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

**הצדקות תוצאתניות** – צופות פני עתיד

מניחות כי הערך המוסרי (חיובי או שלילי) של מעשה נקבע עפ״י תוצאותיו. האם המעשה גורם יותר נזק או תועלת? עפ״י הצדקות אלה הענישה תהיה מוצדקת מקום בו התועלת ממנה תהיה גדולה מהנזק שנגרם ממנה. התועלות שיש לענישה עפ״י הצדקות תוצאתניות: הרתעה ספציפית, הרתעה כללית, שיקום העבריין, שיקום הקורבן, הרחקה מהחברה, חינוך הציבור, מטרה דקלרטיבית של ענישה (להבהיר לציבור שלא לעבור על החוק זה הדבר הנכון).

**הצדקות דאונטולוגיות** – צופות פני עבר

מניחות שהערך המוסרי של מעשה (חיובי או שלילי) נקבע במקרים רבים בלי קשר לתוצאותיו. הצדקות אלה מבוססות על גישות גמולניות של אשם מוסרי. גישות אלה מאמינות שמטרת הענישה היא לגמול לאדם על אחריותו (אשמתו) למעשה הפסול, ושמידת הענישה לא צריכה להיקבע עפ״י מבחנים של עלות ותועלת אלא על סמך השאלה באיזו מידה המעשה שביצע האדם הפר את האיזון המוסרי בין טוב לרע.

* עפ״י העמדה הרווחת ההכרעה בדבר חומרת העונש נעשית עפ״י שכלול של שיקולים תוצאתניים ודאונטולוגים כאחד.

**הבניית הענישה**

* השלב הראשון הוא **קביעת מתחם ההלימה**. עקרון ההלימה עוסק בצורך להתאים בין העונש לבין חומרת העבירה בנסיבות המקרה ומידת אשמתו של הנאשם.
* השלב השני הוא **קביעת העונש למקרה הספציפי** – יש לקחת בחשבון את השיקולים הדאונטולוגים והתוצאתניים כאחד, בהקשר המקרה הספציפי.

עפ״י **פס״ד שוורץ (השופט ג׳ובראן)**, מאחר והפגיעה בזכויות אדם בהליך הפלילי היא חמורה, יש להעמיד את ההפללה בשני תנאים:

1. הפללה לתכלית ראויה – הפללה צריכה להיות לשם תכלית ראויה.
תכליות תוצאתניות תומכות בכך שע״מ להצדיק הפללה המעשה צריך לגרום לנזק.
תכליות דאונטולוגיות תומכות בכך שבמקרים מסוימים מוצדק להפליל מעשים מסוימים במנותק מהשאלה אם הם גורמים נזק.
2. עיקרון השיוריות – עפ״י עיקרון זה נשתמש בענישה רק אם לא ניתן להשיג את התכלית הראויה ע״י שימוש באמצעי דרסטי פחות (כגון, דין משמעתי, עוולות נזיקיות, הטלת מיסים ואגרות וכו׳).
עקרון השיוריות מיושם ב**פס״ד שבתאי**, בו עשו שימוש בביטול הרשעה (ענישה פלילית ללא רישום של עבירה פלילית אצל האדם שביצע את העבירה). בפס״ד זה יש הבחנה בין עבירות קלאסיות (בהן מקפידים יותר על עיקרון השיוריות) ועבירות רגולטוריות (בהן הבסיס להפללה הוא רגולטורי).
* אם חוק פוגע בזכויות אדם בצורה קיצונית דינו להתבטל. **השופט פולגמן** קובע כי זהו מקומו של המחוקק להחליט איזה עבירות רגולטוריות יש לבטל או לקבוע בגינן הסדרים לא פליליים משלימים.

**עיקרון הנזק**

הגישות התוצאתניות מצדדות בעיקרון הנזק, על פיו הפללתו של מעשה תהא מוצדקת מקום בו:

* ההפללה מנסה למנוע פגיעה באחד מהאינטרסים הבאים: שלמות הגוף, הזכות לקניין, הגנה על המדינה ולעיתים גם אינטרסים נוספים.
* ההפללה תוביל למניעת נזק יותר מאשר הנזק אשר היא גורמת.

ניתן להמחיש את הבעייתיות של עיקרון הנזק בעזרת **פס״ד סורבין** (בעל ואישה שנולדו לאותם הורים ביולוגיים ונמסרו לאימוץ, התאהבו בבגרותם והביאו ילדים). בגין כל הילדים שהביאו הרשיעו אותם בפלילים. בפסק הדין הם עותרים כנגד האיסור הפלילי נגד גילוי עריות.

בגרמניה נפסק כי יש כאן פגיעה בעיקרון הנזק מאחר ומתן לגיטימציה לגילוי עריות תפגע בתפיסה המקובלת לגבי מבנה המשפחה ולכן יגרם נזק לחברה כולה.

סורבין פנה לבית הדין האירופאי – בית דין בינלאומי. גרמניה טוענת שם כי יש לשמור על האיסור הפלילי לגילוי עריות ע״מ לשמור על כיבוד ערכי המשפחה (טיעון דאונטולוגי ולא תוצאתני). בית הדין האירופאי פוסק גם הוא כנגד סורבין, בנימוק כי האיסור הפלילי כנגד גילוי עריות הוא לא בלתי סביר.

על כן ניתן להגיד שעיקרון הנזק עמום בשתי רמות: **הראשונה** היא שנוצר ויכוח לגבי השאלה מהו נזק, ו**השנייה** היא בשאלה כמה ישיר צריך להיות הקשר בין האדם לבין הנזק כדי שיהיה לגיטימי להגדירו כעבריין.

**עיקרון החוקיות**

עיקרון החוקיות אומר כי לאדם 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 עיקרון החוקיות, וזו עקב הפגיעה הקיצונית בזכויות אדם (״אין עונשין אלא אם מזהירין״). כלומר, אלא אם יש חיקוק שקובע מראש הן את העבירה והן את העונש בגינה לא ניתן להעניש את האדם. הדין צריך להיות קיים לפני שהאדם ביצע את המעשה שבגינו אנחנו רוצים להעניש.

* **העיגון הראשון של עיקרון החוקיות הוא בשני חוקי יסוד** (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק יסוד: חופש העיסוק).
* **העיגון השני של עיקרון החוקיות הוא בחוק העונשין עצמו** – ס׳ 1 לחוק העונשין קובע כי ״אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו״.
* **השיקול הראשון לשימוש בעיקרון החוקיות** הוא התפיסה כי לא הוגן להעניש בן אדם אם הוא לא ידע שהמעשה הוא פסול, ואחת המטרות של החקיקה הפלילית היא לכוון התנהגות.
* **השיקול השני לשימוש בעיקרון החוקיות** הוא שיקול של מניעת רודנות.
* **השיקול השלישי לשימוש בעיקרון החוקיות** הוא הגישה הדאונטולוגית – גישות דאונטולוגיות מודרניות מבוססות על אשם מוסרי. לפי גישות דאונטולוגיות, המחשבה על מה שאנחנו עושים משפיעה על האשם המוסרי שלנו.

נגזרות של עיקרון החוקיות

* **הנגזרת הראשונה** של עיקרון החוקיות היא זו שמופיעה בס׳ 1 לחוק העונשין – ״אין עבירה אלא אם היא נקבעה בחוק או על פיו״. ס׳ 2 לחוק העונשין מוסיף כי אם העבירה נקבעה בחקיקת משנה העונש לא יכול להיות יותר מחצי שנה.
**ההשלכה הראשונה** של נגזרת זו היא שאם לא קבוע בחוק שקיימת עבירה אין אפשרות להפליל אדם. **ההשלכה השנייה** של נגזרת זו היא שלא ניתן לייצר עבירות בדרך ההיקש. **ההשלכה השלישית** של נגזרת זו היא שלביהמ״ש אין סמכות לייצר עבירות.
יש לזכור כי ההשלכה השלישית לא קיימת לגבי סייגים לאחריות פלילית – לביהמ״ש יש סמכות לקבוע סייגים פליליים חדשים.
* **הנגזרת השנייה** של עיקרון החוקיות היא זו שקובעת איסור על ענישה רטרואקטיבית (למפרע). ס׳ 3 לחוק העונשין קובע שני דברים:
**(א)** חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסמו 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.
הרעיון בס׳ 3 לחוק העונשין הוא שעלינו לדעת מראש שמה שאנחנו עושים הוא עבירה על מנת שנוכל להימנע מלעשות אותה.
״אי ידיעת החוק אינה פוטרת מעונש״ – מהרגע בו עבירה פורסמה ברשומות ניתן היה להעמיד אדם לדין בגין ביצועה. בעניין זה יש להזכיר את **פס״ד ביילי**.
בתיקון 39 לחוק העונשין רוכך כלל זה – כיום, כפי שהוא מופיע בס׳ 34יט לחוק העונשין, הכלל מייצר סייג לאחריות הפלילית לפיו טעות משפטית בהבנת הדין תסיר מהאדם בתנאים מסוימים את האחריות הפלילית בגין העבירה שהוא ביצע. עם זאת, ההנחה היא כי האדם הסביר צריך לנקוט בכל האמצעים הסבירים ע״מ לברר את הדין.
* **הנגזרת השלישית** של עיקרון החוקיות היא הדרישה המוגברת לבהירות בניסוח עבירות. קיים כלל הקובע כי במידה ועבירה היא עמומה דינה להתבטל.
נהוג להדגים מהי חקיקה פלילית עמומה בעזרת **פס״ד אשד (אגד)** (אשד השביתו את האוטובוסים שבבעלותם) – בו עלה המקרה שלא הוגדר בחוק מהו היזק/תקלה ציבורית. ניתן לציין גם את **פס״ד שבס**, שעסק בעבירה של הפרת אמונים. כמו בפס״ד אשד, עולה השאלה מהי הפרת אמונים? ביהמ״ש לא פוסק כי ההגדרה היא עמומה מאחר והעבירה מכוונת ספציפית לנבחרי/משרתי ציבור.
מכאן ניתן להסיק שלא כל עבירה עמומה דינה להתבטל – הדבר תלוי בתחום שהעבירה עוסקת בו ובאנשים אליהם היא פונה.

**השפעת עיקרון החוקיות על פרשנותן של עבירות**

במשפט הפלילי תהא נטייה גדולה יותר לאמץ את הפרשנות המצמצמת. כלל זה מעוגן בס׳ 34כא לחוק העונשין (חוקק בתיקון 39 לחוק העונשין) – ״עיקרון הפרשנות המצמצמת״.

**פס״ד בר שלום** מדגים את התקופה בה ביהמ״ש אימץ גרסה דבקנית של הפרשנות המצמצמת.

**פס״ד מזרחי** מדגים את המעבר לגרסה התכליתית לעיקרון הפרשנות המצמצמת.

**פס״ד אהובה לוי** – הפרשנות באה לטובת הנאשמת. לוי מזוכה מאשמה עקב העובדה שקיימות שתי אפשרויות לפרשנות באיסור שבגינו היא מואשמת.

**פס״ד פלוני** (נעל את ילדיו בחדר, רצח את אשתו ובעל את גופה). המחוזי מרשיע אותו ברצח ובמעשה מגונה, למרות שהמעשה המגונה התבצעה ב״גופה״ (לאחר הרצח) – יש כאן פרשנות תכליתית של העבירה.

במקרה בו אין הגדרה של מונחים הנמצאים בעבירה יש להשתמש בפרשנות.

ישנם מקרים בהם סעיף העבירה, מלבד קביעת העבירה, כולל גם הגדרות של מונחים. מקום בו ישנה הגדרה מפורשת בחוק היא תגבר על ההגדרה האינטואיטיבית שיכולה להיות לנו למונח.

היכן אפשר למצוא הגדרות למונחים הנמצאים בסעיף?

* ההגדרות יכולות להופיע ב**תחילת הפרק הרלוונטי בחוק העונשין או בתחילתו של הסימן** (תת-פרק) הרלוונטי בחוק העונשין.
* ההגדרה למונח יכולה להיות ב**אחד מהסעיפים של החלק הכללי של חוק העונשין** (בעיקר ס׳ 34כד לחוק העונשין וס׳ 90(א) לחוק העונשין הכוללים רשימה של הגדרות).
* הגדרות למונחים יכולות להימצא גם ב**חוק אחר**.
* הגדרות למונחים יכולות להיות גם בחוק הפרשנות. ישנן עבירות שנמצאות מחוץ לחוק העונשין וכשלא מוצאים הגדרות למונחים שנמצאים בהן, פונים לחוק הפרשנות.

הכלל הוא כי מקום בו תהיינה מספר הגדרות סותרות ההגדרה הספציפית תגבור על ההגדרה הכללית.

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

**סיווג עבירה** ס׳ 24 לחוק העונשין מחלק את העבירות לשלוש קטגוריות:

* חטא – עונש מאסר של עד שלושה חודשים.
* עוון – עונד מאסר של תקופה העולה על שלושה חודשים ושאינה עולה על שלוש שנים.
* פשע – עונש מאסר גבוה משלוש שנים.

ס׳ 260 לחוק העונשין וס׳ 261 לחוק העונשין עוסקים בעבירה של סיוע לאחר מעשה. ס׳ 260 לחוק העונשין אוסר על אדם שיודע שפלוני עבר עבירה לעזור לו בכוונה שימלט מעונש, וקובע בנוסף כי עבירה זו אינה חלה כשפלוני ביצע חטא. ס׳ 261 לחוק העונשין קובע הבדל משמעותי בין העונש של המסייע לאחר מעשה לעוון לבין העונש של המסייע לאחר מעשה לפשע.

**יסודות העבירה**

היסוד העובדתי

עפ״י ס׳ 18(א) לחוק העונשין, היסוד העובדתי של העבירה מתחלק לשלושה רכיבים:

* **רכיב המעשה – הרכיב ההתנהגותי**.
בכל עבירה צריכה להיות תרומה פיזית אקטיבית או פסיבית (מעשה או מחדל) מצידו של הנאשם – ״אין עבירה ללא מעשה״; ״אין עונשין על דברים שבלב״.
ס׳ 18(ב) לחוק העונשין וס׳ 18(ג) לחוק העונשין קובעים כי ההתנהגות יכולה לבוא לידי ביטוי במעשה או במחדל ומגדירים מחדל בתור ״אי עשייה״.
* **נסיבות**.
נסיבות הן תנאים אובייקטיבים חיצוניים שהגדרת העבירה קובעת שהם צריכים להתקיים בזמן שהנאשם מבצע את ההתנהגות שלו כדי שזו תיחשב לעבירה.
ס׳ 18(א) לחוק העונשין מתייחס רק לנסיבות שרלוונטיות להתהוות העבירה (נסיבות שבהיעדרן העבירה לא יכולה להשתכלל).
ככלל, הנסיבות צריכות להתקיים בזמן ההתנהגות אך לעיתים נגיע למסקנה פרשנית כי הנסיבות צריכות להתקיים בזמן התוצאה.
יש לציין כי קיימות עבירות שאין בהן רכיב נסיבתי.
* **הרכיב התוצאתי**.
רכיב התוצאה לא קיים בכל העבירות. בעבירות תוצאה – אם רכיב התוצאה לא התקיים לא בוצעה העבירה.

היסוד הנפשי

היסוד הנפשי הוא המצב התודעתי (הלך הנפש) שאדם צריך להימצא בו על מנת שיקבע כי הוא ביצע את העבירה. ישנן עבירות בהן נכלל גם המצב הנפשי של הקורבן.

בעבירות הקלאסיות נדרשת מודעות – מחשבה פלילית. במקרה הקלאסי אם אין מודעות להתנהגות אין אשם. לא די בכך שיהיה ביטוי חיצוני לעבירה, אלא ענייננו גם במה קרה בנפשו של האדם. יתרה מכך, ישנם מקרים בהם הסוג של היסוד הנפשי משפיע על חומרת העונש.

נטל ההוכחה

נטל ההוכחה במשפט הפלילי הוא מעבר לכל ספק סביר.

ההבדל בין עבירות תוצאה לעבירות התנהגות

להיותה של עבירה עבירת תוצאה יש שלוש השלכות מרכזיות:

* **קיים צורך להוכיח כי התקיימה התוצאה**. אם לא התקיימה התוצאה – לא התגבשה העבירה.
* כאשר מדובר בעבירות תוצאה **עולה הדרישה להוכיח קשר סיבתי בין התוצאה לבין ההתנהגות האסורה**.
* כאשר מדובר בעבירות תוצאה נוסף על היסוד הנפשי הרגיל עולה דרישה של **רכיב נפשי נוסף ביסוד הנפשי**.

התוצאה היא תולדה מאוחרת של ההתנהגות.

ב**פס״ד חורי (השופט ג׳ובראן)** מדובר על אדם שנהג ברשלנות ומתנגש ברכב בו יש אישה בהריון. עקב התאונה האישה עברה ניתוח קיסרי ולאחר 14 שעות התינוק מת. חורי טוען שהנסיבות לא התקיימו במקרה זה מאחר והתינוק נולד מת. מוצעות לנו בפס״ד זה שתי אופציות להגיע להרשעה:

1. המילים שמתייחסות לתוצאה בעבירה של גרימת מוות ברשלנות הן ״מותו של אדם״. התוצאה מתקיימת אחרי ההתנהגות וכך נפתחת הבעיה.
2. ככלל, נסיבה היא דבר שצריך להתקיים בזמן ההתנהגות, אבל לעיתים, מבחינה פרשנית, יש נסיבות מסוימות שלא צמודות להתנהגות אלא צמודות לתוצאה.

**פס״ד גדליהו כהנא** מדבר על איום שהתבצע בשיחת טלפון מחו״ל לארץ. עפ״י **השופט ברק**, חלק מהאיום הוא לא רק הוצאת המילים המאיימות מצד המאיים אלא קליטתן מצד המאוים בגלל שהקליטה מתקיימת בארץ ״מקצת העבירה״ בוצעה בארץ.

תפקיד המעשה בהגדרת העבירה

רכיב המעשה לא חייב להיות רכיב של פעולה פיזית ואקטיבית. תכלית המושג ״מעשה״ היא למקד את האחריות לביצוע עבירה מסוימת על אדם ספציפי.

למושג ״מעשה״ יש ערך פונקציונאלי. ברגע שאנחנו קובעים שמעשה מסוים אסור זה מקל עלינו לדעת מי עשה מה מתי ומי ייענש בגין המעשה.

למושג ״מעשה״ יש גם ערך מהותי – הוא מאפשר לנו להבחין בין אלו שרציניים בעבריינותם לבין אלו שלא (בדרך כלל, מי שעשה את המעשה נטיל עליו אחריות ומי שלא עשה את המעשה לא נטיל עליו אחריות).

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

ישנם שלושה סוגים מרכזיים של עבירות שבהן רכיב המעשה או רכיב ההתנהגות אינו ממוקד

עבירות סטטוס –

עבירות שיש בהן רכיב מעשה, אך לא מעשה אקטיבי של האדם. כל מה שצריך לקרות בעבירות סטטוס הוא שאדם יהיה במקום מסוים או במצב מסוים ללא שום פעולה מצידו ע״מ שנראה אדם כמבצע של עבירת סטטוס. ההפללה באה על סמך העובדה שאדם לא נמנע מהימצאות במצב אסור.
עבירות הנוגעות למקום מסוים – די בכך שאדם נמצא במקום מסוים בלי שהוא עשה דבר מעבר לכך ע״מ שנרשיע אותו (לדוגמא: שהייה במקום מוגבל, הימצאות במקום מגורים או תפילה לצורך ביצוע גניבה או פשע).
עבירות הנוגעות להימצאות במצב אסור – לא צריך שהבנאדם יעשה פעולה כלשהי אלא די שהוא ימצא במצב האסור (לדוגמא: חברות בהתאגדות אסורה).

דוגמא לכך שביהמ״ש יכול לבטל עבירת סטטוס מאחר והיא פורשת את רשת העבירה בצורה נרחבת מדי הוא **פס״ד רובינסון נ׳ קליפורניה** – נקבעה עבירה פלילית של ״היות האדם מכור לסם״. ביהמ״ש בקליפורניה פוסק כי לא כל היכנסות למצב של התמכרות נובעת ממעשה פסול של שימוש לא חוקי בסם.

עבירות החזקה –

האיסור שקיים בעבירות החזקה טמון בזיקה של אדם לחפץ ושליטה שלו בחפץ. לא נדרשת בהכרח עשיית פעולה פיזית (למשל, החזקת סכין, החזקת מסמך מזויף, החזקת סם מסוכן). ברגע שאין דרישה לפעולה פיזית ברורה אלא רק קשר של שליטה בחפץ יש הרחבה של מעגל ההפללה.

**פס״ד הוכשטט** **(השופט ברק)** – הוכשטט מקבל חבילה בדואר שמכילה קוקאין אך היא לא נמצאת אצלו פיזית. הרכיב הפיזי במקרה של עבירה כזו הוא אלמנט של בלעדיות ולא בהכרח החזקה פיזית (אין צורך שהנכס יהיה ברשותו הפיזית של האדם, די בכך שהוא יכול להגיע אליו ויש לו שליטה עליו).

**הסיפא של ס׳ 34כד לחוק העונשין** – מגדיר לנו החזקה קונסטרוקטיבית. אם אלמוני מחזיק בסם ופלוני מסכים לכך זוהי החזקה קונסטרוקטיבית, במידה ויש לפלוני עניין בכך.

עבירות מחדל –

עבירות מחדל הן הסוג העיקרי של העבירות בהן רכיב המעשה הוא לא התנהגות אקטיבית.

ישנם טיעונים בתומכים בעמדה שמעשה הוא ככלל חמור יותר ממחדל.

* **חירות הפרט** – בעבירה שמפלילה התנהגות אקטיבית, החוק מתווה לנו פעולה אחת אסורה. את כל שאר הדברים מותר לנו להמשיך לעשות. עבירה המפלילה מחדל, לעומת זאת, דורשת לפעול. מאותו רגע עולה חובה לעשות את מה שהחוק דורש. באלמנט של ביצוע פעולה אסורה בחוק יש בעיה מוסרית גדולה ורחבה יותר.
* **יש הבדל בין עבירות מעשה לבעירות המחדל בנוגע לעוצמת הזיקה בין ההתנהגות של האדם לבין הפגיעה בערך החברתי** – עבריין המפר עבירה המפלילה בגין מעשה (התנהגות אקטיבית) הוא בעל שליטה במצב העניינים והוא משקיע אנרגיה בעשיית העבירה, בשונה מאדם שביצע עבירה במחדל. נוסף על כך, במקרה של מעשה אקטיבי אם המזיק לא היה מבצע את המעשה הנזק לא היה נגרם. לעומת זאת, במקרה של מחדל, האדם לא יצר את הנזק והוא היה קורה גם אם לא היה מתבצע המחדל.

הדין הישראלי לכאורה מצדד בעמדה שמעשה אקטיבי ומחדל הם חמורים באותה המידה. ס׳ 18 לחוק העונשין קובע כי מעשה הוא ״לרבות מחדל אם לא נאמר אחרת״.

ע״מ להרשיע בדרך המחדל עלינו להוכיח שלושה אלמנטים:

* קיומה של נורמה אוסרת –

ישנן מספר סוגים של נורמות אסורות.

**הסוג הראשון** של נורמה אוסרת היא נורמה אוסרת מסוג של עבירת מחדל פשוטה (למשל, אי מניעת פשע).

**הסוג השני** של נורמה אסורה הוא נורמה של עבירת מחדל מורכבת – עבירת 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.

**הסוג השלישי** של נורמה אוסרת הוא עבירה שהרכיב ההתנהגותי שלה מנוסח במעשה אקטיבי אך לפי ס׳ 18(ב) לחוק העונשין (״מעשה, לרבות מחדל אם לא נאמר אחרת״) ניתן לבצען במחדל. קיימות שלוש עמדות לגבי צורת הפרשנות של **ס׳ 18(ב) לחוק העונשין**:

* הנחת המוצא היא שכל עבירה המנוסחת באופן אקטיבי ניתן לבצעה גם בדרך של מחדל, אלא אם נאמר בה אחרת (עמדתו של פלר – העמדה הרווחת בפסיקה).
* עקב שיקולים של עיקרון החוקיות, יש לפרש את **ס׳ 18(ב) לחוק העונשין** באופן מצמצם ולראותו כמתייחס רק לעבירות שרכיב ההתנהגות בהן הוא הפועל ״עשה״ (עמדתו של קרמניצר).
* יש לנקוט בגישה פרשנית שתהיה מרחיבה בהנחה שלה לגבי כך שמהעבירה עולה שלא ניתן לבצעה במחדל. ישנה רשימה מצומצמת של פעלים שמשמעותן יכולה להתפרש גם כמחדל (עמדתו של קוגלר).

כיצד נזהה אם פעולה מסוימת היא במעשה או במחדל?

ע״מ להוכיח שאדם ביצע עבירה במחדל אנחנו צריכים להוכיח שהייתה מוטלת עליו חובה מכוח דין או חוזה לפעול ושהוא הפר את חובה זו. שתי דרישות אלה לא קיימות בהוכחת עבירה אקטיבית. פעמים רבות השאלה אם אדם ביצע עבירה בצורת מעשה או בצורת מחדל תשפיע על העונש שיוטל עליו בגין העבירה.

ישנן מספר עמדות לגבי דרך הזיהוי בין עברת מחדל לבין עבירה אקטיבית.

* המלומדים **פלר וקוגלר** מציעים את מבחן התנועה הפיזית - מעשה יוגדר כתנועת גוף או כהוצאת אנרגיה פיזית ומחדל יוגדר כאי ביצוע פעולה שכזו.
* המלומדים **קרמניצר וראם שגב** מציעים את המבחן המשולב (מבחן הדומיננטיות) – יש לשקול את האירוע הרלוונטי בכללותו תוך התחשבות בכלל השיקולים המהווים את הבסיס להבחנה בין מעשה ומחדל שהם בעיקר שני שיקולים: האם מדובר במצב של יצירת נזק או אי מניעת נזק?; האם מדובר בהרעת מצב קיים או באי שיפור המצב הקיים?
* קיומה של חובת פעולה על הנאשם –
מהם המקורות האפשריים של חובת העשה?
* **עבירות המחדל הפשוטות** – המקור הרלוונטי לחובות המעשה הוא עבירות המחדל הפשוטות. השאלה היא האם חובת העשה שקבועה בעבירות המחדל הפשוטות יכולה לשמש מקור חובה עבור עבירות אחרות? ככלל, חובות המחדל שנמצאות בעבירות הפשוטות יכולות להוות בסיס להרשעה בעבירות מחדל אחרות – הן יכולות להוות את מקור החובה. עם זאת, העבירה של רצח במחדל והעבירה הקבועה בחוק לא תעמוד על דם רעך מהוות יוצא דופן בעניין זה – קיימות עמדות חזקות שאומרות שלא ניתן לראות בהן מקור חובה עבור עבירות אחרות.
* **ס׳ 322-326 לחוק העונשין** – ס׳ אלה קובעים חובות ולאחר מכן החובות יהיו רלוונטיות לעבירות המחדל השונות (אחריות לחסרי ישע, למשל, שיכולה לשמש כחובה שרלוונטית לעבירה של הזנחת מושגח). **פס״ד מוסעזאדי** מהווה דוגמא (עובדים בקיוסק שסגרו עסקה עם זקנה שידאגו לה בתמורה לדירתה) – הנאשמים הועמדו לדין בגין הזנחת מושגח. **פס״ד פרג׳** מהווה דוגמא נוספת (אב שהשאיר את בנו על שולי הכביש באזור מסוכן) – לפי ס׳ 337 לחוק העונשין בצירוף של חובה הקבועה בס׳ 323 לחוק העונשין.
* **חובות עשה הקבועות בדין האזרחי** – חובות עשה הקבועות בדין האזרחי יכולות לשמש בסיס להפללה בעבירות מחדל בפלילי, כאשר החובה המרכזית לעניין זה היא חובת הזהירות הקבועה בעוולת הרשלנות שבפקודת הנזיקין. דוגמא לכך היא **פס״ד לורנס** (רולטה רוסית) – מעמידים לדין את לורנס בגרימת מוות ברשלנות. השופט לוין מטיל עליו אחריות על בסיס התנהגות מחדלית. הוא אומר שהמנוח נכנס למצב מסוכן ובאותו רגע עלתה ללורנס חובת עשה למנוע את המצב המסוכן מאחר והוא זה שיצר מצב זה מלכתחילה.
על שימוש בחובות העשה הקבועות בדין האזרחי נמתחה גם ביקורת. **קוגלר** אומר שיש כאן פגיעה חמורה בעיקרון החוקיות – אם המחוקק היה רוצה שהפרתה של חובה מסוימת תהיה בעלת השלכות במשפט הפלילי הוא היה צריך לחוקק חוק רלוונטי בחוק העונשין.
* **חובות עשה פסיקתיות** – לפי מקור זה עולה לשופטים הסמכות לייצר חובות עשה חדשות על דרך הפסיקה. חובה זו צריכה להיות בדין או בחוזה לפי **ס׳ 18(ב) לחוק העונשין** ומקור זה סותר את התוכן של ס׳ זה. יש פסקי דין שאומרים שחובת זהירות לא נגזרה מהמשפט האזרחי אלא נוצרה מכורח הסמכות של השופטים לייצר חובות עשה חדשות.
* **חובת ההצלה הכללית** – חובה זו קבועה בארץ בחוק **״לא תעמוד על דם רעך״**. חוק זה קובע כי ״חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו״. לכאורה זהו יכול להיות מקור לחובה. עם זאת, העמדה הרווחת היא כי בכלל האופי הייחודי של העבירה הזו לא ניתן לעשות שימוש בחובה הקיימת בה לצורך הרשעה בגין עבירות מחדל אחרות.
* **חובות עשה הנמצאות בחוזה** – למשל, מציל בים שרואה אדם טובע אך לא יוצא להצילו. חלק מאחריותו של מציל הקבועה בחוזה העסקתו היא להציל אדם שטובע. במקרה כזה יהיה ניתן להעמיד את המציל לדין בגין עבירה של הריגה בדרך המחדל.
* הוכחה שהנאשם הפר את חובת הפעולה המוטלת עליו–

אדם ייחשב 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.

קשר סיבתי

כאמור, בעבירות תוצאתיות יש שני רכיבים נוספים שצריך להוכיח ע״מ להוכיח את היסוד העובדתי: תוצאה וקשר סיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה, כאשר דרישה זו מעוגנת מבחינה פורמאלית ב**ס׳ 18 לחוק העונשין** (המילה ״שנגרמה״).

הדרישה להוכחת קשר סיבתי מתחלקת לשתי תתי דרישות:

* קשר סיבתי עובדתי – בודק קשר פיזי אובייקטיבי בין פעולת הנאשם לבין התוצאות. המבחן להוכחת קש״ס עובדתי הוא ״**מבחן האלמלא**״. האם אלמלא הפעולה של העושה הייתה מתקיימת התוצאה? אין דרישה שפעולתו של הנאשם תהא הסיבה העיקרית לקרות התוצאה. הדרישה היא שזו תהיה רק אחת מהסיבות שבשרשרת הפעולות שהביאה לתוצאה.
* גורמים משלימים – שני גורמים נפרדים, שכל אחד מהם בנפרד לא היו גורמים את התוצאה האסורה, אך משלימים אחד את השני בצורה שגורמת לתוצאה האסורה? במקרה כזה ניתן להרשיע את שני הצדדים, מאחר וכל אחד מהגורמים נמצא בשרשרת הסיבתית והביאו לתוצאה.
* גורמים מצטברים – שני גורמים שגרמו לתוצאה, בצורה שלא משנה אם אחד מהם לא היה מתקיים, התוצאה עדיין הייתה מתרחשת. לכאורה אין אפשרות להרשיע במצב כזה, מאחר וגם אם אחד מהאנשים לא היה מבצע את הפעולה האסורה התוצאה הייתה מתרחשת, וע״כ מבחן האלמלא לא מתקיים. ישנן שתי עמדות לגבי פתרון לבעיה זו:
עמדה אחת אומרת שיש לעשות קונקרטיזציה ל**מבחן האלמלא** – התוצאה לא הייתה מתקיימת בצורה שהיא קרתה אלמלא כל אחד מהגורמים.
עמדה שנייה אומרת שיש להפוך את מבחן האלמלא ל**מבחן דיות הפעולה** – די בכך שרק אחת מהפעולות הייתה נעשית כדי שהשרשרת עד התוצאה הייתה מתקיימת ע״מ שיתקיים קש״ס עובדתי.
* גורמים חלופיים – אלמוני ופלוני מבצעים את אותה הפעולה ע״מ לגרום למותו של אדם. האדם מת רק מפעולתו של אלוני. את מי ניתן להעמיד לדין בגין רצח? כאשר מדובר בגורמים חלופיים העמדה הרווחת אומרת שעלינו להסתכל על מה שבאמת קרה ולא על תאוריות. כלומר, עלינו להתעלם מהמהלך ההיפותטי. מה שאולי היה קורה במידה והגורם החלופי לא היה קיים לא משנה. לכן, נעמיד את אלמוני לדין בגין רצח. את פלוני נעמיד לדין בגין ניסיון.
* קשר סיבתי משפטי – ״**ייחוס אחריות**״. קש״ס משפטי בוחן את השאלה על מי מבין הגורמים שקיים בהקשרם קש״ס לתוצאה ראוי לייחס אחריות משפטית לתוצאה ולעבירה. זהו מבחן נורמטיבי שלא שוקל רק שיקולים עובדתיים אלא גם שיקולים של צדק ושיקולי מדיניות שיפוטית. המבחן שבוחן קש״ס משפטי הוא **מבחן הצפיות הסבירה**, כאשר למבחן זה שני שלבים. השלב הראשון שואל האם אדם סביר יכול היה לצפות את התוצאה והשלב השני שואל האם האדם הסביר צריך היה לצפות את התוצאה.

**פס״ד יעקובוב (אישה שהתאבדה עקב אלימות של בעלה) –** דורנר בפס״ד זה מתמקדת באלמנטים האובייקטיבים ואומרת שהתעללות במקרים של נשים מוכות עלולה להוביל נשים להתאבדות ולכן מבחינה אובייקטיבית אי אפשר לטעון שהאדם הסביר לא יכול ולא צריך היה לצפות שהתעללות באשתו יכולה להביל להתאבדותה.
**עמדה ראשונה** בהקשר של פס״ד זה אומרת שמקום בו הנאשם צפה את התוצאה אין צורך להוכיח את מבחן הצפיות הסבירה מאחר והנאשם הספציפי צפה את התוצאה, ולכן זה לא משנה אם האדם הסביר היה צופה אותה.
**עמדה שנייה** (נקבעה ב**פס״ד פלוני נ׳ מ״י**). אומרת שכשאנחנו יודעים שהנאשם הספציפי צפה את התוצאה מתייתר רק החלק הראשון של מבחן הצפיות הסבירה. כלומר, עדיין צריך לשאול אם האדם הסביר היה צריך לצפות את התוצאה וזאת עקב שיקול משפטי הנוגע לערך האוטונומיה.

באיזו רמה של רזולוציה האדם הסביר יכול וצריך היה לצפות את התוצאה?

הפסיקה מבחינה בין טיב וסוג התוצאה לבין היקף התוצאה, דרך השתלשלות הדברים עד קרות התוצאה והאופן המדויק שבו היא קרתה.

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. אנחנו לא צריכים לבחון את השאלה אם האדם הסביר יכול וצריך היה לצפות את מימדי הנזק.

**פס״ד פטרומיליו** קובע כי אדם לא יכול היה ולא צריך היה לצפות שמכיוס ארנק באופן לא אלים אדם ימות. צריכה להיות מידתיות לענישה.

הפסיקה קובעת כי בדרך כלל אין דרישה לצפיות של דרך קרות התוצאה. די בכך שצפית את סוג התוצאה – אתה לא צריך לצפות את הדרך המדויקת שבה קרתה התוצאה.

**פס״ד ג׳מאעה** (הגבר הרביץ לאישה במקל, חנק אותה וזרק אותה לבאר – האישה מתה כתוצאה מטביעה) קבע בעניין הקש״ס שאדם סביר יכול וצריך היה לצפות ששרשרת ההתנהגות כמו במקרה זה תביא למוות.

**פס״ד בלקר** (הבעל מנסה לרצוח את אשתו וזורק אותה מהחלון, והאישה מתה מוות מוחי) מדבר על מקרה בו עולה טענה כי אין קש״ס מאחר והאישה לא מתה ממעשיו של הבעל, אלא מפעולותיהם של הרופאים (ניתוק האישה ממכונות החייאה). מבחינת הקש״ס, דעת הרוב אומרת כי אין בעיה והוא מתקיים – מוות מוחי הוא מוות בחינה משפטית. דעת המיעוט אומרת שישנן שתי דרכים נוספות שניתן להגיע דרכן לתוצאה: אדם הפוגע בגופו של אחר יכול וצריך לצפות גם מוות של האדם; אם האדם יכול וצריך היה לצפות מוות ויתרה מכן התכוון לגרום למוות, אין נפקא מינה לסדר קרות הדברים (דרך קרות התוצאה).

ההלכה קובעת כי אין דרישה לצפיות של היקף ומימדי התוצאה. תוצאה שהיקף הנזק שלה הוא יותר גדול מהצפוי הוא סיכון שאמור להילקח ע״י מבצע העבירה.

גורם זר מתערב

גורם זר מתערב יכול להיות נסיבה, אדם אחר, אירוע טבע או הקורבן עצמו. האם עקב גורם זר מתערב מתנתק הקשר הסיבתי? ההלכה קבעה כי אנחנו מחליטים אם גורם זר מתערב מנתק את הקשר הסיבתי לפי **מבחן הצפיות הסבירה** – האם אדם סביר יכול וצריך היה לצפות את קרות הנזק? אם התשובה היא כן, דרך התקיימות התוצאה לא משנה.

גולגולת דקה

מקרים בהם לקורבן יש נתונים רפואיים מסוימים שמובילים לכך שהנזק שנגרם בפועל הוא נזק גדול יותר ממה שהיה נגרם לאדם רגיל. עפ״י ההלכה גולגולת דקה לא מנתקת את הקשר הסיבתי.

**פס״ד בלזר** (נהג מונית ונהג אוטובוס) אם האדם הסביר יכול וצריך היה לצפות נזק גוף וקרה מקרה של מוות לא מתנתק הקשר הסיבתי, גם אם זה נובע מנתונים רפואיים מיוחדים של המנוח.

**פס״ד מלכה** (תינוק בן שנתיים נדרש ונפטר עקב העובדה שלא נתנו לו זריקת טטנוס בביה״ח) קובע את החריג – אם לאדם יש רגישות עד כדי כך חריגה שזה משנה לא רק את היקף הנזק אלא גם את סוג הנזק, הדבר מנתק את הקש״ס (ההבדל הופך להיות איכותי ולא כמותי).

ס׳ 309 לחוק העונשין – קשר סיבתי סטטוטורי

הכותרת של **ס׳ 309 לחוק העונשין** עוסקת בקשר הסיבתי בהקשר של עבירות המתה (״גרימת מוות מהי״). הפסיקה קבעה שהכללים הקבועים בס׳ זה תקפים לכל עבירות התוצאה. לא מדובר ברשימה סגורה. המקרים המצוינים ברשימה הם מקרים בהם גורם זר התערב ובכל זאת לא התנתק הקש״ס.

**סיווג עבירות בהתאם לאופי התהוותן בציר הזמן**

עבירה רגעית

עבירה שהמבנה שלה אינו דורש שיעור זמן להתרחשותה, והשיא והסיום שלה מתרחשים באותו הרגע. אין תלות במשך הזמן להתגבשות העבירה. בגין עבירה רגעית ניתן להעמיד לדין פעם אחת בלבד.

עבירה נמשכת

עבירה שהיסוד העובדתי שלה הוא בעל אופי מתמשך. השיא של העבירה הוא לא הרגע בו הוא הושלמה אלא הרגע בו ברור שנעברה עבירה. הרכיבים הדרושים להתגבשות העבירה מתמלאים ברגע השיא שלה אך ביצועה לא נגמר עד שנפסקת ההתנהגות האסורה. לא ניתן לחלק עבירות נמשכות והשינוי בעבירה הוא שינוי שעניינו בעונש בלבד. תהליך ההתגבשות של עבירה נמשכת מותנה בהתמדה בו של העושה במשך זמן מינימלי מסוים (כל התמדה למשך זמן נוסף נחשבת שינוי כמותי שעניינו כאמור, בעונש). ניתן להעמיד לדין בגין עבירה נמשכת פעם אחת בלבד.

ישנן מספר סיבות להבחנה בין עבירה רגעית לעבירה נמשכת:

* בעבירות נמשכות התמשכות ההתנהגות האסורה עשויה להגדיל את היקפה של ההתנהגות העבריינית ואת משקלה האנטי חברתי.
* כאשר מדובר בעבירה נמשכת עולה השאלה באיזה נקודה מתחילה ספירת תקופת ההתיישנות. הפסיקה קובעת כי תקופת ההתיישנות של העבירה נמשכת מתחילה להימנות מרגע הפסקת ההתנהגות הפלילית והשלמתה הסופית של העבירה הנמשכת.
* תחולתה של העבירה הנמשכת תהיה בדין הישראלי כל עוד מקצתה של העבירה נעשתה בישראל.
* תחולתה של העבירה הנמשכת לפי זמן:
במצב בו במהלך ההתנהגות האסורה נקבע איסור לגביה, לא נעניש על התנהגות שהתקיימה לפני קביעת האיסור הפלילי, אלא רק במידה וההתנהגות נמשכה גם אחרי קביעת האיסור (נעניש רק על הזמן שאחרי קביעת האיסור);
העונש שחל במצב בו במהלך עבירה נמשכת ובטרם השלמתה נקבע עונש חמור יותר בגינה, העונש שיחול הוא זה שנקבע מאוחר יותר (**פלר**);

במצב בו במהלך העבירה הנמשכת וטרם השלמתה בוטלה הנורמה הפלילית הרלוונטית או נקבע עונש קל ויתר בגינה, הנורמה שתחול היא זו שהייתה תקפה בזמן השלמת העבירה (הנורמה המאוחרת יותר).
* הפעלת עונש מאסר על תנאי בעבירה נמשכת – **פס״ד אלפי** (המערער הורשע באי הגשת דוחות של החברה שהוא ניהל) קובע שרק ברגע שנפסקה ההתנהגות האסורה נפסקה העבירה ולכן אפשר להפעיל מאסר על תנאי במידה והעבריין ממשיך את ההתנהגות האסורה במהלכו.

עבירה מתחדשת

עבירה החוזרת ומתגבשת מחדש מדי פרק זמן מסוים עד להפסקת ביצועה. ניתן לפצלה למספר עבירות שהתרחשו לאורן זמן. עבירה מתחדשת קמה רק מקום בו נקבע במפורש בחוק פרק הזמן בו מסתיימת עבירה אחת ומתגבשת עבירה אחרת (לדוגמא, דוחות חניה).

כאשר מדובר בעבירה מתחדשת התביעה יכולה להגדיר מספר תקפות נפרדות שבהן בוצעה העבירה ולהגיש כתב אישום על מספר עבירות נפרדות. הדבר יכול לסייע לתביעה לשוב ולנסות להעמיד את הנאשם לדין פעם נוספת אם זוכה.

עבירת שרשרת

עבירה הקובעת כי מקום בו שרשרת פעולות עברייניות זהות מבוצעות כמקשה אחת של עשייה עבריינית קיימת חובה לראותן כעבירה אחת שלא ניתן לפצלה או לפרקה, למרותש מבחינה פורמלית בכל פעולה מתקיימים כל היסודות הדרושים לאחריות פלילית.

**דנ״פ משולם (השופט ברק)** – פס״ד הקובע כי עבירת שרשרת אינה מתאימה למשפט הישראלי.

עבירה רבת פריטים

דוקטרינה זו מתייחסת כעבירה אחת לאירוע עברייני שהוא בעל פריטים רבים. ללא קיום הדוקטרינה כל פריט עברייני היה יכול להוות עבירה בפני עצמו. הדוקטרינה מתקיימת 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 פרטים לפריט.

ישנם שני מבחנים עיקריים לעבירה רבת פריטים עפ״י ההלכה:

* מבחן צורני עובדתי – האם דובר בפעולה אחת נמשכת שלא ניתן לפצלה לתת פעולות או שמא מדובר בשרשרת של פעולות עוקבות שכל אחת היא חוליה נפרדת? ככל שבכל אחד מהפריטים דרך הפעולה תהא דומה כך ניטה לראות את העבירה כעבירה רבת פריטים.
* מבחן האינטרס החברתי המוגן – המבחן מתמקד בנזק שנגרם ע״י התנהגותו של מבצע העבירה ובין היתר גם במספר הנפגעים. ככל שמדובר בפגיעה קלה יותר באינטרס החברתי המוגן או בקורבן אחד העבירה תיחשב כעבירה רבת פריטים. ביהמ״ש מדגיש בקשר למבחן זה שאם קיימת קרבה עניינית בין הנפגעים שהיא תוצר של אינטרס משותף שנפגע ע״י הפעולה העבריינית אזי שלא מדובר במקרה המצמיח יותר מעבירה אחת. ב**פס״ד גולד** העבירו ביקורת חריפה על השימוש בעבירות רבות פריטים.

על השופטים לבחון כל מקרה לגופו.

בעבירה רבת פריטים יש גמישות בהתאם לנסיבות ויש יותר שיקול דעת לשפוטים. בעבירה רבת פריטים כל פריט עשוי לעמוד בפני עצמו וניתן להעמיד בגינו לדין. עבירה רבת פריטים במצב דברים רגיל, היא בעלת אחדות של זמן ומקום, וגם אם הפריטים מצויים על רצף זמן מסוים אין להתרחק יתר על המידה מנקודת המוצא.

יישום המבחנים על עבירות רכוש – יש לתת משקל להיקף הנזק שנוצר, יש לבחון את מידת הנזק ואת כמות הקורבנות. ככל שמדובר בנזק חמור יותר ובקורבנות מרובים יותר נעדיף לראות את העבירות כעבירות נפרדות.

**פרשת גולד** (הנאשמים רימו את מרכז ההשקעות של חברות התעשייה והמסחר והואשמו במחוזי ב-59 עבירות שונות בגין 59 דוחות שהגישו) – העליון פסק כי לא חלף פסק זמן גדול בין הגשת דוח אחד למשנהו, ולא נגרם נזק גדול בצורה משמעותית מכל הגשת דוח בנפרד.

**פרשת מנשה** – העליון פסק כי הניסיון לכרוך התנהלות עניינים שהתפרשה לגבי עשרים שנה לכדי עבירה אחת לא עולה בצורה נכונה עם עבירה רבת פריטים (מרווח זמן גדול מדי בין פריט לפריט).

**פרשת דרורי** (פריצה לסניף בנק ול-196 כספות) – ביהמ״ש קבע כי שאלת סיווג העבירה תמיד תוכרע בשל נסיבות המקרה ונקבעו מספר מבחני עזר ע״מ לבדוק האם מדובר בעבירות עצמאיות:

1. האם אותן ראיות תומכות באחת או יותר מהעבירות? ככל שנידרש לראיות שונות ונפרדות ניטה לראות את העבירות כנפרדות ועצמאיות.
2. האם לכל עבירה ניתן לייחס נקודת זמן בה היא נסתיימה והאם נקודות זמן אלה שונות מעבירה לעבירה? כלל שהתשובה היא חיובית ניטה לפצל את העבירות.
3. ככל שמדובר 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 לעבריית אפשרות פיזית סבירה לכוון את התנהגותו כך שהוא יבצע רק חלק מהפעולות וימנע מהשאר, באופן שסיכון שהיה נוטל הוא להיות מואשם בחלקן של העבירות ולא בכולן? ככל שהייתה לעבריין האפשרות לצמצם את פעולותיו העברייניות נוכל לפצל את העבירות.

יישום המבחנים על עבירות המתה – כשמדובר באינטרס מוגן חשוב יותר הפסיקה תהיה מצמצמת ככל שאפשר.

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

**ס׳ 186 לחוק הסדר הדין הפלילי** קובע שביהמ״ש רשאי להרשיע נאשם יותר מפעם אחת אך לא ניתן להענישו יותר מפעם אחת. **פרשת אזואלוס** (הורשע במחוזי ברצח בכוונת תחילה של אשתו ושל שכן שאתו היא בגדה בו) – נקבע כי שני מעשי ההרג בוצעו ברצף ובהשפעה מיידית וקשה של מעשה קנטור ועל כן מהווים מעשה אחד מכוח **ס׳ 186 לחוק הסדר הדין הפלילי**, ונקבע עונש אחד שמבטא את חומרת המעשה. פרשה זו נחשבת לפסיקה מאוד חריגה.

יישום המבחנים על עבירות מין ואלימות – הגישה הרווחת בנוגע לעבירות מין ואלימות מייחסת פחות חשיבות להיעדר ריבוי הקורבנות בבואה להכריע שלא מדובר בעבירה רבת פריטים. גם אם אין ריבוי קורבנות זה לא אומר בהכרח שתתקיים כאן עבירה אחת. הבסיס לגישה זו היא העמדה שכשמדובר באינטרס כה חשוב כמו שלמות הגוף ראוי לבחון את שאלת ריבוי הפגיעות בערך מוגן חשוב. מעשי עבירה מרובים בהזדמנויות שונות בקורבן יחיד עשויים להיחשב כעבירות נפרדות בשל חשיבות הערך המוגן שנפגע (ערכם של חיי אדם).

**פרשת פלוני** (אבא שהואשם בעבירות אינוס ותקיפה מינית כלפי גיסתו הקטינה במשך שבע שנים) – אם מסתכלים על המעשים של פלוני כמעשים נפרדים על חלקם או רובם חלה התיישנות. אם מסתכלים על העבירות שלו כעבירה רבת פריטים ניתן להרשיעו בגין כל מעשיו. בפס״ד זה ציינה **השופטת דורנר** כי אין כאן ריבוי קורבנות אלא ריבוי פגיעות. היא מציינת כי דוקטרינת העבירה רבת הפריטים לא תוביל להארכת תקופת ההתיישנות וזאת מאחר ועבירת רבת פריטים לא נקבעה בחול ולא נקבעו תחולת דיני ההתיישנות עליה בחוק.

מה קורה במצב שיש לנו התנהגות עבריינית אחת שמצמיחה לנו שתי עבירות נפרדות?

**פס״ד נאצר** (המערער יחד עם שותפיו שודדים משאית של חברת ״ברינקס״ ויורים למוות במאבטח תוך כדי השוד) – ביהמ״ש פוסק כי עבירת הרצח שב**ס׳ 300(א)(3) לחוק העונשין (רצח תוך כדי ביצוע עבירת שוד)** מכילה בתוכה את עבירת השוד, ואי אפשר להעמיד לדין גם בעבירת השוד בנפרד מעבירת הרצח.

לא תמיד הנורמה המיוחדת תחמיר בעונש עם הנאשם. עם זאת לרוב הנורמה המיוחדת מחמירה עם הנאשם, מאחר ומתקיימים בה רכיבים שלא מתקיימים בנורמה הרגילה.

**פס״ד קוזירוב** (פריצה לדירה ורצח של המנוח – הרצח תוכנן מראש) – ההבדל הפורמאלי לגבי התכנון המקדים הוביל לאישום בגין ס׳ עבירה אחר המתייחס לרצח וע״כ הורשעו הנאשמים גם בס׳ נפרד של שוד.

**היסוד הנפשי**

**ס׳ 19 לחוק העונשין** קובע כי אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם נקבע בעבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש או שהעבירה היא מסוג של אחריות קפידה. ברירת המחדל של היסוד הנפשי היא מחשבה פלילית.

**ס׳ 90(א) לחוק העונשין** מגדיר לנו מושגים כגון ״ביודעין״, כאשר במידה ומופיע בעבירה מונח זה יש לייחס יסוד נפשי של מחשבה פלילית ואת המושג ״במזיד״, המצביע עפ״י הגדרתו לדרישה של מחשבה פלילית ולדרישה של פזיזות מסוג קלות דעת.

**ס׳ 20(א) לחוק העונשין** קובע כי מחשבה פלילית היא מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאה. לעניין התוצאה נדרשת גם כוונה או פזיזות.

בעבירות תוצאה יש להוכיח בנוסף לדרישה של מחשבה פלילית גם יסוד נפשי חפצי ביחס לתוצאה מסוג של כוונה או פזיזות (אדישות – שוויון נפש להתקיימות התוצאה; או קלות דעת – מודעות לאפשרות גרימת התוצאה מתוך תקווה שהיא לא תתקיים).

סעיפים אלה מהווים ביטוי ל״עיקרון האשם״, על פיו אין אפשרות להעניש אדם אלא אם יש מחשבה פלילית (אם יש יסוד נפשי).

מבחינת גישות גמולניות מודרניות הדרישה ליסוד הנפשי מהווה ביטוי לכך שהאשם המוסרי טמון בנפשו של האדם, בבחירתו כיצד לפעול. עפ״י גישות אלה בהיעדר בחירה כזו, ככלל לא קיים אשם מוסרי.

מבחינת גישות תוצאתניות מקובלת הדרישה ליסוד נפשי שנובעת מההנחה שככלל לא ניתן לכוון את התנהגותו של אדם שלא מודע למעשיו.

ביטויים של עיקרון האשם:

* הדרישה לכך שאין עבירה ללא אשם. לא ניתן להרשיע אלא אם מתקיימות שתי דרישות:
* **התקיים אצלו היסוד הנפשי האסור לצורך ביצוע העבירה**, כאשר יש להבחין בין יסוד נפשי סובייקטיבי (מחשבה פלילית + כוונה או פזיזות לגבי התוצאה) לבין יסוד נפשי אובייקטיבי – רשלנות (האדם לא היה מודע לטיב המעשה או לנסיבות ו/או לאפשרות קרות התוצאה אבל האדם הסביר היה מודע).
* **שלא התקיימו אצלו אחד מהסייגים שקיימים לאחריות פלילית**.

עיקרון ההלימה

אין להטיל אחריות פלילית על אדם ואין להענישו מעבר למידת אשמתו (צריך שהאחריות הפלילית והעונש יהיו פרופורציונאליים למידת האשם).

ביטוי אחד של עיקרון ההלימה הוא שרק כאשר ממדובר בהגנה על ערכים חברתיים חשובים ראוי לקבוע עבירת רשלנות. הביטוי היותר משמעותי של עיקרון ההלימה הוא שלעבירות מחשבה פלילית (אשם סובייקטיבי) יהיה עונש יותר חמור עבירות של אשם אובייקטיבי (רשלנות).

עבירות אחריות קפידה ועבירות רשלנות

עבירות אחריות קפידה ועבירות רשלנות הם חריגים לדרישה של עיקרון האשם.

בעבירות רשלנות (מעוגנות ב**ס׳ 21 לחוק העונשין)** אנחנו מענישים אדם למרות שהוא לא היה מודע בגלל שאנחנו מגיעים למסקנה שהאדם מן היישוב כן היה יכול להיות מודע לדברים האלה.

עבירות אחריות קפידה (מעוגנות ב**ס׳ 22 לחוק העונשין**) הן עבירות שכל מה שהתביעה צריכה להוכיח הוא שהתקיים היסוד העובדתי. הנאשם צריך לא להצליח להוכיח שהוא עשה הכל ע״מ למנוע. כלומר, נטל ההוכחה הוא על הנאשם להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות שהוא לא היה רשלן, שלא הייתה לו מחשבה פלילית ושהוא נקט בכל האמצעים כדי למנוע.

איך נזהה עבירות של אחריות קפידה?

**ס׳ 22 לחוק העונשין** אומר שיש להבחין בין עבירות שחוקקו לפני תיקון 39 לחוק העונשין לבין עבירות שחוקקו אחרי תיקון 39 לחוק העונשין.

לעניין עבירות שחוקקו אחרי התיקון, יש דרישה שייאמר במפורש בחוק שמדובר בעבירת אחריות קפידה. לעניין עבירות שחוקקו לפני תיקון 39 לחוק, יכול להיות שנגיע למסקנה שהן עבירות של אחריות קפידה גם אם לא נאמר זאת במפורש בחוק אם הייתה לגביהן קביעה בפסיקה שהן עבירות של אחריות קפידה.

עיקרון המזיגה

עפ״י עיקרון המזיגה יש דרישה שהיסוד העובדתי והיסוד הנפשי יתקיימו זה לצד זה, בעת ובעונה אחת. הדרישה היא למזיגה בין המחשבה הפלילית לבין ההתנהגות ולבין הנסיבות.

**הגישה הקלאסית** בהקשר של עיקרון המזיגה היא גם הגישה הרווחת, ועל פיה יש דרישה של סימולטניות.

**הגישה השנייה** בהקשר של עיקרון המזיגה אומרת שלא מספיקה דרישת הסימולטניות, אלא שצריך להוכיח גם זיקה עניינית – זיקה של תולדה (אחר ולא כל הדברים שקורים בו זמנית יש בניהם קש״ס).

**הגישה השלישית** בהקשר של עיקרון המזיגה אומרת שצריך שתהיה זיקה עניינית בין היסוד הנפשי ליסוד העובדתי אבל היא לא צריכה להיות בהכרח זיקה בזמן.

המשמעות של עיקרון המזיגה היא שבשני מצבים אדם לא יורשע:

* מקום בו המחשבה הפלילית התגבשה רק זמן מה לאחר ביצוע ההתנהגות.
* מקום בו רק לאחר שחלפה המחשבה הפלילית בוצעה ההתנהגות.

**פס״ד קלנר** (איש עסקים שמקבל כספים בלי לדעת שהם אמורים להיות שוחד, אך מגלה תקופה ארוכה לאחר מכן על מטרת הכספים) – לא ניתן להרשיעו מאחר ולא התקיים עיקרון המזיגה.

**פס״ד טל** (טל מקבל כספים מקקמ״ר ולאחר מכן כספים לאותה מטרה מהמדינה ואותם הפקיד לחשבונו האישי. במועד ההתנהגות לא התקיימה מחשבה פלילית) – גם בפס״ד זה לא הייתה מחשבה פלילית וע״כ לא מתקיים עיקרון המזיגה, ואין אפשרות להרשיע.

במקרים בהם נראה כי יש להרשיע למרות שלא מתקיים עיקרון המזיגה ביהמ״ש פיתח קונסטרוקציה משפטית שמושכות את קרות האלמנט המוקדם יותר עד להתרחשות האלמנט המאוחר, או להפך. **פס״ד פייגן** (בחור שנהג בשכרות, נעצר ע״י שוטר ודרס לו את כף הרגל) – פייגן מועמד לדין על תקיפת שוטר, למרות שהמחשבה הפלילית התקיימה רק אחרי ההתנהגות ולא מתקיים עיקרון המזיגה. הנימוק של ביהמ״שׁ היה כי ברגע שהתגבשה המחשבה הפלילית אצל פייגן רכבו עדיין היה על רגלו של השוטר, וע״כ היה כאן רגע של מזיגה.

**פס״ד ג׳מאעה** (הארוס שחונק את ארוסתו וזורק אותה לבאר, והיא מתה בסופו של דבר מטביעה) – אם מיישמים כאן עיקרון המזיגה באופן דבקני הוא לא מתקיים כאן. ביהמ״ש אומר שפעולת גרימת המוות החלה בחניקה של המנוחה, וע״כ היה רגע של מזיגה בין המחשבה הפלילית להתנהגות. **פס״ד טבי** (חבורה של נערים משכרים נער וזורקים אותו מהצוק, בסופו של דבר הוא מת מהתייבשות) – גם כאן אומרים שהפעולה של הנאשמים החלה בזמן התקיימות המחשבה הפלילית, בשלב בו התחילו לנסות לרצוח. ב**פס״ד מרחבי** (החזקת כלים ששימשו לעבירה), למשל, המקרה הוא שמבחינת היסוד העובדתי הוא מתחיל לקרות ביום בו הוחלפו המכלולים של כלי הנשק, אבל בשלב זה עדיין לא התקיים היסוד הנפשי. היסוד הנפשי מתקיים רק בזמן בו הייתה המשכיות בהחזקת הכלים.

עצימת עיניים

דוקטרינת ״עצימת העיניים״ נקבעה בתיקון 39 לחוק העונשין ומעוגנת ב**ס׳ 20(ג)(1) לחוק העונשין** וקובעת כי ״רואים אדם שחשד בטיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להן אם נמנע מלבררם״. הכוונת ההתנהגות במקרה של חשד לטיב ההתנהגות והנסיבות היא לבחור בין שתי אפשריות: לברר לגבי המתרחש ורק אם החשד לא מבוסס ניתן לבצע את המעשה; או לא לברר על המתרחש ולוותר על ביצוע המעשה.

הדוקטרינה של עצימת עיניים אינה מתייחסת לאפשרות קרות התוצאה.

החשד הנדרש בדוקטרינת עצימת העיניים הוא חשד גבוהה, מאחר והוא צריך לקיים תחלופה למודעות בהקשר של היסוד הנפשי.

מתי לא נייחס את הדוקטרינה של עצימת העיניים?

במידה ואין דרך לברר את החשד, העמדה הרווחת היא כי לא חלה דוקטרינת עצימת העיניים. עמדה יחסית מקובלת היא שאם עלות הבירור היא בלתי סבירה, או אם הזמן שיידרש לצורך הבירור הוא כל כך ארוך עד לכדי שהוא הופך את הפעולה ללא רלוונטית, אזי שגם אז דוקטרינת עצימת העיניים לא יכולה לחול.

עמדה מוצהרת לגבי מקרים בעייתיים בהם לאחר הבירור עדיין נשארת רמה של ספק, הבירור ידרוש ביצוע עבירה פלילית או אמצעים ואנרגיה בלתי סבירים היא שיש גבול למה שניתן לדרוש מאדם. זמן מאמץ אדיר או גבוהה קרוב בפועל לאי יכולת לברר.

עפ״י הגישה של קוגלר, במישור הפרקטי כולנו חכמים בחוכמת ה״בדיעבד״. עפ״י גישתו של קוגלר מה שחשוב ביישום דוקטרינה זו הוא כמה הייתה לאדם אפשרות לברר את חשדו, ולא כמה חשד היה לאדם.

קוגלר אומר שלושה דברים בגישתו: אם אתה לא יכול לברר, אל תעשה את הפעולה או שתיקח את הסיכון ותיענש; אין פגיעה בעיקרון החוקיות בענייננו מאחר ותמיד יש לאדם את האופציה לא לבצע את ההתנהגות; לא תמיד צריך לוותר על ביצוע המעשה, על ביהמ״ש לבחון שיקולי מדיניות.

עצימת עיניים בעבירות אינוס – בעבירות אינוס יש התמקדות בשתי שאלות עיקריות: האם הנאשם נקט בצעדים כדי לברר את קיומה של הסכמה חופשית?; מהי מידת הסיכון שהנאשם לקח שלא מתקיימת הסכמה חופשית? האם הוא לקח סיכון סביר?

**פס״ד טייב** (צעירה אוסטרלית ופיזיותרפיסט) – השופטים בונים קונסטרוקציה משפטית של **״חלל תודעתי״** העוסקת במעשה של אדם שלא חשד בנסיבה של אי קיומה של הסכמה חופשית מאחר ולא היה לו אכפת מספיק כדי לחשוד. השופטים אומרים לנו שחלל תודעתי הוא סוג של עצימת עיניים. קונסטרוציה זו היא לא בעלת בסיס בחוק.

**פס״ד אזולאי** (בחור בן 34 ובחורה שהציגה את עצמה כבת 16, למרות שהייתה בת 14) – השופטים בפס״ד זה מסתכלים על התהליך כקצר ודחוס במקום כארוך וממושך, ואומרים לנו שיש להבחין בין מה הנפגעת רצתה בפועל ולבין מה הייתה מודעותו של הנאשם. הנאשם רצה להאמין שהיא מסכימה ולכן התעלם מאינדיקטורים מסוימים שהצביעו על אי הסכמתה.

הגישה הרווחת היא – ״כאשר יש ספק אין ספק״. גישה זו אוסרת על כניסה לחלל תודעתי – אם יש ספק, אפילו הקטן ביותר, על האדם מוטלת החובה לברר.

החלת דוקטרינת עצימת העיניים בעבירות מחדל

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

אלה שתומכים בעמדה כי אין להחיל את הדוקטרינה על עבירות מחדל כלליות מבססים את טענתם על עיקרון החוקיות. בעבירות מחדל החלה של דוקטרינת עצימת העיניים אומרת שברגע שיש לך חשד עולה לך החובה ברר כי במידה ולא ביררת המשמעות היא שתורשע בגין העבירה.

אלה שתומכים בהלכת הדוקטרינה של עצימת העיניים על עבירות מחדל כלליות מעלים שתי טענות: אין דבר ב**ס׳ 20(ג)(1) לחוק העונשין** שנותן אינדיקציה על כך שיש להתייחס לעבירות המחדל באופן שונה; חייבים להחיל את הדוקטרינה על עבירות מחדל ע״מ למנוע מצבים של ״ראש קטן״.

**פס״ד הר-שפי** (ידעה שיגאל עמיר מתכנן לרצוח את ראש הממשלה יצחק רבין ז״ל ולא נקטה בצעדים ע״מ למנוע את הפשע) – הורשעה ב**ס׳ 262 לחוק העונשין** – אי מניעת פשע. השופטים דנים בהערת אגב האם החובה לנקוט באמצעים הסבירים חלה לא רק במצב כי פלוני יודע שאדם מתכנן לבצע פשע אלא גם במצב בו פלוני חושד שאדם מתכנן לבצע פשע. עפ״י **חשין** עצימת העיניים לא חלה על עבירה זו. זאת מאחר ויש כאן פגיעה בחירות ועקב אופייה המיוחד של העבירה. בנוסף, טענתו של חשין היא כי קשה מאוד לברר מה אדם מתכנן וכי יש כאן מחיר חברתי של הפיכת החברה לחברה שבה אדם לאדם – בלש.

אחת הביקורות המשמעותיות בנוגע לפס״ד זה ניתנה ע״י **קרמניצר**, והוא טוען שצריך להחיל את עצימת העיניים גם על העבירה של אי מניעת פשע. לטענתו של קרמניצר אין לביהמ״ש את הסמכות להחריג את העבירה מהעקרונות הכלליים של דיני העונשין וטענה נוספת שלו היא כי יש כאן אינטרס של הצלחת חיים והתועלת כאן היא חשובה.

טעות במצב דברים

דוקטרינת טעות במצב דברים עוסקת בסיטואציה שבה הנאשם אינו מודע להתקיימותם של המעשה ו/או הנסיבות. כאן מדובר בסיטואציה בה הנאשם אף לא חושד שהמעשה ו/או הנסיבות התקיימו, שכן הוא סבור (בשוגג) שהנסיבות ו/או המעשה בעניינו שונים מאלו המוגדרים בעבירה.

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

**ס׳ 34יח(ב) לחוק העונשין** מגדיר כי **ס׳ 34יח(א) לחוק העונשין** יחול גם על עבירות רשלנות ובמקרים בהם הטעות הייתה סבירה וגם על עבירות אחריות קפידה.

החוק מתחקה אחר האופן הסובייקטיבי שבו האדם מבין את הסיטואציה. אם אדם טועה לחשוב שהנסיבות שונה מהפועל, נשפוט אותו לפי האופן בו הוא חשב שהנסיבות מתקיימות. אנחנו בודקים את המודעות הסובייקטיבית של האדם ולא קיימת כאן דרישה של סבירות, אלא דרישה של כנות.

**ס׳ 34יח לחוק העונשין** מוסיף סיטואציה של סייגים מדומים (מצב בו אדם טועה לסבור שהוא פועל במצב עובדתי בו קם לו סייג לפלילים, למרות שבמציאות לא כך הדבר – חושב שעומדים לירות בו ויורה על המאיים אבל המאיים מחזיק אקדח צעצוע, במצב זה הס׳ יזכה את האדם שירה בפועל); וסיטואציה 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 (ס׳ 34יח מנחה אותנו לראות את הסיטואציה כפי שהנאשם דימה אותה).

חשוב להדגיש כי לא ניתן להחמיר את הנאשם מכוח **ס׳ 34יח לחוק העונשין**.

כוונה

כוונה הוא רכיב ביסוד הנפשי שלעיתים נדרש בעבירות תוצאה, והוא מעוגן ב**ס׳ 20 לחוק העונשין** – הרי בעבירות תוצאה צריך להוכיח נוסף למחשבה פלילית, גם אחד משניים: פזיזות לעניין התוצאה או כוונה לעניין התוצאה.

כשאנחנו נדרשים להוכיח כוונה המשמעות היא שעלינו להוכיח שהלך הרוח של האדם היה כזה שהוא פועל מתוך מטרה לגרום לתוצאות האסורות לפי העבירה הספציפית.

בעבירות שבהן תוכח כוונה העונש יהיה חמור יותר. בנוסף, ישנן עבירות שבהן ע״מ להרשיע את הנאשם המחוקק החליט שאין להסתפק בפזיזות אלא יש להוכיח כוונה.

ע״מ שנגיע למסקנה שהמחוקק התכוון שיש להוכיח כוונה צריכים להתקיים שני תנאים:

**הדרישה הראשונה** היא שבעבירה ייעשה שימוש במונח כוונה או במונח נרדף למונח כוונה (לשם, כדי, במטרה וכו׳). **הדרישה השנייה** היא שאותו המונח יתייחס לרכיב התוצאה של היסוד העובדתי של העבירה.

בחוק העונשין יש בסה״כ שלוש עבירות שבהן נעשה שימוש במילה כוונה במשמעות הנכונה שלה: ״חבלה בכוונה מחמירה״ (**ס׳ 329א(1) לחוק העונשין**), ״עבירת הכישוף״ (**ס׳ 417א לחוק העונשין**) ואחת החלופות של עבירת הזיוף (**ס׳ 421 לחוק העונשין**).

מטרה (כוונה מיוחדת)

המונח מטרה רלוונטי לסוג מאוד מיוחד של עבירות. עבירות מטרה או כוונה מיוחדת יכולות להיות עבירות תוצאה או עבירות התנהגות. בנוסף לרכיבים הרגילים של היסוד הנפשי, יש להוכיח רכיב חפצי נוסף שלא מתייחס לתוצאה – העושה x ע״מ להשיג y. התוצאה שניסה להשיג העבריין היא חלק מהיסוד הנפשי ואין דרישה לכך שהוא באמת השיג אותה.

רוב עבירות המטרה הן עבירות התנהגות אך יש גם עבירות מטרה שהן עבירות תוצאה.

ישנן עבירות מטרה שבלשון החוק נכתבו בעזרת המילה ״בכוונה״, שמשמעותה היא ״במטרה״.

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

הדבר מעוגן ב**ס׳ 90א(2) לחוק העונשין** (ס׳ הגדרות) – ״בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של תיקון 39, ושבו היסוד הנפשי 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״.

כלומר, אם המילה ״כוונה״ מתייחסת ליעד שהאדם רוצה להשיג אזי שהמשמעות שלה היא ״מטרה״. כלל זה נכון גם לעבירות שיש בהן שימוש במונח ״למטרה״, ״לשם״, ״כדי״ וכו׳.

מניע

המונח מניע הוא הגורם הנפשי שמוביל את האדם לבצע את המעשה. זוהי לא תוצאה ולא מטרה. זהו איזשהו רגש. זהו לא יעד עתידי אלא מצב נפשי שמתקיים בזמן ביצוע ההתנהגות.

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

לאחר תיקון 39 לחוק העונשין נוצר ויכוח פרשני לגבי האם יש עבירות מניע משתמעות בחוק העונשין. **העמדה הראשונה** לגבי ויכוח זה אומרת שזה לא משנה אם יש עבירות כאלו בחוק וזאת מאחר ואין הבדל בין מניע למטרה לגישתה של שיטה זאת. **העמדה השנייה** לגבי ויכוח זה היא שיש הבדל בין מניע למטרה לעניין הלכת הצפיות.

כוונה תחילה

כוונה תחילה מעוגנת ב**ס׳ 301 לחוק העונשין**. המונח כוונה תחילה 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 (כאשר שלוש מהן הן עבירות של הריגה שמתקיימת בהן נסיבה מיוחדת שתגרום לכך שההריגה תחשב לרצח).

ע״מ להוכיח כוונה תחילה יש להוכיח שלושה רכיבים: **החלטה להמית** (יסוד נפשי פנימי שמשמעותו היא קיום של שני אלמנטים – צפיות מראש של אפשרות קיום התוצאה ורצון לקיום התוצאה); **הכנה** (ההכנה יכולה להיות של שניות בודדות. עפ״י הפרשנות הישראלית שאלת ההכנה נמדדת בפרמטרים פיזיים); **היעדר קנטור – היעדר התגרות** (האם הקורבן עשה משהו ע״מ להתגרות במבצע? במידה וכן, יכול להיות שנרשיע את המבצע בהריגה. לגבי רכיב זה קיימת ביקורת רבה. ב**פס״ד היילו** וב**פס״ד ביטון** ביהמ״ש אומר שהוא מודע לביקורת).

לפי **השופט ברק** ב**פס״ד היילו** – המבחן הסובייקטיבי הוא היעדר שקילות מוסרית. אם האדם לא עצר ושקל את מעשיו לפני ביצוע ההריגה, היה קנטור מצידו של המנוח ולא התבצע רצח. אם האדם עצר ושקל את מעשיו, הרי שלא היה קנטור והתבצע רצח. המבחן האובייקטיבי לפי **השופט ברק** שואל את השאלה האם האדם הסביר היה אמור לאבד את השליטה ולנהוג בדרך שבה נהג הנאשם?

חזקת המודעות הכללית

החזקה הבסיסית ביותר שמאפשרת לביהמ״ש להוכיח רכיבים של יסוד נפשי היא חזקת המודעות הכללית. עפ״י יחזקה זו אדם מודע בדרך שאדם מודע בדרך כלל למשמעות התנהגותו מבחינת טיבה הפיזי, מבחינת קיום נסיבותיה, ומבחינת אפשרות גרימת התוצאה הטבעית שעשויה לצמוח ממנה. זוהי לא חזקה חלוטה – יהיה ניתן להפריך אותה בנסיבות המקרה הספציפי.

דוקטרינת ״עצימת עיניים״ חוסכת לנו להוכיח מודעות למעשה ולנסיבות מאחר וכל מה שעלינו להוכיח הוא חשד.

הלכת הצפיות

הלכת הצפיות הוגנה בחוק בתיקון 39 לחוק העונשין, ב**ס׳ 20(ב) לחוק העונשין** – ״לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה במטרה לגורמן״.

עפ״י הלכת הצפיות גם אם לא פעלת מתוך מטרה לגרום לתוצאה אבל צפית אותה מראש בהסתברות של קרוב לוודאי הדבר שווה ערך לכוונה.

הלכת הצפיות קובעת כי צפיות מהווה תחליף לכוונה.

מה עלינו להוכיח בעבירות תוצאה מבחינת היסוד הנפשי?

בעבירות תוצאה עלינו להוכיח מודעות למעשה, לנסיבות, לאפשרות קרות התוצאה ויסוד נפשי חפצי מסוג כוונה או פזיזות.

בעבירות תוצאה שותקות (אין דרישה מפורשת להוכחת כוונה) יש להוכיח פזיזות. אופציה שנייה בעבירות תוצאה שותקות היא להוכיח את הלכת הצפיות.

הדרישה היא דרישה סובייקטיבית, עלינו להוכיח צפיות של הנאשם הספיציפי.

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.

הלכת הצפיות רלוונטית גם באותן עבירות הדורשות כי אי אפשר להסתפק בפזיזות (בעבירות תוצאה לא שותקות). בהינתן כי כל שאר הנתונים יהיו שווים, בין אדם פזיז לבין אדם שהתכוון, אדם שהוכחה לגביו כוונה ייגזר עליו עונש חמור יותר.

בידי התביעה שתי דרכים חלופיות להוכיח כוונה (מאחר והלכת הצפיות היא תחליף לכוונה):

* להוכיח כי הנאשם פעל מתוך מטרה לגרום לתוצאה, שהוא רצה את התוצאה. במקרה כזה, לא משנה ההסתברות שבה הוא צפה שהתוצאה באמת תקרה. האשם המוסרי נובע מתוך רצונו של הנאשם לגרום לתוצאה האסורה.
* להוכיח כי הנאשם צפה את התוצאה בהסתברות קרובה לוודאי. במקרה כזה אין דרישה להוכיח כי הנאשם פעל מתוך מטרה לגרום לתוצאה. האשם המוסרי נובע מכך שהנאשם החליט לפעול למרות שהוא צפה אפשרות בהסתברות גבוהה של קרות התוצאה.

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

מבחינה עקרונית לפני תיקון 39 השופטים סברו כי ניתן להחיל את הלכת הצפיות גם כתחליף למטרה, אך שיש לבחון כל מקרה לגופו. ס׳ 20 לחוק העונשין קובע כי כשעלינו להוכיח כוונה ניתן להוכיח במקומה את הלכת הצפיות.

החלת הלכת הצפיות כתחליף למטרה – כאמור, עבירת מטרה יכולה להיות תוצאתית או התנהגותית ויש בה חובה להוכיח כי האדם פעל מתוך רצון שמטרה מסוימת תושג.

בנוגע לאפשרות החלת הלכת הצפיות בנוגע לעבירות מטרה, לאחר תיקון 39, קיימות שלוש גישות: **הגישה הראשונה** אומרת זה תלוי מצב (עפ״י גישה זו **ס׳ 20 לחוק העונשין** הוא לא בעל השפעה בעניין המדיניות המשפטית. על ביהמ״ש מוטלת החובה לבדוק כל עבירה לגופה בהתאם לשיקולי מדיניות. בפס״ד אלבה הוכח כי הנאשם פעל במטרה להסית. **השופט ברק** בפס״ד זה אמר בהערת אגב כי הוא תומך בגישה זו); **הגישה השנייה** אומרת כי מתקיים הסדר שלילי – אין אפשרות להחיל את הלכת הצפיות בנוגע לעבירות מטרה (ברגע שהמחוקק הסדיר את הלכת הצפיות בס׳ 20 לחוק העונשין הוא קבע כי אסור להשתמש בה בהקשרים שלא מעוגנים בס׳ **השופט ברק** ב**פס״ד אלבה** דן בגישה זו); **הגישה השלישית** היא גישת ההיקש – יש להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מטרה (**השופטים מצא ובך** תומכים בגישה זו ב**פס״ד אלבה**. מכוח ההיקש ניתן ללמוד כי המחוקק החליט שניתן להשתמש בהלכת הצפיות גם כתחליף למטרה).

הגישה הרווחת כיום היא שיש לבדוק כל עבירה לגופה.

ב**פס״ד אלגד** (מאבטח ששיבש הליכי משפט ע״מ למנוע את פיטוריו) הוכרע כי ניתן להשתמש במקרה זה בהלכת הצפיות כתחליף למטרה. טענתו של אלגד הייתה כי הוא לא פעל מתוך מטרה לשבש הליכי משפט אלא מתוך מטרה למנוע את פיטוריו. כאשר אתה מבקש מעד לשנות את גרסתו, יש סיכוי גבוה לוודאי שתשבש הליכי חקירה. השופטת בייניש מאמצת את הגישה על פיה יש לבחון כל עבירה לגופה, ואומרת כי ספציפית בעבירה של שיבוש הליכי משפט ניתן להחיל את הלכת הצפיות כתחליף למטרה.

ב**פס״ד ביטון נ׳ סולטאן** נאמר כי במקרה זה המחוקק הביע את עמדתו במפורט על כך שהאלמנט המרכזי שיהפוך מעשה של לשון רע לעבירה פלילית הוא הביצוע מתוך מטרה לפגוע וע״כ אין להשתמש במקרה זה בהלכת הצפיות כתחליף למטרה. בפס״ד זה **ברק** אומר לנו שאחד משיקולי המדיניות שיש לבחון בהחלטה לגבי החלת הלכת הצפיות הוא האם מדובר בעבירה התנהגותית או תוצאתית. ביהמ״ש יטה להחיל את הלכת הצפיות כתחליף למטרה כשמדובר בעבירת תוצאה. מעגל ההפללה של עבירת תוצאה קטן יותר ממעגל ההפללה של עבירות התנהגות וע״כ ניתן להקל מעט בדרישה של היסוד הנפשי. בנוסף, בעבירות תוצאה יש אלמנט של חומרה שנובע מעצם זה שנגרם נזק בעולם ולכן ראוי להקל בתנאים שנדרשים כדי להוכיח את היסוד הנפשי.

החלת הלכת הצפיות כתחליף למניע – גם במקרים של עבירות מניע יש לנו את אותן שלוש גישות שקיימות לגבי עבירות מטרה. **הגישה הראשונה** אומרת כי אין להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מניע, מאחר ומניע הוא דבר המתייחס לרגש של העושה בזמן המעשה; **הגישה השנייה** אומרת כי יש להחיל את הלכת הצפיות כתחליף למניע מאחר ובפועל אין הבדל בין מניע לבין מטרה; **הגישה השלישית** היא גמישה ואומרת כי יש לבדוק כל עבירת מניע לגופה.

אין הכרעה בין הגישות אבל ביהמ״ש נוטה לאמץ את הגישה השלישית, הגמישה יותר.

החלת הלכת הצפיות כתחליף לכוונה תחילה – כאמור, כוונה תחילה מורכבת משלושה רכיבים: החלטה להמית (מודעות לאפשרות גרימת התוצאה ופעולה מתוך מטרה לגרום לתוצאה), הכנה והיעדר קינטור. בנוגע לשאלה האם יש להחיל את הלכת הצפיות כתחליף לכוונה יש שתי גישות. **הגישה הראשונה** אומרת שכוונה וכוונה תחילה הם דני דברים שונים לגמרי ועל פיה אין להחיל את הלכת הצפיות כתחליף לכוונה תחילה. לטענתם של המחזיקים בגישה זו זוהי עבירה מיוחדת וע״כ ישנו הסדר ייחודי בכל הנוגע לרכיב החפצי של היסוד הנפשי בעבירת הרצח. **העמדה השנייה** אומרת כי מודעות לאפשרות קרות התוצאה (המרכיב הראשון של החלטה להמית) זהה למודעות לאפשרות קרות התוצאה ופעולה מתוך מטרה לגרום לתוצאה (הרכיב השני של החלטה להמית) זהה לכוונה וע״כ ניתן להחיל את הלכת הצפיות כתחליף לכוונה תחילה. המחזיקים בעמדה זו טוענים כי **ס׳ 301 לחוק העונשין** רק מוסיף אלמנטים מיוחדים לעבירת הרצח.

מחשבה פלילית מועברת

**ס׳ 20(ג)(2) לחוק העונשין** קובע כי לעניין **ס׳ 20 לחוק העונשין**, איין נפקא מינה אם נעשה המעשה לגבי האדם או החפץ שאמור היה להיעשות לגביו המעשה. כלומר, **ס׳ 20(ג)(2) לחוק העונשין** מגדיר לנו את המחשבה הפלילית המועברת. הכלל של המחשבה הפלילית המועברת רלוונטי גם בעבירות התנהגות וגם בעבירות תוצאה והוא רלוונטי גם לכל הרכיבים של היסוד הנפשי בעבירות של אשם סובייקטיבי.

ההשלכות של הדוקטרינה יהיו משמעותיות במיוחד במקרים בהם לזהות הקורבן יש משמעות. הדבר עובר לא רק להחמרה עם הנאשם, אלא גם להקלה איתו.

השוני בין הקורבן המיוחד לקורבן בפועל יכול להיות מאחד משני סוגים: **סיבות של החטאת הפעולה** (אדם ניסה לפגוע בא׳ ופגע בב׳); **סיבות של טעות בזיהוי** (במקרה של טעות בזיהוי לא נוסף הרבה ביחס לס׳ 34יח לחוק העונשין – טעות במצב דברים. עם זאת, המחשבה הפלילית המועברת מאפשרת לנו להעניש גם כאשר מדובר בטעות בה חשבו את המצב לחמור יותר). בשני סוגים שלה של מקרים חלה המחשבה הפלילית המועברת.

כדי שהדוקטרינה תחול, צריכה להיות זהות איכותית בין התוצאה שנגרמה בפועל לבין התוצאה המיועדת. ההשלכה של כלל זה הוא שלא ניתן להשתמש בדוקטרינה מקום בו נגרמה בפועל תוצאה קלה יותר משתכנן לגרום הנאשם.

ב**ער״פ פלוני** מציגים לנו מקרה הפוך, בו בפועל נגמרת תוצאה חמורה יותר ממה שתכנן הנאשם. **השופטת ארבל** אומרת שבפסיקה זרה מחילים את דוקטרינת המחשבה המועברת גם במקרים כאלה, אבל מצד שני אומרת שבספרות נמתחה על כך ביקורת רבה.

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

ב**פס״ד פלוני** (אבא שניסה לרצוח את בנותיו בעזרת סוכריות מצופות רעל אך בסופו של דבר גרושתו אכלה את הסוכריות) מרשיעים את הנאשם בעבירת כוונה – ״הגורם שלא כדין כדיי 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 לחבלה חמורה, דינו – מאסר ארבע עשרה שנים״. למרות שפלוני ניסה לפגוע בבנותיו ולא בגרושתו ניתן להרשיע אותו מכוח הדוקטרינה של מחשבה פלילית מועברת בקשר לגרושתו, אך לא ניתן לשכפל את המחשבה הפלילית ולהרשיע אותו גם בגין ניסיון לרצח בנוגע לבנותיו.

כאמור, הדוקטרינה של מחשבה פלילית מועברת מתייחסת לכל הרכיבים של האפשריים של המחשבה הפלילית. **ס׳ 20(ג)(2) לחוק העונשין** קובע כי ניתן להשתמש בדוקטרינה גם לגבי רכוש וחפצים.

תחולת הדוקטרינה של המחשבה הפלילית המועברת בעבירת הרצח בכוונה תחילה – ס׳ 301(ב) לחוק העונשין מגדיר לנו באחד הסעיפים הקטנים כי ״בעניין ההכנה וההחלטה להמית, אין נפקא מינה אם החליט להמית את האדם או מישהו מסוים או בלתי מסוים מבני משפחתו או מבני גזעו״. ב**פס״ד מנדלברוט נ׳ היועמ״ש** הועלתה טענה לגבי ס׳ זה שיש למנוע את החלת הדוקטרינה לגביו, וביהמ״ש פסק עקב פרשנות לטובת הנאשם כי יש לקבל את הטענה.

**פס״ד שניר** הופך את ההלכה ו**השופט חיים כהן** אומר שיש להחיל את הדוקטרינה.

בתיקון 39 לחוק העונשין, חוקק כאמור, כי יש להחיל את הדוקטרינה רק על ס׳ 20 לחוק העונשין, והיסוד של כוונה תחילה לא מוגדר לנו בתוך ס׳ זה. עם זאת, ההלכה היא עדיין כפי שהייתה ב**פס״ד שניר**.

פזיזות

תיקון 39 לחוק העונשין מייצר שני סוגים של פזיזות:

* אדישות – התנהגות שנעשית בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה.
* קלות דעת – התנהגות שנעשית מתוך נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה, מתוך תקווה למנוע אותה.

בשני מצבים אלה האדם לוקח ביודעין סיכון בלתי סביר, אך השוני הוא שהאדיש הוא בעל חוסר אכפתיות לגרימת התוצאה ולעומתו קל הדעת מקווה שהתוצאה לא תתקיים.

במקרה של קלות דעת מדובר על ״הערכת חסר״ (אופטימיות). המלומדת קרן שפירא-אטינגר מגדירה לנו שני מצבים נוספים שקלות דעת מתייחסת אליהם:

* ״המהמר המוגזם״ – זהו מקרה של אדם שאוהב לקחת סיכונים אך מקווה שהתוצאה האסורה לא תתקיים.
* מקרה בו יש ״רוחב מודעות״ אך אין ״עומק מודעות״ – כאשר עומק המודעות מתייחסת למודעות לסטטיסטיקה של קרות התוצאה ורוחב המודעות מתייחסת לידיעת הסטטיסטיקה עצמה. כלומר, אלו הם אנשים שמבחינת רוחב המודעות הם מודעים לסיכון אך לא מודעים אליו מבחינת עומק המודעות. המחשבה על הסיכון לא נמצאת במרכז הקשב שלהם ברגע לקיחת הסיכון.

**פס״ד זיסרמן** (חייל שיורה בחברו בזמן ניקוי הנשק שלו) מדגים לנו את מקרה זה. זיסרמן היה מודע לסיכון, אבל הסיכון לא ישב בקדמת ראשו, במרכז הקשב באותו הרגע. מבחינת ״רוחב המודעות״ היה מודע לקיומו של הסיכון אבל מבחינת ״עומק המודעות״| הוא לא מעמיק במחשבתו על האינפורמציה הזו.
מה עושים במצבי הביניים האלו? אופציה אחת היא לקטלג אותם תחת אשם פלילי סובייקטיבי (ההלכה בדין הישראלי) ואופציה שנייה היא לקטלג אותם כשאשם פלילי אובייקטיבי (רשלנות). אופציה שלישית היא לייצר למקרי הביניים האלה קטגוריה חדשה ונפרדת ולהגיד שמתקיים כאן משהו בין אשם פלילי אובייקטיבי לבין אשם פלילי סובייקטיבי.

קווי הדמיון והשוני בין רשלנות לבין קלות דעת

גם ברשלנות וגם בקלות דעת האדם לוקח סיכון בלתי סביר. עם זאת, הרשלן לא מודע לאפשרות קרות התוצאה וקל הדעת מודע לה.

**פס״ד גלפונד** (אוטובוס מתהפך לתהום) מדגים את הבעייתיות בקטלוגה של קלות דעת כחלק מהמחשבה הפלילית. בפס״ד זה ביהמ״ש מודה כי הקו בין רשלנות לקלות דעת הוא עמום. אין לדעת מה קורה בנפשו של אדם וע״כ אין לנו דרך ישירה לדעת את מודעותם של אנשים.

דוקטרינת הסיכון הסביר

**ס׳ 20 לחוק העונשין** מגדיר כי אלמנט הנדרש להוכחה כחלק מקלות הדעת הוא שהאדם נטל סיכון בלתי סביר תוך תקווה שהתוצאה לא תתקיים.

הקביעה אם סיכון הינו סביר או בלתי סביר נעשית ע״י ביהמ״ש תוך שכלולם של שלושה פרמטרים:

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

**פס״ד דויטש** (אדריכל שיוצא לחצוב עם פועלים בהר ומתעלם מאזהרתם של פקחים כי אם ימשיכו לחצוב יכולה להיגרם מפולת) – מדגים לנו מקרה של רשלנות רבתי. זהו מקרה של הערכת חסר. אצל דויטש מתקיימת גם ״רוחב המודעות״ וגם ״עומק המודעות״. דויטש הניח כי ״לו זה לא יקרה״.

מהו סיכון סביר?

שאלה זו היא תלוית תרבות וזמן.

**פס״ד צור** (חיילים שיצאו לסיור בוואדי ונהרגו בשיטפון) – היה ומקרה כזה יגיע כיום לביהמ״ש, הנאשמים יורשעו. ביהמ״ש בזמנו פסק כי נלקח סיכון סביר וזאת מאחר וערך אהבת הארץ הוא ערך חשוב ואם נקבע שצריך לבטל טיול בגלל חשש מסוים לממטרים פזורים באזור הרי יסודה יותר מדי טיולים יפגעו.

האם קיימת גישה לנטילת סיכון סביר כאשר מדובר באדישות ובכוונה?

כאמור, התביעה צריכה להוכיח שהנאשם לקח סיכון בלתי סביר. לכאורה, נוכל להרשיע את האדיש, 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, אבל הוא לא אוזכר בחוק מאחר וההנה היא שאם אתה אדיש אתה כנראה תיקח סיכונים בלתי סבירים.

באשר לעמדה המקובלת לגבי כוונה, ישנם חילוקי דעות לגביה.

עפ״י **קרמניצר**, העמדה צריכה להיות זהה לזו שקיימת באדישות. לטעמו של קרמניצר מאחר וכאן אנחנו מתמודדים עם אנשים שלקחו סיכון בלתי סביר בכוונה, וע״כ אין טעם שהתביעה תצטרך להוכיח שהסיכון הוא בלתי סביר כל פעם מחדש.

עפ״י **קוגלר**, במקרים של כוונה, האנטי חברתיות שקיימת היא שהנאשם רוצה להוכיח את התוצאה הפסולה וע״כ אין לייחס חשיבות לכך שהסיכון היה סביר או בלתי סביר, ואין חשיבות להסתברות קרות התוצאה.

הפסיקה נוטה לכיוון גישתו של קרמניצר.

**רשלנות**

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

ככלל, הטלת אשם מניחה קיומו של אדם רציונאלי שביצע בחירה לבצע את העבירה.

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.

כשמדובר בערכים חברתיים חשובים, האדם חייב לשים לב לכך שהוא עלול לסכן אותם.

ישנן שתי גישות העוסקות בהטלת אחריות רשלנית על אדם:

**הראשונה** נסמכת על **האלמנט החברתי** – אם בחרת לעשות פעולה בה יש סיכון לפגיעה באלמנט חברתי חשוב שם התקיימה הבחירה. כלומר, ברגע שביצעת את הבחירה הזו חלה עלייך חובה לדאוג שלא יתממש הסיכון.

**השנייה** מתמקדת **התחום ולא הפעולה** – אם בחרת לעסוק בתחום שיש בו סיכונים הרי שבאותו רגע נטלת על עצמך את החובה לבצע את הבירורים. אם לא ביצעת את הבירורים אתה מבצע סוג של מחדל מנטאלי.

התנאים הנדרשים לצורך קיומה של רשלנות

לפי **ס׳ 21(א) לחוק העונשין** קובע כי לפחות לגבי אחד מרכיבי העבירה (לגבי המעשה או הנסיבות), לאדם לא תהיה מודעות, אבל לאדם מן היישוב הייתה את המודעות.

בעבירות תוצאה, במישור התודעתי אין הבדל, אבל בנוסף צריך להוכיח היעדר מודעות לאפשרות קרות התוצאה במצב בו אדם מן היישוב היה מודע לאפשרות קרות התוצאה.

רכיב נוסף שצריך להוכיח הוא שהאדם נטל סיכון בלתי סביר שתיגרם התוצאה. כלומר, ההגדרה של רשלנות מבחינה אנליטית מחולקת לשני רכיבים מצטברים (הרכיב העובדתי והרכיב הנורמטיבי): **השלב הראשון** הוא הוכחת היעדר מודעות ללפחות מאחד ממרכיבי היסוד העובדתי ו**השלב השני** הוא השלב הנורמטיבי בו ביהמ״ש, על סמך שיקולי מדיניות, מכריע שתי הכרעות. **הראשונה** היא האם בנוגע לאותו רכיב עובדתי שלגביו לא הייתה מודעות של הנאשם ניתן להניח כי האדם מן היישוב היה מודע אליו. **השנייה** היא לגבי רשלנות בעבירות תוצאה, וכאן על ביהמ״ש להחליט אם הסיכון לקרות התוצאה שנטל הנאשם הוא סביר או בלתי סביר.

**פס״ד בש** (מקרר מקולקל) – קביעת ביהמ״ש הייתה כי האדם הסביר הוא לא בהכרח האדם הממוצע, אלא האדם ששואף לעשות טוב. ביהמ״ש העליון הרשיע את בש.

הוויכוח לגבי חוקיותו של פס״ד זה ממשיך להדהד בשיח הישראלי ובסופו של דבר משפיע על ניסוחו של תיקון 39 לחוק העונשין.

עפ״י **קרמניצר** יש להשתמש בפרשנות של המילים ״בנסיבות העניין״. כלומר, כשאומרים לנו את צירוף המילים בנסיבות העניין עלינו להבין שלא צריך להסתכל על האדם הנורמטיבי, אלא להסתכל על אדם עם תכונות דומות לתכונות של הנאשם.

* כשאנחנו עוברים על חוק פלילי כלשהו ונתקלים בעבירת רשלנות שמוצמד אליה עונש מקסימלי של יותר משלוש שנים, עלינו להתעלם מעונש זה ולהתייחס אליו כעונש מקסימלי של שלוש שנים (עפ״י **ס׳ 90ב לחוק העונשין**).
* **ס׳ 19 לחוק העונשין** קובע כי צריך להיות מצוין בעבירה כי היא עבירת רשלנות, אך הדבר רלוונטי רק לעבירות שחוקקו לאחר תיקון 39 לחוק העונשין. כלומר, יכול להיות שיש עבירות שחוקקו לפני התיקון שהן עבירות רשלנות אך הדבר לא מצוין בהן.

**אחריות קפידה**

**ס׳ 22 לחוק העונשין** מעגן לנו את האחריות הקפידה. בעבירות של אחריות קפידה יש אפשרות לזאת זכאי אם הנאשם הוכיח שעשה את כל מה שניתן ע״מ למנוע את התקיימות העבירה. נטל ההוכחה הוא על הנאשם.

עם זאת, כמעט ולא מתקיימים מצבים בהם נאשם מצליח להוכיח כי הוא עשה כל מה שיכל ע״מ למנוע את התקיימות העבירה. בעבירה של אחריות קפידה צריך שהדבר יהיה מפורש בלשון החוק בפירוש, אך זה מתייחס לעבירות שחוקקו לאחר תיקון 39 לחוק העונשין.

לגבי עבירות שחוקקו לפני תיקון 39 לחוק העונשין, יש לחלקן לשני סוגים:

* עבירות שבעבר נקבע כבר בדין מפורשות שהן עבירות של אחריות מוחלטת. עמדה אחת לגבי עבירות אלה היא כי תיקון 39 לחוק העונשין בא לבטל עבירות של אחריות מוחלטת ועל כן יש להתייחס אליהן כעבירות של אחריות קפידה (**השופטת נאור בפס״ד אחמד – העמדה הרווחת**). עמדה שנייה לגבי עבירות אלה היא שביהמ״ש הוא זה שיש לו את הבחירה אם לשנות את הדין לגבי עבירות כאלה. כלומר, לביהמ״ש הסמכות להחליט אם להפוך עבירות אלה לעבירות של אחריות קפידה (**השופט ברק בפס״ד אורן הנגב**).
* עבירות שחוקקו לפני תיקון 39 לחוק העונשין ולא הוכרע לגביהן בפסיקה.

**עבירות נגזרות**

עבירות הניסיון

**ס׳ 25 לחוק העונשין** מגדיר את הניסיון בתור ״אדם מנסה לבצע עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה״. כלומר, **ס׳ 25 לחוק העונשין** מגדיר ניסיון על דרך השלילה, כמצב בו מעשהו של אדם יצא מגדר ההכנה אך הוא לא העבירה המושלמת.

**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״.

כתמריץ להרתעה נותנים אפשרות לפטור עקב חרטה.

לפני תיקון 39 לחוק העונשין החוק קבע כי העונש המקסימלי לניסיון הינו מחצית מהעונש העונש המקסימלי שקצוב עבור העבירה המושלמת. תיקון 39 לחוק העונשין השווה את העונש המקסימלי שניתן להטיל בגין עבירת הניסיון לעונש המקסימלי שניתן להטיל בגין העבירה המושלמת.

**ס׳ 34ג לחוק העונשין** קובע כי ״הניסיון, השידול, הניסיון לשידול או הסיוע לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש״. קיומו של ס׳ זה הוא ע״מ להגביל את מעגל ההפללה.

העובדה שאדם לא השלים עבירה אחת לא אומרת דבר לגבי מידת ההשלמה של עבירה אחת לאורך הדרך.

היסוד העובדתי של עבירת הניסיון

ההבחנה העונשית שבין מעשי ההכנה לבין הניסיון

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

לרוב, הפללה לא תתקיים במצב. של הכנה. לכלל זה שלושה חריגים.

**הראשון** הוא עבירות ספציפיות של הכנה (מקרים ספציפים שבהם הכנת משהו לפני העבירה מהווה עבירה בפני עצמה), **השני** הוא עבירה של קשירת קשר (מעוגנת בס׳ 499 לחוק העונשין וקובעת כי אם שני אנשים או יותר נפגשים, ומדברים על לבצע עבירה הדבר הוא עניש) ו**השלישי** הוא עבירות שלא מנוסחות כעבירות הכנה (בפועל מטרתן להפליל פעולה שלא פוגעת בערך מוגן בפני עצמה אלא היא בעצם פעולת הכנה שהניסיון הראה שיש פוטנציאל גבוה שתוביל להתממשות המעשה הפוגע בערך מוגן).

ההבחנה בין העבירה המושלמת לעבירת הניסיון

ברגע שמתמלאים כל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה, זוהי עבירה מושלמת.

כאשר חסר רכיב אחד או יותר ממרכיבי היסוד העובדתי, הרי שמדובר בניסיון. החסר יכול להיות היעדר השלמה של הרכיב ההתנהגותי, העדר קיומה של נסיבה, או היעדר תוצאה.

הניסיון יכול לעלות לכדי ניסיון מושלם או לכדי ניסיון לא מושלם. ניסיון מושלם הוא מצב בו אדם עשה את כל הפעולות הנדרשות ע״מ 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

ההבחנה בין ניסיון לבין הכנה מתעוררת בדרך כלל במקרים של ניסיון לא מושלם. הקו בין הכנה לניסיון הוא עמום ולא ניתן להגדיר מראש בצורה מדויקת היכן עובר הקו מאחר והדבר משנה ממקרה למקרה.

הפסיקה פיתחה סדרה של מבחן עזר, כאשר די בכך שאחד מהם יתקיים ע״מ שיהיה ניתן להרשיע בניסיון:

* מבחן הקרבה להשלמה – מבחן זה בודק כמה רחוק מהעבירה המושלמת נמצאת ההתנהגות, הן מבחינה איכותית והן מבחינה כמותית. השאלה שעלינו לשאול היא כמה פעולות אחורה נמצאת הפעולה מהשלמת העבירה המושלמת?
* מבחן החד משמעות (מבחן הסרט האילם) – מבחן זה אומץ במשפט הישראלי והוא אומר שניסיון מתרחש כאשר המבצע החל בביצוע התחלתי של התנהגות המגלה באופן חד משמעי את כוונותיו. נקודת המוצא במבחן זה היא שלב ההכנה. עלינו לשאול באיזה שלב לאורך הדרך ניתן להבין מה האדם מתכוון לעשות?
ישנה גרסה מרוככת למבחן זה שנקראת מבחן הצעד המשמעותי, שאומר שמה שאנחנו מחפשים הוא ביצוע של צעד משמעותי שמעיד על כוונה פלילית לבצע את העבירה.
* מבחן תחילת הביצוע – עלינו לשאול מתי בשרשרת האירועים קרה אותו המעשה שברגע שהוא נעשה הדבר מעיד על כך שבכוונת העושה להמשיך לביצוע. המעשים עד להשלמת העבירה?
**פס״ד סריס** (סריס רואה בחורה על כניס אפר ותופס אותה במטרה לאנוס אותה, אבל רכב שמתקרב גורם לו לעצור ולברוח) ממחיש היטב את ההבדל בין המבחן הזה לבין מבחן הקרבה להשלמה. ביהמ״ש פוסק שזה נכון שלפי מבחן הקרבה עדיין יש מרחק עד לסיום ביצוע העבירה אבל שמצד שני, יש מרחק משמעותי יותר מהצד של ההכנה לניסיון).
**פס״ד קובקוב** (קובקוב הכין בקבוקי תבערה במטרה לבצע פיגוע ביפו ולהרוג ערבים) מוסיף לנו את כך שאין דרישה הכרחית שהמרחק ממתחם ההכנה יהיה גדול. כל מה שצריך הוא שההתנהגות תצא מגדר מתחם ההכנה ולו במידה המינימלית).
**פס״ד ברויאר** (אדם שרוצה לשדוד בנק ולרדת מהארץ, מגיע לסניף מספר פעמים והמשטרה עוצרת אותו בפעם השלישית) מציג מצב בו אם נסתכל על כל אחת מפעולותיו של הנאשם בנפרד הוא אף פעם לא התקרב מספיק לעבירה המושלמת. ביהמ״ש אומר לנו שיש. להסתכל על הדברים כמכלול אחד. בתוך שרשרת ההתנהגויות של הנאשם הוא בשלב מאוד מתקדם ועפ״י מבחן הצד המשמעותי מדובר בניסיון.

**פס״ד אלדד** (ניסיון למעשה מגונה ולהטרדה מינית – תחקיר של ערוץ עשר על פדופיליה) מדבר על כך שלפי המבחן של הצעד האפקטיבי המעיד על כוונה אין ספק שזו שרשרת מעשים שאם לא הייתה נעצרת כנראה הייתה נגמרת בעבירה. גם לפי מבחן המשמעות (הן לפי הגרסה המקורית והן לפי הגרסה המרוככת) התשובה היא חיובית. מבין כל המבחנים, להגיד בוודאות שמתקיים כאן מבחן הקרבה הוא הטענה החלשה ביותר אבל כנראה שגם הוא מתקיים.

טיב ההתנהגות הנדרש בניסיון

כאמור, הניסיון מתחלק לניסיון צליח ולניסיון בלתי צליח. ניסיון צליח מתחלק לשלושה סוגים: ניסיון שלא הצליח (ירה והחטיא); ניסיון שהיה צריך להצליח וסוכל ע״י גורם חיצוני שמנע, הפריע או הפסיק את ביצוע העבירה; וניסיון שהופסק עקב חרטה.

ניסיון בלתי צליח מתייחס למקרים בהם מלכתחילה הביצוע נועד לכישלון. **ס׳ 26 לחוק העונשין** קובע כי לעניין ניסיון אין נפקא מינה אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו. כלומר, גם הניסיון הבלתי צליח הינו עניש.

**פס״ד גרציאנו** קובע כי אין הבחנה בין שני הסוגים של הניסיון הבלתי צליח, מאחר ובשני המקרים יש לנו אדם שרוצה לבצע את העבירה.

ניסיון בלתי צליח עקב שימוש באמצעי שאינו הולם באופן יחסי (אקדח מקולקל) לעומת ניסיון בלתי צליח עקב שימוש באמצעי שאינו הולם באופן מוחלט (עמילן סוכר במקום קוקאין)

החוק לא עושה הבחנה בין שני המקרים ובשני המקרים יש אפשרות להעניש, מאחר ומטרת הפללת עבירת הניסיון היא להעניש אנשים שכוונתם היא לבצע את העבירה.

החריג לגבי האפשרות להרשיע בניסיון בלתי צליח עקב שימוש באמצעי שאינו הולם באופן מוחלט הוא כאשר מדובר באמצעי אבסורדי – אלמוני משתמש בסוכר ע״מ לגרום אצל אדם התקף לב.

במצב כזה, אי ההצלחה נובעת מטעות שנובעת מאמונתו האבסורדית של אדם באמצעי מסוים. 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.

ההבחנה בין חוסר צליחות עובדתית לבין חוסר צליחות משפטית

חוסר צליחות משפטית (טעות לגבי האיסור בחוק) אינה ענישה וההנחה היא כי **ס׳ 26 לחוק העונשין** מתייחס לחוסר צליחות עובדתית.

היסוד הנפשי של עבירת הניסיון

**ס׳ 25 לחוק העונשין** קובע כי היסוד הנפשי בעבירות הניסיון כולל שתי שכבות – השכבה הראשונה היא היסוד הנפשי של העבירה המושלמת והשכבה השנייה היא דרישה שהאדם יפעל מתוך מטרה (כוונה מיוחדת) להביא להשלמת העבירה. הרעיון בדרישת השכבה הנוספת היא שאם ברכיב העובדתי קיים חוסר, יש לפצות עליו ע״י דרישה חזקה יותר ביסוד הנפשי.

הדרישה הזו קיימת בין אם הניסיון מתייחס לעבירת התהגות או לעבירת תוצאה.

את עיקרון זה ניתן לראות ב**פס״ד קובקוב** (קובקוב יוצא מהבית עם בקבוקי תבערה ע״מ לבצע פיגוע ביפו), כאשר נאמר לנו שלגבי היסוד הנפשי אצל קובקוב לא התגבשה כוונה מספייק ברורה לבצע את עבירת החבלה החמורה ואת עבירת ההצתה.

זה אומר שבעבירות תוצאה יש לנו שלושה שלבים: הוכחת מחשבה פלילית, הוכחת רכיב נפשי חפצי ולאחר מכן הוכחה לגבי כך שהנאשם פעל מתוך מטרה להביא להשלמת העבירה.

**ס׳ 34(ד) לחוק העונשין** קובע כי בהיעדר עבירה אחרת, הדין החל על העבירה המוגמרת חל גם על העבירות הנגזרות. ע״כ ניתן להבין מלשון החוק כי ניתן להשתמש בעצימת עיניים כתחליף למודעות גם במקרים של ניסיון. עם זאת, ישנה עמדה שעל פיה יש להשאיר שיקול דעת לביהמ״ש בכל מקרה ומקרה.

לא קיים ניסיון ברשלנות מאחר ואי אפשר לפעול ע״מ 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״.

**שיקול אחד** לתת פטור עקב חרטה למנסה הוא שיקול תוצאתני – לתמרץ את המנסה להפסיק מהשלמת העבירה. כלומר, הרתעה היחיד.

**שיקול נוסף** הוא שיקול גמולני (אשם מוסרי) – מאחר ויש עדות בנפשו לטוב, יש לוותר לו על עונש.

**שיקול נוסף** הוא שיקול פנולוגי – שיקול הנובע מתורת הענישה, על פיו מרגע שהאדם התחרט בעיצומו של המעשה אין טעם להענישו.

הלך הנפש הנדרש לצורך חרטה

נדרשים שני רכיבים מצטברים:

שהמבצע חדל מהמעשים מחפץ נפשו בלבד – עשה זאת מרצונו ולא תחת לחץ של גורם חיצוני ושהמניע לכך שהוא חדל ממעשיו הוא חרטה.

**הלכת מצארווה** אומרת שלאור נוסח הסעיף יש להגיע למסקנה שרק אדם בעל חרטה אמיתית יעמוד בדרישות הפטור, ולא אדם שהפסיק את הפעולה בכלל איזושהי סיבה של קושי או גורם חיצוני.

**פס״ד מצארווה** מהווה דוגמא לחרטה שהיא לא רלוונטית לפטור מאחר וזו לא הייתה חרטה שהייתה מחפץ נפשו של האדם. צריך להיות כאן ״בעל תשובה״ אמיתי במובן המוסרי, שהפנים בצורה אמיתית שהמעשה הוא פסול ולכן הפסיק את הפעולה.

**פס״ד פלוני** הופך את ההלכה חזקת ל**הלכת נחושתן** – כאשר עפ״י הלכה זו אין צורך להוכיח חרטה עמוקה מאוד ע״מ לעמוד בתנאים של הפטור עקב חרטה. מספיק שהמנסה ביצע את הפעולות היבשות הנדרשות עפ״י החוק ע״מ לקבל את הפטור. עם זאת, יש עדיין מקרים בהן עדיין שולטת הגישה של **הלכת מצווארה**.

הנטל להוכיח את קיומו של הפטור עקב חרטה הוא על הנאשם.

מה המעשה הנדרש לצורך פטור עקב חרטה?

אם מדובר בניסיון בלתי מושלם, כל מה שצריך זה שהאדם יחדל מהשלמת המעשה. עם זאת, אם מדובר בניסיון מושלם בו העבירה טרם הושלמה עקב גורמים חיצוניים נדרש מהנאשם לתרום תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

בכל הנוגע לשאלה מהי תרומה של ממש, **עמדה אחת** אומרת שהתרומה צריכה להיות אפקטיבית – הנאשם צריך לעשות מאמץ שבאמת ימנע את קיום העבירה. **עמדה שנייה** אומרת שדי בכך שמדובר במעשים שבדרך כלל גורמים להפסקת העבירה גם אם במקרה הזה ספציפי הם לא תרמו להפסקת העבירה.

עבירות ניסיון עצמאיות

בחוק העונשין ישנן עבירות ניסיון עצמאיות, וניתן לזהותן ע״י אחת משלוש דרכים:

חלק מהעבירות הללו משתמשות הפועל ״המנסה״; במקרים אחרים נוכל לדעת שזו עבירת ניסיון מאופן הגדרת העבירה למרות שאין שימוש בפועל ״מנסה״ או בווריאציה שלו; לעיתים נוכל ללמוד גם שזוהי עבירת ניסיון גם מהכותרת של הסעיף.

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, יהיו לנו את אותן שתי שכבות מבחינת היסוד הנפשית, נוכל להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף למודעות, ועונש המקסימום של המנסה יהיה זהה לעונש המקסימום של המבצע.

עבירות הניסיון הספציפיות לא מונעות מהחלת עבירות ניסיון כלליות באותו המקום.

**צדדים לעבירה**

**קטגוריה ראשונה** של צדדים לעבירה היא מבצעים בצוותא – אנשים שהאחריות שלהם לפגע היא שוות מידה (כל האנשים שלקחו חלק מהעבירה מהווים מבצעים עיקריים);

**קטגוריה שנייה** של צדדים לעבירה היא שותפים עקיפים – מדובר באנשים שלא מבצעים את העבירה בעצמם. יש שלושה סוגים מרכזיים של מבצעים עקיפים: המשדל, המבצע באמצעות אחר והמסייע.

האחריות של השותפים העקיפים לעבירה נחשבת לאחריות נגזרת, ויש שתי גישות לגביה:

**הגישה הראשונה** אומרת שאחריותם של השותפים העקיפים נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי – זוהי גישתם של מערכות משפט המבוססות על גמול אובייקטיבי. לפני שקבענו אם הופר האיזון בין טוב לרע ע״י מעשה מסוים, אנחנו לא יכולים להעניש את אלה שהיו מעורבים באופן עקיף במעשה. כלומר, עלינו קודם לקבוע את אחריותו של המבצע העיקרי לפני שאנחנו קובעים את אחריותם של הצדדים העקיפים לעבירה.

**הגישה השנייה** אומרת שאחריותם של הצדדים העקיפים לעבירה נגזרת מעצם ביצועה של העבירה ולאו דווקא משאלת אחריותו של המבצע העיקרי.

במשפט הישראלי יש שתי דוקטרינות מרכזיות שממחישות את ההתרחקות שהייתה במערכות המשפט המקובל מצידוד בגישה הראשונה והעתיקה יותר במובנה הטהור.

**הדוקטרינה הראשונה** מעוגנת ב**ס׳ 34ב לחוק העונשין** – נתונים אישיים ונתונים ענייניים.

את מרבית הסייגים לאחריות הפלילית אפשר לחלק לסייגים מסוג הצדק (פוטרות את האדם מאחריות פלילית על בסיס מסקנה כי במקרה הקונקרטי המעשה שלו היה מוצדק) ולסייגים מסוג פטור (פוטרות את האדם מאחריות פלילית למרות שאנחנו עדיין חושבים שהמעשה שלו פסול).

בגדול, סייגים מסוג הצדק ייחשבו לתנאי להתגבשות העבירה וסייגים מסוג פטור ייחשבו לנתון אישי. כלומר, המשמעות היא כי במידה אנחנו תומכים בגישה הראשונה, אם המבצע העיקרי הוא בעל סייג מסוג הצדק לא נוכל להטיל אחריות על הצדדים העקיפים לעבירה. לעומת זאת, אם הוא בעל סייג מסוג פטור נוכל להטיל אחריות על הצדדים העקיפים לעבירה.

**הדוקטרינה השנייה** היא דוקטרינת ״המבצע באמצעות אחר״ – **ס׳ 29(ג) לחוק העונשין**. עפ״י דוקטרינה זאת, במקרים בהם בהקשרו של מי שביצע בפועל את העבירה התקיים סייג מהסייגים המפורטים בסעיף יראו בשותף העקיף כאילו הוא המבצע העיקרי, וזאת במידה והוא היה מספיק אקטיבי עד לכדי שהמבצע בפועל היה כלי בידיו.

המסייע

**ס׳ 31 לחוק העונשין** מעגן לנו את הגדרתו של המסייע. מדובר באדם שתרומתו לפעולה העבריינית היא עקיפה במובן שהוא לא נטל חלק בביצועה העיקרי, וגם משנית במובן שהוא שותף זוטר לעבירה.

**פס״ד פלונית** (בחורה שעוזרת לרצח של מדריך בפנימייה) – קובע כי מכיוון שבמערכת המשפט הישראלית אחריות הצדדים העקיפים נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי תנאי מקדמי לקיומה של אחריות בהקשרו של המסייע הוא כי המבצע במעשיו עבר ממתחם ההכנה אל מתחם הניסיון. תיתכן הרשעה בגין סיוע לניסיון אך לא תיתכן הרשעה בגין ניסיון לסיוע.

הרכיב העובדתי של עבירת הסיוע

עפ״י **ס׳ 31 לחוק העונשין**, הרכיב ההתנהגותי של עבירת הסיוע הוא ״עשה מעשה״. אין צורך שההתנהגות של המסייע תתרום בפועל להתגבשותה של העבירה אלא די בכך שהיה בה את הפוטנציאל לסייע.

מועד הסיוע

סיוע לעבירה ייחשב לסיוע רק במצב בו הוא בוצע לפני עשיית העבירה או במהלכה. סיוע לאחר מעשה מעוגן בס׳ 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. המעשה ייחשב לסיוע לאחר מעשה במידה והוא ייעשה לאחר התקיימותם של כל מרכיבי העבירה.

סיוע יכול להיות רוחני (דברי עידוד, למשל) או פיזי (מתן אמצעים לביצוע העבירה, למשל).

לעיתים גם עצם נוכחותו של אדם בזירה יכולה להוות סיוע. לגבי נוכחות, ההלכה קבעה שזו יוצרת חזקה ראייתית שהאדם סייע – אך זוהי לא חזקה חלוטה.

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. מידת המוחשיות של הייעוד עלתה ב**פס״ד יוסופוב** – המסייע לא צריך להיות מודע לכל פרטי העבירה שהמסייע העיקרי עומד לבצע אבל הוא צריך להיות מודע לכך שהוא מגיש את הסיוע ולכך שלמבצע יש ייעוד ממשי ולא סתם ידיעה על נכונות לבצע עבירה כלשהי.

האדם לו המסייע עוזר לבצע את העבירה לא צריך להיות מודע לכך שעוזרים לו, מאחר ושאלת הידיעה של הסיוע (אצל המבצע העיקרי) לא משפיעה על האחריות של המבצע ולא על האחריות של המסייע.

סיוע במחדל

כאמור, **ס׳ 31 לחוק העונשין** קובע כי על המסייע לעשות מעשה. **ס׳ 18 לחוק העונשין** אומר לנו ״מעשה לרבות מחדל״. לכאורה, לא מתעוררת כאן שאלה וסיוע יכול להיעשות גם במחדל.

**פס״ד ויצמן** (ארבעה חברים נוסעים ברכב, דורסים שוטר וממשיכים לנסוע) קובע כי אי מניעת עבירה שניתן היה למנוע אותה עשויה להיחשב לסיוע במחדל במקרים מסוימים.

השאלה העולה היא האם סיוע על דרך המחדל דורש להראות שהופרה חובה כמו בעבירת מחדל רגילה? **השופט חשין** ב**פס״ד ויצמן** מציג ארבע עמדות לגבי עניין זה:

* **אסכולה אחת** אומרת כי מדובר בעבירת מחדל ולכן צריך לאתר חובה לגבי הנאשם בסיוע על דרך 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 מכוח דין או חוזה.
* **אסכולה שנייה** אומרת כי ניתן להסתפק בחובות שקמות מתוקף היחס בין המסייע לבין הסכנה ובין המסייע לבין הקורבן.
* **אסכולה שלישית** אומרת שסיוע היא לא עבירה שעומדת בפני עצמה וע״כ לגבי הסיוע לא צריך להוכיח קיומה של חובה. כלומר, מאחר ומדובר בעבירה נגזרת ניתן להניח כי במידה ולמבצע העיקרי הייתה חובה לפעול גם למבצע העקיף הייתה חובה לפעול.
* **האסכולה הרביעית** היא זו שמשתמש בה **השופט חשין**, 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 ומקרה. ככל שהעבירה חמורה יותר כך תתעצם ותלך נכונותו של ביהמ״ש להכיר בחובה היוצרת סיוע על דרך המחדל.

היסוד הנפשי בסיוע

בבחינת היסוד העובדתי, כאמור יש לו שני מישורים: המישור של העבירה שאותה ביצע המבצע העיקרי והמישור השני הוא המישור של ההתנהגות של המסייע עצמו, של אותה ההתנהגות שעלתה בכדי לסייע לביצוע העבירה. לכן, אין ספק שהיסוד הנפשי צריך להתייחס גם למישור הראשון וגם למישור השני.

ב**פס״ד פוליאקוב** (אדם הרואה רצח במהלך נסיעה ברכבו) מעלה את השאלה מהו היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הסיוע.

**דעת הרוב** מציגה את **הדעה הראשונה** ביחס לשאלה ואומרת כי יש להסתפק במודעות. כלומר, נדרשת מודעות לשני דברים: הראשון שהוא שהמסייע יהיה מודע לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית (על יסודה הנפשי והעובדתי) כאשר ניתן להשתמש גם בעצימת עיניים, והשני הוא שצריכה להיות מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות שהיא תתרום לביצוע העבירה העיקרית (מודעות לסיוע). עפ״י עמדה זו **ס׳ 19-20 לחוק העונשין** קובעים שברירת המחדל לעניין יסוד נפשי היא מודעות וע״כ ניתן להשתמש בה במקרים של סיוע.

**דעת המיעוט** מציגה את **הדעה השנייה** ואומרת לנו שהמילה ״כדי״ משמעותה מטרה עפ״י לשון הסעיף. ע״כ, 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 מיוחדת (מטרה) לסייע להתממשות העבירה.

**גישת הביניים** המייצגת את **הגישה השלישית** והיא כיום ההלכה נקבעה ב**פס״ד פלונית**. מצד אחד, אין להתעלם מכוונת המחוקק ואין לצמצם יתר על המידה את מעגל ההפללה ומצד שני אין להתעלם מהלשון הברורה של החוק המדברת על דרישה של כוונה מיוחדת (מטרה). ברק אומר לנו שעפ״י גישה זו במישור הראשון כל מה שנדרש הוא מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית ע״י המבצע ובמישור השני נדרשים שני דברים: מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות שהיא תתרום לביצוע העבירה ומטרה לסייע (כאשר ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף).

המשדל

 **ס׳ 30 לחוק העונשין** מגדיר לנו מיהו המשדל – מדובר באשם שגורם לאדם אחר לבצע עבירה. אנחנו מענישים אדם על זה שהוא גרם לשינוי תודעתי אצל אדם אחר.

תרומתו של המשדל לביצוע העבירה היא עקיפה מאחר והוא לט נטול חלק בביצוע העיקרי של העבירה ובמובן הזה הוא דומה למסייע. מצד שני, תרומתו לביצוע העבירה היא ישירה מאחר ובלעדיו לא מתגבשת אצל המבצע העבירה. לכן, העונש על סיוע הוא מחצית מהעונש המקסימלי בעוד שהעונש על שידול הוא זהה לעונש המקסימלי של העבירה שבוצעה ע״י המבצע העיקרי.

היסוד העובדתי בשידול

הרכיב ההתנהגותי הוא התנהגות בעלת אופי משדל: כל מעשה שנראה בו כמביא אחר לבצע עבירה.

האם ניתן לשדל במחדל?

כאמור, **ס׳ 18 לחוק העונשין** קובע שמעשה הוא לרבות מחדל אלא אם נאמר אחרת ולכן נראה לכאורה כי אין סיבה שלא יהיה ניתן לשדל במחדל מאחר 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 תחושב שצריך לצמצם את מעגל ההפללה ולא להטיל אחריות על שידול במחדל.

יחד עם זאת, יש הסבורים כי ייתכן מצב של שידול במחדל במצבים בהם מערכת היחסים בין המבצע לבין המשדל היא מערכת יחסים של כפיפות חזקה במיוחד מאחר ובמקרים כאלה שתיקה יכולה לעלות לכדי שידול במחדל.

הרכיב הנסיבתי של עבירת השידול

הרכיב הנסיבתי של עבירת השידול הוא ״אדם אחר״. אין זה הכרחי כי המשודל יידע שהוא מובע ע״י אחר לביצוע העבירה.

הרכיב התוצאתי של עבירת השידול

עבירת השידול היא עבירה תוצאתית. **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 על כל יסודותיה. הדרישה היא שעקרונית יהיה ניתן להרשיע אותו בעבירה גם אם הוא לא עמד לדין בפועל. ישנה גם עבירה של ניסיון לשידול, שעונשה הוא מחצית מהעונש המקסימלי של העבירה המשודלת.

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? במילים אחרות, האם צריך להעמיד את אלמוני לדין על שידול לרצח או בגין שידול לניסיון לרצח?

**עמדה אחת** אומרת שהאשם הפלילי הטמון בכך שנטעת את הרעיון לבצע עבירה במוחו של אדם קיים אך לא באמת התקיים כאן סיכון בפועל של ערך חברתי מוגן. עפ״י עמדה זו נכון להרשיע את האדם בשידול לניסיון.

**עמדה שנייה** אומרת שהתיאור של המצב כשידול לניסיון הוא לא נכון, ויש להרשיע בשידול לעבירה המוגמרת. גם במקרה בו העבירה לא צלחה, התבצע שינוי תודעתי של המבצע ששודל, והמשדל ביצע את עבירת השידול במלואה.

**פס״ד סוגאקר** (אדם משדל אדם אחר לבצע עבירה והשני משדל שניים נוספים לבצע אותה במקומו) מראה ממצב בו המשדל הראשון מורשע בשידול לחבלה בכוונה מחמירה אך אין דיון מעמיק בנושא וע״כ פס״ד זה לא מכריע בסוגיה העולה בין שתי העמדות.

קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לבין ביצוע העבירה ע״י המשודל

אנחנו דורשים קשר סיבתי כאמור מאחר וזוהי עבירה תוצאתית ולשון הסעיף מצביעה על קיומו של קש״ס (״המביא אחר״).

קשר סיבתי כזה יכול להתקיים בשני מקרים:

**השידול הקלאסי** (המשדל נוטע את הרעיון לביצוע העבירה במוחו של המשודל ובלעדי המשדל לא הייתה מתקיימת עבירה כלל); מקרה של **הטיית כפות המאזניים**.

ניתן להדגים את המקרה של הטיית כפות המאזניים באמצעות **פס״ד אסקין** (אסקין הואשם בשידול מעשה – שידל אדם להניח ארש של חזיר בבית קברות מוסלמי ושידל את אותו אדם להצתה 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 בפעולת העידוד או השכנוע כדי להטות את הכף ולהוביל להחלטה לבצע את העבירה.

**פס״ד רון נ׳ מ״י** (הרצח של רוז) מדגים את חשיבות 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 מחכה לאישורה. המחוזי קבע כי מארי הינה משדלת (אך לאחר מכן בעליון התהפכה הקביעה ומארי הורשעה כמבצעת בצוותא).

היסוד הנפשי בשידול

מדובר בעבירה שותקת. היסוד הנפשי בעבירות תוצאה שותקות – מודעות להתנהגות, לנסיבות, לאפשרות קרות התוצאה ולכאורה או פזיזות או כוונה ביחס לתוצאה.

ב**פס״ד אסקין השופטת בייניש** אומרת כי בשידול אנחנו דורשים כוונה – פעולה מתוך מטרה להגיע לתוצאה. במילים אחרות, לצורך התקיימות היסוד הנפשי בפעולת ה שידול יש להוכיח שתי דרישות: על המשדל להיות מודע לכך שיש בהתנהגותו לכדי להביא את האחר לידי ביצוע העבירה ועל המשדל להתכוון להביא את המשודל לידי ביצוע עבירה, כך שהשידול צריך להיות מלווה בשאיפה מצד המשדל שהעבירה נושא השידול תבוצע ע״י המשודל על כל יסודותיה.

הטעמים ש**השופטת בייניש** מעלה לכך שהיא הופכת את עבירת השידול לעבירת תוצאה שנדרשת בה הוכחת כוונה הם הבאים:

* **אופייה התכליתי של עבירת השידול** – הסתפקות ביסוד נפשי של מודעות אין בה כדי להביא לכדי ביטוי את תכלית העבירה.
* **המבצע העיקרי הוא אדם אוטונומי**, ולכן הטלת אחריות על אדם אחר היא חריגה ויש להעלות את הרף הנדרש לשם הרשעה לכוונה.
* **שיקול העונש** – העונש של המשדל שווה לעונשו של המבצע העיקרי ולכן חומרת הדרישה צריכה להיות שווה.
* **הרצון לבדל את השידול מהסיוע** – אנחנו רוצים לבדל את הסיוע מהשידול והדרך לעשות זאת היא לדרוש כוונה מצד המשדל להתקיימות העבירה.

**השופטת בייניש** אומרת כי את הכוונה הזו אפשר להוכיח גם באמצעות הלכת הצפיות.

ניסיון לשידול

**ס׳ 33 לחוק העונשין** קובע כי הניסיון לשידול מהווה עבירה שעונשה המקסימלי הוא מחצית מהעונש המקסימלי הנקבע בגין עבירת הביצוע העיקרי ואולם אם מדובר בעבירה שהעונש שלה הוא מוות או מאסר עולם, העונש בגין ניסיון לשידול של עבירות אלה הוא 20 שנה.

ייתכנו מספר מצבים של ניסיון לשידול:

* מקרה בו אלמוני משכנע את פלוני לבצע את העבירה, אבל מסיבה כזו או אחרת פלוני לא ניגש לבצע את העבירה או לחלופין הוא עוצר עוד בשלב ההכנה. במקרה זה המבצע העיקרי (פלוני) בכלל לא יואשם ואלמוני יורשע בגין ניסיון לשידול. אין צורך להוכיח כי העבירה בוצעה.
* מקרה בו אלמוני מנסה לשדל את פלוני לבצע עבירה ופלוני לא משתכנע. ניתן להאשים את אלמוני בניסיון לשידול.
* מקרה בו אלמוני התחיל בביצוע המעשים שנועדו לשכנע את פלוני לבצע את העבירה אבל המעשים לא הושלמו, למרות שיצאו משלב ההכנה. את המשודל לא ניתן להרשיע אך את המשדל ניתן להרשיע בגין ניסיון לשידול.
* מקרה בו אלמוני מנסה לשכנע את פלוני לבצע עבירה אבל פלוני כבר החליט לבצע את העבירה בלי קשר לשידול של אלמוני. במקרה זה ניתן להרשיע את אלמוני בניסיון לשידול למרות שחסר הקשר הסיבתי בין ההתנהגות המשדל לבין ביצוע העבירה.

יש לשים לב שניסיון לשדל לעבירה שהיא מסוג חטא אינו עניש וכך גם שידול לעבירה מסוג עוון (**ס׳ 34ג לחוק העונשין**).

האם ניתן ליצור אחריות נגזרת מעבירת השידול? האם ניתן לעשות עבירה של שידול לשידול?

אין הכרעה בשאלה זו.

ב**פס״ד סוגאקר השופטת דורנר** פוסקת כי המקום שקיים שרשור של משדלים קמה אחריות של שידול. דורנר יוצרת בפס״ד זה את עבירת השידול לשידול.

עבירות שידול ספציפיות

בחוק העונשין מפוזרות הוראות חוק שונות הקובעות עבירות שידול עצמאיות (למשל, שידול למעשה זנות, שידול להתאבדות). המעשים הקבועים בחלק מהעבירות האלו היו מהווים עבירת שידול גם אם לא היה סעיף ספציפי המתייחס אליהם. הסעיף הספציפי קיים ע״מ לקבוע עונש ספציפי למעשים מסוימים.

בנוסף, המעשה הספציפי שאליו עבירות אלה משדלות לעיתים אינו מהווה עבירה.

הכלל אומר שדיני השידול הכלליים חלים על עבירות השידול הספציפיות על עוד אין בנוגע לעבירת שידול ספציפית זו או אחרת בנוגע לנקודה כזו או אחרת הסדר ספציפי השונה מהקבוע בדיני השידול הכלליים.

מה קורה במצב בו אדם הוא גם משדל וגם מסייע?

העבירה הפחותה יותר (הסיוע) נבלעת בתוך העבירה החמורה יותר (השידול). בשאלה של האחריות הפלילית במקרים כאלה יש שתי גישות:

* יש להרשיע בעבירה החמורה יותר (שידול).
* יש לראות באדם שהוא מסייע ומשדל יחדיו כמבצע עיקרי (גישתו של **פלר**). לפי פלר, ברגע שהמעורבות של אדם היא כל כך גבוהה הוא כבר נמצא ״במעגל הפנימי״ של העבירה, וע״כ הוא כבר לא ייחשב מבצע עקיף אלא מבצע ראשי וניתן להרשיעו כמבצע בצוותא.

פטור עקב חרטה עפ״י **ס׳ 34 לחוק העונשין**

זוהי הוראה משותפת הרלוונטית למסייע, למשדל ולמנסה לשדל.

המשדל והמסייע יוכלו לקבל פטור בשני מקרים:

* אם הם מנעו את עשיית או השלמת העבירה;
* אם הודיעו לרשויות על העבירה לשם מניעתה או מניעת השלמתה ועשו למניעתה או למניעת השלמתה כמיטב יכולתם.

עפ״י הסעיף ניתן לקבל את הפטור גם במקרים בהם לא הצליח האדם למנוע את השלמת העבירה.

במישור העובדתי, ב**ס׳ 28 לחוק העונשין** נדרש שתצליח העבירה בעוד שב**ס׳ 34 לחוק העונשין** ניתן לקבל את הפטור גם במידה ולא הצליח אדם למנוע את העבירה.

במישור של היסוד הנפשי, בעוד שב**ס׳ 28 לחוק העונשין** עד לאחרונה הייתה עמדה גמולנית שדרשה חרטה מתוך תשובה, ב**ס׳ 34 לחוק העונשין** ברור כי הוא מבוסס על גישה תוצאתנית המנסה לדרבן כמה שיותר התנערות מהעבירה.

בנוסף, ב**ס׳ 28 לחוק העונשין** העמדה הרווחת היא שהנאשם צריך להראות מעבר למאזן הסתברויות שהתקיים הפטור, בעוד שב**ס׳ 34 לחוק העונשין** יש הטוענים כי הנאשם צריך לטעון כי התקיים הסייג בעניינו ואז התביעה צריכה להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי הסייג לא מתקיים. במילים אחרות, הדרישה היא ברמת הוכחה של ספק סביר.

**ביצוע בצוותא וביצוע באמצעות אחר**

**ס׳ 29(א) לחוק העונשין** קובע כי יש שלושה סוגים של מבצעים עיקריים, כאשר הדין החל על שלושתם הוא זהה:

* המבצע הבודד
* המבצע באמצעות אחר
* המבצע בצוותא

ביצוע בצוותא

המבצעים בצוותא הם ״משתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה״. חלוקת העבודה בין המבצעים בצוותא לא משנה. החוק מתייחס אליהם כגוש אחד שביחד מקיים את כל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה.

בצורה זאת ניתן להעניש את המבצעים בצוותא על סמך האופי האמיתי של המעשה שלהם.

ניתן להיות מבצע בצוותא גם על דרך המחדל.

חלוקת התפקידים בין המבצעים בצוותא

המקרה הפשוט הוא חלוקת תפקידים שוויונית – המבצעים בצוותא עושים הכל יחד ואז כל אחד מהם מקיים את רכיבי היסוד העובדתי. ישנם גם מקרים בהם חלוקת התפקידים בין השותפים לעבירה לא שוויונית, ואז מתחיל להיווצר קושי בהחלטה אם מדובר במבצע עקיף או במבצע ישיר לגבי חלק מהמבצעים של העבירה.

המבחנים הקיימים ע״מ להבחין בין המבצע לצוותא לבין המסייע:

* מבחן הפעולה החיונית שהיא מעבר להכנה – מבחן זה מופיע בדברי ההסבר לתיקון 39 לחוק העונשין והוא דורש שני דברים: שהמעשים יהיו חיוניים לביצוע העבירה העיקרית; שהמעשים לא יהיו בעלי אופי הכנתי בלבד.
* מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון (מירי גור אריה) – עלינו לקחת את הפעולות של כל אחד מהמבצעים בצוותא בנפרד, ולשאול אם האם במידה וכל אחד מהם היה מבצע יחיד הפעולה של כל אחד מהם הייתה נחשבת לניסיון. אם אנחנו מגיעים לגבי מבצע כי פעולותיו נשארו במתחם ההכנה ניתן לומר שהוא אינו מבצע בצוותא, אלא מסייע.
* מבחן השליטה הפונקציונאלית – עפ״י מבחן זה אדם ייחשב מבצע בצוותא כאשר הוא אחד מהאדונים של העבירה. כלומר, צריך שתהיה לאדם שליטה גבוהה על העשייה בעבירה והוא צריך להיות שותף לקבלת החלטות בה. תרומתו של המבצע צריכה להיות פנימית, דומיננטית ומרכזית.
ניתן להדגים את מבחן זה על **פס״ד פלונים** (ארבעה נערים שמתכננים לבצע פיגוע, ואחד מהם – טל – לא הגיע לפיגוע עצמו והודיע טלפונית על כך למשתתפים האחרים בעבירה). לפי המבחן של הצעת החוק טל הוא לא מבצע בצוותא מאחר והוא לא יצא ממתחם ההכנה. גם לפי מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון הוא לא מבצע בצוותא. עם זאת, לא מרגיש הוגן לראות בו מבצע עקיף. לפי המבחן השלישי טל נחשב למבצע בצוותא וזה המבחן שביהמ״ש מאמץ בפס״ד זה. הפונקציה של טל הייתה מרכזית, ואי ההשתתפות שלו לא נבעה מחרטה וע״כ ניתן לראותו כמבצע בצוותא.
* מבחן חבות העונש – הרכיב הנפשי הוא הרכיב הדומיננטי באפיון יחסים בין אנשים וע״כ **השופט חשין** מציע מבחן חלופי זה במספר פסקי דין. עפ״י מבחן זה יש להסתכל על מכלול המעשים והמעורבות של האדם ולהגיע למסקנה כמה המעורבות היא חמורה. אם המעורבות היא חמורה, בין אם בגלל השתתפותו במישור העובדתי ובין אם בגלל השתתפותו במישור הנפשי, נתייג אותו כמבצע בצוותא.
* המבחן המשולב (מקבילית הכוחות) – עפ״י מבחן זה עלינו לבדוק את מכלול הנתונים ולהציב אותם על שני צירים – הראשון הוא ציר המעורבות במישור העובדתי והשני הוא ציר המעורבות במישור הנפשי. אנו בודקים אם במקבילית זו נוצרה מסה קריטית של נתונים על פיה ניתן להגיע למסקנה שמדובר במבצע בצוותא. המשמעות היא שכשאדם מעורב מאוד במישור העובדתי נוכל להסתפק במעורבות נמוכה יותר במישור הנפשי ולהפך.
בעבר, נוכחות פיזית בזירה הייתה אינדיקציה חזקה מאוד לשליטה בזירת העבירה. כיום יכולה להיות שליטה בעבירה גם בלא הימצאות פיזית בזירה ומבחן זה יכול לעזור להרשיע גם במקרים כאלה. אם ניישם את מבחן זה על **פס״ד פלונים** נקבל הסבר טוב להרשעתו של טל כמבצע בצוותא.

ההבדל בין מבצע בצוותא לבין משדל

**פס״ד פלונים** מציף גם את השאלה מהו ההבדל בין משדל לבין מבצע בצוותא. שאלה זו צפה גם ב**פס״ד רון** (הרצח של רוז). ב**פס״ד רון** נאמר כי ההבדל הוא שהמשדל, לאחר שהוא שידל את האדם לבצע עבירה, הפסיק את התערבותו בעבירה בעוד שהמבצע בצוותא ממשיך אותה.

פס״ד רון ממחיש לנו את כל הקשיים למתוח קו מבדיל בין מסייע למשדל, בין משדל למבצע בצוותא ובעקיפים גם בין מסייע למבצע בצוותא.

ביהמ״ש העליון במקרה של מארי פיזם החליט שהיא מבצעת בצוותא בגלל שני דברים: מעורבותה הטלפונית בזמן הרצח והפעולות שהיא עשתה אחרי המעצר של רון (ניסתה להכשיל את החקירה ולהסתיר את המוות של רוז).

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 ובשלב השני עלינו להוכיח מודעות לפעולת הצוות. כלומר, האדם צריך להיות מודע לחלקו בעבירה, לחלקם של האחרים בעבירה ולפעולה העבריינית בכללותה.

ב**פס״ד עזיזיאן** (המון פורץ לדירה, משחית אותה ומצית אותה. עזיזיאן מגיע למקום וגונב פריט קטן מהדירה) עולה שאלה לגבי פעילות עבריינית משותפת ספונטנית.

בעבירות המון עצם קיום ההמון מדרבן את כל אחד מהמשתתפים לבצע את העבירה. ביהמ״ש מסכים עם כך שמבחינה עקרונית, יכולה להיות מעורבות ספונטנית בצוותא. עם זאת, אין בכך בכדי לייתר את הדרישה ליסוד הנפשי. לגבי כל אדם נפרד מההמון 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.

ביצוע באמצעות אחר

**ס׳ 29(ג) לחוק העונשין** קובע את ההגדרה של המבצע באמצעות אחר.

המבצע באמצעות אחר הוא אדם שניצל פערי ידע, כוח, שליטה, כפיפות וכדומה שיש בינו לבין אדם אחר כדי לגרום לאחר 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.

במקור הדוקטרינה התפתחה ע״מ להפליל את המבצע באמצעות אחר במצבים בהם הוא לא מעורב כלל ביסוד העובדתי של העבירה ולכן לא עולה האפשרות להרשיע אותו. כיום דוקטרינה זו גם משמשת יעד של 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

ביסוד הנפשי בביצוע באמצעות אחר עלינו להוכיח שתי שכבות: **בשלב הראשון** עלינו להוכיח את היסוד הנפשי בעבירה שהאדם גורם לאחר לבצע, ו**בשלב השני** עלינו להוכיח מודעות או עצימת עיניים לנסיבות היות האחר במצב מן המצבים המצוינים ב**ס׳ 29(ג) לחוק העונשין** (אי שפיות, היעדר שליטה, בלא מחשבה פלילית, טעות במצב דברים, כורח, צידוק).

יש לשים לב כי במקרים של פעולה בלא מחשבה פלילית האחר לא תמיד יהיה פטור: לממשל עושה שאינו בעל מחשבה פלילית עשוי להיות בעל יסוד נפשי של רשלנות ולשאת באחריות בגין עבירות של רשלנות.

גם במצב של טעות במצב דברים לא תמיד יהיה פטור.

ס׳ 29(ד) לחוק העונשין קובע שאם העבירה מותנת בעושה מיוחד, ייחשב המבצע באמצעות אחר כמבצע של העבירה גם אם התכונה הייחודית הנדרשת התקיימה רק אצל האחר שבאמצעותו ביצע את העבירה.

ההבדל בין ביצוע באמצעות אחר לבין שידול

בשידול לא מתקיים היסוד העובדתי של ״העושה אותו ככלי בידיו״. המשדל רק נוטע את הרעיון במוחו של האחר, כאשר במקרה של מבצע באמצעות אחר יש שימוש באדם ע״מ לבצע מעשה.

**אחריות לעבירה שונה**

**ס׳ 34א לחוק העונשין** עוסק במקרים שבהם צד ראשי לעבירה ביצע עבירה נוספת, שלא הייתה חלק מהתוכנית המקורית. הסעיף קובע תנאים שתחתם הצדדים האחרים לעבירה – תוטל עליהם אחריות בגין העבירה הנוספת שביצע המבצע הראשי.

מטילים על הצדדים האחרים לעבירה אחריות בגין עבירה שהם לא תכננו ולא עשו, בגין עבירה שלא מתקיים בנוגע אליה לא היסוד הנפשי ולא היסוד העובדתי, וזאת על סמך אבן בוחן של רשלנות.

סעיף זה נוגד את עיקרון האדם על פיו אדם יישא באחריות פלילית לפי מידת אשמתו. בנוסף, סעיף זה נוגד את עיקרון ההתנהגות על פיו לא מענישים אדם אלא אם הוא תרם בהתנהגותו לעבירה.

הרציונל העומד מאחורי הסעיף, אם כן, הוא הרתעה. ברגע שאנשים חוברים יחדיו לבצע עבירה, במקרים רבים כל אחד מהם מבצע את השליטה בנוגע לאופן המדויק של התפתחות הדברים. רוצים להרתיע אנשים מלבצע פשעים ביחד בגלל האפקט של אובדן השליטה על התפתחות הדברים.

התנאים המצטברים לצורך הטלת אחריות מכוח ס׳ 34א לחוק העונשין

**התנאי הראשון** הוא שהמבצע עבר עבירה; **התנאי השני** הוא שהעבירה נעברה אגב לעבירת העבירה הראשית. גישה אחת אומרת לגבי המילה ״אגב״ בלשון הסעיף שהיא מתייחסת לזיקת זמן (העבירה בוצעה בזמן העבירה הראשית). גישה אחרת אומרת שמדובר בזיקה מהותית; **התנאי השלישי** הוא שהעבירה הנוספת היא שונה ממנה או נוספת לה. הסעיף רלוונטי, כאמור, 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;

אם התקיימו ארבעת היסודות הללו הרי שתוטל אחריות גם על המבצעים בצוותא הנותרים של העבירה.

לגבי התנאי הרביעי להתגבשות הסעיף (רשלנותו של המבצע), קיימות שתי פרשנויות אפשריות.

הראשונה אומצה בפסיקה של **הלכת מרדכי** והיא קובעת כי הרביעי הופך את הסעיף לרלוונטי רק במקרים בהם השותף לעבירה היה רשלן. כלומר, אם התקיים אצלו יסוד נפשי של מודעות, הרי שהלכת מרדכי קובעת כי הסעיף לא מתקיים לגביו.

**הפרשנות החלופית שהתפתחה בספרות** היא שע״מ שהסעיף יחול צריך להתקיים אצל הצד לעבירה לכל הפחות יסוד נפשי של רשלנות ואז הסעיף יכול להתקיים גם במקרים של מודעות.

כשהעבירה אינה חלק מתכנון העבירה המקורי והשותפים היו רשלנים בנוגע לאפשרות ביצועה ע״י המבצע, אזי יחול **ס׳ 34א לחוק העונשין**.

כשהעבירה היא אינה חלק מהתכנון העיקרי והשותפים גם אינם מודעים בפועל לאפשרות ביצוע העבירה הנוספת, וגם אינם רשלנים ביחס לכך, **לא יחול ס׳ 34א לחוק העונשין**.

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.

המשדל והמסייע

ברגע שהתקיימו ארבעת התנאים המצטברים לצורך תחולת הסעיף, המשדל והמסייע יישאו באחריות לעבירה הנגררת כעבירה של רשלנות וזאת אם קיימת עבירת רשלנות בעלת אותו יסוד עובדתי.

המבצעים בצוותא

מלבד חריג שנוגע לעבירות כוונה, הסעיף קובע הסדר מחמיר לגבי המבצעים בצוותא. הסעיף קובע כי על המבצעים בצוותא תוטל אחריות בגין אותה העבירה של מחשבה פלילית שבוצעה ע״י המבצע העיקרי אגב ביצוע העבירה העיקרית.

לא רק שיש כאן חריכה מעיקרון ההתנהגות ועיקרון האדם, יש כאן גם חריגה מכלל המידתיות.

בספרות הועברה ביקורת חמורה על הסעיף הזה ואפילו נטען כי הוא אינו חוקתי. המצדדים בסעיף 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 דרישת הסעיף בשתי דרכים:

* **האלמנט המקל הראשון** הינו שאם העבירה הנגררת הינה עבירה כוונה, על המבצעים האחרים של העבירה תוטל אחריות בגין עבירה פלילית של מחשבה פלילית. כלומר, עבירה פלילי שדורשת לכל היותר אדישות.
* **האלמנט המקל השני** נמצא ב**ס׳ 34א(ב) לחוק העונשין**, שאומר 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 עקרונות בסיסיים של המשפט הפלילי, על אדם שנעדרה בו המחשבה הפלילית הסובייקטיבית לביצוע העבירה.

לכן, טענו העותרים ב**פס״ד סילגדו** כי ההסדר הקבוע ב**ס׳ 34א(א) לחוק העונשין,** ככל שהוא נוגע למבצעים בצוותא, פוגע בחוק יסוד עבוד האדם וחירותו באופן לא מידתי – ולכן דינו להתבטל.

**נתונים ענייניים ואישיים – ס׳ 34ב לחוק העונשין**

ההגדרה בספרות לנתונים אישיים (עפ״י **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.

אם מדובר בנתון אישי, הוא יהיה רלוונטי רק לגבי האדם שהוא נוגע אליו.

ההגדרה בספרות לנתונים ענייניים (עפ״י **פלר**) – נתונים ענייניים הם מערכת הנתונים בהם בא לידי ביטוי אירוע מסוים העשויים לספק את הדרישות בהם מותנים, עפ״י החוק, חשיבותו של האירוע, זהותו כסוג מסוים של עבירה וממדי חומרתו.

אם מדובר בנתון ענייני, נניח כי הוא משפיע על שאלת האחריות והעונש של כל הצדדים לעבירה, אפילו לגבי צדדים שהוא לא מתקיים לגביהם.

הבעיה ב**ס׳ 34ב לחוק העונשין** היא שאין בו הגדרה מפורשת לנתונים ענייניים ולנתונים אישיים ולכן יהיו מקרים בהם ההכרעה לא תהיה ברורה.

**רב עבריינים**

מדובר על אדם שנמצא בראש ההיררכיה של הפעילות העבריינית. מתוקף היותו בראש ההיררכיה העבריינית תרומתו במישור העובדתי של העבירה יכולה להיות גם אפסית, אך מידת תרומתו במישור הנפשי החפצי היא אדירה.

**פס״ד ראובן** (התפרעויות בשטחים שמתוחזקים ע״י יחידה צבאית, כאשר במהלך העברתם של העצורים בהתפרעויות, חיילים הכו את העצורים בהוראת מפקדם והרגו אחד מהם) – ביהמ״ש החליט במקרה זה כי רס״ן ראובן הוא זה שנתן את הפקודות ולכן ניתן להסיק כי הוא האחראי. רס״ן ראובן שידר את הפקודה לשבור ידיים ורגליים לעצורים ועזב. לכן, במישור העובדתי הוא לא השתתף כלל אך במישור הנפשי, בלי הפקודה שהוא נתן כלום לא היה קורה.

סוג היחסים ועוצמת ההיררכיה כאן חזקים יותר משל המשדל. יש לו אפס מעורבות במישור העובדתי וע״כ קשה לנו להרשיעו בתור מבצע בצוותא.

אם היה מדובר על פקודה בלתי חוקית סתם, הרי שראובן היה יכול להיות מבצע באמצעות אחר. אחת החלופות הקבועות ב**ס׳ 29 לחוק העונשין** היא חלופה בה מדובר על ביצוע באמצעות אחר כאשר על האחר שהיה כדי בידי האדם חל אחד מסייגי הצידוק שקבועים ב**ס׳ 43יג לחוק העונשין**. סייג הצידוק הוא עקב פקודה.

בנוסף, ברור שהחייל במקרה של פקודה בלתי חוקית סתם יועמד לדין בגין סירוב לפקודה.

מקום בו הפקודה היא בלתי חוקית בעליל, ישנן שתי פרשנויות לגבי דרך הפעולה:

* **אופציה פרשנית ראשונה** אומרת כי גם כאשר מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל זהו עדיין ביצוע באמצעות אחר, הרי שציות לפקודה בלתי חוקית סתם דומה במהות לציות פקודה בלתי חוקית בעליל ומתקיימים בין החייל למפקד יחסי מרות.
* **אופציה פרשנית שנייה** אומרת כי אי אפשר לסווג ציות לפקודה בלתי חוקית בעליל לביצוע באמצעות אחר מאחר ולא מדובר כאן במצב כגון המצבים המפורטים ב**ס׳ 29 לחוק העונשין**. אנחנו מצפים מחייל המקובל פקודה בלתי חוקית בעליל לסרב לה ולא להיות כלי בידיו של המפקד במצבים אלה.

במקרה של רב עבריינים בצורתו הקלאסית, מדובר על ראש ארגון פשע או טרור. ארגוני פשיעה וטרור בנויים בהיררכיה מסוימת, והלוגיקה הפנימית של ההיררכיה היא להקשות על המשטרה להרשיע את העומד בראשה. ארגון הפשע דואג שראש ההיררכיה לא ידע על אף אחת 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.

ישנה **עמדה אחת** האומרת כי ניתן לסווג את רב העבריינים בתור מבצע באמצעות אחר, על סמך כך שכאשר מדובר במפקד ובחייל המציית לפקודה בלתי חוקית סתם, ברור שמדובר במבצע באמצעות אחר. בנוסף, כאשר מסתכלים על לשון ס׳ 29 לחוק העונשין ניתן להבין מהמילה ״כגון״ כי אנו יכולים לסווג מצבים נוספים לרשימה, והרי שכך פתחנו את הסכר ויהיה ניתן להשליך גם את המקרה של רב עבריינים על מבצע באמצעות אחר.

עם זאת, ישנו קושי להוכיח קשר בין רב העבריינים לבין אחד מהחיילים שלו בהיררכיה.

**עמדה שנייה** היא כי קיים שוני גדול מדי בין המקרה של רב עבריינים לבין המקרים המפורטים ב**ס׳ 29(ג) לחוק העונשין** ולכן אי אפשר לראות ברב העבריינים מבצע באמצעות אחר.

**עמדה שלישית** היא עמדתו של **השופט חשין** ב**פס״ד משולם**. חשין אומר שהוא מסכים עם העובדה שאין דמיון מספיק בין רב עבריינים לבין מבצע באמצעות אחר אבל מצד שני, גם אין לראותו בתור משדל עקב עוצמת היחסים בינו לבין ״חייליו״. לטעמו של חשין נשארת כאן רק האפשרות של מבצע בצוותא.

משולם לא נתן שום הוראה לבצע עבירה ספציפית מבין העבירות שבוצעו והוא לא נכח בשטח בעת ביצוע העבירות. דעת הרוב קובעת שהוא מבצע בצוותא ודורנר קובעת כי הוא רק משדל.

ברק בדעת הרוב נסמך על מבחן השליטה הפונקציונאלית והשופט מצא משתמש על המבחן המשולב. חשין נסמך כל מידת חבות העונש.

ב**פס״ד ברגותי** (ראש ארגון טרור) עולה מקרה בו ברמה העקרונית אנחנו מבינים מהי אחריותו של הנאשם אבל כשזה מגיע לדרישות של המשפט הפלילי לא מצליחים להרשיע אותו.

בפס״ד זה חייליו של ברגותי דואגים באופן די עקבי שלא תהיה לברגותי שום נגיעה בעבירות ספציפיות. ביהמ״ש לא מצליח לקשר אותו לדבר בפרט לארבעה עבירות מסוימות.

ביהמ״ש הרשיע את ברגותי בסופו של דבר רק בארבעת המקרים שבהם הוא לא היה מספיק זהיר. לעומת זאת, לגבי שלושים ושלושה אירועי טרור אחרים נקבע כי אין ראיות לגבי עבירות ספציפיות וע״כ אין אפשרות להרשיעו.

בעקבות הבעיה שנוצרה לגבי הרשעת רבי העבריינים חוקקה עבירת סטטוס מיוחדת בחוק למאבק בארגוני פשיעה – ״ראש ארגון פשע״.

ע״מ לעמוד בקריטריונים של ההפללה עפ״י חוק זה, יש להוכיח קיומו של ארגון פשיעה (בעזרת הוכחת קיומה של היררכיה, התמקצעות, ניתוק בין הדרג הניהולי לדרג המבצע, קיומם של נכסים לארגון, חלוקת תפקידים ועוד).

ישנם שני פרמטרים שנחשבים הגרעין ההכרחי והם חייבים להתקיים כדי שארגון ייחשב לארגון פשיעה:

* מדובר במסגרת עצמאית – יש לבחון אם יש ישות שניתן להתייחס אליה בתור רשות עצמאית.
* מדובר בארגון בר-קיימא – כלומר, מדובר במסגרת בעלת המשכיות שפעולתה אינה קצובה 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״.

**סייגים לאחריות פלילית**

קיימות נורמות שונות בדיני העונשין, שקובעות שלמרות שהתקיימו כל רכיבי העבירה אין להטיל אחריות פלילית על מבצע העבירה. שלוש הקטגוריות המרכזיות של נורמות אלה הן:

* חסינויות – סוג של כללים משפטיים שמונעים העמדתו לדין של אדם, אף אם ככל הנראה הוא אדם בביצוע העבירה, מפאת שיקולים שהם חיצוניים למשפט הפלילי; למשל, חסינות של חברי כנסת וחסינות דיפלומטית.
* הגנות – סוג של כללים שכל אחד מהן רלוונטי רק למספר עבירות ספציפיות ולפעמים רק לאחת. כל אחד מהם קובע שבהתקיים התנאים האמורים בו, לא ניתן יהיה להטיל אחריות בפלילים על אדם בגין ביצוע עבירה אליה הוא מתייחס, אף אם התקיימו אצלו אותם יסודות הנדרשים להתגבשות העבירה.
* סייגים – סוג של כללים שכל אחד מהם קובע כי בהתקיים כל התנאים האמורים בו, לא יהיה ניתן להטיל אחריות על אדם בגין ביצוע העבירה בגינה הוא מועמד לדין, אף אם התקיימו אצלו כל רכיבי העבירה הנדרשים להתגבשותה. בשונה מהגנות, תחולתו של סייג אינה מוגבלת רק לעבירות ספציפיות, הוא יכול להיות רלוונטי לכל עבירה שהיא.

חוק העונשין ממעגן את הסייגים הבאים: קטינות; העדר שליטה; 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.

לביהמ״ש יש סמכות ליצור סייגים חדשים אך הדבר כמעט ולא בא לידי שימוש.

סייגים

ניתן לאבחן בין סייגים מסוג ״הפטר״ וסייגים מסוג ״הצדק״. אבחנה זו לא מצוינת באופן מפורש בחוק העונשין, וקיימים חילוקי דעות בנוגע לסיווגם של חלק מהסייגים.

סייג מסוג הצדק הוא סייג המדבר על מצב בו המעשה של המבצע (שבדרך כלל היה מהווה עבירה) אינו נחשב מעשה שלילי. עקב התקיימות הנסיבות של הסייג, הדין רואה במעשה כמוצדק, (מותר לעשותו ולעיתים ראוי לעשותו).

סייג מסוג הפטר הוא סייג המדבר על מצב בו המעשה של המבצע (שבדרך כלל היה מהווה עבירה) ממשיך להיחשב כמעשה שלילי, אבל מפאת הנסיבות האמורות בסייג הדין מוחל את המבצע האמור מאחריות פלילית.

לפי העמדה הרווחת לשאלה האם הסייג שחל הוא ״הצדק״ או ״הפטר״ יש מספר השלכות:

* הסטיגמה היא שונה: האחד ביצע מעשה מוצדק והשני ביצע מעשה פלילי בתנאים בהם החליטו לפטור אותו מאחריות פלילי.
* אם הסייג שחל על המסייע העיקרי הוא הפטר, מעשהו של שותף לעבירה הוא עניש, בעוד שאם הסייג האמור הוא הצדק, מעשה השותף לא עניש.
* אדם שיצא זכאי עקב הפטר, הניזוקים ממעשיו יכולים לתבוע אותו לדרוש פיצויים; לעומת זאת, לא ניתן לתבוע פיצויים מאדם שיצא זכאי מחמת הצדק.
* תחולת הכלל של פרשנות לטובת הנאשם חל על סייגים מסוג הצדק, אך לא על סייגים מסוג הפטר.
* החוק הישראלי מאפשר, תחת תנאים מסוימים, לאדם שהועמד לדין ויצא זכאי, לתבוע פיצויים מהמדינה. נקבע כי אחד השיקולים שיש לקחת לכדי חשבון בהכרעה האם אדם זכאי לפיצויים, במקרים בהם הוא זוכה מפאת קיומו של סייג, הוא האם הסייג שהביא לזיכויו הוא מסוג הצדק או מסוג הפטר.

תפקידם של ההצדקים הוא לסייע בקביעה אילו מעשים מותרים ואילו אסורים. ב**בג״ץ העינויים** נאמר שככלל דיני העונשין אינם המקום הראוי לקבוע הסדרים בדבר סמכויותיהם של גורמי שלטון. ככלל, ראוי לעשות זאת בחוק שמוקדש לתחום הסמכויות הספציפי. מ**בג״ץ העינויים** עולה שבמיוחד אין להסתמך על הסייגים כמקור סמכות, שכן הם נועדו לעסוק במקרים היוצאים מן הכלל, ואילו החוק המסמיך אמור לקבוע כללים עבור המקרים הרגילים.

השאלה הנדונה ב**בג״ץ העינויים** הינה האם סייג ״הצורך״ שב**ס׳ 34יא לחוק העונשין** מהווה בסיס להסמכת סוכני השב״כ לנקוט באמצעי חקירה מיוחדים במקרים של פצצה מתקתק. בג״ץ קובע כי אופיו של הסייג אינו מאפשר לו להוות מקור של סמכות מנהלית כללית.

סייגים שניתן לראות אותם כהצדקים:

* הגנה עצמית;
* הגנות הצידוק השונות המפורטות ב**ס׳ 34יג לחוק העונשין** ;
* הגנה של הרשות השופטת.

סייגים שנהוג לראות בהם הפטרים:

* קטינות;
* היעדר שליטה;
* אי שפיות הדעת;
* שיערות המזכה בסייג;
* טעות במצב משפטי.

סייגים שהסיווג שלהם בעייתי:

* טעות במצב דברים: העמדה הרווחת אומרת כי זהו סייג הפטר, קיימים רבים הטוענים כי המצב הוא הפוך וזהו הצדק, אלא אם נעדר בו היסוד הנפשי.
* זוטי דברים : העמדה הרווחת מסווגת את הסייג כהפטר. עם זאת, קיימים רבים שאומרים שהדבר הוא תלוי מצב. לטענתם זהו יהיה הפטר במצבים בהם יש חסר ביסוד העובדתי.
* כורח: ״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 (סייג המוענק לאדם שנמצא במצב קשה של איום לחייו שבו אנו סולחים לו על כך שהוא ביצע מעשה אסור) ויש הרואים בו סייג מסוג הצדק (אנחנו לא יכולים לצפות מאדם לנהוג אחרת, הפרת החוק תחת תנאי הכורח היא מעשה מותר). יש הסוברים גם שהדבר הוא תלוי מקרה.
* צורך: ״לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דורש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו״. גם במקרה של צורך יש הרואים בו הפטר (מאחר ואנחנו סולחים לו על כך שהוא ביצע מעשה אסור מאחר והיה במצב קשה) ויש הרואים בו הצדק (אין לצפות מאדם לנהוג אחרת והפרת החוק תחת תנאי הצורך היא מותרת).

ההבדל בוויכוח בין סייג הצורך לסייג הכורח הוא שיש יותר נטייה לראות בסייג הצורך כסייג מצוק הצדק, ואילו בסייג הכורח יש יותר נטייה לראותו כסייג מסוג הפטר.

הנטל בהקשר של סייגים לאחריות פלילית

**ס׳ 34ה לחוק העונשין** יוצר חזקה לעניין שאלת קיומו של סייג לאחריות פלילית: ״מלבד אם נאמר בחוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית״. חזקה זו מטילה את נטל ההוכחה הראשוני בדבר קיומו של הסייג על הנאשם.

כיוון שמדובר בחזקה מחוקקת, אפשר היה לסבור עי הנטל על הנאשם יהיה ברמה של מאזן הסתברויות, אך לא כך המצב לאור **ס׳ 34כב(ב) לחוק העונשין**: ״התעורר ספק סביר שמר קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג״.

שתי ההוראות משלימות אחת את השנייה. ההוראה שב**ס׳ 34ה לחוק העונשין** הינה הוראה ראייתית הקובעת את סדרי הוכחת קיומה של התשתית הדרושה ליישומו של הסייג: לחובת הנאשם עומדת ״חזקה״ שבחוק והתביעה אינה נושאת בנטל הראייה לעניין העברה של התשתית הדרושה ליישומו של הסייג.

עם זאת, ההוראה שב**ס׳ 34כב(ב) לחוק העונשין** הינה מהותית ועל פיה הנאשם נהנה מן הספק בכל הקשור לפליליות המעשה המיוחד לו, כאשר הוא נוטל בנטל הראייה בדבר קיומו של הספק.

הדרישה היא לספק ראיות שיש בהן הוכחה ראשונית בדבר קיומו של ספק סביר כי המעשים נעשו בתנאים בו התקיים הסייג, ולא בדרישה של מאזן הסתברויות.

אם הצליח הנאשם לספק ראיות אשר יש בהן הוכחה ראשונית בדבר קיומו של ספק סביר כי המעשים נעשו תחת תנאים של סייג, מוטל על התביעה הנטל לשכנע כי לא התקיימו יסודות הסייג.

כיוון שהכלל כי ספק סביר פועל לטובת הנאשם הוא הכלל המהותי, ואילו החזקה כי העבירות בוצעו בתנאים שבהם לא היה סייג היא תנאי ראייתי בלבד, נראה כי גם מקום בו 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.

* כל עוד לא נטענה טענת סייג – התביעה לא נדרשת להוכיחה.
* נטל הבאת הראיות – על הנאשם.
* נטל ההוכחה – עלתה טענת סייג? נטל ההוכחה להיעדרו על כתפי התביעה.
* רמת ההוכחה הנדרשת – מעבר לספק סביר.
* נתעורר ספק סביר שלא הוסר – הסייג חל ועומדת לנאשם רק ״חזקת החפות״.

**פס״ד רוזוב** (בעלים של חברה עושה שימוש במידע פנים) מעלה את השאלה האם הסדר הנטלים האמור רלוונטי רק לסייגים הקבועים בחוק העונשין או האם יש לו תחולה רחבה יותר.

הוויכוח בין הצדדים חייב את ביהמ״ש להגדיר מהם סייגים ומהן הגנות.

* בכל הנוגע לסייגים שאינם חלק מהרשימה של הנורמות שהמחוקק קרא להם ממפורשות סייגים בחלק הכללי של חוק העונשין (סייגים חדשים שייתכן שביהמ״ש ייצור, פטור עקב חרטה), השופטים ברוזוב מסכימים כי אם משהו מקוטלג כסייג חיול עליו הסדר הנטלים האמור.
* בכל הנוגע להגנות, **השופט קדמי** מצדד בעמדה שמרגע שסווגה נורמה כהגנה, נטל ההוכחה מוטל על הנאשם ויהיה עליו להוכיח את קיומה ברמה של מאזן הסתברויות. שאר השופטים אינם מקבלים עמדה זו, והם סברו כי ייתכנו מקרים בהם ביהמ״ש יקבע שעל נורמה שהיא הגנה יחול הסדר נטלים דוממה לזה שחל על סייגים. ברירת המחדל תהיה לקבוע שאם מדובר בהגנה שנטל ההוכחה מוטל על הנאשם ויהיה עליו להוכיח את קיומה ברמה של מאזן הסתברויות. **השופט חשין** ו**השופטת בייניש** חלוקים במידה מסוימת בנוגע למתי יחרגו מברירת המחדל הזו. **השופט חשין** סבר כי עיקר המשקל צריך להיות על שיקולים של נטלי הוכחה, ואילו **השופטת בייניש** סבורה כי כל הגנה צריכה להיבדק בהתאם לתכלית של החוק שבו היא נמצאת.