**דיני עונשין – קרן שפירא אטינגר**

**יום רביעי 27.2.13**

שם המתרגלת – אלירז.

ישנם חומרים לקריאת רשות וחומרים לקריאת חובה. בקריאת חובה יש להבחין בין טפל לעיקר בכל פס"ד. קריאת רשות הם פסקי דין הנותנים העשרה מעבר ויכולים לשמש מצע לשאלות בבחינה.

מבנה הקורס => מבחן בסוף השנה 80% עם ספרים סגורים וחוק העונשין. יהיה צריך להראות הבנה של החומר. יהיו שאלות על החומר וכן שאלת מחשבה משפטית מקורית. אחת השאלות תהיה שאלת כיתה –אחת השאלות בבחינה היא שאלה על דיון שהתפתח בכיתה. מעבר לזה יהיו שני בחנים, כל בוחן הוא על שלושת השיעורים שקדמו לו. בוחן קצר, תמציתי, אינפורמטיבי. כל בוחן הוא 5% מהציון הסופי. בנוסף ישנה עבודה אחת שמשקלה היא 10% מהציון הסופי. העבודה היא סוג של אירועון, כמו בבחינה, שנצטרך לנתח. החומר לעבודה הוא חומר שלא ילמד בכיתה לפני.

אחת הבעיות הקשות ביותר במשפט הפלילי היא שקשה מאוד להוכיח דברים. למשל בעבירת רצח קשה להוכיח שאדם התכוון לרצוח.

המשפט הפלילי הישראלי מתחיל מהמנדט הבריטי. הכל מתחיל מנקודת החוק הפלילי בשנת 1936 שמקבלת נוסח חדש בעברית. חוק העונשין 1977 הוא בעצם המתכונת החדשה של פקודת החוק הפלילי 1936 הישנה.

לאורך כל השנים לא נכנסים שינויים משמעותיים לחוק העונשין עד למהפכה הגדולה "תיקון 39 לחוק העונשין" ששינה לחלוטין את פני השפט הישראלי. תיקון זה נחקק בשנת 94 ונכנס לתוקף בשנת 95 והוא משנה את מה שמכונה – החלק הכללי של החוק הפלילי.

חוק העונשין בנוי מחלק כללי (שאותו צריך לשנן) שכולל את הסעיפים הראשונים ועונים על השאלה – מה צריך לעשות ולהוכיח בבית המשפט, הכללים העקרוניים. שאר חוק העונשין נראה כמו תפריט של עבירות – העושהX דינו Y.

החקיקה הפלילית לא מרוכזת אלא מתפזרת על כל החוקים – כמעט בכל חוק יש פרק הנקרא ענישה והוא קובע את העונש לעבירה הספציפית, בין אם זה קנס או עונש מאסר (מעבירת בניה, חניה ועד לרצח).

יש לשים לכך שגם אם עבירה מסויימת נותנת עונש מאסר של נניח 3 שנים, ה3 שנים הם המקסימום ולעיתים נדירות יקבל העבריין את המקסימום בחוק. כמו כן קנס המשולם במסגרת הליך פלילי יגיע לקופת המדינה.

**יסודות העבירה / תנאים להרשעה:**

**התנהגות בשליטה המלווה מחשבה פלילית הגורמת תוצאה מזיקה שלא כדין.**

* **שלא כדין =>** מדבר על עקרון החוקיות שהינו כלל מאוד חשוב במשפט הפלילי, הוא לא סתם סעיף1 לחוק העונשין אלא בעצם העיקרון ההפוך מעקרון חוקיות המנהל. **אין עונשין אלא אם כן מזהירים!**

עקרון חוקיות המנהל – לרשות המנהלית יש צורך להראות אסמכתה לכך שמותר לה לעשות משהו. לעומת זאת לבני אדם מותר לעשות כל דבר אלא אם כן ישנו איסור בחוק.

עקרון החוקיות אומר שלא מענישים אלא אם כן יש עבירה הכתובה בחוק. מה קורה אם מתגלה התנהגות בוטה, פסולה מבחינה מוסרית שאין עליה עבירה?! למשל אין בארץ איסור על קניבליזם. אם נמצא?! מה נעשה עם הקניבל?! הרי החוק מטרתו להרתיע בפנינו על דברים אסורים ולא יעיל לאפשר חקיקה רטרואקטיבית. יתר על כן במשפט פלילי ישנו איסור על חקיקה רטרואקטיבית. אם נאפשר פרשנות יצירתית ונסכים להכניס כל מיני התנהגויות שלא היו אסורות לתוך איסורים פלילים נסכן את הרעיון של עקרון החוקיות. כמו כן ישנו איסור על הרחבת החקיקה. החוק היחיד שכן נחקק באופן רטרואקטיבי הוא חוק עשיית הדין בנאצים ועוזריהם.

דרך אחת להתמודד עם הבעיה היא לחוקק חוק שמלכתחילה הוא רחב כמו מרמה והפרת אמונים אשר לא אומר באופן חד משמעי מה זה הפרת אמונים אלא קובע זאת לאחר מעשה. דבר זה פוגע בעקרון חוקיות.

מה שיקרה בפועל זה שהראשון שיעשה עבירה מסויימת יהיה "פטור", לאחריו תהיה חקיקה שתעניש את הבאים בתור.

* **התנהגות=>** בבסיס כל עבירה פלילית צריך להיות מעשה אסור. החוק צריך להגדיר לנו מה המעשה שאסור לעשותו (לרבות מחדל). אפשר להעניש גם על אי עשייה בתנאי שיש לנו חובה לעשות לפי כל דין או חוזה. זהו החלק הגלוי של האיסור הפלילי. כמו ברוב העבירות, היסוד העובדתי, במקרה זה ההתנהגות, הוא העניין המרכזי. בחוק הפלילי ישנו איסור על תופעה שיש לה גילוי חיצוני כאשר הרעיון הוא שאין עונשין על המחשבות שבלב – עד שלא התחלנו לבצע החוק לא יוכל להעניש אותנו.

מחדל זה 0 עשייה, אם מוטלת עלי חובה מכוח כל דין או חוזה לעשות משהו אי העשייה יכולה להיות עבירה פלילית. **כל עבירה כתובה אפשר לבצע בדרך של מעשה או מחדל, גם אם היא נראית מאוד אקטיבית!**

למשל על הורים יש חובה לדאוג לילדיהם הקטינים, הורה שלא ידאג יכול להיות מורשע בעבירות אקטיבית, גרימת מוות ברשלנות או תקיפה למשל. התנאי הוא להראות מקור לחובת עשה. ישנן עבירות שהן עבירות מחדליות - עבירות שמחייבות אותנו לעשות דברים. הן חריגות בנוף של המשפט הפלילי שכן בד"כ המחוקק לא נוהג לצוות עלינו להתנהג באופן מסויים אלא אוסר עלינו לעשות דבר מסויים. למשל מניעת פשע – ישנן מקרים שאומרים לנו שעלינו להתערב במקרה ולעשות מעשה. המשמעות היא שהחירות שלנו כאזרחים נפגעת. הבעיה המרכזית היא להוכיח מחדל, להוכיח שאדם התכוון לא לעשות כלום, איך לומדים מ0 מעשה?! לכן עבירות של מחדל הן עבירות מאוד קשות להוכחה ולהסקת מסקנות.

חלק מהיסוד העובדתי יכול להיות **נסיבות** – כל דבר שלא תלוי במבצע העבירה אך הוא תנאי להתגבשות העבירה. יש עבירות בהן יש תנאים שצריכים להתקיים על מנת שתהיה עבירה (אי ציות לתמרור עצור – העובדה שישנו תמרור עצור מלכתחילה היא לא תלויה במבצע העבירה).

* **תוצאה מזיקה =>** גם זהו חלק מהיסוד העובדתי. לפעמים המחוקק רוצה לאסור גם על שלב מקדמי שהינו פוטנציאל לסכנה ולכן לפעמים ההתנהגות עצמה תהיה מניעת התנהגות היכולה למנוע נזק מסויים (כמו איסור על נשיאת נשק) וזאת למרות שבהתנהגות עצמה אין נזק אלא פוטנציאל לנזק. רוב העבירות הן עבירות התנהגותיות הבאות למנוע פוטנציאל של סכנה ולא דווקא עבירות של הנזק הנגרם עצמו. יש עבירות שהן עבירות תוצאתיות שאוסרות גם על תוצאה מזיקה. תקיפה למשל היא עבירה התנהגותית, תקיפה שגורמת חבלה היא תקיפה תוצאתית עם עונש יותר חמור משום שלא רק שתקפתי גם גרמתי נזק.
* **הגורמת=>** מדובר על עבירות תוצאתיות ולא עבירות התנהגותיות. אך ורק בעבירות האלו יש צורך להוכיח קשר סיבתי, שאותה עבירה ה היא זו שגרמה לתוצאה המזיקה. מאוד חשוב לנו להבין בין עבירות התנהגותיות לבין עבירות תוצאתיות משום שבעבירות התנהגותיות אנחנו לא צריכים להוכיח קשר סיבתי.

**הקשר הסיבתי במשפט הפלילי מורכב משני מבחנים –**

**(1) מבחן עובדתי** (הסיבה בלעדיה אין) ההתנהגות היא זו שגרמה לתוצאה המזיקה.

למשל, עבירות ההמתה, עבירות מיוחדות האוסרות על תוצאה מסויימת מבלי לפרט על התנהגות שהובילה לתוצאה. בעבירות שכאלו צריך להוכיח שההתנהגות המסויימת היא זו שגרמה לתוצאה שמת אדם ולא דבר אחר. הקשר הסיבתי העובדתי ינסה לתת תשובה גם על מקרים שבהם ישנם שני נזקים – נניח שאדם נודד במדבר ואדם X מנקב לו המימייה ואילו אדם Y מרעיל אותה. מי אשם?! אם יש שני גורמם חלופיים וכל אחד יכול להביא למוות כל אחד מהגורמים יבקש לטעון שאין קשר סיבתי עובדתי. אנחנו נתקלים בזה הרבה בעבירות של תקיפות משותפות בהן כמה אנשים מכים אדם אחד.

**(2) המבחן המשפטי** אומר לנו כי ישנם אלפי גורמים שאיפשרו להגיע למצב שבו א' יורה ב-ב' ואין זה הגיוני להאשים את כולם ולכן יש לצמצם את האחריות. הקשר המשפטי מדבר על המרכיב הערכי, נורמטיבי שאומר מה צריך אדם סביר לצפות בנסיבות העניין. המבחן המשפטי מדבר על מי מהגורמים שעליהם אנחנו יכולים להטיל את האחריות אנחנו רוצים להטיל את האחריות.

* **בשליטה =>** קבוע בסעיף 34(ז) רבתי. העניין לא קשור לאי שפיות אלא הכוונה היא שאנחנו רוצים להגיד שהעבירה נעשתה בשליטתו של מבצע העבירה על מנת שנוכל לקשר את העבירה אליו. אי שליטה למשל הוא מקרה של אדם שנעקץ ע"י דבורה ולכן סטה ממסלולו ודרס מישהו – הסטיה היא לא בשליטתו אלא תגובה פיזית של עקיצת הדבורה. דוגמא נוספת היא כאשר א' לוקח את ידו של ב' ומכה את ג'. ידו של ב' היא כלי התקיפה אך ההתנהגות היא לא בשליטת ב' אלא התנהגות שבשליטת א'.
* **מחשבה פלילית=>** היסוד הנפשי של העבירה. העיקרון הוא שעבירה פלילית נעשית מתוך מחשבה פלילית. אנחנו לא מענישים רק על ביצוע המעשה האסור, אנחנו מענישים אנשים שביצעו את היסוד העובדתי מתוך המחשבה הפלילית. זה הנימוק להטלת עונש – האדם הזה גילה בהתנהגותו שהוא רוצה לפגוע בערך שמוגן בעבירה. זה לא מעשה בעלמא זה מעשה מתוך רצון לפגוע. ככלל, אין עבירה בלי מחשבה פלילית. ישנם שני חריגים – רשלנות ואחריות קפידה שבהם אפשר להרשיע גם אם אין מחשבה פלילית. הן העבירות הפחות חשובות במשפט הפלילי שכן הן מוגבלות בעונש.

סעיף 20 לחוק העונשין קובע מהו המחשבה הפלילית היסודית = מודעות לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה (התנהגות, תוצאה או לאפשרות קיומה של התוצאה ונסיבות אם יש).מספיק שלא תהיה מודעות לאחד הרכיבים כדי שלא תהיה אחריות לנאשם בעבירה. למשל, נאשם שלא העלה על דעתו ולא הייתה לו מודעות שישנה אפשרות שהתוצאה תקרה לא יורשע!

בעבירות תוצאתיות מצטרף גם רכיב חפצי. חוץ מזה שעל הנאשם לדעת שהמקרה יקרה עלינו לבדוק מה חפץ הנאשם שיקרה ואז נבחין בין קלות דעת, פזיזות (אדישות) וכוונה. רכיבים אלו הם מדרג של חומרה כאשר כוונה היא הדרגה הכי חמורה במשפט הפלילי ולה העונש החומר ביותר. המצב של קלות דעת מדובר על אדם שלוקח סיכון שהעבירה לא תקרה (מי שנוהג מהר). בכל עבירה שלא כתוב "במתכוון" מספיק להוכיח קלות דעת.

סעיפים 21-22 לחוק העונשין מדברים על רשלנות ואחריות קפידה. רשלנות זה חוסר מודעות לאחד מרכיבי העבירה. ישנן הרבה עבירות של רשלנות אך דבר זה צריך להיות כתוב במפורש בחוק. יש ויכוח גדול אם רשלנות צריכה להיות מטופלת במסגרת דיני העונשין.

אחריות קפידה רלוונטית בעבירות קלות הנקראות הסדר שכן הן באות להסדיר את העניינים בחברה. כאן אנחנו מטילים את האחריות על פי היסוד העובדתי בלבד! במקרים כאלו יש חזקה הניתנת לסתירה שהיסוד הנפש נובע מהיסוד העובדתי עבירות כאלו הן עבירות שקל להרשיע בהן.

אם נפתח את חוק העונשין נראה שברוב העבירות מפורטים רק היסוד העובדתי ולמרות זאת זה לא אומר שאין צורך להוכיח את שאר מרכיבי העילה! אלא אם כן נאמר בפירוש אחרת ברירת המחדל היא תמיד מודעות.

* **מלווה=>** דרישת המזיגה או הסימולטניות. שואלים מה היחס בין ההתנהגות למחשבה הפלילית. הדרישה היא שהיסוד הנפשי יוליד את היסוד העובדתי כלומר שמתוך מחשבה פלילית ביצעתי את המעשה האסור.

פס"ד גממא מדבר על אדם שחנק את בת זוגתו והשליך אותה לבאר. כשמצאו את הגופה הסתבר שהיא לא מתה מחנק אלא מטביעה והסנגור אמר כי אין מזיגה – כשהוא רצה להרוג אותה הוא חנק אותה ולא הצליח, היא מתה כשהוא חשב שהוא נפטר מהראיות ובשלב זה לא הייתה לו כוונה להרוג אלא להיפטר מהראיות ולכן יש ניתוק בין המחשבה הפלילית לייסוד העובדתי. הסנגור אומר כי על הנאשם להיות מורשע בניסיון להרג. טיעון זה לא התקבל.

הכלל הוא שעלינו להראות שהמעשה האסור נובע מהחשיבה הפלילית! מתי לא תהיה מזיגה? אדם הנוהג ברכב וחושב על איך להרוג את השכן המרגיז שלו. כתוצאה מחוסר זהירות בנהיגה הוא דורס הולך רגל ומסתבר שזהו השכן. המקרה זה המעשה העובדתי לא נבע מהמחשבה הפלילית והמקרה לא יביא להרשעה.

לאחר כל זה יכול להיות מצב שבו מעשה נכנס לקטגוריה אך האדם לא יענש שכן יש סייגים. למשל הגנת הכורח.

**יום שני 4.3.13**

***מהן מטרות המשפט הפלילי? איך אנחנו רוצים להבנות אותו? מה אנחנו רצים להשיג באמצעותו?***

**ע"א פלונית נגד מדינת ישראל**

המערערת החלה לסבול מהפרעות נפשיות בהיותה בת 14 במהלך שירותה הצבאי החלה לסבול מהפרעות ואושפזה בבית חולים לחולי נפש ושוחרה מצה"ל. המערערת התחתנה ואף נכנסה להריון תוך שהיא סובלת מחרדות ואף ניסתה להתאבד. המערערת ילדה ובתינוק יפלה אימה תוך שהיא בדיכאון קליני. הרופא המליץ לה לא להכניס שוב להריון אך זו עשתה זאת, טיפלה בתינוק היטב אך בסופו של דבר התרגשה מבעלה דבר שהחמיר את מצבה. בעלה הגיש נגדה תלונה למשטרה בחשש כי תפגע בשני ילדיהם בסופו של דבר המעררת בעצמה ביקשה טיפול ואשפוז וכן חששה בעצמה שתפגע בתינוקה. למרות פניותיה היא לא נענתה ובסופו של דבר לאחר שלא הצליחה להרגיע את תינוקה היא זרקה אותו מהחלון וזה נהרג.

האם נעניש או לא נעניש אותה? האם נכניס אותה למוסד?

**מהם המניעים לענישה?**

1. **גמול=>** הרעיון של גמול הוא הרעיון הוותיק ביותר בתולדות העמים. הוא הבסיס לכל שיטות המשפט הפלילי המוכרות. התפיסה של מה שהמשפט הפלילי עושה הוא גומל לעבריין כגמולו יש לה ביסוס בגישה דאונטולוגית כלומר בתפיסת עולם שמבוססת על ערכים מוסריים והכרה בחובות מוסריות של בני אדם.

אחד האנשים שמדברים על זה בצורה הכי ברורה הוא עמנואל קנט והציוויים הקטגורים. קנט ניסה באופן מאוד כללי ושטחי לשאול את השאלה – איך בני אדם צריכים להתנהג?! הוא אומר כי הם צריכים להתנהג על פי כלל שהם רוצים שיהיה חוק כללי, שיחול על כולם. יש לו חמישה ניסוחים הזהים לציווי הקטגורי (בסיס המוסר הפלילי) שכל אחד יכול לצקת בו את הכללים שלו. המתודולוגיה שלו היא ללא תוכן פנימי אלא שהתוכן מתמלא לפי עולמו של אותו אדם (דת, חוקי הטבע ועוד) קנט חשש שגישתו תביא לזוועות שכן ערכים מוסריים בין אדם לאדם הם שונים, לכן הוא אילץ את הציווי הקטגורי שלו והוסיף דבר אחד שיתקיים תמיד והוא שהאדם יהיה בבסיס, בתכלית, במרכז ולעולם לא ישמש אמצעי להשגת מטרות אחרות. לפי תפיסת עולמו להוסיף עונש לאדם מעבר למה שמגיע לו כדי להרתיע אחרים (הרתעת הרבים) הוא פסול.

**בעצם גמול והרתעת הרבים הם שני טעמים מנוגדים אחד לשני כאשר מדובר בסיבה לענישה.**

אז איך נעניש לפי קטגוריית הגמול?! קנט יגיד כי מתוך הציווי הקטגורי נשים עקרון על וממנו נגזור את העבירות הפליליות ומכאן את העונשים לכל עבירה. כאשר ניצור מערכת כזאת נספק גם אזהרה לאנשים מה אסור לעשות וגם נסביר למה הם נענשים – כי הם הפרו את שיווי המשקל המוסרי בעולם.

העונש אם כן בשיטה זו היא להשיב את האיזון המוסרי, להחזיר את שיווי המשקל כאשר מידת העונש תהיה בדיוק באופן שהולם את הפגיעה. הדבר שונה מהנקמה שאנחנו מכירים במקור הסמכות שהינו המדינה שאוסרת על נקמה ובאה במקום הנפגע. העובדה שהמדינה הא זו המתייצבת מול הפוגע מנטרל במידה רבה את היכולת והרצון של הפרט לנקום. המטרה היא ליצור ענישה כסוג של גמול חברתי שגם יביא לידי ביטוי פורקן לרגשות הקורבן אבל אך ורק בתוך המסגרת של ענישה חברתית כאשר העונש ניתן לאדם כחלק מהחברה שהוא חי בה.

מה נעשה בחברה שהיא רב תרבותית?! לא כל מה שמוסרי בעיני יהיה מוסרי בעיני אחרים. הרי אין לנו תתי משפט פלילי לסוגי חברות. איך ניצור משפט פלילי שישקף את עולם הערכים של כלל החברות באותה מדינה?! אם ניקח למשל את רצח על כבוד המשפחה – מה נעשה אם יש לנו נגזרת משמעותית מהחברה הישראלית שבתרבותה יש הבנה או אפילו חובה מוסרית במקרים מסויימים על בני משפחה להרוג נשים שסוטות מעקרונות המוסריים של אותה חברה?! האם הם לא יואשמו ברצח?!

האם הערכים שמקובלים על הרוב הם הערכים שלפיהם נפעל?! אם החיים הם במרכז מה יותר מלהגן על נשים חסרות הגנה?! אך מצד שני עומדים אנשים שאומרים – זו התרבות שלנו!

**בסופו של דבר שיטת הגמול כופה ערכים מצד תרבות הרוב על התרבויות המיעוט באותה חברה.**

ביקורת נוספת על שיטת הגמול אומרת כי יש בה משהו מאוד פולשני. המדינה מטילה סנקציה על בני האדם שכן הם רעים מבחינה מוסרית, יש כאן שיפוט ערכי של האדם העומד לדין ושיטת משפט כזו היא הרבה יותר פוגעת משיטת משפט שתגיד יש להתנהג בצורה X במדינה ומי שיפר את ההתנהגות יענש.

שיפוט פלילי כזה שבו השופט מטיל כתם מוסרי על העבריין הוא פוגעני במידה לא רצוייה.

ישנו קושי בסיסי נוסף לשיטת הגמול והוא שלדעת המרצה השיטה עצמה לא אומרת הרבה. מה הפירוש להשיב את המאזניים ואת שיווי המשקל המוסרי!? איך עושים את זה?! מהו העונש שעולה מחומרת העבירה?! הרי אין שום הדרכה ל-כיצד לגזור את העונש ולמה. ישנו משהו מאוד מעורפל בניסוח של שיטת הגמול ואנחנו לא כל כך מבינים באיזה אופן אי ציות לכללים מפר שיווי משקל מוסרי ועוד יותר מה שקשה בעיני המרצה היא למה עונש מחזיר שיווי משקל מוסרי שהרי הוא לא מתקן שום נזק שנעשה, הוא לא מחיה מתים או משיב פיצויים.

במקרה שלנו המערערת נענשה וקיבלה 10 שנים כאשר השופטת אמרה שישנה בעיה במודעות שלא שהייתה, אך לא שלמה.

**מה בעצם שיטת הגמול אומרת לגבי המשפט הפלילי?**

* **התמקדות באדם, במעשה ולא בתוצאות, לא בנזק.** על פני הדברים אם באמת אנחנו מאמינים בתפיסת עולם גמולי נגיד כי מה שמעניין זה מה שהאדם עשה מתוך בחירה. מי שבחר באופן מודע לפגוע בערך המוגן בעבירה יענש ולכן נעניש רק אותם אנשים שעשו מעשה מתוך בחירה ללא רלוונטיות אם הצליחו או לא הצליחו לגרום לנזק. בתפיסת עולם זו מנטרלים את התוצאה. הדבר מוביל לרעיון שאומר שבמשפט פלילי צריך לנסות לנטרל את גורם המזל, באופן מאוד מעשי, על ידי השוואת דין הניסיון לדין הביצוע המושלם.

**סעיף 25** מגדיר ניסיון לעבירה כאשר הכלל הוא שניתן להרשיע אדם גם על ניסיון לבצע עבירה מסויימת. בעבר לפי תיקון 39 העונש של ניסיון היה מחצית העונש של העבירה המושלמת, שכן התפיסה לא נבעה מעקרון הגמול אלא מתוך תפיסת עולם שאומרת שהתוצאה היא חשובה ומי שמזיק יותר יקבל יותר עונש. מאז התיקון המשפט הפלילי הישראלי מושתת על גמול ואחד הביטויים החזקים הוא השמטת הסעיף שניסיון הוא מחצית מהעונש ולכן היום ישנו אותו דין למנסה לבצע את העבירה ולמבצע את העבירה המושלמת.

באופן מעשי לכאורה על כל העבירות ישנו אותו עונש למי שמצליח ולמי שלא מצליח אך בפועל זהו לא המצב. השינוי בחוק לא הוביל לשינוי מעשי בדרך ניתנת העונשים בבית המשפט. ראשית מבחינה פורמאלית הדבר היחיד ששופט מוגבל בו הוא לא להטיל יותר מהעונש שקבוע בחוק, פחות הוא תמיד יכול להטיל ולכן אין לו אילוץ בשאלה כמה יטיל והאינטואיציות המוסריות שאומרות שיש הבדל בין ניסיון לעבירה המושלמת באות לידי ביטוי.

* **התמקדות באדם ולא באחרים.** תוספת עונש מעל מה שמגיע לאדם כדי להתריע אחרים פסולה.

בהתחלה עיקר הדיון עסק בשלב שעד הכרעת הדין ועכשיו מתפתח במשפט הישראלי "הבניית שיקול הדעת"(סימן א' 1), פרק נוסף בחוק העונשין, שאומר שמותר להתחשב בשיקולים אחרים שאינם קשורים בביצוע העבירה (מניעה למשל). פרק זה מציב גם מדד לקביעת ענישה בניסיון ליצור אחידות בענישה.

* **סעיף 19** מדבר על העלאת החשיבות של רעיון המחשבה הפלילית בדיני עונשין. תפיסה זו הופכת היות חזקה משנת 95 בתיקון 39 שאומר כי עבירה פלילית מצריכה חשיבה פלילית ויסוד נפשי. תיקון זה מתמקד בבחירה של האדם לבצע מעשים אסורים, כלומר מודעות.

הבעיה היא שלשיטת משפט קשה בלי הסמכות להרשיע אנשים המבצעים מעשים בלי יסוד נפשי ולכן נראה בסעיף זה גם את החריגים – רשלנות ואחריות קפידה. החוק מנסה לצמצם אותם ולעשות סדר בהרשעה פלילית שאינה על בסיס מחשבה פלילית.

את הרשלנות ב**סעיף 21** החוק מצמצם רק לעבירות שהם לא מסוג פשע (כלומר רק לעבירות הקלות שהעונש בגינן הוא עד 3 שנות מאסר) וזו הגבלה חדשה על המשפט הפלילי.

אחריות קפידה היא אחריות עוד יותר קשה מבחינת הנאשם וקלה לתביעה. באחריות קפידה על התביעה להוכיח רק שהמעשה נעשה. ב**סעיף 22** נמצא את המגבלות - אפשר להטיל אשם באחריות קפידה אך לא ניתן להטיל מאסר אלא רק מאסר על תנאי ללא הרשעה לפחות ברשלנות.

איך אפשר להצדיק מטעמים של גמול עונש על מי שלא ידע?! נגיד כי על האדם ליצור אורח חיים כזה שהוא תמיד יהיה מודע למעשיו.

**למרות כל הניסיות להמציא וליצור שיטות חדשות, שיטת הגמול היא השיטה המובילה היום!**

**(2) הרתעת הרבים (תועלתנות)=>** כמו שאמרנו יש הרבה ביקורות על הגמול וישנו ניסיון לחפש דרך אחרת לענישה במשפט הפלילי. רעיונות אלו מתקבלים ע"י בנטהם ומיל באנגליה במאה ה19 בה מציעים מתודולוגיה שתנטרל את השיפוט הערכי, שתיצור כלל אחיד ואובייקטיבי (סוג של רציונליזציה של המשפט הפלילי). לתאוריה זו קוראים תועלתנות. ננהג בצורה שתביא למקסימום אושר לכלל בני האדם. קריטריון זה הוא יחיד וברור.

איך נעשה את זה?! נפנה לכלל בני האדם שידרגו את סולמות האושר שלהם. כאשר הרעיון הבסיסי הוא שכל אדם יוכל לסדר את סולם ההעדפות שלו לפי הערכים שלו הבאים לידי ביטוי בסידור הפנימי. ברגע שכולם קבעו את הסולמות שלהם נסכם את סולמות האושר ונראה איזה מעשה עשוי להביא לסך הפחתת האושר אצל בני האדם בעולם. יכול להיות מעשה שיגביר את האושר של אדם א' וב' אך יפחית את האושר של שאר החברה ולכן הוא יהיה פסול. מעשה שמעלה את האושר אצל רוב החברה יהיה מעשה טוב. תפקידו של המשפט הפלילי הוא לקבוע איזה מעשים יביאו להפחתת האושר בחברה, כלומר יורידו את מקסימום האושר לכלל בני האדם ותפקיד הסנקציה היא להרתיע כדי שאנשים לא יפחיתו את האושר בחברה.

מכאן מתפתחות הרבה שיטות שנקראות שיטות תוצאתניות. התוצאה היא בהחלט חשובה שכן עיקר העונש יוטל בשל התוצאה – התמקדות בנזק שהינו הפחתת האושר. לפי תפיסות כאלו כל אחד יוכל לעשות מה שהוא רוצה מלבד שלא יביא לתוצאה הסופית.

מכאן נראה כי יש חשיבות למחשבה הפלילית אך לא ברמה שראינו בשיטת הגמול שכן ניתן להרשיע רשלנים משום שהנטל הוא עליהם לעשות כל מה שהם יכולים כדי לא להזיק ועל אנשים רשלנים להיזהר יותר מאנשים אחרים.

**יום רביעי 6.3.13**

בסולמות אלו יהיה סדר אורדינלי כלומר אם א>ב ו – ב>ג אז כמובן ש – א>ג.

לא נכון להגיד שהתועלתנות היא בלתי מוסרית! התועלתנות אומרת שעל המוסר לא להגיע מכלל עליון אלא לפי המוסר שמנחה את חיי האדם שבחברה.

עבירת הרצח למשל לא נודעה לשמור על החיים אלא נועדה למנוע הפחתת אושר שכן ערך החיים חשוב מאוד לאותה חברה. במקרה זה מטרת הסנקציה היא לגרום לזה שאותו אדם ואחרים לא יעשו מעשים שהגורמים להפחתת האושר. במקרה זה האדם הינו אמצעי להשגת תכליות אחרות.

יתרון אחד הוא שבאמת יש ניטרול של מרכיב ערכי, כפיית הערכים היא לא בבסיס כמו בשיטת הגמול. הגמול מתחיל ומסתיים בערכים מוסריים הנבחרים על ידי החברה ותפקיד הסנקציה הוא להעניש אנשים שלא נוהגים לפי הערכים המוסריים. בשיטה התועלתנית מי שפשע הוא לאו דווקא אדם לא מוסרי אלא פעל בניגוד לתועלת האושר המצרפי. יש כמובן קשר לאכיפת ערכים משום שרוב החברה היא זו שתקבע את הערכים שיהיו בראש הסולם אך שום דבר אינו מחוייב והכל פתוח לדיון. אם גישת התועלתנות צמחה מביקורת על הגמול ואומרת שצריך לנסות לבטל את המרכיב הערכי בשיטת הגמול אז נוכל להגיד שזו נקודת התורפה של התועלתנות שכן במקרה זה נוכל להעלות על הדעת מצבים שבהם יהיה יעיל להעניש במקרים בלתי צודקים מבחינה מוסרית, כלומר כאשר האינטואיציות שלנו אומרות לנו שאסור להעניש.

למשל אינטואציה שלא ראוי להעניש חפים מפשע, אך אם בנסיבות מסויימות נראה כי מרתיע מאוד לתפוס מישהו ולהעניש אותו בחומרה למען יראו ויראו וכך למגר את התופעה, אז הביטחון של החברה יעלה על חשבון זכויות אותו אדם. הביקורת הראשונה על התועלתנות אומרת שהיא יכולה להביא למצבים קיצוניים וקשים מאוד. אחת הדוגמאות היא ויכוח בשנות ה50 של המאה הקודמת כאשר בעלות הברית שאלו את עצמם עד כמה ובאיזו מידה לנהל משפטים פלילים נגד הנאצים ועוזריהם. התעורר ויכוח האם יש להעמיד את האנשים האלו לדין כאשר העולם היה הרוס מבחינה כלכלית. הגישה התועלתנית אמרה כי הדבר מאוד יקר ולא נמצא גבוה בסולם הערכים ואין להעניש. הגישה התועלתנית תגיב לביקורת בכך שמי שמניח כך לא מבין את התחשיב הכלכלי של השיטה.

ביקרות נוספת על השיטה הזו היא שהיא בלתי ישימה שכן קודם כל אין לנו דרך לעבור בין כ-ל האנשים ולבקש את סולם הערכים שלהם וגם אם כן איך נקבע משהו אמיתי ונכון בנוגע לסולם הכללי?! איך נעשה את ההשוואה והמדידה?! הדבר קשה במיוחד לאור העובדה שמדובר בסידור אורדינלי ולא קרדינלי (לא שואלים כל אחד כמה שווה כל העדפה).

אחת התשובות לביקורות הללו, עוד במאה ה19, הייתה מעבר מתועלתנות פרטית לכללים, כלומר שלא נבדוק בכל מקרה מה מפחית את האושר בחברה אלא נשאל מה הכלל שפגיעה בו תפחית את האושר בחברה. כך, למשל, אם נחליט שהערך של שמירה על חיי אדם הוא ערך מאוד חשוב לאנשי אותה קהילה, ונאסור על המתת אדם, העבירה היא הכלל והיא תעמוד בתקופה גם אם יהיה מקרה מסויים ספציפי שבו תחשיב התועלת יראה שדווקא המתת האדם תעלה את האושר בחברה. במקרה זה אם תהיה הסכמת כללית של אותה חברה שלגיטימי במקרה זה להמית חיי אדם (המתת חסד למשל) עדיין הדבר יהיה אסור שכן הולכים תמיד לפי הכלל. (חשוב לציין שככל שנסכים ללכת אחורה, ככל שניצור כללים יותר כלליים, אנחנו נלך ונתקרב לגמול).

**סעיף 20(ב)** רבתי אומר כי עקרון הענישה הוא הלימה, כלומר עונש שהולם את העבירה ונסיבותיה כך שעל פני הדברים שיטת המשפט הישראלית עשתה בחירה לשיטת הגמול אך בפועל אנחנו שרואים שילוב של תכליות. שופטים הולכים עם כמה שיטות ולפעמים אפילו ביחד, בלי לשים לב להבדלים המשמעותיים בין השיטות השונות. בד"כ בעבירות קשות התמקדו בטרמינולוגיה גמולית, החומרה המוסרית שבעבירה, הנזק לקורבן ולחברה אך בעבירות אחרות המכונות עבירות הסדר הטרמינולוגיה תהיה הרתעתית.

* Mala in se – איסורים מקדמת דנא כמו רצח, אונס, תקיפה, העבירות הבסיסיות של המשפט הפלילי. בעבירות אלו הטיעונים יהיו גמולים.
* Mala prohibita – עבירות הסדר, קביעות לניהול תקין של החיים. במקרה זה הטיעונים יהיו הרתעתיים.

כמו שאמרנו פרק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה מדבר על מקרים בהם אפשר להתחשב גם בגורמים אחרים שאינם גמול. **סעיף 40 (ז)** רבתי, הרתעת רבים, ו**סעיף 40(ו)**, הרתעת יחיד, כאשר בשני המקרים ההגבלה היא שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם. לעומת זאת ב**סעיף 40(ה)** מדובר בהגנה על שלום הציבור ובו ישנה אפשרות לחריגה.

**הרעיון של מניעה כשיקול לענישה**

רלוונטי לסוגים של עבירות בהם יש תחושה חזקה בציבור שהמשפט הפלילי דרוש כדי להגן על הציבור מפני עבריין מסוכן. בארץ זה בא בעיקר לידי ביטוי בטיפול בעברייני מין. חוק "הגנה על הציבור מפני עברייני מין תשס"ו 2006" מחייב בתי משפט לקבל הערכת מסוכנות לגבי עברייני מין לפי מתן פסק דין או הוצאת צו אישפוז. יותר מכך, בתי משפט ראשיים להטיל אמצעי פיקוח ומעקב על עברייני מין שנקבעה מסוכנותם גם אחרי שיחרור ממאסר או מאישפוז. מדובר בעבריינים שכבר ריצו את חובם לחברה אך ישנו סיכוי שהם יחזרו ויסכנו את המדינה ואך ורק בשל עובדה זו מגבילים את זכויותיהם (איסור לגור במקום מסויים ועוד). הקושי הוא כזה שכן מצד אחד ברור לנו האינטרס הציבורי אך לא ברור מהיכן הכוח של החברה והמדינה להעניש אנשים שלא ביצעו עבירות רק מהחשש שיבצעו את העבירות, ובשל כך להגבילם.

בארה"ב למשל משנות החמישים קמו וועדות לבדיקת מסוכנות. הרעיון כולו הוא רעיון אמריקאי שבישראל קיבלו לאחר שארה"ב חזרה בה מהרעיון לאחר מחקרים אמפיריים שיצאו וביקרו באופן קשה את ועדה זו בשנות ה90. מחקרים אלו הראו שהוועדות הושפעו מגזענות והטיות אחרות, דיוק הניבוי היה מאוד לא מדוייק שכן רוב המוגבלים לא ביצעו את העבירה וכן הייתה שונות עצומה בהערכה של מוגבלים שונים לפי מקצועו של המגביל. השאלה המתבקשת היא למה רק עברייני מין?!

**(3) שיקום=>** רעיון זה נפל אצלנו שכן עיקר המחקרים מראים שעקרון השיקום לא עובד אצלנו אלא להיפך בתי הכלא הם בתי הספר הטובים ביותר לעבריינות כך שכליאה לא משקמת אלא משיגה את התוצאה ההפוכה. עדיין יש תוכניות שיקום וחלקן גם יעילות, בחלק מהמקרים מדובר על התמכרות לסמים, אלכוהול, אצל אנשים שיש טעם לתת להם השכלה, מקצוע ולהחזיר אותם חיים נורמטיביים בקהילה. שיקום יכול לבוא כנימוק בגזר הדין, כלומר נאשם יוכל לבקש מבית המשפט שיאפשר לו להשתתף בתוכניות השיקום בכלא ואולי אפילו בכך להפחית מעונשו. בניגוד למבוגרים יש יותר אפשרות לשיקום אצל נוער וילדים.

כרגע במסגרת הניסיון למצוא אלטרנטיביות למשפט בכלל מנסים להכניס הליכים של גישור במשפט הפלילי, הגישור מתבונן על העבירה לא כהליך אדברסרי שבין המדינה לנאשם אלא כעל קונפליקט בין אנשים. תכלית הגישור היא להשיג צדק מאחה שמשמר את כבוד העבריין ומונע במידת האפשר תיוג ובידול חברתי האמצעות הסכמה על דרך הפיצוי לקורבן ופיוס הקורבן. מטרת הגישור היא להעצים את הקורבן ולאפשר לו להתגבר על הטראומה. הרעיון המרכזי בגישור – conferencing, היוועדות בין העבריין והקורבן וליצור הליך שבו שותפים על הצדדים לעבירה: עבריין, קורבן והמדינה בתור נציגת הקהילה, וביחד הם דנים על הדרכים להתמודד עם הפגיעה ועם תוצאותיה. המטרה היא לא להעניש אלא לתקן את הנזק ולאפשר לפוגע ליטול אחריות אקטיבית על מעשיו.

**סעיף 79(ג)** לחוק בתי המשפט מאפשר להעביר הליך מבית משפט לגישור כאשר צריכים להתקיים שני תנאים–

1. הודאה של הנאשם במעשה
2. הסכמה של כ-ל הצדדים לתהליך שכזה

הגישור נותן חלופה להליך הפלילי הארוך והקשה כאשר המטרה היא לא להעניש אלא לאפשר מפגש של כל הנפגעים ורצון להוציא את כל הצדדים נשכרים.

**(4) הניתוח הכלכלי=>** הניתוח הכלכלי של המשפט נתן כללים עקביים מבחינת המצב המשפטי שמעבר לאינטואיציות או להגיון של סוכני המשפט. הניתוח הכלכלי מבקש לבחון את ההשפעה של יצירת כלל משפטי על חיינו ובכך הוא מאפשר להחליט אלו כללים משפטיים רצויים מבחינה נורמטיבית ומה ההשפעה של כללים קיימים על התנהגות אלו שכפופים לדין הפלילי. בעיקר משפיע הניתוח הכלכלי על קביעת אחריות ברשלנות ואחריות קפידה וגם בוחן את השפעת הענישה וניתוח עבירות. הנחות היסוד הן שהאדם הוא:

א. **רציונאלי -** כשאנחנו מדברים על ראציונליות אנחנו מתכוונים לאנשים הפועלים בדרך הטובה ביותר כדי להשיג את מטרותיהם, פיתוחים מאוחרים של הניתוח הכלכלי מאפשרים להכניס פגמים ברציונאליות (הטיות).

ב. **אנוכי -** כל אחד שואף למקסם תועלת אישית, שיקולים אישיים נכנסים בתוך סולם העדפות האישי (גם אם העדפה האישית היא רווחת הציבור עדיין נראה את ההעדפה כאינטרס אישי).

ג. **פועל על בסיס מידע שלם –** קיימת זרימה חופשית וללא עלויות של מידע שמאפשר לכל אחד להבין את המעשים שלו והתוצאות הצפויות מהן.

נקודת המוצא אומרת שכולנו יכולים לשים תווית של מחיר על ההעדפות שלנו. כמה הייתי מוכנה לשלם על מנת ש…לא ישדדו אותי, לא יהרגו אותי ועוד. השיטה אינה בלתי מוסרית אלא פשוט מאוד אנו לוקחים את סולם ההעדפות והופכים אותו לקרדינלי ובכך נוכל להשוות. לעיקרון זה קוראים בד"כ **עקרון קלדור היקס – נמדוד את סך כל האושר אך מקסום האושר נמדד בערכים כספיים.**

מה פירוש מקסום תועלת / אושר?! אמרנו שאדם פועל כדי למקסם רווחה אישית בהתאם להעדפות סובייקטיביות. ההעדפות הן לעולם עניין של טעם אישי והן משקפות סולם ערכים אינדיוידואלי. התועלות האישיות הניתנות לעיצוב על סולם העדפות, כלומר הן אורדינליות, אפשר לעשות אותן בסדר. שימוש בכסף מהווה גורם מתווך להשוואה בין תועלות כאשר ההנחה היא שכל אחד יכול להקצות כמות של כסף לכל תועלת ובכך לכמת כל תועלת ולאפשר השוואה קרדינלית בין תועלות. הכסף הוא רק אמצעי להארכת התועלות ולא תועלת בפני עצמה, כלומר אף אחד לא יכול לכתוב בסולם הפרטי שלו כי הוא רוצה להיות עשיר אלא יש לשאול אותו מה הוא רוצה להשיג עם הכסף, מה התועלת שלו.

**עקרון קלדור היקס**

מקסימום תועלת לסך כל בני האדם, שיפור קלדור היקס בחלוקה חל במצב בו אלו שמשפרים את מצבם יכולים באופן תיאורטי לפצות את אלו שמצבם הוא רע באופן כזה שמצבם של האחרונים לאחר הפיצוי ישתפר או לא ישתנה.

לדוגמא: קביעת עבירה של פגיעה בדת משפרת את אלו היכולים להיפגע בשל אותה עבירה ואלו שהעניין לא רלוונטי לגביהם, מצבם לא ישתנה או ישתנה לרעה אבל קצת, ופחות משיפור המצב של אותם אנשים שמצבם שופר. דבר זה מאפשר סבלנות לגבי ערכים שחשובים למיעוט אבל לא פוגעים בכלל.

הבעיה הבסיסית בעיקרון זה הוא שמאוד קשה להפעיל אותו בעבירות הקלאסיות של המשפט הפלילי ולכן הוא חל בעיקר שמצבם של רשלנות ואחריות קפידה. עוד עניין הוא שכל אחד מגדיר את כמות הכסף בדרך אחרת וסכום כסף שיש לאחד להשקיע הוא לא כמו אחר. בעיה נוספת היא ההנחה שאנחנו אדישים לסיכונים, מה הכוונה?! אדישות לסיכון אומרת שככל שיש לנו יותר כסף התועלת שלנו גדלה ובאותו ערך כלומר שאם נעריך משהו ב200 שקל במקום 100 שקל הדבר יהיה שווה לאם נעריך משהו ב1,200 במקום 1,000.

בפועל הדבר לא נכון שכן תוספת של כסף לא מביאה לתוספת של תועלת בקצב קבוע משום שאותו אדם שיש לו רק 100 שקלים ונוסיף לו 100 שקלים ערך ה100 שקלים לא יהיה שווה לאותו אדם שיש לו מליון שקלים ונוסיף לו 100 שקלים.

 **U - תועלת**

 **M - כסף**

בסופו של דבר רוב בני האדם לא אדישים לסיכון אלא שונאי סיכון ועקומת התועלת שלהם היא:

גרף זה מראה לנו שככל שכמות הכסף גדלה גם התועלת גדלה אך קצב גידול התועלת הולך ופוחת (תועלת שולית). במילים אחרות, שונאי סיכון הם מי שמעדיפים הסתברות גבוהה לרווח נמוך על פני הסתברות קטנה לרווח גבוה. העניין נובע מחוסר הרצון לאבד את הכסף הראשוני המאפשר לנו לשרוד, לקנות מזון, בית, בגדים ועוד. אנשי חוששים להיות במצב שלא יהיה להם כסף לצרכים הבסיסיים שלהם והכסף הוא הרבה יותר חשוב מזה שבא אחריו ופחות חשוב לנו להפסיד אותו.

מיהו אם כך מחבב הסיכון?! מי שפועל הפוך ומעדיף הסתברות נמוכה לרווח גדול על פני הסתברות גבוהה להפסד קטן. רוב האוכלוסייה לא מתנהגת ככה אלא מגנה על עצמה. ביטוח למשל הוא דרך לדאוג לכך שלא נשאר חסרי כל.

אם נסתכל על עבריינים בהקשר הזה, שעוברים על החוק ובמידה ונתפסים מתקרבים מאוד קרוב לנקודת האפס, הרי שהם מאבדים את הרווח הראשון שלהם! לכן נגיד שעבריינות היא תופעה אחרת. בהתחלה אמרו כי עבריינים אינם רציונאליים והינם אפילו מחבבי (אדישי) סיכון אך בפועל הדבר לא כך.

בפועל כולנו עבריינים במובן מסויים. כמו למשל תשלום על חנייה – בתל אביב שנדע כי נקבל דו"ח נשלם קנס בעוד שבמקומות קטנים שאין פקחים לא נשלם.

מי שהסביר את התופעה הזו היה קלמן שאמר כי כאשר אנחנו מדברים על הפסדים אנשים באופן כללי הופכים להיות מחבבי סיכון בדיוק מאותו שיקול שאומר שמה שחשוב לי זה הקרבה לכסף הראשוני ולכן עבריינים לא שונים מהאוכלוסייה הכללית. את עיקר העונש עושה השנה הראשונה בכלא שכן האדם מאבד את כל מה שחשוב לו, אז נכון שכל שנה בכלא היא מזיקה אך ההבדל בין השנה ה15 וה16 הוא לא כמו השנה הראשונה והשניה בכלא, ההתחלה גורמת את עיקר הנזק, היא קשה והמזיקה ביותר על רוב האנשים ולכן אנשים יעשו הכל כדי לא להיות בכלא. אנשים יעשו עבירות אם הם חושבים שהם לא יתפסו, מי שחושב שהוא יתפס לא יבצע את העבירה ולכן הוא לא רואה בדבר סיכון, הוא לא מוכן להמר על הכסף הראשוני. מכאן נבין כי הגברת האכיפה של העבירות הפליליות היא חשובה הרבה יותר למיגור הפשיעה מהעלאת רמת הענישה שכן רוב האנשים ששוקלים לבצע את העבירות חושבים שהסיכוי שיתפסו היא הרבה יותר נמוכה.

**יום שני 11.3.13**

כמו שאמרנו, אנחנו יכולים להסיק כי בהינתן תקציב סגור (תמיד יש תקציב מוגבל) בד"כ הגברת האכיפה יותר יעילה מהעלאת רמת הענישה.

**נוסחת בקר**

בכל נקודה יש לבחון האם כדאי להוסיף השקעה שולית באכיפת החוק, כלומר בהגדלת סיכויי התפיסה, או להשקיע בהעלאת רמת הענישה. נוסחת בקר מחפשת את הרמה החברתית האופטימלית להשגת הרתעה ומסבירה בעצם למה באופן עקרוני אי אפשר להדביר את הפשע.

ניקח דוגמא של גנבה שבו אדם פורץ לבית. א' רוצה לפרוץ לביתו של ב' כדי לגנוב ממנו אייפון. הפורץ לא יכול לשלם את ה4,000 שקל שעולים לקנות אייפון ולכן הא מסתכן בפריצה כאשר הוא מנסה להוזיל את עלות האייפון עבורו (עדיין תהיה לו עלות שכן יהיו עליו להצטייד לגניבה, לשלם לפריצת האזעקה ועוד) גם לב' יש עלויות שכן הוא ירצה להתגונן ואולי הוא ישקיע באזעקה, בביטוח, בחברת שמירה, בסורגים. בנוסף לפשע עצמו, לעבריינות עצמה, יש עלות. על פני הדברים נוכל לשאול למה שהניתוח הכלכלי יתעסק בכלל בעלות הגניבה?! הרי ישאר לנו בכל מקרה אייפון אחד רק שהוא עובר מא' לב'. הבעיה בעבירת הגניבה מנקודת המבט של קלדור היקס היא שאם היא רק מעבירה חפצים ממקום למקום היא לא עושה שום דבר בעולם. אם מוציאים שיקולי גמול החוצה והכלל היחיד הוא קלדור היקס (מקסימום תועלת לכל בני האדם) נשארנו עם אותו מצב בדיוק. על פני הדברים נראה לנו שפשע לא משנה את מצב התועלת בעולם אלא רק משנה את המצב מהקורבן לעבריין, אך בחקירה עמוקה יותר נראה כי לעבריינות יש עלויות ועלינו להביאם בחשבון – את העלויות לפורץ כדי להשיג את האייפון, את העלויות לקורבן המתגונן מפני העבירה והתשובה לשאלה מדוע המשפט מתערב היא שבד"כ הרווח לעבריין יהיה נמוך מהנזק לקורבן.

מכאן שפשע הוא פעילות יקרה ומטרת המשפט הפלילי היא לצמצם את תוצאותיו. הדרך לעשות זאת היא באמצעות איום על העבריינים בענישה. כלומר איום בקנס, במאסר ואפילו בהוצאה להורג. מכאן המכניזם שבאמצעותו המשפט מצמצם את עלויות הפשיעה הוא הרתעה, אך גם להרתעה יש עלויות. בשל העובדה שישנה עלות להתרעה לא נצליח לחסל לעולם את העבריינות, שכן לפעמים העלויות של ההרתעה יהיו יותר גבוהות מעלות העבירה ולא ישתלם לנו להוציא את עלויות אלו.

בהיעדר משפט שכזה התוצאה תקבע לפי שאלת היעילות – יהיה משא ומתן בין הפורץ לקורבן לגבי מחירו של אותו המוצר (כאשר אותו פורץ ירצה למכור לאותו קורבן את המוצר בחזרה).

**לרנד הנד**

על פי עקרון לרנד הנד התנהגות בלתי כלכלית היא התנהגות שיש בה הוצאות חיצוניות. מטרת המשפט הפלילי היא להפנים הוצאות חיצוניות והוא עושה את זה באמצעות איום בסנקציה במקרים שבהם תוחלת התועלת הנזק עולה על תוחלת התועלת.

ניקח את הדוגמא של המפעל המזהם בדיני נזיקין נראה כי יהיו מקרים בהם יהיה שווה למפעל לזהם גם אם הוא יצא רשלן. למה שמהשפט יתערב פה?! לרנד הנד קבע את העקרון אומר שיש לבדוק את תוחלת הנזק מול תוחלת התועלת. ניקח מקרה שהתועלת לבעל המפעל מהפעלתו היא פחותה מהנזק המפעל גורם לסביבה. אם לא יהיה משפט בעל המפעל יסתכל רק על המפעל שלו והמאזן הפנימי וימשיך להפעיל את המפעל בעוד שהאנשים בסביבה ימשיכו לסבול, כאשר לכל אחד יש נזק קטן המתאחד לנזק גדול. הוצאות המלחמה לכל ניזוק יהיו גבוהות כאשר הוא יאבק לבד. נזק כזה שמפוזר על פני אנשים גורם לקושי שכן המפעל ימשיך לזהם ולהפריע לסביבה למרות שתוחלת הנזק עולה על תוחלת התועלת. במקרה זה יגיע לרנד הנד כי אנחנו חייבים להתערב כדי לגרום לבעל המפעל להתחשב בעלות החיצונית שהא גורם. באמצעות הפחד מהקנס אנחנו נגרום לו להתחשב בנזק שהוא עתיד להטיל על החברה.

**תאורמת קוז 1961**

סבר כי בהיעדר הוצאות עסקה השוק יגיע למקסום תועלת בכוחות עצמו. הוצאות עסקה הן כשלי שוק. קוז סבר כי לרנד הנד טעה וכי גם אם יש הוצאות חיצוניות השוק ידע להסתדר בעצמו, לא צריך את המשפט הפלילי. קוז בעצם בא ואמר כי גם בדוגמת המפעל יוכלו הנפגעים להתאגד לבד ולעשות משא ומתן מול בעל המפעל על מנת להפחית את נזקיהם ואין למשפט להתערב.

מכאן הדוגמא של המכוניות של העשירים כאשר הקורבן והעבריין מגיעים למשא ומתן על מכירת המכונית בחזרה – השוק ממקסם תועלת לבד והוא לא צריך משפטנים בשביל זה .

כמובן שכל זה כאשר אנחנו מתעלמים משאלת הצדק החלוקתי. זה לא הוגן שקורבן יצטרך לשלם לפורץ או לבעל המפעל המזיק על מנת שיסגור את שעריו.

בכל אינטראקציה בין בני האדם יש עלוות ולפעמים העלויות יגרמו לכך שהשוק לא יצליח למקסם אושר לבד ויצטרך התערבות חיצונית – אז יכנס המשפט לידי פעולה. עלינו לזהות את מקרים אלו וכאשר נעשה זאת נוכל ליצור עבירות, לאיים באמצעות סנקציה, להרתיע ועל ידי כך לעזור לשוק להגיע למצב יעיל.

במצבים שהנזק מפוזר המשפט פועל כדי להחצין עלויות. במשפט הפלילי זה בא לידי ביטוי בעיקר בעבירות של איכות הסביבה (המפעל המזהם), תעבורה ובדיני ניירות ערך. במקרים כאלו שהשוק לא יכול להתמודד לבד. אין אפשרות במקרים אלו למשא ומתן או מניעה עצמית.

**דוגמא נוספת היא דילמת אסיר=>** הסיפור מספר על מה קורה אם נתפסים על ידי המשטרה שני עבריינים שנתפסו כשביצעו פשע ביחד. נניח שהם מחליטים להחליט מראש מה יעשו במקרה של יתפסו – לשתוק ולא לשתף פעולה עם המשטרה. המשטרה חוקרת אותם בשני חדרים נפרדים. במקרה ששניהם באמת ישתקו שניהם יצאו בלי מאסר. במקרה ששניהם יודו בגזר הדין יביאו את הדבר לידי ביטוי שכן הם חסכו בעלויות (נניח חמש שנות מאסר). המשטרה באה ומציעה לכל אחד בנפרד לכרות איתה עסקת טיעון, היא גם אומרת להם שהיא צריכה רק אחד שיחתום על הסדר שכזה שלא יקבל עונש מאסר בכלל על מנת שיפליל את השותף שלו שיקבל עונש גבוה (נניח עשר שנות מעשר). מה עכשיו חושב כל אחד מהשותפים?! הוא חושש שמא חברו לתא ימכור אותו – במקרים אלו שניהם יודו כדי למזער נזקים ולא "לאחר" את רכבת ההסכם. שניהם יחששו ולכן באופן רציונאלי למרות ההסכם בניהם שניהם יודו ובעצם לא יגיעו להחלטה המיטבית עבורם. במקרים בהם יש סנקציה חיצונית (משפחות פשע למשל) אותם עבריינים לא יודו.

חוק חדש יחסית מטיל סנקציה על מי שזורק פסולת בחזקת הרבים. המצב הכי טוב מנקודת המבט של כל אחד הוא שרק "אני" אזרוק וכל השאר לא ואז לא יהיה הרבה לכלוך ומכיוון שכולנו שוקלים את השיקול הזה כולנו נזרוק. בהיעדר התערבות חיצונית (או חינוך) כולנו נגיע לפעילות המזיקה לנו – כולנו נזרוק את הפסולת. הסנקציה מתערבת ואומרת כי תהיה עלות. המשפט מתערב כדי להתיר את הדילמה ולפעול באופן שיהיה הכי טוב מבחינת התועלת המצרפית.

מושג אחד נוסף נוגע לשורה הטובה בותר מבחינת השחקנים היא פרטו אופטימום כי ממנה אי אפשר להתקדם לנקודה יותר יעילה. במקרה שלנו עם האסירים פרטו אופטימום יהיה כאשר שני העבריינים ישתקו ולא יקבלו עונש מאסר בכלל. דילמת האסיר מראה לנו שבאופן רציונאלי השחקנים לא יגיעו לנקות הפרטו אופטימום שלהם.

בתוך התחום הזה יש התפתחות אדירה גם לגבי התנהגויות רציונאליות וגם לגבי התנהגות בלתי רציונאליות המביאות לכשלי שוק.

מצבים נוספים שבהם המשפט מתערב הם מקרים בהם יש בעיה עם זרימת המידע, אי זמינות המידע או עלויות גבוהות להשגת המידע. בתחום של המשפט הפלילי זה בעיקר נוגע לעבירות שעוסקות בדיני ניירות ערך ומטילות חובות דיווח נרחבות יחד עם איסור על עסקאות בעלי עניין (כשמדובר בחברות). בתחום זה נכלול גם עברות שעניין שימוש במידע פנים. שימשו כזה יצור עיוותים בלי הוגנים.

כמו שאמרו הבסיס הנורמטיבי של תאוריית הגמול והתאוריה הכלכלית הינן מנוגדות. בפועל המשפט הפלילי הישראלי מנסה לשלב מסורת הרתעתית וגמולית. קוראים לזה הפרדה אקוסטית – המשפט מנסה להשיג שתי תכליות, כלפי חוץ הוא מראה התרעה ואילו בחדרי חדרים הוא חותר להשגת צדק אינדיוידואלי.

לכן, המשפט בפועל נראה כמרתיע אך הוא דואג ליצירת צדק אישי או גמול פרטי באופן שאיננו גלוי לציבור הרחב. **סעיף 35** לחוק העונשין אומר שהעונשים הן עונשי מקסימום. רוב האוכלוסייה אשר שומעת על פשע חושבת שהוא יקבל את מירב העונש שיכול להיות עליו גם אם זה אומר חיבור של כמה עבירות ביחד לאורך של עונש ארוך. נניח שאדם פרץ לכמה בתים ובחיבור על העבירות הוא יקבל 60 שנים ברור לנו שהוא יקבל הרבה פחות. הסיבה העיקרית לכך הוא התועלת השולית שכן ברור לנו שהשנים הראשונות בכלא הן המשמעויות ובעלות הנזק העיקרי וכן כי ההרתעה תבוא לידי ביטוי גם במתן פסק דין של הרבה פחות מ60 שנה. בנוסף לכך יש לנו את העלויות הגבוהות של שיכון אדם בכלא של 60 שנה ואת העובדה שהאסיר לא ירצה להשתקם כאשר הוא יודע שעונשו כה ארוך. גם אם יהיה איזשהו דיווח על גזר הדין שניתן לפורץ סביר להניח שהדבר לא יענין אותנו. הדבר ימשיך בוועדות הכלא להן יש סמכות לקצר את העונש מכל מיני שיקולים שתכליתן היא השגת צדק אישי לאותו עבריין. הנשיא למשל יכול לשנות ו"לשחק" עם עונשו של נאשם ככל שירצה.

מה יקרה במקרה של אדם החוזר לפשיעה?! לפי הניתוח הכלכלי ניתן לו עונש גבוהה יותר מהפעם הראשונה כדי להתריע אותו על מנת שיפסיק כי הרי השנים הראשונות לא עזרו. אם הוא נשפט על 6 שנים בפעם הראשונה הרי ש6 השנים בעם השניה לא יקבלו את אותה משמעות והתועלת השולית תהיה נמוכה יותר. ענישה זו של עבריינים חוזרים כאלו נקראת ענישה רציווידיסטים. עבריין שכזה אומר לנו שעליו לבזבז יותר משאבים על מנת להרתיע אותנו וכי היה עלינו להוציא את המשאבים האלו מלכתחילה.

נעבור עכשיו לצד השני לאותן תאוריות שאפשר לשייך אותן לתורת הגמול אך השיוך הוא רופף. נדבר על התאוריות שנובעות מתפיסת עולם חברתית שמאלנית שמעמידה את האדם במרכז ממש כמו הגמול אך אלו תאוריות שוליים במובן הזה שהן יותר קיצוניות, מהפכניות.

**התאוריה הביקורתית של המשפט – CLS – Critical legal studies**

תפיסת עולם ששורשיה במאה ה20 היא התחילה בתנועת המחאה האמריקאית נגד מלחמת וייטנאם וכן המלחמה הכללית לזכויות האדם בארה"ב. התחזקה בשנות ה70. נקודת המוצא של התאוריה הביקורתית מאמצת את הראליזם המשפטי שאומר שכללים משפטיים הינם קובעים את התוצאה המשפטית לא יותר מההשפעה של מה שהשופט אכל לארוחת בוקר (כפי שקבע רסקו פאונד).

הדוברים המרכזיים הם אנשים כמו קנדי, קתרין מקינון ומרק קלמן כאשר כל אחד מייצג תת זרם. היא התפשטה גם מחוץ לארצות הברית והושפעה רבות מהכתבים של פילוסופים כמו מישקל פוקו, ז'אק דרידא, מרקס ואנגלס. היא מבקשת לחשוף באיזה אופן החוק משמר כוח, יוצר אותו ומתעל אותו להגנה על המבנה השלטוני הקיים. באילו תבניות משתמש המשפט כדי להסתיר את פעולתו לשימור כוח?! אופן החקירה הביקורתית מבקש לעשות דקונסטרוקציה (פירוק והרכבה מחדש) של המבנים במרכיבים את העשייה המשפטית כדי לחשוף את המניעים החבויים שביסוד היצירה המשפטית.

לתנועה זו יש הרבה תתי ענפים כאשר את כולם מחברת האמונה שהמשפט נוצר כדי לתמוך במעמד שיצר אותו. לפי גישה זו ההנחה שהמשפט הוא שוויוני, רציונאלי, היא לא נכונה אלא נוצרה כדי להאדיר את עוצמת המעמד השולט. בפועל יגידו אנשי השיטה שהמשפט אינו אלא אוסף של אמונות ודעות קדומות שנועדו לתת לגיטימציה לשלטון.

**יום רביעי 13.3.13**

ישנם שני זרמים עיקריים – אחד המתבסס על הגזע ואילו אחד המתבסס על המין.

**נוכל להצביע על שני רעיונות מרכזיים המאחדים את כל תתי הזרמים:**

1. **הרעיון הראשון אומר שהעולם מבוסס על תפיסת העולם הליברלית של הגבר הלבן.** במשפט הפלילי תפיסת העולם באה לידי ביטוי כבר ברעיון של שליטה שהינה חלק מהגדרת המעשה הפלילי, ההתנהגות האסורה. **סעיף 34(ז) רבתי** מדבר על רעיון השליטה. תפיסת העולם שהמשפט הפלילי מנציח את מעמדו של הגבר הלבן מתחילה מרעיון השליטה שבבסיסה הרעיון המרכזי לענישה והוא יכולת בחירה או הפעלה של רצון חופשי. כל אחד שולט על מעשיו, כל אחד יכול לבחור את אופן התנהגותו, מכאן נבעה העמדה המרכזית שאומרת שמטרתו של המשפט הפלילי היא להשיג צדק אינדיווידואלי, כלומר גישת הגמול – מענישים כי יש מישהו שבחר לפגוע בערך מוגן ולהפר ציווין של החברה.

הגישה הביקורתית למשפט בעצם כופרת ברעיון של אוטונומיה ובכלל בתפיסה האינדיווידואלית הליברלית ומדגישה במקום רעיונות של חירות אישית, חופש רצון ועוד, רעיונות קהילתיים הרואים את היחיד לא כפרט האחראי על בחירותיו ומעצב את רצונותיו ואת חייו אלא במידה רבה כמי שמעוצב, מושפע וקשור לקהילה שבה הוא גדל. במילים אחרות השתייכות קהילתית קובעת במידה רבה את ההתנהגות של היחיד יותר מהרצון החופשי. זוהי תפיסה דטרמיניסטית חברתית והיא משפיעה על האופן שבו אנחנו מתבוננים על ביצוע היסוד העובדתי של העבירה. לכן אם באמת אין בחירה נשלול את הצידוק הדאונטולוגי של שיטת הגמול.

1. **הרעיון השני מטפל בהנחה נוספת והיא שהמשפט הפלילי מייצג שוויון פורמלי בין הכפופים לדין הפלילי.** התפיסה של המשפט הפלילי היא שהמדינה היא אובייקטיבית, ניטרלית ולא מתערבת בסכסוכים בין פרטים בחברה כל עוד לא נחצו הגבולות שבחוק. הגישה הביקורתית סבורה שהנחה זו מופרכת וכי המדינה מסווה את עצמה כניטרלית והיא עושה כן כדי לשמר את כוחה ולטפח את המעמד ששולט במדינה על חשבון קבוצות אחרות באוכלוסייה, כלומר החוק מאפשר למי שיוצר אותו לשמר את כוחו והמסווה השוויוני הוא תעתוע ונשק מסוכן.

דוגמא – **סעיף 216** לחוק העונשין: התנהגות פסולה במקום ציבורי. "מתהלך כפושט יד או כמקבץ נדבות, או משתדל להשיג תרומות מכל מין שהוא, והכל באמתלת כזב או מרמה…מתנהג במקום ציבורי באופן העלול להביא להפרת השלום… משוטט בחצרים או בקרבתם או בדרך או בכביש או בסביבתם, או במקום ציבורי, והכל בזמן ובנסיבות שיש בהם כדי להסיק שהוא נמצא שם למטרה אסורה או פסולה." כמובן שעבירה זו לא חלה על כולם וגם לא על רוב הסביבה.

דוגמא נוספת – סעיף שבוטל בארה"ב שאפשר לפקיד ציבור לדרוש מאנשים לעבור בדיקה לגילוי מחלות מין. בפועל הסעיף מנוסח כניטרלי כרצון לשמור על בריאות העם אך בפועל השתמשו בסעיף כדי להכנס לבתי זונות ולסלק את אלו הנגועות במחלות מין כדי שללקוחות תהיה סחורה נקייה.

עקרון זה מראה לנו שלמרות שהחוק מנוסח פורמאלית שוויוני, בבדיקה הוא נוגע לחלק מהאוכלוסייה ומטרתו היא לשמור על מעמדה של האוכלוסייה שקבעה את החוק.

המשפט מגן על זכויות אדם שכוללות קניין, חופש ביטוי, פרטיות, התאגדות ועוד ולא כוללים את הזכויות הבסיסיות המכונות זכויות חברתיות. המשפט באופן שאנחנו מכירים היום נבנה על הנצחה של זכויות שנתפסו כזכויות עיקריות שלא מגנות על קיום מינימלי והטענה היא שהן זכויות שרלוונטיות רק למי ששייך למעמד שכבר יש לו קניין, שכבר יש לו סף מינימלי של קיום. יש הפרדה ברורה בין הזכויות כאשר קו המוצא אומר כי זכויות חברתיות דורשות תקצוב, כולנו חייבים לתת קיום מינימאלי במזון, בריאות, בחינוך ועוד. תפיסת הנגד אומרת שגם הקו הבסיסי נקבע לפי הסטטוס העכשוי של החברה. תפיסות אלו הן בעד לחשוף את הזכויות הבסיסיות.

הגישה הביקורתית מבקשת לחשוף ולהבין שהמשפט נוצר כתוצאה של מאבק בין קבוצות חברתיות, בין נשים וגברים, בין שחורים ולבנים, בין עשירים ועניים. אין טעם להתבונן על המשפט כמשפיע ברמת הפרט, הפרט כמעט שאינו שולט על בחירותיו אלא שיוכו המעמדי קובע את התנהגותו והתלות ברצון האינדיווידואלי היא קטנה. הגישה הביקורתית מבקשת לפרק את המשפט הפלילי ולהרכיבו מחדש בצורה שונה.

מכיוון שאין ברירה וישנו קושי לערוך שינויים במשפט שכן אין הצעה לאלטרנטיבה כללית אנחנו מוצאים את ההשפעה באופן נקודתי. הCLS לא מצליחים להביא תיאוריה שלמה, סדורה, של איך צריך להיראות המשפט הפלילי. הקריאה היא להביא את המהפכה בדרך השינויים הקטנים.

דוגמא – תיק שהגיע לבית המשפט העליון שביטל את ההפרדה הגזעית בארה"ב.

**NBC- Naming, Blaming, Claiming. מגדירים את הבעיה שרוצים לפתור, את מי אפשר להאשים בבעיה ואח"כ משם תיווצר התביעה לשינוי.**

**פמיניזם רדיקלי**

זרם בתיאוריה הביקורתית של המשפט. גישה זו תגיד שהמשפט מבוסס על העצמת מקומו של הגבר על חשבון האישה.

הפמיניזם הרגיל הוא מה שמכונה הפמיניזם הליברלי, שהוא בעצם התנועה שהחלה את שוויון הזכויות לנשים. הפמיניזם הליברלי שואף להשוות מבחינה פורמלית זכויות של נשים וגברים, מבחינת שיני אישות, אמצעים כלכליים וגם מהבחינה המשפטית. העמדה הבסיסית שלהם אומרת כי אישה שווה לגבר בכשרונותיה הבסיסיים, ביכולותיה ולכן שווה בזכויותיה המשפטיות.

ישנו פמיניזם תרבותי שהדוברת העיקרית שלו היא קרול גיליגן והוא דווקא מצביע על ההבדלים בין גברים לנשים, בניגוד לפמיניזם הליברלי. הוא מצביע על השוני העקרוני ומבקש המשפט יקח תכונות שנתפסות כנשיות שכן נשים הן יותר אמפטיות, פחות מנוכרות ואלימות, הן רגילות לעבוד כחלק מהקהילה ויוצרות קשרים קהילתיים בעוד שגברים הם יותר שחקנים בודדים ולכן המשפט שמנוסח על רקע הגבר הליברלי הוא מנוכר ואינדיווידואליסט ויש לשנותו. למשל החוק לא תעמוד על דם רעיך שהפך לעבריה פלילית את חובת ההצלה וזו אחת הקריאות של הפמיניזם התרבותי והשינויים שהיא יצרה.

הפמיניזם הרדיקלי מבית מדרשה של קתרין מקינון סבור שהמשפט בכלל והמשפט הפלילי בפרט נועדו לשעבד את האישה לצורכי הגבר. היא כתבה ודיברה הרבה על הקשר שבין מיניות לבין שיעבוד וכפיפיות. מין לגישתה הוא אקט של השתעבדות האישה לגבר. לגברים יש אינטרס להשאיר נשים במעמד חברתי נמוך, תלויות בגבר כלכלית, על מנת לשמור את הכפיפות של האישה לגבר. תפיסה זו אומרת שאסור להתבונן על סיטואציה מסויימת שבה בוחנים אישה מסויימת (למשל שאלת ההסכמה באונס או הסכמה בזנות). זנות לפי הפמיניזם הרדיקלי היא עסקת אונס. הסיבה לכך היא שאי אפשר לקבל את "ההסכמה" של הזונה בגלל העובדה שהיא נחותה מאוד מבחינה כלכלית וחברתית. זונות הן הנשים המוחלשות ביותר בכל חברה אנושית, העניות ביותר, הפגיעות ביותר מבחינה בריאותית, חברתית, גופנית ובתנאים כאלו ההסכמה היא לעולם פסולה. הפמיניזם הרדיקלי יגיד שתמיד צריך להתבונן ביחסי הכוחות בין הצדדים. חלק מהפמיניסטיות הרדיקליות יגידו שגם מוסד הנישואין מעגן אינוס שיטתי של נשים בגלל הקושי להיחלץ מהנישואים שכן בד"כ ברוב העולם גברים הם במצב כלכלי טוב מבנות זוגות ולכן אישה הרוצה להתגרש יכולה למצוא את עצמה ענייה ומטפלת בילדי המשותפים. אז מה משמעותו של קשר הנישואין?! אישה שאיננה מסכימה להמשיך לקיים יחסי אישות עם בעלה, למשל, היא מורדת וזו עילה לגט.

הפמיניזם הרדיקלי יגיד כי אין משמעות להסכמה בתנאי חוסר שוויון קיצונים ועלינו לבדוק את יחסי הכוחות בין הצדדים.

דוגמא – **סעיף 301** לחוק העונשין העוסק ב**קינטור ברצח** "יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה" הגנה מיוחדת הנמצאת רק בעבירת רצח – הגנה שאותו אדם רצח קונטר ובגלל ההתגרות בתכוף למעשה הוא רצח. התנאי המרכזי הוא מיידיות. מי שתהיה לו הגנה כזו לא יענש בעבירת רצח אלא בעבירת הריגה.

**סעיף 300**- רצח- מאסר עולם חובה

**סעיף 298**- הריגה – עד 20 שנות מאסר

**סעיף 304** – גרימת מוות ברשלנות – עד 3 שנות מאסר.

דוגמא נוספת שעלינו להכיר הוא **הגנה עצמית, סעיף 304(י) רבתי "**לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור".

תנאי המידיות הוכנס כי זהו דפוס החשיבה הגברית, הדבר לא מתאים לחשיבה הנשית ולו בגלל שהן חלשות יותר פיזית מהגברים. הרעיון של קינטור נועד לתת פתרון לגברים שהיו הורגים על רקע של קנאה. נשים בפועל לא ממש יכולות להנות מסעיפים אלו. נשים לא הורגות גם בבגידה וברוב המקרים הן גם לא יכולות פיזית להרוג.

הדוגמא הכי מקוממת במשפט הישראלי לפטור מטעמי קינטור הוא מקרה קשה – **פס"ד אזואלוס**. גבר קנאי שחי הנפרד מאשתו והם היו בהליכי גירושים בשלב מתקדם. הוא חשד שיש לה משהו עם השכן ויום אחד הוא יצא חמוש בנשק ממקום העבודה, בשעת לילה מאוחרת, לחפש את אשתו. הוא מצא אותה ברכב עם השכן ולדבריו השכן אמר לו "עכשיו אתה יודע" ונתן לאשתו נשיקה. הוא הרג את שניהם. בית המשפט מקבל שזה היה האופן שבו התנהלו הדברים ועתה השאלה – במה להרשיע?! במחוזי הוא נמצא ברצח ואילו בית המשפט העליון אמר שיש קינטור שכן דמו של הישראלי המצוי וכן הישראלית המצויה רותח למשמע דברים שכאלו כמו שאמר השכן. בית המשפט העליון קיבל את הגנת הקינטור והאשים אותו בהריגה. התיק חזר לבית המשפט המחוזי שגזר עליו עשרים שנות מאסר, הוא עירער בשנית ואמר כי מדובר במעשה רצח אחד ולא שניים כי הם נהרגו באותו מטח יריות, בית המשפט העליון גזר עליו 15 שנות מאסר בלבד והוא השתחרר אחרי 9.

כביכול זהו סעיף שוויוני המוחל על כולם בשווה אך בפועל הוא נועד להפחית את עונשם של גרבים הרוצחים נשים על רקע קנאה מרצח להריגה.

בעניין ההגנה העצמית – מה קורה לנשים אשר מתעללים בהם על בסיס יום יומי ויום אחד הן מחליטות להשיב התקפה?! הן חיבות לחכות שתהיה להן הזדמנות. אשר שגבר מכה אותה לא תחזיר ישר אלא תחכה וברגע זה היא איבדה את ההגנה העצמי. לכן נשים שהורגות גברים שהתעללו בהם מורשעות על עבירת רצח.

כרמלה בוחבוט הביאה לתודעת הציבור את הבעיה שיש בסייג ההגנה העצמית במשפט הישראלי. כרמלה הייתה ידועה כמוכה על ידי בעלה, היא אושפזה הרבה מאוד פעמים בבתי חולים, כאש המשטרה, הרווחה, הילדים והשכנים – כולם ידעו. יום אחד בנה חזר מהצבא עם רובה הגליל, השאיר אותו בחדר והבעל כמנהגו התחיל להכות אותה ואז היא חשבה להתאבד, נכנסה לחדר עם הרובה, אך בסוף ירתה בו והרגה אותו. התחילה סערה ציבורית – היא יכלה להימלט מהבית והיא צריכה להישפט כרוצחת?! הפרקליטות הגישה מראש כתב אישום על הריגה כדי להגביל את עונש המאסר. בעקבות פסד הדין תוקן החוק הישראלי והוסף סעיף 300(א)רבתי שמאפשר עונש מופחת במקרים המנויים בו בעבירת רצח. סעיף קטן (ג) רלוונטי למקרים האלו כשהנאשם היה מצוי במצב של מצוקה נפשית קשה עקב התעללות ממושכת בו או בבני משפתו בידי מי שהנאשם גרם למותו.

**עבירת האינוס סעיף 345**

(א) הבועל אשה -

(1) שלא בהסכמתה החופשית;

(2) בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה;

(3) כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה; או

(4) תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית;

(5) תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או בשל הליקוי בשכלה לא היתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית;

אונס היא לא עבירה תוצאתית. בהגדרת העבירה אין תוצאה אסורה, זו עבירה של מעשה ונסיבות. בד"כ אין חלוקה על המעשה עצמו אלא על הנסיבות – מה זה שלא בהסכמה חופשית?!

ברור שהחוק הבסיסי שהפך אינוס לעבירה הוא כמובן עתיק וקיים לפני כל רעיון פמיניסטי אך רבים סבורים שהפללת האונס לא היה שנוגע להעצמה נשית אלא ניסיון של המדינה או של המשטר החוקי ליצור רגולציה כללית של יחסי מין. מצד אחד על ידי הקמת מוסד הנישואים והסדרתם על ידי מוסד זה וקביעת הבלתי לגיטימיות במובן האינוס. במובן זה עבירת האינוס נועדה דווקא להעצים את הדומיננטיות הגברית על ידי יצירת משטר של צניעות, בעלות ומונוגמיה. הפרדיגמה הבסיסית של האונס מראשיתה הייתה של הזר התוקפן, הגבר שאורב בחושך לקורבן, הקורבן כאישה טהורה שתעדיף למות ולא לוותר על בתוליה.

הדבר מודגם על ידי הסעיף הבסיסי הישן שנכנס למשפט הפלילי "הבועל אישה שאיננה אשתו נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באימו עליה במוות או בחבלת גוף קשה או כשהיא בחוסר הכרה או במצב המונע את התנגדותה". כלומר מוסד הנישואים מחייב את האישה להסכים למין ואין עבירה על הבעל שעושה מעשה נגד רצונה. גם לזו מחוץ למוסד הנישואים העבירה תחול רק אם איימו עליה במוות או בחבלה קשה.

הMPC, model penal code, הקוד הפלילי, נכתב בשנות השישים ועבירת האינוס בו נראית באופן דומה – פטור לאונס הנשוי וצורך בהפעלת כוח או באיום בהפעלת כוח.

ישנו צורך ליצור דיכוטומיה בין האישה הצנועה לבין האישה שהיא אובייקט מיני. אישה צנועה תאבק על כלות באנס, אישה שפורצת את גדרי הצניעות בלבושה, במקומות שהיא נמצאת, בשעות שהיא בחוץ, עם הגברי שהיא בוחרת לבלות, היא אובייקט מיני וככזו יכולה להיבעל על כורחה, עליה עבירת האינוס הישנה לא מגנה.

האישה הצנועה לא יכולה להיות מינית. הטיעון הפמיניסטי הוא ברור ואומר שיש צורך גברי הדיכוטומיה הזו. גברים זקוקים לאישה הבתולה התנועה בחיי היום יום אך גם נחוצה הקבוצה השניה, קבוצת הנשים שתהיה זמינה ליחסי מין מזדמנים מחוץ למסגרת הנישואים, קבוצה שבה לנשים כמעט אין זכות לסרב. נשים אלו הן נשים עניות או מקבוצות בשולי החברה. הגל הפמיניסטי שנלחם בתופעות אלו הוא גל שעבר בארה"ב. הטיעון מתחלק לפי סוגי הזרמים – הליברלי והרדיקלי. הפמיניזם הליברלי הדגיש את הכוחניות שבאינוס – כשאת אומרת לא למה את מתכוונת?! הכוחניות מכוון לא כאמצעי להשגת רצונות מיניים אלא כאמצעי לשליטה בקורבן. המטרה העיקרית של המאמץ הליברלי הייתה להביא לתודעת הציבור שיחסי מין בכפיה אים שונים מיחסי מין תוך הפעלת אלימות פיזית וכולם צריכים להיכלל תחת האיסור על אינוס. כך התחילו מחקרים שהראו שנשים רבות לא מתנגדות מפחד, מחשש לאלימות או כי הן משותקות מחמת ההתקפה.

**פס"ד בארי**

 פרשת האונס בשומרת, היא הנקודה של ניפוץ המיתוס של הצורך בהתנגדות אקטיבית כדי להרשיע בעבירת אינוס. פסק דין זה הכיר באפקט המשתק של יחסים כפויים, קבוצתיים, בקיומה של התנגדות פאסיבית. פס"ד זה היה על סיפור של מישהי זרה, לא מהקיבוץ, ולה חבר מהקיבוץ והיא הולכת עם חבר שלה ומבוצע בה יום אחרי יום מין קבוצתי והתיאורים הם שהיא שוכבת כבובת סמרטוטים.

הפמיניזם הרדיקלי מתייחס לעבירת האינוס ואינה סבורה שבעית האינוס תפתר כשהמדינה תכיר בצורך שהאישה תסכים הסכמה חופשית, הסיבה לכך היא התפיסה שנדרש שינוי חברתי בסיסי – עד שלא ייושם שינוי חברתי יהיה קשה מאוד לסווג חלק ממקרי ההסכמה הנשית כחופשיים וחלק ככפויים.

פחות קיצונית ממנה ויותר מעשית היא גישתה של סוזן הטריך שלא מסתפקת באף אחד מהצדדים, לא של הליברלית ולא של הרדיקלית. לגישתה צריך לנפץ מיתוסים ודעות קדומות לגבי אינוס, כמו הדיכוטומיה למשל, כמו המיתוס שהאונס לא עומד בפני הנאנסת היפה, המיתוס של – כשאת אומרת לא למה את מתכוונת?!" גישתה היא שלא אומר לא וגם כן אומר לפעמים לא. היא מעודדת מחקרים המסבירים את התופעה של אי דיווח מידי על אינוס, של האפקט המשתק של התקיפה ועוד.

התיקון הראשון כבר בשנות ב80 היה השמטת המילים "שאיננה אשתו". בעבירת האינוס מתרחש תהליך שונה, הכנסת מתקנת רק לאחר שבית המשפט העליון משנה משהו בתנאי העבירה. בית המשפט העליון האשים גבר באונס אשתו ולאחר מכן הכנסת הרשיע מישהו באונס אשתו. שנת 1990 הורחבה הגדרת בעליה כך שתחדור כל איבר מאברי הגוף או חפצים לגוף האישה. פס"ד טייב הביא לתיקון החוק בשנת 2001 ואחת כך שקיבל את החוק כפי שהוא בצורה הנוכחית. כיום ההתמקדות היא בחופשיות ההסכמה. עדיין, שימוש בכוח הוא אמצעי ראייתי להיעדר הסכמה.

הקושי כיום הוא בזה שהפוקוס על ההסכמה החופשית מביאה את בתי המשפט להתמקדות בקורבן במקום בנאשם ובניגוד למטרה המקורית של הביקורת הפמיניסטית. בעצם המשפט מתמקד בשתי שאלות – האם היא יכלה לברוח מזירת האינוס?! ו - האם היא ניתקה את הקשרים עם הנאשם לאחר האינוס?! לנאשם עומדת חזקת החפות והוא יכול לשתוק. לקורבן אין הגנות, היא לא צד להליך הפלילי ולכן פעמים רבות אנחנו מוצאים שופטים שמותחים ביקורת על ההתנהגות של הנאנסת, על האופי שלה, על העובדה שהיא יכלה לעשות משהו כדי לא להכניס את עצמה למצב הזה ועוד.

**פס"ד נצראוה**

עוסק בניסיון לאונס, שבו אדם עוצר לאישה טרמפ בלילה, הוא סוטה מהדקך ורוצה לאנוס אותה. מתברר שהטרמפיסטית היא אלופה בהתעמלות והיא מחזירה לו. הוא בורח והיא רושמת את המספר, מתקשרת למשטרה, והוא נתפס תוך זמן קצר. מגישים נגדו אישום על ניסיון אינוס. נצארוה אומר להגנתו כי הוא חשב שהיא זונה שכן היא עצרה טרמפ עם גבר זר בשעה מאוחרת. בית המשפט העליון, במקום לענות לו שזה לא רלוונטי שכן היא לא הסכימה, הם אמרו כי בשל העובדה בכיסו נמצאו 50 שקלים וזו ראיה שהיא לא זונה שכן "אם היא הייתה מבקשת יותר?!" הטרוניה היא נגד בית המשפט העליון שבו במקום להגיד "אסור לקיים יחסי מין עם אישה שלא מסכימה ולא חשוב מי היא" אומר "לא היה לך מספיק כסף".

**יום שני 18.3.13**

**מעמד הקורבן במשפט הפלילי**

במשפט הפלילי יש קורבנות. אם מוחשיים כמו אדם שנפגע מהעבירה או לא מוחשיים כמו עבירות נגד הציבור (אי תשלום מיסים).

נדבר על העבירות עם הקורבנות המוחשיים. מה מעמד הקורבן במסגרת ההליך הפלילי?!

השורה התחתונה היא שיש ניסיון לחזור למעמד המקורי של הקורבן במשפט הפלילי שאימת בין הקורבן לבין העבריין. המשפט הקלאסי נסב על העימות שבין הקורבן לעבריין או בין התא המשפחתי של הקורבן לבין העבריין.

העימות התנהל או בדרך של משא ומתן שבסופו הסכמה על פיצוי או על דרך נקמת דם.

התפתחות מאוחרת של רעיון ההסכם אנחנו רואים בתקופה הפיאודלית שאז היה תפקיד לריבון, לבעל האחוזה, לתת תוקף להסכם שבין הצדדים. על הבסיס הזה הוקמה מערכת בית המשפט אך בעצם רק לקראת סוף המאה ה19 התגבש המשפט הפלילי במתכונת שמוכרת לנו היום – ריבון מול נאשם באופן כזה שהקורבן מודר מההליך הפלילי. ההתפתחות היא מאוד מאוחרת, 100 וקצת שנים שהם המדינה תופסת את המקום של המשפחה, מנהלת את ההליך במקום הקורבן ובעצם מוציאה אותו החוצה מההליך הפלילי. את הקורבן שולחים לנקוט בהליכים אזרחיים אך על המשפט הפלילי אחראית המדינה. זה המצב בישראל עד תחילת שנות ה2000. עד אז מקומו של הקורבן בהליך הפלילי בא לידי ביטוי בשני אופנים – או בניסיון השפעה על הריבון או על ידי פניה לבג"צ. לקורבן לא היה מקום בבתי המשפט, נפגע העבירה היה מגיע לבית המשפט כמו הקהל. התמונה שנוצרה במידה רבה עד היום היא כזו שהמשפט הפלילי מתגבש כך שהוא מגן על זכויות הנאשם – לנאשם עומדת חזקת חפות, את אחריותו אנחנו מוכיחים מעבר לכל ספק סביר ועוד. מכיוון שכך הקורבן הפך להיות מעין דמות שאין לה ביטוי בתוך בית המשפט.

אז איפה בא הקורבן לידי ביטוי?! הרי שלב קביעת האחריות הוא מעין הליך פורמאלי וזה לא רלוונטי לשאלתה אחריות מה קרה לקורבן. עד שלב ההרשעה ברור שאין סיבה להכניס את הקורבן להליך הפלילי. אחרי ההרשעה איזה מקום יהיה לקורבן?! חוץ מההיבט האמוציונלי כביכול אין סיבה להביא את הקורבן.

הקורבנות היו יושבים באולם מדברים עם התביעה לפני על מנת לנסות להסביר להם את עוצמת הפגיעה הקריאות הקשות על ההדרה מההליך הפלילי הביאו לחקיקת "חוק זכויות לנפגעי עבירה". הוא נותן להם זכויות אך מינוריים. השינוי מביא מגמה של שיתוף ושקיפות אך הוא שינוי מתון ממש. הרעיון שעמד מאחורי החוק היה ראשית ליצור מנגון הגנה לקורבנות, דבר שלא היה מובן מאליו לפני שנת 2001, במיוחד קורבנות החוששים עדיין מהנאשם. ניסיון נוסף שנעשה בחוק הוא להנגיש את ההליך הפלילי לקורבנות העבירה, בהטלת חובות לפרקליטות על שלבים שונים של המשפט, על כוונה להתקשר בהסדר טיעון, חייבים לתת לקורבן להביע את דעתו בנושאים כמו שחרור מוקדם או חנינה וכן הגשת הצהרת נפגע. הגשת הצהרת נפגע הוא שינוי קטן שאומר שהניזוק יכול לכתוב הצהרה בכתב שתוגש על ידי התביעה לבית המשפט בשלב הטיעונים לעונש ובה הוא יפרט את הנזקים שגרמה לו העבירה הפלילית.

**פס"ד חמוד**

מדבר על עירעור פלילי (ולא בג"צ) הראון וכנראה האחרון העניין שכזה. תוצאת ההליך הייתה שבית המשפט העליון החזיר את הקורבנות לבג"צ. היה ניסיון של קורבנות עבירה לומר – אנחנו צד להליך הפלילי וככזה יש לנו זכות עירעור ולא דרך תקיפה בג"צ עקיפה אלא בזכות לבית המשפט לערעורים. בית המשפט מצהיר על כך שמטרת המשפט הפלילי היא להגן על הקורבנות אבל זה, בעיני המרצה, כמס שפתיים, בהתחשב בקביעה הנרחצת בפסק הדין שלקורבן אין מעמד בהליך הפלילי. שי לשים לב שבית המשפט עומד אך ורק על זכות הידוע, שאין בצידה כל סנקציה, אם התביעה מפרה את הזכות הזו. אין לקורבן זכות שההליך יפסק, אין זכות אמיתית להישמע ולכן תמוהה הפסקה האחרונה של פסק דין שאומר שלפני הוועדה הפסיכיאטרית תובא דעתם של משפחת הקורבן. דווקא בפני רופאים מקצועיים צריך לתת את חוות הדעת של המשפחה?! לא נתנו להם מילה בהליך הפלילי אז שלחו אותם לפסיכיאטרים.

כמו שאמרנו יש איזשהו ניסיון לחזור אחורה אך שליטת המדינה היא מאוד חזקה! זכויות נפגעי העבירה מאוד מצומצמות ובזכויות שכבר הוכרו יש המון בעיות.

עד עכשיו ניסינו לקבוע מהם הגבולות של המשפט הפלילי. יש לשים לב שצריך לחשוב על שתי שאלות –

1. ראשית צריך להחליט שהתנהגות מסויימת היא בלתי רצויה
2. לאחר מכן עלינו להחליט באילו כלים מטפלים בהתנהגות כזו.

כשנידרש להתאים את מה שלמדנו על תאוריות הגמול והרתעה לא מספיק שנקבע שהתנהגות היא בלתי רצויה מבחינת הגמול או התועלתנות אלא עלינו לעבור ולשאול האם המשפט הפלילי הוא הכלי הנכון לטפל בתופעה. השאלה השניה היא קשה לא פחות מהראשונה ולכן היא חשובה בסיכום העניין של גבולות המשפט הפלילי. לא תמיד נטפל בדברים כאלו דרך המשפט הפלילי אלא להפך המשפט הפלילי הוא המוצא האחרון לטיפול. המשפט הפלילי הוא סנקציה חמורה לחיי כולנו – בשלילית חירות, חיים או קניין. האיום רובץ על כולנו וככל שהוא ילך ויתפשט וכלל שניצור יותר עבירות כך נהיה חשופים יותר לאימתו של השלטון. תמיד נזכור שצריך להתחיל מכלים אחרים. בראש ובראשונה כלים חינוכיים – מסר הרתעתי אפשר להעביר גם באמצעות פרסומות, סדנאות, ימי עיון, וגם באמצעות המשפט האזרחי (תביעה ייצוגית בנזק מפוזר הוא חלופי לסנקציה הפלילית).

למשל בנושא רשלנות, שאלה מאוד קשה היא האם המשפט הפלילי הוא הכלי הנכון להתמודד עם רשלנים. הזכרנו כי קשה לכל אחת מהתאוריות להתמודד עם רשלנות ובמיוחד לתיאוריית הגמול. דיני הנזיקין הם בוודאי המקום הנכון ואנחנו יודעים שרשלנות היא עוולת מסגרת משמעותית מאוד בדיני נזיקין. האם המשפט הפלילי יכול לעשות משהו?! אם התשובה היא שלילית עלינו להיות עקביים וגם במצבים של נזק חמור נגיד כי עדיין יש צורך לטיפול בדרך דיני הנזיקין. התוצאה היא לא חשובה אלא האירוע עצמו.

**עקרון השיוריות –** המשפט הפלילי צריך להיות מה שנשאר אחרון, אחרי שכל הדרכים האחרות לא צלחו. כלל זה מקובל על כל מי שעוסק במשפט פלילי, אך המציאות בפועל היא שונה. במציאות המשפט הפלילי מתפשט כל הזמן כך שהוא מכסה כל דבר בחיי היום יום שלנו. נדמה שהמחוקק הישראלי, כאשר הוא נתקל בתופעה שלילית, הדבר הראשון שהוא יעשה זה ליצור עבירה פלילית חדשה. לאחרונה אנחנו רואים את זה בעבירות של פגע וברח. זעקה ציבורית, מיקוד של התקשורת, גורמת לתוצאות לא רצויות. התופעה היא מכוערת אך מי שיבדוק את הסטטיסטיקה יראה כי יש ירידה עקבית בפניות למשטרה בתאונות פגע וברח. הירידה לא מצליחה להסביר את המיקוד התקשורתי באותם מקרים שכאלו – התחושה הציבורית מפני חוסר המוסריות היא זו שגרמה לתיקון החוק שהחמיר מאוד את הענישה במקרים כאלו עד שהענישה יותר חמורה מהענישה על המתה. מה האבסורד?! מי שפגע וברח הוא לא בהכרח מי שגרם לתאונה, יכול להיות הקורבן הוא האשם או שהקורבן בכלל מת ואין מה לעשות או גם אם הבורח הוא לא היחיד במקום ושהותו לא הייתה בכלל חיונית.

ישנן הוראות בספר החוקים שאינן ברור אם הן מפעילות את המשפט הפלילי או האזרחי. לא תמיד ההבחנה היא פשוטה.

אם מדובר בחוק העונשין ברור לכולם שמדובר בעשירות פליליות. אם מדובר בדברים אחרים ויש כותרת שכתוב עבירה או ענישה אך מה קורה כשאין לנו את זה?! ישנן חוקים שלא מופיעות תחת כותרת ברורה ואנחנו צריכים להחליט האם ההוראה היא פלילית או אזרחית. השאלה מתעוררת כאשר לצד אותה הוראה יש קנס.

איך מבחינים בין קנס פלילי לאזרחי?!

**ע"פ למדן נגד מדינת ישראל**

העבריין הואשם בעבירה על סעיף 20 לחוק המכס. בסוף החוק מופיע קנס לכל מי שמפר הוראה לפי החוק. באה המדינה והגישה כתב אישום נגד למדן והוא אמר במשפט כי ההוראה אינה הוראה פלילית אלא קנס אזרחי בהליך מנהלי ולמדינה אין אפשרות להגיש כתב אישום כנגדו לפי הסעיף הזה.

השופט בכור אמר כי מדובר בהוראה נורמטיבית שקובעת צורת התנהגות ראויה והיא רחבת היקף ויכולה לחבוק בתוכה דברים רבים. אין זה מקובל או רצוי לעשות עבירה פלילית מאי מילוי הגדרה זו אך זו מצוות המחוקק.

השופט לנדוי אומר כי אין מדובר בסעיף שיוצר עבירה פלילית, אין להרשיע אדם אלא אם כן כוונת המחוקק היא ליצור עבירה פלילית עולה ברורות מלשון החוק וכל ספק חייב להתפרש לטובת הנאשם.

שני השופטים זיכו את למדן בסופו של דבר.

יכולה להיות בעיה פרשנית מלכתחילה אם בכלל מדובר בעבירה פלילית אך ישנם מקרים שברור לנו שמדובר בעבירה פלילית אבל לא ברור לנו מה נכלל בתחומי העבירה.

**פס"ד מזרחי –** מדובר באדם שיצא לחופשה מהכלאולא חזר. תפסו אותו אבל לא מצאו עבירה על מי שלא חוזר מחופשה בכלא. מצעו סעיף המטיל עונש על מי שבורח ממשמורת חוקית – מי שנמלט מהכלא. מה קורה עם אדם שהיה במשמורת חוקית ולא חזר אליה?! האם הוא נכלל בגדר האיסור?! ברור לנו שהוא עשה מעשה אסור ושהוא היה צריך לחזור אך עלינו להראות שהייתה עבירה כזו לפני הביצוע.

השופט ברק אמר בסופו של דבר כי בריחה ממשמורת היא גם משמורת נורמטיבית וגם בזמן החופשה אותו אסיר היה תחת משמורת.

**פס"ד דון**

דון מנהל עסק בשיטה של גלגול חובות. הוא פושט את הרגל ולא מצליח לספק את כרטיסי הטיסה למי ששילם עבורם. הקושי הוא בדרכי ההתמודדות. מצד אחד יש אנשים ששילמו ולא יקבלו את הכסף חזרה או את כרטיס הטיסה. אם נשלח אותם למשפט האזרחי הם לא יקבלו כלום כי דון בפשיטת רגל והנושים הם ראשונים. המשפט האזרחי מאוד מוגבל בעניין הזה שכן מדובר בכסף שחסר. הלקוחות שלא מובטחים בכלום לא יקבלו כלום. מצד שני האם הגיוני שהמשפט הפלילי יטפל בנושאים כאלו שאנו רואים ביום יום? הרטוריקה של הפס"ד לא מזכירה את המשפט הפלילי. השאלה שמעסיקה את השופטים היא האם ראוי להרחיב כך את המשפט הפלילי?!

השופט אור קובע קביעה טכנית. הוא מודה בקושי להבחין בין ניהול כושל של עסק לבין הסתבכות בפלילים, בעיקר שמי עוסק בטכניקה של גלגול חובות. טבעו של גלגול חובות הוא לקחת כסף מלקוחות על מנת לספק שירות ללקוחות אחרים תוך תקווה שהוא יצליח לעמוד בהתחייבויות כלפי הלקוחות החדשים. במקרה זה השאלה היא האם בעת נטילת הכספים היה לדון יסוד סביר להניח שהוא יעמוד בהתחייבויותיו. התוצאה היא זיכוי ויש הנמקה בפס"ד לכך. ההנמקה תולה את הזיכוי בהעדר יסוד נפשי אך פס"ד זה יוצר קביעה מאוד ברורה של גבולות המשפט הפלילי – הוא לא הזירה להתמודד עם בעיות של עסקים כושלים ואת זה צריך להשאיר למשפט האזרחי גם במקרה שהנפגעים לא יצליחו לקבל דבר. הפרקטיקה מאז דון היא שאם אין ראיון למרמה או לכך שאדם באמת לקח את הכספים וברח ובהעדר אינדיקציות לעבירות פליליות אחרות עצם הכשלון העסקי הוא לא עבירה פלילית.

**רע"פ ברקאי נגד מדינת ישראל**

מדבר על מה שקורה כאשר אדם מגלגל עסק בשיטה של גלגול חובות ולא עומד בהתחייבות שלו אך הפעם הוא לא עומד בהתחייבות כלפי המדינה ולא כלפי האדם. ברקאי ניהל חברה מצליחה עד שבתו חלתה בסרטן והוא הזניח את החברה כדי לטפל בה. החברה נקלעה לקשיים כספיים. בשלב מסויים בניסיון להציל את החברה הוא סיכם גם עם הספקים וגם עם מקבלי השירות שהתשלום יעבור ישירות לספקים. בכל אותה תקופה החברה המשיכה להגיש דוחות מס. יחד עם זאת החברה לא שילמה את תשלומי המס והניכויים, זאת עבירה פלילית והוגש נגד ברקאי כתב אישום. על פני הדברים סיטואציה דומה לסיטואציה של דון. בפועל התוצאה הייתה שבקראי יצא אשם שכן הייתה פגיעה במדינה. המדינה לא סלחנית כאשר מדובר בכספים שמגיעים לקופה הציבורית. בית המשפט באופן עקבי אומר שגם אם העיכוב הוא עיכוב זמני החברה תתמוטט – אף אחד לא רשאי לעכב כספים המגיעים למדינה. לפי ההגיון זה אמור להיות הפול שכן המדינה היא כיס עמוק ואם ברקאי לא הצליח לשלם המדינה לא תתמוטט, ואולי היה אפשר להראות קצת יותר סלחנות מאשר במקרים בו מדובר באדם פרטי שהכסף הוא משמעותי לו.

מה עושים אם יש לנו הוראה ואנחנו לא יודעים אם היא פלילית או אזרחית?! איזה סוג שיקולים אנחנו צריכים לשקול כשאנחנו קובעים זאת?!

בשלב הראשון צריך תמיד להביא את התיאוריה, הטיעונים המהותיים. ההכרעה צריכה בראש ובראשונה ליפול על בסיס הפילוסופיה המשפטית שאנחנו מחזקים בה. האם הסנקציה צריכה להרתיע?!או האם הסנקציה צריכה לגמול!? השלב הראשון הוא תמיד תיאורטי.

בשלב השני צריך לבדוק את הנורמה על פי מספר שיקולי מדיניות הנכנסים בכל אחת מהתאוריות (יעזרו לנו לנתח עבירות) =>

1. **האם מדובר באיסור פטרנליסטי?!** כלומר נורמות האוסרות על אדם לפגוע בעצמו כמו התאבדות, לקיחת סמים, קסדות ועוד. ככל המשפט הפלילי צריך להמנע מעבירות פטרנליסטיות. השאלה תהיה חשובה לתחם את הדיון האם ראוי שהמשפט יתערב. פטרנליזם היא בעיה קשה תמיד במשפט הפלילי. הבעיה היא קשה יותר בשיטת התועלתנות שכן בשיטת הגמול אפשר להציב את הערך של פגיעה בחיי אדם ואילו השיטה התועלתנית מבוססת על הרעיון של תועלתנות אישית, כל אחד קובע את סולם האושר שלו. האם המשפט הפלילי יכול להעניש מתאבדים?! מעשנים?! במדינה להתאבד מותר אבל לעשן או לנסוע בלי חגורת בטיחות זה אסור. אם המדינה באמצעות המשפט הפלילי מטילה איסורים פטרנליסטיים עלינו לנמק – אולי נוצר נזק לחברה (בהימורים ועישון סמים), הגנה על אנשים מפני עצמם, מעין כוח חיצוני שימשוך את האדם החוצה מהחולשה שלו ועוד.
2. **פגיעה בזכויות חוקתיות.** כל סנקציה פלילית תמיד תפגע בזכות יסוד של הפרט ולכן ההתנגשות היא התנגשות קיימת בכל עבירה. יש עבירות פליליות שבהן הפגיעה היא חמורה יותר כמו עבירות שפוגעות בזכות הביטוי. כאשר נזהה סוג כזה של עבירה עלינו לשאול את עצמנו האם עצם הפגיעה לא צריכה להכשיל את קיומה של העבירה?!
3. **המדרון החלקלק.** גם במשפט הפלילי צריך להביא בחשבון את הבעיה של המדרון החלקלק ולהיזהר מפני הרחבת גבולות הנורמה בצורה כזו שתביא לאיבוד שליטה או להתפשטות מסוכנת של המשפט הפלילי לתחומים שלא ראוי שהוא יטפל בהם. אחת הדוגמאות הבולטות היא החוק למניעת הטרדות מיניות 1998 שבהקשר זה לא יורד מסדר היום הציבורי. ישנם סעיפים בחוק המנוסחים בצורה מאוד רחבה. למשל, "הצעות חוזרות בעלות אופי מיני המופנות לאדם אשר הראה שהוא לא מעוניין בהצעות" הגדרות רחבות אלו היו לגיטימיות עד 98 ביחסי עבודה אך כיום שתי התייחסויות בלתי הולמות כאלו יכולות להיחשב כהפרה של החוק. האם נעניש גם על הביטויים המינוריים?!

תחום נוסף הוא עניין המתות החסד. האם האיסור על המתה צריך להיות נוקשה?! או שצריך להכיר במקרים מסויימים, קשים, באישור בית משפט, באפשרות שאדם יביא בסיוע רפואי לסיום חייו שלו?! הטיעון הוא המדרון החלקלק, האם אנחנו נמצאים בנקודה שניתן לבלום אותה?!

1. **האם מדובר בנורמה שהיא גזרה שהציבור אינו יכול לעמוד בה?!** בעצם הכוונה היא גזרה שרשויות האכיפה לא יכולות לעמוד בה. ברור לגמרי שנורמה פלילית שלא נאכפת היא מאוד מזיקה. לא רק שהנורמה עצמה איננה אפקטיבית אלא העובדה שיש נורמה שכולם מפרים אותה גם מזיקה ליציבות השלטון בכלל ולאכיפת החוק בכלל. אם הציבור מתרגל שישנם איסורים פלילים שכולם עוברים עליהם ואף אחד לא עושה דבר אז ברור שמעבר לרעה שיש לנו בעצם העובדה שהנורמה לא נאכפת יש לנו גם פגיעה בשלטון החוק שכן הציבור רואה שאפשר לזלזל במשפט, שאפשר לעבור עבירות ולא קורה דבר.

הדוגמה ההיסטורית – דיני היובש. היה איסור בארה"ב על מכירת אלכוהול. דיני היובש נכשלו כשלון חרוץ שכן אף אחד לא ציית לאיסור הפלילי ולא הצליחו לאכוף את דיני היובש.

**תיאוריית החלונות השבורים** אומרת שבמקום שלא אוכפים את האיסורים הפשוטים ביותר בסוף יתדרדרו לעבירות קשות. למשל שתי מכוניות ללא לוחיות רישוי הוצבו בשני מקומות בארה"ב, אחת עם פיקוח אחת בלי פיקוח. במקום אחד גנבו את כל החלקים של המכונית הפתוחה ואילו במקום השני המכונית נשארה ללא פגע שבוע עד שעורך הניסוי החל לשבור את המכונית עם פטיש ועד מהרה הצטרפו אליו אנשים רבים.

**יום רביעי 3.4.13**

**היסוד העובדתי**

\*לקורא את הפרק על עבירות החזקה

מבנה היסוד העובדתי של העבירה.

שני הסעיפים הרלוונטיים ליסוד העובדתי הם סעיפים 18 וסעיף 34(ז) רבתי שעוסק ברעיון השליטה.

**סעיף 18:**

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

(ב) "מעשה" - לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת.

(ג) "מחדל" - הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה."

הסעיף לא נותן שאלה להגדרה הבסיסית ולא אומר לנו מהו היסוד העובדתי אלא רק מה נכלל בו. מכאן מתחיל הקושי התיאורטי וכן המעשה.

**סעיף 34(ז) רבתי:** "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה ולא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועותיו הגופניות, לענין אותו מעשה, כמו מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית שהעושה לא יכול להתגבר עליה, תוך תגובה רפלקטורית או עוויתית, בשעת שינה, או במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה."

יש לנו תנאי לשיוך המעשה לעושה. צריך שתהיה אפשרות להימנע מהמעשה, אפשרות בחירה בין חלופות במובן הפיזי (לא במובן של מחשבה פלילית או מה שרציתי שיקרה אלא במובן הפיזי, האם יכולתי לא לבצע את המעשה הפיזי). מתוך הדוגמאות אנחנו מבינים את הכלל של אי שליטה במובן הפיזי במעשים. מי שלא יכול להימנע מהמעשה הוא לא מבצע העבירה.

מה קורה אם אדם מכון אקדח לראשי ואומר לי לפרוץ לבנק ולקחת ממנו כספים. האם המעשה של הפריצה שייך לי או לא?! התשובה היא כן שכן מבחינה פיזית הייתה לי בחירה, יכלתי לההרג. לכן השאלה עוברת למישור אחר, פיזית המעשה הוא שלי אבל נשאלת השאלה האם יש סוג של צידוק?! יכול להיות שכן אבל יש צורך להפריד בין המישורים שכן גם פעולה הנעשית בכפייה היא פעולה שהמבצע שולט פיזית במעשיו.

**למה היסוד העובדתי חשוב לנו כל כך?!**

1. **נקודת ההתחלה של המשפט הפלילי** העובדה שהמשפט הפלילי לא מטיל אחריות על מחשבות שבלב, אלא אם כן הם קיבלו ביטוי חיצוני בהתנהגות גלויה. ברגע שאדם מגלה נכונות להוציא את המחשבות שלו אל הפועל המשפט הפלילי מתחיל את פעולתו. התנהגות גלויה הוא תנאי יסודי להטלת אחריות. תחילת הביצוע הוא קו הגבול.

אם ככה אז איך נטיל אחריות מחדל?! איך נראה שאותו פושע עבר את קו הגבול?! לפי סעיף 18 אפשר להטיל אחריות על הימנעות מעשיית מעשה כאשר יש חובה לעשות לפי כל דין או חוזה.

דוגמאות – חובה על הורים לטפל בילדיהם הקטינים, סוהר כלי אסיר, מורה כלפי תלמיד. אלו חובות עשה שהדין מטיל והימנעות מביצועם תעלה כדי עבירה פלילית.

1. **הצרכים המעשיים.** חשוב לדייק בהגדרת המעשה בגלל הצורך למקם אותו בזמן ובמרחב ולעשות אינדיבידואליזציה שלו.
* מה פירוש למקם בזמן?! יש לקבוע את מועד התחלת וסיום העבירה בשל לדעת אם ישנה התיישנות למשל, לדעת אם חוק חדש חל על מעשה שכבר נעשה.

לדוגמא ישנו דוח שצריך להגיש ב1.4 מתי העבירה מסתיימת?! כשהוא יגיש?! או אף פעם?!

אדם עומד במקום חנייה אסור, מתי העבירה מסתיימת?! האם כאשר הוא יוצא מהחניה?! ואם ישנו פקח האם הוא יכול לכתוב דו"ח כל רגע או שזו עבירה אחת?!

* מה פירוש למקם במרחב?! למשל מירמה באמצעות האינטרנט חייבים להחליט לאיזו מדינה יש את סמכות השיפוט.
* יש צורך לעשות הפרדה ולהפוך כל עבירה לאינדיווידואלית. לדוגמא ישנה אפשרות לגנוב אופניים בדרך של לקיחת האופניים כולם ויש אפשרות לגנוב כל יום חלק אחר של האופניים. האם זה אותו מעשה או שהמעשה השני הוא כמה גניבות?! הדבר חשוב לעניין כפל העונש, לענישה המקסימלית ועוד.

**מהו היסוד העובדתי?!**

ראינו שסעיף 18 מגדיר אפשרות לכלילת שלושה פרטים ביסוד העובדתי:

1. **מעשה –** סעיף 18 שותק על הגדרת מעשה ואנחנו לומדים מהו מעשה משילוב סעיף 18 ושילוב 34(ז). מעשה חייב לנבוע מבחירה בין חלופות במובן הפיזי. פרופסור פלר מגדיר מעשה כתרומה גופנית מוטורית של האדם להתהוות העבירה. כלומר כל מה שהוא לא מחשבה ונובע מהאדם. ההגדרה היא לא מקורית שלו אלא מתמצתת זרם בחשיבה של המשפט הפלילי מהמאה ה17 הדבר על כך שהמעשה בא מרצונו של האדם והינו תנועה מכוונת. במובן המסורתי הקלאסי ההגדרה היא דו שלבית. ההגדרה מניחה שיש אירוע אמיתי בעולם שנובע מאירוע אחר. האירוע האמיתי בעולם הוא המעשה ואילו האירוע האחר הוא השליטה או הרצון לגרימת מעשה.

דוגמא – רציתי להרים אתה יד ואז הרמתי את היד. יכלתי לבחור לא להרים את היד ומכאן שיש לי שליטה.

הגדרה זו היא ההגדרה השלטת והיא הבסיס לביקורת גדולה. מצד אחד היא מאוד נוחה אך היא מובילה לקשיים רבים.

מבחינה תאורטית הקושי הראשוני אומר שאי אפשר לתת הגדרה בלי שאפשר להבחין בין השלבים השונים. כלומר אם אני טוענת שהמעשה מבוסס על שני השלבים שהזכרנו אז צריך להראות דרך להבחין בין השלבים. הבעיה היא שאין דרך להראות שליטה בלי מעשה. אנחנו מסיקים מזה שהרמתי את היד שהייתה לי שליטה בה ואין לי דרך להראות שיש לי שליטה ביד מבלי להרים אותה.

מבחינה מעשית של הביקורת התיאורטית, דיברנו על זה שא' דוחף את ב' על ג' כך שב' הוא ככלי דחיפה וא' הוא בעל האחריות. מה נגיד אם נוסיף נתון על כך שא' מספר לב' שהוא עומד לדחוף אותו על ג'?! האם זה משנה את המצב של הדחיפה?! האם זה מטיל אחריות על ב'?! יש כאן עבירה של ב' על בסיס מחדל.

דוגמא של אדם הנוהג ברכב ומאחוריו יושב אדם אחר. לנוהג יש הרגשה שהוא שולט ברכב. מה נגיד אם זה שיושב מאחוריו החליט שהוא רצה שהרכב תמיד פונה ימינה והוא יתערב כל פעם שהנהג לא יפנה ימינה. במקרה זה הנהג תמיד יפנה ימינה בין אם זה רצונו ובין אם מי שיושב מאחוריו החליט כך. האם כשהרכב פונה ימינה האחריות תהיה על הנהג או על הנוסע?! אנחנו יודעים שבכל מקרה הנוסע מאחורה היה מתערב כך שאין לו באמת בחירה. האם פוטנציאל הבחירה הוא מספיק?! זו שאלה יותר מורכבת.

בעיה אחרת שנתקלים בה כאשר מדברים על התנועה הרצונית היא שזה לא מתיישב עם אותן עבירות שבהם היסוד העובדתי הוא מורכב ולא פשוט. אלו מקרים שהפעולה היא מורכבת כמו למשל בעבירות מירמה, שאינה מעשה פיזי מסויים המתחיל בנקודה מסויימת ונגמר בנקודה מסויימת. החזקה היא אותו הדבר. לא מדובר בהחזקה פיזית של נשק או סם אלא שליטה של החומר. במקרים אלו ההגדרה של פלר בלא מתאימה ליסוד פיזי שבא לידי ביטוי בפעולות מורכבות. במקרים כאלו קשה יהיה לנו לעשות הבחנה בין המעשה לתוצאה ולא נוכל להגיד האם העבירה היא תוצאתית או התנהגותית. כמו כן בכלל לא נוכל לדבר על שליטה שכן אין רכיב פיזי כלל אלא פעולה מורכבת המחייבת מניפולציה ושקרים.

1. **נסיבות –** תנאים לקיום אחריות שאינם תלויים במבצע. רוב העבירות כוללות נסיבות שצריכים להתקיים כדי שתהיה אחריות פלילית.

למשל תקיפה אדם, תקיפה היא המעשה, העובדה שתוקפים אדם הוא נסיבה בהגדרת העבירה. כל התנאים החיצוניים למעשה הפיזי של המבצע, כל מה שצריך להתקיים ולא תלוי במבצע נקרא לו נסיבות.

1. **תוצאה –** יכולה להיות בהגדרת העבירה ויכולה שלא להופיע בהגדרת העבירה. תוצאה היא לא הכרחית וזוהי נקודה מאוד חשובה. רוב העבירות לא כוללות דרישה לתוצאה מזיקה ואנחנו קוראים להם עבירות התנהגותיות, לעבירות האחרות נקרא עברות תוצאתיות. השאלה הקשה היא מה זה תוצאה?! על פני הדברים תוצאה צריכה להיות קשורה בקשר סיבתי למעשה. לכן גם התוצאה תלויה אך בחלקה במבצע אבל היא כפופה לתנאי הסיבתיות הכלליים.

**סעיף 378** המדבר על תקיפה: "המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית - הרי זו תקיפה; ולענין זה, הפעלת כוח - לרבות הפעלת חום, אור, חשמל, גאז, ריח או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות."

**סעיף 379:** "התוקף שלא כדין את חברו, דינו - מאסר שנתיים, והוא אם לא נקבע בחוק זה עונש אחר לעבירה זו מחמת נסיבותיה."

**סעיף 380:** "התוקף חברו וגורם לו בכך חבלה של ממש, דינו - מאסר שלוש שנים."

אנחנו רואים כי סעיף 379 מדבר על עבירה התנהגותית בעוד שסעיף 380 מדבר על עבירה תוצאתית ושם העונש חמור יותר.

יש הבדל משמעותי בין מה שצריך להוכיח בעבירה תוצאתית לבין עבירה התנהגותית. השאלה היא האם בהגדרת המעשה לא כרוכה כבר התוצאה שהיא הצלחת המעשה?! האם יש טעם להבחנה בין התנהגות לבין התוצאות שלה בעולם?!

ההגדרה המקובלת של מהי תוצאה בעבירה הפלילית היא של פרופסור פלר והיא זו שאנו משתמשים בה היום. פרופסור פלר מגדיר תוצאה כפגיעה בשלמותו, בתקינותו או באיכותו של האובייקט הפיזי נשוא העבירה וכן פגיעה שיש לה זיקה סיבתית להתנהגות. מכאן כל עבירה צריכה לזהות מיהו האובייקט הפיזי שהעבירה נדרשת להגן עליו וכוללת דרישה לפגיעה במושא העבירה. כלומר אם העבירה כוללת דרישה לפגיעה באחר היא עבירה תוצאתית.

הקושי הוא שלעיתים אנחנו רואים בהגדרת העבירות יסוד של תוצאה בכוח ולא בפועל, כלומר לעיתים נמצא דרישה לפוטנציאל פגיעה, להעמדה בסיכון ולא לפגיעה ממש. האם תוצאה בכוח תוגדר גם כתוצאה?! למשל מי שנוהג בצורה שגורמת לסיכון לנוסעים בדרך, סיכון הוא לא פגיעה והוא יכול לא להתממש גם אם הוא גבוה. כאן יש מחלוקת בין הפסיקה לפלר. פלר מגדיר כתוצאה ואילו הפסיקה בדרך כלל מסווגת תוצאה בכוח כנסיבה. בפסק הדין אלבה וגדליהו אנחנו יכולים לראות זה בבירור.

קרמניצר אומר כי מושג התוצאה משתרע על כל שינוי במציאות שההתנהגות העושה אמורה לחולל, שהוא נבדל מההתנהגות ושבעת ביצוע ההתנהגות הוא שמור בתוך העתיד גם הקרוב, לרבות הכללתו בתיאור הפעולה. קרמניצר מביא הגדרה רחבה יותר מפלר – כל דבר שההתנהגות הייתה אמורה להשיג היא תוצאתית.

**סעיף 369** המדבר על חטיפה : הכופה אדם בכוח או באיומים או מפתהו באמצעי תרמית ללכת מן המקום שהוא נמצא בו, הרי זו חטיפה, ודינו - מאסר עשר שנים.

לפי פלר עבירה זו היא עבירה התנהגותית ואילו לפי קרמניצר זו עבירה תוצאתית.

**סעיף 427:** המשתמש שלא כדין בכוח כדי להניע אדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו - מאסר שבע שנים; הביא השימוש בכוח לידי עשיית המעשה או המחדל, דינו - מאסר תשע שנים.

לפעמים יתכן מצב שהיא לנו התנהגות ותוצאה ביחד.

הגישה השלישית אומרת שבכל מעשה גלומה תוצאה שהיא הגשמת המעשה ואין טעם להבחנה בין התנהגות לבין תוצאה שכן כל העבירות הן תוצאתיות. גישה זו לא מקובלת בפסיקה.

**מהן ההשלכות?!**

בעבירות התנהגות אין מקום לטענות של קשר סיבתי, בעבירות התנהגות לא יתנו בכלל לנאשם לטעון טענות שמקומן הוא בקשר סיבתי שכן עבירת התנהגות לא מדבר על תוצאה בעולם. בתקיפה למשל חשוב לנו רק אם המעשה היה בשליטת התוקף ואילו אם התקיפה הייתה כרוכה בתוצאה אפשר היה לשאול עליה שאלות של קשר סיבתי.

דוגמא – פס"ד אנגלי שדיבר על אדם התקרב למעבר חציה, לחת על הבלמים והם לא עבוד. הנאשם אמר כי הוא עשה כל מה שיכל כדי לעצור על הרכב והייתה תקלה מכנית. הוא טוען כי הוא ביצע את המעשה אך הקשר הסיבתי ניתק בשל גורם זר מתערב. אמרו לו השופטים כי העבירה היא התנהגותית ואין מקום לטענות של קשר סיבתי אלא משנה רק אם עצרת או לא עצרת.

**פס"ד מאור מזרחי** מאוד דומה. אדם נוסע ונעצר על ידי רכב משטרה ומקבל דו"ח על כך שפנס הבלם האחורי לא עובד. בדרך כלל אותו אדם לא ידע ואין לו דרך לדעת אם לא אומרים לו. אותו אדם יצא בדיוק מהמוסך שבו תוקן פנס הבלם האחורי ולכן הוא כעס מאוד שכן הוא עשה את כל מה שאפשר. אמרו לו שזו טענה של קשר סיבתי וזו עבירה התנהגותית והוא הורשע.

אם היינו מקבלים את הגישה שאומרת שכל העבירות הן עבירות תוצאתיות היינו מאפשרים לנאשמים לטעון יותר טענות ולהתגונן במקרים כאלו שגורם זר התערב. המקרים כאלו תחושת הצדק תגיד שזה לא הגיוני להרשיע. העמדה לא התקבלה בינתיים בפסיקה הישראלית, למרות שיש שופטים מדי פעם ששואלים מדוע יש צורך בהבחנה כזאת.

ההשלכה המעשית השניה לעניין המחשבה הפלילית – בעבירה התנהגותית אין צורך להוכיח יסוד חפצי. המחשבה הפלילית היא אך ורק מודעות ואין רלוונטיות לשאלה מה המבצע התכוון או ניסה להשיג.

האם באמת אין משמעות לשאלה למה מי שתקף שוטר תקף שוטר?! האם הדבר היחיד שרלוונטי היא שידעתי שאין תוקף שוטר?! אין משמעות לשאלה האם זה היה בכוונה או במקרה?!

**עבירות גרימה -** חלק מהעבירות לא נמצא בהם יסוד של מעשה או התנהגות אלא אך ורק תוצאה. עבירות אלו הן עבירות גרימה והם מעטות (304 גרימת מוות ברשלנות , 298 הריגה, 300 רצח). הסיבה היא שהערך שהעבירות מגנות עליו הוא כל כך חשוב שהמחוקק קובע כי אין לפגוע בו בשום דרך.

**עבירות שותקות -** עבירות המדברות של התייחסות העבירה ליסוד הנפשי. מקצת העבירות מזכירות את היסוד הנפשי ואילו עבירה שותקת לא מזכירה את היסוד הנפשי והן רבות. חלק מהעבירות מזכירות דרישות של יסוד נפשי. למשל כשכתוב "בכוונה ל…" זה אזכור של יסוד נפשי בתוך העבירה.

מכאן שבכל העבירות נהיה חייבים למצוא יסוד עובדתי, לא נהיה חייבים למצוא יסוד נפשי אך חשוב לזכור שתמיד קיים יסוד נפשי.

**סעיף 20** נותן לנו את ברירת המחדל שהיא מחשבה פלילית (מודעות) כל עבירה שותקת היסוד הנפשי הדרוש בה יהיה מודעות, בכפוף לחריגים שהינם רשלנות ואחריות קפידה.

מה לגבי עבירה תוצאתית?! היא שותקת וכאן יש לנו שינוי קטן בנוגע לסעיף 20, התוצאה היא הרי לא וודאית לכן לא נשאל אם האדם מודע להתקיימות התוצאה אלא אם הוא מודע לאפשרות של התקיימות התוצאה.

מה היסוד הנפשי שצריך להוכיח בתקיפה למשל?! שהנאשם מודע לכך שהוא תוקף, מודע לכך שהוא תוקף אדם ושהוא מודע לאפשרות שהוא יגרום לו חבלה (הוא לא צריך להיות מודע לגרימת החבלה).

בעבירות תוצאתיות אנחנו צריכים לשאול על הרכיב החפצי – האם הייתה כוונה במעשה או שמא פזיזות?! ואם הייתה פזיזות הא מדובר באדישות או קלות דעת?!

מכאן שאם יש לנו העבירה תוצאתית צריך להוכיח מודעות למעשה, מודעות לנסיבה, מודעות לאפשרות התרחשות התוצאה, קשר סיבתי וגם יסוד חפצי של לפחות קלות דעת לגבי התרחשות התוצאה. יש עבירות שיגידו לי שצריך להוכיח שהנאשם עשה במתכוון ואז צריך להוכיח יותר מהנ"ל. מכאן שעבירה תוצאתית קשה יותר להוכחה מעבירה התנהגותית.

חוץ ממה שדיברנו עליו עד עכשיו יש עבירות שיש עוד דרישה בנוגע ליסוד הנפשי המכונה **מטרה או כוונה מיוחדת**. התוספת לא קשורה לניצוח שעשינו קודם שכן היא יכולה להיות גם בעבירה תוצאתית וגם בעבירה התנהגותית.

**פס"ד אלבה**

המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות. המטרה היא חיצונית למעשה. המטרה לא מתייחסת לעצם הפרסום אלא שואפת להשיג משהו שהוא מעבר ליסוד העובדתי, להסית לגזענות. כוונה מיוחדת נוגעת לעבירה ספציפית ולדרישותיה.

**יום רביעי 10.4.13**

כמו שאמרנו יסוד עובדתי הוא תנאי לקיום אחריות פלילית מכיוון שהמעשה מבטא את המחשבה הפלילית, שכן המשפט אינו מעניש על מחשבות בעלמא.

המצב בפועל בפסיקה הוא שההבחנה בין עבירות תוצאתיות להתנהגותיות קיימת ולכן אנחנו צריכים להפריד בניהם. יש להפריד בין החוק כיום לביקורת כלפי ההפרדה. כאשר אנחנו רואים עבירה עלינו לבדוק מי מושא העבירה והאם כחלק מדרישותיה יסוד העובדתי של העבירה צריך להוכיח פגיעה בו.

יש לזכור את הגישות השונות להבדלה בין עבירת התוצאה לעבירת ההתנהגות – הראשונה של פרופ' פלר והשניה של פרופ' קרמניצר. שתי הדעות הן הגדרות שעלינו לעבוד איתן כאשר הגדרתו של פלר היא היותר מקובלת בפסיקה. נאשם בד"כ ירצה לקבוע שהעבירה היא תוצאתית כי צריך להוכיח לגביו יותר דברים.

כמו שאמרנו, ישנה הבחנה בין תוצאה בפועל לתוצאה בכוח (וכאן העמדה של פלר לא התקבלה) כאשר תוצאה בכוח מסווגת כעבירה תוצאתית. הסיבה לכך היא שכאשר מעמידים את העבריין על העמדה בסיכון אנחנו כבר יודעים את התוצאה הסופית (שאינה תמיד סיכון שהתממש) ומכאן שאין תוצאה ולכן העבירה היא בהכרח התנהגותית.

ישנם שני שלבים עקרוניים בניתוח עבירות –

1. בדיקה מהו היסוד העובדתי ומה הוא מכיל (מעשה, נסיבות אם יש ותוצאה אם יש).
2. בדיקה מהו היסוד הנפשי (האם העבירה שותקת או לא, אם כן יש צורך להראות מודעות למעשה, לנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאה). בנוסף לכך, רק בעבירות של תוצאה נשאל מה היסוד החפצי (כוונה, פזיזות המחולקת לאדישות שהינה קלות נפש ולקלות דעת). אדישות אנחנו רואים פחות ואילו קלות דעת היא חשובה לנו שכן היא הדרגה הנמוכה ביותר לכניסה למשפט העברי.

קלות דעת מוגדרת נטילת סיכון בלתי סביר מתוך כוונה למנוע את התוצאות. התביעה תמיד תצטרך להוכיח את המינימום שהיא קלות דעת. אם לא מצויין שיש צורך להוכיח כוונה יש להוכיח קלות דעת.

הניתוח הוא כמעט ניתוח טכני ועלינו להמחיש אותו לפי העבירה הספציפית בה אנו דנים.

**פס"ד כהנא**

**סעיף 192:** "המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו דינו מאסר שלוש שנים." אנו רואים שהעבירה היא עבירה התנהגותית ולא תוצאתית.

מעשה – המאיים, בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו.

נסיבה – על אדם.

אותו כהנא יושב בגרמניה ומאיים על אדם באמצעות הטלפון. כשהוא מגיע לארץ מגישים נגדו כתב אישום על איומים. כדי שתהיה לנו סמכות שיפוט עלינו להראות שמקצת העבירה בוצע בשטח השיפוט של מדינת ישראל. כהנא אומר כי אין לישראל סמכות שיפוט ואם ישראל תופסת את העבירה כעבירה שנעשתה בישראל הרי שהיא עבירה תוצאתית שכן היא מתייחסת לקבלת השיחה על ידי המאויים, התוצאה של קבלת הטלפון.

השאלה היא האם האיום דורש את הצלחת האיום או את קליטת האיום?! או שאין זה רק להשמיע את דברי האיום?! מה ההבחנה בין מעשה לתוצאה?! האם המעשה קשור בקשר סיבתי למשהו מרוחק ממנו?!

בית המשפט אומר כי מדובר בעבירת התנהגות כאשר הוא מפרש את הרכיב "על אדם" כמחייב שדברי האיום יקלטו על ידי אדם מכאן שקליטת דברי האיום היא חלק מהיסוד העובדתי של העבירה ויש סמכות שיפוט.

דעת המרצה היא כי היה צריך לקבוע כי העבירה היא עבירת תוצאתית שתוצאתו היא הצלחת הקליטה על ידי אדם אחר כך שאם למשל הקשר לא נקלט אצל אדם אחר היינו אומרים שהקשר הסיבתי נותק.

**פס"ד הורביץ**

לפי סעיף 54(א) לחוק ניירות ערך: מי שעשה את אחד מאלה "הניע או ניסה להניע אדם לרכוש או למכור ניירות ערך ועשה זאת באמרה, בהבטחה או בתחזית – בכתב, בעל פה או בדרך אחרת – שידע או היה עליו לדעת שהן כוזבות או מטעות, או בהעלמת עובדות מהותיות"

מדובר באנשים בבורסה בתל אביב המעלימים את העובדה שהם לא עומדים בתנאי ההון העצמי אלא לקחו את זה בהלוואה מחברה אחרת. כלומר יכול להיות שמשקיעים בבורסה לא היו משקיעים בחברה כזאת שאין לה הון עצמי.

השאלה היא מה זה הניע?! האם על התביעה להוכיח קשר סיבתי או שהעבירה היא התנהגותית?! אם זה תוצאה התביעה צריכה להוכיח כי ישנו לפחות אדם אחד שקנה בגלל ההטעיה. הבעיה היא שהתביעה לא בודקת מיהם המפסדים בפועל אלא רק שיש הטעיה. התביעה לא רוצה להוכיח קשר סיבתי וגם לא רוצה להוכיח ניסיון שכן כדי להוכיח ניסיון צריך להוכיח יסוד נפשי מוגבר. בעצם יש כאן מלכוד.

בבית המשפט השופטת ארבל אומרת כי כל הפסיקות מראות שהעבירה היא עבירה תוצאתית אל שופטי הרוב אומרים כי פרשנות תכליתית מביאה למסקנה ההפוכה כי מדובר בעבירה התנהגותית והסיבה היא הרצון להגן על משקיעים בניירות ערך וחשיבות הגילוי הנאות. אם היצע והביקוש מתבססים על מידע חלקי אז הם אינם משקפים את ערכה הנכון של החברה המנפיקה ונוצר שוק בלתי יעיל ומסוכן. מכיון שתכליתו היא כזו אומרת השופטת ארבל כי הסעיף לא נועד להגן על משקיע מסויים שהוטעה בפועל אלא למנוע את הסיכון של הפגיעה בציבור המשקיעים ולכן העבירה היא התנהגותית. השופט רובינשטיין באוביטר חושב שהסעיף הוא תוצאתי (דעת מיעוט).

**פס"ד אלבה**

"המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות". פס"ד מפורסם ניתן בתקופה של משבר פוליטי מבחינת ישראל. העבירה היא עבירה קשה, מדובר ברב המפרסם מאמר בשם הלכות הריגת גוי אך עושה את זה במקום בעייתי מבחינת הנסיבות והתנאים. הוגש נגדו כתב אישום בעבירה הזו. עולה השאלה האם העבירה היא התנהגותית או תוצאתית.

יש לנו שני שופטים שאומרים כי ההבחנה לא מועילה ואין צורך להבחין בניהם אך מכיוון שמדובר בהרכב מורחב שאר השופטים קובעים כי מדובר בעבירה התנהגותית. הקושי הוא בעבודה ש"המפרסם" זה התנהגות ולא תוצאה. אם לא הצלחתי לפרסם?! אם אני עושה כל שביכולתי להסית לגזענות אך לא הצלחתי?! עברתי את העבירה או לא עברתי את העבירה?! אם זו עבירה התנהגותית אסור לי להעלות את הטענה שלא הצלחתי ולכן הקשר הסיבתי נותק וזו תוצאה אבסורדית. היה הרבה יותר קל לקבוע שהמפרסם זה התנהגות והצלחה ואז במקרה המתאים היה אפשר לטעון טענה של קשר סיבתי. זו עמדת הביקורת שלא התקבלה על דעת הרוב של שופטי בית המשפט העליון.

השאלה הנוספת היא מה זה דבר?! האם צריך שבתוך המסמך יבוא לידי ביטוי נימה של גזענות או שכל פרסום, גם של דבר ניטרלי עלול להעלות כדי עבירה אם הוא נעשה מתוך היסוד הנפשי שהסעיף קובע?! בסעיף מבחינת פרשנות מילולית לא כתוב שהדבר צריך להיות גזעני – השאלה היא אם זה הגיוני. לכאורה כל אדם שמפרסם משהו וכוונתו היא להסית לגזענות יורשע בעבירה (דבר שיפגע קשות בחופש הביטוי). השופטים חוששים לפרש את העבירה בצורה כל כך רחבה. הוויכוח בפסק דין האם צריך להיות ביטוי לגזענות בפרסום עצמו הוא בין השופט מצא לשופט ברק. השופט מצא אומר כי כל דבר יכול להיות בסיס להרשעה בעבירה ואילו השופט ברק מבקש ביטוי לאופי הגזעני בפרסום עצמו.

בניתוח העבירה המפרסם דבר הוא המעשה + הנסיבה כאשר העבירה אינה שותקת, המחוקק דורש דבר נוסף והוא מטרה. המטרה מתייחסת למשהו שבכלל לא קשור ליסוד העובדתי אלא מעבר אליו. המטרה לא מתייחסת לפרסום אלא לרצונו של המפרסם. הדרישה היא דרישת יסוד נפשי המכוונת מעבר ליסודות העובדתיים של העבירה.

מצא וברק מתווכחים האם צריך להראות ביטוי גזעני בפרסום. ברור לכולם שאם המאמר היה מתפרסם כמאמר שעמדתו להסביר את עמדת ההלכה בשאלת הריגת גוי איש לא היה מעלה בדעתו שמדובר בדבר פסול. הזמן והמקום בו הפרסום התפרסם הופך אותו למשהו אחר. דעתו של מצא מקלה עם התביעה כי העובדה שהייתה כוונה מספיקה. ברק אומר כי חופש הביטוי משתרע גם על ביטוי גזעני (במידה) ולכן צריך להיות ביטוי גזעני בטקסט. ברור לגמרי שטקסט תמים שנלוות לו מטרה להסית לגזענות לא יעלה כדי עבירה. הפגיעה בחופש הביטוי צריכה להיות מידתית, גם כדי להילחם בגזענות. ולכן הוא מבקש להוסיף לעבירה מבחן הסתברותית נסיבתי ששואל מהי ההסתברות שתהיה אכן הסתה לגזענות. אם ברור לגמרי שהטקסט הוא כזה שכולם יקראו ויצחקו (גם אם הוא גזעני) אז זה לא יחשב עבירה פלילית. כלומר לא רק שטקסט חלק ותמים לא יחשב כעבירה אלא גם טקסט שיש בו גזענות יש לבדוק האם יכולה להיות הסתה לגזענות מתוך הטקסט הנ"ל.

מצא לעומתו, אומר כי כל פרסום הוא בסיס להרשעה בסעיף זה והסיבה היא שבית המשפט לא יצטרך לבחון את הטקסט, לדון בפרשנותו, במידת הגזענות שבו. מצא אומר כי המחוקק איזן בין היסוד הנפשי לעובדתי. היסוד העובדתי מצומצם אך היסוד הנפשי קשה שכן אין צורך במודעות בלבד אלא מטרה. אנו צריכים לראות את האיזון כאומר שאין צורך להוסיף רכיבים נוספים לתוך העבירה ובמיוחד סעיף זה שהוא רכיב של קשר סיבתי (מצא טוען בפירושו שהרכיב הוא של קשר סיבתי בעוד שבפועל הרכיב שרצה ברק להוסיף הוא נסיבתי, הסתברותי) לטעמו של מצא חופש הביטוי איננו חל על התבטאות גזענית.

**נסיבות**

נסיבות הן עובדות בעולם שלא קשורות במישרין לעבריין. בד"כ נסיבות קיימות בעת ביצוע העבירה אך יש לשים לב שלעיתים נסיבה יכולה להיות מאוחרת או תלויה במאורעות שיקרו אחרי השלמת יתר הרכיבים של היסוד העובדתי. דוגמא לכך הוא בפס"ד חכם – הוא הואשם ביבוא סחורה ללא היתר (ללא היתר = נסיבה). כאשר חכם מייבא סחורות לארץ ניתן לו היתר שאמר כי מותר לו לייבא בתנאי שחמישים אחוז מהבדים שייצר מאותם חומרי גלם הוא ייצא לחו"ל. הבעיה בפס"ד היא שההיתר שניתן לו חייב אותו לאיזושהי פעולה עתידית. בשעה שבה הוא ייבא את הסחורות ההיתר היה בתוקף אך היה לו תנאי מאוחר. חכם מכר את כל הבדים בארץ והוגש נגדו כתב אישום. חכם טען טענה של מזיגה ואמר כי בשעה שהוא ייבא את הסחורות היה לו היתר וכאשר הוא הפר את התנאי בהיתר הוא כבר לא ייבא שום דבר שכן הסחורות כבר היו בארץ. בית המשפט אמר כי לפעמים נסיבה יכולה להיות מאוחרת בזמן ועד שלא יושלמו כל הנסיבות העבירה לא הושלמה. לכן אי קיום התנאי בעצם משלים את רכיבי היסוד העובדתי באופן מאוחר.

מה קורה כאשר יש לנו נסיבה שהיא יצירת סיכון פוטנציאלי?! בד"כ מסווגים את זה כנסיבה.

יש לזכור את פסקי הדין של אלבה וכהנא בהם בית המשפט דן בשאלה האם לגיטימי לקרוא לתוך עבירה פלילית נסיבה שלא כתובה בה באופן מפורש שדורשת הסתברות מסויימת למימוש הסיכון.

**נסיבות שלא כדין**

**סעיף 379** – "התוקף שלא כדין את חברו, דינו - מאסר שנתיים"

**סעיף 380** – "התוקף חברו וגורם לו בכך חבלה של ממש, דינו - מאסר שלוש שנים"

לאן נעלם המונח "שלא כדין" בסעיף 380?! נאמר כי תקיפה היא לא תמיד חמורה. תקיפה שגורמת חבלה היא תמיד אסורה בעוד שתקיפה רגילה לא בהכרח תהיה אסורה אלא אם כן היא לא כדין.

**סעיף 333** – "החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו - מאסר שבע שנים."

הבעיה שלנו היא שאין דרך להגיד מהי הנסיבה "שלא כדין" אומרת לנו.

**סעיף 192** – "המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר, בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו, דינו - מאסר שלוש שנים. "

יש לנו עבירת מודעות רגילה + מטרה. מה זה מאיים שלא כדין?! האם אפשר לתלות במילים שלא כדין משהו שיגיד שאיום הוא לגיטימי?! מותר נניח למרצה לגרום לנו לא להצליח בבחינה אז מה עושה איום של "אם לא תקראו פסקי דין לא תצליחו במבחן" לשונה מאיום של "אם לא תשטפו לי את האוטו לא תצליחו במבחן"?! יש דברים שנראים לנו כאיום על פניו. האיום חייב להיות כזה שאדם אובייקטיבי ירגיש מפוחד. בתחום האיום מה נתפס כלגיטימי ומה לא?! האם לגיטימי לאיים על אדם בתביעה?! כן. האם לגיטימי לאיים על אדם בפניה למשטרה?! לא. שכן אם אנחנו יודעים על עבירות שבוצעו חובה עלינו לגשת למשטרה. השאלה הקשה היא קו הגבול בין האיום המותר לאסור. דווקא בעבירה של איומים להבדיל מעבירה של תקיפה בתי המשפט כן מנסים לייחס משמעות לרכיב "שלא כדין" אך ללא הצלחה ניכרת.

גולדברג בדעת מיעוט ב**פס"ד ליכטמן** אומר כי כל נסיונות להסביר את רכיב "שלא כדין" הן מיותרות שכן זהו רק ביטוי מתורגם מאנגלית. בדין האנגלי אין לזה משמעות מעבר למשמעות טקסית וכך גם אצלנו בישראל. גולדברג אומר כי הדבר היחיד שצריך להגיד בעבירת האיומים הוא מה זה איום ויש להבחין בין איום חיובי לשלילי.

ברק בדעת הרוב אומר כי יש להגביל את עבירת האימים על ידי מתן משמעות לרכיב "שלא כדין" כי זו עבירה שעלולה לפגוע בקשרי בין בני אדם ויש לצמצם את העבירה. יש למצוא מקור בדין להיותה של ההתנהגות בלתי חוקית. די שהמעשה מהווה עוולה נזיקית די בזה כזה להפוך את האיום לאיום שלא כדין.

מה קורה כאשר אין לנו מצב שבו יש הוראת דין אחרת שהופכת את האיום לבלתי לגיטימי אלא להפך אולי יש לנו הצדק בדין?! אולי הרכיב "שלא כדין" מתאים למקרים בהם אדם יכול להראות שאין הצדק בדין לפעולתו. אפשרות זו עלתה בפס"ד של שדה אור (התעללות בילדים) לרבות עמדתו של פרופסור פלר שאומר כי הפרשנות משתנה מעבירה לעבירה. אין פרשנות אחת לרכיב "שלא כדין". לפעמים הוא יהיה מיותר, לפעמים הוא יפנה להצדקים בדין ולפעמים לאיסורים בדין וכל עבירה נפרש לפי צורכי אותה עבירה.

ב**פס"ד חמדני** הדבר נדון בצורה מפורשת שם מדובר במתלוננת שנפרדה מהנאשם והוא מתחיל להציק לה. הוא שולח למשל תמונה שלה לבני המשפחה שלה כשהיא בבגד ים. הוא אומר כי הם קיימו יחסי מין וכי היא ביצעה הפלה והכל כדי לסכל נישואים שלה לאדם אחר. השופטת ביניש לא מכריעה בשאלה מה התפקיד של הנסיבה שלא כדין אבל היא כן קובעת שהנסיבה חשובה כדי להבחין בין איומים אסורים למותרים. היא נוטה לעמדה של פלר ואומרת כי במקרה זה גם לפי הגישה המצמצמת ביותר (ברק בליכטמן) אפשר להרשיע מן הטעם שאפשר למצוא דין אחר האוסר על המעשה (הגנת הפרטיות, לשון הרע ועוד).

איום בדבר שהוא בלתי חוקי הוא בוודאי אסור אבל השאלה היא אם מותר לי לעשות משהו (כמו להכשיל אתכם בבחינה) מדוע זה אסור להגיד לתלמידים את זה?! האם עבירת האיומים מצטמצמת רק לאיסורים אחרים מכוח דין אחר?! האם כל דבר שמותר לי לעשות מותר לי לאיים בהשלכות שלו?!

הדבר היחיד שמשותף לכל העבירות היא העובדה שהמונח "לא כדין" הוא כלי עזר פרשני לבית המשפט.

**מחדלים כצורת ביצוע של עבירות**

כל עבירה לפי סעיף 18 יכולה להיות מבוצעת על דרך מחדל. פירוט סוגי העבירות המחדליות:

1. **עבירות שמלכתחילה מנוסחות כעבירות מחדליות המטילות חובת עשה –** **סעיף 262** לחוק העונשין, "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים." אי מניעת פשע מטיל חובה על מי שיודע על מעשה פשע לנקוט אמצעים סבירים למנוע את עשייתו או השלמתו. העבירה היא מחדלית שכן אנו מרשיעים אדם שלא עשה כלום. הסעיף גם קובע את חובת ה-עשה. הסעיף בעייתי.

דוגמא נוספת היא **סעיף 2(א)** לחוק השבת אבידה תשל"ג "המוצא אבידה ונטלה חיב להשיבה לבעלה או להודיע עליה בהקדם למשטרה" סעיף 9 קובע עונש מאסר של שישה חודשים.

דוגמא שלישית **סעיף 288(א)2** לחוק העונשין "העושה אחד מאלה – דינו מאסר שנה: אינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי חיקוק למסור ידיעה או מסמך."

1. **עבירות גרימה על דרך מחדל.** ישנם סעיפים היוצרים בסיס להטלת אחריות כמו סעיפים 322-326 לחוק העונשין. **סעיף 322** "מי שעליו האחריות לאדם שמחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני, מעצרו או כל סיבה אחרת אינו יכול להפקיע עצמו מאותה אחריות ואינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו - בין שהאחריות מקורה בחוזה או בדין ובין שנוצרה מחמת מעשה כשר או אסור של האחראי - חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו ולדאוג לבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של האדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה."

אם יש חובה על הורה לדאוג לילדו הקטין וכתוצאה ממחדלו של ההורה יגרם נזק לקטין סעיף העבירה יהיה גרימת החבלה אך מקור החובה יהיה הסעיף המורה על חובתו (סעיף 323).

1. **עבירות מעשה שניתן לבצע אותן על דרך מחדל.** הדבר הנפוץ ביותר. סעיף 18 מפרט לנו את העובדה שכל עבירה אפשר לבצע על דרך מחדל. אם הסעיף לא קובע אחרת כל העבירה כוללת גם ביצוע מחדלי בתנאי שנוכל להצביע על מקור חובה על פי כל דין או חוזה. התנאי הוא חשוב מאוד שכן בלעדיו אין אפשרות להרשיע.

**מהם הקשיים שמעוררים מחדלים?!**

לדעת המרצה המגמה בדיני עונשין צריכה להיות צמצום העבירות המחדליות הסיבות לכך:

1. **בראש ובראשונה ההגבלה החמורה על חירות העשיה בעבירות מחדל.** עבירות אלו פוגעות בחופש הפעולה של כולנו. עבירה רגילה אוסרת על קו פעולה אחת אך עבירה מחדלית אוסרת על כל קווי הפעולה החלופיים למעט הקו הקבוע בחוק.

ההגבלה של החירות היא הרבה יותר גדולה כשמדובר בעבירה מחדלית.

תכליתן של עבירות המחדל היא שונה מאלו המבוססות על מעשה שכן מטרתן היא להגדיל את הסולידריות המעשית. עבירות המחדל מטילות עלינו חבת עשיה למען אחרים.

1. **הקושי לאתר קשר סיבתי במחדל.** באיזה מובן אני יכולה להגיד שמהחדל גרם לתוצאה?! הרי לא עשיתי כלום. דוגמא של ילד שהושאר באוטו, על פני הדברים הילד מת מחום ויותר קשה להסביר באיזה אופן המחדל של ההורה גרם למוות. יש מקרים בהם הקשר הסיבתי קשה הרבה יותר במקרה הנ"ל ויהיה קשה להראות את הקשר בין אי עשיה לתוצאה.
2. **קשה יותר למקם מחדלים בזמן ובמרחב.** איך נדבר על מישהו שלא עשה כלום?! באיזה מקום ומתי נעשה אי המעשה שלו?! הרבה יותר קשה לקבוע מעבירת מעשה. כדי להחיל את הסמכות השיפוטית של המדינה צריך המעשה נעשה התחום השיפוט של המדינה, אך מה קורה במחדל?! לדוגמא אי הגשת דו"ח שנתי למס בשנה מסויימת, האם המעשה ימשך לעולם?!
3. **קשה יותר לקבוע מחשבה פלילית.** מדוע?! קודם כל אין ראיות ישירות למצב תודעתו של אדם אחר. זה לא כמו להוכיח טביעות אצבעות. גם לתביעה וגם לנאשם אין ראיות. ישנה חזקה שאדם מודע למעשיו ולתוצאות הטבעיות שנובעות ממנו אך מה קורה במחדל?! אך אפשר להגיד משהו על המחשבה הפלילית של אדם שלא עשה כלום?! הוא לא עשה שום דבר והתביעה צריכה להוכיח שהוא עשה את זה במודעות, מתוך כוונה או קלות דעת. איך מאפס מוכיחים מחשבה פלילית?! הקושי מוחמר שבעתיים לנוכח העובדה שעבירת מחדל עומדת כל כולה על היסוד הנפשי. הדרך היחידה להוכיח עבירות כאלו הם באמצעות אותן חזקות של הוכחת היסוד המנטלי על בסיס 0 מעשה.

בשל כל אלה ראוי שדיני העונשין יצמצמו ככל האפשר את העבירות המחדליות. דרך המלך צריכה להיות עבירה על בסיס מעשה ולא על בסיס מחדל.

ישנם ביצועים מסויימים שנחזים להיות מחדלים אך בפועל הם מעשים אקטיביים וקשים לביצוע על אף שלמתבונן מבחוץ הום נראים 0 עשיה. למשל השומרים של הארמון באנגליה שלא זזים. נוכל לראות את זה כמחדל אך בפועל ה0 מעשה הוא מעשה פיזי של עמידה (במצב קשה). לפעמים ההבחנה בין מעשה למחדל היא לא ברורה ועלינו לנסות לפרש התנהגות כאקטיבית ולא כפסיבית. הדבל יקל עלינו כדי שלא נצטרך למצוא חובת עשה וכן יתיישב יותר טוב עם הקשיים שציינו קודם.

למשל, העבירה של אי שמירת מרחק. חובה על הנהג לשמור על מרחק מסויים מכלי רכב נוסע לפניו. האם זו עבירה מחדלית או אקטיבית?! השאלה היא אם נתסכל על הנסיעה שגרמה להתקרב יותר מדי או שהייתה עלינו חובה לשמור על המרחק ולא שמרנו על החובה הזאת. בכל מקום שאפשר כדי להסתכל על זה כמעשה אקטיבית.

עוד דוגמא היא נסיעה בלי אורות. לכאורה יש לנו מעשה של נהיגה ונסיבה מחדלית. חובה היה עלי להדליק אורות ולא הדלקתי. המחדל הוא בנסיבה.

נראה כי יהיו גם מקרים של קשר סיבתי שבהם יהיה אפשר לפרש מעשים כמעשים אקטיביים או כמחדלים עם תוצאות.

מתי יהיה בעיקר הקושי?! כאשר יצירת הסיכון הייתה אקטיבית והסרתו לא נעשה, כלומר הייתה מחדלית.

לדוגמא – פס"ד פייגל. מדובר בחוליגן אנגלי שלא אוהב שוטרים. יום אחד הוא נוסע במוכניתו ורואה שוטר מסמן לו לעצור בצד הכביש. הוא עוצר ושם לב שפניו של השוטר אדומות ומסתבר שהוא עלה עם הרכב על רגלו של השוטר. הוא עזב את הרכב והוגשה נגדו תביעה על תקיפה (שאז לא יכולה להיות במחדל). פייגל טוען כי לא הייתה לו מחשבה פלילית לעלות על רגלו של השוטר אך כשהוא ראה שהוא עלה עליו הוא לא עשה כלום וכי אין שום חובה המורה עליו להזיז את רכבו.

דוגמא נוספת היא על מישהו שדקר את אשתו דקירה לא קטלנית ואחר כך הוא הולך ללא להושיט לה סיוע והיא מתה מאובדן דם.

**יום רביעי 17.4.13**

לא הייתי בשיעור. להשלים‼

**יום שני 22.4.13**

**עבירות החזקה**

עבירות מיוחדות שכן אין איסור על תנועת שרירים שכן הן לא מדברות על החזקה פיזית ביחד. יש כאן חשש לענישה בשל "סטאטוס" כלומר לא ענישה על מעשה מתוך מחשיבה פלילית אלא ענישה בשל זה שאדם נמצא בסטטוס מסוים. אולי אנחנו בעצמם מנסים לתפוס אנשים לא בשל מעשה שעשו אלא בשל העובדה שהם נמצאים במצב מסויים. למשל מסוממים – אנחנו רוצים להניח את ידינו על כל אדם שמכור לסם וכבר תחת השפעה נמשכת של סמים ויש חשש שהמפשט הפלילי יגלוש לענישה של אותם חלשים בחברה מתוך ניסיון של הרוב השולט במרכזי הכוח להדיר את חלקו של המיעוט החלש.

**מהי החזקה?!**

הכללים שנקבעו בפס"ד הוכששט הפכו להיות הכלי לפרשנות בנוגע לכל עבירות ההחזקה.

**סעיף 34 כ"ד** הוא סעיף ההגדרות שלנו (כאשר עלינו לפרש עבירות עלינו לזכור שקיים סעיף זה בו יש פירושים למונחים מסויימים המופיעים בעבירות).

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

הסעיף מדבר על החזקה אישית והחזקה קונסטרוקטיבית (החזקה בידי בני חבורה).

בהחזקה אישית יש לנו הגדרה רחבה. לסעיף זה נוסיף את סעיף 8 לפקודת הסמים המסוכנים: "לענין אישום בשל אחזקת סם מסוכן, אין נפקא מינה אם הסם המסוכן נמצא ברשותו של הנאשם, או ברשות המחזיק אותו מטעמו של הנאשם, או אם הסם של הנאשם נמצא ברשותו של אדם אחר ללא ידיעתו של אותו אחר, או אם הסם נמצא במקום שאינו ברשותו או שאינו נתון לפיקוחו או להשגחתו של שום אדם."

מכאן מתעוררת השאלה- האם כאשר נמצא נשק באיזה מקום באוניברסיטה כולנו נהיה אחראים להחזקתו?! השאלה חשובה במיוחד לאור ריבוי עבירות ההחזקה ובעצם חקיקת עבירות ההחזקה היא כבר סוג של הרחבת הענישה שכן בעבירות אלו, בנגידו לעבירות אחרות בהם נעניש על ניסיון או מעשה של עבירה, אנחנו מענישים גם על הכנה למעשה מתוך מחשבה שאותה החזקה תוביל בסופו של דבר לשימוש בנשק, בסם ועוד.

לא כל עבירות ההחזקה הן כאלו. החזקה של דברים גנובים למשל מדברת על החזקה לאחר הפעילות הפלילית. במקרה זה גם אם נתפוס את הסחורה הגנובה אצל מישהו שאינו המבצע של הפעילות הפלילית עדיין נוכל להענישו.

**פס"ד הוכשטט**

(צריך לזכור שזהו פס"ד ישן מלפני תיקון 39 כשההגדרות היו שונות)

פס"ד של ברק הוא פס"ד המוביל עד היום בשאלה איך מפרשים את הביטוי החזקה אך בנסיבות הספציפיות של הוכששט הוא באוביטר דעת מיעוט.

**מהו הפירוש של ביטוי ההחזקה?!**

עבירת ההחזקה מדברת על יסוד פיזי של שליטה שהי אלפי ברק היכולת על פי מהלך העניינים הטבעי והרגיל להגיע לעשייה פיזית בחפץ או היכולת לקבוע את גורלו של החפץ. כמו שראינו אין לזה ביטוי בסעיפים שכן הם כלל לא מדברים על שליטה. הפסיקה הוסיפה את הדריה כחלק מהאמץ הפרשני להגדיר מהי החזקה. מה שהיה נדמה לנו קודם כרחב צומצם פה שכן לא כל דבר הנמצא ברשות הרבים תוביל להרשעת כולם אלא צריך שהאדם יוכל לקבוע לפחות את גורלו של החפץ המוחזק. אם יש לי שליטה אפשר להרשיע אותי גם על חפץ בנמצא ברשות הרבים. זהו המקרה של פס"ד חרבוש, שם היה מדובר בסכסוך בין קבוצות עבריינים כאשר נגד כולם הגישו כתב אישום בנוגע לאחזקה של אותו אקדח.

מה זה יכולת לקבוע את גורלו של החפץ?! העובדה שאני יודעת שהוא קיים במקום מסויים. ההגדרה שברק מנסה לצמצם על ידי רכיב השליטה היא בעלת היבט מסויים בעיתי בכך שכבר בתוך היסוד העובדתי יש דרישה של יסוד נפשי כי אחרת אי אפשר להסביר מהי יכולת לקבוע את גורלו של החפץ.

ברק אומר לנו כי בנודע ליסוד הנפשי בעבירה יש צורך בידיעה לגבי מהות המוחזק, כלומר צריכה להיות מודעות מוגברת של ידיעת תוכן ההחזקה ותנאי הבלעדיות כאשר אנחנו מבחינים בין שני סוגים של בלעדיות –

1. בלעדיות בצוותא. במצב כזה כל אחד מהמחזיקים במשותף יחשב במחזיק באופן אישי, למרות שהבלעדיות כביכול מתחלקת בין כולם.
2. בלעדיות אנכית. בלעדיות זו מתקיימת כאשר א' מפקיד חפץ בידי ב'. ב' הוא היחיד המחזיק פיזית בחפץ אבל א' יכול לתת הוראות לב' לגבי עשייה בחפץ.

מה קורה למשל במקרה של כספת שיש לה פתיחה במקביל?! בפסק הדין השאירו את זה בצריך עיון אבל דעת המרצה היא שזה תלוי בכמות האנשים. צריך להיות גבול מספרי.

פס"ד חרבוש לא משקף את דעת המרצה שכן כל עבריין שהסתובב אפילו ליד הנשק הוגש כנגדו כתב אישום כל החזקה.

מה קורה כאשר יש שני מפתחות לכספת ותריך את שניהם כדי לפתוח אותה?! כלומר לא כל אחד יכול להגיע לשליטה אלא צריך שיתוף פעולה של שניים כדי להגיע לשליטה. בעצם אלה העובדות של הוכשטט שכן לא הייתה לו שליטה בסם שהלל יבא לארץ אלא הוא יכל למנוע את השליטה אילו היה מדווח לרשויות ולא היה משתף איתו פעולה ונוסע לחו"ל. הוא ידע שיזויף שמו על שטר המטען אך לאף אחד משניהם לא הייתה שליטה בלעדית. כאן נחלקים השופטים כאשר השופט ברק (במיעוט) אומר שאין שליטה. השופטת בן פורת שמובילה את דעת הרוב סבורה שמדובר בסוג של שליטה שלילית. מספיק שלכל אחד יש את הכוח למנוע מהאחר את פתיחת הכספת ולכן דעת הרוב מרשיעה את הוכשטט.

מכאן במקרה של שליטה במקביל הלכה כבן פורת – כל אחד מהם יורשע. למרות זאת ניתוח יסודות עבירות ההחזקה במקרה זה הפך מאוביטר של ברק לדעת הפסיקה בפסקי הדין מאוחרים.

**פס"ד רובבשטי**

הדוגמה הקלסית לתירוץ העבריני הקלאסי שכן תמיד את זה שמסנג'רים כדי שיודה על ההחזקה ויגיד שכל השאר לא ידעו . השופט דב לוין הולך עם דעתו של ברק בפס"ד הוכשטט אבל הוא מוסיף חזקה לרעת הנוכחים. הוא אומר כי אם מוכחת שליטה, ובוודאי אם מוכחת החזקה פיזית, נוצרת חזקה עובדתית לרעת הנאשם שיש לו שליטה על החפץ שאסור בהחזקה – הנאשם צריך לתת הסבר שיעורר ספק בנכונות החזקה. יש לזכור שהתביעה תמיד נושאת בנטל הסופי כלומר שאם אחרי שהנאשם יתן הסבר עדיין נשאר ספק סביר, יש לזכותו.

**עבירת סטאטוס:**

הרשעה על סטאטוס היא מילת גנאי בשיטת משפט דמוקרטית. אנחנו לא מוכנים להטיל אחריות על אד אך ורק בשל כך שיש לו תכנות אופי מסויימות, מצב אישי, פגם כלשהו בדרך חייו ועוד. התיאוריה ביקורתית משתמשת באיסור זה כדי להראות שחלק מהעבירות הפליליות הן בפועל עבירות סטאטוס למרות שהן מנוסחות כאוסרות על מעשה מסויים.

לדוגמא – עבירות האוסרות על הימצאות בשכרות. ישנם ממלאי תפקידים המשפט הפלילי מיחד להם עבירות מסויימות בשל הרצון לשמור על כישרותם למילוי התפקיד. למשל שוטרים, כבאים ועוד לא יכולים לשתות בתפקיד. העבירה כולה להיות מנוסחת כעבירה אקטיבית. אך מה קורה כאשר מדובר בשוטר שהוא שיכור כרוני?! העובדה שהוא שתה בתפקיד היא מקרית לכך שהוא אדם שיש בו פגם משמעותי באופי – הוא מכור לאלכוהול. "כאילו" תפסנו ותו בשתיה בתפקיד אך אנחנו מענישים אותו על הסטאטוס שלו בהיותו מכור.

רוב הטענות הללו לא מתקבלות אך ישנו פס"ד שלוקח את הדברים למקום קיצוני. פס"ד מארה"ב, שנות ה70, בו הורשעה אישה במדינת ניו-ג'רזי על כך שהיא מרגיזה את האנשים בשכונה שלה – צועקת, מקללת ומפרה את השלווה במקום. אותה אישה הורשעה במשפט פלילי על היותה מרגיזה ו"מכשפה".

כתב האישום מנוסח כמו בארץ, מתחילים בפירוט על התאריך, היום והמעשה. במקרה זה המעשה האסור הוא תכונת אופי. גם אם נפרק למעשים שהיא בפועל עשתה כמו להרעיש בין 2-4 עדיין ההרשעה היא על האופי המעצבן של האישה שהוא פגום בעיני החוק.

אחזקה קונסטרוקטיבית – אפשרות להרשעה רחבה. המחוקק עשה איזון בין היסוד הנפשי לעובדתי. היסוד העובדתי הוא מאוד חלש שכן ההחזקה היא בידי אשם אחר ולא בידי מי שאנו מרשיעים שכן מספיק שהוא היה אחד מחבורה. ישנה דרישה מוגברת ביסוד הנפשי: ידיעה והסכמה וזאת על מנת "לכפר" על היסוד העובדתי החלש.

**מיקום בזמן ובמרחב**

* אנחנו חייבים לדעת למקם את המעשה האסור גם מבחינת הטריטוריה שהוא מבוצע כדי לדעת אם יש תחולה לדיני מדינת ישראל.
* אנחנו צריכים לדעת למקם אותו בזמן כדי לדעת לחשב את מרוץ ההתיישנות.
* אנחנו צריכים לדעת למקם את המעשה או לבודד בין מעשים שונים כדי לדעת לאיזה עונש מקסימלי אדם חשוף.
* אנחנו צריכים לדעת להגדיר טוב את המעשה לצורכי הטענה של סיכון כפול.

כמדובר בעבירות רגעיות כמו תקיפה אין לנו בעיה שכן היא מבוצעת במקום מסויים בזמן מסויים כלפי אדם מסויים. יש לנו עבירות רבות המוצעות למשל באמצעים טכנולוגיים שלגביהן יש לנו בעיה. יש לנו עבירות שניתן לפצלן לרכיבים ואז לכאורה להגדיר את רמת הענישה (כמו במקרה של גנב האופנים בפעם אחת או בשלבים).

**תורת הסיכון הכפול / תורת מעשה בית דין:**

כלל כמעט טכני שבא ואומר שצריך לעשות סוף לכמות ההליכים שניתן לנהל בבית המשפט. בהקשר של משפט אזרחי קוראים לזה "השתק עילה" כאשר הרעיון אומר שעילת התביעה מושתקת ולכן אין לתבוע פעמיים באותה עילת תביעה. בהקשר של המשפט הפלילי הכוונה היא שלתביעה האסור להגיש כתב אישום יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה. במשפט הפלילי נקרא לזה סיכון כפול והוא כלל-על שמכוחו נחקקו מספר חיקוקים במשפט הישראלי. הפסיקה קיבלה שזו אחת הזכויות החוקתיות של נאשמים שלא יועמדו יותר מפעם אחת בסיכון של הרשעה בשל אותו מעשה.

רוב הסעיפים שכלל זה נכנס אליהם הם בחוק סדר הדין הפלילי כאשר החשוב מבניהם הוא **סעיף 5** "אין דנים אדם על מעשה שזוכה או שהורשע קודם לכן בשל עבירה שבו" כלל זה נקרא "כבר הורשעתי כבר זכותי" אך יש לו חריג האומר שאם מגישים נגד אדם על תקיפה או חבלה והוא הורשע או זוכה ואח"כ האדם מת אז אפשר לתבוע את אותו אדם מחדש.

יש לשים לב שהעיקרון של סיכון כפול הוא הרבה יותר רחב ממה שכתוב בסעיף 5. סעיף 5 מדבר על פס"ד סופי של זיכוי או הרשעה ואילו העיקרון העל של סיכום כפול אומר כי מספיק שהנאשם עמד בסיכון של הרשעה. סעיף 5 לא מגבש את עיקרון העל של סיכום כפול אלא על הטענה המצומצמת מתוכו. יכולים להיות מקרים הנכנסים לסיכון כפול אך לא נכנסים לגדר סעיף 5.

כלל חשוב לעניין שלנו הוא שאם התביעה חוזרת בה מכתב האישום בכל שלב שאחרי תשובת הנאשם הדין הוא זיכוי.

**סעיף 149(5)** אומר לנו מתי אפשר לטעון את הטענה של סיכון כפול לפי סעיף 5 "כחלק מהטענות המקדמיות מיד בפתיחת המשפט". סעיף זה נכנס בין שלב האישום לשלב תשובת הנאשם לאישום. טענות אלו הן טענות שבית המשפט מוכן לשמוע בלי לדעת מה תשובת הנאשם לאשם ואז התביעה יכולה לתקן את כתב האישום בלי שיחשב הדבר כזיכוי.

**סעיף 149(6)** מעלה טענה של משפט אחר תלוי ועומד בשל אותו מעשה.

**סעיף 186** מה קורה אם הוגש כתב אישום ויש בו כמה עבירות על אותו מעשה?! הסעיף אומר כי אפשר להרשיע בשל כל אחת מהעבירות שאשמתו של הנאשם נתגלתה בהן אך אסור להעניש יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה. כלומר, יוטל עונש אחד בשל העבירה הכי חמורה ולא תהיה הצטברות של עונשים.

**סעיף 40 י"ג רבתי** לחוק העונשין עוסק בהבניית שיקול הדעת השיפוטי. סעיף זה מפרט איך בית משפט צריך לנהוג בסעיף 186.

(א) הרשיע בית המשפט נאשם בכמה עבירות המהוות אירוע אחד, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לאירוע כולו, ויגזור עונש כולל לכל העבירות בשל אותו אירוע.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם בכמה עבירות המהוות כמה אירועים, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לכל אירוע בנפרד, ולאחר מכן רשאי הוא לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים; גזר בית המשפט עונש נפרד לכל אירוע, יקבע את מידת החפיפה בין העונשים או הצטברותם.

(ג) בגזירת העונש לפי סעיף זה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, במספר העבירות, בתדירותן ובזיקה ביניהן, וישמור על יחס הולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, ואם גזר עונש מאסר – לבין תקופת המאסר שעל הנאשם לשאת.

מיום 10.7.2012

**תיקון מס' 113**

[ס"ח תשע"ב מס' 2330](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/law-2330.pdf) מיום 10.7.2012 עמ' 105 ([ה"ח 241](http://www.nevo.co.il/Law_word/law15/memshala-241.pdf))

**הוספת סעיף 40יג**

השאלה היא אלו מקרים לא יכנסו לסעיף 5 וכן לגדר סיכום כפול?! התשובה היא שזה מאוד קשה למצו מקרים כאל במשפט הפלילי ולכן יהיו מקרים רבים שיגידו שהכלל קיים אך לא יהיו מקרים בהם באמת נעשה בו שימוש בדין הפלילי. יש מקום לסיכון כפול בארץ אל הוא יהיה נדיר.

המקרה של בג"צ פדרמן נגד היועמ"ש עסק בשאלה מדוע לא יוגש כתב אישום חדש נגד דמניוק אחרי שזוכה מכתב האישום המקורי בבית המשפט העליון?!? התביעה ביקשה מבית המשפט העליון לבטל סעיף בכתב האישום מחמת ספק אבל להרשיע אותו בעבירות האחרות שאין שום ספק שהוא עשה. בית המשפט העליון בצדע אמיץ אומר כי לא ניתן לעשות את זה והוא מזכה מכל מני סיבות את דמניוק. הכדור חוזר ליועמ"ש שצריך להחליט האם להגיש כתב אישום חדש של דמניוק כמשתף פעולה בסוביבור. היועמ"ש מחליט לא להגיש כתב אישום ועל זה הערעור. בית המשפט מתייחס בפס"ד זה לשיקול מרכזי של היועמ"ש שלא להגיש כתב אישום חדש בו היועמ"ש אומר שיש חשש שכתב אישום חדש יפסל מטעמים של סיכון כפול בשל העובדה שהתביעה כבר ביקשה מבית המשפט להרשיע אותו רק על עבירות אלו בהליך המקורי.

**יום רביעי 24.4.13**

מכיוון שעקרון העל מוכר ומוזכר כל הזמן ומדובר בעקרון חוקתי רחב תמיד יש לזכור את האפשרות לטעון את הטענה הכללית גם כאשר לא מדובר במקרים של כבר הורשעתי כבר זוכיתי.

**מהו המעשה?!**

יש לנו התרחשות אחת שהתביעה מבקשת להאשים ביותר מעבירה אחת בגין אותה התרחשות פיזית עובדתית. האם באמת מדובר באותו מעשה?!

**מבחן משפטי**

המבחן הראשון שנדבר עליו הוא המבחן המשפטי נורמטיבי - האם העבירות המיוחסות לנאשם אפשר להגיד עליהן שהן באותו מעשה?! (לפי עקרון העל וסעיף 5).

כמו שכבר אמרנו התוצאות יהיו שונות אם העבירות יתבעו באותו כתב אישום או לא.

המבחן המשפטי הנורמטיבי מדבר על יסודות העבירה. ההנחה של נכט נגד מדינת ישראל ורבר נגד מדינת ישראל

אומר כי אם מדובר ביסודות עבירה מוחלים אלו באלו מדובר באותו מעשה ואי אפשר יהיה לפצל לכתבי אישום שונים או להעניש יותר מפעם אחת. לעומת זאת, אם לאחת העבירות יש בנוסף ליסודות המשותפים גם יסוד או יסודות נפרדים אז מותר לפצל ולא מדובר באותו מעשה.

דרך טובה להמחשה היא על ידי מעגלים – אם מעגלי העבירות הם אחד בתוך השני הרי שהם מוחלים והם יחשבו אותה עבירה בעוד שאם הם נחתכים ובעלי לפחות יסוד אחד שונה הם לא מוחלים ומכאן שמותר להרשיע בריבוי עבירות.

צריך לשים לב שמדברים על התרחשות פיזית אחת בעולם. למשל אדם נוסע במהירות מופרזת, התביעה מבקשת להגיש שני כתבי אישום או כתב אישום אחד עם שתי עבירות – נהיגה במהירות מופרזת ונהיגה בחוסר זהירות. האם אפשר להטיל עונש על ריבוי עבירות?!

במקרה זה הנהיגה תהיה היסוד המשותף אך העבירות יהיו נפרדות שכן עבירה אחת יש לה יסוד של מהירות ואילו לעבירה השניה יש יסוד של חוסר זהירות. למרות שפיזית זו אותה נהיגה מבחינה משפטית הן שתי עבירות שונות ונפרדות שכן ניתוח העבירה הוא לפי ספר החוקים – יש להן מן המשותף אך יש להן גם משהו שונה לכל עבירה.

מתי יהיו יסודות שהם מוחלים?! למשל גניבה **סעיפים 383-384** "הגונב, דינו - מאסר שלוש שנים" ושוד **סעיף 402** "הגונב דבר, ובשעת מעשה או בתכוף לפניו או לאחריו מבצע או מאיים לבצע מעשה אלימות באדם…" עבירת השוד כוללת את כל עבירות הגניבה בתוכה אך מוסיפה עליה ולכן אם התביעה מגישה כתב אישום על גניבה ולאחר מכן מתברר לה שהעבריין ביצע שוד היא לא תוכל לתקן את כתב האישום שכן מבחינה משפטית זהו אותו מעשה.

דוגמא לאי החלה היא גניבה בידי מורשה לפי **סעיף 393** "גונב נכס שקיבל עם יפוי כוח לעשיה בו" וגניבה בידי עובד **סעיף 391** "עובד הגונב דבר שהוא נכס מעבידו" נניח שיש מעבד שנותן לעובד שלו יפוי כוח לעשות משהו בנכס של המעביד והעובד גונב אותו. הוא עשה מעשה פיזי אחד האם התביעה יכולה להעניש על ריבוי עבירות?! במקרה זה כן שכן גניבה בידי עובד היא יסוד אחד ואילו גניבה של מורשה ממי שנתן לו יפוי כוח היא יסוד אחר

בית המשפט בפסקי דין מדגיש ואומר כי צריך לנתח את יסודות העבירה על פי תוכנן ולא דווקא על פי אופן ניסוחם. כלומר בנוסף למה שאמרנו עד עכשיו צריך להביא חשבון הניתוח הוא לא ניתוח עיוור של ספר החוקים.

דוגמא מפס"ד פרומר – מדובר בסגן אלוף שהולך להרחץ בים ומשאיר את נשקו ומסמכים צבאיים באוטו. האוטו נפרץ והדברים נגנבים. מגישים נגדו תביעה על אי שמירת רכוש צבאי ואי שמירת נשק. האם מדובר בעבירות מוחלות או לא?! לכאורה לפי ניתוח טכני מילולי של הסעיפים מדובר על עבירות נפרדות אך בפועל בית המשפט אומר כי נשק הוא סוג של רכוש צבאי ובעצם מדובר באותה עבירה עם אלמנט מחמיר- העבירה היא כלפי רכוש צבאי אך כאשר הרכוש הוא נשק הענישה יותר חמורה. התביעה יכולה להגיש כתב אישום על אי שמירה של נשק רק על סעיף אחד ולא על שניהם.

**מבחן עובדתי**

הבעיה היותר מסובכת היא השאלה מתי ניתן לפצל התרחשות עובדתית לתת התרחשויות, תת מעשים, במבחן העובדתי. נניח שאדם חוטף שני ארנקים מאישה שהולכת ברחוב, האם מדובר בשתי עבירות של גניבה או בעבירה אחת של גניבת שני ארנקים?! דוגמא נוספת היא מקרה של אדם החוטף ארנק מאישה אחת ממשיך לרוץ וגונב ארנק מאישה אחרת.

פס"ד פופר מדבר על אדם שהרג 7 אנשים במטח יריות אחד – האם מדובר בשבעה מעשי רצח או אחד?! האם מדובר ברצח של כל אדם באשר הוא אדם או שזה עבירה אחת?! יש כאן השלכה עקרונית ומעשית.

פס"ד קטורזה מדבר על אדם שגנב סחורה שהייתה במכולה ששיכת לאדם בים, הוא רוקן את המכולה והעבירה את הדברים למכולה שלו כאשר האוניה בלב ים שם אין סמכות שיפוט – האם העבירה הושלמה שם או רק כאשר הוא מוציא את הסחורה מתוך המכולה?! פיצול הזמן במקרה זה חשוב מאוד לעניין התביעה.

במקרים כאלו אין מבחן אחד קבוע וחותך ואין לדעת איזה מהצדדים יהיו לו את האינטרס לפצל את ההתרחשויות. השאלה היא מה עושים עם כל המקרים שיש בהם קושי להחליט?!

**פס"ד דרורי**

דרורי שדד את חדר הכספות בישראל ועצבן מאוד את המשטרה. מה סוג הפיצול?! נניח שדרורי לא היה פורץ כספת כספת אלא היה בא מקיר הכספות ומוריד את הלוח ואוסף את כל מה שיש בכספות. האם יש הבדל בין המקרים?! דעת המרצה היא שיכול להיות במקרה השני ייפול למבחן של בית המשפט ובדוגמה השניה בית המשפט לא יאפשר פיצול משום שמדובר בפריצה לכלי קיבול אחד. נכון שנשאר המבחן של ריבוי הנפגעים.

אילו אינדיקציות עלו בפס"ד דרורי כדי להחליט האם מדובר בעבירה אחת או האם אפשר לפצל למספר עבירות?!

יש לזכור שאף אחד מהמבחנים הוא לא מבחן מוחלט אלא ההצטברות של המבחנים צריכה להיות אינדיקציה לאף ניתן או לא ניתן לפצל.

1. **מבחן הרציפות בזמן -** האם אפשר להפריד מבחינת הזמן בין מעשים שונים כך שאפשר יהיה לעצור אחרי כל מעשה ובכך בעצם להקטין את האחריות. כלומר, אם אפשר היה להגיד לדרורי שהוא יכל לפרוץ רק שתי כספות ולעצור שם אז אפשר לפצל את ההתרחשות על רצף הזמן.
2. **מבחן ראייתי –** האם מדובר במסגרת ראייתית אחת או שהתביעה צריכה להוכיח בראיות נפרדות כל עבירה?! אם מדובר בסט ראיות אחד יש תימוכין לכך שאי אפשר יהיה לפצל וזאת עבירה אחת אך אם התביעה צריכה להביא ראיות נפרדות לכל חלק בהתרחשות יש תימוכין לפיצול. (פס"ד בן אשר המזייף את התעודה שלו ולאורך זמן מקבל משכורת כאילו הוא מרצה, המשכורת משתנה לאורך הזמן ובית המשפט אומר כי צריך להביא ראיות נפרדות לכל שלב במשכורות)
3. **האם מדובר בנטילה מכלי קיבול אחד או מספר כלי קיבול –** רלוונטי לעבירות של גניבה או מרמה.

לכל האינדיקציות האלו נקרא מבחן עובדתי צורני.

ישנו מבחן נוסף חשוב הנקרא מבחן מוסרי מהותי. מבחן זה הוא מאוד חשוב ובחלק מהמקרים הוא יכול להכריע את ההחלטה. מבחן זה שואל מהם האינטרסים שנפגעו בעבירה - האם מדובר באינטרס רכושי או גוני!? האם מדובר בנפגע אחד או בריבוי נפגעים?! ככל כאשר מדובר באינטרס גופני בתי המשפט יחייבו פיצול עבירות ולא חשוב של מי האינטרס לאחד. לעומת זאת בעבירות רכוש למיניהן (גניבה, פריצה, מרמה) בהן האינטרס הוא קנייני אפשר עקרונית לקבל גם איחוד מעשים לעבירה אחת. כאשר מדובר באינטרס רכושי בית המשפט בד"כ יבדוק האם יש באותו מקרה ריבוי נפגעים והם הקשר בניהם קשר מקרי. אם מדובר בהרבה נפגעים שאין בניהם קשר כמו במקרה הכספות יש אינטרס לפצל אך לעומת זאת אם נחשוב על מקרה אחר בו הרכוש משותף לכמה אנשים ומוחזק באותה כספת או שיש פריצה לבית מגורים ונגנב הרכוש של הילדים ושל ההורים במקרים אלו הקשר בין האנשים יוביל בד"כ לאיחוד המקרים.

מה קורה בפס"ד אזואלוס?! הרי ככל אינטרס פיזי גופני מחייב פיצול! באזואלוס נקבע שההמתה של האישה בנפרד והשכן היא מעשה אחד של הריגה והמרצה טוענת כי מדובר בטעות.

**סיווג העבירות:**

שאלת סיווג העבירות תתן לנו אידיקציה נוספת לשאלה האם אפשר לפצל תרחיש עובדתי מסויים למספר עבירות.

יש לנו לפחות ארבעה סוגים של עבירות:

1. **עבירה רגעית –** לפי ברק בפס"ד משולם מדבר על כך שמבנה העבירה אינו דורש שיעור של זמן להתרחשותה או במילים אחרות זמן איננו קונסטיטוטיבי בהגדרת העבירה. עבירה רגעית לא אומרת שהתרחשה בזמן קצר אלא היא יכולה גם להתמשך על פני זמן ממשוך והאינדיקציה היחידה שיש לנו לכך שמדובר בעבירה רגעית הוא האם יש לה מועד מסויים או לא. עבירות שיש להן מועד מסויים הן אינן עבירות רגעיות אלא עבירות נמשכות.
2. **עבירה נמשכת –** עבירה שהזמן הוא חלק מהגדרתה וצריך לקיים אותה בזמן מסויים. למשל, חובת ההתייצבות לצבא, חובת הגשות דו"ח שנתי ועוד. במקרים אלו העבירה תמשך עד שתקרה משהו שיפסיק אותה (למשל, קבלת הסדר או התייצבות באיחור). הדבר היחיד שרלוונטי כאן יהיה עניין העונש- העבירה תלך ותתפח לאורך השנים.
3. **עבירה מתחדשת –** עבירה שמשמעותה שהתחום התרחשותה מבוצעת עבירה חדשה בכל רגע בזמן. עבירת חניה אינה עבירה נמשכת שכן היא לא מותנת בזמן מסויים אלא היא עבירה מתחדשת שכן בכל רגע ורגע אסור לנו לחנות במקום החניה ולכן בכל רגע ורגע שנשאר במקום האסור אנחנו עוברים עבירה ולפקח יהיה מותר לתת לנו אינסוף דוחות.
4. **עבירה מרובת פריטים –** פס"ד משולם מתחיל את הקושי הזה וכמו הרבה פעמים במשפט ההסתבכות מתחילה מטעויות של התביעה. במקרה זה מדובר באדם שמאיים בארה"ב ואז דנים בסעיף 7 לחוק העונשין המדבר על תחולה טריטוריאלית. כדי שבית המשפט יקנה סמכות התביעה צריכה להראות שלפחות חלק מיסודות העבירה בוצעו בתחומי מדינת ישראל. התביעה מגישה כתב אישום על סדרה של איומים שבוצעו בארה"ב כאשר לא הייתה הסכמה ליועמ"ש ודווקא נגד האיומים שהיו בארץ התביעה לא הגישה כתב אישום. במקרה זה אם התביעה תחזור בה מכתב האישום כאשר הנאשם כבר כפר התוצאה תהיה זיכוי. פס"ד זה הוא כולו ניסיון לכסות על מחדלי התביעה על ידי קריאה לכל המעשה הפלילי כמעשה אחד. התביעה מבקשת להשתמש בקונסטרוקציה של עבירת השרשרת בקונטיננט המדברת על כך שסדרת מעשים יכולה להפוך בתנאים מסויימים לעבירה אחת כאשר החוליות של אותה שרשרת עובדתית מאבדות את אופיין העצמאי. לעבירה זו יש מספר נפקויות=>
5. התיישנות - תתחיל מהחוליה האחרונה בשרשרת כלומר יש הארכה לתקופת ההתיישנות
6. חנינה – אם ישנו אקט חנינה כלכלית באמצע ביצוע השרשרת הוא לא מסייע כלל לנאשם.
7. עונש – העונש יהיה רק עונש אחד בגין על החוליות
8. סמכות טריטוריאלית – מספיק שאחת החוליות מבוצעת בתוך שטח השיפוט של המדינה.

ברק אומר כי אין להחיל עניין זה בארץ וברק קורא למחוקק לדעת את דעתו לעבירת השרשרת ולאופן שבו תאומץ למשפט המקומי אם ירצה.

ברק אומר כי לא תהיה עבירת שרשרת אלא עבירת רבת פריטים הקיימת במשפט הישראלי ואינה חקיקה שיפוטי על אף השלכות מרחיקות הלכת שיש לה והעובדה שהיא הומצאה לראשונה בפס"ד זה – כאשר הפריטים השונים מהווים רצף אחד הנעשה בגדריה של תוכנית עבריינית אחת ניתן להשקיף עליהם לא רק כעל עבירות רגעיות ונפרדות אלא גם כעל עבירה רגעית אחת המתבצעת ברצף של זמן בעלת ריבוי פרטים. בסיווג של ברק עבירת רבת פריטים היא סוג של עבירה רגעית. ברק מסייג הדברים ואומר שאם יש פערי זמן ממושכים של חודשים ואולי שנים אי אפשר יהיה לכנס את כל העבירות הנפרדות לעבירה אחת. כלומר יש חשיבות למשך הזמן ונראה כי בהמשך בתי המשפט לא מאפשרי לתביעה לכנס אירועים שנמשכו על פני שנים רבות לכדי תביעה אחת.

מה ההשלכות של ההכרה במקרה שבו נכיר בעבירת רבת פריטים?! ראשית העבירה תשתכלל עם החוליה האחרונה. שנית יש צורך להראות שהתכנון והביצוע העברייני כולו נעשה מתוך מחשבה פלילית אחת – זה תנאי בסיסי להכרה בעבירת רבת פריטים. תנאי נוסף חשוב שמוזכר בפס"ד הוא בחינת האינטרס המוגן בעבירה, אותו מבחן מוסרי שהזכרנו קודם.. לפי האינדיקציות של פסק הדין ברצח, אונס תקיפה ועוד לא יהיה ניתן להכיר בעבירה רבת פריטים. יש לבדוק האם ניתן לראות ברצף הפעולות עקביות בלי ניתוק בזמן, האם יש הרבה נפגעים או נפגע בודד, אם יש הרבה נפגעים האם הקשר בניהם הוא מקרי או לא ועוד. אין ברירה לניתוח כזה שכן ברק אומר לנו שהגישה אינה נוקשה ולא תחול על כל ענפי המשפט (למשל הוא לא מוכן לקבל עבירה כזו כדי לעקוף את דיני ההתיישנות).

הדוקטרינה של ברק נטמעה במשפט הישראלי.

חשין אומר כי מדובר בעבירת שרשרת ישראלית בלתי נוקשה אבל בפועל חוץ מהניתוח אין שום הבדל בין מה שהוא אומר לבין מה שברק אומר. בד"כ מזכירים את פסק הדין של ברק.

**פס"ד פלוני**

מדובר בתיאור עובדתי סבוך על שורה של מעשי אינוס ומעשים מגונים אשר המעשים הראשונים היו אמורים להתיישן לפי החוק אך הוא שונה ונעשתה הארכה של תקופת ההתיישנות. החוק המאריך את ההתישנות נופל האמצע המעשים ולכן המדינה שרוצה להביא את כל התמונה לבית המשפט כולל המעשים הישנים היא אומרת שהעבירה היא עבירת רבת פריטים שכן הכל נעשה ברצף של מקרים תוך מחשבה פלילית אחת.

השופטת דורנר מקבלת את הרעיון של עבירת רבת פריטים אך אומרת כי הרעיון לא מתאים למוסד ההתיישנות ולא מתאים לתפיסה שמחייבת להטיל עונשים נפרדים כאשר נפגע אינטרס גופני של נפגע או נפגעים. המשמעות היא התיישנות של כל החוליות בשרשרת למעט החוליה האחרונה.

**פס"ד בן אשר**

 גם בו מקבלים את הרעיון של משולם כעובדה מוגמרת. בעניין של עבירת קבלת דבר במירמה תוצאתית מיוחדת שכן התוצאה מתבטאת אצל הנאשם – הוא זה שמקבל את הדבר שרימה לגביו. גם אם הזיוף עצמו התיישן השכר שיוצא מהזיוף היא הקבלה במרמה ועליה אין התיישנות. גם כאן פיצול לאורך פרקי זמן ממשוכים לא מאשרי לצפות על העבירה כעבירה רבת פריטים ובית המשפט לא מאפשר להתגבר באמצעות הדוקטרינה זאת על שאלת ההתיישנות. בפס"ד זה עושים גם שימוש במבחני דרורי וגם במבחן סט הראיות. בית המשפט מביא בחשבון את העובדה שיש שינוי בסט הראיות.

**יום שני 29.4.13**

**עקרון החוקיות**

עקרון החוקיות מגובש בסעיף הראשון לחוק העונשין והוא סעיף הצהרתי הקובע עקרון על שאין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו.

סעיף זה הוא בעל משמעות חוקתית. העיקרון לא בא לחול רק על חוק העונשין אלא על כל החקיקה הפלילית. כבר מקריאה ראשונה של הסעיף ניתן להבין שיש שני היבטים לעקרון – פורמלי ומהותי.

**היבט פורמלי:**

מציין חובת פרסום. אין עבירה אם היא לא נקבעה בחוק. זה נראה כמעט טכני. את חובת הפרסום חייבים לקרוא יחד עם האמור בסעיף 2 לחוק העונשין, שקובע שכל מי שמוסמך להתקין תקנות יכול גם לקבוע עבירות בתקנות אך הוא גם קובע את ההגבלה- עונש שלא יעלה על 6 חודשים, צורך באישור וועדה של הכנסת ועוד. הסעיף חשוב כי בעצם רוב בחקיקה הפלילית נעשית דרך תקנות ולא דרך חקיקה של הכנסת.

גם סעיפים 3-6 הם סעיפים הנובעים כולם מעקרון החוקיות.

מה הכוונה בחובה לפרסם חוק?! פסקי דין של אלכסנדרוביץ' ורונן עסקו בשאלה איזו הוראה חובה לפרסם?! מהו חוק?! פסקי דין אלו רלוונטיים גם מחוץ למשפט הפלילי אך מחוץ המשפט הפלילי לא כל כך חשוב לנו עניין הפרסום.

בפסקי דין אלו דיברו על שני מאפיינים של חוק –

1. **כלליות=>** מדברת על כך שהחוק חייב להיות מופנה לציבור כולו או לחלק בלתי מסויים ממנו. כלומר חוק המופנה לאדם אחד או לקבוצה של אנשים סגורה ומזוהה הוא לא חוק גם אם הוא פורסם ברשומות והכנסת אישרה אותו.
2. **נורמטיביות=>** ההוראה חייבת לשנות את המשפט הנוהג ולא להיות הצהרתית דקלרטיבית בלבד.

האם צריך לפרסם תמרור?! אי ציות לתמרור היא עבירה פלילית. האם צריך לפרסם שבמקום מסויים הצבנו תמרור המחייב לעצור?! התשובה נוטה לצד הפרקטי – זה לא מעשי לפרסם כל תמרור. נקבע כי תמרורים אינם חוקים אלא הם מוציאים לפועל חוקים. כלומר, צריך לפרסם אם מוציאים סוג חדש של תמרור או משנים את מי שראשי להציב תמרורים ועוד. לא צריך לפרסם תמרור כדי שיהיה אפשר להעניש מישהו על אי ציות לו.

**סעיף 34 י"ט** מדבר על טעות במצב משפטי "לעניין האחריות הפלילית אין נפקא מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או הבנתו את האיסור זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר" הסעיף מפורש כאי ידיעת הדין אינה פותרת אל א כן הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר. הסעיף הוא תיקון גדול שכן לפני שנת 95 הכלל בישראל היה חד משמעי שאי ידיעת הדין אינה פותרת. ההנחה שכל אדם יודע את הדין ומבין אותו הייתה הנחה חד משמעית עד תיקון 39. היום יש ריכוך של החזקה המשמעותית הזאת.

מתי נימלט מהרשעה?! הסייג מתייחס לשורה מאוד צרה של מקרים שאנשים הסתמכו בהם על חוות דעת של בעלי מקצוע: עו"ד, רואי חשבון ועוד. באו אנשים ואמרו "אנחנו רוצים לדעת כיצד עלינו לנהוג" ופנו לבעל מקצוע שיגיד להם (למשל בדיני ניירות ערך). מה קורה אם חוות הדעת שאדם קיבל ונהג על פיה לא מתקבלת בבית המשפט?! האם אפשר יהיה להרשיע אותו?! זה המקרה בו הסעיף מתוקן כל עוד ההסתמכות נעשתה בתום לב.

בתי משפט לא קיבלו את הסייג כאשר ההסתמכות נעשה על עו"ד שזה לא תחום ההתמחות שלו, לא על חוות דעת כלכליות ועוד. האפשרות להימלט מהרשעה על ידי שמישו בסעיף זה היא מאוד צרה.

ההיבט הפורמלי על חובת הפרסום הן בהיבט של רשויות המנהל והן בהיבט של חובתנו ככפופים לסנקציה מלמד שהעובדה של עקרון החוקיות הוא הצד האחר של עקרון חוקיות המנהל. הו בעצם המשפט ההפוך. עקרון חוקיות המנהל מחייב רשות מנהלתית להצביע על מקור הסמכות לפעולותיה. בניגוד זאת לנו מותר לעשות כל מה שנרצה אלא אם כן החוק אומר לנו אחרת.

נשים לב כי כשיש פסק דין חדשני הוא חל על הנאשם הספציפי הזה ולא מאחריו והלאה. איך הנאשם ידע להיזהר מהעבירה?! זה לכאורה נוגד את עקרון החוקיות. כל נאשם שמפסק דינו נקבע תקדים חדש אפשר להגיד כי לגביו הדבר נוגד את עקרון החוקיות. מכאן נבין כי עקרון החוקיות לא תמיד מתקיים.

**היבט מהותי:**

נובע מההגיון מאחורי הכלל המדבר על כך שאדם חייב לקבל הזהרה לפני שהוא מקבל את ההחלטה על ביצוע מעשה מסויים. חובת הפרסום מעגנת את זכותו של אדם לקבל התראה כזאת. ההיבט המהותי תייחס למה אנחנו רוצים בעצם להשיג בפרסום מראש. כאן באות כל האמירות של פקסי הדין הישנים ש"אין עונשין מן הדין" "אין עונשין אלא אם כן מזהירים" ועוד.

זה התנאי הבסיסי כדי שנוכל לבוא ולאמר "אדם בחר לפעול בניגוד לערך המוגן בעבירה". בחירה חייבת להיות על בסיס מידע, או לפחות הנחה של מידע, אחרת אי אפשר להגיד כי פגענו בערך מוגן.

ישנם שלושה ביטויים (שלוש השלכות) של העקרון הנ"ל במשפט הפלילי:

1. **חובתו של הדין הפלילי להיות ברור וחד משמעי.** ההיבט המהותי של עקרון החוקיות לא יתקיים אם אי אפשר להבין את החוק.

הקושי הוא עם אותן עבירות כלליות (עבירות סל). יש עבירות המנוסחות בכוונה בצורה כללית החלה על הרבה מקרים. עבירות אלו מנוגדות בעצם לעקרון החוקיות. דוגמא לעבירה זו היא על סעיף שבינתיים בוטל בגלל ביקורת זו, **סעיף 198** לחוק העונשין, היזק ציבורי. מה הסעיף אומר?! על מה הוא אוסר?! מה זה תקלה ציבורית?! אפשר להכליל את כל העבירות הפליליות בסעיף זה.

דוגמא נוספת היא "התנהגות שאינה הולמת" בצבא. מה זה אומר?! מי יקבע מה זה לא הולם?!

לאחרונה עבירה של מרמה והפרת אמונים הפכה להיות עבירה מסוג כזה (**סעיף 284**) ברכיב של הפרת אמונים: "עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו - מאסר שלוש שנים." האם זה אומר לעובד מה לעשות?!

**פס"ד גנור**

מדובר בעו"ד שמבצע נישואין בין זוגות שהגבר הוא כהן והאישה היא גרושה בכוונה. הוא עורך נישואין על פי ההלכה. מוגש נגדו כתב אישום שכן על אף האיסור של הרבנות הוא עורך את טקסי הנישואין האלו. הוגש נגדו כתב אישום על תקלה לציבור. השופט חשין (האבא) מרשיע אותו על רמיסה של אורח חיים קבוע ומקובל. חשין מרשיע מהטעם שיש כאן סוג של פגיעה בשלטונות. גם השופט זילברג מוצא אותו אשם אך נותן מבחן שאומר - האם כתוצאה מהמעשה רשות ציבורית עושה או עלולה לעשות דבר שיביא רעה לציבור. זילברג מתוך עקרון החוקיות נסה לפרש את הסעיף בצמצום וממציא מבחן העוזר לו בכך. השופט גוייטין מצמצם גם הוא באופן פרשני את תחולת הסעיף. הוא נותן שישה מבחנים ולטעמו הם צריכים הביא לזיכוי.

**פס"ד אשד**

מדבר על בדיוק אותו סעיף עבירה בנסיבות שונות בתכלית. בפס"ד זה מדובר על השבתה של אוטובוסים במדינה על מנת להשתתף בהלוויה. האם אפשר להרשיע על השבתה לא מוצדקת?! השינוי בנסיבות כבר מצביע על הקושי ומראה שבאמת מדובר בעבירת סל. הנאשמים באשד הרגיזו מאוד את התביעה. חשין אומר כי הסעיף פוגע בעקרון החוקיות ותובע הלכה שנקראת "הלכת קמל" שקובעת כי כל מקרה לנסיבותיו (הלכה שלא קובעת הלכה). השופט חשין אומר כי אין דרך לפרש את הסעיף אלא בשיטת כל מקרה לנסיבותיו. סעיף ללא הגדרה נועד לסתום פרצות בחוק ולטעמו גם כאן צריך להרשיע מהטעם שההשבתה גרמה לציבור טרדה ואי נוחות. השופט זילברג לעומתו היה מזכה כאשר הוא משתמש בדיוק באותו מבחן שהציב בפס"ד גנור כלומר האם קרתה כאן תקלה לציבור באמצעות רשויות הציבור, האם כתוצאה ממעשה הנאשם עושה או עלולה לעשות רשות ציבורית רעה לציבור.

בשלב הראשון כשבית המשפט נתקל בסעיף כזה בשנות החמישים אנו יכולים לראות את ההתמודדות שלהם. קודם כל הם פונים לפרשנות מצומצמת של חוקים כלליים שמובילה לתוצאות שונות של כל שופט בכל פס"ד. לאחר מכן לאחר חקיקת חוקי יסוד אולי יש באפשרות סעיפים אלו לתת לבית המשפט אפשרות לתקוף חוקתית את החוקים הבעיתיים.

האם עקרון החוקיות נובע מתפיסה תועלתנית או גמולית של המשפט הפלילי?!

למרות שנדמה שעקרון החוקיות נובע מתפיסה דאונטולוגית הוא בצם היה היסוד המרכזי בשיטה האנגלית בשיטת המשפט המקובל שמבוססת יותר על אדנים תועלתניים. עקרון החוקיות מקובל גם בשיטה גמולית אבל עם גמישות. הגמישות באה לידי ביטוי בתוספת לסייג של טעות בדין. התוספת היא הגמשת עקרון החוקיות בשיטה גמולית. היא נדרשת בשיטה גמולית שסבורה באמת שהמוקד הוא על מצב ידיעותיו של האדם וחבירתו כי אז נוצרת התמונה השלמה – מצד אחד מפרסמים את העבירות מראש בצורה ברורה ומצד שני מי שעושה נסיונות כנים להבין את הדין לא יורשע גם אם הוא טעה.

לעומת זאת במשפט המקובל עקרון החוקיות הרבה יותר נוקשה, אי ידיעת הדין לא פותרת, תמיד, במשפט המקובל הסיבה לכך היא האידיאולוגיה שבבסיס המשפט המקובל שחוזרת למונחים על האמנה החברתית, התפיסה של הובס ובנטהם שיוצאת מנקודת הנחה שני אדם הם רציונאליים, אגואיסטים והם מכוונים את חייהם כך שישיגו את מרב ההנאות הפרטיות ויצמצמו את הנזק והפגיעה שעלולים להיגרם לאחרים. זה מה שמכונה המצב הטבעי. במצב כזה בלי כוח מרכזי של המדינה, הרצונות האינדיבידואלים לא יצליחו להגיע להסכמה משותפת גם כאשר הסכמה כזאת מתיישבת עם הרצונות הכללים (הקמת בתי ספר ועוד). תהיה מלחמת כל וכל ולכן אנחנו בוחרים לתת כוח למדינה. המטרה היא לתעל את הרצונות הפרטיים למטרה משותפת כאשר ההצלחה של המהלך תלויה ביכולת להטיל פחד (סנקציה) על האזרחים. על בסיס אידיאולוגיה זה שתפקידה של המדינה היא לחלץ מהמצב הטבעי שיגרום לנו לא להצליח לעבוד יחד נובעת הנוקשה של המערכת על חובות וזכויות. כל אחד יכול לפעול לפי האינטרסים שלו בעוד המדינה קובעת מראש את הגבולות הברורים להפעלת הסנקציה (עקרון החוקיות). לכן במשפט המקובל אי ידיעת הדין אינה פותרת ללא חריגים, אין חובת הצלה, אין עקרון תום לב.

מה תיקון 39 מלמד אותנו התפיסה הישראלית?! הולכים לכיוון הדאונטולוגיה ומתרחקים מהמקור האנגלי התועלתני.

האם יש דרך לתקוף את הסעיפים האלו בגלל שהם מתנגדים את עקרון החוקתיות באופן מהותי?! ישנו כלל שסעיף ספציפי גובר על סעיף כללי. אך אם נפעיל את סעיף הפרשנות הזה אז תמיד עבירה ספציפית תגבור על הכלל הכללי ולא נוכל להשתמש בחלקים הכלליים של המשפט הפלילי. גם אם נשתמש בכלל של מוקדם מול מאוחר נגיע לאותה תוצאה לא הגיונית. מכאן ששוב השאלה מהו ערכו של עקרון החוקיות?! האם בכל מעשה חקיקה של המחוקק בתום הפלילי הוא יגבור על עקרון זה?! האם יש לו בכלל תוקף?! האם יש דרך להפוך למשמעותי את מה שכתוב בסעיף 1 לנוכח כל הקשיים שראינו או שבאמת ההצהרה היא לחוד והמעשים הם לחוד?!

המחוקק לא נתן את דעתו לקושי ולכן המצב לא ברור כאשר יש נאשם שמוגש נגדו כתב אישום על עבירה לא ברורה הנוגדת את עקרון החוקיות.

דעת המרצה היא שראשית יש לזכור את העובדה שקיים חוק יסוד רלוונטי למשל הפלילי, חוק יסוד כבודה האדם וחירותו, שבו יש שורה של סעיפים שרלוונטיים לענישה הפלילית. זכויות ופסיקת ההגבלה אומרים לנו מתי ואפשר להגביל אדם (את חירותו למשל).למרות זאת לא נכנסו סעיפים כמו חזקת חפות, שעליהם דיברו רבות ואנו סבורים שאנשים צריכים. האם חוק היסוד שינה משהו ממה שהשופטים היו יכולים לעשות בשנות החמישים?!

האפשרות הראשונה היא הניסיון לתקוף סעיף עבירה ספציפי תקיפה ישירה דרך עקרון החוקיות ולהגיד שהוא נוגד את סעיף 1 לחוק העונשין ולכן בטל. דרך זו היא דרך קלושה שכמעט ולא נעשתה.

דוגמא היא בג"צ התנועה המסורתית נגד משרד העופות שמדבר על חוק התקציב שהוא חוק דו שנתי מיוחד ומה קורה כאשר ישנו סעיף בחוק שסותר הוראות בחוק יסודות התקציב. חוק התקציב הוא לא בדיוק חוק, הוא לתקופה קצרה והפרוצדורה מזורזת ולכן האנלוגיה היא לא משולמת אך יכולה להתאים. חוק התקציב הוא מאוחר לחוק יסוד התקציב והוא ספציפי יותר מחוק יסודות התקציב גם בבג"צ יקותיאלי ישנה אפשרות של ביטול סעיף בחוק התקציב שמנוגד לסעיף אחר בחוק יסודות התקציב.

נוכל לטעון כי עקרון החוקיות עומד אומנם באותה מדרגה נורמטיבית של סעיף עבירה ספציפי אבל גם באותה מדרגה נורמטיבית יש היררכיה של חוקים כך שעקרון החוקיות גובר על סעיף עבירה ספציפי שעומד בניגוד לו.

העובדה שבג"צ מוכן לבטל חקיקה על אותה מדרגה נורמטיבית בלי שריון פותחת את הפתח לטעון שמטרתו של סעיף 1 לחוק העונשין הוא בעל מעמד ל גם כשהוא נמצא באותה מדרגה ויש לבטל עבירות ספציפיות גם מאוחרות שמנוגדות לסעיף הכללי.

אפשרות השניה היא דרך שימוש בחוק היסוד.

**פס"ד צמח**

בחוק השיפוט הצבאי הייתה אפשרות לעצור חייל לתקופה אחרת (ארוכה יותר) מעצירה אזרחית. נפסק שאין סיבה שדינם של חיילים יהיה אחר מדינם של אזרחים והכריחו את הצבא להשוות את זמני המעצר לזמנים האזרחיים. מכאן נבין כי חוק מאוחר גם אם הוא חוק מיטיב פותח את הפתח לתקיפה חוקתית דרך חוק היסוד. יישום ההגיון הוא בפס"ד סילגדו ששם נעשתה תקיפה כזאת בדיוק. באמצעות סעיף 5 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אנחנו תוקפים הוראה שהתווספה בתיקון 39 לחוק העונשין. סעיף זה משפר את המצב לעומת מה שהיה לפני התיקון.

**פס"ד סילגדו**

איך נתקוף הוראה פלילית באמצעות שימוש בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו?! ישנה מחלוקת בין ברק לשטרסברג כהן בשאלה האם המשפט הפלילי מהווה פגיעה לכאורה בזכויות על פי חוק היסוד ולכן הדיון מתחיל מפסקת ההגבלה. דעת המרצה היא שמחלוקת היא יותר מצומצם לצרכים לשנו אך יש לשים לב לשיטת התקיפה. עקרון החוקיות מקבל את תוקפו מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ולכן כאשר אנחנו רואים סעיף כללי שלא עונה על ההיבט המרכזי של עקרון החקיות אנחנו יכולים לטעון לאי חוקיות מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ופוגע פגיעה שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה בחוק היסוד.

**יום רביעי 1.5.13**

1. **האם פרשנות במשפט הפלילי שונה מהפרשנות בענפי המשפט האחרים?!** האם עקרון החוקיות מחייב הפרשנות תהיה שונה משיטת הפרשנות בכל ענפי המשפט האחרים?!

האם הפרשנות צריכה להיות לטובת הנאשם?! פרשנות מצמצת?!

הצורך בפרשנות בפני עצמו מנוגד עקרון החוקיות. העובדה שחייבים לפרש עבירה בפלילית עמדת סתירה לכל מה שאמרנו עד עכשיו. אם צרך לתת התראה מוקדמת ואדם חייב לדעת מפני מה הוא מוזהר אז העובדה שבתי המשפט נזקקים פרש חוקים פלילים כבר אומרת שהחוק הפלילי הוא לא ברור, הוא לא וודאי והוא לא עונה על ההיבט המהותי – הצורך לתת התראה מוקדמת.

מכיוון שאין לנו ברירה וכל יישום של טקסט משפטי על נסיבות משתנות דורש פרשנות אנחנו צריכים להחליט מה יהיה היחס בין עקרון החוקיות לבין הצורך הטבעי בפרשנות כל טקסט.

אם יש מקום במשפט להכיל כללי משפט אחרים ,שונים מאותה פרשנות תכליתית זה המשפט הפלילי. ההנמקה היא עקרון החוקיות – הצורך להגן על הזכויות של כולנו. ככל שנאשר פרשנות יותר מרחיבה, יותר יצירתית, יותר רחוקה מלשון הכתוב כך נתרחק מהפן המהותי של עקרון החוקיות.

נלך לאורך ההתפתחות ההיסטורית:

1. **התקופה המסורתית=>** כללי הפרשנות המסורתיים במשפט הפלילי (איך היה מקובל לפרש הוראה הקשורה לסנקציה פלילית) בתקופה שלפני תיקון 39, לפני תורת הפרשנות של השופט ברק, התחלקו לשני שלבים:
2. בשלב הראשון בתי המשפט היו מיישמים את כלל הפרשנות המילולית, כלומר מתן פירוש להוראה הפלילית ככתבה וכלשונה על פי המובן הטבעי והרגיל של מילים בשפה. החריג היחיד שהותר לאותה פרשנות דווקנית מילונית מילולית היה במקום שהמילים יצרו אבסורד (כלל האבסורד) כלומר אם הפירוש המילולי מביא לתוצאה שאיננה מתקבלת על הדעת או שמרוקנת את האיסור הפלילי מתוכנו אפשר היה לחרוג מהפירוש המילולי.

השופטים נתקלו מדי פעם בקשיים מסוג זה בעיקר בשל העובדה שהיו עבירות מנדטוריות לא ברורות. דוגמא היא פקודת הדייג "כל דבר שהוא דג ובין שאיננו דג".

1. אם יש יותר מאפשרות מילולית אחת בוחרים על פי כלל הפרשנות המצמצמת (פרשנות קלה). כלומר אם השלב הראשון מותיר בידינו יותר מאפשרות סבירה אחת מפעילים כלל שאומר שכדי לעמוד ברעיון של עקרון החוקיות תבחר האפשרות שהיא מצרה את היקף עולתה של העבירה הפלילית, אותו פירוש המטיב עם הנאשם. פרשנות מצמצמת לא תמיד תהיה ההגדרה הנכונה (למשל אם נצמצם את ההגנות).

פס"ד ברנבלט הוא אחד משורה ארוכה של פסקי דין שהמדינה עסקה בהם שנות החמישים ועניינם יהודים שהואשמו בסיוע לנאצים בגין מסירה לאויב. ברנבלט נאשם בכך שהיה חבר ביודנרט והיה בתפקיד שעה שהנאצים ערכו אקציה בגטו ותפקידו היה לשמור על הסדר. הדיון בפסק הדין הוא האם מסירה לאויב כוללת גם מי שדאג שאנשים לא יוכלו להימלט. בית המשפט פירש את הדבר לפי פרשנות מילולית כמסירה פיזית או מסירה בידיעה ולא על ידי שמירה על הסדר. כל פירוש שאיננו מתיישב עם המילים השפה הוא פירוש בלתי סביר.

1. **החידוש של ברק=>** המגמה המתחרה דוחקת את רגליו של כלל הפרשנות המקלה. ציטוט מפס"ד מזרחי: "חוק פלילי כמו כל חוק אחר אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה אלא על ידי מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת חקיקה". צריך לקרוא את החוק בהקשר שנכתב לפי התחום שהוא מנסה להסדיר. נפרט את שלבי הפרשנות לפי ברק:
2. איתור האפשרויות הלשונית. גם לפי ברק עבודה פרשנית מתחילה במילים של העבירה, תוכן ההוראה מבחינה מילולית. להבדיל מהפרשנות המסורתית ברק לא מוכן להידבק למשמעות המילונית של המילים בשפה אלא הוא מבקש שתהיה נקודת משען לפרשנות בשפה. ברק יעביר בשלב הראשון שלל אפשרויות פרשנויות כל עוד הוא נותן להן תימוכין בשפה. ברק אומר כי כבר בשלב הזה אפשר לפנות לסעיפים אחרים כדי להבין את הגיון ההוראה, למקור שממנו נשאב הביטוי שאותו אנחנו מבקשים לפרש, זהו השלב שבו בודקים כותבות שוליים, פונים להיסטוריה החקיקתית ועוד. להבדיל מהתקופה הקדם-ברקית הוא לא מיחד את השימוש בדברים אלו רק למקרים של אבסורד אלא בודקים מה אמרו בדברי הכנסת, מסתכלים על עבירות דומות, על ביטויי דומים וחוקים אחרים ומתוך כך מנסים לאתר את הפרשנויות השונות.
3. המובן המשפטי שיבחר הוא האפשרות הלשונית המתקבלת לפני התכלית. התכלית כוללת את כל האינטרסים, המטרות, הערכים, שיקולי מדיניות והפונקציה שהדין נועד להגשים. חשוב להבחין בין מה שברק מכנה תכלית אובייקטיבית לבית תכלית סובייקטיבית. תכלית סובייקטיבית היא כוונת המחוקק, הרצון ההיסטורי שלו בעוד שתכלית אובייקטיבית היא רצונה של השיטה בהווה, בהקשר לשנו, מטרות המשפט הפלילי. לפעמים קוראים להבחנה הזו גם הבחנה בין כוונת המסמך לכוונת המנסח. האם נחפש תכלית סובייקטיבית או אובייקטיבית?! יש כמה שיקולים שצריך לשקול וברק אומר לנו – נסמוך על כוונה סובייקטיבית (כוונת המחוקק) רק כאשר היא ברורה, אמינה ויש לגביה מידע ממשי. באין ראיות לכוונת המחוקק צריך לפנות למטרות המשפט הפלילי בכלל, מה הצרכים שההוראה מבקשת להגשים. צריך גם לשים לב שיש חשיבות לשני פרמטרים נוספים –
* סוג המסמך למשל, אם מדובר בהוראה חוקתית שיש לה רלוונטיות למשפט הפלילי ולא בעבירה פלילית אז נחשב פות את הכוונה הסובייקטיבית. כוונת המחוקק פחות חשובה כאשר מדובר במשהו שצריך לחול לדורות.
* גיל המסמך, ככל שההוראה ישנה יותר כך נתחשב פחות בכוונת המחוקק. למשל בפרשנות החוקה האמריקאית והסעיף שעוסק בשוויון – כאשר כתבו את החוק הוא לא כלל שוויון לנשים או לבעלי גזעים אחרים ומי שיקרא את דברי ההסבר יראה זאת בפירוש, מכאן שכמובן לא נפרש את הסעיף לפי מה שהיה בעבר אלא לפי מה שרלוונטי לתקופה שלנו.

לתכלית האובייקטיבית אומר ברק יש מספר רמות הפשטה –

* התכלית של האיסור המסויים שאנחנו מבקשים לפרש. תכלית ספציפית.
* הזדקקות לעקרונות המשפט הפלילי ולבדוק את התכלית לפי אותן עקרונות (למשל עקרון החוקיות, חזקת החפות, עקרון האשמה, החזקה נגד רטרואקטיביות, מחשבה פלילית ועוד) כאשר המכנה המשותף של כולם הם שמדובר בעקרונות היסוד של המשפט הפלילי.
* הזדקקות למטריה הנורמטיבית – אותם עקרונות יסוד של השיטה הפרושים על פני החקיקה כולה. עקרונות של מוסר, צדק, שוויון, האופי של המדינה ועוד.

איך נגיע לתכלית?! צריך לערוך איזון בין כל רמות ההפשטה מתוך שאיפה להשיג הרמוניה חקיקתית בתוך דבר החקיקה ובשיטה כולה.

1. מה קורה אם נותרות כמה אפשרויות גם לאחר השימוש בתכלית?! נלך לכלל המקל על הנאשם .

פס"ד דוד נגד היועמ"ש "מקום ששני פירושים אפשריים הם הן מבחינת לשון החוק והן מבחינת החקיקה כי אז צריך להעדיך בדרך כלל אותו פירוש אשר מביא לצמצום תכולתה של הנורמה הפלילית".

פרשנותו מקלה מתיישבת טוב יותר עם עקרון החוקיות אך הקושי עם כלל זה היא שהוא גורם לסטטיות של החוק הפלילי. הגיעה במחוק היא קשה, תיקוני חקיקה לוקחים זמן וכדי לאפשר דינמיות של החוק אנחנו צריכים פרשנות תכליתית. הרבה פעמים הצמדות לפרשנות המקלה מנוגדת לאינטואיציות שלנו.

1. אם יש שני פירושים מקלים – זה המקום לשיקול דעתו של השופט.

**פס"ד מודיעין**

פס"ד הראשן המדבר על הטלת האחריות לא רק בבני אדם אלא גם בתאגידים. במקרה זה בהקשר של דיני התעבורה. בפס"ד זה הייתה השאלה מה המשמעות של "-". עלתה השאלה האם מקף יכול להיות תחליף למילה "גם" ולא "רק". כל הפסק דין מנסה להצדיק איך מתרחקים מכלל הפרשנות המילולית. ברור לגמרי בימים שלפני ברק פס"ד כזה לא היה אפילו נשמע, נטען בבית המשפט. אצל ברק בעצם הוא מבקש נקודת משען לשפה ומשם הוא הולך לתכלית.

יש שתי אפשרויות שהולכות עם הלשון, רק בודק את ההיסטוריה החקיקתית ואומר כי ברור שהמטרה הייתה להרחיב את מעגל האחריות ולא לצמצם. הוא פונה לתורת האורגנים, לשיטה במסגרתה ההוראה נכתבה ואומר כי בתורת האורגנים אחריות נושאי משרה היא משנית לאחריות התאגיד ונגזרת ממנה. אז איך הופכים את היוצרות?! הפניה לעקרונות המשפט הפלילי מניבה שצריך היה להרחיב את האחריות ומעידה על העובדה שהייתה מעין טעות סופר של המחוקק.

**פס"ד מזרחי**

מזרחי הוא אסיר ברישיון שלא חוזר לכלא ומתעוררת השאלה האם נין להרשיע אותו בעבירה של ברחיה ממשמורת חוקית. מה דינו של מי שלא חוזר לכלא?! הדרך הפשוטה ביותר לענות על זה הייתה לשלוח את הסעיף בחזרה למחוקק. ברק אומר כי על אף שהפרשנות המילולית הפשוטה יותר עוסקת במי שנמלט באופן פיזי מהמשמורת החוקית אפשר לחשוב על אופציה אחרת. משמורת יכולה להיות גם עניין של סטאטוס כמשמורת נורמטיבית, שלילת חופש התנועה. ולכן בורח לא צריך להיות דווקא נמלט באופן פיזי אל גם מי שמשתחרר מהסטאטוס, נמלט מהנורמה שחלה עליו, מהמשמורת שרובצת מעליו כענן. מה שמעניין בפס"ד זה שברק אומר כי לפירוש המצמצם אין תימוכין כלשהו בחוק ואף לא בפרשנות מילולית. בעצם מה שברק עושה זה מוביל לתוצאה שנתפסת בעיניו כנכונה.

פס"ד זה הפך לפס"ד המרכזי במצטטים ממנו בהקשר של פרשנות מרחיבה ותכליתית.

**פס"ד אהובה לוי**

השאלה אם האיסור חל על נהיגה עם אוזניה אחת ולא על שתי אוזניות. לפי פס"ד זה הלכו למקום שהקל עם הנאשמת וזיכו אותה ובעצם בחרו באפשרות הקלה יותר.

**פס"ד לוין**

אדם שעצר במקום שבו אסורה העצירה אלא אם כן פורקים או מעמיסים סחורה. בנאשם אמר כי הוא היה בדרך לעו"ד לפרוק מסמכים. הטיעון שבה את לב השופטים אך הם בחרו בפרשנות המקשה עם הנאשם על מנת לקיים את הפרשנות התכליתית של הוראות החנייה.

מה שמעניין הוא העובדה שלכל בחירה באחת מהשיטות יש מחיר. הבחירה בשיטת הפרשנות המסורתית מביאה לחוסר גמישות. במקרה של לוין היא הייתה עלולה לסכל את מטרת החניה. במקרה של לוי אנחנו רואים שיש פרשנות תכליתית המנסה להסתדר גם עם המסורתית אך מצליחה לעשות זאת רק בענייני תעבורה.

אנחנו רואים שבית המשפט באופן עקבי סוטה מהכללים המסורתיים ועובר לפרשנות תכליתית אך מאזן בעבירות השוליים הקלות יותר.

**פס"ד ג'ברין**

עיתונאי שהואשם בדברי הסתה לפי הפקודה למניעת טרור שמבחינה היסטורית חוקקה בארץ ישראל אחרי רצח ברנדוט (מלחמה במלחמת הפשע) וממעטים להכניס בה שינויים.

סעיף 4(א) לפקודה לא מזכיר במפורש ארגון טרור אך נמצא תחת פקודה הנוגעת בפירוש לארגוני טרור. עלתה השאלה הפרשנית האם הסעיף חל על דברי שבח למעשה אלימות בכלל או רק למעשי אלימות ודברי שבח במסגרת ארגון טרור?! אפשר היה להגיש כתב אישום על סעיפים אחרים אך בחרו בסעיף זה. יש טעם לפגם בזה שנאשם ערבי מאשימים לפי פקודת למניעת טרור ויהודי (כהנא) לא. מילולית לא מוזכרים ביסודות העבירה של סעיף 4(א) ארגון טרור כך שמילולית הוא עבר את העבירה. ברור לכל מי שקרוא קריאה רצופה את הפקודה שכולה מתייחסת לפעילות במסגרת ארגוני טרור ואל בכל הסתה לאלימות. הדבר יצר תחושה לא נוחה ועל רקע זה התחלקו דעת השופטים.

דעת הרוב מפי השופט אור סותרת את ההיסטוריה החקיקתית, מודעת לבעיה הלשונית ולעובדה שלשון סעיף 4(א) לא מתיישבת עם ההרמוניה החקיקתית. מה תכלית הפקודה?! מניעת טרור! התכלית אומר השופט אור צריכה להקרין על הפירוש שנבחר ולכן התכלית יוצרת את הפירוש המילולי. בגלל התכלית נבחר הפירוש שאומר "דברי שבח לאלימות במסגרת ארגון טרור". השופט אור אומר כי מדובר בעבירה שסותרת את חופש הביטוי שהינו חוק יסוד במשפט וגם עניין זה דורש מאתנו להביא פירוש הפוגע בחופש הביטוי פגיעה פחותה. אור אומר כי יש לזכות את ג'ברין מהעבירה.

המילים שנשמעו מג'ברין הם מאפיינות אירגון טרור והסעיף עצמו מבחינה לשונית מתנגד לפעולות שכאלו לכן לעמדתו של קדמי אין צורך בתיקון שכן הלשון ברורה שכן הסעיף עצמו גם מבחינה לשונית חוזר על המאפיינים ה

הוספת המונח "שייכות לארגון טרור" מהווה חקיקה שיפוטית לא לצורך ולא פרשנות. בעיני קדמי התוצאה של הרשעה היא דווקא התוצאה המתיישבת עם תכלית הפקודה ועם ההיסטוריה החקיקתית שהיא מלחמה בפעילות טרוריסטית. קדמי אומר כי השתנו הנסיבות מאז חקיקת הפקודה. השופט לוים מצביע על המגעל השוטה שנוצר בבחינת התכלית במקרה הזה. הוא מתכוון שנוצרת הנחת המבוקש שכן הטכניקות שהשופט אור משתמש בהן ניתנות למניפולציה, לפרשנות מנוגדת. השופט לוין אומר כי השאלה היא האם אנו רצים לצמצם את תחולת הסעיף או לא.

**פס"ד פרודנטל**

מדבר על סחר בנשים שהפכה לעבודת מודרנית. אלפי נשים מיובאות לישראל לעיסוק בזנות. סעיף 203(א) רבתי מדבר על סחר בנשים. השאלה היא איך מפרשים קניה ומכירה של בני אדם, האם היא מתאימה גם למקרה הזה שבו מדובר לא בקונה המקורי של הזונה אלא במי שיקבל אותה לרשותו בתור הסרסור. ישנה התבלטות וביניש אומרת שמדובר בפרצות כי מילולית ברור לנו שלא. אילו היינו מדרים על פרשנות של סעיף אחד אז בשפה העברית קניה ומכירה היא תמורת כסף. בקניה ומכירה של בני אדם ישנה פרשנות רחבה יותר מקניה ומכירה רגילה. החלופה במקרה זה הייתה להרשיע את פרודנטל בעבירה של סרסרות לזנות. גם סרסרות יוצרת איזשהו הסדר עסקי. קריאת פסד הדין לא יוצרת את ההבחנה בין סרסור לבין סחר. בשני המקרים ההגדרה רחבה של "זכות רכושית באדם אחר" קיימת. הכוונה והרצון להילחם ברורים לגמרי אך השאלה היא אם זוהי הצורה. המחוקק מיהר לתקן את ההסדר והסעיף בוטל אז לא בטוח שצריך לעוות את דיני העונשין ולהרחיב כדי לתפוס כל מקרה. דעת המרצה היא שאנחנו יכולים לאפשר גם זיכויים ולא יצירה של כללים פרשניים שבסופו של דבר יכולים לחול לגבי כל אחד ואחת מאיתנו. חשוב לזכור שאם לא ניצור גדרות וסייגים להתערבות השיפוטית, גם במקרים קשים, אנחנו עלולים להיות חשופים לאחריות פלילית שאין לה סוף. לא מספיק שכל התנהגות שלנו חשופה לעבריינות פלילית

**פס"ד פלונית**

אישה שהאשימו אותה בהתעללות בילדים שלה והשופטת ביניש הייתה צריכה לפרש את סעיף ההתעללות ולענות על השאלה האם אפשר לחנך ילדים במכות. היא נותנת פס"ד באמצעות שימוש בכלים מרחיבים שקובע כי אסור לתקוף ילדים אף פעם גם אם מדובר לצרכים חינוכיים. ביניש אומרת בעצם שכולנו עבריינים פוטנציאלים שכן המשמעות מאחורי פסק הדין היא נטל יותר כבד על האזרחים, צריכים לסמוך יותר על פקידי המדינה, ופחות הגנות חוקתיות.

**פס"ד אסד**

בדיון הנוסף מדובר לא בעבירה פלילית אלא בהוראה עונשית. סעיף 34(כ"א) שונה בעקבות פסד הדין. נגזר עונש על צו שירות והוא הופר והשאלה הייתה האם בית המשפט מוסמך לבטל את העונש המקורי כולו. ברק משתמש בפסד זה כדי לבסס את שיטת הפרשנות המילולית והתכליתית שלו וגם מגיע לשלב שבו הוא אומר כי בסופו של יום שני הפירושים מתיישבים העם הלשון והתכלית וכאן המקום לבחור בפירוש שמקל עם הנאשם ולקבוע כי אין סמכות לגזור עונש חדש במקום צו שהופר והיה רק חלק מהעונש המקורי.

אנו למדים על האסמכתה והפירוט של שיטת הפרשנות התכליתית של ברק, הוא קובע את הפרשנות הנכונה לסעיף 34(כ"א) לשיטתו ותכליתו. פסק דין זה קובע את האפשרות הנכונה וסוגר את הוויכוח מול קרמניצר. בנוסף כשאנו מסתכלים על הפרשנות הנכונה אנחנו מסתכלים על נאשם היפותטי שכן יתכן שהאפשרות המקלה תקל על הנאשם הספציפי הנ"ל אך תחמיר עם השאר וזה לא הדבר שאנו רוצים. לכן, נבחר באפשרות שמקלה עם הרוב.

השופטת פרוקצ'יה מגיעה דרך אותה שיטה למסקנה אחת ואומרת כי בעינייה יש רק פרשות אחת המשתלבת עם החוק.

1. **עניין הרטרואקטיביות.** כמעט בשל ענפי המשפט האחרים אין קושי עם חקיקה רטרואקטיבית. המחוקק יכול לעשות כל מה שהוא חפץ בו אם הכנסת מחוקקת חוק היא יכולה לקבוע את מועד תחילת תוקפו שלו החוק וחוק יכול לחול באופן רטרואקטיבי כשהוא לא במשפט הפלילי. אם נתיר לכנסת לחוקק חוקים רטרואקטיביים במשפט הפלילי תהיה לנו בעיה שכן אנשים כבר ביצעו את המעשה שלא היה פלילי ובוודאי שלא היה את ההיבט המהותי של אזהרה מראש. בשל כך אסור לכנסת לחוקק חקיקה למפרע הקשורה למשפט פלילי.

אז מה קורה אם הכנסת כן מחוקקת חיקויים החלים באופן רטרואקטיבי?!

1. **התקופה הפוסט-ברקית=>** פרופ' קמניצר קידם את כלל הפרשנות המקלה ובינו לבין ברק ישנה התנצחות תמידית. המאבקים לא נפסקו בכנסת וקרמניצר. דן מרידור ניסה לפשר בניהם והגיע למשהו "באמצע" שאומר - "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו יוכרע העניין לפני הפירוש המקל". שיטת הפירוש התכליתית בעצם ניצחה.

המחלוקת היא מחלוקת משמעותית ונוצרו קשיים רציניים.

**פס"ד מדינת ישראל נגד כהן**

דן בשאלה מי עונה להגדרה של "עובד ציבור". פס"ד זה חשוב מכל מיני טעמים. מדובר באדם שמקבל טובות הנאה מאנשים שעומדים בתור אך הוא עובד חברה קבלנית. השאלה היא אם אפשר להחיל עליו את הוראות קבלת השוחד או לא. ברור שכדי להטיל על אדם כזה את הוראת עבירת השוחד צריך פרשנות שאינה מקלה עם הנאשם, פרשנות מרחיבה. מה שמעניין בפסק הדין היא שאם חשבנו שהפרשנות התכליתית של ברק תפסה עוצמה אנחנו פתאום רואים קול חדש, קריאה לחזור למה שהיה מפי השופט גרוניס שאומר שיש לתת משקל לעקרון החוקיות בפרשנות 34(א) ולהעדיף פרשנות מקלה תוך הכרה בכך שענף המשפט הפלילי שונה מענפי משפט אחרים. הוא טוען כי אין לכול במתחם האפשרויות הלשוניות הסבירות פרשנות שחורגת לחומרה מהמשמעות הטבעית של המילים בשפה.

השופטת בייניש, ממשיכה בתורה עקבית בגישתו של ברק ואף מרחיבה אותה. היא משתמש בטכניקה כך שתתפרס גם על עובדים שלא מועסקים על ידי המדינה אלא עובדים פרטיים לגמרי ומספיק שעבודתם היא נתינת שירותים לציבור. פרשנות זו חושפת ציבור גדול של אנשים לסטנדרטים מתחום טוהר המידות בשירות הציבורי.

**יום שני 6.5.13**

**חקיקה רטרואקטיבית**

סעיפים 3-6 קובעים איסור על רטרואקטיביות אבל מה קורה אם המחוקק קובע חקיקה רטרואקטיבית? התשובה היא די חד משעמית, כאשר האיסור הזה לא משוריין אז הכנסת ריבונית לעשות כרצונה, ואם החקיקה תהייה חד משמעית אז לא ניתן יהיה לבטל חוק כזה. כשפונים לפרשנות יותר קל לנו להגיד שהחזקה נגד חקיקה רטרואקטיבית במשפט הפלילי היא תכלית החוק ועל ידי כך לתת פירוש שונה לדין שניתן בדיעבד.

משמעות תחולה רטרואקטיבית של דין פלילי: עקרון החוקיות נועד לתת לכל אחד מאיתנו התרעה מראש מפני מה שאסור לאסור. זהו הבסיסי לכל אחד מהרציונאליים של הענישה במשפט הפלילי. עקרונית יש לכל אד יכולת לדעת ממה להיזהר.

עקרון החוקיות חייב לבוא יד ביד עם חזקה שאוסרת על חקיקה רטרואקטיבית. חזקה כזאת קיימת בכלל בדין, עקרונית מטעמים כללים של צדק והגינות והאפשרות של כל אחד לכלכל את צעדיו. כשחזקה בדבר רטרואקטיביות לא רלוונטית רק למשפט הפלילי אלא קיימת בכל המשפט אך המשפט הפלילי היא לב לביו של העניין שכן אדם לא יכול להיות מוזהר מפני דברים שכבר עשה.

בחוק העונשין יש פרקון שמוקדש לשאלה מה קורה אם יש שינויים בדיעבד.

תחולה רטרואקטיבית מבטלת את הוודאות של החוק וכן היא לא הוגנת באופן בסיסי שכן היא מבקשת לשנות תוצאות של דברים שכבר השתנו וזו הסיבה שחזקה כזאת הייתה קיימת גם לפני תיקון 39.

המצב לפני תיקון 39 היא שהייתה בעיה באופן פורמלי. סעיף 10 לפקודת סדרי שלטון ומשפט אמרה כי כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות אך אין מניעה לחוקק חקיקה רטרואקטיבית אם כתוב בחוק תאריך אחר מיום הפרסום. המצב החוקי של תיקון לפני 39 לכאורה אפשר חקיקה רטרואקטיבית אך מהטעמים שהזכרנו קודם אימצו בתי המשפט באופן פרשני חזקות שימנעו פירוש של חוק בפלילים ככזה שחל בדיעבד.

שתי הלכות מרכזיות חלו בתקופה שלפני 39. אחת העוסקת בחיקוק המחמיר עם הנאשם ואחת העוסקת בחיקוק המקל עם הנאשם. בחוק המחמיר עם נאשם ברור לנו שלנאשם אין אינטרס שיחילו בדיעבד חוק המחמיר איתו. אך מה לגבי חיקוק מקל?! האם יש להחיל אותו בדיעבד?! מצד אחד מדובר עם נאשמים שביום שהם עשו את המעשה הם ידעו שזו עבירה אך מצד שני כשהם מגיעים לבית המשפט ההחלטה היא שלא מדובר במעשה שהיא עבירה או שהעבירה היא קלה יותר.

**במקרה של חוק מחמיר**=> כאשר יש לנו הוראה חוקית (לא בהכרח עבירה אלא יכול להיות אלמנט מחמיר) המחמירה עם הנאשם – הלכת קטשווילי יצרה את ההבחנה בין דין פלילי מהותי לדין פלילי דיוני וקבעה שיש חזקה של אי-רטרואקטיביות רק לגבי מהותי, שינוי מהותי במשפט הפלילי שלא יחול בדיעבד ואילו סדרי דין ודיני ראיות לגביהן, ההפך הוא הנכון, יש חזקה שהם יחולו באופן רטרואקטיבי. מה ההגיון?! ההגיון אומר כי עקרון החוקיות מזהיר מפני המעשים שאסור לי לעשות אבל לא נובע ממנו שיש לי איזה ציפייה לשאלה איך ידונו אותי, מה יהיו סדרי הדין, הראיות ועוד. אלו כללי המשחק. לכן אם המחוקק חושב שיש טעות, שאפשר לשפר או לשנות אז הם יחולו על מעשה שכבר נעשה שכן כל מטרתם היא להגיע לאמת.

למשל בעבירת אינוס שהמצב תמיד בדעות מול עדות על שאלת ההסכמה, הכלל בדיני הראיות עד שלב מסויים אמר כי אי אפשר להרשיע על סמך עדות יחידה מבלי שקיימת ראיית סיוע אחרת. הכלל יצר את התוצאה שקשה מאוד להביא להרשעות. הכלל הוא בדיני ראיות ולכאורה תכליתו הוא רק לחשוף את האמת אך בפועל השינוי הפך את המצב מזיכויים סיטונאים למצב בו אפשר להרשיע על סמך עות אחת אך יש צורך בהנמקה, סף ההרשעות הפך להיות אחרת לגמרי. מה קורה על מי שביצע את המעשה לפני השינוי בחוק עבר ונשפט אחרי שהחוק עבר?! לפי ההלכה דיני הראיות החדשים יחולו גם על נאשם שביצע את המעשה לפני התיקון לחוק אבל בפועל ישנה ביקורת חריפה על כך שהשינוי משנה באופן משמעותי את תוצאת ההליך הפלילי. ההבחנה היא ממש לא פשוטה. לא תמיד אנחנו יודעים האם מדובר בדין מהותי או בדין ראייתי. למרות זאת, **רק שינוי מהותי לא חל באופן רטרואקטיבי לפני תיקון 39.**

**במקרה של חוק מקל**=> מה קורה עם חיקוק מקל?! כאן חלה ההלכה של פס"ד מזרחי (לא בריחה ממשמורת) שלפני תיקון 39 שקבעה כלל גורף של תחולה רטרואקטיבית לדין מקל, מפי השופט אילון. לפי תיקון 39 ההלכה הייתה מאוד רחבה ואמרה כי תמיד תהיה הקלה עם נאשם, גם על מי שביצע את העבירה לפני שההקלה הייתה בתוקף.

**פס"ד ארביב**

אורית ארביב היא אסירה ברישיון כלומר קוצר לה העונש בשל העובדה שלא עשתה מעשים חריגים בזמן שהותה בכלא. היא משוחררת מהכלא אך השליש הנותר מגזר הדין הוא רישיון להיות מחוץ לכלא בתנאי שלא תעבור עוד עבירות. בשלב מסויים היא עוברת עבירה ומחזיקה נשק. היא מפרה את תנאי הרישיון והחוק כפי שהיה ביום שהחזיקה נשק הדין קבע כי אם אסיר ברישיון עובר עבירה מחזירים אותו לרצות את מה שנותר מזמן שהיה אמור להיות בכלא (מלוא השליש האחרון). היא נשפטה על העבירה של אחזקת נשק ופסק הדין שאל האם אפשר בנוסף לעונש שקיבלה על העבירה להחזיר אותה לכלא. המצב היה שוועדת השחרורים הייתה צריכה להתכנס ולבטל את הרישיון במהלך תקופת הרישיון דבר שהכניס את הוועדה למרוץ. אחרי שהיא החזיקה את הנשק ולפני סוף תקופת הרישיון שונה החוק והחוק החדיש התיר לוועדה לדון גם אחרי סיום תקופת הרישיון. מבחינתה של ארביב יכול להיות שהיא הביאה בחשבון את העובדה שלא יספיקו לחייב אותה לחזור ולרצות את מה שנותר לה. השאלה היא האם החוק החדש חל על ארביב (חוק מחמיר).

ההחלטה של פסק הדין הייתה ממש כמו ההלכה הקודמת והמשיכה את השורה הקודמת של פסקי הדין של הלכת קטשווילי. למרות זאת, האוביטר של ברק הפך לרציו בפסקי דין מאוחרים. פסק הדין עצמו יכול היה להסתיים בדברי השופטים האחרים שלפי הלכת קטשווילי זהו שינוי דיוני, פרוצדורלי, טכני, ולא מהותי ולכן אפשר להחזיר אותה לכלא. ברק באוביטר מציע סיווג משולש אחר – בניגוד למה שהיה עד עכשיו ששאלנו רק האם חוק חל באופן רטרואקטיבי או פרוספקטיבי (מכאן והלאה) ברק נותן סיווג נוסף שהוא מכנה אותו אקטיבי. אקטיבי הוא דין שחל על מצב דברים קיים. רטרוספקטיבי הוא דין שמשנה מצב משפטי של פעולה שנסתיימה לפני שהחוק נכנס לתוקף. פרוספקטיבי חל מכאן והלאה על מצב דברים שטרם קרו. ההבחנה הקשה היא לא בין רטרוספקטיבי לפרוספקטיבי אלא בין אקטיבי לרטרוספקטיבי, מה חל באופן אקטיבי על מצב קיים ומה חל על מצב שכבר הסתיים.

ברק אומר כי צריך לדייק ולהגיד שחזקת האי רטרוספקטיביות חלה רק על מצב משפטי שהסתיים ולא על מצב נמשך.

**איך נבחין?!**

ברק אומר כי בעצם הדין, השינוי שנכנס, הוא שינוי אקטיבי במובן הזה שהוא חל על מצב דברים קיים ביום כניסתו של השינוי בתוקף. אם החוק היה מתקבל לאחר סיום הרישיון הוא בוודאי היה רטרוספקטיבי אך בשל העובדה שהשינוי חל בזמן שהיא הייתה בתקופת הרישיון המצב הוא אקטיבי. במקרה כזה התחולה של החוק היא מיידית.

**דוגמאות נוספות –**

* **הטלת מס.** במקרים כאלו אומר ברק כי אם מטילים מס על נכס שקיים בידי, מס רכוש או מס רווחי הון, למרות שלא הייתי קונה את המניה, תהיה החלה אקטיבית. אם כבר מכרתי את הנכס לעומת זאת המס לא יחול עלי.

איך נדע לקבוע האם החוק חל באופן מיידי על מה דברים קיים או שהוא חל בדיעבד על מצב דברים שכבר השתנה?! לא תמיד זה פשוט. מה קו ההתחלה שאותו אני בודקת?!

* **הפרת אמונים.** נניח שמחוקקים עבירה חדשה של הפרת אמונים של דירקטור. אם העבירה תחול על מעשה שעשה הדירקטור לפני חקיקת החוק זאת תהיה החלה רטרואקטיבית. אם העבירה תחול על מעשה שעשה הדירקטור אחרי שהחוק נכנס לתוקף אך הדירקטור מונה לתפקידו לפני שהחוק נכנס לתוקף זאת תהיה תחולה אקטיבית (גם אם הוא יגיד כי אם ידע שהחוק יכנס לא היה מתקדם להיות דירקטור) ואם העבירה תחול על דירקטור שעדיין לא עבר את העבירה ועדיין לא מונה לדירקטור אז העבירה היא פרוספקטיבית.

חשוב להוסיף עוד נדבך – הכל לפי מטרת החקיקה ותכלית החוק המתקן. אין לנו דרך להבחין בין רטרוספקטיבי לבין אקטיבי בלי שנקבע מה תכלית השינוי, תכלית החוק. אם החוק בא לשנות מצב דברים שהסתיים על פי פרשנותו הוא רטרואקטיבי, אם תכלית החוק היא לחול על מצב דברים קיים אז החוק הוא אקטיבי.

הבעיה היא הניסיון לפתור בעיה משפטית באמצעות קלסיפיקציה, קביעה נורמטיבית, בלי הסבר עקרוני. יותר חמור מזה, עצם העובדה שאנחנו נזקקים לתכלית הוק ישנו קושי. יש הנחת מבוקש. נקודת המבט היא החשובה שכן אפשר להגיד שמבחינתה של ארביב המעשה כבר הושלם כי היא לא יכולה לחזור בה. ברק אומר שנקודת המבט זו היא לא רלוונטית כי כשבודקים את תכלית החוק מגלים שהוא בכלל לא נועד לארביב אלא מכוון לוועדת השחרורים. השאלה היא נקודת המבט שלפיה מחליטים במי החוק בא לטפל והבעיה היא שיכולות להיות כמה נקודות מבט בכל פסק דין. בסופו של דבר יש לנו פרשנות תכליתית שתלויה בנקודת המבט הפרשנית.

ההלכה שמשתרשת היא ההלכה של ברק. תיקון 39 משרש את החזקות שהיו כנגד רטרואקטיבית כאשר הסעיפים הרלונטיים הם 3-6. סעיף 6 מבטל את החסקה אם מדובר בעבירות שנקבע בהן או לגביהן שיעמדו בתוקף בתקופה מסויימת.

**סעיף 3** קובע את הכלל "אין עונשין למפרע" הכל בסעיף 3 נועד להחמיר עם הלכת קטשווילי וקובע חזקה שנראית כמוחלטת בנוגע לאי תחולה של חיקוק פלילי למפרע. מה זה עושה להלכה?! לכאורה בוטלה ההלכה ואין הבדל בין דיוני למהותי אך בעצם אם דברי ברק בארביב נשארים בתוקף אז אנחנו עדיין נזקקים להבחנה הזו על הדרך בקלסיפיקציה שמבחינה בין רטרואקטיבי לאקטיבי שכן אם החוק נכנס לגדר אקטיבי הוא לא נכנס לגדר סעיף 3.

**סעיפים 4,5** מדברים על חוק מקל, ביטול עבירה לאחר עשייתה. החוק אומר כי אן בוטל סעיף עבירה יופסקו ההליכים, ריצוי העונש וכל ההשלכות הפליליות האחרות. אם אין פסק דין חלוט יחול סעיף 5(א) וילכו לפי הדרך המקלה אם הנאשם ואילו אם יש פסק דין חלוט ישנה קביעה שהיא פחות מקלה שאומרת כי אם יש שינוי בעונש לפי מידתו או סוגו אז העונש יהיה העונש המירבי שהיה אפשר להטיל לפני השינוי (כלומר אם נתנו יותר מהמקסימום שאפשר לתת אז נוריד למקסימום).

**פס"ד סצ'י**

הכלל שדנים בו הוא כלל שרלוונטי למשפט הפלילי בכלל.

פסק דין לעניין עבירות חניה. מדובר בשינוי סיווג עבירות שנעשה לאחר תיקון 39 שהפך קנסות חניה שנחשבו עוונות בשעת הטלתם לעבירות מסוג חטא. לפני תיקון 39 כל עבירה שדינה היא מעל חודש מאסר הייתה עוון והיום כל עבירה שהיא מעל שלושה חודשי מאסר היא עוון. הדבר מקל עם כולנו.

כאשר מדובר בתחולת דיני השותות והניסיון ברור לגמרי שהשינוי הוא מהותי. העובדה שאי אפשר לשדל לחטא (כי הוא לא עניש) היא חשובה. שינוי סעיף 24 עשה את ההבדל בין חטאים לעבירות שכן מה שהיה עבירה פעם היום הוא לא עבירה. אם פעם שידול לחנות במקום אסור הייתה עבירה היום זה כבר לא עבירה. אותו תיקון הכניס גם שינוי בדיני ההתיישנות וזהמה שרלוונטי בפסק דין שלנו. האם התיישנות היא מהותית או דיונית?! התשובה היא לא חד משמעית. האם אדם צריך לצפות לכמה זמן הרשות תרדוף אחריו?! האם זה רלוונטי כמה זמן יש לעיריה לרדוף אחרי עם הדוחות?! שאלה גדולה ולא חד משמעית.

אותו תיקון בדיוק יכולה להיות לו השלכה דיונית או מהותית תלוי איך אנחנו מחילים אותו. גם הבחנה רטרואקטיבית אקטיבית לא תעזור פה.

נדמה שאפשר להגיד שכל השופטים חושבים שהשאלה אם התיישנות היא מהותית או דיונית לא משנה את התוצאה המשפטית.

לדעת פלר ההתיישנות היא עניין מהותי תמיד. היא מחוקת את העבירה ולא מאפשרת להגיש כתב אישום. השופט מצא בפסק הדין מדגיש את מילות סעיף 5 "השינוי חל רק על הקלה במידת העונש או בסוגו ולכן בד"כ דין מקל יחול בדיעבד אבל צריך להבחין בין התיישנות עבירות להתיישנות עונש ולכן קיצור התיישנות עונשים לא צריכה לחול למפרע כי לא צריך להזהיר את העבריין בדברים כאלה. גם השופט גולדברג חושב שאין הסתמכות לגיטימית על התיישנות. מהצד השני השופט טירקל אומר כי סעיף 5 חל ומכל מקום חל גם ההגיון של תחולת דין מקל בדיעבד (סעיפים 4,5)לא רק לעניינים המנויים בסעיף. השופט טירקל בעצם מנסה להחיות את הלכת מזרחי שלפני התיקון ואומר כי לא חייבים לדייק אלא כי העקרון הוא כללי. השופט לוין ודורנר מצטרפים לטירקל.

השופט אור מתלבט כי מפריע לו שעשרות אלפי עונשיים וקנסות נמחקים כהרף עין. השופט אור אומר כי תיקון 39 נחקק ב94 אך נכנס לתוקף ב95 (המחוקק נתן שנה להסתגל) והיה לרשות זמן להערך. מכאן שסצ'י פטור.

ההלכה בעצם קובעת לנו ברוב דחוק תחולה רחבה לתוקפו של דין מקל.

**פס"ד הרוש**

הרוש הוא מקרה לאחר תיקון 39 בו אנו נזקקים להלכת ארביב. פסק הדין ניתן אחרי מקרה זו יהודי שרצח בארה"ב ונמלט לארץ וקיבל אזרחות מכוח חוק השבות ולא היה אפשר להסגיר אותו (באותה תקופה ישראל לא הסגירה כלל אזרחים). הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 15 לחוק העונשים המאפשר לנו גם להחיל את תחולת דיני העונשין על עבירות שישראלים מבצעים בחו"ל וגם פותח את הפתח להסגיר אותם למדינות אחרות. סעיף 1(א) לחקו ההסגרה קובע כי אפשר להסגיר מי שהוא אזרח ותושב בתנאי שהמדינה שאליה מסגירים תתחייב להחזיר אותו לרצות את עונשו בארץ. אין הגבלה על הסגרת אזרח שאינו תושב. זהו השינוי הרלוונטי של פסק דין הרוש.

הרוש הוא אזרח ישראלי שבשנת 96 מקבל תושבות בארה"ב עובר שם עבירות נפתחת נגדו חקירה בארה"ב והוא חוזר לארץ. ב99 מבקשים את הסגרתו חזרה לארה"ב. עתירת היועמ"ש לבית המשפט המחוזי להכריז אותו כבר הסגרה נעשית אחרי כניסת החוק החדש לתוקף (מאי הסגרה לאפשרות הסגרה). נשאלת השאלה האם להחיל את החוק על הרוש (שאינו תושב). פסק הדין חשוב מכמה טעמים – ברק קובע כי ההבחנה של דיוני מהותי לא תופסת, לא עוזרת ולא נכונה במקרה הזה. עקרונית הוא קובע שההחלה היא אקטיבית ולכן ניתן להסגיר את הרוש. ברק אומר כי אם היינו מחילים את השינוי בחוק על מי שהליכי הסגרתו כבר הסתיימו זאת תהיה החלה רטרוספקטיבית אך ההחלה על הרוש היא אקטיבית כי הליכי ההסגרה החלו רק אחרי שהחוק החדש נכנס לתוקף.

הקריטריון הרלוונטי הוא זה שיקבע אם התחולה היא אקטיבית או לא. למה דווקא סיום הליכי ההסגרה?! זה דבר שתלוי ביועמ"ש בלבד. צריך לשם לב שההבחנה נקבעת לי תכלית החוק ותכלית החוק נקבעת באמצעים פרשניים שתלויים בקריטריון שבחרנו. התוצאה לדעת המרצה היא לא הכרחית ולא נובעת מעקרון החוקיות. באותה מידה היה אפשר לקבוע שהקריטריון הוא מועד ביצוע העבירות ואז התחולה הייתה רטרואקטיבית ולא אקטיבית.

עוד נקודה חשובה היא שאחרי הדיון של ברק הוא עובר לשאלה האם לא הופרה הזכות של הרוש שלא להיות מוסגר לארה"ב. הוא שוב מזכיר את ההבדל בין מהות לדיון אך אומר שמספיק לו שתכלית החוק היא אקטיבית.

**פס"ד פלוני**

עוד נקודה היא הדוגמא שברק נותן והופכת להיות היישום בעניין של פלוני על חוק הקובע עניין של תקופת התיישנות. ברק נותן את הכלל שאומר כי אם תקופת ההתיישנות כבר הסתיימה לפני התיקון שמאריך את התיישנות התחולה תהיה רטרוספקטיבית אבל אם החוק המאריך את התישנות נכנס לתוף תוך כדי תקופת התיישנות ההחלה שלו תהיה אקטיבית. זהו הנושא המרכזי בעניין פלוני והוא חשוב לענין תקופת התישנות המיוחדת לעבירות מין בתוך המשפחה. ההלכה היא לפי הדוגמא שנתן ברק בפס"ד הרוש, בהבחנה מסצ'י, בית המשפט מסרב להחיל (להאריך) את ההתיישנות מכיוון שכאן בפועל השינוי היה של גודל העונש, שינוי שללא ספק מחמיר במידת העונש לעבירה כפי שהיא הייתה ביום ביצועה. על אף מאמצי התביעה בית המשפט אומר כי באופן ברור ישנה החמרה בעונש, החמרה שההשלכה שלה היא הארכת התיישנות, ואותה אי אפשר להחיל בדיעבד.

**יום שני 13.5.13**

**קשר סיבתי**

קשר סיבתי הוא חלק מהיסוד העובדתי של העבירה ורלוונטי אך ורק בעבירות תוצאתיות. הוא המבחן שמבקש לקשר בין המעשה לתוצאה האסורה בהגדרת הסעיף.

כאן המקום להזכיר שאילו היינו הולכים לפי הרעיון שחושב שבכל עבירה יש רכיב של תוצאה אז תמיד היינו פותחים את האפשרות לטעון טענות מתחום הקשר הסיבתי. זה לא אומר שתמיד היסוד הזה הוא יסוד משמעותי מבחינה משפטית, לפעמים הקשר הסיבתי הוא ברור כך שלא נראה בכל דיון הקדשת זמן לרכיב הקשר הסיבתי.

השיעור נדבר על מקרים שהם מתעוררות שאלות או בעיות בנוגע לרכיב הזה.

אנחנו מבקשים לדעת האם התוצאה נובעת מהמעשה של הנאשם. בבחינת הקשר הסיבתי אנחנו מבחינים בין שני תתי מבחנים:

1. **מבחן הקשר הסיבתי העובדתי=>** כאשר אנחנו בודקים קשר סיבתי עובדתי אנחנו מנסים למצוא מבחן שיהיה נקי משיפוט נורמטיבי. מבחן עובדתי לגמרי. אנחנו רוצים לדעת האם מבחינת העולם הפיזיקלי אירוע מסויים גרם לאירוע אחר, האם מעשה הנאשם מבחינה עובדתית פיזיקלית גרם לתוצאה האסורה. לכן קשר סיבתי עובדתי באמת אמור לבדוק עובדות.
* מבחן האלמלא: סיבה היא תנאי הכרחי לתוצאה או דבר הוא סיבה אלמלא דבר קיומה לא הייתה התוצאה מתרחשת. מבחן האלמלא עובד טוב כאשר האשם הוא גורם אחד.
* מבחן הסיבה בלעדיה אין.

מתי המבחן לא מסתדר עם תרחישים עובדתיים?! עיקר הדוגמאות מתרכזות בשני סוגים של קשיים - כאשר הגורמים לתוצאה המזיקה הם חלופיים או מצטברים.

כאשר יש לנו תהליך יותר מורכב עם יותר גורמים מבחן האלמלא מתחיל "לגמגם".

 **גורמים חלופיים:**

דוגמת האדם שהולך במדבר – אדם הולך במדבר, שניים רוצים להרוג אותו, אחד מרעיל את המימיה שלו והשני מנקב אותה. אין בניהם קשר. המוות יגרם מצמא שכן הניקוב יגרום לשפיכה של המים המורעלים. נגיד שהמוות מצמא הוא איטי יותר מאשר המוות שהיה נגרם אילו היה שותה את המים המורעלים ולכן בא המנקב ואומר כי לא רק שמבחן האלמלא לא מתקיים כאן (שכן הוא היה מת מרעל) אלא להפך הוא האריך את חייו.

חשוב לציין שאם נקבל את המבחן לא מדובר בפטור מאחריות אלא נסיגה להרשעה בעבירת נסיון.

השאלה היא את מי נרשיע ברצח ואת מי בניסיון לרצח?!

מבחן האלמלא בעצם מבקש ממני להגיד מה היה קורה במציאות אחרת בעולם אחר אלמלא מעשה הניקוב ואנחנו לא באמת יודעים מה היה קורה. מבחן האלמלא הוא מבחן היפותטי המבקש מאיתנו לשער השערות. הבעיה העיקרית היא שהמבחן הוא לא באמת מבחן עובדתי.

האינטואיציות שלנו אומרות שצריך להרשיע את המנקב ואת השני בניסיון לרצח אך המקרה הוא מצויין בשביל להראות שמבחן האלמלא לא עובד ואינו מבחן עובדתי באמת.

דוגמא נוספת שמטרתה היא להגיד מה קורה כאשר הגורמים חלופיים פועלים באותו זמן=>

אדם מחובר למכונת הנשמה בבית חולים, שני אנשים רוצים להרוג אותו ואין בניהם קשר. שניהם מנתקים את זרימת החשמל למכונה בדיוק באותו רגע במקומות אחרים. באותו רגע נפסק הזרם והאיש מת. כל אחד מהשניים עשה בדיוק את אותה פעולה אך הפעולה של כל אחד מהם בפני עצמה היא קטלנית. במצב כזה אין תשובה מוחלטת אלא המצב בא להראות שמבחן האלמלא מתיימר להיות עבדתי כאילו יש מציאות שבה אנחנו יכולים לתעד מה גורם למה. היישום של מבחן האלמלא מחייב הערכות נורמטיביות, ערכיות, אינטואיציות. אנחנו מרגישים שיש להטיל אחריות ללא קשר למציאות כפי שהיא קורת בעולם. הבעיה היא בעצם העובדה שאנחנו משתמשי במבחן היפותטי ובעבודה שאנחנו לא מסוגלים להבחין בשרשרת סיבתית כאשר יש לנו גורמים חלופיים למוות.

 **גורמים מצטברים:**

גורמים מצטברים זו סיטואציה ששומעי עליה כל הזמן. כל האסונות הכי גדולים נובעים בד"כ מכמה רשלנויות.

דוגמאות- אסון המכביה. מה קרה באסון זה?! היה איחור של ראש הממשלה להגיע לטקס מה שגרם לכך שהמשלחות התחילו לצעוד לפני שהוא הגיע, ברגע שהוא הגיע עצרו את המשלחות ומשלחת גרמניה עצרה על הגשר, שאר המשלחות המשיכו לצעוד והייתה צפיפות אנושית יותר משחזו. בעיה נוספת היא שהגשר לא היה עומד בעומס גם בתנאים רגילים וכן שהחברה שעשתה את הגשר לא עשתה לפי התנאים. בעיה נוספת היא שאף אחד לא יכל לחזות שנפילה מגשר נמוך לתוך נהר תגרום למוות אבל חיידקי הירקון הרגו אותם.

דוגמאות נוספות:

צאלים א' - שבו קצין שהיה צריך לתת את הוראת המעבר בין תרגיל יבש לתרגיל רטוב.

צאלים ב' - בו הייתה אותה הוראה למעבר בין שני השלבים בתוספת לרשלנויות אחרות.

אסון ורסאי - הבנייה הייתה לקויה ובעלי האולם ראו את הקרקע מתחילה לשקוע ובכל זאת איפשרו כניסה של הרבה מאוד חוגגים יותר מכפי שהאולם אמור להכיל.

בכל המקרים הללו יש לנו בעיה עם מבחן האלמלא אך הבעיה היא לא כל כך חזקה כמו עם הגורמים החלופיים. עדיין גם בהצטברות של רשלנויות אמור לעלות קושי מכיוון מבחן האלמלא.

**איך הפסיקה מתמודדת עם הקשיים הללו?!**

**פס"ד ברדריאן**

ברדריאן היא דוגמה אחת משלל דוגמאות שבהן נגרם נזק באופן דומה. אפשר להכליל אותם בכך שמדובר בחבורה שביחד יוצרת את התוצאה המזיקה. היה אפשר להכריע את פסק הדין של ברדריאן על פי דיני השותפות לדבר עבירה. מקום שבו נוכל ללכת לשותפות על כל רכיביה (סיוע, שידול ומבצעים לצוותא) יש ללכת לכיוון הזה שכן למרות הבעיה של הקשר הסיבתי יותר קל להרשיע בעבירות שכאלו. הבעיה בקשר הסיבתי היא שמספיק שהתוצאה נגרמה על ידי אחד מהשותפים וכולם יהיו אחראים ולכן בעצם אנחנו "מייתרים" את הצורך בקשר סיבתי. לא תמיד נצליח לברוח לאלטרנטיבה של שותפות. מה יקרה אם השותפות היא ספונטנית?! זה קורה בסיטואציות של התפרעות המון. אנחנו עוקפים את הבעיה הראיתית שכן אנחנו לא מסוגלים לקבל על עצמנו מקרה כזה שבו כולם יוצאים נקיים ממעשה אסור.

שמגר פותר את ברדריאן באמצעות המשפט המהותי. "אין הכרח שמעשים של עבריין פלוני יהיו בגדר הגורם היחיד והבלעדי כאשר מדובר על מספר פגיעות שנגרמו על ידי אנשים שונים אשר כל אחד מהם תרם מהותית לאובדן החיים". כל אחד ממבצע הפגיעות במקרה כזה יחשב גורם למוות. בעצם שמגר אומר לנו שמספיק שהפגיעה קרבה את המוות, גם אם היא לא הגורם היחיד והבלעדי. הוא גם אומר כי נתעלם מתרומה שהיא לא משמעותית. שמגר יוצר חריג למבחן האלמלא. הוא לא מסביר מה בדוגמה מצדיק יצירת חריג, הוא לא מסביר מתי ניצור עוד חריגים, מתי בדיוק יחול החריג ומדוע להתעלם ממבחן האלמלא. מה זה בכלל תרומה משמעותית?! אנחנו לא יודעים.

כולם מצטטים את ברדריאן ואת שמגר היום ונקבע כי כאשר יש ריבוי של תוקפים ולא ניתן לשייך מכה לתוקף והאדם מת הולכים להלכה של ברדריאן. החריג של ברדריאן יוצר יש מאין ולא מסביר מדוע ולמה.

תנאי הקשר הסיבתי שעליו אנחנו מדברים לא כתובים בחוק, גם לאחר תיקון 39. כנראה שהבעיה הייתה כבדה מדי כדי שידונו בה בסעיף. הסעיף היחיד שמדבר על קשר סיבתי הוא **סעיף 309** של חוק העונשין שקובע שורה של מקרים שבהם יש חזקה שבחוק לקשר סיבתי. הפסיקה קבעה שהכללים המנויים בסעיף 309 הם לא רשימה סגורה כלומר שאפשר להוסיף מקרים מפסיקה לפסיקה.

בספרות המשפטית ניתנו פתרונות שונים. פלר אומר לנו כי צריך להבחין בין שרשראות סיבתיות. כאשר יש שרשראות סיבתיות נפרדות עלינו להתמקד רק בשרשרת הסיבתית שמובילה לתוצאה ולא חשוב אם אפשר להגיע לאותה תוצאה בשרשראות סיבתיות אחרות.

בדוגמא של האיש ההולך במדבר נתבונן בשרשרת הסיבתית של ניקוב – שפיכת המים – מוות מצמא ולא משנה לנו מה קרה בשרשרת של האדם ששם את הרעל במימייה.

בדוגמא של התקף לב שקיבל אדם שניה לפני שירו בו. נדמה לנו שהתקף הלב הוא שרשרת נפרדת אך אין לדעת שכן יכול להיות שהוא מת בגלל שהולכים להרוג אותו.

פרופסור לוין ולדרמן אומרים כי צריך לדייק במושג התוצאה, מי שהוביל לתוצאה כפי שהיא במציאות הוא הגורם לה. המבחן טוב לדוגמת המים והרעל – מי שגרם למוות מצמא הוא מנקב המימיה.

נשאלת השאלה מה זה משנה ממה בדיוק מת האדם?! למה חשוב לדייק במבחן התוצאה?!

1. **מבחן הקשר הסיבתי המשפטי=>**

המבחן נועד לומר לנו על מי מבין החוליות בשרשרת העובדתית ראוי להטיל אחריות. המבחן העובדתי מדבר על משהו חוץ משפטי, מציאת השרשרת הסיבתית האין סופית. ניקח את הדבר הכי פשוט. א' יורה ב-ב'. ברור שעל א' נטיל אחריות כי הוא הגורם האחרון בשרשרת הסיבתית אך מה קורה עם יצרן הנשק?! זה שאיפשר לא' להחזיק את הנשק ביד?! אפשר למצוא אלף גורמים בשרשרת הסיבתית.

מבחן הקשר הסיבתי העובדתי מגיע עד אדם ראשון והוא בעצם לא מסייע לנו לקבוע אחריו, הוא רק שלב א' של מיקום החולים בסדר הנכון ואז יגיע המבחן המשפטי שיגיד לנו על מי מהם אנחנו רוצים להטיל אחריות. ראינו שיש ערבוב שכן גם המבחן העובדתי הוא לא לגמרי עובדתי.

בארץ המבחן המשפטי מנוסח בדרך כלל במילים – האם הנאשם היה יכול וצריך לצפות את התוצאה. כלומר, בהינתן הסיבה האם התוצאה צפויה מנקודת מבטו של האדם הסביר. המבחן המשפטי הוא אובייקטיבי הוא לא סובייקטיבי כמו מבחני המחשבה הפלילי. המבחן המשפטי מדבר על אם האדם יכול וצריך לצפות.

מתי ראוי להטיל עונש לפי המבחן?! אם אפשר היה לצפות את התוצאה אז נטיל אחריות אפילו מכוח רשלנות על מי שפעל למרות צפיית התוצאה.

הקושי הראשון שהינו קושי עקרוני הוא מה שמכונה בעיית החוכמה לאחר המעשה, בעיית הצפיות בדיעבד. מעטי המשפטנים שיודו בקושי שכן הוא גורם לבעיה ציבורית משמעותית. הקושי נובע מכך שכשאר קורה אירוע רע התחושה האנושית המידית היא למצוא אחראים. בדיעבד כל תוצאה היא צפויה כאשר אנחנו יודעים שהיא כבר קרתה. תמיד צריך להזהיר את עצמנו מפני החוכמה שלאחר מעשה. הדבר מתחבר לקושי נוסף ואנושי והוא הקושי להכיר בכך שיש אסונות שאין להם אחראים. לפעמים לא ראוי להטיל אחריות על אדם בשר ודם, יש תאונות. לפעמם אסונות פשוט קורים. גם כאן יש נטייה אנושית המגיעה כמובן לבתי המשפט, להטיל אחריות.

כשאנחנו דנים בקשר סיבתי משפטי יש לזכור תמיד את שני הכשלים האנושיים הללו.

**פס"ד לורנס**

לורנס מביא את האקדח והקורבן יורה בעצמו. האם לורנס היה צריך לצפות לכך שהמשחק יגרום לכך שהמנוח יכוון לעצמו את האקדח לראש?!

מקרה נוסף הוא מקרה של מרוץ מכוניות – שני אנשים עושים תחרות, אחד נהרג ונגד השני הוגש כתב אישום בעבירה של הריגה. שוב בעיה קשה של קשר סיבתי עובדתי ומשפטי. האם מבחינה עובדתית יש קשר סיבתי כאשר מדובר באדם שהחליט בעצמו לנסוע במהירות כזאת והאם מבחינה משפטית אותו נהג שני היה צריך לצפות את התוצאה?! אם כן מה זה שונה מסיכונים שאנשים לוקחים ונראים לנו נורמטיבית מבחינה משפטית (קרב איגרוף למשל).

כאשר מדובר ברולטה רוסית או מרוץ מכוניות הנטייה היא להגיד שהדבר לא חוקי מלכתחילה ואם נגרמת תוצאה קטלנית אז נטיל אחריות על כל המשתתפים. אז למה לא לעשות אותו הדבר כשמדובר בסיכון קטן או לא מוצדק?! אם נגרם מוות למה לא להטיל אחריות?!למה לגיטימי שנקיים תחרות אגרוף שתוביל למוות ולא נטיל אחריות?! אולי מה שאנחנו מחפשים זו שאלת ההצדקה ולא הצפיות?! כלומר אותן פעילויות שנחליט שאין לגביהן הצדקה נטיל אחריות משפטית ואלו שכן יש הצדקה לא נטיל.

בעיה נוספת היא עניין הגורם הזר המתערב. השאלה היא האם התערבות גורם זר מנתקת את הקשר הסיבתי בין מעשה הנאשם לתוצאה?! מלכתחילה בעשורים הראשונים לקום המדינה ההלכה הייתה שגורם זר מנתק את הקשר הסיבתי ומכאן הריבוי של הדיונים על כך בפיסקה המאוחרת. בשלב מאוחר יותר נקבע שגורם זר מתערב לא מנתק אוטומטית את הקשר הסיבתי ואז הפסיקה ניסתה להבחין בין גורם זר מתערב רשלן לגורם זר מתערב מכוון. היום אנחנו נמצאים כבר במקום אחר שבו הפסיקה אומרת כי כלל גורם זר מתערב לא מנתק את הקשר הסיבתי אלא אם כן הוא לא בגדר הצפיות הסבירה של הנאשם. היום יכול להיות שגם מעשה מכוון יחשב למעשה שהוא בתוך הצפיות הסבירה.

דוגמא של יצירת לחץ נפשי כתוצאה מביצוע מעשה פלילי. **נשווה בין שני פסקי דין:**

**פס"ד פטרומיליו**

בפטרומיליו מדובר באדם שחטף תיק ברחוב מאישה מבוגרת ואחרי שהוא חטף את התיק היא מתה מהתקף לב. נקבע שהמוות מהתקף לב הוא לא בגדר צפיות סבירה של חוטף התיק. הוא קרה לאחר האירוע ולאחר שהחוטף נעלם מהזירה.

עברו כמה שנים והגיע **פס"ד בלזר**.

נהג מונית נגד נהג אוטובוס הלכו מכות קשות. המכות לא היו מכות קטלניות ובעצם המנוח נפטר כתוצאה מאירוע לבבי שנגרם על רקע טרשת חמורה שהוא לקה בה אך על פי הקביעות העובדתיות הלחץ מהאירוע הביא למצב המצוקה הקשה הנקודתי שגרם למוות.

פסד הדין מדבר על קשר סיבתי עובדתי ומשפטי כפי שדיברנו עליו. בעצם המנוח הוא גולגולת דקה שכן בלזר לא יודע על מחלתו. במשפט פלילי אין לכאורה גולגולת דקה. על פני הדברים המשפט הפלילי מרשיע רק מעל לכל ספק סביר ולכן לכאורה מקרים של גולגולת דקה צריכים להביא לזיכוי.

למרות זאת שופטים רבים מכניסים מקרים שבנזיקין היינו קוראים להם גולגולת דקה לתוך המשפט הפלילי על מנת להביא להרשעה. בלזר בעצם הכה אדם שסובל ממחלת לב קשה. פסק הדין דבר על קשר סיבתי עובדתי ומשפטי ובסופו של יום השורה התחתונה היא הטלת אחריות על בלזר על מוות שנגרם כתוצאה מהתקף לב והוחמר על ידי הנזק הנפשי.

בפסק הדין מתייחסים גם לשאלה מה קורה כאשר אופן התרחשות הנזק שונה מצפיות הנאשם. נאשם שמכה, הצפיות הסבירה שלו היא שיגרם נזק כתוצאה מהמכות אך האם הוא צופה שיגרם מוות מהתקף לב?! מה קורה כאשר התרחשות הנזק היא בלתי צפויה?!

יש שתי עמדות ובפס"ד לא מכריעים בניהם. עמדה אחת היא של פלר שאומר שמספיק שהתוצאה צפויה ואין חשיבות לאופן התרחשות הנזק. העמדה השניה היא של השופטת שטרסברג כהן בפס"ד בלקר שאומרת כי רק כאשר תהליך התרחשות הנזק לא שונה באופן מהותי מזה שצפה הנאשם אז יהיה אפשר להטיל אחריות.

**פס"ד יעקובוב**

יעקבוב הוא בעל המתעלל באשתו. היא מתלוננת ומגיעים שוטרים לדירה הם מזהירים אותו והולכים. הוא ממשיך להשתולל והיא קופצת מהחלון. זו הפעם הראשונה שמנסים ומצליחים להטיל אחריות על מותו של אד אחר שהתאבד בגלל מצוקה נפשית שגרמה להתאבדות. כתב האישום היה תקדימי וההכרעה הפכה להלכה במדינה - גם התערבות שהיא התאבדות, אולי הדוגמה האולטימטיבית של הגורם הזר, לא תמיד מנתקת קשר סיבתי.

**מה היחס בין המבחן המשפטי של הקשר הסיבתי לבין מחשבה פלילית בעבירות מודעות?!**

לכאורה מדובר בשני מבחנים בלתי תלויים. על פי המבחנים הרגילים צריך להוכיח מחשבה פלילית כעניין של היסוד הנפשי וצריך להוכיח קשר סיבתי כעניין של היסוד העובדתי ואין תלות בין שני השלבים. יש גם הבדל בין שני המבחנים – מבחן הקשר הסיבתי המשפטי הוא אובייקטיבי בעוד שמבחן המחשבה הפלילית הוא מבחן סובייקטיבי, מה הנאשם בפועל צפה. למרות זאת הפסיקה לאט לאט הולכת ומשלבת בין שניהם. הדבר התחיל בפס"ד זנאם והמשיך בפס"ד חוסין הנוגע לרצח אחות שאילו הייתה מקבלת טיפול רפואי הולם היא לא הייתה מתה (איכות הטיפול הרפואי ברמאללה). אנו רואים כיום שבית המשפט קובע שבעבירות של מחשבה פלילית דרישת המודעות מייתרת את בחינת הקשר הסיבתי המשפטי. מוסיפים את החריג כל עוד לא מדובר בדרך התרחשות חריגה באופן קיצוני. כלומר אם הנאשם צפה נטיל אחריות.

באיזה נסיבות ההפרדה אינה מוצדקת?! האם בכל מקרה שאדם צופה את הנזק נטיל אחריות?!

מה קורה עם אנשים חרדתים החוזים אסונות על כל צעד ושעל?! נראה אותם אחראים לכל מצב?! מה קורה אם אנשים יותר זהירים מהסטנדרט?! כאשר המוות נגרם נאלץ להטלי אחריות גם על אנשים יותר אחראים, יותר זהירים, יותר צופים את ההסתברות שתוצאה מזיקה תקרה מהאדם הסביר?! העובדה שבית המשפט העליון מוכן לקצר את הדרך ולהגיד שאם מדובר בנאשם שחזה את התרחשות התוצאה נטיל אחריות ולא משנה מה הקשר הסיבתי המשפטי (החוליה שראויה להטיל עליה אחריות) גורמת לטעויות דווקא כלפי אנשים יותר זהירים. כלפי אנשים אלו נגרם להרתעת יתר.

אחראי הכל מבחן הקשר הסיבתי המשפטי מבקש לתחום את גבול האחריות, הוא מבקש לקבוע מה מבין הגורמים בחוליות הסיבתיות הוא זה שראוי לכוון עליו את האחריות.

שני פסקי דין מאוחרים קובעים אמירות מנוגדות בעניין זה:

**פס"ד רוסו לופו**

מקרה של ילדה בת 3 שנכנסת לניתוח והמרדימה נרדמת(נזיקין). בהתייחס לשאלה זו האם יש לעשות בחינה נוספת של קשר סיבתי משפטי קובע בית המשפט באופן חד משמעי שאפשר להסתפק בהוכחת המודעות הסובייקטיבית ואין צרך לעשות את הבדיקה הכפולה הזאת.

**פס"ד פלוני נגד מדינת ישראל**

מדבר על מרוץ מכוניות על 500 שקל. אחד מת ואת השני מנסים להרשיע במותו. המדינה אומרת כי תמיד כאשר יש צפיות בפועל צריך להרשיע ולא להביא בחשבון שיקולים של קשר סיבתי משפטי. השופטת ארבל אומרת כי יש הגיון באמירת המדינה אך צריך להותיר פתח צר למדי למקרים בהם יסבור בית המשפט כי אין להטיל אחריות פלילית על הנאשם מהטעם שלא היה צריך לצפות את אפשרות גרימת התוצאה. נניח כשמדובר בספורט אתגרי פרקור (קפיצה מגגות) אם אחד ייפול וישבור את הרגל האם אפשר להטיל אחריות על הצד השני?! יתכן שיהיו סיטואציות שבהם יהיה מקום לשקול שיקולים נורמטיביים גם כאשר מתקיימים יסודות עבירת ההריגה – למשל מישהו אומר לאחר לסטות משביל מסויים וזה נופל מצוק.

פסק הדין פותח את הפתח לנסיגה בפסקי דין קודמים שאומרים שתמיד מסתפקים בצפיות סובייקטיבית. הוא אומר כי במקרים מסויימים צריך לבדוק את חובת הצפיות שהייתה מוטלת על מי שצפה בפועל. פסק הדין לא מנמק למה ובאיזה סיטואציות. דעת המרצה היא שההנמקה צריכה להיות העובדה שהמבחן המשפטי קובע מתי ראוי להרשיע מבחינת ההצדקה החברתית בפעילות ולכן הוא כן רלוונטי.

ההלכה היא הלכה עקבית. דעת המרצה היא שצריך להאחז בפתח שפותחת השופטת ארבל בפס"ד פלוני כדי להציק במקרים המתאימים את העובדה שהקשר הסיבתי הוא מבחן רלוונטי העוזר לקבוע את הערכים שלפיהם צריך להרשיע על מנת שלא ליצור הרתעת יתר.

**יום שני 20.5.13**

האם פתרון של קשר סיבתי הסתברותי יכול לשפר במשהו את הקשיים שנתקלנו בהם במבחן האלמלא?! האם אפשר לעשות הרחבה כך שהמבחן יכלול גם קשר סיבתי הסתברותי?!

המשפט הפלילי יוצא מנקודת הנחה של הוכחה מעבר לכל ספק סביר. ההצהרה אומרת שבמשפט הפלילי מטרתנו היא למנוע אסירת חפים מפשע. במציאות אנחנו לא נוהגים לפי הסטנדרט במקרים רבים. למשל כאשר מומחים באים לבית משפט ומעידים על ראיות נסיבתיות. ברור שהעדויות הן בעלות ערכים הסתברותיים. זיהוי של עד במסדר זיהוי זוהי ראיה נסיבתית חשובה. יש הרבה מאוד בדיקות על שיעור הטעויות במסדרי זיהוי ומסתבר שהוא גבוה. אז איך משתמשים בראיות שהן לא קרובות לוודאי כדי להרשיע אנשים?! בתי משפט מתגברים על הקושי ואומרים כי הם מרשיעים על סמך הצטברות של ראיות שמביאה לידי הסטנדרט של מעל לכל ספק סביר. לכן זה לא נכון להגיד שהמשפט הפלילי לא מקבל ראיות בהסתברות נמוכה מהקרבה לוודאי. למה אנחנו לא מקבלים פוליגרף?! משום שלפעמים הבדיקה מצביעה על אנשים כשקרנים למרות שהם דוברי אמת והדבר יכול להטות את המשפט. ברור לנו שהסתברות משחקת והיא כלי חשוב במשפט הפלילי.

מכאן השאלה האם באמת מספיק לי קשר סיבתי הסתברותי?! לא מבחן האלמלא אלא להרחיב אותו.

**מבחן הקשר הסיבתי ההסתברותי=>** נגיד שהסיבה הגדילה את הסתברות התרחשות התוצאה במקום להגיד שהסיבה היא תנאי הכרחי להתרחשות התוצאה.

הבחנה בין תנאי הכרחי לתנאי מספיק – קשר סיבתי עובדתי הוא תנאי הכרחי שכן יכולים להיות כמה גורמים להתרחשות התוצאה. ברור שלא מספיק שאני ארה לאדם בראש צריך גם תנאים טבעיים כמו העובדה שהכדור חדר לגולגולת וגרם לנזק X במוח. אנו שואלים האם אפשר להחליש את הדרישה שהוא לא יהיה תנאי הכרחי אלא רק יגדיל את האפשרות שהתוצאה תקרה.

ראשית בדיני נזיקין התשובה היא כן. במשפט הישראלי מאז עדן מלול אין ספק שיש קשר סיבתי הסתברותי. האם יש דרך לבצע את המעבר הזה גם במשפט הפלילי?! האם אפשר לקבל סיבתיות עמומה מהסוג הזה?!

למה צריך את זה בכלל במשפט הפלילי?! יש מקרים שאין לנו דרך להגיע לראיות אחרות כמו למשל כמו במקרה של יצרניות הסיגריות בארה"ב שהסתירו את העובדה שהסיגריות ממכרות. האם אפשר לתבוע אותן?! בוודאי שזו עבירה פלילית אך הקושי שהראיות הן הסתברויות שכן אין אנו יודעים באמת מה הקשר בין עישון לסרטן. דוגמאות מהסוג הזה כאשר יש באמת הונאה בסדר גודל גדול אך אנחנו לא מסוגלים להציג ראיות ישירות האם אפשר להכניס אותם גם לתוך המשפט הפלילי?!

**פס"ד ועקנין**

פס"ד בדיני נזיקין שמצוטט הרבה במשפט הפלילי. את פסק הדין העיקרי כתב ברק והוא מתמודד עם השאלה של קשר סיבתי. מה היה קורה אם היה שלט?! באותו מקרה לא נשתמש בקשר סיבתי עובדתי של אלמלא שכן לא נוכל להגיד שאם היה שלט במקום הנזק לא היה קורה אך ברק אומר שדי בכך לקיום קשר סיבתי ומספיק שסביר יותר להניח שהנזק היה נמנע אילו היו מוצבים שלטים במקום. ברור שכאן מדובר בקשר סיבתי הסתברותי. בפועל ברק אומר כי הוא לא יכול להגיד שזה מבחן קשר סיבתי עובדתי רגיל. הצבת השלט היא לא תנאי הכרחי שכן יכול להיות שהילד היה קופץ בכל מקרה אך יש הסתברות גבוהה שהוא לא היה קופץ אילו השלט היה מוצב במקום.

**פס"ד ליכטנשטיין**

באותו מקרה הנזק נגרם כתוצאה משילוב של שני גורמים כאשר רק המהירות המופרזת הוא תחת שליטתו של הנאשם והתפוצצות הצמיג לא תלוי בו. כל אחד מהגורמים הוא גורם בלעדיו אין לתאונה ובפס"ד נאמר לנו שדי בכך שהתנהגות הנאשם היא אחד הגורמים לנזק. אלמלא המהירות אולי הנאשם היה מצליח לעצור את הרכב למרות הפיצוץ הלא צפוי והתוצאה הייתה נמנעת. הדבר מחדד את העובדה שסיבה היא לא תנאי מספיק לתוצאה. לא צריך להראות שבלעדי הסיבה התוצאה בוודאות לא הייתה מתרחשת אלא מספיק שזהו אחד הגורמים. גם כאן יש לנו רמז או התחלת נכונות לקבל חשיבה הסתברותית במשפט הפלילי יותר מכפי שהיינו סבורים בהתחלה.

הביקורת היא שלפעמים דברים שאנחנו לא מוכנים לקבל בדיני הראיות אנחנו נקבל בריכוך דיני המשפט המהותי מהדלת האחורית. בשום שיטת משפט מודרנית מערבית לא יגידו שבמשפט הפלילי מרשיעים בסטנדרט הנמוך ממעבר לכל ספק סביר אך במקום לשנות את דיני הראיות בעצם אנחנו משנים את המשפט המהותי. השינוי הוא בדיני הקשר הסיבתי ובעצם באופן פרקטי אנחנו מנמיכים את הסטנדרט הראייתי. גם במקרה של הצטברות רשלנויות אנו לא שואלים באיזו מידה כל חוליה בשרשרת אחראית לתוצאה הקטלנית. בגשר המכביה למשל אנחנו לא יודעים אם המהנדס היה מחשב את הנתונים נכון הוא היה מחזיק או לא, מה מידת הרשלנות של הרשות המקומית שלא ניקתה את הנחל ועוד. העובדה שאנחנו מוכנים עקרונית להרחיב את מבחן האלמלא כדי לקבל שרשרת של רשלנויות גם היא עדות לחשיבה הסתברותית בתוך המשפט הפלילי.

**מה המשמעות של קשר סיבתי הסתברותי?!**

דבר הוא סיבה אם שכיחות התוצאה בקבוצת המקרים שבה קיימת הסיבה עולה על שכיחות התוצאה באוכלוסייה הכללית. למשל מה היחס בין חשיפה לאסבסט לחשיפה לסרטן – אסבסט הוא חשיפה לסרטן אם שכיחות תופעת הסרטן בקבוצת החשופים לאסבסט עולה על שכיחותם באוכלוסייה הכללית.

**במה הוא שונה מקשר סיבתי רגיל במשפט הפלילי?!**

מה ההבדל בין קשר סיבתי הסתברותי לבין מבחן האלמלא הרגיל?! יש שני הבדלים משמעותיים –

1. **סימטריה=>** קשר סיבתי הוא חד כיווני. מהסיבה למסובב. הסיבה גורמת לתוצאה. במשפט הפלילי מעשה הנאשם גורם לתוצאה. לקשר הסיבתי שמנוסח במבחני אלמלא כתנאי הכרחי יש רק כיוון אחד בזמן. לעומת זאת סיבתיות עובדת לשני הכיוונים. הסתברות חלה מהסיבה לתוצאה ומהתוצאה לסיבה. למשל אם חשיפה לרדיואקטיביות מעלה את הסיכון לסרטן מבחינה סטטיסטית זה אומר שמבין החשופים לקרינה יש יותר חולי סרטן מאשר באוכלוסייה הכללית ולהפך, מבין חולי הסרטן יש יותר חשופים לקרינה מאשר באוכלוסייה הכללית.

דרך אחד לבדוק את העניין היא לראות מה קרה קודם – הקרנה גרמה לסרטן או הסרטן גרם לקרינה. נחשוב רק על ברומטר וסערה – תמיד כמה שעות לפני שיש סערה הלחץ יורד בברומטר, מכאן המסקנה שהברומטר גרם לסערה. כמובן שזה לא נכון וזה מראה לנו שקדימות בזמן לא עוזרת לנו בקשר הסתברותי. בנוסף יכול להיות שיש גורם שלישי נסתר שגרם לשני הדברים האחרונים. כמו בדוגמה של הברומטר והסערה. ואם זה המקרה לגבי אסבסט וסרטן שאנחנו לא יודעים עליו?! אולי יש גורם שמשפיע על אנשים לעשן וגם גורם להם להיות יותר חשופים לסרטן?! אנחנו לא יודעים ולכן כאשר מדובר בהסתברות היא סימטרית לחלוטין.

1. **טרנזיטיביות=>** אם א' גורם לב' וב' גורם לג' מכאן גורם לג'. ליחס הזה קוראים יחס טרנזיטיבי והוא יחס המאפיין את מבחן האלמלא, הקשר הסיבתי הרגיל.איפה נחתוך את שרשרת החוליות הסיבתיות?! מבחינת קשר סיבתי הסתברותי יכול להיות שא' יעלה את ההסתברות של ב', ב' יעלה את ההסתברות של ג' אבל א' לא יעלה או אפיל יוריד את ההסתברות של ג' מה שלא יכול להיות אף פעם בקשר סיבתי רגיל. ביחס הסתברותי לא בהכרח שבין שני גורמים המעלים את הסתברות התוצאה יש קשר. בעיית הטרנזיטיביות אומרת כי עלינו לבחור טוב את הגורם שאנחנו אומרים כי משפיע על התוצאה. הבדיקה מחזירה אותנו לבעיה שזו בחירה ערכית שכן אנחנו מנסים לבחור מבין הגורמים הרלוונטיים את הגורם המתאים. שימוש בראיות סיבתיות מחייב להביא בחשבון שהידע שלנו מוגבל ויכול להיות שנמצא גורם שלישי נסתר שלא הבאנו בחשבון שהוא בעצם הגורם האמיתי לתוצאה מעל הכל שימוש בראיות סטנדרט הסתברותי מחייב אותנו להכיר בכך שאנחנו מרשיעים לא מעל לכל ספק סביר.

במשפט הפלילי אין דיון בפני עצמו בשימוש בראיות נסיבתיות אך העובדה שאנו רואים שיש אפשרות להרשיע גם בהעדר ראיות ישירות אומרת שהחשיבה ההסתברותית היא דבר שכן מאפשר לבתי המשפט תירוץ אידיאולוגי להרחבת הכללים. אם חשובה לנו ההפרדה בין משפט פלילי לדיני נזיקין אנחנו חייבים להביא בחשבון שקשר סיבתי במשפט הפלילי הוא מאוד בעייתי ויכול להביא להרשעה של חפים מפשע.

**יום רביעי 22.5.13**

**המחשבה הפלילית**

הצורך ביסוד נפשי להוכחת עבירה פלילית מקורו בהשפעה של תיאוריות גמול על המשפט האנגלי. המשפט האנגלי המקובל לא מבוסס על תפיסת עולם גמולי חזקה אלא היה מבוסס מלכתחילה על עבירות של אחריות מוחלטת כלומר הוכחת יסוד עובדתי בלי צורך בהוכחת יסוד נפשי. משפט המלך הא משפט שמבוסס על קביעת איסורים עובדתיים. זה לא שלא היה צריך להוכיח בכלל יסוד נפשי אלא יש דרישות של מודעות בלתי עקביות. הרבה מאוד עבירות הן אחריות מוחלטת אבל יש גם עבירות שהן גם רק מחשבה פלילית במשפט האנגלי.

התועלתנות מתלבשת יפה על שיטת משפט פלילי כזאת שיש בה יסוד נפשי אך הוא לא לב ליבה של העבירה הפלילית מכיוון שהרציונל הוא תועלתני, מניעת נזק, העלאת האושר בחזרה. אם מטרתנו היא מניעת נזק אנחנו צריכים לפרט מה אסור לעשות ולהעביר את הנטל לאזרחים, לציבור הכפופים לדין הפלילי שיזהרו.

לעומת זאת בקונטיננט, צרפת ובעיקר גרמניה, מתבססת על היסוד הנפשי ועיקר הדגש בה הוא על אחרית שנובעת מאשם . האשם מדגיש את האופי האנטי חברתי של העבירה, האשם משמעו מחשבה פלילית סובייקטיבית, בחירה מתוך רצון חופשי להתנכר לערכי מוגנים בעבירה.

בעיני המרצה יש אבסורד בכך שהמשפט הפלילי משנה את אופיו במסגרת תיקון 39 כשהוא מתבסס על הדין הגרמני כאשר גם עיון בתפיסות המוקדמות היה מגלה שאפשר היה להשתמש במשפט העברי לשם כך. תיקון 39 מהווה את השינוי לעבירה של גמול בענישה על בחירה לעשות את מה שאסור.

אחד השינויים המרכזיים ביותר בתיקון 39 הוא דגש בצורך מחשבה פלילית כדי להרשיע את הנאשם. לפני תיקון 39 זה לא שלא היה צורך להוכיח מחשבה פלילית אך לא היה כלל בסיסי כמו הכלל של סעיף 19 שקובע כי בכל עבירה יש להוכיח מחשבה פלילית כפי שהיא מוגדרת בסעיף 20 למעט שני חריגים – רשלנות ואחריות קפידה שגם להם יש סייגים מוזכרים בחוק. זו פעם ראשונה שיש לנו כלל כזה שחל על כל העבירות. עד לתיקון הפסיקה הייתה מחליטה אם צריך להוכיח מחשבה פלילית בעבירה או לא.

יש לזכור את הרצון של המחוקק בתיקון 39 לשנות אקלים משפטי, לשנות תיאורה ולהדגיש את היסוד הנפשי. על אף הניסיון לדעת המרצה התוצאה לא מתאימה לשאיפה.

שני קשיים בסיסיים צריכים ללוות את הדיון על מחשבה פלילית:

1. **תיאורטי=>** שואל את השאלה איך אנחנו יודעים שמה שעובר במוח של בני אדם אחרים דומה למה שאנחנו חושבים. מחשבה פלילית מניחה שיש משה משותף לכולנו. אנו רגילים לדבר במונחים של כוונה, מודעות, רשלנות אבל אנחנו לא באמת יודעים האם אנחנו משתמשים בהם באופן דומה והאם האופן שבו אנחנו חושבים על מעשים הם דומים. מעבר לקושי האפיסטמולוגי יש קושי יום יומי לזהות מצב נפשי.

**פס"ד זיסרמן –** מדובר בנאשם שירה בטעות באישה. הוא משתף את בית המשפט בתיאור המקרה שקרה והאופן בו הוא מתאר את מה שהוא עושה מתאים את האופן שבו אנחנו מתארים לעצמנו את יחסינו לרוב הפעולות שאנחנו עושים בשגרה וביום יום. רוב המעשים שאנחנו עושים לא נעשים מתוך מודעות אמיתית אלא בצורה אגבית, מבלי לשים לב. אנחנו לא נותנים לעצמנו דין וחשבון על כל מעשה שאנחנו עושים. אם נפנה את צומת ליבנו לאותו מעשה נדע שעשינו אותו אך רוב המעשים לא נעשים באופן שהמשפט הפלילי תופס אותם, לא במובן המלא בכל אופן. בתקופה של פסק הדין עבירות ההמתה נוסחו אחרת ממה שאנחנו רגילים היום אבל זיסרמן הורשע בעבירה של הריגה. בנגידו לרשלן לזיסרמן הייתה מודעות מלאה לאיך הדברים קרו אך הוא היה בהפוגה בקרבות ובדק את הנשק כמו שהוא רגל לבדוק ולכן השגרה הזאת גרמה לכך שלא תהיה מודעות במלוא מובן המילה.

אם כך אז מתי נקבע שאדם פועל מתוך מודעות?! זהו קושי רציני.

1. **מעשי=>** הקושי המעשה מלווה את בית המשפט. הוא שואל איך מוכיחים מה אדם חשב וידע מה עובר במוחו של אדם אחר?! אילו כלים ראייתיים יש לנו?! מוכיחים בבית משפט יסוד נפשי כמו שמוכיחים את עובדה של שולחן הניצב באולם, כמו כל עובדה אחרת. אילו ראיות אפשר להביא לגבי השאלה מה אדם אחר חשב?! האם אפשר להגיד שקיומה של מודעות היא כמו קיומו של חפץ במקום מסויים?! באופן מעשי אין ראיות למחשבה פלילית. עקרונית יכולים להביא או הודאה של הנאשם או עדי ראייה אך גם אלו לא ממש עדי ראיה שכן לפעמים אנשים מתרגמים בעצמם את המעשים שלהם בדיעבד. אז איך בפועל כן מוכיחים?! על פי חזקות. בעיקר חזקה שאומרת שאדם מודע לטיב המעשה שעשה, לנסיבות שאופפות אותה ולאפשרות גרימת התוצאה. בדיני הראיות מניחים כחזקה עובדתית שאדם אכן מודע. הנאשם יכול לסתור את החזקה. השאלה היא איך הנאשם יעורר ספק?! הרי גם לו אין ראיות חיצוניות שהוא יכול להביא. לכן נוצר אבסורד שאנחנו לא רואים בפסקי דין. אחרי שהשופטים דנים בשאלות התיאורטיות נראה כי הם דנים ממש מעט בשאלת המודעות. בפועל אין בעצם דרך להוכיח מחשבה פלילית בבית משפט.

אחד האמצעים שעוזרים להסתיר את הקושי הזה היא ההפרדה המתחילה מהאוניברסיטאות וממשיכה בבתי המשפט**.**

**המבנה היסודי של המחשבה הפלילית**

המחשבה הפלילית הבסיסית על פי הכלל של סעיף 20 היא מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה. כאשר נראה עבירה פלילית נזכור שלפני סעיף 20 ננתח את העבירה על פי היסוד העובדתי שלה. כלומר צריך לבדוק מה המעשה, מה הנסיבות והאם יש תוצאה בהגדרת העבירה.

בשלב השני נעבור לבדוק מה היסוד הנפשי. ראשית הדרישה הבסיסית היא מודעות לכל רכיבי היסוד העובדתי. כלומר מה שקבענו קודם שהוא חלק מהיסוד העובדתי עכשיו צריך להוכיח מודעות לגביו בהנחה שאנחנו לא בחריגים. יש לשים לב שסעיף 20(א)דורש דרישה שונה לגבי מעשה ונסיבות מאשר לגבי התוצאה. לגבי מעשה ונסיבות נדרשת מודעות מלאה, אני צריכה לדעת מה אני עושה ושהנסיבות קיימות ואילו לגבי התוצאה מספיקה מודעות חלשה – מודעות לאפשרות גרימת התוצאה. הדרישה יותר חלשה מהמקבילה בMPC בארה"ב שדרוש ידיעה לגבי המעשה, הנסיבות וידיעה ברמה של קרבה לוודאי לגבי התוצאה.

סעיף 20(א) ממשך ודורש דרישה של יסוד חפצי אך ורק בעבירות שיש בהם רכיב של תוצאה. הרכיב החפצי יכול להיות כוונה (שהיא מטרה לגרום לתוצאות) או מה שהמשפט הפלילי מכנה פזיזות שיכול להיות או אדישות או קלות דעת. קלות דעת היא נטילת סיכון בלתי סביר מתוך תקווה למנוע את התוצאות וזהו המינימום שהתביעה צריכה להוכיח. קלות דעת היא חשובה המשפט הישראלי שכן היא מפרידה בין הרשלנות לבין עולם המחשבה הפלילית. רוב עבירות התוצאה יהיו עבירות של קלות דעת אלא אם כן המחוקק קובע דרישה אחרת. המחוקק קובע לא לעיתים נדירות דרישה של כוונה בהגדרת העבירה. כוונה מדובר בכוונה המתייחסת לתוצאה ולא על מטרה. אם המחוקק דורש שהתוצאה תיגרם במתכוון מכאן שהתביעה חייבת להוכיח יסוד של כוונה, ולא מספיקה קלות דעת.

מכיוון שהמחוקק לא קבע עבירה של אדישות החשיבות של הרכיב הזה היא הרבה יותר נמוכה במשפט הישראלי. התביעה לא טורחת לטעון לו מעבר לטיעונים בעונש, וכמובן שאין דרך להוכיח את ההבדל בין קלות דעת לאדישות.

מדוע המשפט הישראלי מייחס רכיב חפצי לתוצאה בלבד?! מאיפה באה ייחודיות הישראלית הזו?! הסיבה לכך היא ההנמקה שפלר נותן בסעף 490 לספר שלו "מטבע הדברים אדם יכול להיות מודע להתנהגותו או שלא להיות מודע לה הוא לא יכול לפתח יחס חפצי להתנהגות, לרצות להתנהג, היות אדיש לגבי מעשיו וכך גם לגבי הנסיבות. הנסיבות תלויות במצב האובייקטיבי ולא תלויות באדם והוא יכול להיות מודע להם או לא להיות מודע." לכן לפי פלר, ייחדנו את הרכיב החפצי אך ורק לתוצאה.

הטעות של פלר היא ביסודה שכן לדעת המרצה אפשר לפתח יסוד חפצי למעשה וכן לנסיבות. יש מחלוקת בספרות הישראלית בין פלר וקרמניצר לבין כל השאר. רק במשפט הישראלי אי אפשר לטעון לגבי יחס חפצי לגבי הנסיבות ולעומת זאת במשפט המקובל אין בכלל הפרדה בין יחס הכרתי ליחס חפצי דרגות המחשבה הפלילית במשפט המקובל הן כוונה ביחס לכל רכיבי העבירה (purposely), ידיעה (knowingly) והשלישי הוא, פזיזות, קלות דעת אך לא כמו בישראל אלא נטילת סיכון משמעותי בלתי מוצדק ובלתי סביר (recklessly). פזיזות במשפט המקובל היא מודעות חלקית, לחשוב שהנסיבה קיימת אך לא לדעת בוודאות. זה לא פיזיות במשמעות של חוק העונשין וחשוב להדגיש את זה כי כאשר קוראים פסקי דין מלפני תיקון 39, השופטים משתמשים במשפט פזיזות כפזיזות לפי המשפט המקובל ולא לפי ישראל. מכאן נבין כי גם כאשר מצטטים פסקי דין מלפני התיקון ולא שמים לב להבדל עושים טעות. איך במשפט המקובל מבדלים בין הדרגות?! המחוקק כותב בפירוש בכל עבירה את המחשבה הדרושה. אם התביעה לא תצליח להוכיח את הדרגה הספציפית הדבר יוביל לזיכוי.

**לסיכום** המבנה היסודי שהל המשפט הישראלי מדבר בשני רכיבים – רכיב הכרתי מוחלט לגבי המעשה והנסיבות ורכיבה הכרתי חלש של מודעות לאפשרות לגבי התוצאה וק לגבי התוצאה יש לשאול מה היה היסוד החפצי.

המשפט המקובל מתייחס לשלוש דרגות של מחשבה פלילית. דרגה חמורה של כוונה המתייחסת לכל רכיבי היסוד העובדתי, דרגה של ידיעה שעוסקת ביסוד הכרתי מלא או כמעט מלא לגבי כל רכיבי היסוד העובדתי והדרגה האחרונה היא פזיזות לגבי רכיבי היסוד העובדתי שענינו מודעות חלשה יותר, נטילת סיכון לגבי רכיבי היסוד עובדתי.

**סעיף 20(ב)** הוא "כלל הצפיות" אותו נבדיל מ"הלכת הצפיות" המדוברת בפס"ד אלבה ועוד. כלל הצפיות הוא רק מה שכתוב בסעיף 20(ב). כמו שאמרנו המחוקק דרש דרישה נמוכה לגבי מודעות לאפשרות התוצאה ולכן סעיף 20(ב) בא ואומר אבל מה יקרה אם יש לי מודעות מלאה?! מה יקרה אם הנאשם צפה שהתוצאה תתרחש ברמה של קרוב לוודאי?! בא המחוקק ואמר כי במקרים כאלו שהמודעות היא כל כך גבוהה דרגת האשם שקולה לכונה. המחוקק לא בא להגיד לנו שזה שני מצבים זהים אלא הוא אומר כי נאשים באותה דרגת אחריות. מכאן שלתביעה יש שתי אפשרויות להוכיח כוונה כיסוד חפצי בעבירה תוצאתית – אפשרות ראשונה היא סעיף 20(א) להוכיח יסוד הכרתי חלש מודעות לאפשרות גרימת התוצאה ומטרה לגרום לה או אפשרות שניה דרך סעיף 20(ב) להוכיח שהנאשם מודע ברמה של קרבה לוודאי שהתוצאה תתרחש. נאשם כזה שיודע שהתוצאה תקרה כבר לא מעניין אותנו לשאול מה הוא רוצה להשיג.

ראינו שיש עבירות שיכלות להיות התנהגותיות ויכולות להיות תוצאתיות בהן המחוקק מוסיף דרישה של מטרה / כוונה מיוחדת. שני מושגים אלו נוגעים להלכת הצפיות – יסוד נפשי נוסף בהגדרת העבירה.

מה זה אומר?! אנחנו צריכים לעבוד בצורה מסודרת, לנתח יסוד עובדתי, לנתח יסוד נפשי ובשלב האחרון לבדוק אם יש רכיבים נוספים. אם יש אותה דרישה של מטרה או כוונה מיוחדת היא נוספת על הרכיבים הקודמים.

יכול להיות שיש עבירות תוצאתיות שהמחוקק ידרוש בהם כוונה גם לגבי תוצאה וגם מטרה כלומר שהמילה כוונה תופיע בה פעמיים. למה הלכת הצפיות?! הפסיקה החליטה שמטרה או כוונה מיוחדת לא נכנסים לסעיף 20(ב) וכן הקביעה הפסיקתית אומרת כי יתן להחיל כלל דומה לסעיף 20(ב) בעבירות מתאימות על עבירת מטרה. הלכת הצפיות בעצם אומרת כי סעיף 20(ב) לא חל באופן ישיר על מטרה אך יכולה להיות החלה מעבירה לעבירה בהתאם לדעתו של בית המשפט.

**סעיף 90(א)** רבתי הוא תיקון שנעשה בסמוך לתיקון 39.סעיף זה יחד עם **סעיף 90(ב)** רבתי הם חשובים מאוד. הפועל המלאכה של תיקון החלק הכללי נועד להעביר את המשפט העברי ליצירה ישראלית ולהתנתק מהמשפט המנדטורי. מה שלא נעשה הוא תיקון החלק הספציפי. מדי אחרי תיקון 39 התעורר חשש שלא יספיקו לעשות זאת די מהר וכדי לעשות את המעבר ולהקל עליו חוקקו את שני הסעיפים האלו. מה שנוצר הוא פער עצום. רוב העבירות הן עבירות מנדטוריות ולכן המונחים שאנחנו מוצאים ברוב העבירות לא מתאימים לתיקון 39. סעיפים אלו עשו הסדר זמני והם אומרים לנו בעצם מה נעשה אם ניתקל בבעיות. למשל אם נראה "ביודעין" או "במזיד" הכוונה לסעיף 20(א) , "יש לו יסוד להניח" סעיף 20(ג)1 – עצימת עיניים ואם נראה "בכוונה" אם הכוונה לא מתייחסת לתוצאה מתייחסים אליה כמטרה.

**סעיף 20(ג) 2** הוא "מחשבה פלילית מועתקת". מה קורה אם הנאשם רצה להרוג אדם א' ובטעות ירה באדם ב'?! אומר המחוקק כי אפשר להעתיק את המחשבה הפלילית כלפי אדם מסויים לאדם אחר. לדעת המרה לא הכרחי לעשות את ההעתקה אלא להגיש כתב אישם על מה שקרה. נניח שאדם רצה להתנקש בא' והרג בטעות את ב' אפשר להגיש כתב אישום על ניסיון להרוג את א' והריגת ב'.

**סעיף20(ג)1** "רואים אדם שחשד בטיב התנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם אם נמנע מלבררם". עצימת עיניים היא כלל חדש במשפט המקובל. המשפט המקובל יוצר את הרעיון של עצימת עיניים כדרך להתמודד עם עבריינות מתוחכמת, עבריינים שיודעים שאם הם יהיו מודעים ירשיעו אותם ולכן הם מרחיקים מעצם פרטי מידע. המשפט צריך להאבק בזה ולכן יוצרים את הכלל של עצימת עיניים ואומרים שמי בוחר במכוון להתעלם מעובדות נרשיע אותו כאילו היה מודע.

לאורך השנים החוק הישראלי שהתפתח בדרך פסיקתית ציטט את הכללים של המשפט המקובל וכך עצימת עיניים נכנסת למשפט הישראלי. הגיע תיקון 39 וסעיף זה נכנס לחוק. דברי ההסבר להצעת החוק אומרים כי זהו סעיף עצימת עיניים במונחו במשפט המקובל. דעת המרצה היא כי הם טעו. סעיף עצימת עיניים במשפט המקובל הוא כלל שמעלה את האחריות של הפזיז לדרגה של יודע. נאשם שוא בבסיס פזיז מבחינת היסוד ההכרתי כלומר שהוא חושד בדבר מעשיו או קיום הנסיבות ירשיעו אותו כאילו הוא יודע. מה עשה הכלל כששתלו אותו במשפט הישראלי?! הרי אין דרגות של יחס הכרתי – אפשר או לדעת או לא לדעת! קרה שסעיף 20(ג)1 אומר כי אפשר להסתפק בחשד לגבי המודעות והנסיבות. הקריאה המשותפת של סעיף 20(א) וסעיף 20(ג)1 במובילה למסקנה שכדי להוכיח את היסוד ההכרתי די להוכיח חשד לגבי **כל** רכיבי היסוד העובדתי של העבירה.

במשפט הישראלי לא כמו במשפט המקובל לא מדובר בכלל של שדרוג אחריות אלא התביעה תמיד מחוייבת להוכיח את המינימום ומכאן שהיא יכולה להסתפק בהוכחת חשד בלבד. אין דרישה של התכוונות, לא מוזכר הנאשם המתוחכם שרוצה להתחמק מאחריות אלא הוא חל על כולם. הדבר היחיד שסעיף זה בעצם עושה היא להפחית את דרישות המחשבה הפלילית לרמה של חשד בלבד.

על פני הדברים מה שאמרנו הוא לא מדוייק שכן יש תנאי נוסף – רק חושד הנמנע מלברר את הדברים נוכל להאשים כאיל ידע. אז מה בפועל יכול לקרות?!:

1. נאשם המברר את העובדות וגילה את העובדות ואז כמובן הוא נכנס לסעיף 20(א).
2. נאשם המברר את העובדות אך לא גילה את העובדות או טעה במה שגילה ואז לא נוכל להאשים אותו כמודע אלא כטועה במצב הדברים וכנראה יצא פטור מאחריות.
3. נאשם שחשד ולא בירר ואז יכנס לסעיף 20(ג)1

מה קורה כשמאוד קשה או כמעט בלתי אפשרי לברר את החשד?! נניח שאני קונה רולקס בחמישים שקלים כמובן שיהיה לי חשד שהוא מזוייף או גנוב אבל מה נוכל לעשות?! אין דרך אמיתית לברר את החשד אז מה עושים כדי שלדרישה תהיה משמעות?! במילים אחרות כי מי שחושד הוא מי שנשמע לברר את החשד כי אחרת הוא היה מודע או טועה ולא חושד. כך שלמעשה, סעיף 20(ג)1 הוא הסעיף האמיתי של המודעות. בפועל אין כמעט מקום שלא מוכיחים את סעיף (ג)1 כדי להוכיח מחשבה פלילית.

ישנם שני חריגים –

1. סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון, עבירה חדשה אחרי תיקון 39 שקובעת במפורש שצריך להוכיח בה מודעות ממש לפי 20(א) ולא יחול סעיף 20(ג)1.
2. המקרה של חשין בפס"ד הר שפי. חשין אומר כי העבירה היא מחדלית וכל מה שיש בה הוא היסוד הנפשי והשימוש שנעשה בה בד"כ הוא בדרך כלל על אנשים שידעו על פיגועי טרור ולא עשו שום דבר. לכאורה סעיף 20(ג)1 חל על העבירה של אי מניעת פשע כי כתוב "מי שידע" אך השאלה היא האם אפשר להרשיע את מרגלית הר שפי על שחשדה שעמיר עומד לרצוח את רבין ולא אמרה?! חשין אומר כי במקרה זה יהיה צורך במודעות מפורשת ולא בחשד. חשין אומר כי 262 היא עבירה ספציפית וסעיף 20(ג)1 הוא חוק כללי והספציפיות גוברת על הכלליות.

השורה התחתונה היא שפועל דרישת המחשבה הפלילית בישראל אחרי תיקון 39 היא החלשה ביותר מכל שיטת משפט פלילי אחרת. דרישת הכניסה היא חשד בלבד.

**יום שני 27.5.13**

**פזיזות**

פזיזות מתייחסת ליסוד החפצי של המחשבה הפלילית ומתחלקת לקלות דעת ואדישות.

קלות הדעת היא קו הגבול בין רשלנות לכניסה למחשבה פלילי. זהו סף המינימום שהתביעה צריכה לעמוד בו כדי להביא להרשעה. יש מקרי שאין לנו חלופות של הרשעה ברשלנות ולכן קו הקבול של קלות דעת הוא קריטי.

אם נקבע למשל שעבריין בעבירת האינוס הוא לא בעל מודעות התוצאה תהיה זיכוי.

לגבי קריאה מתוך המשפט המקובל – ראינו שעולם המונחים הוא אחר ולצטט פסקי דין כאלו המשמעות היא שפזיזות ההתייחסות היא ליסוד ההכרתי, לשאלה מה ידעתי ולא מה רציתי. יש להבין שאותם פסקי דין הנדונים באנגליה לגבי פזיזות אין להם רלוונטיות לעולם הפזיזות בישראל.

**מהי מודעות?!**

מודעות זהו רכיב לא מוגדר, החוק רק מציין שיש להוכיח מודעות, שמחשבה פילית היא מודעות אך המחוקק לא הגדיר בחוק מהי מודעות. המחוקק מניח שזהו דבר מוכח, ידוע.
לדעת המרצה המחוקק מתכוון בהגדרת מודעות למודעות מלאה, תפסיה רציונלית של אדם שבודק את סביבתו, שנותן לעצמו דין וחשבון פנימי.

בחוק הישראלי יש הנחה חזקה של רציונליות שעומדת בבסיס המשפט הפלילי הישראלי שאומנם לא כתובה במפורש אבל משתמעת מדרישות החוק. החוק הפלילי הישראלי מחזיק נאשמים שלא בטובתם כרציונליים, כאלו שמקבלים החלטות שקולות, מגבשים יחס נפשי מתאים, יחס חפצי, שוקלים סיכונים, מערערים אם הם רוצים בתוצאה או לא, אדישים לה ועוד.

אם זה אכן דרישת החוק האתגר הראשון שעומד בפנינו הוא להסביר איך יכול להיות שנמצא קבוצה גדולה של אנשים שהחוק קורא להם קלי דעת. איך יכול להיות שאדם לקח סיכון שהוא לא רוצה שיתממש?! הרי אמרו שאדם שונא סיכון. אז מה האחריות על תוצאה שקרתה מתוך הרגל ופעילות בלתי ממוקדת?! האם האחריות צריכה להיות גם על אנשים כאלו או שהם נכנסים תחת הגדרה של רשלנות?! יש אנשים שעונים על הגדרת החוק אבל לדעת המרצה הם המיעוט, רוב פסקי הדין של בתי המשפט עוסקים דווקא בכל המקרים שבהם מעשים נעשים בלי מחשבה תחילה, בלי מונולוג פנימי.

הקושי שאומר שהחוק נותן לנו הגדרה מאוד קשיחה עם סתירה פנימית גורם לקשים משפטיים מעשיים כל הזמן.

בראש ובראשונה יש **חוסר אחידות** בפסיקה יש שופטים שאומרים שלא יתכן כי אדם יקח סיכון בלתי סביר ויקווה שהתוצאה לא תקרה ולכן הם יראו את העבריין כרשלן בעוד שישנם שופטים שירשיעו. יהיו מקרים עם נסיבות מאוד דומות ששופט אחד יגיע לתוצאה שונה מהשני. בד"כ זה יקרה בעבירות של גרימת מוות רשלנות והריגה. גרימת מוות ברשלנות היא עבירה קלה יותר ונושאת איתה מידה של סלחנות, ויש כאן חוסר הוגנות בעובדה שהתוצאה היא תלוית שופט.

דעת המרצה היא שהקושי מתחדד כאשר מדובר בנסיבות המערבות סיכון עצמי. כלומר אנחנו יכולים לקבל את העובדה שאנשים נוטלים סיכון לגבי חיים של אחרים ומקווים למנוע תוצאה קטלנית אבל לגבי החיים שלהם עצמם?! הרי זה מנוגד בדיוק לשנאת הסיכון שדיברנו עליה.

לכן צריך לתת הסביר במקרים שאינם המקרים הרציונליים של קלות דעת רגילה.

**פס"ד בראונר (מחוזי)**

במקרה שלנו האסון נגרם כתוצאה מהתנגשות מכונית בעמוד חשמל שהיה מחוץ לכביש וסטיית המכונית חזרה לכביש והתקלחותה. נוסע במכונית עצמה נהרג דבר שהיה יכול לקרות גם לנהג עצמו והשופט כמובן אומר כי זה לא הגיוני שהנהג יקח על עצמו את הסיכון שהוא יהרג כתוצאה מהמהירות המופרזת והתאונה. לכן השופט מניח כי הוא התרשל. התיק הגיע לבית המשפט העליון בערעור ובית המשפט העליון אמר כי נהג הבוחן לנהוג במהירות כזאת לא זאת בלבד שחזקה עליו כי הוא יודע את שידוע לכל על אפשרות התוצאה ובטחונו היא כי "לי זה לא יקרה" אלא שיש בהתנהגותו אי אכפתיות לתוצאות. בית המשפט העליון קובע, בלי לשנות שום דבר מהקביעות העובדתיות, שההתנהגות מתאימה להתנהגות של קלות דעת ואפילו אולי אדישות לתוצאות.

**פס"ד סובאח**

הקושי בפס"ד זה הוא יותר חמור. סובאח נוהג במהירות מופרזת ומסיבה לא ברורה פונה לנתיב הנגדי לכיוון נסיעה של המכונית שבאה ממול. הנהג של המוכנית שבאה ממול סוטה לשוליים, חוזר חזרה ומתנגש במכונית שהייתה מאחורי סובאח בנתיבו המקורי. סובאח אומר כי הוא נסע ישר והוא כלל לא קשור לתאונה אך הממצאים הראו כי הוא כן סטה.

דורנר בדעת מיעוט "ממציאה הגנה" לנאשם, מאותה תמיהה של המחוזי בבראונר, ואומרת כי סביר להניח שהנאשם סטה בשל בעיה, תקלה, ולא בשל רצון כי אין זה הגיוני שהוא ירצה להתנגש במכונית ממול כאשר יש לו נתיב פנוי משלו. הגנה זו מפחיתה את האחרית שלו מהריגה לגרימת מוות ברשלנות בלי בסיס עובדתי. לא הייתה שום עדות מעדויות בוחני הרכיב לאיזושהי בעיה מכנית וסובאח בעצמו כלל לא אמר שהוא סטה. דורנר לא מבינה איך זה שאדם לוקח סיכון בלתי סביר, כל כך גבוה עד כדי מוות ולכן היא ממציאה יש מאין הגנה.

השופט מצא בדעת רוב אומר כי דברים כאלו קורים ואין לשלול שמקרה כזה יקרה כפעולה מודעות מתוך קלות דעת. כולנו יודעים ומכירים את תרבות הנהיגה בכבישים, אנשים עוברים באור אדום, נוסעים במהירות מטורפת ועוברים בין נתיבים ולכן אין לשול את האפשרות שהדבר נעשה מתוך מודעות רק כי הוא מסתכן בפגיעה עצמית.

כמו שאנחנו רואים ישנו חוסר אחידות בפסיקה. אפשר לתת ממש תוויות על שופטים – אלו שיקבעו כי מדובר ברשלנות ואלו שיקבעו כי מדובר בהריגה. בדיקה מראה כי מתחילה להראות האחדה לכיוון של הריגה. עם השני נעשה לבית המשפט יותר קל לדלג על הקושי ולהגיד שאנחנו מקרים כל כך הרבה מקרים שזה כבר מודעות. נוכל להגיד כי התעמולה לבטיחות בדרכים נותנת את אותותיה ויש פחות שופטים ששואלים את עצמם – איך זה שהנאשם יהי קל דעת לחייו שלו עצמו?!

הצעד הראשון הפסיקה עושה היא לבדוק את רוחב המודעות - מידת ההסתברות שהסיכון יתממש. ככל שההסתברות נמוכה יותר הקושי מתמתן. למרות זאת בתי המשפט עדיין עושים בחירה רציונלית אך מנסים להפיג את המתח בן ההבנה שאדם הוא רציונלי לבין כך שהוא נוטל סיכון בלתי סביר על ידי בדיקת רוחב המודעות.

ישנם מקרים בהם רוחב המודעות הוא כמעט מקסימום למשל במשחקים בנשק אי אפשר להגיד שהסתברות התרחשות התוצאה היא נמוכה אלא היא ברמה של קרבה לוודאי ואי אפשר לברוח לטענה שרוחב המודעות הוא נמוך.

**פס"ד זיסרמן** הוא פס"ד שעסק באבטחת יישובים: 3 חיילים משועממים בתק' שקטה אשר אבטחו יישובים ומלבד משמרת של 8 שעות היו נטולי אחריות יישובית.
משעמום הם החליטו לשחק בנשק: דריכות ופריקות, משחק "שבויים" כשהם עוברים על עבירות שאסור להסתובב עם נשק ומחסנית בפנים. 2 שיחקו שבויים אחד היה עד בצד ואחד מהם דרך את הנשק כשהוא טעון וירה בו כאשר גם העד והמנוח יידעו שהיורה משחק בנשק טעון. השאלה היא מה עבר במוחו כשהוא ירה?! האם זה מוות ברשלנות או הריגה?! הקושי הוא שאם הוא היה מודע אז רוחב המודעות הוא מקס', קשה להסביר שאדם יהיה מודע לכל שלבי הירי ולא יוגדר רוצח.

הוויכוח בבית המשפט היה בין גרימת מוות לרצח. אם הנאשם היה מודע לכל שלבי הירי אז ההסתברות היא ברמה של קרבה לוודאי ומכאן שהידיעה שקולה נגד כוונה והוא אחראי לרצח. מצד שני אם כולם מניחים שזה לא רצח צריך לסגת עד רשלנות כי צריך להניח לטובתו של הנאשם שלפחות לאחד משלבי הירי הוא לא היה מודע. אם כך הטיעון אומר שבמקרה זה מאחר ויש כלל של ידיעה שקולה לכוונה אין מקום להריגה שאינה מכוונת.

אז איך נסביר מקרים של משחקים בנשק?! דעת המרצה היא שחייבים להוסיף את מימד עומד המודעות שבתי המשפט בד"כ מתעלמים ממנו ולהבין שמודעות היא לפחות בעלת שני מימדים. בני אדם הם באמת לא רציונליים, הם לא פועלים בדרך כלל מתוך מודעות עמוקה, מלאה, שלמה ורוב המעשים נעשים מתוך היסח דעת, כשאנחנו מרוכזים בדבר אחר. במקרה של החייל הוא היה מרוכז במשחק. אנחנו אנשים מורכבים ויש לנו רמות ושנות של הכרה בפעילות שלנו. אנחנו מתרכזים בדבר אחד ועושים אגב כך דברים אחרים. ההתרחשויות הפליליות קורות כאשר אנחנו עושים דברים שטחיים מתוך היסח הדעת בלי שיקול וצומת לב.

עומק המודעות יקל על ההסבר של איך אפשר להיות קל דעת כמו שהחוק קובע.

**מה ההבדל בין רשלן לבין קל דעת בצורה בה המרצה מתארת אותו?!** אם אנחנו לא מבקשים שמילות החוק יהיו כלשונן אלא קל דעת יהיה מי שפועל מבלי להרהר ממה נבדל אדם כזה מהרשלן?! הרשלן חסר לו עובדות, לרשלן יש משהו שהוא לא יודע. כדי שנכנס לתוך הרשלנות צריך להיות לא מודעים (למשל לאחד השלבים של הירי) אך הנאשמים שיודעים מה קרה רגע אחרי כי כל פרטי המידע נמצאים אצלם ולכן הם קלי דעת ולא רשלנים. מדובר בעצם באנשים שפועלים ויש להם את המידע אך משהו משתבש בעיבוד של המידע והסקת המסקנות. לכן הם יותר חמורים מרשלן. לרשלן נגיד ליצור כללי בטיחות שפעם הבאה לא יביאו את עצמם שהם מזיקים לאחרים, שידעו, ואילו לאנשים שהמידע אצלם האחריות היא יותר חמורה.

את הדו מימדיות של המודעות אפשר לייצר על צירים "משפטיים" כך שנראה את האינטראקציה בין רוחב המודעות לעומק המודעות. רוחב מודעות היא מידת הסתברות התרחשות התוצאה. רוחב המודעות נע בין קרבה לוודאי לבין

הסתברות נמוכה. עומק מודעות נע בין שיקול דעת מלא לבין חוסר תשומת לב.

כדי שנגיד שידיעה שקולה כנגד כוונה יש להיות במקסימום של שני הצירים. רק אז יחול סעיף 20(ב)! נאשמים כאלו אפשר להרשיע ברצח. זהו לא המקרה שלנו כי ישנו רוחב מודעות מקסימלית אך פעולת הירי היא לא במרכז הפוקוס של הנאשם, הוא בהיסח דעת ולא בשיקול דעת מלא.

ככל שנתקרב לראשית הצירים, ככל שהמודעות תהיה יותר חלשה מבחינת עומקה ורוחב המודעות יהיה יותר קטן אנחנו ניכנס יותר למתחם של רשלנות. יהיו נאשמים שנגיד עליהם שהם רלשנים למרות שהמידע היה אצלכם אם הפעילות היא ממש אגבית אך ככל שהפעילות יותר מסוכנת והיא נעשית מתוך שיקול דעת ניכנס לתוך המשפט הפלילי.

המקרה הוא בוודאי לא רצח אך הוא בתוך הריגה.

**יום רביעי 30.5.13**

לפני תיקון 39, הייתה הלכה שמכונה הלכת דויטש שנקבעה ע"י הנשיא אגרנט וקבעה כלל יציב שפעלו על פיו במשך שנים. לפי ההלכה, כדי להרשיע בעבירה צריך לפעול לפי נוסחת האיזון הבאה: אם ביסוד העובדתי יש רשלנות רבתי- מספיק להוכיח יסוד נפשי של קלות דעת, אם ביסוד העובדתי יש רק רשלנות- יש להוכיח יסוד נפשי של אדישות. לפני תיקון 39 היה מקובל שיכולה להיות רשלנות גם כרכיב ביסוד העובדתי של העבירה וביטויה היה סטייה מסטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר. אם אדם עשה משהו חריג, יוצא דופן, זה היה נקרא רשלנות רבתי. זה כנראה עבר מהעולם עם תיקון 39. בנוסף לנוסחת האיזון, נאמר בהלכת דויטש שלא צריך להיות מודעים לאפשרות המוות אלא רק לאפשרות של גרימת חבלה חמורה.

 אם תיקון 39 שינה את הלכת דויטש אז למה להזכיר אותה? התשובה היא כי בשורה ארוכה של פסקי דין עולה שביהמ"ש לא התנתק מההלכה הזו. לאחר תיקון 39, זה לא משנה אם מדובר ברשלנות או רשלנות רבתי- כל מעשה מספיק בתנאי שיהיה מלווה בקלות דעת. אך בניגוד להלכת דויטש, היום צריך להראות שהמודעות היא לאפשרות גרימת התוצאה עצמה (למשל המוות) ולא רק חבלה חמורה. על כן תיקון 39 מבטל את ההקלה של הלכת דויטש. לכאורה היינו צריכים לראות יותר זיכויים בעקבות ההקלה, אך בפועל יש יותר הרשעות. אחת הסיבות היא התלות שבין דיני הראיות למשפט המהותי- העובדה שמצאנו רשלנות רבתי מלמדת אותו שכנראה לנאשם יש מודעות גם מבחינת היסוד הנפשי.

 בתי המשפט מכניסים את הלכת דויטש כעניין ראייתי והוויכוח בשני פסקי הדין שטרייזנט ומגידיש (שניתנו לאחר תיקון 39) הוא מה קורה כאשר מוכיחים רשלנות רבתי- האם רשלנות רבתי כיסוד עובדתי יכולה להיות חזקה לקיומו של יסוד נפשי מתאים? זאת ההתלבטות שעולה מפסקי הדין.

**פס"ד מגידש**

מדבר על פגיעה בהולכת רגל שעוברת במעבר חצייה, המצוי בסמוך לבית ספר, כאשר שדה הראייה היה פתוח ותנאי מזג האוויר היו טובים. המערער, שנסע במהירות גבוהה מהמותר, פגע בהולכת הרגל וגרם למותה. למרות המהירות הגבוהה עולה כי אם היה שם לב להולכת הרגל והיה מאט הוא היה עוצר את האוטו 39 מטרים לפני הולכת הרגל. יש פה רכיבים שבמונחים של הלכת דויטש מעידים על סטייה אמיתית מהסטנדרט הראוי, כלומר רשלנות רבתי. מצד שני, יש עובדה נוספת שהיא בעייתית והיא העובדה שהמערער לא הבחין בהולכת הרגל ולכן לא עצר. כעת הדיון של ביהמ"ש נוגע להחלטה האם מדובר בגרימת מוות ברשלנות או בהריגה.

קריאת פסק הדין מדגימה עד כמה קשה להוכיח מחשבה פלילית. בפועל רוב פסק הדין מוקש לעניין המשפט המהותי וכשמגיעים לשאלה המרכזית- האם הנאשם מודע או לא מודע, השופט מתבסס על נסיון החיים הכללי וקובע כי הנאשם היה מודע. זוהי בעצם מסקנה נורמטיבית, ערכית שהשופטים מסיקים מן העובדות שלפניהם. עניין נוסף הוא הקביעה של השופט כי המערער לא נתן את דעתו לאפשרות שהולך רגל ירד אל הכביש. אז איך אפשר להגיד שאצל אדם לא מודע מתקיים היסוד הנפשי, הדורש מודעות לאפשרות גרימת המוות?!

**פס"ד שטרייזנט**

מדבר על מערער שנוהג על אופנוע ומקיים תחרות עם שני חברים. המערער התקרב למעבר חציה וממשיך בנסיעה בעוד מכונית אחרת בכביש עוצרת כדי לאפשר להולכת רגל לעבור וכך המערער הורג את הולכת הרגל. מבחינת היסוד העובדתי, יש משהו שדומה להלכת דויטש- ביהמ"ש יכול לזהות רכיבים של התרשלות רבתי- תחרות, נהיגה מופרזת.

גם בפסק הדין הזה יש חזרה על כך שחזקת המודעות היא עניין עובדתי ולא משפטי. יש כאן שוב קביעה ביסוד הנפשי שעל אך שהמערער לא ראה את הולכת הרגל הוא אחראי הריגתה. כלומר יש הלכה עקבית שבעצם לא מבקשת ראיה ישירה לכך שהנאשם הבחין במי שהוא גורם למותם כדי לקבוע שהוא היה מודע לאפשרות גרימת המוות.

זוהי מעין האחדה של הסוגיות שנוגעות לקש"ס מחשבה פלילית. על אף שס' 20 דורש מודעות לגרימת המוות, בפועל, על בסיס הגיון של קש"ס, ביהמ"ש אומרים שלא צריך לדעת שהמנוחה הייתה שם או את אופן התרחשות המוות, מספיק שהעלנו על דעתנו שההתנהגות המסוכנת יכלה לגרום למוות.

**חלל תודעתי**

זהו מצב שבו לנאשם אין משהו בתודעה, הוא לא מודע באופן מוחלט לאיזושהי עובדה שמזדקרת לעין. על כן בתי המשפט לא מתייחסים לזה כרשלנות ובעצם מדלגים על החלל התודעתי הזה.

הסיפור על החל התודעתי מתחיל בפסק דין אנגלי מפורסם בשם cunningham הקובע את ההלכה הדורשת מודעות של ממש כדי להרשיע בעבירת הריגה (הלכה דומה במהותה לזו במשפט הישראלי).

**בפסד דין caldwell** הלורד דיפלוק ביקש לשנות את ההלכה ואמר שאדם יחשב לפזיז לא רק במקרה שהיה ער לקיומו של סיכון אלא אף אם לא הקדיש כל מחשבה לאפשרות שייווצר סיכון כלשהו בנסיבות שבהן הוא עשה מעשה היוצר בפועל סיכון ברור.

זהו ניסיון להרחיב את כללי המחשבה הפלילי למצב שבו אדם יוצר סיכון ברור וגלוי אבל הוא עצמו לא נותן את דעתו לקיומו של הסיכון. לפי הלורד דיפלוק, הימנעות ממחשבה (חלל תודעתי) היא סוג של מצב נפשי סובייקטיבי.

השאלה היא אם יש בחלל תודעתי יותר "אשם" מרשלנות ואפשר להרשיע בו בעבירות מחשבה פלילית? זו שאלה רלוונטית בדר"כ בעבירות של המתה או בעבירות מין. בשני המקרים יש מצבים של נאשמים שאפשר להאמין שלא נתנו את דעתם לשאלת ההסכמה (אינוס) או לסיכון הברור שההתנהגות שלה יוצרת (הריגה). בדר"כ מדובר באנשים שההתנהגות שלהם היא יותר אנטי-חברתית ויותר קל לאנשים האלה לשכנע את ביהמ"ש כי לא נתנו את דעתם. מטרתו של דיפלוק היא להסביר למה מצבים צריכים לצאת מרשלנות ולהיכנס לתוך עולם המחשבה הפלילית.

במשפט הישראלי שלפני תיקון 39, קל יותר לכת עם הלכת קולדוול. למשל, בע"פ 5424/91 פלוני נ' מדינת ישראל שעוסק במעשה סדום בקטינה, הנאשם לא בירר את גילה של הקטינה. לפי קביעת ביהמ"ש, אם עולה מהנסיבות שהנאשם חייב להיות מודע לאפשרות שהמתלוננת היא קטינה אז הוא מקבל על עצמו את הסיכון וזה יהפך לרועץ אם יתברר כי היא קטינה.

משמעותו של החשד בס' 21(ג)(1) היא שהאדם נתן את דעתו והוא מודע לאפשרות שהנסיבות קיימות אך הוא לא ברר זאת. על כן חלל תודעתי וחשד הם הפכים.

**פס"ד מדינת ישראל נגד בארי**

השופט שמגר נותן את דוגמת הגברתן הפסיכופט- מה יעשה ביהמ"ש עם גבר שחושב שאין אישה שתסרב לו? נניח שאנחנו מאמינים בכנות שיש סיטואציה כזאת, שיש אדם שלא פועל על פי הקודים המקובלים. מצד אחד, האינסטינקט שלנו אומר שאנחנו צריכים להרשיע סוג כזה של אנשים. מצד שני, הדוגמא מביאה בעיה אמיתית לפיה מה אם אנחנו מאמינים בכנותו של הנאשם שאין לו מחשבה פלילית? שהוא לא מודע להיעדר ההסכמה?

ניתן למצוא בפס"ד איזכורים של חלל תודעתי בדברי השופטים שמגר וגולדברג. שמגר אומר שמלבד עצימת עיניים סובייקטיבית, תיתכן עצימת עיניים אובייקטיבית כאשר מדובר בעובדות בולטות. השופט גולדברג מזכיר חלל תודעתי ונטילת סיכון יחד למרות שמדובר במושגים הפוכים. גולדברג מוכן להחיל חלל תודעתי גם על מצבים של אדישות או קלות דעת מבחינה חפצית.

היום, לאחר 39, אין דבר כזה עצימת עיניים אובייקטיבית- מי שלא נתן דעתו, גם על עובדות בולטות, יורשע רשלן. על פני הדברים, אין גם חלל תודעתי כיום- צריך מינימום של חשד. לכן מה שקוראים בפס"ד בארי לא נכון היום.

**פס"ד מורגן** מאנגליה, עוסק בטייס שאהב לשתות. באחד הערבים, בעודו שיכור, הוא מזמין את החברים שלו לאשתו ומציין בפניהם שייתכן שהאישה תתנגד אבל זה לא אומר שהיא לא מסכימה. האישה אכן מתנגדת אך היא נאנסת ע"י הגברים. במצב כזה אי אפשר להרשיע על אינוס מתוך רשלנות שכן הם חשבו בכנות שהיא מסכימה.

על כן כיום בתי המשפט באנגליה מסתייגים מקולדוול וחוזרים לדרישת המודעות של ממש בקאנינגהם.

**פס"ד טייב** (ניתן לאחר תיקון 39)

עוסק בנאשם בעבירת מין כאש על פניו נראה שהמתלוננת משתפת פעולה עם הנאשם. אנגלרד מזכיר את השינוי שנכנס עם תיקון 39 אך משווה את המקרה לפס"ד בארי, שניתן לפני התיקון. פס"ד טייב מצוטט מאז ועד היום בשאלה מה צריך להוכיח בעניין עבירות מין שעוסקות בשאלת ההסכמה. אנגלרד מכניס את נושא החלל התודעתי כמספיק להרשעה לפחות בעבירות שדורשות מודעות לשאלת ההסכמה. כאמור, מדובר בהלכה שמקורה בטעות- אנגלרד מבלבל בין מושגים לפני התיקון ואחריו ויוצר הלכה שמנוגדת לסעיף בחוק. יש לנו הלכה שמאפשרת להרשיע בחלל תודעתי במקום שהנאשם לא נותן את דעתו לשאלת ההסכמה.

**הפתרון לבעיית הגברתן הפסיכופט טמון בהבחנה בין טעות בדין לבין טעות בעובדה:**

טעות בעובדה- לפי ס' 34יח מי שטועה לגבי עובדה בדמותו מצב דברים מסוים, את האחריות הפלילית שלו אנחנו נבחן במשקפי הטעות. כלומר טעות בעובדה אומרת שנאשם ייבחן עפ"י העובדות כפי שחשב שהן קיימות ואם הן עשויות להביא לזיכוי, אז הוא יזוכה. אם מצב שהדברים שהוא מדמה בטעות יכול להרשיע אותו, אז הוא יורשע. למעשה לא היינו צריכים את ס' 34יח.

טעות במצב משפטי- טעות כזאת לא פוטרת מאחריות. אם אדם עושה מעשה ואחרי זה אומר שלא ידע שמדובר עבירה, אין לו פטור מאחריות (אי ידיעת הדין איננה פוטרת מעונש). תיקון 39 הוסיף את הסוף- "זולת אם הטעות איננה נמנעת באורח סביר".

אז גברתן פסיכופת הוא מצב של טעות בעובדה או במצב המשפטי? הגברתן הפסיכופט לא טועה בשאלה אם האישה הסכימה או לא הסכימה, הטעות שלו עוסקת בכך שהוא לא מבין את החוק. מכאן שטעותו היא טעות במצב המשפטי ולכן הטעות היא לא עילה לפטור מאחריות.

**פס"ד מ"י נגד הוכמן**

הוכמן הוא ראש עיריית אילת והוא מבקש לנסוע ליפן עם אישתו, במימונה של חברה יפנית. הוכמן מודאג מהשאלה האם מותר לו לקבל את ההזמנה של החברה היפנית ומעלה את השאלה לישיבת מועצת העיר. מיעוט חברי המועצה, וביניהם היועמ"ש, מציעים שהעירייה תממן את הנסיעה. לבסוף הוכמן ורעייתו נוסעים ליפן מתארחים על חשבונה של החברה. ולאחר מכן החברה מבקשת את התערבותו של הוכמן בקבלת היתר בנייה להרחבת אחד מהמפעלים שלה באילת וזה עוזר לה. בעקבות כך מוגש כתב אישום בגין שוחד ומרמה והפרת אמונים. בפסק הדין נקבע שנדרשת מודעות לגבי כל רכיבי היסוד העובדתי (מדובר בעבירה התנהגותית). ביהמ"ש העליון, בעקבו המחוזי, קובע שלהוכמן אין מודעות ולכן מזכה אותו. גולדברג, בדעת מיעוט, קובע כי כן היה צריך להרשיע אותו. האם נכון להגיד שלהוכמן אין מודעות? אדם שחושש מאד מהרשעה בעבירה של שוחד ובר אם מדובר בעבירה או לא הוא אדם שיש לו מחשבה פלילית ולכן המסקנה של ביהמ"ש מגוחכת. להוכמן למעשה יש טעות במצב המשפטי לפי ס' 34יט- לא מדובר בטעות בעובדה כי הוכמן מודע למצב הדברים אך בעקבות חוות דעת לא נכונות הוא טועה המצב המשפטי. לדעת המרצה, הזיכוי מוצדק מן הטעם שהוכמן עשה את כל שביכולתו לברר- הוא הציב את הבעיה ושאל לגביה, אבל הזיכוי צריך להיות בשל טעות במצב משפטי.

**פס"ד הי"מ נגד עסלה**

גבר משאיר את אשתו בבית לבד ונותן לה רובה כדי להגן על עצמה במקרה של פריצה. לאחר מכן, הבעל מנסה להיכנס בחזרה הביתה אך אין לו מפתח ולכן נכנס דרך החלון. האישה, שחושבת שמדובר בפורץ שבא לאנוס אותה, יורה בטעות בבעל. האישה טוענת שחשבה שמדובר בפורת ולכן ירתה בבעל. בעצם יש פה מצב של הגנה על הגנה- מישהי שמתגוננת בטענת הגנה עצמית אבל באמת אין לה הגנה עצמית שכן זה בעלה. בפסק הדין אמרו שאפשר לשלב את הרעיון של טעות במצב דברים יחד עם הסייג של הגנה עצמית- מבחן המציאות כפי שהאישה סברה. על פי תפיסת המציאות שלה היא חשבה שהיא מותקפת ולכן זוכתה.

לפני תיקון 39, כדי שאשם יוכל להתגונן בטענה של טעות עובדתית היא צריכה לעמוד בשני תנאים: כנה וסבירה (היא צריכה לעמוד בסטנדרטים של האדם הסביר). תנאי הסבירות ירד עם תיקון 39 והיון כדי שנאשם יוכל להתגונן בטעות עובדתית הוא צריך להראות רק שהטעות שלו הייתה כנה. הבעיה של הסברות היא שמצד אחד זה הופך את עבירות המחשבה הפלילית לרשלנות. מצב שני, אין עבירה של אינוס ברשלנות. בעצם הסייג הכפול שהיה קיים לפני תיקון 39 איפשר להרשיע ביסוד נפשי של רשלנות בעבירות של מחשבה פלילית ולכן הורידו את הדרישה הזאת. במצב דברים זה, גם כאשר הטעות היא לא סבירה, כמו במצב של מורגן, אנחנו נזכה את הנאשם כי הדרישה הזאת נפלה. אומנם הורדנו את הסבירות במשפט המהותי, אבל בדיני הראיות היא נשארה סטנדרט לבדיקת הכנות. לכן בסופו של דבר ביהמ"ש באנגליה הרשיע את הנאשמים בפס"ד מורגן.

 לכאורה, אם מאמינים בכנותו של הנאשם אז צריך לזכות אותו, גם אם טעות היא בלתי סבירה. אבל צריך לשים לב שסבירות היא אמת מידה ראייתית לכנות ולכן ככל שההתנהגות היא לא סבירה, כך ניטה להאמין פחות לנאשם כי טעה טעותו בעובדה.

**פס"ד משולם נגד מ"י** מאשר את כל הסיפור של מורגן ומכניס אותו אל תוך המשפט הישראלי. פס"ד משולם משאיר את דרישת הכנות בלבד בעוד שהסבירות משמשת כאמת מידה לבחינת אמינות גרסת הנאשם.

**עצימת עיניים**

במשפט המקובל עצימת עיניים נועדה כדי להתגבר על מצבים בהם המשפט מתמודד עם נאשמים מתוחכמים, שמכירים את המשפט הפלילים ויודעים שאם תהיה להם מודעות ירשיעו אותם בעבירה. על כן נאשמים כאלה יוצרים מסך בינם לבין העובדות. בניגוד לכך, במשפט ישראלי עצימת העיניים היא סף הכניסה למחשבה הפלילית.

כלל עצימת העיניים התחיל באנגליה ב **פס"ד סליפ** וממשיך בסדרה של פסקי דין העוסקים בבעלות פונדקים בהם מתנהלים משחקי הימורים בחדרים אחוריים כאשר המנהלות מעידות כי לא יודעות על ההימורים משום שלא היו בחדרים האלה. ביהמ"ש באנגליה וארה"ב יצרו את כלל השדרוג לפני כאשר עצימת עיניים היא מכוונת וכאשר רמת החשד היא גבוהה (כמעט ידיעה) ניתן להרשיע כאילו יש ידיעה.

בעצם מדובר באנשים שיש להם רק חשד, רק נטילת סיכון, אבל חשד ברה גבוהה מתוך כוונה מודעת שלא לברר את החשד. זה מה שמאפשר להרשיע את אותם הנאשמים בידיעה.

**פס"ד ג'ואל**

נאשם חוצה את הגבול ממקסיקו לארה"ב ומקבל 100 דולר מאדם שמשלם לו כדי שינהג במכונית שקיבל ממנו ויעביר אותה לארה"ב. הנאשם יודע שיש תא סודי בין המושב האחורי לתא המטען אך לא הסתכל מה יש בו. כשבדקו את הרכב במעבר מצאו שם סמים. נשאלת השאלה האם אפשר להרשיע אותו בעבירה של ידיעה. הנאשם באמת לא ידע מה יש במטען אך מרשיעים אותו בסוף באמצעות שימוש בכלל של עצימת עיניים.

 איך שותלים עצימת עיניים בתוך המשפט הישראלי? מנסחי תיקון 39 מכניסים את הכלל בס' 20(ג)(1). בפועל מה שהם עשו הוא להוריד את דרישות המחשבה הפלילית ולקבוע את סף הכניסה למשפט הפלילי כעצימת עיניים. לפחות לגבי המעשה והנסיבות- מספיק שמוכיחים חשד לפי ס' 20(ג)(1) כדי להרשיע בכל עבירה של מחשבה פלילית ולא צריך מודעות לפי ס' 20. אין גם דרישה שרמת החשד תהיה גבוהה- כל חשד מספיק כדי להרשיע בעבירה של מחשבה פלילית.

את המידה בה מוכן המשפט הפלילי להרחיק בכלל עצימת העיניים ניתן לראות ב **פס"ד ג'בר** שעוסק בהסעת שב"חים. ביום המקרה ניגש אליו אדם והציע לו סכום גבוה כדי שיסיע אדם, שמסתבר שהיה מחבל מתאבד וביצע פיגוע בקניון נתניה לאחר שג'בר הוריד אותו. ג'בר לא ידע את זה אך הואשם בעבירת סיוע לרצח. ביהמ"ש העליון הרשיע אותו בהריגת הנרצחים בפיגוע, ולא בסיוע לרצח, למרות שלא ידע כלל שמדובר במחבל מתאבד ואפשר להגיד שלכל היותר היה חשד בו.

השופטים אמרו שיש קשר סיבתי- אם לא היה מסיע את המחבל הוא לא היה מגיע ולא מבצע את הפיגוע. מבחינת היסוד הנפשי, השופטים אמרו שבעניין עצימת עיניים, לא צריך ידיעה אלא מספיק רק חשד. לדעת המרצה, מדובר בהרחבה קיצונית שהתבצעה באמצעות הרחבת עצימת העיניים.

**מאמר השועלים והיענים**

החוק הישראלי עושה טעות כאשר הוא לא דורש מודעות ברמה גבוהה. צריך שהמשפט הפלילי יביא להרשעתם של הנאשמים המתוחכמים באופן מלא ואין לתת להם להסתתר מאחורי מסך. לדעת המרצה יש להאשים את הנאשמים המתוחכמים גם בעבירות כוונה (כמו רצח) בהן עצימת עיניים לא עוזרת. יחד עם זאת, צריך להכיר בעובדה שלא כולם כאלה, יש נאשמים שעוצמים עיניים כי הם לא מסוגלים להתמודד עם המציאות. זה קורה הרבה כשמדבור בבני משפחה ובחברים קרובים שקשה להאמין שהם עומדים לבצע מעשה אסור. אלו אנשים חלשי אופי וזה סוג של מנגנון ההדחקה שלהם- יש להם חשד אבל הם לא מתמודדים איתו. לא ראוי ליצור לגבי נאשמים כאלה כלל של שדרוג אחריות ולהרשיע אותם בעבירות של מחשבה פלילית. בשבילם צריך דרגה נמוכה, כמו דרגה של פזיזות. לא הגיוני שהמשפט הפלילי ירשיע את כל הנאשמים האל ה(היענים) כפי שהוא עושה בפועל. מצד אחד המשפט הפלילי מרשיע את חלשי האופי, ומצד שני הוא לא מאפשר להרשיע את העבריינים המתוחכמים באמת בעבירת רצח כי עצימת עיניים לא מגיעה לעבירות רצח.

**יום שני 3.6.13**

נקודה שמאוד חשוב שנבחין – מחשבה פלילית נוגעת לשאלה מה הנאשם יודע, תופס, מבחינה הכרתית ומבחינה חפצית. מחשבה פלילית היא עניין סובייקטיבי. כל הקשיים הראיתים נובעים מהדרישה של החוק שהמחשבה הפלילית תהיה סובייקטיבית, אנחנו צריכים לדעת מה הנאשם הספציפי חשב כשהוא ביצע את העבירה. מאוד חשוב להבדיל בין מחשבה פלילית סובייקטיבית לבין מבחנים אובייקטיבים במשפט הנאמרים כמה אדם סביר יכול וצריך לצפות. כמדברים על מבחני הקשר הסיבתי מדובר במבחנים אובייקטיבים לחלוטין.

**כוונה**

איפה נוכל למצוא את היסוד החפצי של מטרה?! של כוונה להשיג משהו?!

1. ראשית כוונה יכולה להתייחס ליסוד התוצאה בהגדרת העבירה. במקרה זה יחול סעיף 20(א). כאשר כוונה מופיעה כנלווית לרכיב תוצאתי היא אלמנט של חומרה.
2. כוונה יכולה להימצא גם בצורה אחרת – לעיתים אנחנו מוצאים דרישה של כוונה שמתייחסת ליעדים שחורגים מהיסוד העובדתי של העבירה. במקרים כאלו נקרא לה כוונה מיוחדת (לפני תיקון 39) או מטרה (אחרי התיקון).

**סעיף 90(א)** רבתי הוא סעיף המעבר כאשר סעיף קטן (2) בו מסביר איך לפרש את הביטוי "בכוונה".

עבירות מטרה יכולות להיות עבירות התנהגות או עבירות תוצאה וזה בניגוד לדברי שופטים בחלק מפסקי הדין. יש עבירות תוצאתיות שיש בהן גם מטרה. העובדה שיש לנו את המילה בכוונה במתייחסת למשהו שהוא מעבר ליסודות העובדתיים ש העבירה לא אומרת שביסוד העובדתי לא יכולה להופיע כוונה.

למשל - רכיב ההחמרה של גזענות מיועד להילחם בעבירות שנאה. **סעיף 144** מחיל את עצמו על כל עבירות הגזענות. בעצם כל העבירות יכולות להיות עבירות מטרה אם הן מבוצעות על רקע שנאה.

כוונה יכולה להופיע גם בסוגים מיוחדים של עבירות –

1. **עבירות הרצח=>** דוגמא לעבירה שיש בה יסוד של כוונה והוא יסוד מוחמר של כונה (כוונה תחילה) ובעצם מה שמפריד בין רצח לשאר העבירות של חוק העונשין. לא ברור היום עד כמה דרישת הכוונה באמת מוחמרת.
2. **עבירות הניסיון=>** ניסיון לעבור עבירה בסעיף 25 מדבר על מי שמנסה לעבור עבירה במטרה לבצעה ועושה מעשה שיש בו יותר מהכנה והוא לא מושלם. כלומר כדי להרשיע אדם בניסיון צריך יסוד נפשי של מטרה לבצע את העבירה המושלמת. לכן, לא כל אחד נוכל להרשיע בניסיון.

**כוונה על תנאי**

מה קורה כאשר התרחשות התוצאה מותנת בתנאי והנאשם לא רוצה שהתנאי יתקיים ושהתוצאה תתרחש אך אם התנאי יתקיים הוא מעוניין בתוצאה. דוגמא הם אנשים שמבקשים לפגוע במסיגי גבול, הם לא רוצים לפגוע, הם מעדיפים שאף אחד לא יכנס לבית אך אומרים שאם מישהו יפרוץ אליהם לבית אז הם רוצים שאותו פורץ יפגע.

פס"ד אוסטרלי מדבר על אדם שרכבו נגנב שלוש פעמים והוא אומר לסוכן הביטוח שבפעם הבאה שיגנב לו הרכב הוא רוצה שהגנב ימות וזה מה שקרה. על סמך עדות סוכן הביטוח ופחית קולה מורעלת שנמצאה ברכב הגישו נגדו תביעה על רצח.

כוונה על תנאי בד"כ דינה כדין כוונה רגילה בלבד שמתקיימים.

ברוב שיטות המשפט כוונה מותנת מספיקה. צריך להפריד בין דיני נזיקין למשפט פלילי – בדיני נזיקין יש אחריות כלפי מסיגי גבול ואילו במשפט הפלילי אנחנו בודקים את העבירה הסופית והקושי הוא האם יש מחשבה פלילית כשמדובר במסיגי גבול משום שהמחשבה הפלילית היא מותנת. נראה שלא תהיה בעיה גם אצלנו להרשיע על כוונה גם כאשר היא כוונה מותנת, למרות שאין פסק דין שעוסק בזה שאופן ישיר.

**כוונה מועתקת**

כוונה מועתקת היא ביטוי ישן שלאחר תיקון 39 נקרא מחשבה פלילית מועתקת שכן היא מוסדרת ב**סעיף 20(ג)2** לחוק. "אין נפקא מינא אם נעשה הדבר האדם אחר או בנכס אחר מזה שלגביו היה אמור המעשה להעשות" הסוגייה מתייחסת לשאלה מה קורהאם אדם מכוון את עצמו להשיג מטרה מסויימת ובטעות הוא משיג מטרה אחרת. הדוגמא הקלאסית הוא כשאדם הורד את א' כי הוא חושב שהוא ב'.

שאלה אחת שיכולה להיווצר כאן היא האם אפשר להעשות הצרכה – נניח שרציתי לגרום נזק לרכוש ופגעתי באדם, האם הסעיף מספיק?! נניח שרציתי להצית מקום ורציתי לפגוע ברכוש אבל היה שם אדם, האם אפשר לעשות מעין העתקה?! לכאורה פרשנות מילולית תתמוך אך דעת המרצה היא שהאפשרות הסבירה היא להגדי שצריך לעשות מאדם לאדם ומרכוש לרכוש ללא הצלבה שכן הצלבה אינה הגיונית.

נניח שאדם התכוון להרוג אדם אחד והרג בטעות כמה. כאן צריך לשאול מה ההגיון. בשביל מה צריך את הרעיון של מחשבה פלילית מועתקת?! בלי סעיף 20(ג)2 באמת להאשים על מה שקרה. נניח במקרה הרגיל של אדם הורג את ב' במקום את א' נאשים את הנאשם בהריגה של ב' ובניסיון של א'. יש כאלו שיגידו שיש משהו יותר קל באפשרות הראשונה ובעצם הדבר מוריד משנות המאסר של הנאשם.

דעת המרצה היא שמה שמסתתר מאחורי הדוקטרינה היא האמירה שיש גבול למידת המסויימות של המחשבה הפלילית. בעצם מדובר באותה דרגת אשמה. מי שרוצה להרוג את א' והרג את ב' אשם באותה רמה של אשמה שהוא היה מואשם בה אילו היה הורג את א'. מהי מידת המסויימת של המחשבה הפלילית?! מחשבה פלילית צריכה להיות מכוונת לאובייקט מסויים. אי אפשר לרצות להרוג סתם. מחשבה פלילית מכוונת לגורם שניזוק בעבירה. היא צריכה להיות ספציפית מספיק וזו הבעיה שיוצרת לנו את הצורך לדון במחשבה פלילית מועתקת. על פני הדברים מי שרוצה להרוג את א' והרג את ב', אם לא נלך בדרך בה המחשבה הפלילית צריכה להיות מדוייקת אין זה משנה את מי הוא הרג. סעיף 20(ג)2 אומר בעצם שמספיק לרצות הרוג מישהו מסויים בזמן מסויים ולא משנה לנו השם של הנרצח. אפשר היה, לדעת המרצה, לשמור על רמה מדוייקת ולהרשיע במה שקרה בפועל בלי הדוקטרינה.

**הבחנה בין מניע לבין מטרה**

יש שתי דעות הפוכות בהקשר הזה-

1. הדעה הראשונה פס"ד האמנטפרסט מדבר על אדם שמבקש להשתמט משירות בטחון. העבירה דורשת כוונה להשתמט ובפס"ד אומרים כי מטרת ההשתמטות שימשה המניע שהמריץ את הנאשם שלא לקיים את הצו ומכאן שמניע ומטרה הם אחד ואין הבדל בניהם.

ד"ר קוגלר מבקש לשכנע שמניע ומטרה הם תיאורים שונים של אירוע אחד, מנקודות זמן שונות, מניע הוא לפני המעשה ומטרה הוא לאחר המעשה אך בעצם שניהם מדברים על אותו טווח של מקרים.

1. פרופ' פלר סבור שיש הבדל בין המושגים. בעיניו מניע הוא פנימי, סובייקטיבי, הוא מסביר למה אדם פועל כפי שהוא פועל, מה מניע אותו. מניע אומר פלר הוא כמו המנוע של המוכנית – מה גורם לתחילת ביצוע העבירה. למטרה לעומת זאת יש היבט אובייקטיבי, חיצוני, יעד העבירה, המקום שאליו הנאשם חותר להגיע. אם נשתמש באותו דימוי של מכונית המטרה היא היעד שהמכונית מבקשת להגיע אליו.

מלכתחילה כנקודת מוצא המשפט לא אמור להתעניין במניעים ומטרות, המשפט הפלילי מעניש אנשים שמבצעים מעשה אסור במודעות, מי שבחור להתנכר לערך שמוגן בעבירה. למה המשפט הפלילי כנקודת מוצא לא מעניש על מניעים ומטרות?! משפט פלילי לא שופט תווי אופי. המשפט הפלילי לא בוחן לב וכליות, הוא נועד לצרכים חברתיים, להסדרת התנהגות אנושית, לקשר בני האדם. מותר לבן אדם להיות רשע.

לכלל זה יש הרבה מאוד חריגים. החריגים חייבים להיות מפורשים – אם לא כתובים שמותר להתחשב במטרה ובמניע אז אסור להתחשב בהם לעניין האחריות הפלילית. הם לא מעלים ולא מורידים.

**חריגים=>**

**פס"ד ג.ה פולק**

מדבר על חברה שלא גילתה למשקיעים על האיסור שלה לשווק את המוצר. ברק מחיל את ההבחנה של פלר ואומר שיש להבחנה זו חשיבות בסוגיות שונות בדיני עונשין וכי יש רגליים לסברה כי הלכת הצפיות תחול על מטרה ולא על מניע. בכל מקרה מדובר באמרת אגב כי נקבע שמדובר במטרה. בעצם אין לנו פס"ד שממש את ההבחנה כי כל פסקי הדין קובעים בסופו של דבר שבמקרה שלהם מדובר במטרה.

נשאלת שאלה למה להתחבט בשאלות קשות אם ממילא שופטים קובעים תמיד שמדובר במטרות ולא במניעים?! השאלה נשארת פתוחה והפסיקה עד עכשיו מתחבטת בשאלה הזו.

גם ב **פס"ד וענונו** עלתה השאלה. העבירה דורשת רצון לפגיעה במדינה והוא אומר כי הוא לא רצה לפגוע במדינה אלא לטובת המדינה כדי להשיג שלום עולמי. וענונו אמר כי זה שהוא פרסם בעיתון שלמדינה יש פצצת גרעין הוא התכוון שהעולם יתמודד עם מה שקורה בארץ כדי להשיג שום. בית המשפט אומר כי לא מעניין אותו מה היה המניע של וענונו והוא מרשיע אותו. אם המטרה הקרובה של וענונו הייתה לפגוע במדינה לא משנה לבת המשפט מה הייתה המטרה הרחוקה שלו.

**הבחנה בין הלכת הצפיות וכלל הצפיות**

ההגיון שעומד מאחורי כלל הצפיות סעיף 20(ב) והלכת הצפיות – מה ההגיון בזה שידיעה שקולה לכוונה?! החוק לא אומר שיש שקילות בין מצב של כוונה לידיעה ברמה של קרבה לוודאי אלא שזה לא משנה מבחינת דרגת האשם. לא משנה אם אדם פועל ברמה של ידיעה כמעט וודאית או אם אדם מתכוון והתוצאה לא חייבת להיות וודאית. יש סוג של איזון שהמחוקק עושה, איזון בין היסוד ההכרתי יסוד החפצי – האיזון נותן לנו שני דרכים להרשיע בעבירה של כוונה:

1. דרך ראשונה להרשיע היא יסוד הכרתי חזק ויסוד חפצי חלש, כלומר צריך צפות רק את אפשרות גרימת התוצאה, היא לא חייבת להיות וודאית ויכול להיות שכל העובדות אילו תומכות בכך שהתוצאה לא מסתדרת + יחס חפצי חזק של כוונה.
2. דרך שניה היא יסוד הכרתי חזק מאוד בלי יסוד חפצי. אם מבחינת היסוד ההכרתי אנחנו יודעים שהתוצאה תקרה לא משנה לנו בנקודה זו אם אנחנו קלי דעת, מתכוונים, אדישים.

לרעיון זה קוראים דוקטרינת האפקט הכפול ומקורה הוא במשפט הקנוני.

במשך שנים מאז פס"ד אלבה ועד פס"ד ביטון ישנה מחלוקת בבית המשפט לגבי תחולת הלכת הצפיות על עבירה מטרה. מצא מוביל את העמדה שאומרת שאחרי תיקון 39 יש לפרש כוונה ומטרה באותו אופן ושסעיף 20(ב) יחול בכל מקרה החלה אוטומטית. כלומר מצא סבור שלאחר התיקון בכל מקרה שאנחנו רואים כוונה שמתייחסת לרכיב תוצאתי או מטרה שהיא מעבר ליסודות העובדתיים של העבירה יש אפשרות להוכיח את הכלל של סעיף 20(ב) כלומר שהנאשם פעל מתוך ידיעה כאשר התביעה יכולה להחליט באיזה אופן להוכיח את העבירה. ברק לעומת זאת בעמדה שסעיף 20(ב) חל רק על עבירת כוונה תוצאתית ואילו לגבי מטרה תחול הלכת הצפיות רק אם העבירה מתאימה לכך מבחינת תכליתה. כאן יהיה שיקול דעת לבית המשפט והתביעה לא תוכל לבחור באופן אוטומטי כיצד להוכיח.

למשל בעבירה של איסור לשון הרע יש פסיקה עקבית שאומרת שלא ראוי להחיל את הלכת הצפיות כי זו עבירה שפוגעת בחופש הביטוי ואחנו רוצים לצמצם אותה ולהחיל אותה עלמקרים בהם יש באמת כוונה לפגוע.

בביטון נגד סולטן אומצה הדעה של ברק כך שלימים אלו נכון להגיד שהשורה התחתונה היא שיש החלה סלקטיבית על עבירות מטרה בהתאם לתכליתן. גם כאשר שופטים מצטרפים לדעה של ברק לא תמיד התוצאה היא אותה תוצאה (חשין למשל אומר כי אפשר להחיל את הלכת הצפיות בנסיבות של ביטון). ההלכה ברגעים אלו היא של ברק כאשר צריך להבחין בין הלכת הצפיות לכלל הצפיות. יש לשים לב במה העבירה פוגעת ועל מי היא מיועדת לשמור.

לגבי הלכת הצפיות ברצח – עבירת הרצח היא עבירת כוונה תוצאתית. על פני הדברים חל 20(ב). עדיין יש התלבטות בפסיקה. יש מחלקות והעניין עדיין נשאר בצרך עיון. שופטים לא ממהרים להחיל את הלכת בצפיות בעבירת רצח. דר ך המלך להוכחת רצח היא להוכיח שאדם רצה במותו של אדם אחר. יש אמרות בפסיקה שאומרת כי אין ברירה שכן סעיף ב' מאפשר הוכחה של בקרבה לוודאי ואילו יש שופטים שאומרים שהכל נכון אבל לא בעבירות של רצח.

**עקרון המזיגה**

אין כלל כזה בחוק, אין סעיף עקרוני במדבר על סימולטניות אך העקרון קיים. הדרשה מבקשת ליצור קשר בין ביסוד העובדתי לבין קיומה של המחשבה הפלילית, בין ההתנהגות ואולי בין נסיבה מאוחרת לבין המחשבה הפלילית אך לא בין התוצאה למחשבה הפלילית. לא מעניין אותנו אם המחשבה הפלילית ממשיכה להתקיים כאשר התוצאה מתרחשת.

למשל אדם רוצה לפגוע באדם אחר, השני נפצע ובזמן אישפוזו בבית החולים הפוצע מתחרט, זה כבר לא רלוונטי לנו. בעצם דרישת המזיגה מתארת את הקשר בין המעשה לבין המחשבה הפלילית.

מה המטרה של העקרון?! העקרון מבקש למנוע הרשעות מקריות. אם במקרה אנחנו מבצעים מעשה ואנחנו חושבים מחשבות פליליות לא נורשע בעבירה. אנחנו מבקשים להרשיע רק אדם שמבצע את המעשה האסור בגלל המחשבה הפלילית. הדרישה מתבקשת מכל העקרונות שלמדנו לגבי מטרות הענישה. אנחנו רוצים שהמעשה ינבע מתוך המחשבה הפלילית.

כולם מבינים את הצורך בעקרון אך כולם גם מסכימים שהתבנית הנוקשה של העקרון מחייבת הגמשה במקרים מתאימים. לעיתים קרובות השאלה תהיה באיזו קונסטרוקציה רטורית אנחנו משתמשים כדי להחיל את העקרון.

שתי התקלות המרכזיות שקשורות בסימולטניות מתיחסות למצבים בהם המחשבה הפלילית מסתיימת לפני שמתחיל מעשה או להפך המחשבה הפלילית מופיעה לפני שהתחיל המעשה.

1. **מקרים בהם יש רצון לבצע את המעשה אסור, בשלב מסויים המחשבה הפלילית מסתיימת ורק אז הנאשם מבצע את המעשה האסור.**

**פס"ד ג'ממה** מדבר על אדם שרוצה להיפטר מארוסתו אז הוא חונק אותה ומשליך את גופתה לבאר ובנתיחה שלאר המוות מתברר שהיא מתה מתביעה ולא מחנק. הוא טוען כי לא הוכח עקרון המזיגה ויש להרשיע אותו רק בניסיון לרצח כי היא לא מתה מחנק. בית המשפט אומר כי הייתה כוונה להרוג וזה לא משנה איך. מעשיו הם מתוך רצף אחד עם תכלית אחת של הריגה והעובדה שהיא חיה קצת יותר מכפי שהוא חשב בטעות בודאי לא צריכה לשחק לטובתו.

1. **מקרים בהם המצב הוא הפוך – המעשה קודם למחשבה הפלילית.**

**פס"ד פייגן** מדבר על אדם חוליגן שהשוטר מסמן לו לעצור בצד הדרך, הוא לא אוהב שוטרים והוא עוצר בטעות לשוטר על הרגל וכאשר הוא שם לב לזה הוא עוזב את הרכב. במשפטו על תקיפת שוטר הוא אומר כי בזמן שהוא "תקף " את השוטר זו הייתה תאונה, הוא לא ידע שהוא עולה לו על הרגל והוא ידע רק לאחר שהשוטר הפנה את צומת ליבו. מרגע זה הוא לא עשה כלום אלא רק הלך. לכל היותר זה מחדל. בתקופה שבה נידון פייגן בדין האנגלי לא היה מקור לחובה. כדי להרשיע את פייגן כמי שעובר תקיפה על רקע מחדל היה צריך להצביע על חובת עשה ושופטי הרוב אמרו כי אין מקור לחובה כזו במשפט המקובל. אם התקיפה היא מעשה אז המעשה מסתיים מרגע העצירה על הרגל ורק אז מתחילה המחשבה הפלילית. אם אנחנו מבקשים להראות שהעובדה שהוא משאיר את המכונית על רגל השוטר היא תקיפה אז זוהי תקיפה במחדל ואז צריך להראות מקור של חובת עשה. שופטי הרוב בפייגן מרשיעים ואומרים כי ניתן לראות את כל מהלך ההתרחשות של פסק הדין כמעשה אקטיבי נמשך שבשלב מסויים מצטרפת אליו מחשבה פלילית וזה מספיק.

דעת שופט המיעוט היא שאי אפשר להתגבר על המקרה באמצעות הדוקטרינה של עקרון המזיגה.

**פס"ד מילר**

הנאשם משוטט באחת הלילות בביתו של אדם אחר, מדליק סיגריה והולך לישון כשהסיגריה עוד בוערת. הסיגריה נשמטת על המזרון ונדלקת שרפה. הוא מתעורר מהשרפה ורואה שהבית נדלק, לא עושה שום דבר, עובר לחדר אחר וממשיך לישון. מצילים אותו מתוך הבית ומגישים נגדו כתב אישום על הצתה בגין סעיף 448. מילר טוען כי כשהוא נרדם לא הייתה לו מחשבה פלילית כשהסיגריה נשמטה והחלה את השריפה וכאשר הוא מתעורר המעשה כבר הסתיים. זה שהוא לא עושה שום דבר אחר כך זה כבר לא רלוונטי לאחריותו בתור מצית.

בבית המשפט לערעורים נקבע שהמחדל כשלעצמו לא עניש אם אין מקור חובה אך יש מעשים שתופסים פרק זמן ארוך יותר ממעשים אחרים ואפשר בעקבות פייגן להאריך את הגדרת האקטוס ריאוס (היסוד העובדתי) עד שהוא יתאחד בשלב מסוים עם המנס ריאה (המחשבה הפלילית) הכלל לידים הוא כזה – מעשה ללא כוונה (ללא מחשבה פלילית) שלאחריו יש מחדל מכוון מלתקן את המעשה או את תוצאותיו יכולים להחשב כמעשה מכוון אחד. כלומר יש כאן סוג של הטלת אחריות לתוצאות של מעשם שהוא עשה גם אם הוא עשה אותם מלכתחילה ללא מחשבה פלילית.

בבית הלורדים הניסוח היה קצת אחר – שם קבעו שמי שיוצר מצב מסוכן חייב לפעול כדי להסיר את הסכנה. כלומר יש חובת עשה כללית למי שיוצר מצב מסוכן. זהו פתרון על בסיס מחדל.

**פס"ד פרידמן** מדבר על אדם שמתווכח עם האישה שמאיימת עליו בסכין ובסוף הוא דוקר אותה בסכין דקירה שהיא לא קטלנית ולאחר מכן מציע עזרה. היא מסרבת והוא הולך והיא מתה מדימום. בית המשפט מטיל עליו אחריות בקונסטרוקציה מאוד דומה לזו. יש מקור לחובת עשה באחיות במחדל על יוצר המצב המסוכן. העובדה שהנאשם מקבל על עצמו את תוצאות המצב המסוכן מאפשרת לנו להרשיע אותו על בסיס מחדל. מספיק לנו שבשלב מוקדם יותר בעשיית המעשה האסור יש סימולטניות.

בעבירות המתה אין מעשה אסור. לא כתוב מה אסור לעשות אלא רק שאסור לגרום למותו של אדם. יותר קל להתגבר על כך מאשר מקרים כמו באליס מילר. גם ברוסו לופו מעשה ההמתה הוא הרדמות המרדימה.

**פס"ד ורטר** הוא הדוגמא לזיכוי במשפט הישראלי. הוגש נגש ורטר כתב אישום בשל ההתרחשות הבאה: ניגשה אליו עורכת דין ואמרה לו שיש לה בעיה בהעתקת החומר מהתביעה והיא מבקשת מורטר שיעזר בחבר הצלם שלו כדי לפתח את התמונות ש ההתרחשות הפלילית והוא מסכים. ורטר מפרסם ידיעה בעיתון על התמונות שהוא עזר לפתח והתביעה כועסת שכן העניין עד כה היה סגור לתקשורת. נגד ורטר הוגש כתב אישום בשל עבירה של תחבולה. ורטר אומר כי כשהוא הוא קיבלת את התשליל הוא באמת רצה לעזור לעו"ד והמחשבה הפלילית הגיעה רק לאחר שהוא נתן לה את ההעתק שלה והבין שיש לו סקופ ביד ורק אז הוא השתמש בתצלומים. השופט ברק מקבל את הטענה. כל מי שקורא את פסק הדין רואה שהשופטים כועסים על התביעה שהתרשלה בכך שאיפשרה לסנגורית להוציא חלקים מתיק התביעה, להעביר לעיתונאי ולהחזיר חזרה. במקרה זה בית המשפט אומר כי התביעה לא יכולה להשתמש בכוח שלה כתובעת על מנת להאשים ולהחזיר לעיתונאי שפגע בה. בפס"ד זה יש סיכון מהטעם של היעדר סימולטניות.

**פס"ד מחרבי**

הנאשם מואשם בשבוש הליכי משפט. הוא העלים ראיות של חלק מנשק של אדם שרצח. בשעת ההחלפה מרחבי לא ידע שהוא מחליף מכלול עם מישהו שהרג והוא טען כי ההורג אמר לו שהוא צריך לעמוד למסדר והמכלול מלוכלך. העניין הוא שהוא המשיך להחזיק את המכלול גם לאחר שנודע לו שהאדם מואשם ברצח. בית המשפט קובע שלא מדובר בעבירה שמבוצעת על דרך מחדל אלא בסוג של מעשה נמשך של הסתרת חלקי הנשק ובשלב מסויים מצטרפת אליו המחשבה הפלילית.

אימוץ מאוחר כזה של המעשה בד"כ יוביל לתוצאה של הרשעה גם במקרים שבו הנאשם הוא לא זה שיצר את הסיכון אלא הוא זה שמשבש את המשך ההליכים.

**יום רביעי 5.6.13**

**רשלנות**

הרשלנות ב**סעיף 21** לחוק העונשין

א. "רשלנות היא אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט ובלבד –

(1) שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור;

(2) שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר.

 ב. רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע."

**אי-מודעות**

תמונת הראי של סעיף 20. אם עבירת מחשבה פלילית מחייבת הוכחת מודעות רשלנות היא מצב שהמודעות הזאת לא קיימת. יש לשים לב שמדובר באחד מפרטי היסוד העובדתי על מנת להוריד את כל העבירה לדרגה של רשלנות.

אם אין לנו עבירה שהיא עבירת רשלנות אי אפשר להרשיע. יש עבירות שבהן הנאשם יזוכה אם אין לו מודעות 0כמו אינוס – אין עבירה של אינוס ברשלנות).

יש לשים לב ש**סעיף 21(א)2** אומר לנו כי המצב הוא רק כאשר אפשרות גרימת התוצאה לא הייתה בגדר סיכון סביר. בנוסף חשוב לדעת שאין לנו רשלנות על עבירות שעונשן עולה על שלוש שנות מאסר. הסעיף חשוב מאוד לעניין פרשנות עבירות.

**סעיף 90(ב)** רבתי – עונש על עבירת רשלנות – "בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של חוק העונשין תיקון מס' 39, ושבו היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה הוא רשלנות, ולאותה עבירה נקבע עונש מאסר העולה על שלוש שנים - יהיה העונש בשל אותה עבירה, מאסר שלוש שנים."

**למה מענישים על רשלנות במשפט הפלילי?!**

רשלנות במשפט הפלילי היא חריג. לפחות לגבי מה שמחזיק בעמדה דאונטולוגית. הדאונטולוגים סבורים שרשלנות לא צריכה להיכנס למשפט הפלילי בלבד ואכן במשפט הגרמני ושיטות משפט שהושפעו ממנו מצמצמים מאוד את הענישה הפלילית בשל רשלנות. שיטת המשפט הישראלי בנויה על המשפט האנגלי שמלכתחילה היה מבוסס על אחיות מוחלטת. תיקון 39 מבקש להדגיש את היסוד הנפשי, את הצד הגמולי, אשם. רשלנות היא חריג בנוף והמחוקק מנסה להטיל מגבלות על הרשלנות כמו עונש מקסימלי של שלוש שנים כך שתהיה ענישה על רשלנות אך היה תהיה ענישה מאוד תחומה. בנוסף, נקבע ב**סעיף 19(1)** כי כדי שעבירה תהיה עבירת רשלנות צריך שיקבע כך בהגדרת העבירה. כאן יש שינוי חשוב שעשה תיקון 39.

לפני תיקון 39 לא היה סעיף כזה בתי המשפט היו נתקלים בעבירות שותקות בהן יש רק יסוד עובדתי והנטל היה על השופטים לקבוע מה היסוד הנפשי בעבירה. בשלב הראשון בתי המשפט חשבו שהם יכולים לקבוע כי העבירה היא מחשבה פלילית או עבירת איסור מוחלט. בשלב מאוחר יותר בפס"ד של אורלי אזולאי השופט ברק הוסיף שלב – הוא אמר כי זה לא הגיוני שבתי המשפט יכולות ללכת רק באחת משתי הדרכים הקיצוניות הללו ואפשר לקבוע כי העבירה היא עבירה של רשלנות. זה חשוב כי יש לנו נפח פסיקה משמעותי, יש הרבה פסקי דין שעושים את הסיווג וקובעים שעבירה מסויימת היא עבירה רשלנות ואחרת היא מחשבה פלילית. בעולם שאחרי תיקון 39 השופטים לא יכולים להחליט בעצמם איזו עבירה היא רשלנות ואיזו לא אלא יש לקבוע במפורש בחוק מהי עבירת רשלנות ומהי לא עבירת רשלנות.

נראה כי הקביעה הזאת היא קשה. למשל סעיף 341 שכותרתו היא "חבלה ברשלנות" – "העושה מעשה שלא כדין, או נמנע מעשות מעשה שחובתו לעשותו, והמעשה או המחדל אינם מן המפורטים בסעיפים 338 עד 340, ונגרמה בהם חבלה לאדם, דינו - מאסר שנה." העבירה היא עבירה שותקת ובהגדרה העבירה לא נאמר שרשלנות היא הרכיב הדרוש (רק בכותרת). מה עושים?! התביעה יכולה להגיש כתב אישום ובית המשפט יתייחס לעבירה כעבירה של רשלנות ותפקידו של הסנגור היא להגיד שהעבירה היא מחשבה פלילית שכן לא כתוב במפורש בעבירה שמדובר בעבירה של רשלנות. יהיה מאוד קשה לשופט להגיד שזו לא עבירה של רשלנות ויכול להיות שהוא לא יקבל את הטיעון אבל יש עדיין לטעון אותו.

יש עוד מקומות שבהם ברוח הימים שקדמו לתיקון 3 אנחנו רואים שמדובר בעבירת רשלנות אך לא כתוב במפורש בהגדרת העבירה ובכל המקומות האלו ראוי מצד הסנגור לטעון שתיקון 39 החמיר את הדרישות.

אמרנו שאחרי תיקון 9 אנחנו חיים בתפיסה שאומרת שצריך להקטין את כמות העבירות של רשלנות אך הפועל מספרית רוב העבירות הן עבירות רשלנות או איסורים מוחלטים כי יש הבה עבירות קלות מחוץ לחוק העונשין. רשלנות היא דרך המלך להרשעה בעולם תועלתני. כל מה שדיברנו בשיעור על ניתוח כלכלי רלוונטי כאן כי מאוד קל להגדיר רשלנות אם משתמים בכלים של ניתוח כלכלי. רשלנות איננה אלא מקום שבו תוחלת הנזק עולה על תוחלת התועלת. התועלתנות מספקת הסבר למה להרשיע בשל רשלנות, היא קובעת סטנדרטים של כללי ואומרת כי אנחנו מאפשרים לכל אדם לעשות כרצונו כל עוד הוא עומד בסטנדרטים של החוק. התועלתנות מטרתה למקסם אושר ואדם שעובר עבירה של רשלנות הוא אדם המפר את הסטנדרטים הקבועים בחוק שכן לתועלתנות זה לא משנה אם הוא בחר בהפרה זו במודע או לא.

**איך נסביר רשלנות בעולם גמולי?!**

למה להעניש אדם שלא ידע שהוא פוגע בערך מוגן?! מה הטעם בכלל להעניש רשלן?! הדרך היחידה היא להגיד שאנחנו רוצים להטיל חובות גדולות יותר על כך אחד מהאזרחים והרשלנות מעניש בשל כך שלא יצרת את הסטנדרטים שיובילו אותך להיות מודע. ענישת הרשלנות היא יותר קשה כי העונש לא מגיע לנאשם, הוא לא ידע שהוא עובר עבירה, העונש מוטל בשל כך שאומרים לאדם היית צריך לנהל את חייך כך שתהיה מודע, היית צריך ליצור הרגלים כאלה שיובילו אותך לידי מודעות. הדאונטולוגים אומרים מי שנפגע מהרשלן יש לו דרך להטיב את נזקו אבל לא בטוח בכלל המשפט הפלילי הוא הדרך לחינוך מחדש של אנשים ולעיצוב נורמות כאלו שיגרמו לאנשים לשנות את דרכי חייהם.

מה קורה אם יש לנו נאשם שהוא פחות מהממוצע ולא מסוגל להגיע לסטנדרט?! קרמניצר בא ואומר כי גם הרשלנות צריכה להיות סובייקטיבי כחלק מתפיסת המשפט שלנו. כלומר כאשר אנחנו בודקים סבירות צריך לבדוק מהי הסבירות של הנאשם הספציפי שעומד בפני בית המשפט. זהו לא המצב שכן אנחנו קובעים סטנדרט סביר ואם הנאשם סוטה ממנו אנחנו מרשיעים אותו. הרשלנות כפי שפלר ביקש לקבוע אותה בסעיף 21 היא אובייקטיבית לגמרי ולעת עתה לא התקבלה הקריאה מהכיוון הדאונטולוגי להפוך אותה לסובייקטיבית במובן הזה שהיא תתאים למאפינים הספציפיים של כל נאשם.

עבירות שעניינן בתשקיפים, דיני חברות, איכות הסביבה ודיני מיסים ועוד עבירות שהן עבירות הסדר והן חדשות במשפט הפלילי הן עבירות רשלנות והניתוח בהן נעשה על פי רוב על פי שיטת הניתוח הכלכלי או לפחות על פי השיטה התועלתנית כאשר ישנה התעלמות מהצד הגמולי. בעבירות הרגילות הקלאסיות לרבות גרימת מוות ברשלנות אנחנו רואים עדיין את ההנמקה הגמולית בתור ההנמקה המרכזית בפסקי הדין.

**דרישת הרשלנות**

עמדנו על כך שלרשלנות יש שני היבטים ועל שניהם נדבר –

אי סבירות יכולה להיות יסוד נפשי ברשלנות כלומר אי מודעות לאחד מפרטי היסוד העובדתי מקום שהאדם מן הישוב היה מודע ואי סבירות יכולה להיות היסוד העובדתי ברשלנות כאשר אנחנו בודקים האם אפשרות גרימת התוצאות היא בגדר סיכון סביר. בשני המקרים נכנס האדם הסביר. בראש ובראשונה רשלנות היא עניין של יסוד נפשי – מה היסוד הנפשי של הרשלן?! אי מודעות. אח"כ צריך לבדוק גם רשלנות מהבחינה של האם לא מדובר בסיכון סביר וגם כאן הבדיקה היא אובייקטיבית.

הקושי הוא במעבר לבחינה האובייקטיבית ולשאלה מה אדם מן הישוב היה יודע.

מיהו האדם מן הישוב?1 עד תיקון 39 בתי המשפט היוי עוסקים בדמותו של האדם הסביר. הביטוי אדם מן ישוב הוא ביטוי חדש, האם הוא משנה משהו מדמותו של האדם הסביר מדיני הנזיקין?!

האדם הסביר נתפס בתור האיש הממוצע. מהר מאוד האדם הסביר מתנתק מהדמות של האיש הממוצע ברחוב.

**פס"ד בש** הוא פסק דין שעושה את כל השינוי. מדובר בילדים שנכנסים לתוך מקרר נטוש שאדם זרק ברשות הציבור. הילדים משחקים ונסגרים בפנים ומתים. מצד אחד היה נהוג לזרוק מקררים בחוץ. מצד שני מדובר באסון נוראי אז מה עושים?! קשה לנו מאוד להפנים שתאונות קורות. מגישים כתב אישום נגד בש שמתגונן בדרך מקורית – הוא מביא את השכנים שלו כעדים שאומרים שגם הם לא היו צופים אירוע כזה. בש בא באמצעות דיני הראיות למוטט את התפיסה של האדם הסביר כאיש הממוצע. בית המשפט העליון בד"נ אומר כי האדם הסביר הוא לא האדם הממוצע אלא פרי ניסיון החיים והידע של השופט . בית המשפט מסכים שלא עלה בדעתו של בש שיקרה אירוע כזה ועדיין חובת הזהירות נמדדת על פי התוכן שיוצק בית המשפט לדמותו של האדם הסביר ולא על פי מצב ידיעותיו של בש. בית המשפט אומר שאפשר להיעזר בעדים מומחים כדי לקבוע סטנדרטים של סבירות אך בסופו של יום ההכרעה היא שיפוטית. במהלך השנים אנחנו רואים שדמותו של האדם הסביר הולכת ומתרחקת מהממוצע, תופסת לה גבהים, באמצעות דמותו של האדם הסביר בתי משפט מבקשים לעצב נורמות חדשות, סטנדרטים של התנהגות חדשים. הביקורת על דרך הפעולה הזו של בתי המשפט מדברת על הפער הבלתי רצוי בין האדם הממוצע המצוי לבין האיש הסביר הרצוי. האיש הסביר קובע סטנדרטים של התנהגות שהם גבוהים מהנהוג בחברה ומכאן שלהגיד לאדם לנהוג טוב יותר מהאדם הרגיל אין בה יעילות שהיא באה לאחר מעשה והיא אינה צודקת מבחינה דאונטולוגית. אקס פוסט קשה מאוד להצדיק הטלת אחריות כאשר אנחנו אומרים לרשלן שהיה עליו לנהוג יותר משהממוצע נוהג. ומה לגבי לאחר המקרה?! האם הדבר נותן לנו קריטריון לפעולה?! אנחנו באמת יודעים להיזהר לגבי פעולת הרשלנות הבאה?! אנחנו לא יודעים לנהוג יותר טוב מהאנשים בסביבתנו במקרה הבא.

למרות הביקורת בתי המשפט המשיכו לטפח את האדם הסביר בתור כלי ליצירת מדיניות משפטית רואים את הדבר בפס"ד אבנט ששם נאמר במפורש שדמותו של האדם הסביר מעוצבת על פי הערכים והאינטרסים השונים בסוגייה. אדם מן הישוב מצלצל לנו כמו האדם הממוצע ויש אן מידה של חוסר הגינות בכך שאנחנו יוצרים סטנדרטים חדשים על גבו של הנאשם שעומד לדין. מה עם עקרון החוקיות?! מה עם התפיסה שאומרת – שינויים מכאן והלאה?! אולי תיקון 39 מבקש להחזיר קצת אחור ולהוריד את בית המשפט מהסטנדרט הגבוה.

במסגרת פינתנו ראו איך טעויות מושרשות – ב**פס"ד יעקובוב** שניתן לאחר תיקון 39 השופטת דורנר אומרת כי השוני בין המונח אדם מן הישוב לבין המונח בפסיקה של האדם הסביר הוא סמנטי בלבד. כך גם בדברי ההסבר להצעה אין הבחנה בין שני מונחים אלה אלא נכתב בהם כי מוצע לאמץ את המבחן של האדם מן הישוב או האדם הסביר" והתוספת בחוק שדורנר לא כתבה היא "או הממוצע". בהצעת החוק רוצים שהאדם מן הישוב יהיה האדם הממוצע אך בבית המשפט העליון אומרים שההבדל הוא סמנטי והאדם מן הישוב הוא האדם הסביר על כל מה שהלבשנו עליו עד אותה תקופה. בפועל לא נעשה דבר בתיקון 39 וכך מאז ועד חוזרים בתי המשפט לפסיקה הישנה לגבי דמותו של האדם הסביר על הסטנדרטים הגבהים של ההתנהגות שהוא מציב גם במשפט הפלילי.

ענין אחד שאולי אפשר ללמוד ממנו בפס"ד יעקובוב הוא לשאלה של מידת הקונקרטיזציה של האדם הסביר. אם אנחנו יוצרים דמות של האדם הסביר יש אנשים שעקרונית לא יגיעו לסטנדרט שלו. מה נעשה אתם?! דורנר אמרת כי הצפיה הסבירה שהיא הבסיס לקביעת סטנדרט ההתנהגות אינה מנותקת מיסוד הצפיה של העושה. כלומר נוכל לטעון שעקרונית העושה לא מסוגל להגיע לסטנדרטים הסבירים. נכון לעת הזאת אין במשפט הישראלי רשלנות סובייקטיבית, לא מתאימים את הסטנדרטים ליכולות הספציפיות של האדם העומד לדין אלא יש קונקרטיזציה למאפיינים של הנאשם. מה פירוש?! למשל אם עומד לדין רופא על רשלנות לא ישאל מה יהיה הסטנדרט הרגיל באוכלוסייה אלא מה רופא סביר במקומו היה נוהג. במקרים כאלו הקונקרטיזציה יכולה להיות גבוה מדי (למשל כאשר יש תחומים בהם יש רק 2-3 רופאים).

**שני ההיבטים של רשלנות=>**

1. אי מודעות – רשלנות כיסוד נפשי מדברת על אי מודעות לאחד מהרכיבים העובדתיים.

יש כאן סוג של כפילות כאשר אנחנו מדברים על עבירה של גרימת מוות ברשלנות יש פעמיים בחינה של רשלנות – רשלנות עצמה אומרת לנו אי מודעות מקום שאדם סביר היה מודע ואילו עבירת הרצח דורשת קשר סיבתי משפטי בו נבדוק מה האדם הסביר היה צריך לעשות. יש לנו דרישה כולה לבדיקת סבירות אובייקטיבית. אם נקבע שהאדם היה רשלן לגבי צפיית התוצאה ברור שגם הקשר הסיבתי המשפטי יענה על סמך אותו קריטריון.

1. נטילת סיכון סביר – דרישה זו היא ייחודית לעבירת הרשלנות. בעצם יש לנו סייג שהנאשם יכול להיתלות בו כדי לקבל זיכוי. יכול להיות מצב בו נאשם רשלן שאינו מודע למשהו שאחר היה מודע ועדיין הסיכון הוא סביר. יכול להיות שבית המשפט יקבע שהסיכון המדובר הוא סיכון סביר ואז על אף רשלנות אי אפשר להרשיע. הבחינה של סיכון סביר היא בחינה אובייקטיבית כללית.

**פס"ד צור**

פס"ד בו כל הדברים מתקיימים מלב שהעובדה שמדובר בסיכון סביר והוא מוביל לזיכוי. הסיכון הסביר אומר כי אסור להשתמש ברשלנות כדי להשיג הרתעת יתר. אם נציב סטנדרטים גבוהים של רשלנות אנחנו עלולים לגרום לאנשים להרתע מלעסוק בפעילויות מסוכנות.

יש פעילויות מסוכנות הכרחיות בחברה מודרנית, יש סיכונים שחייבים לקחת, יש סיכונים שמוצדק לקחת. למשל אנשים שמקצועם הוא מסוכן, כבאים ועוד, אם ניצור סטנדרטים של רשלנות גבוהים מדי אנחנו עלולים לגרום להרתעה. נניח שנטיל אחריות על כבאי בכל מקרה שהוא לא מצליח להציל אנשים מאש אף אחד לא ירצה להיות כבאי. הרעיון של סכנה שהיא לפעמים מתממש וכשהיא סיכון סביר אף אחד לא אחראי לו. מבחינה ציבורית קשה להסביר את זה, מאוד קשה להסביר איך יכול להיות שקרה אסון ואין אחראים. זו טיבה של חברה מודרנית שיש בה עיסוקים מסוכנים.

**איך נבדוק סיכון סביר?!**

דרך אחת היא באמצעות הניתוח הכלכלי. האם התועלת עולה על הנזק. במקרה ונחליט שהמעשה הוא מהמעשים שנרצה לעודד על אף שבמספר מקרים הוא מזיק נקבע שהוא סיכון סביר גם כאשר הוא התממש. אנחנו רואים שהפסיקה לא ממהרת לאמץ את הדרך הזו והיא פונה לדיני הנזיקין ומאמצת את הסטנדרטים של נזיקין לתוך המשפט הפלילי כדי לבדוק אם הסיכון הוא בגדר הסיכונים הסבירים.

הסטנדרטים של דיני הנזיקין ה:

1. בדיקת חובת זהירות מושגת, כלומר האם מבחינת המדיניות המשפטית ראוי לקבוע שקיימת חובה בנסיבות העניין.
2. חובת זהירות קונקרטית שבודקת בנסיבות העניין הספציפיות את מימושה של חובת הזהירות
3. הפרה של חובת זהירות כאשר בצורה עקבית הפסיקה קובעת שהסטנדרט במשפט פלילי הוא גבוה מהסטנדרט הנזיקי (פס"ד אובנט)
4. קשר סיבתי.

מידת הסטיה מסטנדרט הזהירות של האדם הסביר היא גדולה יותר וקשה יותר מהמידה הדרושה בדיני הנזיקין.

**למה לא להוסיף סייג של סיכון סביר לגבי כל העבירות?!**

למה לא להגיד שיש סייג של סיכון סביר גם במחשבה פלילית?! ברור לגמרי שלא יורשע אדם גם בעבירה של מחשבה פלילית לרבות כוונה אם הוא נטל סיכון סביר במעשים שלו. ברשלנות זה באמת מאוד קריטי אבל זה ברור שזהו סייג על הרשעה פלילית באשר היא. אם סיכון הוא מומלץ וסביר וכזה שהחברה רוצה שניטול גם במקרים בהם הוא מתממש. יכולה להיות ביקורת כי מחשבה פלילית כזו יכולה לגרום לכך שבמקרה הבא אותו אדם מסוכן יעשה שימוש באמצעים שאינם סיכון סביר.

**הפרת חובה חקוקה כבסיס של רשלנות**

האם עצם העובדה שהמעשה שבו מואשם הרשלן מהווה עבירה אחרת אומרת שהוא רשלן?1 עצם העובדה שהוא מפר במעשיו סטנדרט חקיקתי אחר אומר שהוא רשלן?!

בפס"ד ליכטנשטיין אנחנו רואים שהסטנדרט שבחוק עשוי לשמש אמת מידה לבחינת ההתנהגות הסבירה אבל זה לא מסיים את הדיון. הפרת חובה חקוקה לא מסיימת את הדיון בשאלת הרשלנות אלא צריך לבדוק את ההתנהגות בנסיבות כל מקרה. למשל יכול להיות שבמקרים מסויימים דווקא הפרת החיקוק היא ההתנהגות הסבירה. למשל מי שממהר לבית חולים כדי להציל אדם שנמצא אצלו ברכב ועובר באור אדום. בעצם אם כל הפרת חובה חקוקה הייתה רשלנות היינו הופכים את עבירות הרשלנות לעבירות של איסור מוחלט שכן יכול להיות שהחיקוק האחר הוא איסור מוחלט בכלל חשוב לבדוק שהחיקוק האחר הוא ממין החיקוקים הרלוונטיים לבדיקת הרשלנות, שהוא מגן על קורבן דומה, שהוא לא יוצר סטנדרטים גבוהים מהסטנדרט הרשלני וכן הלאה.

**יום שני 10.6.13**

**אחריות קפידה ואיסורים מוחלטים**

**סעיף 22:** "אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, "בדין" - לרבות בהלכה פסוקה."

המחוקק רצה לשנות את ההסדר שהיה קבוע עד תיקון 39 ולקבוע משטר חדש של הוכחת יסוד נפשי הנמוך ביותר האפשרי. לראשונה אנחנו קוראים לזה אחריות קפידה ולא אחריות מוחלטת ויש הבדל בניהם. אם נקבע בחיקוק עצמו שהעבירה אינה טעונה מחשבה פלילית או רשלנות היא עבירת אחריות קפידה. אם העבירה שותקת יש לו את סעיף 19 שאומר שבכל עבירה צריך להוכיח מחשבה פלילית.

הכלל אמור להיות מאוד פשוט – סעיף 19 קובע את הכלל עבירה שותקת היא עבירה של מחשבה פלילית בשני חריגים - רשלנות אם נקבע שמדובר ברשלנות ואחריות קפידה אם נאמר שלא צריך להוכיח מחשבה פלילית או רשלנות.

הבעיה מתחילה מהמילים: "ואולם אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות מחשבה פלילית או רשלנות…" המחוקק בעצם אומר כי יש שלב ביניים. יקח זמן להחליט מה קורה לגבי כל העבירות שפרוסות על פני כל החקיקה ומה שעושים זה ליצור הוראת מעבר. עיקר הבעיה היא בהבנת הוראת המעבר. בנוגע לעבירה חדשה הכלל ברור אבל מה קורה עם עבירות ישנות מלפני התיקון?! רוב העבירות הן מלפני התיקון. מה עושים?! איך מכריעים?! הרי אי אפשר לקבוע על כל העבירות הישנות (שלא הייתה נדרשת מחשבה פלילית) שהן אחריות קפידה.

האופציות הן=>

1. נלך לפי מה שנקבע בעבר בפסיקה שזו עבירה של אחריות מוחלטת
2. הפסיקה תחליט לגבי עבירות כאלו האם מדובר באחריות קפידה או לא

אנחנו בדילמה אמיתית. מה המחוקק רצה להשיג בהוראת המעבר?! האם הוא רצה לצלם את תמונת המצב ואז פרשנות 1 תהיה נכונה כלומר שהוא רצה להגיד שבזמן שיעבור עד שנחליט לגבי כל סעיפי החוק איזו עבירה היא מחשבה פלילית ואיזו לא בינתיים נשאיר את התמונה בהקפאה כפי שהיא לי פסקי דין ישנים או שהוא רצה להשאיר שיקול דעת לבתי המשפט כפי שהיה לפני התיקון ובעצם בית המשפט יחליט בנוגע לעבירות הישנות עד שהמחוקק יקבע משהו רשמי וקבוע. לפני תיקון 39 ההלכה הייתה הלכת אורלי אזולאי – שיקול מלא לבתי המשפט לקבוע מהו היסוד הנפשי בעבירה. המצב תוקן בזמן תיקון 39 אך האם בתי המשפט יכולים לקבוע כיום כך לגבי אחריות קפידה?!

אם נסתכל על האופציה הראשונה – צילום המצב המשפטי כך שהעבירות שיש לגביהן פסק דין ונקבעו שהן אחריות מוחלטת הן עבירות של אחריות קפידה והן ישארו לפי מה שנקבע ואילו שאר העבירות הן עבירות של מחשבה פלילית. המצב הוא בעייתי. רוב העבירות הן קלות ומי שדן בהן הם שופטים בערכאות הנמוכות ביותר. האם היום שופט בית משפט עליון יהיה מוגבל לפסיקה של בית משפט שלום?! המשמעות היא שמי שמגיע לדיון בעליון יביא פסיקה של השלום וזה יחייב את בית המשפט. האם אין ערכאה המוסמכת להגיד כי בפס"ד מסויים ישנה טעות?! בעיה נוספת היא מה קורה כאשר יש פסקי דין סותרים?! אם בית משפט השלום בפת"ח קבע X והשלום בנתניה פסק Y?! מה עושים?!

לא יתכן כי לא תהיה אפשרות לשנות את תמונת המצב שהייתה באופן מקרי ביום שנכנס תיקון 39 לתוקף.

מה הבעיה עם האופציה השניה?! המשטר אומר שעבירות חדשות ילכו לפי דרישות הסעיף ואילו בעבירות ישנות בתי המשפט ימשיכו להכריע כמו שעשו כל השנים עד תיקון 39 (הלכת אזולאי). הבעיה היא שזה סותר את כוונתו המקורית של המחוקק בקביעת סעיף 22. המחוקק רצה בעצם לבטל את הלכת אזולאי על מנת שהקביעה לא תישאר בידי הסמכות השוטפת אלא תהיה בסמכות המחוקק. מה שקרה זה שהאפקט של תיקון 39 בהקשר הזה יהיה רק לעבירות חדשות והמשטר הישן ימשיך לחול על רוב האיסורים הפלילים הישנים.

הסעיף הוא באמת מיותר כי אם המחוקק קובע שהעבירה לא טעונה מחשבה פלילית או רשלנות ברור שהיא לא טעונה ולא צריך לכתוב את זה בסעיף אחר ואילו לגבי שאר העבירות שהמחוקק אל כתב לגביהן כלום ברור שבית המשפט הוא זה שקובע.

ב**פס"ד לקס** רואים את הבעיות. הדעה הראשונה היא של השופט קדמי והיא תומכת בפרשנות מספר אחת באופן נוקשה. השופט קדמי סבור שצריך להראות פסק דין ישן מלפני התיקון שקובע שהעבירה היא עבירת אחריות מוחלטת על מנת לסווג עבירה כאחריות קפידה. השופטת ביניש קובעת הלכה שנתפסת כיום בתור הלכת הביניים. מצד אחד היא אומרת שצריך לחפש פסקי דין קודמים כך שנראה שהיא הולכת לשיטת קדמי אך מצד שני גם היא יודעת שאין פסק דין לגבי הסעיף שנידון באותו מקרה והיא עוברת לעשות אנלוגיה מסעיפים דומים אחרים. בסופו של דבר פסק הדין שלה כולו הוא אוביטר אך היא עושה דבר מוזר - מצד אחד היא מבקשת פסק דין ישן אך כשאין היא אומרת שיש סעיף דומה (ולא סוגרת את המקרה כמו קדמי). מכוח מה מותר לעשות אנלוגיה מסעיפים דומים?! למה שלא יחול הכלל שהעבירה היא מחשבה פלילית?!

קביעתה של ביניש היא גישת הביניים כי היא הכלל שנקבע בפס"ד אוחנה נגד מדינת ישראל. בפס"ד זה היה מדובר בעבירה לפי תקנות התעבורה ובית המשפט אמר כי אומנם אין פס"ד מלפני התיקון שמדבר על התקנה הספציפית הזאת אבל הוא מביא הרבה מאוד פסיקה שאומרת כי ככלל תקנות התעבורה הן אחריות מוחלטת למעט חריגים ולכן גם התקנה הזו היא אחריות מוחלטת. בעצם בפס"ד מאמצים את גישת הביניים של השופטת ביניש שמותר לעשות אנלוגיה מסעיפים קודמים ופס"ד זה סוגר את הבעיה לגבי כל תקנות התעבורה.

גישה מספר שתיים היא של השופט ברק באימרת אגב בפס"ד של אורן בנגב שם הוא אומר כי לכאורה אין להבחין בין הלכה פסוקה לפני תיקון 39 לאחריו. הא משאיר את המצב בצריך עיון כי הוא מגיע למסקנה כי העבירה המדוברת בפס"ד היא לא אחריות קפידה.

ב**פס"ד לוי** השופט ריבלין מסיים את הדיון בבקשה ומחליט לא לתת רשות ערעור בגלל שדעתו כדעת קדמי ובאותו מקרה יש הלכה מלפני תיקון 39. כאשר המבקש לבקשת הר"ע אומר שמדובר בהלכה ישנה שנקבעה בלי תשתית ראייתית מספקת ריבלין אומר כי זה לא רלוונטי.

מי שקורא באופן שיטתי את פסיקת בית המשפט מבין כי אין דיון מסודר בטענות שהבאנו עד כה, בקשיים של כל פרשנות ואין קביעה עקרונית של בית המשפט העליון ואין הנחיה לערכאות הנמוכות מה לעשות עם העבירות הישנות. מה שבפועל קורה זה ששופטים פשוט מפרשים לפי מה שנראה להם.

**שיקול דעתו של בית המשפט**

אם הפרשנות היא כזאת שמשאירה שיקול דעת לבתי המשפט על איזה בסיס יופעל שיקול הדעת?! לגבי אילו עבירות ראוי לקבוע שמדובר בהן באחריות קפידה?!

מלכתחילה המשפט הפלילי המודרני מבוסס על אחריות מוחלטת. המשפט המקובל שמתפתח באנגליה בראשיתו קובע עבירות על בסיס יסוד עבודתי בלבד. כלומר, לשם הוכחת העבירה התביעה לא צריכה להצביע על מחשבה פלילית שליוותה את המעשה. דיברנו על נימוקים לענישה, דיברנו על שיקוים הדאונטולוגים ותועלתנים. עבירות של אחריות מוחלטת מתאימות יותר לנקודת המוצא התועלתנית. בתועלתנות הדגש הוא על מניעת נזק, על התוצאה. הרעיון אומר כי אנחנו קובעים לאזרח שורה של דברים שאסור לו לעשות ומעבירים את הנטל עליו להיזהר. התועלתנות אומרת כי כל אדם הוא סוכן הכי טוב של עצמו ונטיל את הנטל על כל אחד. ככל שחודרים רעיונות דאונטולוגיות בהדרגה עובר המשפט הפלילי לעקרון של אשם. כלומר, הצורך להוכיח מחשבה פלילית סובייקטיבית בלב הנאשם. עם זה עולה הבעיה של מזל מוסרי ומקומה במשפט הפלילי. תוצאות הן עניין שלא תלוי בעושה ולכן זה נשמע לא בסדר להעניש רק את זה שהזיק ולא את זה שעשה את אותו מעשה כמו השני אך לא הזיק בסופו שח דבר. מה שקורה זה שבפועל מענישים יותר את זה שהזיק ולא את זה שניסה להזיק וגם זה בעייתי.

התיקון מביא לשיא את המעבר הזה ממשטר של אחריות מוחלטת למשטר של מחשבה פלילית - עכשיו הדגש הוא על יסוג נפשי והאחריות המוחלטת מבוטלת והדרגה המינימלית שהמחוקק קובע היא של אחריות קפידה.

ככל הרעיון של אחריות קפידה הוא להגיד שמינימום להרשעה במשפט הפלילי הוא רשלנות. אחריות קפידה יוצרת חזקה של רשלנות ומעבירה את הנטל על הנאשם להפריך אותה. כלומר המצב הוא לא כמו שהיה באחריות מוחלטת שכן הנאשם יכול להתגונן בטענה שהוא לא היה רשלן. יש הבדל בין המושגים אחריות מוחלטת ואחריות קפידה שכן אחריות קפידה היא בעלת רעיונות גמוליים והיא אינה מוחלטת.

מתוך נקודת המוצא הזה נבקש לגזור מאפיינים של עבירות שמתאים לקבוע לגביהן שהן סוג אחריות קפידה. הדיון נעשה בצורה יותר יסודית בפסיקות שלפני תיקון 39 ואילו היום אנחנו פחות מוצאים את הדיון אך רואים שהוא רלוונטי אם נחליט שפרשנות 2 היא הנכונה וגם במקרים בהם אין פסיקה לגבי העבירה לפי פרשנות 1.

Mala in se – העבירות הבסיסיות של המשפט הפלילי

Mala prohibita – עבירות הסדר

**מאפייני אחרות קפידה**

1. **הסדר מול פגיעה בערך:** אחריות קפידה בעקרון היא מסוג הסדר, עבירות שתכליתן לנהל את החיים המודרניים ולאפשר לנו קיום הדדי אך הן אין העבירות המרכזיות של המשפט הפלילי. אחריות קפידה לא מתאימה לטפל בעבירות שנשאות כתם מוסרי, פגיעה בערכים בסיסיים אלא עבירות שהן תוצר של החיים המודרניים.

דוגמא - השאלה באיזה צד ניסע בכביש היא שאלת הסדר ולכן העבירה של מי שנוסע בצד השני של הכביש היא עבירת הסדר.

השיקול הראשון שתמיד צריך להביא בחשבון הוא האם מדובר בעבירת הסדר שאין בה עוול אחר חוץ מעצם הפרתה.

1. **תועלתנות מול דאונטולוגיה:** עבירות של אחרות קפידה הן עבירות שבהן השיקול הגמולי הוא לא חזק. למשל כמו עבירות תעבורה. ההנמקה לענישה בד"א לא תהיה דאונטולוגית אלא השיקולים יהיו יותר תועלתנים, שיקולים של מניעת נזק.
2. **זמן שיפוטי:** נקודה נוספת שצריך להביא בחשבון כשבאים לסווג עבירות. עבירות של אחרות קפידה הן עבירות טכניות שהרבה מאוד אנשים עוברים אותן. אם כל נאשם בעבירות כאלה היה מבקש לנהל דיון הוכחות התביעה הייתה קורסת ובתי המשפט לא היו מסוגלים לעמוד בעמוס. אחד הפתרונות של המערכת היא להגיד שאחריות קפידה עונה על הקושי המרכזי, על העובדה שאם באמת ננהל משפט פילי על כל דקדוקיו המערכת תקרוס. אם נכליל את זה נגיד שמקום שנמצא בו ריבוי עבירות, ריבוי עבריינים וצורך בתגובה פסיקתית מהירה נשקול הסדר של אחריות קפידה בלי לשכוח את העובדה שהעבירות חייבות להיות mala prohibita.
3. **הוכחת מחשבה פלילית:** מקרים שבהם יש קושי מיוחד להוכיח מחשבה פלילית שכן כל נאשם יכול להגיד שהוא לא ידע ואם נשאיר את הנטל על התביעה להוכיח שהנאשם ידע ניצור אי יעילות של מערכת האכיפה. מדובר לא רק ניהול משפטי הוכחות ארוכים אלא הקצאת משאבים שאינם פרופורציונאליים לנזק שנמנע.

בעבירות הסדר השיקול המשמעותי לענישה לא יהיה גמולי אלא מניעת נזק. הדגש יהיה על צורך לקבוע נורמות של זהירות ובעצם ככל שהסכנה החברתית מההתנהגות האסורה גבוהה יותר כך יהיה יותר הגיוני ליצור הסדרים של אחריות קפידה. בעצם יש סתירה בין רעיון הגמול לשיקולים תועלתנים כי דווקא ככל שמדובר בהתנהגות מזיקה יותר נרצה להקל על התביעה.

1. **עונשים חמורים:** עונשים כאלו אינם מתיישבים עם משטר של אחריות קפידה. הדבר נקבע באופן עקבי וחד משמעי לפני ואחרי התיקון.

**עד עכשיו דיברנו על שאלת הסיווג אך מה זה אומר?!**

**סעיף 22(ב)**- "לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית, ללא רשלנות ועשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה…"

למה להרשיע אדם בפלילי כשהוא מראה לנו שהוא עשה כל שאפשר כדי למנוע את העבירה?!

השוני בין אחריות מוחלטת לבין אחריות קפידה בא לידי ביטוי בסעיף זה: אחריות מוחלטת לא מאפשרת את הסעיף הזה- אין לנאשם מה לעשות.

במה הסעיף משנה את פני הדברים?! הסעיף אומר כי יש חזקה שמי שביצע את העבירה התרשל. בפס"ד גדיסי למשל התביעה תצטרך רק להוכיח שגדיסי נהג ושהבלם האחורי שלו היה מקולקל אך גדיסי יכול להוכיח שהוא לא התרשל שכן הוא לקח את הטרקטור לתיקון על מנת שיתקנו לו את הפנס האחורי וכן עשה כל מה שניתן כדי למנוע את העבירה. אם בית המשפט יקבל את הטיעון שלו הוא יזוכה. אם המקרה של גדיסי היה ניתן אחרי התיקון הוא היה מזוכה.

**איך נפרש את הנטל של הנאשם להוכחה?!** אופציה אחת היא שהוא בעצם צריך לעורר ספק סביר שהוא פעל בלי מחשבה פלילית, בלי רשלנות ועשה כל מה שניתן כדי למנוע את העבירה. אופציה נוספת לפרשנות היא שהנאשם צריך לעמוד במאזן הסתברויות במובן הנזיקי כלומר צריך להוכיח את סעיף 22 (ב) על ידי עבירה של ה50% ולא רק לעורר ספק. בדרך כלל בתי המשפט קובעים שדי לנאשם לעורר ספק למעט לגבי סעיף 22 אין לנו פס"ד החלטי אבל כנראה שמדובר בהוכחה של מאזן הסתברויות.

**סעיף 34(ב)**

(א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.

(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.

לפחות לגבי סייגים הנטל הוא רק לעורר ספק סביר וברור לגמרי שהנאשם אף פעם לא צריך לעמוד בסטנדרט של התביעה. בפס"ד שולשטיין מירי גור אריה אומרת כי יש לקרוא את הדרישה כך שהנאשם יצטרך רק לסתור את העובדה שהוא היה רשלן ואילו רוב השופטים אומרים כי כדי לסתור חזקת רשלנות צריך להוכיח יותר מ"סתם לא הייתי רשלן". כלומר הנאשם צריך להוכיח שהוא התנהג יותר מהסטנדרט של האדם הרגיל. השופט רובינשטיין אומר כי צריך להיזהר שלא לדרוש יותר מדי.

היום יש פתח לנאשם להימלט מהרשעה אם יעמוד במאזן הסתברויות בהוכחה שעשה כל מה שאפשר כדי למנוע את העבירה אך הפתח הוא צר מאוד. במרבית המקרים תיוותר התוצאה כמו שהייתה לפני התיקון כלומר לגבי מרבית העבירות די לתביעה להוכיח יסוד עובדתי כדי להביא להרשעה והנאשם לא יצליח להימלט ממנה. רק במיעוט קטן של המקרים, אלו שבעבר השופטים היו אומרים כי המצב לא הוגן ולא צריך להעניש, תיקון 39 נותן מענה.

**סעיף 22(ג)** "לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות." סעיף זה הוא הסעיף האחריות של תיקון 39 וגם הוא שונה מההסדר שהיה לפני כן. בעצם אומרים לתביעה שהיא לא תוכל לדרוש עונש של מאסר או מאסר על תנאי אם היא רוצה להרשיע אדם דרך נתיב של אחריות קפידה אלא חייבת להוכיח מחשבה פלילית או רשלנות.

יש לשים לב שמדובר באותן עבירות שהן עבירות של אחריות קפידה כמו זה לפי סעיף 48. לא מדובר בבעיה של סעיף קטן (א). בתוך העבירה של אחריות קפידה כדי להטיל עונש של מאסר צריך להוכיח יסוד נפשי. כדי להטיל עונש מאסר **בגינה** התביעה חייבת להוכיח מינימום של רשלנות כלומר מעבר למה שהיא צריכה בד"כ להוכיח. החוק יוצ בעצם בירה של אחריות קפידה עם אפשרות להוכיח יותר מזה על מנת להטיל עונש של מאסר או מאסר על תנאי. לכן יתכן מצב שבו העבירה תהיה אחריות קפידה אך לצידן יהיה עונש מאסר למקרה שהתביעה תבחר להוכיח יסוד נפשי (מחשבה פלילית או רשלנות).

אחריות מוחלטת לפני תיקון 39 הייתה איימתם של הנאשמים אבל בגלל סעיף (ג) הרבה מאוד נאשמים פתאום רצו להיכנס לתוך הקטגוריה של עבירות כאלו. יש לנו בעצם היפוך יוצרות – חלק גדול מהנאשמים מנסים לשכנע את בית המשפט שהעבירה שלהם היא של אחריות קפידה. רואים את ההבדל בין שני פסקי הדין – אורן בנגב בו הנאשמים מודים בעובדות של כתב האישום ואומרים כי העבירה היא אחריות קפידה (בסוף בית המשפט אומר כי העבירה היא לא אחריות קפידה) ושולשטיין בן מכניסים את הרשלנות כחלק מכתב האישום. התביעה מנסה להתגונן אבל הנטל עליה הוא לחשוב על איזה רמה של יסוד נפשי היא רוצה להוכיח כשהיא כותבת את כתב האישום ואח"כ היא חייבת להוכיח את הרמה שהיא קבעה.

**יום רביעי 12.6.13**

**סייגים לאחריות**

פרק ה' 1 עוסק בסייגים, הזכרנו את טעות בעבודה, וטעות בדין סעיפים 34 ח' וט' לחוק העונשין. ישנם סייגים מהותיים שמביאים לפטור מאחריות גם את מי שביצע את כל יסודות העבירה.

סייג justification- יש סייגים לאחריות שאומרים שבאמת אין במקרה זה אחריות פלילית למרות שהיה יסוד נפשי ועובדתי כי המעשה שלו מוצדק. למשל אם נחשוב על תליין שמבצע פסק דין להוצאה להורג. סעיף 34(י"ג) רבתי נותן הגנת הצידוק לחיילים שמבצעים פקודות חוקיות או לא חוקיות אבל לא כאלו שאינן חוקיות בעליל. אנחנו לא פוטרים מאחריות מאיזשהו טעם פשוט זה המעש שראוי לעשות.

סייג excuses - יש מצבים שהם אנחנו פוטרים מאחריות למרות שאנחנו אומרים שהמעשה הוא לא מוצדק אבל מסיבות ביצועו אנחנו סולחים למבצע. כלומר יש טעמים שיביאו אותנו לחשוב שלא צריך להעניש למרות שבוצע היסוד העובדתי והנפשי בגלל נסיבת מסויימות. הדוגמא המובהקת היא סעיף 34(י"ב) המדבר על כורח. אדם שהוא אנוס לבצע עבירה מפאת שהוא חש איום על חייו יש לו בחירה ושליטה אבל אם הוא יבחר לבצע את העבירה אנחנו לא נרשיע אותו רק בגלל שאנחנו מכירים בחולשה האנושית. יש הרבה סייגים לקיום התנאי הזה אבל לא נכנס לזה.

הגנה עצמית – הגנה מפני תקיפה שלא כדין.

צורך – מתייחס למצב דברים שגרם לאיום, לא לאדם אחר שתקף אותי.

בשני המקרים יש וויכוחים לגבי השאלה באיזה מידה מדובר בפטור או בצידוק.

יש סייגים נוספים כמו שכרות שהיא לא מרצון (לא כאשר אדם השתכר ואז יצא לבצע עבירה אלא מצב ששיכרו אותו). יש גם תנאים לאחריות כמו קטינות ואי שפיות (לפסיכוזות קשות ממש)

**הרחבת מעגל האחריות בפלילים**

מה קורה במצבים בהם יש לנו יותר מאדם אחד שקשור לפעילות העברינית? החוק מדבר על 4 מצבים כאלה:

1. **מבצעים בצוותא –** מספר אנשים ביחד מחליטים לצאת לביצוע עבירה פלילית. איך נראה את אחריותם מבחינת יסוד עובדתי ונפשי?!
2. **ביצוע באמצעות אחר –** מה קורה כאשר אני לא רוצה ללכת את ידי ואני בעצמי לא מבצעת את העבירה הפלילית אבל שולחת אדם אחר לבצע אותו במקומי והאחר הוא קטין או לא יודע מה המטרה שלי ועוד.
3. **משדל –** מי שמכנע אחר לבצע את העבירה
4. **מסייע –** מי שמסייע לאחר

כל הדמויות הללו נדונות בפרק ה' תחת אחריות נגזרת וצדדים לעבירה. מה המשמעות של עבירות נגזרות או אחריות נגזרת?! ראשית המשמעות הפשוטה היא שאחריות הנגזרת תלויה באחריות העיקרית. במילים אחרות זה לא נכון להגיד שיש עבירה של שידול או שיש עבירה של סיוע למרות שנראה כי השופטים מתייחסים לזה במפורש בפסקי הדין. בעצם סיוע ושידול הן לא עבירות עצמאיות אלא צורת הטלת אחריות שנגזרת מעבירות אחרות. לכל עבירה שנמצא אפשר לייחס אחריות של מסייע, של מבצע באמצעות אחר וגם של ביצוע בצוותא.

מה משותף לכל העבירות של האחריות הנגזרת?! בכולם אין השלמה אין ביצוע מלא של כל יסודות העבירה. מדובר במצבים בהם אדם לא מבצע את הכל אלא רק חלק. לכן מי שמבצע את היסוד העובדתי ואת היסוד הנפשי אחריותו היא עצמאית גם אם הוא קשור לאחריות של אחרים לאותו אירוע פלילי.

לפעמים המחוקק עושה את החיים יותר קלים. אי מניעת פשע למשל – יכולנו להתייחס לזה שלא מונע פשע בתור אחד בעל אחריות נגזרת אבל המחוקק בא ופטר אותנו מהדיון הזה הוא יצר עבירה עצמאית ולכן מי שעונה על היסוד העובדתי, המחדלי, והיסוד הנפשי של מודעות יורשע בעבירה לפי **סעיף 262** בלי קשר למבצע הפשע עצמו.

**סעיפים 478-479** מדברים על מי שמכין חומרים מסוכנים על מנת לעזור לאחר לבצע פשע. מדובר בעבירת עצמאיות. מי שמכין חומרים לאחר עובר עבירה עצמאית למרות שיש אחר שמבצע את העבירה.

אחריות נגזרת תלויה בביצוע העבירה העיקרית. אחריות נגזרת תלויה לפחות בתחילת ביצוע העבירה העיקרית (פס"ד פלונית). אם העבירה העיקרית לא בוצעה בכלל אין אחריות נגזרת. נניח שיש מישהו שרוצה לסייע לאדם לפרוץ לדירה הוא גורם לזה שדלת הדירה תהיה פתוחה ובסוף הפורץ מתחרט ולא נכנס לדירה – לא תהיה אחריות למסייע בכלל.

אומנם אם העבירה העיקרית לא בוצעה אין אחריות נגזרת אבל יש נגזרות לניסיון. אם נעשה ניסיון לבצע עבירה, כלומר נכנסו לשלב הביצוע, אפשר לגזור הכל. ניסיון לבצע עבירה הוא אומר שהעבירה לא הושלמה אבל יש לו אחריות נגזרת. אפשר לדבר על שידול או סיוע לניסיון לבצע עבירה, על ביצוע בצוותא ועל ביצוע באמצעות אחר (משדל לניסיון, מסייע לניסיון ועוד).

ככלל קובל במשפט הפלילי שאין נגזרת שניה – אין דבר כזה מסייע למסייע. ישנם חריגים המטשטשים את הכלל וחשוב למנות אותם:

1. **סעיף 33** מציין את האפשרות להרשיע בניסיון לשידול. הסעיף מדבר על מה יהיה עונשו של המנסה לשדל ולא מצליח.
2. אין אסמכתה בחוק לגבי ניסיון לסייע ובעבר לפני תיקון 39 נפסק שזו לא עבירה. אבל כתוצאה מפרשנות הפסיקה לגבי דרישות הסיוע שבהם הפסיקה לא דרשה שהסיוע יתרום תרומה אפקטיבית בפועל לביצוע באופן מעשי נתפס גם הניסיון לסיוע. נניח שעובדת במשק בית מחליטה לסייע לפורץ ומשאירה את הדלת פתוחה אבל הפורץ נכנס מהחלון. למרות זאת היא תורשע כי הפסיקה אמרה כי סיוע לא צריך להיות אפקטיבי.
3. ב**פס"ד סוגאקר** בית המשפט הכיר בשידול לשידול. גם כאן זה סוג של אחריות נגזרת. אותו אדם שידל אדם ששידל אחרים לפגוע במישהו אחר.

**הקשר בין דיני הניסיון לדיני השותפות**

* **חרטה -** למשל אפשרות לפטור עקב חרטה קיימת גם בדיני הניסיון (**סעיף 28**) וגם לגבי חלק מהמבצעים (המשדל והמסייע) **סעיף 24**. כלומר יש לנו רעיון חדש שלא הכרנו אותו לגבי מבצע יחיד ומבקש לפטור מאחריות לגבי מי שמתחרט.
* **אי תחולה - סעיף 34(ג) רבתי –** "הניסיון, השידול, הניסיון לשידול או הסיוע לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש" לעבירות מסוג חטאים אנחנו לא רוצים להסתבך עם משדלים, מסיעים ולא עם "יסיון לעבירות הקלות ביתר ולכן אין אחריות כזאת.
* **החלת דינים שחלים על הביצוע העיקרי גם על צורות האחריות הנגזרת- סעיף 34(ד) רבתי -** " מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על נסיון, שידול, נסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה". סעיפים שחלים על הביצוע העיקרי חלים על האחריות הנגזרת.

**העונש**

מאוד חשוב להבחין בין המצב לפני תיקון 39 למצב אחרי התיקון. לפני תיקון 39 היה דין אחד על מבצעים ומסייעים. לכן בתי המשפט בכלל לא נכנסו להפרדה. לא הייתה סיבה להיכנס להבחנה בין מבצע ומסייע. אחרי תיקון 39 נקבע הכלל שסיוע דינו מחצית העונש של העבירה העיקרית (**סעיף 32**) מתוך אותו עקרון של שיקולים גמוליים. השינוי שנראה שינוי הגיוני ומתקבל על הדעת הביא למבוכה גדולה הפסיקה. עכשיו השופטים חייבים לקבוע מי מבצע ומי מסייע. סיוע וניסיון לשידול דינם חצי מהעונש של הביצוע העיקרי. בניסיון לשידול אין קושי אמיתי כי הניסיון לשידול הוא מצב פשוט שיש לנו ראיה על אדם שמנסה לשכנע אחר לבצע עבירה והאחר מסרב או לא מבצע מאיזשהו טעם. לכן העובדה שתיקון 39 הפחית את העונש לא מעורר בעיות. העובדה שהתיקון הפחית את העונש של מסייע לעומת זאת מעורר בעיות קשות.

שינוי בכיוון אחר שהכניס התיקון היה להשוות את העונש של ניסיון לעונש של העבירה המושלמת. יש לנו בעצם שתי מגמות בתיקון.

**מבצעים בצוותא**

**סעיף 29(א)** "מבצע עבירה - לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר."

**סעיף 29(ב)** "המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר."

סעיף שחורג מהכללים עד עכשיו – מבצעים בצוותא מחלקים את העבודה בניהם הם קובעים מה התפקיד של כל אחד ולכן לא נוכל להרשיע אותם על פי הכללים הרגילים כי אין להם אחריות שלמה. בעצם נוכל להרשיע את על אף שהם לא מבצעים את כל היסוד העובדתי של העבירה.

מה הקושי?! על פני הדברים כתוב שצריך שכל אחד ישתתף בביצוע העבירה. הקושי הפסיקה נתקלה בו מהר מאוד הוא מעמדו של רב העבריינים. מה עושים עם האדם שנדמה לנו שעיקר האחריות צריך להיות עליו?! עם זה שמתכנן את הפעילות אבל מרחיק את עצמו מביצוע בפועל?! בכל פעילות שבה נוכל לזהות את הגורם בעל האחריות הכללית לכאורה לפי סעיף 29(ב) הוא לא נכנס לביצוע בצוותא. בהתחלה נאמר כי אין לנו קושי כי יש לנו סעיף של שידול ודינו הוא כדין הביצוע המלא ולכן הסיווג הוא כמשדל. הבעיה היא שהפסיקה מתחילת הדרך הרגישה חוסר נוחות עם הפתרון הזה כי נדמה לכולנו שמשדל הוא קצת פחות מהמבצע ולכן הפסיקה ניסתה לדחוק את רב העבריינים לתוך הביצוע בצוותא. בכל מקרה שבו יש מישהו שהוא העיקרי והפעילות העבריינית מתחילה ממנו השופטים לא רוצים לאפשר לו להימלט מהמרכזיות שלו. בעצם יש כאן עיוות של המילים של החוק.

**היסוד הנפשי של המבצע בצוותא כולל שני רכיבים:**

1. המחשבה הפלילית, היסוד הנפשי הרגיל של העבירה.
2. מודעות לפעילות המשותפת

מכאן שאין מבצעים בצוותא לרשלנות. הייתה התלבטות האם כמה רשלנים שביחד גורמים לנזק אפשר להרשיע אותם בצוותא והתשובה בפס"ד לוי היא שאין שותפות ברשלנות מכוח העובדה שיש צורך במחשבה פלילית אבל יכול להיות שנמצא פסקי דין שבהם תהיה הרשעה בביצוע בצוותא של עבירת רשלנות אם בפועל למבצעים בצוותא הייתה מודעות. איך זה יכול להיות?! התביעה יכולה להחליט להוריד את האחריות לפחות ממה שיש לנאשם בפועל, כלומר על רשלנות למרות שיש מחשבה פלילית (הרשעה על גרימת מוות רשלנות במקום הריגה למשל). במצב כזה כתב האישום יהיה בשותפות כי בפועל יש להם יותר מרשלנות.

צורת ההרשעה היא למצוא את העבירה ולהוסיף לה את סעיף 29(ב9. אין הרשעה על שידול או סיוע בעלמא, ההרשעה תמיד תהיה קשורה בעבירה מסויימת. לגבי אותה עבירה (נניח רצח) נשאל מי השותפים, מה המבצעים בצוותא.

**היסוד העובדתי של המבצע בצוותא כולל שני רכיבים:**

היסוד העובדתי הוא כל המבחנים בפסיקה שנועדו להבחין בין מבצע בצוותא לבין מסייע. הכלל שקבוע בסעיף 29(ב) קובע שכל אחד מהמבצעים בצוותא יבצע חלק מהיסוד העובדתי אך לא את כולו. החריג לכלל אומר שיתכן שמי שלא ביצע בעצמו אך חלד מהיסוד העובדתי יחשב מבצע. למשל לגבי רב העבריינים שהזכרנו קודם

בפס"ד רז נגד מדינת ישראל קובע השופט קדמי כי מבצע בצוותא הוא מי שנוטל חלק בביצוע העבירה על ידי עשיית מעשה המצוי לפי טבעו במעגל הפנימי של ביצוע העבירה כשלמושג ביצוע יש משמעות הרבה מעבר לעשיית מעשה המבטא את הרכיב ההתנהגותי של הגדרה זו. כבר בפס"ד זה שניתן ממש אחרי תיקון 39 ניתן לראות את החריגה מהמילים של הסעיף. בעצם אנחנו לא מבקשים ממישהו שיעשה משהו אלא חשוב שהוא יענה על שורות המבחנים שהפסיקה קבעה כדי לנסות להבחין בין מעגל פנימי לחיצוני.

הפסיקה מרחיבה את סעיף 29(ב)ובעצם דורשת מאיתנו להידרש למבחנים שמבדילים בין מבצע בצוותא למסייע או משדל.

מה המשמעות של נוכחות או של אי נוכחות במקום ביצוע העבירה?! בעבר לפני תיקון 39 לנוכחות במקום ביצוע העבירה הייתה משמעות מהותית – עצם הנוכחות מהווה ביצוע בצוותא. הדרישה נמחקה בתיקון 39 אבל הפסיקה קובעת שהיא נותרת במישור הראייתי ויכולה להשפיע לשני הכיוונים – מצד אחד, העובדה שאדם לא נוכח במקום העבירה עדיין לא אומרת שהוא לא יחשב מבצע בצוותא, כלומר נוכחות היא לא תנאי הכרחי לביצוע בצוותא. נראה את זה בשורה של פסקי דין כאשר משולם הוא פס"ד שרואים את זה בברור. מצד שני, בנוכחות יש משקל ראייתי. מי שכן נוכח במקום ביצוע העבירה יש לו סיכוי רב יותר להיות מורשע כמבצע בצוותא. גם כאן זה לא תנאי שסוגר את הדיון. יש אנשים שנוכחים בביצוע עבירה ולא יורשעו בביצוע בצוותא. למשל, מקרה שבו שודדים מבקשים מאדם שיחכה מחוץ לבנק ברכב מילוט. נהג הרכב מהווה בעיה מתמשכת בפסקי דין. הנהג יכול להיחשב כמבצע בצוותא ויכול להיחשב כמסייע תלוי מה המעורבות המוקדמת שלו. אם הוא רק נהג הוא מסייע ואילו אם הוא שותף לתוכנית עצמה הוא מבצע בצוותא. אין מסקנה חד משמעית, הדבר תלוי בנסיבות ובמעורבות הנהג. יש לזכור שהדבר הוא עניין ראייתי חשוב משמעות.

הרבה פעמים ביצוע בצוותא יהיה קשור בהרשעה של עבירה עצמאית בשם קשר ב**סעיפים 499 ו500**. עצם העובדה שקשרתי עם אדם אחר לבצע פשע או עוון, גם אם לא עשינו כלום אחר כך, העובדה שהיה דיון כזה היא עבירה עצמאית, היא לא תלויה בביצוע הפשע או העוון. הרבה פעמים ביצוע בצוותא מחייב קשר אך לא תמיד.

כאשר מדובר למשל בשותפות ספונטנית אין קשר מוקדם, אין שבו אנשי יושבים קודם ומתכננים אבל היא יכולה להביא להרשעה בביצוע בצוותא. פס"ד עזיזיאן מדבר על התנפלות המון חרדי על דירות שגרות בהן נוצריות והוא הורשע בביצוע בצוותא.

**מסייע**

**בסעיף 31** נפלה טעות בדרך. כיום רשום "עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע". הדבר נראה לנו כסעיף המחייב מטרה. הנוסח בהצעת החוק ושעליו הצביעו בוועדה קבע כי "מסייע הוא מי שעשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע". היסוד העובדתי של ההצעה הוא מעשה שיש לו תרומה לביצוע מבחינה עובדתית בלי מטרה. הכוונה של מנסחי תיקון 39 וגם של חברי הכנסת שהביאו את הנוסח המקורי הייתה להגיד שסיוע דורש תרומה אפקטיבית לביצוע ומבחינת מחשבה פלילית דורש רק מודעות. בטעות ליושב ראש הוועדה נשמטו שתי מילים ואז יצא שינוי כללי של תנאי הסיוע. לכולם ברור שיש כאן טעות.

**פס"ד פוליאקוב** מדבר בדיוק על זה. מדובר בנהג רואה איך הורגים אישה במושב האחורי של המונית שלו והוא מציית למה שאומרים לו. נשאלת השאלה מה היסודות של סיוע כדי לדעת האם אפשר להרשיע אותו. השופטים מצא וטירקל אומרים כי הם יודעים שיש טעות של המחוקק והם סברו שיש לקבוע לפי מה שהיה אמור להיות ז"א שצריך רק מודעות. בעמדת מיעוט אנגלרד אומר כי צריך לקיים את מה שכתוב בחוק. הוא אומר כי נדרשת מודעות ועוד יחס תכליתי שהוא מטרה שהעבירה תבוצע.

**פס"ד פלונית** מדובר על רצח תומר הירש ודנים בשאלת אחריותה של חברה של הרוצח שעוזרת לו לקנות את הסכין ומסבירה לו היכן לדקור את הנרצח השופט ברק קובע שהיסוד הנפשי הוא מודעות ומטרה אבל בשונה מאנגלרד הוא דורש מטרה יותר מצומצמת. לא צריך לרצות שהעבירה תבוצע אלא המטרה היא לסייע למבצע.

לסיכום יש לנו שלוש גישות לגבי היסוד הנפשי של המסייע:

1. שופטי הרוב בפוליאקוב – רק מודעות.
2. אנגלרד בפוליאקוב – מודעות + מטרה לבצע את העבירה
3. ברק – מודעות + מטרה לסייע למבצע.

בסופו של דבר הלכה כברק. ברק כותב את הדברים לאחר ביקורת קשה מצד קרמניצר על פס"ד פוליאקוב. הוא אומר כי צריך לכבד את מה כתוב בספר החוקים גם אם אני חושבה שזו לא הכוונה. בעצם ברק בפלונית מקבל את הביקורת של קרמניצר והולך לפי הכתוב. בעצם בגלל ההליכה לפי הדבר כולל גם ניסיון לסייע כי מדובר ב"כל מעשה".

האם אפשר להחיל את הלכת הצפיות על הוכחת המטרה בסיוע?! מה קורה עם מי שיש לו מודעות ברמה של קרבה לוודאי שהוא מסייע גם אם זו לא מטרתו?! האם מודעות של קרבה לוודאי שקולה להוכחת המטרה?! נראה שהתשובה היא חיובית בשורה של פסקי דין. למשל בפלוני וגם בדברי שהשופט אנגלרד בפסק דין פוליאקוב.

**סיוע על דרך נוכחות**

דרישת הנוכחות כתנאי מהותי להרשעה לא קיימת אחרי תיקון 39.

**פס"ד ירחי** מדבר על מצב שבו אדם נוכח. בפס"ד נקבע כי נוכחות אכן מקימה חזקה כנגד הנאשם אך חזקה ניתנת לסתירה. נוכחות מקרים גם אם היא מלווה בידיעה על ביצוע העבירה אין בה די, צריך להוכיח שהנוכחות נועדה לסייע למבצע גם אם בפועל היא לא סייעה. מי שמגיע למקום ביצוע העבירה כדי לעודד את העבריין יחשב כמסייע אבל מי שסתם מצא במקום ביצוע העבירה ויודע על קיומה לא אחראי לעל כלום.

**אבחנה בין סיוע לביצוע בצוותא**

הבעיה העיקרית של אבחנה בין סיוע לבין ביצוע בצוותא. קביעת היסוד העובדתי של ביצוע וצוותא והבחנה בין מסייע למבצע הוא חובה. עונשו של המסייע הוא יותר קטן והפסיקה חייבת לעשות את ההבחנה הלא פשוטה הזאת. בפסיקה ובספרות יש הרבה מאוד מבחנים:

1. **מעגל פנימי או מעגל חיצוני –** מטרתנו היא לבדוק מי מבין השותפים שייך למעגל הפנימי של הפעילות העבריינית. אדם כזה תרומתו לביצוע תהיה עיקרית ולא משנית.
2. **חלוקת העבודה –** אם רואים שהשותפים מחלקים בניהם את הביצוע העברייני כך שלכל אחד יש תפקיד בפעילות בד"כ זו תהיה אינדיקציה לביצוע בצוותא, גם אם כתוצאה מהחלוקה הזו יהיו תפקידים יותר משניים ויותר זוטרים.
3. **מבחן השליטה הפונקציונלית –** מבין שהציע פרופסור קרמניצר ואומץ בפסיקה. המבחן מבקש לאתר את אלו שבפועל שולטים על הפעילות העבריינית.

ב**פס"ד הורביץ** נקבעכי המבחן הוא חד סטרי במובן הזה שאם קיימת שליטה פונקציונלית זו ראיה לביצוע בצוותא אבל גם אם אין שליטה פונקציונלית צריך להמשיך לבדוק את המבחנים האחרים.

1. **תרומה פיזית -** חשוב לזכור שאין צורך בתרומה פיזית ממש לביצוע העובדתי. בעצם הפסיקה מצמצמת את המילים של סעיף 29(ב) כך שלא צריך אפילו תחילת ביצוע אלא די להיות חלק מהתכנון כדי להחשב מבצע בצוותא. המבחן הוא מבחן מהותי או ערכי או תכליתי – רוצים לדעת מי באמת מתאים להיתפס כמבצע בצוותא מבחינה ערכית, מהותית ולא עד כמה אותו אדם סייע פיזית לביצוע.

ריבוי אינדיקציות מביא לתוצאה. ככל שיותר מבחנים מתקיימים כך נדע שמדובר בביצוע בצוותא.

**המבחן המשולב** אומר כי יש לבדוק את הכל. בסופו של יום ההחלטה היא גם שאלה של איזון. אם נחליט שמבחינת התרומה אותו אדם לא תרם הרבה אבל מבחינת השליטה הפונקציונלית מעורבותו רבה די בזה. יש איזון בעצם בין יסוד נפשי לעובדתי.

**יום שני 17.6.13**

כל פעם שנראה עבירה המבוצעת על ידי רבים יש להעלות את כל המבחנים שדיברנו עליהם ולראות מה מהם מתקיים. יש לזכור את דבריו של מצא שאומר כי אם יש קושי ביסוד העובדתי יש לבדוק את היסוד הנפשי. כמו שאמרנו היסוד הנפשי של ביצוע הוא שונה מהיסוד העובדתי הוא קודם כל ניתוח רגיל של העבירה וצריך להוסיף לו מודעות לפעילות המשותפת. מה שצריך לראות בפסקי הדין שלמדנו זה אינדיקציה לניתוח.

חשוב לזכור כי הסיוע צריך להיות סיוע לעבירה מסויימת.

חשין מותח ביקורת על כל המבחנים שהזכרנו ואומר כי המבחנים האלו הם מילים יפות אבל לא מקרבות את ההבנה שלנו לגבי מי הוא מבצע ומי הוא מסייע. הוא אומר כי מבצע הוא מי שאנחנו רוצים להטיל עליו יותר עונש ומסייע הוא מי שאנחנו רוצים להטיל עליו פחות עונש. מה הבעיה בגישתו של חשין?! האם באמת בשלב הכרעת הדין השופט כבר יחליט על מי הוא רוצה להטיל עונש יותר חמור עוד לפני שהוא שומע את הטיעונים לעונש?! אולי בשלב הטיעונים לעונש יהיו טיעונים חזקים שעדין לא עברו על ידי הצדדים בהכרעת הדין?! זה רק מבטא את הקושי. המבחנים צריכים לגזור את העונש ולא החלטה של השופטים בלבד. בפועל כנראה שדרכו של חשין היא מה שעומדת מאחורי קביעות השופטים.

אירוע שקצת מזכיר את ברדריאן – כמה אנשים שמכים ביחד והורגים אדם במכות. ברור שאחד הוא זה שבועט את המכה הקטלנית בראש אבל כפי שהדברים הם בדרך כלל אי אפשר לדעת מי נתן את הבעיטה הקטלנית. מה עושים במקרה כזה?! מה קורה עם כל המכים?! האם העובדה שיש מכה הניתנת לזיהוי אומרת שאי אפשר להרשיע אף אחד בהריגה או שאפשר באמצעות ביצוע בצותא לייחס את המוות לכולם למרות שאנחנו לא יודעים מי בפועל נתן את המכה הקטלנית?! שמגר קובע שכאשר מדובר במזימה משותפת כל אחד מהמשתתפים אחראי לכל תוצאה אפשרית כל עוד הוא מודע לה. במקרה זה כולם מודעים לכך שהם מכים את המנוח אז אין זה משנה מי נתן את המכה הקטלנית. באותו מקרה הוא משאיר בצריך עיון מה שקורה במידה ויש לנו דקירת סכין כמו בברדריאן.

יש לנו בעצם שתי דרכים להסתכל על ניתוח הסוגיה –

1. באמצעות דיני הקשר הסיבתי, הדרך שקבר דיברנו עליה, לבדוק אחריות ישירה של כל אחד לתוצאה הסופית ולראות האם אשר לבסס את האחריות של כל אחד לגרימת התוצאה באמצעות קשר ישיר.
2. לבדוק את דיני המבצעים בצוותא. לבדוק את הסעיפים שאנחנו מדברים עליהם עכשיו ואז יש לנו פחות מה להוכיח מבחינת יסוד עובדתי וצריך לעשות יותר מבחינת יסוד נפשי (מודעות לביצוע בצוותא).

אנחנו צריכים לנתח בשתי הדרכים.

**פס"ד מרדכי**

עבודי ומרדכי קושרים קשר לשדוד את המנוח כאשר לעבודי יש מוט למרדכי סכין והן אומרים לדלל שהוא המאבטח. הם מספרים לו שמדובר בשוד ואולי בצרח והשאלה היא איך מסווגים את כל הברנשים מבחינת האחריות שלהם. ברור שעבודי הוא המבצע כי הוא גורם בפועל למוות. מרדכי למרות שהוא עוצר את המכה השלישית ברור לנו שהוא מבצע והשאלה הקשה היא מה קורה עם דלל שנשאר בחוץ. האחריות של התצפיתן תלויה במידת הידע שלו ומידת ההתערבות שלו בעשיה. במקרה זה מדובר בחלוקת עבודה שלא מוציאה אותו מהאחריות לביצוע העבירה והא יחשב כמבצע בעוד שמי שלא יהיה מעורב בעשייה יחשב כמסייע.

עוד נקודה שיש לשים לב אליה בפס"ד זה היא העבירה. עבירת הרצח הקלאסית היא **סעיף 300(2)** – רצח בכוונה תחילה. זה הרצח שאנחנו רגילים לשמוע עליו. יש עוד חלופות שחלק כבר היו צריכות לעבור מהעולם. הסעיף שמדובר במקרה זה הוא סעיף שמכוני פלוני מרדר **300(א)3** רצח אגב ביצוע העבירה. מה קורה כאשר הרצח הוא לא המטרה העיקרית של העבירה?! אין לנו כוונה שהוא הרכיב הכי חשוב. הם עושים את זה אגב ביצוע עבירה אחרת. החוק מאפשר להרשיע בעבירה של רצח עם יסוד נפשי מופחת, לא צריך להוכיח כוונה. למרות זאת עונשו מאסר עלם והוא שקול מבחינת דרגת אשם לרצח הקלאסי.

מה קורה עם הסעיף הזה לאחר תיקון 39?! פסק הדין לא מכריע רק אומר כי דרוש שאגב ביצוע המעשה האחר האדם יהיה אדיש לכך שהוא הורג אדם אחר. כלומר מודעות ואדישות מספיקים. מה הקושי?! החל מתיקון 39 יש דרגה פחותה מאדישות. כלומר מה שיוצא זה שאפשר להרשיע ב300(א)3 גם אם יש יסוד נפשי של קלות דעת בלבד. זהו סעיף שיש עליו ביקורת משמעותית בעולם.

**פס"ד פלונית**

פרשת הרצח בשוק הקצבים. השאלה שמעניינת היא אחריותו של מיש מכונה בפסק דין "טל". אותו נער שהוא חלק מההתארגנות מלכתחילה, הוא היוזם המתכנן וברור שהוא לב ההתארגנות ומקבל רגליים קרות. כאשר כולם יוצאים לזרוק את הרימון הוא לא בא איתם. איך צריך לתפוס את פעולתו?! על פני הדברים הקל ביותר היה לקרוא לו משדל אבל אנחנו רואים שבית המשפט רוצה להכניס אותו לתוך הביצוע. העובדה שהם קטינים חשובה כי אין מאסר עולם כעונש חובה נראה כי הוא קיבל 5 שנות מאסר אז בית המשפט היה יכול לאזן את הכרעת הדין עם העונש, אך ההלכה נכונה גם לבגירים שאז עונש מאסר העולם היא חובה.

לפני תיקון 39 הייתה מקובלת אחריות שקראנו לה אחריות סולידרית של קושרים. כלומר אנשים היו אחראים לעבירות שנבעו מקשר פלילי שהם היו שותפים לו. אם חבורה של אנשים ישבה ביחד ותכננה ביצוע עבירה כל אחד מאותם אנשים שהיו שותפים לתכנון היה אפשר להרשיע אותם בכל עבירה שאדם שיש בחדר הלך וביצע כתוצאה מכך גם אם הקושרים לא תכננו אותה ביחד. הרעיון היה שעל אנשים לא להיכנס בכלל לקשירת קשר פלילי. האחריות הזאת כמובן לא תואמת לתיקון 39 היא מורחבת ומוחלטת. כיום בוטלה האחריות הסולידריות של קושרים וחזרנו לעניין של דיני השותפות.

מגיע שוק הקצפים בפועל השופטים מחזירים את האחריות הסולידרית בדלת האחורית. הם מרחיבים כל כך את הביצוע בצוותא כך שבפועל הם מרשיעים כפי שהם היו מרשיעים קודם לכן על אחריות סולידריות. טל קשר קשר לרצוח אבל לא עשה שום דבר בפועל. ההרחבה הזאת של הביצוע בצוותא שמכניסה גם את טל כאחראי ממש לרצח בעצם מכניסה לנו בדרך האחורית של האחריות הסולידרית שביקשנו לבטל.

**ביצוע באמצעות אחר**

קבוע ב**סעיף 29(ג)**. אדם מבצע את העבירה לא בעצמו אלא באמצעות שימוש באדם אחר. כל הדוגמאות שמופיעות בסעיף 29(ג) הן של אחר תמים, סוכן או כלי שאין לו אחריות ולכן כלי ביד השולח. המבצע באמצעות אחר הוא האחראי הבלעדי לביצוע העבירה. מי שבפועל מבצע יש בו משהו פגום מבחינת המידע שיש לו ולכן אנחנו רוצים להטיל את האחריות על האדם בעל מידע.

מופיע לנו המילה "כגון" שאומרת לנו שלא מדובר ברשימה סגורה של מצבים אלא אפשר להוסיף דוגמאות נוספות. השאלה היא אם אפשר לחשוב על ביצוע באמצעות אחר גם כשלאחר יש אחריות אבל היא פחותה מזאת של המבצע באמצעות אחר או רק כאשר למבצע בפועל אין אחריות כלל?! נניח שהמבצע הוא מודע אבל זה שמבצע בפועל הוא רשלן ולא יודע מה התוכנית של זה ששלח אותו. אין לשאלה זו תשובה בפסיקה. דעת המרצה היא כי ביצוע האמצעות אחר צריך לחול בכל פעם שיש פער מידע בין המבצע באמצעות אחר לבין הסוכן שלו ולא רק במצבים בהם הסוכן פטור לגמרי מאחריות. אם אנחנו לא מצליחים להיכנס לסעיף הזה תהיה היפוך של חומרה – הסוכן הרשלן יתפס כמבצע עיקרי והשולח שלו יהיה רק משדל.

**סעיף 29(5)** "כורח או צידוק" – רוב הדוגמאות של סעיף 29(ג) הם סעיפים שאין בהם אחריות. סעיף קטן 5 הוא סעיף הצידוק.

אחת החלופות של צידוק ב**סעיף 34(י"ג)2** היא הנושא של פקודה בלתי חוקית בעליל. יש לנו פסיפס של דינים. ישנה אחריות מאוד כבדה על חיילים שאומרת כי יש לציית לפקודה בלתי חוקית ואי ציות זו עבירה, לעומת זאת לפקודה בלתי חוקית אסור לציית ולא יחול על המבצע סייג לצידוק וזו הבעיה של כל אדם שכפוף לפקודות. במדינות אחרות כמו אנגליה אסור לציית גם לפקודה בלתי חוקית. הדבר מוביל לאבסורד כי אי חוקיות יכולה להיות גם בדברים הקטנים כמו חציית כביש לא במעבר חציה. לכן הבחירה בארץ היא להגיד שפקודה שדגל שחור מתנופף מעליה, דוקרת את העין ומקוממת את הלב אין לבצע. הצד השני של ביצוע באמצעות אחר ואמר לנו כי כאשר חלה הגנת הצידוק (פקודה או פקודה בלתי חוקית) המפקד (המשלח) אחראי אחריות ישירה לתוצאות המעשה. המפקד הוא בעצם מבצע באמצעות אחר ולכן הוא יהיה האחראי. אם הצידוק לא חל, כלומר אם זו פקודה בלתי חוקית בעליל, לחייל יש אחריות ישירה מה שעושה את המפקד שלו משדל. זה מה שקרה שכפר קאסם – את נותן ההוראה הרשיעו בשידול.

**אחריות של רב עבריינים**

בארץ מנסים לדחוק את רב העבריינים בתוך עבריינות בצוותא. אחת ההצעות הייתה להכניס את רב העבריינים לסעיף 29(ג) כלומר להגיד שראש המאפיה הוא מי ששולח את החיילים שלו ומבצע באמצעותם.

דרך הרצה שמבחינה לשונית ומעשית היא חלשה שכן לא יהיה הבדל של ביצוע בצוותא לביצוע באמצעות אחר. יהיה צורך לשנות את הסעיף ממש ואולי בכלל לטפל במצבו של רב עבריינים ולא לגרום לפסיקה לעשות את ההתפתלויות הפרשניות כדי לדחוק את רב העבריינים לתוך ביצוע בצוותא. חוק המאבק בארוגני פשיעה הוא דוגמא להתחלה של שינוי. הוא מבסס כללים שונים ומאפשר להטיל על חברים בארגוני פשיעה אחריות בתנאים יותר קלים מתאני סעיף 29 לרבות מי שעומד בראש ההתארגנות. הבעה המרכזית של החוק הוא שהוא לא חל על העבירות הקשות ביותר כמו רצח.

**משדל**

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

בעבר נדרש יסוד נפשי תכליתי כדי להרשיע בשידול כלומר נדרש שהמואשם יהיה מישהו שרוצה שהעבירה תבוצע. כיום אין דרישה ליחס תכליתי אנחנו צריכים רק שהמשדל יהיה מודע למה שהוא עושה.

מה המשמעות של המילה – המביא?! באיזה אופן א' יכול להביא תא ב'לבצע עבירה?! גם כאן נשמעת דרישה של קשר סיבתי אבל אין כאן פסיקה ומוסכם על כולם שזהו אל בדיוק קשר סיבתי כפי שהוא ביסוד העובדתי, זה לא אותם מבחנים קפדניים. הדרישה היא שיהיה קשר של נביעה, שהדבר לא יהיה במקרה שביצוע העבירה יצאה על הדרך אלא שהעבירה נגרמה בגלל שמישהו נטע במוחו של המבצע את הרעיון.

**למה אחריות על משדל היא בעייתית?!**

העבריין כאן הוא אדם אחראי שמקבל איזושהי המלצה והוא מסכים אז למה להטיל אחריות על המשכנע?! הביקורת נכונה לא רק על שידול אלא על עבירות שהן ממין השידול כמו הסתה. כל עבירה שמשמעה היא ניסיון לפגוע באלו שנוטעים במוחם של אחרים רעיונות פלילית סובל מהקושי ששואל מה מצדיק את ההליכה שלב אחד אחורה שהיא לא מוצדקת. בעשרים השנה האחרונות אנחנו מרחיבים את האחריות על משדל ובכלל על הסתה ונדמה למרצה כי אנחנו שוכחים את הקושי. יש כאן כרסום ברעיון של אחריות אישית והמשדל גם הוא אחראי למעשי המבצע או לפחות להחלטה של המבצע לבצע.

**מה ההבדל בין שידול לניסיון לשידול?!**

מה ההבדל בין שידול בסעיף 30 לניסיון לשידול בסעיף 33?! ניסיון לשידול הוא שהמשודל לא התחיל לבצע. ניסיתי לגרום לאדם אחר לבצע עבירה ולא הצלחתי לשדל. אם שידלתי מישהו והוא לפחות התחיל, ניסה לבצע את העבירה זה לא משנה אם הוא הצליח או נכשל בביצוע העבירה הדבר יחשב כשידול. כלומר כדי שיהיה שידול צריך להיות לפחות תחילת בצוע של העבירה ואילו לניסיון לשידול נכנסים כאשר השידול נכשל.

**שידול צריך להיות מסויים, ספציפי משתי בחינות:**

1. השידול פונה לאנשים מסויימים, שידול איננו הסתה. למשל אם מישהו יפרס ברדיו קריאה להסתה הוא לא משדל.
2. השידול צריך להיות ספציפי גם לגבי סוג העבירה. צריך לשדל לפעילות עבריינית מסויימת.

השידול צריך להיות ברמת מסויימות כזאת שנדע למי הוא מפנה ובאיזה עניין. שידול תמיד כפוף לעבירה הסופית.

**פטור עקב חרטה**

**סעיף 34:** "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."

האפשרות של פטור עקב חרטה לא היה לפני תיקון 39. הוא קיין עכשיו לגבי משדל, מסייע ומנסה מכוח סעיף 28 שעליו נדבר שיעור הבא. כחלק מהתפיסה הגמולית של חוק העונשין בא המחוקק ופתח פתח למי שמסוגל למנוע עבירות לעשות זאת. יש לשים לב לנקודה חשובה – אין פטור מעבירה מושלמת. הכוונה היא רק לפטור שחל אם העבירה התחילה אבל לא הושלמה. אם המסייע או המשדל כבר עברו עבירה מושלמת הם לא יקבלו פטור. אין פטור כזה למבצעים בצוותא.

**סעיף 34(א)** רבתי הוא דוגמא לסעיף קשה להבנה שפרשנותו עושה אותו עוד יותר קשה להבנה.

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.

אמרנו שאחריות סולידרית של קושרים עבר מהעולם. במקומו המחוקק הכניס את סעיף 34(א) שנועד להרחיב את האחריות על מבצעים בצוותא באל לא בצורה כל כך רחבה כמו שהיה לפני התיקון. בפס"ד סילגדו אנחנו רואים שהאחריות עמדה לביקורת חוקתית בשל הקושי שהסעיף מעורר בגלל הרחבת האחריות. את הבחינה החוקתית הסעיף עבר.

דעת המרצה היא שיש כאן טעות כי סעיף 34(א) לא מזכיר את ביצוע באמצעות אחר ולא ברור למה. הסעיף מפריד בין האחריות של מבצע לאחריות של משדל ומסייע. על המבצע מוטלת אחריות רחבה יותר. הסעיף כולו עוסק באחריות לעבירות שבוצעו על ידי אחרים ובתנאי שאין מודעות לגבי ביצוען. התנאי הנוסף הזה לא נאמר במפורש בסעיף והוא תוצאה של הפרשנות שניתנה לו על ידי השופט ברק בפסקי הדין של מרדכי ומשולם, פרשנות שאומצה לאחר מכן והיא היום הלכה חד משמעית. בעצם נכנסים לסעיף רק רשלנים.

למשל קשר לביצוע שוד שבמהלכו מבוצע רצח שלי שהרצח תוכנן מראש – מה יקרה עם השודד שלא יודע שהיורה עומד לרצוח?! התנאי המרכזי שברק אומר לנו היא שלא נכנס לסעיף אם השודד מודע לאפשרות שיהיה רצח. אם יש מודעות לאפשרות שתתבצע עבירה נוספת הסעיף לא חל והשודד השני יהיה אחראי. זו דוגמה שהוכרעה בפסיקה שנכנסים לתוך סעיף 34(א) והמבצעים בצוותא הנותרים ישאו באחריות.

כל מה שכתוב בסעיף היא שדרישת המינימום להכניס לסעיף היא רשלנות. ברק הוסיף על כך שמי שיותר לו יותר מרשלנות לא נכנס לסעיף. מה קורה עם מי שיודע שיש אפשרות שתבוצע עבירה נוספת במהלך העבירה העיקרית?! יחולו דיני השותפות הרגילים כלומר הוא יהיה אחראי למבצע בצוותא, אחריות ישירה לעבירה הנוספת.

הביקורת על גישתו של ברק היא – מכוח מה יש לו אחריות על העבירה הנוספת?! סעיף 34 מאפשר לי להרשיע, אם לא נכנסים לסעיף מכוח מה גישתו של ברק היא נכונה?! ברק שעצם אומר שיש יסוד נפשי אבל אין יסוד עובדתי, צריך לפחות תחילת ביצוע. בעצם מה שברק עושה זה אחריות על עבירה שונה או נוספת עם יסוד נפשי בלבד. דעת המרצה היא שאולי יש הצדקה לקביעה של ברק אבל אין לה אסמכתא חוקית.

**מה סעיף 34(א) עושה?!**

מבצעים בצוותא רשלנים אחראים באותה רמה של אחריות כמו המבצע העיקרי אלא אם כן מדובר בעבירה של כוונה. בדוגמה הקלסית של שוד ורצח השודד שהוא לא הרוצח ולא יודע שיש אפשרות לרצח יואשם על הריגה בעוד שהרוצח יואשם בשוד ורצח.

משדל ומסייע לעבירה מסויימת יהיו חייבים על העבירה האחרת שבוצעה והם לא מודעים לה רק ברמה של רשלנות ורק אם קיימת עבירה כזו באותו יסוד עובדתי. כלומר לא מרשיעים אותם בעבירה שבוצעה ברשלנות אלא יש צורך לחפש עבירה אחרת עם אותו יסוד עובדתי שהיסוד הנפשי שלה הוא רשלנות. הרבה פעמים לא נמצא עבירה כזאת ולא תהיה להם אחריות בכלל.

אמרנו שבבסיס הפעילות של צדדים לעבירה עומדת עבירת הקשר שהיא עבירה עצמאית. יש לשים לב שבאופן פרקטי העבירה בדרך כלל נבלעת בעבירה הסופית.

**יום רביעי 19.6.13**

**ניסיון לעבור עבירה**

**סעיף 25** "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה." מי שמנסה לעבור עבירה הוא מבחינת היסוד העובדתי הוא יותר מהכנה ופחות מביצוע מושלם. מה אומר לנו הסעיף על היסוד העובדתי של ניסיון?! כלום! חשוב לזכור שהכנה היא לא ענישה אלא אם כן יש לנו הוראה בחוק המענישה על הכנה כמו אחזקת סמים.

**למה להעניש על ניסיון?!**

השיקולים תמיד צריכים להיות השיקולים שהנחו אותנו על למה להעניש.

**שיקולים גמוליים=>** מכיוון שיקולי הגמול יש לנטרל את גורם המזל בדיני עונשין. אם עיקר ההתמקדות היא בחירה לעשות רע אז לא נעניש רק על עצם הבחירה אבל בניסיון יש לנו את הבחירה לפגוע בערף מוגן וגם התחלה של המימוש שלה. ההבדל המוסרי בין מי שמתחיל לבין מי שמשלים הוא לא מאוד משמעותי. מצד אחד אנחנו נעניש אותו על ניסיון כדי שלא ינסה כמה פעמים עד שיצליח ומצד שני יהיה הבדל בעונש כי אנחנו מעדיפים שינסה ויפסיק ולא ישלים את העבירה. שיקול זה הוא גם שיקול מניעתי וגם שיקול גמולי.

מה קורה אם לא היה לנו ענישה על ניסיון?! גם אם היה מידע מוקדם על האפשרות שתבוצע עבירה אי אפשר היה לעצור את המבצע. אם הניסיון הוא לא עניש המשטרה לא הייתה יכולה לעצור אף אחד עד שהוא היה משלים את הביצוע. זהו שיקול פרקטי שיש להשתמש בו בזהירות שכן ככל שנרחיב אותו נתקרב לשלב ההכנה. השיקול המעשי הזה גם הוא מחייב ולכן נמצא בכל שיטות המשפט ענישה על ניסיון.

יש כאלו שיגידו שעצם התחלת הביצוע, הניסיון עצמו, הוא כבר סוג של התרסה בפני שלטון החוק ולכן יש בו נזק חברתי. דעת המרצה היא שהשיקול הזה הוא חלש.

**שיקולים תועלתנים=>** התועלתנות תתייחס לניסיון בפחות חומרה מהשיטה הגמולית כי לא נגרם נזק ולא הייתה הפחתה של אושר. בנוסף, אם מדובר במישהו שעדיין לא ביצע את כל העבירה יכול להיות שענישה פחותה תהיה יעילה כדי למנוע ממנו לחזור על המעשים, לנסות להצליח בפעם הבאה.

המחוקק לא טרח להגיד לנו מה היסוד העובדתי של ניסיון, הוא רק נתן את קווי הגבול. האם כל מה שיוצא מגדר הכנה הוא עניש או שצריך יותר להתקרב לביצוע המושלם כדי להעניש על ניסיון?!

**פס"ד סרור**

כתב האישום מוגש על ניסיון לרצח. אדם רוצה לפגוע במי שמחזר אחרי החברה שלו. הוא מודה במשטרה שהוא התכוון "לגמור אותו", שהוא לקח איתו ביום האירוע שני רימונים ושהוא והמתלונן התדברו בניהם לרדת למטה "לגמור עניינים". כשהם יורדים במדרגות הנאשם לוקח את אחד הרימונים מוציא את הנצרה ועוד לפני שהוא משחר הבחור קופץ עליו ונשמע הפיצוץ. הנאשם אומר כי הוא לא שיחרר את הרימון ואף אחד לא יכול להוכיח כי הוא היה זורק אותו. בית המשפט דן בשאלה מה הנאשם היה צריך לעשות כדי שהדבר יחשב לניסיון לרצח?! לשחרר את המנוף אבל אז היינו מגיעים לסיטואציה של מזל מוסרי כי הוא היה עושה את כל מה שנדרש כדי לרצוח. פסק הדין מתמקד בשאלה האם הניסיון הוא כשהנאשם עושה כל מה שהוא יכול אבל לא מצליח לבצע את העבירה או שהוא גם כאשר הנאשם עדיין לא עשה כל מה שהוא צריך כדי לבצע את העבירה?! אם בית המשפט היה מקבל את טענת הנאשם היינו נכנסים לשיקול הדאונטולוגי הטהור ששמענו קודם. קבלת הטיעון משמעה שענישת הניסיון טרתה באמת לנטרל את גורם המזל. בית המשפט דוחה את הטענה ומרשיע בניסיון לרצח ואומר שהכלל בניסיון הוא לא המעשה האחרון שדרוש להשלמת ההתנהגות, חרף זאת נדרש להראות קרבה מספקת לביצוע המושלם, גם אם נדרש מעשה נוסף כדי להביא להשלמת העבירה.

אם היינו רואים בכל עבירה כעבירה תוצאתית אז ניסיון זה כאשר התוצאה לא הוגשמה. מכיוון שעבירות הן לא כולן תוצאתיות ויש להבחין בין עבירות התנהגות לתוצאה אנחנו מסתבכים. תוצאת המשנה לקבוע קו אחיד שיחול על כל העבירות מביא לנסיגה בעבירות תוצאתיות לשלב מוקדם יותר בביצוע.

**פס"ד סריס**

מדובר בטענה מקוממת מצד ההגנה. מדובר במישהו שרץ אחרי מתלוננת בדרך עפר, תופס אותה בשערות ומושך אותה בצד הדרך. הוא מתחיל באלימות פיזית ומודה שהוא רוצה לקיים איתה יחסי מין. המתלוננת נאבקת ומכונית שעוברת מסיימת את הסיטואציה. בבית המשפט הוא אומר כי ניתן להרשיע אותו בתקיפה הוויכוח הוא האם אותו מעשה הוא גם ניסיון אינוס. יש פה משהו מאוד מקומם – מדובר במישהו שאומר שהוא רצה את זה פועל למען זה אבל מכונית עצרה אותו. הוא אומר כי הוא אומנם רצה לשכב איתה אבל לא לאנוס. הטענה באה להגיד שאנחנו לא יכולים להיות בטוחים שהנאשם היה ממשיך כל הדרך.

לגבי היסוד העובדתי ברק אומר לנו שכדי להרשיע בניסיון צריך לצאת משלב ההכנה. מה שמאפיין את ההתנהגות הוא שהיא מהווה חוליה בשרשרת חוליות התנהגותיות שהיו מובילות להשלמת העבירה אלמלא הופסקו. לא צריך שזה יהיה המעשה האחרון, הסופי או המכריע אלא צריך שתהיה תנועה לעבר הביצוע. האינדיקציה שניתנת לנו לדעת המרצה היא לא מספיקה שכן כל מה שאנחנו יכולים להגיד מפסק הדין זה שאם יש לנו את המעשה האחרון אבל התוצאה לא קרתה או משהו עצר אותו כאשר הוא הראה את מלוא הנכונות זה יהיה מספיק לניסיון (אבל זה לא הכרחי). אנחנו לא יודעים מה קורה עם שאר המקרים. אפשר להרשיע בניסיון גם כשלא מגיעים לשלב כל כך רחוק בביצוע.

**פס"ד נחושתן**

יש לנו חוק שאוסר על יצירת הסדר כובל. הממונה על ההגבלים העיסקיים שולח חוקרים שמקליטים שיחה בין המנהלים של נחושתן לבין המתחרים בו המנהלים של נחושתן מנסים לשכנע את המתחרים להתקשר איתם בהסכם כובל תוך כדי דברי איום. בשלב זה הניסיון מופסק. האם יש בהצעה להתקשר בהסדר כובל היא ניסיון לעבור עבירת הסדר כובל?! טענת הנאשמים היא כי הם רק הציעו לעבור עבירה והצד השני לא שיתף פעולה. השופט קדמי אמר כי בנסיבות האלה בעצם העלאת ההצעה יש ניסיון במיוחד שההצעה לוותה באיום מוסווה ובדברי שידול או שכנוע. המבחן שהוא נותן לניסיון הוא מעשה המבטא את תחילת תהליך הביצוע של העבירה המושלמת ובלבד שיש בכך כדי לגלות בצורה חד משמעית את כוונת העבריין.

במילים אחרות אם מדובר בעבירה שכדי להשלים אותה יש צורך בשיתוף פעולה ממישהו אחר אז המאמץ לשכנע את האחר הוא ניסיון. אפשר להשקיף על כל הדבר הזה כעבירת קשר.

**פס"ד עית**

מקרה שבו אדם רוצה לקנות סמים בחו"ל והוא הולך עם חצי שטר כסמל זיהוי. על מנת שנוכל להעניש אותו בישראל צריך להראות שלפחות הניסין לעבור את העבירה בוצע בסמכות השיפוט של ישראל. האם החצי שטר, הסימן שהוא משאיר לעצמו, הוא כבר מוציא אותנו משלב ההכנה?! בפסק הדין נקבע שזה לא מספיק.

ראינו שכלל המעשה האחרון הוא לא הכלל אלא מבחן הקרבה המספקת. אותה חוליה בשרשרת ההתנהגות שמובילה לביצוע המושלם. כאשר מבחן הקרבה המספקת בעצם בנוי על בדיקת הזיקות לביצוע המושלם במקרה הספציפי. בודקים האם יש קרבה בזמן, קרבה במקום, אם אין קרבה בין המזיק לניזוק ועוד. אנחנו רואים שבתי המשפט מתייחסים בצורה מאוד משמעותית לדירה לספרה של הקורבן. העובדה שהנאשם מצוי בקרבת מקום לקורבן היא אינדיקציה משמעותית למעבר בין ההכנה לביצוע.

ב**פס"ד סנקר** אנחנו רואים עוד מבחן, מבחן הסרט האילם.

מבחן הסרט האילם אומר כי נניח שנתבונן בהתרחשות כפי שהיא קרתה בפועל כמו בסרט אילם כי אנו לא יודעים מה כוונת הנאשם איך נפרש את התמונה הבאה?! האם הסרט הולך לכיוון מימוש מלא של העבירה או לכיוון עצירה?! אפשר לקרוא לזה גם מבחן חד משמעיות – האם ההתנהגות מלמדת מה הייתה המטרה. הביקורת היא שקודם כל הנאשמים יכולים להסוות את המעשים שלהם, לא כל כוונה אנחנו מראים בהתנהגות ולכן יכול להיות שהמעשים לא נראים חד משמעיים בחוץ אבל הכוונה היא חד משמעית. בנוסף המבחן הזה אומר לנו ללמוד מהיסוד עבודתי על היסוד הנפשי – אם ההתנהגות חד משמעית מכאן שהיה יסוד נפשי. כמבחן מהותי זה מבחן גרוע. צריך להיות ההפך – היחס הנפשי מלמד אותנו שרציתי לבצע את ההתנהגות ולא להפך.

**על מה מעידה יציאה לביצוע העבירה?!**

פס"ד מדינת ישראל נגד זוהרה בו חוליה פלסטינית מבקשת להרוג שני חיילים השומרים על גן ילדים בשכונת ארמון הנציב בירושלים. הם מגיעים לשכונה עם כלי נשק ובאותו יום החיילים לא היו במקום ולכן הם לא יכלו לעשות כלום. הם מודים בחקירה. האם זה ניסיון לרצח?! בית המשפט מחליט במקרה הזה העובדה שהחיילים לא נמצאים היא מסוג האירועים שקורים בעולם ואינם תלויים בנאשמים. הם מבחינת עשו הכל אבל החיילים לא היו. בית המשפט מרשיע אותם בניסיון. אין התלבטות ביחס ליסוד הנפשי במקרה זה ולכן היציאה לעבר המקום נתפסה כאירוע מלא.

בפס"ד קובקוב מדובר במעשים שנעשים אחי הפיגוע בדולפינריום. המערער ראה בטלוויזיה קהל רב תוקף את המסגד, הוא הגיע למקום, הכין עשרה בקבוקי תבערה וטמן עשרה בקבוקים ולקח שניים עמו. הוא ראה את המשטרה במקום והבין שאין טעם לזרוק את הבקבוקים ופנה לכיוון יפו. הוא נעצר על ידי שוטרים ואמר כי הוא הגיע למקום הפיגוע וחזר כי היו הרבה שוטרים. הוא הודה כי עשה בקבוקים ולא זרק אותם כי לא היו ערבים במסגד אלא רק חיילים ושוטרים יהודים. החוקר שואל אותו אם הוא התכוון לזרוק את הבקבוקים והוא אומר כי הוא לא יודע אולי כן אולי לא. האם זה מעיד על ניסיון?! יצירת הבקבוקים זה בוודאי הכנה. בית המשפט אומר כי ספק אם ניתן לקבוע שהליכה לעבר יפו מהווה תחילת ביצוע עד כדי קיום הפיזי של יסוד העבירה, הצהרותיו של המערער מלמדות כי היה קרוב לגבש את הכוונה להשתמש בבקבוקי התבערה. מזכים אותו מניסיון לרצח והוא מורשע רק בניסיון להצתה ובהכנה של חומרים מסוכנים.

יש לנו שני מקרים שבהם יש הכנה. ההבדל המשמעותי בין שני המקרים הוא ההבדל ביחס הנפשי. במקום אחד הקביעה היא שהייתה כוונה להרוג, היה יסוד נפשי מוחלט ואילו במקום השני יש אדם מבולבל ומגלה שהוא לא לגמרי סגור על עצמו מה הוא הולך לעשות עם הבקבוקים האלו. העובדה שאין יחס נפשי מתאים מנעה את ההרעשה בניסיון לרצח אצל קובקוב. מבחינת מבחן הסרט האילם בשני המקרים הדבר היה צריך להסתיים בהרשעה. אנחנו לומדים בעצם שכאשר נאשם מתקרב לביצוע העבירה ונעצר בדרך כאשר יש לו את האמצעים לבצע את העבירה הדבר שיכריע הוא היסוד הנפשי. היסוד הנפשי ישפיע על השאלה כמה נדרוש מבחינת החוליות המתקרבות לביצוע. אם יש יסוד נפשי חזק בתיה משפט יסתפקו פחות ביסוד העובדתי.

**היסוד הנפשי בניסיון**

היסוד הנפשי כתוב בסעיף 25 – במטרה לבצעה. כלומר יש כאן יסוד נפשי שאיפתי, חפצי של חתירה להשלמת ביצוע העבירה או להשגת התוצאות. מדוע ההגדרה כה רחבה?! יש ניסיון חל גם על עבירות התנהגות ולא רק עבירות תוצאה. אז מה המשמעות של ניסיון בעבירות תוצאתיות?! ניסיתי לעבור חלק אבל המטרה הייתה לבצע הכל. צריך להוכיח מטרה לבצע. למשל בסריס אנחנו רואים שצריך את המחשבה הפלילית הדרושה לעבירה המושלמת. נוכל להגיד שצריך את היסוד הנפשי של העבירה המושלמת ועוד מטרה לבצע.

אם נהיה מעשיים נגיד שבאופן פרקטי מה שחשוב היא המטרה לבצע ובתי המשפט פחות מדקדקים ביסוד הנפשי הדרוש למטרה המושלם ויותר מתעכבים על אם הייתה מטרה לבצע.

יש כאן אנומליה כי סעיף 25 חל על כל העבירות מלבד חטאים. הבעיה היא שרוב העבירות בן עבירות מודעות או רשלנות וברוב העבירות לא צריך כוונה או מטרה לבצע.

אם ניקח למשל את כוונת ההריגה שצריך להוכיח בה מודעות וקלות דעת, כדי להרשיע בניסיון להריגה צריך להראות שלמנסה הייתה מטרה לבצע את העבירה. לכן, השאלה היא האם יש בכלל דבר כזה ניסיון להריגה או שיש רק ניסיון לרצח?! התשובה היא שיש ניסיון להריגה ובאמת צריך להוכיח מטרה להרוג. לא צריך לעמוד בעקרון כוונת התחילה כמו בצרח אבל יש לנו מצב מוזר בו אדם אחראי על הריגה אם יש לו קלות דעת אבל אחראי על ניסיון רק אם הייתה לו מטרה. זה אומר שהרבה מאוד אנשים לא יורשעו בניסיון. הסיבה היא שהמחוקק משתמש בטכניקת האיזון בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי.

האם יש ניסיון לעבירה של רשלנות?! על פני הדברים לא כי רשלנות זהו מצב בו אין לעבריין מודעות. יש לתביעה יכולת להגיש כתב אישום על עבירה נמוכה יותר מהמציאות. כמו שאמרנו יש מצבים שבם יש אפילו הנחיה להגיש כתב אישם בעבירה קלה יותר ואז יהיה אפשר להאשים בניסיון. אם התביעה הלכה למצב כזה שבפועל יש מטרה וסעיף האישום הוא רשלנות אז ניתן יהיה להרשיע.

מה עושים עם הלכת הצפיות?! האם היא טובה כדי להוכיח מטרה בניסיון?! האם כאשר אני יכולה להוכיח שהנאשם יודע ברמה של קרבה לוודאי במעשה יבוצע או שהתוצאה תקרה האם זה מספיק שהוא ביצע את זה במטרה?!

כנראה שהתשובה היא חיובית, פלר אומר שכן תמיד. ישנה הסתייגות קטנה שאומרת כי מכיוון שאנחנו בתחום של ניסיון שבו היסוד העובדתי הוא כל כך חלש ומינימלי במקרים בהם המבצע לא גיבש עדיין באופן סופי את הרצון לבצע את ההתנהגות אין ניסיון. דוגמא היא פס"ד בקובקוב. אם מבחינת היסוד העובדתי אנחנו מגיעים המסקנה שיש מעט ומבחינת היסוד הנפשי הנאשם עדיין לא החליט באופן סופי מה הוא הולך לעשות אז אי אפשר לנסות לבטל את הספק באמצעות הלכת הצפיות. אם אין החלטה באמת לבצע ואז משהו גרם להפסקה אז הלכת הצפיות לא תעזור.

יש עבירות ניסיון שהן עבירות ספציפיות שנחקקו במיוחד, למשל כי העבירה עצמאית (לא דרך סעיף 25), למשל סעיף 305- ניסיון לרצח, ויש עבירות שהן עבירות רגילות שאליהן אנחנו מצרפים את עבירת הניסיון.

**חוסר אפשרות לעשות עבירה**

**סעיף 26** **–** "לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו."

קוראים לזה בדרך כלל ניסיון בלתי צליח. מדובר על מצבים שבהם המנסה לא מצליח כי הוא משתמש באמצעים לא מתאימים לביצוע העבירה. על פני הדברים הסעיף אומר שאין לו פטור מאחריות אבל זה לא כל כך פשוט.

למה נועד הסעיף?! הוא נועד למצבים שבהם המשטרה רוצה למנוע עבירות אבל לא רוצה להסתכן שהעבירה תבוצע ולכן היא עושה שינוי – מחליפה את הסמים במשהו אחר, מוציאה נוקר מנשקים. המשטרה רוצה שתהיה תחילת ביצוע כדי שהיא תוכל להגיש כתב אישום. הנאשמים אומרים – סחרנו בקורנפלור ולא בסמים או שירינו ברובה צעצוע. הסעיף בא למנוע בדיוק את המצבים האלה.

מה קורה אם א' רוצה להרוג את ב' והוא עושה את זה באמצעות זה שהוא שם סוכר רבתה כי הוא חושב שסוכר יהרוג אותו. האם זה ניסיון בלתי צליח?! מה לגבי הטלת כישוף?! וודו?! הפסיקה אומרת שניסיון בלתי צליח מחייב שמבחינה אובייקטיבית המעשה יבוצע בתנאים שמאפשרים עקרונית את השלמת העבירה בתנאי שהמבצע לא מודע לכך שהאמצעים שהוא בחר בהם לא מתאימים. דעת המרצה היא שקו הגבול לא ברור, לא ברור מה זה שימוש באמצעים אובייקטיבים. לא ברור למה מי שבוחר באמצעים כמו וודו או כישוף ובחר לפגוע בערך המוגן יהיה פטור. הפעם הבאה הוא יוכל לבחור דרך אחרת לפגוע בעבירה המוגנת. מעבר לזה קו ההפרדה בין האמצעים הוא לא ברור.

בעצם אנחנו רואים כאן שניסיון בלתי צליח הוא הצד ההפוך של טעות בעבודה, טעות במצב דברים סעיף 34(ח). שם אנחנו בודקים מה האדם הספציפי חשב ואדם שטעה במצב הדברים יזוכה ואילו כאן טעות במצב הדברים תוביל להרשעה. אנחנו שופטים אדם לחובה או לזכות במשקפי הטעות שלו.

יש לשים לב שאין ענישה על טעות בדין. אם אדם חשב שהוא מבצע עבירה אבל בפועל אין עבירה כזאת הוא לא יורשע.

**פס"ד שובי**

מדבר על ניסיון להרשיע על שימוש בסמים של חייל. אין ראיה מעבדתית לשאלה במה הוא השתמש רק יודעים שהוא השתמש. עוד בעיה הייתה שהוא בעצמו לא ידע במה שהוא השתמש. רק יודעים שזהו חומר חום לא מזוהה.

נתפס החייל הודה שהוא השתמש בסם והוא לא ידע איזה, על פני הדברים תיק מושלם אבל ההגנה שלו אמרה כי אף אחד לא יודע במה הוא השתמש אז אי אפשר להרשיע אותו בעבירה המושלמת אלא לכל היותר בניסיון. ההגנה אומרת כי גם בניסיון אי אפשר להרשיע אותו כי אולי זו טעות בדין ולא בעבודה. צריך הרי להוכיח שהוא השתמש במשהו שרשימת הסמים האסורים לשימוש. אדם יכול לחשוב בטעות שאסור לו להשתמש בחומר מסויים אבל החומר לא יהיה ברשימה. הזיכוי היה מהטעם שאנחנו לא יודעים איזו משתי התשובות היא הנכונה.

**פטור עקב חרטה**

**סעיף 28 –** "מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לנסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה."

יש כאן פתח, מוצא למנסה. המחוקק אומר למנסה אם באמת תתחרט לא נרשיע אותך. אם באמת ניסת למנוע את התוצאות תהיה פטור. אין הכוונה לחרטה לאחר המעשה עצמו כמו הנשמה לאחר הריגה. אם עשיתי את המעשה שהוביל לתוצאה זה כבר לא חרטה.

ישנן מילים מוזרות בסעיף "אם מוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה" יש פה רצון לחרטה פנימית של הנאשם שהתחרט מהטעמים הנכונים (לא כי עומדים לתפוס אותו או כי מסוכן מדי אלא מתוך רצון אמיתי). זהו פתח מאוד צרכי המניעים של בני אדם הם הרבה פעמים מעורבים ואז בתי המשפט אומרים כי זה לא חרטה פנימית מספיקה. במילים אחרות הפטור עקב חרטה הוא פטור מאוד מאוד קטן וכמעט ולא מתאים להתנהגות אנושית. הנטל להוכיח מדוע הוא התחרט היא על הנאשם.

**פס"ד נצראוה**

אדם שעוצר לטרמפיסטית ובמהלך הנסיעה פונה לדרך צדדית ומנסה לאנוס אותה. היא מבריחה אותו מהמקום. אומר אותו אדם שהוא היה מצליח להתגבר עליה אם הוא באמת היה רוצה והעובדה שהוא הסתובב ונסע הייתה כי הוא התחרט ועל זה מגיע לו פטור. בית המשפט אומר כי זה לא מחפץ לב.

יש מצבים אחרים שהם מצבים מעורבים. מצבים שבהם נאשמים מתחילים לבצע ומתחילים לחשוש, מעין פיק ברכיים. אלו מצבים מעורבים כי מעורב בהם גם החשש מהרשעה וגם התלבטות פנימית. הקושי הוא בזה שהדין לא מאפשר כאן לתת פטור מאחריות ולכן בעצם אנחנו מתקשים להשיג את התמריץ שביקשו להשיג כי דווקא על אותם אנשים שמהססים לחצות את הגבול, בכך שלא ניתן להם פטור, אנחנו יכולים לדחוף אותם לידי ביצוע.

**הבחינה**

הבחינה היא חומר סגור לא צריך לזכור שום דבר בעל פה שאינו משמעותי.

* יש לקרוא את סעיפי תיקון 39 את החלק הכללי של חוק העונשין בעל פה כי לא יהיה נוח לדפדף.
* לדעת רשלנות, אחריות קפידה, היסוד העובדתי והיסוד הנפשי.
* לא צריך לדעת שמות של פסקי דין. פסקי הדין לקריאת רשות הם רשות לא תהיה שאלה ישירה עליהם אבל ישנה אפשרות לשאול מפסק דין שהוא רשות ואפשר לענות עליו מתוך החומר בכיתה.
* תהיה בבחינה שאלה שהיא לא מתוך החומר אלא שאלת חשיבה פתוחה שאותה המרצה תבדוק. לא תהיה לה תשובת בית ספר.
* תהיה שאלת כיתה שהיא שאלה שנועדה לתת בונוס למי שהשתתף בשיעורים .
* יהיו שאלות אינפורמטיביות על החומר ממש – להסביר משהו כמו הבחנים.
* תהיה שאלת ניתוח – דומה למה שעשינו בעבודה
* צריך להגיד שדעתי היא X אבל אם תתקבל תוצאה Y אז…

סך הכל סביבות ארבע שאלות.