתקיימת זהות בין ההתנהגות לתוצאה במובן הנורמטיבי). כך, למשל, "נעיצה ישירה של סכין בלב" או "ירי ישיר לראשו של אדם" – התנהגויות שעשויות בהחלט, לפי שיפוטיו הנורמטיביים, לבטא "מעשה המתה כפשוטו" ("רצח")<sup>162</sup> – חייבות לקיים גם קשר סיבתי עובדתי עם תוצאת המוות,

16, בעמ' 768–774. ראו גם ע"פ 10023/06 טואלבו נ' מדינת ישראל (אר"ש 9.12.2009); ע"פ

418/77 ברדריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 3 (1978).

159 דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל (אר"ש 15.4.2015).

160 פסק דין זה ביטא שינוי הלכתי ביחס למצב המשפטי שקדם לו, שלפיו הצפיות בפועל או בכוח – כיסוד הכרתי, להבדיל מנורמטיבי – שימשה מבחן הקשר הסיבתי המשפטי הבלעדי בישראל. לעניין ההלכה שקדמה להלכת פלוני, שם, ראו ע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34 (2001). למבחנים נורמטיביים נוספים שהוכרו בדין המשווה ראו כהן "ביצוע בצוואת ברשלנות", לעיל ה"ש 86, בעמ' 641–642.

161 ראו לעיל בתת-פרק ד1.

162 לפי ניתוח זה, מעשה של "רצח" שונה ממעשי המתה אחרים לא רק ביסוד הנפשי, אלא גם ביסוד העובדתי: מעשה של "רצח" מאופיין, ראשית לכול, כמעשה של "המתה" כפשוטו, כך שאם עניינו במעשה שאינו יכול להיחשב מעשה המתה לפי שיפוטו של אדם סביר בחברה הרלוונטית, אזי אין מדובר במעשה של "רצח", תהא כוונתו של העושה אשר תהא.

שעשויה להתגבש מאוחר יותר על ציר הזמן (ולו שניות ספורות אחרי ה"מעשה"), ולעיתים אף במקום אחר (למשל, כאשר נפגע העברה נפטר מפצעיו בבית החולים). לכן, בעוד במקרה של ייחוס "מעשה עברה כפשוטו" אין כל צורך בבחינת התגבשותו של קשר סיבתי משפטי (שכן ייחוס "מעשה המתה כפשוטו" או "רצח" בדוגמתנו זו הוא בעת ובעונה אחת גם ייחוס אחריות משפטית-נורמטיבית למעשה של המתת אדם), בנסיבות שבהן קיים ריחוק זמן ומקום בין ה"התנהגות" ל"תוצאה" במובן הפיזי מתחייבת בחינת התגבשותו של קשר עובדתי.<sup>163</sup>

לא כן ב"גרם מעשה עברה": במקרה זה, לצד הוכחת קשר עובדתי (המובל גם כאן לנסיבות של ריחוק זמן או מקום בין ה"התנהגות" ל"תוצאה" במובן הפיזי), נדרש להוכיח גם קשר משפטי בין ה"מעשה" שנעשה במובנו הנורמטיבי העיקרי (ניתוח) לבין ה"תוצאה" שנגרמה במובנה הנורמטיבי העקיף ("תקיפה"). שהלא ייחוס האחריות הפלילית במקרה זה אינו מבוסס על ייחוס "המעשה האסור" בעברה עצמו ("תקיפה"), אלא על ייחוס גרימת "תוצאה אסורה" בלבד (פגיעה בערך המוגן בעברה). אולם ייחוס של "תוצאה אסורה" אגב התנהגות שאינה כשלעצמה "המעשה האסור" בעברה הוא מהלך הכפוף לשיקולי מדיניות נורמטיביים,<sup>164</sup> אשר אי-אפשר להתייחס אליו כמובן מאליו (אי-אפשר לקבל את הטענה כי מעשה של ניתוח מגבש מאליו עברה של "תקיפה" כתוצאה). יוצא אפוא כי דוקטרינת הקשר הסיבתי המשפטי היא דוקטרינה שרלוונטית לבחינת ייחוסו של "גרם מעשה עברה" בלבד; לשון אחר, דוקטרינה זו רלוונטית לבחינת ייחוסה של אחריות פלילית ל"ביצוע תוצאתי" של עברה (כל עברה) בלבד. כמובן, באמור עד כה בסוגיית הקשר הסיבתי לא התיימרתי לעסוק בתוכניהם המורכבים של שיקולי המדיניות השונים – הרלוונטיים והאפשריים – לבחינת התגבשותו של קשר סיבתי משפטי. שיקולים אלו, על תוכניהם המשותפים והפרטיקולריים, מחייבים התייחסות ייעודית וספציפית. בניתוח לעיל ביקשתי להציג רק את תפקידו ומובנו של המושג "קשר סיבתי" במסגרת הגדרתו החלופית של המושג "מעשה עברה" כמושג נורמטיבי.

<sup>163</sup> ליתר דיוק, קשר עובדתי הוא חלק בלתי נפרד ממושג הקשר המשפטי, שכן הוא חלק מן השקלול הנורמטיבי המלא של ייחוס מעשה עברה לאדם. לכן, בשיטת המשפט האנגלי, למשל, לא נהוגה כלל החלוקה שבין קשר עובדתי לקשר משפטי, אלא נהוג להתייחס למכלול השיקולים של הקשר הסיבתי כמושג האחד "causation". לעניין זה ראו Simester et al., לעיל ה"ש 14, בעמ' 89 – Ormerod & Laird, לעיל ה"ש 14, בעמ' 90–112; Ashworth & Horder, לעיל ה"ש 14, בעמ' 102–116. אולם, בהנחה שההבחנה האמורה רצויה לפחות מן ההיבט התיאורי-הצורני-האינסטרומנטלי, הניתוח המוצע בגוף המאמר מבטא הצגה נכונה של הדברים.

<sup>164</sup> הלכה למעשה הפעלת השיקולים הנורמטיביים קשורה להערכה הנורמטיבית – שאליה אתיחס בהמשך – אם עניינו ב"מעשה העברה" לפי הגדרתו או ב"גרם מעשה העברה" לפי הגדרתו. ככל שהגדרת העברה מאפיינת את המעשה כ"גרם מעשה העברה", אי-אפשר – בהתאם לעיקרון שיוצג להלן בפרק ה – לייחס אחריות לביצוע העברה בגין "גרם מעשה" זה.

## 5. "המעשה הפלילי" בעברות שהגדרתן מבוססת על רכיבים מובחנים נפרדים

הניתוח שהוצע עד כה מצדיק התייחסות לקושי מסוים שעשוי להתעורר ביחס לתפיסת המושג "מעשה פלילי" כפי שהצגתיו – כמושג שאינו ניתן לפירוק לרכיביו. כך, אף שאני סבור כי סלמונד צדק בטענתו כי המושג "מעשה פלילי" אינו ניתן לפירוק לרכיבים נפרדים של "התנהגות", "נסיבות" ו"תוצאות", לא מצאתי בהגותו הסבר מספק לתופעת האיסורים הפליליים שהגדרתם מבוססת באופן מובנה על הבחנה ברורה בין רכיבים שונים אלו. כדוגמה, עברת ה"תקיפה" הישראלית מבוססת בהגדרתה על הבחנה בין "התנהגות" (מגע כוחני), "נסיבות" (אי-הסכמה או כל נסיבה אחרת המאפיינת את המגע כ"שלא כדין") ו"תוצאה" (משתמעת), שהיא הפגיעה בערך המוגן בעברה. באותו אופן, עברת "הריגה" (או בכינויה כיום – "המתה בקלות דעת") מוגדרת כ"נטילת סיכון" (התנהגות) "בלתי סביר" (נסיבות) שגרמה למוות (תוצאה). כיצד אפוא יש להבין את טיב "מעשה העברה" בעברות מסוג זה?

ובכן, לעברות של "תקיפה" ו"הריגה", בהקשר האמור, בכוונתי להתייחס בהרחבה בהמשך. אולם כבר עתה ראוי לומר כי אני סבור, כעניין עקרוני, ש"מעשה" – כדרך שטען סלמונד – הוא מושג שאינו ניתן לפירוק לרכיבים נפרדים **בכל מצב שהוא**. הדבר נכון בוודאי לגבי מעשי עברה שלא הוגדרו באופן היוצר הבחנה בין "התנהגות", "נסיבות" ו"תוצאות" (כגון "הטרדה", "התעללות", או כפי שאטען בהמשך – "מתן שירות או אמצעים לארגון טרור"<sup>165</sup>), אך הוא נכון גם בעברות "מפורקות" מן הסוג הנזכר, שכן גם בהן נדרש לעשות "מעשה" מסוג מסוים (כגון "מגע כוחני" בעברת התקיפה הישראלית או "נטילת סיכון" בעברת ההריגה). לכן, גם בעברות אלו יש לפרש את המעשה המסוים הנדרש בהן כ"מעשה כפשוטו", שאינו ניתן, כשלעצמו, לפירוק לרכיבים נפרדים או מובחנים של "התנהגות", "נסיבות" ו"תוצאות". אולם בניתוח מפורט זה בכוונתי לעסוק כאמור בהמשך (בפרק ו להלן).

## פרק ה: ביקורת הגדרת "המעשה הפלילי" בדין הפלילי בישראל

### 1. מעשה כ"התנהגות", "נסיבות" ו"תוצאות" – ביקורת הגדרת "המעשה הפלילי" על פי סעיף 18 לחוק העונשין בישראל

מסקנה חשובה נוספת הנגזרת מן הניתוח שהוצג עד כה היא שהגדרת "המעשה הפלילי" (או "היסוד העובדתי" של העברה) לפי סעיף 18 לחוק העונשין הישראלי היא **הרחבה עצומה של היקף תחולתם של האיסורים הפליליים בישראל והרחבת תחום האכיפה**

165 ראו להלן ליד ה"ש 197–201.

הפלילית כמעט עד בלי שיעור.<sup>166</sup>

כך, אם הרכיב ההתנהגותי בעברה הפלילית אינו אלא "הזזת שריר" או "תנועת גוף", או לכל הפחות אם איסור פלילי עשוי להתגבש גם בכל מעשה שאינו כשלעצמו "מעשה העברה כפשוטו" (כגון "ניתוח" כרכיב התנהגותי בעברת ה"תקיפה" או "איסוף ראיות" כרכיב התנהגותי בעברה של "הטרדת עד"), אזי במישור העקרוני ניתן לייחס לאדם "מעשה עברה X" אגב כל מעשה שעשה אשר פגע בערך המוגן בעברה X ואשר לדעת התביעה ובית המשפט הוא גם בלתי סביר בנסיבותיו (ולכן גם שלא כדין).<sup>167</sup> במילים אחרות, אם "מעשה פלילי" מאופיין תמיד כ"התנהגות X" ב"נסיבות Z" בצירוף "תוצאה Y", אזי ניתן לעבור כל עברה בכל מעשה שהוא "גרם מעשה העברה" בלבד (כאשר ה"תוצאה" המובלעת בהגדרה מסורתית זו היא הפגיעה בערך המוגן בעברה),<sup>168</sup> באופן שמרחיב במידה עצומה את היקף האיסור הטמון באותה עברה ספציפית ואת סמכותם של התביעה ובית המשפט בשימוש ובאכיפה של נורמות פליליות בכלל.

נציג את הדברים בדרך שונה מעט: אם "מעשה" הוא צירוף של "עובדות" מסוימות זו לזו, אזי השאלה הרלוונטית אינה אם הנאשם עשה מעשה מסוג מסוים ("תקיפה", "הטרדה", "התעללות"), אלא אם הוא גרם (באמצעות כל התנהגות שהיא) להתרחשות של עובדות מסוימות במצב עובדתי נתון מסוים (נסיבות) באופן שגרם לפגיעה בערך המוגן בעברה פלילית מסוימת (תוצאה). אולם הפעולות או המעשים שעשויים לגרום לשילוב מצב דברים כזה הם רבים ומגוונים לאין שיעור מן הפעולות העולות כדי "מעשה העברה כפשוטו". לכן, אם עברה X יכולה להתגבש בכל פעולה או מעשה שהם, אזי האיסור הפלילי הטמון בעברה X הוא רחב לאין שיעור מ"מעשה העברה כפשוטו". לעומת זאת, אם הנחת המוצא היא שאי-אפשר לעבור עברה אלא ב"מעשה העברה כפשוטו" (כל עוד לא נקבע אחרת), אזי האיסור הטמון בעברה פלילית הוא צר ומוגבל בהרבה, וכמוהו גם סמכות האכיפה וההרשעה בדיון.

אומנם, את מסורת הפירוק של "המעשה הפלילי" לרכיבים עובדתיים-אובייקטיביים

166 ניתן לדמיין אין-ספור פעולות או התנהגויות שעשויות לגרום לפגיעה בערך המוגן בעברה פלילית ("גרם מעשה עברה"). לכן, אף שבררת מחדל שלפיה ניתן לעבור כל עברה ב"גרם מעשה העברה" אינה מחייבת את התביעה להעמיד לדין בכל מצב כזה, היא מותירה לה עדיין שיקול דעת בלעדי לעשות זאת. אני חושב שמצב כזה אינו מתקבל על הדעת. לעניין זה התייחסתי במקום אחר – ראו שאל כהן "משפט פלילי בשירות אכיפת מוסר" **השילוח** 32 (2023).

167 על זיקת היחס שבין המושגים "בלתי סביר" ו"שלא כדין" הרחבתי במקום אחר: כהן **היסוד של הפיזיות במשפט הפלילי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 359–361.

168 לניתוח כזה ראו את התייחסותי בתחילת התת-פרק הבא לפרשנות שהעניק השופט ברק למילה "בורח" כביטוי של המעשה האסור בעברה לפי ס' 257 לחוק העונשין בע"פ 787/79 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה (4) 421 (1980). לניתוח נוסף של פסק דין זה ראו גם כהן "מעשה מגונה באדם" – לבירור יסודות העבירה, לעיל ה"ש 47. בעניין זה ראו את ביקורתו המקורית של סנג'רו: בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים? ! האומנם אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" **עלי משפט** ג 165 (2003); בועז סנג'רו **ביקורת דיני העונשין הישראליים** 81–93 (2020).



הנלוות לכך.<sup>174</sup>

כאן ראוי להדגיש: הקושי הכרוך באימוץ תפיסתו ההגותית של אוסטיין ביחס למושג "מעשה פלילי" אינו נובע מפרשנותו הספציפית של היסוד ההתנהגותי כ"תנועה גופנית" דווקא, אלא מאימוץ הרעיון שלפיו רכיב זה אינו חייב לבטא בהכרח את "מעשה העברה כפשוטו". כך, לפי תפיסה זו, מעשה של "הטרדה" יכול להתגבש (בהתאם להגדרת סעיף 18 לחוק העונשין בישראל) בכל מעשה הגורם טרדה, גם כזה שאינו כשלעצמו "מעשה הטרדה כפשוטו", וזאת בין שנכנה את "המעשה הגורם" "איסוף ראיות" ובין שנכנה אותו "תנועה גופנית". שהרי אם מעשה העברה אינו בהכרח "מעשה העברה כפשוטו" ("הטרדה" כפשוטה), אלא כל מעשה שגורם טרדה, אזי אין מניעה לכנות את "המעשה הגורם" "איסוף ראיות", או "לצעוד לאחור" עוד יותר בתיאור שרשרת המעשים שגורמה טרדה ולכנות את המעשה "תנועת גוף", שגורמה ל"איסוף ראיות", שגורם "טרדה" (ואפשר כמובן לתאר את המעשה הגורם ב"שרשרת תיאור" ארוכה אף יותר). לכן הקושי הטמון באימוץ תפיסה זו אינו נעוץ בכך ש"מעשה" מוגדר על פיה כ"תנועה גופנית", אלא בכך שהיא מאפשרת את התגבשותה של עברה שלא ב"מעשה העברה כפשוטו" דווקא. לעומת זאת, אם "מעשה עברה" כולל את מובנו ההתנהגותי-הנסיבתי-התוצאתי המלא, כפי שטען סלמונד, אזי מעשה זה הוא "מעשה העברה כפשוטו" בלבד.

## 2. ביקורת הגדרת "המעשה הפלילי" בפסיקה הישראלית

הגדרת סעיף 18 לחוק העונשין מביאה אפוא לידי הרחבה בלתי מידתית של היקף האיסורים של המשפט הפלילי בישראל. אולם הרחבה זו נגזרת לא רק מהגדרת סעיף 18, כי אם גם מפרשנות מקובלת אחרת שאומצה בפסיקת בית המשפט העליון ביחס למובנו של מעשה עברה. כך, בפרשת **מזרחי**<sup>175</sup> נדונה השאלה אם אי-חזרה של אסיר מחופשה (שאליה שוחרר כדין) יכולה להיחשב מעשה של "בריחה" ממשמורת חוקית, שהיא

---

the body (in so far as they are relevant) and its consequences (again, in so far as they are relevant), and, for ordinary purposes, it is obviously the sensible way of describing it" ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 14, בעמ' 59–60.

174 ההבדל התהומי בין הפוטנציאל של היקף האיסורים הפליליים בישראל לזה שבדין האנגלו-אמריקני ובדין הקונטיננטלי קשור גם לבררת המחל של "היסוד הנפשי" בעברה. כך, בעוד בררת המחל בישראל היא היסוד של "מחשבה פלילית" (מודעות), בדין הקונטיננטלי וכן בדין האנגלו-אמריקני (אם כי באופן שונה מעט) בררת המחל היא מעשה מכון של עברה. על הקשר האינהרנטי שבין "מעשה מכון" של עברה לבין "מעשה עברה כפשוטו" לא אוכל להרחיב במאמר זה, אך עשיתי זאת במקום אחר: כהן **היסוד של הפוזיות במשפט הפלילי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 224–242. מכל מקום, אם "מעשה עברה כפשוטו" אינו אלא "מעשה מכון" של העברה, ואם בררת המחל בדין האנגלו-אמריקני ובדין הקונטיננטלי היא ביצוע מכון של עברה (ולא ביצוע מודע גרידא), אזי משמעות הדברים היא שהיקף תחולתם של האיסורים הפליליים בשיטות משפט מערביות משוות קטן לאין ערוך מזה המקובל בישראל.

175 עניין **מזרחי**, לעיל ה"ש 168.

הפעולה שהוגדרה כמעשה האסור בעברה לפי סעיף 257 לחוק העונשין.<sup>176</sup> תשובת בית המשפט לשאלה זו נוסחה בזו הלשון:

"האם ניתן לומר, כי אדם 'בורח' (escapes) ממשמורת בלי לבצע פעולות פיסיות של הימלטות? לדעתי, אין כל יסוד לצמצם את הביטוי 'בורח' להימלטות פיסית דווקא... בריחה היא השתחררות שלא כדין מכבלי הנורמה הכובלת, בלא שתהיה מלווה בהימלטות פיסית דווקא...

חוק פלילי, כמו כל חוק אחר, אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה, אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה... בעניין שלנו, מטרה בסיסית זו היא לשמור על המשמורת, ולמנוע כל השתחררות מכבליה."<sup>177</sup>

לפי פרשנות זו, מעשה העברה לפי סעיף 257 לחוק העונשין אינו מעשה של "בריחה" כפשוטה דווקא (פעולה פיזית של הימלטות מן הכלא), כי אם כל מעשה (X) (בעניינו, אי־חזרה מחופשה) בנסיבות אוסרות מסוימות (Z) (בעניינו, של אסיר שתקופת חופשתו הסתיימה וכולי) שגרם לפגיעה בערך המוגן בעברה (Y) (שהיא הפגיעה במוסד המשמורת החוקית). בקיצור, לפי פרשנות זו (שהוצעה בפרשת מזרחי כפרשנות כללית של המושג "מעשה אסור" בעברה) ניתן לעבור כל עברה גם ב"גרם מעשה העברה", שהנוסחה שלו היא כאמור מעשה X, שאינו מעשה העברה עצמו, אשר נעשה בנסיבות  $^{178}Z$  וגרם ל-Y. אולם זוהי בדיוק הגדרת המעשה הפלילי המוצעת לנו בסעיף 18 לחוק העונשין, שלפיה "מעשה עברה" אינו זה שלשון העברה נקטה במפורש, אלא כל מעשה שהוא, עד כדי "תנועת גוף" בלבד.<sup>179</sup>

כאן ראוי שניתן ליבנו להבחנה בין השאלה אם ראוי שאי־חזרה של אסיר מחופשה תיאסר בדין הפלילי (כלומר, אם הרשעת הנאשם בפרשה זו היא תוצאה "הגיונית", כלשון בית המשפט) לבין השאלה מהו המעשה שנאסר בעברה לפי סעיף 257 לחוק העונשין (כלומר, אם זו משמעותה ה"טבעית" של המילה "בריחה", כטענת בית המשפט). כך, גם אם ניתן להניח שכל אדם סביר בחברה נתונה ייטה לחשוב כי ראוי להפליל מעשה של אי־חזרת אסיר מחופשה, עדיין אין בכך כדי לבסס מסקנה שלפיה המילה "בריחה" – במובנה הטבעי בשפת היומיום – סובלת במשמעותה הפשוטה גם

176 נוסח העברה לפי ס' 257 לחוק העונשין הוא "הבורח ממשמורת חוקית שהוא נתון בה בשל עבירה פלילית...".

177 עניין מזרחי, לעיל ה"ש 168, בעמ' 426–427 (ההדגשות הוספו).

178 הניתוח המוצע לטיבו הנורמטיבי של "מעשה עברה" רלוונטי גם להגדרת רכיבים נסיבתיים בעברה, כגון הנסיבה שהוגדרה בעברת השוחד במילים "עובד ציבור". מושג זה, לדעתי, יש לפרש כפשוטו, כדרך שפירש אותו השופט גרוניס בפסק הדין שניתן בדנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644 (2009). אולם מיקודו של מאמר זה הוא במובנו הנורמטיבי של "מעשה עברה", ולא במובנו של מילים שנעשה בהן שימוש בהגדרת עברה באופן כללי.

179 לביקורת על פסק דין זה ראו סג"ר ביקורת דיני העונשין הישראליים, לעיל ה"ש 168, בעמ' 92.

תוכן כזה (של אי-חזרה מחופשה). לכן, כל עוד לא נחקקה עברה חדשה שתפלייל מפורשות אי-חזרה של אסיר מחופשה,<sup>180</sup> אי-אפשר לדעתי להרשיע אדם בגין מעשה כזה מכוחה של העברה לפי סעיף 257 לחוק העונשין. בקיצור, אי-אפשר להרחיב איסור על "מעשה עברה" במובנו הפשוט ("בריחה") גם ל"גרם מעשה העברה" ("גרימת בריחה" בדרך של אי-חזרה מחופשה).

על מנת לסבר את האוזן, ניטול לנו כדוגמה את הכרעת בית הלורדים האנגלי בפרשה *Morgan* הנודעת,<sup>181</sup> שבה נדונה שאלת ייחוסה של עברת "אונס" לגבר אשר סבר בטעות (טעות כנה, אם כי בלתי סבירה) כי נתונה לו הסכמת האישה, נפגעת העברה, לקיום יחסי המין איתו. לשון העברה האנגלית באותם ימים קבעה כי "גבר שאונס אישה עובר עברה" ("It is an offence for a man to rape a woman"),<sup>182</sup> והשאלה שנדונה בפסק הדין הייתה אם ניתן לקבל את עמדת התביעה כי יש להבין את המעשה של "אונס" כבעל משמעות שקולה למעשה של "קיום יחסי מין ללא הסכמה". כך הוצגו הדברים על ידי השופט קרוס (Cross) בפסק הדין:

"If the Sexual Offences Act 1956 had provided that it was an offence for a man to have sexual intercourse with a woman who did not consent to it then the case of *R. v. Tolson* would undoubtedly have been in point; but what the Act says is that it is an offence for a man to 'rape' a woman and, as I see it, one cannot say that *R. v. Tolson* applies to rape unless one reads the words 'rape a woman' as equivalent to 'have intercourse with a woman who is not consenting to it'. Counsel for the Director says, of course, that they are equivalent but the question remains whether he is right."<sup>183</sup>

וזו הייתה הכרעתו (בדעת רוב) בשאלה זו:

180 השוו לעברה של "הימלטות" (escaping) לפי ס' 310D לחוק Crimes Act 1900 של מדינת New South Wales באוסטרליה, אשר זה לשונו: "(a) who escapes or attempts to escape from lawful custody, or (b) who, having been temporarily released from lawful custody, fails to return to lawful custody at the end of the time for which the inmate has been released, is guilty of an offence". חלופה (b) בנוסח זה של העברה מאפשרת הרשעה גם במקרה של אי-חזרה מחופשה כדין, ומכאן שבהעדרה לא היה אפשר להסיק כי ניתן להרשיע אסיר בנסיונות אלו על יסוד חלופה (a) של נוסח זה. בהקשר זה יש לציין כי ההכרעה בפרשת **מורחן**, לעיל ה"ש 168, התקבלה חרף העובדה שבאותם ימים הייתה קיימת עברה של אי-חזרה של אסיר מחופשה לפי ס' 32 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, נ"ח 459 – כלומר, אף שהיה הסדר פלילי ספציפי למקרה זה – עובדה שיש בה כדי להעיד כשלעצמה כי המחוקק לא סבר ש"בריחה" כוללת במשמעותה "אי-חזרה" של אסיר מחופשה.

181 עניין *Morgan*, לעיל ה"ש 138.

182 Sexual Offences Act 1956, c. 69, § 1(1) (ההדגשה הוספה).

183 עניין *Morgan*, לעיל ה"ש 138, בעמ' 201.

"[A]s I have said, section 1 of the 1956 Act does not say that a man who has sexual intercourse with a woman who does not consent to it commits an offence; it says that a man who rapes a woman commits an offence. Rape is not a word in the use of which lawyers have a monopoly and the question to be answered in this case, as I see it, is whether according to the ordinary use of the English language a man can be said to have committed rape if he believed that the woman was consenting to the intercourse and would not have attempted to have it but for his belief, whatever his grounds for so believing. I do not think that he can."<sup>184</sup>

מבלי להיכנס לתוכן ההלכה שנקבעה בפרשת *Tolson* (הנזכרת בציטוט הראשון לעיל), ננסה לבאר הכרעה זו: אם משמעותו של מעשה "אונס" היא "קיום יחסי מין ללא הסכמה", אזי – במונחי מאמר זה – ניתן לבצע "אונס" גם ב"גרם מעשה של אונס". המעשה האסור, לפי פרשנות זו, אינו עוד "אונס" כפשוטו בלבד, כי אם "קיום יחסי מין" (מעשה X, שאינו "אונס" כשלעצמו) ללא הסכמה (נסיבה Z) שגרם לפגיעה בערך המוגן בעברה (תוצאה Y). לפי ניתוח זה, מה שנאסר הוא לא לאנוס אישה דווקא, אלא לגרום ל"אונס" (כ"תוצאה") אגב מעשה אחר (פעולה של "קיום יחסים") שנעשה בלא הסכמה (נסיבה אוסרת). אולם פרשנות זו נדחתה על ידי בית הלורדים, שכן את המילה "אונס", לדברי השופט קרוס, יש להבין כפשוטה, על פי משמעותה בשפת היומיום, ומשמעות זו אינו מתיישבת – כך לדעת הרוב בבית הלורדים – עם ייחוס מעשה כזה לאדם אשר סבור בטעות, אף אם מתוך נטילת סיכון,<sup>185</sup> כי הסכמת האישה לקיום היחסים נתונה לו (מה שלא היה כן אילו מעשה העברה הוגדר כ"קיום יחסים ללא הסכמה", שאז העברה הייתה מאופיינת כ"נטילת סיכון לגרימת אונס", קרי, מעשה של קיום יחסים מתוך מודעות לסיכון לקיומה של נסיבת אי-הסכמתה של האישה, שהוא מעשה שאינו "אונס" במובנו הפשוט). כפי שהוסיף וכתב בעניין זה השופט קרוס:

"[T]o the question whether a man, who has intercourse with a woman believing on inadequate grounds that she is consenting to it, though she is not,

184 שם, בעמ' 203.

185 במונחי הדין האנגלי, "פזיזות" היא נטילת סיכון לאפשרות התגבשותה של נסיבה בעברה (בעניינו, לכך שהאישה אינה מסכימה לקיום היחסים). אולם נטילת סיכון מסוג זה אינה מעשה העברה כפשוטו (אינוס כפשוטו), אלא מעשה אחר שגרם לתוצאה אסורה (בעניינו "אונס" – כתוצאה, ולא כהתנהגות). אכן, בית הלורדים קבע בפרשה זו כי אילו נקבע שניתן לעבור עברה של אונס בפזיזות, הוא היה מגיע למסקנה שונה, שלפיה ניתן להרשיע בעברה זו במקרה של קיום יחסי מין תוך נטילת סיכון לאי-הסכמתה של האישה לכך.

commits rape, I think that he would reply 'No. If he was grossly careless then he may deserve to be punished but not for rape'.<sup>186</sup>

השאלה אם ראוי לאסור מעשה מסוים בדין הפלילי ולענוש בגינו (בעניינו, "קיום יחסי מין ללא הסכמה") היא אפוא שאלה נפרדת מן השאלה מהו המעשה שנאסר בפועל בעברה נתונה שאנו מבקשים לייחס לאדם. כך, אם העברה הטילה איסור על "אונס", אזי אי־אפשר לייחס אותה לאדם שעשה מעשה שאינו "אונס" לפי משמעותו הרגילה בשפת היומיום, אף אם מדובר במעשה פסול, שפגע באותו ערך חברתי שהעברה של אונס נועדה להגן עליו, שאף נלווה אליו מאפיין מסוים של אשמה (פזיזות), ואשר ראוי לדעת כל אדם ישר דרך להיחשב פלילי.<sup>187</sup> הרשעה בגין "מעשה" שהוא־הוא זה שנאסר בעברה (אונס, בריחה, הטרדה, התעללות וכולי) אינה שוות ערך אפוא להרשעה בגין "גרם אותו מעשה" ("גרם אונס", "גרם בריחה", "גרם הטרדה", "גרם התעללות" וכדומה), ככל שזו האחרונה אינה מעוגנת בדין החקוק.

כמובן, בניתוח זה אין משום טענה גורפת שלפיה אי־אפשר או אין זה ראוי, בשום מצב או הקשר, להרחיב בדין החקוק את היקפו של איסור בעברה גם ל"גרם מעשה" אותה עברה, אלא שבחינת השאלה מתי יהיה ראוי לעשות כן חורגת מעניינו של מאמר זה.<sup>188</sup> עם זאת, בפרק שלהלן אעסוק בתנאי ההכרחי הנדרש לדעתי לשם כך. ניתוח אחרון זה יציע גם דרך לבחינת היקף תחולתה של כל עברה פלילית ספציפית.

## פרק ו: פרשנות היקף תחולתה של עברה פלילית

### 1. ביצוע עברה כביצוע "מעשה העברה כפשוטו" בלבד (ביצוע התנהגותי)

כאמור לעיל, אני סבור כי "מעשה" (ובכלל זה "מעשה עברה") הוא מושג נורמטיבי, ולא עובדתי. ככזה, הוא מושג אטומי שאינו ניתן לפירוק לרכיבים התנהגותיים, נסיבתיים או תוצאתיים נפרדים. לכן הנחת המוצא היא כי כל עברה ניתן לעבור רק בביצוע מעשה אותה עברה כפשוטו (או במינוח לעיל – רק ב"ביצוע התנהגותי" של העברה), שכן רק מצב זה מבטא את ביצוע אותו מעשה עברה (ולכן את הפרת האיסור). אין זה אומר שלעולם אי־אפשר, כעניין עקרוני, לעבור עברה מסוג מסוים אגב מעשה אחר שאינו "מעשה העברה כפשוטו", אולם אפשרות זו כרוכה ומותנית באופן הגדרתה של כל עברה.

<sup>186</sup> עניין Morgan, לעיל ה"ש 138, בעמ' 203.

<sup>187</sup> לתגובת המחוקק האנגלי על פסק דין זה ראו להלן פרק ז.

<sup>188</sup> לעניין זה התייחסתי בהרחבה במקום אחר: כהן היסוד של הפזיזות במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 272–278 ו־354–358.

על מנת לעמוד על אופן יישומה של טענה אחרונה זו, נשוב אל הגדרת העברה של "הטרדה עד" לפי סעיף 249 לחוק העונשין: האיסור בעברה זו הוגדר כ"המטריד אדם בנוגע להודעה שמסר האדם... דינו..." (כשהמושג "הטרדה" לא הוגדר בה). לכן, על פני הדברים, "המעשה האסור", על פי לשונה של העברה, הוא פשוט "להטריד" (ובפרפרזה על דרך הציווי המקראי שבעשרת הדברות: "לא תטריד"). ממילא, ובהתאם להנחת המוצא שהצגתי לעיל, האיסור בעברה צריך לחול רק על מעשה שהוא הטרדה כפשוטה, ואינו יכול לחול על מעשה שהוא לפי שיפוטיו הנורמטיביים מעשה אחר (כגון "איסוף ראיות"), אפילו אם מעשה אחר זה "גרם טרדה". והטעם לדבר: אם המחוקק מבקש להרחיב את האיסור לכל מעשה הגורם לטרדתו של עד, היה עליו לנסח את העברה בדרך אחרת, כגון "הגורם בכל מעשה<sup>189</sup> [או במעשה מסוים – למשל, "הגורם במעשה X"] לטרדתו של אדם בנוגע לעדותו... דינו...". ניסוח כזה היה מבהיר לכל בר דעת כי לא רק מעשה של "הטרדה" נאסר בעברה זו, אלא כל מעשה (או כאמור מעשה מסוג מסוים שהיה מופיע בלשון האיסור) הגורם לטרדתו של עד. אולם המחוקק בחר להגדיר את המעשה האסור בעברה אך ורק כמעשה של "הטרדה". לכן, מכוח עקרון החוקיות, איסור זה אינו יכול לחול על מעשים אחרים רק משום שהם גרמו לפגיעה בערך המוגן בעברה, שהלא הרחבת האיסור באופן זה היא הרחבה על דרך ההיקש (מן האיסור החל על מעשה של "הטרדה" אנו מבקשים להקיש על כל מעשה אחר שגרם טרדה, בהיות תוצאתו דומה בנזקיה לפגיעה הטמונה במעשה העברה של "הטרדה"). אולם כלל הוא בידינו שאין עונשין מן הדין, ובכלל זה לא על דרך ההיקש.<sup>190</sup>

לא למותר להבהיר כי הטענה שמעשה של "הטרדה" צריך להתפרש כפשוטו אין משמעותה שהעברה, בנוסחה זו, אינה כוללת רכיבים נסיבתיים הנפרדים מן המעשה שנאסר על פיה ("הטרדה"), שהלא מעמדו של המוטריד כ"עד" בהליך שיפוטי, כמו גם חלקיה האחרים של הגדרת עברה זו, הם רכיבים נסיבתיים, וזאת משום שהגדרת העברה בנוסחה האמור מפרידה ומבחינה בין המעשה ("המטריד") לבין רכיבים אלו ("בנוגע להודעה שמסר האדם"), שיש להם תכנים הנפרדים במשמעותם ממשמעותו הנורמטיבית של המעשה שנאסר בעברה כשלעצמו.<sup>191</sup>

189 ניסוח מדויק יותר היה צריך להיות "הגורם במעשה שלא כדין", שכן רכיב ה"שלא כדין" הוא חלק חשוב בנוסחת "גרם מעשה העברה" (שאם לא כן יחול האיסור גם על מעשים מותרים כשלעצמם או מותרים בנסיבות קונקרטיות מסוימות). עם זאת, נראה לי שאין מניעה עקרונית להטיל איסור על כל מעשה שעשוי לגרום לפגיעה מסוימת – כלומר, להטיל איסור מוחלט על מעשה של "גרימה" – הגם שמדובר בניסוח רחב ביותר של איסור, שאני מתקשה למצוא לו צידוק ענייני בהקשר כלשהו.

190 ראו, למשל, ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 70, 81–82 (1964). לניתוח פסק דין זה ראו גם כהן "מעשה מגונה באדם" – לבירור יסודות העבירה, לעיל ה"ש 47.

191 אם המעשה שנאסר בעברה הוא מעשה של "הטרדה" ("המטריד"), אזי שם פעולה זה כולל בתוכו את כל ההקשר העובדתי הפרטני המאפיין פעולה קונקרטית כ"הטרדה" (הקשר שאינו יכול להיות מוגדר או תחום מראש, או להיות מפורק בתוכנו ל"התנהגות", ל"נסיבות" ול"תוצאות"). אך במצב זה כל עובדה שמצויה מחוץ להקשר האמור – כגון העובדה שהמוטריד הוא "עד" בהליך שיפוטי או שה"הטרדה" קשורה למעמדו זה (עובדות שאינן חלק ממובנו הנורמטיבי האינהרנטי של מעשה

אך כאן נדרשת הבהרה חשובה נוספת: אילו נוסח מעשה העברה בדרך אחרת, כגון בביטוי "המטריד עד" (בין אם נוסח עברה זה היה כולל רכיבים נסיבתיים נפרדים ממעשה זה ובין אם לאו), ייתכן שהיה עלינו לפרש את המעשה "הטרדת עד" כמושג נורמטיבי **אחוד** דווקא, שאי-אפשר להבחין בעניינו בין מובנו כ"מעשה" של "הטרדה" לבין ה"נסיבה" הנלווית לו ("עד"), כלומר, עניינו אז היה במעשה של "הטרדת עד" כפשוטה, ולא ב"הטרדה" כפשוטה בנסיבות שבהן המוטריד הוא "עד".<sup>192</sup> בהקשר אחרון זה יש להדגיש: העובדה שהביטוי "הטרדת עד" מורכב משתי מילים, הנחזות כצירוף של "מעשה" (לחוד) בצירוף "נסיבה" (לחוד), אינה צריכה להטעותנו, שהלא לא מן הנמנע שהשפה העברית הייתה מספקת לנו ביטוי בעל תוכן נורמטיבי של "הטרדת עד" במילה אחת (כפי שהשפה האנגלית עושה, למשל, ביחס לביטוי "הסגת גבול", אשר בעברית מורכב משתי מילים אך באנגלית הוא מילה אחת: trespass).<sup>193</sup>

לעומת העברה של "הטרדת עד" (בנוסחה כיום בחוק העונשין, המתייחס למעשה של "הטרדה"), העברה של "תקיפה" הוגדרה בדיוק בדרך החלופית שהצעתי מעלה (גרימת תקיפה). כך, אף שכותרת העברה לפי סעיף 379 לחוק העונשין בישראל עושה שימוש במילה "תקיפה" (שניתן להבינה רק כפשוטה), "תקיפה" הוגדרה בסעיף 378 כמעשה של מגע כוחני (מסוגים שונים), כלומר, המעשה האסור לפי העברה הורחב גם למעשים שאינם "תקיפה" כפשוטם (ובלבד שהם נעשו בנסיבות אסורות מסוימות

"הטרדה") – היא עובדה (נסיבתית או אחרת) עצמאית, נפרדת וחיצונית לתיאור הפעולה כ"הטרדה".

192 במקרה זה ייתכן שכוונת העברה היא לאסור מעשה של "הטרדת עד" דווקא, ולא מעשה של "הטרדה" בנסיבות שבהן המוטריד הוא "עד". במצב זה, כדי שאדם יעבור עברה, הוא צריך לבצע "הטרדת עד" (כלומר, היעד שלו הוא להטריד עד במובן הנורמטיבי המלא והפשוט של מעשה זה, ולא אך יעד של "הטרדה" של אדם שהוא יודע כי הוא "עד").

193 בדוגמה זו, אם נפרש את המעשה של הסגת גבול כמעשה של "הסגה" בנסיבה של "גבול" (גבולו של אחר), אזי אדם התועה בדרכו בעיבורה של עיר ונכנס לחצר פרטית במטרה לבקש מדרי המקום שיסייעו לו למצוא את דרכו, מבצע לכאורה את מעשה העברה, מאחר שהוא מבצע מעשה של הסגה של גבול בנסיבה (ומאחר שהוא מודע הן למעשה והן לנסיבה, ניתן לכאורה לייחס לו אחריות פלילית לעברה זו). אבל אם מעשה העברה הוא "הסגת גבול" כמושג נורמטיבי **אחוד**, אזי מעשה העברה אינו אך מעשה של "הסגה" בנסיבת "גבול", אלא מעשה של trespass (אם נשתמש במונח האחד של השפה האנגלית במקרה זה), אשר אי-אפשר להבחין בעניינו – אף לא מן הבחינה הצורנית – בין המעשה לבין הנסיבה. ומאחר שמה שעשה התועה בדרכו בדוגמתנו אינו מעשה של "הסגת גבול" במובנו הנורמטיבי האחד (כי אם מעשה של כניסה לחצר במטרה להסתייע בדרי המקום לשם מציאת דרכו, אשר רק "גרם" ל"הסגת גבול"), אי-אפשר לקבוע כי הוא ביצע מעשה של "הסגת גבול" כפשוטו. הבחנה זו שבה ומחדדת את הטענה כי מעשה הוא מושג נורמטיבי, ולא עובדתי. ניתוח זה נכון גם למעשה של "תקיפת שוטר" (אם עניינו הוא בביטוי אחד, אזי אין מדובר ב"תקיפה" של אדם שהוא גם "שוטר", אלא ב"תקיפת שוטר" דווקא) או "גנבה ממעסיק".

שנקבעו בהגדרה<sup>194</sup>). לכן עברה של "תקיפה", לפי הגדרתה בישראל, ניתן לעבור גם ב"גרם מעשה של תקיפה" (כלומר, ניתן להרחיבה גם למעשה של "ניתוח כתקיפה", משום שמדובר ב"מגע כוחני" שגרם ל"תקיפה", ובלבד שהוא גם "שלא כדין" (למשל, העדר הסכמה), מה שלא היה אפשר לעשות אילו הוגדרה העברה כ"התוקף את חברו..." בלבד, ללא הרחבת המושג "תקיפה" כאמור למצבים של "מגע כוחני"). אולם גם עברה זו, לפי הגדרתה, כוללת "מעשה אסור" מסוג מסוים: מגע כוחני (מן הסוג המפורט בהגדרה). לכן, לצורך התגבשותו של המעשה האסור בעברה זו, יש להוכיח מעשה של **מגע כוחני כפשוטו**, ואין די ב"גרם מעשה" של "מגע כוחני" בלבד.<sup>195</sup>

על פי אותה שיטת ניתוח נוכל לקבוע גם את אופן הביצוע הנדרש בעברה של "התעללות בחסר ישע": אם אנו מבינים את המעשה האסור בעברה זו כ"התעללות" (שלא הוגדרה כשלעצמה בדרך כלשהי בדיון), אזי ביצוע העברה אפשרי רק במעשה העולה – לפי שיפוטנו הנורמטיביים – כדי התעללות כפשוטה ("ביצוע התנהגות" של התעללות). אולם במעשה זה אין די, ונדרש גם שהוא ייעשה נגד "חסר ישע",<sup>196</sup> שהוא רכיב נסיבתי הנפרד מתוכן המעשה של "התעללות". ברם, אם מעשה העברה מובן על ידינו כ"התעללות בחסר ישע", אזי "נסיבת" חוסר הישע היא חלק בלתי נפרד מהגדרת המעשה עצמו (כמושג נורמטיבי אחד), שאז ענייננו הוא במעשה של "התעללות בחסר ישע" כפשוטו.

כדוגמה נוספת, נראה לי כי בכוחו של ניתוח זה להניח גם ביאור משכנע לפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **מדינת ישראל נ' שביר**.<sup>197</sup> בפרשה זו ביקשה התביעה לייחס לנאשם עברה של "מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור", אשר המעשה שנאסר בה הוגדר כ"הנותן לארגון טרור שירות או המעמיד לרשותו אמצעים...". במקרה הקונקרטי דובר במכירת טובין, הנמכרים כדרך שגרה, של בעל עסק ללקוח מזדמן במהלך עסקים טבעי ורגיל (אף שבעל העסק היה מודע לכך (או חשד) שהלקוח הוא איש ארגון טרור הרוכש את הטובין לטובת הארגון). אולם, אם נסיבות העניין (כפי שנחזו כמדומני באותו מקרה<sup>198</sup>) מאפיינות מעשה זה – מבחינה נורמטיבית –

194 בלא הסכמה או בהסכמה שהושגה בתרמית (נסיבות אוסרות חלופיות לפי ס' 378 לחוק העונשין), וכן כל נסיבה רלוונטית אחרת המאפיינת את המגע כ"שלא כדין" (בהתאם לדרישת ס' 379 לחוק העונשין).

195 ראו בהקשר זה את הדוגמה של הרקדן על רחבת הריקודים להלן ליד ה"ש 203–204.  
196 ס' 368 לחוק העונשין מגדיר "חסר ישע" כ"מי שמחמת גילו, מחלתו או מוגבלותו הגופנית או הנפשית, ליקויו השכלי או מכל סיבה אחרת, אינו יכול לדאוג לצרכי מחייתו, לבריאותו או לשלומו".

197 ע"פ 6434/15 **מדינת ישראל נ' שביר** (אר"ש 4.7.2017).  
198 המעשה שיוחס לאחד הנאשמים בפרשת **שביר**, שם, היה "מכירת כבלים" לפעיל חמאס העובד כחשמלאי במוצב של ארגון טרור זה בעזה. ההקשר של מעשה זה תואר בפסק הדין, שם, בעמ' 32, כך: "כבלי חשמל מהסוג שנמכר על-ידי שביר מיועדים לשימושים אזרחיים לגיטימיים; כבלי חשמל אלה ניתנים להכנסה לרצועת עזה ללא צורך באישור מיוחד; הם נסחרים באופן רגיל בין סוחרים מקומיים ונמכרים לכל דורש; שביר עצמו קנה את הכבלים מסוחר חשמל אחר בעזה ומכר אותם ברווח מסוים לרוכשים, במסגרת עיסוקו הרגיל; רוכשי הכבלים הם חשמלאים 'רגילים' העובדים עם

כ"מעשה" של "מכירת טובין הנמכרים במהלך עסקים שגרתי רגיל ללקוח מזדמן" (או פשוט כ"מכירת טובין" או כל הגדרה אחרת השקולה לה מבחינה נורמטיבית) הרבה יותר מאשר כ"מעשה" של "העמדת אמצעים לארגון טרור", אזי העובדה שמעשה זה הוביל (או "גרם") להעמדת אמצעים לארגון טרור אין בה כשלעצמה כדי לגבש את מעשה העברה האסור, אשר במקרה זה ניתן להבינו כ"מתן שירות או העמדת אמצעים" דווקא (כמושג אחד), ולא כ"כל פעולה שיש בה כדי להוביל או לגרום למתן שירות או להעמדת אמצעים" (לארגון טרור).<sup>199</sup> ומאחר שמעשה עברה יש לפרש לעולם כפשוטו, הרי שמעשה של "מכירת טובין הנמכרים לכל דורש במהלך עסקים רגיל ללקוח מזדמן" (או כל הגדרה אפשרית אחרת השקולה לה מבחינה נורמטיבית) אינו מעשה של "מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור" כפשוטו, שעל כן הוא אינו מגבש את מעשה העברה האסור,<sup>200</sup> חרף העובדה שהוא גורם לאותה "תוצאה".<sup>201</sup>

חמאס ולא אנשי מבצעים או חבלה; וההיקף הכספי של מכירות הכבלים המתוארות בכתב האישום הוא בסדר גודל של אלפי שקלים בלבד. אני סבור כי קשה מאוד לקבל טענה כי מעשה זה, בהקשרו האמור, מבטא "מתן אמצעים לארגון טרור כפשוטו", להבדיל ממעשה של מכירת טובין שגרם לכך שעמדו לארגון הטרור אמצעים שהוא נזקק להם ("גרם מעשה של העמדת אמצעים" בלבד). על ההקשר האמור הייתי מוסיף גם את העובדה שמכירת הכבלים לא תוכננה מראש, אלא נעשתה באקראי וללא כל תיאום מוקדם.

199 בניגוד לעברה לפי ס' 23 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 ("מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור"), העברה לפי ס' 25 לחוק זה ("מתן אמצעים לביצוע מעשה טרור") מפרטת אמצעים ספציפיים – כגון שירותי הסעה, לינה, ביגוד, מזון ועוד – אשר נאסרה במפורש נתינתם בנסיבות שבהן יש בכך כדי לשמש, במישרין או בעקיפין, לביצוע עברה שהיא מעשה טרור. למתן אמצעים אלו ניתן להתייחס כאל "גרם מעשה" של העברה לפי ס' 23, אם כי התגבשותה של העברה לפי ס' 25 מותנית בכך שאותם אמצעים שימשו לביצוע עברה שהיא מעשה טרור. לכן, מצד טיב המעשה שנאסר בעברה לפי ס' 25, ניתן להתייחס אליה כאל עברה רחבה מזו שנקבעה בס' 23, אך מבחינת התנאי שלפיו על האמצעים לשמש לביצוע עברה שהיא מעשה טרור, העברה לפי ס' 25 צרה יותר. בין כך ובין אחרת, מתן האמצעים שנקבעו בס' 25 הוא כאמור "גרם מעשה" העברה לפי ס' 23, אך הוא גם "מעשה עברה" כפשוטו לפי ס' 25. זוהי דוגמה נוספת למעמדו היחסי של המושג "גרם מעשה", כפי שתואר בגוף המאמר.

200 פרשנות אחרת תביא לידי כך שהעברה לפי ס' 23 לחוק המאבק בטרור תאופיין כעברה של אי-מניעת מתן אמצעים לארגון טרור (מעין עברה של "אי-מניעת פשע"), שהלא פרשנות המרחיבה את העברה לפי ס' 23 ל"גרם מעשה העברה" (ביצוע תוצאתי של העברה) משמעה שהדרישה מבעל העסק היא למנוע הגעה של טובין כלשהם לידי של ארגון טרור, ולא רק לא לתת שירות או להעמיד אמצעים לארגון טרור. כמו כן יש להבהיר – וזאת במטרה למנוע פרשנות יצירתית או התחכמויות (פסולות לדעתי) – כי אי-אפשר, לדעתי, לייחס לנאשמים בפרשה זו עברה של אי-מניעת מעשה טרור לפי ס' 26 לחוק המאבק בטרור, וזאת משום שאם ההסדר הספציפי שנקבע בס' 23 לחוק אינו אוסר, לפי פשט לשונו, עשיית מעשה שרק "גורם" למתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור, אזי מדובר בהסדר שלילי, המונע ייחוס מעשה אסור אגב עברת מסגרת כללית אחרת (אי-מניעת מעשה טרור), שאינה יכולה להיחשב הסדר החל על מצב דברים ספציפי זה (lex specialis derogat legi generali).  
201 בפרשה זו זוכו הנאשמים מטעמים שמחוץ להגדרת העברה, לאחר שבית המשפט העליון סבר כי יש לפרש עברה זו בצמצום מטעמים של מדיניות משפטית, וליתר דיוק – מטעמים של מדיניות משפטית

בקיצור, ועל דרך הכלל, את "המעשה האסור" שנקבע בעברה יש להבין לפי תוכנו הלשוני-הנורמטיבי הפשוט (במובנו על פי האדם הרגיל בחברה נתונה בזמן נתון) – לא יותר ולא פחות.

## 2. "גרם מעשה" כמושג יחסי<sup>202</sup>

על מנת להבין את הכלל האחרון שהוצע לעיל, שלפיו כל מעשה עברה יש לפרש כפשוטו בלבד, יש לעמוד גם על מובנו היחסי של המושג "גרם מעשה". כך, בעוד ביחס לכל "מעשה" ניתן להציג "גרם מעשה", "גרם מעשה" הוא גם "מעשה" כשלעצמו, שניתן להציג ביחס אליו "גרם מעשה" אחר. כדוגמה, ביחס ל"מעשה" של "תקיפה" ניתן להציג "מגע כוחני" כסוג של "גרם מעשה", אך "מגע כוחני" הוא גם "מעשה" כשלעצמו, שניתן להציג ביחס אליו "גרם מעשה" אחר. למשל, נתאר לעצמנו רקדן ברחבת הריקודים המניע את ידיו לצדדים, ואחת מידי פוגעת בראשו של רקדן אחר: האם לפנינו "מעשה" של "מגע כוחני"? ובכן, אני סבור כי אם מעשה זה בנסיבותיו הקונקרטיות, לפי שיפוטיו הנורמטיביים של אדם בחברה נתונה ובזמן נתון, הוא בראש ובראשונה מעשה של "ריקוד" (ואפילו יהא זה "ריקוד" לא זהיר או בלתי סביר), אזי אין מדובר במעשה של "מגע כוחני" כפשוטו, אלא לכל היותר במעשה של "ריקוד" (לא זהיר או בלתי סביר) שגרם ל"מגע כוחני".<sup>203</sup> אולם, אם כל מעשה עברה יש לפרש כפשוטו בלבד, ואם "מעשה העברה" של תקיפה בישראל הוגדר כ"מגע כוחני", אזי אי-אפשר לדעת ליחס לרקדן בדוגמתנו זו עברה של "תקיפה", שכן במקרה

הנוגעת ברצועת עזה בלבד. אולם מעבר לעובדה שבפסק הדין שניתן בדיון הנוסף בפרשה זו (דנ"פ 5840/17 מדינת ישראל נ' שביר (אר"ש 16.7.2018)), שהתקבל בהסכמה) נקבע כי "יסודותיה של כל אחת מן העבירות, בין ברצועת עזה ובין בתוך ישראל, שווים הם" (ומדובר, בין היתר, בעברה לפי ס' 23 לחוק המאבק בטרור), אני סבור כי את הזיכוי היה אפשר לבסס על טעמים הקשורים להגדרת העברה עצמה (המעשים שעשו הנאשמים אינם נופלים בגדר "המעשה האסור" בעברה, מאחר שהם אינם עולים – מבחינה נורמטיבית – כדי "מעשה העברה כפשוטו"). לשון אחר, לדעת בית המשפט, מבחינה עקרונית, התגבשה העברה לפי ס' 23 לחוק המאבק בטרור במעשי המערערים, אך מטעמים של מדיניות משפטית החיצונית להגדרת העברה הוא סבר כי יש לצמצם את היקף תחולתה. אולם אני סבור כי מדיניות מסוג זה היא חלק בלתי נפרד מן השיפוט הנורמטיבי של "מעשה העברה" עצמו.

202 עוד בעניין מעמדו היחסי של המושג "גרם מעשה" ראו בחיבורי כהן **היסוד של הפזיזות במשפט הפלילי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 249–253.

203 דרך אחרת לתיאור היחס בין "מעשה" ל"גרם מעשה" היא שהאחרון הוא "תוצאה" שניתן להתייחס אליה כאל "תאונתית" (accidental) ביחס לראשון ("מעשה"), אשר לעולם לא יכול להיחשב "תאונתית". זו אכן הדרך שבה בחן בית הלורדים האנגלי – בעניין R v. Court [1989] AC 28 (HL) – את היחס שבין ביצוע ישיר לביצוע עקיף של עברת "תקיפה מגונה": "There is agreement that the offence cannot be committed accidentally as, for instance, in the example given by Lord Ackner of ripping a woman's clothing whilst attempting to force an exit from a tube train". לשון אחר, את העברה של "תקיפה מגונה" אי-אפשר לעבור – לדעת בית הלורדים – ב"גרם מעשה של תקיפה מגונה".

זה לא בוצע מעשה העברה כפשוטו (מגע כוחני). בהתאם לניתוח זה ניתן לומר כי "ריקוד" שגרם למגע כוחני עם הזולת הוא "גרם מעשה" של "מגע כוחני", אך בה בעת הוא גם "גרם גרם מעשה" של "תקיפה".<sup>204</sup> אולם, אם מעשה העברה הוגדר כמעשה של "מגע כוחני" שהוא "גרם מעשה תקיפה", אזי העברה לא תתגבש ב"ריקוד" שגרם למגע כוחני, שהוא רק "גרם גרם מעשה של תקיפה", ואינו "מעשה העברה כפשוטו" (שהוא בעברה הישראלית "מגע כוחני כפשוטו"). לכן, בנסיבות אלו יימצא ה"ריקוד" שגרם למגע הכוחני מחוץ לגבולות האכיפה הפלילית (תביעה נזיקית היא עניין אחר, כמובן).

ניטול דוגמה אחרת: אם "מעשה" של רצח הוא מעשה המתה כפשוטו,<sup>205</sup> כפי שאני סבור, אזי מעשה של "נטילת סיכון בלתי סביר" או "שלא כדין" שגרם למותו של אדם הוא "גרם מעשה המתה" ("גרם רצח"). זהו, לדעתי, תוכנה המדויק וטיבה של עברת ההריגה<sup>206</sup> המוכרת לנו בדין הישראלי<sup>207</sup> ובדין האנגלי-

204 כלומר, "ריקוד לא זהיר" הוא "גרם מעשה" של המעשה האסור בעברה – "מגע כוחני"; וגם "גרם גרם מעשה" של תוצאת העברה – "תקיפה" – אשר במקרה זה משמשת כשמה של העברה. לפי ניתוח זה, עברת ה"תקיפה" הישראלית היא עברה של "גרם תוצאה של תקיפה", אך ביצועה מוגבל לביצוע "המעשה האסור" שהוגדר בה (מגע כוחני) כפשוטו בלבד (כלומר, ל"מעשה" של "גרם תוצאה של תקיפה" מסוג של "מגע כוחני" בלבד).

205 עברת הרצח מנוסחת בס' 300(א) לחוק העונשין כ"הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם, דינו – מאסר עולם". השימוש במילה "הגורם" בסעיף זה הוא שגוי, לטעמי, שכן בכוחו לרמז שכל מעשה הגורם למוות נופל בגדר מעשה "רצח", בעוד אני סבור שרק מעשה המתה כפשוטו ראוי לכינוי רצח. לכן, כשלעצמי, הייתי מעדיף נוסח שהיה קובע כי "הממית אדם בכוונה... דינו...". אולם בנוסח הקיים אין עדיין כדי לאפיין את מעשה הרצח ("מעשה המתה כפשוטו") כ"גרם מעשה המתה", וזאת משום שמדובר במעשה מכיוון של המתה. במקום אחר (כהן היסוד של הפזיזות במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 224–242) הסברתי מדוע מעשה מכיוון הוא לעולם מעשה כפשוטו, בעוד מעשה לא מכיוון הוא לעולם "גרם מעשה". בעניין זה לא אוכל להרחיב כאן – והמעין יעיד שם. אולם אם עברת הרצח מוגדרת כמעשה המתה מכיוון, אזי היא לעולם גם "מעשה המתה כפשוטו", בהתאם לניתוח זה.

206 בעניינה של עברת הריגה לפי ס' 298 לחוק העונשין (כהגדרתה בחוק זה עובר לתיקון 137 לחוק, להלן ה"ש 207) נטען כי מדובר בעברה שאינה קטגורית דייה, ואשר אינה מאפיינת סוג מייצג דיו של "מעשה אסור" (לעניין זה ראו, למשל, את דבריו של הנשיא (בדימ') גרוניס בפס' 41 לחוות דעתו בפסק הדין בעניין פלוני, לעיל ה"ש 159). אולם אני איני סבור כן: מדובר במעשה קטגורי של "גרם מעשה המתה", קרי, במעשה שאינו מעשה המתה כפשוטו, אף שהוא גרם למותו של אדם. כפי שטענתי במאמר זה, אני סבור כי קטגוריה של "גרם מעשה" היא קטגוריה מובחנת דייה בתפיסותיהם הנורמטיביות של בני אדם.

207 כך נוסחה עברת ה"הריגה" עובר לחוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019: "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנים". זהו מבנה קלסי של "גרם מעשה המתה": העברה מתגבשת בכל מעשה אסור ("שלא כדין") שגרם למותו של אדם (מעשה X, בנסיבות אוסרות Z, שגרם לתוצאת מוות – Y). העברה שהחליפה את עברת ההריגה בתיקון 137 לחוק העונשין היא העברה לפי ס' 301ג, הקובעת כי "הגורם למותו של אדם בקלות דעת, דינו – מאסר שנים עשרה שנים". אולם קלות דעת עצמה הוגדרה בס' 20(א)(2)(ב) לחוק

אמריקני<sup>208</sup> (manslaughter): עברת הריגה היא "גרם מעשה המתה/רצח". אולם, מרגע שהמעשה האסור בעברת הריגה הוגדר באופן זה ("נטילת סיכון בלתי סביר או שלא כדין שגרמה למוות"), ענייננו ב"מעשה" כשלעצמו, שביחס אליו ניתן להציג "גרם מעשה" אחר – למשל, מעשה של "נטילת סיכון לנטילת סיכון שגרמה למוות" (שהוא כשלעצמו מעשה של "גרם גרם המתה/רצח"). לכן, "נטילת סיכון לנטילת סיכון שגרמה למוות" אינה יכולה לגבש את עברת ההריגה, שכן מדובר ב"גרם מעשה העברה", ולא במעשה העברה כפשוטו.<sup>209</sup> אולם בעניין זה חשוב לשוב ולהבהיר כי ההבחנה בין "נטילת סיכון לגרימת מוות" לבין "נטילת סיכון לנטילת סיכון לגרימת מוות" – ככל הבחנה אחרת בין "מעשה" ל"גרם מעשה" – היא הבחנה נורמטיבית, ולא אובייקטיבית-עובדתית.<sup>210</sup>

העונשין כ"נטילת סיכון בלתי סביר". "נטילת סיכון" היא סוג של מעשה שאינו "מעשה המתה כפשוטו" (מעשה X), ו"בלתי סביר" הוא ביטוי חלופי לנסיבות אסורות – "שלא כדין" (נסיבות Z). מעשה בלתי סביר מסוג זה שגרם למוות (תוצאה Y) הוא ביטוי מאפיין ל"גרם מעשה המתה".<sup>208</sup> עברת ההריגה בדין האנגלי יכולה להתגבש במעשה שלא כדין שגרם למוות (constructive manslaughter) או בגרימת מוות כתוצאה מהתרשלות רבתי (gross negligence). בשני המקרים מדובר בהגדרה המקיימת את נוסחת "גרם המעשה" שהצעתי לעיל: מדובר במעשה שאינו מעשה המתה כשלעצמו (מעשה X), שהוא גם שלא כדין (לפי דין כלשהו) או שהוא התרשלות רבתי (שהיא התנהגות בלתי סבירה) (נסיבות אסורות Z), ואשר גרם למוות (תוצאה Y). לעניין זה ראו ORMEROD & LAIRD, לעיל ה"ש 14, בעמ' 622–647; ASHWORTH & HORDER, לעיל ה"ש 14, בעמ' 285–294.

<sup>209</sup> זו הסיבה שבעטייה אני סבור כי ההכרעה בפרשת נסים, לעיל ה"ש 68, היא הכרעה שגויה, שכן פסק הדין בפרשה זו מבטא באופן מובהק אי-הבחנה בין מעשי "גרימה" שונים ביישומה של עברת ההריגה. כך, טענת הנאשם בפרשה זו הייתה שהתרשלותו/פזיזותו, כפי שיוחסה לו בכתב האישום (הוראתו לפועלים לחצות את הכביש ברגל, בצורה שסיכנה את חייהם), לא הייתה המעשה (או במונחי – "גרם המעשה") שהוביל בפועל למוותם (שכן המוות נגרם כתוצאה מכך שהם חצו את הכביש על גבי עגלה נגררת ותומה לטרקטור, שבה התנגשה משאית תוך כדי החצייה). לדעתי, ניתן לטעון כי ביחס ל"גרם המעשה" שהוביל בפועל למוות הפועלים, "גרם המעשה" של הנאשם מהווה רק "גרם גרם המתה", וזאת משום ש"נטילת הסיכון" שגרמה למוות הייתה חציית הכביש על גבי העגלה הנגררת, בעוד ההוראה של הנאשם הייתה רק "נטילת סיכון לנטילת סיכון" לגרימת מוות. בית המשפט התייחס בהקשר זה ל"נטילת סיכון" מכל סוג שהוא כמעשה המקיים את יסודותיה של עברת ההריגה, אולם לדעתי היה מקום לבחון אם "גרם המעשה" הקונקרטי שביקשו לייחס לנאשם הוא שהתממש בפועל, משום שגרם מעשה זה וגרם המעשה של הפועלים הם "מעשים" שונים מבחינה נורמטיבית (כפי שאני טוען בתת-פרק זה, כל "גרם מעשה" הוא גם "מעשה", ולכן בהשוואה ביניהם, במובחן מיחסם למעשה העברה, אני מכנה אותם "מעשים").

<sup>210</sup> הרי"ף, בדין "מסור", פוסק כי "...ישראל שאנסוהו כותים והראה ממון חבירו פטור ודוקא הראה אבל נשא ונתן ביד חייב ואע"ג דאניס..." (רי"ף, בבא קמא מג, א). הרמב"ן, שפסק לחיוב בגרמי, הציע הסבר לפטור במצב של "הראה ממון חבירו" באופן הבא: "אי נמי – אע"ג דדינא דגרמי דינא הוא, פטור האנוס ממש כל זמן שלא עשה מעשה" (הרמב"ן "קונטרס דינא דגרמי", לעיל ה"ש 59, בעמודה ל). את הסברו של הרמב"ן ניתן להציג כך: עילת החיוב בדין "מסור" היא מעשה של "מסירת ממון חברו בידיים" (כלומר, מסירה ממש), שביחס אליו מעשה של "הצגת ממון חברו" (כלומר, הצגת הממון לפני הכותים, אך לא מסירתו ממש) הוא "גרם מעשה" בלבד. אולם, אף

אני סבור כי זהו בדיוק האופן שבו יש להבין את פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"פ פלוני,<sup>211</sup> שעסק ביישומה של זיקת הקשר הסיבתי שבין ה"התנהגות" לבין ה"תוצאה" בעברת ההריגה. מבלי להיכנס לפרטיה המלאים של פרשה זו,<sup>212</sup> דומני כי יש בהצגת אחד מנימוקי הזיכוי המרכזיים שהוצגו בה על ידי הנשיא (בדימ') גרוניס כדי להבהיר את הטענה שהצגתי מעלה:

"מהם תפקידיו האפשריים של העותר ביחס לאותו סיכון? אפשרות ראשונה היא, כי העותר הוא מאפשר סיכון. כלומר, המעשה האסור אותו ביצע העותר, איפשר למנוחים, או שלא מנע מהם, ליצור את הסיכון לעצמם. זאת, תוך שהוא אינו משתתף ביצירת הסיכון עצמו. אפשרות שנייה היא, שהעותר הוא יוצר סיכון, כלומר, המעשה האסור אותו ביצע העותר תרם ליצירת הסיכון של המנוחים

ש"גרם מעשה" מחייב ככלל בדין, לדעת הרמב"ן, במצב של אונס פטרו חכמים. אולם במקום אחר כותב הרמב"ן: "שיסה בו את הנחש – פטור (ב"ק כג:), משום דאיהו לאו גורם גוף ההיזק אלא מעצמו הוא. ולא דמי למסור (ב"ק קטז:), דהתם כיון שאין המסיקים רואים ממונו והוא הראה להם – הוא גרם כל הנזק... כיון דאוקמינהו עילויה מיקלא קלייה, שהרי יצא מרשות הבעלים, כמו שנטל כיסו של חברו והניחו ברשות הרבים..." (שם, עמודות מו–מו). לעניות דעתי, בעניין האחרון מדובר בשגיאה של הרמב"ן, שאותה ניתן להסביר על פי מעמדו היחסי של "גרם מעשה": אם עילת החיוב בדין "מסור" (כלומר "מעשה ההיזק" או "המעשה האסור" המקימים את החיוב) אינו "מסירת ממון חברו בידים" דווקא, אלא "הצגת ממון חברו" (כלומר, הצגת הממון כשלעצמה נחשבת דין "מסור"), אזי אכן אי-אפשר להשוות בין "חשיפת ממון חברו" (שהוא "מעשה ההיזק" עצמו בדין "מסור") לבין "שיסה בו נחש" (שהוא רק "גרם מעשה ההיזק" ביחס למעשה של "פציעה" או "חבלה" בידים ממש). אולם בהסבר שהציע הרמב"ן לדברי הר"ף לעיל הוא נקט עמדה שונה, שלפיה "מסירת ממון חברו בידים" היא עילת החיוב בדין "מסור" ("מעשה ההיזק"), בעוד "הצגת ממון חברו" היא "גרם המעשה" בלבד. אם אכן כך, אזי היחס בין שני מעשים אלו ("מסירת הממון בידים" ו"הצגת ממון חברו") זהה ליחס שבין מעשה של "פציעה" או "חבלה" לגרם המעשה של "שיסה בו נחש". יוצא אפוא שהרמב"ן סותר את עצמו בשתי האוקימתות שהניח. אולם אני סבור כי לא אופיו האובייקטיבי ה"מובנה" כביכול של "מעשה" מסוים הוא הקובע את מעמדו כ"מעשה" או כ"גרם מעשה", אלא מעמדו היחסי ביחס ל"מעשה ההיזק" (עילת החיוב הרלוונטית בכל עניין) בלבד. (דומה כי הרמב"ן סבר שלמעשה של "הצגת ממון חברו" יש אופי עובדתי-אובייקטיבי מסוים השולל, מעצמו, את השוואתו למעשה של "שיסה בו נחש". אולם, לדעתי, אם בסיס ההשוואה הוא זה שקשור ביחס שבין "מעשה" ל"גרם מעשה" בשתי מערכות הייחוס (דין "מסור" ודין של "חבלה-פציעה"), אזי מדובר בהשוואה נורמטיבית-ייחסית, ולא עובדתית-אובייקטיבית.)

211 עניין פלוני, לעיל ה"ש 159. על פרשה זו ראו גם רוני רוזנברג "המרוץ לעברת ההריגה – משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי" הפרקליט נג 347 (2014); יניב בן הרוש "על החופש למות: בעקבות דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל" משפט מפתח 4, 154 (2016).

212 בפרשה זו נדונה סוגיית אחריותו של נהג שנטל חלק במרוץ מכוניות לא חוקי שבו נהרגו נוסעי הרכב שהתחרו מולו, מבלי שהייתה לו מעורבות באיבוד השליטה על רכבם מעבר לעצם השתתפותו במרוץ.

### והעצים את הסיכון שהם יצרו בעצמם... לטעמי, יש לראות בעותר כמאפשר סיכון בלבד.<sup>213</sup>

אולם מתבקשת השאלה: מה בין המצב של "מאפשר סיכון" לבין המצב של "יוצר סיכון"? ובכלל, מניין נטל הנשיא גרוניס הבחנה זו בשיטה משפטית שאין בה כל הבחנה נורמטיבית בין "מעשה" שגרם למוות מסוג אחד לבין "מעשה" שגרם למוות מסוג אחר? הלא אם מה שנדרש לצורך התגבשות עברת ההריגה הוא "תנועת גוף" או "נטילת סיכון" בלתי סבירים שגרמו למוות – כמושגים תיאוריים-עובדתיים-אובייקטיביים גרידא (בצירוף היסוד הנפשי של "מחשבה פלילית, כמובן) – אזי מה לי תנועת גוף (או נטילת סיכון) אחת או תנועת גוף אחרת? אולם "נטילת סיכון לגרימת מוות" – ככל "מעשה" אחר – היא מושג נורמטיבי, ולא עובדתי, ומושג זה כשלעצמו קשור לשאלה מה עשוי להיחשב על ידינו מבחינה נורמטיבית כמעשה של "גרם המתה" ולכן כמגבש את עברת ה"הריגה" ("מעשה" של "יצירת סיכון"); ומה עשוי להיחשב לכל היותר, לפי שיפוטנו הנורמטיביים, כ"גרם גרם המתה" ולכן כ"גרם עברת הריגה" ("מעשה" של "אפשר סיכון"). אלא שעברת הריגה – ככל עברה אחרת – מוגבלת לביצוע מעשה העברה כפשוטו בלבד ("גרם המתה"), שאלמלא כן נגיע לתוצאות אבסורדיות שבהן נמצא עצמנו מייחסים לנאשם מעשה של "גרם המתה" (עברת הריגה) בגין מעשים שאינם סובלים תוכן נורמטיבי מסוג זה לפי שיפוטו של אדם רגיל וסביר בחברה בת זמננו ("גרם גרם המתה").

אולם ניתוח אחרון זה זורה אור גם על מושג הסיבתיות בפלילים (causation), שהיה הנושא שעמד במרכז הדיון בדנ"פ פלוני: מדובר במושג שתכליתו לקבוע מה נופל מבחינה נורמטיבית (להבדיל מ"עובדתית") בגדרו של "מעשה העברה" ומה נופל מחוץ לו ("גרם מעשה העברה"). לכן גם "סיבתיות" בפלילים אינה מושג עובדתי, כי אם מושג שיפוטי-נורמטיבי (כפי שאכן נקבע בפסק הדין בפרשה זו), הקובע את גבולות האיסור הפלילי בעברה. למעלה מכך, "סיבתיות" בפלילים אינה אלא חלק בלתי נפרד מהמושג "מעשה פלילי" במובנו הנורמטיבי, כדרך שתוארה סיבתיות זו לעיל (סיבתיות נורמטיבית, הקובעת מהו טיבה הנורמטיבי העיקרי של הפעולה לעומת משמעויותיה הנורמטיביות האגביות). נוסף על כך, ניתוח זה מבהיר גם מדוע קש"ס משפטי (סיבתיות נורמטיבית) רלוונטי ב"ביצוע תוצאתי" ("גרם מעשה") של כל עברה – גם כזו שנהוג לכנותה בתפיסה המסורתית "עברת התנהגות". אולם העיסוק במובנו המלא של מושג הסיבתיות בפלילים חורג כאמור מגדרי תכליתו של מאמר זה.

213 עניין פלוני, לעיל ה"ש 159, בפס' 35–36 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס (ההדגשות במקור).

## פרק ז: אופני ההתפתחות הרצויים של איסורי המשפט הפלילי

הטענה המרכזית שהוצגה במאמר זה, שלפיה מעשה עברה מוגבל בהיקפו למובנו הנורמטיבי הפשוט של שם הפעולה שלו בשפת היומיום הרגילה של בני חברה נתונה בזמן נתון, עשויה לעורר שתי ביקורות נוספות, שעמן אני מבקש להתמודד כעת. לפי האחת, תזה זו עלולה לקבע את איסורי המשפט הפלילי באופן שההגנה על ערכיה החיוניים של החברה (במקרים שבהם הם נפגעו לא במעשי עברה כפשוטם) תימצא לוקה בחסר. לפי הביקורת האפשרית האחרת, תזה זו מאיינת את תפקידם של המחוקק ובתי המשפט כגופים שלטוניים שאמורים להשפיע על תפיסותיה הנורמטיביות של החברה ולקדמן, ולא אך לשקפן. אם היקפו של מעשה עברה יוגבל למובנו הנורמטיבי הפשוט בשפת היומיום, כך ניתן לטעון, יישלל מרשויות שלטוניות אלו תפקידן החשוב הזה.

אולם, לדעתי, בתזה המרכזית שהנחתי במאמר זה אין (או לפחות אין בהכרח) כדי לגרום להשלכות לא רצויות אלו, שכן התפתחותם של איסורי המשפט הפלילי וקידום תפיסות חברתיות נורמטיביות רצויות יתאפשרו באמצעות קיומם של דיאלוג ומשוב שוטפים בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת אגב מקרים בעייתיים ספציפיים המאתגרים את הדין הפלילי המצוי. על מנת להמחיש את הדברים, אדגים להלן את הדרך שבה נעשו הדברים בשני מקרי בוחן שנדונו בדין המשווה.

הדוגמה הראשונה היא התפתחות עברת ה"אונס" באנגליה שהתרחשה אגב פסק הדין שניתן בפרשת *Morgan*.<sup>214</sup> כפי שהוצגו הדברים לעיל, בפרשה זו קבע בית הלורדים כי מעשה של "אונס" חייב להתפרש כפשוטו, באופן שאינו מאפשר להרחיב את היקפו על ידי הגדרתו החלופית כמעשה של "קיום יחסים ללא הסכמה" ("גרם אונס"). בכך נותר מעשה זה, הפוגע ללא ספק קשות בערך חברתי מוגן חשוב (האוטונומיה של האישה על גופה או האוטונומיה המינית של האישה), מחוץ לתחום האכיפה הפלילית, ונמנעה מבית המשפט האפשרות לקדם את תפיסותיה הנורמטיביות הרצויות של החברה. אולם פסק דין זה לא קבע כי ההכרעה האמורה היא הרצויה לחברה, כי אם אך זו הנגזרת מלשון העברה (העובדה שהעברה נקטה מפורשות בשם הפעולה "אונס"). לעומת זאת, כך הודגש בפסק הדין, אילו הייתה לשון העברה אוסרת מעשה של "קיום יחסי מין ללא הסכמה", היה אפשר לבסס בכך את הרחבת האיסור גם לסוג המקרים שנדונו באותה פרשה. אכן, תגובת המחוקק האנגלי על פסק הדין בפרשה זו לא איחרה לבוא: סמוך לאחר מתן פסק הדין שונה נוסחו של סעיף העברה,<sup>215</sup> ומאוחר יותר נערך אף תיקון נוסף, כך שכיום העברה מנוסחת בדיוק לפי נוסח חלופי זה (קיום יחסי מין ללא הסכמה).<sup>216</sup> הרחבת ההגנה על ערכים חברתיים חיוניים או קידום

<sup>214</sup> עניין *Morgan*, לעיל ה"ש 138.

<sup>215</sup> Sexual Offences (Amendment) Act 1976, c. 82.

<sup>216</sup> Sexual Offences Act 2003, c. 42, § 1(1).

תפיסותיה הנורמטיביות של החברה אינם חייבים להתממש אפוא באמצעות הכרעה קונקרטית במקרה פרטי נתון, כי אם גם (ולדעת, רק) באמצעות הדיאלוג המתמיד שבין הכרעותיה של הרשות השופטת בעניינים קונקרטיים לבין תיקונים חקיקתיים נדרשים של המחוקק.

הדוגמה השנייה היא המהלך הדומה שהתקיים בגרמניה ביחס לעברה של "היזק לרכוש".<sup>217</sup> כך, בכמה תיקים שהונחו להכרעה הערכאות השיפוטיות במדינה זו נדון עניינם של נאשמים שהדביקו על קירות וגדרות של רכוש פרטי כרזות שהסרתן הייתה כרוכה בעמל רב. בגין מעשה זה יוחסה לנאשמים אלו עברה של היזק לרכוש. לא הייתה מחלוקת בתיקים אלו כי הדבקת הפרזות באמצעות אותו דבק לא גרמה נזק אימננטי או בלתי הפיך לרכוש עצמו (כלומר, לחומר, לחומר של הגדרות או הקירות ממש), אך נטען כי הפגיעה שנגרמה עולה אף היא בגדר היזק לרכוש (במונחי מאמר זה, הטענה הייתה כי מדובר ב"גם היזק לרכוש", במובן זה שגם אם אין "היזק" לנכס במובנו הפשוט, יש פגיעה בערך המוגן שעברה זו נועדה להגן עליו: זכותו של הבעלים להשתמש בנכס שלו במצבו המקורי, כפי שהוא). אלא שסביב תוקפה המשפטי של טענה זו התגלעה מחלוקת חריפה, ונטען כי אין דרך להרחיב את האיסור בעברה בדרך זו, באשר אין מדובר במעשה העברה של היזק לרכוש במובנו הפשוט. לא אוכל להיכנס כאן לכלל טעמיה והסתעפויותיה של מחלוקת זו, אך העיקר לענייננו הוא שתגובת המחוקק הגרמני על קושי זה לא איחרה לבוא, בדמות חקיקת עברה חדשה שאסרה את ביצוע המעשה הנדון באופן מפורש.<sup>218</sup> קידומם של נורמות וערכים חברתיים אינו נעצר אפוא בפרשנות צרה של מעשה עברה נתון, ואולי אף להפך: יישום פרשני צר של עברה הוא טריגר יעיל לדיון משפטי וציבורי נדרש בשאלת הצורך בקידום נורמות חברתיות רצויות, לצד בחינה זהירה ודקדקנית בדבר ההיקף הרצוי של הרחבת האיסור, ותוך הקפדה שהרחבת איסור מסוימת (או יצירת איסור חדש) תיעשה לפי דין מפורש, ולא אגב עניינו של נאשם ספציפי.

מה ניתן אפוא ללמוד מדוגמאות אלו? אולי אך זאת שניתן להביט על המתח שבין הצורך להגן על אינטרסים חברתיים חשובים של החברה לבין הגבלתה של הגנה זו באמצעות הקפדה מחמירה על עקרון החוקיות כעל מתח חיובי ביסודו. האיזון המיטבי במסגרת מתח זה ראוי שיימצא בדרך של דיאלוג ומשוב שוטפים בין הכרעות פסיקתיות ספציפיות של בתי המשפט במקרים מאתגרים פרטיים לבין שימוש של המחוקק בסמכותו ליצור חקיקה שתחול מכאן ולהבא. בדרך זו יש משום מתן מענה הולם, מחד גיסא, לקידום נורמות חברתיות ולהתפתחות חיובית של איסורי המשפט הפלילי, אך גם משום הגנה ראויה, מאידך גיסא, על זכותו של נאשם להליך הוגן.

Wolfgang Naucke, *An Insider's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System for Analyzing Criminal Acts*, 1984 B.Y.U. L. REV. 305; MARKUS D. DUBBER & TATJANA HÖRNLE, *CRIMINAL LAW: A COMPARATIVE APPROACH* 172–173 (2014).

Strafgesetzbuch (StGB) [Criminal Code], § 303, para. 2 (Ger.) 218

## סיכום

סעיף 18(א) לחוק העונשין בישראל הוא ביטוי מובהק לאימוץ תיאוריית ה"מעשה" של אוסטין, שלפיה "מעשה עברה" מורכב משלושה רכיבים עובדתיים – "התנהגות", "נסיבות" ו"תוצאות" – אשר נפרדים ומובחנים זה מזה באופן ברור. לפי תיאוריה זו, ניתן לייחס לנאשם באופן ישיר רק את הרכיב ההתנהגותי של "מעשה העברה" (תנועת הגוף), בעוד הרכיבים הנסיבתיים והתוצאתיים ניתנים לייחוס רק באופן עקיף – כעובדות שנלוו להתנהגות או נגרמו ממנה. תיאוריה זו מאפיינת את "המעשה הפלילי" כמעשה של "גרימה" בלבד: מדובר ב"תנועת גוף" שגרמה להתגבשותו של צירוף עובדתי נסיבתי-תוצאתי מסוים, המבטא פגיעה בערך חברתי המוגן בעברה הרלוונטית.

אולם, וכדרך שהוצגו הדברים בחיבור זה, ניתוח זה של המושג "מעשה" מחטיא לדעתי באופן עמוק ויסודי את מובנו הבסיסי ביותר של מה שניתן לכנות "ייחוס מעשה עברה" לאדם, כפי שהוא מובן על ידי בני אדם רגילים מן היישוב. כך, כאשר הדיוטות מן היישוב טוענים כי ראובן "תקף" את שמעון, "הטריד" אותו, "איים" עליו, "רצח" אותו או "גנב" ממנו, אין הם מתכוונים לטעון כי ראובן הניע את גופו בדרך מסוימת, בתנאים נסיבתיים מסוימים, באופן ש"גרם" לכך ששמעון "הותקף", "הוטריד", "איים", "נרצח" או שרכושו נגנב (אם אפשר בכלל להתבטא כך), אלא כוונתם היא לטעון כי ראובן עשה את המעשים הללו כפשוטם. ביצוע מעשה של "תקיפה" כפשוטו (כמו כל מעשה אחר) משמעו שאין כל הבחנה נורמטיבית בין ה"התנהגות", "נסיבותיה" או "תוצאתה" – שהם רכיבים המיוחסים כולם לנאשם בייחוס ישיר כחלק מכינויה הנורמטיבי של פעולתו. כך, "תקיפה", "הטרדה", "איום", "רצח" ו"גנבה" הם שמות של "מעשים" או "פעולות", ולא ביטוי ל"תוצאות" שונות שנגרמו כולן מפעולה גנרית אחידה של "תנועת גוף" (או כל פעולה מסוג אחר, שאינה מעשה העברה עצמו).

ניתוח זה מניח לפנינו הבחנה חשובה בין מה שניתן לכנות "מעשה" לבין מה שניתן לכנות "גרם מעשה", או בין המושג "לעשות" או "לפעול" (to act) לבין המושג "לגרום" (to cause): המצב הראשון – כאשר עניינו ב"מעשה עברה" – מבטא את ביצוע "מעשה העברה כפשוטו"; לעומת זאת, המצב השני מבטא גרימת פגיעה בערך חברתי המוגן בעברה פלילית מסוימת אגב ביצוע מעשה אשר אינו, כשלעצמו, מעשה אותה עברה. אולם, אם תכליתה של עברה<sup>219</sup> הוא לאסור מעשה מסוג מסוים, אזי אי-אפשר לגזור מן האיסור שהוטל בה על אותו "מעשה" גם איסור נלווה של כל מעשה אחר שגרם לפגיעה בערך החברתי המוגן שאותה עברה ביקשה למנוע, שהרי במקרה זה אין מדובר עוד

219 לניתוח המושג "תכלית העברה" בהקשר זה ראו כהן "מעשה מגונה באדם" – לביור יסודות העבירה, לעיל ה"ש 47.

במעשה העברה שנאסר, אלא בהרחבת האיסור על דרך ההיקש.<sup>220</sup> אולם הרחבת איסור פלילי על דרך ההיקש מנוגדת לעקרון יסודי במשפט הפלילי – עקרון החוקיות. לכן, ועל מנת להימנע מכשל כה יסודי בייחוס "מעשה עברה" לאדם, יש לבחון בקפידה אם הנאשם עשה את "המעשה האסור" (קרי, את המעשה שנאסר על ידי העברה שמבקשים לייחס לו) כפשוטו, ולא אם הוא "גרם" במעשיו לפגיעה בערך החברתי שתכליתה של אותה עברה היא למנוע אותה. אומנם, "המעשה האסור" בעברה עשוי להיות אותו "מעשה" שנבחר לכינוי אותה עברה (כגון מעשה של "הטרדה" בעברה של "הטרדת עד") ועשוי גם להיות מעשה אחר מזה המשמש לכינוי העברה (כגון מעשה של "מגע כוחני" בעברה של "תקיפה"). אולם, בין כך ובין אחרת, העברה – כל עברה – אוסרת מעשה מסוג מסוים (במקרה הראשון – "הטרדה"; ובמקרה השני – "מגע כוחני" שלא כדיון), ועל כן אי-אפשר לייחס לנאשם את מעשה העברה אלא אם כן הוא עשה את אותו "מעשה אסור" כפשוטו – הא ותו לא.

## אחרית דבר

הניתוח שהוצג בחיבור זה מעורר תהייה וקושי יסודיים ביחס לאחת מהגדרות היסוד של תיקון 39 לחוק העונשין – זו שנקבעה בסעיף 18(א) לחוק זה. כך, המסקנה בעלת הנפקות החשובה והמרכזית ביותר של הניתוח שהוצע במאמר זה היא כי המסורת המקובלת של פירוק העברה הפלילית לרכיבי יסודותיה ההתנהגותי, הנסיבתי והתוצאתי (כעניין סובסטנטיבי, ולא אינסטרומנטלי גרידא) – כצורת היסוד של המושג actus reus בעברה (קרי, של "המעשה האסור") – היא הלכה למעשה העמדת "גרם מעשה העברה" כפרדיגמה של "המעשה הפלילי" שבכוחה להצדיק ייחוס "מעשה עברה" לאדם. אולם, לדעתי, פרדיגמה זו היא הרחבה עצומה, בלתי מידתית ובלתי סבירה, של היקף תחולתם של איסורי המשפט הפלילי אל אין-ספור מעשים שאינם כשלעצמם "המעשה האסור" בעברה (כל "גרם מעשה עברה" שהוא). למעלה מכך, הרחבת האיסור הפלילי אל כל "ביצוע תוצאתי" של עברה ("גרם מעשה עברה") היא הרחבה שיסודה בהיקש, וזו עומדת בסתירה לעקרון החוקיות. אלא שמסורת זו – שבדין האנגלי היא רק אחת מן המסורות האפשריות לניתוח המושג "מעשה פלילי", אשר מעולם לא קיבלה את מעמד הבכורה, ובוודאי לא עוגנה באופן סטטוטורי בדין – קיבלה בתיקון 39 לחוק העונשין הישראלי מעמד סטטוטורי מחייב בדמות ההגדרה, בסעיף 18(א) לחוק, של "היסוד העובדתי" בעברה. בכך איסורי

220 זאת, משום שהרחבת איסור זו מבקשת להסיק מן הפגיעה בערך חברתי מוגן שנגרמה ממעשה שאינו "מעשה העברה" כשלעצמו ("גרם מעשה") כי ניתן לייחס לאותו אדם את "מעשה העברה" עצמו (כלומר, שגם "גרם מעשה העברה" אסור). אולם הרחבה כזו היא יצירת איסור פלילי לא על פי דין מפורש, אלא על דרך היקש.

המשפט הפלילי מאופיינים בדין בישראל – באופן דוקטרינרי – כרחבים מני ים וכהגבלה עצומה של חירויות הפרט. עובדה זו, כך דומני, מבססת טעם טוב המצדיק לבדו את תיקונו (או ביטולו) של סעיף 18(א) לחוק העונשין בישראל, וזאת מעבר לטעם האחר שלפיו דומה כי סעיף זה אינו יכול לדור בכפיפה אחת עם סעיף 1 לחוק זה, הקובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו".