**דיני עונשין – מחברת קורס**

**שיעור 1:**

**מבוא:**

**ההליך הפלילי:**

ההליך הפלילי כולל שלבים רבים:

* הדבר הראשון היא חקירה פלילית. חקירה פלילית נפתחת אחרי שמוגשת תלונה למשטרה, אך גם אם לא מוגשת תלונה המשטרה יכולה לפתוח בחקירה.
* לאחר מכן, יש מה שנקרא מעצר לצורכי חקירה. זהו שלב שבו התביעה מבקשת/המשטרה מבקשת ימי מעצר נוספים כדי להשלים את החקירה וכדי שהנחקרים לא יחבלו בחקירה במידה וישהו בחוץ. הסניגור לא יודע באיזה שלב נמצאת החקירה, גם הנחקר לא, יש חיסיון מסוים והסניגור יכול רק להעריך. מי שחשוף לראיות וחומר החקירה הוא השופט, כדי להחליט האם להאריך את ימי המעצר.
* בתום החקירה, יש המלצה ולאחר מכן החלטה של הפרקליטות האם להעמיד לדין או לא. לא תמיד מדובר בפרקליטות, יש גופים שונים של תביעה. אותו גוף מחליט להעמיד לדין על סמך מספר פרמטרים – האם יש עניין לציבור למשל. אם אין עניין לציבור או שקיים היעדר ראיות ואין סיכוי גבוה להרשעה, התיק נסגר. ההתלבטות היא האם לסגור את התיק או להחליט להעמיד לדין. לעיתים, תיקים נסגרים בהסדר טיעון.
* אם מתקבלת החלטה להעמיד לדין, מוגש כתב אישום. בשלב זה, מי שהיה נחשב נחקר הופך לנאשם. הנאשם מזומן לבית המשפט ומקריאים לו את כתב האישום. יכולה להיות מוגשת נגדו בקשה למעצר עד תום ההליכים. זהו מעצר שעשוי להיות ארוך מאוד, עד שההליכים המשפטיים נגמרים. יש כללים למעצר מסוג זה, מאחר והוא פוגע בזכויות הפרט. המשפט מתחיל בהקראת כתב האישום והנאשם או הסניגור שלו מחליטים אם להודות או להכחיש. אם הוא מודה, מסתיים השלב המשמעותי ואם הוא מכחיש מתחיל שלב ההוכחות- כל צד מביא את ההוכחות שלו.
* לאחר מכן מגיע שלב הסיכומים שלאחריה הכרעת הדין. בהכרעת הדין נקבע האם הנאשם זכאי או לא. יש זיכוי מוחלט ויש זכאות מחמת הספק. ההבדל הוא במטען המוסרי שהאות הזה נושא. זיכוי מוחלט נשמע טוב יותר חברתית, אך יש לזה משמעות שונה משפטית מזכאות מחמת הספק. קיימים מקרים בהם גם ניתן להתחמק מהרשעה.
* השלב הבא הוא הטיעונים לעונש("הבחור נורמטיבי", "מדובר במלח הארץ" וכו').
* לאחר מכן מגיע גזר הדין – מה העונש שנפסק והשלב הסופי הוא ריצוי העונש.

עורכי דין פליליים עוסקים רבות בהוכחות ואיסוף ראיות.

קיימת הבחנה בין משפט פלילי מהותי לבין דיני פרוצדורה וראיות – בקורס זה נלמד משפט פלילי מהותי. אנו לא עוסקים באיך מוכיחים דברים. נעסוק במה צריך להוכיח. כשנדע מה צריך להוכיח, נוכל ליישם זאת על עובדות מקרה ספציפי. נדע מה צריך להוכיח עד שלב ההרשעה ופחות עד שלב העונש.

**מה נלמד כדי לדעת מה צריך להוכיח:** עקרונות – יסוד עובדתי – יסוד נפשי – נגזרות(או עבירות נגזרות) – כלומר שאדם לא ביצע את העבירה לבדו, יש מס' צדדים לעבירה או לניסיון לבצע אותה – סייגים לאחריות הפלילית.

\***עבירה פלילית פורמאלית –** המתה. עבירה כזו יכולה להיות רצח או הריגה למשל.

**סייגים לאחריות הפלילית-** יש מצבים בהם גם אם מבוצעת עבירה פלילית, האמירה של החברה מצדיקה את העבירה הפלילית בהסתמך על הנסיבות שהיא קרתה(אם אדם הגיע לגנוב תפוח אין הצדקה של הגנה עצמית).

**\*עבירת האונס –** בהגדרה, יכולה להתבצע רק כלפי אישה. היא מוגדרת כבעילה ללא הסכמה חופשית. בעילה – החדרת חפץ או איבר לאיבר המין הנשי. הקורבן הוא לעולם אישה, אין אונס כלפי גברים.

**מטרתם ומהותם של דיני העונשין:**

המשפט הפלילי הוא מכניזם שנועד להבטיח חיי חברה תקינים ולמנוע מציאות שבה כל דאלים גבר(= כל מי שאלים יותר גובר). המשפט הפלילי מגדיר כללי התנהגות שמגנים על ההתנהגות של החברה. הוא בא להגן על הערכים הבסיסיים והאינטרסים של החברה. כיצד? קביעת כללים שלצידם קיים עונש למי שלא יעמוד בהם. המשפט הפלילי משיג את מטרותיו באמצעות איום בהרשעה וענישה, לולא זה אין לו שיניים וכוח. ההנחה היא שלא רק העונש משמעותי אלא גם עצם ההרשעה. הרשעה במשפט הפלילי נושאת עמה אות קלון רציני, סטיגמה שלילית, שלה יש כוח להכווין התנהגות ולשמור על האינטרסים והערכים החשובים לחברה. בשונה מתחומי משפט אחרים, משפט פלילי הוא האמצעי החמור ביותר של גינוי חברתי. הוא פוגע בזכויות הכי בסיסיות שיש לאדם כמו חירות, קניין, פגיעה בשם טוב. דברים אלה מכתיבים שהמשפט הפלילי צריך להישמר להתנהגויות חמורות.

**אין חפיפה בין מוסר לפלילים-** יש הרבה התנהגויות לא מוסריות ולא נעימות והן לא פליליות, בגידה למשל. פלילי זה רק מה שאסור בחוק פלילי ונקבע כעבירה פלילית.

מוסרי

פלילי

**פס"ד צדקה –** פסק דין ישן בו מסופר על מישהי שהחבר שלה(כך היא חשבה) ניצל אותה מינית. הוא ניצל את העובדה שהייתה לה מחלת עור נדירה והמראה שלה היה בעייתי וניצל את חולשתה כדי להשיג ממנה טובות הנאה מיניות מאחר והיא ראתה בו חבר שלה. מה שיפה בפסק דין זה הוא איך שהשופט מנסה למצוא עבירה. מדובר בסיפור קשה, והשופט שמנסה למצוא שם עבירה מתאימה מוצא את עבירת העושק, שהיא עבירה כלכלית ועובר את כל התנאים של העבירה ורואה שאינם מתקיימים. אין לו מה לעשות מלבד להגיד **שלמרות שהמעשה לא ראוי ולא מוסרי, הוא לא פלילי.**

יש היגיון בדבר כי נכון לשמור את המשפט הפלילי לפגיעות היותר חמורות.

**קיימת הבחנה בין שני סוגי עבירות שונים :**

* **male in se –** עבירות קלאסיות כמו שוד גניבה ורצח. אלו עבירות אוניברסליות ונחשבות עבירות בכל העולם.
* **male in prohibita-** אלו עבירות שנחשבות עבירות בגלל שקבעו אותן ככאלה כמו עבירות תנועה, עבירות בתחומי מיסוי ועוד.

בגדול נכון לומר שהעבירות האוניברסליות חמורות יותר, אך זה לא תמיד נכון.

**מהי עבירה פלילית-** כשרוצים לבדוק הגדרה של משהו הולכים לפקודת הפרשנות. בסעיף 1 של הפקודה מוגדרת מהי עבירה – מעשה, ניסיון או מחדל שדינם ענישה. הגדרה לעונש – קנס, מאסר או כל ענישה אחרת. ההגדרה לעבירה מוסיפה שעבירה יכולה להתבצע גם דרך מחדל, כלומר לא רק על ידי מעשה אקטיבי אלא גם על ידי מעשה פסיבי(גם אם לא נותנים אוכל לאדם אפשר לגרום למותו, לא חייב לחנוק אותו למשל). אנו לומדים גם שעל ניסיון אפשר להעניש. ההגדרה לעונש לא מסייעת הרבה. קנסות למשל, יש קנסות שהם לא פליליים.

**שאלת ההפללה –** איזה התנהגויות מתאימות לאיסור פלילי. זוהי שאלה פילוסופית בדיני העונשין ועוסקת בשאלה אילו מעשים ראוי להגדיר באיסור פלילי. אין תשובה חד משמעית. זוהי שאלה שהעסיקה מלומדים רבים. הדבר מתקשר עם ההבחנה הקודמת, קל יותר להחליט לגבי עבירות קלאסיות – קל להחליט שראוי לקבוע כאיסור פלילי רצח למשל. כשמדברים על שאלת ההפללה הדבר הראשון שיש לקחת בחשבון הוא עיקרון האוטונומיה של הפרט(חירות הפרט). זהו אחד העקרונות הבסיסיים בחברה דמוקרטית. התוכן של העיקרון הוא שצריך להשאיר לכל אחד מהפרטים בחברה להחליט איך הוא רוצה לתכנן ולעצב את חייו, איזה בחירות לבצע מבלי שהשלטון יתערב בהחלטות שלו. עיקרון זה נועד למנוע שימוש בעריצות שלטונית שתשתלט על כל המימדים של חיי האזרחים. עם זאת, זהו לא עיקרון מוחלט. החופש של אדם נגמר במקום שבו הוא פוגע באדם אחר.

**עיקרון הנזק(של מיל)-** ג'ון סטיוארט מיל טען שרק מניעת נזק מאדם אחר מצדיקה שימוש במשפט פלילי או להוות בסיס להפללה. רק אם אתה גורם נזק לאחר, השלטון כשלטון יכול לאסור זאת כאיסור פלילי ולהתערב כשגבול זה נחצה.

**פטרנליזם -** קיימות עבירות שהמטרה שלהן להגן על אדם מפני עצמו כמו צריכת סמים, חגירת חגורת בטיחות ועוד. הבסיס הזה שלפיו המחוקק מגן על אדם מפני עצמו נקרא **פטרנליזם.** החוק קובע שהוא יודע יותר טוב מאדם מה טוב בשבילו. אפשר להתווכח האם פטרנליזם הוא בסיס מוצדק להפללה או לא. בבסיס הפטרנליזם יש הנחה בסיסית שכל אחד מהאנשים מוכן מראש שיגבילו את חירותו כדי שהוא לא יצטער לאחר מעשה.

**אכיפת מוסר-** קיים סוג נוסף שמהווה בסיס להפללה ולגביו יש וויכוח – אכיפת מוסר. מדובר ביצירת עבירות כדי לאכוף נורמות מוסריות ולקבוע מה הגון ומה לא הגון. אכיפת מוסר באמצעות משפט פלילי הן סיטואציות שבהן אין קורבן, אלו לא סיטואציות שבהן פוגעים במישהו אחר כמו עיקרון הנזק או בעצמך כמו פטרנליזם.

המחלוקת בין דבלין להארט באנגליה בשנת 1957 – וויכוח בשאלה האם ראוי לאכוף מוסר באמצעות המשפט הפלילי. יוצא דו"ח של וועדה במסגרת הוויכוח ושם מדברים על שני סוגים של עבירות – זנות ויחסים הומוסקסואליים. גם בישראל עד 1988 הייתה עבירה כזאת. בשתי הדוגמאות מביאים את העבירות כעבירות נגד המוסר. נשאלת השאלה האם לגיטימי לאכוף מוסר באמצעות חקיקה פלילית, האם זה בסיס הפללה מוצדק. ככל שהחברה נעשית יותר ליברלית ויותר חילונית, כך פחות מקובל לאסור או להצדיק איסורים פליליים בגלל שמירת המוסר. הארט יצא נגד אפשרות זו.

כיום, הטיעון של אכיפת מוסר כבסיס להפללה אינו מקובל. דבלין אומר שמה שמלכד חברה היא הנורמות המוסריות שחברה מחליטה לשמור עליהן. תמיד בשאלות של הפללה( איזה מעשה ראוי לקבוע כפלילי) נעשה איזון בין חירות הפרט והאוטונומיה שלו לעצב את חייו כרצונו לבין טובת הכלל. טובת הכלל היא בעצם קביעה חברתית של הערכים והאינטרסים המוגנים שמבטיחים שמירה על תפקוד החברה, כמו שמירה על שלמות הגוף, שמירה על ביטחון המדינה ועוד. אלו ערכים שגוברים לפעמים על חירות היחיד להחליט מה הוא רוצה.

**יש שלושה דברים נוספים שצריך להביא בחשבון:**

1. עיקרון המינימליות או השיוריות – המשפט הפלילי צריך להישמר רק להתנהגויות החמורות יותר. אפשר לדלות עיקרון זה כיום בין היתר מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. עיקרון זה מחייב שתהיה פרופורציה בין חומרת המעשה לחומרת העונש – גם כשמנסחים עבירה פלילית צריך לקבוע עונש מתאים.
2. יעילות ההפללה – גם אם מוצדק להטיל אחריות פלילית, לפעמים האכיפה או ההתערבות הפלילית היא בלתי יעילה או דורשת משאבים רבים באופן שעדיף להשאיר את ההתנהגות כמותרת ולא להתערב. לדוגמא, כשהיה איסור עד 1988 על יחסים הומוסקסואליים או זנות, קיים שיקול של יעילות, עד כמה יעיל להפעיל את המשטרה כדי לאכוף מה שנעשה בחדרי חדרים.
3. הלימה – לקחת בחשבון שלא נכון לעשות פער גדול מידי בין העמדה המוסרית הרווחת בציבור לבין האיסור הפלילי. חוק פלילי שיזלזלו בו או ירבו לעבור עליו הוא חוק פלילי גרוע, הוא פוגע בסטיגמה שנדבקת לעבריין הפלילי ולכן הרצון הוא לא ליצור חוקים שרחוקים מהתפיסה הציבורית או מנוגדים למוסר.

**סיכום –** קיימים 3 בסיסים להפללה, עיקרון הנזק, פטרנליזם ומוסר, לאחר מכן יש עוד שלושה דברים שצריך לקחת בחשבון. אין תשובה חד משמעית לגבי מהי עבירה פלילית ומה לא.

**דוגמא לבסיסי ההפללה השונים באמצעות שימוש בדוגמא של תופעת הזנות:**

כיום במדינת ישראל אין עבירה של צריכת שירותי מין בכסף. העבירה היחידה שקיימת היא הפללה של לקוחות של קטינים שעוסקים בזנות. יש עבירות שקשורות במנגנונים – החזקת בתי בושת, סרסרות ודברים שבהם יש חשש לאלמנט של ניצול. נראה מספר נקודות מבט על התופעה וצורות התייחסות שונות אליה מבחינת ההפללה.

\*עבירה של מעשים מגונים- ס' 348 לחוק העונשין – מעשה מגונה- מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני. זוהי עבירה שהיא שריד של תפיסות מוסריות, הדבר מתבטא בעצם הגדרת המעשה כ"מגונה".

**בגדול, קיימות 4 דרכים/גישות בהן אפשר להתייחס לזנות:**

1. **התייחסות לזנות כהתנהגות שפוגעת במוסר –** אם מדובר בהתנהגות שפוגעת במוסר, וזה מה שעלה בדיונים באנגליה בשנת 1957, ההשלכה תהיה לאסור באיסור את כל השותפים להתנהגות זו. אם זו התנהגות לא מוסרית, הרצון הוא למגר אותה, לא נסכים שמישהו מהמשתתפים בה יצא נקי ממנה וזה כולל את הזונות עצמן, הסרסורים ומחזיקי בתי הבושת, הלקוחות וכל מי שמסביב לכך.
2. **זנות כהתנהגות שפוגעת בקורבן –** עם עליית התפיסות והפעילות הפמיניסטית התפתחה גישה שמצביעה על כך שאי אפשר לדבר על זנות כאילו אין קורבן. בזנות יש קורבן והוא הנשים שבזנות וייתכן שאף ציבור הנשים בכלל שנפגע מאפשרות זו של צריכת זנות, אך מעל הכל אלו הזונות שגברים נצלנים פוגעים בהן ולכן מדובר בפגיעה באחר. אם כך, כמובן שצריך להרשיע את הלקוחות והנצלנים ובקורבנות צריך לטפל(לא במישור הפלילי).
3. **זנות כמטרד-** הכוונה היא שאנו לא פקחים של מוסר, מה שאדם עושה בחדרי חדרים הוא לא עניינינו, אך אנו לא רוצים שהזנות תטריד אותנו, כלומר, שהשכנה בבית לידנו לא תנהל בית בושת, שהילדים שלנו לא יפגשו זונות בחדר המדרגות או כל מה שקשור בהפצת מחלות. פס"ד אלנה תורג'מן – המשטרה הייתה בעבר מתערבת רק אם שכן היה מתלונן. אם ההתייחסות לזנות היא כמטרד, הפתרון הוא לעשות איזורים מסוימים בפרברי העיר או במקומות מסוימים בהם אנשים יצרכו את זה, תהיה הסדרה מסוימת וייתכן שאף פיקוח תברואתי.
4. **זנות כעבודה-** גישה זו יוצאת נגד הפמיניזם ואומרת בשם הנשים שאף אחד לא יכול להחליט בשבילן. כמו שמתאגרף למשל משתמש בגופו לצורך פרנסה, כך גם אותן נשים שעוסקות בזה יכולות לבחור בזה כמקצוע. אם מקבלים גישה זו, צריך להבטיח לזונות תנאים סוציאליים כדי למנוע אלמנטים של ניצול ולהסדיר זאת.

בישראל הקו המנחה כיום הוא שמה שאסור הם האלמנטים של הניצול ולא של הזנות עצמה(אלא אם כן מדובר בקטינים).

**עבירות מין:**

בהגדרות בחוק העונשין במה שנוגע לעבירות מין עדיין יש תפיסות עבר שמרניות. השפה המשפטית שונה מהשפה הרחובית בנושא. כיום הכותרת היא עבירות מין, בעבר הכותרת הייתה עבירות נגד המוסר. השימוש נעשה במונחים כמו בעילה ומגונה, מה שמעיד על תפיסות מוסריות אלה. אלו עבירות שיש בהן קורבנות. יש חומרה מיוחדת בפגיעה. הניסוח יוצא מנקודת הנחה שהנפגעת היא אישה, בייחוד באונס(סעיף 345 לחוק). אונס מוגדר כבעילה ללא הסכמה חופשית. בועל מוגדר בסעיף קטן ג'. לפי ההגדרה, אי אפשר לדבר על אונס לגבר, היא מתייחסת בפירוש לאישה( החדרה של איבר או חפץ לאיבר המין הנשי).

מעשה מגונה – סעיף 348. העונש לא מתקרב לחומרה של עבירת אונס. מעשה מגונה מוגדר כמעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני. אם הוא נעשה באחת הנסיבות שבסעיף כמו היעדר הסכמה או ניצול, מדובר בעבירה פלילית.

**קיימות שתי גישות למטרת המשפט הפלילי:**

**גישה דיאונטולוגית/גמולית -** גישה ערכית, משמעותה היא שיש לתת שיפוט לכל התנהגות לפי מידת החומרה שלה והאשמה שהיא נושאת בלי קשר לתוצאות. גישות דיאונטולוגיות הן גישות שבודקות את מוסריותה של ההתנהגות באמות מידה שלא קשורות לתוצאות. בבסיסה זוהי גישה קאנטיאנית שאומרת שהאדם הוא סובייקט ולא אובייקט.

**גישה תועלתנית –** גישה שבודקת כל הסדר חוקי לפי מידת התועלת שהוא מביא איתו. בהקשר של משפט פלילי הכוונה היא לגישה תועלתנית- הרתעתית. גישה זו מייחסת משקל רב יותר למה שקרה בפועל.

**גמול לעומת הרתעה:**

גישה אחת היא גמולית ובודקת את ההתנהגות לפי טיבה ובעצם מבקשת באופן זה להשיג צדק – מידה כנגד מידה. הדבר נותן ביטוי חברתי לאיך מתייחסים להתנהגות בנסיבותיה הקונקרטיות. הסובייקט נענש לפי מה שמגיע לו, לפי איך שאנו שופטים את ההתנהגות בהסתכלות אחורה. הגישה השנייה הרתעתית ומטרתה למנוע מהעבריין לבצע שוב את העבירה בעתיד. נניח ויש במדינה מכת מדינה של גניבת מכוניות, הענישה תהיה הרתעתית כדי למגר אותה.

הבחנה מעניינת נוספת בין הגישות הגמוליות לתועלתניות היא המשקל שיש לייחס ליסוד הנפשי. גישות גמוליות יתנו משקל רב יותר ליסוד הנפשי וידרשו שברוב העבירות יהיה צורך בהוכחה של יסוד נפשי סובייקטיבי, יהיה לו יותר משקל כבסיס להרשעה מאשר בגישות תועלתניות.

**שתי גישות אלה מציעות מטרות שונות לדיני העונשין וסוגי הענישה וקיימים מס' הבדלים ביניהם:**

* **ענישת המנסה-** גם על ניסיון אפשר להיענש באמצעות דיני העונשין. תיקון 39 – עד שנת 1994 הניסיון גרר מחצית מהעונש של העבירה המושלמת. אחרי 94, עד היום, העונש על הניסיון זהה לעונש על ההצלחה. לפי הגישות הגמוליות, אין הבדל בין מי שהצליח למי שניסה. אין הבדל בין הרמה של האשמה. תיקון 39 במידה רבה מבטא חלחול של גישות גמוליות אל תוך המשפט שאומר שצריך להסתכל על מידת האשמה – אין הבדל מי שהצליח למי שניסה. לעומת זאת, גישות תועלתניות, מייחסות הרבה יותר משקל למה שקרה בפועל וכן עשויות לעשות הבדל בין עבירה מושלמת לעבירה שנעצרה בשלב הניסיון ולא הושלמה. הן שמות את הדגש על הנזק שהתרחש.
* **המשקל שניתן ליסוד הנפשי-** הבחנה מעניינת נוספת בין הגישות הגמוליות לתועלתניות היא המשקל שיש לייחס ליסוד הנפשי. גישות גמוליות יתנו משקל רב יותר ליסוד הנפשי וידרשו שברוב העבירות יהיה צורך בהוכחה של יסוד נפשי סובייקטיבי, יהיה לו יותר משקל כבסיס להרשעה מאשר בגישות תועלתניות.
* **הכלל שאי ידיעת הדין הפלילי אינה פוטרת מעונש-** בעיניים של גישות תועלתניות זה כלל מאוד נכון. גישות אלה רוצות למנוע נזק ולכן מקבלות כלל זה. תפיסה גמולית תגיד שהכלל הזה של אי ידיעת הדין הפלילי הוא כלל לא צודק, זהו כלל גורף. גישה גמולית מדייקת את חומרת העונש לחומרת ההתנהגות שהוא מגלם. עד תיקון 39 מ-94' היה קיים הכלל שאי ידיעת הדין אינה פוטרת ולבתי המשפט הגיעו מקרים רבים שנתפסו כלא הוגנים ובגלל הכלל הגורף הזה אנשים נענשו. זהו כלל שקיים בשתי הגישות, אך גישה גמולית תשאיר מעין פתח מילוט ממנו.
* **השיקולים בענישה-** קיימים 4 שיקולים מרכזיים בענישה. 2 מהם קשורים מאוד לחלוקה בין דיאונטולוגי לתועלתני. גישות תועלתניות יקדמו עונש שמקדם הרתעה ולמנוע נזק וגישות גמוליות יחפשו עונשים ויהפכו את עיקרון הגמול לשיקול מרכזי בענישה, הן יחפשו עונש שמבחינת מידתו וסוגו הולם את חומרת המעשה.

לא קיימת הגדרה מדויקת למהי עבירה פלילית. לעבירה פלילית ולדין הפלילי יש 3 מאפיינים **שמבדילים אותו** מהדין האזרחי:

1. **שליטת הריבון בהליך-** מדובר במשפט ציבורי, החברה היא זו שבאה חשבון עם מי שהפר את הכללים שלה, זה לא סכסוך בין פרטים בחברה וגם לא חלוקת נזק כמו בנזיקין. מדובר כאן בהגנה על אינטרסים מוגנים של הכלל ולכן מי ששולט בהליך הוא הריבון, הוא זה שמגיש את כתב האישום – מדינת ישראל. (\*קיימת גם קובלנה פרטית).
2. **היעדר משמעות ורלוונטיות להסכמת הקורבן או למחילה של הקורבן –** היעדר משמעות ליחס המנטלי של הקורבן. הסכמתו לא רלוונטית במשפט הפלילי אלא אם כן הסכמה היא אחת היסודות של העבירה הספציפית, כמו באונס למשל שם נדרשת אי הסכמה. בכל מקרה אחר בו הסכמה אינה חלק מיסודות העבירה, הדבר לא רלוונטי כי מדובר במשפט ציבורי ואנחנו כחברה רוצים להעניש את העבריין. עבירת התקיפה – מוגדרת בצורה מאוד רחבה מבחינת ההסכמה. עבירת הפציעה – לא קיים בה המונח הסכמה, אדם לא יכול להסכים שיפצעו אותו.
3. **תוצאת ההליך הפלילי-** הליך פלילי מסתיים בד"כ בזיכוי או בהרשעה ואם הוא מסתיים בהרשעה אז גם בעונש. העונש הפלילי בשונה מענישה מנהלית או אזרחית שהיא שונה, מטרתו נתינת עונש על מעשה שהתחיל ונגמר בעבר. זה שונה מהליכים מנהליים או אזרחיים שבהם כל יום שלא משלמים קנס למשל מביא לגדילתו.

**המשפט הפלילי כתלוי זמן ומקום:**

המשפט הפלילי הוא בעצם החלטה דמוקרטית של החברה מה הערכים המוגנים שחשובים לה שפגיעה בהם מבססת התערבות של משפט פלילי. מכיוון שמדובר בהכרעה של החברה והרוב, היא משתנה ממקום למקום ומתרבות לתרבות ועם הזמן גם משתנה באותו מקום. **דוגמאות:**

* דוגמא מחקיקה- בישראל, עד שנת 1988 הייתה עבירה פלילית של קיום יחסים הומוסקסואליים בהסכמה. עבירה זה בוטלה, מה שמבטא שינוי בתפיסה החברתית ביחס להתנהגות הזאת.
* דוגמא מחקיקה- החוק למניעת הטרדה מינית – על כל ההגדרות שבו קובע שהטרדה מינית היא עבירה פלילית. דבר זה נכנס רק ב-1998. עד שנה זו, זה כנראה לא שיקף תפיסה חברתית שהטרדה מינית היא התנהגות שראוי לאסור אותה בעבירה פלילית.
* דוגמא מהפסיקה – פס"ד שבס(ד"נ)-2003 – ניתנה פרשנות מחודשת לסעיף הפרת אמונים ומרמה של עובד ציבור. לפני פס"ד זה, ניתנה לעבירה זו משמעות מסוימת מצומצמת יותר ובפס"ד זה פירשו אחרת את היסודות שמרכיבים עבירה זו באופן שבו שבס הורשע ואחריו עוד סוללה של אנשים חשובים במדינת ישראל שהורשעו בעבירה זו כי שינו את הפרשנות שלה. דבר זה גם משקף תפיסה חברתית חדשה שאם פעם הפרשנות הייתה שונה והתייחסו פחות בחומרה להתנהגויות שפוגעות באמון הציבור, ההסתכלות כיום שונה וחמורה יותר.
* דוגמא מהפסיקה- הכאה לשם חינוך/ענישה גופנית לשם חינוך – התפיסה החברתית השתנתה מאוד והמשפט השתנה מאוד. השופטת בייניש **בפסק דין פלונית** נותנת סקירה מאוד רחבה ומסבירה איך בשנות ה-50' מכות נתפסו כלגיטימיות במסגרת חינוכית ולאט לאט זה הפך להיות איסור בבית ספר. כיום זה גם איסור על הורים, זה לא אסור בעבירה פלילית, אך זהו הכיוון של בית המשפט לפי בייניש.
* היחס להמתת חסד – קיצור חיי אדם בצורה אקטיבית נחשב להמתה ובמקרים מסוימים רצח ובמדינות אחרות המתה כזו נחשבת מותרת ובוודאי לא פלילית.

**מקורות המשפט הפלילי:**

1. **חקיקה:**
* **חקיקה ראשית :**

**חוק העונשין – תשל"ז- 1977 –** זהו לא באמת חוק ישראלי שחוקק ב-1977 אלא נוסח משולב. התחלתו בפקודת החוק הפלילי 1936, זוהי פקודה מנדטורית שהגיעה מהמושבות הבריטיות למדינת ישראל. יש כל מיני הוראות שהן התאמה ליושבי הארץ. ב-1977 הלבישו את הפקודה ב"לבוש עברי" וזה החוק שמוכר לנו היום.

החוק בנוי משני חלקים מרכזיים – חלק כללי ועבירות ספציפיות. החלק הכללי מורכב מעקרונות יסוד ואחר כך דוקטרינות כמו סוגי עונשים. החלק הכללי חל על כל העבירות הפליליות שקיימות והחלק הספציפי הוא רשימה של עבירות עם תעריף – מה העונש למי שמבצע את העבירה. הוא מחולק לפי פרקים וסימנים ולפי ערכים מוגנים, מתחיל מהכבד לקל, ממה שחשוב יותר למה שנחשב לפחות. הנושא הראשון למשל הוא ביטחון המדינה, שבאופן מובהק נחשב לנושא מאוד משמעותי. אחד הדברים החשובים בחלק הכללי הוא שהוא עבר תיקון משמעותי מאוד ב-1994 – תיקון 39. התיקון עשה מהפכה בנושאים מאוד מרכזיים כמו יסוד נפשי. כל הנושא של יסוד נפשי מוסדר כיום בצורה מסודרת מאוד במסגרת התיקון. חלק מהוראות התיקון נכנסו מיד ואחרות ב-1995. התיקון שינה דברים רבים שהיו פרי פיתוח של פסיקה, הכניס הרבה סדר והפך אותם לפרי חקיקה.

סעיפים חשובים בחלק הכללי:

* סעיף 24- מגדיר את ההבדל בין חטא, עוון ופשע.
* סעיף 34כד- סעיף הגדרות. כשמתייחסים לעבירה פלילית, חייבים להתייחס לסעיף ההגדרות.

החלק הכללי יחסית חדש והחלק של העבירות בתוכו הוא יחסית ישן, לכן הן לא מתאימות בהכרח לתפיסות החברתיות העכשוויות. דוגמא לכך היא רצח בכוונה תחילה. בגלל שהסעיפים מאוד ישנים, נוצרו בעיות שנובעות משימוש בטרמינולוגיה ומונחים שונים. לכן, הוסיפו תיקון נוסף, תיקון 42 במסגרתו תיקנו את סעיפים 90א ו-90ב. סעיף 90א עושה את הגשר בין מושגים ישנים לעבירות חדשות.

* **עבירות פליליות שנמצאות מחוץ לחוק העונשין -** חוץ מהעבירות בחוק העונשין, קיימות עבירות רבות בחוקים שונים כמו פקודת הסמים המסוכנים, פקודת התעבורה, חוק לא תעמוד על דם רעך ועוד. חוקים אלה גם הם מקורות לעבירות פליליות. אין להניח שהעבירות שבחוק העונשין חמורות יותר או פחות מעבירות שנמצאות מחוץ לחוק העונשין. בחלק הכללי של חוק העונשין, בסעיף 34כג נאמר שהחלק הכללי חל על **כל העבירות הפליליות אם לא נאמר אחרת.** אם נדע את החלק הכללי נוכל להפעיל אותו על כל סוג של עבירה.
* **חקיקת משנה/תקנות-** כל שר יכול להתקין תקנות במסגרת תחום האחריות שלו. עיריות יכולות להתקין חוקי עזר. כל מי שיכול להתקין תקנות יכול לקבוע גם עבירות פליליות. ס' 2 לחוק העונשין קובע שאפשר לתת ענישה לפי חקיקת משנה – הסמכות להתקין תקנות כוללת סמכות לקבוע עבירות פליליות, אך סמכות זו מוגבלת. בסעיף עצמו נקבעת הגבלה על העונשים הפליליים שניתן להטיל במסגרת חקיקה משנה.
* **חוקי יסוד-** לחוקי יסוד יש השפעה על חוקים פליליים. בחוקי היסוד עצמם אין עבירות פליליות, אך העבירות הפליליות צריכות להתאים להם.
* **פסיקה-** גם אם אנחנו יודעים באיזו עבירה מדובר, צריך לחפש פסיקה שנותנת פרשנות ותוכן לסעיפי העבירות. למשל, פס"ד מזרחי- בפסק דין זה מדובר על אסיר שלא חוזר מחופשה ורוצים להטיל עליו אחריות פלילית בעבירה של בריחה ממשמורת חוקית(ס' 257). דנים בשאלה האם בריחה ממשמורת חוקית יכולה להיות בדרך של מחדל או רק בדרך של מעשה(הוא הורשע.)

**השפעת חוקי היסוד והמהפכה החוקתית על דיני העונשין והמשפט הפלילי:**

בעבר, בראש הפירמידה ניצבה חקיקת הכנסת, זו הייתה הסמכות העליונה לקביעת גבולות המותר והאסור. כיום, מאז חוקי היסוד שעוסקים בזכויות אדם בשנות ה-90' המצב השתנה ובראש הפירמידה עומדים חוקי היסוד. חקיקת כנסת חדשה צריכה לעמוד בתנאי חוקי היסוד. כל רשות מרשויות המדינה, כולל הכנסת, כפופה לחוקי היסוד. בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, שהוא החוק המרכזי, אין עבירות פליליות, אך בסעיפים 2 ו-4 הוא מונה זכויות מוגנות, זכויות ליבה כמו חיי אדם, פרטיות, קניין, כבוד אדם ועוד. מעבר לכך, בית המשפט הכיר בשורה של זכויות אדם נגזרות שלא מנויות במפורש כמו חופש ביטוי. במשפט פלילי יש הגבלה ופגיעה בזכויות יסוד. כשבודקים האם חוק הוא חוקתי, בודקים קיומה של פגיעה בזכות מוגנת, אם יש עמידה בתנאי פסקת ההגבלה ולאחר מכן קובעים את הסעד. לא ממהרים לפסול חוקי כנסת.

**פס"ד סילגדו-** בג"צ מתייחס לסעיף בחלק הכללי של חוק העונשין שמדבר על אחריות נגררת של שותפים לדבר עבירה. בחוק העונשין בחלק הכללי יש הסבר בסעיף 34א שתוקן בשנת 1994 וכפוף לחוקי היסוד שמטיל אחריות פלילית על שותפות לעבירה שלא הייתה מתוכננת מראש. סעיף זה מחלק את האחריות. בפסק דין זה ניסו לתקוף את הסעיף בבג"צ מאחר ויש כאן הרחבה של המשפט הפלילי לצדדים שלא היו שותפים לביצוע העבירה ונעשה ניסיון לטעון שהחוק אינו חוקתי. בית המשפט בודק האם נפגעה זכות יסוד, אם זה בהתאם לפסקת ההגבלה ולאחר מכן דן בתרופה. החוק לא בוטל. בשלב הראשון, השאלה האם נפגעה זכות יסוד, הנשיא ברק אומר שכל עבירה פלילית שבצידה מאסר, היא פגיעה בזכויות יסוד, מבחינתו, כל עוד יש מאסר, צריך לעבור אוטומטית לשלב השני של עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. ברק רואה פגיעה בכבוד האדם וחירותו גם בכך שמרחיבים את האחריות הפלילית למי שלא בטוח ידע על העבירה הנוספת. השופטת שטרסברג כהן אומרת שאין להכריע מיד שכל עבירה פלילית היא בהכרח פגיעה בזכויות יסוד. בנימוק שלה היא אומרת שהחברה הזניחה לחלוטין את נושא זכויות הקורבן. היא שואלת מדוע צריך להניח שזכויות העבריין העומד לדין חשובות יותר מהזכויות של הקורבן והנפגעים מהעבירה עצמה? היא מכניסה אותנו לנושא של **זכויות לנפגעי עבירה.** שטרסברג כהן נוגעת בכך שחוקי היסוד קידמו מאוד זכויות של עבריינים והתעלמו מהקורבנות. **השופט שמגר בפס"ד גנימאת –** מביא תיאור לכך שכשיש נפגעי עבירה, לא רק הם נפגעו, אלא גם החברה לא עמדה במשימתה כלפיהם ויותר מפעם אחת עקב ההתעלמות מהם. לכן, השופטת שטרסברג כהן אומרת שאי אפשר להגיד אוטומטית שיש פגיעה בזכויות יסוד, היא מכניסה לשיקולים שלה את האיזון בין הצדדים השונים של העבירה, העבריין והקורבן. בשלב השני פסקת ההגבלה, כל עבירה פלילית היא כמובן בחוק. מבחינת ערכי המדינה, גם בזה החוק עומד, הוא בא להגן על ערך מסוים. תכלית ראויה – פטרנליזם, מוסר, אפשר לדון בזה. מידתיות – משפט פלילי צריך להיות אמצעי שנשמר רק למקרים חמורים.

\*אם יש חקיקה פלילית חדשה, בית המשפט רשאי לבדוק את חוקתיותו של החוק החדש לאור חוקי היסוד והדרישות בהם.

**זכויות נפגעי עבירה:**

המשפט הפלילי הוא משפט ציבורי. היסטורית, הטיפול בפשיעה היה בידיים פרטיות, היו קיימים מושגים כמו כופר נפש, גאולת דם ועוד. עם התפתחות המשפט הפלילי, הטיפול בפשיעה עבר לידי הריבון. דבר זה הכניס סדר וחיזק את הנפגעים שלא צריכים להילחם בעצמם. במדיה מסוימת, הלכו עם דבר זה רחוק מידי. הקורבנות התחילו להרגיש שקופים לחלוטין, כאילו הם לא חלק מהסיפור מכיוון שבבית משפט מי שמנהל את הדיון זה התובע והסניגור, הנפגע לא יודע מה קורה בתיק שלו. הנפגעים הרגישו שמשתמשים בהם כמו כלי. הם הקימו זעקה והיו להם 3 דרישות:

1. **הכרה בזכויות נפגעי עבירה בהליך הפלילי-** כיום יש יותר הליכה לקראת נפגעים ורגישות כלפיהם.
2. **פיצויים מהמדינה –** מי שנפגע באסון טבע זכאי לפיצוי, מי שנפגע בפעולת טרור זכאי לפיצוי פיצוי וגם למי שנפגע בתאונת דרכים. מי שנפגע מטרור פנימי לא זכאי לפיצוי מהמדינה.
3. **ליווי, סיוע ופיצוי -** בשנת 2001 נחקק חוק זכויות נפגעי עבירה שנותן להם זכויות שונות, בעיקר שישמעו את קולם במסגרת ההליך, בעיקר כשמדובר בעבירות חמורות. בחלק מהדברים קידמו גם פיצוי ובחלק סיוע.

מנסים לבצע איזון באופן תמידי בין זכויות הנפגעים לזכויות החשודים והנאשמים.

**עיקרון החוקיות:**

עיקרון החוקיות קיים בעוד תחומי משפט חוץ מפלילים. גם במשפט מנהלי ובתחומים נוספים, אך התוכן שלו שונה. במשפט מנהלי, העיקרון אומר שאין לשום רשות סמכות אלא אם כן מוקנית לה הסמכות הזאת, אין לה סמכות שיורית. בדיני עונשין, זה אחד העקרונות הכי בסיסיים של שיטת המשפט הפלילי. התוכן של העיקרון הוא – **אין עונשין אלא אם כן מזהירים.** משמע, כל מה שלא אסור בפירוש הוא מותר. כיום, אחרי תיקון 39, הנגזרות של עיקרון החוקיות מופיעות בעיקר בסעיפים 1-6 בתחילת חוק העונשין. המילים עיקרון החוקיות לא מופיעות בחוק, אך זהו עיקרון מוכר עוד מימי קדם. העיקרון בא להשיג **2 מטרות(תכליות):**

1. **יהיו תמרורי אזהרה מכוויני התנהגות מראש-** מראש תהיה דרך להכווין התנהגות, אדם ידע מראש מה מותר ומה אסור והכל יהיה ברור. הדבר מבטיח שרק מי שאשם יישא באחריות פלילית כי הייתה לו את האפשרות לדעת את הכללים, הם מוכרים וברורים והוא לא עמד בהם. הדבר נשמע הדבר האידיאלי, אך בפועל, לא כל האזרחים מכירים את כל החוקים. אדם בקיא בחוקים שרלוונטיים אליו ולתחום העיסוק שלו. יש חוקים רבים, וקשה מאוד וכמעט לא אפשרי לזכור או לדעת את כולם, בוודאי לא האזרח הפשוט.
2. **מניעת פעילות שרירותית של השלטון לאחר מעשה וקידום אחדות ביחס לנאשמים שונים-** עדיף לייצר כללים אובייקטיביים מראש מאשר להגיב לסיטואציות לאחר מעשה, גם אם היא מותאמת יותר ונהנית מגמישות יש לה יתרון. אנחנו לא רוצים לחשוב על מציאות שבה קובעים עבירות ממקרה למקרה, כלומר קובעים התייחסות להתנהגויות רק אחרי שהן התרחשו, זה פתח לחוסר אחידות ושרירותיות ועלול לגרום לחוסר צדק.

תכליות אלה עומדות בבסיס עיקרון החוקיות. זהו עיקרון שאנחנו משלמים עליו מחיר, יש מחיר לחיים בחברה דמוקרטית אך אנו מוכנים לשלם אותו כדי לא להביא לפגיעה בזכויות פרט, איך אפשר לבוא באשמה למישהו אם הכללים לא ידועים מראש?

**לעיקרון החוקיות יש כמה נגזרות:**

1. **הסמכות ליצור עבירות-** הסמכות ליצור עבירות פליליות היא רק בחוק או על פיו. אין מצב ליצור עבירות בפסיקה, אין מצב להעניש מכוח קל וחומר. כיום, הקביעה הזו קבועה במפורש בסעיף 1 לחוק העונשין שאומר: " אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו". לדבר זה אין חריגים. לדוגמא, עבירת התקיפה. סעיף 378 מגדיר מהי תקיפה(הכאה, נגיעה, הפעלת כוח, ללא הסכמה ועוד..) וקובע שהדין על עבירה זו הוא שנתיים(סעיף 379). סעיף 380 קובע שקיימת עבירה חמורה יותר – תקיפה שהסתיימה בחבלה. מקרה כזה לפי הסעיף נותן עונש חמור יותר, 3 שנים. אם לא היה את הסעיף הזה, בית המשפט היה נותן עונש של שנתיים גם כשהייתה מובאת מולו תקיפה חמורה יותר ולא "תקיפה סתם" כמו שמופיע בסעיף הבסיסי. גם חוק העונשין קובע בפירוש שהאיסור חייב להיות מכוח חוק או על פי חוק ושהחוק חייב להיות מפורסם(פומביות החוק) – סעיפים 1-2. הסמכות ליצור עבירות נתונה אך ורק למחוקק. עבירות פליליות מכוח חקיקת משנה(תקנות) מוגבלת עד לעונש של חצי שנה.
2. **דיוק החוק-** העיקרון של דיוק החוק פונה למחוקק בשאיפה(שלא נאמר בדרישה) שבבואו ליצור עבירות פליליות חדשות, עליו ליצור אותן ברורות, הוא צריך להגדיר את האיסור באופן ברור. אם המחוקק הוא היחיד שמוסמך לקבוע את העבירות, עליו לנסח אותן באופן שיהיה ברור לאזרח מן השורה. יש להימנע ככל הניתן מניסוח מעורפל. חוסר דיוק או שימוש במונחים מעורפלים כמו תום לב, סבירות, תקנת הציבור וכו', פוגעים בעיקרון החוקיות. בעוד שפורמאלית עיקרון החוקיות נשמר, כי עדיין המחוקק הוא זה שקובע את העבירה, מהותית, אם הגדרת העבירה היא רחבה ומעורפלת, מי שיוצק תוכן לתוך גבולות המותר והאסור הם השופטים, הפסיקה, וזה כבר דבר שנוגד את עיקרון החוקיות ואת הפרדת הרשויות – רק המחוקק הוא שזה שמוסמך לחוקק עבירות פליליות. בחקיקה מודרנית עם זאת, יש נטייה להשתמש במושגי שסתום ומונחים כלליים. אין מנוס מלהשתמש במונחים כאלה כדי לכסות מגוון רחב של תופעות אך עדיין יש לעשות מאמץ לנסח בצורה כמה שיותר ברורה. סעיף יפגע בעיקרון החוקיות אם הגרעין המרכזי שלו לא ברור.

**פס"ד אשד-** דן בעבירה של גרימת תקלה ציבורית. זוהי עבירה שלפני שנים מעטות בוטלה(כ-60 שנה אחרי פסק הדין). בשנים האחרונות היא הייתה בסעיף 198 לחוק העונשין ובעבר בסעיף 105 לפקודת החוק הפלילי(זה מה שמופיע בפסק הדין). הסעיף אומר כך: " העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית דינו מאסר 3 שנים". בית המשפט עושה דיון מאוד מעניין בסעיף, השופטים חשין וזילבר. אשד, הוא מה שלימים הפך להיות אגד. זו הייתה חברת תחבורה שהיה לה מונופול. המקרה היה שבהתראה מאוד קצרה עשו שביתה והשביתו את כל הקווים הבין-עירוניים בארץ, בייחוד באותן שנים. בית המשפט בדעת רוב קבע שהשבתה כללית של מספר שעות של חברה שיש לה סוג של מונופול בתחומה היא תקלה לציבור ומתח כבר אז ביקורת על האופן שבו מנוסח הסעיף, בדיוק מהטעמים של אין מענישים מן הדין. זהו פס"ד בסיסי בעונשין. בדעת המיעוט, שלא הרשיעה, ניסו לצמצם את התקלה הציבורית ואת הסעיף בפרשנות שלו ולהגיד שתקלה ציבורית היא רק אם משתמשים ברשות מרשויות הציבור באיזשהו אופן כדי לגרום לתקלה. החברה הורשעה. הבעיה כאן היא שהרשות השופטת הפכה להיות רשות שמייצרת עבירות, מה שנוגד את עיקרון החוקיות, מכיוון שאפשר להכניס שורה של מעשים ככאלה שמביאים לתקלה ציבורית.

\*כיום אפשר להגיד שאחרי חקיקת חוקי היסוד, עיקרון החוקיות הוא חלק **מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית,** ואם יהיה חוק שנוגד אותו, יהיה אפשר לחשוב על ביטול שלו כחוק שפוגע בחוקי היסוד. זהו אחד מהעקרונות הבסיסיים של המשטר שלנו כמשטר דמוקרטי, ולכן חוק שסותר אותו, לא הולם את ערכי המדינה(כחלק מפסקת ההגבלה). אפשרות נוספת, היא להגיד שעיקרון החוקיות מגן על זכויות שמנויות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, זכויות מאוד בסיסיות נפגעות מכך שמענישים אנשים מבלי שיש עבירות פליליות.

\*לחוקי היסוד עצמם אין פגיעה בעיקרון החוקיות כי הם לא יוצרים עבירות.

יש עוד עבירות שהן עבירות פתוחות שבית המשפט נדרש ליצור בהן תוכן. אחת מהן היא עבירה נפוצה שנקראת הפרת אמונים של עובד ציבור. מדובר בעבירה לפי סעיף 284. זוהי עבירת סל שבאה למנוע שחיתות ציבורית. אחד מפסיק הדין שמאוד הרחיבו את העבירה הוא פסק דין שבס. אפשר לומר שמדובר בעבירה שאי אפשר בלעדיה, מצד אחד יש איתה בעיה עם עיקרון החוקיות בגלל הניסוח אך מצד שני יש גבול עד כמה אפשר לנסח עבירות פרטיקולריות שיכסו את כל מקרי השחיתות השלטונית. גם האופציה לנסות לחוקק סעיפי עבירה על כל סוג של התנהגות היא לא טובה, זה לא טוב שיהיו התנהגויות רבות שיחשבו עבירות פליליות. אין מנוס ואי אפשר להימנע מליצור עבירות פתוחות, צריכים להיות מודעים לעיקרון החוקיות ולא לתת למחוקק להיות יוצר עבירות יש מעין, אך לא להיצמד אליו ברמה של פירוט סוגי התנהגויות רבות.

**השוואה שנעשתה בפסק דין שבס בין עבירה של מרמה והפרת אמונים לבין עבירה של גרימת תקלה ציבורית:**

**השופט ברק בפס"ד שבס(28-31)- (לא נאמר בכיתה).**

**השופט חשין(2-4)-** עבירה של הפרת אמונים היא עבירה בעלת גבולות פרוצים. יש עבירות רבות שיש להן התייחסות פרטיקולרית(כמו שוחד) שניתן היה להכניס תחת הפרת אמונים. המחוקק מעין הסמיך את בית המשפט לקבוע מה נכנס תחת עבירה מסוג זה. עבירה של תקלה ציבורית למשל, היא עבירה שנאמר עליה שנוגדת את דרכי החקיקה. נאמר עליה שהיא פוגעת בעיקרון החוקיות, אך אם היא כבר קיימת ונבראה, יש לפרש אותה בצמצום של הצמצום. האם אפשר להגיד אותו דבר על עבירה של הפרת אמונים? התשובה שלילית. יש הבדל בין הפרת אמונים לתקלה ציבורית. תקלה ציבורית היא חסרת גבולות והפרת אמונים מצומצמת לפי ההגדרה שלה. ביטולה של העבירה של הפרת אמונים יצור חלל בלתי רצוי ומאיים במערכת ההגנה על השירות הציבורי, ולכן, צריך להשאיר אותה כמו שהיא, אך להיזהר ביישום שלה ולא ליישם אותה באופן גמיש שיקרב אותה לעבירה של תקלה ציבורית. הוא מסביר כאן למעשה שלדבקות עד הסוף בעיקרון החוקיות יש השפעה שלילית.

העיקרון של דיוק החוק פונה למחוקק, אך לצד זה אנחנו ערים לצורך של יצירת עבירות פתוחות. בית המשפט, בבואו לצקת תוכן לתוך עבירות כאלה, צריך לזכור את עיקרון החוקיות. בית המשפט מכוח המהפכה החוקתית יכול אפילו לבטל חוקים שפוגעים בעיקרון החוקיות, אך הוא כמובן לא ממהר לעשות את זה ולבטל חוקים.

1. **ענישה-** סעיף 1 לחוק העונשין מדבר גם על עבירה וגם על העונש עליה. עיקרון החוקיות מחייב שגם העונש יהיה ידוע מראש, חלק מהאזהרה הוא גם מה יהיה המחיר הצפוי למי שמפר את הכלל. הענישה הקבועה בצידי העבירות צריכה להיות ידועה מראש, גם בעניין זה, אין עונשין מן הדין, השופט לא יכול לתת עונש כראות עיניו, הוא מוגבל למה שנקבע בחוק. מקובל לומר כיום שזה שלצד עבירה קבוע עונש מקסימום, מכסה את הדרישה. יש תיקון חקיקה מ-2013 שעוסק בהכוונה וקביעת כללים מראש של שיקול הדעת של השופט בענישה. עיקרון החוקיות מחייב בנוסף שלא תהיה אכיפה סלקטיבית או בררנית, לא יכולה להיות אכיפה מפלה. המחוקק הוא זה שקובע גם כאן.
2. **תחולה בזמן ובמקום –** עיקרון החוקיות מחייב שההענשה תהיה על פי חוק ותקף ביום ביצוע העבירה ובמקום ביצוע העבירה.
3. **פרשנות בפלילים-** אם אמרנו קודם שההגדרות של העבירות צריכות להיות מדויקות וקבועות מראש כעת אנחנו פונים לשופט ולפסיקה וטוענים שככל שנאפשר במשפט פלילי פרשנות רחבה יותר ופחות דווקנית ונצמדת לניסוח, כך נפגע בעיקרון החוקיות. ככל שהפרשנות יצירתית יותר, למעשה התפקיד של יציקת תוכן עובר מהמחוקק לשופט, דבר בעייתי מבחינת עיקרון החוקיות, ולכן לעיקרון יש השפעה על הפרשנות בפלילים. הפרשנות השתנתה עם הזמן.

עיקרון החוקיות לא באמת מכווין התנהגות, לא כל האזרחים מכירים את החוקים וגם לא יכירו. בנוסף, בחברה מודרנית חייבים לייצר חוקים שעושים שימוש במונחים מעורפלים ומושגי שסתום, אך הוא עדיין בסיסי בדיני עונשין ויש לו הרבה השלכות.

**פרשנות בפלילים:**

נתאר את התפתחות הפרשנות לאורך ציר הזמן.

על בסיס הדרישה של עיקרון החוקיות המחייב שעבירות יהיו ברורות ומוגדרות מראש, צמחה בעבר גישה לפיה לדין פלילי יש לתת פרשנות דווקנית הנצמדת ללשון הטקסט ובדרך כלל מקלה עם הנאשם. כלומר, פרשנות לפי מה שמשתמע מהניסוח. הפרשנות לרוב היא מקלה כי כאשר מרחיבים את העבירה, היא מכסה דברים רבים יותר. ככל שנאפשר פרשנות יותר יצירתית המתרחקת מלשונו הברורה של הסעיף, כך אנחנו פוגעים בעיקרון החוקיות.

אפשר לחלק ל-3 שלבים את התפתחות הפרשנות:

1. **פרשנות מצומצמת ללשון הסעיף ובחירה בפרשנות המקלה עם הנאשם-** מחפשים את הפרשנות הכי פשוטה וסבירה של הלשון. אם יש התלבטות, יחפשו את הפרשנות שלטובת הנאשם. הדבר משרת לגמרי את עיקרון החוקיות כי המשמעות היא שהסעיף מכיל רק את מה שהוא מכיל וגם אנשים רגילים שיקראו אותו יבינו אותו כך.

**פס"ד בר-שלום-** אדם החנה את רכבו באיזור תעשייה במקום שבו היה מוצב שלט שהחניה אסורה בין 7:00 ל-19:00. הוא החנה בשעה 13:00 בצהריים. הוא טען שהוא חשב שאסור לחנות שם מ-7 בערב עד 7 בבוקר. הוא זוכה. בפסק הדין נאמר שפרשנות מרחיבה פוגעת בוודאות החוק, אדם שקורא תמרור לא צריך להסתבך עם הפרשנות שלו. בפלילים, הפרשנות צריכה להיצמד ללשון הטקסט. בערכאות הנמוכות יותר הרשיעו אותו בטענה שזה לא משכנע שהוא הבין את השלט אחרת. בערכאה האחרונה הוא זוכה באמירה שעבירות פליליות צריכות להיות ברורות.

**פס"ד ברנבלט-** קשור לחוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם. הרש ברנבלט היה מפקד יודנרט(המשטרה היהודית) בפולין. האשימו אותו בסעיף 5 לחוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם. הסעיף אומר: "מתן יד למסירה של אדם נרדף לידי שלטון עוין בארץ עוינת בתקופת הנאצים". הוא מואשם שהוא נתן יד. הוכיחו שהוא שמר על הסדר בזמן שנערכה סלקציה במגרש שאליו רוכזו יהודים. הוא נתן הוראה לפקודים שלו לא לאפשר מעבר מקבוצה לקבוצה. השאלה הייתה איך לפרש את המונח "מסירה", האם מה שהוא עשה נחשב "מסירה". בית המשפט זיכה אותו. הוא אמר שמסירה בעברית משמעותה או מסירה פיזית או העברת מידע שהביאה לתפיסת הקורבן. האלמנט המשמעותי לדברי ביהמ"ש, הוא שהמוסר הוא זה שגרם למסירה לשלטון העוין, כלומר, מי שכבר נתפס, בלתי אפשרי למסור אותו. כל היהודים שהיו במגרש כבר היו בידי השלטון הנאצי באותו זמן, ולכן הוא לא "מסר" אותם. ביהמ"ש הוסיף שאם יוסיפו למונח "מסירה" גם מניעת בריחה, שזה מה שהוא עשה, הפרשנות תהיה פרשנות שאי אפשר לסבול. נאמר בנוסף שאין להרחיב את המשמעות השיפוטית מעבר לתחום משמעות המילים שנבחרו על ידי המחוקק. ייתכן ועבור הנרדף אין הבדל, אך ברגע שהעבירה הפלילית נוסחה ככזו שמדברת על מסירה, אלה גבולות הגזרה ואין להרחיבם מעבר לכך ולכן הוא זוכה. בפסק דין זה נדרשת התייחסות רטרואקטיבית ומדובר באישום חמור מאוד.

שני פסקי הדין בפירוש מבטאים גישה רווחת שהייתה בעבר לפיה פרשנות חוק פלילי צריכה להיות מותאמת למשמעות המילולית של הניסוח. זהו השלב הראשון- פרשנות דווקנית.

1. **פרשנות תכליתית בפלילים-** מפרשנות דווקנית היה מעבר לפרשנות תכליתית. הדבר בא לידי ביטוי בפסקי דין רבים. נאמר בפירוש שזו הפרשנות המחייבת בפלילים.

**פס"ד מזרחי-** השופט ברק אומר במפורש ש"אין להיצמד לפרשנות מצמצמת אלא להתחקות אחר תכלית החקיקה". בפסק דין זה האשימו את מזרחי בעבירה של בריחה ממשמורת חוקית בניגוד לסעיף 257 לחוק העונשין. הוא היה אסיר בחופשה שלא חזר בזמן. השאלה היא האם בריחה ממשמורת חוקית כוללת גם אי חזרה מחופשה? האם משמורת חוקית היא מצב עובדתי פיזי, כלומר אדם שנמצא במקום שמוקף גדרות ויש עליו שמירה, או שזהו מצב משפטי שגם ממנו אפשר להתחמק. השופט ברק קובע שאי אפשר לפרש בצמצום חוק פלילי אך גם לא בהרחבה, אלא דרך מתן משמעות הגיונית שבאה להגשים את המטרה שלשמה נחקק החוק. לאור תכלית החקיקה, ברק אומר שצריך לכלול גם אי חזרה של אסיר מחופשה. זה דבר שמבטא תזוזה מפרשנות דווקנית לפרשנות תכליתית. ברק אומר שפרשנות סבירה של חוק המתיישבת עם תכליתו אינה סותרת את עיקרון החוקיות מאחר והיא נמצאת במתחם האפשרויות הסבירות לפרש ומוציאה לפועל את רצון המחוקק. ללשון אין עמדת בכורה.

**תכלית יכולה להתפרש ב-2 מובנים :**

א) היסטורית/סובייקטיבית- למה התכוון המחוקק

ב) תכלית אובייקטיבית- מה התכלית של החקיקה בעיני פרשן בן זמננו, לא משנה מה חשב המחוקק בזמן שהוא חוקק את החוק. זוהי פרשנות לפי הערכים שיש לנו היום.

כשמחפשים תכלית, מחפשים רמות שונות של הפשטה, אנחנו לא כבולים לתכלית הסובייקטיבית. אנחנו מחפשים את תכלית החקיקה הספציפית, לוקחים את עקרונות המשפט הפלילי(כמו עיקרון החוקיות) וגם את עקרונות היסוד של השיטה כולל חזקה שהתכלית עולה מהביטוי המילולי. הפרשן בודק גם את התכלית הסובייקטיבית וגם האובייקטיבית. זהו שינוי גדול מאוד מתפיסה דווקנית.

**פס"ד בורוכוב נ' יפת**- דוגמא לפרשנות התכליתית בפלילים. העבירה המדוברת בפסק דין זה היא חוק איסור לשון הרע שבו יש סעיף(6) שמהווה עבירה פלילית. המערער היה מנכ"ל מועצת הירקות והמשיב היה עיתונאי שפירסם ידיעה שפגעה במערער. סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע אומר ש"המפרסם לשון הרע בכוונה לפגוע לשני בני אדם או יותר, זולת הנפגע, דינו מאסר שנה". לשון הרע קיים גם בנזיקין כדבר שמקנה פיצוי. ההבדל המשמעותי בין הכוונה הנזיקית לכוונה הפלילית הן המילים "בכוונה לפגוע"(זהו לא ההבדל היחיד). הדיון עסק במה משמעות המילים "בכוונה לפגוע", זה הדבר שעליו מתבסס ההבדל בין המובן הנזיקי למובן בעונשין והופך את העבירה לחמורה. ברק מנתח את המילה "בכוונה" בשתי אפשרויות – 1. משמעות אחת היא צפייה של אפשרות הפגיעה, כלומר, מודעות לאפשרות שהפרסום יפגע ובנוסף **רצון** שתהיה פגיעה 2. צפייה חזקה, כמעט ברורה, שתתרחש פגיעה **ללא רצון** שתהיה פגיעה. ברק אומר שמילולית המילה כוונה יכולה להיות ביטוי שכולל רצון או ביטוי שלא כולל רצון, יש להתחקות אחר תכלית החקיקה כדי להחליט מה המשמעות של המונח "בכוונה לפגוע". הוא אומר שיש רצון לעשות הבחנה בין המובן הנזיקי למובן הפלילי ושהרצון הוא לצמצם את המובן הפלילי בצורה בה יצומצם לפגיעות החמורות ביותר.

ברק אומר שיש 4 עקרונות יסוד שמהווים את המטרייה המשפטית:

* זכות האדם לשם טוב
* חופש הביטוי של הפוגע
* חופש אישי של הפוגע מפני סנקציה פלילית
* שלום הציבור

לפי ברק, מטרת החוק אינה מצטמצמת להגנה על שמו הטוב של הפרט ורק הרצון לפגוע באחר מצדיק את התערבות המשפט הפלילי שכן שלום הציבור מחייב זאת. ברור שחופש הביטוי משחק כאן תפקיד חשוב באיך שברק מתייחס אליו. הוא נוקט בגישה של פרשנות תכליתית ומכיוון שאין לו שום סיוע מההיסטוריה של הסעיף או מהלשון שלו, הוא הולך **לעקרונות היסוד של השיטה** והם אלה שינחו אותו איזו פרשנות לתת לסעיף הזה. הוא מחליט שהסעיף הפלילי מתכוון רק להתנהגות מתוך רצון לפגוע באחר, כי כשאדם מפרסם לשון הרע מתוך רצון לפגוע באחר, הוא **פוגע בשלום הציבור בצורה שמצדיקה את העבירה הפלילית.**

1. **סעיף 34 כא לחוק העונשין –** סעיף שאומר איך מפרשים נורמה פלילית. הוא תולדה של הפסיקה הפלילית בנושא. בסעיף זה נקבע שאם ניתן לפרש דין לפי מספר פירושים לפי התכלית, הפירוש שיבחר הוא הפירוש שיקל עם בעל הדין שאמור לשאת באחריות הפלילית. בהצעת החוק לא הופיעו המילים "לפי תכליתו" שמופיע בסעיף הקיים. פרופ' קרמניצר- צריך לתת משמעות גדולה יותר למילים ולא לתכלית. יש הרואים בסעיף זה פשרה בין קרמניצר לברק, אך המילים "לפי תכליתו" כנראה הולכים יותר עם ברק. ברוב המקרים, בית המשפט יגיע לפרשנות סבירה אחת לפי התכלית. רק במקרים נדירים יהיה יותר מפירוש אחד, ובמקרה כזה, הפירוש שיבחר הוא הפירוש המקל.

**פס"ד אהובה לוי-** מדובר באישה שנהגה ברכב עם אוזנייה שמחוברת לפלאפון. תקנת התעבורה קבעה ש"לא ינהג אדם ברכב כשלאוזניו צמודות אוזניות המחוברות למכשיר שמשמיע צלילים". הדיון היה בשאלה מה הכוונה ב"כשלאוזניו צמודות אוזניות". פרשנות אפשרית אחת היא שיחיד משמע רבים, לכן גם אוזנייה אחת אסורה. הנאשמת טוענת שכתוב אוזניות צמודות ומחוברות ולכן מדובר בהכרח בשתיים ולא באחת. בית המשפט אומר שיש שתי פרשנויות שסבירות שמתיישבות עם תכלית החקיקה הזאת שהיא- מניעת ניתוק עם הנעשה בכביש. לפי תכלית זו, גם אוזנייה אחת וגם שתיים הן ניתוק מהנעשה בכביש, אך אין ספק שאוזנייה אחת היא ניתוק קטן יותר מהנעשה מאשר ניתוק שנגרם משתי אוזניות. קשה לדעת למה התכוון המחוקק ומה הוא רצה לאסור, האם ניתוק מוחלט או ניתוק קל יותר, אלו שתי פרשנויות שמתיישבות עם תכלית החקיקה, ולכן בית המשפט הולך עם הפרשנות המקלה(שהכוונה הייתה לניתוק מוחלט) ומזכה אותה.

מחפשים אחר מתחם האפשרויות ונבחר את זאת שעולה מתכלית החקיקה ועולה בקנה אחד איתה. יש ביקורת מלומדים על המחירים של הפרשנות התכליתית במשפט פלילי, האם היא מוצדקת או לא.

בהמשך לנושא הפרשנות בפלילים:

**פס"ד מודיעים-** השאלה הייתה קשורה בעבירת תנועה של חציית קו עצירה באור אדום שמופיעה בפקודת התעבורה. מדובר בחברה בע"מ שרכב ששייך לה נתפס כשהוא מבצע עבירה זו. באותה תקופה, יש סעיף שמדבר על מי נחשב בעל רכב. ההשלכה של זה היא שבעל רכב שנתפס כמי שעושה עבירת תנועה נתפס כמי שאפשר להשתית עליו עונש פלילי בדמות קנס. אין מניעה שחברה בע"מ למרות היותה חברה כזאת תשלם קנס, אך ההגדרה של בעל רכב בנוגע לרכב של חברה הייתה כזו – " לגבי רכב הרשום על שם חבר בנ"א – מנהל פעיל או שותף או עובד מנהלי בכיר האחראי על אותו רכב". השאלה הייתה האם ההגדרה של בעל רכב כוללת גם את החברה עצמה, גם את הבעלים הרשומים של הרכב. לכאורה, אם לא הייתה הגדרה בכלל, לא הייתה שאלה. דווקא כשיש הגדרה, שהיא הגדרת חוסר בה מצוינים רק אנשים בכירים שיכולים להיות אחראים, זוהי שאלה פרשנית. מה המשמעות של המקף? איך לפרש אותו? האם הוא בא להרחיב? הרי ברור שהבעלים הרשומים של החברה הם חלק מהאחראים אם אוטו בבעלות החברה עושה עבירת תנועה. בית המשפט אומר שמעדיפים פרשנות תכליתית. הרשיעו את החברה באמירה שהמקף בא להוסיף על החברה. אחרי הפרשנות הלשונית, צריך לחפש את הפרשנות שהכי מתיישבת עם התכלית. התכלית היא תכלית בפועל(= תכלית סובייקטיבית, מה הייתה הכוונה+ אובייקטיבית, איך אנחנו מפרשים את תכלית החקיקה). בחיפוש אחר התכלית האובייקטיבית, הולכים גם אל עקרונות היסוד של השיטה. בית המשפט אומר שתכלית החקיקה לא תהיה הגיונית אם החברה תצא ללא אחריות, מטרת הסעיף הייתה להרחיב את האחריות הפלילית ואת ההגדרה של מיהו בעל רכב. בית המשפט מוסיף ואומר שחוק נעשה ברור רק אחרי שמפרשים אותו(השופט מלץ לא מסכים עם זה). השופטת נתניהו אומרת שככל שמדובר בפרשנות מילולית קלושה אבל הפרשנות הרחבה התומכת בה יותר מבוססת(= באמצעות ההיסטוריה החקיקתית למשל) כך אפשר להסתפק באחיזה מינימלית במילים.

**פס"ד ברק כהן-** פסק דין בו מובאת עמדה מעניינת של השופט גרוניס שהולך לפרשנות יותר מצמצמת מאשר רחבה ותכליתית כמו של השופטת בייניש. עולה התלבטות בנוגע למאבטח במוסד לביטוח לאומי שקיבל טובות הנאה מיניות תמורת פעולות מטיבות עם נשים שהגיעו למקום. ההתלבטות הייתה אם הוא נחשב לעובד ציבור. השאלה הפרשנית הייתה גם לגבי עבירת שוחד ועוד עבירות אחרות שיכולות להתבצע ע"י עובד ציבור. בסעיף 34 כד קיימת הגדרה קצרה יותר מבפרק עבירות השוחד שמגדיר שוחד בצורה ספציפית. דעת הרוב מרשיעה אותו בסופו של דבר בעבירת שוחד ולא בעבירה השנייה. הדיון חושף שני דברים – 1. השופט גרוניס הולך לגישה דווקנית ופחות מרחיבה לגבי תפקיד ביהמ"ש בפרשנות החקיקה. 2. השופטת בייניש הולכת לפרשנות מרחיבה יותר. הדיון שלה מתבסס על כך שאומנם היה פסק דין דומה שלא הרשיע עובד ציבור שעבר עבירות דומות, אך המציאות השתנתה מאז וגם מי שנחשבים כעובדי ציבור הם לא באמת עובדי ציבור שמועסקים על ידי המדינה. מבחינת הציבור, הוא לא עושה את החלוקה מי עובד מדינה ומי לא, ובגלל שינוי זה במציאות, היא מפרשת בצורה רחבה יותר. לדבריה, החוק לא מצליח להשיג את השינוי במציאות. פסק דין זה מראה את החיסרון של עיקרון החוקיות והגישה הדווקנית, שמונע מהמשפט להגיב לשינויים במציאות בצורה שתבטא צדק.

**פס"ד ג'ברין נ' מדינת ישראל-** פסק דין שניתן בדיון נוסף פלילי(דנ"פ). ג'ברין הוא עיתונאי מאום אל פאחם שכתב סדרה של 3 מאמרים. על שלושתם העמידו אותו לדין בגין הסתה. במאמר השלישי, הוא כתב דבר שנשאר הנושא היחיד לדיון. הוא הועמד לדין בעבירה שבסעיף 4א לפקודה למניעת טרור. בבית משפט השלום הוא הורשע, במחוזי הערעור נדחה, בבקשת הערעור שהתקבלה בעליון המדינה חזרה בה מחלק מהאישומים ובית המשפט דחה את הערעור ואז הוגשה בקשה לדיון נוסף שאושרה כי עלו שאלות משפטיות מעניינות, אנו נתמקד באחת שרלוונטית אלינו. הוא הורשע בערכאות הקודמות בהתבסס על **פס"ד עידו אלבה**, בו הוא הורשע באותו סעיף שעליו מדובר בפסק דין זה. בדיון הנוסף, מתקבלת פרשנות חדשה לסעיף וג'ברין מזוכה. סעיף 4 אומר כך:" המפרסם בכתב או בעל פה דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו או לאיומים במעשה אלימות כאלה, אשם ודינו...." הוא פרסם מכתב שבח בו כלולים דברי אלימות, זו עובדה. השאלה היא האם יש לפרש את הסעיף הזה שנמצא בפקודה למניעת טרור כמתייחס למעשי אלימות כלשהם גם של יחיד או שהסעיף מתייחס למרות שלא כתוב בו למעשים של ארגון טרור בלבד? במילים אחרות, האם הסעיף מצומצם רק לארגון טרור? **דעת הרוב** הייתה, בפסק דינו של השופט **אור,** שפרשנות קלאסית דווקנית שנצמדת למילים תפגע בנאשם. החידוש הוא שבדרך כלל המצב הוא **הפוך** – הפרשנות הרחבה היא זאת שפוגעת בנאשם ולא הדווקנית. לאור ההקשר והרצון ליצור הרמוניה החקיקתית, רואים שבכל הסעיפים הקטנים האחרים כן מופיע המונח ארגון טרור והסעיף הקטן הזה יוצא דופן- המונח ארגון טרור לא מופיע בו. השופטים מחפשים הרמוניה חקיקתית ופרשנות שתפגע פחות בזכויות יסוד ובחופש הביטוי ובדרך זו רוב השופטים מזכים את ג'ברין ומכניסים לסעיף מילים שלא כתובות בו- ארגון טרור. הם פוסקים שהסעיף מתייחס רק למי שפועל תחת ארגון טרור, וג'ברין כאמור לא פעל במסגרת טרור מאורגנת אלא כאדם פרטי ולכן זוכה. **קדמי בדעת מיעוט**- דברי שבח לאלימות יכולים לאפיין פעולת טרור גם שלא נעשית על ידי חבר בארגון טרור, כלומר, פרסום דבר שעלול להביא לפעולת טרור כלולה בסעיף גם אם המבצע לא קשור לארגון טרור. הוא פונה בעצם ללשון הסעיף ואומר שלשון הסעיף ברורה ובאה לאסור עבירת טרור. הוא מוסיף שהתרחקות נוספת ממילות הסעיף היא אקטיביזם שיפוטי מוגזם. הפרשנות שבית המשפט מכניס תכליתית, רחבה, ולמרות שהיא לטובת הנאשם היא דבר שחורג מהסמכות הפרשנית שיש לשופט. **השופט לוין** אומר שמדובר כאן בפרשנות שנותן שופט לפי דעתו והוא פשוט עוטף אותה בפרשנות תכליתית. פסק דין זה הוא דוגמא לפרשנות תכליתית שהופעלה והגיעה לתוצאה שונה מפסק דין אחר בו פורש הסעיף.

**תחולה בזמן ורטרואקטיביות(אחת מנגזרות עיקרון החוקיות)**

באופן כללי, כל משפט מהותי, להבדיל מפרוצדורלי, אלא אם כן נאמר אחרת, חל מכאן ולהבא. זה נכון כלפי כל דין או חוק. במשפט פלילי, הרבה יותר חזק הכלל שאין להכיל שינויי חקיקה רטרואקטיבית מאחר והדבר פוגע בעיקרון החוקיות. הבסיס לפי העיקרון הוא שהאישום יתבסס על איסור שהיה בתוקף בזמן ביצוע המעשים.

**סעיפים 3-6 לחוק העונשין:**

1. **הכלל הבסיסי- החמרה בדין הפלילי פועלת רק מכאן ולהבא.** הדבר נמצא בס' 3. הרציונל מאחורי זה הוא עיקרון החוקיות, מבטיחים שאדם ידע מראש מה מותר ומה אסור, אי אפשר לשנות את כללי המשחק לאחר מעשה ולבוא לאדם בטענות. הסעיף אומר שאם יש חיקוק חדש שיוצר עבירה חדשה, הוא יהיה רלוונטי רק מרגע פרסומו או תחולתו(לפעמים חוק מפורסם אך נקבע שהוא יכנס לתוקף רק בתאריך מסוים שהוא אחרי מועד הפרסום). חיקוק שקובע החמרה בעונש- אם יש חוק שמחמיר עונש על עבירה מסוימת, קביעה זו תהיה רלוונטית רק מרגע פרסום הדין החדש. כלל זה שחקיקה חדשה שיוצרת עבירות חדשות או מחמירה עונשים היה קיים גם לפני תיקון 39 שהכניס זאת לחוק העונשין. הוא הופיע בפסיקה. שאלה זו של רטרואקטיביות עולה **בפס"ד אייכמן** – הוא עומד לדין על מעשים שהוא עשה לפני קום המדינה. ההצדקה שניתנת לזה שם היא שהמעשים שהוא עשה נוגדים כל חוק אוניברסלי קיים, אלו מעשים שלא ייעשו. ישנם 2 חוקים שהם חריג לעיקרון אין עונשין למפרע- חוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם והחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע להשמדת עם. שני חוקים אלה הם חוקים מ-1950.
2. **כלל- שינוי לקולא(=מקל) בחוק הפלילי חל ברוב המקרים גם למפרע על מעשים שנעשו לפני התיקון-** מה הרציונל לכך ששינויים מקלים חלים למפרע? הרציונל הוא שהחברה מעמידה לדין ומענישה רק כאשר מדובר בהתנהגות שפוגעת בערכים המוגנים שלה, לפי התפיסה החברתית. לא מענישים רק על עצם התעוזה להתעלם מכללי החברה. לכן למשל, אם בעבר משכב זכר היה נחשב איסור פלילי ומישהו עשה מעשים אלה לפני שהסעיף התבטל, הוא לא יועמד לדין היום. הרציונל הזה הוא קו חשיבה שמקובל במשפט הקונטיננטלי ושונה מהמשפט האנגלי. גם אצלנו כלל זה לא היה לפני תיקון 39. לפני זה היה קיים סעיף 22 לחוק הפרשנות שקבע כלל מאוד כללי שאמר "ביטולו של דין, אין כוחו יפה.....להשפיע על זכות או חיוב שלפני הדין המבוטל ועל עיצום(=סנקציה) בשל עבירה עליו". המילים "עיצום בשל עבירה עליו" נמחקו אחרי תיקון 39. המשפט האנגלי אומר שמה שצריך לעניין הוא זמן ביצוע המעשים, צריך למנוע מצב שבו יהיה חוסר אחידות בין נאשמים שונים. אם הולכים לפי זמן ביצוע המעשים, אנחנו הוגנים תיאורטית ומונעים אפשרות שנאשם אחד יגרום לסחבת בתיק עד שהדין אולי ישתנה ונאשם אחר ירצה את העונש. **כיום, התפיסה היא שמענישים רק לפי עבירות שקיימות בזמן ההליך**. החשש שתהיה אי אחידות בין נאשמים עם זאת, הוא חשש רחוק כי לתיקוני חקיקה לוקח זמן. **פס"ד פיילר-** מדובר בחבורת פעילי שמאל שבאו במגע אסור עם פעילים באש"ף. כשהם עומדים לדין, ביהמ"ש אומר שהאיסור כבר בוטל אך אין מה לעשות, העבירות בוצעו בזמן שהיה מדובר בעבירה והם הורשעו. הם קיבלו עונש קל מתוך שיקול דעת שהפעילו השופטים בו הובאה בחשבון העובדה שהאיסור התבטל. פסק דין זה ניתן לפני התיקון.

**סעיפים 4-5: ביטול עבירה לאחר עשייתה ושינוי חוק פלילי(עדיין בכלל השני):**

**סעיף 4- ביטול עבירה-** הסעיף קובע שביטול עבירה חל גם למפרע(כמו הדוגמא שהבאנו ב-1 עם עבירת משכב זכר). אם עבירה בוטלה ויש נאשם שכבר מרצה את עונשו, הוא ישוחרר והאישום הפלילי יבוטל. אם הוא בעיצומו של הליך פלילי, ההליך יופסק. עם זאת, לא ניתן פיצוי לנאשם במצב כזה.

**סעיף 5- שינוי בחיקוק פלילי-** כאן מדובר בשינוי מקל, לא בביטול עבירה. סעיף 5א אומר שאם חל שינוי בחיקוק שמקל עם הנאשם והנאשם נמצא בשלב שלפני מתן פסק דין חלוט, השינוי חל גם עליו. הסעיף מונה כל מיני סוגי שינויים. בגלל שמדובר בשינוי, **הדבר מצריך דיון בבית משפט**. אם השינוי מקל ביחס למצב המשפטי הקודם, מחילים אותו רק על מי שפסק דינו **טרם** הפך חלוט, כלומר, הוא עדיין בדיון או שאינו בדיון אך עדיין בשלב שניתן לערער על פסק הדין. לא מתחילים להוציא תיקים מהארכיון ולבדוק האם שינויים מקלים חלים על נאשם שעניינו כבר נגמר. זה המקסימום אליו הולכים עם הרציונל ששינויים מקלים יחולו רטרואקטיבית. הדבר ייבחן בבית המשפט שיבדוק כיצד השינוי רלוונטי ומשנה בעניינו של הנאשם.

בסעיף, כשכתוב "חל שינוי", הכוונה היא למספר שינויים:

* **שינוי שנוגע להגדרת העבירה.** ניקח כדוגמא את עבירת השוד. נניח שההגדרה משתנה כך שנוסף לה רכיב שלא היה קודם, למשל, שימוש בנשק חם. הנאשם שלפנינו לא ביצע את השוד עם נשק חם, אלא עם נשק קר. במקרה כזה, כל עוד התיק עדיין פתוח, השינוי שהוא לטובתו, יחול עליו. דוגמא נוספת היא אם נוסיף את רכיב הכוח בעבירת האונס(בה יש רק את רכיב ההסכמה). אם נוסיף אותו, הוא יחול על כל מי שהתיק בעניינו פתוח.
* **"אחריות לה" –** יש כללים להטלת **אחריות פלילית.** יש דוקטרינות בחלק הכללי שחלות על כל העבירות הפליליות. למשל, ברוב העבירות הפליליות צריך להוכיח מחשבה פלילית וסעיף 20 מגדיר מהי המחשבה שצריך להוכיח. נניח והכלל משתנה ומוסיפים שלכל העבירות צריך להוכיח מעכשיו כוונה תחילה(איזשהו יסוד נפשי שקיים רק ברצח). את השינוי הזה נחיל את כל מי שהתיק שלו עדיין נידון ולא ניתן פסק דין חלוט בעניינו. נבדוק מה משמעות השינוי לגביו מבחינת כללי הטלת האחריות הפלילית והסייגים להטלת האחריות הפלילית(=הגנות). הגנה עצמית למשל, היא סייג לאחריות פלילית, הגנה. אדם במצב זה עשה עבירה פלילית אך הוא לא יישא באחריות הפלילית. ס' 34(י) קובע מהי הגנה עצמית. יש סייגים רבים נוספים. בשנת תשס"ח(2008) הוסיפו תיקון שנהוג לקרוא לו "חוק שי דרומי" שכותרתו הגנת בית מגורים(סעיף 34י1). הוא מרחיב לגבי הגנה של מי שפרצו לביתו. כששי דרומי הועמד לדין, הפעילו סעיף זה לגביו שלא היה קיים בזמן שביצע את העבירה. חשוב להדגיש שוב שמדובר רק במצב בו טרם ניתן פסק דין חלוט.
* **שינוי בעונש-** נניח ואדם הועמד לדין על אונס והעונש היה 16 שנה(המצב כיום) ותוך כדי שהתיק פתוח העונש הופחת ל-10 שנים, הדבר יהיה רלוונטי לגביו והעונש המקסימלי שהוא יוכל לקבל הוא 10 שנים ולא 16 שנים כמו שניתן היה להטיל עליו בזמן ביצוע העבירה.

**סעיף 5ב-** ברגע שפסק הדין חלוט, לא פותחים תיקים מחדש לדיון ולא מבצעים שינויים, לא לחומרה ולא לקולא. במקרה כזה, אם מבוצע שינוי והשינוי מקל, **זה יהיה העונש המקסימלי.** נניח מישהו הורשע בעונש ונגזרו עליו 12 שנות מאסר מתוך 16 מקסימליות. התיק נסגר אך מבוצע שינוי והעונש המקסימלי ירד ל-10. באותו רגע, אותו נאשם שקיבל 12 שנים מקבל 10 שנים. זהו הליך אוטומטי, לא נדרשת פתיחה של התיק.

**השוני בין סעיף 5א ל-5ב –** אם פסק הדין **חלוט(=סופי)** או לא.

**פס"ד רחמיאן –** מדובר בבחור שהורשע ברצח בכוונה תחילה וקיבל מאסר עולם. סעיף 300 לחוק העונשין קובע שאם אדם מורשע ברצח, העונש האפשרי היחיד הוא מאסר עולם, זהו עונש חובה, אין שיקול דעת. אחרי שפסק הדין הפך חלוט והוא החל לרצות את המאסר, בוצע שינוי חקיקה שעשוי היה להיות רלוונטי לגביו. הוא ניסה לטעון לאי שפיות כדי לקבל פטור מהאחריות הפלילית אך נכשל בכך. היה לו רקע נפשי, אך לא מספיק כדי לקבל פטור. אחרי שהוא התחיל לרצות את העונש, נחקק סעיף 300(א) רבתי שאומר שלמרות האמור בסעיף 300(= אשם ברצח דינו מאסר עולם חובה), בנסיבות שמנויות בסעיף, בית המשפט למרות ההרשעה ברצח רשאי לשקול לתת עונש אחר ממאסר עולם. אחת הנסיבות המנויות שם היא בעיה נפשית שלא מגיעה לכדי פטור מאחריות פלילית. עולה השאלה בפסק הדין האם סוג כזה של חיקוק נקרא הקלה בעונש. לא היה ספק שמדובר בפסק דין חלוט, הנאשם התחיל לרצות את העונש, השאלה היא איך להתייחס לסעיף כזה שנותן סמכות לבית משפט להפעיל שיקול דעת, האם זה נחשב להקלה בעונש? זו לא הקלה בעונש במובן הפשוט, זה לא משהו טכני שנעשה. בית המשפט קובע שלא, הוא קובע שסעיף 5(ב) מתייחס רק להקלות ולדברים טכניים שלא מצריכים פתיחה מחודשת של הדיון, סעיף 300(א) רבתי לא נכנס תחת זה כי הוא מאפשר שיקול דעת לבית המשפט במהלך הדיונים. לכן, אם התיק נסגר ועברה תקופת ההתיישנות, פסק הדין לא ישתנה. פסק הדין בעניינו נשאר כמו שהוא.

1. **חריג לכלל – סעיף 6- עבירות שהזמן גרמן-** דבר זה הוא חריג לסעיפים 4-5. הסעיף אומר שבניגוד לכתוב בסעיפים 4-5, אם חל שינוי או התבטלה עבירה בגלל שהמציאות השתנתה, לא תהיה הקלה עם הנאשם למפרע. יש עבירות שמראש במהותן הן נכונות לתקופה מסוימת. כל הרעיון שבגללו מחילים הקלות למפרע הוא האמירה שהן משקפות **שינוי בתפיסה והאמירה החברתית,** אך יש מקרים שמראש יש התנהגויות שהיו אסורות בזמן מסוים(= בתקופה מסוימת בעבר אנחנו דברים מסוימים שנעשו כלא ראויים לעשייה באותה תקופה גם אם כיום עבירה זו לא קיימת או שונתה). נניח יש כלל שבשנות בצורת אסור להשקות מדשאות. מגיעה שנה של גשמים רבים ומבטלים עבירות אלה. גם היום, אחרי ביטול העבירות, אנחנו חושבים שמי שהפעיל אז ממטרות פגע בחברה וראוי שהוא יישא בעונש למרות שהיום אין עבירה כזאת בכלל. השאלה למעשה היא אם מדובר בשינוי במציאות או בתפיסה החברתית, אם התפיסה החברתית נשארה זהה, לא תחול הקלה למפרע.

**פס"ד אקסלרוד-** מדובר בפעיל ימין קיצוני. הוא פרסם דברים קשים לאחר רצח רבין ואמר דברים רבים בגנות רבין ושיבח את הרצח. הוא מועמד לדין על סעיף 4א לפקודה למניעת טרור. אקסלרוד הורשע על סמך פסיקה קודמת כמו פס"ד אלבה כי לא קראו לתוך הסעיף דרישה של ארגון טרור. כשמגיע דיון נוסף ג'ברין, הוא משמעותי מאוד עבור אקסלרוד. השינוי הזה מאוד משמעותי לגביו, הוא כבר מרצה את העונש ופסק הדין בעניינו חלוט. עם זאת, לא מדובר בשינוי חקיקה, אלא בשינוי פרשנות בפסיקה לחקיקה קודמת. מה שאקסלרוד הצליח לקבל הוא משפט חוזר, הוא הגיש בקשה והיא אושרה. בית המשפט עושה שימוש בסמכותו שכאשר הוא מחליט לקיים משפט חוזר יש לו אפשרות לא לקיימו מכיוון שתוצאתו ידועה מראש והוא משתמש בה – הוא מזכה אותו בעקבות מה שנפסק בפסק דין ג'ברין. בית המשפט מסביר שכאשר מדברים על שינוי בפסיקה שבאופן כל כך ברור חל ומשפיע על עניינו של אקסלרוד, יווצר עיוות דין אם לא יאפשרו לו משפט חוזר, אך מדובר במשפט שתוצאתו ידועה לאור תוצאת דנ"פ ג'ברין וההלכה ממנו.

**פס"ד סאצ'י-** בית המשפט מדבר שם על סוג נוסף של תחולה לה הוא קורא **תחולה אקטיבית.** הסיפור שם היה שסאצ'י עשה עבירות חנייה בתל אביב באופן סדרתי, היה לו מספר גדול מאוד של דו"חות. באיזשהו שלב, שינו את היחס לעבירות חנייה בעיר, הסיווג שונה מעוון לחטא. הנגזרת הייתה שתקופת ההתיישנות של העונש מתקצרת. ההתיישנות ירדה לשנה. אותו סאצ'י הלך להרוויח מזה כי יימחקו לו דו"חות רבים. התחולה האקטיבית משמעותה היא שהשינוי יחול על מי שבזמן השינוי לא הייתה התיישנות לגביו. בית המשפט אומר לעירייה שעם כל הכעס שלה על אותו בחור, היא התרשלה בכך שלא נקטה צעדים נגדו והיא יכולה לבוא בטענות לעצמה.

**ענישה**

**הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה – מלאכת גזירת הדין:**

גזירת הדין היא אולי התפקיד המסובך ביותר של השופטים. זוהי מלאכה מורכבת וקשה. שופטים תיארו זאת בהזדמנויות שונות כמלאכה הקשה ביותר. השופט חיים כהן, שופט בית המשפט העליון, כתב על עצמו כך: "חובת הענישה, חובה עצובה היא. עצם קיום הצורך בענישה, סימן הוא וראיה שלא השכלנו לגלות דרכים טובות יותר כדי לקיים חוק וסדר. במסגרת החוק הזה, צריך להשתדל לעשות צדק. בכל ימי שבתי בבית הדין הציקה לי השאלה כיצד להגיע לעשיית צדק בענישה".

יש לזכור שמשפט פלילי הוא הסנקציה החברתית הכי קשה שיש והכי פוגעת בזכויות יסוד. לכן צריך להיזהר באופן שבו מיישמים אותה. הדבר בוודאי נוגע בעיקרון החוקיות. ס' 1 לחוק העונשין אומר שגם העבירה צריכה להיות ידועה וגם העונש עליה. רוב העבירות שקיימות הן עבירות עם עונשי מקסימום. סעיף 298 למשל, הוא עבירת ההריגה. הסעיף אומר שמי שמביא למותו של אדם דינו מאסר 20 שנה, כלומר, העונש הוא מ-0 עד 20. בנוסף, יש עבירות שיש בהן עונש מינימום. אלו בדרך כלל עבירות שנתפסות חמורות מאוד. בפרק של עבירות המין, יש עונש מינימום בסעיף 345, עבירת האונס. סעיף 355 משלים לסעיף 345. הוא אומר שהמינימום ענישה שאפשר לתת היא רבע מעונש המקסימום שבעבירת האונס. קיימות גם מעט עבירות שבצידן יש עונש חובה למשל, כמו בעבירת הרצח בסעיף 300.

הדברים הנ"ל מגבילים את שיקול הדעת של השופט, הוא כבול לעונשי המינימום ועונשי החובה. עם זאת, הדבר לא בהכרח כך. סעיף 35א למשל קובע שאם אדם מורשע בעבירה שעליה יש עונש חובה, ניתן להטיל עליו **עונש קל מהעונש הקבוע בעבירה** אם העבירה נעברה בנסיבות מקלות. סעיף זה לא חל על רצח למשל. מדוע? כי לסעיף הרצח, 300, יש סעיף מיוחד שצמוד אליו, 300א. סעיף זה מאפשר לבית המשפט להפעיל שיקול דעת וגם כשמדובר ברצח לא לתת עונש מאסר עולם חובה. הסעיף גם מונה את המצבים בהם אפשר לתת עונש מופחת כזה – אי שפיות בעיקר. ס' 34ח הוא סייג שפוטר מאחריות פלילית במצב של אי שפיות. התוצאה היא זיכוי או פטור מאחריות פלילית. סעיף 300א(1) פחות משמעותי מ-34ח. הוא לא יביא לזיכוי או לפטור מאחריות פלילית, אך הוא יכול להפחית בעונש. סעיף 300א הוא בחירה של המחוקק שמאפשרת הקלה בעונש אך לא מביאה להפחתה באחריות.

300א(ב)- הקלה בעונש אם המעשה של הנאשם חרג במידה מועטה ממתחם הסבירות. צריכה להיות פרופורציה בין המעשה לבין מה שהוא ניסה למנוע באמצעות ההגנה העצמית. אם החריגה מסבירות היא מועטה, ולאור מידת הלחץ בה אדם נמצא במצב של הגנה עצמית(סטרס), יש פתח להתחשבות.

300א(ג)- הנאשם היה במצוקה נפשית קשה עקב התעללות חמורה ומתמשכת של הנאשם בו או בבן משפחתו בידי מי שהנאשם גרם למותו. במקרים קשים כאלה, בית המשפט לא כבול למאסר עולם חובה, הוא יכול לתת הקלה בעונש.

עונשי מקסימום מותירים מרחב אדיר לשיקול הדעת של השופט. ברגע שהוא קבע שאדם הורשע בעבירת הריגה למשל, הוא פשוט יכול לבחור עונש עד לעונש המקסימום. זה היה המצב עד 2013. מתן מרחב זה מאפשר גמישות המסייעת למצוא את העונש המדויק שמתאים למקרה הספציפי. ייתכן שגמישות זו מבטיחה את הצדק בענישה. עונש צודק חייב להיות תלוי מקרה ונסיבות ספציפיות של המקרה ושל העבריין. מצד שני, חוסר הכוונה של שיקול הדעת של השופט בענישה ברמה בה הוא יכול לתת כל עונש העולה על דעתו יוצרת חוסר אחידות ותחושה לא נוחה של שרירותיות. בסעיף ההריגה הדבר בולט. בבסיס עיקרון החוקיות עומד החשש מחוסר אחידות ושרירותיות וזה רלוונטי גם כאן לעניין העונש.

פסק דין פלילי מורכב מ-2 חלקים – 1. הכרעת הדין 2. גזר הדין. בהכרעת הדין מכריעים אם האדם אשם או לא. **יש כללים מובנים וברורים** למה צריך להוכיח ואיך להוכיח כדי להרשיע. בחלק של גזר הדין לכאורה כמעט ואין כללים. התחום של הענישה מאוד פתוח ולא ברור איך משקללים את העונש. לכן, ב-20 שנים האחרונות מתפתחת תביעה להכווין את שיקול הדעת של השופט בענישה, גם בארץ וגם בעולם.

בשנת 1997 הוגש בישראל דו"ח ועדת גולדברג(הועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דין). ברוח דעת הרוב בוועדה זו הוגשה הצעת חוק העונשין(תיקון מס' 92)(הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה תשס"ו-2006). פרסום הצעת חוק זו עורר תגובות רבות והתנגדויות. ההתנגדות הגיעה בעיקר מהסנגוריה, נטען שצמצום שיקול הדעת של השופט בענישה יביא להחמרה בעונשים וגם יפגע בזכויות יסוד של נאשמים בדין פלילי. לבסוף, הנוסח הנוכחי של חוק העונשין כולל בתוכו את תיקון 113 שהתקבל בשנת 2012. הוא נכנס לתוקף בינואר 2013.

אחת השאלות הבסיסיות שעומדות לדיון בנושא ענישה היא מה הם שיקולי הענישה? שאלה זו עלתה גם בדו"ח ועדת גולדברג. מקובל לדבר על 4 שיקולים מרכזיים שעליהם דיברו השופטים מאז ומעולם בפסיקה ועלו גם בספרות:

1. **שיקול גמול-** הלימה בין חומרת המעשה לחומרת העונש. ההנחה היא שאדם חייב לפעול לפי החובה וכשהוא מפר אותה, הוא צריך להיענש בהתאם למעשיו ומידת האשמה שלו. הגמול מתייחס למעשי העבר. במילים אחרות, מידה כנגד מידה.
2. **שיקול הרתעתי-** מדובר בהרתעה אישית וכללית. כלומר, מטרת הענישה הפלילית היא למנוע נזקים והישנות של המעשה. למנוע מהנאשם הספציפי לחזור על המעשה ולמנוע מאחרים לעשות את אותו מעשה. שיקולים אלה עולים במקרים רבים שבהם מדובר במכת מדינה למשל( לדוגמא, תאונות פגע וברח). כשמדובר בתופעה רחבה שרוצים להילחם בה ושלא תקרה יותר, אלמנטים של הרתעה משחקים תפקיד.
3. **הגנה על הציבור או מניעה-** הכוונה למניעה פיזית מהעבריין להזיק לחברה. הדבר עולה כשיקול בעיקר בעבירות מין, בסוג זה של עבירות הוא נפוץ מאוד. החברה רוצה להרחיק את העבריין המסוכן שפגע בה לתקופות ממושכות כדי שלא יחזור ויזיק. כשיש אלמנט של מסוכנות, נכנסת ענישה מניעתית – כמו סירוס של עברייני מין לדוגמא.
4. **שיקום-** תפיסה שמאוד רווחה עד שנות ה-70. הרעיון הוא שמטרת הענישה היא הבראה של העבריין והחזרתו לחברה כאזרח. שיקול זה היה מרכזי בעבר והוא נכשל. הייתה אכזבה מניסיונות שיקום אך עדיין הוא נשאר שיקול מרכזי בעיקר ב-2 תחומים – עבירות נוער והתמכרויות.

הבחירה בין השיקולים השונים היא נגזרת ישירה של **מטרות המשפט הפלילי** – לפי איך שנתפוס את המשפט הפלילי נבחר גישת ענישה:

**גישות דיאונטולוגיות** יעדיפו שיקולי גמול. גישות אלה מתבססות על הגישה של קאנט שאומרת שהאדם הוא סובייקט ולא כלי להשגת מטרות חברתיות, ולכן לא לגיטימי להשתמש בו כדי להשיג מניעה או הרתעה. גישות גמוליות יעדיפו את עיקרון ההלימה שעולה בקנה אחד עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, העונש יותאם לאדם בהתאם להתנהגות ולא יוסיפו לו מעבר משיקולים אחרים.

**גישות תועלתניות** לעומת זאת, יקדמו הרתעה ואת הרתעת הרבים. אלו גישות שנשענות על מניעת נזק.

עד התיקון, בתי המשפט הביאו את מכלול השיקולים בחשבון כולל התייחסות לעברו הפלילי של הנאשם ולנתוניו האישיים ללא כל יד מכוונת. יש פסקי דין שמדברים על גמול, ויש פסקי דין שמדברים על הרתעה.

**פס"ד תוהמי-** מדובר במקרה חריג מאוד בנסיבות שלו. אדם חשד שאשתו מנהלת רומן עם פועל ערבי שלו והחליט להתנקם בו. הוא הולך לכפר שלו ואונס את אשתו. מסתבר שאחרי שהוא עשה זאת, הוא התדרדר מאוד מבחינה נפשית. בסופו של דבר, התחשבו בעונשו בגלל מצבו האישי והנפשי. בהקשר השיקולים בענישה, הסנגור שלו ניסה לומר שיש להקל בעונשו כי אין אלמנט של הרתעה, הוא לא יחזור לעשות זאת וזה גם לא מקרה שמישהו ילך בעקבותיו, מדובר במקרה מאוד יוצא דופן. בית המשפט אומר שגם אם אין אלמנט של הרתעה, המעשה עדיין מאוד חמור ויש את שיקול הגמול, שהוא עיקרון שנחוץ כדי לתת תגובה רצינית להתנהגות כל כך קשה.

התחום של גזירת הדין נותר פתוח לחלוטין לשיקול דעתו של השופט היושב בדין. הוא חופשי לגמרי לנוע בטווח שבין עונש המינימום למקסימום. הוא יכול להחליט לפי ראות עיניו, השקפת עולמו ואיך שהוא תופס את הדברים. השינוי מתחיל להסתמן בדו"ח ועדת גולדברג ב-1997. מגמת השינוי היא להכווין את מלאכת גזירת הדין ולהשיג יותר אחידות ועקביות, שדברים יהיו מעט יותר ידועים מראש.

**ועדת גולדברג:**

**החלטותיה המרכזיות של דעת הרוב:**

* קבעה **שעיקרון ההלימה** הוא העיקרון המנחה בענישה. משמעות העיקרון – היחס בין המעשה לחומרת העונש צריך להיות השיקול המרכזי בענישה. דבר זה מבטא משהו גמולי יותר והגנה על זכויות הנאשם.
* נקבעו שני **חריגים לסטייה מעיקרון ההלימה-** 1. סטייה לחומרה לשם הגנה על שלום הציבור 2. סטייה לקולא לשם שיקום. בהצעת הרוב נמנו שורה של נסיבות שמשליכות על חומרת העבירה. נקבעו נסיבות שחובה להתחשב בהן ונוגעות למעשה ולנסיבות שלו וגם נסיבות רשות חיצוניות למעשה.
* חידוש נוסף שהביאה דעת הרוב היה המלצה להקים ועדת מומחים ולקבוע לכל אחת מהעבירות **עונש מוצא.** הכוונה בעונש מוצא היא לקבוע עונש שהולמים את המקרה הקלאסי של העבירה. עונש ממנו מתחילים לדון ומושכים למטה או למעלה בהתאם, זוהי נקודה אחיזה שמכווינה את שיקול הדעת מתוך מחשבה שעונש מקסימום לא מספיק מכווין את השופט בעת גזירת הדין.

לסיכום – עיקרון ההלימה, עונשי מוצא, חריגה מעיקרון ההלימה לצורכי שיקום או הגנת הציבור(מניעה).

**הצעת החוק בהתבסס על הוועדה:**

בהתבסס על דעת הרוב, ואחרי תקופה ארוכה, בשנת 2006 מונחת הצעת חוק מטעם הממשלה בה העיקרון שנקבע כעיקרון מנחה הוא עיקרון ההלימה.

ההצעה המשיכה וקבעה את **האופן שבו יקבע העונש ההולם לפי עיקרון ההלימה:** בית המשפט הוא שיקבע מה העונש ההולם לאור שקילת **הערך החברתי המוגן** שנפגע ומידת הפגיעה בו ולאחר **התחשבות במדיניות הענישה הנוהגת**. הייתה כוונה שבתי המשפט ישתמשו בפסיקה הקיימת שככל שהיא משקפת את עיקרון ההלימה היא סוג של אינדיקציה לקביעה מהו העונש ההולם. אם יש פער בין המצב הנוהג לבין הראוי, לא מחויבים לזה.

בנוסף, לצורך הערכת חומרת המעשה והעונש המתאים, בית המשפט **יתחשב בנסיבות מקלות ומחמירות הקשורות בביצוע העבירה ומפורטות בהצעה.** דוגמאות לנסיבות שהופיעו – \*נסיבה מקלה – אם המעשה נעשה בנסיבות שחורגות ממעט מדרישת הסבירות הדרושה לשם התקיימו של סייג הכורח והצורך(כורח למשל זו הגנה עצמית וצורך זה משהו במציאות שאילץ אדם לעשות עבירה פלילית). \*נסיבה מחמירה – עבירה שנעברה מתוך מניע של גזענות. דבר זה משליך על חומרת ההתנהגות.

בהצעה החוק, כמו בוועדת גולדברג, נקבע **מנגנון של עונשי מוצא.** תוקם וועדה שתקבע מהו עונש המוצא ההולם את מקרה העבירה הטיפוסי **מבלי שנלוות אליו נסיבות מיוחדות**. למשל, מה העונש המגיע למקרה קלאסי של שוד מבלי שיש נסיבות מיוחדות. משנקבע עונש מוצא, יקבע בית המשפט את העונש ההולם בהתאם לעונש המוצא **ובהתחשב בנסיבות המקלות והמחמירות הקשורות לביצוע העבירה ומפורטות בהצעה.** בנוסף, סעיף 40ז להצעה מאפשר לבית המשפט להביא בחשבון נסיבות נוספות אם ימצא לנכון מעבר למה שמפורט בסעיפים כדי לקבוע את העונש ההולם. מדובר ברשימת נסיבות **ששופט חייב להתחשב בה ולעבור על כולה**, כמו רשימה. מהאמור עד כה עולה כי אין בהכרח זהות בין עונש המוצא לבין העונש ההולם שמביא בחשבון נסיבות קונקרטיות של ביצוע העבירה.

בנוסף, בקביעת העונש, **יביא בית המשפט בחשבון נסיבות מקלות ומחמירות שאינן קשורות למעשה העבירה.** גם הנסיבות האלה(כמו עבר פלילי למשל), מפורטות בהצעה אך בהן **אין חובה** להתחשב, זה נתון לבחירתו של השופט. מה שכן כתוב, הוא שנסיבות אלה יובאו בחשבון מלבד **שלא תהיה סטייה ניכרת מהעונש ההולם שנקבע על פי האמור**. נסיבה להקלה- גילו הצעיר של הנאשם. נסיבה להחמרה- עבר פלילי. נסיבות אלה שלא קשורות למעשה העבירה יכולות להביא את בית המשפט לסטייה מהעונש ההולם, אך לא במידה ניכרת. גם כאן הכירו בשני חריגים שמאפשרים סטייה מעיקרון ההלימה- \*1. חריגה לצורך שיקומי \*2. חריגה לשם הגנה על הציבור. ההרתעה היא כבר לא שיקול שמאפשר חריגה מעיקרון ההלימה.

סיכום החידושים בהצעת החוק: 1. עיקרון ההלימה הוא העיקרון המנחה 2. עונש המוצא 3. איך בית המשפט צריך לפעול כדי להגיע לעונש ספציפי לעבריין הספציפי.

בעקבות ביקורות רבות, הוכנסו שינויים מהותיים בהצעת החוק והתגבש החוק הקיים היום- **תיקון 113.**

**תיקון 113:**

* נוסף **סעיף 40א לחוק העונשין.** סעיף זה הגדיר בצורה מדויקת את מטרות התיקון. סעיף המטרה מדגיש שאין כוונה להחמיר את הענישה, שזהו אחד החששות של המתנגדים. מטרת התיקון היא שבית המשפט יגיע לעונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה. נכנסות כאן גם נסיבות הנאשם וגם נסיבות העבירה. זהו שינוי משמעותי. המחוקק השמיט לחלוטין את המנגנון של עונשי המוצא. לפי הסעיף, חומרת העבירה ומידת האשמה של הנאשם יקבעו לפי העבירה בנסיבותיה הקונקרטיות ע"י בית המשפט. אין גורם חיצוני שישפיע על זה, התפקיד הוא של בית המשפט. אחת הביקורת הייתה היא שאם יהיה עונש מוצא, הדבר יהיה גרוע יותר מעונש מינימום כי בית המשפט עלול לקבע את העונש הזה וליצור תעריף קשה יותר לעבירות, השופט ייצמד לעונש המוצא הזה והתזוזות יהיו קלות. בדרך זו, יוחמרו העונשים ולא יילקחו בחשבון נסיבות קונקרטיות של העושה ושל המעשה. דבר נוסף שהועלה כחשש של הסנגוריה הוא שלתביעה יוענק כוח רב מדי באופן שיאלץ נאשמים לחתום על הסדרי טיעון. לכן, עקב חששות אלה, בוטל המנגנון של עונשי המוצא.
* סעיף 40ב- קובע שהעיקרון המנחה בענישה נשאר **עיקרון ההלימה.** רק המילה בנסיבותיו נוספה, כלומר, נשענים על המקרה הספציפי.
* סעיף 40ג- המחוקק מטיל על בית המשפט לקבוע **מתחם ענישה הולם.** זה חידוש שלא היה קודם. נניח אם להריגה יש עונש מקסימום של 20 שנה, מתחם הוא למשל לבוא ולהגיד שבמקרה קונקרטי נוצר טווח מתאים של בין 10 ל-20 שנה. הדבר משקף הבנה לפיה סוג וחומרת העונש ההולמים את חומרת העבירה ומידת האשמה, יוצרים טווח של עונש הולם שייקבע בשלב נוסף על ידי נתונים נוספים. זוהי עבודה בשלבים, קודם קובעים מתחם ומתוכו בהמשך ייקבע העונש הקונקרטי תוך התחשבות בנסיבות. **טווח ההלימה ייקבע לפי הדברים הבאים:**
1. העיקרון המנחה
2. הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו
3. מדיניות הענישה הנהוגה
4. נסיבות הקשורות בביצוע העבירה המפורטות בסעיף 40ט. סעיף זה קובע רשימת נסיבות שחובה להתחשב בהן ובמידה שבה התקיימו ככל שבית המשפט סובר שיש להן השפעה על חומרת המעשה ומידת האשמה. עדיין משאירים לבית המשפט מרחב תמרון עד כמה לקחת בחשבון כל נסיבה ונסיבה. גם הנסיבות הקונקרטיות שמופיעות בסעיף שונות במקצת ממה שהיה בהצעת החוק. דוגמאות – נסיבה לקולא- אם הסיטואציה קרובה לסייג לאחריות הפלילית, זו נסיבה שבית המשפט צריך להביא לקביעת מתחם ההלימה. בהצעה היה כתוב חריגה מסבירות, עכשיו כתוב קרבה לסייגים לאחריות הפלילית. בסעיף מופיעות גם נסיבות לחומרה. באופן כללי, אפשר לומר שבשונה מהצעת החוק, יש יותר גמישות ומרחב לשופט.
* אחרי שהשופט קובע את מתחם העונש ההולם, **הוא יגזור את העונש הקונקרטי מתוכו בהתאם לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה ומנויות בסעיף 40יא**. זו רשימה של נסיבות שעוזרת לשופט לקבוע מה יהיה העונש הקונקרטי בתוך המתחם. אלו נסיבות שלא קשורות לעבירה ולא משליכות על חומרת המעשה. רשימה זו היא רשימת רשות, בית המשפט רשאי להתחשב בהן אך לא חייב. בנסיבות אלה יופיעו למשל עברו הפלילי של הנאשם, נסיבות חיים קשות ועוד. רשימת הנסיבות בהן בית המשפט רשאי להתחשב איננה סגורה כאמור סעיף 40יב.
* הבדל נוסף מהצעת החוק הוא **ששיקולי הרתעה לא מצדיקים סטייה ממתחם ההלימה.** הדבר תואם את דעת הרוב בוועדת גולדברג שהציגה את הבעייתיות בשיקולי הרתעה. יש פה תפיסה שמחזקת מאוד שיקולי גמול ודוחקת למקום שולי שיקולי הרתעה. על פי סעיפים 40ו ו-40ז, במקרה המתאים ניתן להביא בחשבון שיקולי הרתעה אישית וכללית אך הללו יובאו אך ורק כשיקול לחומרה בתוך מתחם הענישה ההולם. כלומר, **שיקולי הרתעה לעולם לא יצדיקו סטייה מהמתחם שנקבע מראש.**
* **סטייה ממתחם העונש** אפשרית אך ורק ב-2 מקרים – 1. שיקום(לקולא) 2. הגנת הציבור(לחומרה). כדי לבצע סטייה כזאת משיקולי שיקום או הגנת הציבור, המחוקק קובע תנאים- גם כאשר שיקולי שיקום רלוונטיים לאור סיכוי של ממש שהנאשם ישתקם או שהוא השתקם בעבר, ניתן עדיין ביטוי לחומרת המעשה. בסעיף 40ד(ב) נקבע שאם המעשה ומידת האשמה הם בעלי חומרה יתרה(ביהמ"ש יחליט מה זה), לא יסטה בית המשפט ממתחם העונש ההולם אלא בנסיבות יוצאות דופן, כלומר, ככל שהעבירה חמורה יותר, יעשה קשה יותר לחרוג מהמתחם משיקול של שיקום(דוגמא לעבירות חמורות- עבירות מין). גם טענה של הגנת הציבור צריכה להיות מבוססת ומנומקת על חוות דעת. הסעיף קבוע שבית המשפט יעשה זאת רק אם יש לנאשם עבר פלילי רלוונטי(עבירות מאותו סוג) או אם הוצגה חוות דעת מקצועית על מסוכנת. אי אפשר לחרוג ממתחם העונש בנימוק כזה ללא ביסוס. בנוסף, החוק מתייחס לדרך הוכחת הנסיבות הקשורות בדרך ביצוע העבירה, רמת ההוכחה הנדרשת ודברים נוספים.
* סעיף 40יד- מציב לבית המשפט **חובת הנמקה.**
* החוק מחריג עצמו מתחום עבירות הנוער.

שיעור 6:

תיקון 113 מתווה דרך פעולה לשופט בשלבים. הרצון הוא שהשופט יעבוד לפי השלבים, ינמק את קביעותיו ובדרך זו תיווצר אחידות.

**היסוד העובדתי והיסוד הנפשי**

כדי להרשיע בעבירה פלילית יש צורך להוכיח קיומם של שני יסודות מצטברים – 1.יסוד עובדתי 2.יסוד נפשי. היסוד העובדתי הוא יסוד חיצוני אובייקטיבי על פי סעיף העבירה, כלומר, מה העובדות שצריך להוכיח כדי להיות מורשע בעבירה. היסוד הנפשי, שחייב להיות נלווה ליסוד העובדתי, הוא היסוד הפנימי של העבירה, כלומר, מה היה הלך הרוח שליווה את העבירה. הכוונה ביסודות היא לקיומם בזמן ביצוע העבירה. ביסוד הנפשי, מחפשים לדעת מה חשב הנאשם, מה הוא רצה להשיג, מה עבר לו בראש.

**מדוע יש צורך בשני היסודות כדי להטיל אחריות בפלילים?**

**היסוד הועבדתי-** בא לשרת את העיקרון הבסיסי במשפט פלילי לפיו **אין עונשין על מחשבות.** זהו כלל בסיסי בדיני עונשין, לא מענישים על מחשבות זדוניות ככל שיהיו עד שהן לא יוצאות לפועל. הסיבות לכך:

* במחשבות אין סכנה לציבור ברמה כזאת שמצדיקה איסור. יש פער גדול בין מחשבות לבין מעשים.
* במשטר דמוקרטי להעניש על מחשבות זה דבר קשה ומגביל חירות בצורה לא סבירה. גם אדם ישר דרך ונקי כפיים יכול לחשוב מחשבות מאוד זדוניות. אין רצון במשטרת מחשבות.
* ענישה על מחשבות עלולה לגרום לעבריינים לממש את המחשבות הזדוניות שלהם. זה יכול להוות תמריץ. אם עבריין ידע שהוא ייענש גם על מחשבה הוא פשוט יעבור למעשים.
* אין דרך להוכיח מחשבות. זה לא בלתי אפשרי אך בעייתי מאוד.

בתיקון 39 מ-1994 סעיף 18 עוסק ביסוד העובדתי. הדבר היה קיים גם קודם אך נעשה מסודר יותר. הסעיף אומר שהיסוד העובדתי הוא משהו שמוגדר קונקרטית בעבירה זו או אחרת, לכל עבירה יש את היסוד העובדתי שלה. אם לא זיהינו יסוד עובדתי, יש בעיה בניתוח המשפטי. הסעיף מלמד **שאת היסוד העובדתי מרכיבים 3 דברים – מעשה, נסיבה ותוצאה.**

**היסוד הנפשי-** משרת את עיקרון האשם. זהו עיקרון מאוד בסיסי. יש משקל למידת האשמה. לא מספיק שנעשה מעשה פיזי, צריך להוכיח **שלמעשה הפיזי התלווה גם יחס פסול כלפי הערך המוגן.** לרוב, נצדיק הטלת אחריות פלילית רק כשנעשית פעולה מודעת ומתוך הבנה. אם מסתכלים על שיטות, השיטה התועלתנית באה למנוע את הנזקים בפועל והשיטה הגמולית מתבססת יותר על היסוד הנפשי, האשם מבוסס בעיקר עליו. היסוד הנפשי בנוי על היסוד העובדתי, אי אפשר לנתק בין הדברים.

**סעיף 19 קובע כלל-** דרישה של מחשבה פלילית. בהמשך נמנים חריגים לכלל זה. מחשבה פלילית היא נקודת המוצא. המחשבה הפלילית היא משהו סובייקטיבי שצריך להוכיח שעבר בראשו של הנאשם. ההגדרה למחשבה פלילית נמצאת בסעיף 20. יש כל מיני רמות של מחשבה פלילית. קיימים שני חריגים ליסוד הנפשי הנדרש:

1. עבירות של רשלנות(סעיף 21)- אין הרבה עבירות של רשלנות. רק בערכים מסוימים כמו ביטחון המדינה קיימות עבירות רשלנות.
2. עבירות אחריות קפידה (סעיף 22)- מדובר בסוג מסוים של עבירות, בעיקר עבירות קלות כמו למשל אדם שלא עצר באור אדום. בגלל שמדובר בסוג כזה של עבירות, מדובר באחריות קפידה. הדבר דומה קצת לאחריות מוחלטת, אך ברוח התקופה ולאור הגישות הגמוליות וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו משאירים לאדם פתח מילוט מכך.

\*כוונה היא אחד מהסוגים של מחשבה פלילית.

סעיף 20- מגדיר מהי מחשבה פלילית- כל מה שכתוב בו נחשב למחשבה פלילית.

**סעיף 18- קובע את רכיבי היסוד העובדתי:**

1. **מעשה/התנהגות-** בכל עבירה חייב להיות מעשה, אם לא יהיה מעשה נעניש על מחשבה. לא בכל עבירה יש נסיבה ותוצאה. פלר מגדיר מעשה כהנעת שרירים, התרומה הגופנית-מוטורית להתהוות העבירה. זה כולל גם מחדל(אדם שצריך לעשות משהו ולא עושה). גם דיבור יכול להיחשב למעשה. רוב העבירות מוגדרות כמעשים אקטיביים. יש עבירות שמוגדרות גם בדרך של גרימת תוצאה, לא משנה באיזו דרך, כמו "הגורם למותו של אדם". דוגמאות: סעיף 378 – תקיפה- המעשה בא לידי ביטוי בפעלים שמנויים שם. סעיף 374- גרימת מוות ברשלנות – "הגורם למותו של אדם", המעשה לא מוגדר.
2. **נסיבה**
3. **תוצאה**

השלב הראשון בניתוח כל עבירה וכל קייס הוא לנתח נסיבה ותוצאה ולדעת לזהות מה מתוך ההגדרה של העבירה זה המעשה, מה הנסיבה(אם יש) ומה התוצאה(אם יש). יש הבדלים בין רכיבי היסוד העובדתי והם משליכים על היסוד הנפשי.

שיעור 7:

**רכיב המעשה- המשך-** יש עבירות שמוגדרות במחדל. למשל סעיף 262- אי מניעת פשע. סעיף זה הוא סעיף יוצא דופן בהגדרתו, הוא אומר שאם אדם ידע שאדם אחר הולך לעשות פשע ולא נקט את כל האמצעים כדי למנוע זאת דינו מאסר שנתיים.

**רכיב הנסיבות:**

הנסיבות לרוב הן אלו שנותנות להתנהגות את האלמנט הפלילי שלה. **הן מתארות את ההתנהגות.** נסיבה היא תנאי להטלת אחריות שלא תלויה במבצע. זה משהו שנלווה למעשה ונמצא בתוך הגדרת העבירה. פלר מגדיר נסיבות כך- נתונים המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת ההתנהגות המהווים רכיב של היסוד העובדתי של אותה עבירה ללא תלות בהתנהגות.

אלו נתונים אובייקטיבים שנמצאים בהגדרת עבירה. דוגמא – סעיף 345- עבירת האונס – "הבועל אישה **ללא הסכמתה החופשית** הרי זה אונס ודינו מאסר 16 שנים". הנסיבה כאן היא "ללא הסכמתה החופשית". מה שעושה את ההבדל בין עבירה ללא עבירה הוא ההסכמה החופשית.

\*יש עבירות שמוסיפות **נסיבות מחמירות לעבירה הרגילה.** העבירה מוגדרת ונוספות לה נסיבות שהופכות אותה לחמורה יותר.

דוגמא נוספת לנסיבות- סעיף 288א – הפרעה לעובד ציבור. בסעיף זה **"מפריע"** זו ההתנהגות ויש 2 נסיבות שמנויות בסעיף שצריכות להתקיים במצטבר – **1.שמדובר בעובד ציבור** **2.במילוי תפקידו.** צריך לוודא ששתי הנסיבות התקיימו.

דוגמא נוספת – סעיף 373- חטיפה ממשמורת. "המוציא במעשה או בפיתוי" זו התנהגות, המעשה, ויש 2 נסיבות מצטברות גם כן – 1.מדובר בקטין שלא מלאו לו 16 שנים/אדם שאינו שפוי 2.ללא הסכמת האפוטרופוס שלו.

**בכל העבירות יש מעשה ולא בכל העבירות יש נסיבות.**

**פסקי דין שעוסקים בפרשנות של נסיבות:**

**פס"ד פקוביץ'-** אדם שמועמד לדין על סעיף 172 לחוק העונשין. הוא נכנס לבית עלמין מוסלמי בנשר והניח ראש של חזיר על אחד מהקברים שם מאחר והוא חשב בטעות שמדובר בקבר של המחבל עז א דין אל קסאם. המחוזי הרשיע אותו בשתי חלופות(=בניסוח הסעיף שעליהם אפשר להרשיע בעבירה, "או...או...") – נוהג במת שלא בכבוד והנכנס שלא ברשות למקום קבורה. הדיון נסוב על השאלה האם אפשר להרשיע אותו על "הנכנס שלא ברשות למקום קבורה", על הנוהג במת שלא בכבוד לא היה וויכוח. טענתו של הנאשם הייתה שהנסיבה פה היא "שלא ברשות" בעוד שהוא נכנס ברשות, ולכן אי אפשר להגיד שנסיבה זו התקיימה. בית הקברות המוסלמי הוא מקום שפתוח לכולם, הוא לא הסיג גבול או עשה משהו אסור. בית המשפט דן בשאלה זו. הוא אומר שדווקא בגלל החלופות השונות שמנויות בסעיף, הפגיעה בכבוד המת(שעליה לא היה וויכוח שאפשר להרשיע אותו) חייבת להיות קשורה לבית עלמין. בית המשפט אומר שמההקשר, חייבים לפרש את המילים "שלא ברשות" **בהקשר של הערך המוגן** בעבירה. אם הערך הוא הגנה על רגשות דתיים, לא משנה אם יש רשות או לא לכניסה לבית הקברות. בנוסף, המילים "שלא ברשות" מעלים קושי פרקטי, אין לזה רלוונטיות. כדי לתת לנסיבה הזאת פרשנות שעולה בקנה אחד עם האינטרס המוגן בעבירה, בית המשפט אומר שהמילים ש"לא ברשות" משמעותן כניסה שיש בה מעצם טיבה פגיעה ברגשות, במילים פשוטות- כניסה פרובוקטיבית, לא כניסה תמימה כדי לבקר בקבר. דבר נוסף שאומר בית המשפט הוא שהוא לא מחויב לנוסח האנגלי, הוא לא חייב לדון בתרגום האנגלי של העבירה, ברגע שהחוק לבש לבוש עברי, אין מחויבות לתרגום ששם העבירה כן מוגדרת בצורה של הסגת גבול.

**פס"ד אלבה-** רב שכותב מאמר שכותרתו "בירור הלכות הריגת גוי". הוא מואשם בפרסום הסתה לגזענות בניגוד לסעיף 144ב(א). הוא מועמד לדין גם לפי סעיף 4א לפקודה למניעת טרור, ניסיון לייצר נשק ועוד(פחות מעניין אותנו). הסעיף אומר- "המפרסם דבר מתוך כוונה להסית לגזענות דינו מאסר 5 שנים". מתוך מטרה להסית לגזענות זהו היסוד הנפשי. היסוד העובדתי בא לידי ביטוי במילים **"המפרסם דבר".** המעשה, ההתנהגות היא "המפרסם". הנסיבה היא- דבר. מה זה דבר? זוהי נסיבה שמתארת את המעשה והמחלוקת היא מה צריך להיות אותו דבר. המדינה אומרת שהנסיבה "דבר" כוללת כל דבר פרסום באשר הוא כולל פרסום תמים. הסניגור של הנאשם אומר ש"דבר" חייב להיות טקסט שמכיל תוכן מסית בצורה ברורה. הוא מביא 2 נימוקים – 1.אם נחייב באיסור פלילי על פרסום תמים שאין בו פגיעה, אנו מתקרבים מאוד להענשה על מחשבות ופוגעים בעיקרון בסיסי בדיני עונשין. 2.מדובר בפגיעה גורפת בחופש הביטוי ולכן צריך לפרש את מה שנכלל בעבירה זו בצמצום. השופטים כולם סבורים שלא מדובר במאמר תמים ושהוא כן מסית לגזענות, אך בכל זאת ממשיכים לדון בשאלה מה אומרת הנסיבה "דבר". השופט מצא מסכים עם המדינה ואומר שמרכז הכובד של העבירה זה המטרה הפסולה. תכלית הסעיף היא מניעת ההסתה לגזענות ולכן אפשר להפחית ביסוד העובדתי כשהיסוד הנפשי חזק, אם המטרה היא להסית לגזענות זה נכלל בתוך הסעיף. הוא מחזק את עמדתו בכך שבהצעת החוק הוצעו 2 חלופות, אחת שאמרה "המפרסם דבר הסתה לגזענות" או "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות". החלופה הראשונה הושמטה והשנייה היא מה שהתקבל, היא פתוחה יותר ולכן כל פרסום נכלל בתוכה אם מטרתו הייתה להסית. השופט ברק אומר, בניגוד למצא, שברכיב העובדתי הנסיבה "דבר" אינה כוללת פרסום תמים. טקסט שהקורא לא ימצא בו שום דבר שנראה בעייתי אין להפליל בגינו והוא לא נכנס לסעיף, חייב להיות בטקסט עצמו משהו מסית. הוא מציין לכך 2 שיקולים – 1.הפללת אמירה תמימה רק בגלל המחשבה הפסולה שמלווה אותה קרובה להענשה על מחשבות ולא עולה בקנה אחד עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. הטלת אחריות על פרסום תמים לא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. 2.פגיעה בחופש הביטוי- לפי ברק, חופש הביטוי חולש גם על ביטויים גזעניים, אך יש משהו שגובר על חופש הביטוי- מניעת גזענות. זה דבר שמצדיק את הפגיעה(זכויות שמתנגשות). ברק אומר שפרשנות תכליתית לפי עקרונות השיטה מחייבת שלפי הסעיף הספציפי חייב להיות מדובר בדבר שיש בו פוטנציאל של הסתה לגזענות. ברק לא מחליט בפסק דין זה מהו המבחן ההסתברותי שצריך לעמוד בו משום שבמקרה זה מדובר בתוכן מסית בבירור, אך כן יש צורך לעמוד במבחן הסתברותי. השופט גולדברג אמר שגם לדעתו הסעיף לא כולל פרסום תמים, חייבת להיות איזושהי הוצאה לפועל של כוונת ההסתה, חייב לבוא לידי ביטוי בטקסט שהוא לא תמים. בשונה מברק, הוא אומר שלא צריך לעמוד בשום מבחן הסתברותי, מספיק שהכוונה יצאה לפועל בצורה מסוימת אפילו קטנה, זה מספיק. סיכום- מצא- כל פרסום נכלל בסעיף. ברק- לא כולל פרסום תמים ויש לעמוד במבחן הסתברותי. גולדברג- לא כולל פרסום תמים(כמו ברק) אך לא צריך לעמוד במבחן הסתברותי.

**רכיב התוצאה:**

פרופ' פלר מגדיר תוצאה כך – פגיעה בשלמותו, בתקינותו או באיכותו של האובייקט הפיזי נשוא העבירה. במקרים בהם אין פגיעה פיזית בתוך ההגדרה של הסעיף, העבירה היא עבירת התנהגות. יש עבירות שיש בהן תוצאה והן נקראות עבירות תוצאתיות ויש עבירות בלי תוצאה. לפי פלר, תוצאה היא נזק מוחשי, משהו בעולם הפיזי שניתן לקלוט אותו בחושים. ההתייחסות תמיד היא לסעיף עבירה קונקרטית, מסתכלים על האם בהגדרת הסעיף יש משהו שצריך להתקיים בעולם הפיזי בעקבות ההתנהגות. הכי פשוט להבין זאת בעבירות של גרימת מוות("הגורם למותו של אדם"), חייבת בעבירה זו להיות תוצאה שהיא מותו של אדם. פרופ' קרמניצר מגדיר תוצאה בצורה אחרת, לפי מימד הזמן. הוא אומר שכל מה שהוא התרחשות עתידית נחשב לתוצאה, כל מה שמצוי בפער זמנים בין ההתנהגות לאותה התרחשות שקורית בעקבות ההתנהגות היא תוצאה. זה יכול להיות פער זמנים של שבריר שניה. חלוקה זו חשובה, צריך להבחין בין עבירות התנהגות לעבירות תוצאה. בדרך כלל עבירות תוצאה הן בעלות עונש חמור יותר. בהקשר של היסוד הנפשי, מנתחים אותו בצורה שונה בעבירות תוצאה מאשר בעבירות התנהגות. יש עבירות שכוללות תוצאה, כלומר רכיב שהתוכן שלו הוא מצב שקרה בעקבות ההתנהגות ויש עבירות שלא כוללות תוצאה.

דוגמא- סעיף 379 – תקיפה- "התוקף שלא כדין את חברו דינו מאסר שנתיים". זוהי עבירת התנהגות. כדי להוכיח אותה צריך להוכיח התנהגות של תוקף, שהיא לא כדין וכלפי אדם אחר, לא צריך להראות שקרה משהו כתוצאה מהתקיפה הזאת. סעיף 380 אומר "התוקף חברו וגורם לו בכך חבלה ממשית דינו מאסר 3 שנים". זו כבר עבירת תוצאה, יש רכיב של תוצאה, משהו מוחשי שקרה – חבלה. בסעיף ההגדרות(34כד) יש הגדרה למהי חבלה. בסעיף 380 צריך לא רק להוכיח התנהגות, אלא גם חבלה שנגרמה ממנה כדי להטיל את האחריות בסעיף זה שהוא חמור מ-379.

אם זיהינו שמדובר בעבירת תוצאה כמו בסעיף 380, **צריך להוכיח את ההתנהגות, את התוצאה, ושיש קשר סיבתי בין ההתנהגות לתוצאה הזאת.** לפעמים עולות שאלות מורכבות של קשר סיבתי כשיש יותר מגורם אחד שיכול לגרום לחבלה.

לפעמים יש סעיפים שיש בהם **גם עבירת התנהגות וגם עבירת תוצאה.** דוגמא- סעיף 428-סחיטה באיומים. החלק הראשון של הסעיף, עד עונש המאסר של 7 שנים, הוא התנהגותי, לא צריך להוכיח שהסחיטה הצליחה, שקרה משהו. החלק השני הופך את העבירה לחמורה יותר, אם נוכיח שמשהו נעשה בפועל כתוצאה מההתנהגות(קשר סיבתי), העונש יהיה חמור יותר ויעמוד על 9 שנים.

דוגמא נוספת- עבירת האונס בסעיף 345א- "הבועל אישה ללא הסכמתה החופשית", זו עבירת ההתנהגות, לא צריך להוכיח לפי ההגדרה שום תוצאה כדי להטיל אחריות. עם זאת, כמו שראינו, בסעיף 345ב, יש רשימה של **נסיבות מחמירות**, שהופכות את העבירה לקשה יותר והמקסימום עליה הוא לא 16 שנה אלא 20 שנה. זאת חלופה **שבפירוש מוסיפה תוצאה**, אם בעקבות האונס היה למשל היריון או נזק נפשי או חבלה, כל אחד מדברים אלה הוא תוצאה.

קיימת **ביקורת** על התניית עבירות ועונשים בקיומה של תוצאה. אם אנחנו מענישים בגלל תוצאה, אנחנו נותנים משקל גדול למזל מוסרי. לא בטוח שאפשר להצדיק את ההבדל בין עבירות שיש בהן תוצאה לעבירות שאין בהן תוצאה. לפעמים ההבדל במקרים שבהם יש תוצאה ומקרים בהם אין תוצאה הוא עניין של מזל. לכן, גישות גמוליות יצרו פחות עבירות ויצדיקו פחות עבירות שתלויות בתוצאה. אין תשובה משכנעת לשאלה האם מוצדק לתת משקל למזל מוסרי, ניתן להגיד שזה מקבל ביטוי בכך שמענישים גם על ניסיון ולא רק על הצלחה וכך השאלה נפתרת בצורה מסוימת.

קיים סוג נוסף של עבירות – עבירות של תוצאה בכוח/העמדה לסכנה. אלו עבירות שכוללות ברכיב העובדתי שלהן **מימד של סיכון**. צריך להראות שההתנהגות הייתה מסכנת, לא צריך להראות שהסיכון התממש ולכן **אלו לא עבירות תוצאה אלא עבירות התנהגות.** עבירות הסיכון האלה נוצרות כשמדובר בערך חברתי מאוד חשוב, כמו חיי אדם למשל. כשמדובר בערכים כאלה, העונש יינתן לא רק על פגיעה בשלמות הגוף על עצם ההעמדה בסיכון. סעיף 340- סכנה לילדים. הסעיף לא מחייב שתקרה תוצאה, אבל כן מכניס מימד של סיכון. דוגמאות נוספות של עבירות מסכנות – סעיף 332, סעיף 361. מבחינת יסוד נפשי, דווקא סעיפים אלה מסתפקים ברשלנות, כי הם באים להגן על ערך מוגן חשוב כמו שלום הילד. אלו מקרים בהם רוצים להרחיב את ההגנה ולכן מרשיעים גם אם לא קרה כלום ורק על עצם ההעמדה בסיכון.

אם נחזור **לפס"ד אלבה,** סעיף 144א הוא סעיף התנהגותי. לא צריך להוכיח שמשהו התרחש במציאות. מספיק שפורסם משהו שמסית לגזענות, לא צריך להראות שמישהו עשה משהו או שנגרם משהו בעקבות הפרסום.

תמיד צריך לבדוק אם סעיף עבירה דורש תוצאה או לא. סעיף 380 שראינו הוא קל לניתוח, יש מקומות בהם הניסוח לא פשוט וצריך להבין האם העבירה כוללת תוצאה או לא. נראה 3 דוגמאות:

1. סעיף 334- פציעה. זו עבירת תוצאה. "הפוצע חברו שלא כדין". "הפוצע" נשמע במבט ראשון התנהגות, אך **זו גם התנהגות וגם תוצאה**, "הפוצע" זה הגורם פצע. סעיף 34כד מגדיר מהו פצע ואם אדם לא גרם לדבר זה לא הסעיף הנכון. לפי ההגדרה מדובר בתוצאה.
2. סעיף 415- קבלת דבר במרמה. זו עבירת תוצאה. "במרמה" זו ההתנהגות/המעשה, ו"המקבל דבר" זו **התוצאה.**
3. סעיף 192- איומים. זו עבירת התנהגות. "המאיים" זו התנהגות/מעשה, וכל המשך הסעיף ועד המילים "של אדם אחר" אלו נסיבות. "בכוונה להפחידו" זהו כבר היסוד הנפשי. בסעיף זה **אין תוצאה**, לא כתוב משהו שהוא תוצאה של האיום.

**פס"ד גדליהו כהנא-** בפסק דין זה אחד הנושאים שבהם דנו היה בקשר למילים "על אדם" בסעיף 192, מה קורה כשמאיימים על אדם והאדם לא שומע את האיום? ביצעו ניתוח של הסעיף ואמרו שלא מדובר בעבירת תוצאה, והמילים על "על אדם" זו נסיבה שהמשמעות שלה היא שאדם חייב לקלוט את האיום אחרת הדבר לא נחשב לאיום על אדם, זה כאילו שאדם ידבר אל עצמו.

שיעור 8:

**ההבחנה של פרופ' שפירא בין עבירות תוצאה לעבירות התנהגות-** נותן הסבר למה קשה להבחין בין תוצאה ללא תוצאה. לדבריו, אין התנהגות שאין לה תוצאה, לכל התנהגות קודמת שרשרת סיבתית. הוא מדבר על מה צריך לקרות כדי שירייה מכלי נשק תפגע במטרה. פגיעה במטרה או אי פגיעה במטרה היא תוצאה, אדם נפגע או לא. הוא אומר שעם זאת צריכים להתקיים כמה תנאים כדי שהקליע יצא בכלל מהקנה. הוא בא להראות שעושים הבדל מלאכותי בין היציאה של הקליע לפגיעה שלו במטרה. בסופו של דבר, החלוקה של עבירות עם תוצאה או בלי תוצאה היא מלאכותית, זוהי רק צורה של ניסוח ולא עובד ככה בעולם הפיזי.

עבירת הגניבה למשל היא עבירה שבאופן כללי נחשבת לעבירת התנהגות, אין בה שום תוצאה. אם כסף נגנב למשל, הוא עדיין נשאר כסף. בעבירת גניבה לרכוש לא קורה כלום, אותו חפץ נשאר אותו דבר ולכן פרופ' פלר מגדיר אותה כעבירת התנהגות לפי ההגדרה שלו לתוצאה. עם זאת, יש לו התייחסות גם לעבירת הגניבה כעבירת תוצאה. הגדרת העבירה נקבעת לפי האינטרס המוגן. הדבר מעיד על כך שהגדרת העבירה לא פשוטה בעבירות מסוימות.

**המחדל בפלילים:**

**מהו מחדל?** מחדל בפלילים זה כאשר מטילים אחריות פלילית על מי שנמנע מלעשות מעשה. זוהי הטלת אחריות פלילית על הימנעות מעשיית מעשה שהייתה חובה לעשותו.

**הקושי בהענשה על מחדל –** בעוד שקל להטיל אחריות פלילית ולהעניש על מעשה אקטיבי, יש קושי בהטלת אחריות על אי עשייה. כשאומרים לבן אדם לא להרוס, להרביץ וכו',מאוד ברור למה מתכוונים שאסור לעשות. כשאומרים לאדם להציל, להשקיע, לפעול וכו', פחות ברור מה לעשות, יש ציפייה מאדם להשקיע משאבים ומאמץ.

**פס"ד הרשפי-** סעיף 262 לחוק העונשין הוא אי מניעת פשע. הוא קובע שאם אדם יודע שאדם אחר עומד לעשות פשע ולא נוקט את כל האמצעים הסבירים כדי למנוע זאת דינו מאסר שנתיים. בפס"ד הרשפי מדובר בבחורה שלמדה ביחד עם יגאל אמיר והועמדה לדין והורשעה בעבירה של אי מניעת פשע בהאשמה שהיא ידעה על מעשיו של יגאל אמיר ומה הוא מתכוון לעשות. הקושי שציינו קודם מתבטא כאן בכך שהציפייה ממנה הייתה להבין שהוא רציני ושהוא באמת מתכוון לפעול.

אילו היינו מטילים על כל אזרח חובה עשייה כללית ומטילים אחריות פלילית על כל אדם שלא מנע תוצאות מזיקות, היינו הופכים את חיי האזרחים לבלתי נסבלים. השיקול שדוחה ולא מאפשר חובת עשייה כללית הוא **שיקול החירות.** חייבים להגביל את הטלת האחריות הפלילית **רק למקרים שבהם יש חובת עשייה, למקרים שבהם החברה מצפה מאדם לפעול.** חייבים להגדיר חובות פעולה שבהם שיקול החירות נסוג מפני שיקולים אחרים.

סעיף 18ב לחוק העונשין- "מעשה"- לרבות מחדל אם לא נאמר אחרת.

סעיף 18ג- בגלל הקושי שבהרשעה על מחדל, מצמצמים את האפשרות להרשיע בפלילים בגין מחדל רק למקומות שבהם יש חובת פעולה.

**במחדל נצטרך למצוא חובת עשייה כדי להרשיע.**

ההבדל בין מחדל לעשייה אקטיבית – כשאומרים לאדם לא לעשות משהו אקטיבי, למעשה אומרים שהוא יכול לעשות את כל הדברים האחרים חוץ מהתנהגות אחת. לעומת זאת, כשמרשיעים אדם על הימנעות מלעשות פעולות, אומרים שהוא לא יכול לעשות את כל הפעולות חוץ מפעולה אחת, נשארת לו רק אפשרות אחת של ללכת להציל. פרופ' פלטשר אומר שמדובר בפיקציה ושבמציאות זה לא תמיד ככה. לדבריו לא הכל פתוח לאדם חוץ מדבר אחד. תלוי מה הבחירות שעמדו לפניו.

**השאלה המוסרית-** האם באמת יש הבדל מוסרי בין מעשה אקטיבי למעשה פסיבי? זו שאלה שעולה הרבה בהקשר של המתות חסד למשל, האם יש הבדל בין לא לחבר למכונת הנשמה שזהו מעשה פסיבי לבין לתת תרופת המתה שזהו מעשה אקטיבי. התשובה היא מורכבת. בנושאים של המתת חסד, יש התייחסות ספציפית בחוק- בחולה הנוטה למות, החוק מאפשר שלא לחבר למכונת הנשמה אך לא מאפשר המתה אקטיבית ולהפסיק חיים.

קרמניצר אומר שגם אם יש שני מצבים זהים מבחינת יסוד נפשי, במחדל יש פחות נחישות לפוגע בערך המוגן וגם פחות מחויבות וזיקה לתוצאה מאשר במעשה אקטיבי. עם זאת, יש מקרים של מחדל שיכולים להיות לא פחות חמורים, במיוחד במקרים שבהם יש פגיעה בערכים מאוד בסיסיים וקרבה ברורה בין מי שפוגע למי שנפגע.

**אין שום קביעה בחוק שענישה על מחדל תהיה קלה יותר מעל מעשה אקטיבי.**

**בעיות נוספות שעולות ממחדל:**

1. בעיה של קשר סיבתי- יותר קשה להצביע במחדל על קשר סיבתי מאשר בעשייה אקטיבית. זה מורכב יותר.

**פס"ד גרינוולד-** גרינוולד היה עיתונאי שכתב מאוד חריפים על קסטנר וייחס לו רצח. בגין דברים אלה, הוא הועמד לדין פלילי על הוצאת דיבה. קסטנר עשה כל מיני פעולות של הצלת יהודי הונגריה וגם שיתף פעולה עם המשטר הנאצי בכך שלא הסגיר פושע נאצי שהוא ידע עליו. הרבה מהדברים שהוא הואשם בהם היו דברים **שהוא היה צריך לעשות והיו יכולים להציל יהודים ולא עשה** ולכן קשורים לעניין המחדל. השאלה הייתה היא כמה לייחס לאי העשייה של קסטנר את הדברים שקרו ליהודים. הוא זוכה בסופו של דבר.

1. חשש מהמציל המקלקל- אם אדם לא רופא ומצפים ממנו לעזור ולגעת באדם שנפגע בתאונת דרכים, זה לא דבר מומלץ. שיקול הדעת של אדם ברגע נתון כזה יכול להזיק.

עקב סיבות אלה יש צורך בצמצום המחדל בפלילים.

שאלה מרכזית סביב המחדל היא **מאיפה אפשר לקחת חובות עשייה?**

יש סוגים שונים של ניסוחים של סעיפי עבירה שאפשר לעבור למחדל. נראה 3 סוגים של עבירות שאפשר לעבור אותן גם במחדל:

1. **עבירות מחדליות שניתן לעבור רק במחדל-** עבירות שמנוסחות כמחדל ובתוך הניסוח שלהן כתוב מה החובה לפעול וגם כתוב מה העונש של מי שנמנע. סעיף 262, אי מניעת פשע זוהי עבירה מחדלית, אפשר לעבור אותה רק במחדל. זו עבירה בעייתית, היא רחבה ולא ברורה מספיק. מה שמייחד את הניסוח שלה הוא הניסוח המחדלי, כתוב גם מה חובה לעשות וגם מה העונש על אי העשייה. רוב העבירות לא מנוסחות כך.
2. **עבירות גרימה-** אלו עבירות שבהן אין הגדרה קונקרטית של ההתנהגות, ההתנהגות מוגדרת כ"גורם ל...", אלו עבירות שנקראות עבירות גרימה ואם קיימת חובת עשייה מחוץ לאותו סעיף, ניתן לבצע אותה גם במחדל. רוב הסוגיות על הענשה במחדל מתנקזות לסוג זה של עבירות. אפשר להטיל אחריות פלילית על עבירות גרימה במחדל, אך חייב למצוא חובה חיצונית לעשייה. בגרימת מוות למשל, ייתכן ויהיו כמה עבירות שההבדל ביניהן הוא ברמת היסוד הנפשי ובכולן יהיה אפשר להרשיע על מחדל אך יהיה צורך בהוכחת היסוד הנפשי.
3. **המעשה מנוסח כמעשה אקטיבי-** "הפוצע", "התוקף". אם לא נאמר אחרת, גם לגביהן קובע סעיף 18 שניתן לבצע אותן במחדל. פס"ד מזרחי- מזרחי לא חוזר מחופשה, זהו מחדל. הוא לא ברח אקטיבית, הוא נמנע מלחזור. למעשה, ביהמ"ש הרשיע אותו בעבירת בריחה למרות שההתנהגות שלו פסיבית.

**קושי של סיווג –** לא תמיד קל להבחין האם התנהגות היא מחדלית או אקטיבית. אי שמירת מרחק בנהיגה למשל.

**פס"ד ימיני-** רואים בו את הקושי בלהגדיר מתי מדובר במחדל ומתי לא. מדובר במקרה של תאונת פגע וברח בה נהגים שיכורים פגעו בבחורה, הרגו אותה והמשיכו לנסוע. ההתלבטות שם נוגעת לא לנהג אלא לבחור שישב לידו ולא עצר אותו או הגיש עזרה. לא הוא בעצמו ביצע את העבירה אלא הנהג. הדיון נסוב על עבירה של אי הגשת עזרה לנפגע בתאונת דרכים.

**מקור החובה לפעול:**

כאמור, אפשר להרשיע במחדל רק אם יש חובה לפעול. בסעיף 18ג כתוב שאפשר להרשיע אם מוצאים חובה "לפי כל דין או חוזה". עם זאת, עדיין יש שאלות מאוד קשות ביחס למקור החובה והיקף החובה לפעול. אם לא ברור מספיק מראש מה היקף החובות ומאיפה הן לקוחות, יש פגיעה רצינית בעיקרון החוקיות כי אין וודאות.

**חובות העשייה:**

1. **מתוך החוק הפלילי-** קיימים שני סוגים:
* חובת שהן חלק מהגדרה של עבירה- עבירות מחדליות שכוללות גם הגדרה של חובה וגם של העונש של מי שמפר את החובה. לדוגמא- חוק לא תעמוד על דם רעך. סעיף 1 מגדיר מהי החובה וסעיף 4 מגדיר מהו העונש- קנס. החובה בחוק זה היא מצומצמת וגם העונש לפיו הוא יחסית קל. חוק זה הוא דוגמא למקור חובה שנמצא בתוך העבירה עצמה וגם לעונש למי שלא עומד בחובה. דוגמא נוספת – סעיף 263 לחוק העונשין- מי שנצטווה על ידי שוטר או עובד ציבור אחר לעזור ואדם לא עוזר.
* חובות עשייה כלליות בתוך חוק העונשין- בחוק העונשין יש כמה חובות עשייה כלליות. למשל- חובות שיש להורה כלפי הילדים שלו. סעיף 323 עד סעיף 326- אלו סעיפים שמונים מספר חובות **ללא סנקציה**, אפשר להשתמש בהם **כדי להטיל אחריות פלילית על עבירה שתתרחש**. סעיף 323- להורה יש חובה כלפי הילד שלו לעשות מספר דברים. אם עקב אי העמידה בחובה קרה משהו, תהיה הרשעה על העבירה הרלוונטית בהתאם למה שקרה. אם אמא לא נותנת אוכל לבן שלה והוא מת, נכריע מהי העבירה הרלוונטית לפי היסוד הנפשי שלה.

\*חובות אלה לא פוגעות בעיקרון החוקיות כי הדברים מפורסמים וידועים.

1. **חובות מחקיקה חוץ פלילית-** האם לצורך הרשעה במחדל בפלילים אפשר לקחת חובות ממקורות אחרים כמו נזיקין למשל? לפי הלשון של סעיף 18ג, אפשר בהחלט, כתוב בו "חובות לפי כל דין או חוזה", הדבר לא מצומצם רק לדיני העונשין.

פס"ד לורנס-מדובר בחבורה ששיחקה ברולטה רוסית. לורנס היה מי שהוביל את המשחק. מי שנהרג במשחק זה הרג את עצמו, נפלט לו כדור על עצמו. לורנס היה זה שהוביל את המשחק ובית המשפט העמיד אותו לדין על כך שהוא גרם למותו. השופט לוין מתייחס ללורנס כיוצר סיכון ומכיר בחובה של יוצר כסיכון כמי שיכול להסיר את הסיכון ולוקח זאת מדיני הנזיקין. בנזיקין קיימת עוולת הרשלנות. כדי להרשיע בה צריך להראות שהייתה חובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטית. השלב הראשון של חובת זהירות מושגית היא יחסים כלשהם, שיש זיקה(הורה-ילד, מורה-תלמיד וכו'). בפסק דין זה נאמר שאם קיימת חוברת זהירות מושגית בנזיקין אפשר לייבא אותה לדין הפלילי כבסיס חובה להרשעה בפלילים. ההלכה מפסק דין זה- אפשר לקחת חובות מנזיקין לפלילים.

**פס"ד שכטר-** השאלה האם אפשר לשאוב חובות מדיני הנזיקין נשארת בצריך עיון, אך נאמר שבגלל הלשון הרחבה של תיקון 39 (סעיף 18ג) כנראה שאפשר.

שיעור 9:

פרופ' יצחק קוגלר מציע לקחת חובות בדיני הנזיקין, אך לא למקרה הראשון שיקרה אלא למקרים הבאים, אחרי שכבר יהיה מקרה שבו בית המשפט יקבע את חובת הזהירות.

**חובת הזהירות-** לקוחה מעוולת הרשלנות בנזיקין. כדי להוכיח את עוולת הרשלנות צריך להוכיח חובת זהירות מושגית, חובת קונקרטית לסיטואציה, להראות שהחובה הופרה ושהנזק נגרם מהפרת החובה. בהקשר הפלילי של מחדל, רלוונטית רק חובה המושגית. כלומר, להראות שיש זיקה מיוחדת בין מי שלא מנע את הנזק למי שנפגע. את הייבוא הזה מדיני הנזיקין אפשרי לעשות לפי הניסוח של סעיף 18ג ולפי אמירות בפסיקה, אך אין הכרעה ברורה וצריך להיזהר עם זה.

1. **לפי חוזה-** יש חובות שמקורן בחוזה. לדוגמא- מציל שמתוקף חוזה העבודה שלו מחויב להשגיח על השוחים בבריכה או בים. זו חובה מכוח חוזה. מציל שלא יעשה זאת אפשר להטיל עליו אחריות פלילית. החובה יכולה להיות לא רק בין צדדים לחוזה אלא גם כלפי צדדים שלישיים. החובה יכולה להיות בחוזה גם במשתמע ולא רק במפורש.

**עולה השאלה- האם אפשר לקחת עבירה מחדלית קלה ובהתקיים שנגרם נזק להשתמש כמקור חובה לעבירה חמורה יותר?**

לדוגמא- האם אפשר להטיל אחריות על מרגלית הרשפי לא רק בגין אי מניעת פשע על רצח של רבין אלא באחריות על מעשה ההמתה?

**חשין בפס"ד וייצמן –** לא מוכן לקבל את האפשרות לקחת סעיף עבירה קל ולייצר ממנו חובות. חשין אומר שהפסיקה יכולה לייצר חובות אך צריכה להיזהר עם זה. גם כשיש מקור חובה לא צריך לקחת אותה באופן אוטומטי. הוא אומר שאי אפשר לקחת עבירה מחדלית קלה ולהשתמש בה כבסיס חובה לעבירה חמורה יותר. לדבריו, זה שהמחוקק החליט לתת עונש קל על העבירה של לא תעמוד על דם רעך הוא למעשה הביע את דעתו שההתנהגות ראויה לעונש הקל שהוא קבע ולא למשהו חמור יותר, ולכן אי אפשר לייבא את העבירה הזו כדי להטיל אחריות כבדה יותר. בפס"ד ימיני השופט אומר שהסוגיה נשארת בצריך עיון.

\*ייתכן שלפעמים אפשר להשתמש בעבירה קלה כמקור חובה לעבירה חמורה יותר, בטח כאשר מדובר בחיי אדם. התשובה צריכה להיות נעוצה באופי החובה, עד כמה החובה שמצויה בעבירה הקלה היא קונקרטית ומצומצמת. העבירה של אי מניעת פשע למשל בוודאי לא יכולה לשמש מקור להרשעתה של מרגלית הרשפי במותו של רבין, החובה רחבה ולא יוצרת זיקה חזקה בין מי שידע לבין הצורך שלו למנוע. לעומת הזאת, בחוק לא תעמוד על דם רעך, החובה מצומצמת, צריך סה"כ להרים טלפון במקום בו אין מי שיעשה זאת ואם אדם מת מאי קיום החובה הזאת, אפשרי להטיל אחריות חמורה יותר.

דוגמא נוספת- סעיף 361 – השארת ילד בלא השגחה במטרה לנטושו. אם קורה משהו לילד, ייתכן ואפשר להשתמש בסעיף הזה כדי להטיל אחריות בעבירה חמורה יותר.

**חשין בפס"ד וייצמן-** דין כולל גם חובות מהפסיקה, אבל גם כשיש חובה מפורשת בחוק אין לייבא חובות באופן אוטומטי אלא לבחון את עוצמת החובה, מידת הקונקרטיות שלה והאם לפי תכלית החוק ראוי להפוך אותה למקור חובת עשה.

**פס"ד פרידמן-** עוד חובה לפעול שעולה בפסיקה היא **חובתו של יוצר סיכון להסיר את הסיכון.** זוהי חובה שמקורה בזיקה של יוצר הסיכון להסרתו. בפס"ד פרידמן יש התייחסות מפורשת לכך. גם בפס"ד לורנס מכירים בחובה של מי שיוצר את הסיכון להסירו. בפס"ד זה(פרידמן), בעל דקר אשתו בטענה של הגנה עצמית. הוא הציע לעזור לה, היא סירבה והוא השאיר אותה לדמם ועזב את המקום. הוא לא הזעיק עזרה – זהו המחדל. השופט אומר שגם אם טענת ההגנה עצמית הייתה מתקבלת, היה אפשר להטיל עליו את האחריות בגין המחדל על כך שהוא יצר את הסיכון וקמה לו חובה להסיר אותו. זוהי פסיקה שמכירה קונקרטית בחובה של יוצר סיכון להסיר את הסיכון.

**פס"ד מילר(פס"ד מהמשפט האנגלי)-** מדובר בהומלס שנכנס לבית כדי לנוח ונרדם שם עם סיגריה בפה. הבית נשרף, הוא התעורר ועזב את המקום. הפסיקה שם מכירה בחובה של יוצר סיכון להסיר את הסיכון, כלומר הוא היה צריך לטפל בשריפה.

סיכום- כדי לבסס אחריות פלילית בגין מחדל יש להצביע על חובת פעולה. מקורות החובה יכולים להיות חובות חוקיות מהחוק הפלילי או החוץ פלילי אך לא כל חובה יכולה לשמש בסיס להרשעה במחדל בפלילים, תלוי במידת הקונקרטיות שלה ובתכלית החקיקה. מקור נוסף הוא חוזה ומקור אחרון הוא יצירת מצב מסוכן, ליוצר סיכון קמה חובה להסיר אותו. החובות הן ביטוי לזיקה בין יוצר הנזק לקורבן. ככל שהזיקה תהיה הדוקה יותר כך יהיה קל יותר להטיל אחריות. בגלל שנושא המחדל בעייתי יש הרבה מקום לשיקול דעת.

**עיקרון המזיגה/הסימולטניות:**

כדי להטיל אחריות פלילית, צריך להוכיח קיומם של כל הרכיבים העובדתיים והנפשיים **במקביל**(למעט רכיב התוצאה שהוא בהרבה מקרים משהו שקורה בהמשך). חייבים שיהיה קשר וסמיכות זמנים בין היסוד הנפשי לעובדתי. באונס, חייבים להוכיח שחוסר ההסכמה היה בזמן הבעילה ולא לאחר מכן. הנסיבה צריכה להיות באותו זמן של ההתנהגות.

**דוגמא-** אדם רוצה, מתכוון ומתכנן להמית אדם אחר. הוא נכנס לרכבו, מתחיל לנסוע לכיוון ביתו של אותו אדם ומרוב שהוא שקוע במחשבות, הוא דורס הולך רגל בדרך. למזלו, הולך הרגל הוא אותו אדם שהוא תכנן לרצוח. בדוגמא זו, אי אפשר להרשיע ברצח, יש כאן צירוף מקרים ובמשפט פלילי אי אפשר להרשיע על צירוף מקרים. בפלילים צריך להוכיח קשר בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי. האדם הזה יישא באחריות פלילית, אך לא בגין עבירה של רצח, אולי על ניסיון רצח. עיקרון הסימולטניות אומר שצריך להיות קשר זמנים.

לפעמים סוטים מעיקרון הסימולטניות משיקולים של צדק, למרות שזה לא נאמר במפורש. נזכיר 3 פסקי דין:

**פס"ד ורטר-** בפס"ד זה ההתנהגות קדמה למחשבה הפלילית והסתיימה לפני שנוצרה מחשבה פלילית. מדובר בעיתונאי שבמהלך משפט שהתנהל השיג פילים(של מצלמה). אחת הסנגוריות רצתה לצלם תיק שמתנהל וורטר עזר לה. בדרך זו, למערכת העיתון הגיעו תצלומים של תמונות שהוא לא התכוון לעשות איתם כלום, אך לאחר מכן כשהחומר כבר במערכת העיתון, הוא החליט לעשות בהם שימוש ולפרסם את התמונות. מעמידים אותו לדין בעבירה של קבלת דבר בתחבולה- בגלל התחבולה שהוא עשה הוא קיבל דבר שלא היה מגיע אליו בדרך אחרת. טענתו של וורטר, שגם התקבלה והוא זכה, היא שכאשר הוא קיבל את הפילים, לא הייתה לו שום מחשבה או רצון לעשות בהם שימוש, אך מאוחר יותר, כשהם כבר היו אצלו, הוא חשב להשתמש בהם. המחשבה הייתה לאחר שהדבר היה בידו, כלומר יש כאן התנהגות ורק לאחר מכן מחשבה פלילית. כאן לא חרגו מעיקרון הסימולטניות.

**פס"ד ג'מאמה-** מדובר במקרה של אישה שנחנקה על ידי בן זוגה ולאחר מכן הושלכה לבאר ומתה. מסתבר שהיא נפטרה כתוצאה מטביעה בבאר ולא כתוצאה מהחנק. הנאשם טען שאין מקום להרשיע אותו כי כשהוא חשב שהוא ממית אותה התוצאה לא התקיימה, לא נגרם מוות מזה שהוא חנק אותה. אחר כך, כשהוא הטביע אותה, הוא היה משוכנע שמדובר בגופה ושהוא רק פועל במטרה להשמיד ראיות. הוא למעשה אומר שהיה לו את היסוד הנפשי כשהוא ביצע את היסוד העובדתי. בית המשפט לא קיבל את הטענה שלו. הוא התייחס לאירוע כרצף של פעולות שהביא למותה של האישה וכוונה להמית שליוותה את רצף הפעולות הזה ולא חשוב איזו מהפעולות היא זו שהובילה למוות. יש כאן דחייה של עיקרון הסימולטניות במידה מסוימת והדבר נראה צודק משום שהצדק מחייב את זה במקרה כזה, יצרו כאן זיקה בין היסודות מתוך שיקול של צדק באמירה שמדובר ברצף של פעולות.

**פס"ד חורי-** השאלה שעולה היא האם צריכה להיות חפיפה בו זמנית בין ההתנהגות לנסיבות שלה. בד"כ אין שאלה כזאת כי הדבר קורה באותו זמן כדי שנטיל אחריות פלילית. כמו בדוגמא עם האונס, היעדר ההסכמה צריך להיות תוך כדי הבעילה ולא אחרי או לפני. כאן מדובר במקרה חריג. הייתה תאונה שבה אדם פגע ברכב של אישה בהיריון. בעקבות התאונה היא ילדה, הילד לכאורה מת, הנשימו אות והצליחו להחיות אותו וכעבור 14 שעות הוא מת. השאלה היא האם לייחס לנהג עבירה של גרימת מותו של אדם(סעיף 304). השאלה המעניינת היא האם מתקיימת הנסיבה של אדם? ההגנה טענה שבשעת העבירה לא היה מדובר באדם ולכן צריך לזכות מעבירה של גרימת מותו של אדם. בית המשפט לא קיבל את הטענה ואמר שלא נדרשת חפיפה בזמן בין ההתנהגות לנסיבות, לא דרשו סימולטניות בין הנסיבה להתנהגות ולקחו מתוך שורה של קריטריונים את הערך החברתי המוגן. כשמדובר באינטרס מוגן בעל חשיבות רבה, יש יותר נטייה להרחיב את ההגנה סביבו ולהרשיע גם אם אין חפיפה בין ההתנהגות לנסיבה. יש כאן חריגה ברורה מעיקרון הסימולטניות.

**היעדר שליטה:**

לא ניתן להטיל אחריות על מעשים שנעשים בהיעדר שליטה. כדי להטיל אחריות פלילית חייבת שיהיה מעשה שנעשה בשליטה ושהיה רצוני. לדוגמא, אם חולה אפילפסיה תוקף מישהו במהלך התקף, לא ניתן להטיל עליו אחריות פלילית מכיוון שהתנהגותו נעדרת שליטה. הוא לא בחר לפגוע באינטרס מוגן. השליטה היא תנאי חיצוני מוקדם לקיום אחריות פלילית, אי אפשר להטיל אחריות על אדם אם לא הייתה לו אפשרות לפעול אחרת. כשמדברים על היעדר שליטה, מדברים על היעדר שליטה בתנועה פיזית. התנאי הבסיסי כדי להיכנס לתחום האחריות הפלילית היא שליטה על התנהגות. דוגמא נוספת – אם אדם נוהג ברכב ואין לו בלמים, זה לא מצב של היעדר שליטה, זה היעדר מודעות. לעומת זאת, אם אדם קיבל התקף לב על ההגה או נמנע מללחוץ על הבלם כי השתתקה לו הרגל, זהו מצב של היעדר שליטה. גם שינה היא מצב קלאסי של היעדר שליטה. הנושא של שליטה או היעדר שליטה יכול להתעורר גם בעבירות של רשלנות.

בתוך חוק העונשין, בסייגים לאחריות הפלילית, יש **סייג שנקרא היעדר שליטה**. הוא נמצא בסעיף 34(ז). לפני תיקון 39 מ-1994 הנושא של שליטה לא היה מכוח חוק מסודר כמו שקיים עכשיו והדבר נקרא בפסיקה "רצייה" ועלתה התלבטות לאן שייך את הנושא. כיום כאמור הדבר מסודר ונמצא בתוך סעיף 34(ז). חוסר השליטה הוא למעשה היעדר היכולת לבחור, זה מה ששמים עליו את הדגש, אם לא הייתה לאדם אפשרות לבחור אחרת. השליטה היא תנאי סף, בדומה לגיל. הדבר מופיע ברשימה של הסייגים לאחריות פלילית על אף שזה לא בדיוק סייג אלא תנאי סף.

\*הדבר לא דומה לפעולה פלילית בנסיבות של כורח – כאדם מאיים על אדם אחר שאם הוא לא יבצע עבירה פלילית הוא יפגע בו, זו סיטואציה שיש בה בחירה, אפשר לבחור אם להיכנע לאיום או לא להיכנע לאיום, ומכיוון שיש בחירה, אפשר לבוא בטענות. החברה תהיה זו שתנסח מה התנאים המדויקים כדי ליהנות מסייג הכורח. אפשר להחליט שיש עבירות שלא עושים אותן גם בסיטואציות של כורח. היעדר שליטה לעומת זאת, הוא מצב שאין עליו דיון, זה דבר שלאדם אין שליטה עליו או יכולת בחירה פיזית.

**הדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור-** הנושא של היעדר שליטה מעלה את השאלה מה קורה בסיטואציות שבהן בזמן העבירה אין שליטה ולכן אי אפשר לבוא בטענות אך מה לגבי הרגע שלפני זה, שאדם הכניס את עצמו לסיטואציה? בפס"ד מילר האנגלי, לפני שהוא נרדם הוא ידע שהוא הולך להירדם, על זה כן הייתה לו שליטה. כחברה, נרצה להגן על עצמנו מאנשים שמכניסים את עצמם למצב של היעדר שליטה ובמצב של היעדר שליטה פוגעים בחברה. אנחנו כן נרצה להטיל אחריות פלילית על מי **שהכניס את עצמו** למצב של היעדר שליטה ובמסגרתו עשה עבירה פלילית. כדי לטפל בנושא זה, התפתחה דוקטרינה שנלקחה מאירופה שנקראת התנהגות חופשית במקור. דוקטרינה זו אומרת שנטיל אחריות פלילית על התנהגות שנעשו בהיעדר שליטה אם אדם הכניס את עצמו למצב של היעדר שליטה בזמן שהיה בשליטה. למשל, אם אדם נוסע בכביש ומרגיש שהוא הולך להירדם אבל ממשיך לנהוג ולא עוצר לרענון, נרדם וגורם לתאונה, דוקטרינה זו תאפשר להטיל עליו אחריות פלילית על העבירות שבוצעו בזמן השינה.

אחרי שבודקים אם האדם נכנס למצב של היעדר שליטה בשליטה, בודקים מה היה **היסוד הנפשי** שלו, האם כשאדם נכנס למצב הוא צפה שהוא עלול לגרום לעבירות שהוא גרם להן? האם כשאדם נרדם על ההגה הוא הבין שהוא יכול לגרום לנזק ובכל זאת העדיף להירדם? כלומר האם הוא העדיף משהו על פני האינטרס המוגן.

**דוקטרינה זו כבר לא קיימת אחרי תיקון 39.** סעיף 34יד מתייחס לכמה סייגים וביניהם גם הסייג של היעדר שליטה ונקרא כניסה למצב בהתנהגות פסולה. הסעיף מרחיב את האחריות הפלילית יותר מהדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור. הסעיף אומר שאדם לא ייהנה מהסייג של היעדר שליטה אם הוא נכנס למצב הבלתי נשלט בהתנהגות **נשלטת ופסולה** והוא היה מודע לאפשרות שתתרחש עבירה או אדם מהישוב היה מודע לאפשרות שתתרחש עבירה. במצב כזה הסעיף אומר שאדם לא רק לא ייהנה מהסייג אלא מוסיף **בסעיף קטן ב** שייחסו אחריות פלילית לאותו אדם על מחשבה פלילית. הדבר מרחיב את האחריות הפלילית כך שגם אם אותו אדם לא חשב שזה מה שעלול לקרות אבל אדם מן הישוב כן, אפשר לייחס לו מחשבה פלילית.

ההבדלים בין הסעיף לדוקטרינה – 1.כניסה למצב בהתנהגות פסולה(מלבד זה שהיא נשלטת)- בית המשפט יחליט מהי התנהגות פסולה. 2.ההשלכות של סעיף 34יד רחבות יותר- גם כשאדם נכנס למצב ללא מודעות אבל אדם מהישוב היה מודע שזה עלול לקרות, הוא יישא באחריות. יש מלומדים שלא אוהבים את ההרחבה הזאת ואומרים שמייחסים כאן מחשבה פלילית לאדם שלא הייתה לו מחשבה פלילית.

שיעור 10:

סעיף 34יד כאמור מרחיב את האחריות הפלילית מכיוון שקל יותר להוכיח מה אדם מן הישוב היה חושב מאשר מחשבה סובייקטיבית. סעיף קטן ב' אומר שאם אדם נכנס למצב הבלתי נשלט במעין רשלנות כמו שהסעיף קובע, יהיה אפשר להטיל עליו אחריות בכל העבירות שבהן נדרשת מחשבה פלילית(רוב העבירות). הדבר היחיד שאדם כזה לא יורשע בו הן עבירות של כוונה(כמו רצח).

**נטלי ההוכחה- מה ההגנה צריכה להוכיח ומה התביעה צריכה להראות?**

נדבר על נטלי ההוכחה בהקשר של סייגים לאחריות הפלילית.

סעיף 34ה- קובע שמלבד אם נאמר אחרת בחוק, חזקה על מעשה, שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות הפלילית. הסעיף למעשה מבטא הנחה בסיסית- רוב ההתנהגויות העברייניות מתרחשות בסיטואציות ללא סייגים כך שלא צריך להוכיח סייגים על דרך השלילה.

סעיף 34כב(א)- הסעיף בו מוסדרים נטלי ההוכחה. הוא קובע שאדם לא יישא באחריות פלילית לעבירה אלא אם הוכחה מעל לספק סביר. **הבסיס הוא שהתביעה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר(97%) שהתקיימו יסודות העבירה.** אם יש ספק, יהיה זיכוי מחמת הספק. זיכוי כזה משמעותו שלא הצליחו להוכיח ברמה הנדרשת המשפט הפלילי. סעיף זה הוא ביטוי לחזקת החפות.

סעיף קטן ב- אם התעורר ספק סביר שקיים סייג לאחריות הפלילית, הסייג **יתקיים.** תפקיד התביעה הוא להוכיח מעל לכל ספק סביר שלא התקיים הסייג.

**סייג אי שפיות הדעות(סעיף 34ח)-** עד כה עסקנו בהיעדר שליטה על תנועות פיזיות. לעיתים, מחלת נפש, גורמת לאדם לאבד שליטה. בגלל שהנושא של אי שפיות הוא מיוחד ומורכב, ייחדו לו סעיף משלו. ההשלכה היא לא רק היעדר אחריות פלילית אלא דברים נוספים כמו אשפוז כפוי. משפט פלילי לא מעניש אדם בגין מחלתו. אדם שנכנס לגדרי סעיף 34ח הוא חסר אשמה פלילית, הטיפול שיינתן לו הוא לא פלילי אלא רפואי, המענה צריך להינתן לו במישור הרפואי ולא בבית הכלא או בדרך פלילית. מתוך זה נוצר הסייג של אי השפיות. לסייג זה יש תנאים מחמירים מאוד ובית המשפט נזהר בקבלה שלו.

הרעיון מאחורי הסעיף הוא שאדם שפועל בהיותו בלתי שפוי לא אשם, אינו ראוי לעונש והענשתו תהיה הענשה על עצם מחלתו. השאלה שעולה היא כיצד נגן על עצמנו גם מפני אנשים כאלה? אפשר לומר שההגנה שניתנת לא מושלמת.

הסעיף נכנס לתוקף במסגרת תיקון 39. לפני תיקון 39, לא היה חוק שדיבר על מחלת נפש שגורמת להיעדר שליטה. \*דחף לאו בר כיבוש- הליקוי בכושר השכלי או הנפשי פוגע ביכולת של אדם לשלוט בעצמו. זהו דבר שהפסיקה יצרה הכרה בו, הדבר לפני התיקון לא היה מעוגן בחוק.

הסעיף פוטר מאחריות פלילית כשהנאשם בגלל מחלה שפגעה ברוחו או כושרו השכלי היה חסר יכולת של ממש- (מחולק ל-3): או חסר יכולת של ממש **להבין קוגניטיבית את מה שהוא עושה**, או **חסר יכולת של ממש להבין את הפסול שבמעשהו** או **שהוא לא יכל להימנע מעשיית המעשה.**

בית המשפט אומר בפירוש שההכרעות הן הכרעות משפטיות ולא רפואיות, בית המשפט הוא זה שקובע אם מחלת הנפש גרמה לאדם להיות חסר יכולת של ממש. היא כמובן נסמכת על חוות דעת פסיכיאטריות, אך מי שקובע הוא בית המשפט. הצדדים ינסו להראות חוות דעת שונות, פגמים בחוות הדעת, אך ההחלטה היא של בית המשפט.

אדם יכול לפעול באי שפיות **גם אם הוא פועל בקור רוח ומתכנן את מעשיו**, אי השפיות קשורה בדברים כמו "קולות פנימיים" שמניעים אדם לפעול, זהו הדחף לאו בר כיבוש. במצב כזה אדם לא אשם במצב וביצוע העבירה הפלילית הוא בלתי נמנע, הוא לא יכול לעצור את עצמו.

**פס"ד ברוכים-** בחור שהצית בתי בושת וחנויות מין בתל אביב וגרם למותן של 4 נשים. החילו עליו את סעיף 34ח ופטרו אותו מאחריות פלילית.

חשוב לדעת שקיים **חוק לטיפול בחולי נפש.** החוק קובע כללים לגבי מי שלא כשיר בשעת משפט לעמוד למשפט. הוא מתייחס לסיטואציות בהן הנאשם לא כשיר ואי אפשר לברר בכלל את האשמה שלו, לא ידוע מה היה בעת ביצוע העבירה. אם היה ידוע מה קרה בזמן ביצוע העבירה היו פוטרים אותו מאחריות לפי סעיף 34ח, אם לא, יטפלו בו במסגרת החוק לטיפול בחולי נפש.

סעיף 15 לחוק- הכותרת שלו היא אשפוז או טיפול מרפאתי של נאשם על פי צו בית משפט. הסעיף רלוונטי למצב בעייתי בזמן המשפט, אם המצב הנפשי של נאשם ישתפר, לא ישתמשו בסעיף זה. במסגרת הסעיף, בית המשפט יכול לכפות אשפוז או טיפול תרופתי. לאחר שדבר כזה נקבע, הטיפול עובר לבית החולים, הוא זה שקובע את הטיפול ואורך האשפוז. לפי סעיף 21, נאשם שאושפז לפי סעיף 15 יכול להיות שיועמד לדין בהחלטת היועמ"ש לאחר שחרורו(הסעיף נותן ליועמ"ש שיקול דעת לקבוע אם יש עניין לציבור בהעמדה לדין).

\*בשונה מסייג היעדר שליטה שנוגע בכניסה למצב בהתנהגות פסולה, במצב של חולה נפש שלא לוקח תרופות, אין מצב של כניסה למצב בלתי נשלט בהתנהגות פסולה, אין דרך להכריח חולה נפש לקחת תרופות.

סעיף 300א לחוק העונשין- ברמת אי שפיות שהיא **פחותה מבסעיף 34ח**, המקסימום שנהיה מוכנים לבוא לקראת הרוצח הוא לומר שהוא יקבל עונש מופחת. אין הפחתה באחריות, רק בעונש. ביהמ"ש בקושי משתמש בסעיף זה. סעיף זה מבטא תפיסה שבעיני המחוקק חיי אדם הם ערך בעל חשיבות רבה.

**השופט קדמי בפס"ד מליסה-** סעיף 300א בשונה מסעיף 34ח כולל גם הפרעה נפשית זמנית או מזדמנת. השופט מצא לא מסכים איתו בכלל לגבי הפרעה מזדמנת, הוא אומר שהפרעה מזדמנת היא לא אי שפיות, מזדמנת היא הפרעה שבעקבות טריגר מסוים נגרמת התפרצות. קדמי אומר שבית המשפט יבדוק גם חוות דעת וגם אם העבריין הכניס את עצמו למצב הזה(זוהי דעתו בלבד והדבר לא מעוגן בשום מקום).

**פס"ד עוקב-** מדובר בבחור הלום קרב שהיה קצין ביחידה מובחרת. הוא לקח טרמפיסטית וטרמפיסט ופתאום באמצע הדרך עצר וניסה לרצוח ולאנוס. את מקרה זה הכניסו לתוך סעיף 300א.

**סיכום הבדלים בין היעדר שליטה לאי שפיות-** היעדר שליטה כאמור מצומצם רק לתנועות פיזיות, אך ראינו שהיעדר שליטה יכול להיגרם גם ממחלות נפש ולכן ייחדו להן סעיף מיוחד. אחד ההבדלים המשמעותיים הוא שבחולי נפש מטפלים בחוק אחר ובמישור אחר, מה שלא קורה בהיעדר שליטה. הבדל נוסף הוא הכניסה למצב שלא קיימת במצב של מחלה נפשית.

סעיף 34ט- מדבר על מצב של שכרות. לסעיף זה נכנסות כל הסיטואציות שבהן אדם צרך אלכוהול וביצע מעשים פליליים. סעיף זה(חוץ מסעיף קטן א שלו) הוא לא סייג והוא למעשה הרחבה של האחריות הפלילית. בשכרות יש חזקה חלוטה שמי שצורך חומר משכר מכניס את עצמו במודע למצב של היעדר שליטה.

סעיף קטן א'- מדבר על מצבים לדוגמא שבהם אדם צרך שלא בידיעתו חומר שגרם לו לאובדן שליטה(לשים משהו בכוס לדוגמא). במצב כזה אדם לא יישא באחריות פלילית על מעשיו.

סעיף קטן ב'- אדם שעושה מעשה תחת שכרות אחראי למעשיו ברמה של עבירות של מחשבה פלילית(=גם אם אדם שיכור לגמרי מייחסים לו מחשבה פלילית). מדוע? כי הוא צרך את החומר במודעות. אין צורך להוכיח שאדם מבין שאם הוא שותה לשוכרה הוא מסוכן, מספיק שהוא ידע שהוא שותה משקה אלכוהולי כדי להתייחס אליו כמי שביצע עבירה בפיקחות.

הסעיף מאפשר להטיל אחריות פלילית בכל מיני עבירות **מלבד עבירות של כוונה.** כוונה אי אפשר לייחס לאדם שיכור, **אלא אם כן נכנסים לסעיף קטן ג'.**

סעיף קטן ג'- אפשר לייחס כוונה אם אדם צרך חומר כדי להיכנס למצב של שכרות בשביל לבצע את העבירה(אדם שלוקח סמים כדי לרצוח לדוגמא ויודע שמבלי להיות מסומם הוא לא יהיה מסוגל לעשות זאת).

סעיף קטן ד'- מגדיר מהו מצב של שכרות. לפי סעיף זה, מצב של שכרות מלאה מועתק מסעיף אי השפיות(=השכרות הובילה לחוסר יכולת של ממש להבין את המעשה או את הפסול בו או להימנע ממנו). **ההבדל או שהמקור לאי השליטה הוא החומר שנצרך ולא המחלה.**

סעיף קטן ה'- מדבר על מצב של שכרות חלקית, שאדם לא מודע לפרט מסוים מפרטי העבירה בשעת מעשה. עדיין תיוחס מחשבה פלילית בגלל הכניסה המודעת למצב של שכרות, אך כוונה לא יהיה אפשר לייחס במצב של שכרות חלקית.

שיעור 11:

**עבירות החזקה:**

אלו עבירות שיש בהן סוג מיוחד של יסוד עובדתי- החזקה. מדובר במשהו בין מעשה פסיבי למעשה אקטיבי. זוהי קטגוריה חשובה מכיוון שמשתמשים בה בעיקר בנושא של החזקת סמים, זו עבירה שכיחה בתחום. יש גם החזקת נשק, החזקת רכב גנוב ועוד. המשותף לכל העבירות האלה היא שמענישים על עצם ההחזקה. לא מדובר בהענשה על מחשבות, אלא על החזקה של חפץ. כמו שבכל עבירה צריך להוכיח יסוד נפשי, גם בעבירות אלה צריך.

האקט של להחזיק אינו מזיק כשלעצמו, אין כאן נזק לצדדים שלישיים מעצם ההחזקה של סם, נשק, רכב ועוד. ההחזקה היא אינדיקציה לביצוע מעשה שיש בו פגיעה, אך ההחזקה עצמה היא לא הדבר שפוגע. לעיתים יהיה קשה יותר לייחס למישהו גניבה ויהיה קל יותר להרשיע אותו בהחזקת רכב גנוב.

החוק מגדיר מהי החזקה בסעיף ההגדרות(34כד)- יש שני סוגים של החזקה- 1. החזקה ישירה פיזית- החזקה פשוטה, עובדתית, החזקה באיזשהו נכס כשהאלמנט המשמעותי הוא אלמנט השליטה, אותו מחזיק יכול להחליט מה לעשות באותו דבר שהוא מחזיק. דוגמא- אם מוצאים לאדם בתיק סמים או נשק ברשותו. 2. החזקה קבוצתית- גם אם אדם לא מחזיק בעצמו אבל מחזיק במקום מסוים ביחד עם עוד אנשים, הוא חלק מההחזקה.

סעיף משלים לסעיף זה הוא ס' 8 לפקודת הסמים המסוכנים. בית המשפט מסתכל על שני סעיפים אלה ביחד ולרוב אין קושי ליישב ביניהם.

**פס"ד הוכשטט-** השופט, במיעוט בפס"ד זה, קובע הגדרה של החזקה שבה ממשיכים להשתמש. הוא מגדיר מהם האלמנטים שצריכים להיות בתוך החזקה כדי לייחס אותה למישהו. זוהי הדעה המנחה בפסיקה בנושא של החזקה. הסיפור הוא שהיה בוס, מעביד, שבלי ידיעת הוכשטט שהיה עובד שלו הזמין חבילה שבתוכה היו מוחבאים סמים. הוא לא ידע מזה ולא רצה להיות חלק מהסיפור ולהסתבך, אך המשלוח עם הסמים הגיע על שמו. הבוס הצליח לקחת מהדואר את האישור שבעזרתו אפשר להוציא את הדברים מהמכס(למרות שהוא היה על שם הוכשטט) וסיפר לו על העניין. הוא לא היה מרוצה מהעניין אך לא עשה עם זה כלום. הבוס מציע להוכשטט לטוס לחו"ל כדי לא להסתבך במידה ויתפסו את החבילה. הוא ידע כל הזמן שהבוס שלו יכול ללכת למכס ובאמצעות זיוף של ייפוי כוח יכול לקבל את הסמים וזה גם מה שקרה. הוכשטט לא היה בארץ שזה קרה והוא הועמד לדין על החזקת סם אסור. ברק מניח את היסודות של ההחזקה ואומר: **"החזקה היא קיימת כאשר לאדם היכולת על פי מערך העניין הרגיל להגיע לעשייה פיזית בחפץ או שבידו היכולת לקבוע את גורלו הפיזי של החפץ".** האלמנט המרכזי פה הוא אלמנט השליטה. ברק מדבר על דבר נוסף שהוא חלק מגיבוש שליטה פיזית והוא **אלמנט של בלעדיות.** מה הכוונה? שכשרוצים לייחס למישהו החזקה זה צריך להיות החזקה בלעדית שלו או בלעדית ביחד עם עוד אנשים. אי אפשר לייחס החזקה אם הדבר נמצא במקום שלכולם יש גישה אליו. בפס"ד זה לא ברור אם הייתה בלעדיות ובודקים החזקה קונסטרוקטיבית, כלומר פעילות מתאומת של חבורה עבריינית. **כאן יש צורך בשני אלמנטים, שמודגשים בפסק הדין- ידיעה והסכמה.** צריך להראות שאותו הוכשטט ידע והסכים לעניין. אם יש הסכמה בין אנשי העבירה שמישהו מחזיק בחפץ בשביל כולם זה אומר שכולם יכולים לשאת באחריות פלילית על ההחזקה, גם מי שלא מחזיק ממש. הסכמה זה כשמוכיחים שהם נועדו יחד למטרה משותפת. השופטת בן פורת חושבת שלהוכשטט הייתה אפילו החזקה ישירה, שהוא כן יכל ללכת למכס בעצמו ולהוציא את החבילה בלי האישור. ברק לא רצה להתייחס לזה בטענה שזה לא משהו שהועלה ע"י התביעה ולכן הוא לא יעלה זאת בעצמו. ידיעה ככל הנראה הייתה, לגבי ההסכמה עולה שאלה- הוכשטט טס לחו"ל ולכן זה נראה כמו הסכמה, אך זה לא ברור. השופטת בן פורת חושבת שהייתה החזקה פיזית כאמור ואומרת שהוכשטט יכל ללכת למשטרה.

כשמדברים על החזקה, זה נשמע כאילו אין התנהגות, זה נשמע מעט פסיבי שפשוט מחזיקים במשהו.

\*לא יהיה במבחן נושא ההחזקה!

**קשר סיבתי**

הנושא של קשר סיבתי מתעורר **אך ורק בעבירות תוצאה.** בעבירות תוצאה כאמור צריך להוכיח – התנהגות, תוצאה וגם קשר סיבתי ביניהם. לא מספיק שיש התנהגות ותוצאה, צריך להראות שההתנהגות גרמה לתוצאה ע"מ להטיל אחריות פלילית. הקושי מתעורר כשלא ברור מה גרם למה או איך לקשור בין ההתנהגות לתוצאה.

השאלה היסודית בקשר סיבתי היא – מה הזיקה הנדרשת בין ההתנהגות לתוצאה כדי שנוכל להגיד שההתנהגות היא זו שגרמה לתוצאה. כאן אפשר לחלק את הקשר הסיבתי לשני סוגים של קשר סיבתי:

1. **קשר סיבתי עובדתי-** לא תמיד קל לבדוק קשר סיבתי כזה. זה הדבר הראשון שצריך לבחון. השאלה העובדתית הפשוטה היא האם יש קשר בין ההתנהגות לתוצאה, המבחן המרכזי לצורך ניתוח קשר סיבתי עובדתי **הוא סיבה בלעדיה אין**. הכוונה היא שמוחקים את ההתנהגות ובודקים אם גם בלי ההתנהגות הייתה נגרמת התוצאה. מבחן זה עשוי לזהות גורמים רבים לתוצאה, אך לא בכולם יתקיים הקשר הסיבתי המשפטי. למשל, לא תוטל אחריות על הורים שילדו ילד שגדל ורצח. לכאורה, אם הילד לא היה נולד הוא לא היה רוצח, ואם הולכים על מבחן של סיבה בלעדיה עין הקשר מתקיים, אך זה לא מספיק במקרה זה.

**גורמים מצטברים(זה המצב השכיח)- מצב בו יותר מגורם אחד גרם לתוצאה.** דוגמא- הייתה תאונה, אדם נפגע, ובנוסף הייתה רשלנות בבית חולים. הנזק הסופי הוא תוצאה של גורמים מצטברים, כל אחד מהגורמים תרם את חלקו לתוצאה ועולה שאלה למי לייחס את האחריות. כשמדברים על גורמים מצטברים, הכי פשוט להגיד היא שכל אחד מהגורמים גרם עובדתית לתוצאה. דוגמא נוספת- כוח מצטבר- 2 דקירות גרמו למותו של אדם. בגלל שתי הדקירות אדם איבד הרבה דם ומת. אלו שני גורמים שגרמו ביחד לתוצאה.

**גורמים חלופיים-** אדם דוקר אדם אחר דקירה משמעותית. הנדקר גוסס ועומד למות ומגיע אדם שלישי, דוקר דקירה נוספת ולמעשה גורם למותו המידי. כאן הגורמים הם לא מצטברים, הם חלופיים. זו דוגמא נדירה יותר. כל אחת מהפעולות הייתה גורמת לתוצאה גם ללא הפעולה השנייה, גם אם רק האדם הראשון היה דוקר האדם היה מת וגם אם רק השני היה דוקר האדם היה מת. במצב כזה של גורמים חלופיים מתלבטים האם להטיל אחריות על כל אחד מהם או לא. נוצר מבחן עובדתי נוסף שנקרא **מבחן הדיות**. הכוונה היא האם די במעשה של הנאשם כדי לגרום למותו של אדם. כל מי שלגביו מבחן הדיות מתקיים, מתקיים עבורו הקשר הסיבתי העובדתי. פרופ' פלר אומר שלא נביא בחשבון גורמים היפותטיים- שלא התממשו במציאות.

דוגמא לגישתו של פלר- שני אנשים רוצים להמית את אותו אדם, אך אחד הקדים את השני. אחד שם פצצה שתפעל ב-9 בבוקר והשני שם פצצה שתופעל ב-10 בבוקר. האדם מת מהפצצה הראשונה. כאן אומר פלר שצריך לנטרל גורמים היפותטיים, לגרום באמת מי גרם למוות. האדם השני לא יכל לגרום למותו של אדם, היפותטית הפצצה שלו יכלה לגרום למוות, אך לא מתייחסים לזה.

\*גם כשלא מתקיים קשר סיבתי זה לא אומר בהכרח שהמבצע יצא זכאי ללא שום אחריות פלילית. הוא פשוט לא יישא באחריות פלילית לעבירת תוצאה כמו גרימת מוות. הוא יישא באחריות על עבירה של יצירת סיכון או עבירת הניסיון. בדוגמא שנתנו יהיה אפשר להרשיע בניסיון רצח.

\*בעבירות מחדל, כשהעשייה היא על דרך מחדל, יותר קשה להוכיח קשר סיבתי, למשל, קשה להוכיח מה התרומה של אדם שלא סייע לפצוע בתאונת דרכים למותו.

1. **קשר סיבתי משפטי-** זהו השלב הבא אחרי הקשר הסיבתי העובדתי. למעשה שואלים כאן האם ראוי לייחס אחריות. מבחן הקשר הסיבתי המשפטי כולל שתי שאלות:
2. **האם ניתן היה לצפות באורח סביר את התוצאה?**
3. **האם צריך היה לצפות באורח סביר את התוצאה?**

שאלות אלה נתונות לפרשנות ותלויות במדיניות של בית המשפט. אנו עוסקים בייחוס אחריות, ולכן, אחרי שהוכחנו קשר סיבתי, אנו שואלים אם מי שהתנהג כך יכל והיה וצריך לצפות את התוצאה. בהחלט סביר לומר למשל, שאם מישהו נפגע קשה בתאונת דרכים צריך לצפות שהטיפול הרפואי לא יהיה מיטבי. דוגמא נוספת- מישהו נפגע בתאונת דרכים והגיע לבית חולים והרופא שם הוא שכן שלו שלא אוהב אותו ונותן טיפול רשלני מכוון, זה משהו שאי אפשר היה לצפות.

ברגע שהמבחן הוא מבחן צפיות, נכנסים אלמנטים של קביעות נורמטיביות. הפסיקה מדברת על דברים ספציפיים:

**פס"ד פטרוניליו-** מדובר בנאשם שהיה גונב תיקים. הוא גנב תיק של אישה זקנה. אחת השאלות המשפטיות שעולות היא האם מדובר בשוד מכיוון ששוד היא התנהגות שמלווה באלימות. בפס"ד זה הוא גנב תיק מזקנה ללא מגע עם הזקנה. האישה נבהלה, כתוצאה מהבהלה חטפה דום לב ומתה. השאלה היא האם אפשר להרשיע אותו בגרימת המוות? ההגנה טענה שהוא לא הרג אותה משום שהתוצאה נמצאת מחוץ לגדר הצפיות. בית המשפט העליון קיבל את טענת ההגנה וקבע שזו תוצאה רחוקה שלא ניתן לחשוב עליה כשחוטפים תיק.

**ע"פ מלכה-** אדם נהג באופן רשלני עם עגלת אבטיחים. ילד נפגע מהעגלה ונשברה לו היד. עשו לו גבס. הילד לא היה מחוסן בטטנוס ולא קיבל זריקת טטנוס כי השבר לא היה חמור, קיבל זיהום מהגבס ומת. בית המשפט לא ייחס אחריות לתוצאה שנגרמה בנסיבות מרחיקות לכת שכאלה.

**גולגולת דקה-** עצם זה שמדובר בגולגולת דקה לא בהכרח מנתק קשר סיבתי. לוקחים בחשבון שייתכן ומדובר בגולגולת דקה, אך עם זאת, כשמדובר בגולגולת דקיקה, שהיא משהו חריג, זה כן מנתק את הקשר הסיבתי. אלו מצבים בהם יש רגישות מיוחדת מאוד שבהם אפשר להגיד שהקשר כן מתנתק כי לא הייתה צפיות.

**פס"ד יעקובוב-** יעקובוב היה בעל שהכה את אשתו. היא סבלה מהתעללות ומכות תקופה ארוכה ושנים רבות. הוא היה חולה ומוגבל והמשיך לקלל אותה. היא עבדה בניקיון וסיפרה בעבודתה למישהו על הבעיות שלה עם הבעל. שוטרים הגיעו לבית, החלו לתחקר את הבעל והוא הכחיש כל מה שנשאל לגביו. השוטרים עזבו את הבית והשאירו את האישה איתו. איך שהם עזבו, הוא התפרץ על האישה, זרק עליה חפצים והביא אותה למצב של חוסר אונים. היא קפצה אל מותה והתאבדה. בית המשפט ייחס לו אחריות וקשר סיבתי למותה והרשיעו אותו בגרימת מוות ברשלנות. ברור שלולא התנהגותו היא לא הייתה קופצת, הוא הביא אותה לחוסר מוצא מזעזע וקשה. הקשר הסיבתי המשפטי אומר שהוא היה יכול וצריך לצפות שאם הוא יביא אותה לכזה מצב של חוסר אונים היא תקפוץ למותה. ההתנהגות שלו הייתה מאוד קיצונית ולכן יותר קל לקבל את זה. לא רצו לנתק את הקשר הסיבתי בגלל שהיה אקט של התאבדות.

**פס"ד פלוני(בעניין מירוץ המכוניות)-** מדובר באנשים ששיחקו במירוץ מכוניות ביניהם ונהגו בצורה מטורפת. אחד מהם איבד שליטה ובתאונה עצמית נהרג. רצו לייחס אחריות למשתתף אחר במירוץ. בית המשפט הכריע שקיים קשר סיבתי משפטי בין כל מי שמשתתף במירוץ לבין תוצאה אפשרית של גרימת מותו של אדם. בית המשפט אמר שיש הנחה שהמשתתף במשחק יודע שהמשחק שלו עלול לגרום למוות של אחד המשתתפים או של עובר אורח(=יש קשר סיבתי משפטי). בית המשפט הכניס בפסיקה זו שיקולי הרתעה בהחלטה של מה היה צריך לצפות ואומר זאת במפורש – הרתעה מלהשתתף ולקיים מירוצי מכוניות. שיקול נוסף שמצוין הוא הגנה על הערך של חיי אדם. השאלה של ייחוס אחריות היא שאלה נורמטיבית ואנו רואים שבית המשפט מתייחס למספר שיקולים כמו הרתעה והגנה על הערך של חיי אדם.

טיעון ההרתעה אמור להיות בעונש ופחות בשאלה אם יש קשר סיבתי או לא. טיעון נוסף שיכול לדחות את הקשר הסיבתי במקרה זה הוא האוטונומיה, אותו משתתף שנהרג עשה זאת מבחירה חופשית שלו ונהרג בעצמו.

\*גם נושא זה לא יהיה במבחן.

**היסוד הנפשי**

ראינו איך מנתחים יסוד עובדתי של עבירה פלילית(מעשה-נסיבה-תוצאה). כעת נראה את היסוד הנפשי. חשוב לדעת למיין בין עבירות תוצאה לעבירות התנהגות בהקשר של היסוד הנפשי. ההנחה היא שיש להוכיח יסוד נפשי בכל העבירות גם אם אין בניסוח העבירה משהו שמרמז על זה.

כשאומרים יסוד נפשי, אין הכוונה למחשבת זדון סתמית, אלא להלך הרוח שליווה את הנאשם בזמן ביצוע המעשים כלפי כל אחד ואחד מרכיבי היסוד העובדתי. החשיבות לדרישה של יסוד נפשי כבסיס להרשעה בפלילים נובעת מעיקרון האשם בפלילים. הדבר מגיע מגישות גמוליות- לא מענישים אנשים על עצם זה שהם גרמו נזק אם לא לוותה לזה אשמה. משפט פלילי הוא גינוי חברתי חריף ששמור רק לאותן התנהגויות שיש בהן אלמנט של אשמה. בד"כ מחפשים אשמה סובייקטיבית, מה שנקרא מחשבה פלילית.

הנושא של יסוד נפשי הוסדר בצורה מסודרת אחרי תיקון 39 בסעיפים 19 עד 22. לפני כן, הפיתוח של יסוד נפשי ודרישת המחשבה הפלילית היה פרי פסיקה בלבד. יש לעובדה שהדבר מוסדר כעת בחוק יתרונות וחסרונות.

סעיף 19- אומר מהי נקודת המוצא ביחס לכל עבירה שקיימת. הסעיף קובע שבאופן כללי אדם מבצע עבירה **רק אם הייתה מחשבה פלילית**, בין אם זה כתוב ובין אם לא, אין הרשעה פלילית בלי מחשבה פלילית למעט **שני חריגים:**

1. עבירות רשלנות- עבירות שכתוב בהן משהו שהופך אותן ליוצאות דופן. סעיף 21 מגדיר מהן עבירות רשלנות.
2. אחריות קפידה- זהו סוג מיוחד של עבירות. התוכן שלהן נמצא בסעיף 22.

מחשבה פלילית מוגדרת בסעיף 20. בגדול, מחשבה פלילית היא משהו סובייקטיבי, בשונה מרשלנות שהיא משהו אובייקטיבי. כשמדברים על משפט פלילי, רוב העבירות דורשות מהתביעה להוכיח מעל לכל ספק סביר **מחשבה פלילית סובייקטיבית –** שהנאשם הספציפי שעומד לדין היה בעל המחשבה והייתה לו מודעות, אין שום רלוונטיות למה האדם הסביר/אדם מהישוב היה חושב, צריך לדעת מה אותו אדם חשב באותו זמן. אם מדברים על אונס("הבועל אישה ללא הסכמתה חופשית"), צריך להוכיח שהנאשם ידע שהבחורה לא מסכימה באותו הרגע.

\*במבחן- חשוב לדייק במינוחים. אם מדובר בעבירה של מחשבה פלילית, אי אפשר לענות תשובה של "היה עליו לדעת" למשל, המחשבה היא סובייקטיבית.

**פס"ד יעקובוביץ'-** פסק דין שניתן הרבה לפני תיקון 39. זהו אחד ממקרי הרצח הראשונים במדינת ישראל. מנתחים שם את מונחי המחשבה הפלילית ומגיעים למסקנה שהנחת המוצא היא שרוב העבירות הפליליות מצריכות הוכחת מחשבה פלילית סובייקטיבית ולא מסתפקות בפחות מזה. לבית המשפט הייתה את הגמישות והסמכות להחליט לגבי כל עבירה האם היא דורשת מחשבה פלילית או שהעבירה שלפניו היא עבירה של אחריות מוחלטת- אם מתקיים היסוד העובדתי מוטלת אחריות, אין צורך בהוכחת יסוד נפשי.

היום כאמור, הכללים קבועים בחוק. יש לזה יתרונות וחסרונות ברורים:

יתרון לכך שהדבר מוגדר בחקיקה- וודאות(עיקרון החוקיות), הכל מסודר וידוע מראש.

חסרונות- היעדר גמישות. בגלל שמדברים על יחס מנטלי ולא על דברים פיזיים, יש הרבה מקום לקשת של מצבים נפשיים. לא תמיד קל לדייק ביסוד הנפשי, ברגע שזה נקבע בחקיקה ובמילים ומונחים מראש, אנו מפספסים מצבים מנטליים שלא הכניסו אותם להגדרות מראש. הגדרות לא נותנות מענה למצבי ביניים.

**עבירות של רשלנות-** סעיף 19 אומר שאם העבירה היא עבירה של רשלנות, הדבר חייב להופיע בהגדרת העבירה, כמו למשל גרימת מוות ברשלנות. סעיף 21 מגדיר רשלנות- אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות גרימת תוצאות המעשה כאשר אדם מהישוב היה יכול להיות מודע לתוצאות. סיכון סביר לא נכנס בתוך סעיף זה. מה שכן נכנס הוא מימד אובייקטיבי, מה היה על אותו נאשם לדעת או מה אדם מהישוב היה צופה או יודע ולפי זה מכריעים אם הייתה רשלנות או לא. עבירות של רשלנות יהיו מוצדקות כשמדובר בערכים מוגנים חשובים כמו שלמות הגוף וחיי אדם ופחות בעבירות רכוש. סעיף 21(ב) אומר שעבירות של רשלנות הן עבירות קלות יחסית(עד 3 שנות מאסר).

**עבירות של אחריות קפידה-** סעיף 22 אומר שיש עבירות מיוחדות שהשם שלהן הוא אחריות קפידה, זהו לא סוג של יסוד נפשי אלא סוג של עבירות. בעבר, עבירות שלגביהן בית המשפט קבע שהן עבירות של אחרית מוחלטות, נקראות כיום עבירות אחריות קפידה. הדבר צריך להיות כתוב בפירוש בסעיף. ההבדל בין אחריות מוחלטת לעבירות קפידה מבטא גישות גמוליות והרצון לשמור על זכויות הפרט. לא מחפשים אשמה, מטילים אחריות בגלל היסוד העובדתי(זו אחריות מוחלטת). אחריות קפידה היא אחריות **שקרובה למוחלטת אך אינה מוחלטת**, משאירים פתח מילוט לנאשם. באותן עבירות, שהן בד"כ קלות(כמו תחבורה, רישוי עסקים ועוד), התביעה לא צריכה להוכיח יסוד נפשי, רק עובדתי, אך במקרים מיוחדים שבהם אדם יכול להראות שהוא היה בסדר ואי אפשר לצפות ממנו להיות יותר בסדר נותנים לו הזדמנות להוכיח שהוא עשה כל שביכולתו למנוע את העבירה וכך לצאת זכאי.

**עבירות של גרימת מוות:**

קיימות 3 עבירות עיקריות של גרימת מוות – סעיף 300(רצח), סעיף 298(הריגה), סעיף 304(גרימת מוות ברשלנות).

**בתוך סעיף 300, נסתכל על סעיף 300(א)(2)-** הגורם למותו של אדם בכוונה תחילה. זהו סוג מיוחד של מחשבה פלילית ולכן העונש הוא מאסר עולם חובה.

**סעיף 298, עבירת ההריגה,** היא עבירה מאוד רחבה. היא אומרת שדין המורשע בעבירה זו הוא עד 20 שנה. היא דורשת מחשבה פלילית כי היא לא נכנסת לאף מהחריגים. גם מחשבה פלילית רגילה תספיק פה.

**סעיף 304, גרימת מוות ברשלנות,** היא עבירה שבה העונש קל- 3 שנים. המקפצה בין הריגה לגרימת מוות ברשלנות היא עצומה מבחינת העונש. גם מבחינת הגינוי החברתי, מי שמיוחסת לו הריגה הדבר חמור יותר.

שיעור 12:

**מחשבה פלילית**

הסעיף שנסתכל עליו הוא סעיף 20.

סעיף 20א- המשמעות של מחשבה פלילית היא להוכיח שהייתה מודעות של הנאשם לכל אחד מרכיבי העבירה, הוא ידע גם מה הייתה עלולה להיות התוצאה. מילת המפתח היא **מודעות.** האופן שבו מנתחים מחשבה פלילית בעבירות התנהגות שונה מהאופן שבו מנתחים אותה בעבירות תוצאה.

**מחשבה פלילית בעבירות התנהגות:**

בעבירות התנהגות מחשבה פלילית אומרת **מודעות** לשני דברים – 1.טיב המעשה 2.נסיבות. בד"כ אין בעיה להוכיח מחשבה פלילית להתנהגות, זו בד"כ גם לא טענה שיעלה נאשם. לא עולה שאלה לרוב על טיב המעשה.

סעיף 340(א)- סעיף שמדבר על יריות באיזור מגורים. עצם הירייה היא עבירה פלילית, לא צריך לפגוע במשהו. אם מנתחים את הסעיף לרכיבים העובדתיים שלו, "היורה" זו ההתנהגות ושאר הדברים הם הנסיבות(בנשק חם, ללא הסבר סביר, באיזור מגורים). מבחינת מחשבה פלילית, צריך להוכיח מודעות לטיב המעשה, כלומר- **שאדם מודע לכך שהוא יורה**, יש לו כלי נשק, הוא טעון והוא יודע שהוא יורה.

**המודעות שמדברים עליה היא סובייקטיבית,** אי אפשר להשתמש במדדים של אדם סביר או דברים כמו "היה עליו לדעת". ברוב המקרים, אין וויכוח שנאשם היה מודע, יכול להיות וויכוח על הנסיבות. בעבירת האונס לדוגמא, אם לא נצליח להוכיח שאדם ידע שהאישה לא הסכימה, לא מתקיים היסוד הנפשי.

דוגמא נוספת – סעיף 288- העלבת עובד ציבור- "המעליב בתנועות במילים או במעשים עובד ציבור או דיין.. כשהם ממלאים תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם דינו מאסר 6 חודשים". כדי להוכיח מחשבה פלילית, צריך להוכיח מודעות למעשה אך גם לנסיבות, כלומר- שמדובר בעובד ציבור ושההעלבה קשורה למילוי תפקידו.

\*כשמדברים על מחשבה פלילית בעבירות התנהגות, המילה "כוונה" לא רלוונטית בסעיפי עבירות כאלה. צריך רק להוכיח את המודעות.

**מחשבה פלילית בעבירות תוצאה:**

לפי הסעיף, אם מדובר בעבירת תוצאה, צריך להוכיח מודעות ל-טיב המעשה, נסיבה **ואפשרות התוצאה.** הכוונה באפשרות התוצאה, היא שאדם ידע סובייקטיבית שמההתנהגות שלו עלולה להיגרם התוצאה.

מה צריך להוכיח ביחס לתוצאה מבחינה נפשית? **מודעות לאפשרות התוצאה**(זהו רכיב קוגניטיבי הכרתי) **+ רכיב חפצי.** הרכיב החפצי **מתחלק** לכמה אפשרויות לפי סעיף 20(א)- **1.כוונה =רצון/מטרה.** כדי להרשיע בעבירות של כוונה לא מספיק להוכיח את השלב הראשון שנאשם ידע שיש אפשרות שהתוצאה תקרה, צריך להוסיף את ההוכחה של הרצון, הנאשם רצה שהתוצאה הזו תקרה. אלו דברים מצטברים(=מודעות+כוונה). **2.פזיזות- פזיזות מחולקת לשניים** – פזיזות שבאדישות ופזיזות שנחשבת קלה יותר- פזיזות בקלות דעת.

הכוונה נמצאת הכי גבוה, מתחתיה אדישות, ומתחתיה קלות דעת. שלושת המושגים האלה נחשבים למחשבה פלילית – בכולם צריך להוכיח סובייקטיבית.

מתחת לקלות דעת, יהיו עבירות של רשלנות שהן לא חלק מעבירות של מחשבה פלילית.

רק בעבירות תוצאה שבצורה מפורשת דורשות כוונה(זה יכול להיות גם ע"י המילים במטרה/כדי..), אנחנו מחויבים לרף הגבוה של הוכחת כוונה. במקרים שבהם לא כתוב כלום, **מספיקה פזיזות.** איזו פזיזות? הנמוכה ביותר- קלות דעת. במצב החוקי הנוכחי אין עבירות שדורשות אדישות. יש עבירות שדורשות כוונה ואת כל השאר. המשמעות שבכל העבירות של מחשבה פלילית תוצאתית מספיקה קלות דעת.

סיכום ביניים – בעבירות תוצאה- הוכחה של: מודעות לטיב המעשה, לנסיבות, לאפשרות התוצאה וכוונה/פזיזות.

**הכוונה-** הכוונה היא רצון להשיג את התוצאה.

**פזיזות של אדישות –** הכוונה למי שמודע לאפשרות שהתוצאה עלולה להתרחש **ולא אכפת לו.** הדוגמא שנותנים לרוב היא כשעבריינים בורחים מהמשטרה ונוסעים במהירות מופרזת ובצורה מסוכנת, הם יודעים שהם עלולים לפגוע בעוברי אורח ולא אכפת להם. אדישות חמורה יותר מקלות דעת מכיוון שהזלזול בערך המוגן גבוה יותר.

**פזיזות של קלות דעת-** הכוונה היא לאפשרות שתתרחש התוצאה **בתוספת נטילת סיכון בלתי סביר מתוך תקווה להצליח למנוע את התוצאות, כלומר שאדם מקווה שהתוצאה לא תקרה.** צריך להוכיח כאן סיכון בלתי סביר. למה זה חשוב? מכיוון שיש סיכונים סבירים. ניתוח למשל, מכל סוג שהוא, הוא דבר שיש בו אלמנט של סיכון. יכול להיות שהרופא מודע לאפשרות שתתרחש התוצאה והשאלה היא האם הסיכון שהוא בוחר הוא סביר.

במצב החוקי הנתון, בעבירת הריגה צריך להוכיח מודעות לאפשרות שתתרחש התוצאה+ קלות דעת. זה מה שעושה את ההבדל הדרמטי בין עבירת הריגה לעבירה של רשלנות בלבד, שבה אין מודעות.

הדגשה- עבירת תוצאה שותקת(=שלא כתוב בה משהו בקשר לכוונה) מסתפקת בקלות דעת.

דוגמא- סעיף 333- חבלה חמורה. "החובל חבלה חמורה בחברו שלא כדין דינו מאסר 7 שנים". "החובל" זו ההתנהגות, "חבלה חמורה" זו התוצאה והיתר אלה הנסיבות. צריך להוכיח שהנאשם היה מודע להתנהגות שלו, שהוא חובל, שהוא היה מודע לתוצאה האפשרית, ושהוא היה קל דעת- הוא לקח את הסיכון שהוא יגרום חבלה חמורה והתעלם ממנו.

בגלל שבחוק העונשין יש עבירות ישנות מאוד, משנות ה-30, יש כל מיני מילים ומונחים שבהם לא כתובה בפירוש הכוונה. למשל, "היודע", "ביודעין", "בזדון", "במזיד". כדי לדעת איך לפרש את המילים ולהבין איזה יסוד נפשי הם רוצים שנוכיח, חוקקו תיקון שנקרא תיקון 42 לפיו נחקק סעיף 90(א). הסעיף שאומר שבכל מקום בו נפגוש את המילים הישנות, **הכוונה היא למחשבה פלילית רגילה שמוגדרת בסעיף 20(א) .** אם מדובר בעבירות תוצאה, **מסתפקים במודעות וקלות דעת**. הדבר מבלבל כי "בזדון"/"מזיד" נשמע כמו כוונה, **אך זה לא כך.**

**עבירות של גרימת מוות:**

סעיף 300(א)(2) – עבירת הרצח. "הגורם בכוונה תחילה למותו של אדם" יואשם ברצח. כוונה תחילה כוללת בתוכה כוונה – רצון בתוצאה.

סעיף 298- "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם יואשם בהריגה ודינו מאסר 20 שנה". **צריך להוכיח שיש מודעות לאפשרות שיגרם מותו של אדם+ קלות דעת.**

סעיף 304- "הגורם ברשלנות למותו של אדם דינו מאסר 3 שנים". כאן כבר לא מדברים על מחשבה פלילית, זהו יסוד נפשי נמוך מאוד שנכנסים אליו גם מדדים אובייקטיביים של רשלנות.

סעיף 300(א)(1)- עבירת הרצח. "הגורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו". המשמעות היא **שבאותה רמה של יסוד נפשי שמספיק בד"כ להריגה**, **אם מדובר באבא, אמא, סבא וסבתא- העבירה קופצת לרצח.** כאן כשכתוב במזיד, לא מדובר בכוונה כמו שראינו, זו מחשבה פלילית רגילה.

**בעיות בהוכחת היסוד הנפשי:**

איך מוכיחים יסוד נפשי? כדי להוכיח יסוד נפשי, משתמשים בנסיבות המקרה ובעובדות שאופפות את ההתנהגות ועושים שימוש בחזקות עובדתיות ובעיקר בחזקה שנקראת חזקת המודעות או חזקת הכוונה, תלוי מה רוצים בדיוק להוכיח.

חזקת המודעות היא חזקה עובדתית, בית המשפט עושה שימוש בעובדות שלפניו כדי להגיע למסקנה שהייתה מודעות לאפשרות שתיגרם התוצאה. **החזקה אומרת שאדם מודע לתוצאות הטבעיות של ההתנהגות שלו.** זו חזקה עובדתית לחלוטין. היא יכולה ליפול במקרים מסוימים אם יש סיבה אחרת שמביאה את בית המשפט להבין שלמרות שבד"כ מודעים לתוצאות הטבעיות, אותו אדם לא היה מודע. חזקה מתבססת על נסיבות המקרה, ההיגיון או נסיבות החיים. מתוך העובדות אנחנו לומדים מה היה הלך הרוח. לדוגמא – מי שיורה באדם אחר מטווח 0 לאיזור רגיש בגוף, החזקה אומרת שהוא מודע ומתכוון לתוצאות הטבעיות של ההתנהגות שלו. התוצאה הטבעית הברורה היא מותו של אדם.

**חזקת המודעות מתחזקת ככל שההתנהגות מבטאת סטייה גדולה יותר מהנורמה המקובלת.** ככל שההתנהגות יותר קיצונית, כך יהיה קל יותר לבית המשפט להניח שנאשם היה מודע לתוצאות הטבעיות של התנהגותו. לדוגמא- יש הבדל בין אדם שנוסע בתוך העיר ב-55 קמ"ש כשהמהירות המותרת היא 50 ונגרמת תאונה ואדם מת לבין אדם שנוסע על 100 קמ"ש בתוך העיר ליד בית ספר ונגרמת תאונה קטלנית. ההבדל היחיד בין המקרים הוא מידת הסטייה מהנורמה המותרת. ככל שנוהגים בצורה פרועה יותר על הכביש, ההיגיון הבסיסי אומר שאדם מודע לכך שהוא מסכן חיים אך מקווה שלא יקרה כלום. זהו בדיוק היסוד להוכחת הריגה.

אם יועלה ספק סביר שבסיטואציה הספציפית למרות שהחזקות העובדתיות מצביעות לכאורה שהייתה מודעות, לא תהיה הרשעה. הנאשם יזוכה מעבירה של מחשבה פלילית.

לפני תיקון 39 בית המשפט החליט לגבי כל סעיף אם מדובר בעבירה של מחשבה פלילית ומה צריך להוכיח.

**פס"ד יעקובוביץ**- מדובר במקרה של רצח תוך ביצוע עבירה. הרלוונטי למקרה הוא סעיף 300(א)(3) בסעיף הרצח. הסיטואציה הייתה שנגרם מוות כתוצאה ממכה שיעקובוביץ נתן למנוח בראש באמצעות מקל תוך כדי שהוא רצה לאנוס את הבחורה, לכן זה נכנס לתוך רצח כדי להקל על ביצוע עבירה פלילית. השופט אגרנט אומר שמדובר בעבירה של מחשבה פלילית. ספציפית לגבי הסעיף של רצח תוך כדי ביצוע עבירה, הוא אומר שצריך להוכיח מחשבה פלילית לגבי כל אחד מרכיבי העבירה וגם לגבי האפשרות של גרימת התוצאה.

בגלל שבעבר הקביעות היו פסיקתיות, היה הרבה יותר מקום לשיקול דעת. כיום, כשהכל מוגדר בסעיף 20, לא מובאים בחשבון כל מיני מצבי ביניים שאדם לא בדיוק היה מודע.

סעיף הרצח תוך כדי ביצוע עבירה – 300(א)(3)- "גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה אחרת או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה" – כאן צריך להוכיח מודעות לאפשרות שיגרם מוות+ קלות דעת. בכל המקרים ששוד למשל מתפתח לעבירה המתה, זה הסעיף הרלוונטי.

כאמור שראינו לפני כן, רשלנות ואחריות קפידה הן יסוד נפשי אחר, הן לא מחשבה פלילית. המיוחד ברשלנות הוא שנכנס בה מדד אובייקטיבי.

**מודעות, עצימת עיניים וחשד:**

ראינו שמודעות היא התנאי הבסיסי לכל הסוגים של המחשבה הפלילית. עולה השאלה מה קורה כשאדם לא ידע על קיומה של נסיבה אבל חשד שהנסיבה קיימת.

למשל, עבירה לפי סעיף 346(א)(1)- בעילה אסורה בהסכמה. מה קורה במצב בו אדם בועל קטינה אך טוען שהוא לא ידע מה הגיל שלה? לפי מה שלמדנו עד עכשיו, לכאורה, אם מצליחים להוכיח שהוא לא ידע מה הגיל, לא עמדנו במשימה של הוכחת מחשבה פלילית. מה קורה במצב בו הוא חשד אך לא כל כך התעמק בחשד הזה?

סעיף 20(ג)(1)- הסעיף אומר שבכל המקומות שבהם עלה חשד אך הייתה הימנעות מלברר את החשד הזה או התעלמות ממנו, **הדבר שווה למודעות.** מסעיף זה מבינים שכשמדברים על הוכחת מודעות, אפשר להוכיח גם רק חשד + הימנעות מלברר אותו.

אם אדם לא יודע בת כמה הבחורה שמולו, הוא יכול לשאול אותה, או לבקש ת"ז. אם היא אומרת לו את גילה(15 למשל), הוא יודע, יש מודעות. אם היא משקרת לו ואומרת שהיא בת 18, הוא לא במצב נפשי של חשד, אלא של ידיעה מוטעית. יש לו אינפורמציה, אך היא לא נכונה. במצב כזה, אדם לא מחויב לבקש לראות ת"ז כדי לוודא.

כמישהו מקיים יחסים עם מישהי בת 15 וחצי, צריכים להוכיח מודעות לכך שהיא מתחת לגיל 16 או לפחות חשד. איך מוכיחים חשד? גם כאן נשתמש בכל מיני נתונים עקיפים. אם למשל נגלה שהוא לקח אותה מבית ספר והיא לבשה תלבושת אחידה ודיברה על מבחנים, אלו דברים שמרימים לפחות חשד אם לא ידיעה. **סעיף 20(ג)(1) מרחיב את ההגנה על החברה מאנשים שלא פועלים רק מתוך מודעות, אלא פועלים גם מתוך חשד.** דגש- לא צריך להוכיח בשום שלב שאדם יודע שיש עבירה שאוסרת קיום יחסים עם בחורה מתחת לגיל 16, רק שהוא ידע או חשד בגיל.

**סעיף 20(ג)(1) מעלה 2 קשיים:**

1. אין צורך ברמה מיוחדת של חשד, כל חשד שהוא מספיק לצורך סעיף 20(ג)(1), גם חשד רחוק תופס(בתנאי שהוא סובייקטיבי כמובן). בית המשפט יסיק מהנסיבות קיומו של חשד סובייקטיבי כזה. המשמעות היא **שהורידו באופן גורף את רמת המחשבה הפלילית בכל העבירות מרמה של מודעות לרמה של חשד ואפילו חשד קל.**
2. על פי החוק, צריך להוכיח חשד בפועל, חשד סובייקטיבי. לא מספיק שבאותה סיטואציה אדם סביר אחר היה מודע, צריך להוכיח שהוא עצמו חשד כל זמן שהאדם עצמו לא חשד. גם אם כל האנשים הסבירים היו מבינים, קולטים או חושדים למשל שבחורה בת 15 וחצי והנאשם לא קלט, אי אפשר להטיל עליו את האחרית.

**עצימת עיניים ורמת החשד:**

הדרך הראייתית להסיק מחשבה פלילית סובייקטיבית, עוברת דרך העובדות האובייקטיביות.

פס"ד Morgan(מבריטניה)- קצין אנגלי הביא את חייליו לביתו ונתן להם לקיים יחסים עם אשתו. הוא אמר להם שאם היא אומרת "לא" זה אומר שהיא רוצה. החיילים טענו שהם חשבו שהיא הסכימה לאור מה שהבעל אמר להם, כלומר- לא הייתה להם מודעות לזה שהיא לא מסכימה. או במילים שלהם- הם טעו לחשוב שהיא מסכימה. בית המשפט הרשיע אותם באמירה שהטעות לא כנה ולא סבירה. הטענה הופלה על סבירות. העניין הגיע לבית המשפט העליון(בית הלורדים) ושם שינו את ההלכה אך השאירו את התוצאה הסופית**- מספיק שמדובר בטעות כנה כדי לבטל את ההרשעה ולזכות**. בגלל שהטענה במקרה שלהם היא כל כך לא סבירה, בית המשפט מסיק שהטענה גם לא אמינה ולכן הרשיע אותם. ההבדל בין החלטת בית המשפט לבית הלורדים או של מה שמחפשים.

בדברי ההסבר לסעיף 20(ג)(1), הסעיף נקרא "עצימת עיניים". גם פסיקה חדשה שמדברת על עצימת עיניים מדברת על הסעיף הזה. על פי דברי ההסבר, רצו להטיל אחרית פלילית גם על אדם שלא ידע על קיומה של נסיבה מנסיבות העבירה אבל נטל על עצמו סיכון מודע לאפשרות קיומה. עד לתיקון 39 היו עבירות שלגביהן בית המשפט החליט שהן דורשות ידיעה ולא פחות מזה או שהסעיף מסתפק בפחות מזה. מה הפחות מזה? נטילה במודע של סיכון שהנסיבה קיימת. בפסיקה הישנה, הנשיא אגרנט קורא לזה "פזיזות" ביחס לנסיבות. בפס"ד אבו רביע, הנשיא אגרנט אומר שהעבירה שלפניו (חטיפת קטינה מידי אפוטרופוס מתחת לגיל 16) היא עבירה שלא מחייבת ידיעה של הנסיבות אלא מסתפקת בפזיזות ביחס לנסיבות. מה הכוונה? שאדם יודע שיש לבחורה גיל והוא פזיז ביחס לזה שהוא לוקח סיכון שייתכן והגיל הוא בטווח הבעייתי- מתחת לגיל 16. אגרנט, שהייתה לו את היכולת והמרחב ליצור מושגים של מחשבה פלילית או שהוא מסתפק פה בנטילה מודעת של סיכון שבעיית הגיל קיימת ולא מסתפק בידיעה של ממש. בית המשפט יכל לקבוע עבור עבירות שונות מה נדרש בהן.

פס"ד בארי הוא פס"ד שניתן לפני תיקון 39, אך הצעת החוק כבר הייתה קיימת ולכן נגעו בדברים בה. עד אז, בעיקר בסעיפים שהופיעה בהם המילה "ידיעה", בית המשפט התלבט האם צריך להוכיח ידיעה של ממש או שמספיק חשד. השופט אגרנט בעבר לא השתמש במילה חשד, אלא בפזיזות(=נטילת סיכון שהנסיבה קיימת). **כיום, המילה פזיזות בכלל לא רלוונטית לנסיבות, אלא רק לרכיב תוצאה. חשוב לשים לב לנקודה זו ולא להתבלבל.** במונחים החדשים, ההגדרה של אגרנט מהעבר לפזיזות לא רלוונטית ושגויה.

אחרי סעיף 20(ג)(1), כל העבירות, בלי יוצא מן הכלל, מסתפקות באפשרות של חשד ביחס לנסיבות. בוטלה האפשרות שצריך להסתפק בידיעה בלבד.

בעבר, גם עבירות שדרשו ידיעה כללו סיטואציות של עצימת עיניים מכוונת. זו לא עצימת העיניים שמתכוונים אליה היום במסגרת סעיף 20(ג)(1) אלא עצימת עיניים מכוונת, "כמעט לדעת".

לדוגמא- אדם הועמד לדין על אי התייצבות לצו גיוס וטען שהוא לא ידע. הוא קיבל בדואר מכתב צה"לי עם חותמת, הוא בגיל המתאים, כל חבריו קיבלו, והוא זרק את המכתב לפח. זו עצימת עיניים מכוונת.

כאמור, לפי סעיף 20(ג)(1) כל חשד מספיק ומספיק לכל העבירות של מחשבה פלילית באשר הן. חשד ולו הקל שבקלים חל על כל סוגי העבירות שדורשות מחשבה פלילית רגילה(בסיסית). זאת ועוד, לאור סעיף 90(א)(3), גם עבירות שכתוב בהן "ידע"/"יודעין" וכו', חל סעיף 20 וכל מה שמופיע בו. המילה ביודעין לא מעלה ולא מורידה(כמו גם המילה "במזיד"). **מכאן מגיעים למסקנה שכל העבירות באשר הן מסתפקות בחשד.** דבר זה מעורר קושי לגבי סעיפי עבירה ישנים שבהן ייתכן והמחוקק התעקש שתהיה ידיעה וגם קושי לגבי סעיפי חוק חדשים. אם רוצים ליצור עבירה למשל שבאה להטיל אחריות על מי שיודע ולא על מי שחשד, מה אפשר לעשות?

בעבירות חדשות מצאו פתרון- כדי לחוקק סעיף שדורש ידיעה ולא רק חשד, צריך לרשום בפירוש "סעיף 20(ג)(1) לא מתקיים". לדוגמא – חוק איסור הלבנת הון(שלא נמצא בחוק העונשין). בחוק כתוב "העושה בידיעה" ואחרי זה יש סעיף שמסייג את העבירה שהחוק הקובע מסעיף 20(ג)(1).

מה עושים עם עבירות ישנות? שם יש אתגר גדול יותר. ביחס לעבירות ישנות, השאלה התעוררה **בפס"ד הרשפי.** מדובר בסעיף מחדלי, 262 שמראש הוא בעייתי. הסעיף אומר שמי שידע שאדם עומד לעשות פשע ולא נקט אמצעים כדי למנוע אותו דינו מאסר שנתיים. השופט חשין בפס"ד הרשפי קובע בצורה יצירתית **שכדי להטיל אחריות בסעיף זה, לא מספיק חשד והוכחה של עצימת עיניים כי זה מרחיב את האחריות הפלילית בצורה לא סבירה, צריך להוכיח ידיעה(=ההלכה מפס"ד זה).** חשין אומר שסעיף 262 הוא סעיף מיוחד לעומת סעיף 20(ג)(1) שהוא סעיף כללי ולכן הוא מחיל את החוק שאם יש דין ספציפי ודין כללי הספציפי גובר. זו דרך מעט מוזרה, אך הוא עושה זאת משיקולי מדיניות משפטית מכיוון שבנושא של מחדל מראש יש לביהמ"ש יותר שיקול דעת.

שיעור 13:

**ע"פ 5529/12 אוהב ציון נ' מדינת ישראל-** מנתח את סעיף 411 לחוק העונשין- השגת נכסים שהושגו בפשע. זה חלק מהסיפור של אתי אלון והבנק למסחר. אתי אלון הייתה בתפקיד יחסית בכיר בבנק למסחר ודרך זה שאחיה הסתבך בהימורים ובשוק האפור עד כדי סכנה לחייו, היא התחילה לגנוב כספים מהבנק. מעניין זה התגלגלו כמה עניינים משפטיים. בפס"ד זה, אוהב ציון, מדובר באנשים מהשוק האפור שקיבלו מאתי אלון כספים גנובים ואחד מהאישומים היה בסעיף 411 לחוק העונשין שבדיוק משתמש בעניין של ידיעה. בנוסף, העמידו אותם לדין על סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון. שני סעיפים אלה מעניינים מכיוון שאותו סעיף 4 הוא סעיף שכתוב בו שידיעה לא כוללת עצימת עיניים והיה ניסיון לקשור בין שתי העבירות. בית המשפט לא קיבל את הטענה שבגלל שבסעיף 4 לא מפעילים את כלל עצימת העיניים לא צריך להפעיל אותו בסעיף 411. השאלה שהייתה היא מה רמת הידיעה או מה רמת החשד שצריך להוכיח כדי לשאת באחריות פלילית על סעיף 411. הידיעה בסעיף זה מתייחסת לידיעה האם מדובר ברכוש גנוב. השאלה שבעצם עוסקים בה היא איך לפרש את המילים בסעיף 411:"היודע כי בפשע נגנב". הסעיף דורש שנאשם ידע שהכנסים גנובים, אך לפי סעיף 20(ג)(1) מספיק חשד כדי לשאת באחריות בסעיף זה. בית המשפט מתלבט ומזכיר את פס"ד הר שפי. דעת הרוב קובעת שכדי לשאת באחרית פלילית על הסעיף הזה מספיק חשד ממשי, לא צריך חשד גבוה. בדעת מיעוט, השופט הנדל קובע שלא מספיק חשד ממשי, צריך חשד גבוה בסעיף זה ולא פחות מזה, חשד שקרוב לידיעה ולא הסתפקות בחשד ממשי. הנדל מבסס את דבריו על כך שהפסיקה לפניו השאירה לעצמה פתח לקבוע לגבי סעיפים מיוחדים שהם לא מסתפקים בחשד ממשי. פתח זה נפתח קודם כל בפס"ד הר שפי. בנוסף, הוא הפנה לפסק הדין בעניין אזולאי של השופט בייניש. שעוסק בעבירות מין.

**ע"פ 5938/00 אזולאי -** פס"ד על מישהו שיצא עם בחורה שלא סיפרה את גילה האמיתי אך הייתה שליטה שלו על האירוע. הוא אנס אותה והייתה התלבטות אם הייתה מודעות לאי ההסכמה או לא. קיימת שם דעת מיעוט של מצא שמזכה ודעת הרוב של בייניש שמרשיעה. בעמוד 896, שלשם הנדל מפנה בפס"ד אוהב ציון, אפשר להבין שבייניש משאירה פתח לגבי רמת החשד. לגבי עבירות מין, ברור שמספיק חשד ממשי. הפתח הצר שהיא פותחת בפס"ד זה הוא פתח שהנדל הרחיב בפס"ד אוהב ציון ביחס לסעיף 411.

**סיכום-** לפי סעיף 20(ג)(1) מספיק חשד ממשי, לא אומרים לנו את רמת החשד, שצריך שזו תהיה עצימת עיניים או כל דבר אחר. יש סטנדרט מינימלי שמספיק וזה רלוונטי **לכל העבירות.** לפעמים מצב זה בעייתי ונקבעות הלכות חדשות כמו שנעשה בפס"ד הר שפי ובפס"ד אוהב ציון. בגדול, צריך לעבוד עם החוק ומה שהמחוקק קבע בנוגע לאיזה חשד צריך – חשד ממשי בכל העבירות.

**הבעיה השנייה- חלל תודעתי**

הבעיה השנייה שמעלה הסעיף היא שהוא דורש חשד סובייקטיבי. הסעיף לא מסתפק במדד אובייקטיבי כמו האדם הסביר כדי להטיל אחריות. זאת למעשה טענה על חוסר בסעיף- הוא לא מרחיב גם לסיטואציות של רשלנות.

**השאלה היא-** מה דינו של אדם שבכלל לא חשד בדבר קיומה של נסיבה אפילו כאשר קיומה בולט ומזדקר לעין או במילים אחרות שהדבר לא עניין אותו. באונס למשל, אדם שלא חושב או חושד אם הבחורה הסכימה או לא, מה הגיל שלה. בסיטואציות מסוימות זה יכול להיות בגלל אדישות ובסיטואציות מסוימות בתמימות.

**אז איך יהיה אפשר להטיל אחריות על אדם כזה?** לפי ניסוחו של סעיף 20(ג)(1), אי אפשר להרשיע אדם שכלל לא חשד. לפני התיקון, הפסיקה לא התקשתה לראות במצב כזה סוג של מחשבה פלילית ביחס לנסיבות. היא נקרא פזיזות ביחס לנסיבות. היום נזכיר, פזיזות לא רלוונטית לנסיבות אלא רק לתוצאה. הפסיקה בעבר כאמור לא התקשתה לראות בכך סוג של מחשבה פלילית ביחס לנסיבות.

**פס"ד אבו רביע-** סיפור בו נחטפה קטינה מתחת לגיל 16 מהאפוטרופוס שלה. השופט אגרנט קובע כי לשם הרשעה בעבירה של חטיפת קטינה ממשמורת די בהתקיימות פזיזות כלפי הנסיבות. כשהדברים נתונים בידי הפסיקה, השופטים יכולים להתאים את המחשבה הפלילית לנסיבות שלפניהם. השופט אגרנט אומר שבעבירה זו יש דרישה של מחשבה פלילית, אך המשמעות של המחשבה הפלילית היא להוכיח פזיזות כלפי הנסיבות. הפזיזות מתקיימת ב-3 אפשרויות- 1.כשהנאשם מודע לקיום הנסיבה(זה גם כך היום) 2.הנאשם מודע לאפשרות שהנסיבה קיימת 3.בשעת מעשה הנאשם לא היה עסוק בכלל בשאלה אם הנסיבה קיימת או לא.

**פס"ד פלוני(ע"פ 5424/91- לפני התיקון)-** השופט בך הולך בכיוון דומה לפס"ד אבו רביע. בפס"ד זה הורשע נאשם במעשה סדום בקטינה. הקטינה הייתה מלצרית במסעדה של הנאשם. באותו זמן, מעשה סדום היה אסור בילדה מתחת לגיל 18. היום זה לא כך, זה כמו אונס, מגיל 16. במקרה זה, היה מדובר בבחורה בת 17 ו-9 חודשים. הנאשם טען שהוא לא ידע שהקטינה לא בת 18. השופט בך קבע שלא צריך להוכיח באופן פוזיטיבי שהנאשם היה מודע לעובדה שהמתלוננת הייתה בטווח הגילאים האמור אם עולה מהנסיבות שקיימת לפחות אפשרות שהנסיבה קיימת. אם קיימת אפשרות שהיא מתחת לגיל 18, מספיק להוכיח פזיזות. לשופט בך לא הייתה בעיה להרשיע. בית המשפט אומר שאם מהנסיבות שמסביב עולה שיש אפשרות שמדובר בילדה בגיל בעייתי, מספיק שנאשם היה פזיז בכך שהוא לא התעניין בגיל.

הבעיה של חלל תודעתי עולה בד"כ בהקשר של עבירות מין ואונס בפרט, לגבי מה שנקרא "האנס הפסיכופת"- מישהו שבכלל לא שואל את עצמו אם האישה מסכימה או לא. טיפוסים כאלה, בגלל שהם כל כך מזלזלים בערך המוגן, אין להם פניות לחשוב על דבר כזה. נושא זה התעורר בפס"ד בארי.

**פס"ד בארי-** פס"ד בנושא האונס בשומרת, משמעותי מאוד בעניין עבירות המין. בפס"ד זה נידונה בין היתר המודעות של הנאשמים לשאלת היעדר ההסכמה. זהו פסק דין מלפני תיקון 39. בפסק דין זה, באוביטר, ניסו השופטים להתמודד עם מצב שבו חוסר ההסכמה ברור לעיני כל אבל הנאשם הספציפי לא מודע ולא חושד. יש פיצול בין השופטים. שמגר וגולדברג אומרים משהו שונה. \*את הדברים לוקחים בערבון מוגבל כי הם לפני תיקון 39. השופט שמגר מרחיב את הכלל של עצימת עיניים גם למקרה שבו לא התעורר חשד אצל הנאשם אבל חשד היה מתעורר אצל אדם סביר. הוא אומר שגם במקרה לא התעורר חשד, אם אדם סביר היה חושד, ניתן להטיל אחריות פלילית. היום זה בלתי אפשרי, סעיף 20(ג)(1) ובכלל סעיף 20 לא משתמש במדדים אובייקטיביים אלא סובייקטיביים בלבד. השופט גולדברג אומר שדוקטרינת עצימת עיניים משתרעת גם על מצבים של חלל תודעתי. כלומר – נטיל אחריות על מי שלא מתעניין בשאלה אם קיימת הסכמה, לא מקדיש לכך זמן ונוטל סיכון במודע שהנסיבה קיימת. בשורה התחתונה, הוא אומר שחלל תודעתי כלול בתוך עצימת עיניים. נזכיר שוב שדברים אלה הם לפני התיקון.

אז מה עשו אחרי התיקון? בית המשפט פשוט הסיק עובדתית קיומו של חשד סובייקטיבי של הנאשם ולכן אין צורך להמשיך לדון. לרוב זה נפתר כך. איך בכל זאת נרשיע נאשם שלא שם לב לקיומה של נסיבה? השופט אנגלרד מתייחס לכך בפסק דין טייב.

**פס"ד טייב-** מדובר בבחורה שהגיע לפיזיותרפיסט וקיימה איתו אקטים מיניים. השופט אנגלרד ממשיך את השופט גולדברג ואומר גם הוא שמצב של חלל תודעתי הוא כמו נטילת סיכון מודע לכך שאולי אין הסכמה ודבר זה שווה למודעות לפי סעיף 20(ג)(1). לדבריו, סעיף 20(ג)(1) כולל מצבים של חלל תודעתי, לא כל כך ברור איך.

סיכום – חלל תודעתי לכאורה לא מכוסה לפי סעיף 20(ג)(1) והבעיה נפתרת על ידי הסקה מהעובדות שהיה חשד סובייקטיבי. ראינו ששופטים בפסיקה כן מכניסים את התופעה לתוך הסעיף.

**טעות במצב דברים/טעות במצב עובדתי:**

הסעיף הרלוונטי הוא **סעיף 34יח** לחוק העונשין.

סעיף קטן א'- מדבר על מישהו שפועל מתוך טעות בעובדה, טעות של הבנה של משהו במציאות. לאור סעיף זה, נאשם יכול ליהנות מהטענה שהוא טעה טעות כנה ביחס לאחד מיסודות העובדתיים של העבירה. כלומר, עד כה למדנו מהי מחשבה פלילית ביחס לנסיבות ושצריך להצביע על מודעות או חשד. מהצד השני, אם אדם טעה לחשוב למשל באונס שהייתה הסכמה, אז לא הייתה לו המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירה והוא יזוכה. אם נאשם חשב שבחורה בת 17 ובפועל היא בת 15, הוא טעה בקשר לעובדות. אין מודעות לקיום הנסיבה ולכן אי אפשר להטיל אחריות פלילית בעבירה שדורשת מחשבה פלילית. אדם שחשב שהאישה מסכימה באונס למשל, לא נוכל להטיל עליו אחריות פלילית, נוכל להטיל אחריות רק לפי המציאות המדומה, של מה שהוא חשב וראה בעיניו.

סעיף קטן ב' – מוסיף שהכלל הזה של טעות בעובדה חלה גם בעבירות רשלנות, אך לא מספיק שהטעות כנה, הטעות צריכה גם להיות סבירה. מדוע? כי מראש המדד של רשלנות הוא מדד של אדם סביר.

לפני התיקון היה דיון בין השופטים בפסיקה האם צריך להוכיח חוץ מזה שהטעות כנה שהיא גם סבירה. ההתלבטות הייתה בגלל ניסוח ישן של סעיף הטעות. בפס"ד אבו רביע למשל, השופט אגרנט אומר שבעבירות שדורשות ידיעה ממשית תספיק טעות כנה ובעבירות שמסתפקות בפחות מספיק טעות סבירה.

בכל העבירות של מחשבה פלילית, **נאשם יישא באחריות פלילית לפי המציאות שהייתה בעיניו.** בודקים מה הייתה המציאות בעיניו של הנאשם.

הסעיף בנוסף הכרחי בגלל מה שנקרא **טעות מדומה** או- טעות באחד הסייגים לאחריות הפלילית. לכאורה, אמרנו שהסעיף מיותר כי מגיעים לאותה מסקנה גם בלעדיו, אז מה הוא מחדש? הוא כן מחדש בהקשר של **הגנה מדומה.** יש סיטואציות שבהן היה יסוד עובדתי והיה יסוד נפשי ואפשר מבחינה פורמלית להטיל אחריות פלילית אך יש סיטואציה כלשהי שפותרת מאחריות פלילית, למשל- הגנה עצמית. במצב כזה עולה שאלה האם העבירה הפלילית לא הייתה בנסיבות כאלה שמקימות סייג לאחריות הפלילית. לדוגמא – אדם בא להרוג אדם אחר והוא הורג אותו כדי להגן על עצמו. בסוף מתברר שהוא לא בא להרוג אותו.

**פס"ד עסלה-** אישה נשארה לבד בלילה עם ילדיה ופחדה. כדי לתת לה להרגיש ביטחון בעלה השאיר לה אקדח. הבעל חזר הביתה, הדלת הייתה נעולה והבעל נכנס דרך החלון. האישה חשבה שמדובר בפורץ או תוקף והרגה אותו. זה מקרה של הגנה עצמית. היא עשתה מעשה של גרימת מוות, אך הטענה הנוספת היא שהדבר היה בהגנה עצמית. המציאות היא שלא באמת מדובר בהגנה עצמית, שהגדרה היא "הדיפת תקיפה שלא כדין". הטעות שלה הייתה טעות בזיהוי שגרמה לה לחשוב שהיא במצב של מתקפה או שיש לה סכנת חיים והיא הגיבה בהתאם. הסעיף אומר שמצמידים את הטעות במצב העובדתי לסעיף כמו זה של הגנה עצמית, אם הטעות כנה ומאמינים לה – האישה פטורה מאחריות פלילית. היא לא פטורה כי לא הייתה לה מחשבה פלילית, היה לה מעשה ומחשבה פלילית, אך המצב הצדיק תקיפה בחזרה. אם האישה חשבה שהיא בסכנה, נבדוק את התגובה שלה לפי התנאים של הגנה עצמית, לפי איך שהיא תפסה את המציאות.

**טעות חייבת להיות כנה, טעות שמאמינים לה, היא לא חייבת להיות סבירה(בעבירות רשלנות יש גם דרישה של סבירות כי שם המדד הוא אובייקטיבי).**

בפס"ד עסלה, שהוא פס"ד ישן, בית המשפט אומר שכשמדובר בטעות ביחס ליסודות של הגנה, לא מספיק שהטעות כנה, צריך שהיא גם תהיה סבירה. זה מה שהיה פעם. כיום, לפי סעיף 34יח, אין הבדל בין יסודות עבירה ליסודות הגנה- הטעות נלקחת בחשבון ובודקים איך הנאשם תפס את המציאות. הסבירות נכנסת רק במקרים של רשלנות. פס"ד עסלה מסביר למה צריך את סעיף 34יח ולא מספיק רק סעיף 20.

**טעות במצב משפטי:**

טעות במצב משפטי אינה פותרת מאחריות.

למדנו שמחשבה פלילית פירושה להוכיח מודעות לכל אחד מהרכיבים העובדתיים של העבירה. מה שלא צריך להוכיח, הוא ש**הנאשם גם יודע שמה שהוא עושה אסור/המשמעות הנורמטיבית של העבירה. לא צריך להראות שנאשם יודע שהדבר אסור.** בגלל דבר זה, בשונה מהפטור שמוענק בטעות במצב דברים, אין פטור מטעות במצב משפטי לפי הכללים שקבועים בסעיף 34יט, שכותרתו "טעות במצב משפטי".

הסעיף אומר שלעניין האחריות הפלילית "אין נפקא מינה שאדם דימה שמעשהו אינו אסור עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר". צריך לשים לב שיש פתח מילוט- "זולת".

**פס"ד מפן-** מפן היה מ"פ. מדובר ברכוש נטוש על גבול העיר העתיקה בירושלים של ערבים שעזבו את הבתים שלהם. כדי למנוע ביזה, הגיעו להסכם שהחיילים של מפן יעבירו את הציוד למחסן שבו יאפסנו את הציוד ואיזשהו אחוז מהרכוש, במידה והוא יעבור באופן שלם, יעבור לקופת היחידה. מפן לא חשב שהוא עושה משהו לא תקין. הכל נעשה בצורה גלויה, הוא שיתף את הממונים עליו, דיווח למג"ד וגם לגורם הרשמי הרלוונטי. בית המשפט אומר **שאי ידיעת הדין אינה פותרת מעונש**. יש יסוד עובדתי ויסוד נפשי, אין שום שאלות, ולכן הוא צריך לשאת באחריות פלילית. מה שכן, הורידו לו את הקנס מ-200 לירות ללירה אחת. השופט אגרנט מתאר אותו כאיש ישר- הוא שאל, בדק, אך כל זמן שזו טעות במצב משפטי אין מה לעשות.

מידת האשמה של מי שטועה וחושב שמשהו תקין משפטית נמוכה יותר, הוא פחות מזלזל בערך המוגן מאשר מי שעושה עבירה במודע, יש לכך משמעות. **הרעיון של לא להכיר בטעות במצב משפטי הוא כזה שהחברה היא זו שקובעת את נורמות ההתנהגות.** היא לא מוכנה ליישר קו עם נורמות פסולות של אנשים שונים. הציפייה היא שכל אזרח יישר קו עם הנורמות שנקבעו כמחייבות. יש הנחה שבגלל שהחוק מפורסם וגלוי, אנשים מכירים את החוקים. הדבר נכון במיוחד כשמדובר בתחומי עיסוק מסוימים, למשל- מי שעוסק בדיני תכנון ובנייה, יכיר את כל הכללים בתחום מומחיותו, ואם הוא לא מכיר, הוא צריך להתעניין. **הצורך החברתי הוא לשמור על נורמות ערכיות אחידות.**

צריך להבין איפה הטעות של נאשם- האם במצב העובדתי או במצב המשפטי.

הכלל של טעות משפטית אינה פותרת חל על כל העבירות. החידוש של סעיף 34יט הוא הסוף שלו שהזכרנו קודם. לפעמים קשה להבחין בין טעות משפטית לעובדתית. מתי? **כשהסעיף הנידון משתמש במונחים שהם לא לגמרי פיזיים אלא נושאים איזושהי משמעות נורמטיבית.** יש סעיפים שמדברים על דברים יותר אמורפיים כמו למשל העבירה של מרמה והפרת אמונים(סעיף 284). זו עבירה שהיא רק של עובד ציבור, אך היא לא מאוד מוגדרת. לכן, כשמישהו טועה שם במשהו, אפשר להתלבט אם הטעות היא משפטית או עובדתית.

**פס"ד רפי הוכמן-** עולות שאלות של פרשנות בנוגע למהו מעשה הפרת אמונים של עובד ציבור הפוגע בציבור. זה דבר עמום שצריך למלא בתוכן ולהחליט בכל מקרה ומקרה האם המעשה הוא פוגע בציבור. זו השאלה העובדתית. מבחינה מחשבה פלילית- מה צריך להוכיח? האם שהנאשם היה מודע לכל הפרטים הפיזיים של ההתנהגות או שלו הוא שיהיה מודע לכך שמדובר בהפרת אמונים? המונח הפרת אמונים הוא לא עובדתי טהור. בפס"ד הוכמן, הוא נהנה מהטענה הזאת. הוכמן היה ראש עיר ונסע לכנס של חברה יפנית שמחזיקה מפעל באילת ביפן ביחד עם אשתו. הוא העלה לדיון במועצת את העיר את השאלה האם זה תקין שהעירייה תממן לו את הטיול. רוב החברים אומרים שהם לא רואים בעיה. בנוגע לחלק מהדברים, הוא פונה לממונה על המחוז מטעם משרד הפנים שאומר לו שאין בעיה כי הוא רוצה לראות דברים לטובת העיר. בפועל, הוא נשאר שם יותר מהזמן ועשה דברים שהפכו את הטיול ליקר יותר. נשאלת השאלה האם אפשר להעמיד אותו לדין בעבירה של מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור. הסעיף שותק מבחינת יסוד נפשי, ולכן זו מחשבה פלילית שאומרת שצריך להוכיח מודעות ביחס לרכיבי העבירה ומודעות לרכיב נסיבתי שיש בו משהו נורמטיבי- הפרת האמונים. בית המשפט בדעת רוב זיכה את הוכמן בנימוק שלא הייתה מחשבה פלילית מכיוון שהוא חשב שהמעשה שלו נקי וכשר, הוא לא חשד שיש איזושהי בעיה. על פסק דין זה נמתחה ביקורת. הביקורת הייתה קשורה בכך שבהחלט אפשר לומר שמספיק להוכיח את הרכיבים העובדתיים(=הסיטואציה שבה ראש העיר פעל כמו שהוא פעל מתוך מודעות) ולא צריך להוכיח שהוא יודע גם מה המשמעות הנורמטיבית של זה. מי שצריך להחליט אם זו הפרת אמונים או לא(=לתת את המשמעות הנורמטיבית) הוא בית המשפט, לא הנאשם עצמו. מצד שני, נטען שיש אבסורד וככל שהבן אדם יהיה יותר מושחת, הוא ייהנה יותר. כל עוד הוא לא יהיה מודע, נפתור אותו מאחריות. ואכן, בפסק דין מאוחר יותר, שבס, בדעת רוב ביחס ליסוד הנפשי החליטו שמספיק שהנאשם מודע לאלמנטים הפיזיים של ההתנהגות שלו ולא צריך להוכיח שהוא מודע למשמעות הנורמטיבית שלהם.

ואכן, מאז פס"ד שבס, יותר ויותר אנשי ציבור הורשעו בעבירה שקודם היה קשה יותר להרשיע בה. זהו דוגמא לכך שלפעמים גם הצד העובדתי של העבירה מכיל ביטויים נורמטיביים שהם לא עובדתיים עד הסוף ואז עולה השאלה של מה צריך להוכיח.

שיעור 14:

סעיף 34יט- המשך- הסוף של הסעיף, "זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר" היא דבר שנוסף במסגרת תיקון 39. זהו פתח מילוט לאותם מקרים יוצאי דופן שבהם באמת אי אפשר לבוא בטענות לאדם שלא ידע או הבין את החוק. זהו חריג שהשימוש בו אמור להיות מצומצם, הכלל – אי ידיעת הדין אינה פותרת מאחריות נשאר הכלל.

**פס"ד טל סופרמרקט-** לפי חוק שירות התעסוקה צריך להעסיק עובדים דרך שירות התעסוקה אלא אם כן אתה נכנס לאחד החריגים בהם אפשר להעסיק עובדים ישירות. בסופרמרקט זה העסיקו קופאיות שלא דרך שירות התעסוקה בטענה שהמקצוע של קופאית נכנס להחרגה של משרות אמון. אחת ההחרגות של החוק הוא "תפקיד המחייב אמון אישי מיוחד". בעל הסופרמרקט טען שקופאית זה תפקיד שדורש אמון מיוחד. בית המשפט דחה את הטענה ואמר שמדובר בטעות במצב המשפטי, בעל הסופר לא תופס נכון את המשמעות המשפטית. כשמדברים על משרה עם אמון מיוחד, לא מתכוונים לכלול עבודה של קופאית. בית המשפט קובע שהקופאיות היו צריכות להיות מועסקות דרך שירות התעסוקה והטעות היא טעות בדין ולא בעובדה. הוא לא הבין את הכוונה בחוק. הרציונל של לא לפתור מאחריות בגין טעות משפטית מתקיים פה. הדרישה כאן ממפעיל הסופרמרקט גבוהה יותר, יש ציפייה ממנו לבדוק את הדינים הרלוונטיים לעיסוקו.

**ההבחנה בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר(שאינו) פלילי-** הסעיף מדגיש שמדברים על טעות משפטית דווקא במשפט הפלילי, זו הטעות שלא פותרת. כשהטעות היא במשפט שאינו פלילי, היא יכולה לפתור. לפני תיקון 39 הדבר לא היה כתוב במפורש בסעיף. טעות בדין שאינו פלילי כמו טעות בדיני קניין למשל, יכולה לגרור טעות במצב עובדתי. לדוגמא:

סעיף 448(א)- הצתה – "המשלח אש במזיד בדבר לא לו דינו מאסר 15 שנים". ב"מזיד" כאמור זו המחשבה הפלילית הנדרשת, היא מחשבה רגילה. "המשלח" זו ההתנהגות. נניח ואדם טועה בדיני בעלות וחושב שדבר נחשב שלו אך לא כך הדבר והוא מצית את אותו דבר, זוהי טעות בדיני קניין שגורמת לחוסר מודעות לגבי הנסיבה של "דבר לא לו". זו דוגמא לכך שטעות בדין לא פלילי כן פותרת מאחריות.

דוגמא נוספת – סעיף 176(ריבוי נישואין/איסור ביגמיה)- סעיף זה אוסר על אדם נשוי לשאת אישה נוספת. אם אדם חושב שהליכי הגירושין הסתיימו וברגע שהוא נפרד מאשתו השתנה לו הסטטוס והוא חושב שהוא פנוי ולא נשוי ונושא אישה אחרת, זו טעות משפטית בדיני אישות ודיני משפחה שגורמת לחוסר מודעות לאותו אדם על הנסיבה בעבירה. במצב כזה אי אפשר להטיל עליו אחריות שכן בעבירות של מחשבה פלילית צריך להוכיח מודעות סובייקטיבית.

**לסיכום-** צריך לדעת האם הטעות היא במשפט פלילי או במשפט לבר פלילי. טעות בחוקים פליליים אינה פותרת מאחריות וטעות במשפט לבר פלילי כן עשויה לפתור.

**פס"ד ויסמארק(לפני תיקון 39)-** לויסמארק היה רישיון עסק והוא סבר בטעות שרישיון העסק אומר שמבחינת דיני תכנון ובנייה מותר לו גם להפעיל את העסק. לא רק שאף אחד לא בא אליו בטענות במשך שנים ארוכות, הוא היה מגיע לעירייה ומחדש את הרישיון בכל תקופה כך שנוצר אצלו רושם שהכל בסדר. נוצרה אצלו טעות משפטית, הוא חשב שרישיון העסק נותן לו אפשרות גם להפעיל את העסק. כשהדבר הגיע לביהמ"ש התעורר קושי. השופט מצא הטיל עליו אחריות פלילית באמירה שמדובר בטעות בדין ולכן איננה פותרת. השופט בך לעומתו ראה קושי. הוא רצה לזכות אותו, אך בחוק הישן לא הופיע הסוף של הסעיף שמופיע כיום("זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר") ולכן הוא אמר שהטעות של הנאשם הייתה טעות בדין לבר פלילי. זה לא נכון, אך זו הדרך שהוא מצא כדי לזכות אותו. השופט ברק פתר אותו מאחריות בגלל הסייפא של הסעיף שעוד לא נכנס לתקוף("זולת אם הטעות..."). היום לא הייתה בעיה לפתור אותו דרך הסייפא של סעיף זה. הוא היה בקשר כל השנים עם העירייה ונוצר אצלו מצג שהכל תקין.

**עולה השאלה- מה נכנס לתוך הסייפא של סעיף 34יט?** נראה שצריך להכניס לתוך חריג זה מקרים מצומצמים ולתת לו פרשנות מצומצמת. מי שכתבה על הנושא של הסיומת "זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר" היא מירי גור אריה. לדעתה, צריך לפרש את הסייפא הזאת בצורה מאוד מצומצמת ולא לפתוח אותה לכל חוות דעת. לפיה, אפשר לפתוח ולהכניס לתוך הסעיף דברים חד משמעיים כמו חוות דעת של גורם מוסמך או גורם רשמי ולא של גורם פרטי כמו עו"ד פרטי. היא נותנת דוגמא לטעות שנכנסת לתוך הסייפא הזאת- מישהו שחי במדינה בה הסחר בעבדים היה מותר בחוק. הוא נוסע להביא עבדים, חוזר למדינת המוצא ומיד עוצרים אותו על החוף באשמה של סחר בעבדים מכיוון שבזמן שהוא לא היה במדינה חוקקו חוק שהעבדות אסורה. זו דוגמא לסיטואציה בה הטעות בלתי נמנעת באורח סביר.

**פס"ד הורוביץ-** הוא עומד לדין ביתר היתר על סעיף שקשור בדיווח כוזב. האשימו אותו בעבירה התחמקות מתשלום מס בכוונה להתחמק מתשלום מס. השופט אור נותן פסק דין שרלוונטי לענייננו. הוא לא נוגע בסעיף 34יט ישירות, אך הוא מתייחס לחוות דעת מקצועית שניתנה להורוביץ שבה נאמר לו שהוא לא צריך לדווח למס הכנסה על ההכנסה הזאת שהייתה לו. זו הייתה חוות דעת של גורם פרטי שהורוביץ לקח ולא של רשויות המס או גורם מוסמך. הוא זוכה כי לא היה לו את היסוד הנפשי הנדרש. הסעיף דורש כוונה להתחמק ממס, ואם יש לו חוות דעת שאומרת שהוא לא צריך לדווח על ההכנסה הזאת, אי אפשר לומר שהייתה לו הכוונה המיוחדת הזאת להתחמק מתשלום מס. הבעיה בפסק הדין היא שהשופט אור לא מספיק מדגיש את המיוחדות של העבירה הספציפית הזאת- הכוונה המיוחדת שנדרשת בה. הוא מדבר על כך שהסתמכות בתום לב על חוות דעת מומחה, בתנאי שנמסרו לאותו מומחה כל הפרטים הרלוונטיים, שוללת כוונה פלילית. השימוש שלו במונח "כוונה לפעול שלא כדין" אינו מדויק, בשום שלב של מחשבה פלילית אין צורך בהוכחת כוונה לפעול שלא כדין. האמירות של אור כלליות ופסק דין זה רלוונטי לעבירות שדורשות כוונה מיוחדת.

**פס"ד תנובה-** פסק דין בו ניתנים קריטריונים לפיהם חוות דעת של מייעץ יכולה לפתור מאחריות פלילית ולהיכנס לתוך הסייפא של סעיף 34יט. המשותף לכל הקריטריונים הוא שחוות הדעת ניתנה בתום לב ותוך ידיעת כל הפרטים הרלוונטיים.

**פס"ד דג נעמן(פס"ד מחוזי)-** מדובר באדם שהיה כוורן. תפסו אותו לוכד גירית הדבש. מעשה זו הוא עבירה על חוק הגנת הטבע- הוא לכד חיה מוגנת. הוא זוכה מאחריות פלילית בגלל שהוא הראה ששנים קודם לכן, היה פסק דין לטובתו שקבע שהחיה היא איננה חיית בר מוגנת. בגלל שיש פסק דין כזה, אין לו דרך לדעת אם מה שהוא עושה אסור. טענה זו יכולה להיטען פעם אחת כי ברגע שיש פסק דין חדש יותר בנושא פסק הדין הישן לא רלוונטי.

**כוונה**

אנחנו עדיין עסוקים במחשבה פלילית, אבל זו מחשבה פלילית מיוחדת שנקראת כוונה.

סעיף 20(א) קובע מהי מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה ולנסיבות(.)+ מודעות לאפשרות גרימת תוצאה(בעבירות תוצאה, +רכיב חפצי של כוונה/פזיזות מסוג אדישות/פזיזות מסוג קלות דעת). מכאן, שהמונח כוונה רלוונטי רק לעבירות תוצאה שדורשות כוונה, הוא לא רלוונטי לעבירות תוצאה שותקות.

סעיף 20(א)(1)- כוונה זה במטרה לגרום לאותן תוצאות= צריך להוכיח רצון בתוצאה.

כוונה זו הדרגה הגבוהה ביותר של מחשבה פלילית. בד"כ כשמוכיחים רצון אין בעיה להוכיח מודעות, אך לא מדלגים על השלב הזה.

**עבירות תוצאה מסוג כוונה:**

* סעיף 300(א)(2)- רצח בכוונה תחילה. בעבירה זו נדרשת אפילו יותר מכוונה, זאת כוונה בתוספת של עוד דברים.
* סעיף 329(א)(1)- פציעה או גרימת חבלה חמורה- "העושה אחד מאלה בכוונה להטיל באדם נכות או מום או לגרום לו חבלה חמורה....". בסעיף זה מופיע שמעבר למודעות לתוצאה, צריך להוכיח שהייתה כוונה לגרום באדם נכות או מום או לגרום לו חבלה חמורה. במילים אחרות, יש כאן עבירה של חבלה חמורה בכוונה לגרום לחבלה חמורה.
* סעיף 428- סחיטה באיומים- ".....הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה............נעשו המעשה או המחדל מפני איום או הטלת אימה כאמור דינו מאסר 9 שנים"- זו עבירה תוצאתית. צריך להראות קשר סיבתי של התממשות התוצאה. בפתיחה של הסעיף("הכל כדי..") יש כוונה.

**עבירות התנהגות:**

יש לא מעט עבירות התנהגות שבהגדרתן דורשות להוכיח כוונה. כל מה שאמרנו על כוונה רלוונטי לעבירות תוצאה, אך קיימות גם עבירות התנהגות שבהן מופיעה דרישת כוונה. הדבר לא מופיע בסעיף 20 כי סעיף 20 מייחד את המונח כוונה רק לרכיב תוצאתי.

* סעיף 192- עבירת איום- "המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין.........בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו דינו מאסר 3 שנים". זו עבירת התנהגות כי לא צריך להוכיח שקרה משהו בפועל, לכן זו לא עבירת תוצאה. לדבר זה מצטרפות המילים "בכוונה להפחיד....". כאן צריך להוכיח כוונה של הנאשם להפחיד או להקניט.
* סעיף 111- "מי שביודעין מסר ידיעה לאויב או בשבילו דינו מאסר 10 שנים. הייתה הידיעה עלולה להיות לתועלת האויב דינו מאסר 15 שנה. התכוון בכך לפגוע בביטחון המדינה דינו מאסר עולם". – אם אדם מתכוון, העונש קופץ למאסר עולם.

כשאנחנו תקועים ולא יודעים מה לעשות עם עבירות ישנות, יש את סעיף 90(א). הוא עושה את הגשר בין סעיפי עבירות ישנים לבין החלק החדש. בהקשר זה, הסעיף אומר שמקום בו המונח "כוונה"/"כדי" מופיע בעבירות התנהגות, **המשמעות היא או "מניע" או "במטרה".** מכאן, שיש עבירות התנהגותיות מסוג של מניע או מטרה. רוב העבירות ההתנהגותיות הן עבירות מטרה ולא עבירות מניע.

**סיכום-** יש עבירות התנהגות בהן צריך להוכיח את הרצון(המניע, המטרה), השוני מעבירות תוצאה הוא שלא צריך להוכיח שהרצון הזה התממש.

סעיף 144(ב)(א)- "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות דינו מאסר 5 שנים" (העבירה שהייתה בפס"ד אלבה). – המילים "מתוך כוונה להסית לגזענות" הן מחשבה פלילית מיוחדת מסוג כוונה. זוהי עבירת התנהגות שדורשת רצון, מטרה להסית לגזענות. אין צורך בהוכחת תוצאה בפועל כך שזו עדיין עבירת התנהגות. עבירות אלה נקראות עבירות מטרה.

ההבדל בין מניע למטרה – מניע זה מה שהביא את הנאשם לבצע את העבירה, זה משהו שמסתכל יותר על העבר וההווה ומטרה זה למה, זה משהו שצופה פני עתיד. ההבחנה בין מניע למטרה היא מאוד קשה. \*להבחנה זו אין שום השלכה.

**הלכת הצפיות-** הלכה זו קבועה בסעיף 20(ב). הסעיף קובע כלל שמכונה הלכת הצפיות. כלל זה חל על כל עבירות התוצאה מסוג כוונה. "לעניין כוונה ראייה מראש את התרחשות התוצאות כאפשרות קרובה לוודאי כמוהה כמטרה לגורמן". הרעיון הוא שכמות המודעות הופכת לאיכות. הסעיף אומר בעצם שגם לגבי עבירות כוונה, שלכאורה לפי סעיף 20(א) היינו צריכים להוכיח בהן רצון, **גם במקום בו הנאשם לא רצה/לא חפץ שתתרחש התוצאה אך ידע ברמה של קרוב לוודאי(=ברמה מאוד גבוהה של וודאות) שהיא תתרחש, הידיעה הזאת שווה לכוונה.** במילים אחרות, אם אדם פעל מתוך רמה גבוהה של הסתברות שתתרחש תוצאה מסוימת, הדבר נחשב כאילו הוא רצה בתוצאה.

מכאן, שלמילה "כוונה" יש 2 משמעויות- **1. הפרשנות הבסיסית**- רצון(סעיף 20(א)). **2. הלכת הצפיות-** ידיעה ברמה גבוהה של קרוב לוודאי=כוונה(סעיף 20(ב) ).

**מה קורה בעבירות התנהגות?**

**תחולת הלכת הצפיות בעבירות התנהגות מסוג מטרה:**

הדבר כמובן רלוונטי רק לעבירות התנהגות מסוג מטרה. לפני תיקון 39, לפי פרופ' פלר, הייתה מקובלת הבחנה בין עבירות מניע לעבירות מטרה. פלר אומר שזה לא אותו דבר. אם יש עבירה שמפרשים אותה כעבירה שדורשת מניע מיוחד, אין טעם לדון בהלכת הצפיות- או שהמניע היה או שהוא לא היה. לעומת זאת, בעבירות מטרה, רלוונטי לשאול את השאלה האם להחיל את הלכת הצפיות או לא. מה שהיה לפני תיקון 39 הוא שביהמ"ש קבע לכל סעיף עבירת התנהגות מסוג מטרה שהגיע לפניו האם להחיל את הלכת הצפיות(=להסתפק בידיעה ברמה גבוהה של וודאות) או לא להחיל אותה ולהתעקש על הוכחת רצון. בית המשפט הכריע לגבי סעיפי עבירה שונים הכרעות שונות. ברוב העבירות כאמור, המשמעות היא מטרה ולא מניע אלא אם כן זה מופיע במפורש. סעיף 144(ו)- עבירות ממניע של גזענות- מי שעובר עבירות מתוך מניע להסית לגזענות עונשו כבד יותר.

\*במבחן- לצאת מנקודת הנחה שכנראה מדובר בעבירת מטרה.

אחרי שהבנו זאת, נכון יותר לקרוא לכותרת "תחולת הלכת הצפיות בעבירות מטרה התנהגותיות". לפני תיקון 39, הפסיקה קבעה שכל סעיף מסוג מטרה ייבדק לגופו וייקבע האם להחיל את הלכת הצפיות או לא. שיקול בעד החלת הלכת הצפיות היה שאם לא נחיל אותה, נרוקן את הסעיף מתוכן מאחר ומי שעושה את העבירה לא פועל מתוך רצון. שיקול נגד החלת הלכת הצפיות הוא כאשר מדובר במבנה של עבירות בסיס ועבירות חומרה(=עבירה בסיסית במחשבה פלילית רגילה שאם מוסיפים לה מטרה לגרום לתוצאה העונש הופך חמור יותר). אם בית המשפט יתעקש על הוכחת רצון בעבירות מטרה כאלה, הנאשם יורשע בעבירה הקלה יותר, לכן זה שיקול למה לא להחיל את הלכת הצפיות. מה קורה אחרי תיקון 39? האם סעיף 20(ב) שינה את המצב?

אין שאלה שסעיף 20(ב) חל על כל עבירות התוצאה מסוג כוונה. כן יש שאלה האם הוא חל גם על עבירות התנהגות מסוג מטרה. כאן הדעות חלוקות:

1. הגישה הרווחת, שמייצג השופט ברק(באה לידי ביטוי על ידו בין היתר בפס"ד אלבה), היא גישה גמישה שאומרת **שלגבי עבירות התנהגות מסוג מטרה הפסיקה תחליט מסעיף לסעיף האם להחיל את הלכת הצפיות או לא להחיל את הלכת הצפיות.** במילים אחרות, המצב הוא כמו שהיה לפני כן. הסעיף לא מדבר על עבירות התנהגות מסוג מטרה ולכן הפסיקה היא זו שתקבע לפי הגישה הזאת.
2. גישה נוספת, היא גישתו של השופט גולדברג(גם בפס"ד אלבה וגם בפס"ד בורוכוב). הוא אומר **ששיקולי מדיניות יכריעו אם להחיל את הלכת הצפיות או לא אך נקודת המוצא היא שיש להחיל את הלכת הצפיות.** גישה זו נתמכת בפס"ד סולטאן.
3. גישה נוספת היא גישתו של השופט מצא בפס"ד אלבה והשופט אנגלרד בפס"ד פוליאקוב – שניהם סבורים שכיום, מכוח סעיף 20 לחוק העונשין, **בכל עבירות ההתנהגות מסוג מטרה צריך להחיל את הלכת הצפיות ולהסתפק במידה גבוהה של וודאות**.
4. גישה נוספת, שהיא דעה מיוחדת, היא גישתה של השופטת דורנר בפס"ד אלבה. היא אומרת שסעיף 20(ב) לא חל על עבירות התנהגות מסוג מטרה. היא אומרת שיש שני סוגים של עבירות מטרה: **א.** עבירת מטרה כזאת שהגשמתה היא תוצאה טבעית של ההתנהגות האסורה. במקרה כזה **נחיל** את הלכת הצפיות **ב.** מדובר במטרה שהגשמתה אינה תוצאה טבעית של ההתנהגות ואז **אין להחיל** את הכלל.

 היא מדגימה ואומרת שאם אדם מפרסם דבר הסתה, התוצאה הטבעית היא הסתה לגזענות. לעומת זאת, אם מדובר בעבירה שהתממשות התוצאה בה תלויה בעוד גורמים, אין להסתפק בידיעה. למשל, סיוע לעבירה. סיוע מוגדר כ"מי שעשה מעשה כדי לאפשר את ביצוע העבירה".

1. השופט חשין בפס"ד ביטון נ' סולטאן- מסכים עם השופט ברק. סעיף 20(ב) לא חל על עבירות התנהגות מסוג מטרה אלא רק על עבירות תוצאה. הוא מסכים שלגבי עבירות מטרה עדיין יש גמישות פסיקתית, אבל השינוי שחל בעולם לגבי עבירות תוצאה עם חקיקתו של סעיף 20(ב) משליך גם על החלת הלכת הצפיות בעבירות מטרה. ברגע שהמחוקק חוקק סעיף כזה, העולם לא יכול להישאר אדיש, המצב הוא לא כמו שהוא היה קודם. הוא מפנה לגישתה של דורנר ואומר(בצורה די דומה לה) שהמינימום שאפשר לומר הוא שבעבירות התנהגות מסוג מטרה שבהן הסיכון להתממשות התוצאה הוא גבוה יש להחיל את הלכת הצפיות. הוא למעשה נשען על גישתה של דורנר ומוסיף לבטים לגבי ההשפעה שהייתה לסעיף 20(ב) על החלת הלכת הצפיות. בעיני חשין, קשה להבדיל בין עבירות מטרה לתוצאה.

מהאמור עולה שהגישה הרווחת היא שיש לבדוק מסעיף לסעיף האם להחיל את הלכת הצפיות. כמובן שבחלק מהעבירות יש פסיקה קודמת שבה הוחלט אם להחיל את הלכת הצפיות או לא. מפסיקות אלה אפשר לגזור שיקולים לגבי עבירות אחרות.

שיעור 15:

\*יש מקרים בהם יהיה ברור שהיה רצון ואין צורך לדון בהאם להחיל את הלכת הצפיות או לא. הדבר משתנה לפי הנסיבות של כל מקרה. אם התוצאה ברורה באופן מובהק, מתייתר הצורך בדיון בהלכת הצפיות.

**אז איך הפסיקה פירשה סעיפים בהקשר של החלת(או אי החלת) הלכת הצפיות בהם?**

**פס"ד עג'אמי-** מדובר בפסק דין ישן. החילו את הכלל של הלכת הצפיות על עבירה של הסגת גבול. כיום עבירה זו נמצאת בסעיף 447 בחוק העונשין(אז היה במספר אחר אבל התוכן זהה). תוכן העבירה- "העושה אחת מאלה כדי להפחיד מחזיק בנכס להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה דינו מאסר שנתיים: 1. נכנס לנכס או על פניו....." . הסעיף דורש מטרה אך לא שהמטרה תתממש. הסיפור בפסק הדין הוא על בעל שהיה בהליכי גירושין מאשתו. הוא רצה "לתפוס אותה על חם" ולהביא ראיות לבית הדין שהיא מתייחדת עם גבר אחר. הוא שלח צלמים שנכנסו לדירה שהייתה בחזקתה וצילמו אותה בסיטואציות אינטימיות. היא התלוננה במשטרה והוא הועמד לדין בגין עבירה זאת. הוא טען שהוא לא התכוון להקניט אותה או להעליב אותה כמו שמוגדר בסעיף, הוא אמר שהוא עשה זאת לצורך אחר. הנשיא אגרנט אומר שאומנם הייתה לו מטרה אחרת אך הוא ידע באפשרות ברמה מאוד גבוהה שאשתו תוקנט מהמעשה. הידיעה הגבוהה שקולה לכוונה להקניט ולכן ניתן להרשיע. במילים פשוטות- אגרנט מחיל את הלכת הצפיות. בבסיס הקביעה הטענה שאם נדרוש רק רצון, הרבה מקרים יישארו מחוץ לסעיף.

**עבירות נגד ביטחון המדינה:**

סוג עבירות שבהן מתעוררת השאלה של החלת הלכת הצפיות הן עבירות נגד ביטחון המדינה. אלו עבירות שבגלל שערך ההגנה על ביטחון המדינה בהן חשוב מאוד, ההגנה עליו רחבה והעונשים בגינו חמורים. סביב ערך זה יש לא מעט עבירות התנהגות שבהן לא צריך להוכיח שביטחון המדינה נפגע. אלו עבירות מטרה שדורשות כוונה מיוחדת- כוונה לפגוע בביטחון המדינה. בהרבה מקרים נוצר צורך לדון בשאלה האם להחיל את הלכת הצפיות בעבירות אלה. השאלה כאן משמעותית מכיוון שבמציאות, הרבה ממעשי הריגול או מסירת סודות לא נובעים מרצון לפגוע במדינה אלא ממניעים אחרים כמו להרוויח כסף למשל.

אחד הסעיפים שעולה לדיון הוא סעיף 113(ב) – "מי שמסר ידיעה סודית שאינו מוסמך לכך והתכוון לפגוע בביטחון המדינה דינו מאסר עולם". בעבירות כמו זאת, באופן עקבי מאוד, החילו את הלכת הצפיות והסתפקו בידיעה. למה? ראשית, כי ערך ביטחון המדינה הוא ערך חברתי חשוב שצריך להישמר מכל פגיעה בו. שנית, היות ורוב המרגלים לא עושים מה שהם עושים כדי לפגוע בביטחון המדינה, אם נעמוד על כך שצריך להוכיח רצון לפגיעה בביטחון המדינה, הסעיף יתרוקן מתוכן וכל מיני מרגלים יהיו פטורים מאחריות.

**פס"ד וענונו-** בפסק דין זה מוזכרים 2 פסקי דין שקשורים לעבירות נגד ביטחון המדינה. אלו פסקי דין ישנים מאוד:

פס"ד סילבסטר- סילבסטר היה פקיד בחברת החשמל הישראלית-ערבית שהייתה משותפת בתקופת קום המדינה. הוא היה מודיע לאנשי חברת החשמל שנמצאים בצד הערבי איפה היו הפסקות חשמל. הוא הועמד לדין בעבירה של מסירת ידיעות במטרה לסייע לאויב. הוא טען שהוא לא התכוון לסייע לאויב, אלא מסר אינפורמציה מקצועית. בית המשפט זיכה אותו למרות שכתותחן הייתה לו מודעות לחשיבות האינפורמציה שהוא מסר.

פס"ד סיטה- סיטה היה מרגל שמסר סודות. היה לו קשר עם אדם מהגוש המזרחי והוא מסר לו סודות. הוא טען שהוא לא רצה לסייע לאויב. בית המשפט הרשיע אותו באמירה שהוא ידע מה תוכן הידיעות שהוא מסר וזה מספיק לצורך הרשעתו.

בפסק דין וענונו מנסים להבחין בין המקרים. השופט זילברג מסביר למה זיכו את סילבסטר ואומר שבסילבסטר, יש משהו שהוא מעבר לרמת הידיעה – עומק הידיעה. במילים אחרות, עומק הידיעה זה כמה אתה ער לידיעות שלך. לפעמים, יש ידיעות שנמצאות לנו בראש אך אנחנו לא ערים להם. זילברג אומר שמשהו בעומק המודעות של סילבסטר גרם לכך שזיכו אותו. אם היו עוצרים אותו ואומרים לו לחשוב על מה שהוא עושה ושהוא גורם נזק, הוא היה מפסיק. דבר זה אומר שהמודעות לכך שמדובר בידיעות שמסייעות לאויב היא לא מודעות שעמדה לו מול העיניים, לא היה עומק מספיק של מודעות. המימד הזה שזילברג מדבר עליו עושה הבדל בין שני המקרים- מקרה שהיה בו עומק ומקרה שלא. השופט שמגר אומר(עדיין בפס"ד וענונו) שההבחנה בין סילבסטר לסיטה היא ברמת הידיעה- סיטה ידע ברמה גבוה מאוד של וודאות שהידיעות מסייעות לאויב ולסילבסטר לא הייתה רמת מודעות כזאת.

השופטים נתנו לנו 2 זוויות הסתכלות – 1. הבדל בעומק הידיעה 2. הבדל ברמת הוודאות שבידיעה.

וענונו בפסק הדין מסר ידיעות תוך הבנת משמעות וחשיבות הידיעות האלה. הוא טען שהמשך פיתוח האטום פוגע בביטחון המדינה ודווקא מסירת המידע מגנה על ביטחון המדינה. השופט שמגר אומר שלצורך סעיף 113(ב), מספיקה ידיעה ברמה גבוהה של וודאות. שמגר מוסיף שכאשר הידיעה של הנאשם כל כך חד משמעית, ניתן ממש לראות בה כוונה/חפץ/רצון. הוא מוסיף שוענונו מסר תוכן סודי תוך ידיעה מובהקת שהדבר פוגע בביטחון המדינה ולכן אפשר להטיל עליו אחריות כי שהתכוון. מפסק הדין עולה שפחות משנה איך וענונו תופס את ביטחון המדינה, מספיק שהמדינה סבורה שהמעשה פוגע בביטחונה ווענונו יודע שההתנהגות שלו פוגעת במדינה כדי לייחס לו ידיעה שהמעשה שלו פוגע במדינה. במילים אחרות, המדינה היא זו שמחליטה מה פוגע בה. אם אדם יודע שבעיני המדינה הוא פוגע גם אם זה לא כך בעיניו שלו, אפשר להטיל עליו אחריות. לסיכום- השופט שמגר החיל את הלכת הצפיות למרות שהוא לא מדבר במונחים ספציפיים אלה.

השופט גולדברג אומר שלצורך 113(ב) מספיקה הלכת הצפיות והוא מחיל אותה, אך בדרך יצירתית. איך הוא מגיע למסקנה שבעבירות מסוג זה מספיקה ידיעה ולא צריך להוכיח רצון? דרך סעיף 93 לחוק העונשין- "ההגנה לפי סעיפים 21 או 22(=השתנה מאז היום זה בסעיפים אחרים שאחד מהם הוא סעיף 34יב, סעיף הכורח) לא תשמש עילה לפטור מאחריות פלילית בשל עבירה לפי סעיפים... בין היתר 113(ב) אך היא תשמש עילה להמתקת הדין". הוא למעשה אומר שלמרות שיש סייג שקוראים לו כורח(=מישהו מאיים עליי ובגלל האיום אני מבצע עבירה פלילית), בעבירות מסוימות, לא תועיל טענת כורח ולא תעמוד לנאשם. המשמעות היא – הרשעה בסעיף 113(ב) יכולה להתקיים במצבים בהם נאשם פועל מתוך כורח. = לא צריך להוכיח רצון אלא רמה גבוהה של וודאות.

**עבירה של לשון הרע:**

**פס"ד בורוכוב נ' יפת(פס"ד ישן לפני התיקון)-** השאלה שהייתה בפסק דין זה היא איך לפרש את העבירה הפלילית של לשון הרע. בחוק לשון הרע יש עבירה פלילית ויש עוולה נזיקית. בשתיהן יש לשון הרע, אך ההבדל בעבירה הפלילית הוא במילים "בכוונה לפוגע". הדיון הוא מה פירוש מילים אלה. האם לצורך כוונה לפגוע בלשון הרע צריך להוכיח רצון לפגוע או שמספיק להוכיח ידיעה ברמה גבוהה של וודאות שהפרסום יפגע? ברק מתלבט אם להחיל את הלכת הצפיות על עבירת לשון הרע. הוא אומר שיש 2 משמעויות למונח כוונה – 1. רצון לגרום לתוצאה 2. צפייה ברמה גבוהה של וודאות שהתוצאה תתרחש. ההתלבטות שלו היא איזה פרשנות לבחור לצורך הסעיף. הוא קובע, באמצעות פרשנות תכליתית, שלצורך סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע יש להוכיח כוונה ברמה של חפץ ממש, לא מספיקה ידיעה. ככל שכותבים משהו יותר פוגעני, יודעים שהדבר פוגע. ברק סבור שהחלטה זו עושה את ההבחנה הנכונה בין העבירה הפלילית של לשון הרע לבין העוולה הנזיקית. גם השופט גולדברג מכריע שאין להחיל את הלכת הצפיות וצריך רצון. גולדברג מדגיש את הערך של חופש הביטוי. כשברק נותן את הפרשנות התכליתית, הוא מדבר על 4 ערכים שמשחקים תפקיד – חופש הביטוי, חופשי אישי מפני הטלת אחריות פלילית, זכות לשם טוב ושלום הציבור. ברק אומר שצריך לחפש בנורמה הפלילית משהו שקשור לשלום הציבור ולא רק דברים שקשורים לאינטרסים של אנשים ספציפיים. רק בסיטואציות שבהם הפרסום הוא מתוך רצון לפגוע, מתקיימת העבירה הפלילית. שורה תחתונה – לא החילו את הלכת הצפיות על עבירת לשון הרע.

אחרי שנים רבות, עלתה שוב השאלה של החלת הלכת הצפיות על עבירת לשון הרע:

**פס"ד ביטון נ' סולטאן-** התוצאה הסופית של פס"ד בורוכוב לא משתנה – לא מחילים את הלכת הצפיות על חוק איסור לשון הרע. מסכימים שסעיף 20(ב) לא חל או לא חל באופן גורף על עבירות התנהגות. הגישה המרכזית היא עדיין גישתו של ברק – הדבר ייבדק מסעיף לסעיף ותינתן פרשנות. היועמ"ש במקרה זה היה בעד להחיל את הלכת הצפיות על חוק איסור לשון הרע. הוא רצה לעשות זאת ברוח סעיף 20(ב) לחוק העונשין. הוא טען בנוסף שהמציאות החברתית השתנתה באופן כזה כך שהיום מאוד קל לפגוע באמצעות פרסום. בימי פס"ד בורוכוב זה היה יותר קשה ואולי היית צריך להיות עיתונאי כדי לפגוע באמצעות פרסום, היום זה פשוט יותר ולכן אולי צריך להרחיב את ערך ההגנה נגד לשון הרע. השופטים חשין, מצא ונאור היו בדעת מיעוט- שכן להחיל את הלכת הצפיות. מדברים אלה, למרות שהשורה התחתונה נשארה אותו דבר, מסתמן איזשהו שינוי ביחס. מפסק הדין אפשר להסיק שנקודת המוצא היא כן להחיל את הלכת הצפיות ומחפשים סיבות למה לא להחיל אותה. בפס"ד זה היו 2 סיפורים שכללו לשון הרע- אחד נגד סייעת בגן ואחד על רקע פוליטי של עימותים בתוך עיריית בית שמש. בשני המקרים נשאלת השאלה של תחולת הלכת הצפיות על חוק איסור לשון הרע. כאן כבר דיברו ממש על סעיף 20(ב) והלכת הצפיות. נאמר שיש צורך לפתוח שוב את הלכת בורוכוב ולדון באפשרות לשנותה. עצם זה שחשבו לעשות זאת כבר מעידה על שינוי. חוות הדעת של השופטים:

השופט ברק- השופט ברק עקבי. הוא אומר שלא צריך לשנות את המצב, אין להחיל את הלכת הצפיות על חוק איסור לשון הרע. הדבר הראשון שהוא אומר זה שהפירוש של המילה "כוונה" הוא בעל 2 משמעויות(כמו בבורוכוב). דבר נוסף שהוא אומר שהערך של שקילות בין ידיעה ברמה גבוהה של וודאות לבין רצון, הוא לא ערך יחיד, יש ערכים אחרים שגוברים על זה, למשל- חופש הביטוי. בנוסף, הוא אומר שאם מחפשים שינוי, השינוי הוא לכיוונו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. הוא אומר שבמקום שבו יש התלבטות פרשנית, יש לקחת את הפירוש המקל שפחות פוגע בזכויות יסוד. הוא מסכם ואומר שלא צריך להחיל באופן אוטומטי את הלכת הצפיות וצריך להפעיל פרשנות תכליתית על כל עבירה ועבירה. הוא אומר שלהכניס לסעיף 20(ב) יותר ממה שיש בו- היא פגיעה בעיקרון החוקיות. ברק מצביע על 4 ערכים שצריך לאזן ביניהם – חופש הביטוי, חופש אישי(=צמצום המקומות שבהם מטילים סנקציה פלילית), זכות לשם טוב ושלום הציבור(=שוב, בדיוק כמו בורוכוב). הוא אומר שהיועמ"ש טוען ששלום הציבור יותר פגיע מבעבר. לדעת ברק, זה לא השינוי היחיד שקרה. מאז התחזק חוק יסוד כבוד האדם וממילא התחזקו הזכויות המשמעותיות של חופש ביטוי וזכות האדם לשם טוב. בשכלול הרכיבים, המסקנה שלו היא שהפרשנות שיש לתת ל"לכוונה לפגוע" בחוק איסור לשון הרע היא רצון.

השופט מצא- מחיל גישה רחבה. כבר בפסיקה קודמת הוא אמר שבעיניו סעיף 20(ב) חל על כל העבירות. לדבריו, גם כאן ברור שצריך להחיל את הלכת הצפיות גם בחוק זה. כמו שברק עקבי, גם מצא עקבי.

השופט חשין- מסמל שינוי מסוים בתפיסה. הוא מתחיל באמירה שלא ערכי ולא הגיוני לא לטפל בעבירות התנהגות מסוג מטרה ולא להחיל עליהן את הלכת הצפיות. הוא אומר שאין הבדל בין עבירות תוצאה לעבירות מטרה. הוא לא מבין למה לסעיף 20(ב) אין השלמה שתחיל אותו על עבירות התנהגות. הוא תוהה מה ההבדל ואומר שאפשר להתווכח על האם זה מוצדק בלי סוף שהמחוקק לא התייחס בצורה מפורשת לעבירות מטרה, אך אם זה מה שהוא בחר לעשות בסעיף 20(ב), אין ברירה. הוא מסכים עם השופט ברק בזה שסעיף 20(ב) לא חל על עבירות התנהגות ושלגבי עבירות אלה הפסיקה ממשיכה ליהנות מגמישות. עם זאת, הוא לא מסכים עם ברק בשורה התחתונה – הוא בעד להחיל את הלכת הצפיות על חוק איסור לשון הרע. הוא אומר שסעיף 20(ב) כן עשה שינוי שמקרין גם על עבירות מטרה התנהגותיות. זה נותן מושג למה מתכוון המחוקק במילים "בכוונה לפגוע". הוא אומר שבגלל שהוא לא מבין את ההבדל בין עבירות מטרה לעבירות תוצאה, סעיף 20(ב) כן עשה שינוי, אך הוא לא יודע להגדיר את רוחב השינוי. הוא אומר שמה שהוא כן יודע להגיד, זה שבעבירות מטרה שבהן הסיכוי להתממשות התוצאה גבוה- יש להחיל את הלכת הצפיות. הוא רואה בעבירה של פרסום לשון הרע בכוונה לפגוע עבירה פורמאלית התנהגותית, אך שמאוד דומה לעבירת תוצאה. הוא מסביר שמי שמפרסם משהו כשהתוכן הוא פוגע, זה כמעט כמו לכלול תוצאה בסעיף כי מדובר בתוצאה כמעט וודאית. לסיכום- כשהתוצאה כל כך מתבקשת מההתנהגות- יש להחיל את הלכת הצפיות. בנוסף, חשין לוקח את סעיף 329(א)(1) – חבלה חמורה, ואומר שיש דימיון בין פגיעה בגוף לפגיעה בנפש, וכמו ששם אוטומטית מוחלת הלכת הצפיות, אין סיבה שזה לא ייעשה גם בעבירה זו. הוא לא מסכים עם ברק שמביא 4 ערכים ואומר שהאינטרסים שמתחרים הם 2 בלבד- חופש הביטוי וזכות לשם טוב. שני הערכים נגזרים מכבוד האדם. המתח הוא בין חופש הביטוי של העיתונאי או המפרסם ובין הזכות לשם טוב של האדם שעליו זה מפורסם. הוא מחליט להחיל את הלכת הצפיות ואומר שאם לא נחיל את הלכת הצפיות בסעיף זה, נרוקן אותו מתוכן מכיוון שברוב המקרים של לשון הרע אי אפשר להוכיח מוטיבציה לפוגע, לא זה מה שמניע את הכותב.

דעת הרוב כאמור בפס"ד זה הלכה עם ברק- העבירה הפלילית לפי חוק איסור לשון הרע מתקיימת רק כשיש רצון ולא כשיש ידיעה. **ההלכה המחייבת כיום היא שביחס לעבירות מטרה, סעיף 20(ב) לא חל והפסיקה יכולה להכריע מסעיף לסעיף האם להחיל או לא להחיל.**

הרוח או הכיוון של פס"ד ביטון, וזה השינוי שמסתמן בגישה, הוא שכן יש להחיל את הלכת הצפיות.

**רע"פ 7153/99 אלגד-** פס"ד זה מאוזכר בפס"ד ביטון. הסיפור הוא על שוטר שנפצע בקטטה במועדון. הוא רצה להסתיר את זה שהפציעה נגרמה במועדון. הוא חשש שיחשבו שהוא עובד במועדון והוא שוטר. הוא המציא סיפור בנוגע לנסיבות פציעתו. בחקירת הקטטה, הוא מסר עדות שקר לחוקרים. המוטיבציה שלו קשורה לכך הוא לא רצה שידעו מה קרה, לא היה לו רצון לשבש הליכי משפט באופן כללי. הוא הועמד לדין בעבירה שבסעיף 244 לחוק העונשין. זהו הסעיף התנהגותי שקובע כך: "העושה דבר בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי דינו מאסר 3 שנים". במקרה זה, היה מדובר בהליך שיפוטי והוא נתן מידע שקרי. השאלה היא האם התקיימה המחשבה הפלילית המיוחדת של הבאה לעיוות הליך שיפוטי. השופטת בייניש אומרת שאין צורך להכריע הכרעות כלליות, סעיף 20(ב) מתייחס רק לעבירות תוצאה. היא אומרת שזו העמדה הרווחת. מבחינתה, במקרה זה ובהרבה אחרים, כל הגישות יכריעו שצריך להחיל את הלכת הצפיות על סעיף זה, בין אם מכוח סעיף 20(ב) או משימוש בשיקול דעת. הקושי בפסק דינה הוא שהיא נסמכת על עובדות המקרה הספציפי. היא מחילה את הלכת הצפיות אך נסמכת על המקרה הספציפי. היא אומרת שמדובר על שוטר שמשקר בחקירה, והתנהגות כזאת של שקר בחקירה, ובטח כשמדובר בשוטר, זה דבר שמצדיק החלה של הכלל. זוהי עבירה שיכולים להיות בה מניעים רבים לשיבוש הליכי משפט. מניעים או דברים חיצוניים שלא נמצאים בחוק העונשין. לכן, מספיק להוכיח או שאיפה לשבש הליכי משפט או ידיעה שאדם משבש הליכי משפט. היא מחילה את הלכת הצפיות. בייניש אומרת בפירוש שהיא נשענת גם על הסעיף וגם על נסיבות המקרה הקונקרטי ונותנת לו משקל כבד.

סיכום- החלת הלכת הצפיות בעבירות מטרה נשארה פתוחה לפסיקה.

שיעור 16:

ע"פ 217/04 אלקורען – עוסק בסעיף 332- סעיף מטרה שאיננו תוצאתי ולגביו החילו את הלכת הצפיות. הסעיף היה סיכון חיי אנשים בנתיב תחבורה. הסיפור הוא על אדם שפגע במשטרה וברח, הוא נסע בצורה מסוכנת ומופרזת כי הוא לא רצה לקבל דו"ח. לא הייתה לו כוונה במובן של רצון. בית המשפט החיל את הלכתה צפיות ודיבר על כך שהסעיף בא להגן על המשתמשים בדרך ולא צריך רצון של ממש, ידיעה מספיקה. יש כאן רצון להרחיב את ההגנה על הערכים המוגנים- שלמות הגוף וחיי אדם, לכן הפרשנות לא מצומצמת. בית המשפט אומר שבהיעדר ערך גובר המקיים פירוש סביר שלא להחיל את הלכת הצפיות יש להחילו. הכוונה היא שנקודת המוצא הראשונית היא להחיל את הלכת הצפיות, אך אם יש ערך גובר שמציע פרשנות סבירה אחרת- לא נחיל את הלכת הצפיות.

\*גם אם בחרנו להחיל את הלכת הצפיות, יש לבדוק את היישום על נסיבות המקרה. צריך לראות אם היא מסתדרת עם העובדות ולנאשם הייתה ידיעה ברמה מספקת(=קרוב לוודאי).

**תחולת הלכת הצפיות על עבירת רצח בכוונה תחילה:**

בפסיקה ישנה מלפני תיקון 39, פס"ד אילוז, נקבע שאין להחיל את הלכת הצפיות על רצח בכוונה תחילה. נאמר שם שאין להסתפק בידיעה אלא יש צורך ברצון ולא פחות מזה בגלל שמדובר בעבירה חמורה מאוד. כיום אחרי התיקון, בסעיף 20(ב), הלכת הצפיות חלה על כל עבירות התוצאה, ולכן במחשבה פשוטה צריכה לחול גם על עבירה של רצח בכוונה תחילה. השופט אנגלרד בפס"ד פוליאקוב אומר שהוא לא צריך להכריע מכיוון שמדובר בעבירה של סיוע לרצח, אך הוא אומר שלשם הרשאה ברצח בכוונה תחילה צריך להוכיח את כל הרכיבים של כוונה תחילה. הרכיבים של כוונה תחילה מוגדרים בסעיף 301. רק חלק מהמרכיבים הם כוונה, ורק לגביהם אפשר להחיל את הלכת הצפיות. מצד שני, רבים סוברים שגם היום אין להחיל את סעיף 20(ב) על רצח בכוונה תחילה מטעמים שכוונה תחילה היא יותר מכוונה ושעבירת הרצח חמורה מאוד. אין פסיקה ברורה בנושא, זוהי שאלה מורכבת שיש התייחסויות אגב(אוביטר) לגביה. השאלה עלתה בפס"ד יגאל עמיר אך שם לא הייתה שאלה.

פס"ד אלימלך- הנאשם דקר 2 דקירות את המנוח בנוכחות אביו של המנוח. לאחר הרצח, הנאשם התקשר לבית המנוח בו ישבו שבעה. לטלפון ענה שוטר שהציג את עצמו כאחיו של המנוח. הנאשם אמר לו שהוא לא המית את המנוח בגלל כבודו של אביו, אבל בפעם הבאה הוא יחסל אותו. הוא לא ידע שהאדם שהוא דקר מת. משפט זה הציל את אלימלך. השופט מצא עושה ניתוח של העניין. הנאשם זוכה מרצח בכוונה תחילה. מצא חילק את התייחסותו ל-2. ראשית, הוא אמר שיש כלל ראייתי עובדתי של חזקת המודעות/הכוונה- אדם מודע לתוצאות הטבעיות של המעשים שלו ומתכוון אליהם. כלומר, אם אדם דקר 2 דקירות משמעותיות במקומות רגישים, הוא ידע מה הוא עושה. מצא אומר שזו חזקה עובדתית שניתנת לסתירה ובית המשפט לא יכול לדעת מה בליבו של אדם ולכן הוא משתמש בנסיבות חיצוניות כדי לדעת מה הייתה הכוונה. מי שדוקר שתי דקירות משמעותיות, בד"כ מייחסים לו כוונה למשמעות ההתנהגות, אך משיחת הטלפון במקרה זה מצא מסיק שלמרות שהמנוח נדקר פעמיים המנוח לא התכוון להמיתו ולכן החזקה העובדתית נופלת. מצא ממשיך ובוחן את שאלת הלכת הצפיות בעבירה של רצח בכוונה תחילה. הוא מדייק ואומר שצריך לשים לב ששאלת תחולת הלכת הצפיות היא שאלה מהותית ולא ראייתית, ואם נחיל את הלכת הצפיות על רצח, לא יהיה צורך להוכיח רצון אלא ידיעה ברמה של קרוב לוודאי. **מצא אומר שסעיף 20(ב) מדבר על כוונה ספונטנית ולא על כוונה תחילה ולכן אין להחיל את הסעיף.** השופטת בייניש משאירה את השאלה האם להחיל את הלכת הצפיות על רצח בצריך עיון מכיוון שבעובדות פס"ד אלימלך לא הייתה לנאשם מודעות לתוצאת המוות ברמה של קרוב לוודאי.

לסיכום- אין תשובה סופית האם להחיל את הלכת הצפיות על רצח בכוונה תחילה, אך השופט מצא מבחין בין חזקת הכוונה שהיא ראייתית לבין הלכת הצפיות שהיא מהותית.

**סעיף 20(ג)(2)- כוונה מועברת-** "אין נפקא מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות". לדוגמא, אם אדם רצה להמית אדם ושלח מעטפת נפץ לביתו אך המעטפה הגיעה לבית אחר והרגה אדם אחר, אין משמעות לכך שלא מדובר באדם שלא הייתה כוונה להרוג, אותו אדם נכנס לנעליו של האדם שהיה רצון להמיתו. צריך לבדוק אם התקיימו כל רכיבי היסוד העובדתי ואם הייתה מודעות לנסיבות. אם לא, יהיה אפשר להרשיע בניסיון. דוגמא נוספת- נניח ואדם רוצה להמית את השכן שלו והורג בטעות את אביו שלו, קיימת עבירה מיוחדת של הריגת אב במזיד. במקרה כזה, לא נוכל להרשיע בהמתת אב כי אין מחשבה פלילית, אין מודעות ביחס לנסיבה של אב בעבירה זו ולכן אי אפשר להרשיע אותו בהמתת אב. דוגמא נוספת- אם אדם רצה להמית את אביו אך המית אדם זר, אי אפשר להרשיע אותו ברצח כי לא התקיים היסוד העובדתי של אבא(הנסיבה), התקיים רק היסוד הנפשי ולכן יהיה אפשר להרשיע אותו רק בניסיון. לסיכום- שמים את הקורבן בפועל במקום הקורבן המיועד ובודקים אם התקיימו היסוד נפשי והיסוד העובדתי. דוגמא נוספת- עבירה של המתת תינוק. זו עבירה מיוחדת שהיא עבירת המתה ספציפית מאוד. העבירה נמצאת בסעיף 303 ולמעשה אומרת שאם אישה נמצאת בדיכאון שקשור בלידתה וגורמת למות תינוקה עונשה 5 שנים. הסעיף רלוונטי רק לתינוק שנולד לאשה, נקודה למחשבה היא מה קורה אם אישה הורגת בטעות תינוק שלא שלה.

**מחשבה פלילית ביחס לתוצאה- מודעות לאפשרות שתתרחש התוצאה+פזיזות(אדישות/קלות דעת):**

בעבירות תוצאה ביחס לרכיב התוצאה צריך להוכיח מודעות לאפשרות שתתרחש התוצאה וגם פזיזות. פזיזות מורכבת משני סוגים – 1. אדישות 2. קלות דעת. במציאות החוקית הנוכחית אין הבחנה בין עבירות שדורשות אדישות לעבירות שדרושות קלות דעת ולכן מספיקה להוכיח קלות דעת, אין עבירות שדורשות אדישות.

יש למעשה 2 רכיבים שצריך להוכיח – אחד במישור הכרתי, כלומר שאדם יודע שיש סיכוי ממשי שהתוצאה תתממש והשני יחסי רגשי, מישור חפצי. קוגלר אומר שאם בכל העבירות אנחנו רואים שמספיקה קלות דעת, אין באמת הבדל בין אדישות לקלות דעת. היחס החפצי לדבריו לא עושה הבדל.

יישום הרכיבים הדרושים לצורך מחשבה פלילית בעבירות תוצאה קשה במשפט הפלילי. קשה להכריע האם נאשם היה מודע או שהוא לא היה מודע אך אדם סביר היה מודע. לדוגמא, הורים ששמים את ילדם באמבטיה, מתעסקים במשהו והילד נחבל חבלה חמורה. מה המחשבה הפלילית של ההורים ביחס לתוצאה זו? אפשר לומר שאם הורים השאירו את הילד באמבטיה הם ידעו שזאת תוצאה אפשרית ולקחו סיכון ובכך להרשיע אותם. לחלופין, אפשר לומר שלא עלה בדעתם סיכון כזה ולכן אי אפשר להרשיע אותם בעבירה של מחשבה פלילית אלא ברשלנות. התלבטות זו חוזרת על עצמה בפסקי דין רבים. קשה להוכיח וגם קשה לדעת באמת מה הייתה רמה המודעות.

(\*מחשבה פלילית היא תמיד סובייקטיבית)

פס"ד מגידיש- פסק דין זה ניתן אחרי התיקון ואחרי פס"ד ויניצקי. לפי פסק דין זה, ובניגוד למצב המשפטי שהיה לפני התיקון, כדי להרשיע בהריגה צריך להוכיח מודעות לתוצאת המוות ולא כפי שהיה לפני התיקון שאז היה מספיק מודעות לסיכון הבריאות והחיים. התיקון העלה את הרף.

נראה היה שכתוצאה משינוי זה יהיו יותר זיכויים בעבירת הריגה אך בפועל זה לא קרה בגלל שימוש גורף בצורה מסיבית בחזקת המודעות. חזקת המודעות היא חזקה עובדתית לפיה אדם מודע לתוצאות הטבעיות הצומחות ממעשיו.

ע"פ ממדוב- הסיפור היה התגודדות של שיכורים הומלסים שהתקוטטו. הקורבן קיבל בעיטות חזקות לבטן מממדוב שהביאו למותו. הנאשם טען שהמטרה שלו הייתה להעיר את הקורבן והקורבן היה שתוי לגמרי. השופט קדמי אומר שצריך מודעות לסכנה חמורה ולא למוות(=זו טעות! צריך מודעות לאפשרות של מוות) והוא מתייחס לפסקי דין ויניצקי ופלוני כפסקי דין שלא הכריעו אם צריך דווקא מודעות לתוצאת המוות. הם לא הכריעו כי במקרים שלהם לא היה צריך להכריע, הייתה מודעות שם לתוצאת המוות. השופט זמיר משאיר בצריך עיון את השאלה האם לדרוש מודעות דווקא לתוצאת המוות. השופט זועבי אומר שצריך מודעות למוות. בשורה התחתונה, הסיקו שהבועט היה מודע לסכנת המוות. עוצמת הבעיטות לא תואמות את הטענה שמטרתן הייתה להעיר את הקורבן. אלימות קשה באיזור רגיש מולידה מסקנה לפיה הנאשם היה מודע לאפשרות של גרימת מותו של אדם.

לשופטים קשה לפעמים להכריע למה נאשמים מודעים ולמה לא, אך במקרים כמו ממדוב, שהעולם של הנאשם רחוק מאוד מעולמו של השופט, יש נטייה להחיל בקלות את חזקת המודעות. שופטים לא מצליחים להבין מה יכול לגרם לנאשם כמו ממדוב לבעוט באדם בצורה כזאת. בפסק דין זה נתנו חשיבות גדולה לחוות הדעת של המכון לרפואה משפטית בקביעה שהייתה מודעות של ממדוב לאפשרות שהבעיטות שלו יביאו למותו של אדם.

פס"ד אבו עלאווה- גם פה הופעלה חזקת המודעות. מדובר בריב בין חמולות במסגרתו סכין ננעצה בירך של הקורבן וכתוצאה מדימום הוא מת. היה מדובר בחתך עמוק. השופט מצא עושה חזקה על גבי חזקה. הוא אומר שהוא מפעיל כך את חזקת המודעות – אדם נועץ סכין ויודע שיש סכנה לחבלה חמורה לפחות. יש לו מודעות לחבלה חמורה+ שהוא יודע מתוך ניסיון החיים שחבלה חמורה מסתיימת לעיתים במוות. לכן, מי שמודע לסכנה של חבלה חמורה מודע לסכנה של מוות. השופטת בייניש יותר מדויקת ואומרת שכשהחבלה החמורה מעצם טבעה מסכנת חיים, מתקיימת מודעות לאפשרות של תוצאה קטלנית. מאוד קשה להוכיח מודעות וגם כאן עושים שימוש בחזקה. אומרים למעשה בפסק דין זה בנוסף שככל שהמעשה יותר חורג מנורמת ההתנהגות המקובלת, כך חזקת המודעות תתחזק.

פס"ד מגידיש(הרחבה)- מדובר בתאונת דרכים קטלנית בעיר יבנה בה נהרגה אישה בת 85. האישה חצתה את הכביש במעבר חצייה ונפגעה ע"י מגידיש. בית המשפט אומר שכדי להרשיע בהריגה צריך להוכיח מודעות סובייקטיבית לאפשרות שתתרחש התוצאה הקטלנית. מסיקים את המודעות מהראיות החיצוניות. השופט אנגלרד קובע בצורה חד משמעית שחזקת המודעות קמה לאור רשלנות רבתי של הנאשם ושהיא חזקה עובדתית בלבד. בפסק דין זה נקבע שמגידיש פעל במודעות – הוא ידע איזה סכנות כרוכות בנהיגה בצורה שבה הוא נהג(לפחות 95 קמ"ש), הוא הכיר את האזור ואת הסביבה. בית המשפט אומר שהנאשם נטל על עצמו סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה מתוך תקווה שזה לא יקרה.

פס"ד אקנין- בית המשפט אומר שהנהג לא נתן דעתו על הנעשה בדרך לפניו אך מהיכרותו עם הדרך, העובדה שיש מעבר חצייה והידיעה הכללית שאי מתן זכות קדימה במעבר חצייה עלולה להביא למות של אדם- ניתן להסיק שהייתה מודעות לתוצאת המוות.

מקרה זה הוא מקרה שכיח, הסיקו בו מודעות, אך המודעות לא נמצאת במרכז התודעה של הנאשם. זה מקרה קלאסי של קלות דעת. **אפשר להגיד שקלות דעת היא חוסר תשומת לב למידע שקיים אצלנו.**

בפועל, בתי המשפט מסיקים(בעיקר בהתנהגויות חריגות) שהייתה מודעות בפועל. חשוב להכיר את הקושי שבקביעה אם הייתה מודעות או לא.

ע"פ פרבשטיין- בפסק דין זה יש תיאור של אדם שנסע בכביש מעוקל ותלול ועקף מכוניות שנסעו גם הן בצורה מסוכנת עד שהוא איבד שליטה וגרם לתאונת דרכים קטלנית. בית המשפט מייחס לו מודעות דרך חזקת המודעות ואומר שכדי להרשיע לא צריך להוכיח שאדם ידע בדיוק איך תתרחש התאונה אלא מספיק שאדם ידע שאם הוא נוסע בדרך כזאת בצורה כזאת תקרה תאונה וזה לא משנה איך היא תקרה. המסקנה היא שבאופן כללי אדם ידע שנהיגה זו עלולה להסתיים בתאונה קטלנית.

השאלה אם להכריע בהריגה או לא עלתה בפס"ד נוסף. פס"ד רוסולופו- מדובר ברופאה מרדימה שהורשעה בהריגה של ילדה שבאה לניתוח פשוט של תיקון פזילה. היא נרדמה והורשעה בהריגה. היא כיסתה את עצמה בשמיכה והשתיקה את המוניטור ולכן לא הורידה את המינון של חומר ההרדמה והילדה מתה. ייחסו לה פזיזות מסוג של קלות דעת.

שיעור 17:

**החריגים למחשבה פלילית – רשלנות כיסוד נפשי:**

נזכיר- סעיף 19 אומר שעבירה מתבצעת רק אם יש מחשבה פלילית אלא אם כן מדובר ברשלנות או אחריות קפידה.

סעיף 21(א)- קובע 3 תנאים לרשלנות- 1. היעדר מודעות של הנאשם לאחד מרכיבי היסוד העובדתי. אם יש מודעות נכנסים למחשבה פלילית. 2. שאדם מן היישוב באותה סיטואציה יכול היה להיות מודע 3. לא מדובר בסיכון סביר.

סעיף 21(ב)- "רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע"- במילים אחרות, אם הולכים לסעיף 24 שעושה סיווג בין עבירות, המקסימום שאפשר לקבל על עבירת רשלנות הוא 3 שנים(=זה הכלל). בסעיף 90(ב) נקבע כלל שאומר שגם אם נקבע לצד עבירה של רשלנות בעבר שהעונש הוא יותר מ-3 שנים העונש הוא 3 שנים.

נאשם שפועל במודעות מגלה זלזול מופגן בערך המוגן. לעומת זאת, כשנאשם פועל בחוסר מודעות(=ברשלנות), אנחנו מדברים על סיטואציה בה נאשם לא בוחר לפגוע בערך המוגן, אין לו העדפת אינטרסים אישיים על פני האינטרס הציבורי המוגן. כתוצאה מזה מידת האשמה פחותה. עבירות רשלנות הן בעיקר סביב ערכים של שלמות הגוף, חיי אדם וביטחון המדינה שעליהם רוצים להגן מכל נזק.

הדרישה ברשלנות היא הרבה יותר גבוהה מאשר במחשבה פלילית(מודעות). יש דרישה חברתית מכל אחד מהאזרחים להיות ערני ולבדוק האם המעשה שהוא עושה לא טומן בחובו סיכונים. הציפייה היא שאדם יהיה זהיר ולא יחרוג מהסטנדרט המקובל בחברה. לכן, צריך לצמצם את הענישה ברשלנות לערכים החשובים ביותר לחברה. נכון שמי שפועל במודעות בוחר ב"רע" בצורה מודעת.

לפי גישות גמוליות- מי שפועל בחוסר מודעות לא בוחר ברע בצורה מודעת. עם זאת, אפשר להגיד שהייתה לאדם כזה בחירה בשלב לפני, הוא בחר להיות מרוכז בעצמו וערני לעצמו ולא לחברה בה הוא חי. משהו בחוסר הערנות מראה על זלזול בערך המוגן. ברור שדברים שחשובים לאדם אלו דברים שהוא יזכור, ולכן ברשלנות, כשאדם לא מודע לדברים שכל האחרים מודעים להם, הוא לא מספיק זהיר ויש לו אשמה באיזשהו מקום. האשמה היא הבחירה לחיות בנתק מהסטנדרטים המקובלים.

לפי גישות הרתעתיות- איך נמנע נזקים בעתיד והתנהגויות בעייתיות? בהקשר של רשלנות היה אפשר לטעון שאין אלמנט של הרתעה מאחר ואנחנו מדברים על סיטואציה שאדם פועל בחוסר מודעות. אם אדם פועל בחוסר מודעות, אין מה להרתיע, הוא לא מודע וכל אדם שפועל ככה בעתיד לא יירתע ויחשוב לפני שהוא ינהג כך מאחר ואין לו את המודעות להתנהגות. עם זאת, אלמנט של הרתעה כן קיים בעבירות רשלנות. למה? כי באמצעות הרשעה בעבירות רשלנות אנחנו מרימים את רף הזהירות. משפט פלילי הוא בין היתר כלי מחנך ודרכו ודרך עבירות רשלנות אנחנו מחנכים את הציבור לערנות וזהירות. לכן, יש הצדקה לעבירות רשלנות גם לפי גישות הרתעתיות.

בעיה נוספת בענישה על רשלנות היא פגיעה בעיקרון החוקיות. מדוע? כי ברשלנות אנחנו מענישים לאחר מעשה. פס"ד יעקובוב- הסיפור של האישה שבעלה התעלל בה והיא קפצה למותה. הוא הורשע בגרימת מוות ברשלנות. למה? כי עשו ניתוח ואמרו שהיה עליו לצפות שהסיטואציה שבה הוא שם את אשתו היא סיטואציה שעלולה להיגרם במותה, אדם סביר היה צופה זאת ולכן הוא הורשע. ברגע שדבר כזה קורה פעם אחת, בפעמים הבאות, עיקרון החוקיות פחות ייפגע כי כבר יהיה ידוע שמדובר בפעולה רשלנית שגוררת הטלת אחריות פלילית. לסיכום- יש פגיעה מסוימת בעיקרון החוקיות, אך אחרי שבית המשפט נותן דעתו על המקרה הראשון, הפגיעה מצטמצמת.

פס"ד בש- הסיפור הוא ילדים שמתו מחנק כי הם ננעלו בתוך מקרר שהושאר בחוץ. הוא הורשע בגרימת מוות ברשלנות. אין ספק שהוא לא העלה בדעתו שדבר כזה עלול לקרות. בנוסף לכך, כנראה שאנשים אחרים לא היו מעלים זאת בדעתם. זו סיטואציה הזויה, אך היא הזויה בפעם הראשונה, בפעמים הבאות כבר אין בעיה עם עיקרון החוקיות. הבעיה עם העיקרון היא בפעם הראשונה.

אחרי מקרה זה, נכנס סעיף 340 לחוק וסעיף זה מתאים למקרה כמו זה בדיוק. "המשאיר ומפקיר דבר במקום שיש לילדים גישה אליו......" . סעיף זה אומר שגם אם לא קרה כלום, עדיין יש אחריות פלילית. המחוקק יצר עבירה שמכסה התנהגות מסוג זה(= אין פגיעה בעיקרון החוקיות כי החוק ידוע וההתנהגות האסורה הזו ידועה).

**איך מזהים עבירת רשלנות ויודעים שמדובר בה ולא במשהו אחר?**

לפני תיקון 39 ביחס לכל עבירה בית המשפט הוא זה שהחליט אם העבירה דורשת הוכחת מחשבה פלילית או לא. היום אחרי התיקון אין קושי. סעיף 19 אומר בפירוש שאדם מבצע עבירה רק אם הייתה מחשבה פלילית אלא אם רשום באיזשהו אופן שהעבירה מסתפקת ברשלנות. לא תמיד זה יבוא לידי ביטוי במילה רשלנות.

**דוגמאות לעבירות רשלנות:**

סעיף 304- גרימת מוות ברשלנות – "הגורם ברשלנות למותו של אדם....".

סעיף 449- גרימת שריפה ברשלנות – "הגורם ברשלנות לשריפת דבר לא לו....". זו עבירה הצתה, ובגלל שהצתה עלולה לגרום לנזקים רחבים, היא קיבלה ביטוי והגנה של רשלנות.

סעיף 108(ב)- "מי שגרם ברשלנות נזק לרכוש שהוא בשימוש כוח מזויין, או סיכן ברשלנות את האספקה לכוחות המזויינים דינו מאסר 3 שנים". זו עבירה שהיא דוגמא לעבירה של פגיעה בביטחון המדינה בה מסתפקים ברשלנות. כמו שרואים בעבירה זו, מענישים ברשלנות לא רק על פגיעה שהתממשה.

סעיף 341- חבלה ברשלנות- אם קוראים את הסעיף כמו שהוא, רואים שזו עבירה שותקת ולכן לכאורה צריך ללכת לכלל שבסעיף 19- מחשבה פלילית עם זאת, כותרת הסעיף היא חבלה ברשלנות, ולכן ברור שהסעיף מסתפק ברשלנות.

\*גם סעיפים 338 וגם סעיף 340 הן עבירות של רשלנות.

סעיף 218- מעשה העלול להפיץ מחלה- "העושה בהתרשלות מעשה העלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות, דינו מאסר 3 שנים. עשה את המעשה במזיד- דינו מאסר 7 שנים.". כשמסתכלים על מבנה הסעיף, ברור שמדובר בדרישה של רשלנות. אם מסתכלים על סעיף 90(א), הוא אומר במפורש שבכל מקום בחוק שהוא לפני תיקון 39, המונח "התרשלות"= רשלנות.

בנוסף, כשכתוב "יש יסוד סביר להניח"- מדובר גם כן ברשלנות. כשכתוב "יש לו יסוד להניח", בלי "סביר", מדובר במחשבה פלילית.

סעיף 413- החזקת נכס חשוד- "המחזיק דבר, כסף נייר ערך או כל דבר אחר שיש עליהם חשד סביר שהם גנובים......דינו מאסר 6 חודשים"- בית המשפט התלבט והחליט שמדובר בעבירת רשלנות בגלל שכתוב "חשד סביר", השימוש במונח סביר מראה שלא צריך להניח שאותו אדם סובייקטיבית חשב.

**מה צריך להוכיח כדי להרשיע ברשלנות?**

דרישת הרשלנות- לפי סעיף 21, אלו התנאים לרשלנות:

1. חוסר מודעות של הנאשם- מספיק שיש חוסר מודעות למשהו. בגרימת מוות ברשלנות למשל, מספיק להראות שלא הייתה מודעות לתוצאה של מוות.
2. אדם מן היישוב יכול היה בנסיבות העניין להיות מודע- השאלה הגדולה כאן היא מיהו אותו אדם מן היישוב שצריך לפעול לפי הסטנדרטים שלו? לפני תיקון 39, ודבר זה לא השתנה גם אחרי התיקון, הוא שכדי להטיל אחריות בעבירות רשלנות, בדקו בהתחלה לפי "אדם נוהג", "אדם ממוצע". בהמשך, הסטנדרט של אדם מן היישוב, או אדם ממוצע, ננטש על ידי בית המשפט. אחת הפרשיות בהן זה קרה בצורה מאוד ברורה הוא פס"ד בש בו נפסק שהסבירות נקבעת לפי ניסיון החיים והידע של השופט. השופט יכול להיעזר בעדים מומחים אך בסופו של דבר בית המשפט קובע מה היה צופה אדם מן היישוב באותן נסיבות. בפס"ד זה, מתחיל להיות פער בין האדם הממוצע לאדם הסביר. בפסיקה למעשה הדרישה מאדם ממוצע היא יותר מאדם ממוצע. **שימוש ב"אדם סביר" היא הדרך של בית המשפט להעלות את רף הזהירות**. בית המשפט הוא זה שמחליט מה אדם היה צריך לצפות. פס"ד יעקובוב- שאלו שם אם יש לייחס משמעות שבתיקון 39 השתמשו במונח אדם מן היישוב ולא אדם סביר. השופט דורנר אומרת שאין שום משמעות, זה אותו דבר. בשורה התחתונה- הסטנדרט הוא הסטנדרט שקובע בית המשפט. דבר זה פוגע בעיקרון החוקיות.

**שאלה נוספת שעולה היא באיזה מידה, אם בכלל, ראוי להתחשב בתכונות אישיות של הנאשם?** הבנו שאדם סביר הוא מה שבית המשפט מחליט, אך האם כשבית המשפט מחליט על אותו אדם סביר, הוא מסתכל ומתאים אותו לאדם שמולו. יש נתונים אישיים שמשליכים על מידת המודעות של נאשם לפרטים של העבירה וגורמים לו לא להיות מודע לדברים שאדם מן היישוב היה מודע. האם לא צריך להתחשב במוגבלות של אנשים כאלה? זו התלבטות. מבחינה של אשמה, נכון להתחשב בנתונים סובייקטיביים כמו גיל, רקע ועוד. מצד שני, אין ספק שלא כל תכונה תצדיק התחשבות. נתלבט לגבי השכלה, אינטיליגנציה, גיל, ניסיון. תכונות כמו קלות ראש וזלזול לא יילקחו בחשבון אחרת כל הרעיון של הרשעה ברשלנות נופל. בגסות, אפשר לומר באופן די ברור שהפסיקה הישראלית לא התחשבה בנתונים אישיים לצרוך קביעת הסטנדרט של אדם סביר למעט מקרים של רשלנות מקצועית, גם בענייני רשלנות וגם בעניינים אחרים שבהם המדד הוא אדם סביר.

1. אין סבירות נורמטיבית ערכית- הסיכון הוא בלתי סביר. גם אם הוכח שהנאשם לא צפה את האפשרות שתתרחש התוצאה ואדם מן היישוב כן, צריך להסיק שהסיכון היה בלתי סביר. איך מחליטים אם סיכון הוא סביר? זו קביעה נורמטיבית של בית המשפט לפי מידת הסיכון ולפי התועלת/הערך שבסיכון. החיים מלאי סיכונים, ואין ברירה אלא לקחת אותם.

פס"ד צור- מדבר על מטיילים שנקלעו לשיטפון. בית המשפט אמר שכשהוא בודק סבירות סיכון הוא בודק את הערך של הפעולה ויש ערך לטיול בארץ ישראל.

אם עובדים נכון עם 3 השלבים של סעיף 21, מגיעים לתוצאה לא רעה. בודקים אי מודעות סובייקטיבית+ אדם מהיישוב היה מודע+ סיכון לא סביר. בפס"ד בש למשל, היה אפשר להגיד שהסיכון היה רחוק אך בלתי סביר, אין ערך בהשראת מקרר בחוץ.

הצעה שעלתה היא לא להרשיע במקרה ראשון(וכך לא לפגוע בעיקרון החוקיות), אך להגיד שאם אדם לא עומד בתנאי השלישי, בפעם הבאה תהיה הטלת אחריות פלילית.

הפסיקה לא עושה זאת. היא קובעת אחריות לפי מבחני האחריות בנזיקין. רשלנות בפלילים בודקים בדיוק כמו רשלנות בנזיקין – מה היה על הנאשם לדעת, חובת זהירות. יש ביקרות על כך שמאמצים דברים מהמשפט האזרחי וגם על זה שמתעלמים לגמרי מנסיבות אישיות כמו שצוין.

**החריגים למחשבה פלילית- אחריות קפידה:**

אחריות קפידה היא לא סוג של יסוד נפשי, זהו סוג של עבירות. סעיף 22 מגדיר מהי אחריות קפידה ואיך מזהים עבירה של אחריות קפידה. המשמעות היא שאלו עבירות שהתביעה לא צריכה להוכיח בהן לא רשלנות ולא מחשבה פלילית. יש הטוענים שעבירות אלה כלל לא צריכות להיות פליליות אלא מנהליות, ואכן, יש עבירות שבמקביל להיותן עבירות פליליות הן גם מנהליות. לפני תיקון 39 כמו שראינו, בית המשפט החליט לגבי סוג העבירה- האם צריך להוכיח מחשבה פלילית(ואז מה המחשבה) או שהיא אחריות מוחלטת- מטילים אחריות פלילית אם מתקיים היסוד העובדתי. לנאשם לא הייתה אפשרות להימלט מאחריות.

פס"ד גדסי- פסק הדין בעניין הבחור שתיקן את אורות הבלמים שלו וכשהוא יצא מהמוסך האורות לא עבדו שוב והוא קיבל דו"ח. זו עבירה של אחריות מוחלטת.

עבירות שמתאימות לכך הן עבירות שנאסרו ולא עבירות שרעות בפני עצמן כמו רצח וכו'. הרעיון הוא להגן על החברה מפני עבירות קלות. קבעו רמת התנהגות מסוימת שכל מי שסוטה ממנה נושא באחריות פלילית, זה היה המצב לפני התיקון עם האחריות המוחלטת. כיום, אין עבירות של אחריות מוחלטת, וזה דבר שמסתדר עם גישות גמוליות וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו שלפיהם יש להשאיר פתח למי שהתנהג בסדר להימלט מאחריות פלילית.

סעיף 22(ב)- "לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה. הטוען טענה כאמור עליו נטל ההוכחה"– זהו סעיף שמשנה את משחק הנטלים. התביעה היא זו שצריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר גם את היסוד העובדתי וגם את היסוד הנפשי. סעיף זה בא ואומר שבעבירות של אחרית קפידה, התביעה צריכה בסך הכל להוכיח יסוד עובדתי. אם הוכח היסוד העובדתי, אפשר להטיל אחריות פלילית. עם זאת, נאשם יכול לבוא ולהראות שהוא פעל בלי מחשבה פלילית ובלי רשלנות ושהוא עשה כל שביכולתו כדי למנוע את הפגיעה. במקרה זה, הנתבע צריך להוכיח שהוא היה בסדר. ללא מחשבה פלילית- חוסר מודעות. ללא רשלנות- כל אדם סביר במצבו היה נוהג כך. מה הכוונה בלעשות כל שביכולתו כדי למנוע? לא כל כך ברור. מה שכן ברור, הוא שלא מצופה מאדם לעשות הכל. אם גדסי היה עוצר כל שניה כדי לבדוק את אורות הבלם, הוא היה רואה את הבעיה, אך זו לא ציפייה הגיונית.

**אם הנאשם צריך להוכיח שהוא לא התרשל ושאר הדברים, מה רמת ההוכחה הנדרשת ממנו?** הפסיקה הכריעה שבמאזן הסתברויות – מעל 50%.

סעיף קטן ג' – אדם לא יקבל עונש מאסר אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות.

סעיף 22(א)- "אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבת פלילית או רשלנות....." - כל עבירה שנחקקה מאז תיקון 39, כדי שהיא תיחשב עבירה של אחריות קפידה, חייב להיות כתוב בצורה מפורשת בסעיף שהיא לא טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. **מה קורה עם עבירות ישנות?** הסעיף ממשיך ואומר שלגבי סעיפים ישנים, אם נקבע לגביהם בעבר שהן עבירות של אחריות מוחלטת, היום הן אחריות קפידה.

שאלה נוספת שעולה היא מה קורה עם עבירות ישנות שלגביהן אין פסיקה? האם בית המשפט היום יכול לקבוע לגבי עבירות ישנות שהן עבירות של אחריות קפידה? זו התלבטות.

פס"ד לאקס- השופט קדמי חושב שאי אפשר לקבוע בפסיקה היום שעבירה שלא הייתה פסיקה לגביה היא עבירה של אחריות קפידה.

פס"ד אורן מתכות בנגב- ברק אומר שזה אפשרי לקחת סעיף עבירה ישן שהוא אחריות מוחלטת ולהפוך אותו לאחריות קפידה. הוא משאיר את זה בצריך עיון.

אפשר לבוא ולהגיד שגם ככה עבירות אלו הן חריג וכדי לצמצם את הפגיעה בעיקרון החוקיות אין לקבוע על עבירות ישנות שהן עבירות אחריות קפידה. מצד שני, אם לא נאפשר היום לבית המשפט להכריע לגבי עבירות ישנות שהן עבירות של אחרית קפידה, נחטא לכוונת המחוקק. בשאלה זו אין פסיקה חדה שאומרת אם ניתן או לא ניתן. לאור החשש של פגיעה בעיקרון החוקיות, גם אם בית המשפט יחליט היום ביחס לעבירה ישנה שהיא עבירה של אחריות קפידה למרות שלא הייתה פסיקה בגינה, הוא יעשה זאת רק במקרים מאוד מאוד ברורים ולא במקרים שבהם הוא מתלבט. אפשר גם להציע הצעת ביניים ולהגיד שהמילים "נקבע בדין" שכוללים גם את הפסיקה, לא כוללים פסיקה לגבי עבירה ספציפית, אלא לגבי סוג של עבירות. כלומר להסתכל אם לגבי עבירות מאותו סוג ניתנה פסיקה וללכת לפיה.

**מה הפרמטרים שעליהם הסתכל בית המשפט בקביעתו שעבירה היא עבירה של אחריות מוחלטת בעבר?** ברק אומר בפס"ד אורן מתכות בנגב שהוא פסק דין שעסק בעבירות מע"מ, הוא שלא מדובר בעבירות של אחריות מוחלטת. **ברק מדבר על כך שעבירות של אחריות קפידה באות להעלות את רמת הזהירות.** מקורן של העבירות האלה, על פי רוב בהתפתחות במציאות חיי החברה. לאור זאת, ולאור העונש הלא קל של עבירות מע"מ, נקבע שאלו עבירות שדורשות מחשבה פלילית. נאמר גם שלא קל לסווג בין עבירות אחריות קפידה לעבירות שדורשות מחשבה פלילית. הרעיון שיכול לסייע לסיווג הוא שעבירות של אחריות קפידה הן עבירות של חזקת הרשלנות. עבירות קלות שבאות להסדיר שטחי חיים שונים ולהעלות את רף הזהירות. מדובר בעבירות הסדר(רעות כי נאסרו) ולא בעבירות קלאסיות. הדגש הוא על הנזק ולא על האשמה. מדובר בכל מה שקשור בעבירות תעבורה, חלק מדיני תכנון ובנייה, דיני עבודה. אלו עבירות שאין בהן רע מעצם מהותן אלא יש בהן רע כי כך הוחלט ולכן אנחנו מסתפקים בהוכחת יסוד עובדתי ולא יסוד נפשי.

**שיעור 18 - 22.5.18**

**עבירות נגזרות -פרק ה' לחוק העונשין(שני נושאים – ניסיון וצדדים לעבירה)**

מהי עבירה נגזרת? זוהי עבירה שאין לה קיום עצמאי אלא קיומה נגזר מעבירה קונקרטית, כמו: ניסיון, ניסיון לשדל, מבצע בצוותא, מבצע באמצעות אחר.

כאשר היסוד העובדתי לא השתכלל (ייתכן שגם הנפשי אך בעיקר העובדתי). הגרעין של המשפט הפלילי זו העבירה הגרעינית, אלא שכאן מדובר על הרחבת האחריות הפלילית, גם לסיטואציות שבהן לא התקיימו כל יסודות העבירה.

הואיל ומדובר בהרחבה של המשפט הפלילי, אנו נצמדים לפרק הזה, ולא ניתן להוסיף נגזרות או לגזור נגזרות חדשות מהנגזרות הקיימות.

קיימת נגזרת על נגזרת בסעיפים הללו והיא ניסיון שידול. זה אומר שהמחוקק מתייחס בחומרה לשידול. למעשה, זו נגזרת של נגזרת, פעמיים נגזרת, לעבירה טיפוסית.

בעבירות נגזרות חייב שהנגזרת תיצמד לסעיפי העבירה הקונקרטית, כמו: ניסיון רצח, ניסיון אונס, ניסיון שוד, קרי, סעיף מהפרק הזה (למשל: ניסיון) + עבירה ספציפית.

סעיפים 34ג' ו34ד' – כוללים הוראות משותפות, החלות על כל הנגזרות.

**ניסיון – פרק ה' סימן א'(סעיפים 25-28)**

נקודת המוצא היא שלא התקיימה עבירה מושלמת. ולכן, הניסיון חייב להיצמד לעבירה ספציפית, כמו: ניסיון אונס.

במקרים הללו, הכלל המנחה הוא שלא מענישים על מחשבות. כלומר, יש להוכיח שמדובר במצב, במעשה, שרחוק מספיק ממחשבות וקרוב לעבירה מושלמת. בטווח הזה אנו מגדירים עבירה פלילית.

הניסיון להגדיר את עבירת הניסיון הוא בלתי-צליח, קשה מאוד.

סעיף 25 מגדיר ניסיון; סעיף 34ד' קובע שאם לא נאמר אחרת אותו דין חל הן על העבירה המושלמת והן על הניסיון. בסעיף 27 אנו רואים הבדלים מסוימים בין העונש על הניסיון לעונש על העבירה המושלמת (בסעיפי עבירה קונקרטיים בהם קיים עונש חובה או עונש מזערי, אין חובה להיצמד אליהם) – אלו מסוכמים בהרחבה מטה; סעיף 28 עוסק בפטור עקב חרטה.

בעבר, לפני תיקון 39 - ענישת הניסיון הייתה חצי מהענישה על העבירה המושלמת. התפיסה שרווחה הייתה שהתוצאה היא המשמעותית, וגם סברו כי אם יינתן עונש קל יותר למנסה ייתכן שזה יגרום לו להתחרט ולא להשלים את העבירה.

כיום, לאחר תיקון 39 - **הענישה על הניסיון ועל העבירה המושלמת שווה**, ובעצם יש ניטרול של גורם "המזל". זוהי אמירה כי לא רוצים שהמזל יקבע האם המעשה חמור ועד כמה. שיקולים גמוליים הביאו להשוואה הזו. ניתן יותר משקל לאשם הסובייקטיבי. יתרה מכך, יש המזהים פוטנציאל של סיכון כבר בניסיון, כיוון שמי שמנסה היום ולא מצליח יחזור וינסה מחר, הוא עדיין נושא בסיכון גדול לחברה וכדאי לעצור אותו בטרם יצליח. יכולה לעלות בעיה של הפללת יתר ושל הפללת חפים מפשע (למשל אם תפסו אדם שדומה למחבל והיה לו אולר בתיק- אולי נאמר שמדובר בניסיון רצח). באשר לחרטה, ההנחה שעבריין יחליט לא לבצע עבירה הואיל והעונש על הניסיון הוא נמוך מעבירה מושלמת היא הנחה שגויה, זה מבוסס גם מחקרית/אמפירית. עבריינים או אנשים לא נרתעים מחומרת העונש אלא מוודאות האכיפה, קרי, את העבריין ירתיע הרבה יותר לדעת שיש סיכוי גדול שייתפס מאשר איזה עונש יקבל אם ייתפס. במילים אחרות, האכיפה משמעותית יותר מחומרת העונש. במסגרת התיקון, נוסח סעיף 28, "פטור עקב חרטה", חרטה לאחר ניסיון, כדי לקבל את הפטור יש לעמוד בתנאיו (מורחב מטה).

כאמור, הענישה על ניסיון שווה לענישה על עבירה שהושלמה, למעט האמור בסעיף 27: "עונש מיוחד על ניסיון". סעיף 27, משמעו, כשמדובר בעבירה שהעונש עליה הוא עונש חובה או עונש מזערי/מינימום אין חובה להיצמד אליהם, קרי, לביהמ"ש יש שיקול דעת ואינו כבול לעונשים הללו, הוא יכול לקבוע בטווח מ-0 עד המקסימום. אחת ההצדקות לכך היא שעדיין קיים פער בין הניסיון לעבירה המושלמת ולכן לא נכבול את השופט, שהרי יש הבדל, למשל, בין ניסיון לרצח לבין רצח, אף על פי שהענישה, לכאורה, צריכה להיות שווה. נדגים: סעיף 275 "הפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו". העונש המזערי לפי סעיף זה הינו מאסר 14 יום, והעונש המקסימלי הינו 3 שנים. בעבירת הניסיון להפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו, הטווח שהשופט יכול לתת הינו מ-0 עד 3 שנים, ולא מינימום 14 יום, כפי שמורה הסעיף על עבירה שהושלמה.

סעיף 34ג' קובע סייג לפרק הזה – ניסיון לעבירה שהיא חטא אינו בר ענישה, קרי, עבירות שעונשן פחות מ-3 חודשים, כנראה קלות מאוד, ולא נעניש על ניסיון לעבור אותן.

ניתוח סעיף 25 - רכיבי הניסיון:

**היסוד העובדתי:**

**1.**       **עשה מעשה** (ניתן לדבר גם על מחדל לאור סעיף 18, אך זה פחות שכיח).

**2.**       **העבירה לא הושלמה** – משהו צריך להיות חסר. למשל:

חוסר במעשה- נדגים בניסיון אונס: לקח את הבחורה למקום חשוך, דחף אותה, התקרב אליה.. אך לא הספיק לבעול.

חוסר בנסיבה- למשל: מישהו שרוצה להחזיק סמים, וחשב שהוא מחזיק סמים, אך למעשה החזיק אבקת סוכר; מישהו רוצה לגנוב מטריה מדלי ולקח בטעות מטריה של עצמו).

חוסר בתוצאה- כשהתוצאה לא התקיימה (למשל: כיוונתי נשק לעברו של מישהו ויריתי אך הוא זז ולכן לא נפגע).

**3.**       **שאין בו הכנה בלבד** – לא מענישים על מחשבות אך גם לא מענישים על הכנה. השלב הזה אינו עניש, אינו מבטא מספיק נחישות לביצוע העבירה, אינו מסוכן מספיק, יש פער גדול בין ההכנה לביצוע. הקושי יהיה להחליט מתי עברנו את שלב ההכנה ונכנסנו למתחם הניסיון. בשלב ההכנה, העבריין עוד יכול לחזור בו.

יש לתנאי זה חריגים: ישנן עבירות שלמות שהן עבירות הכנה. למשל: סעיף 116 – "מעשה הכנה". יש בעבירה הזו סעיף קונקרטי של הכנה למעשה ריגול חמור. אף נראה כי החזקת נשק דומה להכנה. סעיף 133 – "מעשה המרדה", דומה לניסיון. בנושאי המרדה וריגול יש הרחבה של ההגנה וייצרו עבירות ספציפיות שבמהותן הכנה. עבירות כאלו שמורות לערכים החשובים יותר.

איך מזהים שעברנו את שלב ההכנה?

ניתן לומר בצורה גורפת כי רכישת ציוד, הכנת תנאים, תכנון – קשורים להכנה. מה שמעבר לכך נתלבט. הסעיף בעצם לא מונה הגדרה אמיתית להכנה.

בפסיקה ישנה, במדינות שונות, הוצעו מספר מבחנים שמטרתם לזהות את נק' הזמן הראשונה, כלומר המעבר מהכנה לניסיון:

1.       מבחן שהיה מקובל באנגליה היה "**מבחן המעשה האחרון**" -  המעשה האחרון לפני ביצוע. זה לא התקבל בפסיקה, כיוון שמסוכן מדי לחכות. מבחינה ערכית אין הצדקה לחכות למעשה האחרון.

2.       "**מבחן המעשה הראשון**" - לא ברור בדיוק מה זה אך זה מעשה כלשהו הדומה להכנה. הטענה באשר למבחן זה היא שהוא הולך אחורה מדי ועלול לגרום להרשעת חפים מפשע. גם מבחן זה לא תפס.

3.       מבחן שלישי "**מבחן הקרבה**" - כמה הנאשם קרוב להשלמת העבירה. ככל שהוא קרוב יותר כך יותר קל לקבוע שהוא בתוך תחום הניסיון. למשל: מי שרק רוכש חומרים הוא וודאי לא מספיק קרוב. מה שמשפיע על המבחן הזה הוא כמה סיכון יש במעשה, מה הסיכוי של חרטה, מהי מידת הנחישות.

4.       המבחן רביעי "**מבחן החד משמעיות**" - מחפשים מעשה שמעיד חד משמעית על כוונה להשלמת העבירה. זה לא ישים ולא מספיק. זהו מבחן המכונה "מבחן הסרט האילם". מבחן זה מחכה זמן רב מדי והוא נוקשה מדי.

ברי כי מה שאנו מתארים מדגים את הבעייתיות בניסיון. אנו רוצים להיזהר מהפללת יתר ומאידך אין ברצוננו לחכות לאסון.

פס"ד ישן שנשאר מנחה **פס"ד סאריס** – עוסק בניסיון אונס. השופט ברק אומר כי "ניסיון הוא ביטוי התנהגותי גלוי לעין שמהווה חוליה אפילו ראשונה בשרשרת הפעולות שהיו מביאות לביצוע העבירה המוגמרת אלמלא הופסקה". אין דרישה למעשה אחרון. כלומר לא מאמצים אף מבחן. בעצם בפסיקה נאמר בעקביות כי ההכנה מתאפיינת ברכישת חומרים, תכנון, איסוף מידע וכו' וניסיון זה כל מה שמעבר לכך, להכנה כאמור. האם הנאשם התכוון להוציא העבירה לפועל, וגם שלבים ראשונים יכולים להיחשב ניסיון ובלבד שהם קרובים קרבה מספקת להשלמת המעשה הפלילי. מחפשים ביטוי חיצוני שיעיד על תחילת הביצוע וכדי להכריע בכל מקרה יש להביא בחשבון את **מידת הנחישות, מידת הסיכון הטמון בו והאפשרות להתרחק, כמו גם, תנועה לעבר ביצוע.**

**פס"ד נחושתן** – עוסק בעבירה שמצריכה שכנוע של אדם אחר. נקבע כי מספיק שנעשה מאמץ לשכנע כדי שייחשב ניסיון.

במקרה של סאריס, השופט קדמי אומר כי יש לדחות על הסף טענה שמשום שהמעשה לא התחיל אין ניסיון. הטענה כי צריך להתחיל שלב באקטוס ריאוס נדחתה.

במקרה של יגאל אמיר – מצטייד בנשק, מתכנן, כשהוא רואה את רה"מ, הוא יורד במדרגות לכיוונו. תאורטית, אם היה נעצר אז הוא כבר נכנס למתחם הניסיון. יכולה לעלות השאלה מה קורה כשהוא מחכה על המדרגות וטרם ירד? האם זה נחשב ניסיון?  ד"ר ויזל סבורה שכן. לעומת זאת, אם הוא עשה מעקב מספר ימים קודם לכן, נראה כי יהיה קשה יותר לומר שזה ניסיון, ייתכן כי זהו רק סוג של הכנה.

נדגיש: אם לא נוכיח מעל לכל ספק סביר שעברנו את שלב ההכנה והגענו לתחום הניסיון, כמו גם הצבענו על תחילת ביצוע, הנאשם ייהנה מהספק ולא יורשע.

**היסוד הנפשי בעבירת הניסיון**:

המחשבה הפלילית באה לידי ביטוי במילים "במטרה לבצעה". מכיוון שאנו מסתפקים ביסוד עובדתי חלקי, קרי, שלא התקיים במלואו, הרי שיש חשיבות רבה ליסוד הנפשי. במילים "במטרה לבצעה", הכוונה היא למטרה להשלים את הפעולה. למשל: בניסיון רצח, יש להראות שהמטרה הייתה להשלים את עבירת הרצח, כלומר, להביא למוות. גם כאן משתמשים בחזקות, ככל שההתנהגות יותר חמורה כך יסיקו לגבי כוונותיך. כלומר, מבחינת המחשבה הפלילית - יש להוכיח מטרה להשלים את העבירה + מילוי היסוד הנפשי של העבירה הספציפית. למשל: בניסיון אונס צריך להוכיח רצון להשלים את מעשה הבעילה, אך ביחס ליסודות העובדתיים של עבירת האונס מספיק להוכיח את מה שצריך בעבירת האונס, קרי, מספיק חשד - מספיק להוכיח רצון להשלמת הבעילה מתוך חשד שהאישה לא מסכימה. אם ביסוד הנפשי של העבירה הקונקרטית מספיק חשד אז כך גם יהיה בניסיון. (מספיק שהיה ניסיון ורצון להשלמת האונס והוא חשד שאינה מסכימה).

ביסוד הנפשי- אנו מחפשים מטרה לבצע+מחשבה פלילית של העבירה הקונקרטית.

**פס"ד קובקוב** – נאשם שניסו להרשיעו בניסיון לגרום חבלה חמורה, בניגוד לסעיף 329א'(2) – ובנוסף, ניסו להרשיעו בניסיון להצתה + נשיאת נשק. הרקע היה פיגוע בדולפינריום. קובקוב הגיע לאזור שקרוב למסגד, הכין 10 בקבוקי תבערה, 8 מתוכם הטמין ו-2 לקח בכיסיו. הוא הגיע למסגד וראה שיש שם הרבה שוטרים ולא היו שם מוסלמים, ואז החליט לעזוב את המקום וצעד לעבר יפו. אממה, הוא נעצר בתחילת הדרך ליפו. בביהמ"ש העליון הוא זוכה מניסיון הצתה ומניסיון לגרום לחבלה חמורה (אמרת אגב-בסופו של יום, העונש היה זהה, זה לא עזר לו). ביהמ"ש הכריע שלא הוכח מעל לכל ספק סביר ונימק הכרעתו עובדתית ונפשית. עובדתית – ספק אם עבר את שלב ההכנה, כי לניסיון צריך התחלת הוצאת הכוונה לפועל, במעשה גלוי; ספק אם ההליכה ליפו (עם בקבוקי התבערה) היא יותר מהכנה. ביסוד הנפשי - ביהמ"ש קבע כי זה לא התגבש, לא הייתה כוונה רק קרבה אליה (גם נחישות ומטרה לא הוכחו); הוא לא היה ממוקד.

אם היה נתפס בבית מכין בקבוקי תבערה זה לא היה נחשב התחלת ביצוע לניסיון של גרימת חבלה אלא הכנה, אך במקרה דנן נראה שזה לא ברור. ביהמ"ש לא השתכנע וקבע כי לא ניתן לומר מעל לכל ספק סביר שהיה ניסיון להצתה וניסיון לגרום חבלה חמורה. ביהמ"ש הרשיע לפי סעיף  497, "הכנת עבירה בחומרים מסוכנים". לא הוקל עונשו דרך סעיף זה. זה מביא למסקנה שמשפט פלילי טוב ייצור מספיק עבירות סיכון.

יש לזכור שיש עבירות ספציפיות של ניסיון, ושל הכנה, חלקן היסטוריות. ועולה השאלה האם ניתן לעשות נגזרת של נגזרת, הכנה לניסיון וכו'. למשל 329 א (2) מכסה סיטואציה כמו ניסיון. סעיף 305- ניסיון רצח. סעיף 403- ניסיון שוד.

**הניסיון הבלתי צליח – סעיף 26**

העבירה לא הושלמה כי לא הייתה אפשרות לבצעה. עד כה דיברנו על ניסיון צליח בלתי מוגמר, למשל: אלמלא היה נעצר היה משלים את העבירה. כאן מדובר על סיטואציה בה לא ניתן לבצע את העבירה. כמו: לנסות לירות במישהו מת. האדם מנסה לעבור עבירה, חושב שניתן לעבור אותה, אך בפועל זה בלתי אפשרי. הסוגיה המרכזית הינה **חוסר אפשרות לבצע מחמת היעדר נסיבות חיוניות**  להשלמת העבירה, למשל: ניסיון להחזיק סם מסוכן כשהמשטרה החליפה את החומר בקמח. אתה חושב שאתה מחזיק משהו אסור אך זה מותר; ניסיון להרוג אדם מת. (**לסדר...**דוגמה נוספת: א' גונב בשביל ב' והמשטרה עולה על א' אך היא רוצה להפליל את ב' והיא משתפת את הבעלים של הסחורה ומקבלת הסכמתו בהליך הזה. הסכמת הבעלים מנטרלת את היות הרכוש גנוב). **בסוג זה מדובר על טעות הנאשם ביחס לעובדה. כן מרשיעים ומענישים. אין נפקא מינה למה הניסיון לא הצליח.**

סוג שני של ניסיון בלתי צליח, אשר לא נכנס תחת סעיף 26, הוא **חוסר אפשרות לעבור עבירה מחמת חוסר אפשרות חוקית.** אדם חושב שהוא מבצע עבירה פלילית אך אין באמת איסור (למשל: חושב שמבריח סחורה משלטונות המס אך היא נמוכה מהתקן שמצריך דיווח). **אם אין עבירה גם אין ניסיון** ולכן לא נרשיע. בסוג זה **מדובר על טעות נאשם ביחס המשפטי**.  כאן **לא נרשיע ולא נעניש.**

סוג שלישי הוא **חוסר אפשרות לבצע את העבירה מאחר שהאמצעים בהם בחר הנאשם להשתמש בהם הם אמצעים אבסורדים** – למשל: פולסה דה נורה, בובת וודו.**מקובל לומר שזה לא עניש**. ניתן לומר שזה יותר אי שפיות מאשר טעות במצב דברים.

סעיף 28 – "פטור עקב חרטה"

הדגש הוא על הצד המוסרי. זה חל במקרים יוצאי דופן של חרטה כנה.

למה מעניקים פטור עקב חרטה? השיקול הראשון הוא שיקול מוסרי – מי שבאמת בעל תשובה, מתחרט, ראוי למחילה. ייתכן כי זה מראה גם שמראש הוא לא היה נחוש לביצוע העבירה. שיקול נוסף הוא שאם החרטה כנה, אזי הסכנה נוטרלה, קרי, אין חשש שיחזור לסורו, אין סיכון לחברה שמצדיק ענישה. שיקול שלישי הוא שיקול פרגמטי – אנו רוצים לעודד נאשמים להתחרט. (אם יש מאסר חובה – הוא יקבל עונש. אם זה נתון לשק"ד ביהמ"ש – תהיה לכך משמעות).

תנאי הפטור:

1. **כניסה למצב הניסיון**. הכנה או השלמת העבירה אינה רלוונטית.
2. **אם המעשה לא הושלם** – חדל מהשלמתו.
3. **או אם זו עבירת תוצאה – יש להראות שהוא תרם תרומה של ממש** למניעת התוצאה.
4. **המניעים מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה** – זה מהותו של הסעיף. צריך להראות שהחרטה נובעת ממניעים פנימיים (לא מפני שהמשטרה הגיעה), כי אם זה חיצוני זה בבחינת "אחטא ואשוב".

ישנה התלבטות מה קורה כשהחרטה פנימית אך המניעים לא לגמרי טהורים אלא מניעים של כדאיות. **בפס"ד נחושתן** ובמאמר של פרופ' ביין, אומרים שהעיקר הוא שמדובר במניעים פנימיים, הכוללים מניעי כדאיות. מי שאומר זאת הוא מאוד פרגמטי, מבחינתו, בכל אופן השגנו את התוצאה של מניעת הסיכון לחברה. לעומת זאת, מוצגת גישה שונה **בפס"ד מצראוה,** לפיה יש להעניק פטור רק בחרטה המגיעה ממניעים טהורים ממש, מאחר שכל הרעיון הוא מוסרי.

1. **אם הוכיח** – כלומר מי שצריך להוכיח את מניעיו הטהורים וכו' זה הנאשם ולא התביעה. הנאשם צריך להוכיח בעודף ראיות, מאזן הסתברויות, שחזר בו ממניעים פנימיים ומילא את התנאים האמורים.
2. **העבירה שהושלמה על ידו של הנאשם היא ענישה**. למשל: הוציא אקדח ירה אבל הייתה חבלה, יורשע בעבירת חבלה גם אם יראה כי התחרט יואשם בחבלה. על העבירה שהשלים ישא באחריות פלילית מלאה.

סעיף 406ב' "התפרצות למקום מגורים או תפילה" נדגים: אדם רוצה לגנוב ספר תורה מביכ"ס פורץ לביהכ"ס, עומד מול ארון הקודש ומשהו בסיטואציה גורם לו להתחרט והוא יוצא ללא דבר. האם ניתן להרשיעו בסעיף 406ב' כי השלים את העבירה. לכאורה הוא ביצע עבירה מושלמת. השאלה אם ניתן לתת לו ליהנות מסעיף החרטה? התשובה הי שזו לא עבירת נגזרת ולכן העבירה הושלמה והוא לא ייהנה מהחרטה. למרות שזה נראה דומה לסעיף החרטה.

ניסיון בעבירות המתה

ניסיון הריגה – סעיף 25+ סעיף 298(הריגה). מבחינת יסוד נפשי צריך להוכיח מטרה לגרום למוות. העונש הוא 20 שנה.

ניסיון רצח – סעיף 25+סעיף 300א2(רצח). מבחינת יסוד נפשי צריך להוכיח מטרה לגרום למוות+כוונה תחילה. העונש הוא מאסר עולם. (אין חובה כי זה ניסיון, לפי סעיף 27). סעיף 41 – מאסר עולם שהוא לא חובה 20 שנה.

ניסיון רצח – סעיף 305 – מטרה לגרום למוות. העונש 20 שנה. (סעיף זה מיותר), כנראה שנשאר, היה עובר לתיקון 39 שאז הענישה על הניסיון היה חצי מהענישה על העבירה המושלמת.

"מטרה", משמעה רצון. משתמשים בחזקת הכוונה, ככל שההתנהגות ברורה יותר כך מתחזקת החזקה העובדתית שהאדם רצה.

אפשר לראות באופן עקבי בפסיקה איך היא עובדת עם המבחנים. לבסוף, פסה"ד שמזכירים הכי הרבה הוא פס"ד סריס. למען האמת, הוא לא מוסיף כלום ומאוד אמורפי. אולי טוב שכך, כי קשה להגדיר את זה. בכל פסקי הדין ממשיכים לחזור עליו. בפס"ד סריס ברק נותן מבחן מאוד כללי- **מעשה גלוי לעין שמראה על תחילת ביצוע**. לפחות בחלק מפסה"ד החדשים ממשיכים להפנות לסריס אבל מפנים לעוד שני מבחנים חדשים וחלופיים: **\*מבחן הקרבה-** כמה העבריין קרוב להשלמת העבירה. **\*מבחן תחילת ביצוע-** זו נקודה קודמת יותר בזמן. מוסיפים אליו עוד מבחן- מבחן החד משמעות (מבחן הסרט האילם)- צריך משהו בהתנהגות שמראה שאותו האדם באמת עומד לבצע את העבירה. ויזל חושבת שזה מבחן שלא מתאים בפני עצמו, כי לפעמים כוונות הנאשם נלמדות מדברים אחרים. למשל הודאות (הודאה).

פס"דים שמדברים על מבחן הקרבה ומבחן תחילת ביצוע- (אלו ערעורים שהתקבלו, משמע זו שאלה אמיתית ומורכבת, אין מבחן חד משמעי וכל מקרה ייבחן בפני עצמו):

פס"ד ברויאר- הרשיעו אותו בניסיון שוד בנק, שעצרו את הנאשם לפני שנכנס לבנק. כמה ימים קודם הוא בא מדי יום לבנק, והיה איתו פתק "זה שוד". כלומר, הוא כבר הכין את הפתק לשים על שולחן הפקידים. מדברים של שני מבחנים חלופיים: \*מבחן הקרבה- עד כמה היה רחוק מהשלמת העבירה. \*ביצוע התחלתי- המגלה חד משמעית את כוונת העושה. זו חוליה בשרשרת הביצוע שהייתה מובילה להשלמת העבירה אלמלא הופסקה + מבחן חד משמעיות. כלומר, לא מספיק תחילת ביצוע, צריך לבחון שהמעשים משקפים באופן חד משמעי את הכוונה של העבריין. ככל ששרשרת הפעולות ארוכה יותר, וככל שזיקתן של הפעולות להגשמת העבירה היא הדוקה יותר, כך ניטה לומר שהחל הביצוע. ביהמ"ש- הגיעו למתחם הניסיון. נמצא שיש על הנאשם סכין, היו עליו מעטפות ריקות, היה את הפתק, היה לו כובע, משקפי שמש ושתי חולצות. לוי- מרשיע אותו ברוב דעות ומדבר על שני המבחנים החלופיים. לגבי תחילת ביצוע הוא מוסיף- בשלב ההתחלתי צריך להוסיף את מבחן החד משמעיות.

פס"ד סנקר- מדובר על הרשעה על ניסיון חבלה חמורה בכוונה חמורה. מדובר בנאשמים שניסו לפגוע באלפרון. היו נאשמים שהיו בסביבה של אלפרון עם נשק שלא היה נצור. ביהמ"ש מגיע למסקנה שיש ניסיון, על אף שכבר כמה ימים הם היו בסביבה של אלפרון. אך באותו היום הם החליפו רכב, נסעו למקום שבו היה הקורבן ונעצרו. הייתה שם עוד התפתחות שאחד מהאנשים ניסה לברוח מהמשטרה והם ניסו לדרוס שוטר. הרשיעו אותם גם במחוזי בעבירת קשר לביצוע פשע וזיכו אותם במחוזי מעבירת ניסיון. לא היו בטוחים שזה מספיק ברור שהם נכנסו לניסיון. העליון מרשיע גם על הניסיון. העליון אומר שאין תשובה חד משמעית לשאלה מתי עברנו מהכנה לניסיון וזה תלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה. ביהמ"ש מזכיר את שני המבחנים: \*קרבה מספקת \*תחילת ביצוע+חד משמעיות.

לסיכום, אין מבחן ברור למעבר מהכנה לניסיון, אך בשני פסקי הדין האלו מדברים על מבחן הקרבה ומבחן תחילת ביצוע שאליו מצמידים את מבחן חד המשמעיות.

**חרטה- ס' 28:**

אחד מהמאפיינים הוא שזה מחפץ נפשו. השאלה היא האם החרטה חייבת להיות ממניעים מוסריים-טהורים או שזה לא משנה? יש שתי עמדות שונות: 1. פס"ד נחושתן- מספיק שהחרטה היא עצמאית של נאשם ופנימית. 2. פס"ד מצראווה- דיברו דווקא על נושא של חזרה בתשובה אמיתית. חיפשו דווקא נימוק מוסרי שגורם לו לחזור בתשובה. זה נכון יותר גמולית וזה גם תואם את הס'.

פס"ד מאוחר יותר, מדייק קצת יותר בתנאי של "מחפץ נפשו ומחרטה בלבד": ע"פ פלוני נ' מדינת ישראל- ביהמ"ש אומר כמו נחושתן. לצורך ס' 28, כדי להנות מפטור מספיק שתהיה חזרה מלאה ביוזמת הנאשם ולא צריך שזה יהיה דווקא מטעמים מוסריים ופנימיים. הסיפור הוא על אבא שחנק למוות את בתו, אבל היא לא מתה. הוא חשב שהוא חנק אותה למוות. הסתבר שהיא רק איבדה את ההכרה, היא החלה להתעורר והוא הזעיק עזרה. הוא הציל אותה. כל הדיון הוא בשאלה האם אפשר להרשיע את האבא בניסיון רצח. הוא טען לחרטה. ביהמ"ש- אין בעיה להגיע למסקנה שמדובר בשני מעשים נפרדים. אין בעיה להגיד שהמעשה הראשון הושלם. ביהמ"ש יכול להסתכל על זה כאל ניסיון רצח והוא הסתיים ואחרי זה היה מעשה נוסף. לכן אפשר להרשיע על החלק הראשון בניסיון רצח. ביהמ"ש ממשיך לדון בטענת הנאשם על חרטה. הוא לא חדל מהשלמת המעשה, הוא חנק אותה זמן רב ולא חדל. ביהמ"ש ממשיך- הוא מדבר על התנאי "מחפץ נפשו ומתוך חרטה". ביהמ"ש מפיל את טיעון החרטה מפני שהסיבה הייתה גורם חיצוני, הוא חשב שהיא מתה, הוא לא ניסה לעצור בשלב הקודם ולמנוע את התוצאה. הוא היה בטוח שהיא מתה. מבחינת מה שמעניין אותנו, זה שהחוק לא דורש מניעים מוסריים פנימיים, אבל זה צריך להיות מתוכו, מיוזמתו ולא בגלל שמשהו השתבש לו בתכנית.

ע"פ סעיד- מדובר בתושב עזה שהואשם בניסיון חטיפת חייל לשם סחיטה/רצח. במחוזי הרשיעו אותו בשתי עבירות של ניסיון לחטוף לשם סחיטה/רצח. בעליון מטעמים עובדתיים, שבד"כ הוא לא מתערב בממצאים עובדתיים, במקרה הזה התערבו והסיקו שמעל כל ספק סביר הוכח רק ניסיון חטיפה אחד ולא שניים. בעונש, במקום 10 שנים שהוא קיבל במחוזי הורידו את זה ל9 שנים. ביהמ"ש אומר שצריך להקפיד על עיקרון הסימולטניות. גם בניסיון, חייבים לראות שהמחשבה הפלילית הייתה גם בזמן הניסיון. ביהמ"ש אומר שעיקרון הסימולטניות מחייב היסוד הנפשי ילווה גם את המעשים שנכנסו למתחם הניסיון. ביהמ"ש מסיק כי היה ניסיון חטיפה, שעבר את שלב ההכנה, כלומר הנאשם התחיל בביצוע. הוא יצא לעבר הגבול והיה מאוד קרוב אליו. הייתה לו תכנית מפורטת וקונקרטית והיא כוונה לחייל (אקראי). ביהמ"ש לא קיבל טענה של חרטה, כי זה לא היה מחפץ נפשו. לכאורה הוא ממשיך להיות מסוכן. העבירה היא ניסיון חטיפה לשם סחיטה/רצח.

**ניסיון בלתי צליח- ס' 26**

ניסיון שאין לו סיכוי להצליח. זה לא משהו שנקטע, גם אם הוא לא נקטע- הוא לא צליח. יש כמה סוגים: \*חסר משהו עובדתי, יש טעות עובדתית. נניח המתת מת. אפשר להרשיע בניסיון רצח אבל זה ניסיון עקר. זה ניסיון בלתי צליח עניש \*כשמשתמשים באמצעים אבסורדיים. \*בלתי צליח מבחינה משפטית. כלומר, שנאשם מנסה לעבור עבירה פלילית אבל אין עבירה כזו. הוא חושב שהוא עושה משהו אסור אבל זה לא אסור. זו טעות משפטית. אי אפשר להטיל עליו אחריות פלילית.

פס"ד רועי מור יוסף נ' התביעה הצבאית- ביהמ"ש מזכה את החייל מור יוסף מעבירה של החזקת סם אסור בניגוד להרשעות של הערכאות הצבאיות. הוא נתפס כשהוא לוקח סם נייס גאיי. הוא לקח סם ששינו אותו עם הזמן. הוא כבר לא היה לא חוקי כשזה הגיע לעליון. זה לא היה נחשב סם אסור. מה שמשנה זה מה באמת אסור ומה באמת מותר. זה משקף את ערכי החברה ולכאורה הוא לא סטה מהם.

ס' 499-500- עבירות קשר-

ס' 499 זה קשר למטרת פשע או עוון. ס' 500 הוא קשר למעשים אחרים. העונש על קשר לעבור עבירה לא נגזר, קשור או שווה לעבירה לשמה נוצר הקשר. ברגע שהייתה סיטואציה שיותר מאדם אחד הסכים ללכת לעשות פשע, אז חוץ מהאחריות הפלילית על הפשע, אפשר להטיל אחריות פלילית על עבירה של קשירת קשר. עצם ההסכמה  לבצע את הפשע היא עבירה. בשביל לשאת באחריות פלילית על קשר, אפשר לשאת באחריות פלילית גם אם מדובר במעשה שע"י יחיד לא היה עניש. כששמים את עבירת קשר אל מול ניסיון, בקשר לא נדרשת שום פעולה מעבר להסכמה. זה אפילו פחות מהכנה. זה לא מאוד מינימלי ומרחיב אחריות פלילית. כשכמה ביחד מחליטים לצאת לבצע פשע, זה מסוכן כבר בשלב הזה. כי כשאדם פועל לבד, יש מרחק בין פעולות ההכנה הראשונות לבין העבירה המוגמרת. כשחבורה מחליטה ביחד ומסכימה לבצע פשע, יש יותר מחוייבות של כל הצדדים לקשר להשלים את העבירה. יש יותר סיכון שהם מסכנים את החברה. עבירת הקשר היא עבירה מוגמרת.

לפני תיקון 39, לא רק שאדם יכול היה למצוא עצמו נושא באחריות פלילית בעבירת הקשר, מי שהורשע בקשר יכול היה למצוא עצמו אחראי פלילית על מעשים שעשו בני חבורה אחרים לקידום הקשר. כיום, קושר יוכל למצוא עצמו אחראי לעבירה אחרת שנעשתה לקידום מטרת הקשר רק אם הוא עונה לאחד הקטגוריות שמגדירות צדדים לאחריות פלילית.

כיום יש חוק ספציפי לטיפול בארגוני פשיעה- חוק המאבק בארגוני פשיעה.

עבירת הקשר עדיין קיימת אבל היא קלה יותר מבעבר ואין אחריות הדדית של הקושרים.

**צדדים לעבירה- (חלק מעבירות נגזרות)**

 כל מי שתרם לביצוע עבירה ולא השלים אותה לבד. כל מי שתורם לביצוע עבירה עשוי להיחשב לאחראי לעבירה במידה כזו או אחרת. הצדדים השונים לעבירה יסווגו לפי תרומתם למעשה העבירה ולפי מה שקבוע בחוק.

1. **המבצע-** ס' 29: יכול להיות מכמה סוגים. \*מבצע יחיד \*מבצע בצוותא עם אחרים- יהיה קשה להבחין אם הוא מבצע או מסייע או משדל. \*מבצע באמצעות אחר- לפני התיקון, לא היה הבדל בעונש בין הצדדים השונים. היום קיים הבדל דרמטי, השוו את דין המנסה אבל הבדילו בין מבצע למסייע שמקבל חצי מהעונש. לכן זה דרמטי להחליט מי מבצע ומי מסייע. לא זו אף זו, יש השלכות נוספות לקביעה האם אתה מסייע/מבצע/משדל. על הנושא שמדבר על השאלה מהי אחריות השותפים לעבירות שלא תוכננו מראש, התשובה תלויה בין היתר בשאלה איך סיווגו אותך והאם מי שביצע את העבירה הנוספת הלא מתוכננת הוא מבצע מסייע או משדל. מבצע באמצעות אחר, ס' 29ג- הס' מרחיב את האחריות הפלילית גם למצבע עקיף, שמשתמש באחר ככלי בידיו. בס' 29 יש רשימה לא סגורה של דוגמאות לביצוע באמצעות אחר. ברוב הדוגמאות יש אלמנט של חוסר הבנה/כשירות של האחר שגורם לכך שהמבצע העקיף יכול "לנצל" את חוסר הידיעה שלו ולעשות בו שימוש. האחריות הפלילית קיימת גם על השולח, על אף שלא ביצע בעצמו ורק פעל דרך "כלי"- אדם אחר. למשל היעדר כשירות פלילית של האחר, מבצע העבירה- לוקחים קטין מתחת לגיל 12 ושולחים אותו לבצע עבירה פלילית. זו דוגמה של אדם שבוחר באדם שהוא חסר כשירות משפטית כדי לבצע את העבירה שהוא רוצה לבצע. הס' הזה צובע את השולח בצבע פלילי, הוא מטיל עליו אחריות פלילית שמבצע באמצעות אחר. הם כולם עונים להגדרה של "מבצע". מדובר בשותף ראשי לעבירה. נמנה במעגל הפנימי של האירוע העברייני.  הוא שחקן ראשי.

2.     **משדל-** ס' 30: האדם ששכנע את העבריין העיקרי לבצע את העבירה. הוא תורם תרומה משמעותית להתהוות העבירה בכך שהוא יוצר את המחשבה הפלילית של העבריין העיקרי. הוא גורם לעבירה להתבצע. הוא שותף מרכזי לעבירה. תרומתו משמעותית לעבירה. אבל הוא שותף עקיף. הוא יוצר את היסוד הנפשי אצל המבצע. השידול מותנה בהצלחתו.

3.     **מסייע-** ס' 31 ו32: שותף משני, מצוי במעגל החיצוני של העבירה, תרומתו מתבטאת ביצירת התנאים לביצוע העבירה, הוא שולי חיצוני ומשני, וכך גם החוק מתייחס אליו.

4.     **ניסיון לשדל-** ס' 33: חריג לכלל לפיו לא עושים נגזרת לנגזרת. ניסיון לשדל זה בעצם הסיטואציות בהן השידול לא הצליח ועדיין מענישים את זה שניסה לשדל.

אלו ארבעת השותפים לעבירה שהחוק מגדיר. הפסיקה כל הזמן מתלבטת בהבדלים ביניהן. מעבר לזה, יש עבירות ספציפיות של שידול או סיוע. למשל, ס' 260-261 (סיוע לאחר מעשה), תחת הפרק של שיבוש הליכי משפט, זו עבירה מושלמת ספציפית שהתוכן שלה הוא סיוע. ס' 302 סיוע ושידול להתאבדות- נניח רופא שנותן לחולה כדורים בידיעה שהוא רוצה להתאבד. אין עבירה פלילית של התאבדות, פעם הייתה עבירה פלילית של ניסיון להתאבד, כיום היא לא קיימת בגלל שמבינים שמי שמנסה להתאבד צריך טיפול ולא הליך פלילי. בגלל שאי אפשר ליצור לזה עבירה נגזרת, כי אין עבירה ספציפית, אז זו עבירה ספציפית.

מבצע- יש המון פסיקה על הצדדים לעבירה שמנסה להבחין בין הצדדים השונים לעבירה.

**צדדים לעבירה- המשך:**

אמרנו שיש מבצע, משדל, ניסיון שידול וסיוע. אלו 4 הדברים שקיימים.

**המבצע:**

ראינו שיש מבצע, מבצע באמצעות אחר ומבצע בצוותא.

**מבצע באמצעות אחר- סעיף 29ג-** הסעיף מונה דוגמאות ולא רשימה סגורה. הרעיון הוא הרחבת האחריות הפלילית לא רק למי שבפועל מבצע את העבירה אלא למי ששלח אותו והשתמש בו. האחר הוא כמו כלי בידי המבצע, לא מתייחסים אליו כאישיות אוטונומית ששוכנעה לבצע עבירה. העבירה אומרת שהאחריות היא על זה ששלח אותו. דוגמאות שהסעיף מונה:

1. **היעדר כשרות.** אם שולחים קטין לבצע עבירה, האחריות היא על השולח של אותו מבצע.
2. **דוגמא שנייה לביצוע באמצעות אחר- סיטואציה של היעדר שליטה של האחר**, האחר לא שולט בתנועותיו הפיזיות. אפשרות אחת היא שליחת אדם תחת היפנוזה לביצוע עבירה. האחריות הפלילית כאמור תוטל על השולח.
3. +4- **דוגמא שלישית ורביעית- האחר פועל ללא מחשבה פלילית או מתוך טעות במצב דברים.** מי ששולח בעצם מנצל את זה שהאדם שהוא שולח טועה ביחס למציאות. למשל, אדם א' שולח את אדם ב' להוציא כסף ממגירה ומי שהולך להוציא את הכסף חושב שהכסף שייך למי ששלח אותו. אין לאדם ב' מודעות לכך שהכסף לא של מי ששלח אותו. הוא מנוצל ע"י המבצע כדי לעבור את העבירה הפלילית. למה יש כפילות גם של היעדר מחשבה פלילית וגם של טעות ביחס למצב דברים? הרי הדברים לא תמיד חופפים וטעות יכולה להיות קשורה לסייג, כמו למשל אדם שמנצל טעות ושולח אדם אחר לתקוף מישהו. זה מצב של מבצע באמצעות אחר, הוא חושב שהוא נמצא במצב של הגנה עצמית.
4. **5.האחר פועל בנסיבות של כורח או צידוק**- בחוק הפלילי יש הגדרה לכורח והגדרה לצידוק. כורח זה ביצוע של עבירה פלילית כתוצאה מאיום אנושי. למשל, אדם מאיים על אדם אחר שאם הוא לא ישדוד בנק הוא ישרוף לו את הבית. אם האחר עומד בקריטריונים של סייג הכורח, השולח יישא באחריות הפלילית. צידוק זה למשל חייל שמבצע פקודה בלתי חוקית(לא בלתי חוקית בעליל). החייל ייהנה מסייג צידוק בגלל שהוא כפוף לפקודות ואין לו בחירה. האחריות תוטל על מפקדו. הסעיף אומר שכאשר אחר פועל תחת צידוק, לא תוטל עליו האחריות.

"אדם שתרם לעשיית המעשה ע"י אדם אחר שעשהו ככלי בידיו כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים כמשמעותם בחוק זה- 1. קטינות או אי שפיות דעת.... 3. ללא מחשבה פלילית....." יש חשיבות לכך שכתוב כשמשמעותם בחוק זה, כי הסיטואציה צריכה להתאים להגדרה הספציפית שבחוק.

**סעיף 29ד-** עבירה שמותנית בעושה מיוחד. הסעיף מוסיף מידע חשוב. אם יש עבירה שמותנית בעושה מיוחד, מספיק שהייחוד הזה יתקיים אצל השלוח כדי שהשולח יישא באחריות. יש עבירות כמו גניבה ממעביד. כדי שאדם ייחשב כגונב ממעבידו שזה חמור יותר מ"סתם " גניבה, צריכים להיות יחסי עובד- מעביד בין הגנב לזה שהוא גונב ממנו. הסעיף אומר שגם אם השולח הוא לא עובד של המעביד בעצמו תוטל עליו אחריות כמו על עובד שגונב ממעבידו.

**אז מה האחריות של האחר?(=זה שנשלח לבצע את העבירה) יש 3 סיטואציות:**

1. **המקרה השכיח- אין אפשרות להטיל אחריות פלילית על האחר אלא רק על המבצע ששלח את האחר-** למשל, אם האחר הוא קטין או לא שפוי או שחל עליו סייג מסוים. האחריות היא רק על מי ששלח. זה המצב הקלאסי.
2. **שני הצדדים, גם המבצע וגם האחר יהיו אחראים באותה מידה של אחריות פלילית-** לא שכיח אך אפשרי. מתי? למשל כשאדם א' מנצל את העובדה שאדם ב' שיכור(לפי מה שהחוק מגדיר) ושולח אותו לבצע עבירה. שניהם יהיו אחראים באותה מידה משום שהחוק קובע ששיכור נושא באחריות למעשיו. השולח יישא באחריות כי הוא מבצע באמצעות אחר. רמת האחריות הפלילית שווה.
3. **שניהם אחראים בפלילי אבל לא באותה רמה של אחריות-** למשל, יכולה להיות סיטואציה שהאחר פועל ברשלנות ומי ששולח אותו פועל במודעות. אדם א' שולח את אדם ב' לירות באדם ג' ואומר שהאקדח לא טעון או לא אמיתי. האחר, אדם ב', באמת חושב שהאקדח לא אמיתי, מכוון על ג', יורה וממית אותו. אם אדם סביר היה צופה שההתנהגות הזאת מסכנת חיים, ייתכן שיחליטו שאותו אחר היה רשלן. את זה ששלח אותו ירשיעו והאחריות שתוטל עליו תהיה חמורה יותר כי לו הייתה מחשבה פלילית.

**\***הסעיף של מבצע באמצעות אחר לא שכיח ואין הרבה פסיקה עליו.

**מבצע בצוותא- סעיף 29ב-** מה קורה כשיש מספר מבצעים, מה האחריות שתוטל על כל אחד מהם. מבצע בצוותא הוא מבצע עיקרי. הסעיף אומר " המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה הם מבצעים בצוותא ואין נפקא מינה אם כל המעשים נעשו ביחד או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר". **הכלל לגבי מבצעים בצוותא הוא שכל אחד מהמבצעים צריך שיעשה מעשים לביצועה של העבירה.** (\*הדבר שונה מיצירת תנאים לביצוע העבירה.). דוגמאות למשתתפים במעשה העבירה כמבצעים בצוותא:

1. אדם א' ואדם ב' גונבים ביחד כספת. קל לזהות ולומר ששניהם שותפים לעבירה ברמה של ביצוע בצוותא, שניהם שותפים לביצוע. זה מצב פשוט.
2. אדם א' ואדם ב' שומעים שבביתו של אדם מסוים בשכונת יוקרה יש חפצים יקרי ערך. הם פורצים לבית. אחד מהם בודק את הקומה הראשונה, השני בודק את הקומה השנייה. אדם א' מוצא את החפץ וגונב אותו. אדם ב' לא זה שלקח את החפץ. שניהם יוצאים מהבית. האם שניהם מבצעים ביחד את עבירת הגניבה או רק את הפריצה? התשובה היא ששניהם שותפים לביצוע עבירת הגניבה בצוותא. הם שניהם עשו מעשים לביצוע העבירה תוך חלוקת תפקידים פנימית ביניהם, הם פועלים כגוף בעל זרועות. **לא צריך שכל אחד מהם ייקח יישא ברכיבי היסוד העובדתי בפני עצמו.** מספיק שהוא התקיים מהמעשים של שניהם.
3. שוד- אדם א' מאיים על אדם ג' באקדח ואדם ב', בזמן האיום, גונב ל-ג' את הארנק מהכיס. יש כאן ביצוע משותף בצוותא למרות שאחד איים ואחד כייס.

למה קל לזהות פה שמדובר במבצעים בצוותא? כי יש כאן שני אנשים שיש ביניהם שותפות עבריינית והם חילקו ביניהם את העבודה. ברגע שיש חלוקת עבודה, זה פחות משנה מה כל אחד מהם עושה. מבצעים בצוותא הם גוף אחד שפועל באמצעות כמה זרועות, צריכה להיות ביניהם שותפות.

נשנה את דוגמת השוד- א' מאיים על ג'. ב' עובר במקום, מנצל את הסיטואציה, חוטף את הארנק ונעלם. בסיטואציה כזו **ניטה לומר שלא מדובר במבצעים בצוותא.** אין חלוקת עבודה, יש אדם שעבר וניצל את הסיטואציה.

\*בשביל ביצוע בצוותא לא חייב להיות תכנון מראש, יכולה להיות הצטרפות ושותפות ספונטנית.

**פס"ד עזיזיאן-** מדובר בנזירות שמצאו מקום מגורים בשכונת מאה שערים. המון משולהב פורץ לבית שלהן, משחית רכוש, מצית דברים במקום וגונב דברים. לסיטואציה הזאת נכנס עזיזיאן. הוא נכנס לדירה בחסות הבלאגן שקורה שם וגונב כמה דברים קטנים. אחת מהטענות שלו הוא שהגניבה היא של זוטי דברים. עם זאת, על מה שהוא גנב אפשר להרשיע אותו בקלות. השאלה הייתה אם אפשר להטיל עליו אחריות פלילית גם על דברים שהוא לא עשה, כמו ההצתה וההתפרעות שהייתה שם בגלל שהוא הצטרף לסיטואציה. האם אפשר לראות בו מבצע בצוותא? דעת הרוב אומרת שאי אפשר להרשיע אותו כמשתתף אלא רק לייחס לו אחריות על המעשים שהוא עצמו ביצע. השופטת דורנר בדעת המיעוט כן חושבת שאפשר להרשיע אותו בעבירות של האחרים. היא אומרת שיש פה הצטרפות ספונטנית אל ההמון וביזה בחסות ההתפרעות ולכן הוא מבצע בצוותא. דעת הרוב לא הרשיעה, אך גם השופטים שזיכו אמרו שהם לא זיכו בגלל שהוא נכנס לתמונה מאוחר או שהוא לא היה שותף לתכנון מראש, אלא בגלל העובדות המיוחדות של המקרה- מדובר באדם שונה באידיאולוגיה ובמטרה מהאנשים שהתפרעו שם. השוני הזה הופך אותו ללא קשור אליהם, הוא פשוט ניצל את הסיטואציה כדי לעשות עבירה פלילית משלו, הוא לא היה חלק מההמון שהיה שם. בית המשפט מדגיש שבהחלט יכולה להיות שותפות ספונטנית. במקרה זה ברור לשופטים שהוא חלק מהעבירות האחרות כי הוא לא חלק מהקבוצה הזאת. האחריות שלו היא רק על מה שהוא לקח.

סיכום – מבצעים בצוותא הם משתתפים ביחד בביצועה של עבירה. נסתכל עליהם כשותפים שפועלים כגוף אחד בעל זרועות. השותפות שלהם יכולה לבוא לידי ביטוי בכמה צורות, אך אין תנאי או דרישה של תכנון מראש.
היסוד הנפשי בביצוע בצוותא כולל שני אלמנטים מצטברים:

1. היסוד הנפשי הקבוע בעבירה העיקרית
2. מודעות לפעולה בצוותא ולחלקו של כל שותף במזימה העבריינית

**מסייע- סעיף 31-32:**

מסייע, בשונה מהמבצע מקבל רק חצי מהעונש. זה הבדל דרמטי. סעיף 32- עונש על סיוע, אומר שעל סיוע מקבלים חצי ממה שמקבלים על העבירה העיקרית ומנחה מה עושים עם עבירות שיש בהן עונשי מינימום ומקסימום או עונשי מאסר עולם חובה. למשל מאסר עולם. אם העונש הוא מאסר עולם שאינו חובה, העונש הוא עד 20 שנה. סעיף 32 אומר שמסייע בעבירה כזאת עונשו יהיה עד 10 שנים.

**סעיף 31 – מגדיר מהו סיוע.** "מי אשר לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה הוא המסייע". המסייע עושה מעשה כדי לאפשר את ביצוע העבירה או כדי ליצור את התנאים לביצועה. הוא לא חלק מהביצוע. התרומה של המסייע היא תרומה עקיפה ומשנית לביצוע העבירה. הוא איש שנמצא במעגל החיצוני של העבירה. הסעיף כולל דרכים רבות של סיוע, הן מבחינת אופן הסיוע והן מבחינת עיתוי הסיוע. זה יכול להיות בכל מיני שלבים וצורות. הסיוע יכול להיות סיוע פיזי כמו ביצוע תצפית או שמירה על המקום או סיוע רוחני, מוראלי, כלומר שמישהו רק יבוא איתו כדי להרגיש ביטחון. סיוע יכול להיות גם במחדל.

בענישה של מסייע מדברים על ענישה של אדם בעבירה שאינו ביצע. למה מרשיעים את המסייע? אפשר לחשוב על 2 תפיסות להטלת אחריות פלילית על מסייע:

1. להתייחס ליסוד העובדתי של הפעולה ולומר שהיות והמעשה סייע בפועל לקיומה של עבירה, יש להטיל אחריות. הדגש הוא על הצד העובדתי, המעשה סייע וזה כשלעצמו מצדיק הטלת אחריות פלילית.
2. יש להטיל אחריות פלילית על מסייע פחות בגלל הטיב הפיזי של ההתנהגות ויותר בגלל היסוד הנפשי והזדהותו של המסייע עם המשימה העבריינית.

השאלה בעצם היא על מה הדגש- היסוד העובדתי או היסוד הנפשי? האם על ההתנהגות עצמה או על המוטיבציה, ההזדהות עם העבירה. ההתלבטות איפה לשים את הדגש יוצרת נוסחים שונים של עבירת הסיוע. את עבירת הסיוע אפשר לנסח בדרכים שונות וצריך ליצור איזון בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי. שאלת האיזון הראוי בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי בעבירת סיוע הייתה במחלוקת בין שופטים שפירשו אחרת את סעיף 31.

בניסוח של הסעיף, בתיקון 39, הייתה טעות. היה הבדל בין הצעת החוק לבין החוק, 2 מילים שהיו בהצעה נשמטו מהחוק הסופי. בהצעת החוק, מסעיף 31 עלתה כוונה ברורה(גם מדברי ההסבר להצעה) לכך שסיוע הוא מעשה שהקל או איפשר את הביצוע, היה מן תנאי שהסיוע היה אפקטיבי ובנוסף נקבע שהמסייע צריך להיות מודע לכך שהוא מסייע. בנוסח הסופי הושמטו מילים באופן ששינה את משמעות הסעיף ומה שנשאר הוא סעיף 31 שיש כיום. הסעיף כיום פתוח לפרשנות וזה דבר שונה מהכוונה המקורית של המחוקק. הפסיקה פירשה את הסעיף לא לפי דברי ההסבר להצעת החוק. הדבר עולה בפס"ד פוליאקוב.

ניתוח סעיף 31- מדובר בעבירת מטרה. מזה שכתוב "עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע", זה נשמע כמו יסוד נפשי, כמו כוונה. "עשה מעשה" זה היסוד העובדתי והמחשבה הפלילית פה היא מיוחדת- "כדי לאפשר את הביצוע".

**אז מה צריך להוכיח ביסוד העובדתי של עבירת הסיוע?** מעשה- התנהגות שיש בה פוטנציאל סיוע, לא בהכרח משהו שבאמת סייע בפועל או סיוע אפקטיבי, מספיק פוטנציאל. נסיבה- הנסיבה ההכרחית להרשעה בסיוע היא הפליליות של ההתנהגות שמסייעים לה, צריך שיהיה מבצע ושהמבצע יבצע עבירה פלילית או שהוא עומד לבצע עבירה פלילית(מנסה).

**מה צריך להוכיח ביסוד הנפשי?** כאן יש כמה דעות. בסוף יש דעה אחת שהתקבעה בפסיקה.

1. אפשרות 1- דעת הרוב בפס"ד פוליאקוב. הדעה אומרת שצמד המילים "כדי לסייע" בסעיף 31 מתארות את האופי העובדתי פיזי של העבירה, זה לא קשור בכלל ליסוד נפשי. לכן, לפי דעת הרוב בפוליאקוב, מספיק להוכיח מודעות של הנאשם לכך שהמעשה שלו מסייע(=אפשר להסתפק בחשד+ הימנעות מלברר)+ מודעות לעבירה. זו מחשבה פלילית רגילה. לדעת לאה, זו טעות וקשה שלא לפרש את המילים "כדי לסייע" כיסוד נפשי. בית המשפט מתעלם מהכוונה המקורית של מנסחי החוק לפי אפשרות זו. הם משעינים את הסיוע על היסוד העובדתי. זו כאמור לא ההלכה היום.
2. אפשרות 2(זו ההלכה כיום!)- דעת הרוב בפס"ד פלונית(כדעת המיעוט בפס"ד פוליאקוב)- מודעות(או חשד!) לכך שההתנהגות עשויה לסייע(=מודעות לטיב המעשה)+ מודעות(או חשד!) לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה פלילית(=מודעות לנסיבה)+ יסוד נפשי מיוחד של מטרה לסייע לעבריין העיקרי(=זה ה"כדי לסייע"). השופט ברק אומר שזה הפירוש היחיד שניתן לתת למילים "כדי לסייע". הוא מוסיף שזה מה שנכון גם מבחינת מדיניות משפטית נכונה – לזהות את המסייע כראוי לעונש בגלל שיש לו מטרה של לסייע לעבריין. ברק מוסיף שכדי להוכיח מטרה לסייע, **אפשר להחיל את הלכת הצפיות.** כלומר, **אפשר להטיל אחריות גם על מי שיודע ברמה גבוהה של וודאות שהתנהגותו מסייעת לעבריין העיקרי.** לדוגמא, סיוע לרצח. מספיק שמסייע יודע ברמה גבוהה של וודאות שהתנהגותו מסייעת לרצח.
3. אפשרות 3- דעת המיעוט של השופט אנגלרד בפס"ד פוליאקוב- מודעות לכך שהמעשה מסייע(מספיק פוטנציאל כאמור)+ מודעות לביצוע העבירה(לפליליות המעשה של העבריין)+ מטרה לסייע+ מטרה שהעבירה תושלם(=זו התוספת). הוא אומר שההבחנה בין המטרה לסייע לעבריין למטרה להשלים את העבירה היא הבחנה מלאכותית, מי שרוצה לסייע לעבריין רוצה גם שהעבירה תושלם. הוא מחיל את הלכת הצפיות במטרה לסייע (בעבירה של סיוע לרצח).

סיכום – כדי להרשיע בסיוע צריך להוכיח יסוד עובדתי של – מעשה שיש בו פוטנציאל סיוע(לא צריך סיוע אפקטיבי או סיוע בפועל)+ נסיבה של פליליות ההתנהגות שמסייעים לה ויסוד נפשי של- מודעות לכך שההתנהגות מסייעת/עשויה לסייע+ מודעות לפליליות ההתנהגות של העבריין+ מטרה לסייע.

**סיוע במחדל-** סעיף 31 כאמור מגדיר מסייע כ"מי שעשה מעשה". סעיף 18 מגדיר מעשה כ"לרבות מחדל" צירוף של שני הסעיפים מביא לכך שאפשר לסייע במחדל ולא רק במעשה אקטיבי. למשל, מבצעים של עבירה מסכמים עם היומנאי במשטרה שלא לענות לקריאות של אזרחים בשעה מסוימת או ערב מסוים, זה סיוע במחדל. דוגמא שמובאת בפסיקה היא מנקה שנמנעת מלסגור את החלון בבית כדי להקל על גנבים שיבואו בלילה. כשדיברנו על סיוע, דיברנו גם על סיוע בנוכחות. לא תמיד סיוע בנוכחות הוא מחדל, הרבה פעמים נוכחות נחשבת ליותר ממחדל – עצם ההימצאות כן עושה משהו, זה לא מחדל טהור.

**ע"פ אברמוב-** המערערים הם מג"בניקים שהסיעו עצורים בג'יפ משטרתי. חלק מהשוטרים ישבו מקדימה וחלק מאחור. היושבים מאחור הכו את העצורים ואלה שישבו מקדימה לא עשו כלום. ביהמ"ש אמר שעצם המחדל והנוכחות שלהם בסיטואציה נחשבים סיוע כי כדי להרשיע בסיוע צריך **מסוגלות של המחדל לסייע+ כוונה לסייע.** בית המשפט לא מדבר על חובת עשייה שבד"כ צריך להראות במחדל. אין בכך צורך כי ברור שלשוטרים יש חובות למנוע הכאה שלא כדין וביהמ"ש הרשיע בקלות בסיוע.

**בפס"ד פוליאקוב,** למרות שבית המשפט קבע שהסיוע לא היה במחדל אלא במעשה(פוליאקוב המשיך לנסוע ברכב כשבחלק האחורי מתבצע רצח), אין מניעה להרשיע בסיוע במחדל. השופט מצא אומר על בסיס פסיקה ישנה ועל בסיס פלר, **שלשם הרשעה בסיוע במחדל אין צורך להצביע על חובת עשייה מפורשת בדין.** פלר אומר שיש הבדל בין עבריין עיקרי שפועל במחדל לבין הפרת חובה על רקע של ביצוע עבירה מושלמת בידי אחר. במילים אחרות- בסיוע במחדל, לא צריך להצביע על חובת עשייה מפורשת בדין כי בסיוע במחדל קמה חובה עשייה. כלומר, כשיש אירוע עברייני קונקרטי(נוסעים ברכב ומאחורה ממיתים אישה), ההשתלבות המסייעת באמצעות מחדל נחשבת לסיוע עניש גם כשאין חובה קונקרטית בדין. מי שמסייע במחדל מתוך מטרה לסייע, יש חובה מובנית לפעול. על דעה זו יש ביקורת ונאמר שזו הרחבה מוגזמת של המשפט הפלילי- גם מדובר במישהו שהוא לא העבריין העיקרי וגם הוא עושה מחדל ולא מעשה אקטיבי.

**פס"ד שלומי ויצמן-** השופט חשין אומר שסיוע אפשרי גם במחדל וחובה אפשר לייצר גם בפסיקה. בהרבה מקרים עצם ההשתתפות במעשה העבירה הם מקור החובה לפעול. זו גישה שמרשיעה על סיוע במחדל מבלי למצוא חובת עשייה קונקרטית.

\*במידה והמבצע העיקרי לא הועמד לדין או הורשע, עדיין אפשר להעמיד לדין את המסייע ולהרשיע אותו. האחריות של צדדים לעבירה נגזרת מהאחריות של המבצע העיקרי לעבירה הגרעינית. **חייב שתהיה עבירה פלילית שמענישים עליה** כדי להרשיע מסייע. מה שלא צריך כאמור הוא שהמבצע העיקרי ייתפס או יועמד לדין(בין אם נעלם, ברח לחו"ל, אינו שפוי וכו').

\*אם היה סיוע אך העבירה שלה ניתן הסיוע לא בוצעה בסופו של דבר, לא ניתן להרשיע בסיוע.

שאלה – נניח והעבריין העיקרי ניסה לרצוח ולא הצליח. הוא הורשע בניסיון רצח. מה יהיה עם המסייע? האם נרשיע אותו בסיוע לניסיון רצח או בסיוע לרצח? התשובה היא שאם רוצים להיות עקביים במגמה של אחידות העבירה, נגיד שהסיוע היה לניסיון רצח. קיימת אפשרות נוספת- להגיד שההרשעה היא בניסיון לביצוע העבירה המושלמת. העבירה של ניסיון רצח היא עבירה מוגמרת ויש לה סעיף משלה, ולכן אין בעיה להגיד שיש עבירה של סיוע לניסיון רצח. **לסיכום – כדי להרשיע בסיוע, מספיק שהיה ניסיון לבצע את העבירה העיקרית(\*כוכבית למטה).**

נראה 2 פסקי דין שעוסקים בשאלת היסוד הנפשי של הסיוע:

**פס"ד ע"פ 11131/02 יוסופוב נ' מדינת ישראל-** המערערת היא עולה מחבר העמים שיש לה קשר רומנטי עם מחבל מהשטחים. מרשיעים אותה בסיוע לניסיון רצח בשל ידיעתה שהחבר שלה עומד לבצע פיגועי טרור בישראל ובשל העזרה שהיא נתנה לו בהוצאה לפועל של פיגועי הטרור האלה. עיקר העזרה שלה הייתה בעצם הנוכחות שלה ובכך שהיא העניקה להתנהגות שלו מראה של התנהגות תמימה. היא זאת שאפשרה לו לישון בתל אביב ולהסתובב בתל אביב, כשהם שכרו מקומות לינה זה היה בשמה. בעובדות המקרה יש מספר אירועים בהם מעורב החבר המחבל שלה. בספטמבר 2000, אח של המחבל נהרג בתהלוכה בשכם והוא מחליט לנקום את ההמתה של אחיו. הוא מבקש מהמערערת לשכור דירה בתל אביב, היא ידעה שהוא שב"ח ואסור לו לשהות בישראל ובכל זאת היא שכרה לשניהם דירה. הוא שילם את שכר הדירה. שבועיים אחרי שהם עברו לגור בדירה, הוא יצא עם תיק שבתוכו סכין לשוק הכרמל. בשוק, הוא שיסף קצין צה"ל עם הסכין ובנס הקצין ניצל ולא מת. (על אירוע זה, הוא הורשע בניסיון רצח). הוא נמלט מהארץ ודיבר עם המערערת בטלפון והסביר לה למה הוא עזב. היא זיהתה שהוא לקח סכין ושאלה אותו למה הוא לקח אותה. הוא ענה שלצורכי ביטחון. בשלב זה היא לא ידעה מה קרה בשוק הכרמל. הוא ביקש ממנה לבטל את חוזה השכירות בטענה שהוא התחתן עם אישה אחרת. התגובה שלה הייתה שהיא רוצה לשמור איתו על קשר למרות שיש לו אישה אחרת. לאחר מכן, הוא סיפר לה על מעשה הדקירה ושהוא לא יכול להיכנס לישראל והיא בתגובה לא עשתה כלום. לאחר מכן, הוא יצר קשר עם פעילי טרור והשיג מטעני חבלה. הוא חוזר לישראל כדי לבצע פיגועים. יש ברשותו 2 מטענים ואקדח. הוא מתקשר למערערת כדי שתבוא לאסוף אותו. היה לה ברור שהוא צריך אותה כדי לשהות בישראל. כשהם נפגשים, הם הולכים לחוף הים בבת ים שהם הוא מראה לה את האקדח שהוא נושא ומודיע לה שאם יפנה אליו שוטר ויבקש ממנו תעודת זהות, הוא ישתמש באקדח ויהרוג את השוטר. היא יודעת על הכוונה שלו. בלילה, הם עולים על אוטובוס לכיוון ת"א. היא שואלת אותו שאלות והוא עונה לה שבתיק שלו יש חומר נפץ. הוא אומר לה שוב שאם שוטר יבקש ממנו תעודת זהות, הוא ירה בו עם האקדח ויפוצץ מטען חבלה. בהמשך, הם נכנסים ביחד למסעדה. במסעדה, התכוון המחבל לפוצץ את התיק. תיאור המעשים מראה כמה הנוכחות שלה מאפשרת לו להסתובב בישראל ובנוסף נותנת לו מראה תמים. הם הזמינו אוכל במסעדה והוא הולך לשירותים. בשירותים הוא הכין את המטען והניח אותו. הם עוזבים את המקום בלי לאכול ובלי לשלם אחרי שהשאירו את התיק. הם עלו למונית ונסעו ליפו. במונית הוא מתקשר שוב ושוב למה שמחובר למטען כדי לפוצץ אותו אך הוא רואה שהמטען לא מתפוצץ. הוא מספר לה שהוא שם מטען במסעדה ושנראה לו שהוא לא מצליח לפוצץ אותו. היא לא מתרגשת מהדברים ושואלת אותו שאלות טכניות על המטען. בסופו של דבר חבלן מנטרל את המטען. כשהוא מבין שהמטען לא התפוצץ, הוא מתקשר לזה שנתן לו את המטענים ונתן לו את ההוראות איך להפעיל. לפי ההוראות שהוא קיבל, הם הגיעו באותו ערב לדולפינריום בת"א. בידיעתה ונוכחותה של המערערת הוא מניח את המטען השני שנשאר לו ליד הרבה אנשים ולעיניה מרכיב את הפצצה. הם מתרחקים, וממונית שהם עולים עליה הוא מתקשר למנגנון שנמצא על המטען. גם הפעם לא מתפוצץ המטען ולכן הוא חוזר איתה לחוף הים ולוקח את המטען בחזרה. על הנחת מטען זה הוא מורשע גם כן על ניסיון רצח, בפעם השלישית. הם ממשיכים להסתובב עם המטען. הם מגיעים למועדון ביפו, הולך לדבר עם חבר שלו ובזמן זה משאיר אצלה את המטען. בשלב מאוחר יותר, המערערת שמה לב שהם שכחו את המטען במועדון, לוקחת אותו ומוסרת למחבל. בשלב זה מגיעה תפנית שעובדת לטובתה. כשהוא נכשל בהפעלת המטענים, הוא אומר לה שהוא מתכנן לחזור לכפר ולקבל את הכסף שמגיע לו בגין הנחת המטענים ולאחר מכן הוא יחזור לגור בתל אביב. כאן עולה אולי ספק אצלה שהוא חזר בו מלהיות טרוריסט. הם ישנים ביחד גם בלילה זה. זה פרט חשוב כי זו הדרך שלו להישאר בתל אביב, הם שוכרים ביחד חדרים על שמה. ביום למחרת, הם יוצאים מההוסטל, המערערת מלווה אותו לרכבת. הוא עולה על מונית שירות. תוך כדי נסיעה לכיוון צפון, הוא נעצר במחסום ומבקשים ממנו תעודת זהות. כשמבקשים ממנו תעודת זהות, בתוך המונית, הוא יורה בתיק ומהפיצוץ נהרג נוסע ונוסעים אחרים נחבלו. בגין הפיצוץ, הרשיעו אותו ברצח בכוונה תחילה, התפוצצות חומר שלא כדין ועוד. בית המשפט המחוזי קובע על סמך התשתית העובדתית שהמערערת סייעה למחבל לבצע את העבירות המיוחסות לו בקשר לעבירת הנחת המטען במסעדה, בדולפינריום ולרצח במונית. בית המשפט מנתח את יסודות הסיוע. הוא לא משנה כלום מהלכת פלונית בנוגע ליסוד הנפשי הנדרש בסיוע. בית המשפט העליון לעומת המחוזי, מזכה את המערערת מאירוע הפיגוע במונית. הכרעה זו מעניינת, כי הסיוע שהיא נתנה לו היה אפקטיבי. בית המשפט לא משתכנע בעיקר ביסוד הנפשי אך גם בעובדתי, שהייתה פה מטרה לסייע וידיעה ברמה גבוהה של וודאות שהמעשה מסייע. המחוזי ביסס את הרשעתו על כך שבדרך למסעדה הוא סיפר לה שאם הוא ייעצר על ידי שוטר הוא ירה באקדח במטען. בית המשפט ייחס לכך חשיבות רבה. בית המשפט אומר שהמערערת ידעה על קיומה של אפשרות שהמונית תיעצר וששוטר יעצור אותו ועקב המעצר הוא ירה בתיק ולכן הרשיע אותה בסיוע. בית המשפט העליון אומר שמסקנה זו לא מקובלת עליו באמירה שהמסייע לא חייב להיות מודע לכל פרטי העבירה, אך עם זאת עליו להיות מודע בעת הגשת הסיוע שקיימת אפשרות שפעולתו תסייע למבצע לעיקרי בביצועה של עבירה ממשית. הכוונה היא שצריך שלעבירה יהיה ייעוד מוחשי, משהו קונקרטי. אין די בידיעה על נכונות היפותטית של המבצע לבצע עבירה. בית המשפט אומר שאף שהייתה מודעות כללית לנכונות של זייד לירות אם שוטר יעצור אותו, הוא לא משתכנע מעבר לספק סביר שכאשר הנאשמת סייעה לו לעלות על המונית, היא הייתה מודעת לאפשרות הרציונלית שהעבריין העיקרי יבצע פיגוע. בשלב זה לדברי בית המשפט, כשהמחבל אמר למערערת שהוא רוצה לחזור לכפר ולאחר מכן לגור בתל אביב, היא הייתה משוכנעת שפעולתו החבלנית הגיעה לקיצה. זאת ועוד, לאור אירועי העבר, היא חשבה שהמטען שיש לו בתיק לא תקין. לפיכך, לא הצליחו לסתור את גרסתה שהיא האמינה בשלב זה שאין אפשרות ממשית של ביצוע רצח או ניסיון רצח ולא התקיים אצלה היסוד שנדרש בעבירת סיוע לפיגוע במונית. בית המשפט אומר בנוסף שאף אם מסקנת המחוזי הייתה מתקבלת שהמערערת הייתה מודעת לביצוע העבירה על ידי המחבל, אין מספיק בעובדות כדי להגיד שהמערערת ידעה שההתנהגות הייתה עשויה לסייע קרוב לוודאי לביצוע רצח. המחוזי קבע במפורש שהמערערת הייתה מודעת לאפשרות הסבירה וההגיונית שהנאשם יבצע את העבירה וגם ציין שהיא לא ידעה בוודאות או ברמה גבוהה של וודאות שהעבירה העיקרית עומדת להתבצע. לכן, העליון אומר אי אפשר לומר שהיא הייתה מודעת לכך שההתנהגות שלה עשויה לסייע קרוב לוודאי לביצוע הפיגוע. הלכת הצפיות לא מתקיימת פה, אין לה ידיעה של קרוב לוודאי שהתנהגותה מסייעת. לכן, היא מזוכה. העליון מוסיף שיש חוסר גם ביסוד העובדתי, כשהיא סייעה, לא היה הרכיב העובדתי של תכנון קונקרטי, בטח לא ברמה של קרוב לוודאי.

סיכום- המערערת הורשעה בסיוע לדברים אחרים אך לא במה שבסופו של דבר פגע באנשים, הרצח במונית.

השאלה שעולה, היא מה המשמעות של מטרה לסייע? בית המשפט אומר שהוא לא משתכנע שהמערערת רוצה לסייע לעבירה של פיגוע וגם לא הוכח ברמה של ידיעה של קרוב לוודאי שזה מה שהולך לקרות. היא טוענת שהיא חשבה שהוא הולך להפסיק ושממילא אם המטען לא עבד הוא לא יבצע את מה שהוא אמר שבכוונתו לבצע(לירות במטען). **על פניו נראה שבית המשפט מחפש מטרה לסייע לעבירה ייעודית, צריך ידיעה שהולך להיות ביצוע קונקרטי של עבירה.** זה הדגש בפסק דין זה- ייעוד קונקרטי של עבירה.

**פס"ד ע"פ 7580/02 – ג'אבר נ' מדינת ישראל –** גם בו עולה העניין של ייעוד קונקרטי של עבירה. בפסק דין זה משנה בית המשפט העליון את הכרעתו של המחוזי. המחוזי הרשיע את המערער בסיוע לרצח בגין הסעת מחבל מתאבד לנתניה. עיקר השאלה היא על היסוד הנפשי של סיוע. המערער היה מסיע תושבי שטחים לתוך ישראל, ממחסום ליד טול כרם. הוא היה נוהג לגבות 6 שקלים מנוסעים שהוא לקח. עובדתית, ביום מסוים בשנת 2001 המערער הסיע אדם למקום הפיגוע(שלאחר מכן הסתבר שהוא מחבל) ממחסום ליד נתניה. לא הייתה ביניהם היכרות מוקדמת. אי אפשר לומר שהוא ידע בוודאות שהנוסע הוא מחבל. היו הרבה פרטים שהיו מחשידים- המחבל הגיע למחסום עם מלווה, היה לבוש בג'קט אלגנטי גדול ממידותיו ביום חם, נהגים אחרים לא הסכימו להסיע אותו והמערער הסכים להסיע אותו בסכום של 100 שקל. מי שניהל את המשא ומתן עם הנהג היה המלווה, הוא חזר לטול כרם כשהם התחילו בנסיעה. גם בנסיעה זו עלות נוסעים נוספים ששילמו 6 שקלים. בין השניים לא היה דיבור ובסביבות שעה 11 הנהג הוריד את המחבל ליד קניון השרון בנתניה וחזר. באיזור הקניון, המחבל המתאבד הפעיל מטען ונהרגו 5 בני אדם ונפצעו 86. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער בסיוע לרצח וסיוע בכוונה לחבלה מחמירה. בית המשפט ביסס את הקביעה על כך שהמערער חשד בפועל סובייקטיבית שהנוסע איתו הוא מחבל. המערער אמר שהוא לא חשד, לכל היותר הוא חשב שמדובר באדם מוזר, לא מעבר. על מחיר הנסיעה שנגבה לא היה לו מה להכחיש, הוא ניסה להגיד שמדובר בהסעה ספיישל שבד"כ הוא גובה עליה 50-60 שקל וכשהוא שמע את הנהגים האחרים מדברים הוא הציע מחיר משתלם. לטענתו, הוא קלט שמדובר במחבל מפגע רק כשהוא חזר למחסום ושמע ברדיו שהיה פיגוע. בית המשפט לא האמין לו וקבע שהמערער חשד שהנוסע הוא מחבל אבל הוא לא ידע זאת בוודאות או בכמעט וודאות. הוא לא בירר ושאל שאלות כדי להרוויח את הכסף הנוח שהוא הרוויח. איך הגיעו למסקנה שהוא חשד? בית המשפט התייחס לכל פרטים שהביאו אותו למסקנה שהאדם חשד(לא האדם הסביר!סובייקטיבית)- הלבוש, שאחרים לא לקחו ושאר הדברים שצוינו. המחוזי הרשיע בסיוע וקבע שגם היסוד העובדתי וגם הנפשי מתקיימים. בית המשפט המחוזי אומר **באשר ליסוד הנפשי של המסייע שאדם שחושד כי חברו עומד לבצע עבירה מסוימת, ונמנע מלברר את העניין, ואף פועל מתוך מודעות לכך שמעשהו יסייע קרוב לוודאי לביצוע העבירה על ידי חברו, ניתן לראותו כמסייע.** קביעה נוספת של ביהמ"ש המחוזי הייתה שאין צורך להוכיח שהמסייע צפה את ביצוע העבירה העיקרית כאפשרות קרובה לוודאי. המערער לפי ביהמ"ש המחוזי חשד במחבל ובחר להתעלם מהחשדות. נקבע כאמור שהמערער היה מודע לקיומה של אפשרות(=חשד) סבירה וממשית שהנוסע שעלה על רכבו עומד לבצע פיגוע שבו עלולים להיהרג ולהיפצע בני אדם. בנוסף, נקבע שהמערער היה מודע לכך שההסעה של המחבל לנתניה תורמת תרומה חשובה לביצוע הפיגוע. דברים אלה הספיקו לבית המשפט כדי להחליט שהוא סייע לרצח ולגרימת חבלה חמורה. בשולי דבריו, אומר ביהמ"ש המחוזי שבכל מקרה ניתן היה להרשיע את המערער בעבירת הריגה. בית המשפט העליון קובע, שהשאלה המרכזית שנתונה במחלוקת היא האם התקיים היסוד הנפשי של סיוע. העליון קובע שלא התקיים היסוד הנפשי של סיוע ולא מסכים עם המחוזי בעניין זה. הוא מזכה אותו מסיוע. הוא מצטט את פס"ד פלונית(=הלכת היסוד הנפשי בעבירת סיוע- מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת, מודעות כך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה פלילית ומטרה לסייע למבצע). העליון אומר, ובכך מוחק את הדעה של אנגלרד, שאין דרישה להוכיח שהיסוד הנפשי של המסייע יהיה זהה ליסוד הנפשי של המבצע העיקרי. הוא מצטט גם את פרשת יוספוב ומדגיש – החשד צריך להיות סובייקטיבי וממשי(לא חשד של אדם סביר). השופט גרוניס אומר שאין חולק שהמערער לא היה מודע בפועל לכך שהמחבל עומד לבצע פיגוע או כי הסעתו לנתניה תסייע לו בכך. בנוסף לכך, מוסכם לדבריו שהמערער לא פעל כדי לסייע למחבל ולמרות זאת בית המשפט המחוזי הסתפק בחשד. העליון לא מסכים עם מסקנה זאת. הוא אומר שגם אם נצא מנקודת הנחה שהמערער חשד שהמחבל הולך לבצע פיגוע וחשד שהסעתו מסייעת בכך, זה לא מספיק ליסוד הנפשי של סיוע. לא הוכח שהמערער פעל מתוך מודעות לכך שהתנהגותו תסייע למחבל בביצוע הפיגוע ברמה של קרוב לוודאי. במילים אחרות- צריך להוכיח מעל לכל ספק סביר שהנאשם ידע בוודאות או כמעט בוודאות שהעבירה העיקרית עומדת להתבצע. **בית המשפט בעצם דורש בעקבות יוסופוב, ידיעה בוודאות או כמעט בוודאות שתתקיים עבירה.** מה שכן, הרשיעו אותו בעליון בהריגה. איך? בית המשפט אומר שמבחינה עובדתית, זה שהמערער לקח את המחבל לנתניה, התקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי. מה שגרם למותו של אדם זו ההסעה של המחבל לנתניה. בית המשפט אומר שמבחינת הקשר המשפטי, היה עליו לצפות שכשהוא מוביל אדם כזה הוא עלול לגרום למותו של אדם. הוא זוכה מהסיוע לרצח והורשע בהריגה. העונש נשאר אותו עונש.

שני פסקי הדין הנ"ל מדגישים שכדי להרשיע בסיוע צריך יותר מרק חשד ביחס לנסיבה של הולך לבצע עבירה, צריך או רצון לסייע לביצוע עבירה או לפחות לדעת ברמה גבוהה של וודאות שאתה מסייע לעבירה.

שורה תחתונה- המסייע הוא שולי וחיצוני. התרומה שלו אינה מרכזית. זו גם הסיבה שהתקבלה הלכת פלונית שדורשת ביסוד הנפשי יותר מסתם מודעות, יש דרישה של מטרה לסייע.

\*(כוכבית, הפנייה מלמעלה) כשאין עבירה בכלל- אין סיוע. נגיד מכרתי נשק ולא עשו איתו כלום. לסיוע חייב נסיבה של מעשה פלילי שהעבריין עושה או עומד לעשות. חייב שלפחות ייכנס למתחם הניסיון. כלומר: מעשה שייחשב עבירה. לצורך העניין ניסיון זה גם עבירה שמענישים עליה.

השוואה בין סעיפים 260-261 ו-31- יש גם מסייע לאחר מעשה כעבירה בפני עצמה. מה ההבדל בין שני הדברים? זו לא אותה סיטואציה. המסייע לאחר מעשה בסעיף 260 נמצא תחת הכותרת שיבוש הליכי משפט. עבירה זו היא עבירה שנעשית אחרי ביצוע עבירה או תוך כדי שנמלטים מהעבירה, זה לא משהו שהיה חלק מהתכנון המקורי. יכול להיות אדם שתפקידו למלט את העבריינים מזירת הפשע והוא יהיה מבצע, מסייע או מסייע לאחר מעשה. סעיף 260 – "היודע שפלוני עבר עבירה ומקבל אותו או עוזר בכוונה שימלט מעונש הרי הוא מסייע לאחר מעשה זולת אם היה בן זוגו, הורהו, בנו או בתו של העבריין. ואולם אישה בנוכחותו או במרותו של בעלה קיבלה עובר עבירה....אינה בגדר מסייע. לעניין סעיף זה, עבירה למעט חטא". עבירה זו היא עבירה סגורה, שלמה ונפרדת של סיוע לאחר מעשה. מי שמוחרג כאן הם בני משפחה מדרגה ראשונה מתוך הבנה שאם בן משפחה כזה מסתבך בפלילים, אין ציפייה לא לקבל אותו. ההבדל הוא שאדם לפי סעיף זה לא שותף מלכתחילה, הוא לא נלקח בחשבון מראש. טכנית, זו יכולה להיות אותה התנהגות, השאלה כאמור קשורה לתכנון המקורי ולביצוע העבירה.

**שידול**

**סעיף 30- משדל-** "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ הוא משדל לדבר עבירה".

כאן מדובר בדמות עקיפה וראשית. עקיפה כי דמות זו לא מבצעת את העבירה בעצמה וראשית כי היא זו שיצרה את היסוד הנפשי וגרמה לאדם אחר ללכת לבצע את העבירה הפלילית, לכן החוק מתייחס בחומרה. העונש של משדל הוא העונש על העבירה המושלמת, בדומה למבצע העיקרי. היחס המחמיר לשידול בא לידי ביטוי גם בסעיף 33 – ניסיון שידול(אין ניסיון סיוע למשל).

**היסוד העובדתי הנדרש-** הרכיב ההתנהגותי הוא דרכים של הפצרה ושכנוע(=מעשה של שידול) ובא לידי ביטוי במילים בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך אחרת שיש בה משום הפעלת לחץ. האם אפשר לשדל במחדל? לפי הספרות, כן. בעיקר ביחסי כפיפות, היררכיה, השפעה חזקה. שתיקה של אדם כזה בעל השפע כזו על אדם אחר יכולה להיתפס כשידול. הנוכחות של הדיון זה בפרקטיקה אפסית, כשמדברים על שכנוע זה כמעט תמיד בהתנהגות, אך זאת אפשרות קיימת.

הרכיב הנסיבתי- קיומו של משודל. צריך שיהיה אדם אחר שהמשדל הניע אותו לפעולה. כאן צריך לשים לב שיש פער בין שידול לביצוע באמצעות אחר. בשידול צריכה להיות נסיבה של **אדם אוטונומי שפועל מבחירה ומבצע עבירה פלילית מבחירה, הוא לא כלי**(הוא גם יישא באחריות פלילית על התנהגות זו). רוצח שכיר למשל, הוא משודל, הוא פועל מבחירה.

**עבירה זו היא עבירת תוצאה,** שידול מותנה בתוצאה. הרכיב התוצאתי- ההתנהגות המשדלת גרמה לעבריין לעבור עבירה(יכול להיות גם ניסיון). כמו בכל עבירה תוצאה, צריך להוכיח קשר סיבתי. מה הקשר הסיבתי? שהשכנוע גרם למשודל לבצע את העבירה.

פס"ד סודקר- פס"ד בו ההרשעה היא בשידול לביצוע העבירה המושלמת, שידול לשוד, לא לניסיון שוד. יש אפשרות אחרת והיא להגיד שהמשדל עבר עבירה של שידול לניסיון שוד.

ככל שלוקחים יותר ברצינות את העיקרון של אחידות העבירה, זה אומר שאם יש עבירה אחת שיש לה כמה זרועות – כל הזרועות יורשעו באותה העבירה.

**מה קורה למשל בשידול לביצוע רצח? מה העונש?** אמרנו שהעונש על שידול הוא בדיוק כמו העונש על העבירה המושלמת, לכן עולה שהעונש הוא מאסר עולם חובה(העונש על רצח). בסיוע היה סעיף שנגע בעונשי חובה, עונשי מינימום וכו'. כאן אין, ולכן חלה ההוראה הרגילה של סעיף 34ד – אם לא נאמר אחרת בחיקוק, העונש הוא העונש שנקבע על עבירה. הסנגוריה הציבורית טוענת שמדובר ברף ענישה בלתי הולם בלקבוע למשדל לרצח עונש מאסר עולם, כי התרומה שלו לא ישירה, הוא לא ביצע את הרצח בעצמו. לפי סעיף 34ד אין מקום לטענה זו.

ע"פ מצראווה נ' מדינת ישראל- ביהמ"ש קובע משהו שקשור בניסיון רצח. הוא אומר שאם אדם שידל לרצח והרצח לא הצליח, ההרשעה תהיה בשידול לניסיון רצח. המשמעות היא שאין עונש חובה של מאסר עולם. ביהמ"ש קובע שלא ייתכן שהמשדל יהיה חשוף לעונש חמור יותר מהמבצע עצמו.

כמו שאמרנו, חייבים להראות קשר סיבתי בין השידול למעשה של המבצע(המשודל). המקרה הפשוט הוא שהמשדל גרם למשודל לבצע את העבירה, כמו שכירה של רוצח שכיר. יש מקרים מורכבים יותר בהם המשודל כבר היה בתוך הרעיון של לבצע עבירה פלילית, המשדל לא הגיע משום מקום, אך המבצע עדיין לא קיבל את ההחלטה הסופית לבצע את העבירה והמשדל הוא זה שהביא אותו אליה. במילים פשוטות – מקרה בו למישהו הייתה המוטיבציה לבצע עבירה והמשדל נתן לו את הפוש האחרון.

הבדלים בין מבצע למשדל(למה למרות שהעונש זהה הם לא באותה רמה) – 1. יכולת החרטה- יש סעיף חרטה שמתייחס רק למשדל ומסייע ולא למבצע 2. האחריות של כל אחד מהם לעבירה נוספת שבוצעה ע"י אחד השותפים ולא תוכננה מראש(אירוע שהסתבך למשל כמו שוד שהתדרדר להמתה).

**היסוד הנפשי הנדרש-** עבירה זו היא עבירה שותקת, אין בניסוחה משהו שנוגע ביסוד נפשי. מכאן, ברירת המחדל היא שמספיקה מחשבה פלילית רגילה. עם זאת, **השופטת בייניש בפס"ד אסקין קבעה שהיסוד הנפשי שנדרש בשידול הוא כוונה.** כלומר, המשדל פועל מתוך המטרה שהמשודל יבצע את העבירה, צריך ממש כוונה. בגלל שמדובר בעבירת תוצאה, מחילים את הלכת הצפיות – מספיק שיודעים ברמה גבוהה של וודאות שתתקיים העבירה כדי שזה ייחשב לרצון בתוצאה. ביסוד הנפשי צריך מטרה להשלים את העבירה. אלו תוספות של הפסיקה.

**ניסיון שידול- סעיף 33**

מראה על היחס המחמיר לשידול. יש הרבה סיטואציות של ניסיון שידול. דוגמאות:

* אדם א' משדל את אדם ב'. השידול מצליח, ב' ניגש לביצוע העבירה אבל לא נכנס אפילו למתחם הניסיון. במקרה כזה עדיין אפשר להרשיע את א' בניסיון שידול אפילו שלא הייתה כאן עבירה פלילית.
* אדם א' מנסה לשדל את אדם ב' לבצע עבירה והוא לא משתכנע.
* מעשה השידול עצמו לא הצליח – נשלח מכתב מפורט עם הסבר למה ללכת לבצע עבירה פלילית והמכתב לא הגיע/לא נפתח.
* בגלל ששידול היא עבירת תוצאה שמצריכה קשר סיבתי – לא התקיים קשר סיבתי. למשל, אדם כבר השתכנע בעצמו לבצע את העבירה.

הסעיף אומר – הניסיון לשדל אדם עונשו מחצית מהעונש שנקבע לעבירה העיקרית. **העונש על ניסיון שידול הוא כמו העונש על סיוע.**

פס"ד סודקר- ביהמ"ש מכיר בכך **שיכול להיות שידול לשידול.** זה אפשרי למרות שזה נשמע כמו נגזרת לנגזרת. בפסק דין זה היה שידול לשידול לניסיון חבלה חמורה. העבירה לא הושלמה.

\*משדל שהוא גם מסייע קיבל התייחסות של מבצע בפסיקה.

**ההבחנות בין מבצע, מסייע, משדל ומנסה לשדל:**

**הבחנה בין מסייע למבצע בצוותא-** אחרי התיקון יש משמעות רבה להבחנה. המטען המוסרי הוא ההבדל הראשוני- האם סייעת לרצח או ביצעת רצח. הבדל נוסף – מסייע מקבל מחצית מעונשו של המבצע בצוותא. יש 2 הבדלים נוספים – 1. חרטה- יש סעיף חרטה שמתייחס רק למסייע ולמשדל 2.בהקשר של עבירה שלא תוכננה מראש- כדי לדעת איך היא מקרינה על השותפים לדבר עבירה, צריך לדעת מה חלקו של כל אחד, יש הבדל בין אם העבירה הנוספת בוצעה על ידי המסייע, המבצע וכו'. ההבחנה מאוד קשה, קשה לדבר על מבחן חד משמעי. השופט חשין התבטא מס' פעמים על הקושי בזיהוי הצדדים לביצוע העבירה ואמר שההבדל ביניהם דק מאוד. בהבחנה זו נכנסת גם מדיניות משפטית ואיך כל שופט תופס את מידת השותפות של העבריין שעומד במקרה מולו. הפסיקה באופן די מגמתי נוטה **להכיר בהרבה שותפים כמבצעים בצוותא ולא כמסייעים** ובכך להרחיב את האחריות הפלילית. המבחנים שהוצעו:

1. מבחן סובייקטיבי- האם הנאשם ראה את עצמו כחלק מהמבצעים וראה את השלמת המשימה העבריינית כמשימה שלו? כלומר, מה מידת ההזדהות של הנאשם עם המשימה. על המחשבה הסובייקטיבית שלו אפשר ללמוד מהנסיבות, כמה הוא היה פעיל, יוזם, שותף לתכנון ועוד. ההבחנה קשה, המסייע הוא שולי יותר. הקושי במבחן הזה הוא שקשה באמת לדעת מה בליבו של אדם. הרבה פעמים אדם בעצמו לא יודע כמה המעורבות שלו משפיעה. לא בטוח שראוי להשתית את ההבחנה על מבחן סובייקטיבי שמשתנה מאדם לאדם.
2. מבחן התרומה האובייקטיבית- כאן הדגש הוא על אופי התרומה. האם לנאשם יש חלק מהותי בהגשמת העבירה לעומת מסייע שרק יוצר את התנאים לביצוע העבירה? אם מסתכלים על סעיף 29 שמדבר על מבצע, כתוב "משתתף בביצועה". בודקים זאת לפי התרומה האובייקטיבית של הנאשם.
3. מבחן השליטה- האם יש לנאשם ביחד עם אחרים שליטה על ביצוע העבירה ואופן ביצוע העבירה? ככל שיש לנאשם יותר שליטה על אופי העבירה והפרטים שלה, נזהה אותו כאדון לביצוע העבירה וכמבצע ולא כמסייע, יש לו יותר השפעה.
4. המבחן של מירי גור אריה- היא אומרת שההבחנה בין שלב ההכנה לשלב הניסיון יכולה להיות ההבחנה בין מסייע למבצע. אם נאשם נכנס למתחם הניסיון, נתייחס אליו כאל מבצע. אם הוא בשלב ההכנה, נתייחס כמסייע. מבחן זה יכול להיות מבלבל.

בפסיקה נעשה **שילוב בין המבחנים השונים**, בעיקר בין המבחן הסובייקטיבי למבחן האובייקטיבי. פרופ' פלר ובפסיקה מדברים על **מבחן משולב –** בדיקת מידת התרומה האובייקטיבית וגם את היסוד הנפשי ועד כמה הנאשם הזדהה עם המשימה העבריינית. ככל שהיסוד הנפשי יותר ברור, כך יסתכלו פחות על היסוד העובדתי, כלומר – ככל שאדם מרגיש יותר חלק, כך יסתכלו פחות על מה שהוא עשה בפועל.

משתמשים במבחן השליטה ככלי או מדד גם במבחן הסובייקטיבי וגם במבחן האובייקטיבי, זהו מבחן עזר שמלמד על מידת המעורבות של נאשם גם מבחינת יסוד נפשי וגם מבחינת יסוד עובדתי.

נוכחות בזירה- האם צריך להיות נוכח בזירה? הפסיקה קובעת שאלמנט הנוכחות אינו תנאי הכרחי וגם לא תנאי מספיק. יש מקרים בהם אדם יכול להיות נוכח ולא לשאת באחריות ומקרים בהם אדם לא נוכח והוא יישא באחריות של ביצוע.

פס"ד פלונים- ביהמ"ש אומר שכדי שנוכחות תלמד על סיוע(אפשר להשתמש בזה גם על ביצוע) חייב שהנוכחות תהיה מכוונת ולא אקראית. בפס"ד זה מדובר במספר קטינים ששהו ביער ואחד מהם הצית. ביהמ"ש אמר שהחברים האחרים לא קשורים, הם נכחו שם אך לנוכחות שלהם לא היה קשר לביצוע עבירת ההצתה.

לעומת מצב זה, נוכחות יכולה להיות מסייעת, כמו בפס"ד יוסופוב. לסיכום- נוכחות היא לא תנאי הכרחי. היא יכולה להיות ראיה למידת המעורבות של אחד הצדדים.

ד"נ עוזי משולם – ביהמ"ש אומר שנוכחות לא הכרחית, יכול להיות קשר גם בלי נוכחות פיזית.

**"רב העבריינים":**

 מדובר בטיפוס שעומד מאחורי הקלעים ומאוד משפיע על הפעילות העבריינית. לפעמים הוא שותף לתכנון ולפעמים לא. זה נושא שנידון בפסיקה בעיקר באוביטר. השאלה היא איך להתייחס לרב העבריינים שלא לוקח חלק בעבירה עצמה? ביהמ"ש מתלבט. יש הבדלים בין שופטים שונים ומלומדים שונים. השאלה קשורה בפירוש שנותנים לסעיף שמדבר על מבצע – מה צריך מבחינת "עשיית מעשים" לביצוע עבירה, לאיזה מעשים צריך להיות שותף כדי לבצע עבירה? לפעמים יהיה קשה לראות במי שהיה שותף רק בשלבים הראשונים מבצע, יהיה אפשר לראות בו משדל שיצא מהתמונה. יש שופטים שפחות מתעקשים על מעורבות בביצוע עצמו מתוך מגמה להרחיב את האחריות הפלילית. יש שופטים שמתייחסים לרב העבריינים כמבצע ויש כאלה שמתייחסים אליו כמשדל.

פס"ד משולם- רוב השופטים אמרו שצריך להתייחס לרב העבריינים כמבצע. נראה שהשופטים גולדברג ודורנר למשל מחפשים יותר מעורבות בביצוע עצמו ורואים ברב העבריינים כמשדל. הדיון במחוזי היה לפני תיקון 39, בעליון אחרי תיקון 39. פסק הדין עדיין לא היה חלוט, ובעליון רוב השופטים קבעו שמשולם הוא משדל. בדיון הנוסף, רוב השופטים קבעו שרב העבריינים הוא מבצע- מספיק שהוא יהיה בשלב התכנון. השופטת דורנר ראתה ברב העבריינים משדל ולא מבצע. ברור שמי שאין לו בכלל חלק, אפילו לא בתכנון, והוא רחוק משלבי הביצוע, יהיה קשה מאוד עד בלתי אפשרי להטיל עליו אחריות כמבצע ואפילו כמסייע.

נראה שהפרק של צדדים לעבירה לא מתאים לפתור את הסוגיות של ארגוני פשיעה או ארגוני טרור. זה יותר מתאים למקרים של חבורה שהולכת לשדוד בנק למשל. הכללים של צדדים לעבירה פחות מתמודדים עם סיטואציה של מישהו מרוחק.

פס"ד ברגותי(במחוזי)- קשה עד בלתי אפשרי להתייחס אליו כמבצע ואפילו לא כמשדל, הוא לא משדל לדבר ספציפי. מביעים תסכול על כך שמי שלא מעורב בעשייה עצמה לא יהיה ניתן לתפוס אותו באחריות פלילית על פי הפרק של צדדים לעבירה, זה מעין מבוי סתום.

יש מי שמנסים לומר שרב העבריינים דומה למבצע באמצעות אחר. למה? כי הוא משתמש בכל מיני שחקנים ככלי משחק. זה לא נכנס לגמרי לתוך ההגדרה של ביצוע באמצעות אחר. רב העבריינים לא בדיוק משתמש באחר ועושה אותו כ"כלי בידיו".

השופט חשין באופן כללי מדבר על רב העבריינים כמבצע בצוותא. הוא מתאר את פעולותיו ורמת מעורבותו של רב העבריינים ונראה שהוא משווה את זה למבצע בצוותא. הוא מייחס לו שותפות במעשה העבירה.

פס"ד שוק הקצבים – מטילים אחריות פלילית של מבצע על מי שלא היה שותף לאירוע עצמו.

**חוק המאבק בארגוני פשיעה – 2003:**

בשנת 2003 נחקק חוק שנועד להילחם בארגוני פשיעה. הוא מתאים לא רק למי שהיה שותף. כשמצליחים להגיע לתמונה שמדובר בארגון עם היררכיה פנימית, על עצם השותפות בארגון מטילים אחריות על קידום מטרותיו של הארגון. חוק זה בא לפתור מצב שלא היה לו פתרון בחוק העונשין. החוק נחקק בעקבות 2 דברים – 1. הבנה שחוק העונשין לא מספק פתרון 2. הכרה במציאות שגם בישראל יש פשע מאורגן. חוק זה בא להביא להרשעה של אנשים שהפרק של צדדים לעבירה לא מאפשר להרשיע אותם. החוק מגדיר מהו ארגון פשיעה, ובהרבה מקרים קשה להוכיח שאכן מדובר בארגון פשיעה.

פס"ד זוארץ ופס"ד נאצר- פסקי דין שמסבירים את הצורך בחוק למאבק בארגוני פשיעה.

**סעיף 1 לחוק – הגדרה של ארגון פשיעה** – "חבר בני אדם שפועל בתוכנית מאורגנת, שיטתית, מתמשכת לעבירת עבירות שלפי דיני ישראל הן עבירות מסוג פשע.... למעט עבירות מסוג פשע שמנויות בתוספת השנייה.. אין נפקא מינה אם חברי הארגון יודעים את זהות החברים האחרים, אם מבנה הארגון קבוע או משתנה, אם העבירות מיועדות להיעבר בישראל או מחוץ לישראל....לא משנה אם הארגון מבצע פעילות חוקית או פועל למטרות חוקיות". כאמור, קשה להוכיח שמדובר בארגון פשיעה שפועל באופן שיטתי ומסודר ויש בו היררכיה פנימית. אם מצליחים, יש את סעיף 2.

**סעיף 2-** "העומד בראש ארגון פשיעה או העושה אחד מאלה שיש בו כדי לקדם את פעילותו הפלילית של ארגון הפשיעה דינו מאסר 10 שנים".

מה שחשוב בחוק, הוא שהוא בא לכסות חסר שהיה קיים בחוק העונשין – חוסר היכולת להרשיע כצד לעבירה מי שלא "ליכלך" את ידיו.

החוק קובע שעבירה שנעברת במסגרת ארגון פשיעה, העונש עליה כפול מהעבירה המקורית(מוגבל עד 25 שנה).

**פסיקה בנושא ההבחנה בין מבצע למסייע:**

**פס"ד מרדכי-** פסק דין חשוב שמצוטט פעמים רבות. הסיפור הוא רצח במהלך שוד. נסתכל על ההתייחסות של ביהמ"ש לשאלת הסיווג, כיצד הוא מגדיר מבצע בצוותא וכיצד הוא מגדיר מסייע. ביהמ"ש אומר שההבחנה בין מסייע למבצע קשה, ההבחנה בין שותף ישיר לשותף עקיף קשה. מבצעים בצוותא הם גוף אחד למשימה העבריינית הפועל באמצעות זרועות תוך תרומה פנימית וחלוקת עבודה. מבצע בצוותא רואה את ביצוע העבירה כעניין שלו, הוא מהותי, הוא פועל מתוך יחס נפשי של יוצר העבירה. למבצע יש שליטה פונקציונאלית(=מבחן השליטה) יחד עם אחרים על העשייה העבריינית והתפתחותה. לעומת זאת, המסייע עקיף, תרומתו חיצונית למעשה העבירה, מעשיו הם מעשי עזר והוא אינו נמצא במעגל הפנימי.

ההבדל החשוב – יש מעגל פנימי ומעגל חיצוני. המבצע במעגל הפנימי והמסייע בחיצוני.

**ע"פ פלוני(שוק הקצבים)-** הסיפור הוא 4 קטינים שפעילים בתנועת "כהנא חי" שמחליטים לנקום את רצח כהנא שנתיים אחרי הרצח. הם מתכננים את הנקמה- מתכננים דרכי מילוט וגונבים רימון. קטין בשם טל תואר כמנהיג של הקבוצה, הרוח החיה של הקבוצה. באותו בוקר התקשרו אליו והוא אמר לשאר החבורה שהם לא יבצעו זאת היום. הם אמרו לו שהם ילכו בלעדיו והוא אמר להם שילכו. הוא מוקד הדיון – כיצד לאפיין אותו? הוא לא ניגש לביצוע, הוא נשאר בבית. הוא יצא מהתמונה לחלוטין. השאלה המרכזית בפסק הדין – האם טל מבצע בצוותא? ביהמ"ש משתמש בדיוק באותה טרמינולוגיה. בסופו של דבר הוא מורשע כמבצע בצוותא. ביהמ"ש מדבר שוב על גוף משותף, על חלוקת עבודה. הוא מוסיף שלא חייבת להיות אחידות בזמן ובמקום. ייתכן מבצע שתפקידו למלט את השותפים מהמקום. המבצע הוא אדון לפעילות, יש לו שליטה פונקציונאלית על ההתרחשות. בנוגע לנוכחות, ביהמ"ש אומר שנוכחות אינה הכרחית. בהקשר של משדל, ביהמ"ש אומר שהמשדל הוא האב הרוחני של המשימה העבריינית. המבצעים הם גוף מבצע על ידי מספר זרועות בשונה ממסייע שהוא חיצוני, משני ויוצר את התנאים בלבד. הקטין מורשע באמירה שהוא ראש לעשייה, איש פנים. כל עוד שאין חרטה לפי החוק, הוא לא ניתק את עצמו. לגבי 3 האחרים, אחד מהם היסס, אחד זרק רימון ואחד לא היה שם. כתוצאה מזריקת הרימון בשוק, נהרג אדם ו-7 נפצעו. השופט חשין אומר שיש לבדוק את חומרת המעשה לפי העונש הראוי. הוא לא משתמש במבחנים הקיימים אלא מודה שמה שמנחה אותו בסיווג הוא מה חומרת העונש. יש כאן הרחבה גדולה מאוד של מבצע – מדובר כאן במישהו שלא הגיע בכלל למקום.

**ד"נ עוזי משולם-** עוזי משולם היה רב שעמד בראש עמותה שמטרתה הייתה לחשוף את סיבת היעלמותם של ילדי תימן בשנים הראשונות של המדינה. בשנת 1994, משולם וחסידיו התבצרו בבית ביהוד והגיעו לעימות עם המשטרה. רק אחרי 7 שבועות של התבצרות, משולם הסכים להתבקש עם מפכ"ל המשטרה ובפגישה הוא נעצר. הוא איים שדם של שוטרים יישפך. הוא אמר שמאמיניו ילחמו עד הכדור האחרון וכל שוטר שיגיע לבית "יקבל כדור בין העיניים לפי ההלכה". אחרי שהוא נעצר, מתוך הבית ירו לעבר מסוק משטרתי. על עניין היריות ניסו להטיל על משולם אחריות פלילית. הסיטואציה היא שמשולם נמצא במעצר ומתוך הבית המשיכו לבצע עבירות פליליות. הסיפור הסתיים בכך שהיו חילופי יריות ואחד המתבצרים בתוך הבית נהרג. לאחר מכן, הסגירו את עצמם המתבצרים. השאלה הייתה האם ניתן להטיל על משולם אחריות ליריות למרות שהוא לא היה שם. שופטי הרוב הרשיעו אותו כמבצע והשתמשו באותה טרמינולוגיה – נוכחות לא נדרשת למרות שאפשר לדבר על נוכחות במובן הרחב(שליטה במה שקורה בבית, כמו בטלפון). הפעילו את המבחן המשולב – יכולת השפעה. השופט מצא אומר שבמקרה מתאים, גם כשמבחן השליטה לא מתקיים ואין שליטה, עדיין אפשר להרשיע מישהו כמבצע. בודקים את המבחן המשולב – מידת ההזדהות עם המטרה העבריינית וההשפעה שלו. מקרה זה הוא לא מקרה קשה – גם כשמשולם במעצר הוא עדיין שולט במה שקרה בבית שלו. רוב השופטים בפס"ד זה מתייחסים ל"רב העבריינים" כמבצע. השופטת דורנר – רב העבריינים הוא משדל. לדבריה, מבצע חייב לתרום תרומה פיזית לביצוע ולכן רב העבריינים הוא משדל. נראה שדורנר מתארת לעצמה רב עבריינים שונה מהשופטים האחרים. חשין טוען שהתייחסות לרב העבריינים כמשדל הוא לא דבר שממצה את התפקיד האמיתי שלו בסיפור. הוא רומז לכיוון של מבצע באמצעות אחר באופן שמצדיק ראייתו כמבצע בצוותא וכשותף ראשי.

**סיכום-** מפסקי דין אלה ובעיקר מפסק דין שוק הקצבים – מתכנן דומיננטי שנכנס לפרטי התכנון ייחשב כמבצע בשונה מראש ארגון כללי יותר שלא יורד לפרטי ביצוע אלא מסמן מטרות באופן כללי. על מסמן המטרות באופן כללי נפעיל במקרים מסוימים את חוק המאבק בארגוני פשיעה-2003. עם זאת, קשה להוכיח שמדובר בארגון פשיעה.

מלומדים מבקרים את זה שלמרות שבתיקון 39 בוטלה האחריות ההדדית של הקושרים למעשים שנעשו לקידום מטרות הקשר, הפסיקה הרחיבה את האחריות על השותפים באופן כזה שבהרבה מאוד מקרים קבעה שמדובר במבצעים בצוותא ובעצם גרמה לכך שאין שינוי מעשי אחרי תיקון 39.

**אחריות לעבירה נגררת:**

סעיף 34א- סעיף זה הוא סעיף חשוב. הוא מסדיר סיטואציות של עבירה רבת משתתפים שכוללת התפתחות שלא הייתה צפויה מראש. למשל, שוד שתוכנן והתדרדר לרצח. מה האחריות של האחרים?(אלה שהיו שותפים בשוד אבל לא הם רצחו). סעיף זה עונה על מקרים אלה.

תיקון 39 ביטל את האחריות ההדדית של הקושרים קשר כי האחריות הייתה מאוד רחבה. סעיף 34א מטיל אחריות על שותפים ביחס למעשה לא מתוכנן שביצע אחד מהמבצעים. את הסעיף אפשר להצדיק במספר נימוקים, בעיקר תועלתניים:

* הסעיף בא **להרתיע** עבריינים מלצאת לביצוע של עבירה רבת משתתפים. יש פה הנחה שכשחבורה יוצאת לבצע עבירה, הסיכון שהיא מציבה לחברה גדול יותר. גם מבחינת הנחישות והוודאות שתתבצע עבירה, וגם בהקשר של הסעיף – שדברים יצאו מכלל שליטה. הסיכוי שדברים יצאו משליטה כשהביצוע הוא בחבורה גדול יותר.
* ההצדקה התועלתנית היא במובן נוסף- אם כבר יש ביצוע עבירה על ידי חבורה, היא אולי תנסה להבטיח שהמצב לא יתדרדר(למשל, לא יתנו אקדח לבחור הכי פזיז בחבורה).
* הצדקה נוספת לסעיף היא **הצדקה גמולית** – היא באה בטענה לנאשם ואומרת שאדם שמשתתף בביצוע עבירה רבת משתתפים לוקח על עצמו סיכון מודע שדברים יסתבכו ויקרה משהו שלא תוכנן מראש ולא יהיה בשליטתו המלאה.

**פס"ד סילגדו-** בפסק דין זה עלתה טענה שהסעיף הנ"ל אינו חוקתי מכיוון שהוא מרחיב אחריות פלילית בצורה ששוללת זכויות יסוד בסיסיות, האחריות מוטלת על מעשים שהצדדים לעבירה לא ביצעו ישירות והם גם לא צפו את ביצוע העבירה הנוספת ושכך הדברים יתפתחו. טענה זו לא התקבלה. ביהמ"ש אישר סעיף זה כסעיף חוקתי.

סעיף 34א:

(א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –

(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

(2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

 (ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו.

**ניתוח הסעיף:**

**התנאי הראשון –** "עבר מבצע" – העבירה המקורית בוצעה על ידי מבצע. רק במצב זה העבירה הנגררת יכולה להשליך על השאר ואנחנו ממשיכים הלאה. צריך את להראות שזה שמבצע את העבירה הנוספת הוא מבצע של העבירה העיקרית המתוכננת המקורית.

**התנאי השני –** "אגב עשיית העבירה". יכולים להיות 2 פירושים – 1. בו זמנית. תוך כדי שוד מישהו ממית מישהו אחר. זה יכול להיחשב אגב עשיית העבירה. 2. לא מספיקה סמיכות מועדים(=שזה קורה באותו זמן), צריכה להיות סמיכות רציונלית עניינית – קשר בין העבירה שמבצעים לעבירה הנוספת. למשל, מבוצע שוד, מישהו מתנגד, וההתנגדות גרמה למוות. מתי אין קשר ענייני? נניח וחבורה הולכת לשדוד בנק ואחד המבצעים רואה אדם שהוא שונא והורג אותו. דוגמא נוספת – השודד סתם ראה בחורה יפה והחליט לאנוס אותה. נראה ש"אגב ביצוע העבירה" מתאים יותר לאותו זמן.

**התנאי השלישי –** "כאשר בנסיבות העניין אדם מן הישוב יכל להיות מודע". בפס"ד מרדכי השופט ברק עושה חלוקה ל-4 אפשרויות של עבירות נוספות שמתרחשות ואומר איזה מהאפשרויות נכנסת לסעיף הזה:

1. עבירה שנצפתה כחלק מהתכנון המקורי- מקרה זה לא נכנס לסעיף זה, חלים דיני השותפות הרגילים.
2. עבירה שאפשרות עשייתה על ידי אחד המבצעים נצפתה בפועל אבל לא כחלק מהתכנון- גם כאן לא חל סעיף 34א אלא כללי השותפות הרגילים.
3. עבירה שאיננה חלק מהתכנון ואינה נצפתה אך אדם מן היישוב יכול היה לצפות- במקרה זה, ורק במקרה זה, **נכנסים לסעיף 34א** כי מתקיים התנאי של אדם מן היישוב יכל להיות מודע.
4. עבירה שגם אדם מן היישוב לא היה צופה- זו עבירה שאין עליה אחריות פלילית בכלל לשותפים האחרים.

האדם הסביר/האדם מן היישוב בודקים מה אדם היה צופה לפי המידע שהיה לשותפים. זה מבחן אובייקטיבי, אך הוא לוקח בחשבון את מה שהיה ידוע לשותפים.

**3 תנאים אלה הם התנאים להתקיימות הסעיף.** האלמנט הרביעי הוא ההשלכה, הוא אומר מה היקף האחריות של המשתתפים השונים אחרי שהראינו שהמעשה שייך לסעיף זה.

**פס"ד דהאן-** מדובר בשותפים לעבירת אונס תיירת. כשחלק מהם עזבו את המקום, אחד המבצעים נשאר עם התיירת, חבט בראשה עם קרש שהוא מצא, כיסה אותה בניילון וגלגל אותה במדרון. הוא הורשע חוץ מהאונס בניסיון רצח. בית המשפט זיכה את השותפים האחרים מהמעשים שנעשו אחרי שהם עזבו את המקום מכיוון שבסיטואציה שהייתה שם, גם אדם מן היישוב לא היה צופה שזה יהיה המשך ההתרחשות.

**החלק הרביעי של הסעיף – ההשלכה-** סעיף קטן 1 וסעיף קטן 2.

סעיף קטן 1- יש פה הרחבה גדולה של האחריות הפלילית. סעיף זה מדבר רק על מבצע ואומר שאם מבצע **אחר** עשה עבירה נוספת שאדם מן היישוב יכל לצפות, המבצע שלא ביצע את העבירה הנוספת **נושא במלוא האחריות לעבירה נוספת.** הסייג בסעיף אומר שאם העבירה הנוספת שלא תוכננה מראש היא עבירה של כוונה, לא ירשיעו את המבצעים האחרים בעבירה זו אלא בעבירה של מחשבה פלילית רגילה. לדוגמא, אם אחד המבצעים מבצע עבירה נוספת של גרימת חבלה חמורה בכוונה, המבצעים האחרים יישאו באחריות של גרימת חבלה חמורה(לא בכוונה!).

**סעיף 300(א)(3)- רצח תוך ביצוע עבירה**. זה סעיף רצח מיוחד. הוא לא דורש כוונה, הוא דורש מחשבה פלילית מינימלית – מודעות+ פזיזות. לכן, במקרים רבים בהם יש עבירה של המתה תוך כדי ביצוע עבירה אחרת, נכנסים לסעיף זה. בדוגמת שוד שמתדרדר למותו של אדם, נראה שאין שום מניעה להרשיע את המבצעים האחרים בעבירת רצח.

מכאן, שאם נכנסו לשלושת התנאים הראשונים של סעיף 34א, כלפי המבצעים האחרים, **תהיה אחריות אפילו על עבירת רצח.** למה? כי זה לא רצח בכוונה תחילה, אלא רצח תוך ביצוע עבירה.

סעיף קטן 2 – אם החלק של הנאשם לעבירה המקורית המתוכננת מראש הוא רק שידול או סיוע, האחריות שלו לעבירה הנוספת היא שהוא יישא באחריות פלילית רק בעבירה של רשלנות בהנחה שהיא קיימת(לא תמיד קיימת עבירת רשלנות לעבירה).

**סעיף 34ב-** אם ביהמ"ש מרשיע נאשם בעבירה שהעונש עליה הוא עונש חובה(כמו מאסר עולם ברצח), ביהמ"ש יכול להקל בעונשו ולא להטיל אוטומטית את עונש החובה.

**פטור עקב חרטה- סעיף 34:**

למרות שזו כותרת הסעיף, היא לא בהכרח מתאימה לתוכן.

1. משדל או מסייע לא יישא באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לנסיון לשידול, אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה, או אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה.

**סעיף זה רלוונטי רק למשדל ולמסייע.** יש רצון שאנשים שלא מבצעים את העבירה באופן ישיר(מסייע ומשדל) יפעלו למניעת הנזק. הסעיף לא מדבר על מניעי חרטה, אלא על רצון למנוע את הנזק. מנסים לתמרץ את המסייע והמשדל לפעול למניעת העבירה והנזק. למקרה שבו המשדל או המסייע הצליחו למנוע את העבירה, אין צורך בסעיף. סעיף זה רלוונטי רק כשיש עבירה או ניסיון לעבור עבירה. אם המשדל הודיע לרשויות או עשה כמיטב יכולתו בדרך אחרת – הוא פטור מאחריות פלילית. עם זאת, הוא לא פטור מאחריות שהוא עבר עד אותו רגע. עושים כאן איזשהו ציר זמן מהרגע בו אותו משדל/מסייע התחרט וניסה למנוע את ביצוע העבירה.

**סעיף 34ב "-** נתון שהוא תנאי להתהוות עבירה, תהיה לו נפקות לגבי כל צד לאותה עבירה, אף אם אינו מתקיים בו; ואולם נתון אישי שנפקותו מכוח חיקוק להחמיר בעונש, להקל בו, לשנותו בדרך אחרת, או למנעו, תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים."

סעיף זה עושה הבחנה בין נתון אישי לנתון ענייני. מהו נתון ענייני? חלק מנסיבות העבירה. זה דבר שמקרין על כל השותפים. למשל, אם המבצע העיקרי מבצע עבירה של גניבה ממעביד, כל מי שהוא מסתייע בו יהיה אחראי לעבירה של גניבה ממעביד. נתון אישי הוא דבר שלא משפיע על אחרים כמו גיל או מצב נפשי. קשה לפעמים להכריע מה נחשב לנתון אישי או נתון ענייני. הרעיון הגדול הוא שכולם יורשעו באותה עבירה.

**סיכום-** ראינו מספר שלבים:

1. שאלת ההפללה – מה מצדיק הפללה ומה ראוי שייקבע כאיסור פלילי(לא כל התנהגות לא מוסרית למשל ראויה להיות עבירה פלילית). יש מספר בסיסי הפללה.
2. מאפייני משפט פלילי
3. שיקולי ענישה – תיקון 113 לחוק העונשין – הנחיה לשופט איזה שיקולים להעדיף ולבחור בבחירת עונש ואיך לעשות זאת.
4. עקרון החוקיות – צף בנושאים רבים.
5. נגזרות של עיקרון החוקיות – סמכות לחוקק עבירות פליליות, דיוק החוק(מופנה למחוקק), פרשנות, רטרואקטיביות ותחולה במקום ובזמן.

אלו הקדמות שראינו. הכל נכלל במבחן.

1. יסוד עובדתי – היעדר שליטה, עבירות תוצאה וההבדל בינן לעבירות התנהגות, מחדל.
2. יסוד נפשי- בנוי על היסוד העובדתי.

במבחן – צריך לכתוב ניתוח של הסעיף לפי יסוד עובדתי ונפשי! זה ייתן נקודות. מזה מתחילים ואז ממשיכים.

1. ניסיון וצדדים לעבירה – אם שואלים אותנו על צדדים לעבירה, כל הנושאים נכנסים. כולל חרטה, אחריות לעבירה שונה או נוספת.

מבנה המבחן- 3 שאלות. שאלת קייס גדולה, מכילה מספר נושאים. שאלת מחשבה – יכולה גם להיות קייס, אולי קייס קטן שמעלה שאלת מחשבה, או הצעת חוק שצריך להתייחס אליה ומעוררת שאלות, או הסדר מסוים. זו שאלה בלי תשובה חד משמעית, צפים בה עקרונות ורציונלים – מה מצדיק את ההסדר, אם זה מתאים למשפט פלילי לפי מה שלמדנו. שאלה שלישית- להגדיר 2 מושגים מתוך 3, שאלה ששווה 10 נקודות.

**עבירות המתה**

נושא זה קשור בעיקר ביסוד נפשי. נשים דגש על רצח בכוונה תחילה.

כשמדברים על עבירות המתה, מדברים על אינטרס מוגן של חיי אדם. לא מדובר בחיים באופן כללי(=כולל בעלי חיים) אלא על פגיעה בחיי אדם. פגיעה כזו יכולה להיות בצורות רבות – פסיבית, אקטיבית, בצורה מכוונת, בצורה אכזרית. גם המושג "אדם" יכול להיות בשלבים שונים – צעיר יותר או פחות, שלבים בחיים. ייתכן שתהיה התייחסות שונה לסוגים שונים של בני אדם, למשל, אדם בריא לחלוטין או מול אדם חולה סופני.

האיסור "אל תרצח" הוא איסור אוניברסלי בכל שיטות המשפט. בפס"ד אייכמן מצדיקים את העונש בכך שהיה מדובר במעשים אסורים לפי כל כלל אנושי, לא צריך חוק מפורש שאוסר את זה.

הדיון בעבירות רצח לא קבוע בכל שיטות המשפט, דברים כמו המתת חסד והגנה עצמית נידונים באופן שונה. גם נושא של עונש מוות נמצא בוויכוח, יש הצדקות לכך ויש דברים נגד זה. דברים אלה משתנים לפי ההשקפה של אותה חברה.

בישראל, יש 3 סעיפים מרכזיים של גרימת מוות:

* סעיף 300- רצח.
* סעיף 298- הריגה. עבירה של מחשבה פלילית רגילה.
* סעיף 304- גרימת מוות ברשלנות.

זה נראה מעט מדי, זה לא מכסה את כל הסיטואציות. יש עוד עבירות קטנות כמו המתת תינוק(של אישה שנמצאת בדיכאון לאחר לידה), סעיף 302- שידול וסיוע להתאבדות(גם זה קשור לגרימת מוות). אלו סיטואציות מאוד ספציפיות, נתמקד ב-3 הסעיפים העיקריים שציינו קודם.

ההבדל בין העבירות הוא בעיקר ביסוד הנפשי, בכולם מדובר בגרימת מוות. ההבדלים גדולים מבחינת העונש והאשמה.

**סעיף 300- רצח:**

(א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו - מאסר עולם ועונש זה בלבד:

(1) גורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים, למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו;

(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;

(3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה;

(4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש.

 (ב) מי שהורשע ברצח לפי סעיף 2(ו) לחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, תש"י-1950, דינו - מיתה.

[תשי"ד]

בסעיף ב אנחנו רואים עונש מוות. עונש כזה יינתן רק לפי חוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם. ברצח אנחנו רואים שיש כמה חלופות. נתמקד בסעיף 300(א)(2) – גורם בכוונה תחילה למותו של אדם ועונש החובה שניתן.

עבירת הרצח זו העבירה החמורה ביותר. העונש עליה הוא החמור ביותר שניתן. עד 1954 היה עונש מוות על רצח. לאחר מכן המירו את העונש לעונש מאסר עולם חובה – בית המשפט לא דן בשנים, זה לא פתוח לשיקול דעתו, כשיש הרשעה ברצח הוא גוזר מאסר עולם.

**למה הוסר עונש המוות?** כי הוא לא בהכרח מרתיע ויש חשש לטעות שתהיה בלתי הפיכה.

בעבר, הנשיא הוא זה שהיה קוצב את העונש, אדם לא באמת היה במאסר עד יום מותו. בשנת 2001 הדבר השתנה – הנשיא עזר וייצמן לא היה מוכן לשמש בתפקיד של לקצוב עונשים לרוצחים ובשנת 2001 נחקק חוק שנקרא **חוק שחרור על תנאי ממאסר**. חוק זה דן בכמה דברים, בין היתר בכך שיש וועדה שדנה בעונשם של אסירים שנגזר עליהם עונש מאסר עולם חובה. נקבע בחוק שהוועדה יכולה אחרי 7 שנים מתחילת ריצוי העונש לקצוב את העונש כך שיהיה לפחות 30 שנה(זה עונש המינימום במאסר עולם, לרוב זה המספר שנוקבים). אם מנקים לאדם שליש – העונש שלו הוא 20 שנה.

**מה היא "כוונה תחילה" שהופכת את הרצח לחמור כל כך?**

הרעיון שעמד בבסיס כוונה תחילה הוא הבחנה בין רצח ספונטני לרצח בדם קר, רצח מחושב, רצון להמית. הכוונה התחילה היא זו שעושה את ההבדל. בהרבה מדינות בעולם יש תפקיד לרמת הכוונה ולא תמיד התפקיד הוא אותו תפקיד. יש התלבטות וויכוח על מה הופך את העבירה לחמורה יותר:

**גישה קונטיננטלית –** גישה זו סבורה שכוונה תחילה חמורה יותר מכוונה רגילה או כוונה ספונטנית. זה שהרוצח שקל, חשב, תכנן, האלמנט של קור הרוח בעשיית הדברים, הופכים את המעשה לחמור יותר.

**גישת המשפט המקובל –** גישה זו אומרת שכוונה תחילה היא לא תמיד ולא בהכרח ההבדל היחיד שמצדיק החמרה ביחס להמתה. יש מקרים של כוונה רגילה(ספונטנית) שהם לא פחות מרושעים וחמורים. לפעמים גם מעשה אימפולסיבי הוא חמור ומסוכן מאוד.

השאלה היא האם זה שאדם חשב, שקל ותכנן זה מה שעושה את ההבדל? פרופ' פלר מדגים את זה באמצעות 2 דוגמאות שמבליטות את ההתלבטות:

1. אמא של ילד פגוע(נכה, מפגר או משהו דומה). היא רואה את הסבל שלו, שוקלת, מתכננת וחושבת זמן רב על לבצע המתה שלו.
2. אדם הולך על גשר ורואה ילד קטן יושב על הגשר. בהחלטה של רגע, הוא דוחף אותו לנהר והילד מת.

דוגמאות אלה מערערות את זה שהפרמטר היחיד שעושה את ההבדל הוא הכוונה התחילה. הראשון לא בהכרח יותר חמור מהשני.

החוק מגדיר בסעיף 301 מהי כוונה תחילה. זו הכלאה בין רעיונות שונים. הנוסח הוא בדיוק הנוסח של סעיף 216 לפקודת החוק הפלילי הישן. זה חוק מאוד ישן מ-1936 שלא תואם את המציאות החברתית. הפסיקה קוראת באופן קבוע למחוקק לשנות את הגדרת הרצח ובכלל את הדירוג בין עבירות ההמתה.

ד"נ ביטון- פסק דין זה עוסק במרכיבים של כוונה תחילה. יש קריאה למחוקק לשנות את הסעיף גם בגלל הזמן שעבר וגם בגלל התוכן.

סעיף 301 - (א) לענין סעיף 300, יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו.

 (ב) לענין ההחלטה וההכנה להמית, אין נפקא מינה אם החליט להמית את האדם או את מישהו, מסויים או בלתי מסויים, מבני משפחתו או מבני גזעו.

 (ג) כדי להוכיח כוונה תחילה אין צורך להראות שהנאשם היה שרוי בהלך נפש מסויים במשך זמן פלוני או תוך תקופה פלונית שלפני ביצוע העבירה או שהמכשיר שבו בוצעה הוכן בזמן פלוני שלפני המעשה.

**כדי להוכיח כוונה תחילה צריך להוכיח 3 תנאים מצטברים:**

1. **החלטה להמית –** זו בעצם כוונה להמית.
2. **הכנה-** "הכין עצמו או הכין את המכשיר.."
3. **היעדר קינטור –** בלי שקדמה התגרות לפני המעשה.

פרופ' פלר מחפש במושג כוונה תחילה כוונה "איכותית", תהליך של חשיבה, שקילה. הוא מדבר על איכות מיוחדת ומדבר על 3 שלבים נפרדים – 1. היוולדות הרעיון לבצע את העבירה 2. שקילה באשר לעשייתה של העבירה 3. החלטה לעשותה. הוא מחפש כאן תהליך איכותי בשונה מהמתה ספונטנית. כשגנב פורץ לבית, מישהו מפתיע אותו והוא ממית את אותו אדם, זו לא כוונה תחילה לפי פלר. כוונה תחילה היא תהליך, יש שיקול דעת לפני המעשה עצמו. פלר מפרש את ההכנה והיעדר הקינטור כאלמנטים שמלמדים על איכות הכוונה התחילה. הוא יוצר זיקה בין דם קר והכוונה השקולה להמית להכנה והיעדר הקינטור. הוא מתאר קינטור כמעין התגרות שגורמת לממית לאבד עשתונות. הוא מדמה את זה לברז שמתפוצץ. כש"ברז מתפוצץ", אי אפשר לראות בזה כוונה תחילה.

רצח בכוונה תחילה בפסיקה בישראל לפי 3 הפרמטרים:

**הפרמטר הראשון – החלטה להמית –** צריך להוכיח שבשעת מעשה קיננה בלב העבריין כוונת קטילה ממשית. מדובר כאן ביסוד נפשי פנימי שכולל 2 רכיבים:

1. צפיית אפשרות המוות – מודעות לאפשרות שיתרחש מוות. זה הדבר הראשון שצריך להוכיח.
2. רצון, מטרה שהתוצאה הקטלנית תתגשם. זה הדבר השני שצריך להוכיח.

לפי הפסיקה ההחלטה **יכולה להתגבש בשלבים או כהרף עין, אפילו תוך כדי מעשה.** זה מאוד שונה מפלר. העיקר הוא שיהיה אפשר להוכיח מודעות ורצון במוות.

(\*יש 2 פסקי דין שהולכים בדרך אחרת:

רצח אריק קרפ – פסק דין מאוד לא ברור ששונה מהפסיקה המקובלת. אדם ישב עם בתו בחוף הים ולפתע התנפלו עליו חבורת נערים ערבים וגרמו למותו. הם התנפלו עליו בלי סיבה, בלי היכרות מוקדמת. לא היה להם שום מניע. הוא צעק והתחנן שיפסיקו וזה לא עזר. הם לא הורשעו ברצח. פסק הדין מוזר מאוד באופן הניתוח שהוא עושה להחלטה להמית.

פס"ד פלונית - )

הפסיקה עושה שימוש קבוע בחזקת הכוונה – אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות שעולות מההתנהגות שלו. אם אדם דוקר בסכין אדם אחר בפלג גוף עליון – חזקה שהוא התכוון לגרום למותו. חזקה זו מבוססת על ניסיון החיים. אם הדבר נעשה תוך כדי מריבה, כבר יותר קשה להשתמש בחזקה הזאת כי אפשר להגיד שזה קרה בטעות. יש מקרים רבים בהם לא מצליחים להוכיח את ההחלטה להמית, את הכוונה בצורה שתהיה מעל ספק סביר.

סיכום - ההלכה הרווחת – החלטה להמית(כוונה)= מודעות לאפשרות המוות +רצון/מטרה.

**הפרמטר השני – ההכנה-** ההיגיון הוא שההכנה היא מדד שמלמד על טיב הכוונה, זה סוג של אינדיקציה לכך שאדם מפעיל שיקול דעת. הפסיקה פירשה את יסוד ההכנה **כיסוד פיזי טהור וכיסוד אובייקטיבי טהור**. ביהמ"ש מכיר בזה שההכנה מעידה על הכוונה, אך ברגע שסעיף 301 מונה את הכנה כפרמטר, ביהמ"ש מתייחס אליו כאלמנט חיצוני מעשי, משהו שצריך לבדוק מבחינה עובדתית – פעולות להכשרת הביצוע. הנושא של הכנת מכשיר הוא רק פעולה אחת. ההכנה יכולה להיות **לפני המעשה ותוך כדי המעשה**. ביהמ"ש מחפש יסוד אובייקטיבי פיזי כדי להגיד שהייתה הכנה.

פס"ד צ'קולה – ביהמ"ש אומר שהנחתת מכות גרזן על ראש המנוחה מספר פעמים מהווה הכנה. אפילו אם הגרזן הוצא מידה של האישה והרוצח לא הלך במיוחד להביא אותו מהחדר יש כאן הכנה.

השופט אגרנט אומר שבמקרים בהם הוכחה כוונה להמית והיעדר קינטור לא תהיה בעיה לזהות הכנה כמעט תמיד. אגרנט מתרחק כאן מהמשמעות של כוונה תחילה, יותר קל להוכיח הכנה אובייקטיבית מאשר הכנה ברמה הנפשית.

פס"ד בנו – השופט אגרנט מתייחס לפרופ' פלר ועדיין מכריע שההכנה היא יסוד פיזי טהור. עדיין יש מוכנות לזהות אפילו תוך כדי המעשה עצמו את יסוד ההכנה, בשונה מפלר.

פס"ד ביטון – השופט ברק בפירוש מסביר שאלמנט ההכנה בא לזהות הכנה שקולה אך הפסיקה טיהרה את יסוד ההכנה ממאפייניו הנפשיים. משתמע מדבריו של ברק שהפכו את ההכנה לנסיבה.

לסיכום – הכנה היא לא דבר שקשה להוכיח. לא על זה נופל התיק. מחשיבים דברים רבים כהכנה.

**הפרמטר השלישי – היעדר קינטור-** ביהמ"ש מתייחס גם להיעדר קינטור כמבחן קונקרטי. שיקול הדעת יכול להיות גם תוך כדי ביצוע המעשה. מטרת הקינטור או הרלוונטיות שלו להמתה היא להראות שההמתה לא הייתה בדם קר, לא הייתה סיטואציה שאפשרה לנאשם לחשוב ולשקול על מה שהוא עושה. התביעה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר את כל 3 הפרמטרים. היעדר הקינטור הוא הפרמטר המרכזי לרוב. השאלה המרכזית המעניינת במקרים היא אם היה קינטור או לא. הקינטור חייב להיות בתכוף למעשה, סמוך אליו, כי זה מה שלמד על ספונטניות. אם עבר זמן והממית "התקרר" מאז מעשה הקינטור ואז ביצע רצח, נגיד שלא היה קינטור. ביהמ"ש מתייחס בצורה מסוימת לקינטור מצטבר(כמה הממית כועס/שונא את האדם שהוא ממית). לא מכירים בקינטור כזה בפני עצמו, אלא בודקים אותו בתכוף למעשה. **אם השתכנענו שיש קינטור, ההרשעה לא תהיה ברצח, היא תהיה בהריגה.** מכאן, שייתכן ויהיו מקרים של המתה מכוונת אך היא לא תיחשב רצח אלא כהריגה ברף הגבוה. ההבדל הוא בין עונש מאסר של 20 שנה לעונש מאסר עולם.

**המבחנים המצטברים להיעדר קינטור כפי שקבע ביהמ"ש:**

1. מבחן סובייקטיבי- מצבו של הנאשם הספציפי בנסיבות העניין הקונקרטי. האם הקינטור השפיע על הנאשם ברמה כזאת שהוא איבד את שליטתו?
2. מבחן אובייקטיבי- זו תוספת משמעותית. כיצד אדם מן היישוב היה מגיב להתנהגות המקנטרת? בודקים האם אדם מן היישוב היה מאבד שליטה עצמית ומגיב תגובה קטלנית. חשוב להבהיר שההנחה היא שאדם סביר הוא לא רוצח.

שאלה מרכזית שעלתה בפסיקה היא האם יש הצדקה למבחן האובייקטיבי? כבר בהתחלה, בפס"ד סגל משנת 46 דעת הרוב דרשה מבחן אובייקטיבי ולא הסתפקה במבחן סובייקטיבי. דעת הרוב הזאת הפכה להלכה המחייבת לאורך השנים. הועלו כל השנים ספקות ביחס למבחן האובייקטיבי גם על ידי שופטים וגם על ידי מלומדים.

פס"ד סגל – השופט זילברג לא היה חלק מדעת הרוב. הוא לא הסכים למבחן האובייקטיבי ואמר שהוא לא מוצדק. הוא אמר שאם במבחן האובייקטיבי יכניסו פרמטרים סובייקטיביים של הנאשם הספציפי יצומצם הפער בין הגישות. הוא מוסיף שאין היגיון ואחיזה בלשון הסעיף למבחן אובייקטיבי. אם הפרמטרים מלמדים על כוונה תחילה, איפה נכנסים פרמטרים אובייקטיביים? זה לא מסתדר עם הסעיף והרעיון של כוונה תחילה. זילברג אומר שהמבחן הזה עושה לשופט חיים קלים יותר ומקל עליו להכריע.

סיכום – הפרמטר של אדם סביר והמבחן האובייקטיבי נכנס בעקביות בפסיקה. יש דרישת מעבר של מבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי כדי להוכיח היעדר קינטור.

ד"נ ביטון – עולה השאלה האם בקביעת רכיב היעדר קינטור יש הצדקה למבחן האובייקטיבי. השופט ברק משאיר את ההלכה כמו שהיא ואומר שלמרות שתיאורטית המבחן האובייקטיבי של קינטור בעייתי, מבחינת מדיניות רצויה אין לוותר עליו. ברק אומר שהגיע הזמן לרפורמה חקיקתית מקיפה ולא לרפורמה פסיקתית.

יש כאן בעצם רצון להרחיב את עבירת הרצח להמתות מכוונת של חמומי מוח.

השופט רובינשטיין בדומה לברק אומר בפסיקה שאי אפשר לוותר על המבחן האובייקטיבי. לדבריו, המתה בכוונה חייבת להיחשב רצח בחברה שמקדשת חיי אדם.

בפירוש מזהים כאן מדיניות משפטית שאומרת שאין בחוק הישראלי כמה רמות של רצח, ולכן התוצאה שאדם שממית אדם אחר בכוונה ולא מורשע ברצח היא תוצאה שביהמ"ש לא אוהב.

המבחן האובייקטיבי בעצם מהווה איזון בין קדושת החיים לבין התחשבות בחולשת המין האנושי.

הקשיים שמייחסים למבחן האובייקטיבי:

1. לגיטימיות של מבחן אובייקטיבי לבחינת כוונה תחילה – מה הקשר בין פרמטרים אובייקטיבים לכוונה תחילה סובייקטיבית?
2. המבחן האובייקטיבי לא מספיק מתחשב בחולשת הטבע האנושי, הוא לא מספיק רגיש. הבחינה של אדם סביר היא נוקשה. לא מביאים בחשבון תכונות ספציפיות של נאשם.
3. הרצון להגן על חיי אדם באמצעות המבחן האובייקטיבי שוכח שמדובר בסה"כ בהפחתה מרצח להריגה, לא מדובר כאן על זיכוי מוחלט.

למרות כל השאלות שעלו סביב המבחן לאורך השנים, משאירים אותו. ברגע שמבחן קינטור הופך להיות אובייקטיבי, הוא הופך לנסיבה מקלה ולא לרכיב ביסוד נפשי.

דוגמאות לפסקי דין שנוגעים במבחני הקינטור:

**ע"פ אזואלוס-** מדובר באדם שחשד באשתו. היא רצתה להתגרש ממנו. כשהוא ראה בעיניו קשר רומנטי בינה לבין המאהב שלה הוא ירה בשניהם. ביום האירוע הוא חיפש אותה ומצא אותה במכונית של השכן כשהשכן מחבק ומנשק אותה כדי להראות לו שיש קשר רומנטי. המערער איבד את עשתונותיו וירה בשניהם באמצעות אקדח שנמצא עליו תמיד. ביהמ"ש אומר שצריך להתייחס לקשיים שמעלה המבחן האובייקטיבי, אך שינוי מרחיק לכת לא יכול להיעשות במסגרת מקרה ספציפי. ביהמ"ש הכיר כאן בקינטור, הוא העביר את הקינטור הזה גם את המבחן הסובייקטיבי וגם את המבחן האובייקטיבי. ביהמ"ש אומר שהאדם הממוצע המאפיין את אורח חייהם של רוב אזרחי המדינה הוא זה שנבדוק לפיו, וגם אדם זה היה מאבד עשתונותיו. ביהמ"ש אומר שדמם של הישראלי המצוי והישראלית המצויה עשוי לרתוח כשהם רואים את בן זוגם במעשה בגידה וכשהמעשה הזה מכוון ללמד על מעשה בגידה. ביהמ"ש אומר שדיני הרצח צריך להיבחן מחדש, קינטור לא צריך להיות חלק מכוונה תחילה אלא חלק מנסיבות מקלות. עצם קיומו של מבחן אובייקטיבי לא הופך את ההתנהגות לראויה, הוא פשוט מתחשב בטבע האנושי וחולשותיו ולכן מרשיעים את המערער בהריגה.

**פס"ד אליאבייב-** אדם רצח את אשתו אחרי שהעליבה אותו. הוא חנק אותה למוות. מדובר בשנים של סכסוכים ביניהם. ביהמ"ש מדבר על חשיבות המבחן האובייקטיבי שכן הוא מאזן בין ערך קדושת החיים לבין תפיסת האשמה הסובייקטיבית וחולשת הטבע האנושי. המשמעות מדברים אלה – קינטור זו נסיבה מקלה. זה עושה הבחנה בין רצח בדם קר לרצח בדם חם. ביהמ"ש אומר שפעולת חנק מטבעה היא מקפחת חיים ומפעילים עליה את חזקת הכוונה – מי שחונק מודע ורוצה בתוצאת המוות. ביהמ"ש אומר על ההכנה שהיא בד"כ בנפרד מהמעשה, אך לא פעם ההכנה ומעשה ההמתה שלובים זה בזה, לא צריך להיות פסק זמן נראה לעין. בחניקה בידיים, ההחלטה להמית, ההכנה ומעשה ההמתה שלובים זה בזה. ההכנה היא עוצמת הלחץ המתמשך על הצוואר. הכלי המשחית פה הוא הידיים. קינטור לפי ביהמ"ש צריך להיות התגרות פתאומית שמביאה לאובדן שליטה. בודקים את המעשה האחרון של הקינטור וכאן לא היה קינטור סובייקטיבי – שיחה מעליבה לא חריגה לא נחשבת קינטור, אפילו לא סובייקטיבי. בפס"ד זה לא הכירו בקינטור.

**פס"ד איסקוב-** שני נהגים נסעו בכביש והסתכסכו במהלך הנסיעה, לא הייתה להם הכרות מוקדמת. ברכב אחד נהג המערער, אשתו, בתו וחבר שלו וברכב השני נהג אדם אחר, אבא שלו, אמו, אשתו ובתו. הסיפור היה מריבה על צורת הנהיגה, הם קיללו אחד את השני ברמזור. המערער, המבוגר יותר, ביקש להתנתק מהם ועצר בשוליים כדי שהם יעקפו. הבחור ברכב השני עצר לידו ומשם הדברים התדרדרו לתגרה שהובילה למוות. המערער שלף אקדח, הנהג ברכב השני ואביו שלפו את המערער בכוח מהרכב, רצף ההתגרויות הלך והחמיר ובסופו של דבר המערער השתמש באקדח. ביהמ"ש בודק כאן את הקינטור במבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי והכיר כאן בקינטור. ביהמ"ש אומר שאם תינתן כאן תשובה שלילית למבחן האובייקטיבי, הדבר יהיה חוסר התחשבות בחולשתו של הטבע האנושי, יש גבול להתגרות שאדם יכול לספוג. ביהמ"ש אומר שהמבחן האובייקטיבי מעורר קושי כמבחן ליסוד נפשי של כוונה תחילה סובייקטיבית, זה לא מסתדר.

מלומד בשם וויליאמס אומר שיש פרדוקס בשימוש באדם סביר כמדד לקינטור. האדם הסביר הוא מדד לזהירות, מוסריות, איך אפשר להגיד שהוא יאבד עשתונות ומגיע למצב שהוא רוצח? ועדיין, אי אפשר לבטל את המבחן האובייקטיבי כי הוא מגן על אינטרסים חשובים.

ברור שבית המשפט בפסק דין איסקוב זיהה שמדובר באדם מבוגר שנקלע לתגרה עם אנשים צעירים ממנו, לא הייתה כוונה שלו להמית והיה קינטור ולכן זיכו אותו מרצח. כשהוא ראה מה קרה, הוא שאל את עצמו "מה עשיתי". השופטת ארבל אומרת שבפס"ד ביטון ריככו את מבחן האדם הסביר ומדברת על תגרה של אדם מבוגר מול שני אנשים צעירים ואלימים, אלו נסיבות יוצאות דופן שמובילות להרשעה בהריגה בלבד. ארבל אומרת כאן שאי אפשר לוותר על המבחן האובייקטיבי בחברה אלימה כמו החברה הישראלית, המבחן האובייקטיבי חייב להיות סוג של בלם לחברה כזאת אלימה.

**ע"פ מליסה(עדיין בנושא מבחן אובייקטיבי לקינטור)-** מדובר בעולים מאתיופיה. הסיטואציה מתרחשת במרכז קליטה. לאישה שנרצחה ולגבר יש בת משותפת. הגבר סיפר שהאישה הגיעה אליו וטענה בפניו שהבת לא שלו, היא שינתה את שמה לשם אחר. הוא מספר שהיה גבר עם האישה והגבר תקף והוא השתמש בסוג של הגנה עצמית. ביהמ"ש לא מאמין לגרסה זו של הבעל. העניין מגיע לעליון, ובדיון ביהמ"ש שואל האם המבחן האובייקטיבי ראוי לקינטור. ביהמ"ש אומר שמבחן אובייקטיבי לקינטור הוא לא עניין ראייתי, הוא **מבחן ערכי** שבא לאזן בין קדושת החיים להכרה בחולשת הטבע האנושי. בחוק הישראלי אין הבחנה בין רצח מדרגה ראשונה לרצח מדרגה שניה, ולכן אם היו מסתפקים במבחן סובייקטיבי בלבד, רוב המקרים לא היו נכנסים להגדרת רצח בכוונה תחילה. אפשר לראות כאן שבגלל הכרה בקינטור משמעותה הרשעה בהריגה ולא ברצח, ביהמ"ש מכיר בחשיבות המבחן האובייקטיבי, זה סנן ערכי שעוזר להגיע לתוצאה שבה אדם שרצח בכוונה יורשע ברצח בכוונה תחילה ולא בפחות מזה. בפס"ד זה העליון אומר שמליסה לא עמד במבחן האובייקטיבי. במחוזי אמרו שגם הסובייקטיבי לא התקיים.

**שאלה-** בהנחה שהמבחן האובייקטיבי תקף, האם יש להביא בחשבון נתונים אישיים של הנאשם כמו גיל, מוצא ועוד? האם כשמשתמשים במדד של אדם סביר מתחשבים בנתונים האלה או שמנתקים אותם? בגדול, המשפט הישראלי לא מוכן לתת קריטריונים סובייקטיביים לאדם הסביר, אין הכרה ברב תרבותיות.

השופט ברנזון בפס"ד סגל – קנה המידה למבחן האובייקטיבי הוא האדם הישראלי הטיפוסי ההולך ונוצר בארץ. אין להתחשב במוצא עדתי, בנורמות תרבותיות וכדומה.

השופט זילברג, גם כן בפס"ד סגל, מציף את ההתלבטות ומציין מספר פסקי דין. הוא מציין פס"ד אנגלי מאפריקה המערבית(מושבה בריטית) – בן כפר מחוף הזהב המית מישהו. השאלה הייתה האם לבחון בעיני אדם סביר או בעיני בן כפר מחוף הזהב. בפסק דין זה כן בחנו ספציפית – מה אדם סביר מאותו רקע ומקום היה עושה. פסק דין אחר שהוא מזכיר ומזכירים במקומות אחרים הוא פסק דין אנגלי בשם בדר. בפסק דין זה, מדובר בבחור בן 18 אימפוטנט שהלך לקיים יחסי מין עם אישה שעוסקת בזנות. הוא לא הצליח, היא לעגה לו, והתחילה ללכת. כשהיא באה ללכת הוא ניסה לעצור אותה, היא בעטה באיברו ונתנה לו סטירה והוא מיד הוציא סכין ודקר אותה. הוא הורשע ברצח ונדון למוות. כשבדקו קינטור, הסתכלו על אדם סביר ולא על אדם עם מגבלה כמו שלו. זילברג אומר שהוא לא מבין מדוע לא הייתה התחשבות בחולשתו. הוא מדמה זאת לאדם עם בעיה ברגל שנותנים לו בעיטה באותה רגל. זה נראה לזילברג כאילו הבן אדם נדון למוות בגלל המום הגופני שלו. ההתלבטות היא אמיתית. בוודאי שיש נתונים שאין להתחשב בהם כמו מזג חם ובוודאי שיש לשאוף על שוויון בפני החוק, אך איפה עובר הגבול בין מה שמתחשבים בו למה שלא מתחשבים בו? הדבר לא ברור.

ד"נ ביטון – גם כאן עולה נושא זה. נאמר שהנושא צריך לעבור לטיפול המחוקק. השופט ברק אומר שצריך קצת לרכך את קשיחות המבחן האובייקטיבי והמחוקק צריך לתת דעתו בנושא.

בפסיקה שאחרי ביטון, כמו השופטת ארבל למשל, מסתמכים על זה ואומרים שמפסק דין ביטון היה ריכוך.

פס"ד פלוני – הובאה בחשבון העובדה שמדובר בקטינים. ביחס לנסיבה של גיל, קיבלו את הריכוך הזה ואמרו שזה דבר שצריך לקחת בחשבון. בפסק דין זה הרשיעו שני קטינים ברצח. גם אחרי ריכוך המבחן, זה לא עזר להם והם הורשעו. ביהמ"ש אומר שנקבע בעבר שמדובר במבחן אובייקטיבי טהור שלא מתחשב בנתונים אישיים. דרך מבחן זה יוצק ביהמ"ש סטנדרט התנהגות לאדם הסביר. ביהמ"ש קובע סטנדרט התנהגות של הישראלי הראוי כבלם ערכי מוסרי שנועד לקבע בציבור נורמה של התנהגות לפי הערך העליון של קדושת החיים. ביהמ"ש מוכן היה להניח לגבי קטין שצריך להציב רף נמוך יותר מבחינת שיקול הדעת והמהירות בא אדם צעיר כועס לעומת אדם מבוגר.

פס"ד סימנטוב – בחור שרצח חברה שלו לשעבר כשמצא אותה עם גבר אחר בדירתם. הוא לא רצח אותה באותו יום שבו הוא תפס אותה. החלטה להמית – היה לו רצון להרוג אותה. הכנה – הוא הלך לאוטו, זאת דרך ארוכה ולכן נחשבת הכנה. קינטור – סובייקטיבית היה. אובייקטיבית – מדובר בהערכה נורמטיבית של ביהמ"ש, לא די שאדם מן היישוב יתעצבן, צריך שהוא גם יגיב באותה צורה – המתה. ביהמ"ש אומר שלא מדובר ביצור דמיוני אידיאלי שממלא התנהגות של אדם תרבותי או מרוסן, אלא מצב מציאותי על פי ניסיון החיים של ביהמ"ש. שאלה מעניינת שעולה היא האם האדם הסביר ברשלנות הוא אותו אדם סביר שמסתכלים עליו בקינטור. ביהמ"ש אומר שכן, כי בשני המקרים צריך להעלות את רף הזהירות ולהגן יותר על החברה. ביהמ"ש אומר שהכרה בחוסר נאמנות של בני זוג כקינטור היא בעייתית מאוד. המלומד וויליאמס אמר שאם לצורכי רשלנות אדם סביר הוא מוסרי וזהיר, זה אבסורד שהוא ירצח. אדם סביר לא אמור לרצוח גם כשהוא מתעצבן. **ביהמ"ש אומר שאין להתחשב במוצא, יכולת חשיבתית, והשכלה לצורך המבחן האובייקטיבי. מבחן אובייקטיבי מקדם שוויון בין נאשמים.**

פס"ד ג'ונדי – קטטה בין חבורה בגן בירושלים. ההמתה הייתה באמצעות אולר שהייתה למערער, הוא נשא אותה באופן קבוע. בדקו את קינטור סובייקטיבית ואובייקטיבית וביהמ"ש אומר שהמבחן האובייקטיבי הוא סוג של שילוב בין רצוי למצוי. אין הבחנה על פי מוצא, השכלה ורמת התנהגות מקובלת באותה קבוצה. מדובר בדמות פיקטיבית אך אנושית. לא מחפשים יצור דמיוני אידיאלי אלא הערכת מצב מציאותית.

פס"ד צ'קולה – רצח את אשתו באמצעות גרזן. ההקשר כאן לרב תרבותיות הוא שהסנגור מעלה טענה שצריך להתייחס ל"אתיופי המצוי" וש"דמו של האתיופי המצוי חם". ביהמ"ש שולל את זה בכל תוקף.

**סעיף 300(א)(1)-** רצח הורים. יש כאן אמירה בגנות המתה של מי שנותן חיים.

**סעיפים 300(א)(3) ו-300(א)(4) – רצח שקשור בביצוע עבירה נוספת:**

לא צריך להוכיח מה שצריך להוכיח ברצח בכוונה תחילה – החלטה להמית(=כוונה), הכנה, היעדר קינטור. הסעיף מאוד רחב. למה ליצור עבירה כזאת של המתה תוך ביצוע עבירה אחרת שהעונש עליה יהיה מאסר עולם חובה וייחשב רצח? מה ההצדקה? יש קושי להצדיק את זה. למה לא להרשיע בהמתה לפי רמת היסוד הנפשי ובעבירה הנוספת לפי העבירה הנוספת?

אולי אפשר לומר שמבצע בעצם מגלה פה שיותר חשוב לו לבצע את העבירה מאשר חיי אדם. יש זלזול גדול בערך של חיי אדם, הוא מקדם את האינטרסים שלו. תשובה נוספת היא שאולי רוצים להרתיע – אם מבצעים עבירה, רוצים שמי שעושה זאת יהיה יותר זהיר.

נימוקים אלה לא משכנעים. קשה לראות בהמתה הזו חומרה יתרה מעבירה אחרת. סעיף זה מאוד רחב. מדוע?

1. כי אין הגבלה לסוג העבירה. יש מקומות בעולם שמגבילים לסוג העבירה, כאן לא כתוב כלום, אין שום הגבלה על העבירה האחרת.
2. בנוסף, אין דרישה לשני מעשים. גם חבלה שהסתיימה במוות אפשר להגיד שהיא רצח תוך ביצוע עבירה. הסעיף לא מגביל לשני מעשים שונים.
3. מספיקה מחשבה פלילית רגילה.

פס"ד מרדכי- המתה תוך ביצוע שוד של כמה שותפים. אחד השותפים הנחית מוט ברזל בראשו של הנשדד והביא למותו. אומרים שברצח תוך ביצוע עבירה מספיק להוכיח מודעות+ אדישות ומשאירים בצריך עיון את השאלה אם מספיקה גם קלות דעת.

ברוב המקרים של רצח תוך ביצוע עבירה אין בעיה להוכיח אדישות. עדיין נשאלת השאלה למה לא להסתפק בקלות דעת. לכאורה, לפי סעיף 20, אם מדובר במחשבה פלילית רגילה, מספיקה קלות דעת. ההכרעה בין אדישות לקלות דעת חשובה, יכול להיות מצב בו מישהו יפעל באדישות ומישהו אחר יפעל בקלות דעת.

סעיף 490(א)- העושה אחד מאלה בלי עילה כשרה דינו מאסר חודש – אחד מהדברים הו חסימה של מעבר ציבורי. נניח ומישהו שם מחסום על הכביש, עובר אופנוע, לא מבחין בזה, מתהפך ומת. לכאורה, זו סיטואציה שבה מי שהניח את המחסום בטוח לא פעל באדישות. הוא פעל בקלות דעת – הוא היה מודע לאפשרות שהוא מסכן חיי אדם ויקווה שכלום לא יקרה. אם מסתפקים בקלות דעת, הוא יכול למצוא את עצמו מורשע ברצח. אם דורשים אדישות, הוא יזוכה מרצח.

עולות שאלות בנוגע ליסוד העובדתי – מה היחס בין עבירת גרימת המוות לעבירה האחרת? האם זה יכול לכלול למשל סיטואציה של חבלה שמסתיימת במוות? מה בדיוק מחפשים? הפסיקה נוגעת בזה.

ע"פ דאהוד- אדם מת כתוצאה מהצתה של המקום שהוא ישן בו על רקע של סכסוך. העבירה הראשית היא הצתה, אך מה שמעניין בסיפור הוא שאין כאן שני מעשים שונים. זה מעשה אחד שהתוצאה שלו הייתה מוות. זה מעשה אחד שמזין 2 עבירות. ביהמ"ש אומר שמבחינת יסוד עובדתי, לא צריך שני מעשים נפרדים, ביהמ"ש מרשיע ברצח עקב ההצתה. ביהמ"ש אומר שהייתה כאן צפייה של התוצאה+ אדישות.

ע"פ כדורי- מדובר בקטטה. תוך כדי קטטה נגרמה פציעה שהביאה למוות. ביהמ"ש אומר שמה שהתחיל בפציעה ונגמר במוות הוא לא דבר שאפשר לראות בו עבירה אחרת לצורך רצח תוך כדי ביצוע עבירה. לא יכול להיות שהסעיף של רצח תוך כדי ביצוע עבירה מדבר על עבירה שנבלעת בתוך עבירה אחרת. צריך שתי עבירות ולא שני מעשים. כאן לא התייחסו לזה כשתי עבירות. חבלה שנגמרת במוות היא לא עבירה אחרת.

פס"ד אבו זייד- פסק דין זה דן בסעיף קטן 4 – בהימלטות מעונש. השופטת בייניש "תופסת טרמפ" ודנה גם בסעיף קטן 3. מדובר במישהו שהחזיק נשק שלא כדין. המשטרה רדפה אחריו ותוך כדי נסיעה הוא ירה והמית שוטר. הסניגור טוען שעבירת נשיאת נשק שלא כדין נבלעת בעבירת ההמתה. ביהמ"ש לא מקבל זאת. בייניש מנתחת את שני הסעיפים. היא אומרת שהרכיב ההתנהגותי של העבירה מנוסח באופן מאוד רחב וכולל כל התנהגות שגורמת למותו של אדם, אין שום מגבלה. היא אומרת שבמקרה זה, כשהוכח עובדתית שהמנוח נהרג כתוצאה מיריות המערער, נראה שהיסוד ההתנהגותי התקיים. היות ומדובר במעשה שגרם מוות ובוצע לאחר ביצוע עבירה אחרת, צריך שכל אחת מהעבירות תבוא לידי ביטוי במעשה נפרד. עד כה, המקרים שבאו בפני בית המשפט היו חמורים – כמו שוד. במצבים כאלה, יש היגיון שאדם ינסה להמית אדם אחר תוך כדי. כשבייניש מתייחסת לטענת הסניגור, היא אומרת ששני הסעיפים – גם נשיאת נשק שלא כדין וגם רצח תוך כדי ביצוע העבירה הם מאוד שונים במטרתם, אי אפשר להגיע שאחד בולע את השני. בעבירת הרצח מדובר בהתנהגות שגורמת למוות ובנשיאת נשק שלא כדין מדובר בהתנהגות שבפני עצמה אינה פוגעת בזולת, אלא יש בה פוטנציאל סיכון. בנסיבות העניין, המוות הוא לא תוצאה של נשיאת הנשק שלא כדין. המוות נגרם עקב שימוש בנשק. הנשיאה והשימוש הן התנהגויות שונות שלא חופפות ולכן יש פה שתי עבירות שונות לצורך הסעיף. יתרה מכך, היא אומרת שעבירת הרצח לפי סעיף קטן 4 כוללת יסוד נוסף – ההימלטות. יש הבדל בזמנים בין שתי העבירות. אי אפשר לומר שכל פעם שהמתה מבוצעת על ידי מי שנושא נשק שלא כדין מדובר ברצח. מה שמבדל את המקרה מהתיאור הגורף, הוא שכאן מתמלא היסוד של כדי להימלט מעונש, הוא גרם מוות כדי להימלט מעונש. בסעיף 4 יש דרישה של תכליתיות – ממיתים אדם כדי להימלט מעונש. המערער טוען שהעבירה האחרת צריכה להיות עבירה חמורה. בייניש אומרת שהחוק לא הגדיר את העבירה האחרת ולכן אין צורך להגדיר אותה ולהכריע כמה חמורה היא יכולה להיות. עבירה של נשיאת נשק שלא כדין היא עבירה חמורה. הדבר החשוב ביותר שבייניש אומרת – לכל החלופות של סעיפים קטנים 3 ו-4 חייב להיות קשר תכליתי בין העבירה האחרת לגרימת המוות. בסעיף 3 זה לא כתוב, ב-4 כן. המקרה שלפניה נכנס בקלות לסעיף קטן 4, אך היא מוסיפה שגם לצורך סעיף קטן 3, המילים "תוך כדי ביצוע עבירה אחרת" מחייבות קשר תכליתי. זה צמצום שנעשה לסעיף מאוד רחב. היא אומרת שבכל החלופות אין להסתפק בקשר של בו זמניות, צריך קשר סיבתי בין העבירה האחרת לגרימת המוות, כלומר, ההתנהגות שגורמת למוות הייתה בעלת מטרה לקדם את העבירה האחרת.

הצעת חוק עבירות המתה ורשלנות שמתכוונת לשנות את עבירות ההמתה:

פסקי דין רבים קוראים למחוקק לבצע שינוי. ברור שהחוק לא מוצלח. בחוק יש רצח, הריגה וגרימת מוות ברשלנות. הוקמה וועדה לבחינת יסודות עבירות ההמתה. ההנחה של הוועדה הוא שהמדרג הקיים של רצח, הריגה וגרימת מוות ברשלנות לא מוצלח ולא תואם תפיסות חברתיות עכשוויות, הוא לא תואם את דרגות האשמה השונות. עבירת רצח למשל, היא רחבה מדי וצרה מדי. היא לא חלה על מעשים מאוד חמורים וכוללת מעשים שאולי לא נכון לתייג כרצח. עבירה ההריגה בכלל, היא רחבה מאוד. ממצב של קצת פחות מרצח לעד מצב של קצת יותר מרשלנות. הדבר הראשון שההצעה עושה היא למחוק את עבירת ההריגה – לבטל אותה. סעיף 300(א) רבתי – יש כמה נסיבות בהן אפשר לשקול לתת פחות מרצח. כמעט ולא נעשה בזה שימוש. הוועדה טוענת גם שעונש מאסר העולם כעונש מאסר חובה הוא נוקשה ויכול להביא למקרים שבהם אין צדק. הוועדה הסכימה שצריך עבירת רצח בסיסית ועבירת רצח בנסיבות מחמירות. הוויכוח היה – איך מגדירים רצח בסיסי ואיך מגדירים רצח בנסיבות מחמירות? התוצאה היא שיצרו יותר עבירות ביניים, אם יש היום 3 עבירות, יהיו 5 עבירות.

המשך – דו"ח הוועדה לבחינת יסודות עבירת ההמתה 2011:

(\*עבירות רשלנות – בדיקה של מה אדם מן היישוב היה צריך לצפות).

הדו"ח יצא מנקודת הנחה שהמדרג הקיים לפיו יש רצח, הריגה וגרימת מוות ברשלנות אינו מוצלח. כל אחת מהעבירות רחבה מדי וגם צרה מדי – מכניסה מקרים שלא צריך להכניס ולא מכניסה מקרים שצריך להכניס. ברצח יש נוקשות של עונש מאסר עולם חובה, אין גמישות ודבר זה לא תמיד הולם את חומרת המעשה. הוויכוח הגדול בין דעת הרוב לדעת המיעוט(הסנגוריה הציבורית) היה סביב השאלה מה היסוד הנפשי שנדרש לרצח. על כולם היה מוסכם שצריך עבירת רצח בסיסית ועבירת רצח בנסיבות מחמירות(כמו רצח מדרגה ראשונה ורצח מדרגה שניה).

דעת הרוב בוועדה:

מדברת על רצח בסיסי ורצח בנסיבות מחמירות. לפי דעת הרוב, סעיף 300 יהיה מנוסח כך "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם דינו מאסר עולם". דעת הרוב מוסיפה כאן את נושא האדישות ובנוסף לא הופכת את עונש מאסר העולם לחובה. כיום, במצב החוקי הנתון אין שום עבירה שדורשת אדישות, כל העבירות מסתפקות בקלות דעת. הצעה זו משנה את המצב הזה ודורשת אדישות, שזה חמור יותר מקלות דעת. דעת המיעוט דורשת כוונה בלבד ולא אדישות. סעיף 301 לפי דעת הרוב – רצח בנסיבות מחמירות. העונש לפי סעיף זה הוא מאסר עולם חובה. משאירים פתח ואומרים שבנסיבות יוצאות דופן יהיה ניתן לסטות מעונש חובה זה(=תואם תפיסה גמולית). יש גם בקשה לכתיבה מפורשת שהלכת הצפיות לא תחול. הרעיון הוא שכשיש נסיבה מחמירה, העונש הופך למאסר עולם חובה. מה הנסיבות המחמירות? דעת הרוב מונה 13 נסיבות שהופכות את הרצח לחמור יותר. לא הכל מתרכז סביב כוונה תחילה, יש דברים נוספים. הנסיבות:

1. רצח לאחר תכנון או שקילה.
2. מתוך מטרה לבצע עבירה אחרת או במטרה להימלט מהדין. הוועדה אומרת שהחומרה המיוחדת היא בגלל שיש נכונות של עבריין "להלך על גוויות" העיקר שמטרתו העבריינית תתגשם.
3. פגיעה בחיים של עד בהליכים פליליים במטרה לשבש הליכי משפט. כאן יש 2 ערכים מוגנים – חיי אדם וסדרי שלטון ומשפט. צירוף זה גורם לחומרה היתרה.
4. מעשה במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או להניע רשות שלטונית ממעשה(=טרור, לא בהכרח מדובר בארגון אלא באדם יחיד).
5. מניע גזעני כהגדרתה של גזענות בסעיף 144א.
6. מעשה שנעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או לכפות אורחות התנהגות על הציבור. הכוונה כאן היא למעשה רצח על כבוד המשפחה. לא השתמשו במילים אלה כי זה נשמע רע.
7. רצח תוך התעללות נפשית או גופנית או אכזריות מיוחדת.
8. קורבן קטין שנרצח ע"י האחראי עליו. שמים לב ל-2 דברים – 1. הקורבן הקטין הוא חלש וזקוק להגנה מיוחדת. 2. יש פגיעה גדולה מאוד באמון הבסיסי.
9. המתת חסר ישע. הגדרה לחסר ישע – סעיף 368א
10. פגיעה המכוונת להפריע למילוי תפקיד שלטוני, ציבורי ומשפטי.
11. סיכון חמור לגופו של אדם נוסף מלבד הקורבן – לדוגמא – מטען חבלה ברכב שיכול לפגוע באנשים נוספים. הייתה התלבטות האם מספיק סיכון של אדם אחד או המונים והסתפקו באדם אחד.
12. במסגרת ארגון פשיעה או ארגון טרור. עצם החברות מסכנת את הציבור ולכן זו נסיבה מחמירה. נדחתה כאן אפשרות של ביצוע בצוותא. בנוסף, פחדו מהפללת יתר בגלל שההגדרה של ארגון פשע היא רחבה. נקבע שהנסיבה מתקיימת כשמדובר בפעולה במסגרת ארגון וכדי לקדם את מטרותיו.
13. מעשה לשם סיפוק מיני או תאוות דם.

\*לא מדברים באף נסיבה מחמירה על הורים או סבא וסבתא בשונה מהמצב הנוכחי.

לסיכום – יש 2 רמות של רצח לפי הצעה זו – רצח בסיסי ורצח בנסיבות מחמירות. ברצח הבסיסי העונש הוא מאסר עולם לא חובה ובחמור מאסר עולם חובה.

\*יהיה סעיף שיקבע בפירוש שסעיף 41 לא יחול על עבירת הרצח.

\*במקרים מיוחדים בית המשפט יוכל לא להרשיע בעבירה חמורה של רצח גם אם התקיימה נסיבה מחמירה אם סבר שהמקרה אינו מבטא דרגה גבוהה של חומרה. דעת הרוב למעשה פתחה פתח שקשור בשאלת האחריות. היא רוצה שהעונש יהיה הולם את חומרת המעשה. דעת המיעוט רצתה לפתוח פתח לעניין העונש ולא לעניין האחריות – היא רצתה ליצור הקלה בעונש גם בקיום של נסיבות מחמירות.

היסוד הנפשי של רצח – זהו ההבדל המשמעותי בין דעת הרוב לדעת המיעוט. דעת הרוב אומרת שעבירת הרצח החדשה לא באה לכסות רק את המקרים החמורים ביותר, גם האדיש מגלה יחס מזלזל לערך של חיי אדם והמתה באדישות היא רצח. הסנגוריה(דעת המיעוט) לא מקבלת את זה ורוצה שהרצח יישמר רק לכוונה. היא מביעה חשש שאות הקלון ברצח ילך וישחק. הסנגוריה מציעה עבירת ביניים שנקראת "המתה באדישות" שהעונש עליה הוא 20 שנות מאסר. דעת הרוב רואה באדישות כדבר קרוב מאוד לכוונה, אדישות מספיקה לצרוך הרשעה אפילו ברצח בנסיבות מחמירות.

\*דעת הרוב קיבלה את עמדת הסנגוריה בנקודת מסוימת – אין להחיל חזקות חוקיות של אדישות על עבירת הרצח. למשל – שכרות, עבירה שונה או נוספת(סעיף 34א) וכניסה למצב. יש 3 סעיפים שהרעיון שלהם משותף – כניסה למצב. הכוונה של דעת הרוב – התביעה צריכה להוכיח אדישות, אין להשתמש בחזקות כדי להגיד שהייתה אדישות.

\*סעיף חדש – 301ג – המתה בקלות דעת. בסעיף זה נקבע שהעונש יהיה עד 9 שנות מאסר. זה מצדיק עבירה נפרדת מכיוון שקלות דעת הרבה פחות חמורה מאדישות. כיום אין הפרדה והדברים הולכים ביחד.

\*301ב- סעיף חדש – המתה בנסיבות של אחריות מופחתת – מקביל מעט לסעיף 300א. ההבדל הוא שב-300א של היום מדברים על ענישה מופחתת, אדם מורשע ברצח אך יש לביהמ"ש פתח אם לתת עונש פחות חמור. כאן, האחריות תהיה מופחתת בנסיבות שנקבעות. העונש שעליו מדברים הוא 15-20 שנה. הנסיבות שבהן העבירה הזאת חלה:

1. קינטור. הייתה התלבטות אם להכניס מדד אובייקטיבי או לא. הסכימו שהניסיון מלמד שהאדם הסביר הוא לא מדד לקינטור לרצח – האדם הסביר לא רוצח. הסעיף אומר כך – "המעשה בוצע בתכוף לאחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות" למעשה בודקים כאן 2 דברים – 1.אם בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה לשלוט בעצמו(סובייקטיבי) 2. ביהמ"ש יבחן בכל מקרה אם בהתגרות יש הצדקה להפחתה באשמה.

2. התעללות מצד הקורבן.

3. חריגה מועטה מתנאי הסייגים לאחריות פלילית. מה שיש היום הוא חריגה מועטה מתנאי הסבירות של הסייגים. אחד מהתנאים של רוב הסייגים הוא שיש סבירות במה מה שאדם עשה למה שהסייג בא למנוע. בהגנה עצמית למשל יש תנאים של נחיצות ומידיות. הסעיף מחדש שאם למשל יש סטייה קלה מתנאי הנחיצות או המידיות יהיה אפשר להשתמש בסעיף זה. כיום אין דבר כזה.

4. מצבים של חזקות חוקיות של אדישות. הסעיף אומר שבמצבים של חזקות חוקיות של אדישות כמו שכרות למשל, המעשה ייכנס לעבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת.

5. במצב שבו ההפרעה הנפשית של הנאשם לא מגיעה לכדי פטור כמו בסעיף 34יח.

התיקון קובע שבסיטואציה יש גם נסיבות מחמירות וגם נסיבות מקלות(למשל, הפרעה נפשית ורצח באכזריות מיוחדת)- ההרשעה תהיה בהמתה המופחתת. העונש שיינתן יהיה קרוב ל-20 שנה.

סעיף 300ד- המתה בהסכמת הקורבן – סעיף שמדבר על המתות חסד. הוא מדבר על תנאים אובייקטיביים של חולי וסבל. הסעיף אומר – "הגורם מוות מתוך חמלה לבקשת הקורבן בהתקיים כל אחד מאלה דינו מאסר 5 שנים" – 1. בקשה חופשית ומודעת 2. סובל סבל רב כתוצאה ממצוקה רפואית קשה שלא ניתן להקל על סבלו באורח סביר 3. סבלו או בקשתו של הקורבן אינם תולדה של לחץ או מעשים מצד הנאשם.

גרימת מוות ברשלנות – הוועדה התבקשה לתת דעתה על רשלנות ואיך לנסח רשלנות בצורה שלא קשורה רק לרצח. יש דעה שאמרה שמדובר בסעיף טוב ודעה אחרת שרצתה להכניס שינוי משמעותי.

סעיף חדש – גרימת מוות בהתרשלות רבתי – זאת דרגת ביניים בין המתה בקלות דעת לבין גרימת מוות ברשלנות רגילה. מה שמייחד את הסעיף הוא שהיסוד העובדתי שלו חמור יותר. העונש שביקשו לתת בעבירה זו הוא 5 שנים. דעת הרוב סברה שיש צורך בסעיף זה. מה צריך לדרוש במסגרת עבירה זו? מודעות להתנהגות המסוכנת ורשלנות ביחס לתוצאה + התנהגות של רשלנות רבתי. דבר זה מתאים לתאונות דרכים למשל. "הגורם ברשלנות למותו של אדם והתקיימו בו כל אלה דינו מאסר 5 שנים – א. בהתנהגותו סטה העושה במידה ניכרת מהתנהגות סבירה בנסיבות העניין(=התרשלות רבתי) והוא מודע להתנהגות זו. ב. התנהגותו מהווה הפרה של דין".

**סיכום:**

כיום יש רצח(בעיקר בכוונה תחילה), הריגה שכוללת גם קלות דעת וגם כוונה ברף הגבוה שלה וגם גרימת מוות ברשלנות. החלוקה היא ל-3 סוגים של עבירות המתה. ההצעה עושה שינוי משמעותי וקובעת את סוגי העבירות הבאים:

1. סעיף הרצח החדש מדבר על רצח בכוונה או באדישות כשהעונש הוא מאסר עולם לא חובה.
2. העבירה השנייה – רצח בנסיבות מחמירות. יש 13 נסיבות שבהן הרצח הופך חמור יותר ושם העונש הוא מאסר עולם חובה. למעט סעיף קטן 1(שקשור בכוונה תחילה) כל העבירות מסתפקות באדישות.
3. המתה בנסיבות של אחריות מופחתת- דומה לסעיף 300א עם שינויים – נושא הקינטור וחזקות האדישות. בנוסף, אם יש סיטואציה של המתה בה מתקיימים גם נסיבות מחמירות וגם נסיבות מחמירות ההרשעה תהיה בהמתה הקלה יותר אך יהיה ביטוי לנסיבות המחמירות בעונש.
4. המתה בקלות דעת- עונש של עד 9 שנות מאסר.
5. המתה בהתרשלות רבתי.
6. גרימת מוות ברשלנות.
7. המתה בהסכמה.

**סעיף 298 – הריגה:**

"הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם יואשם בהריגה ודינו מאסר 20 שנה". זה משפט אחד שמכסה התנהגויות רבות. העונש הוא מ-0 ל-20, אין כאן הגבלה או עונש מינימום. המחשבה הפלילית הנדרשת היא מחשבה רגילה.

**סעיף 304- גרימת מוות ברשלנות:**

"הגורם ברשלנות למותו של אדם דינו מאסר 3 שנים". כשהמקסימום הוא 3 שנים, זה דבר שמעיד על היחס לרשלנות.

דגשים למבחן:

* עיקרון החוקיות, עיקרון הסימולטניות.
* יסוד עובדתי – הבחנה בין התנהגות לתוצאה, לדעת לנתח את סעיף העבירה. יש עבירות מיוחדות שנקראות עבירות מיצב ועבירות החזקה(נשמעות כאילו אין בהן התנהגות אבל יש).
* קשר סיבתי בעבירות תוצאה.
* עבירות מחדל.
* יסוד נפשי- דורש הרבה דיוק. בעבירות של מחשבה פלילית המדד הוא סובייקטיבי בלבד.
* נגזרות – ניסיון, צדדים לעבירה, חרטה והוראות משותפות(אחריות לעבירה נגזרת).
* סייגים – כשרות(גיל), אי שפיות, היעדר שליטה (= 3 תנאי סף לכניסה לאחריות פלילית), שכרות. סייגי אילוצים – הגנה עצמית, צורך וכורח – הזכרנו אך לא למדנו. צידוק – לא למדנו בפני עצמו. סעיף 34 יד- כניסה למצב בהתנהגות פסולה – למדנו.
* טעות במצב עובדתי וטעות במצב משפטי.
* "ונגזרותיה" – לדון בחלק של כל אחד מהדמויות בעבירה, האם הוא מבצע/מסייע/משדל, האם היה רק ניסיון.