

2018

# דו"ר עונשין

ד"ר לאה ויזל  
מחברת מצטברת

אבישג טל | תשע"ח

## שיעור 1

6.3.2018

ההליך הפלילי הוא בעל שלבים רבים, כאשר רק חלק מהם רלוונטי לקורס.

בדר"כ, הכל מתחיל בחקירה פלילית- נפתחת כשמישהו מגיש תלונה, או שהמשטרה יוזמת חקירה פלילית. ישנו מעצר לצורכי חקירה- שלב שבו התביעה או המשטרה מבקשת ימי מעצר כדי להשלים את ימי החקירה (לרוב מחפשים חלופות טובות יותר ממעצר). לתביעה יש מידע, והסנגור לא יודע איזה מידע יש ובאיזה שלב החקירה. הוא ניזון רק מהלקוח שלו, שגם הוא לא יודע הכל. ישנו חיסיון ברמת שופט-תביעה או שופט- משטרה, השופט חשוף לראיות.

לא לומדים דיני פרוצדורה וריאיות. בקורס לומדים מה צריך להוכיח וכך נדע ליישם זאת על עובדות מקרה ספציפי, כך נוכל להגיע למש"ל כדי להוכיח אחריות פלילית.

הנושאים:

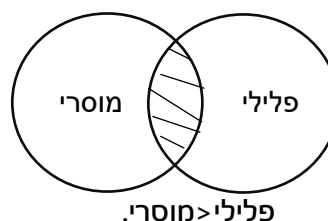
1. עקרונות המשפט הפלילי
2. מה צריך להוכיח לאחריות פלילית
3. איך מענישים

הקורס הוא מאוד אנליטי ולא דומה לשאר הקורסים, מכיוון שהוא בנוי מקומות. לומדים במספר קומות:

1. עקרונות יסוד
2. יסוד עובדתי
3. יסוד נפשי- מה צריך להוכיח לגבי עברין שמבצע עבירה בעצמו
4. נגזרות (עבירות נגזרות- חבורה ביצעה את העבירה בצוותא ולא אדם אחד, או סיטואציה שבה עברין ניסה לבצע עבירה פלילית). חלק מהאירוע העבריני- קבוצה וניסיון.
5. סייגים לאחריות הפלילית (מה צריך להוכיח לצדדים לעבירה וכו'). ישנן סיטואציות שבהן למשל היה אילוץ לעבירה (כמו הגנה עצמית), או שמצדיקים את העבירה הפלילית.

דרישות הקורס: מבחן סופי (ספר חקיקה בדיני עונשין למבחן ולקורס) ונוכחות.

מטרת המשפט הפלילי- המשפט הפלילי הוא מכניזם שנועד להבטיח חיי חברה תקינים ולמנוע מציאות שבה האלימות תגבר. מגדיר כללי התנהגות שמגנים על ערכי החברה ומטרתו להגן על האינטרסים הבסיסיים של החברה. הוא עושה זאת ע"י קביעת כללים שלצידם יש עונש לחי שלא יעמוד בכלל. המשפט הפלילי משיג זאת באמצעות איום בהרשעה ובענישה. אין משמעות למשפט פלילי בלי עונש. ההנחה היא שלא רק העונש משמעותי, אלא גם עצם ההרשעה. ההרשעה במשפט פלילי נושאת איתה סטיגמה שלילית שגם לה יש כוח לשמור על הערכים הבסיסיים שחשובים לחברה. משפט פלילי בשונה מתחומי עניין אחרים הוא האמצעי החמור ביותר של גינוי חברתי (פוגע בזכויות הבסיסיות ביותר שיש לאדם, מחירות הבסיסית ועד פגיעה בשם הטוב). דברים אלה מכתיבים את התוצאה, שהמשפט הפלילי צריך להישמר להתנהגויות החמורות יותר. אין חפיפה מלאה בין מוסר לבין פלילי. ישנן התנהגויות שהן לא מעשה מוסרי אך הן לא בהכרח פליליות.



## איך נגדיר עבירה פלילית?

יש הבחנה בין שני סוגי עבירות:

1. עבירות male in se - עבירות אוניברסאליות קלאסיות שיש בהן חוסר מוסריות טבוע, כמו שוד, רצח או גניבה.
2. עבירות male in prohibita - עבירות הסדר, לא מעשים אסורים מעצם טבעם והן לא עבירות אוניברסליות, אלא עבירות בגלל שנקבעו כללים במקום מסויים, כמו הגשת בקשות לאישור בניה או עצירה באדום. עבירות הסדר נחשבות קלות יותר וברובן לא צריך להוכיח יסוד נפשי. לא נכון לומר שיש כלל אצבע כזה לכולם, וזה נכון בגדול.

מהי עבירה פלילית? נבדוק בפקודת הפרשנות (סעיף 1).

עבירה = מעשה, ניסיון או מחדל שדינם ענישה. עבירה לא חייבת להיות מעשה אקטיבי, אלא גם פסיבי, כמו מחדל. (לא לתת אוכל למשל).

עונש = קנס, מאסר או כל ענישה אחרת. שאלת ההפללה - איזה התנהגויות מתאימות לאיסור פלילי - איזה מעשים ראוי להגדיר כאיסור פלילי? כמובן שאין תשובה חד משמעית. יותר קל לענות ביחס לעבירות קלאסיות, וקשה יותר בעבירות חדשות.

- שאלת ההפללה - עקרון הנזק: הדבר הראשון שיש לקחת בחשבון הוא עקרון האוטונומיה של הפרט. זהו אחד העקרונות הבסיסיים בדמוקרטיה, כלומר - צריך להשאיר לכל אחד מהפרטים את החופש להחליט באופן חופשי כיצד לתכנן את חייו, לבצע את בחירותיו, מבלי שהשלטון יתערב בהחלטותיו. בחירת דרכו בעולם ועיצוב חייו בלי שהשלטון יתערב בבחירותיו. במאה ה-19 הוא ועד למנוע שימוש בעריצות שלטונית. עקרון זה הוא חשוב אך לא מוחלט, החופש נגמר ברגע שאדם פוגע בחופש של חברו (הרמת יד למשל). בהקשר זה - ג'ון סטיוארט מיל טען שרק מניעת נזק מאדם אחר מצדיקה שימוש במשפט פלילי, או רק גרימת נזק לאחר יכולה להיות בסיס להפללה. למשל, אדם שלוקח סמים למשל יכול לטעון שהדבר לטובתו, אך בסופו של דבר הדבר ישליך על סביבתו הקרובה וזה מהווה נזק ולכן גורם להפללה.

- בסיס ההפללה נוסף - עקרון הפטרנליזם: הגנה על האדם מפני עצמו, כמו חגירת חגורת בטיחות, שימוש בקסדה, או צריכת סמים. המחוקק מגן על האדם מפני עצמו (פטרנליזם). החוק לוקח פטרונות על הפרט ויודע טוב יותר ממנו מה טוב בשבילו. הדבר פוגע בעקרון אוטונומיה הפרט, וניתן להתווכח האם פטרנליזם הוא בסיס מוצדק להכללה או לא?

הנחה בסיסית - כל אחד מהאנשים מוכן מראש שיגבילו את חירותו כדי שלא יצטער לאחר מעשה.

- אכיפת מוסר כבסיס להפללה: האם אפשר ליצור עבירות שליליות שכל מטרתן היא לאכוף נורמות מוסריות של מה הגון או לא ומה ראוי או לא? סיטואציות שבהן אין קורבן. סיטואציות שבהן פוגעים במוסר הציבורי (אמנה חברתית), הלכידות החברתית מאשרת לקבוע התנהגויות פליליות מכיוון שהן פוגעות במוסר הציבורי. המחלוקת הידועה - בין הלורד דבלין להארט בשנת 1957 - האם ראוי לאכוף מוסר באמצעות המשפט הפלילי? דוח וועדת וולפלדון, ובה מדובר על שני סוגי "עבירות" - זנות ויחסים הומוסקסואליים. אלה הן "עבירות נגד המוסר", ונשאלת השאלה: האם לגיטימי לאכוף מוסר באמצעות חקיקה פלילית? וככל שהחברה נעשית יותר ליברלית וחילונית, כך פחות מקובל לאסור או להצדיק איסורים פליליים בגלל שמירת המוסר. הארט יצא נגד כך למרות שהוא מצדיק פטרנליזם. למשל, זנות: האם מוצדק לאסור זנות ברמת האישה בגלל שהדבר לא מוסרי מבלי לחפש סיבות נוספות? כיום, הטיעון של אכיפת מוסר כבסיס להפללה הוא לא מקובל, מכיוון שאין אמות מוסריות שמקובלות על כולם, המוסריות היא יחסית. הלורד דבלין - חלק מהנורמות החברתיות של חברה נתונה הוא המוסר שהיא קובעת לעצמה. בשאלת ההפללה, לוקחים בחשבון את עקרון אוטונומיה הפרט, ומצד שני - את עקרון טובת הכלל. טובת הכלל היא קביעה חברתית של ערכים מוגנים שמבטיחים שמירה על תפקוד החברה (כמו שלמות הגוף והרכוש, בטחון המדינה וכו'), שהם ערכים שגוברים לעתים על טובת היחיד או חירות היחיד להחליט כפי רצונו.

עקרון האוטונומיה



טובת הכלל (אינטרסים מוגנים).

דיון זה הוא דיון עקרוני, שבו ישנם 3 דברים שיש להביא בחשבון:

1. עקרון המינימליות (השירות) - המשפט הפלילי צריך להישמר רק להתנהגויות החמורות יותר או לפגיעות החמורות יותר. צריך לחשוב פעמיים האם הפגיעה מתאימה לסנקציה פלילית, מכיוון שהיא פוגעת באדם. כיום ניתן לדלות את עקרון זה גם מכבוד האדם. מחייב קורלציה בין העונש להתנהגות.
2. יעילות ההפללה - כמו מסננת, גם אם מוצדק להטיל אחריות פלילית, לעתים האכיפה וההתערבות הפלילית היא בלתי יעילה/דורשת משאבים רבים ברמה שעדיף להשאיר את ההתנהגות. שאלה תועלתית, למשל כמו יחסים הומוסקסואליים בין בגירים בהסכמה (כד כמה יעיל לאסור דבר ולהפעיל משטרה על פעילות שנעשית בחדרי חדרים?)
3. הלימה - לא נכון לעשות פער גדול מדי בין העמדה המוסרית הרווחת לבין האיסור הפלילי. לוקחים בחשבון שחוק פלילי שיעברו עליו או שיזלזלו בו פוגע במשפט הפלילי, לא רוצים ליצור חוקים שהם רחוקים מהתפיסה המוסרית הרווחת, ובטח שלא ליצור חוקים אנטי מוסריים כמו הספר הלבן, אין לקבוע חוקים שנתפסים כמנוגדים למוסר או רחוקים מהתפיסה החברתית. עקרון שדי נגזר מעקרון המינימליות.

לסיכום, בשאלת ההפללה - אילו התנהגויות מתאימות לאיסור פלילי?

1. עקרון הנזק
2. עקרון הפטרנליזם
3. אכיפת המוסר

במדינת ישראל אין עבירה פלילית של צריכת מין בכסף, העבירה היחידה שקיימת היא עבירה כזו של קטינים.

דרך זנות נציג נקודות מבט שונות שמתייחסות לתופעה בעין אחרת, הדבר ייצור הסדרים חוקיים שונים לפי ההתייחסות לתופעה.

השימוש בטרמינולוגיה כמו מעשה מגונה מביא להבנה שהוא מתוך שורש מוסרי. עצם העובדה שקוראים לו מגונה, מהווה עדות שהוא שריד של תפיסות מוסריות.

יש 4 גישות לזנות:

1. הזנות פוגעת במוסר - ההשלכה תהיה איסור על כל השותפים בהתנהגות הזאת, כולל הסרסורים, הזנות והלקוחות.
2. זנות היא התנהגות שפוגעת בקורבן - גישה שמצביעה על כך שלא ניתן לדבר על זנות כאילו אין פה קורבן - הנשים בזנות או הנשים בכלל (גישה פמיניסטית). זוהי פגיעה אנושה כי מנצלים אותן. לא נרשע את הקורבנות.
3. זנות כמטרד - אנחנו לא פקחים של המוסר, רק לא רוצים שזה יהיה לידנו או קשור אלינו, זה אולי מביא מחלות או לא נרצה שילדינו יראו. בישראל, פס"ד תורג'מן - המשטרה מתערבת רק אם השכן מתלונן. נעשה אזורים בפרכרי העיר, לא מוכנים שיהיה ברחוב, זה יהיה מוסדר ומפוקח, גם מבחינה תברואתית.
4. זנות כעבודה-הכנות בחרות בכך ולא מתפקידכם להתערב.

עבירות מין - לא עבירות נגד מוסר, אלא עבירות שיש בהן קורבנות.

## שיעור 2

## 7.3.18

ישנה אבחנה בין גישות משפט דיאונטולוגיות (ערכיות) - גישה גמולית, לבין גישות תועלתניות. ישנן שתי תפיסות עולם ביחס לשאלה מהי מטרת המשפט הפלילי. כל אחת מהגישות תיצור חוק פלילי שונה, והעבירות ינוסחו באופן שונה.

שתי תפיסות בעניין העבירה הפלילית:

תפיסות דיאונטולוגיות (גמולית) - הן תפיסות שסבורות שהגישה הנכונה היא הגישה הערכית, שבוחנת כל דבר לפי מידת הצדק שהוא מגלם - בלי קשר לתוצאות שלו. בדיקת "מידת הרוע" ו"מידת האשמה" שיש בהתנהגות. הקביעה מה טוב ומה לא טוב, מעצם טיבו. התייחסות לאשמה המוסרית. גישה גמולית. המשפט צריך לטפל בהתנהגויות שבטיבן הן פסולות מאוד. הגישה הזו בודקת את מידת האשמה. סוברת כי לשלם לעבריין כגמולו. גישות דיאונטולוגיות ישימו יותר דגש על המחשבה הפלילית. פחות יחס למעשה, ויותר התייחסות להלך הרוח שהתלווה למעשה.

גישות תועלתניות תוצאתיות (הרתעתית) - טוענות שמטרת המשפט היא להגדיל את התועלת, וכל דבר נמדד במשקל של "רווח לעומת הפסד". כל הסדר משפטי נמדד על פי התועלת שהוא מצמיח. הקביעה מה טוב ומה לא היא על פי הנזק. במקום אשמה מוסרית, מסתכלים על הנזק שגרם העבריין. איזה הסדר יביא את הרווח המקסימאלי לחברה. הגישה לא מתייחסת למונחי אשמה. היא בודקת איזה הסדר ישיג הרתעה מקסימאלית. גישות תועלתניות ישימו דגש על הנזק בפועל לחברה. ככל שמדובר בנזק משמעותי יותר, כך יקבע שהמעשה חמור יותר.

ענישת הניסיון	גישה דיאונטולוגית (גמולית)	גישה תועלתנית (תוצאתית)
ענישת הניסיון	גישות גמוליות הן גישות שיענישו באותה חומרה גם את המנסה לעבור עבירה, וגם על העובר את העבירה בפועל.	בגישה תועלתנית הנטייה היא להתייחס פחות בחומרה לניסיון, כי הן בודקות מה הנזק שנגרם בפועל.
מטרת הענישה	בגישה הגמולית, יחפשו את האלמנט של גמול - להשיב לרשע כגמולו. יחפשו עונש שהולם את חומרת העבירה. התאמה בין חומרת המעשה לחומרת העונש. גישות גמוליות צומחות במידה רבה מהפילוסופיה של קנת, הטוען שלכל אדם יש ערך סגולי וכל אדם הוא מטרה בפני עצמה. על פי עיקרון זה, אדם לא יכול להיות כלי להשגת מטרות אחרות. כלומר: אסור לתת עונש לשם הרתעה.	בגישה תועלתנית יחפשו עונש מרתיע, כי השיקול המרכזי הוא הרתעה (למען יראו ויראו). החברה רוצה שיהיו אפס גניבות, אז כשהיא תתפוס גנב, היא תחפש עונש שיגרום למישהו אחר לחשוב פעמיים. תועלתני = הרתעתית.
הכלל של אי ידיעת הדין הפלילי	גישה גמולית תהיה יותר מרוככת ותרצה לבדוק את מידת האשמה. יש מקרים שבהם לא צודק להטיל אשמה על אדם שלא ידע שהוא עובר עבירה.	גישה תועלתנית: אי ידיעת הדין אינה פותרת מאחריות, מעונש. העבירה פגעה בחברה - עשתה נזק, והגישה באה להגן על החברה, ולכן הגישה תקבע את הכלל הנוקשה.
יחס נפשי מנטלי, לעומת נזק בפועל	גישות גמוליות יעדיפו לשים את המיקוד על היחס - היסוד הנפשי של הנאשם כלפי המעשה. יש יותר משמעות ליסוד הנפשי מהיסוד העובדתי. הגישות הגמוליות ירצו להוכיח יסוד נפשי סובייקטיבי.	גישות תועלתניות ייסו להעניש התנהגויות לפי מידת הנזק שהם גרמו בפועל.

הגישות השונות יתייחסו באופן שונה לניסיון שלא הושלם, שלא הצליח (ניסיון לרצח אונס או גניבה). השאלה היא איך להתייחס לניסיון, באיזו חומרה קשורה בשאלה מאיזו גישה אנחנו יוצאים. האם יותר חשובה הכוונה הזדונית או התוצאה. האם לתת את אותו העונש גם לניסיון וגם לעבירה מושלמת, או לומר שיש הבדל?

בחק העונשין הישראלי, עד תיקון 39 (בשנת '94) העונש על ניסיון היה מחצית מהעונש על העבירה (גישה תועלתנית), ואחרי תיקון 39 העונש על עבירה זהה לעונש על הניסיון (גישה גמולית – אין הבדל בין מידת האשמה של המנסה ושל המצליח – מה שמגיע הוא העונש המקסימלי בשני המקרים). ישנם חריגים, אבל זה הכלל. דוגמה: ניסיון לרצח הוא זהה לעונש על רצח. הדבר מבטא כניסה של גישות גמוליות.

אי ידיעת הדין הפלילי אינה פוטרת.

### ישנם שני שיקולים מרכזים בענישה:

1. גישות תועלתניות יקדמו שיקול של הרתעה אישית על העבריין הספציפי והרתעה כללית של "למען יראו ויראו".
2. גישות גמוליות יחפשו לקדם בענישה את עקרון הגמול- יחפשו את העונש שמבחינת הסוג והמידה שלו מתאים לחומרת המעשה ולאשמתו של העבריין. יחפשו עונש שמבחינת מידתו וסוגו, הוא הולם את חומרת המעשה. הצדק מחייב "לבוא חשבון" עם מי שפגע, ולא להעמיס עליו מטרות חברתיות נוספות. טוענים שבמונחי צדק דיאוונטולוגי, העמסה של האשמות על הפושע מהוות אי צדק כדי להרתיע את כל האוכלוסייה.

קריאה- יניב וקין ונועם רבין/דיני עונשין. הנושא הראשון- הפניה בחלק א' פרק 3, מדבר על בסיס הפללה וכו'. אין הגדרה מדויקת למה היא עבירה פלילית.

### 3 מאפיינים לעבירה פלילית:

1. שליטת הריבון בהליך- משפט פלילי הוא ציבור והחברה היא זו שבאה חשבון עם מי שהפר אותה. לא מדובר בחלוקת נזק בין פרטים. מדובר על הגנה על אינטרסים מוגנים של הכלל לכן מי ששולו בהליך הוא הריבון שמגיש את כתב האישום. הריבון הוא זה שמנהל את ההליך ולכן הוא גם התובע.
2. היעדר משמעות להסכמת הקורבן או למחילה שלו- הסכמת הקורבן באופן כללי לא רלוונטית למשפט פלילי, אלא אם כן ההסכמה היא חלק מהיסודות של העבירה הספציפית (כמו אונס למשל). בכל מקרה אחר שבו הסכמה היא לא חל מההגדרה, הדבר לא רלוונטי שהקורבן הסכים או החליט לסלוח, המשפט לא רלוונטי מכיון שהמשפט הוא ציבורי וכחברה אנחנו מענישים את העבריין שלא שמר על הערכים המוגנים.
3. תוצאת ההליך הפלילי- ההליך הפלילי מסתיים בדרך כלל בזיכוי או בהרשעה ואם הוא מסתיים בהרשעה אז גם בעונש שמאפיין עבירה פלילית. העונש הפלילי בשונה מענישות אחרות הוא במטרתו נתינת עונש על מעשה שהסתיים בעבר.

המשפט הפלילי כתלוי זמן ומקום: משפט זה הוא החלטה דמוקרטית של החברה, מהם הערכים שפגיעה בהם מבססת התערבות של משפט פלילי? מכיון שמדובר בהכרעת רוב, ההחלטה הזאת משתנה ממקום למקום, מתרבות לתרבות ועל ציר הזמן זה משתנה גם ממקום למקום. דוגמה: עד '88 הייתה עבירה של יחסים הומוסקסואליים. העבירה בוטלה- מה שמשנה שינוי בתפיסה החברתית ביחס להתנהגות הזאת. יש התנהגויות שפעם לא היו אסורות וכיום כן. דוגמה: החוק למניעת הטרדה מינית- קובע שהטרדה מינית היא עבירה פלילית. קביעה זו היא בחוק רק מ'98. עד אז זה כנראה לא שיקף את התפיסה החברתית שקובעת כי הטרדה מינית היא פוגעת וצריכה להיות אסורה פלילית. דוגמה מהפסיקה: פס"ד שבס- נתנו פרשנות מחודשת לסעיף מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור. לפני פס"ד ניתנה לעבירה הזאת משמעות מצומצמת ומאז פרשה זאת פירשו אחרת את הסעיפים ולאחר פסק דין זה הרשיעו אנשים חשובים נוספים כי הפרשנות השתנתה. דוגמה נוספת: הכאת ילדים לשם חינוך- בפס"ד פלונית, בייניש מדברת על כך. (הכאת ילדים אינה עבירה פלילית בחוק ע"י הוריהם). לפעמים המשפט הפלילי הולך לפני המחנה ומשנה נורמה מקובלת אבל הרבה פעמים הוא תגובה לשינויים חברתיים כמו ביטול איסור יחסים הומוסקסואליים, כי הרבה שנים לפני הביטול כבר לא אכפו את החוק. דוגמה לתלות במקום: איך מתייחסים להמתות חסד. בישראל- עבירה פלילית חמורה של המתה/ רצח ואין לכך הגנה וסייג. במדינה אחרת- המתת חסד צריכה להיות התנהגות מותרת ובוודאי לא פלילית. מקורות המשפט הפלילי:



1. חקיקה ראשית: א. חוק העונשין- לא באמת חוק ישראלי מ'77. זה מעין נוסח משולב. התחלתו בפקודת החוק הפלילי שנת '36, בעצם פקודה מנדטורית שהגיעה מהמושבות הבריטיות למושבה בישראל. יש כל מיני הוראות שהן גם התאמה ליושבי הארץ, משפט קונטיננטלי ולא רק אנגלי. החוק בנוי מחלק כללי ועבירות ספציפיות. החלק הכללי מורכב מעקרונות יסוד כמו עיקרון החוקיות ואחר כך דוקטרינות כמו איך מענישים ואילו עונשים יש. החלק הכללי חל על כל העבירות הפליליות הקיימות והחלק הספציפי הוא כמו רשימה של עבירות עם תעריף- ליד כ עבירה כתוב מה העונש למי שמבצע. זה מחולק לפי סימנים, מתחיל מערכים חשובים יותר לפחות. למשל הנושא הראשון הוא ביטחון המדינה שנחשב באופן מובהק נושא מאוד משמעותי ויש אחר כך עוד נושאים שונים שמפורטים לפרטי פרטים לעבירות. כל עבירה ודינה למי שעובר עליה. החלק הכללי עבר תיקון ב'94, זהו התיקון המשמעותי '39, הוא עשה מהפכה בדברים מרכזיים כמו יסוד נפשי. (צריך לזכור שיש לפני 94 ואחרי 94). חלק מההוראות נכנסו רק ב'95. זה שינה הרבה דברים ועשה סדר. דברים שהיו פרי פיתוח של פסיקה נהפכו לפרי פיתוח של חקיקה. גם של פלהר. סעיפים חשובים: 24- מה מבדיל בין חטא עוון ופשע. סעיף חשוב נוסף הוא 34 כד- זהו סעיף הגדרות. מהו פרום, מה זה ציבורי מה הוא פומבי. החלק הכללי הוא יחסית חדש והחלק של העבירות הוא מאוד ישן והן לא שונות מ'36 לכן לא תמיד מתאימות לתפיסות החברתיות העכשוויות כמו הנושא של עבירות המתה- רצח בכוונה תחילה וכו', אלו סעיפים ישנים עם הרבה באגים. ישנה הצעה לשינוי. בגלל שהחלק הכללי חדש והסעיפים ישנים נוצרה בעיה טרמינולוגית. לכן הוסיפו עוד תיקון. תיקון 42- תיקנו את סעיפים 90 א רבתי שעושים את הגשר בין מושגים ישנים לעבירות חדשות.
- ב. עבירות מחוץ לחוק העונשין+ סעיף 34 כג- לא פחות חמור, כמו הנאצים ועוזריהם. סעיף 34 כג- נאמר כי חל על כל העבירות הפליליות בעולם אם לא קיים אחרת.
2. תקנות- כל חוק שמאפשר התקנת תקנות מאפשר תקנות על עבירות פליליות. ס' 2 לחוק העונשין- הסמכות לקבוע תקנות קובעת את הסמכות לקבוע עבירות ועונשים על עשייתן... הסמכות להתקין תקנות מוגבלת בתקופת המאסר וזה טעון אישור ש ועדה מוועדות הכנסת. זה נותן איזשהו פיקוח של המפקח הראשי על המשני.
3. חוקי היסוד- יש להם השפעה על חוקים פליליים. אין חוק יסוד פלילי אך הם רלוונטיים לדיני מעצרים, סדר דין- כלומר יש לעבור על חוק יסוד כדי לאסור איסור פלילי, אולי זה לא ניתן...
4. פסיקה- תוכן לסעיפי העבירות. פס"ד מזרחי- אסיר שלא חוזר מחופשה. רוצים להטיל עליו עבירה של בריחה ממשמורת חוקית. האם מי שלא חזר מחופשה ניתן להטיל עליו אחריות פלילית בעבירה של בריחה ממשמורת חוקית?

### השפעת חוקי היסוד על דיני העונשין

בעבר בראש הפירמידה ניצבה חקיקת הכנסת. עם חקיקת חוקי היסוד מאז תחילת שנות ה'90, ולאחר פרשנות בית המשפט, המצב השתנה. בראש הפירמידה אכן עומדים חוקי היסוד וחקיקת כנסת חדשה צריכה לעמוד בתנאי חוקי היסוד. מה שהיה ערב חוקי היסוד הוא שאולי השתמשו בזכויות יסוד כאמצעי פרשני אך זה לא גבר על הוראות חקיקה מפורשת. פס"ד פילר- העמדה לדין של פעילי שלום שיצרו מגע עם אש"ף. אך בית המשפט לא ביטל חוק של כנסת, אך מאז המהלך החוקתי גם הכנסת כפופה לחוקי היסוד. היום בחוק יסוד כבוה"א- אין עבירות פליליות אבל סעיפים 5-2 לחוק זה מונה זכויות מוגנות(ליבה) שכוללות חיי אדם, גוף אדם, חירות, כבוד, פרטיות. בנוסף, בית המשפט הכיר בשורה של זכויות נגזרות שלא נכתבו בפירוש כמו שיוויון, חופש ביטוי. כך גם בחוק יסוד חופש העיסוק. למשל, משפט פלילי מגביל את חופש העיסוק כמו סחר בסמים, סרסרות לזנות ובוודאי שמשפט פלילי לכאורה פוגע בזכויות אדם בסיסיות. איך בודקים חוקתיותו של חוק כנסת? 3 שלבים:

1. האם נפגעה זכות?
2. פסקת ההגבלה
3. מה התרופה?

פס"ד צמח- מעצרים. השיפור היה מאוחר לחוק היסוד- חל שיפור, אך האם נתייחס לשמירת הדינים? בית המשפט התייחס לתאריך תיקון החוק ולא לתוכן.

ב3 השלבים דן בג"צ סילגדו- מתייחס לסעיף בחלק הכללי של חוק העונשין המדבר על אחריות נגזרת של שותפים לדבר עבירה. בסעיף 34 א רבתי שתוקן במסגרת תיקון 39- משהו השתנה מהתוכנית המקורית, הסעיף אומר מה האחריות של השותפים לדבר עבירה. למשל שוד בנק שהשתבש ואחד השותפים הרג לא לפי המתכונן. האם יש אחריות גם לשאר השותפים? היה ניסיון לטעון שהחוק לא חוקתי. החוק לא בוטל. האם נפגעה זכות יסוד? לפי ברק, כל עבירה פלילית שלצידה מאסר פוגעת בזכות יסוד. ברור שנפגעה זכות.

שטרסברג-כהן אומרת שאין להכריע מיד שכל עבירה פלילית בעולם בהכרח פוגעת בזכות יסוד. למה? הנושא של זכויות הקורבן והנפגע בהליך הפלילי. הסדר פלילי הוא איזון בין זכויות מוגנות סותרות. למה להניח שזכות העבריין הן חשובות יותר מזכויות הנפגעים או הנפגעים הפוטנציאליים? היא פותחת נושא שלם של זכויות נפגעי עבירה. המהפכה החוקתית גרמה לקידום זכויות העבריין אוטומטית ולכאורה התעלמו מהקורבן כי זה משפט ציבורי. הראשון שמדבר גם על הקורבן היה השופט שמגר (גנימאת). בהקשר שלנו אי אפשר להגיד אוטומטית שנפגעו זכויות יסוד. השלב השני- אמרו שיש עמידה בפסקת ההגבלה ולכן לא עברו לשלב השלישי של תרופה(תרופה יכולה להיות ביטול/ תיקון ועוד).

\*זכויות נפגעי עבירה= המשפט הפלילי הוא ציבורי וטוב שכך. היסטורית, הטיפול בפשיעה היה בידיים פרטיות. עם התפתחות המשפט הפלילי הטיפול בעבריין עבר לידי המדינה. זה מכניס סדר, מחזק את הנפגעים כי מישהו לוחם את מלחמתם. אבל במידה מסוימת הלכו עם זה רחוק מדי כי הקורבנות התחילו להרגיש שקופים לחלוטין, כי בבית משפט מנהלי הדיון הם התובע והסנגור. הנפגע לא חלק ואפילו לא יודע מה קורה בתיק שלו. המקסימום הוא להיות עד בתיק. הנפגעים הרגישו ככלי משחק. הקריאה הייתה להכיר בזכויות נפגעי עבירה ב3 דברים:

1. זכויות נפגעי עבירה בהליך הפלילי- יידע אותם, לתת להם הגנה. בהליך בפס"ד של איציק מרדכי- המתלוננת מבקשת לא להיכנס מהכניסה של הנאשם ושאלו אותה "מה כבר הרשעת אותו?" זה כבר לא קיים היום.
2. הנושא של פיצויים- לא היה פיצוי לנפגעי עבירה פלילית 3. ליווי ושיקום.

הנושא הראשון שהתקדם הוא לא התלוי כסף. ב2001 נחקק חוק זכויות לנפגעי עבירה- בעיקר שקולם יישמע בהליך בנקודות מסוימות בעיקר בעבירות אלימות ומין חמורות. כל זה קשור לשינוי בכל העולם, יש חובה מוסרית כלפי הנפגעים. יש לזה משקל מרפא, והדבר מצוי בדיונים- איך לאזן בין הזכויות של כולם.

\*מקורות המשפט הפלילי ושטרסברג-כהן בסילגדו שמייצגת שינוי בחוק מ2001- זה מה שרלוונטי למבחן. כיום יש אפילו מערכת מנע- שאתה יכול לבדוק מה מצב התיק שלך כשאתה נפגע עבירה.



### שיעור 3

13.3.2018

עקרון החוקיות- לקרוא תת סעיף בהירות האיסור ופרשנות.

**פס"ד שבס-** חשין 2-4 וברק-8-3.

קיים גם במשפט מנהלי ותחומים נוספים, עקרון החוקיות במשפט מנהלי- אין לשום רשות סמכות לעשות דבר אלא אם הסמכות מוקנית לה בפרישות (אין סמכות שיוטית).

צריכה להיות אזהרה מראש. כל מה שלא אסור במפורש, הוא מותר (אין עונשין אלא אם כן מזהירים). היום לאחר תיקון 39 מ-1994 הנגזרות של עקרון זה מופיעות בעיקר בסעיפים 6-1. זהו עקרון מוכר במשפט הפלילי, והרעיון בא להשיג שתי תכליות:

1. תמרורי אזהרה מראש ונשיאה באחריות- דרך להכווין התנהגות, שידעו מראש ויהיה ברור מה מותר ומה אסור. רק מי שאשם יישא באחריות פלילית. ברמת האידיאל- כי לא כל האזרחים מכירים את כל החוקים או יכולים לעשות זאת. מצופה מאדם להיות בקיא בחוקים שרלוונטיים לתחום העיסוק שלו.
2. מניעת פעילות שרירותית של השלטון לאחר מעשה- מניעת שרירותיות וקידום אחידות ביחס לנאשמים ואנשים שונים. עדיף להציב כללים אובייקטיביים מראש מאשר להגיב לסיטואציות או אירועים לאחר מעשה (תגובה לאחר מעשה). גם אם היא מותאמת יותר ונהנית מגמישות, לא רוצים לחשוב על מציאות שבה קובעים עבירות ממקרה למקרה- קובעים התייחסויות לעבירות לאחר שהמקרה התרחש (דבר זה מעורר תחושה של חוסר צדק מכיוון שאין אחידות). עקרון בסיסי שמשלמים עליו מחיר (מחיר לחיים בחברה דמוקרטית- כללים קבועים מראש וישנם אנשים שמהלכים חופשי, דבר שנשה כדי שלא תהיה פגיעה חמורה בזכויות פרט).

לעקרון החוקיות יש מספר נגזרות:

1. הסמכות ליצור עבירות פליליות- נתונה אך ורק למחוקק, היא אך ורק בחוק או על פי חוק. אין מצב ליצור עבירות בפסיקה, להעניש מכוח קל וחומר (כלל במשפט עברי- אין מענישים מן הדין, מענישים רק מכוח הוראה מפורשת של חוק או על פיו). קביעה זו קבועה במפורש בסעיף 1 לחוק העונשין (אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו). כלל שאין לו חריגים. מקרה- בזמן התפר שלא הייתה עבירה של מעשים מגונים בכפיה הגיע מקרה חמור של מעשים מגונים, ובית הדין לא יכול היה להטיל עליו אחריות על עבירה שלא הייתה קיימת באותו זמן. למשל, סעיף 378 מגדיר מהי תקיפה. סעיף 379 מדבר על דין תקיפה סתם- גם אם אדם נוגע במישהו ללא רשות המאסר שנתיים סעיף 380- עבירה חמורה יותר; אם התקיפה הסתיימה בחבלה של ממש העונש הוא 3 שנים ולא שנתיים. אם למשל הייתה תקיפה סתם שהעונש עליה הוא שנתיים, גם אם היה בא לפני ביהמ"ש מקרה שבו הייתה חבלה חמורה, לא היו יכולים להרשיע על תקיפה חמורה מכיוון שהתקיפה הייתה סתם. חובת פומביות החוק- במשפט פלילי אין סיכוי שמישהו ייענש בחוק שלא יהיה קיים בזמן ביצע את המעשים.
2. דיוק החוק- פונה למחוקק בשאיפה שבכואו ליצור עבירות חדשות (לייצר נורמה עונשית חדשה) על הנורמה להיות ברורה. יש להגדיר את האיסור באופן ברור. אם המטרה היא להגדיר מה מותר ומה אסור ומי שקובע את הכללים הוא מחוקק, התביעה היא שהאופן שבו מנסחים את העבירות יהיה ברור לאזרח מן השורה. יש להימנע ככל הניתן מניסוח מעורפל, חוסר דיוק או שימוש במונחים אמורפים כמו תו"ל, סבירות, תקנת הציבור וכו'- ככל שמשתמשים בהם יותר, כך נפגע עקרון החוקיות. בעוד שפורמלית עקרון החוקיות נשמר כי המחוקק קובע אותו, מהותית- ככל שההגדרה רחבה יותר, מי שיוצק תוכן לגבולות המותר והאסור היא הפסיקה, ולכן עושים הפרדת רשויות. בחקיקה מודרנית יש נטיה להשתמש במושגים נורמטיביים או רחבים ולא רק במושגים עובדתיים פיזיים. יש נטיה לעשות שימוש במונחים כלליים כדי לכסות תופעות שלא ניתן להגדיר אותן, ויחד עם זאת צריך לעשות מאמץ. כמה שאפשר להתנסח בצורה ברורה. סעיף יהיה חסר בעקרון החוקיות אם הגרעין שלו יהיה מעורפל ולא ברור. זה לא אומר שכל סעיף כזה לא יהיה ברור מבחינת עקרון החוקיות, אך הדבר אומר שיש מקרה קצה שהוא בגבול. המקום שבו יש לסעיפים פליליים בעיה עם עקרון החוקיות הוא כאשר הגרעין המרכזי של החוק לא ברור או לא מוגדר (פס"ד אשד- עבירה של גרימת תקלה ציבורית). עבירה שלפני שנים מועטות בוטלה, היא הייתה בשנים האחרונות בסעיף 198, בעבר היא הייתה בסעיף 105 לפקודת החוק הפלילי: "העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית- דינו מאסר 3 שנים". העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית מוגדר כעבירה, ושם ביהמ"ש דן ומתייחס לאשד (לימים חברת אגד) שהיה לה מונפול, ובהתראה קצרה עשו שביתה של כל תנועת התחבורה הציבורית בארץ). נקבע שהשבתה

כזו היא תקלה לציבור וביהמ"ש מתח ביקורת על ניסוח הסעיף. ישנן עבירות נוספות שהן עבירות פתוחות שביהמ"ש נדרש ליצוק בהם תוכן (כמו הפרת אמונים) - עבירה לפי סעיף 284 - העבירה עדיין נחשבת לבעייתית ברמת עובד ציבור כמו אדם רגיל. עבירה זו היא עבירת סל - שבאה למנוע שחיתות ציבורית (פס"ד שבס). עבירה שאי אפשר בלעדיה. מצד אחד היא בעייתית בניסוח שלה ומצד שני אי אפשר כל הזמן לנסח עבירות פרטיקולריות שיכסו את כל מקרי השחיתות השלטונית.

3. **ענישה** - אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו. עקרון החוקיות מחייב שגם העונש יהיה ידוע מראש. חלק מהאזהרה היא גם ידיעה של מה יהיה המחיר הצפוי למי שמפר את הכלל. אין עונשין מן הדין (אי אפשר לתת עונש לפי ראות עיניו של השופט). מקובל לומר שעונש מקסימום הוא מספיק כי הוא מכסה את הדרישה של לדעת מה העונש שצפויים לו מראש. מתפתחת חתירה שמטרתה היא הכוונה גדולה יותר של שיקול הדעת של השופט בענישה. תיקון חקיקה מ-2013 להכוונה מראש בכללים של שיקול הדעת של השופט בענישה. עקרון החוקיות מחייב שלא תהיה גם אכיפה סלקטיבית (בררנית) - מחייב שגם רשויות האכיפה לא ייצרו מדיניות יש מאין. מי שקובע את כללי המשחק והעונשים הוא אך ורק המחוקק, ועם קביעותיו צריך ליישר קו.

4. **תחולה בזמן ובמקום** - עקרון החוקיות מחייב שהענישה והאחריות הפלילית יהיו לפי חוק שפורסם כדין ותקף ביום ובמקום ביצוע העבירה לפי כללי מקום וזמן. ישנם כללים של הטלת אחריות פלילית מבחינת זמן (כמו רטרואקטיביות) ובמקום. נדבר על ענישה ותחולה בזמן בשיעור הבא.

5. **פרשנות בפלילים** - ככל שנאפשר במשפט פלילי פרשנות רחבה יותר ופחות דוקנית (נצמדת לטקסט), כך נפגע בעקרון החוקיות. ככל שהפרשנות יצירתית יותר הדבר מעביר את התפקיד של יציקת תוכן לעבירה הפלילית מהמחוקק לפוסק (לשופט), דבר שמהווה בעייתיות (יש לעקרון החוקיות השלכה על פרשנות בפלילים).

אם עקרון החוקיות ייפגע - סביר להניח שחוק פוגע ייפול בשלב ההלימה לערכי המדינה. **כפס"ד סילגזו** - שטרסברג כהן - התבוננות אחרת מאשר ברק (שרואה את הזכויות כחולשות גם על תחומים אחרים).

- נגזרת הדיוק פונה למחוקק, ונגזרת הפרשנות פונה לפסיקה.

### פרשנות בפלילים ותחולה בזמן ורטרואקטיביות הם נגזרות של עקרון החוקיות.

#### פרשנות בפלילים

1. **פרשנות דוקנית (מצמצמת) - שמקלה עם הנאשם.**

**פס"ד בר-שלום נ' מדינת ישראל** - דיבר על אדם שהחנה מכונית במקום שהיה בו שלט שהחניה אסורה "בין השעות 07:00-19:00". הטענה שלו הייתה שהוא חשב שזה מ-19 בערב, ועד 7 בבוקר למחרת (שילוט צריך להיקרא מימין לשמאל, ואולם אין חולק כי אם היה נרשם 07:00-19:00 היה צריך לקרוא את ההוראה משמאל לימין). בית המשפט זיכה אותו מהטעם שאיסור פלילי צריך להיות ברור: "הרשות, בבואה להציב תמרוך, צריכה להבליט את כוונתה בצורה שאינה משתמעת לשני פנים". בית המשפט קבע שפרשנות מרחיבה פוגעת בעקרון החוקיות. אדם שרואה שלט, לא צריך להרהר לגבי מה אומר השלט, ושצריך ללכת עם הנאשם. הערכאות הנמוכות יותר חשבו שאפשר להרשיע אותו, משום שברור שבאזור תעשייה שפעיל בשעות היום, הכוונה היא שאסור לחנות בשעות הני"ל.

**פס"ד בירנבלט** - חוק עשיית הדין בנאצים ובעוזריהם. בירנבלט היה מפקד של המשטרה היהודית בפולין, והוא הנאשם בסעיף 5 לחוק. מתן יד למסירה של אדם נרדף לידי שלטון עויין בארץ עויינת בתקופת הנאצים. הוכח שבירנבלט שמר על הסדר בזמן שנערכה סלקציה במגרש, והשאלה הייתה כיצד לפרש את המונח "מסירה"? ביהמ"ש זיכה אותו ואמר שמסירה היא שתי פרשנויות: או העברה פיזית או העברת מידע שעוזר לתפיסת הקורבן. מי שכבר נתפס, לא ניתן למסור אותו, כמו שלא ניתן להמית אדם מת, וכל היהודים במגרש כבר נתפסו - ואם נכלול מניעת בריחה במושג מסירה, נחרוג. ביהמ"ש הדגיש שמדובר בדיני עונשין ובחמורים ביניהם. כלל פשוט הוא שאין להרחיב את הפרשנות השיפוטית מעבר לתחום המילים שבחר המחוקק. ברגע שניסחו את העבירה הפלילית כמדברת על מסירה למשל, לא ניתן להרחיב את הגבולות מעבר לכך ולכן הוא זוכה. למען ההגינות, יש ייחודיות בפס"ד זה (התנהגות בתנאים בלתי אפשריים). פרשנות חוק פלילי צריכה להיות מותאמת לפרשנות המילולית של הניסוח (פרשנות דוקנית).

2. פרשנות תכליתית- בא לידי ביטוי בפסד"ים רבים כמו **פס"ד מזרחי**- הואשם בעבירה של בריחה ממשמורת חוקית בניגוד לסעיף 257 לחוק העונשין. אסיר בחופשה שלא חזר בזמן. השאלה- האם ניתן להטיל עליו אחריות? האם בריחה ממשמורת חוקית כוללת חזרה שלא בזמן מחופשה? האם בריחה ממשמורת חוקית היא מצב עובדתי פיזי (מגדלי שמירה) או מצב משפטי (סטטוס של שלילת חופש הבחירה)? ברק אומר במפורש שאין להיצמד לפרשנות מצמצמת, אלא להתחקות אחר תכלית החקיקה. תכלית יכולה להתפרש בשני מובנים:
- **תכלית היסטורית (סובייקטיבית)**- למה התכוון המחוקק
  - **תכלית אובייקטיבית**- מה התכלית בעיני פרשן בן זמננו לפי ראות עיניו וערכים מודרניים?

כשמחפשים את תכלית החקיקה מחפשים את תכלית החקיקה הספציפית, רמות שונות של הפשטה, עקרונות היסוד של המשפט הפלילי, עקרונות דמוקרטיים- וחזקה שהתכלית עולה מהמובן הרגיל של ביטוי הלשון (גם בדיקה סובייקטיבית וגם אובייקטיבית).

הפרשנות התכליתית בפלילים היא לא דבר חדש: **פס"ד בורוכוב נ' יפת**- עבירה של חוק איסור לשון הרע. ס' 6 בחוק זה הוא פלילי ושאר החוק לא. המערער היה מנכ"ל מועצת הירקות, שפורסמה עליו ידיעה שפגעה במערער. חוץ מהעבירה הנזיקית של לשון הרע, ישנה עבירה שקובעת שהמפרסם לשון הרע בכוונה לפגוע לשני בני אדם או יותר- דינו מאסר שנה. ההבדל בין האיסור הנזיקי לפלילי הוא "הכוונה לפגוע". ברק מנתח את הביטוי בשתי אפשרויות מילוליות:

- צפיה של אפשרות הפגיעה (מודעות לאפשרות שהפרסום יפגע+רצון שתהיה פגיעה)
- ציפיה חזקה וכמעט ברורה שתתרחש פגיעה ללא רצון שתהיה פגיעה (רלוונטי למקרים לא אישיים כמו בורוכוב)

האם מספיק להוכיח ציפיה ברמה של וודאות או שיש להתעקש על רצון? ברק טוען שהמטרה במילים "בכוונה לפגוע" היא לעשות הבחנה בין העבירה הנזיקית לפלילית בלשון הרע. שתי הפרשנויות מצמצמות לעומת האופציה האזרחית. במקרה זה, הולכים לעקרונות הכלליים של השיטה- ושם מחפשים את הפרשנות התכליתית. בהקשר זה אומר ברק שישנם 4 עקרונות יסוד שמהווים את המטריה המשפטית:

1. זכות האדם לשם טוב
2. חופש הביטוי של הפוגע (העיתונאי)
3. חופש אישי של הפוגע מפני סנקציה פלילית
4. שלום הציבור

לפי ברק, מטרת החוק אינה מצמצמת להגנה על שמו הטוב של פרט (חייב להיות משהו שקשור באינטרס הציבורי), והוא מוצא לנכון שרק רצון לפגוע באחר מצדיק את התערבות המשפט הפלילי שכן אז שלום הציבור נפגע. מפרש את הסעיף רק **לרצון לפגוע** ולא לפחות מכך. הוא מחליט שהסעיף הפלילי נוגע לרצון לפגוע באחר, מכיוון שאז הוא פוגע באינטרס הציבורי. הדבר המשמעותי הוא שאין הגבלה ללשון החוק או להיסטוריה שלו.

3. סעיף 34 כ"א לחוק העונשין- איך מפרשים נורמה פלילית?- הפרשנות המצמצמת היא בדר"כ לטובת הנאשם. בסעיף 34 כ"א, המילים "לפי תכליתו"- ברוב המקרים ביהמ"ש יגיע למסקנה אחת, שיש פרשנות סבירה אחת לפי התכלית. רק במקרה נדיר שבו תהיה לו יותר מפרשנות סבירה אחת לפי התכלית, ילכו לפי הפירוש המקל. אם יש יותר מפירוש אחד שמתיישב עם התכלית, נאמץ את המצומצם יותר. פס"ד מדגים לסעיף זה הוא **פס"ד אהובה לוי**- נהגה ברכב עם אוזניה שמחוברת לטלפון. תקנת התעבורה קבעה שלא ינהג אדם רכב כאשר צמודות לו אוזניות שמחוברות למכשיר שמשמיע צלילים וקולות. פרשנות המדינה- יחיד משמע רבים ולכן אוזניה אחת גם אסורה, הנאשמת טוענת שאוזניות צמודות ומחוברות- בהכרח אוזניה אחת. ביהמ"ש בוחן את האפשרויות וטוען שיש שתי פרשנויות סבירות שמתיישבות עם תכלית החקיקה (מניעת ניתוק מהנעשה בכביש). אין ספק שניתוק מאוזניה אחת הוא קטן יותר מאשר ניתוק ע"י שתיים. ביהמ"ש הלך עם הפרשנות המקלה וזיכה אותה.

מחפשים את מתחם האפשרויות ונחפש את הפרשנות שעולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה. ישנה ביקורת מלומדים מזוויות שונות על אופן זה של פרשנות תכליתית בפלילים.

- הגבולות של דברים רבים בפלילים הם לא מוגדרים בפועל. מקדמים מגמות של פרשנות תכליתית.

## שיעור 4

14.3.18

**פס"ד מודיעים** - השאלה היא האם בפקודת התעבורה, בעבירת תנועה של חציית קו עצירה באור אדום. החברה בע"מ לא חצתה, אך רכב החברה נתפס כשעשה את העבירה. ההתלבטות היא בכך שהיה סעיף באותה תקופה שדן במי נחשב בעל רכב, נאמר שבעל רכב שנתפס עושה תאונת דרכים ניתן להשית עליו קנס. אין מניעה שהחברה תשלם קנס על החברה, אך ההגדרה של בעל רכב לגבי רכב חברה היה מוגדר כ: "בעל רכב - לגבי רכב הרשום על שם חבר בנ"א (בני אדם) - מנהל פעיל או שותף או עובד מנהלי בכיר האחראי על אותו רכב", ז"א הוכנסו בהגדרה אנשים שאחראים לעבירות תנועה שהרכב נצפה עושה אותן, והשאלה הבסיסית הייתה: "האם ההגדרה של בעל רכב כוללת גם את החברה עצמה (את הבעלים הרשומים של הרכב)? השאלה הייתה איך לפרש את המקף, האם הוא מתבטא כרק או גם, ביהמ"ש אמר שמעדיפים פרשנות תכליתית והחברה הורשעה, המקף פורש כ"גם", שמוסיף על החברה עצמה (ביהמ"ש אמר שהמסגרת היא מתחם האפשרויות הלשוניות, כלומר יש כאן יותר מאפשרות אחת, ולאחר הפרשנות הלשונית יש לתור אחר הפרשנות המשפטית ולבחור את מה שהכי מתיישב עם התכלית שהיא תכלית בפועל - תכלית סובייקטיבית + אובייקטיבית, ולשם כך ניתן גם להשתמש בערכי היסוד של השיטה ולשאוף ליצור הרמוניה). בדר"כ בעברית מקף הוא מפרט או שווה, ולא מוסיף, אך ביהמ"ש החליט שלא ייתכן שתכלית החקיקה תהיה שהחברה תצא ללא אחריות. קודם מחפשים פרשנות לשונית, ואז מחפשים פרשנות משפטית (תכלית החקיקה).

"ככל שמדובר בפרשנות מילולית קלושה אך הפרשנות הרחבה מבוססת, מסתפקים באחיזה קלושה בלשון, ככל שהפרשנות הרחבה נתמכת בשיקולים כמו היסטוריה חקיקתית, עקרונות יסוד של השיטה, היגיון פנימי של ההורה ותכלית החקיקה - ככל שזה יותר חזק, כך אפשר להיאחז פחות במילים" - השופט נתניהו.

**פס"ד ברק כהן** - פס"ד יחסית חדש, גרוניס הולך לפרשנות דווקנית ומצמצמת ולא מרחיבה ותכליתית כמו בייניש. הדיון של בייניש מתבסס על פס"ד דומה ישן שבו עובד ציבור לא הורשע, אך היא טוענת שעבר זמן מאז והמציאות השתנתה כך שמי שנחשבים עובדי ציבור היום לא באמת מועסקים ע"י המדינה (כמו עובדי קבלן). היא מרחיבה את הפרשנות בגלל השינוי במציאות. ההתלבטות היא על מאבטח במוסד לביטוח לאומי שקיבל טובות הנאה מיניות תמורת קידום בתור וכו'. סעיף 280 - שימוש לרעה בכוח המשרה ועבירות שוחד, הן שתיהן עבירות שיכולות להתבצע ע"י עובד ציבור. ההתלבטות היא האם הוא עובד ציבור, בסופו של דבר הוא הורשע רק בעבירת שוחד. החיסרון של השיטה הדווקנית - יכול להיות חוסר התאמה למציאות.

**פס"ד ג'ברין** - ניתן בדיון נוסף פלילי 8613/96 ג'ברין נ' מדינת ישראל. ג'ברין הוא עיתונאי מאום אל פחם וכתב סדרה של 3 מאמרים שהועמד לדין על כולם בגין הסתה, במאמר ה-3 הוא כתב ציטוט מסית והועמד לדין לפי ס' 4א' לפקודה למניעת טרור. האם צריך לפרש את סעיף זה בפקודה למניעת טרור כמתייחס למעשי אלימות גם של יחיד או רק של ארגון טרור? האם הוא מצטמצם רק לארגון טרור או מרחיב לפעילים בודדים שקוראים? דעת הרוב הייתה לפי השופט אור, שפרשנות קלאסית שנצמדת למילים (דווקנית) תפגע בנאשם (כאשר בדר"כ פרשנות דווקנית היא לטובת הנאשם) והוא טוען שמתוך ההרמוניה החקיקתית מדובר על ארגוני טרור, ומעדיפים את הפרשנות שפוגעת פחות בחופש הביטוי ועולה יותר בקנה אחד עם זכויות יסוד, כך כל השופטים מזכים את ג'ברין ומפרשים לתוך הסעיף דברים שלא בהכרח נאמרים בו. הפעילו פרשנות תכליתית מתוך רצון ליצור הרמוניה חקיקתית ולכן זיכו אותו (הדאגה לחופש הביטוי, עקרונות היסוד לש השיטה). הגיעו למסקנה שהסעיף רלוונטי רק למי שפועל במסגרת ארגון טרור. השופט קדמי בדעת מיעוט: דברי שבח לאלימות יכולים לאפיין פעולת טרור גם שלא נעשית ע"י חבר בארגון טרור, פרסום דבר שעלול להביא לפעולת טרור קשור בסעיף גם אם הוא לא בארגון טרור, לדעתו יש לפנות ללשון הסעיף הברורה שבאה לאסור פעולת טרור, לדעתו התרחקות נוספת מהמילים היא אקטיביזם שיפוטי שחורג מפרשנות. הפרשנות של רוב השופטים הייתה תכליתית לטובת הנאשם. השופט לוין: הכל מעגל שוטה, מה שהשופט חושב נכון לפרש הוא עוטר זאת בפרשנות תכליתית והגורם לפרשנות זו הוא הרצון שלא לפגוע בחופש הביטוי - בעמ' 197-198.

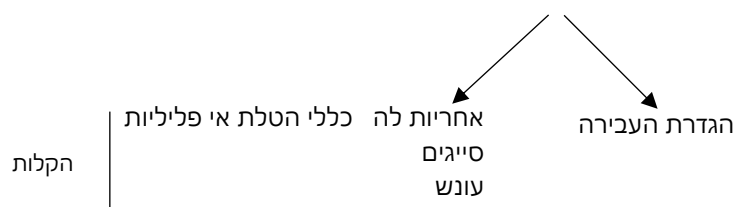
**פס"ד אלכה** - פרסם דברי שבח על אלימות, הסעיף הנידון הוא סעיף 4, מתקבלת פרשנות חדשה לסעיף בשונה מפס"ד ג'ברין, והוא מזוכה.

## רטוראקטיביות ותחולה בזמן

כל משפט מהותי (פרוספקטיבי) חל מכאן ולהבא, אלא אם כן נאמר אחרת, בשונה ממשפט פרוצדורלי. במשפט פלילי יש כלל חזק: אין להחיל שינויי חקיקה רטוראקטיבית כדי שלא תהיה פגיעה בעקרונות החוקיות. ההסדר לגבי תחולה בזמן נמצא בסעיפים 3-6 לחוק העונשין. מספר כללים:

1. חיקוק למפרע (סעיף 3) - החמרה בדין הפלילי פועלת רק מכאן ולהבא. אם יש חיקוק חדש שיוצר עבירה חדשה, הוא יהיה רלוונטי רק מרגע פרסומו או תחולתו. למשל החוק למניעת הטרדה מינית נכנס לתוקף ביוני 1998 וכל מי שעשה את המעשים לפני יוני 98 לא יישא באחריות פלילית לפי החוק. דוגמה נוספת - חיקוק שקובע החמרה בעונש, אם למשל מחליטים שעבירת אונס תהיה מקסימום 16 שנה, הקביעה רלוונטית רק מזמן פרסום החוק כדין או כניסתו לתוקף. **ישנם שני חריגים: בפס"ד אייכמן** - ההצדקה לחוק הייתה שמעשיו היו נגד כל חוק אוניברסאלי גם בזמן ביצוע המעשים. זהו ההסבר גם לשני חוקים שלא כפופים לחיקוק למפרע:
  - חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם
  - ענישתו של הפשע להשמדת עם
2. שינוי לקולה (מקל) בחוק הפלילי - הקלה חלה לרוב גם למפרע ובכפוף לסעיפים 4-5. חל ברוב המקרים גם למפרע על מעשים שנעשו לפני התיקון. למה לא להעניש מישהו שבזמן מעשה זה היה אסור ועכשיו מותר? החברה מעמידה לדין ומענישה רק כאשר מדובר בהתנהגות שפוגעת בערכים המוגנים שלה, אנחנו לא מענישים רק על עצם התעוזה לצפצף על הכללים של החברה. ולכן, אם פעם חשבו שמשכב זכר זה איסור פלילי וזה נעשה בעבר, היום לא יעמידו אותו לדין כי לא חושבים שזה ראוי לטיפול של חוק פלילי. זה קו חשיבה שמקובל במשפט הקונטיננטלי, שונה מהמשפט האנגלו-סקסי. במשפט האנגלי ולפני תיקון 39, גם אצלנו לא היה את הכלל הזה. הכלל הקודם היה 'ס' 22 לחוק הפרשנות שקבע כי ביטולו של דין, אין כוחו יפה... להשפיע על זכות או חיוב שלפני הדין המבוטל ועל עיצום (סנקציה) בשל עבירה עליו. גם לתפיסה הקודמת ניתן לתת הסבר - מה שצריך לעניין הוא זמן ביצוע המעשים וצריך למנוע מצב של חוסר אחידות בין נאשמים שונים. מונעים אפשרות שאחד מהנאשמים איכשהו סוחר את התיק עד שהדין משתנה והוא מזוכה וחבר שלו שלא הצליח למשוך את התיק - לא. זוהי לא התפיסה כיום.
  - סעיף 4 - **מדבר על ביטול עבירה לאחר עשייתה**, ביטול עבירה - חלה למפרע (מי ששילם קנס או ריצה את מאסרו לא מפוצה, אך מפסיקים גזר דין או דיון משפטי בנושא באמצע - האחריות הפלילית מתבטלת ואין השלכות למעשיו).
  - סעיף 5 - **שינוי בחיקוק כשטרם ניתן פס"ד חלוט** - חל למפרע - זה שינוי ולא ביטול, לכן מכילים אותו כשעדיין ניתן לערער על פסק הדין או שהוא עדיין בדיוק. לא מתחילים להוציא תיקים מהארכיון ולבדוק אם שינויים מקילים חלים על נאשם שהדין בו כבר נגמר. נגיד רכיב הכוח באונס - התוספת תחול על כל מי שהתיק שלו עדיין פתוח (אם מקל עם הנאשם). חוק שי דרומי - תיקון לחוק שהרחיב את גבולות ההגנה עצמית. כשפס"ד עדיין נידון, מפעילים את הסעיף שלא היה קיים כשביצע את המעשה, כי שינוי שינוי מקל. בנוגע לאחריות לה(הטלת אחריות פלילית, סייגים, עונש) ובנוגע להגדרת העבירה חל סעיף 5. פס"ד חלוט - תיק בארכיון שכבר הוחלט בו. אחריות לה - קביעה שברוב העבירות הפליליות צריך להוכיח מחשבה פלילי. נניח שאם מחר משנים את הכלל צריך להוכיח כוונה תחילה, את השינוי נחיל על כל מי שהתיק שלו עדיין נידון ונבדוק את כללי הטבלת אחריות פלילית, שזה כולל גם סייגים לאחריות פלילית. הגנות - סייגים להטלת אחריות פלילית. למשל: הגנה עצמית (ס' 34).
  - סעיף 25 - **ברגע שפס"ד חלוט, לא פותחים דיון על שינויים בחקיקה**. הדבר שניתן לעשות הוא רק לתת את העונש הקל ביותר המקסימלי (העונש שנתנו לו מלכתחילה), דבר זה לא מצריך הפעלת שיקול דעת. **פס"ד רחמיאן** - הורשע ברצח בכוונה תחילה וקיבל מאסר עולם. סעיף 300 לחוק העונשין קובע שהעונש היחיד ברצח הוא מאסר עולם, זהו עונש חוב שאין בו שיקול דעת. אחרי שפס"ד הפך חלוט נעשה שינוי חקיקה - רחמיאן לא הצליח לצאת דרך אי שפיות, אך היה מעורער בנפשו, ולאחר שהחל לרצות את עונשו, חוקק סעיף 300א רבתי - למרות האמור בסעיף 300 שבו הדין הוא מאסר עולם חובה, 300א רבתי אומר שבנסיבות המנויות בסעיף, למרות שביהמ"ש מרשיע ברצח, הוא רשאי לשקול לתת עונש פחות ממאסר עולם. ביהמ"ש קבע שסעיף 25 מתייחס רק להקלות טכניות ומנהליות שאין צורך לפתוח דיון בשבילן. הייחוד בסעיף 300א' הוא שהוא מאפשר פתח של שיקול דעת, שהוא לא הכרחי ורק אופציונלי. לכן אם התיק נסגר ועברה תקופת ההתיישנות, לא נתנו לרחמיאן להנות מסעיף 300א רבתי.

3. חריג לכלל- עבירות שהזמן גרמן (סעיף 6) - הסעיף אומר כי אם חל שינוי/ ביטול בגלל שינוי המציאות אז לא נקל עם הנאשם למפרע. זאת אומרת, יש עבירות שמראש במהות שלהן הן נכונות לתקופה מסויימת. למשל: מי שעבר על עבירות בתקופת הצנע, לכאורה אמור לחול למפרע, אך זה לא יחול למפרע כי מראש זה היה נכון לזמן מסויים וגם היום לא השתנתה התפיסה החברתית לגבי ההתנהגות אז. דוגמה נוספת: אסור להשקות מדשאות בשנות בצורת. בשנה גשומה ביטלו את העבירות האלה, עדיין אנחנו חושבים שמי שהפעיל ממטרות כשהיה אסור הוא פגע בחברה וראוי שיישא את העונש בגין הפגיעה בחברה, למרות שהיום אין עבירה כזאת בכל. דוגמה אחרת: בתקופת המפרץ עלו מחירי המסקינג-טייפ והניילונים, באותה תקופה ערך השוק עלה ובהתאם שמו הגבלות על המחיר שאפשר לקחת עליהם. מי שביצע את ההתנהגות האסורה כשהיא הייתה אסורה- אנחנו חושבים שעדיין צריך לבוא החשבון כי עדיין חושבים שזה לא היה בסדר. דוגמה רביעית: חנייה באדום לבן שמחר היא כבר לא אדום-לבן. מה השתנה? המבנה או התפיסה החברתית? זה הרעיון של עבירות שהזמן גרמן- כל עוד לא השתנתה התפיסה החברתית הן לא יבוטלו למפרע. **פס"ד אקסלרוד** - פעיל ימין קיצוני שפרסם דברים קשים לאחר רצח רבין ומשבח את הרצח. הוא מועמד לדין על ס' 4(א) לפקודה למניעת טרור. הרשיעו אותו על סמך פסיקה קודמת כמו אלבה, כי לא קראו לתוך הסעיף דרישה של ארגון טרור. ואז כשמגיע דיון נוסף ג'ברין הוא משמעותי לאקסלרוד, כי הוא לא חלק מארגון טרור. הוא כבר מרצה את העונש, זהו ללא ספק פסק דין חלוט. יש כאן שינוי בפרשנות הפסיקה לחקיקה קודמת, זה לא בדיוק כמו ס' 5 לחוק העונשין. אקסלרוד מצליח בבקשה למשפט חוזר, בית המשפט עושה שימוש בסמכות וקובע שלא יתקיים המשפט כי התוצאה ברורה מראש וכך הוא מזכה באמצעות ג'ברין, כי יהיה עיוות גדול של החוק ואי התאמה.



## שיעור 5

20.3.18

ענישה - הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה (סיכום של שיר):

1. מלאכת גזירת הדין. השופטים תיארו את זה כמלאכה הקשה ביותר של השופט. האם יש כללים או שיש לתת לשופט שיקול דעת מלא? נזכור שמשפט פלילי זו הסנקציה החברתית הכי פוגעת שיש בזכויות אדם בסיסיות, על כן יש להיזהר באופן בו מיישמים אותה. אין עבירה ועונש עליה אם היא לא קבועה בחוק (צריך שהעונש בחוק יהיה העונש המקסימלי).
2. ס' 298- מי שגורם במעשה או במחדל למות אדם, מייחסים לו עבירת הריגה, ודינו 20 שנה בכלא. זה המקסימלי. העונש הוא מ-0 ועד 20. זה טווח רחב ויש הרבה שק"ד לשופט. לעומת זאת, יש עבירות שיש להן עונש מינימום. הן לא רבות, בד"כ עבירות חמורות במיוחד. למשל בפרק של עבירות מין יש עונש מינימום. ס' 355- הוא משלים לס' 345. המינימום זה הרבע מהמקסימום שבעבירת האונס. יש מעט עבירות שבצדן יש עונש חובה למשל, רצח בס' 300. (\*כשהורגים הורים זה לא הריגה אלא רצח).
3. גם עונש חובה וגם עונש מינימום מגבילים את שיקול דעתו של השופט. חריג לזה, ס' 35א(א) קובע שאם אדם מורשע בעבירה עליה עונש חובה, ניתן להטיל עליו עונש קל מהעונש הקבוע בעבירה אם העבירה נעברה בנסיבות מקלות. ס' זה לא חל על רצח למשל כי לגבי רצח יש את ס' 300א, הוא מאפשר לביהמ"ש במקרים חריגים להפעיל שיקול דעת, וגם כאשר מדובר ברצח לא לתת עונש מאסר עולם על אף שהוא חובה. לפי הס', יש סיטואציות של אי שפיות. ס' 34 ח הוא ס' של סייג, שפוטר מאחריות פלילית במצב של אי שפיות. התוצאה היא זיכוי או פטור מאחריות פלילית. לפעמים יש סיטואציות שלא מגיעות לרמה של 34 ח ועדיין אפשר לומר שיש הפרעה נפשית חמורה באופן שלא התאפשר לאדם לבחור. ס' 300א(1) קצת פחות חמור מ34 ח. הוא לא יביא לזיכוי או לפטור מאחריות פלילית, אבל יפחית מהעונש.
4. ס' 300 א הוא בחירה של המחוקק שמאפשר אחריות מופחתת. המחוקק לא הסכים לתת על רצח אחריות מופחתת, זו אמירה. גם מי שמופרע בנפשו ברמה של פגיעה בקדושת החיים, הולכים לקראתו אבל לא נותנים לו אחריות פחותה על מעשיו. 300א(ב)- המעשה של הנאשם חרג במידה מועטה מתחום הסבירות. צריכה להיות פרופורציה בין המעשה לבין מה שהוא ניסה למנוע. נניח ילדים שגנבו תפוח מעץ וירו עליו, זה לא סביר. אין הגנה עצמית בסיטואציה כזו. אבל אם החריגה מסבירות היא מועטה, ולאור מידת הלחץ בה האדם נמצא בקטע של הגנה עצמית, הוא בסדר, אז יש פתח להתחשבות רק אם החריגה היא מועטה מהסבירות. 300א(ג)- ביהמ"ש יכול לא לתת עונש מאסר עולם חובה אם הנאשם היה במצב נפשי קשה עקב התעללות בו או בבן משפחתו. כמו כרמלה בוחבוט. ברור שהמחוקק הישראלי לא פתח את האפשרות להפחתת העונש באופן רחב, כדי להביע את דעתו על המתת אדם.
5. לרוב, השופטים יתנו את עונשי המקסימום, ולרוב זה יהיה עונש החובה. עונשי מקסימום מותרים מרחב אדיר של שיקול דעת לשופט. מצב כזה של שיקול דעת, כשהמחוקק נותן עונש מקסימום, מאפשר גמישות המסייעת למצוא את העונש המדויק שמתאים למקרה הספציפי. יכול להיות שהמרחב הזה הוא שמבטיח מתן עונש צודק ומדויק למקרה הספציפי. כי עונש צודק חייב להיות תלוי במקרה ובנסיבות הספציפיות. זה חליפה שצריך לתפור במיוחד. מצד שני, חוסר הכוונת השופט יוצרת חוסר אחידות ותחושה לא נוחה ל שרירותיות. בס' ההריגה זה מאוד בולט. מה בעומד בבסיס עיקרון החוקיות זה בדיוק החשש משרירותיות ואי וודאות.

פסק הדין הפלילי מורכב משני חלקים- הכרעת הדין וגזר הדין. לגבי הכרעת הדין, יש כללים מובנים למה צריך להוכיח ואיך צריך להוכיח כדי להרשיע. בחלק של גזר הדין, לכאורה, כמעט ואין כללים. זה הבדל מאוד גדול בין החלקים. התחום של הענישה מאוד פתוח. לכן ב20 שנים האחרונות, מתפתחת תביעה להכוונת שיקול דעת השופט בענישה.

6. ב1997 בישראל הוגש דו"ח ועדת גולדברג. הצעת חוק ברוחה הוגשה בשנת 2006, הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה תשס"ו-2006). פרסום הצעת החוק עורר גל של התנגדויות. כתבו המון חוות דעת והתייחסויות מהאקדמיה. תחילה היו כאלו שהתנגדו לעצם רעיון הבניית שיקול הדעת בענישה בעיקר מצד הסנגוריה. היה חשש שקיבוע או צמצום שיקול דעת השופט בענישה יביא להחמרה בעונשים ויפגע בזכויות יסוד של נאשמים בדין פלילי. לבסוף, הנוסח הנוכחי הוא תיקון מס' 113 תשע"ב לחוק העונשין, שנכנס לתוקף בינואר 2013. זה התהליך שקרה אצלנו במדינה.

7. אחת השאלות הבסיסיות שעומדות לדיון בנושא ענישה, הם מה שיקולי הענישה? מקובל לדבר על 4 שיקולים מרכזיים שעמדו לאורך כל השנים בפסיקה, מאז ומעולם. (לפני התיקון, כל שופט שיקלל בין השיקולים האלו כרצונו, התיקון יוצר ביניהם מדרג, מה חשוב יותר ומה פחות, על מה לשים דגש):

a. גמול - הלימה בין חומרת המעשה לחומרת העונש. אדם חייב לפעול לפי החובה, כשהוא מפר אותה יש להענישו בהתאם למעשיו ולמידת האשמה במעשיו. הגמול מתייחס למעשה העבר. מנסים להתאים את חומרת העונש לחומרת המעשה והאשמה.

b. הרתעה - אישית וכללית. צופה פני עתיד. מטרת הענישה הפלילית היא למנוע נזקים והישנות המעשה. מהנאשם הספציפי ומכל האחרים לעשות את מה שהנאשם עשה. השיקול הזה עולה הרבה פעמים כשמדובר במכת מדינה בתחושה של השופט.

c. הגנה על הציבור או מניעה (זה לא הרתעה, זה הרחקה, פיזית) - הכוונה היא למנוע פיזית מהעבריין להזיק לחברה. כלומר, החברה רוצה להרחיק את מי שפגע בה לתקופות ממושכות כדי שלא יחזור ויפגע (נוגע הרבה לעבריינות מין. יש הנחה מבוססת שאדם נוטה לחזור על מעשיו). החברה מבקשת להרחיק עבריין מסוכן מלחזור ולהזיק שוב. אם לפי חומרת העבירה מגיע לו אשנים בכלא ונותנים לו יותר כי זה אינטרס של החברה. או מסרסים אותו.

d. שיקום - תפיסה שמאוד רווחה עד שנות ה70. הרעיון הוא שמטרת הענישה היא הבראה של העבריין והחזרתו לחברה כאזרח נאמן. רוצים לתקן אותו. השיקול הזה נכשל. אבל הוא נשאר מרכזי בתחום עבריינות נוער והתמכרויות.

8. הבחירה בין השיקולים היא נגזרת ישירה של מטרות המשפט הפלילי- לפי איך שנתפוס את המשפט הפלילי נבחר גישת ענישה.

9. גישה דאונטולוגית תעדיף שיקולי גמול. זה עולה בקנה אחד עם חו"י: כבוד האדם וחירותו, שכן מתאימים לאדם את העונש שמגיע לו ספציפית.

10. גישה תועלתנית שמחפשת להשתית את מטרות המשפט כניסיון למנוע נזקים יקדמו הרתעה. אחת הטענות היא שבחברה חילונית הדרך להצדיק ענישה או התערבות מבלי להתבסס על קביעות ערכיות ולאפשר מרחב מוסר יחסי זה רק ע"י השתתת מטרת המשפט על מניעת הנזק. השפה התועלתנית לא נשענת על מוסריות או על אמיתות, אלא על מניעת נזק.

11. בעבר - עד התיקון, בתי המשפט הביאו את מכלול השיקולים בחשבון, כולל התייחסות לעברו הפלילי של הנאשם ולנתוניו האישיים ללא כל יד מכוונת. לא הייתה שום הכוונה של המחוקק. יש פסקי דין שנוטים לכיוון הגמול ויש כאלו שנוטים לכיוון ההרתעה. אחד מפסקי הדין הוא פס"ד תוהמי - מדובר במקרה חריג מאוד בנסיבות. אדם חשד שאשתו מנהלת רומן עם פועל ערבי שעובד אצלו. הוא מחליט לנקום בו והולך לכפר ואונס את אשתו (של העובד). לאחר שעשה את זה הוא התדרדר מאוד מבחינה נפשית. התחשבו בזה שמצבו הנפשי היה רע. הסיניגור מנסה לומר שצריך להקל בעונשו כי אין אלמנט של הרתעה. זה נכון, הוא לא יחזור לעשות את



זה וזה גם לא מקרה שמישהו ילך בעקבותיו. ביהמ"ש מדבר על זה שגם אם אין אלמנט של הרתעה, המעשה עדיין מאוד חמור ויש את שיקול הגמול שהוא מאוד נחוץ. בפסיקות חדשות יותר יש הליכה לכיוון ההרתעה.

12. התחום של גזירת הדין פתוח לשיקול דעתו של השופט היושב בדין (לעומת שלב הכרעת הדין). הוא חופשי לגמרי לנוע בטווח שבין עונש המינימום למקסימום לפי השקפת עולמו.

13. הועדה - השינוי מתחיל להסתמן בדו"ח ועדת גולדברג - מגמת השינוי להכווין את מלאכת גזר הדין ולהשיג אחידות ועקביות. דעת הרוב בוועדה קבעה שעיקרון ההלימה הוא העיקרון המנחה בענישה, קרי יחס הולם בין יחס העונש ליחס המעשה. זה העיקרון המנחה. נקבעו שני חריגים לעיקרון ההלימות: \*סטייה לחומרה לשם הגנה על הציבור \*סטייה לקולא לשם שיקום. נמנו שורת נסיבות שמשליכות על חומרת העבירה. נקבעו נסיבות שחובה להתחשב בהן שכן הן נוגעות למעשה ולנסיבותיו וגם קבעה נסיבות רשות חיצונית למעשה. עוד חידוש שעשתה דעת הרוב - המליצה להקים ועדת מומחים למשפט ולקבוע לכל אחת מהעבירות עונש מוצא. הכוונה היא לעונשים שהולמים את המקרה הקלאסי של העבירה. עונש ממנו מתחילים לדון, מושכים למטה או למעלה. נקודת אחיזה שמכווונה את שיקול הדעת מתוך מחשבה שעונש מקסימום לא מספיק מכווין את השופט ואת גזירת הדין. תמצית דעת הרוב: \*עיקרון ההלימה \*עונשי מוצא \*אפשר לחרוג מעיקרון ההלימה לצורך שיקום או צרכי ציבור, מניעה.

14. הצעת חוק - בהתבסס על דעת הרוב מונחת הצעת חוק מטעם הממשלה, לפיה העיקרון המנחה הוא עיקרון ההלימה. השיקול המרכזי הוא שיקול הגמול. ההצעה המשיכה וקבעה את האופן שבו יקבע העונש ההולם לאור עיקרון ההלימה. יש סימן שלם שאומר לשופט איך לעבוד, זה התוצר הסופי. הדרך אליו עברה דרך שלוש התחנות האלו. ביהמ"ש הוא זה שיקבע מה העונש ההולם לאור שקילת הערך החברתי המוגן שנפגע ואת מידת הפגיעה בו. וכן בהתחשב במדיניות הענישה הראויה והנוהגת, הכוונה היא, שיש כוונה שביהמ"ש ישתמש בפסיקה הקיימת, שככל שהיא מקפת את עיקרון ההלימה היא סוג של אינדיקציה למה העונש ההולם. אבל אם יש פער בין המצב הנוהג למצב הראוי לא מחויבים לזה. בנוסף, לצורך הערכת חומרת המעשה ואשמת הנאשם - ביהמ"ש יתחשב בנסיבות מקלות שמשליכות על חומרת העבירה ועוזרות לשופט. העיקרון הוא שיש רשימת דברים שמשליכים על חומרת המעשה. אם זה כבר מופיע בצורת רשימה, יש סיכוי שהוא יביא בחשבון את כל מה שהמחוקק חושב שצריך להשליך על חומרת ההתנהגות. למשל נסיבה מקלה זה אם המעשה נעשה בנסיבות שחורגות במעט מדרישת הסבירות הדרושה לשם החלת סייג הכורח (הגנה עצמית למשל אם מישהו מצמיד לי אקדח לרקה ומחייב אותי לעשות מעשה פלילי) והצורך (מזכיר הגנה עצמית, אבל לא בגלל שמישהו תוקף אותי אלא משהו שקרה במציאות שאילץ אותי לעשות עבירה פלילית). בהצעת החוק, כמו בוועדת גולדברג, נקבע מנגנון של עונשי מוצא. תוקם ועדה מקצועית שתקבע מה עונש המוצא שהולם את מקרה העבירה הטיפוסית מבלי שנלוות עליו נסיבות מיוחדות (לא לרעה ולא לטובה). משנקבע עונש מוצא, יקבע ביהמ"ש את העונש ההולם בהתאם לעונש המוצא ובהתחשב בנסיבות המקלות והמחמירות הקשורות לביצוע העבירה המפורטות בס' 140 להצעה. בנוסף, ס' 140 להצעה מאפשר לביהמ"ש להביא בחשבון נסיבות נוספות אם ימצא לנכון מעבר למה שמפורט בסעיפים כדי לקבוע את העונש ההולם. ז"א, מדובר ברשימה שחייבים להתחשב בה כי היא משפיעה על חומרת המעשה, ובנוסף השאירו פתח לשקול נסיבות נוספות. זה כמעט לא יקרה כי הרשימה ממצה. מהאמור עד כה עולה, כי אין בהכרח זהות בין עונש המוצא לבין העונש ההולם שמביא בחשבון נסיבות קונקרטיות של ביצוע העבירה. ההצעה מסבירה לשופט איך לקבוע תא העונש ההולם. בנוסף, בקביעת העונש, יביא ביהמ"ש בחשבון נסיבות מקלות ומחמירות שאינן קשורות למעשה העבירה (כמו עבר פלילי - נסיבה מחמירה, או כמו גילו הצעיר של הנאשם - נסיבה מקלה). גם הן, מפורטות בהצעה אבל אין חובה להתחשב בהן. נסיבות אלו יובאו בחשבון ובלבד שלא יהיה בעונש שיקבע משום סטייה ניכרת מהעונש ההולם שנקבע ע"פ האמור. בדומה לדעת הרוב בגולדברג, מכירים בשני חריגים שמאפשרים סטייה מעיקרון ההלימה - חריגה לצורך שיקומי וחרגה לשם הגנה על הציבור, צורך מניעתי.

15. בעקבות ביקורת רבות, הוכנסו שינויים מהותיים בהצעת החוק והתגבש החוק הקיים היום- תיקון 113. החידושים הם: \*שעיקרון ההלימה הוא המנחה, \*עונש מוצא \*כל הפרוצדורה של איך ביהמ"ש עובד כדי להגיע לעונש ההולם לעבריין הספציפי. \*צריך להבין בין 4 השיקולים לבין הנסיבות. נסיבות הן יותר נקודתיות ושיקולים הם רחבים יותר.

16. החוק - נוסף ס' 40א, שהגדיר את מטרות התיקון. ס' במטרה מדגיש שאין כוונה להחמיר את הענישה. מטרת ההסדר היא שביהמ"ש יגיע לעונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה (נכנסות נסיבות הנאשם ונסיבות העבירה). המחוקק השמיט לחלוטין את מנגנון עונשי המוצא. לפי החוק, חומרת העבירה ומידת האשמה של הנאשם יקבעו לפי העבירה בנסיבותיה הקונקרטיות ע"י ביהמ"ש. התפקיד הוחזר לחלוטין לביהמ"ש ואין גורם חיצוני כמו ועדה מקצועית שמשפיע על זה. השמטת המנגנון של עונשי מוצא והביקורת שהרעיון הזה ספג (עלתה הטענה שאם יהיה עונש מוצא, ביהמ"ש יקבע את עונש המוצא ויצור תעריף נוקשה לעבירות. בדרך זו יחמרו העונשים ולא ייקחו בחשבון נסיבות קונקרטיות של העושה ושל המעשה. עוד נטען, שכוח רב מדי יוענק לתביעה באופן שיאלץ נאשמים רבים לחתום על הסדרי טיעון. חששו שתהיה השלכה מרחיקת לכת לשאלה איזה סעיף אישום התביעה בחרה להעמיד לדין. זה חשש כללי מקיבוע שיקול הדעת. בהקשר של ענישה זה בעיית. אי אפשר לתת יחס שווה וידוע מראש, כי אולי תהיה ודאות אבל זה יביא לחוסר צדק). לכן ויתרו על עונש מוצא. בכך הצטמצמה יכולת הפיקוח על התהליך ויש שיקול דעת רב לביהמ"ש. העיקרון המנחה בענישה הוא עיקרון ההלימה לפי ס' 40ב. המילה "בנסיבותיו" התווספה. זה היה העיקרון המנחה והוא נשאר. בהמשך, בס' 40 המחוקק מטיל על ביהמ"ש לקבוע מתחם עונש הולם. מדובר על מתחם ולא על עונש מוצא. מתחם, מנעד, ולא עונש קונקרטי כפי שהיה בהצעת החוק. זה משקף הבנה לפי סוג וחומרת העונש ההולמים את חומרת העבירה ומידת האשמה יוצרים טווח של עונש הולם שיקבע בשלב נוסף ע"י נתונים נוספים. יש עבודה בשלבים, קודם קובעים מתחם ואחר כך קובעים בתוכו את העונש הקונקרטי ומתחשבים בנסיבות שונות. טווח ההלימה יקבע לפי העיקרון המנחה, הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה הנהוגה ונסיבות הקשורות בביצוע העבירה המפורטות בס' 40ט. הוא קובע נסיבות שחובה להתחשב בהן, ובמידה בה התקיימו, ככל שביהמ"ש סובר שיש להן השפעה על חומרת המעשה ומידת האשמה. זה עדיין נותן לשופט מרחב תמרון. הוא יכול לתת לנסיבה משקל מזערי. גם הנסיבות הקונקרטיות שבס' שונו מהצעת החוק. הן דומות אבל לא זהות. למשל- נסיבה לקולא- אם הסיטואציה קרובה לסייג לאחריות הפלילית, ביהמ"ש יביא את הנסיבה בחשבון לקביעת מתחם ההלימה. זה שונה מהנסיבה המקלה של חריגה מסבירות, בהצעת החוק. יש בסעיף נסיבות לחומרא וגם נסיבות לקולא. אבל יש בהם הרבה יותר גמישות מאשר מהצעת החוק, והרבה יותר מרחב לשופט. כי זה נועד ליצור טווח ולא עונש קונקרטי. אחרי שהשופט קובע את מתחם העונש ההולם, הוא זה שיגזור את העונש הקונקרטי בהתאם לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה ומנויות בס' 40יא. אלו נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה ולא משליכות על חומרת המעשה. הרשימה היא רשימת רשות (בשונה מ40ט). ביהמ"ש רשאי להתחשב בהן אבל לא חייב. למשל, עבר פלילי של הנאשם, נסיבות חיים קשות וכו'. רשימת הנסיבות אינה סגורה, כאמור בס' 40יב, וכפי שמופיע בהצעת החוק (לגבי הנסיבות החובה ולגבי נסיבות הרשות). הבדל נוסף מהצעת החוק- שיקולי הרתעה לא מצדיקים סטייה ממתחם ההלימה. זה הגיוני מעצם העובדה שיש מתחם ולא עונש ספציפי. זה תואם את דעת הרוב בועדת גולדברג, שהציגה את הבעייתיות שבשיקולי ההרתעה. יש פה תפיסה שמקבלת שיקולי גמול ודוחקת את שיקולי ההרתעה. ע"פ ס' 140 ו40ז, במקרה המתאים, ניתן להביא בחשבון שיקולי הרתעה אישית וכללית, אך הללו יובאו אך ורק כשיקול לחומרא בתוך מתחם העונש ההולם. הם לא יביאו הצדקה לסטייה מהמתחם. סטייה ממתחם העונש ההולם אפשרית אך ורק בשני נימוקים: 1. שיקום- לקולא. 2. הגנת הציבור- לחומרא. המחוקק הכניס תנאים לעשיית סטייה, ע"פ החוק, גם כאשר שיקולי שיקום רלוונטיים לאור סיכוי של ממש שהנאשם ישתקם ניתן עדיין ביטוי לחומרת המעשה ונקבע בס' 40ד(ב) שאם המעשה או מידת האשמה.

## שיעור 6

21.3.18

היסוד העובדתי

1. כדי להרשיע בעבירה פלילית, כל עבירה פלילית, צריך להוכיח שני יסודות מקבלים ומצטברים:
  - a. יסוד עובדתי (actus reus) ס' 18 - יסוד חיצוני אובייקטיבי ע"פ סעיף העבירה. מה היסודות הפיזיים שיש להוכיח, ומהן העובדות שצריך להוכיח.
  - b. היסוד הנפשי (men's rea) ס' 19-21 - מה היה הלך הרוח שליווה את מעשה העבירה. מה עבר בראשו בזמן עבירה - היסוד הפנימי.
2. מדוע יש צורך בשני היסודות; למה יסוד עובדתי: (אין עבירה ללא מעשה ( nullum Crimen sine Actus )
  - a. לא ניתן להחיל אחריות פלילית על מחשבה ויסוד נפשי בלבד. מדוע? אין במחשבות סכנה לציבור שמצדיקה איסור. קיים פער גדול בין המחשבות למעשים.
  - b. במשטר דמוקרטי להעניש על מחשבות זה לא סביר ולא הגיוני. גם אדם ישר ערך ונקי כפיים יכול לחשוב מחשבות זדוניות. לא רוצים משטרת מחשבות על משקל הספר 1984 - שם יש משטר על מחשבות.
  - c. ענישה על שלב המחשבות עלולה לגרום לעבריינים לממש את המחשבות הזדוניות שלהן, כי אם נאשם ידע שיענישו אותו כבר על שלב המחשבה, לא יהיה מה שירתיע לעבור לשלב המעשים המעשיים.
  - d. פרקטי - איך אפשר להוכיח קיום של מחשבה? לא בלתי אפשרי אבל מאוד בעייתי.
3. למה מחפשים יסוד נפשי:
  - a. עיקרון האשם - יש הרבה משקל למידת האשמה. לא מספיק שנעשה מעשה פיזי, אלא צריך להוכיח שלמעשה הפיזי התלווה יחס פסול כלפי הערך המוגן. דוג': אם אדם הולך לחנות וקונה אבקת סוכר, ולא יודע שזו לא אבקת סוכר אלא סם אסור, זה לא נכון להעמיד אותה לדין בגין החזקת סם מסוכן - משום שהיא לא ידעה, היא לא אשמה. יסוד נפשי זה היחס הנפשי המגונה של הנאשם כלפי הערך המוגן. היחס הנפשי שלו כלפי היסוד העובדתי.
  - b. ס' 19 קובע כלל שאומר שאדם מבצע עבירה כאשר מתקיים בו יסוד של מחשבה פלילית (ס' 20) - מחשבה סובייקטיבית שעברה בראש של האדם עצמו למעט שני סוגים של עבירות שהן חריגות (עבירות של אחריות קפידה), תלוי מה כתוב בס' העבירה. אם לא כתוב כלום - ההנחה היא שנקודת המוצא היא עבירה פלילית. לרוב לא כתוב, רשלנות יכולה להיות חלופה רלוונטית למשל או אחריות קפידה - מה שהיה בעבר אחריות מוחלטת.
  - c. היסוד הנפשי כמשפיע על חומרת העונש, המטען המוסרי ובהרשעה:
    - i. רצח בכוונת תחילה - מאסר עולם (ס' 300) - המיוחד בעבירת הרצח הוא יסוד נפשי של כוונת תחילה, ולא רק כוונה (ס' 301)
    - ii. הריגה - עד 20 שנות מאסר (ס' 298)
    - iii. גרימת מוות ברשלנות - עד 3 שנות מאסר (ס' 304)
4. הגישה התועלתנית נותנת משקל גבוה ליסוד העובדתי, והגישה הגמולית שמה את הדגש על היסוד הנפשי. אי אפשר לנתק את שני היסודות.

היסוד העובדתי

1. מבנה היסוד העובדתי(ס' 18): בתוך היסוד העובדתי יש חלוקה לשלושה רכיבים:

- a. מעשה
- b. נסיבה
- c. תוצאה

השלב הראשון בניתוח עבירה וקייס, זה לדעת לנתח כל עבירה ליסוד עובדתי ויסוד נפשי, ולדעת לזהות מה מתוך הגדרת העבירה זה מעשה, נסיבה ותוצאה. קצת דומה למה שעושים בתחביר (נושא, נושא וכו'). משמעות גדולה לרכיבים השונים של היסוד העובדתי, שמשליכים על היסוד הנפשי.

שיעור 7

10.4.18

מעשה- מענישים רק על מעשה ולא על מחשבה. אין הגדרה בסעיף 18, אך מעשה הוא כולל מחדל (מעשה יכול להיות מעשה אקטיבי או מחדל פסיבי, ויש גם עבירות שמוגדרות כגרימת תוצאה- למשל גרימת מותו של אדם בכל דרך שהיא, כך דבר זה ממלא את היסוד העובדתי. מעשה לפי פלר- תמורה גופנית מוטורית לגרימת העבירה). תקיפה בסעיף 278- פעולות שנעשות ללא הסכמה. הפעלת הכוח מהווה את הרכיב ההתנהגותי. ישנם גם סעיפים כמו 274 שהם רשלנות- גרימה לתוצאה מסוימת. רוב העבירות מוגדרות כעשייה אקטיבית (כשגם אז סעיף 18 אומר שניתן להחשיב מחדל כעבירות) וישנן עבירות שניתן לעבור אותן רק כמחדל (אי מניעת פשע למשל- כמו במקרה מרגלית הר שפי ורצח יצחק רבין ע"י יגאל עמיר). מי שידע כי פלוני עומד לעשות מעשה פשע ולא נקט את האמצעים למניעתו- דינו מאסר שנתיים.

נסיבות- סעיף 18 א טוען שיש אלמנט של נסיבות, שעשוי להיות בהגדרה של עבירה קונקרטי (הנסיבות הרבה פעמים נותנות את הגוון הפלילי שלה, נסיבה היא תנאי להטלת אחריות שלא תלויה במבצע, ולרוב הנסיבות נלוות למעשה ומתארות את העושה). פלר מגדיר נסיבות כנתונים המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת ההתנהגות, המייבאים רכיב של היסוד העובדתי של אותה עבירה ללא תלות בהתנהגות. נסיבות הם נתונים אובייקטיביים שנמצאות בהגדרה העבירה (למשל אונס, סעיף 345. הבעול זוהי ההתנהגות, ההבדל בין המותר לאסור הוא הסכמתה החופשית של האישה). ישנן פעמים רבות גם עבירה בסיסית וסעיפים שמוסיפים נסיבות מחמירות (למשל סעיף 345 שמחמיר את ההתייחסות לאונס כמו בקטינה שטרם מלאו לה 16 שנים).

סעיף 288 א רבתי- הפרעה לעובד ציבור. 2 נסיבות שמנויות בסעיף (נתונים אובייקטיביים- הנסיבות המצטברות הן:

- 1. עובד ציבור
- 2. בעת מילוי תפקידו.
- כאשר שני תנאים אלה מתקיימים, ניתן להחיל אחריות פלילית, אך רק בעת קיום שני התנאים.

חטיפה ממשמורת- הוצאת קטין מתחת לגיל 16 ממקום מסויים ללא הסכמת הוריו או האפוטרופסים. כדי להרשיע, חייבים להתקיים התנאים (מתחת לגיל 16 וללא הסכמה ההורים או האפוטרופסים).

פסקי דין הדנים בפרשנות הנסיבות:

**פס"ד ברק כהן-** מה משמעות הביטוי עובד ציבור?

**פס"ד פקוביץ'-** נכנס לשים ראש של חזיר על אחד מהקברים בבית קברות מוסלמי בחושבו שהקבר הוא של עז א-דין אל קסאם. עבירה על סעיף 172. ביהמ"ש המחוזי הרשיע אותו בנוהג במת שלא בכבוד, וגם בחלופה של נכנס שלא ברשות למקום קבורה. הטענה הייתה שהוא נכנס ברשות, ולכן הנסיבות לא מתקיימות (בית הקברות המוסלמי פתוח לכולם והכניסה הייתה ברשות). העליון דן במשמעות הביטוי "שלא ברשות"- ביהמ"ש תר אחר ההקשר ואומר שמההקשר עולה שחייבים לפרש את המילים "שלא ברשות" בזיקה לערך המוגן בעבירה, שהוא רגשות דתיים, ופגיעה בהם (משמעות המילים

"שלא ברשות" היא כניסה פרובוקטיבית, לא כניסה תמימה. כניסה באופן שפוגע ברגשות דתיים). נסיבה זו לא נכנסת ליסוד הנפשי, אלא היא יסוד עובדתי מובהק.

**פס"ד אלכה-** הרב עידו אלבה כותב מאמר שכותרתו "בירור הלכות הריגת גוי", שהוא לכאורה מאמר הלכתי, ומאשם בפרסום הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב רבתי (זהו אינו סעיף, סעיף 4 לפקודה למניעת טרור ועל עבירות נוספות של ניסיון לייצר נשק והדחה בעדות. הדיון הוא במשמעות ה"דבר", מה מוגדר כפרסום? דבר היא נסיבה שמתארת את המעשה, והמחלוקת היא מה מייצג הדבר. המדינה אומרת שפרסום יכול להיות גם פרסום שתוכנו תמים, שנכלל בסעיף כי מוקד סעיף זה היא המטרה להוכיח הסתה לגזענות. הסנגור מצד שני טוען, כי ה"דבר" חייב להיות טקסט שמכיל תוכן בצורה ברורה ומנמק זאת בשני נימוקים:

1. אנחנו מתקרבים מאוד להענשה על מחשבות והדבר פוגע בבסיס דיני העונשין.
  2. יש כאן פגיעה גורפת בחופש הביטוי ולכן יש לפרש את הנסיבה "דבר" בצמצום.
- השופט **מצא** מסכים עם המדינה וטוען שמרכז הכובד של העבירה היא המטרה הפסולה, וטוען שבגלל שיש יסוד נפשי מיוחד הוא מוכן להסתפק בפחות מצד היסוד העובדתי. השופט מצא מחזק את עמדתו בכך שבהצעת החוק היו שתי חלופות:

1. המפרסם דבר הסתה לגזענות
2. המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות

מבחינה פרקטית, הוא טוען שלא נכון להטיל על הגוף החוקר להיכנס לתוכן הפרסום, ולכן לפי מצא הנסיבה "דבר" מתקיימת בכל דבר פרסום מבחינה עובדתית (הוא קיבל את עמדת המדינה).

**ברק** נותן שני שיקולים להחלטתו:

1. הפללת אמירה תמימה רק בגלל המחשבה הפסולה לא מסתדר עם חוק כבו"ה, צריך להעדיף את האופציה הפרשנית שעולה בקנה אחד עם זכויות יסוד. (מתקרב להענשה על מחשבות).
2. בפרסום חייב להיות מבחן הסתברותי שהתוכן עשוי להסית לגזענות. ברק לא נכנס לכך מבחינתו שהתוכן חד משמעי מסית.

השופט **גולדברג** אמר שלדעתו הסעיף לא כולל פרסום תמים, ושחייבת להיות הוצאה לפועל של כוונת ההסתה. בשונה מברק הוא אומר שאין צורך לעמוד בשום מבחן הסתברותי, וכל עוד הכוונה להסתה יצאה אל הפועל- היא מספיקה. **לסיכום**, מצא כולל הכל כולל פרסום תמים. ברק אומר שהדבר אינו כולל פרסום תמים ושיש לעבור את מבחן הסבירות, וגולדברג מסכים עם ברק אך אינו תומך במבחן ההסתברותי שלו. הפירוש של הנסיבה "דבר" מתוך הפרשנות התכליתית משתנה בין שופט לשופט (פרשנות בפלילים).

תוצאה- לפי פרופ' פלר, תוקן תיקון 39 לחוק העונשין, והוא מגדר תוצאה כך: "פגיעה בשלמותו, בתקינותו או באיכותו של האובייקט הפיזי נשוא העבירה. במקרים בהם אין פגיעה פיזית, העבירה היא עבירת התנהגותית (ישנן עבירות שיש בהן תוצאה- עבירות תוצאתיות, ויש עבירות שאין בהן תוצאה והן עבירות התנהגותיות). לפי פלר תוצאה הוא שינוי פיזי שניתן לקלוט אותו בחושים. שינוי במציאות הפיזית כתוצאה מהתנהגות. פרופ' קרמניצר מגדיר תוצאה דרך מימד הזמן- כל מה שהוא התרחשות עתידית- הוא תוצאה. בכל ההקשר של יסוד נפשי יש הבדל בין ניתוח יסוד נפשי של עבירות התנהגות לבין ניתוח יסוד נפשי של עבירות תוצאתיות.

ישנן עבירות שכוללות תוצאה- כוללות רכיב שתוכנו הוא מצב כלשהו שקרה בעקבות ההתנהגות, ויש עבירות שלא.

דוגמאות לעבירות תוצאתיות והתנהגותיות:

- סע' 379 (תקיפה) זאת עבירת התנהגות; "התוקף את חברו". דין תקיפה סתם. כדי להוכיח עבירה זו, יש להוכיח שהתקיפה היא כלפי אדם אחר.
- סע' 380 זאת עבירה תוצאתית; "וגורם לו בכך חבלה של ממש".
- סע' 428, הרישא של הסע' הוא התנהגותי כי לא צריך להוכיח שהסחיטה הצליחה (מספיק שהייתה סחיטה). הסיפא של הסע' הוא כבר תוצאתי, "נעשה המעשה בעקבות האיום".

גישות גמוליות פחות יצליחו להצדיק עבירות תוצאתיות, אלא אם כן יראו קורלציה בין חומרת הנחישות לבין התוצאה. ישנו סוג נוסף של עבירות, והן **עבירה בכוח** (ומסוגות כעבירות התנהגות). עבירות אלה כוללות מימד של סיכון ברכיבים העובדתיים שלהם. עבירות אלה נוצרות כשמדובר בערכים חברתיים חשובים כמו חיי אדם, שרוצים לחזק את ההגנה על ערכים מסוג זה ולכן יוצרים עבירות מסוג עבירות סיכון. למשל סעיף 340 לא מחייב שיקרה אסון או שתהיה תוצאה, אך הוא מחייב סיכון, עצם יצירת הסיכון לא מחייבת להראות שהוא התממש כמו למשל בפס"ד באש- ילדים נחנקו בתוך מקרר. לעתים דווקא הסעיפים של העמדה בסכנה מסתפקים ברשלנות במקרים של יסוד נפשי, כי רוצים להרחיב את ההגנה סביב חיי הילד (ערך חשוב).

## שיעור 8

### 11.4.18

**סעיף 192-** בדר"כ כאשר יש מילה שלא מובנת, הדבר ירמז שמדובר על יסוד נפשי. למשל כמו סעיף זה שעוסק בעבירות התנהגות.

**סעיף 415-** קבלת דבר במרמה.

כשרוצים להוכיח קשר סיבתי הדבר שווה ערך ללומר "כשרוצים להוכיח שהייתה תוצאה".  
אונס, מרמה והפרת אמונים- הן עבירות התנהגות לרוב. השאר הן גם עבירות תוצאה וישנן עבירות שנופלות בשתי הקטגוריות, השאלה היא בניית הסעיף.

ביקורת נגד חלוקה לעבירות התנהגות ותוצאה:

- ישנה התנגדות להתניית חומרת העבירה בשאלה האם הייתה תוצאה או לא.
- במציאות אין דבר כזה התנהגות שאין לה תוצאה. לכל התנהגות קודמת סיבתיות שמביאה להצלחה של אותה התנהגות, ותמיד קיימת תוצאה (יש תוצאה שמבחינים בה יותר או פחות, אך תמיד היא קיימת, לפי דברי רון שפירא).
- מרמה היא לא נסיבה מכיוון שנסיבה לא קשורה להתנהגות של העושה, כאשר במרמה העושה הוא מרמה.

#### מחדל בפלילים

מחדל בפלילים- כאשר מטילים אחריות פלילית על מי שנמנע מלעשות מעשה. הטלת אחריות פלילית על הימנעות מעשיית מעשה שהייתה חובה לעשות. התנהגות פסיבית- מציל שלמשל נמנע מלהציל מישהו טובע.  
יש יותר קושי בהענשה על אי עשיה מאשר על עשיה. הדבר בעייתו כי שלמשל אומרים לא להתנהג באופן מזיק, ברור מה מצפים ממנו. מצד שני, כאשר מבקשים מאדם להשקיע, לעזור ולעשות מאמצים- מבקשים לתת משאבים ולהפעיל שיקול דעת בנוגע למה לעשות. עבירה כמו אי מניעת פשע היא דוגמה- סעיף 262, קובע שכל אדם באשר הוא שידע שפלוגי זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט את האמצעים הסבירים כדי למנוע, דינו מאסר שנתיים. אילו היינו מטילים על כל אזרח חובת עשייה כללית (מטילים אחריות פלילית לכל המקרים שבו לא מנע תוצאת מזיקות), היינו הופכים את חיי האזרחים לבלתי סבילים. השיקול הדוחה ולא מאפשר הטלת חובת עשייה כללית הוא שיקול החירות, כי הזכות לחירות וחופש הפעולה היו נפגעים. אי אפשר להטיל חובת עשייה פלילית, לכן מטילים חובה זו רק במקרים שיש חובת עשייה, שבהם החברה מחייבת לפעול, ולכן מצמצמים את חובת העשייה. טוענים כי החמרה בחובת העשייה היא הבעה יותר גבוהה של סולידריות חברתית.  
בשונה ממעשה אקטיבי, נטיל אחריות פלילית רק באותם מקומות שהחברה מצפה שיפעלו למניעת נזק, רק כאשר מוטלת חובת עשייה. למשל נטיל עונש על מי שלא מחזיק כלב רוטוילר ברצועה. חייבם להגדיר חובות פעולה שבהן שיקול החירות נסוג מפני שיקולים אחרים.

- ההבדל הוא שבהתנהגות מחדלית חייבים למצוא חובת עשייה, לעומת מעשה אקטיבי- שבו לא חייבים למצוא חובת עשייה, ובעבירה כמו גרימת מוות ניתן לגרום זאת במעשה אקטיבי (שתיית רעל) או במעשה פסיבי (לא לספק אוכל).
- הבדל נוסף בין מחדל לעשייה אקטיבית- כשאומרים לא לעשות משהו אקטיבי, מתירים בעצם לעשות הכל חוץ מהתנהגות אחת. לעומת זאת, במחדל- אומרים שאי אפשר לעשות כלום חוץ מחובת ההצלה. פלטשר טוען כי השוואה זו היא פיקציה והיא לא אמיתית, כי במציאות לא ניתן לעשן למשל במקומות מסוימים והוא טוען כי גם בעבירות אקטיביות וגם במחדל- החירות נשללת באותה מידה.

שאלה מוסרית בסיסית- האם יש באמת הבדל מוסרי בין מעשה פסיבי לאקטיבי? (שאלה שעולה רבות בנושא המתות חסד (אי חיבור למכונת הנשמה- פסיבי, או ניתוק ממכונת הנשמה- אקטיבי). חוק החולה הנוטה למות- מאפשר לא לחבר למכונת הנשמה, אך לא מאפשר להפסיק חיים.  
לפעמים במחדל יש פחות נחישות לפגוע בערך המוגן, וגם פחות מחויבות וזיקה לתוצאה.

**פס"ד גרינוולד-** הציל יהודים וגם שיתף פעולה עם המשטר הנאצי. נקבע כי הוא זכאי.

## 3 סוגים לעבירות שניתן לעבור במחדל:

1. עבירות המנוסחות כמחדל- בניסוחן כתוב מה החובה לפעול ומה העונש על מי שנמנע. עבירות שמנוסחות על דרך מחדל. ישנן מעט עבירות מסוג זה.
2. עבירות גרימה- עבירות שבהן אין הגדרה קונקרטית של ההתנהגות. העבירה מוגדרת כהגורם לעבירה מסויימת, ואם קיימת חובת עשייה מחוץ לאותו סעיף- ניתן לבצע עבירות אלה גם במחדל (רוב הסוגיות על הענשה במחדל מתרכזות לעבירות אלה, כמו למשל מישהו שלא נתן תרופה למישהו). אפשר להטיל אחריות פלילית על עבירות אלה אך עבירות אלה אינן כוללות חובה, לכן צריך למצוא חובה חיצונית. בעבירות אלה (כמו גרימת מוות) יכול להיות שיהיו כמה עבירות שההבדל ביניהן יהיה ברמת היסוד הנפשי.
3. עבירות שבהן המעשה מנוסח כמעשה אקטיבי- גם לגביהן סעיף 18ב קובע שאם לא נאמר אחרת בתנאי שיש חובת עשייה ניתן לבצע אותן גם במחדל. למשל, **פס"ד מזרחי-** לא חוזר מחופשה ונכנס להגדרה של מחדל (הוא לא ברח אקטיבית אך נמנע מלחזור- פסיבית), ולכן ביהמ"ש הרשיע אותו בעבירת מחדל למרות שהתנהגותו היא פסיבית. הטילו אחריות פלילית על מעשה פסיבי.  
בתוך סוג זה יש עבירות שניתן לבצע במחדל וכאלה שלא. למשל, עשית טקס המרת דת לקטין.  
קושי של סיווג- קשה להבחין מתי התנהגות של מישהו היא אקטיבית. מתן פלסבו לחולה למשל. **פס"ד ימיני-** תאונת פגע וברח, מיטל אהרונסון נהרגה ע"י נהגים שיכורים שעברו באדום, וההתלבטות הרלוונטית היא על זה שישב ליד הנהג ולא עצר את הנהג או הגיש עזרה. הקושי והניסיון להגדיר מתי יש מחדל ומתי לא. הדיון נסוב על הפקרה ואי הגשת עזרה לפצוע בתאונת דרכים.  
**חוק החולה הנוטה למות-** איך להתייחס לאותנזיה פסיבית, איך להתייחס לניתוק ממכשירי הנשמה שהיא המתה פסיבית? החוק לא מאפשר המתה אקטיבית או ניתוק ממכונות הנשמה. לפי החוק הפלילי, אפשר לגרום למותו של אדם גם בדרך מחדל  
**סעיף 18ג -** חובות מכוח דין ומכוח חוזה. היקף החובה מעלה שאלות קשות מכיוון שהוא לא ברור מראש. פוגעים בעקרון החוקיות פגיעה רצינית, על סמך חובה ערטילאית וככל שנרחיב את האפשרות של הפסיקה לייצר חובות, כך נפגע בעקרון החוקיות ונפרוט אחד לאחד את המקורות של חובות העשייה.  
(השלמה מהסיכום של טליה):
1. **חובות עשייה מתוך החוק הפלילי:** חובות שהן חלק מהגדרה של עבירה- מחדליות שכוללות הגדרות של חובה וגם את העונש של מי שמפר את החובה כמו למשל **סעיפים 323-326:** חובות של הורה ואפטורפוס כלפי אלה שהוא אחראי עליהם.
2. **חובות עשייה מתחומי משפט אחרים:** האם ניתן להשליך דינים מדיני הנזיקין לתוך הפלילים? לכאורה לפי 18ג ניתן להטיל חובת עשייה לפי כל דין, לא רק דין פלילי. **פס"ד לורנס-** מדובר על חבורת נערים ששיחקה רולטה רוסית ואחד מהם נהרג. נידונה שם השאלה של הטלת אחריות פלילית על מי שאירגן את המשחק, שכן המת הרג את עצמו בעצם. השופט דב לוין קבע שיש חובה להסיר סיכון, ולורנס הוא זה שהביא את הסיכון (רולטה רוסית). אם קיימת חובה מוסרית בנזיקין ניתן לייבא אותה לתוך הפלילים ולהרשיע לפיה. פס"ד שכטר- ילד שנשאב למשאבה של בריכה.
- השופט לוין בפס"ד מייבא חובה נזיקית של הסרת סיכון ע"י מי שיצר את הסיכון לדין הפלילי. לעשות דבר כזה זה לא פשוט בכלל ולא ברור שניתן לעשותו. פרופסור קוגלר מציע שיהיה ניתן לקחת חובות נזיקיות לדין הפלילי אך לא במקרה הראשון, אלא במקרים הבאים שיקרו לאחר שביהמ"ש הזהיר.
3. **חובות שמקורן בחוזה-** לדוגמה מציל שלפי חוזה העבודה שלו מחויב להציל אנשים טובעים יכול להיות מואשם בפלילים אם לא עשה כן. לא ברור מהסעיף עד כמה זה מרחיק לכת, האם מדובר רק בחובות הכתובות במפורש בחוזה או גם מחובות שאפשר להסיק מהחוזה.

## שיעור 9

17.4.18

חובות לפעול - המשפט הפלילי לא מטיל על אף אחד חובה לפעול באופן גורף, אלא רק במקרים שבהם יש חובה ספציפית לפעול.

מהיכן ניתן לקחת מקורות חובה לפעול? מספר סוגי חובות:

1. חובות עשייה בחוק העונשין עצמו (מתוך חוק פלילי) - חובות מצומצמות ומוגדרות באיזור סעיפים 223 (חובות על הורה/אחראי לקטין/דבר מסוכן). חובות אלה הן חובות בפני עצמן שניתן להשתמש בהן לכל עבירה אחרת.
2. חובות עשייה מחקיקה לבר פלילית - למשל חקיקה אזרחית.
  - חובות מדיני הנזיקין בעיקר - "לפי כל דין" = דין כולל פסיקה - סעיף 18ד. פס"ד לורנס - השופט אומר שאפשר ללמוד על חובה של "יוצר סיכון" להסיר את הסיכון, ואפשר לעשות זאת מכוח דיני הנזיקין שבהם יש חובה מוכרת שמי שיצר סיכון - מוטלת עליו חובה להסיר את הסיכון. מכיוון שמחדל הוא דבר מרחיק לכת - אין לייבא חובות באופן אוטומטי. פרופ. יצחק קוגלר מציע לקחת חובות מדיני הנזיקין למקרים הבאים, ולא למקרה הראשון, אחרי שתהיה הכרה בחובה (חובת הזהירות בניזיקין גזורה מעוולת הרשלנות). כדי ללמוד שיש זיקה מיוחדת בין מי שלא מנע את הנזק לבין מי שנפגע או החפץ שפגע (זהירות מושגית), דיני הנזיקין רלוונטיים כיוון שהם מייצרים חובות. חובה מוסרית בדיני נזיקין - עוולת הרשלנות.
  - ניתן גם להטיל חובה מכוח חוזה - חובות חוזיות שמחייבות לקיים את החוזה.
  - האם ניתן לקחת עבירה מחדלית קטנה ובהתקיים שניתן נזק, השתמש בה כמקור חובה לעבירה חמורה יותר? האם אפשר להטיל אחריות על מרגלית על שפי באחריות למעשה ההמתה של יצחק רבין? להלביש עבירה על עבירה חמורה יותר. חשין לא מקבל את אפשרות זו "לא תעמוד על דם רעך" בטענה שהעונש לכך הוא קנס. אם מישהו לא עזר לפצוע למשל שדימם למוות ונפטר, האם ניתן להטיל עליו אחריות בגין מותו של אותו פצוע? בפס"ד ויצמן, חשין לא מקבל את האופציה של שימוש בסעיף קל להגעה לעבירה חמורה יותר. דב לוין בפס"ד לורנס - רשימת החובות בניזיקין אינה רשימה סגורה, הכל הוא יציר פסיקה. ניתן לייצר חובות. זוהי דעתו לגבי ההתייחסות שממצה את ההתנהגות - ההתייחסות היא רק להתנהגות עצמה ולא ליותר מכך, אי אפשר להשליך דברים חמורים יותר. חשין אומר שאין ליצור חובה מכוח עבירה מחדלית קלה, ונימוקו הוא שהמחוקק התכוון למצות את הדין במסגרת סעיף העבירה שהוא יצר ולא התכוון שיעשו בו שימוש מעבר לכך לעבירות חמורות יותר. **פס"ד ימיני** - ההמתה של מיטל אהרונסון, השופט עמית משאיר את הסוגיה בצריך עיון. סעיף 361 - השארת ילד ללא השגחה או במטרה לנוטשו. (שטרם מלאו לו 6 שנים). סעיף זה אוסר על השארת ילד לבד, השאלה היא אם ניתן להשתמש בסעיף זה ולומר שבמקרה שקרה משהו בעקבות שלא מולאה החובה ההורית להשגיח על הילד והושאר לכמה דקות וקרה משהו, ניתן להשתמש בסעיף זה כדי להטיל אחריות. אין פלא שאין על סעיף זה דיון או הכרעה, כי במקומות הברורים של אחריות הורה-ילד ויוצר סיכון, לא הולכים לפתרון המסובך של הלבשת סעיף על עבירה חמורה, ונלך ישירות למקורות החובה הקלים שיש בסעיף 323. לסיכום, בפס"ד ויצמן - פגעו בשוטר והמשיכו לנסוע תוך העלמת ראיות והפקרה, חשין טוען שדין כולל גם חובות מהפסיקה אבל גם כשיש חובה מפורשת בחוק אין לייבא חובות באופן אוטומטי, אלא לבחון (כל מקרה לגופו) את עוצמת החובה (כמה הזיקה חזקה), מידת הקונקרטיזציה שלה (האם מניעת פשע נופלת כאן), וכן עפ"י תכלית החוק האם ראוי להופכו למקור לחובת עשה.
  - חובתו של יוצר סיכון להסיר את הסיכון - חובה שמקורה בזיקה של יוצר סיכון להסרתו. התייחסות מפורשת בפס"ד פרידמן - מקור לחובה של יוצר סיכון להסיר את הסיכון. הציע עזרה, אך בסוף לא הגיש אותה. הוא טען להגנה עצמית, אך טיעון זה לא התקבל בסוף. ניתן להטיל עליו אחריות בגין המחדל בהמשך - שלא נשאר שם כדי לטפל בה. ביהמ"ש מדבר על שני שלבים:
    1. הגנה עצמית - בדקו אם הייתה הגנה עצמית, ולא קיבלו. 2. גם אם הייתה הגנה עצמית - יצירת סיכון לא חייבת לשאת איתה אשמה, אך ישנה אחריות להסיר את הסיכון.



יוצר סיכון עדיין צריך להסיר את הסיכון. **פס"ד לורנס** - הוא גרם למותו של עצמו אך עדיין הוא יצר את הסיכון ולא עצר את התוצאות.

סיכום במחדל - כדי לבסס אחריות פלילית במחדל, יש להצביע על חובת פעולה. חובה+העבירה הספציפית. מקורות החובה יכולים להיות או חובות חוקיות מהחוק הפלילי והלבר פלילי - לא כל חובה יכולה לשמש, מגיע מ:

1. חובות פליליות חוקיות
2. מכוח חוזה
3. חוץ פלילי
4. מיצירת סיכון

יש שיקול דעת רב שמופעל.

עד כאן רכיבי היסוד העובדתי.

### עקרון המזיגה (הסימולטניות) -

כדי להטיל אחריות פלילית, צריך להוכיח את קיומם של כל הרכיבים העובדתיים והנפשיים במקביל (למעט התוצאתי). צריך קשר וסמיכות זמן של הרכיב העובדתי והנפשי וגם של פרטי הרכיבים העובדתיים בינם לבין עצמם (למשל שחוסר ההסכמה של נאנסת היה בזמן הבעילה ושלא התחרטה אח"כ במקרה של אונס).

דוגמה - אדם מתכנן ומתכוון להמית אדם אחר. יש לו תכנית פעולה. מתחיל לנסוע לכיוון ביתו של פלוני, כשהוא שקוע במחשבות בדרך ודורס הולך רגל במעבר חציה. התמזל מזלו והולך הרגל הוא מי שרצה להרוג. במקרה כזה לא ניתן להרשיע מכיוון שזהו צירוף מקרים ובמשפט פלילי לא מענישים על צירוף מקרים. עקרון הסימולטניות - צריך שיהיה קשר זמנים ושהדברים יהיו נובעים אחד מהשני וקשורים אחד לשני. לעתים סוטים מעקרון זה. מספר פס"דים:

1. **פס"ד ורטור** - ההתנהגות קדמה למחשבה הפלילית והסתיומה לפני שנוצרה מחשבה פלילית. ורטור השיג פילים לפיתוח תמונות, ואחת הסגוריות בביהמ"ש שהיה בו רצתה לצלם תמונות בתיק שמתנהל, והוא הביא לה פילים, כך שלמערכת העיתון הגיעו פילים של הצילום מביהמ"ש. מאוחר יותר, הוא החליט לעשות בהם שימוש ולפרסמם. הוא הועמד לדין בעבירה של קבלת דבר בתחבולה. הוא זוכה, בטענה שכשקיבל לידיו את הפילים הוא לא היה בעל מחשבה פלילית או כוונה או מוטיבציה לעשות בהם שימוש. רק לאחר מכן הרעיון עלה לו, רק אחרי שהדבר היה בידו.
2. **פס"ד ג'ממה** - אישה שנחנקה ע"י בן זוגה והושלכה לבאר. מסתבר שהיא נפטרה כתוצאה מטביעה בבאר ולא כתוצאה מהחנק. הוא טען שאין מקום להרשיע אותו, מכיוון שכשהייתה לו את המחשבה הפלילית להמית אותה, הדבר לא היה כשהוא חנק אותה, וכשהוא זרק אותה לבאר הוא חשב שהוא זורק גופה שלא הוא הרג. ביהמ"ש התייחס לכך כרצף פעולות שהתכוונו להמית את האישה שלוו במחשבה פלילית, ולא חשוב איזו מהפעולות הביאה למוות (דחיה של עקרון הסימולטניות).
3. **פס"ד חורי** - השאלה הייתה האם צריכה להיות חפיפה בין ההתנהגות לבין נסיבות ההתנהגות? בד"כ אין שאלה כזו. בפס"ד זה, היה מקרה חריג שבו הייתה תאונה שאדם פגע ברכב של אישה, האישה הייתה הרה ובעקבות התאונה ילדה כאשר הילד מת, הונשם וכעבור 14 שעות הוא מת. השאלה היא האם מתקיימת הנסיבה של "אדם"? האם זהו תינוק או עובר? מה חל עליו? איזו הגדרה? רצו להרשיע בסעיף 304 - גרימת מותו של אדם. ההגנה טענה שבשעת ההתנהגות לא היו כל יסודות העבירה, לא היה "אדם" - ויש לזכות. ביהמ"ש הרשיע בגרימת מותו של אדם, והכריע כי לא נדרשת חפיפה של בו זמניות קבועה בין הנסיבות להתנהגות, למרות שכרוב הזמן אין דרישה כזו. לקחו בחשבון שורת קריטריונים כמו הערך החברתי המוגן. ככל שהערך החברתי המוגן גבוה יותר בסולם הערכים, כך לצורך פרשנות תכליתית ננקוט בפרשנות מרחיבה גם כשאין חפיפה בין ההתנהגות לנסיבה.

### מספר תנאים

כשירות אלמנטרית - השאלה היא האם הייתה יכולת לבחור. הדבר רלוונטי גם להתנהגות אקטיבית וגם להתנהגות מחדלית. למשל מישהו כבד שדחף אדם אחר או מציל שקשרו אותו לעץ והוא לא יכול להציל מישהו שטובע (כוח פיזי שלא מאפשר לעשות דבר, כפייה פיזית). חוסר שליטה על ההתנהגות הפיזית - היפנוזה, עוויתות, וכו'. הדבר אינו דומה לפעולה פלילית בנסיבות של כורח. החברה היא שתנסח מה הם התנאים המדויקים כדי להנות מהגנת הכורח. היעדר שליטה. דרישת שליטה כדרישה מקדמית להטלת אחריות פלילית יכולה להעלות שאלה - מה קורה בסיטואציות שבהן בזמן ביצוע העבירה לא הייתה שליטה - שלא ניפגע מאנשים שפוגעים בחברה בסיטואציות של היעדר שליטה (פס"ד אנגלי - מילר - הומלס נכנס לבית ונרדם כשבפיו סיגריה שהציתה את הבית והוא הלך).

דוקטרינה- התנהגות חופשית במקור: action livra in causa - דוקטרינה שאומרת שנטיל אחריות פלילית על התנהגויות שנעשו בהיעדר שליטה בשליטה. למשל אדם שמרגיש שהוא עומד להירדם במהלך נסיעה, נרדם וגורם לתאונה- הדוקטרינה הנ"ל תאפשר להטיל אחריות פלילית לעבירות שבוצעו בזמן שהאדם ישן. התנהגות חופשית במקור (קשור ליסוד נפשי)- כדי להכריע באיזו עבירה נרשיע, כדי לייחס שליטה ביסוד נפשי, בודקים באיזה יסוד נפשי נכנסנו למצב- מסתכלים בנקודת הזמן המוקדמת מתי נכנסנו לשליטה (האם בזמן שהאדם היה על ההגה הוא ידע שישנה אפשרות שהוא יירדם ויסכן חיי אדם). האדם העדיף את הנוחיות על פני האינטרס המוגן של שמירת שלום המשתמשים בדרך. זוהי הדוקטרינה הנהוגה עד סעיף 34 י"ד, מרגע שתוקן- לא משתמשים בדוקטרינה זו.

סעיף 34 י"ד- לא תיהנה מהסייג של היעדר השליטה אם נכנסנו למצב הבלתי נשלט בהתנהגות נשלטת ופסולה, והיית מודע לאפשרות שתתרחש עבירה או אדם מן היישוב (אדם סביר) ידע שיכולה להתרחש עבירה, נקבע שהאדם לא יהנה מהסייג. סעיף קטן ב' מוסיף לעניין המחשבה הפלילית שאם מקודם נכנסנו לעשות עבירה במקום שאדם פשוט היה צופה שיכולה להתרחש עבירה פלילית, סעיף קטן ב' אף מייחס אחריות לעבירה של מחשבה פלילית. מרחיב את האחריות הפלילית על התנהגויות שנעשות בהיעדר שליטה שבהן אדם מן היישוב אמור לדעת שדברים כאלה אמורים לקרות. לסעיף 34 י"ד יש שני תנאים:

1. הנאשם או אדם מן היישוב היה מודע לכך שהיה מצב של עבירה תוך כדי היעדר שליטה
2. הכניסה למצב היא בהתנהגות נשלטת ופסולה. ההבדל בין כך להתנהגות נשלטת במקור הוא בשניים:
  - בהתנהגות חופשית במקור לא היה צריך להראות שההתנהגות פסולה (פסולה- לאו דווקא התנהגות לא חוקית, אלא התנהגות שנפסלת ע"י ביהמ"ש)
  - ההשלכות הן רחבות יותר (גם כשנכנסים למצב ללא מודעות אך אדם סביר היה אמור לדעת מה עלול לקרות, ההשלכה מרחיקת לכת יותר ויותר פוגעת בזכויות הנאשם ויותר מגנה על החברה).

## שיעור 9

24.4.18

בהיעדר שליטה אין אחריות או שליטה על התנועות הטבעיות. בכורח מתחשבים במצב ובמה אדם רגיל היה עושה (למשל אדם שהכריחו אותו לגנוב ואם לא יפנצ'רו לו את הגלגלים).  
**סעיף קטן ב'** - אם עומדים בתנאי סעיף קטן א' (התנהגות נשלטת ופסולה ומה שאדם אחר היה עושה) סעיף קטן ב' אומר שהוטלה אחריות בכל העבירות שדורשות מחשבה פלילית.  
**סעיף 34 ז'** הוא מתחת לכותרת סייגים לאחריות הפלילית והוא סייגים לאחריות המעשה, ומתאר מקרים שיש בהם סייג קלאסי הוא הגנה עצמית. ישנה משמעות להכנסה לפרק זה לעניין:

**"נטלי הוכחה"** - סעיף 34 ה' קובע שמלבד שאם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות הפלילית. משמע, סעיף זה אומר שהנחה בסיסית היא שרוב ההתנהגויות העברייניות מתרחשות בסיטואציות ללא סייגים. הכלל של נטלי הוכחה אומר שחזקה על משה שלא נעשה בתנאים של סייגים. סעיף 34 כ"ב משלים בכך שהתביעה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר (97-98%) שהתקיימו יסודות העבירה. על השופטים להשתכנע מכל לכל ספק סביר שיסודות העבירה התקיימו. אם השופט לא השתכנע עד הסוף, אין מה לעשות כי אלה הם כללי המשחק (התביעה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר). יש לקחת בחשבון שכאשר שומעים בתקשורת על זיכויים, הדבר לא אומר שלא הייתה התנהגות פוגעת, אך השופט לא השתכנע או שלא הצליחו להוכיח מעל לכל ספק סביר והדבר לא אומר שלא היו דברים מעולם. סעיף קטן ב' - עקביות בעניין חזקת החפות (כל עוד לא הוכח מעל לכל ספק סביר אשמתו של אדם, הרי הוא חף מפשע). אם התעורר ספק סביר שיש סייג רלוונטי.  
 מחלת נפש גורמת לאדם לאבד שליטה (היעדר שליטה) אך בגלל שהנושא של אי שפיות הוא מיוחד ושונה, ייחדו לו סעיף נפרד: סעיף 34 ח' הוא חסר אשמה ולכן לא נותנים לו טיפול משפטי, אלא טיפול רפואי (אין אלמנט של גמול או הרתעה בהרשעת אנשים בלתי שפויים) ומכאן נוצר הצורך להגדיר סייג של אי שפיות. אדם שפועל בהיותו בלתי שפוי, בלתי ראוי לעונש, והענישה פירושה הענשתו על עצם מחלתו.  
 סעיף 34 ח' - נכנס לתוקף מיד עם חקיקתו מפאת חשיבותו, ולפני תיקון 39 לא היה חוק שדיבר על מחלת נפש שגורמת להיעדר שליטה. הפסיקה יצרה הכרה ב"דחף לאו בר כיבוש" - יכול להיות מצב של סעיף קטן 2 כאשר אדם עובד בתכנון מסויים לעשות עבירה מסוימת ובהם הנאשמים נהגו בקור רוח ותכנון מוקדם, דבר שלא מוריד מהעובדה שלא הייתה להם שליטה (קולות פנימיים, סינדרום ירושלים וכו') ועדיין יתחשבו בהם מכיוון שהאדם לא יכול היה לעצור את עצמו ולכן הוא לא אשם. היעדר רציה שמקורה במחלת נפש (אגרנט הרחיב את היעדר שליטה שמקורו במחלה נפשית). כשנאשם היה חסר יכולת של ממש שמתפצל לשלושה דברים:

1. חסר יכולת של ממש להבין את מה שהוא עושה
2. חסר יכולת להבין את הפסול שבמעשהו
3. חסר יכולת בציר הרצון והשליטה

ביהמ"ש הוא הקובע אם האדם היה בעל מחלת נפש שהסירה את שליטתו בהסתמכות על חוות דעת פסיכיאטרית. ביהמ"ש יחליט זאת באופן מסורתי בהכרה באי שפיות כאשר מחלות נפש היו ברקע ולא סתם אדם עם בעיות נפשיות.  
**סעיף 300 א'א'** - ברמת אי שפיות פחותה מסעיף 34 ה', נוכל לבוא לקראת הרוצח במתן עונש מופחת. אין הפחתה באחריות, אלא רק בעונש, וביהמ"ש לא משתמש בכך פעמים רבות. חיי אדם הם ערך מקודש וביהמ"ש לא נוהג להקל בכך ראש. מידת הבחירה קשורה למידת האחריות, ולכן הטענה אומרת שהדבר לא בסדר שזה מופיע בתור עונש מופחת.  
 היעדר שליטה יכול לנבוע גם ממחלות נפש ולא רק מתנועות פיזיות, ולכן ייחדו לכך סעיף מיוחד, מכיוון שמחלות נפש פוגעות במישור הקוגניטיבי.

בשכרות יש חזקה חלוטה שמי שצורך חומר משכר הוא מכניס את עצמו במודע למצב של היעדר שליטה, כמו חומר אסור או חומר אלכוהולי. לא בודקים מה אדם סביר היה עושה, אלא יש כאן הנחה שאי אפשר להפריך - שצריכת חומר משכר תגרום להיעדר שליטה. הסעיף אומר שמספיק לדעת ששתינו חומר משכר לפני ביצוע עבירה כדי להרשיע. דבר זה מספיק כדי להתייחס לאדם ששתה כאילו ביצע את העבירות תחת פיכחון.  
 סעיף קטן ג' - מצב של שכרות הוא אי שליטה כמו מחלת נפש, וההבדל הוא שהמקור הוא בשתייה ולא במחלה.

## שיעור 10

## 25.4.18

יסוד עובדתי נוסף, הוא-

אחזקה: (אחזקה לא תהיה במבחן)

בין מעשה אקטיבי לפסיבי. בעיקר משמש כעבירה שכיחה אחזקת סמים והקשרים נוספים (רכב גנוב או שק) וההענשה היא על ההחזקה עצמה בחפץ. יש צורך להוכיח יסוד נפשי. אקט ההחזקה הוא לא מזיק, אין נזק לצדדים שלישיים באמצע האחזקה. ההגדרה בחוק לאחזקה: החזקה היא שליטתו של

שני סוגים של אחזקה:

1. אחזקה ישירה- אחזקה פיזית; אדם שמחזיק בעצמו סמים אסורים או נשק, למשל בתיקו.
2. אחזקה קונסטרוקטיבית- אחזקה קבוצתית; לא מחזיקים בעצמו, אך האדם הוא חלק מחבורה שמחזיקה את אותו רכוש גנוב או סמים אסורים ומכיוון שהדבר נעשה בידיעתו של האדם, הדבר נחשב כאילו הוא החזיק אותו.

**פס"ד הוכשטט-** ברק בדעת מיעוט מגדיר מה נחשב לאחזה עפ"י הפסיקה. בפס"ד זה בפועל (אופרטיבית) ברק היה בדעת מיעוט וזיכה בעוד הרוב הרשיע, ברק מציג את העמדה המקובלת מאוחר יותר. היה עו"ס ששלח כמעביד ללא ידיעתו של הוכשטט העובד שלו, והזמין חבילה שבתוכה מעבירים סמים והוכשטט לא ידע על כך ולא רצה להסתבך, כשהגיע משלוח על שמו שבתוכו מוסתרים סמים. הבוס הצליח להוציא אישור על שם הוכשטט (שטר מטען) כדי להוציא דברים מהמכס, ובשלב זה הוכשטט ידע למרות מורת רוחו על העניין, וכדי שלא יסתבך הבוס מציע להוכשטט לטוס לחול על חשבוננו בינתיים. הוכשטט יודע כל הזמן שהבוס שלו יכול ללכת למכס ובאמצעות ייפוי כוח או זיוף שלו הוא יכול לקבל את הסמים לידי וכן היה כאשר החבילה הבעייתית הוצאה. הוכשטט הועמד לדין על אחזקת חומר אסור, וברק טען כי אחזקה קיימת כאשר לאדם היכולת עפ"י מערך העניין הרגיל להגיע לעשייה פיזית בחפץ או שבידו היכולת לקבוע את גורלו הפיזי של החפץ (אלמנט השליטה- האם הוכשטט יכול לשלוט על מה שקורה עם החבילה?) ברק טען שניתן לייחס אחזקה רק כאשר יש שליטה (האם ניתן לקבל ולהשפיע על אותו רכוש?) בודקים גם אחזקה קונסטרוקטיבית (פעילות מתואמת של חבורה עבריינית, כאשר צריך שני אלמנטים:

- ידיעה
  - הסכמה- נועדו יחד למטרה משותפת)
- במקרה של הוכשטט הייתה ידיעה אך לא בטוח אם הייתה הסכמה (השופטת בן פורת טוענת כי הייתה הסכמה והוא יכול היה לדוות, בעוד ברק טוען שלא הייתה הסכמה).

אחזקה היא סוג של התנהגות.

קשר סיבתי-

הצורך בקש"ס מתעורר רק בעבירות תוצאה (יש להוכיח את הנסיבות, את התוצאה, ואת הקשר הסיבתי- צריך לראות שההתנהגות גרמה לתוצאה על מנת להטיל אחריות פלילית). שאלות של קש"ס יהיו רק בעבירות תוצאתיות. הקושי הוא כשלא ברור מה גרם למה או איך לייחס אחריות ולקשור בין ההתנהגות לתוצאה. למשל אב ששכח את ילדו באוטו וגרם למותו של הילד, עצם העובדה שהוא השאיר אותו כמה שעות ברכב מהוה הוכחה שהעדות גרמה למוות=היה קש"ס.

השאלה היסודית- מה הזיקה הנדרשת בין ההתנהגות לבין התוצאה כדי שנוכל להגיד שההתנהגות גרמה לתוצאה?

מחלקים לשני סוגים:

השלב הראשון הוא בחינת קש"ס עובדתי, פיזי. (גורמים מצטברים הם שכיחים, גורמים חלופיים, וגורמים היפותטיים. ישנם שני מבחנים: סיבה בלעדית, אין, ומבחן הדיות). בעבירות מחדל כשהעשייה היא על דרך מחדל, יותר קשה להוכיח קש"ס כי קשה להוכיח מה התרומה בכך שלא עזרנו לנפגע בתאונת דרכים.

במידה והשלב הראשון התקיים, השלב השני הוא בחינת קש"ס משפטי, אותו בוחנים באמצעות מבחן הצפיות.

1. קשר סיבתי עובדתי- בוחנים עובדתי. השאלה העובדתית הפשוטה היא האם יש קש"ס בין ההתנהגות לתוצאה. המבחן המרכזי לצורך ניתוח קשר עובדתי הוא סיבה בלעדית אין- מוחקים את ההתנהגות ובודקים האם גם בלי ההתנהגות הייתה נגרמת התוצאה. זהו מבחן בסיסי כדי לדעת אם בכלל להתחיל דיון. מבחן זה עשוי לזהות המון גורמים לתוצאה שיש להם קשר אליה אך לא בכולם יתקיים קש"ס משפטי (לא יטילו עונש על הורים שילדו ילד שכאשר התבגר ביצע רצח).

למשל, במקרה שאדם נדקר מספר פעמים, עובדתית כל אחת מהדקירות אחראיות לתוצאה של המוות (גורמים מצטברים- שתי התנהגויות שגרמו לתוצאה האחת). לעתים, כוח מצטבר גורם למותו של אדם. דוגמה נוספת של גורמים חלופיים- א דוקר את ב, ב גוסס ועומד למות, וג מגיע ונותן עוד דקירה וגורם למותו המייד של ב. כאן הגורמים לא מצטברים, אלא הם חלופיים, כי כל אחת מהפעולות הייתה גורמת לתוצאה זו, גם אם לא הייתה את הפעולה השנייה. ההתלבטות היא האם להטיל אחריות על כל אחד מהם או לא, ונוצר מבחן עובדתי נוסף- מבחן הדיות- האם די במעשה של הנאשם כדי לגרום לתוצאה? (למותו של ב'). אין להביא בחשבון גורמים היפותטיים. גורמים היפותטיים- שני אנשים רוצים להמית את אותו אדם אך אחד הקדים את השני, אחד שם פצצה שתפעל בתשע בעוד השני שם פצצה שתפעל בעשר. האדם מת מהפצצה של השעה תשע. פלר אומר שצריך לנטרל גורמים היפותטיים, יש לשים לב מי גרם למותו- לא ניתן לגרום למותה של גופה, ולא מתייחסים לגורמים היפותטיים.

2. קשר סיבתי משפטי- איך ולמי מייחסים אחריות? מי אחראי לתוצאה? מתקיים רק אחרי שיש קש"ס סיבתי כלשהו. בודקים זאת לפי מבחן הצפיות, שכולל שתי שאלות:

- האם היה ניתן לצפות באורח סביר את התוצאה?
- האם צריך היה לצפות באורח סביר את התוצאה?

ייחוס אחריות, צריך לקבוע האם מי שהתנהג בצורה הראשונית היה צריך לצפות שזה מה שיקרה, ומכריעים לפי שיקו"ד ביהמ"ש.

פס"ד פטרומיליו- הנאשם היה גונב תיקים, וכשגנב תיק של אישה זקנה, אחת השאלות המשפטיות היו האם עצם חטיפת התיק נחשב שוד? (אלימות או לא). בגניבת התיק לא היה מגע פיזי, אך האישה נבהלה וכתוצאה מהבהלה היא חטפה דום לב ומתה. האם יש קש"ס לגרימת המוות? הטענה היא שהוא לא אחראי למותה מכיוון שהתוצאה רחוקה ממה שאפשר היה לחשוב עליו בעת חטיפת התיק.

דוגמה נוספת היא ער"פ מלכה- עגלת אבטיחים איטית פגעה בילד ושברה את ידו, ובצירוף מקרים חריג הגבס הזדהם. הילד שנפגע בתאונת דרכים כאשר כל מה שקרה הוא שנשברה לילד היד, ומשהו באופן שבו נחבשה לו היה הסתבר כי הסתבר שהוא לא היה מחוסן נגד טטנוס, היה זיהום והילד מת. דבר זה גם לא היה במבחן הצפיות, וכאן נכנסים לעניין הגולגולת הדקה- לפעמים גולגולת דקה לא מנתקת קש"ס, אך גולגולת דקיקה (דבר חריג) כן מנתק את הקש"ס. מצבים שבהם יש רגישות מיוחדת ושרשרת האירועים חריגה כן מתנתקים, כי לא הייתה צפיות.

**פס"ד יעקובוב-** גם בפס"ד וגם בדיון נוסף. יעקובוב היה בעל מכה שאשתו סבלה מהתעללות ומכות תקופה ארוכה, יעקובוב היה חולה ומוגבל והוא גידף את אשתו גלינה. יום אחד היא ניקתה בלשכת הרווחה והיא סיפרה לו את מה שהיא עוברת, דבר שהביא לכך ששוטרים הגיעו הביתה ותחקרו את הבעל שהכחיש, וכאשר הם עזבו הוא התפרץ עליה והביא אותה למצב של חוסר אונים. היא קפצה אל מותה והתאבדה. למרות שהתנהגותה הייתה רצונית במובן מסויים, ביהמ"ש ייחס לו קש"ס למותה וייחס לו גרימת מוות ברשלנות, מכיוון שללא התנהגותו היא לא הייתה קופצת. ברגע שהיא הובאה למקום של חוסר אונים, היא קפצה אל מותה ולמרות שהיה גורם זר שגרם למותה והוא מרצונה- הוא היה צריך לצפות (מבחן הצפיות) שהיא יכולה להגיע למצב כזה בעקבותיו.

**פס"ד פלוני-** פס"ד מרוץ המכוניות. היו אנשים ששיחקו במרוץ מכוניות ונהגו במהירות מופרזת כשאחד מהנהגים איבד שליטה ונהרג בתאונה עצמית, ורצו לייחס אחריות למשתתף האחר במרוץ. ביהמ"ש הכריע שקיים קש"ס משפטי בין כל מי שמתתף במרוץ לבין תוצאה אפשרית של גרימת מותו של אדם. ביהמ"ש אמר שיש הנחה שהמשתתף במשחק יודע שהוא עלול לגרום למוות של אחד המשתתפים או של עובר אורח. דעת הרוב- קיימת לכל אחד מהמשתתפים לצפות את מותו של כל אחד מהמשתתפים (ביהמ"ש הכניס שיקולי הרתעה, מה צריך היה לצפות כל אחד מהמשתתפים). עם זאת, יש להותיר פתח במקרים שאין בהם קש"ס, ובמקרה זה התקיימו יסודות עבירת ההריגה. לתוך השאלה של ייחוס אחריות מוכנסים יסודות של הגנה על ערך חיי אדם והרתעה, יסודות שמהווים פתח עמום לביהמ"ש להחליט. ישנן גם טענות נגד ההרשעה, כמו אוטונומיה, כי מי שגרם למותו הוא האדם עצמו בעצם הבחירה שלו להשתתף במשחק, דבר שכביכול מנתק את הקש"ס.

- השאלה המשפטית למציאת קש"ס עובדתי קשה יותר מהשאלה המשפטית למציאת קש"ס משפטי.
- גם כשלא מתקיים קש"ס, הדבר לא אומר בהכרח שהמבצע יצא זכאי בלי שום אחריות פלילית. נמצא בשבילו או עבירה של יצירת סיכון, או עבירת הניסיון (תמיד יהיה ניתן להרשיע בעבירת ניסיון רצח).

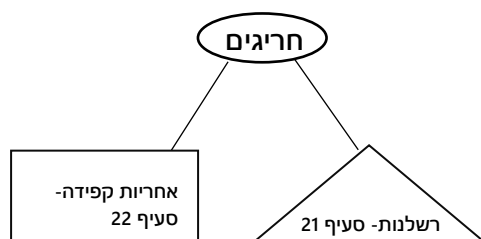
לא בכל מקרה שאדם מפעיל דבר מסויים תוטל עליו אחריות. גם אם נייחס גרימת מוות, נצטרך לבדוק אם הייתה רשלנות, ואם לא, לא נרשיע אותו. למשל, לא נרשיע מפעיל מצנחים על מותו של מישהו בצניחה.

יסוד נפשי-

יסוד נפשי- הכוונה להלך הרוח שליווה את הנאשם בזמן ביצוע המעשים כלפי כל אחד מהרכיבים של היסוד העובדתי. כמעט בכל העבירות חייבים להוכיח יסוד נפשי. אין הכוונה למחשבת רשע כללית ואמורפית. חשיבות לדרוש יסוד נפשי כבסיס להרשעה בפלילים נובעת מעקרון האשם- שבא מגישות גמוליות, לא מענישים על עצם גרימת נזק, אלמלא שלוותה לזה אשמה. משפט פלילי הוא גינוי חברתי חריף והוא שמור לאשמות סובייקטיביות (מחשבה פלילית). מאז תיקון 39 בסעיפים 19-22 הנושא הוסדר, כאשר לפני, הנושא היה פרי פסיקה בלבד. נקודת המוצא בעבירות היא שאין הרשעה פלילית ללא מחשבה פלילית.

יתרונות של היסוד העובדתי והגדרת מושגי מחשבה פלילית בחקיקה	חסרונות של היסוד העובדתי והגדרת מושגי מחשבה פלילית בחקיקה
וודאות, עקרון החוקיות, סדר וידיעה מראש	היעדר גמישות בגלל שמדובר על יחס מנטאלי ולא על דברים פיזיים, יש מקום לקשת של מצבים נפשיים, ולא תמיד קל לדייק, ויש גווי ביניים שברגע שקובעים בחקיקה ובמונחים מראש, מפספסים מצבים מנטאליים שלא נכנסו להגדרות מראש. ההגדרות הן דיכוטומיות ולא נותנות מענה למצבי ביניים. יש מגבלה של חוסר גמישות לכך שהכללים מוכתבים במבנה של חוק.

הנחה: מחשבה פלילית- סעיף 20



**סעיף 19-** קובע שבאופן כללי אדם מבצע עבירה רק אם יש לו מחשבה פלילית, זולת החריגים 1-2:

1. רשלנות

2. אחריות קפידה

**סעיף 20-** מחשבה פלילית. מחשבה פלילית היא משהו סובייקטיבי, ההפך מרשלנות. רוב העבירות דורשות מהתביעה להצליח להוכיח מעל לכל ספק סביר מחשבה פלילית סובייקטיבית.

**סעיף 21-** רשלנות. רמז מפורש בהגדרת הסעיף לרשלנות חייב להופיע בהגדרה של העבירה, כי אם לא כתוב כלום- הדבר יתפרש כמחשבה פלילית. עם מודעות לטיב המעשה- אדם סביר היה יודע/לא היה יודע. נכנס ממד אובייקטיבי, שהוא דבר יוצא דופן במשפט הפלילי, כי לרוב מחפשים סובייקטיביות. רשלנות תהיה במצבים של ערכים מוגנים כמו חיי אדם ופחות בעבירות רכוש.

סעיף קטן ב' אומר שעבירות של רשלנות הן קלות יחסית, עד 3 שנים מאסר, דבר שאומר שרוב העיסוק של המשפט הפלילי הוא במחשבה פלילית.

**סעיף 22-** אחריות קפידה. בעבר ביהמ"ש קבע שישנן עבירות של אחריות מוחלטת, היום עבירות אלה נקראות אחריות קפידה. ההבדל בין אחריות מוחלטת לאחריות קפידה מבטא את ההתעצמות של גישות גמוליות. אחריות קפידה היא אינה מוחלטת אך מוקפדת, באחריות זו משאירים פתח מילוט לנאשם. למשל עבירות של הסדרת שטחי חיים- התביעה לא חייבת להוכיח יסוד נפשי אלא מספיק עובדתי, ובמקרה שהאדם מוכיח שהיה בסדר, נותנים לו הזדמנות להוכיח שלא היה רשלן ושעשה כל שביכולתו למנוע את העבירה ויכול להיות שהאשמה הקונקרטיבית תימנע ושהוא יצא זכאי, הנטל עובר על הנאשם להוכיח שהוא היה בסדר. למשל: אדם יצא מהמוסך לאחר שרכבו תוקן ולאחר כמה דקות נשרפו לו

עוד פעם אורות הבלימה- השוטר נתן לו דוח ולא היה לאדם יכולת להתגונן למרות שהיה מאוד בסדר, בעבר זו הייתה אחריות מוחלטת. אם המקרה היה קורה כיום, הוא יכול להוכיח את חפותו ולצאת זכאי משום שהעבירה אינה בעלת אחריות מוחלטת, אלא אחריות קפידה.

3 עבירות חריגות של גרימת מוות:

1. סעיף 300- רצח. סעיף 300א'2- הגורם בכוונה תחילה למותו של אדם, סוג של מחשבה פלילית ברף גבוה ואז העונש הוא מאסר עולם חובה.
2. סעיף 298- הריגה. מי שגורם במחדל או במעשה אסור למותו של אדם- מאסר מ-0- 20 שנה. עבירה זו דורשת מחשבה פלילית. מחשבה פלילית רגילה תספיק.
3. סעיף 304- גרימת מוות ברשלנות. העונש הוא מקסימום 3 שנים. המקפצה בין גרימת מוות ברשלנות ובין הריגה היא עצומה (מ-3 ל-20 שנה) והמטען המוסרי שלה, הגינוי החברתי, שונה גם מבחינת האשמה.

**פס"ד יעקובוביץ'-** רוב העבירות הפליליות מזקיקות להוכחת עבירה פלילית ולא יותר.

לשים לב לדייק במונחים במבחן- מחשבה פלילית היא דבר סובייקטיבי ולכן לא ניתן לענות במבחן על "אדם סביר היה..."



## שיעור 11

## 1.5.18

ההבדל בין גרימת מוות ברשלנות לבין הריגה- אין הבדל בצד האובייקטיבי ואין חשיבות לקש"ס. ההבדל הוא במחשבה פלילית.  
 סעיף 20: מחשבה פלילית- המשמעות היא להוכיח שהייתה מודעות של הנאשם לכל אחד מהמרכיבים של ה- actus reus היסוד העובדתי. מושג המפתח הוא מודעות.  
 הפרדה בין הניתוח של מחשבה פלילית בעבירות התנהגות לניתוח בעבירות תוצאה:

עבירות התנהגות	עבירות תוצאה
<p>מחשבה פלילית מורכבת מ:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>חשד</u>- הימנעות מלברר</li> <li>2. <u>מודעות</u>:</li> </ol> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>טיב המעשה</u>- סעיף 300א רבתי עוסק בירות באיזור מגורים. היורה מנשק חם באיזור מגורים ללא הסבר סביר, דינו מאסר שנה (עצם היריה היא עבירה פלילית) וניתוח הסעיף לרכיבים העובדתיים יגלה שהיורה היא ההתנהגות או המעשה, ושאר הדברים יהיו הנסיבות. צריך להראות שיודעים שהאקדח הוא אמיתי ושמבצעים בו יריה.</li> <li>• <u>נסיבות</u>- בדר"כ הטענות הן כלפי הנסיבות. צריך שהאדם יהיה מודע לנסיבה (ברוב המקרים אין וויכוח שהאדם היה מודע להתנהגות, אך הוויכוח הוא- האם האדם היה מודע לנסיבה? למשל באונס אחרי שמוכיחים את היסוד העובדתי, עוסקים ביסוד הנפשי. המודעות צריכה להיות לכך שקיימו יחסים ולכך שהאישה לא הסכימה). יש להוכיח מודעות לנסיבה.</li> </ul> <p>העלבת עובד ציבור- למשל עבירות שהן נגד עובדי ציבור בעת מילוי תפקידו, סעיף 288. העלבת עובד ציבור או דיין- המעליב בתנועות או במעשים את הנ"ל- דינו מאסר 6 חודשים. סעיף זה אומר שצריך להוכיח שהאדם גם מודע למה שהוא עשה (שהאדם שהוא העליב הוא דיין או עובד ציבור- טיב המעשה, ושהוא בעת מילוי תפקידו- הנסיבה).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• המושג "כוונה" לא קיים בעבירות התנהגות. במקום כוונה יש מודעות שהיא רכיב קוגניטיבי, הכרתי- יודע או לא יודע, ולא רצון. פרופ' פלר סבור שהיסוד היחידי הרלוונטי הוא ההכרתי- אם הייתה או לא הייתה ידיעה.</li> <li>• כל פעם שפותחים סעיף עבירה שאין בו רשלנות או אחריות קפידה, זה מה שצריך להוכיח- הידיעה.</li> </ul>	<p>רלוונטי לעבירות של גרימת מוות כמו הריגה או רצח, ולא גרימת מוות ברשלנות.          צריך להוכיח את הדברים הבאים במצטבר:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>טיב המעשה</u></li> <li>2. <u>נסיבה</u></li> <li>3. <u>אפשרות גרימת התוצאה</u>- רכיב קוגניטיבי, הכרתי. מודעות לאפשרות התוצאה. אפשרות מכיוון שהדבר הוא עתידי, ובעת ביצוע המעשה לא יודעים איזו תוצאה תהיה בטוח. רוצים לדעת שהייתה ידיעה סובייקטיבית שמה שעושים עלול להיגמר במותו של אדם.</li> </ol> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>רכיב חפצי</u>- מספר דרגות:             <ol style="list-style-type: none"> <li>i. <u>כוונה</u>=רצון/מטרה. היה רצון, היה לאדם עניין שזו תהיה התוצאה. יחס רגשי- האם רוצים או מקווים שהתוצאה תקרה?</li> <li>ii. <u>פזיזות</u>- פחות מכוונה, ישנם שני סוגים של פזיזות:                 <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) <u>אדישות</u>- שוויון נפש כלפי אפשרות גרימת התוצאה. מודעים לתוצאה שעלולה להיגרם ולא אכפת להם.</li> <li>(2) <u>קלות דעת</u>- מודעות לאפשרות שתתרחש התוצאה + קלות דעת (נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות מתוך קיווי להצליח).</li> </ol> </li> </ol> <p>ישנם סיכויים סבירים, כמו למשל ניתוח. בכל ניתוח יש אלמנט של סיכון אך השאלה היא האם הסיכון שלוקחים הוא סביר או לא- פרופורציה בין הסיכוי לערך של הדבר. זהו ההבדל בין הריגה לבין</p> </li> </ul>

<p>עבירה של רשלנות בלבד שבה אין מודעות.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>רק בעבירות תוצאה שדורשות כוונה בצורה מפורשת, מחוייבים לרף הגבוה של הוכחת כוונה. בכל מקרה אחר אם לא כתוב כלום, מספיקה פזיזות מסוג קלות דעת (הדרגה הכי נמוכה מספיקה).</li> <li>כל אחד מרכיבים אלה נחשב מחשבה פלילית כי בכולם צריך להוכיח סובייקטיבית. מתחת לאלה, יהיה יסוד נפשי של רשלנות שהוא לא אחד ממונחי המחשבה הפלילית.</li> <li>עבירת תוצאה שותקת- עבירה שלא כתוב בה את המילה "תוצאה" או משהו שמתכוון לכוונה. בכל עבירה כזו כדי להוכיח, מסתפקים בקלות דעת.</li> </ul> <p><u>סעיף 333</u> - חבלה חמורה. החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו מאסר 7 שנים. מודעות לכך שיש מעשה, נסיבות, ואפשרות גרימת התוצאה. למשל יעקובוביץ' - רוצה לאנוס מישהי, ולכן הוא נותן מכה בראש למי שהיה איתה, ונגרמה לו חבלה חמורה. צריך להוכיח שהוא היה מודע להתנהגות, לאפשרות שתרחש התוצאה, ולכך שהוא יה קל דעת- לקח את הסיכון הלא סביר שלא תיגרם לו חבלה חמורה וקיווה שהמכה לא תגרום לחבלה כזו.</p> <p><u>סעיף 90 רבתי</u> - פירוש חוקים וביטויים ישנים שלא נכנסים למבנה של סעיף 20. בכל מקום שיש בו מילים מהשורש י.ד.ע., הכוונה היא למחשבה פלילית בסיסית שנמצאת בסעיף 20א. המילה במזיד לא מרמזת על כוונה, ומבחינת היסוד הנפשי אין הבדל בין עבירה שותקת כמו חבלה חמורה לבין אחרת, ולכן הולכים לפי היסוד הנפשי.</p> <p><u>סעיף 298</u> - עבירת ההריגה. הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יואשם בהריגה ודינו 20 שנה. צריך להוכיח שיש מודעות שהדבר עלול להסתיים במותו של אדם+הוכחה של קלות דעת.</p> <p><u>סעיף 304</u> - הגורם ברשלנות למותו של אדם דינו מאסר 3 שנים. מספיק להוכיח אובייקטיבי.</p> <p><u>סעיף 1א300</u> - רצח בכוונה תחילה. גורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו. אותה רמה של מחשבה פלילית והרג של אנשים אלה קופץ ישר לרצח מכיוון שהוא חמור יותר (רצח של מי שהביא לאדם את החיים- יותר מפגיעה בערך מוגן). הנסיבה של אם/אב/סבא/סבתא גורמת לכך.</p>	<p>עבירות התנהגות מתחלקות לשתיים:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. עבירות מניע</li> <li>2. עבירות מטרה</li> </ol>
---	--

איך מוכיחים יסוד נפשי? כדי להוכיח יסוד נפשי, משתמשים בנסיבות המקרה ובעובדות שאופפות את ההתנהגות ועושים שימוש בחזקות עובדתיות ובעיקר בחזקה שנקראת חזקת המודעות - חזקה עובדתית, אחת מהעובדות שביהמ"ש עושה בהן שימוש ועוזרות לו להגיע למקנה שהייתה ידיעה שיעו בעקיפין לתוצאה. אדם התכוון לתוצאות הטבעיות העולות מההתנהגות שלו, חזקה עובדתית לחלוטין ולעתים היא יכולה גם להיות חסרת משמעות. למשל יורה באדם אחר במקום רגיש בגוף, הוא ידע למה הדבר עלול לגרום ומייחסים לו מודעות והבנה. דורשים מחשבה פלילית סובייקטיבית, אך התביעה משתמשת בדברים אחרים גם. ככל שההתנהגות מבטאת סטיה גדולה יותר מהנורמה המקובלת- ככל שההתנהגות יותר קיצונית, יותר רשלנית- ביהמ"ש יניח שהאדם היה יותר מודע לתוצאות הטבעיות של מעשהו.

ישנו הבדל בין אדם שנוסע בתוך העיר 55 קמ"ש במקום 50 וגורם לתאונה, לבין אדם שנוסע בתוך העיר 100 קמ"ש בסביבה עירונית ליד ביה"ס וגורם לתאונה קטלנית. ההבדל הוא במידת הרשלנות ובמידת ההתנהגות הקיצונית והלא נורמטיבית (קלות דעת- האדם יודע שהוא מסכן חיים ומקווה שלא יקרה כלום).

אם הועלה ספק סביר למרות החזקות העובדתיות המצביעות על מודעות, שיכול להיות שלא הייתה מודעות- לא תהיה הרשעה. אם לא הוכיחו מעל לכל ספק סביר שהאדם היה מודע שמעשהו עלול לגרום למה שקרה, הוא יזוכה.

הגורם במזיד לעבירה מסוימת תוך ביצוע עבירה אחרת או כדי להקל על עבירה אחרת (כמו שוד שמתפתח לעבירת המתה בגלל התנגדות של הנשדד)- כשהמתה היא תוך כדי עבירה אחרת או כדי להשיג את השנייה, מספיקה מחשבה פלילית רגילה כדי להקפיץ לרצח. השופט אגרנט בפס"ד יעקובוביץ' התעקש שהדבר ייחשב כלא פחות ממוות. רוב העבירות הקלאסיות הן עבירות של מחשבה פלילית.

### מודעות, עצימת עיניים וחשד

מודעות היא התנאי הבסיסי לעבירה פלילית. נשאלת השאלה: מה קורה אם אדם לא ידע או לא היה מודע לקיומה של נסיבה אך חשד שהנסיבה קיימת? למשל עבירה לפי סעיף 1א346- בעילת קטינה בהסכמה- הבעל קטינה שמלאו לה 14 שנים וטרם 16 שנים והיא אינה נשואה לו- דינו מאסר 16 שנים. אם אדם חשד שהיא מתחת לגיל 16, אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר סיוע הנסיבות- רואים אותו כמי שהיה מודע להן אם נמנע מלבררן. בשום שלב לא צריך להוכיח שהוא ידע על קיומה של העבירה. הוא רק היה צריך לדעת מה גילה. המשמעות היא שהורידו באופן גורף את רמת המחשבה הפלילית בכל העבירות מרמה של מודעות לרמה של חשד.

1. האפיין הראשון- אין צורך ברמה גבוהה של חשד, מספיק כל חשד כל עוד הוא סובייקטיבי (שניתן להסיק מהנסיבות). הורידו באופן גורף את כל עבירות היסוד הנפשי מעבירות שדורשות מודעות לעבירות שדורשות רמה כלשהי של חשד.
2. האפיין השני- עפ"י החוק יש להוכיח חשד סובייקטיבי, בפועל.

הדרך הראייתית להסיק מחשבה פלילית סובייקטיבית.

חוסר סבירות ובמיוחד חוסר סבירות קיצוני של הנסיבות/הטענה, מביאה את ביהמ"ש למסקנה שהטענה איננה כנה או אמינה, ומביאות את ביהמ"ש לחשוב שהאדם ידע שלמשל היא מתחת לגיל 16 או לא רוצה ביחסים. **פס"ד מורגן**- קצין אנגלי שיכור שהביא חיילים לביתו והרשה להם לקיים יחסים עם אשתו, ואמר להם שאם היא אומרת "לא"- הדבר אומר שהיא רוצה אותם. הם טעו לחשוב שהיא מסכימה, וטענתם נפלה על סבירות- הם הורשעו. בבית הלורדים שינו את ההלכה מכיוון שבגלל שמדובר בעבירה שדורשת מחשבה פלילית ולא רשלנות, מספיק שביהמ"ש היה מגיע למסקנה שהייתה טעות כנה (ביהמ"ש היה מאמין להם ומזכה אותם). אך בגלל שהטענה כ"כ לא סבירה, ביהמ"ש מסיק גם שהטענה לא אמינה ולא כנה ומרשיע אותם.

### רמת החשד ועצימת עיניים

סעיף 1א20- חשד אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. סעיף אחיד לכל העבירות. הסעיף נקרא עצימת עיניים, עפ"י דברי ההסבר- רצו להטיל אחריות פלילית גם על אדם שלא ידע על קיומה של נסיבה אך נטל על עצמו סיכון מודע לאפשרות קיומה. עד תיקון 39 היו עבירות שביהמ"ש החליט שהן דורשות ידיעה. ההתלבטות- האם הסעיף דורש ידיעה מראש או פחות מכך (ידיעה במודע שיש סיכון שהנסיבה קיימת- פזיזות ביחס לנסיבות). לפני תיקון 39 השופט אגרנט בפס"ד אבו רביע (חטיפת קטינה)- עבירה זו לא מחייבת ידיעה של הנסיבות אלא מסתפקת בפזיזות ביחס לנסיבות. האדם לקח סיכון שיתכן והיא קטינה. לפני תיקון 39, רק בסעיפים עם המילה ידיעה ביהמ"ש התלבט אם מספיק להוכיח ידיעה או חשד, כאשר לעתים הם הסתפקו בחשד וקראו לכך פזיזות ביחס לנסיבה (נטילת סיכון מודע שהנסיבה קיימת). הדבר מבלבל מכיוון שהיום המילה פזיזות לא רלוונטית לנסיבות ורלוונטית רק לעבירות תוצאה. כיום, כל העבירות מסתפקות בחשד ביחס לנסיבות (הוגבלה האפשרות לפרש עבירה כעבירה שמצריכה ידיעה בפירוש).

לפני תיקון 39 היו עבירות שהיה מספיק להוכיח בהן ידיעה או חשד, וגם עבירות שדרשו ידיעה כללו עצימת עיניים מכוונת- כמעט לדעת, למשל פס"ד שבו מעמידים מישהו לעבירה של השתמטות- וטענתו הייתה "לא ידעתי"- הוא קיבל בדואר מכתב צהלי עם חותמת רלוונטית כאשר הוא בגיל המתאים כמו כל חבריו, וזרק את המכתב לפח (זוהי עצימת עיניים מכוונת). לפי סעיף 1א20 כל חשד מספיק לכל עבירה פלילית באשר היא. חשד ולו הקל שבקלים חל על כל סוגי העבירות שדורשות מחשבה בסיסית. זאת ועוד לאור סעיף 90 רבתי 3- גם עבירות שכתוב בהן י.ד.ע.- גם עליהן חל סעיף 20 (המילה ביוזעין לא משנה, כמו המילה במזיד).

בעבירות חדשות- כדי לחוקק סעיף שדורש ידיעה ולא מסתפק בחשד, צריך לרשום בו שסעיף 1ג20 לא מתקיים. למשל סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון.  
 ביחס לעבירות ישנות השאלה התעוררה בפס"ד הר שפי- סעיף 262 הוא סעיף מחדלי- מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט מעשים כדי למנוע, דינו מאסר שנתיים. לכאורה מספיק לומר שהיא חשדה- אך חשין קובע שכדי להטיל אחריות בסעיף זה לא מספיק חשד (הרחבת האחריות הפלילית בצורה לא סבירה)- אלא יש צורך בידיעה. פורמלית, הוא אמר שסעיף 262 הוא מיוחד לעומת 1ג20 שהוא סעיף כללי, והכלל הוא שכשיש דין ספציפי ודין כללי, גובר הדין הספציפי. חשין עשה זאת משיקולי מדיניות משפטית. הטלת אחריות פלילית על מישהו שהוא לא איש כוחות הביטחון שלא מנע מעשה פלילי, הוא מוגזם ומרחיב את האחריות הפלילית יותר מדי.

## שיעור 12

### 2.5.18

סעיף 90 א' רבתי- מתקשר עם סעיף 20 בכך שגם הסעיפים של ידיעה מסתפקים בחשד. משמע, באופן גורף הורידו את הרף לרמה של חשד כדבר מספיק לידיעה.  
 להלכה- סעיף 262 (אי מניעת פשע)- אינו מסתפק בחשד, מסיבה מהותית של מדיניות משפטית (לא ראוי להטיל אחריות על מי שחשד כשאין בבסיס שום זיקה מיוחדת בין החושד לבין הנזק).  
פס"ד ער"פ 552/12 אוהב ציון ואחרים נ' מדינת ישראל: פס"ד נגד לפס"ד אתי אלון. מהי רמת החשד שצריך להוכיח בשביל לשאת באחריות פלילית על סעיף 411 (האם יודעים שהרכוש הוא רכוש גנוב)?  
 קבלת נכסים שהושגו בפשע- דעת הרוב קובעת שכדי לשאת באחריות פלילית על סעיף זה מספיק חשד ממשי ולא צריך חשד גבוה (הכנסה של סעיף 1ג20 ו900א) והשופט ניר הנדל קובע שלא מספיק חשד ממשי, אלא צריך חשד גבוה (הוא אומר שיש צורך בחשד גבוה שיהיה קרוב כמעט לידיעה).  
פס"ד אזולאי- 5938/00 פס"ד בעניין עבירות מין. אדם הורשע באונס, היה בקשר עם מישהי צעירה ממנו ושלט בקשר. פס"ד של בייניש, בעמוד 896 היא משאירה פתח לשאלת רמת החשד.  
 בפס"ד מרגלית הר שפי, לא היה שימוש בסעיף 1ג10.

- לפי סעיף 20 ג1 מספיק חשד (סטנדרט אחיד של חשד מינימלי שרלוונטי לכל העבירות, כולל אלה שדורשות ידיעה. לעתים דבר זה הוא בעייתי. יש בו שתי בעיות:
  1. ביהמ"ש יסתפק רק בחשד מינימלי וממשי
  2. חלל תודעתי- הסעיף לא רחב מספיק, ולא ניתן להשתמש בו למשל במקרים של רשלנות. הוא דורש חשד סובייקטיבי ולא מסתפק במדד אובייקטיבי (האדם הסביר). איך נוכל להטיל אחריות פלילית על מי שבכלל לא היה אכפת לו אם הנסיבה הייתה קיימת או לא והוא ביצע את המעשה?  
 פס"ד אבו רביע- השופט אגרנט קבע שלשם הרשעה בעבירה של חטיפת קטינה ממשמורת, די בהתקיימות פיזיות כלפי הנסיבות. המצב של פיזיות כלפי הנסיבות מתקיים לא רק כשהנאשם מודע לנסיבה או לקיום שלה, אלא גם כאשר בשעת המעשה השאלה האם הנסיבה קיימת או לא לא הטרידה אותו, כי לא היה אכפת לו.  
ערפ 5424/91- לפני התיקון. הרשיעו אדם במעשה סדום בקטינה שהייתה מלצרית במסעדה שלו. הבחורה הייתה בת 17 ו9 חודשים כאשר מותר רק מגיל 18. הנאשם טען שהוא לא ידע שהיא לא בת 18. השופט בך קבע שלא צריך להוכיח באופן פוזיטיבי שהנאשם היה מודע לעובדה שהמתלוננת הייתה בטווח הגילאים האמור, אם עולה מהנסיבות שתיתכן האפשרות שהנסיבה קיימת. מספיק להוכיח פיזיות ויחס לגיל- לא התעניין או שאל בת כמה היא.  
הבעיה של חלל תודעתי עולה בדו"כ בהקשר של עבירות מין ואונס "האנס הפסיכופת" שלא מתעניין בכלל, למשל טיפוסים שמזלזלים בערך המוגן ואפילו לא חושדים. נושא זה התעורר בפס"ד בארי 5912/92 (האונס בשמרת)- השאלה הייתה לגבי המודעות של הנאשמים לשאלת היעדר ההסכמה. פס"ד זה הוא מלפני תיקון 39. באוביטר ניסו להתמודד עם מצב שבו חוסר ההסכמה הוא לעיני כל. השופטים הגיעו למסקנה שהם ידעו/חשדו והתעלמו. ישנו פיצול בין השופטים- שמגר מרחיב את הכלל של עצימת עיניים גם למקרה שבו חשד לא התעורר אצל הנאשם אלא כן היה מתעורר אצל אדם סביר. הרחבה זו מתבקשת אך לא יכולה לקרות כיום לאחר תיקון 39. כיום סעיף 1ג20 לא מאפשר להשתמש במדדים סובייקטיביים אלא אובייקטיביים בלבד. השופט גולדברג- דוקטרינת עצימת עיניים משתרעת גם על מצבים של חלל תודעתי, כלומר נטיל אחריות גם על מי שלא מתעניין בשאלה, לא מקדיש לכך זמן, ונוטל סיכון במודע שהנסיבה מתקיימת (סתירה פנימית).

לאחר התיקון, ברוב המקרים ביהמ"ש מסיק עובדתית את קיומו של חשד אובייקטיבי ומגיע למסקנה שהנאשם כן חשד. השופט אנגלרד בפס"ד טייב-אקטים מיניים עם פיזיותרפיסט. אנגלרד (לאחר התיקון) הולך אחרי גולדברג ומתעלם מתיקון 39, ואומר שמצב של חלל תודעתי כמוהו כנטילת סיכון מודע לכך שאוליי אין הסכמה, והללו כלולים בעצימת עיניים שנחשבת כמודעות לפי סעיף 21). למשל במצבים כאלה ניתן להכניס אנשים שלא מתעניינים כמו פסיכופתים. חלל תודעתי לא מכוסה בסעיף 1ג20, ולרוב פותרים זאת באמצעות חשד סובייקטיבי.

סעיף 34-ח - אדם שפועל מתוך טעות עובדתית, כאשר הוא טועה לגבי משהו במציאות. לאחר תיקון 39 ולאור סעיף זה, נאשם יכול להנות מטענה שטעה טעות כנה ביחס לאחד מהיסודות העובדתיים של העבירה.

סעיף קטן א - נוכל להטיל אחריות פלילית רק לפי המציאות המדומה.

סעיף קטן ב - טעות בעובדה מועיל גם לעבירות רשלנות, רק שבהן לא מספיק שנוכח שהוא טעה, אלא צריך גם להוכיח שהטעות סבירה, מכיוון שמראש המדד הוא של אדם סביר, וע"מ להנות מהגנה זו בודקים אם היא גם סבירה ולא רק אם האדם טעה.

לפני התיקון (כולל פסד בארי) היה דיון לגבי האם צריך להוכיח את הסבירות של הטעות חוץ מהטעות הכנה עצמה. כיום אין שאלה כמובן כי הדבר קבוע בחוק.

סעיף זה הכרחי מסיבה נוספת - הגנה מדומה, או טעות בנוגע לאחד מיסודות סייג או הגנה על האחריות הפלילית. למשל הגנה עצמית. צריך לבדוק האם כשמתקיימים כל היסודות של עבירה פלילית, לא היה סייג.

פס"ד עסלה - אישה שפחדה בלילה לבד עם ילדיה והיה אקדח ברשותה. הבעל חזר הביתה כשהדלת הייתה נעולה אז הוא נכנס דרך החלון, האישה חשבה שזה פורץ וגרמה למותו. זהו מקרה טרגי של הגנה עצמית, אמנם זו גרימת מוות - אך בהגנה עצמית. ביהמ"ש מתיישר ואומר שכשמדובר בטעות ביחס ליסודות של הגנה (ביצוע עבירה פלילית בנסיבות מיוחדות), היה צריך שהטעות תהיה סבירה אך גם כנה. כיום, אין הבדל בין יסודות אלה ליסודות עבירה או יסודות סייג. הסבירות חשובה ברשלנות אך בשאר חשובה הכנות.

סעיף זה אומר שמצמידים אותו לסעיף של הגנה עצמית, וזהו הגנה מדומה, דבר שמקנה פטור מאחריות פלילית למרות שהייתה מחשבה פלילית ומעשה פלילי, אך הסייג שקשור לסיטואציה הקשה של האילוץ - מצדיק לתקוף בחזרה, תנאי בסיסי ומוצדק. דבר דומה קרה בפס"ד שי דרומי.

פס"ד מורגן - החיילים הורשעו ע"י הערכאה הראשונה כי הטעות לא הייתה כנה. בית הלורדים אמר שלא צריך להוכיח שהטעות סבירה, ומספיק שביהמ"ש יראה טעות כנה ולא חשובה הסבירות של הטעות. ככל שהטענה הזויה יותר, כך נגיע למסקנה שהטיעון מומצא יותר אך דבר זה לא מעניין אותנו, אנחנו מתמקדים רק בכנות ולא בסבירות (סובייקטיבי ולא אובייקטיבי).

משמעות מה שצריך להוכיח בעבירה הפלילית -

לא צריך להוכיח שהנאשם ידע שמה שהוא עושה הוא אסור, מחשבה פלילית - אקטוס ראוס.

אי ידיעת החוק הפלילי אינה פוטרת מאחריות, מסתכלים על הנתונים הפיזיים של העבירה ולא מנסים להוכיח מה היא ההתנהגות הנורמטיבית (למשל אדם שהיה במערכת נישואים ואנס את אשתו הנשואה והדבר מקובל במקום ממנו הוא בא אך אסור בחוק במדינה שבה הוא עשה זאת). בגלל זה, אין פטור לטעות במצב משפטי לפי הכללים שקבועים ב:

סעיף 34 יט - טעות במצב משפטי - פס"ד מפן - היה רכוש נטוש על גבול העיר העתיקה בירושלים של ערבים שעזבו את בתיהם, וכדי למנוע ביזה, הגיעו להסכם שהחיילים של המ"פ מפן יעבירו את כל הציוד למחסן המרכזי ואחוז מסויים מהרכוש אם הוא יעבור באופן שלם - יעבור לקופת היחידה, מעין דמי עבודה. מפן עשה דבר לא תקין אך לא חשב זאת, מכיוון שהכל נעשה בצורה גלויה (שיתף את הממונים עליו, דיווח לשאר, ודיווח לגורם הרשמי הרלוונטי (מיסי נפקדים)). ביהמ"ש עדיין טען שאי ידיעת הדין אינה פוטרת, היה יסוד עובדתי ויסוד נפשי, למרות שמפן לא ידע ועשה הכל בתמימות. הוא נשא באחריות פלילית אך הורידו לו את הקנס מ200 לירות ללירה אחת. דוגמה זו היא הצדקה לפטור מאחריות פלילית את מי שעשה דבר אסור לא ידע שהוא אסור, כי מידת האשמה שלו פחותה ממידת האשמה של מי שמזלזל בחוק. הציפיה היא שכל אחד מהאזרחים יישר קו לנורמות המחייבות.

הדבר הופך למורכב כשהסעיפים שדנים בהם הם לא רק פיזיים (כמו הכאת ילדים או נשים לצורכי חינוך) אלא נושאים גם משמעות נורמטיבית ואמורפית כמו הסכמה או הפרת אמונים.

סעיף 284 - מרמה והפרת אמונים; פס"ד רפי הוכמן - יש להחליט האם: 1. המעשה פוגע בציבור (האם האדם היה מודע פיזית להתנהגות שלו) 2. מה צריך להוכיח ברמת המחשבה הפלילית? (זהו לא דבר עובדתי טהור). פס"ד הוכמן דן בכך, ראש עיריית אילת נסע לכנס של חברה יפנית על חשבונה, כשלחברה היפנית היה מפעל באילת, הטיול ליפן היה ממומן ע"י החברה.

הסיפור היה שהוכמן שאל במועצת העיר את השאלה: "האם תקין שהחברה תממן לו את הטיול או שהעיריה תממן לו והוא יממן לאשתו?" הם לא רואים בכך בעיה. הוא פונה גם לממונה על המחוז מטעם שר הפנים כדי לברר. הקנס היה הוצאות, ושואלים האם ניתן להעמיד אותו לדין על עבירה של מרמה והפרת אמונים הפוגעת בציבור? הסעיף שותק מבחינת יסוד נפשי, ולכן זוהי מחשבה פלילית שטוענת שצריך להוכיח משמעות לרכיבים בפלילים של העבירה וצריך גם רכיב נסיבתי עם אופי נורמטיבי (לא לגמרי פיזי). ביהמ"ש בדעת רוב זיכה את הוכמן בנימוק שלא הייתה לו מחשבה פלילית כיוון שהוא חשב שמעשהו נקי וכשר. נמתחה ביקורת על פס"ד זה, שאמרה שמספיק להוכיח את הרכיבים העובדתיים (את הסיטואציה שבה ראש העיר פעל מתוך מודעות) ולא צריך להוכיח שהוא יודע גם מהי המשמעות הנורמטיבית של כך. פס"ד שבס- בדעת רוב החליטו שמספיק שהנאשם מודע לאלמנטים הפיזיים של ההתנהגות שלו. קו פרשת המים של העבירה- דבר זה הוא דוגמה לכך שהצד העובדתי של העבירה מנוסח כך שהוא מכיל ביטויים נורמטיביים.

### שיעורים 13-14

#### 8.5.18

- טעות במצב דברים- ידיעה שגויה, ופוטרת מאחריות פלילית כי היא שוללת מחשבה פלילית. (אדם ששיקרו לו שהיא לא קטינה או אדם שהיה במצב של הגנה עצמית)
- טעות במצב משפטי- מחייב הוכחה שאדם מודע סובייקטיבית לרכיבים של האקטוס ראוס, אך לא חייבים להוכיח אם האדם חשב שהדבר אסור או מותר (ההבחנה היא בין אי ידיעת הדין הפלילי שאינה פוטרת). כחברה רוצים שכלם יישרו קו עם נורמות התנהגותיות זהות, ולכן טעות במצב משפטי אינה פוטרת.

סעיף 34 יט- אין נפקא מינה (לא משנה) במצב שבו אדם פירש משהו לא נכון או לא הכיר את החוק. תיקון 39- תיקון שבמקרים מיוחדים הדין הפלילי פוטר.

**פס"ד טל סופרמרקט**- לפי חוק שירות התעסוקה, צריך להעסיק עובדים דרך שירות התעסוקה אלא אם כן הם נכנסים לחריגים שבהם ניתן להעסיק עובדים ישירות. באותו סופרמרקט העסיקו קופאיות שלא דרך שירות התעסוקה כי טענו שהמקצוע של קופאית נכנס להחרגה של מקצועות אמון- בעל הסופרמרקט טען שקופאית הוא תפקיד שדורש אמון מיוחד. ביהמ"ש דחה את הטענה ואמר שמדובר בטעות משפטית, כי לבעל הסופר יש תפיסה שגויה של המשמעות המשפטית (כל עבודה דורשת אמון אך משרה עם אמון מיוחד לא כוללת קופאית). ביהמ"ש קובע שהייתה טעות בדין ולא בעובדה ושהיה צריך להעסיק קופאיות דרך שירות התעסוקה ולא ישירות. הרציונל של לא לפטור בגין טעות משפטית מתקיים כאן- לא מעוניינים שכל אחד ייתן פרשנות משפטית משלו לחוק.

טעות בדין שאינו פלילי כמו טעות בדין קניין, יכולה לגרור טעות במצב עובדתי (המשלח אש במזיד בדבר לא לו) דינו מאסר 15 שנים. אדם שחושב שהשדה הוא שלו והבעלות לא הועברה בטאבו יצית את השדה, וחוסר המודעות שלו בדין קניין יביא לעבור על האיסור של "דבר לא לו". לכן טעות בדין שאינו פלילי פוטרת, כי במקרה זה למשל היה חוסר במחשבה פלילית לגבי הנסיבה.

סעיף 176- ריבוי נישואים (איסור ביגמיה)- אישה או איש נשואים הנושאים אדם אחר, דינם מאסר 5 שנים. לעתים חוסר מודעות בדין משפחה יגרום לאי הטלת אחריות פלילית (למשל לא ניתן להטיל עונש על אדם שחושב שהוא לא נשוי, וטעה לחשוב שהוא רווק או לא ידע שהוא נשוי). חשוב לדעת האם הטעות היא במשפט פלילי או במשפט לבר פלילי, אך ככלל- טעות במשפט אינה פוטרת וטעות במשפט לבר פלילי עשויה לפטור.

**פס"ד ויסמרק**- פס"ד שהוא על התפר שבין כניסת הסיפא לתוקף. לויסמרק היה רישיון עסק והוא סבר בטעות שרישיון העסק אומר גם שמבחינת דיני תכנון ובניה מותר לו להפעיל את העסק. הוא הפעיל את העסק במשך שנים ארוכות והעיריה חידשה לו את רישיון העסק (עושה רושם שהכל בסדר). הטעות שלו הייתה משפטית (הוא חשב שמבחינת דיני תכנון ובניה רישיון עסק מתיר לו גם לעשות שימוש בנכס, כשבפועל הם שני דברים שונים שמצריכים שני רישיונות שונים). בביהמ"ש מתעורר קושי- השופט מצא מטיל עליו אחריות פלילית כי הוא טוען שהטעות היא טעות בדין (הפס"ד היה לפני תיקון 39), ולשופט כך היה קושי- הוא רצה לזכות אותו, אך החוק הישן לא היה (זולת אם הטעות היא בלתי נמנעת בכוח סביר), ולכן הוא ניסה דרך כך שהוא טען שמדובר בטעות בדין לבר פלילי. השופט ברק פוטר אותו מאחריות בגלל הסיפא של הסעיף שעוד לא נכנס לתוקף, והשתמש בכך מכיוון שלכולם הייתה תחושה שלא ניתן להטיל אחריות פלילית (כיום במיוחד לא היו מרשיעים אותו בגלל הסיפא של הסעיף).

יש לפרש את הסיפא בצמצום ולא להפעיל אותה בכל המקרים כי לרוב צריך לשאול ולברר (כמו טל סופרמרקט שלא שאל וברר). פס"ד מפן יכול היה להימלט דרך הסיפא. למשל במדינה שבה הסחר בעבדים היה מותר, ואדם הלך להביא עבדים, היה ללא קשר עם מדינתו (בעבר לא היו טלפונים) וחוזר למדינת המוצא עם העבדים שרכש והוא נעצר (במהלך הזמן שהיה בים הוציאו חוק שאוסר עבדות). זוהי למשל טעות באורח סביר.

פסדים שאחרי התיקון:

**פס"ד הורוביץ** - העמידו לדין את הורוביץ על התחמקות מתשלום מס ("אדם אשר במזיד בכוונה להתחמק ממס עבר את אחת בעבירות המנויות להלן: בין היתר... השמיט מתוך הדוח הכנסה שאמור להיכלל בדוח"). הורוביץ הסתמך על חוות דעת מקצועית שאמרה לו שהוא לא צריך להגיש מסמכים למס הכנסה. השופט אור לא מדבר על סעיף 34 י"ט ישירות, אך זיכה אותו מכיוון שלא היה לו את היסוד הנפשי הנדרש (לא הייתה לו מחשבה פלילית מיוחדת שדורשת את הכוונה, את הרצון, להתחמק ממס). הבעיה היא שהשופט תיאודור אור לא מדגיש את המיוחדות של העבירה הספציפית, אלא מדבר שהסתמכות בתום לב על חו"ד מומחה שוללת כוונה פלילית. הביקורת על הפס"ד היא בחוסר הדיון (הוא לא מדגיש שהפטור הוא בגלל הכוונה הפלילית הנדרשת).

**פס"ד תנובה** - התנאים והפרמטרים שבהם חוות דעת של עו"ד יכולה לפטור מאחריות פלילית. רשימה של קריטריונים שהמשותף להם הוא שהם מגדירים חו"ד שניתנה בתום לב, בכתב, ותוך ידיעת כל הפרטים הרלוונטיים על בסיס המידע שהלקוח נתן לו בעד ונגד (התמונה המלאה, בלי לייפות אותה), ושיש רצינות לחוות הדעת. חו"ד של גורם מוסמך היא הדבר הקלאסי ביותר לסעיף 34 י"ט. יש צורך בדבר מבוסס ורציני, עם עו"ד שמבין בעניין.

**פס"ד דג נעמן** - פס"ד מחוזי. אדם היה דבוראי, והוא נתפס לוכד את גירית הדבש (עבירה על חוק הגנת הטבע כי לכד חיה מוגנת), הוא זוכה מאחריות פלילית מכיוון שהראה שבעבר היה פס"ד לטובתו שקבע שחיה זו היא אינה חיית בר מוגנת לפי כללי הגנת הטבע, ואם היה תקדים - הוא טען שאין לו דרך לחשוב שהדבר שעשה היה אסור. דוגמה קלאסית שפסיקה מנחה של ביהמ"ש המחוזי גורמת לטעות נמנעת באורח סביר).

יש לדעת לעשות הבחנה בין טעות במצב עובדתי (אדם שלא ידע שהוא שוכב עם קטינה) לטעות במצב פלילי (טעות בדין הפלילי - משהו בנורמות או בערכים לא מיישר קו עם החברה), למעט הסיפא של 34 י"ט שבו יש פטור מאחריות פלילית.

עבירות מחשבה פלילית מסוג כוונה:

סעיף 20 א 1 - המונח כוונה רלוונטי רק לעבירות תוצאה (מתייחס רק לרכיב התוצאתי), משמע צריך להוכיח גם כוונה ולא רק תוצאה.

אין הרבה עבירות תוצאה מסוג כוונה.

סעיף 329 - חבלה בכוונה מחמירה - עבירת תוצאה

סעיף 128 - סחיטה באיומים - החלק הראשון הוא לא עבירת תוצאה, אך החלק השני הוא מימוש האיומים - עבירת תוצאה. נכלל בסעיף שעליך לדעת וגם להתכוון (לפגוע באדם ע"מ שיקשיב לאיומים שלך).

עבירות התנהגות (לא תוצאתיות) שבהגדרתן דורשות להוכיח עבירה מיוחדת:

עבירות רבות שלא תלויות בהוכחה שהאדם הביא לתוצאה, אך כן יש כוונה.

סעיף 192 - עבירת איום - להפחיד או להקניט אדם היא עבירת התנהגות שבה לא צריך להוכיח שהקורבן הרגיש מוקנט או מאויים, אבל כן צריך להוכיח כוונה של אדם להפחיד או להקניט.

סעיף 111 - מסירת ידיעה לאויב - הכוונה מעלה את העונש למאסר עולם.

סעיף 90א סעיף קטן 2 - פותר את הדילמה בעבירות התנהגותיות מסוג מטרה או מניע. צריך מניע או מטרה כשאי אפשר להוכיח שמהו קרה במציאות (גם כוונה מוגדרת כמטרה). רוב ככל העבירות ההתנהגותיות הן עבירות מניע.

סעיף 144 - עבירת התנהגות - איסור פרסום והסתה לגזענות.

ההבדל בין מניע למטרה - ההבדל בין מניע למטרה הוא שמניע הוא מה שהביא את הנאשם לבצע את העבירה, ומטרה היא צופה פני עתיד - מה האדם רוצה להשיג בהתנהגותו. האבחנה בין מניע למטרה היא קשה, למשל אדם שרוצח את אביו כדי לקבל את הירושה - האם הדבר הוא מניע או מטרה?

### הלכת הצפיות

קבועה בסעיף 20 (ב) - כלל המכונה "הלכת הצפיות" וחל על עבירות תוצאה מסוג כוונה. סעיף שעיגן בחקיקה את הלכת הצפיות - הרעיון הוא שכמות המודעות הופכת לאיכות - גם לגבי עבירות כוונה שלכאורה לפי סעיף 20א היה צריך להוכיח בה רצון, גם במקום שבו הנאשם לא רצה שתתמש התוצאה ולא חפץ בה אך ידע ברמה של קרוב לוודאי שתתרחש התוצאה (צפה ברמה גבוהה של וודאות) - הידיעה שקולה לכוונה. אם פעלנו מתוך רמה גבוהה של הסתברות שתתרחש תוצאה מסוימת, הדבר נחשב כביכול האדם רצה בתוצאה. למילה כוונה יש שתי משמעויות:

1. הפרשנות הבסיסית - רצון: סעיף 20 א.
  2. מושג של עבירות תוצאה מיוחדות: סעיף 20ב - הלכת הצפיות. ידיעה ברמה גבוהה של קרוב לוודאי, נחשב גם לכוונה. הרמה הגבוהה של הוודאות מפצה על חוסר הרצון ומהווה שקילות ערכית שמקפיצה לכוונה. למשל, שתי חברות שמתערבות ביניהן על 1000 דולר מי תצליח לקלוע בחץ וקשת באזור מסוים בגוף וגורמות חבלה חמורה. רוצים להעמיד אותה לדין בכוונה לגרום חבלה חמורה והיא טוענת שהיא לא רצתה בתוצאה. לא מתקיים רצון במשמעות הבסיסית שלו, אך הוא מתקיים במשמעות של ידיעה - היא לא רצתה לפגוע בו אך רצתה את הכסף, הייתה לה רמה גבוהה של וודאות שעלולה להיגרם חבלה חמורה והדבר כמעט משתווה לאדם שהיה עושה זאת מתוך רצון. הן הפגינו זלזול בערך המוגן של שלמות גופו של אדם ולכן הדבר חמור כמו רצון.
- לסיכום, הלכת הצפיות היא סעיף שאומר שמי שפועל מתוך ידיעה ברמה גבוהה של וודאות שהתוצאה תתרחש, כמוהו כמי שרוצה שהתוצאה תתרחש.

**מודעות לאפשרות גרימת התוצאה + רצון = מודעות ברמה של קרוב לוודאי שתתרחש תוצאה = כוונה**

הלכת הצפיות לפי סעיף 20ב רבתי חלה על כל עבירות התוצאה. לגבי עבירות כוונה, היא תתעורר באופן אוטומטי, ולגבי שאר עבירות התוצאה - ניישם לפי עובדות כל מקרה ומקרה.

סעיף 20 ב הוא סעיף שחל על כל עבירות התוצאה מסוג כוונה.

ישנם מקומות שבהם ישנה כוונה או ישנו רצון בוודאות. המיקום של הלכת הצפיות הוא בתוך עבירות שדורשות כוונה או מטרה, ותוכנה הוא "ראיה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי".

בנוסף, לפי סעיף 90 - הדבר יכול להיות או מטרה או מניע (לרוב המניע לא רלוונטי למעט מקרים ספציפיים כמו גזענות), ולכן לרוב - נגיע למסקנה שיש מטרה, והשאלה היא האם ניתן להכיל את הלכת הצפיות גם בעבירות התנהגות מסוג מטרה?

### תחולת הלכת הצפיות בעבירות מטרה התנהגותיות -

מתעורר בעבירות התנהגות שבתכולת הסעיף שלהן יש דרישה לכוונה. לפני תיקון 39 לפי פרופ' פלר, הייתה אבחנה מקובלת בין עבירות מניע לעבירות מטרה. פלר טוען שיש להבחין ביניהם ואם יש עבירה שמפורשת כעבירה מיוחדת, אין צורך להכיל את הלכת הצפיות, ולעומת זאת בעבירות התנהגות מסוג מטרה - יש לשקול. לפני תיקון 39, בכל סעיף עבירה התנהגותית מסוג מטרה, ביהמ"ש היה מחליט אם להכיל את הלכת הצפיות או לא להכיל אותה ולהתעקש דווקא על הוכחת רצון. בכחינה, ניתן לצאת מנקודת הנחה שהעבירה היא עבירת מטרה.

לפני תיקון 39, הפסיקה קבעה שכל סעיף מסוג מטרה ייבדק לגופו של סעיף וביהמ"ש היה מחליט אם להכיל או לא את הלכת הצפיות. ביהמ"ש נהנה מגמישות אם להכיל או לא את הלכת הצפיות והוא היה מפרש מה היסוד הנפשי הנדרש, הלכת הצפיות הייתה פרי פסיקה. למשל:

שיקולים בעד ונגד הכלת הלכת הצפיות:

- שיקול בעד הכלת הצפיות - היה שאם לא נכיל אותה נרוקן את הלכת הצפיות מתוכן, מכיוון שאז מעטים מאוד יהיו המקרים שיוכלו בסעיף והוא יהפוך לאות מתה.
- שיקול נגד הכלת הצפיות - בעבירות בסיס ועבירות חמורה. ישנן עבירות שמסתפקות בעבירה פלילית רגילה, ויש עבירה חמורה יותר שהיא עבירת מטרה (ואז העונש חמור יותר). גם אם לגבי עבירת המטרה ביהמ"ש יתעקש על רצון ולא על צפיות, הנאשם יורשע בעבירה הקלה יותר וזהו שיקול מדוע לא להכיל את הלכת הצפיות.





### עבירות נגד בטחון המדינה

בעבירות נגד בטחון המדינה, עבירת הצפיות מתעוררת, כי ישנן עבירות שבגלל שהערך של הגנה על בטחון המדינה הוא חשוב, ההגנה עליו רחבה, העונשים בגינו חמורים, ולא צריך להוכיח שבטחון המדינה נפגע. העבירות שדנים בהן הן לא עבירות מטרה אלא עבירות מיוחדות, והשאלה היא משמעותית. לרוב, הריגול נובע מרצון להרוויח כסף ולא לפגוע בהכרח בבטחון המדינה. שאלה שהתעוררה לדיון על הלכת הצפיות:

**סעיף קטן 113 ב'** - באופן עקבי מסתפקים בידיעה ולא דורשים חפץ ממש ומכילים את הלכת הצפיות משתי סיבות:

1. בגלל שבטחון המדינה הוא ערך חברתי חשוב שצריך להישמר מכל פגיעה בו הפרשנות היא רחבה
2. המרגלים עושים את מה שהם עושים לא כדי לפגוע בבטחון המדינה, ולכן אם נעמוד על כך אנחנו עלולים לרוקן את הסעיף מתוכן או לפטור מרגלים אחרים מאשמה חמורה יותר.

**כפס"ד וענונו** - מוזכרים שני פסקי דין בנושא בטחון המדינה:

- **פס"ד סילבסטר** - היה פקיד בחברת החשמל הישראלית ערבית (היא הייתה משותפת בקום המדינה). הוא היה מודיע לאנשי חברת החשמל שנמצאים בצד הערבי איפה היו הפסקות חשמל (איזה אזורים הוחשכו שהייתה בהם פגיעה). רצה להעמיד אותו לדיון כי הוא מוסר ידיעות חשובות במטרה לסייע לאוייב. הוא טען שלא התכוון לסייע לאוייב, אלא מסר אינפורמציה מקצועית. ביהמ"ש זיכה אותו למרות שכתותחן ישנה משמעות לאינפורמציה שסיפק).
- **פס"ד סיטה** - סיטה היה מרגל שמסר סודות והיה לו קשר עם אדם מהגוש המזרחי, הוא טען שלא רצה לסייע לאוייב וביהמ"ש מרשיע אותו כיוון שהוא ידע מה תוכן הידיעות שמסר וזה מספיק.

ההבדל בין שני המקרים:

- עומק הידיעה - זילברג טוען שבסילבסטר יש דבר שהוא מעבר לרמת הידיעה וזהו מימד העומק של הידיעה (כמה האדם ער לידיעותיו). לכאורה, משהו בעומק המודעות של סילבסטר גורם לזיכוי כי אם הוא היה נעצר הוא היה מפסיק מיד כיוון שהיו גורמים לו להבין שהוא עושה נזק.
- רמת הידיעה - השופט שמגר טוען שההבחנה בין סילבסטר לסיטה היא ברמת הידיעה (סיטה ידע ברמה גבוהה של וודאות שהידיעות מסייעות לאוייב, בעוד לסילבסטר לא הייתה מודעות זו).

**וענונו** גילה סודות על המשך פיתוח האטום שפוגע בבטחון המדינה, והוא טען שדווקא במסירת המידע הוא מגן על בטחון המדינה. השופט שמגר טען שלצורך סעיף 113 ב' - הוא קובע שכדי לעמוד בו מספיקה ידיעה ברמה גבוהה של וודאות. הוא אומר שכאשר הידיעה של הנאשם היא ככד משמעותית, ניתן ממש לראות בה כוונה, חפץ, רצון. מה שעולה מפסק הדין - מספיק שהמדינה סבורה שהמעשה פוגע בבטחונה ווענונו יודע שהמדינה סבורה כך, כדי ליידע לוענונו את הידיעה שהמעשה פוגע במדינה בעיני המדינה עצמה.

השופט גולדברג מכיל את הלכת הצפיות דרך סעיף 93 לחוק העונשין - שההגנה לפי סעיף הכורח (כשמישהו מאיים לעשות משהו) לא תשמש עילה לפטור מאחריות פלילית כמו בסעיף 113 ב', אך היא כן יכולה לשמש עילה להמתקת הדין. השיקול יהיה בעונש, אך לא באחריות. זהו תחת סייג כורח וסייג שבו אדם פועל בהיעדר רצון - בגלל שמישהו מאיים עליו ולא מתוך רצון (אדם שנפל בשבי למשל). לכן, לסעיף 113 ב' לא חייב להוכיח רצון ומספיק להוכיח ידיעה ברמה גבוהה של וודאות (הגיעו להלכת הצפיות מכיוון אחר).

תיאורטית, סעיף 113 ב' יכול להתבצע בנסיבות של כורח.

סעיף 93 משמש תיאורטית כסעיף שדורש מספר רמות של מחשבה פלילית. ישנן עבירות חמורות יותר: עבירות של ביטחון המדינה חמורות יותר ממדע עם סוכן זר. הדיון הוא לגבי העבירה החמורה יותר.

### עבירה של לשון הרע

**פס"ד בורוכוב נ' יפת** - איך לפרש את העבירה הפלילית של לשון הרע - ישנה עבירה פלילית ויש עוולה נזיקית. בשניהם מדובר על פרסום לשון הרע, אך ההבדל בין העבירה הפלילית לעבירה הנזיקית הוא צמד המילים "בכוונה לפגוע". ישנו פס"ד שדן בהלכת הצפיות - ברק מתלבט אם להכיל את הלכת הצפיות על עבירת לשון הרע. שתי פרשנויות:

1. רצון לגרום לתוצאה
2. צפיה ברמה גבוהה של וודאות שהתוצאה תתרחש

באמצעות הכלים של פרשנות תכליתית, יש להוכיח כוונה במוכן של חפץ ממש. ברק סבור שהחפץ עושה את ההבדל בין העבירה הפלילית של לשון הרע לבין העבירה הנזיקית. גולדברג מדגיש את הערך של חופש הביטוי, ומכריע.

לא החילו את הלכת הצפיות על עבירת לשון הרע. אחרי שנים רבות, השאלה של תחולת הלכת הצפיות עולה שוב על חוק איסור לשון הרע בפס"ד **ביטון נ' סולטן** (לא בכל העבירות הפליליות יש שמות בפסק הדין) לא מכילים את הלכת הצפיות על איסור לשון הרע, ומסכימים שסעיף 20 ב הוא לא הסדר שלילי ולא חל על עבירות התנהגות ולא חל באופן גורף ולא שלא חל בכלל. הדעה המכריעה היא דעתו של ברק שיבדקו מסעיף לסעיף לפי פרשנות משפטית ראויה. היועץ המשפטי לממשלה היה בעד להכיל את הלכת הצפיות על חוק איסור לשון הרע. חשין, מצא ונאור תמכו בכך. גישת המוצא היא כן להכיל את הלכת הצפיות.

פס"ד זה דורש לפתוח לדיון מחדש את הלכת בורוכוב. שקילות בין רמה גבוהה של וודאות לגבי הרצון הוא לא הערך היחיד. ישנם ערכים שקילים נוספים וחשובים, כמו חופש הביטוי, ומאז בורוכוב סעיף 34 כ"א מגיע במקום שיש בו התלבטות פרשנית ולוקחים את הביטוי שפחות פוגע בזכויות יסוד ולא מחילים באופן אוטומטי את הלכת הצפיות. קודם עושים פרשנות לכל עבירה ועבירה. אם כבר, להיפך- כל הטוענים שאי הלכת הצפיות פוגעת באופן גורף, הוא טוען שבעצם העובדה שמרחיבים את סעיף 20 מעבר למה שיש בו מהווה פגיעה. 4 הפרמטרים שיש לאזן אותם לפי ברק:

1. חופש ביטוי
2. חופש אישי
3. זכות לשם טוב
4. זכות הציבור

ברק טוען שהיועץ המשפטי טוען ששלום הציבור יותר פגיע מבעבר (לחיצת מקלדת). ברק מגיע למסקנה שחייב שיהיה רצון (הוא עקבי מאז בורוכוב).

מצא מכיל גישה רחבה- מבחינתו כן מכילים את גישת הצפיות.

חשין- מסמן שינוי מסויים בתפיסה: לא הגיוני ולא ערכי לטפל בעבירות התנהגות מסוג מטרה ולא להחיל עליהן את הלכת הצפיות. הוא לא מבין מדוע המחוקק לא מתייחס לעבירות תוצאה כמו לעבירות התנהגות. הוא טוען שהדבר לא מוצדק שהמחוקק לא התייחס בצורה מפורשת לעבירות התנהגות, אך אם זוהי בחירתו של המחוקק בסעיף 20 ב הוא אומר שאין ברירה ומסכים עם השופט ברק בכך שסעיף 20 ב לא חל על עבירות התנהגות. הוא בעד כן להכיל את הלכת הצפיות על איסור לשון הרע בעבירות מטרה מסוג התנהגות (הדבר מקרין על השאלה: "מה המחוקק חושב שהמילה בכוונה אומרת?") בגלל כל האמירות שלו שבבסיסן הוא לא מבין למה המחוקק מחלק בין עבירות תוצאה להתנהגות, הוא חושב שסעיף 20 ב אומר שנקודת המוצא היא כן להכיל את הלכת הצפיות במקרים שבהם הסיכוי גבוה להתרחשות תוצאה (מי שמפרסם לשון רע עם תוכן פוגע גורם לתוצאה כ"כ ודאית ומתבקשת מהתנהגות זו שברור שיש להכיל את הלכת הצפיות). לוקח את סעיף 1א329 (גרימת חבלה חמורה) ואומר שיש דמיון בין פגיעה בגוף לפגיעה בנפש וכך הוא משווה לכך שאין הבדל בין עבירת התנהגות לעבירת תוצאה. חשין לא מסכים עם תיאורית 4 הפרמטרים של ברק וטוען שהאינטרסים המתחרים הם רק 3:

1. חופש הביטוי- של העיתונאי
2. זכות לשם טוב- של נשוא הכתבה

הוא טוען ששניהם נגזרות חשובות מכבוד האדם וטוען שאם לא נתייחס לכך אנחנו נרוקן את הסעיף מתוכן (הוא חושב שכשמכילים את הלכת הצפיות עושים הבחנה בין עבירה פלילית לעבירות אחרות).

בעיקרון, סעיף 20 ב שינה לפחות בנקודת המוצא (יש שקילות ערכית ויוצאים מנקודת הנחה שצריך להכיל את הלכת הצפיות). דעת הרוב היא עם ברק. העבירה של חוק איסור לשון הרע לא מתקיימת כשיש מספיק ידיעה, וההלכה הרווחת בביהמ"ש העליון היא שביחס לעבירות התנהגות (מטרה) סעיף 20 ב לא חל והפסיקה יכולה אם להכיל או לא את הלכת הצפיות.

שוטר שנפצע בקטטה במועדון ורצה להסתיר את זה שזה קרה בקטטה במועדון כי חשש שיחשבו שהוא עובד במועדון בזמן שהוא שוטר. הוא המציא סיפור וחברו עזר לו, כך שהוא מסר עדות שקרית. הוא עשה זאת לא מתוך רצון לשבש הליכי משפט, והוא הועמד לדין על סעיף 244 שהוא סעיף התנהגותי. השאלה היא האם התקיימה המחשבה הפלילית המיוחדת. השופטת בייניש- חושבת שסעיף 20 ב מתייחס רק לעבירת תוצאה וטוענת שכאן ברור לה שכל הגישות יכריעו שכן צריך להכיל את הלכת הצפיות בין אם יעשו זאת מכוח 20 ב ובין אם יעשו זאת מתוך שיקול דעת. טוענת שזוהי עבירה קלאסית שיכולים להיות מספר מניעים או סיבות לשיבוש הליכי משפט (היא נשענת גם על הסעיף וגם על הנסיבות של המקרה הקונקרטי). היא טוענת שמספיק שהוכיחו הליכי משפט.

## שיעור 15

## 15.5.18

בשאלה שמזהים שהפעולה לא מתוך רצון שמצוין בסעיף שעוסק בהתנהגות, נבדוק את חשיבות נסיבות המקרה. **ער"פ 22/04 - פס"ד אלקורעאן** - ערעור על סעיף 332. החילו לגביו את הלכת הצפיות. סיכון חיי אנשים בנתיב תחבורה, אדם שפגע במשטרה וברח רצה להתחמק בדוח של המשטרה ונסע כמו מטורף וסיכן את התנועה. הוא טען שלא עמד בסעיף כי לא רצה לפגוע באנשים ולסכן את הבטיחות אלא רק רצה להתחמק מעונש, פסקו שלא צריך רצון ממש אלא מספיקה כוונה, ובגלל שרצו להרחיב את ההגנה על הערך המוגן. בהיעדר ערך גובר המקיים פירוש סביר שלא להכיל את הלכת הצפיות, יש להכיל את הלכת הצפיות. ישנה שקילות ערכית בין ידיעה ברמה גבוהה של וודאות לבין רצון. הסעיף מדבר על חזות התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי, יש לבדוק האם בנסיבות המקרה הספציפי הייתה לנאשם ידיעה ברמה הנדרשת. דבר שאי אפשר לדלג עליו- היישום ולא רק השאלה אם להכיל את הלכת הצפיות או לא.

תחולת הלכת הצפיות על רצח בכוונה תחילה

עבירת תוצאה.

**פס"ד אילוז ואליאס** - אין להסתפק בהלכת הצפיות ויש צורך ברצון כי מדובר בעבירה חמורה. ואמנם, יש הסוברים שיש להכיל גם על רצח בכוונה תחילה את הלכת הצפיות (השופט אנגלרד בפס"ד פוליאקוב שעסק בסיוע לרצח אמר שלשם הרשעה ברצח בכוונה תחילה, צריך להוכיח את כל הרכיבים של כוונה תחילה שמוגדרים בסעיף 301, ולצורך הרכיב של כוונה, ניתן להחיל את הלכת הצפיות כשרק שאר הרכיבים ירשיעו ברצח בכוונה תחילה. מצד שני, רבים סוברים שגם היום אין להחיל את סעיף 20 ב על רצח בכוונה תחילה מהטעמים שכוונה תחילה היא ל רק כוונה אלא יותר, שרצח בכוונה תחילה הוא מעשה חמור מאוד ולכן אין להחיל. **גם בפס"ד יגאל עמיר** - השאלה הייתה האם להחיל את ההלכה או לא.

**פס"ד אלימלך** - הנאשם דקר 2 דקירות סכין במנוח בנוכחות אביו של המנוח. לאחר הרצח, אלימלך הנאשם מתקשר לבית המנוח ואת הטלפון מרים שוטר שהתחזה לאח של המנוח, הוא אמר שהפעם הוא לא המית את המנוח בגלל כבודו של האב, אך בפעם הבאה הוא ימית אותו (הוא לא ידע שהמנוח כבר מת). משפט זה הציל אותו והוא זוכה מרצח בכוונה תחילה. מצא חילק את ההתייחסות לשניים:

1. יש כלל ראייתי עובדתי של חזקת המודעות (חזקת הכוונה) - כלל ראייתי לפיו אדם מודע לתוצאות מעשיו. זוהי חזקה עובדתית שניתנת לסתירה (ביהמ"ש לא יכול לדעת מה בלבו של אדם ולכן הוא משתמש בנסיבות חיצוניות כדי לדעת מה הייתה הכוונה
2. מצד שני, מייחסים כוונה לתוצאות ההתנהגות כשאדם דוקר דקירות משמעותיות, אך מצא מסיק שלמרות שהמנוח נדקר פעמיים, הנאשם לא התכוון להמיתו והחזקה הראייתית נופלת (כי אין כוונה = אין ראיית).

מצא טוען שיש לשים לב שתחולת הלכת הצפיות היא שאלה מהותית ולא ראייתית, כי אם היא חלה ברצח מכוח 20 ב לא צריך להוכיח רצון ומפיק להוכיח ידיעה ברמה של קרוב לוודאי. סעיף 20 ב לפי מצא מדבר על כוונה ספונטנית בשונה מכוונה תחילה, וחל רק על עבירות של כוונה ספונטנית ולא על אחרות. מקבל את עמדתו של פרופ' קוגלר על הלכת הצפיות ברצח ולא מסכים עם אנגלר בפוליאקוב. בייניש משאירה בצריך עיון, כי היא קובעת שלא הייתה לנאשם אלימלך אפשרות לדעת ברמה קרובה לוודאי.

**סעיף 20ג2 - כוונה מועברת** - הקורבן בפועל נכנס לרגליו של הקורבן המיועד ואין נפקא מינה במקרה שטעו (אם אדם המית כלב במקום להמית אדם זה לא יחול, מקסימום יהיה ניסיון רצח אך לא רצח). הסעיף מדבר על קורבן מיועד וקורבן בפועל ששניהם מאותו סוג (צריך לבדוק איזו עבירה הושלמה עובדתית ואם הייתה מודעות לנסיבות, ואם היא לא הושלמה עובדתית או לא הייתה מודעות לנסיבות, במקסימום תהיה אפשרות להרשיע בניסיון). למשל, אדם שרצה להמית שכן והמית את אביו של השכן במקום - האדם יישא באחריות פלילית לגרימה של מותו של אדם בלי קשר לכך שזהו לא האדם שרצה להמיתו מלכתחילה. אם נגיד היה ממית את אביו שלו, הוא כן היה מורשע כי הוא ענה על הסעיף של הגורם במחשבה פלילית רגילה למותו של אביו. יש הבדל ולא נוכל להרשיע בהמתת אב כי אין מחשבה פלילית או מודעות ביחס לאב, ולכן אי אפשר להרשיעו בהמתת אביו אלא אפשר רק לקחת את הקורבן המיועד ולשים אותו בנעליו של הקורבן בפועל (במקסימום אפשר להאשימו בהמתת אדם). אם רצה להמית את אביו והמית אדם זר, אי אפשר להרשיע אותו ברצח אביו כי חסרה לו המחשבה הפלילית ביחס לנסיבת האב. אי אפשר להרשיע ברצח כי התקיים רק היסוד הנפשי ולא היסוד העובדתי ולכן נרשיע רק בניסיון ולא ברצח עצמו.

צריך שהאקטוס ראוס יתקיים בסופו של דבר.

סעיף 303 - עבירה של המתת תינוק - עבירה שקשורה לדיכאון אחרי לידה. אישה שגרמה במזיד במעשה או במחדל למותו של תינוקה שגילו לא עולה על 12 חודשים, דינה מאסר 5 שנים אם בנסיבות שהיא המיתה אותו בגלל שהיא בדיכאון אחרי לידה העונש הוא רק 5 (או עד) 5 שנים. מספיק ערעור של שיקול הדעת. אם היא פוגעת בילד אחר מעל גיל 12 חודשים - הדבר לא נכנס לסעיף אלא תקף רק לגבי הוולד.

### מחשבה פלילית ביחס לתוצאה - מחשבה פלילית (מודעות לאפשרות) + פזיזות

מדובר על עבירת תוצאה. בעבירות תוצאה, ביחס לעבירות התוצאה יש להוכיח את המחשבה הפלילית, ובנוסף - פזיזות. פזיזות מורכבת משני סוגים:

1. אדישות
2. קלות דעת

לנוכח מציאות חוקית שבה אין משמעות לפער בין פזיזות של אדישות לבין פזיזות של קלות דעת, יש להוכיח גם את היחס הרגשי חפצי - מה היה הרצון ביחס לתוצאה.

קוגלר טוען שהדבר מיותר. הוא טוען שהיחס החפצי לא משנה (סוגי הפזיזות). הדבר לא נכון בעולם שהשתנה שבו יש עבירות שכן דורשות אדישות, ומשנה לעניין העונש - כשלבחמ"ש יש שיקול דעת רחב איזה עונש לתת בהריגה, יש הבדל. למשל אדישות - עבריינים שבורחים מהמשטרה ולא אכפת להם לברוח בדרך ולפגוע באנשים תוך כדי (כמו הפס"ד של הפושע שברח ופגע בתנועה). לכאורה, היחס החפצי פחות חשוב. בסיכון בלתי סביר - גם אם יצליחו להרשיע בהריגה, רמת המחשבה הפלילית היא קלות דעת ולא אדישות. במציאות ניתקל בקושי לקבוע אם המעשה נעשה מתוך מודעות לתוצאות או בהיעדר המודעות, מהי המודעות, איך יודעים שהיא קיימת - זהו קושי שמלווה את המשפט הפלילי.

קשה להכריע האם הנאשם היה מודע לאפשרות גרימת המוות או שהוא לא היה מודע ואדם סביר היה כן מודע. המחוקק מחלק דיכוטומית - או שידעו או שלא, ודבר זה מייצר קושי כי המציאות היא לא שחור לבן. למשל הורים ששמים ילד באמבטיה, עושים משהו בינתיים והילד נחבל חבלה חמורה. מהי המחשבה הפלילית של האם? האם היא ידעה שלשים אותו באמבטיה יכול לגרום להחלקה או למוות? אם היא ידעה ניתן להטיל עליה אחריות בעבירה של מחשבה פלילית. ניתן גם לומר שהדבר לא עלה על דעתה וניתן להרשיע אותה רק ברשלנות ולא בעבירה של מחשבה פלילית (כנ"ל לגבי בריכה קטנה). התלבטות זו היא אמיתית וחוזרת על עצמה כי קשה להוכיח ולדעת (קשה לומר מה הייתה רמת המודעות). בעבירות המתה, תאונות דרכים, ועבירות נשק בצבא עולות מרבית השאלות.

אחרי תיקון 39 בגלל שימוש מסיבי בחזקת המודעות - חזקה עובדתית לפיה אדם מודע לתוצאות הטבעיות הצומחות ממעשיו.

**פס"ד ממדוב ער" 1196/699** - פס"ד ממדוב - הייתה התגודדות של שיכורים הומלסים, לא לגמרי באופן שאין אחריות פלילית. בעיטות בבטן מקורבן הביאו למותו של הקורבן. הנאשם טען שהמטרה שלו הייתה להעיר את הקורבן השתוי. בערעור קדמי אומר שצריך מודעות לסכנה חמורה ולא למוות (לא נכון כי צריך מודעות לאפשרות של מוות). והוא מתייחס לפסקי הדין ויניצקי ופלוני שהם פסקי דין שלא הכריעו כי במקרים שלהם הייתה מודעות לתוצאת המוות. השופט זמיר משאיר בצ"ע את השאלה של המודעות לתוצאת המוות וזועבי אומר שצריך מודעות לתוצאת המוות. אלימות קשה באזור רגיש מולידה משמעות לפיה האדם היה מודע לאפשרות הריגה של אדם. קדמי מוסיף שזה לא סביר שהנאשם לא היה מודע לסכנה. רות קנאי - במקרים כמו ממדוב שהעולם של הנאשם הוא כלכך רחוק מהעולם של השופט, יש נטייה להחיל בקלות את חזקת המודעות כי הם לא מצליחים להבין את הסיטואציה ולכן זה מעניין לראות שמפעילים פה את החזקה.

**פס"ד אבו עלהווה 4463/00** - הפעלת חזקת מודעות שבסופו סכין ננעצה בירך הקורבן וגרמה למותו משטף דם (חתך עמוק של 11 ס"מ). השופט מצא מפעיל חזקה ע"ג חזקה - "נועץ סכין ויודע שיש סכנה לחבלה חמורה לפחות ויש לו מודעות לחבלה חמורה+ הוא יודע שחבלה חמורה מסתיימת לפעמים במוות, ומי שמודע לסכנה של חבלה חמורה מודע לסכנת המוות. השופט בייניש אומרת שכשהחבלה החמורה מעצם טיבה מסכנת חיים, מתקיימת האפשרות לתוצאה קטלנית.

חזקת המודעות מתחזקת ככל שמדובר במעשה שהוא רשלנות רבתי (ככל שהמעשה חורג מהנורמה כך נפעיל את חזקת המודעות יותר).

**פס"ד מגידיש 3158/00** - תאונת דרכים קטלנית שבה נהרגת אישה בת 85 הולכת רגל ביבנה. היא חצתה את הכביש ונהרגת ע"י מגידיש. בגלל שאין מכונת רנטגן לנאשם, מסיקים מתוך חזקות עובדתיות כמו חזקת המודעות שהאדם היה מודע לתוצאות הטבעיות של המעשים שלו, וחזקה נוספת - ככל שהאדם יותר רשולן כך יש יותר דרך להוכיח שהוא ידע שהוא מסכן חיי אדם. השופט אנגלרד קובע במגידיש חד משמעית שחזקת המודעות קמה לאור רשלנות רבתי של הנאשם ומדגיש שהיא חזקה עובדתית בלבד. לדבריו, הקישור בין רשלנות רבתי למשמעות מעשיו הן חזקות עובדתיות באופן חד משמעי. כיום ברור שהדבר הוא מקסימום חזקה עובדתית שנעשה בה שימוש רחב. מגידיש הכיר את האיזור, ידע שמדובר באיזור עירוני, ונסע במהירות של 95 קמ"ש - וכך ביהמ"ש טוען שהנאשם נטל על עצמו סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה.

**פס"ד יאסר מתמרה** - ער"פ תאונה קטלנית להולכת רגל. הנאשם לא נתן דעתו על הנעשה בדרך לפניו אך מהיכרותו את הדרך ואת כללי התנועה, ניתן להסיק שהייתה לו מודעות ביחס לתוצאות המוות. הרשיעו בהריגה.

**פס"ד אקמין** - הנהג לא נתן דעתו על הנעשה בכביש. הדבר מסכן את הולכי הרגל. זהו מקרה שכיח שבו הסיקו מודעות לכך, אך המודעות של הנאשם לא נמצאת במרכז התודעה שלו. זהו המצב הקלאסי של קלות דעת.

שני מימדים לידיעה לפי קרן אטינגר:

1. רחב הידיעה
2. עומק הידיעה

בחוק אין התייחסות לכך. ככל שאדם יותר חרד הגנה על חיי אדם, כך מידע זה יותר נוכח בתודעתו. בעבירת הריגה יש הבדל בין המינימום שקרוב לגרימת מוות ברשלנות, לבין המקסימום שקרוב לגרימת מוות בחבלה. לא תמיד המודעות היא מלאה.

**פס"ד פרבשטיין ער"פ 6631/01** - אדם שנסע בכביש מעוקל ותלול מהר ממש ועקף מכוניות מימין ומשמאל, זגזג, עד שאיבד שליטה מול צלע הר, הסיט את הרכב וגרם לתאונת דרכים קטלנית. ייחסו לו מודעות וטענו שמספיק שהאדם ידע באופן כללי שאם הוא נוסע בצורה כזו המסקנה היא שהוא ידע שהדבר עלול להסתיים בתאונה קטלנית.

**ער"פ רוסולופו 4419/09** - רופאה מרדימה שהורשעה בהריגה במקרה שהיא נרדמה בניתוח של ילדה עם פזילה. היא נרדמה כ-10 דקות קריטיות ולא הורידה את המינון של חומר ההרדמה. ייחסו לה מחשבה פלילית וקלות דעת.

## שיעור 16

## 16.5.18

חריגים לכלל שלפיו חייבים להוכיח מחשבה פלילית:

1. רשלנות (סעיף 21)
2. אחריות קפידה

סעיף 21- רשלנות

רשלנות כיסוד נפשי.

מה צריך להוכיח ברשלנות? 3 תנאים:

1. חוסר המודעות של הנאשם לאחד מהרכיבים של האקטוס ראוס- חייב להיות חוסר מודעות לאחד מהמרכיבים, למשל במקרה מוות שלא הייתה מודעות לתוצאת המוות.
2. שאדם מן היישוב באותה סיטואציה יכול היה להיות מודע- בנסיבות העניין על אדם רגיל היה להיות מודע, תלוי בסעיף. בדר"כ היו צריכים להיות מודעים לתוצאה. השאלה הגדולה היא מי הוא אותו אדם מן היישוב שלפיו נקבעים הסטנדרטים?
  - לפני תיקון 39- בדקו לפי האדם האמיתי (למשל שכניו של האדם), דיברו על סטנדרט של אדם ממוצע. דבר זה התיישב עם ההצדקה להרשעה על רשלנות, שהאדם פועל בשונה לכל מי שמסביבו.
  - אחרי תיקון 39- הסטנדרט של אדם מן היישוב ננטש ע"י ביהמ"ש בעיקר בפס"ד באש. בעיקר בפס"ד זה נקבע שהסבירות נקבעת לפי ניסיון החיים והידע של השופט, ביהמ"ש אמר שהשופט יכול להיעזר בעדים מומחים אך בסופו של דבר ביהמ"ש קובע מה היה צופה אדם מן היישוב באותן נסיבות. מפס"ד באש, מתחיל להיות פער בין האדם הממוצע במציאות לבין האדם הממוצע לפי השופטים. ההצדקה לרשלנות הפלילית- היינו מצפים שהאדם יהיה האדם הממוצע והסביר ושלא ימולא בתוכן כמו שביהמ"ש עושה. השופט דורנר אומרת שאין שינוי. ההבדל הוא בין האדם הממוצע לבין האדם הסביר של ביהמ"ש, שהיא דמות פיקטיבית מומצאת של ביהמ"ש. בשורה התחתונה, בודקים בעיני ביהמ"ש מה היה עליו לצפות. לפי ויזל, הסטנדרטים שביהמ"ש יוצק לתוך האדם הסביר שלו פוגעים בעקרון החוקיות. שאלה נוספת: באיזו מידה אם בכלל יש להתחשב בתכונות האופי של הנאשם? ביהמ"ש לוקח אדם סביר בגיל הנאשם ובתכונותיו, יש נתונים אישיים שמשליכים על מידת המודעות של הנאשם לפרטי העבירה (כמו אדם שבא מתרבות אחרת). ישנן תכונות אישיות של הנאשם שגורמות לו להיות שונה, ועל כך יש מחלוקת:
    1. מצד אחד על האדם להיות יותר זהיר אם הוא יודע שיש לו מוגבלות
    2. האדם המוגבל נמצא במצב רגיש יותר ואי אפשר להעניש אדם על מוגבלותו.
 במונחים של אשמה, יש להתייחס סובייקטיבית לאדם ולרקע שלו. מצד שני, אין ספק שלא כל תכונה תצדיק התחשבות. הפסיקה הישראלית לא התחשבה בנתונים אישיים לצורך קביעת הסטנדרט של אדם סביר למעט מקרים של רשלנות מקצועית (למשל במקרה של רופא רשלין- יבדקו את הרופא הסביר).
3. אי סבירות נורמטיבית ערכית- גם אם הוכח שהנאשם לא צפה את אפשרות התוצאה במקום בו האדם הסביר כן צפה- עדיין צריך להוכיח שהסיכון היה בלתי סביר (ביהמ"ש מחליט אם הסיכון היה סביר לפי מידת הסיכון והתועלת של הסיכון).

אם עובדים נכון לפי 3 הסעיפים של סעיף 21, יכולים להגיע לתוצאה לא רעה.

סעיף קטן ב'- מקסימום העונש על רשלנות הוא 3 שנים.

במקביל, נקבע בסעיף 90 ב שבכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של תיקון 39

נאשם שפועל במודעות, מגלה זלזול מופגן כלפי הערך המוגן. כשנאשם פועל בחוסר מודעות, בסיטואציה הנאשם לא בחר לפגוע באינטרס המוגן כי הוא לא פעל מתוך מודעות והוא לא העדיף את האינטרסים שלו על פני האינטרס המוגן הציבורי.

אין ידיעה בפועל של מה החברה מצפה ממנו, כיוון שכך מידת האשמה פחותה- ולכן עבירות רשלנות הן סוג מיוחד במשפט הפלילי (ניתן לראות זאת גם בסעיף 19, וגם לפי העונש). בגלל שרצו לתת הגנה מקיפה לערך המוגן, יצרו את עבירות הרשלנות.

הדרישה ברשלנות גבוהה יותר מהדרישה הרגילה של מחשבה פלילית. הדרישה היא מכל אחד מהאזרחים להיות ערני ולבדוק שהמעשה לא טומן בחובו סיכונים, הציפיה היא שכל אחד מהאזרחים לא יחרוג בהתנהגותו מהסטנדרט המקובל בחברה בה הוא חי.

לכן, לפי ויזל- צריך לצמצם את הענישה ברשלנות לערכים היותר חשובים בחברה (כמו שמירה על שלמות הגוף). מי שפועל בחוסר מודעות, לא עושה בחירה רעה בשלב בו הוא פועל, אך באים אליו בטענות שהוא אשם בגלל שהייתה לו אפשרות לבחור לפני המעשה עד כמה להיות עירני וקשוב למה שקורה סביבו ועד כמה הוא מתרכז רק בעצמו. אם מדברים על ענישה של אדם שחורג מהסטנדרטים של הסביבה, יש סיבה למה הוא לא מודע לדברים שאליהם שאר האנשים כן מודעים.

גישה תועלתנית	גישה דיאונטולוגית (גמולית)
גישות תועלתניות ייטו ליצור יותר עבירות רשלנות (שמות יותר על הנזק שנגרם בפועל)	בגישות גמוליות נצטרך לבסס הסבר למה אנחנו מניחים אחריות פלילית על הרשלין

באים בטענות לאדם שמשוהו בחוסר הערנות שלו לסטנדרטים המקובלים מראה על זלזול והקפדה פחותה על הערכים החשובים שהחברה מחליטה עליהם.

- ניתן לטעון שלכאורה, ברשלנות אין אלמנט של הרתעה, כיוון שאם האדם פועל בחוסר מודעות לא ניתן להרתיע אותו. דבר זה שונה מפעולה במודעות. ברשלנות פועלים בחוסר מודעות ולכן אם היינו יודעים שדבר מסוים הולך לקרות לא היינו עושים אותו, ולכן אומרים שאלמנט של הרתעה קיים גם בעבירות רשלנות. באמצעות הרשעה בעבירות רשלנות, אנחנו מעלים את רף הזהירות. משפט פלילי הוא גם כלי מחנך, ודרכו מחנכים את הציבור לערנות ולזהירות. עדיין, יש הטוענים שרשלנות לא בדיוק חלק מהמשפט הפלילי (שבו מחפשים גם אשמה וגם פוטנציאל לנזק).
- ברשלנות עלול להיות מימד של פגיעה בעקרון החוקיות כיוון שאנחנו מענישים לאחר מעשה. למשל פס"ד יעקובוב, שבו הואשם בגרימת מוות ברשלנות כי היה עליו לצפות שהסיטואציה שבה הוא שם את אשתו הייתה עלולה להיגמר בהתאבדות.

**פס"ד באש-** השאיר בחוץ מקרר ונחנקו בו ילדים. נשא בגרימת מוות ברשלנות. הוא לא העלה בדעתו שדבר זה עלול לקרות וגם אנשים אחרים לא העלו בדעתם שדבר זה יקרה. הדבר היה לא צפוי, אך בפעמים הבאות לא תהיה בעיה עם עקרון החוקיות. הבעיה תהיה רק בפס"ד זה עם עקרון החוקיות כיוון שאחריו הכל יהיה מוגדר מראש. סעיף 340- עוסק בנושא; "המשאיר או מפקיר דבר במקום שלילדים יש גישה אליו...דינו מאסר שנה".

איך מזהים עבירות רשלנות?

- לפני תיקון 39- הכל היה פרי פסיקה. רשלנות הייתה באמצע.
- אחרי תיקון 39- סעיף 19.1 אומר בפירוש שבהגדרת העבירה חייב להיות רשום באיזשהו אופן שהעבירה מסתפקת ברשלנות. לא תמיד הדבר יבוא לידי ביטוי במילה רשלנות. סעיף 449- הגורם ברשלנות סכנת שריפה לדבר לא לו- דינו מאסר 3 שנים. סעיף 108 ב'- מי שעבר עבירה לפי סעיף קטן א ופגע בבטחון המדינה, לפי סעיף קטן ב מסתפקים ברשלנות כדי להגן על הערך המוגן: בטחון המדינה. סעיף 338- העושה אחד מאלה בדרך נמהרת או רשלנית שיש בה לגרום חבלה דינו מאסר 3 שנים... אדם שעושה משהו בדרך רשלנית, ניתן להתלבט ולא רשום ספציפית רשלנות (כתוב בדרך רשלנית). סעיף 341- בעבירה שותקת הולכים למחשבה פלילית רגילה. הכותרת היא לא חלק אינטגרלי מהסעיף, אך עדיין ברור שזהו סעיף שמסתפק ברשלנות. סעיף 218- מעשה העלול להפיץ מחלה- העושה בהתרשלות מעשה העשוי להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות דינו מאסר שלוש שנים. העושה במזיד- דינו מאסר 7 שנים. יש פסיקה חדשה הרואה באיידס מחלה כרונית שאין בה סכנת נפשות. סעיף 90 א סעיפים קטנים 4 ו-5- היה יסוד סביר להניח- ביטוי המלמד על רשלנות. פרופ' רות קנאי טוענת שהדבר יכול להיחשב כמחשבה פלילית, ומציעה פרשנות לפיה בחשד סביר נסתפק ברשלנות.



סעיף 22 - אחריות קפידה

סוג של עבירה. ישנן עבירות שהן מסוג של אחריות קפידה. ישנם כאלה הטוענים שעבירות אלה צריכות להיות מנהליות ולא פליליות כלל.

לפני תיקון 39 - ביהמ"ש מחליט שעבירות אלה הן של מחשבה פלילית או של אחריות מוחלטת - היה רק צורך לבדוק אם מתקיים האקטוס ראוס בלבד, כמו לא לעצור ברמזור אדום, ולא התחשבו במרכיבים נוספים. אחריות מוחלטת הייתה בעבר גם כשלא היה צורך ביסוד נפשי וכשלאשם לא הייתה שום יכולת להימלט מאחריות (פס"ד גדסי - יצא מהמוסך מתיקון ואכן נכנסה וגרמה לאורות הברקס לא לעבוד, תקלה טכנית, שוטר עצר אותו. עבירה זו הייתה עבירה של אחרות מוחלטת שהיא לא עבירה חמורה בעבר גם עבירת של אחריות מוחלטת היו עבירות חריגות.

אחרי תיקון 39 - אחריות מוחלטת - היום כבר אין עבירות כאלה, מספיק להוכיח יסוד עובדתי אמנם, אך עדיין צריך להשאיר פתח לאדם להיות פטור מאחריות פלילית במקרה שהוא היה בסדר. הרעיון הוא להגן על החברה ע"י הענשה על עבירות קלות, המסדירות שטחי חיים מתפתחים.

סעיף קטן ב - משנה את משחק הנטלים. אמנם התביעה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר את היסוד העובדתי והנפשי, אך סעיף זה אומר שבעבירות של אחריות קפידה מספיק שהתביעה תוכיח יסוד נפשי. אך נאשם יכול לבוא ולהראות שפעל בלי מחשבה פלילית ובלי רשלנות, ושעשה כל שביכולתו כדי למנוע את הפגיעה הזו. במקרה זה - הנתבע צריך להוכיח שהוא כן היה בסדר.

יש הטוענים שמעל 50% הוכחה לא עולה בקנה אחד עם חזקת החפות. טוענים שתפקידה של ההגנה הוא רק לעורר את הספק, ותפקידה של התביעה הוא להסיר את הספק. עצם האפשרות שנותנים להראות שהאדם כן היה בסדר משרתת את עקרון הגמול מצד אחד, ומצד שני - נותנת לצד שיש לו יותר מידע אפשרות להוכיח.

סעיף קטן ג' - אדם לא יקבל עונש של מאסר אלא אם כן הוכיחו או מחשבה פלילית או רשלנות.

סעיף 22א - כדי שהעבירה תיחשב לעבירה של אחריות קפידה, צריך להיות כתוב בסעיף שהיא לא טעונה מחשבה פלילית או אחריות. למשל בסעיף 28 לחוק זכויות החולה בנושא ניהול רשומות רפואיות, כתוב שהעבירה אינה טעונה מחשבה פלילית או אחריות, דבר שהוא אחריות מוחלטת מובהקת.

סעיפים שפורשו בעבר כאחריות מוחלטת, היום הם סעיפים של אחריות קפידה (שמירת דינים).

שאלה שעולה לאור סעיף קטן א: מה קורה עם עבירות ישנות שבמקרה או שלא במקרה אין לגביהן פסיקה ומגיעות לדיון היום - היום ביהמ"ש יכול לקבוע לגבי עבירות ישנות שהן עבירות של אחריות קפידה? עלה בפס"ד לקס - השופט קדמי טוען שאי אפשר לקבוע לגבי עבירה ישנה שלא הייתה לגביה פסיקה בעבר, ופס"ד אורן מתכות בנגב - ברק טוען שניתן לפסוק ולפרש זאת כאחריות קפידה (ומשאיר זאת בצריך עיון). המסקנה הייתה שהעבירות לא היו של אחריות מוחלטת או של אחריות קפידה. ברק טוען שעבירות של אחריות קפידה באות להעלות את רמת הזהירות. מקורן על פי רוב בהתפתחות במציאות חיי החברה. לאור זאת ולאור העונש הלא קל של עבירות מע"מ, ברק החליט שאלו עבירות שדורשות מחשבה פלילית ולא קל לסווג בין עבירות שדורשות אחריות קפידה לבין עבירות שדורשות מחשבה פלילית, ומה שעשוי לסייע לסיווג הוא שעבירות אחריות קפידה הן עבירות של חזקת הרשלנות, הן עבירות קלות שבאות להסדיר שטחי חיים קלים ולהעלות את רמת הזהירות, מדובר בעבירות הסדר (מייל אין פרוהיביטה) ולא בעבירות אוניברסאליות (מייל אין סה). הדגש הוא על הנזק ולא על האשמה.

מצד אחד, כדאי לצמצם עבירות אחריות קפידה כי גם ככה הן עבירות חריגות.

מצד שני, אם לא נאפשר לביהמ"ש לקבוע ביחס לעבירות ישנות של אחריות קפידה, נחטא לכוונת המחוקק. הדבר גם ככה לא ישפיע על התוצאה הסופית.

לאור החשש של פגיעה בעיקרון החוקיות, בוחרים שלא לעשות זאת אלא במקרים המאוד ברורים.

הצעת ביניים - המילים נקבע בדיון לא מחייבים קביעה בדיון לגבי העבירה הספציפית, אלא ניתן להרחיב זאת לעבירות דומות מאותו סוג ולבדוק אם ניתנה הכרעה להן.

הדיון הקובע הוא לפי דבריו של ברק.

## שיעור 17

## 22.5.18

## עבירות נגזרות

(השלמה מהסיכום של דוד):

עד כה למדנו איזה יסודות צריך להוכיח כדי להטיל אחריות פלילית, אבל דיברנו על עבירה מושלמת של אדם אחד. **עבירה נגזרת** - אין לה קיום עצמאי היא נגזרת מעבירה קונקרטית אחרת. כמו ניסיון לשדל, עבירה בצוותא, מקרים בהם שלא התמלאו יסודותיה של עבירה מסוימת בשלמות, ניתן יהיה להרשיע באחת הנגזרות בתנאי שיש משהו שמקרב את הנאשם לביצוע של העבירה המושלמת לפי הכללים הקבועים בפרק ה' לחוק העונשין פרק "העבירות הנגזרות" זה בנוי כך שתחילה זה מדבר על הניסיון, צדדים לעבירה, והוראות משותפות. מתואר בו איך ומתי ניתן להטיל אחריות פלילית על עבירות לא שלמות, אדם לא רצח בעצמו, אבל היה חלק מחבורה שגרמה למותו של אדם במכוון. בד"כ ההוכחה הגדולה היא יותר על היסוד העובדתי. הגרעין של המשפט הפלילי זה מה צריך להוכיח לעבירה ספציפית, כאן נעשית הרחבה של האחריות הפלילית גם על סיטואציות בהם אנשים לא מילאו לגמרי את כל יסודות העבירה, או לא לבדם.

נגזרת של נגזרת - ניסיון שידול לדוג'. ענישה על עצם ניסיון שידול לעבירה ספציפית. פעמיים נגזרת של עבירה טיפוסית. נגזרת תמיד צריכה להיצמד לאחד מיסודות העבירה הספציפית, כלומר עבירת השידול, + יסוד עבירה ספציפית. לדוג' ניסיון רצח, משהו מהפרק של עבירות הנגזרת + עבירה ספציפית.

על מרגלית הר שפי לא הטילו אחריות בשום צורה על הרצח עצמו, ומוצאים לכך עבירה ספציפית שתהיה תואמת לסיטואציה.

הניסיון - פרק ה' סימן א, סעיפים 25-

ההנחה היא שאין כאן עבירה מושלמת. אבל חייב שיהיה ניסיון לעשות משהו שמוגדר כעבירה פלילית. לדוג' ניסיון אונס, ניסיון שוד. בכל המקרים הללו הכלל המנחה צריך להיות שלא מענישים על מחשבות. ניסיון צריך להיות הרבה מעבר למחשבות אך עם זאת לא הגיע מספיק בכדי להיות עבירה מושלמת. להגדיר ממש ניסיון זה מורכב. סעיף 25 מגדיר ניסיון. סעיף 34 ד' קובע כי אם לא נאמר אחרת אותו דין חל על העבירה המושלמת, ועל הניסיון. לדוג' מצב בו עבירת רצח ועבירת ניסיון רצח הן בעלות אותו עונש ודין. סייג לכך סעיף 27 - ישנם הבדלים בין ניסיון לבין עבירה "מושלמת". אם לעבירה הספציפית יש עונש מינימום או עונש חובה, לניסיון עצמו אין עונש מינימום ואין עונש חובה.

סעיף 27 - למשל סעיפי עבירה שיש בהם עונש מזערי, מינימום, לדוג' סעיף 275, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו. דין מאסר לא פחות משבועיים ימים מינימום. זה אומר שעדיין ישנו פער בין ניסיון לבין עבירה מושלמת. מצדיק לתת שיקול דעת לבית המשפט איזה עונש לתת. בניסיון לא כובלים את השופט ומעניקים לו מרחב תמרון ומשחררים אותו מהצורך לעמוד ברף מחייב ומכתיב. בניסיון עדיין יש איזה שהוא מרחק מעבירה שלמה. עם כמה שנאמר שהעונש על ניסיון הוא העונש על עבירה מוגמרת זה לא מדויק זה מדויק מבחינה עקרונית מעצם עניין העצמאות של בית המשפט. בפועל ניתנים עונשים קלים יותר לניסיון מאשר למושלמות בסופו של דבר ההחלטה בידי השופט שבין היתר מבוססת גם על אינטואיציה.

**לפני תיקון 39** ענישה על ניסיון הייתה חצי מהעונש על העבירה המושלמת, וחל איזה שהוא שינוי בתפיסה שנותנת משמעות לפעילות הסובייקטיבית. היא מנטרלת בעצם את גורם המזל, לעיתים זה לחלוטין לא קשור למעשה שלך, ירית והקורבן זז, סתם היה לך מזל, המטרה שלך הייתה להמיתו ו-ב "מזל" לא קרה כלום. לא רוצים שהמזל יקבע האם המעשה חמור ועד כמה ומה העונש המתאים לו.

**בעבר** הסתפקו בעונש מקל יותר בתפיסה של "אם קרתה תוצאה או לא קרתה" אם יש נזק או אין נזק, והמחשבה שאם יתנו עונש מקל יותר למי שמנסה ולא מצליח ואולי זה יגרום לאנשים שמנסים להתחרט ואולי לא כדאי להם לבצע את העבירה. לאחר התיקון, 2 הגורמים לשינוי הינם, השוואה ענישת המנסה לענישת המצליח, ויתרה מזאת, מזהים פוטנציאל של סיכון כבר בניסיון. הניסיון מסכן את החברה, מי שמנסה היום ולא מצליח יחזור בשנית וינסה מחר ואף בדרך משוכללת יותר, ויש לעצור אותו בשלב לפני שהוא מצליח ולא לחכות כדי להטיל עליו אחריות פלילית.

ובאשר לחרטה, שהייתה חלק מהגורמים לענישה מקלה, שעברייני יחליט שהוא לא מבצע עבירה בגלל שהעונש של הניסיון הוא פחות מהעונש על עבירה מושלמת היא הנחה שגויה, מחקרים מראים כי לרוב עבריינים לא נרתעים בהחמרת הענישה אלא הרבה יותר מזה, וודאות האכיפה. עברייני הניגש לבצע עבירה פלילית מסתמך על כך שלא יתפסו אותו, זה ירתיע יותר אם הוא ידע שיתפסו אותו מאשר איזה עונש יקבל. הודאות משמעותית יותר לעניין ההרתעה מאשר העונש. באינטואיציה נשמע כי אם ייתנו עונשים כבדים יותר כך החברה תישמר יותר. אך העונש לא בדיוק מה שימנע את העבירה, כשעבירה ניגש לבצע אותה זה לא באמת "מזיז לו" איזה עונש, אלא שלא יתפס.

תיקון 39 עשה דבר מעניין, העונש על ניסיון זהה לעונש ביצוע מלא, **וניסח סעיף חרטה סעיף 28** בסיטואציות קונקרטיות בהן אדם התחרט בטרם סיום המעשה, אדם שמתחרט בעיצומו של הניסיון, לאחר המעשה זה לא רלוונטי. זה יכול לסייע רק ל-אולי, הקלה בעונש או התחשבות. הסעיף לא ניתן באופן גורף.

עולה חשש לענישת יתר - עוצר אדם שנראה כמו מחבל ואתה עוצר אותו על החזקת אולר, תאשים אותו על ניסיון רצח? יש חשש להרחבת הטלת האחריות הפלילית.

סעיף 34 ג' - קובע סייג, ניסיון לעבירה שהיא חטא איננה ענישה. עבירות קלות לא נעניש על ניסיון לבצע אותן. אם יש עבירות שהדין שלהן עד 3 חודשים לא יענישו על ניסיון קיומן.

ניתוח היסודות - היסוד העובדתי המוגדר בסעיף 25,

1. עשה מעשה - לא מענישים על מחשבות. לפי סעיף 18 זוכרים שמעשה כולל גם מחדל. לכן ניתן לדבר על ניסיון לבצע עבירה במחדל, זה יותר נדיר. בד"כ זה ייעשה בצורה אקטיבית. אבל ישנם מצבים בהם אדם מנסה להגיע לתוצאה על ידי מחדל. לדוג' אם שלא נותנת תרופות לילד שזקוק להן ובעצם מנסה לגרום למותו, ואז הנזק נעצר על ידי התערבות רשויות הרווחה, היא עשתה מעשה ורצתה להוביל לתוצאה מסוימת, אבל המעשה עצמו נעשה ע"י מחדל.

2. העבירה לא הושלמה - ניסיון מעצם ההגדרה שלו חסר דבר באקטוס ראוס, זה יכול להיות חוסר במעשה, שההתנהגות לא בוצעה במלואה, לדוג' בניסיון אונס ההגדרה להתנהגות זה בעילה, יכול להיות מצב בו שאדם ניסה לבצע עונש, לקח אותה לסמטה, איים עליה, הפעיל עליה כוח פיזי, ואף הודיע על כוונותיו אבל לא מימש את המעשה. נעצר על ידי משטרה באותו רגע, אולי היא ברחה, יכול להיות שיהיה עונש על ניסיון האונס על אף שרכיב הבעילה חסר. סיטואציה בה כמעט עצרו אותו בשלב שהפשיל כבר את מכנסיו. קשה להבחין בין הכנה לניסיון. חוסר בניסיון - אדם שמחזיק סמים ומחזיק אבקת סוכר, (הוחלף על ידי המשטרה בניח שהסוחר השני היה סוכן משטרה) אומנם לא התקיימה אחת הנסיבות החשובות כי הוא לא מחזיק סם, הוא לא מחזיק באמת דבר שהוא בעייתי. דוג' נוספת אדם רוצה לגנוב מטריה ומתוך דלי מטריה הוא לקח את המטריה של עצמו והוא תכנן לקחת מטריה של אדם אחר, זה גם יכול להיות חיסרון באקטוס ראוס.

חוסר בתוצאה - התוצאה לא התקיימה, כיוונתי נשק לעברו, יריתי, והוא זז. העובדה הפשוטה של ניסיון. כדוגמת ניסיון רצח והתוצאה לא התממשה. עד כה ראינו שצריך היה להיות מעשה, ושעבירה לא הושלמה לא מורכב לראות זאת.

3. שאינו בו הכנה בלבד - שלב זה קצת יותר מורכב. לא מענישים על מחשבות, אך גם לא על הכנה. הוא לא מספיק מסוכן, ולא מספיק מראה על נחישות. הקושי תמיד יהיה להחליט מתי עברנו את שלב ההכנה והגענו לשלב הניסיון. של שלב ההכנה לא מענישים, העבריין עוד יכול לחזור בו. בסעיף אין הגדרה אמיתית, וגם לא ניתן לתת הגדרה. לפני התיקון היה ניסיון רב יותר להגדיר וניסיון זה לא צלח.

חריגים וסייגים לסעיף -

עבירות הכנה מושלמות שעליהם כן מענישים. כשמדובר בערך מוגן מענישים עוד בהכנה. לדוג' **סעיף 116**, המגדיר מה הם התנאים לקיומה של עבירת הכנה שעליה ניתן להטיל אחריות פלילית. אדם שיחזיק נשק ולא יסביר מדוע, בעצם יוצר את הסיכון. דוג' בה אדם ממריד את חברו.

כיצד מזהים שעברנו את שלב ההכנה? רכישת ציוד, הכנת תנאים, תכנון, מתקשר להכנה, ומה שמעבר לזה, תחל ההתלבטות.

בפסיקה ישנה במדינות ישנות הציעו כמה מבחנים שכל מטרותם היא לזהות מתי עוברים מהכנה לניסיון.

המבחן הראשון שהיה מקובל באנגליה תקופה מסוימת -

1. מבחן המעשה האחרון - מעשה אחרון לפני ביצוע. הולך רחוק לכיוון העבירה המושלמת. לא התקבל בפסיקה, זה מסוכן מידי לחכות למעשה האחרון, ומבחינה אין הצדקה לכך. באונס נחכה רגע לפני הבעילה כדי למנוע? זה מאוחר מידי.

2. מבחן שני - מבחן המעשה הראשון - לא ברור בדיוק מה זה. זה איזה שהוא מעשה שהוא הכנה. הולך אחורה מידי ועלול לכלול חפים מפשע. (דוג' הערבי שנעצר כי רק נראה מחבל ללא חשש ממשי).

3. מבחן שלישי - מבחן הקרבה. כמה הוא קרוב לביצוע העבירה בשלמות? ככל שהוא יהיה קרוב יותר, כך יהיה ניתן לקבוע האם נכנס לניסיון. מי שרק קנה חומרים לא יחשב עדיין מנסה. מה שיימדד, זה כמה סכנה יש במעשה, כמה סיכוי יש למעשה, וכמה חרטה יכולה להיות.

4. מבחן רביעי - מבחן החד משמעיות - מעיד על כוונה חד משמעית להשלים את העבירה. זה לא ישים ולא מספיק. מעין מבחן "סרט אילם", מסתכלים מהצד ורואים באופן ברור, או שניתן להבין איזו עבירה הוא הלך לבצע. מבחן שמחכה זמן רב מידי. זה ברור שמה שמתארים מדגים את הבעייתיות בניסיון. מצד אחד צריך להיזהר מהפללת יתר, ומצד שני לא רוצים לחכות לאסון. רוצים לעצור את "יגאל עמיר הבא" כמה דק' קודם ולא בשלב שצועקים "סרק - סרק".

**כיום, פס"ד סאריס** - (עבירת אונס) השופט ברק אומר כך, שניסיון הוא ביטוי התנהגותי גלוי לעין שמהווה חוליה אפילו

ראשונה בשרשרת הפעולות שהיו מביאות לביצוע העבירה המוגמרת אלמלא הופסקה. בעצם אומר, ביטוי התנהגותי גלוי לעין שהוא כבר תחילת ביצוע. אין דרישה למעשה אחרון, סופי ומכריע, לא מאמצים אף מבחן אנגלי, אבל ניתן לעיתים להשתמש בהם.

בפסיקה אומרים בעקביות, שהכנה מתאפיינת בד"כ ברכישת אמצעים, תכנון, איסוף מידע, תנאים לביצוע העבירה. וניסיון זה כל מה שעובר את כל זה.

גם שלבים ראשוניים יכולים להיחשב ניסיון כשהם קרובים להשלמת העבירה הפלילית. מדברים כבר על טווח הניסיון, וביטוי חיצוני שיעיד על קרבה לביצוע העבירה. עד כמה הוא קרוב, מסכן, וגומר את העבירה.

**תנועה לעבר ביצוע- פס"ד נחושתן-**

עבירה שמצריכה שכנוע של אדם אחר, מספיק שנעשה מאמץ לשכנע בכדי שזה ייחשב ניסיון.

במקרה של סאריס, קדמי אומר כי צריך לדחות על הסף שבגלל שהאונס לא התחיל, אז אין פה ניסיון. לדאבוננו, בשביל ניסיון לא צריך להוכיח יסודות אקטוס ראוס, מספיק שעשה את כל המעשים עד הבעילה. לא צריך לחכות מהצד שיבצע את זממו ורק אז לעצור אותו.

דוג' יגאל עמיר שמצטייד בנשק, מתכנן, אלו הם שלבי הכנה. כשהוא רואה את ראש הממשלה ויורד לכיוונו המדרגות, תיאורטית אם היו עוצרים אותו אז הוא כבר נכנס לניסיון, ניגש לבצע את העבירה. אבל תעלה שאלה מה קורה כשהוא מחכה למעלה במדרגות כשהוא בהמתנה? מה קורה בפער הזה? האם זה נחשב כבר ניסיון? אבל נניח, כשהוא עקב אחרי רה"מ קודם, אסף מידע, יש מי שיטען שזה לא בדיוק ניסיון אלא יותר הכנה ולא ביטוח שיהיה ניתן להטיל אחריות פלילית בגין זה. בסוף מה שיכריע זה כללי המשחק, הדרישה להוכחה מעל ספק סביר שהעבירה כמעט בוצעה. מכלל מה שנלמד, עולה כי עדיין צריך למצוא את ההבדל בין עבירה לניסיון, וצריך לחפש את תחילת הביצוע. ובכל מקרה לגופו צריך לבחון את הנתונים. בסוף יכריעו כללי ההוכחה, מי צריך להוכיח מה, התביעה תיזכר להוכיח מעל כל ספק סביר שהעבירה כמעט הושלמה.

בסעיף 25- "במטרה לבצעה"- ניסיון עצם הגדרתו, דורש פה מחשבה פלילית מיוחדת, הסתפקות בפחות מצד היסוד העובדתי הוא לא מתמלא, הרי שנותנים ליסוד הנפשי מקום רחב יותר. "המטרה לבצעה", לעיתים זה מסוכן יותר, אם לא תצליח היום תנסה מחר. מטרה לבצעה- השלמת העבירה. לדוג' ברצח, צריך להוכיח את הרכיב הנפשי שאותו אדם רצה במותו של השני. אם התנהגותו תהיה פחות ברורה, הוא יוכל לומר רק רציתי להבהיל, רק רציתי לתקוף. מה שצריך להוכיח זה כוונה להשלים את העבירה. ברצח- הוכחת הרצון לגרימת מותו של אדם.

2 דברים מבחינת מחשבה פלילית:

1. מטרה להשלים את העבירה.
2. יסוד נפשי של העבירה הקונקרטי.

לדוג' אונס, סאריס, צריך להוכיח רצון להשלים את מעשה הבעילה אבל ביחס ליסודות העובדתיים של עבירת האונס מספיק להוכיח את מה שצריך באונס. לדוג' מספיק חשד. מספיק להוכיח שהוא רצה להשלים בעילה מתוך חשד שהאישה לא מסכימה. מספיק שהוא לא התייחס לשאלה אם היא מסכימה או לא. הוא היה מרוכז אך ורק ברצון להשלים את העבירה. זה מספיק לעצור בניסיון האונס, 2 הרכיבים מתבצעים פה, המטרה, והרכיב הנפשי של העבירה הקונקרטי ואם באונס מספיק חשד, או החשש להיעדר ההסכמה שלה זה יספיק. בחטיפת קטינה, מספיק שהוא חשד שהיא קטינה, ולקח אותה בכל זאת. שורה תחתונה, מחפשים ביטוי חיצוני של מעשה לעבר ביצוע + מטרה להשלים את העבירה.

**הניסיון לעבור עבירה- רק שניסיון נדבק לעבירה ספציפית + סעיף 25.**

**פס"ד שידגים על עבירת הניסיון- פס"ד קובקוב-** מדובר על נאשם שניסו להרשיע אותו בניסיון לגרום לחבלה חמורה + ניסיון הצתה+ עבירה מושלמת של החזקת נשק שלא כדין. הרקע לסיטואציה היה פיגוע בדולפיניום, וקובקוב מחליט לעשות מעשה. והסתובב לאזור שקרוב למסגד והכין כנראה בעצמו 10 בקבוקי תבערה, 8 מהם הוא הטמין. 21 בקבוקי תבערה לקח בכיסים. הוא הגיע למסגד וראה שיש שם הרבה שוטרים, ולא היו שם מוסלמים. הוא החליט לעזוב את המקום והחל לצעוד לעבר יפו כששני הבקבוקים בכיסו. הוא נעצר בדרכו ליפו ומגלים כמה הוא אוחז. עצרו אותו בתחילת דרכו. מה שמאוד מעניין זה שזיכו אותו בעליון מניסיון הצתה וניסיון גרימת חבלה חמורה, (עדיין העונש היה זהה). בית המשפט הכריע שלא הוכח כאן מעל ספק סביר ניסיון הצתה, וניסיון חבלה חמורה, וגם כשהוא מחליט זאת הוא מנמק את הכרעה זאת גם עובדתית וגם נפשית. עובדתית ספק אם עבר את שלב ההכנה, כי צריך את הוצאת המעשה בפועל במעשה גלוי. ופה, ההליכה ביפו לא בהכרח מעידה על יותר מהכנה. וביסוד הנפשי בית המשפט טוען שהוא עדיין לא גיבש כוונה לגבי המעשה שלו. הוא היה קרוב לזה אך זה לא קרה. זו דוגמה מצוינת לזה שבית המשפט בסוף צריך להכריע מעל לכל ספק סביר וכשהוא נתפס בדרך ליפו כנראה שעדיין לא ברור שהוא היה לקראת המעשה ממש. בקבוקי התבערה משתייכים להכנת אמצעים, והחזקת נשק אסור. אבל זה לא יותר מהכנה. בית המשפט לא משוכנע שהוא הגיע לניסיון. לא השתכנעו שיש לו הנחישות לביצוע העבירה, וכנראה לא היה לו עדיין הרעיון של מתי ואיך. ולכן אין מעבר לספק סביר שהיה ניסיון הצתה או ניסיון עבירת חבלה חמורה. הוא כן הורשע בעבירה סעיף של 497- שזה לא דורש כוונה מיוחדת. בית המשפט זיהה שהסיטואציה זיהה להגדרת הסעיף וכך לא הקלו בעונש שלו. זה הביא אותנו לציפייה שמשפט פלילי טוב יכסו מספיק עבירות בסיכון. ישנן גם עבירות ספציפיות של ניסיון.

**הניסיון הבלתי צליח- סעיף 26-** מדבר על ניסיון ברמה שהעבירה לא הושלמה כי אין אפשרות לבצע את העבירה. עד עכשיו דיברנו על צליח בלתי מוגמר זה אומר שתיאורטית הוא יכל להשלים את העבירה אלמלא המשטרה הייתה עוצרת אותו. סאריס היה מבצע את האונס אם לא המשטרה. העברה לא הושלמה כי אין אפשרות לבצע את העבירה מחמת היעדר נסיבות חיוניות לעבירה. סעי' זה קובע באופן חד משמעי שגם אם מדובר בניסיון בלתי-צליח יישא העבריין באחריות פלילית מלאה.

**ניסיון בלתי צליח** - משמעו אי אפשר בכלל לבצע את העבירה. בעל כורחו. המעשה לא יוכל להתבצע. זה כמו לירות באדם מת. אתה לא יכול לבצע רצח כי לא גרמת למותו של אדם. סיטואציה בה אדם שמנסה לעבור עבירה, רוצה לעבור אותה, אבל בפועל זה בלתי אפשרי. הסוגיה המרכזית - חוסר אפשרות לבצע מחמת היעדר נסיבות חיוניות להשלמת העבירה. אחת הדוגמאות - ניסיון להחזיק סם מסוכן. זה לא שאתה לא מצליח כי תפסו אותך שניה לפני שקיבלת את הסם, אלא כי המשטרה החליפה לך את הסם בסוכר.

דוג' נוספת - א' גונב בשביל ב', והמשטרה עולה על א' ורוצה לתפוס את ב'. לכאורה, הסכמת הבעלים מנטרלת את היות הרכוש גנוב. ב' מקבל רכוש שהוא גנוב למרות שזה נעשה בהסכמת הבעלים, אבל כן יאשימו אותו בהסכמת קבלת דבר גנוב. כיום סעיף 26 קובע באופן חד משמעי, לעניין ניסיון, אין הבדל בין צליח לא מוגמר, לבין לא צליח.

### ישנם עוד 2 סוגים לניסיון בלתי צליח:

הסוג הראשון - הנאשם לא מודע לנסיבה המונעת ממנו לבצע את העבירה. (יורה בא', כשא' כבר מת והוא לא יודע את זה). טעות ביחס לעובדה. הוא סבר שהוא עושה X למרות שזה בלתי אפשרי. עצרו אותו באמצע, או שחטרים לו נתונים. לא ידע שההוא כבר מת, או עצרו את האונס רגע לפני הבעילה.

סוג שני - טעות משפטית - לא עניש - מצב בו חוסר אפשרות לעבור את העבירה מחמת חוסר אפשרות חוקית. אדם חושב שהוא מבצע עבירה פלילית אבל אין בעצם איסור. הוא חושב שהוא מכריח סחורה במכס, אבל זו לא באמת סחורה אסורה. אין עבירה כזו. אין בה התנהגות פלילית ולכן אם אין עבירה אין גם ניסיון על לעבור אותה. זה חוזר לטעות עובדתית. אנחנו מענישים רק אנשים שפגעו בערך מוגן, לא מענישים על עצם המוכנות לעבור עבירה פלילית כשהעבירה עצמה לא קיימת. ולכן המעשה אינו עניש. סעיף 25 הוא עבירה נגזרת. שחייב להישען על עבירה כלשהיא, אין עבירה, אין גם ניסיון. לא נעניש על זה שבאופן כללי אתה מוכן "לצפצף" על החברה.

סוג שלישי - חוסר אפשרות לבצע את העבירה מאחר והאמצעים בהם בחר הנאשם להשתמש הם אמצעים אבסורדיים. למשל, פולסא דינורא - אדם רוצה לגרום דרך מוות לאדם אחר, בובות וודו לדוג', כישופים, קללות וכו'. החברה יודעת שהאמצעים שהנאשם בחר הם אבסורדיים, הם לא יביאו לתוצאה של מותו של אדם. הם א בעלי סיכון מינימלי לחברה. לא מענישים על ניסיון ביצוע עבירה באמצעים אבסורדיים. זה לא טעות במצב דברים, אלא יותר תפיסה משובשת של המציאות יותר קרוב לאיבוד שפיות. אין לחברה אינטרס להעניש על מעשים עם אמצעים מסוג אלה, לא רואים בזה איום בכלל על החברה.

סעיף 28 - סעיף החרטה - ייחודו, פטור בעקבות חרטה. כשהחרטה הינה אמיתית. שסאריס יתחרט כי השוטרים הגיעו, או קובקוב כי לא היו ערבים במסגד זה לא חרטה. מצד אחד המחוקק ביקש להעניש בצורה שווה את המנסה והמצליח ועדיין משאיר פתח למי שבאמת מביע חרטה כנה. מי שעבר את העבירה לגמרי העבירה לא רלוונטית. היא רלוונטית רק במצב שהעבירה לא בוצעה במלאה, בשלב הניסיון אחרי שזה כבר קרה, שיחכה לתשובה מלמעלה. בית המשפט יתרשם שאולי תראה ששיפרת את דרכיך, אתה עובר טיפול, מתחרט, אולי זה יתקבל בעין יפה ויקל במעט בעונש, אבל לא יפטור מאחריות פלילית כשהמעשה כבר נגמר. יתפוס רק במקרים בודדים.

### למה מוכנים לפטור את מי שמתחרט?

השיקולים הינם:

- שיקול מוסרי - שמי באמת בעל תשובה, מתחרט, ראוי למחילה מבחינה מוסרית. בחלק מהמקרים לפחות זה גם מעיד שהוא לא היה נחוש לבצע את העבירה.
- הסכנה נוטרלה - הבעיה במנסה שהוא רוצה להצליח, אבל במצב בו החרטה כנה ופנימית הסכנה הוסרה. אין סיכון לחברה שמצדיק ענישה.
- שיקול פרגמטי - כרוצים לעודד נאשמים להתחרט גם כשעברת את שלב ההכנה ואתה בשלב הניסיון.

התנאים לפטור -

- הנאשם נכנס לשלב הניסיון אם הוא עדיין בהכנה הוא לא רלוונטי ואם הוא השלים את העבירה גם לא רלוונטי.
- אם המעשה לא הושלם - חדל מהשלמתו. כיוון את האקדח ומאיזו שהיא סיבה, הוא מכניס חזרה את האקדח לכיס. המעשה לא הושלם.
- עבירת תוצאה - צריך להראות שהוא תרם תרומה של ממש למניעת התוצאה. ירה על אדם ועדיין תרם תרומה של ממש, מנע את מותו של אותו אדם על ידי הזעקת אמבולנס, פעולות הצלה נלוות וכו'. או שהפסקת לעשות את המעשה ולא הייתה תוצאה מהתחלה, או שעשית ואתה מנסה למנוע את התוצאה הסופית. כן ירית, אבל הצלת אותו גם.
- חרטה תנבע ממניעים פנימיים מחפץ נפשו בלבד - אי השלמת העבירה תהיה רק ממניעים שאינם חיצוניים, לא כי המשטרה באה. אם זה מניע חיצוני הוא עדיין מסוכן מחר ינסה במקום שלא ייתפס. אבל אם הוא עצר כי זה לא מוסרי זו חרטה.

יש כאן התלבטות מה קורה שהחרטה פנימית אבל המניעים שלי הם לא לגמרי טהורים, אלא מניעים של כדאיות? מניע של "הרווח לא שווה את המחיר".

גישה אחת- בפס"ד נחושתן משמע שהעיקר שזה ממניעים פנימיים, כולל מניעים של כדאיות. כי מי שאומר שגם מניע פנימי של כדאיות הוא מאוד פרגמטי. מה זה משנה מה המניעים? אם זה פנימי, והוא לא יסכן את החברה זה מספיק. אבל מצד שני אנחנו לא באמת יודעים מה במניעו של אדם.

גישה שונה הוצגה בפס"ד מצרוועה- לפיה צריך להעניק את הפטור רק לחרטה של מניעים פליליים ממש. שכל הרעיון כאן הוא מוסריות.

5. אם הוכיח זה אומר שמי שצריך להוכיח שהוא פעל מתוך מניעים פנימיים והוא חדל מביצוע העבירה זה הנאשם. ולא התביעה. הוא צריך להוכיח בעודף ראיות שהוא באמת חזר בו מנימוקים פנימיים.

6. העבירה שהושלמה על ידי הנאשם ענישה- ז"א שאם נלך לדוג' בה אדם הוציא את האקדח, ירה, מנע את המוות, אבל בכל זאת הייתה חבלה. הוא יורשע בעבירת חבלה גם אם הוא יראה שהוא התחרט, עדיין הוא ייענש על עבירה שהוא השלים.

**\*\*שאלה ספציפית העלולה לעלות – סעיף 406ב',** סיטואציה שבה אדם רוצה לגנוב ספר תורה מבית כנסת, פורץ לבית כנסת, עומד מול ארון הקודש ומשהו גורם לו להתחרט והוא לא גונב. האם ניתן להאשים אותו בסעיף זה כי הוא השלים? לכאורה הוא ביצע עבירה מושלמת לפי הסעיף, השאלה היא האם ניתן לתת לו ליהנות מסעיף החרטה? סעיף 28 מדבר רק על סעיף 25. כלומר רק על ניסיון ולא עבירות שלמות. גם שהמהות שלהן דומה.

## שיעור 18

### 23.5.18

בעבר, עונש הניסיון היה חצי. כיום, עונש הניסיון זהה לעונש על העבירה המושלמת כאשר הנושא מוסדר בסעיפים:

סעיף 27- עונשי חובה

סעיף 26- ניסיון בלתי צליח, כאשר רק מקרה אחד הוא עניש

סעיף 25 מגדיר מהו ניסיון- המנסה הוא מי שעושה מעשים במטרה להשלים את המטרה. הקושי הוא להחליט מתי נכנסים לתחילת הניסיון (מתחם שהוא מהתחלת הביצוע עד השלמתו).

ישנן עבירות ספציפיות שלמות שבמהותן מדברות על ניסיון.

השאלה היא איפה עובר קו הגבול בין ההכנה לניסיון? הכל פתוח לפסיקה ולהחליט לפי נסיבות המקרה. רק כשעברנו את רף ההכנה ניתן להמשיך.

פסיקה לדוגמה:

**פס"ד סארים-** פס"ד שלפני התיקון אך התיקון במקרה זה לא משנה, כי לא ניתן להגדיר הכנה או ניסיון גם אז וגם היום. פס"ד מנחה שבו ברק נותן מבחן כללי של מעשה גלוי לעין שמלמד על תחילת ביצוע ולא חייב להיות המעשה האחרון. מוזכרים בעיקר 2 מבחנים כמבחנים חלופיים:

1. מבחן הקרבה- כמה הנאשם קרוב מבחינת הנחישות של המעשה וכו'
2. מבחן תחילת ביצוע- מבחן חלופי, יכול להיות בנקודה קודמת בזמן ובלבד שמוסיפים מבחן נוסף שהוא:

• מבחן החד משמעיות

היישום משתנה ממקרה למקרה בגין הנסיבות המשתנות, אך הדבר תמוה מכיוון שפס"דים אלה מדברים על ביצוע במעשה נגלה לעין אך אף אחד מהם לא מדבר על מבחן החד משמעיות כתוספת. צריך מטרה לביצוע העבירה אך תיאורטית, בחלק מהמקרים עולה שהייתה כוונה חד משמעית (החליט מה לעשות).

**פס"ד מדינת ישראל נ' ברויאר- ער"פ 9849/05-** הפכו את החלטת המחוזי. הורשע בניסיון שוד, ומדברים על שני מבחנים חלופיים:

1. מבחן הקרבה- עד כמה האדם היה רחוק מהשלמת העבירה
2. מבחן תחילת ביצוע- חלופי, מבחן המגלה חד משמעית את כוונת העושה+מבחן חד משמעיות. משמע מבחן תחילת הביצוע לא מספיק כי צריך לבחון גם שהמעשים משקפים באופן חד משמעית את כוונת העבריין.

ככל ששרשרת הפעולות ארוכה יותר וזיקתן להגשמת העבירה הדוקה יותר, כך ניטה לומר שזוהי תחילת ביצוע.

**מתחם הניסיון** - נמצא על הנאשם סכין, מעטפות ריקות, פתק שכתוב שזה שוד, כובע, משקפי שמש, ושתי חולצות. השופט לוי מרשיע אותו ברוב ומדבר על שני המבחנים החלופיים הנ"ל, ומוסיף שבמבחן תחילת ביצוע - יש צורך במבחן חד משמעיות. מצד שני טענו שבגלל זהיה הרבה פעמים עם הפתק מחוץ לבנק ולא מימש את השוד, יכול להיות שגם הפעם הוא לא היה מסכן את הבנק ופותח בשוד. מסתפקים בתחילת ביצוע.

- השאלה היא, מתי נהיית קפיצה איכותית בדרגה שהופכת את ההכנה לניסיון? כרגע ההלכה המנוסחת כוללת את מבחן חד המשמעיות, אך דבר זה סותר כי בכל המקרים הרשיעו בניסיון (גם בכאלה שאין חד משמעיות בהם). משמע, ישנו חוסר בהירות בסיווג.

פס"ד שממשיך את ברויאר ומרשיע בניסיון:

**ער"פ 11068/08 - מדינת ישראל נ' סנקר** - מדובר על ניסיון חבלה חמורה בכוונה חמורה. ניסיון לפגוע באלפרון, פס"ד זה היה נאשמים שסיירו באיזור שבו הקורבן נוהג לשתות, ומצאו שהם נוסעים ברכב כשברכב יש נשק לא נצור (נשק מוכן לפעולה). ביהמ"ש הגיע למסקנה שיש ניסיון חבלה חמורה בגלל שהם נסעו שם כמה ימים אך באותו יום עצמו החליפו מכונית ונסעו למקום שבו היה הקורבן, נעצרו, והייתה שם התפתחות שבה אחד האנשים ניסה לברוח רגלית מהמשרה וניסו לדרוס שוטר. בסופו של דבר, הם הורשעו גם במחוזי בקשר לביצוע פשע (עבירת קשר) וזיכו במחוזי מעבירת ניסיון כי לא היו בטוחים שהם נכנסו לניסיון באופן ברור מספיק. הם הורשעו גם בניסיון לביצוע חבלה חמורה. מתי חלה הקפיצה האיכותית מההכנה למתחם הניסיון? כאן ביהמ"ש ממשיך את פס"ד ברויאר ומזכיר את שני המבחנים: 1. קרבה מספקת 2. מבחן תחילת הביצוע וחד המשמעיות.

לסיכום, לגבי מעבר מהכנה למתחם הניסיון - אין מבחן ברור, אך שני פסקי הדין החדשים מדברים על מבחן הקרבה ומבחן תחילת הביצוע בתוספת מבחן חד המשמעיות (כוונה חד משמעית לביצוע עבירה פלילית).

פס"דים העוסקים בנושאים:

1. חרטה
2. ניסיון בלתי צליח

חרטה: אחד מהתנאים של חרטה הוא שהוא מתחרט "מחפץ נפשו בלבד", כלומר צריך להוכיח "חפץ נפשו" ו"חרטה" שהם שני דברים נפרדים. שתי עמדות:

1. עמדה **בפס"ד נחושתן** - מספיק שהחרטה היא עצמאית של נאשם ופנימית שלו ומספיק שנהיה פרגמטיים.
2. עמדה **בפס"ד מצראווה** - דובר על נושא של חזרה בתשובה אמיתית

**פסד 6757/15 פלוני נ' מדינת ישראל** - ביהמ"ש טוען כמו נחושתן, שלצורך סעיף 28 (חרטה) מספיק שתהיה חזרה מלאה וביוזמת הנאשם ולא צריך שהחרטה תהיה בהכרח מטעמים מוסריים פנימיים. מפרשים את המונחים: "מחפץ נפשו" - מתוכן, בעצמו. "מחרטה" - קשור למניעים והוא צריך לחזור בו מכוונתו להשלים את העבירה ולא חייב להיות ממניעים מוסריים ורגשיים טהורים כי המטרה בסופו של דבר היא פרגמטית (רוצים לנטרל את הסיכון). פס"ד זה מדבר על אבא שחנק למוות את בתו, אך היא לא מתה ורק איבדה את ההכרה. הוא הזעיק עזרה (תרם להצלחה) והדיון הוא האם ניתן להרשיעו בניסיון רצח, כאשר הוא טען לחרטה. ביהמ"ש אומר שאין בעיה להגיע למסקנה שמדובר בשני מעשים נפרדים (קודם היה ניסיון רצח, ואחרי שהוא הסתיים הוא התחרט). ביהמ"ש אינו מסתפק בכך וממשיך לדון בטענת הנאשם על חרטה. אם קוראים את סעיף 28 באופן קר הוא מדבר על חרטה שהיא מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, ומסתפקים בכך שהחרטה היא מיוזמתו.

**ער"פ 297/11 - פס"ד סעיד** - תושב עזה שהואשם בניסיון חטיפת חייל לשם סחיטה או רצח. תכנן לחטוף חייל. בעליון מטעמים עובדתיים הסיקו שמעל לכל ספק סביר הוכח רק ניסיון חטיפה אחד ולא שניים, כשבמחוזי הוא הורשע בשני ניסיונות. בעליון הוא הוענש 9 שנים בעוד במחוזי הוא הוענש 10. טענו שלא הצליחו להוכיח מעל לכל ספק סביר את ניסיון החטיפה השני בעליון, וביהמ"ש טוען שיש להקפיד על עקרון הסימולטניות (שיסוד העובדתי והנפשי יהיו חופפים בזמן), כלומר צריך להראות שהכוונה הנפשית הייתה באותו זמן שהיה את הניסיון. ביהמ"ש טוען שהיסוד הנפשי צריך ללוות גם את המעשים שנכנסו למתחם הניסיון, ומסיק שהיה ניסיון חטיפה. במחוזי הוא הורשע כי עדיין לא היו בטוחים שהוא לא מסוכן.

בניסיון בלתי צליח (ניסיון שאין לו סיכוי להצליח): למשל המתת אדם מת. דבר שבבסיסו לא צליח, לא ניתן להצליח אותו. שני סוגים:

1. ניסיון בלתי צליח עניש - טעות ביחס למצב דברים (אדם מת, שאין דרך להמית אותו).
2. ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית - נאשם מנסה לעבור עבירה פלילית שלא קיימת, אי אפשר להטיל אחריות פלילית על מקרה כזה (למשל אדם שחושב שהוא מכריח סחורה במכס אך יש לו פטור, לא יעמידו אותו לדין כי ניסיון זו עבירה נגזרת לעבירה הראשית, והוא לא עובר את העבירה הראשית גם ככה ולכן לא ירשיעו אותו).  
ער"פ 2220/16 - רועי מור יוסף נ' התביעה הצבאית - ביהמ"ש מזכה את החייל מעבירה של החזקת סם אסור בניגוד להרשעות הערכאות הצבאיות. נתפס לוקח סם בשם "נייס גאי", שמורכב מחומרים מסוימים שלא היו מנויים בפקודת הסמים האסורים. אין להטיל אחריות פלילית על חומרים לא אסורים כי זהו ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית.

- ניסיון מוגמר בלתי צליח - כמו ברויאר, שמופרע באמצע או שלא נגמר.  
ניסיון בלתי צליח - הריגת אדם מת.

עד כאן סעיפים 25-28.

#### עבירות קשר - סעיפים 499-500

העונש על קשר לעבור עבירה לא נגזר, לא קשור ולא שווה לעבירה שלשמה נגזר הקשר. ניתן לשאת באחריות פלילית גם במקרים שבהם יותר מאדם אחד פעל כאשר המקרים הם לא ענישים כשאדם אחד עושה אותם, כי יש מחויבות גדולה יותר על כל הצדדים לקשר להשלים את העבירה (מניחים שמעשה הכנה של יחיד לא מסכן את החברה מספיק כדי להטיל עליו אחריות פלילית כמו תכנון של חבורה למעשה מסוים). בקשירת קשר לא צריך שום פעולה נוספת חוץ מכך. עבירת קשר היא עבירה מוגמרת (כמו גניבה), עצם ההחלטה לקשור קשר כבר מפלילה. לפני תיקון 39 כל האנשים שהורשעו יכלו למצוא את עצמם אחראים על כל עבירה פלילית שהאחרים עשו לקיום הקשר גם כשהם יצאו מכלל שליטה (השליך על האחריות הפלילית של הקושרים. אחרי תיקון 39, קושר קשר יכול למצוא את עצמו אחראי לעבירה שנעברה ע"י אחד האחרים שקשרו את הקשר רק אם הוא נכנס לאחת הקטגוריות שמגדירות צדדים לאחריות פלילית. בעבר היה כלל של אחריות הדדית של הקושרים. כיום יש כללים קונקרטיים של מה החלק של כל אחד מהצדדים לעבירה וישנם גם כללים (סעיף 34א) שנותן כללים למקרים שבהם יש ביצוע עברייני רב משתתפים ואחר מהעבריינים עושה עוד עבירה שלא תוכננה מראש (**בג"ץ סילגדו**). קשירת קשר רלוונטית אך ורק כאשר ישנם כמה שותפים לעבירה אחת. במסגרת תיקון 39 האחריות על כולם של עבירות של כולם לקידום הקשר צומצמה. חוק ספציפי לטיפול בארגוני פשיעה (חוק המאבק בארגוני פשיעה, 2003) - הכללים הקיימים לפניו לא הצליחו לתפוס ברשתם את הבכירים בארגוני פשיעה שלא עסקו פיזית בביצוע העבירות בפועל. עבירת הקשר היא עבירה קלה יחסית ואין אחריות הדדית של הקושרים והיא בעייתית להרשעה (דומה לעבירות הכנה). אפשר לראות שהפסיקה מרחיבה בצורה מגמתית את האחריות הפלילית של שותפים לעבירה.



צדדים לעבירה:

פורמלית, עבירת הקשר היא עבירה ספציפית ואין בעיה להרשיע אדם בניסיון לקשור קשר. מעשית או מהותית, ישנה הרחבה מוגזמת של האחריות הפלילית. צדדים לעבירה הם נגזרת, כי מדובר על כל מי שתורם לביצוע העבירה ולא השלים אותה לבד. כל מי שתורם לביצוע העבירה עשוי להיחשב כאחראי לעבירה בצורה זו או אחרת. הצדדים השונים של העבירה יסווגו לפירמת התרומה שלהם למעשה העבירה ולפי מה שקבוע בחוק. ניתן לזהות בעלי תפקידים כדלקמן:

1. סעיף 29- המבצע: מדובר בשותף ראשי לעבירה, שנמנה על המעגל הפנימי של העבירה. יכול להיות בכמה סוגים:
  - מבצע יחיד
  - מבצע בצוותא עם אחרים
  - מבצע באמצעות אחר - סעיף 29 ג'. הסעיף מרחיב את האחריות הפלילית גם למבצע עקיף, שמשמש באחר ככלי בידיו. יש אדם שמשמש באקדח, ויש אדם שישתמש באחר. ישנו אלמנט של חוסר הבנה או חוסר כשירות של האחר שגורם לכך שהמבצע העקיף יעשה בו שימוש ויהפוך אותו לכלי בידיו (ולכן האחריות הפלילית חלה גם על אותו אדם שפעל ככלי ביד מפעילו). מבצע באמצעות אחר הוא לא שידול. בשידול האחר הוא אוטונומי ובאמצעות אחר הוא לא אוטונומי והוא חסר בחירה. דוגמה - היעדר כשרות פלילית של האחר, מבצע העבירה. המבצע באמצעות אחר לוקח אדם לא שפוי או קטין מתחת לגיל 12 ושולח אותו לבצע עבירה פלילית (מבקש מילד בן 10 להוציא לאביו את הארנק מהכיס). זהו מבצע שבוחר באדם חסר כשירות משפטית. סעיף זה מטיל על השולח אחריות פלילית
2. סעיף 30- משדל: האדם ששכנע את העבריין העיקרי לבצע את העבירה. תורם תרומה משמעותית להתהוות העבירה בכך שהוא יוצר את המחשבה הפלילית של העבריין העיקרי. שותף מרכזי לעבירה, התרומה שלו משמעותית לעבירה אך הוא שותף עקיף. הוא יוצר את היסוד הנפשי אצל המבצע, והשידול מותנה בתוצאה של הצלחת השידול (ולכן הוא סעיף תוצאתי). המשדל נחשב בחוק הישראלי כמרכזי למרות שהוא לא ישיר, ומתייחס אליו בחומרה.
3. סעיפים 31-32- מסייע: שותף משני, מצוי במעגל החיצוני של העבירה, תרומתו מתבטאת ביצירת התנאים לביצוע העבירה (חלק מיצירת התנאים לביצוע העבירה). הוא שולי, חיצוני ומשני ולכן החוק מתייחס אליו מאוד שונה ממבצע.
4. סעיף 33- ניסיון לשדל: חריג לכלל לפיו לא עושים נגזרת לנגזרת. סיטואציות שבהם השידול לא הצליח. שידול הוא יותר קונקרטי. הדבר שאפילו הניסיון שלו עניש מלמד שמתייחסים לשידול בחומרה.

מעבר לכך, יש עבירות ספציפיות של שידול או סיוע, למשל:

סעיפים 260-261- סיוע לאחר מעשה (שיבוש הליכי משפט) - למשל מישהו שעוזר לגנב להימלט. עבירות שבתוכן יש סיוע. סעיף 302 לחוק העונשין - סיוע ושידול להתאבדות. זוהי עבירה תוצאתית מוגמרת, שהמאסר עליה 20 שנים. המחוקק ניסה למנוע את כל הנגזרות הענישות. לעומת זאת בעבירות מושלמות שהתוכן שלהן הוא שידול או סיוע, אין עליהן מניעה לעשות נגזרת, אך אין לעשות נגזרת לנגזרת (למרות שיש יוצאי דופן של שידול על שידול).

לפני תיקון 39 לא היה הבדל בעונש בין הצדדים השונים.

היום קיים הבדל דרמטי, מסייע מקבל מחצית מהעונש, ומבצע מקבל עונש מלא. ישנו גם שוני בין מסייע, מבצע ומשדל. בעבירות שלא תוכננו מראש - התשובה תלויה בשאלה אם האדם מבצע, מסייע או משדל באותה עבירה לא מתוכננת. דבר זה מקרין על האחריות בעבירות רגילות וגם בעבירות נגזרות או לא מתוכננות.

## שיעור 19

## 29.5.18

עוד דוגמה למבצע באמצעות אחר (סעיף 29) – היעדר שליטה של האחר, האחר לא שולט בתנועות הפיזיות שלו, כמו שא' דוחף את ב' על ג', ניתן לתבוע את א' על תקיפה על ג', במקרה זה ב' הוא כמו חפץ, או שמישהו נמצא תחת היפנוזה זה היעדר שליטה.

דוגמה נוספת- כאשר האחר פועל ללא מחשבה פלילית או מתוך טעות במצב דברים, ומי ששולח אותו מנצל את הטעות במצב דברים, דוגמא: א' שולח את ב' להוציא כסף מתוך מגירה, וב' חושב שהכסף הוא של א', ולכן אין פה מחשבה פלילית והוא מנצל ע"י א'. סיטואציה שבה א' מנצל טעות של ב' ושולח אותו לתקוף אותו (נניח הוא חושב שפלוני רוצה לתקוף אותם וב' חושב שזה הגנה עצמית), א' ששלח את ב' לבצע את העבירה הפלילית יישא באחריות פלילית. דוגמה אחרונה בסעיף – האחר פועל בנסיבות של כורח או צידוק: כורח זה שאדם עושה עבירה פלילית שמישהו מאיים עליך, אילוץ שמקורו באיום אנושי.

**צידוק (תחת סמכות) = דוגמא: חייל שמבצע פקודה בלתי חוקית, אנחנו מטילים את האחריות על המפקד.**

**סעיף 29ד- עושה מיוחד, מבצע באמצעות אחר- כמו אדם שמפעיל אחר כמו בובת חוטים, ומשתמש בו ככלי. אם מדובר בעבירה שהתבצעה ע"י אדם מיוחד, מספיק שה "מיוחדות" נמצאת בכלי המשחק (באדם ששיחקו בו). סעיף זה אומר שמי ששלח את אותו אדם נושא באחריות פלילית מלאה גם אם מדובר בכלי משחק (ירשיעו גם ת המבצע למרות שהוא בעצמו לא עובד של מי שגנבו ממנו). מספיק שהנתון הזה יתקיים באחר ע"מ להקרין אחריות פלילית על השולח (ניתן להרשיע אדם שהפעיל אחר בגניבה ממעביד גם אם הוא רק נשלח ע"י מישהו אחר). המבצע הוא השולח. ישנן 3 אפשרויות לגבי האחריות של האחר:**

1. **המקרה השכיח- אין אפשרות להטיל אחריות פלילית על האחר, אלא רק על המבצע ששלח את האחר (השולח).** זהו המקרה הקלאסי, אי אפשר להטיל אחריות פלילית על מי שנשלח למשל אם הוא קטין, לא שפוי או כל דוגמה של פעולה תחת סייג (כשהאחר נמצא תחת אחד מהסייגים). במקרה זה ישנה אחריות רק על המבצע, זה ששלח אותו (אין אחריות למשל על הילד הקטן אלא על מי ששלח אותו).
2. **שני הצדדים (גם המבצע וגם האחר) יהיו אחראיים באותה מידה של אחריות פלילית.** קורה למשל כשא' מנצל את העובדה שב' שיכור ושולח אותו, ושניהם יהיו חייבים באחריות פלילית באותה מידה.
3. **שניהם אחראיים בפלילים (גם המבצע וגם האחר) אך לא באותה רמה של אחריות או לא באותה עבירה- למשל** סיטואציה שבה האחר פועל ברשלנות ומי ששולח אותו פועל במודעות, למשל: א' נותן לב' אקדח ואומר לו לירות בג' כשהאקדח לא טעון או לא אמיתי, ואותו אחר מאמין לו, מכונן, יורה- וממית את ג'. ב' גרם למותו של ג' ברשלנות כי מניחים שאדם סביר היה יודע שהתנהגות זו מסכנת חיים, מחליטים שלאחר לא הייתה מחשבה פלילית או שהוא פעל ברשלנות, ומי ששלח אותו פעל במחשבה פלילית (לפחות הריגה).

**מבצעים בצוותא**

**סעיף 29ב'- מבצע בצוותא.** הכלל הוא שכל אחד מהמבצעים צריך שיעשה מעשים לביצועה של העבירה. משתתף שעושה מעשים לביצועה של העבירה. דוגמאות למשתתפים במעשה העבירה כמבצעים בצוותא:

- א' וב' סוחבים יחד קופה כבדה, וקל לזהות ששניהם שותפים לעבירה ברמה של ביצוע בצוותא.
- א' וב' שומעים שבביתו של אדם מסויים בשכונת יוקרה יש חפץ בעל ערך, פורצים לבית כשאחד בודק בקומה הראשונה, שני בודק בקומה השנייה. א' מוצא את החפץ וגונב אותו, ב' לא לקח את החפץ ושניהם יוצאים מהבית. שניהם ביצעו את עבירת הפריצה, ושניהם עברו יחד גם את עבירה הגניבה למרות שרק אחד גנב בפועל. מתייחסים אליהם כמבצעים בצוותא (עשו חלוקת תפקידים פנימית ביניהם).
- שוד- א' מאיים על ג' באקדח, וב' גונב לג' את האקדח מהכיס בו זמנית. ישנו ביצוע משותף, בצוותא, למרות שאחד איים ואחד כייס. קל לזהות שמדובר במבצעים בצוותא כי מזהים שיש שניים שיש ביניהם שותפות עבריינית וחלוקת עבודה פנימית. כשהם עובדים בגוף אחד תוך חלוקת עבודה, פחות מתייחסים למה כל אחד עשה אלא יותר לחלוקת התפקידים ביניהם. מתואר גוף אחד שפועל בכמה זרועות. גוף אחד עם זרועות ביצוע שונות.

- דוגמה שבה לא קיים ביצוע בצוותא: א' מאיים על ג', ב' עובר במקום, מנצל את הסיטואציה, חוטף את הארנק ונעלם. לא נוכל לומר שהם מבצעים בצוותא כי לא היה גוף אחד עם חלוקת עבודה אלא רק מישהו שעבר וניצל את הסיטואציה (הדבר אינו שולל החלטה באותו רגע להצטרף כי בשביל ביצוע בצוותא לא צריך הכנה מאש ומספיק ביצוע ספונטני, אך שוב, בדר"כ הדבר לא נראה כביצוע בצוותא). אדם שמצטרף באופן ספונטני לקטטה למשל, יהיה אחראי גם על המכות של האחרים.

**פס"ד עזיזיאן** - נזירות מצאו להן מקום לגור 100 שערים. המון משולהב פרץ לביתן, משחית רכוש, מצית, ולסיטואציה זו נכנס עזיזיאן. הוא גונב מספר פריטים קטנים. ניתן להרשיע אותו בקלות מכיוון שלקח חפצים שלא שלו. השאלה הייתה האם ניתן להטיל עליו אחריות פלילית גם על מה שלא עשה בגלל שהצטרף לסיטואציה בשלב מאוחר יותר (ההתפרעות של ההמונים)? דעת הרוב אומרת שלא ניתן להרשיע אותו כמשתתף אלא אך ורק לייחס לו אחריות על הגניבה שביצע. דעת המיעוט רצתה להרשיע, דורג מוכנה להרשיעו גם בעבירות האחרים כי "ישנה הצטרפות ספונטנית אל ההמון וביזה בחסות ההתפרעות", שמביאה אותה למסקנה שהוא מבצע בצוותא ומשתתף בביצוע. הרוב לא הרשיעו אותו אך חשוב להדגיש שגם השופטים שזיכו את עזיזיאן אמרו שלא זיכו אותו בגלל ההשתתפות המאוחרת והספונטנית או שלא היה שותף לתכנון מראש, אלא בגלל שלמקרה זה היו עובדות מיוחדות (שהיה שונה מהאחרים באידיאולוגיה שלו ובמה שחיפש לעשות שם). השוני שלו באידיאולוגיה ובמטרות הופך אותו ללא חלק מההמון המשולהב, ביהמ"ש מדגיש שיכולה להיות שותפות ספונטנית בהחלט.

מבצעים בצוותא הם משתתפים ביחד בביצועה של העבירה כשותפים שפועלים כגוף אחד במספר זרועות ותכנון מראש הוא לא תנאי הכרחי, אך צריך להיות קשר כלשהו שהמשתתפים משתתפים בביצועה של עבירה.

הדבר מתחיל להיות מסובך כאשר יש צורך להבדיל בין מבצע למסייע בשותפות.

**מסייע - סעיפים 31-32** - בשונה מהמבצע, הוא מקבל רק חצי מהעונש הקבוע לעבירה, ובהתאם לסעיף 32. **סעיף 32** - על סיוע מקבלים חצי מהעונש של העבירה הכללית.

**סעיף 31** - מגדיר סיוע. המסייע עושה מעשה כדי לאפשר את הביצוע או כדי ליצור את התנאים לביצוע (המסייע מאפשר את הביצוע אך אינו חלק ממנו). התרומה של המסייע היא תרומה עקיפה ומשנית לביצוע העבירה. איש חוץ שנמצא במעגל החיצוני של העבירה, שותף זוט. הסיוע יכול להיות פיזי וגם רק סיוע רוחני, מורלי, למשל אדם שמבקש ממישהו רק לבוא איתו. סיוע יכו להיות גם במעשים וגם במחדל ("עשה מעשה" - כולל גם סיוע במחדל). בענישה של מסייע מדובר בענישה של אדם על עבירה שלא ביצע ומרשיעים אותו משתי סיבות:

1. להתייחס ליסוד העובדתי של פעולת המסייע והיות והוא סייע לקיומה של העבירה בצורה אובייקטיבית מבחינת העובדות, יש להטיל עליו אחריות פלילית
2. לומר שיש להטיל אחריות פלילית על המסייע, פחות בגלל הטיב הפיזי של התנהגותו ויותר בגלל היסוד הנפשי והזדהותו של המסייע עם המשימה העבריינית.

השאלה היא אם לשים את הדגש על היסוד העובדתי (סיוע) או הנפשי (המוטיבציה)? דבר זה מצדיק הטלת אחריות פלילית על המסייע.

ניתן לנסח את עבירת הסיוע בדרכים שונות ותמיד השאלה תהיה מהו האיזון הנכון בין האקטוס ראוס למנס ראה? האם צריך שיהיה סיוע בפועל או מספיק סיוע נפשי?

שאלה זו עולה במחלוקת בין שופטים שפירשו את סעיף 31 לחוק העונשין. סעיף זה תוקן בתיקון 39. לאחר התיקון, הייתה שגגה בניסוח (היה הבדל בין הצעת החוק לבין החוק). שתי מילים נפלו בחוק הסופי ושינו את החוק:

- הנוסח המקורי - עלתה כוונה ברורה שעולה גם מדברי ההסבר שסיוע הוא מעשה שהקל או אפשר את הביצוע, כלומר הסיוע היה אפקטיבי ובנוסף שהמסייע היה מודע לכך. לא הייתה דרישה למחשבה פלילית מיוחדת או למטרה והייתה יותר התייחסות למעשה. הניסוח המקורי מופיע ב**פס"ד פוליאקוב**.
- הנוסח הסופי - הושמטו מילים, והסעיף עד היום פתוח לפרשנות שהיא שונה מהכוונה המקורית של המחוקק. "כדי לאפשר את הביצוע" - הן מילים שמתארות יסוד נפשי ומחייבות כוונה.

השאלה היא מה צריך להיות מוקד הסעיף - הסיוע הפיזי לעבירה או היסוד הנפשי והכוונה? השורה התחתונה - ניסוח של יסוד עובדתי של הסיוע ויסוד נפשי של הסיוע.

יש להראות שאדם עשה משהו שיש בו פוטנציאל סיוע. התנהגות שיש בה פוטנציאל סיוע- הנסיבה ההכרחית להרשעה בסיוע היא הפלילות של ההתנהגות שמסייעים לה (צריך שהמבצע מבצע עבירה פלילית או עומד לבצע עבירה פלילית).

היסוד הנפשי של הסיוע- 3 אפשרויות:

1. **דעת הרוב בפס"ד פוליאקוב-** המילים "כדי לסייע" שבסעיף 31 מתארות את האופי העובדתי פיזי של העבירה בלי קשר ליסוד נפשי, לכן מספיק להוכיח מודעות של הנאשם לכך שהמעשה שלו מסייע+מודעות לעבירה. מספיקה מחשבה פלילית רגילה. לפי ויזל, ביהמ"ש מחיה את הכוונה המקורית של מנסחי החוק (מסתפקים במודעות ונשענים יותר על היסוד העובדתי מאשר על היסוד הנפשי).
2. **דעת הרוב בפס"ד פלונית-** כדעת המיעוט בפוליאקוב. יסוד נפשי של מסייע: מודעות לכך שההתנהגות עשויה או עלולה לסייע+מודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה פלילית+יסוד נפשי מיוחד של מטרה לסייע לעבריין העיקרי. השופט ברק אומר שזה הפירוש היחיד שניתן לתת למילים "כדי לסייע". הדבר נכון גם מבחינת מדיניות משפטית נכונה, שבה יש לראות את המסייע כראוי לעונש בגלל שיש לו מטרה של סיוע לעבריין. לפי ברק, כל ההצדקה לענישת אדם חיצוני יחסית שהוא המסייע, הוא רק בגלל המטרה הפסולה שלו, שהיא הזדהות וסיוע למעשה עבירה. כאן נעוצה ההצדקה להטלת אחריות פלילית על המסייע לפי ברק. לפי ברק ניתן להחיל את הלכת הצפיות על סיוע כי המסייע פועל מתוך ידיעה ברמה גבוהה של וודאות שהוא עומד לסייע לעבריין העיקרי גם אם הוא עושה את זה ממניע אחר. זוהי ההלכה.
3. **דעת מיעוט של אנגלרד בפס"ד פוליאקוב-** מודעות לכך שהמעשה מסייע+מודעות לכך לביצוע העבירה בהווה או בעתיד+מטרה לסייע+רצון שהעבירה תושלם. הוא עושה זיהוי בין המטרה לסייע לעבריין לבין המטרה להשלים את העבירה (בד"כ זוהי הבחנה מלאכותית לפי אנגלרד). הוא מחיל את הלכת הצפיות בנוע לרצח.

ההלכה היא לפי אפשרות 2- דעת הרוב בפלונית או דעת המיעוט בפוליאקוב: יסוד נפשי של מסייע: מודעות לכך שההתנהגות עשויה או עלולה לסייע+מודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה פלילית+יסוד נפשי מיוחד של מטרה לסייע לעבריין העיקרי.

יש צורך להוכיח:

1. פוטנציאל סיוע
2. היסוד העובדתי- פלילות ההתנהגות שמסייעים לה
3. היסוד הנפשי- מודעות לכך שההתנהגות מסייעת או עשויה לסייע
4. מודעות לפלילות של העבריין
5. מטרה לסייע

אפשרות זו היא המסתדרת ביותר עם הניסוח של סעיף 31.

### סיוע במחדל

סעיף 31 מגדיר מסייע כמי שעשה מעשה, וסעיף 18 מגדיר מעשה כ"לרבות מחדל"- ז"א בצירוף שני הסעיפים, ניתן לסייע במחדל ולא רק במעשה אקטיבי. למשל, מבצעי עבירה מסכמים עם היומנאי במשטרה שלא לענות לקריאות של אזרחים בשעה או בערב מסויים- זהו סיוע במחדל. למשל, עוזרת בית שנמנעת מלסגור את החלונות כדי להקל על גנבים שיגיעו כלילה. בצורות הסיוע, ישנו גם סיוע בנוכחות, אך בו לעתים הסיוע הוא גם במחדל ולא רק בנוכחות. נחשבת ליותר מסיוע במחדל. זהו לא מחדל טהור.

**ער"פ אברמוב-** שוטרי מג"ב הסיעו עצורים בג'יפ משטרתי כשחלק ישבו מקדימה וחלק ישבו מאחור, כאשר אלה שישבו מאחור הכו את האסירים ואלה שישבו מקדימה לא עשו דבר. ביהמ"ש קבע שעצם המחדל שלהם והנוכחות בסיטואציה נחשבים למחדל, כי יש צורך במסוגלות של המחדל לסייע+כוונה לסייע. ביהמ"ש לא מדבר על חובת העשייה שיש בה צורך במחדל בד"כ, כי ברור מאליו שלשוטרים יש חובות למנוע הכאה שלא כדון, וביהמ"ש הרשיע בסיוע בקלות.

**פס"ד פוליאקוב-** למרות שביהמ"ש קבע שהסיוע לא היה במחדל אלא במעשה (בהתנהגות אקטיבית), פוליאקוב המשיך לנהוג ברכב כשבספסל האחורי שלו מתבצע רצח. ביהמ"ש קבע שזהו יותר ממחדל אך אין מניעה להרשיע בסיוע במחדל. מצא טען על בסיס פלר ופסיקה ישנה שלשם הרשעה במחדל אין צורך להצביע על חובת עשייה מפורשת בדון, לשם ההרשעה בסיוע במחדל לא צריך להצביע על חובת עשייה מפורשת בדון. לפי פרופ' פלר, יש הבדל בין עבריין עיקרי שפועל במחדל, לבין הפרת חובה על רקע של ביצוע עבירה מושלמת בידי אחר (לפי פלר בסיוע במחדל לא צריך להצביע על חובת

עשיה מפורשת בדין כי בסיוע במחדל קמה חובת עשיה- כאשר יש אירוע עברייני קונקרטי, ההשתלבות של המסייע באמצעות מחדל תיחשב לסיוע אניש גם כשאין חובה קונקרטית בדין). ז"א, שמי שמסייע במחדל מתוך מטרה לסייע- יש חובה אינהרנטית לפעול. על דבר זה יש ביקורת ורבים לא מסכימים כי טוענים שיש הרחבה מוגזמת של המשפט הפלילי. **פס"ד שלומי ויצמן**- חשין אומר שסיוע אפשרי גם במחדל ואפשר לייצר חובה גם בפסיקה, ובמקרים רבים עצם ההשתתפות במעשה העבירה הוא חובה לפעול.

די שיסוד העובדתי יתקיים מספיק שהנאשם העיקרי התחיל את העבירה. מה קורה אם העברין העיקרי מורשע בניסיון רצח. האם אפשר להרשיע את המסייע? האם נרשיע אותו בסיוע לניסיון לרצח או לניסיון לרצח? יותר רלוונטי לשידול - בשידול מרשיעים בשידול לניסיון רצח או בשידול לרצח?

כדי להרשיע בסיוע מספיק שהיה ניסיון לבצע את העבירה העיקרית.

## שיעור 20

### 30.5.18

(השלמה מהסיכום של שחר יונה):

**ע"פ 11131/02 יוסופוב נ' מדינת ישראל -** מומלץ לקרוא! המערערת היא עולה מחבר העמים שיש לה קשר רומנטי ארוך עם תושב השטחים, ומרשיעים אותה בסיוע לניסיון רצח בשל ידיעתה שהחבר שלה עומד לבצע פיגועי טרור בישראל ובשל העזרה שהיא הושיטה לו בהוצאה לפועל של פיגועי הטרור.. עיקר העזרה הייתה בעצם הנוכחות שלה, והעניקה להתנהגות לשו מראה של התנהגות תמימה. היא זו שאפשרה לו להסתובב ולישון בתל אביב. לכאורה היא נמצאת איתו ושותפה לחלק מהדברים. בעובדות יש מספר אירועים. בספטמבר 2000 אח שלו נהרג בתהלוכה בשכם, והא מחליט לנקום את מותו של אחיו. לכן הוא ביקש ממנה לשכור דירה בת"א, היא שכרה את הדירה והוא שילם את השכ"ד, תוך שהיא ידעה שהוא שוהה בלתי חוקי. שבועיים לאחר המעבר לת"א הוא שיוסף קצין צה"ל עם סכין מטבח, ובנס הקצין ניצל. על האירוע הזה הרשיעו אותו בניסיון רצח והוא נמלט מהארץ. היא זיהתה שהוא לקח ממנה סכין ושאלה אותו על זה. הוא אמר לה שהוא לקח את זה לצרכי ביטחון - היא לא ידעה עדיין מה קרה. הוא גם אמר לה לבטל את חוזה השכירות, והיא מתעקשת על המשך הקשר. הוא מספר לה על מעשה הדקירה והיא לא עשתה כלום. כמה חודשים אחר מכן הוא יצר קשר עם פעילי טרור והשיג מטעני חבלה ובאקדח הוא חוזר לישראל כדי לבצע פיגועים. הוא התקשר אליה שתבוא לאסוף אותו. למערערת היה ברור שהוא צריך אותה, הם נפגשים בחוף הים של בת ים, הוא מראה לה את האקדח שהוא נושא ומודיע לה שאם שוטר יפנה אליו, הוא יהרוג את השוטר. לאחר מכן הם עולים על אוטובוס לתל אביב, והוא אומר לה שבתיק שלו יש חומר נפץ, ואמר שאם שוטר יפנה אליו - הוא יפוצץ את מטען החבלה. בהמשך הם נכנסו יחד למסעדה, בה זייד התכוון לפוצץ את התיק. הליווי שלה הוא זה שמאפשר לה להסתובב בישראל וגורם לו למראה לא מחשיד ותמים. בשירותי המסעדה הוא מכין את אחד המטענים, הם ממחרים לצאת מהמסעדה, עלו על מונית ונסעו ליפו. לידה כמונית הוא מתקשר לטלפון הסלולרי שאמור לפוצץ את המטען ולא מצליח לו. המערערת לא נרעשת מהניסיון שלו ושואלת אותו רק שאלות טכניות. זייד מורשע בניסיון רצח שני. כשהוא הבין שזה לא מתפוצץ, הוא מתקשר לספק המטענים שלו שנתן לו הוראות איך להפעיל את המטען השני. לפי ההוראות הם הגיעו באותו ערב לדולפינריום (אירוע 3) ובידיעתה ובנוכחותה הוא מניח מטען ומרכיב לעיניה את הפצצה, ושוב מהמונית הוא מתקשר לטלפון הסלולרי בשביל לפוצץ אותה - אבל גם הפעם לא התפוצץ המטען, ולכן הוא חוזר איתה לחוף הים ולוקחים את המטען. גם על האירוע הזה הוא מורשע על ניסיון לרצח. התפנית: הוא אומר לה שהוא מתכנן לחזור לכפר, כדי לקבל את הכסף ורוצה לחזור לגור בתל אביב. המערערת מלווה אותו לרכבת, שם הוא עולה על מונית שירות ונפרד ממנה. תוך כדי נסיעה צפונה עוצרים אותו במחסום, מבקשים ממנו תעודת זהות, ובתוך המונית הוא ירה בתיק, ובפיצוץ נהרג נוסע ונוסעים אחרים נחבלו. בגין הפיצוץ הזה הרשיעו אותו ברצח בכוונת תחילה, חבלה מחמירה, ופיצוץ חומרים. בפס"ד אומרים שהמערערת סייעה לזייד לבצע את העבירות המיוחסות לו. עד כאן - העובדות. עבירת הסיוע: ניתוח של בית המשפט של עבירת הסיוע, ולא משנה כלום מהלכת פלונית (אפשרות 2). המחוזי מרשיע בהכל והעליון מזכה מהאירוע שבמונית. היא מזכה מסיוע באירוע שבמונית. בית המשפט לא משתכנע ביסוד העובדתי ובעיקר ביסוד הנפשי. המחוזי ביסס את ההרשעה שקודם לכן הוא סיפר לה שאם הוא יעצר ע"י שוטר הוא יירה באקדח במטען,

ובעצם המערערת ידעה על קיומה של אפשרות שהמונית תיעצר וששוטר יעצור אותה, ובעקבות המעצר הוא יפוצץ אותו. צריך להוכיח שהמסייע ידע בזמן שהוא מסייע שהפעולה שלו תסייע למבצע העיקרי לבצע עבירה ממשית. כלומר - צריך שלעבירה יהיה ייעוד מוחשי. קונקרטיזציה - אין די בידיעה על נכונות ערטילאית והיפותטית של המבצע לבצע עבירה. במקרה זה, אף שהייתה מודעות כללית לנכונות של זייד לירות במטען, העליון לא משתכנע מעבר לספק סביר שכאשר היא סייעה לזייד לעבור למונית היא הייתה מודעות שהעברין יבצע פגוע. בשלב זה היא הייתה תחת הרושם שפעילותו החבלנית של זייד הגיעה לקיצה, זאת ועוד בשל אירועי העבר היא חשבה שהמטען שיש לו בתיק הוא לא תקין לפיכך לא הצליחו לסתור את הגרסה לה שאין אפשרות ממשית של ביצוע רצח או ניסיון רצח ולא נתקיים בה היסוד שנדרש לעבירת סיוע לפיגוע במונית. בנוסף העליון אומר, שאף שהיו מקבלים את מסקנת המחוזי, שהייתה המערערת מודעת, אין ספק שאין בעובדות כדי להאות שהמערערת ידעה שההתנהגות עשויה לסייע קרוב לוודאי לביצוע עבירת רצח. לכת הצפיות לא חלה פה - אין ידיעה ברמה של קרוב לוודאי שההתנהגות שלה מסייעת. לכן זיכו אותה. לכאורה לפי פס"ד זה עולה שצריך מטרה לסייע לעבירה. ביהמ"ש מפיל את ההרשעה על זה שהוא לא השתכנע מעל לכל ספק סביר שהיא יודעת שהיא רוצה לסייע לעבירה של פיגוע ולא הוכח ברמה של קרוב לוודאי שזה מה שהולך לקרות.

**פס"ד ג'אבר נ' מדינת ישראל** - הסעת מחבל מתאבד לנתניה, קשור ליסוד הנפשי של סיוע. המערער, בחור בן 22 היה מסייע במשך שבועיים ממחסום טול כרם תושבי שטחים לתוך ישראל וגובה מהם 6 ₪. ביום מסויים מסויים, המערער הסיע אדם שהסתבר כמחבל ממחסום ליד נתניה כאשר הם לא הכירו קודם, ולא ידע בוודאות שהנוסע הוא מחבל. המחבל הגיע למחסום עם מלווה כשהיה לבוש בז'קט אלגנטי גדול ממידותיו ביום חם, כאשר נהגים אחרים לא הסכימו להסיעו כשהמערער הסכים להסיע אותו בסכום של 100 ₪. מי שניהל את המשא ומתן היה המלווה של המחבל (שחזר לטול כרם), ובנסיעה עלו נוסעים נוספים ששילמו 6 ₪ כרגיל. הם לא דיברו, בסביבות השעה 11 הוא הוריד אותו בקרבת קניון השרון. המחבל המתאבד הפעיל מטען, נהרגו 5 בני אדם ונפצעו 86. ביהמ"ש המחוזי הרשיע את המערער בסיוע לרצח וסיוע לחבלה בכוונה מחמירה, ביהמ"ש ביסס סיוע לחבלה בכוונה מחמירה בכך שהמערער חשד בפועל (באופן סובייקטיבי) שהנוסע איתו הוא מחבל, ולמרות שחשד שהוא מחבל מסיבות שונות, הסיע אותו בכל זאת. המערער טען שהוא לא חשד למרות זאת. את מחיר הנסיעה הוא אמנם לא הכחיש, אך טען שהוא הסיע אותו "הסעת ספיישל". הממצאים העובדתיים: ביהמ"ש העליון לא משנה את הממצאים העובדתיים אך קבע שהמערער חשד שהנוסע הוא מחבל אך לא ידע זאת בוודאות או לא בכמעט וודאות. המערער חשד ולא בירר מכיוון שבחר להרוויח את הכסף.

- ביהמ"ש המחוזי - ניתח את יסודות הסיוע, וטען את הדברים הבאים:

בנוגע ליסוד נפשי של סיוע: אדם שחושד כי חברו עומד לבצע עבירה מסוימת ולא מונע או אף פועל מתוך מודעות שמעשהו יסייע להשלמת המעשה של חברו

קביעה נוספת של בימ"ש קמא הייתה שאין צורך להוכיח שהמערער צפה את ביצוע המשימה העיקרית כאפשרות קרובה לוודאי. הוא טוען שדי בכך שהוא היה מודע באופן סביר וממשי לאפשרות ביצוע העבירה. המערער חשד במחבל אך בחר להתעלם מהחשדות. עוד נקבע לפי המחוזי, שהמערער היה מודע לקיומה של אפשרות סבירה וממשית שהנוסע שעלה על רכבו עומד לבצע פיגוע שבו עומדים להיהרג בני אדם. המחוזי אומר בשולי דבריו שאמנם הוא הורשע בסיוע לרצח אך בכל מקרה היה ניתן להרשיע אותו בעבירת הריגה.

ביהמ"ש העליון קובע שהשאלה המרכזית הנתונה במחלוקת היא האם התקיים היסוד הנפשי של סיוע. ביהמ"ש המחוזי מזכה מסיוע ומביא את פרשת פלונית. ביהמ"ש טוען שאין צורך להוכיח אחרי תיקון 39, כי הוא טוען שאין דרישה שהיסוד הנפשי של המסייע יהיה זהה ליסוד הנפשי של המבצע העיקרי. ביהמ"ש טוען שלא התקיים היסוד הנפשי הנדרש, אך שאין חולק שהמערער לא היה מודע בפועל לכך שהמחבל עומד לבצע פיגוע, או כי הסעתו לנתניה תסייע לו בכך. בנוסף לכך, הכל מסכימים כי המערער לא פעל מתוך מטרה לסייע למחבל, ולמרות זאת - ביהמ"ש הסתפק בחשד שמדובר במחבל, ושהיה מודע ברמה גבוהה של וודאות שהוא מסייע לו בביצוע הפיגוע. העליון לא מסכים עם מסקנה זו וטוען שבין פסק הדין המחוזי לעליון ניתן **פס"ד יוספוב**, ואומר שגם אם נצא מנקודת הנחה שהמערער חשד שהוא עומד לבצע פיגוע וחשד שהעברת המחבל מסייעת, הדבר לא מספיק ליסוד הנפשי של סיוע (לא מספיק להוכיח שהמערער פעל מתוך מודעות לכך שההתנהגותו תסייע למחבל בביצוע הפיגוע ברמה של קרוב לוודאי). משמע, צריך להוכיח מעל לכל ספק סביר שהנאשם ידע בוודאות או קרוב לוודאי שהעבירה העיקרית עומדת להתבצע. במילים אחרות, בעקבות פס"ד יוספוב ביהמ"ש דורש שהיסוד הנפשי בסיוע מזיק מטרה לסייע לעבירה ספציפית או לפחות ידיעה בוודאות או כמעט בוודאות, שעומדת להתבצע עבירה. זוהי ההלכה.

בסופו של דבר כן הרשיעו את ג'אבר בהריגה. הגורם למותו של אדם - הריגה, יש צורך להוכיח קשר סיבתי עובדתי ומשפטי. ביהמ"ש טוען שמבחינה עובדתית, עצם העובדה שג'אבר לקח את המחבל לנתניה מקיים קשר סיבתי עובדתי (ללא ההסעה לא היה מתרחש הפיגוע). גם מבחינה משפטית היה עליו לצפות שהוא עלול לגרום למותו של אדם. מבחינת יסוד נפשי - יש

צורך להוכיח מחשבה פלילית (מודעות של הנאשם לאפשרות שהתנהגותו עלולה לגרום למותו של אדם+קלות דעת), וכאן המערער עצמו חשד שמדובר במחבל- ז"א הוא היה מודע לאפשרות שהוא עומד לבצע פיגוע והתקיים בו יסוד נפשי של קלות דעת. בסופו של דבר, ג'אבר זוכה בסיוע לרצח אך הורשע בהריגה. הוא זוכה משני סעיפים- סיוע לרצח וסיוע לגרימת חבלה בכוונה מחמירה, פטרו אותו משניהם והרשיעו אותו מהריגה כך שבסופו של דבר הוא קיבל את אותו העונש. בשורה התחתונה, המסייע הוא שולי וחיצוני והתרומה או המעורבות שלו לא מרכזית. בין היתר, זוהי הסיבה שהתקבלה הלכת פלונית שדורשת ביסוד הנפשי לא רק מודעות, אלא דורשים גם לפי לשון הסעיף מטרה לסייע. לא מסתפקים במודעות שאולי האדם מסייע או שאולי עוזרים לבצע עבירה פלילית. רוב הפסיקה דנה בשאלות של זיהוי מה חלקו של כל אחד- מבצע ומסייע

סיוע במחדל- יש מספר צורות של סיוע במחדל. למשל בפס"ד ג'אבר, הסיוע מאוד משמעותי כך שבסופו של דבר המסייע הורשע בגרימת מוות. הרף התחתון של סיוע הוא סיוע במחדל (פס"ד ויצמן ודוגמת היומנאי במשטרה ועוזרת הבית). כשמדובר על סיוע במחדל, אין צורך להוכיח חובת עשייה נוספת כי מספיק שכבר מסייעים להתנהגות עבריינית.

השוואה בין סעיף הסיוע 260-261:

סעיף 260- מסייע לאחר מעשה- יכול להיות אדם שתפקידו הוא למלט את העבריינים מזירת הפשע. הוא יוכל להיות מבצע או מסייע או רק מסייע לאחר מעשה, תלוי בסיטואציה.

סעיף 261- דין מסייע לאחר מעשה.

שני הסעיפים עוסקים בסיטואציות שונות.

## שיעור 21

### 5.6.18

#### שידול

סעיף 30- משדל.

אם דיברנו על המסייע כדמות עקיפה ומשנית, המשדל הוא דמות עקיפה ומרכזית (עקיפה כי לא עושה את העבירה עצמה, ראשית- כי התרומה שלו משמעותית, הוא זה שהוליד את העבירה בכך שיצר את היסוד שהנפשי שגרם לאדם אחר ללכת ולעשות עבירה פלילית).

ישנו הבדל בין משדל למבצע. למרות זאת, מתייחסים גם אליו בחומרה ונותנים לשניהם את אותו העונש. ניתן להבי את ההתייחסות בחומרה לשידול כי יש את סעיף 33- ניסיון לשידול, משמע דבר זה מסביר מדוע חושבים שהוא מהווה סכנה לחברה.

הרכיב ההתנהגותי- בא לידי ביטוי במילים "בשכנוע", "בדרישה", "בהצרה", או בכל דרך אחרת שיש בה הפעלת לחץ. האם אפשר לשדל בדרך מחדל (כמו שאפשר לסייע במחדל?) אנליטית, אפשר, אך מבחינה מהותית קשה לחשוב על סיטואציות של שידול ע"י מחדל. פרקטית קשה לדבר על שידול במחדל אך הדבר נפוץ יותר ביחסי כפיפות או היררכיה, כאשר רק שתיקתו יכולה להיחשב כשידול או כדחיפה לבצע את המעשה.

הרכיב הנסיבתי- קיומו של משדל. צריך שיהיה אדם שהמשדל הניע אותו לפעולה, חשוב לשים לב שישנו הבדל בין שידול לבין ביצוע באמצעות אחר. בשידול- חייבת להיות נסיבה של אדם שפועל כאוטונומי, בבחירה. ביצוע באמצעות אחר הוא שימוש באדם ככלי, בשונה ממשדל. רוצח שכיר למשל הוא משדל.

- הדבר המיוחד הוא הרכיב התוצאתי הנדרש בנוסף, מכיוון שעבירה זו היא עבירה תוצאתית.

הרכיב התוצאתי- הוא שההתנהגות המשדלת גרמה לעברין לעבור עבירה או לפחות לנסות לעבור עבירה.

יש להוכיח קשר סיבתי כמו בכל עבירת תוצאה (=שהשכנוע שלו באמת גרם לאדם לעשות את העבירה).

**פס"ד סודקר**- ההרשעה היא בשידול לביצוע העבירה המוגמרת. לא הרשעה בשוד, הרשעה בשידול לשוד. אין שוני בעונש, אך ניתן לומר שהמשדל עבר עבירה של שידול לנסיון שוד.

עקרון אחידות העבירה- אם יש עבירה אחת שיש לה כמה זרועות, כל הזרועות יורשעו בעבירה.

אדם ששודל לביצוע רצח- למשל רוצח שכיר. עונש של משדל לביצוע רצח- מאסר עולם חובה. העונש זהה לרצח עצמו. כשאין סעיף כזה, חלה ההוראה של סעיף 34 ד רבתי- אם לא כתוב בחוק, העונש יהיה זהה לשל התוצאה המוגמרת.

הסנגוריה- טוענת שישנו רף ענישה בלתי הולם למקרים רבים ושיש להשאיר פתח לשיקול דעת כי תרומתו של המשדל לא ישירה.

**ער"פ 7894/03 מסראווה נ' מדינת ישראל-** ביהמ"ש קובע דבר שקשור לניסיון רצח, ואומר שאם אדם שידל לרצח והרצח לא הצליח, הוא יורשע בשידול לניסיון רצח ואין עונש חובה של מאסר עולם. עמדת הפרקליטות- הייתה הנחה שלא יכול להיות שהמשדל יהיה חשוף לעונש חמור יותר מהמבצע עצמו.

לסיכום, בשידול ישנו צורך ב:

- הרכיב ההתנהגותי- מעשה של שידול
  - הרכיב הנסיבתי- משודל אוטונומי
  - קשר תוצאתי- תוצאה שהשידול מצליח (יש לפחות ניסיון)
  - קשר סיבתי- המשדל הוא זה שגרם למשודל לבצע את העבירה.
- למשל, לאדם היה רצון בסיסי לבצע את העבירה אך עדיין התלבט, והמשדל הוא זה שהביא אותו להחלטה הסופית של כן ללכת ולבצע את העבירה. במקרים אפורים אלה נתקשה לומר אם זהו שידול או סיוע רוחני (מתן אומץ). השאלה היא איפה עובר הקו בין לתמוך לבין לעודד ולתת פוש?

הבדלים בין מבצע ומשדל:

1. יכולת החרטה- סעיף החרטה מתייחס רק למשדל ולמסייע ולא למבצע
2. האחריות של כל אחד מהם לעבירה נוספת שביצעו אחד השותפים שלא תוכננה מראש

עד עכשיו זה היה נשמע כאילו אין הבדל בין מבצע למשדל, אך יש להבין שיש הבדלים לפחות בשני הנושאים הנ"ל. המשדל הוא בתווך בין המבצע למסייע, כאשר לפי ויזל הוא קרוב יותר למבצע.

ברירת המחלל בעבירה בשונה מסיוע הוא שמספיקה מחשבה פלילית, שהמשדל צריך להיות מודע לטיב התנהגותו ולאפשרות שהיא תוליד עבירה פלילית+פזיזות/קלות דעת.

ביניש בפס"ד אסקין, קבעה שהיסוד הנפשי הדרוש בשידול הוא כוונה. היא דורשת יסוד חפצי של כוונה (המשדל רוצה, ופועל מתוך מטרה שהמשדל יבצע את העבירה). נקבע כי עונש המשדל הוא חמור כמו המבצע.

בגלל שמדובר בעבירת תוצאה, מכילים את הלכת הצפיות מכוח סעיף 20 לחוק העונשין. יש להוכיח קשר סיבתי ותוצאה, וביסוד הנפשי צריך להוכיח מטרה להשלים את העבירה.

### ניסיון שידול

סעיף 33- ניסיון שידול.

מראה כמה ההתייחסות לשידול עצמו חמורה. ישנן סיטואציות רבות של ניסיון שידול:

1. א' משדל את ב', השידול מצליח וב' ניגש לבצע את העבירה אך לא ניגש אפילו למתחם הניסיון (הוא נשאר בשלב ראשוני). עדיין יהיה ניתן להרשיע את א' בניסיון שידול למרות שעדיין לא בוצעה עבירה פלילית.
2. א' משדל את ב' לבצע עבירה וב' לא משתכנע.
3. מצבים שבהם מעשה השידול לא הצליח (כמו מכתב שמפורט בו השידול שלא הגיע ליעדו, נזנח בתיבת הדואר למשל)
4. מצב שבגלל ששידול היא עבירת תוצאה שצריכה קשר סיבתי, לא התקיים הקשר הסיבתי (הוא השתכנע, ישנו קשר סיבתי).

שידול לשידול- בפס"ד סוזק הכירו בשידול לשידול. מעין נגזרת של נגזרת, לא ראו בהבדל בין אדם שמשכנע אדם אחר לשכנע לבין אדם ששיכנע אחר לבצע את העבירה, וביהמ"ש ראה בכך זהה לשידול ישיר. פס"ד זה עסק בגרימת חבלה חמורה של שפיכת חומצה על אדם, כאשר הקורבן הצליח לברוח והעבירה לא התממשה.

ישנן עבירות שידול ספציפיות שעוסקות בשידול לזנות. עבירות אלה נוצרו מכיוון שאין עבירה מושלמת של איסור לעסוק בזנות ולכן ישנן עבירות ספציפיות בנושא זנות וגם בנושא התאבדות (סעיף 302).



מספר סוגים לצדדים לעבירה:

- מבצע
- מסייע
- משדל
- מנסה לשדל

האתגר הוא להבחין ביניהם.

### ההבחנה בין מסייע למבצע בצוותא:

כיום אחרי התיקון ישנה משמעות רבה להבחנה בין מבצע למסייע. לשניהם אותה תרומה כמעט.

השופט חשין התבטא לא פעם על הקושי בזיהוי ההבדלים בין הצדדים השונים לעבירה. פס"ד מרדכי - "ההבדל בין הניסוחים בחוק... עד שנדמה לקורא שיש עליו לפענח כתבים מקדם".

ההבדל בין מבצע למסייע למשדל הוא ב3 דברים:

1. העונש
2. אפשרות החרטה - רק בנוגע למסייע ומשדל
3. עבירה שלא תוכננה מראש

המגמה הגורפת של ביהמ"ש היא להכיר במבצע בצוותא ולהרחיב את האחריות הפלילית.

1. מבחן סובייקטיבי - האם הנאשם ראה את עצמו כחלק מהמבצעים וראה את השלמת המשימה העבריינית כמשימה שלו? (מה מידת ההזדהות שלו עם המשימה העבריינית). על מחשבתו אפשר ללמוד מהנסיבות (עד כמה היה פעיל, יוזם, שותף לתכנון ומעורר בפרטים). המסייע הוא שולי יותר ולא מרגיש חלק מהביצוע עצמו. ישנו קושי במבחן זה כי לא תמיד בטוחים מה בלבו של אדם, מה עושים במקרים האפורים?
2. מבחן התרומה האובייקטיבית - אופי התרומה. האם לנאשם יש חלק משמעותי בהגשמת העבירה לעומת מסייע שהוא רק יוצר את התנאים לביצוע העבירה? בודקים זאת לפי תרומתו האובייקטיבי לביצוע העברייני.
3. מבחן השליטה - האם יש לנאשם ביחד עם אחרים שליטה על ביצוע העבירה ואופן ביצוע העבירה? עד כמה הנאשם אדון לביצוע. ככל שיש לנאשם יותר שליטה על אופי העבירה והביצוע שלה, נראה שיש לו יותר השפעה.
4. מבחן מירי גור אריה - הבחנה בין שלב ההכנה לשלב הניסיון יכולה להיות הבחנה בין מבצע למסייע. אם המעשים של הנאשם הם רק בגדר הכנה הוא יהיה מסייע, לעומת זאת אם הוא כבר נכנס למתחם הניסיון, נתייחס אליו כמבצע. מבחן זה לפעמים לא נכון ומבלבל פעמים רבות. למשל כאשר מציבים סולם גבוה מתחת לחלון כדי לאפשר פריצה לבית. במבחנים בין הכנה לניסיון נאמר שזהו ניסיון כי זהו שלב מתקדם של ההתארגנות, ועם זאת יכול להיות שנתייחס למי ששם את הסולם מתחת לחלון כמסייע בלבד. הדבר תלוי בגורמים רבים ולא רק בשאלה "האם עברנו את שלב ההכנה?" כי התנהגויות רבות יכולות להיחשב כמתחם העבירה.

הפסיקה שילכה בין המבחנים השונים, כאשר משלבים בעיקר את המבחן הסובייקטיבי עם האובייקטיבי:

- מבחן משולב שפועל כמקבילית כוחות. בודקים גם את מידת התרומה האובייקטיבית וגם את היסוד הנפשי ועד כמה הנאשם מזדהה עם המשימה העבריינית. ככל שהנושא יותר ברור שהאדם מעורב בו רגשית, יתייחסו יותר לאדם כאל מבצע (שני גורמים שפועלים במשולב כאשר אחד מהם חזק יותר והדבר ייצור ביצוע).
- מבחן השליטה - כלי, מדד שהוא מבחן עזר גם למבחן הסובייקטיבי וגם לאובייקטיבי. מלמד על מידת המעורבות של הנאשם גם מבחינת היסוד הנפשי שלו.

הפסיקה מתייחסת לאלמנט של נוכחות במקום ביצוע העבירה וקובעת שאלמנט הנוכחות הוא לא אלמנט חובה ואף לא קריטי. למשל, בסיוע:

**בפס"ד פלוניס ער"פ 92/89-** ביהמ"ש אומר שכדי שנוכחות תלמד על סיוע, חייב להיות שהנוכחות היא מכוונת ולא אקראית. דובר על כמה חברים קטינים ערכים שטיילו ביער ואחד מהם הצית את היער. נמנע נזק כי כוחות הכיבוי הגיעו מהר, וביהמ"ש אמר שהחברים לא קשורים כי למרות שהם נכחו במקום לא היה להם קשר לביצוע העבירה.

לעתים עצם הנוכחות היא מסייעת, כמו בפס"ד **יוספוב**. נוכחות היא לא תנאי הכרחי, ויכולה להיות ראייה למידת המעורבות של אחד הצדדים. כיום ניתן להרחיב זאת לנוכחות של שליטה בשלט רחוק (פס"ד משולם), שנוכחות פיזית לא הכרחית ויכול להיות גם קשר ללא נוכחות פיזית.

**רב העבריינים** - נידון בעיקר באוביטר. נשאלת השאלה, "איך להתייחס לרב העבריינים שלא לוקח חלק בעבירה עצמה?" ביהמ"ש מתלבט איך להתייחס לרב העבריינים שלא משתתף בביצוע עצמו כאשר לכל היותר יש לו חלק או ידע בתכנון, ויש הבדל בין שופטים ומלומדים שונים. ניתן להסביר הבדלים אלה בין השופטים בשאלה העובדתית - "איך הם מגדירים את רב העבריינים מבחינה עובדתית?"

לא כל השופטים מדברים על אותה סיטואציה, והשאלה קשורה לאיך מפרשים את הסעיף שמגדיר מבצע. ישנם שופטים שמתקשים פחות על מבצעים בביצוע עצמו, לעתים יהיה קשה לראות במי שהיה שותף בשלבים הראשונים ולא בשלבי הביצוע מבצעים בצוותא, ויהיה קל יותר לראות בהם משדלים.

**בפס"ד משולם** - רוב השופטים אמרו שיש להתייחס לרב העבריינים כאל מבצע. דורנר בפס"ד זה חיפשה מעורבות בביצוע עצמו ולא רק בשלבים מוקדמים שלו.

**פס"ד שוק הקצבים ער"פ 2796/95-** הוטלה אחריות פלילית של מבצע על מי שהיה מתכנן בלבד ולא היה שותף לאירוע עצמו.

לסיכום, ישנם שופטים שדורשים יותר מעורבות המעשים עצמם כדי לזהות מבצע בצוותא, בעוד יש אחרים שבשכילם מספיק לזהות את מי שעומד מאחוריי (את הרוח החיה) כמבצע.

**ברגותי** - לא מעורה בפרטי התכנון ולמרות זאת יכול להיות מי שעומד מאחורי המעשים. מי שלא מעורה בפרטים עצמם ושולח אנשים לבצע עבירות פליליות.

בשכיל המקרים שבהם לא מצליחים לקשור את רב העבריינים לעשייה העבריינית לא כמסייע, לא כמשדל ולא כמבצע - נוצר חוק המאבק בארגוני פשיעה.

## שיעור 22

## 6.6.18

לפני תיקון 39 העונש על המבצע והמסייע היה זהה, הייתה אחריות החדית של קושרים במטרה לקדם את מטרות הקשר. אחרי התיקון, ישנם כללים מדויקים לדברים שלא היו צפויים מראש. בפועל, ישנה תחושה שפעמים רבות מגיעים למסקנה שמדובר במבצע (מעין מדיניות שרוצה להגן יותר על החברה או לתת אחריות לכל מי שמעורב בפעילות עבריינית).

**פס"ד משולם** - רב העבריינים. אם העבריין מנותק לחלוטין כמו בארגוני פשיעה ממוסדים או אף במדינות כמו במשטר הנאצי, בסיטואציות רבות מי שמעמידים אותו לדין לא המית אנשים בפועל, אך היה משמעותי לתפקוד המערכת (מדובר גם על אנשים שלא דווקא נמצאים בראש הפירמידה). האתגר - כיצד להתייחס לאדם שנמצא גבוה בהיררכיה? מתי ניתן לומר שהוא משתתף בעבירה עצמה?

סיטואציה נוספת - בפסיקה שלנו במשולם נידון דיון נוסף, כאשר המחוזי היה לפני תיקון 39. העליון היה אחרי תיקון 39. מכיוון ששינוי לקולה חל רטרואקטיבית אם פסק הדין היה חלוט, וכך בעליון רב העבריינים נקבע כמשדל, ובדיון הנוסף רוב השופטים קבעו שרב העבריינים הוא המבצע. השופט **דורנר** ראתה **בו משדל** ולא הסכימה לראות ברב העבריינים מבצע. לגבי אדם שלא מעורב כלל בשלבי התכנון והביצוע - יהיה קשה מאוד להטיל עליו עונש מכיוון שהוא בעצם "לא עשה כלום ועשה הכל".

חשין מדבר על רב העבריינים במשולם, ומזהה אותו כמבצע - בעיניו הוא מסביר שזהו רעיון דומה שבו אפשר לראות אדם מרכזי כמבצע באמצעות אחר. הוא משווה אותו לכזה, אך מתייחס אליו כמבצע. הוא מסביר מדוע הם דומים בעיניו: מבחינת אחריות המבצע, ודבר זה גורם לו לחשוב שרב העבריינים בעל חיילים שסרים למרותו, בדומה למבצע באמצעות אחר - שיש לו אחר שסר למרותו גם כן. זהו אותו רעיון אך לא זהה, ולכן חשין רוצה להתייחס אליו לא רק כאל משדל, אלא כאל מבצע.

**פס"ד ברגותי** - המחוזי. קשה עד בלתי אפשרי להתייחס אליו כמבצע ואף לא כמשדל מכיוון שהוא לא שידל לדבר ספציפי. יש הטוענים שרב העבריינים דומה למבצע באמצעות אחר כיוון שהוא משתמש באחרים ככלי משחק. דבר זה לא נכנס להגדרה של מבצע באמצעות אחר.

מובע תסכול מכך שלא ניתן לתפוס לפי הפרק אחריות פלילית-צדדים לעבירה, את ברגותי (לא היה ניתן לייחס לו אחריות פלילית משמעותית).

ברור שאם לרב העבריינים אין שום קשר גם ברמת התכנון, לא נוכל להרשיעו. לכן, הפרק שעוסק בצדדים לעבירה לא מספיק כדי לפתור מקרים של ארגוני פשיעה, טרור, כנופיה, או קבוצה מאורגנת. לא נוכל להכליל שולח בהוראות כלליות.

לא נוכל לדעת עבירה קונקרטית באדם שעומד בראש ארגון פשע, אלא נוכל לעשות זאת יותר בחבורות קטנות. מסיבה זו, חוקקו בשנת 2003 חוק שנועד להילחם בארגוני פשיעה - שמטיל אחריות על עצם השותפות שמביאה להגשמת מטרותיו של הארגון. חוק זה בא לעולם בעקבות הסיבות הבאות:

1. ---

2. הכרה של המציאות שגם בישראל יש פשע מאורגן שמסכן את החברה ואף פוגע בחפים מפשע.

חוק זה מדבר על ארגוני פשיעה ללא שותפות וצדדים לעבירה, אלא מדבר נטו על ארגוני פשיעה. מגדיר מה הוא ארגון פשיעה.

סעיף 2 מטיל אחריות מיניסטריאלית.

דברים דומים היו גם בצדדים לעבירה ובשותפות, אך החידוש הוא שחוק זה מטיל אחריות גם על מי שעומד עליון בהיררכיה, ובנוסף מכפיל את העונש.

**פס"ד נאצר ופס"ד זוארץ** מסבירים את הצורך בחוק זה.

**פס"ד מרדכי** - רצח במהלך שוד. חשוב למספר נושאים. מתייחסים רק לשאלת הסיווג. ההבחנה בין מסייע למבצע למשדל. הפסיקה הכירה פעמים רבות בשותפים לעבירה כמבצעים.

וקי ורבין טוענים בספרם כי במקום שיש ספק, מצופה מביהמ"ש ללכת לפירוש המקל אם ישנה התלבטות. במקרה זה ביהמ"ש הכריע מה הפירוש הנכון בעיניו לפני שדן בכך עמוקות - ועל כך הייתה ביקורת.

ההבחנה בין שותף ישיר לעקיף היא קשה, מבצעים בצוותא הם גוף אחד למשימה העבריינית הפועל באמצעות זרועות תרומה פנימית, תוך חלוקת עבודה. מבצע בצוותא חלקו מהותי והוא פועל מתוך יחס נפשי של יוצר העבירה, רואה את עשית העבירה כעניין שלו. יש לו שליטה יחד עם אחרים על העשייה העבריינית ועל התפתחותה. תרומתו של המסייע העקיף היא תרומה חיובית למעשה העבירה, מעשה עזר, שאינו נמצא במעגל הפנימי של הביצוע.

- (פנים וחוץ, גוף עם זרועות- טרמינולוגיה למבחן).

**פס"ד ער"פ 2796/95 שוק הקצבים**- 4 קטינים פעילים בתנועת כהנ"א חי החליטו לנקום את מותו של כהנא בחלוף שנתיים להירצחו. 4 קטינים קשרו קשר לביצוע נקמה, והם תכננו- לרבות דרכי מילוט, ארבעתם היו שותפים לתכנון וחלק גם השיגו רימון. ביום המיועד, קטין בשם טל שתואר בפס"ד כמנהיג של הקבוצה קיבל שיחת טלפון מהם והוא אמר להם "לא היום" (הוא לא ניגש לביצוע והם הלכו בלעדיו). הוא אמר להם- "תעשו", אך מכיוון שאנחנו לא יודעים את מנגינת הדברים קשה להבין באיזה טונציה הדברים נאמרו ומה בדיוק הייתה כוונתו. הוא יצא מהתמונה לחלוטין, והשאלה המעניינת הייתה האם טל נחשב מבצע בצוותא?

ביהמ"ש השתמש באותה טרמינולוגיה לעיל כדי להרשיע את טל כמבצע בצוותא (גוף משותף, חלוקת עבודה, לא חייבת להיות אחידות בזמן ובמקום, ייתכן מבצע שתפקידו למלט את השותפים מהמקום- גם אם התפקיד הפיזי קטן, עדיין הפושע יכול להיות מבצע לעבירה. שליטה פונקציונלית על ההתרחשות, נוכחות איננה הכרחית). נאמר שהמשדל הוא האב הרוחני של המשימה העבריינית ושהמבצעים הם גוף מבצע ע"י מספר זרועות בשונה ממסייע שהוא חיכוני, משני ויוצר את התנאים בלבד. כך הגיעו למסקנה שהוא ראש וראשון לעשייה, איש פנים שלא ניתק את עצמו.

3 האחרים- אחד היסס, אחד זרק רימון, והשלישי לא היה שם והודיע למשטרה. כתוצאה מזריקת הרימון בשוק הקצבים נהרג אדם 31 נפצעו.

מתקיימת כאן הרחבה מרחיקת לכת של המעשים עצמם- ברגע שאומרים מבצע, הכוונה שהוא מבצע של העבירות שבוצעו. הוא לא הגיע למקום ועשה את העבירות בפועל. הרחבה גדולה של המבצע- הסיווג רלוונטי לדברים נוספים שלא קשורים בהכרח לעונש, למשל ישנן השלכות על התפתחויות נוספות, על חרטה, וכו'.

**פס"ד דיון נוסף 1294/96**- עוזי משולם היה רב שעמד בראש עמותה שמטרתה היה לחשוף את סיבת היעלמותם של חטופי תימן. הם התבצרו בביתו שביהוד והגיעו לעימות קשה עם המשטרה. רק לאחר 7 שבועות של התבצרות, הוא הסכים להיפגש עם מפכ"ל המשטרה ושם הוא נעצר (הוא איים שדם של שוטרים יישפך על המדרכה). ניסו להטיל עליו אחריות פלילית (המשיכו להתבצע עבירות כאשר הוא היה במעצר). בסופו של דבר היו יריות ואחד מהמתבצרים נהרג, ולאחר מכן הם הסגירו עצמם למשטרה.

שופטי הרוב הרשיעו אותו כמבצע ודיברו באותה טרמינולוגיה משפטית (שנוכחות לא נדרשת למרות שאפשר לדבר על נוכחות גם במובן הרחב- שיש אפשרות לשלוט על מה שקורה בבית גם כאשר הוא לא נמצא, אדם יכול להיות עדיין בעל השפעה). מצא אומר שגם כשמבחן השליטה לא מתקיים, עדיין יכול להיות שיחשיבו מישהו כמבצע.

בודקים את המבחן המשולב (משלב את המבחן הסובייקטיבי עם האובייקטיבי, מידת ההזדהות שלו עם המטרה העבריינית יחד עם רמת הקרבה שלו)- מה קרבתו של המשתתף למעגל המבצעים, ומצטטים משוק הקצבים. הרשיעו אותו, כשרוב השופטים מתייחסים לרב העבריינים כמבצע: השופטת דורנר אומרת שרב העבריינים הוא משדל מכיוון שמבצע חייב לתרום תרומה פיזית לביצוע ולכן רב העבריינים איננו מבצע אלא משדל, בעוד השאר אומרים שהוא מבצע. חשין טוען שלהתייחס לרב העבריינים כאל משדל- לא ממצה את תפקידו בסיפור, אלא רומז לכיוון של מבצע באמצעות אחר באופן שמצדיק מבצע בצוותא וכשותף מרכזי (חשין מדבר בכלליות).

מכל פסקי הדין הנ"ל ובעיקר מפס"ד שוק הקצבים שהוא המרחיק לכת ביותר, מתכנן דומיננטי שנכנס לפרטי התכנון ייחשב כמבצע, בשונה מראש ארגון כללי יותר שלא יורד לפרטי הביצוע אלא מסמן מטרות באופן כללי. כאן, נפעיל את חוק המאבק בארגוני פשיעה (2003) אך לא תמיד- כי קשה להוכיח שיש פעילות של ארגון פשיעה מאחורי מעשיהם של בודדים.

למרות שבתיקון 39 בוטלה האחריות ההדדית של הקושרים, הפסיקה הרחיבה את האחריות על השותפים באופן שקבעה במקרים רבים שהם מבצעים בצוותא, ואף גרמה לכך שלמרות הטרמינולוגיה החוזרת על עצמה, אין שינוי דרמטי ומעשי (ישנה הרחבת המבצע גם למתכנן).

דבר זה משליך על סעיף 34 רבתי.

**סעיף 34 רבתי**- סעיף שמסביר סיטואציות של עבירה רבת משתתפים שכוללת התפתחות שלא הייתה צפויה מראש. מסביר את אחריות הצדדים לעבירה שלא הייתה מתוכננת מראש. תיקון 39 ביטל את האחריות ההדדית של הקושרים קשר. תיקון 39 בסעיף 34 א שם כללים מדויקים לאיזו אחריות תוטל על מי, ובאיזה אופן.

סעיף זה חשוב כי הוא מטיל אחריות בהתאם לתנאי הסעיף לשותפים ביחס למעשה לא מתוכנן שביצע אחד מהמבצעים (שהוא מעשה שלא נכלל בתכנון המקורי). סעיף זה ניתן להצדיק בעיקר בנימוקים תועלתניים- הוא בא להרתיע עבריינים מלצאת לביצוע של עבירה רבת משתתפים. אנשים שלא יחזרו לחבורה שהמטרה שלה עבריינית (יש הנחה שחבורה מציבה סיכון גדול יותר לחברה גם מבחינת הנחישות, וגם מבחינת זה שדברים עשויים לצאת מכלל שליטה). הדבר מציב סיכון גבוה לחברה, ורוצים להרתיע אנשים שלא ייכנסו לחבורות גדולות ומזיקות. הדבר עשוי לגרום לכך שחברים בחוליה העבריינית יבטיחו את עצמם מראש (הטלת אחריות פלילית על דברים שלא תוכננו מראש יגרמו לזהירות יתר בתוך החבורה עצמה).

סעיף זה:

- א. יביא להתארגנות פחותה של אנשים בחוליות פשע
- ב. יגרום להבטיח שלא יהיו "הפתעות"- שלא יהיו שינויים, למשל שזה שנושא את הנשק יהיה הבחור האחראי בחבורה ולא אדם פיזי בשינוי של הרגע האחרון
- ג. ישנה גם הצדקה גמולית- רצון למנוע נזק. הצדקה גמולית באה בטענה לנאשם, ואומרת שאדם שמתתף בביצוע עבירה רבת משתתפים לוקח על עצמו סיכון מודע שדברים יסתבכו, התפתחות שלא תוכננה מראש ולא תהיה בשליטתו המלאה.

**פס"ד סילגדו**- הועלתה טענה שסעיף 34 הוא לא חוקתי, כיוון שהוא מרחיב אחריות לדברים שהצדדים לעבירה לא ביצעו ישירות. האחריות לעבירה נוספת מקרינה על צדדים אחרים רק אם מי שעשה אותה היה המבצע.

תנאי הסעיף:

1. עשה מבצע- העבירה הנוספת הלא מתוכננת מראש נעשתה ע"י אותו מבצע שביצע את העבירה המקורית (שנקרא גם השותף הראשי).
2. אגב ביצוע העבירה- יכולים להיות שני פירושים לכך:
  - פירוש טכני- תוך כדי העבירה. למשל תוך כדי שוד ישנה סמיכות מועדים ונהרג אדם
  - פירוש שני- לא מספיקה סמיכות מועדים, אלא יש גם צורך בסמיכות רציונלית (עניינית), צריך להיות קשר ענייני.
3. כאשר בנסיבות העניין אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע- בפס"ד מרדכי, ברק מחלק ל4 אפשרויות של עבירות נוספות:

- עבירה שנצפתה כחלק מהתכנון המקורי- שם סעיף 34 לא חל, אלא חלים דיני השותפות המקוריים.
  - עבירה שאפשרות עשייתה ע"י אחד המבצעים נצפתה בפועל, אך לא כחלק מהתכנון. גם כאן סעיף 34 לא חל, אלא דיני השותפות המקוריים.
  - העבירה הנוספת איננה חלק מהתכנון, לא נצפתה, ואדם מן היישוב יכול היה לצפות- רק במקרה זה נכנסים לסעיף 34 כי מתקיים התנאי של "אדם מן היישוב שמודע בנסיבות העניין". אדם סביר היה צופה.
  - עבירה שגם אדם מן היישוב לא היה צופה- עבירה שאין עליה אחריות פלילית בכלל לאחרים. גם אם אדם מן היישוב היה צופה, אין אחריות לשותפים האחרים על העבירה הנגררת.
  - האדם מן היישוב ("הסביר") בודק לפי השותפים עצמם מה המבחן האובייקטיבי שלו, לפי המידע שהיה לשותף- למשל מה היה צופה אדם מן היישוב, ומה הוא לא היה צופה.
  - 4. היקף האחריות של השותפים השונים לעבירה הנגררת- אם מסייע אחר עשה עבירה שלא צפה אותה אך אדם מן היישוב היה צופה אותה- הוא נושא במלוא האחריות לעבירה הנוספת. אדם שהוא שותף מרכזי בעשייה עבריינית, הוא אחראי לחלוטין לכל עבירה נוספת שאדם מן היישוב צופה אך הוא לא צפה. מרחיב את האחריות הפלילית בדיבור על מבצע- שנכנס לעבירה במצב של רשלנות למשל, ופתאום מטילים עליו אחריות, כלומר מייחסים לו מחשבה פלילית.
- יש לכך סייג יחיד- אם נעברה עבירה שונה בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים בכוונה של אדישות בלבד, משמע- אם במקרה העבירה הנוספת שלא תוכננה מראש היא עבירה של כוונה, לא ירשיעו את המבצעים האחרים בגרימת חבלה חמורה בכוונה, אלא בגרימת חבלה במחשבה פלילית.
- אחת ההגדרות שרלוונטיות בדר"כ לסעיף 34 א מופיעה בסעיף 300א3- רצח תוך ביצוע העבירה. דרישות מינימליות- מודעות+פיזיות. לכן בעבירות רבות של המתה תוך כדי עבירה אחרת, משתמשים בסעיף זה. למשל שוד שנגמר במותו של אדם- אין שום מניעה להרשיע את המבצעים האחרים ברצח. בהכנסת הסעיף הנ"ל, המשמעות היא שכלפי המבצעים האחרים של העבירה המקורית- תהיה אחריות בעבירת הרצח.

בשאר, המשמעות תהיה שמקסימום הוא יישא בעבירה של רשלנות במידה והיא תהיה קיימת. למשל - ישנם 3 מבצעים, משדל ומסייע, ואחד המבצעים גורם למותו של אדם. כלומר, לגבי המסייע והמשדל - האחריות נמוכה יותר ואף מאוד מובנת מכיוון שהם נכנסו לסיטואציה ברשלנות, ונושאים בסוף באחריות לעבירה של רשלנות, לא הייתה קפיצה. לעומת זאת, בנושא של מבצעים אחרים - יש קפיצה באחריות. דומה לכניסה למצב בהתנהגות פסולה, מההתחלה אדם הכניס את עצמו למצב מסוכן שהוא לא ידע כיצד הוא יסתיים.

**פס"ד דהאן** - שותפים לביצוע עבירת אונס בתיירת, כאשר חלק מהם עזבו את המקום - אחד המבצעים נשאר שם עם הקורבן, חבט בה בראש בקרש שמצא, כיסה אותה בניילון, גלגל אותה במדרון והיא ניצלה. הוא הורשע בניסיון רצח. לכאורה, יש כאן עבירה נוספת שהיא לא חלק מהעבירה המקורית, וזיכו את השותפים האחרים מהעבירה שנעשתה לאחר הליכתם מהמקום - מכיוון שגם אדם מן היישוב לא היה צופה שזהו היה המשך ההתרחשות.

**סעיף 34 סעיף א** - רלוונטי אך ורק לעבירה רבת משתתפים. מדובר על רצון שהאנשים שהם לא מבצעים את העבירה באופן ישיר (המבצע והמשדל) יפעלו למניעת העבירה. זהו סעיף תועלתני לחלוטין, החרטה משמשת ככלי ולא עוסקת בחרטה עצמה. מנסים לתמרץ את המסייע או את המשדל לפעול למניעת העבירה או לפעול למניעת הנזק. אם המשדל עשה כמיטב יכולתו בדרך אחרת, פוטרים אותו מאחריות פלילית, אך לא נפטור אותו מאחריות פלילית לעבירה שעבר באותו רגע. זהו סעיף ספציפי שמדבר על חרטה מיוחדת שרלוונטית רק למשדל ומסייע.

## שיעור 23

### 12.6.18

**לפי סעיף 34 א** - צד לעבירה יכול למצוא עצמו חשוף לאחריות מלאה על ביצוע עבירה למרות שהוא לא ביצע או צפה את הרצח. בעיניים גמוליות - גישה שלפיה על האדם לדעת שדברים עלולים לצאת מכלל שליטתו ולכן ניתן להטיל עליו את האחריות. זהו הדבר המסוכן בעבירה רבת משתתפים כי יש חשש להתפתחויות שלא תוכננו מראש וזהו בעצם סוג של כניסה למצב - עלולים למצוא את עצמנו אחראים לעבירות מסוימות. **34 ב** רבתי - הסעיף מבחין בין נתונים אישיים (נתון אישי - מצב נפשי, גיל וכו') לנתונים עניינים. למשל: נורשע בגניבה ממעביד - גם אם לא המעביד שלנו. (נתון ענייני).

הנושאים שנלמדו עד כאן:

- התחלנו בעקרונות יסוד - מה מצדיק ולא מצדיק הפללה, איזו התנהגות מתאימה לאיסור פלילי?
  - למדנו את מאפייני המשפט הפלילי
  - למדנו שיקולים למשפט הפלילי
  - למדנו את עקרון החוקיות שמלווה עד היום במיוחד בשאלות פרשניות
  - ולמדנו את נגזרות עקרון החוקיות: פרשנות, רטרואקטיביות, תחולה בזמן ובמקום, וכו'.
- עד כאן ההקדמות - שגם הן נכללות במבחן.
- השלב הבא היה יסוד עובדתי, היעדר שליטה, אי שפיות, עבירות מיוחדות וההבדל בין עבירות התנהגות לתוצאה, היסוד העובדתי - מחדל.
  - כשסיימנו את היסוד העובדתי עברנו ליסוד הנפשי.
  - בסוף למדנו נגזרות וצדדים לעבירה. אם שואלים על צדדים לעבירה, ניתן להכניס בהם את כל יתר הנושאים.

בפתרון, קודם כל צריך לנתח את הסעיף, ניתוח היסוד העובדתי והנפשי. בתרגול יהיו 3 שאלות:

- שאלת קייס גדול (עם יותר נושאים)
- שאלת מחשבה שיכולה להיות או קייס קטן שמעורר שאלת מחשבה שקשור לפרשנות סעיף מעורר שאלות או הסדר מעורר שאלות או הצעת חוק. עונים על סמך הידע והחשיבה - צריך ליישם כלים מהקורס ועקרונות או רציונליים - מה למשל מצדיק הסדר כלשהו ולמה הוא לא מתאים או מתאים למשפט פלילי כל כך.
- הגדרת שני מושגים מתוך 3 - שאלה של 10 נקודות של הגדרת מושגים.

### עבירות המתה

נושא שמסכם במידה מסוימת את יסוד נפשי, ולא קשור לצדדים לעבירה כלל.

בעבירות המתה- רוצים להגן על אינטרס או ערך מוגן של חיי אדם. מדובר על פגיעה בחיי אדם- יכולה להיות בצורות רבות (פסיבי, אקטיבי, ספונטני, מכוון, אכזרי וכו'- יש צורות לגרימת מוות). לגבי האדם גם יש שוני- אדם צעיר, אדם הנוטה לחיות- פגים או אנשים בשלבים מוקדמים של החיים, או אדם הנוטה למות. כעקרון, האיסור לא תרצח הוא איסור קמאי אוניברסלי בכל שיטות המשפט. אחת ההצדקות להוצאתו להורג של אייכמן הוא שעבר על עבירה זו. נשמע שלכאורה מתייחר הצורך לדון בעבירות רצח מכיוון שהן מוסכמות על כולם, אך ישנם הבדלים בין תרבויות בנושאים של המתת חסד או בסיטואציות של הגנה עצמית. לא תמיד חיי אדם הוא משהו שיש לשמור עליו בכל מחיר, יכולות להיות גם התלבטויות בהמתת חסד וגם בנושא של עונש מוות- רק שבמקרה זה יש הצדקה לקטילת חיי אדם למרות שיש מה לדון בנושא זה, דבר זה משתנה בין השקפות ובאתיקה. בישראל יש 3 סעיפים מרכזיים שדנים בגרימת מוות:

#### 1. סעיף 300- רצח.

מאסר עולם חובה ומיתה במקרה של עשיית דין בנאצים ובעוזריהם. סעיף 300א- רצח בכוונה תחילה- עד 1954 היה עונש מוות על עבירה זו, ומאז הוא הומר למאסר עולם חובה חוץ ממקרי נאצים. פנחס רוזן, שר המשפטים הסיר את עונש המוות מכיוון שלדעתו- רעיונות גמול פרימיטיביים לא יותר לגיטימיים בהכרח ויש חשש כבד לטעות בלתי הפיכה. בעבר, הנשיא היה קוצב את העונש, כאשר בשנת 2001 הדבר שונה בעקבות עזר ויצמן שלא היה מוכן לשמש בתפקיד קציבת עונשים לרוצחים ונחקק "חוק שחרור על תנאי ממאסר"- דן במספר דברים, וקובע שיש וועדת שחרורים מיוחדת שדנה בעונשים של מי שנידון למאסר עולם חובה. בבית הכלא ישנן גם וועדות שחרורים שמנכות שלישי, וחוק זה קובע שלאחר 7 שנים מתחילת ריצוי המאסר הוועדה רשאית לקצוב את העונש כך שיהיה במינימום 30 שנה (שכוללות את ה-7 שנים). זהו סדר גודל של מאסר עולם. ניכוי שלישי יביא למאסר של 20 שנה. הגדרה של כוונה תחילה- הרעיון שעמד בבסיס כוונה תחילה לפי פלר הוא הבחנה בין רצח ספונטני לרצח מכוון ומחושב בדם קר, שהוא רצון להמית. הכוונה התחילה היא מבדילה אך יש גם התלבטות: מה עושה את העבירה לחמורה יותר? משתנה בין מדינות.

- לפי הגישה הקונטיננטלית- סבורה שכוונה תחילה חמורה יותר מכוונה רגילה או ספונטנית. זה שהממית, הרוצח- שקל, חשב ותכנן באלמנט של קור רוח הופך את המעשה לחמור יותר.

- גישת המשפט המקובל- טוענת לעומת זאת שכוונה תחילה היא לא תמיד ולא בהכרח ההבדל היחיד שמצדיק החמרה ביחס להמתה. ישנם מקרים של כוונה רגיל (ספונטנית) שהם לא פחות מרושעים ולא פחות מסוכנים וחמורים. לעתים גם מעשה אימפולסיבי הוא מאוד מסוכן.

השאלה היא הם זה שאדם שקל, חשב ותכנן בקור רוח מבדיל בין מעשה בינוני של המתה לבין מעשה חמור של רצח? פלר מדגים זאת בשתי דוגמאות:

- מקרה של אם של ילד פגוע או מפגר רואה את סבלו, ובמשך זמן היא חושבת, שוקלת ומבצעת את המתתו
- אדם הולך על גשר, רואה ילד קטן יושב על הגשר ובהחלטה של רגע דוחף אותו לנהר והילד מת.

החוק שלנו מגדיר בסעיף 301 מהי כוונה תחילה- התנאים, הרכיבים לכוונה תחילה:

- החלטה להמית- צריך להוכיח שבשעת מעשה הייתה כוונה.  
מודעות לאפשרות המוות + רצון/מטרה="כוונה"  
א. צפיית אפשרות המוות- מישור הכרתי  
ב. רצון או מטרה שהתוצאה הקטלנית תתגשם- מישור רגשי חפצי.  
פס"ד אריק קרפ- פס"ד יוצא דופן לא ברור, הוא לא חלק מרצף הפסיקה. לפי כך, אין הבדל בהחלטה להמית אלא יש הבדל בהכנה ובהיעדר הקנטור. עושים שימוש בחזקת הכוונה כדי לדעת אם הוא התכוון לתוצאות הטבעיות שעולות מהתנהגותו. לעתים, מקרים שבהם לא מצליחים להוכיח החלטה להמית הם במריבות וקטטות- לא ניתן לייחס חזקת כוונה ביחס לכל ספק סביר, אך משתמשים בהחלטה להמית מתוך ניסיון החיים כשבאים להחליט. בנסיבות רגילות מסיקים שהייתה כוונה כי הנאשם היה מודע לאפשרות ורצה אותה.
- הכנה- הפסיקה פירשה את הכוונה כיסוד אובייקטיבי טהור. ביהמ"ש מכיר בכך שההכנה מעידה על הכוונה. ביהמ"ש מתייחס לכך כאל אלמנט חיצוני מעשי, שיש לבדוק מבחינה עובדתית. ביהמ"ש מחפש יסוד עובדתי אובייקטיבי, שהוא חלק משרשרת המעשים שגרמו למותו של אדם.

**פס"ד צ'קולה-** הנחתת 7 מכות גרזן על המנוחה מספר פעמים לפי ביהמ"ש הוא הכנה. הוא טען שלקח את הגרזן מהיד של אשתו כי ניסה למשוך אותו מהגנה עצמית (לא הלך לארגז הכלים אלא לקח ממנה), וביהמ"ש אומר שאפילו אם הוציא מידה ולא הלך לקחת בעצמו- ישנה הכנה. בדוגמאות אחרות, כשיש כמה דקירות אומרים שיש הכנה, שמתבטאת ב7 מכות הגרזן. **השופט אגרנט-** כמעט תמיד יזהו הכנה. הראשון שאומר שבדר"כ, אם היה היעדר קנטור והכנה להמית- תהיה גם הכנה. אגרנט הולך אחרי תפיסה אנגלית ומחפש הכנה אקטיבית מאשר הכנה נפשית, וגם לא דורש פער בזמנים בין ההכנה לביצוע. גם בפסקי הדין הישנים:

**פס"ד בנו-** אגרנט מכריע שההכנה היא יסוד פיזי טהור, שניתן

**היעדר קנטור-** פרובוקציה או דבר מעליב שגורם לממית לאבד עשתונות. היעדר הקנטור חייב להיות בתכוף למעשה. אם היה מרווח של כמה דקות- לא יקבלו את הקנטור. לפי אגרנט, זהו מבחן קונקרטי. אלמנט שמעיד על שיקול דעת אך יכול להיות שיקול דעת גם במהלך המשה. הקנטור מעיד על כך שההמתה לא נעשתה בשקילות, בחשיבה ובשיקול"ד.

התייחסות בספרות לקנטור מצטבר- לא מתייחסים למספר הפעמים שהאדם התעצבן על המנוח, אך לעתים היחסים לפני הן עובדות רקע שמסבירות כמה הקנטור התכוף היה חזק. אם יש השפעה על עוצמת הקנטור בתכוף למעשה, כן ייתנו לכך משקל אך לא יכירו בקנטור מצטבר.

אם משתכנעים שיש קנטור, ההרשעה לא תהיה ברצח בכוונה תחילה, אלא בהריגה. יכולים להיות מקרים של המתה מכוונת אך מכיוון שהכירו בקנטור הדבר יהיה הרף הגבוה של הריגה שמתקרב לרצח בכוונה תחילה. ההבדל הוא בין מאסר עולם חובה לבין עונש מאסר של 20 שנה.

ביהמ"ש **קבע שני מבחנים מצטברים להיעדר קנטור** שפותר מאשמת רצח:

א. **מבחן סובייקטיבי-** מצבו של הנאשם הספציפי בנסיבות העניין הקונקרטי. האם ההתגרות השפיעה בפועל על הנאשם כך שאיבד את שליטתו? האם הוא התפרץ?

ב. **מבחן אובייקטיבי-** כיצד אדם מן היישוב היה מגיב להתנהגות המקנטרת. האם אדם מן היישוב באותו מצב יכול היה לאבד שליטה עצמית ולהגיב בתגובה קטלנית? (מניחים שהאדם הסביר הוא לא רוצח).

פלו שואל האם יש הצדקה למבחן האובייקטיבי?

**פס"ד סגל-** דעת הרוב דרשה את קיומו של מבחן אובייקטיבי ולא דרשה את קיומו של מבחן סובייקטיבי, דעה זו השתרשה בפסיקה והפכה להיות ההלכה המחייבת. כיום מעלים את הקושי בכך ומבקרים זאת מלומדים ושופטים. השופט זילברג בפס"ד זה היה בדעת מיעוט ולא תמך במבחן האובייקטיבי. הוא טען שאם נכניס נתונים סובייקטיביים לתוך המבחן האובייקטיבי, הוא יהיה פחות בעייתי. זילברג אומר שאין שום היגיון או אחיזה בלשון הסעיף למבחן אובייקטיבי ובקישור לכוונה תחילה.

**ישנם קשיים 3 למבחן האובייקטיבי:**

1. לגיטימיות של מבחן אובייקטיבי לבחינת כוונה תחילה- מה קשור המבחן האובייקטיבי לבחינת כוונה תחילה סובייקטיבית?

2. המבחן האובייקטיבי לא מספיק מתחשב בחולשת הטבע האנושי ולא מספיק רגיש לתכונות ספציפיות של נאשם

3. הרצון להגן על חיי האדם שוכח שמדובר בסה"כ בהפחתה מרצח להריגה, ולא מדובר על זיכוי מוחלט.

סעיף 301, כוונה תחילה- הוא הכלאה מסוימת בין רעיונות שונים, והנוסח הוא של סעיף מנדטורי ישן מ1936 שלא תואם את המציאות החברתית. הפסיקה כל הזמן קוראת למחוקק שהגיע הזמן לשנות את הדירוג בעבירות ההמתה ואת עבירות הרצח.

**פס"ד דנג"ץ פלילי 1042/04 ביטון-** בודק את הפסיקה משנות 50 ואת הרכיבים של כוונה תחילה, פונה למחוקק בבקשה לשנות את סעיף זה בגלל התוכן וחלוף הזמן. נשאלה השאלה האם בקביעת הרכיב היעדר קנטור יש הצדקה למבחן האובייקטיבי? הנשיא ברק משאיר את ההלכה על כנה וסובר שלמרות שתיאורטית, אנליטית, המבחן האובייקטיבי של קנטור הוא בעייתי- מבחינת מדיניות רצויה, אין לוותר על המבחן האובייקטיבי של התגובה הממיתת. זהו רצון להרחיב את עבירת הרצח גם על המתות מכוונות של חמומי מוח. המתה בכוונה חייבת להיחשב רצח בחברה המקדשת חיי אדם. מזהים מדיניות משפטית שאומרת לא פעם שבחוק הישראלי אין כמה רמות של רצח, והתוצאה שכשאדם ממית אדם אחר בכוונה והדבר לא מגיע לעבירה החמורה ביותר היא תוצאה שביהמ"ש לא אוהב. לכן, ברק בפס"ד ביטון אומר שהגיע הזמן לרפורמה לא חקיקתית. המבחן האובייקטיבי חשוב כיוון שהוא מאזן בין ערך קדושת החיים, שרוצה לכלול עבירות שעוברות על ערך זה תחת רצח, לבין התחשבות במקרים המתאימים בחולשת הטבע האנושי שנוטה לאבד עשתונות.



פרופ' פלר מחפש איכות מיוחדת של כוונה במושג כוונה תחילה:

- היוולדות הרעיון לבצע את העבירה
- שקילה באשר לעשייתה
- החלטה לעשותה

לפיו, הכוונה צריכה להיות דבר תהליכי, שקול ואיכותי. למשל פורץ שנבהל והורג, לא בעל כוונה תחילה לדעת פלר. יש לכך ביטוי בפסיקה ישנה. הוא מפרש את ההכנה ואת היעדר הקנטור כאלמנטים של כוונה תחילה, ויוצר זיקה בין דם קר והכוונה השקולה להמית, לבין הכנה והיעדר קנטור (כמו הכנת הכלי שמתפרשת בזיקה כאיכות כוונתו). לדעתו, הקנטור משליך על איכות הכוונה כי הוא דבר ספונטני שמהווה מעין התפרצות.

**ער"פ 3701/92-פס"ד אזואלוס-** אדם שחשד באשתו שרצתה להתגרש ממנו, וכשראה בעיניו קשר רומנטי בינה לבין המאהב שלה, הוא ירה בשניהם. ביום האירוע הוא חיפש אותה, מצא אותה במכונית של השכן, כשהשכן מחבק ומנשק אותה על פיה כדי להראות לו שיש קשר רומנטי. אז הוא איבד את עשתונותו וירה בהם באמצעות אקדח שנמצא עליו תמיד. ביהמ"ש אמנם אומר שיש לעיין במידת הצדקתו של המבחן האובייקטיבי, אך לא זו המסגרת, מקרה זה לא מצדיק שינוי מרחיק לכת וביהמ"ש הכיר בקנטור. הוא העביר את הקנטור במקרה זה גם מבחן סובייקטיבי וגם מבחן אובייקטיבי, וטען שגם האדם הממוצע עלול לאבד שליטה: "דמם של הישראלי המצוי ושל הישראלית המצויה עלול לרתוח כשרואים את בן זוגם במעשה בגידה ושמעשה זה מכונן ללמד על מעשה בגידה." הייתה התחשבות בטבע האנושי ובחולשותיו, ולכן הרשיעו את אזואלוס בהריגה בלבד. טוענים שהקנטור צריך להיות חלק מנסיבות מקלות ולא כחלק מכוונה.

**ער"פ 759/97 אלי אבייב-** אדם רצח את אשתו, היא העליבה אותו והוא חנק אותה למוות. מדובר בשנים של סכסוכים, ביהמ"ש מדבר על חשיבות המשפט האובייקטיבי שכן הוא מאזן בין קדושת החיים לחולשת הטבע האנושי. קנטור כנסיבה מקלה- היא עושה הבחנה בין המתה בדם קר לבין המתה בדם חם. לפי ביהמ"ש, פעולת חנק מטיבה היא מקפחת חיים ומפעילים את חזקת הכוונה, של אדם שחונק במודע ורוצה בתוצאת המוות. ההכנה לפי ביהמ"ש היא בדר"כ בנפרד מהמעשה, עם זאת לא פעם ההכנה ומעשה ההמתה שלובים זה בזה לא פסק זמן נראה לעין, כך בחניקה בידיים ההחלטה להמית, ההכנה ומעשה ההמתה שלובים זה בזה. ההכנה- היא עוצמת הלחץ על הצוואר ומשכו, ויש בכך בדומה לנטילת כלי משחית (משווים את כלי המשחית לידיים). קנטור צריכה להיות התגרות פתאומית שמביאה לאובדן שליטה בתכוף, וכאן לא היה אפילו קנטור שעבר את המבחן הסובייקטיבי. הייתה שיחה מעליבה, לא חריגה, והיא לא נחשבת קנטור ואפילו לא קנטור סובייקטיבי. עוצמת התגובה בנוגע לכך, מלמדת שאין קשר.

**פס"ד איסקוב 8832/05-** אדם מת כתוצאה ממריבה בכביש. שני רכבים נסעו והנהגים הסתכסכו במהלך הנסיעה כאשר אין ביניהם היכרות מוקדמת. ברכב אחד, נהג המערער, אשתו, בתו וחבר שלו, וברכב שני נהג בחור צעיר, אביו המנוח, אשתו ובתו. שתי משפחות כאשר באוטו אחד יש מערער שהוא אדם יותר מבוגר, ובאוטו השני ישנם צעירים עם משפחה כשהאבא מת. הייתה מריבה על רקע צורת הנהיגה, הדבר התחיל מקללות ברמזור. המערער המבוגר ביקש להתנתק מהם ועצר בשוליים כי רצה שיעקפו אותו, אליה הצעיר עצר לידו, והדבר הוביל לתגרה שהובילה למוות. אליה ואביו שלפו אותו מהרכב, והיה נתון לקנטור מצד אליה ואביו. המערער שלף אקדח כששמע את בתו צועקת, והיה בן 66 כאשר הרכב של אליה חזר מפיקניק והיו קצת שתויים. ביהמ"ש הכיר גם במבחן קנטור כפול- מבחן אובייקטיבי וגם במבחן סובייקטיבי. ביהמ"ש אומר שאם ייתן תשובה שלילית למבחן אובייקטיבי, האדם הסביר אינו על אנושי. היה ספק אם הייתה החלטה להמית, כי הייתה יריה בכתף כשהמנוח ניסה להתקרב אליו. כמו כן, כפי שאמר מלומד בשם ווילאמס שצוטט בפסד סימן טוב- יש פרדוקס גדול לקחת אדם סביר כמדד לקנטור, כי בדרך כלל הוא לא מאבד עשתונות, ופועל באופן שקול והגיוני. השופט ארבל אומרת שבפס"ד ביטון ריכזו את מבחן האדם הסביר, ומעידה על נכונות לרכך את המבחן האובייקטיבי מתוך פס"ד ביטון (תגרה של אדם מבוגר מול שני צעירים בנסיבות יוצאות דופן שגורמות להרשעה בהריגה בלבד). היא אומרת שאי אפשר לוותר על המבחן האובייקטיבי בחברה אלימה כמו החברה הישראלית.

## 2. סעיף 298- הריגה

(עבירה של מחשבה פלילית רגילה). מאסר 20 שנה.

## 3. סעיף 304- גרימת מוות ברשלנות.

מאסר 3 שנים, העונש המקסימלי לעבירות רשלנות.

אלה הן 3 העבירות הרגילות והן לא מכסות הכל. יש גם עבירות ספציפיות קטנות:

1. סעיף 303 - עבירה של הריגת תינוק (אישה שממיתה תינוק מתחת ל12 חודשים בגלל דיכאון לאחר לידה)
2. סעיף 302 - שידול או סיוע להתאבדות.

## שיעור 24

### 13.6.18

(השלמה מהסיכום של אופיר נגר)

הפסיקה עשתה מעין הפרדה בין ההכנה והיעדר הקינטור להחלטה להמית, ובעצם כאילו הוציאה את היסוד הנפשי מהשניים הללו.

מיהו האדם הסביר במבחן האובייקטיבי?

**פס"ד מליסה** - מבחני הקינטור. דובר על עולים מאתיופיה. הסיטואציה במרכז הקליטה - למנוחה ולרוצח, יש בת משותפת. הגבר סיפר, כי היא הגיעה אליו עם הבת ואמר לו שזו לא בתו. הראתה לו שהיא שינתה את שם הבת כי היא לא בתו. הוא מספר סיפור שהאישה הגיעה עם עוד גבר שתקף אותו, והוא נהג בהגנה עצמית, אך ביהמ"ש לא האמין לסיפור הזה. ביהמ"ש אומר, כי מבחן אובייקטיבי לקינטור אינו ראייתי אלא ערכי, שבא לאזן בין קדושת החיים ובין טבע האופי האנושי. מאחר שאין הבחנה בחוק בין סוגי רצח, לו היו מסתפקים במבחן סובייקטיבי בלבד, רוב המקרים לא היו נכנסים להגדרה של רצח בכוונה תחילה (ביהמ"ש מחייב את המבחן האובייקטיבי כדי להרחיב את המעגל, לאור כך שאם רף האחריות יורד אנו מגיעים להריגה). אין מנוס מהשארית המבחן האובייקטיבי. ביהמ"ש העליון קבע שמליסה לא עמד במבחן האובייקטיבי. במחוזי, נקבע שאף במבחן הסובייקטיבי הוא לא עמד. כאמור, היעדר קינטור הפך בפסיקה לנסיבה מנסיבות העבירה שמנותקת לחלוטין מהיסוד הנפשי.

שאלה חשובה: בהנחה שהמבחן האובייקטיבי תקף, האם יש להביא בחשבון נתונים אישיים (מוצא/גיל וכו') של הנאשם? כשכוחנים קינטור בעיני האדם הסביר שאלה זו מאוד חזקה.

בפס"ד סגל, השופט זילברג אמר שככל שנרכך את מבחן האדם הסביר כך תהא לו פחות בעיה עם עצם קיומו של מבחן זה (המבחן האובייקטיבי לקינטור).

השופט ברנזון, בדעת רוב קבע, כי קנה המידה למבחן אובייקטיבי הוא האדם הישראלי הטיפוסי ההולך ונוצר בארץ. הוא מדבר על טיפוס קריקטורי (מעין איחוד תרבויות לאדם אחד, אדם חסר רקע) ואומר, כי אין להתחשב במוצא עדתי ובנורמות עדתיות. "מבחן אובייקטיבי אובייקטיבי", קרי טהור.

השופט זילברג מציף את הנושא ופותר את ההתלבטות, הוא מציין פס"ד אנגלי באפריקה המערבית, בו מסופר על בן כפר מחוף הזהב שהמית. השאלה בעיני מי לבחון, בעיני אדם סביר ניטרלי או בעיני אדם מחוף הזהב, מאפריקה? בחרו באפשרות השנייה, באדם מאותו רקע. ואז מפנה, לעומת זאת, לפס"ד אנגלי אחר "בדר", סופר על בחור בן 18 אימופטנט שהלך לקיים יחסים עם פרוצה. הוא לא הצליח והיא לעגה לו. היא רצתה ללכת והוא מנע ממנה. היא בעטה במבושיו וסתרה לו. במקום, הוציא סכין, דקר אותה פעמיים והיא מתה. הוא הורשע ברצח ונידון למוות. כשבדקו קינטור, בדקו אדם סביר ולא אדם עם מגבלה כשלו. השופט זילברג אומר, כי אינו מבין מדוע לא התחשבו בחולשתו. זה דומה בעיניו לאדם בעל רגל דלוקה ובעטו לו בה (נראה לו כאילו האדם הועלה לגרדום בגלל חולשתו).

נושא האובייקטיביות של האדם הסביר, עלה גם **כד"נ ביטון** - נאמר גם שם שהנושא הזה צריך לעבור לטיפול המחוקק. השופט ברק מצא, כי צריך מעט לרכך את קשיחות המבחן האובייקטיבי. הוא פתח מעין פתח לריכוכו אך לא עשה עם זה הרבה. הוא ציין, כי הגיע הזמן שהמחוקק ייתן פתרון לשאלות הללו, העולות בפסיקה. לאחר פס"ד ביטון, השופטים מסתמכים על הריכוך הזה (למשל, ארבל).

**כפס"ד פלוני 3062/06** - הביאו בחשבון שמדובר באנשים צעירים. ביחס לנסיבה של גיל, קיבלו את הריכוך הזה. בפסה"ד הזה הרשיעו שני קטינים ברצח (גם לאחר הפעלת הריכוך).

ביהמ"ש אומר, כי נקבע בעבר שמדובר ביסוד אובייקטיבי טהור שאינו מתחשב בנתונים אישיים או תת קבוצתיים של הממית, דרכו יוצק ביהמ"ש סטנדרט התנהגות למידותיו של האדם הסביר. קבע, כי רף ההתנהגות של הישראלי הראוי, בכחינת בלם ערכי מוסרי שנועד לקבע בציבור נורמת התנהגות נוכח הערך העליון של קדושת החיים. ביהמ"ש מוכן היה להניח לגבי קטין לעומת בגיר שיש להציב רף נמוך יותר מבחינת שיקול הדעת.

עקרונית, ניתן לומר, כי הפסיקה אינה מתחשבת בנתונים ספציפיים ואינה מתחשבת במוצא (כמו עולה חדש). יש על כך ביקורת רבה, שנובעת מעיקרון האשמה. לא מודדים את האדם ע"פ נורמות התנהגות התואמות את יכולותיו. נראה שמצפים ממנו דבר שאינו מסוגל להשיג. מאידך, ניתן לומר, כי עקרון ערך החיים חשוב בחברה דמוקרטית, ישנם קווים אדומים ולא נוכל לבלוע כל נורמה בטענה כזו.

**את הפסה"ד הבאים אין לדעת למבחן, אלא את הסוגיה בכלליות – רב תרבותיות:**

**ע"פ 181/62 גרמה** - גרמה, עולה חדש מתימן שסבל כבר בתימן מכל מיני הצקות של המנוח, שהיה מעין מכשף ומאיים. גרמה היה מיוחד ממנו, עוד בתימן, והיה משלם לו כופר על בסיס קבוע. כשגרמה חזר מעבודתו בשדה, הגיע המנוח לצריפו של גרמה, התיישב על רצפתו ובישר לו בשורות הזויות (אליהו הנביא מגיע וכו'), ומבחינת המערער זה התפרש כאיום. הוא לקח טוריה שהייתה שם והמית את המנוח.

באותו פס"ד ניסו לדבר על אי שפיות. לא העלו שם טענות על הגנה עצמית או על בהילותו מהסיטואציה. לא חשבו על להיכנס לנעליו. הוא הורשע בהריגה, כי לא הוכחה כוונה והכנה. לא דנו שם בקינטור כלל.

בספרות יש ביקורת על כך שלא נכנסו לנעליו, מה ציפו ממנו? שגיע מתימן וישתנה? לא דיברו כלל על קינטור. הייתה מעין התעלמות מ"האחר".

**ע"פ 686/80 סימן טוב** - סימן טוב המית פרודה שלו. הוא מצא אותה עם גבר זר, מעבדה, באינטימיות בדירה שלהם (כנראה שהייתה עדיין משותפת). הוא השתולל. הגיעה משטרה. היא לא אפשרה לו להיכנס. הוא ניסה לפייס אותה. הבחין בה באקראי, איבד שליטה וירה בה. ביהמ"ש אמר, כי 6 כדורים מטווה קצר בראש, חזקת הכוונה אומרת שהתכוון להמית. הכנה - הייתה הכנה: הלך לאוטו דרך ארוכה והביא אקדח. וקינטור: אובייקטיבי- הערכה נורמטיבית של ביהמ"ש - לא די בכך שאדם מן היישוב יראה בכך התגרות אלא גם שהוא היה עלול להגיע לידי פעולה קטלנית. אין מדובר ביצור אידיאלי, דמיוני, הממלא במירב היכולת אחר הציפיות בדרך התנהגות נכונה של אדם תרבותי ומרוסן אלא מצב מציאותי ע"פ ניסיון חיים של ביהמ"ש. עולה שם שאלה מעניינת, ובכלל, האם האדם הסביר של רשלנות זה אותו אדם סביר של קינטור? ביהמ"ש חושב שכן. בשני המקרים המטרה להעלות את רף הזהירות ולהגן יותר על החברה. ישנם מקרים רבים של רצח בת זוג ע"י בן זוגה. באופן די עקבי, הפסיקה לא מכירה בקינטור בגלל חוסר נאמנות.

המלומד וויליאמס, כבר אמר, כי אם בודקים לפי אדם ערכי/סביר נראה מוזר שהרי אדם ערכי/סביר לא אמור לרצוח. בפסה"ד נאמר, כי לא בכל נסיבות בגידה=קינטור, וכן, כי אין להתחשב במוצא/יכולת חשיבתית/השכלה לעניין המבחן האובייקטיבי.

זה מראה את הצורך שבביהמ"ש ישבו שופטים מכל הסוגים.

**ע"פ 411/87 ג'ונדי** - מדובר על קטטה בגן העצמאות בירושלים, שהתחילה מהתגרות. תגרת ידיים. המתה הייתה ע"י אולר קפיצי שהמערער נשא עימו באורח קבע.

ביהמ"ש קבע, כי המבחן האובייקטיבי הוא סוג של שילוב בין רצוי למצוי. אין הבחנה ע"פ מוצא/שכל/השכלה. לא בודקים לפי רמת התנהגות מקובלת באותו קבוצה אלא לפי דמות פיקטיבית אך אנושית, שלעיתים נכשלת בהתמודדויות שלה. לא מחפשים יצור דמיוני אידיאלי אלא הערכת מצב מציאותית. ביהמ"ש אומר כי בהערכת המצב הזו יש שמץ מן הרצוי.

במקרה הזה הייתה קללה, ובעיטה. הייתה ביניהם היכרות מבית הסוהר. לקללה שניתנה הייתה משמעות עוד מהכלא. החלה מריבה. ביהמ"ש המחוזי, תיאר פער בין בן תרבות (כלומר אדם נורמאלי) לבין מי שהשכלתו מועטת, צופה בסרטי אלימות וחי ב"אכול ושתה". לא הכירו בהיעדר קינטור אובייקטיבי ולא בסובייקטיבי. בעליון, בשונה מהמחוזי, זיכו מרצח כי לא הוכחה מעל לכל ספק סביר החלטה להמית, אולי הייתה רק לפצוע, ואומר: "אין די בעצם העובדה שהתוצאה הטבעית של הפעולה שהתרחשה היא מוות". הריחוק של ביהמ"ש הוא מהכניסה לסיטואציה.

**ע"פ 6580/96 צ'קולה** - הנחית 7 מכות גרון תוך כדי ריב עם אשתו. כנראה הלך לחדר ולקח משם גרזן, וגם אם נקבל גרסתו שהוציא הגרזן מידיה הייתה הכנה(7 המכות נחשבות הכנה).

הקינטור, לטענת המערער, היה שהיה לאשתו מאהב והיא העליבה אותו(בעלה), אך ביהמ"ש לא הכיר בכך. נראה כמה ביהמ"ש מזלזל בניסיון הסנגור להעיד מומחה לעדה האתיופית, שאמר, כי דמו של האתיופי המצוי שונה מדמו של הישראלי המצוי. ביהמ"ש אמר, כי לו קיבלנו טענה זו, אף בחלקה, הפכנו את המשפט הפלילי לבוקה ומבוקה ומבולקה. יהודי אשר עלה מאתיופיה והוא בישראל - ישראלי הוא בכל דבר ועניין, והמשיך באומרו - אותו מומחה לא היה נוכח בסיטואציה ועדותו אין בה.

השופט רובינשטיין ב-2 פס"דים מרבה לדבר על סוגיית רב התרבותיות בעניין כבוד המשפחה וחוסר נאמנות, כשמנסים לטעון להיעדר קינטור. הוא דוחה זאת.

**פס"ד נג'ר 10828/03** - רצח אחות על כבוד המשפחה. עובדתית לא הוכח קינטור. אולם רובינשטיין בחר להרחיב ופתח את הדילמות. כן ציין, מדוע לא התחשב בנימוק של כבוד המשפחה.

**ע"פ 6819/01 גרשוני** - אין לבטל את המבחן האובייקטיבי, חשיבותו רבה לחברה המקדשת את כבוד האדם. אותו רצח היה של פרודה 3 שנים. רובינשטיין כתב, כי השופט קדמי אמר במקום אחר כי לא בכדי הדיבור לא תרצח מצוי בראש הדיבורות.

רובינשטיין סבור, כי המבחן האובייקטיבי לא עוסק בצערו/קנאתו וכו' של פלוני בלבד, לנגד עיניי ביהמ"ש עומדת אמרתה של החברה כולה. הכיצד מתחבר המבחן האובייקטיבי לכוונה תחילה (שהיא סובייקטיבית)? יש מקום להצבת תנאים, בין אם נסחם ובין אם נוספם לאמות המידה.

**פס"ד 7-** מדובר על בחור שניסה לרצוח את אימו ואת בעלה, כשברקע בעודה נשואה היה מאהבה והיא עזבה את הבית והשאירה את האב עם 7 ילדים. ביהמ"ש לא מוכן לקבל את עמדת הסנגור, לפיה - בעדה המדוברת אישה צריכה להיות צמיתה בביתה, אין היא אדון לעצמה... ופסק, כי השקפת עולם זו פסולה ואין לקבלה.

**רצח בכוונה תחילה – סעיף 300(א)(1)-** סעיף זה חשיבותו באה מ-2 דיברות: "לא תרצח" ומ"כבד את אביך ואת אימך". בהרבה מקרים כשמדובר בבני משפחה, יש כוונה תחילה לרצח. לא צריך להוכיח כוונה תחילה.

**רצח תוך ביצוע עבירה אחרת - סעיפים 300(א)(3)+(4)-** לא צריך להוכיח כוונה תחילה. מדובר על תוך ביצוע עבירה או על הימלטות מעונש, שהעבירה היא לא שלי אלא של אדם אחר. מדוע מקפצים את העבירה מהריגה לרצח, כאשר העונש הינו מאסר עולם חובה. מה החומרה היתרה בזה שהרצח התבצע על רקע של שווד, למשל? מדוע לא להרשיע בהמתה לפי רמת היסוד הנפשי ובעבירה הנוספת לפיה? מדוע ה"תוך כדי הזה" (אף הצירוף הזה רחב) הופך את זה לרצח, כשהעונש הינו מאסר עולם חובה? ייתכן כי זה נובע מתוך המחשבה, לפיה - המבצע מקדם את ערכיו שלו יותר מערך חיי אדם. ייתכן, כי אנו רוצים להרתיע (אם אתה מבצע עבירה תיזהר שהעניינים לא יסתכנו). נראה שאלו לא משכנעים, כיוון שקשה לראות בפעולה הזו חומרה יתרה מעבירה אחרת. פרופ' אנקר אומר, כי לא הרבה מקרי עבירה אחרת מסתיימים ברצח, זה לא מאוד שכיח. מדוע ההרתעה הזו מוצדקת? מדוע הוסיפו סעיפים אלו ולא מסתפקים ב-3 הסעיפים המרכזיים: רצח; הריגה; מוות ברשלנות? מהסעיף עולה, כי:

- אין הגבלה לסוג העבירה.
- אין דרישה לשני מעשים שונים. לכאורה, גם חבלה שנגרמה במוות ניתן לומר כי היא רצח תוך ביצוע עבירה. מדוע לא משתמשים בסעיף הזה בקטטות? נרחיב בהמשך השיעור.
- אין דרישה לקשר, במובן של: תוך כדי עבירה אחרת או כדי להקל על ביצועה. זה נשמע רחב.
- מסתפק במחשבה פלילית רגילה.

לאחר תיקון 39, **פס"ד מרדכי 4389/93-** המתה תוך ביצוע שווד של מס' שותפים. אחד השותפים הנחית מוט ברזל בראש הנשדד וזה מת. מנתחים את הסעיפים ואומרים, כי לרצח תוך ביצוע העבירה מספיק להוכיח מודעות+אדישות ומשאירים בצריך עיון אם מספיקה קלות דעת. הפעילו את חזקת המודעות.

ברוב המקרים של רצח תוך ביצוע עבירה אין קושי להוכיח אדישות.

עדיין נשאלת השאלה מדוע לא להסתפק בקלות דעת?

סעיף 490(א) – עוסק בעבירות רחוב.

נניח שמישהו שם מחסום על הכביש ועובר אופנוע שהתהפך ממנו ומת. לכאורה, מי ששם את המחסום בטוח לא פעל באדישות, במקסימום הוא פעל בקלות דעת. אם נאמר שהסעיף מספיק בקלות דעת, לכאורה ניתן להרשיע את זה שהניח את המחסום בעבירת רצח תוך ביצוע העבירה.

ביהמ"ש יכול לקבוע שצריך לצמצם לאדישות, אך לא עושה זאת.

עולות שאלות ביסוד העובדתי - מה היחס בין העבירה האחרת לעבירת ההמתה? האם זה כולל סיטואציה של חבלה שמסתיימת במוות. נראה לא הגיוני וזה לא קורה.

מה מחפשים? מעשים שונים? עבירות שונות?

**ישנה פסיקה מעניינת לא רבה:**

**ע"פ 67/54 דאוד- (חשוב):** אדם מת כתוצאה מכך שהציתו את המקום בו ישן. המניע היה איבה פוליטית. העבירה הראשית היא הצתה. אך המעניין הוא שלא מדובר על שני מעשים שונים. זהו מעשה אחד שתוצאתו הייתה מוות. זהו מעשה אחד שאולי מזין שתי עבירות. ביהמ"ש העליון (שהפך את עמדת המחוזי) אומר מבחינת יסוד עובדתי, כי לא צריך 2 מעשים נפרדים והרשיע ברצח לאור ההצתה. לא חיפשו קשר תכליתי בין המעשים. יסוד נפשי – חזו את התוצאה+אדישות. (הזכירה את החידוש בפס"ד יעקוביץ').

**ע"פ 97/57 כדורי-** תוך כדי קטטה הייתה פגיעה שהביאה למוות. ביהמ"ש אמר שאי אפשר לראות זאת כעבירה אחרת. הסעיף מחמיר מהסיבה שיש 2 עבירות. אולם, לא ייתכן, שהסעיף ידבר על סיטואציות בהן אחת נבלעת בתוך השנייה (החבלה נבלעת בתוך הרצח). צריך 2 עבירות ולא שני מעשים. ולכן לא הרשיעו ברצח.

בהצתה יש אינטרס מוגן אחר. היא מסכנת בני אדם באופן אחר מחבלה.

**אנקר שואל מה יהיה אם עבירת סיכון התממשה?**

למשל סעיף 340 "סכנה לילדים". האם מי שהשאיר מקרר בחוץ, כמו בש, נוכל לומר כי במעשיו יש רצח תוך כדי ביצוע עבירה? אנקר אומר שלא, כמו בכדורי, לא נאמר שסיכון שהתממש מהווה 2 עבירות. לא נעמיד לדין אדם שגרם לתאונה שהסתיימה בתוצאה קטלנית ברצח.

**פס"ד אבו-זייד 4711/03** – דן בחלופה 4 "המלטות מעונש". בייניש דנה גם בחלופה 3. אדם החזיק נשק שלא כדין. רכב על אופנוע והסתיר זאת. המשטרה רדפה אחריו, ותוך כדי נסיעה ירה והמית שוטר. הסנגור טען, כי עבירת נשיאת נשק שלא כדין נבלעת בעבירת ההמתה.

השופטת בייניש אמרה, כי הרכיב ההתנהגותי של העבירה מנוסח באופן רחב יותר וכולל כל התנהגות. בעניין זה, לאחר שהוכח עובדתית שהמנוח נורה ונהרג כתוצאה מפגיעת יריות המערער, נראה שהיסוד ההתנהגותי נדרש. היסוד הנפשי של עבירה זו כולל נסיבה של עבירה אחרת. עבירה אחרת שלאחר ביצועה ובמטרה להימלט מעונש בגינה בוצע מעשה המוות. לאחר העבירה הראשונה, ולכן צריך שכל אחת מהעבירות תבוא לכלל ביטוי במעשה נפרד. עד כה המקרים שבאו לפני ביהמ"ש היו שהעבירה האחרת הייתה חמורה. עד כה לא זכה הסעיף לדיון מעמיק והעבירה לא הוגדרה אחרת. בייניש מתייחסת לטענת הסנגור ואומרת שסעיף נשיאת נשק שלא כדין והסעיף של רצח תוך ביצוע עבירה, הם מאוד שונים, גם במטרותיהם ואי אפשר לומר שאחת בולעת השנייה. נשיאת נשק שלא כדין – לא פוגעת בזולת אלא בעלת פוטנציאל סיכון. לעומת עבירות המתה-שדנה בפגיעה באדם. עבירת הרצח לפי סעיף קטן 4 כוללת יסוד נוסף המונע את אפשרות ההיבלעות וזה יסוד ההימלטות. יש הבדל בזמנים ולא ניתן לומר כי הם נבלעים זה בזה.

הסנגור ניסה לומר שבמצב של מוות כאשר הייתה נשיאת נשק שלא כדין נובל להרשעה גורפת ברצח. היא אומרת שלא כך הדבר וטוענת שהיסוד המתמלא כאן הוא "כדי להימלט מעונש". המתת אדם כדי להימלט מעונש. קש"ס בין ההמתה להימלטות. בייניש אומרת כי לכל החלופות, בסעיף קטן (3) וס"ק (4), צריך להוכיח קשר סיבתי בין העבירה האחרת לבין המוות. זהו צמצום לסעיף מאוד רחב.

אנקר, במאמרו, מדבר על עבירות שמאוד רחוקות זו מזו. הוא מביא דוגמה שמישהו חופר בהר וכשהוא עושה זאת דורך על פרחים מוגנים (עובר על חוק הגנת הטבע), ותוך כדי הוא יוצר מפולת שגורמת למותו של אדם. האם נאמר שהייתה עבירה אחרת ותוך כדי בוצעה ההמתה? הוא טוען שכאן אין קשר תכליתי.

**פס"ד רחמנוב** – הגיע לתוצאה שיש בה אבסורד. אנקר כותב על דבר דומה במאמרו.

על רקע אהבה נכזבת, רחמנוב הורג את אהובתו לשעבר ואת שני הוריה, (הוא לא חשב שיהיו שם). לא הצליחו להוכיח ביחס להורים כוונה תחילה. אמרו שהמית את ההורים כדי שלא יפריעו לו לרצוח את אהובתו לשעבר וגם כלפיהם קראו לזה רצח תוך ביצוע עבירה.

זה הפוך להיות משנה את מי הורגים קודם ואת מי הורגים בשביל מה. זה יוצר אבסורד ששלפיו ייתכן מצב שבו כלפי החברה לא יתמלאו יסודות כוונה תחילה וכלפי הוריה ירשיעו ברצח. ביהמ"ש הגיע לתוצאותו, כי רחמנוב הגיע לרצוח, והרשיעו ברצח של שלושתם.

**קווים כלליים של השינויים שייעשו בעבירות ההמתה ובהגדרת הרשלנות בדין העונשי-****פס"ד ביטון** קורא לשינוי החוק.

הקיים בחוק: רצח, הריגה, מוות ברשלנות.

באוגוסט 2011 הוגש דו"ח הוועדה לבחינת יסודות עבירת ההמתה.

הנחת הוועדה, כי המדרג הקיים, כאמור, אינו מוצלח ואינו משקף: תפיסות חברתיות; את מדרג האשם.

למשל: רצח – רחב מדי וצר מדי. לא חל על מעשים מאוד חמורים וכולל מעשים שאולי לא נכון לקטלגם כרצח.

עבירת הריגה נורא רחבה (מקצת פחות מרצח עד קצת יותר מרשלנות). הצעד הראשון הוא מחיקת העבירה הזו.

**בסעיף 300א** לא נעשה בו כמעט כל שימוש.

עונש מאסר עולם חובה נוקשה ויכול לגרום לאי צדק.

המשותף לכולם שהסכימו שצריך עבירת רצח בסיסית ועבירת רצח בנסיבות מחמירות. הוויכוח היה איך להגדיר כל אחד

מהסעיפים הללו. יצרו 5 עבירות בסה"כ. יצרו הרבה יותר עבירות ביניים.

## שיעור 25

## 19.6.18

(מבוסס על הסיכום שלי ושל אופיר נגר).

בעקבות **פס"ד ביטון** הוקמה וועדת קרמינצ'ר שהגישה דו"ח בשנת 2011 שהפכה להצעת חוק לשינוי עבירות ההמתה. עיקרי הדו"ח להלן:

דו"ח הוועדה לבחינת יסודות עבירת ההמתה (אב תשע"א, אוגוסט 2011):

בדו"ח ישנה התייחסות ל2 דברים:

1. עבירות ההמתה.

2. רשלנות במשפט פלילי (שהינה דבר בעייתית).

**בנושא רשלנות:** הסברנו למה רשלנות נכנסת למשפט פלילי – שהמדדים יהיו ייחודיים למשפט הפלילי עם דגש על כך שמדובר על אדם מן היישוב ולא על אדם סביר שביהמ"ש מציא. אך בפועל, ביהמ"ש עושה דומה לדין האזרחי, מדבר על אדם סביר שיש בו שמץ מן הרצוי (**פס"ד באש**). בסוף בודקים מה הוא צריך לצפות, וזה מאוד דומה לכלי המשפט האזרחי. בעיקרון, סטו מאוד מרציונל הרשלנות במשפט הפלילי. חלק מהמשימה שהוטלה על הוועדה הייתה לדון גם בנושא זה ולהגדיר אחרת את מושג הרשלנות.

**נושא ההמתה:** הדו"ח קבע כי המדרג הקיים בעבירות ההמתה אינו מוצלח. גם רצח וגם הריגה – הן רחבות מדי או צרות מדי, כאשר ברצח העונש הוא מאסר בלבד – עונש נוקשה מאוד וחסר גמישות ולעיתים חומרת העונש איננה הולמת את חומרת המעשה.

**המחלוקת-** בין דעת הרוב לדעת המיעוט בנושא מה היסוד הנפשי הנדרש לרצח? לא תמיד מה שהופך את המעשה להכי חמור הוא כוונה תחילה בהכרח, וישנם אלמנטים נוספים שמעלים את החומרה. שני הצדדים הסכימו שצריך עבירת רצח בסיסית ועבירת רצח מדרגות אחרות.

דעת הרוב	דעת המיעוט
מדברת על רצח בסיסי ועל רצח בנסיבות מחמירות. היא אומרת, כי סעיף 300 יהיה: "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם דינו מאסר עולם". קבעה כי אין כאן מאסר עולם חובה ויש גם אדישות. (הרי שהיום אין אף עבירה שמבקשת אדישות, כולן מסתפקות בקלות דעת).	דעת הסנגוריה. רוצה שזה יהיה רק בכוונה (ללא אדישות).

סעיף 301 יהיה: רצח (בכוונה/אדישות) בנסיבות מחמירות. 13 הסיבות:

1. רצח לאחר תכנון או שקילה.

2. רצח מתוך מטרה לבצע עבירה אחרת או במטרה להימלט מהדין. (הגדרה זו יותר מצומצמת, חייב להיות קשר של מטרה. חוות הדעת אומרת שהחומרה מיוחדת לאור נכונות האדם להלך על גוויות כדי שמטרתו העבריינית תתגשם).

3. פגיעה בחיי עד במטרה לשבש הליכי משפט- הערכים המוגנים הם:

א. ערך חיי האדם

ב. ערך סדרי השלטון והמשפט

4. מעשה טרור- מעשה במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או להניא רשות שלטונית ממעשה. הרצח הבסיסי הופך לרצח בנסיבות מחמירות.

5. מניע גזעני- כהגדרתה של גזענות בסעיף 144א.

6. רצח על כבוד המשפחה- מעשה שנעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או לכפות אורחות התנהגות על הציבור.

7. רצח תוך התעללות נפשית או גופנית או אכזריות מיוחדת- הבעת סלידה מיוחדת מרצח שנעשה תוך התעללות/אכזריות מיוחדת. יש בעייתיות בפירוש האכזריות.

8. קורבן קטין שנרצח על ידי האחראי עליו- (הנמקה: הקטין חלש וזקוק להגנה מיוחדת; ישנה פגיעה באמון הבסיסי). סעיף 368א מגדיר אחראי על קטין.

9. המתת חסר ישע- ערכים של חמלה ושל הגנה על החלש. בסעיף 368א מופיעה הגדרת חסר ישע.

10. פגיעה המכוונת להפריע למילוי תפקיד שלטוני/ציבורי/משפטי- למשל רצח השופט עדי אזור, אן יגאל עמיר.

11. סיכון חמור לגופו של אדם נוסף מלבד הקורבן- למשל: הטמנת פצצה עלולה לגרום למותם של נוספים.

12. במסגרת ארגון פשיעה או ארגון טרור- עצם החברות בארגון כזה מסכנת את הציבור. דחו אפשרות של ביצוע בצוותא; חששו גם שתהיה הפללת יתר ולכן דרשו שרק כשמדובר במסגרת ארגון וכדי לקדם מטרותיו.

13. מעשה לשם סיפוק מיני או תאוות דם.

העונש- מאסר עולם חובה, כשבנסיבות יוצאות דופן ניתן יהיה לסטות (משאירים פתח כלשהו התואם תפיסה גמולית). ישנה גישה מרוככת יותר שתאפשר סטייה. אינה רוצה להחיל את הלכת הצפיות.

- הושמטה המתת הורים וקרובים.
- בנסיבות הלא מחמירות: יהיה גם סעיף שיקבע בפירוש סעיף 41 לא יחול על עבירת הרצח (גם לא הבסיסית) אלא כשכתוב מאסר עולם או שאין מספר שנים קבוע או שיש מספר והוא לא יעלה על 30 שנה.

דעת הרוב פתחה פתח שקשור לשאלת האחריות- במקרים מיוחדים ביהמ"ש יכול לא להרשיע בעבירה חמורה של רצח גם אם התקיימה הנסיבה אם סבר שהמקרה אינו מבטא דרגה גבוהה של חומרה. ואז ירשיעו ברצח הבסיסי. דעת הרוב מחפשת שלא רק העונש יהלום את חומרת העבירה אלא גם האישום יהלום את חומרת המעשה. דעת המיעוט, רצתה לפתוח פתח לשק"ד לחרוג מעונש חובה. אחת המחלוקות הייתה לגבי היסוד הנפשי של רצח:

דעת הרוב	דעת המיעוט
<ul style="list-style-type: none"> <li>• עבירת הרצח החדשה לא באה רק לכסות מקרים חמורים, גם המתה באדישות היא רצח.</li> <li>• רואה באופן חמור כל כך את האדישות, וקבעה כי גם בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות מספיקה אדישות (חוץ מחלופה אחת שם שמבקשת כוונה).</li> <li>• קיבלה את עמדת המיעוט, לפיה- אין להכיל חזקות חוקיות של חזקת אדישות על עבירת הרצח, כגון:           <ol style="list-style-type: none"> <li>א. שכרות</li> <li>ב. עבירה שונה או נוספת(סעיף 34א)</li> <li>ג. כניסה למצב</li> </ol>           אלה הם 3 סעיפים בעלי רעיון משותף והוא: כניסה למצב. הסעיף אומר שסעיפים אלו לא יחולו על עבירות ההמתה. (כמו שבאחריות לכוונה נגררת אנו לא מטילים חזקות).         </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• רוצה שהרצח יישמר רק לכוונה. לא רוצה שהסטיגמה של הרצח תישחק. היא רוצה להציע עבירת ביניים שתיקרא "המתה באדישות", שהעונש עליה הוא 20 שנות מאסר.</li> </ul>

סעיף 301ג: המתה בקלות דעת- העונש הוא עד 9 שנות מאסר.

סעיף 301ב: המתה בנסיבות של אחריות מופחתת- דומה ל300א של היום בהבדל דרמטי- ב300א של היום מדובר על ענישה מופחתת. בחוק החדש מדובר על אחריות מופחתת. העונש יהיה בין 15-20 שנה.

- כיום יש רצח, הריגה ומוות ברשלנות. החלוקה היא ל-3 סוגים של עבירות המתה. הצעת החוק משנה זאת לחלוטין ויוצרת כ-5 עבירות.

#### הצעת החוק:

- 300- המתה בכוונה או אדישות- מאסר עולם שאינו חובה.
- המתה בנסיבות מחמירות- אותו רצח- 13 נסיבות מחמירות. העונש מאסר עולם חובה. למעט סעיף קטן 1 כל יתר הנסיבות מסתפקות באדישות. (הסנגוריה רוצה לכלול סעיף של המתה באדישות).
- המתה בקלות דעת- העונש הוא 9 שנות מאסר.
- סעיף 301ב- המתה באחריות מופחתת – מזכיר את 300א של היום אך השינוי הוא שמדובר על אחריות מופחתת שעונשה יהיה 15-20 שנה ולא מדובר על הקלה בעונש. המתה בנסיבות של אחריות מופחתת כוללת:
  1. דמיון לקינטור- לגבי קינטור הייתה שאלה האם להכניס מדד אובייקטיבי- הוחלט שהאדם הסביר אינו מדד לרצח. הסבר חדש: המעשה בוצע בתכוף לקינטור וכן:
    - א. בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה קושי רב לשלוט בעצמו.
    - ב. יש בקושי האמור בסעיף 1 כדי למתן את אשמו. לא מכניס מדד אובייקטיבי אך סובייקטיבי.
  2. התעללות מצד הקורבן – דומה לסעיף 300א של היום. הסנגוריה רצתה להקל בתנאים.
  3. בעיה נפשית שאינה נכנסת לגדר 34ח.
  4. חריגה מועטה מתנאי הסייגים (בשונה ממש שיש היום שרשום מתנאי הסבירות). הפרקליטות רוצה להשאיר את זה כמו שזה היום, כיוון שהיא מחמירה.
  5. מצבים של חזקות חוקיות של אדישות- (כשאמרנו ברצח החדש שלא מפעילים חזקות חוקיות של אדישות, כמו: שכרות).

אם יש גם נסיבות מחמירות וגם מקלות, ירשיעו בהמתה המופחתת ולחומרה היתרה של ההתנהגות יביאו לידי ביטוי בחומרת העונש.

• סעיף נוסף – המתה בהסכמת הקורבן/המתת חסד – מותנה במקרים אובייקטיביים של חולי וסבל: הגורם מוות מתוך חמלה לבקשת הקורבן בהתקיים כל אחת מאלה דינו מאסר 5 שנים:

1. בקשה חופשית ומודעת.
2. סובל סבל רב כתוצאה מעניין רפואי קשה שלא ניתן להקל על סבלו באורח סביר.
3. סבלו או בקשתו של הקורבן אינם תולדה של לחץ או מעשים מצד הנאשם.

• סעיף נוסף – גרימת מוות ברשלנות – ישנה מחלוקת.

• סעיף נוסף – גרימת מוות בהתרשלות רבתי – רוצים לעשות דרגת ביניים בין המתה בקלות דעת לבין רשלנות. היסוד העובדתי חמור יותר. הסעיף מדבר על עונש של 5 שנים. הסנגוריה לא אוהבת את הסעיף הזה, כיוון שהיא לא רוצה שבסיטואציות של רשלנות העונש יהיה מעל 3 שנים. העבירה:

1. בהתנהגותו סטה במידה ניכרת מהתנהגות סבירה בנסיבות העניין והוא מודע להתנהגות זו.
2. התנהגותו מהווה הפרה של דין.

מתאים מאוד לתאונות דרכים.

עולות מספר שאלות נלוות – האם מאסר רלוונטי בהתנהגות כזו. אולי לאפשר להמירו בעבודות שירות?

- רצח – כוונה או אדישות. מאסר עולם לא חובה.
- גרימת מוות בנסיבות מחמירות. מאסר עולם חובה. הנסיבות שונות מהיום, ישנן 13 נסיבות (רק אחת קשורה לתכנון) ומספיקה אדישות בשאר, כיוון שזה מתבסס על העבירה הבסיסית.
- המתה באחריות מופחתת. כוללת קינטור וחזקות אדישות.
- אם נכנסים גם למחמיר וגם למקל – יורשעו במקלות אך בעונש יקחו בחשבון את החומרה. העונש יהיה בין 15-20 שנה.
- המתה בקלות דעת
- המתה בהתרשלות רבתי (גם עבירה על חוק וגם התרשלות)
- גרימת מוות ברשלנות (עם רצון לשנותה מאיך שקיימת כיום).
- יש גם התייחסות להמתת תינוק, לשידול וסיוע להתאבדות והמתה בהסכמה.

### מבנה הקורס – נקודות לבחינה:

עקרונות (חוקיות/סימולטניות וכו') – יבוא לידי ביטוי או במושגים או בחשיבה. יסוד עובדתי (הבחנה בין התנהגות לתוצאה; עבירות מיצב ועבירות החזקה; בעבירות תוצאה יש להוכיח קש"ס; המחדל). יסוד נפשי – דורש הרבה דיוק. להיזהר מלהשתמש במושגים של היה עליו וכו'. לעת למקם את הלכת הצפיות. נגזרות (ניסיון; צדדים לעבירה; חרטה; הוראות משותפות, כמו: אחריות לעבירה נגזרת). סייגים – ישנם 3 רבדים הקשורים להטלת אחריות פלילית: כשרות (קטינות; היעדר שליטה; אי שפיות; שכרות). סעיפים 34 – 34 – פרק הסייגים. בתוכו עברנו על לא מעט (קטינות, היעדר שליטה, אי שפיות, שכרות). לא עברנו על סייגי האילווצים (הגנה עצמית; צורך; כורח; צידוק) חמדנו 34 יד כניסה למצב בהתנהגות פסולה. טעות במצב דברים וטעות במצב משפטי. למדנו כשירותיות וטעויות וכניסה למצב.

המבחן עצמו בנוי מ-3 שאלות: (הדר, לימור עציוני, רות קנאי – מבחנים טובים לתרגול). המבחן 3 שעות.

1. קייס – נגזרות; לבדוק אחריות לעבירה נגזרת; כל המבחנים הרלוונטיים שלמדנו; לא חייב להכריע מה הוא; כ-3 עמודים.
2. שאלת מחשבה – זו מחשבה שנשמכת למה שלמדנו. כעמוד.
3. מושגים – הגדרת שניים מתוך שלושה.

אין צורך בשמות שופטים או פס"דים. כן להכיר את הגישות. למשל: "בהלכת הצפיות 3 גישות, המקובלת היא \_\_\_". גם אם מחילים יש ליישם (לא בטוח שרמת הוודאות בקייס מספיקה).

לדעת עמדות מיעוט ולציין, גם במסייע וכו'.