בס"ד מוריה בצלאל

דיני עונשין תשע"ז- ד"ר זיו בורר

שיעור ראשון: 20.03.2017

**מיקום דיני העונשין בעולם המשפט:**

מיקום דיני העונשין במשפט הפלילי: תת תחום במשפט הפלילי.

המשפט האזרחי בגדול עוסק במערכות היחסים בין פרטים- מתחלק לקניין, משפחה נזיקין, חוזים וכו',.

המשפט הציבורי מתחלק למנהלי וחוקתי, שני התחומים הללו הם תחומי משפט אשר מסדירים את היחסים בין הפרט לשלטון במובן זה שהם קובעים כללי התנהגות לשלטון. המשפט הפלילי דומה למשפט האזרחי בכך שהוא עוסק בעיקר בקביעת כללים בין פרטים.

דיני העונשין/המשפט הפלילי בדומה למשפט הציבורי עוסקים ביחסים בין השלטון לפרט, מדינת ישראל נ' פלוני. עד כדי כך שיש אנשים הרואים את המשפט הפלילי בתוך המשפט הציבורי.

המשפט הפלילי מתחלק ל-3 חלקים:

* סדר דין פלילי- פרוצדורת ניהול ההליך .
* דני הראיות של המשפט הפלילי -"מעבר לספק סביר" בשונה מדיני הראיות של המשפט האזרחי והציבורי -האזרחי – 51% או במשפט הציבורי 80%.
* דיני העונשין

דיני העונשין עוסקים בשלושה תחומים:

1. קביעת האיסורים הפליליים- אילו מעשים נחשבים לעבירה?
2. קביעת הכללים להטלת אחריות פלילית (מרבית הקורס תוקדש לנושא זה)- למשל רף הגיל להטלת אחריות פלילית, או כלל הקובע סייג לאחריות פלילית עקב אי-שפיות.
3. דינים שעוסקים בענישה- קובעים מה יהיו העונשים באופן כללי, מה העונשים פר עבירה- העונש המקסימלי שניתן להטיל בגין עבירה זו או אחרת, ומה הפרוצדורה שתוצאתה תהיה קביעת העונש במקרה הספציפי.

"דיני העונשין" מול "חוק העונשין":

חוק העונשין הוא חוק שבו קבועים מרבית הכללים הכלליים שחלים על כלל דיני העונשין ובנוסף קבועות בחוק זה חלק נכבד מהעבירות. יחד עם זאת יש לנו הרבה מאוד חוקים/דינים אחרים בהם קבועים דיני עונשין, בעיקר עבירות פליליות למשל עבירה הקבועה בחוק בטיחות במוצרים (הפקרת מקררים), או חוק צער בע"ח ועוד. .

דיני העונשין הוא השם הכללי לתחום, וחוק העונשין הוא שמו של דבר החקיקה בנושא זה.

2 חלקיו המרכזיים של חוק העונשין- חלק כללי וחלק ספציפי

החלק הספציפי כולל רשימה ארוכה של עבירות פליליות (בפועל מדובר ברשימת איסורים שמרביתם נקבע ע"י הבריטים לכן זה היה אמור להיות פקודת העונשין).

החלק הכללי בעיקרו עוסק בנורמות כלליות שחלות ללא קשר לסוג העבירה, למשל הפטור מקטינות חל לא משנה לגבי איזו עבירה . אין עונשין על דברים שבלב זה כלל שנכון ללא קשר לעבירה הספציפית.

מרבית הכללים בחלק הכללי היו תוצר הפסיקה עד 1994, בשנה זו מחוקקת הכנסת את תיקון 39 לחוק העונשין שקובע חלק כללי לחוק העונשין. תקפים גם לדיני עונשין הנמצאים מחוץ לחוק העונשין – קטין המפקיר מקרר נכלל בסייג הקטינות.

בספרות נהוג לחלק את דיני העונשין באופן דומה לנורמות השייכות לחלק הספציפי (איסורים פלילים למיניהם לא משנה באיזה חוק הם נמצאים) ונורמות השייכות לחלק הכללי של דיני העונשין (כל הנורמות שתקפות במנותק מזהות העבירה הספציפית ולא משנה היכן הן נמצאות).

הקורס יעסוק בעיקר בנורמות של החלק הכללי- הכללים הרלוונטיים לכל העבירות.

ההצדקות לדיני העונשין:

דיני העונשין בהשוואה למשפט אזרחי/ציבורי מטילים סנקציות שונות- הרבה יותר חמורות (מוות זה הכי חמור, ומאסר) ישנן גם סנקציות לא פורמליות- הסטיגמות הנוצרות מהעבירה, פגיעה בשמו, לכן צריכים להיות צידוקים לכך שנטיל עונש פורמלי (מאסר/קנס) אליו מתלווה סטיגמה חברתית של עבריין. יש להצדיק באופן מוסרי את הענישה. צריכות להיות סיבות מאוד מאוד מוצדקות. את ההצדקות לענישה הפלילית/דיני העונשין נהוג לחלק לשני סוגים:

1. הצדקות תוצאתניות (תועלתיות) -צופות פני עתיד- רוצות להשיג תוצאה יותר טובה בעתיד, מניחות שהעונש הוא דבר רע, הוא גורם נזק בעולם. הנזק מוצדק כאשר יוצאת ממנו תועלת שעולה על עליו.
2. הצדקות גמולניות- צופות פני עבר-מניחות שיש איזון בין טוב לרע. אדם שביצע פשע מפר את האיזון בין טוב לרע- הוא אשם במשהו. על מנת להחזיר את האיזון בין הטוב לרע צריך לגמול לו על המעשה הרע שעשה בדרך של עונש. הגישות הגמולניות אומרות שענישה היא דבר טוב כאשר מענישים אנשים אשמים. גישות אלו צופות פני עבר.

משל האי של קאנט – נטרפת ספינה בים והניצולים מגיעים לאי בודד ומקימים חברה חדשה. לאחר זמן, אחד מבני החברה החדשה מבצע רצח, הוא מורשע, ורגע לאחר מכן מגיעה האנייה ומצילה את האנשים- לפי הגישה הגמולנית- המשימה האחרונה של בני החברה לפני פירוקה היא להוציא את האדם הזה להורג כי המטרה המוסרית היא לגמול לו.

לעומת זאת תוצאתן יגיד- תנו לו ללכת. אין תועלת עכשיו בענישתו.

\*הגישה הגמולנית אומרת שהעונש צריך להיות פרופורציונאלי לאשמו של האדם- לא רק להתחשב במעשה שביצע אלא גם לפי הלך הרוח בו הוא ביצע את המעשה.

\*תועלות שהגישות התוצאתניות מניחות שניתן להשיג מהעונש:

א. הרתעת היחיד

ב. הרתעת הרבים- הרתעה כללית

ג. הרחקתו מהחברה

ד. שיקום

ה. חינוך הציבור

ו. מטרה דקרטיבית- בכך שאנו מענישים את העבריין, מעבירים מסר לפיו הציבור שלא הפר את החוק פעל נכון.
ז. שיקום הקורבן- קורבן יודע שהפוגע שלו נענש וזה עוזר לו להליך השיקום.

 (\*הגיל הוא הפרמטר המרכזי בחישוב סיכויי חזרת האסיר המשוחרר לעבריינות).

1. המחוקק קובע עונש מקסימלי
2. השופטים צריכים לקבוע את העונש במקרה הספציפי – מאזנים בין שיקולים גמולניים לשיקולים תוצאתניים.

נקודת המוצא של הוועדה: וועדה בראשות השופט גולדברג להבניית הענישה- אם כל מה שמנחה את השופט זה עונש המקסימום אזי עלולה להיות שרירותיות יותר מידי גדולה- יחס שונה לדומים והפרה בוטה של עיקרון השוויון וההוגנות. לכן הוועדה מנסה להציע שינוי.

כיצד המחוקק קובע עונש מקסימלי לעבירה? למה דווקא X שנים?

הוא אמור לקחת את המקרים הטיפוסיים החמורים ולפיהם לקבוע את העונש המקסימלי. לאחר הדו"ח שמגישה הוועדה נולד התיקון לחוק העונשין. לקחו את שלב קביעת העונש במקרה הספציפי ופירקו אותו לשני שלבים:

1. השופט קובע את מתחם הענישה (מתחם ההלימה) לפי עקרונות חברתיים- הרי לא כל מקרה הוא מהמקרים הטיפוסיים החמורים לא בכל מצב נותנים עונש מקסימום, לכן השופט צריך לקבוע באיזה מתחם חומרה נמצאת העבירה. הוא מסתכל על מקרים דומים בעבר וקובע מתחם הלימה- לסוג מקרים כאלו בהם בוצעה העבירה בנסיבות מסוג זה, ראוי לתת טווח של בין X ל Y שנים.
2. קביעת העונש במקרה הספציפי- בשלב זה לוקח השופט בחשבון גם נסיבות אישיות ושיקולי שיקום או הרתעת היחיד.

בדרך כלל העונש יינתן בתוך הטווח למעט מקרים חריגים , בכל מקרה לא ניתן לתת עונש החורג מן העונש הקבוע בחוק.

האלמנט הסובייקטיבי מלווה אותנו לכל אורך השלבים- בקביעת העונש המקסימלי, בקביעת מתחם ההלימה וכן בשלב האחרון של קביעת העונש – היכן המקרה הספציפי נמצא ביחס לטווח ההלימה.

ביקורת על ההצדקות המקובלות לענישה הפלילית

בעיות בתיקון 113:

1. שרירותיות בענישה.

גם לאחר תיקון 113 יש אלמנט של יחס שונה למקרים דומים- עדיין לא נפתרה כל הבעיה.

"נו טוב קביעת העונש היא לא דבר מדויק" .

1. נטייה גוברת להחמרה בענישה – א

 מחקרים מראים שהדבר המרכזי שגורמת חקיקה להבניית ענישה הוא מגמה של החמרה בעונש. לכאורה באו וחוקקו חקיקה שמטרתה להיטיב עם הנאשמים והמורשעים ובפועל הם נפגעים.

בכל העולם יש ירידה בכמות הפשיעה בעולם המערבי . הירידה ברמת וחומרת הפשיעה יורדת גם במדינות בהן לא החמירו ענישה. מלומדים רבים טוענים שיש קשר בין לגליזציה של הפלות לבין ירידה ברמת הפשיעה (ילדים לא רצויים עושים פשעים) .

מערכות המשפט הפלילי מניחות שהמטרות המרכזיות של הענישה הן גמול (תיקון 113 מציין זאת במפורש) והרחקה.

עד שנות ה70 השיקול המרכזי בענישה היה שיקום- ועדה בדקה את כל תכניות השיקום הקיימות בבתי הסוהר בארה"ב וגילתה שאף אחת מהן לא עובדת. לכן מוצאים סיבה אחרת להעניש.

ביקורת כללית על ההצדקות המקובלות לענישה

1. נטייה גוברת להחמרה בענישה - ב
2. הנחות היסוד של כל אחת מההצדקות לא מבוססות:
* לגבי הצדקת השיקום- היום יש תכניות שיקום שכן פועלות אך יחד עם זאת, א-אין השקעה מספקת לשיקום אפקטיבי. ב-גם התכניות שעובדות לא מגיעות ל100 אחוז הצלחה. ג- אם המטרה היא שיקום אז המחקר מראה שהרוב הגדול של העבריינים מוכיח ששיקום מחוץ לכלא הוא יותר מועיל.
* הרתעת היחיד- מחקרים מראים שהיא אפקטיבית רק לגבי חלק מסוים מהפשעים. גובה העונש כמעט ולא משפיע, מה שמשפיע זה הסיכוי להיתפס.
* הרתעת הרבים – בעייתי כי משתמשים באדם ככלי להרתעה- בעיה חוקתית עם כבוד האדם. הרתעת הרבים גם לא תמיד עובדת ותלויה גם היא בסוג הפשע.
* חינוך הציבור – היחס בין החוק לבין חינוך הציבור אינו חד חד ערכי- לא אוטומטית נחשוב שחקיקה חדשה היא צודקת.
* שיקום הקורבן- יש פשעים שאין קורבנות ברורים. ובמקרה שיש קורבן ברור, רוב הקורבנות מתארים את העלייה לדוכן כהליך טראומתי (אז היכן השיקום?).
* מניעה והרחקה- לפעמים יש יחס הפוך כי כשהוא יוצא מהכלא הוא עבריין יותר טוב ויותר מיומן.
* לא בטוח שביחס לפשיעה שאנו מונעים המאסר משתלם מבחינת העלות הכרוכה.
* כאשר יש פשיעה שהסיכוי לחזור אליה קטן- לא נכניס לכלא את האנשים הללו?
* יש יחס ישיר בין אורך המאסר לסיכוי החזרה לפשיעה- יש לו יותר זמן "להשתלם" במדעי הפשע.
* גמול -גמול מניח כמה הנחות:

רובנו מעריכים באופן זהה דבר חמור ודבר שהוא פחות חמור- רצח מול גניבה- רצח חמור יותר.

אך מה יותר חמור במצב הזה: רישום פרט כוזב במסמך של תאגיד ע"י מייסד החברה בכוונה לרמות לעומת זיוף מסמך ע"י אדם שהוא לא אורגן של החברה. מה יותר חמור? היכולת שלנו להעריך מה חמור ומה פחות היא מוגבלת.

גמול אומר שאנו מנסים להחזיר את האיזון בין טוב לרע בנפשו של האדם אז: א) איך מודדים את האיזון הזה? ב) האם ענישה זה הכלי המתאים לאיזון בין טוב לרע?

דו"ח דורנר אומר גם שבעוד תאוריית הגמול המודרנית דגלה ברמות ענישה נמוכות בהרבה מאלו המקובלות, יישומה בארצות הברית, ובמידה רבה גם במדינות אחרות של המשפט המקובל, הובילה להחמרה בענישה 🡨 במילים אחרות: הגמול משמש כסות לנקמה .

דו"ח דורנר אומר שיש למתן את הדחף הרגעי להחמיר בענישה.

**שיעור 2: הצידוקים להפללה [22.03.2017]**

הקדמה [תכליות ראויה + שיוריות]

המשפט הפלילי הוא מאוד פוגעני בזכויות אדם. שתי פגיעות רציניות שדיברנו עליהן בשיעור הקודם: 1. הענישה- פגיעה בחירות (מאסר), בקניין (קנס). 2. הסטיגמה הפוגעת בכבוד האדם ובשמו הטוב וכן בחופש העיסוק כי יש את חוק המרשם הפלילי .

הדין הפלילי מתחילתו ועד סופו (ולא רק בסופו), מאוד פוגעני בכל הקשור לזכויות אדם. כל הרשות לפגוע באופן מסיבי כ"כ בזכויות (שרובם אף לא יורשעו בסוף) תהיה רק בנסיבות מאוד מאוד מוצדקות.

הכל מתחיל מכך שמגדירים מעשה מסוים כעבירה- מה שמאפשר את החלת החוק הפלילי והפגיעה בזכויות האדם.

ג'ובראן בפס"ד שוורץ נ' היועמ"ש, מיישם את מבחני המשפט החוקתי בהקשר הפלילי ואומר:

1. צריכה להיות תכלית ראויה שתהווה בסיס להצדקה של קביעת העבירה.
2. עיקרון השיוריות -כיוון שמדובר בנורמה שברגע שמחוקקים אותה היא מאפשרת פגיעה כה חמורה בזכויות אדם, צריך להוכיח שהחיקוק (הקביעה של העבירה הפלילית) מהווה האמצעי המידתי- יישום עיקרון המידתיות במשפט הפלילי נקרא- עיקרון השיוריות. מקום שהמחוקק יראה שלא קיימים אמצעים דרסטיים פחות באמצעותם ניתן להשיג את אותה מטרה (למשל לקבוע שמשהו הוא עוולה נזיקית או לקבוע רגולטור שיוכל לתת רישיונות) לא הכל חייב להיות סנקציה פלילית. אם המחוקק החליט להשתמש בכלי של קביעת עבירה פלילית עליו להראות ששאר האמצעים החלופיים לא משיגים את אותה מטרה באותה מידה, זהו עיקרון השיוריות.

אילו תכליות הן ראויות לצורך קביעת איסור פלילי?

תכליות תוצאתניות (עקרון הנזק) מול תכליות גמולניות (מוסר חברתי).

בהקשר של צידוקים להפללה קיימות גישות שנתמכות על הצדקות תוצאתניות וקיימות גישות שנתמכות בהצדקות גמולניות (דאונטולוגיות=הדבר הוא ערכי בפני עצמו, הדבר טוב או רע מעצם טבעו. לרצוח זה רע מעצם טבעו).

גישות תוצאתניות מצדדות בעיקרון הנזק🡨 מטרתה של הענישה הפלילית היא למנוע נזק לגופו/לקניינו של אדם, למדינה ויתכן גם כדי למנוע נזק לאינטרסים ציבוריים.

הפללה של מעשה (קביעה שמעשה מסוים הוא עבירה) תהיה מוצדקת עפ"י עיקרון הנזק מקום בו :

היא מנסה למנוע נזק לגופו/לקניינו של אדם או מדינה, + היא תוביל למניעה של יותר נזק מאשר הנזק שהיא גורמת.

גישות גמולניות לעומת זאת, מנסות לומר שהקביעה אם משהו הוא טוב או רע בהרבה לא תלויה בתוצאה, הרבה דברים מטבעם הם טובים או רעים, והחוק הפלילי צריך לשקף את הנורמות הללו , קרי- לאסור מעשים רעים (ללא קשר לנזק). חוק העונשין -צריך לשקף את ערכי המוסר המקובלים בחברה.

וויכוח דבלין-הארט: וויכוח בין שני משפטנים ענקיים במשפט האנגלי דבלין(שופט גדול באנגליה) והארט (פילוסוף של המשפט). כאשר הארט מייצג את תומכי הגישות התוצאתניות (תמיכה בעיקרון הנזק) בעוד דבלין מייצג את התומכים בגישות הדאונטולוגיות- רשימת העבירות צריכה לשקף את ערכי המוסר/ הנורמות המקובלות בחברה. הוויכוח מתנהל בסוף שנות ה-50 וסובב סביב עבירה של משכב זכר. (בארץ היתה נחשבת לעבירה עד 88, בארה"ב עד 99). הוויכוח מציג את העימות בין שתי הגישות. במידה רבה ברטרוספקטיבה, הוויכוח ממחיש נקודת חולשה מרכזית בגישות הדאונטולוגיות שהרי משטר דמוקרטי מבוסס על הגנה על חירותו של האדם - על פלורליזם.

דוגמה נוספת- מדינות שתומכות בנצרות הקתולית- להיות פרוטסטנטי שם, מהווה עבירה פלילית שעונשה הוא מוות.
דוגמה נוספת- בגידה בבן הזוג- האם מעשה זה צריך להיות פלילי? במרבית מדינות אירופה זו היתה נחשבת עבירה פלילית (ויש מדינות שזו עדיין עבירה ברשימת העבירות רק שלא אוכפים אותה).

דוגמה נוספת- פס"ד Shanti- פס"ד של ביהמ"ש העליון המנדטורי –

* יש לעשות הבחנה בין צידוקים לענישה הפלילית (הצדקות דאונטולוגיות או תוצאתניות) לבין צידוקים להחלטה מלכתחילה אם לקבוע שמעשה הוא עבירה פלילית- לשם כך מנק' מבט של גישה תוצאתנית לא תהיה עבירה במשכב זכר- שהרי יש להוכיח שמשהו גורם נזק- וכאן לאף אחד לא נגרם נזק. לעומת זאת, לפי גישה גמולנית- אם בחברה מסוימת, הומוסקסואליות תיחשב כמשהו שאינו מוסרי בהתאם לערכים והנורמות של החברה אז מעשה כזה של משכב זכר יכול וייחשב לעבירה פלילית.

הניסיון ההיסטורי הרע (הפללת יתר של מעשים) הוביל ל:

1. התפתחות הגישות התוצאתניות המודרניות 🡨 אם אין נזק אין עבירה.
2. גם הגישות הדאונטולוגיות המודרניות הן יותר מרוככות 🡨 מסכימות שלא כל דבר שהחברה חושבת שהוא לא בסדר ראוי להפליל.

גם הגישות הדאונטולוגיות המודרניות מאמצות עיקרון של שיוריות, במיוחד יש שני תחומים שאפילו התומכים בגישות דאונטולוגיות, בגלל הניסיון ההיסטורי הרע, מסכימות שצריך להיזהר ולא להפליל (בדר"כ להימנע אבל יש מקרים שכן נפליל):

א. פעולות בעלות אופי מיני הנעשות במרחב הפרטי בהסכמת הצדדים המעורבים .

ב. מעשים הנעשים מתכלית של הגנה על רגשותיהם של אחרים.

ביקורות על ההצדקות המקובלות להפללת מעשים

1. **ביקורות על עקרון השיוריות**

לפי עיקרון השיוריות- יש להפליל מעשה רק אם לא ניתן להשיג את אותה תכלית בדרך אחרת שהיא פוגענית פחות- יש לבדוק תחילה האם ניתן להשתמש בדרכים חלופיות הפוגעות פחות בזכויות החוקתיות.

לפי פס"ד שבתאי

פוגלמן מציג הבחנה בין עבירות קלאסיות (שם מקפידים על עיקרון השיוריות) לעבירות רגולטוריות (הבסיס להפללה שלהן הוא רציונאל אחר-רציונאל של הסדרה/רגולציה).

תאוריית העבירות הרגולטוריות- בחברה מודרנית יש המון אינטראקציות בין בני אדם וחייבים להסדירן . לכן יש לעשות שימוש נרחב בחקיקה פלילית. בעבירות רגולטוריות מדובר בעבירות שהעונש עליהן הוא קל- לכן לא צריך לדאוג ולעמוד באופן דווקני על עיקרון השיוריות.

פוגלמן אומר שכל התיאוריה הזו אינה מדויקת, כי:

1. ההליך הפלילי הרבה פעמים יקר ולא יעיל. לכן גם בתחומים הרגולטוריים הללו הפגיעה הנגרמת מהשימוש בכלי הפלילי גדולה מהתועלת. ואז לא עושים שימוש בהליך הפלילי.
2. לפעמים יש עבירה בספר החוקים ובפועל המשטרה מחליטה לגבי העבירה שהיא לא בסדר העדיפויות שלה והיא לא נאכפת ולא מושגת הסדרה.
3. ההשלכה של הרשעה במקרה של עבירות רגולטוריות ( המקרה בשבתאי)- הלכה להם העבודה! פגיעה חמורה בחופש העיסוק כי מרגע שהם מורשעים הם לא יוכלו להשתתף במרכזים של המדינה. זוהי לא פגיעה קלה בזכויות .

🡨 מכל הסיבות לעיל המדינה מחשבת מסלול מחדש: בתחומי רגולציה רבים שהוסדרו ע"י המשפט הפלילי המדינה מתחילה להסדיר אותם באמצעות כלים שאינם פליליים. – במקום קנס בדין הפלילי , לשלם פיצוי במשפט אזרחי. המדינה מבינה שהשימוש בכלי הפלילי לפעמים לא כ"כ יעיל. לפיכך היינו חושבים שלאור כך שיש פה פגיעה בחופש העיסוק, ולפי זה שעיקרון השיוריות אומר שאתה לא יכול להשתמש בכלי של הפללה כל עוד לא מיצית את השימוש בכלים אחרים, השופט פוגלמן שהציג כלים אחרים שהמחוקק היה יכול לבחור בהם, היה צריך לבטל את החוק (יש פגיעה חמורה בזכויות, אין הלימה עם עיקרון השיוריות, ויש כלים חלופיים) ג'ובראן קבע שאם זה לא שיורי זה לא חוקתי! אז מה קורה פה? מדוע הרשיע בסוף ואישרר את פסק הדין של המחוזי? מדוע לא ביטל את החוק?

הבעיה היא שאין דרך לבדוק האם האמצעי הפלילי הוא באמת אמצעי שיורי (המוצא האחרון). גם אם היינו יודעים להעריך את החומרה והתועלות בדר"כ יש אלמנט אוד חזק של סובייקטיביות- לכמת את הנזקים והתועלות זה מאוד סובייקטיבי ולכן לביהמ"ש קשה להצביע על מצב בו נפגע עיקרון השיוריות ולכן יש להתערב. כתוצאה מכך מעולם לא בוטלה עבירה מרשימת העבירות בישראל על עצם כך שאינה עומדת בעיקרון השיוריות.

שיריות- מילים יפות- ללא כיסוי

* ברגע שנקבע שעבירה היא מאוד חמורה אזי מתקיים עיקרון השיוריות. השאל ההיא כאשר אנו מדברים על עבירות קלות יותר (רגולטוריות)
1. **ביקורות על עקרון הנזק**

מהו נזק?

סורבינג ואלמונית נולדו לאותם הורי, כל אחד מהם הוצא מהבית לאחר הלידה כי ההורים היו בעייתיים . כאשר הם בגירים הם נפגשים, מתאהבים ומולידים ילדים. כאשר הם צריכים לרשום את הילדים במשרד הפנים מעמידים את סורבינג לדין פלילי ונותנים לו מאסר על תנאי. כשנלד הילד השני מימשו את האיום והוא הוכנס למאסר. הוא פונה לביהמ"ש . גרמניה היא מדינה בה המשפט הפלילי מבוסס על אדנים של עיקרון הנזק. לכן ביהמ"ש לחוקה הגרמני קובע שהעבירה הפלילית על גילוי עריות היא חוקתית – פוגע בערכי המשפחה כפי שהם נחשבים בגרמניה- למעשה הכניסו בסיס דאונטולוגי לתמונה ! הסיפור ממחיש שעיקרון הנזק הוא עמום. והוא רק מילים יפות- ללא כיסוי.

ישנן מגוון גישות תוצאתניות: הגישות שונות זו מזו ב- 1)אופן הגדרת הנזק (נזק בגוף/חיים/קניין/קיום המדינה לבין הגדרה רחבה יותר). 2) מהי מידת הקשר שצריך בין האדם לבין הנזק (ייענש רק מי שגרם לנזק לעומת ייענש גם מישהו שאם נעניש אותו יש סיכוי עקיף שזה יקטין את הנזק אז גם זה אפשרי).

1. **ביקורות על הגישות הדאונטולוגיות**

 ביהמ"ש חייב לכבד במידה מסוימת את השונות התרבותית הקיימת במערכת המשפט כך שהוא נותן מתחם סבירות גדול לרשויות השלטון השונות במקרים בהם ההחלטות שלהם הושפעו משיקולים של ערכים תרבותיים של אותה מדינה. לכן הטענות שממשלת גרמניה טוענת כדי להצדיק את האיסור הפלילי לגילוי עריות מתוך גישות גמולניות!! לפני רגע אמרנו שגרמניה מתבססת על עיקורן הנזק, אז איך נכנסים שיקולים מוסריים כרגע? עורכי הדין של זוג האוהבים אומרים שגם גישות גמולניות נזהרות ביחסי מין פרטיים . בנוסף כבר ב20 מדינות מתוך המדינות באירופה גילוי עריות כבר לא מהווה עבירה פלילית. 🡨ביהמ"ש לא מבטל את העבירה- קובע שמדובר בהשקפה מוסרית חברתית סבירה והא ראייה חצי מהמדינות באירופה מחילות עבירה זו.

גם הגישות הדאונטולוגיות הן מילים יפות ללא כיסוי.

המנגנון הדמוקרטי הוא לגיטימי כל עוד הוא משרת את הרציונאל של לאפשר לאנשים בעלי זכויות שוות לחיות ביחד. אם העיקרון של הרוב פוגע בזכויות אדם דינו להתבטל- הפרוצדורה לא משרתת את המהות.

במדינת ישראל גילוי עריות הוא עבירה רק אם אחד מהם מתחת לגיל 21. אין עבירה פלילית על יחסים בין קרובים כאשר שניהם מעל גיל 21.

שיטת המושבעים- מדוע הבריטים לא הנהיגו בישראל את השיטה הזו? א. חשבו שאנו פרימיטיביים. ב. חששו שמושבעים יהודיים ירשיעו נאשם ערבי.

ביקורות נוספות: החוק לא תמיד משקף שיקולים ערכיים- לא תמיד הסיבה שיש עבירה פלילית בחוק העונשין היא מפני שהמחוקק שקל שיקולים ערכיים מה שאומר שלא צריך לחוקק חקיקה פלילית בכל מצב:

 + חוסר עקביות

 חוק שקובע שכל בעל מלון צריך להדליק פנס בכניסה למלון ואם לא- עבירה פלילית. ס' 492

" בעל מלון או אכסניה שאינו מציג בלילות פנס או מאור בחצריו, בהתאם לתקנות הקיימות אותה שעה, או אינו מקיים פנקס האורחים או הלנים, או אינו מראה את הפנקס לשוטר לשם בקורת לפי דרישתו, דינו - מאסר חודש ימים."

🡨 ברגע שחוק נקלט הוא מוסדר גם אם הרציונאל המקורי שלו נעלם.

+ THINGIFICATION (חוק נראה לנו דבר אובייקטיבי -thing)

2/3 מאוכלוסיית אירופה מתה. לבעלי הקרקעות היו חסרים ידיים עובדות ולכן האריסים רצו למצוא לעצמם עבודות טובות יותר. האדונים לא היו מרוצים מכך ונחקק ש מי שמסתובב במרחב בציבורי באופן חשוד (ללא אישור האדון שלו) מבצע עבירה פלילית- זהו חוק השוטטות. (השתמשו בעבירה זו כדי להעניש בני נוער שמרעישים בלילה). ברגע שחוק נקלט הוא מוסדר גם אם הרציונאל המקורי שלו נעלם (כמו במקרה של פנס בכניסה לבית מלון). הרבה פעמים מתפתחות רציונאליזציות תרבותיות למה זה נכון שהוא יישאר.

 אפוד זוהר בפקודת התעבורה

סיבה שלישית שהחוק לא תמיד משקף שיקולים ערכיים, ניתנת להדגמה באמצעות ס' 65 ב' לפקודת התעבורה שקובע חובה על נהג רכב מנועי העוצר בצד הדרך ללבוש אפוד זוהר.

בהתאם לס' 62 ב' (1) לפקודת התעבורה – מי שלא עושה זאת מצפה לעבירה הגוררת שנתיים מאסר. לכאורה

מדובר בחוק נפלא ונהדר שמגן על חיי אדם – אם רואים אותי לצד הכביש יש סיכוי מופחת שידרסו אותי. כך

חשבו עד שמסתבר כי לוביסט של חברה מסוימת נתקע עם בד זוהר רב מידי – והוא הצליח לקדם את החוק הזה ועשה לבעלי המפעל מיליונים. במילים אחרות – לפעמים הסיבות לחקיקה פלילית הן לא ערכיות לחלוטין.

במקרה של שאנטי (עישון סיגריה ברמדאן) נראה פחות בסדר בהשוואה לשריפת דגל, או מכירת חמץ. זה שתרבותית משהו נראה לנו לא בסדר – לא אומר שזה מספיק כדי להפוך אותו לעבירה פלילית. אז מה כן הופך אותו לעבירה פלילית? אני לא יודע. שלושת הפרמטרים שצוינו עד כה היו חלולים.

פס"ד Shanti- עישון סיגריה ברמדאן – זה שהמעשה נראה לא בסדר מבחינה תרבותית מוסרית לא מספיק כדי להפוך אותו לעבירה פלילית.

קשה לומר בבירור מה כן הופך מעשה לעבירה פלילית. שלושת הפרמטרים שצוינו נראים חלולים.

איזון התמונה: לא הכול רע

עיקרון הנזק-, עיקרון השיוריות וערכים מוסריים, כולם מילים יפות ללא כיסוי.

כמו במקרה של צידוקים לענישה, גם בצידוקים להפללה יש לאמץ עמדה מורכבת- לא לאמץ עמדת קצה , לא הכל מושחת ולא הכל טוב. יש להיות ביקורתיים כלפי כל דבר וגם כלפי האינטואיציות שלנו.

**שיעור 3 - עיקרון החוקיות במשפט הפלילי [27.03.2017]**

**+ הגדרת "עיקרון החוקיות"**

עיקרון כללי של מערכת המשפט. עיקרון החוקיות הכללי מורכב משני חלקים:

1. לפרט מותר לעשות כל דבר שלא נאסר עליו בחוק.
2. לממשל אסור לעשות שום דבר אלא אם ניתנה לו הסמכה לכך בחוק.

עיקרון החוקיות בא לידי ביטוי באופן מיוחד במשפט הפלילי. היות ומדובר בתחום פוגעני בזכויות אדם. עיקרון החוקיות במשפט הפלילי קובע "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". לא ניתן להרשיע אדם ולהענישו אלא אם גם העובדה שהמעשה שבוצע מהווה עבירה וגם העונש נקבעו בחוק עוד לפני שהוא ביצע את המעשה.

**+ העיגון הנורמטיבי של עקרון החוקיות במשפט הפלילי:**

בתי המשפט אימצו בפסיקה את עיקרון החוקיות במשפט הפלילי עוד בראשית המדינה. בנוסף, מאז שנות ה-90 העיקרון זכה לעיגון פורמלי בשני מקומות.

1. חוקי היסוד- מעגנים את עיקרון החוקיות הכללי בכך שהם דורשים "אין פוגעים בזכות זו אלא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו" או לפי חוק (לפי חוק=חקיקת משנה). לא ניתן לפגוע בזכויות אלא בחוק או בחקיקת משנה. והרי דיני העונשין פוגעים בזכויות ולכן כדי להפליל מעשה (לקבוע עבירה) , ניתן לעשו זאת רק אם הדבר עומד בחוק בהתאם לדרוש בפסקת ההגבלה.
2. ס' מס' 1 לחוק העונשין

**אין ענישה אלא לפי חוק (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו.

**+ מדוע נדרש עקרון החוקיות במשפט הפלילי? 4 צידוקים מרכזיים:**

שיקול גמולני-אנשים לא ידעו כיצד לנהוג אם לא יזהירו אותו קודם. האדם צריך לדעת איך לתכנן את צעדיו. יש פה עניין של אשם. האשם בא לידי ביטוי בכך שהאדם בהלך רוח רצוני הפר את החוק. אם הוא לא יודע מה החוק אזי אין על מה **לגמול לו**, אין אשם.

מניעת שרירותיות השלטון- הניסיון ההיסטורי מראה שסוגי שלטון שקובעים עבירות בדיעבד הם דיקטטורות. יש חשש לשרירות השלטון אם לא נדרוש חקיקת עבירות.

שיקול תוצאתני- אם אנו רוצים לכוון התנהגות של בני אדם- יש להגיד להם מה לעשות**.**

**+ הנגזרות המרכזיות של עקרון החוקיות במשפט הפלילי:**

1. **אין עבירות אלא בחוק**
	1. **חובת חיקוק עבירות**

אין עבירה ואין עונש אלא אם הם נקבעו בחוק או לפי חוק(חקיקת משנה).

אמנם אם קבעת בחקיקת משנה את העבירה אזי יש הגבלה על גובה הקנס וכן על המאסר-עד חצי שנה.

עבירות בעלות עונש משמעותי ייחשבו רק אם כן נקבעו בחקיקה ראשית.

* 1. **איסור על קביעת עבירות בדרך ההיקש**

לקונה= חסר בדין= מצב שבו, ככל הנראה, המחוקק התכוון להסדיר סוגיה מסוימת והתפקשש לו.

את הלקונה יש לאבחן ממצב של הסדר שלילי בו המחוקק במתכוון לא הסדיר סוגיה מסוימת.

אם השופט הגיע למסקנה שניצבת בפניו לקונה -דרך המלך למלא את החסר היא בדרך **ההיקש**- מחפשים את הסוגיה הקרובה ביותר בדין שהמחוקק כן הסדיר ומקישים ממנה כיצד יש להסדיר את הנושא לגביו יש חסר.
בתחום הפלילי חל כלל אחר- הכלל הזה קובע שאין עבירות בדרך ההיקש. פס"ד חירות- החוק קובע שבתקופת בחירות אסור לשדר שידורי תעמולה בטלוויזיה אלא באישור יו"ר ועדת הבחירות ובכפוף למגבלות שהוא קובע. לגבי תשדירים ברדיו- המחוקק שכח להסדיר. ברור שהמחוקק לא התכוון שברדיו אפשר לעשות הכל ורק בטלוויזיה יש מגבלות. החוק קובע השלכות שונות למצב בו רשימה לכנסת מפרה את הוראות החוק ומשדרת תשדיר שלא באישור היו"ר או תוך הפרה של התנאים שקבע. חלק מההשלכות הן פליליות (שידור כזה מהווה עבירה) וחלקן לא (למשל ליו"ר הסמכות להורות לערוץ השידור הרלוונטי להפסיק את תעמולת הבחירות בו) . החוק מתייחס רק לתשדירים בטלוויזיה. אז מה עושים עם תשדירים ברדיו? כל ההסדרים הלא פליליים של החוק חלים בדרך ההיקש גם במקרה של תשדירי תעמולה ברדיו. לעומם ההסדרים הפליליים לא יכולים לחול בדרך ההיקש.

* 1. **איסור על קביעת עבירות משפט מקובל**

איסור על קביעת עבירות בדרך הפסיקה/ איסור על קביעת עבירות משפט מקובל.

בעבר, במערכות המשפט המערביות, מרבית העבירות לא היו קבועות בחוק. אלא הן היו נקבעות בפסיקה. השופט במהלך המשפט היה "מגלה" שהמעשה שהאדם ביצע נחשב עבירה עפ"י המפשט הפלילי או עפ"י המשפט המקובל והיה מעניש אותו. מאותו יום העבירה, מבחינה מעשית היתה קבועה בתקדים בו נקבעה.

מרבית שיטות המשפט המערביות נטשו את השיטה הזו וקבעו שלשופטים אין סמכות ליצור/"לגלות," עבירות. שני חריגים: 1- בסקוטלנד יש מערכת משפט פלילית עצמאית המנותקת ממערכת המשפט האנגלית. במערכת המשפט הסקוטית לשופטים עדיין יש סמכות לגלות עבירות. פס"ד מ1987 (בקריאת הרשות) מאשרר את הסמכות הזו. 2- באנגליה- לשופטים היתה הסמכות לגלות עבירות על 1973. שאז בית הלורדים (להיום בית המשפט הבריטי) מוותר באופן וולנטרי על הסמכות לגלות עבירות משפט מקובל חדשות. יחד עם זאת, לגבי עבירות המשפט המקובל שהשופטים גילו עד אז שהן נשארות תקפות עד היום אלא אם המחוקק החליט- לעגן אותן בחוק או לבטלן. כל עוד המחוקק לא עשה אחד משני אלו אזי הן נשארות בתוקפן. האיסור על ביצוע רצח/ חטיפה מעוגנים במשפט המקובל.

בארץ, עוד בראשית המדינה, למרות שבאנגליה עדיין היתה סמכות לשופטים לגלות עבירות, השופטים שלנו באו ואמרו שבהתאם לעיקרון החוקיות אין להם הסמכות ליצור עבירות משפט מקובל.

כיום הדבר מעוגן בס' 1 לחוק העונשין.

**# על אף האמור לעיל, קיימת סמכות לקבוע סייגים חדשים לאחריות הפלילית בדרך הפסיקה. הכלל קובע שבהינתן תנאי מסוים לא תוטל אחריות פלילית על אדם למרות שהתקיימו בו כל יסודות העבירה.**

למשל, ילד בן 6 שרוצח, התקיימו בו כל יסודות עבירת הרצח ועדיין לא נעניש אותו כי חל בו סייג הקטינות. רצח לצורך הגנה עצמית גם נכנס לסייגים.

בהצעת החוק שהיוותה בסיס לתיקון 39 היה ס' שקבע שלשופטים גם אין סמכות ליצור סייגים בדרך הפסיקה. אבל המחוקק החליט בהחלטה מודעת להוריד את הסעיף מתוך הבנה שהמציאות מורכבת . היות והדבר יקל עם נאשמים אז אין סיבה למנוע מבתי המשפט את הסמכות ליצור סייגים חדשים.

נכון לרגע זה השופטים מצמצמים את השימוש בסמכות זו.

1. **אין ענישה למפרע-**

**איסור על ענישה למפרע [רטרואקטיבית] ודיון באיסור זה לאור הכלל העיקרון ש: "אי ידיעת הדין אינה פותרת [מענישה פלילית]"**

**3**.    (א)  חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר.

          (ב)  חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני

 פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.

 \*החריג היחיד- החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם. העמדה המקובלת היא שהחריג הזה מוצדק מכיוון שבהקשר של

 העבירות הקבועות בו היתה הזהרה מוקדמת. א- מדובר בנורמות מוסריות של מוסר אוניברסלי. ב- היו קיימות כבר

 במשפט הבינ"ל.

**ודיון באיסור ענישה למפרע לאור העיקרון ש: "אי ידיעת הדין אינה פותרת [מענישה פלילית]"**

תמונת הראי של הכלל האוסר חקיקה רטרואקטיבית היא **העיקרון לפיו אי ידיעת החוק אינה פותרת מהעונש.** עיקרון זה נועד ליצור תמריץ לבני האדם ללמוד את החוק. למנוע התנהגות של ראש קטן. העיקרון הזה לא נועד רק לסיטואציה בה אני טוען שלא ידעתי אלא גם לסיטואציה בה אני מפרש את החוק באופן שגוי- כאילו הוא לא אוסר את המעשה שאני רוצה לבצע. מעמידים אותי לדין וביהמ"ש יכול לפרש את החוק אחרת ולקבוע שהחוק אוסר את המעשה. נניח לא ידעתי שלעובד ציבור אסור לקבל מתנות מחברים.

באנגליה, **העיקרון של אי ידיעת החוק אינה פותרת** הוא עיקרון מאוד נוקשה. קיים פס"ד חדש מ1800 שמדגים זאת. פס"ד baily. קיים כלל משפטי שקובע, שעל ספינה בלב ים חל הדין של מדינת הדגל של הספינה. אם מדינת הדגל של ספינה מסוימת היא אנגליה אזי הדין האנגלי חל עליה. בתאריך מסוים מפליגה ספינה ללב ים. בעודה בלב ים, מחוקק המחוקק האנגלי חוק שקובע שמעשה מסוים הוא עבירה. בעודה בלב ים מבצע baily (מלח בספינה הזו) את המעשה. לאחר מכן הספינה חוזרת לאנגליה. מתברר לרשויות אכיפת החוק ש baily עשה את המעשה האמור. לכן הם מעמידים אותו לדין. הוא טוען שהיה בלב ים בעת החיקוק ולא יכול היה לדעת שהשתנה החקיקה- נקבע שאי ידיעת החוק אינה פותרת ומרשיעים אותו.

בישראל, עד לתיקון 39 הלכו בעקבות המשפט האנגלי והחילו את העיקרון הזה באופן נוקשה.

כחלק מתיקון 39 חוקק ס' 34. יט רבתי המעגן גרסה מרוככת של העיקרון :

**טעות במצב משפטי (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

34יט. לעניין האחריות הפלילית אין נפקא מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר.

🡨בעצם התיקון מוסיף סייג לאחריות הפלילית שהוא טעות במצב המשפטי. אם חשבת שהמצב המשפטי שונה ממה שהוא באמת ובעקבות כך ביצעת עבירה אזי תהיה פטור מאחריות פלילית אם הטעות היה בלתי נמנעת באורח סביר.

הגרסה המרוככת לא מאבדת את התכלית העומדת מאחורי העיקרון- עדיין מתמרצים אנשים לדעת את החוק. בתי המשפט מפרשים את הסעיף הזה באופן צר-את הסיפא, כדי למנוע ניצול לרעה.

1. **דרישה מוגברת לבהירות בניסוח**

שאיפה שהחוק יהיה ברור. כמובן שלא משנה כמה נשתדל יהיו מקרים בהם חוק לא יהיה ברור. בנוסף, חוק חייב להיות כללי (נורמה אחת חייבת להסדיר הרבה מקרים) הצורך לכלליות מגביל את האפשרות להגיע לחוקים ברורים באופן מוחלט. יחד עם זאת בהקשר הפלילי אנחנו מצפים מהמחוקק להשתדל במיוחד בקביעת עבירות כך שהן תהיינה במיוחד בהירות היות ו א- אנו מדברים על תחום ייחוד ופוגעני במיוחד. ו ב- אין עונשין אלא אם מזהירין.

לאור זאת, במערכות משפט דמוקרטיות רבות קיים עיקרון שקובע שאם עבירה היא עמומה מידי היא בטלה בהיותה לא חוקתית. זהו עיקרון void for vainness . בפסיקה הישראלית יש שלל הערות אגב בהן השופטים אומרים "היה וניתקל בעבירה עמומה באופן בולט שאינה מוגנת ע"י שמירת הדינים נבטל אותה" – כלומר אימוץ דוקטרינת

void for vainness. נהוג לתת את העבירה של "תקלה ציבורית" כדוגמה המובהקת לעבירה עמומה יתר על המידה.

עבירת התקלה הציבורית- העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית הינו מאסר של 3 שנים.

בס' 105- מוגדר "היזק ציבורי". פס"ד אש"ד (אגד שפלה ודרום).

🡨ע"פ 53/54 אשד נ' היועמ"ש –

אשד הוא גוף שיתופי לתחבורה, שולט בכמעט כל קווי התחבורה הציבורית (בתקופה בה אין הרבה רכבים פרטיים). אשד ו-3 גופים שיתופיים נוספים העוסקים בתחבורה המאוגדים כולם באשד, הורשעו בעבירה של עשיית מעשה העלול לגרום להיזק ציבורי (public mischief) בכך שהשביתו את כל תנועת האוטובוסים שבשירותיהם למשך 5 שעות דבר המשתק את המדינה. הוגש כתב אישום כנגד אשד בגין ביצוע היזק ציבורי או לעניינו תקלה ציבורית. מה שמפריע בדרך להרשעה הוא שלא מוגדר מהו "היזק ציבורי".

השופטים אומרים שהעבירה עמומה עד לכדי שניתן לפרשה בכל דרך שהיא.

שתי הערות לעניין פס"ד זה:

1. מה עושים השופטים? אקטיביזם שיפוטי

לשם השוואה, חשין בשבס: ראוי היה לבטל את העבירה.

צחי הנגבי אכן ביטל את הסעיף.

1. למה חברת אשד השביתה את הקווים? כי אנשים גרמו למותו של הסדרן באגד.

גם היום, לא כל עבירה עמומה מיד תבוטל. בין השאר זה תלוי בתחום שאותה עבירה מנסה להסדיר והזהות האנשים אליה היא פונה. אלו שני פרמטרים חשובים מתוך הרבה פרמטרים.

**🡨 דנ"פ שבס- עבירת המרמה והפרת אמונים**

נגד המשיב הוגש כתב-אישום, שייחס לו, בין היתר, עבירות של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין (שמקורה בס' 140 לפקודת החוק הפלילי):

**מרמה והפרת אמונים [א/140]**

284. עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו - מאסר שלוש שנים.

עורכי דינו של שבס אומרים שמדובר כאן בסיפור דומה לתקלה הציבורית. הפרת אמונים זה עמום.

ביהמ"ש : בשונה מעבירת התקלה הציבורית, עבירת הפרת האמונים פונה אל משרתי ציבור. מהם אפשר לדרוש יותר כי בן אדם תמיד יכול לבחור שלא לעבוד במשרה ציבורית אם הוא יודע שיבצע מעשים לא ראויים. ממשרתי הציבור אנו מצפים לסטנדרטים גבוהים יותר. שני הפרמטרים הללו מצדיקים את קיומה של העבירה במקרה של שבס.

1. **השפעה על אופן פרשנותם של האיסורים הפלילים**

כדי להדגים את ההשפעה נדמיין סיטואציה בה יש חוק אותו ניתן לפרש ב2 דרכים סבירות באותה מידה, האחת דורשנית יותר (היקף המעשים הפליליים שייחשבו עבירה הוא רחב יותר) דרך 2 דורשנית פחות (פרשנות מצמצמת יותר לגבי הגדרת מעשה העבירה). אילו משתי הפרשניות ראוי לאמץ? לאור עיקרון החוקיות , היות ולאדם מותר לעשות כל מה שלא נאסר- אם יש שתי חלופות פרשניות סבירות ראוי שנאמץ את זו המותירה לאדם את החירות שלו. בנוסף, זה מתקשר לגישה לדרישה לבהירות בחקיקה הפלילית- אם המחוקק רצה לאסור משהו מן הראוי שיעשה זאת באופן ברור. עד לשנות ה-80 חלה גרסה פורמליסטית/דווקנית של עיקרון הפרשנות המצמצמת - פרשנות לטובת הנאשם. בהינתן מס' פרשנויות סבירות באופן אוטומטי יש לבחור בפרשנות המטיבה עם הנאשם.

**🡨 בר שלום נגד מדינת ישראל**

המערער הורשע בבית המשפט לתעבורה בעבירה על תקנה 15 בכך שלא ציית לתמרור המורה כי אסור להחנות את הרכב ברחוב ביאליק ברמת גן בין השעות 7:00-19:00 – קנס של 50 ל"י או 5 ימי מאסר. הוא חשב שיש לקרוא את הספרות מימין לשמאל. המחוזי טען שהיות והרחוב הנ"ל הוא רחוב סואן לא ייתכן שכוונת הרשות הציבורית היתה שאסור להחנות בשעות הלילה.

**אגרנט-** בעת נסיעה אין על הנהג לכלכל את נסיעתו וחנייתו אלא בהתאם לכתוב על התמרור. (יש תימוכין מדעתו של בלשן שניתן לקרוא ספרות מימין לשמאל וכן תימוכין משלט אחר בו אין ספק כי יש לקרוא את הספרות מימין לשמאל)**.**מחובת הרשות הציבורית להבליט את כוונתה בצורה ברורה שאינה משתמעת לשתי פנים.

הערעור התקבל וההרשעה בוטלה.

**ביהמ"ש למעשה קובע שהפרשנות לטובת הנאשם (לפי הגישה הפורמליסטית הדווקנית) .**

**הכל משתנה כאשר ברק מציג את הפרשנות התכליתית- מה היתה תכלית החוק?**

**אומצה גרסת פרשנות תכליתית בפס"ד המכונן הבא-**

**🡨 מזרחי נ' מדינת ישראל**

מזרחי לא חוזר מהחופשה של 24 השעות שניתנה לו מהמאסר.

קבעו שביצע עבירה של בריחה ממשמורת חוקית.

ס' 257 לחוק העונשין "הבורח ממשמורת חוקית שהוא נתון בה בשל עבירה פלילית עובר עבירה פלילית של בריחה"

גדר הספקות הוא, אם אסיר, המצוי בחופשה ואינו חוזר לבית הסוהר למרות החובה המוטלת עליו לעשות כן, ניתן לראותו כמי ש"בורח" מ"משמורת חוקית". לעניין זה נעמוד על כל אחד מהיסודות הללו בנפרד.

פס"ד זה ממחיש את הבעייתיות בפרשנות הדווקנית. ברי לכל כי מזרחי היה צריך לחזור. אין פה באמת בעיה של היעדר אזהרה. תכלית האיסור של בריחה ממשמורת חוקית הוא להעניש את מי שלא נמצא במשמורת החוקית בה הוא אמור להיות.

לכן, יש לשאול מהי תכלית החוק? היה וגם לאחר ששאלנו מהי התכלית נשארנו עם מצב בו יש מס' פרשנויות סבירות רק אז הגיוני לבחור בפרשנות שהיא לטובת הנאשם.

כיום הגרסה התכליתית של עיקרון הפרשנות המצומצמת מעוגנת בחוק העונשין:

**פרשנות (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

34כא. ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.

נוספו המילים "לפי תכליתו" . למשל פסק הדין עם האזניות. ביצעו פרשנות תכליתית ואז בחרו בדרך המיטיבה עם הנאשם.

פרשת אנגיסטר- אנגיסטר היה קאפו בתקופת השואה. שופטי הרוב במחוזי מגיעים למסקנה שיש להרשיעו בפשעים נגד האנושות למרות שהוא עצמו היה יהודי שנקלע לסיטואציה לא פשוטה. באותה תקופה החוק קבע עונש מוות אוטומטי במקרה של הרשעה על פשעים נגד האנושות ולכן דעת הרוב קובעת שאם זה היה תלוי בנו היו נותנים לו 10 שנות מאסר אך אין לנו ברירה אלא לציית לחוק ולכן נותנים לו עונש מוות.

בסוף הרשיעו אותו בעבירות קלות יותר. בפס"ד שמעולם לא נכתב. ההשערה היא שהוא היה גוסס ממחלה, ביהמ"ש יודע שיצטרך לפסוק כמו דעת הרוב, לכן מרשיעים אותו במשהו קל יותר ומחכים עם כתיבת פסק הדין עד שימות

בס"ד

**שיעור 4 - עיקרון ההתנהגות במשפט הפלילי [29.3.17]- המתרגל משה יחזקאל**

כדי להגיש כתב אישום יש להראות קיומם של שני יסודות :

1. יסוד עובדתי- היסוד העובדתי מורכב מהתנהגות, נסיבות ולעיתים תוצאה.

ישנה עבירה התנהגותית וישנה עבירה תוצאתית. כאשר העבירה היא תוצאתית נצטרך להראות את התקיימות התוצאה, ללא התוצאה לא משתכללת העבירה. בעבירה תוצאתית יש להוכיח קשר סיבתי בין ההתנהגות לתוצאה, כפי שנפרט בהמשך.

1. יסוד נפשי- נדרש מישור המודעות הן לעבירה התנהגותית והן לעבירה תוצאתית, כאשר בעבירה תוצאתית, מלבד מישור המודעות נדרש גם מישור החפציות.

**היסוד העובדתי- actus reus**

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

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

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

היסוד העובדתי בנוי מ-

1. מעשה/מחדל
2. נסיבה
3. תוצאה

מעשה-התנהגות

הרכיב ההתנהגותי כולל למעשה פירוט אובייקטיבי חיצוני של ההתנהגות שהעבירה אוסרת. לרוב הפעולה תהיה אקטיבית פיזית, אך לעיתים היא תהיה גם פסיבית (מחדל).

"אין עונשין על מחשבות שבלב" – נדרשת הוצאה לפועל של המחשבה לכדי מעשה.

מדוע הרכיב ההתנהגותי צריך להופיע?

* אחת המטרות העיקריות של המשפט הפלילי הוא להכווין התנהגות.
* מבחינה הגיונית- כאש הדבר הוא בגדר מחשבה הוא לא מהווה סכנה לציבור.
* שמירה על זכויות הפרט- חירות.
* מבחינה פרקטית של אכיפה- אין יכולת לאכוף מחשבות.
* קשה למדוד עד כמה אדם מסוכן לפי מחשבה.

הרכיב הנסיבתי

הנסיבה היא זו שעוזרת לנו להסתכל על העבירה בצורה מיוחדת- מדובר בתנאים אובייקטיביים חיצוניים שהגדרת העבירה קובעת אשר צריכים להתקיים בזמן שהנאשם מבצע את רכיב ההתנהגות.

יש להבחין בין נסיבות שהן רלוונטיות לעצם שכלול העבירה לבין נסיבות שאנחנו לא צריכים כדי להשלים את העבירה עצמה אך יכולות להשפיע על שלב יותר מאוחר כמו גזירת העונש. (אדם שגנב 30 שקל ואדם שגנב 3000 שקל ביצעו את אותה עבירה- בשני המקרים נאשים באותה עבירה אך גזירת העונש תהיה שונה. המתת חסד אינה מותרת בישראל- אדם שביצע המתת חסד עובר על עבירת הריגה אך העונש הצפוי לו אפילו לא קרוב לאדם שביצע הריגה בדקירת סכין. אלאור עזריה- הואשם בהריגה אך בהתאם לנסיבות ניתן לו מאסר של שנה וחצי. הריגה יכולה להגיע ל 20 שנות מאסר).

תוצאה

בכל עבירה יש רכיב התנהגותי, אך יש עבירות שמלווה להן גם תוצאה. למשל הריגה- הגורם למותו של אדם- זו תוצאה- אם הנאשם פגע אך לא גרם להריגה שהיא היסוד התוצאתי של העבירה אזי הוא לא יואשם בהריגה. כל עוד לא נתקיימה התוצאה לא ניתן להרשיע בעבירה השלמה, התוצאה היא חלק מהשקלול של העבירה.

 **היסוד הנפשי- mens rea**

כדי להרשיע בעבירה חייבים שהתקיימו גם היסוד העובדתי וגם היסוד הנפשי.

היסוד הנפשי הוא המצב בתודעתי בו היה שרוי מבצע העבירה בעת ביצוע העבירה (מה עבר לו בראש?)

שני מישורים ביסוד הנפשי:

ומישור המודעות מישור החפציות

בודקים את הרכיב ההתנהגותי, בודקים את הנסיבות, מחפשים הגדרה, מגדירים את התוצאה. ואז עוברים ליסוד הנפשי. אם מדובר בעבירה תוצאתית/עבירת כוונה אז אנו נדרשים ליסוד נפשי בשני מישורים- האחד" מישור המודעות שבדר"כ מתקיים והשני מישור החפציות- דיון ביסוד המוגבר לאור העבירה התוצאתית שלפנינו.

יש להבדיל בין מצב בו התוצאה היא חלק מהעבירה- ואז חייבים אותה כדי להרשיע בעבירה. לבין מצב בו התוצאה אינה חלק מהעבירה שאז התוצאה רק צובעת את העבירה בגוון כהה יותר (חמורה יותר).

ס' 1לחוק - אין ענישה אלא על פי חוק. כחלק מעיקרון החוקיות, כדי שתהיה לגיטימציה להרשיע בעבירה היא צריכה להיות ברורה, כתובה ושיהיה ברור שהיא אסורה.

ס' 169- שוד ים- כיצד ניתן לדעת מהו שוד ים? זוהי אחת מהעבירות שאין להן הגדרה ואין דרך לדעת מהו שוד ים. במצב כזה אנו בודקים את התכליות בבסיס החקיקה ואת המשמעות המקובלת, לפי ס' 34 כ"א.
ס' 345 – עבירת האינוס- מדובר על אישה (לעומת אינוס גבר שהוא מעשה סדום) "הבועל אישה". 5 חלופות שמסבירות איך ניתן לעבור את העבירה. מה זה הבועל אישה? מוסבר בס' ג לחוק. חוק העונשין נותן עולם חדש של מושגים שלפעמים שונה מהתפיסה האינטואיטיבית שלנו.

ככל שאנו רוצים להגיש כתב אישום יש לבדוק שהמעשה הוא לפי הגדרת העבירה. יכול להיות שיהיה מדובר במעשה סדום, או בהטרדה מינית וזה לא ייחשב אונס.

ס' 34 כא:

**פרשנות (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

34כא. ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.

לכן אם יש מס' פירושים לשוד ים אזי נבחר בפירוש המקל.

השלבים לפרשנות:

1. מחפשים תחילה בתוך העבירה עצמה.
2. אם אין הגדרה בתוך העבירה אזי עוברים לראשית הפרק.
3. אם אין הגדרה גם בראש הפרק עוברים לס' 34 כ"ד שהוא ס' פרשני.
4. עוברים לחלק הכללי.
5. עוברים לפקודה/ חוק אחר

ס' 90 א' מהווה פרשנות ליסוד הנפשי– בוודאות יש להפנות אליו בעבודות ובמבחן.

* עוד פרקטיקה כשביהמ"ש נתקע: פנייה לחוק אחר – חוק הפרשנות 1981 .

היות ויש כמה מקורות חיקוק לפרשנות כיצד נבחר פירוש?

1. פירוש ספציפי גובר על פירוש כללי.

בפועל, ההגדרה ב' העבירה עצמה תגבר על הגדרה שנמצאת בס' אחר באותו הפרק. כמו כן הגדר בחלק הספציפי תגבר על הגדרה שנמצאת בחלק הכללי. והגדרה הנמצאת בחלק הכללי של חוק העונשין תגבר על הגדרה הנמצאת בחוק אחר.

1. הפירוש המקל.

**חבלה חמורה [א/238]**

333. החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו – מאסר שבע שנים.

מה זה חבלה חמורה?

1. אין הגדרה בסביבה
2. גם בראש הפרק אין.
3. ס' 34 כד : שם יש הגדרה-

"חבלה חמורה" - חבלה העולה כדי חבלה מסוכנת, או הפוגעת או עלולה לפגוע קשות או לתמיד בבריאות הנחבל או בנוחותו, או המגיעה כדי מום קבע או כדי פגיעת קבע או פגיעה קשה באחד האיברים, הקרומים או החושים החיצוניים או הפנימיים;

כיצד נכתוב את כתב האישום? נציין את כל הסעיפים המשלימים את הגדרת העבירה.

ס' 34 כ"ד + ס' 333 לחוק העונשין .

יש נפקות מאוד חשובה לסיווג העבירה-

* זה קובע סמכות עניינית
* נפקות להסדרי טיעון
* נפקות לעניין סמכויות מעצר.
* נפקות בתוך החוק עצמו , ס' 261- סיוע לעבירה- העונש נגזר מהעבירה המקורית. אם העבירה לה הוא סייע היתה פשע אז המאסר שלו עד 3 שנים אך אם הוא סייע לאחר לעבור עבירה שהיא עוון (הרג מישהו ללא כוונה- גרימת מוות ברשלנות והחבר עזר לו להסתתר).

261. מסייע לאחר מעשה, דינו -

(1)   אם העבירה היתה פשע - מאסר שלוש שנים;

(2)   אם העבירה היתה עוון - מאסר מחצית תקופת העונש שנקבע לאותה עבירה

עבירת האינוס- ס' 345

אין תוצאה בעבירה זו. זוהי עבירה התנהגותית. (עבירה תוצאתית היא דיכוטומית 1 או 0).

הפוקוס הוא על היסוד הנפשי. כשאנו מדברים על יסוד נפשי הכוונה ליסוד הנפשי של הנאשם בלבד (mens rea) .

לפעמים העבירה תדבר על הלך הרוח של הקורבן- חוסר ההסכמה של האישה בעבירת האינוס, הופכת להיות נסיבה לעצם העבירה עצמה ולא נחשבת ליסוד נפשי לביצוע עבירת האינוס.

עבירת האינוס שותקת לגבי היסוד הנפשי של הנאשם (לעומת עבירת כוונה המשמשת בביטוי המבטא יסוד נפשי מוגבר)- ולכן אנו צריכים להוכיח מודעות. **כי עבירה שותקת דורשת מחשבה פלילית-מודעות.**

בשונה מהמשפט האזרחי (בו רף ההוכחה הנדרש הוא לפי מאזן הסתברויות-50%- במאזן השיקולים השופט נוטה לכיוון התובע , נטל ההוכחה של התובע להוכיח מעל ל 50%), במשפט הפלילי זה שונה, המדינה נ' פלוני ולא פלוני נ' אלמוני. היות ויש א-סמטריה בין המדינה לבין הנאשם האזרח הקטן והחלש לעומת המדינה שיש לה משאבים, ניסיון חוזק אז כדי לאזן את הזירה הלא שוויונית הזו לכאורה, מושת נטל ההוכחה על התביעה ברף של **"מעבר לכל ספק סביר"** (בין 95%-99%). יש גם פאן נוסף- הרי המדינה דמוקרטית- המשפט הפלילי הוא פוגעני בזכויות אדם- כאשר אנו באים לשלול חירות מאדם מסוים במדינה דמוקרטית יש להוכיח זאת מעל לכל ספק סביר.

חזקת החפות- כחלק מה א-סימטריה, כל עוד לא הוכחה אשמתו של נאשם הוא בחזקת חף מפשע. (כל מהלך הזמן של ההליך הפלילי בו טרם נקבעה הרשעתו של אדם, זמן שיכול להגיע לשנים רבות -האדם נחשב חף מפשע).

אם אדם חושב בכנות שהרכוש שלו- לפי היסוד העובדתי הוא גנב, אך היות ולא היה יסוד נפשי לא נוכל להאשים אותו בעבירה. זו אחת הדרכים בהן היסוד הנפשי מאפשר לנו לעשות סינון במקרים בהם היסוד העובדתי היה מביא אותנו לתוצאה אבסורדית.

יש סיטואציה חריגה בה למרות שאין יסוד נפשי האדם יורשע- וזוהי הרשלנות- לאדם אין מודעות אך נאשים אותו. עושים את זה כאשר קיימת מאחורי ההתנהגות כוונה אנטי-חברתית. גרימת מוות ברשלנות למשל- רוצים להגן על הערך של חיי אדם ולכן נקיים את השתכללות העבירה גם במקום בו לא היתה מודעות אך הנאשם היה רשלן באופן שלא מוכנים לקבל כחברה.

היסוד הנפשי יכול לשמש גם בחומרת העבירה- עבירת ההמתה: 1- רצח 2- הריגה 3- גרימת מוות ברשלנות.

בכולן היסוד העובדתי זהה- צריך להוכיח גרימת מוות.

ההבדל בין העבירות נעוץ ביסוד הנפשי בלבד-
ברצח-כוונת תחילה.
בהריגה- פזיזות.
ברשלנות- רשלנות גם ללא מודעות.

מטבע הדברים השוני יגולם גם בעונש.
רצח- מאסר עולם, הריגה- עד 20 שנים, רשלנות- עד 3 שנים.

האם יכולים להרשיע אדם ביותר מעבירה אחת? גם גנב דבר וגם גנב דבר ממעביד? אין היגיון להאשים אותו בעבירה הקטנה יותר אם אפשר להאשימו בעבירה החמורה יותר ולכן במצב בו העבירה **בולעת את העבירה השנייה במלואה**- נאשים אותו בעבירה החמורה.

אם מאשימים בעבירה מוחמרת אבל בסופו של דבר לא הצלחתי להוכיח את הנסיבות המוחמרות? לביהמ"ש יש סמכות להרשיע בעבירה עצמה או בכל צורה קלה יותר שלה. ולכן אם לא ציינו בכתב האישום את העבירה הקלה יותר לא פספסנו, ביהמ"ש יוכל לקבוע זאת.

גונב דבר ממעבידו וגם פורץ לדירה וגונב דבר- גונב דבר ממעבידו לא בולע לגמרי את הפורץ לדירה וגונב דבר- כל אחד בא להגן על דברים אחרים, הראשון על קניינו של המעביד השני לא. ולכן אם עבירה את לא בולעת את העבירה השניה אזי נאשים בשניהם.

עבירה 303- המתת תינוק- "אישה שגרמה במזיד, במעשה או במחדל, למות ולדה שלא מלאו לו שנים-עשר חדשים, ובשעת המעשה או המחדל היתה במצב של ערעור שיקול הדעת, משום שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה, הרי על אף היות העבירה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה, דינה - מאסר חמש שנים."

בגלל שהיא היתה במצב של חוסר שיקול דעת ודיכאון אחרי לידה אז היסוד הנפשי מתערער.
זוהי דוגמה לעבירה בה היסוד הנפשי דווקא מפחית מהחומרה של הענישה.

1. 456- המניח שלא כדין חומר נפץ כלשהו בכוונה להרוס נכס או להזיק לו.

המניח שלא כדין= התנהגות. עצם ההנחה היא המעשה.

מדובר בעבירה התנהגותית (אם חומר הנפץ יתפוצץ זה רק יצבע את העבירה וישפיע על חומרת העונש).

חומר נפץ כלשהו= נסיבה.

בכוונה להרוס נכס או להזיק לו= יסוד נפשי. מדובר בעבירה חפצית- עצם ההנחה היתה כדי להרוס נכס או להזיק לו. (אם היה מניח את לחומר הנפץ שלא בכוונה להרוס אזי העבירה לא נשתכללה).

1. 201- המביא אדם לידי מעשה זנות עם אדם אחר

"המביא"= התנהגות "אדם"= נסיבה "לידי מעשה זנות "=תוצאה " עם אדם אחר"= נסיבה

1. 380- התוקף חברו וגורם לו בכך עבירה של ממש

התוקף=התנהגות חברו=נסיבה

1. 345 א 1 – הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית.

הבועל=התנהגות

אישה שלא בהסכמתה החופשית= נסיבות

1. 345 א 3- הבועל אישה כשהאישה היא קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים אף בהסכמתה. זהו אונס סטטוטורי כי במהות שלו אונס נעשה ללא הסכמה. כי בהסכמה של קטינה אין ממש.

עבירה התנהגותית

הבועל = התנהגות
אישה=נסיבה

כשהאישה היא קטינה וכו' = נסיבה

תחילה בודקים אם העבירה היא התנהגותית או תוצאתית

 אם היא תוצאתית זה משליך על הניתוח- צריך למצוא תוצאה וצריך לדעת שאם התוצאה לא קרתה בפועל אזי לא נשתכללה עבירה.
ואח"כ ביסוד הנפשי אם מדובר בעבירה תוצאתית אז צריך למצוא מישור מודעות וגם חפציות. בעבירה התנהגותית לא צריך את מישור החפציות.

כאשר העבירה היא תוצאתית צריך גם להראות קשר סיבתי בין טיב ההתנהגות להתרחשות התוצאה- צריך להוכיח שההתנהגות האסורה היא זו שגרמה לתוצאה. (להוציא מצבים של צירופי מקרים- אם דני רוכב ברכב ומדמיין כיצד יהרוג את שמעון, והוא לא שם לב ועושה תאונה והורג את האדם שברכב ומתגלה שזה שמעון- הוא גם הרג=התנהגות, וגם התכוון=יסוד נפשי , אך אז נכנס עיקרון הסימולטניות= זיקה שבין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי. אף על פי ששני הדברים התרחשו יש להראות קשר סיבתי – ברור שבמקרה זה התאונה לא התכוונה מתוך כוונה לרצוח או להרוג ולא יהיה ניתן להרשיע את דני בעבירת הרצח.

השילוב בין היסוד העובדתי לנפשי יוצר את מגוון העבירות הספציפיות בחוק ומאפשר להבחין בין עבירה אחת לרעותה ובין חומרות העבירות.

**בעבירות סטטוס** לא נדרשת התנהגות מסוימת- למשל עבירת אחזקה. ס' 104 למשל. לא נדרשת פעולה פיזית (להרים את הדבר) אלא מספק שהדבר ברשותי. זוהי עבירה שגם אם ישבתי בסלון וראיתי טלוויזיה עברתי עבירה של אחזקת סמים.

פרשנות שיורית- כל מה שלא ניתן לקטלג בדרך אחרת יוגדר כנסיבה.

במבחן- נסתכל על פרמטר ונאמר שזה לא התנהגות ולא תוצאה אזי זה נסיבה.

פס"ד חורי-
אדם פגע ברכב שהיתה בו אישה בהריון בחוסר תשומת לב, האישה במצב קשה , העובר נכנס למצוקה. יילדו את העובר בניתוח קיסרי- הוא נולד ללא רוח חיים אך הצליחו להכניס בו דופק- הוא חי למשך 14 שעות ואז הוא מת- האם אפשר להאשים את חורי בגרימת מוות ברשלנות? השלום מרשיע המחוזי מזכה, בעליון ג'ובראן מרשיעו שוב- היכן המחלוקת?

כיצד נגדיר "אדם"- אם הוא רכיב נסיבתי כמו שסבר המחוזי – נדרשת זיקה של עיתוי (סימולטניות) בין הרכב הנסיבתי לרכיב ההתנהגותי. כשהוא ביצע את התאונה הוא פגע בעובר, עובר זה לא אדם (אדם זה רק לאחר שיצא מרחם אימו)- בזמן התאונה הנסיבה לא נתקיימה אז העבירה א נשתכללה ואי אפשר להאשימו.

העליון- ג'ובראן:
יש שתי דרכים להגיע למסקנה שניתן להאשים בגרימת מוות ברשלנות:
א- לפי פלר "הגורם ברשלנות למותו של אדם"- כל המשפט הזה הוא תוצאה ולא נדרש עיתוי. גם אם התוצאה התרחשה מאוחר יותר. ג'ובראן בסוף לא מכריע לפי דרך זו לא רצה לקבוע תקדים שכזה.
ב- ניתן להגיע לאותה תוצאה גם בדך אחרת- אמנם הוולד נולד מת אך הוא חזר לחיות. אין ספק שהתאונה היא זו שגרמה לו למות גם לאחר שחזר לחיים שאז הוא כבר נחשב "אדם" ולא עובר.

העליון אומר שתוצאה לא חייבת להתרחש באותו רגע

דפנה ברק ארז אומרת משהו אחר- בעיקרון מסכימה עם ג'ובראן אך היא לא מוכנה לצמצם את העניין הזה רק למצב בו העובר חזר לחיים ואז הוא נחשב "אדם". מה קורה אם העובר לא היה חוזר לחיים? ואז הוא לא היה לעולם בסטטוס של "אדם" האם לא ניתן לקבוע שנגרם מוות ברשלנות?
דפנה ארז מתמקדת באוטונומיה של האישה – באלה האם הלידה התבצעה מתוך רצונה של האישה או מתוך רשלנות של צד ג'.

**שיעור 5 - המעשה הפלילי [רכיב ההתנהגות] – המתרגלת גאיה הררי**

[מדוע אין עונשין על דברים שבלב+ עבירות מיצב וסטאטוס + תחילת המחדל הפלילי]

תזכורת:

הגישה התוצאתנית/תועלתנית- צופה פני עתיד- המטרה שלנו כחברה היא שיהיו כמה שפחות פשעים ויש לעשות כל מה שצריך כדי למנוע את הפשעים: הרתעת הרבים, הרתעת היחיד, שיקום.

הגישה הגמולנית/דאונטולוגית- צופה פני עבר, גמול, אשם ומה מגיע לו עבור אשמו. מענה הולם למידת העבירה והנסיבות. עיקרון ההלימה.

מדוע לא להרחיק מראש אנשים שסיכוייהם לפשוע הם גדולים?

מנקודת גישה גמולנית, מדוע שנעניש אדם על מעשה אחד רע שעשה בתוך כל המעשים הטובים שעשה? מדוע הדגש הוא דווקא על המעשה הרע?

* מעצר מנהלי הוא דוגמה לחריג למשפט הפלילי המהווה ביטוי לעקרונות כמו הרתעה ומניעה.
* אדם שהוא מר נפש יכול להיכנס למעצר בית- לפי חוק העונשין, אך מצד שני גם לא נעשה בו שימוש עד היום. אך טרם בוטל.

מדוע נדרש יסוד עובדתי ו"אין עונשין על דברים שבלב"?

1. תפקיד המשפט כמכווין התנהגות- המטרה הראשית של המשפט הפלילי היא להכווין התנהגות. ללא מעשה בפועל קשה להראות לאזרח מהו המעשה האסור.
2. שמירה על זכויות הפרט: משטרת מחשבות מובילה לפגיעה חמורה בפרטיות, מסלול לעבר משטר טוטליטרי.
3. מבחינה פרקטית- היעדר יכולת אכיפה על המחשבה. ויותר מכך, המעשה נותן לנו מיקוד לעבירה- מהו הדבר אותו אנו לא מוכנים לאפשר.
4. בתי הכלא יתמלאו אם נעניש על מחשבות- אין אדם שלא חושב מחשבה שלילית. המשפט מצפה מאתנו שלא נעשה את מה שחשבנו עליו ונשלוט על מעשינו.
5. יש פחות אשם מוסרי במחשבות שלא יצאו לכדי פעולה-טיעון גמולני.
6. נשקפת פחות מסוכנות מהלך מחשבתי-טיעון תועלתני.

**🡨אם המשפט הפלילי דורש התנהגות – באיזה שלב נקבע כי ההתנהגות/המעשה הוא אסור וזה לגיטימי שהמשפט הפלילי יתערב ויפליל אותו? מהן ההתנהגויות המצדיקות את כניסתו של המשפט הפלילי לתמונה?**

ככלל, רגע תחילת תרגום המחשבות לפעולות הוא השלב בו נצדיק את כניסת המשפט הפלילי (גם ללא השלמת העבירה).

\*דוקטרינת הניסיון- אדם הנכנס לעבירת הניסיון נושא בעונש המלא עבור העבירה. אדם שניסה לרצוח אך לא רצח בפועל עשוי להיכנס לכלא לאותו זמן מאסר של אדם שרצח בפועל. עד מתחם ההכנה לא ניתן להפליל.

\*עבירת הקשר- באופן מהותי עוד לא נכנסה לעבירת הניסיון – פלוני ואלמוני קושרים קשר לבצע פיגוע, עוד לא ביצעו את הפיגוע אך קנו כבר את הדרוש. כמות המעשים שעשו היא נמוכה יותר(לא נכנסו למתחם הניסיון) ולכן לא יואשמו בעבירת הניסיון אלא בעבירת הקשר. הפרקליטות תחשוב: האם המקרה מצדיק פגיעה בזכויות הפרט בשביל מניעת הסכנה?

תפקיד המעשה בהגדרת העבירה:

* תכלית מוסד המעשה (רכיב ההתנהגות בעבירה) הוא למקד את האחריות לביצוע עבירה מסוימת על אדם ספציפי. המעשה הוא המושג המפריד את האשמה בביצוע העבירה בין פלוני לאלמוני והוא מושג פונקציונאלי. העבירה היא זו שממקדת אותנו על מקור העבירה- מי עשה את העבירה האסורה שאותו יש להעניש, ובאילו נסיבות.
* המעשה מהווה אינדיקציה למידת החומרה ("פליליות המעשה").
* מיקוד העבירה כחלק מעקרון החוקיות- העבירות צריכות להיות ברורות לכל ומפורשות בחוק, האדם צריך לדעת בדיוק מה מותר ומה אסור.

אין עבירה ללא רכיב התנהגות. אך יש מקרים בהם **רכיב ההתנהגות לא דורש מעשה אלא די בכך שהאדם נמצא במקום מסוים או בזמן מסוים על מנת שנראה אותו כמי שביצע את העבירה. הרעיון בבסיס עבירות שכאלה הוא שהמשפט הפלילי דורש ממך להימנע מהמצב האסור- לצאת מוך סיטואציה מסוימת/או כלל לא להיכנס אליה.**

**עבירת סטטוס**

**הימצאות במקום אסור-**

1. **ס' 115 (א) לחוק העונשין:**

 מי שנכנס למקום מוגבל, ניסה לחדור לתוכו, שהה בו, ניסה להתחקות על מבנהו או על הנעשה בו, או ללא הסבר סביר שוטט בקרבתו -  כשאינו מוסמך לכך -  וכן מי שניסה להפריע או להטעות זקיף או שומר המופקד על מקום מוגבל, דינו - מאסר שלוש שנים; התכוון בכך לפגוע בביטחון המדינה, דינו -  מאסר חמש-עשרה שנים.

**ניתוח-**

רכיב ההתנהגות: ישנן חלופות, מספיק חלופה אחת בשביל שהעבירה תתקיים:

 "מי שנכנס למקום מוגבל" **או** "ניסה לחדור לתוכו" **או** "שהה בו" **או** "ניסה להתחקות..."

"ללא הסבר סביר"=נסיבה

"שלא הוסמך לכך"=נסיבה

מדוע המחוקק קבע שגם "שהה" זו חלופה נפרדת בפני עצמה? אם הוא לא חדר כיצד הוא שהה? בעצם יש מקרים בהם יהיה קשה להוכיח חדירה ללא אישור למשל.

אדם ששוהה במקום מוגבל- עצם העובדה שהוא נמצא שם, אם נוכיח את יסוד הכוונה לפגיעה בביטחון המדינה- מחשבה וכוונה מלאה- האדם ייכנס ל15 שנות מאסר. זו דוגמה קלאסית לעבירת סטטוס. כועסים על כך שהאדם לא דאג לצאת מהמקום האסור בו שהה.

1. **ס' 143 לחוק העונשין**

אימונים צבאיים אסורים העושה אחת מאלה, דינו - מאסר שבע שנים:

(1)   מאמן או מדריך להשתמש בנשק או לבצע תרגילים, תנועות או פעולות צבאיים, ללא רשות הממשלה;

(2)   נוכח באסיפה או בהתקהלות שאינן ברשות הממשלה, כדי לאמן או להדריך אנשים להשתמש בנשק או לבצע תרגילים, תנועות או פעולות צבאיים.

לא דורשים לאמן או להדריך אנשים להשתמש בנשק, עצם הנוכחות שלך בהתקהלות שמזהים אותה כהתקהלות מסוכנת- נהיה מוכנים להסתפק בנוכחות, גם אם לא עשית דבר וחצי דבר. הדרישה היא רק לעזוב ולא להיות חלק מהסיטואציה הזו. המצב הזה כה מסוכן שהחוק מסתפק בהימצאות האדם שם.

1. **ס' 406 א לחוק העונשין**

*" הנכנס למקום המשמש למגורי אדם או לתפילה, או הנמצא בהם, בכוונה לבצע גניבה או פשע, דינו - מאסר חמש שנים*."

ניתוח:

שתי חלופות של רכיב התנהגותי- "הנכנס" או "הנמצא"

שתי נסיבות חלופיות - מגורי אדם או תפילה.

1. **ס' 215 (ג) לחוק העונשין**

הנמצא במקום כלשהו לשם עיסוק בזנות, בנסיבות שיש בהן משום מטרד לדרי הסביבה או הפרעה לתנועה בדרכים, דינו - מאסר שנה אחת.

**החריג בעבירות סטטוס הוא שאנו מסתפקים בכך שהאדם שהה במקום מסוים ולא דורשים מעשה פיזי- בכל דיני המשפט הפלילי אנו דורשים מעשה. בכך אנו מונעים מאנשים להימצא במקומות/מצבים מסוימים ומחייבים אותם שלא להיכנס אליהם או לפחות לצאת מהם ולא להישאר שם.**

**הימצאות במצב אסור-** די בהימצאות אדם במצב מסוים ללא מעשה מצידו על מנת שתתגבש העבירה.

**דוגמאות:**

1. **ס' 147 לחוק**

"מי שמלאו לו שש-עשרה שנים והוא חבר להתאגדות אסורה, ומי שתופש או פועל במשרה או בעמדה בה, או פועל כנציג שלה, או משמש מורה במוסד או בבית ספר המתנהלים או נחזים כמתנהלים בהנהלתה או בפיקוחה של התאגדות אסורה, דינו - מאסר שנה אחת."

עצם החברות בהתאגדות- מכניסה אותך למתחם המשפט הפלילי.

1. **ס' 199 לחוק**

(א)  אלה דינם מאסר חמש שנים:

 (1)   מי שמחייתו, כולה או מקצתה, דרך קבע או בתקופה כלשהי, על רווחי אדם העוסק בזנות;

לא ברור כאן מי אמור לשאת באחריות הפלילית ומי לא- ולכן חובה למקד את המעשה, כחלק מעיקרון החוקיות והכוונת ההתנהגות דורשים שהעבירה תהיה כזו שרכיב ההתנהגות בה יהיה ברור וממוקד כשהמטרה שלו היא לשרטט עבורנו את הגבול של מי שנכנס במעשה הפלילי ומי לא.

זוהי דוגמה לחשיבות הגדולה בבהירות רכיב המעשה בעבירה. כאן לא ברור כלל הגבול.

פס"ד קליפורניה- אדם המכור לסמים- עצם המצב שאתה מוגדר כמכור מהווה עבירת סטטוס.

 נקבע שהעבירה הזו אינה חוקתית והיא בוטלה. השימוש בעבירות הסטטוס הוא רק מקום שבו יש חשיבות ליציאה מהסיטואציה, אחרת הקושי הוא בכך שהשליטה שלך במעשה היא חלק מההצדקה לענישה. **חריג למשפט הפלילי- הסיבה לקיום החריג שיש כאן דרישה להתנהגות של יציאה מהסטטוס האסור.**

**עבירות ההחזקה-**

**על מנת לעבור עבירה כזו לא נדרשת עשיית פעולה פיזית בהכרח אלא זיקה של אדם לחפץ או שליטה שלו בדבר.**

**דוגמאות:**

* **ס' 7 לפקודת הסמים המסוכנים-אוסר על החזקת סמים, לא נדרש שימוש בסם אלא רק החזקה בו.**
* **ס' 186 לחוק העונשין- איסור על החזקת אגרופן או סכין.**
* **ס' 116 (2): אוסר על החזקת מסמך רשמי או שימוש בו כאשר לא מוסמכים לכך.**

**ס' 34 כ"ד לחוק**

**תמיד צריך לפנות לס' 34 כ"ד בכל קייס- בודקים האם אחת ההגדרות המופיעות בסעיף הספציפי של העבירה הנידונה מופיעה ב 34 כ"ד.**

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

**פס"ד הוכשטט- מבהיר את מושג ההחזקה.**

בתחילה העובד לא ידע על הסמים שהוברחו על שמו. הבוס חשב שהוא יעביר את החבילה בלי לחשוד. הבוס החליט שמישהו אחר יעביר את החבילה ואמר לעובד שיטוס לחו"ל על חשבונו. האם ניתן להגיד שהוא החזיק בסם? דעת המיעוט של ברק הופכת בהמשך להלכה- ביהמ"ש פונה להגדרה ב 34 כ"ד ואומר שבמוקד ההחזקה הממשית עומד מוסד השליטה "שליטתו של אדם". ברק מסביר ששליטה של אדם בחפת יש לה רכיב פיזי עובדתי- לאדם יש יכולת להגיע עפ"י מהלך העניינים הרגיל לעשייה פיזית בנכס או לקביעת גורלו. אפילו אם הנכס לא ברשותו הפיזית.--- נדרוש סוג של בלעדיות, לא כל אחד יכול לגשת לנכס. ונדרוש גם התמשכות.

החזקה קונסטרוקטיבית- גם אם אין לי שליטה מעשית על הנכס, אבל לחברי יש שליטה ואני מסכים על שליטת חברי אזי אני חלק מהעבירה. כמו הוכשטט שטס לחו"ל ואיפשר לבוס לשלוט.

בעבירת הגניבה אם חבר שלי הלך וגנב ואני יודע שהוא גנב אזי אני לא נושא באחריות קונסטרוקטיבית לעבירה. לעומת זאת בעבירת החזקה יש תחולה קונסטרוקטיבית. לכן הביקורת המרכזית היא הרחבה של המעגל הפלילי בניגוד לעיקרון השיורי של המשפט הפלילי. המשפט מפליל פה מעגל רחב יותר של אנשים הקשורים לסיטואציה.

**עבירות המחדל -המחדל שייך ליסוד ההתנהגותי (הרכיב ההתנהגותי יכול שיהיה במעשה או במחדל).**

🡨האם הפסול בהתנהגות אקטיבית הוא ככלל יותר חמור מהפסול אשר בעבירת המחדל?

אם פלוני זרק אדם למים וצופה שהמעשה עלול להוביל אל מותו ומנגד אלמוני עובר במקום ורואה את האדם מפרפר במים ולא מסייע לו בידיעה שההימנעות שלו מהושטת עזרה תוביל למות האדם.

ההבדל הוא בין גרימת נזק-פלוני יצר את הסיכון, לעומת אי מניעת הנזק-אלמוני אשר נמנע מהתערבות בשרשרת נסיבות קיימת. (אם פלוני לא היה- האדם לא היה נהרג. ואילו אם אלמוני לא היה האדם עדיין היה נהרג. פלוני יצר את הסיכון).

**ההבחנות בין מעשה למחדל ברכיב ההתנהגות:**

1. **צו עשה מחייב את הפרט לנקוט בפעולה אחת ספציפית- דוגמאות להטלת חובות נרחבות על הפרט:**
2. ס' 262- מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע את עשייתו- בפס"ד מרגלית הר שפי: מרגלית הורשעה על עצם העובדה שידעה על המעשה ולא עשתה דבר כדי למנוע אותו (לא הלשינה) היא היתה חייבת בצו המחייב עשייה.

 נטען כי הסעיף הזה מטיל נטל כבד על האזרחים ואף נודף ממנו ריח של מלשנות .

1. ס' 368 ד'- חובת דיווח על ביצוע עבירה בקטין/חסר ישע מחויב לדווח על כך.
2. **מעשה לעומת הימנעות מעשייה מאופיין בזיקה עודפת לפגיעה בערך מוגן בשני היבטים:**
* השליטה במהלך העניינים
* שאלת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה המזיקה (כאמור לולא פלוני האדם כלל לא היה מת, לעומת זאת לולא אלמוני האדם עדיין היה מת ואין קש"ס).
1. **צו עשה נתפס כדרישה מוגזמת של סולידריות חברתית-** זה אמנם הדבר המוסרי אך האם ראוי לכפות זאת על אדם ולקבוע אחריות פלילית על אדם שישב לתומו בפארק ורק לא פעל?
2. **צו "עשה" פוגע יותר בעיקרון החוקיות וברצון לתחום בצורה ברורה את האחריות הפלילית-** פלוני יודע שאסור לו לזרוק את האדם למים אך לעומתו אלמוני לא יודע מבחינה חוקית מה עליו לעשות? מה החוק דורש ממנו? עד כמה הוא צריך לסכן את עצמו? מה הפעולה הנדרשת ממנו והיכן עובר הגבול?ומה אם יווצר אפקט "המציל המקלקל" והאדם שחדל אם היה פועל היה עושה יותר רע מאשר טוב? אם אדם יבצע החייאה על אף שאינו בקיא בכך ויגרום למותו (דוגמה קיצונית).

**ס' 18 (ב) לחוק העונשין:**

**"מעשה"- לרבות מחדל אם לא נאמר אחרת.**

ככלל, מעשה שווה למחדל. מבחינה אמפירית, כנראה שביהמ"ש יתן עונש פחות חמור כאשר מדובר במחדל.

**3 תנאים מצטברים להוכחת עבירה על דרך של מחדל**

1. **קיומה של נורמה אוסרת (עבירה פלילית ברשימת העבירות) -שניתן לפי הגדרתה לבצע אותה על דרך של מחדל. העבירה צריכה לומר באופן ברור או משתמע שניתן לעבור אותה על דרך של מחדל, מכאן שיש עבירות שלא ניתן לעבור במחדל. ס' 298- הגורם למות אדם במעשה או במחדל-כאן נאמר במפורש ואין התלבטות.**
2. **קיומה של חובה על הנאשם לפעול – חובה המעוגנת בדין או חוזה, ס' 18 (ג) מחדל הוא "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה".**
3. **הופרה חובת העשייה ע"י הימנעות הנאשם מעשייה.**

**\*עבירות מחדל יכול שתהיינה עבירות התנהגותיות או תוצאתיות.**

**שיעור מס' 6- 5.4.2017**

**מחדל= אי עשייה**

**כאמור, שלושה תנאים מצטברים להוכחת עבירה על דרך המחדל:**

1. משמעות הדרישה הראשונה לקיומה של נורמה אוסרת- נורמה שניתן להפר אותה בצורה של אי עשייה.
2. קיומה של חובה על הנאשם לפעול. חובה זו לפי ס' 18 יכולה להיות מעוגנת בדין או בחוזה.
3. הנאשם הפר את החובה האמורה של העשייה ע"י הימנעות מעשייה באופן שקיים את העבירה.

יש מס' סוגים של עבירות שמניסוחן עולה כי שניתן להפר אותן בדרך המחדל:

1. עבירות מחדל ישיר (עבירות מחדל פשוטות)-
* ס' 262 לחוק העונשין: אי מניעת פשע

*מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים.*

🡨מכוח סעיף זה קמה על האדם חובה לנקוט בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע את ביצוע העבירה או השלמתה. מקור חובת העשה היא מכוח הסעיף עצמו.

1. עבירות מחדל מורכבות (עבירות גרימה במחדל)-

בדומה לעבירות מחדל פשוטות, גם מעבירות אלו עולה מניסוחן בבירור שהמחוקק הניח שניתן לבצע את העבירה בדרך המחדל. יחד עם זאת, בשונה מעבירות מחדל פשוטות, מדובר בעבירות שאינן מפרטות את מקור חובת העשה.

* ס' 298 לחוק העונשין- עבירת ההריגה

*הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו - מאסר עשרים שנים.*

🡨 העבירה אומרת שניתן לגרום למותו של אדם ע"י אי עשייה אסורה-כלומר שמפרה חובת עשה. מהו המחדל האסור? מקור חובת העשה אינה מפורטת ולכן המקור יהיה בדין אחר או חוזה.

1. עבירות רגילות-

בסעיף 18 לחוק, המחוקק מגדיר מעשה כמחדל. "מעשה- לרבות מחדל" . לכאורה, כל עבירה בחוק העונשין, אפילו אם רכיב ההתנהגות בה הוא רכיב של פועל אקטיבי, לאור ס' 18 יש לפרשה כעבירה שניתן לבצע גם בדרך המחדל.

בריחה ממשמורת חוקית- "בורח" הוא ועל אקטיבי. יחד עם זאת ראינו בפס"ד מזרחי שניתן להפר את העבירה הזו גם בדרך של מחדל – אם לא חוזרים מהחופשה.

אך יש חילוקי דעות בנושא, הוויכוח סובב סביב עבירות בהן רכיב ההתנהגות מופיע כפועל אקטיבי "משחית" , "הורס" "חובל".. שלושת העמדות בנושא:

* עמדת הפסיקה המקובלת של פלר (הגישה המרחיבה)- גם אם יש ניסוח של פועל אקטיבי הרי שניתן לבצע את העבירה גם בדרך המחדל.
* העמדה המצמצמת (בה תומך מוטה קרמניצר)- לאור עיקרון החוקיות יש לפרש את ס' 18 כמתייחס רק לעבירות שרכיב ההתנהגות בהן כולל את המילה "מעשה". לעומת זאת, כל עבירה המנוסחת באמצעות פועל אקטיבי- ס' 18 לא מתייחס אליהן ולכן ככלל אם רכיב ההתנהגות של העבירה מנוסח בצורה של פועל אקטיבי יש לראות בה כעבירה שלא ניתן לבצע בדרך המחדל.
* גישת הביניים (קוגלר)- מסתכלים על כל פועל באופן נפרד. יש עבירות שגם אם הן מנוסחות באופן אקטיבי, אינטואיטיבית נוכל לומר שניתן לבצען גם בדרך המחדל. למשל: "החובל" "הפוצע" "השובר" ו"ההורג". עבירה שלא ניתן לבצע בדרך המחדל: "הגונב" כיוון שמשמעה הוא גניבת רכוש והעיון של גניבה מניח פעולה אקטיבית ולא ניתן לגנוב בדרך המחדל. מה הבעיה בגישה זו? אינטואיציה היא דבר אינדיווידואלי. קוגלר יאמר שבריחה ממשמורת חוקית היא עבירה שמנוסחת באופן כזה שלא ניתן לבצעה בדרך המחדל. קוגלר גם טוען שאת הפועל "הורס" ניתן לבצע בדרך המחדל במובן של – מי שלא מתקן.
* כיצד מבחינים בין התנהגות של מעשה להתנהגות של מחדל?

מדוע חשוב להבין את ההבדל?

1. אם ההתנהגות היא מחדלית עלינו להוכיח קיומה של חובת עשה.
2. אם מדובר בהתנהגות אקטיבית הרי שמוטלת על כולם החובה שלא לעשות פעולות אקטיביות שמהוות עבירה – אין צורך להוכיח קיומה של חובה שחלה ספציפי על הנאשם.

לא מדובר רק בהתממשות העבירה אלא זה יכול להשפיע גם על העונש.

הדוגמה הקלאסית היא אם יש לנו עבירה שניתן לבצעה גם במעשה וגם במחדל, ככלל אם פעולתו של האדם היתה מחדלית-ביצע בדרך של אי עשייה, אזי ככלל זה יהיה שיקול לקולא .

ככלל, פעולה אקטיבית תיחשב כמעשה יותר חמור מביצוע עבירה על דרך המחדל. לכן, בעבירות שניתן לקיימן גם בדרך המעשה וגם בדרך המחדל- התביעה תנסה להוכיח קודם שהעבירה בוצעה בדרך של מעשה אקטיבי.

כיצד נכריע האם המחוקק התכוון ליצור עבירת מחדל פשוטה, מורכבת או רגילה?

שתי דוגמאות קלאסיות:

* עבירת התעבורה של אי-שמירת מרחק מהרכב שלפניך:

האם התקרבת יותר מידי לרכב שלפניך? 🡨 פעולה אקטיבית.

או שלא שמרת מספיק מרחק? 🡨 פעולה מחדלית.

* אי לקיחת רישיון יכול גם להתפרש בשני האופנים.

רופא הנותן לחולה תרופת דמה-

האם המחדל הוא אי נתינת התרופה? או פעולה אקטיבית של נתינת חומר שאינו עוזר?

* אם אדם עושה מעשה שיש בו גם רכיב אקטיבי וגם רכיב פאסיבי- אז הרכיב האקטיבי לרוב יבלע את המעשה הפסיבי, למשל אדם החופר בור באמצע הרחוב ולא מגדר אותו ומישהו נופל ונחבל. הוא עשה מעשה אקטיבי- חפר בור, ומחדלי- לא כיסה אותו. המעשה האקטיבי יבלע את המעשה הפסיבי.

**מהו המבחן המשפטי להבחנה בין מעשה אקטיבי למעשה מחדלי (הימנעות מעשייה)?**

דעות המלומדים:

1. המבחן הוא הפעולה הפיזית- האם לצורך ההתנהגות נדרשה פעילות גשמית/גופנית?

הדעה הזו מצמצת מאוד. ישנם מעשים אשר נחשבים אקטיביים אך באים לידי ביטוי ע"י אי-תזוזה דווקא.

1. גישה התומכת בבחינה של מכלול השיקולים/הנסיבות- הגישה הזו מתמקדת בשני סוגים של נסיבות – די בלהוכיח אחד מהבאים:
* האם מדובר בפעולה שיצרה נזק או פעולה שרק לא מנעה את הנזק?
* המבחן של קרמניצר-אם מדובר בפעולה שהרעה את המצב הקיים או שמדובר רק בפעולה שלא שיפרה את המצב הקיים?

דיון במשמעותה של הדרישה השנייה לקיומו של מחדל: קיומה של חובת עשה

כדי להוכיח קיומו של מחדל שהוא בגדר עבירה- יש להוכיח שבהקשר של אותה סיטואציה היתה מוטלת על האדם חובה לפעול- מקור החובה יכול שיהיה בדין או בחוזה.

"אי מניעת פשע"- אם רוצים להעמיד אדם לדין בגין עבירה זו, היכן מקור החובה למנוע פשע? בסעיף עצמו.

אם בעקבות זה שלא מנעתי פשע אדם נהרג- האם אפשר להעמיד אותי לדין על הריגה או רק על אי מניעת פשע? שהרי עבירת מחדל מוגדרת גם כגורם במחדל אסור להריגה של אדם. האם חובה שמעוגנת בעבירת מחדל פשוטה רלוונטית רק לאותה עבירה או גם לעבירות אחרות שניתן לבצען בדרך המחדל? האם החובה למנוע פשע רלוונטית רק לעבירה של אי מניעת פשע או רלוונטית גם לעבירות אחרות שניתן לבצע על דרך המחדל כדוגמת עבירת ההריגה?

🡨 ככלל, התשובה היא כן- **חובות שמקורן בעבירות מחדל פשוטות רלוונטיות גם לעבירות אחרות שניתן לבצען על דרך המחדל.**

ספציפית בנוגע לעבירה של אי מניעת פשע, העמדה הרווחת היא שספציפית החובה שקמה מכוח עבירה זו רלוונטית רק לעבירה הזו.

**מהם המקורות השונים מהם יכולה לנבוע החובה לפעול?**

1. **חובות שמקורן בדין**
* **חובות שמקורן בחוק העונשין**
* חובות שמקורן בעבירות מחדל פשוטות
* חובות בסעיפים 322-326 לחוק העונשין – חובות העוסקות במצבים בהם לאדם

 עליו מוטלת החובה יש זיקה מיוחדת לאדם שייפגע מהעבירה (הורה וילד) או זיקה

 לסיכון שנוצר.

* **חובות שמקורן בחקיקה האזרחית**
* העמדה הרווחת סבורה כי חובת העשה הבסיסית של הזהירות (אדם היוצר סיכון חייב לנקוט באמצעים סבירים כדי להקטין את הסיכון) שמקורה בדיני הנזיקין רלוונטית גם לעבירות המחדל הפליליות.

פס"ד לורנס: קבוצת נערים בגיל 17 ולורנס בן 21 נפגשים בבית אחד, לורנס יוזם משחק של רולטה רוסית. לורנס בודק שאין כדור בקנה אבל לא מגלה לשאר הנערים, יורה ולא קורה כלום. אחריו יאיר לוקח את הנשק, נוקר ומת. דעת הרוב אומרת שלורנס עשה מעשה אקטיבי – גרם מוות ברשלנות בדרך של פעולה אקטיבית של יצירת מצג על פיו רולטה רוסית זה דבר פחות מסוכן ממה שהוא באמת. שילוב של כך שהוא לא סיפר על בדיקת הכדור בקנה פלוס יצירת מצב אקטיבי של סיכון הרבה יותר נמוך ממה שבאמת. **דב לוין:** מסתכל על נקודת הזמן בא לקח יאיר את האקדח- בנקודת הזמן הזו ההתנהגות של לורנס היא מחדלית- מרגע שהוא לא קיים את חובת הזהירות שחלה עליו הרי שהוא ביצע את העבירה של גרימת מוות ברשלנות בדרך המחדל- לא מנע מיאיר לכוון את האקדח לרכה.

יש מלומדים המבקרים את העמדה של דב לוין בפס"ד זה ואומרים שהעמדה הזו מפרה את עיקרון החוקיות. וכן את עיקרון השיוריות היות ודיני הנזיקין ודיני העונשין הם שונים בתכליתם. העובדה שקבענו חובה שניתן להטיל סנקציה נזיקים בגין הפרתה לא אומרת שראוי גם לגזור ממנה את האפשרות להטלת סנקציה פלילית. המחוקק התכוון לחובת הזהירות בהקשר הנזיקי- אז מדוע ביהמ"ש מרחיב את השימוש בחובה הזו גם לעבר המשפט הפלילי?

* **חובות מכוח פסיקה-** יש פסיקה שאומרת שלא נסמכים על דיני הנזיקין, אולם דין לפי הפרשנות המקובלת כולל גם את פסיקת ביהמ"ש, ולכן לביהמ"ש יש סמכות לייצר חובות עשה פליליות במנותק מדיני הנזיקין על דרך הפסיקה. שני יתרונות לגישה זו על פני גזירת החובות מהמשפט האזרחי:
* פוטנציאלית זו גישה צרה יותר לא תוביל למסקנה שזו חובה שרלוונטית גם לעבירות המחדל של המשפט הפלילי.
* כאשר ביהמ"ש יקבע בדרך הפסיקה- חובה שלגבי המשפט הפלילי הוא יעשה זאת תוך שקילת השיקולים בעד ונגד הרלוונטיים למשפט הפלילי ולא סתם יקיש אותם מהמשפט האזרחי. הפגיעה בעיקרון השיורית קטנה יותר לפי גישה זו.

הביקורת על הגישה הזו- היא פוגעת באופן חמור מאוד בעיקרון החוקיות, השופטים לא מסתמכים על חובות הקיימות בדין אלא מייצרים חובות חדשות המרחיבות את מעגל ההפללה. נוצרות עבירות פליליות חדשות כך שניתן לטעון שיש פה עקיפת האיסור על יצירת עבירות בדרך הפסיקה. כאמור, עבירת מחדל לא יכולה לחול ללא קיום חובה לגיטימית לפעול, ולכן אם ביהמ"ש מייצר חובות אז מעגל ההפללה מתרחב.

**🡨האם החובה הקיימת** **בחוק "לא תעמוד על דם רעך" רלוונטית גם לעבירות מחדל אחרות?**

בעשורים האחרונים במדינות שונות בעולם, מאומצים חוקים כגון "חוק לא תעמוד על דם רעך". המקרה בעקבותיו מתחילה חקיקת חוקים מסוג זה הוא המקרה בו דקרו ואנסו באופן ברוטלי במשך 4 שעות אישה בניו יורק. קייטי צעקה, כשהאנס ראה שאף אחד לא בא לעזור לה הוא חזר לאנוס אותה. חל וויכוח בשאלה האם יש חובה כללית לסייע לאדם הנמצא בצרה?

המתנגדים לחוקים כמו "לא תעמוד על דם רעך" אומרים: מי אמור למנוע פשעים ולהגן על אנשים? המדינה. האדם עצמו צריך לדאוג לעצמו. לא כל מה שאינו מוסרי גם אינו חוקי. נדירים המקרים בהם אדם יידרש לסייע לאחר ולא יהיה כרוך בכך שום סיכון. ומדוע האדם צריך להסתכן עבור אדם אחר? המדינה צריכה להגן על האנשים.

בארץ ב 1998 מחוקקים את חוק לא תעמוד על דם רעך. במקום לקבוע חובת הצלה כללית, הוא קובע חובת הצלה צרה מאוד-

ס' 1 א מנסח את החובה כך:

1. חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו.
2. המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לענין חוק זה; בסעיף זה, "רשויות" - משטרת ישראל, מגן דוד אדום ושירות הכבאות.

צמצום שלישי קיים בעונש-קנס בלבד

ס' 4 "העובר על הוראות סעיף 1 לחוק זה, דינו – קנס".

עמדה 1: בהערת אגב של חשין בפס"ד וייצמן- לא ניתן לעשות שימוש בחובה של חוק לא תעמוד על דם רעך על גבי עבירות מחדל אחרות. מהסיבה שלדעת התומכים בעמדה זו עולה מהחוק תכלית של יצירת חובה מאוד מצומצמת. למחוקק היתה כוונה של יצירת חובה מצומצמת כי הבין את הבעייתיות שביצירת החובה.

עמדה 2: אין הבדל בשימוש בחובה מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך לבין הפרשנות המקובלת של ס' 18 שמייצרת כמות עבירות גדולה שניתן לגזור מתוך "מחדל". אם אין לנו בעיה עם ס' 18 אז מדוע שכאן תהיה בעיה? בסופו של יום זו חובה שאנו מצפים מהאזרחים לעשותה.

1. **חובות שמקורן בחוזה**

חוזה יכול להטיל אחריות כבדה על צדדים (לרבות אחריות לחיי אדם) ואין הגיון לפטור אדם מחובה כבדה, אותה הפר, רק משום שעיגונה הוא בחוזה ולא בחוק. דוגמא: מציל בים. חובת המציל לדאוג למתרחצים מבוססת על חוזה העסקה מול העירייה. עם זאת, קיים ויכוח מלומדים באשר לחוזי אחריות בלתי מפורשים ("חוזים מכללא"): הראוי כי הפרת חיוב בלתי מפורש תכונן אחריות פלילית במחדל? נדגים: יהודה ולוי הם מטפסי הרים שיוצאים לטרק. יהודה חש ברע במהלך הטרק ועוצר למנוחה בעוד לוי ממשיך בדרכו. כמה שעות לאחר מכן יהודה מאבד את ההכרה ומת. האם ניתן לומר שבין מטפסי ההרים נכרת "חוזה מכללא" להיות ערבים אחד לשני ושיהודה הפר את החוזה? הדעות חלוקות.

**התנאי השלישי לקיום מחדל – הפרת החובה:** **מתי יחשב אדם כמי שהפר את חובתו?:**כשמדברים על הפרת חובה, אדם ייחשב כמי שהפר את חובתו - רק אם לא עשה מאמץ אמיתי ורציני כדי למלא את החובה. אם הוא עשה מאמץ אמיתי ורציני אך נכשל בכך זה לא ישקף עבירה פלילית. מילוי החובה לא מחייב הצלחת הניסיון. אין וודאות בפסיקה כדי לדעת מתי אדם עשה מאמץ אמיתי ורציני ויצא ידי חובה והדבר נתון להכרעת השופטים.

מייל מהמרצה:
החובות הקבועות בס' 322-326 לחוק העונשין:

באופן כללי, סעיפים אלו עוסקים בחובות עשה הנובעות מזיקה מיוחדת של העושה או לאדם אחר (קטין, חסר ישע וכדומה) או למקורות סכנה (למשל חפץ מסוכן). הסעיפים אינם מציינים את העונש שכרוך בהפרת החובה [משמע, הן לא סעיפים שקובעים "עבירות מחדל פשוטות"], אלא מהוות מקור לביסוס קיומה של חובה, מקום בו מדובר בעבירת מחדל זו או אחרת, שלא מצוין בה מקור החובה. נעבור על חלק מהחובות האמורות ונדגים אותן:

סעיף 322 – אחריות לחסרי ישע: "מי שעליו האחריות לאדם שמחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני, מעצרו או כל סיבה אחרת...אינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו...חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו ולדאוג לבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של האדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה". ת"פ (שלום ת"א) 7839/99 **מ"י נ' מוסאזאדי** (לא בסילבוס) מדגים חובה זו: שני בחורים שניהלו קיוסק לקחו על  עצמם לטפל בקשישה ערירית שגרה מעל הקיוסק, לטפל בה, לדאוג לצרכיה, לנקות את דירתה ולסייע לה בענייניה הכספיים. תמורת סיוע זה ציוותה הקשישה בצוואתה את הדירה להם. בשלב כלשהו הם הפרו את חובותיהם כלפיה, הזניחו אותה וכתוצאה מכך הקשישה הגיעה למצב שהיא שוהה תקופה ממושכת בדירתה, כשהיא מורעבת, לבושה כתונת בד דקה ומוקפת בצרכיה. השניים הורשעו בעבירה של הזנחת מושגח לפי ס' 362, בצירוף החובה הקבועה בס' 322 לחוק העונשין.

סעיף 323 – חובת הורה או אחראי לקטין – "הורה או מי שעליו האחריות לקטין בן ביתו, חובה עליו לספק לו את  צרכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלומו ובבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של הקטין מחמת שלא קיים את חובתו האמורה". סעיף זה מבוסס על זיקה ביולוגית בין הורה לילדו או על קשר של אפוטרופסות. ת"פ (שלום י-ם) 4278/04 **מ"י נ' פרג** מדגים את השימוש במקור החובה הזה. פרג' הוריד את בנו בן ה-122 ב"כביש המנהרות" בירושלים, לאחר שהבן התחצף אליו. הוא הועמד לדין על עבירה של "הפרת חובת הורה או אחראי" לפי ס' 337, המוגדרת: "המפר ללא הצדק כדין את חובתו לספק לפלוני צרכי מחיה או לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלומו ובבריאותו, ומסכן או עלול לסכן בכך את חייו, או פוגע או עלול לפגוע בכך בבריאותו פגיעת קבע, דינו - מאסר שלוש שנים." + בצירוף החובה הקבועה בס' 323.

ס' 324 – לא קיים

ס' 325 – "חובת הממונה על מעשה שיש בו סכנה", קובע: "הנוטל על עצמו ומבצע, שלא בשעת כורח, טיפול רפואי או כירורגי או כל מעשה חוקי אחר שיש בו או שעלול להיות בו סכנה לחיי אדם או לבריאותו – חובה עליו שתהיה לו לשם כך מיומנות סבירה ושיפעל בזהירות סבירה, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של אדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה."

סעיף 326 – חובת הממונה על דבר שיש בו סכנה – "מי שבאחריותו או בשליטתו נמצא דבר בין חי ובין דומם  (גם כלבים למשל!)... בתנאים שיש בהם כדי לסכן חיי אדם, בטיחותו או בריאותו... חובה עליו לנקוט מידה סבירה של זהירות וקפידה למניעת הסכנה, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חיי אדם או על בריאותו מחמת שלא קיים את חובתו האמורה". ברע"פ 7519/97 **שכטר נ' מ"י (לא בסילבוס), מדגים חובה זו.**באותו מקרה, בבריכת שחיה, עכוזו של אחד הרוחצים נצמד בכוח היניקה אל סורג המתכת שבעומק הבריכה ונחבל קשה, וזאת בשל העדר מכסה ביטחון. המערער שהיה אחראי על הבריכה, הועמד לדין על גרימת חבלה ברשלנות, וזאת על דרך של מחדל, בהתאם לסעיף 341 – חבלה ברשלנות: "העושה מעשה שלא כדין או נמנע מלעשות מעשה שחובתו לעשותו...ונגרמה בהם חבלה לאדם, דינו – מאסר שנה"; וזאת כיוון שהוא לא קיים את חובתו האמורה בסעיף 326.

**בס"ד**

**19.4.17 שיעור מס' 7- סוגיות בקשר הסיבתי**

**הקשר הסיבתי בעבירות תוצאה**

כמו בעבירות התנהגות, היסוד העובדתי של עבירות תוצאה כולל רכיב של התנהגות ורכיב של נסיבות אך בנוסף ישנו רכיב של תוצאה ורכיב של קשר סיבתי בין התוצאה להתנהגות הנאשם.

ס' 18 לחוק העונשין מעגן את דרישת התקיימותם של שני הרכיבים הללו (תוצאה וקשר סיבתי)

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

קל לקבוע קיומו של קש"ס בין התנהגות של דקירה לבין מותו של אדם.

הדברים מסתבכים כאשר:

1. כאשר יש יותר מגורם אחד שמשפיע.
2. ישנו ריחוק זמן גדול בין המעשה לבין התוצאה.

את הסוגיה של קש"ס (סיבתיות) הפסיקה חילקה לשני מבחנים מצטברים (די שאחד לא מתקיים כדי שלא תיקבע אחריות פלילית בעבירת תוצאה):

מבחן 1: מבחן הקשר הסיבתי העובדתי- בודקים האם קיים קשר פיזי אובייקטיבי בין התוצאה לבין התנהגות הנאשם.

מבחן 2: מבחן הקשר הסיבתי המשפטי (מבחן ייחוס האחריות)- בודקים לאילו מבין הגורמים המקיימים קשר סיבתי עובדתי עם התוצאה ראוי לייחס מבחינה משפטית/נורמטיבית את התוצאה.

**הקשר הסיבתי העובדתי**

מבחן האלמלא: האם התוצאה היתה קורית אלמלא מעשה הנאשם? המעשה של הנאשם הוא אחד מהמעשים בשרשרת הסיבות שבסופו של יום הובילה לתוצאה.

די בכך שהמעשה הוא אחד הסיבות בשרשרת. אין זה משנה אם קיימים עוד פרמטרים שתרמו לגרימת התוצאה. וכן, אין זה משנה אם ההשפעה של ההתנהגות שלו חלשה או רחוקה, די בכך שהיא מהווה אחת מחוליות השרשרת.

דוגמה א': שני אנשים שמטביעים אדם, אחד מהם נפטר ומאשימים את השני ברצח. הטענה שלו היא שלולא האדם הראשון לא היו יכולים לבצע את הרצח ולכן אין קשר סיבתי עובדתי. (האדם הראשון היה גורם יותר משמעותי בפעולה).

דוגמה ב': 2 אנשים יושבים במסעדה ודוקרים את מוכר המסעדה, אחד דוקר אותו ברגל ימין ואחד ברגל שמאל. כאן מבחן האלמלא לא מתקיים כי גם אם רק אחד מהם היה דוקר זה היה גורם למוות ולכן יש קשר סיבתי משפטי בין המעשה של כל אחד מהם לתוצאה.

* גישת דיות הפעולה: מתעלמת כל פעם מהמעשה של האדם השני. בודקת האם די במעשה של אדם אחד כדי להגיע לתוצאה.
* גישת הקונקרטיזציה של מבחן האלמלא: בהקשר של הקש"ס העובדתי שואלים האם המוות היה נגרם בדרך שהוא נגרם אלמלא הפעולה של הנאשם? זה שזה קרה בדיוק כך לא היה יכול לקרות לולא שני האנשים יחד. הוא לא היה מדמם בקצב שהוא דימם ומת אלא אם שניהם היו דוקרים אותו. (הפוך לגישה הראשונה שמתייחסת לכל נאשם בנפרד).

דוגמה ג': גורמים חלופיים – גורם אחד שם פצצה תחת רכב של אדם, וגורם נוסף שם פצצה נוספת תחת מכוניתו השנייה של אותו אדם והם לא יודעים באיזו מכונית ינהג האדם. האדם נכנס לאחת המכוניות והתפוצץ. מעמידים את הגורם הראשון לדין (כי זו היתה המכונית תחתה הוא שם את הפצצה) . הנאשם יטען שגם בלעדיו, הקורבן היה נהרג ע"י האדם השני ששם את הפצצה השנייה ולכן מתנתק הקש"ס המשפטי.

 🡨לפי העמדה המקובלת, מתעלמים מהסיטואציה ההיפותטית. מתייחסים למה שבאמת קרה. כמו

 שאומר פלר (בידוד מלאכותי).

האם ראוי לייחס קשר סיבתי/ אחריות? מדובר במבחן נורמטיבי שביהמ"ש עושה, לוקח שיקולי צדק ומדיניות ולא רק שיקולים טכניים עובדתיים . לכן יהיו מקרים בהם מתקיים קש"ס עובדתי ולא קש"ס משפטי.

**מבחן הקשר הסיבתי המשפטי**

 המבחן הוא מבחן צפיות סבירה- ישנם שני תתי מבחנים, נשאל:

1. האם האדם הסביר (האדם מן היישוב) יכול היה לצפות את התוצאה בעקבות התנהגותו? – מסוגלות לצפייה.
2. האם האדם הסביר (האדם מן היישוב) צריך היה לצפות את התוצאה? – שאלה ערכית- האם צריך לדרוש ממנו לצפות. מי שקובע זה ביהמ"ש , אשר נסמך על שיקולי צדק ומדיניות.

בעבר הניחו שהתאבדות זה לא דבר שניתן לצפות, לאחר מכן הניחו שאולי ניתן לצפות אך לא צריך לצפות.

בפס"ד יעקובוב רואים עד כמה מבחן הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן שמבטא שיקולי מדיניות משפטית וערכים של החברה. פס"ד זה מצמצם עוד יותר את דרישת הצפיות של התאבדות. דורנר אומרת שניסיון החיים מראה שנשים שחוות התעללות ממושכת מבני הזוג שלהן עלולות להתאבד- בכך היא אומרת שהאדם הסביר יכול לצפות את התוצאה, שיקולי מדיניות של הרתעה מובילים למסקנה שראוי שנקבע שהאדם הסביר צריך גם לצפות שאם הוא יתנהג כך הדבר עלול לגרום להתאבדות.

(\*מקום נוסף בו אנו בודקים צפיות: בעבירות תוצאה שהיסוד הנפשי בהן הוא סובייקטיבי. כחלק מבחינת התקיימותו של היסוד הנפשי, אנחנו נדרשים לבחון האם הנאשם עצמו צפה את התוצאה (צפיות סובייקטיבית). מדובר בשני מבחנים שונים: האחד הוא חלק מהיסוד העובדתי והשני הוא חלק מהיסוד הנפשי בעבירות תוצאה עם יסוד נפשי סובייקטיבי).

מקרים בהם נקבע שהאדם הסביר יכול היה לצפות את התוצאה אך הנאשם לא צפה אותה, לא יהיה ניתן להרשיע בעבירות התוצאה שהיסוד הנפשי בהן הוא סובייקטיבי.

במקרה הפוך- כשהנאשם עצמו צפה את התוצאה אך האדם הסביר לא היה צופה אותה:

ברגע שאנו יודעים שהנאשם עצמו צפה את התוצאה, ניתן לאשר את הקש"ס המשפטי ואין צורך לבדוק צפיות סבירה. אמנם החל מפס"ד פלוני הגישה השתנתה, נקבע שם שהעובדה שהנאשם עצמו צפה את התוצאה מייתרת רק את הצורך לבחון את תת המבחן הראשון של מבחני הקש"ס המשפטי (האם האדם הסביר יכול היה לצפות) אך עדיין יש לבדוק האם האדם הסביר היה צריך לצפות את התוצאה היות ובשלב זה נכנסים שיקולי מדיניות.

לגבי פס"ד פלוני- אם הקש"ס העובדתי קיים ומעמידים אותם לדין על הריגה כאשר מניחים שמהחקירה במשטרה יודעים שהם צפו שעשוי להיגרם מוות בתחרות.

הפסיקה אומרת שאין צורך לבדוק קש"ס משפטי ואין להרשיע אותם בהריגה. מה הוביל אותם למסקנה הזו?
🡨 ישנם מספר שיקולי מדיניות שמובילים למסקנה שיש לקבוע שהאדם הסביר לא צריך היה לצפות :

1. רצון לכבד את ההחלטה האוטונומית של המנוחים להשתתף במרוץ על אף הסיכונים.
2. קיומה של עבירה אחרת שהעונש המקסימלי עליה הוא זהה וניתן להרשיע את הנאשמים בעבירה של סיכון חיי אדם.

השופטים רומזים בכך שאם היה מדובר בקטינים, או כל מקרה בו הבחירה האוטונומית היתה חלשה יותר, כן היה ראוי להרשיע בהריגה. אך כאן הבחירה האוטונומית שלהם היא ברורה לגמרי, הם יכלו שלא לבחור להשתתף בתחרות בגלל הסיכון.

בעבירה כזו נדון פעמיים בשאלת הצפיות. בנוסף, מבחן הקשר המשפטי (בדגש על תת המבחן השני) הוא מבחן שמוכרע על פי שיקולי מדיניות נורמטיביים ולכן ההכרעה בו יכולה להשתנות מתקופה לתקופה ומתרבות לתרבות בהתאם לערכי החברה/שיקולים משתנים של השופטים.

מהי הרזולוציה שבה אנו צריכים לבחון האם האדם הסביר יכול וצריך היה לצפות את התוצאה?

🡨 נעשה הבחנה בין טיב וסוג התוצאה לבין דרך ואופן קרות התוצאה.

מצופה מהאדם הסביר לצפות את טיב וסוג התוצאה אך לא מצופה ממנו לצפות את דרך או אופן קרות התוצאה.

סוג התוצאה- יש הבדל בין נזק גוף, לרבות מוות, לבין נזק רכוש. נבדוק אם האדם סביר יכול וצריך היה לצפות נזק גוף, לאו דווקא מוות. כמובן שיהיה הבדל בין חבלה לבין אובדן גפה למשל (שיהיה יותר קרוב למוות).

פס"ד פטרומיליו- כייס החוטף את ארנקה של זקנה והיא מתה מההלם. האדם הסביר במקרה זה לא יכול ולא צריך היה לצפות שמכיוס ארנק באופן לא אלים ייגרם מוות.

הפסיקה קובעת שאין דרישה לצפיות של דרך קרות התוצאה. די בזה שצפית את סוג התוצאה ולא דורשים לצפות את הדרך המדויקת בה התוצאה תקרה. בפס"ד ג'מאמעה: הוא חונק אותה בכוונה להרוג אותה, הוא חושב שהיא מתה וזורק את גופתה לבאר, היא מתה מטביעה בבאר ולא מהחניקה. לגבי היסוד העובדתי- השאלה במקרים כאלו היא לגבי צפיות של האדם הסביר. האדם הסביר כבר הניח שהיא מתה, ולא יכול היה להניח שהיא תמות מטביעה. אז אם לא מתקיים היסוד העובדתי ורק היסוד הנפשי אז ניתן להרשיע בניסיון לרצח ולא ברצח.

אדם לא צריך לצפות את הדרך בה תקרה התוצאה, ולכן לעניין מבחן הצפיות- בחינת הקשר העובדתי- לא משנה לנו האם היא מתה בבאר או מתה מהחניקה, אלא אם מדובר במוות שנגרם בדרך חריגה ביותר. שהרי שנים שהתאבדות נחשבה למוות בדרך חריגה ביותר. פס"ד מלכה ובו ילד שבר את ידו בתאונת דרכים . הרופאים החליטו שלא לתת לו חיסון נ' טטנוס והוא בסוף מת מטטנוס. ברור שיש כאן צפיות של סוג הנזק- האדם הסביר יכול וצריך לצפות שאם ינהג לא כמו שצריך בכביש יגרם נזק גוף ואף מוות, יחד עם זאת הדרך בה קרה כאן המוות היא עד כדי כך חריגה (מת מטטנוס שקיבל בעקבות הפציעה בתאונה) שאומרים שהוא לא יכול היה לצפות אותה.

\*רוב פסקי הדין הללו עסקו בהריגה או רצח. בעבירה של רצח האדם מתכוון לגרום את התוצאה, ולכן מרגיש לנו במיוחד לא צודק אם הוא יצא זכאי רק בגלל שהתוצאה שהוא התכוון שתיגרם לא קרתה בדיוק בדרך שהוא התכוון ולכן למרות שבאופן כללי אין ניתוק של הקש"ס אלא אם אופן קרות התוצאה הוא חריג, יש לשים לב שהפרשנות של המונח "אופן חריג ביותר" היא צרה במיוחד כאשר מדובר בעבירות כוונה בהן התוצאה שהנאשם התכוון שתקרה קרתה רק באופן שונה ממה שתכנן. לכן בעבירות כוונה וביחוד ברצח, בתי המשפט יותר מחמירים מאשר בעבירות אחרות. "אופן חריג ביותר" לעבירות הכוונה יפורש באופן שונה מאופן חריג ביותר בעבירות אחרות.

דוקטרינת הגורם הזר המתערב

כאשר סנגורים טוענים שאין להרשיע את הלקוח בגלל גורם זר תערב הם בעצם מנסים לבוא ולומר שהתנתק הקשר הסיבתי בגלל שבין ההתנהגות של הנאשם לבין התוצאה- התערב גורם זר שהפעולה המתערבת שלו הובילה לתוצאה באופן כזה שמנתק את הקש"ס. למשל: החלטה אוטונומית של הקורבן להיכנס לסיכון, כמו במקרה של **יעקובוב** שם הסנגור טוען שההחלטה של הגברת להתאבד זה גורם זר מתערב. בדנ"פ **פלוני** טוענים שההחלטה של המנוחים להשתתף במרוץ היא גורם זר מתערב- ההחלטה שלהם מנתקת את הקש"ס. ויש מצבים כמו פס"ד **בלקר** בו טוענים שפעולת הרופאים שניתקו את המכשירים היא גורם זר מתערב שמנתק את הקשר הסיבתי.

תכונות ייחודיות של הקורבן- גולגולת דקה

גורם שהוביל לכך שהמוות יקרה באופן חריג. הפסיקה אומרת שהטענה של גורם זר מתערב אינה דוקטרינה עצמאית בהליך בחינת הקש"ס אלא יש לבחון טענות של גורם זר מתערב על פי מבחני הקש"ס העובדתי והמשפטי, כאשר במרבית המקרים הטענה תהיה רלוונטית לרוב כאשר נבחן קש"ס משפטי. (בגלל אותו גורם מתערב האדם הסביר לא יכול או לא צריך היה לצפות את התוצאה. מכיוון שכך, נבדוק את הדוקטרינה הזו בהתאם למבחנים הרגילים. נדרש אופן חריג ביותר גם פה.

בטענות של גולגולת דקה, הוויכוח היה אם המצב הרפואי שהיה לקורבן הוא מצב רפואי שרק גולגולת דקה ואז לא מתנתק הקשר הסיבתי או (זילברג במלכה)- "גולגולת דקיקה"- שאז כן נותק הקש"ס והאדם הסביר לא יכול ולא צריך היה לצפות.

מקרה קלאסי של גולגולת דקיקה (פס"ד שהמרצה לא הצליח לאתר)- שני אנשים שניהלו קרב כוח על שלטים ולאחד מהם היתה פרוטזה, והוא נפל כתוצאה מהקרב קיבל מכה ומת- אז נכון שהאדם הסביר היה צריך לצפות שכתוצאה ממאבק כוח ייגרם נזק גוף לאחר, אך כאן הוא לא יכול היה לצפות שהייתה לו פרוטזה ובגללה הוא מעד ביתר שאת ומת- וזה גולגולת דקיקה.

גולגולת דקה למול גולגולת דקיקה-

מה שמעסיק את ביהמ"ש תמיד זה מבחן ה"צריך היה"- שם נכנסים שיקולי מדיניות. שיקולים שיקבעו האם להרחיב את מעגל ההפללה.

**שיעור 8-היסוד הנפשי**

ס' 19 לחוק העונשין קובע

**דרישת מחשבה פלילית (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

*19.  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.*

כלומר, מקרה המודל של עבירה הוא עבירה שהיסוד הנפשי בה הוא מחשבה פלילית.

ס' 20 (א) מגדיר מהי חשבה פלילית:

*20.  (א)  מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:*

*(1)   כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;*

*(2)   פזיזות שבאחת מאלה:*

*(א)   אדישות - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;*

*(ב)   קלות דעת - בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.*

היסוד הנפשי הוא אחד מעקרונות היסוד של המשפט הישראלי המודרני- שנקרא עיקרון האשם.

נהוג לקרוא ליסוד העובדתי של העבירה- actus reus.

וליסוד הנפשי- mens rea. כאשר יש המייחסים את המונח הלטיני הזה ליסוד הנפשי מסוג המחשבה הפלילית (ולא כמושג נרדף ליסוד הנפשי).

🡨למה ככלל אנו רוצים להעניש רק אנשים המודעים למעשים שלהם?

בעבר היתה גישה גמולנית שהאמינה באיזון קוסמי בין טוב לרע – כשקורה משהו רע צריך לעשות מעשה שיאזן את הרע. ענישת הנאשם היתה אמצעי אחד כדי להחזיר את האיזון הקוסמי. היו אמצעים אחרים שבנסיבות מסוימות השתמשו בהם במקום/בנוסף כמו למשל העלאת קורבן או גרסאות מסוימות של נקמת דם. בנוסף היו קיימים משטרים בעולם שבמקרים בהם לא היה ניתן לתפוס את המבצע היו מענישים מישהו בסביבה כדי להרתיע את הציבור. הגישה הגמולנית המודרנית אומרת שגמול הוא אינדיבידואלי משמע אשם הוא אינדיבידואלי ולכן כדי לקבוע את אשמתו של אדם הן אם קיימת אשמה והן את מידת האשמה צריך לבחון את נפשו של האדם, ואם הוא לא היה מודע למעשיו או אם בכלל לא ביצע, הרי שמבחינת גישות גמולניות מודרניות אין על מה לגמול לא ולא ראוי להעניש אותו.

מבחינת גישות תועלתניות מודרניות, הרצון הוא לכוון את ההתנהגות של אנשים בדרך שהחוק יאפשר לבני אדם לתכנן את מעשיהם. הרתעה בגישות תועלתניות מודרניות אומרת שהחוק והענישה מטרתן לכוון את התנהגות של האדם ואם אתה מעניש אנשים שלא היו מודעים למעשיהם אתה בעצם לא מעניש על היעדר תכנון מעשים. רוצים ליצור הרתעה כלפי אנשים שמתכננים את מעשיהם- שהאדם יבחר שלא לבצע את הפשע.

**יש שני ביטויים מרכזיים בחוק לעיקרון האשם-**

1. ככלל אין עבירה ללא אשם.

אין עבירה ללא אשם- משמעות הדרישה הזו שלא ניתן להרשיע אדם אלא בהתקיים שני תנאים מצטברים. האחד שהתקיים אצלו היסוד הנפשי הנדרש לעבירה, והשני שלא התקיים אצלו אחד הסייגים להגנה פלילית (קטינות, כורח וכו') . בעברה טיפוסית הדרישה היא שהאדם יהיה מודע למעשה/מחדל, מודע לנסיבות, ואם זו עבירה תוצאתית אז גם מודע לאפשרות קרות התוצאה.

מבחינת עיקרון האשם יש להבחין בין 3 עבירות:

א. עבירות אחריות קפידה-עבירות שהן חריג לדרישה הזו שלא נדרש יסוד נפשי (נדבר עליהן בהמשך).

ב. עבירות טיפוסיות- בעבירות כאלה היסוד הנפשי הוא סובייקטיבי- יש דרישה לאשם סובייקטיבי לצורך הרשעה: משמע,

 \*מחשבה פלילית (מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולתוצאה בעבירת תוצאה)

 \*בעבירות תוצאה -כוונה או פזיזות כלפי התוצאה.

ג. עבירות רשלנות-עבירות בעלות יסוד נפשי אובייקטיבי- שלצורך הרשעה לא דורשים מודעות של המבצע אלא מניחים שהמבצע לא היה מודע לפחות לאחד מרכיבי היסוד העובדתי ומענישים אותו כי האדם הסביר כן היה יכול להיות מודע לאותו רכיב.

1. דרישת ההלימה

עיקרון זה קובע שצריכה להיות הלימה בין אשמתו של אדם לבין אחריותו הפלילית והעונש יוטל עליו.

* הלימה בין אשמתו של אדם לבין העונש שיוטל עליו:

על עבירות אחריות קפידה לא ניתן להטיל בגינן מאסר.

עבירות רשלנות לא יכולות להיות עבירות מסוג פשע שזה אומר בגדול שלא ניתן להצמיד להן עונש מקסימלי של יותר מ-3 שנות מאסר.

ניתן להניח שאם שני אנשים ביצעו מעשה דומה אך אחד ביצע ברשלנות ואחד במודעות ברור שזה שעשה אותו במודעות יקבל עונש כבד יותר.

* הלימה בין אשמתו של האדם לבין אחריותו הפלילית

ההחלטה לקבוע שמשהו הוא פלילי צריכה להיות מושפעת משני נתונים מרכזיים בגדול:

1. האינטרס הציבורי
2. מידת האשם

לכן בתיאוריה, עבירות רשלנות, ועל אחת כמה וכמה עבירות אחריות קפידה, היו צריכות להתקיים רק כאשר האינטרס הציבורי הוא מאוד מאוד חזק וחשוב. למשל- גרימת מוות ברשלנות .

עבירות רשלנות הו עבירות בהן מענישים אדם למרות שלא היה מודע לטיב מעשיו ו/או לנסיבות ו/או לתוצאות בעבירת תוצאה וזאת אם אנו מניחים שאדם סביר/מן היישוב היה אמור לדעת על זה.

עבירות אחריות קפידה- התביעה צריכה להוכיח שהאדם ביצע את הרכיבים העובדתיים של העבירה . אין דרישה ליסוד נפשי בעבירות אחריות קפידה. נדרש להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות (מעל 50%) שהוא ביצע או נקט בכל האמצעים הסבירים ועשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה. איך מזהים עבירות אחריות קפידה?

תיקון 39 עושה הבחנה בין עבירות כאלה שחוקקו לפני התיקון לין עבירות כאלה שחוקקו לאחר התיקון- לגבי מה שחוקק לאחר התיקון: צריך להיות קבוע בהגדרת העבירה שמדובר בעבירת אחריות קפידה. לגבי עבירות שחוקקו לפני התיקון לחוק- לא נדרשת אמירה מפורשת ודי שנקבע בדין לרבות בפסיקה, שמדובר בעבירת אחריות קפידה.

דיון פורמלי בדרישות סעיפים 19-21 לחוק:

ס׳ 19 - דרישה של מחשבה פלילית (זולת עבירות רשלנות או עבירות אחריות קפידה).

ס׳ 20 - מגדיר את היסוד הנפשי של מחשבה פלילית .

ס׳ 21 – מגדיר את היסוד הנפשי של רשלנות .

ס׳ 22 - עוסק בעבירות מסוג אחריות קפידה.

אם יש עבירה שלא מצוין בה מה היסוד הנפשי שלה- ככלל, ברירת המחדל תהיה להניח שמדובר בעבירה של מחשבה פלילית כמוגדר בס' 19. לכן מפרשים עבירות שותקות כעבירות של מחשבה פלילית.

בחלק הספציפי של חוק העונשין נמצא מגוון מונחים שמשתמעת מהם התייחסות ליסוד נפשי.

למשל "ביודעין". ס' 111 לחוק העונשין מי שמסר ידיעה לאויב ביודעין- מה זה ביודעין?

הוכנס תיקו נוסף ונקבעה מקראה בס' 90 של מונחים שלא התייחסו אליהם בס' 19-22 (ישנם חריגים שלא נתייחס אליהן) :

*"ביודעין" או מונח בעל משמעות דומה - יתפרש המונח כמחשבה פלילית כאמור בסעיף 20(א);*

*זדון" או "מזיד" - יהיה היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה - מודעות כאמור בסעיף 20(א) רישה, ולענין תוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה - גם פזיזות;*

כלומר ניתן להמיר את "ביודעין" או "מזיד" במחשבה פלילית. אם המקרה לא נפל בחריגים (לא דנים על זה בשיעור, אך לפני שננתח נאמר שבהנחה שזה לא נכנס במקרים החריגים).

ס' 22 לחוק השיפוט הצבאי: חייל שבמזיד סירב לפקודה שניתנה לו מאת מפקדו תוך מילוי תפקידו, דינו מאסר 3 שנים , ואם זה נעשה בפעולה קרבית דינו 15 שנה.

ס' 23 לחוק השיפוט הצבאי: קובע עבירה של אי קיום פקודה של מפקדו דינו מאסר שנתיים ואם מדובר במהלך פעילות קרבית דינו מאסר 10 שנים.

הרישא של ס' 90 מתייחסת למקרים בהם בחיקוק מלפני תיקון 39 היסוד הנפשי של העבירה מתייחס לאחד מהמונחים המפורטים בסעיף. אם יש מקרים בהם אחד המונחים מופיע בעבירה אך לא מתייחס באותה עבירה ליסוד הנפשי שלה, אז ס' 90 א לא רלוונטי. אם המונח "בכוונה" בעבירה לא יתייחס ליסוד הנפשי שבעבירה אז ס' 90 א' לא יהיה רלוונטי.

ס' 20 מגדיר מחשבה פלילית כמודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות גרימת תוצאות המעשה )בעבירות תוצאה). כדי שנרשיע בעבירה של מחשבה פלילית צריכים מודעות **לכל אחד** מהדברים הללו.

 ס' 176- פוליגמיה:

**ריבוי נישואין [ה/2]**

176. נשוי הנושא אישה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר, דינם - מאסר חמש שנים.

צריכים מודעות לכל אחד מרכיבי היסוד העובדתי. העבירה לא מגדירה את היסוד הנפשי ולכן נפרש שהיסוד הנפשי הוא מחשבה פלילית.

האדם צריך להיות מודע לכך

* שהוא נשוי,
* שהוא מבצע נישואין
* ולאישה אחרת.

ולכן ישנם שלושה מצבים בהם היסוד הנפשי לא התקיים בעבירה הזו- אם האדם לא ידע שהוא נשוי, לא מודע שמה שהוא עושה לפי דיני המדינה הוא מעשה של נישואין, או לא מודע לכך שמדובר באישה אחרת.

בעבירות תוצאה, לגבי התוצאה נדרשים שני דברים: (ס' 20 לחוק)

1. נדרשת מודעות לאפשרות קרות התוצאה.
2. נדרש להוכיח קיומו של רכיב ביסוד הנפשי לגבי התוצאה והוא: או כוונה (האדם התכוון שהתוצאה תקרה) או פזיזות לגבי התוצאה (שהיא אדישות=שוויון נפש לקרות התוצאה, או קלות דעת= מודעות לאפשרות גרימת התוצאה אך תקווה שזה לא יקרה).

דוגמה לאדישות:

דוגמה לקלות דעת: נסיעה במהירות 200 קמ"ש – יש מודעות לאפשרות שתיגרם תאונה, אני לא אדיש לזה, אני לא רוצה שזה יקרה בכלל, אך אני מקווה שזה לא יקרה.

עיקרון המזיגה:

כדי להוכיח שאדם אשם צריך להוכיח שהיסוד הנפשי והיסוד העובדתי התקיימו בו זמנית.

**דרישת העיתוי/הסימולטניות – על המחשבה הפלילית להתקיים בו זמנית עם ההתנהגות ובדר"כ גם לגבי רוב הנסיבות (חוץ מנסיבות הקשורות לתוצאה לגביהן לא תהיה דרישה של מזיגה).**

הרבה מלומדים אומרים שצריכה להיות דרישה נוספת והיא דרישה של קשר מהותי.

יש לנו הנחה מסוימת שאם משהו קרה לפני משהו אז הוא זה שגרם לדבר השני, דא עקה הרבה פעמים זה לא נכון. הנחה זו משפיעה עלינו במקרה של סימולטניות ובהרבה מקרים זה לא נכון.

הפסיקה לא מאמצת את זה כי קשה להוכיח קשר כזה. **לכן נסתפק בעיתוי**, אם הוכחנו עיתוי כנראה שמתקיים גם הקשר הזה.

דרישת המזיגה לא מופיעה באופן פורמלי בחוק גם לא אחרי תיקון 30, ולכן לכאורה היה ניתן לטעון שהוא לא עיקרון מחייב בדין הישראלי וכאשר המחוקק לא עיגן את העיקרון הזה כאשר אימץ את התיקון 39 למעשה קבע הסדר שלילי בדין הישראלי. אך **העמדה המקובלת היא שעיקרון המזיגה נותר עיקרון של דיני העונשין** בישראל שהוא תוצר הפסיקה. כלומר עיקרון שהוא נמצא בחלק הכללי של דיני העונשין אך לא מעוגן בחלק הכללי של חוק העונשין.

עיקרון המזיגה בעצם מחייב זיכוי באחת משתי סיטואציות:

1. מצב בו במועד א' התקיימה המחשבה הפלילית וזמן מה לאחר מכן, במועד ב', בו כבר לא היתה קיימת המחשבה הפלילית- התקיימו ההתנהגות והנסיבות הקשורות.
2. במועד א' התקיימה ההתנהגות והנסיבות, ובמועד ב' המחשבה הפלילית.

דוגמה לזיכוי על סמך אי התקיימות עיקרון המזיגה- הלכת טל:

פס"ד טל שלא ניתן בסילבוס – טל נסע לחו"ל וקיבל כספים למימון מהקרן (מלון, השכרת רכב, כלכלה וכו'). אולם כשהוא מגיע לשם הוא מגלה שמארגני הפעילות בחו"ל מממנים הכל. הוא חוזר לארץ ומפקיד את הכסף שקיבל מהקרן לחשבון הפרטי שלו. מעמידים אותו לדין על קבלת דבר במרמה. הטענה שהוא טוען להגנתו- כאשר קיבלתי את הכסף (התקיים הרכיב ההתנהגותי) לא התקיימה אצלי המחשבה הפלילית כי חשבתי שמארגני הכנס לא מממנים את הדברים , וכאשר התקיים אצלי היסוד הנפשי לא התקיים כבר היסוד ההתנהגותי כי ההתנהגות של קבלת הכסף כבר הסתיימה במועד א'. וטל זוכה.

\*(כיום אולי ביהמ"ש היה מפרש את "קבלה" בצורה אחרת).

הבעיה היא שדרישה דווקנית מידי של התקיימות עיקרון המזיגה עשויה להוביל לתוצאות שחוש הצדק שלנו מתקשה לקבל ולכן בפסיקה האנגלית והישראלית התפתחו כל מיני גישות שמטרתן לרכך את עיקרון המזיגה כדי למנוע את היווצרות התוצאה האבסורדית של זיכוי שמרגיש לנו לא צודק בנסיבות העניין.

דוגמה: מקרה 1- פס"ד ג'מאמעה, חנק את ארוסתו עם מקל היא איבדה את ההכרה והוא חשב שהיא מתה. מתקיים היסוד הנפשי. יש מודעות לכך שהוא גרם למותה (מודעות שגויה אמנם). ובמועד מאוחר יותר כשהיא בבאר היא מתה מטביעה. בשלב הזה התקיימה התרחשות גרימת המוות אך לא התקיים היסוד הנפשי ולכן אין מזיגה בין היסוד הנפשי לעובדתי- אז יש להרשיע בניסיון לרצח ולא ברצח.

מקרה 2- פס"ד טבי: קבוצה של אנשים משכרת בן אדם ומשליכה אותו ממצוק. בשלב זה הם חושבים שהוא מת-מתקיים היסוד הנפשי אך הוא נתקע על זיז במצוק ומת זמן מה לאחר מכן מהתייבשות- כאן אין יסוד נפשי. לא מרגיש לנו צודק לזכות אותם מרצח.

🡨ביהמ"ש מתייחס לסדרת המעשים שמטרתם היתה אחת כהתנהגות אחת, ואז בעצם מושך/מותח את הרכיב ההתנהגותי עד למועד בו התקיימה המחשבה הפלילית. הפעולה שהובילה למותו ולסיטואציה שבה היה היא ההשלכה שלו מן המצוק- גם כאן הטענה היא שהיסוד העובדתי כבר התחיל בפעולה שנעשתה עוד בשלב בו היה קיים יסוד נפשי.

כנ"ל במקרה של ג'מאמעה - פעולת גרימת המוות התחילה במועד תחילת החניקה אשר בסופו של יום הובילה לטביעה.

דוגמה למקרה הפוך- פייגן: השוטר מסמן לפייגן לעצור בצד, ופייגן מחנה את הרכב בשול הדרך על הרגל של השוטר. השוטר אמר לו שהוא על הרגל שלו ופייגן היה שמח שזה קרה ואמר "וואלה מגניב". הועמד לדין על תקיפת שוטר ועו"ד שלו טען להיעדר מזיגה- כאשר התקיים היסוד העובדתי -פעולה פיזית על רגלו של השוטר בשלב זה הוא לא היה מודע לזה שהוא תוקף, התגבשה אצלו המודעות והכוונה בשלב שהוא סיים לעלות על הרגל שוטר והשוטר ביקש שיזוז. ביהמ"ש מתח את רכיב ההתנהגות כל עוד הגלגל היה על רגלו של השוטר ולכן זה מגיע עד לנקודת הזמן בה התגבשה המחשבה הפלילית.

**שיעור מס' 9-**

**דוקטרינת עצימת העיניים**

לא פשוט לדעת מה אדם חושב, משום שאנו לא יודעים לקרוא את נפשו של האדם. בנוסף חשודים בדר"כ לא משתפים פעולה. מהסיבה הזו אנו נראה כי מפותחות דוקטרינות שונות בדיני העונשין שמטרתן להסיק מה מתרחש בנפשו של אדם.

אחת מהדוקטרינות היא *דוקטרינת עצימת העיניים* אשר מלבד לסייע לנו לבסס הנחות מסוימות לגבי ידיעתו של האדם, נועדה להתמודד עם בעיה נוספת- החשש ליצירת סימפטום של ראש קטן. אמרנו שכדי להרשיע יש להוכיח מודעות להתנהגות ולנסיבות, לכן אם אדם רוצה להקטין את הסיכוי להרשעתו, לכאורה מומלץ לו לנסות לדעת כמה שפחות. דוקטרינת עצימת העיניים נועדה למנוע יצירת תמריץ שכזה (לדעת כמה שפחות) ע"י כך שהיא קובעת שדינו של אדם שחשד ונמנע מלברר הוא כדינו של אדם שידע. וכלשון ס' 20 ג (1) לחוק העונשין:

"רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם";

לכן האופציות שרוצים להעמיד בפני האדם הן: או שיברר ואם יגלה שהדבר אינו פלילי אז הוא יכול לבצע את ההתנהגות/הפעולה, או לחילופין אם לא רוצה לברר אז שלא יבצע את ההתנהגות.

\*הדוקטרינה הזו לא מתייחסת לחשד הנוגע לתוצאה, רק לחשד הנוגע לנסיבות ולהתנהגות. לרוב, בזמן ההתנהגות הנסיבות מתקיימות וההתנהגות מתקיימת, באותה נקודת זמן, התרחשות התוצאה היא פוטנציאלית עתידית, לכן לגבי התוצאה קיימות דוקטרינות אחרות שמתמודדות עם חשד לגבי אפשרות קרות התוצאה.

**באיזו עוצמה אדם צריך לחשוד כדי שנקבע שדין החשד שלו הינו כדין ידיעה? מהי רמת החשד הדרושה?**

**גישה א'-הגישה שטוענת שיש לדרוש רמת חשד גבוהה מאוד**, לפיה אם לא נדרוש חשד גבוה, אלא נרשיע על כל חשד נמוך שהיה לאדם והוא נמנע מלברר, אזי נפגע בעיקרון החוקיות שקובע שמותר לפרטים לעשות כל דבר שלא נאסר עליהם מפורשות בחוק, ולכן עלינו להשאיר את חירות הפעולה רחבה ככל שניתן.

**גישה ב'-מסתפקת ברמת חשד נמוכה**, לפיה דרישה של חשד גבוה תסכל את מטרת הדוקטרינה שהיא למנוע סימפטום של ראש קטן. בפועל חשד גבוה כבר יהיה מאוד קרוב לידיעה ואנו רוצים לתמרץ אנשים לברר ולכן די שהחשד יהיה ממשי ומציאותי.

עמדת הפסיקה עד תיקון 39- צידדה בדרישה של רמת חשד גבוהה. רק חשד גבוה באמת דומה לידיעה.

לאחר תיקון 39 עמדת הפסיקה היא שדי בחשד נמוך, קרי שיהיה מעשי ומציאותי. הטיעון הפורמליסטי: לו היה רוצה המחוקק לדרוש חשד גבוה הוא היה כותב זאת בחוק.

דוגמה:

אדם הולך לחנות יד שנייה וקונה מטבע עתיק ללא חשד שהמטבע גנוב. לא חלה כאן הדוקטרינה היות וכלל לא עלה בו חשד ולכן לא היתה לו סיבה לברר.

מה קורה כאשר יש חשד מסוים אך לא ניתן לברר אותו בזמן סביר? או שעלות הבירור היא אסטרונומית?

אם מדובר ביריד מכירת ציורים חד פעמי-או שאני קונה עכשיו או שאני מפספס את ההזדמנות, ויש בי חשד שמדובר בציור גנוב. אם הדרך היחידה לברר היא להזמין מומחה ייחודי שיבדוק אם מדובר בציור גנוב, השירות הנ"ל עולה הרבה כסף. ואם הדרך היחידה לברר היא לעבור על החוק כמו לפרוץ מאגרי מידע מסוימים?

אם בסוף אחליט לרכוש את הציור, האם ניתן להרשיע היות וחשדתי ולא ביררתי וביצעתי רכישה של ציור גנוב?

* הוויכוח **ברמה הפורמליסטית** הוא וויכוח פרשני על איך מפרשים את המילה לברר- האם המוקד הוא בחשד או ביכולת הבירור?
* הוויכוח **ברמה העקרונית/נורמטיבית**- אם אתה חושד שהדבר הוא עבירה אז פשוט אל תעשה, ומנגד לפי עיקרון החוקיות מותר לעשות כל דבר שלא נאסר במפורש.

**עמדה 1**: **העמדה המוצהרת של הפסיקה** (מלבד סיטואציה אחת של עבירת האינוס שנדבר עליה בהמשך): בדר"כ כאשר יכולת הבירור אינה מציאותית זו לא סיטואציה שהאדם נמנע מלברר אלא סיטואציה בה האדם לא יכול היה לברר. כאשר האדם חושד ונמנע מלברר מפאת שיקולי זמן, כסף או יכולת ובעקבות כך הוא מבצע עבירה ומועמד לדין, הרבה פעמים השופטים, בגלל "חכמת הבדיעבד", מעריכים הערכת חסר של קשיי הבירור שהיו לאדם. הטיעון של השופט יהיה שהנאשם יכול היה לברר וזה לא היה כ"כ יקר. אם היינו שואלים אותו על סיטואציה תיאורטית עתידית יכול להיות שהוא היה קובע אחרת, אך כאשר מקרה כבר קרה בדיעבד, בתור בן אדם, פסיכולוגית אנשים נוטים לשפוט אחרים על דברים שעשו, והשופטים הם סה"כ בני אדם.

**עמדה 2:** בה מצדד **קוגלר**- השאלה החשובה היא לא יכולת הבירור לכשעצמה, כי אם האדם חושד הוא תמיד יכול פשוט שלא לבצע את העבירה. לכן הגישה טוענת שיש לשאול את שאלת הבירור כשאלה נורמטיבית- מבחינת שיקולים מוסריים/שיקולי מדיניות אכיפה- נשאל האם בסיטואציה שבה ניצב האדם ראוי לדרוש ממנו לברר?

* בעיה ראשונה בגישת קוגלר- היא מכניסה אלמנט אובייקטיבי חזק לרכיב שאמור להיות הכי סובייקטיבי בהליך הטלת אחריות פלילית על אדם. היסוד של מודעות שהוא יסוד סובייקטיבי במהותו הופך להיות אובייקטיבי ונתון לשיקול ביהמ"ש בראייה אובייקטיבית.
* בעיה שניה: לפי עיקרון החוקיות, בשעת מעשה כאשר אני בחנות, אני אמור לדעת אם אני צריך לברר או לוותר, לא בדיעבד ישפטו אותי לפי מה שהשופט חושב.

**גישות שננקטו בפסיקה בהקשר של עבירת האינוס:**

אמרנו שבדר"כ ביהמ"ש מפרש את ס' 20 ג'(1)-דוקטרינת עצימת העיניים- לפי עמדה 1-העמדה המוצהרת של הפסיקה, אך כאשר מגיעים לעבירת האינוס, פתאום בתי המשפט מפרשים את סעיף זה (דוקטרינת עצימת העיניים) באופן אחר. מכיוון שעושים זאת דרך פרשנות של הדוקטרינה ולא דרך פרשנות של עבירת האינוס, הרי שבפסק הדין הבא עשוי ביהמ"ש לקחת את אותן גישות המתבטאות בפסק הדין הדן באינוס וליישמן על גבי עבירה אחרת.

מעשה באדם המקיים יחסי מין עם אדם אחר מבלי לברר הסכמה. הוא לא חושד שהאדם האחר לא מסכים ולדעתו אין דבר כזה שלא ירצה. או שבאמת לא אכפת לו. צריך להוכיח שהאדם מודע לכך שהנסיבה של "היעדר הסכמה חופשית" קיימת. בא נאשם וטוען שלא היה מודע לכך שלא היתה הסכמה חופשית אלא היה בטוח שהקורבן מסכים. **לגבי דוקטרינת עצימת העיניים, לכאורה היא לא רלוונטית במקרה דנן, כי צריך להראות שהאדם חשד ונמנע לברר, אך כאן הוא כלל לא חשד**.

🡨*בפס"ד טייב*- האישה מגיעה לפיזיותרפיסט לטיפול בקרסול, בטיפול הרביעי הוא מציע לה לטפל גם בגב ובצוואר. הוא מעסה אותה ומסביר לה שלצורך הטיפול היא צריכה להסיר את החולצה ואת החזייה , בסוף הוא שולף את איבר מינו ומבקש ממנה בקשה מגונה. והיא עושה זאת, ובנוסף הוא מבצע עבירת אינוס. בביהמ"ש הנאשם טוען שלא הפעיל כוח ויתירה מכך מנקודת מבטו היא שיתפה פעולה על אף שלא איים ולא נקט באלימות. לכן הוא טוען שלא מתקיים היסוד הנפשי ולא ניתן להרשיע אותו. מה היינו רוצים שיעשה? שיברר הסכמה. אך דוקטרינת עצימת העיניים אומרת שהוא צריך לברר רק אם הוא חושד, והרי הוא טוען שהוא לא חשד. ביהמ"ש בא ואומר שדוקטרינת עצימת העיניים חלה גם על מצב של חלל תודעתי- מצב בו אתה לא חושד כי לא אכפת לך ולנגד עיניך עומד רק הרצון שלך לספק את צרכיך.

🡨*בפס"ד אזולאי*- ביהמ"ש מגיע לתוצאה דומה בדרך פחות אלגנטית: במקרה זה הנאשם טען שבמסגרת בילוי הם הלכו לנקודה שקטה בהוסטל ובסיטואציה הספציפית הם זרמו לקיום יחסים, נכון שהנאשם היה יותר אקטיבי אך טוען שלא היה בו שום חשד שהיא לא מסכימה, היה תהליך שלם של כניסה לבניין והפשטת הבגדים מעליה, והוא טוען שמנקודת מבטו היא שיתפה פעולה ולא התנגדה כלל בכל התהליך. ביהמ"ש לוקח אלמנטים מסוימים בהתנהגות שלה ושלו ואומר שעל סמך זה לא מאמינים לו שהוא לא חשד אלא אומרים שהוא חשד ונמנע מלברר. למעשה הורידו את רף החשד הדרוש לרף נמוך מאוד ממנו כבר חובה על האדם לברר, במקום לקבוע שהיה חלל תודעתי כמו בטייב.

בשני פסקי הדין לעיל יושמה הגישה של קוגלר ע"י ביהמ"ש- שאם לא ביררת באופן יסודי נניח שחשדת ונרשיע אותך כאילו ידעת.

בשנים האחרונות מנסים לייצר שינוי תרבותי בהתרחשות הדינמיקה שמובילה ליחסי מין כי המון נשים נפגעו מסיטואציה כזו. הפסיקה מנסה ליצור שינוי תרבותי שמשנה את הדינמיקה – היא אומרת שלשאול את הקורבן באותו רגע אם הוא מסכים או לא - זה לא עולה כסף ולא לוקח זמן, הקורבן מולך תשאל אותו! מנגד טוענים שלשאול את הקורבן את השאלה הזו עלול להוביל לסירוב שמפסיק את הזרימה של הדינמיקה המינית. וזה מה שביהמ"ש רוצה לשנות – שכן ישאלו גם אם יש חשד הכי הכי קטן ולכן פס"ד אזולאי קובע רף חשד מאוד נמוך שמחייב לברר.

פסקי הדין מנסים לאמץ גישה מאוד דומה לגישתו של קוגלר. אך מכיוון שהפסיקה עושה זאת באופן של פרשנות לדוקטרינת עצימת העיניים (פרשנות לס' 20 ג 1) עשוי לקרות מצב בו בעתיד תיושם הפרשנות בהקשר של עבירה אחרת למרות שברור שהפסיקה התכוונה להתמודד רק עם סוגיית ההסכמה החופשית שבעבירת האינוס או מעשה סדום, ולכן לדעת המרצה יש לבצע פרשנות על גבי דרישת ההסכמה החופשית בעבירת האינוס ולא לפרש את החוק עצמו (כי אז יהיה ניתן לקחת את הפירוש וליישמו על גבי עבירה אחרת).

תחולת דוקטרינת עצימת העיניים על עבירות מחדל

האם דוקטרינה זו צריכה לחול גם על עבירות מחדל?

גישה 1: הבעיה היא שבעבירות מחדל אנו דורשים מהאדם לפעול, ואם לא יפעל הוא מבצע עבירה. ולכן החלה של הדוקטרינה על גבי עבירות מחדל מרחיבה את מקור החובה לפעול ומגבילה את החירות וזה מהווה פגיעה בעיקרון החוקיות.

גישה 2: טיעון הנגד לפיו כן צריך להחיל את הדוקטרינה על גבי עבירות מחדל:

1. טיעון פורמלי: בסעיף 20 ג 1 לא רשום שהסעיף חל רק על עבירות עשה.
2. טיעון מהותי: המטרה של עבירות מחדל היא לגרום לאנשים לפעול, אם לא נחיל את הדוקטרינה של עצימת העיניים נסכל את התכלית של יצירת עבירות מחדל. אם לא נחיל אותה על עבירות מחדל, האדם החושד לא רק שלא יפעל אלא גם יימנע מלברר מה הסיטואציה כך שבמקום שיעודדו עבירה אקטיבית יצא מצב שנעודד פעילות פאסיבית במיוחד של ראש קטן.

🡨הפסיקה קובעת באופן כללי שדוקטרינת עצימת העיניים חלה גם על עבירות מחדל אך תיתכנה עבירות מחדל ספציפיות שלגביהן ייקבע בפסיקה שהדוקטרינה לא חלה עליהם. הקביעה הזו נקבעה ע"י ביהמ"ש העליון בעבירה של אי מניעת פשע.

הוויכוח התעורר באופן חריף יותר סביב פרשת **מרגלית הר שפי**. העבירה של אי מניעת פשע פירושה שעליך לנקוט בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע את הפשע (להתקשר למשטרה בדר"כ) מרגלית טוענת שהיא לא האמינה שיגאל אמיר מסוגל לבצע את המעשה, ולכן לא רק שלא ידעה אלא אף לא חשדה. ביהמ"ש קובע שעובדתית לא רק שהיא חשדה אלא גם ידעה ממש. יחד עם זאת באוביטר, מתעוררת השאלה האם ראוי להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים על עבירות מחדל באופן כללי ועל עבירה זו באופן ספציפי. בנוגע לעבירה הספציפית, ברמה הפרקטית, השאלה היא האם אנחנו דורשים מהאדם להתלונן במשטרה גם כשהוא חושד שאדם אחר זומם לבצע פשע.

אלה שמתנגדים להחלת דוקטרינת עצימת העיניים על העבירה הזו, בנוסף לכל הטיעונים הכלליים מצביעים על מספר טיעונים ספציפיים:

1. אופייה הייחודי של העבירה- החלת הדוקטרינה על עבירה זו יוצרת חובת בילוש של כל תושבי המדינה כלפי כל תושבי במדינה, כל חשד קטן מחייב אותי להלשין עליך/לברר ואם לא אז אני עבריין.
2. החובה הזו מעודדת את כל תושבי המדינה להגיש תלונות אחד על השני. האם אנו מוכנים לספוג מחיר כה כבד של שינוי פני החברה?
3. הקושי לברר מה אנשים זוממים- לא פשוט לדעת מה אדם זומם. אם נאמר שאתה לא צריך דווקא לברר מה הוא זומם אלא לפחות להזמין משטרה, זה לא עונה על הבעיה כי כיצד המשטרה תדע מה האדם זומם?

מנגד, יש מלומדים שמבקרים את פסק הדין, ביניהם קרמניצר, טיעוניו:

1. מבחינת עיקרון החוקיות זה בעייתי שביהמ"ש מחריג את תחולתו של סעיף כללי (20 הוא ס' כללי בחלק הכללי) על עבירות כאלה ואחרות. רק המחוקק יכול לקבוע דברים ספציפיים, כל המטרה של ס' כללי הוא היותו כללי.
2. אי החלה של דוקטרינת עצימת העיניים על עבירת אי מניעת פשע (גישת חשין) מרוקנת את העבירה מתוכן.
3. יש אינטרס מאוד חזק להחיל את הדוקטרינה על עבירה זו והוא מניעת הנזק שנגרם מהפשע. שהרי פשעים הם עבירות חמורות שהנזק בעקבותיהן קשה.
4. הנתון הרלוונטי באמת הוא אפשרות קרות הפשע.

\*מקרה ראשון: אם אני יודע בוודאות שאדם הולך לבצע עבירה מסוימת אך לא בטוח אם מדובר בפשע או לא.

\*מקרה שני: אני בטוח שמעשה מסוים הוא פשע אך אני לא בטוח אם האדם הולך לבצע אותו אלא רק חושד.

בשני המקרים האינטרס שלנו זהה- שהאדם יברר את המצב לאשורו ואם מדובר בהסתברות לביצוע פשע אז שינקוט באמצעים רלוונטיים למניעתו. דה עקא, אם נאמץ את גישת חשין אזי נוצר הבדל משפטי- אי החלה של הדוקטרינה דורשת מודעות לגבי הנסיבות, כלומר לכאורה במקרה הראשון עדיין תהיה עליי חובה לברר אם זה פשע. לעומת זאת אם מדובר במקרה השני פתאום אני יכול לשחק אותה ראש קטן. קרמניצר אומר שאין שום סיבה לעשות הבחנה בין שני המקרים כמו שחשין יוצר.

**טעות במצב דברים**

דוקטרינת טעות במצב הדברים עוסקת במצב בו אין חשד- האדם לא מודע להתנהגות או לנסיבות משום שהוא חושב שהסיטואציה שונה מן המצב לאשורו.

הדוקטרינה הזו מעוגנת בס' 34 יח' רבתי:

בנוגע לעבירות מחשבה פלילית הדוקטרינה אומרת כך:

34יח. א. העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.

ב.  סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות היתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב).

\*עבירת הביגמיה (דיברנו עליה בשיעור קודם)

נשוי=נסיבה

נושא= התנהגות

אישה אחרת= נסיבה

נניח שאני מתחתן עם אישה אחרת אך אני חושב שאני לא נשוי. ואמרנו שהיו מקרים כאלה בשנות ה-50 לגבי בני זוג שחשבו שנפטרו בשואה. זוהי טעות במצב דברים- אני חושב שאני לא נשוי אך בפועל אני נשוי. נשאל, אז למה צריך את הסעיף הזה? מה הוא מוסיף לדרישה הכללית של מחשבה פלילית? אם הוא אינו מודע לכך שאינו נשוי לא ניתן להטיל אחריות פלילית כי לא מתקיים היסוד הנפשי,

אז למה צריך את סעיף 34 יח?

1. סיטואציות של סייגים מדומים

מעשה בנער מפסגת זאב, שרוצה להתאבד, היות והוא פוחד שבשעת האמת לא יהיה לו אומץ, הוא יורד לכיוון מחסום חיזמה עם סכין גדולה ומנפנף בסכין כאשר אין לו כוונה לפגוע במישהו אך רצה שיהרגו אותו בעקבות כך שיחשבו שהוא רוצה לעשות פיגוע. הוא נורה ע"י המאבטח. המאבטח שירה בו גרם למותו בכוונת תחילה. האם התקיימו נסיבות של הגנה עצמית הלכה למעשה? לא. הוא לא באמת היה בסכנת חיים כי הנער לא התכוון לפגוע. אז מה מסיר ממנו את האחריות הפלילית? ס' 34 יח- דוקטרינת הטעות במצב דברים. מדוע? כי הוא דימה שהוא נמצא במצב שבו לא מוטלת עליו אחריות פלילית.

1. נסיבות שאליהן מתייחסת הסיפא של ס' 34 יח' (א)

נניח מצב שיש שתי עבירות בדין הישראלי, האחת עוסקת ביחסי מין עם קטין מתחת לגיל 14 עליה העונש חמור יותר, והשנייה ביחסי מין עם קטין בגילאי 14-16 . נניח שיש ילדה בת 13 ואחד עשר חודשים שמשקרת למישהו ואומרת לו שהיא בת 15 וחצי. אם אין לנו את ס' 34 יח, האם ניתן להעמיד אותו לדין בגין העבירה החמורה יותר של בעילת קטינה מתחת לגיל 14? לא. כי לא מתקיים היסוד הנפשי, קרי מודעות להתנהגות ולנסיבות שהקטין הוא מתחת לגיל 14- וכאן הוא לא מודע. בהנחה שלא קיים ס' 34 יח , האם ניתן להעמיד אותו לדין על העבירה הקלה יותר של קיום יחסי מין עם קטין בגילאים 14-16? לא! כי לא מתקיים רכיב ביסוד העובדתי שהוא גיל 14-16 כי באמת היא בת 13. מה שמאפשר לנו להעמידו לדין על העבירה המקלה יותר זה הסיפא של ס' קטן א': " אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו" המצב העובדתי שהוא דימה שהיא בת 15 וחצי כלומר שמתקיימים כל רכיבי העבירה המקלה יותר בהיותו מבצע את ההתנהגות.

אם אדם מכה אחר כי הוא מסתובב ליד שעוני המים של הבניין ולא מוכן ללכת למרות שהוא מבקש ממנו, ולכן הוא מרביץ לו ומשליך אותו מחוץ לבניין. בדיעבד התברר שהוא עובד המשרד לתשתיות לאומיות שאחראי לבדוק ששעוני המים מתפקדים כראוי. בארץ יש שתי עבירות- האחת קלה יותר של תקיפה והשנייה היא תקיפת עובד ציבור. בהנחה שאין את ס' 34 יח, לא ניתן להעמיד אותו על עבירה של תקיפת עובד ציבור כי לא מתקיים היסוד הנפשי. אולם אפשר להעמידו לדין על הסעיף הרגיל של תקיפה. חשוב להדגיש שהסעיף לא נועד להתמודד עם סיטואציות בהן אני חושב שאני עושה מעשה פלילי אך בפועל זה לא כך. נניח שוכב עם מישהי שהוא חושב שהיא בת 13 ובפועל היא בת 18, הסיפא של ס'' 34 יח' לא תתקיים- לא ניתן להעמידו לדין.

גם דוקטרינת טעות במצב דברים וגם עצימת עיניים עוסקות בסיטואציות בהן מחליטים אם להרשיע או לא למרות שלא קיימת מודעות מלאה לכל הנסיבות ולהתנהגות.

**שיעור מס' 10- עבירות מטרה וכוונה- המתרגל דביר הולנדר**

ההבדל בין כוונה, כוונת תחילה, מטרה ומניע

הכוונה הינה רכיב המתייחס לאלמנט ביסוד הנפשי של מחשבה פלילית, אותו נבדוק רק בעבירות תוצאה. ולכן נדון בעבירות תוצאתיות בלבד בשיעור זה.

לאחר הוכחת היסוד העובדתי (מעשה, נסיבות ותוצאה) עוברים לבדיקת היסוד הנפשי שיכול לנבוע מ:

1. מחשבה פלילית
2. רשלנות (נלמד בהמשך)
3. אחריות קפידה (כנראה שלא נדון בזה בקורס)

מחשבה פלילית:

מחשבה פלילית היא מודעות לכל רכיבי היסוד העובדתי- עלינו להוכיח שהייתה מודעות למעשה, לנסיבות ולתוצאה (וכמו שדיברנו בשיעור הקודם קיימת דוקטרינת עצימת העיניים בה נשתמש אם אין מודעות מובהקת).

הכוונה- מתייחסת לרכיב החפצי (הנכנס בתוך בדיקת המחשבה הפלילית לגבי התוצאה).

צריכים לבדוק מה היה היחס שלך להתממשות התוצאה= **רכיב חפצי:**

* כוונה
* פזיזות:
* אדישות
* קלות דעת

ישנם שני חריגים : עבירת הרצח ועבירות מטרה, בהם נצטרך להוכיח רק כוונה (כי נראה בהמשך שלא מדובר בהכרח בעבירות תוצאתיות)

דוגמא:

* עבירת החבלה החמורה

"הגורם (מעשה) לאדם (נסיבה) חבלה חמורה (תוצאה) שלא כדין (נסיבה) מתוך כוונה לגרום לו חבלה חמורה (יסוד נפשי).."

כשנגיע לבדיקת הרכיב החפצי לא מספיק להראות קלות דעת ואדישות אלא התביעה תצטרך להוכיח גם כוונה לחבלה חמורה.

**הכלל הוא שאם העבירה שותקת, והיא תוצאתית, אזי כדי להרשיע מספיק להוכיח פזיזות (=אדישות או קלות דעת) , ולכל הפחות קלות דעת.**

למה המחוקק יוצר עבירות שהדרישה הבסיסית בהן היא כוונה? מדוע לא מסתפקים בקלות דעת?

* לעיתים המחוקק סבור שכאשר מדובר בפזיזות רמת האשמה אינה מספיק גבוהה כדי להצדיק הרשעה פלילית.
* דרישת הכוונה נשענת על הרצון שלא לפגוע בזכויות אזרח יתר על המידה.
* יש עבירות בהן הערך החברתי המוגן נפגע רק כאשר האדם פועל בכוונה.

חריג : עבירות מטרה- נדרשת כוונה על אף שאין מדובר בעבירת תוצאה (ולא נדרש להוכיח פזיזות)

סוג מיוחד של עבירות בהן נדרש להוכיח, מעבר למודעות למעשה ולנסיבות, גם יסוד חפצי מיוחד המתייחס למטרה עתידית של הנאשם שתתממש בעקבות ביצוע העבירה.

מרבית עבירות המטרה הן עבירות התנהגותיות ולא תוצאתיות.

* ס' 192- איומים

"המאיים על אדם בכל דרך שהיא, בכוונה להפחיד את האדם, דינו.." –

מדובר בעבירה התנהגותית ולא תוצאתית- אין דרישה שהאדם באמת יפחד בפועל.

יסוד עובדתי:

"המאיים" מעשה

"על אדם בל דרך שהיא"- נסיבה

יסוד נפשי:

מודעות לכך שאתה מאיים (מודעות למעשה עצמו), ועל כך שאתה מאיים על אדם (מודעות לנסיבה).

אך היסוד הנפשי לא מסתיים פה, צריך להראות שאתה מאיים **מתוך כוונה** להפחיד את האדם- אתה רצית שהאדם יפחד. אם לא הוכח🡨 אז לא השתכללה העבירה.

אף על פי שאין לנו תוצאה בעבירה זו אנחנו צריכים יסוד חפצי של כוונה.

בעבירת החבלה החמורה שדנו בה בעמוד הקודם ה"בכוונה" מתייחס לתוצאה.

כאן, בעבירת האיום (עבירת מטרה) אין תוצאה, ולכן אם העבירה לא היתה דורשת כוונה כלל לא היינו הולכים לבדוק רכיב חפצי, כי רכיב חפצי כאמור נבדק רק במסגרת עבירות תוצאה.

יש גם עבירות תוצאתיות שהן עבירות מטרה. יש להבחין שהמטרה של הנאשם לא מתייחסת לתוצאה של העבירה.

* ס' 397 – הריגת חיה

"ההורג (מעשה+ תוצאה) חיה (נסיבה) הניתנת להיגנב (נסיבה) בכוונה לגנוב את העור או את הגופה (מטרה) או חלק מהם, דינו כאילו גנב את החיה.."

המילה בכוונה פה לא מתייחסת לתוצאה.

יסוד עובדתי- התקיימות מעשה, נסיבות ותוצאה.

יסוד נפשי (מודעות)- מודעות למעשה (הרגת) לנסיבות (חיה וכו'..) ולתוצאה (מוות של החיה)

רכיב חפצי: היות וקבענו שיש תוצאה חייב ללכת לבדיקת הרכיב החפצי שבתוך היסוד הנפשי-בגלל שהעבירה שותקת מספיק קלות דעת לגבי התוצאה+ מטרה כי זו עבירת מטרה (בכוונה לגנוב את העור וכו').

**🡨אז צריך להוכיח קלות דעת ביחס לתוצאת המוות + מטרה.**

איך מזהים עבירת מטרה?

90א.  בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד–1994 (בפרק זה - חוק העונשין תיקון מס' 39), ושבו היסוד הנפשי שבעבירה בא לידי ביטוי במונח

(2)  "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;

אם העבירה אומרת "בכוונה" אבל המונח הזה לא התייחס לתוצאת העבירה- אז נפרש זאת כ"מניע שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד כפי שנקבע בעבירה.."

**צורות של עבירות מטרה:**

1. עבירת המטרה כעבירת בסיס בפני עצמה
2. עבירת המטרה כצורה מוחמרת של עבירה קיימת-עבירת מטרה יכולה להיות צורה מוחמרת של עבירה: המטרה גורמת להחמרת העבירה- ולפיכך להחמרת העונש. תהיה עבירת בסיס שהיסוד הנפשי הדרוש לה הוא פזיזות ותהיה עבירה חמורה יותר הדורשת כוונה,
* למשל ס' 113 ריגול חמור :

 מי שהשיג, אסף, הכין, רשם או החזיק ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך, דינו -  מאסר שבע שנים; התכוון בכך לפגוע בבטחון המדינה, דינו -  מאסר חמש-עשרה שנים.

**הרישא** של הסעיף זו עבירת בסיס שהיסוד הנפשי הדרוש לה הוא פזיזות, **הסיפא** של הסעיף אינה עבירת תוצאתית (לא נדרש להוכיח שנפגע בפועל ביטחון המדינה), אמנם, כוונה לפגיעה בביטחון המדינה מהווה החמרה של העבירה ולפיכך לעונש חמור יותר מזה של עבירת הבסיס.

המילים "כדי" ו "לשם" בהגדרת העבירה, לעיתים מסגירות את היסוד הנפשי

לעיתים נוכל לזהות את הרכיב הנפשי של מטרה באמצעות המילה **"כדי"** כגון בעבירת הסגת גבול ס' 447 לחוק, יש להוכיח כי העושה עשה את מעשה הסגת הגבול "כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו, או לעבור עבירה". לעיתים גם תופיע המילה המרמזת **"לשם"** כמו בעבירת מעשה מגונה ס' 348 לחוק "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" . או בעבירת ההמרדה ס' 133 "לשם המרדה". לעיתים המחוקק מציין **"מתוך מטרה ל"** כמו בעבירה 144 ב "מתוך מטרה להסית לגזענות".

\*דוגמה לעבירה שיש בה את המילה "כדי" אך היא **לא** מסגירה מטרה או יסוד נפשי-

ס' 173

מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים;

מפרסם(מעשה)

שיש בו כדי לפגוע (נסיבה)

"שיש בו כדי לפגוע" 🡨 כי זה מתאר את הפרסום עצמו- פרסום שהוא פוגעני.

מדובר בעבירה התנהגותית, לא דורשת פגיעה בפועל. ואין מדובר בעבירת מטרה.

**מניע**

מניע=הגורם הנפשי שהוביל את האדם לביצוע העבירה.

המטרה מתייחסת לעתיד (אני מבצע את העבירה כדי להשיג מטרה עתידית), לעומת זאת המניע מתייחס לעבר- למה ביצעתי את העבירה, מה הניע אותי לבצע אותה (למשל רגש כעס שהניע אותו להרוג).

בעבר החוק בעצמו הסביר שלעניין עבירות פליליות , המניע אינו מעלה או מוריד לעניין הפללה. המניע אולי רלוונטי לעונש אך לא להתגבשות/השתכללות העבירה. לאחר תיקון 39- ס' 90 לחוק אומר שהוא מכיר בכך שיש צורך להוכיח שהתקיים מניע:

 "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;

נוצרה שאלה בין מלומדים לגבי "מניע"

יש עבירות שבמפורש אומרות שיש לעבור את העבירה עם מניע מסוים, ועל כך אין מחלוקת. המחלוקת נובעת מעבירות בהן לא מצוין מניע שאז אנחנו פונים לסעיף 90 (הפרשנות ליסוד הנפשי)-שם נאמר ש"כוונה" מתפרשת בין היתר גם כמניע מתוכו נעשה המעשה.

* דעה 1: אין דבר כזה מניע , כשהחוק יגיד "מניע"- סימן שאתה צריך להוכיח מטרה. לא משנה מה הרגש שהיה לפני, אלא רק מה שתרצה להשיג בעתיד.
* דעה 2: תיקון 39 בכוונה הכניס מניע לתוך היסוד הנפשי – אם המטרה מתארת את הרקע מתוכו נעברה העבירה אזי התביעה תהיה חייבת להוכיח מניע.

"המוריד או הורס, בפומבי, דגל או סמל של מדינה ידידותית, או עושה מעשה אחר לפגוע בהם, והכל בכוונה להביע איבה או בוז לאותה מדינה".

דעה 1- תטען שהביטוי *"הכל בכוונה להביע איבה או בוז לאותה מדינה"* בא להגיד מה היתה המטרה העתידית של אותו אדם.

דעה 2- תטען שהביטוי *"והכל בכוונה להביע איבה או בוז לאותה מדינה*" מתייחס לרגש שהיה טרום המעשה, איבה ובוז.

🡨הנפקות היא לגבי הלכת הצפיות:

הלכת הצפיות= אם צפית ברמה שקרובה לוודאות את התקיימותה של תוצאה מסוימת זה שקול כאילו היתה לך כוונה(נלמד על הלכת הצפיות בשיעור 16).

אם נלך לפי דעה 2 לא נוכל להחיל את הלכת הצפיות- כי הלכת הצפיות היא צופה פני עתיד, אז אם נאמר שזה היה מניע (שמדבר על רגש טרם העבירה) לא נוכל להכיל את הלכת הצפיות.

**כוונת תחילה**

**רצח [א/214, 215]**

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

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

(2)   גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;

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

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

\*אין בסעיף הפרשנות פירוש למזיד, זה נשאר מהדין האנגלי. מזיד שקול לקלות דעת.

היסוד הנפשי הדרוש לעבירת הרצח:

* מודעות להתנהגות
* מודעות לנסיבות
* מודעות לתוצאה

הקאץ' בעבירת הרצח הוא ברכיב החפצי- נדרשת כוונה תחילה .

**כוונת תחילה**

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

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

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

הסעיף לא הגדיר כמה זמן צריכה להימשך ההכנה לרצח, את ההגדרה לכך עשתה הפסיקה.

כוונת תחילה מורכבת מ-3 רכיבים אותם יש להוכיח כדי להרשיע:

1. **החלטה להמית:**
* צפייה מראש של האפשרות שהתנהגותו תגרום להתרחשות התוצאה המעשית.
* רצון שהתוצאה תתגשם.

אין דרישה לגיבוש היסודות לפני המוות (ההחלטה יכולה להתגבש באופן ספונטני יחד עם המוות. למשל מתפתחת קטטה במועדון ותוך כדי המכות אחד מהם שולף אולר שהיה לו בכיס ודוקר אותו- ההתגבשות הינה ספונטנית וביהמ"ש אומר שזה יכול להיחשב כהחלטה להמית).

1. **הכנה:**

צריך שתהיה הכנה להריגה. יכולה להיות הכנה מאוד קצרה, של כמה שניות. ויכולה להתרחש ממש סמוך למוות. בדוגמה לעיל, האולר שהיה לו בכיס היה לו שם תמיד, ומתוך הקטטה הספונטנית שלף אותו והרג. ההלכה הישראלית קובעת שההכנה נמדדת בפרמטרים פיזיים.

1. **היעדר התגרות /קנטור**

רצחת מתוך "גיבוש כוונת קטילה מתוך שיקול דעת, יישוב דעת, קור רוח ושליטה עצמית".כדי לבדוק אם התקיים קינטור יש לבצע מבחן כפול אובייקטיבי וסובייקטיבי. פס"ד היילו בעניין זה**:**

פס"ד היילו-היילו היה הילד כאפות של השכונה, והוא הרג את ירון שהתעלל בו (עשה עליו חרם בתחילה ואז זה עבר לאלימות והגיע למעשים מגונים ואונס). בליל הרצח כולם היו שיכורים והיילו קרא לירון לבוא אל מאחורי הפיצוצייה, היילו הרגיש כעס וזעם כלפיו והרביץ לו עד מוות. המחוזי הרשיע ברצח, ובערכאת הערעור -השופט מלצר זיכה אותו מרצח- משום שהתקיים קנטור (היעדר שקילה מוסרית).

היעדר התגרות/קנטור זה מבחן כפול-אובייקטיבי וסובייקטיבי:

1. **מבחן סובייקטיבי**: היעדר שקילה מוסרית= התרחש קנטור ואין עבירת רצח. או במילים אחרות: אם היתה לך שקילה מוסרית אז לא היה קנטור מצד הנרצח ואז אתה תיחשב לרוצח. אם לרוצח כמו היילו , היה היעדר שקילה מוסרית "היעדר קינטור נועד להבחין בין החלטה ויישוב דעת להמית את הקורבן לבין החלטה להמית מבלי שנשקלו התוצאות המוסריות במעשה ההמתה".

תחת הדיון הזה, ביסוד היעדר קינטור, השופטים אומרים שזה ההבדל בין כוונת תחילה לכוונה- זה מה שמשחיר את העבירה- אם הנאשם שקל את ההשלכות של המעשה תוך יישוב דעת והבנה מוחלטת ועדיין בחר להרוג- הוא רוצח. הדיון הזה עולה סביב המבחן הסובייקטיבי של רכיב היעדר קינטור.

**היעדר שקילה מוסרית= קנטור** [וכן להיפך- שקילה מוסרית מעידה על העדר קנטור].

ס' 69 לפס"ד היילו:

"הדברים הנ"ל מלמדים כי היעדר הקנטור נועד להבחין בין החלטה ביישוב דעת להמית את הקורבן, לבין החלטה להמית, מבלי שנשקלו התוצאות המוסריות במעשה ההמתה. זהו הדגש העיקרי בהבחנה בין "כוונה תחילה", בה המבקש שוקל ביישוב דעת את התוצאות המוסריות של מעשיו, לבין הכוונה הספונטנית, בה אמנם קיימת החלטה להמית, אך היא איננה מלווה בשקילה מוסרית של השלכות המעשה."

1. **מבחן אובייקטיבי:** האם כל אדם סביר היה מאבד את השליטה על עצמו במצב בו היה הנאשם? מטרת המבחן, ליצור איזון כך ש-מחד לא כל אדם חמום מוח יזוכה מרצח מהסיבה של קינטור, ומאידך כן לאפשר פתח לאדם הסביר להיחשב ככזה שהתגרו בו כמו בפס"ד היילו שם נקבע שהמעשים של ירון כן נחשבו לקנטור גם מבחינה אובייקטיבית. היילו מבחינה סובייקטיבית לא שקל שקילה מוסרית כשפגע בירון, ובנוסף לפי השופט מלצר, גם האדם הסביר, בנסיבות נוראיות כמו של פס"ד זה, היה רואה במעשי ירון כקנטור, ובגלל שנתקיימו שני המבחנים נקבע שהיה קינטור ולכן היילו זוכה מרצח. (היתה גם שאלה משפטית נוספת לגבי קנטור מתמשך, כי קנטור בדרך כלל צריך להיות סמוך לרצח).

המבחן האובייקטיבי- "מחד גיסא הוא אינו מוכן להכיר ב'חולשת הטבע האנושי' כנימוק מספיק לשלילת האחריות בגין רצח בכל מקרה של קטילה מכוונת בו ההתגרות הביאה לתגובה ספונטנית-פתאומית; הוא אינו מוכן להבחין בין סוגי אנשים שונים ובכך להפר את עקרון השוויון; הוא מבוסס על הצורך של בני החברה לקיים ריסונים החיוניים לחברה. הוא אינו מוכן להתחשב אך באובדן השליטה כתוצאה מההתגרות, ובכך 'לזנוח כל נסיון לכפות התנהגות נורמאטיבית ולהחיל את עקרון השוויון בפני החוק' (השופט מ' שמגר בפרשת סימן-טוב, עמ' 261 .(מאידך גיסא הוא מוכן להתחשב באותם מצבים מיוחדים של 'חולשת הטבע האנושי' שאין בהם עמדה אנטי-חברתית בוטה ושהיא פרי אובדן שליטה בעקבות התגרות קשה שגם בני תרבות עלולים שלא לעמוד בפניה ולהיכשל בהתמודדותם עימה" (עניין ביטון, בפיסקה 37 לפסק דינו; ההדגשות במקור – ח"מ).

**🡨יש להראות ששני המבחנים מצביעים על היעדר התגרות- כי אם היה קינטור/התגרות אז הנאשם יזוכה מרצח כמו היילו שזוכה מרצח והורשע בהריגה.**

ביקורות על עבירות ההמתה בישראל:

1. כלליות- החוק לא מתחשב בכל מיני נסיבות מיוחדות: לא מבחין בן רכיבי היסוד החפצי (כוונה, אדישות וקלות דעת) כולם נחשבים לקלות דעת ונענשים באותה חומרה.
2. ביקורת על המתת חסד שגם נחשבת לרצח.
3. להפריד בין רצח בנסיבות מחמירות – הנסיבות המחמירות דרושות להתקיים ולא היסוד הנפשי, חובה לתת מאסר עולם. לבין עבירת רצח בסיסית – רשות לתת ממאסר עולם ומטה. הסנגוריה טענה שרצח חייב להיות בכוונה ולא באדישות (רוצים להקשות על ההרשעה) והפרקליטות טענה שיכול להיות רצח גם באדישות – זה מספיק אנטי חברתי שלא אכפת לך שמישהו מת ולכן יש להרשיע.
4. להפריד בין המתה בקלות דעת (עונש מרבי 12 שנה) לבין המתה עקב בקשה בשל מצב רפואי קשה (עונש מרבי 5 שנה).

ראינו בשיעור כי אין כלל ברור. משתמשים במונח כוונה בכל מיני הקשרים- מניע, מטרה, או רכיב חפצי של התוצאה. ההבדל הוא אם הכוונה מתייחסת לתוצאה או שזה מטרה חיצונית.

הכל זה הבנת הנקרא, הכל סובב סביב פרשנות – האם העבירה הינה התנהגותית או תוצאתית.

**שיעור 12- פזיזות (אדישות + קלות דעת) – 15-05-17**

מלבד מודעות לאפשרות קרות התוצאות צריך להיות גם רכיב נפשי חפצי כלפי התוצאה. עד תיקון 39 היו בעבירות תוצאה שני יסודות נפשיים אפשריים ביחס לתוצאה:

1. כוונה
2. פזיזות

תיקון 39 יצר הבחנה בין שני סוגים של פזיזות:

* קלות דעת
* אדישות.

עשו זאת כדי לאפשר למחוקק בעתיד לקבוע עבירות בהן הוכחת פזיזות מסוג קלות דעת לא תהיה מספקת לצורך הרשעה ותהיה דרושה גם אדישות.

\*מצב נפשי כזה בו העבירה נעשית מתוך קלות דעת, ככלל, הוא אשם פחות מאשר מצב בו המעשה נעשה מהמצב הנפשי של אדישות.

כיום יש עבירות בהן לא מספיק פזיזות ויש להוכיח גם כוונה. ויש עבירות תוצאה שניתן להוכיח או כוונה או פזיזות ולא משנה איזה סוג של פזיזות (אדישות או קלות דעת).

 הגדרת פזיזות

* + פזיזות מסוג אדישות- ההתנהגות נעשית מתוך שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות.
	+ פזיזות מסוג קלות דעת- מדובר בהתנהגות שנעשית מתוך נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות תוך תקווה להצליח למנוע את התרחשותן.

 מה שמשותף לשניהם זה נטילה ביודעין של סיכון בלתי סביר בנוגע לקרות התוצאה; כאשר: לאדיש לא אכפת

 אם התוצאה תקרה או לא, ואילו קל הדעת מקווה שהיא לא תקרה.

הלכת הצפיות קובעת כי אלא אם הנאשם יוכיח אחרת, צפייה ברמת צפיות קרובה לוודאי של התוצאות כמוה ככוונה לבצען. ההבדל בין הלכת הצפיות לבין פזיזות מסוג אדישות- האדיש לא נמצא במצב של צפייה של התוצאות ברמה קרובה לוודאי כי הוא אדיש. לא אכפת לו אם הן יקרו או לא. הא לא מגיע לשלב בו הוא בוחן את אפשרות קרות התוצאות. קל הדעת לעומת זאת, נכון שהוא צופה את התוצאות אבל לגביו לא ניתן להניח שהוא פועל מתוך כוונה לגורמן כי הוא מקווה שהן לא יקרו. הוא לא רוצה שהן יקרו. כך מוגדר בהגדרת קלות הדעת.

כשחושבים על שני סוגי הפזיזות לכאורה הם מבטאים מצבים פרדוקסאליים: מחד, האדם צופה שמעשהו שלו יגרום לתוצאה מסוימת אבל, מאידך, אין לו רצון פוזיטיבי שזה יקרה. זה פרדוקס כי רוב האנשים בדר"כ מכוונים את מעשיהם כך שיתאמו את הרצון שלהם. במקרה של אדישות עוד אפשר להגיד שלאדם **לא אכפת** שזה יקרה אבל בקלות הדעת הפרדוקסליות גדולה יותר: אדם צופה שמשהו יקרה, ממשיך לעשות אותו, אבל הוא לא רוצה שזה יקרה. המצבים הללו נגועים בחוסר רציונליות. איך מסבירים את זה?

מקרים של קלות דעת:

1. מקרים של הערכת חסר-מקרים בהם אנשים מודעים לסיכון-לאפשרות קרות התוצאות, אך מעריכים בהערכת חסר את הסתברות הסיכון או מעריכים בהערכה לא נכונה את סבירות האמצעים שנוקטים כדי למנוע את הסיכון.

קרן אטינגר-שפירא מנסה להבין את הרכיב הנפשי של קלות דעת ומפנה את שימת הלב לעוד שתי קטגוריות של מצבים:

1. מקרים נדירים יותר: "המהמר המטורף/הקיצוני"- יש קבוצת אנשים שהם אוהבי סיכון בצורה בלתי רגילה, הם לא רוצים שמשהו יקרה, אבל זה לא משפיע על התנהגותם, במקום זאת, האדרנלין, או אופטימיות יתר, הם אלו שמשפיעים על ההתנהגות שלהם (כמו משחק ברולטה, הימורים)- זה המהמר המטורף: **יש לו את כל האינפורמציה** שאמורה להוביל אותו למסקנהשאם יש משהו שהוא לא רוצה שיקרה, שלא יעשה את המעשה. ובכל זאת, הוא עושה זאת. היא נותנת את דוגמת הרופא: אם יש לי 10 בקבוקים של רעל ו30 בקבוקים של תרופה. אני מודע להסתברות הסיכון שאם אשלח את היד בלי להסתכל אני אקח בקבוק של רעל – אני לא אדיש לאפשרות קרות התוצאה, אני לא רוצה שזה יקרה. אך לאור ההסתברות זה נראה לי מאמץ גדול מידי לבדוק כל בקבוק אז אני פשוט שולח את היד (ומקווה שלא יקרה). מודע לאפשרות הסיכון, לא רוצה שהסיכון יקרה, אך מתעצל לנקוט באמצעים סבירים כדי למנוע אותו. המהמרים המטורפים נגועים בחוסר רציונליות **קיצונית**, יש להם סטייה קיצונית יותר מאשר האדם הממוצע. המאפיין הוא שהמהמר המטורף, בזמן עשיית המעשה וצפיית התוצאה, מודע לחלוטין. הוא אדם "מחושב ושקול דעת" במובן הזה שהוא מודע למה שהוא עושה, ובכל זאת הוא פועל.

קיימים אנשים כאלה- אך זה מקרה נדיר- אנו מציגים מקרה זה מכיוון שהוא קטגוריה ספציפית לקבוצת מקרים יותר גדולה .

ואז ממשיכה שפירא ושואלת: כמה כבר יש אנשים כאלה שהם מהמרים מטורפים? היא עונה: כנראה שלא הרבה. בסופו של דבר, רוב האנשים הם לא מהמרים מטורפים; ולכן, לא סביר שהסדרת היחס אליהם הייתה בראש מעייניו של המחוקק.

1. מצבים בהם רוחב המודעות קיים (מודעים לסיכון) אך מידת ההתעמקות בסיכון היא קטנה-קרן שפירא במאמרה (רשות) אומרת שהשיח המשפטי נוטה לשטח את סוגיית המודעות ומתייחס אליה כמשהו חד ממדי. בעוד שבפועל מודעות היא דבר דו-ממדי, ויש להבחין בין רוחב המודעות לעומק המודעות. רוחב המודעות עוסק בשאלה האם אנו מודעים להסתברות הסיכון או לא. עומק המודעות עוסק בשאלה עד כמה אנחנו מתעמקים במידע שיש בידינו. יש הרבה סיכונים שאנו מודעים לקרותם, ככל שנתעמק באפשרות קרות סיכון מסוים כך יגדל הסיכוי שלי לנקוט באמצעים סבירים כדי למנוע אותו. אם לא נתעמק בסיכון הצפוי, אזי ככל הנראה לא נשקיע את מירב האמצעים הסבירים למנוע אותו למרות שאנו מודעים לסיכון. אם אני מודע לסיכון שתינוק שאקפיץ באוויר ייפול על הרצפה אך לא אתעמק בסיכון אלא אתעמק בכך שאני מצחיק כרגע את התינוק- זו בחירה רציונאלית. וזה מקרים שקורים.

נסביר: החוק מדבר על "מודעות לאפשרות גרימת התוצאה": **מודעות כלשהי,** יכולה להיות 80% ויכולה להיות 30%. שפירא אומרת שעד היום הסבירו לנו את מושג קלות הדעת רק לפי רוחב המודעות: למשל, אדם שצפה תוצאה בהסתברות של 100% ישודרג ליס"נ של כוונה בעזרת הלכת הצפיות. היא מבקשת להסביר שמושג המודעות הוא דו-מימדי: רוחב המודעות ועומק המודעות. סעיף 20 מגדיר את מושג הידיעה לפי **רוחב המודעות** של נוטל הסיכון – מידת הסתברות צפיית התוצאה. עם זאת, הוא **מתעלם משאלת העומק** – באיזו עוצמה של ריכוז האדם מודע לזה שסכנה יכולה לקרות. עומק המודעות מתבטא בריכוז\היסח דעת\מיקוד. רוחב המודעות מתבטא בהסתברות\מידת צפיית התוצאה. שפירא אומרת שאם ננסה לתאר את המודעות של המהמר המטורף, נגדיר אותו כבעל מודעות גבוהה גם בממד הרוחב וגם בממד העומק. רוב האנשים במצב של קלות דעת הם אנשים שלא היו מרוכזים, הם לא חשבו באותו רגע. המידע היה להם בראש, האינפורמציה הייתה זמינה לשליפה, אך הם לא שלפו ועשו בה שימוש. מתקשר לדוגמת 'הטייס האוטומטי': לנסוע את כל הדרך ובכלל לא לשים לב. ישנו היסח דעת, מחשבות מקבילות שדוחקות את המחשבות העיליות לקרן הזווית. שפירא אומרת שהבעיה העיקרית בחוק העונשין היא שעד היום ניסו לתאר את המודעות כחלק מהמחשבה הפלילית, בצורה חד-ממדית- או שהיא מתקיימת או שהיא לא מתקיימת. כאשר למעשה, יש המון מצבים שיש בהם מודעות ביניים. כדוגמה, היא מביאה את **פס"ד זיסרמן**- שם לוחם ניקה את הנשק שלו תוך כדי היסח דעת, כך שבטעות סחט את ההדק ופלט כדור. פס"ד ממחיש מקרה של קלות דעת באמצעות משחקים בנשק. הוא מודע לאפשרות לפיה כאשר סוחטים הדק של רובה שיש בו כדור- אז התוצאה היא מוות. האינפורמציה הייתה שם. אבל משהו בריכוז שלו היה חסר; הוא דיבר, צחק ועשה את התנועות באופן אוטומטי. הוא ידע שיש כדור אבל הוא לא התרכז בזה, לא שם לב. לפי ההסבר של שפירא באשר לממדי העומק והרוחב- אנחנו רואים מצב של קלות הדעת כשכיח ביותר.

[\*האשמה היא נמוכה יותר כאשר העבירה נעשית מתוך קלות דעת מאשר מתוך אדישות. מה שמשפיע על מידת עונש. הקו בין קלות דעת (רכיב נפשי שהוא חלק ממחשבה פלילית- מנס ריאה סובייקטיבי) לבין רשלנות שהוא רכיב נפשי אובייקטיבי. קלות דעת היא סוג של פזיזות וככזו היא רכיב נפשי שרלוונטי לעבירות של אשם סובייקטיבי(של מחשבה פלילית). לעומת זאת, רשלנות היא יסוד נפשי אובייקטיבי. ברמה התיאורטית בדין הישראלי (בשונה מהגרמנים) מדובר בשני דברים שונים לחלוטין].

קרן שפירא מפנה להבדל ביו רוחב המודעות לעומקה, ההבדל הזה ממחיש ניגוד שקיים בין האופן שבו השיח המשפטי הפורמאלי נוטה לתאר מצבים נפשיים לבין המציאות.

האופן בו השיח המשפטי הפורמאלי בדרך כלל נוטה להגדיר מצבים נפשיים, הוא חד ממדי. בעוד במציאות למודעות יש ממדים שונים. הצגה של הרכיב הנפשי באופן חד ממדי מובילה לתוצאה הפורמאלית הקיימת בדין הישראלי🡨 לפיה רשלנות היא חיה שונה לחלוטין מקלות דעת , שכן רשלנות היא יסוד נפשי אובייקטיבי בעוד קלות דעת היא סוג של רכיב נפשי סובייקטיבי. המציאות מראה לנו שיש מצב ביניים והוא המצב של קלות הדעת. קל דעת שמצד אחד יש לו רוחב מודעות- מודע לאינפורמציה- אך לא מתעמק בה. וזה מצב אמצע בין מצב של מודעות לבין מצב של רשלנות שלא מודע כלל אין לו רוחב ידיעה ולא רק עומק ידיעה.

הדין הישראלי כאמור, מותח קו ברור ואומר שהקלות דעת נופלת בצד של יסוד נפשי סובייקטיבי.

אך יש מערכות משפט אחרות שאומרות שקלות הדעת נופלת תחת קטגוריה של יסוד נפשי אובייקטיבי ויש מערכות שמייצרות קטגוריית ביניים של עבירות של הרשעה בהן נדרשת קלות דעת. למשל דרגות שונות של עבירות גרימת מוות. במערכות משפט כאלה יש עבירה מיוחדת של גרימת מוות בקלות דעת.

בהתאם לעקרון האשמה, אדם צריך לשאת באחריות לפי מידת אשמתו. אחד הביטויים למדידת אשמתו של אדם היא מודעותו. רוצים ליצור יחס קורלטיבי בין האשמה למודעות. לכן, כשאדם מבצע עבירת דריסה תוך שהוא במצב של 'טייס אוטומטי' נתפס בעיננו כפחות אשם ויותר מעורר הזדהות מאדם שהתכוון מלכתחילה להשתולל בכביש וכתוצאה מכך דרס אדם אחר.

קיימות מספר אופציות לסיווג מקרים בהם קיים רק רוחב מודעות (וחסר עומק- טייס אוטומטי):

1. להגדירם כקלות דעת (כפי שעושה החוק הישראלי)
2. להגדירם כרשלנות
3. ליצור קטגוריית ביניים של קלות דעת

אטינגר-שפירא סבורה כי המקרים הללו אכן צריכים להיות מסווגים במסגרת המחשבה הפלילית (1), בשל האנטי חברתיות של המצב, היינו האדם לא דאג להתרכז ולממש את הפוטנציאל שלו להבנת המידע. מבחינת שפירא, גם הרחפן וגם המהמר המטורף הם בעלי מודעות שצריכים להיכנס תחת המחשבה הפלילית אבל עדיין צריך להבדיל ביניהם בענישה.

* + **ההבדלים בין קלות דעת לרשלנות**

המשותף לרשלן ולקל הדעת- שניהם נוטלים סיכון בלתי סביר.

ההבדל ביניהם הוא שקל הדעת מודע לסיכון אך מדחיק אותו, לא מתעמק בו ומעריך לא נכון את סבירות האמצעים שהוא לוקח או את עוצמת הסיכון. לעומתו, הרשלן לא מודע בכלל לסיכון .

ברמה האנליטית נראה שיש כאן הבחנה ברורה. אך במציאות, ההבחנה הזו היא לפעמים מאוד קשה לזיהוי. המקרים שממחישים זאת באופן הברור ביותר הם מקרים של תאונות דרכים.

פס"ד גלפונד ממחיש את המתח שבין קלות הדעת לרשלנות – נהג האוטובוס מבצע עקיפה בכביש הערבה המתפתל וכתוצאה מכך מתהפך ונהרגים 24 אנשים. יסוד עובדתי- גרם למותם של בני אדם- 24 סעיפים של גרימת מוות ברשלנות (עונש מקסימלי של 3 שנים) או 24 סעיפים של הריגה (עונש מקסימלי של 20 שנה). הרכיב העובדתי של הריגה ושל גרימת מוות ברשלנות הוא זהה. ההבדל הוא ביסוד הנפשי ובעונש. מידת העונש תלויה בשאלה האם נקבע שהוא התרשל או היה קל דעת. שזה בסופו של יום תלוי בשאלה האם הוא היה מודע לאפשרות קרות הסיכון? אם הוא לא היה מודע אז נאמר שהאדם הסביר כן היה מודע ונאשים אותו בגרימת מוות ברשלנות.

אחד האינדיקטורים הוא **חזקת המודעות הכללית** – לפיה חזקה שאדם מודע להתנהגותו ולמשמעותה מבחינת טיבה הפיזי, לנסיבות בהן היא נעשית ולאפשרות קרות התוצאות הטבעיות בעקבות התנהגותו. על סמך מה החזקה הזו פותחה במשפט? על סמך ההתנהגות של בני אדם באופן כללי שזו ככלל אותה אבן בוחן שמשמשת אותנו לקבוע מה יודע האדם הסביר🡨 חזקת המודעות הכללית היא אמצעי בו משתמשים כאשר רוצים להרשיע בעבירות של אשם סובייקטיבי. משמשת לנו אמצעי להגיע למסקנה שאדם הוא קל דעת, שהאדם היה מודע לאפשרות קרות התוצאות. אך בפועל היא גורמת להבחנה הפרקטית ( בין מצבים של אשם סובייקטיבי שנסמכים על רכיב נפשי של קלות דעת לבין מצבים של אשם אובייקטיבי (רשלנות)), להיות קשה לזיהוי.

חזקת המודעות הכללית היא לא חלוטה, האדם יכול להוכיח במאזן ההסתברויות שהוא לא היה מודע לאפשרות קרות התוצאות של מעשיו. אך ברוב המקרים קשה מאוד לאדם להוכיח זאת (בפועל, רק במקרים בודדים הצליחו להפריך את החזקה הזו). כך שבפועל העובדה שאנו נותנים לו את האפשרות להפריך את החזקה הזו לא מפחיתה בהרבה את הבעייתיות. הקו במציאות בין אבחון קלות דעת לבין אבחון רשלנות הוא דק מאוד וקשה לזיהוי. במקרה הספציפי של גלפונד, קשה לטעון שזו רק רשלנות.

מערכות משפט אחרות מצאו פיתרון:

* ייצור קטגוריה מיוחדת של עבירות שהיסוד הנפשי בהן הוא קלות דעת.
* ייצור עבירה מיוחדת של גרימת מוות תוך שימוש ברכב🡨העונש המקסימלי יהיה בין גרימת מוות ברשלנות לבין הריגה.

כלל משפטי נוסף המקשה על ההבחנה בין גרימת מוות ברשלנות לבין הריגה הוא הכלל שקובע שאדם לא צריך להיות מודע להשתלשלות האירועים המדויקת שתגרום למוות. בית המשפט קבע כי ביחס לשאלת היקף המודעות: **אין כל צורך כי העושה יהיה מודע לדרך המדויקת של השתלשלות האירועים שהביאו בסופו של דבר לידי מותו של אדם**. גם אין כל צורך כי העושה ידע תמיד מראש את זהותו של הנפגע. הכול תלוי בטיב הסיכון הקונקרטי. במקרה דנן פסק בית המשפט כי היה ניתן להסיק מהפרטים על קיומה של מודעות לגבי האפשרות כי התנהגותו תגרום לקרות התוצאה. בית המשפט אומר כי צירוף הפרטים אכן יוצר חזקה עובדתית של מודעות, ולכן דחה את הערעור.

* + **דוקטרינת הסיכון הסביר – בעבירות קלות דעת**

 ההגדרה של קלות הדעת בס' 20 דורשת שהסיכון שאדם נוטל יהיה בלתי סביר.

קלות דעת=התנהגות בה אדם נוטל סיכון בלתי סביר. הקביעה אם סיכון הוא סביר או לא, היא קביעה נורמטיבית שנעשית ע"י ביהמ"ש (כמו ברשלנות) בשונה לשאלה שבעובדות אותה התביעה נדרשת להוכיח ע"י ראיות. ביהמ"ש מגיע להכרעה בשאלה האם הסיכון היה סביר או לא על סמך שקלול של שלושה פרמטרים:

1. התועלת שבמעשה.
2. חומרת הנזק / פגיעה בערך המוגן (מבחינה איכותית- עד כמה הערך חשוב ומבחינה כמותית- מהי רמת הפגיעה).
3. מידת הסתברות התרחשות התוצאה.

למשל המקרה של פס"ד דויטש (1952) – אדריכל שיצא עם הפועלים שלו לחצוב אבנים מצלע הר. עוברים בשטח פקחים שמזהירים כי המקום מסוכן, החפירה תגרום למפולת וכו'. לאחר שהם הולכים הוא מקבל החלטה להמשיך בחפירה. מתרחשת מפולת ו-2 פועלים נהרגים. נניח לצורך העניין שדויטש מועמד לדין על הריגה (מה שהיה קורה כיום). דויטש לא אדיש, זה לא שלא אכפת לו אלא הוא קל דעת כי הוא מעריך בחסר את הסתברות הסיכון. כאשר מדובר במצב שמחד יש פקח שמזהיר ומאידך מדובר בעניין של כסף ורווח אישי אז ביהמ"ש בא וקובע שהסיכון הוא לא סביר. אם נתרגם זאת לשלושת הפרמטרים שדיברנו עליהם אזי חומרת הנזק גדולה, התועלת קטנה, והערך המוגן הוא החשוב ביותר-קדושת חיים, מידת ההסתברות של ההתרחשות- הפקח אומר שהיא גבוהה. כמובן שהפרמטרים הללו משוקללים יחד ככל שההסתברות תהיה נמוכה יותר לקרות התוצאה אז נאפשר יותר מעשים שפוטנציאל הנזק שלהם גדול יותר וכו'. ההלכה שנקבעה שם לא חשובה כל כך, כי היא עסקה במינוח שלא רלוונטי יותר אחרי תיקון 39 ["רשלנות רבתי"], אבל המקרה מדגים דוגמא ברורה של "קלות דעת": עומק ורוחב המודעות של דויטש היו גבוהים, אך הוא לקח את הסיכון.

**האופן בו ביהמ"ש מכריע בשאלה האם הסיכון היה סביר- זו ההערכה שרלוונטית לנו לא משנה באיזו עילה של הרשעה (מוות ברשלנות או הריגה) וזה מה שחשוב בפסק הדין הזה. האופן בו ביהמ"ש מכריע בשאלה זו (ולא ההלכה שנקבעה שם כי זו מתייחסת לרשלנות רבתי שאינה קיימת כיום בדין).**

חשוב לראות לגבי הערכת סבירות הסיכון-

1. יש בה אלמנט תרבותי המשתנה מתקופה לתקופה.
2. יש בה אלמנט סובייקטיבי- עשוי להשתנות בהערכה מאדם לאדם. כלומר, ההכרעה מהו סיכון סביר היא הכרעה שאנשים עשויים לא להסכים בנוגע אליה—דבר שיוצר בעייתיות גדולה כאשר מסתמכים עליה כבסיס להרשעה פלילית ; נדגים זאת בפס"ד צור.

בפס"ד צור (1978) –רשלנות – מה שחשוב לנו לעכשיו הוא הדיון בסוגיית הסיכון הסביר. חבורת מטיילים יוצאת לטיול בנחל. המדריכים שומעים באותו יום תחזיות לפיהן, ייתכן שיהיה שיטפון, אולם אפשרות זאת היא לא בסיכוי גבוה. הם לא צפו בהסתברות גבוהה שיהיה שיטפון אבל הם ידעו על האפשרות הזו. הם נכנסים עם המטיילים לנחל, ובאמצע נוצר שיטפון וחלק מהמטיילים מתים. **המקרה, לכן, מספק דוגמה אפשר לצפות את התוצאה ובכל זאת לוקחים סיכון ועושים את המעשה.** העליון מזכה אותם, לאחר שהמחוזי הרשיע אותם בהופכו החלטה של השלום שזיכתה אותם. ההבדל המרכזי בין העליון למחוזי הוא עמדת השופטים בנוגע לסבירותו של הסיכון. העליון אומר שהסיכון שהם לקחו הוא סיכון סביר. ביהמ"ש העליון עושה איזון: אם באמת בכל פעם שאנשים יוצאים לטייל הם יתחילו לחשב את כל הסיכונים שיכולים לקרות ויחליטו לא לטייל- אז באמת אף אחד לא ייצא לטייל. ביהמ"ש אומר שהערך של טיולים בארץ הוא ערך חשוב במידה כזו שהפכה את הסיכון לסיכון סביר. אם אנחנו רוצים לגרום לאנשים להכיר את הארץ ואת שביליה, אנחנו לא יכולים לשתק את החיים כל פעם שיש איזה סיכון כזה או אחר. המחוזי, לעומת זאת, טען שהסיכון לא סביר מרגע שידעו שיש הסתברות מסוימת לגשם. לדעת המרצה, ככל הנראה, כיום, שהתרבות בישראל מייחסת פחות חשיבות לערך הטיול בארץ, אם יגיע מקרה דומה לבית המשפט הקביעה תהיה שהסיכון הוא לא סביר; שוב הדבר מוכיח עד כמה ההסתמכות על רכיב שכזה להרשעה היא בעייתית – במיוחד אם [לא כמו בצור] מדובר לא בעבירות רשלנות אלא בעבירות של מחשבה פלילית, בהם הערכה האמורה משמשת לקביעה שהייתה "קלות דעת"; הסנקציה שכרוכה בעבירות מחשבה פלילית היא גדולה יותר, וגם הסטיגמה.

**האם קיימת דרישה של נטילת סיכון בלתי סביר גם כשמדובר ב-"אדישות" או ב-"כוונה"?(או רק לעניין קלות דעת)**

**אדישות-**

אדישות אומרת שמדובר בהתנהגות שנעשית תוך שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה. כך שבאופן מוזר אין התייחסות לסיכון שנלקח ולסבירותו, ולא צריך להוכיח שהסיכון היה בלתי סביר .

לכאורה, אדם שלא אכפת לו אם אנשים ייפגעו מהנהיגה שלו, וביום שהוא נוהג במהירות המותרת (לוקח רק סיכון סביר) הוא דורס מישהו, האם הצהרה שלו שהוא אדיש (למשל סטיקר על הרכב שלא אכפת לי מה יקרה) יכולה לגרור הרשעה בהריגה? כולם מסכימים שפרשנות כזו של אדישות תהיה פרשנות אבסורדית. משמע , למרות שזה לא כתוב בהגדרה לאדישות שקבועה בסעיף 20, הפרשנות המקובלת היא שנדרש להוכיח לצורך הוכחת אדישות שהסיכון שנלקח ע"י האדם היה בלתי סביר. כלומר, למרות שהחוק לא מאזכר דרישה שהסיכון יהיה בלתי סביר, קיימת הסכמה בין מלומדים שהדרישה הזו קיימת גם בצורת האדישות. כלומר, רק אם אדם נוטל סיכון בלתי סביר והוא שווה נפש לאפשרות גרימת התוצאה- אז היסוד הנפשי של האדישות משתכלל.

**כוונה-**

אם אדם פועל במטרה להשיג תוצאה מסוימת, אבל הפעולות שהוא עושה כדי להשיג את התוצאה הן פעולות סבירות. פעולות של נטילת סיכונים סבירים. האם במצב זה ניתן יהיה להרשיע על סמך יסוד נפשי של כוונה?

חילוקי דעות:

* אם אני מתכוון ליצור תוצאה פסולה, לא נדרשים לעשות שיקול של סבירות האמצעים.
* גם כאן צריך לבדוק אם האדם לקח סיכונים בלתי סבירים כדי לגרום לתוצאה. שאם לא לקח סיכון בלתי סביר אזי לא ראוי להרשיע.

**🡨למסקנה: במקרים של כוונה ואדישות אנחנו מניחים שיש נקיטת סיכון לא סביר, ואם זה כן סביר- אז הנטל עובר לנאשם להוכיח שזה היה סיכון סביר.**

**לסיכום**: הסיכון הסביר הוא מבחן אובייקטיבי נורמטיבי המוכרע ע"י ביהמ"ש. הרשעה ברשלנות, קלות דעת ואדישות מצריכה הוכחת קיומו של סיכון בלתי סביר. לגבי כוונה, קיימת מחלוקת.

קלות דעת בשיטות משפט אחרות

קלות דעת היא מצב ביניים בין אשם סובייקטיבי לבין אשם אובייקטיבי. לכן מערכות משפט שונות עושות את קו החיתוך במקומות שונים. ישנן 3 דרכים מרכזיות:

1. מערכות משפט השמות את קלות הדעת יחד עם רשלנות.
2. מערכות השמות את קלות הדעת יחד עם אשם סובייקטיבי.
3. מערכות שמייצרות קטגוריה מיוחדת לעבירות של קלות דעת.

מערכת המשפט הגרמנית רואה בקלות הדעת תת קטגוריה של אשם אובייקטיבי, הרציונאל לבחירה בנקודת החיתוך הוא רציונאל אלגנטי: שואלים- האם האדם בחר לפגוע בערך המוגן? אם זה המצב אזי החיתוך צריך להיות כך שקלות דעת היא יחד עם רשלנות. כי כאשר מדובר בכוונה יש מטרה לפגוע. בהלכת הצפיות אני מודע לכך שהמעשה שלי בוודאות קרובה לוודאי יפגע בערך המוגן ואני עדיין עושה זאת. אדישות לא אכפת לי אם הערך המוגן ייפגע- בחירה מודעת מתוך חוסר אכפתיות. בקלות דעת- אני לא רוצה שהערך המוגן ייפגע, אני רק נוקט באמצעים לא סבירים כדי למנוע את הפגיעה.

ברשלנות כנ"ל, אני לא רוצה שהערך המוגן ייפגע אני לא מודע לזה שהוא עלול להיפגע, אמנם האדם הסביר היה כן מודע לאפשרות הפגיעה.

במערכות משפט אנגלוסקסיות- לא היתה הבחנה בין הסוגים-

תיקון 39 יוצר ערבוב בין הגישה האנגלית לגישה האנגלוסקסית- מצד אחד בדומה לגישה הגרמנית מכיר בכך שיש הבדל בין מצב נפשי של אדישות לבין מצב נפשי של קלות דעת. אבל בסוף מגיע לשורה התחתונה של הגישה הקלאסית של המשפט האנגלוסקסי0- אומרים שקלות דעת ואדישות שניהם סוגים של פזיזות ופזיזות היא רכיב נפשי שרלוונטי לאשם סובייקטיבי.

למה לערבב?

הערבוב נעשה בניסיון לדחוק במחוקק הישראלי לנטוש את הגישה האנגלוסקסית ולאמץ את הגישה הגרמנית, בידיעה שזו מהפכה גדולה מידי- לכן התיקון רק מנסה להוביל את המחוקק לכיוון הזה בתקווה ששאר הצעדים יתבצעו בהמשך.

כישראלים כשאנו מדברים על רשלנות אנחנו מדברים על האדם הסביר או האדם מן היישוב כפי שהוגדר בפס"ד בש- אדם נורמטיבי כאשר הוא שואף לטוב. זוהי רשלנות אובייקטיבית.

אך כאשר גרמני ידבר על רשלנות הוא ישאל שאלה אחרת- האם אדם, בעל נתונים דומים לנתונים של הנאשם הספציפי, יכול היה להיות מודע לסיכון? זוהי רשלנות סובייקטיבית. יותר מקלה עם הנאשם.

**שיעור 13 – רשלנות ואחריות קפידה- המתרגל יואב גלזר**

הטלת אחריות פלילית ברשלנות:

הטלת אחריות פלילית על אדם שלא היה מודע לאחד מרכיבי היסוד העובדתי (מעשה, נסיבה, תוצאה)..

נטיל עליו אחריות פלילית כי באותן נסיבות האדם מן היישוב יכול היה להיות מודע.

**רציונאלים לאי-הטלת אחריות פלילית:**

1. דרישת **האוטונומיה**- לא נרצה להטיל אחריות על אדם שלא בחר לפגוע בערך המוגן. כאשר אדם לא היה מודע לאחד מהרכבים אזי לכאורה לא נתקיימה הבחירה בגינה נרצה להטיל אחריות פלילית.
2. רשלנות מטילה נטל כבד על הפרט (**שלילת חירויות**). אין לאדם את הפריבילגיה לא להיות זהיר, הוא חייב להיות זהיר . סיטואציה בה רכיבי היסוד העובדתי נתקיימו אך האדם לא היה מודע לאחד מהם אזי אם נרשיע אותו יש כאן אפקט של הרתעת יתר שאנשים יימנעו מלבצע פעולות חוקיות- שלילת חירות.
3. היסוד הנפשי(המודעות לרכיבי העבירה) הוא אשר מעניק להתנהגות את הפן השלילי האנטי- חברתי המנוגד לערך המוגן ולכן בהיעדר מודעות נראה לא ראוי להרשיע.

**רציונאלים להטלת אחריות פלילית:**

1. חשיבות **בהגנה על ערכים מסוימים**- כאשר למול ההגנה על החירויות והאוטונומיה לפעילות האדם עומדים ערכים חשובים כמו חיי אדם אזי ההגנה על חיי האדם גוברת.
2. **זילות**- אי זהירות באשר לשמירה על ערכים מסוימים מבטאת זילות של אותם ערכים והינה בעלת אופי אנטי חברתי. ברגע שהאדם מתנהל בחוסר זהירות הוא מבטא זילות כלפי אותו ערך אותה אנו רוצים למנוע ע"י הטלת אחריות פלילית.
3. **גם ברשלנות יש מימד של בחירה**- בחירה שלא להעניק תשומת לב למעשיך. אמנם לא בחרת לפגוע בערך אך בחרת להתנהג בחוסר זהירות (פילסבורי).

ס' 21 לחוק:

21.  (א)  רשלנות – אי מודעות **לטיב המעשה,** לקיום **הנסיבות** או לאפשרות הגרימה ל**תוצאות** המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד –

(1)   שלעניין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור;

**(תיקון מס' 126) תשע"ו-2016**

(2)   שבעבירה שעם פרטיה נמנית תוצאה שנגרמה על ידי המעשה או סכנה העלולה להיגרם בשלו – העושה נטל סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה או לגרימת הסכנה כאמור.

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

הכוונה שאם למשל לא היתה מודעות לטיב המעשה אזי צריך להראות שלגבי הרכיבים האחרים (נסיבות ותוצאה) צריך שתהיה רשלנות ביחס אליהם. חוסר מודעות לשאר הרכיבים . כלומר צריך שהיחס הנפשי כלפי אחד מהיסודות יהיה יחס נפשי של רשלנות, לא משנה אם כלפי אחד מהם כן היתה מחשבה פלילית.

1. להראות שהנאשם לא היה מודע לאחד מרכיבי היסוד העובדתי.
2. להראות שאדם מן היישוב כן היה יכול להיות מודע לרכיב הזה בנסיבות העניין.
3. בעבירות תוצאתיות- להראות שהסיכון שהנאשם נטל היה בלתי סביר ביחס לאפשרות קרות התוצאה והסכנה (הנאשם יצטרך להראות שזה היה סיכון סביר).

**טיב האדם:**

* **טרם תיקון 39**- נוסח הסעיף "**האדם הסביר**"- פרשנות הפסיקה בפס"ד בש: הגדרה נורמטיבית ולא עובדתית (ביהמ"ש יכריע).

היועמ"ש נ' ב"ש- 1964

שני פעוטים שמתו מחנק כאשר נכנסו למקרר ריק שעמד בחצרו של המשיב. הוא הורשע בבימ"ש השלום בגרימת מוות מתוך חוסר זהירות או פחזנות שלא היה בהם כדי רשלנות פושעת (לפי ס 218 לפקודת החוק הפלילי). המחוזי קיבל את ערעור המשיב וזיכה אותו מכל אשמה.

בפס"ד זה בית המשפט העליון קבע נורמטיבית מיהו האדם הסביר והרשיע את בש.

 \*נחקק חוק לאור מקרה זה בעניין בטיחות מקררים (1965).

* **לאחר תיקון 39** שונה נוסח הסעיף ברשלנות ל"**האדם מן היישוב"** דבר שמראה על כך שהמחוקק רוצה להפוך את זה לשאלה עובדתית ולא נורמטיבית. למרות זאת, ביהמ"ש נוטה להתערב בפס"ד יעקובוב ביהמ"ש אומר שאדם מן היישוב הוא האדם הסביר- כלומר מדובר בהכרעה נורמטיבית של האדם הסביר. כלומר התיקון לחוק מצביע על כוונה להפוך את העניין למבחן עובדתי אך ביהמ"ש השאיר את המהלך כפי שהיה וההכרעה הינה הכרעה נורמטיבית של האדם הסביר.

**רשלנות סובייקטיבית ורשלנות אובייקטיבית**

לאור הבעיה ברשלנות אובייקטיביות ישנן מס' שיטות:

🡨פרופ' קרמניצר- הוא מציע לשלב: יש להתחשב גם בנסיבות אינדיבידואליות לפי כישורי האדם המסוים ולבדוק האם הוא סטה מהמסוגלות האישית שלו? הוא מציע להכניס רעיון זה באמצעות פרשנות דרך הביטוי "בנסיבות העניין". לא נציב דרישת אדם סביר לכל אדם כי יש אנשים שמבחינה עובדתית לא יכולים להגיע לרף הזה ונוצרת חוסר הגינות. (בעיה מסוימת בשיטת קרמניצר: עלול ליצור תפיסה סטראוטיפית של ביהמ"ש- אם הוא מסתכל על האדם שמולו יש לו פתח להסתכל על השיוך הקבוצתי של אותו אדם. למשל לא נצפה מקבוצת אוכלוסייה כזו חלשה לפעול באופן כזה וכזה- פתח לסטראוטיפים).

🡨שיטת המשפט הגרמנית- בודקת מה אותו אדם סובייקטיבי היה יכול לעשות באותו עניין , בהינתן התכונות והרקע האישיים שלו- האם היה יכול להתנהג בצורה יותר זהירה ולמנוע את מה שקרה?

🡨שיטת המשפט הישראלית- החוק מצביע על יישום של רשלנות אובייקטיבית. לא מסתכלים על האדם המסוים אלא על האדם מן היישוב. בסופו של דבר בפסיקה ביהמ"ש סוטה מההגדרה האובייקטיבית של אדם מן היישוב ונוטה להתחשב גם סובייקטיבית כפי שניתן לראות **ביעקובוב** (התחשבות בכישורי האדם המסוים "הרופא והמהנדס הסביר").

* ישנן עבירות רשלנות שבהן עונש מאסר העולה על 3 שנים , אלו עבירות שנחקקו טרם תיקון 39, אז לפי ס' 90 ב לחוק, לאחר התיקון כל רשלנות מוגבלת ב-3 שנים:

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

נבדוק האם העבירה היא עבירת רשלנות, לבדוק באיזו שנה חוקקה העבירה, אם מדובר בעבירה של למעלה מ-3 שנים אז יש לומר שלאחר תיקון 39 נקבעה תקרה של גג 3 שנים לעבירתך רשלנות ולכן זה העונש.

* ישנן עבירות שנחקקו לפני התיקון ולא כתוב בהן שהן מסוג רשלנות- איך נדע שהן רשלנות? יש להסתכל על נוסח העבירה ולבדוק האם מדובר בעבירה מסוג רשלנות.

אבל—לשים לב שאם זו עבירה שנחקקה לאחר תיקון 39 אז צריך שיהיה כתוב במפורש שזו עבירת רשלנות, כל עוד לא כתוב שזו עבירה שאפשר לעבור אותה ברשלנות אז לא ניתן לקבוע זאת:

19.  אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –

(1)   נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה.

**עברות אחריות קפידה-**

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

          (ב)  לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור - עליו הראיה

עבירות אחריות קפידה- עבירות מסוימות בהן נדרשת הוכחה של היסוד העובדתי בלבד והתביעה לא צריכה להוכיח התקיימות רכיבי היסוד הנפשי.

לפני התיקון היו עבירות מסוג אחריות מוחלטת שהיו זהות לעבירות אחריות קפידה (שברגע שהוכחת יסוד עובדתי בלבד אז האדם מורשע). ההבדל הוא שבאחריות קפידה קיים ס' קטן ב לפיו יש לנאשם אפשרות להיחלץ מהרשעה פלילית גם אם הוכח היסוד העובדתי : באמצעות ס' ב – אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה אז הוא לא יורשע ולא תוטל עליו אחריות קפידה. (בפס"ד לקס נאמר שבעבירות אחריות קפידה- קיום היסוד העובדתי מצביע על חזקה גבוהה של התקיימות היסוד הנפשי). למרות שעבירות אחריות קפידה שונות מבחינה קונספטואלית מעבירות אחריות מוחלטת בכך שהן מאפשרות להיחלץ מהעבירה ע"י הוכחה שעשית ככל הניתן כדי למנוע, בפועל הן עבירות דומות כי נטל ההוכחה מאוד כבד על הנאשם להראות שעשה כל שיכל כדי למנוע.

הנטל על התביעה להוכיח את קיום היסוד העובדתי -ואז מוטלת אחריות קפידה. הנאשם יבוא ויטען שלא היה רשלן ויוכיח שעשה ככל הניתן.

איך נאבחן שעבירה בחוק הינה עבירה מסוג אחריות קפידה?

* בעבירות שנחקקו לאחר התיקון יש להראות שכתוב במפורש שמדובר בעבירת אחריות קפידה או שלא צריך להוכיח יסוד נפשי .
* לגבי עבירות שנחקקו לפני תיקון 39 – ס' 22 לא מבטל עבירות אחריות קפידה שחוקקו לפני התיקון בהן לא כתוב במפורש שמדובר באחריות קפידה:
* או שנקבע בדין שהן **עבירות אחריות מוחלטת** ולכן לאחר תיקון 39 הן הופכות לעבירות מסוג אחריות קפידה אוטומטית (זוהי דעה אחת למשל של השופטת נאור באחמד). ולפי ברק באוביטר אורן בנגב- לביהמ"ש הסמכות להכריע פרטנית האם העבירה תהפוך להיות עבירת אחריות קפידה.
* או שהן **עבירות שותקות**- לגביהן יש מחלוקת:

קדמי בפס"ד לקס: אם הן שותקות ולא נקבע בהן שהו אחריות מוחלטת אז לא ניתן קבוע שמדובר באחריות קפידה .

ברק בפס"ד אורן בנגב: ביהמ"ש יכול לקבוע פשטנית שהעבירות הן אחריות קפידה ואף אחריות מוחלטת.

בייניש בפס"ד לקס (דעה רווחת): ביהמ"ש יכול לקבוע פרטנית כי העבירה הינה מסוג אחריות קפידה בתנאי שביהמ"ש יראה שיש עבירות דומות מאותו סוג ונקבע עבורן שניתן להטיל בגינן אחריות מוחלטת.

**שיעור 14 - "סייגים לפליליות המעשה" – חלק א' – 22-05-17**

אחריות פלילית קיימת מקום בו התקיימו אצל אדם היסוד העובדתי והיסוד הנפשי ולא התקיימו אצלו שום תנאים של כלל משפטי שמסיר את האחריות הפלילית. אם התקיימו אצלו כללים משפטיים אשר מסירים את האחריות הפלילית ממנו אזי לא ניתן להרשיעו.

אנו נבחין בין

* סייגים
* הגנות
* חסינויות

חסינות היא כלל משפטי שמונע את העמדתו לדין של אדם משיקולי מדיניות שהם חיצוניים לדיני העונשין וזאת אף אם הוא אשם. חסינות דיפלומטית וחסינות חברי כנסת. חסינות דיפלומטית= אם מבצע דיפלומט עבירה בארץ , כל עוד המדינה שלו לא החליטה להסיר לו את החסינות לא ניתן להעמידו לדין. המדינה יכולה רק לגרש אותו.

הגנה, מאז תיקון 39, היא כלל משפטי שמתייחס לעבירה אחת או מס' מצומצם של עבירות שקובע תנאים שבהתקיימם מוסרת האחריות הפלילית בגין ביצוע אותה עבירה או אותן עבירות ספציפיות. בשונה מסייג אשר רלוונטי לכל העבירות בדיני העונשין בישראל, ההגנה תמיד תתייחס לעבירה אחת או מס' מצומצם של עבירות .

סייג הוא כלל משפטי כללי שקובע שבהתקיים תנאיו האחריות הפלילית מוסרת בגין ביצוע עבירה . משמע, בשונה מהגנות, סייגים הם רלוונטיים לכל עבירה באשר היא.

חוק העונשין מעגן מפורשות את הסייגים הבאים:

* קטינות
* היעדר שליטה
* אי-שפיות הדעת
* שכרות
* הגנה עצמית
* הגנת דרומי: בית מגורים/בית עסק/משק חקלאי מגודר
* סייג הצורך
* סייג הכורח
* סייג הצידוק
* סייג זוטי הדברים
* טעות במצב דברים
* טעות במצב משפטי
* הגנה על הרשות השופטת

אנו עשויים למצוא סייגים נוספים באחד משלושה מקומות:

1. לבתי המשפט סמכות ליצור סייגים חדשים בדרך הפסיקה
2. ישנם כללים משפטיים מסוימים שעל אף שאינם נמצאים בפרק הסייגים בחוק העונשין, העמדה הרווחת היא שהם נחשבים סייגים.
3. יכול להיות שישנם כללים משפטיים בספר החוקים, שביהמ"ש יקבע בעתיד שהם סייגים.

לפני תיקון 39 לא היתה עקביות מבחינת המינוחים. היו פס"דים שקראו לדבר מסוים הגנה כאשר כיום הוא נחשב סייג, עד כדי כך הבלבול היה גדול שגם היום יש מס' סייגים לאחריות פלילית שהשם המקובל שלהם מתחיל במילה "הגנה". למשל הגנה עצמית היא סייג. וכן כל הגנות הצידוק הן סייגים. גם ההגנה על הרשות השופטת היא סייג. לכן אין להניח שאם משהו נקרא הגנה או סייג אז הוא באמת כך . יש לשאול את השאלה: האם הכלל רלוונטי לכל עבירה באשר היא או שהוא רלוונטי רק לעבירה ספציפית או למס' עבירות ספציפיות?

🡨ללמוד טוב את ההגדרות מפס"ד רוזוב.

**🡨סייגים מסוג "הצדק" [[JUSTIFICATION**

סייג מסוג הצדק- מדובר בכלל משפטי שקובע שבהתקיים תנאיו, על אף שהתקיימו כל יסודות העבירה לא בוצע מעשה שלילי באופיו. אין אשם.

**🡨סייגים מסוג "הפטר" [Excuse] \*יש מקומות בהם יופיע כ"פטור"**

סייג מסוג "הפטר"- מדובר בכלל משפטי שקובע שבהתקיים תנאיו מחליטה החברה לפטור אדם מאחריות פלילית משיקולים ציבוריים שונים למרות שבוצע מעשה פסול.

הפטר- עשית משהו רע אך מוכנים לסלוח לך.

הצדק- אין אשם, לא עשית מעשה שלילי.

**השלכות סיווג הסייג**

1. **משמעות הזיכוי בעבור צדדים אחרים לעבירה**

לרוב, יש השלכה לגבי צדדים אחרים לעבירה. ככלל, ובכפוף לחריגים, אם קבענו שהסיבה לזיכוי היא **הצדק** אז לא יהיה ניתן להטיל אחריות פלילית גם על צדדים אחרים לעבירה.

ואם קבענו שהזיכוי הוא בגין סייג **ההפטר** אזי הזיכוי של האדם שנהנה מהסייג חל רק עליו, וצדדים אחרים לעבירה לא ייהנו ממנו. למשל- אם מישהו מספק נשק לאדם מטורף שרוצה להרוג מישהו– את המטורף יזכו בגין אי שפיות (סייג הפטר) אך את מספק הנשק לא יזכו.

1. **תביעה נזיקית-**

ככלל, אם אדם זוכה על בסיס **הצדק**, קורבנות לא יכולים לתבוע ממנו פיצויים בנזיקין, לעומת זאת אם הוא זוכה על בסיס **הפטר** אזי ככלל ובהפשטה (בכפוף לסייגים) קורבנות כן יכולים לתבוע בנזיקין.

1. **פרשנות לטובת הנאשם-**

הכלל של פרשנות לטובת הנאשם רלוונטי כאשר נדרשים לפרש סייגים מסוג **הצדק** ולא רלוונטיים לסייגים מסוג הפטר. מטרת ההצדק- לתחם את מעגל ההפללה ולכן יש לו דמיון לפונקציה של העבירה עצמה, ולגבי הקביעה מהו המעשה האסור חל הכלל של פרשנות לטובת הנאשם.

לעומת זאת הבסיס ל**הפטר** הוא קיומם של שיקולים ציבוריים שמובילים למסקנה על אף שהמעשה אסור בכל זאת אין להטיל אחריות פלילית ולכן אין נפקות כאן לכלל פרשנות לטובת הנאשם.

1. **מצב בו אדם מועמד לדין וזוכה**- במצב כזה, במקרים מסוימים האדם יכול להגיש תביעת נזיקין כנגד המדינה, בפס"ד שיבלי נקבע שאחד השיקולים שביהמ"ש ייקח בחשבון הוא האם הוא זוכה על בסיס הצדק או על בסיס הפטר, שאם זה היה על בסיס הפטר יש פחות סיכוי שייפסקו לטובתו פיצויים לעומת מצב שזוכה על בסיס הצדק בו ישנם סיכויים גבוהים יותר לפסיקת פיצויים לטובתו.

הערה לגבי סייגים מסוג הצדק

בין הצדקים לעבירות יש אלמנט משותף- תחימת מעגל ההפללה- הגדרת המעשה האסור. יחד עם זאת, יש הבדל משמעותי בין עבירות לבין הצדקים. הצדקים נועדו להסדיר סיטואציות יוצאות מן הכלל לכן ככלל זה לא ראוי להשתמש בהם כבסיס לרגולציה של תחומי פעילות. בשונה מעבירות שחלק מהן מטרתן רגולטיבית. זה נאמר בפס"ד של השב"כ שתפס חשוד בתכנון לביצוע פיגוע והשאלה שעלתה היא האם מותר להפעיל עליו אמצעי חקירה מיוחדים/לחץ בלתי מתון. עיקרון החוקיות אומר שאין סמכות לממשלה לעשות דבר מלבד מה שהחוק הסמיך אותה ולכן ביהמ"ש שאל את השב"כ מהו הבסיס החוקי לסמכות שלה והם ענו- סייג הצורך ("הגנת הצורך") . ביהמ"ש אומר שאם המדינה רוצה לקבוע שבסיטואציות מסוימות מותר להטיל לחץ אקטיבי מתון באופן קבוע אזי יש לעשות זאת בחוק.

🡨 הצדקים הם לא סוג של נורמה שאמורה לשמש לרגולציה של תחומי פעילות. אלא אמורים לעסוק במקרים יוצאי דופן כמו מרבית הסייגים.

**סייגים שנהוג לראות בהם הצדקים**

-סייג ההגנה העצמית

-סייגי הצידוק השונים, ס' 34 י"ג

-הסייג "הגנה של הרשות השופטת"

**סייגים שנהוג לראות בהם הפטרים**

-סייג הקטינות

-סייג היעדר השליטה

-סייג אי-שפיות הדעת

-סייג השכרות

-סייג הטעות במצב משפטי

**סייגים אשר סיווגם שנוי במחלוקת**

1. **טעות במצב דברים (טעות עובדתית**):

העמדה הרווחת רואה בטעות זו כסייג מסוג הפטר. יחד עם זאת יש הסבורים שטעות במצב דברים היא כלל לא סייג אלא מצב בו לא מתקיים היסוד הנפשי- כי טעות במצב דברים משמע שאתה לא מודע לאחד הרכיבים. לטענת המצדדים בעמדה זו, רק כאשר הטעות במצב דברים משתלבת עם סייג אחר אזי מדובר במצב של סייג מסוג הפטר. למשל הגנה עצמית מדומה – נער שמתחפש בפורים למחבל ושוטר יורה בו- יש כאן מצב של הגנה עצמית מדומה – כי בפועל לא היה סיכון ולכן יש כאן מצב של שילוב- סייג טעות שבעובדה וסייג הגנבה עצמית. במצב זה גם הדעה הזו תאמר שמתקיים כאן סייג מסוג הפטר.

1. **זוטי דברים:**

העמדה המקובלת רואה בזוטי דברים כסייג מסוג הפטר, סולחים על המעשה הפסול משיקולים ציבוריים מסוימים, למשל עלויות למערכת ממקרה כזה פעוט.

עמדה שנייה: ישנם מקרים בהם סייג זה הוא אכן הפטר, אך יש מצבים בהם לא יהיה מדובר בסייג הפטר ולא בהצדק אלא נורמה שבאופן דומה לעבירות ולהצדקים, קובעת את גבול המעשה האסור. אם הסיבות לזיכוי הן ייחודיות למקרה הפעוט, אזי מדובר בסייג מסוג הפטר, אך אם מדובר במקרה בו הבסיס לזיכוי הוא כללי יותר – כמו גניבה בעלת ערך פעוט אזי יש כאן קביעה נורמטיבית שגניבות פעוטות הן לא מסוג הדברים שראוי שדיני העונשין יעסקו בהם. (הפסיקה הישראלית פירשה את סייג זוטי הדברים באופן מאוד צר. פס"ד עזיזיאן, שהוא ההלכה בנושא, קובע שסייג זוטי הדברים יתקבל רק באותם מקרים בהם אין במעשה עצמו מידה מינימאלית של סכנה לערך החברתי המוגן ואין המקרה הולם מבחינה עניינית את המושג של עבירה פלילית).

1. **סייג הכורח**

34יב. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאנוס היה לעשותו עקב כך.

העמדה המקובלת רואה בסייג הכורח סייג מסוג הפטר: כי אמנם האדם היה בסכנה אך הוא פעל בדרך שמפירה את החוק. נוסח הסעיף משדר שהאדם פעל מתוך מצוקה ולכן העמדה המקובלת היא שמדובר בסייג מסוג הפטר. יחד עם זאת יש שאומרים שדיני העונשין נכתבו בשביל בני אדם ואם מדובר בסיטואציה בה לא ניתן לדמיין אדם שהיה נוהג אחרת ולא מפר את החוק, אזי מדובר בהצדק אשר מתחם את גבול האיסור הפלילי.

יש דעה שלישית שאומרת שלעיתים נקבע שהסייג הוא הפטרי באופיו ולעיתים נקבע שהזיכוי הוא הצדקי באופיו.

1. **סייג הצורך**

34יא. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.

העמדה המקובלת רואה בסייג הצורך כסייג מסוג הצדק. אך יש הרואים בו סייג מסוג הפטר. התייחסות למצב כמצב בו ההתנהגות המצופה היא שלא להפר את החוק אלא סולחים לו בגלל שהיה במצוקה. ההשקפה השנייה רואה במבחן הגנת הצורך כמבחן עלות מול תועלת – אם התקיים הסייג הרי שיותר תועלת הושגה מהפרת החוק ע"י האדם מאשר התועלת שהיתה מושגת אם הוא לא היה מפר את החוק.

מחנה ביניים- השקפה שאומרת שיהיו מקרים בהם זיכוי על סמך סייג הצורך יהיה הפטרי באופיו ויהיו מקרים בהם יהיה הצדקי באופיו.

**הנטלים בהקשרם של הסייגים והגנות לאחריות פלילית**

**הנטלים בהקשר של סייגים**

ס' 34 ה' רבא קובע :

34ה.  מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית.

🡨 ניתן להבין שברירת המחדל היא שלא מתקיים סייג.

לעומת זאת:

34כב. (א)  ...

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

🡨 ניתן להבין שברירת המחדל היא שכן מתקיים סייג.

אם היה קיים רק סעיף 34 ה' , אז לכאורה היינו מבינים שחוק העונשין קובע חזקה שבדין שבמצב הדברים הרגיל מעשים מבוצעים בלי שיתקיים סייג. הרי שמה שהיינו מבינים מהסעיף הוא שעל נאשם להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות שבמקרה שלו כן התקיים סייג. אך זו תהיה פרשנות לא נכונה של הסעיף, זאת לאור האמור בסעיף 34 רבא ב' קטנה. אשר קיומו של סעיף זה משנה שני דברים:

1. יוצר הבחנה בין שני סוג נטלים.
2. מנמיך את גובה הנטל שקיים על הנאשם.

משילוב שני הסעיפים יחד נוצר מצב בו לתביעה אין חובה להוכיח שלא התקיים מצב של סייג. מה שס' 34ה' אומר הוא שנטל הבאת הראיות הראשוני שהתקיים סייג, מוטל על הנאשם. זהו נטל פרוצדורלי הנובע מההנחה הפשוטה שיש יותר סיכוי שלנאשם תהיינה ראיות אודות קיום הסייג. הנאשם מעלה טענה של סייג אם הוא יצר ספק סביר שהתקיים הסייג (5%) . אם הוא הצליח אזי הנטל עובר לתביעה להוכיח שלא התקיים סייג. בגלל שנטל זה הוא פרוצדורלי באופיו, בניגוד לזה המופיע בסעיף 34 כב (מעבר לספק סביר) שהוא נטל מהותי, אז המהות גוברת על הפרוצדורה, במובן זה שאם השופט יראה שהראיות שהובאו ע"י התביעה מעלות ספק סביר לקיומו של סייג אז אם התביעה לא תפריך את הספק הסביר הזה -הנאשם יזוכה , למרות שהוא לא ציין שקיים סייג- אך אלו מקרים חריגים בהם הסנגור לא יעלה את עניין הסייג עבור הנאשם שלו.

לכן נטל הבאת הראיות הראשוני הפרוצדורלי הוא נטל רדום שהנאשם צריך להעיר אותו (ולפעמים כאמור יתעורר ע"י ביהמ"ש).

**פס"ד רוזוב**

**עולה שאלה בפסק דין זה: האם אותו הסדר נטלים שתיארנו לעיל, רלוונטי גם בשני מקרים אחרים מאלו שדנו בהם:**

**האם הסדר זה חל גם על הגנות ולא רק על סייגים?**

פס"ד זה עוסק בחוק ניירות ערך בו יש סוגים של מעשים שאם אתה מבצע אחד מהם אתה מבצע עיסקה במידע פנים. ויש שם סעיף שקובע שגם אם עשית שימוש במידע פנים זה לא ייחשב עבירה. זו הגנה ולא סייג. השאלה היא האם הסדר הנטלים רלוונטי גם להגנות? השאלה צצה כי טרם תיקון 39 לכל סייג או הגנה היה הסדר ספציפי המסדיר את הנטלים בעניינו. לאחר התיקון, נקבע שלגבי כל הסייגים שמפורטים בחוק העונשין בתת הפרק של סייגים יחול הסדר הנטלים שדיברנו עליו. אמנם התיקון לא מתייחס מפורשות להגנות ולא מתייחס להסדר הנטלים שיחול בנוגע לסייגים שנמצאים במקום אחר (תוצר הפסיקה או מופיעים שלא תחת כותרת הסייגים שבחוק אלא במקום אחר בחוק, למשל סעיף 34 – סעיף זה קובע כלל כללי שרלוונטי לכל העבירות שעל פיו , בהתקיים תנאיו, לא תוטל אחריות פלילית על משדל או מסייע למרות שבוצעה עבירה. לאור זאת הוא נחשב סייג.

הסנגוריה אומרת שהסדר הנטלים חל על כל הסייגים ועל כל ההגנות. המדינה מתייחסת לכוונת המחוקק ואומרת שהסדר הנטלים יחול רק על פרק הסייגים שבחוק העונשין ומה שלא משם- יחול עליו מאזן ההסתברויות.

**ביהמ"ש בא ואומר שהסדר הנטלים חל על כל נורמה שהיא סייג ולא משנה היכן היא ממוקמת**.

**ולגבי הגנות**- ככלל נניח שמה שחל בעניינן זה מאזן ההסתברויות .יחד עם זאת, ייתכן מצב שבו לגבי הגנה ספציפית כזו או אחרת יקבע ביהמ"ש שחל בהקשרן הסדר הנטלים עליו דיברנו.

כלומר:

🡨אם זה סייג- חל הסדר הנטלים (ואולי ניתן לפרש מפסק הדין שהשופטים משאירם לעצמם פתח במקרה מסוים שהשופט יחליט שעל סייג מסוים יחול מאזן הסתברויות)

🡨אם זו הגנה- בדר"כ חל מאזן ההסתברויות אך לביהמ"ש היכולת לקבוע לגבי הגנה מסוימת שגם לגביה יחול הסדר הנטלים.

אמנם חשין ובייניש חלוקים בשאלה - מה יוביל את ביהמ"ש להחליט שלגבי הגנה ספציפית זו או אחרת יחול לגביה הסדר הנטלים ולא מאזן ההסתברויות.

חשין: השיקול המרכזי בעניין זה הוא השיקול הראייתי. בגדול הוא אומר (כדאי לקרוא בפסק הדין) שצריך לשאול באיזו מידה הראיות נמצאות בידי הנאשם ובשליטתו?

בגדול רק במקרים בהם מדובר בהגנה שעוסקת במצב בו השליטה של הנאשם על הראיות יחסית קטנה- רק אז יטה ביהמ"ש לקבוע שעל ההגנה חל הסדר הנטלים ולא מאזן ההסתברויות .

בייניש: אומרת שהכל תלוי בתכלית החקיקה וההגנה הספציפית. היא נותנת מס' קווים מנחים – לשון החוק, אופיה של העבירה והמערך החקיקתי הו היא מופיעה, תחום החקיקה, מבנה העבירה.

**שיעור 15 - "סייגים לפליליות המעשה" – חלק ב' – 5-06-17**

\*אין צורך לדעת את סייג היעדר השליטה ולא את סייג השכרות. שאר הסייגים שנדבר עליהם בכיתה יש לדעת ברמה שנלמדה.

**סייג אי שפיות הדעת (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

 34ח.  לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה, בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי

 בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש –

(1)   להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או

(2)   להימנע מעשיית המעשה.

אדם החולה ברוחו- מחלת נפש. קשר בין מחלת הנפש/הליקוי השכלי לבין היעדר הבנה או היעדר היכולת להימנע.

במחלות נפש, בשונה ממחלות פיזיות, עשויים להיות מומחים שונים החלוקים בדעותיהם אודות המחלה.

(בארה"ב נטען שקיים סינדרום הילד העשיר לפיו ילד כזה לא מסוגל להבין את הפסול במעשיו).

חילוקי הדעות יכולים להיות על:

-קיום הסינדרום

-האם האדם חולה נפש

-קש"ס בין הליקוי לבין חוסר יכול להבין את הפסול במעשה או להימנע ממנו.

ביהמ"ש שומע את דעות המומחים אך מכריע בסופו של דבר בעצמו, שיקול הדעת יחסית רחב בעניין מחלות נפש לאור חילוקי הדעות בנושא.

מהו חוסר יכולת של ממש? 🡨

גישה מצמצת- קובעת שהאדם צריך להיות חסר כל יכולת על מנת לפטור אותו מאחיות פלילית.

גישה מרחיבה- מסתפקת בקביעה שלאדם היה חוסר יכולת מסוימת ולא יכולת מלאה.

**ברוכים** מתקשר לפי אמונתו עם המגיד. **מוהן** מתקשר לפי אמונתו עם המשיח. שניהם מתנהלים ברמה סבירה בחייהם מלב העובדה שברוכים מאמין שהמגיד אומר לו להצית מכון עיסוי. ומוהן אומר שהמשיח אומר לו לשרוף את מסגד אל אקצה. לשניהם נראה כי יש ליקוי נפשי, יש קש"ס בין הליקוי לבין המעשה הפלילי שעשו (ברוכים שרף את המכון ונהרגו 4 אנשים ומוהן ניסה לשרוף את המסגד). שניהם יודעים להיזהר מהמשטרה ולנקוט בצעדים שיאפשרו להם לבצע את המעשה מבלי להיתפס- יש להם שליטה מסוימת על הפעולות הקשורות לפשע. מוהן הוא פס"ד משנת 69, הוא מורשע בהתאם לגישה המצמצמת לאור העובדה שהוא פעל באופן מתוכנן והיסס לפעול ליד שוטרים. ברוכים הוא פס"ד משנת 2002 , הוא מזוכה בהתאם לגישה המרחיבה כאשר ביהמ"ש קובע שהעובדה שהתפקוד שלו בתחומים שלא נוגעים בליקוי הנפש היו תקינים-לא אומר שהוא לא חוסה תחת הסייג- אמנם יש לו שליטה על מועד ביצוע הפעולה וכל מה שמסביב אך אין לו שליטה על עצם העובדה שהוא חייב לבצע את הפעולה שהמשיח אמר לו לעשות.

**סייג הגנה עצמית (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

 34י.   לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה

 סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך

 הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות

 הדברים.

בפס"ד סומך-

הדיון של ביהמ"ש הוא ניסיון ליישם את התנאים השונים של הסייג על המקרה של סומך.

בימה"ש העליון אומר שיש 6 תנאים מצטברים על מנת להקים את סייג ההגנה העצמית:

1. תקיפה שלא כדין: העמדה היא שההגדרה למונח תקיפה רחבה יותר מאשר ההגדרה של תקיפה בסעיף 378 (עבירת התקיפה) כי לפעמים בהגנה עצמית אנחנו צריכים להגיב עוד בשלב האיום, כאשר האיום הוא מיידי או קרוב למיידי.
2. סכנה מוחשית: לא ניתן לדרוש חשש לסכנה וודאית ולכן כל מה שניתן לדרוש הוא סכנה מוחשית-קרי, הסתברות גבוהה להתממשות. וודאי אין מדובר בסכנה ערטילאית או רחוקה.
3. מידיות הסכנה: דרישה זו תאבחן את ההגנה העצמית מהגנות הצורך והכורח. לפי דרישה זו הפעולה לא תעשה מוקדם מידי ושתיפסק ברגע שאין יותר סכנה (חלק מדרישת הנחיצות) והיא מניחה שלא ניתן לדרוש מהאדם לחכות עד שיהיה מאוחר מידי.
4. היעדר כניסה למצב התנהגות פסול שנצפה מראש: תנאי זה נועד שלא לתמרץ אנשים להיכנס למצבים מסוימים בידיעה שאח"כ יהיו מוגנים ע"י הסייג.
5. נחיצות: דרישת הנחיצות מתחלקת לשתי דרישות-
* **נחיצות איכותית:** לא היתה לאדם אפשרות לנקוט באופציה לא אלימה. סוגיית הבריחה היא סוגיה שתמיד תעלה בעת בדיקת הנחיצות האיכותית. היסטורית, ישנם שלושה שלבים בהתייחסות של מערכות המשפט המערביות לפעולות של סעד עצמי אלים.

שלב ראשון- המשטרה לא היתה אפקטיבית והדין אפשר לאנשים, באופן יחסית מקל, לנקוט בסעד עצמי אלים ולאכוף בכוח את הדין בעצמם. מקרים בהם היה מותר לכל אדם להרוג את הפושע כי היה מדובר בפשע שברור שנפשו של האדם הזה היתה רקובה. אדם הנחשב פורע חוק שברח מאימת הדין וכל אדם היה רשאי לתופסו חי או מת.

 שלב שני (שנות ה80)- ההיתר לבצע סעד עצמאי אלים צומצם יותר ויותר עד לכדי שהוא מתבטל ובמקומו מתפתחים הסייגים. כי: א'- המדינה התפתחה ויש לה רשויות אכיפה שהן אלה שצריכות לאכוף ולהשתמש בכוח ולא האדם הפרטי. ב'- ערך קדושת החיים לגביו יש עמדה עקרונית ברורה התומכת בכך שגם חייהם של פושעים הם קדושים ולכן מתפתחת עמדה משפטית שמצמצמת מאוד את האפשרות לזכות בסייג ההגנה העצמית. אחת הדרכים בהן בא לידי ביטוי הצמצום הוא ביצירת חובה חזקה לברוח כאשר אתה מצוי באיום, אם אינך חבר ברשויות אכיפת החוק אזי מצופה ממך לברוח ולא לפגוע בקדושת החיים של מי שמולך ושלך. מנגד, ניתן לראות בארה"ב ניצנים של שלב שלישי:

שלב שלישי- העידן המודרני יש אמון הולך ופוחת ברשויות אכיפת החוב. יכולות האכיפה של המשטרה הן מצומצמות מאוד, ויש קושי לסמוך על המשטרה אך יחד עם זאת דווקא בעשורים בהם מתפתח שלב זה חלה ירידה ברמת הפשיעה, יש רק אשליה שהפשיעה גוברת אך באמת היא פוחתת. בשלב זה מתפתחות דוקטרינות שמשחררות את הרסנים במידה מסוימת ביחס לזמן עבר. פס"ד סומך הוא ביטוי מצער של מגמה זו. נכון שהמקרה היה קשה אך האם היה צריך להסתיים בזיכוי? הגישה של שנות ה-80 מתבטאת במילים של סולברג "אין עלינו לבחון את המצב בסיטואציה הסטרילית השקטה של ביהמ"ש" -

"אכן, כשבוחנים את מהלך הדברים 'בהילוך איטי', "באוירה השקטה יחסית של אולם בית המשפט" (עניין גורוביץ, פסקה י"ב), האפשרות להסתפק בירי ממוקד של כדור אחד בלבד לעבר מרכז גופו של בּן נראית מחוייבת המציאות. ברם, דומני כי בנסיבותיו האובייקטיביות של האירוע דנן, בסיטואציה המסעירה והמורכבת בה היה נתון ניר, אין זו כי אם חכמה שלאחר מעשה. אדגיש: איני סבור כי בשל נסיבות העניין איננו יכולים להעביר תחת שבט הביקורת ולשפוט את מעשיו של ניר, בחינת "אל תדין את חברך עד שתגיע למקומו" (השוו: שם)".

למה רוצה ביהמ"ש לתת חשיבות? לערך החיים או לתת לגיטימציה לביטויים של זעם?

* **נחיצות כמותית**: בוחנת האם לא היה ניתן להסתפק בכוח מצומצם יותר (אין לבלבל בין דרישה זו לדרישת המידתיות).
1. מידתיות : בודקת פרופורציונאליות בין הנזק שנגרם עי" המתגונן לבין הנזק שהיה נגרם ע"י התוקפן. הדרישה היא לא יחס של 1:1 אלא מעט יותר סלחנית כך שנטילת חיים תיחשב כמענה מידתי במקרה שיש חשש שהתוקפן יגרום לנזק גופני חמור.

\*הגנה עצמית מדומה- זהו סייג מסוג הפטר שנוצר מקריאה משולבת של סייג ההגנה העצמית יחד עם סייג הטעות במצב דברים. המבחנים של סייג ההגנה העצמית הם מבחנים יחסים אובייקטיביים . אך מה אם אובייקטיבית אין סיכון אבל האדם טועה לסבור שהוא נמצא במצב של סיכון? יש גישה שתאמר שהטעות שלו גרמה למעשה לא מוצדק ולכן הוא לא זכאי לסייג- מה שנקרא בעיה שלו. הדין הישראלי כיום יותר סלחן ורואה בסיטואציה הזו סיטואציה שבה יכול לקום לו סייג מסוג הפטר (בהגנה עצמית מדובר בסייג מסוג הצדק) שאדם בתום לב חושב שהוא נמצא בסיכון יקום לו סייג מסוג הפטר – שילוב של סייג ההגנה העצמית והסייג של טעות במצב דברים. לכאורה, הטעות של האדם במצב של הגנה העצמית המדומה אינה חייבת להיות סדירה, די בכך שהיא כנה- האדם באמת טעה לסבור שהוא במצב של הגנה עצמית גם אם אדם סביר לא היה טועה לחשוב כך. היילו לא באמת היה בסכנת חיים, הוא טען להגנה עצמית מדומה והיה קשה מאוד לקבל את הטענה הזו.

🡨לקרוא את סייג ההגנה על מקום מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר ולהשוות בינו לבין הגנה עצמית. אין ספק שהסיטואציה של דרומי היתה סיטואציה שבה הוא מפחד כל הזמן ולא יכול לסמוך על המשטרה, וזה יותר מכעיס כאשר יודעים שגם את האוכלוסייה ממנה מגיעים העבריינים המשטרה מקפחת. יחד עם זאת, אין ספק שהסיפור של דרומי לא עומד בתנאים של הגנה עצמית, דעת המיעוט מוכיחה זאת.

רק בהתקיים 6 התנאים יקום לזכות הנאשם הסייג של הגנה עצמית.

**צורך (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

34יא. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.

המעשה צריך להיות דרוש באופן מיידי להצלת חיים אך הסכנה צריכה להיות מוחשית (לא מיידית).

הבדל מרכזי בין הגנה עצמית צורך- בהגנה עצמית הסכנה נובעת מתוקפן, וכאן הסכנה נובעת ממצב דברים.

מה הכוונה במילים "לא היתה דרך אחרת לעשותו"

* פרשנות מצמצמת: מצבים של אילוץ בלבד כאשר אין ברירה אחרת.
* פרשנות מקילה יותר: די בכך שזה הרע במיעוטו. במאזן הדברים הנזק קטן יותר מהמעשה שעושה האדם לעומת הנזק שיגרם אם לא יעשה את המעשה.

הפרשנות המקובלת כיום היא הפרשנות המקלה יותר (אם הנאשם)- די בכך שזה הרע במיעוטו. האיזון נוצר ע"י כך שהסייג קם רק במקום בו מדובר בסכנה מוחשית לפגיעה חמורה.

**כורח (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

34יב. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאנוס היה לעשותו עקב כך.

בסעיף אחר בחוק נדרש שהמעשה לא יהיה בו משום חריגה מהסביר (34טז. הוראות סעיפים 34י, 34יא ו-34יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה.)

בס"ד

**שיעור מס' 16- הלכת הצפיות- 7-6-17**

היות ואין אנו יכולים לדעת מה מתרחש בנפשו של האדם, התפתחו בדיני העונשין כללים משפטיים שונים שנועדו להקל על מלאכתו של השופט.

הכללים המשפטיים מטרתם היא אחת משתיים:

* קובעים שהיה ויתקיימו נתונים עובדתיים מסוימים הרי שביהמ"ש יכול להניח שהתקיים היסוד הנפשי.
* מניחים את הרף לגבי מה נדרש מביהמ"ש להוכיח. (דוגמה: בעבירות תוצאה ביהמ"ש יכול להסתפק בהוכחת פזיזות ביסוד הכוונה).

דוגמה למקרה בו במקום להוכיח מה מתרחש בנפשו של האדם די שתוכיח מהי התוצאה הטבעית של המעשים שלו: חזקת המודעות הכללית – חזקה שאדם מודע בדר"כ למשמעות התנהגותו מבחינת טיבה הפיזי והתקיימות הנסיבות בהקשרן נעשית ההתנהגות, ולאפשרות גרימת התוצאות שנובעות באופן טבעי מההתנהגות.

הלכת הצפיות- כיום קבועה במפורש בחוק, 20 (ב):

  "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן."

אם הוכחנו שאדם צפה בהסתברות קרובה לוודאי שההתנהגות שלו תוביל לתוצאות הרי שכאילו הוכחנו שהתכוון לגרום אותן.

בעבירת תוצאה נצטרך להוכיח במסגרת היסוד הנפשי מודעות להתנהגות, לנסיבות ולגבי התוצאה נצטרך להוכיח: כוונה או פזיזות. הלכת הצפיות באה ואומרת – היה ואתה מנסה להוכיח כלפי האדם כוונה ולא מסתפק בהוכחת פזיזות, יש לך שתי אופציות:

* תנסה להוכיח כוונה- שהאדם פעל מתוך רצון להוביל לתוצאה.
* תסתפק בתחליף לכוונה- הלכת הצפיות- תוכיח שהאדם צפה כאפשרות קרובה לוודאי את קרות התוצאה ואז כאילו הוכחת שהוא התכוון לכך.

🡨יש לשים לב שצריך להוכיח זאת כלפי הנאשם הספציפי ולא כלפי האדם הסביר. יחד עם זאת בדר"כ זו לא תהיה משימה קשה במיוחד מכיוון שהלכת הצפיות בדר"כ תוכל לרכב על חזקת המודעות הכללית - חזקה שאדם מודע בדר"כ למשמעות התנהגותו מבחינת טיבה הפיזי והתקיימות הנסיבות בהקשרן נעשית ההתנהגות, ולאפשרות גרימת התוצאות שנובעות באופן טבעי מההתנהגות. וצופה את התוצאות הטבעיות של מעשיו. רק כשמדובר בתוצאות חריגות אזי הלכת הצפיות לא תוכל לרכב על חזקת המודעות הכללית. חזקה זו אינה חלוטה- הנאשם יוכל להפריכה באמצעות מאזן ההסתברויות אך בדר"כ לא יצליח לעשות זאת.

אם עמדנו בדרישות הלכת הצפיות כאילו הוכחנו כוונה- ולהוכחת כוונה, בשונה מהסתפקות בהוכחת פזיזות, יש שני יתרונות:

1. ישפיע על חומרת העונש (מי שהורשע על סמך הוכחת כוונה ייענש בעונש חמור יותר).
2. ישנן עבירות תוצאה בהן המחוקק קבע שיש להוכיח כוונה- ובעבירות הללו תוכל להשתמש בהלכת הצפיות שהיא תחליף לכוונה.

כשאתה צופה באפשרות קרובה לוודאי את התוצאות ועדיין מבצע זה דומה למצב בו התכוונת לגרום לתוצאה ולכן זה מעביר את המסר שזה סיטואציה יותר חמורה מכך שרק היית פזיז. המחוקק ראה באותה רמת חומרה את הצפיות ואת הכוונה. אם אדם יודע למה כנראה התנהגותו תוביל- זה מאוד קרוב מבחינת חומרת האשם המוסרי למצב בו האדם מתכוון שזה יקרה, וזאת בשונה מפזיזות- אדישות (לא אכפת לך) וקלות דעת (מקווה שזה לא יקרה).

\*בשונה מפזיזות (אדישות וקלות דעת) בהלכת הצפיות יש את העניין שהאדם ידע באפשרות קרובה לוודאי את האפשרות לגרימת התוצאות בשונה מפזיזות של קלות דעת למשל בה הוא ראה את התוצאה בסיכוי אפסי ומקווה שלא תקרה שהוא יהיה האחד שזה לא יקרה לו.

האם ישנם הקשרים אחרים בהם ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות (שאמרנו שהיא תחליף לכוונה) כתחליף להוכחת מניע או מטרה או כוונת תחילה?

הלכת הצפיות נוצרה בהלכה, עוד טרם עוגנה בחוק, בתי המשפט עשו שימוש בהלכת הצפיות גם כתחליף למניע או מטרה וכו'. הכלל היה שכל עבירה שבה ייתכן וההלכה רלוונטית- עבירת תוצאה/מטרה/מניע/כוונת תחילה, יש לבחון פר עבירה, האם בהקשרה ראוי לעשות שימוש בהלכת הצפיות. מה השתנה לאחר תיקון 39? לביהמ"ש אין יותר שיקול דעת בהקשר של עבירות תוצאה – החוק אומר במפורש שבהקשר זה יש תחליף לכוונה שהוא הלכת הצפיות בס' 20 ב', ואין יותר בדיקה פר עבירה. הוויכוח הוא האם גם התכוון המחוקק בתיקון 39 להורות לביהמ"ש שאסור להם יותר לעשות שימוש בהלכת הצפיות בהקשרים אחרים. האם זה ביטול משתמע או הסדר שלילי בזה שקבע שהלכת הצפיות היא תחליף לכוונה? האם התכוון לומר שהיא לא יכולה לשמש תחליף גם לדברים אחרים? או שפשוט התכוון להשאיר את המצב הקיים (שיקול דעת של ביהמ"ש לגבי כל עבירה) לגבי הדברים האחרים?

**🡨האם ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה?**

**איסור פרסום הסתה לגזענות (תיקון מס' 20) תשמ"ו-1986**

144ב. (א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו - מאסר חמש שנים.

1. לעניין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא.

מובן לפי ס' (ב) שמדובר בעבירה שאינה עבירת תוצאה אלא עבירת התנהגות ולכן עניין הכוונה אינו רלוונטי כאן. אך כן יש כאן דרישה של מטרה- פועל מתוך רצון שיקרה משהו עתידי בעקבות ההתנהגות שלו.

הרב אלבה פרסם ספר המסית לגזענות בנוגע להלכות הריגת גוי, הוא טען שסה"כ פרסם את עמדת ההלכה היהודית בנוגע לכך- הטיעון שלו מעלה שאלה – מה קורה עם אדם שמפרסם דבר שהוא יכול לצפות באפשרות קרובה לוודאי שזה יסית לגזענות אך זו לא המטרה שלו. כמו שאלבה טען רצה לעשות זאת רק כדי לפרסם את ההלכה. אך ניתן לומר שהוא צפה באפשרות קרובה לוודאי שהפרסום הזה יסית לגזענות . האם בהקשר זה ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות ולהרשיע אותו? האם הלכת הצפיות יכולה לשמש תחליף להוכחת מטרה?

**עמדה 1:** לא ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה.

* טיעון פורמלי: אם המחוקק אמר שהלכת הצפיות היא תחליף לכוונה אז לא ניתן להסיק מכך שהתכוון שזה יהיה תחליף גם לדבר אחר. הסדר שלילי.
* טיעון מהותי: עבירות מטרה הן חריגות ביותר. העבירות הללו נועדו למקרים צרים וחריגים ולא ראוי להרחיב את מעגל ההפללה בכך שנאפשר הרשעה בעבירות מטרה באמצעות הוכחת הלכת הצפיות כתחליף.

**עמדה 2:** ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה.

* טיעון מהותי: נכון שמטרה וכוונה הן דברים שונים אך הן קרובות באופיין. מספיק קרובות עד לכדי שאם הגענו מסקנה שראוי לעשות שימוש בהלכת הצפיות באופן גורף כתחליף לכוונה הרי שראוי להגיע לאותה מסקנה גם בהקשר של מטרה.
* טיעון פורמלי: לא ניתן להסיק שהמחוקק התכוון לאסור את השימוש של הלכת הצפיות בהקשר של מטרה. להפך, ניתן לעשות היקש וכאמור להחיל אותה באופן גורף גם בהקשר של מטרה.

**עמדה 3: הכל בהתאם לעבירת המטרה הספציפית ותכליתה. יש לבדוק פר עבירה. (העמדה הרווחת בפסיקה)**

פס"ד אלבה אומר במרומז שיש מחלוקת האם העבירה הספציפית הזו היא עבירה שראוי בהקשרה לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה. ברק אומר : ספציפית בעבירה זו – לא, בגלל חופש הביטוי. חלק מהשופטים אומרים שכן, לא רואים סיבה למה לא להחיל את הלכת הצפיות בעבירה הזו כתחליף למטרה.

🡨דוג' לפסיקה בה ביהמ"ש איפשר להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה. **לגבי עבירת שיבוש הליכי משפט.**

פס"ד אלגד-שוטר שכהשלמת הכנסה ובניגוד לדין עובד כמאבטח במועדון. מתפתחת קטטה במועדון ואלגד נפצע. אלגד חושש שהמשטרה שתחקור את האירוע תגלה שעבד במועדון ללא אישור. הוא משקר לרופא ומשכנע את חבר שלו לא להזכיר את המעורבות שלו בקטטה. העבירה של שיבוש הליכי משפט היא עבירת מטרה הדורשת שהמעשים נעשו מתוך מטרה לשבש הליכי משפט. אלגד אומר שלא ניסה לשבש את החקירה בדבר הקטטה, הוא רק ניסה למנוע שיגלו שעבד ללא היתר. ביהמ"ש השתכנע ואומר שבהקשר של העבירה הספציפית הזו של שיבוש הליכי משפט- ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף מטרה- ולכן היה והוכחנו שאדם צפה כאפשרות קרובה לוודאי שמעשיו יובילו לשיבוש הליכי משפט , כאילו שהוכחנו שפעל מתוך מטרה לשבש את הליכי המשפט. בייניש מאמינה לו שהוא לא פעל מתוך המטרה הזו אך מרשיעה אותו באמצעות הלכת הצפיות.

דוג' לפסיקה בה ביהמ"ש לא איפשר שימוש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה . בעבירת לשון הרע. חוק איסור לשון הרע קובע את האיסור באמצעות שני סעיפים:

ס' 7- עוולה אזרחית- עוולה נזיקית. פרסום לשון הרע לאדם או יותר זולת הנפגע, תהא עוולה אזרחית

ס' 6- קובע שזה יכולה להיות גם עבירה פלילית- המפרסם לשון הרע בכוונה לפגוע בשני בני אדם או יותר זולת הנפגע דינו מאסר שנה.

שני אלמנטים יהפכו את פרסום לשון הרע מעבירה אזרחית לעבירה פלילית:

* פרסום לשני אנשים נוספים (במקרה של העוולה צריך אדם אחד נוסף לנפגע ובמקרה של פלילית צריך 2 אנשים נוספים לנפגע)
* מתוך כוונה לפגוע- המחוקק היה צריך לרשום במטרה לפגוע.

האם בהקשר של העבירה הזו ראוי להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה?

1. ברק- בעבירות חופש ביטוי צריך לנקוט בכל פעילות אפשרית שתצמצם את מעגל ההפללה.
2. ברק עושה הבחנה רכה בין עבירות מטרה תוצאתיות לעבירות מטרה התנהגותיות- הוא לא אומר שבאחת תמיד ניתן להשתמש ובשנייה לא. אלא אומר שביהמ"ש צריך יותר להיזהר בעת השימוש בהלכת הצפיות כתחליף מטרה כאשר מדובר בעבירות מטרה שאינן תוצאתיות . כי בעבירות תוצאה יש אמצעי אחר שמסייע במניעת הרחבת יתר של מעגל ההפללה-דרישת התוצאה. בעבירות התנהגות אין לנו את המחסום הזה ולכן צריך להיזהר.
3. ההשוואה בן ס' 6 לס' 7 ממחישה באופן ספציפי לגבי לשון הרע, שלמחוקק היתה כוונה לתחם את מעגל ההפללה רק למקרים בהם הפעולה נעשית מתוך מטרה לפגוע ולכן במקרה הזה שימוש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה יהיה בניגוד לכוונתו הספציפית של המחוקק.

**🡨האם ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף למניע?**

**הדרישה להוכחת מניע מופיעה בחוק העונשין בשני הקשרים:**

1. מניע כנסיבה מחמירה-ישנן עבירות שאם אתה עושה אותן מתוך מניע מסוים אזי העונש המקסימלי גדל בניגוד לאם תעשה אותן ללא מניע. ס' 144 ו' א- אם העבירות בסעיף זה נתבצעו מתוך מניע גזעני אזי העונש המקסימלי חמור יותר.
2. מניע- ישנן עבירות בהן אין שימוש במונח מניע אלא מופיע מונח אחר אך מלומדים מסוימים טוענים שמדובר בעבירות שדורשות הוכחת מניע והפירוש הנכון למונח האחר הוא מניע.

בשני ההקשרים הללו עולה השאלה האם ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת מניע.

עמדה 1: לא ניתן להחיל את הלכת הצפיות בתחליף למניע.

* טיעון פורמלי (כמו לגבי מטרה)
* טיעון מהותי (כמו לגבי מטרה)
* טיעון ספציפי לגבי מניע- מניע שונה מכוונה ומטרה, כוונה ומטרה צופות פני עתיד בעוד מניע הוא הלך נפש אשר מתקיים בהווה ולא ראוי בהקשרו לעשות שימוש בהלכת הצפיות בהקשרו אשר מתייחסת לקונסטרוקציה בה האדם צפה משהו עתידי בעקבות מעשיו.

עמדה 2: ניתן להחיל את הלכת הצפיות כתחליף מניע כי ההבדל בין מניע למטרה הוא הבדל דק. אדם הרוצח אדם אחר מתוך רצון לרשת אותו, האם זה מניע או מטרה? זה שנוי במחלוקת וזה ממחיש את הקושי להבחין בין מניע למטרה. אדם שפועל מתוך מניע גזעני האם אינו רוצה להשפיע גם על אחרים שיעשו כך? גם זה שנוי במחלוקת.

**עמדה 3: עמדת ביניים. הכרעה לגבי כל עבירה לגופה. ככל הנראה העמדה הרווחת.**

**🡨האם ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף לכוונת תחילה?**

**עבירות תוצאה רגילות-**

יש להוכיח לגבי הרכיב הנפשי:

1. מודעות להתנהגות
2. מודעות לנסיבות
3. מודעות לאפשרות קרות התוצאה
4. כוונה או הלכת צפיות או פזיזות מסוג קלות דעת או פזיזות מסוג אדישות.

**רצח-**

יש להוכיח לגבי הרכיב הנפשי:

1. מודעות להתנהגות
2. מודעות לנסיבות
3. כוונת תחילה- מוגדרת בס' 301 לחוק, יש להראות:

 - החלטה להמית (מודעות לאפשרות גרימת התוצאה + התנהגות מתוך כוונה ורצון לגרום לתוצאה).

 -הכנה

 -היעדר התגרות/קנטור

כוונה וכוונת תחילה הן שתי חיות שונות לחלוטין- עובדה שהן מוגדרות בסעיפים שונים בחוק (כוונה בס' 301 וכוונת תחילה ב' 20) המחוקק החליט לעשות דין מיוחד ולדרוש סוג מיוחד של כוונה בעבירת הרצח ולקבוע הלך נפש מיוחד של כוונת תחילה.

הטיעון הפורמלי אומר שהמחוקק הראה שמדובר בשתי נורמות שונות- הן קבועת בשני סעיפים שונים בחוק (301 ו-20) ובכך יוצר הסדר ייחודי לעבירת הרצח

מבחינה מהותית הם אומרים שהיות ומדובר בעבירה חמורה במיוחד נקבע בה הלך נפשי ייחודי.

🡨 לאור האמור נראה כי לא ראוי להשתמש בהלכת הצפיות, שאם נשתמש בה לגבי עבירת הרצח לא יוותר הבדל בין עבירת הרצח לעבירת ההריגה. ניתן להרשיע בהריגה כאשר גורם למותו של אדם בכוונה (שאינה כוונת תחילה).

אמנם, ישנם מלומדים שטוענים שאין בעיה בהחלת הלכת הצפיות גם במקום כוונת תחילה:

אם נשווה בין עבירות תוצאה רגילות לבין עבירת הרצח- נראה שכל הרכיבים זהים, **השוני האמיתי נעוץ רק באלמנטים: הכנה והיעדר התגרות.** האלמנט של החלטה להמית כלול בתוך הרכיבים של היסוד הנפשי של עבירות תוצאה רגילות, ולכן ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף לכוונת תחילה .

הכנה לא דורשת הרבה זמן גם הרמת סכין תוך כמה שניות נחשבת הכנה. וגם הקנטור הוא דרישה מאוד מרוככת כיום ורק במקרים נדירים יכירו בכך שהתקיים קנטור.

המרצה רוצה להציג נק' מבט ביקורתית על קיומה של עבירת הרצח: נוכל לומר שהסיבה שברצח יש דרישה לכוונת תחילה היא שמדובר בעברה מיוחדת באופייה וחמורה במיוחד ולכן התפתח היסוד הנפשי החפצי המיוחד הזה. אך הסיבה האמיתית של קיומה של כוונת תחילה בעבירת הרצח היא בגלל שלפני כ1000 שנה היה צורך להבחין בין שתי מערכות משפט- המשפט הגרמני טען שכל עבירות ההמתה מלבד חריגים מסוימים היו נחשבות אותו דבר- אם הרגת מישהו אתה צריך לשלם פיצויים. לעומת זאת במשפט הנוצרי הקנוני היה הבדל מאוד משמעותי אם אתה הורג מישהו בטעות או שאתה רוצח. הקונצנזוס היה סביב רצח שנעשה בסתר שנחשב חמור יותר . בשלב הראשון כאשר מנסים לשלב בין שתי מערכות המשפט אומרים בעצם שישנם מקרים מסוימים שיש עונש מוות כאשר הרצח הוא נחלולי ומוסתר. המשפטנים במהלך השנים מרחיבים ומרחיבים את ההגדרה של רצח נחלולי מיוחד עד שנוצרת עבירת הרצח. לא נעשה סדר בעבירות ההמתה עד כה, ולכן לדעת המרצה יש לעשות סדר וליצור רשימת עבירות המתה ולהוריד את עבירת הרצח. אך אין סיכוי שישנו את עבירת הרצח בצורה כזו כי רוצים להדביק תווית של רצח על רוצח.

1. הלכת הצפיות אינה רלוונטית בהקשר של עבירת הרצח מהסיבות שהובאו לעיל. יש להוכיח מודעות + כוונת תחילה.
2. הלכת הצפיות רלוונטית לשימוש על גבי עבירת הרצח כתחליף לרכיב של דרישת ההחלטה להמית (התנהגות מתוך מטרה לגרום לתוצאה).יש להוכיח מודעות + כוונה רגילה בתוספת הכנה והיעדר התגרות.

**שיעור מס' 17- צורות נגזרות של אחריות פלילית 12.6.17**

חזרה על עבירות תוצאה:

ברירת המחדל היא שעבירה היא התנהגותית (אם מתלבטים יותר סביר להניח שהעבירה היא התנהגותית, אלא אם זו עבירת המתה, עבירת חבלת גוף, עבירה של היזק לרכוש, תניחו שיש סיכוי גדול שמדובר בעבירת התנהגותית.

לגבי עבירת הגניבה יש חילוקי דעות האם מדובר בעבירה התנהגותית או עבירת תוצאה.

כדי לזהות שמדובר בעבירת תוצאה ההגדרה של היסוד העובדתי שלה תכלול שלושה רכיבים: 1- אובייקט פיזי (רכוש, גוף) 2- דרישה לפגיעה בקיומו, שלמותו תקינותו או איכותו של אותו אובייקט פיזי, 3- ההגדרה תכלול במפורש או במשתמע דרישה לקיומו של קש״ס בין ההתנהגות המוגדרת בעבירה לבין אותה פגיעה.

עבירת החטיפה : ניקח כדוגמה רק את אחת החלופות שלה (יש אופציות אחרות של חטיפה): הכופה על אדם בכוח ללכת מן המקום שהוא נמצא בו - דינו מאסר 10 שנים. מדובר בעבירת התנהגות - אין דרישה לחבלה או לפגיעה בשלמות הגוף או הרכוש. החוק מנוסח מאוד לא טוב : אני משכנע חבר ללכת לחתונה שהוא לא רוצה ללכת אליה - האם מדובר בחטיפה ? נדרשת רמה מסוימת של שלילת האוטונומיה כדי לא להגיע למצב שנוכל לתבוע על חטיפה בכל מצב. אך מהי הרמה הנדרשת ? שאלה זו ניתנת לפרשנות.

בשיעורים הקרובים נדבר על עבירות נגזרות- מדובר בצורות אחרות של אחריות פלילית שנגזרות מקיומו של איסור ביחס לביצוע העבירה המושלמת. כלומר, יש שתי קטגוריות של צורות נגזרות לאחריות פלילית:

1. עבירת הניסיון
2. האחריות הפלילית המוטלת על צדדים לעבירה (המשדל, המסייע וכו').\

בשיעור זה נדבר על עבירת הניסיון.

**מהותו של הניסיון וההצדקות להפללתו**

מקרה ראשון-אם אדם רצה להרוג את פלוני אך ירה בטעות באלמוני- איזו עבירה הוא ביצע? רצח.

מקרה שני- אם אדם רצה להרוג את פלוני, הוא ידע שפלוני על המטוס כרגע והתחבא בתוך קהל אנשים וחיכה לו שירד מהמטוס. המשטרה עולה עליו שבכוונתו להרוג את פלוני. האם התבצע כאן ניסיון לרצח? לא. מדובר רק בשלבי הכנה.

מקרה שלישי- הוא התחבא בתוך קהל האנשים , יורה לעבר פלוני ומפספס ופוגע בעמוד. מדובר בניסיון לרצח.

מקרה רביעי- הוא התחבא בתוך קהל האנשים, כיוון את האקדח לעבר פלוני ומגיע שוטר ועוצר אותו בטרם ירה. מדובר בניסיון לרצח.

**ניסיון מהו (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

25.  אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה.

החוק מציין שלושה מצבים: הכנה, ניסיון, עבירה שהושלמה.

החוק מגדיר את הניסיון על דרך השלילה, מה שלא נופל בקטגוריה של עבירה שהושלמה ומאידך אינו פעולת הכנה בלבד הוא הניסיון.

למה להפליל את הניסיון?

עד לתיקון 39 העונש של ניסיון היה חצי מהעונש על עבירה שהושלמה. כיום לאחר התיקון, בכפוף לחריגים, העונש המקסימלי האפשרי עבור ניסיון ועבור העבירה שהושלמה הוא זהה. מדוע?

שיקולי הרתעת הכלל זהים בין מקרי עבירה שהושלמה לבין ניסיון. ומבחינת הרתעת היחיד יש שיטענו שבשלב הניסיון השיקולים הללו חזקים יותר.

שיקולים גמולניים – אין סיבה שאדם יקבל צ'ופר על כך שלא הצליח לעבור את העבירה.

בעבר היו הרבה שיטות משפט שהתבססו על השקפת גמול אובייקטיבי כשמבוצע מעשה פשע האיזון בין הטוב לרע מופר. תחת השקה כזו, יש הבדל בין התייחסות לעבירת הניסיון לבין עבירה מושלמת .

ואכן אחד הביטויים המרכזיים לנקישה כהתבססות על גישת גמול אובייקטיבי ומעבר להתבססות על הצידוקים המודרניים לדיני העונשין הוא השוואת היחס בין הניסיון לבין מצב של ביצוע העבירה בשלמותה.

קיימים הבדלים בין האופן בו מתייחס החוק למבצע העבירה בשלמותה לבין האופן בו החוק מתייחס למנסה:

1. למנסה יש אפשרות, תחת תנאים מסוימים, לקבל פטור עקב חרטה. (לשים לב שאם הוא ביצע עבירות נוספות במהלך הליך הניסיון , כמו גניבת נשק, אזי על גניבת הנשק לא ניתן להתחרט, זו עבירה שבוצעה בפועל. הפטור יחול רק על העבירה שלא הושלמה והתחרטת עליה). מבחינה תוצאתנית רוצים לגרום לאדם להתחרט וגם מבחינה גמולנית האשם של אדם שהתחרט הוא נמוך יותר.
2. עונשי חובה ועונשי מינימום של העבירה המושלמת אינם חלים על עבירת הניסיון- המגבלות על שיקול הדעת של ביהמ"ש לא חלות במקרים של הרשעה בניסיון לעבירה. נמחיש: לרצח יש עונש חובה של מאסר עולם, אך במקרה של ניסיון אין חובה לביהמ"ש להטיל עליו מאסר עולם- כלומר עונש החובה לא חל ולביהמ"ש אין מגבלה על שיקול הדעת ויכול להפחית ממאסר עולם במקרה של ניסיון.
3. אין אחריות פלילית על הניסיון לבצע חטא (עד 3 חודשי מאסר, למשל נסיעה מעל המהירות המותרת) על השידול לבצע חטא או על הסיוע לבצע חטא. אם אדם ניסה לנסוע מעל המהירות המותרת אך בגלל העליות בפועל לא חרג מהמהירות- אין עליו אחריות פלילית. זה קבוע בס' 34. ג' לחוק.

 34ג.   הנסיון, השידול, הנסיון לשידול או הסיוע, לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש

יש שתי סיבות מרכזיות:

1. אם מדבר בניסיון בלתי מושלם יש פוטנציאל שהאדם עוד יתחרט. כלומר מנק' מבט גמולנית של אדם מוסרי יש סיכוי שהאשם המוסרי שלו נמוך יותר ממי שביצע את העבירה בפועל ולכן אנו רוצים לתת לביהמ"ש שיקול דעת ולא קובעים עונשי חובה ועונשי מינימום. לא רוצים
2. הטלת האחריות על המנסה מתבצעת באמצעות נורמה שמרחיבה את מעגל ההפללה. הנורמה הזו מוגדרת באופן עמום ומנגד יש פעולות הכנה בלבד, בגינן לא רוצים להטיל אחריות פלילית. כיוון שקו הגבול בין מקרים שהם הכנה בלבד לבין מקרים שכבר נמצאים במתחם הניסיון הוא קו גבול עמום, במקרים רבים מאפייניו של המנסה יהיו דומים למאפייניו של המכין. לכן רוצים לאפשר לביהמ"ש להפעיל שיקול דעת במקרים כגון אלה ולא להכפיף אותו לעונשי החובה או מינימום ולכן על מנת לא להרחיב את מעגל ההפללה יתר על המידה נקבע שהניסיון לבצע עבירה מסוג חטא אינו בר ענישה.

**היסוד העובדתי של עבירת הניסיון**

האבחנה בין הכנה לניסיון מבחינת העונש

חוק העונשין מגדיר את עבירת הניסיון על דרך השלילה, מה שלא נופל מחד בקטגוריה של מעשי הכנה בלבד ומאידך לא נופל בקטגוריית עבירה שהושלמה הוא הוא הניסיון. ככלל, הכנה אינה ברת ענישה.

ניסיון לעבור עבירה משמעותו, פעולה של אדם אשר מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמתה אולם אינו מגשים את כוונתו עד כדי עשיית העבירה.

**מדוע לא מענישים על הכנה?**

* קשה להוכיח שאדם אכן התכוון לתוצאה בשלבי ההכנה- קשה לזהות מעשה הכנה וקשה להבחין מתי אדם עושה מעשים שאינם פליליים אם מפלילים את מעשיו כבר בשלב ההכנה.
* אם בשלב הניסיון אמרנו שאדם יכול להתחרט ויש לו פטור, קל וחומר שבשלב ההכנה ראוי לתת פטור אם האדם עשוי להתחרט.
* אין סיבה להפליל את ההכנה, הרי מותר לאדם לעשות כל מה שלא נאסר עליו בחוק.

🡨יחד עם זאת, קיימות מס' עבירות בחוק העונשין אשר בהקשרים ספציפיים מפלילות הכנה. מדובר בעבירות עצמאיות שאינן נגזרות של העבירה המרכזית: (לא להוסיף את העבירות הללו בניתוח עבירה נגזרת כי הן עצמאיות)

1. עבירות הכנה ספציפיות: למשל ס' 472 "*המזהיב או מכסיף פיסת מתכת המתאימה לפי גדלה או צורתה לטביעה, בכוונה שתיטבע למטבע מעולה מזויפת, או נותן לפיסת מתכת גודל וצורה המתאימים להקלת טביעתה של מטבע כאמור בכוונה שתיטבע, דינו - מאסר שבע שנים".* ההנחה היא שאם הכנת מתכת כדי לזייף מטבע יקר, אז כבר זה מהווה עבירה בפני עצמה.

ס' 497- הכנת עבירה בחומרים מסוכנים: *העושה, או מחזיק ביודעין, חומר נפץ, או מכונה, מכשיר או כל דבר שהם מסוכנים או מזיקים, בכוונה לעשות בהם פשע או עוון או כדי לאפשר לאחר שיעשה בהם פשע או עוון, דינו - מאסר שלוש שנים.*

במקרים הספציפיים האלה ניסיון החיים הראה שהפוטנציאל שהעבירה המושלמת תגיע לכדי מימוש הוא גדול במיוחד. לכן, המחוקק בהקשר הזה פרש את מעגל ההפללה כבר בשלב ההכנה.

1. עבירות שאינן מנוסחות כעבירות הכנה אך בפועל הרציונאל שלהן הוא דומה: למשל, חלק נכבד מעבירות הסטטוס ועבירות ההחזקה. ס' *186 " המחזיק אגרופן או סכין מחוץ לתחום ביתו או חצריו ולא הוכיח כי החזיקם למטרה כשרה, דינו - מאסר חמש שנים."* גם כאן הסיכוי שאדם יסתובב עם אגרופן במטרה השונה מפגיעה בזולת הוא קלוש, רוב הסיכויים שבכוונתו לפגוע.
2. מקרים של קשירת קשר. ס' 499 קשירת קשר לביצוע פשע.

שוב, אנו מדברים על עבירות עצמאיות ולא נגזרות. כדי שהיא תתקיים די ששני אנשים יפגשו ויסכימו ביניהם לבצע עבירה. זה מבלבל כי זה נראה כאילו מתייחס לעבירה אחרת אך לא, מדובר בעבירה בפני עצמה. ההנחה היא שבני אדם מדרדרים אלד את השני ואם הגעת לשלב בו אתה יושב עם אחר ומסכים אתו לבצע עבירה אזי הסיכוי שהתהליך יגמר בביצוע העבירה הוא הרבה יותר גדול ממקרה בו אדם באופן פרטני מבצע הכנה לביצוע עבירה.

**ההבחנה בין שלב הניסיון לשלב העבירה המושלמת**-

**ככלל,** אם לא התקיימו כל רכיבי היסוד העובדתי הרי שזו לא יכולה להיות העבירה המושלמת. שלושה סוגי מצבים בהם לא התקיימו רכיבי היסוד העבדתי ויהיה מדובר רק בניסיון :

1. ניסיון בלתי מושלם-האדם לא השלים את הרכיב ההתנהגותי. אדם נעמד בשדרה התעופה, מכוון את הנשק אך מפריעים לו ללחוץ על ההדק.
2. ניסיון מושלם-מקרים בהם האדם השלים את ההתנהגות אך היתה חסרה התקיימותה של נסיבה כזו או אחרת. למשל אם האדם חוטף התקף לב וזה שמתכנן לרצוח אותו חושב שהוא ישן ויורה בו. הוא ביצע רק ניסיון לרצח כי חסרה נסיבה- אדם. הוא לא גרם למותו של אדם אלא ירה בגופה , הוא כבר לא היה אדם.
3. ניסיון מושלם-בנוגע לעבירות תוצאה- מקרים בהם האדם סיים את ההתנהגות, התקיימו הנסיבות אך התוצאה לא נתקיימה . למשל אם הוא פגע בעמוד במקום באדם.

ב' ו- ג' מכונים יחד מקרים של ניסיון מושלם. לעומתם מקרים השייכים ל- א' בהם האדם לא השלים את רכיב ההתנהגות, מכונים מקרים של ניסיון בלתי מושלם. למה זה חשוב להבחין?

**ההבחנה בין שלב ההכנה לשלב הניסיון**

אין קושי לאבחן מקרים של ניסיון מושלם ממקרים של הכנה בלבד האדם עשה את כל ההתנהגות. לעומת זאת כאשר מדובר במקרים שייתכן שמדובר בניסיון בלתי מושלם קיים הצורך לזהות האם רצף המעשים שבוצעו אכן עבר למתחם הניסיון או נותר עדיין בשלב ההכנה. האם המעשים מהווים הכנה בלבד או כבר מהווים ניסיון בלתי מושלם? הזיהוי הזה ראשית, תלוי עבירה ותלוי מקרה ושנית בכלל לא -פשוט לזהות. הדבר עד כדי כך מורכב שהפסיקה "התייאשה". כלומר, העמדה המקובלת היא שלא ניתן לקבוע מראש ובאופן גורף אבן בוחן לאבחנה בין מקרים הנופלים למתחם ההכנה לבין כאלו הנופלים למתחם הניסיון. כל מה שיש זה סדרה של מבחני עזר שלאחד אין עדיפות על השני, אם יצא לפי מבחן אחד שמדובר בניסיון ולפי מבחן אחר שמדובר בהכנה אזי ביהמ"ש יצטרך להתלבט כאן ולהכריע בסופו של דבר.

**מבחני העזר המרכזיים הקיימים בפסיקה:**

1. מבחן הקרבה להשלמה- ביהמ"ש מדמיין איך היתה נראית העבירה לו הושלמה, מסתכל על מה שנעשה בפועל, ובודק הן מבחינה כמותית והן מבחינה איכותית את ההפרש- את הפעולות שנותרו ע"מ להשלים לעבירה המושלמת. אם יש הרבה פעולות, או מעט פעולות אך איכותיות אזי יהיה מדובר בהכנה. ככל שהקרבה בין מה שקרה בפועל לבין העבירה המושלמת מבחינת איכות או כמות היא חזקה יותר (מרחק קטן יותר) כך גובר הסיכוי שביהמ"ש יכריע שמדובר בניסיון ולא בהכנה בלבד.
2. מבחן החד משמעות (מבחן הסרט האילם)- מדמיינים מצלמה שעוקבת אחר האדם ללא סאונד, המבחן אומר שהמעבר בין שלב ההכנה לשלב הניסיון הוא הנקודה בסרט בה נזהה את העבירה שהוא רוצה לבצע רק לפי הפעולות הגשמיות מהן יהיה ניתן מעצם ההתבוננות בפעולות האדם את פשר המעשה שהוא רוצה לבצע. היתרון: המבחן הזה מנסה לזהות באופן יותר מדויק את קו המעבר בין ההכנה לניסיון. החיסרון: המבחן הזה נותן משקל יתר ושם את מרכז המוקד על הפעולות החיצוניות. הרי יש מקרים בהם לא ניתן לזהות את כוונת המבצע ללא הבנה מה קרה בנפשו באותו רגע.
3. מבחן הצעד המשמעותי- גרסה מרוככת של מבחן החד משמעות. מבחן זה אינו מחכה לנקודה בסרט בה בוודאות נזהה מהפעולות את פשר המעשה. אלא המעבר בין ההכנה לניסיון מתרחש כאשר האדם עושה פעולה שממנה ניתן ללמוד באופן חזק על כוונה לבצע את העבירה.

מקרים מובהקים לפעולות כאלה המעידות על ניסיון:

* שכיבה בנקודת המארב בזמן שאתה תר אחר הקורבן.
* פיתוי הקורבן להגיע לנקודה בה מתוכנן להתבצע הפשע.
* סריקה וחיפוש אחר מקום לבצע את העבירה.
* כניסה בלתי חוקית למקום המיועד לביצוע העבירה (למשל האדם שרוצה לרצוח ופורץ לבית הנרצח- שלב זה יהיה כבר שלב הניסיון).
* החזקת חפצים בעלי אופי פלילי כמו אקדח, רעל שעצם החזקתם מהווה אינדיקציה חזקה לכך שנעשה ניסיון לבצע עבירה.
* החזקת חפצים שאינם בעלי אופי פלילי אך במיקום המקנה להם נופח פלילי. למשל לשים רעל עכברים בתוך מאכל.
1. מבחן הצעד האפקטיבי- מנסה לבדוק האם ננקט כבר צעד שבגלל הקרבה מבחינת מהות/זמן/מקום בין הצעד הזה לבין ביצוע העבירה המושלמת ניתן לצפות ששרשרת ההתנהגות היתה מובילה לביצוע העבירה המושלמת לולא הופרעה.

אם שלב ההכנה מתאפיין בכך שהנאשם רוכש אמצעים, אוסף מידע, מתכנן ועושה פעולה המכוונת ליצור תנאים לביצוע העבירה, הרי שלב הניסיון הוא מעבר לכך, ויש בו פעולה או פעולות שהן חלק מסדרת פעולות שלולא הופרעו היו מקיימות את היסוד ההתנהגותי של העבירה. ההכנה בלבד אינה מספקת. נדרשת "תנועה" לעבר הביצוע, היוצאת משלב ההכנה

פס"ד סריס:

סריס מנסה לאנוס בחורה, נהג שעובר במקום מאיר עליהם בפנסיו וסריס בורח. הוא מועמד לדין על ניסיון לאונס. עבירת האונס מוגדרת כהחדרת איבר המין/חפץ לאיבר מינה של האישה וזה לא התקיים במקרה הזה. ההבדל גדול כי הוא אפילו לא הפשיט אותה ולא התפשט בעצמו. מס' הצעדים שצריך עוד לנקוט כדי להגיע לעבירת האונס השלמה הוא מרחק גדול. ביהמ"ש אומר שנכון שמבחינת הקרבה יש עוד הרבה צעדים אך **הצעד המשמעותי** שהוא תפיסת הקורבן בניסיון להביא אותה למצב בו יוכל לאנוס אותה - התבצע- מרגע זה אתה נכנס לתוך מתחם הניסיון. לולא הופרע המערער, היה מגשים את זממו

בדר"כ כל המבחנים יגיעו למסקנה שמדובר בניסיון.

לפי מבחן הסרט האילם לא בטוח היינו מזהים. מבחינת מבחן הקריבה הסנגור יטען שלא אך התביעה תטען שהצעד המשמעותי נעשה. לפי מבחן הצעד המשמעותי כנראה שניתן לזהות ניסיון . לפי מבחן הצעד האפקטיבי ניתן לבוא ולומר שבדר"כ כשאתה נפגש בדירה מבודדת עם מישהי שאתה מניח שהיא קטינה זה כבר שלב שלולא ההפרעה- אתה היית משלים את הפעולה.

**14.6.17 הניסיון- המשך**

**ניסיון צליח=ניסיון שיכול היה להסתיים בביצוע העבירה המושלמת.**

למשל המקרה שתואר בשיעור הקודם – ירייה שפגעה בעמוד במקום באדם-לולא הפספוס היתה יכולה להתקיים העבירה השלימה. או מקרה בו השוטר עצר אותך שניה לפני שביצעת את הפשע. גם מקרה בו אני מתחיל לבצע את העבירה אך מתחרט הוא מקרה של ניסיון צליח.

**ניסיון בלתי צליח= מצב בו מלכתחילה פעולת המנסה לא יכולה היתה להסתיים בעבירה.**

האדם מניח מצב מסוים לא נכון ולכן מנסה לבצע את העבירה, העבירה תיכשל כי לפי מצב הדברים האמיתי לא יכולה להסתיים העבירה.

ס' 26 לחוק העונשין קובע שגם במקרה של ניסיון בלתי צליח תוטל אחריות על המנסה.

" *לעניין ניסיון, אין נפקא מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו".*

למעשה מדובר בתמונת ראי לסייג הטעות במצב דברים, לפיה האדם מבצע עבירה אך לא מוטלת עליו אחריות פלילית כי במצב הדברים אותו דימה לעצמו- ההתנהגות שלו לא היתה מהווה עבירה.

לעומת זאת, כאן, לפי מצב הדברים שדימית -ההתנהגות שלך היתה מהווה עבירה וניסית לבצע זאת על אף שאתה האמנת שזה עבירה פלילית וזה לא הצליח- נעמיד אותך לדין על עבירת הניסיון.

למעשה יש כאן כלל משפטי אשר משקף את הרעיון שדינו של המנסה ראוי שיהיה כדינו של המבצע של העבירה המושלמת. מבחינת הרתעה- רוצים שאם אדם מניח שהוא הולך לעבור עבירה הוא ייענש כי התקיים כאן אשם מוסרי גם אם לא הצליח בסוף.

חוסר צליחות יכולה לנבוע מטעות שלי לגבי נתון עובדתי. הטעות יכולה להיות לגבי פרט שהוא רכיב ביסוד העובדתי של העבירה, או בגלל פרט עובדתי שאינו רכיב בעבירה למשל- אם אדם עושה עבירה של סחר בסמים מסוכנים אזי החומר שהוא צריך לסחור בו הוא סם מסוכן, אך אם קורה מצב כמו בפס"ד גרציאנו- שהמשטרה החליפה לו את הסם בעמילן תירס אז חסר רכיב שהוא חלק מהעבירה ולכן יאשימו אותי על ניסיון.

במקרים כגון דא, יחול הכלל המשפטי הקבוע בס' 26. כלומר לא תוכל לומר שלא ניתן להרשיע אותך בעבירה כי היה מדובר בעמילן תירס, עם כל הכבוד התכוונת שזה יהיה קוקאין והתכוונת לבצע את העבירה ביודעין.

כאשר העבירה אינה יכולה להתבצע בשל עובדות שאינן בידיעתו של הנאשם, עבירת הניסיון נעברת, כאשר על-פי הידוע לנאשם הוא נקט אמצעים מהסוג אשר באופן אובייקטיבי יכולים להביא להשלמת העבירה.

מי שגיבש כוונה לבצע עבירה וניגש לבצע זממו, אך אינו משלים את הביצוע, מוכיח בעליל, שהוא מסוכן לציבור ולפיכך טעון טיפול עונשי מחנך ומרתיע.

מכל מקום, מגיע אני, גם על-פי העקרונות שפורטו לעיל, לאותה מסקנה. כאשר הבין המערער מזעירא, שהחבילה אותה לקחו מן הדואר מכילה קוקאין שיובא מחו"ל, וכאשר עזר לזעירא לטפל בחומר שהוצא מהאלבום, בהאמינו אופן סביר כי זהו הסם המיובא, נקט "אמצעים מתאימים" כדי להחזיק בסם ביחד עם זעירא, ועל-כן היה במעשהו משום "ניסיון" לעבור את העבירה...חוסר האפשרות לבצע את העבירה למעשה, מחמת נסיבות שלא היו ידועות למערער, לא היה בו כדי לשנות את המצב.

אם מישהו רוצה להרעיל אדם ומשיג את החומר אך שם לו בכוס כמות שלא מספיקה כדי להרוג, או שלוקח אקדח אך באקדח היה מעצור. כלומר השתמש באמצעי שככלל יכול היה להוביל לתוצאה אבל משהו באופן השימוש/במידה וכו' מונע מהניסיון שלו להצליח.

מקרה אחר, אדם משתמש באמצעי שלא יכול להשיג את המטרה במחשבה שהוא כן יכול. למשל לוקח אקדח צעצוע בלי לדעת. או רוצה לסחור בסמים ובטעות לוקח חומר אחר. רוצה להרעיל מישהו אך בטעות לוקח סוכר.

🡨בכל המקרים לעיל הכלל של ס' 26 חל.

הסוג הבא של סיטואציות הוא אמצעים אבסורדיים- האם גם נרשיע בן אדם כאשר הסיבה שהניסיון שלו לא יצליח היא שהוא עשה שימוש באמצעים אבסורדיים. אני מאמין שאם אנפנף בשרביט הקסמים זה יהרוג את האדם שאני אנקוט בשמו אך הפלא ופלא האדם לא מת. האם ניתן להעמיד אותי לדין על ניסיון? או שאדם ושב שסוכר הורג ושם לחברו הרבה סוכר בשתייה.

עמדה פורמליסטית: צריך להרשיע את האדם, משיקולי אשם מוסרי אשר קיימים. על הרתעה אפשר להתווכח. יש טיעון חזק של הגישה הזו והוא השוואה בין נוסח הסעיף כיום לבין נוסח הסעיף לפני תיקון 39- לפני התיקון אחד התנאים שנדרשו לצורך קיומו של הניסיון הוא שהאדם **עשה שימוש באמצעים המתאימים להגשמת העבירה.** שזה בעצם נועד למנוע הרשעה במקרה של ניסיון אבסורדי. לאחר תיקון 39 המילים הללו הושמטו. אם כך כוונת המחוקק לאחר וועדה רצינית שישבה כדי להביא לתיקון- המסקנה המתבקשת היא שגם במקרים של שימוש באמצעים אבסורדיים הסעיף חל וניתן להרשיע בניסיון.

העמדה הרווחת: גולדברג בפס"ד גרציאנו טוען- הסעיף מנחה להרשיע את האדם תחת מצב הדברים שהוא הניח. שואלים איך המציאות היתה נראית אם מצב הדברים העובדתי היה כמו שהנאשם מניח. גולדברג אומר שגם במצב העובדתי שמתקיים בעולם בו חי המנסה באמצעות אמצעים אבסורדיים- גם במצב זה האמצעי לא היה מוביל להשלמת העבירה ולכן אין להרשיע את המנסה באמצעים אבסורדיים. הדבר מעלה תמיהה., נראה שההסבר שלו לא מסביר טוב. אך מה שחשוב לנו לדעת שלמרות השינוי בנוסח החוק, **העמדה הרווחת היא שלא ניתן להרשיע את המנסה באמצעים אבסורדיים**. יחד עם זאת יש להיות מודעים לאפשרות הפרשנית הראשונה שהצגנו. (בבחינה לא לומר שלא ניתן להרשיע אלא יש להציג את שתי הדעות ולומר בסוף מה העמדה הרווחת).

**היעדר צליחות בגלל טעות במצב דברים משפטי**

אם אדם רוצה לבצע תקלה ציבורית, או שרוצה לתפוס יונת דואר ולפתוח את הדואר שיש לה (היתה עבירה לפיה אם אתה נתקל ביונת דואר אתה צריך לתת את הטוטפת לתחנת המשטרה הקרובה), אך לאחר ביצוע העבירה הוא מגלה שהחוק בוטל כבר. מצב הדברים שהאדם דימה הוא שהוא מבצע עבירה- האם זה אומר שצריך להרשיע אותו בעבירה למרות שבוטלה? זה נראה כמו ניסיון בלתי צליח שמה שהפריע להשלמתה זה שהחוק בוטל.

ס' 26 לא רלוונטי למקרים אלו.

חוק העונשין נועד להגן מפני ביצוע עבירות שקבע המחוקק. לא נעניש אדם שניסה לבצע עבירה שאינה כתובה בחוק. אין פוטנציאל פגיעה בערך מוגן.

**היסוד הנפשי של עבירת הניסיון**

היסוד הנפשי של עבירת הניסיון מורכב משתי שכבות/דרישות:

1. צריך שיתקיים הסוד הנפשי של העבירה המושלמת כדי להרשיע. אם מדובר בניסיון בלתי צליח נבדוק את המצב הדברים שהיה לפי דימוי המנסה.
2. יש להראות כוונה לבצע את העבירה, או מטרה לבצע את העבירה. איך מבינים שזהו היסוד הנדרש? מסעיף 25- הגדרת הניסיון

"אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה".

יש אומרים שדרישה 2 היא פיצוי על כך שבהקשרו של המנסה לא מתקיים כלל היסוד העובדתי.

אמנם לדעת המרצה זהו לא טיעון טוב. אנו דורשים את הכוונה כי אם לא נדרוש איך נדע שהיה פוטנציאל להיווצרות עבירה?

רכיב הכוונה נדרש בין אם מדובר בעבירת תוצאה ובין אם מדובר בעבירה התנהגותית. לא לערבב בין דרישת הכוונה הקיימת בעבירות תוצאה לבין דרישת הכוונה כאן הנדרשת כשכבה נוספת כדי להרשיע בניסיון.

34. מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על ניסיון, שידול, ניסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה.

כלומר החוק קובע שבהיעדר הוראת חוק ספציפית הקובעת אחרת הדין החל בנוגע לעבירה המושלמת חל גם בהקשר של העבירות הנגזרות . שזה אומר שגם בניסיון ניתן להשתמש בדוקטרינת עצימת עיניים כתחליף להוכחת מודעות. וכן זה אומר שעפ"י העמדה הרווחת, הלכת הצפיות חלה כתחליף להוכחת כוונה בהקשרן של עבירות הניסיון.

אמנם יש שטוענים שביהמ"ש לא באופן אוטומטי צריך לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת כוונה בהקשר של עבירות ניסיון בגלל שלהוכחת הכוונה בנוגע לעבירת הניסיון יש פונקציה ייחודית. רכיב הכוונה בעבירת הניסיון היא אבן הבוחן המרכזית להוכחה שנעשה מעשה פסול מבחינה פלילית ולכן יש להיזהר משימוש בהלכת הצפיות. יש לקחת ברצינות את הדרישה להוכחת כוונה במקרה של הניסיון. וזוהי דעת מיעוט.

\*אין דבר כזה ניסיון ברשלנות. ניסיון מבוסס על כוונה ולא ניתן להתכוון להיות רשלן.

**פטור עקב חרטה**

ס' 28-מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לנסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה.

למה לתת למנסה פטור עקב חרטה?

שלושה שיקולים:

1. שיקול תוצאתני- רוצים לתמרץ את המנסים להתחרט.
2. שיקול גמולני- אם האדם התחרט מידת האשם המוסרי שבו היא פחותה.
3. השיקול המופיע בהצעת החוק: שיקול עונשי- האדם כ"כ יתייסר וייסוריו גרמו לו להתחרט ולא לעשות את העבירה ולכן איון סיבה להעניש אותו בעונש נוסף. הוא כבר סבל מהייסורים.

כדי לזכות בפטור עקב חרטה, הלך הנפש/הרוח של האדם צריך לכלול שני רכיבים:

1. צריך לבצע זאת מחפץ נפשו בלבד. ולא עקב לחץ חיצוני/עצרו אותו/נסיבות שמנעו ממנו/ התנגדות הקורבן וכו'.
2. הפעולה נעשית מתוך חרטה.

בפסיקה, היה שינוי בעמדה הפרשנית לגבי מה משמעותה של דרישת החרטה. בפס"ד מצראווה ביהמ"ש הולך עם הפרשנות שנראית הגיונית בהתאם לנוסח הסעיף, לפיה ניתן את הפטור עקב חרטה רק כאשר באמת הסיבה בגללה הוא התחרט היא תהליך נפשי פנימי שעבר "חזרה בתשובה". פרשנות מאוד צרה של הסעיף בעלת אוריינטציה גמולנית- רק במצב זה לאדם אין את האשם המוסרי ולכן רק אז ראוי להעניק לו את הפטור. הבעיה בהלכה זו:

1-היא נורא צרה- יש הטוענים שהיא לא יוצרת תמריץ מספיק להתחרט. אלה שמתחרטים מתוך ייסורים פנימיים לא עושים זאת בדר"כ בגלל שהחוק תמרץ אותם. ולכן השיקול התוצאתני מאחורי הסעיף לא ייושם.

2-מגוון מקרי בעלי התשובה האמתיים מתחרטים מתוך מגוון סיבות, משולב חרטה/פחד/וכו'. פרשנות צרה תוביל לכך שגם אנשים שהיה בהם אלמנט של תשובה/חרטה כנראה שיורשעו.

לאור נוסח הסעיף, הפסיקה לקחה פרשנות צרה שבאה מאוריינטציה גמולנית- רק אדם שהתחרט מנסיבות של הליך תשובה רק הוא יהיה זכאי לפטור

פלוני נ' מ"י- ביהמ"ש העליון חוזר בו והופך את הלכת מצראווה. וחוזר למעשה לעמדה שנקבעה בנחושתן (לפני מצראווה). הפרשנות בפלוני אומרת שהפטור עקב חרטה יתקבל כל עוד אי-השלמת העבירה או הפסקת ביצוע העבירה ע"י הנאשם אינן נובעות מנסיבות שאינן תלויות ברצון הנאשם.

פלוני ניסה לחנוק את ביתו . היא איבדה את הכרתה והוא סבר שהיא מתה. הוא הזעיק את מדא והבת שבה להכרה.

שלושה תנאים להחלת הפטור עקב חרטה- במאזן ההסתברויות:

1. יסוד עובדתי: יש להראות שהוא חדל מהשלמת המעשה(התנהגותית) או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות בהן מותנית השלמת העבירה (בעבירה תוצאתית). יסוד נפשי: על העושה גם להיות מודע לכך שהוא חדל מהשלמת המעשה או שהוא תורם תרומה של ממש למניעת התקיימות התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

מהי תרומה של ממש?

1. יש המפרשים זאת כדרישה לתרומה אפקטיבית מכרעת. הוא צריך להצליח למנוע את השלמת העבירה- העושה צריך להיות זה שבפועל מונע את התקיימות התוצאות בהן מותנית השלמת העבירה.
2. יש המפרשים כדרישה מקילה יותר ודי להסתפק בכך שהנאשם נקט בצעדים שמבחינת מהותם בדר"כ מסוגלים למנוע את התוצאות בהן מותנית העבירה- ואינו חייב להיות זה אשר מעשיו גרמו בפועל למניעת התוצאות וגם אם אחרים לבסוף היו אלו שמנעו את התוצאה-הפטור יעמוד לעושה.

"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"

על העושה לנקוט צעדים מהותיים אשר מסוגלים בדרך כלל למנוע את התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

1. יש להראות שחזר מהשלמת העבירה מחפץ נפשו בלבד- מיוזמתו וללא השפעה של גורם חיצוני.
2. יש להראות שעשה זאת מתוך חרטה – אין צורך בחרטה רגשית כמו במצרוואה אלא חזרה מלאה מכוונתו להשלים את העבירה.

פלוני:\* הושבה על כנה של הלכת נחושתן (לאחר שנהפכה בהלכת מצארווה) ונקבע כי את התנאי "מתוך חרטה", הנדרש להתקיימות הפטור עקב חרטה לפי סעיף 28 לחוק העונשין, יש לפרש כך שהחרטה הנדרשת היא חזרה מלאה מכוונה להשלים את העבירה, ולאו דווקא חרטה מוסרית-רגשית; על מנת לעמוד בתנאֵי היסוד הנפשי של פטור עקב חרטה, על העושה לחזור חזרה מלאה מכוונתו להשלים את העבירה, מיוזמתו וללא השפעה של גורמים חיצוניים; על מנת לעמוד בתנאי היסוד העובדתי, על העושה לחדול מהשלמת המעשה (כל עוד לא הושלם) או לנקוט צעדים מהותיים אשר מסוגלים בדרך כלל למנוע את התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה.

בעניין פלוני נקבע כי הוא עומד בתנאי הראשון והשלישי אך הפטור אינו עומד למערער בשל אי-עמידתו בתנאי השני של חזרה מהשלמת העבירה מחפץ נפשו בלבד, שכן הסיבה בגינה הפסיק את מעשה החניקה הייתה גורם חיצוני – סברתו כי בתו מתה; לפיכך הוא מורשע בעבירת ניסיון לרצח.

בזמן שביהמ"ש תמך בעמדה הדווקנית של מצראווה, לאורה הוא קבע שמהפטור עקב חרטה לא יכולים ליהנות צדדים אחרים לעבירה אז אם אני וחבר מחליטים לבצע עבירה ועוברים לשלב הניסיון ואז הוא מתחרט ובגלל החרטה שלו לא ביצענו את העבירה, לי לא יהיה פטור עקב חרטה. הלכת נחושתן – אם אני אחליט לא לבצע את העבירה בגלל שהחבר התחרט גם אני אוכל לזכות לפטור.

🡨חלה הפרשנות לפיה כיון שהחרטה צריכה להיות אישית רק המתחרט נהנה ממנה.

**נטל ההוכחה**

בתקופה בה משלה העמדה הדווקנית, פסק ביהמ"ש העליון שבנוגע לפטור עקב חרטה של המנסה, נטל ההוכחה הוא על הנאשם שצריך להוכיח את התקיימות הדרישות של הסעיף מעל מאזן ההסתברויות. לעומת זאת יש סעיף אחר בחוק העונשין, 34, לפיו יש הסדר של פטור עקב חרטה למשדל ולמסייע. בנוגע לסעיף זה יש רבים שמפרשים אותו כסייג, משמע מחילים עליו את מערך הנטלים שחל בנוגע לסייגים שהוא הרבה יותר מקל עם הנאשם . ייתכן, שבעתיד, לאור נטישת הלכת מצראווה, יאומץ מערך הנטלים גם בהקשר של סעיף 28.

כלומר, לגבי ס' 34 יש חילוקי דעות לגבי נטלי ההוכחה אך יש עמדה חזקה שאומרת שמה שחל שם זה מערך הנטלים שחל על סייגים. אך לגבי סעיף 28 – כאשר ביהמ"ש נדרש לסוגיה זו בפעם האחרונה, עדיין החזיק בעמדה הדווקנית ולאור עמדה זו קבע שהנטל הוא על הנאשם ברמה של מאזן ההסתברויות. ניתן לטעון שנטישת הלכת מצראווה תוביל בעתיד אולי לשינוי בעמדתו בהקשר של נטל ההוכחה.

אם מדובר בניסיון בלתי מושלם (כמו שהוגדר בתחילת השיעור הקודם) די בכך שהאדם יחדל מהשלמת המעשה. אך מה אם מדובר בניסיון מושלם בו העבירה לא הושלמה בנסיבות שלא תלויות באדם?

\*כאשר העבירה מבוצעת ע"י מס' גורמים זה שונה, כדור השלג ממשיך להתגלגל בגלל השותפים.

\*"דומה כי אין חולק כי סיווג הפטור עקב חרטה הוא כהגנה פוטרת. הפטור (עקב חרטה) משאיר את הנורמה – האיסור על ניסיון לבצע עבירה – על כנה, מכיר בכך שנעשה מעשה פסול, אך באותו מקרה לא ראוי לייחס לעושה אשמה ולכן לא נטיל עליו אחריות פלילית".

\*בדיני העונשין, פזורות מס' עבירות עצמאיות (לא נגזרות) בהן המעשה המופלל הוא מעשה של ניסיון. בהקשרים מסוימים החוק קובע שאם מישהו ניסה לעשות משהו אזי מדובר בעבירה עצמאית. לפעמים החוק פשוט משתמש במילה "המנסה" כאחד מרכיבי העבירה.

למשל 329 א' 2 מנסה שלא כדין לפגוע באדם בקליע

. לפעמים המחוקק מקשה עלינו, ולא משתמש במילה "המנסה" אך מנוסח הסעיף ניתן להבין שההתנהגות המופללת היא התנהגות של ניסיון. למשל:

294. המבקש או המתנה שוחד, אף שלא נענה, כמוהו כלוקח שוחד.

477. 1. עושה או מתחיל לעשות מטבע פשוטה מזוייפת;

לפעמים בכותרת החוק נוכל לראות ניסיון, למשל :"ניסיון לשוד".

ההלכה קובעת כי כל עוד לא משתמע אחרת, חלים על עבירת ניסיון ספציפית עצמאית דיני הניסיון הכלליים. משמע, גם כאן יש את הדרישה של היסוד הנפשי של כוונה וגם חל הפטור עקב חרטה וכו'.

בנוסף, אין לראות בעבירות הספציפיות הללו הסדר שלילי. נניח אדם ניסה לבצע שוד, ולא הצליח, אך לא מתקיימים במקרה שלו הדרישות הייחודיות מאוד של עבירת הניסיון לבצע שוד שמוגדרת בסעיף 403 . עדיין נוכל להעמידו לדין מכוח עבירת הניסיון הנגזרת הכללית- כלומר על בסיס ס' 25 + סעיף 402 שהוא עבירת השוד המושלמת. הסנגור לא יכול לטעון להסדר שלילי (שרק בתנאים הייחודיים של ס' 403 תוכלו להרשיע).

\*עבירה מרובת משתתפים-

* מקרים בהם יש מס' מבצעים עיקריים/מבצעים בצוותא
* מקרים בהם ישנם עבריינים שהם צדדים עקיפים לעבירה, עליהם נדבר בשיעורים הקרובים.

\*עבריינים שהם שותפים עקיפים לעבירה הם:

1. המשדל -נוטע במוחו של המבצע את העיקרי את הרעיון.
2. המבצע באמצעות אחר- מי שהופך אדם אחר לכלי בידיו לביצוע העבירה- למשל שולח קטין לגנוב בעבורי
3. המסייע

🡨יש מחלוקת לגבי מקור האחריות של העבריינים העקיפים:

**גישה 1- הגישה הרווחת של המשפט הישראלי: אחריותם נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי**

 מטרת ההליכים המשפטיים היתה לקבוע אם בוצעה עבירה באמצעות קבלת סימן מהאל. למשל אם אישה היא מכשפה הרי שאם נדליק אותה היא לא תישרף. או שההכרעה תתבצע בדרך של דו-קרב והאל יכריע מי אשם ומי לא ע"י כך שמי שאשם ימות בדו-קרב. נקבע כלל משפטי שאומר שלא ניתן לקיים הליך משפטי בנוגע לצדדים העקיפים לפני שקויים ההליך המשפטי בנוגע למבצע העיקרי, ואם בהליך המשפטי נקבע שהמבצע העיקרי זכאי- הרי שגם העקיפים זכאים כי אחריותם נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי.

**גישה 2: אחריותם נגזרת מעצם התבצעותה של עבירה ולאו דווקא מעצם אחריותו של המבצע העיקרי.**

ברור כי בעולם בו האשם המוסרי הוא סובייקטיבי ונובע מנפשו של האדם הרי שמבחינה תיאורטית ראוי שאחריות המבצעים העקיפים לא תיגזר מהשאלה האם המבצע העיקרי אשם או לא אלא מהיחס/הקשר שקיים בניהם לבין העבירה שבוצעה או שנעשה ניסיון לבצע אותה.

נהוג לומר ששיטות המשפט המקובל עדיין מצדדות בגישה הראשונה ואילו שיטות המשפט הקונטיננטליות מצדדות בגישה השנייה.

עוד נהוג לומר כי התייחסות מערכת המשפט למקרים של "סוכן תמים" היא מה שממחיש את השוני בין הגישות. "סוכן תמים" הוא מקרה בו המבצע העיקרי פטור מעונש עקב קיומו של סייג לאחריות פלילית. לכאורה, במקרה כזה, גישה 1 תוביל למסקנה שגם הצדדים העקיפים פטורים מעונש (כי אחריותם נגזרת משלו) בעוד גישה 2 תקבע שניתן להטיל אחריות על המבצעים העקיפים גם אם המבצע העיקרי פטור מעונש.

נקודת המוצא של מערכות המשפט המקובל היא עדיין במידה מסוימת גישה 1. יחד עם זאת, לאורך השנים פותחו גם במשפט המקובל דוקטרינות שונות ומגוונות שהרחיקו את מערכות המשפט הללו מצידוד בגישה א' טהורה, ובמיוחד קיימות דוקטרינות שונות במשפט המקובל שמאפשרות במקרים מסוימים להטיל אחריות על שותפים עקיפים במקרים בהם המבצע העיקרי הוא סוכן תמים.

אז מה בפועל ההבדל בין מערכות המשפט? למערכות משפט מקובל תהיה רתיעה מלהרחיב את מעגל ההפללה ככל שהדבר נוגע למבצעים העקיפים, ההגדרה של מיהו מבצע עקיף תהיה מצומצמת יותר.

על אף שמערכת המשפט הישראלי מזוהה עם מערכת המשפט המקובל, גם במערכת המשפט הישראלי קיימות דוקטרינות שונות שממחישות את ההתרחקות ממובנה הטהור של גישה א'.

דוגמאות להתרחקות מהאופן הטהור של הגישה:

* ס' 29 (ג)

  (ג)   מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה:

(1)   קטינות או אי שפיות הדעת;

(2)   העדר שליטה;

(3)   ללא מחשבה פלילית;

(4)   טעות במצב דברים;

(5)   כורח או צידוק.

כלומר בהתקיים אחד הסעיפים בסעיף יראו במבצע העקיף כאילו הוא היה המבצע העיקרי אם ההתנהגות שלו היתה עד כדי כך אקטיבית שהמבצע בפועל היה כלי בידיו.

* ס' 34.ב

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

משמעות הסעיף היא שככלל רק אם התקיים בהקשרו של המבצע העיקרי סייג מסוג הצדק ייהנו מכך גם הצדדים העקיפים, כלומר לא תוטל עליהם אחריות פלילית. (גישה א' טהורה היתה אומרת שכל סייג יקנה פטור גם לעקיפים כי אחריותם נגזרת מאחריותו אך רואים כאן שמייחסים גם היבט אישי ולכן זה מראה על התרחקות מגישה א' הטהורה).

**המסייע**

**מסייע (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994 ת"ט תשנ"ה-1995**

31.  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.

המסייע הוא כינור ני לעבירה, אדם שעושה פעולות משניות שמאפשרות את ביצוע העבירה. נניח שאני מנסה לסייע לאדם לבצע פשע אבל הוא מעולם לא עובר את שלב ההכנה (לא עובר למתחם הניסיון) האם אפשר להרשיע אותי בניסיון לסיוע?

לפי גישה א'- לא. היות והמבצע העיקרי לא עבר את שלב ההכנה.

לפי גישה ב'- כן.

בדין הישראלי פס"ד פלוני קובע שנקודת המוצא של הדין הישראלי היא עדיין שאחריותו של השותף ככלל נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי ולכן אין הפללה של ניסיון לסיוע.

**כדי להרשיע אדם בסיוע צריך שהמבצע העיקרי עבר לפחות למתחם הניסיון** .(בכך ניתן לראות כי עדיין יש משמעות לעובדה שנקודת המוצא של מערכת המשפט הישראלי היא נקודת המוצא של גישה א').

-אם אני נותן לאדם תכניות של בנק כדי שיעשה בהן שימוש לשוד. אבל רגע לפני ביצוע השוד הוא מתחרט. החרטה שלו עומדת בתנאים של פטור עקב חרטה. האם ניתן להרשיע אותי כמסייע? כן. כי הוא עבר את שלב ההכנה והוא כבר נמצא במתחם הניסיון, וגם לפי ס' 34 ב' הפטור עקב חרטה של המנסה הוא נתון אישי, ולכן נפקותו רלוונטית רק לגבי אותו צד בו הוא התקיים, במקרה דנן, לגבי המבצע העיקרי שהתחרט.

-אם אני נותן לאדם אקדח כדי לבצע שוד, בפועל הוא מבצע את השוד באמצעות אקדח אחר. האם ניתן להרשיע אותי בסיוע? כן. האם מתקיים יסוד עובדתי המאפשר הרשעה בסיוע? כן, כי ההלכה קבעה שדי שבפעולה שלי יהיה פוטנציאל לסייע ואין צורך שבסוף סייעה בפועל.

**היסוד העובדתי:**

* רכיב ההתנהגות הוא "מי שעשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת התנאים".

במקור, נוסח הצעת החוק דיבר על "מי שעשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר...." . הבעיה שהמילים "שהיה בו כדי" נשמטו. כלומר כעת ניתן לטעון שהניסוח הזה "מי שעשה מעשה כדי לאפשר" -המילים "כדי לאפשר" אינן מתארות את הפעולה אלא יסוד נפשי חפצי – את המטרה שהניעה את המסייע. הפרשנות הישירה מרמזת שההתייחסות היא לא למעשה אלא לעושה, ומטרת המילים לדרוש יסוד נפשי של מטרה. מה הפתרון לגבי היסוד הנפשי הנדרש לסיוע? נדבר על כך בהמשך השיעור.

\*לעניין היסוד העובדתי, המילים הללו הן הבסיס לקביעה שכל שנדרש להוכיח הוא שלמעשה יהיה פוטנציאל לסייע. (ולא שבפועל סייעו).

* מרכיב נוסף ברכיב העובדתי: נסיבה המתייחסת לזמן בו צריכה להתרחש פעולת הסיוע-מתי צריכה להיעשות פעולת הסיוע?

או לפני המעשה או בזמן המעשה. אם סייעת אחרי העבירה אז יש עבירה עצמאית שנקראת "סיוע לאחר מעשה". והיא מעוגנת בסעיפים 260-261.

למשל אדם שמחכה לשודד ביציאה מהבנק כדי לסייע לו לברוח עם הכסף. האם מדובר בסיוע או בסיוע לאחר מעשה? פעולת הסיוע שכבר עשיתי לפני המעשה היא להבטיח לו שאני אעזור לו, והדברים הללו נטעו בו את הביטחון שאיפשר לו לבצע את המעשה ולכן זה נחשב סיוע ולא סיוע לאחר מעשה, בשונה ממצב בו הגנב עומד בחוץ עם שקי הכסף ואז אני מסייע לו במקרה ולוקח אותו עם הרכב.

(מה קורה אם אני מסייע אבל המבצע העיקרי לא מודע לכך שאני מסייע? אין דרישה לכך שהמבצע העיקרי ידע שאני מסייע)

* סיוע יכול שיהיה פיזי ויכול שיהיה רוחני כמו עידוד. (וזאת בהנחה שהעידוד הזה אינו שידול. כי אם העידוד הוא רכיב מרכזי מאוד בהשפעה על האדם לבצע את העבירה אזי יהיה מדובר בשידול).

דוגמאות לתרומה פיזית לסיוע:

בפס"ד פלונית הנערה עושה סדרת פעולות:

1. משיגה כסף לקנות את הסכין
2. הולכת איתו לקנות את הסכין
3. מייעצת לו איך יפתו את המדריך

פעולות נוספות :

1. השאלת רכב לביצוע הפעולה
2. לעיתים אבטחת הזירה בעת ביצוע העבירה (לעיתים זה ייחשב ביצוע בצוותא ולא סיוע).
3. לעיתים עצם הנוכחות של האדם במקום תהווה סיוע:

פס"ד יוספוב – הסנגורים של אנג'ליקה טוענים שבמקסימום היא עשתה "אי מניעת פשע" אך אם היא רק עמדה שם כיצד ניתן לומר שהיא מסייעת? ביהמ"ש קובע שעצם זה שהיא הסתובבה אתו זה אפשר לו להיטמע בקהל. הנוכחות שלה אפשרה לו להיטמע בקהל. ביהמ"ש קובע שהנוכחות מקימה חזקה ראייתית לכך שהאדם סייע. אך זו אינה חזקה חלוטה והאדם יוכל להפריכה באמצעות אספקת הסבר סביר לסיבת נוכחותו.

* כדי שייחשב מסייע, המעשה של אדם צריך להיות בעל ייעוד מוחשי וקונקרטי.

אם אני נותן לאדם כלי נשק בהנחה שמתישהו בעתיד הלא נראה לעין הוא יבצע בו עבירה אז זה לא מספיק כדי שהמעשה ייחשב כסיוע. יחד עם זאת-לגבי היסוד הנפשי- הדרישה הזו למעשה עם ייעוד מוחשי וקונקרטי, מעלה שאלה לגבי רמת המודעות שצריכה להתקיים אצל המסייע. במקרה של יוספוב היא טענה שהיא לא היתה מודעות לפרטים של איך הוא יעשה את העבירה ולכן אין אצלה מודעות לכך שהמעשה שלה מסייע באופן מוחשי וקונקרטי. ביהמ"ש קובע שלא דורשים רמה כל כך קונקרטית בהקשר המודעות (המסייע לא צריך להיות מודע לפרטי פרטים בדרך המדויקת בה הפעולה שלו תסייע) מספיקה יותר מידיעה בעלמא – צריך להיות מודע שלמעשיו יהיה פוטנציאל לסיוע למבצע. אם היינו קובעים שהמסייע צריך להיות מודע לפרטי פרטים אזי מעגל ההפללה היה יותר מידי מצומצם.

האם הפעולה של המסייע יכולה להיות על דרך המחדל?

לכאורה נראה ברור שכן. הסעיף שעוסק בסיוע אומר "העושה מעשה" וס' 18 לחוק אומר "מעשה"-לרבות מחדל.

אמנם כדי להרשיע בדרך המחדל יש להוכיח מקור חובה המטיל על האדם חובה לפעול.

עולה השאלה, מה ייחשב מקור לחובה כזו?

פס"ד וייצמן (מומלץ לקרוא את פסק הדין של חשין)- פס"ד וייצמן עסק בארבעה חברים שנסעו במכונית, וייצמן(הנהג), חבר שלו ושתי בנות. הנהג נוסע באופן פרוע ביותר. הוא דורס שוטר שמסמן לו לעצור. לאחר מכן החבר שלו אומר לו "סע"- מעודד אותו להפקיר את הזירה- הוא מסייע בדרך פעילה. שתי הבנות שנמצאות ברכב שותקות. השאלה היא האם ניתן להרשיע אותן בסיוע להפקרה מהסיבה והן לא פעלו לכאורה היו צריכות לומר לו לעצור או להתקשר למשטרה. לכאורה כל מה שהן עשו זה לשבת ולא לומר כלום. האם זה מספיק חמור כדי לראות בזה סיוע?

חשין מציג 3 גישות ובסוף מאמץ גישה רביעית:

* אסכולה 1: ס' 18 ג' דורש לצורך הרשעה בגין מחדל קיומו של מקור חובה. מקור החובה יכול להיות בדין או בחוזה. אך כל עוד לא מצאת מקור ספציפי בדין או בחוזה שמחייב את האדם לפעולת אזי לא תוכל להרשיע אותו בסיוע על דרך המחדל. אם מצאת מקור ספציפי אתה יכול להרשיע את המסייע בדרך מחדל ועל כך אין מחלוקת. הוויכוח נעוץ בקיומן של סיבות נוספות/מקרים נוספים בהם יהיה ניתן להרשיע בסיוע בגין התנהגות מחדלית. אז גישה זו אומרת שרק אם יש מקור ספציפי אז תוכל להרשיע.
* אסכולה 2: אם הצלחת למצוא מקור חובה בדין או בחוזה אז יופי אך אם לא הצלחת הרי שהרבה פעמים פעילות מחדלית תיחשב לסיוע מעצם מערכת היחסים בין האדם החודל לבין המבצע העיקרי. לפעמים בעקבות היחסים בין השניים , המבצע העיקרי יראה בשתיקת חברו כהסכמה. מערכת היחסים מקימה את החובה, היא יוצרת מצב בו המחדל יהיה בו משום פעולת סיוע. יחסים של שכנים – למשל שכן השומע את השכן מתכנן עבירה ושותק- אין במערכת יחסים זו כדי להקים חובה לפעול. לפי אסכולה זו די שבמערכת היחסים תהיה זיקה ספציפית אשר מקימה את החובה לפעול.
* אסכולה 3: גם אם נסכים שאם מצאנו מקור ספציפי יהיה ניתן להרשיע בסיוע במחדל, אך בנוסף לכך במקרים בהם העבירה שביצע המבצע העיקרי היא עבירת מחדל ספציפית הרי שבנוסף למקרים עליהם מדברת אסכולה 1, גם במקרים כאלו ניתן להרשיע מסייעים בדרך המחדל. אם הרשענו את המבצע העיקרי בביצוע מעשה על דרך המחדל- הגענו למסקנה שלמבצע העיקרי היתה חובה לפעול והוא לא פעל- במקרים כאלה אוטומטית ניתן להגיע למסקנה שניתן להרשיע גם מסייע שהתנהג בדרך מחדלית ולא צריך למצוא חובה עצמאית בהקשרו של המסייע. אסכולה זו מקילה על אפשרות הרשעת המסייע ובכך מרחיבה את מעגל ההפללה. הקושי הפורמאלי- הגישה הזו לא בדיוק מתיישבת עם ס' 18 ג' משום שהגישה הראשונה אמרה שההגדרה של מעשה רלוונטית לפירוש "מעשה" בהגדרת המסייע. אסכולה 2 אומרת שס' 18 לא רלוונטי למילה "מעשה" בהגדרת המסייע שם הפירוש רחב יותר. אסכולה 3 לא מדברת כלל על ס' 18.

גישת חשין: מצמצם את גישת האסכולה השלישית- יהיו מקרים בהם קיומה של חובה יילמד מעצם הגדרתה/מהותה של העבירה העיקרית אבל זה לא כל מקרה של עבירת מחדל. ככל שמדובר בעבירה יותר חמורה, כך יותר ניטה להגיע למסקנה שמשתמעת מהעבירה המחדלית חובת עשה בהקשר של המסייע. נוסף אלמנט שלא כל העבירות אלא רק העבירות החמורות ביותר. וספציפית לגבי ההפקרה של עובר דרך- העבירה מספיק חמורה לדעת חשין כדי שתקים חובה שתאפשר להרשיע את המסייע בדרך המחדל.

בעקבות פסק בדין יצרו חיקוק חדש בפקודת התעבורה,

ס' 64 א. 1. לפקודת התעבורה שאומר שנוסע ברכב שהיה מעורב בתאונה בה נפגע אדם חייב להתקשר לכוחות ההצלה בהקדם האפשרי בנסיבות העניין אלא אם הנהג המעורב עצר והזעיק עזרה (שזו החובה של אי הפקרה). אם הוא לא עשה כן, יוטל עליו עונש שהוא מחצית מהעונש של עבירת אי הפקרה. ואם הוא מתחת לגיל 16 יש לו פטור.

**היסוד הנפשי הנדרש לסיוע**

השאלה היא האם נדרשת רק מודעות או נדרש גם יסוד חפצי ואם כן נדרש יסוד חפצי אז במטרה למה?

אם המחוקק היה מנסח את החוק כמו שעולה מהצעת החוק שהתכוון לנסח (מי שעשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע)- הרי שברור היה שהמילה "כדי" מתייחסת למעשה משמע היא נסיבה שמתארת את המעשה והיא חלק מהיסוד העובדתי, אך המילים "שהיה בו" נשמטו. אם לא היו נשמטות אזי היתה נדרשת רק מודעות (מעשה שהיה בו כדי לסייע) אך היות והן נשמטו אז "מי שעשה מעשה כדי.." יכול להתפרש כמגדיר את המטרה שהנחתה את האדם לבצע את המעשה. הוויכוח הוא האם נפרש את הסעיף בדרך שאנו יודעים שהמחוקק רצה אשר מרחיבה את מעגל ההפללה או שמפרשים את הסעיף בהתאם ללשונו דבר שמצמצם את מעגל ההפללה (רק מי שהייתה לו המטרה) ומתקיימת פרשנות לטובת הנאשם. הוויכוח מעורר לאחר תיקון 39 בפס"ד פוליאקוב:

מדובר באדם שלא היה שותף לתכנון הרצח. אבל במהלך הרצח הוא מסייע, הוא מודע לכך שפעולותיו מסייעות אך אין לו מניע לסייע.

🡨דעת הרוב בפסק הדין מאמצת גישה של דרישת מודעות בלבד (ללא מטרה). ההצדקות: א. זו כוונת המחוקק על אף שנשמטו המילים שהיו בהצעת החוק. ב. פרשנות זו גם מתיישבת עם סעיפים 19 ו-20 לחוק שאומרים שברירת המחדל היא להניח שעבירה דורשת מודעות בלבד. עבירה של מחשבה פלילית גרידא ולא יותר.

רכיבי היסוד הנפשי:

1. מודעות לאפשרות ביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע העיקרי. מודעות לעניין זה לרבות עצימת עיניים.
2. מודע לטיב ההתנהגות שלו- מודע לכך שבהתנהגות שלו יש פוטנציאל לסייע לביצוע העבירה העיקרית.

🡨דעת המיעוט אומרת שלא ניתן למלא לקונה בדרך ההיקש, והפרשנות צריכה להיות לטובת הנאשם.
היסוד הנפשי הוא:

1. מודעות לביצוע העבירה העיקרית בידי המבצע
2. מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות שהיא תתרום לביצוע העבירה העיקרית+ כוונה לסייע להתממשות העבירה.

דעת המיעוט אומרת שיש אנשים שמסייעים למרות שהם לא רוצים שהעבירה תקרה אבל מערכת היחסים בינם לבין המבצע העיקרי היא כזו שהם פועלים מתוך רצון לעזור לו, ולא רצון לעצם התרחשות העבירה או שהם מסייעים לו ללא כל מטרה לעזור על אף שהם מודעים להתנהגותם – הם פשוט אינם נמנעים מהסיוע. יוצא שבמקרים קלים מאוד של סיוע דעת המיעוט לא תרשיע בסיוע. הוא מבין שהפרשנות שלו יכולה להוביל למעגל הפללה צר מידי ולכן הוא אומר שלעניין דרישת הכוונה שכן מתחייבות במסגרת היסוד הנפשי של הסיוע- ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת כוונה.

למעשה גישה אחת לא מתיישבת עם לשון החוק ועיקרון החוקיות וגישה שניה עלולה לצמצם מידי את מעגל ההפללה ולכן ברק בפלונית מציע גישה המתיישבת עם לשון החוק ועם כוונת המחוקק בהצעת החוק:

הרי פלונית פעלה מתוך רצון לסייע לחבר שלה כי היא אוהבת אותו ולא מתוך מטרה שתתממש העברה. לפי גישת הרוב היא תורשע, לפי גישת המיעוט לא בטוח שהיא תורשע והשאלה היא אם במקרה שלה תקום הלכת הצפיות או לא. אמנם גם במקרה של ברק פלונית תורשע אך זאת מכיוון שברק מגדיר את היסוד הנפשי כך:

1. מודעות לאפשרות ביצוע העבירה ע"י המבצע העיקרי,

בשונה מדעת המיעוט, לא דורש כוונה להגשמת התכנית הפלילית של המבצע העיקרי אמנם כן נדרשת

1. מודעות לטיב ההתנהגות שמסייעת ולפטונציאל שלה לתרום לביצוע העבירה **+** צריך כוונה לסייע לעבריין עצמו. המניע אינו כוונה לקדם את העבירה אלא כוונה לסייע לעבריין כמו בסיפור של פלוני. גם לדעת ברק הלכת הצפיות תוכל לשמש תחליף להוכחת כוונה. (ולגבי כל הגישות עצימת עיניים יכולה לשמש תחליף למודעות).

**שיעור מס' 20- צדדים לעבירה המשך 21.6.17**

**המשדל**

מצד אחד מדובר באדם שהאחריות שלו למעשה היא עקיפה. מצד שני האחריות שלו לפשע היא במידה רבה מרכזית כי הוא זה שנוטע במוחו של המבצע את הרעיון לבצע את העבירה. ולפי ניסוח הצעת החוק "המשדל הוליד לא רק עבירה אלא גם עבריין". הדין רואה בחומרה את פעולתו של המשדל, כביטוי לחומרה:

1. העונש על שידול שווה לעונש על העבירה הראשית. (לעומת המסייע שעונשו הוא מחצית).
2. הדין הגדיר עבירה של ניסיון שידול (נגזרת לנגזרת).

היסוד העובדתי של עבירת השידול

החוק מגדיר שידול כך:

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

לאור כך ניתן לראות שההתנהגות האפשרית לשידול היא מאוד רחבה- התנהגות שיש בה אפקט משדל. השאלה היא האם ניתן לעשות שידול בדרך המחדל?

אם יש שני חברים טובים- יוסי ובני. יוסי מעריץ את בני ועושה כל מה שהוא רוצה. אם יוסי רוצה לשדוד בנק ומספר על כך לבני ובני שותק. שתיקה במערכת יחסים זו מראה על הסכמה. כי יוסי יודע שאם בני לא היה מסכים לרעיון אזי היה מביע זאת. אך כאן, די לו בשתיקה של בני כאות הסכמה. האם ניתן לומר שהוא עודד אותו בשתיקה? האם יש כלל שאומר שאין שידול על דרך המחדל ואז לא נבדוק כל מקרה של מערכת יחסים מסוימת לגופו? או שיש אפשרות כזו לשידול במחדל?

העמדה המקובלת היא : **לא ניתן להרשיע בשידול בדרך המחדל,** בגלל שמדובר בהרחבה מאוד גדולה של מעגל ההפללה- מדובר באדם שלא עשה שום פעולה אקטיבית הקשורה לעבירה. ובנוסף המבצע הינו אדם אוטונומי שאנו מצפים ממנו להבדיל בין טוב לרע.

לאור כך שלכאורה, מנוסח הסעיף, לא נראה שיש מניעה להרשיע במקרים בהם השידול נעשה בדרך המחדל ואולי ניתן למצוא אמירות מהן משתמע שייתכנו מקרים של הרשעה בדרך המחדל, ההשערה של המרצה היא שיום אחד יגיע המקרה המובהק אשר בעקבותיו תאומץ הלכה ברורה.

🡨הרכיב הנסיבתי של עבירת השידול

**צריכה להתקיים נסיבה של אדם אחר שהוא משודל**

המשודל (בשונה מביצוע באמצעות אחר) הוא אדם שיכולה להיות מוטלת עליו אחריות פלילית.

אין צורך שהמשודל יידע שהוא משודל (בשונה מסיוע לעבירה) יכול להיות ששידלו אותו באמצעות מניפולציות וכו'.

🡨רכיב התוצאה בעבירת השידול

השאלה האם מדובר בעבירת תוצאה או לא אינה שאלה של היגיון אלא עניין של ניסוח סעיף העבירה .

למשל- עבירת הסיוע- אם היא היתה מנוסחת כך : "העושה מעשה המסייע לביצוע העבירה שהיה בו כדי לסייע לביצוע העבירה" כנראה שהיה מדובר בעבירה תוצאתית. אך הסיוע אינו מנוסח כך – אלא "העושה מעשה כדי לסייע", אמרנו שלפי דעה אחת מדובר בתיאור של המעשה ולפי הדעה הרווחת מדובר ביסוד נפשי חפצי של מטרה אך אף אחד לא חושב שמדובר בעבירת תוצאה. העבירה אומרת שהמעשה צריך להיעשות לפני ביצוע העבירה או במהלך ביצוע העבירה מה שמראה שזה נסיבה.

לעומת זאת עבירת השידול מנוסחת כך " המביא אחר לידי.." – נכון שאין מדובר בפגיעה באובייקט פיזי אך ניתן לראות שהניסוח דורש מעשה שהתוצאה שלו היא הבאת האחר לידי עבירה.

* מוסר השכל כללי: השאלה אם עבירה היא התנהגותית או תוצאתית היא שאלה של ניסוח הסעיף ולא שאלת היגיון.
* דבר שני- חשוב לזכור שמרגע שקבענו שמדובר בעבירת תוצאה אזי יש לכך השלכות-נוספים אלמנטים גם ליסוד העובדתי של העבירה (קש"ס בין ההתנהגות לתוצאה) וגם נוספים אלמנטים/ רכיבים ליסוד הנפשי של העבירה (מודעות לתוצאות וגם יסוד נפשי חפצי).

אם אדם מנסה לעשות עבירה לאחר ששידלו אותו לכך- כלומר הוא עשה פעולות שעברו את שלב ההכנה- אך לא הצליח להשלים את העבירה. שידלו אותו לרצוח מישהו אבל הוא פספס- האם זה \***ניסיון לשידול** (לרצח)? \***שידול** **לניסיון** (לרצח)? או **שידול** (לרצח)?

ניסיון לשידול זה לא.

אך האם זה שידול לניסיון לרצח או שידול לרצח? השכל הישר אומר שזה שידול (המשדל רצה שהמשודל יצליח לרצוח ולא שידל אותו לניסיון) אך מלשון הסעיף מבחינת היסוד העובדתי אולי זה נראה כמו שידול לניסיון.

אין הכרעה בסוגיה זו. היה מקרה שביהמ"ש היה אמור לדון בסוגיה זו באופן מלא בפס"ד סוגאקר 992/03- שם דורנר מניחה שצריך להרשיע בשידול. הסיפור הוא שנאשם 1 משכנע את נאשם 2 לתקוף מתחרה עסקי ולפגוע בו. נאשם 2 השתכנע ומשכנע את נאשמים 3 ו-4 לבצע את התקיפה והם לא משלימים את העבירה אלא התקיים רק ניסיון. לגבי נאשם 1 נדבר בהמשך, אך לגבי נאשם מס' 2 דורנר מניחה שיש להרשיע אותו **בשידול לעבירה** ולא בשידול לניסיון לעבירה. מכיוון שמדובר בעבירה תוצאתית יש להוכיח קש"ס בין פעולת השידול לבין ביצוע העבירה ע"י המשודל.

המקרה המובהק עליו אין חילוקי דעות הוא המקרה בו המשדל נוטע את רעיון ביצוע העבירה במוחו של המשודל. במקרה זה ברור שיש קש"ס. אילולא היה משכנע אותו לרצוח הוא לא היה רוצח. אבל הפסיקה הרחיבה את הגדרת הקש"ס גם לקטגוריה נוספת של מקרים: מדובר במקרים בהם במוחו של המשודל נמצא כבר הרעיון לבצע את העבירה ופעולת השידול היא מה שמטה את הכף וגורם לו להגיע להחלטה הסופית לבצע את העבירה. נשים לב שבמקרה של שידול במילים זה הופך את הקו בין זה לבין סיוע רוחני לקו נורא דק. השאלה אם מדובר בסיוע רוחני או שידול במובן של פעולה שמטה את הכף זה השאלה האם גם ללא אמירה של המשדל שמדובר ברעיון טוב האם המשודל היה מבצע את העבירה? קשה באופן אובייקטיבי להוכיח לאן נוטה הקו. בפועל ביהמ"ש מנסה להבין מהי מערכת היחסים בין המבצע העיקרי לבין האדם שאמר לו את אותן מילים . אם מדובר במערכת יחסים כזו בה המשדל/האדם שאמר את המילים הוא דומיננטי מאוד אזי ביהמ"ש יטה לראות בכך שידול. לעומת זאת אם המשדל הוא חלש במערכת היחסים אזי ביהמ"ש יטה לומר שמדובר בסיוע רוחני . ואם לא היתה כלל השפעה של המילים על המבצע העיקרי אז זה רק אי מניעת פשע.

הקביעה שגם הטיית כף יכולה להוות שידול נקבעה בפס"ד אסקין, שם פקוביץ' המבצע – ברור שהוא רואה באסקין כמנטור שלו- האורים והתומים שלו בהקשר האידיאולוגי. במקרה זה ברור שלמרות שהרעיון לביצוע העבירה מתחיל אצל פקוביץ' ברור שהוא לא היה עושה את העבירה לולא העידוד והתמיכה של אסקין . ביהמ"ש אומר שלא מדובר פה רק בסיוע רוחני אלא מדובר כבר בשידול. וזו ההלכה. הבעיה בה שהיא מייצרת מצב עמום שקשה להבחין בין המבצעים ונוצר חשש שמה שמכריע את הכף הוא כמה ביהמ"ש חושב שמעשה הנאשם הוא חמור.

נדגים את הבעייתיות הזו על המקרה בפס"ד רון של הרצח של הילדה רוז פיזם. האמא-מארי פיזם, נישאת לאדם בצרפת ונולדה ילדה. היא מתגרשת ממנו ומתחתנת עם אבא שלו . אבא שלו תמיד מוצג בתקשורת בשמו המלא רוני רון. הם עוברים לארץ. נמאס להם מגידול הילדה . רוני רון חושב להרוג אותה אבל הוא מתלבט. האבחנה של ביהמ"ש היא שמי שדומיננטי במערכת היחסים זו האמא מארי, ולולא היתה מסכימה איתו ומעודדת אותו לעשות זאת הוא לא היה מבצע את המעשה. הוא זורק את גופתה לירקון בעוד מארי מהווה רק כחבר טלפוני ומעודדת אותו דרך הטלפון. אין ספק שמארי היא אדם מרושע והיינו רוצים להרשיע אותה – אך באיזו עבירה? האם מדובר בסיוע? אם זה סיוע אזי מדובר במחצית מהעונש המקסימלי. האם זה שידול? ואז העונש הוא זהה לעבירה העיקרית. או שאולי היא מבצעת בצוותא? (ההשלכות בקביעה של מבצע בצוותא הן לעניין פטור עקב חרטה ועבירות נוספות שבוצעו במהלך הדברים). במחוזי הסנגוריה טענה שבמקסימום היא מסייעת. ביהמ"ש לא מסכים ואומר שהיא האדם הדומיננטי ורוני רון חיכה למוצא פיה ולכן היא משדלת. בעליון: אומרים שהיא גם ליוותה אותו טלפונית בזמן המעשה ונכחה וירטואלית בזירה ולכן העליון קובע שהיא מבצעת בצוותא.

המרצה טוען שדווקא כאשר מגיעים המקרים המובהקים בהם, כגון זה, נראה שיש להרשיע בעבירה החמורה ביהמ"ש מאמץ פרשנויות שכמעט מטשטשות לגמרי את האבחנות בין הקטגוריות השונות של מבצעי העבירה. אז מה יקרה במקרה הבא כאשר המקרה יהיה פחות ברור מזה? .....

על המבצע בצוותא יש יותר סיכוי שתוטל אחריות.

🡨**היסוד הנפשי**

אם מסתכלים על עבירת השידול, היא נראית כעבירת תוצאה שותקת- היא לא אומרת לנו שיש איזו מגבלה בדבר סוג היסוד הנפשי החפצי הנדרש, כלומר היא **לכאורה** אומרת לנו שאנחנו יכולים להסתפק בפזיזות ולא חייבים להוכיח כוונה (לכאורה תוכיח רק מודעות להתנהגות לנסיבות ולאפשרות קרות התוצאה + כוונה/פזיזות לגבי התוצאה כמו בכל עבירת תוצאה). אבל, השופטת בייניש בפס"ד אסקין (ניתן לכתוב במבחן גם הפסיקה קבעה...) שלא ניתן להסתפק בפזיזות אלא יש להוכיח כוונה מצד המשדל שהעבירה נושא השידול תבוצע. (משדל מתוך כוונה שהעבירה תבוצע). אנו מדגישים זאת כי ראשית זה לא מופיע מפורשות בסעיף. שנית, בייניש באסקין מתחילה את הקביעה הזו במילים "ככלל". כלומר היא משאירה פתח לפסיקה עתידית שתקבע שבמקרים מסוימים די בפזיזות. (לבחינה יש לומר רק שההלכה קובעת שנדרשת כוונה, היה חשוב למרצה שנדע שזה לא אופציה סגורה הרמטית). למה בייניש קובעת שנדרשת כוונה ולא ניתן להסתפק בפזיזות?

1. האופי התכליתי של השידול לפי מה שנראה לנו הוא אדם הפועל מתוך כוונה שהעבירה תקרה. אם נאמר שניתן להסתפק בפזיזות נרחיק את ההגדרה המשפטית מההגדרה האינטואיטיבית.
2. מבחינת פעולות המשדל הן לא קידמו את היסוד העובדתי של העבירה. הוא לא עשה דבר במישור העובדתי אלא רק השפיע על היסוד הנפשי של המבצע העיקרי, ואותו מבצע עיקרי-המשודל, הוא אדם אוטונומי והוא אמור ככל אדם להבחין בין טוב לרע, לכן כדאי שנעניש משדלים כאלה שבאמת היה בהם אלמנט פסול משמעותי שהוא כוונה שהעבירה תקרה, ולא נסתפק בפזיזות.
3. העונש שקבע המחוקק לשידול זהה לעונש על העבירה עצמה (בשונה מהמסייע) מה שאומר שהמחוקק רצה להעביר מסר ששידול הוא משהו מאוד חמור ולכן יש לשמור זאת באמת למקרים המאוד חמורים – כאשר ישנה כוונה.
4. רצון להבדיל בין עבירת השידול לעבירת הסיוע. ברכיבי היסוד העובדתי ההבחנה בן השניים היא במקרים מסוימים די קטנה. אך ביסוד הנפשי נדרוש כוונה שהעבירה תתממש. (לגבי סיוע העמדה הרווחת לפי הלכת פלונית- נדרשת כוונה אך כוונה לסייע למבצע העיקרי ולא סיוע לביצוע העבירה. כאן הכוונה היא שהעבירה תקרה ,ושם הכוונה לעזור לעבריין).

אחרי שאמרנו שנדרשת כוונה, מיד צצה השאלה האם ניתן בהקשר הזה להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת כוונה? אין הכרעה מפורשת בפסיקה אך נראה **שניתן** להחיל את הלכת הצפיות כתחליף כוונה בהלכת השידול. וזה נראה מוזר כי אמרנו שחייבים כוונה כאן ואז באה הפסיקה ולא מונעת להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף כוונה וזה מוריד מערך הכוונה לכאורה.

מה קורה כאשר מדובר בסיוע למעשה שהפוטנציאל שלו לאפשר את העבירה אינה קרובה לוודאי אלא אולי רק 30%? הלכת הצפיות לא תעשה כאן עבודה טובה ועדיין תיווצר אבחנה בין שני המקרים.

**ניסיון שידול**

ס' 33 לחוק קובע עבירה נגזרת מיוחדת שהיא נגזרת מדרגה שנייה (נגזרת לנגזרת) שהיא הניסיון לשידול. הוא קובע :

**נסיון לשידול (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

33.  הנסיון לשדל אדם לבצע עבירה, עונשו - מחצית העונש שנקבע לביצועה העיקרי; ואולם אם נקבע לה –

(1)   עונש מיתה או מאסר עולם חובה - עונשו מאסר עשרים שנים;

 (2)  מאסר עולם - עונשו מאסר עשר שנים;

(3)   עונש מזערי - עונשו לא יפחת ממחצית העונש המזערי;

(4)   עונש חובה כלשהו - הוא יהיה עונש מרבי, ומחציתו תהא עונש מזערי.

ניתן לראות בסעיף זה שהמחוקק "השקיע" ונכנס לפינות.

מתי מתרחש ניסיון לשידול?

1. אפרת משכנעת את זיו לבצע עבירה של שוד והוא משתכנע אך מעולם לא עובר את שלב ההכנה ולכן זה ניסיון לשידול (אם היה עובר למתחם הניסיון הרי שהיה מדובר בשידול לניסיון או שידול גרידא).
2. אפרת מנסה לשכנע את זיו לבצע עבירה אך הוא לא משתכנע- הרי ניסיון שידול.
3. אפרת עושה את כל הצעדים כדי להשלים את השידול אבל מסיבות שאינן תלויות בה הפעולות שלה, שעברו כבר את שלב ההכנה, לא חוצות את מתחם הניסיון, למשל: היא כותבת לו מכתב מאוד משכנע לביצוע השוד ואם זיו היה קורא את המכתב הוא היה משתכנע באותו רגע לבצע את השוד, אולם המכתב נאבד בדואר.
4. אפרת רוצה לשדל את זיו לבצע עבירה אך לאחר הנאום שלה זיו אומר לה שהוא החליט כבר לבצע את השוד לפני הנאום שלה. לכן מדובר בניסיון לשידול- היא ניסתה אך אין קש"ס בין הניסיון לשידול שלה לבין העבירה שבוצעה.

**יש לשים לב שלא מוטלת אחריות פלילית על ניסיון לשידול כאשר מדובר בעבירת חטא. הדבר נכון גם לגבי שידול- אין שידול לעבירה מסוג חטא.**

#האם מוטלת אחריות פלילית במקרים של שידול לשידול או במקרה של סיוע לשידול?

שידול לשידול:

המקרה הממחיש שידול לשידול הוא פס"ד סוגאקר- נאשם 1 משכנע את נאשם 2 לבצע עבירה אך נאשם 2 לא מבצע בעצמו אלא משדל את נאשמים 3 ו-4 לבצע את העבירה. השאלה הינה מה קורה עם נאשם 1?

🡨דורנר מניחה שניתן להרשיע בשידול לשידול. ובנוסף אומרת כי מקום בו המשדל הראשון בשרשרת הצליח במלאכת השידול שלו לגבי נאשם 2 אזי גם אם נאשמים 3 ו-4 בסוף נשארו רק בשלב הניסיון הרי שלא מדובר בניסיון לשידול אלא שידול ממש.

מנגד יש אמירה שאומרת שאין עבירות שהן נגזרת שניה אלא בקביעה מפורשת בחוק . כי מדובר בהרחבת יתר של מעגל ההפללה.

**עבירות שידול ספציפיות**

בדיני העונשין פזורות עבירות שונות שהן עצמאיות ואם קוראים אותן מבינים שההתנהגות המופללת בהן היא פעולה של שידול שנעשה בנסיבות מסוימות. השאלה היא למה הן קיימות?

דוגמאות:
ס' 201- שידול למעשה זנות.

ס' 202- שידול לעיסוק בזנות.

ס' 242- הדחה בחקירה.

ס' 246- הדחה בעדות.

ס' 302- שידול להתאבדות.

ס' 422- רשימה של עבירות שידולי מרמה.

למה העבירות הללו קיימות? בגדול ניתן לחלק לשלושה מקרים:

1. עבירות שקיימות ללא סיבה ברורה.
2. עבירות שמפלילות מקרה נוסף שהוא מעבר למקרה השידול הרגיל. מוסיפות נדבח לעבירת השידול הרגילה.
3. עבירות שידול בהן לא היה ניתן להשתמש בעבירת השידול הכללית כי המעשה נשוא השידול אינו עבירה. למשל, כיום זנות אינה עבירה אך שידול לזנות הוא עבירה. בשונה מבעבר, התאבדות אינה עבירה אך שידול להתאבדות הוא עבירה.

**מקרים בהם אותו אדם מבצע גם פעולות סיוע וגם פעולות שידול**

אפרת משכנעת את זיו לבצע שוד בנק אך בנוסף היא נותנת לו רובה לצורך ביצוע השוד. כלומר היא עשתה גם פעולת סיוע. שתי אופציות במקרה דנן:

1. להעמיד את אפרת לדין גם על שידול לשוד וגם על סיוע לשוד. מכיוון ששתיהן נוגעות לאותו מעשה הרי שהעונש המירבי יהיה כמו של שידול. אך נאשים אותה בשתיהן בכתב האישום.
2. בגלל שהיא גם שידלה וגם סייעה אזי המעורבות שלה בפשע היא כה גבוהה עד שיש לראות בה מבצעת בצוותא (שהוא כמו מבצע עיקרי לעניין העונש).

נפקות ראשונה היא במידה בה נוכל להטיל עליה אחריות על עבירות אחרות/נוספות שזיו מבצע במהלך השוד (נלמד בשיעור האחרון). החוק מאפשר ביתר קלות להטיל אחריות על אדם בגין עבירות שביצע צד אחר לפשע כאשר רואים באדם זה מבצע בצוותא. זה לא שאי אפשר להטיל אחריות על המשדל ולא שתמיד תוטל אחריות על המבצע בצוותא אך הכללים הרבה יותר מקלים או מחמירים כאשר הגדרנו מישהו כמבצע בצוותא.

נפקות שניה נוגעת לשאלה איזה סעיף של פטור עקב חרטה יחול בהקשר של אפרת? אם נראה בה מסייעת+משדלת הרי שהסעיף הרלוונטי הוא סעיף 34. בעוד שאם נראה בה מבצעת בצוותא הסעיף הרלוונטי הוא כנראה 28.

**פטור עקב חרטה, ס' 34 לחוק**

(לא להתבלבל עם ס' 28 שעוסק בפטור עקב חרטה של המנסה)

**פטור עקב חרטה (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

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

          (ב)  "רשויות", לענין סעיף זה - משטרת ישראל, או גוף אחר המוסמך על פי דין למנוע את עשיית העבירה או את השלמתה.

**מבחינת היסוד העובדתי ס' זה אומר שיש שלושה מצבים בהם המשדל, המסייע או המנסה לשדל יזכו בפטור הקבוע בסעיף זה:**

1. אם מנעו את עשיית העבירה או השלמתה.
2. אם הם הודיעו לרשויות מבעוד מועד על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה.
3. אם עשו למטרת מניעת עשיית העבירה או השלמתה כמיטב יכולתם.

**הבדלים בין ס' זה לבין ס' 28 (פטור למנסה)-**

* הסעיף הזה אומר מפורשות שניתן לקבל את הפטור גם אם בסוף העבירה בוצעה. (בשונה מהמנסה שם יש שתי דעות כמו שלמדנו עם המלצר וההרעלה- שם זה היה או שהוא חייב להצליח למנוע או לעשות פעולות למנוע. אך כאן יש פרס על השתדלות).
* ביסוד הנפשי- בסעיף זה בניגוד ל28 אין דרישה של חרטה מחפץ נפשו וכולי מסתכלים על הפעולות בלבד גם אם עשה זאת שלא מתוך חרטה אמיתית אלא כי פחד.

אז נכון שבעקבות השינוי בהלכה הפער בין הדרישות הצטמצם אך עדיין הוא קיים.

ברור שהתכלית של סעיף 34 היא תכלית תוצאתנית- לנסות כמה שיותר לדרבן למנוע את העבירה בעוד שכאשר זה מגיע לסעיף 28- במינימום זה רק קוקטייל של שיקולים תוצאתניים וגמולניים יחד, אך זה לא רק תוצאתני כמו פה. ההבדל הזה נובע מכך שאנחנו עוסקים באנשים שהם במעגל השני- ולכן הרצון לתפוס אותם הוא קטן יותר, מראש אנחנו עוסקים בנורמות שירחיבו את מעגל ההפללה כי לא מדובר במבצע העיקרי. לכן מקלים יותר בדרישות למתן פטור.

* הבדל נוסף הוא שיתכן וקיים הבדל ברף ההוכחה. בנוגע לסעיף 28 העמדה הרווחת היא שזה במאזן ההסתברויות וכאן יש עמדה חזקה שאומרת שבנוגע לסעיף זה חל מערך הנטלים.

בגלל השוני המהותי הקיים בין סעיפים 28 ו-34, קרמניצר אומר שהמחוקק עשה טעות כאשר השתמש בשני הסעיפים באותה כותרת "פטור עקב חרטה", זה יוצר בלבול. מכאן שיש לשים לב לא להתבלבל ביניהם.

רק במקרים בהם יש לנו התלבטות לגבי זהות הנאשם (אם הוא מבצע בצוותא או מסייע או משדל) אז נדון בשתי האפשרויות בנוגע לכל זהות. המרצה מדגיש שבמבחן נשים לב שבמקרים שהם **מובנים מאליהם** לא נדון בשתי האופציות זה מעיד על חוסר הבנה ולא צריך תמיד לעבוד בשיטת הצ'קליסט.

**שיעור מס' 21- צדדים לעבירה המשך- 26.6.17**

חוק העונשין מגדיר מבצע בס' 29: לרבות מבצע בצוותא או באמצעות אחר.

כלומר, יש שלושה סוגים של מבצעי עבירה:

1. מבצע יחיד
2. מבצע באמצעות אחר
3. מבצעים בצוותא

הסעיף אומר שהיחס שאנו צריכים לתת למבצע בצוותא ולמבצע באמצעות האחר הוא אותו יחס אנו נותנים לבצע היחיד. זה משליך על סוג הפטור עקב חרטה שיוחל (ס' 28) וכן לעניין ביצוע עבירות מסוג חטא. למשל לעניין העונש המקסימלי.

**מבצעים בצוותא**

ס' 29 ב' מגדיר את המבצעים בצוותא: *המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר.*

**כלומר,** לא משנה לחוק מה יהיה החלק שכל אחד מהמבצעים בצוותא לקח, כל עוד הם פעלו כאורגן אחד. החוק מסתכל על המבצעים בצוותא כיחידה פלילית אחת כי זה לא משנה אם הפעולות של האדם הספציפי מתוך הקבוצה לא היה בו די כדי לקיים את יסודות העבירה כל עוד חלקו היה חיוני לתכנית המשותפת, ועפ"י ההסבר בהצעת החוק גם נדרש שהפעולה של אותו אדם לכשעצמה לא היתה בגדר מעשה הכנה בלבד.

ביצוע בצוותא יכול להיות גם במחדל. למשל סיוע לאסיר לברוח מבית הסוהר, 2 שותפים לאסיר- אחד מחכה לו מחוץ לרכב והשני הוא סוהר בכלא שדואג לא לתפוס את האסיר הנמלט.

יכול להיות גם שכלל השותפים יבצעו את המעשה במחדל למשל שני הורים שמרעיבים את הילד שלהם.

במציאות, לפעמים יש יחסי כוחות שונים וחלוקת תפקידים שונה בין המבצעים, ונוצרת בעיה לזהות האם מדובר במבצעים בצוותא ומי נחשב רק למסייע.

הפסיקה יצרה מבחנים חליפיים לזיהוי מיהו המסייע ומיהו מבצע בצוותא. אין הכרעה בין המבחנים הללו בפסיקה, ושופטים שונים יסתמכו על מבחנים שונים ואנשים שביצעו פעולות דומות עשויים לזכות ליחס שונה. המבחנים:

1. **מבחן הפעולה החיונית שהיא מעבר להכנה**

המבחן דורש קיומם של שני רכיבים כדי לקבוע שהאדם הוא מבצע בצוותא ולא רק מסייע:

* **פעולותיו חיוניות לביצוע העבירה העיקרית.** (כלומר מבחינת תפקידו בקבוצה- תפקידו חיוני לשם ביצוע העבירה העיקרית).
* **פעולותיו לכשעצמן לא תהיינה פעולות שהן בגדר הכנה בלבד**. (כלומר מבחינת היסוד העובדתי- המעשים שלו לבד צריכים להיות כאלו שחצו את מתחם ההכנה ונמצאים לפחות במתחם הניסיון).

פרט עובדתי נוסף התומך במסקנה שזה צריך להיות המבחן לזיהוי המבצע בצוותא הוא הרפורמה שנעשתה לעבירת קשירת הקשר כחלק מתיקון 39. (לפני כן הכלל המשפטי קבע אחריות סולידרית בין קושרי קשר. די בכך שנעשו פעולות הכנה בעבירת קשירת הקשר. ולכן ברגע שהיה ניתן להטיל עליך אחריות בעבירה זו אתה היית אחראי גם על כל עבירה שביצע מישהו אחר מהקושרים לקשר במהלך תכנון/ביצוע העבירה העיקרית אפילו אם לא היית מודע לעבירה הזו וגם אם לא היית חלק מהתוכנית. לאחר תיקון 39 יש ניסיון לבטל את האחריות הסולידרית הזו וקובע את סעיף 499 ב'  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'. כלומר, רק אם אפשר בנוגע אליה לראות בו מנסה/מבצע בצוותא/מבצע באמצעות אחר / משדל /מסייע) בעקבות השינוי בעבירה הזו- אם כל מה שעשית כקושר קשר היה פעולות במתחם ההכנה בלבד לא ניתן להטיל עליך אחריות בגין עבירות שביצעו צדדים אחרים לקשר הפלילי 🡨מכאן ניתן להסיק שכדי לראות במישהו מבצע בצוותא אז הפעולות שלו בלבד הן צריכות להיות כאלו שחוצות את מתחם ההכנה אל תוך מבחן הניסיון או מעבר לו.

1. **מבחן האנלוגיה לדיני הניסיון**

לפי מבחן זה נסתכל על כל אחד מהצדדים לעבירה ונשאל– האם היה די בפעולותיו בלבד כדי לחצות למתחם הניסיון (אם היה מבצע אותן לבד ולא היו לא שותפים) –או שהן היו נחשבות פעולות הכנה בלבד. מבחן זה שונה מהראשון בכך שלא דורש את דרישת החיוניות (בבחינה- אם תהיה שאלה על הניסיון אז יש לפרט את כל המבחנים של ניסיון. ואם יש שאלה הנוגעת למבצעים בצוותא אזי יש לתמצת ולא לפרט באותה רמת רזולוציה כמו של דיני ניסיון. והכל בהתאם לשאלה הספציפית).

1. **מבחן השליטה הפונקציונאלית**

מבחן זה שואל האם האדם היה חלק מהאדונים של הפעילות העבריינית ? האם תרומתו היתה פנימית דומיננטית מרכזית? (ולא בודקים אם היתה חיונית, כי לא מסתכלים על מה קורה אילולא היה חלק מהפעילות אלא מה קרה לאור העובדה שהוא כן חלק מהפעילות).

פס"ד פלונים ממחיש את ההבדל בין מבחן זה לבין השניים הקודמים- הרצח בשוק הקצבים. בעקבות רצח כהנא, קבוצת נערים מחליטה לבצע רצח נקמה ובוחרים כשוק הקצבים כיעד. הם מתכננים ביחד תכנית פעולה ומחלקם את התפקידים באמצעות הגרלה. אחד מהם, ביום המעשה, אומר שזה לא יקרה היום, אז הם אומרים לו שיעשו בלעדיו והוא מסכים. ומנתק מגע מהם. הסיפור נגמר ברצח אדם אחד ובניסיון רצח של שניים אחרים. מהי אחריותו של אותו אחד שנשאר שותף טלפוני אך לא נטל חלק בפעולות עצמן.

לפי מבחן האנלוגיה לדיני הניסיון 🡨 מעשיו שלו לבד לא עברו את שלב ההכנה .

לפי מבחן החיוניות🡨 גם מבחן זה דורש מעבר משלב ההכנה וזה לא מתקיים. ובנוסף מעשיו לא היו חיוניים עובדה שהם ביצעו את הפעולה בלעדיו.

ביהמ"ש מאמץ את המבחן השלישי🡨 הפונקציה שלו היתה מרכזית. הוא היה הרוח החיה- ומכיוון שאי השתתפותו לא נבעה מחרטה הרי שיש לראות בו מבצע בצוותא.

בשיעור הקודם אמרנו שברק אומר שאדם שניתן להאשימו גם בשידול וגם בסיוע אזי מעשיו הופכים להיות מעשים של מבצע בצוותא . וזה אחד המקרים בו לדעת ברק אנו עומדים במבחן השליטה הפונקציונאלית. **ביקורת ראשונה היא פורמלית**- ברק מכניס את מבחן הסולידריות (שהמחוקק רצה לבטל) מהדלת האחורית. יש לנו כאן אדם שפעולותיו היו הכנה בלבד ואנחנו מטילים עליו אחריות של מבצע בצוותא. **ביקורת מהותית**- יש כאן הרחבת יתר של מעגל ההפללה והנמכת הסטנדרט הנדרש לצורך קביעת מבצע בצוותא.

1. **מבחן חבות העונש**

האם השופט חושב שיש להטיל על הנאשם עונש חמור? אם כן אזי ייקבע שהוא מבצע בצוותא ואם לא אז הוא מסייע.

המבחן הזה בא ובודק אם המעשים חצו את מתחם הכנה והאם **ראוי** לראות באדם מבצע בצוותא.
מקרים בהם אדם מעורב מאוד בפעילות מבחינת היסוד הנפשי- הוא ממש חלק מתוך הקבוצה העבריינית אז כל הניסיונות להתמקד ביסוד העובדתי לא מגיעים לתוצאה מדויקת ולא לתוצאה שהולמת את התחושה שלנו לגבי הפונקציה של האדם. מוזר לראות בראש משפחת פשע כמסייע בלבד לפעולות שהחיילים שלו מבצעים ולא כמבצע בצוותא. זה נוגד את ההיגיון. לכן המבחן הזה אומר שיש לתת לשופט להכריע עד כמה הפעולה של אותו אדם חמורה ובהתאם לכך לקבוע האם לראות בו מבצע בצוותא או רק מסייע. זהו מבחן של אינטואיציה שמבוססת על הנסיבות. אך ברגע שהחוק לא מגביל את אפשרות השופט לפרש את הנסיבות אז גובר החשש ששופטים שונים יתייחסו באופן שונה למקרים דומים.

נקודות בעד המבחן הזה:

* זהו מבחן כנה. גם המבחנים האחרים אינם מדויקים לחלוטין, כלל המבחנים משאירים לשופטים שיקול דעת, אך כאן השופט יותר חופשי לפעול בהתאם לאינטואיציה.
* המציאות מלאה במקרים שבהם ישנם גורמים שמבחינת היסוד העובדתי/הצלע העובדתית המעורבות שלהם קטנה. אך הם הרוח החיה מאחורי הפעילות העבריינית (ראש משפחת פשע שלא מבצע יחד עם חייליו את העבירה אך הוא הרוח החיה מאחוריהם, קשה לראות כיצד פעילותם היתה מתבצעת לולא הוא). ככל שניתן לשופטים יותר מרחב של שיקול דעת יהיה לו יותר קל להתמודד עם סיטואציות מורכבות בהן הנאשם אינו מהווה צלע עובדתית (לא ביצע הלכה למעשה את הפעולה).
1. **מבחן מקבילית הכוחות**

בודקים כמה הוא היה חלק מהיסוד הנפשי -רוח חיה, וכמה הוא היה פעיל ביסוד העובדתי

ככל שהמעורבות שלו תהיה גבוהה יותר בצלע אחת נסתפק בפחות מעורבות בצלע האחרת, במיוחד במקרים בהם ככל שהמעורבות שלו בצלע היסוד הנפשי גבוהה יותר הרי שנסתפק ברמה פחות במעורבות בצלע היסוד העובדתי. וזה הסיפור ברצח בשוק הקצבים. הוא היה הרוח החיה- מעורבותו בצלע היסוד הנפשי היתה גבוהה מאוד ולכן גם אם המעורבות בצלע היסוד הנפשי היתה נמוכה זה מספיק כדי לראות בו מבצע בצוותא.

המבחן הזה מסייע להתמודד עם שתי סיטואציות של פשיעה בימינו:

1. תופעת משפחות הפשע או קבוצות עברייניות קבועות. אותם אנשים שהתרומה שלהם ליסוד העובדתי הפיזי נמוכה אך יש להם תרומה גדולה ליסוד הנפשי.
2. העובדה שכיום, בשונה מהעבר, יש משקל מאוד קטן לנוכחות פיזית . קשה לנו להסתמך כיום על אבן הבוחן של נוכחות פיזית בזירת הפשע כאשר אנו חיים בעולם מאוד ווירטואלי. ולכן המבחן המשולב הוא מבחן מאוד פופולרי בפסיקה.

הבעיה עם המבחן הזה: הערכת מעורבות של צדדים לעבירה אינה משוואה מתמטית גרידא. (אמנם באמת אין מדובר כאן במבחן מתמטי, גם כאן נכנס שיקול דעת).

**המשדל**

כמו שפס"ד פלונים מראה לנו-ככל שננמיך את הדרישה בצלע העובדתית ונתמקד בעצמה חזקה בצלע היסוד הנפשי- עולה החשש לטשטוש ההבחנה בין מבצע בצוותא לבין המשדל. בפלונים נאמר שאם ניתן להאשימו גם בשידול וגם בסיוע הרי שניתן לומר שהוא מבצע בצוותא. אך לפי מבחן מקבילית הכוחות מעורבות היסוד העובדתי עוד יותר נמוכה.

שני מבחני עזר להבחנה בין המשדל למבצע בצוותא- אחד אומר שאם זה אדם שניתן להאשימו גם בשידול וגם בסיוע הרי שהוא מבצע בצוותא (מבחן ברק). והשני, **בפס"ד רון** אשר הולך צעד נוסף עם צמצום היקף הדרישה למעורבות בצלע העובדתי ומספק לנו הגדרה מאוד צרה למיהו המשדל (ביחס למבצע בצוותא?)- מבחינתו משדל הוא זה שלאחר השידול מתנתק מהביצוע. בעוד שהמבצע בצוותא ממשיך להיות מעורב. אך האם באמת כוונת המחוקק היתה לצמצם את הגדרת המשדל רק למקרים כה נדירים של "שגר ושכח"? (עם כל הכבוד כמה משדלים אנו מכירים שרוצים רק ליטוע את הרעיון ולהתנתק?)

**היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעת המבצע בצוותא**:

1. נדרש שיתקיים היסוד הנפשי הנדרש בגין העבירה שבוצעה בצוותא.
2. צריך להיות מודע לחלקו בעבירה, לחלקם של האחרים בעבירה ולמזימה העבריינית בכללותה.

אם אדם מבצע עבירה ואחר מבצע אותה איתו אך הוא לא מודע לכך שהאחר מבצע אותה איתו אזי אין ביצוע בצוותא.

מה קורה עם פעילות עבריינית ספונטנית? האם גם בהקשרה יכול להתקיים ביצוע בצוותא? או שבמקרה זה לא יוכל להתקיים ביצוע בצוותא כי לא תוכל להיות מודעות לקיומה של מזימה עבריינית בכללותה (אשר היא ההפך מספונטניות). שאלה זו עולה בפס"ד עזיזיאן .פורץ המון במאה שערים לשתי דירות שגרים בהן נוצרים ומבצע מעשה וונדליזם בדירות-הורס ומשחית ציוד. עזיזיאן הולך ברחוב ורואה את הבלגן ומצטרף – עולה לדירה מסתכל יורד וחוזר למעלה. כאשר מעמידים לדין את האנשים שהיו מעורבים בוונדליזם, מעמידים לדין את עזיזיאן כמבצע בצוותא. הוא טוען להגנתו שהוא לא קשור. הפסיקה הציגה אפשרות לקיומו של מבצע בצוותא ספונטני. ביהמ"ש קובע שבעיקרון יכול להתקיים שותף ספונטני שמצטרף לעבירה כאשר מתקיים אצלו יסוד נפשי של מודעות לתכנית העבריינית וכל שאר המבחנים שנדרשים לזיהוי מבצע בצוותא. הספונטניות לא מונעת את קיומו של היסוד הנפשי אמנם היא תדרוש ממנו לבצע פעילות משמעותית כדי להוכיח את קיומו של היסוד הנפשי. העובדה שמדובר בהצטרפות ספונטנית מקטינה את הסיכוי שנצליח להוכיח שהתקיים אצל אותו אדם היסוד הנפשי ולכן בעזיזיאן אומרים שהוא ספונטני לחלוטין וכל מה שעשה זה להסתובב וללכת והוא לא ביצע פעולות פיזיות משמעותיות וקשה להניח יסוד נפשי של מעורבות בתכנית העבריינית ולכן ספציפית לגביו לא מתקיים היסוד הנפשי.

כאשר מדובר באדם שהצטרף לפעילות עבריינית ללא חבירה מוקדמת לקבוצה וללא היותו חלק מהתכנון המוקדם- עדיין יש פוטנציאל שנקבע שאדם זה הוא מבצע בצוותא אבל הדבר ידרוש אינדיקטורים חזקים לכך שמתקיים אצלו היסוד הנפשי של מודעות למזימה העבריינית בכללותה.

לדעת המרצה, כאן מדובר במקרה מיוחד שהנאשם הספונטני לא היה מאותה החסידות של העבריינים, ואם הוא היה מאותו זרם דתי של העבריינים כנראה שלא היה מזוכה.

**מבצע באמצעות אחר**

29. (ג) מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב **כגון** (רשימה לא סגורה) אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה:

(1)   קטינות או אי שפיות הדעת;

(2)   העדר שליטה;

(3)   ללא מחשבה פלילית;

(4)   טעות במצב דברים;

(5)   כורח או צידוק.

ברשימה זו ניתן להבחין בשני סוגי מצבים:

1. האחר אינו מקיים את היסוד הנפשי הנדרש לשם העבירה.
2. אצל המבצע בפועל התקיים סייג מהסייגים המפורטים בסעיף, ושוב זו אינה רשימה סגורה.

במקור הכלל של מבצע באמצעות אחר התפתח בעולם שהחזיק עדיין לחלוטין בגישה שאמרה שאחריות פלילית נגזרת היא אחריות כזו שנגזרת מקיומו של המבצע העיקרי (גישה א' שדיברנו עליה), במקרה כזה אם מדובר בביצוע באמצעות אחר לכאורה לא ניתן להרשיע את האדם אם המבצע העיקרי פטור (כי המבצע באמצעות אחר פטור). ואז פותחה הדוקטרינה של מבצע באמצעות אחר כדי להתמודד עם סיטואציות כאלה ולהרשיע .

עדיין יש מקרים למנוע מצב שבו המבצע באמצעות אחר יוכל לטעון שהוא פטור בגלל שמי שביצע את הביצוע הפיזי פטור.

ס' 34 ב לגבי הנתונים האישיים ( נתון שהוא תנאי להתהוות עבירה, תהיה לו נפקות לגבי כל צד לאותה עבירה, אף אם אינו מתקיים בו; ואולם נתון אישי שנפקותו מכוח חיקוק להחמיר בעונש, להקל בו, לשנותו בדרך אחרת, או למנעו, תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים.) היום לאור סעיף זה לא היינו צריכים את הכלל של מבצע באמצעות אחר כדי למנוע מאותו מבצע באמצעות אחר להתחמק מעונש. אבל סייגים מסוג הצדק הם ככלל נתון לגבי העבירה ולכן בהקשרם לכאורה הפטור רלוונטי לכולם (ולא אישי כמו סייג של הפטר).

אם מפקד נותן לחייל שלו פקודה בלתי חוקית (סתם) , החייל פטור מעונש עקב ציות לפקודה . המפקד אומר שהחייל זוכה להגנה מסוג הצדק ולכן גם המפקד צריך להיות פטור. אך לא, מכיוון שהוא מבצע באמצעות אחר . ואחד מהסייגים המפורטים בסעף 29 ג לעיל הוא הסייגים למיניהם וזה מונע מהמפקד לטעון שהוא פטור מכוח ס' 34 כי הוא הפך את החייל לכלי בידיו. (אם היה מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל אזי ייחשב מבצע בצוותא או מסייע וכו').

אמנם למרות שיש עדיין מקרים שבהם הדוקטרינה הזו משרתת את הרציונאל המקורי שלה, כיום היא ככלל משרתת רציונאל אחר והוא לשדר את המסר הנורמטיבי שהמבצע באמצעות אחר הוא מבצע עיקרי ואחריותו אינה נגזרת/שולית, מה שמשליך לעניין אחריות לעבירות חטא או לפטור עקב חרטה וכו'.

**מהו היסוד הנפשי הנדרש למבצע באמצעות אחר?**

1. היסוד הנפשי הקבוע בעבירה אותה מבצע האחר.
2. מודעות לקיומן של הנסיבות כגון אלה המפורטות בסעיף 29 ג' אצל האחר.

\*\*יהיו מקרים בהם האחר לא יהיה פטור לחלוטין מעונש למשל גם במצב של טעות במצב דברים המעשה הוא עבירה , אבל עבירה אחרת. למשל אדם אומר לחברו בוא נשתול חבלת דמה מתחת למכונית של פלוני כדי לאיים עליו. אך בפועל שותלים חבלה אמיתית אך החבר לא ידע הוא חשב שזו חבלת דמה. עדיין החבר עשה עבירה של איום אך בנוגע לעבירת הרצח החבר הוא רק האחר דרכו התבצעה העבירה.

29 ד- לענין סעיף קטן (ג), אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד.

שנן עבירות שרק בעלי תפקיד מיוחד יכולים לבצע- עבירות של עובדי ציבור או עובד תאגיד, אם אבצע באמצעות אחר, שהוא עובד ציבור, עבירת מרמה -ירשיעו אותי בעבירת המרמה ע"י עובד ציבור ולא בעבירת המרמה הרגילה.

ביצוע באמצעות אחר הוא לא שידול! ההבדל:

1. מבחינה מעשית- המשדל הוא אדם שיש לו אחריות פלילית לעבירה שביצע המשודל. המשדל והמשודל אחראיים על אותה עבירה. בביצוע באמצעות אחר- האחר לא אחראי בכלל או אחראי לעבירה אחרת ,כי חסר לו היסוד הנפשי לעבירה שבוצעה דרכו.
2. מבחינת הנגזרות- מבצע באמצעות אחר או משדל – על אחד חל ס' 28 ועל השני 34 (לעניין פטור עקב חרטה או לעניין עבירות חטא או עבירות אחרות).

**שיעור מס' 22 28.6.17**

אחריות הצדדים לעבירה שונה או נוספת

34א.  (א)  עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות העניין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –

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

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

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

ברגע שעושים עבירה עם שותפים אז האחריות הפלילית למעשים שלהם עלולה לעבור אל המבצע העיקרי- עשוי להיות אחראי לעבירות מחשבה פלילית שהם עשו גם אם לא היה מעורב בה, בתנאי שאדם מן היישוב (עברין מן היישוב) היה צופה שהם יבצעו את העבירה הזו בהקשר של העבירה המשותפת.

כלומר, כאשר יש קבוצה של עבריינים ובהקשר העבירה שהם התקבצו אליה יחד פתאום אחד מהם מבצע עבירה שונה/נוספת שלא היתה חלק ממזימתם אזי תחת תנאי מסוימים , גם על העבריינים האחרים תוטל אחריות בגין מעשיו. סעיף זה מרחיב באופן דרמטי את מעגל ההפללה תוך שהוא חורג מעקרונות בסיסים של המשפט הפלילי:

1. עקרון האשם על פיו אדם צריך לשאת באחריות בהתאם למידת אשמתו. וכאן מטילים אחריות על אדם רשלן אחריות כאילו התקיימה אצלו מחשבה פלילית.
2. עקרון ההתנהגות- אדם צריך לשאת באחריות פלילית בגין התנהגותו. כאן אנחנו מטילים אחריות פלילית על מישהו בגין התנהגות של מישהו אחר.

דוגמת שוד הבנק- זיו אפרת ושייקה מחליטים לשדוד בנק ביחד. הם מסכימים שהם לא הולכים להרוג אף אחד. נכנסים לבנק עם ציוד מתאים, אקדחים שלופים לשם הרתעה, ואז אחד משומרי הבנק מנסה לעצור בעדם, ושייקה יורה בו. בהנחה שהאדם מהיישוב היה צופה שבסיטואציה הזו אחד העבריינים יבצע כזו עבירה של רצח הרי שלא רק שתוטל אחריות על שייקה אלא גם על זיו ואפרת.

ארבעה תנאים לסעיף 34 א. (א) ,בהתקיימם 🡨 יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים:

1. "עבר מבצע"
2. "אגב עשיית העבירה" – שתי פרשנויות: 1- זיקה בזמן: הכוונה לעבירה שנעשית במהלך ביצוע העבירה שלשמה התקבצו העבריינים יחדיו. 2- זיקה מהותית: העבירה השונה הנוספת צריכה להיות בעלת זיקה לעבירה לשמה התקבצו העבריינים יחדיו , פרשנות זו לפעמים תהיה רחבה יותר (כאשר מדובר בעבירות שבוצעו לפני העבירה העיקרית), ולפעמים תהיה זו פרשנות צרה יותר (כאשר בזמן ביצוע העבירה העבריין עושה משהו שאינו קשור לתכנית העיקרית).
3. "עבירה שונה ממנה או נוספת לה"- הסעיף לא חל כאשר מדובר במקרים שהעבירה היא חלק מהתכנית העבריינית שאם כן אז יחולו דיני הצדדים לעבירה הרגילים (מבצעים בצוותא של אותה עבירה).
4. "כאשר בנסיבות העניין אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה"- אנחנו מצפים מהאדם מן היישוב לא לעשות כלל עבירות לכן הסעיף הזה לא מנוסח טוב. אך הכוונה היא שגם אם לא צפית ששייקה ירה בשומר סביר היה לצפות את זה בנסיבות העניין. מה קורה אם הוא אחד מהם צפה ששייקה ירה אם משהו יעצבן אותו במהלך השוד-הפסיקה קבעה שנוסח הסעיף נועד ליצור הסדר שלילי, משמע הוא לא חל במקרה כזה, מה שיחול זה דיני הצדדים לעבירה הרגילים, כנראה יהיה יותר קל להרשיע אותו בתור מבצע בצוותא לעבירה שהיה מודע לאפשרות התרחשותה ע"י שייקה. יהיה ניתן להרשיע אותו כשותף לעבירה זו (כי לפי כללי מבצע בצוותא צריך מודעות לחלקו, מודעות לחלק של האחרים ). בעצם יש ארבעה מקרים שרק לגבי אחד מהם חל הסעיף:
5. אם העבירה היתה חלק מהתוכנית- לא חל הסעיף הזה אלא דיני השותפות האחריות.
6. העבירה לא היתה חלק מהתוכנית אבל צפיתי שהוא יעשה אותה – חלים דיני השותפות הרגילים.
7. **העבירה לא היתה חלק מהתוכנית- אני לא צפיתי- אך אדם מן היישוב היה צופה- חל הסעיף ותוטל אחריות.**
8. העבירה לא היתה חלק מהתוכנית, אני לא צפיתי אותה וגם האדם מן היישוב לא היה יכול לצפות אותה- לא תוטל אחריות פלילית בגין סעיף זה.

לגבי אי התחולה של הסעיף על המקרה השני לעיל, הועברה ביקורת- האמירה היא שהסעיף התכוון לחול כאשר במינימום האדם הסביר היה צופה, אז על אחת כמה וכמה הסעיף נועד לחול אם השותף עצמו צפה. אך זאת לא ההלכה. ההלכה מחמירה יותר .

אם התקיימו התנאים לעיל, השותף לא צפה שהאחר יעשה עבירה שונה או נוספות, אז למרות שהתקיים בו רק אחריות של רשלנות, מוטל עלו אחריות בגין העבירה ששותפו לפשע ביצע, וזאת גם אם העבירה הזו היא עבירה הדורשת יסוד נפשי של מחשבה פלילית, וזה כמובן לא התקיים בו. המחוקק הוסיף סיפא לסעיף- אם התקיימו 4 התנאים לעיל אזי יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואז באה הסיפא ואומרת: ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

אולם קיימים שלושה- המבצע הבודד, המבצעים בצוותא והמבצע באמצעות אחר. אך המבצע באמצעות אחר לא מופיע כאן. הפרשנות המקובלת מניחה שהסעיף הזה חל גם במקרה של מבצע באמצעות אחר.

הסיפא אומרת- נניח שיש עבירה שהיא עבירת תוצאה שכדי להרשיע בה לא ניתן להסתפק בפזיזות ויש דרישה שתראה כוונה, ונניח שזו העבירה השונה/הנוספת שביצע השותף לעבירה. במקרה כזה לא יהיה ניתן להרשיע את המבצעים בצוותא בעבירה שנרשיע אותו אלא נרשיע אותם בעבירת התוצאה שכוללת את אותו יסוד עובדתי אבל מאפשרת הרשעה באדישות.

כמה עבירות תוצאה יש בחוק העונשין שדורשות כוונה ולא ניתן להסתפק בפזיזות? מעטות מאוד. העבירה היחידה שכולם מסכימים עליה שהיא כזו עבירת חבלה חמורה- הגורם חבלה חמורה מתוך כוונה לגרום לו חבלה חמורה. אקי ורבין עמ' 415. המחוקק חשב רק על עבירת הרצח. הוא בעצם רצה לומר שאם השותף ביצע רצח אז אפשר להרשיע את הצדדים האחרים בהריגה. לא הלך למחוקק מכיוון ש: א'-יש הרבה שחושבים שכוונת תחילה זה יסוד נפשי חפצי מיוחד ושונה מכוונה רגילה. אם מקבלים עמדה זו אז הסעיף הזה כלל לא רלוונטי על המקרה של רצח כי העבירה הזו לא נעברה בכוונה אלא בכוונת תחילה. ב'- רצח במדינת ישראל כולל כמה מקרים ורק אחד מהם אנחנו חושבים לגביו שהוא רצח קלאסי לפי ס' 300 א (2) , אך סעיף 300 א (3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה; כלומר אם שייקה רצח את השומר ירשיעו אותו על פי ס' זה. האם סעיף זה דורש כוונה? הוא לא דורש יסוד חפצי של כוונה לגבי התוצאה (אלא זוהי עבירת מטרה כי היא לא מתייחסת לתוצאה) ולכן בהקשרו לא חלה הסיפא ודינם של המבצעים בצוותא – יהיה ניתן להרשיע אותם ברצח. כלומר המקרה שהמחוקק ניסה למנוע- ניתן לעקוף אותו ולהרשיע אותם ברצח בכל זאת, המחוקק "לא זכר" שקיים ס' 300 א (3) כאשר חוקק את הסיפא של סעיף 34 א א (1).

המקרה בו בטוח חלה הסיפא: זיו שייקה ואפרת שודדים בנק. שייקה לא הורג את השומר אלא מרביץ לו כדי לגרום לו חבלה חמורה- היתה לו כוונה ברורה לגרום לו חבלה חמורה. אז לא היה ניתן להרשיע את זיו ואפרת בגרימת חבלה חמורה בכוונה (20 שנה) אלא רק בגרימת חבלה חמורה בפזיזות (ס' 333 לחוק) שהעונש המקסימלי הוא 7 שנות מאסר.

ס' 34 א. (ב)   הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו.

כלומר ניתן להטיל עונש קל יותר על זיו ואפרת.

ס' 34 א. (א) (2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

יהיה ניתן להרשיע את המשדל או המסייע בעבירת רשלנות בהנחה שקיימת עבירה מקבילה באותו יסוד עובדתי. משמע אם אני שידלתי את שייקה לבצע שוד ובמהלך השוד שייקה רוצח את שומר הבנק, ירשיעו אותי כאילו ביצעתי עבירה של גרימת מוות ברשלנות (יסוד עובדתי זהה לרצח). ואם אין עבירה מקבילה. נגיד והמשודל ביצע אונס , אין עבירת אונס ברשלנות ולכן המשדל "הרוויח" לא יכולים להרשיע אותו על העבירה הנוספת/השונה. ויורשע רק בשידול לשוד/סיוע לשוד.