**שיעור 1 – 15.10.18**

עולם המשפט מחולק בגדול לשלושה חלקים:

**המשפט האזרחי** – נועד להסדיר את היחסים בין האזרחים. הוא קובע כללי התנהגות לפרטים.

**המשפט הציבורי** – נועד להסדיר את היחסים בין הפרטים לשלטון. הוא עושה זאת בעזרת קביעת כללי התנהגות לשלטון.
המשפט הציבורי מתחלק גם הוא לשני חלקים: מנהלי וחוקתי.

**המשפט הפלילי** – דומה למשפט האזרחי בכך שהוא קובע כללי התנהגות לפרטים. הוא גם דומה למשפט הציבורי בכך שהוא מסדיר יחסים בין המדינה לפרט.

תכונה ייחודית נוספת של המשפט הפלילי היא שהמשפט הפלילי מאפשר להתיר סנקציות מאוד חמורות. הסנקציה החמורה העיקרית במשפט הפלילית היא שלילת החירות (כליאה).

המשפט הפלילי מחולק לשלושה חלקים:

* **סד״פ (סדר דין פלילי)** – סדרי הדין של ההליך הפלילי שונים מסדרי הדין של ההליך האזרחי. סד״פ קובע את סדרי הדין הפלילי ואיך הם יתנהלו.
* **דיני ראיות של המשפט הפלילי** – דני הראיות של המשפט הפלילי שונים מדיני הראיות של המשפט האזרחי.
* **דיני עונשין** – דיני העונשין עוסקים בגדול בשלושה תחומים.
החלק הראשון הוא החלק שעוסק בקביעת האיסורים הפליליים (מעשים מסוימים שאם תבצע אותם תבצע עבירה).
החלק השני הוא החלק שעוסק בתנאים שתחתם תוטל אחריות על בן אדם בגין הפרת האיסור הפלילי.
החלק השלישי של דיני העונשין הוא תחום של קביעת הסנקציות. מהן הסנקציות שניתן להטיל בגין הפרת איסור פלילי ובאיזה תנאים ניתן להסיר אותם.

יש להבחין בין דיני העונשין לחוק העונשין. חוק העונשין התשל״ז 1977 הוא החקיקה הראשית המרכזית שעוסק בדיני העונשין. אמנם, יש דינים רבים אחרים שכוללים איסורים פליליים (למשל, פקודת התעבורה, חוק צער בעלי חיים, פקודת הסמים המסוכנים).
דיני העונשין הם כל הדינים שעוסקים בתחום האיסורים הפליליים.
חוק העונשין מחולק לשני חלקים; החלק הכללי והחלק הספיציפי. החלק הספיציפי כולל בגדול רשימה ארוכה מאוד של איסורים פליליים, כגון, איסור לבצע רצח, אונס, כישוף.

החלק הכללי של חוק העונשין קובע רשימה של נורמות שחלות ברמה העקרונית על כלל המקרים הפליליים ללא קשר לעבירה הספציפית שבוצעה, ללא קשר לסוג העבירה.

נהוג גם להגיד שדיני העונשין מחולקים לשני חלקים, החלק הכללי והחלק הספיציפי. כשאומרים החלק הספיציפי של דיני העונשין מתכוונים לרשימת העבירות הפליליות שנמצאות בדין הישראלי ללא קשר לאיזה חוק הן מעוגנות בו. החלק הכללי של דיני העונשין כולל את כל הנורמות של דיני העונשין שמסדירות שאלות של אחריות פלילית בדבר כלל העבירות במנותק מהיכן אותן נורמות מעוגנות בדין הישראלי.

ככלל, הנורמות הקבועות בחלק הכללי של חוק העונשין חלות גם על עבירות הקבועות בדינים שאינם חוק העונשין.

כיום מרבית הנורמות של החלק הכללי של דיני העונשין נמצאות בחוק העונשין. אבל, זהו מצב יחסית חדש. בשנת 1994 חוקקו את החלק הכללי של דיני העונשין ברפורמה גדולה שנקראת תיקון 39 (רפורמה זו עיגנה בחוק את כל הנורמות הכלליות של דיני העונשין).

עם זאת, גם היום, יש פה ושם נורמות של החלק הכללי של דיני העונשין שלא מעוגנות בחוק העונשין אבל נחשבות מבחינה מהותית לחלק מהחלק הכללי של דיני העונשין.

הצידוקים והמטרות של הענישה הפלילית

ענישה פלילית היא דבר שפוגע באופן חמור בזכויות אדם ולכן, צריך להיות צידוק ממש טוב על מנת שהענישה תהיה ראויה.

במערכות המשפט הפלילי המודרניות מקובל להצדיק את הענישה על סמך שני סוגים של הצדקות מוסריות: הצדקות תוצאתניות והצדקות דאונטולוגיות.

הצדקות תוצאתניות מתאפיינות בכך שהן מניחות שהערך המוסרי החיובי או השלילי של מעשה נקבע על פי תוצאותיו. במילים אחרות, הן מנסות לשאול האם המעשה גורם יותר נזק או יותר תועלת.

לעומת זאת, הצדקות דאונטולוגיות מתאפיינות בכך שהן מניחות שהערך המוסרי של מעשה (חיובי או שלילי) נקבע במקרים רבים ללא קשר לתוצאותיו. רצח, למשל, הוא שלילי לא משנה את מי רצחת.

בהתאם, ההצדקות התוצאתניות של הענישה הפלילית טוענות שבמקרים שבהם הענישה הפלילית תהיה מוצדקת הם מקרים שבהם התועלת ממנה תהיה גדולה מהנזק שהענישה הזו גורמת.

איזה תועלות יש בענישה הפלילית?

1. **הרתעה ספציפית –** המטרה היא למנוע מהנאשם לבצע את המעשה הפלילית בשנית.
2. **שיקום** - אנחנו מענישים את העבריין תחת ההנחה שבכלא הוא יעבור תהליך שיקום שיהפוך אותו לאדם נורמטיבי.
3. **הרחקה מהחברה** - אנחנו יודעים שבזמן שהעבריין בכלא יהיה לו יותר קשה לבצע עבירות.
4. **הרתעה כללית** – אנחנו יודעים שאם אנחנו מענישים את העבריין אנשים אחרים יפחדו לבצע עבירות.
5. **חינוך הציבור** – באמצעות זה שאנחנו מענישים את העבריין הציבור לומד שהמעשה שהעבריין עשה הוא רע.
6. **המטרה הדקלרטיבית של הענישה** – אנחנו מענישים את העבריין כדי שאלה שלא ביצעו את העבירה ידעו שהם עושים את הדבר הנכון.
7. **שיקום הקורבן** – בזה שאנחנו מענישים את העבריין הקורבן מצדיק שנעשה צדק וזה מקל עליו את תהליך הסיכום.

הענישה תהיה מוצדקת במקום שבו בגלל מכלול ההצדקות הללו עולה התועלת על הנזק שנגרם לנאשם.

לעומת זאת, הצדקות דאונטולוגיות מודרניות מבוססות על גישות גמולניות של אשם מוסרי. הגישות האלה מאמינות שמטרת הענישה היא לגמול לאדם על אחריותו (על אשמתו) למעשה הפסול. הגישות האלה מאמינות שמידת העונש לא צריכה להיקבע על סמך מבחנים של עלות ותועלת אלא על סמך השאלה באיזה מידה המעשה שביצע האדם הפר את האיזון המוסרי בין טוב לרע.

איך בודקים את זה? על סמך שילוב של שני דברים: חשיבות הערך המוסרי שהמעשה של האדם הפר וערך הנפש של האדם בעת ביצוע המעשה המפר.

יש לשים לב שגישות גמולניות לא מתעניינות בעתיד, אלא בוחנות את העבר, בשונה מגישות תוצאתניות שצופות פני עתיד.

על פי העמדה הרווחת, ההכרעה בדבר חומרת העונש נעשית על סמך שכלול של שיקולים תוצאתניים ושיקולים דאונטולוגים. השכלול הזה נעשה בשני שלבים.

השלב הראשון הוא שלב החקיקה. בשלב הזה צריך לקבוע מה יהיה העונש המקסימלי על העבירה.

איך המחוקק צריך לעשות את זה? בשלב הראשון הוא צריך לחשוב על המקרה החמור ביותר מבין המקרים הטיפוסיים של העבירה ובהקשר של המופע הזה לשכלל את מכלול השיקולים התוצאתניים והדאונטולוגים ולהגיע לעונש המינימלי.

השלב השני בשלב הענישה עוסק בעבריין הספציפי. בשלב הזה השופט שהרשיע את העבריין לוקח את מכלול השיקולים התוצאתניים והדאונטולוגים שקיימים בהקשרו של המקרה הספציפי והעבריין הספציפי, עושה את השכלול ומגיע לעונש שיוטל על העבריין בגין העבירה. העונש הזה לא יכול להיות יותר גבוה מהעונש המקסימלי שקבע המחוקק בגין אותה העבירה.

הבניית הענישה

יותר ויותר מדינות בעולם לרבות מדינת ישראל (מאז 2012 כאשר חוקק תיקון 113 לחוק העונשין) מאמצות בחקיקה הסדר שמנסה להנחות את השופטים כיצד למנוע את מידת העונש. המטרה של חקיקה שמבנה את הענישה היא ליצור אובייקטיביות בענישה.

בהקשר הישראלי תיקון 113 מנסה לעשות את זה. קודם כל הדבר הראשון שהוא קובע הוא שעקרון מספר אחת בענישה הוא הצורך בהלימה בין העונש מחד לבין חומרת העבירה בנסיבות המקרה ומידת אשמתו של הנאשם.

השלב הראשון הוא קביעת מתחם הלימה על סמך מה ראוי ככלל להעניש במקרים הדומים למקרה הנוכחי (כלומר, למקרים מהסוג של הנאשם הזה צריך להיות מתחם הלימה של בין x ל-y).

השלב השני הוא קביעת העונש למקרה הספציפי, בו הוא לוקח לידי חשבון גם את השיקולים הגמלוניים אבל גם שיקולים תוצאתניים כפי שהם מופיעים בהקשר של המקרה הספיציפי.

אחת הבעיות בענישה היא שבענישה יש אלמנט סובייקטיבי מאוד גדול ולכן חוקקו את תיקון 113. אבל עדיין, למרות התיקון, יש המון מקום לשיקול דעת. שיקול דעת יכול ליצור בעיה כי הוא נותן מקום לשונות בהחלטות השופטים.

**הדבר הראשון** שמגלה לנו דוח דורנר זה שבמקומות שבהם אומצה חקיקה של הבניית ענישה האלגוריתם גורם קוגניטיבית לשופטים לקבוע עונשים חמורים יותר.

במרבית המדינות במערב יש מגמה גדולה של ירידה בפשיעה באופן עקבי משנות השישים ואולי אפילו משנות החמישים. במדינת ישראל בוודאות יש מגמת ירידה גם בחומרת הפשיעה וגם בהיקפה של הפשיעה משנות התשעים.

**הדבר השני** שעולה מדוח דורנר הוא הטענה שהירידה בפשיעה נגרמת כי ישנה החמרה בענישה היא אינה נכונה. את זאת אפשר לדעת כי גם במדינות שלא התקיימה בהן החמרה בענישה ישנה מגמת ירידה בפשיעה ובמדינות שכן הייתה החמרה בענישה, הירידה בפשיעה החלה לפני שהתחילו עם ההחמרה.

התחושה שיש לנו שהפשע מחמיר הוא שינוי בעולם התקשורת שגורם לדיווחי יתר של פשיעה. מחקרים מראים שאנשים מעריכים פי שלוש יותר מדי את כמות הרציחות.

עד שנות השבעים העמדה הרווחת בעולם הייתה שהמטרה המרכזית של הענישה הפלילית היא שיקום. אנחנו נוטלים את האדם מהחברה כדי שבסביבה סטרילית שהיא בית הכלא אנחנו נשקם אותו ונהפוך אותו לאדם נורמטיבי.

אולם, מחקר מקיף שנעשה בשנות השבעים בארה״ב שכל שיטות השיקום שבהם נעשה שימוש בארה״ב לא משיגות את יעדן. יתרה מכך, בית הכלא הוא ביה״ס הטוב ביותר לעבריינות. לכן, אחרי שגילו שהשיקום נכשל שינו את הצידוק לענישה. מאז, הסיבות לענישה הן גמול והרחקה.

דורנר אומרת שהמידה שבה ירדו על השיקום הייתה מוגזמת. כיום יש תוכניות שיקום טובות יותר מבעבר ואם היינו מתקצבים את תוכניות השיקום כמו שצריך כנראה הן היו אפילו יותר טובות. יחד עם זאת, צריך לזכור שלהכניס בן אדם לכלא בשביל שיקום זה מאוד בעייתי מארבע סיבות: גם תוכניות השיקום הטובות ביותר הן בעלי אחוזי הצלחה מוגבלות, שיקום מחוץ לכלא הוא בדרך כלל יותר אפקטיבי, שיקום בתחומי הכלא זה בעייתי יותר מאחר ובית הכלא הוא ״בית הספר הטוב ביותר לעבריינות״ ובפועל, תוכניות השיקום לעולם לא מתוקצבות כמו שצריך.

רוב המחקרים מראים שמה שמשפיע על הרתעה הוא הרבה פחות חומרת העונש והרבה יותר הסיכוי להיתפס.

הענישה בהקשר של הרתעת הרוב - רוב המחקרים רבים שלא ניתן להוכיח קשר בין ענישה במקרה ספיציפי לבין הרתעה הרבים.

הענישה בהקשר של מניעה והרחקה – גם מניעה והרחקה בשיקול של עלות מול תועלת לא משיג את המטרה. זאת מכיוון שבכלא הוא לומד לבצע פשע בצורה טובה יותר לכן כשהוא יצא מהכלא הוא יבצע פשעים בצורה טובה יותר; תחזוקה של כלא הוא דבר מאוד יקר; שיקום בקהילה כנראה יניב תוצאות טובות יותר; בנוסף, מחקרים לא מצליחים למצוא קשר בין החמרת הענישה לבין הפשיעה החוזרת.

אם כל השיקולים התוצאתניים לא עובדים, כנראה שמטרת הענישה צריכה להיות גמול. יתרה מכך יש לנו אינטואיציה שעבירות זה דבר חמור ואנחנו יודעים לדרג את העבירות (למשל, רצח חמור משוד). אבל, האם האינטואיציות שלנו באמת צודקות במאה אחוז?

במילים אחרות, כלפי עבירות רבות ומקרים רבים אין אינטואיציה ברורה של מה חמור יותר. הבעיה בגישות גמולניות היא חמורה יותר ונמצאת בהנחות היסוד שלהן. גישות גמולניות מניחות שהמטרה של הענישה היא להחזיר את האיזון בין הטוב והרע בעולם ע״י מתן עונש לאדם לפי חומרת מעשיו.

דורנר אומרת בדוח שגמול הוא תירוץ. נלקחו תאוריות שבמקור מטרתם הייתה להנמיך את חומרת הענישה ומשתמשים בהם כתירוץ להגביר את חומרת הענישה.

אין כאן טענה שיש לוותר על ענישה פלילית. עם זאת, יש להיות ביקורתיים מאוד לגבי מערכת הענישה הפלילית.

**שיעור 2 – 22.10.18**

בסופו של יום התהליך הפלילי פוגע באופן חמור בזכויות אדם ולכן אנחנו צריכים צידוקים חזקים מאוד כדי להעניש בן אדם. יתרה מכך, הפגיעה בזכויות אדם שנגרמת על ידי ההליך הפלילי לא נגרמת רק על ידי העונש הפורמלי. יש לנו פגיעה רחבה מאוד בזכויות אדם של אנשים שכולם לפי ההגדרה של המשפט הפלילי לא אשמים.

בנוסף, כאשר אנחנו נדע שמעשה מסוים הוא עבירה פלילית רובנו לא נעשה אותו. במילים אחרות יש כאן פגיעה בחירות שלנו. כל איסור פלילי הוא פגיעה בחירות שלנו.

מכל הסיבות האלה צריכים להיות צידוקים חזקים מאוד לא רק לענישה הפלילית אלא לעצם הקביעה שמעשה מסוים מהווה עבירה.

**פס״ד שוורץ** אומר לנו שבגלל הפגיעה בזכויות אדם שקיימת בהפללה של מעשה הפללה כזו צריכה לעמוד בשני תנאים: הפללה לתכלית ראויה ועקרון השיוריות.

1. **תכלית ראויה** – הפללה תהיה על שם תכלית ראויה.
מהי תכלית ראויה?
גם כאן יש לנו שתי קבוצות של תכליות.
יש אנשים שמצדדים בהפללה על סמך תכליות תוצאתניות. גישות תוצאתניות מודרניות תומכות בעקרון הנזק. זה אומר שכדי שהפללה תהיה מוצדקת אנחנו צריכים לראות שהמעשה שנעשה גרם לנזק.
לעומתם, יש המצדדים בהפללה על סמך תכליות דאונטולוגיות. במילים אחרות, הם מאמינים שבמקרים מסוימים מוצדק להפליל מעשים מסוימים במנותק מהשאלה אם הם גורמים נזק.
עיקר הוויכוח בין שתי הגישות האלה נוגע לשאלה באיזה מידה ראוי להפליל מעשים שלא גורמים לנזק מוחשי לאדם או למדינה וזאת מתוך מטרה להגן על ערכים חברתיים. הוויכוח הזה מכונה הרבה פעמים ״הוויכוח בין דבריל והארט״. הארט הוא אחד הפילוספים הגדולים של המשפט במאה ה20. דבריל היה שופט בכיר בבית הלורדים.
המחנה של הארט שמצדד בעקרון הנזק בא ואומר לנו שני דברים חשובים שקשורים אחד בשני: הדבר הראשון הוא שהסתמכות על ערכי מוסר ולא על עקרון הנזק כבסיס להפללה מוביל בסופו של יום לפגיעה בחירות הפרט, בחופש הדעה, בחופש הביטוי. הדבר השני הוא שדעות משתנות עם השנים ולכן הפללה על סמך ערכי מוסר בפועל הרבה פעמים תעניש את המחזיקים בדעת מיעוט.

דוגמאות לשינוי ערכים חברתיים עם השנים:
במרבית מדינות המערב עד שנות השבעים והשמונים ניאוף הייתה עבירה פלילית. יתרה מכך במשך מאות שנים ועד המאה ה-19 עבירת הניאוף הייתה העבירה הפלילית הנאכפת ביותר באירופה.
במאה ה16-17 היה ויכוח פנימי באירופה על מהי הנצרות הנכונה, פרוטסטניות או קתוליות? כל מדינה שקבעה שסוג אחד של נצרות היא הנכונה קבעה שהשנייה היא אסורה וקיומה הוא עבירה פלילית.
זהו בדיוק הניסיון ההיסטורי הרע שקיים עם הסתמכות על גישות דאונטולוגיות שבעקבותיו החלה להתפתח הגישה המבוססת על עקרון הנזק.
גם המצדדים בגישות דאונטולוגיות מסכימים שלא כל דבר שיש לו הקשר שלילי ולא ראוי או מוסרי צריך להיות עבירה פלילית.
באופן יותר ספיציפי, לאור ניסיון העבר גם התומכים כיום בגישות דאונטולוגיות מסכימים שככלל צריך מאוד להיזהר בהפללה של מעשים מיניים המבוצעים במרחב הפרטי ובהפללה של מעשים מהסיבה שהם פוגעים ברגשות של אחרים.
2. **עקרון השיוריות** – לא ניתן להשיג את התכלית האמורה ע״י השימוש באמצעי דרסטי פחות. זהו יישום ייחודי במשפט הפלילי של עקרון המידתיות החוקתי.
אמצעי דרסטי פחות מהפללה יכול להיות דין משמעתי, עוולות נזיקיות, הטלת מיסים ואגרות, קביעת הסדר של רישוי. למדינה יש המון דרכים אחרות שהן לא פליליות לכוון התנהגות של האדם.

כדי לראות איך עקרון השיוריות עובד בפועל נדון ב**פס״ד שבתאי:**

בימ״ש השלום משתמש בביטול הרשעה (ענישה פלילית ללא רישום של עבירה פלילית אצל האדם המבצע את העבירה), מאחר והרשעה תגרום לפגיעה כל כך קיצונית בזכויות אדם שעדיף להשתמש בכלי של ביטול הרשעה.

העליון מרשיע אותם ואומר, שבכלי הזה של ביטול הרשעה צריך להשתמש באופן מאוד נדיר בעבירות מן הסוג שהורשעו בהם הנאשמים.

מה שנחשף לנו בפס״ד זה הוא שקיימת גם גישה שלישית וזו היא הגישה הרגולטורית.

בשונה משתי הגישות הקודמות שדיברנו עליהן, הגישה הזו אומרת שהשימוש בכלי הפלילי יכול להיות מסיבי.

הטיעון שמסתתר מאחורי הגישה הזו הוא שבעידן המודרני היקף האינטראקציות שקיים בין בני אדם הוא גדול וגדל. האינטראקציות האלה דורשות הסדרה בהיקפים הרבה יותר גדולים מהעבר. ישנם הקשרים שבהם הפללה תהיה הכלי היעיל ביותר לצורך הסדרת הסיטואציה וזאת מאחר וכשאומרים לאנשים שמעשה הוא עבירה פלילית הם בדרך כלל לא יעשו אותו.

הטיעון הראשון שעולה בפס״ד שבתאי נגד הגישה הרגולטורית הוא שהליך האכיפה הפלילית הוא יקר ולא יעיל. ישנם הליכים חוקיים יותר אפקטיביים, אך הבעיה היא שכך נוצר חוסר באכיפה.

הטענה השנייה שעולה כנגד גישה זו היא שאם אנחנו מניחים שחוקים לא יאכפו אנחנו מתחילים לחשוב על איסורים פליליים כהמלצות בלבד. הטענה השלישית שעולה ומסתמכת על עקרון השיוריות היא שבפועל לא באמת יענישו ענישה פלילית. ישתמשו בכלים סמי פליליים.

השופט פוגלמן אומר לנו שלאור הבעיות בגישה הרגולטורית בשנים האחרונות יש מגמה הולכת וגוברת של אימוץ מנגנונים אלטרנטיביים לא פליליים להסדרה של תחומים בחברה. זה לא אומר שאנו מבטלים את הכלי הפלילי, אלא שומרים אותו למקרים יותר קיצוניים.

המחוקק ביותר ויותר תחומים קובע הליכים כאלה.

אם חוק פוגע בזכויות אדם בצורה קיצונית דינו להתבטל.

בעבירות רגולטוריות השימוש בכלי של ביטול עבירה לא צריך להיות מיצר. צריך לעשות שימוש רחב בכלי זה.

פוגלמן קובע שזהו מקומו של המחוקק להחליט איזה עבירות רגולטוריות יש לבטל או לקבוע להם הסדרים לא פליליים משלימים. הוא מוסיף גם שכדי לכבד את ההליך הפלילי גם בעבירות רגולטוריות אלא אם קבע המחוקק מפורשות אחרת צריך לנקוט באמצעי של ביטול הרשעה במקרים נדירים ביותר.

במילים אחרות נראה שבפרקטיקה נכון לרגע זה עקרון השיוריות הוא ״מילים יפות ללא כיסוי״.

בעצם מה שאנחנו רואים זה שבית המשפט העליון או בית המשפט בכלל מאוד מצמצם בלבטל עבירות או בכלל בליישם את עקרון השיוריות ובפועל עד היום הוא לעולם לא יושם.

**סיבה אחת** לכך היא שבית המשפט מתקשה מאוד לקבוע באיזה תחומים ראוי להסתמך על הגישות הרגולטוריות (תחומי חיים) ובאיזה תחומים ראוי להסתמך על הגישות המצמצמות (עקרון הנזק או הגישות הדאונטולוגיות).

כתוצאה מכך ומבעיות אחרות בפועל חקיקה פלילית היא אחד התחומים שביהמ״ש הכי מתקשה להעביר עליו ביקורת חוקתית וזאת למרות שזה אחד התחומים הכי פוגעניים בזכויות אדם.

**סיבה נוספת** שביהמ״ש מתקשה להעביר ביקורת על החקיקה הפלילית היא שעקרון הנזק הוא במידה רבה עקרון חלול. כדי באמת לדעת אם הנזק עולה על התועלת אנחנו צריכים לעשות ניסוי מבוקר. ז״א, בחצי מהמדינה לקבוע שהמעשה אסור ובחצי השני של המדינה להשאירו מותר, ולאחר מכן לבדוק באיזה חלק העלות עולה על התועלת.

בנוסף, גם במקרים שאנחנו יכולים במידה כזו או אחרת לבדוק את העלות מול התועלת לא מדובר בדרך כלל בעלויות כספיות. מדובר בדרך כלל בהשוואה בין דברים שקשה להשוות בניהם.

במילים אחרות ההערכה של מה עדיף על מה תהיה תמיד סובייקטיבית.

**סיבה נוספת** לבעייתיות בעקרון הנזק היא שעקרון הנזק כל כך עמום שניתן כמעט כל דבר להלביש בטרמינולוגיה של עקרון הנזק. מה שאומר שבפועל אפשר להסתיר תחת טרמינולוגיה של עקרון הנזק הפללה על בסיס עקרונות מוסריים.

אנו נדגים את זה באמצעות **פס״ד סורבין וגברת ס.ק:**

אדון סורבין וגברת ס.ק נולדו לאותם הורים ביולוגים בפער של שנים רבות. כל אחד מהם נמסר לאימוץ, הם לא גדלו יחד. כעבור הרבה שנים הם נפגשו והתאהבו, התחתנו והביאו ילדים. את הילד הראשון לקחו מהם והרשיעו את סורבין בפלילים. בפעם השנייה שהביאו ילד, לקחו גם את הילד הזה ומרשיעים שוב את סורבין בפלילים. בפעם השלישית שוב לוקחים את הילד וכך גם בפעם הרביעית, וסורבין נעצר. הם עותרים כנגד האיסור הפלילי נגד גילוי עריות.

גרמניה למדה את הלקח שלא להסתמך על עקרונות חברתיים ודבקה באדיקות לעקרון הנזק.

ביהמ״ש העליון בגרמניה קובע שיש כאן פגיעה בעקרון בנזק. מתן לגיטימציה לגילוי עריות תפגע בתפיסה המקובלת לגבי מבנה המשפחה ולכן יגרם נזק לחברה כולה.

מה שנחשף לנו בעקבות המקרה הזה הוא שעקרון הנזק הוא עמום לפחות בשתי רמות: האחת, הוא עמום כדי שיהיה לנו ויכוח בשאלה מתי נגרם נזק, או מתי צריך להיגרם נזק כדי שההפללה תהיה מוצדקת. השנייה, בשאלה עד כמה עקיף או עד כמה ישיר צריך להיות הקשר בין האדם לבין הנזק כדי שיהיה מוצדק להגדיר את הבן אדם כעבריין.

אם כך, אולי עדיף לנטוש את עקרון הנזק. אולי עדיף לאמץ באופן כנה גישות דאונטולוגיות.

הבעיה באימוץ גישות דאונטולוגיות מומחשת ע״י המקרה של סורבין וס.ק. זאת מכיוון שהם לא היו מרוצים מהפסיקה ולכן הם פונים לבית הדין האירופאי לזכויות אדם. בבית הדין האירופי לזכויות אדם יש סמכות לבטל דין, סעיפים בחוקה וחוקים שלמים.

בבית הדין האירופאי יש למדינות מתחם שיקול דעת. בגלל שזה בית דין בינלאומי הוא מכבד את התרבויות השונות של המדינות השונות באירופה. לכן כדי שבית הדין יקבע שחוק מדינתי בטל עקב פגיעה בזכויות אדם הפגיעה הזו צריכה להיות מספיק חמורה כדי שלא יהיה ניתן להצדיק אותה ע״י הצורך לכבד את השונות התרבותית בין המדינות השונות באירופה.

בבית הדין האירופאי לזכויות האדם גרמניה פושטת את גלימת עקרון הנזק ואומרת שהסיבה שצריך לשמור על האיסור הפלילי לגילוי עריות היא דאונטולוגית, כדי לשמור על כיבוד ערכי המשפחה.

סורבין וס.ק טוענים שגישות דאונטולוגיות מוכחות שלא עובדות כמו שצריך באיסור יחסי מין.

בית הדין האירופאי לזכויות אדם פוסק שההפללה של גילוי העריות היא לא בלתי סבירה.

מה שאנחנו רואים הוא שגם במקרה של גישות דאונטולוגיות אבן הבוחן היא כל כך עמומה שיכול להסתתר טווח אדיר של דעות וכתוצאה מכך לבית המשפט אין נקודת אחיזה שמאפשרת לו ברוב הכמעט מוחלט של המקרים להעביר ביקורת חוקתית.

מה שנוצר בשורה התחתונה זה שבעוד שאנחנו מדברים על שימוש מצומצם בהפללה וחקיקה של עבירות פליליות רק לצורך תכלית ראויה ובהתאם לעקרון השיוריות אלו הן בסה״כ מילים יפות ללא כיסוי.

היעדר הביקורת השיפוטית המספקת על חקיקה פלילית מייצר סדרה של בעיות נוספות.

יש לשים לב שחלק מהדברים שהם עבירות במדינת ישראל נתפסים אצלנו כפחות חמורים מדברים שהם לא עבירות. במילים אחרות יש חוסר עקביות מוחלט אצל המחוקק בין הדברים שהוא קובע כעבירה פלילית והדברים שלא. בנוסף, בישראל יש כמות מטורפת של עבירות פליליות שהבסיס שלהן היא פגיעה ברגשות של אחרים.

לא תמיד שיקולים ערכיים מנחים את המחוקק בקובעו איסורים פליליים.

באנגליה הויקטוריאנית הייתה בעיה. אנשים היו מגיעים ללונדון ברכבת (לפני המצאת המכונית) ולכן נשארים בלונדון כמה ימים. הייתה אוכלוסיה רבה בלונדון של אנשים שנמצאים בעיקר בבתי מלון והרחובות היו חשוכים. להקים תשתית של פנסי רחוב היה יקר ומסוכן. לעומת זאת, החושך הזמין פשיעה. המחוקק הבריטי החליט לקבוע עבירה פלילית שתחייב כל בעל בית המלון או אכסניה להתקין פנס שיהיה תמיד דלוק בלילה בכניסה לבית המלון וכך יווצר מצב שמרכז העיר יהיה מואר.

עלינו לשאול למה זוהי עדיין עבירה פלילית בישראל של 2018 לפי 492 לחוק העונשין?

המחוקק מאוד טוב בלקבוע איסורים פליליים. מה שהמחוקק פחות טוב הוא ביטול עבירות בחוק העונשין.

עולה גם בעיה שנקראת ״thingification״. לאנשים יש נטייה לביקורתיות חסר על המצב הקיים. זה קורה בהקשר הפלילי בדרך הבאה: עבירה נוצרת מסיבה מוצדקת וגם אחרי שהסיבה המוצדקת נעלמת העבירה נשארת ואנחנו ממציאים לה רציונאליזציות (תירוץ לא באמת רציונאלי אבל כזה שנשמע לנו טוב ובעקבותיו אנו משתכנעים).

בעיה נוספת היא שאם אנחנו חופרים עמוק במקרה של **עבירת השוטטות**, למשל, כנראה שגם במקור הסיבה לחקיקה שלה לא הייתה הכי מוצדק. האינטרס היה אינטרס פוליטי צר של מעמד בעלי הכוח.

גם כיום ישנו פתח לחקיקה שמה שבאמת מסתתר מאחוריה הוא אינטרסים פוליטיים.

לסיכום, בשני השיעורים הראשונים של הקורס הוצעו בפנינו הצידוקים הרווחים הן לענישה פלילית והן להפללה של מעשים.

בשני המקרים ניסינו להראות שהטיעונים הרווחים ונראים לנו טבעיים לחלוטין הם בפועל הרבה יותר בעיתיים ממה שאנחנו נוטים לחשוב.

האם זה אומר שאנחנו צריכים לזרוק את המשפט הפלילי לפח? התשובה היא לא.

המסר בשורה התחתונה היא שיש שתי עמדות קצה שלא מומלץ לאמץ.

האחת היא העמדה הלא ביקורתית. כמו שראינו העמדה הזו בפועל מכסה על הרבה מאוד בעיות חמורות שאנו מודעים אליהן כבר שנים ולא מטפלים בהן.

השנייה היא העמדה הביקורתית מדי, על פיה הכל מושחת, הכל אינטרסים והכל פוליטיקה.

לא מומלץ לאמץ אותה כי ברגע שנאמץ עמדה כזו נאבד את היכולת לבקר.

המציאות היא מורכבת.

במיוחד אנו יכולים להעביר ביקורת במקרים שבהם אין הלימה בין מה שהמערכת עושה בפועל לבין מה שהיא מצהירה.

**שיעור 3 – 24.10.18**

עקרון החוקיות

כלל בסיסי במדינה דמוקרטית הוא עקרון החוקיות. עקרון החוקיות בא ואומר שלאדם פרטי מותר לעשות כל דבר שירצה אלא אם הדבר נאסר בחוק, ולשלטון אסור לעשות שום דבר אלא אם ישנה הסמכה לכך בחוק.

במשפט הפלילי קיימת הכבדה מיוחדת על עקרון החוקיות, וזו עקב הפגיעה הקיצונית בזכויות אדם. לכן, במשפט הפלילי יש לעקרון החוקיות ביטוי מיוחד. ביטוי זה הוא ״אין עונשין אלא אם מזהירין״. כלל זה אומר ברמה הכי בסיסית שאלא אם יש דין (חיקוק) שקובע מראש הן את העבירה והן את העונש בגינה לא ניתן להעניש את הבן אדם. הדין צריך להיות קיים לפני שהאדם ביצע את המעשה שבגינו אנחנו רוצים להעניש.

איפה מעוגן עקרון החוקיות של המשפט הפלילי? במקור, הוא היה מעוגן בערכי היסוד של השיטה. במהלך שנות ה-90 עקרון החוקיות במשפט הפלילי זוכה לכמה עיגונים פורמאליים (עיגון מפורש במספר חיקוקים).

**העיגון הראשון הוא בשני חוקי יסוד** (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד : חופש העיסוק). בכל אחד משני חוקי היסוד האלה ישנו סעיף שנקרא פסקת ההגבלה. הסעיף הזה אומר שלא ניתן לפגוע בזכויות המנויות באותו חוק יסוד אלא בחוק או על פיו (על פיו לעניינינו, הכוונה תקנות).

חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו מונה מפורשות זכויות כמו: חירות ממעצר, הזכות להגנה על הגוף, שנפגעות כתוצאה מהמשפט הפלילי.

**העיגון השני הוא בחוק העונשין עצמו.** בשנת 1994 תיקון 39 אומץ ובעקבות תיקון זה סעיף 1 לחוק העונשין קובע ש״אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו״.

למה צריך את סעיף 1 לחוק העונשין?

**השיקול הראשון להשתמש בעקרון החוקיות** הוא התפיסה כי לא הוגן להעניש בן אדם אם הוא לא ידע שהמעשה שהוא עשה הוא פסול.

המטרה של החקיקה הפלילית היא לכוון התנהגות. אם בן אדם לא יודע איזה התנהגות הוא צריך לעשות, איך אפשר לכוון את ההתנהגות שלו?

**שיקול נוסף לשימוש בעקרון החוקיות** הוא שיקול של מניעת רודנות. הניסיון מראה שמשטרים חשוכים נוהגים לחוקק חקיקה נסתרת ו/או להעניש באופן שרירותי. לכן, עקרון החוקיות נדרש כאמצעי למנוע את זה.

**סיבה נוספת ואחרונה לשימוש בעקרון החוקיות** הוא הגישה הדאונטולוגית. גישות דאונטולוגיות מודרניות מבוססות על אשם מוסרי. המחשבה של מה שאנחנו עושים לפי גישות דאונטולוגיות מודרנית משפיעה על האשם המוסרי שלנו.

הנגזרות השונות של עקרון החוקיות

1. **נגזרת אחת** שהיא המפורשת ביותר היא הנגזרת שמופיעה בסעיף 1 לחוק העונשין, שאומר ״אין עבירה אלא אם היא נקבעה בחוק או על פיו״. כלומר, צריך להיות חוק או חקיקת משנה שקובעים שהמעשה הוא עבירה (לפני שהבן אדם ביצע את המעשה) כדי שיהיה ניתן להעניש את הבן אדם בגין המעשה.

סעיף 2 לחוק העונשין בא ומוסיף ואומר שאם העבירה נקבעה בחקיקת משנה העונש לא יכול להיות יותר מחצי שנה וזאת מחר שמי שקבע את העבירה היא הרשות המבצעת ולא הכנסת, נבחרי הציבור.

השלכותיה של הנגזרת לעקרון החוקיות:

**ההשלכה הראשונה** שהיא מובנת מאליה היא שאם זה לא קבוע בחוק זה לא יכול להיות עבירה. זה הביטוי בדיני עונשין למה שאמרנו בעקרון החוקיות (לבן אדם מותר לעשות הכל אלא אם נאסר עליו).

**השלכה שנייה** היא שלא ניתן לייצר עבירות בדרך ההיקש (היקש נועד למלא חסר). קורה שהמחוקק מפשל ולא מסדיר עניין מסוים בחוק. מקרה כזה מכונה מקרה של ״חסר״ או ״לאקונה״ והוא שונה ממקרה של הסדר שלילי. הסדר שלילי היא סיטואציה בה המחוקק התכוון לא להסדיר משהו. כלומר, כאשר שופט נתקל בחוק שיש בו חסר הוא צריך להחליט אם החסר הזה הוא הסדר שלילי או לאקונה.

ההנחיה שיש על שופטים בנוגע להיקש בכל תחום אחר מלבד המשפט הפלילי הוא שבמקום בו הגיעו למסקנה שמדובר בלאקונה (חסר) הדבר הראשון שהם צריכים לעשות זה לנסות למלא את החסר בצורה של היקש (להסתכל על הסדר בתחום אחר ולהקיש על התחום המדובר). כל זה רלוונטי בכל תחום מלבד בדיני עונשין.

המחוקק החליט שאי אפשר לעשות היקש במשפט הפלילי.

**ההשלכה השלישית** של הדרישה שעבירה תהיה מעוגנת בחיקוק היא שלבתי המשפט אין סמכות לייצר עבירות. בעבר, עד המאה ה-19, במרבית מערכות המשפט המערביות מרבית האיסורים הפליליים לא היו כתובים בכל חיקוק. זה היה מתנהל בצורה כזו: בן אדם היה עושה מעשה לא מוסרי, המשטרה הייתה מביאה אותו אל מול שופט והשופט היה מחליט במקום אם אדם ביצע עבירה ובמידה וכן הוא נכנס לכלא. מאותו הרגע היה נוצר תקדים שזוהי עבירה והיו מענישים בגינה גם לאחר מכן.

חשוב להדגיש שאין כלל דומה לגבי סייגים לאחריות פלילית. סייג לאחריות פלילית הוא כלל משפטי שמסיר את האחריות הפלילית מאדם בהינתן תנאים מסוימים (לדוגמא, אי שפיות, קטינות, טעות). לבית המשפט יש סמכות לקבוע סייגים חדשים, אבל נגיד שמגיע מקרה שבו הבן אדם ביצע את העבירה, הוא לא עומד באף אחד מהסייגים שמעוגנים בחוק אבל בית המשפט מרגיש באופן מאוד חזק שלא ראוי להטיל עליו אחריות פלילית בית המשפט יכול לייצר סייג חזק.

צריך לדעת שבתיקון 39 שקלו לקבוע סעיף שיאסור על בתי המשפט לייצר סייגים חדשים אבל המחוקק החליט באופן מודע להסיר מהצעת החוק את הסעיף הזה.

השארת האפשרות הזו פתוחה היא משני שיקולים מרכזיים:

* מדובר בכלל שנועד להיטיב עם הנאשמים, בשונה ממצב של ייצור עבירות בדרך כלל.
* המציאות היא מורכבת ועשויים להתפתח תנאים שבהם נחשוב שראוי לייצר סייג חדש.
1. **נגזרת שנייה** של עקרון החוקיות קובעת איסור על ענישה במפרע (בפרטי). סעיף 3 לחוק העונשין קובע א. חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר ב. חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.

הרעיון הוא שאם החמירו בעונש אחרי שביצעת את העבירה ההחמרה לא חלה עליך.

הרעיון הוא רעיון של אזהרה מוקדמת. עלינו לדעת מראש שמה שאנחנו עושים הוא עבירה על מנת שנוכל להימנע מלעשות את זה.

בחוק הישראלי יש חריג אחד לסעיף זה (חקיקה רטרואקטיבית) וזהו חוק עשיית הדין בנאצים, החוק חוקק ב-1950 והוא מאפשר ענישה על מעשים שבוצעו במלחמת העולם השנייה. ההנחה היא שמדובר במעשים כל כך פסולים מבחינה מוסרית שהנאשמים ידעו גם בעת המעשה שהמעשים הם פסולים.

תמונת הראי של הכלל שאוסר חקיקת עבירות רטרואקטיבית היא העיקרון שקיים במשפט הפלילי על פיו אי ידיעת החוק אינה פוטרת מענישה פלילית.

בישראל בעבר, בהשפעת המשפט האנגלי הכלל של ״אי ידיעת החוק אינה פוטרת״ היה כלל נוקשה. מהרגע שהעבירה פורסמה ברשומות היה ניתן להעמיד אדם על כך שהפר אותה במנותק מידיעתו על הידיעה.

מדגימים את נוקשות זו בזכות **פס״ד ביילי.**

כיום במדינת ישראל, בעקבות תיקון 39 ריככו את הכלל. הכלל בנוסחו כיום, כפי שהוא מופיע בסעיף 34יט קובע שלעניין האחריות הפלילית אין נפקימינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור; זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר.

במילים אחרות, בעצם החוק מייצר סייג לאחריות הפלילית לפיו טעות משפטית (בהבנת הדין) בתנאים מסוימים תסיר מהאדם את האחריות הפלילית בגין עבירה שהוא ביצע. הפרשנות המקובלת של תנאי זה היא מאוד מצרה. ההנחה היא שאנשים סבירים צריכים לנקוט בכל האמצעים הסבירים כדי לברר את הדין.

1. **נגזרת שלישית** של עקרון החוקיות היא הדרישה המוגברת לבהירות בניסוח של עבירות. כלומר, לפחות באופן מוצהר, כאשר מדובר בעבירה פלילית, אנחנו דורשים מהמחוקק להשתדל מאוד להתנסח בבהירות או בעצם להשתדל יותר ממה שעליו להשתדל בנורמות משפטיות אחרות (שהן לא פליליות), וזאת מאחר והמשפט הפלילי פוגע בצורה קיצונית בזכויות אדם.

במדינות שונות בעולם, לאור הנגזרת הזו של עקרון החוקיות במשפט הפלילי אומצה דוקטרינה הנקראת: ״בטל בגין אמינות״ (void for vagueness).

 ביהמ״ש בא ואומר שאם חוקקה עבירה פלילית שהיא מאוד עמומה הוא יבטל אותה בגין היותה לא חוקתית.

למשל, בחלק מהמדינות בארה״ב עבירת השוטטות בוטלה על סמך דוקטרינה זו.

בישראל יש סדרה של הערות אגב שבהן מביע ביהמ״ש העליון תמיכה בדוקטרינה הזו. בעצם, באים ואומרים שהיא מסתתרת בתוך פסקת ההגבלה בדרישה של ״אלא בחוק״.

זה אומר שברמה עקרונית אפשר לבטל עבירה פלילית בגלל הדוקטרינה של ״בטל בגין אמינות״.

נהוג תמיד להדגים מהי חקיקה עמומה באמצעות העבירה של ״תקלה ציבורית״ (**פס״ד אשד).**

**פס״ד שבס –** בשנות ה-90 בפס״ד זה השופט חשין אומר שהפרשנות של ״תקלה ציבורית״ היא מצומצמת מאוד ויהיה ניתן להפליל בגינה רק במקרים קיצוניים מאוד.

חשוב להדגיש שלא כל עבירה עמומה ראוי לבטל אותה. חוק מעצם טבעו הוא כללי. כל מה שהכלל שקיים במשפט הפלילי אומר הוא שקיימת דרישה מוגברת לבהירות במובן שכאשר שופט בוחן חקיקה אחד השיקולים לטובת בהירות יהיה שמדובר בחקיקה פלילית. אבל, עשויים להיות שיקולים אחרים שיובילו לכיוון ההפוך, לכיוון של קבלה יותר גדולה של עמימות.

שבס מועמד לדין על העבירה של ״הפרת אמונים״. העבירה הזו קובעת כי ״עובד ציבור העושה במילוי תפקידו מעשה של הפרת אמונים הפוגע בציבור אף אם לא היה במעשה משום עבירה כאילו נעשה כנגד יחיד דינו מאסר שלוש שנים״.

עלתה כאן טענה כנגד החוק של ״הפרת אמונים״ של ״בטל בגין אמינות״. ברק פוסק נגד טענה זו ואומר כי לטעמו עובד ציבור שבחר לעבוד בתפקידו ידע שאלו הם הכללים העומדים במילוי תפקידו.

פרשנות – השפעת עקרון החוקיות במשפט הפלילי על פרשנותן של עבירות

לעקרון החוקיות במשפט הפלילי יש גם השפעה על האופן שבו אנו מפרשים את העבירה.

במשפט הפלילי יהיה שיקול חזק יותר (נטייה גדולה יותר) לאמץ את הפרשנות המצמצמת. זאת מאחר ו״אין עונשין אלא אם מזהירין״ ומאחר ויש חשש מוגבר לפגיעה בזכויות אדם במשפט הפלילי.

איפה הכלל הזה קבוע? בסעיף 34כא לחוק העונשין שחוקק גם הוא כחלק מתיקון 39.

הסעיף קובע ״הניתן דין לפירושים סדירים אחדים **לפי תכליתו** יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר אם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין״. העיקרון הפרשני הזה מכונה ״עיקרון הפרשנות המצמצמת״. עקרון זה אמנם עוגן בתיקון 39 אך הוא היה קיים גם דרך הפסיקה גם לפני התיקון.

יחד עם זאת עלינו לדעת שבשנות ה-80 הוא עובר שינוי. עד שנות השמונים ביהמ״ש (לפחות באופן מוצהר) אימץ גרסה דבקנית של עיקרון הפרשנות המצמצמת. הנטייה הייתה להתמקד ב״פרשנות המילולית הפשוטה״ של המונחים בעבירה ומקום שהיו כמה חלופות פרשניות פשוטות ביהמ״ש היה מאמץ את הפרשנות שנוחה עם הנאשם, גם אם ברור מבחינת השכל הישר שהמחוקק התכוון אחרת. **בפס״ד בר שלום** מדגימים את תקופה זו.

הפרשנות של עיקרון הפרשנות המצמצמת משתנה בשנות ה-80 ומאומצת גישה תכליתית של עיקרון הפרשנות המצמצמת. פסק הדין המסמל את המעבר לגרסה התכליתית לעיקרון הפרשנות המצמצמת הוא **פס״ד מזרחי**.

**פס״ד אהובה לוי –** חוק הפרשנות בא בפס״ד זה לטובת הנאשמת. לוי מזוכה מאשמה עקב העובדה שקיימות שתי אפשרויות לפרשנות באיסור בגינו היא מואשמת.

פס״ד זה מראה שעדיין יש סיטואציות שהפרשנות המצמצמת עדיין יכולה להגיע לטובת הנאשם.

ב**פס״ד פלוני** מדובר על אדם שנעל את ילדיו בחדר, רצח את אשתו ולאחר מכן מעל את גופה.

המחוזי מרשיע אותו בשתי עבירות: רצח וביצוע מעשה מגונה. ״מעשה מגונה״ מוגדר ״אדם המבצע מעשה מיני לשם סיפוק או ביזוי אדם אחר״. ביהמ״ש בא ואומר שמאחר והמעשה המגונה התבצע לאחר הרצח, זה היה מעשה מגונה בגופה ולא בגוף של אדם חי.

יתרה מכך יש התייחסות לעבירה של השחתת גופה. נכנס כאן אלמנט יותר חזק של שקילת התכלית.

שתי הערות קונספרטיביות:

1. ״עיקרון הפרשנות המצמצמת״ – לא באמת היה מצב שבו פעם הנאשם היה מרוויח יותר בקלות והיום פחות. האמירה ״יש למילים משמעות פשוטה״ היא אשליה.
2. דיברנו על כמה חשוב עקרון החוקיות, אבל האם זה באמת כל כך נורא שביהמ״ש ולא המחוקק יהיה זה שמייצר עבירות?

**שיעור 4 – 29.10.18**

מבוא ליסודות העבירה ולפרטי היסוד העובדתי

נתחיל בשאלה טכנית. אמרנו שכדי שתהיה עבירה צריך שיהיה חוק לגביה, ובחוק יקבע שהתנהגות מסוימת היא אסורה ולצד ההתנהגות האסורה נקבעת סנקציה. השאלה הטכנית היא איפה מוצאים את העבירות ואיפה מוצאים את ההגדרות למונחים המופיעים בהן?

יש עבירות שכל מה שיש בהן הוא נוסח העבירה עצמה ולא קיימים בהן הגדרות של המונחים של העבירה למשל, **ס׳ 169 לחוק העונשין** קובע ש״העושה מעשה של שוד ים דינו מאסר עשרים שנה״. איך נדע מהו שוד ים? במקרה של שוד ים, אין בחוק הישראלי מקום שאני יכול לפנות אליו כדי לקבל תשובה מהו שוד ים. במקרה כזה עושים פרשנות. במקרה הרגיל אנחנו אמורים לפרש מונחים על פי לשונם ועל פי תכליתם. מבין הפרשנויות שקיימות לאור תכלית האיסור בחוק עלינו לבחור בזו המקלה עם הנאשם. ספציפית לגבי שוד ים העבירה היא לא עבירה מהמשפט הישראלי אלא מהמשפט הבינלאומי (המחוקק הישראלי התכוון שהדין יתאים לדין הבינלאומי – חזקת ההתאמה) נפרש את המושג שוד ים בהתאם להגדרה שקיימת למונח הזה במשפט הבינלאומי.

יש מקרים שבהם סעיף העבירה מלבד קביעת העבירה גם כולל הגדרות של מונחים. למשל, **ס׳ 345 לחוק העונשין** מגדיר את עבירת האינוס. ס׳ 345(א) קובע ש״הבועל אישה לפי אחת החלופות ב1-5 הרי הוא אונס ודינו מאסר שש עשרה שנים״. בסעיף 345(ג) ישנה הגדרה של ״הבועל״. ״הבועל״ כהגדרתו בסעיף הוא ״המחדיר איבר מאברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה״.

מקום שבו יש הגדרה מפורשת בחוק היא תגבר על ההגדרות האינטואיטיביות שיכולות להיות לנו למונח. למשל, לעניינינו אישה המחדירה חפץ לאיבר מין של אישה אחרת מבצעת פעולה של בעילה. לעומת זאת, אי אפשר לבצע פעולה של בעילה במובן הסעיף הזה כלפי גבר. מה שמעניין אותנו זה ההגדרה שבחוק.

כשאנחנו קוראים עבירה עלינו לדאוג לחפש למונחים של העבירה הזו הגדרה באיזשהו מקום בחוק כי יכול להיות שההגדרה הרלוונטית לסעיף היא לא ההגדרה האינטואיטיבית.

לפעמים, העבירה מצד אחד וההגדרות והמונחים מצד שני לא נמצאים באותו הסעיף. איפה ההגדרות ימצאו, אם כך?

* לפעמים ההגדרות יופיעו בתחילת הפרק הרלוונטי בחוק העונשין או של הסימן הרלוונטי בחוק העונשין (סימן – תת פרק). למשל, **סימן ט׳ לפרק ח׳ לחוק העונשין העוסק עבירות בריונות ותקלות הציבור**, מתחיל ב**ס׳ 184 לחוק העונשין**, הוא לא מגדיר עבירה אבל כולל שלוש הגדרות: הגדרה לסכין, הגדרה לאולר והגדרה למשקה משכר. המונחים האלה אחר כך רלוונטיים לסדרת עבירות המופיעות באותו הסימן.
* לפעמים, ההגדרה לא תהיה בהתחלה של הפרק או של הסימן הרלוונטיים לאותה העבירה אלא תהיה באחד מהסעיפים של החלק הכללי של חוק העונשין. בעיקר, **ס׳ 34כד לחוק העונשין** – סעיף זה כולל רשימה גדולה של הגדרות, ו**ס׳ 90(א)** גם כולל מספר הגדרות.
* מקום נוסף שייתכן ויהיו בו הגדרות רלוונטיות הוא **בחוק אחר**.
* **חוק הפרשנות** - יש חוק שנקרא חוק הפרשנות. יש עבירות שנמצאות מחוץ לחוק העונשין, כגון פקודת הסמים וחוק הכניסה לישראל. אלו עבירות שמעמידים עליהם לדין, ואז כשבית המשפט נתקע ולא מוצא את ההגדרה על פי הסעיפים הקודמים, הוא פונה לחוק הפרשנות התשמ"ע 1981.

מה קורה אם אנחנו מחפשים את ההגדרה למונח ומגלים שההגדרה למונח בחוק הפרשנות שונה מההגדרה שנמצאת בחוק העונשין? ככלל, מקום בו תהיינה מספר הגדרות סותרות ההגדרה הספציפית יותר תגבור על ההגדרה הכללית יותר. מבחינה פרקטית אם יש הגדרה בסעיף והגדרה בראשית הפרק ההגדרה בסעיף תגבור על זו שבתחילת הפרק. לעיתים מתכלית העבירה נבין שהכוונה הייתה אחרת (להעדיף את ההגדרה הכללית על הספציפית) ולפעמים אנחנו נפעל לפי הכלל של מאוחר קודם למוקדם. מה שיגרום לנו לפעול לפי הכלל הזה ולא לפי כלל הספציפי גובר על הכללי היא ההבנה שלפי תכלית החוק זה הכלל שעדיף להשתמש בו.

במצב בו אנחנו מעמידים בן אדם לדין בגין עבירה עלינו לציין את הסעיף בו מוגדרת העבירה ובנוסף לכך את כל הסעיפים שבהם מופיעים הגדרות של מושגים המופיעים בעבירה.

סיווג עבירה

ההבחנה בין העבירות היא בין חטא, עוון ופשע.

**ס׳ 24 לחוק העונשין (חלק כללי)** מחלק את העבירות לשלוש קטגוריות:

1. חטא – עבירה שעונש המאסר שלה הוא עד שלושה חודשים.
2. עוון – עבירה שנקבע לה עונש של מאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים ושאינה עולה על שלוש שנים.
3. פשע – עבירה שעונש המאסר שלה חמור משלוש שנים.

**ס׳ 260 ו-261 לחוק העונשין** עוסקים בעבירה של סיוע לאחר המעשה. **ס׳ 260** **לחוק העונשין** אוסר על אדם שיודע שפלוני עבר עבירה לעזור לאותו פלוני בכוונה שימלט מעונש. מבחינת ההבחנה בין חטא, עוון ופשע זה קשור אליה בכמה דרכים. סעיף זה מוסיף ואומר שעבירה זו אינה חלה כשפלוני ביצע חטא. כלומר, ניתן לסייע לאחר מעשה לאדם שביצע חטא וזה לא ייחשב שביצעתי עבירה של סיוע לאחר מעשה.

בנוסף, **ס׳ 261 לחוק העונשין** אומר שיש הבדל משמעותי בעונש של המסייע לאחר מעשה כתלות בשאלה אם הפלוני ביצע עוון או פשע. אם פלוני ביצע פשע דינו של המסייע לאחר המעשה הוא שלוש שנות מאסר. העונש המקסימלי שהוא יכול לקבל הוא שלוש שנות מאסר. לעומת זאת, אם פלוני ביצע עוון העונש המקסימלי שניתן להטיל עליו בגין עבירת הסיוע לאחר מעשה הוא מחצית מהעונש המקסימלי שקיים לסיוע לאחר מעשה פשע.

יסודות העבירה

העבירה הפלילית מתחלקת לשני יסודות:

1. היסוד העובדתי
2. היסוד הנפשי

במילים אחרות, מקובל לפרק עבירות ליסוד עובדתי וליסוד נפשי שבהשתלבותם מרכיבים את העבירה השלמה.

**היסוד העובדתי**

היסוד העובדתי, או בשמו בלטינית actos reus, מתפרק למספר רכיבים, וזאת בהתאם למצוין בסעיף **18(א) לחוק העונשין**. מהם אותם הרכיבים?

1. **רכיב המעשה – הרכיב ההתנהגותי**.
רכיב המעשה הוא רכיב הכרחי בכל עבירה. כלומר, בכל עבירה צריכה להיות תרומה פיזית אקטיבית או פסיבית (מעשה או מחדל) מצידו של הנאשם. הדרישה הזו היא ביטוי לעיקרון הבסיסי של דיני העונשין – ״אין עבירה ללא מעשה״. וכן, הדרישה הזו היא ביטוי לעקרון נוסף של דיני עונשין והוא – ״אין עונשין על דברים שבלב״.
סעיף **18(ב) + 18(ג)** לחוק העונשין קובעים שההתנהגות יכולה להיות פעולה אקטיבית והיא יכולה להיות גם פעולה פסיבית, שהיא מחדל. המשמעות היחידה של המושג מחדל בדין הישראלי היא אי עשייה.
2. **רכיב הנסיבות** **(לא בכל עבירה יהיו נסיבות).**
נסיבות הם תנאים אובייקטיבים חיצוניים שהגדרת העבירה קובעת שהם צריכים להתקיים בזמן הנאשם מבצע את ההתנהגות שלו כדי שההתנהלות שלו תיחשב לעבירה. הכוונה ב**ס׳ 18(א)** הוא רק לנסיבות רלוונטיות להתהוות העבירה. כלומר, נסיבות שבהיעדרן העבירה לא יכולה להשתכלל.
ככלל, הנסיבות צריכות להתקיים בזמן ההתנהגות. לעיתים נגיע למסקנה פרשנית כי הנסיבות צריכות להתקיים בזמן התוצאה.
חשוב להדגיש שקיימות עבירות שאין בהן רכיב נסיבתי. יכולה להיות עבירה שיש בה רק רכיב התנהגותי. כלומר, יכולה להיות עבירה שההתנהגות בה היא תמיד פסולה. למשל, עבירת שוד ים.
3. **רכיב התוצאה (לא בכל העבירות תהיה תוצאה).**
לכל התנהגות בעולם שלנו יש תוצאות, אך זוהי לא הכוונה כאשר מדברים על רכיב התוצאה. רכיב התוצאה שאנחנו מדברים עליו כאן הוא רכיב שקיים בחלק מהעבירות שבעצם אומר שאם לא התקיימה התוצאה לא בוצעה העבירה.

**היסוד הנפשי**

# בהקשר של היסוד הנפשי יש גם מונח בשפה הלטינית, והוא mens rea. מונח זה עושים בו מקורות שונים שימוש לאחת משתי משמעויות: או כשמתכוונים ליסוד הנפשי או כשמתכוונים ליסוד הנפשי הטיפוסי – מחשבה פלילית.

היסוד הנפשי הוא המצב התודעתי (הלך הנפש) שאדם צריך להימצא בו על מנת שנקבע כי הוא ביצע את העבירה. למשל, בעבירת האינוס היסוד הנפשי שנדרש הוא יסוד נפשי של מחשבה פלילית. מהו יסוד נפשי של מחשבה פלילית? זוהי מודעות לטיב המעשה ולנסיבות.

יש מקרים שבהם העבירה כוללת התייחסות למצב הנפשי של הקורבן. גם כאן ניקח את עבירת האינוס כדוגמא. בעבירה זו המצב הנפשי של הקורבן הוא היעדר הסכמה. חשוב להבין שזהו לא יסוד נפשי, אלא זהו חלק מהנסיבה.

**נטל ההוכחה**

נטל ההוכחה במשפט הפלילי הוא מעבר לספק סביר. התביעה צריכה להוכיח אשם מעבר לכל ספק סביר, וזה אומר שהיא צריכה להוכיח את היעדר הספק הסביר לגבי כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי וגם לגבי היסוד הנפשי.

דוגמא:

בן אדם לוקח פלאפון כי הוא חושב שהוא שלו. הוא חוזר הביתה ומגלה שהפלאפון לא שלו. מה הבן אדם הזה עשה? הוא נטל רכוש בלי כוונה להחזירו. האם בוצעה עבירה של גניבה?

הוא ביצע עבירה של גניבה, לא הייתה לו מודעות לכך שהוא לוקח רכוש של אדם אחר; לכן, הוא לא יכול להיות מורשע בעבירה כי חסר כאן היסוד הנפשי (חוסר המודעות ללקיחה של רכושו של אדם אחר).

בעבירות הקלאסיות נדרשת מודעות, הדרישה היא דרישה של מחשבה פלילית. במקרה הקלאסי אם אין מודעות להתנהגות אין אשם. לא די בכך שהיה ביטוי חיצוני לעבירה; אנחנו מחפשים מה קרה בנפשו של האדם. יתרה מכך, יש גם מקרים שבהם סוג היסוד הנפשי משפיע על חומרת העונש. לדוגמא: מעשה בשלוש עבירות –

1. **גרימת מוות ברשלנות** (הגדרת העבירה היא – הגורם למותו של אדם ברשלנות).
היסוד העובדתי של עבירת גרימת מוות ברשלנות הוא גרימת מוות והיסוד הנפשי של עבירת גרימת מוות ברשלנות הוא רשלנות. העונש המקסימלי על עבירה זו הוא שלוש שנות מאסר.
2. **עבירת ההריגה** (הגדרת העבירה היא – הגורם למותו של אדם).
היסוד העובדתי של עבירת ההריגה הוא גרימת מוות והיסוד הנפשי הוא מחשבה פלילית (כשלא כתוב היסוד הנפשי אנו יודעים שהיסוד הנפשי הוא מחשבה פלילית).
העונש המקסימלי על עבירה זו הוא עשרים שנה.
3. **עבירת הרצח הקלאסית** (הגדרת העבירה היא – הגורם למותו של אדם בכוונת תחילה).
היסוד העובדתי בעבירת הרצח הקלאסית היא גרימת מוות והיסוד הנפשי הוא בכוונת תחילה. העונש המקסימלי של עבירה זו הוא מאסר עולם.

מה קורה אם בן אדם מבצע פעולה אחת ובפעולה האחת הזו הוא בעצם מבצע מספר עבירות?

לדוגמא: עבירה א׳ היא הגונב דבר; עבירה ב׳ היא הגונב דבר ממעביד; עבירה ג׳ היא עובד ציבור הגונב דבר ממעביד.

מה קורה בעבירה ג׳, במה נאשים את מבצע העבירה? לגבי היחס בין א׳ לבין ב׳ וגם לגבי היחס בין א׳ לבין ג׳ – מדובר ביחס בין נורמה בסיסית לבין נורמה מיוחדת. במקרים כאלה בעצם העבירה שהיא הנורמה המיוחדת כוללת את כל רכיבי נורמת הבסיס ונבלעת בתוכה. לכן, בהקשר הזה אנחנו לא מאשימים את הנאשם גם בנורמה הבסיסית וגם בנורמה המיוחדת אלא רק בנורמה המיוחדת. לעומת זאת, ביחס בין ג׳ ל-ב׳ אף אחת מהן לא נבלעת על ידי השנייה. כל אחת מהן כוללת נסיבה נוספת, לכל אחת יש ערך מוגן נוסף שהיא רוצה להגן עליו (במקרה של עבירה ג׳ הערך המוסף הוא עניין של החמרה עם עובדי ציבור ובעניין של עבירה ב׳ הערך המוסף הוא הגנה על היחסים המיוחדים בין עובד למעביד). לכן, בכתב האישום אנחנו נאשים אותו בשתיהן (עבירה ב׳ ועבירה ג׳).

חשוב להדגיש שלפעמים הנורמה המיוחדת תהיה נורמה שנועדה להחמיר ביחס לנורמה הבסיסית ולפעמים הנורמה המיוחדת נועדה להקל ביחס לנורמה הבסיסית.

ההבדל בין עבירה תוצאתית (עבירת תוצאה) לעבירה התנהגותית (עבירת התנהגות)

לחלק מהעבירות בחוק העונשין יש רכיב של תוצאה.

לעובדה שעבירה היא עבירה תוצאתית יש בגדול שלוש השלכות מרכזיות:

1. **קיים צורך להוכיח שהתקיימה התוצאה** כי אם לא התקיימה התוצאה – לא התגבשה העבירה.
2. **כאשר מדובר בעבירת תוצאה קיימת דרישה להוכיח קשר סיבתי**. המשמעות של דרישת הוכחת הקשר הסיבתי היא שהתוצאה קרתה בעקבות ההתנהגות.
3. **כשמדובר בעבירות תוצאה נוסף על היסוד הנפשי הרגיל דרישה של עוד רכיב ביסוד הנפשי**.

כשאנחנו קוראים עבירה עלינו לזהות אילו מילים בעבירה מהוות את רכיב התוצאה. כדי להבחין בין רכיב התוצאה לרכיב ההתנהגות צריך לבדוק אם מדובר בדרישה לתולדה מאוחרת בזמן מההתנהגות האסורה. לדוגמא, עבירת האינוס (״הבועל אישה בהיעדר הסכמה חופשית״) היא עבירת התנהגות, וזאת מאחר כי אין פה דרישה לאיזושהי תולדה מאוחרת – תוצאה.

לעומת זאת, בעבירת החבלה החמורה יש דרישה לתוצאה – ״הגורם בחברו לחבלה חמורה״. התוצאה היא שנגרמה לחברו חבלה חמורה.

הניסיון לאבחן בין עבירות התנהגותיות לעבירות תוצאתיות נהיה מסובך מסיבות שונות. אחת הסיבות היא ש**אין אחידות בניסוח העבירות** – אם המחוקק היה רוצה להקל עלינו עבירות התוצאה היו מחוקקות באופן שמילים מסוימות מתייחסות להתנהגות ומילים אחרות בעבירה מתייחסות לתוצאה.

**ס׳ 334 לחוק העונשין** עוסק בעבירה של פציעה. העבירה מוגדרת ״הפוצע חברו שלא כדין דינו מאסר שלוש שנים״. המילים ״חברו״ ו״שלא כדין״ הן הנסיבות. המילה ״הפוצע״ מתקיימת בעבירה זו גם כהתנהגות וגם כתוצאה. אם המחוקק היה רוצה להקל עלינו הוא היה מנסח את העבירה בצורה כזו: ״הגורם במעשה או במחדל שלא כדין לפציעתו של אדם״.
יחד עם זאת לגבי מרבית העבירות קיים קונצנזוס בשאלה האם הן עבירות תוצאה או עבירות התנהגותיות?
יש מספר עבירות שיש חילוקי דעות לגביהן, והקלאסית ביותר לדוגמא בנושא זה היא עבירת הגניבה. **ס׳ 384 לחוק העונשין –** הגונב דינו שלוש שנים. **ס׳ 383(א)1** מגדיר מהו הגונב – (א)  אדם גונב דבר אם הוא – (1)   נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע; השאלה היא אם נטילה ונשיאה היא רק התנהגות או גם תוצאה.
לפעמים יהיה ויכוח על האפיון של רכיב מסוים בעבירה גם אם יש קונצנזוס באופן כללי בשאלה אם העבירה היא עבירת תוצאה או עבירת התנהגות.

ב**פס״ד חורי** אדם נוהג ברשלנות ומתנגש ברכב בו יש אישה בהריון. עקב התאונה יש לבצע ניתוח קיסרי לאישה. התינוק נולד מת, הצליחו להחיותו ו-14 שעות לאחר הניתוח התינוק מת.

יש לנו כלל פרשני שאומר שאם אנחנו לא יודעים מהו רכיב מסוים עלינו להניח כי רכיב מסוים זה הוא נסיבה. יש לנו גם כלל פרשני שאומר שהנסיבות צריכות להתקיים גם בזמן ביצוע ההתנהגות.

מה שטוען כאן חורי הואר שבזמן ההתנהגות לא התקיימה הנסיבה של אדם מאחר והתינוק נולד מת. ביהמ״ש המחוזי משתכנע ומזכה אותו.

ביהמ״ש העליון לעומת זאת מרשיע את חורי. השופט ג׳ובראן מציע לנו שתי אופציות להגיע להרשעה:

1. המילים שמתייחסות לתוצאה בעבירה של גרימת מוות ברשלנות הן ״מותו של אדם״. תוצאה מתקיימת אחרי ההתנהגות וכך נפתרת הבעיה.
2. הפתרון השני והרלוונטי יותר שג׳ובראן מציע הוא שנכון שככלל נסיבה היא דבר שצריך להתקיים בזמן ההתנהגות, אבל **לעיתים פרשנית יש נסיבות מסוימות שלא צמודות להתנהגות אלא צמודות לתוצאה.**

**פס״ד גדליהו כהנא:**

גדליהו כהנא מתקשר לאיים על מישהו מחו״ל, כאשר זה נמצא בארץ. טענתו היא שמאחר וביצע את האיומים בהיותו בחו״ל תחולת המיקום של חוק העונשין לא מתקיימת ולכן אי אפשר להרשיע אותו.

לפי השופט ברק חלק מהאיום הוא לא רק הוצאת המילים המאיימות מצד המאיים אלא קליטתן מצד המאוים. בגלל שהקליטה מתקיימת באוזן של אדם שנמצא בארץ ״מקצת העבירה״ בוצעה בארץ.

**שיעור 5 – 31.10.18**

אחת ההבחנות הבסיסיות בין שיקולים תוצאתניים לענישה לשיקולים דאונטולוגיים לענישה היא ששיקולים תוצאתניים הם צופים פני עתיד (מטרתם היא שיהיו פחות קשיים) ולעומת זאת שיקולים דאונטולוגיים הם צופי פני עבר (מטרתם היא לגמול לאדם על המעשה הרע שהוא עשה).

בין אם המטרה שלנו בענישה היא מטרה תוצאתנית ובין אם היא דאונטולוגית (גמולנית) השיטה הקיימת היא לא כל כך מוצלחת. לפי השיטה הקיימת אנחנו מענישים בגין מעשה ספציפי.

אם אנחנו עובדים לפי השיטות התוצאתניות למה עלינו להתעסק במה שהאדם עשה בעבר?

עדיף לנו לעשות הערכת סיכונים ומי שמסוכן אפשר להכניס לכלא.

**מעצר מנהלי** בהגדרתו היא להכניס מישהו למעצר מאחר ואנחנו לא יכולים להרשיע אותו בהליך פלילי. ישנה חקיקה הנקראת ״הפקודה למניעת פשעים״ – חקיקה מנדטורית שעדיין תקפה בארץ אך לא מיושמת וזו מאפשרת בהתקיים תנאים מסוימים להכניס למעצר בית אדם שהוא ״מר נפש״ (אדם שיש חשד עתידי שיבצע עבירה פלילית).

הקושי קיים גם באימוץ הגישות הדאונטולוגיות. מטרה של גישות אלה היא לגמול לאדם בהתאם למידה שבה הוא טוב או רע.

ישנם הרבה קשיים בשתי הגישות. יש כאן עניין של הזכות לפרטיות. אם נתחיל לחפש מה קורה בנפשו של אדם אנחנו יוצרים ״משטרת מחשבות״, וכדי שזו תוכל לעשות דברים באמת צריכה להיות חדירה קיצונית לפרטיותו של אדם. הבעיה השנייה היא שאנחנו לא משיגים את המטרה של חוק העונשין של הכוונת התנהגות. בנוסף, קיימת כאן בעיה של אכיפה. אם לא נתמקד באירוע ספציפי יהיה לנו קושי להתמקד ולהרשיע בגין עבירות פליליות. עוד נאמר כי מבחינת הוכחת היסוד הנפשי (שזהו תמיד דבר קשה) ככל שאנחנו מתמקדים באירוע מצומצם הדבר מקל עלינו לקבל אינדיקציות מקיפות לגבי הלך הרוח של האדם במהלך ביצוע ההתנהגות.

דבר נוסף שבעייתי הוא שבתי הכלא יתמלאו מאוד מהר. כולנו חושבים מחשבות רעות ואם יצליחו להעניש אותנו רק לפי המחשבות שלנו יהיה עומס כבד בבתי הכלא.

מידת האשם המוסרי לא נובעת מהעובדה שאנחנו חושבים מחשבות רעות אלא מהמידה שבה אנחנו מנסים או לא מנסים לשלוט בביצוע המחשבות הרעות האלה. מידת המסוכנות מבחינה תוצאתנית לא נובעת מעצם השאלה אם יש לנו או אין לנו מחשבות רעות, היא נובעת מכמה אנחנו מנסים לממש את המחשבות הרעות. לכן, מכל הסיבות הללו קיים הכלל של ״אין עונשין על דברים שבלב״.

כדי שהמשפט הפלילי יהיה מוצדק ויהיה לגיטימי שהוא יתערב (וזה לא אומר שהוא יתערב בכל המקרים) נדרש שמעבר למחשבה ינקטו איזשהם מעשים ראשוניים לקראת ביצוע העבירה (למשל, תצפיות, חיפוש אינפורמציה, סימונים...), משהו שהוא כבר חוצה את הגבול בין מחשבה להכנה לקראת הביצוע. כלומר, יש לגיטימציה למשפט הפלילי להתחיל להתערב כאשר נחצה הקו משלב המחשבה לשלב ההכנה. זה לא אומר שתמיד המשפט הפלילי מתערב כשיש הכנה.

יש הרבה במקרים בהם הכנה לא נתפשת במשפט הפלילי כעבירה (למשל, אדם המעוניין לשלוח מכתב איומים וניגש לדואר על מנת לקנות מעטפה).

דוקטרינת הניסיון היא דוגמה למקרה שבו הלגיטימיות של התערבות המשפט הפלילי נובעת מכך שנחצה הקו של מחשבה בלבד. עבירות הניסיון ככלל דורשות כוונה לבצע את העבירה והכנה לביצוע העבירה. דוגמה נוספת היא עבירה של קשירת קשר לביצוע פשע והיא מתקיימת גם אם בסוף לא בוצע הפשע. היא מתקיימת ברגע ששני אנשים או יותר מתכננים ביחד לבצע עבירה פלילית. הניסיון מראה שאם אנשים מתכננים ביחד בשונה מלבד הסיכוי שיבוצע הפשע הוא הרבה יותר גדול. יש כאן אלמנט יותר גדול של מחויבות, של רצינות. בנוסף, יש לשים לב שבשונה משאני יושב וחושב לבד על ביצוע הפשע יש פה חצייה מעבר למחשבה ע״י דיבור על הפשע. משתי הסיבות האלה יש הטוענים שעבירת קשירת הקשר היא מוצדקת. יש שיטות משפט הטוענות שעבירה זו היא לא חוקתית מאחר והיא פוגעת בעיקרון ש״אין עונשין ללא מעשה״.

תפקיד המעשה בהגדרת העבירה

חשוב להבין שרכיב המעשה לא חייב להיות רכיב של פעולה פיזית ואקטיבית. לא כל המעשים המופללים הם מעשים של הפללת שרירים. יש עבירות שאפשר לבצען בדרך של דיבור (איומים, הסתה). יש גם עבירות שאפשר לעשות באמצעות חוש השמיעה (האזנת סתר).

תכלית המושג ״מעשה״ היא למקד את האחריות לביצוע עבירה מסוימת על אדם ספציפי. ברגע שאנחנו קובעים שמעשה מסוים אסור זה מקל עלינו לדעת מי עשה מה מתי ומי ייענש בגין המעשה. למושג המעשה יש ערך פונקציונאלי.

בנוסף, למושג המעשה יש ערך מהותי. הוא מאפשר לנו להבחין בין אלו שרציניים בעבריינותם לבין אלו שלא (מי שלא עשה את המעשה לא נטיל עליו אחריות ומי שכן עשה את המעשה נטיל עליו מעשה (וזאת בחריג של דוקטרינות של צדדים לעבירה).

יתרון נוסף של דרישת המעשה קשור לעיקרון החוקיות. הדרישה למעשה מסוים לצורך התקיימות העבירה ממקדת את הפעולה האסורה לנקודת זמן מסוים ולמקום נתון ומוגדר במרחב. בעצם המטרה היא להפוך את האיסור לקונקרטי, נקודתי, מוצק ולא מעורפל.

הבעייתיות מתחילה מקום בו רכיב המעשה הנדרש בעבירה אינו פעולה אקטיבית.

קיימים שלושה סוגים מרכזיים של עבירות שבהם רכיב המעשה או רכיב ההתנהגות אינו ממוקד:

1. **עבירות סטטוס** –
מבחינה פורמאלית אלו הן עבירות שיש בהן רכיב מעשה, אך זהו לא מעשה אקטיבי של הבן אדם. כל מה שצריך לקרות בעבירת סטטוס הוא שאדם יהיה במקום מסוים או במצב מסוים ללא שום פעולה מצידו כדי שנראה בבן אדם מבצע של העבירה. אנחנו בעצם מענישים אותו על כך שהוא לא נמנע מלהימצא במצב אסור.
מצד אחד אלו שתומכים בעבירות כאלה אומרים שבסופו של יום ההתנהגות הפסולה נמצאת בכך שהאדם הגיע מלכתחילה למצב הזה. הוא עשה איזשהן פעולות על מנת להגיע למצב הזה או שהוא לא דאג לצאת מהמצב הזה. טיעון הנגד הוא שאין כאן מעשה ממוקד מספיק. המתנגדים לעבירות אלו אומרים שעבירות הסטטוס הן עבירות שנוגדות את דרישת המעשה.
סוג אחד של עבירות סטטוס הוא עבירות שנוגעות למקום מסוים. כלומר, די בכך שהאדם נמצא במקום מסוים בלי שהוא עשה מעבר לזה כדי שנרשיע אותו (לדוגמה, ס׳ 115(א) לחוק עונשין – שהייה במקום מוגבל. דוגמא נוספת הוא ס׳ 406(א) – הימצאות במקום מגורים או תפילה לצורך ביצוע גניבה או פשע. ב׳ 215(ג) – להימצא במקום כלשהו בשל עיסוק בזנות באופן הגורם עבירה לציבור).
סוג שני של עבירות סטטוס הוא עבירות הנוגעות להימצאות במצב אסור. כלומר, לא צריך שהבן אדם יעשה איזושהי פעולה אלא די שהוא ימצא במצב האסור (לדוגמה, ס׳ 147 לחוק העונשין – חברות בהתאגדות אסורה. דוגמה נוספת הוא ס׳ 199א(1) קובע מאסר חמש שנים למי שמחייתו כולה או מחצתה דרך קבע או בתקופה כלשהיא תלויה ברווחי אדם שעוסק בזנות. מה שקורה בחוק זה הוא שהמחוקק ניסח את החוק באופן שפורש את רשת ההפללה באופן רחב מדי).
דוגמה לפס״ד שבו בית המשפט ביטל עבירת סטטוס מאחר והיא פרשה את רשת העבירה בצורה נרחבת מדי **פס״ד רובינסון נ׳ קליפורניה**.

בפס״ד זה מדינת קליפורניה קבעה עבירה פלילית של – היות האדם מכור לסם. ביהמ״ש בקליפורניה נותן טיעון על פיו לא כל היכנסות למצב של התמכרות נובעת ממעשה פסול של שימוש לא חוקי בסם. ההנחה הפשוטה שהוא היה יכול לא להיכנס למצב היא פיקציה ולצאת ברגע שאתה מכור זה גם קשה.
ס׳ 199א(1) ממחיש בצורה טובה את הבעיה בעבירות סטטוס. ברגע שלא מתמקדים במעשה כלשהו באופן ספציפי רשת ההפללה עשויה להיפרש באופן רחב מדי. לכן, המבקרים באים וטוענים שצריך ממש למעט בחיקוק עבירות סטטוס ושצריכה להיות הצדקה מיוחדת מאוד חזקה לקביעת עבירת סטטוס. מנגד ניתן להגיד שלפעמים צריך את העבירות הללו או כדי לעצור את הדברים שעה יפה קודם.
2. **עבירות החזקה** –
האיסור שקיים בעבירות החזקה טמון בזיקה של אדם לחפץ ושליטה שלו בחפץ. לא נדרשת בהכרח עשיית פעולה פיזית. ס׳ 186 לחוק העונשין קובע שזו עבירה להחזיק סכין. ס׳ 116 לחוק העונשין קובע שהחזקת מסמך מזויף היא עבירה. ס׳ 7 לפקודת הסמים המסוכנים קובע שהחזקת סם מסוכן היא עבירה. בנוסף, ס׳ 34כד קובע הגדרה מאוד רחבה להחזקה. ברגע שאנחנו לא דורשים פעולה פיזית ברורה אלא רק קשר של שליטה בחפץ אנחנו מגדילים מאוד את מעגל ההפללה.
השאלה מהי החזקה וכמה היא רחבה נבחנה ב**פס״ד הוכשטט**.
עמדת ברק בפס״ד היא דעת המיעוט אבל הופכת בהמשך להלכה בחוק. בפס״ד זה הוכשטט מקבל חבילה בדואר שמכילה קוקאין, היא לא נמצאת אצלו פיזית. הרכיב הפיזי הוא אלמנט של בלעדיות לא של החזקה פיזית. כלומר, אין צורך שהנכס יהיה ברשותו הפיזית של האדם די בכך שהאדם יכול להגיע אליו ויש לו שליטה עליו.
כלומר, במהלך העניינים הרגיל אני יכול לעשות מעשים פיזיים בנכס או לקבוע את גורלו.
בפס״ד זה עניין ההחזקה מאוד מורחב. ההרחבה היא גדולה אף יותר בגלל ההמשך של ס׳ 34כד. הסיפא של סעיף זה מגדיר החזקה קונסטרוקטיבית. כלומר, אם חבר מחזיק בסם ואני מסכים לכך זוהי החזקה קונסטרוקטיבית. ההגדרה הזו מרחיבה מאוד את מעגל ההפללה ולכן ברק אומר שזו בעיה ויש לצמצם, ויש צורך שלבן אדם יהיה עניין בכך.
3. **עבירות מחדל** –
עבירות מחדל, בשונה מעבירות סטטוס והחזקה, הן הסוג העיקרי של העבירות בהן רכיב המעשה הוא לא התנהגות. האם התנהגות אקטיבית יותר חמורה ממחדל (אי עשייה). לכאורה הדבר נראה פשוט. קיימת אצלנו אינטואיציה שקיים הבדל מוסרי בין המקרים של יצירת נזק לבין המקרים של אי מניעת נזק.

העמדה המסורתית בפילוסופיה של המוסר היא שמקרה של יצירת נזק הוא חמור יותר ממקרה של אי מניעת נזק. יחד עם זאת בעשורים האחרונים עולות יותר ויותר עמדות מוסריות שסבורות כי אדם שחודל (לא פועל) והוא מודע להשלכות של אי פעולתו מבצע התנהגות שהיא חמורה באותה המידה ממי שגורם נזק באופן פעיל.

ישנם טיעונים נוספים שתומכים בעמדה שמעשה הוא ככלל חמור יותר ממחדל.

* **הטיעון הראשון** הוא טיעון של חירות הפרט. בעבירה שהיא עבירת אל-תעשה (עבירה המפלילה התנהגות אקטיבית) החוק מתווה לנו פעולה אחת אסורה. את כל שאר הדברים בעולם אתה יכול להמשיך לעשות. לעומת זאת, עבירה המפלילה מחדל דורשת ממך לפעול. מאותו הרגע אתה לא יכול לעשות מה שתרצה מלבד הדבר האסור, אלא אתה חייב לעשות את הפעולה שהחוק אומר. למשל, ס׳ 368(ד) לחוק העונשין קובע חובת דיווח על ביצוע עבירה בקטין או בחסר ישע. אם אתה יודע שבוצעה עבירה בקטין או בחסר ישע ולא פנית לעובד סוציאלי או שוטר ביצעת עבירה.

באלמנט של ביצוע הפעולה האסורה בחוק יש בעיה מוסרית גדולה ורחבה יותר.

* **הטיעון השני** התומך בכך שנצמצם בעבירות מחדל הוא שיש הבדל בין עבירות מעשה לעבירות המחדל בנוגע לעוצמת הזיקה בין ההתנהגות של האדם לבין הפגיעה בערך המוגן. יש לדבר שני היבטים.
ההיבט הראשון הוא שלעבריין המפר עבירת אל-תעשה יש שליטה במצב העניינים והוא משקיע אנרגיה בעשיית העבירה; זאת בשונה מבן אדם שביצע עבירה במחדל.

ההיבט השני של עוצמת הזיקה בין ההתנהגות של האדם לבין הפגיעה בערך המוגן הוא טיעון הקשר הסיבתי. במקרה של מעשה אקטיבי. במקרה של מעשה אקטיבי אם המזיק לא היה מבצע את המעשה הנזק לא היה נגרם. לעומת זאת במקרה של החודל האדם לא יצר את הנזק והנזק היה קורה גם אם הוא לא היה שם. כלומר, גם אם לא היה מתבצע המחדל הנזק היה נגרם.

כאמור, באינטואיציה הראשית שלנו מחדל הוא פחות חמור ממעשה. יחד עם זאת, זה לא אומר שתמיד לא ראוי להפליל מחדל. ישנן גם עמדות מוסריות שאומרות שמחדל ומעשה הם חמורים באותה המידה.

הדין הישראלי לכאורה מצדד בעמדה שמעשה אקטיבי ומחדל חמורים באותה המידה.

ראשית, ס׳ 18 לחוק העונשין מגדיר מעשה – ״לרבות מחדל אם לא נאמר אחרת״. כלומר, ברירת המחדל היא שעבירה היא אסורה גם בדרך של מחדל. זה נכון שבהרבה מהמקרים גזר הדין של שני אנשים שביצעו את אותה העבירה אך אחד ביצע בצורת המחדל והשני בצורה של מעשה אקטיבי יהיה שונה, וגזר הדין של אותו האחד שביצע את העבירה בצורת המחדל יהיה פחות חמור.

בנוסף, כדי להוכיח שעבירה בוצעה בדרך של מחדל יש להוכיח שלושה דברים:

1. **התנאי הראשון** הוא קיומה של נורמה אוסרת שניתן לפי הגדרתה לבצע אותה על דרך המחדל. ישנן עבירות שלפי הגדרתן לא ניתן לבצע אותן בדרך של מחדל.
2. **התנאי השני** הוא קיומה של חובה על הנאשם לפעול. החובה הזו, לפי ס׳ 18(ג) לחוק העונשין צריכה להיות מעוגנת בדין או בחוזה.
3. **התנאי השלישי** הוא להוכיח שהנאשם הספציפי הפר את חובת העשייה שהייתה מוטלת עליו על ידי הימנעות ממעשה.

**שיעור 6 – 05.11.18**

**מחדל**

שלושת האלמנטים שאנחנו צריכים להוכיח לצורך הרשעה בדרך המחדל הם:

1. **קיומה של נורמה אוסרת.**
מהן סוגי הנורמות האוסרות?
 **האפשרות הראשונה** להתקיימותה של נורמה אוסרת היא מה שנקרא נורמה אוסרת מסוג של עבירת מחדל פשוטה – עבירת מחדל ישיר. עבירת מחדל פשוט היא עבירה שניתן לעבור אותה רק בדרך של מחדל. העבירה עצמה מנסחת גם את מקור החובה. למשל, **ס׳ 262** לחוק העונשין מדבר על אי מניעת פשע.
**האפשרות השנייה** להתקיימותה של נורמה אוסרת היא נורמה של עבירות מחדל מורכבות – עבירות גרימה במחדל. מדובר בעבירות שמנוסחן עולה בבירור שניתן לעבור אותן בדרך של מחדל אך בשונה מעבירות המחדל הפשוטות הן לא מציינות מהו מקור החובה שבגין הפרתה יהיה ניתן להעמיד את האדם לדין עקב ביצוע המחדל. הדוגמא הכי פשוטה היא דוגמת ה**הריגה** – הגורם למותו של אדם במעשה או במחדל. המחוקק התכוון שאת העבירה הזו יהיה אפשר לבצע במחדל ואת זה אפשר להבין במפורשות מלשון החוק.
**האפשרות השלישית** להתקיימותה של נורמה אוסרת היא עבירות שהרכיב ההתנהגותי בהן מנוסח במעשה אקטיבי אך לפי ס׳ 18(ב) לחוק העונשין ניתן לבצען במחדל. זוהי קבוצה שכוללת את מרבית העבירות – את כל העבירות שמהנוסח שלהן לא עולה במפורש שניתן לבצען בדרך של מחדל.
ס׳ 18(ב) לחוק העונשין אומר ״... מעשה, לרבות מחדל אם לא נאמר אחרת״.
כלומר, לכאורה, כל עבירה בחוק העונשין אפילו אם היא מנוסחת כעבירה אקטיבית, אנחנו צריכים להניח שהיא יכולה שתתבצע בדרך של מחדל, זאת אלא אם משהו בעבירה הספציפית הזו גורם לנו להגיע למסקנה שלא. דוגמא לעבירה כזו נמצאת ברישא של **ס׳ 368** לחוק העונשין – העורך טקס המרת דת של קטין. לעומת זאת, עבירה של בריחה ממשמורת חוקית נראה כי אין כל כך קושי לחשוב על דרך שבה היא מבוצעת ממחדל (אי חזרה למשמורת חוקית).
בשאלה כיצד יש לפרש את ס׳ 18(ב) קיימות שלוש עמדות פרשניות:
2. העמדה הפרשנית הראשונה היא העמדה שבה הנחת המוצא היא שכל עבירה שמנוסחת באופן אקטיבי ניתן לבצעה גם בדרך של מחדל, אלא אם נאמר אחרת בעבירה הספציפית, וזאת לאור ס׳ 18(ב).
זוהי עמדתו של מי שהיה גדול מלומדי המשפט הפלילי בישראל, פלר (אחד משני הפרופסורים שניסח את תיקון 39 לחוק העונשין). פלר בא ואומר שזוהי הדרך הפרשנית הנכונה.
3. פרופ׳ קרמניצר (ניסח יחד עם פלר את תיקון 39 לחוק העונשין) אומר שיש פרשנות אחרת לס׳ 18(ב) לחוק העונשין. לטעמו עקב שיקולים של עיקרון החוקיות, צריך לפרש את ס׳ 18(ב) באופן מצמצם ולראות אותו כמתייחס רק לעבירות שרכיב ההתנהגות בהן הוא הפועל ״עשו״ (העושה מעשה...).
4. פרופ׳ קוגלר מציע פתרון ביניים. הוא בא ואומר שמבחינת נוסח הסעיף פלר צודק אך מבחינת השיקולים החוקתיים קרמניצר צודק ולכן לא נקבע שרק כשמופיע השורש ״עשו״ ניתן לבצע עבירות בדרך של מחדל, אבל ננקוט בגישה פרשנית שתהיה מאוד מרחיבה בהנחה שלה לגבי כך שמהעבירה עולה שלא ניתן לבצעה במחדל. באופן יותר ספציפי הוא בעצם נותן רשימה מצומצמת של פעלים שלדעתו רק הפעלים האלה הם פעלים שמשתמעת מהן אפשרות הביצוע במחדל. מהי רשימת הפעלים? למשל, הורס, פוגע, הורג, פוצע, שובר. לעומת זאת לדעתו לגנוב היא לא פעולה שניתן לבצע במחדל. הבעיה בגישה שלו היא שלטענתו של קוגלר ברור שאת הפעולה של לברוח לא ניתן לעשות במחדל. הפואנטה היא שאם נאמץ את הגישה של קוגלר יתחילו ויכוחים מאוד גדולים לגבי איזה עבירה כן יכולה להתבצע במחדל ואיזה עבירה לא יכולה להתבצע במחדל.

בפועל בלי שבתי המשפט יגידו את זה במפורש הם בדרך כלל נוטים להשתמש בגישה של פלר. המגמה בפסיקה הכי מתקרבת לעמדתו של פלר בנושא ס׳ 18(ב) לחוק העונשין.

דיון צד – כיצד נזהה אם פעולה מסוימת היא מעשה או מחדל?
הזיהוי הזה הוא חשוב משתי סיבות: האחת היא **שיש הבדל משמעותי מבחינת דרישות ההוכחה** שנדרשות על מנת להוכיח שאדם ביצע עבירה במחדל בהשוואה לדרישות שקיימות כאשר אנחנו מוכיחים כי אדם ביצע עבירה בדרך של מעשה. מה זה אומר? כדי שבן אדם יהיה אשם בביצוע עבירה במחדל אנחנו צריכים להוכיח שהייתה מוטלת עליו חובה מכוח דין או חוזה לפעול ושהוא הפר את חובה זו. שתי הדרישות האלה שהן לא תמיד דרישות פשוטות להוכחה לא קיימות בדרך של הוכחה של עבירת עבירה אקטיבית. הסיבה השנייה היא **שהרבה פעמים השאלה היא בן אדם ביצע עבירה בדרך אקטיבי או במעשה תשפיע משמעותית על העונש שיוטל עליו בגין ביצוע העבירה**.

באיזה הקשרים עולה השאלה של ההבחנה בין מעשה ומחדל?
- סיטואציה אחת שבה זה עולה היא כשאנחנו מסתכלים על עבירה ואנחנו צריכים להכריע אם זוהי עבירת מחדל פשוטה או עבירת מעשה אקטיבי. במרבית המקרים נוסח הסעיף יהיה ברור לנו, אך יש מקרים שיש ויכוח אמיתי בשאלה איזו עבירה מתקיימת. דוגמא לכך היא עבירה של אי שמירת מרחק מהרכב לפניך. דוגמא נוספת לכך היא עבירה של נהיגה ללא רישיון. האם מדובר בדוגמאות האלו בעבירה אקטיבית שהעבירה בה היא נהיגה בנסיבות מסוימות או האם מדובר כאן בעבירת מחדל פשוטה – יש עליי חובה לנהוג בעודי נושא רישיון אך אני מפר את זה בדרך המחדל כאשר אני לא נוסע עם רישיון? העמדה הרווחת היא שאלו הן עבירות מחדל אך לעומת זאת פלר סבר שאלו הן עבירות אקטיביות.
- סיטואציה שנייה בה עולה השאלה של הבחנה בין מעשה למחדל היא סיטואציה של אדם ספציפי. נניח שיש עבירה שאפשר לעשות אותה גם בדרך של מעשה וגם בדרך של מחדל. כלומר, עבירה ששייכת לאחת משתי הקטגוריות האחרונות. נניח שיש לנו אדם שמפר עבירה, בהקשרו יש לנו חשיבות גדולה לשאלה אם הפעולה שעשה היא מחדל או התנהגות אקטיבית. אם מדובר בהתנהגות אקטיבית לא צריך לחפש את מקור החובה והדבר ישפיע על העונש שיקבל.

מה לגבי רופא שנותן למטופל שלו פלציבו (תרופת דמה) במקום לתת לו את התרופה שהוא צריך, והמטופל מת? האם מה שהרופא ביצע הוא פעולה אקטיבית של מתן תרופת הדמה או האם הוא ביצע פעולה פסיבית של אי מתן התרופה האמיתית?
 **יש מספר עמדות לגבי דרך הזיהוי בין עבירת מחדל לבין עבירה אקטיבית.**
**מהו המבחן להבחנה בין מעשה למחדל?**

יש מלומדים דוגמת פלר וקוגלר שמציעים את מבחן התנועה הפיזית משמע מעשה יוגדר כתנועת גוף או כהוצאת אנרגיה פיזית ומחדל יוגדר כאי ביצוע של פעולה שכזו. הפואנטה היא שלפעמים התמקדות היתר במבחן שלהם בפעולה הפיזית היא מוגזמת, כי לפעמים כדי ליצור אפס פעולה צריך להשקיע הרבה מאוד מאמץ.

לעומתם, יש מלומדים דוגמת קרמניצר וראם שגב מציעים גישה של מבחן משולב שאותו הם מכנים מבחן הדומיננטיות, לפיו יש לשקול את האירוע הרלוונטי בכללותו תוך התחשבות בכלל השיקולים המהווים את הבסיס להבחנה בין מעשה ומחדל שהם בעיקר שני שיקולים: השיקול הראשון הוא האם מדובר במצב של יצירת נזק או אי מניעת נזק, והשיקול השני הוא האם מדובר בהרעת מצב קיים או באי שיפור המצב הקיים. על מנת להדגים את גישה זו נדון בשני מקרים.
יש רופא בכוננות. מודיעים לו שהיה פיגוע בצומת והוא יוצא מהבית כדי להגיע לצומת לטפל בנפגעים.
במקרה הראשון בזמן שהרופא נוסע לכיוון הצומת הוא נזכר שלמחבלים יש נטייה לעשות מספר פיצוצים בפיגועים, ואז הוא עושה פרסה וחוזר הביתה.
במקרה השני במקום לנסוע במכונית שלו הרופא לוקח מונית לצומת. במהלך הנסיעה נהג המונית שואל אותו למה הוא נוסע לשם, ואומר לו כי עשוי להיות עוד פיגוע, עושה פרסה ומוריד אותו מהמונית.
נניח שבשני המקרים אנשים מתו בעקבות כך שהרופא לא הגיע למקום.

האם הרופא ביצע מעשה או מחדל? במקרה הראשון, לפי שני האינדיקטורים המרכזיים של מבחן הדומיננטיות אנחנו מגיעים למסקנה שהרופא ביצע מחדל. זאת מאחר והוא גם לא יצר נזק וגם לא הרע את המצב אלא פשוט לא שיפר אותו.

לעומת זאת במקרה השני, אם נסתכל על נהג המונית, זה נכון שהוא לא זה שיצר את הנזק אבל הוא הרע את המצב. לולא המעשה שלו המצב היה כזה שהרופא מגיע. לכן, אפשר להגיד כי הפעולה שלו הייתה אקטיבית והיא לא נחשבת למחדל.

מה קורה כשפעולה של אדם כוללת גם מרכיב של מעשה וגם מרכיב של מחדל? למשל, בן אדם חופר בור ולא מגדר אותו ובן אדם אחר נופל לתוכו. כלומר, הבן אדם שחפר בור ולא גידר אותו ביצע את העבירה של גרימת חבלה גם בדרך של מעשה וגם בדרך של מחדל.
במקרים כאלו אנו נאשים את הנאשם בעבירה אקטיבית.
במילים אחרות, אם יש חלופה להרשיע בן אדם בדרך של מעשה או בדרך של מחדל אנחנו נבחר בלהרשיע אותו בדרך של מעשה.

1. **קיומה של חובת פעולה על הנאשם.**
השאלה שנשאל היא מהם המקורות האפשריים לחובות העשה?
* מקור חובה אפשרי אחד הוא **עבירות המחדל הפשוטות**.
ברור שהמקור הרלוונטי לחובות המעשה הוא עבירת המחדל הפשוטה. השאלה היא האם חובת העשה שקבועה בעבירות המחדל הפשוטות יכולה לשמש מקור חובה עבור עבירות אחרות? נניח, בן אדם ידע שאחר זומם פשע ולא מנע אותו ובאותו פשע נהרג אדם שלישי?
האם אפשר להאשים את הבן אדם שלא דיווח על העבירה בהריגה בדרך המחדל?
יש לנו גם את חוק לא תעמוד על דם רעך.
ככלל, חובות הנמצאות בעבירות מחדל פשוטות יכולות להוות בסיס להרשעה בעבירות מחדל אחרות, כלומר, הן יכולות להוות את מקור החובה.
יחד עם זאת, בדוגמא מופיעות לנו עבירות המחדל הכי בעייתיות שיש. למה? עבירת אי מניעת הפשע שדורשת מכולנו להיהפך להיות שוטרים. ברוב המדינות בעולם עבירות זו לא קיימת. למה היא קיימת בארץ? בקולוניה הבריטית בסודן היו מעט מאוד שוטרים והמחוקק הבריטי רצה להפוך את כולם לאוכפי חוק. היא נדדה לארץ. גם העבירה שקיימת בחוק לא תעמוד על דם רעך היא עבירה מאוד בעייתית ולכן בארץ מאוד צמצמו מה באמת צריך לעשות וצמצמו מאוד את העונש בגין עבירה זו. לכן בהקשר לשתי העבירות האלה קיימות עמדות מאוד חזקות שאומרות שבהקשר שלהן באופן ספציפי לא ניתן לראות בהן במקור חובה עבור עבירות מחדל אחרות.
* מקור חובה נוסף נמצא ב**סעיפים 322-326 לחוק העונשין**. הסעיפים האלה לא מייצרים עבירות אלא קובעים חובות. לאחר מכן החובות האלה תהיינה רלוונטיות לעבירות המחדל השונות. למשל, ס׳ 322 – אחריות לחסרי ישע, קובע שמי שעליו האחריות לאדם שמחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני, מעצרו או כל סיבה אחרת אינו יכול לספק לעצמו את צורכי חייו חובה עליו לספק לו את צורכי מחייתו ולדאוג לבריאותו, ויראוהו למי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או בריאותו של האדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

אבל, יש עבירות שניתן לבצע אותן בדרך של מחדל, כמו הזנחת מושגח (ס׳ 362 לחוק העונשין)– שמקור החובה הרלוונטי לעניין ביצוע העבירה הזו במחדל יהיה ס׳ 322.
ב**פס״ד מוסעזאדי** סגרו שני עובדים בקיוסק עסקה עם הקשישה שגרה מעל הקיוסק שהם ידאגו לה ובתמורה היא תוריש להם את הדירה. הם דאגו לה רק בקירוב לעסקה ולאחר מכן הזניחו אותה. הם הועמדו לדין בגין הפרה במשולב של ס׳ 362 בצירוף החובה הקבועה בס׳ 322.
כנ״ל לגבי ס׳ 323 המדבר על חובת הורה או אחראי לקטין (שבגדול אומר שעליו לשמור על בריאותו ושלומו של הקטין).
ס׳ 337 מגדיר לנו עבירה – ״המפר שלא כדין לספק לפלוני צרכי מחייה ולדאוג לבריאותו... ומסכן או עלול לסכן בכך את חייו... דינו מאסר שלוש שנים״.
ב**פס״ד פרג׳**, למשל, הרשיעו את האב במשולב לפי ס׳ 337 והחובה החקוקה בס׳ 323.
* מקור אחר של חובות הוא **חובות עשה הקבועות בדין האזרחי**. כלומר, חובות עשה הקבועות בדין האזרחי (דיני חוזים, נזיקין וכו׳..) יכולות לשמש בסיס להפללה בעבירות מחדל בפלילי, כאשר החובה המרכזית לעניין זה היא **חובת הזהירות** הקבועה בעלוות הרשלנות שבפקודת הנזיקין. חובה זו מטילה שאדם שיצר מצב מסוכן יש לו חובה לנקוט בכל אמצעי הזהירות הסבירים כדי למנוע את הסכנה.
יש לנו שימוש בחובה זו ב**פס״ד לורנס**. חבורה של נערים שאחד מהם גדול מהשאר משחקים ברולטה רוסית. לורנס, שהוא הבוגר מכולם, משחק ראשון ולא נפלט כדור מהאקדח. אחריו לוקח את האקדח יאיר, נער בן 17, משתחרר כדור מהאקדח ויאיר נהרג.
מעמידים לדין את לורנס בגרימת מוות ברשלנות. מרבית השופטים מרשיעים אותו בטענה שהוא עשה פעולה אקטיבית. הם באים ואומרים שהוא יצר מצב שהסתברות שכדור באמת יפלט מהאקדח היא הרבה יותר נמוכה מה שהיא. להשקפתם זוהי פעולה אקטיבית.
מה שיותר חשוב לעניינינו הוא שהשופט דוב לוין מטיל עליו אחריות על בסיס התנהגות מחדלית. הוא בעצם אומר שיאיר נכנס למצב מסוכן, ובאותו הרגע היה ללורנס חובת עשה למנוע את המצב המסוכן מאחר והוא זה שמראש יצר את המצב המסוכן. כלומר, הוא משתמש כאן בחובת הזהירות.

לא כולם מסכימים עם הגישה של שימוש בחובות שמקורן במשפט האזרחי. קוגלר בא ואומר שיש כאן פגיעה חמורה בעיקרון החוקיות. אם המחוקק היה רוצה שהפרתה של חובה מסוימת תהיה לה השלכות במשפט הפלילית הוא היה צריך לחוקק חוק רלוונטי לחובה הזו בחוק העונשין.
העובדה שאנחנו מניחים שאפשר להתר לשופטים להשתמש בחובות מהמשפט האזרחי, בפועל פוגעת בכלל שהשופטים לא אמורים לייצר עבירות.
* מקור החובה האפשרי הבא מייצר את הבעיה עליה הצביע קוגלר באופן יותר חריף, והוא **חובות ״עשה״ פסיקתיות**. לפי המקור הזה יש לשופטים את הסמכות על דרך הפסיקה לייצר חובות חדשות. חובה צריכה להיות בדין או בחוזה לפי ס׳ 18(ב), ומקור זה סותר את התוכן של ס׳ זה. יש פסקי דין האומרים שחובת הזהירות לא נגזרה מהמשפט האזרחי אלא נוצרה מכורח הסמכות של השופטים לייצר חובות ״עשה״ חדשות.
* חובה נוספת היא **חובת ההצלה הכללית**, הקבועה בארץ בחוק לא תעמוד על דם רעך. בעקבות מקרה בארה״ב בשנות השישים שבו לא סייעו לקורבן עבירה מחוקקים בתחילה בארה״ב ואחר כך במדינות אחריות חוקים שנקראים ״חוקי השומרוני הטוב״ – בארץ שמו של החוק הזה הוא **״חוק לא תעמוד על דם רעך״**. החוקים האלה קובעים חובת הצלה במדינות שונות. החוקים האלה קובעים כי במידה ואתה נמצא בסיטואציה בה בן אדם אחר נמצא בסכנת חיים עלייך לנסות להצילו אפילו אם אתה מסכן פגיעה בעצמך. החוק הישראלי הוא הרבה יותר עדין, והוא פוסק כי ״חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכמה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו״.
עכשיו עולה השאלה האם החובה שקיימת בחוק לא תעמוד על דם רעך יכולה להוות מקור לחובה בעבירות אחרות? התשובה לכאורה היא כן. זהו מקור לחובה. יש שמצדדים בעמדה שאפשר להשתמש בחובה זו כמקור לחובות אחרות.
יחד עם זאת, נראה כי העמדה הרווחת היא כי בגלל האופי הייחודי של העבירה הזו לא ניתן לעשות שימוש בחובה שקיימת בה לצורך הרשעה בעבירות מחדל אחרות.
קוגלר, למשל, תומך בעמדה שניתן לעשות שימוש בחובה הזו, אך שגב וקרמניצר תומכים בכך שאי אפשר לעשות שימוש בחובה הזו.
* מקור חובה נוסף הוא **חובת ״עשה״ הנמצאת בחוזה**.
דוגמא למקור כזה נמחיש דרך המקרה הבא: מציל בים שרואה בן אדם טובע אך לא יוצא להצילו. ברור לנו שחלק מאחריותו של מציל הקבועה בחוזה העסקתו היא להציל אדם שטובע. במקרים כאלה יהיה ניתן להעמיד את המציל לדין בגין עבירה של הריגה בדרך המחדל.

השאלה היותר מסובכת ועליה יש חילוקי דעות היא האם יכולה לקום חובה מכוח חוזה מכללא? כלומר, האם יכול להיות מצב בו משתמעות חובות מהחוזה ולא נכתבות בו במפורש? התשובה היא שיש דעות לכאן ולכאן.

1. **הוכחה שהנאשם הפר את חובת הפעולה המוטלת עליו.**
מתי יחשב אדם כמי שהפר את חובתו?
אדם יחשב כמי שהפר את חובתו אם הוא לא עשה מאמץ אמיתי ורציני כדי למלא את החובה. אם הוא עשה מאמץ אמיתי ורציני למלא את החובה אך נכשל הוא לא הפר את החובה. הדרישה היא לא דרישה של הצלחה אלא דרישה של מאמץ. אהממה, אין וודאות בפסיקה לגבי מה ייחשב מאמץ.

**שיעור 7 – 07.11.18**

קשר סיבתי

עבירות מתחלקות לעבירות התנהגותיות ועבירות תוצאתיות. בעבירות תוצאתיות יש בעצם שני רכיבים נוספים שצריך להוכיח על מנת להוכיח את היסוד העובדתי. זאת מאחר ועבירת התנהגות מורכבת בדרך כלל מהתנהגות ונסיבות, ועבירת תוצאה יש לנו דרישה להוכיח התנהגות ותוצאה. כלומר, שני הרכיבים שנוספים הם הצורך להוכחת תוצאה והצורך להוכיח קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה.

הדרישה לקשר סיבתי מעוגנת מבחינת פורמאלית בס׳ 18. המילה ״שנגרמה״ מעגנת לנו את הקשר הסיבתי בחוק.

ברוב המקרים סוגיית הקשר הסיבתי היא לא מורכבת.

הדרישה להוכחת קשר סיבתי בעצם מתחלקת לשתי תתי דרישות:

1. **קשר סיבתי עובדתי** – קשר סיבתי עובדתי הוא פשוט. הוא בודק קשר פיזי אובייקטיבי בין פעולת הנאשם לבין התוצאה.
המבחן להוכחת קשר סיבתי עובדתי הוא מבחן ״הסיבה שבלעדיה אין – מבחן האלמלא.
מה שאנחנו בעצם שואלים במבחן הזה הוא האם אלמלא הפעולה של העושה הייתה מתקיימת התוצאה? חשוב להדגיש שלא צריך שזו תהיה הסיבה היחידה, לא צריך שזו תהיה הסיבה העיקרית. צריך שזו תהיה רק אחת מהסיבות בשרשרת התוצאות שהובילה לתוצאה.

 **מקרה של גורמים משלימים –** מה קורה במצב בו יש לנו שני גורמים נפרדים, שכל אחד מהם בנפרד לא היו גורמים את התוצאה האסורה, אך משלימים אחד את השני בצורה שגורמת לתוצאה האסורה?

**מקרה של גורמים מצטברים –** מה קורה במקרה שישנם שני גורמים שגרמו לתוצאה, בצורה שלא משנה אם אחד מהם לא היה מתקיים, התוצאה הייתה מתרחשת? אין אפשרות להרשיע במצב כזה, מאחר וגם אם אחד מהאנשים לא היה מבצע את הפעולה האסורה התוצאה הייתה מתרחשת. מבחן האלמלא לא מתקיים כאן.

ברור שהאינטואיציה אומרת ששני הצדדים כאן אשמים. חילוקי הדעות הם בעניין איזה קונסטרוקציה משפטית צריך לבנות על מנת להגיע לתוצאה? עמדה אחת באה ואומרת שבמקרים כאלה אנחנו צריכים לעשות קונקרטיזציה למבחן האלמלא. בקונקרטיזציה של מבחן האלמלא אנחנו אומרים שהתוצאה לא הייתה מתקיימת בצורה שהיא קרתה אלמלא כל אחד מהגורמים. העמדה השנייה אומרת שבמקרים האלה אנחנו צריכים להפוך את מבחן האלמלא למבחן דיות הפעולה. מבחן זה אומר שאם די בכך שרק אחת מהפעולות הייתה נעשית כדי שהשרשרת עד התוצאה הייתה מתקיימת הרי שמתקיים קשר סיבתי עובדתי.

**מקרה של גורמים חלופיים –** על מנת להבין מקרה זה ניישם אותו על דוגמא. יעקב יודע שדור חטטן ומאחר והוא יודע שהוא חטטן הוא משאיר את משרדו פתוח על מנת שדור יוכל להיכנס לחטט במשרדו. על מנת ללמד את דור לקח יעקב שם במגירה שלו פצצה. הפצצה היא בצורת לחצן גדול ואדום שעליו כתוב לא לחלוץ על הכפתור האדום. בנוסף, גם ישראל מטמין במשרדו של יעקב פצצה במגירה עם לחצן אדום עליו כתוב אותו הדבר. יום לאחר מכן דור נכנס למשרדו של יעקב, פותח את המגירות ורואה את שני הלחצנים. הוא לוחץ על אחד הכפתורים (של יותם) ונהרג מהפצצה. את מי ניתן להעמיד לדין בגין רצח?

כאשר מדובר בגורמים חלופיים העמדה המקובלת אומרת שאנחנו מסתכלים על מה שבאמת קרה ולא על תאוריות. כלומר, אנחנו מתעלמים מהמהלך ההיפותטי. מה שאולי היה קורה במידה והגורם החלופי לא היה קיים לא משנה. לכן, נעמיד את יותם לדין בגין רצח. את יעקב לא ניתן להעמיד לדין בגין רצח אלא בגין ניסיון.

1. **קשר סיבתי משפטי** – קשר סיבתי משפטי, לעומת זאת, המכונה גם ״ייחוס אחריות״, בוחן את השאלה על מי מבין הגורמים שקיים בהקשרם קשר סיבתי לתוצאה ראוי לייחס אחריות משפטית לתוצאה? יכול להיות גורם אחד אך יכולים להיות גם כמה גורמים.
על מי מבין כל הגורמים שבניהם מתקיים קשר סיבתי עובדתי בין ההתנהגות שלהם לתוצאה ראוי להטיל אחריות משפטית בגין העבירה? זהו מבחן נורמטיבי שלא שוקל רק שיקולים עובדתיים אלא גם שיקולים של צדק ושיקולי מדיניות שיפוטית.
אבן הבוחן של מבחן הקשר הסיבתי המשפטי היא מבחן הצפיות הסבירה.

**מבחן הצפיות הסבירה** הוא מבחן דו שלבי. השלב הראשון שואל האם אדם סביר (אדם מן היישוב) יכול היה לצפות את התוצאה והשלב השני שואל אם אותו אדם סביר צריך היה לצפות את התוצאה?
המבחן הראשון הוא מבחן של מסוגלות. לעומת זאת המבחן השני הוא מבחן של ציפייה חברתית.
זהו מבחן שבית המשפט עושה בו שימוש כדי ליצוק מדיניות משפטית, ולכן הקביעות האלה ישתנו עם הזמן.

יש שני דברים שנקראים **מבחן הצפיות**. אין לבלבל בין השניים.

הראשון הוא מבחן הצפיות הסבירה שהוא המבחן לקביעה אם קיים קשר סיבתי משפטי.

השני הוא מבחן הצפיות הסובייקטיבי שהוא חלק מהיסוד הנפשי. מבחן הצפיות הסובייקטיבי רלוונטי בעבירות תוצאה של מחשבה פלילית. הוא לא רלוונטי לעבירות רשלנות ועבירות של אחריות קפידה. בעבירות של מחשבה פלילית (יסוד נפשי סובייקטיבי) אחד מהרכיבים שנדרשים להוכחה כחלק מהוכחת היסוד הנפשי הוא שהנאשם עצמו צפה את התוצאה.

יש לנו שני הבדלים בין המבחנים. מבחן אחד הוא חלק מהיסוד העובדתי והמבחן השני הוא חלק מהיסוד הנפשי. מבחן אחד שואל את צפיותו של האדם הסביר והמבחן השני בוחן מה הנאשם עצמו צפה.

ב**פס״ד יעקובוב** מדובר באישה שהתאבדה עקב אלימות של בעלה. בעלה הורשע בגרימת מוות ברשלנות במקום בהריגה (עליה הועמד לדין). הסנגור של הנאשם מתמקד בשאלת הקשר הסיבתי בין האלימות שלו כלפי אשתו לבין ההתאבדות שלה. הוא בעצם אומר שהנאשם לא היה צריך לצפות שאשתו תתאבד. הייתה לאורך הרבה שנים עמדה מאוד חדה וברורה שכמעט שום דבר לא מצדיק התאבדות ולכן כדי לשדר את המסר הזה הקביעות המשפטיות היו שאין קשר סיבתי משפטי בין מעשים של אנשים לבין התאבדות. העמדה הזו מנסה לשדר מסר של קדושת החיים. מה שדורנר עושה בפסק הדין הזה הוא הפיכת ההלכה הזו. מה שהיא אומרת ומה שהיא עושה הם שני דברים שונים. היא מתמקדת באלמנטים האובייקטיביים. היא אומרת שאנחנו לא יכולים להיות מנותקים מהמציאות. אנחנו יודעים שהתעללות במקרים של נשים מוכות עלולה להוביל נשים להתאבדות ולכן מבחינה אובייקטיבית אי אפשר לבוא ולטעון שהאדם הסביר לא יכול ולא היה צריך לצפות שהתעללות מצד בעל יכולה להוביל להתאבדות אשתו.
מה שבאמת השתנה כאן הוא ייחוס החשיבות לאכיפות החוק כנגד בעלים מתעללים. כיום בוחרים לשלוח מסר חזק לבעלים המתעללים שתוטל עליהם אחריות בגין התעללות בנשיהן. כשמשתנים הערכים בחברה לגיטימי שהלכות בפסיקה ישתנו.

אם אנחנו מסתכלים על פרטי המקרה ומגיעים למסקנה כי הנאשם הספציפי כן צפה את התוצאה, אבל האדם הסביר לא היה צופה אותה?
**עמדה אחת** שהייתה קיימת בפסיקה בפסקי דין רבים בעבר אומרת לנו שבסופו של יום מבחן האדם הסביר הוא קונסטרוקציה משפטית שנועדה להקל עלינו בענייני הוכחה. אבל, אם יש לנו את ההוכחה למה אנחנו צריכים בכלל ללכת אליו?
העמדה הזו אומרת לנו שמקום בו הנאשם צפה את התוצאה לא נדרשים במבחני הצפיות הסבירה לצורך הוכחת הקשר הסיבתי המשפטי ופשוט קובעים שהוא התקיים.
**עמדה שנייה** שנקבעה ב**פס״ד פלוני נ׳ מ״י** שכשאנחנו יודעים שהנאשם צפה מתייתר החצי הראשון של מבחן הצפיות הסבירה. כלומר, אנחנו לא צריכים לשאול אם האדם הסביר יכול היה לצפות את התוצאה. השופטים עדיין צריכים לבחון את הקשר השני במבחן הקשר הסיבתי. כלומר, עדיין צריך לשאול אם האדם הסביר צריך היה לצפות את התוצאה מהסיבה שהחצי השני של מבחן הקשר הסיבתי הוא אמצעי שקיים בידי בית המשפט לצקת מדיניות שיפוטית. לכן, אומר לנו ביהמ״ש שאנחנו קובעים שהאדם הסביר לא היה צריך לצפות את התוצאה מהסיבה של ערך האוטונומיה. האדם הוא אדון לחייו ואם הוא מחליט להכניס את עצמו לסיטואציה מסוכנת האחריות היא על עצמו.
זה לכאורה פסק דין שסוף סוף בא לקראת הנאשמים ולא מקרין את העמדה הרווחת של להחמיר עם הנאשם כמה שאפשר. אהממה, לשופטים היה קל לקבוע את מה שהם קבעו מאחר והייתה עבירה אחרת שהם היו יכולים להטיל על הנאשם. נאמר לנו במקרה הזה שמדיניות שיפוטית אומרת לנו שהאדם הסביר לא היה צריך לצפות את התוצאה, גם עקב קיומה של האוטונומיה של הפרט וגם עקב קיומה של עבירה אחרת שניתן להטיל על הנאשם.
שיקול נוסף שהשפיע על השופטים היה העובדה שהקורבנות היו בגירים. יכול להיות שאם הקורבנות היו קטינים הפסיקה הייתה אחרת.

**באיזו רמה של רזולוציה האדם הסביר היה יכול וצריך לצפות את התוצאה?**הפסיקה מבחינה בין טיב וסוג התוצאה (דברים שכדי שיתקיים קשר סיבתי משפטי אנחנו צריכים לקבוע שהאדם הסביר היה יכול וצריך לצפות) לבין היקף התוצאה, דרך השתלשלות הדברים עד התוצאה, והאופן המדויק בו היא קרתה.
כמובן שיהיו לנו מקרי גבול. למשל, ההבדל בין חתך קל לחבלה חמורה הוא מקרה גבול ונוכל להתווכח על אם הוא הבדל של היקף הנזק או טיב הנזק.

**ההיבטים השונים של צפיות התוצאה –**
בעניין סוג התוצאה ההלכה קובעת כי אי אפשר להסתפק בבחינה של השאלה האם האדם הסביר יכול או צריך היה לצפות נזק אלא צריך לבחון אם האדם הסביר יכול וצריך היה לצפות נזק שהוא מסוג הנזק שנגרם בפועל. מה שאנחנו לא בוחנים הוא האדם הסביר יכול והיה צריך לצפות את מימדי הנזק? ב**פס״ד פטרומיליו** הפסיקה קבעה שהאדם הסביר לא יכול היה ולא צריך היה לצפות שמכיוס ארנק באופן לא אלים אדם ימות. צריך להבין שצריכה להיות מידתיות לענישה. להפיל על כייס עונש הריגה יכול להעלות טענה שזה עונש חמור מדי. בית המשפט מרגיש כך ועושה זאת דרך מבחני הצפיות. לגבי דרך קרות התוצאה ואופן התרחשותה – הפסיקה קובעת כי ככלל אין דרישה לצפיות של דרך קרות התוצאה. די בזה שצפית את סוג. התוצאה – אתה לא צריך לצפות את הדרך המדויקת שהתוצאה קרתה. ההלכה קובעת שאם המוות קרה באופן שונה מהאופן שהאדם ציפה העובדה הזו לא מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי. נדגים זאת דרך **פס״ד ג׳מאעה**. בפס״ד זה היה מצב של אירוסין בין בני דודים, והגבר הרביץ עם מקל לאישה בצוואה, חנק אותה, וזרק אותה לבאר כי חשב שהיא מתה. בעניין הקשר הסיבתי המשפטי מה שנטען כאן אדם סביר יכול וצריך היה לצפות שאם הוא חונק מישהו הוא ימות. אדם סביר לא יכול וצריך היה לצפות שאם הוא זורק גופה לבאר יתברר שהיא לא גופה והיא עוד בחיים ותמות מטביעה.
בית המשפט לא קיבל את טענה זו ופסק כי אדם סביר יכול וצריך היה לצפות כי ממסכת התנהגות כזאת יגרם מוות.

ב**פס״ד בלקר** מדובר על זוג נשוי, שהבעל מנסה לרצוח את אשתו. הוא מנסה להצית אותה ואז זורק אותה מהחלון. הוא מעלה טענה שהיא ניסתה להתאבד אך טענה זו לא התקבלה בבית המשפט. מה שקורה הוא שהאישה מתה מוות מוחי מפציעותיה. הרופאים השאירו אותה במצב של מוות מוחי כדי שהמשפחה תאשר את תרומת האיברים שלה. הנאשם טען כי אשתו לא מתה מהמעשים שלה, אלא מהפעולה של ניתוק המכשירים.

שופטי הרוב בפס״ד זה אומרים שאין כאן בכלל בעיה של קשר סיבתי משפטי מאחר ומבחינתם מוות מוחי נחשב למוות מהבחינה המשפטית. מה שמעניין בפס״ד זה הוא דעת היחיד של השופטת שטרסברג-כהן. היא אומרת שני דברים שחשובים לנו. היא אומרת שיש שתי דרכים נוספות שדרכן אפשר להגיע לתוצאה.
**הדרך הראשונה** שדרכה אפשר להגיע לתוצאה היא שאדם הפוגע בגופו של אחר וגורם לו חבלות חמורות צופה או חייב לצפות (יכול וצריך היה, קשר סיבתי משפטי) שהנפגע יזדקק לטיפול רפואי וכי הרופאים יקבלו החלטות כאלו ואחרות ביחס לטיפול בו אם בכלל וביחס לחייו או מותו. כלומר, היא אומרת שאם אדם סביר יכול לצפות חבלה חמורה הוא יכול היה לצפות גם מוות. היא אומרת לנו שההבדל בין חבלה חמורה למוות הוא הבדל בהיקף הנזק.
**הדרך השנייה** שהיא אומרת שאפשר להגיע בעזרתה לתוצאה היא שגם אם תהליך גרימת המוות המשוער אינו בצפייתו של התוקף, די בכך שהוא צפה את התוצאה כל שכן שהוא התכוון אליה. כלומר, אם הבן אדם יכול וצריך היה לצפות מוות, וגם התכוון לגרום למוות זה כבר משנה מהו האופן או הדרך המדויקת שבה נגרם המוות (לעניין הקשר הסיבתי המשפטי).

* **גורם זר מתערב –** בן אדם מתחיל שרשרת אירועים שהייתה יכולה להוביל לתוצאה, ואז מגיע גורם זר ומתערב בשרשרת האירועים (הגורם הזר יכול להיות אדם אחר, נסיבה, אירוע טבע או הקורבן עצמו). נשאלת השאלה האם מתנתק הקשר הסיבתי עקב התערבותו של הגורם הזר המתערב? ההלכה קבעה שאנחנו מחליטים אם גורם זר מנתק את הקשר הסיבתי לפי מבחן הצפיות הסבירה. אנחנו שואלים את אותן השאלות, האם האדם הסביר יכול והיה צריך לצפות את הנזק? אם התשובה היא כן דרך התקיימות התוצאה לא משנה.

**היקף ומימדי התוצאה –** ההלכה קובעת שאין דרישה לצפיות של היקף ומימדי התוצאה. כלומר, אתה גורם לאירוע ובסוף נגרמת תוצאה שהיקף הנזק שלה הוא יותר גדול ממה שצפית, זהו סיכון שאמור להילקח על ידי מבצע העבירה.

כיוון שאנחנו לא דורשים צפיות בדבר כל פרטי האירוע אלא רק צפיות בדבר הקווים הכלליים של הנזק, אנחנו לא דורשים צפיות לגבי היקף הנזק. אם נגרם נזק יותר גבוה מהצפוי זה לא משנה כל עוד הוא מאותו סוג. זה נכון אפילו במקרים המכונים ״גולגולת דקה״|.

**גולגולת דקה –** מקרים המכונים גולגולת דקה הם מקרים שבהם לקורבן יש נתונים רפואיים מסוימים שמובילים לכך שהנזק שנגרם לו בפועל הוא נזק גדול יותר ממה שהיה נגרם לאדם רגיל. ההלכה אומרת שהדבר לא מנתק את הקשר הסיבתי.

ב**פס״ד בלזר** יש לנו מקרה של נהג מונית שצועק על נהג אוטובוס, ולאחר מכן עוקב אחריו למסוף. במסוף הוא יורד מהמונית ומתחיל להרביץ לנהג האוטובוס, מוריד אותו מהאוטובוס וממשיך להרביץ לו גם כשהוא שרוע על הרצפה. לאחר מכן הם נלקחים לתחנת המשטרה, נהג האוטובוס מתחיל להרגיש לא טוב ונפטר עקב אוטם לב שנוצר עקב הלחץ הנפשי שנגרם לו מהסיטואציה בשילוב עם תרשת עורקים בה היה חולה.

ההלכה אומרת שאם האדם הסביר יכול וצריך היה לצפות נזק גוף וקורה מקרה של מוות לא מתנתק הקשר הסיבתי, גם אם זה נובע מנתונים רפואיים מיוחדים של המנוח. יחד עם זאת, לכלל הזה יש חריג. החריג נקבע ב**פס״ד מלכה.** זהו מקרה של תאונת דרכים. תינוק בן שנתיים נדרס ונגרם לו שבר. בגלל שלא ירד לילד דם לא נותנים לא זריקת טטנוס, אך התינוק בסופו של דבר מת מטטנוס. בעצם האמירה היא שאם למישהו יש רגישות עד כדי כך נדירה אז הדבר משנה כבר לא את היקף הנזק אלא את סוג הנזק. זאת מאחר וההבדל בהיקף הוא כל כך גדול זה הופך להיות הבדל איכותי ולא כמותי בנזק.

**ס׳ 309 לחוק העונשין – קשר סיבתי סטטוטורי**

בשיטת המשפט האנגלית מתפתחים כללים משפטיים לפי המקרים שמגיעים לבית המשפט. במשפט האנגלי פותחו הלכות שונות שמסבירות איך להתמודד עם מקרים בעייתיים בהם האינטואיציה שלנו אומרת שקיים קשר סיבתי אך בהתאם למבחנים זה לא עד כדי כך פשוט.

הכותרת של ס׳ 309 עוסקת בקשר הסיבתי בהקשר של עבירות המתה (״גרימת מוות מהי״). יחד עם זאת הפסיקה קבעה שהכללים הקבועים בסעיף הזה תקפים לכל עבירות התוצאה. מה שחשוב לדעת זה שלא מדובר ברשימה סגורה. כל המקרים שם הם מקרים שאיזשהו גורם זר התערב בסיפור והכלל קובע שלמרות ההתערבות שלו לא נותק הקשר הסיבתי. אך נקבע כי אם יש גורם זר שלא נופל במקרים האלה צריך לבדוק את השאלה לפי מבחני הקשר הסיבתי הכלליים ויכול להיות שגם אז לא ינותק הקשר הסיבתי.

**שיעור 8 – 12.11.18 (מתרגלת)**

**סיווג עבירות בהתאם לאופי התהוותן בציר הזמן**

ניתן לחלק את העבירות במשפט הפלילי לעבירות רגעיות ולעבירות הנמשכות לאורך זמן.

הסיווג נעשה לפי משך זמן התרחשותו של הרכיב ההתנהגותי של העבירה בציר הזמן.

יש לנו חמישה סוגי עבירות:

1. **עבירה רגעית –**עבירה רגעית היא עבירה שהמבנה שלה אינו דורש שיעור של זמן להתרחשותה, כאשר השיא והסיום שלה מתרחשים באותו הרגע.
ייתכן שהעבירה תתמשך על פני זמן אך אין תלות במשך הזמן להתגבשות העבירה.
עבירה רגעית מייצרת פגיעה בזכות אחת ולכן ניתן להאשים בגינה רק פעם אחת.
נדגים באמצעות עבירת ההריגה – שמעון דוקר את ראובן. ראובן לאחר מלחמה ממושכת על חייו נפטר. למרות שעבר זמן מרגע הדקירה עד פטירתו של ראובן, העבירה עדיין רגעית. משך הזמן הוא לא תנאי להתגבשות העבירה. העבירה מיצתה את עצמה ברגע שהיא התבצעה וברגע התוצאה. דוגמאות נוספות הן עבירת אינוס, עבירת השוד ועוד.
הרעיון הוא שברגע ששמעון דקר את ראובן הוא היה יכול גם למות במקום באותו הרגע של הדקירה.
2. **עבירה נמשכת –**עבירה נמשכת היא עבירה שהיסוד העובדתי שלה הוא בעל אופי מתמשך. השיא של העבירה הוא לא הרגע בו היא הושלמה אלא הרגע בו ברור שנעברה עבירה אך היא עדיין לא הסתיימה. כלומר, נתמלאו הרכיבים הדרושים להתגבשות העבירה והיא ממשיכה עד שנפסקת ההתנהגות האסורה.
עבירה נמשכת לא ניתן לחלק לעבירות רבות לפי לפרקי זמן מסוימים, והשינוי בעבירה הוא שינוי כמותי ועניינו לעונש בלבד. תהליך ההתגבשות של הרכיב ההתנהגותי של העבירה מותנה בהתמדה בו של העושה במשך זמן מינימלי מסוים, כאשר כל התמדה נוספת בהתנהגותו מתמזגת עם הקטע הקודם במסגרת עבירה אחת. בעבירות נמשכות נפגעת זכות אחת לכן ניתן להאשים בגינן פעם אחת.
נדגים בעזרת עבירת החזקת סם – ראובן קנה סם. נניח שפרק הזמן המינימלי כדי שתהיה החזקה חלף. גם אחרי שברור שהתקיים הרכיב ההתנהגותי היא עדיין נמשכת כל עוד מתקיימת ההתנהגות האסורה. עצם ההחזקה שדורשת התמשכות של זמן היא מה שהופכת את העבירה לנמשכת ולא לרגעית. ככל שראובן יחזיק את הסם יותר זמן יכול להיות שהדבר יתבטא בחומרת הענישה.
דוגמא נוספת לעבירה מתמשכת היא כליאת אדם. ככל שהכליאה תימשך העבירה תמשיך להתקיים, עד הרגע שבו האדם ישוחרר.
למה אנחנו צריכים להבחין בין עבירה רגעית לעבירה נמשכת?
הסיבה הראשונה להבחנה בין העבירות היא התמשכות המעידה על חומרה – בעבירות נמשכות התמשכות ההתנהגות האסורה עשויה להגדיל את היקפה של ההתנהגות העבריינית ואת משקלה האנטי חברתי. הסיבה השנייה להבחנה בין העבירות היא התיישנותה של עבירה נמשכת – כאשר מדובר בעבירה נמשכת עולה השאלה באיזו נקודה מתחיל מניין תקופת ההתיישנות. יש לנו כאן רצף של זמן ואנחנו צריכים לבחור מאיזו נקודה ברצף מתחילים לספור את ההתיישנות. הפסיקה קובעת כי תקופת ההתיישנות של עבירה נמשכת מתחילה להימנות מרגע הפסקת ההתנהגות הפלילית והשלמתה הסופית של העבירה הנמשכת. כלומר, הנקודה על הרצף בה נוכל להתחיל למנות את ההתיישנות היא הפסקת ההתנהגות הפלילית. הסיבה השלישית להבחנה בין העבירות היא תחולתה של העבירה נמשכת לפי מקום – מה קורה אם עבירה מבוצעת בחלקה בישראל וחלקה מחוץ לגבולות ישראל?
כל עוד מקצתה של העבירה נעשית בישראל חלים עליה דיני העונשין של ישראל.
הסיבה הרביעית של הבחנה בין העבירות היא תכולתה של העבירה הנמשכת לפי זמן – כאן יש לנו שלוש סוגיות:
3. מה קורה במצב בו במהלך ההתנהגות האסורה נקבע האיסור לגביה וההתנהגות ממשיכה גם לאחר מכן? הפסיקה קובעת שלא נעניש על ההתנהגות שהתקיימה לפני קביעת האיסור הפלילי.
4. מה קורה במצב בו במהלך עבירה הנמשכת ובטרם השלמתה נקבע עונש חמור יותר בגינה? לפי פלר, העונש שיחול הוא זה שנקבע מאוחר יותר.
5. מה קורה במצב שבו במהלך העבירה הנמשכת וטרם השלמתה הסופית בוטלה הנורמה הפלילית הרלוונטית או נקבע עונש קל יותר בגינה? במצב כזה הנורמה שתחול היא זו שהייתה תקפה בזמן השלמתה הסופית של העבירה, הנורמה המאוחרת יותר.

הסיבה השלישית להבחנה בין העבירות היא הפעלת עונש מאסר על תנאי בעבירה נמשכת – מה קורה במצב בו עושה העבירה מתמיד בהתנהגותו האסורה גם לאחר שהוא עמד לדין ונגזר עליו מאסר על תנאי? האם בהמשך התנהגותו עשויה לשמש עילה להפעלת המאסר המותנה? כלומר, אדם מבצע עבירה ובשלב מסוים הוא מועמד לדין וגוזרים עליו מאסר על תנאי. הוא ממשיך לבצע את אותה העבירה שעליה עמד כבר לדין. הדבר מופיע ב**פס״ד אלפי**. מה שקרה בפס״ד זה הוא הרשעת המערער באי הגשת דוחות של החברה שהוא ניהל. נגזרו עליו שלושה חודשי מאסר על תנאי ולאחר מכן הועמד שוב לדין בגין אותה העבירה. בסופו של דבר הופעל התנאי בגין העבירה.
הפסיקה של ביהמ״ש העליון והיא ההלכה המחייבת בעניין היא שמדובר בעבירה נמשכת המסתיימת רק בהגשת הדוח. ברגע שהוא הגיש את הדוח הוא הפסיק את ההפרה. העבירה המשיכה להתקיים גם לאחר פסק הדין הראשון ולכן היה אפשר להפעיל את המאסר על תנאי.

1. **עבירה מתחדשת –** עבירה מתחדשת היא עבירה החוזרת ומתגבשת מחדש מדי פרק זמן מסוים עד להפסקת ביצועה. ניתן לפצלה למספר עבירות שהתרחשו לאורך זמן.
עבירה מתחדשת קמה רק במקום שנקבע במפורש בחוק שמגדיר את פרק הזמן שבו מסתיימת עבירה אחת ומתגבשת עבירה אחרת. לרשויות המשפט ובתי המשפט אין סמכות לקבוע מתי מתקיימת עבירה מתחדשת.
דוגמא לעבירה מתחדשת היא חנייה במשך שבוע במקום אסור. מה שקורה הוא שכל יום בו הרכב מחנה שם יתקבל דוח חדש. בסוף כל יום העבירה הסתיימה וביום שלאחר מכן יתקבל דוח נוסף. דוגמא נוספת היא ס׳ 243(ד) לחוק התכנון והבנייה (״העושה שימוש אסור במקרקעין...״). הרעיון כאן הוא שמתקבל קנס נוסף על כל יום שבו מתמשכת העבירה מהרגע שמודיעים על כך לעושה ההתנהגות האסורה.
במה נבדלת עבירה נמשכת מעבירה מתחדשת?

אפשר לומר שעבירה מתחדשת היא בסופו של דבר עבירה נמשכת שרציפותה נותקה מספר פעמים. הנפקויות המשפטיות של ההבחנה בין העבירות הן הבאות:

1. כשמדובר בעבירה מתחדשת התביעה יכולה להגדיר שתי תקופות נפרדו שבהן בוצעה העבירה ולהגיש כתב אישום על שתי עבירות נפרדות.
2. מדובר בעבירה מתחדשת המייצרת עבירות חדשות מדי יום ביומו והדבר יכול לסייע לתביעה לשוב ולנסות את מזלה בהעמדת אדם לדין פעם נוספת גם אם נשפט, הורשע או אף זוכה. זאת מאחר ומתקיימת כאן עבירה חדשה לגמרי כל פעם.
3. **עבירת שרשרת –**עבירת שרשרת היא עבירה הקובעת כי מקום בו שרשרת פעולות עברייניות זהות מבוצעת כמקשה אחת של עשייה עבריינית קיימת חובה לראות בהן כולם כעבירה אחת שאינה ניתנת לפיצול או לפירוק, למרות שמבחינה פורמאלית כל פעולה שמהווה חלק מהשרשרת מתקיימים בה בנפרד כל היסודות הדרושים לאחריות פלילית. הפסיקה הישראלית דחתה את הדוקטרינה של עבירת שרשרת ב**דנ״פ משולם** (פס״ד של השופט ברק), בו הועדפה הדוקטרינה של העבירה רבת הפריטים. ברק אומר לנו שהדוקטרינה של עבירת שרשרת אינה מתאימה למשפט הישראלי.
4. **עבירה רבת פריטים –**
ניישם קודם כל לפי דוגמא. למשל, גנב שגנב כל פעם דולר אחד, והגניבות הצטברו לאלף דולר. לגבי כל שטר ושטר התגבשה מחדש עבירת הגניבה. אמנם, יותר ראוי לראות את מעשיו מבחינה מהותית כמעשה אחד.
דוקטרינה של העבירה רבת הפריטים היא זאת שמאפשרת ומחייבת אותנו להאשים את הגנב האמור לפי סעיף אחד של גניבה.
דוקטרינת העבירה רבת הפריטים מתייחסת כעבירה אחת לאירוע עברייני שהוא בעל פריטים רבים. ללא קיום הדוקטרינה כל פריט היה יכול להוות עבירה בפני עצמו.
הדוקטרינה יכולה להתקיים כאשר הפריטים מהווים רצף אחד בגדריה של תוכנית עבריינית אחד. נדרש שתהיה מחשבה פלילית אחת על פני כל רצף הפריטים ושלא יהיו פרקי זמן ארוכים מדי בין פריט לפריט.

ישנם שני מבחנים עיקריים שההלכה קבעה כדי לקבוע מתי מדובר בעבירה רבת פריטים או בעבירות רבות נפרדות:

1. מבחן צורני עובדתי – המבחן בוחן אם מדובר בפעולה אחת נמשכת שלא ניתן לפצלה לתת פעולות או שמע מדובר בשרשרת של פעולות עוקבות שכל אחת היא חוליה נפרדת. יש לבחון את אופן ביצוע הפריטים השונים. ככל שבכל אחד מהפריטים דרך הפעולה תהיה דומה כך ניטה לראות את העבירה כעבירה רבת פריטים. כפי שאמרנו מקודם, נדרש שפרקי הזמן בין פריט לפריט לא יהיו ארוכים. זהו מבחן של שכל ישר.
2. מבחן האינטרס החברתי המוגן – המבחן מתמקד בנזק שנגרם ע״י התנהגותו של מבצע העבירה ובין היתר גם במספר הנפגעים. ככל שמדובר בפגיעה קלה באינטרס החברתי המוגן או בקורבן אחד העבירה תיחשב כעבירה רבת פריטים. ככל שהאינטרס החברתי המוגן הוא בעל עוצמה רבה נדרשת הפרדה תוך ראיית כל פריט כעבירה בפני עצמה הנושאת עונש נפרד.

המבחנים האלו הם מבחני עזר. לפי דוקטרינת של העבירה רבת הפריטים על השופטים לבחון כל מקרה לגופו וזה מה שמאפשר את הגמישות ביחס לקביעה אם כל פריט מהווה יחידה עצמאית או שמא כולם חלק ממקשה אחת שלא ניתן לפצלה.

בשיקול הדעת הרחב שיש לשופטים היא שונה מאוד מעבירת השרשרת.

ההבדלים בין עבירות השרשרת לעבירות רבות פריטים

1. בעבירה רבת פריטים, לעומת בעבירת שרשרת, יש גמישות בהתאם לנסיבות, יש יותר שיקול דעת לשופטים.
2. בשונה מעבירת שרשרת שבה כל חוליה מאבדת מאופיה העצמאי בעבירה רבת פריטים כל פריט עשוי לעמוד בפני עצמו וניתן להעמיד לדין בגינו בלבד.
3. עבירת שרשרת על פי התורה הקונטיננטלית עשויה להימשך שנים רבות ולעומת זו עבירה רבת פריטים, במצב דברים רגיל, היא בעלת אחדות של זמן ומקום, וגם אם הפריטים מצויים על רצף של זמן ומקום אין להתרחק יתר על המידה מנקודת המוצא.

לאור מבחן האינטרס הציבורי, היישום של הדוקטרינה של העבירה רבת הפריטים משתנה בהתאם לאינטרס הציבורי שנועד להגן על הנורמה הפלילית שהופרה.

איך הדבר מתבטא בסוגים שונים של עבירות?

יישום המבחנים על עבירות רכוש –
כשמדובר בעבירות רכוש נקבע כי יש לתת משקל להיקף הנזק שנגרם, משמע יש לבחון את מידת הנזק ואת כמות הקורבנות. ככל שמדובר בנזק חמור יותר ובקורבנות שהם שונים אנחנו נעדיף לראות את העבירות כעבירות נפרדות.

דוגמא ליישום המבחנים על עבירות רכוש היא **פרשת גולד**, בה היה מקרה שהנאשמים רימו באמצעות חברות שהיו ברשותן את מרכז ההשקעות של חברות התעשייה והמסחר. המחוזי האשים אותם ב-59 עבירות שונות בגין 59 דוחות שונים שהגישו. בעליון התמקדו בכך שלא חלף פרק זמן גדול בין הגשת דוח אחד למשנהו, ולא נגרם נזק גדול בצורה משמעותית מכל הגשת דוח בנפרד. בסופו של דבר האשימו אותם בארבע עבירות בהתאם למספר המפעלים אותם רימו.

ניתן להמחיש את החשיבות של אלמנט הזמן החולף בין עבירה לעבירה באמצעות **פרשת מנשה**. ביהמ״ש קבע כי הניסיון לכרוך התנהלות עניינים שהתפרשה לגבי עשרים שנה לכדי עבירה אחת לא עולה בצורה נכונה עם העבירה רבת הפריטים, וזאת מאחר ולא יכול להיות שיהיה מרווח זמן גדול כל כך בין פריט לפריט.

מבחינת היקף הנזק, חשיבותו של אלמנט זה מיושם ב**פרשת דרורי**.המערערים הורשעו בפריצה לסניף בנק, פרצו ל196 כספות שונות והורשעו ב125 עבירות גניבה שונות.

אם אפשר להצביע בכל נקודת זמן במהלך ביצוע הפשע אילו עבירות הושלמו ואילו טרם החלו הרי אז רצף המעשים הינו תופעת לוואי שאינה מונעת פיצולים לעבירות רבות.

ביהמ״ש קבע כי שאלת סיווג העבירה תמיד תוכרע בשל נסיבות המקרה ונקבעו גם מספר מבחני עזר כדי לבדוק האם מדובר בעבירות עצמאיות:

1. האם אותן ראיות תומכות באחת או יותר מן העבירות? ככל שנידרש לראיות שונות ונפרדות נראה את העבירות כעבירות נפרדות ועצמאיות וכך מוצדק יותר לפצל את העבירה.
2. האם לכל עבירה ניתן לייחס נקודת זמן בה היא נסתיימה והאם נקודות זמן אלה שונות מעבירה לעבירה? ככל שהתשובה היא חיובית ניטה לפצל את העבירות.
3. כשמדובר בעבירות גניבה, האם הנטילה הייתה מכלי קיבול יחיד או מכלי קיבול שונים? ככל שהנטילה הייתה מכלי קיבול שונים, כך ניטה לפצל את העבירה.
4. האם הייתה לעבריין אפשרות פיזית סבירה לכוון התנהגותו כך שהוא יבצע רק חלק מסוים של הפעולות וימנע מן השאר, באופן שסיכון שהיה נוטל הוא להיות מואשם בחלקן של העבירות ולא בכולן? ככל שהייתה לעבריין האפשרות לצמצם את פעולותיו העברייניות נוכל לפצל את העבירות.

באשר למבחן האינטרס המוגן ביהמ״ש מדגיש כי לא תמיד ריבוי נפגעים מצביע בהכרח על ריבוי עבירות. אם קיימת קרבה עניינית בין הנפגעים שהיא תוצר של אינטרס משותף שנפגע ע״י הפעולה העבריינית אז לא מדובר במקרה המצמיח יותר מעבירה אחת. לעומת זאת, אם אין שיתוף אינטרסים בין הנפגעים, כאשר הפגיעה באחד אינה מהווה כשלעצמה פגיעה באחר ניתן לראות בכך אמת מידה לריבוי עבירות.

אחרי שביהמ״ש מיישם את המבחנים על המקרה הוא דוחה את הערעור ומשאיר את ההרשעה בגין מספר רב של התפרצויות.

ב**פס״ד גולד** העבירו ביקורת חריפה על חוסר השימוש בדוקטרינת העבירה רבת הפריטים, וגם אחרי פס״ד גולד לא ראינו הרבה פסיקה שקובעת עבירות רבות פריטים.

יישום המבחנים על עבירות המתה –
אם בעבירות רכוש הפסיקה הייתה מצמצמת בהכרה בעבירות רבות פריטים קל וחומר שכאן, כשמדובר באינטרס מוגן חשוב יותר הפסיקה תהיה אפילו מצמצמת יותר וזאת מאחר והאינטרס הציבורי המוגן הוא חשוב יותר.

**פס״ד פופר** מדבר על אדם שלקח את הנשק של אחיו החייל והחל לירות בערבים. ביהמ״ש גזר עליו שבעה מאסרי עולם.

ס׳ 186 לחוק סדר הדין הפלילי קובע שביהמ״ש רשאי להרשיע נאשם יותר מפעם אחת אך לא יעניש אותו יותר מפעם אחת. ביהמ״ש עמד על המילים ״אותו מעשה״ וקובע כי ההבחנה בין פעולה נמשכת אחת לבין שרשרת של פעולות נפרדות ועצמאיות תיבחן בכל מקרה בגופו. נקבע כי מדובר בשבעה מעשי רצח נפרדים כמספר הקורבנות.

ב**פרשת אזואלוס**, אזואלוס הורשע במחוזי ברצח בכוונת תחילה של אשתו ושל שכן שהיה איתה מכונית. בעליון הוא הורשע בסופו של דבר רק בהריגה. אזואלוס חשד שאשתו בוגדת בו עם השכן שלהם, ראה אותם מתנשקים במכונית, איבד שליטה וירה בשניהם.

נקבע כי התבצעו שני מעשי הריגה נפרדים, אך בדיון נוסף ברוב של ארבעה שופטים מול שלושה נקבע כי מעשי הרג שבוצעו ברצף ובהשפעה מיידית וקשה של מעשה קנטור מהווים מעשה אחד כמשמעותו בס׳ 186 לחוק סדר הדין הפלילי. קבעו עונש אחד שיבטא את חומרת המעשה.

זוהי פרשה שעוררה הרבה מאוד ביקורת. מבחינת חשין למשל, כל אדם הוא עולם ומלואו ואי אפשר לאחד הריגה של שני קורבנות להריגה של בן אדם אחד. זוהי פסיקה מאוד חריגה ולכן היא עוררה ביקורת כל כך קשה.

יישום המבחנים על עבירות מין ואלימות –
בשונה מעבירות רכוש בעבירות מין ואלימות הגישה הרווחת אינה נסמכת על פרשנות צרה של מבחן האינטרס המוגן. הגישה כאן, לעומת הגישה בעבירות רכוש, מייחסת פחות חשיבות להיעדרו של ריבוי הקורבנות בבואה להכריע שלא מדובר בעבירה רבת פריטים. גם אם אין ריבוי של קורבנות זה לא אומר בהכרח שתתקיים כאן עבירה אחת.

נוכל להשתמש לדוגמא באדם שאנס את אותו הקורבן במשך תקופה, יכולים להיות מקרים בהם הוא יורשע בנפרד על כל מקרה אונס ויש מקרים שהדבר ייחשב לעבירה אחת, וזאת בהתאם לנסיבות המקרה.

הבסיס לגישה זו היא העמדה שכשמדובר באינטרס כה חשוב כמו שלמות הגוף ראוי לבחון לא רק את שאלת ריבוי הקורבנות אלא גם את שאלת ריבוי הפגיעות בערך מוגן חשוב.

מעשי עבירה מרובים בהזדמנויות שונות בקורבן יחיד עשויים להיחשב כעבירות נפרדות בשל חשיבות הערך המוגן שנפגע.

התפיסה לגבי ערכם של חיי אדם היא המקור לגישה לפיה יש אינטרסים שהפגיעה בהם אינה מאפשרת לאחדם לכדי אינטרס אחד כולל.

**פרשת פלוני** היא ערעור פלילי בו מדובר על אבא שהואשם בעבירות מין (אינוס ותקיפה מינית) כלפי גיסתו הקטינה במשך שבע שנים.

אם מסתכלים על המעשים של פלוני כמעשים נפרדים על חלקם או רובם כבר חלה התיישנות.

לעומת זאת אם אנחנו מסתכלים על העבירות שלו כעבירה רבת פריטים ניתן להרשיע אותו בגין כל מעשיו.

הגישה הזו הובילה לתוצאה שהיטיבה במידה מסוימת עם הנאשם. רק בנוגע למעשים שבוצעו בשנתיים האחרונות לא חלה התיישנות ולכן הייתה הקלה בעונשו, הוא לא הורשע בגין כל העבירות שביצע.

השופטת דורנר במקרה זה מזכירה את פרשת פופר ומייבאת את המסקנה שלה ממנו, ואומרת שכשמדובר במעשה אלימות קיים לכל אחד מן הנפגעים אינטרס עצמאי לשלמות גופו. היא אומרת שאמנם מדובר כאן על עבירת מין ולא עבירת המתה אבל גם כאן יש לנו אינטרס לשלמות הגוף. אין לנו כאן ריבוי קורבנות אלא ריבוי פגיעות.

היא גם מציינת כי דוקטרינת העבירה הרבת פריטים לא תוביל להארכת תקופת ההתיישנות וזאת מאחר ועבירת שרשרת ועבירה רבת פריטים לא נקבעו בחוק ולא נקבעו תכולות דיני ההתיישנות עליהן בחוק.

היה ניתן להטיל על פלוני עונש נפרד לגבי כל אחד מהמעשים אותו ביצע בנפרד.

**שיעור 9 - 14.11.18 (מתרגלת)**

מבוא ליסודות העבירה

תנאי מקדים לפני העמדה לדין היא שהסנקציה והנורמה האסורה תהיה קבועה בדין. הדבר מעוגן בס׳ 1 לחוק העונשין. אחרי שיש עבירה ואנחנו יודעים על מה אנחנו מעמידים לדין השלב הבא הוא להבין מה הסעיף אומר. כשאנחנו מסתכלים על מונחים בתוך סעיפים מסוימים ואנחנו רוצים לדעת את ההגדרה המדויקת שלהם בהקשר לסעיף, יש לנו ארבעה מקורות מהם נוכל לקחת הגדרות למונחים המופיעים בסעיף מסוים:

1. ההגדרה יכולה להופיע באותו הסעיף של העבירה.
2. ההגדרה יכולה להופיע בתחילת הפרק הרלוונטי או בהמשכו.
3. ההגדרה יכולה להופיע בחלק הכללי של חוק העונשין, זהו חלק שחל על כל חוק העונשין (למשל, ס׳ 34(כד) – מכיל מונחים שחוזרים על עצמם הרבה בחוק העונשין, ס׳ 90 – מכיל הגדרות הרלוונטיות ליסוד הנפשי).
4. ההגדרה מופיעה לא בחוק העונשין אלא בחוק אחר.

מה קורה במידה ויש לנו יותר מפרשנות אחת לאותו מונח? במצב כזה אנחנו פונים לכללי ברירת הדין. אלו הם כללים הרלוונטיים לכל חוקי הדין, לא רק לדיני העונשין. לפי כללים אלו הגדרה ספציפית גוברת על הגדרה כללית.

נורמה אוסרת היא כל ס׳ עבירה שנכנס בכתב התביעה.

**ס׳ 186 לחוק העונשין –**

(א)  המחזיק אגרופן או סכין מחוץ לתחום ביתו או חצריו ולא הוכיח כי החזיקם למטרה כשרה, דינו - מאסר חמש שנים.

(ב)  לעניין סעיף זה, חזקה היא כי החזקת אולר הנה למטרה כשרה. החזקה לפי סעיף קטן זה לא תחול על החזקת אולר במוסדות חינוך או במקומות אחרים, הכל כמפורט בתוספת השנייה, או בסמוך אליהם.

בס׳ 184 לחוק העונשין מגדירים לנו את המונח ״סכין״.

לעניין סימן זה...

״סכין" - כלי בעל להב או כלי אחר שסוגל לדקור או לחתוך;

ההגדרה הזו, המופיעה בס׳ 184 רלוונטית לס׳ 186 לחוק העונשין, בו מדובר על החזקת סכין.

תמיד כשאנחנו רושמים את הנורמות האסורות אנחנו צריכים לבדוק שיש לנו הגדרות לכל המונחים המופיעים בסעיף.

היסוד הנפשי מתאר לנו את המצב התודעתי בו שרוי מבצע העבירה בעת ביצוע העבירה.

היסוד העובדתי מחולק לשלושה חלקים: רכיב התנהגותי, נסיבות, ותוצאה.

ההתנהגות היא תרומה פיזית מצידו של העבריין. ההתנהגות יכולה להיות בצורה של מעשה או מחדל. לא יכולה להיות עבירה בלי רכיב התנהגותי מאחר ואין עונשין על דברים שבלב.

רכיב הנסיבות מתאר את התנאים האובייקטיבים החיצוניים לביצוע העבירה, איזושהי תפאורה לביצוע העבירה.

לא תמיד מתקיים לנו רכיב התוצאה. בעבירות התנהגות אין תוצאות.

בעבירות תוצאה עלינו להוכיח שלושה דברים נוספים:

1. התקיימות התוצאה.
2. קשר סיבתי בין ההתנהגות האסורה לתוצאה (קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי).
3. יסוד נפשי נוסף. עלינו להוכיח כי לנאשם היה רצון שהתוצאה מהסוג הספציפי הזה תקרה בפועל.

לגבי רוב העבירות בחוק העונשין יש הסכמה לגבי הניתוח שלהם כעבירה התנהגותית או תוצאתית.

**ניתוח עבירות**

**ס׳ 186 לחוק העונשין –**

(א)  המחזיק אגרופן או סכין מחוץ לתחום ביתו או חצריו ולא הוכיח כי החזיקם למטרה כשרה, דינו - מאסר חמש שנים.

זוהי לא עבירה תוצאתית. הרכיב ההתנהגותי הוא המילה ״החזקה״. לא צריכה להיות תוצאה עקב החזקת האגרופן. כל שאר הסעיף הוא בעצם נסיבות. ההחזקה יכולה להיות של כל דבר, אבל רק ברגע שהנאשם מחזיק אגרופן או סכין ההתנהגות תהיה אסורה.

המילה סכין לא מייצגת שום אקט או תרומה פיזית.

**ס׳ 201 – הבאת אדם לידי מעשה זנות**

המביא אדם לידי מעשה זנות עם אדם אחר, דינו - מאסר חמש שנים.

״המביא״ – התנהגות. ״אדם״ – נסיבות. ״לידי מעשה זנות״ – תוצאה.
זוהי עבירה תוצאתית. רק במידה ואדם מביא אדם אחר לידי מעשה זנות במעשיו, נוכל להעמיד לדין אדם בגין ס׳ זה.

ברמת העיקרון בכל עבירה יופיעו לנו נסיבות. הנסיבות הן התפאורה להתנהגות האסורה.

**ס׳ 490 – עבירות רחוב**

העושה אחת מאלה בלי עילה כשרה, דינו - מאסר חודש ימים...

עוזב או קושר חיה באופן שיש בו כדי לגרום הפרעה בדרך ציבורית, או מניח לחיה המשמשת למשיכה, למשא או לרכיבה שתתעה בדרך ציבורית, או נותן לרכב שיימצא באופן שיש בו כדי לגרום הפרעה בדרך ציבורית שעה ארוכה מן הדרוש לשם טעינה או פריקה או לשם העלאה או הורדה של נוסעים;

העבירה במקרה זה מחולקת לשני חלקים.
החלק הראשון
״עוזב או קושר״ – התנהגות.
״חיה״ – נסיבות.
״באופן שיש בו כדי לגרום הפרעה בדרך ציבורית״ – נסיבה. לא נדרשת שתהיה כאן תוצאה בפועל אלא רק אופציה להתקיימותה של התוצאה. גם אם לא נגרמת הפרעה בפועל כל עוד החיה נעזבה או נקשרה באופן שהיה יכול לגרום להפרעה מתקיימת ההתנהגות האסורה.
החלק השני
״מניח״ – התנהגות
״לחיה״ ... ״יש בו כדי לגרום הפרעה בדרך ציבורית״ – נסיבות
״שתתעה בדרך ציבורית״ – תוצאה. החיה צריכה ללכת לאיבוד בדרך לפועל. אם החיה הונחה ברחוב והיא נשארה במקום, לא טעתה בדרך, לא מתקיימת התוצאה ולא משתכללת העבירה, אין אפשרות להעמיד בגינה לדין.

מה קורה במצב שיש לנו התנהגות עבריינית אחד שמצמיחה לנו שתי עבירות נפרדות?
האם אנחנו יכולים להעמיד לדין בגין שתי עבירות נפרדות והאם אנחנו יכולים להעניש בנפרד בגין כל אחת מהעבירות?

ב**פס״ד נאצר** המערער יחד עם שותפיו שודדים משאית של חברת ״בריקנס״ ותוך כדי השוד הם יורים למוות במאבטח של החברה. ביהמ״ש פוסק כי עבירת הרצח מכילה בתוכה גם את עבירת השוד. הם מרשיעים אותו לפי ס׳ 300(א)(3). השופט לוי אומר שאי אפשר להעמיד לדין בגין שתי עבירות זהות.

עבירת הרצח בולעת לתוכה את עבירת השוד, העבירה של הרצח מכילה בתוכה את עבירת השוד ולכן הוא מבטל את החלטת המחוזי ומשאיר רק את האישום על עבירת הרצח לפי ס׳ 300(א)(3).

אנחנו לא מוותרים כאן על עבירת השוד. היסודות של עבירת השוד לא נעלמים אלא מתקיימים לנו בצורה זהה גם ביסודות של 300(א)(3).

הסעיף הזה מתייחס לרצח תוך כדי ביצוע עבירה אחרת (במקרה שלנו, שוד).

אנחנו צריכים לשאול את עצמנו האם הנורמה המיוחדת מכילה את כל הרכיבים של הנורמה הרגילה? האם אנחנו יכולים להעמיד בדין הנורמה המיוחדת במקום הנורמה הרגילה? רק במקרה שהנורמה המיוחדת מכילה את כל הרכיבים של הנורמה הרגילה, אנחנו יכולים להעמיד לדין בגינה.

לא תמיד הנורמה המיוחדת תחמיר בעונש עם הנאשם. לרוב כן יתקיים המצב הזה של החמרת העונש בנורמה המיוחדת מאחר ומתווספים בו רכיבים נוספים שלא מתקיימים בנורמה הרגילה.

גם אם הנורמה המיוחדת מקלה עם הנאשם אנחנו עדיין נעדיף להעמיד לדין בגינה.

דוגמא למקרה בו הנורמה המיוחדת מקלה עם הנאשם היא הריגה של תינוק על ידי אמו (ס׳ 303 לחוק העונשין).

**פס״ד קוזירוב** הוא שונה מפס״ד נאצר מאחר ובקוזירוב הרצח תוכנן מראש. ההבדל הפורמאלי לגבי התכנון המקדים הוביל לאישום בגין ס׳ עבירה אחר. לכן, הנאשמים בפס״ד קוזירוב מואשמים גם ברצח וגם בשוד בנפרד. הרצח של המנוח היה בתכנון מראש, בלי קשר לשוד שהתבצע ולא ״על הדרך״ כחלק מביצוע עבירת השוד.

בפס״ד נאצר לא היה תכנון מראש לרצח, אלא רק לשוד. הריגת המאבטח בנאצר הייתה תוך כדי ביצוע עבירה אחרת ולא בכוונת תחילה לרצח.

**שיעור 10 – 19.11.18**

**היסוד הנפשי**

**ס׳ 19 לחוק העונשין** קובע כי אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם נקבע בעבירת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש או העבירה היא עבירה מסוג אחריות קפידה.

**ס׳ 20(א)** ממשיך ואומר כי מחשבה פלילית הוא מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה הנמנים עם פרטי העבירה ולעניין התוצאות נדרשת גם או כוונה או פזיזות.

הסעיפים האלה קובעים שבעבירה הטיפוסית (עבירה שאנחנו חושבים עליה כעבירה הנורמלית, הרגילה) נדרשת מחשבה פלילית. מחשבה פלילית בגדול משמעותה שעושה העבירה יהיה מודע לכך שמתקיימים כל הרכיבים של היסוד העובדתי. סעיפים אלו מהווים ביטוי לעיקרון יסוד של המשפט הפלילי המודרני המכונה ״עיקרון האשם״, על פיו המעשה אינו בר אשם אלא אם יש מחשבה פלילית או בתרגום אחר, אלא אם יש נפש אשמה (אלא אם יש יסוד נפשי).

בגלל אותו המשפט הלטיני וההשפעה שלו על המשפט הפלילי המודרני קוראים הרבה פעמים ליסוד העובדתי ״actos reus״ וליסוד הנפשי “mens rea” כאשר לעיתים כשמתכוונים ליסוד הנפשי מתכוונים ליסוד הנפשי הספיציפי של המחשבה הפלילית.

**למה עולה לנו הצורך ביסוד הנפשי?**

היו מערכות משפט שבמשך מאות שנים האמינו שבעולם קיים אימון קוסמי בין טוב לרע. כשהאיזון יוצא מכנו, יש לעשות משהו כדי לתקן את האיזון. על פי מערכות משפט אלה אפשר היה להשתמש בענישה, בהעלאת קורבנות או סנקציות קולקטיביות.

במערכות משפט כאלה יש פחות בעיה בהטלת סנקציות על אנשים שלא היה להם אשם מוסרי, או על אנשים שאפילו לא ביצעו מעשה אסור.

במערכות משפט אלו גם הייתה פחות בעיה להעניש אנשים שביצעו את המעשה בהיעדר מודעות.

למשל, בשבטים הגרמנים באירופה לא הייתה אבחנה בין המתה בשוגג, גרימת מוות ברשלנות, הריגה ורצח. אם הרגת מישהו היית צריך לשלם קנס.

נוסף לכך, במערכות משפט אלו הייתה פחות בעיה להעניש חיות ועצמים.

כיום, מערכות המשפט המערביות נטשו את הגישה האובייקטיבית המוצגת לעיל, בעקבות כך שהגישות המודרניות מושפעות מהשקפות מוסריות ששמות דגש על נפשו הרציונאלית של האדם.

כלומר, מבחינת גישות גמולניות מודרניות הדרישה ליסוד נפשי מהווה ביטוי לכך שהאשם המוסרי טמון בנפשו של האדם, בבחירתו כיצד לפעול. בהיעדר בחירה שכזו, ככלל לא קיים אשם מוסרי.

מבחינת גישות תוצאתניות מקובלות (מקבלות את העיקרון שאסור לעשות באדם שימוש כאמצעי בלבד) הדרישה ליסוד נפשי נובעת מההנחה של הגישות הללו שככלל לא ניתן לכוון את התנהגותו של אדם שלא היה מודע למעשיו.

לעיקרון האשם יש שני ביטויים:

1. **הדרישה לכך שאין עבירה ללא אשם**.
המשמעות של עיקרון זה היא שלא ניתן להרשיע אלא אם מתקיימות שתי דרישות:
2. **התקיים אצלו היסוד הנפשי האסור הדרוש לצורך ביצוע העבירה**. בנוגע ליסוד הנפשי צריך להבחין בין שתי צורות של אשם פלילי:
מצד אחד יש את ה**אשם/יסוד נפשי סובייקטיבי** (מחשבה פלילית + כוונה או פזיזות לגבי התוצאה) ומצד שני יש לנו את ה**יסוד הנפשי האובייקטיבי – רשלנות** (האדם לא היה מודע לטיב המעשה או לנסיבות ו/או לאפשרות קרות הנסיבות אבל מי שכן היה מודע הוא האדם הסביר).
כשלבן אדם אין מודעות, אבל מתקיימת רשלנות, ניתן להרשיע את אותו האדם רק בגין עבירה שהיסוד הנפשי שלה הוא רשלנות, וזאת בהנחה שהעבירה הזו קיימת. יש מעשים שהם עבירה רק אם מתקיים יסוד נפשי סובייקטיבי.
יש מעשים שקורים בעולם שבנאדם מבצע אותם בלי יסוד נפשי סובייקטיבי וגם בלי יסוד נפשי אובייקטיבי. הוא מבצע מעשה, שמקיים את היסודות העובדתיים של העבירה, אבל הוא לא היה מודע לכך, וגם האדם הסביר לא היה יכול להיות מודע לכך. המקרים האלה הם ככלל מקרים של שגגה, הם ככלל אינם פליליים, וזאת אלא אם קיימת בהקשרם עבירה של אחריות קפידה.
3. **שלא התקיימו אצלו אחד מהסייגים שקיימים לאחריות פלילית**.
4. **עיקרון ההלימה**.
עיקרון ההלימה אומר שאין להטיל אחריות פלילית על אדם ואין להעניש את אותו האדם מעבר למידת אשמתו. במילים אחרות צריך שהאחריות הפלילית והעונש יהיו פרופורציונאליים למידת האשם.
מהם הביטויים של עיקרון ההלימה?
באופן מוצהר, אומרים לנו ש**ביטוי אחד של עיקרון ההלימה** הוא שרק כאשר מדובר בהגנה על ערכים חברתיים חשובים ראוי לקבוע עבירות רשלנות. אם זה ערך ציבורי יחסית נמוך נעניש רק את אלו שהפרו אותו מתוך אשם פלילי סובייקטיבי, כי אז זה כבר מספיק חמור כדי לעבור את הרף הפלילי. לעומת זאת, אם הערך החברתי הוא יחסית גבוה, אז ראוי שתהיה גם עבירה של רשלנות ולא רק עבירה של מחשבה פלילית.
**הביטוי היותר משמעותי של עיקרון ההלימה** הוא שראוי שלעבירות מחשבה פלילית (אשם סובייקטיבי) יהיה עונש יותר חמור מעבירות של אשם אובייקטיבי (רשלנות). למשל, היסוד העובדתי של עבירות ההריגה וגרימת מוות ברשלנות הוא זהה, אך ההבדל בניהם הוא ביסוד הנפשי. בגרימת מוות ברשלנות היסוד הנפשי הוא אשם אובייקטיבי (רשלנות) ובהריגה היסוד הנפשי הוא אשם סובייקטיבי (מודעות בהריגה). העונש יותר חמור בעבירת ההריגה.

**עבירות אחריות קפידה ועבירות רשלנות**

שני סוגי העבירות הללו (אחריות קפידה ורשלנות) הם חריגים לדרישה שבעבירה הטיפוסית תהיה ענישה רק בהתקיים אשם סובייקטיבי. בעבירות רשלנות אנחנו מענישים בן אדם למרות שהוא לא היה מודע בגלל שאנחנו מגיעים למסקנה שהאדם מן הישוב כן היה יכול להיות מודע לדברים האלה. עבירות אחריות קפידה הן עבירות שכל מה שהתביעה צריכה להוכיח הוא שהתקיים היסוד העובדתי. הנאשם צריך לא להצליח להוכיח שהוא עשה ככל שניתן למנוע. כלומר, קם נטל על הנאשם להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות שהוא לא היה רשלן, שלא הייתה לו מחשבה פלילית ושהוא נקט בכל האמצעים למנוע.

איך מזהים עבירות של אחריות קפידה?

**ס׳ 22 לחוק העונשין** שחוקק כחלק מתיקון 39 אומר שיש הבחנה בין עבירות שחוקקו אחרי תיקון 39 (או יחוקקו בעתיד) לבין עבירות שחוקקו לפני תיקון 39.

לעניין עבירות החל מתיקון 39, צריך שייאמר בחוק במפורש שזוהי עבירת אחריות קפידה. לעומת זאת, לעניין עבירות שחוקקו לפני תיקון 39, יכול להיות שנגיע למסקנה שהן עבירות של אחריות קפידה גם אם לא נאמר זאת במפורש בחוק אם הייתה לגביהן קביעה בדין, לרבות בפסיקה, שהן עבירות אחריות קפידה.

עבירות אחריות מוחלטת הן עבירות שלא קיימות עוד, ושהיה די בכך שהתביעה הוכיחה את היסוד העובדתי שלהן. לא הייתה לנאשם אפשרות להגן על עצמו כלל.

**ס׳ 19-21 לחוק העונשין – דרישות פורמאליות**

**ס׳ 19 לחוק העונשין** קובע שאדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם נקבע בהגדרת העבירה שהיסוד הנפשי הוא רשלנות, או אם מדובר בעבירה של אחריות קפידה.

בעצם יש לנו חלוקה כאן לשלוש סוגי עבירות. הסעיפים הבאים לאחר ס׳ 19 מגדירים את המונחים הללו.

**ס׳ 20** לחוק העונשין מגדיר עבירות של מחשבה פלילית, **ס׳ 21** מגדיר עבירות של רשלנות ו**ס׳ 22** לחוק העונשין מגדיר מהן עבירות של אחריות קפידה.

מה שעולה מנוסח ס׳ 19 הוא שברירת המחדל הוא שהיסוד הנפשי של עבירה הוא מחשבה פלילית. כלומר, אם העבירה שותקת ולא אומרת מהו היסוד הנפשי שלה היסוד הנפשי הוא מחשבה שלילית.

אם נסתכל בחוק העונשין נמצא המון עבירות שיש להן מונחים ייחודיים משלהן ליסוד הנפשי (למשל, ״ביודעין״, ״בהתרשלות״, ״במזיד״, ״בזדון״). לאחר שמחוקקים את תיקון 39 מגלים שיש סעיפי עבירה שיש בהם מונחים אחרים ממה שמוגדר בס׳ 19.

מה שעושים במצב הזה הוא תיקון נוסף לחוק, בו מוסיפים את **ס׳ 90א** **לחוק העונשין.** ס׳ זה הוא סעיף מילון שבא ואומר לנו מה לעשות עם כל המונחים המגדירים יסוד נפשי בעבירות ספציפיות.

״ביודעין״ – הוא אומר לנו שבכל מקום בחוק שכתוב לנו ״ביודעין״ יש לייחס לעבירה את היסוד הנפשי של מחשבה פלילית – מודעות.

״במזיד״ – ס׳ 90א אומר לנו שכאשר הוא מתייחס ליסוד הנפשי, מדובר בדרישה של מודעות ובנוסף לעניין התוצאה דרישה של פזיזות מסוג קלות דעת.

**ס׳ 20 לחוק העונשין** מגדיר לנו שבמחשבה פלילית הדרישה היא מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה הנמנים עם מעשה העבירה. דורשים את קיום המודעות לכל אחד מרכיבי היסוד העובדתי. לעומת זאת, כשאדם פועל ברשלנות זהו מצב שבו לפחות לאחד מרכיבי היסוד העובדתי הוא לא היה מודע (כמובן שנצטרך להוכיח שהאדם הסביר כן היה מודע).

למשל, **ס׳ 176 לחוק העונשין** מגדיר את עבירת הפוליגמיה. כדי להוכיח את העבירה הזו צריך להוכיח שהייתה מודעות למעשה ולנסיבות. המעשה הוא ״נשיאת אישה״ והנסיבות הן ״אישה אחרת״, ויש צורך להיות מודע גם לכך שהוא עצמו נשוי. בשנות החמישים היו מקרים רבים בהם אדם התחתן עם אישה אחרת בחושבם שבן הזוג הקודם שלהם נפטר. במקרים כאלו, אי אפשר להרשיע אדם לפוליגמיה כי אין מודעות לנסיבה על פיה הוא עדיין נשוי.

אם זו עבירה תוצאתית שהיסוד הנפשי בה הוא מחשבה פלילית, בנוסף לדרישה למודעות לאפשרות קרות התוצאות, נדרש גם יסוד נפשי חפצי ביחס לתוצאה.

ישנם כמה סוגים של יסוד נפשי חפצי:

1. **כוונה**.
2. **פזיזות** – היסוד הנפשי של פזיזות יכול להיות אחד משני סוגים:
3. **אדישות –** שוויון נפש להתקיימות התוצאה. למשל, אסיר שרוצה לברוח מהכלא. הוא מחבר לבנת נפץ לחומת בית הכלא כדי לפוצץ אותה. לאסיר לא אכפת אם בצד השני יש שומר או אין שומר.
4. **קלות דעת –** מודעות לאפשרות גרימת התוצאה מתוך תקווה שהיא לא תתקיים. למשל, אדם נוסע בכביש החוף במהירות של 240 קמ״ש. לאדם יש את הידיעה שיכול לקרות משהו, אבל הוא מקווה שלא יקרה כלום.

**עיקרון המזיגה**

עיקרון המזיגה הוא עיקרון על פיו יש דרישה שהיסוד העובדתי והיסוד הנפשי יתקיימו זה לצד זה, בעת ובעונה אחת. אנחנו רוצים שהפעולה בפועל (היסוד העובדתי) תנבע מהמחשבה הפלילית (היסוד הנפשי). הדרישה היא למזיגה בין המחשבה הפלילית לבין ההתנהגות ולבין הנסיבות. לא נדרשת מזיגה בין התוצאה לבין ההתנהגות, וזאת מאחר והתוצאה מתקיימת בשלב מאוחר יותר מההתנהגות.

בנוגע לדרישת המזיגה יש בעצם כמה גישות.

**הגישה הקלאסית** שהיא גם הגישה הרווחת דורשת זיקה של סימולטניות.

**הגישה השנייה** באה ואומרת שלא מספיקה סימולטניות, צריך גם להוכיח זיקה עניינית – זיקה של תולדה; זאת מאחר ולא כל הדברים שקורים בו זמנית יש בניהם קשר סיבתי (״לפני משהו לא בהכרח משמעותי בגלל״).

מול שתי הגישות הללו ישנה **גישה שלישית**, שאומרת שצריך שתהיה זיקה עניינית בין היסוד הנפשי ליסוד העובדתי אבל היא לא צריכה להיות בהכרח זיקה בזמן. צריך להיות מבחן גמיש שבודק כל מקרה לגופו.

בפועל, הגישה הרווחת היא הגישה הראשונה והקלאסית.

המשמעות של עיקרון המזיגה היא שבשני מצבים בן אדם לא יורשע:

1. **מצב בו במועד א׳ הוא ביצע את ההתנהגות ורק זמן מה לאחר שהוא סיים לבצע את ההתנהגות התגבשה המחשבה הפלילית.**
2. **במועד א׳ התגבשה המחשבה הפלילית ורק זמן מה לאחר שהמחשבה הפלילית חלפה בוצעה ההתנהגות.**

המקרה של **פס״ד קלנר** מפשיט את זה. הסיפור בפס״ד זה הוא שצ׳רני (איש עסקים)משלם כסף למכר בשם דכנר, ודכנר עושה שימוש בכספים כדי לשלם שוחד. בשלב הזה צ׳רני לא יודע שלזה משמשים הכספים. הוא מגלה על כך תקופה מאוד ארוכה אחר כך ואז מנתק את היחסים עם דכנר. השופט עמית קובע כי לא ניתן להרשיע אותו מאחר ולא מתקיים כאן עיקרון המזיגה.

**פס״ד טל** הוא דוגמא נוספת. בפס״ד זה טל קיבל כסף מקקמ״ר (מהמדינה). יותר מאוחר הוא מדבר כספים על אותו הדבר מהמדינה. את הכספים שהוא קיבל מהמדינה הוא הפקיד לחשבונו האישי. במועד ההתנהגות לא הייתה מחשבה פלילית. מתברר לו שהכספים שהוא קיבל הם לא כדין רק לאחר מכן. כלומר, אין מזיגה אז מזכים.

בפועל, יש מקרים שבהם חוש הצדק גורם לנו להרגיש שזה לא יהיה ראוי לזכות את הבן אדם למרות שיישום דבקני של עיקרון המזיגה מוביל למסקנה שהוא לא מתקיים באותו המקרה.

מה שעושים בתי המשפט במקרים האלה הוא בניית קונסטרוקציות משפטיות שבעצם מושכות את קרות האלמנט המוקדם יותר עד להתרחשות האלמנט המאוחר, או לחלופין מושכות את קרות האלמנט המאוחר יותר כאילו הוא התחיל להתרחש כבר בזמן קרות האלמנט המוקדם.

נדגים ע״י **פס״ד פייגן**. פס״ד זה עוסק בבחור שהולך הרבה לפאבים. באחד הימים עוצר אותו שוטר בעודו ברכב (כנראה בגילופין), ופייגן עוצר בעודו דורס לשוטר על הרגל. השוטר מבקש ממנו להזיז את הרכב, ופייגן בורח עם רכבו מהמקום.

פייגן מועמד לדין על תקיפת שוטר. הבעיה היא שלא מתקיים כאן עיקרון המזיגה. בשלב הראשון, התקיימה העלייה על רגל השוטר. זה השלב בו בוצעה ההתנהגות, היסוד העובדתי של העבירה. בשלב הזה לא התקיימה אצל פייגן מחשבה פלילית לגבי תקיפת השוטר. בשלב השני, כאשר התגבשה המחשבה הפלילית לכך שהשוטר מותקף כבר לא התקיימה ההתנהגות.

בדין הבריטי, בא שופט דעת המיעוט ואומר שאין סימולטניות. לגבי תקיפה במחדל עולה הדרישה להוכיח כי הייתה לו חובה לעזור לשוטר, ומאחר ואין חובה כזו בדין האנגלי הוא זכאי.

שופטי הרוב, לעומת זאת, אומרים כי תהליך התקיפה הוא פעולה אחת שנמשכה כל עוד פייגן היה עם רכבו על רגלו של השוטר. מכיוון שהיה רגע בו פייגן עדיין דרס את רגלו של השוטר והתחילה להתגבש אצלו המחשבה הפלילית הרי שהיה כאן רגע של מזיגה.

**פס״ד ג׳מאמעה** מעלה מקרה בו מתקיים קודם כל הרכיב הנפשי ורק לאחר מכן מתקיים הרכיב ההתנהגותי. במועד ראשון הנאשם חונק את ארוסתו וחושב שהוא הרג אותה, לכן משליך אותה לבאר. אם היא הייתה מתה בשלב הזה הייתה מתקיימת המזיגה. אהממה, כשהנאשם השליך את ארוסתו לבאר היא לא באמת מתה. כעבר זמן היא מתה מטביעה בבאר. אם למעשה ניישם כאן את עקרון המזיגה באופן דבקני בשלב המאוחר יותר מתקיים היסוד העובדתי אבל לא מתקיים היסוד הנפשי.

עורך דינו של הנאשם טוען כי הוא לא היה בעל מודעות שהיא לא מתה, לכן לא היה יכול לרצוח אותה. כלומר, הועלתה הטענה שלא מתקיים כאן עיקרון המזיגה ולא ניתן להרשיע את הנאשם.

ביהמ״ש אומר שפעולת הגרימה החלה בחניקה, ואין צורך להיכנס לדקויות של איך בדיוק העניינים התגלגלו משם. לכן, היה רגע של מזיגה.

פס״ד זה מסתמך על **פס״ד טבי (פס״ד בריטי).** חבורת אנשים משכרים אותו, ולאחר מכן משליכה אותו מצוק במחשבה שהוא כבר מת. בסופו של דבר, התברר כי הוא לא היה מת כשהשליכו אותו מהצוק והוא מת מהתייבשות.

בשני פסקי הדין הללו באים ואומרים שהפעולה התחילה עוד קודם, בשלב שהתחילו לנסות לרצוח.

לשם הבהרה, העמדה של הפסיקה היא שעקרון המזיגה בדרך כלל דורש סימולטניות בזמן ובמקרים מסוימים אפשר לעשות קונסטרוקציות משפטיות שמושכות משהו קדימה או אחורה.

ברור לנו כי בשני המקרים המצוינים לעיל המעשה בסופו של דבר כן נבע מהמחשבה הפלילית, מהיסוד הנפשי.

לכאורה, יש היגיון לקונסטרוקציות המשפטיות.

מקרה שבו קל לנו יותר לקבוע שקיימת מזיגה למרות שלא תהיה חפיפה מוחלטת בין היסוד הנפשי ליסוד העובדתי (כלומר, בין ההתנהגות של האדם למחשבה הפלילית) הם מקרים של עבירה נמשכת.

כלומר, אם אדם מבצע את ההתנהגות ללא מחשבה פלילית אך בשלב מסוים היא מתחילה להתגבש, ובכל זאת האדם ממשיך לבצע את ההתנהגות, אזי שיש מזיגה ומתייחסים לזה כאילו המחשבה הפלילית הייתה קיימת לכל אורך ההתנהגות.

זהו למשל, המקרה ב**פס״ד מרחבי**. בפס״ד זה העבירה הרלוונטית היא החזקת כלים ששימשו לעבירה. ברור שמבחינת היסוד העובדתי זה מתחיל לקרות ביום שהחליפו את המכלולים, אבל בשלב הזה לא מתקיים היסוד הנפשי. בשלב מאוחר יותר מתחיל לעלות חשד ולמרות החשד הוא ממשיך להחזיק במכלול. בשלב הזה, כבר מתקיימת המזיגה.

**שיעור 11 – 21.11.18**

**עצימת העיניים**

כאמור, בעבירה טיפוסית אנחנו דורשים מודעות להתנהגות ולנסיבות. אם זה כל מה שהיינו דורשים, מה שהיה קורה זה שהיינו מעודדים אנשים להיות ראש קטן. הם היו דואגים כמה שפחות להיות מודעים להתנהגות שלהם וכמה שפחות לדעת את הנסיבות. כל זאת בתקווה שהסיכוי להפלילם בעבירה יהיה נמוך יותר במידה ויחליטו לעשות מעשה שאסור ע״י נורמה אסורה.

כדי למנוע את המצב הזה, התפתחה דוקטרינת ״עצימת העיניים״. דוקטרינת ״עצימת העיניים״ נקבעה בתיקון 39 לחוק העונשין ונמצאת ב**ס׳ 20(ג)(1) לחוק העונשין**, והיא קובעת כי ״רואים אדם שחשד בטיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם אם נמנע מלבררם״.

כלומר, יראו את האדם כאילו הוא מודע להתנהגות ו/או לנסיבות אם הוא חשד שהם מתקיימים ונמנע מלברר. בעצם, מכוונים את האדם החושד לבחור בין שתי אופציות: ברר או וותר – או שתברר אם החשד שלך מבוסס, ורק אם לא מבוסס ניתן לבצע את המעשה. אם אין לאדם כוונה לברר – עליו לוותר על ביצוע המעשה.

מדוע הדוקטרינה מתייחסת רק למעשה ולנסיבות בלא התייחסות לתוצאה כלל?

ההתנהגות והנסיבות קורות בשלב מסוים ואילו התוצאה מתרחשת בשלב אחר, מאוחר יותר. זו הסיבה שאין התייחסות בדוקטרינת ״עצימת העיניים״ להתרחשות קרות התוצאה

הדוקטרינות האחרות שמבוססות לגבי חשד קרות התוצאה מנוסחות בצורה שהן יכולות להתמודד עם העובדה שהתוצאות לא תמיד קורות במקביל למעשה.

מהי רמת החשד שאנחנו צריכים להוכיח בדוקטרינת עצימת העיניים?

החשד שנדרש בדוקטרינה זו הוא חשד גבוה, וזאת מכיוון שהחשד צריך לקיים תחלופה למודעות בהקשר של היסוד הנפשי.

לפני תיקון 39 לחוק העונשין היה וויכוח בשאלה האם נדרש חשד גבוה או חשד נמוך לצורך יישום הדוקטרינה. העמדה הרווחת הייתה הדרישה של חשד יחסית גבוה.

**הטיעון המשכנע ביותר לטובת חשד גבוה** הוא שבסופו של יום זהו תחליף למודעות. אמרנו שבעבירה הטיפוסית כדי שיהיה אשם פלילי צריכה להיות מודעות. אם זהו תחליף למודעות צריך להיות רף די גבוה, כזה שמתקרב למודעות.

**הטיעון החזק ביותר לטובת הגישה של חשד נמוך יחסית**, הוא טיעון פרקטי. ראשית, אם נדרוש חשד גבוה מה תחליף המודעות משיג כאן? הוא לא עוזר לנו הרבה. אם אנחנו רוצים ליצור תחליף מודעות חשד גבוה שמגיע כמעט לכדי מודעות לא מתקיים כאן תחליף. שנית, בסופו של יום בן אדם תמיד יכול להחליט לא לבצע את המעשה האסור.

אחרי תיקון 39 לחוק העונשין השתנתה העמדה, והעמדה הרווחת כיום היא שנדרש רף נמוך יחסית. כלומר, בפועל הונמך הרף באופן משמעותי.

**הטיעון הפרשני שמצדיק את השינוי** הוא שבמקומות אחרים תיקון 39 כיוון להיטיב עם הנאשם ולכן הסעיפים האחרים נוסחו באופן שדורש דרישות מחמירות. כאן, בסעיף של דוקטרינת עצימת העיניים לא נעשה הדבר. לכן, מה״אין״ במקומות האחרים ניתן להשיג את ה״לאו״ במקומות אחה, וניתן להסיק כי המחוקק התכוון שהרף יהיה נמוך יחסית.

ברמה הכללית המגמה של תיקון 39 הוא להיטיב עם הנאשם, אבל בסעיף הספציפי של דוקטרינת עצימת העיניים אין הטבה לכיוון הנאשם.

מתי לא נייחס את הדוקטרינה של עצימת עיניים?

לדוגמא, ראובן הולך בחנות יד שנייה. הוא רואה ציור יחסית ישן, ומבין שזהו ציור של צייר מפורסם. המחיר של הציור מעורר חשד אצל ראובן כי הציור גנוב. בפועל, הציור גנוב. ראובן קונה את הציור. אין לו דרך לברר אם הוא גנוב או לא גנוב.

בסיטואציה שבה אין שום אפשרות לברר, **העמדה הרווחת** היא כי לא חלה דוקטרינת עצימת העיניים.

**עמדה יחסית מקובלת** אומרת שאותו הדבר נכון גם אם עלות הבירור היא בלתי סבירה, או אם הזמן שיידרש לצורך הבירור הוא כל כך ארוך עד לכדי שהוא הופך את הפעולה ללא רלוונטית.

שלושה מקרים יותר מסובכים:

1. מה קורה אם חשדתי, ביררתי, ואחרי הבירור **עדיין נשארה רמה מסוימת של ספק**? כלומר, לא הצלחתי להגיע למסקנה סופית אם החשד מבוסס או לא מבוסס?
2. מה קורה במצב בו יש חשד, אפשרי לעשות את הבירור אבל **הבירור ידרוש ביצוע עבירה פלילית**?
3. מה קורה במצב בו קיימת האפשרות לברר, אבל זה **ידרוש מהאדם אמצעים ואנרגיה אדירים**? האם באמת יש דרישה לעשות מאמצים אדירים כדי לבסס או לשלול את החשד?

**עמדה אחת** והמוצהרת לגבי מקרים אלה אומרת כי המצבים האלה הם מצבים אנלוגיים לסיטואציה של עלות אסטרונומית או זמן שגורם לייתור הפעולה. כלומר, יש גבול למה שאתה יכול לדרוש מבן אדם. ברמה הפורמלית, נראה כי זוהי עמדת החוק.

החלק של ברר או וותר לא מופיע מפורשות בנוסח הסעיף, אין שום דבר בנוסח הסעיף שאומר מפורשות שאתה צריך לוותר. אומרים רק שאם ידעת ונמנעת חזקה כאילו ידעת. האנשים הללו לא נמנעו, הם יותר קרובים לסיטואציה בה הם לא יכלו לברר. זמן ומאמץ אדיר קרוב מאוד בפועל לאי יכולת לברר.

**עמדה שנייה היא הגישה של קוגלר,** והיא רלוונטית יותר במישור הפרקטיקה. במישור הפרקטי כולנו טובים בחוכמת ה״בדיעבד״. מה שקורה בהרבה מהמקרים הוא שעושים מינימליזציה למגבלות שהיו על האדם לברר. תמיד טוענים כי הוא היה יכול לעשות יותר ממה שעשה בפועל.

הגישה של קוגלר באה ואומרת שהסיפור האמיתי בדוקטרינת עצימת העיניים הוא לא החשד שהיה לאדם, אלא האפשרות שהייתה לו על מנת לברר את חשדו.

קוגלר אומר שלושה דברים:

1. אם אתה לא יכול לברר, או שאל תעשה או שתיקח את הסיכון – ובמצב כזה יענישו אותך.
2. אין פגיעה בעיקרון החוקיות במצב הזה, מאחר והפרשנות הזו תמיד נותנת לאדם אופציה אחת ברורה והיא לא לעשות.
3. הדוקטרינה של קוגלר לא אומרת תמיד לוותר על ביצוע המעשה. מה שעל ביהמ״ש לעשות הוא לבחון על סמך שיקולי מדיניות האם הסיכון שהבן אדם לקח על עצמו היה סביר.

היתרונות בגישה של קוגלר:

**היתרון הראשון** הוא שסוף סוף ניתן כלל פשוט לבן אדם. תמיד יש לבן אדם אופציה על ביצוע המעשה. **היתרון השני**, שהוא לא כל כך משמעותי, הוא שלפחות הגישה היא כנה. לפחות אנחנו אומרים בכנות שהשופטים ישקלו שיקולי מדיניות, ואז יוכלו להיטען טענות שנוגעות לשיקולי מדיניות.

החסרונות בגישה של קוגלר:

**החיסרון הראשון** מעלה את השאלה הבאה: איך יכול להיות שבהקשר של אשם סובייקטיבי אנחנו מכניסים כתחליף למודעות אלמנט סופר אובייקטיבי?

**החיסרון השני** בעמדה של קוגלר היא חוסר דיוק באמירה שאין כאן פגיעה בעיקרון החוקיות. זה נכון שהעובדה שיש כלל ברור מקטינה את הפגיעה בעיקרון כלל וודאות הדין. אבל, מה אומר לנו עיקרון החוקיות הבסיסי? הנחת המוצא היא שאתה יכול לעשות אלא אם החוק אוסר עלייך לעשות מפורשות. ברירת המחדל שיוצר כאן קוגלר היא ״אל-תעשה״.

עמדת קוגלר לא מקובלת, אך יש עבירה אחת שבה בפועל השופטים בעצם מיישמים גישה שהיא דומה באופייה לגישה של קוגלר.

דוקטרינת עצימת העיניים בהקשר לעבירת האינוס

בעבירות האלה, בפועל, השופטים פחות מתמקדים בשאלה אם היה חשד אצל הבן אדם או לא. במקום זה, השופטים יותר מתמקדים בשתי שאלות:

1. האחת, **האם הנאשם נקט בצעדים כדי לברר את קיומה של הסכמה חופשית**? עבירת האינוס הטיפוסית מדברת על אינוס בהיעדר הסכמה חופשית. ״היעדר הסכמה חופשית״ היא נסיבה. בדרך כלל טענת הנאשם היא שהוא חשב שהתקיימה הסכמה חופשית.
2. השנייה, היא **מהי מידת הסיכון שהוא לקח שלא מתקיימת הסכמה חופשית**? כלומר, האם הסיכון שלקח הנאשם היה סביר?

ב**פס״ד טייב** הייתה צעירה אוסטרלית שהגיעה לארץ לצורך לימודים. היא נקעה את הרגל והצטרכה להשתמש בשירותיו של טייב כפיזיותרפיסט. לאחר מספר טיפולים היא החלה לסמוך עליו. באחד המפגשים הוא הפשיט אותה ואמר לה שזהו חלק סביר מהמפגשים. כשהיא הייתה עירומה הוא הוציא את איבר מינו והכניס אותו לפיה.

מה שטייב טוען הוא שלא נעשה שום דבר מצידה כדי להעיד שהיא לא מסכימה. טייב טוען שהמתלוננת הייתה יכולה בכל רגע סביר, ולא היה יכול לעלות אצלו חשד סביר כי לא מתקיימת אצלה הסכמה לנושא.

טייב טוען כי אין כאן שום ביסוס להחלת דוקטרינת עצימת העיניים.

השופטים בנו כאן קונסטרוציה משפטית חדשה – ״חלל תודעתי״ – מעשה של בן אדם שלא חשד בקיומה של הנסיבה של אי הסכמתה החופשית, וזאת מאחר ולא היה אכפת לו לחשוד.

השופטים אומרים לנו בפס״ד זה שחלל תודעתי הוא סוג של עצימת עיניים. אהממה, אין כאן בסיס אפשרי בנוסח החוק לקונסטרוקציה הזו.

ב**פס״ד אזולאי** השופטים משתמשים בגישה שמזכירה לנו את שיטתו של קוגלר, ובה מפרשים את העובדות בדרך שמחמירה עם הנאשם. בפס״ד זה מדובר על אזולאי, בחור בן 34, שפוגש בחורה צעירה בן 14, שהציגה עצמה בגיל 16. הם יצאו לפגישה אחת בביתו של חבר שלו, הוא וחברו עישנו שם מריחואנה, ואז כשליווה אותה חזרה להוסטל הוא נישק אותה, ולאחר מכן גרר אותה לבניין נטוש, ושכב איתה.

אזולאי יכול לטעון כי יש מספיק שלבים לאורך התהליך בהם כאשר המתלוננת לא רוצה משהו היא אומרת לאזולאי לא. דבר שני המשחק לטובתו הוא כי היו הרבה אינדיקטורים כי היא מעוניינת בו. היא שיקרה לגבי הגיל שלה כדי להיות איתו, היא בילתה איתו את הערב, היא הלכה איתו.

מה שהשופטים עושים כאן זה במקום לראות שיש כאן תהליך מאוד ממושך בזמן שבו היו לו מספיק אינדיקטורים כדי לחשוב שהיא מעוניינת וכדי לחשוב שאם היא לא רוצה היא תעצור אותו, הם רואים את הדבר כתהליך קצר ודחוס.

כל מה שהסנגור של אזולאי טוען כי לא עלה כאן חשד אצל אזולאי שלא מתקיימת כאן הסכמה חופשית של המתלוננת.

יש לעשות את ההבחנה בין מה היא רצתה לבין מה הייתה המודעות אצל הנאשם.

אזולאי רצה להאמין שהיא מסכימה והאינדיקטורים המסוימים שהיו גרמו לאי קיומו של חשד אצל אזולאי.

קודם כל, נסביר את הרקע שמתקיים כאן. הרקע הוא שהאינטראקציה בסיטואציה של לפני מגע מיני היא סיטואציה בעלת אופי ייחודי. באינטראקציה הזו הרבה מסרים מועברים בהתנהגות, ברמזים וכו׳. בסיטואציה שזה המצב יש הרבה מקום לתקלות בתקשורת.

הדין בעבר יצר הטיה כך שמקרים שתקלות עקב כך שיחקו לטובת הנאשם. לאורך ההיסטוריה מיליוני נשים סבלו עקב ההטיה הזו ונפגעו עקב קיומה.

בעשרות השנים האחרונות השתנו הדברים, והתחילו לאמץ גישה חדשה. גישה זו באה ואומרת כי **״כאשר יש ספק אין ספק״**. בסיטואציה הזו בין המחיר שהאישה תיפגע לבין המחיר שתהרס הסיטואציה ולא יתקיים מצב מיני יש לנטות לכיוון הראשון. לכן, טוב שהפסיקה מאמצת עמדה משפטית שמחייבת את הבן אדם לברר. היא אוסרת על כניסה לחלל תודעתי ואומרת שאם יש איזשהו ספק הכי קטן על האדם מוטלת החובה לברר.

הביקורת לגבי השופטים היא שהם עושים זאת במקומות הלא נכונים. הם עושים זאת דרך פרשנות של דוקטרינת עצימת העיניים מה שגורם לכך שהקונסטרוקציות שהם מפתחים עלולות לזלוג ושיעשו בהן שימוש גם בעבירות אחרות. הם היו צריכים לעשות זאת דרך פרשנות מאוד מחמירה של ״הסכמה מדעת״.

כלומר, השופטים יוצרים כאן תוצאה נכונה אך מגיעים אליה בדרך משפטית לא נכונה.

**החלת דוקטרינת עצימת העיניים בעבירות מחדל**

אין כאן טענה כי כאשר מדובר בעבירות מחדל שרלוונטיות לסוג מסוים של אנשים או לסוג מאוד ספציפי של סיטואציות לא צריך להחיל את הדוקטרינה של עצימת העיניים. כלומר, אין טענה שהורה שחושד שהילד שלו רעב (ברמת המורעב) יכול להימנע מלברר.

ישנן עבירות מחדל כלליות שחלות על כלל הציבור ולגבי העבירות האלו קיים ויכוח האם יש להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים.

**אלו שתומכים בעמדה כי לא צריך להחיל את הדוקטרינה של עצימת העיניים בעבירות מחדל כלליות** מבססים את טענתם על עיקרון החוקיות. מה שהם אומרים הוא שבעבירות פוזיטיביות, אם הבן אדם חושד, כל מה שהוא צריך לעשות הוא להימנע מעשיית המעשה, ומרחב הפעולות שלו של מה כן לעשות במקום נשאר גדול. כלומר, נשאר כאן אלמנט מאוד חזק של חירות.

בעבירות מחדל, לעומת זאת, החלה של דוקטרינת עצימת העיניים אומרת שברגע שיש לך חשד עולה לך החובה לברר, כי במידה ולא ביררת המשמעות היא שתורשע בגין העבירה. בעבירות מחדל אומרים שאם חשדת טווח הפעולות שלך מצטמצם רק למעשה אחד – ברר מיד.

כשמדובר באוכלוסייה הכללית עולה כאן בעיה אמיתית.

**אלו שתומכים בעמדה כי יש להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים בעבירות מחדל כלליות** מעלים שני טיעונים:

1. **טיעון פורמלי** – אין שום דבר בס׳ 20(ג)(1) שנותן אינדיקציה שהייתה כוונה להחריג את עבירות המחדל הכלליות. כלומר, אין דבר בסעיף שאומר שיש להתייחס לעבירות המחדל הכלליות באופן שונה.
2. **טענה מהותית** – על פיה, דווקא בעבירות מחדל חייבים להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים מאחר והמטרה של עבירות מחדל היא למנוע ״ראש קטן״. כלומר, בסיטואציות מסוימות קמה לך החובה לפעול.

הוויכוח מתעורר בהקשר של **פס״ד הר-שפי.** מרגלית הר-שפי הורשעה בכך שהיא ידעה שיגאל עמיר מתכנן לרצוח את ראש הממשלה יצחק רבין ז״ל ולא נקטה בצעדים על מנת למנוע את הפשע. הסעיף שבגינו היא הורשעה הוא **ס׳ 262 לחוק העונשין – אי מניעת פשע**. הסעיף אומר ״מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט בכל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או השלמתו, דינו מאסר שנתיים״.

מרגלית הר-שפי טוענת שהיא לא ידעה, שהיא לא חשדה. היא טוענת כי היא הייתה מאוהבת ביגאל עמיר ולא חשבה שבן אדם שהיא מאוהבת בו מסוגל לעשות מעשים כאלו.

היא אומרת שהיא לא ידעה, לא חשדה ולכן אי אפשר להרשיע אותה.

בית המשפט מפרק את הטיעון הזה לגורמים. מבחינה עובדתית ביהמ״ש קובע כי מרגלית הר-שפי ידעה (לא רק חשדה).

יחד עם זאת, בהערת אגב, השופטים דנים בשאלה האם החובה לנקוט בכל האמצעים הסבירים חלה גם במקרה של עצימת עיניים? כלומר, השאלה היא בעצם האם החובה לנקוט באמצעים הסבירים (בדרך כלל פנייה למשטרה) חלה לא רק במצב כי פלוני יודע שאדם מתכנן לבצע פשע אלא גם במצב שבו פלוני חושד שאדם מתכנן לבצע פשע?

לכאורה, לא אמורה להיות כאן שאלה מאחר ונוסח העבירה לא מחריג את העבירה הזו.

**השופט חשין** אומר כאן שבכל זאת, עקב המאפיינים הייחודיים של עבירת אי מניעת פשע דוקטרינת עצימת העיניים לא חלה בהקשר שלה. כלומר, בדרך פרשנית הוא אומר שמשיקולי צדק יש להחריג את עבירת אי מניעת פשע כך שהסעיף הכללי לא יחול עליה.

**הסיבה הראשונה** שחשין נותן לעמדתו היא שיש כאן פגיעה בחירות. **הסיבה השנייה** שחשין נותן לטיעונו היא האופי הייחודי של העבירה. יש כאן דרישה מאנשים לברר אודות התנהגות של אחרים, ואם נחיל את עצימת העיניים עליה אנשים, על מנת לא לקחת סיכון, יתחילו לבלוש אחד אחר השני. הדבר יעודד פלישה לפרטיות וחדירה לאוטונומיה של אנשים.

**סיבה שלישית** שחשין מעלה לטיעונו הוא קושי פרקטי. קשה מאוד לברר מה בן אדם זומם. אם אתה יודע מה בן אדם זומם אין כאן בעיה. אהממה, אם יש לך חשד בלבד לגבי זממו של בן אדם הנטל שמוטל עליך לברר לגבי כך הוא מאוד משמעותי.

**הסיבה הרביעית** והאחרונה שחשין נותן הוא מחיר חברתי – אנחנו יוצרים כאן חברה שבה אדם לאדם – בלש.

חשוב להבין כי חשין לא אומר כי אין להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים על כל עבירת המחדל הכלליות. הוא אומר ששיקולי מדיניות יכולים להוביל את ביהמ״ש לקבוע שדוקטרינת עצימת העיניים אין להחילה על עבירה כזאת או אחרת. יכול להיות שזו תהיה עבירת מחדל ויכול להיות שזו תהיה אפילו עבירה אקטיבית (עבירת התנהגות).

חשוב להבין גם כי האמירה של חשין היא הוביטר. הרי קבעו שמרגלית הר-שפי ידעה לגבי תכנונו של יגאל עמיר. באותה הנשימה חשוב להדגיש שעל הוביטר זה חזרו גם בהוביטרים של פסקי דין מאוחרים יותר.

בפס״ד אזולאי למשל אומרים בהוביטר על בסיס קביעתו של חשין בהר-שפי שלביהמ״ש יש סמכות לקבוע כי דוקטרינת עצימת העיניים לא חלה על עבירות מסוימות בגלל אופיין.

פס״ד הר-שפי מעורר הרבה מאוד וויכוחים משפטיים כאשר אחד המבקרים החדים ביותר בקשר לעמדתו של חשין הוא **קרמניצר**.

קרמניצר אומר כי הקביעה של חשין לא ראויה ויש להחיל את הדוקטרינה של עצימת העיניים גם על עבירת אי מניעת הפשע. הסיבות שקרמניצר מפרש להחלת הדוקטרינה של עצימת העיניים על עבירת אי מניעת פשע:

1. על סמך מה מחליט ביהמ״ש להחריג עבירה כזו או אחרת מהעקרונות הכלליים של דיני העונשין? החלק הכללי של דיני העונשין כולל עקרונות שחלים תמיד ובמנותק מסוג העבירה שאנחנו דנים עליה. אין סמכות לביהמ״ש לטעמו של קרמניצר להוציא החלה של החלק הכללי על עבירות מסוימות.
2. הצלת חיים – צריך לזכור כי בפשעים, ועל כמה וכמה במקרה הזה, כל מה שיש לעשות הוא לגשת למשטרה. מול הסיכון של פגיעה בחיי אדם העלות מול התועלת ברורה. לטעמו של קרמניצר כתיקון חקיקה ראוי לאמץ את הגישה הגרמנית על פיה יש החלה של דוקטרינת עצימת העיניים רק על פשעים חמורים.

בנוסף, קרמניצר בא ואומר שאנחנו בדרך כלל לא יודעים בוודאות מה בן אדם זומם. ברוב הכמעט מוחלט של המקרים יש לנו רק חשד. לכן, אי החלה של דוקטרינת עצימת העיניים על עבירת אי מניעת הפשע בפועל, כמעט מרוקנת אותה מתוכן. הוא בעצם אומר שהגישה של חשין מרוקנת את הדוקטרינה מתוכן.

**טעות במצב דברים**

כאמור, בדוקטרינת עצימת העיניים אנו עוסקים בסיטואציה בה הנאשם אינו מודע להתקיימות המעשה ו/או הנסיבות, אך חושב כי הם התקיימו (ונמנע מלברר וכו׳). דוקטרינת הטעות במצב דברים גם היא עוסקת בסיטואציה שבה הנאשם אינו מודע להתקיימותם של המעשה ו/או הנסיבות, אך בשונה מהסיטואציה בה עוסקת דוקטרינת עצימת העיניים, כאן מדובר בסיטואציה בה הנאשם אף אינו חושד שהמעשה ו/א הנסיבות התקיימו, שכן הוא סבור (בשוגג) שהנסיבות ו/או המעשה בעניינו שונים מאלו המוגדרים בעבירה.

**ס׳ 34(א) לחוק העונשין** אומר ״העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לעמיתו כפי שדימה אותו״.

**ס׳34(ב)** אומר שס׳ 34(א) יחול גם על עבירות רשלנות ובכך שהטעות הייתה סבירה וגם על עבירות אחריות קפידה.

אם אדם מדמה מצב דברים שלא קיים, הוא לא יישא באחריות, אלא במידה שהיה נושא באחריות אילו היה המצב כפי שדימה אותו. החוק מתחקה אחר האופן הסובייקטיבי שבו האדם מבין את הסיטואציה. כך, אם אדם טועה לחשוב שהנסיבות שונות מהפועל, נשפוט אותו לפי האופן בו הוא חשב. אם האופן בו הוא חשב אינו פלילי ולחלוטין תמים – אזי האדם לא יישא באחריות פלילית.

אנחנו בודקים את המודעות הסובייקטיבית של האדם ולא קיימת כאן דרישה של סבירות. כל מה שצריך הוא קיומה של טעות כנה. אנחנו בודקים את האשם של האדם לפי המצב הסובייקטיבי שלו, לפי תפיסתו הסובייקטיבית של האדם. אם לא נעשה זאת הרי שאנחנו מדברים אשם אובייקטיבי.

ניקח כדוגמה את עבירת הנישואין ס' 176- נשוי (נסיבה) הנושא (התנהגות) אישה אחרת (נסיבה). זו עבירת התנהגות שותקת. לכן, כדי שפלוני יישא באחריות לעבירה הזו צריך להראות שהוא מודע לטיב המעשה (שהוא עורך טקס נישואין) מודעות לנסיבות (שהוא נשוי ושהוא נישא לאישה אחרת). מה קורה כאשר פלוני טועה ובטוח שהוא רווק?החוק אומר שאנחנו הולכים לפי מחשבתו הסובייקטיבית, מצב בו הוא רווק שנושא אישה אחרת. מצב כזה הוא לא עבירה פלילית ולכן פלוני יוכל ליהנות מההגנה של מצב דברים (נקרא גם טעות בעובדה). אם הולכים עד הסוף עם עקרון האשמה ועוקבים אחרי הסובייקטיביזציה שלו- אין כאן בעצם בחירה לפגוע בערך חברתי מוגן.

חשוב להדגיש כי אין צורך שהטעות במצב דברים תהה סבירה, די בכך שהיא תהה כנה (זאת בשונה מהדין שהיה קיים עד לתיקון 39, אשר דרש שהטעות תהה גם כנה וגם סבירה).

מה מוסיף ס׳ 34 לחוק העונשין לס׳ 20 לחוק העונשין?

לכאורה, ס׳ 34 לחוק העונשין לא מוסיף שום דבר לס׳ 20 לחוק העונשין.

התשובה היא שס׳ 34יח חשוב בשביל שתי סיטואציות:

1. **סיטואציה של סייגים מדומים** –
סייג מדומה הוא מצב בו אדם טועה לסבור שהוא פועל במצב עובדתי בו קם לו סייג לפלילים, למרות שבמציאות לא כך הדבר.

זהו מצב בו אדם חושב שמישהו עומד לירות בו, למשל, אבל בפועל זה נער שמשחק ברובה צעצוע, והאדם יורה בנער והורג אותו. בסיטואציה הזו ס׳ 20 לא יעזור. האדם מודע בזה שהוא גורם למותו של אדם בכוונת תחילה. גם הסעיף של הגנה עצמית לבדו לא יעזור. רק אם אנחנו מוסיפים את הס׳ 34יח המנחה עלינו לבדוק את הסיטואציה כפי שאדם דימה אותה, אז הוא יצא זכאי. כלומר, מה שמאפשר לזכות אדם במצב של סייגים מדומים הוא ס׳ הטעות במצב דברים.

1. **סיטואציה של דימוי מצב דברים שבו מבצע אדם עבירה פלילית אבל מצב הדברים שדומה הוא כזה שבו חשב האדם שהוא מבצע עבירה פחות חמורה ממה שהוא ביצע בפועל**.
במקרים שכאלו מנחה אותנו ס׳ 34יח להתייחס לסיטואציה כפי שהנאשם הבין אותה ולא כפי היא הייתה באמת.
המשמעות היא זיכוי מהעבירה שמבחינה עובדתית באמת בוצע ע״י הנאשם (כפי שהעובדות אכן התקיימו במציאות), בהרשעת הנאשם בעבירה שהוא חשב מבחינה עובדתית שהוא מבצע (כי זו העבירה שמשקפת את מידת האשם האמיתית של הנאשם). חשוב להדגיש כי גם המצב אותו הנאשם מדמה הוא פלילי אבל פחות חמור – לכן הוא לא יצא לגמרי בלי כלום אבל הוא ייחשף לעונש חמור יותר.

דוגמא נוספת לעניין זה – נניח שבחוק העונשין קיימות שתי העבירות הבאות:
עבירה מס' 1: הבועל קטינה בת 14-16, דינו 8 שנים מאסר
עבירה מס' 2: הבועל קטינה בת 16-18, דינו 5 שנים מאסר.
הניחו שקרה מקרה בו פלוני בעל קטינה שחשב שהיא בת 16.5 אך בפועל היא הייתה בת 14.

עבירה מס' 1 לא מתקיימת משום שבעוד שהיסוד העובדתי שלה המתקיים, לא התקיים בנאשם היסוד הנפשי הנדרש כדי להרשיעו בה [משמע, לא מתקיימת מודעות לקיום הנסיבה שהקורבן בת 14].

לגבי עבירה מס' 2, המצב הוא הפוך: היסוד העובדתי לא מתקיים (היא בת 14 בפועל) אבל היסוד הנפשי מתקיים (הוא חשב שהיא בת 16.5). במקרה כזה משתמשים ב34יח, שבסיפא שלו נכתב "לא יישא באחריות פלילית, אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו", כלומר גם במצב אותו הוא דימה הוא היה נושא באחריות פלילית ולכן אנחנו מטילים עליו אחריות פלילית, אך לפי המצב אותו דימה, ולכן הוא יורשע בעבירה מס' 2.
**חשוב להדגיש: לא ניתן להחמיר עם הנאשם מכוח ס' 34יח!**היינו אם היא בת 16.5 והוא חשב שהיא בת 14, לא נוכל להחמיר עמו ולהרשיע אותו בעבירה מס' 1 (העבירה החמורה יותר שהוא דימה שהתקיימה)

**שיעור 12 – 26.11.18**

ישנם ארבעה מונחים שאסור בתכלית האיסור לבלבל בניהם:

* **כוונה**
* **מטרה**
* **מניע**
* **כוונת תחילה**

ישנן שתי סיבות שבגללן נוטים לבלבל בין המונחים הללו (ומונחים נרדפים להם):

1. יש באמת מידה מסוימת של דמיון בניהם.
2. המחוקק, בעבירות שונות, בלבל בניהן. זאת במובן שישנן עבירות שבהן כתוב מונח אחד (נניח כוונה), אך המחוקק בעצם היה צריך לכתוב מונח אחר (נניח מטרה).

מהי המשמעות הנכונה של כל אחד מהמונחים הללו (כוונה, מטרה, מניע וכוונת תחילה)?

המונח ״**כוונה**״ במובנו הנכון, מתייחס לרכיב ביסוד הנפשי שלעיתים נדרש בעבירות תוצאה.

**ס׳ 20 לחוק העונשין** מגדיר מהי מחשבה פלילית והוא אומר כך: מחשבה פלילית היא מודעות לטיב המעשה, הנסיבות ולאפשרות קרות התוצאה בעבירות תוצאה.

בנוסף, בעבירות תוצאה, יש להוכיח גם אחד משניים:

1. **פזיזות לעניין התוצאות**
2. **כוונה לעניין התוצאות**

״כוונה״ מוגדרת בס׳ כמטרה לגרום לאותן התוצאות. במילים אחרות, כאשר אנחנו נדרשים להוכיח כוונה במובן הנכון של המונח כוונה, המשמעות היא שעלינו להוכיח שהלך הרוח של האדם היה כזה שהוא פעל מתוך מטרה לגרום לתוצאות האסורות לפי העבירה הספציפית.

בדרך כלל, לתביעה בעבירות תוצאה יש שתי אופציות:

1. לנסות להוכיח כוונה.
2. לנסות להוכיח פזיזות.

למה אז שבכלל ינסו להוכיח כוונה אם יותר פשוט להוכיח פזיזות? השיקול הוא מבחינת העונש. בכוונה העונש הוא חמור יותר. אהממה, יש גם עבירות שבהן המחוקק רצה להגיד שכדי להרשיע לא יהיה מספיק בפזיזות. כלומר, כדי להרשיע בעבירת תוצאה ספציפית לא ניתן להסתפק בפזיזות אלא יש להוכיח כוונה.

על מנת שנגיע למסקנה שהמחוקק התכוון שבעבירת תוצאה מסוימת לא יהיה ניתן להסתפק בפזיזות, אלא תהיה חובה להוכיח כוונה, צריכים להתקיים שלושה תנאים:

1. **דרישה ראשונה** היא שצריך שבעבירה ייעשה שימוש במונח כוונה או במונח נרדף למונח כוונה. מהם המונחים הנרדפים? לשם, כדי, במטרה, וכו׳.
2. **דרישה שנייה** היא שאותו המונח יתייחס לרכיב התוצאה של היסוד העובדתי של העבירה.

בחוק העונשין כולו יש בסך הכל שלוש עבירות שבהן נעשה שימוש במילה כוונה במשמעות הנכונה של המונח כוונה.

מהן עבירות אלו?

**העבירה הראשונה** שבה נעשה שימוש במונח כוונה בצורה הנכונה היא אחת מהחלופות של העבירה ״חבלה חמורה בכוונה מחמירה״ שקבועה ב**ס׳ 329א(1) לחוק העונשין**. על פי עבירה זו בגדול נאמר לנו שהגורם לאדם חבלה חמורה שלא כדין מתוך כוונה לגרום לו חבלה חמורה, דינו מאסר עשרים שנה.

**העבירה השנייה** בחוק העונשין בה נעשה שימוש במונח כוונה בצורה הנכונה היא אחת העבירות של עבירת הכישוף, לפי **ס׳ 417א** **לחוק העונשין,** שקובעת כי המתחזה לעשות מעשה כישוף בכוונה לקבל דבר וקיבל דבר בעד מעשה הכישוף או על פיו דינו מאסר שלוש שנים.

**העבירה השלישית** בחוק העונשין העושה שימוש נכון במונח כוונה היא אחת החלופות של עבירת הזיוף בידי עובד ציבור, לפי **ס׳ 421** **לחוק העונשין** שקובע כי עובד ציבור המזייף מסמך שהוא ממונה על עשייתו או על שמירתו או שיש לו גישה אליו בתוקף תפקידו ועשה כן בכוונה לקבל דבר, וקיבל דבר באמצעות מסמך מסוים כאמור, דינו מאסר שבע שנים.

במילים אחרות, כאשר אנחנו רואים את המונח כוונה מופיע בעבירה, נעשה בו שימוש במשמעות הנכונה של המונח כוונה רק אם מדובר בעבירת תוצאה והמונח מתייחס לתוצאה.

המונח ״**מטרה**״ (״**כוונה מיוחדת**״) במובנו הנכון, רלוונטי לסוג מאוד מיוחד של עבירות. אלו הן עבירות שנקראות ״עבירות מטרה״ או ״עבירות כוונה מיוחדת״. עבירות אלו יכולות להיות עבירות תוצאה או עבירות התנהגות. המיוחד בהן הוא שבנוסף לרכיבים הרגילים של היסוד הנפשי, נדרש בהן רכיב נוסף חפצי שלא מתייחס לתוצאה, העושה x כדי להשיג y.

לא נאמר לנו שהתוצאה באמת הושגה ולכן זו יכולה להיות גם עבירת התנהגות ולא עבירת תוצאה בלבד. בעולם אידיאלי, העבירות האלו היו מנוסחות בצורה של ״העושה x במטרה להשיג y...״.

חשוב להבין שהתוצאה שניסה להשיג העבריין הוא חלק מהיסוד הנפשי. הכוונה היא שזהו רכיב חפצי מסוג מטרה, שהוא חלק מהיסוד הנפשי.

רוב עבירות המטרה הן עבירות התנהגות. יחד עם זאת, ישנן עבירות מטרה, שהן עבירות תוצאה.

דוגמאות לעבירות ״מטרה״ שבהן עשו שימוש במונח ״כוונה״

1. אחת מהחלופות של עבירת האיומים, שנמצאת ב**ס׳ 192 לחוק העונשין**.
חלופה זו אומרת כי ״המאיים על אדם בכל דרך שהיא בכוונה להפחיד את האדם דינו מאסר שלוש שנים״.
העבירה הזו היא עבירת התנהגות. אהממה, יש בה איזשהו הלך רוח חפצי שבגללו העבריין פועל. העבריין במקרה זה פועל במטרה להפחיד. זהו רכיב נפשי חפצי שצריך להוכיח אותו. לא מספיק להוכיח כי היה כאן איום, צריך להוכיח כי העבריין איים במטרה להפחיד.
2. **ס׳ 397 לחוק העונשין** אומר כי ״ההורג חיה הניתנת להיגנב בכוונה לגנוב את העור או את הגופה או חלק מהם, דינו כאילו גנב את החיה...״.
זוהי עבירה תוצאתית.
ההתנהגות בעבירה זו היא ״הריגה״, הנסיבות הן ״חיה הניתנת להיגנב״ והתוצאה היא ״הורג״. ״בכוונה לגנוב את העור או את הגופה או חלק מהם״ הוא היסוד הנפשי החפצי של העבירה.

איך נדע מתי נעשה שימוש במונח ״כוונה״ במובן של ״מטרה״?

הדבר מבוסס ב**ס׳ 90א(2) לחוק העונשין**. ס׳ זה נועד לפתור את כל בעיות הניסוח שקיימות בחוק עקב תיקון 39.

״בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של תיקון 39, ושבו היסוד ה נפשי שבעבירה בא לידי ביטוי במונח בכוונה – מקום שהמונח אינו מתייחס לתוצאת המעשה – יתפרש המונח [או] כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה לפי ההקשר״.

במילים אחרות, ס׳ זה אומר שאם אנחנו רואים בעבירה את המילה ״בכוונה״ יכולות להיות לה אחת משלוש משמעויות:

1. אם המילה ״בכוונה״ מתייחסת לתוצאה אזי המשמעות שלה ״כוונה״ במובן הנכון של המונח ״כוונה״.
2. אם המילה ״כוונה״ מתייחסת ליעד שהאדם רוצה להשיג אזי המשמעות שלה היא ״מטרה״ (״כוונה מיוחדת״).
3. אם המילה ״כוונה״ מתייחסת למניע שמתוכו נעשה המעשה אזי צריך להבין אותה כ״מניע״ במובן הנכון של המונח מניע.

כלל זה נכון גם לעבירות שיש בהן שימוש במונח ״למטרה״, ״לשם״, ״כדי״ וכן הלאה.

אם המילה ״כדי״ מופיעה בצירוף המילה ״לפגוע״, לפעמים בחלק מהעבירות השימוש במילה ״כדי״ לא יהיה כדי להבהיר שזו מטרה או מניע, אלא השימוש יהיה כמילת קישור לנסיבה.

למשל, **ס׳ 173 לחוק העונשין – פגיעה ברגשי דת.**

העבירה המוגדרת אומרת כי המפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים, דינו מאסר שנה אחת.

הכוונה פה במילה ״כדי״ היא שימוש בה כמילת קישור לתוצאה.

המונח ״**מניע**״ במובנו הנכון הוא הגורם הנפשי שמוביל את האדם לבצע את המעשה. זה לא משהו שהאדם מקווה שיקרה בעתיד. כלומר, זו לא תוצאה וגם לא מטרה. זהו איזשהו רגש (כעס, אהבה, קנאה, ייאוש, פחד, דחף אידיאולוגי, עוגמת נפש). זהו לא. יעד עתידי אלא מצב נפשי שמתקיים בזמן ביצוע ההתנהגות.

כלל יסוד במערכות המשפט האנגלו-סקסיות הוא שאלא אם נקבע מפורשות בעבירה הספציפית אחרת, מניע אינו מעלה ואינו מוריד לעניין התקיימות העבירה (ההרשעה).

המניע יכול להיות שיקול שישפיע על העונש, אבל הוא לא משהו שצריך להוכיח לצורך התקיימות העבירה אלא אם בעבירה הספציפית כתוב במפורש שמניע נדרש לשם הוכחתה.

למשל, אם גנבת זה לא משנה אם גנבת כדי לחלק את הכסף לעניים.

**לפני תיקון 39 ס׳ 16 לחוק העונשין** קבע כי המניע לעבירה או לכוונה אינו מעלה ואינו מוריד לעניין האחריות הפלילית והוא אם אין הוראה מפורשת אחרת.

בתיקון 39 הייתה בעייתיות דו שלבית – השלב הראשון הוא ביטול ס׳ 16 ולא כללו ס׳ אחר חלופי שמעגן את אותו העיקרון. השלב השני הוא חיקוק את ס׳ 90א מאחר והסעיף הזה אומר לנו שלפעמים, כאשר המחוקק משתמש במונח כוונה הוא מתכוון לעיתים למטרה או למניע.

הדבר נוגד את מה שאמר לנו העיקרון שהיה מעוגן בס׳ 16 שהיה לפני ס׳ 39 (כדי שיהיה צריך להוכיח מניע צריך שהדרישה תהיה מפורשת).

מה שיצרה הבעייתיות של תיקון 39 הוא ויכוח פרשני לגבי האם יש עבירות מניע משתמעות בחוק העונשין? כלומר, האם קיימות עבירות בהן כתוב ״בכוונה״ או ״כדי״ או ״לשם״ ובעצם הדרישה היא ל״מניע״?

בכל הנוגע לוויכוח זה ישנן שתי עמדות:

1. **העמדה הראשונה** אומרת שזה לא משנה אם יש עבירות כאלו בחוק, וזאת מאחר ואין הבדל בין מניע למטרה (כוונה מיוחדת) לגישתה של שיטה זו.
2. **העמדה השנייה** אומרת שיש הבדל בין מניע לבין מטרה לעניין הלכת הצפיות. בשביל המחזיקים בעמדה זו יהיה מאוד חשוב לברר האם יש עבירות מניע משתמעות בחוק העונשין. לדוגמא, **ס׳ 167 לחוק העונשין (פגיעה בדגל או בסמל של מדינה ידידותית)**. יש לשים לב שאפשר לטעון טענה מאוד חזקה שהמונח ״בכוונה״ כאן הוא מניע.

המונח ״**כוונת תחילה**״ מתייחס במובנו הנכון, מתייחס לרכיב ייחודי שקיים ביסוד הנפשי של עבירת הרצח הקלאסית. **ס׳ 300(א) לחוק העונשין** מפרט ארבע עבירות שאם אתה מבצע אחת מהן ביצעת רצח. שלוש מתוך העבירות האלה הן עבירות של הריגה אבל בגלל שקיימת נסיבה מיוחדת המחוקק חשב שראוי לקרוא לך רוצח. למשל, אם הקורבן שלך היה אביך, אמך, סבך או סבתך, אזי המחוקק החליט שאם ביצעת עבירת הריגה כלפי אלה ראוי לקרוא לך רוצח. מבחינה פורמאלית אם גרמת למוות של אביך, אמך, סבך או סבתך הרי שביצעת רצח.

**ס׳ 301 לחוק העונשין** מגדיר מהי כוונת תחילה.

מהי כוונת תחילה?

כדי להוכיח כוונת תחילה צריך להוכיח שלושה רכיבים:

1. **החלטה להמית** – מדובר ביסוד נפשי פנימי שמשמעותו היא קיומם של שני אלמנטים: ציפייה מראש של האפשרות שההתנהגות תגרום להתרחשות התוצאה, ורצון שהתוצאה תתגשם.
במידה מסוימת, הרכיב הראשון מבין שלושת הרכיבים שנדרשים כדי להוכיח כוונת תחילה (החלטה להמית) בעצם יש רבים שסבורים שהוא טומן בתוכו את הרכיבים הנפשיים שנדרשים ביחס לתוצאה בעבירות תוצאה שבהן לא ניתן להסתפק בפזיזות.
צריך להבין שכיום, בשונה מבעבר, אין דרישה שהרכיבים של ההחלטה להמית יתקיימו לפני המעשה של גרימת המוות. ההחלטה להמית יכולה להיות ספונטנית ולקרות בזמן שאתה עושה את המעשה הממית.
2. **הכנה** – המטרה המקורית של רכיב ההכנה הייתה לייחד את עבירתה רצח למעשים שנעשו בדם קר. בפועל, עם השנים באופן הדרגתי די רידדו את הדרישה הזו וכיום העמדה היא שההכנה יכולה להיות של שניות בודדות.
הפרשנות הישראלית באה ואומרת ששאלת ההכנה נמדדת בפרמטרים פיזיים. הביקורת היא שאם הדרישה שלנו היא להוכיח התנהגות פיזית אנחנו מכניסים לתוך אלמנט של רכיב נפשי בירור שהוא בירור עובדתי באופיו.
השופטים ב**פס״ד ביטון** אומרים שהם מודעים לקיומה של ביקורת זו, אבל לרגע זה הם משאירים את המצב כמו שהוא. למה הם משאירים את המצב כמו שהוא? בזמן שהם כותבים את פסק הדין יושבת ועדת חיות לצורך רפורמה לגבי עבירות ההמתה.
3. **היעדר התגרות (היעדר קינטור)** – מה שצריך לברר כאן הוא האם הקורבן עשה משהו כדי להתגרות במבצע? ישנן מקרים בהם משיקולי מדיניות אנחנו מחליטים לתת מעט חסד למבצע העבירה ולכן להרשיע אותו רק בהריגה ולא ברצח. על פרשנות זו של קנטור קיימת ביקורת מאוד גדולה מכיוון שהיא מכניסה אלמנט אובייקטיבי (ששואל מה אנחנו כחברה חושבים שהוא קצת יותר סביר) לתוך יסוד נפשי שהוא סובייקטיבי לגמרי.
ב**פס״ד היילו** וב**פס״ד ביטון** ביהמ״ש אומר שהוא מודע לקיומה של ביקורת זו ויתכן כי צריך לשקול את הפרשנות הקיימת, אך הוא לא עושה זאת במקרה הזה.

המשמעות של חוסר הסדר בחוק הישראלי הוא שצריך להיות מאוד זהירים כאשר אנחנו ניגשים לעבירה. כל מונח בעבירה, עלינו לבדוק אותו בצורה מאוד יסודית לפני הגעה למסקנה למה הוא מתכוון.

**שיעור 13 – 28.11.18**

כאמור, בעבירות טיפוסיות עלינו להוכיח יסוד נפשי סובייקטיבי – זהו דבר לא פשוט מאחר ואנחנו לא יודעים מה קורה בנפשו של האדם.

על מנת להקל עלינו בהוכחת היסוד הנפשי בעבירה, אנחנו מפתחים כלים עקיפים שמטרתם לסייע לנו לזהות את מה שהתרחש בנפשו של האדם בזמן ביצוע העבירה. בנוסף, בתי המשפט, עם השנים, פיתחו חזקות משפטיות שנסמכות על ניסיון חיים ושכל ישר, שמהוות בעצם תחליפים לצורך להוכיח רכיבים שונים של היסוד הנפשי. חזקות עובדתיות ניתנות להפרכה ע״י הנאשם אך מקלות על עבודת בתי המשפט.

**החזקה הבסיסית ביותר שמאפשרת לביהמ״ש להוכיח רכיבים של יסוד נפשי** היא חזקת המודעות הכללית. חזקה זו אומרת שאדם מודע בדרך כלל למשמעות התנהגותו מבחינת טיבה הפיזי, מבחינת קיום נסיבותיה, ומבחינת אפשרות גרימת התוצאות הטבעיות שעשויות לצמוח ממנה. במילים אחרות, בדרך כלל אנחנו יודעים מה אנחנו עושים, באיזה נסיבות אנחנו עושים את זה, ומה באופן טבעי יכולות להיות התוצאות של המעשים שלנו.

חשוב להדגיש כי זוהי לא חזקה חלוטה (יהיה ניתן להפריך אותה בנסיבות המקרה הספציפי), אבל, בדרך כלל זה המקרה.

אל חזקה זו מצטרפות דוקטרינות משפטיות נוספות אשר יעודן הוא בדיוק כמו זה של חזקת המודעות הכללית, להקל על בתי המשפט בנוגע להוכחת רכיבים מהיסוד הנפשי.

**דוקטרינה אחת** כזו היא ״עצימת עיניים״. גם דוקטרינה זו חוסכת לנו להוכיח מודעות למעשה ולנסיבות מאחר וכל מה שעלינו להוכיח הוא חשד.

**דוקטרינה נוספת** היא דוקטרינת ״הלכת הצפיות״.

**הלכת הצפיות**

הלכת הצפיות נקבעה תחילה בפסיקה, אך החל מתיקון 39 לחוק העונשין, היא עוגנה בחוק, בס׳ 20(ב) לחוק העונשין.

**ס׳ 20(ב) לחוק העונשין** קובע כי ״לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות כאפשרות קרובה למדי, כמוה כמטרה לגורמן״.

במילים אחרות, גם אם לא פעלת מתוך מטרה לגרום לתוצאות, אבל צפית אותן מראש כהתרחשות שהסיכוי שהיא תקרה היא גבוהה למדי הדבר שווה ערך לכוונה.

**הלכת הצפיות קובעת כי צפיות מהווה תחליף לכוונה**.

מה אנחנו צריכים להוכיח בעבירות תוצאה מבחינת היסוד הנפשי?

עלינו להוכיח מודעות למעשה, לנסיבות ולאפשרות קרות התוצאה.

בעבירות תוצאה עלינו להוכיח גם יסוד נפשי חפצי שיכול להיות משני סוגים: כוונה או פזיזות.

בעבירות תוצאה שותקות (שלא דורשות במפורש שחייבים להוכיח כוונה), לתביעה יש כבר דרך אחת להתחמק מנטל ההוכחה של כוונה. במקום זאת, עולה להם האפשרות להוכיח פזיזות. דרך שנייה להתחמק מנטל ההוכחה של כוונה היא להוכיח את **הלכת הצפיות**.

עלינו להבין כי הדרישה היא דרישה סובייקטיבית. כלומר, עלינו להוכיח צפיות של הנאשם.

הדבר הגיוני מאחר והיסוד הנפשי בעבירות כאלו הוא סובייקטיבי, לכן גם הלכת הצפיות תהיה בדרך הוכחה סובייקטיבית.

בדרך כלל, הלכת הצפיות יכולה ״לרכב״ על חזקת המודעות הכללית.

כלומר, אם עכשיו עלינו להוכיח שאדם התכוון. בשלב הראשון ניתן להגיד שחזקה שאדם מודע לתוצאות הטבעיות של מעשיו (חזקת המודעות הכללית). עכשיו, בשלב השני, עלינו להראות כי התוצאה שקרתה היא הייתה תוצאה טבעית ולהראות כי התוצאה שקרתה נצפתה ע״י הנאשם בצורה שהיא קרובה לוודאי.

במילים אחרות, כאשר התוצאה שביצע הנאשם היא תוצאה הנובעת באופן טבעי ממעשיו ניתן יהיה ״להרכיב״ את הלכת הצפיות על חזקת המודעות הכללית. התוספת היחידה שתידרש היא שהנאשם צפה את קרות התוצאה באפשרות קרובה לוודאי.

כשהתוצאה היא לא תוצאה טבעית למעשה, לא יהיה אפשר להרכיב את הלכת הצפיות על חזקת המודעות הכללית.

למה אנחנו צריכים את הלכת הצפיות?

הלכת הצפיות היא ״תחליף כוונה״ – בשונה מפזיזות. לכן, יש לה שני יתרונות:

1. היא רלוונטית גם באותן עבירות הדורשות כי אי אפשר להסתפק בפזיזות (עבירות תוצאה לא שותקות).
2. בהינתן שכל שאר הנתונים יהיו שווים, בין אדם פזיז לבין אדם שהתכוון (הוכחה לגביו כוונה), אדם שהוכחה לגביו כוונה ייגזר עליו עונש יותר חמור.

כאמור, דין צפיות כדין מטרה. הוכחתי צפיות, כאילו הוכחתי כוונה. במילים אחרות, כיוון שצפיות מהווה תחליף לכוונה, בידי התביעה בעצם שתי דרכים חלופיות להוכיח כוונה.

**הדרך הראשונה** היא להוכיח שהנאשם פעם מתוך מטרה לגרום לתוצאה, שהוא רצה את התוצאה. במקרה כזה, לא משנה ההסתברות שבה הוא צפה שהתוצאה באמת תקרה. גם אם הנאשם חשב שמתקיים רק סיכוי קלוש, אך רצונו הייתה שתתקיים התוצאה מתקיים כאן היסוד הנפשי של כוונה.

**הדרך השנייה** היא להוכיח שהנאשם צפה את התוצאה בהסתברות קרובה לוודאי. במקרה כזה, אין דרישה להוכיח כי הנאשם פעל מתוך מטרה לגרום לתוצאה, שהוא רצה לגרום לקיומה של התוצאה.

למה אנחנו רואים את שתי דרכים אלו כשוות אחת לשנייה מבחינת חומרתן וכיותר חמורות מפזיזות?

בדרך הראשונה, האשם המוסרי נובעת מתוך רצונו של הנאשם לגרום לתוצאה האסורה.

בדרך השנייה, האשם המוסרי נובעת מכך שהנאשם החליט לפעול למרות שהוא צפה אפשרות בהסתברות גבוהה של קרות התוצאה.

האם את הלכת הצפיות צריך להחיל גם כתחליף למטרה, למניע, ואולי כתחליף לכוונת תחילה?

לפני תיקון 39, כאמור, הלכת הצפיות הייתה יציר הפסיקה. המשמעות של כך הייתה שהשופטים חשבו שברמה עקרונית אפשרי להחיל את הלכת הצפיות כתחליף כוונה (במובן הנכון של כוונה – בעבירות תוצאה – כתחליף ליסוד החפצי) ובנוסף, הם חשבו שברמה עקרונית אפשר להחיל את הלכת הצפיות גם כתחליף למטרה (במובן הנכון של המונח מטרה).

הדבר היה מבחינה עקרונית בלבד מאחר והשופטים חשבו שהדבר צריך להיבדק פר עבירה – על פי גישה של כל מקרה לגופו.

**ס׳ 20 לחוק העונשין** בעצם ביטל את שיקול הדעת של השופטים בנוגע לעבירות התוצאה – בנוגע לשימוש בהלכת הצפיות כתחליף לכוונה במובן הנכון של כוונה.

כלומר, כשעלינו להוכיח כוונה במובן הנכון של כוונה, בא המחוקק ואומר לנו שעלינו לראות בהלכת הצפיות כתחליף של כוונה.

השאלה העולה היא, **איך משפיע הדבר על האפשרות להחיל את הלכת הצפיות בהקשרים אחרים?**

החלת הלכת הצפיות בעבירות מטרה – עבירת מטרה יכולה להיות עבירת תוצאה או עבירת התנהגות שבה יש חובה להוכיח כי האדם פעל מתוך רצון שמטרה מסוימת תושג.
**ס׳ 144ב לחוק העונשין** קובע כי ״המפרסם דבר מתוך מטרה להסית מגזענות דינו מאסר חמש שנים״. ס׳ 144ב(ב) קובע כי ״אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות ואם היה בו אמת או אם לא״. זוהי לא עבירת מניע. זוהי עבירת מטרה כי היא פורסמה מתוך מטרה להסית אנשים אחרים לגזענות.
בנוגע לאפשרות החלת הלכת הצפיות בנוגע לעבירות מטרה, לאחר תיקון 39, קיימות שלוש גישות:

1. **גישת השארת המצב הקיים (תלוי מצב)** –
גישה זו אומרת שהחיקוק של ס׳ 20 לחוק העונשין הוא לא בעל השפעה בעניין המדיניות המשפטית. כלומר, המדיניות המשפטית בהקשר של עבירות מטרה נשארת אותו הדבר. במצב הקיים בנוגע לעבירות מטרה על בית המשפט מוטלת החובה לבדוק כל עבירה לגופה - בכל עבירה נפרדת הוא צריך לבדוק שיקולי מדיניות האם ראוי בהקשר של אותה עבירת מטרה ספציפית לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף מטרה.
ספציפית במקרה של **פס״ד אלבה** הוכח כי הנאשם באמת פעל במטרה להסית. בהערת אגב ברק אומר כי הוא תומך בגישה זו – שלטעמו יש להשאיר את המצב המשפטי כפי שהוא היום. בנוסף הוא אומר כי לטעמו בעבירה של הסתה לגזענות לא ראוי להחיל את הלכת הצפיות כתחליף למטרה.
2. **גישת הביטול המשתמע (הסדר שלילי)** –
גישה זו אומרת כי אין אפשרות להחיל את הלכת הצפיות בנוגע עבירות מטרה. גישה זו אומרת לנו בעצם שברגע שהמחוקק הסדיר את הלכת הצפיות בס׳ 20 לחוק העונשין הוא קבע כי אסור להשתמש בהלכת הצפיות בהקשרים אחרים. כלומר, מההסדר החיובי שאומר שצפיות דינה ככוונה ניתן להסיק כי אי אפשר להשתמש בצפיות כתחליפים לדברים אחרים. אם המחוקק היה רוצה להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מטרה הוא היה צריך לקבוע ס׳ המעגן זאת בחוק. ברגע שהדבר לא נקבע בחוק זה יוצר הסדר שלילי.
אין עיגון לגישה זו בפסיקה אך השופט ברק דן בה ב**פס״ד אלבה**.
3. **גישת ההיקש** – גישת ההיקש באה ואומרת שמה שהמחוקק רצה להגיד לנו, לשופטים, בס׳ 20 הוא שיש להפסיק לבדוק כל עבירה לגופה.
כלומר, עקב העובדה שהמחוקק החליט שניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף לכוונה, מכוח ההיקש ניתן ללמוד שהמחוקק התכוון שאפשר להשתמש בהלכת הצפיות גם כתחליף למטרה.
בגישה זו תומכים השופט מצא והשופט בך ב**פס״ד אלבה**.

**הגישה הרווחת היום היא כי יש לבדוק כל עבירת מטרה לגופה.**

דוגמא לעבירה שהוכרע שבה יש להחיל את הלכת הצפיות כתחליף למטרה – **פס״ד אלגד**

**ס׳ 244 לחוק העונשין** קובע כי ״העושה דבר בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין, בין בסיכול הזמנתו של עד, בין בהעלמת ראיות ובין בדרך אחרת...״

אלגד בא ואומר לנו כי הוא לא פעל מתוך מטרה לשבש הליכי משפט, אלא שמטרתו הייתה למנוע את פיטוריו. הוא לא פעל על מנת לשבש את החקירה בנוגע לקטטה, אלא כדי שלא יגלו שעבד במועדון ללא היתר.

כאשר אתה אומר לעד לשנות את גרסתו לסיפור, יש סיכוי גבוה לוודאי שתשתבש חקירה.

השאלה היא מאוד פשוטה. האם אדם כמו אלגד, שלא פעל מתוך המטרה הנדרשת בסעיף, אבל צפה אותה כאפשרות קרובה לוודאי, ניתן להרשיעו על סמך הלכת הצפיות?

בפס״ד זה השופטת בייניש מאמצת את הגישה הראשונה, על פיה יש לבחון כל עבירה לגופה. היא אומרת כי ספציפית בעבירה הזו ניתן להחיל את הלכת הצפיות בעבירות מטרה.

עבירת מטרה שבה הוחלט שלא ניתן להחיל את הלכת הצפיות כתחליף מטרה היא העבירה של הוצאת לשון הרע.

**ס׳ 6 לחוק לשון הרע** קובע כי ״המפרסם לשון הרע בכוונה לפגוע, בשני בני אדם או יותר זולת הנפגע, דינו מאסר שנה אחת״.

**ס׳ 7 לחוק לשון הרע** קובע כי ״פרסום לשון הרע לאדם או יותר, זולת הנפגע, תהה עוולה אזרחית״.

ב**פס״ד ביטון נ׳ סולטן** באים ואומרים לנו שבמקרה זה המחוקק הביע את עמדתו במפורש, על כך שהאלמנט המרכזי שיהפוך מעשה של לשון רע לעבירה פלילית הוא הביצוע מתוך מטרה לפגוע.
על כן, בהקשר העבירה הזו לא ראוי להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה.

ברק בפס״ד זה אומר דבר נוסף. הוא אומר לנו שכאשר ביהמ״ש ייבחן כל עבירת מטרה לגופה אחד השיקולים שעליו לקחת בחשבון בנוגע להחלטה האם ראוי להחיל את הלכת הצפיות כתחליף מטרה יהיה האם מדובר בעבירה התנהגותית או בעבירת תוצאה. ביהמ״ש פחות ייטה להחיל את הלכת הצפיות כתחליף מטרה כאשר מדובר בעבירת מטרה התנהגותית.

יש פה שתי סיבות שקשורות אחת לשנייה להחלטה זו:

1. **עבירת תוצאה בהגדרתה מעגל ההפללה שלה יותר קטן ממעגל ההפללה של עבירות התנהגות**. על כן, אם אנחנו מקשים על אפשרות ההרשעה באמצעות הדרישה של תוצאה זה בסדר אם נקל קצת במה שאנחנו דורשים כדי להוכיח את היסוד הנפשי.
2. **בעבירות תוצאה יש אלמנט של חומרה שנובע מעצם זה שנגרם נזק בעולם**. לעומת זאת, בעבירות התנהגות עיקר החומרה טמון בנפשו של האדם – בסיבה שהוא התנהג כמו שהוא התנהג. ולכן, פחות ראוי להקל בתנאים שנדרשים כדי להוכיח את היסוד הנפשי.

בשאלת החלת הלכת הצפיות כתחליף להוכחת מטרה העמדה הרווחת כיום היא עמדה הסבורה כי יש לבדוק כל עבירת מטרה לגופה. מהפסיקה עולה כי בעשות ביהמ״ש בחינה זו, יש לקחת לכדי חשבון את לשון החוק, כוונת המחוקק, תכלית העבירה, הערך החברתי המוגן שבה ואת השאלה האם מדובר בעבירת התנהגות או בעבירת תוצאה. אף אחד מהשיקולים האלה אינו שיקול מכריע.

האם ניתן להחיל את הלכת הצפיות בנוגע לעבירות מניע?

כאמור, ישנן שתי קבוצות של עבירות מניע:

1. **עבירות שבהן במפורש דורשים הוכחת קיומו של מניע** – בדרך כלל אלו יהיו עבירות שהמניע יידרש בהן כנסיבה מחמירה (לדוגמא, עבירות שאליהן מתייחס **ס׳144ו(א) לחוק העונשין**).
2. **עבירות מניע שיש ויכוח אם הן בכלל קיימות** – המילה מניע לא מופיעה בהן במפורש אבל קיים וויכוח פרשני לגבי השאלה אם יש לסווג אותן כעבירות מניע.

גם כאן, יש את אותן שלוש עמדות (העמדה על פיה יש להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מניע, הגישה על פיה אין להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מניע והגישה כי יש לבחון כל עבירת מניע לגופה).

הטיעונים הפורמאליים לאיך השפיע חיקוק ס׳ 20 לחוק העונשין הם אותם טיעונים של החלת הלכת הצפיות לגבי עבירות מטרה.

לכל אחת מהגישות יש גם טיעון מיוחד שהיא מעלה בנוגע לעבירות מניע.

**הגישה שאומרת כי אין להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מניע** אומרת כי גם אם רוצים להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מטרה אין להחילה לגבי עבירות מניע, וזאת מאחר ויש הבדל בין מניע מצד אחד, לבין וכוונה ומטרה מצד שני.

ההבדל הוא שמטרה וכוונה מתייחסים להלך רוח לגבי משהו שאמור להתרחש בעתיד. לעומת זאת, מניע מתייחס לרגש שחווה האדם בזמן המעשה. לכן, תומכי גישה זו באים ואומרים שאי אפשר לקיים צפיות לגבי משהו שלא קורה בעתיד אלא מתקיים בהווה.

**הגישה שאומרת כי יש להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מניע** אומרת כי בפועל אין הבדל בין מניע ומטרה. זאת מאחר ושניהם הם בעצם רגשות שחווה האדם בנוגע להתנהגות והשלכותיה.

**הגישה הגמישה** אומרת כי עלינו לבדוק בכל עבירת מניע בגופה אם יש להחיל את הלכת הצפיות.

נכון להיום אין הכרעה בין שלושת הגישות אך מהערות אגב עולה כי הנטייה בבית המשפט היא לאמץ את הגישה הגמישה.

האם ניתן להחיל את הלכת הצפיות בעבירות של כוונת תחילה (כתחליף לכוונת תחילה)?

״הגורם למותו של אדם בכוונת תחילה...״

״הגורם״ – מעשה. יש להוכיח מודעות למעשה.

״למותו״ – תוצאה. יש להוכיח מודעות לתוצאה ויש להוכיח כוונה.

״של אדם״ – נסיבה. יש להוכיח מועדות לנסיבה.

״בכוונת תחילה״ – יש להוכיח כוונת תחילה.
כוונת תחילה מורכבת משלושה רכיבים: **החלטה להמית**, **הכנה** ו**היעדר קנטור**.

ההחלטה להמית מתחלקת ל**מודעות לאפשרות גרימת התוצאה** ול**פעולה מתוך מטרה לגרום לתוצאה.**

מאחורי הוויכוח בשאלה האם אפשר להחיל את הלכת הצפיות לגבי עבירות של כוונת תחילה יש שתי עמדות שונות בנוגע למה הוא היחס בין כוונה לבין כוונת תחילה?

**העמדה הראשונה** באה ואומרת שכוונה וכוונת תחילה הם שני דברים שונים לגמרי.

כוונת תחילה וכוונה הם שניהם רכיבים נפשיים אך הם שונים לחלוטין.

לעומת זאת, **העמדה השנייה**, אומרת לנו כי מודעות לאפשרות קרות התוצאה (הרכיב הראשון של כוונה להמית) זהה למודעות לאפשרות קרות התוצאה ופעולה מתוך מטרה לגרום לתוצאה (הרכיב השני של כוונה להמית) זהה לכוונה. על כן, אפשר להחיל את הלכת הצפיות על עבירות של כוונת תחילה. כלומר, כוונת תחילה יושבת על אותו עיקרון כמו כוונה רגילה, אך היא מורחבת יותר.

הטיעון הפורמאלי שנסמכת עליו **הגישה הראשונה** (אין להחיל את הלכת הצפיות על עבירות כוונת תחילה) הוא טיעון שאומר שמדובר פה בחוק מיוחד – כלומר, הסדר ייחודי, חקיקה ספציפית. לגישתם, מאחר וחוק ספציפי חובר על חוק כללי הרי ש**ס׳ 301 לחוק העונשין** יצר הסדר ייחודי בכל הנוגע לרכיב החפצי של היסוד הנפשי בעבירת הרצח.

**הגישה השנייה** באה ואומרת כי מטרת **ס׳ 301 לחוק העונשין** היא להבהיר את היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הרצח, תוך הוספת אלמנטים ייחודיים (הכנה וקנטור).

מבחינה מהותית, אלה שטוענים כי לא ניתן להחיל את הלכת הצפיות בהקשר של עבירת הרצח בכוונת תחילה (ההחלטה להמית בתוך כוונת תחילה) באים ואומרים כי זוהי עבירה שמה שמייחד אותה והופך אותה לחמור ביותר הוא הרכיב הנפשי – הלך הרוח הנפשי חפצי – שמתוכו פעל האדם.

לכן, בעבירה זו לא ראוי לעשות הנחות, אלא ראוי באמת לבדוק שהתקיים אותו הלך הנפש הייחודי ולא להשתמש בתחליפים.

אלה שטוענים כי אפשר להחיל את הלכת הצפיות בהקשר של עבירת הרצח בכוונת תחילה אומרים כי נשארים מספיק אלמנטים ייחודיים להוכחה גם אם מאפשרים להחיל את הלכת הצפיות על עבירה זו. זאת מאחר ועדיין יש לנו את הדרישה להוכיח הכנה ואת הדרישה להוכיח העדר קנטור.

בתגובה, אלו שמתנגדים להחלה של הלכת הצפיות עונים כי האלמנטים שנשארים להוכחה אינם מספיקים – מבחינת ההכנה לא נדרש זמן מראש והקנטור כמעט ואינו מיושם בפסיקה כיום.

בוויכוח זה אין הכרעה, אך הנטייה היא לעמדה של לא להחיל את הלכת הצפיות על עבירת הרצח בכוונת תחילה.

**שיעור 14 – 03.12.18**

**מחשבה פלילית מועברת**

* אחת ההשלכות של מחשבה פלילית מועברת יכולה להיות גם החמרה עם הנאשם.

**ס׳ 20 לחוק העונשין** מגדיר פלילית כמודעות לטיב המעשה, לנסיבותיו ולאפשרות קרות התוצאה. בעבירות תוצאה נוסף לנו גם היסוד הנפשי של כוונה או פזיזות.

**ס׳ 20(ג)(2)** אומר לנו כי לעניין ס׳ זה, זה לא משנה אם נעשה הדבר לגבי האדם או החפץ שאמור היה להיעשות לגביו המעשה.

**ס׳ 20(ג)(2)** **לחוק העונשין** מגדיר לנו את המחשבה הפלילית המועברת. מסיבות היסטוריות לעיתים קוראים לכלל המשפטי הזה כלל של כוונה מועברת, וזאת למרות שכלל זה רלוונטי גם למודעות וגם לפזיזות. כלומר, הכלל של המחשבה הפלילית המועברת רלוונטי גם בעבירות התנהגות וגם בעבירות תוצאה והוא רלוונטי גם לכל הרכיבים של היסוד הנפשי בעבירות של אשם סובייקטיבי.

מבחינה משפטית יבשה (אילולא היה לנו את כלל המחשבה המועברת) בסיטואציה שבה אדם מנסה להרוג אדם אחד ובסוף הורג אדם אחר, היה צריך להעמיד את הנאשם לדין על שתי עבירות: **הראשונה** היא ניסיון לרצח של האדם אותו התכוון הנאשם להרוג, ו**עבירה שנייה** היא הריגה של האדם שהרג הנאשם בפועל. [למען האמת, אפשר להעמיד לדין על רצח של האדם השני, במובן של הריגה שבוצעה תוך כדי עבירה אחרת].

בהקשר של סיטואציות כמו זו התפתחה דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת (שבזמנו נקראה דוקטרינת הכוונה המועברת).

ההשלכות של הדוקטרינה הזו יהיו משמעותיות במיוחד במקרים בהם לזהות הקורבן יש משמעות. נניח שהאלמוני שהתכוון לתקוף פלוני הוא שוטר, ופלוני רוצח לתקוף אותו בגלל שהוא שוטר. בפועל, תקף פלוני אדם שלישי (שהוא אינו שוטר). במקרה כזה, למרות שהותקף אדם שלישי שהוא אינו שוטר, בגלל שפלוני ביצע את התקיפה של האדם השלישי בטעות (בגלל שהוא חשב שהוא אלמוני) יעמוד פלוני לדין בגין תקיפת שוטר.

חשוב להדגיש, שהדבר עובד לא רק לחומרה, גם לכולא. למשל, **ס׳ 303 לחוק העונשין** קובע שאם אמא רוצחת את בנה (תינוקה) במהלך שניים עשר החודשים הראשונים לחייו והיא עושה זאת עקב כך שהיא נמצאת במצב של ערעור שיקול הדעת הנובע מהלידה או מההנקה, הרי שלא מרשיעים אותה בעבירת הרצח הרגילה אלא בהמתת תינוק ועונשה יהיה עד חמש שנות מאסר.

נניח שיש מקרה שבו אישה כזו רוצה להרוג את תינוקה ובפועל היא הורגת תינוק אחרת. במקרה כזה, עקב כלל המחשבה הפלילית המועברת (המועתקת), היא תועמד לדין בגין המתת תינוק. למרות, שמבחינת היסוד העובדתי זה לא התינוק שלה (וזהו רכיב שנדרש בעבירה).

חשוב להדגיש כי השוני בין הקורבן המיוחד לקורבן בפועל יכול להיות מאחת משני סוגי סיבות:

1. **סוג אחד של סיבות** הוא סיבות של החטאת הפעולה. זוהי הדוגמה הראשונה אותה הזכרנו (ניסיתי לפגוע ב-א׳, פגעתי ב-ב׳).
2. **סוג שני של סיבות** הוא סיבות של טעות בזיהוי. למשל, איציק גר בכוכב הצפון בתל אביב ופלוני אורב לו ליד ביתו. בלילה, פלוני חושב שאיציק מגיע אך בפועל עובר אדם אחר. פלוני יורה באדם האחר מאחר והוא חשב שהוא איציק.
ניתן לומר כי במקרה של טעות בזיהוי לא נוסף הרבה ביחס ל**ס׳ 34יח לחוק העונשין**. ס׳ זה קובע את הכלל של טעות במצב דברים. עם זאת, הכלל של המחשבה הפלילית המועברת מוסיף לס׳ 34יח לחוק העונשין הוא שס׳ 34יח לא מאפשר לנו להעניש כאשר מדובר בטעות בה חשבו את המצב לחמור יותר כאשר הדוקטרינה של המחשבה הפלילית המועברת כן מאפשרת לנו להרשיע במקרים כאלה (למשל, מקרה בו חשבת שאתה תוקף שוטר ובפועל תקפת בן אדם רגיל).

בשני המקרים הללו, חלה דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת.

**כדי שדוקטרינת המחשבה המועברת תחול**, צריכה להיות זהות איכותית בין התוצאה שנגרמה בפועל לבין התוצאה המיועדת. לכלל זה יש השלכה אחת וודאית והשלכה אחת אופציונאלית.

**ההשלכה הוודאית של כלל זה** היא שלא ניתן להשתמש בדוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת מקום בו נגרמה בפועל תוצאה קלה יותר מזו שהתכוון הנאשם לגרום.

כלומר, נניח שפלוני אורב לאיציק בגן שעשועים על מנת לרצוח אותו. פלוני יורה בפועל באלמוני ואלמוני נפצע. במקרה כזה לא יועמד פלוני לדין רק על ניסיון לרצח של איציק אלא יועמד פלוני לדין בגין שתי עבירות: **העבירה הראשונה** היא ניסיון לרצח של איציק ו**העבירה השנייה** היא עבירה של גרימת חבלה חמורה לאלמוני.

בנוסף**,** **בערעור פלילי 295/10 פלוני**, דנו בהערת אגב במקרה ההפוך. המקרה ההפוך הוא מקרה שבו פלוני רוצה לתקוף את איציק, אבל עקב נסיבות פלוני תוקף את אלמוני ועקב התקיפה גורם למותו של אלמוני. במקרה זה נגרמת תוצאה חמורה יותר בפועל ממה שהתכוון פלוני לגרום לה. **השופטת ארבל** אומרת שבפסיקה הזרה החילו במקרים כאלה את דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת. מצד שני, ארבל מדברת על כך שבספרות נמתחה ביקורת מאוד גדולה על החלת הדוקטרינה של המחשבה הפלילית המועברת במקרים האלה. היא אומרת שהיא מודעת לביקורת ומשאירה את השאלה לצורך עיון. **זוהי ההשלכה האופציונאלית של הכלל הזה**.

**השלכה נוספת** של הדרישה לזהות איכותית בין התוצאה המתוכננת לבין התוצאה שהתקיימה בפועל היא שלא ניתן לשכפל את המחשבה הפלילית.

לצורך הדגמה של ההשלכה הנוספת, נדון ב**פס״ד פלוני** (**ער״פ 295/10**). פלוני רצה לרצוח את בנותיו. פלוני מנסה לעשות זאת בדרך של ציפוי סוכריות שהוא מנסה להעביר לבנותיו ברעל עכברים. בפועל, מי שאכלה את אחת הסוכריות היא גרושתו, אם ילדיו. למזלה, היא לא מתה אלא רק נפגעה והובהלה לביה״ח.

לגבי הבנות, מרשיעים אותו בניסיון לרצח על בסיס **ס׳ 305(2) לחוק העונשין** – אחד החלופות של ניסיון לרצח המגדיר כי ״העושה שלא כדין מעשה, בכוונה לגרום למותו של אדם, והמעשה עלול מטבעו לסכן חיי אדם״. רעל, מטבעו הוא מעשה שעלול לסכן חיי אדם.

לגבי גרושתו של פלוני, רוצים להרשיע אותו על פי ס**׳ 336 לחוק העונשין**, המגדיר לנו את החלופה המחמירה – ״הגורם שלא כדין שיפעילו על אדם או שאדם ייקח רעל או דבר מזיק אחר, בכוונה לפגוע בו או בזולתו או להרגיזם, דינו – מאסר שלוש שנים; סיכן בכך את חיי האדם או גרם לו בכך חבלה חמורה, דינו – מאסר ארבע-עשרה שנים״. זוהי עבירת כוונה.

אהממה, לא הייתה לו כוונה לפגוע בגרושתו. לפלוני הייתה כוונה לפגוע בבנות. ביהמ״ש המחוזי אומר שאין כאן בעיה מבחינת ההפללה וזאת מכוח הדוקטרינה של מחשבה פלילית מועברת ובמקרה זה כוונה מועברת.

**השופטת ארבל** אומרת לנו שאי אפשר לשכפל את הכוונה, אי אפשר להשתמש בה פעמיים. הרי היה כבר שימוש בכוונה בנוגע לניסיון לרצח בנוגע לבנותיו של פלוני, ועל כן אי אפשר לשכפל אותה ולהשתמש בה גם לגבי העבירה המוגדרת בס׳ 336 לחוק העונשין.

במקרה זה הורשע הנאשם בגין **ס׳ 333 לחוק העונשין**, המגדיר עבירה של גרימת חבלה חמורה כלפי בן משפחה. זו עבירה שבהקשרה ניתן להסתפק בפזיזות.

השלכותיה של עיגון כלל המחשבה הפלילית המועברת בחוק העונשין

כלל המחשבה הפלילית המועברת עוגן במהלך תיקון **39 לחוק העונשין**.

כלל המחשבה הפלילית המועתקת היה יציר הפסיקה לפני תיקון 39 לחוק העונשין ונעשה בו שימוש בהקשר של הרכיב הנפשי של כוונה, ובהקשר של הרכיב הנפשי של כוונת תחילה.

לגבי רכיבים נפשיים אחרים שהם חלק מהיסוד הנפשי, לא הייתה קביעה מפורשת אם ניתן להשתמש בכלל המחשבה הפלילית המועברת.

כשעוגנה הדוקטרינה של המחשבה הפלילית המועברת בתיקון 39 לחוק העונשין, היא עוגנה ב**ס׳ 20 לחוק העונשין**, תוך שתת הסעיף הרלוונטי מדגיש כי הדוקטרינה מתייחסת לעניין ס׳ 20. משמע, הדוקטרינה מתייחסת לכל הרכיבים האפשריים של המחשבה הפלילית.

יתרה מכך, ה**ס׳ שינה את אופי הדוקטרינה** מדוקטרינה שהעתיקה את הרכיב הנפשי לדוקטרינה שהעתיקה את הקורבן.

למרות שהדוקטרינה נקראת דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת, היא לא רלוונטית רק לכוונה ובפועל, מה שמועתק, זה לא הרכיב הנפשי אלא זהות הקורבן.

לעובדה שס׳ 20 לחוק העונשין מנחה אותנו להעתיק את זהות הקורבן (בשונה מלהעתיק את היסוד הנפשי) יש השלכות משמעותיות. נמחיש את ההשלכות האלו באמצעות שתי דוגמאות:

1. **הדוגמא הראשונה** היא מעשה באמא שלאחר שילדה את תינוקה היא לוקה בדיכאון אחרי לידה ובנוסף לכך, שלא בידיעתה מקבלת ממחלקת היולדות תינוק שאינו התינוק שלה. האם הזו גורמת למותו של התינוק בכוונת תחילה.
השאלה העולה היא בגין איזו עבירה יש להעמידה לדין? לו הדוקטרינה הייתה מנחה אותנו להעתיק את הרכיב הנפשי בלבד, היינו מעמידים את האם לדין בגין רצח, שכן לא מתקיים אחד מהרכיבים העובדתיים (נסיבה) של העבירה המוגדרת בס׳ של המתת תינוק. נסיבה זו היא היותו של התינוק צאצא שלה.
לעומת זאת, מכיוון שהדוקטרינה כפי שהיא מנוסחת בס׳ 20 לחוק העונשין מנחה אותנו להעתיק את זהות הקורבן, הרי שהאם תורשע בהמתת תינוק כיוון שהסעיף מנחה אותנו להניח כאילו היא גרמה למותו של הקורבן שאותו היא תכננה להרוג במקור.
2. **הדוגמה השנייה** נוגעת לכך שמלבד לעבירת הרצח הקלאסי, יש מעשים נוספים שאם אתה עושה אותם אתה נחשב לרוצח. אחד המעשים האלה הוא הריגה של אב או אם, סב או סבתא. כלומר, אם פלוני גורם למותו של אבו או אמו בפזיזות הוא יורשע ברצח.
הס׳ מנחה אותנו להעתיק את זהות הקורבן, לכן נוכל להרשיע ברצח במשמעותו של הריגת אב.

השלכות נוספות לכך שחוקקה דוקטרינת המחשבה הפלילית המועתקת

אם נקרא את **ס׳ 20 לחוק העונשין** נוכל להבין מלשון הסעיף כי אם לפני תיקון 39 השתמשו בדוקטרינה בהקשר של קורבנות שהם בני אדם ולא היה ברור אם אפשר להשתמש בדוקטרינה בהקשר של נזק לרכוש, בא ואומר לנו ס׳ 20(ג)(2) לחוק העונשין כי אפשר להשתמש בדוקטרינה גם בהקשר של חפצים.

**השלכה נוספת** היא כי העיגון של הכלל בס׳ 20 לחוק העונשין יוצר חוסר וודאות בנוגע לאפשרות החלת דוקטרינת המחשבה הפלילית המועתקת בהקשר של עבירת הרצח.

**סיכום הכללים ליישום הדוקטרינה [לא כולל הדיון בשאלת תחולתה על רצח בכוונה תחילה]**

**כלל ראשון:** משמעות הדוקטרינה היא יצירתה של העבירה מושלמת אחת. משמע, מדובר בדוקטרינה שקובעת כי במקרה בו המושא בפועל של ההתנהגות העבריינית שונה מהמושא המיועד של התנהגות זו, התנהגות עבריינית תחשב כעבירה אחת ומושלמת ולא תפוצל לניסיון ולעבירה אחרת.

**כלל שני:**הדוקטרינה חלה הן במקרים של "טעות בזיהוי" והן במקרים של "החטאת הפעולה".

**כלל שלישי**: לאור האמור בסעיף 20, הדוקטרינה חלה בין אם מושא הפעולה העבריינית היה אדם, ובין אם מושא הפעולה העבריינית היה לחפץ.

**כלל רביעי:** לאור נוסח סעיף 20, הדוקטרינה חלה לא רק על עבירות תוצאתיות (אלא גם על התנהגותיות), והיא חלה ולא רק בהקשר של הרכיב הנפשי של כוונה (אלא על כל סוגי המחשבה הפלילית).

**כלל חמישי:**הדוקטרינה חלה הן כשהשלכותיה מובילות להקלה עם העבריין והן כשהשלכותיה מובילות להחמרה עם העבריין.

**כלל שישי:** הדוקטרינה חלה רק במקרה בו קיימת זהות איכותית בין התוצאה שנגרמה בפועל לבין התוצאה המיועדת. משמע, הדוקטרינה לא תחול כשהתוצאה המיועדת, והתוצאה בפועל היא ניסיון לאותה עבירה או לעבירה שונה; זאת לבטח כאשר התוצאה בפועל קלה יותר מהתוצאה המיועדת וככל הנראה (אם כי הדבר הושאר בצריך עיון) גם מקום בו התוצאה בפועל חמורה יותר מהתוצאה המיועדת. בנוסף לאור דרישת הזהות האמורה - לא ניתן לשכפל את הרכיב הנפשי אלא רק להעתיקו [פס"ד פלוני].

תחולת הדוקטרינה של המחשבה המועברת בעבירת הרצח בכוונת תחילה

לכאורה לא אמור להיות קושי להחיל את דוקטרינת המחשבה הפלילית המועתקת בעבירות של רצח קלאסי, וזאת מאחר ולמען האמת זו אחת העבירות המקוריות שלגביה הפסיקה באנגליה פיתחה את הדוקטרינה הזו.

למרות זאת, יש שני סעיפי חקיקה שהועלתה בהקשרם הטענה שיש בהם כדי למנוע את החלת הדוקטרינה בהקשר של עבירת הרצח הקלאסי.

אם נתבונן ב**ס׳ 301(ב) לחוק העונשין** [ס׳ העוסק בהגדרתה של כוונת תחילה] נראה שבאחד הסעיפים הקטנים שלו נאמר לנו המשפט הבא: ״בעניין ההכנה וההחלטה להמית, אין נפקא מינה אם החליט להמית את האדם או מישהו מסוים או בלתי מסוים מבני משפחתו או מבני גזעו״.

לגבי ס׳ זה הועלתה הטענה כי הסעיף מצמצם את האפשרות להשתמש בדוקטרינת המחשבה הפלילית המועתקת, וזאת מאחר והוא מרשה לנו לעשות את ההעתקה רק כאשר האדם שנפגע בפועל או בן משפחה או בן אותו גזע של מי שתוכנן להרוג מלכתחילה.

ב**ע״פ 118/53 מנדלברוט נ׳ היועמ״ש** פוסק **השופט גוייטין**, שאין ברירה לקבל את הטענה הזו לאור נוסח הסעיף (זה היה עידן של פרשנות דבקנית לטובת הנאשם).

ההלכה הזו נהפכת ב**פס״ד שניר**, בו אומר **השופט חיים כהן** כי המצב הוא הפוך, ושהס׳ הזה בכלל נועד לתכלית אחרת.

התכלית שהוא מיועד אליה היא שגם כאשר היה תכנון להרוג מישהו לא מסוים ממשפחה מסוימת או מגזע מסוים, אי אפשר לטעות שלא מתקיים כאן יסוד נפשי של כוונת תחילה וניתן להרשיע אדם ברצח.

עד תיקון 39 היה ברור כי זוהי ההלכה, כמו שנקבע ב**פס״ד שניר**.

**בתיקון 39 לחוק העונשין**, חוקק כי יש להחיל את הדוקטרינה של המחשבה הפלילית המועברת לעניין ס׳ 20 לחוק העונשין בלבד, והיסוד הנפשי של כוונת תחילה לא מוגדר לנו בס׳ 20 לחוק העונשין. לכן, הועלתה הטענה בספרות שלאור נוסחו של ס׳ 20 לחוק העונשין שהתקבל בתיקון 39 לא ניתן להחיל את דוקטרינת המחשבה הפלילית המועתקת בהקשר של הרכיב הנפשי של כוונת תחילה.

הטיעון שלא ניתן להחיל את הדוקטרינה של המחשבה הפלילית המועברת על כוונת תחילה לאור תיקון 39 הוא טיעון חלש, זאת מאחר והוא מניח כוונה יתרה מדי לגבי המחוקק.

הפרשנות הנכונה יותר כנראה היא שניתן להחיל את דוקטרינת המחשבה הפלילית המועתקת לגבי עבירת הרצח בכוונת תחילה (כפי שקבעה ההלכה בפס״ד שניר עוד לפני תיקון 39 לחוק העונשין). המקור להחלת הדוקטרינה הוא לא ס׳ 20 לחוק העונשין אלא הדוקטרינה הקדומה יותר שנוצרה בפסיקה. כלומר, המחוקק לא התכוון לבטל את ההחלה של הדוקטרינה על רצח בכוונת תחילה אלא להרחיב את אפשרות השימוש בה גם להקשרים שמקודם היא לא הוחלה בהם.

**שיעור 15 – 10.12.18**

**פזיזות**

עד **תיקון 39 לחוק העונשין**, היו שני רכיבים חפציים-נפשיים אפשריים בעבירות תוצאה: כוונה ופזיזות. **תיקון 39 לחוק העונשין** עושה פיצול ומייצר שני סוגים של פזיזות:

1. **אדישות** – מדובר בהתנהגות שנעשית בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה.
2. **קלות דעת** – מדובר בהתנהגות שנעשית מתוך נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות, מתוך תקווה להצליח למנוע אותן.

המשותף לשני סוגי הלכי הנפש הללו הוא שהאדם לוקח ביודעין סיכון בלתי סביר.

השוני בין שני סוגי הלכי הנפש הללו הוא שהאדיש הוא בעל חוסר אכפתיות לקרות התוצאה, ולעומתו קל הדעת מקווה שהתוצאה לא תתקיים.

המשפט הפלילי מניח רציונאליות, על פיו אנחנו מניחים שקרימינל, כאשר הוא מחליט לעשות פשע, מבצע חישובי תועלת לגבי תוצאת הפשע. כאן, לעומת זאת, יש אנשים שלא חושבים בצורה רציונאלית. הם מודעים לסיכון בלתי סביר ובכל זאת עושים אותו.

האדיש, פשוט לא אכפת לו. למה אדם קל דעת לוקח את הסיכון הבלתי סביר?

מהן הסיטואציות שהתכוון אליהן המחוקק כשהוא מדבר על הקטגוריה של קלות דעת?

**מקרה אחד** שהמחוקק ניסה להסביר הוא מקרה של הערכת חסר – אחת התכונות שלנו כבני אדם היא אופטימיות. מקרה זה נוגע לאדם שמעריך בהערכת חסר את הסתברות קרות התוצאה.

קרן שפירא-אטינגר במאמרה מגדירה שתי סיטואציות נוספות אותן מנסה המחוקק להסביר:

**מקרה שני** הוא מקרה הנוגע לאדם שניתן להגדירו ״המהמר המוגזם״. המהמר המוגזם הוא אדם שאוהב אדרנלין, אוהב לקחת סיכונים. למשל, אדם שעולה על הכביש ונוסע ב-280 קמ״ש. הוא מודע לסיכון אבל הסיכון זה מה שהוא מחפש. הוא לא רוצה לעשות תאונה, הוא גם מקווה שהוא לא יעשה תאונה אבל הוא לא נוקט באמצעים סבירים על מנת להימנע מקרות התוצאה. דוגמא נוספת היא למשל, רופא, שיש לו עשר אמפולות של חומרים. תשע מתוך עשר האמפולות הן של התרופה שהפציינט שלו צריך. אמפולה אחת היא של רעל. הרופא מודע לכך שהסיכון הוא אחד לעשר, ואין בו אדישות לכך שהפציינט שלו ימות. הוא רוצה שהפציינט שלו לא ימות. הוא שולף מהמגירה מבלי להסתכל את אחת האמפולות ונותן לפציינט שלו, וזה מת.

״המהמר המוגזם״ הוא מקרה נוסף שנופל תחת הקטגוריה של קלות דעת, אך לטעמה של שפירא אלו הם מקרים נדירים. שפירא אומרת שלא הגיוני כי זהו המקרה העיקרי שחשב עליו המחוקק. על כן היא אומרת שלדעתה ישנו מקרה נוסף שהוא המקרה אליו בעיקר כיוון המחוקק.

**מקרה שלישי** שהמחוקק מנסה להסביר הוא מקרה שבו יש ״רוחב מודעות״ אך אין ״עומק מודעות״. היא אומרת שכשהמחוקק יצר את ההגדרה של קלות דעת הוא רצה להפנות אותנו להבחנה בין שני פרמטרים. ״רוחב המודעות״ היא ידיעת הסטטיסטיקה. אנחנו יודעים שאם ננהג במהירות של 200 קמ״ש לשעה אנחנו מגדילים את ההסתברות לאובדן שליטה על הרכב. כלומר, ״עומק המודעות״ מדברת על עד כמה המודעות לסטטיסטיקה של קרות התוצאה יושבת בקדמת המחשבה שלנו. לדעתה של שפירא, מרבית האנשים שחשב עליהם המחוקק כאשר הוא קבע את הקטגוריה של קלות דעת הם אנשים שמבחינת רוחב המודעות הם מודעים לסיכון אך מבחינת עומק המודעות הם אינם מודעים לסיכון – המחשבה על הסיכון לא נמצאת במרכז הקשב שלהם ברגע לקיחת הסיכון.

מקרה זה מודגם ע״י **פס״ד זיסרמן**. זיסרמן (חייל מיומן) מנקה את הנשק שלו. בזמן התהליך, בסיטואציה בה יש סיכון שנמצא כדור בבית הבליעה הוא משחק עם ההדק ונפלט לו כדור; הוא יורה בחברו. זיסרמן היה מודע לסיכון, אבל זה לא מה שישב בקדמת הראש, במרכז הקשב באותו הרגע. במונחיה של שפירא, מבחינת ״רוחב המודעות״ הוא מודע להסתברות הסיכון, אבל מבחינת ״עומק המודעות״ הוא לא מעמיק במחשבתו על האינפורמציה הזו.

שפירא מפנה אותנו לעניין רחב יותר מקלות דעת, ועניין זה נוגע לכך שככלל, החוק מתייחס למודעות שמשהו חד מימדי (אין מודעות או יש מודעות). אם אין מודעות, זו רשלנות או אחריות קפידה ואם יש מודעות, זו מחשבה פלילית לסוגיה.

כלומר, שפירא מצביעה לנו על כך שבין מחשבה פלילית לסוגיה לבין אשם אובייקטיבי יש מושגי ביניים. זה חשוב מאחר ועיקרון האשם קובע כי מידת העונש צריכה להלום את מידת האשם של הבנאדם. ברור לנו כי מידת האשם של אדם מושפעת ממידת המודעות שלו (או צריכה להיות מושפעת ממידת המודעות שלו).

השאלה היא מה עושים במצבי הביניים הללו?

**אופציה אחת** היא לקטלג אותם תחת הרובריקה של ״אשם פלילי סובייקטיבי״ (זה מה שהחוק הישראלי עושה).

**אופציה שנייה** היא לקטלג את קלות הדעת כסוג של ״אשם פלילי אובייקטיבי״ – משהו שדומה באופיו לרשלנות (כאשר זה מה שעושים במשפט הגרמני).

**אופציה שלישית** היא לייצר למקרי הביניים האלה קטגוריה חדשה ונפרדת ולהגיד שלא מתקיים כאן בדיוק אשם פלילי אובייקטיבי ולא בדיוק מתקיים כאן אשם פלילי סובייקטיבי. על מנת להדגים זאת ניתן לחשוב כי תתקיים עבירה של ״גרימת מוות מתוך קלות דעת״.

קווי הדמיון וקווי השוני בין רשלנות לבין קלות דעת

**הדומה** בין רשלנות לקלות דעת הוא שבשניהם הנאשם נוטל סיכון בלתי סביר.

**השונה** בין רשלנות לקלות דעת הוא שהרשלן לא מודע לאפשרות קרות התוצאה וקלות הדעת מודע לה. בגלל השוני בין קלות הדעת לרשלנות שפירא טוענת כי נכון עשה המחוקק בקטלוג קלות הדעת כמחשבה פלילית.

כדי להבהיר את הבעייתיות במקרים של קטלוג קלות הדעת כמחשבה פלילית נשתמש ב**פס״ד גלפונד**. המקרה הוא נהג אוטובוס שיוצא לעקיפה, והאוטובוס מתהפך לתהום. בפס״ד זה ביהמ״ש מראה לנו שמבחינה אנליטית יש שתי קטגוריות מובחנות וברורות של אשם: אשם אובייקטיבי (בו נכנסת הרשלנות) ואשם סובייקטיבי (שבתוכו יש גוונים; החמור ביותר הוא כוונה, אחריו פזיזות מסוג אדישות ואחריו פזיזות מסוג של קלות דעת).

באשם הפלילי לסוגיו, המשותף הוא שלכולם יש רכיב הכרתי אך בכל אחד מהם רכיב חפצי שוני. ברשלנות אין את הרכיב ההכרתי שיש באשם הפלילי.

בפס״ד זה ביהמ״ש מוכן להודות כי בשונה מסיטואציה אנליטית, במציאות, הקו בין קלות דעת לרשלנות הוא עמום. **הסיבה הראשונה** לעמימות זו היא שאין לדעת מה קורה בראשו ובנפשו של אדם באופן ישיר, אין לנו דרך לדעת באמת את מודעותם של אנשים. על כן, קשה לזהות מתי התקיים רכיב הכרתי ומתי לא התקיים הרכיב ההכרתי. **סיבה נוספת** לעמימות זו קשורה לכך שישנה קונסטרוקציה שבנינו לעצמנו על מנת לפצות על הקושי לדעת מה קורה בנפשו של האדם – ״חזקת המודעות הכללית״. ״חזקת המודעות הכללית״ היא חזקה על אדם שהוא מודע למעשיו, לנסיבות שבו הוא מבצע אותם ולנסיבות הטבעיות שנובעות ממעשים אלו.

לכאורה לא נוצרת כאן בעיה מאחר ולכאורה מדובר כאן על חזקה שהאדם הספציפי יודע, לא על חזקה שהאדם הסביר יודע. בנוסף, זוהי חזקה הניתנת להפרכה. כלומר, האדם יכול להוכיח לנו שלא התקיימה אצלו מודעות. אנחנו מניחים שאצל אדם מתקיימת חזקת המודעות על סמך ניסיון החיים המשותף שלנו. גם בכל הנוגע לאדם הסביר אנחנו מניחים שמתקיימת חזקת המודעות לפי ניסיון החיים המשותף שלנו. אין הרבה מקרים בפסיקה בהם נאשם הצליח להפריך את חזקת המודעות הכללית. ביהמ״ש מודה בבעייתיות הזו ברמה העקרונית, הוא מודה שיש כאן בעיה. עם זאת, ביהמ״ש לא עושה משהו עם הבעייתיות הזו במקרים קונקרטיים.

**דוקטרינת הסיכון הסביר**

**ס׳ 20 לחוק העונשין** מגדיר כאלמנט שנדרש להוכחה כחלק מקלות הדעת שהאדם נטל סיכון בלתי סביר (תוך תקווה שהתוצאה לא תתקיים).

הקביעה אם סיכון הוא סביר או בלתי סביר היא קביעה נורמטיבית שנעשית ע״י ביהמ״ש (כלומר, אין על התביעה נטל הוכחה בנושא זה), תוך שהוא משכלל שלושה פרמטרים:

1. **התועלת שבמעשה** – הערך של האינטרס הנפגע מול הערך של הפעולה.
2. **חומרת הנזק** – כאשר כאן נבדקים שני דברים: מבחינה איכותית ביהמ״ש בודק איזה ערך ציבורי נפגע ועד כמה הוא חשוב ומבחינה כמותית ביהמ״ש בודק מה הייתה עוצמת הפגיעה.
3. **מידת הסתברות ההתרחשות**.

נדגים את הדוקטרינה בעזרת שני פסקי דין שמה שרלוונטי בהם הוא הסיפור העובדתי והקביעה בהם לגבי מהו סיכון סביר. מבחינה פורמאלית פסקי הדין האלה לא עסקו בקלות דעת.

**פס״ד דויטש** עוסק במושג שלא קיים היום והוא רשלנות רבתי. המקרה בפס״ד זה הוא מעשה באדריכל שיוצא עם פועלים לחצוב אבנים מצלע הר. במקום עוברים פקחים ואומרים לדויטש להפסיק את העבודה וזאת מאחר ואם הוא ימשיך בחפירה הוא יגרום למפולת. דויטש ממשיך בחפירה לאחר שהוא מחכה שיעזבו הפקחים. הסלעים מידרדרים, נגרמת מפולת ושני פועלים נהרגים. יש לשים לב כי מבין שלושת סוגי המקרים של קלות הדעת, מקרה זה הוא מקרה של הערכת חסר. אצל דויטש מתקיימת גם ״רוחב מודעות״ וגם ״עומק מודעות״. דויטש מניח כאן הנחה של ״לי זה לא יקרה״.

בהקשר הזה, צריך לדעת שכשביהמ״ש יחליט אם הסיכון הוא סביר או לא סביר הוא יבחן למשל, את הסיטואציה שבה הבנאדם העריך את הסיכון. במקרה זה מעשיו של דויטש יוערכו בחומרה.

לעומת זאת, בנאדם שמעריך סיכונים לא נכון תחת לחץ רב, מעשיו יוערכו בחומרה פחותה יותר. הסיבה שראו את מעשיו של דויטש בחומרה מיוחדת היא שמעשיו נעשו בסיטואציה נורמטיבית ורגועה לחלוטין. בנוסף, הערך של הפעולה הוא לא גבוה והאינטרס החברתי שנפגע הוא גבוה.

מהו סיכון סביר?

ההכרעה מהו סיכון סביר היא הכרעה שאנשים סבירים עלולים להיות חלוקים עליה. בנוסף, התשובה לשאלה מהו סיכון סביר היא תלויה בתרבות וזמן.

**פס״ד צור** עוסק בהעמדה לדין על רשלנות. בפס״ד זה המקרה מדבר על קבוצה של חיילים שיצאו לסיור בוואדי. בוואדי היה שיטפון ונהרגו שישה מהמטיילים.

המדריך והאחראי על קבוצת המטיילים שמעו תחזית שהייתה בשש בבוקר, אבל לא שמעו תחזיות שהיו קרובות יותר בשעה לשעת היציאה במסלול.

ביהמ״ש העליון מקבל את הערעור ופוסק שנלקח כאן סיכון סביר וזאת מאחר וערך אהבת הארץ הוא ערך חשוב, ואם אנחנו נקבע שצריך לבטל טיול בגלל חשש מסוים לממטרים פזורים באזור הרי יהודה יותר מדי טיולים יפגעו. היה ומקרה כזה יגיע כיום לביהמ״ש, הנאשמים יורשעו.

ההבדל בין שנת 78׳ להיום הוא שינוי אדיר בהשקפות החברתיות.

כלומר, הבעייתיות היא שההכרעה לגבי מהו סיכון סביר היא הכרעה תלוית זמן, תרבות, והשקפת עולם של השופט הספציפי? הדבר הוא בעייתי ברשלנות אבל אחת כמה וכמה זה בעייתי כאשר יש בזה שימוש בהכרעה האם התקיימה או לא התקיימה קלות דעת. עלינו לזכור כי קלות דעת במשפט הישראלי הוא סוג של אשם סובייקטיבי. הסנקציה במשפט הפלילי היא גדולה, וההכרעה אמורה להיות על פי נתונים של הנאשם לא עפ״י נתונים של השופט.

האם קיימת גישה לנטילת סיכון סביר כאשר מדובר באדישות וכאשר מדובר בכוונה?

אם מסתכלים ב**ס׳ 20 לחוק העונשין** רואים שבקלות דעת קיימת דרישה שהסיכון שנלקח יהיה בלתי סביר. כלומר, התביעה צריכה להוכיח שהאדם נטל סיכון לא סביר. לעומת זאת, אם מסתכלים בהגדרות של אדישות ושל כוונה, אין התייחסות לסבירות הסיכון. כלומר, לכאורה, נוכל להרשיע את האדיש, למשל, גם אם הסיכון שנטל הוא סביר כל עוד נוכיח שהוא היה אדיש לסיכון.

העמדה המקובלת לגבי אדישות היא שגם באדישות יש רכיב של סיכון סביר, אך הוא לא אוזכר בחוק מאחר וההנחה היא שאם אתה אדיש אתה כנראה תיקח סיכונים בלתי סבירים, ולא רצו שהתביעה תצטרך כל פעם מחדש להוכיח שהסיכון שנטל נאשם אדיש הוא בלתי סביר.

ההבדל הפרקטי בין הגישה הזו לבין הגישה שאומרת שזהו לא רכיב שנדרשת הוכחתו הוא שאם ישנו רכיב מובלע, אנחנו מניחים שיש סיכון בלתי סביר והנאשם יוכל לנסות להפריך אותו. כלומר, הנאשם האדיש רשאי לנסות להפריך את העובדה שהסיכון שלקח הוא בלתי סביר ואז הוא לא יחשב לאדיש.

לגבי העמדה המקובלת לגבי כוונה יש חילוקי דעות. לפי **קרמניצר** העמדה צריכה להיות זהה לזו שקיימת באדישות. קרמניצר אומר שהבעיה שלנו היא עם אנשים שלקחו סיכון בלתי סביר בכוונה וגם כאן לא כתבו זאת במפורש על מנת שהתביעה לא תצטרך להוכיח את זה כל פעם מחדש. לפי **קוגלר** לעומת זאת, הגישה היא לא זהה לגישה שקיימת באדישות. לטעמו של קוגלר במקרים של אדם שפועל מתוך כוונה, האנטי-חברתיות שקיימת בעצם זה שהוא רוצה להשיג את התוצאה הפסולה היא מספיק גבוהה עד לכדי שאנחנו לא מייחסים חשיבות לכך שהסיכון היה סביר או בלתי סביר (כלומר, עד לכדי שלא משנה ההסתברות לקרות התוצאה).

הנטייה בפסיקה היא בדרך כלל לכיוון העמדה של קרמניצר.

קלות דעת בשיטות משפט אחרות (גרמניה)

בשיטת המשפט הגרמנית, בשונה משיטות המשפט האנגלו-סקסיות, החיתוך בין אשם פלילי אובייקטיבי לבין אשם פלילי סובייקטיבי לא נמדד לפי שאלת קיומו או אי קיומו של רכיב מודעות. אבן הבוחן לאבחנה היא האם לעושה (לנאשם) הייתה בחירה לפגוע בערך המוגן. אם הפגיעה בערך המוגן לא נעשתה מתוך בחירה, הרי שזהו אשם פלילי אובייקטיבי. אם לעומת זאת, הייתה בחירה לפגוע בערך המוגן הרי שזהו אשם פלילי סובייקטיבי.

כשאבן הבוחן היא כזו קלות דעת נמצאת בתוך אשם פלילי אובייקטיבי, מאחר והנאשם לא רוצה להביא לקרות התוצאה המסוכנת.

בישראל לצורך העניין יש שילוב בין הגישות האנגלו סקסיות לבין הגישות הקונטיננטליות (הגישה הגרמנית).

מצד אחד, אימצנו את הרעיון של קלות דעת מהמשפט הגרמני ומצד שני, את קו החיתוך לאבחנה בין אשם אובייקטיבי לבין אשם סובייקטיבי לקחנו משיטות המשפט האנגלו-סקסיות (מודעות).

השלכה נוספת שיש לשיטת המשפט הגרמנית היא שהאופן בה הם מגדירים רשלנות שונה מהאופן בה אנחנו, במשפט הישראלי מגדירים רשלנות. אצלנו, ההגדרה נסמכת על אבן הבוחן של האדם הסביר. כלומר, השאלה היא האם מדובר במקרה שהנאשם לא צפה את הסיכון אבל האדם הסביר כן צפה אותו. לעומת זאת, אבן הבוחן במשפט הגרמני היא של רשלנות אינדיבידואלית. במקרה שהנאשם לא צפה את התוצאה אנו נבחן האם האדם עצמו היה צריך לצפות את התוצאה. אם התשובה לכך היא חיובית אזי התקיימה רשלנות.

קרן שפירא ממקמת את קלות הדעת כסוג של אשם פלילי סובייקטיבי, בעוד שבמשפט הגרמני ממקמים את קלות הדעת כאשם פלילי אובייקטיבי.

למה החליט המחוקק לייצר לנו בתיקון 39 לחוק העונשין שני סוגים של הלך נפשי של פזיזות אם אין שום עבירה בכל דיני העונשין שאומרת שבשבילה לא מספיק קלות דעת אלא חייבים אדישות?

הרעיון היה לייצר את הקרקע לעתיד, במובן שכאשר יחוקקו רפורמה בחלק הספציפי של חוק העונשין יהיה ניתן להכניס עבירות שבהן קלות דעת לא תהיה מספקת, או עבירות שיהיה בהן הבחנה בין הדרישה לקלות דעת לבין הדרישה של אדישות.

השאיפה הייתה שהדבר ייעשה במיוחד בעבירות המתה.

המחשבה האפילו יותר ספציפי הייתה כי בכל הנוגע לעבירות של גרימת מוות בנהיגה ייחדו עבירה מיוחדת של גרימת מוות מתוך קלות דעת.

בנוסף, באופן כללי, אפשר לראות אצל מנסחי תיקון 39 שאיפה להידמות יותר ויותר למשפט הגרמני.

**שיעור 16 – 12.12.18**

**רשלנות**

ישנה בעיה בהתעסקות עם אנשים שיש להם ״רוחב מודעות״ אך אין להם ״עומק מודעות״ (קלות דעת). ההבחנה בין אנשים בעלי רוחב מודעות לאנשים שאין להם רוחב מודעות היא בעייתית.

אנשים שאין להם ״רוחב מודעות״ הם רשלנים, ואנו מענישים אותם מאחר והאדם הסביר היה צריך להיות בעל רוחב מודעות.

עבירה פלילית שמבוססת על רכיב נפשי של רשלנות מהווה חריג מבחינה מוצהרת. אנחנו מצפים שבעבירה הטיפוסית יהיה אשם פלילי סובייקטיבי – מחשבה פלילית.

למה בעצם קיימת עמדה על פיה רשלנות צריכה להיות חריגה? למה המחשבה הפלילית צריכה להיות דרך המלך?

ככלל, הטלת אשם מניחה קיומו של אדם רציונאלי שביצע בחירה לבצע את העבירה (גם מנקודת מבט גמולני של אשם מוסרי – האשם של האדם תלוי בבחירתו להפר את החוק; וגם מנקודת מבט תוצאתני – אנחנו מניחים כי אדם רציונאלי עושה חישובי עלות מול תועלת, מצד אחד הרווח שהוא יפיק מביצוע העבירה ומצד שני העונש). בין אם אנחנו בוחרים בנקודת מבט גמולנית של אשם מוסרי ובין אם אנחנו בוחרים בנקודת מבט תוצאתנית, כיוון שאנחנו נסמכים על הנחה כי קיים אדם רציונאלי שמבצע בחירה, אנחנו צריכים להסתמך על ההנחה כי האדם היה מודע לסיטואציה, אחרת הוא לא מבצע בחירה רציונאלית. אם אדם לא מודע לסיטואציה, הוא לא יכול לעשות את ההחלטה הרציונאלית, או במילים אחרות, הוא יכול להגיד ״אם הייתי מודע, לא הייתי מבצע את העבירה״. כלומר, אשם קשור לבחירה ובחירה קשורה למודעות.

עבירות רשלנות, מטילות נטל הרבה יותר כבד על האדם מאשר עבירות של מחשבה פלילית. המסר הבסיסי של עבירות רשלנות הוא שעלינו לפעול באופן אקטיבי לברר את כל האינפורמציה לגבי סיטואציה מסוימת, אחרת יכול להיות שתוטל עלייך אחריות. בעבירות רשלנות טמון אלמנט גדול יותר של צמצום חירותו של האדם, ועל כן מבחינה מוצהרת אנחנו נמעט להשתמש בהן (לא בהכרח מה שקורה בפועל).

בנוסף, אשם קשור לאנטי סוציאליות. אנחנו מענישים אדם על כך שהוא בחר להימצא בקונפליקט עם הערכים המוגנים של החברה. על כן, ההנחה היא שהמחשבה הפלילית צריכה להיות דרך המלך.

למה בכל זאת אנחנו מענישים על רשלנות?

בעבר, היה וויכוח בין הדעה שרשלנות צריכה להישאר בתחום הנזיקין לבין הדעה שראוי להטיל את האשמה והסטיגמה הפלילית גם בגין רשלנות.

העמדה כיום היא שכשמדובר בערכים חברתיים חשובים, אין חירות לאדם לא לשים לב לכך שהוא עלול לסכן אותם. כלומר, כאשר מדובר בפגיעה חמורה בערך חברתי חשוב, אין לאדם את הפריווילגיה לא לחשוב על השלכות מעשיו. בנוסף, במידה והחוק הפלילי לא היה מתייחס לערכים הנפגעים בדרך של רשלנות עשויה להיווצר זילות לערכים אלה.

עניין נוסף הוא שיש תחומים מסוימים שאם אתה בוחר לעסוק בהם, אתה צריך להיזהר במיוחד מאחר וקיים בהם סיכון (למשל, החזקת נשק, תפעול חומרים רעילים, נהיגה). ישנם מלומדים הטוענים כי גם בעבירות רשלנות ישנו אלמנט של בחירה, ויש שתי גרסאות לטיעון זה. **גרסה ראשונה** נסמכת על האלמנט החברתי – אם בחרת לעשות פעולה בה יש סיכון לפגיעה באלמנט חברתי חשוב שם התקיימה הבחירה. ברגע שביצעת את הבחירה הזו חלה עלייך חובה לדאוג שלא יתממש הסיכון. במילים אחרות, מתקיים כאן בעצם מחדל מנטאלי – ברגע שעשית פעולה שעלולה לסכן או עלולה לפגוע בערך חברתי חשוב ולא עשית את כל הבירורים הנדרשים על מנת למנוע את הפגיעה הרי שביצעת מחדל מנטאלי. **גרסה שנייה** מתמקדת בתחום ולא פעולה – אם בחרת לעסוק בתחום שבו יש סיכון הרי שבאותו הרגע נטלת על עצמך את החובה לבצע את הבירורים. אם לא ביצעת את הבירורים מתקיים סוג של מחדל מנטאלי.

התנאים הנדרשים לצורך קיומה של רשלנות

לפי **ס׳ 21(א) לחוק העונשין** נאמר לנו שכדי להרשיע ברשלנות, לפחות לגבי אחד מרכיבי העבירה (לגבי המעשה או לגבי הנסיבות), לאדם לא תהיה מודעות, אבל לגבי האדם מן היישוב אנחנו יכולים להניח כי כן הייתה אצלו מודעות. ברגע שהוכחנו זאת לגבי אחד מהרכיבים של העבירה, לגבי שאר הרכיבים אנחנו צריכים להוכיח מודעות או רשלנות.

נניח שהייתה עבירה של ״העלבת עובד ציבור״ ברשלנות. ״המעליב״ הוא ההתנהגות והיותו של אדם עובד ציבור היא הנסיבה. נניח שאני מעליב אדם בלא ידיעה שהוא עובד ציבור, אבל האדם מן היישוב היה מודע לכך שהוא עובד ציבור, ניתן להרשיע בעבירה זו ברשלנות. גם במידה ואני מעליב עובד ציבור בלא הידיעה שאני מעליב, ואני יודע שהוא עובד ציבור, גם אז ניתן להרשיע בעבירה זו ברשלנות.

מה קורה בעבירות תוצאה? במישור התודעתי אין הבדל – צריך להוכיח או לגבי ההתנהגות, או לגבי הנסיבות או לגבי התוצאה היעדר מודעות בסיטואציה בה האדם מן היישוב כן היה מודע. בנוסף, צריך להוכיח היעדר מודעות לאפשרות קרות התוצאה במצב בו אדם מן היישוב היה מודע לאפשרות קרות התוצאה.

ניקח לדוגמא את העבירה של גרימת מוות ברשלנות. עלינו להוכיח או שמבצע העבירה לא היה מודע להתנהגות (גרימת מוות) והאדם מן היישוב כן היה מודע לכך, או שלא הייתי מודע לאפשרות קרות התוצאה של מוות והאדם מן היישוב כן היה מודע לכך, או שלא הייתי מודע לכך שמדובר באדם והאדם מן היישוב כן היה מודע לכך. על שאר החלקים בהם לא הוכחו חוסר מודעות יש להוכיח או רשלנות או מודעות.

בנוסף, ישנו רכיב נוסף שצריך להוכיח והוא שהאדם נטל סיכון בלתי סביר שתיגרם התוצאה. מה שזה אומר זה שההגדרה של רשלנות מבחינה אנליטית מחולקת לשני סוגים של רכיבים: הרכיב העובדתי והרכיב הנורמטיבי (רכיבים מצטברים). **השלב הראשון** הוא הוכחת היעדר המודעות של הנאשם ללפחות אחד מרכיבי היסוד העובדתי. **השלב השני** הוא השלב הנורמטיבי בו ביהמ״שׁ, כעניין של הכרעה שיפוטית, על סמך שיקולי מדיניות ולא על סמך ראיות, מכריע בעצם שתי הכרעות. האחת היא האם בנוגע לאותו רכיב שלגביו לא הייתה מודעות של הנאשם ניתן להניח כי אצל האדם מן היישוב היה מודע אליו. ההחלטה השנייה רלוונטית לגבי עבירות רשלנות תוצאתיות, וכאן על ביהמ״ש להניח אם הסיכון (הסיכון הסביר לקרות התוצאה) שנטל הנאשם הוא סביר או לא סביר.

יחד עם זאת, לא בטוח שזו הייתה כוונת המחוקק כאשר הוא חוקק את תיקון 39 לחוק העונשין.

על מנת להבין מה המחוקק אולי התכוון לעשות בתיקון 39 לחוק העונשין צריך להבין מה היה המצב המשפטי לפני תיקון 39 לחוק העונשין. מבחינה משפטית, השינוי שנעשה בתיקון 39 לחוק העונשין הוא שלפני תיקון 39 חיפשו את מודעותו של האדם הסביר. תיקון 39 לחוק העונשין משנה את המונח מן ״האדם הסביר״ ל״אדם מן היישוב״, וזאת עקב ביקורת על פס״ד בש.

**פס״ד בש**

לבש התקלקל המקרר והוא הוציא אותו לחצר. מה שקרה לאחר מכן הוא ששני ילדים ששיחקו בחצר המשותפת מחבואים, נכנסו לתוך המקרר, והדלת ננעלה עליהם מבפנים. מעמידים את בש לדין בגין גרימת מוות ברשלנות. בש טוען להגנתו שהאדם הסביר הוא שאלה של הסתברות. בש הביא להגנתו שורה של עדים שהעידו שגם הם היו מתנהגים כמותו, ולא צופים את כניסת הילדים לתוך המקרר תוך משחק. ביהמ״ש מזכה במחוזי והעליון מרשיע, בטענה שאין כאן שאלה של הסתברות. זאת הייתה קביעתו של ביהמ״ש עקב הטענה שהאדם הסביר הוא לא בהכרח האדם הממוצע. האדם הסביר הוא האדם הממוצע כאשר הוא שואף לעשות טוב. איך נגדיל את הסיכוי שהרצון לעשות טוב יהיה בקדמת הקשב שלנו? ע״י קביעת סטנדרט של רשלנות שידרשו מאיתנו להיזהר ולהבחין בסיכונים שאנחנו יוצרים. כלומר, לשים בקדמת הקשב את הפוטנציאל ליצירת סיכונים. אחרי פס״ד זה חוקק חוק מיוחד – חוק איסור הפקרת מקררים.

הוויכוח לגבי פגיעתו של פס״ד בעיקרון החוקיות ממשיך להדהד בשיח הישראלי והוא משפיע בסופו של דבר על ניסוחו של תיקון 39 לחוק העונשין.

השאיפה שהייתה אצל מנסחי תיקון 39 כאשר הומר המונח ״אדם סביר״ למונח ״אדם מן היישוב״ היא להפוך את הלכת בש. הם רצו שלגבי נטילת סיכון סביר ההכרעה עדיין תהיה נורמטיבית, אבל לגבי ההכרעה אם אדם צריך היה לדעת ההכרעה לא תהיה הכרעה נורמטיבית (סטנדרט הנקבע על בסיס שיקולי מדיניות משפטית), אלא על סמך השאלה מה אדם רגיל, מן היישוב, בנסיבות העניין יכול היה להיות מודע אליו (שאלה יותר הסתברותית באופייה).

פרשנות אחרת שדרכה ניסו להגיע לאותה התוצאה היא של קרמניצר.

קרמניצר אומר שהדרך הפרשנית שדרכה מגיעים לאותה הקונסטרוקציה המשפטית היא באמצעות פרשנות של המילים ״בנסיבות העניין״. נאמר לנו כאן שזה שאמרו לנו ״בנסיבות העניין״ אומר שלא צריך להסתכל על איזשהו אדם נורמטיבי אבסטרקטי. עלינו להסתכל על בן אדם עם תכונות דומות לתכונות של האדם הנאשם. כלומר, עלינו להסתכל על ההסתברות באוכלוסייה הדומה באופייה לאופיו של הנאשם. מה שקרמניצר רוצה לעשות זה לקרב אותנו לגישה של המשפט הפלילי הגרמני.

ביהמ״ש קובע לנו סטנדרטים לגבי איך ראוי שנתנהג במיטבנו. הסטנדרט לא יכול להיות גבוה מדי, אבל עליו להיות מעט מעבר לממוצע על מנת לקדם אותנו קדימה. נגיד שני דברים לגבי הבעיה של טענה זו מול עקרון החוקיות:

1. ביהמ״ש לא צריך להציב סטדנרט גבוה מדי של התנהגות.
2. יש למעט בעבירות רשלנות ולהשתמש בהן רק כאשר יש ערכים חברתיים חזקים. לגבי הערכים החברתיים האלה עולה הטיעון כי בעצם הכניסה לתחום המסוכן יש חובה להיזהר ולהגדיל ראש. בנוסף, אנחנו יודעים במה להסתכן ובמה לא להסתכן על סמך ערכים חברתיים.

ההצעה של קרמניצר מצד אחד יש לה יתרון על בדיקת ממוצע, ומצד שני יש בה חיסרון.

היתרון של הרעיון של קרמניצר הוא שהוא מתחשב בכך שיש בעולם אנשים מתחת לממוצע. באופן סטטיסטי חמישים אחוז מהציבור הוא מתחת לממוצע. עם האנשים האלה, אנחנו דורשים מהם יותר ממה שאפשר לצפות מהם.

החיסרון ברעיונו של קרמניצר הוא שיש כאן משהו מאוד לא אופטימי לגבי נפש האדם – עלינו להאמין שגם האדם מתחת לממוצע יכול לדחוף עצמו אל מעל הממוצע. בנוסף, יש כאן דחיפה ליצירת סטראוטיפים.

מה שבימה״ש כן עושה הוא להמשיך לעשות את מה שהוא עשה קודם – הוא טוען שההחלפה בין המילים ״האדם מן היישוב״ לבין המילים ״אדם סביר״ הוא עניין של סמנטיקה בלבד. על כן הוא טוען שגם האדם מן היישוב הוא לא האדם הממוצע אלא זהו האדם הממוצע כאשר הוא שואף לטוב ואכפת לו מן הזולת. לכן, למשפט יש ערך מחנך.

שתי הערות טכניות:

1. נניח שאנחנו עוברים על חוק פלילי כלשהו ונתקלים בעבירת רשלנות שמוצמד אליה עונש מקסימלי של יותר משלוש שנים. כשנתקלים בעבירה כזו יש להתעלם מהעונש המקסימלי הנקוב בה ולהתייחס אליו כעונש מקסימלי של שלוש שנים. **ס׳ 90ב לחוק העונשין** מעגן זאת.
2. **ס׳ 19 לחוק העונשין** קובע שכדי שהעבירה תהיה עבירת רשלנות, צריך שיהיה כתוב בה במפורש שהיא עבירת רשלנות (למשל, גרימת מוות ברשלנות). אהממה, הסעיף קובע שהוא רלוונטי רק לעבירות שחוקקו אחריו. מה שאומר, שיש עבירות בדיני העונשין לרבות בחוק העונשין, שאין בהן שימוש מפורש במילה רשלנות, והן עבירות רשלנות. למשל, ס׳ 340 לחוק העונשין קובע ש״המשאיר או מפקיר דבר במקום שיש לילדים גישה אליו ויש יסוד סביר להניח שילדים ישחקו בדבר או יטפלו בו בדרך אחרת... ואינו נוקט באמצעים סבירים על מנת למנוע תוצאות כאלה, דינו שלוש שנים מאסר״. יסוד סביר להניח הוא ניסוח הקובע כי עבירה זו נועדה להיות עבירה של רשלנות. עבירה זו חוקקה לפני תיקון 39 לחוק העונשין, ועל כן ניתן להתייחס אליה בתור עבירת רשלנות.

**אחריות קפידה**

עד תיקון 39 לחוק העונשין היו עבירות של אחריות מוחלטת – ברגע שהוכח שביצעת את היסוד העובדתי ניתן להטיל עלייך אחריות. כחלק מתיקון 39 לחוק העונשין חוקק **ס׳ 22 לחוק העונשין** ששינה את הקונספציה לכזו של אחריות קפידה, שזה אומר שההבדל הוא שבעבירות של אחריות קפידה יש אפשרות לצאת זכאי אם הוכח שעשית את כל שניתן על מנת למנוע את התקיימות העבירה. נטל ההוכחה הוא על הנאשם. אהממה, המהפכה היא לא כל כך גדולה כמו שזה נראה על פני השטח, וזאת מכמה סיבות:

1. כמעט אף אחד לא מצליח להוכיח שהוא עשה הכל על מנת למנוע את העבירה.
2. **ס׳ 22(א) לחוק העונשין** בא ואומר שכדי שעבירה של אחריות קפידה תהיה עבירת אחריות קפידה צריך שיהיה כתוב במפורש שהיא עבירת אחריות קפידה. אהממה, סעיף זה מתייחס לעבירות שחוקקו אחרי תיקון 39, וזאת מאחר והסעיף אומר שאין בסעיף זה להתייחס לעבירות שחוקקו טרם התיקון. בנוסח הסעיף מופיעות המילים ״לעניין ס׳ קטן זה, בדין לרבות בהלכה פסוקה״.

כל הגישות הפרשניות מסכימות על כך שעל פי ס׳ זה עבירה של אחריות קפידה שחוקקה אחרי תיקון 39 צריכה שיהיה כתוב בה במפורש שהיא עבירה של אחריות קפידה. הוויכוח הפרשני מתעורר לגבי עבירות שחוקקו לפני תיקון 39 לחוק העונשין. בהקשר הזה יש לחלק את העבירות לשני סוגים:

1. עבירות שבעבר נקבע כבר בדין מפורשות שהן עבירות של אחריות מוחלטת. במילים אחרות, או עבירות שמהנוסח המפורש של החוק ברור כי המחוקק קבע שהן עבירות של אחריות מוחלטת, או עבירות שותקות שהפסיקה החליטה לפרש אותן בתור עבירות של אחריות מוחלטת.
הוויכוח הפרשני לגבי עבירות אלה מתחלק למספר עמדות.

**עמדה אחת** היא כנראה העמדה הרווחת והיא באה ואומרת שתיקון 39 נועד לבטל את הרעיון של עבירות אחריות מוחלטת, ולכן כל העבירות האלה מתיקון 39 והלאה יש להתייחס אליהן כעבירות של אחריות קפידה. זוהי עמדתה של השופטת נאור ב**פס״ד** **אחמד נ׳ מ״י**.

**העמדה השנייה** היא העמדה שמביע ברק ב**פס״ד אורן הנגב**. האמירה היא שהמחוקק בחר לא לשנות את המצב המשפטי בנוגע לעבירות שחוקקו לפני תיקון 39, וביהמ״ש הוא זה שבסמכותו לשנות את הפרשנות של הדין.

1. עבירות שחוקקו לפני תיקון 39 לחוק העונשין, והפסיקה לא הספיקה מאז קום המדינה ועד תיקון 39 להתייחס לשאלה האם הן עבירות של אחריות מוחלטת או לא.
מוכיחים עבירות שנחקקו לפני 39 שהן עבירות אחריות קפידה?- נחלק את עבירות האחריות הקפידה לפני 39 לשני סוגים-

(1) יש עבירות שנחקקו לפני 39 – שהמחוקק/הפסיקה קבעו במפורש שזו עבירת אחריות קפידה/מוחלטת.

1. עמדת נאור (ע"פ 6811/01 אחמד נ' מדינת ישראל) העמדה הרווחת- ניתן להפוך עבירות אחריות מוחלטת לעבירות מסוג אחריות קפידה. אין לנו יותר את הקונספט של אחריות מוחלטת.
2. השופט ברק – המחוקק בחר לא לשנות את המצב המשפטי בנוגע לעבירות שחוקקו לפני תיקון 39 , יחד עם זאת , הפרשנות המשפטית של הדין נתונה לשינויו של ביהמ"ש. כלומר, לביהמ"ש סמכות להכריע פרטנית האם העבירה תהפוך להיות מסוג של אחריות קפידה (אוביטר, פס"ד אורן בנגב).
3. (2) עבירות שותקות שנחקקו לפני תיקון 39, כאשר ביהמ"ש/המחוקק לא קבע אם אלו עבירות אחריות קפידה, אך הן יכולות להיות כאלו.
4. o השופט קדמי-לא ניתן לקבוע כי הן "אחריות קפידה" (פס"ד לקס) כל עוד לא נקבע במפורש לפני תיקון 39 שעבירה היא מוחלטת/קפידה-ביהמ"ש לא יכול להכריע לאחר מכן.
5. o השופט ברק-ביהמ"ש יכול לקבוע פרטנית שהעבירות הן מסוג "אחריות קפידה" ואף "אחריות מוחלטת" (אוביטר, אורן בנגב). כלומר, ביהמ"ש יוכל לקבוע באופן פרשני שמדובר באחריות קפידה ואפילו יוכל לקבוע באופן פרשני שמדובר על אחריות מוחלטת.
6. השופט ביניש – ביהמ"ש יכול לקבוע פרטנית את העבירה מסוג "אחריות קפידה" בתנאי שהן עבירות מסוג שנקבע (טרם תיקון מס' 39) כי הן מסוג "אחריות מוחלטת" (פס"ד לקס) (בהתאם לנוסח העבירה, תכליתה ועוד).
7. מדובר בדעה שמתחילה להיות רווחת-במצב בו עבירות שותקות לפני תיקון 39, ביהמ"ש כן יכול לקבוע שהן עבירות אחריות קפידה, אך הוא צריך להראות שבהתאם לנוסח ותכלית העבירה-מדובר בעבירת אחריות מוחלטת = אחריות קפידה. היא קובעת כי לא ניתן יהיה להגדיר להבא עבירות כעבירות של "אחריות מוחלטת". בנוסף, היא דורשת שיהיו עבירות מאותו סוג שבנוגע אליהן כבר נקבע במפורש בכדי לקבוע שהעבירה הינה עבירת אחריות קפידה. בעצם, האיסור הוא איסור פרשני כנגד יצירת סוגים חדשים של עבירות אחריות קפידה.

**שיעור 17 – 19.12.18**

**עבירות נגזרות**

דיני העונשין מרחיבים את החוק גם עבור אנשים המנסים לבצע עבירות אשר לא מהוות עבירות מושלמות – עבירות אלו הן עבירות הנגזרות מהעבירה המושלמת ולכן התחום נקרא כך. תחום זה מחולק לשני סוגים: סוג אחד העוסק בעבירות נגזרות העוסקות בנורמות הקשורות לדוקטרינת הניסיון וסוג אחר העוסק בעבירות נגזרות העוסקות באדם שניסה לבצע את העבירה המושלמת ונכשל.

ככלל אנחנו נאשים אדם שביצע עבירת ניסיון בשילוב של שני סעיפים: הניסיון בשילוב עם סעיף העבירה המושלמת אותה ניסה לבצע. הסוג השני של נורמות בתחום העבירות הנגזרות עוסק בצדדים השונים לעבירה.

סוג זה עוסק באנשים שאינם מהווים את המבצעים הישירים של העבירה אך מעורבים בה בכל זאת מכיוון שהם אינם המבצעים הישירים של אותה עבירה כיוון שלא התקיימו עבורם כל היסודות העובדתיים. והנפשיים, אך עדיין מוטלת עליהם האחריות. ישנן סדרה של נורמות שמשותפות לכל העבירות.

ישנן סדרה של נורמות המשותפות לכלל העבירות הנגזרות. נדבר על נורמות אלו במהלך הדיון על עבירות הניסיון, ויש לשים לב שהן חלות על כל סוגי העבירות הנגזרות.

**עבירות הניסיון**

מהותו של הניסיון

**ס׳ 25 לחוק העונשין** מגדיר את הניסיון – ״אדם מנסה לבצע עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה״.

**ס׳ 25 לחוק העונשין** בעצם אומר לנו שמגדירים ניסיון על דרך השלילה. הניסיון מוגדר כמשהו שהוא מצד אחד לא הכנה, ומצד שני לא העבירה המושלמת.

**מקרה ראשון** הוא מקרה בו פלוני רוצה לירות באיציק ופוגע בראובן. במקרה זה מדובר ב**עבירה מושלמת**.

**מקרה שני** הוא מקרה בו אדם רוצה להרוג את איתי, מברר היכן איתי נמצא ע״מ לשים לו מארב ואז המשטרה תופסת אותו. במקרה זה יש כאן עדיין הרבה מאוד שלבים שלא בוצעו, ועל כן הפעולות עוד נמצאות בקו ההתחלתי של **מתחם ההכנה**. לא נעשה עדיין שום דבר.

**מקרה שלישי** הוא מקרה בו אדם יורה באשר, מפספס בשני סנטימטר ופוגע בקיר. מקרה זה ניתן. להגדיר כניסיון. במקרה זה האדם סיים את כל המעשים שלו – על כן ניתן להגדיר מקרה זה כ**ניסיון מושלם**.

**מקרה רביעי** הוא מקרה בו אדם רוצה לגרום למותו של מיכאל, שם לו מארב ע״מ לחסלו והמשטרה תופסת אותו. במקרה זה כבר נעשו צעדים משמעותיים לכיוון ביצוע העבירה. מבחינה מעשית הדבר היחידי שמנע מהאדם לעשות את העבירה הוא העובדה שהמשטרה עצרה אותו. הדבר מעט יותר רחוק מהעבירה המושלמת מהמקרה השלישי ומבחינה מעשית עוד ישנה אופציה לחרטה. החוק משאיר אופציה למנסה להתחרט – פטור עקב חרטה. גם מקרה זה ניתן להגדירו כניסיון – אך כניסיון לא מוגדר.

**ס׳ 28 לחוק העונשין** קובע כי ״מי שניסה לעבור עבירה לא יישא באחריות פלילית לניסיון אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנת השלמת העבירה״.

הצדקות להפללת הניסיון

דיני העונשין מאפשרים הטלת אחריות גם בגין ניסיון לעבירה והשאלה היא למה. למה לא להעניש רק את מי שביצע עבירה מושלמת? למה אנחנו מענישים רק על ניסיון?

**מבחינה תוצאתנית**, יש לנו את אותם השיקולים הקיימים בהקשר של העבירה המושלמת. יתרה מכך, שיקול הרתעת היחיד אפילו חזק יותר בעבירות של ניסיון. את מי שכבר ביצע עבירה, כנראה לא הצלחנו להרתיע אותו בעזרת החוק. את מי שנמצא בשלב הניסיון אפשר עוד להרתיע. כתמריץ נוסף להרתעה נותנים אפשרות לפטור עקב חרטה.

גם מבחינת **שיקולים גמולניים**, אין הבדל בין המנסה לבצע העבירה לבין מבצע העבירה – שניהם רעים באותה המידה. אצל שניהם מתקיים הרצון לבצע את העבירה ומה שחשוב לנו מבחינת אשם מוסרי הוא הרצון לבצע את העבירה. ההבדל היחידים בהם הוא שאדם שנכנס למתחם הניסיון לא הספיק לסיים את ביצוע העבירה.

מבחינה היסטורית, התהליך של הפללת עבירות הניסיון, ובהמשך של השוואת הענישה בין עבירות הניסיון לעבירות המושלמות, הם אחד מהביטויים המרכזיים במשפט הפלילי למעבר **ממערכות משפט המתבססות על אשם אובייקטיבי** ל**מערכות משפט מודרניות שנסמכות על שיקולים תוצאתניים או על גמול מסוג של אשם מוסרי**.

**לפני תיקון 39 לחוק העונשין** החוק קבע כי העונש המקסימלי לניסיון הינו מחצית מהעונש המקסימלי שהיה קצוב עבור העבירה המושלמת.

**תיקון 39 לחוק העונשין** השווה את העונש המקסימלי שניתן להטיל בגין עבירת הניסיון לעונש המקסימלי שניתן להטיל בגין העבירה המושלמת.

הטעם לכך הוא שהן מבחינת השיקול הגמולי (אשמתו המוסרית של המנסה) והן מבחינת השיקול המוסרי של הרתעת הפרט (הסכנה שבעושה) אין המנסה נבדל מהמבצע שהשלים את זממו.

יחד עם זאת, עדיין נותרו מס׳ הבדלים בין מצבו של המנסה לבין מצבו של המבצע של העבירה המושלמת.

**ההבדל הראשון** הוא שלמנסה יש פטור עקב חרטה, פטור שלא קיים למבצע של העבירה המושלמת.

**ההבדל השני** הוא שעונשי מינימום ועונשי חובה שחלים על המבצע של העבירה המושלמת לא חלים בהקשר של המנסה מתוך הרעיון שייתכן ובמקרה הספציפי האשם המוסרי שלו קטן יותר.

שתי הנורמות האלה (שיקול הדעת שניתן לשופט בנוגע לעונשי מינימום ועונשי חובה וגם פטור עקב חרטה) יש להם צידוק מבחינה גמולנית ומבינה תוצאתנית.

הצידוק הוא שאנחנו לא רוצים ליצור מצב שהאדם יחשוב שממילא יתנו לו את אותו העונש אז הוא משתלם לו כבר לבצע את העבירה.

**ס׳ 34ג לחוק העונשין** קובע כי ״הניסיון, השידול, הניסיון לשידול או הסיוע לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש״.

השיקול לקיומו של ס׳ זה הוא שממילא העבירות הנגזרות הן הרחבה של מעגל ההפללה ולכן המחוקק רצה לשים גבול לאותה הרחבה ע״י כך שהיא לא תחול בעבירות הכי פחות חמורות.

העובדה שאדם לא השלים עבירה אחת לא אומרת דבר לגבי מידת ההשלמה של עבירה אחרת לאורך הדרך. למשל, אם אדם נושא נשק ללא היתר או מחזיק סכין בכיסו ע״מ לרצוח אדם אחר, מנסה לרצוח את האדם ולא מצליח, ניתן להעמידו לדין בגין עבירה אחת של ניסיון לרצח ובעבירה אחת מושלמת של נשיאת נשק ללא היתר או נשיאת סכין. גם במקרה של חרטה לגבי הניסיון לרצח, האדם כבר לקח את הנשק והתכוון לרצוח ואז התחרט, עדיין ניתן להאשימו בעבירה אותה השלים הנוגעת לנשיאת נשק ללא היתר.

היסוד העובדתי של עבירת הניסיון

ההבחנה העונשית שבין מעשי ההכנה לבין ניסיון

**ס׳ 25 לחוק העונשין** הבחין בין שלושה דברים: הכנה, ניסיון והעבירה המושלמת.

כאמור, את הניסיון החוק הגדיר לנו על דרך השלילה. הניסיון הוא התנהגות שיצאה כבר מגדר מתחם ההכנה וטרם הגיעה לכדי מימוש העבירה המושלמת.

למה אנחנו בדרך כלל לא מענישים רק על הכנה?

יחד עם זאת, לעיקרון של אי הפללת מעשה ההכנה יש שלושה חריגים:

1. **עבירות ספציפיות של הכנה** – מקרים ספציפיים שבהן הכנת משהו לפני העבירה מהווים עבירה בעצמם. הסיבה שעברות ההכנה הספציפית קיימות, היא שבמקרים הספציפיים הללו, ניסיון החיים הראה שהפוטנציאל שהעבירה המושלמת תגיע לידי מימוש הוא גדול במיוחד. לכן, המחוקק בהקשר הזה פרס את מעגל ההפללה כבר בשלב ההכנה.
דוגמאות לכך הם הסעיפים הבאים:

**ס' 472 לחוק העונשין** – קובע שזו עבירה "להכין מתכת לשם זיוף מטבע מעולה".

מטבע מעולה זה מטבע ממתכת יקרה (כסף/זהב). ההנחה היא שאם הכנת לעצמך מתכת כדי לזייף מטבע מעולה, החוק קובע שכבר זו עבירה בפני עצמה.

**ס' 487(א)(1) לחוק העונשין** - קובע עבירה של "הכנה לזיוף בולי דואר".

בפס״ד קבקוב, הייתה הפללה בגין **ס'** **497 לחוק העונשין** – הכנת עבירה בחומרים מסוכנים. אני משיג חומר נפץ כדי לחסל מישהו. גם אם השגתי את חומר הנפץ בצורה חוקית, אבל הסיבה שאני מחזיק את הלבנה זה כי אני מתכונן להצמידה לרכב (למרות שלא עשיתי דבר) – עברתי את העבירה בסעיף 497.

1. **עבירה של קשירת קשר** – עבירת קשירת הקשר שמעוגנת בס׳ 499 לחוק העונשין, קובעת בעצם שאם שני אנשים או יותר נפגשים, ומדברים על להכין עבירה. צריך לדעת שיש הרבה מדינות בעולם שבאו ואמרו שעבירה זו היא הרחבת יתר של מעגל ההפללה.
2. **עבירות שלא מנוסחות כעבירות הכנה** – אלו הן עבירות שבפועל מטרתן להפליל פעולה שלא פוגעת בערך מוגן בפני עצמה אלא היא בעצם פעולת הכנה שהניסיון הראה שיש פוטנציאל גבוה שתוביל להתממשות המעשה הפוגע בערך המוגן.

ההבחנה בין העבירה המושלמת לעבירת הניסיון

ברגע שמתמלאים כל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה, זוהי עבירה מושלמת. לעומת זאת, כאשר חסר רכיב אחד או יותר מרכיבי היסוד העובדתי, הרי שיהיה מדובר בניסיון. ממה יכול לנבוע החסר? מה שיכול להיות חסר הוא העדר השלמה של הרכיב ההתנהגותי. למשל, אדם שעמד ללחוץ עם ההדק אבל עצרו אותו לפני. לחלופין החוסר יכול להיות העדר קיומה של נסיבה. למשל, אדם שחשב שהוא הורג אדם אחר אבל הוא כבר היה מת. החסר יכול להיות גם העדר תוצאה – למשל, אדם שירה ופספס.

הניסיון יכול לעלות לכדי ניסיון מושלם או לכדי ניסיון לא מושלם. ניסיון מושלם הוא מצב בו אדם עשה את כל הפעולות הנדרשות על מנת להקים עבירה מושלמת אבל בכל זאת לא התקיימה העבירה. ניסיון לא מושלם, לעומת זאת, הוא מצב בו האדם עדיין לא ביצע את כל הפעולות הנדרשות להקמת העבירה.

ההבחנה בין ניסיון לבין הכנה

שאלת התיחום בין ניסיון לבין הכנה (כאשר השנייה בדר״כ לא ענישה) היא שאלה לא פשוטה והיא מתעוררת לרוב בנוגע לניסיון בלתי מושלם. השאלה מתעוררת בדרך כלל במקרים של ניסיון בלתי מושלם מאחר ויש התנהגות בעולם, ואנחנו צריכים לזהות האם ההתנהגות הזאת היא בסה״כ מעשה הכנה או שהיא נכנסת לגדר מתחם הניסיון למרות שלא היה בה בכדי להשלים את המעשה שנדרש לצורך העבירה.

בניסיון המושלם לא עולה הבעיה הזו מאחר והבנאדם השלים את היסוד ההתנהגותי הנדרש בעבירה.

הקו בין הכנה לבין ניסיון הוא עמום ולא ניתן להגדיר מראש בצורה מדויקת היכן עובר הקו כי הדבר משתנה מעבירה לעבירה וממקרה למקרה.

במאמרה **מירי גור אריה** נותנת דוגמא שממחישה איך הקו המבחין בין הכנה לניסיון יכול להשתנות ממקרה למקרה. הדוגמא היא כזו:

פלוני רוצה להרוג אדם. הוא מכין את הרעל בעצמו ומניח אותו במקרר. מירי באה ואומרת לנו שההבחנה בין ניסיון להכנה במקרה זה היא תלויה בתוכנית של פלוני. אם התוכנית הייתה לשים את הרעל בכוסו של אדם, זוהי הכנה. אם התוכנית הייתה שהאדם יפתח את המקרר של פלוני ובטעות ישתה את כוס הרעל זהו ניסיון מושלם.

**העמדה כיום היא שלא ניתן להגדיר מראש במדויק היכן הקו עובר**. במקום זאת הפסיקה פיתחה סדרה של מבחני עזר חלופיים, שדי בכך שאחד מהם יתקיים כדי שיהיה ניתן להרשיע בניסיון.

**המבחן הראשון** הוא מבחן הקרבה להשלמה. נקודת המוצא של מבחן הקרבה להשלמה הוא העבירה המושלמת. מבחן זה בודק כמה רחוק מהעבירה המושלמת נמצאת ההתנהגות, הן מבחינה איכותית והן מבחינה כמותית. כמה פעולות אחורה נמצאת הפעולה מהשלמה של העבירה המושלמת?

**המבחן השני** הוא מבחן החד משמעות (מבחן הסרט האילם). מבחן זה פותח במשפט המקובל ואומץ בפסיקה הישראלית והוא אומר שניסיון מתרחש כאשר המבצע החל בביצוע התחלתי של התנהגות המגלה באופן חד משמעי את כוונותיו. נקודת המוצא במבחן זה היא שלב ההכנה. השאלה העולה במבחן זה היא באיזה שלב לאורך הדרך ניתן להבין מה האדם עומד לעשות. ברגע שמגיע הרגע הזה האדם חצה את הגבול בין מתחם ההכנה למתחם הניסיון. זהו מבחן בעייתי מאחר והוא שם יותר מדי דגש על החזות, על איך הדברים נראים ולא נותן משמעות לכך שהרבה מאוד תלוי בכוונתו של אדם ולא בהכרח רק באיך פעולותיו נראות מבחינה חיצונית. עפ״י מבחן זה יהיו מקרים שלא נוכל להכריע לגביהם.

ישנה **גרסה מרוככת** שהתגבשה במשפט האמריקאי למבחן החד משמעות שנקראת מבחן הצעד המשמעותי. מבחן הצעד המשמעותי אומר שמה שאנחנו מחפשים הוא ביצוע של צעד משמעותי שמעיד על כוונה פלילית לבצע את העבירה. התומכים במבחן הזה נותנים רשימה של מקרים שבהם לדעתם כבר מדובר בניסיון ולא בהכנה בלבד.

שכיבה בנקודת המארב כאשר אתה תר אחר הקורבן, פיתוי הקורבן להגיע לנקודה שבה מתוכנן הפשע, סריקה וחיפוש אחר מקום לבצע את העבירה, כניסה בלתי חוקית למקום המיועד לביצוע העבירה, החזקת חפצים בעלי אופי פלילי – כמו רעל, אקדח, חומרי נפץ, שעצם אחזקתם ללא קשר למיקום מהווה אינדיקציה חזקה שנעשה ניסיון לבצע עבירה, החזקת חפצים שאינם בעלי אופי פלילי באופיים, במיקום שמקנה להם נופח כזה (רעל עכברים בצנצנת העוגיות האהובות על אשתי, במקום במחסן).

**מבחן נוסף** הינו מבחן תחילת הביצוע. מבחן תחילת הביצוע הוא מבחן המחפש מתי בשרשרת האירועים קרה אותו המעשה שברגע שהוא נעשה הדבר מעיד על כך שבכוונת העושה להמשיך לביצוע המעשים עד להשלמת העבירה. **פס״ד סריס** ממחיש טוב את ההבדל בין המבחן הזה לבין מבחן הקרבה. המקרה הוא שסריס הסתובב באזור כרמיאל וראה בחורה מתהלכת לבד בשביל אפר בלילה. הוא טען כי הוא שמע שיש הרבה זונות באזור זה והניח כי הבחורה היא אחת מהן. הוא תפס את הבחורה, השכיב אותה על הרצפה וחסם את פיה, אך בשלב זה עברה מכונית ועקב כל הוא הפסיק וברח מהמקום. בפס״ד סריס נאמר לנו שבמקרה הזה אם מיישמים את מבחן הקרבה להשלמה העבירה לא נחשבת כניסיון מאחר ויש עוד צעדים רבים שהיו צריכים להתקיים עד שסריס היה אונס את הבחורה. ביהמ״ש אומר שזה נכון שלפי מבחן הקרבה עדיין יש מרחק עד סיום העבירה אבל גם מן הצד השני של הקרבה להכנה יש מרחק גדול ביותר.

**פס״ד קובקוב** מוסיף לנו את כך שאין דרישה הכרחית שהמרחק ממתחם ההכנה יהיה גדול. כל מה שצריך עפ״י קובקוב הוא שדי שההתנהגות יצאה מגדר מתחם ההכנה ולו במידה מינימלית. כלומר, ברגע שאנחנו יודעים שנעשה צעד אפקטיבי המעיד על כוונת העושה להמשיך עד להשלמת העבירה ניתן לקבוע כי מתקיימת עבירת הניסיון.

ב**פס״ד בוריאר** יש אדם שרוצה לשדוד בנק ורוצה לרדת מהארץ. הוא מבקר בסניף של הדואר ע״מ לבדוק את המקום, בפעם השנייה מגיע אבל מגלה כי המקום מלא מדי בלקוחות על מנת לבצע את השוד ומתכנן לחזור מאוחר יותר. כשיצא בפעם השלישית לכיוון הסניף עצרה אותו המשטרה, והוא מועמד לדין בגין ניסיון לשוד. יש לנו כאן שלושה אירועים. האירוע הראשון הוא רק הכנה, האירוע השני גם אמור להיות רק הכנה כי בפועל הוא לא עשה כלום בסוף. באירוע השלישי כל מה שהוא עשה זה ללכת ברחוב, ולכן אם נתייחס לכל אחד מהמקרים בנפרד הוא אף פעם לא התקרב מספיק לעבירה המושלמת. ביהמ״ש אומר לנו שיש להסתכל על הדברים כמכלול אחד. יש כאן שרשרת של התנהגויות שהיעד הסופי שלה הוא שוד, ובתוך שרשרת ההתנהגויות הזו הוא בשלב מאוד מתקדם. ביהמ״ש אומר לנו במקרה זה שמבחינת הצעד המשמעותי המעיד על כוונתו של העבריין מדובר בניסיון.

כלומר, יש כאן שרשרת עניינים שהייתה מתגלגלת לביצוע השוד אם לא הייתה עוצרת אותו המשטרה. ניתן אולי לטעון על מקרה זה כי לא התקיים מבחן הקרבה. ביהמ״ש מרשיע את ברויאר בביצוע ניסיון לשוד בנסיבות מחמירות.

**פס״ד אלדד**

הנאשם הורשע, עפ״י הודאתו, בעבירות של ניסיון למעשה מגונה וניסיון להטרדה מינית. ההרשעה באה על רקע תחקיר שערך ערוץ עשר שמטרתו לחשוף לציבור את הסכנות הטמונות לקטינים וקטינות ברשת האינטרנט. על פי הנטען בכתב האישום, במועדים שונים, פנה הנאשם בצ׳אט אל תחקירן בערוץ עשר, שהציג עצמו כילדה בת 13 בשם ״מורנוש״ והשניים עברו לשיחה פרטית במסגרת תוכניות מסרים שונות, והציע לה הצעות מגונות. הנאשם קבע להיפגש עם ״מורנוש״ לאחר שזו הודיעה לו שהוריה בחו״ל והיא נמצאת לבד בבית. הנאשם הגיע לדירה, מצויד בחבילת קונדומים, עשה זאת בכוונה לבצע את ההצעות שהציע במסגרת ההתכתבויות עם ״מורנוש״, אלא שבדירה המתינה לו שחקנית בת 18, הנראית צעירה מגילה, אשר קיבלה את פניו והציגה עצמה כ״מורנוש״, ולאחר שנכנס יצא באמתלה כלשהי והמפגש בניהם הופסק. הודאת הנאשם באה בגדרו של הסכם טיעון, לפיו טרם ייגזר עונשו, יישלח לעריכת תסקיר מטעם שירות המבחן למבוגרים ולהערכת מסוכנות במרכז להערכת מסוכנות מינית.

בעבירה של בעילת קטינה, לעומת עבירה של אונס, אין אלמנט של הסכמה חופשית. די בכך שהוכחת שהבחורה קטינה.

ברגע שאלדד מגיע לדירה עם קונדום, לאור הרקע של השיחות בצ׳אט, לפי המבחן של הצעד האפקטיבי המעיד על כוונה אין ספק שזו שרשרת המעשים שאם לא הייתה נעצרת כנראה הייתה נגמרת בעבירה.

גם לפי מבחן חד המשמעות התשובה היא כן, גם לפי הגרסה המקורית וגם לפי הגרסה המרוככת. כאשר מדובר בבעילת קטינה בהסכמה אין שום אלמנט של היעדר רצון חופשי, כל מה שצריך הוא שאלדד יכנס לדירה עם קונדומים בידיעה שהבחורה מתחת לגיל 14 כדי שהדבר יהיה מספיק קרוב להשלמת המעשה.

מבין כל המבחנים, להגיד בוודאות שמתקיים מבחן הקרבה הוא הטענה החלשה ביותר. אבל, גם מבחינת מבחן הקרבה כנראה שהוא מתממש.

**שיעור 18 – 24.12.18**

טיב ההתנהגות הנדרש בניסיון

יש להבחין בין ניסיון צליח לבין ניסיון בלתי צליח.

ניסיון בלתי צליח הוא ניסיון שבתאוריה יכול היה להצליח.

ניסיון צליח מתחלק לשלושה סוגים:

**המקרה הראשון** הוא ניסיון שלא הצליח (ירה והחטיא).

**מקרה שני** הוא מקרה של ניסיון שהיה צריך להצליח וסוכל ע״י גורם חיצוני שמנע, הפריע או הפסיק את ביצוע העבירה.

**המקרה השלישי** הוא מקרה של חרטה.

ניסיון בלתי צליח מתייחס למקרים בהם מלכתחילה הביצוע נועד לכישלון. חוק העונשין אומר לנו במפורש שגם הניסיון הבלתי צליח הוא עניש, וזאת לאור **ס׳ 26 לחוק העונשין** שקובע כי לעניין ניסיון אין נפקא מינה אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו״. כלומר, עלינו לדמיין את המצב כפי שהיה בעיני רוחו של העבריין, כפי שהעבריין דימה אותם.

נניח שאנחנו מדברים על עבירה של שימוש בסם מסוכן, והעבריין חושב שהוא משתמש בסם מסוכן מסוג קוקאין והוא משתמש בכלל בחומר שהוא לא סם, זהו ניסיון בלתי צליח מאחר והוא לא היה יכול בשום מצב לעמוד ברכיבים העובדתיים של העבירה.

ניסיון בלתי צליח יכול להיות גם מצב שבו חסר פריט שהוא לא אחד מרכיבי העבירה. למשל, מקרה בו אדם מנסה לגנוב ארנק מכיסו של פלוני ואין בכיס ארנק.

פס״ד גרציאנו בא ואומר לנו שאין הבחנה בין שני הסוגים של הניסיון הבלתי צליח (כלומר, אין משמעות לשאלה אם מה שגרם לאי הצלחתו של הניסיון הוא גורם חיצוני או חסר של רכיב בעבירה). בשני המקרים יש לנו אדם שרוצה לבצע את העבירה.

ניסיון בלתי צליח עקב שימוש באמצעי שאינו הולם באופן יחסי לעומת ניסיון בלתי צליח עקב שימוש באמצעי שאינם הולם באופן מוחלט

ניסיון בלתי צליח עקב שימוש באמצעי שאינו הולם באופן יחסי הוא מקרה בו אלמוני מנסה לירות בפלוני באקדח מקולקל או באקדח שהטווח שלו הוא לא מספיק ארוך, או מקרה בו פלוני מנסה להרעיל את אלמוני עם כמות בלתי מספקת של רעל.

לעומת זאת, מקרה של ניסיון בלתי צליח עקב שימוש באמצעי שאינו הולם באופן מוחלט הוא מקרה של אלמוני הלוקח משהו שהוא חושב שהוא קוקאין והוא מתברר כעמילן סוכר.

החוק לא עושה הבחנה בין שני המקרים. בשני המקרים יש אפשרות להעניש. זאת מאחר ומטרת הפללת עבירת הניסיון היא להעניש אנשים שהכוונה שלהם היא לבצע את העבירה.

**החריג** לגבי האפשרות להרשיע בניסיון בלתי צליח עקב שימוש באמצעי שאינו הולם באופן מוחלט הוא כאשר מדובר בשימוש באמצעי אבסורדי. למשל, אלמוני משתמש בסוכר כי הוא קרא בכתבות שסוכר מגדיל את הסיכוי להתקף לב והוא חושב שאם הוא ייתן לאנשים סוכר הם ימותו מהתקף לב.

למה עושים את ההבחנה בין אמצעי שאינו הולם באופן מוחלט לבין אמצעי שהוא אבסורדי?

במצב של אמצעי אבסורדי, אי ההצלחה לא נובעת מטעותו ביחס לאמצעי בו הוא השתמש. זו טעות שנובעת מאמונתו האבסורדית במה האמצעי מסוגל לעשות. כלומר, גם אם העובדות שהוא האמין בהן לא נכונות, הפעולה היא עדיין אבסורדית.

במילים אחרות, אין שימוש באמצעים אבסורדים כדי להוות אמצעי בלתי צליח משום שגם אם נראה את העובדות שבהן האמין העושה בטעות כקיימות ממילא לא הייתה מתאפשרת השלמתה של העבירה.

ישנה ביקורת על קביעה זו. אם אנחנו מסתכלים על הנוסח המילולי של **ס׳ 39 לחוק העונשין** הוא לא עושה הבחנה והוא לא קובע פטור לניסיון בלתי צליח שנעשה בשימוש באמצעים אבסורדים. לכאורה, לפי הניסוח היה צריך גם אותם להרשיע. מבחינה תוצאתנית וגמולנית יש צידוק להרשיעם ועל כן יש אנשים המתנגדים להבחנה זו.

ההבחנה בין חוסר צליחות עובדתית לבין חוסר צליחות משפטית

חוסר צליחות משפטית אינה ענישה. ההנחה הפרשנית היא ש**ס׳ 26 לחוק העונשין** מתייחס לחוסר צליחות עובדתית.

חוסר צליחות משפטית הוא מצב בו פלוני שוכב עם אישה בת 22, וחושב שאסור לשכב עם נשים בנות 22. חוסר צליחות משפטית הוא מצב של טעות לגבי האיסור בחוק.

הרעיון הוא שאיסור פלילי לא יכול להיווצר רק מעצם זה שבנאדם מדמיין שהוא קיים. אם המחוקק החליט שלא קיים ערך שדורש הגנה ברמה של יצירת איסור פלילי אז על מה אנחנו מענישים?

חשוב להדגיש שחוסר צליחות משפטית חלה גם במקרה שהטעות היא לא בדבר עצם קיום האיסור אלא בדבר היקף האיסור.

היסוד הנפשי של עבירת הניסיון

**ס׳ 25 לחוק העונשין** קובע כי ״המנסה הוא אדם המנסה לעבור עבירה אם במטרה לבצעה עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה״. במילים אחרות, היסוד הנפשי בעבירות הניסיון כולל שתי שכבות. השכבה הראשונה היא היסוד הנפש של העבירה המושלמת (כשמדובר בניסיון בלתי צליח אנחנו פועלים תחת הנסיבות שהאדם הניח שהתקיימו). השכבה השנייה היא דרישה שהאדם יפעל מתוך מטרה (כוונה מיוחדת) להביא לתוצאה.

הרעיון בדרישת השכבה הנוספת היא מאחר שאם ברכיב העובדתי קיים חוסר, אזי שיש לפצות עליו ע״י הדרישה ליסוד נפשי חזק יותר, יסוד נפשי שמוכיח באופן יותר חזק את האשם. על האמירה הזו יש ביקורת של שחר אלדר. הביקורת שואלת איך בדיוק חוסר ברכיב עובדתי יכול להיות מפוצה על ידי יסוד נפשי? אלו הם שני דברים נפרדים והם אינם ברי השוואה.

הדרישה הזו קיימת בין אם זה ניסיון לבצע עבירת התנהגות ובין אם זה ניסיון לבצע עבירת תוצאה. את הרציונאל על פיו את החוסר באלמנט העובדתי יש להשלים בשימת דגש על היסוד הנפשי אנחנו רואים ב**פס״ד קובקוב**.

בפס״ד קובקוב באים ואומרים שלגבי היסוד הנפשי לא התגבשה כוונה מספיק ברורה לבצע את עבירת החבלה החמורה ואת עבירת ההצתה.

נתחיל ביישום לגבי עבירת ניסיון שהיא עבירה התנהגותית. אנחנו מוכיחים מודעות להתנהגות, מודעות לנסיבות והוכחנו ע״י כך את השכבה הראשונה. אחר כך אנחנו מוכיחים מטרה להביא להשלמת העבירה ובכך מוכיחים את השכבה השנייה.

מבחינת היישום לגבי עבירות ניסיון שהן עבירות תוצאה יש לנו שלושה שלבים. בשלב הראשון אנחנו מוכיחים מודעות להתנהגות, לנסיבות ולאפשרות קרות התוצאה. בשלב השני אנחנו מוכיחים רכיב נפשי חפצי לגבי התוצאה (פזיזות לסוגיה או כוונה). בשלב השלישי אנחנו צריכים להוכיח שהנאשם פעל מתוך מטרה להביא להשלמת העבירה.

זה נכון שבשלב הזה גם אם נעזרנו בפזיזות בשכבה השנייה אנחנו נצטרך להוכיח כוונה בשלב השלישי גם לגבי התוצאה ולכן בעבירות האלה אנחנו לא נראה ניסיון להוכיח בנפרד פזיזות או אדישות, למרות שתיאורטית זה יכול להיעשות.

עכשיו השאלה היא האם אני יכול להלביש בעבירות ניסיון את התחליפים שיש לנו לרכיבים השונים של היסוד הנפשי? למשל, האם אני יכול להשתמש בעצימת עיניים כתחליף למודעות? האם אני יכול להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף לכוונה בשכבה השנייה או כתחליף לכוונה בשכבה השלישית?

התשובה לשאלה זו נמצאת ב**ס׳ 34(ד) לחוק העונשין**, על פיו בהיעדר עבירה אחרת, הדין החל על העבירה המוגמרת חל גם על העבירות הנגזרות. יחד עם זאת, יש עמדה. שזוכה לתמיכה לא מבוטלת שאומרת שצריך להשאיר לשופטים שיקול דעת במקרים ספציפים של העמדה לדין על ניסיון לא להסתפק בהלכת הצפיות ולדרוש הוכחה של מטרה.

הרעיון הוא שבניסיון, כאמור, הרכיב העובדתי חסר ואנחנו מפצים על כך בשימת דגש על הרכיב הנפשי.

**לא קיים ניסיון ברשלנות** מהסיבה שאי אפשר להתכוון לעשות משהו ברשלנות. במילים אחרות, אתה לא יכול לפעול במטרה לבצע משהו ברשלנות.

פטור עקב חרטה

**ס׳ 28 לחוק העונשין** קובע כי ״מי שניסה לעבור עבירה לא יישא באחריות פלילית לניסיון 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״.

למה אנחנו נותנים פטור עקב חרטה למנסה?

שיקול אחד הוא **שיקול תוצאתני**. אנחנו רוצים לתמרץ את המנסה להפסיק, בעצם להרתיע אותו מלהשלים את העבירה. השיקול של **הרתעת היחיד** כאן הוא מאוד חזק לאור העובדה שהשווינו את העונש של המנסה עם העונש של מבצע העבירה המוגמרת. בלי הפטור עקב חרטה המנסה יכול להגיד שממילא הוא מקבל את אותו העונש לכן אין לו אינטרס להפסיק לבצע את העבירה. האלטרנטיבה האחרת שנותרת לו היא לבצע פעולות שיטשטשו את העבירה.

שיקול נוסף הוא **גמולני** – שיקול של **אשם מוסרי**. אדם שהתחרט עבר שינוי נפשי. כלומר, יש עדות בנפשו לטוב. בנוסף, אפשר לשער שהוא לא יחזור לסורו היא הוא מרגיש רע לגבי מה שהוא עשה.

שיקול נוסף שמופיע בהצעת החוק עצמה הוא שיקול **פנולוגי** – **שיקול הנובע מתורת הענישה**. שיקול זה אומר שאדם שמרגיש ייסורי מצפון כל כך סובל מייסורי המצפון שאין שום סיבה להעניש אותו באופן נוסף. מרגע שהאדם התחרט בעיצומו של המעשה אין שום טעם להעבירו ייסורים נוספים.

כדי שהשיקול הגמולני יתקיים אנחנו צריכים לראות שינוי אמיתי בנפשו של האדם וזה מוביל לדרישה הרבה יותר מחמירה ושימוש בפטור עקב חרטה רק בטווח צר של מקרים.

הלך הנפש הנדרש לצורך חרטה

מה שאנחנו רואים מנוסח הסעיף הוא שנדרשים שני רכיבים מצטברים:

שהמבצע חדל מהמעשים מחפץ נפשו בלבד – עשה זאת מרצונו ולא תחת לחץ של גורם חיצוני (למשל, לא עקב התנגדות פיזית של הקורבן) ושהמניע לכך שהוא חדל הוא חרטה.

עכשיו השאלה היא מה הכוונה בדרישות אלו?

**הלכת מצארווה** באה ואמרת שלאור נוסח הסעיף (״מחפץ נפשו בלבד ותוך כדי חרטה״) יש להגיע למסקנה שרק אדם בעל חרטה אמיתית ותמימה מתוך שכנוע נפשי פנימי יעמוד בדרישות הפטור עקב חרטה, ולא אדם שהפסיק את הפעולה בגלל איזושהי סיבה של קושי או גורם חיצוני הפסיק את הפעולה.

**פס״ד מצארווה** מהווה דוגמא לחרטה שהיא לא רלוונטית לפטור עקב חרטה מאחר וזו לא הייתה חרטה שהייתה מחפץ נפשו. ביהמ״ש אומר לנו שאדם שמתחרט צריך להתחרט מתוך שכנוע פנימי ולא מתוך חשש שהשוטרים יתפסו אותו, לא מתוך מחשבה שהמזימה הפנימית שלו אינה ניתנת להגשמה. צריך להיות כאן ״בעל תשובה״ אמיתי במובן המוסרי, באמת להפנים שהמעשה הוא פסול ולכן להפסיק את הפעולה.

על הלכה זו יש ביקורת על פיה יש להרחיב את החרטה ולהחיל את הפטור בכל מקרה בו החרטה היא רצונית – למשל, גם אדם שהתחרט מתוך פחד כללי יכול לעמוד בתנאי לקבל הפטור עקב חרטה.

במילים אחרות, גם בן אדם שמתחרט בשל נסיבות חיצוניות שלא קשורות ישירות לעבירה אנחנו רוצים לעודד אותו. לכן, מוצע כלל רחב יותר על פיו יש להגדיר באופן שלילי את התנאים לקבלת הפטור ולקבוע שעל מנת שיתקבל הפטור עקב חרטה יש צורך בכך שאי השלמת העבירה אינה נובעת מנסיבות שאינן תלויות ברצון הנאשם.

**פס״ד פלוני** הופך את ההלכה חזרה ל**הלכת נחושתן** (כאשר עפ״י הלכה זו אין צורך להוכיח חרטה עמוקה מאוד ע״מ לעמוד בתנאים של קבלת הפטור עקב חרטה. כלומר, אין צורך להעמיד את ליבו במבחן, מספיק שהאדם ביצע את הפעולות היבשות הנדרשות עפ״י החוק על מנת לקבל את הפטור). יחד עם זאת, יש עדיין שרידים להלכת מצארווה – כלומר, יש עדיין מקרים בהן עדיין שולטת הגישה הדווקנית המתמקדת בחרטה של האדם.

* לרגע זה, בהשפעת הפסיקה הקודמת שראתה בפטור עקב חרטה נסיבה אישית, הרי שנכון להלכה כיום הפטור עקב חרטה לצד אחד לעבירה אינו משפיע על אחריותם הפלילית של הצדדים האחרים.
* ברוח ההשקפה המצמצמת ששלטה בפסיקה בעבר, עדיין ההנחה היא שעל הנאשם הנטל להוכיח את קיומו של הפטור עקב חרטה. משמע, על הנאשם להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות שהתקיימו התנאים לפטור עקב חרטה. זאת בשונה מהפטור עקב חרטה שקיים למשדל ולמסייע לפי **ס׳ 34 לחוק העונשין** שרבים סבורים שבנוגע אליו חלים מקרי ההוכחה והשכנוע הקיימים בהקשרם של סייגים. כל מה שצריך שיתקיים ספק סביר.

מה המעשה הנדרש לצורך פטור עקב חרטה?

אם מדובר בניסיון בלתי מושלם, זהו המקרה הקל וכל מה שצריך זה שהאדם יחדל מהשלמת המעשה. לעומת זאת, אם מדובר בניסיון מושלם בו העבירה טרם הושלמה עקב גורמים חיצוניים לנאשר נדרש מהנאשם לתרום תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

ישנן שתי עמדות לגבי מהי תרומה של ממש:

**עמדה אחת** אומרת שתרומה של ממש היא עמדה האומרת התרומה צריכה להיות אפקטיבית – הנאשם צריך לעשות מאמץ שבאמת ימנע את קיום העבירה.

**העמדה השנייה** אומרת שדי בכך שמדובר במעשים שבדרך כלל גורמים להפסקת העבירה גם אם במקרה הספציפי הזה הם לא מנעו את העבירה. פרשנות כזו הולמת את אחד הרציונאלים הבסיסיים שעמדו ביסוד **תיקון 39 לחוק העונשין** – הקטנת ההשפעה של אלמנט המזל והתמקדות בנפש האדם.

עבירות ניסיון עצמאיות

בחוק העונשין יש עבירות ניסיון עצמאיות. איך נזהה שהן עבירות ניסיון? ע״י אחת משלוש דרכים.

**חלק מהעבירות הללו משתמשות בפועל ״המנסה״**. למשל, ס׳ 329(א)(2) לחוק העונשין קובע את אחת החלופות של חבלה בכוונה מחמירה ועל פיו ״המנסה שלא כדין לפגוע באדם בקליע, בסכין, באבן או בנשק מסוכן או פוגעני אחר בכוונה להטיל באדם נכות או מום... דינו 20 שנה״.

**במקרים אחרים נוכל לדעת שזו עבירת ניסיון מאופן הגדרת העבירה למרות שאין שימוש בפועל ״מנסה״ או בווריאציה שלו**. למשל, ס׳ 294(א) לחוק העונשין קובע כי ״המבקש או מתנה שוחד אף שלא נענה כמוהו כלוקח שוחד״. בעצם יש פה עבירה של ניסיון לקבלת שוחד. דוגמא נוספת ס׳ 477(1) לחוק העונשין קובע כי ״דין שווה לעושה מטבע מזויף ולמתחיל לעשות מטבע מזויף״.

**לעיתים נוכל ללמוד גם שזוהי עבירת ניסיון גם מהכותרת של הסעיף**. למשל, ס׳ 403 לחוק העונשין קובע עבירה של ניסיון לשוד. נוסח הסעיף לא מזכיר מילה אחת של ניסיון. ״התוקף אדם לשם שוד דינו מאסר שבע שנים״.

**ההלכה קובעת כי בהיעדר הוראה ספציפית (הסדר ספציפי) בנוגע לעבירת ניסיון ספציפית זו או אחרת חלים בנוגע לעבירות הניסיון הספציפיות ההלכות הכלליות שחלות בסוגיות הניסיון.** כלומר, גם כאן למשל, יש לנו את אותן שתי שכבות מבחינת היסוד הנפשי. גם כאן בהיעדר הוראה אחרת נוכל להשתמש בתחליף הלכת הצפיות בהנחה שזוהי העמדה שאנחנו מקבלים. גם כאן בהיעדר הוראה אחרת יהיה עונש למנסה ולמבצע העבירה המלאה.

יחד עם זאת, בהיעדר הוראה אחרת נצטרך ללכת לפי ההוראה הספציפית. למשל, העונש בגין שוד הוא 14 שנים אך לפי ס׳ 43 לגבי אדם התוקף אדם אחר לשם שוד העונש המקסימלי יהיה 7 שנים.

עבירות הניסיון הספציפיות לא מונעות להחיל באותו התחום את עבירת הניסיון הכללית.

**שיעור 19 – 26.12.18**

בגדול, ניתן לחלק את הסיטואציות בהן יש חלוקת עבודה בפשע לשתי סיטואציות מרכזיות:

**הסיטואציה הראשונה** היא מבצעים בצוותא – אנשים שהאחריות שלהם לפשע היא שוות מידה (כל האנשים שלקחו חלק מהעבירה מהווים מבצעים עיקריים);

**הסיטואציה השנייה** היא שותפים עקיפים – מדובר באנשים שלא מבצעים את העבירה בעצמם. יש שלושה סוגים מרכזיים של מבצעים עקיפים: **המשדל** (מי שנוטע במוחו של העבריין את הרעיון לבצע את הפשע), **המבצע באמצעות אחר** (אדם שלא מבצע את הפשע בעצמו אבל מי שמבצע את הפשע הוא כלי בידיו) ו**המסייע**.

האחריות של השותפים העקיפים לעבירה נחשבת אחריות נגזרת. השאלה היא ממה היא נגזרת ובהקשר זה קיימות שתי גישות.

עפ״י **הגישה הראשונה** אחריותם של השותפים העקיפים נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי. זוהי הגישה הקדומה יותר והיא במקור התפתחה במערכות משפט שצידדו בהשקפה של גמול אובייקטיבי (על פי גמול אובייקטיבי יש מאזן קוסמי של טוב ורע בעולם ומעשה הפשע הוא מעשה המפר אותו והענישה מטרתה להחזיר את האיזון). במערכת משפט כזו, לפני שקבענו שהופר האיזון בין טוב ורע ע״י מעשה מסוים, אנחנו לא יכולים להעניש את אלה שהיו מעורבים באופן עקיף במעשה.

כלומר, אנחנו קודם צריכים לקבוע באמצעות משפט של המבצע העיקרי האם המעשה שלו הפר את האיזון בין הטוב לרע בעולם ורק לאחר מכן נוכל לדון באחריותם של השותפים העקיפים לעבירה. במערכות משפט אלה היו שתי דרכים שונות להוכיח אשם: האחת היא משפט (לרוב לפני מושבעים – כאשר דואגים שהמושבעים יכירו טוב את הנאשם והקורבן) והשנייה היא לנסות לקבל רמז מאלוהים לגבי השאלה האם המעשה של האדם הפר את האיזון בין טוב לרע. האופציה השנייה נקראה אורדיל. היו המון דרכים לבקש רמז מאלוהים. נניח שאנחנו רוצים לדעת אם מישהי היא מכשפה, נזרוק אותה למים ואם היא צפה היא מכשפה. בסיטואציות שבהן יש אורדיל עולה בעיה אם נשפוט קודם את הצדדים העקיפים לעבירה.

עפ״י **הגישה השנייה** אחריותם של הצדדים העקיפים לעבירה נגזרת מעצם ביצועה של העבירה ולאו דווקא משאלת אחריותו של המבצע העיקרי.

לגבי המבצע במערכות המשפט כיום, קיימות שתי אמירות, שבשתיהן יש אלמנט של אמת אך שתיהן גם לא בדיוק מדויקות. **האמירה הראשונה** אומרת שמערכות המשפט המקובל (ששאבה את כללי המשפט מאנגליה) עדיין מצדדות בגישה הראשונה בעוד שגישות המשפט הקונטיננטלי מצדדות בגישה השנייה.

**האמירה השנייה** היא שנהוג לומר שהיחס המשפטי במקרים בהם המבצע העיקרי הוא סוכן תמים ממחיש את ההבדל בין שתי הגישות. מקרים של סוכן תמים הם מקרים בהם למבצע העיקרי יש סייג לאחריות פלילית (אי שפיות, קטינות וכו׳). למה סיטואציות כאלה ממחישות את ההבדל? אם אנחנו מצדדים בגישה הראשונה הרי שתאורטית אם המבצע העיקרי לא אשם גם המבצעים העקיפים לא אשמים. לעומת זאת אם אנחנו מצדדים בגישה השנייה העובדה שהמבצע העיקרי לא אשם לא משנה, האחריות נגזרת מעצם ביצוע העבירה עצמה ועל כן עדיין תוטל על המבצעים העקיפים אחריות.

דבר נכון הוא שנקודת המוצא של מערכות המשפט המקובל (בשונה ממערכות המשפט הקונטיננטליות) היא גם היום נקודת המוצא של הגישה הראשונה (האחריות נגזרת מן האחריות של המבצע העיקרי). יחד עם זאת, לאורך השנים התפתחו במשפט המקובל דוקטרינות שונות המאפשרות להטיל אחריות על שותפים עקיפים לעבירה גם במקרים שונים של ״סוכן תמים״.

במילים אחרות, לא נכון להניח כי מערכות המשפט המקובל מצדדות בגישה הראשונה במובן הטהור והמקורי שלה. בנוסף, לא נכון להניח שבכל המקרים או אפילו ברוב המקרים יהיה הבדל בין מערכות המשפט המקובל למערכות המשפט הקונטיננטליות בנוגע ליחס למצבים בהם המבצע העיקרי הוא ״סוכן תמים״. לעומת זאת, כן נכון להניח שבהכללה מערכות המשפט המקובל ידעו לשרטט את מעגל ההפללה בהקשר של צדדים עקיפים באופן יותר מצמצם ממערכות המשפט הקונטיננטלי מאחר ועוד יש בהם השפעה של הגישה הראשונה.

במשפט הישראלי יש שתי דוקטרינות מרכזיות (אך לא היחידות) שממחישות את ההתרחקות שהייתה במערכות המשפט המקובל מצידוד בגישה הראשונה והעתיקה יותר במובנה הטהור.

**הדוקטרינה הראשונה** מעוגנת ב**ס׳ 34ב לחוק העונשין** – ״ נתון שהוא תנאי להתהוות עבירה, תהיה לו נפקות לגבי כל צד לאותה עבירה, אף אם אינו מתקיים בו; ואולם נתון אישי שנפקותו מכוח חיקוק להחמיר בעונש, להקל בו, לשנותו בדרך אחרת, או למנעו, תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים.״

את מרבית הסייגים לאחריות הפלילים אפשר לחלק לסייגים מסוג הצדק ולסייגים מסוג פטור. הגנות מסוג הצדק פוטרות את האדם מאחריות פלילית על בסיס מסקנה כי במקרה הקונקרטי המעשה שלו היה מוצדק, כלומר, המעשה שלו היה הדבר הנכון לעשות. לעומת זאת, הגנות מסוג של פטור פוטרות את האדם מאחריות פלילית למרות שאנחנו עדיין חושבים שהמעשה שלו פסול מאחר ואנחנו חושבים שלהעניש אותו יהיה יותר מדי. קטינות, למשל, הוא פטור קלאסי.

הגנה עצמית, במרבית המקרים, היא הצדק.

בגדול, במרבית המקרים, סייגים מסוג הצדק ייחשבו תנאי להתהוות העבירה. סייגים מסוג פטור לעומת זאת, ייחשבו נתון אישי (יש לזכור שיש חריגות לכאן ולכאן). המשמעות היא שאם המבצע העיקרי זכה בהצדק, במרבית המקרים לא נוכל להטיל על הצדדים העקיפים האחריות. לעומת זאת, אם הוא זכה בפטור, נוכל להטיל אחריות על המבצעים העקיפים.

העניין הוא שאם היינו מצדדים בגישה הראשונה במובנה הטהור לא היינו עושים הבחנה כלל בין מקרים בהם המבצע העיקרי זכה בפטור לבין מקרים בהם המבצע העיקרי זכה בהצדק.

**הדוקטרינה השנייה** הממחישה את ההתרחקות של מערכות המשפט המקובל מצידוד בגישה הראשונה והישנה יותר בגרסתה הטהורה היא דוקטרינת ״המבצע באמצעות אחר״. דוקטרינה זו מעוגנת ב**ס׳ 29(ג) לחוק העונשין** והיא קובעת כי במקרים בהם בהקשרו של מי שביצע בפועל את העבירה התקיים סייג מהסייגים המפורטים בסעיף יראו בשותף העקיף לעבירה כאילו הוא המבצע העיקרי, וזאת במידה והוא היה מספיק אקטיבי עד לכדי שהמבצע בפועל היה כלי בידיו.

**המסייע**

**ס׳ 31 לחוק העונשין** קובע כי ״מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע״.

במילים אחרות מדובר באדם שתרומתו לפעולה העבריינית היא עקיפה, במובן שהוא לא נטל חלק בביצועה העיקרי, וגם משנית במובן הזה שהוא שותף זוטר.

ב**פס״ד פלונית** נקבע כי מכיוון שנקודת המוצא של מערכת המשפט הישראלית גם היום היא הגישה הראשונה והישנה יותר (משמע, אחריות הצדדים העקיפים נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי) תנאי מקדמי לקיומה של אחריות בהקשרו של המסייע הוא כי המבצע במעשיו עבר מתחום ההכנה אל מתחם הניסיון. תיתכן הרשעה בגין סיוע לניסיון אך לא תיתכן הרשעה בגין ניסיון לסיוע.

במערכות המשפט הקונטיננטלי או לפחות בחלקן, יש כלל משפטי שמאפשר הטלת אחריות בגין ניסיון לסיוע.

**הקביעה בהלכה** היא כי אין צורך שמעשי המסייע יסייעו בפועל, אלא די בכך שהיה במעשה הזה פוטנציאל כדי לסייע.

הרכיב העובדתי של עבירת הסיוע

**ס׳ 31 לחוק העונשין** מגדיר כי ״עשה מעשה״ הוא הרכיב ההתנהגותי של עבירת הסיוע.

עכשיו, עולה השאלה מהו הקשר הנדרש בין המעשה המסייע לבין ביצוע העבירה העיקרית. כאמור, נקבע כי אין צורך שהיא בפועל תתרום להתגבשותה של העבירה אלא די בכך שהיה בה את הפוטנציאל לסייע.

בהצעת החוק המקורית של הסעיף שמגדיר את עבירת הסיוע הנוסח היה ״עשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע״. הניסוח הישן אומר שמדובר בתיאור של נסיבה. כלומר, האופי של המעשה צריך להיות אופי שיש בו את הפוטנציאל לסייע.

לעומת זאת, כאשר יורדות המילים ״שהיה בו״ מהגדרת העבירה יש לנו משפט שאומר ״מי שעשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע״. המילה ״כדי״ מעלה לנו את האפשרות לטעון כי בכלל מדובר כאן על חלק מהיסוד הנפשי (מטרה).

מועד הסיוע

מתי הסיוע צריך להינתן על מנת להיחשב סיוע? סיוע לעבירה ייחשב לסיוע רק במצב בו הוא בוצע לפני עשיית העבירה או במהלכה. סיוע לאחר מעשה מעוגן בסעיף נפרד בחוק העונשין.

הרעיון הוא שאם אתה מסייע לפני או בזמן העבירה, אתה מסייע להתהוות העבירה, ואם אתה מסייע אחרי העבירה אתה מסייע לאדם שכבר ביצע את העבירה.

מתי הדבר ייחשב לסיוע לאחר מעשה ולא לסיוע לעבירה?

כל מעשה שייעשה לאחר התקיימותם של כל מרכיבי העבירה.

סיוע יכול להיות רוחני או פיזי. סיוע רוחני יכול להיות למשל, דברי עידוד. חשוב להדגיש כי לא יכול להיות מצב בו אדם נוטע את הרעיון במוחו של פלוני לבצע את העבירה כי אז הוא כבר הופך להיות משדל. סיוע פיזי יכול להיות מתן אמצעים לביצוע העבירה, מתן עצות או המלצות שתורמות ליצירת התנאים לביצוע העבירה, אבטחת הזירה.

לעיתים עצם הנוכחות של האדם בזירה יכולה להוות סיוע. לגבי נוכחות, ההלכה קבעה שזו יוצרת חזקה ראייתית שהאדם סייע. אהממה, זוהי לא חזקה חלוטה. מוטל על האדם לספק הסבר סביר להימצאותו בזירה.

מה המידה שבה מעשה הסיוע צריך להיות קונקרטי?

על הסיוע להיות מוחשי וקונקרטי. כלומר, הסיוע צריך להיעשות מתוך הנחה שמתישהו בעתיד הנראה לעין יהיה לו את הפוטנציאל לקדם את הפשע. הסיוע צריך להיות בעל ייעוד מוחשי וקונקרטי. מידת המוחשיות של הייעוד עלתה ב**פס״ד יוסופוב**. הכלל המשפטי הנקבע כאן אומר שהמסייע לא צריך להיות מודע לכל פרטי העבירה שהמסייע העיקרי עומד לבצע אבל הוא צריך להיות מודע שהוא מגיש את הסיוע שלמבצע יש ייעוד ממשי ולא סתם ידיעה על נכונות בעלמה לבצע עבירה כלשהי. ביהמ״ש לא נותן כאן תשובה מדויקת לשאלת רמת הקונקרטיות.

האם האדם לו מסייעים צריך להיות לכך שמסייעים לו?

התשובה לכך היא בשלילה, וזאת מאחר ושאלת הידיעה של הסיוע (אצל המבצע העיקרי) לא משפיעה לא על האחריות של המבצע ולא על האחריות הפלילית של המסייע.

**סיוע במחדל**

**ס׳ 31 לחוק העונשין** אומר כי המסייע ״עשה מעשה״. **ס׳ 18 לחוק העונשין** מגדיר לנו את המילים ״מעשה לרבות מחדל״. לאור זאת, לכאורה לא מתעוררת כאן שאלה לגבי סיוע במחדל – כלומר, סיוע יכול להיעשות גם במחדל.

ב**פס״ד ויצמן** ארבעה חברים נוסעים ברכב במהירות שהיא מעל המותר, פוגעים עם רכבם בשוטר וממשיכים לנסוע עם הרכב. שלומי, שישב בצד הנהג אומר לנהג ״סע, סע״. הבנות שישבו במושב האחורי של הרכב לא אמרו דבר. הם מואשמים בעבירה של ״הפקרה לאחר פגיעה״ ועבירה של ״אי דיווח״.

המערערות טוענות שמאחר והן לא עשו דבר אין אפשרות להרשיען. ביהמ״ש קובע בפס״ד זה שאי מניעת עבירה שניתן היה למנוע אותה עשויה להיחשב לסיוע במחדל במקרים מסוימים. היה ניתן באותה המידה להרשיע אותן בסיוע במחדל לעבירת ההריגה.

השאלה העולה היא האם סיוע על דרך המחדל דורש להראות שהופרה חובה? הרי שעבירת מחדל רגילה דורשת קיומה של חובה כלפי הנאשם ויש להוכיח שהנאשם הפר חובה זו.

השופט חשין בפס״ד זה מציג ארבע אסכולות:

1. **אסכולה אחת** אומרת כי מדובר כאן בעבירת מחדל, ולכן צריך לאתר חובה לגבי הנאשם בסיוע בדרך המחדל. **ס׳ 18(ג) לחוק העונשין** לא עושה הבחנה ואומר שלצורך ביסוס אחריות פלילית על דרך המחדל צריך להוכיח שההימנעות מעשייה עמדה בניגוד לחובה שהייתה על הנאשם לפי כל דין או חוזה.
2. **אסכולה שנייה** אומרת כי לא צריך דווקא למצוא חובה בחוק החרוט, וניתן להסתפק בחובות שקמות מתוקף היחס בין המסייע לבין הסכנה ובין המסייע לבין הקורבן.
3. **אסכולה שלישית** באה ואומרת שסיוע היא לא עבירה שעומדת לבד אלא היא עבירה נגזרת ועל כן, לגבי הסיוע לא צריך להוכיח מחדל. לגבי המבצע העיקרי נצטרך להוכיח אם הוא ביצע את העבירה במחדל או במעשה ולעומת זאת לגבי המסייע ברגע שזו עבירה שניתן לבצעה על דרך המחדל נניח שהחובה של המסייע נגזרת מזה שהיא קיימת בנוגע לעבירה. היתרון של הדעה הזו היא שהיא הגיונית. מדובר בעבירה נגזרת ועל כן אם גם על המבצע העיקרי הייתה חובה ניתן לגזור מזה שגם למסייע הייתה חובה. החיסרון של דעה זו, מהצד השני, הוא שלגבי המבצע העיקרי אנחנו משקיעים מאמץ ומחפשים מקור חובה ודווקא לגבי העבריין השולי אנחנו לא משקיעים את אותו המאמץ אלא מניחים אוטומטית כי נגזרת כאן חובה (מאחר וקיימת כאן הרחבה של מעגל ההפללה צריך להיות נטל הוכחה כבד יותר).
4. **האסכולה הרביעית** היא האסכולה בה חשין משתמש, והיא אומרת שאת קיומה של החובה לעניין המסייע ניתן ללמוד מהחובה הקיימת בעבירה בהקשרו של המבצע העיקרי. עם זאת, לא ניתן לעשות זאת בכל מקרה. ככל שהעבירה חמורה יותר כך תתעצם ותלך נכונותו של ביהמ״ש להכיר בחובה היוצרת סיוע על דרך המחדל.

על פסיקה זו העבירו הרבה ביקורת מאחר והיא פוגעת בעיקרון החוקיות ולאור זאת הוסיפו בחוק את ס׳ 64(א)(1) לפקודת התעבורה שקובע ״הנוסע ברכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם חייב להתקשר לגופי ההצלה הנחוצים ולהזעיקם למקום התאונה בהקשר האפשרי לנסיבות העניין אלא אם כן נוהג הרכב עצר והזעיק עזרה והעונש שהוא יקבל אם הוא לא עשה את זה הוא מחצית״.

היסוד הנפשי בסיוע

כשדיברנו על היסוד העובדתי ראינו שעבירת הסיוע כעבירה נגזרת, יש לה בעצם שני מישורים. **המישור הראשון** הוא המישור של העבירה שאותה ביצע המבצע העיקרי. **המישור השני** הוא המישור של ההתנהגות של המסייע עצמו, של אותה התנהגות שעלתה בכדי לסייע לביצוע העבירה. אין ספק שהיסוד הנפשי של המסייע צריך להתייחס גם למישור הראשון וגם למישור השני. אהממה, לגבי השאלה מה היחס הנפשי שצריך להיות למסייע גם לעניין העבירה העיקרית וגם לגבי ההתנהגות המסייעת, מאז תיקון 39 לחוק העונשין הוצעו שלוש גישות, והסיבה שנוצר הוויכוח לגבי הגישות היא שמה שהמחוקק התכוון ומה שהמחוקק עשה הם שני דברים שונים ואז השאלה היא למה צריך להיות נאמן, ללשון החוק ולכוונת המחוקק. לצורך האזכור, בהצעה המקורית דיברו על עשיית מעשה שהיה בו לעזור לביצוע. כיום, הניסוח הוא ״מי שעשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע״. לגבי הניסוח העדכני של החוק, אנחנו יודעים שהוא צריך להנחות אותנו להתייחס לרכיב נפשי של מטרה – כוונה מיוחדת.

ב**פס״ד פוליאקוב** דנים משתיים מתוך שלושת הגישות שהוצעו בפסיקה.

מה שקרה בפס״ד זה הוא מקרה של אדם שלא היה שותף לתכנון המקדים של רצח, אלא רואה את הרצח במהלך נהיגה ומסייע למעשה הרצח במהלכו, ללא ידיעה מוקדמת, כוונה או קשר מוקדם לעבירה.

עולה השאלה בפסק הדין מהו היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הסיוע?

**דעת הרוב** מציגה את **הגישה הראשונה** ואומרת שלכולנו ברור מה הייתה כוונת המחוקק, כאשר זו הייתה להסתפק במודעות. כלומר, לדעת הרוב מה שנדרש הוא בעצם מודעות לשני דברים: **הראשון** הוא שהמסייע יהיה מודע לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית (על יסודה הנפשי והעובדתי) כאשר בנוגע למודעות הזו אפשר להשתמש גם בעצימת עיניים, ו**השני** הוא שצריכה להיות מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות שהיא תתרום לביצוע העבירה העיקרית (מודעות לסיוע).

הטענה היא ש**סעיפים 19 ו-20 לחוק העונשין** קובעים שברירת המחדל לעניין יסוד נפשי היא מודעות ולכן ניתן להשתמש בגישה זו.

הבעיה בגישה זו שבפועל מה שהיא עושה היא למלא לאקונה בדרך של היקש וזהו דבר שלא ניתן לעשות בדיני העונשין.

**דעת המיעוט** מציגה את **הגישה השנייה** ואומרת לנו שהמילה ״כדי״ משמעותה מטרה עפ״י לשון הסעיף. על כן, היסוד הנפשי שנדרש הוא קודם כל במישור הראשון מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע ומטרה שהעבירה תבוצע. הדבר השני שנדרש עפ״י דעת המיעוט הוא מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת והאפשרות שזו תתרום לביצוע העבירה העיקרית וכוונה לסייע להתממשות העבירה.

גישה זו מצמצמת מאוד את מעגל ההפללה בעניין של סיוע מאחר ויש להוכיח את היסוד הנפשי של מטרה בשתי השכבות של היסוד הנפשי.

**גישת הביניים** המייצגת את **הגישה השלישית** והיא כיום ההלכה נקבעה ב**פס״ד פלונית**. עפ״י גישה זו מצד אחד אין להתעלם מכוונת המחוקק, ולא לצמצם יתר על המידה את מעגל ההפללה ומצד שני אין להתעלם מהלשון הברורה של החוק המדברת על דרישה של כוונה מיוחדת – מטרה. ברק נותן פרשנות מילולית לסעיף שבעצם מפרידה בין שני המישורים. ברק אומר שבמישור הראשון כל מה שנדרש הוא מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית ע״י המבצע. משמע, במישור הזה לא נדרשת כוונה מיוחדת (מטרה) להגשמת זממו של המבצע העיקרי. לעומת זאת במישור השני, נדרשים כבר שני דברים: מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות שהיא תתרום לביצוע העבירה וכוונה לסייע כאשר על מנת להוכיח את המטרה לסייע לאותה מטרה מסוימת אפשר להשתמש בהלכת הצפיות.

**שיעור 20 – 31.12.18**

**המשדל**

**ס׳ 30 לחוק העונשין** קובע כי ״המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה״.

מה שמיוחד בשידול הוא שמדובר באדם שגורם לאדם אחר להחליט לבצע עבירה. הרציונאל בעבירת המשדל הוא שאנחנו מענישים בן אדם על זה שהוא גרם לשינוי תודעה אצל אדם אחר. כלומר, ההתמקדות היא בשינוי התודעה ופחות במעשים. מצד אחד, תרומתו של המשדל לביצוע העבירה היא עקיפה (הוא לא נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה ובמובן הזה הוא דומה למסייע) ומצד שני, תרומתו לביצוע העבירה היא ישירה (הוא ״אבי העבירה״, בלעדיו לא הייתה מתגבשת אצל המבצע העבירה – כאן הוא נבדל מהמסייע). ההבדל בין המסייע למשדל הוא שהתרומה של המסייע היא עקיפה ומשנית בעוד שהתרומה של המשדל היא עקיפה וראשית. לכן, העונש על סיוע הוא מחצית מהעונש המקסימלי בעוד שהעונש על שידול הוא זהה לעונש המקסימלי של העבירה שבוצעה ע״י המבצע העיקרי.

העובדה שמדובר בתרומה ראשית באה לידי ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק של תיקון 39 לחוק העונשין שאומרים: ״המשדל הוליד לא רק עבירה הוא הוליד גם עבריין״.

את העובדה שהמחוקק רואה בשידול כמעשה חמור יותר מסיוע, אפשר לראות גם בקיומו של דין נוסף, הוא שניסיון לשידול מהווה עבירה וזאת בשונה מניסיון לסיוע שאינו מהווה עבירה.

היסוד העובדתי בשידול

הרכיב ההתנהגותי בעבירה הוא ״המביא בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה״. הרכיב ההתנהגותי כאמור, הוא התנהגות בעלת אופי משדל: כל מעשה שנראה בו כמביא אחר לבצע עבירה.

האם ניתן לשדל במחדל?

לכאורה, אין שום סיבה שלא יהיה ניתן לשדל במחדל. **ס׳ 18 לחוק העונשין** קובע שמעשה הוא לרבות מחדל אלא אם נאמר אחרת, ו**ס׳ 30 לחוק העונשין** לא אומר אחרת. יחד עם זאת, העמדה הרווחת היא שלא ניתן להרשיע בגין שידול במחדל.

בשידול אנחנו מטילים אחריות על אדם בגין כך שהוא הוביל אדם אחר שהוא בעל יכולת החלטה אוטונומית והוא רציונאלי לבצע עבירה. המשדל יכול לטעון שאם האדם לא היה רוצה לבצע את העבירה הוא לא היה מבצע אותה ולכן יש תחושה שצריך לצמצם את מעגל ההפללה ולא להטיל אחריות על שידול במחדל (זהו ביטוי לעיקרון שיש נטייה לראות בעבירה של מחדל דבר פחות חמור).

יחד עם זאת, יש הסבורים שיתכנו מצבים של שידול במחדל. למשל, במקרים של עידוד בשתיקה. הטענה היא שבמקרים שבהם מערכת היחסים בין השותק לבין המבצע היא מערכת יחסים של כפיפות חזקה במיוחד השתיקה יכולה לעלות לכדי שידול במחדל.

הרכיב הנסיבתי של עבירת השידול

הרכיב הנסיבתי של עבירת השידול הוא ״אדם אחר״. יש לשים לב להבדל בין שידול לבין ביצוע באמצעות אחר. בעוד שבעבירת השידול קיימת הנחה כי המבצע של העבירה אחראי מבחינה פלילית ומודע למשמעות הפלילית של המעשה שמשדלים אותו לבצע, בביצוע באמצעות אחר בכלל מדובר במבצע שנעדר אחריות פלילית.

חשוב לדעת שאין זה הכרחי שהמשודל יידע כי הוא משודל, שהוא מובא ע״י אחר לביצוע עבירה.

הרכיב התוצאתי של עבירת השידול

עבירת השידול היא עבירה תוצאתית, וזה בשונה של עבירת הסיוע (בה נדרש בסה״כ פוטנציאל לסייע). **ס׳ 30 לחוק העונשין** דורש מפורשות שהמשדל יביא את המשודל לכדי ביצוע עבירה.

העמדה הרווחת היא שכדי להרשיע בשידול צריך שהמבצע העיקרי יבצע את העבירה (או לפי עמדות מסוימות לפחות ביצע ניסיון לבצע את העבירה), על כל יסודותיה כל שהתקיימו אצל כל רכיבי העבירה ולא התקיימו אצלו סייגים (לכל הפחות שלא יתקיימו אצלו הפטרים).

במילים אחרונות, הדרישה היא שעקרונית יהיה ניתן להרשיע אותו בעבירה גם אם הוא לא עמד לדין בפועל. יחד עם זאת, יש לזכור כי ישנה גם עבירה של ניסיון לשידול, שעונשה ככלל, הוא מחצית מהעונש המקסימלי של העבירה המשודלת.

עכשיו עולה השאלה, האם המשודל חייב לעבור את העבירה המושלמת ע״מ שהמשדל יהיה אחראי בגין שידול העבירה המושלמת או שמא מספיק שהמבצע העיקרי יעשה ניסיון לבצע את העבירה?

כלומר, מה קורה במצב בו אלמוני משדל את פלוני לרצוח אדם, אבל פלוני מפספס? האם צריך להעמיד את אלמוני לדין על שידול לרצח או האם צריך להעמיד אותו לדין בגין שידול לניסיון לרצח?

אין הכרעה ברורה בשאלה זו.

**עמדה אחת** באה ואומרת שנכון שיש כאן אשם פלילי, הטמון בכך שנטעת את הרעיון לבצע עבירה במוחו של אדם, אבל עצם הנטיעה במקרה זה לא הביאה בפועל לסיכון הערך המוגן. על כן לפי עמדה זו הדרך הנכונה לתאר את המצב היא שידול לניסיון. עמדה זו היא ביטוי לגישה הקדומה יותר, שרואה את קיומן של העבירות הנגזרות כנגזרות מקיומו של המבצע העיקרי.

**עמדה שנייה** אומרת שהתיאור של המצב כשידול לניסיון הוא מלאכותי וזאת מהסיבה שאדם תמיר רוצה לשדל לעבירה המוגמרת ולא לניסיון לבצע את העבירה. יש לזכור שהפסול בעבירת השידול טמון בשינוי המצב התודעתי של המבצע ע״י המשדל. גם במקרה בו העבירה לא צלחה, שינוי תודעתי של המבצע ששודל בוצע, המשדל עשה את מירב הפסול שיכל לעשות.

**פס״ד סוגאקר** מדבר על שידול של אדם לבצע חבלה בנסיבות מחמירות, ואותו אדם פנה לשני אנשים אחרים לבצע זאת בשבילו.

מה שקורה בפס״ד זה הוא שהמשדל הראשון מורשע בשידול לחבלה בכוונה מחמירה, למרות שלא נגרמה בסוף העבירה. לכאורה, פס״ד זה מכריע לטובת הגישה השנייה. יחד עם זאת, אין בפס״ד זה דיון מעמיק בנושא ולכן קשה לראות בו כמכריע בסוגיה.

קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה ע״י המשודל

אנחנו דורשים קשר סיבתי כאמור מאחר וזוהי עבירה תוצאתית ומאחר ולשון הסעיף מצביעה על קיומו של קשר סיבתי (״המביא אחר״).

קשר סיבתי כזה יכול להתקיים באחד משני מקרים:

**המקרה הראשון** הוא המקרה של השידול הקלאסי. המשדל נוטע במוחו של המשודל את רעיון ביצוע העבירה. בלעדיו, המשודל בכלל לא היה חושב לבצע את העבירה.

**המקרה השני** הוא מקרה של הטיית כפות המאזניים. ניתן להדגים זאת באמצעות **פס״ד אסקין**. אסקין הואשם בשידול מעשה – שידל אדם להניח ראש של חזיר בבית קברות מוסלמי, ובנוסף בשידול של הצתה של סניף של תנועת שמאל.

ההלכה אומרת כי בנסיבות מסוימות גם כאשר הרעיון נמצא כבר במוחו של אדם, ייתכנו מקרים בהם פעולת העידוד או השכנוע תיחשב לא רק לסיוע רוחני אלא לשידול. דבר כזה יקרה כאשר היה בפועלת העידוד או השכנוע כדי להטות את הכף ולהוביל להחלטה לבצע את העבירה. בעצם, המקרים שבהם סביר להניח שדבר כזה יקרה הם מקרים בהם יש סוג של יחסי מרות בין המבצע העיקרי לבין המשדל. זה מה שביהמ״ש קובע שהתקיים במקרה של היחסים בין פקוביץ לאסקין.

**היתרון של הלכה זו** הוא שהיא מציאותית. רוב האנשים שמשודלים לבצע עבירות הם לא כבשים תמימות עם מוח טהור. במציאות, רוב האנשים ששידלו אותם הייתה להם כבר נטייה לבצע את העבירה. מה שמייחד את השידול הוא הדומיננטיות של המשדל. **החיסרון של ההלכה** הוא שהיא הופכת את הקו בין סיוע רוחני לבין שידול לעמום. כלומר, יהיו מקרים בהם יהיו חילוקי דעות האם אדם הוא רק מסייע רוחני או משדל.

**פס״ד רון נ׳ מ״י (הרצח של רוז)**

מה שחשוב בפס״ד זה לענייננו הם היחסים בין מארי (המערערת) ורון (המערער). רון הוא המבצע של המעשה האקטיבי בפועל, אבל הוא כל הזמן מתלבט. זו שדוחפת אותו לביצוע המעשה בסופו של דבר היא מארי וביחסים ביניהם הוא מצפה לאישורה. לכן, ביהמ״ש המחוזי קבע כי מארי היא לא מסייעת בלבד אלא משדלת. מה שהוביל את רון לבצע את הרצח הוא העידוד והשכנוע של מארי.

* בעוד שהמחוזי קבע כי מדובר בשידול, ביהמ״ש העליון הולך צעד נוסף וקובע כי מאחר ומארי הייתה מעורבת בפעולות שנדרשו לשם ביצוע הרצח ואף ליוותה אותו טלפונית בזמן ביצוע הרצח, הרי שהיא מבצעת בצוותא.

היסוד הנפשי בשידול

אם מסתכלים על הסעיף – מדובר בעבירה שותקת. היסוד הנפשי בעבירת תוצאה שותקת – מודעות להתנהגות, מודעות לנסיבות, מודעות לאפשרות קרות התוצאה ולכאורה או פזיזות או כוונה ביחס לתוצאה.

לכאורה- לאור השופטת בייניש בפס"ד אסקין- בייניש אומרת כי בפזיזות אנחנו דורשים כוונה- פעולה מתוך מטרה להגיע לתוצאה. לא כוונה מיוחדת. במילים אחרות, לצורך התקיימות היסוד הנפשי בפעולת השידול, יש להוכיח התקיימותן של 2 דרישות:

על המשדל להיות מודע לכך שיש בהתנהגותו כדי להביא את האחר (המשודל) לידי ביצוע העבירה – דרישה זו עניינה מודעות לטיב ההתנהגות המשדלת וכן מודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטאלית ע״מ לבצע את העבירה.

שנית, על המשדל להתכוון להביא את המשודל לידי ביצוע עבירה, כך שהשידול צריך להיות מלווה בשאיפה – מטרה – מצד המשדל שהעבירה נושא השידול תבוצע על כל יסודותיה ע״י המשודל.

הטעמים שהשופטת ביניש מעלה לכך שהיא הופכת את עבירת השידול לעבירת תוצאה שנדרשת בה הוכחת כוונה הם הבאים:

1. **אופייה התכליתי של עבירת השידול** – מבחינת היסוד הנפשי התכלית של השידול לגרום לבן אדם לעשות עבירה. הסתפקות ביסוד נפשי של מודעות אין בה כדי להביא לכדי ביטוי את תכלית העבירה.
2. יש לזכור שבמקרה של שידול **המבצע העיקרי הוא אדם אוטונומי**, לכן, להטיל אחריות שווה על אדם אחר בגין פעולה שעשה אדם אוטונומי (כאשר אנו מניחים שזה השני יודע להבדיל בין טוב לרע) היא פעולה חריגה שמחייבת את העלאת הרף הנדרש לשם הרשעה לכוונה (לא ניתן להסתפק בקלות דעת או בפזיזות).
3. **שיקול העונש** – כיוון שהעונש למשדל שווה לעונשו של המבצע העיקרי, הרי שהחומרה שאנחנו מחפשים צריכה להיות חומרה שווה. מכיוון שעיקר החומרה שטמונה במעשה השידול אינו טמון בביצוע העבירה בעצמו, הרי שאנחנו צריכים לאזן זאת או לחפש את מוקד החומרה במקום אחר והוא – רצון או כוונה לא רק לשדל מישהו אלא שהעבירה תבוצע.
4. **הרצון לבדל את השידול מהסיוע** – בסיוע אנחנו דורשים מטרה לסייע למבצע העיקרי ולא מטרה שתתקיים העבירה. אם אנחנו רוצים לבדל את הסיוע מהשידול, הדרך לעשות זאת היא לדרוש כוונה מצד המשדל להתקיימות העבירה.

יחד עם זאת, השופטת ביניש אומרת שאת הכוונה הזו אפשר להוכיח גם באמצעות הלכת הצפיות. הבעיה בסופו של דבר היא שלמרות שהיא מדברת על ההבחנה בין שידול לסיוע בפועל ההבחנה היא לא כל כך חזקה.

**ניסיון לשידול**

**ס׳ 33 לחוק העונשין** קובע כי הניסיון לשידול מהווה עבירה שעונשה המקסימלי הוא מחצית מהעונש המקסימלי שנקבע בגין עבירת הביצוע העיקרי, ואולם אם מדובר בעבירה שהעונש שלה הוא מוות או מאסר עולם העונש בגין ניסיון לשידול של עבירות אלה הוא 20 שנים.

במידה וקיים לעבירה עונש מינימום, הרי שהעונש עבור ניסיון לשידול של עבירה זו לא יפחת ממחצית עונש המינימום; ואם לעבירה יש עונש חובה כלשהו, הרי שבמקרה של עבירה של ניסיון לשידול לאותה העבירה עונש החובה הזה הופך להיות עונש המקסימום ומחציתו הופכת להיות עונש המינימום.

מהו הניסיון לשידול?

בהנחה ואנחנו מחילים על המונחים ניסיון ושידול כפי שהם מופיעים ב**ס׳ 33 לחוק העונשין** את ההגדרות שניתנו להם ב**סעיפים 25, 26 ו-30 לחוק העונשין**, הרי שיתכנו מספר מצבים של ניסיון לשידול:

1. **מקרה ראשון** הוא מקרה בו אלמוני אכן משכנע את פלוני לבצע את העבירה, אבל מסיבה כזו או אחרת פלוני כלל לא ניגש לבצע את העבירה או לחלופין הוא עוצר עוד בשלב ההכנה. במקרה זה המבצע העיקרי (פלוני) בכלל לא יואשם. לעומת זאת אלמוני יורשע בניסיון לשידול בגין אותה עבירה. במקרה זה, בשונה משידול, אין צורך להוכיח כי העבירה בוצעה.
2. **מקרה שני** הוא מקרה בו אלמוני מנסה לשדל את פלוני לבצע עבירה ופלוני לא משתכנע. עדיין ניתן להאשים את אלמוני בניסיון לשידול.
3. **מקרה שלישי** הוא מקרה בו אלמוני התחיל בביצוע המעשים שנועדו לשכנע את פלוני לבצע את העבירה אבל המעשים האלה לא פעלו את פעולתם מכיוון שהם לא הושלמו, למרות שיצאו משלב ההכנה. לדוגמא, אלמוני מנסה לשכנע את פלוני לבצע עבירה באמצעות שליחת מכתב מאיים בדואר והמכתב לא מגיע לפלוני. במקרים כאלה פלוני לא קיבל את ניסיון השידול ועל כן לא ביצע דבר, אבל אלמוני ביצע פעולה שיצאה משלב ההכנה והיא נמצאת בתוך שלב הניסיון בשידול. על כן, ניתן להרשיע אותו בניסיון לשידול.
4. **מקרה רביעי** הוא מקרה בו אלמוני מנסה לשכנע את פלוני לבצע עבירה אבל פלוני כבר החליט לבצע את העבירה בלי קשר לשידול של אלמוני. גם במקרה כזה ניתן להרשיע את אלמוני לניסיון בשידול, למרות שחסר הקשר הסיבתי בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה (מבחינת המנסה לשדל יש כאן את כל ההתנהגות של השידול אבל לא מתקיים קשר סיבתי).

יש לשים לב שניסיון לשדל לעבירה שהיא מסוג חטא אינו עניש וכך גם שידול לעבירה מסוג חטא (**ס׳ 34ג לחוק העונשין**).

האם ניתן ליצור אחריות נגזרת מעבירת השידול כשהיא בעצמה עבירה נגזרת? במילים אחרות, האם אפשר לעשות עבירה של שידול לשידול?

אין הכרעה בעניין שאלה זו.

לכאורה, מהחוק עולה שכאשר המחוקק רוצה ליצור נגזרת שנייה הוא קובע אותה מפורשות בחוק. לכן, מאחר והמחוקק לא קבע מפורשות עבירה של שידול לשידול, עלינו להסיק לאור עקרון החוקיות והרצון לא להרחיב את מעגל ההפללה יתר על המידה, שאין עבירה של שידול לשידול.

יחד עם זאת, ב**פס״ד סוגאקר**, שניתן כמעט עשור אחרי **תיקון 39 לחוק העונשין** (משקף פרשנות של הדין הקיים), דורנר פוסקת כי במקום שקיים שרשור של משדלים קמה אחריות של שידול.

דורנר אומרת שזה אפילו קורה אם האחרונים בשרשרת לא ביצעו את העבירה אלא הורשעו רק בניסיון לעבירה. בעצם, דורנר יוצרת את עבירת השידול לשידול.

כאמור, הבעיה בפס״ד זה היא שהוא פס״ד קצר ולא מנומק ולעומתו ניתן למצוא זרועות בפסיקה הערות כלליות שאומרות שאין להכיר בדרך הפסיקה בנגזרות של נגזרות כיוון שאם הנגזרת הראשונה (השידול או הסיוע) היא הרחבה חריגה של האחריות הפלילית, אזי הלבשה של נגזרת נוספת על הנגזרת השנייה מהווה הרחבת יתר של האחריות הפלילית.

**עבירות שידול ספציפיות**

בחוק העונשין מפוזרות הוראות חוק שונות הקובעות עבירות שידול עצמאיות. למשל, שידול למעשה זנות (**ס׳ 201 לחוק העונשין**), שידול לעיסוק בזנות (**ס׳ 202 לחוק העונשין**), הדחה בחקירה (ס׳ 245 לחוק העונשין) , הדחה בעדות (**ס׳ 246 לחוק העונשין**) שידול להתאבדות (**ס׳ 302 לחוק העונשין**), עבירות שידולי מרמה שונות (**ס׳ 424 לחוק העונשין**). המעשים שקבועים בחלק מהעבירות האלה היו מהווים עבירת שידול גם אם לא היה סעיף ספציפי. הסעיף הספציפי קיים לפעמים כי רצו לקבוע עונש ספציפי למעשים מסוימים.

בנוסף, ההיגיון של חלק מעבירות השידול הספציפיות נובע מכך שהמעשה שאליו הן משדלות אינו מהווה עבירה (למשל, שידול להתאבדות, שידול לזנות).

הכלל אומר שדיני השידול הכללים חלים על עבירות השידול הספציפיות כל עוד אין בנוגע לעבירת שידול ספציפית זו או אחרת בנוגע לנקודה כזו או אחרת הסדר ספציפי ששונה מהקבוע בדיני השידול הכלליים.

מה קורה במצב בו אדם הוא גם משדל וגם מסייע?

ברור שאין היגיון בהעמדה לדין בגין שידול וסיוע, כי העבירה הפחותה יותר (הסיוע) נבלעת בתוך העבירה החמורה יותר (השידול).

השאלה היא איך צריך להשקיף על המקרה מבחינת האחריות הפלילית ובנושא זה ישנן שתי גישות:

1. **הגישה הראשונה** אומרת שיש להרשיע בעבירה החמורה יותר, משמע, שידול.
2. **הגישה השנייה** אומרת שיש לראות באדם שהוא מסייע ומשדל יחדיו כמבצע עיקרי (עמדתו של פלר). פלר אומר שברגע שהמעורבות של אדם היא כל כך גבוהה כי הוא גם ביצע סיוע וגם ביצע שידול הוא כבר נמצא ב״מעגל הפנימי״ של העבירה, אזי הוא כבר לא מבצע עקיף אלא מבצע ראשי ויש להרשיעו כמבצע בצוותא.
למה זה משנה? הרי העונש של המשדל והעונש של מבצע עיקרי לרבות מבצע בצוותא הוא זהה. התשובה היא שיש לזה כל מיני השלכות, למשל בנוגע לפטור עקב חרטה שיחול, או בנוגע לאופן תחולת **ס׳ 34א לחוק העונשין** שעוסק באחריות לעבירה אחרת.

פטור עקב חרטה עפ״י ס׳ 34 לחוק העונשין

״משדל או מסייע לא יישא לאחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לניסיון 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״.

זוהי הוראה משותפת שרלוונטית גם למסייע, גם למשדל וגם למנסה לשדל.

המשדל והמסייע יוכלו לקבל פטור בשני מקרים:

1. **אם הם מנעו את עשיית או השלמת העבירה**;
2. **אם הודיעו לרשויות על העבירה לשם מניעתה או השלמתה ועשו למניעתה או למניעת השלמתה כמיטב יכולתם**.

הס׳ אומר שניתן לקבל את הפטור במקרים של משדל ומסייע גם במקרים בו הם לא הצליחו למנוע את השלמת העבירה, וזאת בשונה מהכלל המקובל של פטור עקב חרטה למנסה (**ס׳ 28 לחוק העונשין**). באופן כללי אנחנו רואים שהתכלית כאן היא תכלית תוצאתנית.

הסיבה שאנחנו לא דורשים במקרה הזה שהמסייע או המשדל יצליחו למנוע את העבירה היא כי המשדל והמסייע נמצאים במעגל החיצוני של העבירה והיכולת שלהם להשפיע על מהלך הדברים היא קטנה יותר.

במישור העובדתי, ב**ס׳ 28 לחוק העונשין** לפי הפרשנות המקובלת (למרות שקיימת גם פרשנות נוספת) נדרש שתצליח מניעת העבירה בעוד שב**ס׳ 34 לחוק העונשין** הס׳ קובע שיוכל אדם לקבל את הפטור גם מקום בו לא הצליח למנוע את העבירה.

במישור של היסוד הנפשי והלך הרוח של האדם, בעוד שב**ס׳ 28 לחוק העונשין**, עד לאחרונה, הייתה עמדה גמולנית שדרשה חרטה מתוך תשובה, ב**ס׳ 34 לחוק העונשין** היה תמיד ברור כי הס׳ מבוסס על גישה תוצאתנית המנסה לדרבן כמה שיותר התנערות מהעבירה.

**שוני נוסף** הוא שיש שטוענים שקיים לעניין נטלי ההוכחה. ב**ס׳ 28 לחוק העונשין** העמדה הרווחת היא שהאדם צריך להראות מעבר למאזן הסתברויות שהתקיים הפטור בעניינו, בעוד שלגבי **ס׳ 34 לחוק העונשין** יש הטוענים שחל בהקשר הזה ההסדר שקיים בנוגע לסייגים. כלומר, שהנאשם צריך לטעון שמתקיים הסייג בעניינו ואז התביעה צריכה להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי הסייג לא מתקיים לעניינו של הנאשם. במילים אחרות, הדרישה היא ברמת הוכחה של ספק סביר.

**שיעור 21 – 02.01.2019**

**ביצוע בצוותא וביצוע באמצעות אחר**

**ס׳ 29(א) לחוק העונשין** קובע כי ״מבצע עבירה הוא לרבות מבצע בצוותא או מבצע באמצעות אחר״. במילים אחרות סעיף זה קובע כי יש שלושה סוגים של מבצעים עיקריים:

1. המבצע הבודד
2. המבצע באמצעות אחר
3. המבצע בצוותא

מהסעיף עולה בבירור שהדין שחל על המבצע בצוותא ועל המבצע באמצעות אחר הוא זהה לדין שחל על המבצע הבודד לעניין העונש, לעניין האחריות לעבירות מסוג חטא ולעניין הפטור עקב חרטה.

**ביצוע בצוותא**

**ס׳ 29(ב) לחוק העונשין** מגדיר את המבצעים בצוותא כ״משתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה״. מה שהסעיף אומר לנו הוא שחלוקת העבודה בין המבצעים בצוותא לא משנה. החוק מתייחס אליהם כאל אורגן אחד שביחד מקיים את כל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה.

כלומר, זה לא משנה אם אלמוני החזיק האקדח או שמר על הדלת, הוא עדיין חלק מביצוע העבירה.

הסתכלות זו על מכלול ההתנהגות העבריינית מאפשר להעניש את המבצעים בצוותא על סמך האופי האמיתי של המעשה שלהם. **בדברי ההסבר לתיקון 39 לחוק העונשין** נאמר כי ״אין נפקא מינה אם כל אחד עשה מעשה אשר כשלעצמו אינו ממצה את העבירה. העיקר הוא שחלקו של כל משתתף כזה הוא חיוני להגשמת התוכנית המשותפת ומעשהו כשלעצמו איננו בבחינת הכנה בלבד לביצוע העבירה״.

האם אפשר להיות מבצע בצוותא על דרך המחדל? התשובה הפשוטה לכך היא כן.

דוגמא לכך היא העבירה של **סיוע לבריחה** – ״המסייע לאסיר או עצור לברוח או לנסות לברוח דינו מאסר שבע שנים״. נניח שיש אסיר בכלא ושניים פועלים ביחד כדי לעזור לו לברוח. האחד מחכה בחוץ עם רכב המילוט והשני הא סוהר באותו בית סוהר והוא דואג פשוט לא לנעול את הדלתות בדרך מהתא של האסיר אל מחוץ לבית הכלא. האדם השני ביצע את העבירה במחדל ויש כאן גם ביצוע בצוותא של העבירה. יתכנו גם מקרים בהם כל המבצעים בצוותא יפעלו בדרך המחדל – למשל, שני הורים המרעיבים את הילד שלהם.

חלוקת התפקידים בין המבצעים בצוותא

המקרה הפשוט של ביצוע בצוותא הוא שחלוקת התפקידים היא שוויונית, או שכל המבצעים עושים הכל יחד – כך שכל אחד מהם מקיים את כל רכיבי היסוד העובדתי.

הסיטואציה מסתבכת כאשר חלוקת התפקידים בין השותפים לעבירה היא לא שוויונית, מאחר ואז לפחות לגבי חלקם מתחיל להיווצר לנו קושי בהכרעה האם מדובר באמת במבצע בצוותא (בסוג של מבצע עיקרי) או במבצע עקיף לעבירה (מסייע או משדל). כלומר, הקושי הוא בקו הגבול בין מבצע בצוותא לבין מסייע או משדל.

על כן, עלינו לפתח מבחנים שיבחינו בין המבצע בצוותא לבין צדדים עקיפים לעבירה.

**נציין את המבחנים שהוצעו בניסיון להבחין בין המבצע בצוותא לבין המסייע**:

בפסיקה ובספרות הוצעו מספר מבחנים ע״מ לנסות להבחין בין המסייע לבין המבצע בצוותא. נכון לרגע זה, אין הכרעה ברורה בין המבחנים השונים.

1. המבחן הראשון הוא **מבחן הפעולה החיונית שהיא מעבר להכנה**. מבחן זה בעצם מופיע בדברי ההסבר לתיקון 39 לחוק העונשין. מבחן זה דורש בעצם שני דברים:
2. **המעשים יהיו חיוניים לביצוע העבירה העיקרית**.
3. **צריך שהמעשים לא יהיו בעלי אופי הכנתי בלבד**.

המחוקק מביע את התמיכה שלו במבחן הזה במשתמע באמצעות חיקוק ס׳ 499(ב) לחוק העונשין בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין. **ס׳ 499(ב) לחוק העונשין** עשה רפורמה בעבירת קשירת הקשר. לפני שסעיף זה חוקק ההלכה המשפטית תמכה ב**דוקטרינת האחריות הסולידרית**. דוקטרינה זו קבעה שמרגע שקבוצת אנשים קשרו קשר לבצע עבירה על כל אחד מהם מוטלת אחריות פלילית בגין כל עבירה שביצע מי מבין חברי הקבוצה במהלך תכנון, הכנה וביצוע של העבירה העיקרית וזאת אפילו אם הוא לא תמך בביצועה ואף אם הוא לא ידע על ביצועה.
מה שעשה החיקוק של **ס׳ 499(ב) לחוק העונשין** הוא לצמצם את האחריות הסולידרית. ס׳ זה קובע כי ״הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן ב׳ לפרק ה׳״. במילים אחרות, רק אם הוא היה מנסה, מבצע בצוותא, מבצע באמצעות אחר, משדל או מסייע, ולפי התנאים הרלוונטיים להטלת אחריות על כל אחד מהם.
קשירת קשר היא עבירה נפרדת. היא לא אחריות נגזרת. הכלל אחרי חיקוק ס׳ 499(ב) לחוק העונשין הוא שלכאורה, אם כל מה שעשה קושר הקשר הוא להיות שותף בפעילות הכנה, לא יהיה ניתן להטיל עליו אחריות בגין העבירה שלשמה קשרו את הקשר. כלומר, האחריות היחידה שתהיה לו היא על העבירה של קשירת קשר. כמשתמע מכך, כדי שאדם ייחשב מבצע בצוותא המעשה שלו צריך להיות יותר מהכנה.

1. המבחן השני הוא מבחן שהציעה מירי גור-אריה והוא נקרא **מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון**. מבחן זה אומר שעלינו לקחת את הפעולות של כל אחד מהמבצעים בצוותא בנפרד, ולשאול עצמנו את השאלה האם במידה וכל אחד מהם היה מבצע יחיד הפעולה של כל אחד מהם הייתה נחשבת לפי המבחנים שאנחנו מכירים מדיני הניסיון לפעולת ניסיון או רק לפעולת הכנה. אם אנחנו מגיעים למסקנה שהפעולה של אדם נכנסת למתחם הניסיון הרי שהוא מבצע בצוותא. לעומת זאת, אם אנחנו מגיעים למסקנה שהפעולה שלו נשארת במתחם ההכנה הרי שהוא לא ייחשב כמבצע בצוותא – אלא כמסייע. ההבדל בין המבחן הזה לבין המבחן הראשון הוא שמבחן זה לא דורש חיוניות של הפעולה. ניתן לומר כי זהו **היתרון של מבחן זה** מאחר וההגדרה של חיוניות היא הגדרה עמומה, ולא בטוח שפעולה של אדם צריכה להיות חיונית על מנת שהוא ייחשב מבצע בצוותא. **החיסרון של מבחן זה** הוא שמדובר במבחן עמום.
2. המבחן השלישי הוא **מבחן השליטה הפונקציונאלית**. מבחן זה אומר לנו שאדם ייחשב מבצע בצוותא כאשר הוא אחד מהאדונים של העבירה. משמע, צריכה שתהיה לאדם שליטה גבוהה על העשייה בעבירה והוא שותף לקבלת ההחלטות המשותפת. תרומתו של המבצע צריכה להיות פנימית, דומיננטית ומרכזית. לא מדובר במבחן זה על החיוניות של המעשה, ולא מסתכלים מה היה קורה אם הוא לא היה עושה את חלקו, אלא מסתכלים מה קרה בעקבות המעשים שהוא עשה.
את המבחן השלישי לעומת המבחנים הקודמים אפשר להדגים באמצעות **פס״ד פלונים**. **בבחינת האחריות של טל** (אותו אחד שלא הגיע לפיגוע עצמו, הודיע טלפונית למשתתפים האחרים בעבירה), **לפי המבחן של הצעת החוק** טל הוא לא מבצע בצוותא מאחר והוא לא עבר את שלב ההכנה. כל הפעולות שהתבצעו עד שהחליט טל לא להגיע לאירוע עצמו נכנסות לתחם ההכנה. גם **לפי המבחן של מירי גור אריה**, היינו מגיעים למסקנה שטל הוא לא מבצע בצוותא. עם זאת, לא מרגיש הוגן לראות בטל כמבצע עקיף.  **לפי המבחן השלישי** טל ייחשב למבצע בצוותא.
בפס״ד זה ביהמ"ש העליון מאמץ את מבחן הפונקציונאליות – ואומר כי הפונקציה של טל במקרה דנן הייתה המרכזית. הוא היה הרוח החיה, ומכיוון שהוא היה הרוח החייה, ואי ההשתתפות שלו לא נבעה מחרטה – הרי שיש לראות בו מבצע בצוותא.

הסטנדרטים ירדו – החיוניות הפכה לפונקציונלית, הדרישה של פעולה לשלב הניסיון יורדת לשלב ההכנה.

מה שברק אומר הוא, שאדם שעשה פעולת שידול ושידול לסיוע – מעשיו הופכים אותו למבצע בצוותא, וזה למעשה מבחן עזר למבחן הפונקציונאליות.

 יש שתי ביקורות על גישה זו של ברק בפסק הדין:

**ביקורת פורמלית** – היא עומדת בניגוד לכוונת המחוקק. המבחן בעצם מכניס את מבחן הסולידריות (שלמחוקק הייתה כוונה לבטל) בדלת האחורית. (ביטול מבחן הסולידריות – ס' 499 (ב) לחוק העונשין). יש לנו כאן אדם שפעולותיו היו פעולות הכנה בלבד, ואנו מטילים עליו אחריות כמבצע בצוותא.

**ביקורת מהותית** - יש כאן הנמכת סטנדרט כלפי מה נדרש להגדרת מבצע בצוותא, או הרחבת יתר של מעגל ההפללה.

1. המבחן הרביעי הוא **מבחן חבות העונש**. עפ״י מבחן זה, יש לפנות לעובדה הבסיסית שהמבחנים שדנו בהם עד כה מתמקדים בצורה יתרה ברכיב העובדתי. בכל אינטראקציה אנושית, לרבות פשיעה בצוותא, הרכיב הנפשי הוא רכיב דומיננטי באפיון אופי היחסים. ועל כן, אפיון עפ״י היסוד העובדתי בלבד עשויה לאפיין באופן לא נכון את אחריותו של האדם. על כן, השופט חשין מציע מבחן חלופי במספר פסקי דין. מבחן חבות העונש אומר שזו טעות להסתכל קודם כל על מידת המעורבות של הבן אדם ולפי זה לתייג אותו (כאשר עפ״י התיוג ייגזר העונש). מה שצריך לעשת זה הדבר ההפוך. עלינו להסתכל על מכלול המעשים והמעורבות של האדם ולהגיע למסקנה לגבי כמה המעורבות הזו היא חמורה. אם המעורבות הזו היא מאוד חמורה, בין אם בגלל ההשתתפות שלו במישור העובדתי ובין אם בגלל השתתפותו במישור הנפשי, נתייג אותו כמבצע בצוותא. אם לעומת זאת, אנחנו חושבים שהיא פחות חמורה נתייג אותו כמבצע עקיף לעבירה. **היתרון הגדול ביותר של המבחן הזה** הוא שהוא גמיש והוא מאפשר הכרעה בכל מקרה על סמך הנתונים הספציפיים של כל מקרה. **החיסרון של המבחן הזה** הוא שזהו מבחן שעובד על תחושת הבטן. הוא נותן מושג יפה שמאחוריו מסתתרת רשות לשופטים לפעול לפי אינטואיציה חופשית. מבחן זה עשוי להוביל למקרים שאנשים בעלי נתונים דומים יקבלו הכרעות שונות מאחר והם נשפטים ע״י שופטים שונים.
2. המבחן החמישי והאחרון הוא **המבחן המשולב (מבחן מקבילית הכוחות).** המבחן הזה מסדיר באופן יותר מסודר את האינטואיציות שעמדו בבסיס המבחן של חשין. במבחן זה אנו בודקים את מכלול הנתונים ומציבים אותם על שני צירים – הראשון הוא ציר המעורבות במישור העובדתי (מידת התרומה במישור העובדתי) וציר המעורבות במישור הנפשי (מידת התרומה במישור הנפשי). אנחנו בודקים אם במקבילית הזו נוצרה מסה קריטית של נתונים על פיה ניתן להגיע למסקנה שמדובר במבצע בצוותא. אנחנו בודקים את הפרמטרים בשונים במבחן זה – המשמעות היא שכשאדם שהיה מאוד מעורב במישור העובדתי אנחנו נוכל להסתפק במעורבות נמוכה יותר במישור הנפשי ולהפך, על מנת להחשיבו מבצע בצוותא. זה מבחן מאוד פופולארי בפסיקה, למרות שעדיין משתמשים גם במבחנים האחרים. אחת הסיטואציות שבהם בא לידי ביטוי היתרון של המבחן הזה הן סיטואציות בהן אחד העבריינים לא נוכח בזירת העבירה.
בעבר, נוכחות פיזית בזירת העבירה הייתה אינדיקציה חזקה מאוד לשליטה בזירת העבירה. כיום, בעידן הדיגיטלי, יכולה להיות שליטה בעבירה גם בלא הימצאות פיזית בזירה. על כן הפסיקה התפתחה וניתן גם לדבר על נוכחות קונסטרוקטיבית (נוכחות בזירת העבירה גם דרך אמצעי דיגיטלי). יחד עם זאת, נוכחות קונסטרוקטיבית לא פותרת לנו את הבעיה בנוגע למקרים שבהם האדם לא נכח לא פיזית ולא קונסטרוקטיבית בזירת העבירה, אבל המעורבות שלו בשלבים המוקדמים של העבירה הייתה כל כך גבוהה שהאינטואיציה שלנו מקשה עלינו לראות בו רק צד עקיף. במקרים האלה אנחנו יכולים להיעזר במבחן המשולב. ניתן להמחיש זאת ע״י יישום המבחן על **פס״ד פלונים**. ברק אומר בפסק דין זה, לגבי טל, שהמעשים שלו הם לא שידול מאחר ומלבד שידול, הוא עשה פעולות לביצוע העבירה. עם זאת, כל הפעולות שטל עשה הן עדיין פעולות שנשארו בשלב ההכנה. אם ניישם אם מבחן מקבילית הכוחות אנחנו מקבלים הסבר יותר הגיוני להרשעה של טל. יש לו מעורבות מסוימת ויחסית קטנה במישור העובדתי, ונוסף על כך יש לו מעורבות מאוד גבוהה ביחס הנפשי. בשילוב שני הדברים האלה ביחד נגיע למסקנה כי ראוי לראות בו מבצע בצוותא ולא רק צד עקיף לעבירה.

ההבדל בין מבצע בצוותא למשדל

**פס״ד פלונים** מציף גם את השאלה מהו ההבדל בין משדל לבין מבצע בצוותא. שאלה זו צפה גם ב**פס״ד רון**. בפס״ד רון נאמר כי ההבדל הוא שהמשדל, לאחר שהוא שידל את האדם לבצע עבירה, שעה שהמבצע בצוותא ממשיך להיות מעורב בעבירה עצמה. עכשיו, לאחר קביעה זו, נשאלת השאלה מה הכוונה בלהמשיך להיות מעורב בעבירה. גם לצורך קביעה זו ניתן להשתמש במבחנים שצוינו למעלה. **פס״ד רון** ממחיש לנו את כל הקשיים למתוח קו מבדיל גם בין מסייע למשדל, גם בין משדל למבצע בצוותא ובעקיפין גם בין מסייע למבצע בצוותא.

ביהמ״ש העליון במקרה של מארי פיזם, פסק שהיא מבצעת בצוותא ולא משדלת או מסייעת. ביהמ״ש אומר שבגלל שני דברים היא מבצעת בצוותא ולא רק משדלת (למרות שדי היה אם היה מתקיים רק אחד מהם): הראשון הוא העובדה שהיא הייתה מעורבת טלפונית בזמן הרצח (ליוותה את רון ועודדה אותו) והשני הוא הפעולות שהיא עשתה אחרי המעצר של רון (ניסיון להכשיל את החקירה ולהסתיר את המוות).

היסוד הנפשי של ביצוע בצוותא

ביסוד הנפשי של ביצוע בצוותא יש לנו שתי שכבות מצטברות.

**בשלב הראשון** צריך להוכיח את היסוד הנפשי הנדרש בעבירה המושלמת שאותה מבצעים. אם אין אצל אותו אדם היסוד הנפשי הוא אינו מבצע בצוותא.

**בשלב השני** עלינו להוכיח מודעות לפעולת הצוות. כלומר, האדם צריך להיות מודע לחלקו בעבירה, לחלקם של האחרים בעבירה ולפעולה העבריינית בכללותה.

ביהמ״ש אומר שהמודעות לתלות ההדדית היא נשמת אפו של הביצוע המשותף. אם אדם מבצע פעולה עבריינית מסוימת והוא לא מודע לכך שאדם אחר מבצע אותה איתו, אין ביצוע בצוותא.

המבחנים האלה מעלים שאלה לגבי מקרה של **פעילות עבריינית משותפת ספונטנית (עבירות המון)**. עניין זה עולה ב**פס״ד עזיזיאן** (המון פורץ לדירה, מצית אותה ומשחיט אותה. עזיזיאן מצטרף לדירה וגונב פריט קטן ממנה). בעבירות המון עצם קיום ההמון מדרבן את כל אחד מהמשתתפים לבצע את העבירה. לכן, התביעה בפס״ד זה באה ואומרת שכדי להתמודד עם עבירות המון אנחנו חייבים להכיר במצב של מעורבות ספונטנית בצוותא. הסתכלות עם מקרים מתוכננים של ביצוע בצוותא לא מכסה את כל המקרים במציאות. אם אנחנו רוצים להרשיע ביצוע בצוותא עלינו להגיד שכל מי שלקח חלק, ואף קטן, בעבירה, יהיה מורשע בכל מה שקרה בפשע הספונטני. ביהמ״ש אומר שהוא מסכים עם התביעה שברמה העקרונית יכולה להיות מעורבות ספונטנית בצוותא. יחד עם זאת, אין בכך כדי לייתר את הדרישה ליסוד הנפשי. כלומר, לגבי כל אדם בנפרד צריך להוכיח מודעות לביצוע המשותף של פרטי היסוד של העבירה – שהאדם מודע לפרטי העבירה המושלמת או עצם עיניים לגביה, ולכך שהוא מודע לכך שהוא עצם עיניים ולכך שהוא חלק מהביצוע המשותף. כלומר, לא די בכך שהוא יהיה שותף לחלק פיזי של המעשה. הוא צריך גם להיות מודע לזה שהפעולה שלו היא חלק מהפעולה המשותף. ביהמ״ש קובע כי יש ספק כי עזיזיאן היה מודע בבחינת היסוד הנפשי. יש ספק גם אם הוא היה אפילו מסייע. כלומר, יש ספק אם הוא היה מודע לטיב מעשהו – לכך שנוכחותו שם מסייעת לפעילות העבריינית.

**ביצוע באמצעות אחר**

**ס׳ 29(ג) לחוק העונשין** קובע כי ״מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על ידי אדם אחר, שעשהו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים:

1. מצבים שבהם האחר אינו מקיים את היסוד הנפשי הנדרש בעבירה.
2. לאדם שביצע את העבירה בפועל מתקיים סייג מהסייגים המפורטים בסעיף״.

בעצם יש כאן סיטואציה שבה אדם אחד מנצל פערי ידע, כוח, שליטה, כפיפות, וכד׳ שיש בינו לבין אדם אחר כדי לגרום לאדם אחר לבצע את הרכיב העובדתי של העבירה.

הסייגים המפורטים בסעיף הם: קטינות, היעדר שפיות, היעדר שליטה, כורח, צידוק (יש רשימה ארוכה של סייגי צידוק) וטעות במצב דברים.

יכולה להיות גם סיבה אחרת מאחר וזוהי לא רשימה סגורה.

הדוקטרינה במקור התפתחה בהקשר שבו שלטה עדיין הגישה שאומרת שאחריות של צדדים עקיפים נגזרת מאחריות של המבצע העיקרי, ובהקשר זה בעצם הדוקטרינה ניסתה לייצר סייג לזה. דוקטרינה זו ניסתה להגיד שבמצבים של ביצוע באמצעות אחר מתקיים מצב שבו לא ראוי שאותו צד עקיף (המבצע באמצעות אחר) יתחמק מפאת העובדה שהמבצע העיקרי לא נענש – אין לו אחריות פלילית.

דוקטרינה זו עשתה זאת ע״י בניית קונסטרוקציה שאומרת שבמצבים האלה אנחנו רואים את הצד העקיף (את המבצע באמצעות אחר) כמבצע העיקרי של העבירה, למרות שלא הוא זה שביצע את היסוד העובדתי.

כיום, דוקטרינה זו משמשת פונקציה נוספת. גם היום ישנן סיטואציות בהן הדוקטרינה עדיין משתמשת את הפונקציה המקורית שלה. כאמור, צידוק הוא בעצם סדרה של סייגים. אחד מהסייגים שמפורטים בצידוק הוא סייג הצידוק עקב סירוב לפקודה.

ניקח לדוגמא חייל שמציית לפקודה לא חוקית שנתן לו המפקד שלו. עפ״י הגישה הרווחת, אם הפקודה היא בלתי חוקית (לא בלתי חוקית בעליל), אותו חייל זכאי לפטור עקב סייג הצידוק. מה לגבי המפקד? אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל, יש אחריות על המפקד וגם על החייל.

**ס׳ 34 לחוק העונשין** אומר כי ״נתון שהיה תנאי להתהוות העבירה תהיה לו נפקות לגבי כל צד לאותה עבירה אף אם אינו מתקיים בו״. ככלל, הגנות צידוק הן הגנות מסוג הצדק ולא מסוג הפטר, משמע הן תנאי לקיום העבירה. לכן לכאורה, המפקד יוכל לטעון שאין להרשיעו – הוא נתון לגבי התהוות העבירה אבל הוא אינו תלוי במפקד. מה שמונע מהמפקד לטעון טענה זו הוא **ס׳ 29(ג) לחוק העונשין** מאחר וס׳ זה בא ואומר שיש לראות במפקד מבצע באמצעות אחר.

למרות שכאמור, יש מקרים שבהם הסעיף ממלא את הפונקציה ההיסטורית שלו, כיום ככלל הסעיף משמש ייעוד נוסף. ייעוד זה הוא שידור מסר ציבורי על פיו האדם מהסוג שבו עוסק הסעיף הוא אדם שלא ראוי לראות בו רק צד עקיף לעבירה אלא ראוי לראות בו מבצע עיקרי של העבירה. לעניין זה יש השלכות לעניין הפטור עקב חרטה, לעניין עבירות מסוג חטא ולעניין מידת היכולת להטיל עליו אחריות בגין עבירות שביצעו שאר הצדדים לעבירה.

היסוד הנפשי בביצוע באמצעות אחר

גם ביסוד הנפשי בביצוע באמצעות אחר יש שתי שכבות.

**בשלב הראשון** יש להוכיח את היסוד הנפשי בעבירה שהאדם גורם לאחר לבצע.

**בשלב השני** הוא הוכחת מודעות או עצימת עיניים לנסיבות היות האחר במצב מן המצבים המצוינים ב**ס׳ 29(ג) לחוק העונשין**.

סעיף קטן 1- קטינות או אי-שפיות. דוגמה: א' שכנע את ראובן, ילד בן 11 או אדם בלתי שפוי, להכות את דני. ראובן יהיה פטור, א' יישא באחריות לביצוע תקיפה באמצעות אחר.

סעיף קטן 2- העדר שליטה. דוגמה: א' מהפנט את ראובן ללא ידיעתו ומורה לו להכות את דני. ראובן המהופנט מכה את דני, ראובן יהיה פטור. א' יישא באחריות לביצוע תקיפה באמצעות אחר.

סעיף קטן 3- בלא מחשבה פלילית. דוגמה: א' מוסר לראובן את מפתחות רכבו של דני ומשקר לו: "דני ביקש שתעשה שימוש ברכב". ראובן מאמין לא' בכל ליבו ועושה שימוש ברכב. ראובן יהיה פטור מעבירה לפי ס'413ג בהיעדר מודעות לנסיבה "ללא רשות בעליו" ו-א' יואשם כמבצע באמצעות אחר.

סעיף קטן 4- טעות במצב דברים. דוגמה: הגנה עצמית מדומה- דני צועד לעבר ראובן. א' הסכסכן מטעה את ראובן לחשוב שדני עומד לתקפו וראובן משתכנע ותוקף את דני כ"הגנה עצמית". ראובן יהיה פטור מתקיפה בשל הרכבת הגנת הטעות על הגנה עצמית. א' יואשם בביצוע תקיפה באמצעות אחר.

סעיף קטן 5- כורח (ס'34יב). דוגמה: א' מאיים על ראובן "אם לא תשרוף את חפציו של דני- אהרוג אותך!" ראובן המופחד שורף בלית ברירה את חפציו של דני. ראובן יהיה פטור וא' יישר באחריות.

סעיף קטן 6- צידוק (ס'34יג(2). דוגמה: א' מפקדו של ראובן נותן לו פקודה "בלתי חוקית סתם" לביצוע מעשה העולה כדי עבירה פלילית. ראובן יהיה פטור אך א' יישא באחריות לה כמבצע באמצעות אחר.

יש לשים לב כי במקרים של פעולה בלא מחשבה פלילית האחר לא יהיה תמיד פטור: למשל עושה שאינו בעל מחשבה פלילית עשוי להיות בעל יסוד נפשי של רשלנות ולשאת באחריות בגין בעבירת רשלנות .

גם במקרים של טעות במצב דברים האחר לא יהיה תמיד פטור; למשל, א' שמעוניין לרצוח את דני מגייס את ראובן ומשקר לו: ברצוני להטמין פצצת דמה מתחת למכוניתו של דני כדי להפחידו". ראובן מסכים ומטמין, אך מסתבר כי הפצצה הייתה אמיתית ודני מת. ראובן פטור מרצח כי טעה לגבי קטילת חייו של דני. א' יורשע ברצח כמבצע באמצעות אחר. אך ראובן יישא באחריות לעבירת איומים, שכן לגביה נשא באחריות "אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו".

סעיף 29(ד) קובע שאם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יחשב המבצע באמצעות אחר כמבצע של העבירה גם אם התכונה הייחודית הנדרשת התקיימה רק אצל האחר שבאמצעותו הוא ביצע את העבירה.

למשל: המבצע באמצעות אחר גורם לאחר שהוא עובד ציבור לעשות עבירה שהיא רק לעובדי ציבור; יהיה ניתן להרשיע את המבצע באמצעות אחר בגין ביצוע עבירה זו, למרות שהוא אינו עובד ציבור.

ההבדל בין ביצוע באמצעות אחר לבין שידול: בשידול אין את היסוד של "העושה אותו ככלי בידיו". המשדל רק נוטע את הרעיון במוחו של האחר וזהו. פה זה ממש להשתמש באדם כדי לבצע משהו אחר.

**שיעור 22 – 07.01.2019**

**אחריות לעבירה שונה**

**ס׳ 34א׳ לחוק העונשין** קובע כי:

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

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

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

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

**ס׳ 34א לחוק העונשין** עוסק במקרים שבהם צד לעבירה (המבצע – צד ראשי לעבירה), ביצע עבירה נוספת, שלא הייתה חלק מהתוכנית המקורית״. הס׳ קובע תנאים שתחתם הצדדים האחרים לעבירה – תוטל עליהם אחריות בגין העבירה הנוספת שביצע המבצע הראשי.

כלומר, מטילים על הצדדים האחרים לעבירה אחריות בגין עבירה שהם לא תכננו והם לא עשו, בגין עבירה שלא מתקיים בנוגע אליה לא היסוד הנפשי ולא היסוד העובדתי, וזאת על סמך אבן בוחן של רשלנות. במילים אחרות, תוטל עליהם אחריות בגין עבירה של אשם פלילי שהם לא נטלו חלק ביסוד העובדתי שלה, ומבחינת היסוד הנפשי גם הוא לא התקיים, אלא שכל מה שהתקיים בהם הוא יסוד נפשי של רשלנות.

ס׳ זה נוגד את עיקרון האשם שאדם יישא באחריות פלילית לפי מידת אשמתו. לכן, אם מתקיים בו יסוד נפשי של רשלנות לפי עיקרון האשם אי אפשר להרשיע אותו בעבירה של מחשבה פלילית.

עיקרון נוסף במשפט הפלילי שס׳ זה נוגד הוא עיקרון ההתנהגות על פיו אין מענישים אדם אלא אם הוא תרם בהתנהגותו לעבירה.

אם כן, למה קיים ההסדר המשפטי שבס׳ 34א׳ למרות שהוא נוגד לכאורה עקרונות של המשפט הפלילי?

התשובה לשאלה זו היא הרתעה. ברגע שאנשים חוברים יחדיו לבצע עבירה, במקרים רבים כל אחד מהם מאבד את השליטה בנוגע לאופן המדויק של התפתחות הדברים. בעצם, רוצים להרתיע אנשים מלעשות פשיעה ביחד בגלל אותו אפקט של אובדן שליטה על התפתחות הדברים שיש לפשיעה המשותפת.

בעצם אומרים לנו שברגע שאדם חובר לקבוצת עבריינים הוא לוקח סיכון שיבוצעו עבירות נוספות מעבר למתוכנן ויוטלו עליו אחריות גם על עבירות אלו, והמדינה לא רוצה שהוא ייקח את הסיכון הזה.

במילים אחרות, הרציונאל של הסעיף נשען על הכלל הורסארי שמקורו במשפט הקנוני. כלל זה אומר שמי שנקלע בהתנהגות שלא כדין למצב בו נעשה מעשה נתון, ייוחס לו כל הנובע מעבירה באותו המעשה.

התנאים המצטברים לצורך הטלת אחריות מכוח **ס׳ 34א לחוק העונשין**

**התנאי הראשון** הוא שהמבצע עבר עבירה;

גישה אחת אומרת ש"אגב" היא זיקת זמן. העבירה השונה הנוספת היא עבירה שנעשתה בזמן ביצוע העבירה הראשית. למשל, שני שותפים מחליטים לשדוד בנק ואחד מהם מחליט תוך כדי השוד לבצע אונס בבת ערובה (זיקת זמן). גישה אחרת אומרת שמדובר בזיקה מהותית. למשל, שני שותפים מחליטים לשדוד בנק ואחד מהם מחליט יום לפני לרצוח את השומר (זיקה מהותית).

**התנאי השני** הוא שהעבירה נעברה אגב לעבירת העבירה הראשית;

**התנאי השלישי** הוא שהעבירה הנוספת היא שונה ממנה או נוספת לה;

הס׳ רלוונטי רק לגבי עבירות שלא היו חלק מהתכנון המקורי של העבירה.

**התנאי הרביעי** הוא שבנסיבות העניין אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה של העבירה.

אחריות תוטל בגין העבירה השונה והנוספת מכוח הס׳ כאשר השותף היה רשלן בנוגע לאפשרות ביצוע העבירה.

אם התקיימו ארבעת היסודות הללו – תוטל אחריות גם על המבצעים בצוותא הנותרים של העבירה.

קיימות שתי פרשנויות אפשריות לתנאי הרביעי של הס׳. פרשנות אחת, שהיא הפרשנות שאומצה בפסיקה (**הלכת מרדכי**) קובעת שהתנאי הרביעי הופך את הסעיף לרלוונטי רק למקרה שבו השותף לעבירה היה רשלן. כלומר, אם התקיים אצלו יסוד נפשי של מודעות למשל, הרי שעפ״י הלכת מרדכי הסעיף לא רלוונטי ותוטל על שותף כזה אחריות מכוח דיני השותפות הרגילים.

כלומר, אם אלמוני חובר עם פלוני לביצוע עבירה, ואלמוני מודע לכך שפלוני מתכנן אגב לתכנון אותה עבירה לבצע עבירה אחרת, הלכת מרדכי אומרת שס׳ 34א אינו רלוונטי ותוטל על אלמוני אחריות כמבצע בצוותא לעבירה שהוא היה מודע שפלוני יבצע מכוח דיני השותפות הרגילים. החשיבות של זה היא למשל, שההסדר שקבוע לגבי עונשי חובה לא יהיה רלוונטי.

על הלכת מרדכי הועברה ביקורת, שכן היא בעצם מטילה אחריות על השותף המודע בגין עבירות שהוא לא תרם להן פיזית ולא התכוון לבצען, מבלי להעניק לו את האלמנטים המקלים שקיימים ב**ס׳ 34א׳ לחוק העונשין**.

לכן, **הפרשנות החלופית שהתפתחה בספרות** היא שהס׳ אומר שעל מנת שהוא יחול צריך להתקיים אצל הצד לעבירה, לכל הפחות יסוד נפשי של רשלנות – ז״א הס׳ יכול להתקיים גם אם יש לו מודעות.

כשהעבירה אינה חלק מתכנון המקורי אך השותפים היו מודעים בפועל לאפשרות עשייתה, אין תחולה לס׳ 34א׳ והאחריות בגינה תיקבע עפ״י דיני השותפות הרגילים. אם האדם הסביר יכול היה לצפות את קרות העבירה הנוספת – ס׳ 34א׳ רלוונטי. במילים אחרות, כשהעבירה אינה חלק מתכנון העבירה המקורי והשותפים היו רשלנים בנוגע לאפשרות ביצועה ע״י המבצע, אזי יחול ס׳ 34א׳.

כשהעבירה היא אינה חלק מהתכנון העיקרי והשותפים גם אינם מודעים בפועל לאפשרות ביצוע העבירה הנוספת, וגם אינם רשלנים ביחס לכך (כלומר, האדם מן היישוב בנעליהם גם הוא לא יכול היה לצפות את העבירה) לא יחול ס׳ 34א׳ ובהיעדר מקור אחר להטיל עליהם אחריות לא תוטל עליהם אחריות בגין העבירה השונה או הנוספת.

בהתקיים ארבעת התנאים של **ס׳ 34א׳(א) לחוק העונשין** הרי שיטילו אחריות על הצדדים האחרים לעבירה בגין העבירה השונה או הנוספת שביצע המבצע. הדבר נכון בין אם מדובר במבצעים בצוותא, ובין אם מדובר במסייע או משדל. יחד עם זאת, מידת האחריות שתוטל על מבצעים בצוותא שונה ממידת האחריות שתוטל על מסייעים ומשדלים.

**ס׳ 34א׳ לחוק העונשין** עצמו קובע הסדרים שונים מצד אחד למסייע ולמשדל ומצד שני למבצעים בצוותא.

המשדל והמסייע

ברגע שהתקיימו אותם ארבעת התנאים המצטברים לצורך תחולת הס׳ (כלומר, ברגע שהעבירה ביצע עבירה נגררת אגב ביצוע העבירה המתוכננת שאדם מן היישוב היה יכול לצפות אותה), המשדל והמסייע יישאו באחריות לעבירה הנגררת כעבירה של רשלנות וזאת אם קיימת עבירת רשלנות בעלת אותו יסוד עובדתי.

דוגמא לכך היא מצב בו פלוני ואלמוני שודדים בנק. במהלך השוד אלמוני רוצח אדם. פלוני לא צפה לעבירה זו אבל השודד מן היישוב היה צופה שאלמוני יעשה זאת. כלומר, אנחנו בתחום של ס׳ 34א לחוק העונשין. על איזו עבירה ירשיעו את פלוני? את שני הצדדים הרי ירשיעו בשוד ואלמוני יורשע גם ברצח. פלוני יורשם בגרם מוות ברשלנות.

דוגמא אחרת היא שאלמוני משדל את פלוני לבצע שוד. פלוני מבצע את השוד ובמהלך השוד רוצח אדם. אלמוני לא צפה שפלוני ירצח אבל אדם מן היישוב היה צופה זאת. פלוני יורשע בעבירת הרצח ואלמוני יורשע בעבירת גרימת מוות ברשלנות.

המבצעים בצוותא

מלבד חריג שנוגע לעבירות כוונה, הס׳ קובע הסדר מאוד מחמיר לגבי המבצעים בצוותא. הס׳ קובע כי על המבצעים בצוותא תוטל אחריות בגין אותה העבירה של מחשבה פלילית שבוצעה ע״י המבצע העיקרי אגב ביצוע העבירה העיקרית.

למשל, אלמוני ופלוני מבצעים שוד ביחד ופלוני מבצע אונס במהלך השוד. בהנחה שהאדם מן היישוב היה צופה את כך שפלוני יבצע אונס ירשיעו את אלמוני בביצוע אונס.

יש לשים לב כי זה לא רק שיש כאן חריגה מעיקרון ההתנהגות ועיקרון האשם, כי מרשיעים בגין פעולה שלא נעשתה ובגין עבירת מחשבה פלילית בלא התקיים מחשבה פלילית. יש כאן גם חריגה מכלל המידתיות. דיני העונשין אומרים שהעונש המקסימלי על עבירת רשלנות הינה שלוש שנים. במקרה של הדוגמא שציינו, העונש המקסימלי של אונס הינו 16 שנים.

בעוד שבשביל להרשיע את פלוני באונס צריכה להתקיים אצלו מחשבה פלילית, ע״מ להרשיע את המבצעים בצוותא בשוד כל מה שצריך הוא יסוד נפשי של רשלנות. עולה השאלה איך זה הוגן?

דווקא האדם שלא תרם באופן ישיר לביצוע אותה העבירה, כדי להעניש אותו אנחנו מסתפקים בדרישה פחות מחמירה מבחינת היסוד הנפשי.

אכן, בספרות הועברה ביקורת מאוד חמורה על הסעיף הזה. אפילו נטען כי הס׳ הזה הוא לא חוקתי.

המצדדים בס׳ אומרים שיש בו צורך ע״מ לייצר הרתעה וכי אדם צריך להיות מודע לכך שהוא לוקח את הסיכון שהמבצע השני יבצע עבירה נוספת על הדרך.

המחוקק ריכך את דרישות הס׳ בשתי דרכים:

1. **האלמנט המקל הראשון** הינו שאם העבירה הנגררת הינה עבירת כוונה, על המבצעים האחרים של העבירה תוטל אחריות בגין עבירה פלילית של מחשבה פלילית. כלומר, עבירה פלילית שדורשת לכל היותר אדישות. למשל, אם חוזרים לדוגמא שבה אלמוני ופלוני מבצעים שוד ופלוני זומם להרביץ לפקיד המשכנתא, אלמוני לא מודע לכך אבל האדם מן היישוב היה מודע, ניתן לומר שהעבירה הנגררת שפלוני מבצע במהלך השוד היא עבירה של גרימת חבלה חמורה בכוונה (**ס׳ 329(א)(1) לחוק העונשין**) שעונה שהמקסימלי הוא 20 שנה. המבצע בצוותא הרשלן לא יורשע בגין העבירה הזו אלא בגין עבירה של גרימת חבלה חמורה בפזיזות (**ס׳ 333 לחוק העונשין**), כאשר העונש המקסימלי של זו הינו שבע שנים.
מה קורה במקום בו אלמוני מבצע רצח בכוונה תחילה ופלוני לא ידע על כך אך האדם מן היישוב היה יודע? את המבצע בצוותא הרשלן לכאורה היה ניתן להרשיע בהריגה. למה לכאורה? ניתן לאכוף זאת. הדרך היא להרשיע את פלוני ברצח עפ״י ס׳ 300(א)(3) – גרימת מוות למען קידום עבירה אחרת. ״גורם במותו של אדם תוך ביצוע עבירה, תוך הכנות לביצוע העבירה או ע״מ לקדם את העבירה״. פרשנות סבירה של הסעיף הייתה אומרת שאי אפשר לבצע הרשעה כזו כי ברור שכאשר המחוקק דיבר על עבירת כוונה הוא דיבר על עבירה של רצח בכוונת תחילה. ביהמ״ש העליון לא חשב כך וב**פס״ד סילגדו** הוא השאיר בצריך עיון את השאלה לגבי הרשעה כזו ולכן בפועל התביעה עושה זאת.
2. **האלמנט המקל השני** נמצא ב**ס׳ 34א(ב) לחוק העונשין**. תת סעיף זה אומר שאם המבצע העיקרי ביצע עבירה שיש לה עונש חובה, הרי שעבור שאר הצדדים לעבירה יהיה מדובר בעונש מקסימלי.

למרות שני האלמנטים הללו, **מדובר בסעיף שיוצר הסדר מחמיר ביותר הסותר מעקרונות בסיסיים של המשפט הפלילי- ומאפשר בסופו של יום, להטיל עונשים כבדים, ואפילו מאסר עולם, על בן אדם שנעדרה בו המחשבה הפלילית הסובייקטיבית לביצוע העבירה.** הוא היה בסך הכל רשלן!

לכן, טענו העותרים **בפס"ד סילגדו** שההסדר שקבוע בס' 34 א', ככל שהוא נוגע למבצעים בצוותא, פוגע בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו באופן לא מידתי- ולכן דינו להתבטל.

**נתונים ענייניים ואישיים – ס׳ 34ב לחוק העונשין**

השאלה הראשונה שמתבקשת- מהו נתון ענייני ומהו נתון אישי.

**אם מדובר בנתון ענייני-** אנחנו נניח שהוא משפיע על שאלת האחריות והעונש של כל הצדדים לעבירה, אפילו לגבי צדדים שהוא לא מתקיים לגביהן.

**אם מדובר בנתון אישי-** הוא יהיה רלוונטי רק לגבי האדם שהוא נוגע אליו.

החוק לא מגדיר מהו נתון ענייני ומהו נתון אישי, ולכן אנחנו צריכים לפנות לספרות.

ההגדרה בספרות לנתונים אישיים על פי פלר- נתונים אישיים הינם מערכת הנתונים הפרטיים המתקיימים לגבי צד כלשהו לעבירה, שאין התהוות אותה עבירה מותנית בהתקיימות אותם תנאים, אך יש בנתונים כדי להצמיח מכוח החוק- תוצאות בנוגע למידת הטיפול העונשי, דרך הטיפול העונשי או אפשרות הפעלת טיפול עונשי כלשהו כלפי אותו צד.

**במילים אחרות, נתונים אישיים הם חיצוניים למבנה העבירה ואינם משליכים על התהוותה.** **לדוג'-** קטינות, פטור עקב חרטה, חסינות ועוד. יש אנשים שגם אם הם מבצעים עבירה- לא ניתן להעמיד אותם לדין.

דוג נוספת לנתון אישי- חנינה. ניתן להעניק חנינה גם לפני הרשעה. חנינה זו לא תשליך על המסייע/ המשדל או המבצע בצוותא איתו.

יש גם נתונים אישיים מחמירים, כמו מועדות לבצע את העבירה- העובדה שאחד הצדדים מועד לבצע את העבירה- תשפיע רק על היחס שיינתן לו.

מנגד, נתונים עניינים, לפי פלר, הינם מערכת הנתונים בהם בא לידי ביטוי אירוע מסוים העשויים לספק את הדרישות בהם מותנים, לפי החוק, פריריותו של האירוע, זהותו כסוג מסוים של עבירה וממדי חומרתו.

**לדוג'-** חלק מהסייגים לאחריות הפלילית מהווים נתונים עניינים. למשל- הגנה עצמית, צורך, צידוק, כורח. סייגים מסוג הצדק הם נתונים עניינים וסייגים מסוג הפטר הם נתונים אישיים. נוהג זה לא מדויק, כי יש סייגים מסוג הפטר שעדיין נחשבים נתונים עניינים, מהסיבה שקיומם מעיד על כך שלא קיים Mens rea- היסוד הנפשי. נתון ענייני זה נתון שנדרש לשם התהוות העבירה.

לכן, ככלל, טעות במצב הדברים, היא נתון ענייני, ושכרות גם היא יכולה להיות נתון ענייני.

**לדוג'-** רופא מטפל ללא הסכמה בחולה, האחות מסייעת לו. את הרופא מעמידים לדין לתקיפה ואת האחות לסיוע לתקיפה.

הרופא טוען להגנת צידוק מכוח ס' 34יג' 3- משמע, המעשה היה דרוש באופן מידי לשם הצלת חיי אדם ולא ניתן היה להשיג הסכמה. מדובר בנתון ענייני ולא אישי, ולכן הוא יהיה רלוונטי לא רק לרופא אלא גם לאחות.

העניינים יכולים להיות גם לחומרה, לפי ס' 402 ב' לחוק העונשין. למשל אם נעשה בעבירת אלימות שימוש בנשק חם או במכשיר שיש בו לסכן או לפגוע. נגיד שאדם א' שודד בנק יחד עם אדם ב'. אדם ב' מחזיק את האקדח. העובדה שאדם ב' מחזיק את האקדח לא מהווה נתון אישי, אלא נתון ענייני וכל השותפים יעמדו לדין בגין החזקת אקדח. ברמה הפרקטית העונש המקסימלי שניתן להטיל על כל אחד מהם הוא 20 שנות מאסר.

הבעיה בס' 34 ב' היא שאין בו הגדרה מפורשת לנתונים עניינים ולנתונים אישיים ולכן יהיו מקרים בהם ההכרעה לא תהיה ברורה.

**לדוג'-** אישה שרויה בדיכאון לאחר לידה וכתוצאה מכך גורמת למותו של תינוקה, בכוונה. בעלה מבצע איתה את העבירה. את האישה, בהנחה שהיא עומדת בכל התנאים של ס', נעמיד לדין על עבירה של המתת תינוק, שעונשה המקסימלי הוא 5 שנים לפי ס' 303 לחוק העונשין. לגבי בעלה- אם נגיע למסקנה שהיות האם בדכאון0 זה נתון אישי, את אברהם נעמיד על ביצוע בצוותא של רצח בכוונת תחילה.

אם יהיה מדובר בנתון ענייני לעניין התהוות העבירה- הרי שצריך להרשיע את אברהם גם בהמתת תינוק ולא ברצח.

פלר אומר שזה נתון ענייני. קרמניצר אומר שזה נתון אישי.

צריך להבין מה מסתתר מאחורי הוויכוח. אם אנחנו מתייחסים לעבירה של המתת תינוק כעבירה נפרדת, הרי שהיות המבצעת, האם, כ-12 החודשים לאחר הלידה, שהנמצאת בערעור נפשי עקב הלידה או ההנקה, שמוביל אותה לגרום למותו של תינוקה, הרי שמדובר בנתונים עניינים- כי הם נתונים עניינים שנדרשים לצורך התהוות העבירה- המתת תינוק.

אם נתייחס לס' 303 כס' שנועד להעניק עונש מופחת בגין הריגה או רצח לסוג מסוים של מבצעים, העובדה שהמבצעת היא האם, בנסיבות העניין, מצביע על נתון אישי.

הבעיה היא שבשכבה הראשונה המחוקק ניסח את זה כאילו זו עבירה נפרדת, בעוד שהוא כנראה התכוון לייצר תנאי מקל לעבירות הרצח וההריגה. והבעיה בשכבה השנייה היא שהמחוקק לא הגדיר באופן חד מהם נתונים אישיים ומהם נתונים עניינים.

הבעיה היא גם בניסוח של ס' 303. תיקון 39 שיער שיום אחריו יעשו רפורמה בחלק הספציפי, שיתאים עצמו לחלק החדש. הרפורמה הזו לא נעשתה ולכן תיקון זה בעייתי.

**שיעור 23 – 09.01.2019**

**רב עבריינים**

אנחנו מדברים כאן על אדם שנמצא בראש ההיררכיה של הפעילות העבריינית.

לסיווג האדם כשותף עקיף מול שותף ישיר (משדל ומסייע מחד מול מבצע בצוותא מאידך) ישנן השלכות משמעותיות, בין אם זה בנוגע למידה שניתן להטיל עליו אחריות בגין עבירות ששותפים אחרות לעבירה מבצעים ובין אם זה בנוגע לסוג הפטור עקב חרטה שניתן להעניק לאותו אדם.

לפי פרשנויות מסוימות, יש השפעה מאוד גדולה לשאלה איזה פטור עקב חרטה חל על האדם. יחד עם זאת, מה שראינו הוא שמלאכת הסיווג היא מסובכת.

מלאכת הסיווג היא מסובכת אפילו יותר כאשר אנו עוסקים באדם העומד בראש ההיררכיה העבריינית. מתוקף זה שהוא עומד בראש ההיררכיה העבריינית מידת התרומה שלו במישור העובדתי של העבירה יכולה להיות גם אפסית. לעומת זאת, מידת התרומה שלו במישור הנפשי או החפצי היא אדירה.

השאלה היא איך מסווגים אדם כזה?

נתחיל מדוגמא פשוטה. נניח שמפקד נותן פקודה בלתי חוקית בעליל לפקודיו. כאשר מדובר פקודה בלתי חוקית בעליל, גם הפקודים אשמים בביצועה.

פסק הדין שנחשב ההלכה לבתי הדין הצבאיים הוא **פס״ד ראובן** משנות השבעים. בפס״ד זה מה שקורה הוא שיש התפרעויות ומביאים יחידה לתחזק את האזור ע״מ להרגיע התפרעויות. לוקחים את כל העצורים שהתפרעו למשטרה, ובמהלך העברה של העצורים לתחנת המשטרה – חיילים הכו אותם מכות נמרצות וגרמו למותו של אחד העצורים. ביהמ"ש המחוזי החליט שהרס"ן הוא זה שנתן את הפקודות ושבמעשיו כמכלול ניתן להסיק שהוא האחראי. הוא מסיר את האחריות מעצמו וטוען כי החיילים ביצעו את המעשים על דעת עצם בלי הוראה ישירה ממנו.

החיילים הם לא שותפים לעבירה הם "סוכנים תמימים" מפני שיחסי הכוחות בינם לבין המערער הוא אינו שוויוני. הוחלט לדחות את הערעור בגין ההרשעה ולקבל את הערעור בגין זמן המאסר- קוצר לשנת מאסר אחת במקום שנתיים.

פס״ד זה מתעסק ברס״ן ראובן ולכן הוא זה שמייצר את ההלכה. רס״ן ראובן שידר את הפקודה לשבור ידיים ורגליים לעצורים ועזב. במישור העובדתי הוא לא השתתף כלל. עם זאת, במישור הנפשי, בלי פקודתו של רס״ן ראובן דבר לא היה קורה. הבעיה שלנו כלסווג אותו כמשדל היא שמידת השליטה שלו על החיילים היא הרבה יותר גבוהה מהמשדל הקלאסי. סוג היחסים כאן ועוצמת ההיררכיה היא הרבה יותר חזקה. אם נרצה לסווג אותו כמבצע בצוותא, הבעיה העולה לנו היא שמידת השליטה שלנו במישור הנפשי היא אדירה אך יש לו אפס מעורבות במישור העובדתי ולכן זה מקשה על הסיווג כמבצע בצוותא. לגבי הסיווג בתור מבצע באמצעות אחר, אם היה מדובר בפקודה בלתי חוקית סתם (לא בלתי חוקית בעליל), אזי שהתשובה היא ברורה שהמפקד הוא מבצע באמצעות אחר וזאת משתי סיבות. הסיבה הראשונה היא פורמאלית: אם נסתכל בס׳ 29 לחוק העונשין נראה כי אחת החלופות הקבועות שם למבצע באמצעות אחר היא חלופה שבה מדובר על ביצוע באמצעות אחר כאשר על האחר שהיה כלי בידי האדם חל אחד מסייגי הצידוק שקבועים בס׳ 34יג לחוק העונשין. סייג צידוק זה הוא ׳עקב ציות לצו של רשות מוסמכת׳, קרי – פקודה. הסיבה השנייה והמהותית היא כי ברור שהחייל במקרה של פקודה בלתי חוקית סתם מאחר ואם הוא לא ימלא את פקודת המפקד הוא יועמד לדין בגין סירוב לפקודה.

מה קורה אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל?

ישנן שתי אופציות לגבי מה קורה במצב של פקודה בלתי חוקית בעליל.

**אופציה פרשנית ראשונה** אומרת שגם כאשר מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל זהו עדיין ביצוע באמצעות אחר. הרשימה בס׳ 29 לחוק העונשין היא לא רשימה סגורה, וציות של חייל לפקודה בלתי חוקית סתם דומה במהות לציות לפקודה בלתי חוקית בעליל ומתקיימים בין החייל למפקד גם יחסי מרות.

**אופציה פרשנית שנייה** אומרת שאי אפשר לסווג ציות לפקודה בלתי חוקית בעליל לביצוע באמצעות אחר מאחר ולא מדובר כאן במצב כגון המצבים המפורטים בס׳ 29 לחוק העונשין. זאת מאחר ומה שאנחנו מצפים מחייל לעשות בפקודה בלתי חוקית בעליל הוא לסרב ולא להיות כלי בידיו של המפקד במצבים האלה.

בנוסף, מבחינה יותר כללית מרבית המצבים בס׳ 29 לחוק העונשין הם מצבים בהם האדם לא פועל באופן אוטונומי, בעוד שמחייל שמקבל פקודה בלתי חוקית בעליל אנחנו דורשים לנהוג באופן אוטונומי ואנחנו דורשים ממנו לקבל החלטה אוטונומית של סירוב.

איזה מבין הגישות מאמץ **פס״ד ראובן**?

מצד אחד, נראה לכאורה שיש תמיכה בפס״ד ראובן בעמדה השנייה, מאחר ונאמר לנו מפורשות בפסק הדין שכאשר מדובר בפקודה בלתי חוקית סתם צריך לראות במפקד כמבצע באמצעות אחר, בעוד שכשמדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל צריך לראות במפקד משדל.

מצד שני, בחלקים אחרים בפסק הדין ברור כי יש צידוד בהשקפה שעומדת מאחורי העמדה על פיה נתינת פקודה בלתי חוקית בעליל היא ביצוע באמצעות אחר מאחר והיחסים בין החייל למפקד אינם משתנים עקב אופי הפקודה.

איך שני הדברים האלה מתיישבים יחד מבחינת ביהמ״שׁ? פסק הדין הוא משנת 76' , לפני חקיקת תיקון 39. תיקון 39 גרם להבדל משמעותי בהשלכות הסיווג. מבחינה פורמלית זה לא משנה מה הפרשנות של המילה גרון, זה לא משפיע על המקרה איך הוא יסווג את העבריין. ביהמ"ש לא מסתבך בגלל המילה כגון. ביצוע באמצעות אחר או משדל זה לא ממש משנה, המצב מבחינת המפקד נשאר זהה.

טרם הגיע פס"ד שחייב את הפסיקה הצבאית לדיון בסוגיה אם מדובר במבצע באמצעות אחר או במשדל.

נעבור למקרה קצת יותר מסובך, וזהו מקרה של רב עבריינים.

רב עבריינים הוא בעצם ראש ארגון פשע או ראש ארגון טרור. ארגוני פשיעה וטרור בנויים בהיררכיה מסוימת, והלוגיקה הפנימית של ההיררכיה הזו היא להקשות על המשטרה לתפוס (במובן של להרשיע) את העומד בראש ההיררכיה. ארגון הפשע דואג שראש ההיררכיה לא ידע על אף אחד מהפשעים הקונקרטיים. מה שראש ההיררכיה מספק הוא את האסטרטגיה הפלילית הכללית. רב העבריינים לא מטריד עצמו בעניינים קטנים ובדרך כלל את רוב החיילים הוא אפילו לא מכיר.

נשאלת השאלה במקרה הזה איך אנחנו נסווג אותו? נניח שעבריין זוטר בהיררכיית הפשע ביצע עכשיו עבירה. מה הסיווג של ראש ההיררכיה ביחס לאותו פשע?

האם הוא משדל? האם אפשר לסווג את רב העבריינים כמשדל?

מדובר כאן במערכת יחסים שההיררכיה בה היא הרבה יותר חזקה מההיררכיה שקיימת ביחסי שידול רגילים. סיבה נוספת לכך שבעייתי להרשיע אותו כמשדל הוא שדואגים שלא ייתן פקודות לאנשים ספציפים ובסיטואציות מסוימות. הוא בדרך כלל אפילו לא יודע על הפשעים הקונקרטיים.

מה לגבי מבצע בצוותא? האם ניתן לסווג את רב העבריינים כמבצע בצוותא?

הבעיה היא שביחס למקרה הטיפוסי של המבצע בצוותא מידת המעורבות של רב העבריינים במישור העובדתי היא אפסית ולא אפס.

מה לגבי מבצע באמצעות אחר?

**עמדה אחת** באה ואומרת שאפשר לסווג אותו בתור מבצע באמצעות אחר. שלב ראשון בטיעון הוא שכאשר מדובר במפקד צבאי ובחייל שמציית לפקודה בלתי חוקית סתם ברור שמדובר במבצע באמצעות אחר. שלב שני, כאמור, הוא שניתן לטעון על סמך המילה ״כגון״ בס׳ 29 לחוק העונשין שגם כאשר מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל ניתן לסווג את המצב כמצב של מבצע באמצעות אחר מאחר ואופי הפקודה לא משנה את מערכת היחסים בין המפקד לחייל. השלב השלישי הוא שהיה והכרנו בסיטואציה של מפקד כמבצע באמצעות אחר גם כשהוא נותן פקודה בלתי חוקית בעליל בעצם נפרץ הסכר לאפשרות שיהיו מקרים בהם נכיר באדם כמבצע באמצעות אחר למרות שגם ״האחר״, מוטלת עליו אחריות פלילית. אם פרצנו את הסכר הזה יהיה ניתן להשליך את זה גם על מקרה של רב עבריינים.

יש קושי ראייתי בלהוכיח קשר בין רב העבריינים לבין אחד מה״חיילים״ שלו בהיררכיה העבריינית.

**עמדה שנייה** טוענת כי קיים שוני גדול מדי בין המקרה של רב העבריינים לבין המקרים המפורטים בס׳2 29(ג) לחוק העונשין ולכן אי אפשר לראות ברב העבריינים במבצע באמצעות אחר.

**עמדה שלישית** היא עמדתו של חשין ב**פס״ד משולם**. חשין אומר שהוא מסכים עם העובדה שאין דמיון מספיק למבצע באמצעות אחר. יחד עם זאת, לטעמו זה לא אומר שצריך לראות ברב העבריינים משדל מאחר ועוצמת היחסים חזקה מדי ולכן בהתאם לגישה הכללית שלו לגבי איך מקטלגים מבצע באמצעות אחר (מבחן חבות העונש) הוא אומר שנשארה לנו רק אופציה של ביצוע בצוותא.

ניקח לצורך יישום את המקרה של פס״ד **משולם** והשני הוא המקרה של **פס״ד ברגותי**.

משולם היה נוכח בזירת ביצוע עבירות עד לסמוך לפני ביצוען. הוא היה בעל השליטה על האנשים שהתבודדו בביתו, הוא היה המנהיג. הוא נתן הנחיות לאנשים שלו ופיקה עליהם. הוא נמנע במתכוון מלהורות להם לחדול בביצוע עבירות. מצד שני, הוא לא נתן הוראה לבצע שום עבירה ספציפית מבין העבירות שבוצעו והוא לא נכח בשטח בעת ביצוע העבירות. דעת הרוב קובעת כי הוא מבצע בצוותא, ודורנר קובעת כי הוא רק משדל. דעת הרוב חלוקה לגבי המבחן שמסווג בתור מבצע בצוותא.

ברך נסמך על מבחן השליטה הפונקציונאלית והוא נאחז בכך שמשולם אמר לאנשיו ״אל תיכנעו״. ברק אמר שכאשר הוא אומר לאנשיו דבר כזה הוא יודע שאנשיו לא יחדלו מביצוע עבירות, הוא יודע שאלו יהיו עבירות בעלות אופי אלים ושהן ימשיכו גם ברגע שיהיה במעצר.

השופט מצא הולך לפי המבחן המשולב. השופט חשין נסמך על מבחן חבות העונש.

בנוסף, בהערת אגב הוא אומר שבמקרה של רב עבריינים, כי הוא יהיה מוכן להכיר ברב עבריינים כמבצע בצוותא גם אם אף אחת מהפעולות של רב העבריינים לא חצתה את הגבול של הניסיון.

מה שחשין אומר הוא שצריך לראות ברב העבריינים כמבצע בצוותא למרות שהתרומה שלו במישור העובדתי היא אפס וזאת בגלל התרומה החזקה שלו במישור הנפשי.

דורנר בדעת מיעוט טוענת כי משולם הוא משדל ולא מבצע בצוותא.

״מן המקובץ עולה, שאם ניטול מן הביצוע בצוותא את התרומה הפיזית, ובכללה מתן הנחיות בעת ביצוע העבירה, ייוותר שידול גרידא. אכן, מקום שלמשדל יש שליטה על המשודל – בין שהמשדל הוא מפקד שנתן פקודה בלתי-חוקית-בעליל, ובין שהוא מנהיג כנופיה ששלח את אנשיו לבצע תכנית פלילית – הרי שמבחינה מוסרית שליטתו הופכת אותו לאחראי העיקרי לאירוע העברייני, הגם שטכנית הוא שותף עקיף בלבד. ברם, אחריות מוגברת זו של המשדל באה לידי ביטוי בחוק עצמו. מידת האחריות המיוחסת למשדל, זולת לעבירה נוספת, זהה לאחריות המבצע העיקרי. הוא הדין בעונש הצפוי לשניים. יסודה של הבחנה זו בין מבצע בצוותא למשדל הוא במעורבותו של המבצע בצוותא בעשייה העבריינית, כאשר פועל הוא כגוף אחד עם שותפיו, שמי מהם מבצע את העבירה הנוספת, בעוד שהמשדל עומד מחוץ לעשייה העבריינית. ראו פלר בספרו הנ"ל (כרך ב) [20], שם, בעמ' 343. ראו גם, לביקורת על האחריות המוגברת של המבצעים, מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" [27], בעמ' 50. לאחריות המוגברת של המשדל ניתן גם לתת ביטוי בגזירת הדין, כך שעונשו של המשדל יהיה חמור מזה של המבצע העיקרי. ראו, למשל, ע/283/58 עופר ואח' נ' התובע הצבאי הראשי [14], בעמ' 401, 404, 418.״

דורנר הייתה השופטת בפס״ד ראובן, אבל היא הקישה מהכלל הפורמאלי שנקבע בפס״ד ראובן אבל לא הקישה את המהות. העניין הוא שאין שום היגיון שהסיכוי להפליל אותו יהיה קטן יותר. כל המהות של רב עבריינים היא שהוא רוצה לגרור עבירות נוספות.

**פס״ד ברגותי** הוא מקרה בו ברמה העקרונית אנחנו מבינים מה אחריותו של האדם אבל כשזה מגיע לדרישות של המשפט הפלילי לא מצליחים להרשיע אותו ויתרה מכך, אם אנחנו רוצים להיות הוגנים עלינו להעמיד אותו למשפט כדין. אסור לנו לעוות את העקרונות של המשפט הפלילי רק על מנת להגיע לתוצאה מסוימת.

בפס״ד זה ״החיילים״ דואגים באופן די עקבי שלא תהיה לברגותי שום נגיעה בעבירות ספציפיות. ביהמ״שׁ לא מצליח לקשר אותו לשום עבירה מפרט לארבעה מקרים בהם נמצאו ראיות מקשרות, וע״כ לא היה ניתן להרשיעו באף אחד מהמקרים פרט לארבעה הללו.

ביהמ״ש אומר כי ״על פי העקרונות המשפטיים וההלכות שפורטו לעיל, גם לא ניתן לראות בנאשם מבצע בצוותא של כל הפיגועים נשוא כתב האישום, יחד עם המפגעים והמתכננים שהוציאו אותם אל הפועל, שכן אין כל ראיה לכך שהוא היה מודע לכוונה לבצעם (פרט לארבעת הפיגועים בהם היה מעורב אישית, כפי שיפורטו בהמשך). חרף הפרשנות הרחבה מאוד שניתנה בפסיקה למילים "המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה", וההלכות הנוגעות לאחריותו של מנהיג חבורת פשע – לא ניתן לקבל את טענת התביעה, לפיה יש לראות בנאשם מבצע בצוותא של כל הפיגועים נשוא כתב האישום. המינימום הנדרש על פי הפסיקה שבוארה לעיל, לצורך הטלת אחריות של מבצע בצוותא על מנהיג חבורה שאיננו נוכח בזירת העבירה, הוא השתתפות בתכנון העבירה או קשירת קשר לביצועה; מתן הנחיות או אישור לביצוע העבירה; פיקוח על ביצוע העבירה; או העלאת הרעיון לביצוע העבירה בצירוף סיוע או תכנון. כל אחד מאלו עשוי להיחשב על פי הפסיקה כ"עשיית מעשים לביצוע העבירה", אשר מבססת אחריות של מבצע בצוותא. אך אין די בכך שהמנהיג שולט באנשיו, ואלה סרים למרותו, כדי להטיל עליו אחריות של מבצע בצוותא למכלול העבירות שביצעו אנשיו, כאשר אין כל ראיה הקושרת את המנהיג בדרך כלשהי לתכנונן או לביצוען, ואף אין כל ראיה כי ידע על הכוונה לבצען.

התביעה חייבת להוכיח שהנאשם קשור בדרך זו או אחרת לעבירה מסוימת – הן ביסוד העובדתי של העבירה, והן ביסוד הנפשי שלה, וזאת לא הוכיחה פרט לארבעת הפיגועים שיפורטו להלן״.

ביהמ״ש קובע גם כי לא ניתן לראות בברגותי כמשדל או מסייע. בשורה התחתונה, הוא מרשיע אותו בארבעה מקרים שבהם הוא לא היה זהיר מספיק. לעומת זאת, לגבי 33 פעולות הטרור האחרות נקבע כי אין ראיות לגבי עבירות ספציפיות וע״כ אין אפשרות להרשיעו.

בעקבות הבעיה שנוצרת עם הקושי להרשיע את רבי העבריינים הייתה פסיקה רבה שקראה למחוקק לייצר קטגוריה חדשה של מבצע עיקרי. אבל, המחוקק פעל באופן אחרת. הדרך שהוא בחר היא לקבוע עבירות סטאטוס מיוחדות. עבירה אחת כזו הוא קבע בשנת 2003 בחוק למאבק בארגוני פשיעה – ״ראש ארגון פשע״.

כעבור יותר מעשור, בשנת 2016, בחוק המאבק בטרור נקבע הסדר דומה ואפילו מעט יותר מחמיר לגבי ראש ארגון טרור.

חוק המאבק בארגוני פשיעה מגדיר ארגון פשיעה כך ״חבר בני אדם מאוגד או בלתי מאוגד שפועל בתבנית מאורגנת שיטתית ומתמשכת לעבירת עבירות״. צריך לעמוד בקריטריונים שאומרים שיש כאן ארגון פשיעה. הפשיעה קבעה כל מיני פרמטרים ומבחני עזר כגון: היררכיה, התמקצעות, ניתוק בין הדרג הניהולי לדרג המבצע, קיומם של נכסים לארגון, חלוקת תפקידים בארגון ועוד.

יחד עם זאת, ישנם שני פרמטרים שנחשבים הגרעין ההכרחי והם חייבים להתקיים כדי שמשהו ייחשב ארגון פשיעה: **האחד** הוא שמדובר במסגרת עצמאית (קיומה של מסגרת בעלת קיום עצמאי בנפרד שאינו תלוי בפעולה עבריינית ספציפית – יש לבחון אם יש ישות שניתן להתייחס אליה בתור רשות עצמאית), ו**השני** הוא שמדובר בארגון בר-קיימא (מדובר במסגרת בעלת המשכיות שפעולתה אינה תחומה בזמן).

**ס׳ 2 לחוק ארגוני פשיעה** קובע סדרה של חלופות לעבירה אחת שהוא קורא לה ״פעיל בארגון פשיעה״ (רשימה של עבירות שונות). החשובה מבניהן לענייננו היא הראשונה בס׳ והיא ״העומד בראש ארגון פשיעה דינו עשר שנות מאסר״.

היתרונות והחסרונות של העבירה

היתרון שלה הוא שהיא לא דורשת להוכיח מודעות כלפי עבירה בעלת יעד קונקרטי. אפשר לדבר על חסרונות משני כיוונים. הראשון הוא שיצירת עבירה נפרדת לא מאפשרת לנו להטיל אחריות על רב העבריינים בגין העבירות הקונקרטיות. מהכיוון ההפוך ניתן לטעון שהבעיה היא שזוהי עבירת סטאטוס ולתת עונש כל כך חמור על עבירת סטאטוס.

**שיעור 24 – 14.01.2019**

קיימות נורמות שונות בדיני העונשין, שקובעות שלמרות שהתקיימו כול רכיבי העבירה [הן העובדתי והן הנפשי] אין להטיל אחריות פלילית על מבצע העבירה; שלוש הקטגוריות המרכזיות של נורמות שכאלו הן: (1) חסינויות; (2) הגנות ו-(3) סייגים. אנחנו לאחר דיון קצר בשוני בניהם, נעבור לדיון בשיעור הזה ובשיעור הבא בנורמות ששייכות לקטגוריה השלישית: "סייגים". יודגש, מדובר בנושא גדול, לאפשר להקדיש רק לו קורס שלם; כל מה שנעשה בשיעור הזה והבא, הוא משא טעימות קצר.

בואו נגדיר, בגדול [משמע, במידה מסוימת של אי-דיוק]: מה הן חסינויות; (2) הגנות ו-(3) סייגים?

המונח "חסינות בפלילים" [וקיימות גם חסינויות בתחומי משפט אחרים, לדוג' בנזיקין] מתייחס לסוג של כללים משפטים שמונעים העמדתו לדין של אדם, אף אם ככל הנראה הוא אשם בביצוע העבירה, מפאת שיקולים שהם חיצוניים למשפט הפלילי; למשל: חסינות חברי כנסת וחסינות דיפלומטית. על נורמות אלו לא נדבר יותר מעבר לאזכור הקצר הזה.

המונח "הגנה" [במובנו מאז תיקון 39] מתייחס לסוג של כללים שכל אחד מהם רלוונטי רק למספר עבירות ספציפיות [ולפעמים, רק אחת] וכל אחד מהם קובע שבהתקיים התנאים האמורים בו, לא יהיה ניתן להטיל אחריות בפלילים על אדם בגין ביצוע עבירה אליה הוא מתייחס, אף אם התקיימו אצלו יסודות אותה העבירה.

המונח "סייג" [במובנו מאז תיקון 39] מתייחס לסוג של כללים שכל אחד מהם קובע כי בהתקיים התנאים האמורים בו, לא יהיה ניתן להטיל אחריות על אדם בגין ביצוע העבירה בגינה הוא מועמד לדין, אף אם התקיימו אצלו יסודות העבירה. בשונה מ-"הגנות", תחולתו של סייג אינה מוגבלת רק לעבירות ספציפיות, הוא יכול להיות רלוונטי לכל עבירה שהיא.

חוק העונשין מעגן את הסייגים הבאים: קטינות; העדר שליטה [אוטומטיזם]; אי שפיות הדעת; שכרות; הגנה עצמית; הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר; צורך; כורח; צידוק; זוטי דברים; טעות במצב דברים; טעות במצב משפטי; הגנה על רשות שופטת; בנוסף: כמו שלמדנו כבר, לבימ"ש יש סמכות לקבועה סייגים נוספים בדרך הפסיקה; אך הם ממעט לעשות בה שימוש.

שתי הערות לגבי ההגדרות שזה עתה נתנו להגנות וסייגים:

(א) מדובר בהגדרות מאוד פשטניות; אנא קראו את פס"ד רוזוב שם נותנים השופטים חשין ובייניש הגדרות מעט יותר מדויקות.

(ב) שימו לב, שכשהגדרתי את המונחים הללו, אמרתי שזה המובן שלהם מאז תיקון 39. זה לא שהאבחנה בין שני קטגוריות הנורמות הללו לא הייתה קיימת לפני התיקון רק לא הייתה עקביות במונחים, ותיקון 39 ניסה לעשות סדר בכך. לפני התיקון, פעמים רבות, ל-"סייגים" קראו "הגנות", ואילו ל-"הגנות" נתנו כינויים אחרים; עדות לעובדה שעד התיקון, נהגו לעיתים לקרוא לסייגים "הגנות" ניתן לראות בכך שקיימים מספר סייגים [במובנו של המונח מאז תיקון 39] שהמילה "הגנה" הפכה להיות חלק מהשם שלהם; למשל, "הגנה עצמית" או "הגנת הצידוק". במילים אחרות, לא להסתכל על השם של הנורמה אלא על המהות שלה.

[כפי שנראה בהמשך, בעקבות תיקון 39, השאלה האם הנורמה מסוימת היא הגנה או סייג עשויה להשפיע על סוגיית נטלי הראיות וההוכחה].

נהוג לאבחן בין סייגים מסוג "הפטר" [Excuse], ומסוג "הצדק" [[JUSTIFICATION

אבחנה זו, למרות שהיא ברמה הכללית מאוד מקובלת [אם כי יש שחולקים עליה], לא מצוינת באופן מפורשת בחוק העונשין שכן, כפי שנפרט עוד רגע קיימים חילוקי דעות בנוגע לסיווג של חלק מהסייגים.

כשמתקיימות הנסיבות של סייג מסוג הצדק: מדובר במצב בו המעשה של המבצע—שהוא מעשה שבדרך כלל מהווה עבירה—אינו נחשב עוד מעשה שלילי; עקב התקיימות הנסיבות של ההגנה, הדין רואה במעשה כמעשה מוצדק [במובן, מותר לעשותו, ולעיתים אך במובן שראוי לעשותו; לעומת זאת:

כשמתקיימות הנסיבות של סייג מסוג הפטר: מדובר במצב בו המעשה של המבצע—שהוא מעשה שבדרך כלל מהווה עבירה—ממשיך להיחשב כמעשה שלילי, אבל מפאת הנסיבות האמורות בהגנה הדין פוטר [מוחל] את המבצע האמור מאחריות פלילית.

לפי העמדה הרווחת לשאלה האם הסייג שחל על מעשהו של אדם הוא "הצדק" או "הפטר" יש מספר השלכות [להלן רשימה חלקית]:

(1) הסטיגמה היא שונה: האחד ביצע מעשה מוצדק והשני ביצע מעשה פלילי בתנאים בהם החליטו לפטור אותו מאחריות פלילית.

(2) נניח שבהקשרו של אדם הוא מבצע עיקרי של עבירה מתקיים סייג; ולאותו אדם יש שותף לעבירה; ככלל [ויש לכך חריגים – דיברנו על כך כאשר דנו בסוגיה של נתונים אישיים מול נתונים עניינים], אם הסייג שחל על המבצע העיקרי הוא הפטר, הרי שמעשהו של שותף לעבירה עניש, בעוד שהם הסייג האמור הוא הצדק, מעשה השותף לא עניש [ושוב זה נובע מכך שבמקרה של הצדק המעשה חדל להיות שלילי, בעוד שבמקרה של הפטר, המעשה ממשיך להיחשב כשלילי].

(3) אדם שיצא זכאי מפאת הפטר, הניזוקים ממעשיו יכולים לתבוע אותו בנזיקין ולדרוש פיצויים; לעומת זאת, לא ניתן לתבוע פיצויים מאדם שיצא זכאי מחמת הצדק.

(4) תחולת הכלל של פרשנות לטובת הנאשם חל על סייגים מסוג הצדק, אך לא על סייגים מסוג הפטר – שכן, סייגים מסוג הצדק, מסייעים בהסדרת הקביעה אילו מעשים מותר לעשות [ולכן, חל הכלל ברירת המחדל של עקרון החוקיות, על פיו הכול מותר מלבד מה שנאסר מפורשות]. כללים מסוג הפטר, לעומת זאת, עוסקים בבחינה של אלו שיקולים ראוי שיובילו לכך שנסלח/נפטור אדם שביצע מעשה פסול.

(5) החוק הישראלי מאפשר, תחת תנאים מסוימים, לאדם שהועמד לדין ויצא זכאי, לתבוע פיצויים מהמדינה בגין העמדתו לדין; ב-ע"פ 1109/09 שיבלי, נקבע שאחד השיקולים שיש לקחת לכדי חשבון בהכרעה האם אדם זכאי לפיצויים, במקרים בהם האדם זוכה מפאת קיומו של סייג, הוא האם הסייג שהביא לזיכויו הוא מסוג הצדק או מסוג הפטר.

הערה בנוגע להצדקים: כפי שאמרנו תפקידם של ההצדקים, בדומה לזה של העבירות עצמן, ובשונה מהפטרים, הוא לסייע בקביעה אילו מעשים מותרים ואילו אסורים. עם זאת, כמו שנאמר בבג"ץ העינויים [בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד העינויים נ' ממשלת ישראל] ככלל דיני העונשין אינם המקום בו ראוי לקבוע הסדרים בדבר סמכויותיהם של גורמי שלטון [מלבד, כמובן סמכויות הנוגעות לדיני העונשין].

ככלל, ראוי לעשות זאת בחוק שמוקדש לתחום הסמכויות הספציפי. יש לעניין הזה חריגים, למשל, תחום ההפלות בישראל, מוסדר בעיקרו, בס' שקובע מתי תוענק לאדם הגנה בגין ביצוע העבירה של הפלת עובר [אבל זה חריג שמעיד על הכלל]. זאת ועוד, מבג"ץ העינויים עולה שבמיוחד אין להסתמך על הסייגים הכללים כמקור סמכות; שכן, הם נועדו לעסוק אם המקרים היוצאים מן הכלל, ואלו החוק המסמיך אמור לקבוע כלליים עבור המקרים הרגילים.

 השאלה הנדונה בפס"ד: האם סייג "הצורך" שבס' 34יא מהווה בסיס להסמכת סוכני השב"כ לנקוט באמצעי חקירה מיוחדים במקרים של פצצה מתקתקת. בג"ץ קובע שאופיו של הסייג אינו מאפשר לו להוות מקור של סמכות מינהלית כללית. סמכות כזו מבוססת על קביעת אמות-מידה כלליות, הצופה פני עתיד.

אילו סייגים נחשבים "הפטרים" ואלו "הצדקים"? [קיימים חילוקי דעות מאוד גדולים בשאלה האמורה, לכן, הסיווג להלן הוא הדעה היחסית יותר רווחת]

סייגים, שככלל, נהוג לראות בהם הצדקים: (1) הגנה עצמית; (2) הגנות הצידוק השונות המפורטות בס' 34יג; (3) הגנה של הרשות השופטת.

סייגים, שככלל, נהוג לראות בהם הפטרים: (1) קטינות; (2) היעדר שליטה; (3) אי-שפיות הדעת; (4) שיכרות המזכה בסייג; (5) טעות במצב משפטי.

סייגים שהסיווג שלהם בעייתי:

1) טעות במצב דברים: העמדה הרווחת מסווגת את הסייג האמור כסייג מסוג הפטר. קיימים רבים, אבל, שסבורים, שככלל, לא מדובר לא בהצדק ולא בהפטר, אלא במצב בו נעדר היסוד הנפשי; ורק כשמדובר במצב בו הטעות במצב דברים משתלבת בסייג אחר [למשל, מה שנקרא "הגנה עצמית מדומה" – טעיתי לסבור שאני במצב של הגנה עצמית רק אז מדובר בסייג מסוג הפטר].

2) זוטי דברים: העמדה הרווחת מסווגת את הסייג האמור כסייג מסוג הפטר. קיימים רבים, אבל, שסבורים, שלעיתים מדובר בהפטר ואילו, לעיתים, לא מדובר לא בהצדק ולא בהפטר, אלא במצב בו נעדר היסוד העובדתי. נסביר יש מקרים שמה שגורם לנו להכריע שמדובר בזוטי דברים אלו הנסיבות המאוד מיוחדות של המקרה, אז יהיה מדובר בהפטר. לעומת זאת, יהיו מקרים בהם הכרעה תבסס על איזשהו מאפיין מאוד כללי שכמעט תמיד יוביל אותנו להכרעה שמדובר בזוטי דברים [נגיד גניבה ממש ממש פעוטה]; במקרה השני הטענה שפשוט מדובר במקרה שלא מגיע לרף ההפללה, ולכן הוא לא פלילי מעצם מהותו. יש לציין שהפסיקה פירשה את הגנת הזוטי דברים באופן מאוד מצמצם; ע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' חיים עזיזיאן - "הגנת "זוטי דברים" תתקבל רק באותם מקרים שבהם אין במעשה עצמו מידה מינימלית של סכנה לערך החברתי המוגן ואין הוא הולם מבחינה עניינית את המושג של עבירה פלילית - (גישה די מצמצמת).

3) סייג הכורח קובע כך: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאנוס היה לעשותו עקב כך." יש הרואים בו סייג מסוג הפטר, שכן הם מפרשים אותה שסייג המוענק לאדם שנמצא במצב קשה של איום לחייו שבו אנו סולחים לו על כך שהוא ביצע מעשה אסור. אחרים אומרים שמדובר בהגנה מסוג הצדק, שכן אנו לא יכולים לצפות מאדם לנהוג אחרת, משמע, הפרת החוק תחת תנאי הכורח היא מעשה מותר. יש הסוברים שבמקרים מסוימים כורח מהווה הצדק ובאחרים הפטר.

4) סייג הצורך קובעת כך: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו." כמו במקרה של "כורח" יש הרואים בו סייג מסוג הפטר, שכן הם מפרשים אותה שסייג המוענק לאדם שנמצא במצב קשה של איום לחייו שבו אנו סולחים לו על כך שהוא ביצע מעשה אסור. אחרים אומרים שמדובר בהגנה מסוג הצדק, שכן אנו לא יכולים לצפות מאדם לנהוג אחרת—במאזן הדברים יותר טוב מרע נגרם מהפרת החוק—משמע, הפרת החוק תחת תנאי הכורח היא מעשה מותר. יש הסוברים שבמקרים מסוימים כורח מהווה הצדק ובאחרים הפטר. ההבדל בין הוויכוח בנוגע לסייג הכורח לוויכוח בנוגע לסייג הצורך הוא שיש יותר נטייה לראות בסייג הצורך כסייג מסוג הצדק, ואילו בסייג הכורח יש יותר נטייה לראות כסייג מסוג הפטר. יש לציין שבבג"ץ העינויים מובעת בבברור השקפה שרואה בסייג הצורך הצדק: "מעשה הנעשה בתנאים של "צורך" אינו עבירה פלילית, כי אם מעשה שראוי לעשותו על-מנת למנוע פגיעה חמורה בחיי אדם או בגופו. מדובר אפוא במעשה שלחברה יש אינטרס לעודד את עשייתו, שכן ראוי הוא. זוהי בחירה ברע במיעוטו."

הנטלים בהקשרם של הסייגים לאחריות פלילית

סוגיית הנטלים, ככל שהדבר נוגע לסייגים, עברה תהליכי שינוי והבהרה כחלק מתיקון 39. קודם לכן, לא הייתה אחידות בנושא בין הסייגים השונים, ואילו התיקון יצר אחידות שכזה. כדי להבין את סוגיית הנטלים תחילה נבחין בין נטל ההוכחה הראשוני לבין נטל השכנוע הסופי; לאחר מכן נבחן כיצד שני אלה משתלבים יחדיו. ס' 34ה לחוק העונשין, יוצר חזקה לעניין שאלת קיומו של סייג לאחריות הפלילית: "מלבד אם נאמר בחקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית."

חזקה זו אינה חזקה חלוטה, אך היא מטילה את נטל ההוכחה הראשוני בדבר קיומו של הסייג על הנאשם. כיוון שמדובר בחזקה שבחוק, אפשר היה לסבור כי הנטל על הנאשם יהיה ברמה של מאזן הסתברויות; אך לא כך המצב לאור ס' 34כב(ב) לחוק העונשין [נפקותו של ספק]: "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג."

לכאורה, יש בשני הסעיפים האמורים משום סתירה; אך זו סתירה לכאורה: למעשה שתי ההוראות 'משלימות' האחת את רעותה. ההוראה שבסעיף 34ה הינה הוראה ראייתית הקובעת את סדרי הוכחת קיומה של התשתית הדרושה ליישומו של הסייג: לחובת הנאשם עומדת 'חזקה' שבחוק והתביעה אינה נושאת בנטל הראיה לעניין העברה של התשתית הדרושה ליישומו של הסייג. בעוד שההוראה שבסעיף 34כב(ב) הינה הוראה מהותית, הנגזרת מחזקת החפות וחוזרת – מכוחה של חזקה זו – על הכלל הבסיסי לפיו: הנאשם נהנה מן הספק בכל הקשור ל'פליליות' המעשה המיוחס לו; כאשר הוא נושא בנטל הראייה בדבר קיומו של הספק.

במילים אחרות, יש להבחין בין סוגי נטלים שונים, על מי הם מוטלים, ועוצמת הנטל; נסביר:

בשלב א': כמו שאומר חשין ברוזוב: ""ה'סייגים' מהווים מעין גורם רדום במערכת הפלילית, ו'רדומים' הם עד אשר מעירים אותם מתרדמתם. בבחינת: אל תעירו ואל תעוררו עד שתחפץ. כך דינם של כל ה'סייגים' המנויים בפרק ה'1 סימן ב' לחוק העונשי". על הנאשם עומד נטל להעיר את הגורם האמור: שזה אומר עליו עומד: (2) הנטל לטעון ראשון שהתקיים סייג, ו-(ב)הנטל הראייתי הראשוני לספק ראיות יש בהן הוכחה ראשונית בדבר קיומו של ספק סביר כי המעשים נעשו בתנאים בו התקיים הסייג.

שימו לב הדרישה היא לספק ראיות ראשוניות בדבר קיומו של ספק סביר; לא מדובר בדרישה לספק ראיות ברמה של מאזן ההסתברויות.

שלב ב: אם הצליח הנאשם לספק ראיות אשר יש בהן הוכחה ראשונית בדבר קיומו של ספק סביר כי המעשים תחת תנאים של סייג, מוטל על התביעה הנטל לשכנע כי לא התקיימו יסודות הסייג. אם לא הצליחה התביעה לעמוד בנטל השכנוע האמור, יהיה די באותו ספק סביר כי המעשה נעשה בתנאים בהם מתקיים סייג כדי לגרום לזיכויו של הנאשם. כפי שציין בית המשפט העליון, עוד קודם לתיקון 39, בהערת אגב בעניין בן-שבת: "חובת ההוכחה הסופית...[בהקשר זה] מוטלת על הקטגוריה"[ע"פ 315/66 בן-שבת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כא(1) 197, 211 (1967)]

כיוון, שהשלב הראשון הוא פרוצדוראלי [עוסק במי חייב להיות הראשון שטוען את הטענה ומי חייב לספק את הראיות הראשוניות] ואלו השלב השני הוא המהותי [הוא נגזרת של הדרישה להוכיח את אשמתו של אדם מעל לכל ספק סביר], הרי שהמהות קודמת לפרוצדורה. במילים אחרות, כיוון שהכלל כי ספק סביר פועל לטובת הנאשם הוא הכלל המהותי, ואילו החזקה כי העברות בוצעו בתנאים שבהם לא היה סייג היא תנאי ראייתי בלבד, נראה כי גם מקום שבו הנאשם לא סיפק בעצמו ראיות כי המעשה תחת תנאים של סייג אך הצליח לבסס ספק סביר כאמור על סמך ראיות שהציגה התביעה, יהיה בכך די כדי לזכותו [יש פסיקות שאומרות שאפילו אם הוא לא טען לקיומו של הסייג אך הסייג עולה מהראיות [במנותק ממי הביא אותם] קמה על התביעה החובה להפריך את קיום הסייג ואם היא לא תעשה כן, הנאשם יזוכה, שכן נותר ספק שאולי המעשה נעשה תחת סייג]. לסיכום:

* כל עוד לא נטענה טענת סייג - התביעה לא נדרשת להוכיחה.
* נטל הבאת הראיות - על הנאשם ('העלה אותם הנאשם והוסיף והביא ראיות לטיעונו').
* נטל ההוכחה - עלתה טענת 'סייג'? נטל ההוכחה להיעדרו על כתפי התביעה.
* רמת ההוכחה הנדרשת - מעבר לספק סביר (בדומה לנטל ההוכחה לרכיבי העבירה).
* נתעורר ספק סביר שלא הוסר - הסייג חל ועומדת לנאשם 'חזקת החפות'.

בפס"ד רוזוב [שכבר הזכרנו לאורך השיעור] עלתה השאלה האם הסדר הנטלים האמור רלוונטי רק לסייגים הקבועים בחוק העונשין או שיש לו תחולה רחבה יותר.

באותו מקרה דובר על בעלים של חברה שהועמדו לדין בגין ביצוע העבירה של שימוש במידע פנים, שקבועה בחוק ניירות ערך. בחוק האמור יש מספר סעיפים שכל אחד מהם קובע סידרת תנאים שאם הם יתקיימו אין להטיל על אדם אחריות פלילית בגין שימוש במידע פנים גם אם התקיימו אצלו יסודות העבירה. באותו מקרה הנאשם טען ההסדר שקבע תיקון 39, בחלק הכללי של חוק העונשין, תקף גם לעניין הגנות שקיימות בחוקים אחרים דוגמת הסעיפים האמורים בחוק ניירות ערך. בתגובה המדינה טענה שההסדר האמור רלוונטי רק לרשימת הסייגים שנקבעו במפורש בחוק העונשין.

הויכוח בין הצדדים מחייב את בית המשפט להגדיר מהם "סייגים" ומהם "הגנות"—ואנחנו בתחילת השיעור, בעצם הסתמכנו על ההגדרה שהם נתנו. לאור הגדרה זו, בעצם מתבהר שהוויכוח בין הצדדים הוא על תחולת הסדר הנטלים האמור על שני סוגי נורמות: 1) סייגים שאינם חלק מהרשימה של הנורמות שהמחוקק קרא להם מפורשות סייגים בחלק הכללי של חוק העונשין; 2) הגנות כפי שהגדרנו אותם בתחילת השיעור. נדון ביתר פירוט בנוגע לכל אחרת מהקטגוריות.

1) סייגים שאינם חלק מהרשימה של הנורמות שהמחוקק קרא להם מפורשות סייגים בחלק הכללי של חוק העונשין. בעיקר הכוונה לסייגים חדשים שייתכן ובית המשפט יום אחד ייצור לפי הסמכות שהושארה בידיו גם לאחר תיקון 39. אבל לא רק, למשל, ס' 34 לחוק העונשין מעניק פטור עקב חרטה [תחת תנאים מסוימים] לאדם שמשדל או מסייע לאחר לבצע עבירה. המחוקק לא קרא לפטור האמור סייג, ולא מיקם אותו בפרק של החלק הכללי, שעוסק בסייגים. עם זאת, רבים טוענים שיש לראות בו סייג, ועקב כך להחיל עליו את הסדר הנטלים שדיברנו עליו, שכן מדובר בפטור כללי החל על כל העבירות, ובהתקיימו שולל לחלוטין את פליליות המעשה [בנוסף: (1) הוא מנוסח בלשון המדוייקת בה מנוסחים הסייגים הקלאסיים לאחריות הפלילית (הגנה עצמית, אי-שפיות וכו'): "לא יישא באחריות פלילית..."; ו-(2) הפטור ממוקם בלב החלק הכללי של חוק העונשין. השופטים בפס"ד רוזוב לא דנים בדוגמאות ספציפיות [כמו זו של הפטור עקב חרטה] אבל כלל מסכימים שאם משהו מקוטלג כסייג יחול עליו הסדר הנטלים האמור

2) בנוגע להגנות כפי שהגדרנו אותם בתחילת השיעור. יש המצדדים [דוגמת קדמי] בעמדה שמרגע שסווגה נורמה כ-"הגנה", נטל ההוכחה מוטל על הנאשם ויהיה עליו להוכיח את קיומה ברמה של מאזן ההסתברויות. השופטים אינם מקבלים עמדה זו, כל השופטים סבורים שיתכנו מקרים בהם בית המשפט יקבע שעל נורמה שהיא הגנה [משמע, אינה כללית באופייה] יחול הסדר נטלים דומה לזה שחל על סייגים. מעמדת כל אחד מהשופטים עולה גם במשתמע עמדה שברירת המחדל יהיה לקבוע שאם מדובר בהגנה שנטל ההוכחה מוטל על הנאשם ויהיה עליו להוכיח את קיומה ברמה של מאזן ההסתברויות. חשין ובייניש אבל חלוקים, מידה מסוימת, בנוגע למתי יחרגו מברירת המחדל הזו [חשין סבור שעיקר המשקל צריך להיות על שיקולים של נטלי ההוכחה, ואילו בייניש סבורה שכל הגנה צריכה להיבדק בהתאם לתכליות של החוק שבו היא נמצאת; בייניש מונה, בהקשר זה, מספר בייניש מונה קווים מנחים (לא מחייבים): נקודת המוצא - לשון החוק; אופייה של העבירה והמערך החקיקתי שבו היא מופיעה; תחום החקיקה; מבנה העבירה; העובדה הנדרשת להוכחה נמצאת בידיעתו הבלעדית של הנאשם וכד'. לדידה, ב-'עבירות כלכליות' - נטל ההוכחה לרוב על הנאשם, תמריץ לגילוי האמת, עבירות שבהן מלאכת אכיפת החוק קשה במיוחד.