**פסה"ד שוורץ נ' היועמ"ש** (חייל מתאבד):

בפסה"ד שוורץ, **השופט ג'ובראן** אומר כי הבדיקה היא **דו שלבית**. הוא מיישם את המבחנים של המשפט החוקתי במשפט הפלילי:

1. **תכלית ראויה -** צריכה להיות תכלית ראויה - יש משהו שאנו רוצים להשיג בקביעת העבירה.

בהקשר של צידוקים להפללה, קיימות גישות שמצדיקות את עצמם על הצדקות תוצאתניות (משהו טוב/רע מעת טבעו), וקיימות גישות שנסמכות על הצדקות גמולניות (דאונטולוגיות=הדבר ערכי בפני עצמו).

גישות תוצאתניות מצדדות **בעקרון הנזק**. מטרתה של הענישה הפלילית היא למנוע נזק לגופו של אדם, לקניינו של אדם, למדינה, וייתכן שגם למניעת נזק לאינטרסים ציבוריים נוספים.

הפללה של מעשה תהיה מוצדקת על פי עקרון הנזק, מקום בו:

1. אם היא מנסה למנוע נזק לאינטרסים שצוינו לעיל (גוף, קניין, מדינה).
2. היא תוביל למניעה של יותר נזק מאשר הנזק שהיא גורמת.

גישות גמולניות (דאונטולוגיות) הן גישות שאומרות כי הטוב/הרע שטבועים במעשים מסוימים (הקביעה שמשהו הוא טוב או רע) בהרבה מאוד מקרים לא תלויה בתוצאה. הרבה מאוד דברים מטבעם הם טובים/רעים. רצח הוא תמיד רע, אונס הוא רע, גניבה היא רעה. החוק הפלילי צריך לשקף את הנורמות האלה, הוא צריך לעשות מעשים רעים כדי להיענש.

הגישות הגמולניות מדברות על כך שרשימת העברות בחוק העונשין צריכה לשקף את ערכי המוסר והחברה.

1. **עקרון השיוריות -** מכיוון שמדובר בנורמה משאפשרת פגיעה חמורה מאוד בזכויות אדם ברגע שמחוקקים אותה, צריך להוכיח שהחיקוק (הקביעה של העבירה הפלילית) מהווה את האמצעי הדרסטי המופחת (יישום עיקרון המידתיות). עקרון זה נקרא עקרון השיוריות.

עקרון השיוריות – יהיה לגיטימי להשתמש באמצעי של חקיקת עבירה פלילית, במקום שהמחוקק יראה שלא קיימים אמצעים פחות דרסטיים שאפשר באמצעותם להשיג את אותה מטרה.

**לדוגמא**: דיני הנזיקין – לקבוע שמשהו הוא עוולה נזיקית. לקבוע רגולטור שיוכל לתת רישיונות יכול להוות סנקציה פחות חריפה. ניתן גם להטיל מס על המעשה הפוגעני במקום עבירה פלילית. אומרים למחוקק כי צריך להראות שהאמצעים האחרים לא משיגים את המטרה.

**פסה"ד שבתאי** (סלקום וחפרפר בפיצוץ קו המים):

בפסה"ד מציין השופט כי נוספו בשנים האחרונות עבירות עונשין רבות – המהוות עבירות רגולטוריות.

1. **ההגדרה -** ההגדרה של עבירות פליליות מעטות. יש עבירות פליליות רבות ומגוונות.
2. זה לא שאנו משתמשים במשפט הפלילי כמוצא אחרון כדי לשבור את הזכוכית רק כאשר כל שאר הכלים לא עובדים, **אלא זה כלי לקביעת נהלים מנהליים וציבוריים שונים**.

**השופט פוגלמן** עושה הבחנה בין עבירות קלאסיות לעבירות רגולטוריות. הוא מספר לנו אגדה מקובלת אחרת, שאומרת שיש 2 סוגים של עבירות

1. **עבירות קלאסיות** – שם מקפידים על עקרון השיוריות.
2. **עבירות רגולטוריות** – שם הבסיס להפללה הוא רציונל אחר – רציונל של אסדרה (רגולציה).

בחברה מודרנית יש כמות אדירה של אינטראקציות בין בני אדם, גם בכמות וגם בגיוון. אם לא נקבע חוקים שיבצעו אסדרה של אינטראקציות אלו, אנשים ידרכו על הרגליים האחד של השני, ולכן דווקא צריך לעשות שימוש נרחב בחקיקה פלילית.

אין מה לדאוג – כי עבירות רגולטוריות כוללות עונש "קל", ולכן אנו לא באמת צריכים להיות כל-כך מודאגים ולדרוש עקרון שיוריות.

פוגלמן בא ואומר כי האגדה הזאת (עבירות רגולטוריות) לא מדויקת. הסיבות לכך:

1. ההליך הפלילי בד"כ יקר ולא יעיל, ולכן הרבה פעמים גם בתחומים הרגולטוריים הללו, הפגיעה שנגרמת מהשימוש בכלי הפלילי **גדולה על התועלת**.
2. כתוצאה מיחסי העלות תועלת – לא עושים שימוש בהליך הפלילי. יש עבירה בספר החוקים ובפועל המשטרה קובעת סדרי עדיפויות באכיפה. היא יכולה להחליט כי העבירה הרגולטורית אינה נמצאת בסדר העדיפויות שלה, ואז היא לא נאכפת ומטרתה לא מושגת.
3. הרשעת הנאשמים תוביל לפיטורם מהעבודה, והם לא יתקבלו למכרזים מרכזיים בתחומיהם. למעשה הלכה להם העבודה. מדובר בפגיעה קשה בזכויות.

מכל הסיבות האלו, אומר פוגלמן כי המדינה מתחילה לחשב מסלול מחדש. תחומי רגולציה רבים שהוסדרו על ידי המשפט הפלילי, מוסדרים כעת על ידי המדינה באמצעות כלים לא פליליים. (כלים מנהליים ונזיקיים). ביהמ"ש העליון מבין למעשה כי החוקים לא תמיד יעילים.

**עקרון השיוריות** – אתה יכול להשתמש בכלי של הפללת מעשה כל עוד לא מיצית את השימוש בכלים אחרים. השופט פוגלמן אומר כי יש אמצעים אחרים ועושים בהם שימוש במקומות אחרים, רק שהמחוקק לא החיל את ההסדרים על עבירות אלו.

לדעת המרצה, השופט פוגלמן היה צריך לבטל את החוק. הוא אפילו מבטל את הצעד של המחוזי, ואומר כי עבירה ללא הרשעה צריכה להיות משהו נדיר, ונותן למדינה ציון "עובר" על השתדלות. הוא מרגיש נוח לעשות זאת כי הוסכם כי לגבי האנשים הספציפיים שלא יהיה רישום פלילי, אז למה לו להסתכסך עם המדינה? **אבל לשבתאי הבא** – פסה"ד שלו מהווה תקדים.

התוצאה הסופית היא שפוגלמן קובע כי היה צריך להרשיע, אך היה טריק מסוים שגרם לכך שהם לא יסבלו מכך - עם זאת, שבתאי הבא יסבול מזה. מבחינתנו, עלינו לזכור כי הם "הורשעו", לא רק שהחוק לא בוטל, אלא ההסדר שהוצע על ידי המחוזי בוטל גם הוא.

**פס״ד אשד נ׳ היועמ״ש:**

רקע:

המערער, גוף שיתופי לתחבורה, הורשע בעבירה של עשיית מעשה העלול לגרום לידי היזק ציבורי, לפי ס׳ 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, בגין העובדה שהורה להשבית את תנועת האוטובוסים ברחבי הארץ.

לטענת המערער, פסק הדין אנגלי r.v. newland סתם את הגולל על התפתחות נוספת של סוג העבירות המוגדרות כתקלה לציבור, וממנו הלאה, המעשה העלול לגרום תקלה לציבור הוא בגדר עבירה רק כאשר רואים אותו מתוך האספקלריה של מעשה קשר או שהוא ממין המעשים אשר הלכה פסוקה היא כי הם מהווים עבירה. והואיל ושני אלה לא נתקיימו במקרה דנן, יש לבטל את ההרשעה.

היועץ המשפטי טוען, שאין להיזקק לדברים שנאמרו בפסק דין הנ״ל, מן הטעם שלאחר קום המדינה, אין הם מחייבים עוד את ביהמ״ש.

השאלה המשפטית:

האם יש לאמץ את פרשנות החוק האנגלי וההלכות שנפסקו שם לצורך פרשנות סעיף 105 לפקודה הנ״ל או שמא הכרזת העצמאות המדינית שמה קץ להיזקקות למשפט האנגלי? מהם התנאים להתגבשות העבירה של היזק ציבורי?

ביהמ״ש העליון פסק:

השופט חשין –

1. אין המונח ״היזק״ ממצה את כל תכנו של המונח האנגלי ״mischief", שהרי היזק חומרי או מוסרי הינו אחת מצורות ה-mischief הכולל כל מעשה המהווה פגע רע או מכשול לרבים. ייתכן שהמילה ״תקלה״ מתאימה יותר כדי לתארו.
2. תכונתו העיקרית של סעיף 105 הינה שהסעיף דן בעבירה בלתי מוגדרת ובלתי תחומה, ועל בית המשפט הוטל התפקיד לקבוע אם מעשים מסוימים מהווים או אינם מהווים עבירה. עולה מכאן, לכאורה, כי בני אדם נענשים על מעשים שהוגדרו כעבירות לאחר עשייתם. מטעם זה רבה הביקורת באנגליה ובארצנו על העיקרון המונח ביסודו של סעיף 105.
3. השאלה, באיזו מידה חל המשפט האנגלי בארצנו לאחר קום המדינה, טרם נפתרה, אך אין הכרח לפתרה, מהטעם שההלכה שנקבעה במשפט newland, אינה משפיעה על העניין דנן. סעיף 105 מכניס לרשימת העבירות של ארצנו את העבירה הרחבה והבלתי מוגדרת של ״תקלה לציבור״. אפשר לבקר את החוק, אך אין לומר שהחוק אינו קיים כל עוד לא נמחק מספר החוקים. סעיף 4 לפקודת החוק הפלילי מפנה אותנו למשפט האנגלי, כדי לקבוע על פיו ״ביאורי המונחים המשפטיים״ שבהם משתמש המחוקק באותה פקודה, אך הוראה זו מוגבלת בסייג כי אותם ביאורים יחייבו ״עד כמה שמתאים הדבר לעניין הכתוב״. במשפט newland הובעה הדעה כי ״תקלה לציבור״ אינה עבירה עצמאית, ואילו סעיף 105 קובע היפוכו של דבר. לא רק לקביעת יסודות העבירה של תקלה לציבור אין משפט זה מועיל, אלא אף לשם פירושו של ביטוי זה אין לפנות אליו, משום שהוא אינו נותן כל פירוש או הגדרה.
4. סעיף 105 הוא סעיף עונשין יוצא דופן. העבירה האמורה בסעיף 105 נוצרת אם נעשה מעשה שיש בו משום תקלה, ותקלה זו נגרמת או עלולה להיגרם לציבור. יסודות אלה מצויים בסעיף, אך כל תוספת סממנים – גוון של תחיקה לה, וזו מלאכתו של המחוקק בלבד. מטעם זה, ונוכח נוסחו הלאקוני של סעיף 105, אין לקבוע הגדרות, וכל מקרה צריך להיות נדון לפי נסיבותיו. השיקולים אשר על פיהם נחתכו המשפטים באנגליה בעתים שונות אמנם עשויים לשמש מורי דרך לבתי המשפט בארץ, אך אין הם ממצים כלל ועיקר את כלל האפשרויות. ספק רק אם זהו תפקידו של ביהמ״ש לסתום את הפרצות ולהביא סוגיה זו של עבירת התקלה לידי חתימה.

השופט זילברג (דעת מיעוט) –

1. עברית ״public mischeif" היא עבירה שאין לה שיעור והיא נוגדת את העקרונות השוררים בדרכי החקיקה והפרשנות של החוק. שניים הם עקרונות אלה, לאמור:   
   \* אין מחוקק מבלעדי המחוקק.   
   \* אין השופט רשאי לחרוג כמלוא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולחדש עבירה משלו על סמך שיקולי היגיון.   
   גדולה הסכנה הנשקפת לאזרח ״העבריין בכוח״ ממציאותן של עבירות בלתי מוגדרות, וגדולה הסכנה שבעתיים כאשר שם העבירה הוא ״public mischeif״, בייחוד בתקופת קיבוץ הגלויות ובתנאים השוררים כיום בארץ.
2. התרופה הרדיקלית והיעילה ביותר למצב זה תהיה, למחוק כליל מספר החוקים המנדטורי את העבירה האמורה בסעיף 105, אך סמכות זו אינה נתונה לבית המשפט, אלא לכנסת בלבד. נשארת אפוא ברירה אחת והיא, לצמצם את תחולת הסעיף הנ״ל, על ידי מתן הגדרה צרה לעבירה האמורה בו.
3. התרגום העברי הנכון של המונח האנגלי "public mischeif״ הוא לא ״תקלה לציבור״ אלא ״תקלה ציבורית״. יכול להיות שתהא נגרמת תקלה לציבור והיא לא תהיה תקלה ״ציבורית״ במובן סעיף 105.
4. הדגש בעבירת התקלה הציבורית הוא על המילה ״ציבורית״. ירידה למובנו של מושג זה, תבאר מה הם תחומי העבירה. ״התקלה הציבורית״ אשר בסעיף 105, פירושה: תקלה לציבור באמצעות רשויות הציבור, כאשר כתוצאה, או כהשתלשלות, ממעשהו של הנאשם, רשות ציבורית עושה, או עלולה לעשות, מעשים המביאים רעה לציבור.
5. לפי ע״פ 125/50 יעקובוביץ, פסק דין אנגלי שניתן לאחר קום המדינה אינו מחייב את בתי המשפט הישראלי.

ההחלטה:

מעשהו של המערער, בתיתו הוראות לחבריו לשבות ממלאכה, ובהשביתו את התנועה בדרכים, עלול היה להביא תקלה לציבור ולמעשה הביא תקלה חמורה לציבור בטרדות, באי נוחיות וביציאות מיוחדות שנגרמו לחלק ניכר ממנו. נגרמה כאן העבירה האמורה בסעיף 105 גם אם נעדר כל יסוד של קשירת קשר.

**פס״ד מדינת ישראל נ׳ שבס:**

רקע:

פס״ד מדינת ישראל נ׳ שבס הוא דיון נוסף בפסק דינו של ביהמ״ש העליון בשאלת זיכויו של שמעון שבס, לשעבר מנכ״ל משרד ראש הממשלה בגין הפרת אמונים.

עיקר הדיון הוא בשאלות היסוד של הפרת האמונים, לגבי ניגוד עניינים של שבס.

בפרשה הראשונה (״פרשת שטרן״) שבס הואשם בניצול תפקידו לצורך קידומה של עסקה ביטחונית עם מדינה זרה, מתוך אינטרס לגרוף רווח לידיו ולידי חבריו.

בפרשה השנייה (״פרשת שולדרפריין״) שבס הואשם בניצול משרתו לצורך קידומן של תוכניות בנייה של חבריו בתמורה לטובות הנאה.

פסק דינו של ביהמ״ש המחוזי בפרשה הראשונה קבע כי עליו לרצות שלוש שנות מאסר ולשלם קנס על האיסור הראשון (שוחד, עבירת מרמה והפרת אמונים), ומאחת העבירות זוכה עקב חוסר ביסוד נפשי ועובדתי. גם בפרשה השנייה זוכה שבס מאישומים.

השופט ברק –

השאלה הניצבת בפנינו היא מהן יסודותיה של עבירת המרמה והפרת האמונים?

טיפולו של שבס בהזמנת נשיא המדינה הזרה (פרשת שטרן) הונע על ידי ציפיתו של שבס לקבל טובת הנאה לעצמו ולחבריו לעסקה. שבס הסתיר מראש הממשלה את ציפיותיו לקבלת טובת ההנאה מהנשיא המדובר.

לפי ס׳ 284 היסוד העובדתי בעבירה הוא בעיקר הפרט ההתנהגותי של מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור, וזה בעל רקמה פתוחה. ברק טוען כי מן הראוי לבטל את סעיף זה עקב חוסר בהירותו. זוהי עבירה כל כך כללית שאין מקום לשפוט אותה מבחינת פלילית.

התרופה למצב זה היא לא ביטול העבירה אלא קיומו של דיון נוסף.

האיסור הפלילי על הפרת אמונים הוא כלי מרכזי של החברה למען שימור על יושר בחברה.

האיסור הפלילי המדובר מתחלק לשלושה רכיבים: רכיב התנהגותי (מעשה מרמה או הפרת אמונים), רכיב נסיבתי (עובד ציבור במילוי תפקידו) ורכיב תוצאתי (מעשה הפוגע בציבור).

במידה ויש פגיעה מהותית באחד מהרכיבים הללו יש להפליל את הנאשם במרמה בהפרת אמונים, על כן יש להפליל את שבס.

השופט חשין (דעת מיעוט) –

לצורך העבירה של הפרת אמונים נדרשת פגיעה משמעותית בטוהר המידות ובתקינות פעילותו של המנהל הציבורי. רק במידה ותהיה סטייה חמורה מן השורה שיש בה פגיעה חמורה בציבור ניתן להאשים את עובד הציבור בהפרת אמונים.

ניתן וראוי להגיב באמצעים חמורים פחות אם המעשה לא מאופיין בחומרה יתרה. לטעמו של חשין הציבור לא נפגע בצורה קיצונית ע״י מעשיו של שבס.

יש לבחון האם בסופו של דבר למרות ניגוד העניינים הוגשם האינטרס הציבורי עליו מופקד עובד הציבור או שגרם לו נזק.

חשין לא מסכים עם ברק בעניין ההגדרה של הפרת אמונים. לטעמו של חשין אם נגדיר את הפרת האמונים כפי שברק מגדיר אותה כל עובד ציבור שעושה פעולה תוך ניגוד אינטרסים, לא משנה כמה עובד הציבור עשה זאת מתוך אינטרס של עזרה לציבור יואשם בהפרת אמונים.

**פס״ד בר שלום נ׳ מדינת ישראל:**

רקע:

בר שלום הורשע בבית משפט לתעבורה על כך שלא ציית לתמרור לפי נאסרה החנייה ״בין השעות 7:00-19:00״. בר שלום, אשר החנה את רכבו בשעה 13:00 טוען שניתן לקרוא את התמרור כאילו הוא אוסר על החניה בין שבע בערב לשבע בבוקר (ולא בין שבע בבוקר לשבע בערב, כפי שטוענת התביעה). בית המשפט המחוזי דחה את ערעורו על ההרשעה.

השאלה המשפטית:

מהי הפרשנות הנכונה של התמרור נשוא הדיון?

בית המשפט העליון פסק (השופט אגרנט) –

מחובת הרשות, בבואה להציב תמרור, להבליט את כוונתה בצורה ברורה, שאינה משתמעת לשתי פנים, כך שהתמרור אינו צריך פירושים מצד הנהג והוא אינו חייב להרהר בדבר משמעותו.

ההחלטה:

הערעור התקבל וההרשעה בוטלה.

**פס״ד מזרחי נ׳ מדינת ישראל:**

רקע:

המערער, אסיר שקיבל חופשה בת 24 שעות, לא שב לבית הכלא בתום חופשתו. הוא נעצר ע״י המשטרה, והועמד לדין על עבירת בריחה. בית המשפט המחוזי הרשיעו בהפרת הוראה חוקית (לפי ס׳ 287 לחוק העונשין) וזיכה אותו מאשמה של בריחה מ״משמורת חוקית״ (עבירה לפי ס׳ 257 לחוק העונשין) מכאן הערעור והערעור שכנגד.

השאלות המשפטיות:

1. האם אסיר הנמצא בחופשה ואינו חוזר לבית הסוהר למרות החובה המוטלת עליו ניתן לראותו כמי שבורח מ״משמורת חוקית״?
2. האם יש לצמצם את הביטוי ״משמורת חוקית״ למשמעות ״העובדתית״ בלבד, או האם יש לתת לו את מלוא המשמעות ה״עובדתית״ וה״משפטית״ כאחד?

ביהמ״ש העליון פסק (השופט ברק):

לביטוי ״משמורת חוקית״ שתי משמעויות: האחת מכוונת כלפי היסוד הפיזי של המצאות בפיקוח ובשליטה, הלכה למעשה, אשר מהווה מצב עובדתי בלבד. האחת מכוונת כלפי היסוד המשפטי-נורמטיבי של שלילת חופש התנועה לפיה היא מצב משפטי או מעין סטאטוס, העשוי להתקיים גם כאשר מתקיים מצב עובדתי וגם כאשר זה אינו מתקיים.

חוק פלילי כמו כל חוק אחר, אין לפרשו על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת המחוקק. במקרה הנידון המטרה היא לשמור על המשמורת ולמנוע השתחררות מכבליה. כשהמשמורת היא פיזית, מגן סעיף 257 על האינטרס הציבורי של קיום שליטה ופיקוח.

כאשר המשמורת אינה פיסית אלא מהווה הגבלה נורמטיבית על חירות התנועה, בא סעיף 257 להגן על האינטרס הציבורי של הגשמת המערכת הנורמטיבית ומטרתו להעניש כל מי שמשתחרר מכבליה של מערכת זו שלא כדין.

ההחלטה:

ערעורה של המדינה וערעורו של המערער התקבלו. המערער הורשע באשמת בריחה ממשמורת חוקית וזוכה מעבירת הפרת הוראה חוקית.

**פס״ד לוי נ׳ מדינת ישראל:**

רקע:

לוי נהגה ברכבה כאשר לאוזנה האחת מוצמדת אוזניה המחוברת למכשיר טלפון סלולארי. בית המשפט לתעבורה הרשיע אותה בעבירה לפי תקנה 169 לתקנות התעבורה הקובעת כי ״לא ינהג אדם ברכב ולא ילך עובר דרך בכביש כשלאוזניו צמודות אוזניות...״.

עמדת המדינה הייתה, כי בהתאם להוראותיו של סעיף 5 לחוק הפרשנות, ״יחיד״ כולל ״רבים״ ועל כן בתקנה האמורה – ואוזניה אחת הצמודה לאוזן אחת דינה כדין אוזניות.

השאלה המשפטית:

כיצד יש לפרש את המונחים ״אוזניים״ ו״אוזניות״ שבתקנה?

ביהמ״ש העליון פסק (השופט קדמי):

1. הוראות ס׳ 5 לחוק הפרשנות כפופות לסייג הקיים בסעיף 1 לחוק הפרשנות שלפיו הוראות החוק לא יחולו אם בעניין הנדון יש דבר שאינו מתיישב עם הוראות חוק הפרשנות.
2. יש לבחון את תכלית האיסור בתקנות. תכלית האיסור היא למנוע מצד בו אדם מתנתק לגמרי מסביבתו בעת הנהיגה ולא למנוע רק פגיעה ברמת הקשב של הנהג.
3. הנוסח הקיים של התקנה ניתן לשני פירושים סבירים: הן איסור על הצמדת שתי אוזניות והן איסור על הצמדת אוזניה יחידה. במצב דברים זה, מן הראוי להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם. במקרה דנן יהיה זה האיסור להצמיד שתי אוזניות לשני האוזניים.

ההחלטה:

הערעור התקבל והמערערת זוכתה מהעבירה.

**פס״ד חירות התנועה הלאומית נ׳ יו״ר ועדת הבחירות לכנסת:**

העובדות:

חירות התנועה הלאומית היא רשימת מועמדים המשתתפת בבחירות לכנסת ה-16. היא פנתה ליו״ר הועדת הבחירות המרכזית, השופט מ. חשין בבקשה לאשר במסגרת שידור תעמולת הבחירות ברדיו איזשהו תמליל (ג׳ינגל). יו״ר ועדת הבחירות פסל את התשדיר.

הוא ראה בתשדיר ביזוי ההמנון הלאומי ופגיעה בו ואף הסתה והפנה את תשומת הלב להוראת ס׳ 5 לחוק הדגל והסמל.

חירות התנועה הלאומית טענה לחוק יסוד: השפיטה. חוק יסוד זה נותן לביהמ״ש העליון אפשרות לערער על החלטות ולקבוע ולפסוק דברים לפי החוק ולפי שיקול דעתו. מה שיו״ר ועדת הבחירות טען הוא ס׳ 137 לחוק הבחירות אוסר על בית המשפט להתערב בהחלטותיו של יו״ר ועדת הבחירות. סעיף זה פוגע בהגדרות תפקידי בג״ץ כפי שמוגדרות בחוק יסוד: השפיטה.

השופט ברק –

ברק טוען שניתן להעביר ביקורתית שיפוטית למרות ס׳ 137 לחוק הבחירות וזאת משתי סיבות:

1. זוהי דרך של פרשנות – כשנאמר בחוק ״שום בית משפט״ לא התכוונו להכליל את בג״ץ בהגדרה זו, אלא התכוונו רק לכל בית משפט מהערכאות הרגילות.
2. אין בכוחה של הוראת חוק רגילה לשנות מהוראותיו של חוק יסוד ולכן ס׳ 137 אינו יכול לשלול סמכות של בג״ץ לדון בנושא.

מסיבות אלו, הוראה שמונעת ביקורת של ביהמ״ש בחוק רגיל אינה חוקתית ובטלה כשמדובר בבג״ץ, אך מתקיימת כשמדובר בשאר בתי המשפט.

החלטת ביהמ״ש הייתה שפסילת התשדיר הינה תקפה אך ניתנת פרשנות לטענתם של חירות התנועה הלאומית שאסור ליו״ר ועדת הבחירות לפסול את התשדיר (כי ההחלטה שלו פוגעת בחוק יסוד: השפיטה) מאחר ובג״ץ לא נכללים בהגדרה של ״שום בית משפט״.

**מבוא ליסודות העבירה**

**גבריאל הלוי – תורת דיני העונשין**

**כרך א׳ – עמודים 551-569**

מהות העיקרון ההתנהגותי ומבנהו:

עקרון ההתנהגות הוא עקרון היסוד השני בתורת דיני העונשין (כאשר הראשון הוא עיקרון החוקיות), והוא קובע את הדרישה להיבט האובייקטיבי חיצוני של הנורמה הפלילית. דרישה זו מתמקדת בגילויים הפיזיים של העבירה ולא דנה בהלך נפשו של מבצע העבירה. עקרון ההתנהגות קובע את כללי היסוד של הדרישה כדרישה משותפת בכל העבירות הפליליות. כלומר, כל העבירות כפופות לכללי היסוד של עקרון ההתנהגות.

חלקו של עיקרון ההתנהגות בתורת דיני העונשין:

הצבת הבחירה החופשית כעיקרון העל השני של דיני העונשין מחייבת כי לפרט תהיה אפשרות לבחור בין ה״מותר״ ובין ה״אסור״ (ביצוע העבירה או אי-ביצועה). הוצאת הבחירה החופשית לפועל מתבטאת בשתי תצורות: הראשונה היא בצורת ההיבטים הפנימיים (הלך נפשו של מבצע העבירה) והשנייה היא בצורת ההיבטים החיצוניים (הגילויים הפיזיים הכרוכים בביצוע העבירה).

הטמעתו של עיקרון ההתנהגות בתורת דיני העונשין מחייבת כי אין עונשין בלית התנהגות, כלומר, עיקרון ההתנהגות מתפקד כדרישה שיש להגשים כתנאי להטלת אחריות פלילית.

היבטים הקשורים ברצונו, ברצייתו או במודעותו של מבצע העבירה אינם חלק מעיקרון ההתנהגות וזאת מאחר והם אינם היבטים חיצוניים אלא פנימיים. המסגרת הנורמטיבית של עיקרון ההתנהגות מיועדת אך ורק לרכיבים האובייקטיבים-חיצוניים של האחריות הפלילית.

במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין הוצאו מושגים הנוגעים להלך נפשו של מבצע העבירה (למשל, ״קשר סיבתי משפטי״) מעיקרון ההתנהגות והועברו לעיקרון האשם.

ההבחנה בין עיקרון האשם לעיקרון ההתנהגותי את הרציונל המרכזי בבסיס עיקרון ההתנהגות, לפיו אין להטיל אחריות פלילית בגין הלך נפשו של האדם בלבד (״אין עונשין על דברים שבלב״). דבר זה תואם את התפיסה הליברלית בדבר חירות המחשבה (אדם ראשי לחשוב מחשבות ככל שיחפוץ מבלי להימצא בסכנה של הטלת אחריות פלילית). רק כאשר מתקיים ביטוי פיזי (אובייקטיבי-חיצוני) למחשבות אלה עשוי הדבר לשמש בסיס להטלת אחריות פלילית.

עיקרון ההתנהגות נובע מן היישום של עיקרון העל בדבר הבחירה החופשית, בלא קשר לאכיפת איסורים על המחשבה (במידה והדבר היה מתאפשר). אדם יוכל לבחור בין ״מותר״ ובין ״אסור״, רק אם חשב במחשבתו על ה״אסור״ והתלבט בקשר לביצועו. הטלת איסור על עצם המחשבה חוסמת את אפשרות ההתלבטות ופוגעת באופן ישיר באפשרות הבחירה החופשית.

התפיסה הליברלית בדבר חירות המחשבה עשויה להוות את ההצדקה המודרנית המרכזית לקיומה של הדרישה המעוגנת במסגרת עיקרון ההתנהגות. עיקרון ההתנהגות נקלט במשפט העברי בדרישת מעשה בעבירה לצורך הטלת אחריות פלילית על אדם.

בשיטות משפט רבות הייתה דרישה לרכיבים פיזיים לצורך הטלת אחריות פלילית, אך החידוש בהגדרת עיקרון ההתנהגות הוא בקביעה כי ההתנהגות הפיזית היא תנאי הכרחי להטלת אחריות.

עיקרון ההתנהגות מתבטא בשתי דרכים: הראשונה היא כי צריכה להיות דרישת עיקרון ההתנהגות גם בהגדרת העבירה והשנייה היא כי הגוף המטיל את האחריות הפלילית חייב שיתקיים גילוי פיזי מצד מבצע העבירה על מנת להטיל אחריות פלילית.

עיקרון ההתנהגות ברמה הבסיסית ביותר מתבטא כדרישת היסוד העובדתי. את מאפייניו ניתן לתאר באמצעות ארבעה מאפיינים: זהות המתנהג (מי?), מועד ההתנהגות (מתי?), מקום ההתנהגות (היכן?) ומהות ההתנהגות (מה?). אלו הם ארבעת עקרונות המשנה של עיקרון ההתנהגות. ארבעת מאפיינים אלה הומרו לרכיביו השונים של היסוד העובדתי במסגרת ההוראות הספציפיות של דיני העונשין.

מעיקרון ההתנהגות לעקרונות המשנה

עיקרון ההתנהגות הוא הדרישה להיבט האובייקטיבי חיצוני של הנורמה הפלילית. לכל אירוע עובדתי ניתן לקבוע מועד התנהגות ומקום התנהגות. בהקשר הספציפי של דיני העונשין נדרשים שני מאפיינים נוספים מלבד מאפייני המקום והזמן ואלו הם זהותו של המתנהג (דיני העונשין מעוניינים להטיל אחריות על אדם או תאגיד מסוים, מי שאחראי לביצוע העבירה) ומהות ההתנהגות (כאשר זו יורדת לטיבו של האירוע העובדתי ומתייחסת לתוכנו). המאפיין העיקרי הוא מהות ההתנהגות, מהי העבירה שבוצעה.

מדובר באפיון אובייקטיבי חיצוני של דרישה נורמטיבית, הנדרשת לצורך הטלת אחריות פלילית. רק במידה ופרטי האירוע עומדים בדרישה הנורמטיבית ובהתקיים יתר הדרישות הרלוונטיות שבתורת דיני העונשין תטיל הערכאה המשפטית אחריות פלילית.

דוקטרינת ״גוף העבירה״ היא דוקטרינה המתייחסת ל״מכלול העובדות היוצרות עבירה״ והיא מתאימה בין הדרישה הנורמטיבית של עיקרון ההתנהגות ובין פרטי האירוע העובדתי.

על המאשימה בפלילים להוכיח בראיות את ״גוף העבירה״ לצורך הטלת אחריות פלילית, כלומר להוכיח שאכן נעברה עבירה במסגרת האירוע העובדתי שהתרחש. יש להבחין כי דוקטרינת ״גוף העבירה״ עוסקת בעניין ראייתי בדבר הרכיבים שצריך להוכיח שהתקיימו ולא במהותם של רכיבים אלה (כלומר, היא לא עוסקת אך ורק בעיקרון ההתנהגות אלא בכל הפרטים העובדתיים שיש להוכיח).

הזיקה של עקרונות המשנה של עקרון ההתנהגות לעקרונות המשנה של עקרון החוקיות היא זיקה מתבקשת מאחר ושני עקרונות אלו הם חלק מהדרישה הנורמטיבית של הנורמה הפלילית ומאחר שכששני עקרונות אלו מתקיימים יחד מופעל עיקרון הבחירה החופשית.

מעקרונות המשנה למבנה היסוד העובדתי

שיטות המשפט המודרניות יישמו את עקרונות המשנה של עקרון ההתנהגות בדרך של יצירת מבנה סדור של דרישת היסוד העובדתי, האמור ליישם את דרישת עקרון ההתנהגות. מהותה של ההתנהגות נתפשת כעיקרו של עיקרון ההתנהגות. מהות ההתנהגות עשויה להתייחס לשני גורמים מרכזיים בנוסף להתייחסות להתנהגות עצמה.

הגורם הראשון הוא אופן התרחשותה של ההתנהגות (וגם מושאי ההתנהגות – כלפי מי או מה בוצעה ההתנהגות) והגורם השני הוא התייחסות להשלכות עובדתיות אובייקטיביות חיצוניות אפשריות של ההתנהגות (למה גרמה ההתנהגות?).

מבנה דרישת היסוד העובדתי הוא מבנה הכולל שלוש דרישות כוללות. דרישה אחת היא דרישת חובה בדבר התקיימות ההתנהגות לסוגיה השונים. שתי הדרישות האחרות הן שתי דרישות אפשריות המסורות לשיקול דעתו של מנבח הנורמה הפלילית בעת ניסוחה, האחת היא בדבר נסיבות התקיימות ההתנהגות (וגם השלכותיה העובדתיות) והאחרת היא בדבר גרימת ההתנהגות להתרחשותן של תוצאות.

הוראות תיקון 39 לחוק העונשין אימצו את המבנה של דרישת היסוד העובדתי למסגרת החוק מתוך התייחסות להדגשת המרכזיות של מהות ההתנהגות. חלק מהוראות תיקון 39 לחוק העונשין אומץ מבנה היסוד העובדתי במסגרת הוראות סעיף 18 לחוק העונשין.

ניתן להתייחס לארבע אפשרויות שונות של הרכב דרישת היסוד העובדתי העשויה להידרש בנורמה הפלילית הספציפית:

1. התנהגות
2. התנהגות + נסיבות
3. התנהגות + תוצאות
4. התנהגות + נסיבות + תוצאות

אין מנסח הנורמה הפלילית רשאי לקבוע דרישת יסוד עובדתי שאינה כוללת דרישת רכיב התנהגות. לעומת זאת, הדרישות האפשריות בדבר נסיבות ותוצאות אין בגדר דרישות חובה ולכן ניתן לדרוש את שתיהן ביחד.

בשיטות משפט רבות ישנה הבחנה בין עבירות התנהגותיות ובין עבירות תוצאתיות. מקורה של הבחנה זו במהדורה הראשונה לספרו של פרופ׳ ג׳רלד גורדון. בהתאם להבחנה זו, עבירה תוצאתית היא נורמה פלילית מהותית שבדרישת היסוד המהותית שלה צריך גם רכיב תוצאתי. עבירה התנהגותית היא נורמה פלילית מהותית אשר בדרישת היסוד העובדתי בה לא נדרש רכיב תוצאתי.

**כרך ב׳ – עמודים 421-428**

היחס בין מושג המחשבה הפלילית (mens rea) ובין דרישות היסוד הנפשי (mentes reae)

התפתחות עיקרון האשם למתכונתו הקיימת כיום בדיני העונשין נעשתה בשלושה שלבים. בשלב השלישי והאחרון להתפתחות עיקרון האדם יושם עיקרון האשם בפועל במסגרת דרישת היסוד הנפשי כדרישה כוללת וכדרישה ספציפית בכל עבירה פלילית ספציפית וכן במסגרת הסייגים לאחריות פלילית.

עד המאה ה-19 הייתה קיימת זהות בין המחשבה הפלילית ובין דרישת היסוד הנפשי. המחשבה הפלילית ייצגה את הרוע האנושי הקיים באדם (״טוב״ ו״רע״) ומי שהיה בעל מחשבה פלילית היה נחשב לאדם ״רע״ מבחינה מוסרית-דאונטולוגית.

ככל שהתרחבה התפישה של המחשבה הפלילית הכללית כך היה קשה להגדירה באופן כולל (הצטרפו אליה מושגים כמו העיוורון המכוון, הלכת הצפיות, המחשבה הפלילית המועתקת ואף הרשלנות כיסוד נפשי).

מצב זה הוביל את בתי המשפט לניסוחים מעורפלים ולהגדרות עמומות של מושג המחשבה הפלילית, תוך שבפועל הם התייחסו לדרישת היסוד הנפשי והשתמשו במערכת מונחים השאובה מתחומי המחשבה הפלילית והמוסר.

הקושי בהגדרתה האחידה והכוללת של המחשבה הפלילית היה קושי תפישתי, והיה הכרח להבחין במסגרת האשם הכללי דרגות שונות אל אשם.

בתקופה זו פותחה גם ההתעלמות מהמניע במסגרת המחשבה הפלילית המודרנית, לפיה אין מניע מעלה או מוריד לעניין האחריות הפלילית (אלא אם מוגדר אחרת בעבירה).

בסופו של דבר התיאור הכולל של דרישות היסוד הנפשי הובחן מן המחשבה הפלילית וגיבש זהות עקרונית עצמאית בדמות ״היסוד הנפשי״. לכן, בדיני העונשין המודרניים מושג ״היסוד הנפשי״ הוא מושג רחב יותר מן המחשבה הפלילית והוא כולל את כל סוגי היסוד הנפשי המוכרים בדיני העונשין. מושג ״המחשבה הפלילית״ בדיני העונשין המודרניים מתאר סוג אחד של דרישת יסוד נפשי. הטרמינולוגיה המבחינה בין ״יסוד נפשי״ לבין ״מחשבה פלילית״ היא מדויקת יותר לדיון בעיקרון האשם.

זיקת העיתוי של יסודות האחריות הפלילית

זיקת העיתוי של יסודות האחריות הפלילית עוסקת בשאלת קשר הזמן שבין דרישת היסוד העובדתי ובין התקיימות דרישת היסוד הנפשי. זיקת העיתוי של יסודות האחריות הפלילית נובעת מן ההגדרה של רכיבי היסוד הנפשי (זיקה זו התקבלה לאחר שנדחתה דרישת הסימולטניות – מזיגה). בסוף המאה השמונה עשרה צמחה דרישה עצמאית ונפרדת מדרישת היסוד העובדתי והנפשי, אשר עוסקת בקשר העיתוי שבין דרישות אלה. בהתאם לנוסחו של הלורד Kenyon על המחשבה הפלילית להתקיים בו זמנית עם ההתנהגות. כאשר שני אירועים מתרחשים בו זמנית (המחשבה הפלילית וההתנהגות) הרי שיש בכך להצביע על קשר ענייני בניהם.

הגישה הכללית הזו התפצלה עם הזמן לשתי גישות משנה המהוות את דרישת הסימולטניות.

לפי הדרישה הראשונה על המחשבה הפלילית להתקיים בו זמנית עם ההתנהגות ולפי הדרישה השנייה על ההתנהגות לנבוע מן המחשבה הפלילית. גישות אלו היו צריכות להתקיים שתיהן בו זמנית והיעדר התקיימות של אחת משתי דרישות אלה היה בבחינת מניעה להטלת אחריות פלילית. שתי דרישות אלו היוו את דרישת הסימולטניות בדיני העונשין במשפט האנגלי המקובל ומשם הגיעה אלינו.

שתי הדרישות יחדיו יוצרות שילוב קשה מדי ליישום.

במסגרת ההגדרה המודרנית של המחשבה הפלילית, עומדת במרכזה דווקא המודעות, ולא הכוונה הנדרשת בסוג ספציפי של עבירות מחשבה פליליות.

כפועל יוצא של היערמות קשיים מהותיים וקשיי יישום נאלצו בתי המשפט בהן התקבלה גישת הסימולטניות ליצור חריגים לדרישה.

1. החריג הראשון הוא במקרה של שימוש בטענת הפעולה החופשית והוא אומר שכניסה מתוך בחירה חופשית למצב של שלילת ההתקיימות הסימולטנית של היסוד העובדתי והיסוד הנפשי אינה שוללת את דרישת הסימולטניות אף שהיא לא התקיימה בפועל (למשל, אדם שהיה שיכור בזמן ביצוע עבירה פלילית לא יוכל לטעון שלא גיבש מחשבה פלילית מאחר והיה שיכור).
2. החריג השני מתייחס לעבירות ״נמשכות״ מבחינת הרכיב ההתנהגותי שבהן. בהתאם לחריג זה כאשר ההתנהגות החלה ללא מחשבה פלילית אך המחשבה הפלילית התגבשה לפני סיום ההתנהגות נחשבה דרישת הסימולטניות כמתקיימת (למשל, אדם שהושתלה אצלו חבילת סמים וגילה בהמשך כי זו נמצאת אלו ייחשב כאילו ידע על כך מלכתחילה).
3. חריג נוסף ורחב מאוד התייחס למצבים בהם היה ריבוי של התרחשויות אשר בחלקן התקיים היסוד הנפשי ובחלקן התקיים היסוד העובדתי. בהתאם לכך נפסק מספר פעמים כי די בכך שכל ההתרחשויות בוצעו מתוך מניע אחד או מטרה אחת כדי שדרישת הסימולטניות תתקיים.   
   החלת החריג הזה הבירה למסקנה כי מספיק שבמהלך ההתרחשויות התקיימו היסוד הנפשי והיסוד העובדתי (גם אם בנקודות זמן שונות לגמרי) כדי שדרישת הסימולטניות תתקיים.

החקיקה המודרנית בדיני העונשין מסוף המאה העשרים נטתה להתנער מדרישת הסימולטניות בדרך של הימנעות מאזכורה במסגרת יסודות האחריות הפלילית וזאת עקב הקשיים שעלו ממנה ולשחיקה שבדרישה. דרישת הסימולטניות לא התקבלה במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין.

בפועל, זיקת העיתוי של יסודות האחריות הפלילית עולה בדיני העונשין המודרניים מתוך הגדרת רכיבי היסוד הנפשי. חלק בלתי נפרד מהגדרת רכיבי הדרישות השונות של היסוד הנפשי הוא גם הגדרת מועד ההתקיימות הנדרש לצורך הטלת אחריות פלילית.

**דיני עונשין – כרך א׳**

**יורם רבין ויניב ואקי**

הקשר הסיבתי לתוצאה (זיקת הסיבתיות)

בעבירות תוצאתיות, נוסף על הדרישה לקיומו של רכיב תוצאתי קיימת דרישה לרכיב נוסף המתבטא בזיקה סיבתית של הרכיב התוצאתי לרכיב התנהגותי ורכיב זה הוא ״הקשר הסיבתי״.

לפי גיזה זו, בהיעדר ההתנהגות הקבועה בהגדרת העבירה, לא הייתה מתרחשת התוצאה הקבועה גם היא באותה עבירה. זיקה זו היא תנאי להתהוותה של עבירה תוצאתית.

במקרים רבים מתעורר קושי רב בזיהויו של קשר סיבתי בין ההתנהגות של העושה לבין התוצאה. לקביעת ״הקשר הסיבתי״ נקבעו בחוק ובפסיקה מבחנים עובדתיים ומשפטיים שונים.

גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין אין התייחסות מפורשת לקשר הסיבתי, אלא מרומזת בלבד: ״תוצאה שנגרמה על ידי המעשה״ – סעיף 18(א) לחוק העונשין.

אין באי התקיימותו של הקשר הסיבתי להוביל בהכרח לפטור מאחריות פלילית אלא לאחריות בעבירת הניסיון.

לקשר הסיבתי שתי פנים: הפן העובדתי והפן המשפטי. לפי הפן העובדתי, נקבע הקשר הפיזי שבין המעשה לתוצאה, ואילו לפי הפן המשפטי מיוחסת לעושה האחריות להתרחשות התוצאה. הדרישה לקשר הסיבתי מתקיימת רק אם מתמלאות שני פניה.

קשר סיבתי עובדתי – מבחן ה״אלמלא״; מבחן ה״סיבה בלעדיה אין״

המבחן הראשון לבחינת הקשר הסיבתי הוא מבחן עובדתי. משמעו של ״קשר סיבתי עובדתי״ הוא קיומה של זיקה בין התנהגותו של העושה לבין התוצאה. כלומר, התנהגותו של העושה מהווה סיבה בשרשרת המסובבים שהסתיימה בתוצאה. הקשר הסיבתי עובדתי מחייב הוכחה כי התנהגות הנאשם הייתה סיבה הכרחית, בבחינת ״סיבה שבלעדיה אין״ להתרחשות התוצאה. מבחנו של הקשר הסיבתי עובדתי הוא מבחן ה״אלמלא״ המוכר גם כמבחן ה״סיבה בלעדיה אין״.

עלינו לשאול האם התנהגותו של העושה מהווה סיבה פיזית הכרחית בשרשרת הסיבתית שהובילה לתוצאה. נדגיש כי אם קיימת סיבה אחת הכרחית לא בטוח שאין סיבות נוספות שהיו הכרחיות לקבלת התוצאה. לפי מבחן זה כל שנדרש הוא שהסיבה הנבחנת תהיה אחת הסיבות שהובילו לתוצאה האסורה.

תנאי לקיום מבחן זה הינו כי בלעדי אותה התנהגות לא הייתה מתרחשת אותה התוצאה. מבחן הקשר הסיבתי לא יכול להוות מבחן בלעדי לאחריות פלילית.

**מחדל –** מבחינה משפטית נדרשת בדיקה של קשר סיבתי עובדתי גם במקרה שבו הרכיב ההתנהגותי מתבצע על דרך של מחדל (למרות שאפס מעשה לעולם לא יגרום לתוצאה). יישומו במקרה של מחדל הוא אחר מיישומו במקרה של התנהגות: עלינו לשאול, אילו מולאה החובה לפעול, האם התוצאה הייתה מתרחשת? אם התשובה היא שלילית ניתן לומר כי מתקיים הפן העובדתי של הקשר הסיבתי בין המחדל לאותה התוצאה.

**גורמים משלימים –** את מבחן ה״אלמלא״ יש ליישם גם במקרים מורכבים שבהם נגרמה התוצאה מכמה גורמים משלימים. מדובר במקרים בהם לא היה בכוחו של כל אחד מהגורמים בנפרד להביא לבדו להתרחשותה של אותה התוצאה, וזו התאפשרה רק בשל השתלבותם זה בזה, כאשר הגורמים משלימים את הפוטנציאל של גרימת התוצאה זה של זה.

**גורמים מצטברים –** ישנם קשיים המתעוררים בעת החלתו של מבחן ה״אלמלא״ במצבים שבהם קיימים כמה גורמים מצטברים. מדובר במקרים שבהם התוצאה האסורה הייתה יכולה להיגרם בשל כל אחד מהגורמים בנפרד. במצב של גורמים מצטברים הרבה פעמים מתקיים ניתוק של הקשר הסיבתי עובדתי בין שני הגורמים לתוצאה (כאשר כל אחד מהגורמים בפני עצמו לא היה גורם את התוצאה האסורה), וקביעה של היעדר אחריות לגבי כל אחד מהגורמים בנפרד. עם הזמן עלו הצעות שונות על מנת להתגבר על ניתוק הקשר הסיבתי במצב של גורמים מצטברים.

1. הגישה הראשונה ביקשה להעניק למבחן ה״אלמלא״ פירוש רחב, ולפיו בגדר ״התוצאה האסורה״ יבואו גם הנסיבות האופפות אותה תוצאה.
2. גישה נוספת נקטה בשיטה של ״בידוד מלאכותי״ של כל אחד מהגורמים ובחינת השפעתו על התוצאה בנפרד, בהתעלם מתורמו של הגורם האחר לתוצאה.
3. גישה שלישית התייחסה למקרים אלה בגדר חריגים וביקשה שלא להחיל על מקרים אלה את מבחן ה״אלמלא״. גישה זו זכתה לכינוי ״מבחן דיות הפעולה״ (פס״ד ברדריאן). מקרים חריגים אלו נופלים בגדר סעיף 309(4) לחוק העונשין.

**גורמים חלופיים –** סוג נוסף של מצבים מעלה גם הוא את שאלת תוקפו של מבחן הקשר הסיבתי עובדתי. מדובר במקרים שבהם כמה גורמים, בלתי תלויים זה בזה, פועלים בד בבד למען גרימת אותה תוצאה, כאשר האחד הקדים את משנהו וגרם להתרחשותה של התוצאה האסורה, בעוד האחר לא הגיע לידי הגשמה ולכן לא גרם כלל לתוצאה האסורה. החלת מבחן ה״אלמלא״ על מצב כזה הייתה גורם לניתוק הרשה הסיבתי העובדתי שבין פעולתו של הגורם שהקדים לבין התוצאה האסורה, למרות שהוא זה שהביא להתרחשותה. יישום שיטת ״הבידוד המלאכותי״ ויישום מבחן ה״אלמלא״ על הגורם שהתגשם בנפרד, מביאים לתוצאות מציאותיות אשר הולמות את השכל הישר.

הקושי העיקרי במבחן ה״אלמלא״ הוא שהוא מוביל לשרשרת אירועים אינסופית של אירועים במציאות האובייקטיבית שהובילה לאותה התוצאה. שימוש בלעדי במבחן זה עלול להביא לתוצאות חמורות ובלתי צודקות; לכן נקבע כי זהו אינו המבחן הבלעדי לקביעת האחריות המשפטית ונקבע מבחן נוסף.

מבחן הקשר הסיבתי משפטי – מבחן הצפיות

נוסף על המבחן הקשר הסיבתי עובדתי עלינו להוכיח גם את קיומו של מבחן הקשר הסיבתי משפטי. מבחן זה מבטא את קיומה של ״זיקת השייכות״ בין ההתנהגות של העושה לבין התוצאה, במישור האחריות המשפטית.

לא קיימת תוצאה אשר לא תקדם לה שרשרת סיבתית-עובדתית ארוכה של סיבות הכרחיות ולכן נוצר הצורך בסיוג המבחן העובדתי. המבחן שנקבע לכך במשפט הישראלי הוא ״מבחן הצפיות״ המיועד לבחון את יכולתו של הנאשם, בזמן התנהגותו, לצפות את תוצאת מעשיו.

מבחן הצפיות מעורר שתי שאלות עיקריות:

1. האם מדובר במבחן סובייקטיבי או במבחן אובייקטיבי של ״צפיות סבירה״?   
   הפסיקה עיצבה את מבחן הצפיות כמבחן אובייקטיבי של ״צפיות סבירה״. זוהי צריכה להיות צפיות הנמדדת על פי מבחנו של ״האדם הסביר״.
2. אילו ממאפייני התוצאה יש לצפות?   
   על הצפיות להתייחס למאפייניה האיכותיים של התוצאה (לעצם ההתרחשות התוצאה ולסוג התוצאה) בקווים כלליים בלבד.

הצורך לצפות את סוגה או את טיבה של התוצאה מוצא ביטוי בהבחנה בין נזק לגוף, נזק לרכוש או נזק לביטחון המדינה. נקבע כי הצפיות חייבת להתייחס לסוג הנזק שנגרם בפועל. אין דרישה לחזות את התוצאה הספציפית המדויקת שעלולה להיגרם בעקבות ההתנהגות. הנחת המוצא היא שהיקפו של הנזק שנגרם בפועל, גם אם שונה מהנזק הצפוי, הוא בגדר סיכון שהנאשם נוטל על עצמו.

אופן התרחשות שונה של התוצאה אין בכוחו לנתק את הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לאותה התוצאה.

**גולגולת דקה**

כדי לקבוע קיומו של קשר סיבתי משפטי יש לקבוע כי הנאשם צפה את התרחשות התוצאה, אך לא נדרשת צפיות לגבי ״היקפה ומימדיה״ של התוצאה.

לעיתים, הנזק מתפתח למימדים בלתי צפויים (מבחינת היקף הנזק) בשל פגם או מום נסתר בקרבן שעל אודות קיומו לא ידע הנאשם. פגם נסתר זה זכה לכינוי סמלי בפסיקה בשם ״גולגולת דקה״. מקרי ״הגולגולת הדקה״ הם מקרים שבהם הקורבן הינו בעל רגישות מיוחדת, בדרך כלל נסתרת ואינה גלויה לעין, שבלעדיה לא הייתה מתרחשת אותה מידה של תוצאה שהתרחשה בפועל.

הפסיקה (פס״ד מלכה) קובעת כי הקשר הסיבתי לא ינותק במקרים של ״גולגולת דקה״, וזאת מאחר והנאשם לא יכול לבחור את תכונות הקורבן שלו, ועליו לקבל את הקורבן כמו שהוא – על מגבלותיו וחסרונותיו.

**גורם זר מתערב**

יש מקרים שבהם הקשר בין התנהגותו של הנאשם לתוצאה האסורה אינו מיידי וישיר, וזאת עקב התערבותו של גורם נוסף במהלך האירועים. מדובר במקרים שבהם ״גורם זר״ הוא זה שגרם במישירין לתוצאה האסורה, לאחר שהגורם הראשון יצר מצב מסוכן אשר הכשיר את הקרקע לאפשרות שתיגרם התוצאה ע״י הגורם שבא אחריו. נדגיש כי מדובר במקרים שהגורמים משלימים אחד את השני בתהליך גרימת התוצאה.

מה יכול להיחשב לגורם זר? כל פעולה מכוונת, אקראית, ואפילו בלי מודעת של גורם אנושי נוסף, לרבות זו של הקורבן. זו עשויה להיות אף פעולה של גורם אחר כתופעת טבע, בעל חיים או מחלה.

גורם זר יכול להתערב גם בצורה של מחדל.

בחינת השפעתו של הגורם הזר מצטרפת למבחן הצפיות: האם העושה יכול היה לצפות את קיומו של הגורם הזר שהתערב במהלך העניינים ותרם להתרחשותה של התוצאה האסורה?

בהתאם להלכה בישראל, כדי ש״גורם זר מתערב״ ינתק את הקשר הסיבתי נדרש שהתנהגותו תחרוג אל מחוץ לצפיות סבירה.

**סעיף 309 לחוק העונשין – קשר סיבתי סטטוטרי**

סעיף 309 מגדיר מספר מצבים שבהם לא מתנתק הקשר הסיבתי למרות התערבותו של גורם זר. הפסיקה קבעה כי סעיף 309 אינו בגדר הסדר שלילי וכי באירועים שאינם תואמים את כללי הסעיף יש להכריע לפי העקרונות הכללים של קביעת הקשר הסיבתי. אירוע שנסיבותיו אינן תואמות תרחיש מהתרחישים המתוארים בהוראות המשנה של 309 ייבחן על פי עקרונות הסיבתיות הכללים.

הוראות המשנה של סעיף 309 לחוק העונשין

1. 309(1) : טיפול רפואי לקורבן – סעיף זה מטיל אחריות רחבה על הנאשם לנזק הגופני שהסב לקורבן גם אם המוות נגמר, בסופו של דבר, מהטיפול הרפואי שהוענק לקורבן. זאת מאחר והנאשם הוא זה שגרם לכך שהקורבן יצטרך טיפול רפואי.   
   לא ינותק הקשר הסיבתי בגין מעשיו של הנאשם לבין התוצאה, גם אם התוצאה נגרמה בעקבות הטיפול שקיבל הקורבן ולא באופן ישיר מהפגיעה (זאת כל עוד הטיפול הרפואי ניתן ״בתום לב ובידיעה ובמיומנויות רגילות״).
2. סעיף 309(2) : אי הקטנת הנזק ע״י הקורבן – גם במידה והקורבן נמנע מלפעול להקטנת הנזק שנגרם לו ומהמחדל נגררה התוצאה הקטלנית לא ינותק הקשר הסיבתי.
3. סעיף 309(3) : הקרבן גרם למותו שלו – זהו סעיף העוסק במקרים שבהם התוצאה האסורה נגרמה בעקבות תגובתו של הקורבן למעשה הנאשם. מדובר במקרים בהם נקט הקורבן מעשה שגרם לתוצאה האסורה, בין משום שנדרש לבצע את הנעשה ובין משום שביקש להימלט מהנאשם והתוצאה נגרמה בעקבות תאונה שאירעה במהלך בריחתו. גם במקרה כזה לא ינותק הקשר הסיבתי.
4. סעיף 309(5) : התווספות מעשה או מחדל של אדם נוסף – סעיף זה עוסק במעשה של נאשם שעורר שרשרת של התרחשויות שגרמה לתוצאה אסורה. אין בפעולת המתערב כדי לנתק את הקשר הסיבתי בין מעשיו של הנאשם לתוצאה זו. אין כל דרישה בסעיף לקיומו של יחס מיוחד ומסוים בין התנהגות הנאשם להתנהגות הגורם המתערב.
5. סעיף 309(4) : החשת המוות – סעיף זה הוא בעל אופי ייחודי ושונה מיתר ארבעת הוראותיו של סעיף 309 לחוק העונשין. סעיף זה מתמקד באחריותו הפלילית של הגורם המתערב. הסעיף קובע כי גם בנסיבות הקיצוניות ביותר אין בכוחה של מערכת הגורמים והנסיבות המקוריות כדי לנתק את הקשר הסיבתי בין מעשי המתערב שתרמו למוות לבין התוצאה האסורה. בהתאם לסעיף, מוטלת אחריות על הגורם המתערב גם ללא שמתקיים קשר סיבתי עובדתי בהתאם למבחן ה״אלמלא״.   
   סעיף זה חל גם על מקרים של ״המתות חסד״.

**היסוד העובדתי**

**פס״ד כהנא נ׳ מדינת ישראל**

רקע:

המערער הואשם בבימ״ש השלום בעבירה של איומים לפי ס׳ 192 לחוק העונשין, בגין איומים שנשלחו במכתב והושמעו בטלפון כלפי המתלונן. טענת המערער בבימ״ש השלום הייתה ששיחת הטלפון בוצעה מגרמניה ולכן אין תחולה טריטוריאלית לחוק העונשין. בימ״ש השלום פסק כי מאחר והאיומים התקבלו במדינת ישראל ע״י המתלונן העבירה הושלמה בישראל. לגבי שליחת האיומים במכתב המערער זוכה. הערעור במחוזי נדחה ומכאן הערעור בעליון.

ביהמ״ש העליון פסק (הנשיא ברק):

* המערער טוען כנגד חומרת העונש. מדינת ישראל טענה כי העבירה נחשבת ל״עבירת פנים״ מאחר ואובייקט העבירה היה נמצא בישראל. הנורמה הפלילית של המדינה חלה, בין היתר, אם העבירה בוצעה בשטח המדינה (עקרון התחולה הטריטוריאלית) והדבר מעוגן בסעיף 3 לחוק העונשין שהוחלף אחרי תיקון 39 לסעיפים 7 ו-12 לחוק העונשין (״עבירה שנעברה כולה או מקצתה בתוך ישראל״). המבחן להגדרת ״מקצת העבירה״ הוא, כי חלק מן היסוד העובדתי של העבירה אירע בישראל. לפי ברק, ״מקצת העבירה״ אכן בוצעה בישראל.
* השאלה היא, האם קליטת דברי האיום אשר אירעה בישראל, מהווה חלק מן היסוד העובדתי של עבירת האיומים. התשובה לכך, לפי ברק, היא בחיוב. על פי ההגדרה, היסוד העובדתי של העבירה מורכב מן הרכיב ההתנהגותי של ״המאיים״, ״בכל דרך שהיא״, ומן הרכיבים הנסיבתיים הבאים: ״על אדם״, ״בפגיעה... בגופו, בחירותו, בנכסיו, במו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר״, ״שלא כדין״; היסוד הנפשי הנדרש הוא ״בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו״. משמעותו של הרכיב הנסיבתי (״על אדם״) הוא כי דברי האיום הופנו כלפי אדם וכי אדם קלט את דברי האיום. קליטת דברי האיום מהווה חלק מן היסוד העובדתי של העבירה. ביישום הדברים על המקרה דנן, יוצא כי ״מקצת העבירה״ נעברה בישראל והשלימה את ביצוע העבירה בישראל. לכן, מתקיימת תחולה טריטוריאלית על העבירה. דין טענותיו של המערער להידחות.

ההחלטה:

הערעור נדחה ולא ניתן אישור לדיון נוסף.

**פס״ד מדינת ישראל נ׳ חורי:**

רקע:

מדובר בבקשת רע"פ על ידי המדינה, שאושרה ונבחנת כעת על ידי שופטי העליון. (2014)

הסיפור העובדתי: המשיב נהג ברכבו באופן רשלני, סטה מנתיבו בכביש ופגע במכונית של אישה הרה. עקב הפגיעה נגרמה מצוקה לעובר שחייבה ניתוח קיסרי, אשר בעקבותיו נולד ללא רוח חיים- אך לאחר מאמץ מצד הרופאים הצליחו להחיותו. לאחר 14 שעות הוא נפטר. המשיב הואשם בגרימת מוות ברשלנות. במחוזי זוכה הנאשם מגרימת מוות ברשלנות, ומכאן ערעור המדינה לעליון.

פסק הדין:

השופט ס' ג'ובראן:

השאלה שהעסיקה את הערכאות הנמוכות בדיון היא האם ניתן להרשיע בגרימת מוות ברשלנות כאשר המת בשעת המעשה לא נחשב אדם לפי החוק? שתי הערכאות הסכימו כי ניתן להרשיע מ3 סיבות: הראשונה- זו עבירה תוצאתית ומועד העבירה הוא מועד התוצאה האסורה (מוות) וכיוון שהמוות התרחש לאחר הלידה התינוק נחשב אדם לפי חוק. השנייה- הוולד הוא אדם כיוון שנולד חי- נכון, הוא נולד מת אך הצליחו הרופאים להחיות אותו ולכן נחשב חי. השלישית- יש קשר סיבתי בין סיבת המוות של הוולד לבין התאונה שגרם לה הנאשם.

במחוזי דעת הרוב הייתה כי נדרשת זיקה של עיתוי- יש לייחס חשיבות לזמן ההתנהגות – התאונה, לבין הקשר הנסיבתי בחוק- הגדרת העובר כאדם. כאן דעת הרוב קבעה כי לא נתקיימה זיקה של עיתוי כיוון שבעת התרחשות התאונה לא היה מוגדר העובר כאדם ולכן אין להאשים בגרימת מוות ברשלנות. השאלה המעסיקה אותנו כעת היא האם גרימת מוות ברשלנות היא עבירה תוצאתית או שמא עבירה שחלה כאשר התרחשה ההתנהגות? המשיב טוען כי מקום שבו המחוקק לא ציין בחוק במפורט מעמדו של עובר יש להתייחס לנושא כהסדר שלילי ולפעול בצורה המקלה עם הנאשם.

האם נדרשת "זיקה של עיתוי" בין הרכיב הנסיבתי לבין הרכיב ההתנהגותי לשם התגבשות העבירה?

כאן טוען השופט ג'ובראן כי מסקנתו שונה מזו של המחוזי, וכי לדעתו מסקנת המחוזי עלולה להביא לתוצאות משפטיות לא רצויות בשל פער בזמן בין ההתנהגות לתוצאה. בבית המשפט המחוזי התייחסו לתיבה "אדם" בחוק כנסיבה, ולא כתוצאה ופירשו את דבריו של פלר כתקדים לכך שהעובר הוא לא אדם כי בזמן ההתנהגות לא היה כזה. השופט ג'ובראן חולק על פירוש זה ואומר כי אין זה מתיישב עם משנתו של פלר, וכי לא הייתה בכוונתו של פלר להגדיר אדם כנסיבה. בספרו פלר מתייחס לנושא רק בהקשר של עבירות התנהגותיות ולא תוצאתניות ולכן אין להקיש מדבריו שם למקרה הנוכחי.

מציאות הדברים אינה תמיד מצדיקה שימוש בזיקה של עיתוי, ויש להשתמש באמות מידה נוספות בהבדל בין מקרה למקרה כדי לעקוב אחרי הצדק. האחת -יש לשמור על הערך החברתי המוגן גם כאשר לא התקיימה זיקה של עיתוי לפי הספר, השנייה- הבחנה האם מדובר בעבירה התנהגותית או תוצאתנית. אמת מידה נוספת היא תפקידה של אותה נסיבה בעבירה. ולענייננו- בחינת זיקה של עיתוי היא לא דרישה מחייבת בגרימת מוות ברשלנות וניתן וצריך להפעיל את אמות המידה הנוספות.

במקרה דנן העבירה היא תוצאתית. בנוסף, תפקיד הנסיבה "אדם" קשור לתוצאה ולא להתנהגות. (כי אכן בסוף מי שמת הוגדר כאדם). ולבסוף- הגנת הערך המוגן עולה על הצורך בזיקה של עיתוי.

סעיף 34כא- בחירת הפרשנות המקלה עם הנאשם. אין המקרה דנן עומד בדרישה זו כיוון שפרשנות זו תסתור את ערך חיי האדם, ולכן בקשה זו מצד המשיב נדחית.

מזל מוסרי- ספרו של קמניצר- "לטענתם, אחריות פלילית לא צריכה להיות תלויה בגורם זמן מקרי, אלא עליה להיגזר מאופי ההתנהגות העבריינית עצמה" .

הוחלט לקבל את הערעור ולבטל את פסיקת המחוזי. התוצאה- המשיב אשם בגרימת מוות ברשלנות.

**פס״ד בוני הבירה:**

רקע:

מדינת ישראל הגישה כתב אישום נגד חברת בוני הנגב ומנהלה בגין עבירות לפי ס׳ 219 לפקודת מס הכנסה (אי העברת ניכויי מס). בימ״ש השלום החליט לזכות את המערערים עקב חוק ההתיישנות (עברו יותר משמונה שנים מאז ביצוע העבירה). המדינה העלתה טענה נוספת שנדחתה גם היא, ועל פיה חקירה שבוצעה שנתיים קודם למשפט פסקה את מרוץ ההתיישנות.

ביהמ״ש המחוזי הפך את החלטת בימ״ש השלום בטענה כי אי העברת ניכויי מס היא עבירה נמשכת ומרוץ ההתיישנות לא החל עד שלא שולם המס. מכאן הערעור.

השאלה המשפטית:

1. האם העבירה שנקבעה בס׳ 219 לפקודת מס הכנסה היא עבירה נמשכת או עבירה שביצועה הסתיים במועד בו הייתה החברה מחויבת להעביר את הכספים?
2. במידה והעבירה היא עבירה נמשכת, מתי מתחיל מרוץ ההתיישנות? האם ממועד ההעברה בפועל של הכסף או מתום שש שנים משנת המס בה נעברה העבירה? במידה ונגיע למסקנה כי תקופת ההתיישנות החלה מהמועד בו הייתה החברה אמורה להעביר את הכספים, האם החקירה הפסיקה את מירוץ ההתיישנות?

השופט י׳ גולדברג:

עבירה נמשכת היא עבירה המותנת במשך זמן. השופט ש׳ לוין פסק כי עבירה נמשכת היא ״עבירהֿ המחייבת קיום משך זמן כלשהו עד להשלמתה התחילית, ועם זאת היא הולכת ונמשכת עד להשלמתה הסופית מבלי שהיא חדלה להיות עבירה אינטגראלית אחת״.

השופט י׳ גולדברג פסק כי העבירה לפי סעיף 219 לפקודה היא עבירה נמשכת, וזאת מאחר ומלשון ס׳ 219 לפקודה עולה כי העבירה נסמכת על קיומה של החובה לשלם לפקיד השומה מס שנוכה וכל עוד לא שולם המס נמשכת חובת התשלום ועמה גם העבירה שבגין אי מילוי החובה.

גולדברג פוסק כי ישנם ארבעה טעמים לדוקטרינת ההתיישנות ומיישם אותם לגבי עבירה נמשכת:

1. ״השיכחה והמחילה״ – טעם זה לא מיושם בעבירה נמשכת מאחר וכך יכול להיווצר מצב כי העבירה תתיישן והעבריין עדיין מבצעה.
2. ״לעבריין זכות לסיום מביא של ההליך הפלילי״ – גם טעם זה לא עומד לעבירה נמשכת מכיוון שהעבריין עדיין מבצע את העבירה ואין להסיר את החרב מעל ראשו של העבריין כל עוד הוא עדיין מבצע עבירה פלילית.
3. ״אינטרס גילוי האמת והחשש לאיבוד ראיות״ – טעם זה יכול להשפיע על יישום ההתיישנות בעבירה מתמשכת מאחר וייתכן כי העבירה המתמשכת יכולה להמשיך שנים רבות ויכול להיות מצב בו יעלמו מסמכים וראיות במירוץ השנים.
4. ״טעם תועלתני להמרצת רשויות האכיפה״ – גם טעם זה מתקיים בעבירה נמשכת. אם נחיל את ההתיישנות רק מרגע שהנגמרה ההתנהגות יכול להיווצר מצב בו יורד כוח הרשויות.

לא תהיה זו תוצאה ראויה להתחיל לספור את תקופת ההתיישנות מהרגע הראשון בו נחצה הגבול כאשר ההתנהגות הפסולה ממשיכה להתקיים.

המערערים טענו כי לפי הוראת ההתיישנות בס׳ 225 לפקודת מס ההכנסה תחילת ההתיישנות לא נמנית ביחס לעבירה עצמה, אלא ביחס לשנת המס בה בוצעה העבירה. בתשובה לכך המשיבה טענה כי אין מקום להגביל את תקופת ההתיישנות בעבירה נמשכת ומאחר והכספים לא הועברו עדיין אין תקפות לס׳ 225 כי הנאשמים עדיין ממשיכים לעבור על העבירה.

השופט גולדברג פוסק כי לענייננו, תקופת ההתיישנות לגבי העבירות המאוחרות ביותר של המערערים הסתיימה בשנת 1993, וכבר האישום הוגש שנתיים לאחר מכן, לכן חלפה תקופת ההתיישנות בעת הגשת כתב האישום.

השופט גולדברג פוסק כי לטעם ביהמ״ש לחקירה היו המאפיינים הדרושים לקיומה של ״חקירה על פי חיקוק״.

הפסיקה הסופית של גולדברג הייתה כי דין הערעור להתקבל ביחס לטענת ההתיישנות ולהידחות לגבי כל האישומים הנוספים, והדיון יחזור לבימ״ש השלום כדי לדון באישומים הנותרים.

השופט י׳ קדמי והשופטת ד׳ דורנר הסכימו שניהם לפסיקתו של גולדברג.

**פס״ד הוכשטט נ׳ מדינת ישראל:**

רקע:

המערער הורשע בהחזקת סם מסוכן לפי ס׳ 7 לפקודת הסמים המסוכנים, לאחר שחבר שלח על שמו של המערער ולפי כתובתו אך בלא ידיעתו חבילה מחו״ל שהכילה סמים. אותו חבר גם זייף את חתימתו כשהוציא את החבילה מהמכס. למערער נודע על החבילה לאחר שהגיעה לארץ ולפני שהוצאה מהמכס. הוא כעס על חברו שסיבך אותו בפרשה אך לא פנה למשטרה בגין קיום החבילה. המערער הניח כי החבילה תשוחרר מהמכס בלי צורך לזייף את חתימתו. החבילה שוחררה על ידי החבר מהמכס בזמן שהמערער שהה בחו״ל על חשבונו של אותו החבר. לטענת המערער אין להרשיעו בנסיבות האלה בהחזקת הסם שכן לא הייתה לו שליטה בו.

השופט א׳ ברק:

השופט ברק מגדיר את המושג ״החזקה״ כחלק מהרכיב העובדתי של העבירה, שמתאר את ההתנהגות העבריינית. ההגדרה המרכזית של המושג נמצאת בסעיף 2 לחוק העונשין והתוספת עליה נמצאת בפקודת הסמים המסוכנים.

האם הייתה למערער החזקה בסם המסוכן? לטעמו של ברק לא הייתה למערער החזקה לא ממשית ולא קונסטרוקטיבית בסם המסוכן. לא הייתה לו החזקה ממשית מאחר והמערער לא עומד במבחן ״השליטה״. אם השטר היה בידיו, למשל, הייתה לו שליטה. לא קיימת ראייה על פיה ניתן לבסס ממצא של שליטה. לא הייתה לו החזקה קונסטרוקטיבית כי הוא ידע שנמצא סם מסוכן ושטר המטען היה בידי חברו, אך הידיעה היא לא מספיקה. יש כאן צורך בהסכמה, וזו לא התקיימה כאן. אין הוכחה לכך שהמערער הסכים לכך שהלל יוציא את החבילה מהמכס.

לעניין הסיוע בהחזקה, ברק פוסק כי מאחר ולא הועלתה האשמה זו בתביעה אין לנו אפשרות לבחון את שאלה זו.

פסיקתו של ברק הייתה בסופו של דבר כי יש לזכות את המערער מאשמת החזקת סם מסוכן, אך ניתן להרשיעו בסיוע לאחר מעשה.

השופטת בן פורת:

עצם יכולתו של המערער למנוע את השחרור הופך את המערער לבעל שליטה בסיטואציה של החזקת הסם. מכאן לטעמה שהתקיימו במערער רכיבי העבירה של החזקת סם מסוכן מאחר והוא היה יכול למנוע מהלל לקחת את החבילה מהמכס ויש לדחות את הערעור על ההרשעה.

השופט א׳ חלימה:

השופט חלימה מסכים עם בן פורת.

פסק הדין:

נפסק ברוב דעות לפסק דינה של השופטת בן פורת.

**תורת דיני העונשין – כרך א׳ (עמ׳ 628-645)**

מחדל

המחדל כרכיב התנהגותי

ככלל, התרחשות עובדתית הינה מעשה. ישנם מקרים בהם דווקא הימנעות ממעשה יכולה להיות התרחשות עובדתית.

הגדרת המחדל

מחדל – אפס מעשה בניגוד לחובה לגיטימית לפעול פעולה גשמית.

הימנעות מפעולה גשמית היא אפס-מעשה, כלומר אי קיומה ואי ביצועה של פעולה גשמית; אולם המונח ״הימנעות״ עשוי לרמז על בחירה מודעת שלא לנקוט פעולה גשמית, בעוד המחדל כסוג של רכיב התנהגותי אינו מחייב זאת. אפס מעשה מצמיח מחדל במקום שאותו אפס מעשה היה בניגוד לחובה לגיטימית לפעול. למעשה, אפס המעשה הוא לא מחדל אלא במצב שהוא בניגוד לחובה הלגיטימית לפעול פעולה גשמית. המחדל במתכונת זו מהווה סוג לגיטימי של הרכיב ההתנהגותי שבדרישת היסוד העובדתי ואין בין המחדל ובין המעשה כל הבדל מבחינת האחריות הפלילית.

לפי המשפט האנגלו-אמריקאי כל עבירה פלילית עשויה להיעבר בדרך של מעשה או מחדל, כל עוד יש עמידה בתנאים של העבירה הספציפית. המשפט הישראלי קיבל את גישה זו.

בסימן 5 לפקודת החוק הפלילי, 1936 התקבל המחדל כדרך לגיטימית להתקיימות העבירה.

עם תיקון 39 לחוק העונשין, נקבעה בישראל קביעה גורפת ומפורשת במסגרת הוראות ס״ק 18(ב) לחוק העונשין, כי הן מעשה והן המחדל עשויים לשמש מקור לגיטימי להתקיימות הרכיב ההתנהגותי שבדרישת היסוד העובדתי, אלא אם נקבע מפורשות אחרת.

התפישה הליברלית המודרנית של המחדל בדיני העונשין

בהתאם לגישה המסורתית והמצמצמת בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות למחדל כרכיב התנהגותי על המחדל להיות מצומצם בשני היבטים מרכזיים:

1. היקף השימוש במחדל – יש להימנע משימוש במחדל במסגרת הגדרתן של עבירות פליליות ככלל, ולהצטמצם למקרים רק בהם אין ברירה אחרת.
2. היקף החובה הלגיטימית לפעול המכוננת את המחדל כרכיב התנהגותי – על החובה הלגיטימית לפעול להיות מצומצמת בהיקפה ולהיות מדויקת וקונקרטית בהגדרתה, ככל האפשר.

הגישה המצמצמת של המחדל נובעת מתפישת האוטונומיה של הפרט. הטלת חובות על הפרט נחשבת כמצרה את האוטונומיה שלו באופן ניכר בהשוואה להטלת איסורים על הפרט. גישה זו של האוטונומיה של הפרט כלפי המחדל צמחה על הרקע הפוליטי של הליברליזם הקלאסי ועל הרקע הכלכלי ליברלי של אי התערבות המדינה בענייני פרטיה. יש להבחין בין התערבות המדינה כדי למנוע נזקים ממשיים (התערבות לגיטימית של המשפט) ובין התערבות המדינה כדי לעודד התנהגות ראויה של הפרטים בחברה (התערבות לא לגיטימית של המשפט).

מצב של הצלה קלה, הוא מצב בו אדם יידרש להציל אינטרס כלשהו, גם אם אין הוא מחויב בכך במחויבות חוזית, אלא משום היותו חלק בלתי נפרד מן החברה הספציפית, ובלבד שאין הדבר גורם לו לסיכון (אישי ורכושי כאחד). עצם הקיום המשותף של פרטים בחברה מגבש חובות על הפרט לצורך הבטחת המשך הקיום המשותף בחברה.

ההבחנה בין מעשה ובין מחדל

ישנם המתארים את המחדל בדיני העונשין כפעולה שלילית, וכך הופך המחדל להיות דומה יותר למעשה מאשר שונה ממנו. לפי תיאור זה, המחדל עשוי להיות תוצאה של החלטה מודעת שלא לבצע פעולה גשמית כלשהי, על כן אין הוא שונה מן המעשה. עם זאת, המעשה והמחדל יכולים לשמש כסוגים של הרכיב ההתנהגותי שבדרישת היסוד העובדתי גם כאשר לא נלווית אליהם מודעות ובמקרים כאלה קשה להתייחס למחדל כ״פעולה שלילית״.

המסקנה שעולה, אם כן, היא שאין הבחנה איכותית בין מעשה ובין מחדל. המהות האיכותית של המחדל בדיני העונשין אינה מאפשרת ניתוק בין אפס המעשה, המהווה את ההיצג האובייקטיבי-חיצוני של המחדל, ובין החובה הלגיטימית לפעול. במסגרת המחדל אדם לא פעל פעולה גשמית, במודע או לא במודע, כאשר הייתה מוטלת עליו חובה לגיטימית לפעול. החובה הלגיטימית לפעול היא זו המגדירה את טיבה של ההתרחשות מן הבחינה המשפטית.

* ניתן אמנם לנסח כל עבירה פלילית בניסוח מילולי של מעשה או מחדל בלא קושי רב, אולם ההבדל בין המעשה ובין המחדל יהיה הבדל איכותי לפי טיבו של הרכיב ההתנהגותי הספציפי הנדרש בעבירה.

אין בבחינה כמותית של הרכיב ההתנהגותי כדי להצביע על אפיוני כמעשה או מחדל.

בבחינה הכמותית של הרכיב ההתנהגותי שני קשיים מרכזיים:

1. היקף כמותי מדויק של הגבלת הפרט במעשה לעומת המחדל.
2. אמות המידה האישיות של פרטים ספציפיים בחברה. עבור פרטים ספציפיים בחברה היקף המעשה והיקף המחדל עשויים להיות שונים מאשר עבור פרטים אחרים, ואז ההבחנה הכמותית שבין מעשה למחדל לא מתארת את ההבחנה עבורם. לכן, ההבחנה היא איכותית ולא כמותית.

החובה הלגיטימית לפעול

הגדרת המחדל בדיני העונשין כאפס מעשה בניגוד לחובה לגיטימית לפעול פעולה גשמית מעבירה את מרכז הכובד בהטלת האחריות הפלילית בגין מחדל לחובה הלגיטימית לפעול. קו הגבול בין אפס מעשה שאינו עשוי להוות בסיס להטלת אחריות פלילית ובין אפס מעשה העשוי להוות בסיס להטלת אחריות פלילית הוא קיומה של החובה הלגיטימית לפעול. למעשה, היקף המחדל נקבע בהתאם להיקף החובה לגיטימית לפעול.

הפגיעה המושגית של המחדל בדיני העונשין באוטונומיה של הפרט הביאה לידי צמצום האפשרויות להטיל על הפרט חובות לגיטימיות לפעול.

כדי שסוג ספציפי של חובות יהווה בסיס למחדל בדיני העונשין נדרשת הכרה בו כסוג לגיטימי של חובות. ישנו בסיס משותף לחובות אלה, והוא כי מדובר בחובה משפטית ולא בחובה מוסרית או חברתית.

**פס״ד מדינת ישראל נ׳ פרג:**

רקע:

נגד הנאשם הוגש כתב אישום, לפיו הוריד את בנו בן ה-12 בכביש המנהרות, לאחר שהבן התחצף אליו. בהמשך, לפי כתב האישום, לאחר שהוזעקה משטרה למקום, ובחלוף זמן, חזר הנאשם למקום על מנת לאסוף את בנו.

בכך, נטען בכתב האישום, עבר הנאשם עבירה של הפרת חובה של הורה או אחראי לפי ס׳ 337 לחוק העונשין.

הנאשם בתשובתו לכתב האישום, לא כפר בעצם האירוע, אלא הוסיף נסיבות לאירוע ולפיהן, הוא הוריד את בנו לכמה דקות. ״הילד הזה קילל אותי, הורדתי אותו רציתי להפחיד אותו, עשיתי בסיבוב וחזרתי״.

לפי הטענה העובדתית שהוסיף הנאשם הוא הוריד את בנו לא בתוך המנהרות אלא לאחר המנהרות, באזור בו יש מדרכה ומשרדים, בקירוב למחסום של צה״ל. הנאשם המשיך לנסוע ובמקום הראשון שהיה יכול הסתובב, חזר ולקח את הילד. לפי הטענה המשפטית שהוסיף הנאשם לא מתקיימים יסודות העבירה של ס׳ 337 לחוק.

פסק הדין (מפי הנשיא אמנון כהן, שופט מחוזי):

אין מחלוקת בכך כי אזור כביש המנהרות הוא מקום מסוכן. לא היה צורך להוכיח עניין זה מאחר ודברים אלו הם נחלת הכלל והם בתחום הידיעה השיפוטית והם מן המפורסמות אשר אינם צריכים ראיה. הנאשם הודה בכך כי הוא מכיר בכך שהמקום מסוכן.

עיקר המחלוקת בין הצדדים הינה בשאלה המשפטית האם התמלאו יסודות הסעיף 337 לחוק העונשין על מנת להקים הרשעה במקרה זה. יסודות הסעיף הינם: קיום חובה, הפרת החובה, ללא הצדק כדין והפרת החובה צריכה לגרור אחת מהתוצאות הבאות – שהיא מסכנת או עלולה לסכן את חייו, או שהיא פוגעת או עלולה לפגוע בבריאותו פגיעת קבע.

היסוד הראשון – קיומה של חובה

מוטלת על הורה החובה לדאוג לבריאותו ולשלומו של הקטין, למנוע התעללות בו או חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלומו ובבריאותו.

היסוד השני – הפרת החובה

ס׳ 337 לחוק העונשין קובע עבירה מסוג מחדל. הפרת החובה קמה מיד כאשר הנאשם נסע בהותירו את בנו בכביש המנהרות לבד. חוברתו של הנאשם כאחראי על הקטין הייתה להעלותו חזרה לרכב מיד (או לא להורידו בכלל). לטעמו של השופט כהן אין רלוונטיות לטענתו של הנאשם כי הוא התכוון לחזור לקחת את בנו מאחר וכבר הפר את החובה.

היסוד השלישי – ללא הצדק כדין

הנאשם לא העלה כל טענה שיש בה הצדק סביר למחדלו. חוצפה ככל שתהיה חמורה אינה מצדיקה להשאיר קטין באמצע כביש ובסביבה עוינת. אין כל חשיבות אם אדם פעל מתוך כעס או קנטור, הדבר לא יוצר נסיבה להפרת החובה. הנאשם הפר את חובתו ללא הצדק כדין.

היסוד הרביעי – קיומה של תוצאה

בנסיבות הללו, הפרת החובה עלולה הייתה לסכן את חייו של הילד. אין ספק כי מחדלו של הנאשם עלול היה לסכן את בנו הקטין.

היסוד הנפשי

לעניין היסוד הנפשי הנדרש לעבירה זו, על פי י׳ קדמי, מספיר שבנאשם יהיה מודע לקיומו של סיכון ממשי, שכתוצאה ממחדלו תתממש אחת ה״תוצאות״ האסורות המנויות בגוף הסעיף.

כפי העולה מחומר הראיות, הנאשם היה מודע לקיום הנסיבות ולקיומו של סיכון ממשי. לנאשם אמנם לא הייתה כוונה להביא את בנו למצב דברים בו הוא עלול לסכן את חייו, אך די בפזיזות כדי למלא את היסוד הנפשי לעבירה זו. התנהגות הנאשם במחדלו היא זהה לקלות דעת, האמורה בסעיף 20(א)(2)(ב).

ההחלטה:

ניתן לומר כי התקיימו יסודות הסעיף בעניינינו. הנאשם הפר את חובתו כלפי בנו הקטין, ללא הצדק כדין. הנאשם הורשע בעבירה לפי ס׳ 337 לחוק העונשין.

**פס״ד לורנס נ׳ מ״י:**

רקע:

המערער הורשע בביהמ״ש קמא בגרימת מותו של אחר, עבירה לפי סעיף 304 לחוק העונשין, בעקבות משחק ״רולטה רוסית״ באקדח, משחק שהשתתפו בו הוא והמנוח בבית המנוח. מהעובדות עולה כי השניים עסקו בדרגות שונות של מעורבות במשחק. המערער אף העמיד פנים במידת מה כאילו הוא משחק במשחר; אך המנוח פעל ברצינות רבה, ובתורו כיוון את האקדח לראשו והכדור שנפלט גרם למותו.

השופט לוין (פסקאות 1-6):

ההרשעה במחוזי הייתה גרימת מוות בהתרשלות על פי ס׳ 304 לחוק העונשין ובגינה נידון המערער לחמישה חודשי מאסר בפועל ולתשעה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים. המערער גם החזיק נשק שלא כדין לפי ס׳ 144(א) לחוק העונשין. אין ערעור מצד המערער על הרשעה זו. הסנגוריה הסכימה כי המנוח מת כתוצאה מהירייה הקטלנית.

פסקאות 28-31:

התרשלות במחדל וחובת הצלה –

בכתב האישום יוחסה למערער בין היתר התרשלות שהתבטאה בכך שלא ניסה למנוע את ביצוע המשחק. במחוזי הסכימו כי אין בסיס לטענה זו כי במדינתנו טרם הוכחה החובה להציל בנסיבות שהיו במקרה זה. השופט לוין מסכים עם כך שאין חובת הצלה כללית בשיטת המשפט שלנו. אהממה, יש חובות סטטוטוריות – ויש חובות כאלה שבית המשפט יכול וראוי שיצור בפרשנות.

נימוק מהותי שלפיו מטעמי מדיניות משפטית וערכית יש לצמצם ככל האפשר את מידת ההתערבות בחופש הפרט ובשיקוליו (לפי בן שלמה) היא שבעבירת המחדל יש צמצום רחב של חירויות הפרט ונקיטת גישה אנטי חברתית. נימוק פרקטי לאותו העניין הוא שאם תוטל חובת הצלה, ייתכנו מצבים שבהם אנשים לא מיומנים וללא ניסיון ויכולת ינסו לעזור ובמקום להועיל יגבירו את הנזק. נימוק טכני גם הוא לאותו העניין הוא הבעייתיות בקביעת אמת מידת לרמת ההקרבה הנדרשת כדי לצאת ידי חובה.

למרות כל טיעונים אלו, המחוקק מעודד פעולות הצלה (למשל, ס׳ 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט).

הטלת חובות הצלה, לטעמו של לוין, יתקיימו במקרים בהם איזון האינטרסים בין חופש הפרט לעקרון קדושת החיים ושמירת הגוף והנפש מוליך למסקנה שיש להטיל חובה כזו. צריכות להיות נסיבות מיוחדות הקושרות את ״המועמד להצלה״ עם ״המועמד להציל״. אלו נסיבות היוצרות ״קירבה״ במובן המשפטי, קירבה כזו המטילה חובת הצלה. כאשר יש רמת מעורבות הולכת וגדלה בין אדם לחברו, כך גם גוברת הנטייה להטיל עליו חובת הצלה. זוהי לא חובת הצלה כללית, אלא כזו הנובעת מן הנסיבות.

כאשר אדם א׳ יוצר את הסיכון בעבור אדם ב׳ או יוצר את הקרקע והתשתית למצב המסוכן שאליו נקלע אדם ב׳ – בזה הרגע קמה חובת הצלה שבה הוא חב כלפי זה שנכנס למצב המסוכן בעידודו. ניתן לעגן זאת במבחן הצפיות. ניתן לומר שאדם א׳ התרשל בעצם המחדל שלא למנוע את המצב המסוכן שהוא בעצמו תרם ליצירתו, והיה עליו לצפות את הנזק שהמצב עלול להסב לאדם ב׳.

המערער, במקרה שלנו, יצר תשתית למשחק הרולטה הרוסית. הוא עודד את המנוח, שהיה צעיר ופחות מנוסה ממנו, להמשיך בסיטואציה המסוכנת. מרגע זה חלה עליו חובת הצלה במובן של ״חובת עשה״.

השופט בך (פסקה 2):

השופט בך אומר שהוא עצמו היה משאיר בעיון את השאלה אם ניתן לייחס למערער גם אשמה בשל המחדל שבאי הצלת המנוח. לטעמו של השופט בך הייתה על המערער חובה מוסרית לנסות ולתקן את המצב או להימנע מלפעול בצורה בה פעל במהלך כל האירוע. למרות זאת, עולים כאן סימני שאלה מבחינה משפטית לשיטתו של השופט בך.

* אם המערער היה מנסה להציל את חברו ולא היה מצליח, במקרה כזה היה ״מציל״ עצמו מאשמה? ניסיון כזה אולי היה מהווה נסיבה מקלה אך לא היה בו כדי לשחרר את הנאשם מאחריות לגמרי, וזאת בשל התנהגותו הרשלנית של הנאשם קודם לכן.
* האם אכן קיימת החובה להציל אדם ממוות בנסיבות מסוימות (כאשר ניתן לעשות זאת ללא סיכון עצמי) והאם החובה הזו קמה רק ברגע שבו ״המציל המיועד״ הכניס את הצד השני לאותו המצב או האם זו חובה רחבה יותר?

**פס״ד ויצמן נ׳ מדינת ישראל:**

רקע:

המערערים נסעו ברכבו של חברם, שנהג ברכב בפראות ובמהלך הנסיעה פגע בשוטר אשר סימן לו לעצור. לאחר הפגיעה לא עצר. הנהג את הרכב, וכל הארבעה המשיכו בנסיעה מבלי לחוש לעזרת השוטר אשר נפטר מהפגיעה. המערערים הורשעו בכך שסייעו לנהג במחדל לבצע עבירה של הפקרה לאחר פגיעה ועבירה של אי-דיווח. רשות הערעור צומצמה להכרעה בסוגיה של סיוע על דרך של מחדל לשתי עבירות של מחדל: הפקרה לאחר פגיעה ואי דיווח.

השופט חשין (פסקאות 1-18, 38-40):

החוק מצווה על נוהג רכב המעורב בתאונה והיודע כי באותה התאונה נפגע אדם – או שהיה עליו לדעת כי נפגע אדם באותה תאונה – לעזור לנפגע כיכולתו. העבירה של הפקרה לאחר פגיעה מסבה על צו מעשה – צו המחייב נוהג ברכב להושיט עזרה למי שנפגע בתאונה שהרכב היה מעורב בה.

כל שלושת הנאשמים שהיו עם הנהג ברכב בזמן התאונה הורשעו כמי שסייעו לויקטור לבצע את העבירה של הפקרה לאחר פגיעה. מיעוט העבירות בדיני העונשין עוסקות בענייני מחדל אסור וכזו היא העבירה של הפקרה לאחר פגיעה. השלושה חדלו מלעשות מעשה ובשל כך חויבו בסיוע לויקטור שאף הוא חדל מעשות מעשה. הסיוע כאן הוא סיוע במחדל לעבירה של מחדל.

עבירת המחדל לא תקום ולא תהיה באין חובה שפורשה בחוק.

בעבירות של מעשה המעשה עצמו פורע סגרי חברה, ואשר למחשבה הפלילית, זו יכולה שתילמד מן המעשה. לעומתן, עבירות המחדל תולות עצמן בהיעדר מעשה גלוי לעין, ובמחשבה פלילית המקננת בלבו של אדם. אהממה, ״אין עונשין על דברים שבלב״.

״חובה לפי כל דין״ – לפי כל דין?

מהו הדין היוצר מחדל בר ענישה? האם כל חובה שבדין היא כזו או שיש צורך בהוראות דין נבחרות? במידה וכן, כיצד נדע להבחין בין חובה לחובה?

לטעמו של חשין לא כל חובה הקבועה בכל דין שהוא עשויה לשמש מקור חובה כשר.

**פס״ד ימיני נ׳ מדינת ישראל:**

רקע:

בתאריך ה-17.10.08 נהרגה מיטל אהרונסון ז״ל וחברתי מלי יזדי, נפצעה באורח קשה מפגיעת רכב דוהר שלא ציית לרמזור אדום. לאחר שפגע בהן, המשיך נהג הרכב את נסיעתו הפרועה והפקיר את השתיים. ביהמ״ש המחוזי הרשיע את נהג הרכב במספר עבירות לרבות בעבירת הריגה והפקרה לאחר פגיעה, ואת הנוסע שישב לצידו כשותף לעבירת ההפקרה. נגזרו על הנאשם עשרים שנות מאסר ועל הנוסע שלצד הנהג חמש שנות מאסר. הנהג מערער על חומרת העונש והנוסע שלידו על הרשעתו בכלל ולחלופין על חומרת העונש.

השופט עמית (פסקאות 39-40):

ההבחנה בין מעשה למחדל

ההבחנה בין מעשה למחדל היא הבחנה ידועה. הטעמים העיקריים העומדים בבסיס ההבחנה המושגית בין המעשה למחדל הם הבאים:

1. חירות הפעולה של האזרח – ענישת המחדל פוגעת במידה רבה יותר בחירות הפעולה של הפרט. מטעם זה החובה לפעול מצטמצמת למצבים מוגדרים או מיוחדים שבהם סבורה מערכת המשפט כי מוצדק לכפותה על האזרח בסנקציה פלילית גם על חשבון שיקול החירות. הטלת החובה יוצרת גם כן תיאום בין האזרחים לגבי הנטל הווה לבוא ולסייע לאחר, וכך גם נמנע בזבוז משאבים בחברה.
2. דרגת האשם – יש הגורסים כי הגרימה במעשה נושאת בחובה אשם מוסרי בדרגה גבוהה יותר מאשר במחדל.
3. דרגת ההתנהגות האנטי חברתית – הדרישה להימנע מעשייה מזיקה לא כרוכה בכל קושי ולכן, המעשה מעיד יותר על התנהגות אנטי חברתית ועל נכונות לפגוע באינטרס המוגן, על נכונות להשקיע אנרגיה עבריינית. לעושה מעשה יש שליטה על מהלך העניינים והוא גם שיוצר את הסיכון. ואילו המחדל מבטא פחות נחישות לבצע את העבירה, הוא מעיד על מידה פחותה של מסוכנות ונובע בדרך כלל ממניעים פחות אנטי חברתיים (עצלות, בלבול, התרכזות בעיסוק אחר וכדומה). החודל אינו יוצר את הסיכון והוא לא בעל השליטה על מהלך העניינים. הטלת חובה לפעול במצבים של היקלעות לסיטואציה היא בעייתית לנוכח מגוון ההתנהגויות האנושיות השכיחות במצבים כאלה. אנשים מגיבים בדרך שונה למצבים חריגים אליהם נקלעו בהפתעה ובחוסר מוכנות.
4. תוצאות מעשיות מסוכנות – בבסיס טעם זה עומדים השיקולים של מדיניות משפטית. יש חשש כי הטלת חובת עשה על האזרח תיצור סכנה של התערבות בכוח על ידי אזרח המבקש לצאת מידי חובה כדי למנוע ביצוע עבירה. קיים חשש להתערבות יתר העשויה לגרור אי הבנה שעלולה להביא לתגובה ולתגובת נגד ובכך להסלים את הסיטואציה.
5. קושי להבחין בין מחדל לבין מחשבה גרידא – מעשה אקטיבי מדבר בעד עצמו וניתן לזהות בו את מעשה העבירה. מנגד, כאשר עוסקים במחדל, עלולה להתעורר שאלת ההבחנה בין מחשבה המקננת במוחו של אדם (שבגינה אין לחייב בפלילים) לבין מחדל (המהווה עבירה פלילית).
6. קושי להגדיר את היקף החובה – קל יותר להגדיר ולהכתיב התנהגות בנוסח ״אל תעשה״ מאשר התנהגות בנוסח ״עשה״, בשל המרחב הבלתי מוגבל והבלתי ניתן לצפייה מראש של התנהגויות. בהטלת חובת עשה, אנו עלולים ליצור עמימות לגבי היקף החובה ולפגוע בעקרון החוקיות והוודאות המשפטית.

ישנם מצבי ביניים בהם קשה להבין אם מדובר במעשה אקטיבי או במחדל. המבחן המקובל להבחנה בין מעשה למחדל הוא מבחן התנועה הגופנית או תנועת השרירים. להבדיל מהמחדל, המעשה מתבטא בהפעלת גוף האדם תוך הוצאת אנרגיה פיזית ובכך מביא לשינוי כלשהוא בעולם הפיזי. גם מבחן זה לא נותן מעשה לכל מצבי הביניים. לכן, יש דוגלים במבחן אחר וזהו מבחן הדומיננטיות, על פיו יש לבחון את האירוע כולו על רקע הרציונליים העומדים בבסיס ההבחנה בין מעשה למחדל: התנהגות אקטיבית גומרת לתוצאה; מרעה את מצבו של האינטרס החברתי המוגן; ויוצרת מצב מסוכן. התנהגות פסיבית לעומתה מתבטאת באי מניעת התוצאה; בהימנעות משיפור המצב; ובהימנעות מלהציל אינטרס חברתי הנתון בסכנה.

**פס״ד בלקר נ׳ מ״י:**

רקע:

המערער הורשע בביהמ״ש המחוזי בגין רצח בכוונת תחילה של אשתו, לפי ס׳ 300(א)(2) לחוק העונשין. המערער השליך את אשתו מחלון דירתם בקומה הרביעית, לאחר שקודם לכן ניסה להציתה. מהנפילה נחבלה המנוחה אנושות, ורופאי בית החולים קבעו כי נגרם לה מוות מוחי וכי אין תועלת בטיפול נוסף. אולם כדי לנצל את כליותיה לחולים הזקוקים לכך חוברה המנוחה למכשירים מלאכותיים על מנת לקיים את נשימתה ולחץ דמה, עד שתתקבל הסכמת קרוביה לתרומת האיברים. כליות המערערת הוצאו מגופה למטרת השתלה, והמעשירים נותקו לאחר חמישה ימים מיום האירוע. המערער אינו כופר בכך שהנפילה גרמה למנוחה מוות מוחי, אך מוסיף, כי מותה נגרם בכך שנותקה המנוחה מהמכשירים, שקיימו את נשימתה ולבה באופן מלאכותי, ואלמלא זאת, ניתן היה לקיימם עוד זמן בלתי מוגבל.

פסק דינו של השופט מ׳ בייסקי (פסקאות 1-4, 15):

הסכסוך בין בני הזוג החל על רגע חשדותיו של המערער כי אשתו בוגדת בו. באחד הלילות פרץ ריב בין המנוחה למערער, אותו שמעו וראו השכנים, והוא טוען כי היא נהרגה מתוך ניסיון התאבדות (היא זו שניסתה להצית את עצמה וקפצה מהחלון). המחוזי לא פסק בעד גרסתו של המערער, וזאת מאחר וניסיונו הכושל של המערער. להעלות גרסת התאבדות כביכול של המנוחה עומד בסתירה מוחלטת לתיאור העדים, שזכו לאמון ביהמ״ש המחוזי.

טענתו של המערער בערעור זה היא שגם על בסיס ממצאיו ומסקנותיו העובדתיים של בית המשפט קמא מותה של המנוחה לא נגרם בשל הפתחה מהקומה הרביעית או לא בשל הפלתה בלבד. טענה זו מציגה שאלה מורכבת אשר הנושא שלה הוא קביעת רגע מותו של אדם. בעבר קביעת מותו של אדם היו לפי המבחנים של העדר נשימה והפסקת פעילות הלב. כיום, ישנה הפרדה בין מותו של המוח לבין מותם של הלב (דופק ולחץ דם) והריאות (נשימה). התפתחות רפואית זו העלתה את הצורך להכריע בשאלת משמעותו של ״המוות המוחי״, ואם הוא מהווה קריטריון נוסף לקביעת המוות.

ברפואה לא קיימת כל מחלוקת כי הפסקה טוטאלית ובלתי חליפה של המוח היא מוות. לא קיימת גם מחלוקת לעניין הכרת המוות המוחי במשפט. מדינות רבות עיגנו את הנושא בחקיקה ומדינות אחרות אימצו את העניין בפסיקה.

בנסיבות העניין השופט בייסקי פוסק כי יש לאמץ את העיקרון של מוות מוחי במובן הרפואי, אך יש קושי לאמץ את המסקנה כי זהו מוות במובן המשפטי.

בסופו של דבר פוסק בייסקי כי יש לדחות את הערעור מאחר ונתקיימו על רכיבי עבירת הרצח, ומאחר והמוות המוחי נגרם עקב נפילתה של המנוחה מהקומה הרביעית.

פסק דינה של השופטת ט׳ שטרסברג-כהן:

בעניין המוות המוחי לא מוסיפה השופטת ט׳ שטרסברג כהן דבר.

לטעמה הטענה כי ניתוק מהמכשירים הוא זה שגרם למותה של המנוחה צריכה להיחסם משיקולים של מדיניות משפטית ראויה בקביעת נורמות הענשה בהקשר לעבירות המתה שיש בהן כוונה ותוצאה. שטרסברג כהן סבורה כי הקשר הסיבתי בין מעשיו של המערער לבין מותה של המנוחה קיים ולא היה מנותק גם אם המוות המוחי לא היה מוות סופי. החבלות שנגרמו למנוחה היו כה אנושות שהיה בהן כדי להביא למותה המיידי.

בעבירות בהן התוצאה הינה חלק מיסודות העבירה (רצח הוא אחת מהן) יש להצביע על קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין מעשיו של הנאשם לבין התוצאה. ישנו קושי בהגדרת המבחן לקיומו של קשר סיבתי כפול. השופט זילברג באחד מפסקי דינו קבע את מבחן הצפיות כמבחן לקיומו של הקשר הסיבתי, לפיו, אם יש צפיות שמאותה חוליה בשרשרת הסיבתיות תיגרם התוצאה שנגרמה, יש להטיל על מבצע אותה החוליה אחריות פלילית.

בענייננו, התוצאה הצפויה הייתה גם התוצאה הרצויה המכוונת מבחינת המערער, והיא מות הקורבן. לטענת המערער ניתוק המנוחה מהמכשירים ע״י הרופאים הוא גורם המוות וזה מנתק את הקשר הסיבתי בין מעשיו לבין המוות. נושא הגורם הזר הוא בין היתר אחת משלוחותיו של מבחן הצפיות.

גישה נוספת במסגרת מבחן הסיבתיות מציבה את השאלה, האם לולא מעשהו של השני הייתה מתרחשת התוצאה בעקבות מעשהו של הראשון. אם התשובה היא חיובית הרי שקיים קשר סיבתי בין מעשהו של הראשון לבין התוצאה. גם לפי מבחן זה לא נותק הקשר הסיבתי בענייננו על פי הראיות הרפואיות.

האם נדרשים יסוד נפשי וצפיות ביחס לתוצאה ולדרך התהוותה, או די ביסוד נפשי ביחד לתוצאה ואם הוא קיים אין חשיבות לדרך התהוותה?

בעבירות כוונה יש צורך בכוונת תחילה למעשה ולרצון בתוצאה, אך אין צורך לצפות את דרך ההשתלשלות לקראת התוצאה ובלבד שזו לא תהיה חריגה ביותר. הדרך בענייננו אינה חריגה ביותר, ומה עוד שהיא קשורה לעבירה. שהביאה לצורך של ההתערבות הרפואית ולתוצאותיה.

סעיף 309 לחוק העונשין מציג לנו רשימה של המקרים בהם יראו אדם כאילו גרם למותו של אחר, אף אם משהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחידי למותו של אחר.

רשימה זו היא אינה רשימה סגורה ואירועים שאינם תואמים את כללי ס׳ 309 ניתנים להיות מוכרעים על פי העקרונות הכלליים לקביעת הקשר הסיבתי.

לפי ס׳ 309(1) לא קיים ניתוק של הקשר הסיבתי בין מעשיו של המערער לבין מוות המנוחה.

לסיכום, אין מעשי הרופאים (ניתוק המנוחה מהמכשירים) מנתקים את הקשר הסיבתי בין מעשי המערער למוות המנוחה, וזאת מאחר ואין מבחן עובדתי ומשפטי שהקשר הסיבתי בין מעשי המערער לבין המוות אינו עומד בו.

הגורם הזר המתערב אינו דוקטרינה עצמאית אלא עובדה הנבחנת במישור הראייתי ובמבחני הקשר הסיבתי הרגילים, שהעיקרי בהם הוא מבחן הצפיות.

ההחלטה:

הערעור נדחה בדעת הרוב, והמערער הורשע ברצח בכוונת תחילה גם ללא קשר לשאלה אם ״מוות מוחי״ הוא מוות.

**פס״ד ג׳מאמעה נ׳ מ״י:**

רקע:

הערעור נסב על הרשעת המערער בבית המשפט המחוזי ברצח ארוסתו.

גופתה של המנוחה נמצאת בתוך באר שבחצר הבית שבו גרו המערער, המנוחה ובני משפחתו של המערער. המנוחה הייתה בת דודתו של המערער ומאורסת לו. המוות נגרם ע״י טביעה במי הבאר, יומיים לפני גילוי הכופה. אחרי חקירה של כשעה וחצי במשטרה הודה המערער כי הוא זה שגרם למוות המנוחה, אך בעדותו של ביהמ״ש התכחש להודאה וטען שהודה במעשה תחת איומים של החוקרים. בית המשפט דחה את טענה זו של המערער. הרשעתו של המערער בוססה בעיקר על הודאתו במשטרה.

פסק דינו של השופט לנדוי:

לפי עד מומחה של ההגנה שחווה את דעתו על הנתיחה שלאחר המוות עלה כי גרסת המערער בהודאתו למשטרה אינה יכולה להיות נכונה בכל פרטיה: המערער טען במשטרה כי השליך את המנוחה לבאר במטרה לסלק את מה שחשב לגופתה (מאחר והמם אותה במכת מקל בצווארה ולחץ על צווארה כדי שלא תצעק). מתוצאות הבדיקה עלה כי עדיין הייתה בחיים המנוחה כשהושלכה לבאר ושהיא מתה מטביעה.

טענתו של המערער הייתה כי לא הייתה לו את כוונת הקטילה בעת השלכתה של המנוחה לבאר, לכן אין אפשרות להרשיעו בעבירת רצח לפי ס׳ 214(ב). לטעמו של לנדוי אין לקבל את טענה זו.

ההחלטה:

דחיית הערעור, בדעת הרוב.

**פס״ד ברדריאן נ׳ מ״י:**רקע:המערער וחברו הורשעו ברצח. עפ"י תיאור העובדות קודם דקר הראשון את המנוח ולאחר מכן השני.  
טענות המערערים:

לא ניתן לקשור את מותו של הקורבן למי מהם שכן פעולתו של כל אחד מהם לא הייתה "סיבה בלעדיה אין" למותו של הקורבן.

שאלות משפטיות:

1. אם המנוח נדקר על-ידי שניים, איך ניתן לקבוע, אם בכלל, מי מן השניים נושא באחריות לגרימת המוות?
2. האם ניתן לראות קשר סיבתי בין הדקירה הנוספת של ציון, אף אם הייתה גם כן קטלנית, לבין מותו של המנוח, כשהמוות של המנוח היה נגרם כבר ממילא, לפני דקירתו של ציון, על-ידי תוצאות פעולתו המתוארת של בני?

בית המשפט העליון פסק (מפי השופט שמגר):

* למציאת מענה לשאלת הקשר הסיבתי די לכאורה בפניה לרישא של סעיף 219 לפקודת החוק הפלילי 1936, ופסקה (ה) שבו. ניתן להסיק מן האמור בסעיף 219(ה), כי אדם נחשב לגורם מותו של אחר גם כאשר הוא מחיש את מותו. כלומר, המעשה או המחדל יכול שיהיה רק אחת מן הסיבות לגרם המוות, ובלבד שלא מדובר על סיבה שהיא כה מזערית במשמעותה עד כי היא הופכת לחסרת משמעות.
* כאשר אדם נפגע על-ידי שתי פגיעות או יותר, בזו אחר זו, וכל אחת מהן היא בעלת אופי קטלני, הרי נושא כל אחד מן הפוגעים באחריות הפלילית לגרם המוות.
* אין הכרח שמעשהו של עבריין פלוני יהיה בגדר הגורם היחיד והבלעדי, אולם אם המעשה הוא קל-ערך, הינו אם תרומת מעשהו של פלוני היא זעירה, יתעלמו ממנו על יסוד העיקרון של DE MINIMIS.
* כאשר מדובר על מספר פגיעות שנגרמו על-ידי אנשים שונים, אשר כל אחת מהן תרמה מהותית לאבדן החיים, הרי כל אחד ממבצעי הפגיעות ייחשב לגורם המוות.
* האמור כאן אינו חל כאשר הפעולה השנייה היא כה מרחיקה לכת ונפרדת עד שאין כל משמעות למה שקדם לה, כגון כאשר נכרת ראשו של פלוני, הפצוע קשה אותה שעה, היינו כאשר ברור על פניו שלא יכולה להיות זיקה כלשהי בין הצעד מרחיק הלכת המתואר לבין מה שקדם לו.
* בנסיבותיו של מקרה זה היה מגיע שמגר למסקנה בדבר אחריותם של כל אחד מן השניים לגרימת המוות, גם אלמלא היה כל אחד מן השניים בין הדוקרים ולו הייתה הדקירה מבוצעת רק על-ידי אחד מן השניים. אין נפקא מינה, מבחינת האחריות הפלילית, בין מי שהולם באגרופו לבין מי שמחפה בגופו על המכה או מסכל בדרך אחרת התנגדות או רצון התנגדות מצד הקרבן; האמור לעיל חל לא רק על סיכול התנגדות מצד הקרבן, אלא גם על מניעתה של הושטת עזרה להצלת הקרבן.

**פס״ד פטרומיליו נ׳ מ״י:**

רקע:

המערער הורשע בביהמ״ש המחוזי בשלושה מעשי שוד ובהריגת אחת מקורבנותיו, לפי סעיפים 402(א) ו-298 לחוק העונשין. זאת בעקבות תפיסות בכוח של ארנקים שאחזו נשים וחטיפתם מידיהן, בלא שהנשים גילו התנגדות לחטיפות. קרבן חטיפת הארנק, שנפטרה מהתרגשות שנבעה ככל הנראה ממצב בריאות לקוי, אמרה לפני מותה שלא נדחפה, לא הוכתה ואף לא נגעו בה. הערעור הוא על ההרשעה ועל חומרת העונש.

פסק הדין בביהמ״ש המחוזי:

המערער טען כי רק ״משך בכוח״ את התיקים ולא תפס אותם בכוח, לכן רק גנב את התיקים ולא שדד אותם. לא הוכח מטעם התביעה שהנשים גילו התנגדות לחטיפות הנדונות.

בבית המשפט המחוזי נקבע כי יסודותיה של עבירת השוד הם גניבה ושימוש באלימות ממשית כלפי הגוף או הרכוש של הקורבן, שימוש שמטרתו לקבל לידיו את הגנובים או להשאירם ברשותו או למנוע או לסכל התנהגות לביצוע הגניבה. כלומר, הגניבה תיהפך לשוד רק במקרה בו התפתח מאבק בין השודד לנשדד על החזקת החפץ. נפסק גם כי עבירת השוד תיחשב לחמורה רק במקרים בהם העבריין השתמש באמצעי אלימות חריפים כדי למנוע את התנגדות הקורבן או לגבור עליה.

פסק דינו של המשנה לנשיא מ׳ בן-פורת:

לטעמה של בן פורת יש לבטל את הרשעת המערער במעשי שוד ולהרשיעו, על פי הודאתו, בביצוע שלוש עבירות גניבה.

בעניין שאלת הריגת המנוחה, לטעמה של בן פורת יש לבטל את ההרשעה מהטעמים הבאים:

* היסוד הנפשי בעבירת ההריגה מתבטא בחזות מראש, שהמעשה עלול לגרום נזק ממשי, נזק שיש בו כדי לסכן את החיים או את שלמות הגוף של הקורבן. עם כל הסלידה מעצם המעשה בן פורת סבורה כי אי אפשר לייחס חזות של נזק לשלמות הגוף מחטיפה ללא מאבק כפי שאירע במקרה זה.
* ייתכנו במקרים בהם יורשע אדם בהריגה אף על פי שלא נוצר מגע פיזי בינו לבין הקורבן, שהרי תיתכן גם הריגה במחדל. ישנם גם מקרים בפסיקה באנגליה בשטח דיני הנזיקין לפיה בנסיבות מסוימות מייחסים למעוול גרימת הלם נפשי לתובע, אולם המקרים בפסיקה לא דומים למקרה דנן.
* במקרה של עבירת השוד חייב הנאשם לצפות נזק לשלמות הגוף ולכן, אם היה נגרם מותה של הקורבן כתוצאה מעבירה זו (גם אם בתוספת גורמים אחרים כגון ״גולגולת דקה״) היה המערער אחראי למותה. אך לא זה המקרה.

ההחלטה:

הערעור התקבל. המערער זוכה מעבירת ההריגה ושלוש עבירות השוד והורשע במקומן בשלוש עבירות גניבה.

**פס״ד יעקובוב נ׳ מ״י:**

רקע:

אשת המערער התאבדה בקפיצה מן החלון לאחר שבאותו בוקר הכה אותה המערער, איים עליה וגרם נזק לרכושם המשותף. המערער הואשם בעבירות של הריגה, תקיפה בנסיבות מחמירות, איומים והיזק בזדון, אולם הורשע בעבירה של גרימת מוות ברשלנות וביתר העבירות שיוחסו לו בכתב האישון. מכאן הערעור.

השאלות המשפטיות:

1. האם הייתה למערער הזדמנות להתגונן בפני הרשעתו בעבירה של גרימת מוות ברשלנות?
2. האם העדויות לגבי דברי המנוחה היו קבילות?
3. האם ההתאבדות שוללת את אחריות המערער למוות?
4. האם אדם מן היישוב היה צופה את התוצאה הקטלנית?

פסק דינו של השופטת ד׳ דורנר (פסקאות 1-4, 10-16):

לאחר שהכה אותה בבוקר המערער, בנה של המנוחה היה עם גלינה בחדר הילדים ושכנות שהגיעו להרגיע את המערער היו איתו בחדר המגורים. בנה של המנוחה קרא לאחת השכנות בטענה שאמו יושבת על אדן החלון, המערער חש לחדר אך ארם שהגיע לאדן החלון קפצה גלינה אל מותה.

במשפטו הכחיש המערער כי נהג להכות את המנוחה וטען כי באותו יום היה מדובר במעשה אלימות יחיד. עוד הוא טען כי הוא לא צפה שאשתו תאבד את דעתה וכי אף אדם סביר לא היה יכול לצפות זאת. המחוזי דחה את עדותו של המערער בכל הנוגע ליחסיו עם המנוחה בהסתמך על עדויות בדבר אלימותו הרצופה.

המחוזי. פסק כי המנוחה שמה קץ לחייה מתוך ייאוש בתגובה לאלימותו הנמשכת של המערער. המחוזי פסק גם כי היה בספק אם המערער היה מודע לכך שהתנהגותו עשויה לגרום למנוחה להתאבד. לכן זוכה המערער מעבירה של הריגה אך הורשע בגרימת מוות ברשלנות.

בפסיקת המחוזי נפסק כי היסוד העובדתי שתי העבירות זהה, וכי אישום בהריגה על בסיס יסוד נפשי של פזיזות כולל בחובו גם אפשרות להרשעה בעבירה של גרימת מוות ברשלנות. המחוזי צפה כי בעניין זה היה אמור האדם הסביר לצפות כי התנהגותו תוביל את המנוחה לאבד את דעתה.

בערעורו. מתרכז המערער בעיקר בהרשעתו בעבירה של גרימת מוות ברשלנות.

המערער טען כי התאבדות המנוחה הייתה מעשה רצוני המנתק את הקשר הסיבתי בין התנהגותו של המערער לבין התוצאה הקטלנית וכי על כל פנים, בנסיבות המקרה אדם סביר לא היה יכול לצפות את התאבדות המנוחה.

הרשלנות הוגדרה כצורה של יסוד נפשי בעבירה פלילית, עם זאת אומצה הגישה המקובלת בפסיקה בדבר צפיות סבירה הדרושה להתהוות רשלנות תוך הצמדתה לרכיבים העובדתיים של העבירה.

הצפיות הסבירה בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, שהיא עבירה תוצאתית, משקפת את הזיקה בין היסוד הנפשי לבין היסוד העובדתי, שכן היא משמשת לקביעת שני היסודות. במישור העובדתי אם אדם סביר יכול וחייב היה לצפות כי עשויה התנהגותו לגרום לתוצאה הקטלנית, ההתנהגות היא רשלנית. היסוד הנפשי מותנה בקיומה של יכולת סבירה להיות ער לטיבה של ההתנהגות, ולנסיבות האופפות אותה ולאפשרות כי היא תגרום לתוצאה הקטלנית.

הצפיות הסבירה משקפת את. יכולת הצפייה של אדם מן הישוב, להבדילה ממודעותו. אדם מן הישוב עשוי להיות רשלן ולא להיות מודע ליסוד העובדתי של העבירה. יכולת הצפייה של האדם מן היישוב משקפת את ערכי החברה ומטרותיה הרלוונטיות בהקשר הנידון.

הנחה משפטית היא כי לעשות יכולת של אדם מן הישוב ובגדרה הוא יכול לחזות את הסיכון לחיי אדם שגורמת התנהגותו ולהיות מודע לצורך להימנע מן ההתנהגות או לנקוט בצעדים סבירים למניעת התממשות הסיכון. אם הנאשם לא היה מודע למרות יכולתו הרי הוא אחראי בפלילים לתוצאה הקטלנית.

לענייננו, תגובת המנוחה לא הייתה חריגה או מיוחדת לה. היא אופיינית לאישה מוכה. מחקרים הראו כי אישה הסובלת מאלימות קשה ורצופה במשך השנים, באין עזרה מסביבתה הקרובה וללא התערבות תקיפה מצד הרשויות, נתקפת בייאוש עמוק העשוי להובילה לשים קץ לחייה שלה או לחיי בן זוגה האלים.

השינוי בתפיסות החברה בשנים האחרונות לגבי האישה המוכה מלמד כי לאדם מן היישוב בתקופתנו ישנה יכולת לצפות כי התנהגותו האלימה והתעללותו בבת זוגו עשויות להביא להתאבדותה.

ההחלטה:

הערעור נדחה, אין להתערב בהרשעתו של המערער בגרימת מות המנוחה.

**פס״ד חסיין נ׳ מ״י:**

רקע:

המערער הורשע ברצח אחותו. זאת לאחר שנסע לבית ששהתה בו מצויד בסכין קומנדו ודקר אותה בחלקי גוף שונים בכוונת תחילה לגרום למותה, כשהוא ממשיך לדקור אותה גם בעת שניסתה לקום ולברוח. המערער טען להגנתו, בין היתר, כי רשלנות של בית החולים שטיפל במנוחה מנתקת את הקשר הסיבתי שבין הדקירות לבין המוות. בהתאם לאמור בס׳ 309(1) לחוק העונשין טענותיו נדחו. מכאן הערעור.

פסק דינו של השופט י׳ אנגלרד (פסקאות 1-3, 7-10, 12, 17-24):

המערער הודה בכך שדקר את אחותו אך טען שלא הייתה לו כוונה לרצוח אותה, לכן טען גם כי רשלנותו של בית החולים מנתקת את הקשר הסיבתי שבין הדקירות לבין המוות. בבית המשפט העידו בני משפחתה של המנוחה ששהו בבית כאשר המערער תקף את המנוחה בסכין. המחוזי התרשם כי העדים ניסו למזער עד כמה שניתן מחומרת מעשיו של המערער וניסו להתחמק ממתן עדות מפלילה נגדו.

בעניין הטענה של המערער כי התרשלות הרופאים בבית החולים ניתקה את הקשר הסיבתי בין הדקירות לבין מות המנוחה, המחוזי פסק כי דקירות המערער הן גורם המוות (לבית החולים ניתן לייחס רק רשלנות שבמחדל על כך שלא נקט אמצעים מספיקים להצלתה של המנוחה) וכי אין לקבל את טענת המערער בדבר ניתוק הקשר הסיבתי בשל טיפול רשלני במנוחה. המחוזי מצא כי מתקיים קשר סיבתי עובדתי בין מעשי המערער למות המנוחה. מעשי המערער הם שהובילו במישירין למות המנוחה. נפסק על ידי המחוזי כי המחדל של בית החולים, גם אם מדובר במחדל רשלני, אינו עומד כ״גורם זר מתערב״ המנתק את הקשר הסיבתי.

המערער היה צריך לצפות את התוצאה עקב מעשהו.

המערער שב וטוען בערעור כי הטיפול במנוחה בביה״ח מנתק את הקשר הסיבתי בין הדקירות למוות מכוח הוראת ס׳ 309(1) לחוק העונשין. לטענתו על פי חוות דעת של מומחה אף אחת מהדקירות לא גרמה לנזק בלתי הפיך או הייתה קטלנית. השופט אנגלרד לא מקבל את טענה זו של המערער. לטענת המערער מלשון הסעיף עולה במפורש שאין לראות בו כמי שגרם למותה של המנוחה אם הטיפול הרפואי במנוחה לא נעשה בידיעה ובמיומנות רגילות. לטעמו של השופט אנגלרד מעשיו של המערער היו הגורם התכוף ואף הגורם היחיד למותה של המנוחה (אם לא הייתה מובהלת לביה״ח עקב הדקירות מותה היה מתרחש בבית). במצב דברים זה אין נפקות לס׳ 309 לחוק העונשין. במקרה דנן לא הטיפול הרפואי הוא שגרם למותה אלא דקירות הסכין. בנוסף, המנוחה קיבלה טיפול רפואי מיומן ואין לייחס לצוות הרפואי רשלנות. מעשיו של המערער אינו נכנס כלל לגדר המקרים המנויים בס׳ 309 לחוק העונשין, שהרי מעשיו היו הגורם התכוף למות המנוחה.

השופט אנגלרד מסכים עם כך שמתקיים במקרה הנדון קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין התנהגות המערער לבין התוצאה הקטלנית. במישור העובדתי קיימת זיקה סיבתית בין הדקירות של המערער לבית מותה של המנוחה בשל אובדן רב של דם, וזאת לפי מבחן ״הסיבה בלעדיה אין״.

הקשר הסיבתי המשפטי מתקיים גם הוא. בעבירות תוצאה הדורשות מחשבה פלילית היסוד הנפשי של הנאשם משלים את הדרישה לקשר סיבתי משפטי (היסוד הנפשי במקרים אלה מכיל צפייה של התוצאה).

כאשר הנאשם חפץ בגרימת התוצאה הקטלנית וצופה אותה, לא נדרשת צפיות של תהליך הגרימה (אלא אם התרחשות התוצאה היא חריגה ביותר). כבר נקבע כי התקיים במערער היסוד הנפשי של כוונת תחילה, והתוצאה נגרמה ישירות עקב מעשיו. המערער צפה כי המנוחה תמות כתוצאה מדקירות הסכין בחלקי גופה השונים.

אין לפנינו מצב אמיתי של ״גורם זר מתערב״. הנחת היסוד של ״גורם זר מתערב״ היא שמדובר בשני אירועים המשלימים זה את הפוטנציאל הגרימתי של זה, ואף אחד מהם לבדו לא היה בו. כדי להביא להתרחשות התוצאה.

ההחלטה:

הערעור נדחה.

**פס״ד בלזר נ׳ מ״י:**

רקע:

המערער הוא נהג מונית, שיצא ממכוניתו וצעק על נהג אוטובוס על כי הפריע לו בנסיעתו. השניים המשיכו בנסיעתם, וכשהאוטובוס הגיע לתחנה הסופית עלה המערער על האוטובוס והחל להכות את הנהג. המערער משך את נהג האוטובוס החוצה והמשיך להכות אותו בעוד נהג האוטובוס שוכב על הכביש. לאחר שעוברי אורח הפרידו בין השניים הם נלקחו לתחנת המשטרה. נהג האוטובוס חש ברע במהלך מסירת עדותו ונמסר סמוך לאחר מכן מאוטם שריר הלב כתוצאה משילוב של טרשת עוקרים ולחץ נפשי מהאירועים שחווה. המערער הורשע בהריגה לאחר שנקבע כי היה מודע לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית והיה אדיש לה. עיקר הדיון נסב על ערעורו של המערער על הרשעתו.

פסק דינה של השופטת ד׳ ביניש (פסקאות 1-2, 4, 7-13):

השאלה שביהמ״ש המחוזי התמודד איתה. הייתה מה הוביל ליצירת הדחק הנפשי בסמוך למותו. של המנוח – האם הדחק הנפשי נוצר עקב האירוע הראשון, שבמהלכו צעק המערער על המנוח, או שמא הגורם לדחק הנפשי היה האירוע השני, שבמהלכו תקף המערער את המנוח?

נפסק במחוזי כי לא היה בצעקות במקרה הראשון כדי לגרום למנוח לחץ נפשי מהסוג שהוביל ליצירת אוטם בשריר ליבו.

נפסק במחוזי כי עלייתו של המערער לאוטובוס במפתיע במסוף, והעובדה כי המערער הכה את המנוח מכות קשות הם שיצרו את הלחץ הנפשי שהוביל את הכשל בליבו. בית המשפט המחוזי עמד על הפרש הכוחות בין המערער למנוח, על עוצמתן ועל רציפותן של המכות ועל כך שהמערער הכה את המנוח במקומות פגיעים בגופו כאשר המנוח היה שרוע על המדרכה ואילו המערער נותר עומד. בהתחשב בכל אלה ביהמ״ש המחוזי הגיע למסקנה כי הוכח היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה. די כי היה המערער מודע לאפשרות של גרימת מוות בשל מעשיו האלימים.

המערער טוען כי עדי הראייה הגזימו בתיאור של מעשי האלימות של המערער. נטען גם כי המערער טוען כי אין קשר סיבתי עובדתי בין מעשי האלימות לבין התוצאה הקטלנית. לטעמו לא הוכח מעבר לספק סביר כי מעשי התקיפה היוו סיבה הכרחית לאוטם בשריר ליבו של המנוח. יכול. היה להיות כי האירוע אירע כתוצאה ממחלת לב שהתקיימה אצל המנוח. בנוסף, נטען ע״י המערער כי לא היה מודע למחלת הלב של המנוח ולכן לא צפה בפועל את האפשרות של גרימת מוות.

השאלה הנתונה היא מה היה הגורם הישיר שהוביל לאוטם בשריר ליבו של המנוח. שלושה מומחים העידו כי נוכח טרשת עורקים קשה ממנה סבל המנוח נוכח קריש דם שהחל להיווצר בליבו ימים מספר לפני המוות היה המנוח עלול ללקות בהתקף לב אף ללא חשיפה לפעילות מקדימה כדוגמת מצב של דחק נפשי. בנסיבות המקרה שלפנינו הסכימו שלושת המומחים כי האוטם החריף בליבו של המנוח אירע כתוצאה מדחק נפשי שנוצר עד כשעתיים לפני המוות.

לטעמה של בייניש אין להתערב בקביעתו של ביהמ״ש המחוזי שלפיה כישלון הלב של המנוח נגרם עקב דחק נפשי שאירע בסמוך לכך על רקע הטרשת הקשה בעורקים בליבו.

לעניין השאלה של האירוע שגרם ללחץ הנפשי (הצעקות או המכות שקיבל מהמערער), לא מצאה ביניש צורך להתערב בפסיקת בית המשפט המחוזי. הדעת נותנת כי האירוע השני (עלייתו של המערער על האוטובוס והמכות שקיבל המנוח ע״י המערער) היה טראומתי עבור המנוח והיווה ״סיבה בלעדיה אין״ לדחק הנפשי שהוביל לאוטם בשריר ליבו.

מכלול נסיבות העניין כפי שהוכחו בפני בית המשפט המחוזי מקימים חזקה עובדתית ראייתית שחפיה היה המערער מודע לכך שמעדיו האלימים טמנו בחובם פוטנציאל לגרימת חבלות חמורות שמעצם טיבן היו עלולות לסכן את חייו של המנוח. המערער צפה את האפשרות כי מעשיו האלימים יובילו לתוצאה קטלנית, אולם לא צפה את האופן המדויק שבו התרחשה התוצאה האמורה. האם יש בכך כדי לשנות מהמסקנה המרשיעה שאליה הגיעה בית המשפט קמא?

בכל הנוגע לעבירות תוצאה שהיסוד הנפשי הנדרש בהן הוא מחשבה פלילית, ההלכה הפסוקה היא כי על התביעה להוכיח שהנאשם מפה את האפשרות כי התנהגותו תגרום לתוצאה האסורה, עם זאת אין הכרח להוכיח כי הנאשם צפה בפועל את פרטיו של תהליך הגרימה ואת האופן המדויק בו אירעה התוצאה.

הוכח כי המערער צפה שמעשיו עלולים לגרום לתוצאה קטלנית. אשר לאופן התרחשות התוצאה האמורה, הרי בנסיבות העניין היה המערער יכול וצריך לצפות כי תקיפה פתאומית, קשה וברוטלית של המנוח, שניכר בעין כי הוא מבוגר וחלש ביחס אליו, עלולה לגרום למנוח התקף לב שיוביל למוות. אופן התרחשות זו של התוצאה הקטלנית אינו חורג מגדר הצפיות הסבירה בנסיבות העניין, והוא בכלל בתחום הסיכון שיצרה התנהגותו של המערער (למרות העדר ידיעה קונקרטית על מצבו הבריאותי של המנוח). תהליך גרימת התוצאה בפועל – כשל בליבו של המנוח – היה בגדר הצפיות הסבירה ככל שיסוד זה נדרש.

**פס״ד פלוני נ׳ מ״י:**

רקע:

במהלך מירוץ מכוניות מחתרתי, בו התחרה העותר בשני חבריו, אירעה תאונה קטלנית. תוך שהם מתחרים בעותר, איבדו השניים את השליטה במכונית בה ישבו, סטו מהכביש, ופגעו בעמוד תאורה ובקיר אבנים. התאונה הביאה למותר. העותר, שהיה קטין באותה העת, זוכה בביהמ״ש המחוזי לנוער מעבירת הריגה, אך הורשע בעבירה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה והושת עליו עונש של 12 חודשי מאסר בפועל. בערעור שהוגש על פסק הדין לביהמ״ש העליון, הורשע, ברוב דעות, העותר בהריגה ועונשו הוחמר. מכאן הליך הדיון הנוסף.

פסק דינו של הנשיא בדימוס א׳ גרוניס (פסקאות 19-41):

עבירת ההריגה היא עבירה תוצאתית ולכך יש שתי משמעויות עיקריות: הראשונה היא כי העבירה מכוונת למניעת התוצאה ולא למניעת ההתנהגות. כלומר, תכליתה של עבירת ההריגה אינה למנוע כל ״התנהגות אסורה״, אלא רק כזו העשויה להביא למותו. של אדם. שנית, התגבשותה של עבירה תלויה בקיומו של קשר סיבתי בין היסוד העובדתי של העבירה (מעשה או מחדל אסורים) לבין התוצאה של העבירה (מותו של אדם). לצורך התגבשותה של העבירה חייב להתקיים קשר של סיבה ותוצאה בין המעשה האסור לבין התוצאה. קשר זה יכול לבוא על ידי ביטוי במבחן הקשר הסיבתי עובדתי. מטרתו של מבחן זה הוא לאתר את כל המעשים והמחדלים אשר היה להם חלק בגרימת התוצאה.

המבחן לבחינת הקשר הסיבתי העובדתי הוא מבחן ״הסיבה שבלעדיה אין״ הקובע כי מעשה הוא. בבחינת גורם לתוצאה, כאשר אלמלא המעשה, לא הייתה מתרחשת התוצאה. זהו מבחן צופה פני עבר. מבחן זה אינו יכול לעמוד לבדו והוא זקוק למבחן נוסף שישמש לו עזר נגדו. המבחן המשלים הוא ״מבחן הקשר הסיבתי המשפטי״. במקרה של קשר סיבתי עובדתי על השופט לקבוע בגין אלו מהמעשים שבשרשרת ראוי להטיל אחריות פלילית. לעבירות שונות תכליות שונות, וכל עבירה מביאה עמה מטען של שיקולי מדיניות, אשר אינם תמיד משותפים עם עבירות אחרות. ייתכן כי מעשה מסוים לא יקיים קשר סיבתי משפטי בעבירת ההריגה, אך יקים קשר סיבתי משפטי בעבירת גרימת מוות ברשלנות. מצב כזה נובע ממהות הקשר הסיבתי המשפטי.

המבחן העיקרי שאומץ לבחינת הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן הצפיות הסבירה. מבחן הצפיות הסבירה הוא מבחן דו שלבי. בשלב הראשון יש לנפות את הפעולות אשר אינן צפויות להביא לתוצאה ושהטלת אחריות פלילית בגינן אינה מקיימת את תכלית העבירה. בשלב השני, יש לקבוע על אילו מהפעולות שנותרו ראוי להטיל אחריות פלילית, זאת לאור שיקולים של מדיניות משפטית.

לעיתים, המעשה של הנאשם אינו מספיק בפני עצמו כדי להביא לתוצאה. האסורה, ואליו מצטרף גורם, או גורמים נוספים, אשר יחד עמו מביאים להתרחשותה של התוצאה. המבחן העיקרי להשפעתו של גורם זר מתערב על הקשר הסיבתי המשפטי הוא. בשאלה האם הייתה חובה על הנאשם, כאדם סביר, לצפות את התערבותו של הגורם המתערב.

גרוניס פוסק כי לפי ריבלין, כאשר מתקיימת מודעות סובייקטיבית (צפיות סובייקטיבית) לאפשרות גרימת התוצאה במסגרת היסוד הנפשי בעבירה, יש להניח כי באה על סיפורה גם דרישת הצפיות האובייקטיבית (קשר סיבתי משפטי). לכן, בעבירות הדורשות מחשבה פלילית, ניתן לדלג על בחינת. הקשר הסיבתי המשפטי ולהסתפק בבחינת היסוד הנפשי בלבד (אם מתקיים היסוד הנפשי, קל וחומר שמתקיים הקשר הסיבתי המשפטי).

לפי הלכתו של אבו ג׳אנם, בעבירות תוצאה הדורשות מחשבה פלילית בכלל, ובעבירת ההריגה בפרט, אם הוכחה מודעתו הסובייקטיבית של הנאשם לאפשרות גרימת התוצאה, מיותר הוא הצורך להידרש בבחינת הקשר הסיבתי המשפטי.

כאמור, מבחן הקשר הסיבתי המשפטי הוא במהותו מבחן של מדיניות משפטית. לעומת זאת, שאלת הצפיות הסובייקטיבית (מודעות העושה לגרימת התוצאה) היא שאלה עובדתית במהותה. לטעמו של גרוניס, אם נקבע כי הנאשם צפה בפועל את התוצאה, הרי ממילא היה ביכולתו, גם אם מבחינה אובייקטיבית, לצפות את התוצאה.

האם מתקיים הקשר הסיבתי המשפטי בעניינו של העותר?

השאלה הראשונה שעלינו לשאול היא האם התחרות במירוץ מכוניות מחתרתי היא פעולה אשר מטבעה יכולה להביא למותו של מתחרה במירוץ? לטעמו של גרוניס התשובה לכך היא חיובית. השאלה השנייה שעלינו לבחון היא האם אדם סביר צריך היה לצפות שהשתתפות במירוץ מכוניות מחתרתי תביא למותו של אחד המתחרים האחרים במירוץ? זוהי שאלה של מדיניות משפטית, כאמור. המנוחים יצרו את הסיכון שהביא למותם באופן אוטונומי והם היו מודעים לסיכונים הקיימים בהשתתפות בו. הסיכון אשר בא לידי מימוש במקרה דנן ואשר הביא למותם של המנוחים נוצר בשל האופן בו בחרו המנוחים לנהוג במכוניתם, בדגש על מהירות נסיעתם. ניתן להגיד שהעותר הוא מאפשר סיכון (המעשה האסור אותו ביצע העותר אפשר למנוחים או שלא מנע מהם ליצור את הסיכון לעצמם). ניתן גם להגיד שהעותר הוא יוצר סיכון (המעשה האסור אותו ביצע העותר תרם ליצירת הסיכון של המנוחים והעצים את הסיכון שהם יצרו בעצמם). לטעמו של גרוניס יש לראות בעותר כמאפשר סיכון בלבד. מרגע פתיחת המירוץ ועד לתאונה הקטלנית היו המנוחים אחראים בלעדיים ליצירת הסיכון אשר הביא למותם. אילו היה העותר נמנע מלהשתתף בתחרות, לא היו המנוחים יוצרים את הסיכון אותו יצרו.

הערך המרכזי שיש לתת לו ביטוי במקרה שלנו הוא האוטונומיה של הפרט, ועיקרון זה תופס מקום מרכזי במסגרת השיקולים להטלת אחריות פלילית.

הטלת אחריות פלילית על מי שפעולותיו אפשרו את הסיכון בלבד עשויה לחרוג מתכליתה של עבירת ההריגה. הדבר כפוף לשני תנאים מצטברים: הראשון, שהעותר לא לקח חלק ביצירת הסיכון שהתממש והשני, שהמנוחים יצרו את הסיכון שהתממש באופן אוטונומי.

**דיני עונשין – כרך א׳ – יורם רבין, יניב ואקי**

**פרק 11 – סיווג עבירות לפי היסוד העובדתי ביחד לציר זמן התהוות העבירה**

עבירה רגעית, עבירה נמשכת ועבירה מתחדשת

במשפט הפלילי ניתן להבחין בין שני סוגים של עבירות: עבירות ״רגעיות״ ועבירות ״המותנות במשך זמן״. סיווג זה נוגע למשך זמן התרחשותו של הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה על פני ציר הזמן. הסיווג ל״עבירה רגעית״ או ל״עבירה נמשכת״ נעשה לפי טבעו המיוחד של הרכיב ההתנהגותי בעבירה, בשונה מאלה, ״עבירה מתחדשת״, אף שגם היא מתרחשת על פני זמן ממושך, קמה רק מקום שבו נקבע כך מפורש בחוק.

עבירה רגעית

עבירה רגעית הינה עבירה אשר המבנה שלה אינו דורש שיעור של זמן להתרחשותה. הרכיב ההתנהגותי של העבירה מתקיים ולאחר מכן הוא מיד ממצה את עצמו ואינו יכול להימשך עוד (למשל, אינוס, סחיטה באיומים, קבלת דבר במרמה, שוד או גניבה).

עבירה נמשכת

יש עבירות שהיסוד העובדתי שלהן הוא בעל אופי מתמשך. הדוקטרינה של העבירה הנמשכת (העבירה המתמשכת) מתייחסת לעבירה המחייבת קיום משך זמן כלשהו עד להשלמתה. תכונה זה של התמשכות בזמן אינה פוגעת בשאר מרכיבי העבירה ואינה יוצרת ריבוי עבירות. העבירה היא נמשכת, כאשר תהליך ההתגבשות של רכיבה ההתנהגותי מותנה בהתמדה בו של העושה במשך זמן מינימלי מסוים (לצורך גיבוש הרכיב ההתנהגותי של העבירה). מדובר בעבירה בעל רכיב התנהגותי המחייב, לשם גיבושו, התמדה ראשונית מינימלית בזמן, ואשר מאפשר בטבעו התמדה בו במשך זמן (החזקת סם, למשל). כל התמדה בהתנהגות העבריינית דוחה את השלמת האירוע כעבירה אחת ויחידה שאינה ניתנת לפיצול לעבירות נפרדות.

לאחר שבסיסה ה״איכותי״ של העבירה הושלם (התגבשות הרכיב ההתנהגותי בזמן מסוים) היא הולכת ותופחת מבחינה ״כמותית״ ככל שחולף הזמן, והעושה ממשיך בהתנהגותו העבריינית עד לנקודה שבה אירע מאורע המנתק את רציפותה של העבירה (למשל, מכירת הסם לגורם כלשהו).

אם כך, השלמת העבירה נדחית עד להפסקת ההתנהגות האסורה.

רק עבירות התנהגותיות עשויות לענות על ההגדרה של עבירות מתמשכות, שכן בעבירות תוצאתיות, לאחר התרחשות התוצאה, אין כל משמעות להתמדה ברכיב ההתנהגותי שגרם לאותה התוצאה.

הוראות חוק הקובעות במפורש, כי עבירה מסוימת הינה מסוג העבירות הנמשכות, הינן נדירות. ס׳ 61(ג) מגדיר את קיומן של עבירות נמשכות כעבירות שאין צורך להגדיר את קיומן בגוף העבירה. ניתן למצוא הוראות חוק נוספות הקובעות כך שלא באופן כללי אלא באשר לעבירה ספציפית.

העובדה שהגדרנו עבירה כנמשכת אין משמעותה שניתן להתעלם מן הקבוע בס׳ 5 לחוק סדר הדין הפלילי. גם עבירה נמשכת היא עבירה אחת המבוססת על יסוד עובדתי מסוים.

כאשר מדובר במעשה עבירה מתמשך, ניתן, באמצעות הגשת כתב אישום, ״לחלק״ את המעשה לכמה מעשים נפרדים, שכל אחד שונה מהאחר, באופן המוציא את תחולתו של ס׳ 5 לחוק סדר הדין הפלילי.

בהתאם, ביהמ״ש פסק לא אחת כי כשיש עבירה נמשכת של אי קיום צו שיפוטי, גם אם הוגש כבר כתב אישום נגד אותו אדם בגין הפרת צו שיפוטי במשך פרק זמן מסוים – אין כל מניעה להגיש כנגד אותו אדם כתב אישום נוסף ביחס לתקופה מאוחרת יותר, שבה המשיך הנאשם להפר את אותו הצו.

ההבחנה בין עבירה רגעית לעבירה נמשכת

1. **התמשכות המעידה על חומרה** – עבירה נמשכת משנה את היקפה בהתאם למועד השלמתה הסופית. קיימות הוראות חוק הקובעות במפורש עונש מסוים, בתוספת לעונש הבסיסי, בעבור כל יום שבו העבירה נמשכת. בכך ניתן ביטוי מפורש לחומרה ה״תופחת״ ככל שהעבירה נמשכת בזמן.
2. **התיישנות של עבירה נמשכת** – מתעוררת השאלה מתי מתחיל מניין תקופת ההתיישנות של עבירה נמשכת. השופט גולדברג קבע בפס״ד בוני הבירה כי מרבית טעמי ההתיישנות אינם מתקיימים כל עוד העבירה מתמשכת, וכי יש לחשב את תקופת ההתיישנות החל ממועד סיום ביצועה של העבירה בלבד. התחלת מירוץ ההתיישנות לפני תום השלמת העבירה אינה תואמת את מטרותיו של מוסד ההתיישנות, המבוסס על העיקרון הבסיסי שלפיו מוענק פטור את העושה חדל ממעשיו על פני תקופה ניכרת מאז סיום ההתנהגות הפלילית.
3. **תחולתה של עבירה נמשכת לפי מקום** – בשל טיבה המתמשך של העבירה, ייתכן שחלקים. ממנה יבוצעו במדינות שונות. כיוון שמדובר בעבירה אחת ויחידה מתחילתה על סופה, הרי שאם ״מקצתה״ נעשתה בישראל, יחולו עלה דיני העונשין של ישראל כעל עבירת פנים.
4. **תחולתה של עבירה נמשכת לפי זמן** - היחס בין עבירה נמשכת לבין התחולה של העבירה בזמן מעורר מספר שאלות.
5. הראשונה נוגעת למצב שבו לא היה קיים בעת תחילת ההתנהגות הנמשכת כל איסור פלילי על אותה ההתנהגות, וההתנהגות נמשכה גם לאחר קביעת האיסור הפלילי. העבירה תקום רק לאחר קביעת האיסור ותחול רק על ההתנהגות הפלילית הנמשכת לאחריו.
6. מה דינה של עבירה נמשכת אשר במהלך ביצועה ובטרם השלמתה הסופית משתנה הנורמה הפלילית הרלוונטית ונקבע עונש חמור יותר בצידה?   
   לטעמו של פלר, הנורמה אשר תחול על העבירה היא זו שהייתה תקפה בשל השלמתה הסופית. לפי גישתו של פלר עיקרון זה יהיה תקף רק מקום שבו חל השינוי בחומרת העונש לאחר השלמת הרכיב ההתנהגותי. בנוסף, כיוון שלא נשללה יכולת הבחירה החופשית של העושה לחדול ממעשיו לאחר השינוי העונשי המחמיר והעושה בחר להמשיך בהתנהגותו הפלילית יהיה ניתן להחיל את עיקרון ההחמרה בעונש.
7. מה דינה של עבירה נמשכת אשר במהלך ביצועה ובטרם השלמתה הסופית בוטלה הנורמה הפלילית הרלוונטית או שנקבע עונש קל יותר בצידה? לפי סעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין הנורמה שתחול על עבירה זו היא זו שהתקיימה בזמן השלמת העבירה.
8. **הפעלת עונש מאסר על תנאי בשל עבירה נמשכת** – סוגיה זו מתעוררת בכל אותם מקרים שבהם עושה העבירה מתמיד בהתנהגותו בביצוע עבירה נמשכת, גם לאחר שהועמד לדין ונגזר עליו מאסר על תנאי. במצבים אלה, תישאל השאלה אם התנהגות זו (בהנחה שהיא נכללת בעבירות המקימות את הפעלת התנאי) עשויה לשמש עילה להפעלת המאסר המותנה. ב**פס״ד עלפי** נקבעה ההלכה העונה על שאלה זו והיא כי כאשר מדובר בעבירה נמשכת, ניתן להפעיל את המאסר המותנה שנגזר בתיק הראשון בשל העבירה נושא התיק השני.

במה נבדלת עבירה נמשכת מעבירה מתמשכת?

בפסיקה קיימת הבחנה בין עבירה נמשכת לסוג אחר הקרוי ״עבירה מתחדשת״. להבדיל מעבירה נמשכת, עבירה מתחדשת היא עבירה החוזרת ומתמשכת מחדש מדי פרק זמן מסוים עד להפסקת ביצועה. עבירה מתחדשת נקבעת רק מקום בו נקבע כך במפורש בחוק, ובחוק נקבע גם פרק הזמן שבסיומו מסתיימת עבירה אחת ומתגברת עבירה חדשה אחרת. יש להדגיש אין בסמכותם של רשויות התביעה ושל בתי המשפט לקבוע באופן שרירותי מתי מדובר בעבירה מתחדשת.

אם העבירה מתחדשת, והיא. נוצרת ומתגבשת מחדש בכל פרק זמן מסוים, רשאית התביעה להגדיר שתי תקופות נפרדות שבהן בוצעה העבירה ולהגיש כתב אישום על שתי עבירות נפרדות.

בנוסף, בעבירה נמשכת, יכולה התביעה לשוב ולנסות את מזלה ולהעמיד אדם לדין פעם אחר פעם, בטענה שהתנהגותו מתחדשת ומייצרת עבירות חדשות מדי יום ביומו, גם אם כבר נשפט, כבר הורשע או אפילו אם כבר זוכה מאותן עבירות.

יש לזכור כי גם במקרים של עבירה נמשכת ניתן להעמיד אדם לדין פעמיים, אך רק במקרים שבהם מתקיים ״אירוע מנתק״.

עבירת שרשרת או עבירה רבת-פריטים

עבירות אלה מבוססות על המציאות העבריינית, ומציאות זו כוללת את אותם המקרים שבהם מדובר בפעילות עבריינית מונוליטית ומלוכדת המהווה מקשה אחת והמעניקה להתנהגות זו לבוש נורמטיבי של עבירה פלילית אחת.

עבירה רבת פריטים

ב**פס״ד משולם** נפסק כי ניתן להתייחס לכמה פריטים בחוברים יחד לעבירה רגעית עצמאית אחת, בעלת כמה פריטים, כאשר ״הפריטים השונים מהווים רצף אחד, הנעשה בגדריה של תוכנית עבריינית אחת״.

מבחנים ומבחני משנה התפתחו בפסיקה כדי לקבוע מתי מתקיימת עבירה רבת פריטים ומתי מדובר במעשים המקימים עבירות נפרדות. שני המבחנים העיקריים שנקבעו הם מבחן צורני-עובדתי ומבחן האינטרס המוגן.

**המבחן הצורני-עובדתי** בוחן אם מדובר בפעולה יחידה נמשכת, שלא ניתן לפצלה לתת פעולות, או שמא מדובר בשרשרת של פעולות עוקבות שכל אחת היא חולה נפרדת. בהתאם למבחן זה מה שמאפיים את העבירה רבת הפריטים הוא מחשבה פלילית אחת ותכנון פלילי אחד, המקיף את הרצף כולו וסוגר עליו.

מבחינת אופן ביצוע הפריטים השונים, ככל שדרך הפעולה דומה בכל אחד מן הפריטים, כך ניתן יהיה לראות במעשיו של הנאשם כעבירה רבת פריטים. בנוסף, כל עוד מדובר בפרקי זמן קצרים בין ביצוע הפריטים, ניתן להשקיף על המעשים כעל עבירה רבת פריטים. מדובר במבחן של שכל ישר. עבירה רבת פריטים תחול בכל אותם מצבים שבהם ההסתכלות על האירוע העברייני מובילה את המתבונן למסקנה כי ההסתכלות הנכונה, המשקפת באופן אמיתי את התופעה העבריינית היא הרואה באירוע מכלול אחד המבוסס על פריטים אחדים.

לפי פלר – ״בהצטיירות הפריטים כרצף גלובאלי אחד במתכונת אירוע עברייני מלוכד מבחינה נפשית ועובדתית״.

המבחן השני הוא **מבחן האינטרס החברתי המוגן.** מבחן זה עניינו בנזק שהתנהגותו של המבצע גרמה, והוא מתמקד גם ״בעניינם של קורבנות העבירה ומהות הערכים המוגנים בהם פגע המבצע במעשיו הרעים״. על פי מבחן זה, עשוי ריבוי הנפגעים להשפיע על הסיווג הראוי של העבירה.

ניתן יהיה לקבץ פריטים אחדים המצויים על רצף אחד לכדי עבירה אחת רבת פריטים כאשר מדובר בפגיעה קלה באינטרס מוגן או כאשר מדובר על קורבן אחד.

אהממה, כאשר האינטרס החברתי המוגן הוא בעל עוצמה כה רבה, נדרשת הפרדה תוך ראיית כל פריט כעבירה בפני עצמה ותוך הטלת עונש נפרד בגין כל פריט בנפרד.

לסיכום, כדי לקבוע אם רצף של התנהגויות מהווה עבירה רבת פריטים יש לבחון ראשית אם בין הפריטים השונים קיימת קרבה עד כי ניתן לראות בהם פעילות עבריינית אחת בעלת תכנון אחד ושנית, יש לבחון את מהות האינטרס החברתי המוגן.

יישום המבחנים על עבירות המתה

ב**פס״ד פופר** הורשע פופר במחוזי ברציחתם של שבעה אנשים ובניסיון לרצח של עשרה נוספים, ונגזרו עליו עונשים בגין כל רצח וניסיון לרצח בנפרד. בערעור לבית המשפט העליון טענה ההגנה כי מעשיו של המערער מהווים רצף של פעילות אחת, כלומר, ניתן להעניש בגין מעשיו פעם אחת.

בית המשפט קבע במקרה זה כי יש לנקוט בגישה פרגמנטית שלפיה ההבחנה בין פעולה נמשכת אחת לבין שרשרת או רצף של פעולות נפרדות ועצמאיות, תיבחן בכל מקרה לגופו.

במספר רב של פסקי דין הודגש כי תמיד יש לראות בכל אדם עולם בפני עצמו, ועל כן נטילת חייהם של שני אנשים תהווה לרוב שתי עבירות רגעיות נפרדות.

ב**פס״ד אזואלוס** נקבע חריג באשר עבירת ההריגה. בפרשה זו החליט בית המשפט, ברוב של ארבעה שופטים נגד שלושה, כי יש. לראות במעשי הרג שבוצעו ברצף ובהשפעה מיידית וקשה של מעשה קינטור כמעשה אחד. על הלכה זו נמתחה ביקורת רבה בספרות ובפסיקה.

בדומה, גם כאשר מדובר במעשה המתה שנגרם ברשלנות ואשר הביא לכמה קורבנות, קבע בית המשפט כי האפשרות לראות בכל פריט עבירה העומדת לעצמה אינה מוגבלת לעבירות שבהן דורש יסוד הנפשי מודעות דווקא. היא קיימת גם מקום שבו התנהגות רשלנית היא זו שגרמה למותם של כמה אנשים.

יישום המבחנים על עבירות מין ואלימות

התפיסה כי יש אינטרסים שפגיעה בהם אינה מאפשרת לאחדם לכדי אינטרס אחד כולל, מקורה בתפיסה לגבי ערכם של חיי אדם. בפסיקה נקבע כי אינטרס זה מתפרס גם על פגיעה בגוף האדם.

יישום צר ודווקני של מבחן האינטרס המוגן יחייב לראות במעשיו של אנס, אשר אנס את ביתו מידי יום ביומו לאורך שנים רבות, עבירת אונס אחת רבת פריטים, המאפשרת הטלת עונש מירבי הקבוע לעבירה בודדת אחת בלבד. כל זאת, בשל העובדה כי כל המעשים נעשו בקורבן אחד ולא בקורבנות שונים. לעומת זאת, נאשם אשר ביצע ״רק״ שני מעשי אונס בודדים בבתו, במרווח זמן גדול בין שני מעשי האונס המגיע לכדי כמה שנים, יהיה צפוי לעונש כפול. כל זאת, בשל אי התקיימות המבחן הצורני עובדתי, אשר יוביל לקביעה כי מדובר בשני מעשי אונס נפרדים.

לטעמם של כותבי הספר, גם מעשי עבירה מרובים, בהזדמנויות שונות, בקורבן יחיד, יכול שייחשבו ככמה עבירות נפרדות בשל חשיבותו של הערך המוגן של כבוד האדם.

למשל, ב**פס״ד פלוני** נפסק לגבי אב שביצע עבירות מין בביתו במשך שנים רבות, כי מעשיו של הנאשם, אף שחזרו על עצמם שוב ושוב לאורך השנים, ניתנים לבידוד לחוליות, כאשר כל חוליה מהווה עבירת מין בפני עצמה.

יישום המבחנים על עבירות רכוש

אין דין מעשי גניבה אשר ניתן לראותם, בנסיבות המתאימות, כגניבה אחת של סכום כסף גדול יוצר, כדין פגיעות בחיי אדם ובגופו. אין גם לראות בהכרח רצף של עבירות רכוש כעבירה אחת רבת פריטים, וגם כאן נקבע כי יש לתת משקל להיקף הנזק אשר נגרם כתוצאה מההתנהגות העבריינית, ובמסגרתו יש לבחון את מידת הנזק ואם נגרם לקורבנות שונים. ככל שמדובר בנזק משמעותי ולקורבנות שונים, כך תקטן הנטייה לראות בהתנהגות. העבריינית כעבירה אחת רבת פריטים. ב**פס״ד דרורי,** שעסק בעבירות רכוש, נפסק כי שאלת סיווג העבירה תוכרע לעולם בהתאם לנסיבות המקרה.

נקבע כי כאשר ניתן, ולו באופן מלאכותי, להצביע בכל נקודת זמן במהלך ביצוע הפשע, אילו עבירות הושלמו כבר ואילו טרם החלו, הרי אז רצף המעשים הינו תופעת לוואי, שאינה מונעת פיצולם לעבירות רבות. באשר למבחן האינטרס בנפגע מדגיש בית המשפט כי לא תמיד יש בריבוי נפגעים משום אמת מידה הכרחית לריבוי עבירות.

בפועל, מיעטה הפסיקה להחיל את הדוקטרינה של עבירה רבת פריטים, גם כאשר דובר על עבירות רכוש.

במה נבדלת עבירה רבת פריטים מעבירת שרשרת?

עבירת השרשרת היא ״סידרת מעשים מאותו סוג, שנעשו בשלבים שונים, כשבכל אחד מן המעשים מצויים נתונים שעשויים להצמיח רכיב התנהגותי של עבירה בפני עצמה, מאותו סוג, אלמלא היווה הוא חוליה בלבד בתוך מערך אחד של עשייה עבריינית, עקב תכנון, שיטה ויעד, המלכדים את כל השלבים, כחוליות מאוחדות באותה השרשרת״. מכאן. שבכל אחת מהחוליות של השרשרת מתקיימים כל היסודות הדרושים לאחריות פלילית. עבירת השרשרת מתאפיינת ביסוד נוסף, יסוד נפשי. יסוד זה עניינו ״מטרייה נפשית קונקרטית, משותפת ואחידה, שמלווה את העשייה כולה, מתחילתה, על כל חוליותיה, עד לסיומה או הסתיימותה״.

הטעמים לדחייתה של התורה הקונטיננטלית בדבר עבירת שרשרת הם שלושה:

1. בית המשפט מעלה את הקושי העקרוני להכיר בעבירת שרשרת בגדרי המשפט הפלילי הישראלי בלא הוראת חוק מפורשת.
2. היבטים שונים של התורה בדבר עבירת השרשרת עומדים בניגוד למטרות ולתכליות המונחות ביסוד ההסדרים הנורמטיביים של המשפט הפלילי.
3. הדוקטרינה הקונטיננטלית בדבר עבירת השרשרת אינה עולה בקנה אחד עם דינים לבר פליליים, שיש להם השפעה על המשפט הפלילי.

הרציונל המונח ביסוד שתי הדוקטרינות (עבירה רבת פריטים ועבירת שרשרת) הוא דומה. אולם, בין עבירת השרשרת לעבירה רבת הפריטים יש כמה הבדלים מהותיים. ב**פס״ד משולם** ברק עמד על ההבדלים העיקריים:

1. התורה בדבר עבירות השרשרת היא תורה נוקשה, הכופה עצמה על כל ענפי המשפט הרלוונטיים לסוג זה של עבירה. לא כן העבירה רבת הפריטים. זהו מושג גמיש אשר תחולתו נקבעת על פי התכלית המונחת ביסוד הסוגיה המשפטית הנוגעת בדבר.
2. על פי הדוקטרינה של עבירת השרשרת, כל חוליה בה מאבדת מאופייה כעבירה עצמאית. בעבירה רבת פריטים לעומת זאת, כל פריט עשוי לעמוד בפני עצמו וניתן להעמיד לדין בגינו בלבד. כל הפריטים יחד עומדים בפני עצמם וניתן להעמיד לדין בגין הפריטים בהצטרפותם לאחדות אחד.
3. עבירת השרשרת עשויה להימשך שנים רבות. בעבירה רבת הפריטים, במקרה הרגיל, יש אחדות של זמן ומקום ואין להתרחק יתר על המידה מנקודת המוצא של הזמן והמקום.

עקב הדברים האלו הגיע ברק למסקנה כי אין להכיר בקיומה של עבירת השרשרת בדין הישראלי.

העבירה רבת הפריטים והיקף תחולתה

כאמור, תחולתה של הדוקטרינה של העבירה רבת הפריטים אינה גורפת אלא מותנית בסוגיה העומדת על הפרק.

עיון בפסיקה מכלה כי אין להחיל לעניין. הדוקטרינה את דיני ההתיישנות או החנינה.

לעומת זאת, נקבע כי ניתן ליישם סוג זה של עבירה לעניין תחולה לפי מקום. כלומר, כאשר חלק ממעשיו של הנאשם בוצעו בארץ וחלקם האחר בוצעו בחו״ל, ניתן יהיה להעמידו לדין בישראל בגין כלל המעשים שביצע, אם מעשיו עולם כדי עבירה אחת רבת פריטים.

כאשר מדובר בעבירה אחת רבת פריטים, יש לגזור עונש אחד אשר כפוף לעונש המירבי הקבוע בצידה של העבירה. לעומת זאת, כשמדובר בסדרה של עבירות נפרדות, יש להרשיע על כל אחת מהן בנפרד, ולגזור עונש נפרד בגין כל אחת ואחת, אשר יכול שיצטבר מעבר לעונש המירבי הקבוע בצידה של העבירה הבודדת.

הפגיעה בעיקרון החוקיות והצורך בתיקון החוק

בחוק העונשין אין כל אזכור או אחיזה לדוקטרינה של עבירה רבת פריטים. הפיכת דוקטרינה זו להלכה קרתה בעיקר דרך פסיקה של ביהמ״ש העליון. האם קליטת הדוקטרינה דרך הפסיקה פוגעת בעיקרון החוקיות?

ב**פס״ד משולם**, קבע ברק כי קליטתה של דוקטרינת עבירת השרשרת פוגעת בפן המהותי של עיקרון החוקיות, אלא שלדעתו, חיסרון זה הוא לא די כדי לבטלה.

השופט אור חלק על כך כאשר קבע כי לא ניתן למחול במקרה זה על הפגיעה בעיקרון החוקיות. לטעמו עיקרון החוקיות חוסם את האפשרות לקלוט את שתי הדוקטרינות (עבירות שרשרת ועבירות רבות פריטים) למשפט הישראלי שלא בדרך של תיקון חוק.

למרות טיעונים כנגדה, בסופו של דבר נקלטה הדוקטרינה של עבירה רבת פריטים בפסיקה.

**פס״ד קוזירוב נ׳ מדינת ישראל:**

השופט חשין (פסקאות 2-3, 17-20):

המערער ושלושה מחבריו נכנסו בדרכי רמייה לביתו של איליה, היכו אותו, הפילו אותו ארצה, כפתו את ידיו וחסמו את פיו בסרט דביק ובסמרטוט. לאחר מכן רצו לגנוב מדירתו אך כשלא מצאו את הכסף אותו ציפו למצוא, אספו השלושה שני כרטיסי אשראי, שני פנקסי שיקים, כסף מזומן, תכשיטים, מחשב נייד, מצלמה, מצלמת וידאו, דיסקים וצרור מפתחות לרכב ולדירה.

לאחר מכן החלו השלושה לחנוק את אליה בכריכת כבל טלפון מסביב לצווארו, ולאחר מכן כשזה לא צלח, כרכו רצועה להולכת כלב סביב צווארו וחנקו אותו. גם זה לא הצליח, והמערער וחבריו נעצו באיליה סכינים ומברג עד שהרגו אותו. לאחר מכן. עזבו את הדירה.

שאלת החפיפה או ההצטברות שלעונשי מאסר תידון ותוכרע בנסיבות של כל מקרה ומקרה.

בפרשת דיין הורשע המערער בעבירת רצח לפי ס׳ 300(א)(3). בפרשת דיין לא הייתה כוונת תחילה לרצח.

בענייננו תכננו המערער וחבריו לרצוח את איליה. הם תכננו שתי עבירות – עבירת רצח ועבירת שוד וכל אחת מאלו היא נפרדת ומתקיימת בפני עצמה. עקב ההפרדה בין העבירות עולה ההצדקה לצבירת העונשים.

**פס״ד נאצר נ׳ מ״י:**

השופט א׳ א׳ לוי:

המערער ושותפיו לעבירה ניסו לבצע שוד כספים שיובילו מאבטחים של חברת ״ברינקס״ לסניף בנק בעיר טירה. בניסיון הראשון לא הגיע רכב המאבטחים למקום לכן דחו את הביצוע ליום למחרת. יום לאחר מכן הם שבו לזירה, כאשר בידי המערער רובה, בידי שניים מהשותפים האחרים אקדח ובידיו של השותף הרביעי מיכל גז. מאבטח הגיע למקום ובידיו אקדח, ואחריו ירד למקום ראש צוות (המנוח) כאשר גם בידו אקדח. לאחר שהוריד המנוח שני שקי כסף מהרכב בו הגיעו, החלו נאצר ואחד משותפיו לפתוח באש ופגעו חמישה קליעים במנוח. הוא נפל, מתבוסס בדמו.

טענתו המרכזית של המערער הייתה כי הודאה שנרשמה מפיו במהלך חקירתו נגבתה שלא כדין. נטען כי החוקרים הפעילו עליו לחץ נפשי ופיזי, הכו אותו ואיימו עליו, עד שנאלץ לאשר דברים שהושמו בפיו. ביהמ״ש המחוזי דחה טענה זו והשופט לוי תומך בדחיית הטענה.

לטעמו של השופט לוי המערער ידע את אשר מייחסים לו והיה ער על זכותו לשתיקה למרות שהדברים לא נאמרו כמקובל. המערער הוזהר כדין וידע על זכותו להיוועץ בסנגור.

**יורם רבין ויניב ואקי – דיני עונשין – פרק 12 – חפיפה בין עבירות (עמ׳ 369-372)**

״חפיפה בין עבירות״ – ״חפיפה בין יסודות עובדתיים של עבירות שונות״

כאשר מדובר בכמה מעשים שכל אחד מהם מצמיח עבירה נפרדת ניתן יהיה להרשיע את העושה בגין כל אחת מן העבירות שאותן ביצע וכן להטיל עליו עונש נפרד בגין כל עבירה שבה הורשע. מה קורה, אם כן, במצב של חפיפה בין עבירות? מצבים בהם אדם מבצע מעשה אחד שמצמיח כמה עבירות?

מדובר במקרים שבהם קיימת הצטברות של כמה עבירות שצומחות ממרכיב התנהגותי אחד המשותף לכולן. הן נוצרות בהצטרף רכיבים מתחום הרכיב הנסיבתי או התוצאתי לרכיב ההתנהגותי המשותף.

התשובה נמצאת בס׳ 186 לחוק סדר הדין הפלילי. פלר הסביר כי יש להבין את האמור בס׳ זה כעוסק במצב בו מדובר בריבוי עבירות שכולן בעלות רכיב התנהגותי משותף שהצמיח כמה עבירות. בהתאם לס׳ 186 ניתן להעמיד אדם לדין ולהרשיעו בגין כל אחת מהעבירות בנפרד אך להענישו פעם אחת. ניתן יהיה להענישו בגובה העונש המירבי הקבוע לעבירה החמורה ביותר. לפי פלר, אין מניעה מלהטיל עונש בגין על אחת מהעבירות בנפרד, ואולם העונשים ייטמעו זה בזה בכך שיחול רק העונש החמור מבניהם.

**גבריאל הלוי – דיני עונשין – כרך ב׳ עמ׳ 421-428**

סוכם למעלה (עמ׳ 7 לקובץ הסיכומים)

**יורם רבין ויניב ואקי – דיני עונשין – כרך א׳ – עמ׳ 383-415**

עקרון האשם ודרישת היסוד הנפשי

בעבר הייתה נשלטת השיטה הפלילית ע״י מה שקרוי כיום ״עקרון האחריות המוחלטת״. ברוב המקרים די היה בהוכחת ביצוע המעשה ע״י הנאשם וביסוס הקשר הסיבתי בינו לבין הפגיעה שאירעה כדי לבסס אץ אחריותו ולהצדיק את ענישתו. בהדרגה חדרה התפיסה על פיה מרכיב נפשי סובייקטיבי הוא תנאי לגיבוש יסודות העבירה הפלילית וכי אין זה ראוי להעניש אדם בשל מעשה שאינו מלווה באשם.

ניתן לומר כי בדרישה לקיומו של אשם מאפיינת כיום את כל שיטות המשפט הפלילי המודרניות.

עקרון האדם הרחב טומן בתוכו שני עקרונות:

1. אין עבירה ללא אשם (ללא יסוד נפשי ״אסור״) – מעשה ללא אשמה אינו יוצר עבריין. ניתן להבחין בין שתי צורות של אשם: אשם סובייקטיבי (מחשבה פלילית) ואשם אובייקטיבי (רשלנות). המחשבה הפלילית חמורה יותר ומאפיינת את הפרות החוק הבסיסיות והמסורתיות. היא בוחנת את התייחסותו הסובייקטיבית של הנאשם להתנהגותו, לנסיבותיה ולתוצאותיה. הרשלנות לעומת זאת, בוחנת את סוגיית האשם מהיבט אובייקטיבי בעיקרו. הטלת אחריות פלילית על אדם שלא חזה את תוצאת התנהגותו מקום שזו מהווה סטייה מסטנדרט ההתנהגות (האובייקטיבי) של אדם מן הישוב.
2. אין להטיל על אדם אחריות או עונש מעבר למידת אשמתו – עיקרון האשם מכתיב גם מידתיות. ניתן להבחין בין אשם חמור (מחשבה פלילית) לאשם קל (רשלנות). אין זה ראוי להטיל על אדם אחריות פלילית העולה על מידת אשמתו.

זיהוי עבירות הדורשות מחשבה פלילית

ס׳ 19 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת ״דרישת מחשבה פלילית״, קובע:

״אדם מבצע עבירה רק אם עשאה. במחשבה פלילית, זולת אם –   
(1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או

(2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה״

ס׳ 19 לחוק העונשין קובע מנגנון הממיין. את כלל העבירות לשלושה סוגים: עבירות הדורשות יסוד נפשי של מחשבה פלילית, עבירות המסתפקות ביסוד נפשי של רשלנות ועבירות של אחריות קפידה, שבהן פטורה התביעה מלהוכיח יסוד נפשי כלשהו.

אין כל קושי לקבוע את היסוד הנפשי הנדרש להוכחה במצבים שבהם העבירה מציינת אותו במפורש.

עבירה שאינה מציינת את היסוד הנפשי הנדרש להוכחה הינה עבירה הדורשת הוכחה של מחשבה פלילית.

המישור ההכרתי – דרישת מודעות

דרישת המודעות

תנאי ראשון להוכחתה של ״מחשבה פלילית״ הינו קיומה של מודעות לכל רכיביו של היסוד העובדתי. מכוח ס׳ 20(א) לחוק העונשין. יש להוכיח כי העושה היה מודע סובייקטיבית ״לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאת המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה״.

המודעות הסובייקטיבית של העושה לכל רכיביו של היסוד העובדתי היא המכנה המשותף לכל צורות המחשבה הפלילית – עבירות התנהגותיות, עבירות תוצאתיות ועבירות מטרה.

חוק העונשין אינו מגדיר את ה״מודעות״ כנראה מתוך הנחה כי מדובר במושג בסיסי שאמור להיות מובן לדוברי השפה או לעוסקים בפרשנות החוק. ניתן לומר בצורה מופשטת כי כוונת המחוקק הייתה כנראה למודעות במובן של ידיעה, ולא במובן של הכרה.

בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של חוק העונשין ובו היסוד הנפשי בעבירה בא לידי ביטוי במונח ״זדון״ או ״מזיד״ יהיה היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה ״מודעות״.

שאלה העולה היא מה בדיוק יש להוכיח כדי לבסס עבירה של מחשבה פלילית אשר נגרמה על דרך של מחדל? קרמניצר ושגב מסבירים כי כאשר מדובר בעבירה על דרך של מחדל, אין די בכך שהעושה מודע לכל רכיביו של היסוד העובדתי המתקיימים, אלא שעליו להיות מודע גם לנתונים העובדתיים המצמיחים את החובה לפעול. המחדל הוא ככלל, בעל אופי מתמשך בזמן, ותכונה זו מעוררת את השאלה העיקרית והיא המועד שבו חייב להתקיים היסוד הנפשי.

המחשבה הפלילית, באופן כללי, ומודעות באופן מיוחד, מהוות הלך נפש אשר הוכחתו עלולה לעורר בעיות ראייתיות. לאור כך, לצורך הוכחתה של המודעות עשוי בית המשפט להיזקק לחזקות ראייתיות, עובדתיות, הנסמכות על ניסיון החיים ועל השכל הישר. עם אלה נמנית חזקת המודעות הכללית שלפיה חזקה היא כי אדם מודע לרכיבי היסוד העובדתי בעבירה שביצע, לרבות לאפשרות התרחשותה של התוצאה הטבעית העשויה לצמוח ממעשיו.

עצימת עיניים כתחליף למודעות

בישראל, מעוגנת הדוקטרינה של ״עצימת עיניים״ בס׳ 20(ג)(1) לחוק העונשין, אשר קובע כך: ״רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם״.

ס׳ 20(ג)(1) לחוק העונשין הוא בעל תחולה כללית, ומעצם מיקומו בס׳ 20 לחוק שבחלק הכללי של חוק העונשין, הוא חל על כל העבירות של מחשבה פלילית, אלא אם נקבע אחרת בחוק או בפסיקה.

עצימת עיניים מהווה למעשה, תחליף למודעות, אך יש לשים לב, בהתאם להסדר, כי עצימת עיניים מהווה תחליף למודעות לרכיבים ההתנהגותי והנסיבתי אך אינה מהווה תחליף כלפי אפשרות הגרימה של תוצאות המעשה. נראה כי חשד לאפשרות של גרימת התוצאה כלול כבר בדרישה למודעות לאפשרות של גרימת התוצאה, ולכן מתייתר הצורך לגבי החלת הדוקטרינה על הרכיב התוצאתי.

מצב נפשי של עצימת עיניים הוא כמו מודעות בעיני החוק, והוא נעוץ בהימנעות מלבחון ולבדוק מצב דברים שלגביו עשוי להיות חשד כי אסור הוא. מצב של עצימת עיניים מתקיים כאשר הנאשם חשד בנוכחותה של העובדה הנדונה אך נמנע מלחקור בדבר, הואיל ו״לא רצה לדעת״.

כאשר הנסיבות מעלות חדש לגבי מצב דברים אסור, שומה על הפרט לוודא את המצב לאשורו בטרם יבצע את המעשה, ואין הוא רשאי להישען על אי הידיעה הפורמאלית ולהסתתר מאחוריה, גם אם הוא מתקשה לערוך את הבירור עובר למעשה (השופט בייסקי).

הדוקטרינה של עצימת עיניים מעוררת מספר סוגיות.

1. נשאלת השאלה באשר לאופיו של החשד. האם החוק, לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, מכיר ב״חשד אובייקטיבי״ או ב״חלל תודעתי״? על החשד להיות אישי-סובייקטיבי, ואין להסתפק בחשד שהיה מתעורר בליבו של אדם מן היישוב. גישה זו מתיישבת עם תפיסת המחשבה הפלילית הסובייקטיבית שבתיקון 39 לחוק העונשין. עם זאת, ניתן למצוא בפסיקה של ביהמ״ש הנוגעת לעבירות מין, הכרה במצב של ״חלל תודעתי״ כמקיים את דרישת החשד בסעיף. בהתאם לגישה זו כאשר הדברים נוגעים לעבירות מין, אין הפסיקה מאפשרת לעושה ליהנות מחלל תודעתי, ועל העושה לברר באופן אקטיבי אם הקורבן מסכימה למעשה. חובה זו לברר לא קמה רק במקרה של חשד אלא תמיד. לטעם כותבי הספר אין להסכים עם גישה זו. המחשבה הפלילית, במישור ההכרתי שלה, הינה מודעות. מודעות היא מושג סובייקטיבי ובינרי וניתן לדבר על קיומה או על היעדרה, והתחליף השקול לה הינו עצימת עיניים. היעדרה של מודעות או היעדרו של חשד לקיומה של נסיבה משמעם אי מודעות וזו יכולה להוליד לכל היתר יסוד נפשי של רשלנות.   
   לדעתם של כותבי הספר, הכרה במסגרת עצימת עיניים ב״חשד אובייקטיבי״ או ב״חלל תודעתי״ מהווה חריגה לא מוצדקת מהתפיסה הסובייקטיבית של המחשבה הפלילית, והרחבת האחריות הפלילית לעבר תחומים אלה מהווה פגיעה בעקרון החוקיות, באשר אין היא מבוססת על לשון החוק. לפיכך, מקום שלא התקיימו אצל העושה עצמו, לא מודעות ולא חשד שהנסיבות מתקיימות אין להרשיעו. אין זה משנה אם היעדר המודעות והיעדר החשד נבעו מאמונה פוזיטיבית מוטעית (טעות סובייקטיבית) או מכך שהאפשרות שהנסיבה קיימת לא עלתה כלל על דעתו של הנאשם (חלל תודעתי).
2. מתעוררת השאלה באשר לרמת החשד הנדרשת לצורך יישום הדוקטרינה בדבר ״עצימת עיניים״. בתשובה לשאלה זו אין אחידות בדעות. פלר כתב כי החשד צריך להיות רציונלי, כזה שיש לו אחיזה במציאות הנוגעת לעניין, ואין די בחשד תיאורטי ובלתי מבוסס. נראה כי הפסיקה אימצה, לאחר תיקון 39 לחוק, את הדעה כי לעניין עצימת העיניים יש להוכיח ״חשד ממשי, מעשי, רציונאלי, ואין להסתפק בחשד מופרך, שאין לו אחיזה במציאות״.
3. מתעוררת השאלה מהי משמעות הביטוי ״אם נמנע מלבררם״. נדרש כי לעושה יהיה חשד סובייקטיבי של ממש, אולם הוא ייחשב כמודע רק אם נמנע מלברר אודות אותו חשד. קיומו של חשד מטיל על האדם את החובה לברר ולבדוק את המצב עובר לביצוע מעשהו (שאם לא כן ייחשב כמודע). קיומה של החובה לברר עלולה להוליד מספר מצבים שונים:
4. אם קיים חשד, או כל עוד לא הוסר החשד, אל לו לעושה לפעול.
5. אם החושד מבצע בירור וחושד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר קיום הנסיבות מתברר כמוצדק, אם יבצע את המעשה הוא ייחשב כבעל מודעות של ממש מכוח ס׳ 20(א).
6. אם החושד מבצע בירור וחשדו הופרך, בין מכיוון שחשדו היה באמת בלתי מוצדק מלכתחילה ובין שהבירור גרם לו לחשוב בטעות (כנה) כי טעה לגבי החשד (אף אם לא טעה), הרי לא ניתן לייחס לו מודעות (מחשבה פלילית).

השופט חשין קבע ב**פס״ד הר-שפי** כי הדוקטרינה שמאפשרת להחליף את דרישת המודעות ב״עצימת עיניים״ אינה חלה על עבירת ״אי מניעת פשע״. מבחינה לשונית פורמאלית, בהתאם להוראות החלק הכללי של חוק העונשין, עבירת ״אי מניעת פשע״ אינה דורשת בהכרח הוכחה כי החודל ״ידע״ שפלוני זומם לעשות מעשה פשע. ניתן להסתפק בהוכחה כי החודל חשד בפלוני זומם לעשות פשע אך נמנע מלברר. השופט חשין דחה מהלך לשוני זה וקבע במפורש כי כדי להטיל אחריות בגין אי מניעת פשע אין להסתפק בחשד כי אחר מתכנן לבצע פשע, ויש לתבוע ״ידיעה ברורה ונקייה״, וזאת מכוח ארבעה טעמים עיקריים:

1. העבירה של אי מניעת פשע הינה בעלת אופי מיוחד. רכיב הידיעה הוא הרכיב המכונן של העבירה, הוא מקים חובה לפעול ולנקוט את כל האמצעים הסבירים למניעת ביצועו או השלמתו של מעשה פשע. מקומו המיוחד של יסוד הידיעה מחייב לצמצם את היסוד הנפשי לידיעה בלבד.
2. הסתפקות בעצימת עיניים במקרים של מחדל אינה מובנת מאליה. המושג ״עצימת עיניים״ מטיל על החודל נטל נוסף – לברר אם מצב הדברים העובדתי הוא כזה המחייב אותו לפעול.
3. לאדם יש קושי אמיתי לברר מה זומם האחר. מחשבות של אחרים נמצאות בליבם בלבד, והתביעה לבררן היא תביעת הבלתי אפשרי.
4. לחובת הפעולה לברר יש מחירים חברתיים. היא הופכת את החברה לחברה של ״אדם לאדם – בלש״.

קרמניצר, לעומת חשין, דובק בעמדה כי דווקא ראוי להחיל את הדוקטרינה של עצימת עיניים על האיסור של אי מניעת פשע. כלומר, יש להסתפק בחשד שאחר עומד לבצע פשע, ולא לתבוע מודעות מלאה על כך, וזאת בהסתמך על מספר טעמים:

1. תביעותיו של החלק הכללי של חוק העונשין, המאפשר במפורש את החלת הכלל של עצימת עיניים על עבירת ״אי מניעת פשע״.
2. לא תהיה בדרך כלל ידיעה מלאה כי אחר עומד לבצע פשע, אלא חשד בלבד.
3. יש להימנע מלתמרץ התעלמות מחשד.
4. מן הראוי שדין אחד יחול על מקרים דומים.

על פי הפסיקה, יכול להיות שתידרש רמת מודעות שונה בין עבירה לעבירה, ובהתאם למידתה ייקבע אם חשד ממשי (בלא לברר אודותיו) מהווה תחליף הולם לאותה מודעות הנדרשת בפועל. כלומר, יש לבדוק בכל עבירה לעצמה אם חלה הדוקטרינה של ״עצימת עיניים״.

המישור החפצי – פזיזות וכוונה

המחשבה הפלילית בעבירות תוצאתיות

הסיפא של ס׳ 20(א) קובעת כי בעבירות תוצאתיות יש להוכיח, נוסף על הוכחתה של מודעות לכלל רכיבי היסוד העובדתי – גם אחת מאלה (מישור חפצי-רגשי):

1. כוונה – במטרה לגרום לאותן תוצאות;
2. פזיזות שבאחת מאלה:
3. אדישות – בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;
4. קלות דעת – בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.

ההבחנה בין שלוש צורות אלה באה לידי ביטוי רק ביחס הרצוני כלפי התוצאות. הצורה החמורה בין צורות המחשבה הפלילית היא ״כוונה״, שמשמעותה מטרה לגרום לאותה תוצאה מזיקה המנויה בדרישת היסוד העובדתי של העבירה. צורה חמורה פחות היא פזיזות, הכוללת שתיים: ״אדישות״ - שוויון נפשי כלפי אפשרות גרימת התוצאה ו״קלות דעת״ – הצורה הקלה ביותר במישור החפצי של המחשבה הפלילית, שמשמעותה נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה בתקווה להצליח למנוע אותה.

קלות דעת

בעבירה הדורשת הוכחה של ״קלות דעת״ יש להוכיח שני רכיבים מצטברים: את מודעתו של העושה לכל פרטי העבירה השונים, ויחס חפצי מסוג של קלות דעת, לפי ס׳ 20(א)(2)(ב) לחוק.

המושג קלות דעת מעורר שתי שאלות עיקריות:

1. כיצד יש להגדיר קלות דעת?   
   משמעותה של קלות דעת היא נטילה מודעת של סיכון בלתי סביר, תוך כדי צפייה אפשרות לגרום את התוצאות המזיקות ותקווה להצליח למנוען.
2. באילו עבירות של מחשבה פלילית ניתן להסתפק ברכיב החפצי הקל של קלות דעת?   
   הכלל הוא שבעבירות תוצאתיות, שאינן מגדירות יסוד נפשי, ניתן להסתפק בקלות דעת לשם הרשעה. בעבירות רגילות, שאינן מגדירות יסוד נפשי ניתן להסתפק בקלות דעת כלפי התוצאה.

אדישות

פזיזות מסוג של ״אדישות״ הינה צורה של פזיזות, שהינה חמורה יותר מקלות דעת אך קלה יותר מכוונה. בעבירה הדורשת הוכחה של אדישות יש להוכיח את מודעותו של העושה לכל פרטי העבירה השונים, המהווה את תשתית המחשבה הפלילית, ויחס חפצי מסוג של ״אדישות״.

אין להסתפק בקלות דעת, ועולה חובה להוכיח אדישות, רק בעבירות הדורשות זאת במפורש.

כיום, אין במשפט הישראלי עבירות נפרדות של ״אדישות״ ועבירות נפרדות של ״קלות דעת״, אלא עבירות של פזיזות, העשויות להתבטא הן בקלות דעת והן באדישות.

כוונה

בעבירה הדורשת הוכחה של ״כוונה״ להתרחשות התוצאה, עלינו להוכיח את מודעותו של העושה לכל פרטי העבירה השונים, המהווה את תשתית המחשבה הפלילית ויש להוכיח יחס חפצי מסוג של כוונה (״במטרה לגרום לאותן תוצאות״).

עקב תיקון 39 לחוק העונשין יש הבחנה בין שני סוגים של כוונה:

1. כוונה אשר מתייחסת לתוצאת המעשה הנמנית בהגדרת העבירה.
2. כוונה אשר אינה מתייחסת לתוצאת המעשה. כוונה זו תתפרש כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה, ונהוג לכנות עבירות מסוג זה ״עבירות מניע״/ ״עבירות מטרה״/ ״עבירות של כוונה מיוחדת״.

**עמ׳ 525-541 – עיקרון המזיגה**

מהות העיקרון

עקרון המזיגה מחייב כי היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של העבירה יתקיימו זה לצד זה בעת ובעונה אחת. עקרון המזיגה מכוון למנוע את התגבשותה של האחריות הפלילית במצבים בהם התקיימו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי הדרושים להוכחת העבירה, אך ללא קשר ענייני בניהם. לשם כך, נקבעה דרישת המזיגה הקובעת זיקת עיתוי בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי המחייבת חפיפה. מבחינת זמן התגבשותם של היסודות השונים. מטבע הדברים, עקרון המזיגה הינו עיקרון נדרש ורלוונטי רק בעבירות הדורשות מחשבה פלילית.

יש הסבורים כי לשם הגשמת תכליתו של עקרון המזיגה ולצורך בחינת הקשר הענייני בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי, יש לדרוש קיומם של שני תנאים:

1. זיקת עיתוי – חפיפה בזמן בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי.
2. זיקה עניינית – יחס של תולדה בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי, כאשר זה מתקיים רק במצב בו היסוד העובדתי נובע מהיסוד הנפשי. ניתן לראות בתנאי זה סוג של זיקה סיבתית.

עיקרון המזיגה לפי תיקון 39 לחוק העונשין – קליטתו של העיקרון והביקורת עליו

עקרון המזיגה המודרני נקלט בדיני העונשין של ישראל כתנאי מחייב לקיומה של אחריות פלילית. פלר מתח בספרו ביקורת נוקבת כלפי קיומו של העיקרון ככלל מחייב. פלר קרא לביטולו של עיקרון המזיגה, בעיקר מהטעם ששאלת התלות בין מרכיבי העבירה צריכה להיקבע, לשיטתו, בהגדרת העבירה עצמה.

במקביל לעיגונו של העיקרון ככלל מחייב בשיטת המשפט הישראלית, הגמישה הפסיקה הישראלית את העיקרון, בלי לבטלו, כדי להתמודד עם הקשיים השונים שהציב.

עיקרון המזיגה לאחר תיקון 39 לחוק העונשין – שאלת מעמדו

תיקון 39 לא כולל הוראה כלשהיא או אזכור כלשהו לעניין קיומו של עיקרון המזיגה.

תיקון 39 מתיימר לשמש מעין ״חלק כללי״ שלם בעל אופי של קודקס, והיעדרה של הוראה בדבר עקרון המזיגה מעיד לכאורה על אי קיומו. פלר היה אחד מהוגי ומנסחי תיקון 39 לחוק העונשין, לכן אפשר להבין, עקב התנגדותו לעקרון המזיגה, מדוע אין אזכור אליו בתיקון.

תהיה אשר תהיה הביקורת נגד קיומו של עקרון המזיגה, בתי. המשפט בישראל ממשיכים להכיר. בקיומו כתנאי לביסוסה של אחריות פלילים גם לאחר התיקון.

גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, התייחסו בתי המשפט לדרישה בדבר זיקת העיתוי בלבד, והדגש הושם על בחינת הזהות בזמן בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי.

פירוט העיקרון והגמשתו ע״י הפסיקה

פירוט העיקרון

באופן מפורט, ומבחינת החלוקה של היסוד העובדתי לרכיביו, ניתן לתאר את עיקרון המזיגה כך:

1. דרישה שלפיה העושה יהיה מודע להתנהגות בעת ביצועה. אם מדובר בעבירות תוצאה, גם דרישה כי הרכיב התוצאתי יתקיים בו זמנית לכוונה. או לפזיזות אצל העושה.
2. דרישה שלפיה בעת התקיימותו של הרכיב הנסיבתי יהיה העושה מודע לקיומו. בפסיקה הישראלית על היסוד הנפשי ללוות את הרכיב ההתנהגותי בלבד.
3. אין מקום להחיל את עיקרון המזיגה עם הרכיב. התוצאתי, אשר יכול להיות מושלם רק בחלוף זמן מאז ביום ההתנהגות.

החלה נוקשה של עיקרון המזיגה בחיי המעשה הובילה לא פעם לתוצאות המנוגדות לתחושת הצדק. הפסיקה הישראלית יצרה ״מבנים משפטיים״ שבאמצעותם הוטלה אחריות גם בהיעדר מזיגה.

עבירות מתמשכות

כשברור שהיסוד הנפשי התגבש רק לאחר שהרכיב ההתנהגותי של העבירה כבר הושלם, וכאשר בשעת האירוע חסרה לנאשם מחשבה פלילית, יימצא העושה פטור מאחריות מחמת היעדר מזיגה בין יסודות העבירה.

במקרים בהם מתבטא הרכיב ההתנהגותי בהתנהגות נמשכת (עבירות החזקה, למשל) ניתן לראות את עיקרון המזיגה כמתקיים גם אם היסוד הנפשי הצטרף בשלב מאוחר יותר, וכל עוד ההתנהגות נמשכת.

לטעמם של כותבי הספר יש לתמוך מטעמים של הקפדה על עיקרון החוקיות ואימוץ פרשנות מצמצמת לטובת הנאשם, בפרשנות על פיה העבירה מתגבשת רק מעת צירוף המחשבה הפלילית.

דרך אחרת להתמודד עם בעיית המזיגה במצב של התנהגות אסורה שקדמה למחשבה הפלילית הינה באמצעות הרטוריקה של מחדלים. ברור כי תובנה זו אינה מעוררת כל בעיה של היעדר מזיגה, אך היא מותנית באיתורה של חובת ״עשה״ מתאימה.

התנהגות חופשית במקור

דוקטרינת ״הפעולה החופשית במקור״ היא דוקטרינה על פיה מי שפעולתו הראשונית נעשתה מבחירה חופשית לא יהיה פטור מאחריות פלילית אם הכניס עצמו למצב שבו, כביכול, לא הייתה לו בחירה לעשות את המעשה אם לא.

הדוקטרינה נועדה לאפשר את ייחוסה של האחריות הפלילית למי שהביא עצמו – מבחירה חופשית ומודעת – למצב בו לא ניתן לייחס לו כביכול מחשבה פלילית. תנאי להחלת דוקטרינה זו הוא קיומו של יסוד נפשי אצל העושה טרם הכניסה למצב שבו לא יכול היה לגבש מחשבה פלילית. הדוקטרינה מבססת פיקציה משפטית של בו זמניות באמצעות מתיחת היסוד הנפשי על ציר הזמן עד לתחילת ההתנהגות הבלתי מודעת או הבלתי רצונית (למשל, טענת השכרות כסייג לאחריות פלילית – מצב בו אין פטור מאחריות פלילית).

סדרת פעולות עם מטרה אחת

ישנם מצבים בהם היסוד הנפשי של העבירה התחיל והסתיים בטרם התגבש סופית היסוד העובדתי של העבירה הספציפית. בשלב הראשון מתקיים על ציר הזמן יסוד נפשי ללא יסוד עובדתי של העבירה הספציפית, ואילו בשלב בשני, מתקיים היסוד העובדתי רק לאחר שהיסוד הנפשי הסתיים.

לכאורה ניתן להשקיף על הבעיה המוצגת כעל בעיה מורכבת של קשר סיבתי בין הרכיב ההתנהגותי לבין הרכיב התוצאתי. ניתן לדחות את ״טענת הגנה״ זו עקב הסיבה שישנה זהות בין העושה של ההתנהגות האסורה לבין הגורם המתערב (המנתק את הקשר הסיבתי).

על מנת לפתור מצב זה נקבע כי גם אם הרכיב ההתנהגותי המיוחד לעבירה בוצע לאחר גמר היסוד הנפשי, ניתן. לראות בו חלק בלתי נפרד מסדרת פעולות בעלות תכלית אחת.

**פס״ד ג׳מאמעה נ׳ מ״י:**

סוכם בעמוד 20 לקובץ סיכום החומרים.

**פס״ד טייב נ׳ מ״י**

רקע:

המערער, פיזיותרפיסט במקצועו, הואשם בביצוע אונס ומעשה סדום במטופלת שלו במהלך עיסוי שנתן לה. העובדות העומדות ברקע האישום הן שבסוף עיסוי ממושך נשכב לצדה של המתלוננת, ותוך שניות ספורות חשף את איבר מינו מול פניה, החדירו לפיה, החדיר את ידו לאיבר מינה, והגיע לפורקן. המתלוננת העידה כי לא הצליחה לפעול בתושייה, חשה כנועה ונתנוה למרותו של המערער, ומילאה אחר הוראותיו.

ביהמ״ש המחוזי זיכה את המערער מעבירות אינוס ומעשה סדום לאחר שנקבע כי נשאר ספק שמא האמין המערער בטעות – לטענתו – שהמתלוננת מסכימה למעשיו, והרשיע את המערער בעבירה של מעשה מגונה בהסכמה שהושגה במרמה. עיקר הדיון בערעור סב על ערעורה של המדינה כנגד הזיכוי מאינוס וממעשה סדום.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט אנגלרד פסקאות 1-11, 26-32):

ישנם שני ערעורים במקרה זה. ישנו הערעור של המדינה כנגד זיכוי הנאשם מעבירות של אינוס ושל מעשה סדום וישנו הערעור של המערער כנגד הרשעתו בעבירה של מעשה מגונה וכנגד חומרת העונש.

הייתה בפסיקה הסכמה כי נטילת הסיכון שהמתלוננת אינה מסכימה למעשה הבעילה, חרף הידיעה על קיומו של הסיכון, מהווה יסוד נפשי מספיק לצורך הרשעה בעבירת אינוס. השופטת בן פורת סברה כי זו בדיוק משמעותה של הפזיזות.

יש הטוענים כי דוקטרינת ״עצימת העיניים״ ייחודית רק לעבירות הדורשות ידיעת מצב הדברים לאשורו, להבדיל ממודעות לאפשרות קיום אותו המצב. לדעתם, עצימת העיניים דורשת רמת חשד גבוהה יותר מפזיזות.

פלר העניק לדוקטרינת ״עצימת העיניים״ משמעות רחבה יותר – התעלמות מודעת מאפשרות קיומה של נסיבה עקב חשד שמא היא מתקיימת והימנעות מבדיקת המצב בירורו. לטעמו של פלר אין דרישה כי החשד יהיה ברמה גבוהה.

בתיקון 39 צחוק העונשין התקבלה גישת של פלר באשר למשמעותם של ״עצימת עיניים״ ו״פזיזות״.

עבירת האינוס היא עבירה של מחשבה פלילית, כלומר, מודעות של הנאשם לטיב המעשה ולקיום הנסיבות. לאחר תיקון 39 אין עוד מקום להבחנה בין מודעות לבין פזיזות לגבי נסיבות העבירה.

מנוסח החוק עולה מפורשות כי לצורך ״עצימת עיניים״ אין נדרש חשד ברמה גבוהה ודי בחשד ממשי. ״עצימת העיניים״ בהקשר של עבירות האינוס מתפרסת גם על חוסר אכפתיות לשאלה אם המתלוננת מסכימה לבעילה או לא.

דוקטרינת ״עצימת העיניים״ מתפרסת גם על פני ״חלל תודעתי״ או ״חלל הכרתי״. חלל תודעתי הוא אדישות לשאלה אם ההסכמה קיימת או לא, ללא הקדשת מחשבה בעניין זה ונטילת סיכון במודע כי ההסכמה אינה נתונה.

על החומרה האנטי חברתית שב״עצימת עיניים״ עמד פלר.

**פס״ד אזולאי נ׳ מ״י**

רקע:

המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בחיפה באינוס. ההרשעה הייתה ברוב דעות. המערער לא הכחיש כי קיים יחסי מין עם המתלוננת. עם זאת, גרסתו הייתה כי המתלוננת היא שיזמה את קיום יחסי המין ושיתפה עמו פעולה באופן מלא.

על המערער נגזרו שש שנות מאסר, מתוכן ארבע שנים לריצוי בפועל, והיתרה מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, שלא יעבור אחת מן העבירות המוגדרות בס׳ 345-348 לחוק העונשין. כן חויב המערער בתשלום פיצויים בסך של 6,000 ש״ח למתלוננת. בפנינו ערעור כנגד ההרשעה ולחלופין כנגד חומרת העונש.

פסק הדין של בית המשפט העליון (השופטת בייניש – פסקאות 1-3, 15-16):

לגבי ס׳ 20(ג)(1) לחוק העונשין הובעה הדעה כי יש מקרים בהם מוצדק שעושה, החושד באפשרות התקיימותה של נסיבה, ייטול את הסיכון שהנסיבה מתקיימת, אף בלא שיברר את חשדו.

בקרב המלומדים הובעה ביקורת על כך שס׳ 20 לחוק העונשין לא הבחין בין רמות שונות של מודעות פלילית, אשר תחול בהתאם למהותה ולחומרתה של כל עבירה.

אכן, יכולה להתקיים עבירה של מחשבה פלילית אשר נוכח מהותה ומאפייניה, אין זה ראוי להסתפק במסגרתה בחשד ממשי כתחליף למודעות בפועל (למשל, אי מניעת פשע – בה קיימת דרישה לידיעה ממשית של התקיימות הנסיבות).

מצד אחת עומדת לשונו המפורשת של החוק ומצד שני יתכנו מצבים שונים העשויים להצדיק דרישת מודעות ברמה שונה כלפי הנסיבות, הכל על פי ההגדרה של כל עבירה ועבירה כל פי תכליתו של האיסור הפלילי.

בנוגע לעבירת האינוס, הוכחת קיומו של חשד ממשי מצד הנאשם בדבר התקיימות הנסיבה ״שלא. בהסכמתה החופשית״, בלא שהנאשם בירר חשד זה עובר למעשה האישות, ומהווה תחליף הולם לדרישת המודעות בפועל.

הדרישה כי נאשם, שבליבו חשד ממשי שמא האישה אינה מעוניינת בקיום יחסי מין עמו, יברר את הסכמת האישה עובר למגע המיני, אינה מהווה דרישה מוגזמת.

עקב קיומו של הצורך בהגנה על אוטונומיות הרצון החופשי של האישה, כבודה ושליטתה על גופה, מוצדק לדרוש כי כאשר מתעורר חדד ממשי בליבו של גבר בדבר העדר הסכמתה של האישה למגע המיני, תוטל עליו חובה לברר את חשדו.

קיימת הצדקה לטעמה של השופטת בייניש, לראות בחשד ממשי בדבר העדר הסכמתה. של אישה, תחליף הולם לידיעה של ממש במסגרת עבירת האינוס.

במקרה דנן הוכח כי המערער לפחות חשד ברמה גבוהה, שהמתלוננת אינה מסכימה לקיום יחסי מין עמו, אך בחר להתעלם מחשד זה בלי לבררו. בכך עצם המערער את עיניו בפני התקיימותה של הנסיבה ״שלא בהסכמתה החופשית״ ולכן הוא כמי שהיה מודע לאי הסכמתה של המתלוננת.

קיום יחסי מין בהסכמה עשוי להיות תוצאה של דינמיקה המתפתחת ליחסי קרבה, גם אם קדם לכך סירוב מילולי מצד אישה. זהו אותו תהליך של ״שינוי לבבות״. אולם קיומה של אפשרות זו אינו ממעיט מתוקפה וממשמעותה של הבעת אי הסכמה מילולית. בהוכחת ביטוי מילולי של אי הסכמה מצד האישה, מוכיחה התביעה לכאורה, הן את הנסיבות של אי ההסכמה והן את עובדת הבאתה למודעותו של הנאשם. לאחר אמירת ה״לא״ המפורשת של המתלוננת בעת שהחל המערער לבצע את זממו, ״קפאה״ המתלוננת ולא עשתה דבר ממנו יכול היה להסיק המערער כי שינתה את דעתה וכי הסכימה להמשך המגע הגופני.

למילותיה המפורשות נצטרפו התנאים ששררו במקום, הבידוד ועובדת השלטת רצונו של המערער על המתלוננת במהלך כל האירועים שקדמו למעשה המיני. בנסיבות אלה, לא יכול היה המערער להסיק מהתנהגותה של התלוננת הסכמה למעשיו.

**פס״ד הר-שפי נ׳ מ״י**

רקע:

המערערת הורשעה בבימ״ש השלום בעבירה של אי מניעת פשע בגין אי נקיטת אמצעים כלשהם למניעת רציחתו של ראש הממשלה יצחק רבין ז״ל ע״י יגאל עמיר, לאחר שידעה על כוונתו לבצע פשע זה (ס׳ זה עניינו באדם היודע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ואינו נוקט את כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו של אותו פשע). ערעורה לביהמ״ש המחוזי נדחה. המערערת טענה כי לא ידעה על כוונתו של יגאל עמיר לבצע את הרצח. מכאן הערעור.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט חשין – פסקאות 26-40):

ס׳ 20 לחוק העונשין מרכז עצמו בנושא היסוד הנפשי בעבירה – במחשבה הפלילית. מושג המפתח לענייננו הוא ב״מודעות״. כך הוא בעבירות התנהגות, והעבירה של אי מניעת פשע עבירת התנהגות היא. ״מודעות״ לטיב המעשה ולקיום הנסיבות – אף חשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות במשמע, והוא אם נמנע אדם מלבררם. חשד בדבר טיב התנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות שקול למודעות.

בהחלתה של דוקטרינת ״עצימת עיניים״ ניתן לומר כי מושג ה״ידיעה״ כוללת לא רק ידיעה פשוטה כמשמעה אלא חשד אף הוא.

עבירה פלילי נחלקת לשני יסודות עיקריים: היסוד העובדתי והיסוד הנפשי. לטעמו של חשין, מודעותו של ראובן לכך שפלוני זומם לעשות מעשה פשע – בצד המודעות לכך שאין הוא נוקט אמצעים למנוע את עשיית המעשה או את השלמתו – היא יסוד נפשי בעבירה, בעוד שאר הרכיבים הינם רכיבים עובדתיים בעבירה. כשאנחנו מדברים על מצב ההכרה ועל תודעתו של מבצע העבירה העניין הוא ביסוד נפשי. כשאנחנו מדברים על מצב ההכרה ובתודעתו של הזולת אנחנו מדברים על רכיב עובדתי.

ס׳ 20(א) לחוק העונשין מורה אותנו כי מחשבה פלילית כוללת מודעות לקיום הנסיבות הנמנות עם פרטי העבירה.

אופייה של עבירת המחדל אי מניעת פשע מחייב אותנו לנהוג. בזהירות יתר בפירושו של מושג הידיעה בה. מקומו המיוחד של יסוד העבירה מחייב לצמצמו לידיעה בלבד, פשוטה כמשמעה. כלומר, רק אם מתרשם אדם ברצינות – ועל יסוד ראיות של ממש – כי פלוני זומם לעשות מעשה, רק אז נוכל לומר כי אותו אדם ״יודע״ על זממו של פלוני. ראוי שהידיעה תהיה ברורה ונקייה ותהיה רחוקה מחשד גרידא.

אם נרחיב את הפרשנות לכדי ״חשד״ המסקנה הנדרשת היא שהחוק מטיל נטל על אדם לברר פשר חשד שעלה בליבו ואם לא בירר – או אם העלה הבירור חרס בידו – שומה עליו לעמוד בנטל המוטל עליו, קרא לעשות, לנקוט את כל האמצעים הסבירים וכו׳. במילים אחרות, אנחנו מטילים על אדם נטל של עשייה – למניעת עשייתו או השלמתו של מעשה פשע – גם אם רק חודש הוא כי לפוני זומם לעשות מעשה פשע ואף שאין בידו ידיעה של ממש על המזימה.

בעבירות הנסבות על עשיית מעשה ניתן להבין ולהצדיק החלתו של מושג הידיעה על עצימת עיניים. לא כך הם הדברים בעבירות מחדל. מבחינה נפשית ובעצם מכל בחינה שהיא, קשה יותר לעשות מעשה לבירור אמיתתו של חשד מאשר לחדול ולא לעשות מעשה בעבירת מעשה.

לטעמו של חשין, הדרך הראויה אפוא, תהיה בצמצום החתה של הוראת ס׳ 20(ג) – עצימת עיניים – על העבירה של אי מניעת פשע.

**יורם רבין ויניב ואקי – דיני עונשין – כרך א׳ – עמ׳ 414-429**

כוונה

כוונה היא הצורה החמורה ביותר של שאיפה לתוצאה הקבועה בס׳ 20 לחוק העונשין. בעבירה הדורשת הוכחה של ״כוונה״ להתרחשות התוצאה, יש להוכיח את מודעותו של העושה לכל פריטי העבירה השונים, מהווה את תשתית המחשבה הפלילית בהתאם לס׳ 20(א) לחוק, וכן, בנוסף, יחס חפצי מסוג של כוונה, המוגדר בס׳ 20(א)(1) לחוק: ״במטרה לגרום לאותן תוצאות״.

אחרי תיקון 39 לחוק העונשין, ישנה הבחנה בין שני סוגים של יסוד נפשי של ״כוונה״. הראשון עוסק בכוונה אשר מתייחסת לתוצאת המעשה הנמנית בהגדרת העבירה, והשני עניינו בכוונה אשר אינה מתייחסת לתוצאת המעשה.

בהתאם לס׳ 20(א)(1) לחוק העונשין, כוונה מהסוג הראשון הינה היסוד החפצי הנדרש בעבירות תוצאתיות מסוימות.

בהתאם לס׳ 90א(2) לחוק העונשין, כוונה המשתייכת לסוג השני, תתפרש כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה, ונהוג לכנות עבירות מסוג זה ״עבירות מטרה״, ״עבירות מניע״ או ״עבירות של כוונה מיוחדת״.

היסוד הנפשי של מטרה

הדין לגבי עבירות הדורשות יסוד נפשי של מטרה

בהתאם לפסיקה, בעבירות מטרה, הרכיב הנפשי מתאר רצון להשגת יעד שאיננו חלק מרכיביה העובדתיים של העבירה. בעבירות שונות מצוין הרכיב הנפשי של המטרה או המניע באמצעות הביטוי ״כדי״ (למשל, עבירה של הסגת גבול, ס׳ 445 לחוק העונשין – ״כדי להפחיד מחזיק בנכס...״). המחוקק עושה גם שימוש בביטוי ״לשם״ בעבירות מטרה (למשל, עבירה של מעשה מגונה, ס׳ 348 לחוק העונשין, דורשת כי המעשה ייעשה ״לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים״).

ביטוי נוסף בו המחוקק משתמש הוא ״מתוך מטרה״.

בעבירות שנחקקו לפני תיקון 39 לחוק העונשין, נעשה במקרים רבים שימוש בביטוי ״כוונה״ שלא כלפי התוצאה כאמור בס׳ 20(א)(1) לחוק, אלא כלפי המטרה או המניע. שימוש זה הינו מטעה, שכן הוא עשוי לשמש במובן כפול: האחד, כוונה להשיג מטרה או מניע לפעולה. השני, כוונה לתוצאה שהתרחשה בפועל. כדי להסיר את חוסר הבהירות בין שתי המשמעויות האפשריות של הביטוי ״כוונה״, נקבע בס׳ 90א(2) לחוק, בקשר לעבירות שנחקקו לפני תיקון 39 לחוק העונשין כי ״**׳בכוונה׳** – מקום שהמונח אינו מתייחס לתוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה, יתפרש המונח כמניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה, לפי ההקשר״.

עבירת מטרה עשויה להיות הן עבירה התנהגותית והן עבירה תוצאתית.

יש לשים לב כי הרכיב של ״מטרה״ אינו מוזכר בחלק הכללי של חוק העונשין העוסק במחשבה פלילית (ס׳ 20 לחוק).

חרף היעדר ההגדרה המפורשת של ״עבירות מטרה״ בס׳ 20 לחוק, נחשבות אלו כקטגוריה בפני עצמה עקב היסוד הנפשי הנדרש בהן, אשר דורש להוכיח כדלקמן:

1. מישור הכרתי – מודעות לכל רכיביו של היסוד העובדתי המנויים בהגדרת העבירה.
2. מישור חפצי – פזיזות או כוונה לתוצאה
3. מטרה – זהו הרכיב אשר מייחד את עבירות המטרה כקטגוריה בפני עצמה, והנדרש להוכחה, חרף אי הכללתו בנוסחת המחשבה הפלילית שבחלק הכללי של חוק העונשין.

הביקורת על הדין הקיים

לטעמם של כותבי הספר אי ההכללה של ״מטרה״ בס׳ 20 לחוק העונשין היא טעות, ויש בה כדי ליצור סיבוכים קשים ומיותרים.

מקורה של הטעות הינה בפיצולה של תת צורה אחת של מחשבה פלילית לשני מונחים שונים, ״כוונה״ ו״מטרה״, וכפועל יוצא מכך להתייחסות שונה לכל אחד מהמונחים.

ההבחנה בין ״כוונה״ לבין ״מטרה״ היא מלאכותית, כיוון שאין להבחין בין רכיבים נפשיים על פי השאלה אם התקיים הרכיב הפיזי של התוצאה. בשני המקרים מדובר ברצון להשיג יעד שגרם לביצוע המעשה, ועל כן ההבחנה היא טעות.

לטעמם של כותבי הספר הפיצול הלא מוצדק בין ״כוונה״ ל״מטרה״ הוא הסיבה לכמה הלכות מוקשות, לרבות אלו העוסקות בהלכת הצפיות. לאור כך, ולשם שלמותו של החלק הכללי של חוק העונשין, ראוי לבטל את החוק ולבטל את הפיצול בין השניים.

היסוד הנפשי של מניע

מהי הרלוונטיות של המניע בדיני העונשין? כיום, המניע מתפס כסוג של מחשבה פלילית מיוחדת, אשר רלוונטי לעבירות מסוימות בלבד. לאור כך, הוא לא נכלל בחלק הכללי של חוק העונשין ולכן גם אינו נזכר בס׳ 20 המגדיר את המחשבה הפלילית. עם זאת, כפי שנקבע בתיקון 113 לחוק, המניע רלוונטי לשלב קביעת העונש.

לטעמם של כותבי הספר העובדה שהמניע הוא נתון רלוונטי לעבירות מסוימות או להסדרים מסוימים מחייבת את הגדרתו של המושג. חרף הקשיים בהגדרתו, החלק הכללי של חוק העונשין היה צריך לכלול הגדרה של מניע אגב ציון העובדה, כי הגדרה זו תהיה רלוונטית לעבירות או להסדרים הדורשים את הוכחתו.

הגדרת המניע

החלק הכללי של חוק העונשין אינו כולל הגדרה למניע. פלר הגדיר את המניע כך:

״המניע הוא גורם השייך כל כולו לעולמו הפנימי של האדם ולעמקי נפשו, שדוחף, מדרבן, ממריץ או מביא את האדם לעשיית המעשה בנתונים הקונקרטיים שעלולים להקנות לו פליליות...״.

בנוסף אומר פלר כי ״המניע הוא היצר הפנימי שעשוי להביא אדם לידי ביצוע עבירה, אך התפתחות זו אינה הכרחית; המוטיבציה הפנימית עשויה להתגבש ולהתקיים, והאדם עשוי להתגבר עליה ולא לעבור לעולם את המעשה; היא יכולה גם להיעלם...״

הבנה מעמיקה יותר של המניע ניתנת להמשגה באמצעות חידוד ההבחנה בין ״מניע״ לבין ״מטרה״.

את המניע יש לאפיין, כמובחן באופן ברור מן הרכיב הנפשי של כוונה או מטרה. המניע הוא רגש שגורם לביצוע המעשה, אשר אינו כולל בתיאורו את יעד המעשה. בעוד שאת המטרה ואת הכוונה הצופות פני עתיד ניתן לאפיין כתיאור תכלית, הרי שאת המניע צופה פני העבר ניתן לתאר כתיאור סיבה.

בניגוד לדעתם של פלר ולייסט, הביע קוגלר את דעתו, לפיה רכיב של מטרה ורכיב של מניע מתארים טווח זהה של מקרים, באיפה ליעד עתידי כפי שנקבע בעבירה. ואילו לוי ולדרמן הביעו את דעתם, כי חרף ההבדל בין מניע לבין כוונה, אין נפקות להבדל בין השניים.

נפקותו של מניע: איתור עבירות והסדרים הדורשים הוכחתו של מניע

את קבוצת העבירות הדורשות הוכחתו של מניע יש לחלק לשתיים: הקבוצה הראשונה, כוללת עבירות אשר הדרישה למניע נקבעה בהן במפורש. הקבוצה השנייה כוללת עבירות אשר לגביהן נטען כי הן כוללות יסוד נפשי של מניע, אף שהביטוי ״מניע״ אינו מצוין בהן במפורש.

תחולת הלכת הצפיות על עבירות מניע

בפסיקה התעוררה השאלה האם ניתן להחיל את הלכת הצפיות רק על עבירות כוונה ועל עבירות מטרה או שניתן להחילה גם ביחס לעבירות מניע. בעניין זה קיימת אי בהירות בפסיקת ביהמ״ש העליון, אשר נוסעת מהיישום המוטעה של פלר של ההבחנה המושגית (הנכונה) בין מטרה למניע.

**פס״ד בן-היילו-ימר נ׳ מ״י**

רקע:

ביהמ״ש המחוזי הרשיע את המערער בעבירת רצח ב״כוונת תחילה״, בנסיבות המצדיקות מתן עונש מופחת. הערעור מופנה כנגד הכרעת הדין ולחילופין, כנגד חומרת העונש.

יונתן (המערער), נכון למועד האירוע, התגורר בבית אחותו בנתניה. המערער סבל ממחלת האפילפסיה אך ניהל אורח חיים שגרתי. לפני האירוע למערער לא היה כל עבר פלילי. המערער היא מושא להתעללויות מצד ילדי השכונה, בפרט מצד ירון איילין (המנוח).

המערער טען כי המנוח היה מוכר בשכונה כדמות עבריינית ומעוררת פחד (המנוח היה בעל עבר פלילי בעבירות של אלימות ומין). בליל האירוע נפגשו המנוח והמערער בפיצוציה, כאשר המערער שתה קודם לכן משקאות אלכוהוליים. בין המערער לבין המנוח התפתח דין ודברים, והשניים פנו אל מאחורי הפיצוצייה על מנת לשוחח. המערער התנפל על המנוח והחל לחנוק אותו בידיו. המערער שחרר את אחיזתו והמנוח נפל ארצה. המערער הכה את המנוח מספר פעמים בראשו באמצעות אבן שהייתה במקום. בסיום ההכאה הלך המערער לביתו והותיר את המנוח במקום.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט מלצר – פסקאות 1-7, 58-73, 81-106):

חוק העונשין כולל, נכון להיום, שלושה סוגים של עבירות המתה:

1. גרימת מוות ברשלנות
2. הריגה – עבירה הנוגעת למקרי המתה שנעשו מתוך מחשבה פלילית
3. רצח – עבירה המחולקת למספר מצבים פרטניים.

לצידה של עבירת הרצח נקבעה הוראה המאפשרת הטלת עונש מופחת בנסיבות מסוימות. לענייננו, יש להזכיר את ס׳ 300א(ג) לחוק העונשין, המאפשר הטלת עונש מופחת כאשר ״הנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו״.

לגישתו של המערער לא התקיים פה היסוד הנפשי הנדרש לביצוע עבירה של רצח ב״כוונת תחילה״.

היסוד העובדתי של עבירת הרצח, הוא גרימה למותו של אדם. המערער אינו חולק על כך שיסוד זה התקיים כאן. היסוד הנפשי הנדרש במסגרת עבירת הרצח הינו ״כוונת תחילה״. ״כוונת תחילה״ כוללת בגדרה שלושה רכיבים: החלטה להמית, הכנה והיעדר קנטור. טענתו של המערער נוגעת להיעדר הקנטור.

בפסיקה נקבע כי הכרעה בשאלת קיומו של קנטור מחייבת עמידה בשני מבחנים מצטברים:

מבחן הקנטור הסובייקטיבי ומבחן הקנטור האובייקטיבי, כאשר רק במידה שייקבע כי חל קנטור על פי שני המבחנים האמורים, ניתן יהיה לשלול את קיומו של יסוד ״היעדר קנטור״ באופן המצדיק הפחתה של העבירה מרצח – להריגה.

״היעדר קנטור״ הוגדר בפסיקה ״כמצב של גישות כוונת קטילה מתוך שיקול דעת, יישוב דעת, קור רוח ושליטה עצמית״ אצל הנאשם. קיומו של קנטור איננו דורש מצב נפשי השולל את הכוונה להרוג, אלא הוא מניח קיומן של מודעות לגרימת המוות ומטרה לגרום לו, אך מחייב כי הכוונה להרוג התגבשה באופן ספונטני, כתוצאה מהתגרות מצד הקורבן, ומבלי שהנאשם הפעיל שיקול דעת.

מבחן הקנטור הסובייקטיבי מעוגן בס׳ 301 לחוק העונשין. לשון הסעיף מלמדת כי קנטור דורש התגרות, אשר הובילה את הנאשם ״לאיבוד שליטתו העצמית, כך שביצע את המעשה הקטלני בלי לחשוב על תוצאות מעשהו״.

היעדר הקנטור נועד להבחין בין החלטה ביישוב דעת להמית את הקורבן, לבין החלטה להמית, מבלי שנשקלו התוצאות המוסריות שבמעשה ההמתה. זהו הדגש העיקרי בהבחנה בין ״כוונת תחילה״ בה המבקש שוקל ביישוב דעת את התוצאות המוסריות של מעשיו, לבין הכוונה הספונטנית, בה אמנם קיימת החלטה להמית, אך היא אינה מלווה בשקילה מוסרית של השלכות המעשה.

״קנטור רגיל״ (קנטור רגעי) מסוג זה איננו מתקיים במקרה שלפנינו, שכן מעשיו של המנוח בתכוף להמתה אינם עולים בעוצמתם לכדי התגרות, כנדרש במסגרת יסוד זה.

עם זאת, הפסיקה הכירה בקיומו של ״קנטור מתמשך״ במקרים של התגרויות מתמשכות ומצטברות מצידו של קורבן העבירה. מדובר למעשה בהרחבה של הדרישה לקיומה של התגרות, המעוגנת בס׳ 301 לחוק העונשין. על פי דוקטרינה זו, בנסיבות המתאימות, יש לבחון את יסוד ההתגרות במכלול, כך שיכלול בגדרו עם ממעשי התגרות קודמים, שלא בוצעו בסמוך למועד ההמתה. נקבע כי ההכרה בטענת ״קנטור מתמשך״ כפופה לשני תנאים מצטברים:

1. ההחלטה להרוג לא התגבשה בליבו של הנאשם כבר לפני כן.
2. בתכוף לפני המעשה אירע קנטור נוסף, שהוא בעל מעמד וכוח עצמאיים.

במקרה דנן אין כל יסוד להניח שהמערער החליט להרוג את המנוח עוד לפני ההתגרות הנוספת בליל האירוע. לטעמו של מלצר לנוכח המעשים של המנוח לאורך תקופה מתמשכת קמים התנאים המצטברים של ״קנטור מתמשך״.

השתלשלות האירועים הנ״ל מצביעה על כך שהמערער אמנם התכוון, תוך כדי החניקה, להרוג את המנוח, ואולם מצטיירת אפשרות, בלתי מבוטלת, כי מדובר בהחלטה פתאומית, שלא נתקבלה ביישוב דעת, אלא מתוך סערת רגשות שהובילה אותו להמשיך ולהכות את המנוח באבן גם לאחר שהסיק כי הוא כבר הלך לעולמו.

דומה כי במקרה דנן מתעורר ספק סביר לגבי קיומו של העדר הקנטור על פי המבחן הסובייקטיבי, וזאת על פי התנאים של ״קנטור מתמשך״.

בבחינת המבחן האובייקטיבי של קנטור, יש לבחון אם ״אדם מן היישוב״, אילו היה נתון במצבו של הנאשם, היה עלול לאבד את השליטה העצמית ולנהוג בדרך שבה נהג הנאשם. המערער טען כי יש לבצע ״סובייקטיבציה״ של המבחן האובייקטיבי, במובן זה שתוחלף אמת המידה של ״האדם הסביר״ ב״קורבן האונס הסביר״ (המנוח הטריד את המערער מינית זמן מה לפני המקרה).

מהגדרת המבחן אנחנו למדים כי בבחינת תגובתו של ״האדם מן היישוב״ יש להכניס נסיבות קונקרטיות מסוימות במסגרת מצבו של הנאשם. השאלה הינה אם ההתעללות המינית שהמערער חווה מן המנוח נכנסת בגדר אותן נסיבות שמותר להכניס בגדר המבחן האובייקטיבי. דעתו של מלצר היא כי בנסיבות העניין התשובה לשאלה זו היא חיובית. לא ניתן לנתק את מערכת היחסים המתוארת בין הצדדים במסגרת המבחן האובייקטיבי, כפי שלא ניתן להתעלם מהתנהגותו של המנוח ברגעים שקדמו למעשה ההמתה.

מדובר במערכת יחסים מתמשכת, אשר השפיעה באופן ישיר על רף ההתגרות של המערער ביחס למנוח בליל האירוע, מהווה חלק ממצבו של המערער בעת ביצוע מעשה העבירה. מכאן שעלינו לכלול בנסיבות העניין את ההיסטוריה בין המערער לבין המנוח במסגרת מבחן הקנטור האובייקטיבי.

לסיכום, לטעמו של מלצר בחינה נורמטיבית מצדיקה הכרה בקיומו של קנטור מתמשך גם במסגרת המבחן האובייקטיבי. אדם מן היישוב, אשר נפגש באקראי באדם שהתעלל בו מינית, נלקח על ידי אותו מתעלל לאזור חשוך ומבודד, בו קיים יסוד להניח כי הוא עומד לחות התעללות מינית נוספת, ואז הוא מבחין כי המתעלל פותח את מכנסיו ומוציא את איבר מינו – אכן עלול להיכנע ל״חולשת הטבע האנושי״, לאבד את עשתונותיו ולהגיב בתגובה ספונטנית, כפי שהגיב המערער.

**יורם רבין ויניב ואקי – דיני עונשין – כרך א׳ – עמ׳ 447-464**

כלל הצפיות – ס׳ 20(ב) לחוק

ס׳ 20(ב) לחוק העונשין קובע כי, ״לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן״. כלל זה נודע בשם ״כלל הצפיות״. ס׳ זה נועד להבהיר כי בעבירות תוצאתיות המותנות ביסוד נפשי של כוונה, הראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי – אף אם העושה לא שם לו למטרה לגרום להן – שקולה כנגד ״כוונה״ ויש בה כדי לשמש תחליף לה.

כלומר, מי שצופה את תוצאות מעשיו ברמת הסתברות גבוהה כמוהו כמי שמתכוון לגרמן. כלל הצפיות משקף גישה המייחסת שקילות ערכית מוסרית שבין הכוונה להביא לתוצאה מסוימת לבין צפיות אודות התרחשותה של התוצאה במידה קרובה לוודאות. יש לשים לב כי ס׳ 20(ב) מתייחס לעבירות תוצאתיות הדורשות ״כוונה״ בלבד. לכן, נוצר מצב כי נפקותו המעשית של ס׳ 20(ב) לחוק מוגבלת לעבירות ספורות בלבד.

הלכת הצפיות – התחולה על עבירות מטרה

האם ניתן להוכיח את היסוד הנפשי של ״מטרה״ באמצעות הלכת הצפיות? כלומר, האם אפשר להוכיח את המטרה להשיג את היעד המוגדר בעבירה באמצעות ״הלכת הצפיות״, שמשמעה היא הוכחה של ידיעה ברמה גבוהה של הסתברות כי היעד אכן הושג?

פס״ד חשוב בעניין זה הוא **פס״ד עג׳מי** בו נקבע באופן עקרוני כי ניתן, בעבירות מסוימות, לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת המטרה. במקרה זה פרץ בעל בלוויית שלושה חוקרים פרטיים לדירה שהייתה בבעלותו, אשר בה התגוררה רעייתו לבד, כדי לאסוף ראיות לכך שבגדה בו. החוקרים הצליחו לצלם את האישה עירומה בחברת אדם זר. שלושת החוקרים הועמדו לדין בגין עבירה של הסגת גבול (עבירת מטרה). השאלה המשפטית שהתעוררה הייתה אם הצליחה התביעה להוכיח את המטרה הגלומה בביטוי ״מטרה להרגיז״ המופיעה בעבירה. ההלכה שנפסקה בעניין עג׳מי נודעה לימים בשם ״הלכת הצפיות״.

בתיקון 39 לחוק העונשין הוסף ס׳ 20(ב) אשר קבע כי: ״לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן״. ס׳ זה קבע ״כלל צפיות״, שהחיל את הלכת הצפיות כתחליף ל״כוונה״ בכל העבירות התוצאתיות הדורשות הוכחת רכיב של ״כוונה״ לתוצאה.

עולה השאלה, מהו היחס בין ס׳ 20(ב) לבין ההלכות שנקבעו לפי תיקון 39 בחוק לחוק, אשר החילו את הלכת הצפיות על עבירות מטרה דווקא (אשר במרביתן הינן עבירות התנהגותיות נעדרות תוצאה)?

לכאורה, ניתן היה לטעון כי חקיקתו של ס׳ 20(ב) לחוק יצרה הסדר שלילי באשר להלכות שקדמו לתיקון 39 לחוק, ואם כך הדבר, הרי שבוטלה האפשרות להיזקק להלכת הצפיות כתחליף ליסוד נפשי של ״מטרה״.

ב**פס״ד אלבה**, בו עסקו בעבירת ״איסור פרסום הסתה לגזענות״ (עבירה התנהגותית), ניתן לזהות שלוש גישות עיקריות:

1. גישתו של השופט מצא – לפיה הלכת הצפיות הקבועה בס׳ 20(ב) לחוק מחילה עצמה הן על ״עבירות כוונה תוצאתיות״ והן על ״עבירות מטרה״. לדעה זו נטה גם השופט בך.
2. דעתו של הנשיא ברק – אשר לפיה ס׳ 20(ב) לחוק חל רק על עבירות כוונה תוצאתיות, אך אינו יוצא הסדר שלילי לגבי ההלכות שלפני תיקון 39 לחוק העונשין, שהחילו את הלכת הצפיות על עבירות מטרה. אל הנשיא ברק הצטרפו השופט גולדברג והשופט טירקיל.
3. גישתה של השופטת דורנר – לפיה הגם שהוראת ס׳ 20(ב) לחוק נוגעת לעבירות תוצאתיות, אין מניעה מלהחילה על עבירות מטרה, אך זאת, רק כאשר הגשמת המטרה, הינה תוצאה הצומחת בדרך הטבע מן ההתנהגות.

בפס״ד זה נראה כי כל השופטים שהביעו דעה בעניין סברו, באופן עקרוני, שס׳ 20(ב) לחוק אינו מהווה הסדר שלילי לעניין ההיזקקות להלכת הצפיות בהקשר של עבירות מטרה.

ניתן לומר שמיעוט השופטים (מצא ובך) סברו שס׳ 20(ב) לחוק חל על ישירות על כל עבירות המטרה, ואילו רוב השופטים (ברק, גולדברג וטירקל) סבר, שס׳ 20(ב) לחוק אינו חל כלל על עבירות מטרה, אך גם אינו יוצר הסדר שלילי ועל כן אינו מבטל את ההסדר הפסיקתי שנקבע בטרם תיקון 39 לחוק העונשין.

לאור כך, ניתן לומר כי ס׳ 20(ב) לחוק חל רק על עבירות הכוונה התוצאתיות (כולן), ואילו ההסדר הפסיקתי ממשיך להתקיים לצידו.

תחולתה של הלכת הצפיות על עבירות מטרה אינה אוטומטית, ויש לבחון בכל מקרה ומקרה אם היא עולה בקנה אחד עם לשונה ועם תכליתה של כל עבירה ועבירה. זאת, על פי שיקולי מדיניות, שיקולים ערכיים ושיקולי צדק ובהתאם לתכליתה של העבירה ולערך המוגן בה.

נוסף לכך, לגבי ההלכות שנפסקו לפני תיקון 39, ואשר החילו את הלכת הצפיות על עבירות מטרה שונות, ממשיכות לחול אף הן לצד ס׳ 20(ב). לגבי עבירות חדשות, נקבע בפסיקה כי ״בהעדר ערך גובר המקים פירוש סביר אחר לפיו אין להחיל על כלל הצפיות, יש להחיל את כלל הצפיות״.

הלכת הצפיות – התחולה על עבירות מניע

לשיטתו של פלר, יש להבחין בין ״עבירות מניע״ לבין ״עבירות מטרה״. הבחנה זו מעוגנת כיום בלשון ס׳ 90א(2) לחוק העונשין. לטעמו של פלר, הלכת הצפיות חלה על כל עבירות המטרה. לעומת זאת, אין תחולה להלכת הצפיות כאשר יש בעבירה דרישה למניע. לייסט מסכים בעניין זה עם פלר.

תחולתה של הלכת הצפיות על עבירת הרצח בכוונת תחילה

עולה השאלה האם ״הלכת הצפיות״ חלה על עבירת הרצח שנמצאת בס׳ 300(א)(2) לחוק העונשין, ואם היא עשויה לשמש תחליף ל״כוונת תחילה״. בפסק דין מוקדם קבע השופט לנדוי כי ״הלכת הצפיות״ לא חלה על עבירת הרצח בשל חומרתה היתרה של עבירה זו. הסכים איתו השופט גולדברג ב**פס״ד רבינוביץ** והשופט שמגר ב**פס״ד בשירי**.

ב**פס״ד פוליאקוב** פסק אנגלרד כי הוא חושב שהלכת הצפיות אכן חלה על עבירת הרצח, אבל השאלה נותרה ללא הכרעה. ב**פס״ד אלימלך** השופט מצא הביע את דעתו כי אין להחיל את הלכת הצפיות על עבירת הרצח.

פלר טען כי הלכת הצפיות ישימה גם בתחום העבירות התלויות בכוונת תחילה. גרוס הסכים עם פלר. לטעמו של קרמניצר, שאלה זו צריכה לקבל תשובה ברפורמה של עבירות המתה. קוגלר טען כי ניתן לשלול את תחולתה של הלכת הצפיות על עבירת הרצח חרף קיומו של ס׳ 20(ב).

**פס״ד פלוני נ׳ מ״י**

רקע:

הערעור הוא על פס״ד של המחוזי, שהרשיע את פלוני ברצח של אריק קרפ ז״ל (המנוח). המערער, יחד עם שני הנאשמים האחרים, ישבו בחוף תל ברוך, ושתו משקאות משכרים.

המנוח יחד עם שתי נשים, ישבו על ספסל בטיילת, אל מול פני הים. המערער עזב את המקום בו ישב עם האחרים, ופנה אל המנוח בטענה כי יסדר לו את אחת הנשים שעמו. המנוח והנשים קמו מהספסל והחלו לעזוב את המקום. המערער התקשר אל אחד מהאחרים שישבו בחוף וביקש מהם להגיע למקום בו היה ואלו הגיעו בריצה. אחד מהאחרים אחז באחת הנשים והטיח אותה אל הרצפה והשני דחף את האישה השנייה. שתי הנשים הצליחו להימלט מהמקום. המערערים המשיכו לתקוף בצוותא את המנוח כאשר הם חובטים בו מכות קשות. המנוח נפל אל האדמה והמערערים המשיכו לתקוף אותו. הוא הצליח לקום ולנסות לברוח, אך המערערים המשיכו לרדוף אחריו, והמשיכו לתקוף אותו כשתפסו אותו. כששמעו המערערים קולות של אנשים המגיעים לעזור כזבו את המנוח ונמלטו מהחוף. לאחר שנמלטו נסעו ליער חורשים, והמשיכו לשתות משקאות משכרים. עקב תקיפתם של המערערים מצא המנוח את מותו. המערערים הואשמו ברצח בכוונת תחילה (ביחס למנוח) ובחבלה בנסיבות מחמירות (ביחס לנשים).

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט י׳ דנציגר – פסקאות 123-137):

שילוב המאפיינים של האלימות שנקטו המערערים, מאפשר לטעמו של דנציגר את החלתה של חזקת המודעות הכללית בנסיבות העניין. המערערים חדלו מנקיטת אלימות כלפי המנוח לא מתוך תום ליבם או רצונם להבטיח כי לא תיגרם לו פגיעה בלתי הפיכה שתגרום בעקבותיה תוצאה קטלנית, אלא בשל חששתם להיתפס. גם כאשר צעקו לעבר המערערים להפסיק את האלימות, הם לא חדלו ממעשיהם ואפילו הכו את הבחורה שהעירה להם.

מבצע בצוותא הוא מי שלוקח חלק בביצוע עבירה על ידי עשיית מעשה בדרוש להגשמת התוכנית הפלילית, כאשר היסוד הנפשי שנדרש זהה ליסוד הנדרש בעבירה העיקרית ומודעות לפעולה בצוותא עם האחרים. מבחינת היסוד העובדתי, אין דרישה כי כל אחד מהמבצעים בצוותא יבצע בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העבירה. עם זאת, נדרש כי לכל אחד מהמבצעים בצוותא יהיה היסוד הנפשי הנדרש בעבירה, ובנוסף נדרש להוכיח כי הם היו מודעים לכך שהם פועלים בצוותא.

לטעמו של דנציגר אין מניעה להסיק כי כל אחד מהמערערים כשלעצמו היה מודע לאפשרות התרחשותה של התוצאה הקטלנית.

האלימות שנקטו המערערים לא הייתה הגורם הישיר והיחיד לתוצאה הקטלנית, שכן בסופו של יום הגורם האחרון ב״שרשרת הסיבתיות״ שהוביל לתוצאה הקטלנית הוא טביעתו של המנוח בים.

בפסיקות קודמות חזקת המודעות הכללית הוחלה בהלכה הפסוקה גם במקרים בהם האלימות שננקטה כלפי הקורבן לא הייתה הגורם היחיד, התכוף, והישיר לתוצאה הקטלנית, אך הייתה גורם הכרחי ומהותי, בזיקה לרישא של ס׳ 309 לחוק העונשין, לפיה ״בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחידי למותו של אחר״.

במקרים בהם האלימות שנקט הנאשם לא היוותה את הגורם התכוף והישיר להתרחשות התוצאה הקטלנית, ההלכה הפסוקה גורסת כי ניתן להסתפק בבחינת מודעות הנאשם לתוצאה הקטלנית הנובעת מאותו חלק בלבד שלו הוא אחראי – האלימות שנקט כלפי הקורבן.

ישנה הלכה פסוקה הקובעת כי אין הכרח שהנאשם יצפה את תהליך גרימת המוות על פרטיו ודי כי יהיה מודע לאפשרות התרחשותה של התוצאה הקטלנית.

ההלכה הפסוקה קובעת כי אין חובה שהנאשם יצפה את האופן הספציפי של התרחשות התוצאה הקטלנית על כל פרטיה, אך באותה הנשימה צוין כי הדבר נכון כל עוד שאין מדובר בתוצאה חריגה ביותר. האם במקרה זה, מות המנוח עקב טביעתו ביום, לאחר האלימות שנקטו כלפיו המערערים, היא ״תוצאה חריגה ביותר״, שלא צפו המערערים באופן סובייקטיבי? (יש דרישה לסובייקטיביות ולא לאובייקטיביות מאחר ואמת המידה לבחינת היסוד הנפשי של עבירת ההריגה היא סובייקטיבית).

אלמלא הגורם הקטלני הנוסף (כניסתו של המנוח לים), היה באלימות שנקטו הנאשמים כדי לגרום לתוצאה הקטלנית. מקום בו התקיימו יסודותיה של חזקת המודעות הכללית וזו לא הופרכה, אין הצדקה משפטית או מוסרית לפטור את הנאשם מאחריות בפלילים גם אם שרשרת הסיבתיות מונה גורמים קטלניים נוספים שגרמו להתרחשות התוצאה הקטלנית.

טעם שיש בו כדי להצדיק גישה זו הוא שמי שתוקף קורבן, נוטל על עצמו סיכון כי לקורבן יש ״גולגולת דקה״. מאחר שהקורבן לא בחר את תוקפו, התוקף מקבל את קורבנו כמו שהוא, על כל הסיכונים הכרוכים בכך. הסיכון לקיומה של ״גולגולת דקה״ נתפס כסיכון מדעת, שכן התוקף הכניס עצמו מרצונו החופשי למצב דברים אסור כאשר נקט אלימות קשה כלפי הקורבן. לפיכך, יישומו של עקרון הגולגולת הדקה בגדרי עבירת ההריגה אינו עומד בסתירה לדרישת הצפיות הסובייקטיבית של עבירת ההריגה.

״מבחן הסיכוי הטבעי״ הוא מבחן המביא בחשבון את סוגי הסיכונים הטבעיים בהתחשב במיקום הזירה ומאפייניה.

לטעמו של דנציגר המערערים צפו באופן סובייקטיבי את אפשרות טביעתו של המנוח בים כתוצאה מהאלימות שנקטו כלפיו. לכן, מתקיים אצל המערערים היסוד הנפשי הדרוש לצורך התגבשותה של עבירת ההריגה, וכפועל יוצא מכך מתקיים גם קשר סיבתי משפטי. לטעמו של דנציגר התקיימה בנסיבות העניין גם צפיות אובייקטיבית ולפיכך, יש להרשיע את המערערים בגין הריגת המנוח.

החלטה:

הערעור נדחה.

**פס״ד אלבה נ׳ מ״י**

רקע:

המערער, רב ומורה הלכה בכולל שליד מערכת המכפלה בחברון, הורשע ע״י ביהמ״ש במחוזי בחמישה אישומים. הראשון עניינו מאמר בנושא ״בירור הלכות הריגת גוי״, שחובר והופץ ע״י המערער ובעטיו הואשם המערער בפרסום הסתה לגזענות ובעידוד לאלימות.

ארבעת האישומים אחרים עניינם ניסיונו של המערער לייצר נשק, ניסיון להחזיק נשק, המתקות אחר מקום מוגבל ושיבוש הליכי משפט.

המערער משיג על צדקת הרשעתו ולחלופין – על חומרת העונש. את עיקר טענותיו הפנה להרשעה בעבירת פרסום הסתה לגזענות.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט מצא – פסקאות 1-2):

דינו של המערער נגזר לארבעים ושמונה חודשי מאסר, מחצית התקופה לריצוי בפועל ומחציתה על תנאי.

הנשיא ברק (פסקאות 6-10):

היסוד הנפשי הקבוע במפורש בעבירה לפי ס׳ 144ב לחוק העונשין הוא זה של ״מטרה להסית לגזענות״. יסוד נפשי זה הוכח במשפט שלפנינו ברמת ההוכחה הנדרשת למשפט הפלילי.

בעבירה שאינה עבירת תוצאה לא נדרשת כוונה כיסוד נפשי. היסוד הנפשי של כוונה נדרש רק לעניין עבירה תוצאתית. המבנה של יסוד המחשבה בחוק העונשין מבחין בין יסוד נפשי של מחשבה פלילית ליסוד נפשי של רשלנות. בגדרי המחשבה הפלילית מבחין חוק העונשין בין יסוד נפשי של מודעות (בפועל) לבין יסוד נפשי של כוונה או של פזיזות. יסוד נפשי של מודעות משמעותו יחס של הכרה כלפי היסודות העובדתיים שבעבירה. היסוד הנפשי של מודעות מתייחס לטיב המעשה, לקיום הנסיבות, לאפשרות ״הגרימה של התוצאה״ (בעבירת תוצאה).

היסוד הנפשי של כוונה – כלומר, יסוד הנפשי של רצון כלפי גרימת התוצאה האסורה שבעבירה – מתייחס אך לתוצאות המעשה. על כן, בעבירה התנהגותית אין מקום לכוונה.

המודעות למעשה, לנסיבה ולאפשרות גרימת התוצאה (בעבירת תוצאה), וכן הכוונה באשר לגרימת התוצאה האסורה (בעבירות תוצאה), הם היסודות הכלליים של העבירה. עם אלה לא נמנית המטרה המונחת ביסוד הפעולה. עם זאת, לעיתים קובע החוק מחשבה פלילית מיוחדת מסוג של ״מטרה״. כאשר מחשבה פלילית זו נדרשת בעבירה התנהגותית אין היא הופכת ל״כוונה״ כהגדרתה בחלק הכללי של חוק העונשין. היא מהווה אך מחשבה פלילית מיוחדת שעניינה הרצון או השאיפה להשגת יעד מסוים או החתירה אליו, כאשר אותו היעד הוא מעבר לנדרש ברכיב העובדתי של העבירה.

אין מקום להחיל את כלל הצפיות הקבוע בס׳ 20(ב) לחוק העונשין על דרישת ״המטרה״.

לטעמו של ברק אין לראות בס׳ 20(ב) לחוק העונשין הסדר שלילי באשר לתחולת ״כלל הצפיות״ על היסוד הנפשי של ״המטרה״ בעבירות התנהגות. עם זאת, תחולתו של ״כלל הצפיות״ על עבירות התנהגות תיעשה ממקרה למקרה, על פי פרשנות ראויה של האיסור הפלילי והספציפי.

לגישתו של ברק יש באיסור הפלילי על דיבור גזעני פגיעה ראויה בחופש הביטוי. לטעמו יש לקיים איזון שיבטיח את חופש הביטוי ככל האפשר ויאסור עם זאת, את הדיבור הגזעני. לדעתו של ברק ״כלל הצפיות״ לא משרת כראוי איזון זה.

השופט גולדברג (פסקאות 8-15):

אנו עוסקים במקרה זה בעבירה התנהגותית, שבה נדרש, בין השאר, שעושה העבירה יפעל מתוך שאיפה להשיג יעד של הסתה לגזענות. משמעותו של יסוד נפשי זה היא ״מטרה״ ולא ״כוונה״.

״כוונה״ משמעותה צפיית התרחשות התוצאה כאפשרית וחפץ בהתרחשותה. היא מתייחסת לרכיב התוצאתי ואין לה מקום בעבירות התנהגות. ס׳ 20(א) אינו חל על עבירות התנהגות.

להבדיל מעבירות תוצאה המותנות בקיומו של יסוד נפשי מסוג כלשהו ביחס לתוצאה, אין עבירות ההתנהגות מותנות דרך כלל בקיומו של מניע או מטרה. המניע והמטרה הם בגדר יסוד נפשי ״מיוחד״, שאינו מאפיין את כלל עבירות ההתנהגות.

אין בס׳ 90א(2) בכדי להרחיב את הגדרת ה״כוונה״ שבס׳ 20(א).

בנסיבות העניין הוכח כי מטרתו של המערער בפרסום הייתה להסית לגזענות.

מסקנתו של גולדברג היא כשל ברק, והיא שיש להחיל את ״הלכת הצפיות״ על עבירות ״מטרה״, ולא את ״כלל הצפיות״ שבס׳ 20(א) לחוק העונשין. זאת מאחר והחלת ״כלל הצפיות״ ללא כל סייג לצידו, אינה מאפשרת סטייה מהכלל במקרים מסוימים, ודבר זה אינו רצוי.

גולדברג. מצטרף לדעתו של מצא בדבר תוצאותיו של הערעור.

ההחלטה:

הערעור נדחה (התקבל ברוב דעות פסק דינו של מצא).

**פס״ד ביטון נ׳ סולטן**

רקע:

המערערים הורשעו בבימ״ש השלום בעבירה לפי ס׳ 6 לחוק איסור לשון הרע, האוסר על פרסום לשון הרע בכוונה לפגוע, בגין פרסום כתבה על אודות המשיבה, והעבירה לפי ס׳ 4 ו-2(4) לחוק הגנת הפרטיות, האוסרים על פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו, בגין צילומיה של המשיבה ופרסום תמונותיה בסמוך לכתבה. ערעורם לביהמ״ש המחוזי נדחו.

פסק הדין בבית המשפט העליון (הנשיא ברק – פסקאות 18-28, 47):

היסוד הנפשי בעבירות לשון הרע הוא ״בכוונה לפגוע״ (יסוד נפשי מיוחד). העבירה אינה כוללת פרט תוצאתי, משמע אין היא מחייבת פגיעה ממש לצורך הטלת אחריות פלילי. אין מדובר ביסוד הנפשי של ״כוונה״ כפי שזה מוגדר כיום בס׳ 20(א)(1) לחוק העונשין, באשר יסוד נפשי זה נסב על ״תוצאות המעשה״ ואילו עבירת לשון הרע אינה עבירה תוצאתית. למצבים כאלה מתייחס ס׳ 90א(2).

דרישת ה״כוונה לפגוע״ הינה דרישה לקיומו של יסוד נפשי מיוחד אצל העושה בעת קרות ההתנהגות האסורה. המפרסם לשון הרע בלא שהתכוון לפגוע באמצעות הפרסום אינו עובר עבירה פלילית. נמצא כי רק מפרסם שלהתנהגותו נלווה יסוד נפשי של שאיפה להשיג פגיעה, יחוב בפלילים לפי ס׳ 6 לחוק איסור לשון הרע.

כלל הצפיות משמעותו כי היסוד הנפשי של כוונה מתקיים בעושה אף אם זה לא רצה להשיג תוצאה כלשהי בהתנהגותו, אך נתקיימה אצלו צפייה ברמה גבוהה כי התוצאה אמנם תושג עקב ההתנהגות. אין להחיל את כלל הצפיות באופן גורף ואוטומטי על כל עבירות הכוונה. ביהמ״ש נדרש לבחון את אופייה ואת תכליתה של העבירה המסוימת, ולפיהן לקבוע אם יש מקום להחלתו של כלל הצפיות על אותה העבירה.

מושג ה״כוונה״ בהקשרו המשפטי הוא מושג רחב ומורכב, הכולל כמה משמעויות. משמעות אחת היא רצון. משמעות אחרת היא צפייה בדרגת וודאות גבוהה אף בהיעדר רצון.

לטעמו של ברק יש לדחות את הטענה שלפיה כלל הצפיות בעבירות כוונה אינו ניתן לסיוג, באשר הוא נובע מהכרעה ערכית על אודות האנטי חברתיות הזהה שבשני יסודות נפשיים אלה.

על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וכל פי ההנחה הכללית המעוגנת כיום בס׳ 34כא לחוק העונשין – משניתנת נורמה עונשית לכמה פירושים סבירים, יש להעדיף את הפירוש המצמצם את האחריות הפלילית (המיטיב עם הנאשם).

לכן, בהיעדר הוראה מפורשת של המחוקק ובהתקיים פירוש סביר שלפיו ״כוונה״ משמעה רצון בלבד, זהו הפירוש שבו יש לבחור.

תיקון 39 עיגן מפורשות את כלל הצפיות במשפטנו בכל הנוגע לעבירות תוצאתיות בעלות יסוד נפשי של כוונה. הוא לא עשה כן בנוגע לעבירות התנהגותיות בעלו יסוד נפשי של מטרה או מניע.

בחירת המחוקק לייחד את התחולה הכללית של כלל הצפיות רק לעבירות כוונה תוצאתיות עשויה לבטא עמדה עקרונית כי ראוי להחמיר בהיקף האחריות הפלילית, כאשר לכוונה להשיג תוצאה שלילית מצטרף מימושה של אותה תוצאה.

המצב המשפטי כיום הינו תחולה כללית חקוקה של כלל הצפיות בעבירות כוונה תוצאתיות ובצדו החלה פרשנית של כלל הצפיות בעבירות מטרה מסוימות באמצעות המשפט המקובל.

לטעמו של ברק, יש לדחות את הערעור.

המשנה לנשיא חשין (פסקאות 1-4, 10-22):

הוראת ס׳ 20(ב) מקבעת בחוק את דוקטרינת הצפיות.

לטעמו של חשין לא מוצדק ולא נכון לא להחיל על עבירות התנהגות את כלל הצפיות. אין הבדל של ממש בין סוגי העבירות בשאיפתן לבער את הרע מקרבה של החברה. דבר המחוקק הוא ברור וצלול על כך שהוראות ס׳ 20(ב) יחולו רק על עבירות תוצאתיות ולא על עבירות התנהגותיות.

בעוד אשר שלילתה של דוקטרינת הצפיות מביאה לפתרון חד צדדי, פתרון של ״הכל או כלום״, פתרון שאינו מותיר כל גמישות בהחלתו הדוקטרינית – לו הזרקנו לו את דוקטרינת הצפיות לתוככי ה״כוונה לפגוע״ בעבירת פרסום לשון הרע, היינו זוכים לגמישות ראויה בהחלתה של העבירה, גמישות שדוקטרינת הצפיות נותנת בידנו למציאת איזון ראוי ושקול בין חופש הביטוי לבין זכותו של האדם לשם טוב.

בהליך הפלילי על עבירת פרסום לשון הרע יש לעבור שני מכשולים: מכשול היסוד הנפשי של ״בכוונה לפגוע״ ונוסף עליו מכשול ״לשון הרע״ כבהליך אזרחי. בהליך הפלילי שומה עליה התביעה להתגבר על מכשול גבוה בנושא היסוד הנפשי של העבירה הפלילית, מכשול שאינו עומד לפני תובע בהליכים אזרחיים. וכך, מתוך שהנטל המוטל על התביעה בנושא היסוד הנפשי שבעבירה הפלילית מטל כבד הוא, מסקנה נדרשת היא כי בהליך הפלילי שומה עליה על התביעה להוכיח, הלכה למעשה, כי לשון הרע לגופה היא קיצונית וקשה, מעבר לנדרש בהליך האזרחי.

השופט מצא:

השופט מצא מסכים עם השופט חשין על כך שמבחינה ערכית, חברתית ומוסרית – אותם מעיינות תהום רבה המזינים את הלכת הצפיות – עבירות התנהגות המלוות ב״כוונה״ כמותן כעבירות תוצאה. גם לדידו אין הבדל של ממש בין שני סוגי העבירות בשאיפתן לבער את הרע מקרבה של החברה. הרציונל הניצב ביסודה של דוקטרינת הצפיות נעוץ בהכרה בקיומה של שקילות ערכית ומוסרית בין הפועל מתוך רצון לגרום להתרחשות התוצאה המזיקה לבין הפועל שלא מתוך רצון. כזה אך צופה את התרחשותה של התוצאה המזיקה כאפשרות קרובה לוודאי.

הצידוק להכיר בקיומה של שקילות זו חל לא רק על עבירות כוונה תוצאתיות אלא גם על עבירות מטרה, שבמהותן אינן אלא עבירות כוונה התנהגותיות. בשני סוגי העבירות היסוד הנפשי הנדרש הוא יסוד נפשי של ״כוונה״ – אם לא במשמעותה המוגדרת למצער במשמעותה המהותית – ובאשר לשניהם חלים, באותה המידה, שיקולי המוסר, הגמול וההרתעה המצדיקים להכיר בקיום השקילות האמורה. רציונל זה מצדיק, ללא ספק, את החלתה של הלכת הצפיות על העבירה של פרסום לשון הרע. משמע, כי שכלולה של עבירה זו אינו מותנה בכך שהמפרסם ״התכוון״ לפגוע בנגע – במובן של רצון וחפץ לגרום לתוצאה הפוגעת – אלא די בכך שהמפרסם צפה את התרחשות הפגיעה כאפשרות קרובה לוודאי.

בתיקון 39 לחוק העונשין עיגן המחוקק, לראשונה, את הלכת הצפיות בחוק בס׳ 20(ב).

לטעמו של מצא יש להחיל את הוראות הסעיף גם על עבירות מטרה התנהגותיות, ולא רק על עבירות כוונה תוצאתיות.

לגישתו של מצא, מהכרת המחוקק בעצם קיומה של שקילות ערכית מוסרית בין חפץ בהתגשמות התוצאה המזיקה לבין צפייתה ברמת הסתברות של ודאות קרובה מתחייב הצידוק להחלתה של הלכת הצפיות הפסיקתית על כל עבירות המטרה. זאת משני טעמים: הראשון הוא כי מבחינה מהותית אין כל מקום להבחין בין עבירות תוצאה לבין עבירות מטרה (בכל הנוגע להלכת הצפיות) והשני הוא כי בהותרת שאלת תחולתה של הלכת הצפיות על עבירת מטרה זו או אחרת להכרעתו הפרטנית של ביהמ״ש יש כדי לפגוע בעיקרון החוקיות. עקרון החוקיות מחייב להגדיר מראש, בצורה הברורה והבירה ביותר האפשרית, את גבולותיו של האיסור הפלילי למען ידע כל אדם מה גדרן של ההתנהגויות העשויות להעמידו בסכנת העמדה לדין והרשעה בפלילים. הותרת שאלת תחולתה של הלכת הצפיות לבחינה פרטנית של ביהמ״ש פוגעת בתכלית זו ביוצרה עמימות וחוסר ודאות באשר להיקפן של עבירות המטרה ששאלה זו טרם הוכרעה לגביהן.

אין בדברים האמורים כדי לסתור את כל שבעבירת מטרה התנהגותית עשויים להתקיים מאפיינים ייחודיים אשר יצדיקו הימנעות מהרשעה חרף קיומה של צפיות לפגיעה.

ההחלטה:

הוחלט ברוב דעות, נגד דעתם החולקת של השופט מצא, המשנה לנשיא חשין והשופטת נאור, כי אין מקום לסטות מן ההלכה שנפסקה לפיה ״כלל הצפיות״ אינו חל על עבירות לשון הרע. הוחלט ברוב דעות לדחות את הערעור לעניין עבירת לשון הרע. הוחלט פה אחד לקבל את הערעור לעניין עבירת הפרטיות.

**פס״ד אלגד נ׳ מ״י**

רקע:

המערער, שוטר במקצועו, נפצע במהלך קטטה במועדון. המערער היה מעוניין להסתיר את דבר נוכחותו במועדון בליל הקטטה מחשש שייחשד שעבד במועדון ללא היתר, ולכן סיפר כי נפגע בביתו. המערער אף שכנע את חברו אשר עבד במועדון שבחקירתו במשטרה לא יזכיר כי המערער שהה במועדון ויימנע מלציין את פציעתו, וכך עשה החבר. בשל כך הורשע המערער בעבירות של שיבוש הליכי משפט והדחה בחקירה. הרשעתו אושרה בביהמ״ש המחוזי ומכאן הבקשה לרשות לערעור.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופטת בייניש, פסקאות 11-14):

היסוד הנפשי בעבירה לפי ס׳ 244 לחוק העונשין (שיבוש הליכי משפט) הוא השאיפה לפגוע בקיומו של ההליך השיפוטי, השאיפה לפגוע במטרתו או בעצם התנהלותו של ההליך השיפוטי או השאיפה לפגוע במהותו או בתוצאתו של ההליך השיפוטי.

הגדרה זו של השאיפה להשגת אחת מהחלופות כחלק מהיסוד הנפשי של העבירה היא בגדר הכבדה על הוכחת היסוד הנפשי, והיא מבטאת את האנטי חברתיות שהסעיף בא למנוע במסגרת ההגנה על ההליך השיפוטי.

כל אמירה מודעת של דבר שקר בחקירת משטרה פוגעת בערך החברתי של חשיפת האמת ובתהליך עשיית המשפט במובן הרחב. אהממה, אין להסתפק בהוכחה של אמירת שקר ביודעין לחוק משטרה על מנת להפליל בפלילים בגין העבירה של שיבוש הליכי משפט.

כתב האישום בעניינו של המערער ייחס לו שאיפה לפגוע בחקירה המשטרתית בנוגע לקטטה. מטבע הדברים, לצורך הוכחת שאיפה לפגוע בחקירה משטרתית ע״י אמירת דבר שקר במסגרתה על התביעה להוכיח כי הנאשם ידע או האמין בעת שנחקר, כי המידע הכוזב שמסר רלוונטי לחקירה – מבחינת קיומה, תכליתה, אופן התנהלותה או תוצאותיה.

היסוד הנפשי בעבירה לפי ס׳ 244 לחוק העונשין הוא יסוד נפשי של ״כוונה״. העבירה של שיבוש הליכי משפט היא עבירה התנהגותית, ולכן היא לא יכולה להיחשב כעבירת ״כוונה״ כמשמעותה בס׳ 20(א). על פי ס׳ 90א(2) בעבירות מסוימות שאינן עבירות תוצאה – עבירות שבהגדרתן מופיע הביטוי ״בכוונה״ – נכללים המניעים והמטרות ביסודות העבירה ומשמשים כיסוד נפשי מיוחד.

לטעמה של בייניש כלל הצפיות הקבוע בס׳ 20(ב) לחוק העונשין מתייחס לעבירות כוונה תוצאתיות בלבד, ולשונו של ס׳ 20 על כל חלקיו תעיד על כך.

בעיקרו מבוסס כלל הצפיות או ההלכה המכונה הלכת הצפיות על כך שהפסול המוסרי והחברתי הטמון בהתנהגותו של עושה אשר צפה התממשות של יעד כאפשרות קרובה לוודאי, שווה ברמה הערכית לפסול הטמון בהתנהגות מתוך שאיפה להשגת היעד או להתממשותו. על כן צפיית התממשות היעד המבוקש ברמת הסתברות קרובה לוודאי, כמוה כשאיפה להשגת היעד. לגישתה של בייניש, יש לעשות הבחנה בין היתר, בהתחשב בטיבה ובאופייה של ההתנהגות האסורה שנקבעה בעבירה, כשהיא עומדת אל מול התכלית החקיקתית.

התנהגות של אמירת שקר בחקירה משטרתית אינה מבטאת ערכים חברתיים או זכויות יסוד ראויים להגנה מעבר לאינטרס הכללי של הנחקר לחופש אישי. אמירת שקר ביודעין בחקירה משטרתית פוגעת בהכרח בערך החברתי של גילוי האמת ושל עשיית משפט אמת. על כן מוצדק וראוי להטיל אחריות פלילית לפי ס׳ 244 לחוק גם מקום שבו הנחקר צפה בהסתברות קרובה לוודאי כי שקריו עלולים לשבש את החקירה הקונקרטית (אף אם לא היה מעוניין בכך), ובכל זאת בחר לשקר.

ביהמ״ש קמא פסק כי המערער צפה את שיבוש הליכי המשפט עקב השקר, ובייניש מסכימה עם פסיקה זו. על כן לטעמה ההרשעה היא כדין ואין להתערב בה.

ההחלטה:

הערעור נדחה.

**פס״ד שניר נ׳ מ״י**

רקע:

המערער הורשע בביהמ״ש המחוזי ברצח חמותו, בניסיון לרצוח אשתו וגיסו, ובעוד מספר עבירות לוואי. עיקר טענות הסניגור הוא שהנאשם פעל שלא מתוך כוונה להרוג ולחלופים, שהכוונה להרוג התייחסה לאשתו, לא לחמותו, ושיש טעות בזהות הקורבן כדי להוריד עבירתו מרצח להריגה.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט ח׳ כהן):

היריות שירה המערער בחמותו גרמו למותה, ואילו היריות שירה המערער בגיסו ובחברתה של אשתו, והיריות שירה והמכות שהיכה באשתו גרמו להם לחבלות חמורות.

לטענתו של המערער הוא פעל אותה שעה שלא מתוך כוונה להרוג. הטענה הייתה כי המערער ירה את יריותיו מתוך טשטוש חושים ומתוך כעס עיוור, ולא התכוון בשעת מעשה לגרום להרג.

ידועה לכל החזקה אשר בה מעמידים כל אדם, שבעשותו את אשר הוא עושה מתכוון הוא להשיג את התוצאות הנובעות דרך טבע ממעשהו. לעניין מעשהו של המערער לא הוכח כלל שלא התכוון לתוצאותיו.

לפי עדות המערער עצמו הוא היה רגוע ושקט, ולא היה בו כל רגש של כעס בכלל עד אשר גיסו העליב אותו. בשעה שהחל לירות ידע המערער היטב להבחין בין יריות הפחדת לבין יריות הריגה – כשם שידע שאפילו אינו יורה אלא לשם הפחדה בלבד, יכולה ההריגה לבוא כתוצאה טבעית ממעשה הירייה; וכל זאת לאחר שכבר עלה הדם לראשו לשמע דבריו המעליבים של גיסו.

לחלופים טען המערער כי אפילו אם התכוון להרוג את אשתו, לא הייתה לו כוונה להרוג את חמותו וטעות בזהות קורבנו דיה להוריד עבירתו מרצח להריגה.

על טענה זו השיבה המדינה בשני חלקים: ראשית, עובדתית, שהמערער התכוון להרוג לא רק את אשתו אלא גם את חמותו; ושנית, משפטית, שטעות בזהות הקורבן אין בה בכדי להפוך רצח להריגה.

לטעמו של השופט כהן שתי טענות אלו של המדינה מוצדקות.

בשאלת המתכוון להרוג את זה והרג את זה –

בס׳ 216 לחוק העונשין, המגדיר את כוונת התחילה, אנו מוצאים שההחלטה להרוג הדרושה צריכה להיות החלטה להרוג את אותו האדם שנהרג בפועל, או בן משפחו או בן גזע של זה.

בס׳ 214 לחוק העונשין, המגדיר את עבירת הרצח, נאמר לנו כי רצח הוא, ולא הריגה בלבד, אם נהרג אדם כדי לבצע עבירה אחרת, או כדי להימלט לאחר ביצוע עבירה אחרת, והוא על אף חוסר הכוונה להרוג את הנהרג, ובלבד שאפשרות התוצאה הקטלנית נחזתה מראש.

מהוראות ס׳ 214 ניתן ללמוד כי המתכוון לרצוח את זה והרג את זה, דינו דין רוצח. כשעלינו לפרש את ס׳ 216 בדרך המתיישבת עם דין זה ואינה סותרת אותו, מולנו שתי אפשרויות:

הראשונה והפשוטה היא לסווג את המתכוון להרוג את זה והרג את זה, לא בקטגוריה של ההורגים בכוונת תחילה אלא בקטגוריה של ההורגים תוך ביצוע עבירה.

האפשרות השנייה היא לקרוא את לשון ס׳ 216 כבא להדגיש את ההבחנה בין האדם שאותו החליטו או התכוננו להרוג, לבין בני משפחתו או בני גזעו של זה – כאילו ״אותו אדם״ שהחליטו או התכוננו להרגו.

לטעמו של השופט חיים כהן אין לחרוג מהדין כי שהמתכוון כוונה תחילה להרוג את ראובן והורג את שמעון, דינו דין רוצח.

ההחלטה:

הערעור נדחה.

**פס״ד בטון נ׳ מ״י**

המערער העלה טענה כי במועד האירוע על פי גרסתו הוא היה במעצר. המערער הואשם בחבלה בכוונה מחמירה ואילו בימ״ש קמא הרשיע אותו בפציעה בנסיבות מחמירות. על פי העובדות ביקש המערער לדקור את אחיו רפי, וכשהתערב בניהם אחיהם יצחק דקר המערער אותו. גם אם נאמר כי המערער לא התכוון לדקור את יצחק אלא את רפי, הרי שמדובר במקרה ברור של כוונה מועברת, המביאה להרשעת המערער בעבירה שהתכוון לבצעה כלפי רפי. לפיכך מתקבל ערעור המדינה והמערער מורשע בחבלה בכוונה מחמירות.

ההחלטה:

הערעור מתקבל.

**פס״ד פלוני נ׳ מ״י**

רקע:

ביום 21.02.2008 הובהלה המתלוננת, גרושתו של המערער, לביה״ח, עקב הרעלה חמורה שנגרמה לה כתוצאה מטעימת סוכריית שוקולד מצופה ברעל עכברים. את הסוכרייה קיבלה המתלוננת מאת ס׳ בנה הקטין, אשר שב לביתו לאחר ששהה בבית אביו, המערער, כשבידיו שלוש סוכריות מורעלות.

שבעה חודשים לפני מקרה ההרעלה, איים המערער על אחיה של המתלוננת שאם יכנס לביתו הוא יהרוג אותו, ואם הוא ייקח ממנו את ילדיו הוא יהרוג אותם. המערער נעצר בעקבות אירוע זה ובמהלך מעצרו הוסיף ואיים על אחיה של המתלוננת בשנית ועל חוקר המשטרה.

ביהמ״ש המחוזי קבע כי המערער הוא ששלח את הסוכריות המורעלות לשלוש בנותיו במטרה לגרום למותן. בשל כך, הורשע המערער בניסיון לרצח לפי ס׳ 305 לחוק העונשין; שימוש ברעל מסוכן לפי ס׳ 336 סיפא לחוק העונשין; ואיומים לפי ס׳ 192 לחוק העונשין. הושת עליו עונש של 15 שנות מאסר בפועל, והערעור הוא על פסק הדין.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופטת ע׳ ארבל):

עבירת הניסיון לרצח היא עבירת ניסיון ״עצמאית״ המוגדרת בס׳ 305 לחוק העונשין:

״העושה אחת מאלה, דינו – מאסר עשרים שנים:

1. מנסה שלא כדין לגרום למותו של אדם;
2. עושה שלא כדין מעשה, או נמנע שלא כדין מעשות מעשה שמחובתו לעשותו, בכוונה לגרום למותו של אדם, והמעשה או המחדל עלולים מטבעם לסכן חיי אדם״.

למרות שזוהי עבירת ניסיון עצמאית (״מיוחדת״) חלה עליה המסגרת הנורמטיבית של עבירת הניסיון הכללית (ס׳ 25-26 לחוק העונשין). היסוד העובדתי של עבירת הניסיון הכללית מחייב עשיית מעשה שהוא חוליה בשרשרת מעשים המתבצעים לקראת השגת העבירה המושלמת, מעשה היוצא מגדר שלב ההכנה ומקדם את מבצע העבירה לביצוע מושלם של העבירה אשר לביצועה הוא שואף. היסוד הנפשי של עבירת הניסיון הוא יסוד נפשי של כוונה לגרום לתוצאה האסורה בעבירה.

היסוד העובדתי של עבירת הניסיון לרצח הוא מעשה אשר אינו בתומי ההכנה בלבד, המהווה חוליה בשרשרת המעשים המתבצעים במטרה להביא בסופו של דבר לביצוע רצח. אשר ליסוד הנפשי, יש להיווכח כי נתקיימה אצל הנאשם כוונה לגרום לתוצאה הקטלנית, ואין די בהוכחת כוונה למעשי אלימות בלבד.

בערעור דנן נטען כי לא הוכח בביהמ״ש המחוזי כי נתקיימה במערער כוונת קטילה.

לטעמה של ארבל היה בסיס ראייתי מספיק לקביעתו של ביהמ״ש קמא שנקיימה במערער כוונת קטילה כדרוש לשם הרשעתו בעבירה של ניסיון לרצח.

המערער שלח שלוש סוכריות מורעלות (כמספר בנותיו הקטנות). הוכח כי הרעל שציפה את הסוכריות הוא רעל קטלני שיכול לגרום למוות. די בנזק שנגרם למתלוננת כדי ללמד על מסוכנות הרעל לחיי אדם. הוא הורה לבנו הקטן כי ייתן לבנות לשתות מים לאחר שיאכלו את הסוכריות, כאשר נראה כי מטרתה של הנחייה זו הייתה שהרעל ישפיע במהרה על הילדות. נסיבות אלה מקימות ״הנחת כוונה״ כי כוונתו של המערער הייתה לגרום לתוצאה הטבעית של מעשיו – קטילת חייהן של שלוש הבנות הקטנות. לכן לטעמה של ארבל התקיים אצל המערער היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הניסיון לרצח.

המערער טען כי המשיבה לא הוכחה די בכמות הרעל בה השתמש המערער בסוכריות המורעלות כדי לגרום למות הבנות, ולכן לא הוכח שימוש באמצעי המותאם לביצוע העבירה, ולא היה ניתן להפעיל את הנחת הכוונה בענייננו.

ס׳ 26 לחוק העונשין (חוסר אפשרות לעשיית העבירה) מגדיר כי עבירת הניסיון משתכללת גם אם עשיית העבירה העיקרית לא הייתה אפשרית בשל מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו. המצב שבענייננו הוא של ״ניסיון בלתי צליח״ (מצב בו מבחינה עובדתית אובייקטיבית נמנעה האפשרות להשלים את ביצועה של העבירה). אם העושה פעל תוך מודעות למצב הדברים לאמיתו, לא יהיה במעשהו ניסיון לבצע עבירה. לעומת זאת, אם הכרתו של העושה הייתה מוטעית ביחד למצב הדברים, הרי שניתן להרשיעו בניסיון לעבור עבירה. ייתכן גם מצב ביניים בו למנסה אין הכרה מוטעית לגבי נתון מסוים, אך גם אין לו הכרה בטוחה באשר לשאלה האם הנתון הנדרש לשם השלמת העבירה קיים או נעדר. גם במצב דברים זה ייקבע כי האדם ניגש לביצוע העבירה במחשבה הדרושה להתהוות הניסיון הפלילי.

אם הנאשם ניגש לביצוע העבירה כשהוא מניח שהאמצעים בהם הוא נוקט הולמים את אפשרות הגשמת המטרה האסורה בעבירה, כגון אם הוא מבלבל בין אבקת רעל לבין אבקת סוכר, או עושה שימוש בכמות רעל פחותה מידי, הרי שהוא מבצע ניסיון לעבור את אותה עבירה, ניסיון אשר נקבע כי הוא ראוי לענישה.

נוכח הדין הנהוג בדבר ניסיון בלתי צליח, האי שאין משמעות מכרעת לכמות הרעל שהייתה בסוכריות, ומשכך אין בכוחו של מחדל החקירה האמור כדי להביא לזיכויו של המערער.

גם אם כמות הרעל בסוכריות לא הייתה גורמת בסופו של יום למות הבנות, נותר מעשהו של המערער בגדר ניסיון לביצוע הרצח הראוי לענישה פלילית, ובלבד שבשעת ביצועו לא היה מודע המערער לאפשרות שכמות הרעל לא תגרום למוות.

ביהמ״ש המחוזי מצא כי לפי חזקת המודעות ״די באפשרות האובייקטיבית ובידיעה של האדם הסביר כי הרעל אשר נועד לקטול חרקים יוכל גם לגרום גם למותן של הבנות הקטנות״.

על מנת להרשיע בניסיון לרצח לפי ס׳ 305 לחוק העונשין, יש להוכיח קיומה של כוונת קטילה – חפץ בתוצאה הקטלנית דווקא. לעומת זאת, מקום שהוכחה ״רק״ כוונה לסכם חיי אדם או לגרום חבלה חמורה, הרי שיש להרשיע בעבירה של שימוש ברעל מסוכן. נוכח הדין בדבר ״ניסיון בלתי צליח״ עקב שימוש באמצעי שאינו הולם את המטרה, ארבל אינה סבורה כי כמות הרעל כשלעצמה מהווה פרמטר הכרחי שיש בו כדי להכריע באיזו מבין שתי העבירות יורשע נאשם אשר עשה שימוש במטרה לפגוע באחר.

לטעמה של ארבל יש להשאיר את ההרשעה של המערער בגין ניסיון לרצח על כנה.

האם הפגיעה במתלוננת יכולה להוות כוונה מועברת?

ביהמ״ש קמא הכריע כי יש ״להעביר״ את כוונתו של המערער לפגוע בבנות אל המתלוננת מכוח הדוקטרינה בדבר ״כוונה מועברת״.

הדוקטרינה בדבר ״כוונה מועברת״ (״כוונה מועתקת״) נועדה להתמודד עם מצבים בהם התקיימו כלל רכיבי המחשבה הפלילית ביחס לאובייקט מיועד של עבירה, אולם בפועל רכיבי היסוד העובדתי של אותה עבירה התקיימו כלפי אובייקט אחר שלא במכוון. במצב זה על פי הדוקטרינה הכוונה היא שהתגבשה בקרב המבצע כלפי האובייקט המיועד ״תועתק״ אל האובייקט שנפגע בפועל, והמבצע יורשע בביצועה של העבירה המושלמת, כעבירה אחת ויחידה. הנחת המוצא המונחת בבסיס הדוקטרינה היא כי מטרתם של דיני העונשין להגן על ערכים חברתיים באשר הם, ומשכך אין נפקא מינה מבחינת האינטרס הנפגע האם האובייקט בפועל הוא אינו האובייקט בכוח. במקרה דנן עולה סוגיית יישומה של הדוקטרינה בדבר כוונה מועברת בסיטואציה של חוסר זהות בין התוצאה בפועל לבין התוצאה המקווה. העמדה הרווחת היא כי אחד התנאים ליישומה של הדוקטרינה הינו כי תהא זהות איכותית בין התוצאה שנגרמה בפועל לבין התוצאה בה חפץ הנאשם. בהיעדר זהות איכותית כאמור, הטענה היא כי אין להשתמש בדוקטרינה של כוונה מועברת, שהרי היסוד העובדתי שהתקיים במושא העבירה בפועל שונה מן היסוד העובדתי אליו התכוון המבצע. במקרים אלה, יש להרשיע את המבצע בעבירה של ניסיון ביחס לאובייקט המיועד וכן בעבירה נוספת, ככל שהוכחו יסודותיה, ביחס לאובייקט בפועל.

במקרה דנן, מקובלת על ארבל העמדה כי חוסר הזהות האיכותית בתוצאה מביא לכך שהרציונל העומד ביסודה של הדוקטרינה אינו חל. להבדיל מהסיטואציה ״הקלאסית״ בה מוחלת הדוקטרינה, במקרה שלנו נפגעים אינטרסים חברתיים אחדים הדורשים הגנה. משכך, יהיה זה נכון להרשיע את המבצע העבירה של ניסיון ביחס לעבירה המתוכננת לפי דיני העונשין הרגילים, ובהתאם לנסיבות המקרה והוכחת התקיימות יסודות העבירה הנוספת – להרשיעו בביצוע העבירה שהתקיימה בפועל. לטעמה של ארבל באשר ליסוד הנפשי הנדרש בסיטואציה של חוסר זהות איכותית בתוצאות, יש לקבל את עמדת הצדדים כי מקום שהוכרע שיש להרשיע את המבצע בניסיון לביצוע העבירה המתוכננת, אין להחיל את הדוקטרינה בדבר כוונה מועברת וללמוד מכוחה על קיומו של יסוד נפשי גם לצורך הרשעת המבצע בעבירה שאירעה בפועל.

פעולה כאמור אינה ״העתקת״ הכוונה, כי אם ״שכפולה״ של הכוונה האמורה. בנסיבות העניין הכוונה היא אחת ויחידה ועל כן לא ניתן ״למחזרה״ ולעשות בה שימוש נוסף מכוח הפיקציה המשפטית בדבר כוונה מועברת, וזאת לשם הטלת אחריות גם בגין הפגיעה באובייקט בפועל.

המקרה דנן נופל לגדר המקרים של חוסר זהות איכותית בתוצאה. אין מקום להחיל את הדוקטרינה בדבר כוונה מועברת, אלא יש להשתמש בעקרונות היסוד הרגילים של דיני העונשין ולהרשיע את המערער בעבירת ניסיון כלפי האובייקט המיועד (הבנות) ובעבירה מושלמת אחרת, ככל שהתקיימו יסודותיה, כלפי האובייקט בפועל (המתלוננת).

על כן, לטעמה יש לזכות את המערער מהעבירה של שימוש ברעל מסוכן.

**פס״ד גלפונד נ׳ מ״י**

רקע:

אוטובוס שבו נהג המערער התהפך לתהום במהלך ניסיון לעקוף אוטובוס נוסף. כתוצאה מכך, 24 נוסעים קיפחו את חייהם ועשרות אחרים נפצעו. ביהמ״ש העליון קובע כי התנהלות המערער עובר לתאונה עולה כדי התרשלות רבתי ובדין הורשע המערער בעבירת הריגה. יחד עם זאת, ביהמ״ש סבור כי אין מדובר בהתנהלות המצויה ברף. הגבוה של העבירה. מטעם זה, ונוכח מספרם הגבוה של הקורבנות, ביהמ״ש לא מוצא להתערב לכאן או לכאן, בעונש המאסר בפועל שהוטל על המערער (8 שנים).

ביהמ״ש פסק (מפי השופט ע׳ פולגמן ובהסכמתם של השופטים ד׳ ברק-ארז ומ׳ מזוז):

בקטע הכביש שבו אירעה התאונה קיימת עקומה חדה שמאלה ולאחריה ישורת, שבסיומה עקומה חדה ימינה. העקומה ימינה ניתנת היטב לצפייה החל מתחילת הישורת ולכל אורכה. בהגיעו לקטע הרלוונטי בכביש ביקש המערער לעקוף אוטובוס שנסע לפניו. בין סוף העקומה שמאלה לבין הישורת החל המערער לעקוף את האוטובוס הנ״ל, ולצורך כך עבר לנתיב הנסיעה הנגדי. רק משקרב המערער לתחילת העקומה ימינה, בנסיעתו המהירה מדי במסלול הנגדי, הוא החל להאט את נסיעתו. בשלב זה סטה האוטובוס לעבש השול השמאלי. כשניסה המערער לשוב אל הכביש. פגעה הדופן השמאלית/אחורית של האוטובוס במעקה הבטיחות המוצב מעבר לשול של המסלול הנגדי לכיוון נסיעת האוטובוס. המערער איבד את השליטה באוטובוס והאוטובוס על יושביו החל לנטות שמאלה, עד שנהדף מעבר למעקה ולכיוון התהום. מכאן המשיך האוטובוס להתהפך כמה פעמים תוך שהוא מתדרדר במורד המדרון אל עבר התהום, עד שנעצר בתחתיתו, כשהוא הפוך על הצד השמאלי.

כתב האישום ייחס למערער את האחריות לתאונה. כעולה ממנו, המערער נטל סיכון בלתי סביר לגרימת התוצאה ביודעו כי עקיפת האוטובוס הנ״ל בנסיבות דנן מסוכנות ועלולות להביא לתוצאות קטלניות.

הגבול בין הריגתו של אדם מתוך מחשבה פלילית מסוג פזיזות ברמה של קלות דעת לבין גרימת מותו של אדם ברשלנות הוא דק. ההבחנה בין שתי העבירות מבוססת על מודעותו, או היעדר מודעותו, של הנאשם לאפשרות שמעשיו יביאו לתוצאה הקטלנית.

עבירה של גרימת מוות ברשלנות עוסקת על פי רוב ״במצב שבו לא התכוון הנאשם, ואף לא צפה, כי תוצאת מעשיו או מחדליו תהיה קטלנית״. לעומת זאת, כאשר אנו עוסקים בעבירת הריגה, מבחינת המודעות נדרש כי העושה יהיה מודע לאפשרות התרחשותה של התוצאה הקטלנית. כך, אף אם לא רצה או קיווה. שזו תתרחש – אך נטל סיכון בלתי סביר להתרחשותה.

ביהמ״ש מסתמך על חזקות עובדתיות. חזקה אחת גורסת כי אדם מודע למשמעות התנהגותו ולתוצאה הטבעית שלה. לפי חזקה שנייה, התנהגות העולה כדי התרשלות רבתי מלמדת. על קלות דעת ביחס לתוצאה הצפויה.

בעניינן של תאונות דרכים נקבע כי במקרים שבהם מתגלה סטייה חמורה מהתנהגות סבירה של נהג, יכול ששתי החזקות. העובדתיות תשתלבנה לכדי חזקה שלפיה התקיים היסוד הנפשי הנדרש לעבירת ההריגה.

רצף פעולות ההתנהגות של הנהג מלמד לטעמו של פולגמן על התנהגות העולה כדי התרשלות רבתי. כל נהג נדרש שלא לבצע עקיפה אלא ״אם הדרך פנויה במרחק מספיק כדי לאפשר לו את ביצוע העקיפה ואת המשכת הנסיעה בבטיחות ללא הפרעה וללא סיכון לנסיעתו של רכב אחר, וללא הפרעה אחרת לתנועה מכל כיוון שהוא״. בחובות אלו לא עמד המערער. הנהג יצא במהירות גבוהה לעקיפת אוטובוס אחר בכביש מפותל שבצדו תהום, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תנאי הדרך. כתוצאה מכך נכנס המערער לעקומה במהירות גבוהה מהמהירות הקריטית, איבד שליטה על האוטובוס והתהפך לתהום. כל אלו מקימים את התרשלות המערער שלפנינו, והתרשלות זו היא התרשלות רבתי. המערער ביקש לעקוף את האוטובוס הנ״ל תוך נטילת סיכון שהיה ברור לסובבים אותו שאינו סביר. אין טענה כי המערער לא קיווה שהתוצאה תימנע, אל עשה את שעשה בידיעת הסיכון, תוך שהוא מנסה את מזלו ״בתקווה שאיך שהוא יצא בשלום״. זוהי הליכה לקראת הסכנה מדעת ועל כן לטעמו של פולגמן המערער הורשע כדין בעבירות ההריגה.

ההחלטה:

הערעור נדחה.

**פס״ד צור נ׳ מ״י**

רקע:

לנחל דרגות שבמדבר יהודה הגיעו קבוצה של 17 צעירים, ועמם שני המערערים וערכו טיול בנחל. הם הגיעו למקום ברכב וירדו ברגל לוואדי ולערוץ שבתחתית הוואדי. במרחק קטן מהיציאה מהערוץ, נסחפו בזרם מי השיטפון ושישה מהם מצאו את מותם.

המערער לוי צור שימש להם מדריך ומורה דרך, ואילו המערער נפתלי נשר היה האחראי לאותו גרעין מטעם המשק והוא ארגן את הטיול. בשל תפקידים אלה שמילאו המערערים רואה אותם המדינה כאחראים למותם של הצעירים שנספו והאשימה אותם בגרימת מותם ברשלנות, לפי ס׳ 304 לחוק העונשין. הם זוכו בבימ״ש השלום, אך הורשעו בביהמ״ש המחוזי, שלפניו ערער היועץ המשפטי על זיכוים. הערעור הוא בגין הרשעתם של המערערים.

פסק הדין בביהמ״ש העליון (השופט ויתקון):

בבימ״ש השלום נפסק כי אין להרשיע את המערערים בהפרת חובתם כלפי המנוחים אלא אם יוכח קיומם של חמישה אלה:

1. שהיה על המערער לדאוג לביטחון המנוחים בירידה לנחל הדרגות
2. שאדם סביר במקומם היה צופה, הגיונית ובמידה קרובה לוודאי, כי השיטפון יתרחש במהלך הירידה וכי צפויה ממנו סכנה למטיילים
3. שאם כך היה צפוי, היו המערערים צריכים לנקוט אמצעים סבירים למען לא יפגעו הטיילים
4. שלא עשו כן
5. שכתוצאה מכך נגרם האסון

לדעת שופט בימ״ש השלום לא התקיים היסוד השני. הוא סבר כי בנסיבות המקרה לא היה אדם סביר צופה כי השיטפון עלול להתרחש שעה שהמטיילים נמצאים במקום ועל כן זיכה את המערערים.

הכל יודעים שבעונה ובמקום שבהם נערך הטיול, שיטפון פתאומי בשל עוצמה רבה הוא בגדר האפשרות, ואין המערערים חולקים על כך שלפני רדתם לוואדי היה עליהם להתעניין בתחזית מזג האוויר. במשך כל הדרך למקום היה מזג אוויר קיצי והשמים היו בהירים לגמרי אך עם זאת היה ידוע להם כי יום קודם לכן ירדו גשמים והיה שיטפון באותו ואדי שסחף אפילו משאית.

לדעתם של השופטים במחוזי נמצאו המערערים לוקים בערנותם ובדאגתם לשלום המטיילים. המערערים סמכו על מראה עיניהם ועל מצב השמים הבהירים והם יצאו למסלול המתמשך לאורך שש שעות תוך ניתוק גמור מכל אינפורמציה נוספת על התפתחות מזג האוויר. אילו היו שומעים המערערים תחזיות בשעות הבוקר המאוחרות, היו שומעים על אפשרות לגשמים מקומיים וסופות רעמים ויתרה מכך על אפשרות לשיטפונות במדבר יהודה.

אפילו אם הגזים ביהמ״ש המחוזי בהערכת גודל הסכנה – ולא, כמובן, מבחינת חומרת התוצאה הצפויה בהתממש הסכנה אלא מבחינת ההסתברות בהתממשותה – עדיין נותרה השאלה, אם מותר היה למערערים להוביל את קבוצתם לתוך הוואדי, בלי שהייתה בידיהם תחזית מעודכנת לשעה זו, ואם יכלו להסתפק במראה עיניהם, שראו רק שמים כחולים?

לטעמו של ויתקון אין זה נכון לומר שהמערערים, בקלות דעתם, התעלמו מכל סימני אזהרה, עצמו עיניהם בפני הסכמה, ולא התייעצו עם אף אחד.

ויתקון רואה לנכון להחיל את גישתו של בימ״ש השלום, על פיה אי אפשר היה באופן סביר ולאור המידע שאז היה בידי המערערים, לצפות מראש את הסכנה שהתממשה.

די בכך לצורך זיכוי המערערים.

בכדי להיות רשלן בעיני החוק, לא די בכך ש״אפשר היה לצפות את הסכנה״. עלינו לזכור כי הרבה פעולות שהן חיוניות או רצויות לאדם כמפרט או כחלק מהחברה, יוצרות סכנות הידועות לנו היטב, ואף על פי כן אין אנו גורסים שלמען שלמות הגוף צריך או אפשר לוותר עליהן.

כנגד גודל הסיכון הכרוך בפעולה מסוימת יש להביא בחשבון, בין היתר, גם את חשיבות הפעולה מבחינה חברתית, כדי לקבוע, אם סיר היה לדרוש הימנעות מהפעולה, מקום שאין דרך לבצע את הפעולה ללא סכנה.

במקרה דנן אין ספק בחשיבות הפעולה. עריכת טיולים לשם הכרת הארץ, אתריה ההיסטוריים ונופיה היפים – כל מחנך יכיר בחשיבות המשימה.

השופט אלון:

מסכים עם השופט ויתקון.

השופט בכור:

לטעמו התביעה יוצאת ידי חובת הוכחת רשלנות לצורך העבירה הנדונה אם אדם סביר היה צופה הגיונית שקיימת סכנה או אפשרות ממשית ששיטפון עלול להתרחש במהלך הירידה. כגודל הסכנה האפשרית גודל החובה המוטלת למנוע את אותה הסכנה. בירידה לערוץ זה, נמצאים המטיילים בערוץ שכמעט אין אפשרות לנמצאים בו להימלט מהסכנה אם יתרחש שיטפון, ועל כן הסכנה היא גדולה ביותר. לטעמו העניין הוכח לפי ההלכה הנכוחה של צפיות האדם הסביר. אין מחלוקת לגבי עובדות המקרה והשאלה היא אם הייתה התרשלות בנסיבות שהוכחו. לפי אותה תחזית האחרונה ששמעו המערערים בשעה 6 בבוקר ויתר הנסיבות שהוכחו, ולאור העובדה שהקבוצה נכנסה למדרון קצת לפני השעה 9 ובלי שהמערערים שמעו את תחזית מזג האוויר של אותה השעה, יש לבכור ספר אם נסיבות אלו יש בהן כדי להוות את ההתרשלות הדרושה לשם הרשעה על פי הסטנדרט הנראה סביר.

ההחלטה:

הערעור התקבל והמערערים זוכו.

**פס״ד היועמ״ש נ׳ מרדכי בש**

רקע:

שני ילדים קטנים נכנסו, תוך משחק, למקרר ישן שהועמד ע״י המשיב בחצר ביתו והושאר שם ללא כל השגחה, והדלת נסגרה מאחוריהם. הם נחנקו בפנים, ובימ״ש השלום הרשיע את המשיב בגרימת מותם, מתוך חוסר זהירות או פחזנות שלא היה בהם בכדי רשלנות פושעת, עבירה לפי ס׳ 218 לפקודת החוק הפלילי. ביהמ״ש המחוזי, בשבתו לערעור, זיכה את המשיב בקבעו, בין היתר, כי אין להוציא מכלל אפשרות פעולה זדונית מצד גורם שלישי, שאין המשיב אחראי לו. היועץ המשפטי ערער על פס״ד זה.

פסק הדין בביהמ״ש העליון (השופט כהן):

השאלה העומדת להכרעה היא האם האסון שקרה לילדים האלה היה בגדר צפיותו הסבירה של המשיב. מאחר ומידת האחריות הפלילית לפי ס׳ 218 כמותה כמידת האחריות האזרחית הנהוגה בדיני הנזיקין בבימ״ש השלום השתמשו במבחני הצפיות הנהוגים בדיני הנזיקין.

בכל הנוגע לפעולה זדונית של גורם שלישי, השופט כהן טוען כי מתקיימות שתי טעויות בפסיקת המחוזי: הראשונה היא כי הטענה של גורם שלישי מתערב אינה רלוונטית לעבירה המעוגנת בס׳ 218 והשנייה היא כי בנוגע למידת ההוכחה הדרושה בפלילים.

אחת השיקולים בביהמ״ש המחוזי הם כי המשיב, כאדם סביר, לא היה חייב לצפות – לא שדלת המקרר תיסגר מעצמה, ולא שמישהו אחר יסגור את הדלת מבחוץ ויעזוב את המקום, ולא שהילדים יסגרו את הדלת מבפנים.

לטעמו של כהן הצפיות הדרושה כאן צריכה להשתרע לא רק על עצם האפשרות של פגיעה בילדים ופציעתם בשעת משחקם במקרר, כי אם גם על סגירת דלת המקרר מאחוריהם. ילדים הנכנסים לתוך מקרר תוך כדי משחק מחבורים – למה אין לצפות שיסגרו את דלת המקרר מאחוריהם כדי שלא ייראו ולא ימצאו? לטעמו של כהן אם מן המוסכמות הוא שמשחקי הילדים. במקרר העונד להם לפיתוי, הם בגדר הצפיות הסבירה, אין מנוס גם מלצפות שהמקרר ישמש להם למשחקי מחבואים.

אין לכהן כל ספק כי הייתה הכוונה לקפח חייהם של פעוטים אלה רחוקה מליבו של המשיב. החוק בישראל הוא שחובת הזהירות אשר חייב אדם למלא בטרם יוכל להשתחרר מאחריות פלילית למות אדם אחר כתוצאה ממעשהו או ממחדלו, נמדדת לא לפי מידותיו של הנאשם העונד לפני ביהמ״ש, אלא לפי מידותיו של ״האדם הסביר״, כלומר, לפי קנה מידה אובייקטיבי. בבוא ביהמ״ש לקבוע קנה מידה זה, עשוי הוא להקפיד ולהחמיר כדי שלא יקופחו חיי אדם.

בקביעתו של ביהמ״ש כי אדם סביר חייב היה לצפות מראש את אשר המשיב דנא והעדים שבאו להגנתו לא צפו מראש, אין אנו אומרים שהמשיב ועדיו אינם אנשים סבירים. מידת הצפיות אשר על ביהמ״ש לקבוע בעניין זה נקבעת עפ״י ניסיון החיים והידיעה הכללית שבידי השופט. לעניין שלפנינו, יש ללמוד מניסיון החיים ומידיעה כללית כאמור, שמקרר נטוש שכזה העומד בחצר ביתו של אדם, מקור סכנה הוא אשר ילדים מטבעם נמשכים אליו ואינם יכולים לעמוד כנגדו, והם ישחקו וישתמשו בו ככל העולה על רוחם, מבפנים ומבחוץ – ועל כן על פגיעה ופציעה תוך כדי משחק או שימוש כאמור, הם בגדר הצפיות הסבירה.

ההחלטה:

הערעור התקבל.

**פס״ד יעקובוב נ׳ מ״י**

רקע:

אשת המערער התאבדה בקפיצה מן החלון לאחר שבאותו בוקר הכה אותה המערער, איים עליה וגרם נזק לרכושם המשותף. המערער הואשם בעבירות של הריגה, תקיפה בנסיבות מחמירות, איומים והיזק בזדון, אולם הורשע בעבירה של גרם מוות ברשלנות וביתר העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. מכאן הערעור.

השופטת דורנר (פסקאות 1-13):

ביהמ״ש מצא כי המנוחה שמה קץ לחייה מתוך ייאוש, בתגובה לאלימותו הנמשכת של המערער שהתפרצה באופן קשה במיוחד דווקא לאחר שהעזה לפנות למשטרה. ביהמ״ש היה בספק אם המערער, שחש ברגשות כעס ועלבון כלפי המנוחה בשל תלונתה והיה מרוכז בעצמו, היה מודע לכך שהתנהגותו עשויה לגרום למנוחה לשלוח יד בנפשה. ביהמ״ש ציין כי היסוד העובדתי בעבירה של גרם מוות ברשלנות זהה ליסוד הנפשי של העבירה של הריגה, וכי אישום בהריגה על בסיס יסוד נפשי של פזיזות כולל בחובו גם אפשרות להרשעה בעבירה היותר קלה של גרימת מוות ברשלנות. בעניין זה מצא המחוזי כי בנסיבות המקרה אדם מן היישוב היה יכול לצפות כי התנהגותו תוביל את המנוחה לאבד עצמה לדעת. המערער טען כי התאבדות המנוחה הייתה מעשה רצוני המנתק את הקשר הסיבתי בין התנהגותו של המערער לבין התוצאה הקטלנית וכי על כל פנים, בנסיבות המקרה אדם סביר לא היה יכול לצפות את התאבדות המנוחה.

במקרה שלפנינו היסוד העובדתי בשתי העבירות, לרבות הקשר הסיבתי בין ההתנהגות האסורה לבין התוצאה הקטלנית הוא זהה. השוני בין העבירות הוא ביסוד הנפשי בלבד. בעוד שבעבירת הרגה נדרש כי הנאשם עצמו צפה את התוצאה, הרי שבעבירה של גרימת מוות ברשלנות די בכך שבנסיבות המקרה אדם סביר היה צופה תוצאה זאת.

הרשלנות הוגדרה כצורה של יסוד נפשי בעבירה פלילית, עם זאת בגדרה אומצה הגישה המקובלת בפסיקה בדבר צפיות סבירה הדרושה להתהוות רשלנות תוך הצמדתה לרכיבים העובדתיים של העבירה.

הצפייה הסבירה בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, שהיא עבירה תוצאתית, משקפת את הזיקה בין היסוד הנפשי לבין היסוד העובדתי, שכן היא משמת לקביעת שני היסודות. כך, במישור העובדתי בנסיבות המקרה הקונקרטי התנהגות שאדם סביר יכול וחייב היה לצפות כי עשויה היא לגרום לתוצאה הקטלנית, היא רשלנית. ואילו היסוד הנפשי מותנה בקיומה של יכולת סבירה להיות ער לטיבה של ההתנהגות, לנסיבות האופפות אותה ולאפשרות כי תגרום לתוצאה הקטלנית. מכאן, שנשאם שנמצא כי התרשל משום שהתוצאה הקטלנית שנגרמה שעטיה של התנהגותו היא בגדר צפייתו הסבירה, אחראי לתוצאה שאותה היה חייב לצפות.

במישור העובדתי, הקשר הסיבתי אינו מתנתק גם אם הגורם הישיר למוות היה מעשהו של אחר שנעשה ברשלנות חמורה, בפזיזות או אף במתכוון, אם מעשה זה היה בגדר צפייתו הסבירה של העושה.

סבירות הצפיות נקבעת בסופו של דבר ע״י ביהמ״ש. הצפיות הסבירה משקפת את יכולת הצפייה של אדם מן היישוב, להבדילה ממודעותו. שכן, גם אדם מן היישוב עשוי להיות רשלן ולא להיות מודע לפרטי היסוד העובדתי של העבירה. יכולת הצפייה של האדם מן היישוב משקפת את ערכי החברה ומטרותיה הרלוונטיות בהקשר הנדון. הצפיות הסבירה, שהיא בסיס לקביעת סטנדרט ההתנהגות, אינה מנותקת מיכולת הצפייה של העושה. הנחה משפטית היא כי לעושה יכולת של אדם מן היישוב, ובגדרה יכול הוא לחזות את הסיכון לחיי אדם שגורמת התנהגותו ולהיות מודע לצורך להימנע מן ההתנהגות או לנקוט צעדים סבירים למניעת התממשות הסיכון. משלא היה מודע הנאשם לאמור לעיל על אף יכולתו, הרי אחראי הוא בפלילים לתוצאה הקטלנית.

**פס״ד אורן בנגב נ׳ מ״י**

רקע:

המערערת והמערער (מנהל החברה) הורשעו בבימ״ש השלום עפ״י הודאתם בעבירות שונות על חוק מס ערך מוסף. בערעורם לביהמ״ש המחוזי. נתקבלה הטענה כי העבירות לפי הסעיפים שבגינם הורשעו הן עבירות של אחריות קפידה, ובהיעדר מחשבה פלילית או רשלנות, שלא נטענו בכתב האישום, אין להטיל בגינן עונש מאסר. מכאן ערעור המדינה.

הנשיא ברק (פסקאות 9-10):

הדין הישן קובע כ ההנחה היא כ בעל עבירה נדרשת מחשבה פלילית, אלא אם מפרשנותו של החיקוק מתבקשת מסקנה אחרת. העבירות בגינן הורשעו הנאשמים, לטעמו של ברק, דורשות מחשבה פלילית. כלומר, מודעות לטיב המעשה, ואין לראותן כעבירות של אחריות קפידה. עבירות אלה אינן באות לקבוע רמת זהירות גבוהה כאופייני לעבירות של אחריות קפידה.

**פס״ד לקס נ׳ מ״י**

רקע:

שני המערערים הורשעו, עפ״י הודאתם, באשמת אי העברת ניכויי מס הכנסה מהמשכורות ששולמו לעובדי חברות, בהן מכהן כל אחד מהם כמנהל. המערער השני אף הורשע, עפ״י הודאתו, בשל אי הגשת דוחות בהתאם לחוק מס ערך מוסף. טענתם המרכזית היא כי אילו הן עבירות של אחריות קפידה, אשר אינן כרוכות בהטלת עונשי מאסר, אלא בתנאים הקבועים בס׳ 22(ג) לחוק העונשין.

השאלה המשפטית:

האם העבירות לפי ס׳ 224א לפקודת מס וס׳ 119 לחוק מס ערך מוסף הן עבירות של אחריות קפידה?

ביהמ״ש העליון פסק (דעת רוב):

1. בדברי חקיקה חדשים שנחקקו לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, לא ניזקק עוד לפנות למאפיינים שנקבעו לעבירות אחריות הקפידה, וכד לקבוע מהו סוג העבירה הנידונה, די יהיה לעניין בדברי החקיקה המפורשים.
2. בעבירות שקדמו לתיקון 39 לחוק העונשין, סיווג העבירות נקבע לפי פרשנות החוק וההלכה הפסוקה. מאפייני עבירות מסוג אחריות קפידה כללו את: תכלית החוק, העובדה שהנטל הועבר לשכמו של הנאשם להוכיח כי יש לו הגנה הפוטרת אותו מאחריות, העובדה שהעבירה לא ציינה. את היסוד הנפשי והעובדה שהעונש שהופיע לצידה הינו קל יחסית.
3. עבירות האחריות הקפידה נועדו להסדיר תחומים המחייבים הסדרים כלכליים וחברתיים אחידים וברי אכיפה ״שיש בהם כדי לקבוע סטנדרט התנהגות מותאם לצורכי החברה בת זממנו״.
4. בעבירות של אחריות קפידה פטורה התביעה מהוכחת היסוד הנפשי ועל ידי הוכחת היסוד העובדתי – קמה חזקה כי גם מתקיים היסוד הנפשי. לשם סתירת החזקה על הנאשם לעמוד בתנאים הקבועים בס׳ 22(ב) לחוק העונשין.
5. אי העברת ניכויי מס ואי העברת דוחות מס ערך מוסף, שהן עבירות אחריות שילוחית, מהוות הפרות של חובות, שנוכח מהותן, חל בהן הרציונל של אחריות קפידה, וטענת ההגנה המופיעה בהן דומה, בהיקפה ובאופייה, להגנה המופיעה בס׳ 22(ב) לחוק העונשין.
6. תכליתה של חקיקה המטילה אחריות שילוחית של נושאי משרה בתאגיד הינה להעלות את רמת הזהירות ולמנוע את ניצול מסך ההתאגדות.
7. תיקון 39 לחוק העונשין מטרתו, בין היתר, לצמצם את עבירות האחריות הקפידה, אך תיקון זה לא שינה את סיווגן של העבירות שכבר הוכרו בעבר כעבירות של אחריות קפידה.

ההחלטה:

בנסיבות של הודיה באחריות אישית ישירה למעשי העבירה, אשר די בהן כדי להביא להרשעה בעבירות של מחשבה פלילית, יש גם בכדי לבסס עונש מאסר בעבירות של אחריות קפידה. לכן אין לפרש את ס׳ 22(ג) לחוק העונשין כקובע כי למרות הודיית המערערים יש להוכיח את היסוד הנפשי שלהם בכדי להטיל עליהם עונש מאסר.

**פס״ד סריס**

רקע:

המערער הורשע בביהמ״ש המחוזי בניסיון אונס. הוא הודה כי תפס את המתלוננת ומשכה אל עבר הסלעים בדרך עפר שוממה במטרה לקיים עמה יחסי מין אולם נאלץ לעוזבה ולברוח בטרם נגע באיבריה האינטימיים או אף להפשיטה, משהתקרבה מכונית למקום. לטענתו, יש מקום להרשיעו בתקיפה או בניסיון למעשה מגונה אך לא בניסיון לאונס, שכן התנהגותו אינה מגיעה לכדי מעשה גלוי לעין, למימוש אותה העבירה. הערעור נסב על קלות העונש.

פסק הדין בבית המשפט העליון (המשנה לנשיא א׳ ברק):

לטענתו של המערער לא התקיימו היסודות של עבירת הניסיון לאונס. עפ״י גישתו, כל עוד לא נגע המערער באבריה האינטימיים של המתלוננת ולא ניסה להפשיטה, אין להרשיעו בניסיון לאונס אם כי ייתכן כי בוצעה תקיפה או שהיה ניסיון למעשה מגונה. המערער מוסיף כי הוא ביקש לקיים יחסי מין עם המתלוננת אך לא הייתה לו כוונה לאנוס אותה. המדינה השיבה כי הן ההתנהגות הפלילי והן המחשבה הפלילית הדרושים להרשעה בניסיון לאונס התקיימו בעניין שלפנינו. אשר להתנהגותו של המערער, הוא החל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמת כוונתו. לולא הופרע המערער היה מגשים את זממו. אשר למחשבה הפלילית, המערער עצמו מודה כי ביקש לקיים יחסי מין עם המתלוננת.

העבירה של ניסיון לאינוס היא עבירה התנהגותית. אינוס משמעותו בעילת אישה שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח. ניסיון לעבור עבירה משמעותו, פעולה של אדם אשר מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי ובאמצעים המתאימים להגשמתה אולם אינו מגשים את כוונתו עד כדי עשיית העבירה. עבירת הניסיון מורכבת מיסוד נפשי ויסוד עובדתי, כאשר היסוד הנפשי מורכב משני יסודות משנה: היסוד הנפשי הנדרש לעבירה שהנאשם מנסה לבצע (העבירה המושלמת) בצירוף היסוד הנפשי לעבירת הניסיון עצמה – המטרה להשלים את העבירה המושלמת.

לענייננו היסוד הנפשי הוא המטרה לבעול אישה ללא הסכמתה, מתוך מודעות של העושה לכך שהאמצעים שהוא נוקט יביעו לבעילתה של אישה ללא הסכמתה החופשית. היסוד העובדתי של הניסיון הוא אותה התנהגות אשר יצאה מגדר הכנה ולא הגיעה לגדר השלמת העבירה המושלמת. המאפיין התנהגות זו, שהיא ביטויי התנהגותי, המהווה חוליה בשרשרת חוליות התנהגותיות מתאימות שהיו מוליכות להשלמת היסוד ההתנהגותי אלמלא הופסקו. אין כל דרישה, כי החוליה ההתנהגותית המדוברת תהיה המעשה האחרון, הסופי או המכריע. די לה לאותה התנהגות, כדי שתהווה ניסיון לעבור עבירה, אם היא יצאה מגדר התנהגות מכינה בלבד, והיא מצויה באותו אזור התנהגותי המותחם בגבולו האחד בהתנהגות מינימאלית שכבר אינה הכנה, ובגבולו האחר בהתנהגות שכבר משלימה את העבירה המוגמרת. כלומר, ההכנה בלבד אינה מספקת. נדרשת ״תנועה״ לעבר הביצוע, היוצאת משלב ההכנה. תנאי הוא כי סדרת פעולות זו לא השלימה את היסוד העובדתי. בענייננו היסוד העובדתי הוא התנהגות הנמנית עם רצף של פעולות נחוצות שהיו מביאות לבעילתה של האישה ללא הסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח.

במקרה דנן התקיימו היסוד הנפשי והיסוד העובדתי של הניסיון לאינוס. בכל אשר ליסוד הנפשי, מדבריו של המערער בתחנת המשטרה עולה כי בלבו הייתה המטרה לבעול את המערערת ללא הסכמתה החופשית, וכי הוא היה מודע לכך שהוא נוקט פעולות אשר יביאו לבעילתה ללא הסכמתה החופשית. המערער עצמו מסר על מצבו הנפשי. עפ״י דבריו שלו, נתגבשה בו המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירה של ניסיון לאונס.

בכל אשר ליסוד העובדתי, עולה כי מעשיו של המערער הם חוליות ברורות בשרשרת התנהגותית, אשר לולא הופרעה, הייתה מסתיימת בבעילתה של המתלוננת ללא הסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח. בגדרו של ״מתחם הניסיון״, התנהגותו של המערער אינה מצויה בגבול המינימאלי הקרוב להכנה. היא עברה ״כברת דרך״ ארוכה בתוך מתחם זה, והיא אינה רחוקה מגבולו העליון, הקרוב לביצוע העבירה המושלמת של אונס. על כן נמצא כי בו זמנית התקיימו במערער הן היסוד הנפשי והן היסוד העובדתי של הניסיון לאונס. מטעם זה דין הערעור על ההרשעה להידחות.

המדינה מערערת בפני ביהמ״ש על קלות העונש (שנתיים מאסר ומתוכם שישה חודשים בפועל, ותשלום פיצויים בסך 10,000 ש״ח). ברק מסכים עם הדעה כי העונש הוא קל מדי.

השופט י׳ קדמי + השופט י׳ זמיר:

גם לטעמם של קדמי וזמיר, יש לדחות את הערעור כנגד ההרשעה ולקבל את הערעור לעניין העונש, כיוצא מפסק דינו של המשנה לנשיא ברק.

**פס״ד קובקוב נ׳ מ״י**

רקע:

המערער הורשע בעבירות של הכנה ונשיאה של כלי נשק ובעבירה של ניסיון להצתה ולגרימת חבלה בכוונה מחמירה לאחר שהכין בקבוקי תבערה ע״י מילוי בקבוקים בדלק וסגירתם בפיסות בד, לקח שניים מהבקבוקים ופנה לכיוון מסגד ביפו עד שנעצר ע״י שוטרים שהיו במקום. המערער טוען כי בקבוקי התבערה אינם מהווים נשק וכן כי לא ניתן להרשיעו בעבירות הניסיון, שכן בשלב שבו נעצר לא עברו מעשיו את שלב ההכנה ואף היסוד הנפשי טרם התגבש.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופטת ד׳ ביניש):

בימ״ש קבע כי מאמירותיו של המערער עולה כי התקיים בו היסוד הנפשי הנדרש כדי להרשיעו בעבירות של ניסיון לגרום חבלה בכוונה מחמירה וניסיון להצתה. באשר להתקיימות היסוד העובדתי הנדרש להרשעה בעבירות ניסיון קבע בימ״ש קמא כי מעשיו של המערער יוצאים מגדר הכנה ומהווים תחילת ביצוע, ובכך ממלאים הם אחר היסוד העובדתי הנדרש לעבירת הניסיון.

האם בקבוקי התבערה שנמצאו בידי המערער מהווים ״נשק״ כהגדרתו בס׳ 144(ג) לחוק העונשין? האם מעשיו של המערער יצאו משלב ההכנה ועולים כדי ניסיון, ואם הוכח היסוד הנפשי שבגינו ניתן להרשיעו בשתי עבירות הניסיון המיוחסות לו בכתב האישום?

הטענה כי אין מדובר בנשק נטענה גם בביהמ״ש המחוזי וזה דחה אותו. הפרשנות אשר ניתנה ע״י השופט קמא לס׳ 144(ג)(2) עולה בקנה אחד עם נוסח החוק ועם תכליתו ופסיקתו של ביהמ״ש.

כעולה מנוסח החוק, ההגדרה המצויה בו היא רחבה ונועדה להגשים את התכלית של איסור נשיאה והחזקה של כלי פוגעני שיכול להיות אף קטלני. כלי זה אינו בהכרח כלי שיוצר מלכתחילה, ועפ״י טבעו המקורי, לתכלית האמורה. אמנם כל אחד ממרכיביו של בקבוק התבערה כשהוא לעצמו יכול שישמש לצרכים תמימים שמטבעם לא נועדו לפגוע באדם או להזיק לו, אולם אין ספק שבהרכבתם כפי שנעשה ע״י המערער מהווים הבקבוקים כלי שסוגל עפ״י עצם טיבו להזיק לאדם ולפגוע בבריאותו ובשלמות גופו. זה שנים מוכרים כלי נשק מאולתרים המשמשים בעיקר לפעילות טרוריסטית, אך גם לפעילות לוחמנית אחרת. הוצאתם של כלים אלה מס׳ 144 לחוק תהיה מנוגדת ללשון הס׳ ולתכליתו. האלתור כשלעצמו והשימוש ברכיבים תמימים באופיים אינם שוללים מן המוצר המוגמר את אופיו ככלי נשק אם סוגל לכך ואם במבנהו הסופי הוא נועד להזיק לאדם.

מהטעמים האמורים לא רואה ביניש צורך להתערב בהרשעתו של המערער בעבירות של ייצור נשק ונשיאתו.

אשר להרשעתו של המערער בעבירות של ניסיון להצתה וניסיון לגרימת חבלה בכוונה מחמירה, הרי ההרשעה בעבירות אלה מעוררות קושי כפול: הן בשאלה הנוגעת לשלב תחילת הביצוע מבחינת היסוד העובדתי של העבירות והן בשאלה הנוגעת לגיבוש היסוד הנפשי אשר בשתי העבירות הוא יסוד של כוונה.

עבירת הניסיון מתאפיינת בהיעדר השלמת המעשה הפיזי ובגילוי ברור של היסוד הנפשי של כוונה. עבירת הניסיון מושלמת אם ליסוד הפיזי של תחילת ביצוע נלווה יסוד נפשי כאמור. באשר לטיבו של היסוד הפיזי הנדרש בעבירת הניסיון, הרי שזה אינו ניתן להגדרה ממצה. השאלה הטעונה הכרעה היא אם ההתנהגות יצאה מגדר הכנה ועברה להתנהגות המעשית לקראת השלמת הביצוע, ולו במידה המינימלית. אשר ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה לפי ס׳ 329(א)(2) לחוק, הרי שהוא יסוד של כוונוה מיוחדת – כוונה להטיל באדם נכות או מום או לגרום חבלה חמורה.

בעבירת הניסיון בולט הקשר המתחייב בין ההתנהגות הגלויה לבין היסוד הנפשי. במילים אחרות, ככל ששלב הביצוע הוא ראשוני יותר, ובייחוד כאשר הוא מוביל לכמה התנהגויות אפשריות, כך נדרשת הוכחה ברורה יותר המלמדת על התקיימותו של היסוד הנפשי המייחד את ההתנהגות לקראת מטרה עבריינית קונקרטית.

בענייננו, ספק אם ניתן לקבוע כי ההליכה לעבר יפו כשבקבוקי התבערה בכיסיו של המערער מהווה תחילת ביצוע עד כדי קיום היסוד הפיזי של העבירה. הצהרותיו של המערער מרגע שנעצר ע״י המשטרה היה בהן רק כדי ללמד כי קרוב היה לגיבוש הכוונה להשתמש בבקבוקי התבערה, אך כי טרם גיבש כוונה סופית באשר לעצם השימוש הקונקרטי בבקבוקים. המערער היה בשלב של סיום ההכנה לקראת ביצוע עבירה אשר טיבה המדויק ונסיבות ביצועה לא היו מגובשים עדיין. בנסיבות אלה אין לומר כי הוכח מעבר לספק סביר כי המערער ביצע ניסיון לחבול חבלה חמורה כמשמעותה של העבירה לפי ס׳ 329(א)(2) לחוק.

החזקת בקבוקי תבערה עשויה להצביע על הכנת פעולה של הצתה כנגד עברים, אך כוונה כללית זו אינה עולה כדי כוונת הצתה כדי לפגוע בבני אדם או כוונה לבצע עבירה פלילית מסוימת מסוג העבירות שהורשע בהן.

עיון בהוראת החוק האמורה ובפרק שבו היא מצויה מלמד כי נוכח החומרה המיוחדת והסיכון שבהחזקת חפצים וחומרים בעלי פוטנציאל מסוכן שיש כוונה לעשות בהם שימוש עברייני, ראה המחוקק לקבוע עבירה בגין התנהגות שאינה עולה אפילו כדי עבירת ניסיון לבצע עבירה כלשהי והיא נותרת בגדר הכנה. כל שימוש שהיה בוחר המערער לעשות בבקבוקי התבערה היה שהכין על רקע רצונו לבצע פעולת נקם היה עולה כדי עבירה, קרוב לוודאי עבירת פשע, ומכל מקום ללא ספק עוון. על כן בהחזקת בקבוקי תבערה ונשיאתם בכוונה עבריינית נתמלאו יסודות העבירה האמורה.

ההחלטה:

זיכוי המערער מעבירה לפי ס׳ 329(א)(2) לחוק העונשין, ומעבירה לפי ס׳ 448 לחוק בצירוף ס׳ 25 לחוק. עפ״י הסמכות הקבועה בס׳ 216 לחוק סדר הדין הפלילי, מרשיעים את המערער בעבירה לפי ס׳ 497 לחוק העונשין, בנוסף על הרשעתו בעבירה לפי ס׳ 144(ב) ו-144(ב2) לחוק.

**פס״ד ברויאר נ׳ מ״י**

רקע:

המשיב הורשע בעבירה של החזקת סכין שלא כדין, וזוכה מעבירה של ניסיון שוד בנסיבות מחמירות. המדינה מערערת נגד זיכוי זה. הדיון נסב אודות השאלה האם יש במעשי המשיב כדי לכונן את יסודותיה של עבירת הניסיון, או שמא לא חרגו מעשים אלה מגדר מעשי הכנה לביצועו של שוד, וככאלה הם אינם ברי ענישה.

ביהמ״ש העליון פסק (השופט לוי ובהסכמת השופטים חיות וחשין):

ביהמ״ש העליון מקבל את הערעור. דיני העונשין מאפשרים לייחס אחריות גם בגין ניסיון לבצע עבירה, בטרם עלה בידי המבצע להשלים את העבירה המוגמרת. הנכונות להטיל אחריות פלילית כבר בשלב מקדמי כזה, חייבה לקבוע קו גבול, שעד אליו לא יוטלו הגבלות על התנהלות המבצע. ס׳ 25 לחוק העונשין, המבחין בין מעשה ״הכנה״ ל״ניסיון״, מתווה קו גבול כזה, אולם אינו מספק כלי הבחנה ברורים. הפסיקה והספרות נאלצו ליצוק תוכן להגדרה שבס׳ 25 לחוק העונשין, והוצעו מספר דרכים להבחנה בין מעשה ״הכנה״ לבין ״ניסיון״. נקבע כי לשם הרשעתו של אדם ב״ניסיון״ לבצע עבירה די בכך שנעשה מעשה גלוי, המקרב את תהליך ביצועה של העבירה המושלמת. לעיתים קיימות נסיבות, שבהן ניתן אף להסתפק במעשה המבטא את תחילת תהליך הביצוע של העבירה המושלמת, ובלבד שיש בכך כדי לגלות בצורה חד משמעית את כוונת העבריין.

מבחן הקרבה להשלמת הביצוע

מוצע לבחון עד כמה היה המבצע רחוק מהגשמת תכניתו העבריינית, וככל שהוא קרוב יותר להשלמתה של העבירה – כך גוברת הנטייה לראות במעשיו ככאלה שחדרו למתחם ״הניסיון״. מוצע להשתמש במדדים של זמן ומקום – אך אלו הם אינן מדדים בלעדיים. יחד עם זאת, בנסיבות מסוימות אין כל הצדקה להמתין עד לשלב המאוחר שבו המבצע כבר מתקרב להשלמת העבירה, בשל הסכנה הכרוכה בכך. על כן, התפתח מסלול נוסך, שגם על פיו ניתן להטיל אחריות בשל ניסיון לבצע עבירה.

ביצוע התחלתי המגלה בצורה חד משמעית את כוונת העושה

ניסיון לבצע עבירה עשוי להתקיים כבר מהרגע שבו גמלה בליבו של המבצע החלטה סופית לבצע עבירה והוא ניגש לביצועה בפועל. רציפותם של המעשים היא פרמטר חשוב לעניין זה, שכן היא עשויה לרמז על ״קפיצה איכותית״ המבחינה בין מעשי ״הכנה״ למעשים של ביצוע. ״תחילת ביצוע״ אינה מתייחסת בהכרח לתחילת ביצועה של ההתנהגות האופיינית לעבירה, ע״י תחילת ביצוע היסוד העובדתי שלה דווקא, אלא די בכך שהעבריין ניגש לביצוע העבירה, במובנו הרחב של מונח זה. ככל שמדובר בסדרת פעולות ארוכה יותר שהמבצע הספיק לבצע בטרם נתפס, או ככל שזיקתן של הפעולות שנעשו לשם הגשמת העבירה המיועדת היא הדוקה יותר, כך גדלה הנטייה לראותו כמי שהחל בביצוע. בתחילת הביצוע לא די, ויש לבחון בנוסף לכך כי מעשיו של המבצע משקפים באופן חד משמעי את כוונתו. דרישה זו נקראת ״מבחן החד משמעות״, ובבסיסה הרעיון כי כוונתו הרעה של המבצע משתקפת במעשיו. עפ״י מבחן זה יש לבחון את התנהגותו של הנאשם, ומהנקודה שבה מתגלית באופן חד משמעי, כוונתו לבצע את העבירה הקונקרטית, כי אז חצו המעשים את הגבול שבין מעשה ההכנה לניסיון לביצוע עבירה.

מן הכלל אל הפרט

לענייננו, לא ראוי להימנע מהטלת אחריות עד לשלב כה מאוחר, שבו המשיב היה חודר למקום השוד המתוכנן. סקירת רצף הפעולות שביצע המשיב עד לנקודה שבה נתפס, מעידה על כך כי אין מדובר במי שנקט במעשי הכנה גרידא, אלא במי שבליבו גמלה החלטה להוציא אל הפועל – עוד באותו היום – את מזימתו. מותר להניח כי לולא נלכד היה מבצע את השוד.

באשר ליסוד הנפשי המיוחד הנדרש בניסיון לבצע עבירה (כוונה) הרי שלא יכול להיות ספק כי גם דרישה זו התקיימה בעניינו של המשיב. המשיב הודה כי כוונתו הייתה לשדוד את סניף הבנק, והוא אף הודה כי בעת שנלכד היה בדרכו לבנק לבצע את זממו.

ההחלטה:

הערעור התקבל.

**פס״ד מ״י נ׳ אלדד**

רקע:

הנאשם הורשע, עפ״י הודאתו, בעבירות של ניסיון למעשה מגונה וניסיון להטרדה מינית. ההרשעה באה על רקע תחקיר שערך ערוץ עשר שמטרתו לחשוף לציבור את הסכנות הטמונות לקטינים וקטינות ברשת האינטרנט.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט שאול שוחט – פסקאות 1-3, 12-13):

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

כמו שעולה מכתב האישום, הנסיבות המיוחדות של מעשי. העבירות וביצוען במקרה דנן היו כאלה בהן הפגיעה המינית הצפויה מהנאשם נותרה כולה במרחב הוירטואלי ולא נגרם נזק ממשי. נסיבות מעשי העבירות וביצוען במקרה דנן אינן נסיבות האופייניות לעבירות ניסיון הטרדה מינית וניסיון למעשה מגונה ולכן גם העונש הראוי בגינן אינו העונש האופייני למבצעים פשעים נפשעים כגון אלו.

**פס״ד גרציאנו נ׳ מ״י**

רקע:

המערער הורשע בביהמ״ש המחוזי בהחזקת סם מסוכן. הוברר כי אנשי המשטרה שחשדו כי חבילה שנשלחה מחו״ל למענו של חברו של הנאשם מכילה סמים, פתחוה, גילו בתוכה שתי שקיות המכילות סמים, והחליפו התכולה (למעט קמצוץ סם שהותירו בשקית נפרדת) בחומר הדומה בצבעו ובמראהו לסם. לאחר מכן החזירו החבילה למקומה והיא הגיעה לנמען. המערער נתפס מאחור ותר בביתו של הנמען כשלידו השקיות האמורות. המערער הכחיש כל קשר לסם שיובא. לטענתו לא היה מקום להרשיעו בהחזקת סם, ואף לא בניסיון לעבור אותה עבירה שכן, בנסיבות המקרה, בהעדר סם לא יכול היה לבצע עבירה זו בכלל.

פסק הדין בביהמ״ש העליון (השופט בך):

השופט בביהמ״ש המחוזי קבע כי לא הוכח לפניו שהמערער היה שותף לקשר לייבא את הקוקאין או ליבוא הסם, וע״כ זיכוהו מאשמות אלה, אך הוחלט להרשיע את המערער בעבירה של החזקת כמות הסם שיובאה. השופט קמא התחזק בדעתו נוכח התחמקותו של המערער מלמסור את גרסתו בליל המעצר. לדעת השופט התחמקות זו לא הייתה נחוצה אלמלא היה המערער שותף להחזקת הסם.

דעתו של בך היא כי הרשעת המערער בהחזקת הכמות השלמה של הקוקאין אינה מבוססת. משהחליט השופט קמא לזכות את המערער מהעבירות של קשירת קשר לייבא את הסם ושל יבוא הסם, ומשהוכח כי המשטרה הוציאה את הסם לפני שהגיעה החבילה להחזקתם המשותפת של המערער וחברו, הרי שנעלמה התשתית העובדתית להרשעת המערער בעבירה המושלמת של ההחזקה באותו הסם. ניתן אפוא להרשיעו בהחזקת קמצוץ הקוקאין בלבד.

מתעוררת כאן הבעיה המורכבת של ״הניסיון הלא צליח״. הוראת החוק הרלוונטית כלולה בס׳ 33 לחוק העונשין. הספקות מתעוררים בעיקר באותם מקרים בהם למעשה לא בוצע מבחינה אובייקטיבית כל מעשה עבירה ולא יכלה כלל להתבצע עבירה, אלא שהנאשם האמין בטעות, שהוא אכן עובר ומתכוון לעבור אותה. לטעמו של בך התשובה לשאלה זו היא כי עבירת הניסיון נעברת, כאשר הנאשם נקט אמצעים, אשר הם מסוג האמצעים אשר באופן אובייקטיבי יכולים להביא להשלמת העבירה. לטעמו של בך כאשר הבין המערער שהחבילה אותה לקחו מן הדואר מכילה קוקאין שיובא מחו״ל, וכאשר עזר לחברו לטפל בחומר, בהאמינו באופן סביר כי זהו הסם המיובא, נקט ״אמצעים מתאימים״ כדי להחזיק בסם יחד עם חברו, ועל כן היה במעשהו משום ״ניסיון״ לעבור את העבירה. על כך יש להרכיב את ס׳ 33(ג) לחוק, משמע, שחוסר האפשרות לבצע את העבירה למעשה, מחמת נסיבות שלא היו ידועות למערער, לא היה בו כדי אפשרות לשנות את המצב.

על כן לגישתו של בך יש לקבל את הערעור באופן חלקי, במובן ביטול ההרשעה בגין הכמות המלאה של הקוקאין שהייתה אמורה להיות בחבילה, אך להרשיע את המערער בהחזקת קמצוץ של קוקאין ובניסיון להחזיק בכמות הסם שנשלחה מחו״ל במקור.

השופט א׳ גולדברג:

התנהגות בת ענישה הנכנסת לגדרו של ס׳ 33(ג) אינה יכולה להיבחן לפי מצב דברים אובייקטיבי, שכן מובן הוא שלא היה ביכולתו של המנסה לעבור את העבירה, אלא ההתנהגות נבחנת עפ״י מסכת עובדתית שבקיומה האמין המנסה, ושאילו הייתה נכונה הייתה מאפשרת את השלמתה של העבירה.

מצטרף לדעתו של בך.

השופט מ׳ אלון:

מסכים.

ההחלטה:

הערעור התקבל חלקית.

**פס״ד פלוני נ׳ מ״י**

רקע:

המערער הורשע בביהמ״ש המחוזי פה אחד בעבירה של ניסיון לרצח. המערער החליט להמית את בתו, אשר התגוררה עמו ועם אמה הדירה. המערער החליט להמית את המתלוננת ע״י כך שיחנוק אותה, ובהמשך ימית את אשתו ולאחר מכן יתאבד. בעד שהמתלוננת ישנה למיטתה, המערער נכנס לחדר ע״מ להעיר אותה. המתלוננת אמרה למערער שהיא קמה אך לא קמה מיד והדבר הכעיס את המערער. בסמוך לאחר מכן המתלוננת החלה להתלבש ולהתארגן לקראת יציאה לביה״ס. המערער נכנס אל חדרה ואמר לה שצריך לנסוע. המתלוננת השיבה בקול כועס שהיא יודעת. הדבר הכעיס את המערער והוא נעמד מוול המתלוננת, לפת את צווארה בשתי ידיו וחנק אותה בחוזקה. המערער המשיך לחנוק את המתלוננת, תוך שהיא מנסה להדוף אותו ביד אחד ומנסה לחייג לאמה בטלפון הסלולארי ביד השנייה, ואומרת למערער: ״תפסיק אתה הורג אותי!״.

המערער השכיב את המתלוננת על המיטה והמשיך לחנוק אותה בידיו, עד אשר אפסו כוחותיה והיא הפסיקה להיאבק. המערער הוציא את החגורה מן המכנסיים שלבשה, כרך את החגורה סביב צווארה וחנק אותה באמצעות החגורה. כתוצאה מהחניקה פניה של המתלוננת הכחילו, לשונה השתרבבה החוצה מפיה והיא איבדה את הכרתה. המערער אשר ראה כי היא מחוסרת הכרה סבר כי היא מתה. רק אז הוא חדל מחניקתה, יצא מהדירה, שאל את שכנתו מה מספר הטלפון של המשטרה ושב לדירתו. תוך כדי כך, המתלוננת שבה להכרתה והחלה להקיא במיטתה. המערער התקשר למוקד 100 של המשטרה, דיווח כי כמעט הרג את ביתו וביקש שניידת תגיע אל הדירה. כתוצאה מחניקתה ע״י המערער, המתלוננת פונה לביה״ח, ונגרמו לה חבלות של ממש, סימנים אדומים, שטפי דם באזור הצוואר ושריטות בכתף. בגין מעשים אלה הואשם המערער בעבירה של ניסיון לרצח לפי ס׳ 305 לחוק העונשין.

המערער ביקש לייחס לו פטור מאחריות פלילית עקב חרטה לפי ס׳ 28 לחוק העונשין. עוד טען כי עובר לאירוע סבל מדיכאון קשה ובין היתר היו לו מחשבות לפגוע במשפחתו ולהתאבד, ולפיכך יש להחיל בעניינו את הסייג לאחריות פלילית של אי שפיות הדעת, או דחף לא בר כיבוש.

ביהמ״ש המחוזי דחה את טענת המערער לפיה הוא אינו אחראי למעשיו בשל מצבו הנפשי. נדחתה גם הטענה של פטור עקב חרטה, וזאת מאחר ולגישתו של המחוזי ניסיון הרצח לא הושלם לא עקב חרטה של המערער, אלא דווקא בשל כך שהוא סבר שניסיונו לרצוח צלח והמתלוננת מתה. הקבע כי מאחר שהסיבה שהמערער חדל ממעשיו לא הייתה מניע פנימי של חרטה, אין מקום להחלת הפטור.

ביהמ״ש העליון פסק (השופט ס׳ ג׳ובראן):

פלוני מנסה להמית את אלמוני באמצעות חניקתו. לאחר מעשה חניקה ממושך, הכולל הן חניקה באמצעות ידיים והן חניקה באמצעות חגורה, אלמוני מאבד את הכרתו ופלוני סבור כי אלמוני מת. או אז, מעוניין פלוני להזעיק את כוחות החירום לעזרה ועושה זאת לאחר שאלמוני שב להכרתו. האם יש לפטור את פלוני על ניסיון ההמתה של אלמוני לנוכח חרטתו ומעשיו לאחר מעשה החניקה?

ערעורו של המערער כלפי הרשעתו מתמצה בטענה אחת: התקיימות הפטור עקב חרטה לפי ס׳ 28 לחוק העונשין, בניגוד לקביעת ביהמ״ש המחוזי.

העונש על הניסיון לבצע עבירה הוא זהה לעונש על ביצוע העבירה המושלמת מלבד אם נאמר בחיקוק אם משתמע ממנו אחרת.

בתיקון 39 לחוק העונשין, במקביל להשוואת העונשים בין הניסיון לבין העבירה המושלמת, חוקק ס׳ 28 לחוק העונשין האמור לעיל, אשר קבע חריג לכלל המטיל אחריות פלילית על ניסיון לבצע את העבירה והעניק פטור מעבירת הניסיון עקב חרטה. לפי ס׳ 28 לחוק העונשין, כדי לזכות בפטור, על הנאשם להוכיח שלושה תנאים מצטברים: האחד, כי חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; השני, כי עשה זאת מחפץ נפשו בלבד; והשלישי כי עשה זאת גם מתוך חרטה. בפסיקה נקבע כי על הוכחת תנאי הפטור להיות ברמת הוכחה של מאזן הסתברויות הנהוג במשפט האזרחי.

ישנם מספר טעמים למתן הפטור עקב חרטה, אותם ניתן למצות בשניים מרכזיים: טעם מוסרי וטעם תועלתני. לפי הטעם המוסרי, החרטה מצביעה על שינוי שחל במצבו הנפשי של הנאשם ועל כך הוא מבקש להתנער מהעבירה, גם אם חצה את סף הניסיון. לפי הטעם התועלתני, תכליתו של הפטור היא לעודד עבריינים לחדול ממעשה העבירה לפני השלמנו, או לנסות למנוע את תוצאות המעשה אם מדובר בעבירה תוצאתית והושלם היסוד ההתנהגותי של העבירה.

נקודת המוצא בהתחשבות העונשית שמביאה עמה ההוראה של פטור עקב חרטה היא המפנה הפנימי החזק אשר הביא אדם לידי חדילה מן המעשה, וכדי לעודד אותו לעשות זאת – מעניקים לו פטור מאחריות פלילית על הניסיון לבצע את העבירה. מה שמבדיל בין השלמת ניסיון ענישה לבין השלמת ניסיון שפטורה מענישה הוא האם גורמים שאינם תלויים בעושה גרמו לכך שהשלמת העבירה נכשלה (ענישה), או האם העושה עצמו ביוזמתו מתוך חרטה גרם לכך שהשלמת העבירה נכשלה (פטור מענישה).

על החרטה להיות החלטה פנימית של המנסה, ללא תלות בהשפעה חיצונית.

ישנה הבחנה בין פטור והצדק וישנה משמעות להבחנה זו. כלומר, יש הבדל בין הגנות מצדיקות להגנות פוטרות. ההבחנה מבחינה בין הגנות מצדיקות לבין הגנות פוטרות, כך שהגנה מצדיקה משמעותה היא כי על אף שיסודות העבירה התקיימו, לא נטיל אחריות על העושה שכן המעשה היה מוצדק, היה ראוי או מותר לפעול, באותן נסיבות. זאת לעומת הגנה פוטרת, שמשמעותה שאכן התקיימו יסודות העבירה, וכן המעשה לא היה מוצדק, אולם לא ראוי לייחס לעושה אשמה באותן נסיבות. בניגוד להגנה צדיקה, אשר מקנה הגנה גם לצדדים שלישיים, הגנה פוטרת היא אישית ופוטרת מאחריות רק את העושה עצמו. מדובר בהבחנה תיאורטית לרוב.

דומה כי אין חולק כי סיווג הפטור עקב חרטה הוא כהגנה פוטרת. הפטור עקב חרטה משאיר את הנורמה על כנה, מכיר בכך שנעשה מעשה פלילי, אך באותו מקרה לא ראוי לייחס לעושה אשמה ולכן לא נטיל עליו אחריות פלילית.

לשיטתו של ג׳ובראן, נראה כי חוק העונשין קובע כי ככל שהעושה יבחר בחירה מועדת לעשות את הבחירה ״הנכונה״ במקום הפסולה, לא יהיה ראוי לייחס לעושה אשמה על המעשה.

יודגש כי הפטור אינו פוטר מכל אחריות פלילית על המעשה (״אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה״). כלומר, אם כבר הושלמה עבירה מסוימת במהלך המעשה, הבחירה לבצע את המעשה האסור ע״י אותה העבירה כבר נעשתה – העושה כבר אשם – ובהתאם תוטל עליו אחריות פלילית. כך, הפרטים בחברה עדיין מורתעים ומתומרצים כלל לא להתחיל בביצוע מעשה פלילית.

כאמור, כדי ליהנות מהפטור על העושה להוכיח שלושה תנאים מצטברים: האחד, כי הוא חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; השני, כי עשה זאת מחפץ נפשי בלבד; השלישי, כי עשה זאת גם מתוך חרטה.

לפי ס׳ 28 לחוק. העונשין, ההתנהגות הנדרשת מהעושה על מנת ליהנות מהפטור עקב חרטה היא אחת משתיים: חדילה מהשלמת המעשה או הקמת תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה. כלומר, נדרשת חזרה מביצוע העבירה באמצעות פעולה חיצונית של העושה למניעת עשיית העבירה או השלמתה. חלופת ההתנהגות הרלוונטית תלויה בשאלת התקיימותם של רכיבי היסוד העובדתי של העבירה, והאם אלו הושלמו. כאשר הושלמו כל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה, העבירה מושלמת, וכבר לא מדובר בניסיון, ולפיכך דיני הפטור עקב חרטה אינם חלים. לעומת זאת, כאשר רק חלק ממרכיבי היסוד העובדתי של העבירה התקיימו, עניין לנו בניסיון, ואז לצורך בחינת דיני הפטור עקב חרטה, יש להבחין בין עבירות התנהגותיות לבין עבירות תוצאתיות. אין מניעה מלעבור עבירה של ניסיון לביצוע עבירה התנהגותית. כך גם אין מניעה להחיל את הפטור עקב חרטה על ניסיון לביצוע עבירה התנהגותית.

ככל שהעבירה היא התנהגותית, יש לבחון האם ההתנהגות שבה מותנית השלמת העבירה הושלמה – כלומר, האם המעשה מושלם – אם שהיא עדיין מתבצעת. במקרים שבהם ההתנהגות שבה מותנית השלמת העבירה הושלמה – המעשה הושלם, ואין דרך לחזור ממנו. במקרים בהם ההתנהגות עדיין מתבצעת, על העושה לחדול מההתנהגות ולהפסיק את השלמת המעשה ע״מ לעמוד בתנאי הפטור עקב חרטה.

ככל שהעבירה היא תוצאתית, יש לבחון את התקיימות ההתנהגות וכן את התקיימות התוצאה שבה מותנית השלמת העבירה. בעבירות תוצאתיות השלמת ההתנהגות הנדרשת אינה משלימה את העבירה ועל כן הפטור עקב חרטה עדיין יכול לעמוד לעושה. במקרים שבהם ההתנהגות עדיין מתבצעת, על העושה לחדול מההתנהגות ולהפסיק את השלמת המעשה ע״מ לעמוד בתנאי זה. לעומת זאת, במקרים שבהם ההתנהגות הנדרשת כבר הושלמה, יש לבחון את החלופה השנייה של התנאי – הקמת תרומה של ממש למניעת התקיימות התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

מהי אותה תרומה של ממש הנדרשת מהעושה? האם נדרש כי התרומה תמנע בפועל את השלמת העבירה או שמא ניתן להסתפק בכך שלתרומה תהיה באופן פוטנציאל היכול למנוע את השלמת העבירה?

על העושה להשקיע מאמץ משמעותי ויעיל למניעת התוצאה שבה מותנית השלמת העבירה. אם כן, ניתן ללמוד כי כוונת המחוקק בהוראת החלופה הייתה להטיל על העושה חובה לפעול באופן אקטיבי למניעת התוצאות, וזאת גם בהשתתפות אחרים במניעת התוצאות, אך על התרומה של העושה להיות תרומה ממשית. כלומר, חלקו של העושה במניעת התוצאות חייב להיות מהותי. לא קיימת – לא במפורשות בחוק ולא בדברי ההסבר לו או להצעותיו – כל דרישה כי התרומה של העושה אכן תהיה זו אשר מנעה בפועל את התקיימות התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

לגישתו של ג׳ובראן ניתן להסתפק בנקיטת צעדים מהותיים אשר מסוגלים בדרך כלל למנוע את התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה. הדרישות מהעושה בתנאי זה הן במישור העובדתי. במישור הנפשי, על. העושה להיות מודע לכך שהוא חדל מהשלמת המעשה או שהוא תורם תרומה של ממש למניעת התקיימות בתוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה. זאת בנוסף ליסוד הנפשי המוגבר המיוחד שקובע הפטור בשני תנאיו האחרים: שהחדילה מהשלמת המעשה או הקמת התרומה של ממש למניעת התקיימות התוצאות תהיה מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה.

התנאי השני אשר מעמיד הפטור עקב חרטה הוא כי על החזרה מהשלמת העבירה להיות ״מחפץ נפשו בלבד״ של העושה. דרישת תנאי זו היא כי החזרה מהשלמת העבירה תהיה מיוזמתו של העושה ללא. השפעה של גורם חיצוני. עיקר המחלוקת טמונה בתנאי הבא, על פיו על החזרה מהשלמת העבירה להיות ״מתוך חרטה״ של העושה. הלכת מצארווה קובעת כי על החרטה להיות ״רגשית-מוסרית״, מעין ״חזרה בתשובה״. לגישתו של ג׳ובראן הגיעה העת לשנות הלכה זו. עיקרם של דברים הוא כי ג׳ובראן סבור שהלכה זו איננה מקדמת את תכלית הוראת הפטור עקב חרטה - והיא תמרוץ העושה לחזור בו מהשלמת העבירה. הדרישה המוגברת לחרטה רגשית מוסרית שהציבה הלכת מצארווה היא יוצאת דופן ואיננה מקובלת בשיטת משפט דומות, אשר לרוב מסתפקות בחזרה שלמה ומרצון חופשי מהשלמת העבירה או מהכוונה להשלים את העבירה.

יש להבחין בין סוג חרטה המכונן ניסיון בלתי צליח לבין סוג חרטה המכונן פטור עקב חרטה, שכן אלו שני סוגי חרטה שונים המובילים לתוצאות שונות.

בסוג הראשון, מדובר בניסיון בלתי צליח בשל מבנהו הנפשי של העושה אשר לא מאפשר לו להשלים את ביצוע המעשה; בעוד שבסוג השני, הניסיון הוא צליח והעושה יכול נפשית להשלים את ביצוע המעשה, אך בוחר בחירה מודעת ורצונית לא לעשות זאת. משכך, לצורך עמידה בתנאי של הפטור עקב חרטה, אין העושה נדרש למהפך נפשי עמוק עד כדי חזרה בתשובה, אלא עליו פשוט לחזור מכוונתו לבצע את העבירה.

התפיסה היא כי נדרש ״מפנה פנימי בעמדתו הנפשית״ על מנת ליהנות מהפטור עקב חרטה. ״מפנה בעמדה נפשית״ מתייחס לתנאי ״מתוך חרטה״ והמילה ״פנימי״ מתייחסת לתנאי ״מחפץ נפשו בלבד״.

יתרה מכך, דרישה לחרטה רגשית מוסרית אינה עולה בקנה אחד עם הכלל הבסיסי במשפט הפלילי לפיו ״אין עונשין על דברים שבלב״. ככלל, אין זה מעניינו של המשפט הפלילי מחשבותיו של אדם אלא מעשיו. בפטור עקב חרטה, ניתן ללמוד על הבחירות של העושה לפי התנהגותו – בין אם חדל מהשלמת המעשה או בין אם תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות. התנהגותו החיצונית האובייקטיבית מעידה על בחירתו לחזור בו מהשלמת העבירה אך היא איננה יכולה להעיד על מחשבותיו או על דברים שבלבו. על כן, יש לבחון את מעשיו של העושה והאם אלו מעידים על שינוי נפשי בנוגע לכוונה לבצע את העבירה וחזרה ממנה.

״נקודת המוצא״ אשר מקנה חוק העונשין בטרם הושלמה העבירה, נועדה לעודד את העושה לחזור מהשלמת העבירה. כך, בחירה ״נכונה״ לחזור מהשלמת העבירה תימנע ייחוס אשמה לעושה על המעשה והוא יהיה פטור מאחריות פלילית.

מן הטעמים לעיל, ג׳ובראן סבור כי הדרישה לחרטה רגשית מוסרית איננה ראויה וכי ניתן להסתפק בחזקה מהכוונה לבצע את העבירה על מנת לעמוד בתנאי של ״מתוך חרטה״. זאת, גם אם החזרה מהכוונה נבעה משיקולים שאינם מוסריים – ערכיים אלא כלכליים, חברתיים וכדומה. יוזכר כי במקרים בהם החזרה מהכוונה להשלים את העבירה נובעת מנסיבות חיצוניות התנאי של ״מחפץ נפשו בלבד״ לא יתקיים ולפיכך לא יוענק הפטור.

במקרה שלפנינו ג׳ובראן אינו סבור כי המערער עומד בתנאי הפטור עקב חרטה, וזאת בשל אי התקיימותם של לפחות אחד מתנאי הפטור המצטברים הדרושים.

במקרה שלפנינו, המערער טוען כי אין להבחין בין מי שחדל מהשלמת העבירה באופן רציף, לבין מי שחדל מהשלמתה בשל סיבה חיצונית ואולם לא חזר לבצעה בשל כך שהתחרט. לטעמו, העובדה כי הוא לא שב לחנוק את המתלוננת משנוכח כי היא חיה, שקולה היא להפסקת המעשים. לעומתו, המשיבה סבורה כי הפטור עקב חרטה לא נועד למקרים שבהם העושה חדל מהמעשה לאחר שכבר השלים אותו. אם כן, עולה בענייננו שאלת עיתוי החדילה מהשלמת המעשה אשר תזכה את העושה בפטור.

במקרה של רצף התנהגויות המעלה ספק לגבי עיתוי החדילה מהשלמת המעשה, יש לבחון האם השלב הראשון והשלב השני הם בגדר ״אותו מעשה״ ממנו העושה היה יכול עוד לחדול, או שמא הם שני מעשים נפרדים, ומשכך לאחר שהשלב הראשון הושלם – הושלם גם המעשה הראשון ואין העושה יכול לחדול מהשלמתו. כלומר, יש לבחון האם החדילה של העושה הייתה מאותו מעשה או כבר ממעשה אחר. בפסיקה נקבעו שני מבחנים עיקריים לבחינת השאלה מתי רואים אירועים נפרדים בתור ״אותו מעשה״: מבחן עובדתי ומבחן מהותי. המבחן העובדתי עונה על השאלה האם מדובר בפעולות נפרדות עוקבות אשר ניתן לפצל ביניהן אף שבוצעו ברצף, ואילו המבחן המהותי הוא מבחן נוסף שניתן להיעזר בו כדי להגיע לפתרון והוא מתייחס למהות האינטרס הנפגע של קורבן העבירה שעליו באה החברה להגן.

במקרה שלפנינו יש לבחון את הדברים עפ״י המבחן העובדתי. המבחן העובדתי מתבונן על הרצף העובדתי של האירועים, וכאשר ניתן, ולו באופן מלאכותי, להצביע בכל נקודת זמן במהלך ביצוע העבירה, אילו עבירות הושלמו ואילו טרם החלו, הרי אז רצף המעשים הינו תופעת לוואי, שאינה מונעת פיצולם לעבירות רבות. לצורך המבחן העובדתי נעזר במבחני עזר: האם את ההתרחשות ניתן לתמוך במסכת ראייתית אחת או יותר; האם ניתן לייחס נקודות זמן ברורות לכל שלב ושלב; והאם העושה היה יכול באופן סביר לכוון את התנהגותו בכך שיבצע רק את חלק מהעבירות ויימנע מהשאר.

על כן, כאשר המסכת העובדתית מעלה רצף התנהגות אשר ניתן בהתבוננות הגיונית לפצל בין המעשים, יש לעשות כן. וככל שמעשה מסוים כבר הושלם – אין עוד אפשרות לחדול מהשלמתו, ועל העושה תוטל האחריות הפלילית בגינו.

כזכור בענייננו, המערער חדל מהשלמת מעשה ההמתה לאחר שסבר כי המתלוננת מתה, ולא שב לבצע את המעשה לאחר שמצא כי היא עדיין בין. החיים. כעת יש לבחון האם מעשה החניקה אשר הוביל לאיבוד הכרתה של המתלוננת ומעשה אי המשך חניקתה לאחר שמצא כי היא חיה – הם בגדר אותו מעשה או לא. רצף ההתנהגות נשען על מסכת ראייתית דומה, אך ניתן לייחס נקודות זמן ברורות לכל שלב ושלב, והמערער היה יכול לבצע רק את ההתנהגות הראשונה ובכך להשלים את העבירה, ולא להמשיך להתנהגות הבאה.

ענייננו מדובר המעשה המתה, ולכן הבחינה נוטה לטובת פיצול ההתנהגות למעשים נפרדים.

בתו של המערער היא זו אשר מנעה בפועל את התוצאה בכך ששבה להכרתה, ובעת שהמערער התקשר לכוחות החירום – התוצאה כבר נמנעה. עם זאת, לנוכח מצבה ההכרתי הירוד היה מן הראוי להזעיק כוחות חירום על מנת שינטרלו את הסיכון שמא מצבה ידרדר לכדי מותה. צעד זה לטעמו של ג׳ובראן הוא צעד מהותי אשר בדרך כלל מסוכל למנוע את התוצאה, ומשכך עומד המערער בדרישות הפטור במישור העובדתי. עם זאת, הפטור לא יכול לעמוד למערער בשל אי עמידתו בתנאי של חזרה מהשלמת העבירה ״מחפץ נפשו בלבד״. הסיבה בגינה הפסיק המערער את מעשה החניקה הייתה סברתו כי המתלוננת מתה. לא היה מדובר בהחלטה פנימית שלו עם עצמו אליה הוא הגיע באופן עצמאי, אלא בהחלטה אליה הגיע בשל גורם חיצוני ומשכך אינה עונדת בדרישת תנאי זה. התנאי השלישי (״מתוך חרטה״) מתקיים לענייננו. דומה כי אכן המערער חזר חזרה מלאה מכוונתו להשלים את העבירה בכך שלא שב והמשיך לחנוק את המתלוננת אלא ניסה במירב מאמציו להזעיק את כוחות החירום. מניעיו לא היו מוסרים רגשיים באופן מובהק אלא נבעו מהבנה כי אין ברצונו להביא למותה של המתלוננת ובחירה בדבר ״הנכון״ בנסיבות העניין.

על כן, מאחר והתנאים של הפטור הינם תנאים מצטברים – פטור החרטה לא עומד למערער ואין לשנות את דחיית טענת הפטור ולהרשיע את המערער בעבירת הניסיון לרצח.

השופט א׳ שהם:

מצטרף למסקנותיו של ג׳ובראן, עם הסתייגות אחת.

לטעמו של שהם יש לפצל את רצף האירועים וההתנהגויות של המערער לשני חלקים, שכל אחד מהם עומד בפני עצמו. בשלב הראשון, פעל המערער במטרה להביא למותה של המתלוננת, ועשה את כל הנדרש ע״מ לקפח את חייה. בשלב השני, הזעיק המערער את גורמי הסיוע הרפואי, אך זאת רק לאחר שנוכח לדעת כי המתלוננת שבה להכרתה.

השופט י׳ דנציגר:

מצטרף לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.

ההחלטה:

הערעור נדחה.

**פס״ד יוסופוב נ׳ מ״י**

רקע:

המערערת הורשעה בביהמ״ש המחוזי בעבירות של סיוע לרצח, סיוע לניסיון לרצח, סיוע להנחת חומר נפיץ, סיוע לגרימה שלא כדין להתפוצצות חומר נפיץ, וסיוע לנשיאת נשק שלא כדין. בגין עבירות אלה, נגזר על המערערת עונש של 18 שנות מאסר בפועל, וכן מאסר על תנאי למשך שנתיים. ערעורה מופנה כנגד הרשעתה בעבירות האמורות ולחלופין כנגד העונש שנגזר עליה.

המערערת הייתה בקשר רומנטי עם זייד כילאני (פלסטינאי תושב אזור ג׳נין). המערערת למדה כי הוא פלסטינאי תושב השטחים. ימים ספורים לפני תחילת האינתיפאדה השנייה, המערערת אף שילמה ערבות ושחררה אותו כאשר מעצר ע״י המשטרה בגין שהייה בלתי חוקית. יצוין כי מספר שבועות לאחר תחילת הקשר בין השניים, ביקשה המערערת לנתקו, ואף הגישה כנגד זייד תלונה במשטרה בגין הטרדה, ואולם מיד עם שחרורו מהמעצר, שנמשך כשבועיים, שבה המערערת וחידשה את קשריה איתו. כאשר פרצה האינתיפאדה השנייה, נהרג אחיו של זייד. בעקבות מותו של אחיו, חזר זייד לכפרו למשך כחודשיים וחצי, תוך שהוא שומר על קשר טלפוני הדוק עם המערערת. במהלך שהייתו בכפרו, החליט זייד לנקום את מותו של אחיו. הוא ביקש מהמערערת לחפש דיירה בעיר תל אביב בה יוכלו שניהם להתגורר וזו נענתה לבקשתו. הם שכרו אותה על שמה של המערערת על אף שזייד הוא ששילם את שכר הדירה. כשבועיים לאחר שהחלו את המגורים המשותפים, יצא ממנה זייד כשבידיו סכין מטבח ופניו אל שוק הכרמל. בשוק, תקף זייד קצין צה״ל, ושיסף את גרונו באמצעות הסכין שנטל עמו מהדירה. הקצין זעק לעזרה, וזייד נמלט מהמקום. הקצין נפצע אנושות ורק בנס נותר בחיים. בקשר לאירוע זה, הורשע זייד בניסיון לרצח. זייד נמלט כאמור מהזירה ועזר את ת״א מבלי לפגוש קודם לכן את המערערת. בשיחה טלפונית, תירץ זייד את עזיבתו הבהולה במחלה בה לקתה, כביכול, אמו. זייד הסביר כי נטל את הסכין לצרכי בטחון. הוא הורה לה לבטל את חוזה השכירות. באותן ימים ממש התחתן זייד עם אישה אחרת, אך המערערת, לה נודע הדבר התעקשה, בשיחה טלפונית, על המשך קיום הקשר עם זייד. באותה השיחה, התוודה זייד באוזני המערערת על מעשה הדקירה וסיפר לה כי בעקבות התקיפה אין הוא יכול להיכנס לשטחי ישראל. זייד הסביר למערערת כי ביצע את הפיגוע בשל רצונו לנקום את מות אחיו. המערערת לא עשתה דבר בעקבות גילוי דבר הפיגוע שביצע זייד, והיא המשיכה בקיום הקשר הטלפוני עמו.

במהלך שהייתו בכפר, יצר זייד קשר עם פעילי טרור, אשר ציידו אותו במטעני חבלה ובאקדח ושב לשטחי ישראל לצורך ביצוע פיגועים. כשהגיע לאזור ת״א התקשר למערערת וביקש שתבוא לאסוף אותו. למערערת היה ברור, כי זייד זקוק לה בשל שהיה מנוע מלשהות בישראל. המערערת חברה אליו, והשניים נסעו לחוף בת ים, שם הראה לה זייד את האקדח אשר נשא. הוא הודיע לה כי במידה וייגש אליו שוטר ויבקש ממנו ת״ז, הוא ירה בו. למחרת, הם נסעו באוטובוס לכיוון תל אביב וזייד סיפר לה כי הוא נושא בתיק חומר נפץ. הם נכנסו למסעדה בת״א אשר זייד בחר בה כיעד לפיגוע. לאחר שהכין זייד את מטען החבלה הניח אותו על הכיסא, והשניים יצאו מהמסעדה ונסעו במונית ליפו. זייד חייג למספר הטלפון שהיה מחובר למטען החבלה שהונח במסעדה, והבין כי המטען לא התפוצץ. לבסוף, פוצצה הפצצה שהונחה במסעדה באופן מבוקר ע״י המשטרה – זאת לאחר שאחת מהלקוחות שבמקום הבחינה בשקית החשודה. בגין הנחת המטען במסעדה, הורשע זייד בעבירה של ניסיון לרצח.

בערבו של אותו יום הגיעו המערערת וזייד לחוף הדולפינריום בת״א. זייד הניח את מטען החבלה השני שהיה ברשותו בחוף, בקרבת קבוצה גדולה של אנשים. השניים התרחקו מהמקום ועלו על מונית אשר הביאה אותם אל יפו. זייד התקשר בידיעה של המערערת אל הטלפון הסלולארי המחובר למטען, אלא שגם הפעם, לא התפוצץ המטען. השניים חזרו לחוף הים וזייד נטל עמו את המטען. זייד סיפר למערערת כי בכוונתו לחזור לכפר, להחזיר את המטען ולחזור לגור בתל אביב שבוע לאחר מכן. זייד עשה את דרכו צפונה ונפרד מהמערערת. תוך כדי נסיעת המונית צפונה עצרה במחסום וכשהתבקש זייד להציג ת״ז, ירה במטען שהיה בתיקו ומן הפיצוץ נהרג אחד הנוסעים, נגרמו חבלות חמורות לנוסעים אחרים. בגין פיצוץ המטען הורשע זייד בעבירות של רצח בכוונת תחילה, גרימת חבלה בכוונה מחמירה וגרימה שלא כדין להתפוצצות חומר נפץ.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט א׳ ריבלין):

ס׳ 31 לחוק העונשין מגדיר מיהו מסייע. המסייע לעבור עבירה הוא צלע משנית ועקיפה בביצוע העבירה. בשעה שאחר מבצע את העבירה, עושה המסייע כדי לאפשר, להקל, לאבטח או לתרום בדרך אחרת לביצועה של העבירה העיקרית. בהתאם, עונשו של המסייע שווה למחצית העונש הקבוע בשל ביצוע אותה העבירה, וזאת לפי ס׳ 32 לחוק העונשין. אין החוק דורש כי אלמלא הסיוע לא הייתה מתגבשת העבירה העיקרית. יתרה מכן, אין כל הכרח כי בהתנהגות ירים המסייע תרומה אפקטיבית לביצוע העבירה העיקרית. הדרישה היא (עפ״י הפסיקה), אך התנהגות הנושאת את הפוטנציאל לסייע בביצוע העבירה, כלומר התנהגות המסוגלת לסייע בביצוע.

באשר ליסוד הנפשי של עבירת הסיוע, הרי שהוא סב סביב היחס הנפשי של המסייע שניים: לסיוע ולעבירה. לגבי היחס הנפשי לסיוע, די שהמסייע יהיה מודע לטיב ההתנהגות המסייעת. דהיינו מספיקה מודעות המסייע לכך שהתנהגותו שלו תורמת לביצועה של עבירה.

לגב היחס הנפשי לעבירה המתבצעת או העומדת להתבצע, נדרש כי על המסייע להיות מודע לכך כי המבצע העיקרי מבצע את העבירה או עמוד לבצעה.

סיכומה של ההלכה הוא כי היסוד הנפשי הנדרש במסגרת עבירת הסיוע הוא מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה, וכן עמידתה של המטרה לסייע לנגד עיני המסייע. המודעות – הן לטיב ההתנהגות המסייעת והן לנסיבה של ביצוע העבירה העיקרית – יכול שתהיה מוחלפת בחשד באשר לטיבה המסייע של ההתנהגות, ובמודעות לאפשרות התקיימות הנסיבה של ביצוע העבירה ע״י העבריין העיקרי.

בקשר לאירוע זה, מקובלת ע״י ביהמ״ש העליון מסקנת ביהמ״ש קמא כי המערער סייעה לזייד לבצע עבירה של ניסיון לרצח. התקיימו באירוע זה, הן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי של עבירת הסיוע. בבחינת היסוד העובדתי, התנהגותה של המערערת, לא רק שהיה בה כדי לסייע לבצע את העבירה שביצע במסעדה, אלא שהיא סייעה לו בכך בפועל. המערערת היא שאפשרה לזייד לשהות בישראל תוך הפחתת סכנת גילויו ע״ כוחות הביטחון. התנהגות המערערת סייעה לו בכל מהלכיו. המערערת יצאה תנאים אשר הקלו על הגשמתו של מעשה העבירה ע״י זייד.

בבחינת היסוד הנפשי, מדבריה של המערערת עצמה עולה, כי היה ברור לה שזייד זקוק לה בשל שהוא עצמו אינו נושא תעודת זהות ישראלית. המערערת הייתה מודעת היטב כי עמידתה שלה, כאזרחית ישראלית, לצידו, היא המקלה עליו את שהותו בעיר ואת ביצוע המעשים אותם התכוון לעשות. לפיכך אין חולק כי המערערת הייתה מודעת לטיב התנהגותה כמסייעת. המרכיב האחרון ביסוד הנפשי אשר את התקיימותו נצרכה המדינה להוכיח הוא מטרה לסייע. גם יסוד זה התקיים בענייננו. יש לומר כי היא הייתה מודעת בדרגת הסתברות של קרוב לוודאי כי התנהגותה תסייע בביצוע העבירה, ולפיכך ניתן להחיל על עניינה בקשר להנחת המטען במסעדה את הלכת הצפיות.

המערערת הייתה אדישה לשאלה האם זייד יגשים את מטרתו. כאמור, אין הגדר עבירת הסיוע דרישה של יחס חפצי כלפי פעולתו של העבריין העיקרי. די שמטרת המערערת הייתה לסייע לזייד, אף מבלי שכוונתה הייתה לסייע לזייד, אף מבלי שכוונתה הייתה שיעלה בידו להשלים את הפיגועים אשר לביצועם סייעה, כדי שתעמוד בתנאים הקבועים בהוראת ס׳ 31.

בכל הקשור לאירוע של הפיגוע במונית, הורשעה המערערת בעבירות של סיוע לרצח, סיוע לניסיון לרצח וסיוע לגרימה שלא כדין להתפוצצות חומר נפיץ. לדעת ריבלין אין מקום להרשיע את המערערת בעבירות אלה. המסקנה המתקבלת היא כי לא הוכח מעבר לספק סביר כי התקיים במערערת היסוד הנפשי הנדרש לעבירת הסיוע בקשר לאירוע זה.

כאמור, אין המסייע נדרש להיות מודע לכל הפרטים של העבירה אותה עומד לבצע המבצע העיקרי. יחד עם זאת, עליו להיות מודע, בעת שהוא מגיש את הסיוע למבצע העיקרי, לכך שקיימת אפשרות כי פעולתו תסייע למבצע העיקרי בביצועה של עבירה ממשית, ובמילים אחרות – לכך שלמבצע העבירה היה ״ייעוד מוחשי״.

זאת ועוד, על המסייע להיות ער לאפשרות שהעבירה תבוצע, בעת שהוא מושיט את הסיוע. אם סבור המסייע, בעת שהוא מבצע את הפעולות העולות לכדי סיוע, כי לא מתקיימת עוד אפשרות ממשית שהמבצע העיקרי עומד לבצע את העבירה, הרי שאין לראות בו מסייע – אף אם העריך, בשלב קודם, כי התקיימה אפשרות שכזו. בענייננו אף שהייתה מודעת לנכונותו של זייד לירות במטען במידה ששוטר יבקש את מסמכיו, לא השתכנע ביהמ״ש העליון מעבר לספק סביר כי כאשר סייעה לזייד לעלות על המונית הייתה המערערת מודעת לאפשרות הרציונאלית שזייד יבצע פיגוע. המערערת הייתה משוכנעת, לאור דבריו של זייד, שפעילותו החבלנית של זייד הגיעה לקצה.

על כן, לא התקיים במערערת היסוד ההכרתי הנדרש להרשעה בעבירה של סיוע בקשר לפיגוע במונית.

לעניין זה אין הלכת הצפיות מהווה תחליף לדרישת המטרה. אין די במודעות על מנת להקימה.

לסיכומם של דברים, יש לזכות את המערערת מהעבירות של סיוע לרצח, סיוע לניסיון לרצח וסיוע לגרימה שלא כדין להתפוצצות חומר נפיץ, בהן הואשמה בקשר לפיגוע למונית.

בכל הנוגע לעבירה של סיוע להנחת חומר נפיץ, המערערת הואשמה בעבירה זו כעבירה חלופית לעבירה של סיוע לניסיון לרצח בכל הנוגע לאירועים של הנחת המטען במסעדה והנחת המטען בחוף הדולפינריום. מאחר והורשעה המערערת בעבירות של סיוע לניסיון לרצח בהקשר של שני אירועים אלה, האין מקום לדון בעבירה זו.

השופט א׳ גרוניס והשופט ס׳ ג׳ובראן:

מסכימים עם פסק דינו של ריבלין.

ההחלטה:

הוחלט בפסק דינו של השופט ריבלין.

**פס״ד פלונית נ׳ מ״י**

רקע:

המערערת הורשעה בביהמ״ש המחוזי, ברוב דעות, בסיוע לרצח של מדריך חברתי בפנימייה שבה שהתה. הרצח בוצע בידי חניך בפנימייה שהיה החבר של המערערת ושיתף אותה בתכנון המעשה בפרטיו. המערערת אף המליצה לחברה על הדרך היעילה לביצוע הרצח וליוותה אותו שעה שרכש את הסכין שבה יתבצע הרצח. הערעור מופנה כלפי ההרשעה והעונש כאחד, ועיקר טענת המערערת כי לא נתקיים בה המצב הנפשי הנדרש לשם הרשעתו בסיוע לרצח.

הנשיא א׳ ברק:

גדר הספקות בערעור שלפנינו סובב כולו סביב הוראות ס׳ 31 לחוק העונשין, הקובע כי ״מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע״. חוק העונשין מוסיף וקובע כי עונשו של המסייע הוא מחצית מהעונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי וזאת עפ״י ס׳ 32 לחוק. מהו הסיוע, ומהם יסודותיו?

הסיוע הוא עבירה בפני עצמה. המאפיין את ההתנהגות המסייעת הוא שהיא מהווה תרומה עקיפה ומשנית לביצועה של העבירה העיקרית. התרומה של המסייע היא עקיפה, שכן הוא אינו נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה. תרומתו של המסייע היא משנית, שכן הוא אינו אלא שותף זוטר למבצע העיקרי.

כמו בכל עבירה אחרת, גם בעבירת הסיוע קיים יסוד עובדתי ויסוד נפשי. עבירת הסיוע היא עבירת התנהגות. היסוד העובדתי של עבירה זו הוא ״המעשה״ וכן ״הנסיבות״, כאשר ״המעשה״ מהווה את המרכיב ההתנהגותי. המאפיין התנהגות זו הוא שיש בה כדי ליצור את התנאים להגשמתו של היסוד העובדתי בעבירה ע״י המבצע העיקרי. ההתנהגות המסייעת (מעשה או מחדל) מתאפיינת בכך שיש בה לאפשר את ביצוע היסוד העובדתי של העבירה העיקרית, להקל אותו או לאבטחו. מעצם מהותה של עבירת הסיוע כתורת באופן עקיף ומשני להגשמתה של העבירה העיקרית, מתבקשת המסקנה כי מעשה הסיוע צריך להיות ״מסוגל״ לסייע להגשמתה של העבירה העיקרית. עם זאת אין דרישה כי ההתנהגות המסייעת תהיה אפקטיבית או כי הסיוע יהיה תנאי בלעדיו לא הייתה מתגבשת העבירה.

הנסיבה בעבירת הסיוע היא הפליליות של ההתנהגות שלה מהווה הסיוע גורם משני ועקיף. סיוע זה, מבחינת גורם הזמן, יכול שיהיה לפני עשיית העבירה העיקרית או בשעת עשייתה. הסיוע צריך שיופנה כלפי עבירה בעלת ייעוד מוחשי. כמו כן לעניין אחריותו של המסייע אין נדרש כי העבירה העיקרית הושלמה. די בכך שהעבריין העיקרי ניגש לביצועה.

בכל הנוגע ליסוד הנפשי בעבירת הסיוע, אנחנו למדים עליו מההוראה הכללית בדבר היסוד הנפשי שבחוק העונשין ומההוראה המיוחדת באשר למצב הנפשי הקבועה בס׳ הסיוע שבחוק העונשין. ס׳ 20(א) קובע כי ״מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה....״ והוראה זו חלה על כל העבירות הפליליות. שעה שס׳ בחוק שותק באשר למחשבה הפלילית הנדרשת לגיבושה של אותה עבירה, תידרש מחשבה פלילית כאמור בהגדרה הכללית. מכאן שהמחשבה הפלילית הנדרש בעבירת הסיוע הינה כפולה: ראשית, מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת, כלומר מודעות לכך שההתנהגות תורמת ליצירת התנאים לשם עשיית עבירה עיקרית בעלת ייעוד מוחשי; שנית, מודעות לקיום הנסיבות הרלוונטיות בעת ההתנהגות המסייעת, כלומר מודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה, הגם שאין נדרשת מודעות לכל פרט מפרטי העבירה. לאור לשונו של ס׳ 31 לחוק העונשין – נדרש, נוסף על המודעות – גם מצב נפשי של מטרה.

ספק בעיני ברק אם ראוי להטיל אחריות על אדם כמסייע אם הוא אינו פועל מתוך מטרה לסייע.

ניתן להצדיק את השוני בענישה דרך היסוד העובדתי. בעוד שתרומתו של המבצע העיקרי היא ישירה, הרי תרומתו של המסייע היא עקיפה ומשנית. בנוסף, חוק העונשין קובע במפורש דרישה של מחשבה פלילית מיוחדת (״כדי״) שממנה אין הפרשן ראוי להתעלם.

המודעות לכך שהתנהגותו של המסייע תורמת ליצירת התנאים לביצוע העבירה ובצד המודעות לכך כי המבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע את העבירה, קיימת הדרישה המחשבתית הנוספת כי המסייע עושה כן מתוך מטרה לסייע. זהו מצב נפשי של מטרה או תכלית. נדרש כי המסייע יבקש לתרום תרומה מסייעת למבצע העיקרי. לעיתים המסייע מודע לטיב התנהגותו המסייעת ולקיום הנסיבות הרלוונטיות אך אינו מעמיד לנגד עיניו את מטרת הסיוע אף שמטרה זו מתבקשת, ברמת הסתברות של ודאות קרובה, ממודעותו של המסייע לטיב התנהגותו המסייעת לקיום הנסיבות הרלוונטיות. במצב דברים זה יש מקום להחיל את הלכת הצפיות אשר פותחה בפסיקה.

האם נדרש במסייע כי פעולת הסיוע שלו מעשית מתוך כוונה זהה מצידו שהמבצע העיקרי יגרום למותו של אדם? היסוד הנפשי של מטרה מכוון כלפי פעולת הסיוע ולא כלפי פעולתו של העבריין העיקרי. כעת אנו שואלים אם יש מקום לצעוד צעד נוסף, שבו אין הסתפקות במטרה לסייע, אלא נדרשת כוונה של המסייע כי כוונתו של העבריין העיקרי תתממש. לאחר תיקון 39 בהוראת הסיוע אין כל הוראה מפורשת באשר לצורך ביסוד נפשי זהה ליסוד הנפשי של המבצע העיקרי.

לטעמו של ברק אין לקבל את הגישה כי אם נדרשת בעברה העיקרית כוונה של המבצע העיקרי, הרי שנדרש גם כי המסייע התכוון לכך שהמבצע העיקרי יגשים את זממו. דרישה כזו אינה קבועה במפורש בהוראת הסיוע. כל שנקבע בה היא הדרישה כי המסייע פעל ״כדי״ לאפשר את הביצוע של העבירה העיקרית. מהותה של עבירת הסיוע אינה מצדיקה דרישה כזו.

האם התקיימה בענייננו עבירת הסיוע? היסוד העובדתי אכן התקיים. בבחינת היסוד הנפשי, המסקנה היא כי המערערת הייתה מודע לכך שהמבצע העיקרי של העבירה רציני עד מאוד בכוונת הרצח. יסוד המודעות הנדרש בעבירת הסיוע – מודעות לכך שהמסייע תורם ליצירת התנאים לביצוע העבירה העיקרית, ומודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע את העבירה – התקיימו במערערת. האם התגשם היסוד הנפשי של מטרה במערערת? התשובה על שאלה זו היא בחיוב. המערערת נרתמה לסייע למבצע העיקרי על מנת ששאיפתו תתגשם. היא הייתה מודעת שההתנהגות עשויה, קרוב לוודאי, להוות תרומה למבצע העיקרי לבצע את זממו. מודעות זו שקולה כנגד המטרה לסייע לו בהגשמת חפצו.

השופטת ט׳ שטרסברג-כהן והשופט א׳ ריבלין:

מסכימים.

ההחלטה:

הערעור נדחה.

**פס״ד אג׳ב נ׳ מ״י**

רקע:

ערעור שעניינו פרשת רצח כפול. הערעור נסב על הכרעת הדין ועל גזר הדין במסגרתם הורשע המערער בעבירת קשירת קשר לפשע, סיוע לרצח ובנהיגה ללא רשיון. בגין עבירות אלה נגזר על המערער עונש של 8.5 שנות מאסר בפועל, 12 חודשים מאסר על תנאי. פסילה מלקבל רשיון נהיגה למשך 3 שנים מיום שחרורו ממאסר ופיצוי להורי המנוח בסכום כולל של 100,000 ש״ח.

השופט ס׳ ג׳ובראן (פס׳ 30-52):

ערעורו של המערער מופנה ברובו הגדול, כלפי הרשעתו בעבירת הסיוע לרצח. ס׳ 31 לחוק העונשין מגדיר מיהו מסייע. הסיוע לדבק עבירה נבדל מן הביצוע הישיר בכך שהוא מתבטא בתרומה עקיפה לביצוע העבירה אשר נעשית בידי אדם אחר. זוהי עבירה נגזרת אולם עצמאית, ועל כן היא כוללת הן יסוד עובדתי והן יסוד נפשי. המערער ממקד את רוב טענותיו באי התקיימות היסוד. הנפשי בעבירת הסיוע לרצח, ואינו חולק על קביעת ביהמ״ש המחוזי לפיה הסעת המבצעים לסביבת ביתו של המנוח עולה כדי סיוע מבחינת היסוד העובדתי של העבירה.

היסוד הנפשי של עבירת הסיוע לרצח מורכב משלושה רכיבים: מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת; מודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע את העבירה; ומטרה לסייע. לטענתו של המערער ביהמ״ש המחוזי שגה משקבע כי הם התקיימו בעניינו, והוא סבור כי בשל אי התגבשות היסוד הנפשי של עבירת הסיוע לרצח, לא היה מקום להרשיעו בעבירה זו.

בבחינת היסוד הראשון (מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת), נדרש להוכיח כי לעושה ישנה מודעות לכך שהפעולה שעשה תורמת לביצוע העבירה העיקרית. המערער טוען כי יסוד זה לא נתקיים בעניינו ודינה של טענה זו להידחות. מודעותו של המערער לכך שמעשהו תורם לביצוע העבירה העיקרית הוכחה במחוזי.

באשר למודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע את העבירה, יש לציין כי אין די בידיעה על אפשרות תאורטית כי מבצע העבירה העיקרית יבצעה או נכון לבצעה אלא מודעותו צריכה להיות כלפי עבירה בעלת ייעוד מוחשי. עם זאת, אין הכרח כי המערער יהיה מודע לכל פרט ופרט מפרטי העבירה. המערער טוען כי מבחינה סובייקטיבית הוא לא סבר כי המבצעים יכולים לבצע את העבירה. גם דינה של טענה זו להידחות. מודעותו של המערער לכך שהמבצעים עומדים לבצע את העבירה עולה בבירור מחומר הראיות, כפי שקבע ביהמ״ש המחוזי. המערער היה מודע לפרטים רבים בתוכנית העבריינית שנרקמה. מודעותו של המערער לפרטים אלו מלמדת את מודעותו לקונקרטיזציה של התוכנית העבריינית ועל כן היא הייתה כלפי ״עבירה בעלת ייעוד מוחשי״.

בכל אשר מטרתו של המערער לסייע, נפסק בהלכת פלונית כי הרכיב ״מטרה לסייע״ מתייחס לסיוע עצמו ולא לביצוע העבירה העיקרית. במילים אחרות, ייתכנו מקרים בהם אדם פועל במטרה לסייע לביצוע העבירה העיקרית על אף שאינו חפץ בהתממשותה של עבירה זו. אולם, משפעל במטרה לסייע לביצועה מתקיים בו היסוד הנפשי הנדרש לצורך עבירת הסיוע. יצוין כי את רכיב המטרה לסייע ניתן להוכיח גם באמצעות הלכת הצפיות. ביהמ״ש עמד על כך כי מודעות המסייע לכך שהתנהגותו עלולה, ברמה של וודאות קרובה, לתרום לביצועה של העבירה העיקרית, יכולה להוות תחליף מהותי לכוונה מצדו.

מקובלת על ג׳ובראן קביעת המחוזי לפיה המערער לא חפץ במותו של המנוח. אולם קביעה זו אינה שוללת, כפי שמבקש לטעון המערער, את התקיימותו של רכיב המטרה. אמנם המערער לא חפץ בהתממשות העבירה אך דומה כי פעל במטרה לסייע לביצועה בין השאר מתוך לחץ חברתי. מכל מקום ניתן להוכיח את רכיב ״המטרה לסייע״ באמצעות הלכת הצפיות כפי שעשה המחוזי.

**פס״ד ויצמן נ׳ מדינת ישראל:**

רקע:

המערערים נסעו ברכבו של חברם, שנהג ברכב בפראות ובמהלך הנסיעה פגע בשוטר אשר סימן לו לעצור. לאחר הפגיעה לא עצר. הנהג את הרכב, וכל הארבעה המשיכו בנסיעה מבלי לחוש לעזרת השוטר אשר נפטר מהפגיעה. המערערים הורשעו בכך שסייעו לנהג במחדל לבצע עבירה של הפקרה לאחר פגיעה ועבירה של אי-דיווח. רשות הערעור צומצמה להכרעה בסוגיה של סיוע על דרך של מחדל לשתי עבירות של מחדל: הפקרה לאחר פגיעה ואי דיווח.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט חשין):

שלושת המערערים נמצאו כמי שסייעו לוויקטור לבצע את העבירה של הפקרה לאחר פגיעה, וכמסקנה נדרשת לכך חויבו בדינם כמסייעים לביצוע העבירה של הפקרה לאחר פגיעה. על הרשעה זו חל הערעור.

אל סוגיית עבירות המחדל מקשרת עצמה סוגיית הסיוע כהוראת ס׳ 31 לחוק העונשין. העבירה שעבר ויקטור (שנהג ברכב) הייתה עבירת מחדל, והסיוע שהשלושה סייעו לו היה אף הוא במחדל. וכאן מונח הקושי: המקרה הרגיל של סיוע הוא סיוע במעשה לעבירה של מעשה. ואילו אנו ענייננו עתה הוא סיוע במחדל לעבירה של מחדל, דגש על סיוע במחדל.

מקצת העבירות בדין העונשין עבירות של מחדל הן. הכל מסכימים כי באין חובה מפורשת בדין – חובה המוטלת על אדם שאפיונו נקבע בדין – לא יחוב אדם בשל מחדל שחדל, יהא המחדל רע ומכוער ככל שיהא. עבירת מחדל לא תקום ולא תהיה באין חובה שפורשה בחוק.

ס׳ 31 לחוק העונשין קובע מיהו המסייע, אך הוא מדבר רק על מי ש״עשה מעשה״. היכן הוא אפוא החדל מחדל פלילי? במקרה זה נוכל להיעזר בהוראת ס׳ 18(ב) לחוק העונשין, על פיה מעשה יכול להיחשב מחדל אם לא נאמר אחרת. מתוך שבהוראת ס׳ 31 ״לא נאמר אחרת״ הביטוי ״עשה מעשה״ שבה כולל אף ״חדל מחדל״. הוראת ס׳ 31 לחוק העונשין תיקרא אפוא כהוראה הפורשת עצמה גם על מי אשר לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה חדל מחדל כדי לאפשר את הביצוע וכו׳. על כן, נדע כי יכול שאדם יהא ״מסייע״ לביצועה של עבירה אך לא בעשותו מעשה אלא גם בהימנעותו מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.

ס׳ 18(ג) לחוק העונשין מגדיר כי ״מחדל״ הינו ״הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה״. לא כל חובה הקבועה בכל דין שהוא עשויה למשל מקור חובה כשר לענייננו של ס׳ 18(ג) לחוק העונשין. לו אחרת אמרנו, היינו מרחיקים לכת מאוד, וללא כל הצדק ראוי.

יש להבדיל ולהבחין היטב בין עבירות מחדל לבין סיוע על דרך של מחדל. אשר לעבירות מחדל, הכל מסכימים כי באין חוק הקובע עבירה מעין זו, לא ייאשם ולא יורשע איש בגין מחדל שחדש. שונה מקצה אל קצה הוא הסיוע על דרך של מחדל. עבירת הסיוע על דרך של מחדל אין היא עבירה העומדת על רגליה שלה. עבירה נגזרת היא. היא תולה עצמה על העבירה המושלמת ובאין עבירה מושלמת אין עבירת סיוע.

בבירור אחריותו הפלילית של מי שנטען עליו כי הוא מסייע, חובה המוטלת עלינו היא לבדוק אם נתקיים במועמד להיות מסייע היסוד הנפשי הנדרש.

הוראת החוק שנמצאת בס׳ 64א(ב) לפקודת התעבורה מנוסחת על דרך השלילה – אי הגשת עזרה – ואולם כדרכן של עבירות מחדל ייעודה הוא להטיל חובת עשה: נהגת ברכב שהיה מעורב בתאונה, וידעת – או שבנסיבות העניין היה עלייך לדעת – כי בתאונה נפגע אדם, חובה היא המוטלת עליך להגיש לנפגע עזרה שיש ביכולתך להגיש בנסיבות המקרה, לרבות הסעתו לטיפול רפואי. אם תחדל ממילוי חובה זו המוטלת עלייך, דע כי צפוי אתה לעמוד לדין פלילי ולהיענש.

השאלה העומדת מולנו היא האם נושאים המערערים שלפנינו – שלא נהגו ברכב הפוגע – בחובה כלשהי? ואם נושאים הם בחובה, מהם גדריה של אותה החובה? בימ״ש קמא מצאו את המערערים חייבים בדין סיוע לוויקטור – נהג הרכב הפוגע – והשאלה הנשאלת היא אפוא אם אמנם חייבים הם במשפט המסיעים.

הנה הוא רכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם, ונוסעי הרכב יודעים על הפגיעה. הרכב אינו עוצר בנסיעתו, ונוסעיו אינם מושיטים עזרה לנפגע. כהוראת ס׳ 64א(ב) לפקודת התעבורה, הנוהג ברכב אשם בעבירה של הפקרה לאחר פגיעה. אשר לנוסעי הרכב, חבותם של אלה בפלילים – חבות תלויה בנסיבות היא.

תאונה שנפגע בה אדם היא המאורע המחולל חובה להושיט עזרה. הנוהג ברכב מצווה במצוות עשה של הושטת עזרה והפרתה של מצווה זו – ככל שיש הפרה – באה מיד בסמוך לאחר התאונה. סיוע להפרת המצווה – ככל שיש סיוע – מתגבש בה בעת עם הפרתה של המצווה. אמנם הנוסע שאינו נוהג ברכב נקלע למצב דברים שאינו בשליטתו, ואולם בדיעבד קרבתו הייחודית לנוהג ברכב נותנת בידו יכולת וכוח שאין לאחרים שמחוץ לרכב . יכולתו של הנוסע להשפיע על הנוהג ברכב מייחדת אותו לעצמו. מחאה – ולו הקטנה ביותר – היא טרחה קלה שבקלות ויכולה למנוע פגיעה – ולעיתים פגיעה חמורה ביותר. אין מדובר בחובה המוטלת על העולם כולו – אלא בחובה המוטלת על הנוסע ברכב או על מי שיש להם זיקה קרובה לרכב או לתאונה.

הסכנה המידית והממשית לחיי אדם – או לפגיעה חמורה באדם והפיכתו נכה לשארית חייו – סכנה זו היא אשר כוננה מעיקרה את מצוות העשה שהנוהג מצווה בה. סכנה זו כוחה עמה לכונן ולהציב על רגילה – בנסיבות מתאימות – גם חובת משנה שעניינה הטלת איסור על נוסע לשתוק מקום ששתיקתו תסייע להפקרתו של אדם לאחר תאונה. אנו חייבים לעצור, ומחובתנו לעזור לנפגע הסובל. כנגד הדחף האנושי שיש לנו לעצור – יתייצב דחף אגואיסטי להצלת האני מפני נטילת אחריות.

המערערים חולקים, כעקרון, על הדעה כי ניתן לראות בנוסע שברכב מסייע על דרך מחדל לעבירה של הפקרה אחרי פגיעה.

אכן, לא בכל נסיבות שהן יש בכוחו של נוסע להשפיע – לכאן או לכאן – על הנוהג ברכב. ובהיעדר קשר קודם כלשהו בין הנוהג לבין הנוסע, קשר שבכוחו להעיד על סגולת-סיוע במחדלו של הנוסע, נתקשה לראות במחדלו של הנוסע מעשה סיוע.

דעתו של חשין היא שנכון עשו בימ״ש קמא בהרשיעם של המערערות בסיוע לעבירה של הפקרה לאחר פגיעה, ולטעמו יש לדחות את ערעוריהן של השתיים באשמה זו.

השופט א׳ א׳ לוי והשופטת מ׳ נאור:

מסכימים.

**פס״ד אסקין נ׳ מ״י**

רקע:

המערער הורשע בביהמ״ש המחוזי בשידול למעשה של כניסה ללא רשות למקום קבורה ובקשירת קשר לביצוע עוון בגין פעולה של הנחת ראש חזיר על קבר בבית קברות מוסלמי, ובשידול לביצוע מעשה הסתה ובקשירת קשר לביצוע פשע בגינו. הרשעת המערער התבססה בעיקר על הודעותיו של עד התביעה המרכזי במשטרה, דמיאן פקוביץ, אשר ביצע בעצמו את העבירות נושא האישומים, וכן על ראיות נוספות, בעיקר טיב מערכת היחסים ששררה בין המערער לבין פקוביץ. מכאן הערעור.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופטת ד׳ ביניש):

כרקע להרשעתו של המערער ב״שידול״ לביצוע העבירות נושא האישומים הראשון והשני דן בימ״ש קמא במערכת היחסים שבין המערער לבין פקוביץ. בפסק דינו קבע ביהמ״ש כי במישור פעילותם הפוליטית והאידיאולוגית נהגו בין המערער לפקוביץ ״יחסי כפיפות״. המערער היה המנהיג, המוביל והיוזם, בעוד פקוביץ היה מי שקיבל עליו את ביצוע המעשים שנועדו לקדם את מטרותיהם הפוליטיות והאידיאולוגיות. בימ״ש קמא קבע עפ״י עדויות כי התקופה הרלוונטית לאישומים ראה פקוביץ במערער מנהיג ומוביל, שהוא עצמו כפוף לו ומקבל את מרותו במסגרת פעילותם המשותפת. כן קבע כי עולה מהדברים שהמערער היה מודע למעמדו הדומיננטי והמוביל בעיניו של פקוביץ. אין ביניש רואה את הצורך להתערב במסקנות אלה. לקביעות האמורות בדבר אופי היחסים בין המערער לפקוביץ נתן בימ״ש קמא משקל רב לצורך אפיון חלקו של המערער בפרשות נושא שני האישומים בהם הורשע.

באשר לפרשת ראש החזיר, המערער הורשע בזו בעיקר על הודעת פקוביץ במשטרה. המערער טוען נגד קבילות ההודעה האמורה וביניש לא רואה ממש בטענה זו ולא רואה סיבה לערער על קבילות ההודעה. המערער לא חלק על כך שפקוביץ הניח ראש חזיר בבית הקברות המוסלמי. טענתו הייתה כי המערער אינו מעורב בהתנהגותו של פקוביץ. עיקר הדיון שלפנינו הוקדש לשאלה כיצד יש לאפיין מבחינה משפטית את מעורבותו של המערער בהנחת ראש חזיר בבית הקברות.

תמצית השידול הפלילי היא בהבאת אחר לידי ביצוע העבירה, כלומר בתרומת המשדל ליצירת ההחלטה או לגיבושה לבצע את העבירה. השידול עשוי לבוא לידי ביטוי במגוון דרכים והתנהגויות, כפי שעולה מהפירוט שבס׳ 30 לחוק העונשין. העיקר הוא כי התנהגות המשדל תהיה בעלת ״אפקטיביות פוטנציאלית״ העשויה להשפיע על המשדל לבצע את העבירה נושא השידול, כך שמתקיים קשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לתחילת ביצוע העבירה.

לטענת המערער פקוביץ הוא שיזם את רעיון הנחת ראש החזיר בבית הקברות ובנסיבות אלה אין לראות במערער את מי ששידלו לביצוע העבירה.

במסגרת יסודות השידול אין זה הכרחי, ואף אין זה מספיק, כי היוזמה או הרעיון לביצוע העבירה יהיו של ״המשדל״. הרכיב הנסיבתי בעבירת השידול – קיומו של אחר (״משודל״) הטעון הנעה מנטלית לצורך קבלת ההחלטה לבצע את העבירה – עשוי להתקיים גם במצבים שבהם הרעיון העברייני עלה לראשונה במחשבתו של הצד ״המשודל״, אך טרם גובשה אצלו ההחלטה לבצעו. במקרה כאמור, אם ההתנהגות המשדלת היא שהביאה לגיבוש החלטתו הסופית של ״המשודל״ לבצע את העבירה, הרי שנתקיים היסוד העובדתי הנדרש בעבירת השידול. השאלה בכל מקרה תהיה אם התנהגותו של ״המשדל, היא שהביאה לגיבוש ההחלטה לביצוע העבירה אצל ״המשודל״. שאלה זו מוכרעת עפ״י בחינה מהותית של מכלול נסיבות העניין.

מחומר הראיות שנתקבל במקרה דנן ע״י בימ״ש קמא, עולה כי אף אם הרעיון להנחת ראש חזיר בנשר הועלה תחילה ע״י פקוביץ, המערער הוא שהניעו להוציא את הרעיון אל הפועל ולבצע את התוכנית העבריינית. המערער קיים את היסוד העובדתי הנדרש במסגרת השידול.

ראשית, להחלטה להניח את ראש החזיר בבית הקברות בנשר ולתכנון מעשה זה קדמה ״הסכמתו״ של המערער לרעיון שהעלה בפניו פקוביץ. המערער לא רק הסכים לביצוע העבירה, אלא אף נטל חלק פעיל בתכנונה. המערער סיפק לפקוביץ את הכסף שהיה דרוש לרכישת ראש החזיר, המערער הנחה את פקוביץ בקשר לאופן הדיווח המעשה לאחר ביצועו. נוכח מעורבותו הפעילה של המערער בתכנון העבירה לא יכול להיות ספק כי פקוביץ הבין כי המערער לא רק מסכים לביצוע העבירה אלא מעבר לכך – אף מעוניין בביצוע העבירה.

כאמור, במישור פעילותם האידיאולוגית והפוליטית היה המערער הדמות הדומיננטית, המנהיגה והמובילה, בעוד פקוביץ ״מכפיף״ עצמו למנהיגותו ולמרותו. על רקע מערכת יחסים מיוחדת זו והסכמתו של המערערת לתוכנית הפלילית והעניין שגילה בהגשמתה היה בהן כדי להניע את פקוביץ לבצע את העבירה. בנסיבות אלה אין זה סביר לומר כי ההחלטה לבצע את המעשה הייתה מתגבשת אצל פקוביץ לולא אותו ״עידוד״ ששאב מהתנהגותו של מי שראה בו ״מנהיג״ ו״מוביל״ בפעילות הרלוונטית למעשה שביצע. מן הראיות שהוצג בבימ״ש קמא ניתן לרבוע כי התנהגותו של המערער עולה לפחות לכדי ״עידוד״ לעשיית העבירה כמשמעותו של ביטוי זה בס׳ 30 לחוק העונשין. עוד ניתן לקבוע כי נתקיים קשר סיבתי בין עידודו של המערער לבין ביצוע העבירה ע״י פקוביץ.

עולה כי גם היסוד הנפשי הנדרש לצורך ״שידול״ לפי ס׳ 30 לחוק העונשין נתקיים במערער.

ככלל, לצורך התקיימות היסוד הנפשי במסגרת פעולת השידול יש להוכיח התקיימותן של שתי דרישות: ראשית, על המשדל להיות מודע לכך שיש בהתנהגותו כדי להביא את האחר (״המשודל״) לידי ביצוע העבירה נושא השידול. דרישה זו עניינה מודעות לטיב ההתנהגות המשדל וכן מודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטלית ע״מ לבצע את העבירה נושא השידול. שנית, על המשדל להתכוון להביא את המשודל לידי ביצוע העבירה יעד השידול. במילים אחרות, השידול צריך להיות מלווה במטרה מצד המשדל כי העבירה נושא השידול אכן תבוצע ע״י המשודל. היסוד לדרישה השנייה אינו נובע מלשון ס׳ 30 לחוק העונשין אלא הוא נובע מאופיו התכליתי של השידול. התכלית המאפיינת את השידול מחייבת מבחינת היסוד הנפשי כי יתקיים מתאם בין מעשה ההנעה (ההתנהגות המשדלת) לבין התכלית לגרם לביצוע עבירה.

במקרה דנן הוכח כי נתקיים אצל המערער היסוד הנפשי הנדרש לצורך השידול. המערער היה מודע לכך שפקוביץ ראה בו מנהיגו ומוביל בפעילותם הפוליטית והאידיאולוגית, והיה ער למערכת היחסים ההיררכית שאפיינה את קשריהם. על כן לא יכול להיות ספק כי המערער היה מודע לטיב השפעתו המשדלת על פקוביץ כאשר ״הסכים״ לביצוע התוכנית הפלילית וכאשר סיפק לפקוביץ את הכסף לרכישת ראש החזיר והנחה אותו לגבי אופן הדיווח לאחר המעשה.

באשר לפרשת ההצתה, עולה ממצאי בימ״ש קמא כי התנהגותו של המערער בפרשה זו עולה לכדי שידול לביצוע הצתה. המערער טען כי בחומר הראיות שהיה בפני בימ״ש קמא יש לכל היותר אמרות של פקוביץ כי הוא שהעלה את הרעיון להצית את הסניף, וכי המערער הסכים לכך. לטענתו של המערער אין בהסכמה זו בכדי להוות שידול לביצוע עבירה, שכן יש צורך בפעילות אקטיבית מצד המשדל, החסרה בענייננו. מקובלת על ביניש הטענה כי אמירה המביעה קור רוח מרעיון כוח שמעלה אחר לביצוע מעשה עברייני, היא כשלעצמה, אינה מהווה התנהגות משדלת. זאת מאחר ועצם האמירה אינה תורמת לגיבוש ההחלטה של האחר לגשת לביצוע הרעיון. אך זהו לא המצב בענייננו. המערער הודה בעדותו כי היה מעוניין בתגובה על ההצתה של בית משפחת עמיר, וכי הוא דיבר על כך עם פקוביץ. פקוביץ ידע כל רצונו של המערער להגיב על שריפת דלת משפחת עמיר. נוכח דמותו הדומיננטית והמובילה של המערער בעיניו של פקוביץ מובן מדוע הוא פנה אל המערער והעלה בפניו את האפשרות של הצתה במגמה לקבל את הסכמתו לה, ואף דיווח למערער בדיעבד על שביצע את ההצתה. ניתן לומר כי הוכחה התקיימות היסוד הנפשי הנדרש במסגרת שידול לפי ס׳ 30 לחוק העונשין, הרי שהמערער היה מודע לכך שפקוביץ ראה בו מנהיג ומוביל. הוא אף היה מודע לכך שפקוביץ רצה לשפר את מעמדו בחבורה. מתחייבת המסקנה כי המערער היה מודע לכך שהיותו בסוד התוכנית הפלילית והסכמתו לביצוע ההצתה, יש בהם בכדי להביא את פקוביץ לביצוע המעשה. הוכח גם כי התקיימה אצל המערער שאיפה לביצוע ההצתה, היא העבירה נושא השידול.

לטעמה של ביניש יש להסתפק בהרשעה בשידול ולזכות את המערער מעבירת קשירת קשר באישום הראשון ובאישום השני. אין בזיכוי האמור כדיי להשפיע על עונשו של המערער. הכלל המקובל הוא כי אין מענישים בנפרש בגין העבירה של קשירת קשר, כאשר מתקיימת הרשעה בביצוע העבירה המושלמת. הקשר הוא בר ענישה כשהוא עומד בפני עצמו, אך בהצטרפותו לעבירה שלשמה נקשר, ייגזר העונש מביצועה של עבירה אחרונה זו בלבד. בענייננו נבלעה עבירת הקשר בעונש שהטיל בימ״ש קמא על המערער בגין הרשעתו בשידול. ביניש לא רואה להתערב ולהקל על עונשו של המערער.

השופט י׳ זמיר והשופט א׳ ריבלין:

מסכימים לפסק דינה של ביניש.

ההחלטה:

המערער זוכה מעבירה של קשירת קשר בהקשר לשני האישומים, ואישומיו בהקשר לשידול עומדים על כנם.

**פס״ד מ״י נ׳ סוגאקר**

רקע:

יצחק סוגאקר (המערער) הואשם בביהמ״ש המחוזי בשידול לחבלה בכוונה מחמירה. לפי כתב האישור המערער שידל את ניסים, לפגוע תמורת 5,000 ש״ח, במתחרהו פגיעה חמורה, שתשתק אותו למשך חודשים ותגרום לו לתחושה רעה עקב איבוד פרנסתו. ניסים פנה לשניים (קובי כהן וליאור פזרקר) ושידל אותם לפגוע כאמור לעיל במתלונן ואף הציע להם לבצע פגיעה זו ע״י שפיכת חומצה עליו. בכתב האישום נטען כי השניים הגיעו מצוידים בבקבוק חומצה שמסר להם ניסים, אל מקום עסקו של המתלונן, אלא שזה הבחין בהם ונמלט. במשפטיהם, לאחר שהוגשו שני כתבי אישום נפרדים, נמצא ניסים אשם בשידול וכהן ופזרקר נמצאו אשמים בניסיון לגרימת חבלה חמורה. במשפטו הכחיש המערער את המעשה המיוחד לו. ביהמ״ש המחוז דחה את עדותו של המערער ולא האמין גם לשותפיו לעבירה שהובאו כעדים וקבע את ממצאיו על יסוד הודעות שמסרו במשטרה ודברים שנאמרו ושהוקלטו. על יסוד ראיות אלה מצא ביהמ״ש כי המערער שידל את ניסים לפגוע במתחרהו, כי זה השני פנה לכהן ופזרקר וכי אלו אכן ניסו לחבול במתלונן. אלא שביהמ״ש המחוזי קבע כי הוכח שניסיון החבלה לא הוכח בתאיך שנכתב בכתב האישום, וקיבל את טענת הסניגור כי התאריך היה חיוני לפרשת ההגנה וכי המדינה לא ביקשה לתקן את כתב האישום בעניין זה. משכך, שלא הוכח כי בפועל ניסיון הפגיעה נעשה במועד שצוין בכתב האישום, הרשיע ביהמ״ש המחוזי את המערער בניסיון לשידול בלבד וגזר עליו מאסר לתקופה של שנתיים וחצי, מתוכם 18 חודשים בפועל והיתרה על תנאי. על פסק דין זה ערערו שני הצדדים.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופטת ד׳ דורנר):

המערער טוען כי העונש שהוטל עליו חמור מדי והמדינה טוענת כי העונש קל מדי מאחר והוא קל מהעונש שהוטל על ניסים (המשודל) ועל כן אינו יכול לעמוד.

לטעמה של דורנר יש לדחות את ערעורו של המערער. ממצאי ביהמ״ש המחוזי מעוגנים היטב בראיות. במקרה שלפנינו, הרי שניסים קיבל על עצמו את המשימה הפלילית ובכך בוצעה העבירה של שידול. גם השידול של ניסים בוצע, מאחר וכן ופזרקר פעלו על פיו. אין צורך לומר שמועד פעולתם אינו מיסודות עבירת השידול המיוחסת למערער.

יש לקבל את ערעור המדינה ולהרשיע את המערער בעבירה של שידול.

העבריין העיקרי בפרשיה היה המערער, הוא שהניע את ניסים ומזלו הוא שלא עלה בידי כהן ופזרקר לבצע את זממם, הרי שאם היו מצליחים העונש של כל החבורה היה חמור הרבה יותר.

ההחלטה:

ערעורו של המערער נדחה וערעור המדינה התקבל.

**יורם רבין ויניב ואקי – דיני עונשין – כרך א׳ – עמ׳ 678-679**

פטור עקב חרטה

ס׳ 34 לחוק העונשין, קובע את הדין בנוגע לפטור עקב חרטה למסייע ולמשדל.

ביסוד הס׳ מונחת המגמה לעודד את המשדל את המסייע לחזור בהם מהעבירה. הפטור מותנה במניעת ביצוע העבירה או במניעת השלמתה או בהודעה מבעוד מועד לרשויות על אודות העבירה לשם מניעתה או עשייתה או השלמתה. כל זאת, מבלי לגרוע מאחריותם של המשדל, של המסייע או של המנסה לשדל, לתרומתם למעשה שנעשה, אם מעשה זה מהווה עבירה מושלמת אחרת. הפטור שבס׳ 34 לחור שונה מהפטור הניתן למנסה בס׳ 28 לחוק, הן במישור העובדתי והן במישור הנפשי. במישור העובדתי, הפטור שבס׳ 28 לחוק ניתן למנסה רק אם העבירה לא הושלמה. לעומת זאת, הפטור שניתן למשדל ולמסייע שבס׳ 34 לחוק יכול להינתן גם כאשר העבירה הושלמה, אם ״הודיע בעוד מועד לרשויות לשם מניעתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת״. הטעם לכך הוא כי המשדל והמסייע הם שותפים משניים הנמצאים במעגל החיצוני של השותפות. גם אם יש ברצונם למנוע את העבירה, אין הם מסוגלים תמיד לעשות זאת, שכן השליטה והיכולת להפסיק את העבירה אינן מסורות בידיהם אלא בידי המבצע.

על כן, הפטור ניתן להם לא בגין התוצאה אלא בגין המאמץ: הודעה לרשויות מבעוד מועד או עשייה כמיטב היכולת לצורך מניעת עשייתה או השלמתה של העבירה.

קיים הבדל גם ביסוד הנפשי. בהתאם לס׳ 28, ייהנה המנסה מהפטור רק במקרים שבהם חל אצלו מפנה נפשי. לעומת זאת, ההוראה שבס׳ 34 לחוק אינה מחייבת כי המשדל או המסייע יתחרטו על מעשיהם כתנאי להענקת הפטור.

**פלונים נ׳ מ״י**

רקע:

המערערים הורשעו בביהמ״ש המחוזי בעבירות של רצח, ניסיון לרצח וקשירת קשר לביצוע פשע. המעשה שבגינו הורשעו היה זריקת רימון רסס בשוק הקצבים בעיר העתיקה בירושלים, בכוונה להביא למותם של ערבים כנקמה על מותו של מאיר כהנא. כתוצאה מהמעשה נהרג אדם אחד ונפצעו שבעה.

עיקר הדיון בערעור סב על טענתן של שלושה מהמערערים כי לא היה מקום לראות בהם כקושרים ושותפים לעבירות הרצח והניסיון לרצח. האחד טען כי נגרר אחרי החבורה וכי לא היה שלם עם הפעולה. אף שנקבע שהוא יזרוק את הרימון, ברגע האחרון חזר בו ומסרו לחברו שזרקו. השני, תפקידו היה להודיע לתקשורת על המעשה. השלישי, שהשתתף בתכנון, לא הופיע לפעולה. משנאמר לו כי חבריו יבצעו את המעשה בלעדיו, השיב להם: ״תעשו״. לטענתו, הוא ניתק עצמו מהקשר.

פסק הדין בבית המשפט העליון (הנשיא א׳ ברק):

כל המערערים ביקשו הקלה בעונש. הם הדגישו את גילם הצעיר ואת הנסיבות המיוחדות של המקרה. המערערים ״חיפשו את עצמם״ בלא שהוריהם פיקחו עליהם. הם לא הבינו את משמעות המעשה ועתה הם מתחרטים עליו. הם בגרו ולמדו. הם מבקשים להתגייס לצה״ל והמאסר בפועל יפגע בהתפתחותם. מצבו הנפשי של אחד מהם קשה ולאחד נוסף בעיות נפשיות. לגוף העניין עמדת המדינה היא כי יש לדחות את כל הערעורים. נחמיה אחראי כמבצע העבירה; יש לדחות את טענותיו באשר לקבילות הודאתו במשפטה, וכן באשר להיעדר קשר סיבתי. זאב אחראי כמבצע בצוותא; בהתנהגותו אין לראות משום חרטה, מה גם שהפטור בעניין חרטה אינו חל על מבצע עיקרי. גרשון אחראי כמבצע בצוותא ולחלופין יש לראות בו מסייע; אין לקבל את טענתו כי לא ידע שהרימון פוגע, וכי חשב כי הוא אך גורם לרעש; אין לקבל אפוא את טענתו לטעות במצב דברים. אשר לטל, עמדת המדינה הינה כי האחראי כמשדל; אין לראות בהתנהגותו משום חרטה. באשר לעונש, עמדת המדינה היא כי העונש שהוטל על המערערים הוא ראוי, ואין מקום להתערב בו.

על העניין שלפנינו חל הדין שעמד בתוקפו שעה שבוצעו העבירות שבהן הורשעו המערערים (ס׳ 3 לחוק העונשין). מאז ניתן פסק הדין חוקק תיקון 39 לחוק העונשין. מכוח תיקון זה יש להחיל על העניין שלפנינו את הדין החדש שנקבע בתיקון 39 אם זה מקל עם המערערים.

הדין הישן

נחמיה טען כי ההודאה שמסר במשטרה אינה קבילה ודין טענה זו להידחות. נמצא כי אין ממש בטענתו של נחמיה שלפיה כלל לא היה חלק מהקשר, וכלל לא היה במקום. גרשון טען בפני ביהמ״ש כי סבר שהרימון שנזרק עושה רעש אך אינו פוגע בבני אדם. גם דין טענה זו להידחות. התנהגותו של גרשון בכל שלבי הפרשה מעידה כי היה מודע לכך שהרימון עשוי לקטול חיי אדם, וכי אין הוא מיועד ליצירת אפקט של רעש בלבד. נמצא כי גרשון היה מודע לאופיו של הרימון ונתגבשה אצלו כוונת התחילה הדרושה בעבירת הרצח. נחמיה וגרשון טענו כי לא הוכח הקשר הסיבתי בין זריקת הרימון לפגיעה במונח ובאחרים. גם דין טענה זו להידחות כפי שנדחתה במחוזי.

רצח וניסיון לרצח

נחמיה הוא זה שזרק את הרימון, הוא המבצע הפיזי הישיר של העבירה. הוא זה שביצע את כל יסודות העבירה שזה הורשע. נתקיימו בו היסודות של עבירת הרצח והניסיון לרצח. בכל אלה לא חל כל שינוי בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין ועל כן אין עוד עניין לדון בחלק זה.

שלושת המערערים האחרים קשרו קשר עם המבצע העיקרי של העבירה, הם ״עזרו״ בביצועה. בדיני השותפות ובדיני הקשר חל שינוי בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין ועל כן יש לדון בעניין לפי הדין החל בעקבות תיקון 39 לחוק.

עפ״י הדין שקדם לתיקון 39, אחראי כל אחד מן הקושרים לכל עבירה שנעברה בידי קושר אחר בזמן קיום הקשר ולשם קידומו, אפילו נעבר ה העבירה בלא השתתפותו ובלא ידיעתו. לעניין היקף האחריות נקבע בפסיקה כי היא מתפרסת על כל אותם מעשי עבירה המהווים ״תוצאה אפשרית וטבעית שנבעה מן המטרה המשותפת״. עפ״י המצב שקדם לתיקון יוצרת עבירת הקשר אחריות הדדית בין הקושרים – בשל עבירות המבוצעות בזמן הקשר ולשם קידומו – ללא היצמדות לכללי השותפות הרגילים והלכה זו שונתה בתיקון 39. בהלכה החדשה קבוע כי ״הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן ב׳ לפרק ה׳״.

משמעות הדברים היא כי אחריותו הפלילית של קושר – מעבר לאחריות לעצם קשירת הקשר – תיקבע עפ״י דיני השותפות הרגילים. נמצא, על כן, כי קושר יהא אחראי לעבירה שלשמה נקשר הקשר או לעבירה שנעברה לשם קידום הקשר רק אם היה צד לעשייתה ולפי תפקידו בעשייתה (כמבצע בצוותא, כמבצע באמצעות אחר, כמשדל או כמסייע). על כן, אין להטיל על זאב, גרשון וטל אחריות בגין עבירת הרצח שעבר נחמיה אך משום שהארבעה קשרו יחד לרצוח ערבים. על כן, זאב גרשון וטל יישאו באחריות לרצח או לניסיון לרצח רק עד כמה שניתן לראות בהם שותפים לעבירות אלה.

אחריות לפי דיני השותפות לרצח ולניסיון לרצח

תיקון 39 לחוק העונשין מסדיר את אחריותם של צדדים לעבירה (השותפים לעבירה). ישנם מצבים בהם עבירה שיכולה להתבצע ע״י יחיד מתבצעת ע״י כמה עבריינים, כאשר לכל אחד מהם תפקיד שונה ותרומה שונה בביצועה. אלה הם השותפים לעבירה. ניתן להבחין ביניהם לפי מידת תרומתם להגשמת העבירה. ההבחנה העיקרית הינה בין שותפים ישירים לבין שותפים עקיפים. השותפים הישירים נוטלים חלק בביצוע העיקרי של העבירה (מבצעים בצוותא או מבצעים באמצעות אחר). השותפים העקיפים נוטלים חלק עקיף בביצוע העבירה (המשדלים והמסייעים).

היסוד המבדיל בין צורות השותפות השונות הוא פונקציונאלי במהותו. ההבחנה נעשית עפ״י התפקיד השונה שיש לשותפים השונים בהגשמת המזימה העבריינית המשותפת. להבחנה זו יש חשיבות עיונית ומעשית כאחד.

בבחינת המבצעים בצוותא, אלו נמצאים בראש הדירוג של הצדדים לעבירה רבת משתתפים. הם השותפים הראשיים בביצוע העבירה. השותפות ביניהם מתבטאת בכך שהם נטלו חלק בביצוע העבירה כמבצעים ישירים. הם משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית. מבחינת היסוד הנפשי נדרש כי לכל אחד מהמבצעים בצוותא יהא היסוד הנפשי של העבירה שאותה הם מבצעים. כן נדרש כי הם יהיו מודעים לכך שהם פועלים בצוותא. מבחינת היסוד העובדתי, לא נדרש כי כל אחד מהמבצעים בצוותא יבצע בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העבירה. החוק רואה במבצעים בצוותא גוף אחד הפועל באמצעות זרועות שונים. פעולתה של כל זרוע משויכת לגוף כולו, וכל אחד ממשתתפיו. ביצוע בצוותא מחייב גם תכנון משותף, הוא מבוסס על חלוקת עבודה בין המבצעים. ביצוע בצוותא אנו מבוסס בהכרח על אחידות המקום והזמן. המאפיין את המבצע בצוותא שהוא אדון לפעילות העבריינית. בידיו השליטה המהותית יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, על העשייה העבריינית. הוא חלק מההחלטה המשותפת לביצוע העבירה. הוא פועל עם המבצעים בצוותא האחרים, כך שכל אחד מהם שולט – יחד עם האחרים – על הפעילות כולה. תרומתו היא ״פנימית״ וחלקו הוא מהותי להגשמת התוכנית המשותפת. לעניין זה אין זה תנאי הכרחי או תנאי מספיק לביצוע בצוותא, שהעושה נוכח במקום העבירה. מבצע בצוותא עשוי לפעול ב״שלט רחוק״ או להימצא במרחק כשומר או מתריע. על כן אין זה תנאי לביצוע בצוותא שהמבצע יקיים את היסודות העובדתיים של העבירה.

בבחינת המשדלים, אלו הם שותפים עקיפים לעבירה, תרומתם לעבירה היא ״חיצונית״. המשדלים הם שותפים ראשיים, שכן הם תרמו תרומה מהותית להתרחשות העבירה. תרומתו של המשדל מתבטאת בכך שהוא הביא את המבצע לידי קבלת ההחלטה לבצע את העבירה. הוא זה שהשפיע על המבצע והביא לידי כך שהתגבשה בו ההחלטה לבצע העבירה, ונעשו צדדים להגשמתה. ניתן להגדירו כמי שהוא ״האב הרוחני של העבירה״. החברה מבקשת להגן על עצמה גם מפני אנשים המביאים לידי כך שאחרים מבצעים עבירות. קרבתו של המשדל מתבטאת בכך שהוא זה שנטע בלב העבריין העיקרי את המחשבה הפלילית לביצוע עבירה. הוא זה שהביא לידי כך שאצל המבצע נתגבש הרעיון לבצע את העבירה – אם בכך שהוא נטע בו את הרעיון מראש, ואם ע״י כך שהטה את הכף במקום בו המבצע היסס.

בעניין המסייעים, המסייע הוא שותף עקיף ומשני והוא מצוי מחוץ למעגל הפנימי של הביצוע. כלומר, הוא גורם ״חיצוני״. אין הוא יוזם הביצוע ואף לא משדל לביצועו. תרומתו מתבטאת בכך שהוא מסייע ביצירת התנאים לביצוע העבירה ע״י העבריין העיקרי. תרומתו היא בגדר ״אמצעי עזר״.

קווי הגבול בין השותפים לעבירה

חוק העונשין מבחין בין השותפים השונים. הבחנות אלה חשובות לאחר תיקון 39 לעניין מהות אחריותו של השותף ולעניין סמכותו של ביהמ״ש, שהרי עונשו של המסייע הוא מחצית העונש הנקבע למבצע העיקרי ולמשדל. בחוק העונשין קבועות אמות מידה לשם קביעת ההבחנה בין השותפים השונים, כאשר ביסוד אמות מידה אלה עומדת התפיסה כי המבצעים העיקריים הם השולטים בביצוע העבירה. קו הגבול עובר בהבחנה בין עזרה למי שכבר גיבש לעצמו מחשבה פלילית (המסייע) לבין תרומה לגיבוש עצם המחשבה השלילית (המסייע). מידת ה״התקרבות״ החוצה את הגבול תצטרך להיבחן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. אכן, קיים גם ״תחום אפור״, שההבחנה בו בין השותפים השונים ״אינה קלה כלל ועיקר״.

מן הכלל אל הפרט

בכל הנוגע לאחריותו של זאב, נתקיימה בו המחשבה הפלילית הדרושה לעבירת הרצח. הוא היה אמור לזרוק את הרימון אך ברגע האחרון היסס, ונחמיה נטל ממנו את הרימון וזרקו. לטעמו של ברק זאב הינו מבצע בצוותא עם נחמיה. אין כלום בכך שלא התקיימו אצל זאב היסודות העובדתיים של העבירה, מאחר ומבצע בצוותא אחראי גם אם לא ביצע בעצמו את כל יסודות העבירה. ביהמ״ש המחוזי הרשיע את זאב כמסייע אך זאת לפי הדין הישן. עפ״י הדין החדש יש להרשיעו כמבצע בצוותא. לגבי הטענה כי יש לזכותו אחריות מאחר וברגע האחרון חזר בו, אין לה בסיס בתשתית העובדתית. זאב לא התחרט על המעשה ולא חזר בו. לא מתקיימת כאן חרטה. נתקיימו בו כל היסודות הנפשיים הדרושים בעבירת הרצח ובעבירת הניסיון לרצח.

בכל הנוגע לאחריותו של גרשון, תפקידו היה להודיע לתקשורת על דבר ביצוע הרצח והוא לא נכח בזירת האירוע. גם גרשון, לטעמו של ברק הינו מבצע בצוותא. הוא נטל חלק מביצוע העבירה, משתפקידו נקבע מראש כמודיע לתקשורת ואת תפקיד זה הוא ביצע. על כן, העובדה שהוא לא נכח בזירת העבירה אינה מעלה ואינה מורידה.

באשר לאחריותו של טל, הוא היה מנהיג הקבוצה והשתתף בתכנון. נקבע לו תפקיד בגדרי הביצוע אך ביום המעשה הוא לא התייצב במפגש עם חבריו. טל טוען כי ניתק עצמו מהפעילות העבריינית ועל כן אין להטיל עליו כל אחריות. לטעמו של ברק אין לראות בהתנהגותו של טל משום חרטה הפוטרת מאחריות פלילית. חרטה, בנסיבות העניין, צריכה להתבטא ביותר מאשר אי השתתפות בהמשך העשייה. היא צריכה להשתקף בפעילות למניעת עשיית העבירה או השלמתה וטל לא עשה זאת. בסופו של דבר גם אמר לחבריו ״תעשו״ – אמירה שיש בה היבט של עידוד.

יש לראות גם בטל מבצע בצוותא. הוא היה חלק מהחבורה ונטל חלק מרכזי בכל הפעולות הדרושות להגשמת ביצוע העבירה. הוא היה ראש וראשון לכולם. אי השתתפותו בשלב זריקת הרימון אין בכוחה לנתקו מהאירוע הפלילי רב המשתתפים.

עונש מופחת

ס׳ 300א לחוק העונשין מסמיך את ביהמ״ש המרשיע נאשם בעבירת רצח, לגזור עליו עונש שהוא קל ממאסר עולם כאשר סמכות זו מותנית בהתקיימותם של תנאים אחדים. ס׳ 300א(א) רלוונטי לענייננו. נטען כי בחומר הראיות שהונח בפני הערכאה הראשונה יש בסיס ראשוני לטענה זו בכל הנוגע לנחמיה, גרשון וטל. טענה זו נדחית.

לטעמו של ברק יש לדחות את הערעור על כל חלקיו.

השופט ת׳ אור:

מסכים.

השופט מ׳ חשין:

מסכים לדבריו של ברק ומוסיף מספר הערות.

ההחלטה:

הערעור נדחה על כל חלקיו.

**פס״ד מ״י נ׳ חיים עזיזיאן**

רקע:

בלילה שבין 11.11.1998 ל-12.11.1998 התפרץ המון אדם לשתי דירות בשכונת מאה שערים בירושלים. ההמון ניתץ ושבר את כל המצוי בדירות, ואת מרבית תכולת הדירות השליך מבעד לחלונות לרחוב, והעלה אותה באש.

בגין השתתפותו באירועים, הועמד המשיב לדין בביהמ״ש המחוזי יחד עם אחר בעבירות של קשירת קשר לעשות פשע, התפרצות, היזק בזדון, הצתה וגניבה. לטענת התביעה, אנשים רבים ובהם שני הנאשמים קשרו קשר שמומש, להתפרץ לשתי הדירות ולהרוס אותן ולהשחית את כל המצוי בהן, והכל ע״מ להביא להסתלקותם של דייריהן, משום שהם נוצרים. ביהמ״ש המחוזי קיבל את גרסת המשיב, שלפיה נקלע למקום האירוע באקראי בעת טיול לילי תמים, הוא לא הכיר איש מן ההמון שפרץ לדירות, ונכנס לדירות מתוך ״סקרנות טיפשית״. המשיב זוכה מעבירת הפריצה לאחר שהמדינה חזרה בה מאישום זה בסיכומיה. כן זוכה המשיב מעבירת ההצתה, ההיזק בזדון והגניבה. לדעת ביהמ״ש המשיב לא היה שותף למעשים הנוגעים לעבירת ההצתה ולהיזק בזדון, ומרבית הנזק כבר נגרם כשהופיע במקום. בנוגע לעבירת הגניבה, זוכה המשיב אף על פי שבהודאתו הוא הוציא פריטים מספר מהדירה, משום שלדעת ביהמ״ש, היה מדובר ב״זוטי דברים״. בערעור מבקשת המדינה להרשיע את המשיב בעבירה של הסגת גבול פלילית, משום שבאת כוחה הזכירה עבירה זו בסיכומיה בביהמ״ש המחוזי, וביהמ״ש לא התייחס לנושא זה בהכרעת הדין. כן מערערת המדינה על זיכוי הנאשם מעבירות ההצתה, ההיזק בזדון והגניבה.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט מ׳ אילן):

ביהמ״ש המחוזי קיבל את גרסתו של המשיב לגבי העובדות, עד כמה שהוא היה מעורב בהן, בהיעדר כל עדות אחרת לגבי מעורבותו.

בעניין הסגת הגבול, אילן מציע לקבל את הערעור. עבירת הסגת גבול עולה מתוך חומר הראיות. יסודות העבירה לפי ס׳ 447 לחוק העונשין, הם כניסה לנכס הזולת מתוך כוונה להפחידו, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה. לטעמו של אילן כל אחד מההמון שנכנס אותו לילה לדירה, ואפילו אם זה היה מתוך סקרנות גרידא, עבר את העבירה כי היה ברור לו שהביקור הזה אינו לרצון בעלי הדירה. ביהמ״ש רשאי להרשיע אדם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מחומר הראיות אף על פי שלא הואשם בה מכוח ס׳ 284 לחוק סדר הדין הפלילי.

לעניין ההיזק בזדון והצתה, המשיב זוכה במחוזי מאחר ולדבריו לא השתת, כלל בגרימת הנזק ובהצתה ומרבית הנזק כבר נעשה לפני שהגיע למקום והשריפה כבר הייתה בעיצומה. לטעמו של אילן יש לדחות את ערעור המדינה בעניין זה.

בכל הנוגע לזיכוי בשל ״זוטי דברים״, אין מחלוקת כי המשיב נטל מתוך הדירה ערכה של כלי איפור לגברת ומסרם למחרת למפעילה שלו במשמר האזרחי, אשר פנתה למשטרה. העבירה הושלמה בעת הנטילה ואם אז לא הייתה כוונה להחזירם שוב אין זה חשוב מבחינת הכרעת הדין מה עשה המשיב אחרי שהושלמה הגניבה. אשר לערכם הנמוך של החפצים, למרות שכתוב בפסק הדין של המחוזי כי ערכם אפסי, חזקה עליה שכך הוא, אך בכל אופן אינם הם חסרי ערך לגמרי שכן המשיב ראה לנכון ״להצילם״. אם אותו חפץ שנגנב ניטל מתוך דירת הבעלים בנסיבות כפי שהן היו כאן, מתחייבת תגובה עונשית מבחינת האינטרס הציבורי. לכן לטעמו של אילן יש לקבל את הערעור ולהרשיע את המשיב בעבירת גניבה לפי ס׳ 384 לחוק העונשין ובעבירת הסגת גבול פלילית לפי ס׳ 447 לחוק העונשין.

המשנה לנשיא ש׳ לוין:

מסכים עם אילן.

השופטת ד׳ דורנר:

ע״י השתייכותו להמון, האדם יורד מדרכות מספר בסולם הציביליזציה. ביחידותו הוא היה אולי פרט משכיל, בהמון הוא ברברי, כלומר ישות יצרית. הגם שקיימת השפעה הדדית בין יחידים המצויים בתוך ההמון, הרי שאוטונומיית הרצון נותרת על כנה. יחידים אחראים למעשיהם.

לטעמה של דורנר לא ניתן לנתק את עבירות הסגת הגבול והגניבה שבוצעו ע״י המשיב ממכלול המעשים הפליליים שבוצעו בדירות שבהן התפרע ההמון. שכן, עבירות הסכת הגבול והגניבה אינן עומדות כשלעצמן. הן בוצעו בחסות ההתפרעויות, שהפכו את הדירה להפקר. בביצוע עבירת הגניבה היו אלמנטים של ביזה, שאחד ממאפייניה הוא נטילה מן ההפקר.

ביצוע עבירת הסגת הגבול ע״י המשיב פעמיים התאפשר הודות להתפרעות ההמון בדירות, כאשר כל אחד מיחידיו של ההמון היה שותף אף לביצוע של הסגת גבול וגניבה.

כידוע, אחריותו של שותף לעבירה כמבצע בצוותא אינה מחייבת כי יוכח שביצע את מכלול ההתנהגות הפלילית הנדרשת להרשעה בעבירות שיוחסו לו. על מנת לעמוד בדרישת התקיימות הרכיב ההתנהגותי אצל כל אחד מהשותפים, די בעשייה פיזית העשויה להעמיד בסיס להרשעה בניסיון לעבור את אחת העבירות המרכיבות את המכלול.

הרכיב ההתנהגותי הנדרש להרשעה במכלול העבירות המבוצעות במהלך התפרעות המונית אינו נוצר בהכרח על יסוד תוכנית פלילית מוקדמת. אלא רכיב התנהגותי זה מאופיים בהצטרפות ספונטנית אל ההמון, אשר כל אחד מיחידיו מעודד את ההתנהגות הקבוצתית ומושפע על ידיה.

עולה מכך כי הרכיב ההתנהגותי של ביצוע המכלול הפלילי המיוחס למשיב התקיים בכך שהוא השתתף בהתפרעות ע״י ביצוע עבירות של הסגת גבול וגניבה. השאלה היא, אם התנהגותו של המשיב, שמבחינה פיזית מספקת להרשעה בביצוע מכלול העבירות שביצע ההמון, לוותה במצב הנפשי הנדרש להרשעתו בעבירות אלו.

מחשבה פלילית היא עניין שבלב. באין ראיה ישירה לגביה פונים לחזקת המודעות, שעל פיה בני אדם מודעים למעשיהם, לקיומן של הנסיבות החיצוניות הרלוונטיות, וכאשר מדובר בעבירות תוצאתיות – אף לתוצאות העלולות לצמוח מהמעשים. חזקה זו משקפת את ההנחה שלפיה בני אדם מודעים לרכיבים העובדתיים של מעשיהם.

לחזקת המודעות משקל כמעט מכריע כאשר ההתנהגות האסורה מתבטאת במעשה אקטיבי, להבדיל ממעשה פסיבי, שאז על התביעה להוכיח כי הנוכחות נבעה מן השותפות.

מנגד, ביצוע מעשים המהווים רכיב מן הרכיבים העובדתיים של העבירות המרכיבות את המכלול הפלילי שבוצע ע״י ההמון מוכיח, ככלל, כי מבצעי המעשה היו מודעים לביצוע מכלול עבירות זה.

חזקת המודעות ניתנת לסתירה. כאמור, זירת העבירה לא הייתה מקום ציבורי שגם בני אדם תמימים עשויים להיקלע אליו, ואף להתעכב בו מתוך סקרנות. הכניסה לזירת העבירה כשלעצמה דרשה ביצוע עבירה של הסגת גבול. חלקו של המשיב לא היה פסיבי. הוא התבטא בביצוע מעשים פליליים תחת מטריית ההתפרעות. מעשים אלו היוו חלק מן המכלול הפלילי שבוצע ע״י ההמון. התנהגותו העבריינית של המשיב מלמדת כי הוא הצטרף להמון, ואף מוכיחה את קיומה של מודעות מצדו למכלול פלילי זה. לטעמה של דורנר יש לקבל את הערעור גם כנגד זיכויו של המשיב מביצוע עבירות של היזק בזדון והצתה, ולהרשיעו בעבירות אלה, נוסף על הרשעתו.

ההחלטה:

הוחלט בפסק דינו של השופט אילן.

‎‎‎**פס״ד רון נ׳ מ״י**

רקע:

ערעור שנסוב סביב פרשת רצח הילדה רוז פיזם. ביהמ״ש המחוזי הרשיע את אמה של רוז, המערערת, בעבירה של שידול לרצח בכוונת תחילה לפי ס׳ 300(א)(2) בצירוף ס׳ 30 לחוק העונשין. המערערת זוכתה, מחמת הספק, באשמת רצח. בן זוגה של המערערת (המערער), הורשע בעבירה של רצח בכוונת תחילה, לפי ס׳ 300(א)(2) לחוק העונשין. על המערערים נגזר מאסר עולם. ערעורי המערערים נסבים על ההרשעות. מנגד, המדינה טוענת כי יש להותיר על כנה את הרשעת המערער, ולהרשיע את המערערת כמבצעת בצוותא.

רוז נרצחה בטרם מלאו לה חמש שנים. בכתב האישום מתוארים יחסיה של המערערת עם אדם בשם בנג׳מין, והולדת ביתם המשותפת – רוז. המערערת ובנג׳מין נפרדו, ובמהלך שנת 2005 עזב בנג׳מין את הארץ יחד עם רוז. בין המערערת לבין המערער (כאשר המערער הוא אביו של בנג׳מין) התפתחה מערכת יחסים רומנטית, במסגרתה נולדו להם שתי בנות. בשנת 2007 החזירה המערערת את רוז לדירתם של המערערים בישראל. לאחר מכן, חשו המערערים קשיים בגידולה של רוז. המערערת החליטה כי רוז לא תמשיך להתגורר בביתם, הפצירה במערער להוציא את רוז מהבית ואיימה על המערער כי תתאבד אם לא יעשה כדבריה. רוז עברה להתגורר בבית אמו של המערער (ויויאן). בחודש מאי 2008 תכננה ויויאן להיעדר מדירתה, וביקשה מן המערער לקחת את רוז, תוך שהיא מתנה את חזרתה של רוז לידיה, בכך שתמצא עבור רוז מסגרת חינוכית כלשהי. בבוא המערער לצאת לביתה של ויויאן, דרשה המערערת מן המערער, בבכי ובצעקות, שלא יחזיר את רוז לדירתם. המערער הגיע לדירתה של ויויאן ולקח ממנה את רוז. לדבריה של אחת מאחיותיו של המערער נטען כי כאשר לקח את רוז בפעם האחרונה מהבית של ויויאן הוא התנהג באופן מוזר, מיהר ויצא מבלי לומר לה שלום. שמרטפית שעבדה בבית המערערים העידה כי ניכר פער בין היחס החם של המערער לבנותיו לבין היחס שלו לרוז, אף שהיא הייתה ילדה שקטה ורגועה. יועצת זוגית שטיפלה במערערים בעבר (הם הגיעו לטיפול עקב מקרה בו היכה המערער את המערערת) העידה כי המערער הביע את רצונו בכך שרוז תישאר בביתם, והמערערת רצתה שרוז תחזור לצרפת. היועצת התרשמה כי המערער אהב את רוז ורצה בטובתה, והמערערת חוותה קושי לגדל את רוז והעדיפה שהיא תהיה במקום אחר. עדים נוספים העידו על מגעים שהמערער יצר איתם בניסיון להוציא את רוז מהבית.

נטען בכתב האישום, כי בליבם של המערערים גמלה ההחלטה לגרום למותה של רוז, והם, או אחד מהם, נטלו תיק נסיעות גדול והכניסו אליו בגדים וחפצים שהיו שייכים לרוז. בכתב האישום נאמר כי בדרך שאיננה ידועה למאשימה, גרמו המערערים למותה של רוז, בהחלטה משותפת ובמתכוון. המערערים, או אחד מהם, הכניסו את רוז לתיק הנסיעות, כשהיא בחיים או לאחר מותה. לאחר מכן, המערער נטל את התיק והשליך אותו אל מימי נחל הירקון בתל אביב.

בשל כך יוחסה למערערים בכתב האישום העבירה של רצח בכוונה תחילה, לפי ס׳ 300(א)(2) לחוק העונשין.

בחוות דעת רפואיות שהוגשו לביהמ״ש, לאחר שנמצאה גופתה של רוז, נאמר כי הגופה שהתה במים למעלה מחודשיים. לא נמצאו בגופה סימנים של נזק חבלתי, אך לא נשללה האפשרות כי מותה של רוז נגרם כתוצאה ממכה. הוערך ״ברמה גבוהה של ודאות״ כי מותה של רוז לא נגרם כתוצאה מטביעה. כשהגיע בלש לביתם של המערערים ושאל היכן נמצאת רוז, הוא ענה כי היא נמצאת בגן ילדים. המערער הוביל את הבלש לכתובת מסוימת בנתניה, ואז לגן ילדים, ולאחר מכן סיפר המערער ״את האמת״ והיא כי רוז נמסרה על ידו לאביה, בנג׳מין, כחודש קודם לכן. במסגרת חקירתו במשטרה, טען המערער כי העביר את רוז לידי אביה. לאחר מכן סיפר לחוקר כי לאחר שלקח את רוז מויויאן, הוא ארז עבורה תיק בגדים ומסר אותה לכנסיה בתל אביב, אך למערערת הוא סיפר שרוז נמצאת בפנימייה. לאחר שהחוקרים עזבו את החדר, המערער הזהיר את המערערת כי המפגש ביניהם מוקלט ומצולם, וניסה לתאם עמה גרסאות לעניין סידור התיק ביום שבו נלקחה רוז, ולעניין השאלה האם דובר בהחלטה ספונטנית או מתוכננת. המערער הדגיש בפני המערערת כי הוא ייקח על עצמו את על האחריות ושהוא סיפר לחוקרים שהיא לא יודעת דבר.

במסגרת תשאול שנערך מאוחר יותר באותו היום סיפר המערער שהכניס את רוז, בעודה בחיים, לתיק בו היו בגדיה, וזרק את התיק לים בסמוך לנמל תל אביב. המערער הציע להוביל את החוקרים למקום בו יהיה ניתן למצוא את התיק אך לאחר מכן סיפר המערער לחוקרים שויויאן היא האחראית להיעלמותה של רוז.

בחקירה שנערכה ביום מאוחר יותר, הכחיש המערער את כל דבריו הקודמים וסיפר לסירוגין שתי גרסאות, לפיהן מותה של רוז נגרם בשוגג, כתוצאה ממכה שספגה בעת נסיעה ברכב. עפ״י גרסה אחת, ויויאן היא שהכתה את רוז, ועפ״י הגרסה השנייה המערער עצמו עשה זאת. בעקבות מסירת הגרסה האחרונה ולאחר שהמערער בכה וביקש סליחה על כך שלא סיפר את האמת מלכתחילה, נערך שחזור נוסף, בנוכחותו של המערער. לדברי המערער הוא לא סיפר על כך למערערת מתוך פאניקה, ואמר שהמערערת עד עכשיו לא יודעת מה קרה לרוז. באחד המקרים, המערער בכה והביע חרטה וצער על מעשיו, אך מפעם לפעם חזר המערער והעלה את האפשרות כי רוז עדיין בחיים.

בהתייחסותו לחקירותיו העיד המערער כי הוא מסר גרסאות שונות מתוך פחד, וכבר ביום הראשון של החקירה הראה לשוטרים את המיקום שבו השליך את התיק לירקון, מתוך רצון שגופתה של רוז תימצא. לדברי המערער מצבו הנפשי בעת חקירתו היה רע. המערער שלל בעדותו את האפשרות כי המערערת השפיעה עליו או שידלה אותו לגרום למותה של רוז והעיד כי הוא היה הדומיננטי בבית והמערערת הייתה תלויה בו. לדבריו של המערער הוא רצה שימצאו את גופתה של רוז אך הכניס אותה לתיק שהושלך לירקון מאחר ובאותה שעה הוא חשב בצורה אמוציונאלית והיה נסער וזוהי גם הסיבה שהוא נסע עד הירקון.

בחקירתה אמרה המערערת שהיא לא יודעת ולא רוצה לדעת אייפה רוז. המערערת חזרה ואמרה שיש לה שתי ילדות בלבד, שהיא איננה מכירה את רוז, ולטובתה של רוז, עדיף שהיא לא תהיה איתם. בדבריה הביעה המערערת תקווה שרוז חיה ושמחה. המערערת אישרה את דברי החוקרים לפיהם היא הפעילה על המערער לחץ באופן יומיומי להיפטר מרוז, וביקשה ממנו ״שיעשה משהו שכולם יהיו בסדר״. המערערת הכחישה כי היא שוחחה עם המערער על האפשרות להרוג את רוז.

בחקירותיה במשטרה חזרה המערערת ואמרה שהיא מאמינה למערער, ואיננה חושבת שאירע לרוז משהו רע. המערערת העידה על כך שהמערער היה אלים כלפיה, פיזית ומילולית. המערערת העידה כי המערער היה הדמות הדומיננטית בבית וכי היא הייתה תלויה בו.

המערערת תיארה בעדותה התנהגויות חריגות של רוז וסיפרה כי המערער נהג באלימות כלפי רוז, שהגיבה לכך ברגרסיה. בשלב זה, לדברי המערערת, היא הבינה שרוז צריכה לעזוב את הבית, והעבירה אותה לידי ויויאן, שאצלה רוז הייתה מאושרת והתנהגה בצורה נורמטיבית.

לדברי המערערת, הפתרון הטוב ביותר עבור רוז, היה לשלוח אותה לסבתה, בטי, בצרפת. המערערת סיפרה שניהלה מגעים על כך עם בטי, אך המערער התנגד לאפשרות זו.

ביוני 2008 המערערת התחננה בפני המערער שיספר לה מה עלה בגורלה של רוז, והמערער סיפר לה שאירעה תאונה ורוז לא תחזור, בלי להוסיף פרטים. לדברי המערערת, היא הגיבה בפאניקה ובבכי, והסתגרה בחדרן של הבנות במשך שעות, וימים שלמים לא הייתה מסוגלת לעשות דבר. לדברי המערערת היא האמינה למערער, וחששה לשאול אותו שאלות נוספות על המקרה. המערערת הסבירה שהיא לא פנתה למשטרה, כי הייתה תלויה במערער לחלוטין.

את הפער בין גרסתה כפי שנמסרה בבימה״ש לבין דבריה בחקירות במשטרה הסבירה המערערת בכך שהיה לה זמן לחשוב על הדברים. לדברי המערערת, בחקירות היא שיקרה במטרה להגן על המערער גם לאחר שידעה כי רוז נהרגה בתאונה.

בהכרעת הדין בביהמ״ש המחוזי נקבע כי במסגרת מערכת היחסים בין המערער לבין המערערת, המערער נהג באלימות פיזית ומילולית כלפי המערערת, לעיתים תכופות, אך לצד זאת, עפ״י רוב הצליחה המערערת להשליט את רצונה על המערער. נוכח הקושי לגדל את רוז, המערערים פעלו ע״מ להרחיק אותה מהבית, כשהמערערת היא שיזמה זאת, ודרשה מהמערער למלא את רצונה, חרף הסתייגותו מכך. לאחר שהמערערת הפצירה במערער להיפטר מרוז לצמיתות, הוא החליט לגרום למותה של רוז. ביהמ״ש המחוזי לא נתן אמון ב״גרסת המכה ברכב״, לפיה המערער גרם בשוגג למותה של רוז. ביהמ״ש המחוזי קבע כי בהיעדר הסבר אמין וסביר מצד המערער, הראיות המהימנות שהובאו מטעם המשיבה, מובילות למסקנה חד משמעית לפיה המערער גרם בכוונה תחילה למותה של רוז. המחוזי לא נתן אמון בטענתה של המערערת לפיה כל כוונתה הייתה להיטיב עם רוז. בין היתר, המערערת לא פעלה למצוא פתרון לבעיית גידולה של רוז באמצעות הגופים הרשמיים, ואיימה על המערער כי תתאבד אם לא יוציא את רוז מחייה. זהו ביטוי ממשי לרצונה של המערערת להיפטר מרוז. כאשר המערער לקח את רוז מן הבית בפעם האחרונה, המערערת ידעה שלא תראה שוב את רוז, ואפשרה למערער לעשות ברוז כל שימצא לנכון, ביודעה שלא נמצאה מסגרת חינוכית לרוז, ותוך מודעות לאופיו האלים של המערער ולאפשרות שהוא ירצח את רוז. בימ״ש קמא התרשם כי המערערת ניסתה להציג עצמה כבחורה פסיבית וחלשה, בעוד שהלכה למעשה היא מניפולטיבית, ופועלת למילוי האינטרסים שלה בלבד, גם על חשבון צורכי האחר. המערערת ידעה להציג למערער דרישות, ותוך עיקשות והתמדה, עלה בידה להוביל את המערער לפעול כפי רצונה. ביהמ״ש המחוזי לא נתן אמון בגרסתה של המערערת לפיה ידעה רק בדיעבד על ״התאונה״. בהערכת הדין במחוזי נקבע כי הראיות הנסיבתיות מובילות למסקנה חד משמעית, לפיה המערערת שידלה את המערער להיפטר מרוז בדרך בלתי חוקית. עוד נקבע כי הוכחו יסודותיה של עבירת השידול לרצח, וזאת גם אם המערערת לא הייתה מודעת לפרטי ביצוע הרצח.

פסק הדין בבית המשפט העליון (השופט א׳ שהם):

בערעור הוצגה גרסה חדשה של המערער לפיה המערערת היא שגרמה למותה של רוז, והמערער היה אך מסייע לאחר מעשה, בכך שהשליך את גופתה של רוז לנחל הירקון. המערער טען בין היתר, כי במהלך חקירתו הופעל עליו לחץ נפשי כבד. לטענת המערער החוקרים הבטיחו לו כי המערערת תשוחרר אם הוא יספר את האמת, אך בפועל, דרשו החוקרים הודאה מצידו, ולא רצו לשמוע את האמת. בחלקו השני של הערעור הציג המערער קו הגנה חלופי וטען כי מתעורר ספק סביר בנוגע לאשמתו במעורבות ברצח. עפ״י קו הגנה זה הוא לא היה שותף לרצח ומותה של רוז התגלה לו רק כאשר המערערת מסרה לו את גופתה של רוז מונחת בתיק ובו בגדים.

עיקרי הטיעון בערעור מטעם המערערת נחלקים לשני ראשים: האחד, כי חומר הראיות אשר הונח בפני בימ״ש קמא מוכיח שהמערערת מעולם לא רצתה במותה של רוז; השני מתמקד בטענה כי לא הייתה באפשרותה של המערערת לשדל את המערער.

לטענתה של המערערת, לא הוכח היסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעתה בשידול לרצח. לטענתה של המערערת לא היה בכוחה להניע את המערער לפעול למימוש רצונה.

המדינה מנגד טוענת כי לפי מכלול הראיות לא נותר ספק באשמתו של המערער בקטילתה של רוז, ועל יסוד קביעותיו העובדתיות של בימ״ש קמא יש להרשיע את המערערת כמבצעת בצוותא ולא כמשדלת.

דיון לגבי ערעורו של המערער

כידוע, ערכאת הערעור איננה נוטה להתערב בממצאים עובדתיים אשר מבוססים על קביעות מהימנות. לענייננו יעמוד כלל אי ההתערבות במלוא תוקפו.

בכל הנוגע לטענתו של המערער על פיה מכלול הראיות הנסיבתיות אשר עומדות לחובתו של המערער מותירות ספק סביר בדבר אשמתו בביצוע הרצח:

ראיה נסיבתית נבדלת מראיה ישירה, בכך שהיא ״מוכיחה קיומה של נסיבה שכל פיה ניתן להסיק את דבר קיומה של העובדה אשר הוכחתה נדרשת״. החשש העקרוני מפני הרשעה אשר מבוססת על סמך ראיות נסיבתיות בלבד, הוא כי נובע מכך שמדובר בהרשעה המבוססת על היסק לוגי, אשר עלול להיות שגוי. הכלל בשיטת משפטנו הוא כי ״הרשעה המתבססת על ראיות נסיבתיות צריכה לבסס עצמה על המסקנה שהאפשרות המרשיעה היא האפשריות ההגיונית היחידה המתחייבת מהראיות״. במקרים בהם מועמד נאשם לדין על בסיס ראיות נסיבתיות בלבד, אימצה הפסיקה מבחן תלת שלבי:

1. בשלב הראשון נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי.
2. בשלב השני נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערכת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספייק לצורך כך.
3. בשלב השלישי מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתיות, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. ביהמ״ש מניח את התזה המפלילה של התביעה מול האנטי תזה של ההגנה ובוחן אם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גרסתו והסברו של הנאשם. עוד נקבע בפסיקה כי במסגרת שלב זה יידרש ביהמ״ש לבחון את התזה המפלילה לא רק אל מול גרסתו של הנאשם, אלא גם להעלות בעצמו הסברים חלופיים בעלי פוטנציאל מזכה, ואפילו הסברים שאינם מתיישבים עם טענות ההגנה.

בכל הנוגע לשאלת הרשעתו של המערער ברצח:

היסוד ההתנהגותי של עבירת הרצח הוא התנהגות אשר גרמה למותו של אדם. היסוד הקבוע בעבירה זו הוא ״כוונה תחילה״, אשר כוללת שלושה רכיבים: החלטה להמית (צפייה של התוצאה הקטלנית ורצון בהתרחשותה), הכנה והיעדר קנטור. לצורך הוכחת היסוד הנפשי התפתחה בין היתר ״חזקת הכוונה״ אשר מאפשרת להניח ככלל, כי אדם התכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו. בענייננו הונח מארג של ראיות נסיבתיות, אשר מוביל למסקנה חד משמעית כי רוז הומתה בכוונה תחילה. ישנן מספר ראיות מרכזיות אשר עומדות במרכז התשתית הראייתית. נוכחותה של רוז בביתם של המערערים הייתה בלתי נסבלת מבחינתה של המערערת, ועובר להמתתה של רוז, פעלו המערערים בדרכים שונות ע״מ להוציאה מביתם לצמיתות. לאחר שרוז הומתה, גופתה הוכנסה לתוך תיק נסיעות גדול, שהיה שייך למערערים, והם עשו בו שימוש לעיתים רחוקות ביותר. יצוין כי חפציה המועטים של רוז תפסו רק חלק קטן מנפח התיק, באופן שמלכתחילה נבחר תיק שיוותר בו מקום לגופה של ילדה כבת חמש. המערער השליך את גופתה של רוז, בתוך תיק, לנחל הירקון. בהמשך, המערערים הסתיו את דבר מותה של רוז, וגרמו לסובבים אותם לחשוב שרוז עודנה בחיים. לאחר מעצרו, המערער מסר לחוקרים גרסאות כוזבות רבות, כאשר עפ״י חלק מהן, רוז עדיין בחיים.

צירופן של ראיות אלה ביחד עם הודאתו של המערער בגרימת מותה של רוז, איננו מותיר ספק סביר ביחס לקביעה כי המערער המית את רוז מתוך רצון להיפטר ממנה ולהעלים את גופתה. כלומר, המסקנה החד משמעית היא, כי המערער גרם למותה של רוז בכוונה תחילה, מתוך החלטה להביא למותה, לאחר הכנה מוקדמת ובהיעדר קנטור.

לטעמו של השופט שוהם, מארג הראיות מלמד, ברמה גבוהה של וודאות, כי ליל ה-30.6.08 הוא המועד היחיד האפשרי להשלכת גופתה של רוז לירקון, כאשר מנגד, ההסברים שסיפקו המערערים לפשר שיחותיהם באותו לילה, אינם מתיישבים זה עם זה, וגם כשלעצמם הם אינם מעוררים אמון, בלשון המעטה. על יסוד קביעה זו ניתן להסיק כי מועד זה הוא גם מועד הרצח. האפשרות לקיומו של פער זמנים בין ההמתה של רוז לבין השלכת גופתה לירקון היא אפשרות שאיננה סבירה, והיא גם איננה עולה בקנה אחד עם גרסתו של המערער אשר תיאר את ההמתה של רוז והשלכתה לירקון כמעשים שנעשו ברצף. קשה להניח כי גופתה של רוז הוסתרה ע״י המערער או המערערים זמן מה ורק בהמשך הושלכה בתוך תיק לנחל הירקון, והדעת נותנת שהגופה הושלכה בסמוך לאחר מועד הרצח. זיהויו של מועד הרצח משליך גם על קביעת מעורבותה של המערערת בביצועו.

צוין כי בעימות שנערך בין בני הזוג, המערערת אמרה למערער כי הוא ארגן את התיק. כמו כן נטען כי המערער אהב את רוז, ולא הייתה לו כוונת זדון כלפיה. הלכה למעשה היא שטענות אלה מתיישבות היטב עם הכרעת הדין בעניינם של המערערים. המניע לרצח עולה בבירור מתוך חומר הראיות. לאחר הגעתה של רוז לישראל, המערערת מאסה בה, לא יכלה לסבול את שהותה בבית, והובילה את המערער לעשות מעשה כדי להיפטר מרוז.

קו ההגנה החדש של המערער בשלב הערעור

במסגרת הערעור המערער מבקש כי הראיות נגדו תיבחנה לאור קו ההגנה החדש, לפיו המערערת היא שרצחה את רוז, והמערער ״רק״ השליך את הגופה למי הירקון. מערער אשר מבקש להיבנות מקו הגנה חדש בשלב הערעור נדרש להציג גרסה סבירה אשר מתיישבת עם חומר הראיות. במקרה שלנו גרסת המערער אינה עומדת בדרישה זו, כך שלכל הדעות אי אפשר לקבל אותה. מדובר בגרסה עובדתית אשר שונה בתכלית מכל הגרסאות שמסר המערער עד כה. קשה להעלות על הדעת מצב בו המערערת תפעל על דעת עצמה להמית את רוז, ותעביר את הגופה לידיו של המערער, ללא תכנון מוקדם ומשותף, ומבלי לספק למערער הסברים. קו ההגנה החלופי של המערער אינו עומד על רגליו.

מכלול הראיות מוכיח כי המערער גרם למותה של רוז בכוונה תחילה. הרשעתו של המערער ברצח בכוונה תחילה בדין יסודה והיא מסובבת על ראיות מוצקות, באופן שאינו מגלה כל עילה להתערבות ביהמ״ש העליון.

דיון והכרעה – המערערת

כאמור, המערערת מלינה על הרשעתה בשידול לרצח ומנגד, טוענת המשיבה כי יש להרשיע את המערערת כמבצעת בצוותא. סמכותה של ערכאת הערעור להרשיע נאשם בעבירה שונה מזו שהורשע בה בערכאה הדיונית קבועה בסעיף 216 לחוק הסדר הדין הפלילי. בענייננו מתקיימים התנאים אשר מאפשרים לשנות את סיווג ההרשעה. לא מדובר כאן בהרשעה בעבירה אחרת אלא בסיווג מדויק יותר של חלקו של המערערת בביצוע העבירה. על המערערת נגזר עונש חובה של מאסר עולם, כך שהאפשרות להמרה בעונש איננה עומדת על הפרק. בכתב האישום יוחסה למערערת עבירת הרצח ובסופו של ההליך זוכתה המערערת מביצוע בצוותא של רצח והורשעה בשידול לרצח. בערעורה של המערערת נטען כי היא לא הייתה מעורבת כלל בביצוע הרצח ונודע לה עליו רק לאחר המעשה.

בין שידול למבצע בצוותא

יש לחדד את ההבחנה בין אחריות כמשדל לביצוע עבירה לבין אחריותו של המבצע בצוותא. חוק העונשין מלמד אותנו כי ״המביא אחר לידי עשיית עבירה״ הוא משדל והמשתתף בביצוע עבירה ״תוך עשיית מעשים לביצועה״ הוא מבצע בצוותא. הכלל הוא כי מבצע בצוותא הוא מי שמעשיו מכניסים אותו ״למעגל הפנימי של ביצוע העבירה״, גם אם מעשיו לא מקיימים את הרכיב ההתנהגותי אשר מוגדר בעבירה.

מן הכלל אל הפרט

מעורבותה של המערערת בביצוע הרצח תיבחן בשני שלבים. בשלב הראשון, ייבחנו אופייה של מערכת היחסים בין המערערים והיחס הנפשי של המערערת כלפי רוז עובר לביצוע הרצח. בשלב השני, ייבחן היסוד הנפשי של המערערת ביחס לגרימת מותה של רוז, וייערך דיון השאלה מהו הסיווג המשפטי המתאים נוכח חלקה של המערערת בפרשה.

אופייה של מערכת היחסים בין המערערים

חשיבות ההבנה של מערכות היחסים בין המערערים, נובעת מן הצורך לבחון את האפשרות לפיה אחד מבני הזוג לא היה מעורב בביצוע הרצח. היחסים בין השניים היו יחסים של אהבה הדדית ולצד זאת: מחד גיסא – תלות של המערערת במערער, אשר לעיתים השפיל אותה והיה אלים עליה; ומאידך גיסא – כאשר המערערת הציבה בפני המערער דרישות, הוא נענה להן, גם בהכרעות חשובות בחייהם המשותפים, כגון מעבר דירה. מקובלת על השופט שהם הטענה כי היא לא שלטה במערער ולא הורתה לו מה לעשות וכיצד לפעול, אך לצד זאת, אין בידו לקבל את הטענה לפיה המערערת הייתה חסרת יכולת להשפיע על המערער. לטעמו של שהם המקרה לא מצריך התערבות של העליון.

שותפותם של המערערים

חומר הראיות המונח בפנינו מלמד כי המערערים פעלו במשותף לכל אורך הדרך. המערערים פעלו בצוותא. המערערים טוענים כי לא היו שותפים לרצח של רוז, ודבר מותה נודע להם רק בדיעבד (כל אחד מהמערערים מעלים טענה זו בנפרד). זה אומר: האשמה כולה שלה, וזו אומרת: האשמה כולה שלו. טענות אלה, משני הצדדים, דינן להידחות. המערער לא היה מבצע את הרצח ללא שותפותה של המערערת והמערערת לא הייתה מהינה לפגוע ברוז מבלי לתאם זאת מראש עם המערער.

המסקנה היא כי חובתם של המערערים לדאוג לשלומה ולרווחתה של רוז, הפכה בפועל לשיתוף פעולה שיניהם ברצח של רוז. רוז הייתה בודדה, ללא תמיכה ומגן, והמערערים ביקשו להיפטר ממנה בכל דרך, תהא אשר תהא.

היסוד הנפשי

המערערת המשיכה להפציר במערער להוציא את רוז מהבית, לצמיתות, על אף שידעה היטב כי הוא נוהג באלימות כלפי רוז. המערערת התנגדה בתוקף לחזרתה של רוז הביתה, וככל הנראה גם איימה להתאבד או לעזוב את הבית אם רוז תחזור.

העובדה שהמערערת רצתה במותה של רוז, מתבהרת בפרט לאור הקביעה כי במועד שבו השליך המערער את רוז לירקון, הוא שוחח עם המערערת בטלפון מספר פעמים. על יסוד זה לא ניתן עוד להניח כי הדבר נודע למערערת רק בדיעבד, והמשמעות הישירה של הדברים היא כי המערערת הייתה מודעת, בזמן אמת, למעשיו של המערער, והייתה שותפה מלאה להם. כאמור, קשה להניח כי הרצח בוצע במועד אחר, באופן שהיה מאפשר למערערת לטעון כי היא נחשפה למותה של רוז רק לאחר שכבר אירע.

על היסוד הנפשי של הנאשם במועד ביצוע העבירה, ניתן ללמוד גם מתוך אירועים מאוחרים יותר. המערערת מודה, כי דבר מותה של רוז היה ידוע לה, אך היא שמרה את הדבר בליבה, הסתירה זאת מן האנשים שהכירה ובהמשך שיקרה לחוקריה. המערערת טענה כי התאבלה על מותה של רוז, אלא שהראיות מציירות תמונה שונה בתכלית. הראיות מלמדות כי המערערים המשיכו בשגרת חייהם. בהקשר זה שהם דוחה את הטענה שהועלתה בהודעת הערעור לפיה את התנהגותה של המערערת שנודע לה על מותה של רוז, יש להבין על רקע נסיבות חייה ותרבותה, והמערערת נאלצה להדחיק והשלים עם מותה של רוז מבלי שניתנה לה ״פריבילגיה״ להתאבל.

לאחר כל הניסיונות להוצאתה של רוז מן הבית לא צלחו, המערערת רצתה במותה של רוז. לצד זאת, ויצוין כי לעיתים גם ״כוונה על תנאי״ עשויה למלא את היסוד הנפשי של ״כוונה תחילה״.

ביצוע בצוותא

מעורבותה במעשה הרצח נלמדת באופן עקיף מאופיים של ״יחסי הכוחות״ בין המערערים והקשר ביניהם, בכל הנוגע לרוז, וכן מן הרצון של המערערת להיפטר מרוז, אשר היווה את המניע לרצח. באופן ישיר יותר, ניכרת מעורבותה של המערערת בביצוע הרצח, מתוך שיחות שערכה עם המערער ״בזמן אמת״. על שותפותה של המערערת למעשה, ניתן ללמוד גם מדבריה בעימות שנערך בינה לבין המערער בסמוך לאחר שנעצרו. השיחה בין המערערים לאחר מעצרם, מתאפיינת כשיח בין שותפים לדבר עבירה.

בהינתן תשתית ראייתית אשר מלמדת על מעורבותה של המערערת בביצוע הרצח, עובר הנטל אל המערערת להציע הסבר אשר מתיישב עם חפותה. הסבר זה ייבחן מפרספקטיבה של ״ספק סביר״. ההסבר שניתן ע״י המערערת הוא כי לראשונה נודע לה על מותה של רוז כשבועיים לאחר הרצח, ומעורבותה בעבירה מתמצה בסיוע לאחר מעשה. הסבר זה איננו מתיישב עם השכל הישר ועם ניסיון החיים ואין לו אחיזה כלשהי בחומר הראיות.

נוכח האמור, המארג הראייתי מוביל לסיווגה של המערערת כמבצעת בצוותא של עבירת הרצח. המשדל מובחן מן המבצע בצוותא בכך שהוא ״משדל אדם אחר לבצע עבירה, ולאחר מכן מתנתק מביצועה, שעה שהמבצע בצוותא ממשיך להיות מעורב בעבירה עצמה״. המערערת המשיכה להיות מעורבת בעבירה עצמה, ובנוסף, פעלה באופן אקטיבי לאחר מעצרו של המערער, במטרה להכשיל את החקירה ולהסתיר את מותה של רוז.

חשוב לציין כי גם אם נניח שבמסגרת מערכת היחסים בין בני הזוג, מעמדה של המערערת היה נחות בהשוואה למעמדו של המערער הדבר אינו מפחית מאחריותה לביצוע הרצח, שכן ״פעמים רבות אין הביצוע בצוותא מורכב משותפים שווי מעמד ושווי כוח. ואולם בכך בלבד אין כדי לשלול את אחריותו המלאה של שותף אשר ביצע את מעשהו בהשפעת גורם דומיננטי המטיל אימתו עליו״.

אחריותה של המערערת כמבצעת בצוותא נגזרת גם מיישומם של המבחנים שנקבעו לעניין זה בפסיקה. שותפותה של המערערת הייתה חיונית לביצוע העבירה והיא הייתה מצויה בלב העשייה העבריינית. עפ״י מבחן השליטה – למערערת הייתה השפעה חד משמעית על ביצוע הרצח. היא יכלה למנוע אותו בכל שלב, אך היא בחרה לפעול למימושו בעצה אחת עם המערער, אשר שימש כזרוע המבצעת של מעשה הרצח. מבחינה פונקציונאלית – המערערת נטלה חלק מהותי בביצוע העבירה, לכל הפחות ב״מעטפת״ שהובילה לרצח ואפשרה אותו. עפ״י המבחן המשולב – הוא מורכב יותר, שכן לא ידוע מה היה חלקה של המערערת ברכיב ההתנהגותי של העבירה והדבר נותר עלום, בין יתר נסיבותיו של מעשה ההמתה. לצד זאת, מידת העניין של המערערת בביצוע העבירה הייתה גבוהה. המערערת הייתה זו אשר חתרה להרחקתה של רוז מהבית, בכל דרך שהיא, ורגשותיה השליליים כלפי רוז, בנסיבות שנוצרו, היוו מניע מרכזי למעשה הרצח, כך שביצוע העבירה היה ״עניינה של המערערת״, באופן מובהק. בהיעדר אפשרות רחקת להוציא את רוז מן הבית לצמיתות, המערערת צפתה את אפשרות מותה של רוז וחפצה בכך, ונוכח מודעותה של המערערת להיותה מבצעת בצוותא יחד עם המערער, מתמלאת דרישת היסוד הנפשי להרשעה ברצח כמבצעת בצוותא. הפסיקה הכירה בכך שבנסיבות מסוימות, ובהן אופי היחסים בין שותפים לעבירה, גן מתן הסכמה לביצוע העבירה עשוי לעלות כדי ״ביצוע בצוותא״.

טענותיה של המערערת נדחו, שכן הוכח כי מערכת היחסים בינה לבין המערער הייתה כזו שאפשרה למערערת להשפיע עליו, גם בנושאים חשובים, ובפרט בהחלטות אשר קשורות לרוז. התקבלו טענותיה של המשיבה, לפיהן חומר הראיות מוכיח כי חלקה של המערערת בביצוע הרצח עולה כדי ביצוע בצוותא, ולא שידול בלבד, שכן המערערת הייתה שותפה למזימת הרצח ונטלה בכך חלק מהותי.

השופט א׳ רובינשטיין והשופט ע׳ פוגלמן:

מצטרפים לחוות דעתו המעמיקה של השופט שהם.

**פס״ד פדרו סילגדו, דניאל אריסטיזבל ועומר קינטרו נ׳ מ״י**

רקע:

שלושת המערערים קשרו קשר לביצוע שוד ואף הצטיידו באקדח. סילגדו השתמש באקדח תוך כדי ביצוע השוד וירה למוות בבעל החנות שבה בוצע השוד. שלושת המערערים הורשעו בדין. דניאל ועומר, הורשעו ברצח עפ״י ס׳ 300(א)(3) לחוק העונשין, ולפיו הגורם במזיד למותו של אדם תוך כדי ביצוע עבירה ייאשם ברצח, בשילוב עם ס׳ 34א(א)(1) לחוק, הקובע כי המבצעים בצוותא של עבירה שאגב ביצועה בוצעה ע״י אחד מהם עבירה שונה ממנה או נוספת לה שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות עשייתה, יישאו באחריות גם לעבירה השונה או הנוספת. הערעור נסב על חוקיותו של ס׳ 34א לחוק, שנחקק לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, במסגרת חוק העונשין.

פסק הדין בבית המשפט העליון (הנשיא א׳ ברק):

פדרו הורשע ברצח. הוא היורה, והרשעתו מבוססת על הוראת ס׳ 300(א)(3) לחוק, ולפיה מי אשר ״גורם במזיד למותו של אחר תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה״ יואשם ברצח, ודינו מאסר עולם, ועונש זה בלבד.

הוראת ס׳ 34 לחוק העונשין חוקקה במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין. טענתם של המערערים חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן בחובו את העיקרון כי אין להטיל אחריות פלילית על אדם מעבר למידת האשם שלו. עפ״י טענתם, הוראת ס׳ 34א(א)(1) חלוק מטילה על אדם אחריות פלילית בגין עבירה שונה או נוספת אף שאין מתקיימים בו לא היסוד העובדתי שבעבירה השונה או הנוספת ולא היסוד הנפשי שבה. מכאן, שהוראת ס׳ זה פוגעת שלא כדין בהוראות חוק היסוד והיא בטלה.

עם כינונו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הפכו זכויות האדם המעוגנות בו לבעלות מעמד חוקתי-על-חוקתי. המשפט הפלילי, יותר מכל ענף אחר, קשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט. טבעי הוא שהאיזון החוקתי החדש בין פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישירין על המשפט הפלילי.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי ״אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת״. נמצא, כי הוראות המשפט הפלילי המהותי, עד כמה שהן כרוכות במאסרו של אדם, נתונות למשטר חוקתי, על כן חוקיותן מותנית בכך שהן מקיימות את הוראותיה של פסקת ההגבלה. עלינו לשאול האם הוראותיה של פסקת ההגבלה מתקיימות במקרה שלפנינו.

פסקת ההגבלה קובעת כי ״אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח ההסמכה המפורשת בו״. עפ״י הוראה זו, פגיעה בזכות אדם מוגנת היא כדין אם מתמלאים ארבעה תנאים מצטברים:

1. הפגיעה היא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו;
2. החיקוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל;
3. הוא נועד לתכלית ראויה;
4. הפגיעה בזכות היא במידה שאינה עולה על הנדרש.

אין מחלוקת כי התנאי הראשון התקיים. לגבי התנאי השני והשלישי, לטעמו של ברק גם אלה התקיימו בענייננו. ביצוע עבירה ע״י חבורה יוצר מצב מסוכן במיוחד, כיוון שהביצוע המשותף מאפשר ביצוע עבירות בהיקף גדול יותר, חמור יותר, ושבמהלכו יש ״צורך״ בהגנת שלומם של כל המבצעים והחשש כי תפיסת אחד מהקבוצה תוביל גם ללכידת האחרים. בנוסף, הסיכון לחברה נוצר בעיקר בשל העובדה כי אופן הביצוע המשותף שולל מכל מבצע בודד את השליטה על דרך הביצוע, על התפתחות העבירה ואת יכולתו למנוע ביצוע העבירה המושלמת או את אפשרות החרטה. בשל סיכון רב זה הטמון בביצוע עבירה ע״י חבורה עבריינית הצורך בהגנה על אינטרס הציבור והקורבנות הפוטנציאליים מפני ביצוע משותף, והתפתחויותיו האפשריות הוא הכרחי.

מטרתה של הוראת הס׳ היא לעודד עבריינים הפועלים בצוותא לביצוע עבירה – למנוע מאחר מהם אגב ביצוע העבירה המקורית את ביצועה של עבירה שונה או נוספת שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות עשייתה. הבוחר להשתתף כמבצע בצוותא בביצוע של עבירה מקורית חייב להביא בחשבון את העובדה שהדברים עלולים להסתבך והוא עלול למצוא עצמו מעורב גם בעבירה נוספת שאינה בשליטתו. התכלית המונחת ביסוד הוראת הס׳ היא למנוע ביצוען של עבירות נוספות או שונות וכן הרתעה מפני כניסה מראש למצב שבו השליטה המלאה על אופן ביצוע העבירה יוצאת מידי המבצע הבודד.

זוהי בוודאי תכלית ראויה, והיא אף הולמת את ערכיה של מדינת ישראל.

בדבר התנאי הרביעי, גם תנאי זה בעיניו של ברק מתקיים. לשם בחינת המידתיות מקובל לחלק את מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה: הראשון – מבחן האמצעי המתאים והרציונלי להשגת מטרת החקיקה; השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; השלישי – מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר) שבמסגרתו מתבקש איזון בין טובת הפרט לטובת הכלל. הוראת הס׳ מקיימת את המבחן הראשון, השני והשלישי.

לטענתם של דניאל ועומר (שהורשעו ברצח) היה מקום להרשיעם רק בהריגה. ברק לא מקבל את טענה זו.

לטעמו של ברק יש לדחות את כל שלושת הערעורים.

השופטת ט׳ שטרסברג-כהן:

מקובלת עליה התוצאה אליה הגיע ברק, על פיה דין כל שלושת הערעורים להידחות.

עם זאת, היא מבקש לייחס דברים לשאלה אם מלכתחילה ״פוגעות״ הוראות ס׳ 34א בזכויות יסוד שחוק היסוד בא להגן עליהן באופן שעליהן לעמוד במבחן פסקת ההגבלה.

ס׳ 34א מתחלק לשני חלקים: האחד – ס׳ 34א(א), הקובע נורמות של הטלת אחריות על מבצעים בצוותא לעבירה נוספת שביצע אחד מהן אגב ביצוע העבירה שלביצועה חברו, במדרג הקבוע בסעיף השני – ס׳ 34א(ב), המסמיך את ביהמ״ש להקל בעונש מאסר חובה, כאשר העבירה מחייבת מאסר כזה.

הנורמה הקבועה בס׳ זה ניתנת ליישום על כל במצע בצוותא של כל עבירה שאגב ביצועה נעברה ע״י מבצע בצוותא אחר עבירה נוספת או אחרת. זהו כלי דוקטריני, הניתן ליישום על עבירות למיניהן שסקלה עונשית רחבה בצדן, הקבועות בחוק העונשין שקדם לחקיקת ס׳ זה.

עפ״י הכללים הנתונים בידי ביהמ״ש, נערכת בדיקת חוקיותה של הוראת חוק בשני שלבים עיקריים: בראשון שבהם בודק הפרשן אם זכות האדם המעוגנת בחוק היסוד אכן נפגעה ע״י הוראת חוק העומדת לבדיקה חוקתית. רק כאשר המסקנה היא שאכן כך, יבוא השלב השני, ובו תיבדק השאלה אם דבר החקיקה שפוגע מקיים את דרישות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

אין זה מובן מאליו כי קביעת התנהגות כעבירה פלילית שעונש מאסר בצידה ״פוגעת״ בזכות שחוק היסוד בה להגן עליה. שאלה זו מצריכה בדיקה יסודית ועניינית הנערכת בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. במסגרת שלב זה נבחנת השאלה אם אכן פוגעות הנורמה הפלילית והאפשרות להרשיע באמצעותה בעבירה שעונש מאסר בצדה.

במישור הפילוסופי הרחב ניתן לומר כי כל החוקים כולם ״פוגעים״ בחירותו של האדם לנהוג כרצונו. החוק הפלילי, יותר מכל תחום משפטי אחר, תוחם את המותר והאסור בהתנהגותו של אדם קובע נורמטיבית התנהגויות מסוימות כעבירות פליליות שעונש בצדן, בין היתר עונש מאסר. קביעת הנורמה הפלילית באה ע״מ לאפשר לבני האדם לחיות בחברה מתוקנת שבה אדם הפוגע בזולתו בניגוד לחוק ייתן את הדין על כך, לפיכך הוראת חוק הקובעת התנהגות כעבירה איננה כשלעצמה אפריורית הוראה הפוגעת בזכויות יסוד שבחוק יסוד. כך גם לגבי ענישה. ניתן לגרוס, כי בעצם קביעת התנהגות מסוימת כפלילית ובעתם הטלת עונש בכלל ומאסר בפרט, מובנית פגיעה בזכויות האדם. האם בשל כך עומדות הוראות החוק הפלילי, הקובעות התנהגויות אנושיות מסוימות כעבירות שעונש בצדן, בסתירה לחוק היסוד?

האם לא נכון לומר שהפגיעה באה ע״מ להגן על זכויות האדם של כל יחידי החברה, לרבות העבריין עצמו ולא לפגוע בהן? בתוקף היותו של אדם חלק מהחברה שבה הוא חי מוסדרת פעילותו ע״י הסדרים שהחברה מטילה על חבריה. כפיית הציות להסדרים אלה באמצעות הסנקציה הפלילית של ענישה היא התשובה לאי ציות.

המשפט הפלילי בנוי על נורמות ואיזונים שנועדו להבטיח כי אחריות פלילית תוטל רק על מי שאמור לשאת בה, עפ״י התפיסה העקרונית של השיטה את נושא האשמה, וכי סנקציית המאסר תופעל רק נגד מי שביצע מעשים שהחברה רואה בהם התנהגות אסורה, שהוגדרה כעבירה שעונש המאסר הולם אותה. הטלת צל של אי חוקתיות אפריורית על סנקציית המאסר, שהיא הסנקציה המרכזית במשפט הפלילי, מרופפת את ההגנה על החברה מפני המבקשים לפרוע את סדריה ולפגוע בזכויות היסוד של חבריה. הוראות החוק הפלילי, העבירות הקבועות בו והעונשים שלצדן הם חלקים ממערכת ההגנה של החברה ושל יחידיה על זכויות היסוד שלהם.

המשפט הפלילי מאזן בין תכליות הענישה הפלילית, שהן, בין השאר, השתת מחיר אישי על עבריינים שהורשעו, הרתעתם של העבריין ושל עבריינים פוטנציאליים, שיקום העבריין, אינטרס הקורבן ושמירה על כבודו, לבין הגנה על קורבנות פוטנציאליים ועל סדרי חברה תקינים ומתוקנים. גם הסמכות שבשיקול דעת שניתנה לביהמ״ש בגזירת העונש היא חלק מן האיזונים המגולמים בהוראות החוק לענישת עבריינים. ספק אם יש לתפוס את הנורמה הפלילית ואת עונש המאסר שבצדה כפוגעים בזכויות העבריין – שפעילותו היא זו הפוגעת בזכויות שעליהן בא חוק היסוד להגן.

כל עוד מאזן החוק הפלילי כראוי בין ההגנה על החברים השונים בחברה, לרבות העבריין, אין בכפיית הציוות לחוק ע״י מאסר משום פגיעה בחירותו של הנכפה במובנה של החירות המוגנת ע״י החוק. ספק הוא אם החירות להתנכר לנורמות החברתיות שהדין הפלילי קבע כעבירות שעונש מאסר בצדן היא אותה חירות שעליה מגן חוק היסוד.

מאחורי ההוראה המטילה על מבצע בצוותא אחריות לעבירה הנוספת שבוצעה ע״י מבצע בצוותא אחר עומד על רציונל חברתי משפטי רב ערך. יש לזכור כי המבצע בצוותא אינו אדם תמים, אלא שותף למבצע עברייני. האחריות המוטלת על מבצע בצוותא לעבירה שונה או נוספת שביצע מבצע אחר יסודה לאחריות הוא בדין ״כניסה למצב בהתנהגות פסולה״.

נראה אפוא כי הוראה המטילה אחריות על מבצע בצוותא לעבירה נוספת שביצע מבצע בצוותא אחר אגב ביצועה של העבירה המקורית שלה חברו, אף שיסודותיה העובדתי והנפשי התקיימו במבצע אחר ולא בו עצמו, אינה פוגעת בכבודו או בחירותו החוקתית של אותו מבצע. כך גם עונש המאסר המתאפשר כתוצאה מהרשעתה בעבירה כאמור. נראה כי החירות המוגנת חוקתית אינה כוללת את חירותו של אדם שנטל חלק במבצע עברייני, שלא לשאת בתוצאות התממשותו של הסיכון שליצירתו תרם תוך השתתפות במעשה עבירה. אדם הפוגע במעשיו הפליליים בערכי היסוד של השיטה – וערכם של חיי אדם, חירותו וכבודו הם מבכירי ערכיה של שיטתנו המשפטית – אמנם אינו חדל מהיות אדם הזכאי להגנה על זכויותיו החוקתיות, אלא שבשל הסיכון שיצר והתוצאות הרות האסון שלא מנע מתיישבות קביעת אחריותו ואפשרות מאסרו עם הגנה על זכויות אדם, ולא עם פגיעה בהן.

אין בכל האמור כדי להעניק להוראותיו של חוק פלילי שחוקק לאחר חוק היסוד ״חסינות״ מפני בדיקת חוקיותו.

השופט א׳ א׳ לוי:

מי שקשר עם אחר לבצע מעשה פלילי יהיה אחראי גם לעבירה נוספת או שונה שביצע שותפו במהלך אותו קשר, אם היה מודע לאפשרות עשייתה של אותה עבירה. בנאשם זה רואים מבצע בצוותא, כהגדרתו בס׳ 29 לחוק העונשין, שמתקיימת בו מחשבה פלילית כדרישתו של ס׳ 19 לחוק העונשין, וכהגדרתה של המחשבה הפלילית שבס׳ 29 לחוק העונשין, אף שהיסוד הפיזי שבעבירה בוצע ע״י שותפו.

שונה מצבו של מי שהרשעתו מתבססת על ס׳ 34א לחוק העונשין. ס׳ זה אינו מגדיר עבירה וכל תכליתו היא הרחבת תחומה של האחריות הפלילית, כך שלגדרה נכנס גם מי שלא היה מודע לאפשרות עשייתה של העבירה, אך אדם מן היישוב היה מודע לה. הרחבה זו של האחריות הפלילית מתבססת על חזקה שיצר המחוקק לחובתו של ״השותף הסביל״ בתחום המחשבה הפלילית, וזהו מצב בעייתי, הואיל ופוקדים שותף זה על אשמתו של אחר, שהקי מקובל על הכל שמדובר במי שלא זו בלבד שלא נטל חלק בביצוע העבירה, אלא שגם לא צפה כלל את ביצועה, וממילא אין מתקיימת בו אחת מצורותיה של המחשבה הפלילית עפ״י ס׳ 20 לחוק העונשין.

מצטרף לדעתו של ברק.

ההחלטה:

הוחלט בפסק דינו של ברק, ושלושת הערעורים נדחים על כל חלקיהם.

**יורם רבין ויניב ואקי – דיני עונשין – עמ׳ 679-686**

נתונים ענייניים ואישיים

ס׳ 34ב לחוק, הנושא את הכותרת ״נתונים ענייניים ואישיים״, נועד לקבוע את גבולות פרישתו ואת השלכותיו של נתון אישי על האחריות הפלילית, כאשר העבירה היא רבת משתתפים. הוראה זו נועדה למנוע פרשנויות שאינן רצויות של נפקות נתון כאמור לגבי הצדדים שבהם אין הוא מתקיים.

נתונים אישיים – בהתאם לגישתו של פלר, נתונים אישיים הינם הנתונים הפרטיים המתקיימים לגבי צד כלשהו לעבירה, שאין התהוותה של העבירה מותנית בהם, אך יש בהם כדי להצמיח, מכוח החוק, תוצאות בנוגע. למידת הטיפול העונשי באותו צד הגין העבירה, לדרך הטיפול בו בכינה, או אף לאפשרות לנקוט טיפול עונשי כלשהו כלפיו. הנתונים האישיים הם חיצוניים, מטבע הדברים, למבנה העבירה ואינם משפיעים על זהותה ועל מהותה (לדוגמא: קטינות, חסינות עניינית, חנינה, פטור עקב חרטה של צד מסוים|).

נתונים ענייניים – מנגד, נתונים ענייניים הינם נתונים שבהם בא לידי ביטוי אירוע מסוים, העשויים לספק את הדרישות שבהן מותנים לפי החוק פליליותו – לחיוב או לשלילה – של האירוע, זהותו כסוג מסוים של עבירה, ומימדי חומרתו (לדוגמא: סייגים כגון – הגנה עצמית, צורך, כורך, צידוק; נתון שיסוד שלו הוא בעל זיקה קיומית – טעות במצב דברים; נתונים שמספקים דרישות של היסוד הנפשי של העבירה).

הפסיקה שעסקה בס׳ 34ב מדגימה את תוצאותיה האופרטיבית של הקביעה כי דרישה מסוימת שבעבירה הינה בגדר ״נתון ענייני״.

המחלוקת באקדמיה לגבי סיווגו של נתון כענייני או כאישי – הקושי ביישום ס׳ 34ב נובע במקרים שונים מאי הבהירות השוררת סביב השאלה אם לראות בנתונים מסוימים נתונים אישיים או נתונים ענייניים.

סייג לניסיון, לשידול ולסיוע

ס׳ 34ג לחוק העונשין, קובע כי ״הניסיון, השידול, הניסיון לשידול או הסיוע, לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש״. ס׳ זה לא שינה את הדין שהיה קיים לפני תיקון 39 לחוק העונשין.

תחולת דין העבירה

ס׳ 34ד לחוק העונשין, הנושא את הכותרת ״תחולת דין העבירה״ קובע כלל משותף אחד לכל צורותיהן של ״העבירות הנגזרות״. בהתאם להוראות הסעיף, בהיעדר הוראה מפורשת או משמעות סותרת, כל דין שחל על הביצוע העיקרי והמושלם של העבירה, חל גם על העבירות הנגזרות ממנה. לכלל זה יש נפקות לעניין עונש מקסימלי, חנינה כללית, סמכות שפיטה, הסגרה, התיישנות, ביצועה של עבירה נוספת בתקופת התנאי של מאסר מותנה וכיוצא באלה. זהו גם הכלל לעניין פסלויות שונות ותחולת דיני העונשין לפי מקום ביצוע העבירה. לכלל זה יש גם נפקות כל אימת שהמחוקק משתמש במונח ״עבירה״ ללא הבחנה.

**פס״ד מ״י נ׳ ברגותי**

רקע:

כתב האישום ייחס למרואן ברגותי שותפות, ארגון וביצוע של פעולות טרור כגד מטרות ישראליות במהלך האינתיפאדה, ויחס לו עבירות של רצח, סיוע לרצח וניסיון רצח ב-37 פיגועים שונים, וכן עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע וחברות בארגון טרור. ביהמ״ש הרשיע את הנאשם בביצוע ארבעה מבין הפיגועים.

הנאשם היה מפקד הפת״ח והתנזים בגדה המערבית. הוא היה מנהיג השטח של הפת״ח בגדה, ואחראי על הפעילות הצבאית של הפת״ח בכל שטחי הגדה. ״הפעילות הצבאית״ אינה אלא פיגועי הטרור כנגד ישראל, שבוצעו ע״י חוליות השטח של הפת״ח, שהתארגנו בתנועות התנזים ובמסגרת גדודי חללי אלאקצא. הנאשם החזיק בדעה כי תנועת הפת״ח חייבת להוביל את ״המאבק המזויין כנגד ישראל״ֿ ולכן תמך בגלוי בביצוע פיגועים כנגד חיילים ומתנחלים. זו הייתה עמדתו המוצהרת של הנאשם, אשר הבהיר כי מבחינתו גם נשים וילדים המתגוררים בהתנחלויות נחשבים כאויב שיש לפגוע בו. הנאשם התנגד באופן עקרוני לפיגועים בתוך ישראל, קרי: מעבר לקו הירוק, וכן היה נגד פיגועי התאבדות. ואולם בפועל, הוא לא חדל מלתמוך באנשיו, ולסייע להם באספקת כספים ובאמצעי לחימה, גם כאשר נוכח שוב ושוב שהם מבצעים פיגועים, כולל פיגועי התאבדות, בתוך ישראל. בכך הביא הנאשם את הסכמתו לכל סוגי הפיגועים שביצעו אנשי השטח של הפת״ח. לנאשם לא הייתה שליטה מוחלטת באנשי החוליות ומפקדיהם, אך הייתה לו מידה רבה של השפעה עליהם, מכוח היותו מנהיגם, ובשל הסיוע שהגיש להם, אשר התבטא באספקת כספים ואמצעי לחיצה. לאנשי חוליות השטח ולפקדיהם הייתה מידה רבה של עצמאות בביצוע הפיגועים. הם לא נהגו בדרך כלל לערב את הנאשם בתכנון הפיגועים, ואין גם ראיות כי נהגו לדווח לו לפני ביצוע הפיגועים (למעט מקרים בודדים). עם זאת, הנאשם היה מקבל מהמפקדים דיווח לאחר כל פיגוע.

לבד מאחריותו הכוללת והעליונה של הנאשם על כל אנשי התנזים וגדודי חללי אלאקצא, בהיותו מפקדם, הוא שלט בצורה טובה יותר בכמה מן החוליות שהתנהלו תחת פיקודם של אנשים שהיו עוזריו הקרובים, ונהנו מסיוע ותמיכה מיוחדת שלו.

הנאשם נטל אחריות בחקירתו לפעילותן של החוליות שפעלו בפיקודם של אנשים אלה, אם כי טען שהוא היה רק אחת מן ״הכתובות״ אליהן פנו אנשים אלה לשם קבלת סיוע ומימון, וכי לא הייתה לו שליטה מלאה בהן, אלא רק השפעה עליהם.

לנאשם לא היה בדרך כלל קשר ישיר עם אנשי השטח שביצעו את הפיגועים. הנאשם היה אחראי על אספקת כספים ואמצעי לחימה לחוליות השטח, באמצעות המקורבים אליו.

ניתוח חומר הראיות מביא למסקנה הברורה כי הנאשם תרם תרומה ממשית לפיגועי הטרור שבוצעו ע״י חוליות הפת״ח, וגדודי חללי אלאקצא, גם כאשר לא נטל חלק בביצועם.

פסקאות 167-176:

הסיוע במתן אמצעי לחימה וכספים לאותן חוליות, גיוס פעילי השטח, הטיפול בהדרכתם והסיוע למשפחותיהם – כל אלה יצרו את התנאים שנדרשו לביצוע מעשי הרצח של חוליות הטרור. הנאשם היה מודע, ללא ספק, לעובדה זו, וגם ידע שאנשי השטח הנתמכים על ידו עומדים להמשיך ולבצע פיגועי רצח כנגד ישראל, והוא פעל מתוך מטרה ברורה לסייע להם לפעול בדרך זו. אין מדובר רק בחשד סביר או ב״עצימת עיניים״ מצד הנאשם, אלא בידיעה ממשית שאנשי החוליות מבצעים, ועתידים להמשיך לבצע, פיגועי רצח כנגד ישראל, תוך שימוש באמצעי הלחימה והכספים שהעמיד לרשותם למטרה ספציפית זו. יתרה מכך, הנאשם לא רק היה מודע למעשי הרצח שמבצעים אנשי החוליות, אלא שהוא העניק להם סיוע, מתוך מטרה ושאיפה שהם יפעלו בדרך זו.

עם זאת, למעט ארבעה מקרים, אין ראיות שהנאשם היה מעורב בתכנון ובביצוע הפיגועים, או כי ידע מראש על הפיגועים העומדים להתבצע ע״י אנשי השטח ומפקדי החוליות שנתמכו על ידו, ושהוא למעשה היה מפקדם. זאת ועוד, מחומר הראיות עולה כי לנאשם לא הייתה שליטה מוחלטת במפקדי החוליות והשטח. אמנם הוא נחשב למנהיגם ולמפקדם, והייתה לו השפעה עליהם, אך בכל זאת הייתה להם מידה לא מבוטלת של שיקול דעת עצמאי בתכנון הפיגועים וביצועם, ואין כל ראיה שהם היו מתייעצים עם הנאשם בעניין זה.

ההלכה היא שהסיוע צריך שיופנה במודע כלפי עבירה מסוימת בעלת ייעוד מוחשי, ויש להוכיח כי המסייע היה מודע לכך שהמבצע העיקרי עומד לבצע, קרוב לוודאי עבירה כזו בעלת ייעוד מוחשי. אין די בידיעה של המסייע על נכונות ערטילאית של המבצע העיקרי לבצע עבירה. אמנם אין צורך להוכיח כי המסייע היה מודע לכל פרט מפרטי העבירה, כגון המיקום המדויק של העבירה, או זהותו של קורבן העבירה וזמן הביצוע. די בכך שהוא מודע לכך שהמבצע העיקרי עומד לבצע עבירה מסוימת מן הסוג שבוצע לבסוף, וחרף כך מסייע לביצועה.