

# משפט פולי



## ההחזקה בדיני העונשין

מאת

גבריאל הלוי\*

ההחזקה בדיני העונשין מסווגת כאחד הסוגים של הרכיב ההתנהגותי שביסוד העובדתי במסגרת הגדרת האחריות הפלילית, והיא עומדת בבסיס הגדרתן של "עבירות ההחזקה" בשיטות המשפט המודרניות. באופן מסורתי סווגה ההחזקה כחריג לעקרון ההתנהגות בדיני העונשין בדמותו של "מצב דברים" שאינו "מעשה", על-כן פיתחו דיני העונשין כלפיה מערכת דינים מיוחדת וחריגה, המתאימה לטיפול בחריג, אשר כללה התייחסות חריגה ליסודות האחריות הפלילית. התייחסות חריגה זו נועדה להתאים את ההחזקה בדיני העונשין לדיני העונשין הכלליים. עם הזמן התפתחו דיני העונשין הכלליים וייתרו את הצורך במערכת הדינים המיוחדת והחריגה של ההחזקה, אך מערכת זו נותרה כשהיתה ללא שינויים והיא גורמת לבעיות התאמה בין מערכות הדינים. ברשימה זו תוצג החלופה למצב הקיים, אשר במסגרתה ההחזקה משתלבת בדיני העונשין ללא סיווג כחריג וללא צורך במערכת דינים מיוחדת, מתוך חתירה לאחידות בדיני העונשין כמטרה.

- א. מבוא: הצגה כללית של הטענות
- ב. הערך החברתי המוגן והרציונל בעבירות ההחזקה
- ג. טיפולוגיה: סיווג ההחזקה כ"מעשה"
- ד. רכיבי ההחזקה – הדין הקיים והקשיים בו
  1. הרכיב הפיסי בהחזקה (corpus possessionis)
  2. הרכיב הנפשי בהחזקה (animus possidendi)
  3. החזקה "קונסטרוקטיבית"
- ה. הצעה לפתרון

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.

## א. מבוא: הצגה כללית של הטענות

האם ההחזקה מהווה חריג לדיני העונשין הכלליים או שמא ניתן לשלבה בהם כחלק בלתי נפרד מן הכלל. ברשימה זו נטען, כי בניגוד לעבר אין עוד הצדקה כיום בקביעת דין מיוחד להחזקה, אלא כי דיני העונשין הכלליים בנוסחם הנוכחי מאפשרים את השתלבות ההחזקה בהם כחלק מן הכלל, ובכלל זאת בטלותם של מבנים משפטיים ייחודיים כ"החזקה קונסטרוקטיבית". ההחזקה בדיני העונשין מהווה את הבסיס לעבירות פליליות, המכונות "עבירות החזקה". עבירות אלה אוסרות על הימצאותם של חפצים או נכסים ספציפיים ברשות מאן דהוא, גם אם לא נעשה בהם כל שימוש מצדו, לדוגמא: החזקת פרסומי המרדה.<sup>1</sup> המחזיק פרסומי המרדה בתנאי העבירה נושא באחריות פלילית, גם אם לא עשה בכך כל שימוש, לא המריד כל גורם שהוא ולא הומרד על-ידי כל גורם שהוא. מצב זה מתאפשר משפטית נוכח האיסור על עצם ההחזקה בפרסומי המרדה, גם אם לא נעשה כל שימוש בפרסומים אלה, כאמור. ככלל, בדיני העונשין המודרניים מסווגת ההחזקה כאחד הסוגים של הרכיב ההתנהגותי ביסוד העובדתי שבעבירה הפלילית, בד בבד עם עמידתה במרכזן של קבוצת עבירות, המכונות "עבירות החזקה". ההחזקה נקלטה במשפט הישראלי יחד עם חלק מתפישות היסוד של המשפט המקובל האנגלי, אשר גובשו ונוסחו מחדש במושבות הכתר הבריטי מסוף המאה התשע עשרה, ואשר הובאו לארץ-ישראל המנדטורית במסגרת פקודת החוק הפלילי, 1936.<sup>2</sup> דא עקא, כי ההחזקה בדיני העונשין

1 עבירה לפי ס"ק 134(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין/חוק). הקובעת, כי "המחזיק, ללא הצדק כדין, פרסום שיש בו כדי להמריד, דינו – מאסר שנה אחת והפרסום יחולט".

2 ע"ר תוס' 1, 263, 266 (להלן: פח"פ). להתגבשות ולהתפתחות מקורותיה של הפח"פ ראו Norman Abrams, *Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936 – The Untapped Well*, 7 *Isr. L. Rev.* 25 (1972) (למעבר מקפריסין לארץ-ישראל המנדטורית); יורם שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936" עיוני משפט ז 75 (1979) (למעבר מאוסטרליה לארץ-ישראל המנדטורית, על תחנותיו השונות). אמנם, עקרונות הפח"פ לא שיקפו את המשפט המקובל האנגלי בדיני העונשין באופן מלא או מדויק, אך עקרונות דיני העונשין מן המשפט המקובל האנגלי היוו את הבסיס הרחב לעיצובן של הוראות הפקודה. הגדרת ההחזקה במסגרת הוראות הפח"פ נקבעה בסעיף 5 תחת הכותרת "הגדרת מבטאים ומונחים ידועים". ההגדרה הרלוונטית התייחסה למונח "חזקה" (ולא "החזקה") וכללה שני חלקים. החלק הראשון התייחס להחזקה הישירה (או ה"ממשית"), ונוסח במלים "(א) 'להחזיק ברשותו' כולל לא רק החזקת דבר על ידי אדם בפיקוחו ובשמירתו הוא, אלא גם פיקוח על דבר הנתון ברשותו של אדם אחר, או פיקוח על דבר הנמצא בכל מקום אחר, בין שהמקום שייך לאותו אדם או תפוש על ידו ובין שאינו שייך לו או אינו תפוש על ידו". החלק השני התייחס להחזקה ה"קונסטרוקטיבית", ונוסח במלים "(ב) אם היו שני אנשים או יותר, ואחד מהם או אחדים מהם מחזיקים באיזה דבר ברשותם או בחזקתם, בידיעתם ובהסכמתם של השאר, הרי יחשב הדבר כאילו נמצא הדבר בחזקתו וברשותו של כל אחד מהם ובחזקתם וברשותם של כולם יחד".

סבלה כבר במסגרת המשפט המקובל האנגלי מקשיי הגדרה ויישום שאינם פשוטים כלל ועיקר, ואלה המשיכו את דרכם גם למשפט הישראלי. עיקר הקושי מצוי בשלושה נדבכים מרכזיים: בתפישת החזקה כרכיב ההתנהגותי-אקטיבי ("מעשה") שבמסגרת היסוד העובדתי, ביסוד הנפשי הנדרש ביחס להחזקה וכן בהחזקה הקונסטרוקטיבית, אשר הרחיבה את גודרי החזקה הפלילית גם למקרים בהם לא אירעה החזקה של ממש. בתחום היסוד העובדתי קיים קושי רב לאפיין את החזקה כסוג של התנהגות אקטיבית ("מעשה"), כל זמן שההתנהגות בפלילים מוגדרת על-פי הדוקטרינות הקלאסיות של המעשה, המאפיינות את המעשה במונחים של הפעלה מכאנית של שריר או הוצאת אנרגיה.<sup>3</sup> החזקה מטבעה אינה דורשת, בדרך-כלל, הפעלה מכאנית של שריר או הוצאת אנרגיה. המשפט המקובל האנגלי אף אפיין את החזקה כבלתי מספקת לשם כינון היסוד העובדתי בעבירה, אך התיר את הפללת עבירות החזקה אך מכוח הוראות חוק ספציפיות ומפורשות.<sup>4</sup> אם אכן מהווה החזקה מעין "אפס-מעשה", בלא הטלת חובת-עשה ספציפית על אדם, הרי שמדובר בעבירת מיצב ("סטטוס") מסוג של "הימצאות במצב של החזקה".

כך, די בכך שאדם ידע על קיומו של החפץ ברשותו כדי שניתן יהיה להטיל עליו אחריות פלילית בגין החזקתו, וזאת מבלי שנדרשת כל התנהגות אקטיבית ממשית מצדו. קביעה מעין זו מנוגדת למושכלות ראשוניים בדבר ביטולן של עבירות המיצב בדרך ישירה או עקיפה.<sup>5</sup> אם אכן עבירות החזקה הן בגדר עבירות מיצב, כי אז איבדו הן את אחיזתן בעקרונות האחריות הפלילית מן המשפט הפלילי המודרני; שכן עבירות

3 הדוקטרינות הקלאסיות של המעשה בדבר הפעלת שריר או הוצאת אנרגיה נתפשו במשפט האנגלו-אמריקאי כגישות היסוד לאפיונה של ההתנהגות. כך, למשל, OLIVER WENDELL HOLMES, *The Common Law* 54 (1881, 1923). לדיון בעניין זה בהקשר הספציפי של החזקה כרכיב התנהגותי שביסוד העובדתי ראו להלן בפסקה 1.ד.

4 ראו בעניין זה את ההלכות המרכזיות Heath (1810) Russ & Ry 184 (להלן: עניין Heath); Dugdale (1853) 1 El. & Bl. 435, 118 E.R. 499 (להלן: עניין Dugdale); לסקירת ההלכה המקובלת בדין האנגלי ראו 11<sup>th</sup> ed., 2005) DAVID ORMEROD, J.C. SMITH & HOGAN CRIMINAL LAW 75. ואת ההפניות שם.

5 מקובל לזהות שתי דרכים מרכזיות לביטולן של עבירות המיצב הדרך האחת היא באמצעות תקיפה ישירה של עבירת המיצב בערכאות שיפוטיות, תוך דרישה מן הערכאה השיפוטית להכריז על בטלותה של העבירה. בדרך זו נעשה שימוש בארצות-הברית בפני בית המשפט העליון הפדראלי בעניין Robinson v. California, 370 U.S. 660, 82 S. Ct. 1417; 8 L.Ed.2d 758 (1962) (ראו דיון להלן בה"ש 61). הדרך השנייה היא דרך עקיפה. בדרך זו דורש המחוקק קיומו של רכיב התנהגותי כדרישת חובה קוגנטית בכל עבירה פלילית מכל סוג שהוא. דרישה של רכיב התנהגותי מבטלת את אפיונה של העבירה כעבירת מיצב, מאחר שעבירת מיצב אינה דורשת רכיב התנהגותי מעצם טיבה וטבעה. דרך זו נקט, למשל, המחוקק הצרפתי בסימן 1-121 לקוד הפלילי הצרפתי, הקובע, כי "Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait"; ובסימן 4-121 לקוד, הקובע, כי "Est auteur de l'infraction la personne qui: (1) Commet les faits incriminés; (2) Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit". בישראל ננקטה הדרך העקיפה במסגרת הוראות ס"ק 18(א) לחוק העונשין.

Nullum Crimen sine) המיצב סותרות באופן חד את עקרון ההתנהגות בדיני העונשין (Actu הפלילי המודרני. הבעייתיות בתחום היסוד העובדתי בהחזקה תידון בפסקה ד.1 להלן בדבר הרכיב הפיסי בהחזקה.

בתחום היסוד הנפשי ניעור קושי מושגי באפיון דרישת היסוד הנפשי ביחס לרכיב ההתנהגותי מסוג "החזקה". הגדרת החזקה, כרכיב של היסוד העובדתי, אימצה את הגישה, לפיה נדרשת שליטה בחפץ המוחזק.<sup>6</sup> השליטה הוגדרה כמשלבת גם רכיב נפשי של ידיעה רלוונטית ("animus possidendi")<sup>7</sup> – וכל זאת במסגרת הגדרת היסוד העובדתי. לכאורה "ידיעה" הנה מונח מתחום הלך-נפשו של האדם ואין היא מגלמת יסוד עובדתי במובנו הקלאסי כהפעלה מכאנית של שריר. בלא קשר לכך, דרישת היסוד הנפשי בעבירות החזקה היא קוגנטית ומוצאת את ביטויה בעיקר ב"מודעות" כלפי החזקה לרכיביה.<sup>8</sup> מכאן, נדרשת דרישה כפולה בתחום הנפשי מסוג של מודעות (במסגרת "Mens Rea") כלפי ידיעה (במסגרת "animus possidendi"). פשר דרישה זו מעורפל למדי. עוד יותר מעורפל פשרה של אי-קיום דרישה זו (אי-מודעות כלפי הידיעה, מודעות כלפי אי-ידיעה או אי-מודעות כלפי אי-ידיעה). הבעייתיות בתחום היסוד הנפשי בהחזקה תידון בפסקה ד.2 להלן בדבר הרכיב הנפשי בהחזקה.

דיני העונשין המודרניים הרחיבו את תחולת החזקה גם למקרים שבהם לא התקיימה החזקה ישירה ("ממשית") מצדם של כל המעורבים. הרחבה זו זכתה לכינוי "החזקה קונסטרוקטיבית". הרחבה זו בוצעה במשפט המקובל האנגלי, אשר דיני השותפות לדבר-עבירה בו נשענו על תפישה של הרחבת אחריותו של המבצע העיקרי גם כלפי מעורבים אחרים, עליהם יחולו אותו דין ואותה סנקציה.<sup>9</sup> תפישה זו גובתה

6 גישה זו נתקבלה בישראל גם בחקיקה בדרך של הגדרת המונח "החזקה" באמצעות השליטה. הגדרה זו נתקבלה לראשונה בישראל בתקופת המנדט הבריטי במסגרת הוראות סעיף 5 לפח"פ. כיום ההגדרה הסטטוטורית להחזקה השתנתה מילולית אך קמעא והיא גלומה בהוראות סעיף 34כד לחוק העונשין, אשר החליפו את הוראות סעיף 2 בנוסחו טרם כניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין. נוסח הגדרת המונח "החזקה" פותח במילים "שליטתו של אדם בדבר..." (ההדגשה אינה במקור).

7 הידיעה, הרכיב הנפשי בהחזקה ("animus possidendi") והזיקה הפיסי לנכס, הרכיב הפיסי בהחזקה ("corpus possessionis") מהוות יחדיו את יסודות השליטה במסגרת היסוד העובדתי שבהחזקה הממשית. לעניין זה ראו בהרחבה בפסקאות ד.1 ו-ד.2 להלן ואת ההפניות שם.

8 המחשבה הפלילית מוגדרת כבירית המחדל של היסוד הנפשי בפלילים במסגרת הוראות סעיף 19 לחוק העונשין. הגדרת המחשבה הפלילית מצויה בהוראות סעיף 20 לחוק העונשין, והיא מבחינה בין נדבך קוגניטיבי (הכרתי), המתמצה במודעות לרכיבים מרכיבי היסוד העובדתי, לבין נדבך ווליטיבי (חפצי), המתמצה בכוונה או בפזיזות ביחס לתוצאה. משמע, שכאשר מדובר בעבירות שאינן כוללות בהגדרת יסודן העובדתי רכיבים תוצאתיים אין נדרש נדבך ווליטיבי. לפיכך בעבירות החזקה, שברוך כלל אינן כוללות רכיבים תוצאתיים, נדרשת מודעות בלבד (ביחס להתנהגות וביחס לנסיבות). לעניין זה ראו בהרחבה בפסקה ד.3 להלן.

9 תפישה זו ראתה במבצע העיקרי את לב לבה של העבירה הפלילית ועל-כן גם את לב לבה של

בחקיקה ראשית של הפרלמנט.<sup>10</sup> במשפט המקובל האנגלי השימוש בדוקטרינת ההחזקה הקונסטרוקטיבית היה חיוני נוכח היעדרו של הסדר קונקלוסיבי לשותפות לדבר-עבירה, על בעיותיה הפונקציונליות.<sup>11</sup> דוקטרינת ההחזקה הקונסטרוקטיבית חלחה גם לדיני העונשין בישראל דרך אימוץ המשפט האנגלי. בשנת 1995 נכנסה לתוקפה רפורמה מקפת בדיני העונשין בישראל,<sup>12</sup> אשר, בין היתר, הסדירה מחדש את דיני השותפות לדבר-עבירה בדרך של הגדרות פונקציונליות לסוגי השותפות השונים ויצירת דיפרנציאציה ביניהם. ההחזקה הקונסטרוקטיבית, אשר היוותה דין ספציפי של שותפות לדבר-עבירה ביחס להחזקה, נותרה דין ספציפי אשר ייתכן כי אינו כפוף באורח ישיר לדיני השותפות הכלליים.<sup>13</sup> כך, בעוד דיני השותפות לדבר-עבירה התקדמו מאוד תוך מתן מענה, אם כי חלקי, לבעיות מודרניות,<sup>14</sup> נותרה ההחזקה הקונסטרוקטיבית שעונה על אדני הדין הישן, אשר היווה את הסיבה המרכזית לדרישת השינוי. תחולת ההחזקה

האחריות הפלילית. כל יתר המשתתפים אשר נטלו חלק בהגשמת העבירה, ואין נפקה מינה מה היה חלקם בדיוק בכך – כמבצעים, כמסייעים או כמשדלים – נשאו באחריות פלילית זהה לזו של המבצע. השונות הפונקציונלית שבין הסוגים השונים של השותפים לדבר-עבירה היתה חסרת כל משמעות. לעניין זה ראו KEITH JOHN MICHAEL SMITH, A MODERN TREATISE ON THE LAW OF CRIMINAL COMPLICITY (1991).

Accessories and Abettors Act, 1861, 22 & 25 Vict. c. 94 10

11 כך, למשל, משתתפים, אשר ביצעו תפקידים שונים בחשיבותם במסגרת השותפות ואשר תרמו תרומות מסוגים שונים לשותפות ולביצוע העבירה, נשאו באחריות פלילית זהה. המשדל, היועץ והמסייע נשאו באותה אחריות פלילית כשל המבצעים למיניהם (המבצע הראשי, המבצע בצוותא והמבצע באמצעות אחר). ראו SMITH, לעיל ה"ש 9; וכן Francis B. Sayre, *Criminal Responsibility for the Acts of Another: Development of the Doctrine of Respondeat Superior*, 43 HARV. L. REV. 689 (1930); Robert Weisberg, *Reappraising Complicity Symposium: The Model Penal Code Revisited*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 217 (2000).

12 המדובר הוא בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון מס' 39 לחוק/לחוק העונשין) יחד עם התיקונים הרלוונטיים לו: חוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995, ס"ח 390 (להלן: תיקון מס' 43 לחוק העונשין). רפורמת תיקון מס' 39 לחוק העונשין נתקבלה בכנסת ביום 25 ביולי 1994, החלה בכניסה לתוקפה ביום 23 באוגוסט 1994 והשלימה את כניסתה לתוקף ואת תחולתה ביום 23 באוגוסט 1995.

13 אם דוקטרינת ההחזקה הקונסטרוקטיבית אכן מוכפפת לדיני השותפות לדבר-עבירה, כפי שבאו לידי ביטוי במסגרת הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, הרי שנפתח בכך הפתח לגזירה מסדרים גבוהים של האחריות הפלילית, אם כי בהחזקה הקונסטרוקטיבית עצמה מדובר בכל מקרה בשותפות ישירה וראשית לדבר-עבירה. בעניין זה ראו בפסקה 3.ד להלן.

14 לסקירת השוני ביחס לדין הישן ולסקירת חלקיות המענה שבדין החדש ראו את פסק-דינו של השופט בנימיני בתפ"ח (מחוזי ת"א) 1158/02 מדינת ישראל נ' ברגותי, תק-מח (2) 4523 (2004) (להלן: עניין ברגותי). חלק מן הבעיות הקשורות בפשיעה מאורגנת ובארגוני פשיעה, עליהן מצביע פסק הדין, נפתר באמצעות חקיקה מאוחרת, כך נטען בפסק-הדין. לדוגמא: חוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003, ס"ח 502. ראו לעניין זה: תפ"ח (מחוזי ת"א) 1068/05 מדינת ישראל נ' מריאן, תק-מח (4) 153 (2006) (להלן: עניין מריאן).

הקונסטרוקטיבית על מקרי שותפות בעבירות החזקה הנה מכוח היותה בגדר דין ספציפי הדוחה דין כללי.<sup>15</sup> בבעייתיות ההחזקה הקונסטרוקטיבית תעסוק פסקה ד.3 להלן. ברשימה זו ייטען ביחס לכל אחד מן המישורים (יסוד עובדתי, יסוד נפשי והחזקה קונסטרוקטיבית), כי, כאמור, אין מקום עוד לדין ספציפי וחריג בעניין ההחזקה, אלא כי דיני העונשין בישראל כיום בשלים דיים כדי לשלב במסגרתם את דין ההחזקה באופן מלא וקוהרנטי עם הדין הכללי, כלומר: יסודות ההחזקה הישירה ("ממשית") יוכפפו להגדרות דיני העונשין הכלליים ביחס ליסוד העובדתי וליסוד הנפשי ומקרי ההחזקה הקונסטרוקטיבית יוכפפו לדיני השותפות לדבר-עבירה תוך ביטולה של דוקטרינת ההחזקה הקונסטרוקטיבית. יתרונות ההאחדה והקוהרנטיות בעניין זה הם ברורים. כך, בתחום היסוד העובדתי עשויה ההחזקה להיכלל בגדר הגדרות היסוד העובדתי המקובלות בדין הקיים ביחס לרכיב ההתנהגותי ולהפוך לאחד הביטויים האפשריים של הרכיב ההתנהגותי. באופן זה, בין היתר, לא יהיה עוד צורך בערכוב מונחים מתחום הלך-הנפש לתחום היסוד העובדתי, כך שבתחום היסוד הנפשי תוכף ההחזקה למסגרת הגדרות היסוד הנפשי הכלליות ואזי תימנענה כפילויות של דרישות יסוד נפשי.<sup>16</sup> גם על ההחזקה הקונסטרוקטיבית להיטמע בינות הוראות דיני העונשין הכלליים ולאבד את ייחודיותה, מאחר שאין בה עוד צורך אמיתי לאור תחולת דיני השותפות לדבר-עבירה על כל ביצוע רב-משותפים של עבירה פלילית, לרבות כל עבירות ההחזקה. באופן זה ייטען, כי הביצוע בצוותא<sup>17</sup> והביצוע באמצעות אחר<sup>18</sup> מהווים תחליף משפטי הולם, כולל וראוי להחזקה הקונסטרוקטיבית, עד כי אין צורך משפטי בדוקטרינה זו. טענות אלה תוצגנה במסגרת הפתרון המוצע בפסקה ה להלן. בסופו של דבר, אמורה ההחזקה בכללותה להיות חלק בלתי נפרד מנוף דיני העונשין הכלליים. אין ספק, כי בכך דיני העונשין ישקפו הרמוניה משפטית רחבה יותר, אחידות משפטית ושימוש בכללים רחבים המוגדרים היטב, תחת שימוש בכללים

15 בהתאם לכלל *lex specialis derogat lex generalis*. ראו OLIVIA F. ROBINSON, THE CRIMINAL LAW OF ANCIENT ROME (1995); ע"פ 946/04 מדינת ישראל נ' עובד, פ"ד נח(6) 951 (2004);

עצ"מ 6219/03 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד נח(6) 145 (2004).

16 המדובר הוא בארבע האפשרויות השונות של הרכבת דרישת "מודעות" כלפי "ידיעה": 1. מודעות ביחס לידיעה; 2. אי-מודעות ביחס לידיעה; 3. מודעות ביחס לאי-ידיעה; 4. אי-מודעות ביחס לאי-ידיעה; הכפילות מוצאת את ביטוייה בדרישת יחס נפשי ספציפי ("מודעות") ביחס למצב נפשי ספציפי ("ידיעה").

17 הביצוע בצוותא, כשותפות ישירה וראשית לדבר-עבירה, הוגדר סטטוטורית בהוראות ס"ק 29(ב) לחוק העונשין, כפי תיקונו בתיקון מס' 39 לחוק. ראו מרדכי קרמניצר "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו" פלילים א' 65 (1990); מרים גור-אריה "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א' 29 (1990).

18 הביצוע באמצעות אחר, כשותפות ישירה וראשית לדבר-עבירה, הוגדר סטטוטורית בהוראות ס"ק 29(ג) לחוק העונשין, כפי תיקונו בתיקון מס' 39 לחוק. ראו קרמניצר, שם; גור-אריה, שם; וכן מרים גור-אריה "ביצוע עבירה באמצעות אחר" ספר זוסמן: לזכרו של יואל הכהן זוסמן נשיא בית המשפט העליון 319 (התשמ"ד).



צרים מרובי חריגים וסייגים לחריגים. שאיפה זו לאחידות ולהרמוניה אינה אך משאת נפש בתחום המשפט, אלא בכלל תחומי המחקר. כך, למשל, החיפוש אחר תיאוריה מאוחדת, אשר תאחד את התיאוריה המדעית ביחס לכוח הכבידה, לכוח החשמלי ולכוח הגרעיני,<sup>19</sup> מהווה את חזית המחקר בפיסיקה התיאורטית מאז פרסם פרופסור אלברט אינשטיין את מחקריו בתורת היחסות הפרטית בשנת 1905. לעניין זה דומה, כי המחקר המשפטי בתחום דיני העונשין אינו שונה מכך שוני של ממש. פרופסור Dworkin התייחס לדיבורו של המשפט ב"קול אחד",<sup>20</sup> ולעניינו, בעניין ספציפי זה של ההחזקה בדיני העונשין נראה, כי ניתן לצעוד צעד משמעותי בתואי זה על-ידי הכפפת ההחזקה לדיני העונשין הכלליים, תוך ביטול ייחודיותה נוכח היעדר הצורך בדין ייחודי וספציפי, המהווה חריג לדיני העונשין הכלליים. נדון תחילה בצורך קיומן של עבירות ההחזקה ובערכן החברתי, שכן עבירות ההחזקה מהוות את הפלטפורמה המשפטית ואת המסגרת הנורמטיבית הספציפיות לאיסור ההחזקה בפלילים.

### ב. הערך החברתי המוגן והרציונל בעבירות ההחזקה

בבסיסה של כל עבירה פלילית, או של כל קבוצת עבירות פליליות, טמון אגד של ערכים חברתיים ומוסריים מוגנים, אשר העבירה הפלילית מהווה מאמץ מידי של המחוקק להגן על אגד זה של ערכים, במסגרת השליטה החברתית המשפטית של החברה בפרטיה. בהיות ההחזקה במשפט הפרטי סוג של זכות קניינית – זכות פוסטורית,<sup>21</sup> אשר אינה מגעת כדי בעלות, הרי שהמסקנה הראשונית לכאורה העלולה להיחזות היא, כי עבירות ההחזקה הן סוג של עבירות רכוש, בזיקה להגנת הקניין והבעלות, המגינות על הערכים הקנייניים של האדם. קיומן של עבירות מסוג "החזקת נכס חשוד"<sup>22</sup> כגנוב או "החזקת מכשירי פריצה"<sup>23</sup> עשוי אף לחזק מסקנה זו. עם זאת,

19 ישנם הרואים בחיפוש זה מאמץ לאחד את התיאוריה המדעית ביחס לארבעה כוחות על-ידי הפרדת הכוח הגרעיני לשניים: הכוח הגרעיני החזק והכוח הגרעיני החלש. ראו STEPHEN W. HAWKING, A BRIEF HISTORY OF TIME 18–19 (1989).

20 RONALD M. DWORKIN, LAW'S EMPIRE Ch. 7, 76–86 (1986).

21 כך, למשל, מוכרת ההחזקה במקרקעין כזכות קניין פוסטורית בהוראות סעיף 15 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין), וזכות זו מוגנת בהוראות סימן ב לפרק ג לחוק זה.

22 עבירה לפי סעיף 413 לחוק העונשין. עבירה זו אומצה בחוק העונשין כמעט ללא תיקונים מסימן 311 לפח"פ, ע"ר תוס' 1, 263, 322, אשר קבע, כי "כל אדם המחזיק בכל דבר, כסף, שטר-ערך או רכוש אחר, ויש רגלים לחשד שהם גנובים, יאשם בעוון ויהיה צפוי למאסר ששה חדשים או לקנס של חמשים פונט או לשני הענשים יחד, מלבד אם הוכיח לבית המשפט שהוא רכש את החזקה ברכוש הזה בדרך חוקית".

23 עבירות לפי סעיפים 409 ו-413 לחוק העונשין, הקובעות: "מי שנמצא ברשותו מכשיר המשמש לשם פריצה לבניין, ואין לו הסבר סביר לכך, דינו – מאסר שלוש שנים" (סעיף 409) וכן "מי

אין הדבר כך בהכרח. ניכר, כי חלק נכבד מעבירות ההחזקה כלל אינו מיועד להגנה קניינית, אף אם יש באותן עבירות משום זיקה קניינית לנכס ספציפי. כך עבירת "החזקת סמים מסוכנים"<sup>24</sup> אינה מיועדת להגן קניינית על הסמים המסוכנים הספציפיים כנכס, אלא דווקא על ה"מחזיק" כדי שלא יהיה בהשפעת סמים, לא יצרך אותם, לא יסחר בהם או לא יתווך בין גורמים המעוניינים בהם או בתמורתם. כן מיועדת עבירה זו להגן על הציבור מפני ההשפעה המזיקה של הסמים המסוכנים.

באופן דומה, עבירות "החזקת פרסומי המרדה"<sup>25</sup>, "החזקת פרסום גזעני"<sup>26</sup> או "החזקת פרסום המסית לאלימות או לטרור"<sup>27</sup> אינן מיועדות להגנה קניינית על הנכסים הספציפיים בדמותם של הפרסומים הנ"ל. ברי, כי עבירות אלה מיועדות למנוע את השימוש העתידי ואת ההפצה הקרובה של פרסומים אלה בקרב הציבור או בקרב חלקים ספציפיים מתוכו. כך, קשה למדי לראות בעבירות ההחזקה בכללותן כסוג ספציפי של עבירות רכוש, אשר ההגנה על הזכויות הקנייניות מהווה את מטרתן ומגלמת את ערכיהן החברתיים המוגנים. לפיכך אמנם מהווה ההחזקה בסיס להטלת אחריות פלילית, אך אין היא מכוונת בהכרח להגנת הקניין.<sup>28</sup>

איתור ערכיה המוגנים של נורמה פלילית אינו כבול בהכרח בגדר הגדרתה המילולית של העבירה. ניתוח איתורם של ערכים מוגנים בעבירות ההחזקה מעלה, כי מטרתן המרכזית היא לגדור את המחזיק מלבצע עבירה אחרת, חמורה יותר בדרך-כלל, אשר התשתית העובדתית של העבירה האחרת מבוססת על זיקה פוסטורית לקניין ספציפי. כך, לדוגמא, עבירת "החזקת סמים מסוכנים" הנ"ל מיועדת, כאמור, למנוע מן המחזיק מלבצע עבירות חמורות יותר, כגון סחר בסמים מסוכנים, או שלהן השלכות חמורות יותר, כשימוש בסמים מסוכנים או צריכתם. בעבירות אלה יש צורך בתשתית עובדתית, המבוססת על הזיקה הפוסטורית של האדם לקניין הספציפי בדמות הסמים המסוכנים. לשון אחר: ייתכנות השימוש בסמים מסוכנים, לדוגמא, מבוססת

שנמצא ברשותו מכשיר המשמש לשם פריצה לרכב, ואין לו הסבר סביר לכך, דינו — מאסר שלוש שנים" (סעיף 1413).

24 עבירה לפי ס"ק 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, נ"ח 526 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים), הקובעת: "לא יחזיק אדם סם מסוכן ולא ישתמש בו, אלא במידה שהותר הדבר בפקודה זו או בתקנות לפיה, או ברשיון מאת המנהל".

25 עבירה לפי ס"ק 134(ג) לחוק העונשין.

26 עבירה לפי סעיף 144 לחוק העונשין, הקובעת, כי "המחזיק לשם הפצה פרסום האסור לפי סעיף 144 ב כדי להביא לגזענות, דינו — מאסר שנה, והפרסום יחולט". גם בעבירה זו קיימת מטרה מניעתית של ההפצה, אשר טרם בוצעה.

27 עבירה לפי סעיף 144 לחוק העונשין, הקובעת, כי "המחזיק, לשם הפצה, פרסום האסור לפי סעיף 144, דינו — מאסר שנה, והפרסום יחולט". הרציונל הזה לאמור לעיל ביחס לעבירה לפי סעיף 144 השוני הוא בסוג הפרסום ולא בסוג המניעה.

28 בעניין זה ראו עוד Thomas W. Merrill, *Property Rules, Liability Rules, and Adverse Possession*, 79 N.W. U. L. Rev. 1122 (1984); Carol M. Rose, *Possession as the Origin of Property*, 52 U. Chi. L. Rev. 73 (1985).

על תשתית עובדתית של החזקת הסמים המסוכנים, שכן רק המחזיק סמים מסוכנים עשוי להשתמש בהם.

ברי, כי להחזקה עצמה אין כל נפקות ערכית שלילית במישור המשפט הפלילי. אדם, המחזיק סמים מסוכנים שלא לשימוש, צריכה, סחר, תיווך וכיוצא באלה, אינו מהווה כל סכנה לציבור ואין בעצם החזקה גופא כדי להוות פגיעה בערך חברתי מוגן כלשהו. עם זאת, משתמש המשפט הפלילי בעבירות החזקה כסוג של "עבירות מנע"<sup>29</sup> או "עבירות גדר", אשר תכליתן היא במניעת העבריינין ובגידורו מלעבור עבירות חמורות יותר או בעלות השלכות חמורות יותר. כך, הרציונל הבסיסי של עבירת "החזקת סמים מסוכנים" הוא, כי אם לא יחזיק אדם בסמים מסוכנים, הרי שלא ייתכן, כי יבצע בהם פעולה אחרת כשימוש, סחר וכיוצא באלה.<sup>30</sup> הנחת המוצא היא, כי אין אדם מחזיק בסמים מסוכנים בלא מטרה ברורה של שימוש בהם, סחר, תיווך וכיוצא באלה, ולפיכך האיסור על החזקה, מיועד למנוע בשלב מוקדם יותר של התפתחות העבירה את הגשמתה, הגם שהאיסור עצמו אינו מהווה פגיעה בערך חברתי מוגן כלשהו.<sup>31</sup>

כך הוא הדבר גם ביחס לעבירות החזקה האחרות. עם זאת, קיימת חשיבות רבה לניתוח הנכון של המניעה המושגת בעקבות הפללת החזקה. עבירת החזקת הנכס החשוד, למשל, אינה מכוונת כלפי עבר בהכרח, שכן אין היא מיועדת למנוע את הגניבה אשר בוצעה זה מכבר. עבירה זו מיועדת למנוע את המסחר העתידי בנכס הגנוב. האמצעי הוא שימוש בהטלת "עלות" במישור הפלילי באמצעות הרתעתו של הרוכש נכס החשוד כגנוב. באופן זה עבירה זו היא גם עבירת מנע, כאמור. באופן זה פירש גם בית המשפט העליון את עבירה זו בעניין זביידה<sup>32</sup> בקובעו, כי מטרת העבירה היא "להרתיע מפני קבלה או החזקה של נכסים שהושגו שלא כדין או שחשודים בכך". למסקנה זו הגיע בית המשפט העליון תוך שקלול הנחת מוצא בסיסית, שלפיה "עבריינים המשיגים נכסים בדרך לא חוקית מסתמכים על האפשרות למסור את הנכסים לאחרים כדי לממשם".<sup>33</sup>

באופן דומה כל שאינו מחזיק בפרסומים גזעניים, בפרסומי המרדה או בפרסומי הסתה, לא יוכל להפיצם ברבים. האיסור על החזקתם עשוי למנוע את הפצתם, שכן בלא החזקתם – לא ניתן להפיצם. כל שביקש המחוקק הוא למנוע את ההפצה

29 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ג 90–93 (1992).

30 שם, בעמ' 91.

31 ראו לעניין זה James Gordley & Ugo Mattei, *Protecting Possession*, 44 Am. J. Comp. L. (1996) 293.

32 דברי השופטת ביניש בע"פ 987/02 מדינת ישראל נ' זביידה, פ"ד נח(4) 880, 890 (2004) (להלן: עניין זביידה).

33 שם, בעמ' 890. ראו עוד לעניין פרשנות רציונל עבירה זו בע"פ 196/75 בן-שושן נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 215, 220 (1976); ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 85, 99 (1981); ע"פ 3870/91 ארוש נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 77, 81 (1991).

והפרסום. חלק ממאמצי המניעה הללו הוא בקביעת איסורים גורפים על החזקתם של הנכסים הספציפיים.<sup>34</sup> כך, הגם שהחזקה מהווה זכות קניינית פוסטורית, כאמור, הרי שאין בכך כדי לסווג את עבירות ההחזקה כעבירות רכוש ואין בכך כדי לסווג את עבירות ההחזקה כעבירות המיועדות להגן על קניינו של אדם. סוג זה של קונסטרוקציה משפטית אינו חדש במשפט הפלילי ובכלל. לשון המשנה, בתארה את דברי אנשי הכנסת הגדולה, היא<sup>35</sup> כדלהלן: "הם אמרו שלושה דברים: הווי מתונים בדין והעמידו תלמידים הרבה ועשו סייג לתורה". התיבות "ועשו סייג לתורה" פורשו על-ידי רבי עובדיה מברטנורה כ"גדר שלא יבוא ליגע באיסור תורה",<sup>36</sup> כלומר: כדי להימנע מביצוען של עבירות חמורות יותר, גדרו אנשי הכנסת הגדולה את התנהגותו של הציבור באיסורים ספציפיים, אשר כל תכליתם היתה למנוע את ביצוען בפועל של העבירות החמורות יותר. זאת על-פי הרציונל הפשוט דלעיל, כי אם תיאסר ההתנהגות הספציפית שבעבירת המנע, הרי שלא תוכל להתקיים התשתית העובדתית הנחוצה לעבירה החמורה יותר (אין שימוש בלא החזקה, לדוגמא). רציונל זה לא השתנה והוא עומד גם בבסיסן של עבירות ההחזקה המודרניות, ולמעשה לא אך בבסיסן של עבירות ההחזקה.<sup>37</sup> עם זאת יש לציין, כי המשפט העברי לא כיוון את דבריו לעבירות ההחזקה, אלא לעבירות מוגמרות אחרות, אשר תמטית נועדו למנוע איסורים אחרים חמורים יותר.<sup>38</sup> במישור האזרחי, למהותה של ההחזקה, ראה המשפט העברי בה זכות קניינית כדרך קניין בנכסים שיש להם אחריות,<sup>39</sup> אם כי לעתים זוהתה זכות ההחזקה האזרחית גם כסוג של בעלות<sup>40</sup> או כסוג של קניית בעלות בנכס.<sup>41</sup>

34 ראו לעניין זה בע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד (5) 221 (1996).

35 משנה אבות א, א.

36 פרשנות רבי עובדיה מברטנורה למשנה, שם.

37 כך, למשל, הרציונל שבעבירות ההכנה לדבר-עבירה והקשר הפלילי הנו מניעת הביצוע המוגמר של העבירה בידי מבצע אחד (הכנה לדבר-עבירה) או בהתרחשות רבת-משתתפים (הקשר הפלילי). בהתאם לכך, ישנם המסווגים מלכתחילה את עבירות ההחזקה כסוג ספציפי של עבירות הכנה לדבר-עבירה. ראו, למשל, אצל GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 197-198 (1978, 2000), שם הטענה היא כי עבירות ההחזקה מצויות בתווך שבין ההכנה לדבר-עבירה לבין הנסיון לדבר-עבירה. ברי, כי העבירה אליה מכוונת הכנה זו אינה עבירת ההחזקה עצמה, אלא העבירה, אותה מיועדת עבירת ההחזקה למנוע.

38 כך, לדוגמא, איסור מגע פיסית באשה נידה כדי שלא לבוא לידי בעילתה האסורה.

39 משנה, קידושין, פא, ה-ו. פירוש רש"י הוא, כי מדובר ב"...קרקעות, שאחריות כל אדם הלוה והנושה בחבירו, עליהן, לפי שקיימין ועומדין לפיכך נסמכין עליהן" (קידושין כו, ע"א). פירוש הרשב"ם הוא, כי מדובר בנכסים "שקיימים בעולם". כן ראו עוד בעניין זה זרח ורהפטיג החזקה במשפט העברי 13-17 (1964); ברכיהו ליפשיץ משפט ופעולה: מונחי חיוב וקניין 102-103 (2001).

40 בבא בתרא נה, ע"א; וכן ליפשיץ, שם, בעמ' 102; מאיר מלול "עיונים בסימבוליקה משפטית מקראית" שנתון למקרא ולחקר המזרח הקדום ט 191 (1987).

41 בבלי, קידושין כב, ע"ב: "עבד כנעני נקנה בכסף ובשטר ובחזקה". כן ראו בעניין זה אצל ורהפטיג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 13.

במשפט האנגלו-אמריקאי נתפשו עבירות החזקה כ"הקלה" משמעותית מבחינת נטל ההוכחה בפלילים ביחס ליסודות העבירה הקלאסיים. המשפט המקובל האנגלי דרש בעבירות אלה החזקה מודעת של חפץ אסור, וזאת תוך ויתור על דרישת הוכחה של כוונה מצד הנאשם לפגוע באובייקט כלשהו באמצעות החפץ האסור.<sup>42</sup> ברובם של המקרים חפצים אלה הוגדרו ככלי נשק, כחומרי תועבה, כסמים מסוכנים, כחומרי הסתה וכיוצא באלה. הבעיה שהתעוררה תכופות במשפט האנגלו-אמריקאי היתה הנתק המהותי שבין המניע התמים לעתים של החזקה הספציפית לבין ההגדרה של עצם החזקה כעבירה פלילית. כך בפרשת *Ferguson* האמריקאית טען הנאשם, כי כלי הנשק שברשותו, האסור בהחזקה על פי החוק במדינת קליפורניה, אינו אלא ירושה משפחתית. בית המשפט שלערעור דחה את הטענה והותיר את הרשעתו על כנה בנימוק, לפיו אין המניע לעבירה מעלה או מוריד בעבירות החזקה, הדורשות החזקה וידיעה בלבד.<sup>43</sup>

כך גם תחולתן הרחבה של עבירות החזקה ביחס לחפצים המותנים במטרה ספציפית או בשימוש ספציפי, אך שאין הגדרת העבירה דורשת הוכחת מטרה או שימוש ספציפי, אלא החזקה מודעת בלבד. בפסיקה זו קיבעה למעשה הפסיקה האמריקאית את נטל ההוכחה בעבירות החזקה כמייתר את הצורך בהוכחת המניע להחזקה. כל זאת מתוך הגנה אפשרית על ערך מוגן אחר, הגלום בהגשמת המטרה האסורה על-ידי שימוש אסור באותם חפצים. כך, למשל, עבירות האוסרות על החזקת מכשירי פריצה<sup>44</sup> או על החזקת מכשירים לזיוף או לעשיית חותמים.<sup>45</sup> יש אשר הפסיקה האמריקאית הטילה דופי בעצם החיקוק, אשר לא התייחס למטרה או לשימוש הצפוי ויש אשר הפסיקה האנגלו-אמריקאית ראתה בכך כהרחבה נחוצה לצורך הגנה על הערכים המוגנים כדלעיל.<sup>46</sup>

המשפט הגרמני, תוך השראה מדין החזקה מן המשפט הרומי (*Jus Possessionis*), נקט קו קיצוני אף יותר ביחס לתחולה רחבה מדי זו, כשהוא משתמש באנלוגיה מתחום המשפט האזרחי, כפי שעיצבה המלומד הגרמני בן המאה התשע עשרה, Friedrich Karl von Savigny.<sup>47</sup> כך בית המשפט המדינתי בהיידלברג סירב בפסק-דינו לאכוף חוק האוסר על החזקת מכשירי גניבה בנימוק, כי החוק משתמש בחזקה לגבי האשם

42 FLETCHER, לעיל ה"ש 37, בעמ' 197-198.

43 *People v. Ferguson*, 129 Cal. App. 300, 18 P.2d 741 (Cal. App. 1933).

44 בישראל ראו את הוראות סעיף 409 לחוק העונשין; ובאנגליה ס"ק 28(2) ל-, *Larceny Act, 1916*.

50 עד לפקיעתו וסימן 25 ל- *Theft Act, 1968, c. 60*.

45 סעיף 488 לחוק העונשין.

46 ראו, לדוגמא, את הפסיקה ואת הסקירה שבעניין *State v. Nales*, 28 Conn. Supp. 28, 248 A.2d (Conn. Supp. 1968).

242 (Conn. Supp. 1968).

47 פון סאוני הטיף לתחולה מצומצמת בהקשר זה. ראו *FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, VON SAVIGNY'S TREATISE ON POSSESSION; OR THE JUS POSSESSIONIS OF THE CIVIL LAW* 134 (Sir

*Erskine Perry trans., 6<sup>th</sup> ed., 1848*).

("culpa"), בעוד במקרה שלפניו אין מדובר בהתגלות אשם מצדו של הנאשם.<sup>48</sup> לדידו של בית המשפט, הפר החוק<sup>49</sup> את הדרישות הבסיסיות של דרישת האשם בפלילים, כפי שהן נדרשות ביחס לכל העבירות הפליליות.

שנתיים קודם לכן ביטל בית המשפט בארצות-הברית<sup>50</sup> סעיף חוק, אשר היווה עבירה פלילית מעין זו, בשל אותם טעמים. על כך התבסס גם בית המשפט הגרמני בפסק-דינו הנ"ל. הנימוק בארצות-הברית שאב מן המשפט החוקתי האמריקאי, לפיו הגדרת מכשיר בלתי חוקי בהחזקה כמכשיר, אשר עלול להיות בשימוש בביצועה של עבירה כלשהי<sup>51</sup> אינה הגדרה העומדת בקריטריונים החוקתיים להגדרת עבירה פלילית בארצות-הברית. למעשה, הידרשות זו של המשפט הגרמני והאמריקאי חייבה את התביעה להצביע על ראיות ברורות לתמיכה בכוונת הנאשם לבצע עבירה פלילית. המדובר הוא באותה עבירה, אשר עבירות החזקה נוסחו כדי למנוע. האיזון בין גישות אלה הוא, כי על עבירות החזקה להיות מדויקות ברמת האובייקט המוחזק בניגוד לחוק, אך לא ברמת דרישת יסוד נפשי מוגבר מסוג מטרה, מניע או כוונה של שימוש מעבר להחזקה, במסגרת עבירות החזקה אלה.<sup>52</sup>

רציונל אחר לתמיכה בעבירות החזקה, אשר פותח בפסיקה האמריקאית,<sup>53</sup> הוא בדמות "ההשפעות השליליות" שיש להחזקתם של חפצים ספציפיים (סמים מסוכנים, מכשירי פריצה, כלי נשק וכיוצא באלה) על מחזיקיהם ולפיכך על פי רציונל זה, יש לאסור על החזקה של אותם חפצים כדי להימנע מן ההשפעה השלילית של החפצים על מחזיקיהם. רציונל זה דומה לשימוש בדוקטרינת ה-*mala in se* בסיווג העבירות,<sup>54</sup> כאילו הפליליות נעוצה וגלומה בחפץ עצמו באופן אינהרנטי, והתנהגות העבריין (בדרך של החזקה) היא אך דרך למימוש הפוטנציאל הפלילי הגלום ממילא בחפץ עצמו.<sup>55</sup> גם

48. NJW 1959, 1932.

49. המדובר היה בעבירה לפי סימן 245a לקוד הפלילי הגרמני משנת 1871, אשר לא נקלט בקודיפיקציה המודרנית בגרמניה ובקוד הפלילי הקיים (Strafgesetzbuch) (להלן: StGB או הקוד הפלילי הגרמני).

50. *Benton v. United States*, 98 U.S. App. D.C. 84, 232 F.2d 341 (D.C. App. 1956).

51. ההגדרה הרלוונטית במסגרת סימן 22-3601 לקוד הפלילי של מדינת קליפורניה נוסחה כדלהלן: "...reasonably may be employed in the commission of any crime..." (ההדגשה אינה במקור).

52. לדעה אחרת ראו אצל FLETCHER, לעיל ה"ש 37, בעמ' 199-200.

53. *State v. Young*, 57 N.J. 240, 271 A.2d 569 (N.J. 1970).

54. Y.B. Mich. 11 Hen. VII, f. 11, pl. 35 (1496); Y.B. Mich. 3 Hen. VII, f. 15, pl. 30 (1488); JOHN FORTESCUE, *DE LAUDIBUS LEGUM ANGLIAE* c. xv (1470, 1874); *State v. Anderson*, 94 Wash. App. 151, 971 P.2d 585 (1999).

55. להרחבה בעניין זה ראו אצל ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 53-54 (1984), שם אמנם מושא הפליליות הוא ההתנהגות האסורה, אשר נתפשת בחברה הספציפית בתקופת הזמן הספציפית כאסורה מטיבה ומטבעה.

רציונל זה היווה כר נרחב לבעיות. הביקורת טענה,<sup>56</sup> כי בכל חפץ שהוא גלום פוטנציאל להשפעה שלילית ולא בהכרח רק בחפצים אלה. כך, למשל, בהחזקת מחשב ישנה אפשרות לבצע עבירות פליליות (פריצה, שתילת תוכנות, גניבת תכנים מוגנים וכיוצא באלה), אך ניתן לבצע במחשב גם שימוש תמים. לצורך שמירה על רציונל זה יש לאסור על השימוש במכשיר (כהתנהגות) ולא על החזקת המכשיר, אשר כשלעצמה אינה מהווה כל סיכון כלפי מאן דהוא, או כאמור, לחלופין – לדרוש הוכחה פוזיטיבית בדבר כוונתו הזדונית של המחזיק להשתמש בחפץ למטרות פסולות.

רציונל נוסף שעמד בעבר בבסיס ההצדקה לעבירות ההחזקה היה בדמות יישומה של השליטה החברתית ("social control") באמצעות עבירות ההחזקה כמכשיר.<sup>57</sup> על-פי גישה זו, האיסור על החזקת חפצים ספציפיים כשלעצמה – בלא איסור על השימוש או על מטרה ספציפית שבהחזקה – מכוון כלפי קבוצות ספציפיות של אוכלוסייה, המסווגות כמסוכנות ביותר לחברה. כך, למשל, האיסור בגרמניה על החזקת מכשירים העשויים לשמש לגניבה הוגבל בעבר לבעלי עבר פלילי בעבירות רכוש.<sup>58</sup> איסור דומה קיים גם בחקיקה אמריקאית מדינתית לגבי החזקת חומרים מסוכנים אך לגבי בעלי עבר פלילי בעבירות הקשורות בחומרים מסוכנים.<sup>59</sup> הרציונל שבגישה זו הוכר על-ידי בתי המשפט בגרמניה כרציונל מסוכן שיש להוקיעו.<sup>60</sup> לדידו של בית המשפט הגרמני, היה מדובר בביטוי מובהק לפילוסופיה המשפטית של המפלגה הנאציונל-סוציאליסטית, שלפיה יש לתייג עבירות כלפי קבוצות ספציפיות באוכלוסייה עד כדי עבירות מיצב.<sup>61</sup> אכן, תיקונים רבים לקוד הפלילי הגרמני משנת 1871 ביחס לעבירות החזקה מסוג זה נעשו על פי הפילוסופיה המשפטית של המפלגה הנאציונל-סוציאליסטית בגרמניה בשנות שלטונה של זו (1933–1945), ואלה נשתמרו בחלקם עד לשנת

56 State v. Edwards, 269 Minn. 243, 130 N.W.2d 623 (Minn. 1964) וכן ראו אצל FLETCHER, לעיל ה"ש 37, בעמ' 202–201.

57 FLETCHER, שם, בעמ' 205–200.

58 בהתאם להוראות ס"ק 245a(1) לקוד הפלילי הגרמני, כנוסחו משנת 1871.

59 ראו, לדוגמא, את הוראות סימן 12 021 לקוד הפלילי בקליפורניה.

60 לעיל ה"ש 48.

61 בהקשר זה, עבירות המיצב ("Status Offences") הן עבירות מוגמרות (להבדיל מנגזרות), אשר הטלת אחריות פלילית בגינן אינה מותנית בקיומו של רכיב התנהגותי כלשהו במסגרת היסוד העובדתי בהן, כלומר – עבירות, אשר ניתן לעוברן גם באפס-מעשה מוחלט (ואף ללא הטלת חובת-עשה פוזיטיבית, כבעבירות המחדל). עבירות אלה נחשבות כפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות במשפט הפלילי, שכן במסגרת אישום בהן נושא הנאשם באחריות פלילית למהותו ולמיהותו ולא למעשיו או למחדליו הספציפיים. ראו בעניין זה אצל פלר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 394–395. לעניין סוגיה זו בארצות-הברית והשלכותיה החוקתיות, ראו: Robinson v. California, 370 U.S. 660; 82 S. Ct. 1417; 8 L. Ed. 2d 758 (1962). בישראל מקובל לתלות את ביטולן מכללא של עבירות המיצב בהוראות ס"ק 18(א) לחוק העונשין, הדורשות דרישה פוזיטיבית של התנהגות – בין כ"מעשה" ובין כ"מחדל", על-פי הוראות ס"ק 18(ג) לחוק. ראו בעניין זה לעיל ה"ש 5.

1975, עם ביטול החקיקה הגרמנית הישנה והחלפתה בחדשה. ודוק: יש לציין, כי פעמים רבות זהו גם הרציונל המודרני בקביעת איסורים במסגרת העבירות ההתחליות ("inchoate crimes")<sup>62</sup> שבמשפט המערבי, אשר למרות ניסוחן הכללי, בפועל הן מכוונות כלפי קבוצות ספציפיות באוכלוסייה. לפי תפישה זו, ישנן קבוצות באוכלוסייה בעלות "מועדות", או אשר החברה רואה בהן פוטנציאל גבוה יותר לביצוען של עבירות פליליות הקשורות בחפצים האסורים, ומכאן נובע האיסור.<sup>63</sup> Fletcher בספרו<sup>64</sup> ראה בעבירות ההחזקה כמצויות בתווך שבין ההכנה לדבר-עבירה (הבלתי ענישה, בדרך-כלל) לבין הניסיון לדבר-עבירה (העניש, בדרך-כלל)<sup>65</sup> וכי ענישותן של עבירות ההחזקה הנה אך לאור מצוותו המפורשת של המחוקק.

כך, המשותף לגישות השונות הוא עיצובן של עבירות ההחזקה כעבירות שאין בהן כשלעצמן כל פסול מוסרי או חברתי, אלא כי הן עבירות מנע, המגוננות על ערכים חיצוניים להן, המצויים בבסיס עבירות אחרות, חמורות יותר, כפי האמור לעיל. כך, החזקת הסמים המסוכנים כשלעצמה הופללה ובלבד שתהא זו הגנה אפשרית על ערך אחר, המוגן בעבירות ליבה אחרות של שימוש בסמים מסוכנים, הפצתם, סחר בהם, תיווך בהם וכיוצא באלה. רציונל זה חל באופן זהה גם לגבי החזקת מכשירי פריצה, החזקת נשק ללא היתר, החזקת מכשירים לזיוף, לעשיית חותמים או להנפקת בולים וכיוצא באלה.

יש לציין, כי לעתים ראה בית המשפט את ההחזקה כשלעצמה כבעלת ערך אינטרינזי הראוי להגנה באמצעות איסורים פליליים אחרים, אך לא במובן של איסור גודר או עבירות מנע. כך, למשל, נפסק בעניין גולדין,<sup>66</sup> כי להחזקה, כזכות קניין אזרחית, ערך הדורש הגנה באמצעות איסורים פליליים כדוגמת עבירת הגניבה,<sup>67</sup> אשר מיועדת, לדידו, להגנת זכות ההחזקה (האזרחית) ולא בהכרח אך להגנת הבעלות (כזכות קניינית). מכל מקום, אין מדובר בהצדקת איסור הגניבה כעבירת מנע לעניין ההחזקה (כיסוד בפלילים), כלומר: המחוקק לא אסר את הגניבה כדי למנוע עבירות החזקה.

62 העבירות ההתחליות הן עבירות, אשר הטלת אחריות בגינן אינה מותנית בביצועה של עבירה מוגמרת ספציפית. בין העבירות ההתחליות ניתן להתייחס לעבירת השידול העצמאית מן המשפט המקובל האנגלי ("solicitation", בשונה מן ה-"incitement"), הרואה בשידול לדבר-עבירה כעבירה מוגמרת לכל דבר ועניין, אשר אינה מותנית בקיומה של עבירת אובייקט הגזירה, כאילו היה מדובר בנסיון לשידול, ראו בעניין זה Higgins (1801) 2 East 5, 102 E.R. 269. לקשר הפלילי ("conspiracy"), הנתפש כעבירת הכנה לביצוע בצוותא של עבירה, ראו בעניין זה: Bruzas [1972] Crim. Mulcahy (1868) L.R. 3 h.l 306. לניסיון (ולהכנה) לדבר-עבירה ראו L.R. 367.

63 ראו בעניין זה People v. Lovato, 258 Cal. App. 2d 290 (Cal. App. 1968).

64 FLETCHER, לעיל ה"ש 37, בעמ' 197-198.

65 לניסיון להגדרתו של תווך זה שבין ההכנה לדבר-עבירה לבין הניסיון לדבר-עבירה ראו מרים גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב 505 (2002).

66 ע"פ 6350/93 מדינת ישראל נ' גולדין, פ"ד מט(4) 1, 28 (1995).

67 כהגדרתה בהוראות סעיף 383 לחוק העונשין.



המדובר הוא בהגנת זכות קניין אזרחית מסוג "החזקה" באמצעות איסורים פליליים מתחום עבירות הרכוש ובהם בין היתר, גם באמצעות האיסור הפלילי על גניבה.<sup>68</sup>

### ג. טיפולוגיה: סיווג החזקה כ"מעשה"

לצורך סיווגה של החזקה בדיני העונשין כ"מעשה", או כסוג ספציפי של רכיב התנהגותי ביסוד העובדתי, יש לבחון בקצרה את השתלבותה במסגרת הגדרתו של מבנה היסוד העובדתי באחריות הפלילית. נדגיש כבר בשלב זה, כי אין עניינה של רשימה זו לבחון את מבנה היסוד העובדתי בכללו באחריות הפלילית, אלא אך לבחון במידת האפשר את זיקת החזקה אליו והשתלבותה בו בהקשר ספציפי זה. תיקון מס' 39 לחוק העונשין<sup>69</sup> קיבע סטטוטורית את מבנה היסוד העובדתי באחריות הפלילית, כפי שהתקיים בפסיקת בתי המשפט בישראל, והעמידו על שלושה סוגי רכיבים עובדתיים, בהתאם להגדרת "פרט" בעבירה הפלילית שבהוראות ס"ק 18(א) לחוק העונשין כדלהלן:

#### 18" מבנה היסוד העובדתי

(א) 'פרט' לענין עבירה — המעשה בהתאם להגדרתה, וכן נסיבה או תוצאה שנגרמה על-ידי המעשה, מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה."

ס"ק 18(ב) לחוק העונשין החיל גזירה שווה על המעשה ועל המחדל הפלילי בתורת התנהגות. לפיכך שלושת פרטי העבירה, או שלושת רכיבי היסוד העובדתי באחריות הפלילית, הם ההתנהגות (ולא אך "מעשה"), הנסיבות והרכיבים התוצאתיים. ס"ק 18(א) הנ"ל רואה ברכיב ההתנהגותי כרכיב חובה הכרחי, אשר אין בלתו לצורך הטלת אחריות פלילית, שכן אין אחריות פלילית בלית מעשה (Nullum Crimen sine Actu)<sup>70</sup>, בעוד הרכיבים הנסיבתיים והרכיבים התוצאתיים אינם בגדר רכיבי חובה הכרחיים, כי אם נדרשים אך על-פי ההגדרה הספציפית בכל עבירה פלילית ספציפית. כך, הרכב חוקי של רכיבי היסוד העובדתי באחריות הפלילית עשוי להיות כל אחד מארבעת ההרכיבים דלהלן:

68 ראו עוד אצל VON SAVIGNY, לעיל ה"ש 47. לניתוח כלכלי של החזקה ולדין השוואתי בהקשר ספציפי זה ראו: Richard A. Posner, *Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession*, 86 VA. L. REV. 535 (2000).

69 ראו לעיל ה"ש 12.

70 ראו בענין זה *People v. Coleman*, 86 N.W.2d 281 (Mich. 1957); *People v. Mehelic*, 504 N.E.2d 1310 (Ill. App. 1987); *Childs v. State*, 864 P.2d 277 (Nev. 1993).

- א – התנהגות;
- ב – התנהגות + נסיבות;
- ג – התנהגות + תוצאה;
- ד – התנהגות + נסיבות + תוצאה.

להרכב היסוד העובדתי באחריות הפלילית כלפי כל עבירה פלילית ספציפית ישנן השלכות מרחיקות-לכת לצורך הטלת האחריות הפלילית. כך למשל, ההבחנה בין עבירות תוצאתיות (הרכבים ג, ד לעיל) לבין עבירות התנהגותיות (הרכבים א, ב) היא בעלת נפקות משפטית מכרעת בתחום היסוד הנפשי. בהתאם להבחנה זו, בעבירות מחשבה פלילית,<sup>71</sup> שהן עבירות תוצאתיות (אשר נדרשת הוכחת קיומו של רכיב תוצאתי במסגרת יסודן העובדתי), מתחייבת הוכחת נדבך ווליטיבי (חפצי) של המחשבה הפלילית (כוונה, אדישות או קלות-דעת) ביחס לתוצאות בנוסף לנדבך קוגניטיבי מורחב (הכולל גם מודעות לאפשרות גרימת התוצאה). לעומת זאת, בעבירות מחשבה פלילית שהן התנהגותיות בלבד (אשר אין נדרשת הוכחת קיומו של רכיב תוצאתי במסגרת יסודן העובדתי), אין מתחייבת הוכחת נדבך ווליטיבי של המחשבה הפלילית, והן מסתפקות בנדבך קוגניטיבי (הכרתי) מצומצם בלבד (מודעות להתנהגות ומודעות לנסיבות). הרכיב ההתנהגותי שביסוד העובדתי באחריות הפלילית עשוי לכאורה להתקיים באחת משתי צורות בסיסיות, בהתאם להוראות סעיף 18 הנ"ל לחוק העונשין:

- א – מעשה;
- ב – אפס-מעשה.

כדי שאפס-מעשה יקיים את דרישת ההתנהגות שביסוד העובדתי, הגבילו הוראות סעיף 18 דלעיל את אפס-המעשה לטיפוס של מחדל פלילי בלבד, קרי: אפס-מעשה, בעוד נקיטת המעשה מהווה "חובה לפי כל דין או חוזה". אפס-מעשה כשלעצמו לא נתפש במסורת המשפטית הליברלית כצורה בת-קיימא וחוקית לרכיב ההתנהגותי שביסוד העובדתי של עבירות מוגמרות.<sup>72</sup> כך, עבירת מחדל פלילי מחייבת הצבעה

71 המחשבה הפלילית, התואמת את עקרון האשם, מהווה את היסוד הנפשי ברירת המחדל של העבירה הפלילית בישראל, בהתאם להוראות הרישא של סעיף 19 לחוק העונשין כלומר: אם אין מוזכרת כל דרישה של יסוד נפשי במסגרת הגדרת העבירה הספציפית, הרי שמדובר בעבירת מחשבה פלילית. המחשבה הפלילית, על תחליפיה הסטטוטוריים, מוגדרת בהוראות סעיף 20 לחוק העונשין וכוללת שני נדבכים: נדבך קוגניטיבי (הכרתי), המתייחס ל"מודעות" לכלל הרכיבים הסטטוטוריים של היסוד העובדתי, כלומר – מודעות להתנהגות, מודעות לנסיבות ומודעות לאפשרות גרימת התוצאה; וכן נדבך ווליטיבי (חפצי), המתייחס לפזיזות או לכוונה ביחס לתוצאה (בלבד).

72 פלר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 394–395 ויש אשר הרחיבו את הדרישה גם ביחס לעבירות נגזרות. לדעה שונה זו ראו, לדוגמא, מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403 (2002); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל" עלי משפט ד

על חובה בדין או חובה מכוח חוזה כדי שזו אכן תהיה בת-תוקף בפליליים, בהתאם להוראות ס"ק 18(ג) לחוק העונשין.

בשלב זה עולה שאלת סיווגה של ההחזקה — כמעשה או כאפס-מעשה. הקושי שבסיווג נעוץ בתפישה הקלאסית של המעשה הפלילי. תפישה זו הועלתה עלי כתב בשלהי המאה התשע עשרה בארצות-הברית על ידי Holmes בספרו,<sup>73</sup> לפיה הגדרת המעשה הפלילי היא בגדר תנועת שריר רצונית ("a willed muscular movement"). הגדרה זו של המעשה הפלילי אפשרה לשקלל פנימה הן את עקרון השליטה שהיה בתוקף אז<sup>74</sup> ואשר קבע, כי לצורך הטלת אחריות פלילית על אדם נדרשת שליטתו בתנועותיו הגופניות, אשר מהוות את התנהגותו הפלילית והן את עקרון ההתנהגות במונחי הקלאסי ("Actus Reus", "Nullum Crimen sine Actu"), לפיו על המעשה הפלילי לקיים סטנדרטים מכאניים פשוטים, ברורים וגלויים לעין, המגולמים ב"תנועת שריר" — תנועה גופנית, הניתנת להבחנה ולמדירה.

בהתאם לתפישה קלאסית זו, נתפש המחדל הפלילי כחריג, אשר יש לצמצמו ככל האפשר בהיותו גם פוגע באוטונומיה של הפרט ומצר אותה.<sup>75</sup> המעשה הפלילי כהגדרתו זו נתפש כחלק מן הכלל, וייתכן אף ככלל עצמו, בעוד המחדל הפלילי נתפש, כאמור, כחריג. כך, ביחס לעבירות מוגמרות שאינן נגזרות, כל אפס-מעשה שלא הגיע כדי מחדל פלילי, הכולל חובת עשה בדין או מכוח חוזה, לא הגיע לרף הפליליות, ועל-כך לא היה בגדר התנהגות ענישה. אפס-המעשה כשלעצמו כבסיס לאחריות הפלילית היווה את הבסיס לקיומן של עבירות המיצב, אשר, כאמור, בוטלו בשיטות המשפט המערביות המודרניות באופן ישיר או עקיף.<sup>76</sup>

אמנם כי כן, הועלו במאות התשע עשרה והעשרים תיאוריות רבות ושונות, המתיימרות להוות חלופות לתפישה הקלאסית של המעשה הפלילי ("תנועת שריר רצונית"). יש אף שנטו להכליל את פעולות החשיבה והמחשבה כחלק מהגדרת

175 (2005); וכן את פסק-דינו של השופט חשין ברע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187 (2002) (להלן: עניין ויצמן) לתחולת קיומן של עבירות המיצב במסורת המשפטית הליברלית בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות, ראו יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 190–196 (1981).

73 HOLMES, לעיל ה"ש 3, בעמ' 54.

74 כיום מעוגנת דרישת השליטה בישראל במסגרת סייג לאחריות הפלילית ("היעדר שליטה") שבהוראות סעיף 134 לחוק העונשין. כך, על הנאשם לעורר כיום ספק סביר שמא התקיים סייג זה נוכח החזקה המשפטית, כי עבירה פלילית מתרחשת בתנאים, בהם אין סייג לאחריות הפלילית, כפי העולה מצירוף הוראות סעיף 34 וס"ק 34(ב) לחוק העונשין. יש הרואים בכך את בטלותו מכללא של עקרון השליטה והחלפתו ביסוד משפטי נגטיבי בדמות הסייג הנ"ל לאחריות הפלילית.

75 ראו בעניין זה, לדוגמא, מרים גור-אריה "חובה פלילית למנוע פשע — אימתי מוצדקת" מחקרי משפט יז 355 (2002).

76 ראו לעיל ה"ש 5, 61 ואת ההפניות שם.

המעשה. כך, למשל, Salmond במהדורה האחת עשרה לספרו<sup>77</sup> טען, כי "... acts are either internal or external. The former are acts of the mind, while the latter are acts of the body... [T]o think is an internal act, to speak is an external act", כלומר: פעולות החשיבה הן מעשה "פנימי", בעוד הוצאת החשיבה אל הפועל בדמות פעולת דיבור מהווה מעשה "חיצוני". Salmond עצמו הסתייג מכך במהדורה השתים עשרה לספרו והשמיט דברים אלה.<sup>78</sup>

בחשיבה המשפטית הקונטיננטלית התפתחו תיאוריות רחבות רבות למעשה הפיליפי, ובהן גם התיאוריה הטלאולוגית של המעשה. פרופסור Hans Welzel שכלל תיאוריה זו והציע לכלול בגבולות מושג המעשה אף את התוצאה, אשר היוותה פועל יוצא של המעשה (ומכאן שמה כתיאוריה טלאולוגית), תוך הידרשות מכוונת לתכלית הפעולה.<sup>80</sup> לתיאוריה זו היו אף מהלכים בחשיבה המשפטית האנגלו-אמריקאית<sup>81</sup> בצד מבקרים רבים.<sup>82</sup> לנסינות אלה הצטרפו נסיונות רבים ושונים להציע חלופות נוספות לתפישה הקלאסית של המעשה,<sup>83</sup> אך אף לא אחד מנסינות אלה התגבש לכלל דוקטרינה מעשית קוהרנטית של מעשה, אשר נתקבלה בשיטת משפט מערבית מודרנית כלשהי. ניתן לומר, כי כיום בכל שיטות המשפט המערביות המודרניות שולטת עדיין התפישה הקלאסית של המעשה, כפי שנוסחה בשלהי המאה התשע עשרה. כך, למשל, בארצות הברית הצעת ה-Model Penal Code משקפת רוח זו בקובעה בסימן קטן 1.13(2) במהדורת 1985 את הגדרת המעשה ("act" or "action") כתנועה גופנית ("bodily movement").<sup>84</sup> בישראל נשתמרה התפישה הקלאסית של המעשה מכוח הלכות המשפט המקובל האנגלי<sup>85</sup> ולאחר כניסתו לתוקף של תיקון מס'

77 JOHN SALMOND, ON JURISPRUDENCE 399 (11<sup>th</sup> ed., 1957)

78 JOHN SALMOND, ON JURISPRUDENCE (12<sup>th</sup> ed., 1966)

79 ראו כנסקר אצל פון סאוויני, FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, OF THE VOCATION OF OUR AGE, FOR LEGISLATION AND JURISPRUDENCE (Abraham Hayward trans., 1831) פון סאוויני ראו Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 B.C. L. REV. 837 (1990); Edwin W. Patterson, *Historical and Evolutionary Theories of Law*, 51 COLUM. L. REV. 681 (1951)

80 HANS WELZEL, DAS DEUTSCHE STRAFRECHT: EINE SYSTEMATISCHE DARSTELLUNG (11 Auflage, 1969)

81 ראו, לדוגמא, GROSS HYMAN, A THEORY OF CRIMINAL JUSTICE 57–61 (1969)

82 ראו, לדוגמא, J. R. Du Plessis, *Hans Welzel's Final-Conduct Doctrine — An Importation from Germany We Could Well do Without*, 101 S. AFRICAN L. J. 301 (1984)

83 ראו, לדוגמא, MICHAEL S. MOORE, ACT AND CRIME: THE PHILOSOPHY OF ACTION AND ITS IMPLICATIONS FOR CRIMINAL LAW (1993); ANTONY DUFF, INTENTION, AGENCY, AND CRIMINAL LIABILITY: PHILOSOPHY OF ACTION AND THE CRIMINAL LAW (1990)

84 THE AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE-OFFICIAL DRAFT AND EXPLANATORY NOTES (להלן: Model Penal Code) 18–19 (1985)

85 ראו בעניין זה יעקב קדמי על הדין בפלילים — חוק העונשין חלק ראשון 27–28 (1994).

39 לחוק העונשין נשתמרה תפישה זו גם על-פי קבלת הגדרתו של פרופסור פלר את המעשה כ"תרומה גופנית-מוטורית של האדם להתהוות העבירה".<sup>86</sup> עם זאת, לכאורה בשיטת המשפט הגרמנית, קובע סימן קטן (II) 11 לקוד הפלילי הגרמני החדש,<sup>87</sup> כי המעשה כולל גם יסודות מנטליים במסגרת אחודה (Tatbestand), אולם אין הדבר כך. הדרישה האחודה הנ"ל מתייחסת להתלוות היסוד הנפשי ליסוד העובדתי במסגרת ה-Tatbestand, וזו גם הדרך המקובלת לפרש את ההסדר.<sup>88</sup> כך מסתבר, כי גם שיטת המשפט הגרמנית שמרה אמונים לתפישה הקלאסית של המעשה.

על רקע זה, כאמור, עולה שאלת סיווגה של ההחזקה. מחד גיסא, החזקה בנכס ספציפי אינה מחייבת תנועת שריר רצונית או כל תנועה כלל. כך, אדם, אשר משלשלים לתוך תא המטען של מכוניתו, בידיעתו, חבילת סמים מסוכנים, ייחשב כמחזיק בחבילת סמים זו אף על-פי שלא נדרש להפעיל כל תנועת שריר רצונית או כל תנועה אחרת. מאידך גיסא, אם מדובר באפס-מעשה, הרי שכדי להפיל את אפס-המעשה יש צורך בהצבעה על חובת עשה מכוח דין או חוזה. אין חובת עשה אפשרית בעבירות החזקה דווקא. אם ייטען, כדי להצדיק קונסטרוקציה משפטית מחדלית כלשהי לעניין ההחזקה, כי חובת העשה בעבירות ההחזקה היא "להימנע מן ההחזקה" של כל נכס ספציפי אשר החזקתו נאסרה בחיקוק הספציפי, הרי שעצם הטלת חובת "עשה" להימנע מביצוע כלשהו סותרת כל גולל על הבחנה אפשרית בין "מעשה" לבין "מחדל", ומכאן שניתן יהיה לייחס לכל מעשה פלילי חובת עשה להימנע מעשייתו (לדוגמא: על האנס מוטלת חובת "עשה" להימנע מלאנוס, על הגנב — מלגנוב וכיוצא באלה). לפיכך אין בנמצא חובת עשה, כמוכנה על פי הוראות ס"ק 18(ג) לחוק העונשין, הניתנת לייחוס להחזקה.

מצב זה, בו לכאורה אין ההחזקה ניתנת לסיווג — לא כ"מעשה" ולא כ"מחדל", שתי הצורות היחידות לביטוי של הרכיב ההתנהגותי — עשוי להוביל בהכרח לפסילתן של עבירות ההחזקה מהיותן נורמות פליליות תקפות בספר החוקים, על-פי הגדרת היסוד העובדתי באחריות הפלילית. המשפט המקובל האנגלי מחזיק בתפישה, לפיה אין ב"החזקה" כדי למלא אחר דרישות היסוד העובדתי באחריות הפלילית, או כי אין ב"החזקה" משום מעשה המספיק דיו כדי למלא אחר דרישות אלה, אלא כי מדובר בסוג של מיצב ("סטטוס") מסוג של "להיות נתון במצב דברים של החזקה" ("being").

86 פלר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 383–384.

87 כנוסחו: "Vorsätzlich im Sinne dieses Gesetzes ist eine Tat auch dann, wenn sie einen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, der hinsichtlich der Handlung Vorsatz voraussetzt, hinsichtlich einer dadurch verursachten besonderen Folge jedoch Fahrlässigkeit ausreichen läßt."

88 לעניין זה ראו אצל NIGEL G. FOSTER, GERMAN LEGAL SYSTEM AND LAWS 204–205 (2<sup>nd</sup> ed., 1996); להשוואת מבנה הדרישה בגרמניה לדין הישראלי ראו אצל מרדכי קרמיצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט 329–333 (1987).

"(in possession)"<sup>89</sup> לפיכך היה צורך בחקיקה ספציפית על-ידי הפרלמנט האנגלי כדי לבסס אחריות פלילית בעבירות ההחזקה, שכן, כאמור, המשפט המקובל האנגלי לא יכול היה לתמוך משפטית את יתדותיו בהן מכוח דיני העונשין הכלליים. היסוד העובדתי, שהוגדר כ"החזקה", עשוי היה לשמש יסוד עובדתי בקשת רחבה של עבירות אפשריות, אולם עצם ה"החזקה" כאחריות פלילית הוגדרה בחקיקה מפורשת, כאמור.

המשפט המקובל האנגלי לא פיתח יוריספרודנטלית את היסוד העובדתי שב"החזקה" בעקבות עבירות ההחזקה הספציפיות, כפי שהוגדרו על ידי המחוקק. פרשנות המשפט המקובל האנגלי היתה, ונתרה, כי אין מדובר בסוג של מעשה ("act") על פי התפישה הקלאסית דלעיל של המעשה, אך גם לא במחדל ולא בסוג חדש ונפרד של יסוד עובדתי. המדובר הוא, כאמור, ב"מצב דברים" ("state of affairs"), אשר בנסיבות ספציפיות מאפשר החוק את הפלתו. נסיבות ספציפיות אלה הן שלוש: נורמה פלילית אוסרת, המהווה חוק פרלמנט<sup>90</sup>; "ידיעה" ("knowledge") שנתקיימה בפועל במחזיק כיסוד נפשי הולם;<sup>91</sup> וכי המחזיק לא התנער תוך פרק זמן סביר מהחזקתו את החפץ.<sup>92</sup>

כך החזקה, אשר החלה כחוקית לחלוטין, עשויה להפוך למופללת גם בעקבות שינוי נסיבות חיצוני למחזיק ואשר למחזיק לא היתה כל יד בדבר, כיוון שלא ביצע כל "מעשה" במובנו הקלאסי כתנועת שריר רצונית.<sup>93</sup> לדוגמא: החפץ כבר היה מצוי ברשותו של אדם, אך ללא ידיעתו. בשלב מאוחר יותר נודע לו על כך. במצב זה הוא ייחשב כמחזיק, אף על פי שלא ביצע כל "מעשה" במובן הפיסי. אולם, כאמור, הדברים נכונים אך אם ניסה המחזיק להתנער מן ההחזקה תוך פרק זמן סביר, אך ללא הצלחה.<sup>94</sup> קווים אלה להגדרת ההחזקה, שהותוו בידי המשפט המקובל האנגלי, הונחלו לחלק ניכר מחבר העמים הבריטי.<sup>95</sup> כך למעשה, לא הכניס המשפט המקובל האנגלי את ההחזקה לגדר הגדרת ה"מעשה", אלא הותירה כהימצאות ב"מצב דברים" ("state of affairs"), אשר בנסיבות הספציפיות דלעיל עשויה הימצאות זו במצב דברים לשמש בסיס לאחריות פלילית.<sup>96</sup>

89 ראו בעניין זה את פסיקת המשפט המקובל האנגלי Heath (1810) Russ & Ry 184; Dugdale RUDI FORTSON, MISUSE OF DRUGS AND DRUG TRAFFICKING OFFENCES ch. 3 (4<sup>th</sup> ed., 2002); כן ראו את הניתוח אצל (1853) 1 El. & Bl. 435, 118 E.R. 499

90 FORTSON, שם.

91 ראו, לדוגמא, Cugullere [1961] 2 All E.R. 343.

92 Burns v. Nowell (1880) 5 Q.B.D. 444, 454 (Eng. C.A.) (להלן: עניין Burns).

93 Buswell [1972] 1 All E.R. 75 [1972] 1 W.L.R. 64.

94 עניין Burns, לעיל ה"ש 92.

95 ראו, לדוגמא, בקנדה את הסקירה בפסק-הדין Levine, [1927] 1 D.L.R. 740 (להלן: עניין Levine).

96 לסקירת המצב במשפט האנגלי בעניין זה ראו במהדורה האחת עשרה משנת 2005 אצל ORMEROD, לעיל ה"ש 4, בעמ' 75; וכן במהדורה השמינית משנת 1996 אצל JOHN SMITH & BRIAN HOGAN, CRIMINAL LAW 47 (8<sup>th</sup> ed., 1996).

במשפט האמריקאי פסיקת בתי המשפט בעבירות החזקה ספציפיות סתה מקו החשיבה שאפיין את המשפט המקובל האנגלי בעניין זה וקבעה באופן כללי, כי אמנם אין בהחזקה משום "מעשה" במובן התפישה הקלאסית כתנועה גופנית ("bodily movement"), וכי אמנם אין מדובר במחדל פלילי נוכח היעדרה של חובת עשה ספציפית להימנע מלחדול, בכל זאת מדובר במעשה לכל דבר ועניין.<sup>97</sup> סיווג עבירות ההחזקה היה סיווג כ"עבירות נמשכות" ("continuing offences"), אשר ביצוען נתפש כנמשך כל עוד פעולת ה"החזקה" מתקיימת<sup>98</sup> וכל זמן שה"מחזיק" לא משך את ידו מביצועה של ההחזקה.<sup>99</sup> קונסטרוקציה משפטית זו התאפשרה בארצות הברית נוכח השפעת שיטות המשפט הקונטיננטליות, לפיהן במוקד ההחזקה עומד מושג השליטה בחפץ המוחזק, כלומר החזקה בחפץ מסוים משמעה שליטה בו ובגורלו.<sup>100</sup> השליטה נתפשה במשפט האמריקאי כאקטיבית מעצם טיבה וטבעה, שכן לפי גישה זו, אדם השולט בדבר מה הוא דומיננטי ופעיל. על כן סיווג ההחזקה כ"מעשה" (אקטיבי) נתפש כפשוט ולא עורר קשיים מושגיים. לדיון במושג השליטה בהקשר ספציפי זה ראו להלן בפסקה ד.1, במסגרת הדיון ביסוד העובדתי בהחזקה.

כך, גם הוראות מהדורת 1985 של הקוד הפלילי לדוגמא בארצות הברית,<sup>101</sup> Model Penal Code, הגדירו מלכתחילה את ההחזקה כמעשה, המוגבל בידיעתו האישית של המחזיק (מעשה מודע) אודות התקיימות שליטתו במושא העבירה.<sup>102</sup> ברי, כי הגדרת ההחזקה כ"מעשה" במהדורה זו נעשתה אגב שימוש במונח השליטה כעומד במוקד ההחזקה. כאמור, השימוש במושג השליטה לצורך אפיון ההחזקה מקורו במסורת המשפטית הקונטיננטלית ובמשפט הרומי.<sup>103</sup> שימוש זה אף חדר לפרשנות המשפטית

97 ראו בעניין זה את קביעות בתי המשפט בארצות הברית, Baender v. Barnett, 255 U.S. 224, 41 S.Ct. 271, 65 L. Ed. 597 (1921); People v. Gory, 28 Cal. 2d 450, 170 P. 2d 433 (Cal. 1919); People v. Cox, 91 Or. 518, 179 P. 575 (Or. 1919); (להלן: עניין Gory).

98 ראו בעניין סיווג זה גם כ"מעשה" גם כ"עבירה נמשכת": United States v. Jones, 533 F.2d 1387 (6<sup>th</sup> Cir. 1976); Johnson v. Morgenthau, 69 N.Y.2d 148, 512 N.Y.S.2d 797, 505 N.E.2d 240 (N.Y. 1987); State v. Zele, 168 Vt. 154, 716 A.2d 833 (Vt. 1998).

99 ראו, לדוגמא, People v. Okafore, 72 N.Y.2d 81, 531 N.Y.S.2d 762, 527 N.E.2d 245 (1988).

100 ראו לעניין זה, לדוגמא, State v. Reeves, 209 N.W.2d 18 (Iowa 1973) (להלן: עניין Reeves); United States v. Morando-Alvarez, 520 F.2d 882 (9<sup>th</sup> Cir. 1975) (להלן: עניין Morando); Miller v. State, 579 P.2d 200 (Okla. Crim. App. 1978) (להלן: עניין Miller).

101 לעיל ה"ש 84.

102 הוראות סימן קטן 2.01(4) למהדורת 1985 של Model Penal Code מגדירות כדלהלן: "Possession is an act, within the meaning of this section, if the possessor knowingly procured or received the thing possessed or was aware of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession" (ההדגשות אינן במקור).

103 ראו לעניין זה אצל ROBINSON, לעיל ה"ש 15, את פרשנות הסימנים 184, 252 לקוד הפלילי הגרמני החדש משנת 1975 (StGB) וכן אצל VON SAVIGNY, לעיל ה"ש 47.

במשפט המקובל האנגלי ולמשפט הישראלי.<sup>104</sup> באופן זה, בו ההחזקה מוגדרת באורח גורף באמצעות מונח השליטה, המהווה מעצם טיבו וטבעו מונח המרמז על אקטיביות מצד המבצע, יקל להגדיר את ההחזקה כ"מעשה", כלומר: כרכיב התנהגותי אקטיבי. לא תיתכן בהקשר זה שליטה "פסיבית".

יחסי שליטה במונח "פסיבי" משמעם להיות נשלט ולא לשלוט. לשלוט באדם או בחפץ, לפי מובנם הפשוט והטבעי של הדברים, פירושו אקטיבי. פישוטם של הדברים הוא כאילו מדובר בשליטה בדרך של החזקה, כלומר: עבירות ההחזקה אוסרות על קיומה של שליטה מסוג מסוים, ושליטה זו באה לידי ביטוי מעשי בדרך של שליטה. משום כך, מהווה ההחזקה, כאחת מדרכי הביטוי של שליטה, "מעשה" אקטיבי. למסקנה זו, אם כי בדרך שונה, מגיע גם פרופסור פלר בספרו.<sup>105</sup> ברי, כי להבנה מעמיקה של סיווג זה יש לתהות על מושג השליטה, כפי שייעשה בפסקה ד.1 להלן.

להשלמת טיפולוגיית ההחזקה כ"מעשה" נציין, כי מבחינת הטיפולוגיה הפנימית של ההחזקה בחלק ניכר משיטות המשפט נכללת הבחנה בין החזקה "ממשית" לבין החזקה "קונסטרוקטיבית".<sup>106</sup> ההחזקה הממשית מתרחשת כאשר כל רכיבי ההחזקה ויסודותיה גלומים במבצע אחד, אשר החזיק בחפץ האסור בהחזקה, לעומת ההחזקה הקונסטרוקטיבית, המתייחסת לריבוי משתתפים בהחזקה, אשר רק אחד מן המשתתפים קיים את יסודות ההחזקה ה"ממשית", וכל המשתתפים האחרים אחראים פלילית להחזקה זו שבידי המשתתף האחד מכוח הסכמות מוקדמות, אף שלא נתקיימו בהם רכיבי ההחזקה — כולם או מקצתם. אחריותו של המחזיק האחד בפועל היא אחריות בהחזקה ממשית, בעוד אחריות יתר המשתתפים היא בהחזקה קונסטרוקטיבית. שיטות המשפט המערביות מזהות גם את ההחזקה הקונסטרוקטיבית, אשר תידון בהרחבה להלן,<sup>107</sup> כמו גם את ההחזקה הממשית — כ"מעשה". זאת מאחר שגם ההחזקה הקונסטרוקטיבית מותנית בשליטה על ידי אחד מחברי הקבוצה העבריינית, אשר שליטתו זו ידועה ליתר חברי הקבוצה ומוסכמת עליהם, עד כי שליטה זו מקרינה עצמה כלפיהם. כך, לסיכום, ההחזקה בדיני העונשין נתפשת כסוג של "מעשה", אף שאין מדובר

104 הגדרת ההחזקה באמצעות מושג השליטה נעשתה כבר במסגרת הוראות סימן 5 לפ"פ, אשר השתמר במסגרת סעיף 2 לחוק העונשין. המונח שננקט בנוסח הפ"פ היה "פיקוח" ו"שמירה", ראו לעיל ה"ש 2. עם קבלת תיקון מס' 39 לחוק העונשין השתמרו הוראות אלה כפי שהן וללא כל שינוי בתוכנו והועתקו לסעיף 34 כד לחוק העונשין כסעיף הגדרות כללי.

105 פלר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 121–141.

106 או החזקה "בכוח". ראו בעניין זה את פסק דינו של השופט ברק בע"פ 250/84 הוכשטט נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 813, 826–828 (1986) (להלן: עניין הוכשטט), אשר לשיטתו נדמה ששאלת ההחזקה בכללה היא שאלה פרשנית. לדידו, תוכנה עשוי להשתנות בין העבירות הספציפיות של ההחזקה. ברי, כי דעה מעין זו מנוגדת לתפישת דיני העונשין כמערכת אחידה, קוהרנטית ולכידה של הדין המהותי בפלילים.

107 להלן בפסקה ד.3.



בהכרח במעשה בעל מאפיינים קלאסיים של תנועת שריר רצונית<sup>108</sup> כגון תנועה גופנית או תרומה גופנית-מוטורית של האדם להתהוות העבירה. בהיות ההחזקה בגדר "מעשה", כפי שהובהר לעיל, ניתן היה לכאורה להסתפק בסיווג זה שבמסגרת היסוד העובדתי לצורך השתלבותה של ההחזקה בדיני העונשין הכלליים. עם זאת, הלכות שונות ראו במסגרת הגדרת ההחזקה ("מעשה") שני רכיבים מצטברים (רכיב פיסי ורכיב נפשי), המהווים תנאי להתקיימותה של ההחזקה. נבחן רכיבים אלה ואת התאמתם לדיני העונשין הכלליים.

#### ד. רכיבי ההחזקה – הדין הקיים והקשיים בו

##### 1. הרכיב הפיסי בהחזקה (corpus possessionis)

עבירות ההחזקה בספר החוקים הישראלי מאופיינות, ככלל, בשימוש בפועל "מחזיק" על הטיותיו השונות ("המחזיק דבר..."<sup>109</sup>, "לא יחזיק אדם..."<sup>110</sup> ועוד), אך זאת ללא הגדרה של פעולות ההחזקה עצמן במסגרת העבירה. בעבירות החזקה מסוימות המחוקק לא השתמש תמיד במונח משורש ההחזקה, אלא במונח משורש ההימצאות, על פי הנוסחה "מי שנמצא ברשותו... ואין לו הסבר סביר..."<sup>111</sup> שאלת הגדרתם של מונחים אלה של החזקה והימצאות היא שאלה נורמטיבית. הגדרת החזקה או ההימצאות טומנת בחובה את הרכיב ההתנהגותי שביסוד העובדתי בעבירות אלה. לכאורה הגדרת מונחים אלה פשוטה, ולפיה "החזקה" היא תפיסה פיסית של הנכס, ו"הימצאות" היא מצבו של הנכס התפוס בידי מחזיקו. הקושי בסוג זה של הגדרה הוא הצטמצמות ההגדרה למונח הפיסי-ישיר של החזקה. כך, כל אימת שעבריינין הסתיר את הנכס האסור בהחזקה במחבוא במקום כלשהו, לא יתקיים הרכיב ההתנהגותי ובכך לא נעברה עבירת החזקה. לפיכך הצטמצמות החזקה למונח הפיסי-ישיר תהפוך את עבירות החזקה לנחלתם של "עבריינים" פשוטים או אקראיים, אם בכלל, בעוד עבריינים מתוחכמים כמעט שלא יבואו לידי ביצוען כלל. כך, לדוגמא, צמצום הגדרת הרכיב הפיסי שבחזקה לכלל מובן פיסי-ישיר יוביל לכך שאדם, אשר חבילת סמים מסוכנים נזרקה לחצרו, ייחשב כ"מחזיק", בעוד אדם, אשר הורה לשליח להניח עבורו את חבילת הסמים המסוכנים בגן ציבורי, לא ייחשב כמחזיק.<sup>112</sup>

108 לעניין רצונית, או וולונטריות, של המעשה ראו: State v. Mishne, 427 A.2d 450 (Me. 1981); State v. Pierson, 201 Conn. 211, 514 A.2d 724 (Conn. 1986); Baird v. State, 604 N.E.2d 1170 (Ind. 1992); State v. Case, 672 A.2d 586 (Me. 1996); State v. Hinkle, 200 W. Va. 280, 489 S.E.2d 257 (W. Va. 1996); State v. Tippetts, 180 Or. App. 350 43 P.3d 455 (Or. App. 2002).

109 לדוגמא: בנוסח סעיף 413 לחוק העונשין. נוסח הסעיף מובא לעיל בה"ש 22.

110 לדוגמא, בנוסח ס"ק 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים, לעיל ה"ש 24.

111 לדוגמא: בנוסח סעיפים 413, 409 לחוק העונשין. נוסח הסעיפים מובא לעיל בה"ש 23.

112 אמנם כי כן, הדוגמא הראשונה כפופה גם להתקיימותו של היסוד הנפשי הנדרש בעבירה

במשפט האנגלו-אמריקאי נפסק פעמים רבות, כי המונח "החזקה" ("possession") יונק את משמעותו מן השימוש היומיומי בו ואין בו כל משמעות משפטית נסתרת.<sup>113</sup> עם זאת, כאמור, קיבל המשפט האנגלו-אמריקאי את התפישה הגורפת, כי במונח החזקה גלומה גם שליטה פיזית ממשית ("actual physical control"),<sup>114</sup> אשר אינה רגעית או זמנית, אך לא הרבה מעבר לכך.<sup>115</sup> כך, למשל, בפרשת *Mijares*,<sup>116</sup> כאשר חברו של הנאשם איכד את הכרתו, הכניס הנאשם ידו לכיס החבר, הוציא משם חבילת סמים מסוכנים והשליכם לרחוב טרם הזעיק עזרה. נפסק, כי הנאשם לא החזיק את הסמים המסוכנים, תוך הנמקה, כי אישומו בהחזקת סמים מסוכנים תהא בגדר אי-צדק בולט. באופן דומה הכריז בית המשפט בארצות הברית, כי אחיזה בלבד ("mere holding") אינה בגדר החזקה.<sup>117</sup> לעומת זאת נפסק, כי נטילה של אלה מידו של מבקר והשלכתה על הספה היא החזקה אסורה של האלה.<sup>118</sup> כך, למעשה, קיבל המונח "החזקה" משמעות שונה מ"שימוש"<sup>119</sup> וניתן היה להרשיע אדם בהחזקה, גם אם לא השתמש בחפץ האסור, כלומר ה"החזקה" אינה מכוננת בהכרח "שימוש" באופן אוטומטי נגזר, וכדי לעבור מ"החזקה" ל"שימוש" נדרשת דרישה עובדתית פיזית נוספת.<sup>120</sup>

הוראות מהדורת 1985 של הקוד הפלילי לדוגמא, בארצות הברית, ה-Model Penal Code, התנו את הגדרת החזקה כ"מעשה" ("act") ברכישה מודעת של החפץ המוחזק לחזקת המחזיק (קניית שליטה מודעת בחפץ המוחזק) או אם היתה מודעת לשליטה

- ("Mens Rea"), מלבד הרכיב הנפשי שבהחזקה ("animus possidendi"). עם זאת, אין הדבר כך לגבי הדוגמא השנייה. אם נפסל העברין מלשמש כ"מחזיק" במישור הפיסי, היסוד הנפשי לא אמור "לפצות" על כך כאשר מדובר בהחזקה ממשית.
- 113 ראו, לדוגמא, *Kramer v. United States*, 408 F.2d 837 (8<sup>th</sup> Cir. 1969), שם נקבע לגבי מונח החזקה: "a common term used in everyday conversation that has no acquired any artful meaning".
- 114 ראו בעניין זה, לדוגמא, *State v. Ellis*, 207 S.E.2d 408 (S.C. 1974) (להלן: עניין *Ellis*); *People v. Garcia*, 197 Colo. 550, 595 P.2d 228 (Colo. 1979). עוד ראו לעניין זה את הסקירה המשפטית אצל WAYNE R. LAFAYE, CRIMINAL LAW 309 (4<sup>th</sup> ed., 2003).
- 115 *State v. Williams*, 211 Neb. 650, 319 N.W.2d 748 (Neb. 1982)
- 116 *People v. Mijares*, 6 Cal.3d 415, 99 Cal. Rptr. 139, 491 P.2d 1115 (1971)
- 117 *Tingley v. Brown*, 380 So.2d 12891 (Fla. 1980), שם נפסק: "mere holding of a crawfish while measuring it to determine if it is a legal size is a superficial possession and is insufficient to support a criminal prosecution for illegal possession..."
- 118 *People v. Norris*, 40 Mich. App. 45, 198 N.W.2d 430 (Mich. App. 1972)
- 119 על אף שבמקרים רבים קיימת זהות באחריות הפלילית של החזקה ושימוש. ראו, לדוגמא, את הוראות ס"ק 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים.
- 120 ראו לעניין זה *Bailey v. United States*, 516 U.S. 137, 116 S.Ct. 501, 133 L.Ed.2d 472 (1995), שם נקבע, כי עבירת השימוש בנוגע לחוק § 924 (c)(1) 18 U.S.C.: "must connote more than mere possession of a firearm by a person who commits a drug offence"; וכך: "'use' denotes active employment rather than mere 'proximity and accessibility'". עם זאת, השור *Taylor v. State*, 679 A.2d 449 (Del. 1996), שם הורחבה משמעות המונח "נשק קטלני" ("deadly weapon") מהחזקה גם באשר לשימוש.

"control") בחפץ לפרק זמן מספיק כדי לסיים את ההחזקה (מתוקף הגדרתה כעבירה נמשכת, המוגדרת באמצעות אקט סיומה).<sup>121</sup> שיטות המשפט הקונטיננטליות, אשר שאבו מן המשפט הרומי בהקשר ספציפי זה (jus possessionis) היו הראשונות<sup>122</sup> אשר הגדירו את ההחזקה הן לצרכים אזרחיים (החזקה כזכות קניינית) הן לצרכים פליליים — באמצעות שני רכיבים: פיסי ונפשי. הרכיב הפיסי מוצא את ביטויו בזיקה הפיסית לנכס כ-corporis possessionis.<sup>123</sup> זיקה זו פורשה כמידת השליטה של האדם בנכס. הרכיב הנפשי השלים את זה הפיסי, והוא יידון בפסקה ד.2 להלן.

גם המחוקק הישראלי צעד בדרך זו, קבע דין זה להגדרת ההחזקה במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי<sup>124</sup> והשתית את הגדרת המונח "החזקה" במובנה העובדתי על הזיקה הפיסית לנכס המוחזק. טיבה של החזקה זו נמדד במידת השליטה. בפלילים, סעיף ההגדרות בחוק העונשין, סעיף 34כד — לשעבר סעיף 2 טרם כניסתו לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין או סימן 5 לפח"פ<sup>125</sup> — חל על כלל העבירות הפליליות, כל עוד אין הוראה אחרת לסתור, מכוח הוראות סעיף 34כג לחוק העונשין. הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין אימצו את הגדרת ההחזקה הקודמת ושילבו אותה במסגרת הוראות התיקון. נוסח ההגדרה הוא כדלהלן:

"החזקה" — שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו; ודבר המצוי בידם או בהחזקתם של אחד או כמה מבני חבורה בידיעתם ובהסכמתם של השאר יראו כמצוי בידם ובהחזקתם של כל אחד מהם ושל כולם כאחד;

כך למעשה אימץ המחוקק הישראלי את השתתת הגדרתו של הרכיב הפיסי ב"החזקה" על השליטה — שליטתו של המחזיק בנכס המוחזק. לפיכך לצורך התקיימותו של הרכיב ההתנהגותי שבעבירות ההחזקה יש להידרש להתקיימותה של השליטה הנ"ל. בשל התרכזותה של הגדרת הרכיב הפיסי במונח השליטה (הפיסית בנכס), נובעים קשיי ההגדרה שביסוד העובדתי בהחזקה. השליטה אינה מונח פשוט וברור. מעצם טבעה היא משתנה ודינמית בהשתנותה בהקשרים ספציפיים, כפי שיובהר להלן, ולפיכך

121 לעיל ה"ש 102.

122 von Savigny, לעיל ה"ש 47.

123 V. Kruse, The Right of Property 433 (1939).

124 ראו, לדוגמא, ע"א 1367/93 דסקו מוצרי עץ (1987) בע"מ נ' אברהם ירון, עו"ד כמפרק זמני של חברת DP Koning Varazdin, פ"ד מט(4) 215 (1996); וכן הוראות סעיף 15 לחוק המקרקעין, הקובעות כדלהלן: "בסימן זה, 'מחזיק' — בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו". המשפט הפלילי מאמץ הגדרות אלה בדרך פטוקה (ראו את עניין הוכשטט, לעיל ה"ש 106) וכן את הגדרת המונח "החזקה" שבסעיף ההגדרות במשפט הפלילי המהותי, סעיף 34כד לחוק העונשין.

125 נוסח החלק הרלוונטי בסימן 5 לפח"פ מובא לעיל בה"ש 2.

אינה מאפשרת הגדרה של נקודה אחת ובסיסית, המהווה את הגרעין ההתנהגותי שבעבירות ההחזקה.

כמה מוצאת את ביטוייה של שליטת אדם בנכס ספציפי. "שליטה" זו עשויה ללבוש צורות רבות ושונות. אם תתייחס השליטה ל"נגישות", כלומר לאפשרות הנתונה בידי אותו אדם להגיע פיסית לאותו נכס, הרי שליטה מסוג זה מצטמצמת לבעלי קרבה פיסית בלבד. אדם, השולט באדם אחר,<sup>126</sup> ואשר האדם האחר הנו בעל נגישות כלפי הנכס — האם ייחשב כשולט בנכס. לעומת זאת, אם תורחב השליטה לכלל הגדרת כל נגישות אינסטרומנטלית, הרי שמעגלי השליטה יהיו רחבים מדי ויובילו להפלת-יתר. באופן זה, כל אירוע, אשר היה בו משום גרימת נגישות למאן שהוא כלפי הנכס, יהיה בו משום שליטה. כך, מן הסתם, גם לגבי כל אחת מן החוליות בשרשרת עד לחפץ עצמו, והכל בכפוף לדרישות היסוד הנפשי. לדוגמא: אדם א מחזיק פיסית בכלי נשק שלא כדין. אדם ב, השולט במעשיו של אדם א מכוח שליטה ארגונית<sup>127</sup> או היררכית אחת, מורה לו להמית את אדם ג, אובייקט עבירת ההמתה. כלום מכוח שליטתו הארגונית של אדם ב באדם א אין לסבור, כי אדם ב שולט גם בנשקו של אדם א, ובכך — גם מחזיק

בו.<sup>128</sup>

השליטה הנה מונח קשה להגדרה גם במובנים כמותיים ואיכותיים. מידת השליטה ועוצמתה אינן אחידות ואינן עשויות מקשה אחת בכל סוגי ההחזקה והשליטה. יחסי שליטה, מבחינת המידה והעוצמה, הם יחסים משתנים ותלויי-נסיבות. קיימות מידות שונות של שליטה וסוגי שליטה בעוצמה שונה כלפי אנשים שונים בסיטואציות שונות. לא מן הנמנע, כי יתקיימו מצבים בהם בין אותם אנשים בדיוק יתקיימו בסיטואציה אחת יחסי שליטה מסוג אחד ובסיטואציה אחרת בין אותם אנשים בדיוק יתקיימו

126 המדובר הוא בשליטה פונקציונלית של אדם אחד באחר, כך שהאחד עשוי לכוון את מעשיו של האחר בהתאם לרצונו. אין מדובר כאן בשליטה חפצית בהכרח, אם כי תיתכן שליטה מכשירית (אינסטרומנטלית) באדם אחר (לדוגמא: דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר, כפי שאומצה במסגרת הוראות ס"ק 29(ג) לחוק העונשין). למהות השליטה הפונקציונלית באדם אחר ראו ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 251 (1996); ע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 403-404 (1997); דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, 25-26 (1998). בקנה מידה רחב יותר במסגרת ארגונית פשיעה ראו אצל מנחם אמיר "פשע מאורגן בין-לאומי: תחילתה של תיאוריה ושיקולי מדיניות" מגמות בקרימינולוגיה: תיאוריה, מדיניות ויישום 639, 640, 642-643, 662-664 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003).

127 לדוגמא: אדם ב הוא ראש ארגון פשיעה, ואדם א הוא עושה דברו הכפוף לו. ראו בעניין זה קרמניצר, לעיל ה"ש 17.

128 במקרים מסוג זה עולה באופן מסתבר שאלת השותפות לדבר-עבירה כבסיס להטלת אחריות פלילית על הנוטלים חלק באירוע עברייני זה. אחת הטענות המובעות ברשימה זו היא, כי חלק ניכר מן הקשיים ומן הבעייתיות שבהחזקה בדיני העונשין עשוי להיפתר על ידי שילוב ההחזקה ועבירות ההחזקה במסגרת דיני העונשין הכלליים, ובכלל זאת — במסגרת דיני השותפות לדבר-עבירה. הצעה זו לפתרון תוצג להלן בפסקה ה.

יחסי שליטה שונים ואף הפוכים במגמתם.<sup>129</sup> לפיכך יש להעלות את שאלת ההגדרה הבסיסית, לפיה מהו הרף המינימלי והבסיסי, מבחינת המידה והעוצמה, של שליטה כדי לקיים את השליטה הנדרשת ברכיב ההתנהגותי שבעבירות ההחזקה. אם יעמוד הרף הנ"ל על שליטה מוחלטת וחד-משמעית, כי אז כל אימת שקיימת אפשרות להרפיה חלקית של השליטה לא תתקיים החזקה בפלילים. לדוגמא: אדם השולט בחפץ, המהווה חוליה בתגובת שרשרת (כגון חומר נפץ הודף, חומר נפץ מתפוצץ, כלי נשק בעל הפעלה מורכבת ועוד) ואשר שליטתו המוחלטת הופרה תוך שבמקביל החלה תגובת השרשרת — האם ייחשב הדבר כאילו שלט אותו אדם בתגובה, על אף ששליטתו התרופפה. מנגד, אם אין מדובר בשליטה מוחלטת, כי אז יש להגדיר באיזו מידה אין היא מוחלטת. יש להניח, כי שליטה ברמה של אפס אינה בגדר "שליטה", אך הטווח שבין שליטה אפס ובין שליטה מוחלטת גדול מאוד.

מונח השליטה קשה גם להגדרה במובנים של מימדי השליטה. בהגדרת השליטה יש לתת את הדעת גם להשלכותיה בזמן ובמרחב: מהו משך השליטה בזמן, רציפותה, היקפה בנכס וכיוצא באלה. האם אדם, השולט אך בחלק מן הנכס, ייחשב כשולט בנכס. כך גם לגבי אדם, אשר שלט בנכס בפרק זמן מסוים (מוגבל) או שלא ברצף. קשיים אלה ואחרים הובילו ליצירת משפט מקובל של פסיקה באשר להגדרת השליטה תחת יצירת הגדרה אנליטית אחודה.<sup>130</sup> לעניין משך הזמן המינימלי הנדרש הושפע המשפט האמריקאי בעיקר מסיווג ההחזקה כעבירה נמשכת — כלומר: עבירה — אשר ביצועה נמשך כל זמן שלא בוצע אקט ספציפי של הפסקתה.<sup>131</sup> באופן זה, במהדורת

129 לדוגמא: אדם א הוא מעסיקו של אדם ב. בסיטואציה הספציפית של יחסי עבודה סביר, כי קיימים יחסי שליטה של אדם א כלפי אדם ב. עם זאת, אם שניהם גם שכנים בבית משותף ואדם ב מונה להיות נציגות הבית המשותף שבסמכותו לגבות את דמי ועד הבית, הרי שבסיטואציה הספציפית יחסי השליטה הם של אדם ב כלפי אדם א. במשפט הפלילי המצב עשוי להיות סבוך אף יותר. כך, למשל, אדם א הוא ראש החברה העבריינית, שבה חבר גם אדם ב. במצב זה לגבי ביצוע הפעילות העבריינית הספציפית בניצוחו של אדם א יתקיימו יחסי שליטה של אדם א כלפי אדם ב. עם זאת, אם לאדם ב מומחיות מקצועית ספציפית, אשר לצורך יישומה עליו לקבוע מצב דברים מסוים או להורות לחברי הקבוצה העבריינית, ובהם גם אדם א, פקודות מסוימות, הרי שביחס לסיטואציה זו יחסי השליטה עשויים להתהפך (משליטה ארגונית-היררכית של אדם א באדם ב לשליטה מקצועית של אדם ב באדם א), אף כי מדובר במסגרת אותה פעילות עבריינית ובמהלך התרחשותה.

130 ראו לעניין זה אצל יהושע ויסמן "החזקה" מחקרי משפט טו 5, 11–12 (1999).

131 לדיון בהגדרת עבירות נמשכות ראו את הוראות סעיף 56 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 115, 140 (להלן: הצעת חוק העונשין משנת 1992), שם הוגדרה "עבירה נמשכת" כ"עבירה שהשלמתה התחילית מותנית בהתמדה מסוימת בזמן של העושה במעשהו, וכל התמדה בו בהמשך דוחה עקב כך, עד להפסקתו, את השלמתה הסופית כעבירה אחת"; בדברי ההסבר צוין, כי "עבירה נמשכת" מצריכה תהליך איכותי סטטי מינימלי לשם השלמתה התחילית וכך היא יכולה להמשיך מבחינת מהותה, מבלי שתהיה נתונה לחלוקה ומבלי ליצור ריבוי עבירות לפי פרקי זמן מסוימים, עד להפסקתה. השינוי היחיד שחל בעבירה עם הימשכותה הוא כמותי, ומתבטא בהיקף העבירה ובחומרתה. שינוי זה הוא קו אופי חיוני

1985 של הצעת ה-Model Penal Code הוצע לאפיין את דרישת הזמן כפרק הזמן, אשר יש בו די כדי לסיים את החזקה,<sup>132</sup> כלומר: פרק הזמן, אשר יש בו די כדי שהחזקה, מתוקף סיווגה כעבירה נמשכת, אכן תוכל להשתכלל (על ידי ביצוע אקט של סיומה). המשפט המקובל האנגלי והמשפט הקנדי נקטו גם הם גישה דומה, תוך קביעה כי מדובר בפרק זמן סביר להשתחרר מן החזקה.<sup>133</sup>

בישראל ובחלק משיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות פיתוח שאלת מימדי השליטה נעשה בעיקר על ידי פסיקת בתי המשפט בעניינים אזרחיים, אשר יובאה גם למשפט הפלילי והושתלה בו. פסיקת בתי המשפט האזרחיים בישראל הקלה בהגדרת השליטה ולא חייבה זיקה פיסית ממשית ותכופה בין המחזיק לבין הנכס.<sup>134</sup> המגמה הכללית בפסיקה האזרחית היתה הקלה בדרישות השליטה לצורך כינון הרכיב הפיסי שבהחזקה עד כדי מונחים של פוטנציאל לשימוש אפשרי בנכס. הצעת ההגדרה של פרופסור פלר בספרו עקבה אחר הפסיקה האזרחית ואכן הציעה לנקוט מונחים של "יכולת" ו"פוטנציאל",<sup>135</sup> כאמור, לפיה יכולתו של האדם להגיע ולמש עשייה פיסית בנכס (פוטנציאל עשייה פיסית) מגלמת את הזיקה הפיסית לנכס. הגדרה מסוג זה היא הגדרה קשה, ובייחוד למשפט הפלילי המודרני.

קיים קושי מובנה בתפישה עליה מושתתת הגדרה זו, אשר לפי תפישה זו ניתן להטיל אחריות בפלילים על אדם בגין יכולת בלתי ממומשת בהכרח (או "פוטנציאל" בלתי ממומש בהכרח). הטלת אחריות פלילית על אנשים בעלי פוטנציאל ספציפי ללא מימושו פוגעת באושיות המשפט הפלילי המודרני, לפיהן אין אחריות פלילית בלתי מעשה ("Nullum Crimen sine Actu"). ענישת אדם בעל פוטנציאל עשייה, אשר לא מימש את העשייה כלל, דומה למיצב;<sup>136</sup> וישנם אף הטוענים, כי שילוב ההגדרות האזרחיות הללו במשפט הפלילי מוביל למצב בו עבירות החזקה הן אכן בבחינת עבירות מיצב ("סטטוס").<sup>137</sup> כפועל יוצא נדונו מספר מקרים במשפט המקובל האנגלי, אשר הפרידו בין שליטה לבין החזקה, לאמור: ייתכן מצב לפיו אדם עשוי לשלוט בנכס

לסוג העבירות הנמשכות – הצטברות כמותית תוך יחידות מבחינת המהות". עוד לעניין זה ראו אצל לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 72, בעמ' 155–156; ש"ז פלר "לעיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה (עבירה רגעית, עבירה נמשכת או עבירת שרשרת)" משפטים י 121, 131 (1980); S. Z. Feller, *The Classification of Crimes in Respect of Continuity*, 2 Isr. L. Rev. 232, 234–246 (1967).

132 המדובר הוא בהוראות סימן קטן 2.01(4) למהדורת 1985 של ה-Model Penal Code, אשר נוסחן המלא הובא לעיל בה"ש 102.

133 עניין *Burns*, לעיל ה"ש 92. ראו גם עניין *Levine*, לעיל ה"ש 95.

134 ראו, לדוגמא, בע"א 592/76 זילנפרוינד נ' גרין, פ"ד לא(1) 813 (1976) ובע"א (מחוזי ת"א) 51/93 עזבון בלושטיין נ' אוסוביצ'יקה, פ"מ התשנ"ה(1) 300 (1994).

135 פלר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 128.

136 פלר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 394–395; וכן ראו לעיל ה"ש 61.

137 ראו, לדוגמא, COLIN HOWARD, STRICT RESPONSIBILITY (1963).

(בייחוד במובן של פוטנציאל בלתי ממומש, אך גם שליטה בפועל) ואין בכך משום החזקה,<sup>138</sup> אולם זהו מיעוט המקרים ואינו מייצג את ההלכה הרווחת. לאור הקשיים בהגדרת השליטה נקטה הפרשנות הפסוקה האמריקאית גישה, המסתייגת מהקניית פרשנות תמטית מהותית למונחי השליטה. פסיקת בתי המשפט בארצות-הברית קבעה גבולות רחבים מאוד לשליטה שבהחזקה, וכפועל יוצא – להחזקה בכללותה, תוך שימוש בכלל פרשני לפיו אין מונחי השליטה מהווים יותר מאשר "תוויות" בידי בתי המשפט לאפיין מצבים עובדתיים נתונים (the terms "dominion" and "control" are nothing more than labels used by courts to "is simply characterize given sets of facts"; וכי מונח השליטה כשלעצמה "not informative in any functional manner".<sup>139</sup> על אף קשיים אלה, אימץ המשפט הישראלי את הגדרת השליטה במונחי הפוטנציאל כממלאת תוכן את החזקה. בעניין הוכשטט<sup>140</sup> נקבע, כי פוטנציאל או יכולת אלה נקבעים אד-הוק על פי נסיבות העניין נוכח קשיי ההגדרה של היסוד העובדתי בהחזקה, במנותק מן הזכויות המשפטיות-קנייניות בחפץ המוחזק. פוטנציאל העשייה הפיסית בנכס אופיין על ידי בית המשפט בשתי אפשרויות חלופיות:<sup>141</sup>

- א. פוטנציאל לקרבה פיסית לנכס המוחזק (וכפועל יוצא גם לשימוש בו, אף כי אין הדבר מחויב); או –  
 ב. פוטנציאל לקביעת גורלו הפיסי של הנכס המוחזק במובנים של זמן ומרחב (היכן יוחזק ואימתי).

מכל מקום, אין נדרשה קרבה פיסית בפועל, אלא פוטנציאל בלבד, כאמור. גם משך הזמן בו קיים פוטנציאל זה לא הוגבל, והוא עשוי להימשך פרק זמן קצר ביותר.<sup>142</sup> כדי שלא יורחב הפוטנציאל, אשר מימושו כרוך בנסיבות מיוחדות ונדירות, לבסיס להטלת אחריות פלילית, צמצם בית המשפט במספר מקרים<sup>143</sup> את החלופה הראשונה אך למצבים שבהם פוטנציאל זה עשוי להיות ממומש "על-פי מהלך העניינים

138 לדוגמא [1974] Q.B. 754 Woodman.

139 ראו לעניין זה, לדוגמא (Mo. 1989) 767 S.W.2d 38 (להלן: עניין Barnett); (3<sup>rd</sup> Cir. 1983) 709 F.2d 863 United States v. Martorano (להלן: עניין Martorano). כן ראו לעניין זה Charles H. Whitebread and Ronald Stevens, *Constructive Possession in Narcotics Cases: To Have and Have Not*, 55 VA. L. REV. 751, 759–760 (1972) ואצל מהדורת 2003 של LaFAVE, לעיל ה"ש 114, בעמ' 309.

140 עניין הוכשטט, לעיל ה"ש 106, בעמ' 823–825.

141 שם. ברי, כי קביעת אפשרויות חלופיות היא הרחבה של פוטנציאל העשייה הפיסית בנכס, שכן כל אחת משתי חלופות אלה עומדת בעינה ומאפשרת היכללות בגדר התקיימות הרכיב הפיסי בהחזקה. התוצאה היא, כי פוטנציאל העשייה הפיסית בנכס הוא קבוצת האיחוד של שתי החלופות. שם.

142 לדוגמא: ע"פ 1335/91 אבו פאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 120, 124 (1992).

הטבעי והרגיל". בכך למעשה הכפיף בית המשפט את הגדרת היסוד העובדתי בהחזקה לסטנדרטים אובייקטיביים של סבירות והסתברות קרובה, ממשית ואפשרית. דומה, כי בית המשפט ערך היקש וגזירה שווה בין הגדרת ההחזקה לבין בעיה אחרת, קשה אף יותר, היא בעיית הגדרת האחריות הפלילית של פונקציונרים בכירים בארגוני פשיעה, המרוחקים מן הזירה העבריינית, אך שולטים במתרחש בה מרחוק. בעניין זביידה<sup>144</sup> נדרש בית המשפט לעניין זה באופן מדויק כאשר קבע, כי "אין הכרח כי הנכס יימצא בקרבתו הפיסית המיידית של 'המחזיק', ובלבד שבידי 'המחזיק' תישמר היכולת להפעיל את שליטתו בנכס".<sup>145</sup> קרי: מדובר בשליטה פונקציונלית, אך פוטנציאלית מצד המחזיק כלפי הנכס המוחזק. קונסטרוקציה משפטית דומה ביותר שימשה את בית המשפט בעניין אחריותם הפלילית של פונקציונרים בכירים בארגוני פשיעה, כאמור.<sup>146</sup> יתר על כן, ביטול כל צורך בזיקה קניינית-חוקית לנכס, לרבות כאשר מדובר בנכס בלא זכויות קנייניות של המחזיק, המצוי במרחב בלא זכויות קנייניות של המחזיק – וכל זאת למשך זמן קצר ביותר<sup>147</sup> – הרחיב עד מאוד את יריעת האחריות הפלילית ביחס לאפיונה של הזיקה הפיסית הנ"ל בנכס.

הרחבה זו יצרה בעיה נוספת מסתברת, אשר אלמלא הרחבתה של הגדרת הזיקה הפיסית לנכס לכדי פוטנציאל רחב מעין זה, סביר כי לא היתה עולה כלל. בעיה זו נסבה על נכסים אסורים בהחזקה, הגלויים לעין והמצויים ברשות הרבים. כך, לדוגמה, חבילת סמים מסוכנים או כלי נשק ספציפי המצויים בגן ציבורי הם גלויים לעיני כל ואשר טיבם ומהותם ידועים לכל. אם אכן הסתפק המשפט הפלילי בהגדרת הזיקה הפיסית לנכס לצורך ההחזקה במונחי פוטנציאל בלתי ממומש בלבד, כי אז אדם, אשר נגלו לעיניו חפצים אלה ואשר טבעם היה ידוע, הרי שנתקיים בו הרכיב הפיסי שבהחזקה. יש לציין, כי הכפפת ההפללה במקרה זה לדרישת יסוד נפשי (במשמעו כ-"Mens Rea" ולא כ-"animus possidendi") לא היתה מעלה ולא היתה מורידה, משום, שכפי שיפורט להלן, היסוד הנפשי הנדרש בעבירות ההחזקה מתמצה במודעות בלבד, אשר בדוגמא דלעיל, מצויה במוחם של העוברים והשבים. לפיכך היה על פוטנציאל העשייה הפיסית בנכס (פוטנציאל בלתי ממומש) להכפיף את עצמו לסטנדרט מצמצם אחר, אשר ימנע את הפללת הרבים. דרך אפשרית אחת היא

144 עניין זביידה, לעיל ה"ש 32.

145 שם, בעמ' 890–891 (ההדגשה אינה במקור).

146 למקורה של קונסטרוקציה משפטית זו ראו אצל קרמניצר, לעיל ה"ש 17; וליישומה כהלכה מחייבת בפסיקת בית המשפט העליון ראו את פסק דינו של הנשיא ברק בע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 239 (1996). עם זאת, ראו גם את הביקורת על קונסטרוקציה משפטית זו אצל גור-אריה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 40 וכן בפסיקה את פסק דינו של השופט מצא בבית המשפט העליון בדנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, 25–26 (1998), את פסק דינו של השופט בנימיני בעניין ברגותי, לעיל ה"ש 14 ואת עניין מריאן, לעיל ה"ש 14.

147 עניין זביידה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 890–891.



באמצעות הטלת חובת עשה פוזיטיבית על העוברים והשבים לצורך סילוק הפוטנציאל עבור הרבים, למשל: העברת החפץ לידי רשויות אכיפת החוק. על אפשרות זו להתגבר על שני קשיים מרכזיים:

- א. סילוק הפוטנציאל הנ"ל מחייב את המסלק לממש את פוטנציאל העשייה הפיזית בנכס על ידי החזקה פיזית של הנכס ולעתים אף שימוש בו. בכך יחטא היחיד באופן ודאי על פי חוק כדי למנוע אותו חטא עצמו מן הרבים, אם בכלל. מצב זה של ביצוע עבירה פלילית בחסות החוק (ואף מעבר לכך – הטלת חובה פוזיטיבית לעבור עבירה פלילית) אינו רצוי ואף מסוכן במצבים רבים. לדוגמא: ריבוי עוברים ושבים, החפצים בציות לחוק, המחייבם לעבור על החוק (האחר, האוסר את ההחזקה): על מי מהם בדיוק מוטלת החובה ומהו דינו של ה"מוותר" על חובה זו לטובת עובר ושב אחר הימנו.<sup>148</sup> וכן לעניין ברירת הדין: מהו הדין העדיף – עבירת ההחזקה, שאזי אין לממש את הפוטנציאל, או עבירת הסילוק, שאזי קיימת החובה לממש את הפוטנציאל.<sup>149</sup>
- ב. במסורת המשפטית הליברלית הטלת חובות עשה כשלעצמה אינה רצויה, ונעשית במשורה.<sup>150</sup> כך עבירות המחדל הפלילי<sup>151</sup> הן מצומצמות הן בהיקפן הן במספרן. הדברים אמורים ביתר-שאת לגבי מחדלים פליליים של מניעת עבירות, לדוגמא: אי-מניעת פשע.<sup>152</sup> בעיה זו מחריפה לא כל שכן, כאשר מדובר בהטלת חובת עשה לעבור עבירה פלילית.

148 כך, למשל, קיומה של חבילת סמים מסוכנים במקום גלוי בגן ציבורי הומה אדם תגרום לכל המצויים בטווח גישה לחבילה להיכלל בגדרה של החובה הפוזיטיבית לסלק את החבילה ולהעבירה לידי רשויות אכיפת החוק. מאחר שהמשפט הפלילי אינו ניתן להתניה או לויתור בהקשר זה, הרי שהסכמת עובר אורח לוותר על התפקיד שבסילוק המפגע היא עבירה פלילית כשלעצמה מסוג מחדל פלילי.

149 כך, לדוגמא, קיומה של חבילת סמים מסוכנים בטווח גישה של אדם – מחד גיסא, מטיל עליו חובה לסלקו מכוח חובת עשה ספציפית שבדין, ומאידך גיסא, אוסר עליו לשלוט בחבילת הסמים, שמא יעבור עבירת החזקת סמים מסוכנים. הדילמה שבפניה יהיה אותו אדם מצוי היא, מהו הדין הרלוונטי במתקל דינים זה, כלומר: שאלת ברירת הדין.

150 ראו בעניין זה אצל לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 72, בעמ' 157–161, 163–166.

151 כאמור, מבנה היסוד העובדתי באחריות הפלילית כולל רכיב של התנהגות, העשוי ללבוש צורה של "מעשה" או של "מחדל", בהתאם להוראות ס"ק 18(ב) לחוק העונשין. ההגדרה הסטטוטורית של המחדל הפלילי היא "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה", כפי הוראות ס"ק 18(ג) לחוק העונשין. ראו בעניין זה ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001).

152 ראו בעניין זה שחר, לעיל ה"ש 2 וגור-אריה, לעיל ה"ש 75. לעניין סלידת בתי המשפט מהטלת אחריות פלילית בעבירה זו ראו United States v. Worcester 190 F.Supp 548 (Mass. Dist. 1960). בפסיקה הישראלית ראו את פסק-דינו של השופט ח' ה' כהן בע"פ 496/73 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 714, 718 (1974).

משום כך נקטו שיטות משפט רבות, ובהן שיטת המשפט בישראל, בצמצום הפוטנציאל הנ"ל בדרך של הכפפתו לתנאי של "בלעדיות". דרישה זו של בלעדיות השליטה עוצבה בישראל על ידי השופט אגרנט בעניין מוסטפה,<sup>153</sup> כפי שיובאה דרישה זו מן המשפט המקובל האנגלי.<sup>154</sup> משמעות תנאי זה של בלעדיות היא, כי אין השליטה מתקיימת "במקום שליותר מאדם אחד היכולת להגיע לעשייה פיסית בו או לקבוע את גורלו",<sup>155</sup> כלומר: נדרש, כי פוטנציאל זה יהא עשוי להתקיים אך בגורם אחד. על פי גישה זו, ריבוי גורמים עשוי לכאורה לפסול את קיומו של הרכיב הפיסי בהחזקה. דרישת תנאי זה של "בלעדיות" מעמידה שני קשיים נוספים באשר לביצוע עבירת ההחזקה על ידי ריבוי משתתפים:<sup>156</sup>

- א. ריבוי מתואם של משתתפים: ביצוע עבירה בצוותא-חדא, אשר בכל אחד מן המשתתפים מתקיים הפוטנציאל לעשייה פיסית בנכס, עשוי לפגוע בעצם הפללת המעשה. על קושי זה ניתן להתגבר על ידי ראיית המבצעים בצוותא כגוף אחד (בצוותא חדא), אשר כל חברי גוף זה מהווים אורגנים בו, ואזי פיקטיבית, מתקיים תנאי הבלעדיות, אם כי קבע בית המשפט בעניין מוסטפה הנ"ל כי מדובר ב"אדם" אחד.<sup>157</sup>
- ב. ריבוי בלתי מתואם של משתתפים: קיומו של נכס האסור בהחזקה, המשמש מושא למימוש פוטנציאל על ידי מספר גורמים, אשר אינם מתואמים בינם לבין עצמם. לדוגמא: שני אנשים צופים בנפרד וללא כל קשר ענייני ביניהם בנפילתה האקראית של חבילת סמים מסוכנים למקום מסתור ספציפי. כל אחד מהם אינו יודע על ידיעתו של האחר וכל אחד מהם בטוח, כי הוא היחיד היודע על מיקומה של החבילה. דוגמא אחרת היא דוגמת הגן הציבורי דלעיל. מצב זה הושאר בצריך עיון בעניין הוכשטט,<sup>158</sup> ואילו בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות המסקנות לא היו אחידות.<sup>159</sup>

153 ע"פ 148/51 מוסטפה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו(1) 581 (1952) (להלן: עניין מוסטפה).

154 ראו בעניין זה, לדוגמא, Sullivan v. Earl of Caithness [1976] 1 All E.R. 844.

155 עניין מוסטפה, לעיל ה"ש 153, בעמ' 584.

156 למעשה קיימים מצבים נוספים, שהם הרכבות אפשריות של שני המצבים הבסיסיים. נסקור שניים מהם: המצב השלישי הוא ריבוי בלתי מתואם של גורמים מתואמים. המדובר הוא למעשה בריבוי בלתי מתואם של "משתתף", אשר כל "משתתף" הוא למעשה קבוצה המחזיקה בצוותא-חדא בנכס האסור בהחזקה או שקיים בכל קבוצה בצוותא-חדא פוטנציאל עשייה בנכס הספציפי. המצב הרביעי הנוסף הוא ריבוי בלתי מתואם של גורמים בלתי מתואמים, אך אין מצב זה שונה במהותו מן המצב השני ("ריבוי בלתי מתואם של משתתפים").

157 עניין מוסטפה, לעיל ה"ש 153, בעמ' 584.

158 עניין הוכשטט, לעיל ה"ש 106, בעמ' 826.

159 כך, למשל, בארצות הברית הוכרע בפרשת Ritter v. Commonwealth, 210 Va. 732, 173 S.E.2d 799 (Va. 1970) כי במצב זה מתקיים הרכיב הפיסי של ההחזקה. לעומת זאת,

באוסטרליה הוכרע אחרת בפרשת Moors v. Burke [1919] V.R. 138.

ההתגברות על הקושי ביחס לריבוי בלתי מתואם של משתתפים הנה מורכבת יותר מאשר ביחס לגורמים מתואמים, הפועלים כגוף אחד. אם תופרד האחריות של כל אחד מן הגורמים, כאילו היה כל גורם עומד בפני עצמו ובלעדי פוטנציאל העשייה בנכס כשלעצמו, הרי שבכך למעשה אויין לחלוטין תנאי הבלעדיות, שכן כל עובר ושב בגן ציבורי, המבחין בחבילה של סמים מסוכנים – הוא, כשלעצמו ובהתעלם מן האחרים, מהווה גורם בלעדי. עם זאת, ברי, כי מספר גורמים "בלעדיים" הנו מושג בעל סתירה פנימית או אמירה מנגידת-מציאות ("counterfactual assertion"), ובכך, למעשה, מקיץ הקיץ על תנאי הבלעדיות. המשפט האמריקאי נקט בגישה קיצונית בעניין זה ודחה לחלוטין את דרישת הבלעדיות. ההלכה הרווחת היא כי נגישות של מספר גורמים אינה פוסלת את שליטתו של אחד מהם.<sup>160</sup>

פרופסור פלר התנגד נחרצות לקיומו של תנאי הבלעדיות בהיותו מיותר ובלתי מדויק.<sup>161</sup> בעניין הוכשטט הנ"ל נקבע, כי "אדם אינו שולט בחפץ, הנמצא ברשות הרבים, שכן כל עובר אורח יכול ליטול אותו".<sup>162</sup> כאן בדיוק עולה השאלה הקשה, האם לא התקיים פוטנציאל העשייה הפיסית בנכס בידי "כל עובר אורח". פרופסור פלר הבחין בין חפץ ברשות הרבים ובין חפץ שהוא רשות הרבים. לדידו, המונח האחרון מהווה כינוי לחפץ שהוא הפקר בעוד הראשון הנו אך סממן למיקומו ללא קשר לפוטנציאל העשייה הפיסית. בהתאם לגישתו, כל שליטה היא בלעדית, אף אם החפץ מצוי ברשות הרבים, אך אם החפץ הוא רשות הרבים, אין מתקיימת בו שליטה (בלעדית) של מאן דהוא. גישתו זו של פרופסור פלר נמנית עם סוגי גישות, הרואות ב"שליטה" – לא זיקה בין האדם לבין החפץ, אלא בין אדם לבין הסובבים אותו ביחס לחפץ, כך שהחפץ אינו צד לזיקה, אלא מושאה בלבד.<sup>163</sup> הקושי שבסוג זה של גישות נעוץ בדרישה המשתמעת, כי המבצע יקיים אינטראקציה חברתית כלשהי, ולו מינימלית, בינו לבין הסובבים אותו (הצד שכנגד לזיקה זו). דרישה זו אינה מחויבת מציאות ואינה הכרחית לצורך הטלת אחריות פלילית בעבירות החזקה. לדוגמא: אדם, המצוי במקום מבודד והיוצר כלי נשק מסוכן כשלעצמו, בלא הימצאותה של חברה אנושית כלשהי בקרבתו.

160 ראו לעניין זה, לדוגמא, עניין *Reeves*, לעיל ה"ש 100; עניין *Morando*, לעיל ה"ש 100; עניין *Miller*, לעיל ה"ש 100; *People v. Ireland*, 348 N.E.2d 277 (ill. App. 1976); לעיל ה"ש 100; עניין *Ireland*; *State v. McCoy*, 561 A.2d 582 (N.J. 1989); (להלן: עניין *McCoy*).  
 161 פלר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 130–132. עוד ראו לעניין זה בע"פ 4533/07 אזרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.10.2007) בפסקה 13 לפסק-הדין, שם נדרש בית המשפט לשאלת הבלעדיות כתנאי "מיותר, ואף עלול לגרום לשיבושים", אך נמנע מלהחליט בעניין.  
 162 עניין הוכשטט, לעיל ה"ש 106, בעמ' 825.  
 163 פלר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 130.

## 2. הרכיב הנפשי בהחזקה (animus possidendi)

ההחזקה, כזכות קניינית במשפט האזרחי, בנויה שני רבדים: הרובד האחד הוא הרובד הפיסי, המוצא את ביטויו בזיקה הפיסית לנכס (corpus possessionis); והרובד האחר הוא רובד נפשי. כפי האמור לעיל, אימץ המשפט הפלילי את הגדרות המשפט האזרחי לעניין רכיבי ההחזקה. אימוץ הרכיב הנפשי בהחזקה היה מורכב יותר במהותו ובתוכנו לעומת אימוץ הרכיב הפיסי. המשפט הרומי ראה ברובד הנפשי בהחזקה דרישה, כי על המבצע להחזיק בנכס מתוך הלך נפש כאילו היה בעליו ולנהוג בו מנהג בעלים, כפועל יוצא. דרישה זו במשפט הרומי הוכרה כ-animus domini.<sup>164</sup> במסגרת זו הושם דגש על זכות הקניין של האדם ביחס לנכס (בעלות) כבסיס ליחס הנפשי הבא בעקבותיה, כלומר: לפי בעלותו של האדם בנכס, היחס הנפשי שלו כלפי הנכס הוא של מנהג בעלים ומוצא את ביטויו בזיקה נפשית של animus domini.

עם זאת, עם התפתחות השיטות המשפטיות המבחינות הבחנה ברורה בין ריבודן של הזכויות הקנייניות השונות במשפט האזרחי, ובכלל זאת הבחנת הבעלות מן ההחזקה והדגשת שונותן, פיתחו שיטות משפט אלה דרישת יחס נפשי, העומדת על הרצון להחזיק בנכס תוך מניעת החזקה מצדם של אחרים, גם ללא בעלות בהכרח, תוך ידיעה על קיומה של עצם ההחזקה, כלומר: animus possidendi. גישה זו התפתחה באופן בולט במשפט המקובל האנגלי ובמשפט הגרמני,<sup>165</sup> בעוד חלק משיטות המשפט הקונטיננטליות, ובעיקר זו הצרפתית, נותרו נאמנות לגישת המשפט הרומי ודרשו זיקה נפשית, המכוונת לבעלות או לזכות קניינית קרובה.<sup>166</sup> בשיטות משפט אלה נדרשה ידיעה בדבר קיומה של עצם ההחזקה כרכיב הנפשי של ההחזקה. במילים אחרות: הרכיב הנפשי בהחזקה (animus possidendi) התייחס לרכיב הפיסי בה (corpus possessionis) והשלימו. שני רכיבים אלה יחדיו יצרו את מהותה של ההחזקה. גישה זו, כאמור, אומצה מן המשפט האזרחי למשפט הפלילי.

לכאורה באופן נגזר ניתן היה לצפות, כי על הרכיב הנפשי הנ"ל להיות זהה ליסוד הנפשי שבאחריות הפלילית ביחס לעבירות ההחזקה (Mens Rea), אך לא כך היה הדבר. פסיקת בתי המשפט בישראל טרם כניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין דחתה את הפרדת הרכיב הנפשי (מן היסוד העובדתי) והכללתו במסגרת

164 ויסמן, לעיל ה"ש 130, בעמ' 14.

165 REINOLD NOYES, THE INSTITUTION OF PROPERTY: A STUDY OF THE DEVELOPMENT, SUBSTANCE AND ARRANGEMENT OF THE SYSTEM OF PROPERTY IN MODERN ANGLO-AMERICAN LAW 300 (1936); D. R. Harris, *The Concept of Possession in English Law*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE (FIRST SERIES) 86 (1961).

166 כך הוא, למשל, המשפט הצרפתי, אשר לפיו שוכר או מקבל המשכון אינם בגדר מחזיקים לעניין זה, אלא בעלי זכות detention בלבד. זאת, לעומת המשכיר או הממשכן, אשר ייחשבו גם כמחזיקים. ראו בעניין זה MARCEL PLANIOL ET GEORGES RIPERT, TRAIT PRATIQUE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS 161 (2<sup>eme</sup> ed., 1952).

היסוד הנפשי וקבעה, כי עבירות ההחזקה הן בגדר חריג, אשר במסגרת בחינת היסוד העובדתי בהן יש לבחון הן את הרכיב הפיסי (corpus possessionis) הן את הרובד הנפשי (animus possidendi). כל זאת, במסגרת רכיב השליטה שביסוד העובדתי<sup>167</sup> ובנפרד מן הדרישה הכללית של יסוד נפשי באחריות הפלילית (Mens Rea) ונוסף עליה. נראה, כי החשש המרכזי, אשר הימנו נבעה יצירת חריג זה, היה נעוץ בפתיחת אפשרויות של עבירות החזקה מסוג רשלנות<sup>168</sup> או איסור מוחלט,<sup>169</sup> אשר תיתכנה אגב ההפרדה העניינית בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי.<sup>170</sup> על סמך פרשנות זו אף נוצרו חזקות נגזרות בנוסח "הלכה פסוקה היא שמציאת סם מסוכן ברשותו של אדם יוצרת חזקה שבעובדה, כי הוא ידע על קיומו של אותו סם". (ההדגשה אינה במקור).<sup>171</sup>

167 ראו בעניין זה, לדוגמא, ע"פ 447/87 אדרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 529, 533 (1988); וכן את דעת המיעוט של השופט ברק בעניין הוכשטט, לעיל ה"ש 106, בעמ' 820.

168 הרשלנות מהווה את היסוד הנפשי, המגלם את היחס הנפשי האובייקטיבי של עובר העבירה. עיקרה של הרשלנות הוא בהתאמת התנהגותם של פרטים לסטנדרט התנהגותי המעוגן בתיבות "אדם מן היישוב". כיום קבועה הרשלנות כיסוד נפשי במסגרת הוראות ס"ק 21(א) לחוק העונשין, הקובעות: "רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד – (1) שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור; (2) שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר". נוכח היותה של הרשלנות בגדר חריג לעקרון האשם (Nullum Crimen sine Culpa), אשר עקרון האשם מגולם ביסוד הנפשי מסוג "מחשבה פלילית" ומהווה את הכלל, בהתאם להוראות סעיף 19 לחוק העונשין, הוגבלה תחולת הרשלנות אך לגבי עבירות מסוג "חטא" ו"עוון" במסגרת הוראות ס"ק 21(ב) לחוק העונשין; ואף אם מדובר בעבירה שנחקקה טרם כניסתו לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, תתקן הענישה בעבירה לשלוש שנות מאסר בלבד כעונש מרבי, בהתאם להוראות תיקון מס' 43 לחוק העונשין, כפי שמצאו את ביטוי בסעיף 90 לחוק. למהותה של הרשלנות ראו אצל עדי אזור אשמה, פזיזות ורשלנות במשפט הפלילי 58–69 (1999).

169 האיסור המוחלט הוא החריג הקיצוני ביותר לעקרון האשם. במסגרת האיסור המוחלט אין נדרש כלל יסוד נפשי כדי להטיל אחריות פלילית, אלא די בהתקיימות רכיבי היסוד העובדתי בעבירה. אחריות פלילית זו ללא אשם פינתה את מקומה לאחריות הקפידה במסגרת הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין. אחריות הקפידה גלומה בהוראות סעיף 22 לחוק העונשין. הגדרת אחריות הקפידה היא במסגרת הוראות ס"ק 22(א) לחוק העונשין הקובעות, כי "אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות". לכאורה אין הבדל בין האיסור המוחלט לבין אחריות הקפידה, שכן אין נדרשת הוכחת יסוד נפשי כלשהו בהם. עם זאת, הוראות ס"ק 22(ב) לחוק העונשין יוצרות את השוני על ידי קביעת הגנה (ולא סייג לאחריות הפלילית), אשר עול הוכחתה רובץ על כתפי הנאשם ברמת שכנוע של הטיית מאזן ההסתברויות, כי "נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה". עוד ראו בעניין זה רע"פ 26/97 לקס נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 673 (1998); רע"פ 7861/03 מדינת ישראל נ' המועצה האזורית גליל תחתון, פדאור 06(10) 59 (2006).

170 ראו בעניין זה אצל קדמי, לעיל ה"ש 85, בעמ' 38.

171 כלומר: מתוך עצם קיומו הבסיסי של היסוד העובדתי מוסק מניה וביה גם קיומו של היסוד

פרשנות זו לא שונתה על ידי הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין או בעקבות כניסתן לתוקף. באופן זה נדרשה למעשה דרישת יחס נפשי (של *animus possidendi*) במסגרת היסוד העובדתי (*Actus Reus*) ונוסף על כך נדרשה גם דרישת יחס נפשי במסגרת היסוד הנפשי (*Mens Rea*), וכל זאת כלפי אותו אובייקט.

הקושי שבהותרת פרשנות משפטית זו על כנה הוא קושי כפול: מחד גיסא, בהתאם לדיני העונשין הכלליים שבשיטות המשפט המערביות המודרניות, על היסוד העובדתי באחריות הפלילית להיות יסוד אובייקטיבי-פיסי ולא יסוד הכרוך ברכיבים סובייקטיביים-נפשיים, אשר להם יוחדו ההוראות בדבר היסוד הנפשי באחריות הפלילית.<sup>172</sup> "חריג" זה של עבירות ההחזקה שובר את המרקם הפשוט של הבחנה זו. מאידך גיסא, ובהמשך לקושי הראשון, אם אכן מגלם היסוד העובדתי בהחזקה רכיב נפשי, המתמזה בידיעה קוגניטיבית על עצם קיומה של השליטה או על החזקת הנכס המוחזק, ייצור הדבר כפילות בדרישת היסוד הנפשי, עד כי יאבד הדבר ממשמעותו הראשונית. כלומר: פרשנות משפטית זו מחייבת דרישה כפולה של יסוד נפשי: האחת, במסגרת הרכיב הנפשי שבהחזקה (*animus possidendi*), המוצאת את ביטויה בעיקר בידיעה כלפי הרכיב הפיסי שבהחזקה (*corpus possessionis*); והשנייה, היא במסגרת היסוד הנפשי הכללי (*Mens Rea*), הנדרש ביחס ליסוד העובדתי בעבירה (*Actus Reus*), הכולל בין היתר, גם את הרכיב הנפשי הנ"ל. ייתכן שפרשנות זו היתה מתאימה למשפט האזרחי, אולם מבנה האחריות הפלילית מתקשה לקבל פרשנות מעין זו.

נבהיר את הדברים: נניח, כי עבירות ההחזקה הן עבירות מחשבה פלילית, הדורשות ידיעה ביחס לרכיבי ההתנהגות והנסיבות שביסודן העובדתי, כמתחייב מהיעדר דרישת תוצאה במסגרת יסודן העובדתי.<sup>173</sup> אם אכן כולל היסוד העובדתי שבעבירות ההחזקה — כפי הפרשנות המקובלת — רכיב נפשי של "ידיעה", הרי שיתכנו ארבעה מצבים אפשריים<sup>174</sup> נוכח הגדרת המבנה של המחשבה הפלילית בישראל כדרישת יסוד נפשי

הנפשי בנשימה אחת. ראו את הדברים בע"פ 112/89 כ"אל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 459, 465 (1991).

<sup>172</sup> בישראל תפשה זו מוצאת את ביטויה כיום בנוסחו של ס"ק 18(א) לחוק העונשין ובפרשנותו המקובלת של היסוד העובדתי באחריות הפלילית. ראו בעניין זה אצל לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 72, בעמ' 211 ואצל SMITH & HOGAN, לעיל ה"ש 96, בעמ' 31-33.

<sup>173</sup> הוראות סעיף 19 לחוק העונשין יצרו בין היתר, הסדר של ברירת מחדל ביחס ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה פלילית. אם ההגדרה הספציפית של העבירה אינה מייחדת דרישה של יסוד נפשי ספציפי, קובעות הוראות הרישא של סעיף 19 הנ"ל, כי מדובר במחשבה פלילית, כהגדרתה בהוראות סעיף 20 לחוק העונשין.

<sup>174</sup> מדובר ברמת הבסיס בארבעה מצבים אפשריים לפחות, מאחר ביחס לאובייקט המודעות מתקיימים שני מצבים (ידיעה/ אי-ידיעה) ומאחר שביחס למודעות עצמה מתקיימים שני מצבים (מודעות/ אי-מודעות). זוהי רמת הבסיס, מאחר שהיא מניחה תשובות בינאריות לשאלת המודעות ולשאלת האובייקט. קבלת התפישה, לפיה אין מדובר במודעות מונוליתית, אלא מודעות שקיימים בה גוונים, תוסיף על ארבעת מצבים אלה גם מצבים נוספים. מכל מקום,

ביחס לרכיבים מרכיבי היסוד העובדתי.<sup>175</sup> מצבים אלה מתייחסים להתקיימות היסוד הנפשי (Mens Rea) ביחס להתקיימות הרכיב הנפשי בהחזקה (animus possidendi):

- (1) מודעות ביחס לידיעה;<sup>176</sup>
- (2) אי-מודעות ביחס לידיעה;
- (3) מודעות ביחס לאי-ידיעה;
- (4) אי-מודעות ביחס לאי-ידיעה.

שאלה לא פשוטה, כפועל יוצא, היא, מהי המשמעות הנורמטיבית של כל אחת מן האפשרויות עבור מבצע העבירה. אך שאלה לא פשוטה עוד יותר היא, על מה נסב בידולן של כל אחת מאפשרויות אלה זו מזו.<sup>177</sup> האם אכן לכך כיוונו דיני העונשין, בהפרידם את היסוד העובדתי האובייקטיבי מן היסוד הנפשי. נראה שלא כן הדבר. מצב זה הוא תולדה של יישום הלכות המשפט האזרחי בעניין זכות ההחזקה האזרחית בדיני העונשין ללא ביצוען של התאמות מתבקשות למבנה האחריות הפלילית – מבנה המבחין בין יסוד עובדתי ליסוד נפשי כשני יסודות נפרדים של האחריות הפלילית והדורש את התקיימות היסוד הנפשי ביחס לזה העובדתי, ובסדר זה בלבד.<sup>178</sup> דומה, כי מצב זה מתקיים גם בשיטות משפט זרות.

הצלבת היחס הנפשי הנדרש (Mens Rea) כלפי מושא היחס הנפשי – ובמקרה זה, הרכיב הנפשי בהחזקה (animus possidendi) – אכן מעלה את קיומן של ארבע האפשרויות האמורות, כפי הטבלה דלהלן:

נושא היחס הנפשי (animus possidendi)			
ידיעה	אי-ידיעה		
(1)	(3)	מודעות	היחס הנפשי הנדרש
(2)	(4)	אי-מודעות	(Mens Rea)

<sup>175</sup> הגדרת המבנה של המחשבה הפלילית, בהתאם להוראות סעיף 20 לחוק העונשין, עניינה ייחוס הלך נפש מוגדר לכל רכיב מרכיבי היסוד העובדתי. הלך הנפש בנוי שני נדבכים – קוגניטיבי (הכרתי) בצד ווליטיבי (חפצי). הנדבך הקוגניטיבי נדרש ביחס לרכיבי ההתנהגות והנסיבות יחד עם אפשרות גרימת התוצאה, והנדבך הווליטיבי נדרש אך ביחס לתוצאה. מכל מקום, אין עוד דרישת הלך נפש בעלמא, אלא ביחס לאובייקטים ספציפיים בדמות רכיבי היסוד העובדתי, כאמור.

<sup>176</sup> להבחנה אפשרית מן הבחינה המהותית-תמטית בין משמעותה של ה"מודעות" לבין משמעותה של ה"ידיעה" ראו יצחק קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" פלילים ה(1) 149 (1996).

<sup>177</sup> כך, למשל, מהי נפקות השוני שבין אדם המודע לכך שאינו יודע [אפשרות (3)] לבין אדם שאינו מודע לכך שהוא יודע [אפשרות (2)].

<sup>178</sup> ראו ניתוח וביקורת בעניין זה אצל גבריאאל הלוי "זיקת העיתוי של יסודות האחריות הפלילית" קרית המשפט ו 333, 340–342 (2006).

שיטות המשפט הקונטיננטליות העמידו את דרישת ה-animus שבהחזקה על ידיעה של המחזיק בדבר טיבו של הנכס או האובייקט המוחזק "...on the part of the (holder of the substance or object...)" ופרשנות זו התקבלה גם במישור המדינתי גם במישור העל-מדינתי באירופה. בית הדין האירופי לזכויות האדם (ECHR) קיבל פרשנות זו והחילה כלפי הליכים פליליים הכרוכים בהחזקה.<sup>179</sup> כך גם במישור המדינתי, כאשר פרשנות זו נתקבלה בבתי המשפט לקסציה ברחבי הקונטיננט האירופי.<sup>180</sup>

המשפט המקובל האנגלי ראה בידיעה "knowledge", "knowingly keeping (the goods)"<sup>181</sup> כמתחייבת מעצם מושג השליטה ואף כרוכה בו,<sup>182</sup> אולם היה מדובר בדרישה נפרדת במסגרת היסוד הנפשי. הוכחה פוזיטיבית מטעם הנאשם בדבר נטישת החפץ האסור בהחזקה ברגע היווצרותה של הידיעה בידי המחזיק היתה מאפשרת הגנה מפני האישום תוך התעלמות מן ההחזקה קצרת המועד.<sup>183</sup> ככלל, שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות הבחינו הבחנה חדה בין ההחזקה האזרחית לבין ההחזקה בפלילים בעניין זה. בעוד שבהחזקה במשפט האזרחי אין נדרשת מן המחזיק הידיעה הממשית על קיומו של הנכס המוחזק,<sup>184</sup> אלא נדרש כי הוא יהיה בהכרה מלאה ("conscious possession"),<sup>185</sup> הרי שבמשפט הפלילי נדרשה ידיעה אודות הנכס המוחזק ואודות טיבו.<sup>186</sup>

המשפט האמריקאי עיצב את הרכיב הנפשי בהחזקה כמאפשר שתי חלופות: החלופה האחת היא הכרה בשליטה או מודעות ביחס אליה, כלומר: החזקה שבהכרה ("conscious possession", כאמור)<sup>187</sup> או מודעות ביחס לשליטה ("awareness of control over it").<sup>188</sup> חלופה זו הוכרה במשפט הפלילי האמריקאי בהשפעת המשפט

- 179 Vessoso v. Italy, ECHR I-1461 (1990), בהליך מס' 206/88.
- 180 כך, למשל, היא החלטת בית המשפט האיטלקי לקסציה מיום 14 באפריל 1987 (Perino) ביחס להחזקה של פסולת מזהמת בניגוד לדיקטיבות 75/442/EEC ו-78/319/EEC.
- 181 Warner v. Metropolitan Police Commissioner [1969] 2 A.C. 256 [1968] 2 All E.R. 356 [1968] 2 W.L.R. 1303, 52 Cr. App. Rep. 373, 132 J.P. 378; Cugullere [1961] 2 All E.R. 343 [1961] 1 W.L.R. 858, 45 Cr. App. Rep. 108, 125 J.P. 414 (להלן עניין Warner).
- 182 Woodman [1974] Q.B. 754 [1974] 2 All E.R. 955 [1974] 2 W.L.R. 821, 59 Cr. App. Rep. 200, 138 J.P. 567.
- 183 Williams v. Phillip (1957) 41 Cr. App. R. 5 121.
- 184 לדוגמא: South Staffordshire Water Co. v. Sharman [1896] 2 Q.B. 44, שם נקבע, כי בעליה של הקרקע הוא המחזיק (לצרכים אזרחיים-נוזיקיים בלבד) בטבעת שבכריכה באותם מקרקעין, אף על פי שהוכח כי בעליה של הקרקע כלל לא ידע על קיומה של הטבעת.
- 185 State v. Lewis, 394 N.W.2d 212 (Minn. App. 1986).
- 186 State v. Flaherty, 400 A.2d 363 (Me. 1979) (להלן: עניין Flaherty).
- 187 ראו, לדוגמא, United States v. Sawyer, 294 F.2d 24 (4<sup>th</sup> Cir. 1961); State v. Labato, 80 A. 2d 617 (N.J. 1951) (Recent Case Notes, 30 YALE L. J. 757, 762 (1921) אך השוו (Seth Davidson, Notes — Criminal Liability for Possession of Nonusable Amounts of Controlled Substances, 77 COLUM. L. REV. 596, 619 (1977)).
- 188 עניין Flaherty, לעיל ה"ש 186.



האזרחי. החלופה השנייה מתייחסת לידיעה ("knowledge"), אך היא ספציפית כלפי אקט קבלת הנכס או ביצוע פעולה ממשית בו.<sup>189</sup> כך גם אימצו את הדרישה הוראות מהדורת 1985 של ה-Model Penal Code.<sup>190</sup>

לעניין רמת הידיעה הנדרשת לצורך ייחוס היסוד הנפשי למחזיק לצורך הטלת אחריות פלילית עליו, הפסיקה האמריקאית אף הבהירה, כי אובייקט היחס הנפשי מתייחס לנכס המוחזק באופן כללי בלבד (מהותו או מיהותו) ולא ביחס לאיכותו או למאפייניו הספציפיים, בבחינת מעין ידיעה כללית אודות הנכס המוחזק.<sup>191</sup> באופן זה נפסק, כי אדם נחשב כמחזיק סמים מסוכנים גם אם האמין באמת ובתמים שהחומר המוחזק בידי אינו בגדר סמים מסוכנים, אך מדובר בחומר דומה.<sup>192</sup> עם זאת, יש בכך כדי למנוע את הרשעתו (בהתעלם מיישום דוקטרינת העיוורון המכוון)<sup>193</sup> בעבירת החזקת סמים מסוכנים נוכח היעדר התקיימותה של דרישת היסוד הנפשי הכללי (Mens Rea), כלומר: אותו אדם ייחשב כמחזיק לעניין היסוד העובדתי בלבד, מאחר שנתקיים בו הרכיב הפיסי (corpus possessionis) והרכיב הנפשי (animus possidendi) כאחד. באופן דומה, הסתפק המשפט המקובל האנגלי בפלילים בידיעה כללית בלבד, אף אם בעקבות הטעיה. כך נפסק, כי אישה שקיבלה לידיה חבילה וידעה כי מדובר ב"חבילה", אך לא ידעה את תוכנה, תחזק כיודעת את תוכנה אף שהוטעתה בדבר, אלא אם כן מדובר בנסיבות חריגות וקיצוניות אשר בהן היא הוטעתה לחלוטין לגבי טיבה וטבעה של העסקה.<sup>194</sup> כך כאשר מדובר בסמים מסוכנים, כאשר המקבל "ידע" על סמים מסוכנים חוקיים, אך בפועל היה מדובר בסמים מסוכנים בלתי חוקיים — לא עלה הדבר לכדי טעות חריגה וקיצונית לגבי טיבה וטבעה של העסקה.<sup>195</sup>

במצב דברים זה עולות שאלות לא פשוטות אגב ייחוס היסוד הנפשי למחזיק, שכן מלבד היותו של האדם בהכרה מלאה, קיימות אפשרויות רבות ושונות של ידיעה ושל רמות הידיעה.<sup>196</sup> האם הידיעה על החזקת נכס מורכב (חבילה, לדוגמא) כוללת גם ידיעה על החזקת כל רכיב מרכיבי נכס זה (לרבות תוכנה), אף שאין לגבי

189 ש.ם.

190 במסגרת הוראות ס"ק 2.01(4) לקוד הפלילי לדוגמא, כפי נוסחו לעיל ה"ש 102.

191 ראו בעניין זה עניין *Gory*, לעיל ה"ש 97; 331 Mass. 166, 117; *Commonwealth v. Lee*, N.E.2d 830 (Mass. 1954); *Commonwealth v. Rambo*, 488 Pa. 334, 412 A.2d 535

(Pa. 1980); וכן: THE AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES (OFFICIAL DRAFT AND REVISED COMMENTS), vol. 1, 214, 224 (1985).

192 ראו, לדוגמא, *Dawkins v. State*, 313 Md. 638, 547 A.2d 1041 (Md. 1988).

193 ראו להלן ה"ש 199–201.

194 *McNamara* (1988) 87 Cr. App. R. 246; *Lewis* (1988) 87 Cr. App. R. 270195 עניין *Warner*, לעיל ה"ש 181.

196 ראו בהקשר זה את התפישה הרחבה אצל יובל לוי "היסוד הנפשי בעבירה — גוונים במושג המחשבה הפלילית" ספר שמגר — מאמרים כרך ב 5 (2003). כן ראו בעניין זה אצל רות קנאי "האמנם דין אחד לחושד וליודע?" מחקרי משפט יב 433 (1995).

רכיבים אלה ידיעה ממשית. לדוגמא: אדם המחזיק חבילה, האם ייחשב כמחזיקה של החבילה גרידא או שמא ייחשב גם כמחזיקו של תוכן החבילה. המשפט האזרחי בישראל ובעולם משיב על כך בחיוב,<sup>197</sup> אם כי יש המוסיפים על כך גם דרישה נוספת של הסכמה מדעת.<sup>198</sup> האם אדם שקיבל חבילה בדואר, אך טרם הוציאה לחזקתו הפיסית, נחשב כמחזיקה, אף על-פי שאינו יודע את תוכנה או את דבר קבלתה. אדם הרוכש דירה ומחזיק בה, האם ייחשב כמחזיק הסמים המסוכנים המוטמנים בה שלא בידיעתו. ככלל, גישת המשפט הישראלי שללה הטלת אחריות פלילית במצבים מעין אלה בכפוף לחריג בדמות דוקטרינת העיוורון המכוון.

דוקטרינת העיוורון המכוון מאפשרת ייחוס של מודעות ביחס להתנהגותו או לנסיבות הדברים, אם חשד המבצע בקיומם הפלילי, אך בחר שלא לברר את חשדו ולהפריכו או להצדיקו (ואזי להרפות מן העבירה הפלילית), אף שלא התקיימה בו מודעות בפועל.<sup>199</sup> כיום מעוגנת דוקטרינה זו בחקיקה ראשית במסגרת הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין<sup>200</sup> ומדובר בה בחשד סובייקטיבי.<sup>201</sup>

בישראל עלתה שאלת רמת הידיעה והיקפה במלוא חריפותה בפרשת לוזיה.<sup>202</sup> המערער ושותפו לדבר-עבירה גנבו מרכב חונה, תוך הסחת דעתה של המתלוננת הישובה ברכב, נרתיק עור של מסמכים. לאחר מכן התברר, כי בתוך התיק הונחו אקדח ותחמושת. המחלוקת המשפטית בעניין זה נסבה לא על עבירת הגניבה, כי אם על עבירת החזקת נשק שלא כדין. לא היתה כל מחלוקת, כי המערער לא ידע על תוכן התיק בעת חטיפתו מן הרכב. בית המשפט המחוזי בתל אביב (השופטת בן-עתו) הרשיע את המערער בשתי העבירות, תוך הסתמכות על עיקרי המשפט המקובל האנגלי, שלפיהן גניבת נרתיק אינה מוגבלת אך לנרתיק, אלא לכל חפץ המצוי בנרתיק. באשר לדרישת

197 בישראל ראו, לדוגמא, ע"א 1439/90 מדינת ישראל (רכבת ישראל) נ' הום – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(2) 364, 346 (1993).

198 ראו בעניין זה, לדוגמא, גד טרסקי "השומר על-פי-דין" משפטים ח 430, 434–435 (1978).

199 אימוצה של דוקטרינה זו מן המשפט המקובל האנגלי למשפט הישראלי נעשתה תחילה בדרך של פסיקה עד לכניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, שאז קיבלה דוקטרינה זו ביטוי סטטוטורי. לעניין אימוצה של הדוקטרינה בישראל בדרך של פסיקה ראו, לדוגמא, ד"ג 8/68 המטפרסט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 536 (1968); ע"פ 621/76 באשי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 60 (1977).

200 בהתאם להוראות ס"ק 20(ג)1 לחוק העונשין.

201 ראו בעניין זה את פסק דינו של השופט אנגלרד בבית המשפט העליון בע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289 (2000), אך גם את דעת המיעוט של השופטת דורנר בע"פ 4336/96 מדינת ישראל נ' דיניץ, פ"ד נא(5) 97, 147–150 (1997), הרואה בחשד אובייקטיבי, ולא דווקא בחשד סובייקטיבי בפועל, כממלא את דרישת החשד באשר להחלתה של דוקטרינת העיוורון המכוון. עוד ראו בעניין זה Kan. 843, 953 P.2d 1016 (Kan. State v. Lewis, 263 Kan. 843, 953 P.2d 1016 (Kan. 1998); Attorney Grievance Comm'n of Maryland v. Childress, 364 Md. 48, 770 A.2d 685 (Md. 2001); Love v. Commonwealth, 55 S.W.3d 816 (Ky. 2001).

202 ע"פ 509/79 לוזיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 505 (1980) (להלן: עניין לוזיה).

היסוד הנפשי, פטר בית המשפט המחוזי את דבריו בסיווג העבירה כעבירה של אחריות מוחלטת, אשר אינה מצריכה ייחוס מפורש של יסוד נפשי מכל סוג שהוא. השופט חיים כהן בדעת רוב (יחד עם השופט בייסקי) קיבל את הערעור וזיכה את המערער מעבירת החזקת הנשק שלא כדין. הנחת המוצא של פסק הדין היתה, כי אין מדובר בעבירה של אחריות פלילית מוחלטת, כי אם בעבירה הדורשת הוכחת יסוד נפשי של "כוונה" (כיום, "מחשבה פלילית"). בית המשפט העליון קרא לתוך ההיגד "המחזיק נשק" את התיבה "ביודעין", כאילו היה מדובר ב"המחזיק נשק ביודעין" ומחייב את קיומה של הידיעה הממשית גם ביחס לתוכנו של הנרתיק,<sup>203</sup> תוך הסתייגות מפסיקת בית הלורדים בעניין Warner דלעיל,<sup>204</sup> אשר לדידו "בית הלורדים נכשל בה".

דעת המיעוט של השופט שמגר לא קבעה, כי רמת הידיעה הנדרשת מקיפה אך את עובדת נטילת הנרתיק, וכפועל-יוצא – קונסטרוקטיבית – גם את תוכן הנרתיק, אלא כי מכוח ידיעתו הברורה והוודאית של שותפו לדבר-עבירה של המערער ביחס לעובדת קיומו של האקדח בנרתיק לאחר חטיפתו, ומאחר והמערער לא התנער ממעשיו של החוטף ביחס לנשק (בלבד) במובן היסוד הנפשי – או אז יש לייחס למערער ידיעה ביחס לאקדח.<sup>205</sup> יוצא אפוא, כי בית המשפט העליון כלל לא היה חלוק בדבר היקף הידיעה הנדרשת ורמתה האמורים להידרש גם לטיבו של החפץ הספציפי המוחזק והאסור בהחזקה בין בידיעה ממשית גופא (דעת הרוב) בין בידיעה קונסטרוקטיבית (דעת המיעוט). הלכה זו נותרה בעינה גם לאחר כניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, כך שיש להתייחס לרמה גבוהה של ה"ידיעה" ביחס לחפץ המוחזק ואין מדובר ב"ידיעה" כללית בעלמא. הלכה זו אף הורחבה מכללא בעניין שובין<sup>206</sup> כלפי המודעות בכללה.

באשר לשימוש במונח "ידיעה" במסגרת זו יש לתת את הדעת, כי היסוד הנפשי באחריות הפלילית (Mens Rea) בעבירות ההחזקה מתייחס מעיקרו ל"מודעות",<sup>207</sup> בעוד אשר הרכיב הנפשי בהחזקה (animus possidendi) מתייחס בעיקרו ל"ידיעה". לפיכך עולה השאלה, מה בין "ידיעה" לבין "מודעות".<sup>208</sup> וכן האם הפעלת דוקטרינת השינויים המחויבים ("mutatis mutandis") לגבי ה"ידיעה" עובר לכניסתן לתוקף

203 שם, בעמ' 513.

204 עניין Warner, לעיל ה"ש 181.

205 עניין לוזיה, לעיל ה"ש 202, בעמ' 514–515.

206 רע"פ 7560/01 התובע הצבאי הראשי נ' שובין, פ"ד נט(3) 931 (2004).

207 ראו לעניין זה את נוסח הוראות ס"ק 20(א) לחוק העונשין, המגדירות את המחשבה הפלילית. הגדרת הנדבך הקוגניטיבי של המחשבה הפלילית בס"ק זה שעונה על "מודעות" ביחס לרכיבים מרכיבי היסוד העובדתי ולא על "ידיעה" לגביהם. לדין הישן ראו רות קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" מחקרי משפט יא 147 (1994).

208 להבחנה אפשרית מן הבחינה המהותית-תמטית בין משמעותה של ה"מודעות" לבין משמעותה של ה"ידיעה" ראו קוגלר, לעיל ה"ש 176.

של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין מחייבת את זיהויה של ה"ידיעה" עם ה"מודעות" דהיום.

תיקון מס' 39 לחוק העונשין אינו מכיר במושג ה"ידיעה" כאחד מסוגי היסוד הנפשי, אלא במודעות. דא עקא, כי חלק בלתי מבוטל של העבירות הפליליות הספציפיות השתמש במונחים מתחום הידיעה ("ידע", "ביודעין", "בידיעה" וכיוצא באלה),<sup>209</sup> ומונחים אלה לא שונו מילולית בעקבות תיקון זה. משום כך נזעק המחוקק לתקן את המצב עוד בתקופת המעבר שבין קבלתו של תיקון מס' 39 הנ"ל בכנסת לבין כניסת הוראותיו לתוקף – ששה עשר יום בלבד טרם הכניסה לתוקף – וקיבל את תיקון מס' 43 לחוק העונשין.<sup>210</sup> תיקון מס' 43 הנ"ל התייחס כולו להוראות ספציפיות, אשר תהוינה את חוליות הקישור שבין מונחי היסוד הנפשי מן הדין הישן לבין הדין המתוקן. לעניין זה רלוונטיות הוראות ס"ק 90א(3) לחוק העונשין, המקשרות את המונח "ביודעין" עם המחשבה הפלילית שבס"ק 20(א) לחוק העונשין. כך, ניתן לראות זאת מושגית מוחלטת בין ה"ידיעה" לבין ה"מודעות" עד כדי היטמעות הידיעה במודעות כחלק מן המעבר לטרמינולוגיה אחידה בשימוש דיני העונשין, לפחות לעניין היסוד הנפשי.

באשר לעבירות החזקה שאינן מתייחסות מפורשות לידיעה על גווייה השונים, ואשר אינן מזכירות או דורשות באופן מפורש את המונח "ידיעה" וכיוצא בכך בהגדרתן הספציפית, יש להחיל את הוראות סעיף 19 לחוק העונשין, המזהות עבירות מסוג זה עם עבירות המחשבה הפלילית (ככלל), אשר חריגיו הם אזכור מפורש של הרשלנות וכן עבירות אחריות הקפידה). בכך אין כל חידוש, שכן השופט ח' כהן בעניין לוזיה הנ"ל ביצע פעולה דומה על ידי קריאת המונח "ביודעין" לתוך עבירת החזקת הנשק שלא כדיון, גם כאשר מונח זה לא נזכר במפורש או מכללא בהגדרת העבירה.<sup>211</sup> פרשנות זו מקובלת גם כיום, ובתי המשפט, על דרגותיהם השונות, מפרשים את עבירות החזקה בכללן כעבירות של "מחשבה פלילית".<sup>212</sup> בכך סתם גם בית המשפט את הגולל על אפשרות של הטלת אחריות פלילית בעבירות החזקה על בסיס יסוד נפשי מסוג "רשלנות".

הדעה הרווחת היא, כי העמידה על דרישת המינוח "ביודעין" היא מיותרת, שכן עצם קיומה של החזקה מחייבת ידיעה, כאמור, וזאת במסגרת השליטה כרכיב

209 ראו, לדוגמא, את נוסח העבירה לפי ס"ק 95(א) לחוק העונשין: "מי שיודע כי אדם פלוני זומם לעבור עבירה..."; את נוסח העבירה לפי ס"ק 260(א) לחוק העונשין: "היודע שפלוני עבר עבירה ומקבל אותו..."; ואת נוסח העבירה לפי סעיף 262 לחוק העונשין: "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע... (ההדגשות אינן במקור)."

210 לעיל ה"ש 12.

211 עניין לוזיה, לעיל ה"ש 202, בעמ' 513.

212 ראו לעניין זה ת"פ (מחוזי ב"ש) 8128/01 מדינת ישראל נ' תרכין, פ"מ התשס"א(2) 937, 943 (2002).

עובדתי (ולא נפשי) של ההחזקה. מאחר שרשלנות אינה עולה בקנה אחד עם ידיעה, הרי שברירת היסוד הנפשי כמחשבה פלילית היא ברירה נדרשת ומתבקשת. אמנם כי כן, על פי הדרישה בחוק העונשין לאזכור מפורש של "רשלנות" כדי לסווג עבירה כעבירת רשלנות,<sup>213</sup> הרי שאין בנמצא עבירות החזקה מסוג רשלנות; אולם יש לתהות, האם אכן קיים ניגוד מושגי בין עבירות ההחזקה לבין הרשלנות שאם לא כן, אין מניעה לחוקק עבירות מעין אלה. ודוק: במקרים אחדים פורשו עבירות החזקה ספציפיות כעבירות של איסור מוחלט<sup>214</sup> (עובר לכניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין), אשר כלל אינן דורשות הוכחת כל יחס נפשי שהוא ממבצע העבירה כלפי כל רכיב מרכיבי היסוד העובדתי בעבירה.<sup>215</sup>

בהתאם לגישה הישראלית, הדורשת רמה והיקף גבוהים של "ידיעה" ביחס לחפץ המוחזק, הרי שלכאורה לא תיתכן דרישת רשלנות ביחס לעבירות החזקה, שכן הרשלנות מעצם טיבה וטבעה ומעצם הגדרתה כרשלנות מושתתת על "אי-מודעות";<sup>216</sup> ובמשפט האנגלו-אמריקאי, שהסתפק ברמה נמוכה של ידיעה ואף בידיעה "קונסטרוקטיבית" כאמור לעיל, נראה כי אין כל מניעה לכך. עם זאת, פסק בית המשפט העליון בעניין זביידה, כי ניתן להטיל אחריות פלילית על אדם בעבירת החזקה ("החזקת נכס חשוד"<sup>217</sup>), גם אם התקיים בו אך יסוד נפשי של "רשלנות" ביחס לטיב הנכס המוחזק.<sup>218</sup> לכאורה אפוא התמוססה דרישת ה"ידיעה" ברמה הגבוהה לכדי רשלנות העומדת על סטנדרט אובייקטיבי, שלפיו "אדם מן היישוב היה חושד כי מדובר בנכס גנוב",<sup>219</sup> גם אם מבצע העבירה כלל לא חשד בפועל ואין יחסו הנפשי מתייחס אף לעיוורון מכוון. כל זאת, כמוסק מתוך התנהגות המבצע בעת הליכי המעצר או החיפוש.<sup>220</sup> עם זאת, יש לעדן את הדברים, כי ביחס לרכיב ההתנהגותי של ההחזקה ("המחזיק") דרש בית המשפט העליון בעניין זביידה הנ"ל יסוד נפשי מסוג "מודעות" (כנדבך הקוגניטיבי של המחשבה הפלילית), כפי נוסחו של בית המשפט, כי "היסוד הנפשי הנדרש להתקיימות יסודות העבירה הוא מודעות בפועל ליסוד הראשון, קרי מודעות הנאשם לכך שהנכס נמצא בחזקתו, ורשלנות ביחס ליסוד השני, קרי על התביעה להוכיח כי בנסיבות העניין אדם מן היישוב היה חושד כי מדובר בנכס גנוב".<sup>221</sup>

213 בהתאם להוראות ס"ק 19(1) לחוק העונשין.

214 לדוגמא: ת"פ (מחוזי ת"א) 187/79 מדינת ישראל נ' לוזיה (לא פורסם, 8.6.1979).

215 ראו בעניין זה עובר לכניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין את פסק-הדין בע"פ 11/65 גדיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 57 (1966).

216 בהתאם להגדרתה במסגרת הוראות ס"ק 21(א) לחוק העונשין.

217 עבירה לפי סעיף 413 לחוק העונשין. ראו את נוסח העבירה לעיל בה"ש 22.

218 עניין זביידה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 892.

219 שם.

220 ראו בעניין זה גם ע"פ 4972/98 בן עטיה נ' מדינת ישראל, פדאור 99(2) 278 (1999).

221 עניין זביידה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 892.

יצירת יצור כלאיים זה (ביחס ליסוד הנפשי) מעלה יסוד נפשי כללי של רשלנות דווקא ביחס לעבירה בכללותה (תוך החרגת ה"מודעות" לרכיב "המחזיק"), שכן בהתאם להוראות ס"ק 21(א) לחוק העונשין, אם נדרשת רשלנות אף ביחס לאחד מרכיבי העבירה וביחס לכל יתר הרכיבים נדרשת "מודעות", כי אז עדיין מדובר ברשלנות כיסוד הנפשי הכולל. בית המשפט העליון לא התעלם מקושי זה של ייחוס רשלנות בעבירה זו ונימק את ה"חריג" שלא נקבע מפורשות בהגדרת העבירה, כפי שהיה אמור להיעשות בהתאם להוראת ס"ק 19(1) לחוק העונשין, בנימוק הכללי של "לשם השגת התכלית החקיקתית של הגנה על הרכוש... אך קיים קושי להוכיח מודעות בפועל של הנאשם לדבר הגניבה." <sup>222</sup> הקושי בפסיקה זו הוא רב, שהרי אם אכן נדרשת רמה גבוהה של "ידיעה" (ביחס לעצם ההחזקה וביחס לטיבו של העצם המוחזק), כי אז לא ניתן להסתפק בכל רמה של יחס נפשי הנופלת מ"ידיעה" (או "מודעות") בפועל גם ביחס לטיבו של החפץ.

אין כל נפקות מעשית למודעות ביחס ל"מחזיק", אם ביחס לחפץ המוחזק אין נדרשת מודעות כלל. אדם אינו "מחזיק" בעלמא, כי אם מחזיק בחפץ ספציפי, אשר טיבו כחפץ אסור בהחזקה מהווה את לב לבה של עבירת ההחזקה. זוהי גם הפרשנות המתבקשת, העולה מעניין לוזיה הנ"ל, שאם לא כן היה המערער שם מורשע בהחזקת נשק שלא כדין אף על פי שלא ידע, כי מוצפן נשק בנרתיק. <sup>223</sup> לו נדרשה רשלנות בלבד בעניין לוזיה הנ"ל, הרי שניתן היה להרשיע את המערער כיוון ש"התירש" (לא היה מודע לתוכן החפץ, אף שאדם מן היישוב יכול היה לדעת). הצבת רף יסוד נפשי של מחשבה פלילית אינה מאפשרת הסתפקות ברשלנות, ובמקרה זה חייבה את זיכורו של המערער.

מעבר לכך, כיצד ניתן לדרוש מודעות בפועל ביחס ל"המחזיק" אם אין אותו אדם יודע מהו טיבו של החפץ המוחזק (כחפץ אסור בהחזקה). כיצד ניתן להתייחס כלל להחזקה, אם אין המחזיק יודע את זהות החפץ, אותו הוא "מחזיק". גריעה מדרישת המודעות בפועל ביחס לחפץ המוחזק פוגעת במישרין גם בדרישת היסוד הנפשי ביחס להתנהגות ("המחזיק"). נמצא אפוא, כי הסתפקות בדרישת יחס נפשי אובייקטיבי מסוג "רשלנות" ביחס לנסיבות עבירת ההחזקה, המתייחסות לטיבו של החפץ המוחזק, משליכה על היחס הנפשי באשר להחזקה עצמה. משל למה הדבר דומה — לאדם המחזיק בחבילת סמים מסוכנים, אשר אינו יודע כלל, כי מדובר בחבילת סמים מסוכנים (אך אדם מן היישוב יכול היה לדעת — ולא בהכרח יודע — כי מדובר בחבילת סמים מסוכנים) ועליו לשאת באחריות פלילית מלאה להחזקת הסמים המסוכנים, כלום על אדם זה להיחשב כבעל מודעות בפועל מלאה ומקיפה ביחס להחזקה. תשובה חיובית לשאלה זו תוביל להתמוטטות כל קו גבול בין רשלנות לבין מחשבה פלילית. בית

222 ש.ם.

223 עניין לוזיה, לעיל ה"ש 202.

המשפט העליון בעניין זביידה הנ"ל קבע, כי חריגותה של דרישה זו בנוף דיני העונשין הכלליים כהוראתם לאחר כניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, קיבלה ביטוי במסגרת קביעת הענישה בעבירות ההחזקה כענישה מקילה.<sup>224</sup> בפתרון מעין זה יש להטיל ספק רב, שכן הקלה בגזר הדין אינה משליכה בהכרח על עצם הטלת האחריות הפלילית ומשום כך קשה לראות בפתרון זה פתרון מספק.

### 3. החזקה "קונסטרוקטיבית"

היווצרות ההחזקה ועבירות ההחזקה במשפט האנגלו-אמריקאי נעשתה בתקופת טרום החקיקה המודרנית בדיני השותפות לדבר-עבירה,<sup>225</sup> הרואה בשותפות לדבר-עבירה כחלק בלתי נפרד מדיני העונשין הכלליים ולא כיישום ספציפי בעבירות ספציפיות.<sup>226</sup> עד אז לו חפץ מחוקק כלשהו בהגדרת שותפות ספציפית לדבר-עבירה ספציפית בפלילים, היה עליו לקבוע זאת באופן מפורש במסגרת הגדרת העבירה הספציפית. טכניקה משפטית זו של הגדרת שותפות לדבר-עבירה שימשה כטכניקה מקובלת גם מחוץ למשפט האנגלו-אמריקאי, והקוד הפלילי הנורווגי משנת 1902 הנו דוגמה בולטת לכך,<sup>227</sup> כאשר אין בו כל התייחסות לשותפות לדבר-עבירה כחלק מדיני העונשין הכלליים, אלא כנסיבות מחמירות בדרך כלל בחלק מן העבירות הפליליות הספציפיות. כך המריץ מצב זה מחוקקים רבים לקבוע הוראות ספציפיות בדבר שותפות הכרוכה בעבירות החזקה, ולמען האמת, לא אך בסוג ספציפי זה של עבירות.<sup>228</sup> כך למעשה, נוצרה דוקטרינת ההחזקה הקונסטרוקטיבית, אשר נועדה להרחיב את יישום עבירות

224 עניין זביידה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 893.

225 את החקיקה המודרנית במשפט האנגלי בעניין השותפות לדבר-עבירה מקובל לתלות בהוראות החוק החרות, כפי ביטוי במסגרת שלושת דברי החקיקה דלהלן: Accessories and Abettors Act, 1861, 24 & 25 Vict. C. 94; Criminal Law Act, 1967, c. 58; Criminal Law Act, 1977, c. 45. בישראל החקיקה המודרנית בעניין זה מצויה בהוראות סימן ב לפרק ה לחוק העונשין, כחלק מהוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין. עיקר השוני שבהגדרות הסטטוטוריות המודרניות נעוץ במעבר להגדרות פונקציונליות של סוגי השותפות לדבר-עבירה.

226 שתי הדרכים המרכזיות להגדרת גזירה של שותפות לדבר-עבירה הן באמצעות הגדרת גזירה כללית במסגרת דיני העונשין הכלליים, הניתנים לתחולה על כלל העבירות הספציפיות ובאמצעות הדרך השנייה, הכוללת הגדרה ספציפית של גזירה ספציפית בכל עבירה ספציפית בנפרד. לדוגמאות לדרך השנייה ראו להלן בה"ש 228.

227 General Penal Code of Norway, Act of May 22<sup>nd</sup>, 1902 No. 10. כן ראו סקירה בעניין זה אצל ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 191 (1987).

228 כך, לדוגמה, בספר החוקים הישראלי קיימת לצד הגדרת השידול לדבר-עבירה כהוראה כללית, החלה על כלל העבירות הפליליות, גם עבירת ההסתה להשתטות (הכוללת גם התייחסות ל"שידול") באופן נפרד בהוראות סעיף 109 לחוק העונשין. באופן דומה, בצד הסיוע לדבר-עבירה קיימת גם עבירת הסיוע לשבוי מלחמה בהוראות סעיף 102 לחוק העונשין. לעניין היחס בין ההגדרות הספציפיות של השותפות לדבר-עבירה לבין ההגדרה הכללית ראו ע"פ 946/04 מדינת ישראל נ' עובד, פ"ד נח(6) 951 (2004).

ההחזקה ואת הפללת המקרים הקשורים בהחזקה, גם כלפי מצבים בהם ההחזקה הישירה (הממשית) לא היתה ניתנת להוכחה באופן ישיר.<sup>229</sup> כך גם הבהירה פסיקת בתי המשפט האמריקאיים את פשרה של דוקטרינת ההחזקה הקונסטרוקטיבית כבסיס להצדקתה.<sup>230</sup> ההבחנה במשפט האזרחי בין מחזיק "ישיר" לבין מחזיק "עקיף" חזקה מגמה זו ביחס לעבירות ההחזקה. המשפט האזרחי הכיר, כי ההחזקה עשויה להתבצע על ידי המבצע הפיסי שלה (החזקה "ישירה" או "ממשית") וכן גם על ידי מחזיק ישיר, המחזיק את הנכס מטעם אחר, שהוא מחזיק "עקיף"<sup>231</sup> (או "קונסטרוקטיבי"). חלק משיטות המשפט הכירו אך במחזיק העקיף כמחזיק וראו במחזיק הישיר כזרועו הארוכה של המחזיק העקיף, אולם שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות ושיטת המשפט הגרמנית הכירו בשני סוגי המחזיקים כמחזיקים אלה בצד אלה.<sup>232</sup> ביטוי להכרה במחזיק העקיף כמחזיק במשפט הפלילי נעשה בשני נדבכים: האחד, בתחום העבריינות הספציפית, כלומר: הגדרת עבירות ההחזקה, המטילות אחריות פלילית על המחזיק העקיף כזו; והאחר, בתחום דיני העונשין הכלליים במסגרת הגדרת ההחזקה. דוגמא בולטת לנדבך הראשון היא העבירה הפלילית הקבועה בסעיף 189 לחוק העונשין (לשעבר סימן 96 לפח"פ) – עבירת הכניסה בכוח למקרקעין.<sup>233</sup> עבירה זו קובעת איסור כניסה בכוח למקרקעין, אף אם הנכנס הנו בעל הזכות הקניינית במקרקעין, זולת אם היו בידי עובדו או שלוחו, שאזי החזקה בידי עובד או שליח נחזית כהחזקה בידי המעביד או השולח כמחזיק עקיף.<sup>234</sup>

המשפט האנגלו-אמריקאי פיתח את ההחזקה העקיפה במסגרת הגדרת ההחזקה כשלעצמה בדיני העונשין הכלליים. עיקר הפיתוח נעשה סביב ההחזקה המשותפת ("joint possession") ולא אך כלפי ההחזקה באמצעות אחר. הפסיקה האמריקאית קבעה באופן עקרוני, כי ההחזקה אינה מוגבלת לביצוע על ידי אדם אחד, אלא עשויה להתבצע במשותף על ידי חבורה.<sup>235</sup> השיתוף נתפש כשיתוף פונקציונלי בהחזקה, המוצא את ביטויו לא אך באחיזה משותפת במוכן הפיסי של הנכס, אלא

229 ראו בעניין זה את הסקירה המשפטית במהדורת 2003 של LaFave, לעיל ה"ש 114, בעמ' 309–310.

230 ראו, לדוגמא, את הסקירה בעניין State v. Florine, 303 Minn. 103, 226 N.W.2d 609 (Minn. 1975) (להלן: עניין Florine).

231 ראו בעניין זה במשפט האזרחי אצל ויסמן, לעיל ה"ש 130, בעמ' 17–18.

232 שם.

233 הוראות סעיף 189 לחוק העונשין קובעות, כי "הנכנס למקרקעין בדרך אלימה כדי להחזיק בהם, בין שהאלימות היא בהפעלת כוח למעשה נגד אדם אחר ובין שהיא באימים או בפריצה או בכינוס אנשים במספר בלתי רגיל, דינו – מאסר שלוש שנים, אף אם הוא זכאי להיכנס לאותם מקרקעין, זולת אם המקרקעין היו שלו אבל מוחזקים בידי עובדו או שלוחו".

234 ראו בעניין זה דן ביין "עמדתו של המשפט הישראלי כלפי העושה דין לעצמו לשם השבת החזקה ברכוש" הפרקליט כד 322, 331 (1968).

235 ראו בעניין זה את הקביעות הפסוקות בעניינים דלהלן: עניין Reeves, לעיל ה"ש 100; עניין Morando, לעיל ה"ש 100; עניין Miller, לעיל ה"ש 100; עניין Ireland, לעיל ה"ש 160; עניין McCoy, לעיל ה"ש 160.



אף בקואורדינציה בסיסית בין המחזיקים לגבי עצם האחיזה, לרבות השליטה בחפץ המוחזק.<sup>236</sup> הביטוי הבסיסי לקואורדינציה זו הוא בהסכמה רחבה שבין המחזיקים השותפים לגבי החזקה והנגזר מכך (דרך החזקה, מיקומה, זהות המחזיק הישיר וכיוצא באלה).<sup>237</sup> עוד קבעה הפסיקה האנגלו-אמריקאית, כי החזקה העקיפה, או "החזקה הקונסטרוקטיבית", מהווה חלק בלתי נפרד מן החזקה הכללית, וקו הגבול שבין החזקה הישירה לקונסטרוקטיבית אינו ברור, אם אכן זה קיים.<sup>238</sup> החזקה הקונסטרוקטיבית נתפשה אך כדוקטרינה, אשר מטרתה היא בהרחבת גבולותיה של החזקה אל מעבר לאחיזה פיסיית של נכס לכדי חזקה בידיהם של הרבים. הקושי שבהצבת קו הגבול נבע מן הסיווג של המחזיק אשר אינו אחוז פיסיית בנכס, אך המעורב בכל פרטי החזקה, כמחזיק עקיף (קונסטרוקטיבי) או כמחזיק ישיר מכוח הסכמתו ומעורבותו זו. לעתים היתה זו בגדר הקלה על הנטל הראייתי הכבד שבהוכחת קיומה של החזקה הישירה "בצוותא" על ידי אחרים<sup>239</sup> — החזקה הקשה לייחוס לכל חברי הקבוצה במונחים של שליטה בנכס המוחזק, הגם שאינם אחוזים בו פיסיית.<sup>240</sup>

על כך נמתחה גם ביקורת בספרות המשפטית כאשר להקלות בדין המהותי אך כדי להתגבר על קשיים ראייתיים.<sup>241</sup> לעתים נעשה שימוש בחזקה הקונסטרוקטיבית גם כדי להפלייל מקרים של "החזקה" בנסיבות שבהן ל"מחזיק" היתה היכולת (הבלתי ממומשת בלבד) להגיע לחפץ ולהביאו לידי חזקתו הפיסיית.<sup>242</sup> במקרים ספציפיים מתחו בתי המשפט האמריקאיים ביקורת נוקבת על הרחבת החזקה במסגרת דוקטרינת החזקה הקונסטרוקטיבית עד כי נטען, שהרחבה זו עשויה להיות מנוגדת לכוונת המחוקק בעבירות החזקה הספציפיות. כך נטען בבית המשפט במדינת צפון-דקוטה ביחס לחזקה קונסטרוקטיבית של אלכוהול בידי קטין:<sup>243</sup>

"...it is difficult to imagine how this statute's objective would be

236 עניין *Martorano*, לעיל ה"ש 139.

237 עניין *Barnett*, לעיל ה"ש 139.

238 ראו, למשל, את פסק דינו של בית המשפט העליון הפדראלי של ארצות הברית בעניין *National Safe Deposit Co. v. Stead*, 232 U.S. 58, 34 S.Ct. 209, 58 L. Ed. 504 (1914).

239 עניין *Florine*, לעיל ה"ש 230.

240 עניין *Ellis*, לעיל ה"ש 114. כן ראו 88 A.L.R. 5<sup>th</sup> 121 (2001); 30 A.L.R. 4<sup>th</sup> 488 (1984) בערך "constructive possession".

241 Charles H. Whitebread & Ronald Stevens, *Constructive Possession in Narcotics Cases: To Have and Have Not*, 58 VA. L. REV. 751, 759-760 (1972).

242 לדוגמא: *Tanksley v. State*, 332 So.2d 76 (Fla. App. 1976); *United States v. Quilling*, 261 F.3d 707 (7<sup>th</sup> Cir. 2001); *United States v. Martinez*, 588 F.2d 495 (5<sup>th</sup> Cir. 1979); *State v. Moniz*, 92 Hawaii 472, 992 P.2d 741 (Haw. 1999).

243 *In the Interest of K.S., a Child Damon Anderson, Assistant State's Attorney Petitioner and Appellant v. K.S., a minor, C.Y., mother, J.S., father, Respondents and Appellees*, 500 N.W.2d 603 (N.D. 1993).

effectuated by convicting minor of a crime when they have not actually taken alcohol into their control".<sup>244</sup>

המשפט הישראלי אימץ גם הוא את הגישה האנגלו-אמריקאית השמרנית, ללא התייחסות לביקורת שנמתחה על גישה זו, וקבע במסגרת ההגדרה הכללית של ההחזקה גם חלק נורמטיבי ספציפי ביחס להחזקה עקיפה זו כהחזקה "קונסטרוקטיבית". הגדרה זו לא שונתה על ידי הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין ונותרה בתוקפה ובנוסחה. לא זו אף זו: גם ההגדרה הבסיסית של ההחזקה הישירה (או ה"ממשית") כוללת במסגרתה התייחסות להחזקה הקונסטרוקטיבית. נבחן את ההגדרה בשלמותה, כפי נוסחה בהוראות סעיף 34כד לחוק העונשין (החלק המודגש מתייחס להחזקה העקיפה — ה"קונסטרוקטיבית"):

"החזקה" — שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו; ודבר המצוי בידם או בהחזקתם של אחד או כמה מבני חבורה בידיעתם ובהסכמתם של השאר יראו כמצוי בידם ובהחזקתם של כל אחד מהם ושל כולם כאחד".<sup>245</sup>

יש המייחסים בטעות את ההחזקה הקונסטרוקטיבית אך לסיפא, המתחילה בתיבה "ודבר", אולם נוכח בחינת התפתחותה של ההחזקה העקיפה כדלעיל נראה, כי ההחזקה הקונסטרוקטיבית בישראל מתייחסת למעשה להרחבת ההחזקה הישירה (הממשית) כלפי שתי אפשרויות של ביצוע או שני סוגים של החזקה קונסטרוקטיבית:

- א. החזקה "קונסטרוקטיבית" באמצעות אחר;
- ב. החזקה "קונסטרוקטיבית" בצוותא.

הסוג הראשון נלמד מהוראות הרישא ומתייחס להחזקה עקיפה של אדם, המחזיק בנכס באמצעות אדם אחר, ובלבד שהמחזיק העקיף שולט בנכס. מכוח הגדרה זו לא ברורה אחריותו הפלילית של האדם האחר: האם מדובר במחזיק ישיר בעל אחריות פלילית כמחזיק ישיר, או שמא מדובר ב"אחר" שאינו נושא באחריות פלילית מלאה או שאינו נושא באחריות פלילית כלל, כפי מעמדו של ה"אחר" במסגרת הביצוע באמצעות אחר שבהוראות ס"ק 29(ג) לחוק העונשין.<sup>246</sup> כן לא ברור, האם נוסף על כך נדרש, כי ה"אחר" לא יהיה בעל שליטה בחפץ (שכן מתוך התיבה "בידו" ניתן להסיק

244 שם, בעמ' 605.

245 (ההדגשות אינן במקור).

246 והשוו לנוסח הוראות ס"ק 29(ג) לחוק העונשין, הקובעות: "מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתורם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה: (1) קטינות או אי-שפיות הדעת; (2) העדר שליטה; (3) ללא מחשבה פלילית; (4) טעות במצב דברים; (5) כורח או צידוק".

לכל היותר את קיומו של הרכיב הפיסי בהחזקה, אך לא בהכרח את קיומו של הרכיב הנפשי), או שמה שליטתם של המחזיק העקיף ושל המחזיק הישיר גם היא משותפת. הסוג השני נלמד מהוראות הסיפא ומתייחס להחזקה של רבים כמחזיקים עקיפים, הגם שאינם אוחזים פיסי בנכס, כאילו היו מחזיקים בצוואת בדומה למבצעים בצוואת שבהוראות ס"ק 29(ב) לחוק העונשין.<sup>247</sup> ניתוח הסיפא מלמד על צורך בהתקיימותם של שלושה תנאים מצטברים להטלת אחריות פלילית על המחזיקים העקיפים (שאינם אוחזים פיסי בנכס) במסגרת החזקה הקונסטרוקטיבית בצוואת:

- א. החזקה ישירה ("ממשית") של לפחות אחד מחברי הקבוצה, המהווה מחזיק ישיר, לצורך העניין;
- ב. ידיעה ע"י המחזיק(ים) העקיפ(ים) באשר להחזקה הישירה הנ"ל;
- ג. הסכמה של המחזיק(ים) העקיפ(ים) באשר להחזקה הישירה הנ"ל.

בכך למעשה הסתייג המשפט הישראלי מן התנאים המכבידים בדיני העונשין ואף בדיני הראיות להפעלת דוקטרינת החזקה הקונסטרוקטיבית, שנוצרו והתפתחו במשפט האנגלו-אמריקאי<sup>248</sup> (ובעיקר בארצות הברית) וצמצמם למאפיינים מינימליים של השותפות לדבר-עבירה הכללית, כפי שיובהר להלן. שני התנאים הראשונים שנתגבשו במשפט הישראלי (החזקה ישירה וידיעה) זהים במהותם לצירוף דרישות היסוד העובדתי והיסוד הנפשי בהחזקה הממשית, אולם השאלה הדומיננטית בעניין זה נסבה על מהותה של ההסכמה הנדרשת. בית המשפט העליון תווה את קווי המתאר של דרישת ההסכמה באופן גורף בעניין הוכשטט, שם קבע השופט ברק, כי אין מדובר בהסכמה פסיבית המוצאת את ביטויה אך בהיעדר התנגדות מצד המחזיק העקיף להחזקה הישירה, אלא ב"הידברות מוקדמת או עסק משותף או כיוצא בזה

<sup>247</sup> והשוו לנוסח הוראות ס"ק 29(ב) לחוק העונשין, הקובעות: "המשתתפים בכיוצו עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוואת, ואין נפקא מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".

<sup>248</sup> כך, לדוגמא, בעניין החזקת סמים מסוכנים הושפעה הפסיקה בפרשת *Wallace v. State*, 932 S.W.2d 519 (Tex. App. 1995) כדלהלן: "1) the defendant's ownership of... or right to possession of the place where the controlled substance was found; 2) the defendant's sole access to the place where the controlled substance was found; 3) defendant under the influence of narcotics when arrested; 4) defendant's presence when the search warrant executed; 5) the defendant's sole occupancy of the place where the controlled substance was found at the time the contraband is discovered; 6) the location of the contraband...; 7) contraband in plain view; 8) defendant's proximity to and the accessibility of the narcotic; 9) defendant's possession of other contraband when arrested; 10) defendant's incriminating statements when arrested; 11) defendant's attempted flight; 12) defendant's furtive gesture; 13) presence of odor of the contraband; 14) presence of other contraband or drug paraphernalia, not included in the charge; 15) place drugs found was enclosed".

בין השניים, אשר במהלכה נעשית החזקתו הישירה (הממשית) של האחד להחזקתו (הקונסטרוקטיבית) של האחר.<sup>249</sup> כלומר: מדובר ביחסי שותפות לדבר-עבירה בין הצדדים. בית המשפט העליון לא הסתפק בהבעה סתמית של הסכמה, אלא בביטוייה בשותפות בפועל בין המסכימים, אף כי "מידת האינטנסיביות של הקשר המוקדם עשויה להשתנות",<sup>250</sup> אך המדובר הוא לכל הפחות בפעילות בעצה אחת עד כדי "שותף לעסק".<sup>251</sup>

הביטוי "בני חבורה" לא הוזכר בהגדרת ההחזקה בנוסחה המקורית<sup>252</sup> בסימן 5 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ומכאן הסיקה הפסיקה,<sup>253</sup> כי היה בכך כדי להשליך על טיבה של מערכת היחסים שבין המחזיק העקיף ליסיר והעלאתה לדרגת שותפות לדבר-עבירה. בפרשת יצחקי קבע בית המשפט העליון, כי ההסכמה אינה נלמדת אך מנסיבות ומנתונים נסיבתיים, הכוללים את השתייכות המחזיק העקיף לחבורה עבריינית ספציפית, אלא גם ידיעה ספציפית המשולבת בהסכמה והעולה כדי החזקה בחבורה במלוא מובנה.<sup>254</sup> בעניין ביטון<sup>255</sup> התגבר בית המשפט העליון על החזקה בדבר הבעלות המשותפת של בני זוג ברכוש המצוי בדירתם המשותפת והכיר בהלכת *Boober* האנגלית<sup>256</sup> באופן מסויג, כי הגם שהחפץ האסור בהחזקה נמצא בדירתם המשותפת של בני הזוג, הרי "יכול נסיון החיים ללמד בנסיבות מסוימות, שכאשר הבעל פעיל ביחסי החוק' של התא המשפחתי והאשה היא אך עקרת בית, בוצעה עבירה של החזקת חפץ אסור על-ידי הבעל ולא על-ידי האשה".<sup>257</sup> לשון אחר: בית המשפט העליון המשיך בקו הפרשני הדורש שותפות של ממש בין המחזיק העקיף ליסיר מכוח דרישת ההסכמה הנ"ל, ומכל מקום מדובר בהסכמה מודעת, אשר אליה מצטרפת הידיעה כחלק מן היחס הנפשי של המחזיק העקיף כלפי ההתרחשות העבריינית שבהחזקת החפץ האסור בהחזקה.<sup>258</sup>

249 עניין הוכשטט, לעיל ה"ש 106, בעמ' 827. כן ראו בעניין זה ע"פ 3514/91 אבירקייק נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 126, 130 (1992).

250 עניין הוכשטט, שם.

251 ע"פ 120/52 לזרובר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו(2) 873, 883 (1952); ע"פ 785/79 אפעת נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 639, 642.

252 נוסחה המקורי של הגדרת המונח באנגלית בסימן 5 לפקודת החוק הפלילי, 1936 קבע: "If there are two or more persons and any one or more of them with the knowledge and consent of the rest has or have anything in his or their custody or possession, it shall be deemed and taken to be in the custody and possession of each and all of them" הרשמי בעברית ראו לעיל ה"ש 2.

253 עניין הוכשטט, לעיל ה"ש 106, בעמ' 828.

254 דברי השופט וינוגרד בע"פ 446/86 יצחקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 189, 192 (1987).

255 ע"פ 881/84 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 436 (1985) (להלן: עניין ביטון).

256 *Boober* (1850) 4 Cox C.C. 272, 273.

257 דברי השופט ש' לוי בעניין ביטון, לעיל ה"ש 255, בעמ' 438-439.

258 ע"פ 30/85 אבירקייק נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(3) 741, 743-744 (1985).

אמנם, בית המשפט העליון הקשיח את התנאי שבדין המהותי בדבר מהותה של ההסכמה, אך פסיקתו הקלה באופן ניכר בדרך הוכחתה של ההסכמה במישור הראייתי. כך תוך שימוש בהנמקה השאובה מ"נסיון החיים" ומ"הגיונם של דברים" יצר בית המשפט העליון חזקה שבעובדה,<sup>259</sup> הנשענת על נסיבות חיצוניות ואשר על הנאשם לסותרת, או לפחות לעורר ספק סביר לגביה, בדבר קיומה של ההסכמה (כמו גם הידיעה), אף שבדין המהותי זו מצויה ברמה גבוהה של שותפות לדבר-עבירה. כך בעניין אבו-רמדאן קבע בית המשפט העליון, כי "כאשר מספר אנשים מצויים במכונית, והמשטרה מגלה באותה מכונית כמות של סם, הרי ניתן להסיק מכך שכל נוסעי המכונית החזיקו בסם בצוותא, ומתוך ידיעה והסכמה".<sup>260</sup> זוהי, כאמור, חזקה שבעובדה, הנובעת מתוך ראיה נסיבתית חפצית (חבילת הסמים המסוכנים), העולה כדי הוכחת קיומה של שותפות לדבר-עבירה. בחזקה זו שבעובדה שב והשתמש בית המשפט העליון בשורה ארוכה של מקרים.<sup>261</sup> תוצאת שילובה של ההקלה הראייתית בדין המהותי מצביעה על הקלה בפועל בעניין הוכחת קיומה של ההחזקה הקונסטרוקטיבית. הקושי המרכזי שבהחזקה הקונסטרוקטיבית נולד עם כינונם של דיני השותפות לדבר-עבירה המודרניים, המבחינים הבחנה פונקציונלית בין סוגי השותפות ואימוצם בדיני העונשין בישראל במסגרת הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין. כאמור, תחילת הורתה של החזקה הקונסטרוקטיבית היתה בתקופה שבה שלט בכיפה הדין המסורתי מן המשפט המקובל האנגלי בדבר השותפות לדבר-עבירה, אשר לא הבחין הבחנה פונקציונלית בין סוגי השותפות לדבר-עבירה ואשר גם לא היה צורך מעשי בהבחנה מעין זו, מאחר שהענישה על סוגי השותפות השונים היתה ענישה אחידה והגדרות השותפות היו רחבות ומעורפלות. עם זאת, בעוד דיני השותפות לדבר-עבירה

259 חזקה שבעובדה ("praesumptio facti") היא חזקה ראייתית פסוקה, אשר נשאת מ"נסיון החיים" דרך עיני בית המשפט. השופט מצא קבע בדנ"א 1516/95 מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(2) 813 (1998), כי "הרציונל העיקרי לקביעת חזקה שבעובדה הוא הסתברות קיומה של העובדה המוחזקת". לעניין עוצמתה הראייתית של החזקה שבעובדה נקבע בע"פ 1964/91 בן דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 70, 75 (1992), כי "מערכת ראיות, היוצרת את החזקה שבעובדה יכולה לשמש יסוד להרשעתו של הנאשם, אם לא הופרכה ולא נתערעה, והיא מוליכה את בית המשפט למסקנה שהיא מעבר לספק סביר, לחובת הנאשם". מנגד, עומדת החזקה שבדין ("praesumptio legis"), שהיא בדרך כלל חזקה סטטוטורית בדבר התקיימות מצב ספציפי. ראו בעניין זה את פסק דינו של השופט זילברג בע"פ 172/68 המטפרסט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 3, 8 (1968); וכן S. Z. Feller, *The "Knowledge" Rule — against the background of the hamatprest case (criminal appeal and further hearing)*, 5 Isr. L. Rev. 352, 374–377 (1970).

260 ע"פ 459/95 אבו-רמדאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 775, 778 (1996). כן ראו בעניין זה את ע"פ 2400/94 סמאדגה נ' מדינת ישראל, פדאור 295(2) 16 (1995).

261 ראו, לדוגמא, ע"פ 444/75 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 614 (1975); ע"פ 228/87 כרמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 332 (1988); ע"פ 2510/92 סאלח נ' מדינת ישראל, פדאור 94(1) 591 (1994).

התפתחו בהגדרתן וניכרה בהן בישראל מלאכת ההגדרה מן המסורת המשפטית הקונסטיטנטלית, הכוללת הגדרות ברורות יותר, פונקציונליות וקטיגוריאליות, כמו גם שניכרה בהגדרות אלה ובהבחנות בין סוגי השותפות גם נפקות מעשית, הרי שההחזקה הקונסטרוקטיבית נותרה כשהיתה, על הגדרתה המיושנת. כך באופן נגזר קיימת חפיפה מושגית בין ההחזקה הקונסטרוקטיבית, אשר יועדה מלכתחילה להתייחס להחזקה במקרים של שותפות לדבר-עבירה, לבין השותפות לדבר-עבירה בהתייחס להחזקה הישירה (ההחזקה הממשית).

בדין הישראלי עולה עיקר הקושי שבחפיפה מושגית זו בין השותפות הישירה לדבר-עבירה<sup>262</sup> (ביצוע בצוותא וביצוע באמצעות אחר) ביחס להחזקה הממשית לבין ההחזקה הקונסטרוקטיבית בצוותא וההחזקה הקונסטרוקטיבית באמצעות אחר. כך, למשל, מה בין ביצוע בצוותא של החזקה ישירה (ממשית) בידי חברי הקבוצה העבריינית, אשר האחיזה הפיסית בנכס האסור בהחזקה מעשית על ידי אחד מחברי הקבוצה לבין החזקה קונסטרוקטיבית באותן נסיבות. יושם אל לב, כי ההגדרה הסטטוטורית של הביצוע בצוותא כיום במסגרת הוראות ס"ק 29(ב) לחוק העונשין אינה מחייבת התקיימות של היסוד העובדתי במלואו בכל אחד מן המבצעים בצוותא וזאת עד כדי אפס, כלומר: גם במצב של אי-התקיימות כלל של היסוד העובדתי בביצוע בצוותא ניתן להטיל אחריות בגין העבירה.<sup>263</sup> יסודות הידיעה וההסכמה שבהחזקה הקונסטרוקטיבית מתקיימים מניה וביה בביצוע בצוותא, שכן הביצוע בצוותא כפוף ליסוד הנפשי שבעבירה, וההסכמה היא התנאי הבסיסי והיסודי לקיומו של הקשר הפלילי — ההכנה הנדרשת לתכנון המוקדם שבביצוע בצוותא.<sup>264</sup>

באופן דומה לא ברור מהו ההבדל בין ביצוע באמצעות אחר של החזקה ממשית בנסיבות של שליחת אדם (קטין, נעדר מחשבה פלילית, תחת איום, תחת הטעיה או טעות עובדתיות, נעדר שפיות הדעת, נעדר שליטה או תחת הוראה חוקית או בלתי חוקית שאינה מגעת לכדי אי-חוקיות בעליל) על ידי אדם אחר לביצוע ההחזקה

262 להבחנה הפונקציונלית הכללית שבין השותפות הישירה לדבר-עבירה ובין השותפות העקיפה לדבר-עבירה ראו להלן ה"ש 311. ככלל מונה השותפות הישירה לדבר-עבירה את סוגי הביצוע למיניהם (ביצוע עיקרי, ביצוע בצוותא וביצוע באמצעות אחר).

263 ראו בעניין זה את פסק הדין בע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (1997) (להלן: עניין פלונים); וכן אצל רות קנאי "דיני עונשין — התפתחות ומגמות" עיוני משפט כג 717, 734–739 (2000).

264 ראו בעניין זה אצל מרדכי קרמיצר "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה" משפטים יד 231 (1984); ואצל מרים גור-אריה "צדדים לעבירה — תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה" מגמות בפלילים 83 (2001). כן ראו בעניין זה את פסק דינו של השופט טירקל בע"פ 10946/03 עיסא נ' מדינת ישראל, פדאור 05(15) 303, בעמ' 9 לפסק הדין (2005). הידרשות דומה קיימת גם במשפט האנגלו-אמריקאי: במשפט המקובל האנגלי ראו, לדוגמא, Whitehead [1982] 3 All E.R. 96; ובארצות הברית ראו את פסק דינו של השופט Jackson בעניין Krulwich v. United States, 336 U.S. 440, 69 S.Ct. 716, 93 L.Ed. 790 (1949).

הממשית, לבין החזקה קונסטרוקטיבית באמצעות אחר. קונסטרואלי, מדובר באותו מצב עובדתי. לכאורה, ניתן היה לטעון, כי החזקה הקונסטרוקטיבית באמצעות אחר אינה מוגבלת אך ל"אחר", הקבוע בנסיבות ס"ק 29(ג) לחוק העונשין אולם יש לציין, כי נסיבות ס"ק 29(ג) הנ"ל אינן בגדר רשימה סגורה וקונקלוסיבית של מקרים;<sup>265</sup> וכן כי לו היה מדובר בידיעתו של האחר ובהסכמתו, כי אז מדובר היה בכיצוע בצוותא לדבר-עבירה או לחלופין בהחזקה קונסטרוקטיבית בצוותא של ה"שולח" ובהחזקה ממשית של ה"שלוח". במקרה זה של החזקה קונסטרוקטיבית באמצעות אחר אין כל מניעה משפטית לייחס זאת כביצוע באמצעות אחר של החזקה ישירה (ממשית) או "החזקה באמצעות אחר", שכן ממה נפשך: אם פעולתו של ה"אחר" הסתכמה ברכיב הפיסי של החזקה ("בידור", אשר עשוי להיות שווה ערך ל-*corpus possessionis*), הרי שמדובר בכיצוע באמצעות אחר, כאשר האחר נעדר מחשבה פלילית לפי ס"ק 29(ג)(3). אם פעולתו של ה"אחר" השתרעה גם על ידיעה ו/או הסכמה, הרי שיש לבחון את התקיימות הרכיב הנפשי (*animus possidendi*) – שאם התקיים, אזי מדובר בכיצוע בצוותא או בשני מחזיקים ישירים (כאשר לא קיימת הסכמה ביניהם). אמנם, בסוג זה של בעייתיות בחפיפה המושגית לא דן בית המשפט העליון בפסיקתו, אולם בעניין זביידה הנ"ל עולה קושי מושגי זה מתוך הרטוריקה שבהנמקת בית המשפט העליון את הכרעתו. בית המשפט מצביע על העובדה, כי "ייתכנו מקרים שבהם יהיו מספר מחזיקים שלהם שליטה פונקציונלית בנכס בין שהם פועלים בצוותא ובין שלא",<sup>266</sup> כך שלא ברור אם מדובר בהחזקה ישירה (ממשית) בצוותא חדא או אם מדובר בהחזקה קונסטרוקטיבית בצוותא. בפועל נראה, כי עובר לכניסתו לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין השתמש בית המשפט העליון בדוקטרינת החזקה הקונסטרוקטיבית כל אימת שנקרה לידיו מקרה של שותפות עבריינית ביחס לעבירות החזקה<sup>267</sup> אך זאת מבלי לשקול כלל את תחולת דיני השותפות לדבר-עבירה, משל היה הדבר נדחה כדין כללי מפני דין ספציפי (*lex specialis derogat lex generalis*).<sup>268</sup> יתמה השואל: מהי נפקותם המשפטית והמעשית של דברים. מה בין ייחוס אשמה ל"מחזיק" כמחזיק ישיר (ממשי) בצוותא לבינו כמחזיק קונסטרוקטיבי (בצוותא), או בין מחזיק ישיר (ממשי) באמצעות אחר לבין מחזיק קונסטרוקטיבי (באמצעות אחר), שכן לעניין הענישה מדובר באותו עונש, בהיות הביצוע בצוותא והביצוע באמצעות

265 נוסח ס"ק 29(ג) לחוק העונשין כולל את השימוש בביטוי "כגון אחד המצבים הבאים" (ההדגשה אינה במקור). כך שאין מדובר ברשימה סגורה של מקרים, אלא בהדגמה בלבד.

266 עניין זביידה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 890–891.

267 כך, לדוגמא, בעניין לוזיה, לעיל ה"ש 202, בעמ' 507–511, השתמש בית המשפט העליון במינוח "בצוותא-חדא" לתיאור היחסים בין השותפים לדבר-עבירה, אך דן במקרה זה במסגרת דוקטרינת החזקה הקונסטרוקטיבית (בצוותא).

268 ROBINSON, לעיל ה"ש 15. ראו לעניין זה בע"פ 946/04 מדינת ישראל נ' עובד, פ"ד נח (6) 951 (2004).

אחר בגדר שותפות ישירה לדבר-עבירה, אשר הענישה לגביה זהה לקבוע בהוראות העבירה הספציפית ללא כל הפחתה או הקלה.<sup>269</sup> אמנם כי כן, אין הבדל בענישה המרבית הניתנת להטלה בשתי הקונסטרוקציות המשפטיות (בכפוף לסייג שיפורט להלן), אולם ישנה נפקות להבחנה במישורים אחרים, הקשורים בסיווג העבריין כשותף (אם כי ישיר) לדבר-עבירה או כמבצע עיקרי במסגרת ההחזקה הקונסטרוקטיבית. כך, למשל, תחולת האחריות הפלילית על ה"אחר". אם מדובר בתחולה על פי הוראות ס"ק 29(ג), הרי שמדובר באחריות פלילית מופחתת או בפטור מאחריות פלילית, בעוד שאין כך הוא הדבר בהכרח אם מדובר בהחזקה הקונסטרוקטיבית, אלא אם מתקיים סייג מפורש לאחריות הפלילית ביחס ל"אחר", אך בכך אין הוא שונה מכל נושא אחר של אחריות פלילית.

כך גם לגבי תחולת דוקטרינת העושה המיוחד ("delicta propria"), החלה כביצוע באמצעות אחר,<sup>270</sup> אך אין הכרח לעניין ההחזקה הקונסטרוקטיבית. נוסף על כך בעוד דוקטרינת האחריות הנגזרת המסתברת<sup>271</sup> הוחלה סטטוטורית מפורשות על הביצוע בצוותא,<sup>272</sup> אין כל הכרח לעניין תחולתה על ההחזקה הקונסטרוקטיבית, הנחשבת כביצוע עיקרי של העבירה מכוח החזקה שבסעיף ההגדרות. הדברים אמורים ביתר שאת בהתייחס למהותן של עבירות ההחזקה כעבירות-מְנַע, הקשורות בעבירות אחרות, תכופות בדרך-כלל, אשר אותן הן מיועדות למנוע. כך גם ביחס לתחולת הכלל בדבר נתונים ענייניים ונתונים אישיים,<sup>273</sup> החל כיום סטטוטורית כלפי "צד"

269 כדוגמת חלק מן השותפות העקיפה לדבר-עבירה, אשר קבועה לגביה ענישה מופחתת ביחס לביצועה הישיר של העבירה. כך כיום הענישה הקבועה לסיוע לדבר-עבירה בסעיף 32 לחוק העונשין והענישה הקבועה לניסיון לשידול לדבר-עבירה בסעיף 33 לחוק העונשין עומדות כללית על מחצית הענישה ביחס לביצוע הישיר, למעט מקרים של עונשי מוות, מאסר עולם חובה, מאסר עולם, עונשי מינימום ועונשי חובה. בעניין זה יש לציין, כי הצעת חוק העונשין משנת 1992, לעיל ה"ש 131, בעמ' 132, קבעה בסעיף 33 להצעה עונש של רבע מן הביצוע הישיר לשותפות עקיפה מסוג נסיון לשידול.

270 כיום סטטוטורית במסגרת הוראות ס"ק 29(ד) לחוק העונשין, הקובעות: "...אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד". דוקטרינה זו קובעת, כי לעניין הביצוע באמצעות אחר תיחשב כל תכונה של ה"אחר" כתכונתו של המבצע, שכן מדובר למעשה בידו הארוכה של המבצע. הדבר נכון אף כאשר הטלת אחריות פלילית בעבירה הספציפית מותנית בהתקיימותה של תכונה מיוחדת זו אצל המבצע. ראו בעניין זה אצל פלר, לעיל ה"ש 227, בעמ' 306–316.

271 דוקטרינת האחריות הנגזרת המסתברת מאפשרת הטלת אחריות פלילית על השותפים לדבר-עבירה ביחס לעבירה שונה או נוספת שלא היתה כלולה בתכנון המקורי. ראו בעניין זה עניין פלונים, לעיל ה"ש 263.

272 במסגרת הוראות ס"ק 34א(1) לחוק העונשין.

273 הכלל בדבר נתונים אישיים, אשר מקורו במסורת המשפטית הקונטיננטלית, קובע כי נתונים אישיים, המתקיימים באחד השותפים לדבר-עבירה, נפקותם תהא רק בו, בעוד נתונים ענייניים תחול נפקותם גם ביחס ליתרת השותפים, אף שלא נתקיימו בכלם בנפרד. בישראל הוספה לכלל בדבר נתונים אישיים גם ההתייחסות לנתונים ענייניים לכדי כלל אחד, הגם כי הכלל המקורי במסורת המשפטית הקונטיננטלית מסתפק בהתייחסות לנתונים אישיים בלבד, ראו לדוגמה



לעבירה,<sup>274</sup> כמשמעו בהוראות סימן ב לפרק ה לחוק העונשין, אך אין כל הכרח כי יחול גם לגבי המחזיק הקונסטרוקטיבי.

נוסף על כל אלה קיימת גם נפקות עקיפה לעניין הענישה. בהתאם להוראות ס"ק 34א(ב) לחוק העונשין, אם השתמש בית המשפט בדוקטרינת האחריות הנגזרת המסתברת לגבי הטלת אחריות פלילית על המבצע בצוותא ובעבירה הספציפית נקבע עונש חובה, הרי שבית המשפט רשאי להטיל על המבצע בצוותא עונש קל יותר מעונש החובה, כך שלמעשה אין מדובר עוד בעונש חובה כלפי המבצע בצוותא. עם זאת, אם מדובר בהחזקה קונסטרוקטיבית (בצוותא), הרי שהמחזיק הקונסטרוקטיבי נתפש משפטית כמבצע העיקרי, אשר כלל לא ברורה תחולת דוקטרינת האחריות הנגזרת המסתברת לגביו, ובכלל זאת לעניין הענישה המופחתת.

מלבד זאת, מאחר שההחזקה הקונסטרוקטיבית נתפשת כחלק מן הביצוע העיקרי של העבירה ולא כשותפות לדבר-עבירה, הרי שאין כל מניעה לגזור הימנה שותפות לדבר-עבירה. כך, למשל, בהחזקה קונסטרוקטיבית באמצעות "אחר" יוכל ה"אחר" להסתייע ב"אחר" שונה הימנו, באופן שבו אדם א מחזיק קונסטרוקטיבית באמצעות אדם ב חפץ, אשר אדם ב הוא מבצע באמצעות אחר (אדם ג) של ההחזקה הקונסטרוקטיבית. כך אדם ג יהיה חף מפשע ופטור מאחריות פלילית או שישא באחריות מופחתת, בעוד אדם ב יופלל כמחזיק קונסטרוקטיבי במלוא חומרת הדין כמו גם אדם א. באופן דומה אם אדם א שידל את אדם ב להסכים להחזקה ישירה (ממשית) שבידיו שלו (אדם א), האם מדובר בהחזקה קונסטרוקטיבית של אדם ב יחד עם אדם א, או שמא מדובר בשידול להחזקה של אדם ב על ידי מחזיק ישיר ואזי הן למשדל הן למשודל אותה אחריות פלילית כמבצעים ישירים נהמשדל, מכוח היותו מחזיק ממשי; והמשודל, מכוח היותו מחזיק קונסטרוקטיבי, על אף היפוך היוצרות — המחזיק הישיר (ממשי) הופך לשותף עקיף לדבר-עבירה, בעוד המחזיק הקונסטרוקטיבי הופך ל"שותף" הישיר כמחזיק קונסטרוקטיבי].

לפיכך נראה, כי קושי מושגי זה שבהבחנה בין שתי קונסטרוקציות משפטיות אלה — האחת, מכוח דיני השותפות לדבר-עבירה; והאחרת, מכוח דוקטרינת ההחזקה הקונסטרוקטיבית — אינו תיאורטי גרידא, אלא נפקותו משפטית מעשית. לפיכך עולה שאלת תאימותה של דוקטרינת ההחזקה הקונסטרוקטיבית לאור כניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין.

את הוראות סימן 28 לקוד הפלילי הגרמני הקובעות, כי (1) Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern; (2) Bestimmt das Gesetz, dass besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen".

274 במסגרת הוראות סעיף 34 לחוק העונשין.

## ה. הצעה לפתרון

כללית, עיקרה של ההצעה לפתרון הוא בהכפפת ההחזקה לדיני העונשין הכלליים, בביטול ההסדרים המיוחדים, המהווים הסדרים משפטיים בלתי נחוצים כיום ובהיטמעות ההחזקה במסגרת דיני העונשין הכלליים. לצורך הצגת ההצעה יש לבחון את הרציונל, את התשתית הנורמטיבית ואת יישומה של ההצעה.

המשפט האזרחי על רבדיו השונים אינו עשוי מקשה אחת. קיימות בו תורות משפט שונות ואף נוגדות, המשמשות אותו הן בתחום דיני החבות הן בתחום דיני הנזק.<sup>275</sup> גם ההשפעות הזרות על הדין האזרחי המהותי אינן אחידות ויש אשר ענפי משפט רחבים מושפעים משיטות משפט אנגלו-אמריקאיות,<sup>276</sup> בעוד ענפי משפט רחבים אחרים בתחום המשפט האזרחי מושפעים משיטות המשפט הקונטיננטליות.<sup>277</sup> כך התבססה לה שונות יוריספרודנטלית בין תחומי המשפט האזרחי לבין עצמם. במקרים מסוימים נעשה מעבר חד מהשפעה אנגלו-אמריקאית להשפעת שיטות המשפט הקונטיננטליות.<sup>278</sup>

275 כן, למשל, בתחום דיני החוזים הכלליים מורות הוראות הרישא דסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16, כי הסעד הראשון במעלה לו זכאי הניפר בעקבות הפרת החוזה הוא סעד האכיפה. לעומת זאת, בשורה ארוכה של חיקוקים נתפש סעד האכיפה כחריג, בעוד סעד הפיצויים הוא הסעד הראשון במעלה. ראו לעניין זה, לדוגמא, הוראות ס"ק 10(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38; והוראות ס"ק 3(א) לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במנהל התקין), התשנ"ז-1997, ס"ח 66. לעניין יישומן של הוראות החוק האחרון בבית הדין הארצי לעבודה, השוו ע"ע 683/05 לוי – מדינת ישראל (משרד החינוך), תק"אר 2008(1) 64 (2008).

276 ראו בעניין זה את השפעתו המכרעת של המשפט המקובל האנגלי על דיני הנזיקין בישראל: אליעזר מלחי תולדות המשפט בארץ ישראל (מבוא היסטורי למשפט במדינת ישראל) 49, 129, 159 (מהדורה שנייה, 1953); יצחק אנגלרד, אהרון ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 33-35 (מהדורה שנייה, ג' טרסקי עורך, 1977).

277 ראו בעניין זה את השפעת הקודקסים הקונטיננטליים על דיני החוזים בישראל ועל החקיקה האזרחית "החדשה" של שנות השישים והשבעים של המאה העשרים; גבריאלי הלוי חוזים: החלק הכללי – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 6 (2005); מיגל דויטש "הנדסת" הקודיפיקציה של המשפט האזרחי – הצעת מבנה" משפטים כט 587 (1998); דפנה ברק-ארו "הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים" עיוני משפט כב 793 (1999).

278 כן, למשל, בתחום ברירת הדין בנזיקין שבמשפט הבינלאומי הפרטי בישראל, החזיק המשפט הישראלי עד לשנת 2004 בגישות מן המשפט המקובל האנגלי ככלל המסורתי וככלל החבות הכפולה. גישות אלה באו לידי ביטוי בפסיקה ארוכת שנים של בית המשפט העליון. לדוגמא: ע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ', פ"ד לז(4) 449 (1983); ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, פ"ד לט(1) 365 (1985); ע"א 337/87 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(2) 705 (1994) ורבים אחרים. עם זאת, בשנת 2004 בע"א 1432/03 ינון ייצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345 (2004), סטה המשפט הישראלי לעבר הגישה הטריטוריאלית (lex loci delicti), המקובלת והנהוגה בשיטות המשפט הקונטיננטליות. למעבר זה ניתן להתייחס גם במונחים של מגמה בהתייחסות גם לחקיקה האזרחית החדשה של שנות השישים והשבעים של המאה העשרים בישראל, ובייחוד לדיני החוזים הכלליים; אך גם במשפט הפלילי ניתן לאתר ניצנים

דיני העונשין הכלליים בישראל, אשר גם הם שאבו בעבר ממקורות שונים ובעיקר מן המשפט האנגלו-אמריקאי, עברו רפורמה מאחדת וכללית, למעט בסוגיית דרכי הענישה, במסגרת רפורמת תיקון מס' 39 לחוק העונשין, אשר הוראותיו נכנסו לתוקפן ביום 23 באוגוסט 1995. רפורמה זו הקיפה את חלקם הניכר של דיני העונשין הכלליים, כפי שאלה מוצאים את ביטויים בחלקים המקדמי<sup>279</sup> והכללי<sup>280</sup> לחוק העונשין. ברפורמה זו ניכרת השפעה בלתי מבוטלת של המשפט הפלילי בקונטיננט האירופי.

דיני העונשין הכלליים חלים על כלל העבירות הפליליות הספציפיות, למעט כאשר נקבע מפורשות בחקיקה ראשית הסדר נוגד אחר,<sup>281</sup> ומקרים אלה מצומצמים ביותר ועליהם להתפרש בצמצום רב כלומר: אך במקום בו ההסדר הנוגד האחר נוגד מפורשות את דיני העונשין הכלליים, יש לנהוג על פי ההסדר הנוגד, ובכל מקרה אחר יחולו דיני העונשין הכלליים,<sup>282</sup> כפי שיובהר להלן. התוצאה המתבקשת ממצב משפטי זה היא האחדה של המשפט הפלילי המהותי הכללי ביחס לכל העבירות הספציפיות. תוצאה זו היא תוצאה רצויה וראויה, המקדמת את ערכי שלטון החוק, ובכללם את עקרון החוקיות בפלילים.<sup>283</sup> בכך יש גם כדי לקדם את האידיאל, שלפיו המשפט "מדבר בקול אחד",<sup>284</sup> וכי המשפט הוא הרמוני, קוהרנטי ואחיד. השלכת תוצאה זו גם על ההחזקה בדיני העונשין והכפפתה אל דיני העונשין הכלליים תוביל להאחדה של דיני העונשין גם בהיבט ספציפי זה של ההחזקה, אשר נתפשת כחריג לדיני העונשין בכל היבט שבה, כפי האמור לעיל.

התשתית הנורמטיבית להצעת הפתרון קיימת גם היא במסגרת דיני העונשין הכלליים. הוראות סעיף 34כג לחוק העונשין מכפיפות את העבירות הפליליות הספציפיות — בחלק ב לחוק העונשין ומחוצה לו — לדיני העונשין הכלליים, הקבועים בחלקים הכללי והמקדמי לחוק, ובלבד שהעבירה היא עבירת פנים.<sup>285</sup> יש לציין, כי קיימת גם

- של מגמת "קונטיננטליזציה" מעין זו בייחוד בדיני העונשין מאז תיקון מס' 39 לחוק העונשין, אשר שואב מתובנות רבות שמקורן בשיטות המשפט הקונטיננטליות.
- 279 החלק המקדמי בחוק העונשין כולל את סעיפים 1–17 לחוק ומתייחס לשלושה מארבעת עקרונות המשנה של עקרון החוקיות בדיני העונשין.
- 280 החלק הכללי בחוק העונשין כולל את סעיפים 18–90 לחוק ועוסק בדיני העונשין הכלליים הן בהיבט של הטלת האחריות הפלילית הן בהיבט של הענישה.
- 281 כך הן, לדוגמא, הוראות סעיפים 121–122 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד–1994, ס"ח 308, היוצרות מערכת דיני עונשין ספציפית, החלה אך בגדרי הוראות חוק זה.
- 282 זאת בהתאם להוראות סעיף 34כג לחוק העונשין.
- 283 כך, בהיותה של תורת העונשין הכללית בגדר תורה אחידה, השוני בין העבירות הספציפיות השונות מתמצה אך בסוג האיסור ולא בדין הכללי האופף אותו והמטיל את עקרונות האחריות הפלילית לגביו. בכך יש כדי לתרום תרומה משמעותית לקידום ערכי שלטון החוק ועקרון החוקיות, בהיותה של תורת העונשין הכללית אחידה ומשותפת לכלל העבירות הפליליות.
- 284 ראו בעניין זה אצל DWORKIN, לעיל ה"ש 20, בעמ' 76–86 בפרק 7 לספרו.
- 285 "עבירת-פנים" מוגדרת בהוראות ס"ק 7(א) לחוק העונשין ומוחלים עליה דיני העונשין הכלליים מכוח הוראות סעיף 12 לחוק.

הוראה נוספת, אך ככל הנראה מיותרת,<sup>286</sup> המכפיפה את העבירות הספציפיות גם להוראות דרכי הענישה שבפרק ו לחוק העונשין, הלא היא הוראת סעיף 89 לחוק העונשין. כך, נוכח הוראות אלה, המקיימות תחולה כללית של דיני העונשין הכלליים, ניתן להצביע על תשתית נורמטיבית מספקת לצורך החלת דיני העונשין הכלליים על עבירות ההחזקה ועל ההחזקה עצמה במסגרת עבירות אלה, ככל שאין הוראה מפורשת אחרת לסתור במסגרת עבירות ספציפיות אלה, כלומר: הכפפת עבירות ההחזקה הספציפיות לדיני העונשין הכלליים. יישום הכפפה זו פותר מניה וביה את קשיי האפיון, ההגדרה וההתאמה של עבירות ההחזקה, כפי שהוצגו לעיל. יישום זה ייבחן להלן מן הקל אל החמור בפרספקטיבת ניתוחן של עבירות ההחזקה הספציפיות, ככל שהן נסמכות על הגדרות ההחזקה, כפי שנותחו לעיל. פרספקטיבה זו לבחינה היא היחידה האפשרית בשל מהותה של הצעת הפתרון, שכן עם ביטול חריגותיה של ההחזקה כקטגוריה נפרדת ושילובה בדיני העונשין הכלליים (כ"מעשה", בכפיפות ל"מחשבה פלילית" ובכפיפות ל"דיני השותפות לדבר-עבירה") אין אפשרות לבחנה, אלא במסגרתן של עבירות ההחזקה הספציפיות.

היסוד העובדתי בעבירות ההחזקה כולל, בדרך כלל, שני רכיבים. הרכיב האחד הוא רכיב התנהגותי, המוצא ביטוי, בדרך כלל, בביטוי "המחזיק"<sup>287</sup> או דומיו.<sup>288</sup> הרכיב האחר הוא רכיב נסיבתי, המתייחס לחפץ האסור בהחזקה ולעתים גם לעצם האיסור תוך שימוש בנוסחה "שלא כדין" על שלל סוגיה. באופן זה, התבנית הכללית של היסוד העובדתי בעבירות ההחזקה תהא "המחזיק חפץ שלא כדין". כך, למשל, כדי לאסור על החזקת סמים מסוכנים שלא כדין, עשויה הגדרת המחוקק את הנורמה הפלילית הספציפית להתייחס למבנה כללי של "המחזיק סמים מסוכנים שלא כדין", באשר הגדרת הסמים המסוכנים עשויה להיות מוזנת מהגדרת הנסיבות הרלוונטיות (רשימה של חומרים כימיים) ובאשר הגדרת הנסיבות האסורות בהחזקה עשויות להיות מוזנות משלילת פליליות מקרים, בהם ניתן היתר מפורש מגורם מוסמך. כך גם לגבי החזקת נשק באופן בלתי חוקי, רכוש החשוד כגנוב וכיוצא באלה. לאמיתו של דבר, הגדרת הרכיבים הנסיבתיים שביסוד העובדתי אינה מעוררת קושי

286 הוראת סעיף 89 לחוק העונשין היא ככל הנראה הוראת דין מיותרת שהשתירה מן הדין שקדם לכניסתו לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין. הוראה זו, אשר מקורה בסעיף 53 לחוק דיני עונשין (דרכי ענישה) [נוסח משולב], התש"ל-1970, ס"ח 109, מצויה כיום במסגרת פרק ו לחוק העונשין. פרק ו הוא חלק בלתי נפרד מן החלק הכללי בחוק העונשין. לפיכך הוראות סעיף 34 לחוק העונשין, המחילות את החלק הכללי (בכללותו, כמו גם את החלק המקדמי) על כלל העבירות הספציפיות, כוללות מניה וביה תחולה כללית של פרק ו לחוק העונשין.

287 כך הוא, למשל, נוסח עבירת החזקת נכס חשוד, בהתאם להוראות סעיף 413 לחוק העונשין. לנוסחה המלא של עבירה זו ראו לעיל ה"ש 22.

288 כך, למשל, עושה המחוקק לעתים שימוש בהימצאות כדי להגדיר עבירת החזקה, לדוגמא: הוראות סעיף 1413 לחוק העונשין מתייחסות ל"מי שנמצא ברשותו מכשיר המשמש לשם פריצה..." כדי להגדיר עבירת החזקת מכשירי פריצה. לנוסחה המלא של עבירה זו ראו לעיל ה"ש 23.

של ממש ואינה שונה שוני של ממש מיתר תחומי העבריינות הספציפית בפלילים. חשיבותה העצומה נעוצה בהיותה התשתית העובדתית להשלכת היסוד הנפשי לגביה ("מודעות ביחס לנסיבות", למשל). כך ביחס להגדרת החפץ האסור בהחזקה, הנעשית במסגרת החקיקה הראשית, בדרך כלל,<sup>289</sup> וכך גם ביחס לנוסחה "שלא כדין".<sup>290</sup> הקושי המרכזי שביסוד העובדתי בהחזקה היה נעוץ ברכיב ההתנהגותי, המוצא את ביטויו בעיקר במסגרת המונח "המחזיק". את הקושי שברכיב התנהגותי זה ניתן לפצל לשניים: הקושי הטיפולוגי של הרכיב ההתנהגותי וסיווגו כ"מעשה" או כ"מחדל" — כ"מעשה" או כ"אפס-מעשה", כפי שנותח בפסקה ג לעיל. הקושי האחר הוא קושי של תמטיקה, כלומר — פרשנות תוכנו של "המחזיק" וכיצד באה החזקה זו של "המחזיק" לידי ביטוי מעשי בפועל, כפי שנותחו ההיבט הפיסי של קושי זה בפסקה ד.1 לעיל וההיבט הנפשי בו בפסקה ד.2 לעיל.

הגדרתה של ההחזקה בסעיף 34 כד לחוק העונשין, כפי שנדונה לעיל, יונקת מאדני המשפט האזרחי ודיני הקניין, אשר נקלטו ויושמו בדיני העונשין הכלליים. היא נסבה על מונח השליטה, על בעיות ההגדרה שבו, כפי שנסקרו לעיל. אין כל מניעה בהפניית תוכנו של האיסור הפלילי לתוכן אזרחי, כל זמן שמדובר ברמת היסוד העובדתי בעבירה הפלילית, העשוי להתייחס ממילא לשלל צורותיה וסוגיה של ההתנהגות האנושית. עם זאת, מאחר ומושג השליטה הנו רחב למדי ויש אשר מדובר בשליטה פעילה ויש אשר מדובר בשליטה שאינה כרוכה בהוצאת אנרגיה ע"י שרירי גוף האדם, נראה, כי יש בו כדי להשליך על טיפולוגיית ההחזקה. חוק העונשין מכיר<sup>291</sup> בשני מצבי התנהגות עבור מבצע עיקרי — "מעשה" ו"מחדל". ודוק: קיומם של שני מצבים אלה לבדם מתייחס אך ורק למבצע עיקרי, שכן לגבי השותפות העקיפה לדבר-עבירה ניתן להתייחס גם לאפס-מעשה ממש (ללא חובת-עשה).<sup>292</sup> מאחר ועבירות ההחזקה אינן כרוכות בהכרח בהפרת חובת-עשה ספציפית מן הדין דווקא, או בכלל, הרי שסיווג רכיביהן ההתנהגותיים כ"מחדל" אינו מתארם נאמנה.

מאידך, כיצד סיווגם של הרכיבים ההתנהגותיים בהחזקה כ"מעשה" עשוי ליתן מענה לשליטה שאינה כרוכה בפעילות פיזית אקטיבית. בעניין זה ניתן לפתור את

289 כך, למשל, הגדרת הסם המסוכן לצורך עבירת החזקת הסמים המסוכנים מצויה בהפניית סעיף 1 (סעיף ההגדרות) לתוספת הראשונה לפקודת הסמים המסוכנים.

290 ראו בעניין זה את פסק-הדין בע"פ 2/73 סלע נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 371 (1974), אשר נקבע בו ע"י מ"מ הנשיא זוסמן, כי משמעות הנסיבה "שלא כדין" היא "בלא שיימצא בדין הצדק למעשה שנעשה", כפי שנשאב מדיני הנזיקין בעניין זה.

291 במסגרת הוראות ס"ק 18(ב) לחוק העונשין.

292 ראו בעניין זה אצל פלר, לעיל ה"ש 227, בעמ' 242–249. לדעה שונה ראו: קרמניצר ולבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה — על הסיוע לדבר עבירה ועל הפרשנות בפלילים", לעיל ה"ש 72. כן ראו בעניין זה את פסק-דינו של השופט חשין בעניין ויצמן, לעיל ה"ש 72 ואת הביקורת עליו: קרמניצר ולבנון-מורג "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל", לעיל ה"ש 72.

הקושי בשתי דרכים. הדרך האחת היא בחינת השליטה הנ"ל לגופה. כל שליטה מעין זו, הגם שאינה כרוכה בפעילות גופנית-פיסית אקטיבית מצד המחזיק, כרוכה עדיין בפעולות הכנה, הנשענות על תובנות ספציפיות, אשר פעולות הכנה אלה עשויות להיכנס לשערי ההגדרה הפיסית של ה"מעשה". כך, לדוגמא, אדם אשר משאיר בחצרו של אדם אחר חבילת סמים מסוכנים, לכאורה, הוא אשר הוציא את האנרגיה ופעל פעילות פיסית, ואילו האדם האחר לא עשה דבר. עם זאת, יש בכך כדי להתעלם מההידברות המשותפת ביניהם וההסכמה אליהם הם הגיעו, אשר הניבה פעולה זו. ההידברות וההסכמה נעשו במסגרת שליטתו של האדם האחר ומביא חבילת הסמים המסוכנים פעל על-פי הרצף המסתבר של שליטה זו. דרך אחרת היא ההשתחררות מן התפישה ההולמסיאנית המיושנת של ה"מעשה" כ"פעולת שריר רצונית"<sup>293</sup> והמעבר לתפישה רחבה יותר של המעשה, כפי שהיא מוצאת את ביטויה, למשל, במשנתו של פרופסור ולצל כפי המתואר להלן.

כאמור, בתחילת שנות השלושים של המאה העשרים פיתח בגרמניה פרופסור ולצל תפישה חלופית של היסוד העובדתי.<sup>294</sup> ההיבט המרכזי בתפישתו של ולצל הוא כי ההתנהגות הנה מוכוונת-מטרה, או תוצאתית (טלאולוגית), כלומר – ההתנהגות מכוונת לעבר השגת היעד הספציפי הגלום בתוצאות ההתנהגות. לדידו, לא ניתן להבין את ההתנהגות האנושית אך כתנועות גופניות מרצון, ללא הבנת המטרה העומדת בבסיסה. ההתנהגות האנושית הנה מטרתית באופן טבוע בה מעצם היותה התנהגות אנושית והיא מהווה ביטוי אובייקטיבי לקיומה של מטרה זו. תפישה זו של ולצל הושפעה גם מן הזרמים המודרניים דאז בפילוסופיה האנליטית, ובייחוד מסוג כתיבתו המאוחרת של ויטגנשטיין,<sup>295</sup> לפיה "תהליך פנימי דורש קריטריונים חיצוניים" וביצוע מכוון מטרה הוא סוג של ביצוע. השפעה אחרת היא של המלומד בן המאה התשע עשרה, פון סאוני.<sup>296</sup> כך, עשויה ההחזקה כ"מעשה" להקיף גם שליטה שאינה מוצאת את ביטויה בפעולות גופניות פיסיות באופן סימולטני עם רכישת ההחזקה. במלים אחרות, בהתאם לגישתו של פרופסור ולצל נראה, כי אין מניעה לראות בהחזקה כ"מעשה", שכן מדובר בהתנהגות מוכוונת-מטרה של שליטה בחפץ הספציפי.<sup>297</sup> באופן זה, שבו ההחזקה מוגדרת באורח גורף באמצעות מונח השליטה, שהוא

293 HOLMES, לעיל ה"ש 3, בעמ' 54.

294 WELZEL, לעיל ה"ש 80.

295 לודוויג ויטגנשטיין חקירות פילוסופיות פסקה 580 (עדנה אולמן-מרגלית מתרגמת, 1997).

296 לעיל ה"ש 79.

297 למסקנה זהה מגיע פרופסור פלר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 393–394, אך מתוך הנחה שונה, לפיה ההחזקה כסוג של "התנהגות" עומדת בסטנדרט של התפישה הקלאסית-הולמסיאנית של הגדרת ה"מעשה". זאת מאחר שבבסיס ההחזקה מצוי יסוד השליטה וכי השליטה, לדידו, "מטבעה, היא עניין פיסיו-גופני, המתבטא באפשרות הפיסית של השולט בדבר לעשות בו כרצונו, כאילו נמצא הדבר בידו והוא המחזיק בו גופנית, תוך הוצאת אנרגיה פיסית לשם כך".

מעצם טיבו וטבעו מונח המרמז על אקטיביות מצד המבצע, יקל להגדיר את ההחזקה כ"מעשה", כלומר: כרכיב התנהגותי אקטיבי. לא תיתכן בהקשר זה שליטה "פסיבית".<sup>298</sup> יחסי שליטה במובן "פסיבי" משמעם להיות נשלט ולא לשלוט. לשלוט באדם או בחפץ, לפי מובנם הפשוט והטבעי של הדברים, פירושו אקטיבי. פישוטם של הדברים הוא כאילו מדובר בשליטה בדרך של החזקה כלומר: עבירות ההחזקה אוסרות על קיומה של שליטה מסוג מסוים – ושליטה זו באה לידי ביטוי מעשי בדרך של שליטה. משום כך ההחזקה, כאחת מדרכי הביטוי של שליטה, היא "מעשה" אקטיבי. יש לציין בהקשר זה, כי למסקנה זו, אם כי בדרך שונה, מגיע גם פרופסור פלר בספרו.<sup>299</sup> היסוד הנפשי בעבירות ההחזקה לא אמור לחרוג מן ההגדרה הכללית של היסוד הנפשי באחריות הפלילית וביחס לעבירות פליליות ספציפיות אחרות. הוראות רישא דסעיף 19 לחוק העונשין קובעות את המחשבה הפלילית כברירת המחדל של היסוד הנפשי באחריות הפלילית בישראל, ככל שהעבירה הספציפית אינה מוגדרת מפורשות כעבירת רשלנות או ככל שאין היא מסוג העבירות של אחריות הקפידה. אין בנמצא עבירות מעורבות, אשר הרכיב ההתנהגותי שבהן חוסה בצל המחשבה הפלילית, בעוד הרכיב הנסיבתי שבהן חוסה בצל הרשלנות, כפי שסבר בית המשפט העליון בעניין זביידה.<sup>300</sup> משום כך יש להניח, כי עבירות ההחזקה בישראל, ככל שלא הוגדר מפורשות אחרת, הן עבירות של מחשבה פלילית. לפיכך בהתאם להגדרת סעיף 20 לחוק העונשין את המחשבה הפלילית, נדרשת הוכחה פוזיטיבית של מודעות ("Mens Rea") כלפי ההתנהגות (כלפי פעולות ה"מחזיק", כלומר: מודעות לשליטה) וכן מודעות כלפי הנסיבות (כלפי סוג החפץ האסור בהחזקה וכן כלפי האיסור שבהחזקה, ככל שהם מצויים בהגדרת הנסיבות בעבירה).

דרישה זו של מחשבה פלילית ("Mens Rea"), המחליפה את הרכיב הנפשי בהחזקה (animus possidendi) פותרת מניה וביה את הבעיה שהתעוררה בעניין לוזיה,<sup>301</sup> שלפיה נשאל, האם על המחזיק להיות מודע לטיבו של הנכס המוחזק. התשובה היא חיובית עקב דרישת המודעות כלפי הנסיבות שבסעיף 20 הנ"ל לחוק העונשין, כפועל יוצא של הכפפת עבירות ההחזקה לדיני העונשין הכלליים. זאת ועוד: החלפת רכיב ה-animus possidendi במחשבה פלילית כוללת פותרת את קיומם של ארבעת המצבים הבעייתיים של דרישת "מודעות" כלפי "ידיעה" (מודעות כלפי ידיעה, מודעות כלפי אי-ידיעה, אי-מודעות כלפי ידיעה ואי-מודעות כלפי אי-ידיעה). עם הכפפת עבירות ההחזקה לדין הכללי אין עוד קיום ל-animus possidendi. אמנם כי כן, הזיקה הפיסית לנכס (רכיב ה-corporis possessionis) נותרה בעינה במסגרת היסוד

298 אם כי בהקשר אחר, רחב יותר, היא תיתכן.

299 פלר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 121–140.

300 עניין זביידה, לעיל ה"ש 32.

301 עניין לוזיה, לעיל ה"ש 202.

העובדתי שבהחזקה, אולם רכיב ה-animus possidendi לא יוכל להימנות במסגרת היסוד העובדתי המודרני (משום היותו סובייקטיבי ומתייחס לפן הנפשי ולהלך-נפשו של המחזיק) וכן לא יוכל להיכלל במסגרת היסוד הנפשי; שכן אין הגדרת המחשבה הפלילית מכירה ברכיב מעין זה, אלא במודעות הכללית (בנדבך הקוגניטיבי בה) ביחס להתנהגות, לנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאה ובנדבכים הוולנטיביים בה ביחס לתוצאה (פזיזות וכוונה).

אם ננסה להסביר את קיומו של המצב המשפטי המורכב כיום, שבו נדרשת מחשבה פלילית (Mens Rea) כלפי הרכיב הנפשי בהחזקה (animus possidendi) – כלומר: מעין "מודעות כלפי ידיעה" – נראה, כי שורשי מצב זה קשורים ב"יבוא" הגדרת ההחזקה מן הדין האזרחי. רכיבי ההחזקה (הפיסי והנפשי) "יובאו" מן המשפט האזרחי ו"נשתלו" בדיני העונשין במסגרת היסוד העובדתי בלבד שבהחזקה. כשהתפתחו דרישות היסוד הנפשי בהוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, נוספה למעשה דרישת "מודעות" כלפי היסוד העובדתי בעבירות ההחזקה, אף על פי שבמקורה היתה מגולמת ב"ידיעה" (animus possidendi) במסגרת ההחזקה עצמה. כיום למעשה אין עוד צורך, כאמור, בכפל דרישות זה. דרישת היסוד הנפשי הכללי (Mens Rea) מגלמת את הרציונל שבדרישת יסוד נפשי מכל היבט ועונה על כל היבט או צורך של דרישת יסוד נפשי בכללה. כך, ניתן לוותר לחלוטין על דרישת הרכיב הנפשי בהחזקה, תוך הותרת היסוד העובדתי בעבירות ההחזקה על טהרת הרכיב הפיסי (corpus possessionis) באופן אובייקטיבי לחלוטין וללא רכיבים נפשיים. ברי, כי ביחס לכל רכיבי היסוד העובדתי בעבירות ההחזקה, כמו בכל סוג אחר של עבירות, יידרש גם יסוד נפשי כולל (Mens Rea), בהתאם להגדרה הספציפית של העבירה. יש לציין, כי בית המשפט בישראל אכן נוהג כך למעשה, גם מבלי לציין זאת מפורשות.<sup>302</sup>

בכך נפתח גם הפתח המשפטי להחיל על היסוד הנפשי שבהחזקה את תחליפי המחשבה הפלילית ואת החזקות הנלוות. כך, למשל, דוקטרינת העיוורון המכוון ("willful blindness"), אשר יוחדה סטטוטורית<sup>303</sup> כתחליף למודעות להתנהגות וכתחליף למודעות לנסיבות, אין כל מניעה בהחלתה בעבירות ההחזקה כתחליף מודעות.

302 כך למשל, בע"פ 2410/07 תורכ נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(4) 368, פסקה 5 (2007) ציינה השופטת ארבל בפסק-דינה, כי "מושג השליטה מורכב משני יסודות – יסוד נפשי (animus possidendi) ויסוד פיזי (corpus possessionis)... היסוד הנפשי עניינו מידת המודעות או הרצון לשלוט או להחזיק בנכס. בעניין זה נקבע כי יש והמחשבה הפלילית הנדרשת לצורך הרשעה תלמד מנסיבות המקרה, מנסיבות החיים ומניתוח המעגן בהגיונם של הדברים..." (ההדגשות אינן במקור). הנה כי כן, זיהתה פסיקת בית המשפט העליון את הרכיב הנפשי בהחזקה ("היסוד הנפשי", כנוסחה, המהווה את הרכיב הנפשי animus possidendi) עם המחשבה הפלילית, המהווה את אחד מסוגי היסוד הנפשי הכלליים (Mens Rea). זיהוי זה נעשה בידי פסיקת בית המשפט באורח גורף, אף מבלי להידרש לצורך בחוליה מקשרת לצורך המעבר מן הרכיב הנפשי שבהחזקה ליסוד הנפשי שבאחריות הפלילית.

303 בהוראות ס"ק 20(ג)1 לחוק העונשין.



הוא הדין גם לגבי החזקה הפסוקה, כי אדם מוחזק כמודע לתוצאות הטבעיות של מעשיו<sup>304</sup> (praesumptio doli). ברי, כי חזקות ודוקטרינות הקשורות בנדבך הוולטיבי של המחשבה הפלילית לא תהיינה רלוונטיות כל עוד אין מדובר בעבירה הכוללת רכיב תוצאתי.

עם זאת, העלאת בעיית החלתו של היסוד הנפשי, כפי שניעורה בעניין זביידה<sup>305</sup> לעיל, מחייבת התייחסות. שם פסק בית המשפט העליון, כי בעבירת החזקת נכס חשוד<sup>306</sup> יש לדרוש מחשבה פלילית ביחס להתנהגות וביחס לחלק מן הנסיבות, בעוד שיש להסתפק בדרישת יסוד נפשי אובייקטיבי מסוג רשלנות ביחס לחלק אחר של הנסיבות. הגדרת העבירה של החזקת נכס חשוד כוללת לעניין זה שני רכיבים מהותיים: האחד, החזקה, אשר לגביה נדרשה המודעות; והאחר, הנכס האסור בהחזקה, המוגדר כ"דבר... או כל נכס אחר שיש עליהם חשד סביר שהם גנובים..."<sup>307</sup> אשר לגביה נדרשה הרשלנות, כאמור. ככל הנראה, בעניין זביידה הנ"ל התרשם בית המשפט באורח גורף מן התיבות "חשד סביר" וקישר מיד את החשד הסביר עם הרשלנות. נראה, כי בכך נתפש בית המשפט העליון לכלל טעות ויובאו הטעמים לכך.

ראשית, בהתאם להגדרת הרשלנות שבס"ק 21(א)(1) לחוק העונשין, אם אכן יוחס לאחד מרכיבי היסוד העובדתי של העבירה הספציפית יסוד נפשי של רשלנות, כי אז מניה וביה הפכה עבירה ספציפית זו כולה לעבירת רשלנות. פעולת בית המשפט העליון בעניין זה הפכה למעשה את עבירת החזקתו של הרכוש הגנוב לעבירת רשלנות, בלא כל דרישה מפורשת של רשלנות, כפי הנדרש בהוראות ס"ק 19(1) לחוק העונשין. שנית, "סבירות" אינה תרגום מילולי של רשלנות וכיוצא בה. ניתן בהחלט לדרוש מודעות גם כלפי יסוד סביר. כך עשה גם המחוקק בעבירות ספציפיות רבות, שהן עבירות של מחשבה פלילית,<sup>308</sup> וכך גם עשה המחוקק אף בדיני העונשין הכלליים.<sup>309</sup> באשר לעבירה ספציפית זו של החזקת רכוש גנוב, אין כל קושי לדרוש מן המחזיק כי יהיה מודע לכך (בפועל), שקיים חשד סביר שחפצים אלה גנובים — אם לא

304 בעניין זה יש להדגיש, כי אין מדובר בתחליף כוונה, אלא בתחליף מודעות בלבד (אדם מוחזק כמודע לתוצאות הטבעיות של מעשיו). ראו בעניין זה GLANVILLE WILLIAMS, CRIMINAL LAW (1961) 89 וכן אצל פלר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 542. עם זאת, אין לחדד כי מודעות לגבי אירוע שעדיין לא התרחש היא בעייתית כשלעצמה, שכן אדם עשוי לצפות את האירוע, להתכוון להתרחשותו או לכוון את מעשיו כדי שיתרחש, אך לא להיות מודע לקיומו טרם קיומו בפועל.

305 עניין זביידה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 892.

306 כהגדרתה בהוראות סעיף 413 לחוק העונשין.

307 (ההדגשות אינן במקור).

308 כך, למשל, ראו את העבירות לפי הסעיפים דלהלן לחוק העונשין: 114, 115, 151, 161, 180, 190 ואחרים.

309 כך, למשל, ראו את התייחסות לסייגי ההגנה העצמית, הצורך והכורח בהוראות סעיף 34טז לחוק העונשין, את הגדרת הטעות במצב משפטי (סעיף 34 לחוק העונשין) ואת תחולת הוראות הפרשנות (סעיף 34כא לחוק העונשין).

הושגה ביחס לכך מודעות בפועל, כי אז ניתן יהיה להסתפק בעיוורון מכוון – אך בשום פנים ואופן לא ברשלנות. הסבירות בהקשר הספציפי של עבירה זו מתייחסת לטיבו של החשד כחשד אחוז במציאות ולא כל חשד שהוא, כלומר: הוראה המקלה עם נאשם. בית המשפט בפרשנותו זו החמיר עם נאשמים תוך שפירש את הסבירות לא כהעלאת רף החשד, אלא כהורדת רף היסוד הנפשי ממחשבה פלילית לרשלנות. כך נראה, כי הכפפת עבירות ההחזקה לדיני העונשין הכלליים עשויה היתה לפתור מניה וביה גם קושי זה.

דוקטרינת ההחזקה הקונסטרוקטיבית על שני סוגיה (בצוותא ובאמצעות אחר) נוצרה, כאמור, בתקופה שבה דיני השותפות לדבר-עבירה טרם התפתחו להוראותיהם הפונקציונליות המודרניות. משום כך היה בדוקטרינת ההחזקה הקונסטרוקטיבית צורך אך בתקופה שבה נוצרה, וזו גם היתה דרך היווצרותן של שותפויות סטטוטוריות לדבר-עבירה.<sup>310</sup> עם התפתחות דיני השותפות לדבר-עבירה בעולם המערבי ובישראל – בפרט לאחר כניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין – נראה, כי ההחזקה הקונסטרוקטיבית מיותרת ומזיקה להחלת דיני העונשין הכלליים. אם נבחן את הרציונל שבקיומה של ההחזקה הקונסטרוקטיבית כשלעצמה ובהתייחס להקבלה האזרחית של החזקה ישירה מול החזקה עקיפה, תנגלה תמונה ברורה של רציונל זהה לזה של דיני השותפות לדבר-עבירה, כלומר, ההחזקה הקונסטרוקטיבית נועדה למטרה זהה: הרחבת מעגל האחריות בפלילים גם לגבי מחזיקים בצוותא, אף אם לא נתקיים בכל אחד מהם בנפרד מכלול רכיבי היסוד העובדתי שבהחזקה וגם לא לגבי מחזיק באמצעות אחר. כיום בדיני השותפות לדבר-עבירה ישנה הבחנה בין השותפות הישירה לדבר-עבירה,<sup>311</sup> הכוללת את הביצוע בצוותא<sup>312</sup> ואת הביצוע באמצעות אחר,<sup>313</sup> ובין השותפות העקיפה לדבר-עבירה, בהיות בסיס ההבחנה ביניהם בסיס פונקציונלי. מאחר שנגזרותה של השותפות העקיפה לדבר-עבירה היא כללית, הרי שאין השותפות העקיפה לדבר-עבירה רלוונטית לדיון זה; שכן ניתן לגזור הן ביחס להחזקה הישירה (ממשית) הן ביחס להחזקה העקיפה (קונסטרוקטיבית), כלומר: ניתן לאפיין, לדוגמא, משדל להחזקה ישירה או עקיפה (ממשית או קונסטרוקטיבית) כאחד. הטענה המוצעת היא כי השותפות הישירה לדבר-עבירה, כפי הגדרתה לאור הוראות

310 ראו את הדוגמאות לעבירות מסוג זה לעיל בה"ש 228.

311 ראו בעניין זה אצל פלר, לעיל ה"ש 227, בעמ' 186. עיקרה של ההבחנה בין השותפות הישירה לדבר-עבירה לבין השותפות העקיפה לדבר-עבירה נעוץ בהבחנה פונקציונלית בין סוגי השותפות. ביצוע פונקציות ישירות (ביצוע לסוגיו) ביחס לעבירת אובייקט הגזירה מהווה שותפות ישירה, בעוד ביצוע פונקציות עקיפות (שידול או סיוע) מהווה שותפות עקיפה לדבר-עבירה. זאת בשונה מציר האבחנה שבין שותפות ראשית לשותפות משנית, המתייחס למישור התרומה לביצוע העבירה. כך, לדוגמא, השידול לדבר-עבירה מהווה אמנם שותפות עקיפה לדבר-עבירה, אך גם שותפות ראשית, שכן השידול מכונן את הביצוע העיקרי.

312 במסגרת הוראות ס"ק 29(ב) לחוק העונשין.

313 במסגרת הוראות ס"ק 29(ג) לחוק העונשין.

תיקון מס' 39 לחוק העונשין, מהווה תחליף מלא ומקיף להחזקה הקונסטרוקטיבית וכי אין עוד טעם או רציונל בקיומה של ההחזקה הקונסטרוקטיבית כדין ספציפי של שותפות לדבר-עבירה. ביחס לביצוע בצוותא, הרי שתנאי ההחזקה הקונסטרוקטיבית גלומים בו (החזקה בצוותא); שכן תנאי ההסכמה מתקיים בעצם היותם מבצעים בצוותא (להבדיל ממספר מבצעים עיקריים, המבצעים את העבירה כל אחד בנפרד וכי בכל אחד בנפרד מתקיימים מלוא יסודות העבירה על רכיביהם). כך הוראות ס"ק 29(ב) לחוק העונשין קובעות מפורשות, כי ייחשבו כמבצעים בצוותא גם אלה אשר "ואין נפקא מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר". נוסף על כך תנאי הידיעה שבהחזקה הקונסטרוקטיבית נבלע ונטמע בדרישת המחשבה הפלילית הכללית, המיוחסת להחזקה ולמחזיקים בצוותא. באופן דומה יש להחיל את דוקטרינת הביצוע באמצעות אחר, כפי נוסחה בהוראות ס"ק 29(ג) לחוק העונשין, גם על ההחזקה תחת קיומה של ההחזקה הקונסטרוקטיבית באמצעות אחר. באופן זה המחזיק חפץ אסור בהחזקה באמצעות מאן דהוא, אשר נתקיימו בו אחד המצבים כגון<sup>314</sup> קטינות, אי-שפיות הדעת, היעדר שליטה, היעדר מחשבה פלילית, טעות במצב הדברים, כורח או צידוק (והרשימה אינה קונקלוסיבית או "סגורה", אלא יש בה כדי להדגים בלבד) – ייחשב כמבצע באמצעות אחר של ההחזקה. באשר לאחריותו הפלילית של ה"אחר", הרי שיש לבחנה לגופה בהתאם לתנאים הספציפיים שנתקיימו ב"אחר". כך, למשל, אם אכן מדובר בקטיין מתחת לגיל האחריות הפלילית,<sup>315</sup> הרי שיחול לגביו פטור מאחריות פלילית לפי הוראות סייג הקטינות שבמסגרת סעיף 134 לחוק העונשין, ולא תוטל עליו אחריות פלילית. לעומת זאת, אם לא נתקיים ב"אחר" יסוד נפשי של מחשבה פלילית, כי אם רשלנות בלבד, הרי שניתן יהיה להטיל על ה"אחר" אחריות פלילית בגין החזקה רשלנית, ככל שקיימת עבירה פלילית מעין זו (החזקה תחת יסוד נפשי של רשלנות) או אחריות פלילית בגין רשלנות שבאותו יסוד עובדתי, אם אכן קיימת עבירה פלילית כזו. מכל מקום, אין עוד כל טעם בהמשך התקיימותה של ההחזקה הקונסטרוקטיבית לצד דיני השותפות הישירה לדבר-עבירה, אם אכן קיימת זהות של רציונל ביניהם, אחדות מטרה ותוצאה משפטית זהה, אך תחת ההבדל כי השימוש בדיני השותפות הישירה לדבר-עבירה מונע את קיומם של הקשיים המושגיים דלעיל ותחתיהם יוצר תורת משפט אחידה וקוהרנטית בפלילים. כך, ניתן לסכם כי, לדעתנו, הכפפת עבירות ההחזקה והגדרת ההחזקה למסגרת דיני העונשין הכלליים אפשרית מבחינת המסגרת והתשתית הנורמטיבית, הנה רצויה מבחינת זהות הרציונל והמטרה והנה פשוטה, ברורה ומייתרת את הקשיים המושגיים דלעיל.

314 בהתאם לנוסח הוראות הרישא בס"ק 29(ג) לחוק העונשין.

315 גיל האחריות הפלילית מוגדר בסייג הקטינות שבמסגרת הוראות סעיף 134 לחוק העונשין, כרף גורף של גיל 12 שנים.

