**דיני עונשין**

שם המרצה זיו בורר – וכך הוא מבקש לפנות אליו

המוטיבציה הכי גבוהה בשנה א'

1. המרצה יודע שאנו עסוקים – אבל לפחות בשנה א' **יש לקרוא את החומר מהסילבוס**. המרצה יכול לשאול על זה בבחינה למרות שהוא לא דיבר עליו – לא בגלל רשעות. קריאת פסק דין היא מיומנות – ואנו נדע לקרוא פסק דין של 80 עמודים ברבע שנה. אם המרצה לא יתעקש אתנו בשנה א' – אנו נהיה ללא המיומנות, והבוס בהתמחות לא יהיה מרוצה.
2. נוכחות – המרצה לא גננת ולא מתכנן לרכדוף אחרי נוכחות. עם זאת, אם תהיה נפילה משמעותית בנוכחות הוא יתחיל לבדוק – וזה עשוי להשפיע על הציון. המרצה לא רוצה להגיע לשם, אך אי אפשר לקיים דיון בכיתה אם הנוכחות נופלת. הסטטיסטיקה מראה כי נוכחות בשיעור מגבירה את ההבנה של החומר ומשפיעה על הציון בבחינה.
3. אחוז הנשר באוניברסיטה 40%. בנוסף – סוג העבודה שתואר אקדמי מאפשר שונה מ-ללא תואר. כמעט אף אחד לא עושה החלטה לנשור – קודם נושרים מהרצאות. אחרי זה מסתכמים רק על סיכומים של אחרים, אחר כך עושים השלמות. משהים את הלימודים ובסוף המערכת סוגרת את התואר. זהו תהליך הנשירה של רוב הסטודנטים. **לכן המרצה רוצה שנהיה עם היד על הדופק, ואם יש בעיה לפנות למזכירות ולבקש עזרה**.
4. הבחינה אצל המרצה היא עם חומר סגור. ברגע שהבחינה היא עם חומר פתוח – התחרות היא שפיכת חומר, והמרצה מחפש הבנה ועיבוד של החומר.
5. 85% המבחן, 15% עבודה. העבודה תוגש לנו בקרוב והיא תוגש אחרי פסח.
6. לשיעורים יש מתרגלים (4 סה"כ)– ניתן לפנות גם אליהם בשאלות והם יהיו נוכחים בשיעור השלישי.

20.03.17

**שיעור 1 – מבוא ומטרות הענישה**

מיקום דיני העונשין בעולם המשפט:

**דיני עונשין** הן תת-תחום במשפט הפלילי.

התחום המשפטי מתחלק ל-3 חלקים:

1. משפט אזרחי
2. משפט ציבורי
3. משפט פלילי

**המשפט האזרחי** מתחלק לקניין, חוזים וכו'... המשותף להם הוא שהם עוסקים במערכות בין פרטים.

**משפט ציבורי** מתחלק למנהלי וחוקתי. מדובר בתחומי משפט שבגדול ובהפשטה מסבירים את היחסים בין הפרט לשלטון בעיקר במובן שהם קובעים כללי התנהגות לגורמי השלטון.

**המשפט הפלילי** בגדול ובהפשטה דומה למשפט האזרחי בזה שהוא בעיקר עוסק בלקבוע כללים לפרטים. **לדוגמא:** אם קיללתי מישהו עד כדי שעצבנתי אותו והוא הכניס לי מכות – ביצעתי עבירה של פגיעה בשלום הציבור (מי שקילל) וגם מי שהרביץ לי ביצע עבירה.

דיני העונשין קובעים כללי התנהגות לפרטים. **יחד עם זאת**, דיני העונשין והמשפט הפלילי בדומה למשפט הציבורי עוסק ביחסים בין השלטון לפרט. בתהליכים הפליליים הצדדים הם מדינת ישראל נגד מישהו. עד כדי כך שיש אנשים שרואים את המשפט הפלילי כתת תחום בתוך המשפט הציבורי.

מיקום דיני העונשין במשפט הפלילי:

המשפט הפלילי מחולק ל-3 חלקים:

1. דיני עונשין.
2. סדר דין פלילי (שעוסק בפרוצדורה של ניהול ההליך המשפטי הפלילי).

דיני הראיות של המשפט הפלילי : שונים מדיני הראיות של המשפט האזרחי והציבורי (מידת ההוכחה בדיני עונשין צריכה להיות מעל לכל ספק סביר, ובתביעה אזרחית רף ההוכחה הוא 51% בלבד. במשפט מנהלי יש דרישה לראיות מנהליות – 80%)

1. **דיני העונשין** – קורס זה יעסוק בנושא זה.

דיני העונשין עוסקים ב-3 נושאים עיקריים:

1. **קביעת האיסורים הפליליים** – קביעת אילו מעשים שיעשו ייחשבו לעבירה.
2. **קביעת הכללים להטלת אחריות פלילית** – **לדוגמא**: אני ילד בן 6 שדוקר את אחותי למוות, לא ניתן להעמיד אותי לדין. יש כלל קטינות שקובע את רף הגיל להטלת אחריות פלילית. דוגמא נוספת היא למשל במידה ואני לוקה בחוסר שפיות ומבצע פשע בעודי לא שפוי, לא ניתן להכניס אותי לכלא כי יש כלל שקובע סייג לאחריות פלילית עקב אי שפיות.

\*מרבית הקורס יעסוק בכללים האלו, בדרך כלל צריך יסוד נפשי כדי שתוטל עליי אחריות פלילית, ונושא זה יילמד לעומק.

1. **דינים שעוסקים בענישה** – דינים אלו קובעים מה יהיו העונשים באופן כללי, מה יהיו העונשים בגין עבירה, ומהי הפרוצדורה שהתוצאה שלה תהיה קביעת העונש במקרה הספציפי.

**"דיני העונשין" מול "חוק העונשין"**

**חוק העונשין** – חוק שבו קבועים מרבית הכללים הכלליים שחלים על כלל דיני העונשין, ובנוסף קבועות בחוק הזה מרבית העבירות (או חלק נכבד מהן). **יחד עם זאת**, יש לנו הרבה מאוד דינים אחרים בהם קבועים דיני עונשין. **בעיקר** יש לנו חוקים רבים במדינת ישראל שקובעים עבירות פליליות. **לדוגמא**: השארת מקרר בחצר בלי לעקור את דלתותיו, חוק צער בעלי חיים, חוק המים.

ההבדל בין דיני העונשין לחוק העונשין הוא :

**דיני עונשין** : זה השם הכללי לתחום.

**חוק העונשין** : הוא השם של דבר החקיקה, החוק המרכזי שעוסק בתחום (לא היחיד).

2 חלקיו המרכזיים של חוק העונשין

1. החלק הכללי.
2. החלק הספציפי.

**החלק הספציפי** – כולל בעיקרו רשימה ארוכה של עבירות פליליות. חלק זה אינו באמת חקיקה ישראלית. השם האמיתי שהיה צריך לתת לחוק העונשין הוא פקודת החוק הפלילי נוסח מיוחד ומשולב. בפועל מדובר ברשימת איסורים שמרביתן נקבעה על ידי המנדט הבריטי ב-36, שהעתיקו זאת מהקפריסאים, שהעתיקו מהסודאית, שהעתיקו מאוסטרליה, שהעתיקו מוועדת סטפן באנגליה שנדחתה.

**החלק הכללי** – בעיקרו עוסק בנורמות כלליות שחלות ללא קשר לסוג העבירה. **לדוגמא**: הפטור מקטינות חל ללא קשר לעבירה שביצעת. הכלל שאין ענישה על דברים שבלב, אלו הם כללים שתקפים ללא קשר לעבירה הספציפית.

מרבית כללי החלק הכללי עד 1994 היו **תוצר הפסיקה**. ב-1994 מחוקקת הכנסת את **תיקון 39 לחוק העונשין** שקובע חלק כללי לחוק העונשין. תיקון זה עשה שינויים מאוד גדולים בדיני העונשין במדינת ישראל, וככלל הכללים שקבועים בחוק הכללי של חוק העונשין תקפים גם לדיני עונשין שנמצאים מחוץ לחוק העונשין. **לדוגמא:** אם אני קטין שהפקיר מקרר, עדיין יהיה לי סייג של קטינות.

**המחשה של ההבדל בין החלק הכללי והספציפי**: מכונית ישנה ומכונית בעלת אגזוז חדש. הפער בין החלק הכללי לספציפי יוצר בעיות, וחלקן נלמד לאורך הקורס.

בספרות נהוג לחלק את דיני העונשין באופן דומה לנורמות ששייכות לחלק הספציפי (כל האיסורים הפליליים למיניהן ללא קשר למיקומם בחוק), ונורמות ששייכות לחלק הכללי של דיני העונשין, כלומר כל הנורמות שתקפות במנותק מהזהות של העבירה הספציפית, ללא קשר למיקום הימצאותן. גם כיום חלק מהנורמות הללו לא נמצאות בחלק הכללי של חוק העונשין.

הקורס בעיקר יעסוק בנורמות של החלק הכללי. המרצה רוצה ללמד אותנו את הכללים שרלוונטיים לכל העברות.

**הצידוקים והמטרות של הענישה הפלילית**

מאפיין נוסף שמייחד את דיני העונשין בהשוואה למשפט האזרחי והמשפט הציבורי הוא שסוג הסנקציה שהמשפט הפלילי (או דיני העונשין) מאפשר להטיל הוא הרבה יותר חמור מאשר הסנקציות שיכול להטיל המשפט הציבורי או האזרחי. הסנקציה הכי חמורה שהמשפט יכול להטיל הוא עונש מוות, ומלבד עונש זה, הסנקציה הנפוצה יותר היא מאסר. מדובר בסנקציה משמעותית. במאסר יש גם סנקציות לא פורמליות למוענשים. לעבריין שמואשם ונאסר יש סטיגמה שפוגעת באדם. **לכן**, צריכים להיות צידוקים טובים מאוד לכך שנטיל עונש פורמלי, שאליו גם מתלוות סטיגמה חברתית של פושע. צריך הצדקות מוסריות **מאוד מאוד** רציניות כדי שזה יהיה בסדר.

ההבדל בין גישות תוצאתניות לגישות דאונטולוגיות

את ההצדקות לדיני העונשין/ענישה הפלילית, נהוג לחלק ל-2 סוגים.

1. הצדקות תוצאתניות (מה שלפעמים נהוג בצורה לא מדויקת לכנות הצדקות תועלתניות).
2. הצדקות גמולניות/דאונטולוגיות.

**הצדקות תוצאתניות לענישה מניחות שהעונש הוא דבר רע**. הוא גורם נזק בעולם. נזק זה מוצדק כאשר יוצאת ממנו **תועלת שעולה על הנזק**. גישות תוצאתניות צופות פני עתיד, הן רוצות להשיג תוצאה טובה יותר בעתיד.

**הצדקות גמולניות/דאונטולוגיות מניחות שיש איזון בין טוב לרע.** אדם שביצע פשע/עבירה, מפר את האיזון בין טוב ורע, הוא אשם במשהו. על מנת להחזיר את האיזון בין הטוב ורע, צריך לגמול לו על המעשה הרע שהוא עשה. גומלים לו בדרך של עונש. מבחינת גישות גמולניות, **ענישה זה דבר טוב בהנחה שאנו מענישים אנשים אשמים**. בנוסף, גישות גמולניות צופות פני עבר.

נהוג להמחיש את ההבדל בין הגישות התוצאתניות והגמולניות באמצעות **משל האי של קנט**.

**קנט** שהיה גמולן בא ואומר, דמיינו מצב בו נטרפת סירה בים והניצולים מגיעים לאי בודד ומקימים חברה חדשה. עובר זמן ואחד מבני החברה מבצע רצח, הוא מורשע ורגע אחרי שהוא מורשע מגיעה אונייה/מטוס ומצילה את האנשים. קנט אומר שהמשימה האחרונה של החברה לפני פירוקה היא **להוציא להורג את האדם**, חובתם המוסרית היא לגמול על מעשהו.

לעומת זאת, תוצאתן יגיד כי יש לתת לאדם ללכת, ההרתעה לא רלוונטית כי החברה התפרקה.

מטרות ההצדקות התוצאתניות המקובלות לענישה פלילית:

1. להרתיע את היחיד (**הרתעה ספציפית**).
2. להרתיע את הרבים (**הרתעה כללית**).
3. **להרחיק את המזיק** מהחברה (הגיל משפיע על הסכנה לציבור).
4. **שיקום** (העבריין יחזור לחברה כאדם משוקם).
5. **חינוך** הציבור (יש הרבה מקומות בהם אנו קובעים ענישה כדי ללמד את הציבור, כמו חוק ההגנה על הצומח).
6. **המטרה הדקלרטיבית של החוק**. בזה שאנו מענישים את העבריין, אנו שולחים מסר לכל הציבור שלא מפר את החוק ש**הם בחרו נכון**.
7. **שיקום הקורבן**. הקורבן יודע שמזיק נענש, וזה עוזר לו בתהליך השיקום.

ההצדקות הדאונטולוגיות המודרניות המקובלות לענישה הפלילית

העונש צריך להיות פרופורציונאלי לאשמתו של האדם. אשמתו של האדם נקבעת לא רק לפי המעשה שהוא ביצע, אלא גם ואפילו בעיקר לפי הלך הרוח שבו הוא ביצע את המעשה.

שלב החקיקה מול שלב גזר הדין

**בשלב הראשון** המחוקק צריך לקבוע את העונש המקסימלי לפי המקרים הטיפוסיים החמורים.

**בשלב השני** - אנו מגיעים למקרה הספציפי, לא כל מקרה הוא מהמקרים החמורים, ולכן בתיקון 113 נקבע כי השופט צריך לקבוע באיזה מתחם חומרה נמצא המקרה הספציפי. השופט לוקח את המעשה שבוצע וקובע את סוג המקרה שלו (80% מהחומרה לדוגמא).

1. **קביעת מתחם הענישה -** תחילה השופט מסתכל על מקרים שנעשו בעבר וקובע **מתחם הלימה**: "בסוג מקרים כאלו ובנסיבות כאלו, ראוי לתת טווח בין X ל Y שנים."
2. **קביעת העונש הממשי -** לאחר מכן הוא קובע את העונש במקרה הספציפי.

לאחר קביעת העונש במקרה הספציפי השופט לוקח נתונים אחרים בחשבון, כמו נתונים אישיים של העבריין עצמו. אם מתחם ההלימה נקבע על סמך הערך החברתי, מידת הפגיעה בערך וחומרת אשמתו של הנאשם הוא מסתכל בעיקר על הנאשם מולו. הוא ייקח שיקולים כמו: שיקום, הרתעת היחיד. בנוגע לשאלה מה הוא ייקח בין העונש הספציפי **ומתווה ההלימה**, בדרך כלל זה יהיה בתוך הטווח. (לפעמים יעבור את הטווח, אך הוא לא יכול לתת עונש יותר חמור מהעונש המקסימלי שקבוע בחוק).

לסיכום - הבניית הענישה – תיקון 113 לחוק העונשין

לקחו את שלב קביעת העונש בעונש הספציפי ופירקו אותו ל-2 שלבים.

1. השופט צריך לקבוע את מתחם הענישה.
2. השופט צריך לקבוע את העונש הממשי.

**ביקורת על ההצדקות המקובלות לענישה הפלילית**

בעיות בתיקון 113:

לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, כביכול הכל נהדר שכן הענישה מובנית, אך בפועל לא הכל ורוד.

1. שרירותיות בענישה

**בעיה ראשונה** – **האלמנט הסובייקטיבי.** עדיין יש אלמנט סובייקטיבי מאוד גדול. האלמנט הסובייקטיבי מתקיים לאורך כל השלבים: בקביעת המחוקק לגבי העונש המקסימלי, בבחירתו של השופט לגבי מקרים דומים, בהערכת טווח ההלימה ובשלב האחרון גם יש אלמנט סובייקטיבי בקביעת העונש (קביעת המיקום של המקרה הספציפי בטווח ההלימה).

דוח דורנר מהווה "ממתק". המרצה לא ציפה כי דוח יהיה כל-כך ביקורתי כלפי המערכת. דוח דורנר בא ואומר כי גם לאחר תיקון 113, יש אלמנט של יחס שונה למקרים דומים. יש אלמנט של שרירותיות ולא נפתרה הבעיה.

1. נטייה גוברת להחמרה בענישה – א

**בעיה שניה** – **מגמה של החמרה בעונש.** חקיקה להבניית ענישה (בעולם המערבי יש אופנה של חקיקת חוקים להבניית הענישה. הטיעון הוא תמיד אותו טיעון: השיפוט הוא שרירותי, וצריך להבנות את הנורמות בחקיקה כדי ליצור שוויון). הבעיה היא שמחקרים קוגניטיביים מראים שאחד הדברים המרכזיים שגורמת חקיקה להבניית ענישה הוא **מגמה של החמרה בעונש**. המתחם איכשהו נדחס כלפי מעלה. לכאורה באו ופתחו חקיקה שמטרתה היא להטיב עם הנאשמים והמורשעים, אך בפועל הם נפגעים.

ביקורת כללית על ההצדקות המקובלות לענישה

1. נטייה גוברת להחמרה בענישה - ב

בכל העולם המערבי בשנים האחרונות יש ירידה בחומרה ובכמות הפשיעה (בישראל מאז שנות ה-90 ובעולם המערבי מאז שנות ה50). ניתן לטעון כי הסיבה לכך היא החמרת הענישה. דוח דורנר מראה מחקר אמריקאי אחד שטוען את הטענה הזאת, ובאופן מנומס מאוד אומר כי "קיימות דעות אחרות" (כלומר, שזאת טעות). זה קורה גם במדינות **שלא הוחמרה בהן הענישה.** הרבה מאוד מלומדים משערים שאחת הסיבות המרכזיות היא קורלציה מסוימת בין לגליזציה של הפלות לירידה ברמת הפשיעה, רואים כ-15 עד 20 שנה מאז הלגליזציה, שהתחילה מגמה של ירידת הפשיעה. יש לשים לב כי זאת קורלציה בלבד ולא הוכח קשר סיבתי.

אם כך למה יש הרגשה הפוכה? למה אנו חושבים כי יש עליה ברמת הפשיעה?

האשמה היא של התקשורת. באוסטרליה פתחו ערוץ חדשות שמפרסם חדשות טובות בלבד, אך הם נסגרו לאחר חצי שנה כי אף אחד לא התעניין. מה שקורה הוא שיש אפקט פסיכולוגי של היוריסטיקת הזמינות, מה שקל לנו לזכור אנו חושבים שהוא נפוץ. העניין הוא שלא רק שכיחות משפיעה על יכולתנו לזכור דברים. קל לנו לזכור דברים שמעירים בנו תגובה אמוציונלית חזקה. כיוון שזה מה שהתקשורת רוצה להשיג, היא עושה זאת באמצעות מקרי הפשיעה, ואז אנו מניחים שיש יותר פשיעה ממה שיש בפועל.

בעולם המערבי חושבים שיש פי 3 מקרים חמורים ממה שיש בפועל, אז הלחץ על הפוליטיקאים הוא להחמיר. בדוח דורנר באו ומינו וועדה עם אוריינטציה להחמיר בפשיעה, והוועדה כתבה דוח הפוך, שאמר כי אין שום סיבה להחמיר בענישה.

1. **הנחות היסוד של כל אחד מההצדקות של הענישה לא מבוססות**
2. **שיקום:** סיבה נוספת לרצון להחמרה בענישה היא שמערכות המשפט במדינות שונות מניחות שהמטרות המרכזיות של הענישה הן גמול והרחקה.

הסיבה האמתית היא היסטורית. עד שנות ה-70 מרבית בתי המשפט הפלילים שמו לעיניהם את השיקום כמטרה העיקרית , והחזרתו של העבריין לחברה כאזרח תורם. אז יושבת וועדה בשנות ה-70 שבדקה את תכניות השיקום, וגילתה ש**אף אחת מהן לא עובדת**.

הפתרון: להמציא סיבה אחרת להעניש. דוח דורנר אומר כי הביקורת על השיקום הייתה מוגזמת - היום יש תכניות שיקום שכן מראות הצלחה.

יחד עם זאת גם היום:

1. אין השקעה מספקת בשיקום.
2. גם התוכניות שעובדות לא מתקרבות ל-100% הצלחה.
3. במרבית המקרים שיקום מחוץ לכלא יותר אפקטיבי ויותר זול, אז למה להכניס אנשים לכלא?

העניין הוא שזה לא רק שיקום.

1. **הרתעת היחיד** – חייבים להחמיר בעונש, כמו בקשר להורים ששוכחים את הילדים ברכב. לגבי הרתעת היחיד מחקרים מראים כי היא אפקטיבית רק בחלק מן המקרים. **לדוגמא:** ענישה כבדה יותר על רצח בני זוג לא תעזור.
2. גובה העונש – כמעט לא משפיע על הרתעה. מה שמשפיע זה קיומו של עונש והסתברות ההיתפסות. בארה"ב בשנת 2000 בדקו האם אנשים חוו מעשי פשיעה חמורה, ונמצא כי **רמת האכיפה היא 7% בלבד**. אם רוצים לעשות משהו באמת מרתיע - זה להגדיל את האכיפה.
3. בית הספר הטוב ביותר לפשיעה הוא בית הסוהר. יש יחס ישיר בין אורך המאסר לסיכוי החזרה לפשיעה. יש לו יותר זמן להשתלם במדעי הפשע.
4. **הרתעת הרבים** – שימוש באדם כאמצעי בלבד. בעייתי מבחינת כבוד האדם. הרתעת הרבים לא תמיד עובדת. פשיטת משטרה לא תחזיק כהרתעה לאורך זמן.
5. **חינוך הציבור והמטרה הדקלרטיבית של החוק** – הבעיה היא שהיחס בין החוק וחינוך הציבור הוא לא חד ערכי. לא תמיד מה שמחוקק בחוק נחשב לצודק, וזה לא אוטומטית משפיע וגורם לחינוך הציבור.
6. **שיקום הקורבן** –
7. יש הרבה מאוד פשעים בלי קורבנות.
8. לגבי הפשעים שבהם יש קורבנות, רוב הקורבנות מתארים את חוויית מתן העדות כחוויה טראומתית שפוגעת בהליך השיקום.
9. **מניעה והרחקה**
10. לפעמים יש יחס הפוך – הוא יהיה עבריין יותר טוב ככל שיישאר בכלא.
11. אם אנו בשיקולי עלות מול תועלת בגישות תוצאתניות – לא בטוח שביחס לפשיעה שאנו מונעים המאסר משתלם, כי הוא יקר.
12. לגבי פשיעה שהסיכוי שהאדם יחזור אליה הוא קטן – רוב רוצחי נשותיהם לא יבצעו זאת שוב (במיוחד אחרי הרשעה).
13. **גמול -** ניתן לטוען כי אם השיקולים התוצאתניים לא עובדים, אז הגמול צריך לתפוס את מקומו.

גמול קובע מה יותר ומה פחות חמור. עם זאת, היכולת שלנו להעריך מה חמור ומה לא חמור **היא מאוד מוגבלת**.

בנוסף, גמול אומר כי אנו מנסים להחזיר את האיזון בין טוב לרע בנפשו של האדם.

איך מודדים זאת? ענישה זה מה שמאזן את האיזון בין טוב לרע?

**זאת ועוד** - למה להתמקד רק ברע שעשה האדם? למה להתמקד במקרה ספציפי בלבד ולא בכל חייו? צריך לבצע איזון בין טוב ורע בכל חייו, ולכייל את הבעייתיים בכלא (כביכול). המערכת הזאת משקיעה התמקדות יתר באירוע הספציפי. אז ניתן לומר כי לא מבוצע איזון אמיתי.

דוח דורנר אומר כי "בעוד שתאוריית הגמול המודרנית דגלה ברמות ענישה נמוכות בהרבה מהרמות המקובלות עז אז, יישומה בארה"ב ובמדינות אחרות של המשפט המקובל הובילה להחמרה בעונש." אם אנו מאמינים בנפשו וכבודו של האדם, הענישה צריכה להיות נמוכה כי יש לנו תקווה לגבי האדם. בפועל כאשר הגמול מאומץ, יש החמרה בענישה. דוח דורנר אומר למעשה כי הגמול משמש סוג של הסוואה **לנקמה**. משהו כאן לא עובד.

זה לא שהמערכת היא כזאת שצריך לזרוק אותה לפח. המסר שהמרצה מנסה להעביר הוא יותר מורכב. המרצה ממליץ לנו לא לאמץ את עמדות הקצה, שהמערכת גרועה וצריך לזרוק אותה לפח, ושהמערכת נפלה ומתבססת על אלגוריתם. צריך להיות ביקורתיים אך גם להיות ביקורתיים כלפי הביקורתיות. דוח דורנר לא "שופך את התינוק עם המים". הוא קודם אומר כי צריך להקים וועדה שתבדוק שיקולים של חקיקה פלילית כדי למתן את הענישה. בנוסף, הוועדה תמצא אלטרנטיבות למאסר. הוועדה לא הייתה קיצונית במסקנותיה, אך הייתה ביקורתית.

22.03.17

**שיעור 2 – הצדקות להפללה**

2 טריקים ראשונים לקריאת פסק דין:

1. תמיד לקרוא את השורות הראשונות של הסיפור (להיזכר) אנשים משתכנעים יותר מסיפורים.
2. מחפשים את הדבר הספציפי. במקרה הזה צריך לחפש הצדקה לקביעת עברה פלילית.

**הקדמה [תכליות ראויה + שיוריות]**

מתי מותר למחוקק לקבוע קיום עבירה פלילית?

המשפט הפלילי הוא מאוד פוגעני לזכויות אדם:

1. העונש – פוגע בזכות לחירות וזכויות אחרות. קנס לדוגמא פוגע בקניין.
2. הסטיגמה – בד"כ פוגעת ב-כב' האדם ושמו הטוב. היא תפגע גם בחופש העיסוק (חוק המרשם הפלילי).
3. פגיעה בפרטיות - יום אחד שוטר יכול לדפוק בדלתי ,להודיע כי אני חשוד, והוא יכול לפגוע במספר זכויות. השוטר יכול לתפוס אנשים אחרים שאני מכיר.

ההליך הפלילי מתחילתו ועד סופו (ולא רק עד סופו) מאוד **מאוד** פוגעני בזכויות אדם.

כל הרשות לפגוע באופן מסיבי בזכויות אדם של אנשים **שרובם לא יורשעו בסוף**, מתחילה ביום שהגדרנו מעשה מסוים כעבירה. אם לא היינו מגדירים את המעשה כעבירה, לא היה ניתן לעשות שימוש בכל הכלים הללו שפוגעים בזכויות אדם. ברור שיש חוקים שאנו מבינים מיד כי הם מוצדקים, אבל יש חוקים שצריך לבדוק האם הם באמת מוצדקים.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**אילו תכליות הן ראויות לצורך קביעת האיסור הפלילי?**

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

**וויכוח דבלין הארט**

אדון דבלין הוא אחד מהשופטים המפורסמים ביותר באנגליה במאה ה-20. הקריירה השיפוטית שלו הסתיימה בפרישה מוקדמת - הוא השתעמם. הארט תמך בגישה התוצאתנית ועקרון הנזק. דבלין מייצג את התומכים בגישות הגמולניות, אלה שתומכים בכך שרשימת העבירות צריכה לשקף את ערכי המוסר. הוויכוח מתקיים בשנות ה-50 באנגליה – על נושא **משכב זכר**.

הוויכוחמציג את ההבדל בין תומכי הגישות התוצאתניות (עקרון הנזק) לתומכי הגישות הדאונטולוגיות (התומכים בעקרון שלפיו על המשפט הפלילי לשקף את ערכי המוסר המקובלים בחברה). בהסתכלות לאחור, הוויכוח ממחיש נקודת חולשה מרכזית בגישות הדאונטולוגיות.

והרי, משטר דמוקרטי מבוסס על הגנה על חירותו של האדם, על פלורליזם, וברגע שנסמכים על הגישות הדאונטולוגיות, בעצם מכירים כי קיים לרוב מרחב פעולה גדול מידי לפגוע במיעוטים שמחזיקים בהשקפות שונות מהרוב.

**דוגמא 1:** בארץ העבירה על כך נמשכה עד 88. בארה"ב עד 1999, רק אז קובע ביהמ"ש העליון האמריקאי שהעבירה לא חוקתית. בארץ כבר בשנות ה-50 היועמ"ש נתן הוראה לא לאכוף את האיסור. מקרה זה ממחיש בעייתיות מסוימת בגישות הדאונטולוגיות.

**דוגמא 2:** במשך מספר שנים יש ויכוח בין הנצרות הקתולית למדינות התומכים בפרוטסטנטים. במדינות הקתוליות להיות פרוטסטנטי מהווה עונש מוות. במדינות שתומכות בנצרות פרוטסטנטי, להיות קתולי מהווה עבירה פלילית שעונשה מוות.

היהודים הם הנפגעים העיקריים מכך, מסלקים אותם מאנגליה ומספרד.

**דוגמא 3:** בגידה בבן הזוג. גבר או אישה נשואים שוכבים עם אדם שאינו האדם שהם נשואים לו. רובנו נסכים שזה מעשה רע, אבל האם הוא צריך להיות פלילי?

במאה ה-17-18 זו הייתה עבירת המין הנאכפת ביותר באירופה (במשך יותר מ-200 שנה).

במרבית מדינות אירופה זו עדיין הייתה עבירה פלילית עד שנות ה-70-80 של המאה ה-20. בכ-20 מדינות, זה עדיין עבירה בספר החוקים (לא נאכפת).

**דוגמא 4:** פסה"ד שאנטי: יש שם טיעונים אשר מסבירים מדוע העבירה שבה מר שאנטי מואשם לא פוגעת בעקרונות היסוד. ומה הוא עשה? עישן סיגריה בחג הרמדאן.

צריך לעשות הבחנה בין צידוקים לענישה פלילית, לבין צידוקים להחלטה מלכתחילה לקבוע שמעשה הוא אסור (עבירה פלילית). כדי לקבוע שמעשה הוא עבירה פלילית, אנו צריך לקבוע שמשהו גורם לנזק. על פי גישה תוצאתניות, במקרה של משכב זכר לא תהיה עבירה (הארט אומר, לא ייגרם נזק, אז זה לא עבירה פלילית). על פי הגישה הדאונטולוגית, החוק צריך לשקף את ערכי המוסר בחברה. אם בחברה מסוימת משכב זכר אסור על פי ערכי המוסר, אז זה יהיה עבירה.

הניסיון ההיסטורי הרע של הגישות הדאונטולוגיות הוביל ל-2 דברים:

1. התפתחו הגישות התוצאתניות המודרניות: **אין נזק, אין עבירה.**
2. גם הגישות הגמולניות המודרניות נחשבות לעדינות יותר: הן מסכימות שלא כל דבר שנחשב על ידי החברה ל"לא בסדר", ראוי להיקבע כעבירה פלילית (גם הגישות הדאונטולוגיות המודרניות מאמצות עקרון שיוריות). יש 2 תחומים שאפילו תומכי הגישות הדאונטולוגיות, בגלל הניסיון ההיסטורי הרע, מסכימים שצריך להיזהר מהפללת המעשים הללו במיוחד:
3. **מעשים מיניים** – פעולות בעלות אופי מיני הנעשות במרחב הפרטי בהסכמת הצדדים המעורבים.
4. ככלל, צריך להיזהר (בד"כ להימנע) מהפללה של מעשים מתכלית של **הגנה על רגשותיהם של אחרים**. במדינות דמוקרטיות, אחת מזכויות הבסיס שלנו הן "**להיות מעצבנים**", כל הבסיס של דמוקרטיה הוא לעצבן אחד את השני, ולכן קביעת איסורים על "חופש זה" פוגעת בדמוקרטיה.

עד כאן דנו בגישה המערכתית.

**ביקורות על ההצדקות המקובלות להפללת מעשים**

ביקורות על עקרון השיוריות –

אומרים לנו כי למרות שיש לנו תכלית ראויה, עדיין לא ניתן לקבוע עבירה פלילית. עבירה פלילית תקבע רק אם לא ניתן להשיג את אותה תוצאה בדרך פוגענית פחות.

**פסה"ד שבתאי** – חפרפר וסלקום עם קו המים.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

הסיפור האמיתי הוא שעקרון השיוריות הוא מילים יפות ללא כיסוי. אין בעצם דרך לבדוק במרבית המקרים האם האמצעי הפלילי הוא אמצעי שיורי.

1. אז מה עושים? כיצד ניתן להעריך את התועלות?
2. גם אם היינו מסוגלים להעריך את התועלות מהשימוש באמצעים השונים, בד"כ יש אלמנט חזק מאוד של סובייקטיביות. ברגע שזה מגיע לכסף, לקמט את האמצעים והתועלות היא פעולה סובייקטיבית. לכן קשה לביהמ"ש לקבוע מתי להתערב (נפגע עיקרון השיוריות) ומתי לא.

ביקורת על עקרון הנזק

הבעיה של עקרון השיוריות היא למעשה בעיה של עיקרון הנזק. קשה להעריך את הנזקים.

הבעיה השנייה (יותר חמורה) - צריך להגדיר נזק. נזק הוא מונח עמום.

**דוגמא:** מעשה באדון סרובינג וגברת S.K שנולדו לאותו אבא ואימא. כל אחד מהם הוצאו מהבית לאחר הלידה. כאשר הם בגירים הם נפגשים, מתאהבים ומתחילים ללדת ילדים. הבעיה מתחילה כאשר הם רוצים לרשום את הילד במשרד הפנים הגרמני, עוצרים אותם ומעמידים אותם לדין (את הגבר), ונותנים לו מאסר על תנאי - אם תשכב שוב עם בת זוגתך, תכנס לכלא. כשנולד הילד השני, ממשים את האיום ומכניסים אותו לכלא. בילד השלישי/רביעי הוא פונה לביהמ"ש ואומר, תעזבו אותי באימא של שנינו. גרמניה היא מדינה שהמשפט שלה מבוסס על עדנים גדולים של עקרון הנזק. הם נאמנים לעקרון הנזק. לכן ביהמ"ש לחוקה גרמנית קובע שהעבירה הפלילית לגילוי עריות היא חוקתית לחלוטין, ערכי המשפחה נפגעים כפי שהם נתפסים בגרמניה. במילים אחרות, הלבישו בטרמינולוגיה של עקרון הנזק הפללה שבסיסה הוא דאונטולוגי (מוסרי - ערכי).

בפועל יש שלל גישות תוצאתניות ששונות אחת מהשנייה ב:

1. **איך הן מגדירות נזק** – בין גישות מאוד צרות לבין גישות שמגדירות נזק בצורה רחבה מאוד.
2. **הגישות שונות במידת הקשר שצריך בין האדם לנזק**. יש גישות שאומרות כי צריך להעניש רק את מי שגורם לנזק, ויש גישות שאומרות כי יש להעניש את מי שעלול לתרום לגרימת הנזק (לא ישיר).

במילים אחרות – עקרון הנזק הוא מילים יפות ללא כיסוי.

ביקורת על הגישות הדאונטולוגיות (מוסריות)

בהמשך לסיפור של בני הזוג הגרמניים , הם לא מרוצים מפסה"ד, והם עולים מול ערכאה נוספת – ביהמ"ש האירופאי לזכויות האדם. לביהמ"ש האירופאי לזכויות אדם מגיעות תביעות מ-40 מדינות, מה שמחייב אותו לכבד את השונות התרבותית במערכות המרחב. לכן הוא נותן מתחם פעולות גדול למדינות שונות במקרים בהם החלטותיהן הושפעו משיקולים ערכיים של החברה באותה מדינה.

לכן, גרמניה מעלה צידוקים גמולניים. איך פתאום מדובר בערכי המוסר של החברה הגרמנית?

ניתן לטעון את שתיהן ביחד.

אומרים עורכי הדין של הזוג, שגישות גמולניות מאפשרות לבצע פעולות על רקע מיני במרחב הפרטי, כי לא נגרם נזק. בנוסף, כבר ב-20 מדינות באירופה, גילוי עריות לא מהווה עבירה פלילית.

בית הדין האירופאי לזכויות אדם **לא מבטל את העבירה**. הוא קובע כי מדובר בהשקפה מוסרית חברתית סבירה והראייה, חצי מהמדינות באירופה מכלילות פעולה זו כעבירה.

**גם הגישות הדאונטולוגיות הן מילים יפות ללא כיסוי (חלול) – מקרים שמחוקקים בפועל מהבטן.**

ניתן לטעון כי אין בעיה שהגישות המוסריות משתנות, זאת דמוקרטיה והרוב יקבע כי זו עבירה פלילית.

בעיה ראשונה היא שהפכנו את הראש של דמוקרטיה. דמוקרטיה היא שלטון שמניח כי בני האדם שווים ובעלי זכויות שוות. מכיוון שבני אדם צריכים לחיות אחד עם השני, נקבע מנגנן פרוצדוראלי שמאפשר להם לחיות אחד עם השני, הרוב קובע. אך מנגנון זה לגיטימי כל עוד הוא מממש את הרציונל שמאפשר לאנשים שונים לחיות יחד. אם החוק פוגע בכך, הוא צריך להתבטל, כי מדובר בפרוצדורה שלא משרתת את המהות.

כיום בישראל, גילוי עריות הוא עבירה רק אם אחד מבני הזוג מתחת לגיל 21. אם אני בן 18 אני יכול להחליט לשכב עם נערה בת 16, אך אלו שמגלים עריות יצטרכו לחכות עד גיל 21.

הערות:

1. חוסר עקביות - שימו לב כמה חוסר עקביות **אדיר** קיים במעשיי המחוקק. רוב הציבור בישראל יחשוב שנהיגה ביום כיפור יותר חמורה ממכירת לחם בפסח, אך זו לא עבירה. אנשים יחשבו שגילוי עריות יותר חמור מגרימה למישהו לתת לך מכות, אך זה לא כך. יש פערים משמעותיים שנוצרו על ידי המחוקק.
2. על פי הסיפור של המרצה, בטוח על פי גישות הנזק וגם על פי גישות דאונטולוגיות, צריך מאוד להיזהר לפני שקובעים איסור פלילי על משהו שפוגע ברשות. משהו שמוביל מישהו אחר להתעצבן לא צריך להיות עבירה במשפט הפלילי.
3. המרצה מזכיר כי הוא נתן פסה"ד על עישון ברמדאן, וזה מציק לנו כי הוא נראה פחות ברור.
4. לא תמיד הסיבה שיש עבירה פלילית כיום בחוק העונשין היא שהמחוקק בכלל שקל שיקולים ערכיים.
5. מקרה ראשון – יש ענן פיח ענק מעל כל לונדון (לפני המצאת החשמל), אז הכל אפל. אין אורות, העיר גדלה מהר ואין תשתיות. יש צפיפות יתר, אז איך נפתור את הבעיה שהרחובות חשוכים (רוצים לעשות בעיות לג'ק המרטש) – נחוקק חוק שכל בעל מלון/אכסניה חייב להדליק פנס בכניסה לבית המלון/אכסניה – זה יאיר רחובות בחלקים נרחבים בלונדון. נקבע זאת כעבירה פלילית.

**חוק זה קבוע בישראל – למה?**

הסיבה לכך היא שמחוקקים אוהבים לחוקק ושונאים לבטל. יש לנו המון חוקים במדינת ישראל שההיגיון היחיד לקיומם הוא שזה היה הגיוני בעבר.

1. Thingification - מה הסיבה שבארץ אין שיטת מושבעים? כי הבריטים חשבו שאנו פרימיטיביים מידי.

מקרה שני, דוגמא פלילית. מעשה באירופה בימי הדבר השחור, באותה תקופה 2/3 מאוכלוסיית אירופה מתים, ולכן החקלאיים הפכו למבוקשים, כי לבעלי קרקעות חסרות ידיים עובדות. לכן הם מתחילים לזוז ממקום למקום. בעלי הכוח הפוליטי (בעלי הקרקעות) לא אוהבים זאת, ולכן הם קובעים עבירה שכאשר אדם מסתובב ללא תעודה מאדונו, הוא מבצע עבירה פלילית שנקראת **שוטטות**. לכן היא משומשת להענשת בני נוער בגנים ציבוריים שעושים רעש בלילה. זו עבירה מטורפת, המסתובב ברחוב באופן מעלה חשד שיפגע בשלום הציבור. המשמעות לכך: ברגע שחוק נקלט הוא שורד גם אם המקרה הנוכחי שלו נעלם. בנוסף מתפתחות רציונליזציות תרבותיות ללמה החוק צריך להישאר.

במקרה של המושבעים, ההשוואה ביננו לארה"ב מהווה ראייה חזקה לכך. כל צד בטוח שהשיטה שלו טובה, אז מישהו חייב להיות "טועה". האמת היא ששתי השיטות בעייתיות ואנו התרגלנו למצב הקיים. אנו בטוחים שהשיטה שלנו היא הטובה ביותר שפותחה על ידנו, וכינסנו אותה לעצמנו: Thingification.

1. שחיתות - 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 יותר מידי בד זוהר, והוא הצליח לקדם את החוק הזה ועשה לבעלי המפעל מיליונים. במילים אחרות, **לפעמים הסיבות לחקיקה פלילית הן לא ערכיות לחלוטין.**

המקרה 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 הם חלולים.

**איזון התמונה: לא הכול רע**

כמו במקרה של צידוקים לענישה, גם בצידוקים להפללה יש לאמץ עמדה מורכבת (לא עמדות הקצה). למשל, בדוגמה של האפוד הזוהר, העובדה שחברה מסוימת יצרה רווח לא סותר את העובדה שהאפוד מציל חיי אדם.

עלינו להיות ביקורתיים – זה שעבירה נמצאת בחוק לא אומרת שהיא צריכה באמת להיות שם. המחוקקים שוכחים לבטל עבירות חוקתיות. מלבד צחי הנגב ומשה ניסים, מעטים הם שרי המשפטים שעשו מאמץ כדי לנקות את העברות המיותרות בחוק. יחד עם זאת, זה לא אומר שמחר צריך לוותר על חוק העונשין. לפעמים יש סיבות רגולטוריות. כל מה שצריך זה להיות הרבה יותר ביקורתיים ממה שאנו בד"כ (יותר מפסקי הדין, יותר ממה שהמחוקק קובע, יותר מההרגשה האינטואיטיבית).

27.03.17

**שיעור 3 – עקרון החוקיות בחקיקת עבירות ופרשנותן**

**עקרון החוקיות במשפט הפלילי**

עקרון החוקיות הוא עקרון כללי של מערכת המשפט. עקרון החוקיות הכללי כולל 2 חלקים:

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

עיקרון החוקיות בא לידי ביטוי באופן מיוחד במשפט הפלילי, בין השאר, מהסיבה כי מדובר בתחום פוגעני במיוחד בזכויות האדם (דיברנו על כך כבר בעבר).

עקרון החוקיות במשפט הפלילי קובע, כי **אין עונשין אלא אם מזהירן/ים**, או במילים אחרות, לא ניתן להרשיע אדם ולהענישו, אלא אם העובדה שהמעשה שהוא ביצע מהווה עבירה וגם העונש נקבעו בחוק **עוד לפני** שהוא ביצע את המעשה.

היכן מעוגן עקרון החוקיות במשפט הפלילי?(עקרון החוקיות = במשפט הפלילי, כללית = העיקרון הכללי).

בתי המשפט אימצו את עקרון החוקיות במשפט הפלילי על דרך הפסיקה **עוד בראשית המדינה**. שם הם קבעו כי עקרון זה הוא חלק מאבני היסוד של המדינה. בנוסף, מאז שנות ה-90, העיקרון זכה לעיגון פורמלי ב-2 מקומות:

1. **חוקי היסוד** – חוקי היסוד מעגנים את עקרון החוקיות הכללית, בכך שהם דורשים ש"אין לפגוע בזכויות חוקי היסוד **אלא** בחוק, או לפי חוק/מהסמכה מפורשת בחוק" = באמצעות חקיקת משנה. חוקי היסוד למעשה אומרים כי לא ניתן לפגוע בזכויות אלא בחוק או בחקיקת משנה, ואמרנו כי דיני העונשין פוגעים בזכויות, ולכן, אם נרצה לקבוע עבירה, מכוח פסקת ההגבלה תהיה דרישה שהעבירה תקבע מכוח חוק או לפי חוק (לפי חוק = חקיקת משנה).
2. **מאז תיקון 39, סעיף מס' 1** **לחוק העונשין** קובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה, אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו" (על פיו = או בחוק או בחקיקת משנה).

מדוע אנו צריכים שהעבירות יקבעו בחוק מראש?

1. **אזהרה מוקדמת** - אנשים לא ידעו כיצד הם צריכים לנהוג אם לא נזהירם קודם לכן. אדם צריך לדעת כיצד לתכנן את צעדיו.
2. **אשם** – האשם בא לידי ביטוי בכך שהאדם בהלך רוח רצוני הפר את החוק. אם הוא לא יודע מה החוק, ואם החוק לא היה קיים, כאשר הוא ביצע את המעשה לא קיים אלמנט של אשם, ואין על מה לגמול לו מבחינה גמולנית.
3. **דיקטטורה** - הניסיון ההיסטורי מראה כי סוגי השלטון אשר משתמשים בעבירות מגירה (קביעת עבירות בדיעבד) הם דיקטטורות. יש חשש לפגיעת זכויות אדם ושרירותיות של השלטון אם לא נדרוש חקיקה של עבירות בחוק.
4. **שיקול תוצאתני** – אם מטרתנו בקביעת העברות הפליליות היא לכוון את התנהגות האדם, כדאי שמראש נגיד לו מה הוא צריך לעשות.

**הנגזרות המרכזיות של עקרון החוקיות במשפט הפלילי**

1. **הנגזרת הראשונה מופיע בס' 1 לחוק העונשין** – "אין עבירה ואין עונש אלא אם הם נקבעו בחוק, או לפי חוק" (חקיקת משנה), אבל מיד לאחר מכן ס' 2 בא ואומר שאם קבעת את העבירה בחקיקת משנה, עונש המאסר לא יכול להיות יותר מחצי שנה, ויש גם הגבלה על גובה הקנס. **כלומר, עבירות רציניות חייבות להיות בחקיקה ראשית**. זהו בעצם התרגום הישיר של החצי הראשון של עקרון החוקיות הכללי בהקשר הפלילי. העיקרון הראשון אמר לנו כי לפרט מותר לעשות הכל, כל עוד לא נאסר עליו. כאן אומרים לנו כי שום דבר לא יכול להיחשב כעבירה/איסור פלילי, אלא אם נקבע מראש בחקיקה, כאשר אם אני רוצה לתת עונש משמעותי, זה אפילו צריך להיקבע מראש בחקיקה ראשית.
2. **היקש** – לקונה ((Lacuna מתמלאת ככלל בדרך ההיקש. זה למה כמעט אף פעם לא מגיעים לעקרונות הצדק, החירות והיושר של מורשת ישראל, אם לא פתרת את הבעיה בדרך פרשנות ויש לקונה היא מתמלאת בדרך ההיקש.

**לקונה** – בעברית "חסר בדין", הוא מצב שבו ככל הנראה המחוקק התכוון להסדיר סוגיה מסוימת, ו"התפקשש לו". את הלקונה יש לאבחן ממצב של הסדר שלילי. הסדר שלילי הוא מצב בו המחוקק **במתכוון** לא הסדיר סוגיה מסוימת. בכל תחום משפט, **מלבד המשפט הפלילי**, אם השופט הגיע למסקנה שניצבת בפניו לקונה, דרך המלך לפתירתה היא היקש. אנו מחפשים את התחום הדומה ביותר, הסוגיה הקרובה ביותר בדין שהמחוקק כן הסדיר, ומקישים ממנה כיצד יש להסדיר את הנושא שלגביו יש חסר לקוני.

**בתחום הפלילי חל כלל אחר, והכלל הזה קובע שאין עבירות בדרך ההיקש.**

**פסה"ד חירות (רשות)**

החוק קובע שבתקופת בחירות **אסור** לשדר שידורי תעמולה בטלוויזיה אלא באישור יושב ראש וועדת הבחירות המרכזית (שופט בביהמ"ש העליון), ובכפוף למגבלות שהוא קובע. עם זאת, בנוגע לתשדירי תעמולה ברדיו **המחוקק שכח להסדיר את סוגיה זו (תשדירי התעמולה ברדיו)**. ברור שזו טעות, ולא מקרה שהמחוקק התכוון שהמפלגות יעשו מה שהן רוצות ברדיו ורק בטלוויזיה יוטלו עליהן מגבלות. החוק קובע השלכות שונות באם רשימה לכנסת מפירה את הוראות החוק (אם רשימה בכנסת משדרת תשדיר ללא אישור יושב ראש וועדת הבחירות או כאשר היא מפרה את התנאים שהוא קבע). חלק מההשלכות הן פליליות (שידור כזה מהווה עבירה), וחלק מההשלכות הן לא פליליות.

**לדוגמא:** יש ליושב ראש וועדת הבחירות סמכות להורות לערוץ השידור הרלוונטי להפסיק את תעמולת הבחירות באמצע (מיד). כזכור החוק מתייחס רק לתשדירים בטלוויזיה.

אז מה עושים?

בא בג"ץ וקובע כי ההסדרים הלא פליליים של החוק חלים על דרך ההיקש גם במקרה של שידור תעמולה ברדיו. יחד עם זאת, לא הסעיפים הפליליים בחוק.

**לדוגמא:** בתור חבר במפלגה שרץ לכנסת, אני דואג שתשודר תעמולה בטלוויזיה תוך הפרה של הוראות יושב ראש הוועדה המרכזית, במקרה כזה:

1. יהיו סמכויות לא פליליות – הפסקת התשדיר.
2. אני ביצעתי עבירה.

אם הייתי עושה את אותה פעולה אך משדר ברדיו, כל הסמכויות הלא פליליות קיימות, אך **לא ביצעתי עבירה**. אם ירצו שזו תהיה עבירה, המחוקק צריך לפעול.

קשה למצוא פסק דין שמדגים בצורה יותר טובה את ההבדל הזה, מדובר במקרה בו עסקו בשני הצדדים.

1. **איסור על קביעת עבירות בדרך הפסיקה** (איסור על קביעת עבירות משפט מקובל).

פעם (בין סוף המאה ה-18 למאה ה-19) במערכות המשפט המערביות, מרבית העבירות לא היו קבועות בחוק, אלא בפסיקה.

**לדוגמא**: אדם היה עושה משהו מעצבן, היו תופסים אותו, מביאים אותו בפני שופט, והשופט היה **מגלה** שהמעשה שהאדם ביצע הוא לא סתם מעשה מעצבן, אלא **עבירה** על פי המשפט הטבעי/מקובל, ומענישו. מאותו יום, מבחינה תאורטית העיגון של העבירה היה במשפט הטבעי/מקובל. מבחינה מעשית העיגון של העבירה היה באותו התקדים שקבע כי מדובר בעבירה.

**ניתן לטעון כי מדובר בשיטה נוראית**, ולכן, בגלל שהשיטה מעלה חשד לשרירותיות וחוסר הוגנות, מרבית שיטות המשפט המערביות איפשהו בין סוף המאה ה-18 לאיפשהו במאה ה-20 נוטשות את הפרקטיקה הזאת – וקבועות **כי לשופטים אין סמכות ליצור/לגלות עבירות**.

קיימים 2 חריגים בולטים:

1. ל**סקוטלנד** יש מערכת משפט עצמאית שמנותקת ממערכת המשפט האנגלית. במערכת המשפט הסקוטית לשופטים עדיין יש סמכות לגלות עבירות. (בקריאת הרשות – פסה"ד מ-87 מאשר את קיומה של סמכות זו).
2. ב**אנגליה** לשופטים הייתה סמכות לגלות עבירות עד 1973. ב-1973 בית הלורדים (ביהמ"ש העליון הבריטי) **מוותר באופן וולנטרי על הסמכות לגלות עבירות משפט מקובל חדשות**.

עם זאת, עבירות המשפט המקובל ששופטים גילו עד אותו רגע תקפות גם היום, אלא אם המחוקק החליט אחד מ-2 דברים: לעגן אותם בחוק או לבטלם. כל עוד המחוקק לא עשה אחד מ-2 אלה, העבירה היא עבירת משפט מקובל והיא תקיפה. האיסור לביצוע עבירת רצח במשפט האנגלי נמצא במשפט המקובל.

בארץ, עוד בראשית המדינה, בזמן שבאנגליה עוד הייתה סמכות לגלות עבירות, באים השופטים בישראל ואומרים כי בהתאם לעיקרון החוקיות אין לנו סמכות ליצור משפט מקובל.

כיום, האיסור הזה מעוגן **בס' 1 לחוק העונשין**.

דיון צד – אין איסור דומה על יצירה בדרך הפסיקה של סייגים חדשים לאחריות הפלילית.

כמו שנלמד בהמשך, סייג לאחריות הפלילית הוא כלל משפטי שקובע שבהינתן תנאי מסוים, **לא תוטל אחריות פלילית על אדם למרות שהתקיימו בו כל יסודות העבירה.**

**לדוגמא:** ילד בן 6 דקר את אחותו כי היא עצבנה אותו, התקיימו בו כל יסודות עבירת הרצח, ועדיין אנו לא מענישים אותו כי חל לו סייג הקטינות. אני גורם למותו של אדם בכוונה תחילה אך עושה זאת מתוך הגנה עצמית, לא ניתן להרשיע אותי ברצח כי חל בי סייג ההגנה העצמית. במקור, בהצעת החוק שהיוותה את הבסיס לתיקון 39, היה סעיף שקבע שלשופטים גם אין סמכות ליצור סייגים בדרך הפסיקה. עם זאת, המחוקק החליט החלטה מודעת (שר המשפטים עולה לדוכן הנאומים בכנסת ומסביר שזו החלטה מודעת להוריד את הסעיף) מתוך הבנה כי המציאות מורכבת. מכיוון שכאן מדובר בהסדר שדווקא יקל עם נאשמים, אז אין סיבה למנוע מבתי המשפט את הסמכות ליצור סייגים חדשים. נכון לרגע זה שופטים מאוד מצמצמים בסמכות זו. כיוון שאין מקום שקבוע בחוק שלבתי המשפט יש סמכות לקבוע סייגים, עורכי דין יכולים לטעון כי הם יכולים לקבוע סייגים והם לרוב שוכחים לעשות כן. (כמו סייג האישה המכה, או הילד העשיר).

1. הנגזרת הבאה של עקרון החוקיות במשפט הפלילי קובעת כי **אין ענישה למפרע (רטרואקטיבית)**, או בניסוח של חוק העונשין עצמו – **ס' 3(א)** – "חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין (=ברישומון – סאח"י או ספר התקנון)".

**ס' 3(ב)** קובע – "חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו (כניסתו לתוקף) לפי המאוחר". בדין הישראלי יש רק חריג אחד לאיסור על חקיקה רטרואקטיבית, חוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם. העבירות שהחוק עוסק בהן נעשו מחוץ למדינה לפני קום המדינה ולפני חקיקת החוקים שלה. העמדה המקובלת היא שהחריג הזה מוצדק מכיוון שבהקשר של העבירות שקבועות בו, הייתה אזהרה מוקדמת, מהסיבות הבאות:

1. מדובר בנורמות מוסר אוניברסליות יסודיות.
2. האיסורים הללו היו קיימים כבר במשפט הבינלאומי.

תמונת הראי של הכלל האוסר חקיקה רטרואקטיבית היא העיקרון של **אי ידיעת החוק אינה פותרת מעונש**.

דיון צד – אי ידיעת החוק אינה פותרת מעונש.

הרציונל של עיקרון אי ידיעת החוק אינה פותרת מעונש, נועד ליצור תמריץ לבני האדם ללמוד את החוק. בעצם אנו רוצים למנוע התנהגות של ראש קטן. חשוב להדגיש כי העיקרון של אי ידיעת החוק אינה פותרת, לא נוגע רק לסיטואציה שאני לא יודע/לא ידעתי שקיים חוק. הוא נוגע גם לסיטואציה בה אני מפרש את החוק באופן שגוי, כלומר, קיים חוק, אני מפרש אותו כאילו הוא לא אוסר את המעשה שאני רוצה לבצע, ולכן אני מבצע את המעשה, מעמידים אותי לדין, וביהמ"ש יכול לפרש את החוק אחרת ולקבוע שהחוק **אוסר** את המעשה שביצעתי, כלומר ביצעתי עבירה ויענישו אותי בשל כך.

**לדוגמא:** לא ידעתי שלמשרת ציבור אסור לקבל מתנות מחברים.

באנגליה העיקרון של אי ידיעת החוק אינה פותרת, הוא **עקרון נוקשה**.

קיים פס"ד מ-1800 שמדגים עד כמה נוקשה העיקרון במשפט האנגלי.

**פסה"ד Bailey** (לא מופיע בסילבוס)

רקע משפטי – קיים כלל משפטי שקובע שעל ספינה בלב ים חל הדין של מדינת הדגל של הספינה. כלומר, אם מדינת הדגל של ספינה מסוימת היא אנגליה, הדין האנגלי חי באזור הספינה. בתאריך מסוים מפליגה אונייה ללב ים, בעודה בלב ים, מחוקק המחוקק האנגלי חוק שקובע שמעשה מסוים הוא עבירה. כמה זמן לאחר מכן, בעוד הספינה בלב ים, מבצע אדון Bailey, שהוא מלח על הספינה הזאת, את המעשה. כמה זמן לאחר מכן הספינה חוזרת לאנגליה. לאחר החזרה לאנגליה מתברר לרשויות אכיפת החוק שאדון Bailey עשה את המעשה האמור, ולכן הם עושים את הדבר ההגיוני היחיד האפשרי ומעמידים אותו לדין. הוא אומר כי הוא היה בלב ים, לא היה לו דרך ליצור קשר עם המדינה, והוא לא יכול היה לדעת כי החקיקה השתנתה. השופטים אומרים לו כי **אי ידיעת החוק אינה פוטרת ומרשיעים אותו**.

בישראל עד תיקון 39, הלכו בעקבות המשפט האנגלי והעיקרון של אי ידיעת החוק אינה פוטרת היה **עקרון נוקשה**. כחלק מתיקון 39, חוקק ס' 34 י"ט, שמעגן גרסה מרוככת של העיקרון: "לעניין האחריות הפלילית, אין נפקא מינה אם אדם דימה שמעשה הוא אינו אסור עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי, או בדבר הבנתו של האיסור, זולת (חוץ מ), אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורך סביר". בעצם התיקון מוסיף סייג לאחריות הפלילית במצב של טעות במצב המשפטי. אם טעיתי וחשבתי שהמצב המשפטי הוא שונה ממשהו באמת, ובעקבות כך ביצעתי עבירה, אני אהיה פטור מאחריות פלילית אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר.

במקרה זה Bailey היה יוצא זכאי. יש לשים לב כי הגרסה המרוככת לא פוגעת בתכלית העיקרון כי אנו עדיין מתמרצים אנשים לקרוא את החוק. בתי המשפט מפרשים את סעיף זה באופן צר מאוד כדי שלא ינוצל לרעה.

1. נגזרת נוספת של עקרון החוקיות במשפט הפלילי היא **קיומה של דרישה מוגברת לניסוח ברור**. בהקשר של כל חוק בין אם פלילי ובין אם לאו, אנו שואפים שהחוק יהיה ברור. יחד עם זאת, לא משנה כמה נשתדל, יהיו מקרים בהם החוק לא יהיה ברור.

בנוסף, חוק חייב להיות כללי, נורמה אחת חייבת להסדיר מקרים רבים. הצורך שהחוק יהיה כללי, גם הוא מגביל את אפשרותנו להגיע לחוקים ברורים באופן מוחלט.

יחד עם זאת, בהקשר הפלילי אנו מצפים מהמחוקק להשתדל במיוחד כאשר הוא קובע עבירות, כך שהן יהיו בהירות במיוחד, מהסיבות הבאות:

1. העיקרון שאין עונשין אלא מסבירין (עיקרון החוקיות במשפט הפלילי).
2. בגלל שמדובר בנורמות שהן פוגעניות במיוחד בזכויות האדם.

לאור זאת, במערכות משפט דמוקרטיות רבות, קיים עקרון שקובע **שאם עבירה היא עמומה מידי, היא בטלה כלא חוקתית**. העיקרון הזאת נקרא **Void For Vagueness** (בטל בגלל עמימות).

בפסיקה הישראלית, מאז חקיקת חוקי היסוד יש שלל הערות אגב בהן השופטים אומרים, היה וניתקל בעבירה עמומה באופן בולט שאינה מוגנת על ידי שלילת הדינים, נבטלה.

בניסוח יותר קצר, בפסיקה הישראלית מאז חוקי היסוד יש שלל הערות אגב שמאמצות את דוקטרינת הVoid For Vagueness .

בפסיקה, בספרות ובקורסים לדיני עונשין בתואר ראשון למשפטים, נהוג לתת את העבירה של **תקלה ציבורית** כדוגמא המובהקת לעבירה עמומה יתר על המידה.

**תקלה ציבורית -** עברת התקלה הציבורית קבעה: "העושה מעשה העלול להוביל לתקלה ציבורית דינו מאסר ל-3 שנים" אותה עבירה הייתה קיימת גם לפני חוק העונשין, כל ההבדל הוא שהעבירה נקראה היזק ציבורי: "העושה מעשה העלול להוביל להיזק ציבורי".

**פסה"ד אשד (אגד) נ' היועמ"ש**

אשד השביתו במשך 5 שעות את האוטובוסים. באותה תקופה לרוב הכמעט מוחלט של האנשים לא היה רכב פרטי. אשד היה קואופרטיב (תאגיד) ששלט כמעט בכל קווי התחבורה הציבורית. כלומר, במדינה שבה לרוב האנשים אין רכב פרטי, השבתה למשך 5 שעות של התחבורה הציבורית משתקת את המדינה. לכן, מגישים כתב אישום כנגד אשד בגין ביצוע של היזק ציבורי/תקלה ציבורית. בעיה קטנה מפריע בדרך להרשעה של אשד, **לא הוגדר בחוק מהו היזק/תקלה ציבורית**. השופטים אומרים כי זוהי עבירה נוראה - היא עמומה לכדי שניתן לפרשה בכל דרך שהיא. עד כאן הדיון בשאלה איך עבירת התקלה הציבורית ממחישה את הדרישה של חקיקה בהירה. אף אחד לא יודע מהי תקלה ציבורית והיא ניתנת לפירוש על כל מקרה.

**הערת צד 1 –** לכל מי שמתגעגע לעולם שלפני האקטיביזם השיפוט, זהו עולם זה. 3 שופטים מציעים פרשנות משלהם ו-2 מרשיעים. לשם השוואה, לאחר האקטיביזם השיפוטי, מגיעות אמירות כמו של השופט חשין ב**פס"ד שבס** – "מטעמים שעיקרם פגיעה בעיקרון החוקיות, עבירה זו של תקלה ציבורית יפה היה לה שלא נבראה, ומשקמה ונהייתה, יש וראוי לפרשה בצמצום שבצמצום עד שתחום התפרסותה יהיה **כחודה של סיכה ומשקלה כנוצה**" בעקבות זאת המחוקק היהיר שלנו ב-2008 **סוף סוף** מבטל עבירה זו (בזכות צחי הנגבי). לצורך השיעור היה צריך להבין כיצד ניתן לפרש עבירה כVoid For Vagueness. כך עבירות התקלה הציבורית נראות.

**הערת צד 2 –** למה אשד השביתה את הקווים? כי אנשים הרגו במכות סדרן שלהם. סדרן של אגד ניסה לעשות סדר בתור ואנשים גרמו למותו, ומי שאומר שפעם היו זמנים יפים וטובים והפשיעה כיום רק מתדרדרת, דוגמא זו יכולה להוכיח אחרת.

חשוב להדגיש שלא כל עבירה עמומה מיד תבוטל. בין השאר זה תלוי בתחום שאותה עבירה מנסה להסדיר ובזהות האנשים שאליהם היא פונה (2 פרמטרים מתוך מספר רב של פרמטרים).

**פס"ד שבס**

עסק ב**עבירת הפרת אמונים**. עבירה זו היא דיי עמומה, וקובעת כי "עובד ציבור שעושה במילוי תפקידו מעשה של הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו עד 3 שנות מאסר". באים עורכי דינו של שבס ואומרים, **הנה!** בדיוק כמו התקלה הציבורית, מה זה הפרת אמונים? ביהמ"ש אומר שלא כך, בשונה מעבירת התקלה הציבורית, עבירת הפרת האמונים פונה לנבחרי/משרתי ציבור, מהם אנו יכולים לדרוש יותר, כי אדם תמיד יכול לבחור לא ללכת למשרה ציבורית, אם הוא פוחד שיעשה מעשים שיפרו את אמון הציבור, הוא יכול לבחור. עניין נוסף הוא שאנו מצפים ממשרתי הציבור לעמוד בסטנדרטים גבוהים יותר, והשילוב של 2 גורמים אלו יחד מצדיק לדעת ביהמ"ש את קיומה של העבירה.

1. **השפעת עקרון החוקיות על אופן פרשנותם של האיסורים הפליליים**

כדי להדגים מהי השפעה, ניתן לדמיין סיטואציה מסוימת: יש חוק וניתן לפרשו במספר דרכים סבירות:

1. דרך אחת דרשנית יותר – היקף המעשים שהיא קובעת שהם פליליים הוא רחב יותר.
2. דרך שניה דרשנית פחות – פרשנות זו מצומצמת יותר מבחינת הגדרתה של מעשה פלילי.

איזה מבין 2 הפרשנויות ראוי לאמץ בהנחה ששניהן סבירות? על פי עקרון החוקיות הכללי לאדם מותר לעשות כל דבר שלא נאסר, אז לאור עקרון החוקיות הכללי כאשר יש 2 פרשנויות סבירות, ראוי שנאמץ את זאת שמותירה לאדם את חירותו (דרך הפרשנות השנייה).

בנוסף, זה מתקשר לדרישה המוגברת לבהירות בחקיקה פלילית - אם רצית (המחוקק) לאסור משהו, מן הראוי היה שתעשה זאת באופן ברור. עד לשנות ה-80 חלה גרסה פורמליסטית של העיקרון עליו דיברנו, **פרשנות לטובת הנאשם**. כלומר, בהינתן מספר פרשנויות סבירות באופן אוטומטי צריך לבחור בפרשנות לטובת הנאשם (**גרסה דווקנית/פורמליסטית של עקרון הפרשנות המצמצמת**).

**פס"ד בר שלום**

מעשה באדון בר שלום שנוסע ברחוב ביאליק ברמת גן, ורואה כי יש איסור חניה בין

07:00-19:00. הוא מיד מניח כי בלילה אסור לחנות, בצהריים מותר והוא חונה (למרות שקיים יותר סיכוי כי תיאסר חנייה בצהריים, כי אז החניה מפריעה לזרימת התנועה) כאשר המקרה מגיע לבימה"ש העליון, הוא אומר כי הפרשנות היא לטובת הנאשם, ומזכה את אדון בר שלום. כל חובבי העידן שלפני השופט ברק מזילים ריר על פסקי דין כאלה, זהו האזרח הקטן שהצליח לחמוק בזכות הפרשנות הפורמליסטית. כל העידן הפורמליסטי "היפיפה" הזה נהרס ברגע שברק נכנס לביהמ"ש העליון, ומשווק לעולם את **הפרשנות התכליתית**: לפני שמגיעים להחלטה אם הפרשנויות סבירות או לא, צריך לחשוב בשכל הישר מה הייתה תכלית החוק.

במקרה של בר שלום, מטרת החוק הייתה להסדיר את התנועה בשעות העומס.

פסה"ד בו הומצאה גרסת הפרשנות התכליתית של עקרון הפרשנות התכליתית:

**פס"ד מזרחי נ' מ"י**

מעשה באדון מזרחי, אסיר שיוצא מהכלא, ובחוץ יפה, יש ריח של חופש אשר קוסם לו, והוא פשוט לא חוזר מהחופשה. כשבאים לאסוף אותו חזרה מהכלא, אומרים לו כי הוא ביצע עבירה של בריחה ממשמורת חוקית. הוא אומר כי אינו ברח והיה בבית, הוא לא חזר, אך לא ברח.

פסה"ד ממחיש את הבעייתיות בפרשנות הדבקנית. ברור לכולנו וגם לאדון מזרחי שהוא היה צריך לחזור, אין פה באמת בעיה של אזהרה מוחלטת. תכלית החוק/האיסור של בריחה ממשמורת חוקית הוא להעניש את אלו שלא נמצאים במשמרות החוקית, שדאגו לא להימצא במשמורת החוקית שהם היו אמורים להיות בה, ולכן, במקום להתחכם, יש לשאול מהי תכלית החוק. היה ושאלנו מהי תכלית החוק, נשארנו עם מצב בו יש מספר פרשנויות סבירות, ורק אז הגיוני לבחור את הפרשנות שהיא לטובת הנאשם.

כיום, הגרסה התכליתית (שנראתה במזרחי נ' מ"י) של עקרון הפרשנות המצומצמת מעוגנת מפורשות בחוק העונשין. כחלק מתיקון 39 חוקק ס' 34 כ"א שקובע – "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין" – למעשה נוספו המילים **לפי תכליתו**.

בפסה"ד **אהובה לוי**, גם אחרי שמאמצים את הגישה הזאת יהיו מספר פרשנויות חלופיות ואז יבחרו את הגרסה שמקלה עם הנאשם.

**פסה"ד אנגיסטר** (אין צורך לכתוב).

שופטי הרוב במחוזי הגיעו למסקנה כי אין ברירה חוץ מלהרשיע אותו בפשעים נגד האנושות, למרות שהוא עצמו היה יהודי שנקלע לסיטואציה מאוד לא פשוטה. בשלב השני באותה תקופה, החוק קבע עונש מוות אוטומטי במקרה של הרשעה על פשעים נגד האנושות. לכן הרוב קובע כי אם זה היה תלוי בהם הם היו נותנים לו 10 שנות מאסר, אך אין להם ברירה אלא לציית לחוק, ולכן הם גוזרים עליו עונש מוות. העידן הפורמליסטי לא נראה כל-כך טוב. מוגש ערעור לעליון ומרשיעים אותו בעבירות קלות יותר בפסה"ד שלעולם לא נכתב. ההשערה היא שכולם ידעו שאנגיסטר גוסס (חולה סוכרת וכרתו לו רגל). ביהמ"ש יודע כי הוא כנראה יצטרך לפסוק כמו דעת הרוב, אז הם מזכים אותו (מרשיעים בעבירה פחותה ומשחררים אותו הביתה) ומחכים עד שהוא ימות עם כתיבת פסה"ד, כי ברגע שהוא ימות לא יהיה צורך לכתוב את פסה"ד.

29.03.17

**שיעור 4 – שיעור מתרגל – יסודות העבירה**

השיעור היום יהווה הבסיס לכל דיני העונשין. גם הפרקליטות עוסקת בנושא זה (יסודות עבירה).

כל עבירה בנויה מיסוד עובדתי ויסוד נפשי, וחוק העונשין מחולק ל-2 חלקים:

1. **חלק כללי** – הינו חלק חדש יחסית - נעשה תיקון..
2. **חלק ספציפי** - (כל העבירות) אלו דברים שירשנו מתקופת המנדט. מפורטות שם כמעט כל העבירות שאדם יכול לעבור ושניתן להגיש כנגדו כתב אישום. במשפט הפלילי יש כתב אישום, והמדינה היא זו שתובעת את מבצע העבירה בכתב אישום. מצב זה יוצר קשיים - ונעמוד על פערים אלו בשיעור הנוכחי.

**ס' 1 לחוק העונשין** – אין ענישה ללא חוק.

ברמה המוסרית והערכית אנו יודעים מה נחשב כ"לא בסדר" (לרצוח, לגנוב) אבל כחלק מעקרון החוקיות, כדי שתהיה לגיטימציה להרשיע בעבירה מסוימת היא צריכה להיות **ברורה, כתובה ושהיה ברור שהיא אסורה.**

**ס' 169 – שוד ים**

העושה מעשה של שוד ים דינו מאסר כ-20 שנים.

עבירה שמעולם לא השתמשו בה. זו בין העבירות היחידות שאין להן הגדרה. אין לנו דרך לדעת לפי חוק העונשין עצמו או לפי חוקים אחרים מה זה שוד ים. כשקורה מצב כזה אנו עושים תהליך "מלמעלה למטה".

**ס' 34 כ"א לחוק העונשין –**

כשיש עמימות סביב חוק אנו בוחרים כחלק מרוב הכללים במשפט הפלילי פרשנות שמקלה עם הנאשם, אבל בפרקטיקה זה לא קורה ולרוב העבירות יש פרשנות.

**ס' 345 – עבירת האינוס**

ס' 345 עוסק ב"הבועל אישה", ויש 5 חלופות שמסבירות איך ניתן לעבור על העבירה, אך מה זה הבועל אישה?

**(ג)** – "הבועל, מחדיר איבר או חפץ לאיבר המין של האישה". כלומר – אינטואיטיבית יכולים להיות מקרים שיחשבו בועל בחוק אבל לא היינו חושבים שניתן לבעול אישה באופן הזה.

אישה מחדירה חפץ לאישה אחרת זה אונס, למרות שהיינו חושבים שרק גבר יכול לבצע זאת.

אנו רואים כי חוק העונשין נותן לנו עולם חדש של מושגים, ואנו צריכים לפתח לנו טרמינולוגיה חדשה. מה שאנו חושבים שהוא בועל בחוץ לא רלוונטי בחוק העונשין. אם אנו רוצים להטיל את עבירת האינוס זה חייב להיות על פי הגדרה, הוא חייב להחדיר חפץ או איבר מינו, כל דבר אחר הוא לא אונס. אדם שלא יורשע באונס, אי אפשר להגדירו כאנס, וכך לא ניתן להדביק לו את התווית החברתית "אנס".

**היכן ניתן למצוא את הגדרות המילים?**

1. **בראשית הפרק/ בתוך הפרק**. הסיבה לכך היא שמדובר בעבירות דומות.

עבירת הגניבה לדוגמא כוללת בסיס דומה של "הגונב דבר" וישתמשו בהגדרה זו לאורך כל הסעיף.

1. **ס' 34 כ"ד** - סוג של סעיף שהוא סל של הגדרות. אם אנו לא מוצאים את ההגדרה של העבירה שאנו מתעסקים בה בראשית הפרק/בתוך הפרק, אפשר ללכת לס' 34 ולחפש שם.

צריך להבין כי אנו חייבים שלכל מילה תהיה הגדרה השייכת אליה. לדוגמא, המילה "מתפרץ" יכולה להיות שונה לחלוטין ממה שאנו חושבים, ואז נטעה בכל המבחן/קייס.

1. **הפירוש המקל ביותר -** אם לא מצאנו הגדרה למילה ב**ס' 34 כ"א**, ההגדרה של המילה תוכרע באמצעות **הפירוש המקל ביותר** עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית.

כאשר ההגדרה לא מופיע, נשתמש בדרך המקובלת (בפרקטיקה לא נעשה בכך שימוש, אבל טכנית כך זה נעשה).

**ס' 90 א'** – פרשנות ליסוד הנפשי

מדובר בסעיף שעשה יישור קו, כי בירושה של החלק הספציפי המון פעמים אוהבים לעשות שימוש במילים זדון/מזיד, ונצטרך להפנות אליו בעבודות ובמבחן.

1. **חוק הפרשנות -** יש חוק שנקרא חוק הפרשנות. יש עבירות שנמצאות מחוץ לחוק העונשין, כגון פקודת הסמים וחוק הכניסה לישראל. אלו עבירות שמעמידים עליהם לדין, ואז כשבית המשפט נתקע ולא מוצא את ההגדרה על פי הסעיפים הקודמים, הוא פונה לחוק הפרשנות התשמ"ע 1981. אז עולה השאלה של מה בוחרים כאשר יש מספר פרשנויות?
2. **כלל ספציפי גובר על כלל כללי**. אם יש עבירה ספציפית שהוגדרה שבאה למנוע פגיעה בערך חברתי נקודתי - הגדרתה תהיה מדויקת יותר לתכליתה. בפועל ההגדרה של סעיף העבירה עצמה תגבור על הגדרה שנמצאת בסעיף אחר באותו הפרק (לדוגמא, עבירה בסימן י', והגדרה בסימן ו' – נעדיף את זה שבסימן י').
3. **הגדרה בחלק הספציפי תגבר על הגדרה בחלק הכללי**.
4. **הגדרה שנמצאת בחלק הכללי של חוק העונשין תגבר על הגדרה שנמצאת בחוק אחר**, כל עוד משתמע מההקשר שצריך לנקוט בדרך אחרת, אבל לרוב זה מאוד ברור.

**איך כותבים את העבירה?** (נכון לעבודה ולמבחן, פחות נעשה בפרקטיקה).

**עבירה 333 – "**החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין"

לחבלה חמורה אין הגדרה. אז קודם הולכים לראש הפרק, אבל גם שם אין. בס' 34 כ"ד לאחר מכן מוצאים הגדרה של חבלה חמורה. אז כשנרשום את סעיף האישום, **נרשום אותו בצורה כזאת:**

**"ס' 333 + 34 כד לחוק העונשין"** – צריך להפנות לכל המקורות שבאמצעותן אנו משלימים את הגדרת העבירה. בפועל מה שעושים זה להפנות ל-333 לפי כתב האישום, אבל בעבודות/במבחן צריך להכליל את כל ההגדרות שמתווספות לסעיף (אין הגבלה על "פלוסים").

אם ההגדרה הייתה בחוק אחר, אז הייתי צריך לכתוב "ס' לחוק משהו + ס' לחוק אחר".

בדרך כלל ההגדרה שנחפש תהיה הרכיב הנסיבתי, אם החלק שמדבר על ההתנהגות לא מוגדר באופן מסוים.

**ס' 298 – הריגה**

"הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יואשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנים".

מה זה מעשה או מחדל אסורים? אין פרשנות. בגלל שזה גורם התנהגותי אנו לא צריכים לחפש, יש כאן מרחב רחב לעבירת העבירה. אנו בדרך כלל מחפשים את **הסיבה.**

**ס' 24 – סעיף חשוב מאוד מאוד.** חוק העונשין מחלק את העבירות ל-3:

חטא, עוון ופשע.

הסיווג נעשה על פי העונש המקסימלי שניתן להשיט על כל עבירה.

**חטא –** עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה של לא יותר מ-3 חודשים (כולל).

**עוון** – עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה של יותר מ-3 חודשים ושאינה עולה על 3 שנים.

**פשע –** עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה של יותר מ-3 שנים.

נקודה מבלבלת - עבירת גרימת מוות ברשלנות כוללת 3 שנות מאסר, אז איזו עבירה זאת? זה **עוון** (3 שנים ויום היה פשע).

יש נפקות מאוד חשוב לסיווג זה, זה קובע סמכות עניינית אם העבירה תדון בשלום או במחוזי. יש לכך נפקות להסדרי טיעון - לא ניתן לבצע עסקת טיעון על עבירה שאיננה עוון (פשע). לכן יש לסווג האם העבירה היא חטא/עוון/פשע.

**ס' 261** –מסייע לאחר מעשה. העונש שלו נגזר מהעבירה המקורית שהוא סייע לחברו לאחר הביצוע. אם העבירה הייתה פשע (אינוס/רצח), אם הוא סייע לאחר מעשה לעבירת פשע מאסרו הוא מ-3 שנים. אם העבירה הייתה עוון (כמו גמירת מוות ברשלנות) העונש של המסייע יהיה מחצית מחברו – עד שנה וחצי.

**יסודות העבירה**

מתודולוגית מקובל לחלק כל עבירה ליסוד עובדתי ונפשי.

1. יסוד עובדתי – *Actus Reus*
2. יסוד נפשי – *Mens Rea*
3. **היסוד עובדתי**

**ס' 18 (א) –** פרט לעניין העבירה, המעשה בהתאם להגדרתה, וכן סיבה או תוצאה שנגרמה מהמעשה, סיבה ותוצאה.

היסוד העובדתי בנוי ממעשה שיכול להתבצע מ:

1. התנהגות/מחדל
2. סיבה
3. תוצאה
4. הרכיב ההתנהגותי - הרכיב ההתנהגותי כולל למעשה פירוט אובייקטיבי של ההתנהגות שהעבירה אוסרת. הוא מסביר את התרומה הפיסית מצדו של הנאשם. היא יכולה להיות אקטיבית (לרוב היא תהיה אקטיבית, המשפט הפלילי מחפש להאשים אדם שמבקש לעשות פעולה פיסית) אך, לפעמים היא גם תהיה פסיבית, ובעצם דרישת הרכיב ההתנהגותי באה לידי ביטוי בעקרון שהוא **עקרון על בדיני העונשין – אין עונשין על מחשבות שבלב**. אנו לא רוצים להגיע למצב שבו אנו מכניסים לכלא אדם שדמיין לעצמו דמיונות/חשב מחשבות. אנו רוצים להכניס לכלא אדם שהוציא מהכוח אל הפועל, שהוציא את המחשבה בראשו לכדי מעשה.

מדוע על הדין ההתנהגותי להופיע?

1. מטרת הדין הפלילי הוא להכווין התנהגות והרבה יותר קשה לגרום לאדם להפסיק לחשוב על משהו, מול לגרום לו להפסיק לעשות משהו.
2. כל עוד זה נשאר בגדר מחשבה, האדם לא מסוכן שכן הוא לא מאיים על החברה בשום צורה. המשפט לוקח את עקרון זה צעד אחד קדימה, עצם התחלתה של ביצוע העבירה מספיקה בכדי להרשיע.
3. אוטונומיית הפרט – אנו רוצים לשמור על זכויותיו ולא להיכנס לקרביו.
4. שיקולי פרקטיקה – אין לנו איך לאכוף מחשבות.
5. מידת מסוכנות – קשה מאוד להעריך כמה אדם מסוכן רק כשהוא חושב מחשבות ולא מבצע מעשה.
6. בתי הכלא יתמלאו ולא יהיה לנו מקום.

יש המון מאמרים ודיבור על כך. לדוגמא, בעשרת הדיברות יש דיבר של לא תחמוד , אך זוהי מחשבה שלא דורשת רכיב התנהגותי. יש נורמה שגם אם אנו רואים אותה מעט פגומה מוסרית, היא עדיין לא מגיעה לרף של דיני העונשין.

1. הרכיב הנסיבתי - הנסיבות הן בעצם ה"קישוט" של העבירה. הנסיבה עוזרת לנו להסתכל על העבירה בצורה יותר מיוחדת. מדובר למעשה בתנאים אובייקטיביים חיצוניים שהגדרת העבירה קובעת שצריכים להתקיים בזמן שהנאשם מבצע את רכיב ההתנהגות.

צריך לעשות הבדלה בין נסיבות שהן רלוונטיות לעצם שכלול העבירה, לבין נסיבות שאנו לא צריכים כדי להשלים את העבירה עצמה, אך שביכולתן להשפיע על שלב מאוחר יותר (למשל: גזירת העונש). **לדוגמא:** אדם שגונב 100 שקלים ואדם שגונב מיליון, שניהם ביצעו את הגניבה, אך מי שגנב מיליון צפוי לעונש חמור יותר.

ניתן לראות את הנסיבה כצובעת את העבירה בצבע יותר כהה, אך היא למעשה לא משפיעה על שקלול העבירה (שניהם יואשמו בגניבה). **דוגמא נוספת** - המתת חסד, בשונה מכל מיני מקומות באירופה, אינה מותרת בישראל. אדם שהמית יקיר לו בהמתת חסד, מבצע הריגה, אך ביהמ"ש לא צפוי לתת לו עונש שקרוב לאדם שביצע הריגה בדקירת סכין. ניתן לראות זאת גם בתיק של אליאור אזריה שהואשם בהריגה - בגלל הנסיבות העונש היה נמוך יחסית - שנה וחצי.

יש כל מני עבירות שהנסיבות לא משנות והרכיב ההתנהגותי מספיק כדי להשלים את העבירה. ברמת התיאוריה אנו לא צריכים נסיבה כדי שתתקיים עבירה, אבל פרקטית בכל חוק העונשין בסעיפיו יש נסיבות כאלו ואחרות.

1. הרכיב התוצאתי - יש מאמרים ששואלים למה עושים הפרדה זו? כל התנהגות מובילה לתוצאה מסוימת. יכול להיות שכל החלוקה הזאת נוגדת את ההיגיון, אך זה מקובל ונעשה, יש הפרדה בין עבירות התנהגות ותוצאה. כדי להבדיל ביניהם צריך לזהות את התוצאה בסעיף עצמו. (עבירת הרצח - מותו של אדם היא התוצאה. אם האדם לא מת לא ניתן להאשים בהריגה).

תוצאה במקרה הזה (עבירות תוצאתיות) הוא רכיב שמשקלל את העבירה עצמה. כל עוד לא קרתה התוצאה, לא ניתן להרשיע בעבירה.

**דוגמא** לעבירה תוצאתית – **ס' 333** – החובל בחברו חבלה חמורה. אם אין חבלה, לא ניתן להאשימו בעבירה.

1. **היסוד הנפשי**

כדי להרשיע בעבירה אנו חייבים שגם היסוד העובדתי וגם היסוד הנפשי יתקיימו.

מהו בעצם היסוד הנפשי? – היסוד הנפשי הוא **המצב התודעתי בו היה שרוי מבצע העבירה בעת ביצוע העבירה** – או בקיצור- "מה עבר לו בראש"?

ביסוד הנפשי יש 2 מישורים, וחשוב לבצע הבחנה זו (מדובר בשני מישורים שונים לחלוטין).

1. **מישור המודעות** – רוב העבירות הפליליות דורשות מודעות. אדם צריך להיות מודע למה שקורה סביבו. לא צריך לחפור בו ולרוב הוא מתקיים, אבל צריך לבדוק (בעבודה/מבחן צריך לרשום בכמה מילים כי מבצע העבירה היה מודע).
2. **מישור החפציות** – חפציות מלשון חפץ/רוצה. מישור זה מתייחס לעבירות **תוצאתיות בלבד**, כיוון שרק בעבירות אלו יש תוצאה ומחפשים יסוד נפשי נוסף/מוגבר לאיזשהו רצון (אפילו המינימלי ביותר) להתרחשות התוצאה. **לדוגמא** – כאשר אנו מקבלים קייס לפתירה, אנו בודקים תחילה ביסוד העובדתי, התנהגות, נסיבות... יש תוצאה, ועוברים ליסוד הנפשי. ביסוד הנפשי בודקים האם מדובר בעבירה תוצאתית או לא. אם מדובר בעבירה תוצאתית/עבירות כוונה, אנו יודעים שאנו נדרשים ליסוד נפשי ב-2 המישורים, מישור המודעות, ואז אנו דנים במישור החפציות ביסוד הנפשי המוגבר לאור העבירה.

**לדוגמא** - **עבירת איום** – "המאיים על אדם בכל דרך שהיא".

מן הסתם, בהתאם למה שגרמתי לאדם, התוצאה תשנה את האופן שבית המשפט יסתכל על העבירה. התוצאה של מה שגרמה העבירה ההתנהגותית צובעת את העבירה בצורה אחרת, אבל אנו לא צריכים אותה עבור עבירת האיום.

צריך להבדיל בין מצב שהתוצאה היא חלק מהעבירה, לבין מצב שהיא לא חלק ממנה. אם העבירה התנהגותית ומתקיימת תוצאה ,היא צובעת את העבירה בצבע "כהה יותר", אבל יש עבירות כמו רצח שאם לא הייתה תוצאה (מוות), העבירה לא מתקיימת.

**ס' 345 - עבירת האינוס** – "הבועל אישה"

מדובר בעבירה ההתנהגותית, וצריך להוכיח מחשבה פלילית. (לא צריך לחפש תוצאה – עבירה תוצאתית היא מאוד דיכוטומית – זה או 1 או 0. עבירת האינוס יכולה להיכנס להרבה סמנטיקה ולכן מדובר בעבירה התנהגותית).

**עבירת הגניבה** היא גם עבירה התנהגותית.

צריך לעשות הבדלה בין היסוד הנפשי של הנאשם (מה שאנו מחפשים – עליו הפוקוס). לקורבן.

לפעמים העבירה מתארת/מתייחסת להלך הרוח/המצב הנפשי של קורבן העבירה. עבירת האינוס מדברת על הסכמת הקורבן – הסכמה היא הלך רוח של הקורבן. כשאנו מדברים על יסוד נפשי הכוונה היא היסוד הנפשי של הנאשם בלבד, אותו אנו בוחנים. חוסר ההסכמה של האישה בעבירת האינוס הופכת להיות **נסיבה** לעבירה עצמה.

הרבה פעמים טענות ההגנה המשמעותיות של נאשמים באונס זה **הסכמת האישה**. אז בעצם התביעה נדרשת להוכיח את חוסר הסכמת האישה, כי זו נסיבה שמחייבת את קיום העבירה.

**עבירה שותקת –** יש עבירות שמדברות על כוונה, כמו רצח בכוונה תחילה. עבירה שלא מדברת על כוונה/ביטוי שמבטא יסוד נפשי מוגבר היא עבירה שותקת שדורשת מחשבה פלילית.

מחשבה פלילית היא מודעות, מודעות לרכיב ההתנהגות, לנסיבות וכו'....

**נטל ההוכחה** – רף גבוה יותר על התביעה במשפט הפלילי.

נטל הוכחת יסודות העבירה מוטל על התובע. זאת בניגוד למשפט האזרחי, שם מאזן ההסתברויות הוא 51%, ועל פיו הוא נוטה לכיוון התובע. הוא לא צריך להוכיח את תביעתו מעל לכל ספק, אלא רק להוכיח ברמה שהיא מעבר לנקודת האמצע.

במשפט הפלילי זה אחרת לגמרי.

יש אסימטריה מאוד מאוד ברורה ובולטת בין המדינה, שהיא בעצם התובעת/המאשימה במשפט הפלילי, לבין הנאשם/האזרח הקטן. המדינה היא חזקה יותר/כוללת יותר משאבים/ניסיון. כדי לאזן את ה"זירה הלא שוויונית" הזו, מושת נטל ההוכחה של התביעה מעבר **לכל ספק סביר**.

בנוסף, אנו נמצאים במדינה דמוקרטית - המשפט הפלילי הוא סוג של פעולה ששוללת חירות, וכשאנו באים לשלול חירות מאדם במדינה דמוקרטית וחופשית, אנו רוצים לעשות זאת רק כשאנו בטוחים מעל רף מסוים שהוא באמת ביצע את העבירה.

**חזקת החפות** - חזקה זו אומרת דבר פשוט: כחלק מהאסימטריה הקיימת במשפט הפלילי, כל עוד לא הוכחה אשמתו של נאשם, **הוא בחזקת חף מפשע**. יכולות לעבור 3-5 שנים של הליכים פליליים, וכל הזמן הזה האדם הוא בחזקת חף מפשע.

**יסוד נפשי מול עובדתי**

מצב בו אדם נוטל רכוש, אך עושה זאת באמונה כנה (אך מוטעית) כי רכושו שלו, אם היינו בוחרים ביסוד העובדתי בלבד, האדם גנב. עם זאת, בגלל שלא היה לו יסוד נפשי למעשה לא נוכל להאשימו בעבירה. היסוד הנפשי מאפשר לנו לעשות סינון במקרים שבהם אנו לא רוצים להאשים אדם, במקרים בהם היסוד העובדתי היה מביא אותנו לתוצאה אבסורדית.

יש סיטואציה חריגה שבה למרות שלא היה יסוד נפשי, אנו נאשים בעבירה, מדובר ביסוד נפשי שנקרא רשלנות.

**רשלנות** – לאדם אין מודעות (אפילו לא מינימלית) אבל אנו **מאשימים אותו**. אנו עושים זאת כאשר קיימת מאחורי ההתנהגות כוונה אנטי חברתית. אנו אומרים שלא מעניין אותנו שהוא לא חשב/תכנן, **לדוגמא**, מי שדרס אדם בלא משים לב מואשם בגרימת מוות ברשלנות. המשפט הפלילי בא ואומר כי יש לנו ערך עליון - חיי אדם. אנו רוצים להגן עליו ולכן אנו נקיים את העבירה והשתכללותה גם במקום בו לא הייתה למבצע העבירה מודעות, אך הוא היה רשלן מעבר למה שמקובל בחברה.

היסוד הנפשי יכול גם לשמש **לחומרת העבירה**.

עבירות המתה כוללות כיום 3 סוגים – **רצח, הריגה וגרימת מוות ברשלנות**. בשלושתן היסוד העובדתי הוא זהה (צריך להוכיח אותו דבר, הייתה התנהגות שגרמה למוות). ההבדל בין העבירות נעוץ **ביסוד הנפשי בלבד**: ברצח אנו דורשים כוונה תחילה. בהריגה אנו דורשים פזיזות, ובגרימת מוות ברשלנות אנו דורשים רשלנות (אפילו לא מודעות). מטבע הדברים זה מגולם בעונש (מאסר עולם, 20 שנים, 3 שנים בלבד).

מה קורה כאשר אדם מבצע מעשה מסוים שלכאורה יכולנו להאשימו ביותר מעבירה אחת?

למשל, הגונב דבר והגונב דבר ממעביד - לכאורה הוא קיים את שתיהן.

אין הגיון להאשימו בעבירה הקטנה יותר, ויש כלל שאומר **שברגע שעבירה אחת בולעת את העבירה השנייה במלואה, אנו נאשים אותו רק בצורה המוחמרת**.

רק כשעבירה בולעת לחלוטין – נאשים בצורה המוחמרת בלבד.

מה קורה כאשר העבירה מתכתבת עם העבירה אחרת אבל לא בולעת אותה במלואה?

למשל – גונב דבר ממעבידו ופורץ לבית מגורים וגונב דבר. בשתי העבירות יש את "גונב דבר" – אך גונב דבר ממעבידו לא בולעת לגמרי ובאה להגן על זכות המעביד, וגונב דבר ופורץ לבית מגורים מגנה על ערכים נוספים. כאשר עבירה מתכתבת עם עבירה אחרת אנו **נאשים בשניהן**.

לפעמים היחס בין הנורמה הבסיסית למיוחדת – הוא שהנורמה המיוחדת מקלה. למשל:

**עבירה 303 – המתת תינוק**

*"אישה שגרמה במזיד/מעשה/מחדל למות הוולד שלא מלאו לו 12 חודשים - דינה מאסר 5 שנים בלבד."* סעיף זה מדבר על כך שהיא הייתה במצב של ערעור שיקול דעת (דכאון אחרי לידה) – והסעיף אומר כי למרות שבפועל ניתן להרשיע על פי הנסיבות והיסוד הנפשי בעבירה של רצח/הריגה, בגלל שהיא הייתה במצב שיקול דעת מעורער ויסודה הנפשי התערער, דינה מאסר 5 שנים בלבד. זה בא להראות כי הנורמה גם יכולה להיות כלפי מטה ולא רק למעלה.

אין טעם להרשיע ברצח והמתת תינוק, כי המתת תינוק מסייגת את עבירת הרצח.

**יסוד עובדתי**

**התנהגות**

**תוצאה**

**נסיבות**

**מחדל**

**מעשה**

**ניתוח עבירות**

1. ס' 456 – *"המניח שלא כדין חומר נפץ כלשהו, בכוונה להרוס נכס או להזיק לו".*
2. קודם אנו מחפשים את הרכיב ההתנהגותי, איפה ההתנהגות של האדם/נאשם שמובילה לביצוע עבירות , "המניח שלא כדין" היא התנהגות.

ההתנהגות היא "ההנחה". מדובר בעבירה התנהגותית (אנו לא מחפשים התפוצצות/נזק – אלא "כוונה").

1. "חומר נפץ כלשהו" – נסיבות.
2. "בכוונה להרוס נכס או להזיק לו" - עבירות חפציות/כוונה – כאן העבירה דורשת לעצם השתכללותה, שבעצם ההנחה הוא עשה זאת בכוונה להרוס נכס או להזיק לו. אם הניח את חומר הנפץ בצד ללא מניע זה לא מוביל להשתכללות העבירה. מדובר **ביסוד נפשי**. צריך להפריד בין המודעות , ובין המישור החפצי, כוונה להרוס או להזיק לנכס.

זאת דוגמא לעבירות כוונה, אין דרישה לתוצאה אלא ליסוד נפשי חפצי.

1. ס' 201 *"המביא אדם לידי מעשה זנות עם אדם אחר*".
2. "המביא" – התנהגות.
3. "אדם" – נסיבה.
4. "לידי מעשה זנות" – תוצאה (יכול או להתבצע או לא להתבצע).
5. ס' 380 *"התוקף חברו וגורם לו בכך חבלה של ממש".*
6. התוקף – התנהגות.
7. חברו – נסיבה.
8. וגורם לו בכך חבלה של ממש – תוצאה.

לאחר קביעת העבירה כעבירה תוצאתית, אנו יודעים כי מלבד התנהגות ונסיבות אנו צריכים למצוא תוצאה. אנו יודעים בניתוח הקייס שאם התוצאה לא התקיימה בפועל אנו לא יכולים לקיים את העבירה, כי מדובר בחלק מנסיבות העבירה. ביסוד הנפשי אנו צריכים מודעות וחפציות.

1. ס' 345 (א) (1) *"הבועל אישה שלא בהסכמה".*
2. הבועל – התנהגות.
3. אישה – נסיבות.
4. לא בהסכמתה החופשית – לכאורה מדובר בהלך הנפש של הקורבן, וזה הופך לנסיבה

הבועל זו התנהגות, הוא מבצע את הבעילה כלפי אישה, זו נסיבה.

1. ס' 345 (א) 3 *"הבועל אישה כשהאישה היא קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים אף בהסכמתה"*.
2. "הבועל" – התנהגות.
3. "אישה" – נסיבה.
4. "כשהיא קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים אף בהסכמתה" – נסיבות.

מדובר באונס סטטוטורי, אונס במהותו נעשה ללא הסכמה, אך כאן בגלל שהילדה מתחת לגיל 14, גם בהסכמתה אין ממש, ואז האנס מואשם באונס למרות הסכמתה.

למעשה, יש דרישה נוספת של **קשר סיבתי**. קיימת דרישה של קש"ס כשהעבירה היא תוצאתית. כשהעבירה היא תוצאתית צריך:

1. לחפש את התוצאה עצמה.
2. מישור נפשי.
3. **קשר סיבתי** בין טיב ההתנהגות להתרחשות התוצאה.

אנו למעשה צריכים להוכיח כי ההתנהגות האסורה עצמה היא זו שגרמה לתוצאה.

אומרים זאת כדי למנוע מצב של צירוף מקרים.

**לדוגמא**: דני נוהג ברכב והוא מפנטז כיצד יהרוג את אויבו שמעון. דני נוהג ומפנטז לעצמו ועושה תאונת דרכים, והורג את שמעון. לכאורה הוא גם הרג וגם רצה במוות של שמעון, היסוד הנפשי קוים ולכאורה ניתן להאשימו ברצח/הריגה – **אבל אז נכנס עקרון הסימולטניות.**

**עקרון הסימולטניות –** זיקה בין היסוד העובדתי לנפשי. אף על פי ששני הדברים התרחשו באותו הזמן, ברור שמהותית לא התקיים קשר ביניהם, אין קשר אמיתי ביניהם. התאונה עצמה לא נגרמה מתוך כוונה לרצוח או להרוג ,ולכן לא ניתן יהיה להרשיע את דני בעבירת הרצח.

מכל מה שלמדנו עד עכשיו, אנו מבינים כי השילוב בין היסוד העובדתי לנפשי הוא זה שיוצר את מגוון העבירות הספציפיות, הוא זה שמאפשר להבחין בין עבירה קלה וחמורה יותר. נסיבות הן דבר שבאופי שלהן כמעט בלתי נדלות. יכולות להיות אין סוף נסיבות, ולכן חוק העונשין לא מתיימר להתעסק בכל המקרים, אך השילוב בין היסוד העובדתי לנפשי כן נותן איזשהו מדרג.

עם זאת, לכל דבר יש חריג ויוצא מן הכלל – **עבירות סטאטוס**.

**עבירות סטאטוס –** עבירות מאוד ספציפיות שלא נדרש ממך התנהגות מסוימת - מספיק שאתה נמצא במקום מסוים כדי לעבור את העבירה.

**לדוגמא:** עבירת החזקה, איסור להחזיק חפץ כלשהו. כדי לעבור את עבירת ההחזקה לא נדרשת פעולה פיזית, אלא מספיק שהוא ברשותי ועברתי עבירה, כמו **המחזיק סם מסוכן, המחזיק ברכוש החשוד כגנוב**. אלו עבירות שמספיק שאני נוסע ברכב/יושב בסלון, והמשטרה מוצאת את הרכוש הגנוב/הסם המסוכן - תשתכלל העבירה (מן הסתם נדרש יסוד נפשי, לא מרשיעים אדם לא מודע אלא אם מדובר ברשלנות).

**החלק הספציפי** הוא חלק יחסית ישן, וכתוצאה מכך חלק זה לא מנוסח בצורה כל-כך ברורה/טובה. יש עבירות שעושות לנו חיים קשים באופן מיותר:

***"הפוצע חברו שלא כדין****",* היה ניתן לנסחו בצורה בהירה יותר, "הגורם במעשה או במחדל שאינם כדין לפציעתו של אדם", אז היינו יודעים, אבל אין לנו את ניסוח זה ויש להתמודד עם כך.

אם יש עבירה שאנו מנסים לדעת מה קורה איתה, ניתן בצורה מאוד פשוטה לחפש בפסיקה כדי להבין את משמעותה (בפרקטיקה לא נתקלים במצב זה).

**פרשנות שיורית של רכיבי העבירה**

כאשר אנו מסתכלים על רכיב בעבירה, ונראה שהיא לא התנהגות, תוצאה או כוונה (לא יסוד נפשי/חפצי), אז מהי? פרשנות שיורית אומרת "מה שנשאר".

פרשנות שיורית אומרת כי כל מה שלא ניתן לקטלוג בדרך אחרת, יוגדר **כנסיבה**.

אחת הדרכים במבחן היא לבחון את הרכיבים, ואם אנו מתקשים, זה יכול להיות נסיבה.

**פסה"ד חורי** (מות עובר) בסילבוס - ג'ובראן רלוונטי (דפנה ברק זה להעשרה).

מדובר מקרה בו אדם ביצע תאונת דרכים עם אישה הרה בחוסר תשומת לב, האישה במצב קשה, העובר נכנס למצוקה, והרופאים מחליטים לבצע ניתוח קיסרי. העובר נולד ללא רוח חיים, אבל הרופאים מצליחים להכניס בו דופק, והוא בעצם **חי** למשך 14 שעות ואז הוא מת.

**השאלה המשפטית** – האם אפשר להאשים את חורי בגרימת מוות ברשלנות?

**ביהמ"ש השלום** – מרשיע, **מחוזי –** מזכה.

**עליון – השופט ג'ובראן** – מרשיע אותו שוב.

**בימה"ש המחוזי -** המחלוקת היא הגדרת התיבה שנקראת אדם, גרימת מוות ברשלנות כוללת סעיף שנקרא אדם, והשאלה היא מה זה אדם.

אם הוא רכיב נסיבתי, אז לפי **זלמן שניאור פלר** (חשוב להכיר את השם) שמוזכר רבות בפסה"ד, דעת הרוב במחוזי קבעה כי על מנת לקבוע גרימת מוות ברשלנות, יש צורך בגורם נסיבתי, ואז נדרש עיתוי (סימולטניות) בין הרכיב הנסיבתי להתנהגותי.

עם כל הרצון הטוב, עובר הוא לא אדם לפי המשפט הישראלי, והתאונה בוצעה על עובר שאינו אדם. אז בגלל שהיא ילדה את התינוק שעות לאחר מכן, בזמן התאונה הנסיבה לא התקיימה. אם הנסיבה לא התקיימה, העבירה לא שוכללה ולא ניתן להאשים אותי בגרימת מוות ברשלנות.

**ביהמ"ש העליון –** השופטג'ובראן אומר כי יש לו 2 דרכים להגיע למסקנה שניתן להאשים את הפוגע בגרימת מוות ברשלנות.

1. על פי גישתו של פלר – נדרש עיתוי בזמן ביצוע העבירה, אבל בכתיבתו של פלר הוא הגדיר אדם **כתוצאה** בעבירה שכזו. למעשה פלר אומר, לפי ג'ובראן, ש"מותו של אדם" הוא תוצאה על פי החוק, ואם כל הדבר הזה הוא תוצאה, היא יכולה להתקיים בשלב מאוחר יותר. לא נדרש עיתוי בין ההתנהגות והתוצאה, נדרש קשר נסיבתי. ג'ובראן לא אומר זאת במפורש, אבל נראה כי הוא מתייחס לעבירות תוצאה במועד מאוחר יותר.

אם אתה הולך עם הפרשנות של פלר לך איתה עד הסוף.

1. הוולד שנולד מת שב לחיים – ברגע שהרופאים השיבו לו דופק הוא הפך לאדם. אין ספק שהתאונה גרמה לו למות לאחר שחזר לחיים, והתוצאה (הרשעה) הושגה בדרך קלה יותר.

דוגמא יפה שג'ובראן נותן הוא אסון וורסאי - ההתנהגות בוצעה 10 שנים לפני קריסת התקרה. בקריסת התקרה מת ילד בן 3. אם ג'ובראן ילך בכיוון הניתוח, אז במועד ההתנהגות הוא לא היה קיים ולא ניתן להרשיע את המהנדסים ברשלנות.

מצד שני, באה **דפנה ברק ארז**, ואומרת משהו אחר. היא אומרת כי בעיקרון היא מסכימה עם השופט ג'ובראן, אך היא לא מוכנה לצמצם את העניין הזה רק בגלל שחזר לעובר הדופק, מה היה קורה אם לעובר לא היה חוזר הדופק? לא היה ניתן להרשיע ברשלנות? ברק ארז רוצה להתמקד בשאלה האם האישה רצתה או לא רצתה את ההיריון – היא מתמקדת ב**אוטונומיה** של האישה.

על פי התיאוריה של ג'ובראן, אם אישה לקחה כדורים והרגה את העובר ניתן להאשים אותה בגרימת מוות ברשלנות! לאישה גם מותר להפיל ולהרוג את העובר מרצון, אבל אסור לה לגרום לו למוות ברשלנות, כאשר אנו יודעים כי יסוד נפשי של כוונה יותר חמור מרשלנות.

ברק ארז אומרת כי היא לא צריכה את כל הדבר הזה, מהרגע שהוולד יצא מבטן אמו הוא כבר אדם. אם יש קשר סיבתי לכך שלא יצא עם רוח חיים, זה מספיק להרשיעו.

בנוסף, האם אנו צריכים להתמקד בשאלה האם הלידה הבלתי רצונית והמוות שלו התבצע מתוך רצון האישה או מרשלנות צד ג'?

03.04.17

**שיעור 5 המעשה הפלילי [רכיב ההתנהגות] (מתרגלת גאיה)**

**שיקולי ענישה**

1. **תוצאתניות** (תועלתנות) – עמדה הצופה פני עתיד, מטרת הענישה היא להוביל לכמה שפחות נזקים בהמשך.
2. **גמולניות** (דאונטולוגיות) – צופה פני עבר, מה האשם של האדם ומה מגיע לו? יש לספק מענה הולם למידת אשמתו המוסרית של האדם – עקרון ההלימה.

אם נלך על עמדה תועלתנית, למה שלא נעשה מראש הערכת מסוכנות לכל חברה? ואז נרחיק מראש את כל האנשים שהם מסוכנים – במידה והמטרה שלנו היא למנוע פשעים נשיג אותה בוודאות. אז למה לא לעשות זאת?

ניתן לטעון כי תהיה פגיעה בפרטים לא מעורבים, ולא ניתן להעניש על מחשבה שבראש שלא בוצעה.

אם נלך על העמדה הדאונטולוגית ונרצה לראות את האשמה המוסרית, למה אדם שהוא צדיק גמור, וברגע אחד של חוסר ריכוז איבד את השליטה על ההגה, למה אנחנו צריכים להתמקד במעשה אחד רע בתוך ים של מעשים טובים? אם נלך על עמדת הגמולניות – למה לא לוותר לאנשים על המעשה האחד?

דוגמאות קיצוניות – עמדה תועלתנית שמנסה לצפות את הפשע מראש: **מעצר מנהלי** - דוגמא שבה המשפט הישראלי מונע את הנזק, ובמעצר מנהלי יש מעט מאוד מקרים שקרו. המשפט הישראלי מאפשר לעצמו לעשות את המעשה הזה, והוא נחשב לחריג באופן משמעותי מהמשפט הפלילי.

**פקודת הפשעים ומניעתם 1963** מאפשר במקרים מסוימים לשים במעצר בית אדם שהוא **מר נפש**.

מאוד קשה ואף בלתי אפשרי להעריך כמה אדם מסוכן, אז נשים את הדגש על מחשבה אחת שאנו לא מוכנים לסבול אותה.

במשפט הבריטי הייתה עבירה שבגינה היה ניתן להוציא אדם להורג:

**אדם שמדמיין את מותו של בן המלוכה**. העבירה הזאת כבר לא קיימת.

אנו תמיד דורשים התנהגות ביסוד העבירה – **אבל למה אנו דורשים יסוד עובדתי, ואין עונשין במחשבה שבלב?**

* **הכוונת התנהגות** – המטרה הראשית של המשפט הפלילי היא להכווין התנהגות, וזו לא תתקיים אם לא תהיה רשימת איסורים, שאומרת אילו התנהגות אין לעשות.
* **שמירה על זכויות הפרט** – אם הענישה הפלילית תנסה להתמקד באופיו של האדם, ואפילו אם רק תתמקד במחשבות ספציפיות אסורות, התוצאה תהיה משטרת מחשבות, ופגיעה אדירה בפרטיות.
* **היעדר יכולת אכיפה** – גם אם היינו רוצים להעניש על מחשבה שבלב, איך נקרא את מחשבותיו של האדם? ליסוד העובדתי לרבות ההתנהגות עצמה יש לנו ראויות מוחשיות; בנוסף, ההתמקדות באירוע מגדילה את הסיכוי שתהיה אינדיקציות עקיפות בנוגע לשאלה מה היה הלך הרוח של האדם בעת ביצוע ההתנהגות.
* **בתי הכלא יתמלאו:** אין אדם שלא חושב מחשבות שליליות. בתי הכלא יתמלאו מהר מאוד. יתרה מכך – מחשבות שליליות הן דרך לשחרר לחצים ולפיכך אולי אף בעלות השפעה חיובית.

\*הערה - יש פחות אשם מוסרי במחשבות שלא יצאו לכדי פעולה ונשקפת מהן פחות מסוכנות. ברגע שאדם לא הוציא מחשבות החוצה הוא פחות מסוכן ומבחינה תועלתנית פחות מאיים עלינו.

אמרנו שהמשפט הפלילי דורש התנהגות, אך איזו התנהגות? מתי נרגיש שזה בסדר שהמשפט הפלילי יתחיל להתערב?

* ככלל – ברגע שהמחשבה מתחילה להפוך למעשה, זה השלב שבו אנו מצדיקים את כניסתו של המשפט הפלילי, גם אם העבירה לא הושלמה.
* **דוקטרינת הניסיון** – ניתן להפליל באופן מלא בגין עבירה שהחלה את שלב ההכנה אך טרם הושלמה.
* דוגמא חריגה – **עבירת הקשר**: מקרה מיוחד המצדיק התערבות פלילית למרות שמדובר בשלב יותר ראשוני מהכנה. מעצם העובדה שיש קיום עבירת הקשר למרות שלא נכנסה למתחם הניסיון, אנו יודעים כי זו עבירה בעלת כמות מעשים נמוכה יותר בהשוואה לניסיון ביצוע העבירה.

אז איך המשפט הפלילי מופעל בכל זאת? התשובה היא שיש כבר פעולה, החברים התחילו לדון בנושא האסור והתחילה פעולה. זו פעולה שהסיבה שאנו מוכנים להחמיר איתה יותר בגלל **מסוכנות גבוהה** בעקבות העבירה. יש התנהלות עבריינית בה אנו מזהים את הסכנה לפני התרחשותה, ואנו יכולים להעניש דרך עבירת הקשר. מדובר בעבירה מאוד תועלתנית.

**מהו תפקיד המעשה בהגדרת העבירה? מהי חשיבותו והגדרתו?**

* תכלית מושג המעשה (רכיב ההתנהגות של העבירה) הוא **למקד** את האחריות לביצוע עבירה מסוימת על אדם ספציפי, לייחס אחריות למישהו מסוים. מושג ה"מעשה" הוא המושג המפריד את האשמה בביצוע עבירה בין פלוני לאלמוני. מושג המעשה הוא פונקציונלי.
* המעשה משמש אינדיקציה לפליליות המעשה או לסכנה שהמחוקק ביקש למנוע.
* הצורך במיקוד העבירה – כחלק מעקרון החוקיות.

למרות שאמרנו כי חשוב למקד את העבירה (כחלק מעקרון החוקיות), אנו נדבר על בעייתיות שנוצרת כאשר רכיב ההתנהגות הוא מעורפל (לא ברור):

1. עבירות סטטוס
2. עבירות החזקה
3. עבירות מחדל
4. **עבירות סטטוס**

* עבירות שבהן רכיב ההתנהגות לא דורש מעשה. זה נחשב לרכיב התנהגות אך ללא מעשה. מספיק שאדם נמצא במקום מסוים/מצב מסוים – לא נצטרך שום פעולה מצדו כמי שביצע את העבירה.
* הרעיון הבסיסי בעבירות אלו הוא שהמשפט הפלילי דורש ממך **להימנע מהמצב האסור**. המשפט דורש שלא תיכנס לסיטואציה מסוימת, או לחלופין שתצא ממנה אם כבר נכנסת אליה.

1. עבירות סטטוס הנוגעות להימצאות **במקום אסור**

**ס' 115** א' בחוק העונשין – **שהייה במקום מוגבל**.

1. "*מי שנכנס למקום מוגבל, ניסה לחדור לתוכו, שהה בו, ניסה להתחקות על מבנהו או על הנעשה בו*" – רכיב ההתנהגות.
2. *"ללא הסבר סביר, וכשאינו מוסמך לכך"* – נסיבה.
3. *"וכן מי שניסה להפריע או להטעות"* – רכיב התנהגותי.
4. *"פגיעה בביטחון המדינה"* – יסוד נפשי מסוג כוונה.

יש כאן חלופות - מספיק חלופה אחת כדי שהעבירה תתקיים.

למה יש את העניין של שהה? בן אדם ששוהה במקום מוגבל, אם נצליח להוכיח כי יסודו הנפשי היה לפגוע בביטחון המדינה, למרות שלא עשה דבר חוץ מלשהות במקום אסור, והייתה לו כוונה לפגוע בביטחון המדינה – יכנס ל-15 שנות מאסר. מדובר בדוגמא קלאסית לעבירת סטאטוס, אנו כועסים על האדם שלא דאג לצאת מהמקום שאליו נכנס.

**ס' 143 א**' – **אימונים צבאיים אסורים**.

כאשר אנו מסתכלים על הסעיף, אנו שמים לב כי אנו לא דורשים לאמן אנשים להשתמש בנשק. מבחינתנו עצם הנוכחות בהתקהלות, למרות שלא עשית דבר, המשפט הפלילי דורש ממך לעזוב ולא להיות חלק מהסיטואציה. הסיטואציה כל-כך מסוכנת, עד שהמשפט מוכן להסתפק בכך שהאדם נמצא בה כדי להכריח אותו לעזוב.

**ס' 143 ב'**

גם המתרגל באימון הצבאי הוא חלק מהסיטואציה ולא רק מי שנכח.

**ס' 406 א'**

1. "*הנכנס*" – התנהגות
2. "*למקום המשמש למגורי אדם או תפילה*" – נסיבות.
3. "*נמצא בהם*" – התנהגות חלופית.
4. "*בכוונה לבצע פשע או גניבה*" – כוונה.

בעצם יש לנו מצב בו אנו מסתפקים בכך שהאדם נמצא שם בלי שעשה דבר/חצי דבר.

אין צורך שיתקיימו גניבה או פשע על מנת להרשיע בעבירה! עצם הימצאות האדם במקום מספיקה להרשעתו.

**215 ג'**

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

עצם **ההימצאות** מספיקה להרשעה.

העבירה מלכתחילה מוגדרת כעבירת סטאטוס. כאן העבירה המושלמת היא עבירת סטאטוס.

1. עבירות הנוגעות להימצאות **במצב אסור**.

אם אמרנו שבעבירות מקום דיי נמצא שאדם נמצא במקום מסוים כדי שיהיה ניתן להרשיע אותו, בעבירות המצב דיי בהימצאות האדם במצב מסוים המפורט בעבירה ללא מעשה לצידו על מנת שתתממש העבירה.

**ס' 147 – חבר להתאגדות אסורה**

כאן אתה נמצא במצב ולא במקום - הסטאטוס שלך הוא להיות חבר בהתאגדות אסורה. העבירה היא לא בגין הרישום, אלא עצם העובדה שאתה חבר. מעצם החברות אתה נמצא בתוך שערי המשפט הפלילי, וניתן להרשיע אותך בגין עבירה זו.

**ס' 199 – סרסור למעשי זנות**

*"אלה דינם מאסר חמש שנים: (1) מי שמחייתו, כולה או מקצתה, דרך קבע או בתקופה כלשהי על רווחי אדם העוסק בזנות."*

ניתן לטעון כי אדם שמשכיר דירה לאישה העוסקת בזנות יכול להיאסר. גם הילד של אותה אישה יכול להיות מואשם על פי הסעיף.

המעשה כאן אינו מובהק. הוא מטשטש את הגבול בין מי אמור לשאת באחריות הפלילית ובין מי לא. חשוב מאוד למקד את המעשה, וכחלק מעקרון החוקיות, דרוש שרכיב המעשה האסור וההתנהגות יהיה ברור וממוקד. המטרה שלו היא לשרטט עבורנו את הגבול של מי נכנס בתוך המעשה הפלילי ומי לא. מדובר בדוגמא ברורה למקרים בהם קיים ערפול בשאלה מי נכנס תחת העבירה ומי לא.

**פס"ד Robinson v. California (רשות)**

העבירה: התמכרות לסמים. נקבע שהעבירה אינה חוקתית (היא בוטלה). אנו חוזרים למקומות שבעצם העובדה שאנו מבינים כי אתה בסטטוס מסוים, יכול להיות שאתה נמצא בסיטואציה לא מרצונך, ואולי לא ראוי להעניש אותך עליה. נשאלת השאלה מתי יעשה שימוש בעבירות הסטטוס?

**השימוש בעבירות הסטטוס הוא רק מקום שבו יש חשיבות ואנו נדרוש לצאת מהסיטואציה**. הקושי הוא בכך שהשליטה שלך במעשה היא חלק מההצדקה לענישה, והאשם שמתלווה בכך – אם לא הייתה לך שליטה על המעשה – יהיה קשה להוכיח עבירת סטאטוס.

1. **עבירות ההחזקה**

עבירות ההחזקה הן העבירות שהאיסור בהם מתבטא בהחזקת משהו. על מנת לעבור עבירת החזקה לא נדרשת עשיית פעולה פיזית בהכרח, אלא זיקה של אדם לחפץ או שליטה שלו בדבר.

**ס' 7 לפקודת הסמים המסוכנים**

על עצם ההחזקה של סם ניתן להפליל – ולא צריך לעשות בו שום שימוש.

**ס' 186 לחוק העונשין** –

איסור החזקת אגרופן/סכין (במידה ולא הוכחתי כי ההחזקה היא למטרה כשרה).

**ס' 116 (2)**

**ההגדרה להחזקה – ס' 34 כד**

תמיד צריך לפנות לס' 34 כד (גם בעבודה וגם במבחן). תמיד צריך לבדוק האם אחת מהגדרות הסעיף נמצאת בסעיף ההגדרות).

**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**

מטרת פסק הדין הוא לבאר את מושג ההחזקה. העובד תחילה לא ידע באמת שנשלחה לו חבילת קוקאין על שמו, הוא לא היה חלק מפעילות ההברחה. הבוס שלו השתמש בו לכיסוי. הבוס מציע לעובד לטוס לחו"ל בזמן שהוא משחרר את הסם. השאלה היא האם ניתן לומר כי העובד החזיק את הסם? דעת המיעוט של ברק הופכת בהמשך את ההלכה.

פסק הדין פונה ל-34 כד, ואומר כי במוקד ההחזקה הממשית עומד מושג השליטה - שליטתו של אדם. ברק מסביר לנו מהי שליטת אדם בחפץ:

*"לאדם יש יכולת להגיע על פי מהלך העניינים הרגיל לעשייה פיזית בנכס או לקביעת גורלו, אפילו אם הנכס לא ברשותו הפיזית."*

כדי שהשליטה באמת תהיה שליטה אנו נדרוש סוג של בלעדיות, אך שליטה יכולה גם להשתרע לאורך שנים (לא צריכה להיות נקודתית).

נקודה מעניינת נוספת ב34 כד', היא **החזקה קונסטרוקטיבית** – (הרחבת מעגל ההפללה) גם אם אין לי שליטה מעשית, אבל לחבר שלי יש שליטה ואני מסכים, אני מחזיק באופן קונסטרוקטיבי, ואני חלק מהעבירה.

**ביקורת נגד עבירה זו** - זאת עבירה שלא עוזרת לנו לסמן מי אחראי ומי לא אחראי.

בעבירת הגניבה, אם יש לי חבר שהלך וגנב, ואני יודע שהוא גנב, אני לא נושא באחריות קונסטרוקטיבית. עם זאת, אם יש בחבילה קוקאין אני כן יואשם בהחזקה. לכן הביקורת המרכזית היא הרחבת המושג הפללה, אנו לא ממקדים את מי אנו רוצים להעניש ובאיזו סיטואציה.

1. **עבירות המחדל**

האם הפסול בהתנהגות אקטיבית הוא, ככלל, יותר חמור מהפסול שבמחדל?

**מקרה 1** – פלוני זורק למים אדם שלא יודע לשחות תוך שהוא צופה כי המעשה עלול להוביל למותו.

**מקרה 2** – אלמוני עובר שם רגע אחרי ורואה את האדם מפרפר במים ולא מסייע לו, למרות שהוא צופה כי הימנעותו מלסייע תוביל למות האדם.

מה ההבדל בין 2 המקרים? האם אחד מהם חמור יותר מהשני?

**האדם הראשון גרם נזק, והאדם השני לא מנע נזק.**

דבר זה מתחבר לפילוסופיה של המוסר. רוב האנשים תופסים מעשה של מחדל כפחות חמור ממעשה. אדם שרצה לרצוח וזרק אדם למים, הוא פחות נורמטיבי/יותר רשע מאשר אדם שעבר שם במקרה ולא היה לו אכפת.

ההבדל העיקרי הוא בין יצירת נזק לאי מניעת נזק.

במקרה הראשון פלוני יוצר את הסיכון, ובמקרה השני אלמוני נמנע מלהיכנס לשרשרת הנסיבות.

אם פלוני לא היה קיים, האדם לא היה נהרג. אם לא היה אלמוני, הוא עדיין היה נהרג.

במקרה בו אימא מרעיבה את ילדיה, זה מחדל. אם שהורגת את הילד, זה מעשה. מה יותר חמור? על פי דוגמא זו, מחדל הוא לא תמיד פעולה קלה יותר.

מדוע מעשה אקטיבי נתפס כחמור יותר ממחדל?

1. **מידת הפגיעה בחירות הפרט**: בצו "לא תעשה" יש פגיעה פחותה בהגבלת חירויות הפרט (כי יש לו חלופות). בעוד שצו "עשה" מחייב את הפרט לנקוט בקו פעולה ספציפית.

**דוגמאות:**

**ס' 262 אי מניעת פשע** - מרגלית הר שפי הורשעה על כך שהיא ידעה על המעשה ולא עשתה דבר למניעתו. בניגוד לאיסור של לא לרצוח את ראש הממשלה (יגאל עמיר) כאן אין למרגלית ברירה, היא חייבת ללכת למשטרה ולמנוע את הפשע. נטען כי הסעיף הזה מטיל נטל כבד על האזרחים ואף נודף ריח של "מלשנות".

**ס' 368 (ד)** – אדם שיודע שמתבצעת עבירה בקטין/חסר ישע מחויב לפנות למשטרה, ואם לא עשה זאת הוא עלול לשאת באחריות פלילית.

מחדל פוגע יותר בחירויות הפרט, הוא לא מאפשר לנו לעשות בחירה (בניגוד לאיסור – שמאפשר לנו לעשות הכל חוץ ממשהו ספציפי).

1. **הבדל בעוצמת הזיקה בין התנהגות לבין הפגיעה בערך המוגן.**

יש איזושהי זיקה עודפת לפגיעה בערך מוגן. משהו במידת העבריינות של האדם גבוהה יותר, והוא יותר רוצה לפגוע בערך מוגן. זה ההבדל העיקרי בין מעשה להימנעות מעבירה.

מאופיין בזיקה חזקה יותר לפגיעה בערך המוגן ב-2 היבטים.

1. השליטה במהלך העניינים ומידת האנרגיה העבריינית המושקעת.
2. שאלת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה המזיקה
3. **צו עשה נתפס כדרישה מוגזמת של סולידריות חברתית**: זה אומנם הדבר המוסרי, אך האם ראוי לכפות זאת על אדם ולקבוע כי אם לא יעשה זאת, הוא יישא באחריות פלילית?

עד כמה נדרוש מאלמוני להציל את פלוני? יש משהו בצו עשה שלא ברור, לא ברור מה לעשות, ואז יש חוכמה בבית משפט שלאחר מעשה. אך החוק לא נותן כללים ברורים.

1. **צו "עשה" פוגע יותר בעיקרון החוקיות וברצון לתחום בצורה ברורה את האחריות הפלילית.** עבירות מחדל מחייבות אדם לפעול ולא מסבירות לו מה בדיוק הוא צריך לעשות, יש חשש שעבירות כאלה יכולות לגרום לאנשים לעשות יותר מדי ממה שצריך היה לעשות, ובכך לסייע יכול להיווצר אפקט "**המציל המקלקל**".

**מהו המצב בארץ?**

**ס' 18 לחוק העונשין**

1. *"מעשה לרבות מחדל אם לא נאמר אחרת*" - המשפט הישראלי יישר קו, ואמר כי הוא רואה במעשה כמו מחדל, גם מבחינת העונש וגם מבחינת הכל. עם זאת, מבחינה אמפירית בפועל ביהמ"ש נותן עונשים נמוכים יותר, אך בחוק הישראלי הוא מתייחס אליהם באותה צורה.
2. *"מחדל – הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה"*.

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

עבירות מחדל – אותה עבירה בדיוק שניתן לעשות במעשה/מחדל. בשביל כך צריכות להיות:

1. קיומה של **נורמה אוסרת** (עבירה פלילית) שניתן לפי הגדרתה לבצע אותה על דרך של מחדל. כלומר, עבירה צריכה לומר לנו באופן ברור/משתמע שניתן לעבור אותן בדרך של מחדל. מכאן יוצא, כי יש עבירות שלא ניתן לעבור אותם במחדל (סעיף 298 – הריגה, ההורג במעשה או במחדל – לא תהיה לנו התלבטות שהתנאי תקף).
2. **קיומה של חובה** על **הנאשם** לפעול: על חובת העשייה האמורה להיות מעוגנת ב"דין" או בחוזה – (ס' 18 (ג) לחוק העונשין, מגדיר "מחדל" כ- "*הימנעות מעשיה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה*") אם במקרה של פלוני בבריכה אמרנו כי נגרם מוות במחדל, נשאלת השאלה האם הייתה חובה לפעול?
3. **הפרת חובת העשייה** על ידי הימנעות הנאשם מעשייה.

\*עבירות מחדל יכול שתהיינה עבירות התנהגותיות ויכול שתהיינה עבירות תוצאה.

המלצות לדרך (לתואר) – לעשות דברים מעבר. המרצה עכשיו עורכת בכתבי העת, עוזרת מחקר.

הפקולטה מציעה דברים מעבר, וסטודנט למשפטים צריך להשתמש בכל ההצעות של הפקולטה. המיונים למחקרי משפט מתחילים לאחר פסח. לעשות מעבר, להגיע לשיעורים, קליניקות, התנדבויות. לא צריך להיזכר רק בשנה ג'.

05.04.17

**שיעור 6 – מחדל**

מבנה השיעור:

בשיעור הנוכחי אנו נמשיך לעבוד על עבירות המחדל.

נתחיל בחזרה קצרה על התנאים המצטברים לצורך הוכחת עבירה על דרך המחדל.

אז נעבור לדיון מפורט בתנאי הראשון: מה משמעותה של הדרישה לקיומה של נורמה אוסרת?

נעשה דיון צד בשאלה כיצד מבחינים בין עשייה לבין מחדל, כלומר הימנעות מעשייה.

נעבור לדיון בתנאי השני: קיומה של חובת עשה. בעצם נדון במקורות השונים לקיומה של חובה לפעול (יש חמישה סוגים של מקורות אפשריים שונים).

בסוף, נעשה דיון צד בשאלה: מתי יחשב אדם כמי שהפר את חובתו?

**הערה 1# (ידע כללי)**

בעברית, המשמעות של המילה מחדל זה אי-עשייה. דא עקא, הרבה אנשים טועים לחשוב שמחדל זה פשלה – וזה לא. הסיבה לבלבול היא מלחמת יום כיפור. בעקבות מלחמת יום כיפור יוצא ספר על ידי מספר עיתונאים המכונה – "המחדל", שכן הפשלה ביום כיפור הייתה אי הכנת הכוחות, משמע אי עשייה. בעקבות זאת נוצר בלבול בנוגע למשמעות המילה מחדל. שיהיה ברור – מחדל=אי עשייה בלבד.

בסוף השיעור הקודם גאיה פירטה בפנינו את 3 התנאים המצטברים שנדרשים לצורך הוכחת עבירה על דרך המחדל. התנאים:

1. **קיומה של נורמה אוסרת** – קיומה של נורמה (עבירה) שניתן להפר אותה בדרך של אי עשייה.
2. **קיומה של חובה על הנאשם לפעול** – ס' 18 קובע כי חובה זו יכולה להיות מוגנת בדין או בחוזה.
3. **הנאשם הפר את החובה האמורה באופן שקיים את העבירה** – קיומם של תנאי 1) ו2) במקרה הספציפי של הנאשם.

**תנאי ראשון - קיומה של נורמה אוסרת**

בעצם מה שאנו שואלים – זה איך נראית עבירה שאפשר לבצעה בדרך של אי עשייה (מחדל).

בעצם, יש מספר סוגים של עבירות שמניסוחם עולה שניתן להפר אותם בדרך המחדל:

1. הסוג הראשון, הפשוט ביותר, נקרא **עבירות מחדל פשוטות/עבירות מחדל ישיר**.

**לדוגמא**: **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."*

מדובר בסיטואציה שאדם מודע לכך שמבוצעת/הולכת להתבצע עבירת פשע. בשלב הזה קמה עליו חובה מכוח הסעיף לנקוט בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע את ביצוע העבירה/השלמתה.

1. הסוג השני יותר מורכב, ומכונה **עבירות מחדל מורכבות/עבירות גרימה במחדל**.

כמו עבירות מחדל פשוטות, עבירות מחדל מורכבות הן עבירות שמניסוחם עולה בבירור שהמחוקק הניח כי ניתן לבצע את העבירה בדרך המחדל. יחד עם זאת, בשונה מעבירות מחדל פשוטות, מדובר בעבירות שלא מפרטות את מקור חובת העשה.

בעבירות מורכבות, לא מפורט מקור החובה, ולאחר מכן נראה מהיכן יכול להגיע מקור חובה.

**לדוגמא: ס' 298** לחוק העונשין – **הריגה**:

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

מדובר בדוגמא קלאסית של עבירה מורכבת. העבירה אומרת בצורה מפורשת כי ניתן לגרום למותו של אדם בדרך של אי עשייה אסורה. אי עשייה אסורה היא אי עשייה שמפרה חובת עשה. הסעיף לא אומר לנו מאיפה המקור של חובת העשה, הוא יהיה ממקור אחר.

**ס' 18** לחוק העונשין מגדיר **מעשה לרבות מחדל**. בשפה העברית למעשה ולמחדל יש 2 פרשנויות הפוכות. המחוקק אומר בסעיף 18 כי לעניין החוק, אלא אם השתמע אחרת מהסעיף –

מעשה = לרבות מחדל. לכאורה, זה אומר שיש לפרש כל עבירה בחוק העונשין, אפילו אם היא מנוסחת עם הפועל הכי אקטיבי בעולם, כעבירה שניתן לבצע גם בדרך המחדל לאור סעיף 18.

**דוגמא:** **בריחה ממשמורת חוקית**. הפועל "בורח" הוא פועל אקטיבי ופעיל. יחד עם זאת, ראינו בפסה"ד מזרחי שאפשר להפר את העבירה הזאת גם בדרך של מחדל - פשוט לא לחזור.

עד כה דיברנו על ההבדל בין סעיף 18 לעבירות בחוק העונשין. המרצה אמר כי **לכאורה** כל עבירה, אפילו אם רכיב ההתנהגות בה הוא רכיב של פועל אקטיבי, לאור סעיף 18 יש לפרשה כעבירה שניתן לבצע בדרך המחדל.

**עם זאת**, יש חילוקי דעות. כולם מסכימים שאם העבירה תגיד באופן מפורש שלא ניתן להפר אותה בדרך המחדל – סעיף 18 לא יהיה רלוונטי (נורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית). הוויכוח למעשה מתנהל על מרבית העבירות שבהן רכיב ההתנהגות מנוסח בפועל אקטיבי (הורס, פוצע, משחית, שובר, חובל).

יש 3 עמדות בוויכוח זה:

1. **העמדה המרחיבה** **(המקובלת כיום)** – שהיא גם עמדתו של פלר, אומרת כי גם אם יש ניסוח של פועל אקטיבי, חוץ ממקרים בהם ברור שמנוסח העבירה לא ניתן, הרי שניתן לבצע את העבירה גם בדרך המחדל.
2. **העמדה המצמצמת** – שהיא עמדתו של מרדכי קמינצר, אומרת ש**לא**. לאור **עקרון החוקיות** יש לפרש את ס' 18 כמתייחס רק לעבירות שרכיב ההתנהגות בהן כולל את המילה מעשה. מדובר בפרשנות מאוד דבקנית של ס' 18.

**לדוגמא** – "*העושה מעשה שיש בו כדי לגרום לבעירה*", זו עבירה שעל פי עמדה זו ס' 18 מתייחס אליה. לעומת זאת, כל עבירה שמנוסחת במילים "הפוצע, הורג, חובל...", ס' 18 לא מתייחס אליהן, ולכן, ככלל, אם רכיב ההתנהגות של העבירה מנוסח בדרך של פועל אקטיבי, יש לראות בעבירה כעבירה שלא ניתנת לביצוע בדרך המחדל.

1. **עמדת הביניים (קוגלר)** – עמדת הביניים באה ואומרת, כי אנו נסתכל על כל פועל באופן נפרד. יש פעלים שגם אם הם מנוסחים באופן אקטיבי, ה**אינטואיציה** שלנו באה ואומרת שאפשר לבצע אותם גם בדרך של מחדל. למשל: החובל, הפוצע, השובר וההורג.

**דוגמא** – גניבה קלאסית (הגונב), לא ניתן לבצע בדרך המחדל. גניבה קלאסית היא נטילת רכוש. רעיון זה מניח פעולה אקטיבית, ולדעתו של קוגלר לא ניתן לגנוב על דרך המחדל.

**הבעיה בגישתו של קוגלר** – אינטואיציה היא אינה דבר מדעי.

קוגלר אומר בעצמו כי האינטואיציה של בריחה ממשמורת חוקית, בשונה מפסה"ד מזרחי - הפועל בריחה מניח כי לא ניתן לבצעו בדרך המחדל. עם זאת, אנשים אחרים יטענו כי האינטואיציה שלהם אומרת שזו דווקא כן בריחה.

**דוגמא הפוכה** – קוגלר בא וטוען כי ניתן לפרש את הפועל הורס כפועל שניתן לבצע על דרך המחדל (הורס הוא מי שלא מתקן). האינטואיציה של המרצה היא שיש הבדל בין הריסה ותיקון. עצם זה שיש חילוקי דעות בין אנשים שונים, מוכיח את הבעייתיות בגישה של קוגלר.

**דיון צד: איך נבחין בין התנהגות שהיא עשייה אקטיבית לבין התנהגות שהיא מחדלית?**

קיימות 3 סיבות לחשיבות השאלה:

1. סיבה ראשונה:
2. אם מדובר בהתנהגות מחדלית, כדי שתתקיים העבירה אנו צריכים להוכיח קיומה של חובה של הנאשם לפעול. לעומת זאת, אם זו התנהגות אקטיבית, הרי שעל כולנו מוטלת החובה לא לעשות פעולות אקטיביות שמהוות עבירה. כלומר, אין צורך להוכיח קיומה של חובה שחלה ספציפית על הנאשם.
3. זה לא רק שאלה של התממשות העבירה - זה גם יכול להשפיע על העונש.

**לדוגמא:** אם יש לנו עבירה שניתנת לביצוע גם במעשה וגם במחדל, כלל, אם התנהגותו של האדם הייתה מחדלית (ביצע את העבירה בדרך של אי עשייה), זה יהווה שיקול לקולא (להקל בעונש). מקרה קלאסי לגרימת מוות ברשלנות זה **הורה שמרעיב את ילדו**. יש הרבה מאוד מקרים שבהן הריגה אקטיבית תיראה לנו פחות חמורה ממקרה בו הורה מרעיב את ילדו, אבל ככלל, פעולה אקטיבית תחשב כמעשה יותר חמור מאשר ביצוע העבירה על דרך המחדל. לכן, **בעבירות שניתן לקיימם גם בדרך המעשה וגם בדרך המחדל, התביעה תנסה להוכיח קודם שהעבירה בוצעה בדרך של מעשה אקטיבי.**

1. יש עבירות שנצטרך להכריע באופן פרשני האם הן עבירות מחדל פשוטות. רכיב ההתנהגות שלהן הוא כזה, שאנו נצטרך באופן פרשני להכריע האם הן שייכות לקבוצה הראשונה (עבירות מחדל פשוטות) או עבירה רגילה (קבוצה שלישית).

**דוגמא 1 –** עבירת אי שמירת מרחק מהרכב לפניך. האם הבעיה היא שהתקרבת יותר מידי לרכב או שלא שמרת על המרחק?

**דוגמא 2 –** נהיגה ללא רישיון. בדרך כלל, בעבירות אלו הוויכוח הוא יותר תיאורטי ופחות בעייתי. או שמדובר במעשה אקטיבי, ואז אין צורך בהוכחה נפרדת לקיומה של חובה לנהוג עם רישיון, או שאנו מפרשים זאת כעבירה מחדלית (עשיית העבירה בדרך של אי פעולה), ומקור החובה של לקיחת הרישיון לרכב הוא מהעבירה הפשוטה (אתה חייב לקחת את הרישיון לרכב). במקרים רבים מדובר בוויכוח אקדמאי, אך יהיו מקרים ספציפיים בהם ההבדל יכול להיות משמעותי.

1. במילים אחרות, הצורך לזהות האם הרכיב ההתנהגותי או מחדלי או אקטיבי, מצריך שיקול כדי להתקיים בנוגע לפרשנות של עבירה באופן כללי, ויכול להתעורר בנוגע להתנהגות של אדם ספציפי.

**דוגמא:** כאשר אונקולוג ללא ידיעת החולים מחליט לתת לחצי מהחולים את התרופה האמתית ולחצי השני תרופת דמה. האם מה שאני עושה זה מחדל של אי נתינת התרופה או פעולה אקטיבית של נתינת חומר שלא עוזר?

**הערה -** אם בן אדם עושה מעשה שיש בו רכיב פאסיבי ואקטיבי, **הרכיב האקטיבי יבלע את המעשה הפסיבי.** **לדוגמא,** אדם חופר בור באמצע הרחוב ולא מגדר אותו, ומישהו נופל פנימה ונחבל. המעשה האקטיבי שהוא עשה זה לחפור בור, המעשה הפאסיבי, לא כיסה אותו. לתובעים יהיה חשוב להדגיש שהוא ביצע מעשה אקטיבי.

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

בעניין זה **אין** עמדה ברורה בפסיקה. זו שאלה שלא עולה הרבה באופן חד, וכשהיא עולה השופטים מכריעים באופן אינטואיטיבי בלי לנסות לקבוע מבחן ברור. בספרות יש ויכוח של מלומדים.

1. **גישה ראשונה – המבחן הוא הפעולה הפיזית**. האם לצורך ההתנהגות נדרשה הזזת שרירים. בריחה בצורת מעשה מבוצעת באמצעות ריצה. לעומת זאת, באי מניעת פשע אתה לא עושה כלום.

**הבעיה בגישה זו** – היא שהיא צרה מידי. יש מעשים שהם מאוד אקטיביים אבל הם באים לידי ביטוי חיצוני של אי תזוזה. **לדוגמא:** לחיילים בריטיים מצטיינים נותנים צ'ופר, ללבוש מדים זוהרים ביותר עם כובע מגוחך, ולא לזוז במשך שעות בזמן שתיירים מציקים להם. אי תנועה במשך שעות היא פעולה מאוד אקטיבית שדורשת מאמץ מאוד גדול.

1. **גישה שנייה – מכלול שיקולים/נסיבות.** לכן, יש מלומדים שתומכים בגישה של מכלול השיקולים/נסיבות, כאשר היא מתמקדת בעיקר ב-2 סוגי נסיבות (מבחני עזר חלופיים):
2. האם מדובר בפעולה שיצרה נזק או בפעולה שרק לא מנעה את הנזק?
3. האם מדובר בפעולה שהרעה את המצב הקיים, או שהיא לא שיפרה אותו בלבד?

**מקרה 1** – יש אירוע רב נפגעים. מזעיקים רופא ומבקשים ממנו להגיע לאזור הפיגוע. הוא מתחיל לנסוע, פותח את הרדיו והפרשן הצבאי אומר כי יש עכשיו אסטרטגיה של המחבלים לחכות זמן מה אחר כך ולפוצץ מטען נוסף. הוא נתקף פחד ועושה אחורה פנה, וחוזר הביתה.

**מקרה 2** – אותו רופא, רק שהפעם הוא מזמין מונית ועולה עליה. נהג המונית פותח את הרדיו, הפרשן אומר אותו הדבר, ונהג המונית מחזיר את הרופא הביתה, **למרות שהרופא מתחנן** שיביאו לאזור הפיגוע.

המקרה הראשון הוא מקרה שעל פי מבחן מכלול השיקולים הוא מחדל, המעשה רק לא שיפר את המצב הקיים, ורק לא מנע נזק.

לעומת זאת, אם נלך למקרה השני ,מצב העולם של נהג המונית הוא שיש רופא שנמצא בדרכו לטפל בפצועים. מבחינת נהג המונית, בזה שהוא מונע מהרופא להגיע הוא מחמיר את המצב הקיים ויוצר נזק – וכך הוא עושה מעשה ולא רק מחדל.

**התנאי השני – קיומה של חובה של הנאשם לפעול**

כדי שאי עשייה תחשב לעבירה – עלינו להוכיח שהייתה על האדם חובה לעשות.

ס' 18 לחוק העונשין מציין כי מקור החובה יכול להיות בדין או בחוזה.

**מקורות לחובה (המקורות השונים שמהן יכולה לנבוע חובה):**

**חובות שהמקור שלהן הוא בדין**

חובות שמקורן בחוק העונשין

1. **חובות שמקורן בעבירות המחדל הפשוטות** – לדוגמא, אם רוצים להעמיד אדם על אי מניעת פשע, נמצא את החובה שקיימת על אדם למנוע פשע **בסעיף עצמו**.

זה נהיה יותר מורכב – **לדוגמא**: כאשר אני לא מונע פשע, ובגלל שלא מנעתי פשע נגרם מותו של אדם (נגיד – ראש הממשלה). האם אפשר לא רק להעמיד אותי לדין על אי מניעת פשע, אלא גם על הריגה? הייתה לי חובה למנוע את הפשע, ובעקבות אי מניעת הפשע נהרג מישהו, אם סעיף ההריגה, הגורם במחדל אסור למותו של אדם, הרי ביצע הריגה. המחדל האסור הוא אי מניעת הפשע. **האם חובה שמעוגנת בעבירת מחדל פשוטה רלוונטית רק לאותה עבירה, או שהיא גם רלוונטית לעבירות אחרות שניתנות לביצוע בדרך המחדל?**

האם החובה למנוע פשע רלוונטית רק לעבירה של אי מניעת פשע, או רלוונטית לעבירות אחרות שניתנות לביצוע על הדרך המחדל, כמו עבירת ההריגה?

התשובה היא כן/לא.

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

**ספציפית** – בנוגע לעבירה של אי מניעת פשע (בגלל שמדובר בעבירה בעייתית), העמדה הרווחת היא שספציפית החובה שקמה מכוח עבירה זאת רלוונטית **רק לעבירה זאת**.

החובה שמייצר החוק הוא למנוע בכל הדרכים, כולל פגיעה באדם שחשוד לבצע את המעשה. לדעת המרצה, הוא לא רואה את היחסים בין האזרח למדינה כעימות תמידי, ולכן המרצה חושב כי האדם צריך לסייע למדינה.

1. **חובות שקיימות 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-12 ב"כביש המנהרות" בירושלים, לאחר שהבן התחצף אליו. הוא הועמד לדין על עבירה של "הפרת חובת הורה או אחראי" לפי ס' 337, המוגדר: *"המפר ללא הצדקה 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".*

רע"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.

עלינו לדעת את הסעיפים הללו והפסיקה שדנה בהם למבחן

**חובות שמקורן בחקיקה האזרחית**

1. **חובת הזהירות –** קיים בנזיקין. אדם שיוצר סיכון חייב לנקוט באמצעים סבירים כדי להקטין את הסיכון. אני חייב לשים סורגים בחלון כדי למנוע מהעציץ ליפול על אנשים ברחוב.

העמדה הרווחת סבורה שחובת הזהירות הזאת רלוונטית גם לעבירות המחדל הפליליות.

המקרה הקלאסי והעצוב שדרכו נהוג להדגים זאת, הוא פס"ד לורנס.

**פס"ד לורנס (רולטה רוסית)**

מעשה בקבוצת נערים בני 17, ובחור בן 21, שנפגשים יחדיו בבית אחד הנערים. הבחור בן ה-21 בעל השם לורנס, והבחור שבביתו הם נפגשים נקרא יאיר.

(המרצה מעוות את עובדות המקרה כדי שהוא יהיה יותר ברור) לורנס יוזם את משחק הרולטה הרוסית. הוא בודק שאין כדור בקנה, אבל לא מספר זאת לשאר הנערים, מכוון את האקדח לרכה ונוקר. לא קורה כלום. יאיר לוקח את הנשק אחריו, נוקר ומת.

**דעת הרוב** (לא מעניין אותנו) באה ואומרת כי לורנס עשה מעשה **אקטיבי**. הוא גרם מוות ברשלנות בדרך של פעולה אקטיבית ולא בדרך של מחדל, בכך שהוא יצר מצג על פיו רולטה רוסית זה דבר פחות מסוכן ממה שהוא. הוא יצר מצג זה בעזרת גילו המבוגר, הבדיקה המוקדמת, וכל הדברים הללו יחדיו עזרו לו לייצר באופן אקטיבי מצב סיכון הרבה יותר נמוך ממה שהיה באמת.

**השופט דב לוין** (רלוונטי לנושא) – מסתכל על הנקודה שבה יאיר לוקח את האקדח. הוא אומר כי בנקודת הזמן הזאת ההתנהגות של לורנס היא התנהגות מחדלית, אבל **חלה עליו חובת זהירות**. מרגע שהוא לא קיים את חובת הזהירות שחלה עליו, הרי שהוא ביצע את העבירה של גרימת מוות ברשלנות בדרך המחדל.

יש מלומדים שמעבירים ביקורת על עמדה זאת, ואומרים שעמדה זאת **מפרה את עיקרון החוקיות**. המרצה מוסיף שניתן גם לטעון כי היא מפרה את עיקרון השיוריות, כי דיני הנזיקין והעונשין הן חיות שונות בעלות תכליות שונות. העובדה שקבענו חובה שאפשר להטיל בגין הפרתה סנקציה נזיקית, לא אומרת שראוי גם לגזור ממנה את האפשרות להטיל סנקציה פלילית.

**חובות עשה על דרך הפסיקה**

1. יש פסיקה שלכאורה מקבלת את הביקורת שהמרצה הזכיר לפני רגע, אך היא מגיע בעזרתה לתוצאה בעייתית מבחינת עקרון החוקיות. היא אומרת שאנחנו לא נסמכים על דיני הנזיקין. עם זאת, דין על פי הפרשנות המקובלת זה לרבות פסיקת ביהמ"ש, ולכן **לבימה"ש יש סמכות לייצר חובות עשה פליליות על דרך הפסיקה** (בלי קשר לדיני הנזיקין).

לגישה זו יש 2 יתרונות מהגישה שגוזרת את החובות מהמשפט האזרחי:

1. הגישה הפוטנציאלית צרה יותר – זה שיש לנו חובה במשפט האזרחי לא יוביל אותנו למסקנה כי הן רלוונטיות למשפט הפלילי.
2. כאשר ביהמ"ש יקבע בדרך הפסיקה חובה שרלוונטית למשפט הפלילי, הוא יעשה זאת תוך שהוא שוקל את השיקולים בעד ונגד שרלוונטיים למשפט הפלילי. הוא לא סתם יקיש אוטומטית מהעבודה שיש במשפט האזרחי משהו, גם שהוא חל בהקשר פלילי. **למעשה הפגיעה בעקרון השיוריות היא קטנה יותר**.

**הביקורת על גישה זאת**: היא פוגעת באופן חמור מאוד בעקרון החוקיות. כאן השופטים לא מסתמכים על חובות שכבר קיימות בדין, אלא מייצרים חובות. ההשלכה היא **הרחבת מעגל ההפללה**, פעולות שלא נחשבו לעבירות פליליות פתאום הופכות לפליליות. למעשה ניתן לטעון כי יש כאן עקיפה/התעלמות מהאיסור של יצירת עבירות על דרך הפסיקה. עבירת מחדל לא יכולה לחול אם לא יצרתי חובה, ופתאום ביהמ"ש מייצר חובות.

בפועל בתי המשפט לא עושים שימוש גדול (בד"כ מכריזים שיש סמכות, ולא עושים דבר. ברגע שעושים משהו, זה כמו חובת ראי), אבל יש כאן פוטנציאל גדול לפגיעה בעקרון החוקיות.

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

בעשורים האחרונים (מאז שנות ה-70) במדינות שונות מאומצים חוקים המכונים **חוקי השומרוני הטוב – חוק לא תעמוד על דם רעך**.

המקרה שבעקבותיו מתחילה חקיקה זו בעולם הוא המקרה של קייטי, בו תופס אותה אנס. בהתחלה שהוא שומע רעשים בסביבה הוא בורח, אך כשהוא מגלה שאף אחד לא בא לעזור לה הוא חוזר. במשך זמן ארוך היא צועקת ואף אחד לא עוזר לה, ובעקבות זה מתחיל וויכוח האם יש חובה כללית לסייע? האם כשאני רואה אדם במצב של צרה, יש לי חובה לפעול ולנסות להצילו?

הבעייתיות בחובה זו זהה לבעייתיות באי מניעת פשע - המדינה היא זו שאמורה למנוע סכנות. לאדם יש חירות לדאוג לעצמו.

הטיעון של אלו שמתנגדים לחוקים אלו, הוא שלא כל דבר שאינו נחשב מוסרי הוא גם לא חוקי!

נדירים המקרים שבהם הסיטואציה שבה הפעולה שלי לסייע לא תדרוש ממני שום סיכון, חוקים כאלה במידה מסוימת מחייבים אותי לסכן את עצמי בעבור אחר. נכון שאנו רוצים לעודד את הערך להסתכן עבור אחרים, אבל האם ראוי להפוך זאת לעבירה?

בחזרה למקרה, כנראה שהמקרה היה מורכב, ומתברר שהיא הייתה בזווית שהיה קשה לראות אותה, ושבפועל כן מצאו אותה. קיים סרט על ניסיון אחיה לברר מה באמת קרה.

המקרה גם עודד מחקרים לבדוק למה אנשים לא עוזרים, הוא נקרא "אפקט העומד מהצד".

מסתבר שפסיכולוגית כאשר נראה מישהו בסמטה אפלה, אנו נרוץ לעזור. עם זאת, אם יש עוד אדם אתנו, אף אחד לא יעזור, כי אנחנו חושבים שהאדם האחר יעשה זאת.

2 מדיניות לחיים –

1. אם אנו במצב שאנו צריכים עזרה, הדרך לעשות זאת הוא לדרוש מאדם ספציפי עזרה, הם/ן יעזרו כי הפננו את הבקשה אליהם ישירות והם/ן יבינו שאף אחד אחר לא יעזור לי, וכאשר הם/ן יבאו לעזור כל השאר יבואו גם.
2. אם אנו עומדים מהצד – תעזרו. צריך לברר באופן וודאי שמישהו בה לסייע, ואם לא תסייעו, כנראה אף אחד אחר לא יסייע.

בארץ ב-1998 קובעים את החוק **לא תעמוד על דם רעך**.

הוא קובע חובה מאוד צרה (ולא רחבה) –

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.*

1. *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.*

**ס' 1 א'** מצמצם את החובה

**ס' 1 ב'** עוד יותר מצמצם את החובה.

צמצום שלישי קיים בעונש - מי שביצע את עבירת המחדל, עונשו קנס בלבד.

נניח שאני במצב בו אני מפר את החוק, אני רואה אדם שנופל לבריכה ואני לא מסייע לו. האדם מת. האם ניתן להעמיד אותי לדין בעבירת גרימת מוות ברשלנות?

עמדה ראשונה שניתן לזיהוי על ידי חשין ב**פסה"ד וויצמן** היא **שלא**, לא ניתן לעשות שימוש בחובה של לא תעמוד על דם רעך לצורך עבירות מחדל אחרות. הסיבה לכך היא כי לדעת התומכים בעמדה זאת (כמו חשין), עולה מהחוק כי למחוקק הייתה כוונה ליצור תכלית של חובה מאוד מצומצמת.

העמדה השניה אומרת שניתן לעשות שימוש בחובה של לא תעמוד על דם רעך לצורך עבירות מחדל. מה ההבדל בין שימוש בחובה של לא תעמוד על דם רעך (חובה רחבה) לבין הפרשנות המקובלת לתחולת סעיף 18, שבעצם מייצרת עבירות רבות שניתן לעבור אותם במחדל? בשני המקרים אנו עוברים עבירות של מחדל, אז למה שכאן לא תהיה לנו חובה לביצוע?

**חובות "עשה" שמקורן בהתחייבות חוזית:**

1. 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. **לדוגמא:** 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 – 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.

19.04.17

**שיעור 7 – קשר סיבתי**

הערות המרצה לגבי העבודה:

1. ההתלבטות האמיתית לגבי העבודה היא לגבי מה עדיף לנו? מצד אחד זה קורס גדול מאוד עם המון חומר – והסתמכות על בחינה בסוף עלולה לפגוע בנו. העבודה היא פזור סיכונים.

מצד שני ברור לנו שיש לנו עומסים אחרים. המרצה השנייה עושה בנוסף לעבודה תרגיל. המרצה חשב שזה עומס גדול מידי.

שתי הדעות הן לגבי מה עדיף לנו. הזמן שהושקע בכתיבת העבודה היה יכול להיות מושקע בדברים אחרים על ידי המרצים. לכן המרצה אומר כי הוא בא במקום שהוא לטובתנו.

1. התלונה מספר אחד של סטודנטים היא שלא מתייחסים אליהם באופן אישי. סטודנטים מגישים ערעורים בשיטת המצליח. המרצה בא ממקום טוב – זה לא אומר שתמיד המרצה יסכים אתנו.

הייתה בקשה לדחות את מועד ההגשה של העבודה ליום ראשון. הטיעון המשפטי יפה כי הוא בונה טופוגרפיה בה הנתונים לטובת הטוען מובנים לתוך הטופוגרפיה של העולם. הנתון הברור הוא שהאי אפשר להקדים. היה הרבה נוח לוגיסטית למרצים לקבוע את העבודה לפסח – וכך גם לגבי תאריכי הגשת העבודה. אפשר להגיש את העבודה יום אחד לפני.

השיעור הנוכחי הוא על ליבת הנושא של העבודה – ואז עשוי להיווצר מצב שנרצה לחלוב מהמרצה תשובות לעבודה. זה לא מטרת השיעור. המטרה היא לתת לנו תמונה מובנה של הנושא.

**קשר סיבתי**

בעבירות תוצאה ליסוד העובדתי יש 2 רכיבים נוספים שלא קיימים בעבירות התנהגות. כמו בעבירות התנהגות, היסוד העובדתי של יסוד התוצאה כולל רכיב התנהגות ורכיב נסיבות, אך בנוסף:

1. רכיב של תוצאה
2. רכיב של קשר סיבתי בין התוצאה והתנהגות הנאשם

**ס' 18 בחוק העונשין** מעגן באופן פורמאלי את דרישת התקיימותם של 2 רכיבים אלו באופן שהוא מגדיר פרט. - **מבנה היסוד העובדתי (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994:**

*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.*

המילה החשובה היא "שנגרמה" – זה מעגן באופן פורמאלי את הדרישה לקש"ס.

בד"כ להוכיח קש"ס זה קל. אני דוקר מישהו בלב, הדקירה גורמת לו למוות. דיי פשוט לקבוע שקיים קש"ס בין ההתנהגות שלי לבין התוצאה.

הדברים נהיים יותר מורכבים לרוב באחד משני סוגים של סיטואציות:

1. יש לנו יותר מטבח אחד לצ'ונט (יותר מגורם אחד שמשפיע).
2. יש ריחוק גדול יותר יחסית בין המעשה לתוצאה.

את הסוגיה של קש"ס/סיבתיות הפסיקה חילקה ל-2 מבחנים מצטברים:

1. **קשר סיבתי עובדתי** – בודק אם **קיים** קשר פיזי אובייקטיבי בין התוצאה והתנהגות הנאשם.
2. **קשר סיבתי משפטי** – ידוע גם כמבחן ייחוס האחריות, בוחן לאילו מבין הגורמים שמקיימים קש"ס עובדתי עם התוצאה **ראוי** לייחס מבחינה משפטית **נורמטיבית** את התוצאה.

מדובר בשני מבחנים מצטברים – דיי באחד מהם שלא מתקיים כדי שלא תהיה אחריות פלילית בעבירת תוצאה.

**המבחן לזיהוי קש"ס עובדתי** – **מבחן האלמלא**. שם נוסף – מבחן הסיבה שבלעדיה אין.

מבחן זה בודק האם התוצאה הייתה מתרחשת **אלמלא** המעשה של הנאשם. אם התשובה שלילית – המבחן מתקיים (קיים קש"ס). משמעות תשובה שלילית: המעשה של הנאשם הוא אחד מהמעשים בשרשרת הסיבות שבסופו של יום הובילה לתוצאה.

זה שיש סיבה נוספת בשרשרת הסיבתיות – לא אומר שאין קש"ס עובדתי. דיי שהמעשה הוא אחת מהסיבות בשרשרת.

ברמה העקרונית זה לא משנה אם ההשפעה גדולה/קטנה – דיי בכך שזה איפשהו בשרשרת.

אם מיישמים את הגישה עד הסוף – זה אומר שהאדם הראשון אשם בהכל.

1. זאת הסיבה מדוע לא מיישמים את מבחן האלמלא באופן כל-כך דווקני.
2. אחת הסיבות שדורשים גם את הקש"ס המשפטי היא שהמבחן כל-כך רחב.

**לדוגמא -** המרצה ונדב אוהבים את קריית אונו – הם מתגנבים בלילה, תופסים את ראש העיר של קריית אונו ומטביעים אותו בבריכה המתנפחת שלו בגינה. ראש העיר של קריית אונו דורש עבודה משותפת של המרצה ונדב כדי להטביע אותו. ראש העיר נפטר ומעמידים אותנו על רצח.

המרצה טוען בהעמדה לדין – "המעשה שלי לבד **לא יכל לגרום למוות**. לכן אין קש"ס. רק המעשה המשותף של המרצה ונדב גרם למוות. רק שני המעשים **במשולב** גרמו למוות".

מדובר בטיעון לא משכנע – המקרה הזה הוא בדיוק כמו כל מקרה של קש"ס. פשוט המקרים מופיעים באותו הזמן.

**דוגמא 2** – אני ונדב יושבים בסודוך בבקום מול קריית אונו – והמוכר בסודוך מעצבן אותנו. אנו דוקרים אותו. המרצה דוקר אותו ברגל ימין ונדב דוקר אותו ברגל שמאל. כל אחד לבד דקירתו הייתה גורמת למוות. במקרה הזה טוענים כי מבחן האלמלא יכול היה להתקיים כי הדקירה גורמת למוות – ונדב טוען אותו דבר. מקסימום אפשר להעמיד לדין לניסיון לרצח – כי מבחן האלמלא לא מתקיים.

חשוב להבין שהאינטואיציה המוסרית שלנו היא שצריך להרשיע אותם ברצח .

יש טיעונים על איך להקל את מבחן האלמלא כדי להגיע לתוצאה:

1. **מבחן דיות הפעולה** – מתעלמת כל פעם מהמעשה של האדם השני – מעמידים כל אדם לדין בנפרד ומתעלמים מהמעשים של האדם האחר. דיי באחת מהפעולות המקבילות האלו כדי להגיע לתוצאה. גרסה מרוככת זו של מבחן האלמלא בודקת אם **דיי** במעשה שלי כדי להגיע לתוצאה.
2. **קונקרטיזציה של מבחן האלמלא** – היא עושה בדיוק ההפך ממה שאנו נעשה בהמשך בהקשר של קש"ס משפטי. בהקשר של הקש"ס העובדתי היא שואלת האם המוות היה נגרם בדרך שבה הוא נגרם אלמלא הפעולה של הנאשם? במקרה של מוות ב-2 דקירות – התוצאה לא הייתה נגרמת באותה דרך (2 דקירות במקום אחת) – כלומר כל אחד מהצדדים היה **חלק מרכזי בגרימת התוצאה** – ולכן יש קש"ס.
3. **גורמים חלופיים** – נניח שהמרצה שם פצצה מתחת לרכב X של בן אדם, ושירה שמה פצצה מתחת למכונית השנייה של אותו אדם. לא תיאמנו וכל אחד הניח שהוא ייקח מכונית אחרת מהשניים. איתרע המזל והאדם לקח את המפתחות למכונית הממולכדת על ידי המרצה. המרצה אומר כי המוות היה קורה גם אלמלא המעשים שלו, כי אם הוא היה לוקח את המכונית השנייה הוא גם היה מתפוצץ.

לכאורה ניתן לטעון כי מבחן האלמלא מתקיים (אילולא הייתי שם את הפצצה הוא לא היה מת באותה צורה), ולכאורה ניתן לטעון כי מבחן האלמלא לא מתקיים כי הוא ממילא היה מת.

במקרה הזה – העמדה המקובלת היא שאנו מתעלמים מהסיטואציה ההיפותטית (שהוא היה בוחר את הרכב השני) ומתייחסים למה שקרה. זה רציונליזציה של אינטואיציה מוסרית שיש לנו.

**מבחן הקש"ס המשפטי**

מבחן הקש"ס המשפטי בודק למי מבין הגורמים שבהקשר התנהגותם קיים קש"ס בין ההתנהגות לתוצאה, **ראוי** לייחס קש"ס? (אחריות).

מדובר במבחן נורמטיבי שלוקח שיקולי צדק ומדיניות, ולא רק שיקולים טכניים עובדתיים, ולכן יהיו מקרים בהם יתקיים קש"ס עובדתי ולא יתקיים קש"ס משפטי.

המבחן לזיהוי קיומו של קש"ס משפטי הוא מבחן של **צפיות סבירה**.

**צפיות סבירה** – מבחן השואל 2 שאלות:

1. האם האדם הסביר (האדם מן היישוב) **יכול** היה לצפות את תוצאה?
2. האם האדם הסביר (האדם מן היישוב) **צריך** היה לצפות את התוצאה?

יש כאן 2 תתי מבחנים. תת המבחן הראשון בודק מסוגלות לצפות (יכול היה), ותת המבחן השני שואל שאלה ערכית – האם היה צריך לדרוש ממנו לצפות. ביהמ"ש קובע את ההחלטה ובהחלטתו הוא מסתמך על שיקולי מדיניות של צדק, אכיפה.... זהו למעשה אמצעי ליציקת מדיניות שיפוטית.

**פסה"ד יעקובוב** מדגים כיצד בית משפט מיישם את מבחן הקשר המשפטי.

הייתה אישה שבעלה הכה אותו במשך שנים רבות. יום אחד היא התקשרה למשטרה ובאו לעצור אותו. הוא שכנע אותה להרחיק אותם, איים עליה, שבר דברים בבית והיא קפצה מהחלון למותה.

מבחינת קש"ס עובדתי – ברור לנו שההתעללות של האדון היא הגורם שהביא להתאבדות, לכן הסנגור לא טוען כי לא קיים קש"ס עובדתי.

עם זאת, הוא מתמקד בקש"ס משפטי, והסנגור טוען כי הבעל לא היה צריך לצפות זאת.

**בקש"ס המשפטי אנו מבצעים 2 מבחנים** –

**הראשון** הוא האם האדם הסביר יכול היה לצפות שהרבצה לבת זוגו לתקופה ממושכת יוביל אותה להתאבד בסופו של יום.

**השני** – האם האדם הסביר צריך היה לצפות בנתונים האלה שהיא תתאבד.

הרקע לנושא הוא **גורם זר מתערב**, אבל יש סוג של גורם זר מתערב שבמשך שנים היה פוטר – **התאבדות**. אמרו כי אדם סביר לא יכול לצפות שאדם אחר יתאבד, כי פעולה של התאבדות היא בניגוד לטבע של האדם.

לאחר מכן הייתה תקופה היסטורית שאמרו שיהיו מקרים מסוימים בהם האדם הסביר יכול לצפות התאבדות, אבל עדיין האדם הסביר לא צריך לצפות להתאבדות – כי התאבדות זה המקרה המובהק ביותר של החלטה **אוטונומית** של האדם ליטול את חייו.

פסה"ד יעקובוב בא והולך צעד נוסף בצמצום המידה שבה אנו רואים בהתאבדות כדבר שמנתק את הקש"ס. **דורנר** אומרת כי ניסיון החיים מראה שנשים שחוות התעללות ממושכת מבני הזוג שלהם עלולות להתאבד – **האדם הסביר יכול** לצפות.

לאחר מכן היא אומרת כי שיקולי מדיניות של התרעה מפני מעשים כאלה מובילים מסקנה **שראוי** שנקבע שהאדם הסביר **צריך גם** לצפות שאם יתנהג כך הוא עלול לגרום להתאבדות.

דרך ההשוואה לשלבים במשפט בעבר – רואים עד כמה מבחן הקשר הסיבתי משקף שיקולי ערכים ומדיניות של החברה.

יש עוד מקום שבו אנו בודקים צפיות – המרצה ילמד זאת עכשיו בקצרה על מנת שלא נתבלבל בין 2 המקרים – עוד מעט נלמד ייסוד נפשי. נגלה שיש עבירות בעלות ייסוד נפשי סובייקטיבי – כל העבירות למעט רשלנות ואחריות קפידה. חלק מעבירות אלו יהיו עבירות תוצאה.

**צפיות סובייקטיבית** - בעבירות תוצאה שהיסוד הנפשי בהן הוא סובייקטיבי, כחלק מבחינת קיומו/התקיימותו של היסוד הנפשי, אנו נדרשים לבחון **האם הנאשם עצמו צפה את התוצאה?**

מדובר ב-2 מבחנים שונים – האחד שהוא חלק מיסוד העובדתי, והשני הוא מבחן שהוא חלק מהיסוד הנפשי בעבירות תוצאה עם יסוד נפשי סובייקטיבי.

ברור לחלוטין שיהיו מקרים שבהם נקבע שהאדם הסביר יכול היה לצפות את התוצאה אבל הנאשם לא צפה אותה. במקרה כזה לא יהיה ניתן להרשיעו בעבירת תוצאה שיסודה הנפשי הוא יסוד סובייקטיבי. יכול להיות שיהיה ניתן להרשיע דרך רשלנות, אבל לא דרך עבירת התוצאה שבה היסוד הנפשי הוא סובייקטיבי.

אבל מה קורה במקרה הפוך? יש לנו מקרה בו אנו יודעים שהנאשם עצמו צפה את התוצאה. מה יקרה אם נגיע למסקנה שהאדם הסביר לא היה צופה אותה?

יש יסוד של אמת ב-2 העמדות. שנים רווחה העמדה, שעל פיה, מרגע שאנחנו יודעים שהנאשם עצמו צפה את התוצאה – אין צורך לבדוק צפיות סבירה (קש"ס משפטי). זו הייתה העמדה הרווחת במשך תקופה מאוד ארוכה עד פס"ד **פלוני**.

**פס"ד פלוני** (מרוצי מכוניות לא חוקיים)

העובדה שהנאשם עצמו צפה **מייתרת** רק את הצורך לבחון את תת המבחן הראשון של מבחני הקש"ס המשפטי. לא צריך לשאול האם האדם הסביר **יכול היה** לצפות את התוצאה. עם זאת, עדיין צריך לבחון האם האדם הסביר היה **צריך** לצפות את התוצאה, מכיוון שכאן נכנסים שיקולי מדיניות.

**רקע** – יש תחרות מכוניות לא חוקית. ארגון התחרות מהווה גורם שהוביל לתאונה שבה נהרגו אנשים – קיים קש"ס. מעמידים אותי לדין על הריגה. בתחקיר המשטרתי יודעים שהמארגנים צפו שעשוי להיגרם מוות בתחרות.

באה התביעה ואומרת על סמך התביעה הקודמת – אין צורך לבדוק קש"ס משפטי ויש להרשיע אותם בהריגה.

מה שמפריע לשופטים הוא שבסופו של דבר בשרשרת הסיבתית – נכנסת החלטה אוטונומית מאוד חזקה של הקורבנות. זו גם הסיבה לכך שחשבו שהתאבדות מנתקת את הקש"ס – האוטונומיה.

השופטים אומרים שיש מספר שיקולי מדיניות שמובילים למסקנה שיש לקבוע שהאדם הסביר לא צריך היה לצפות את התוצאה:

1. רצון לכבד את ההחלטה האוטונומית של המנוחים להשתתף במרוץ.
2. קיומה של עבירה אחרת – שהעונש המקסימלי שלה זהה וניתן להרשיע את הנאשמים בה בעבירה של סיכון חיי אדם.

התביעה רצתה הריגה בשביל הסטיגמה של העבירה. עם זאת – השופטים רומזים בפסה"ד שאם המנוחים היו קטינים, ואם היו לנו נתונים שמוכיחים שבחירתם הייתה פחות אוטונומית – אז כן היה ראוי להרשיע בהריגה.

דבר ראשון - כל הדיון שביצענו כרגע רלוונטי ליסוד העובדתי (ולא לנפשי). אין לערבב את היסודות.

דבר שני – אנו רואים שמבחן הקשר המשפטי ותת המבחן השני שלו הוא מבחן שמוכרע על פי שיקולים נורמטיביים, ולכן ההחלטה בו יכולה להשתנות מתקופה לתקופה.

בהקשר של קש"ס משפטי – מה הרזולוציה שבה אנו צריכים לבחון האם האדם הסביר יכול וצריך היה לצפות את התוצאה?

התשובה - שעושים הבחנה בין מצד אחד טיב וסוג התוצאה, ולבין מידע, דרך ואופן קרות התוצאה.

אנו בוחנים אם האדם הסביר יכול וצריך היה לצפות את טיב התוצאה, אבל אין דרישה שיצפה את דרך ואופן קרות התוצאה. הדרישה היא לצפיות קרות התוצאה בקווים מאוד כלליים.

פירוט "צריך לצפות"

**סוג התוצאה** – ההבדל הוא למשל בין נזק גוף לרבות מוות לבין נזק לרכוש. אנו בודקים האם האדם הסביר יכול וצריך היה לצפות נזק גוף. דיי בזה שהוא צריך היה לצפות נזק גוף (לא צריך עד מוות). הוא צריך לצפות את סוג הנזק ולא ממדיו. עם זאת, חתך באצבע לא יהיה שווה לחתך בגפה.

**פסה"ד פטרומיליו** מסביר לנו את צפיות הנזק.

מדובר בכייס. הוא חוטף את הארנק – והקורבן מהשוק של חטיפת הארנק מתה.

ביהמ"ש אומר שהאדם הסביר לא יכול היה ולא צריך היה לצפות שמכיוס ארנק באופן לא אלים אדם ימות. צריך להבין שצריכה להיות מידתיות לענישה – ולהפיל על כייס עונש הריגה יכול להעלות טענה חזקה שזה חמור מידי. בית המשפט מרגיש ככה ועושה זאת דרך מבחני הצפיות.

לגבי דרך **קרות התוצאה ואופן התרחשותה**, הפסיקה קובעת כי ככלל אין דרישה לצפיות של דרך קרות התוצאה. דיי בזה שצפית את סוג התוצאה - אתה לא צריך לצפות את הדרך המדויקת שהתוצאה תקרה.

**פס"ד ג'מאעה**

הבעל חונק את ארוסתו בכוונה להרוג אותה. בשלב הזה הוא חושב שהיא מתה – וזורק את מה שהוא חושב שזה גופה לבאר. היא מתה מטביעה בבאר..

**פס"ד בריטי** (קריאת רשות) -

אנשים שרצו לרצוח אדם, שיכרו אותו וזרקו אותו ממצוק. הוא מת לא מהנפילה מהצוק אלא מהתייבשות.

יש שאלה אחת – **עקרון המזיגה** (קשור ליסוד הנפשי). פסקי דין מתעסקים בעיקר בזה – אבל זה לא מעניין אותנו ואנו עוסקים ביסוד העובדתי. ביסוד העובדתי אנו בוחנים ברזולוציה גבוהה את הצפיות של האדם הסביר.

האדם הסביר לא היה צריך לצפות שארוסתו תמות מטביעה כי האדם הסביר הניח שהיא כבר מתה. כנ"ל לגבי האדם מהמצוק – הוא יכול היה לצפות שהוא כבר מת מהנפילה.

1. הפסיקה באופן כללי אומרת שאדם לא צריך לצפות את הדרך שבה תקרה התוצאה. לכן לעניין מבחן הצפיות/מבחן הקש"ס המשפטי – לא משנה לנו אם היא מתה בבאר או מתה מהחניקה, **אלא אם** מדובר במוות שנגרם בדרך חריגה ביותר. במשך שנים התאבדות נחשבה למוות שנגרם בדרך חריגה ביותר.

**למשל** –**פסה"ד מלכה** (לא מופיע בסילבוס) – ילד שבר את היד בתאונת דרכים. הרופאים מחליטים לא לתת לו זריקת טטנוס והילד מת מטטנוס. ברור שיש כאן צפיות של סוג הנזק. האדם הסביר יכול וצריך לצפות שמנזק גוף של תאונה יכול להיגרם מוות. יחד עם זאת, הדרך שבה קרה המוות היא כל-כך חריגה שאומרים שהוא לא יכול לצפות אותה.

1. רוב פסקי הדין שעברנו עליהם עסקו בהריגה. בעבירה של רצח כשאדם מתכוון לגרום את התוצאה – מרגיש לנו במיוחד לא צודק שהוא יצא זכאי מהעבירה רק בגלל שהתוצאה שהוא התכוון שתתקיים לא קרתה בדיוק בדרך שבה הוא התכוון. לכן באופן כללי אין ניתוק של קש"ס אף אם אופן קרות התאונה הוא חריג (כל עוד אינו חריג ביותר), **בעבירות כוונה ובמיוחד בעבירת הרצח בתי המשפט יותר מחמירים מאשר בעבירות אחרות**. הפרשנות של אופן חריג ביותר בעבירות הכוונה זה משהו מאוד מאוד מאוד חריג (פעם בירח כחול :P)

**גורם זר מתערב**

כשסנגורים באים וטוענים שאין להרשיע את לקוחם בגלל גורם זר מתערב, הם מנסים לבוא ולומר שהתנתק הקש"ס בגלל שבין ההתנהגות של הנאשם לבין התוצאה, באמצע שרשרת הסיבתיות היה עוד גורם שהפעולה המתערבת שלו הובילה לתוצאה, באופן כזה שמנתק את הקש"ס.

**לדוגמא:** החלטה אוטונומית של הקורבן. בגלל זה במקרה של **יעקובוב** – הסנגור טוען כי החלטת הגברת להתאבד זה גורם זר מתערב. ב**פלוני** – ההחלטה של המנוחים להשתתף במרוץ היא החלטה אוטונומית שמנתקת את הקש"ס (גורם זר מתערב).

**פסה"ד בלקר**

הרופאים מנתקים את האישה ממכונות ההחייאה כמה ימים לאחר מכן, והעורך דין טוען כי הם גורם זר מתערב שהוביל למוות, כי הם ניתקו את המכשירים.

מקרי גורם זר מתערב:

1. בפסיקה החלטות אוטונומיות של הקורבן הם גורם זר מתערב.
2. גורם זר זה פעולות של אדם אחר (אדם שלישי).
3. סוג אחר של גורם זר מתערב יכולות להיות תכונות ייחודיות של הקורבן (גולגולת דקה).
4. סוג נוסף – גורם זר מתערב שגרם שהמוות יקרה באופן חריג.

הפסיקה אומרת שטענת גורם זר מתערב היא לא דוקטרינה עצמאית. למעשה צריך לבחון טענות גורם זר מתערב על פי מבחני הקש"ס העובדתי והמשפטי. כאשר במרבית המקרים, הבחינה הזאת תהיה רלוונטית כאשר אנו בוחנים קש"ס משפטי (לפעמים זה יהיה גם בעובדתי, אבל לרוב במשפטי).

הגורם הזר המתערב אומר כי בגלל אותו גורם האדם הסביר לא יכול היה/לא צריך היה לצפות את התוצאה. מכיוון שזהו לא דוקטרינה עצמאית, היא נבדקת באמצעות הכלים של מבחני הקש"ס.

אנו נבדוק אותה בהתאם למבחנים הללו. אם הגורם הוביל לקרות התוצאה באופן חריג – זה לא מספיק. זה צריך להיות באופן חריג ביותר. הוויכוח הוא בעצם האם הגורם הזר המתערב גרם לשוני רק באופן, מידת והיקף התוצאה או שוני בסוג התוצאה?

בהקשר לטענה של **גולגולת דקה** – הוויכוח יהיה האם המצב הרפואי שהיה לקורבן הוא:

מצב רפואי שהוא רק גולגולת דקה? (ואז לא מתנתק הקש"ס) או **גולגולת דקיקה?** – שאז כן מתנתק הקש"ס, כי אז האדם הסביר לא יכול וצריך היה לצפות.

פס"ד שהמרצה לא הצליח לאתר אותו – התרחש מאבק בין 2 תולי פוסטרים מ-2 מפלגות שונות, והתחיל קרב משיכות. אחד מהצדדים היה עם רגל פרוטזה ובמהלך המאבק הוא נפל, חטף מכה ומת (קרה במהלך בבחירות בישראל). זהו מקרה קלאסי של גולגולת דקיקה – כי האדם הסביר היה צריך לצפות שיגרם נזק פיזי מפעילויות כאלו כמו מוות, אבל אופן קרות המוות היה חריג עקב תכונה חריגה מאוד שלא היה ניתן לצפות אותה.

**פס"ד בלייזר** – מקרה שממחיש טענה של גולגולת דקה וגולגולת דקיקה. באותו פס"ד היה וויכוח בין נהג מונית לנהג אוטובוס שנגמר בכך שנהג המונית עקב אחר האוטובוס עד שעצר בתחנה, עלה עליו, הוציא את הנהג השני החוצה והתחיל להרביץ לו. נהג האוטובוס נפטר שעות ספורות לאחר מכן עקב התקף לב. השאלה היא אם בסוף יום התקף לב זה גולגולת דקה או דקיקה.

26.04.17

**שיעור 8 – מבוא ליסוד הנפשי**

בשיעור הנוכחי נבצע מבוא בנוגע ליסוד הנפשי. נדבר על

1. מהו רציונל של דרישת יסוד נפשי?
2. מהי ההגדרה של היסוד הנפשי בדין הישראלי?
3. עקרון המזיגה – היסוד הנפשי והיסוד העובדתי צריכים להתקיים בו זמנית כדי שיהיה ניתן להטיל אחריות פלילית.

**ס' 19 לחוק העונשין** - **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"*

בגדול, הסעיף אומר שהמקרה הטיפוסי של עבירה הוא עבירה שהיסוד הנפשי בה הוא מחשבה פלילית. זה **אשליה**, יש המון עבירות רשלנות ואחריות קפידה, אך הסעיף לא מתאר לנו את הtypical אלא את המקרה לדוגמא/המודל. לכאורה זה היה צריך להיות המקרה הטיפוסי אך המציאות שונה.

הסעיף בא ואומר שבעבירה הטיפוסית נדרש יסוד נפשי מסוג מחשבה פלילית.

**ס' 20 (א)** מגדיר מהי מחשבה פלילית. הוא אומר שמחשבה פלילית היא מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה של התוצאה על המעשה הנמנים עם פרטי העבירה, ובנוסף, **לעניין התוצאות, קיימת דרישה לאחד משני דברים: או כוונה או פזיזות** (יש 2 סוגים של פיזיות – אדישות וקלות דעת)

סעיפים אלו בעצם מבטאים עקרון יסוד של המשפט הפלילי המודרני שנקרא **עקרון האשם**, והוא אומר – actus Reus non facit…. – המעשה אינו בר אשם אלא אם יש Mens Rea (מחשבה פלילית/יסוד נפשי)

המרצה פונה ללטינית שבגלל הניסוח הלטיני העתיק של עקרון זה, נהוג לקרוא ליסוד העובדתי של העבירה Actus Reus, ונהוג לקרוא ליסוד הנפשי Mens Rea, כאשר ישנם אנשים שמשתמשים במונח Mens Rea לא כשם נרדף למונח יסוד נפשי אלא למונח יסוד נפשי מסוג מחשבה פלילית. מכיוון שנשתמש במונחים הללו עד סוף ימנו כעורכי דין – שווה לדעת מהי משמעות מונחים אלו.

**למה צריך יסוד נפשי?** למה אנו מעוניינים להעניש רק אנשים שמודעים לפעולה שלהם?

**דוגמא** **1** – תרבות מסוימת חשבה שצריך לקחת עז בהר מונטר ביהודה ולזרוק אותה מהמצוק כדרך לפצות על פעולה אסורה של הקבוצה.

**דוגמא 2 –** כאשר נפל פעמון הכנסייה על שליט הענישו את הפעמון בגלות בסיביר.

**דוגמא 3 –** במדינה כמו אנגליה, עגלה שדרסה אדם נמצאה אשמה בכך והועברה למוסד צדקה.

**דוגמא 4 –** בישראל, קבוע בחוק שאם יש בחמולת השטחים נקמת דם, המשטרה יכולה לזמן את כל בני החמולה, לקחת מהם ערבות כספית – ואם קורה אירוע בין החמולות – ניתן להחרים מהם את כל הכסף (הפקודה קיימת בחוק העונשין שלנו אך לא בשימוש).

**למה אנו דורשים ככלל עקרון אשם?**

בעולם העתיק הייתה גישה גמולנית שהאמינה באיזון אובייקטיבי בין טוב ורע בעולם (איזון קוסמי). כאשר קורה משהו רע, צריך לעשות מעשה כדי לאזן את הרע, ולהחזיר את האיזון הקוסמי. הרשעת/ענישת האשם הייתה אמצעי אחד להחזיר את האיזון הקוסמי בין טוב ורע, אך היו אמצעים אחרים, שבנסיבות מסוימות השתמשו בהם במקום/בנוסף, כמו העלאת קורבן, או גרסאות מסוימות של נקמת דם. בנוסף, היו קיימים משטרים מסוימים בעולם, שבמקרים בהם לא היה ניתן לתפוס את המבצע, היו מענישים מישהו בסביבתו כדי להרתיע את הציבור.

העמדה המודרנית אומרת שגמול הוא אינדיבידואלי (אשם הוא אינדיבידואלי), ולכן כדי לקבוע את אשמתו של אדם, הן בשאלה האם קיים אשם והן את מידת האשם, צריך לבחון את **נפשו של אדם**. אם הוא לא היה מודע למעשיו/לא ביצע את המעשה, הרי שמבחינת גישות גמולניות מודרניות אין על מה לגמול לו – ולא ראוי להענישו.

מבחינת גישות תועלתניות מודרניות, הרצון הוא לכוון את ההתנהגות של האנשים בדרך שהחוק יאפשר לבני האדם לתכנן את מעשיהם. **לדוגמא** – אדם שהורסים את ביתו משום שאחד מבני משפחתו ביצע עבירה, כאשר הוא לא היה מודע לזה, לא בדיוק יכול היה לתכנן את מעשיו.

הרתעה בגישות גמולניות מודרניות בנויה על רעיון שמטרת החוק היא לכוון את התנהגותו של האדם. אם אתה מעניש אנשים שלא היו מודעים למעשה, אתה בעצם לא מעניש על דרך תכנון מעשים. אנו רוצים ליצור הרתעה כלפי אנשים שמתכננים את מעשיהם – אדם יבחר אם לבצע את הפשע או לא לבצע את הפשע.

**לעקרון האשם יש 2 ביטויים מרכזיים בחוק** –

1. ככלל, אין עבירה ללא אשם.
2. דרישת ההלימה.
3. **ככלל, אין עבירה ללא אשם**

המשמעות של הדרישה שאין עבירה ללא אשם, היא שלא ניתן להרשיע אדם, אלא בהתקיים 2 תנאים **מצטברים**:

1. **התקיים אצלו היסוד הנפשי הנדרש לעבירה** – הדרישה היא שיתקיים יסוד נפשי של העבירה כלפי כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי. משמע, בעבירה טיפוסית שדורשת מחשבה פלילית, הדרישה היא שאדם יהיה מודע למעשה/מחדל, ושיהיה מודע לנסיבות.

אם זו עבירה תוצאתית – על האדם להיות גם מודע לאפשרות קרות התוצאות.

בהקשר לעקרון האשם – יש להבחין בין 3 עבירות:

1. **עבירות שבהן לא נדרש יסוד נפשי** – עבירות כאלה נקראות אחריות קפידה, ונרחיב על כך בהמשך.
2. **רשלנות -** עבירות שבהן הדרישה היא ליסוד נפשי אובייקטיבי.

עבירות רשלנות הן עבירות שלצורך הרשעה אנו לא דורשים מודעות של המבצע, אלא אנו מניחים שהמבצע **לא** היה מודע לפחות לאחד מרכיבי היסוד העובדתי. אנו בכל זאת מענישים אותו, כי אנו מניחים שהאדם הסביר כן היה יכול להיות מודע לאותו רכיב.

1. **עבירות שמקיימות את עקרון האשם באופן מלא** (העבירות הטיפוסיות). בעבירות כאלה, היסוד הנפשי הינו סובייקטיבי. יש דרישה לאשם סובייקטיבי לצורך הרשעה. (אשם סובייקטיבי – מחשבה פלילית הכוללת מודעות למעשה ולנסיבות ולתוצאה). אם מדובר בעבירות תוצאה – יש דרישה גם לכוונה או פזיזות לגבי התוצאה. נמשיך ונרחיב לגבי מונחים אלו בהמשך.
2. **לא התקיים אצלו אחד מהסייגים לאחריות פלילית** (לדוגמא – הגנה עצמית, כורח, קטינות).
3. **עקרון ההלימה**.

עקרון ההלימה קובע שצריכה להיות הלימה בין מחד אשמתו של אדם, ובין מאידך גם אחריותו הפלילית וגם העונש שיוטל עליו.

1. **הלימה בין אשמתו של אדם לבין העונש שיוטל עליו** – ברמה הכללית, לעקרון זה יש כמה מקומות בחוק. **לדוגמא**: לא ניתן להטיל מאסר בגין עבירות אחריות קפידה. עבירות רשלנות לא יכולות להיות עבירות מסוג פשע – לא ניתן להצמיד להם עונש מקסימאלי של יותר מ-3 שנות מאסר. בנוסף, במציאות ברמת הנאשם הבודד – אם אדם ביצע מעשה ברשלנות והשני ביצע אותו במודעות, האדם שעשה זאת במודעות יקבל את העונש הכבד יותר.
2. **ביטוי ברמת ההפללה/רמת האחריות הפלילית**.

ההחלטה לקבוע שמשהו פלילי צריכה להיות מושפעת מ-2 נתונים מרכזיים:

1. האינטרס הציבורי.
2. מידת האשם.

לכן בתיאוריה, עבירת רשלנות ובמיוחד עבירות אחריות קפידה – היו צריכות להתקיים רק כאשר האינטרס הציבורי הוא **מאוד מאוד מאוד מאוד מאוד מאוד** חזק/חשוב/יסודי.

הגיוני שתהיה לנו עבירה של גרם מוות ברשלנות. ביטוי זה של עקרון האשם בא פחות לידי פועל – יש לנו יותר עבירות רשלנות/קפידה לאינטרסים יותר רחוקים.

הביטוי של עקרון האשם מחייב את מערכת המשפט הישראלית – אך לא מתקיים במציאות.

**עבירות רשלנות ואחריות קפידה**

מדובר בעבירות שבהן אין דרישה למחשבה פלילית.

**עבירות רשלנות** הן עבירות שבהן מענישים אדם **למרות** שלא היה מודע לטיב מעשיו/לנסיבות, ו/או לתוצאות בעבירת התוצאה, כי אנו מניחים שהאדם מן היישוב היה צריך להיות מודע.

**בעבירות אחריות קפידה**, כל מה שהתביעה צריכה להוכיח הוא שאדם ביצע את הרכיבים העובדתיים של העבירה. **לדוגמא –** נהג בזמן שהנורה ברכבו הייתה שרופה.

האדם בשלב הזה נדרש להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות (מעל 50%) שהוא ביצע/נקט ב**כל** האמצעים הסבירים כדי למנוע את העבירה. במקרה של פנס שרוף – לך תוכיח שלא עצרת כל קילומטר לבדוק אם הנורה נשרפה (יש עבירות שהסיכוי שלך להוכיח שנקטת בכל האמצעים הוא אפסי).

**איך מזהים עבירות אחריות קפידה?**

**תיקון 39** מבצע הפרדה בין עבירות אחריות קפידה שנחקקו לפני התיקון ולאחריו. לגבי עבירות אחריות קפידה שנחקקו אחרי התיקון, העבירה צריכה להגיד שהיא עבירת אחריות קפידה. לגבי עבירות שחוקקו לפני תיקון 39 – בגדול ובהפשטה לא נדרשת אמירה כזאת מפורשת, ודי שנקבע בדין, לרבות עניין זה בפסיקה, שמדובר בעבירת אחריות קפידה.

**דיון פורמאלי בדרישות של ס'19-22**

**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.

**המקרה הספציפי –**

מה קורה אם יש לנו סעיף שבו נמצאת עבירה, שלא מצוין בה מהו היסוד הנפשי בה?

ככלל, ברירת המחדל תהיה להניח שמדובר בעבירה של מחשבה פלילית – כי **ס' 19** אומר כי עבירה כוללת מחשבה פלילית אלא אם היא אחת מ-2. לכן **ברירת המחדל היא לפרש עבירות שותקות כעבירות של מחשבה פלילית**.

ראינו שיש 3 אופציות: **מחשבה פלילית** (מודעות, כוונה, פזיזות, אדישות), **רשלנות** (לדוגמא - גרימת מוות ברשלנות) ויש עבירות שנדע על פי החוק או על פי מה שנקבע בפסיקה שהן **אחריות קפידה**.

אם נסתכל בחלק הספציפי של חוק העונשין (וגם בעבירות שנמצאות בחוקים אחרים) – נמצא שלל מונחים שמשתמע מהם התייחסות ליסוד נפשי.

**לדוגמא –** יש עבירות שאומרות כי המעשה הוא עבירה אם ביצע אותו אדם ביודעין.

**ס' 111** - **עבירה של מסירה ביודעין לאויב.** סעיף זה קובע עבירה של **"ביודעין"**. מה זה היסוד הנפשי הזה? בס' 19-22 לא נמצא הגדרה למונח זה. מה עושים?

יש עבירות שדורשות שהמעשה יהיה במזיד.

בעקבות בעייתיות זו – הוכנס תיקון נוסף לחוק העונשין – **ס' 90 א'**, בו נקבע **מקרא** – מה עושים עם אותם מונחים שלא קיבלו ייחסו בסעיף 19 עד 22.

בגדול ובהפשטה (לא כולל החריגים) – באו ואמרו שבנוגע לדוגמאות שצוינו – ביודעין ובמזיד זה מחשבה פלילית. **זה אומר שניתן למחוק את המילה במזיד/ביודעין**.

**ס' 122 לחוק השיפוט הצבאי** – קובע שחייל שבמזיד לא קיים פקודה (סירוב) שניתנה לו מאת מפקדו תוך מילוי תפקידו, דינו מאסר 3 שנים, ואם זה נעשה במהלך פעולה קרבית – דינו 15 שנה.

**ס' 123 לחוק השיפוט הצבאי** – קובע עבירה של אי קיום פקודה- אם חייל לא קיים פקודה שניתנה לו בידי מפקדו, דינו מאסר שנתיים, ובמהלך פעילות קרבית – דינו מאסר 10 שנים.

יש לנו 2 עבירות שההבדל היחיד ביניהן הוא העונש המקסימלי.

עקב עבודה לא מסודרת של המחוקק והמדינה בפתרון הבעיה, נוצרו תקלות כמו אלו.

כשמסתכלים על העבירה הספציפית – צריך להבין את ההיגיון ואי ההיגיון של העבירה.

**הערות על סעיף 90 א'** (אותו תיקון שיצר מקרא למונחים):

הרישא של הסעיף – מדברת על כל חיקוק שחוקק לפני קבלת תיקון 39, היסוד הנפשי של העבירה מתייחס לאחד מהמונחים המפורטים בסעיף.

**הנקודה החשובה היא** – שאם יש מקרים שבהם אחד המונחים מופיע בעבירה אבל לא מתייחס באותה עבירה ליסוד הנפשי של העבירה, אז ס' 90 א' לא רלוונטי. מדובר במקרים נדירים, אבל צריך לשים לב אליהם כאשר משתמשים בס' 90 א.

במילים אחרות, כל אחד מתתי הסעיפים אומר מה לעשות עם המונחים, אבל הרישא אומרת שזה נוגע רק לגבי עבירות שנחקקו לפני תיקון 39, ורק אם בעבירה כזאת המונח הרלוונטי בה מבין מונחים אלו מתייחס ליסוד נפשי. אם למשל יהיה מקרה בו המונח "בכוונה" לא מתייחס ליסוד נפשי, אז סעיף זה לא רלוונטי. יש עבירות שבעבר פרשו את המילה "במזיד" כרכיב עובדתי ולא נפשי, ולכן ס' 90 א' לא יהיה רלוונטי.

**ס' 20** מגדיר מחשבה פליליתכ**מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות גרימת תוצאות המעשה (מקום שמדובר בעבירת התוצאה).** במילים אחרות – כדי שנרשיע בעבירה של מחשבה פלילית, **אנו צריכים מודעות לכל אחד מהדברים**. דיי שאין מודעות במשהו מדברים אלו - לא יהיה ניתן להרשיע.

**בעבירת הרשלנות** למשל, די בכך שאין מודעות לאחד מהדברים האלו, אך ניתן להניח כי האדם הסביר היה מודע אליהם בשביל להרשיע.

**ס' 176 לחוק העונשין – פוליגמיה**.

*"נשוי הנושא אישה אחרת, ונשואה הנושאת איש אחר – דינם 5 שנות מאסר".*

אנו מניחים שהיסוד הנפשי הוא מחשבה פלילית – אנו צריכים מודעות לכל אחד מרכיבי היסוד העובדתי. מדובר בעבירת התנהגות. אדם נשוי צריך להיות:

1. מודע לכך שהוא נשוי
2. מודע לכך שהוא מבצע מעשה של נישואים בשנית, כשהפעם זה לאישה אחרת.

עשויים להתרחש 3 מצבים בהם נזכה את האדם:

1. **האדם לא היה מודע לכך שהוא נשוי** – מקרים כאלה היו יותר מידי נפוצים בישראל בשנות ה-50. אנשים הניחו שבני/בנות הזוג שלהם מתו בשואה רק כדי לגלות מישהו דופק על דלתותיהם. לא הרשיעו אנשים אלו כי לא הייתה מודעות לכך שהם נשואים.
2. יכול להיות זיכוי גם כאשר **אדם לא מודע שמה שהוא עושה לפי דיני המדינה הוא מעשה של חתונה.**
3. יכול להיות **שלא תהיה מודע לכך שמדובר באדם אחר/איש אחר** – כמו להתחתן עם האחות.

בעבירות תוצאה, לגבי התוצאה נדרשים 2 דברים:

1. נדרשת **מודעות** לגבי קרות התוצאה.
2. נדרוש רכיב נוסף ביסוד הנפשי – או **כוונה** (להוכיח כי האדם התכוון שהתוצאה תתרחש) או קיומה של **פזיזות** לגבי התוצאה.
   1. **פזיזות** יכולה להיחשב ל**אדישות** (שוויון נפש/חוסר אכפתיות לקרות התוצאה).

לדוגמא – אני אסיר שרוצה לברוח מהכלא. אני מצמיד דינמיט לקיר ללא אכפתיות אם יש שומר בצד השני.

* 1. **פזיזות** יכולה להיחשב **לקלות דעת** (מודעות לאפשרות גרימת התוצאה, בתקווה שזה לא יתרחש).

לדוגמא **–** אני נוסע בדרך עירונית ב-200 קמ"ש. אני מודע לכך שיש אפשרות לדרוס אנשים, אבל אני מקווה שזה לא יקרה.

**עקרון המזיגה (בו"ז)**

**דוגמא גרועה שאין להשתמש בה במבחן -** המרצה נורא רוצה שפלוני אלמוני ימות. כל יום הוא אומר שהוא רוצה להרוג אותו, וכל מי שהוא פוגש ברחב מודע לכך (המרצה אומר לו). יום אחד לצערו של המרצה – לא היה לו זמן להשקיע את מלוא המחשבה בשנוא נפשו, ולכן בפגישתו של המרצה עם השכן, היום הוא אומר לו שהוא לא מעוניין להרוג אותו, אם כבר מחר. בעת הנהיגה של המרצה, הוא לא נהג במידת תשומת הלב הנדרשת – בצורה רשלנית, ומרשלנות זו הוא בטעות דורס אדם. כאשר התאונה מתרחשת, המרצה עוצר ובא להנשים מפה לפה את האדם ומגלה שזה אותו פלוני אלמוני. פלוני מת למרות ניסיונות ההחייאה של המרצה.

בא התובע ומעמיד את המרצה לדין על הריגה – היה יסוד נפשי אצל המרצה לרצות להרוג את פלוני, והוא מת. יש יסוד עובדתי ונפשי, **אבל חסרה מזיגה** - קרי שהם יקרו בו זמנית.

**כדי להוכיח אשם – צריך שהיסוד הנפשי והעובדתי יתקיימו בו זמנית**

הדרישה הרגילה של מזיגה היא דרישה של **עיתוי** – כלומר, היסוד הנפשי של מודעות צריך להתקיים בזמן שמתקיימת ההתנהגות, ובד"כ גם צריך שזה יהיה בזמן שמתקיימות הנסיבות. לא צריכה להיות סימולטניות לתוצאה כי התוצאה קוראת בהגדרה רגע אחד לאחר ההתנהגות.

מדובר ברוב הנסיבות ולא בכולם – כי בעבירות שההתייחסות היא עיתוי לגבי התוצאה לא תהיה דרישה למזיגה, כי אנו מניחים שהתוצאה תהיה לאחר ההתנהגות.

הפסיקה דורשת רק דרישת סימולטניות/עיתוי, אבל הרבה מלומדים אומרים שצריכה להיות דרישה נוספת – **דרישה של קשר/סיבתיות**. המלומדים אומרים, שברור לכל שהטיעון Post Hoc Ad Hoc Proper הוא שגוי.

יש לנו הנחה אינטואיטיבית שלפני = בגלל. אם משהו קרה לפני משהו, אנו מניחים שהוא גרם לו.

דא עקא – הרבה פעמים זה פשוט לא נכון. אותה הטעיה משפיעה לנו אחת על כמה וכמה במקרה של סימולטניות, שבו אנו מניחים שכאשר דברים קרו בו זמנית יש קש"ס ביניהם. העניין הוא שזה לא נכון.

יש מלומדים שטוענים כי אנו צריכים לדרוש לא רק דרישת סימולטניות, אלא גם **קשר מהותי**, אבל הפסיקה לא מאמצת את זה מהסיבה הפשוטה שלהוכיח דבר כזה זה כמעט בלתי אפשרי. לכן אנו מניחים שאם הנחנו שקיים **עיתוי** אז קיים הקשר.

דרישת המזיגה/עקרון המזיגה לא מופיעה בשום מקום רשמי בחוק העונשין.

בגלל שעקרון המזיגה לא מופיע בחוק העונשין גם לא אחרי תיקון 39 – לכאורה היה ניתן לטעון כי הוא לא עקרון בדין הישראלי! לכאורה, היה ניתן לטעון שכאשר המחוקק בחר לא לכלול את עקרון זה בתיקון – הוא רצה ליצור הסדר שלילי, אבל אף אחד לא טוען זאת.

העמדה המקובלת היא **שעקרון המזיגה נותר עקרון של דיני העונשין בישראל כתוצר הפסיקה**. מדובר בעקרון שנמצא בחלק הכללי של דיני העונשין, אך לא מעוגן בחלק הכללי של חוק העונשין.

עיקרון המזיגה בעצם מחייב זיכוי באחת מ-2 סיטואציות:

1. מצב שבו במועד א' התקיימה המחשבה הפלילית, ומתי שהוא זמן מה לאחר מכן במועד ב' כאשר לא הייתה קיימת המחשבה הפלילית, התקיימה ההתנהגות והנסיבות הקשורות לה.

**לדוגמא** – אני רוצה לבצע הריגה, אבל כשהרגתי אדם לא רציתי לעשות זאת.

1. עקרון המזיגה ידרוש זיכוי במקרים בהם במועד א' התקיימה ההתנהגות והנסיבות שקשורות בה, ובמועד ב', זמן מה לאחר שנגמרה ההתנהגות, התקיימה המחשבה הפלילית.

**דוגמא בה היה זיכוי על פי עקרון המזיגה – פס"ד טל (לא בסילבוס)** –

יש מקצועות במגזר הציבורי שבהן אם אתה נוסע לפעילות מקצועית בחו"ל מטעם העבודה – כמו הרצאה בכנס, אתה מקבל כספים למימון מעשים מסוימים בזמן שהייתך בחו"ל. אדון טל נוסע לחו"ל. בשלב הזה הוא מקבל כספים למימון הדברים שהקרן ממנת (מלון, השכרת רכב, קניית אוכל). דא עקא – כשטל מגיע לחו"ל הוא מגלה שמארגני הפעילות בחו"ל ממנים הכל. חוזר אדון טל לארץ ואת הכסף שקיבל מהקרן לקשרי מדע מפקיד בחשבונו הפרטי. מעמידים את טל לדין על קבלת דבר במרמה. טל טוען מנגד שכאשר קיבל את הכסף (נעשה הרכיב ההתנהגותי) – לא התקיימה אצלו מחשבה פלילית. הוא חשב שמארגני הכנס לא מממנים את הדברים. כאשר התקיים אצלו היסוד הנפשי, לא התקיים היסוד ההתנהגותי, בשלב הזה נגמרה ההתנהגות. ההתנהגות של קבלת הכסף הסתיימה. אדון טל זוכה.

**המרצה אומר** כי זו פרשנות לא טובה של קבלת דבר במרמה. המרצה חושב זאת גם באופן תיאורטי וגם באופן אישי. צריך לדווח כדי לבצע התחשבנות עם האוניברסיטה. הדוח האחרון של המרצה היה -6.6$ - כי היא נתנה לו יותר מידי. המרצה מיישם את התנגדותו לטל באופן אישי.

**מדובר בפסק דין ישן שמקיים את עקרון המזיגה, אך זה פסק דין ישן שככל הנראה לא היה קורה כיום.**

הבעיה היא, שדרישה דווקנית מידי של קיום עקרון המזיגה עשויה להוביל לתוצאות שחוש הצדק שלנו מתקשה לקבל, ולכן, בפסיקה האנגלית (שממנה העתקנו את עקרון המזיגה) ובפסיקה הישראלית, התפתחו כל מני גישות שמטרתן לרכך את עקרון המזיגה כדי למנוע את היווצרות התוצאה האבסורדית של זיכוי שמרגיש לנו לא צודק.

כיצד עושים זאת? מותחים את אחד הגורמים אחורה/קדימה בזמן עד שאפשר לטעון שיש מזיגה.

**מקרה 1 – פס"ד ג'מאמעה**

מדובר במקרה בו ה"נבלה" (הנאשם) חונק את ארוסתו עם מקל. היא מאבדת את ההכרה והוא חושב שהיא מתה. בשלב זה מתקיים היסוד הנפשי, יש מודעות (שגויה) לכך שהוא גרם למותה. העניין הוא שהיא לא הייתה מתה! ובמועד מאוחר יותר היא מתה בטביעה בבאר. בשלב זריקת הגופה לבאר עד השלב שהיא נחנקת מטביעה, מתרחשת גרימה המוות. אבל, טוען סנגור הנבלה, שבשלב זה היסוד הנפשי כבר לא קיים. אין מזיגה בין היסוד הנפשי והעובדתי, ולכן אם אנו רוצים להרשיעו, יש להרשיעו בניסיון לרצח, אבל לא ברצח.

**מקרה 2 – פס"ד טבי (בריטי, רשות)**

קבוצת אנשים משכרת אדם שהם לא אוהבים ומשליכה אותו ממצוק. בשלב זה הם חושבים שהוא מת – מתקיים היסוד הנפשי. העניין הוא שהוא נתקע על זיז במצוק, ומת זמן מה לאחר מכן מהתייבשות. בשלב הזה מתקיים היסוד העובדתי אבל כבר אין מחשבה פלילית – הם ממזמן לא חושבים על להרוג אותו – כי מבחינתם הוא מת. לכאורה צריך להרשיע אותם בניסיון לרצח ולזכות מעבירת הרצח.

בשני המקרים – ביהמ"ש מתייחס לסדרת המעשים שהמטרה שלהם הייתה אחת, כהתנהגות אחת. אז למעשה ביהמ"ש מושך בזמן את הרכיב העובדתי עד למועד שבו התקיימה המחשבה הפלילית.

**ביהמ"ש הישראלי** אומר ב**ג'מאעה** כי פעולת גרימת המוות התחילה במועד תחילת החניקה, זה התחיל את התהליך שבסופו של יום הוביל לטביעתה.

כנ"ל במקרה של **טבי** (המקרה הבריטי) – הפעולה שהובילה למותו נגרמה כי הוא שוכר והושלך מהמצוק. גם כאן הטענה היא שניצניו הראשונים של היסוד העובדתי התחילו עוד בשלב שהיה יסוד נפשי.

קיימים גם מקרים הפוכים בהם מתחו את אחד היסודות, וזה המקרה של **פייגן (רשות)**

פייגן מסמל לרכב לעצור, והוא עוצר על הרגל של השוטר. אומר לו השוטר – "אוע אוע אתה על הרגל שלי". אומר לו אדון פייגן "מגניב". אדון פייגן מועמד לדין על תקיפת שוטר, ועורך הדין היצירתי שלו טוען להיעדר מזיגה – במועד א' התקיים ההתנהגות (גרימת חבלה לשוטר), אך הוא לא היה מודע לכך שהוא תוקף/לא התכוון לגרום לתוצאה. המודעות והכוונה התרחשה בשלב שהוא סיים לעלות על הרגל של השוטר. אומר הסנגור כי **אין עקרון מזיגה** – ולא ניתן להאשים בתקיפת שוטר.

ביהמ"ש בא ואומר כי התקיפה הייתה פעולה נמשכת שנמשכה כל עוד הגלגל היה על רגלו של השוטר, ולכן ההתנהגות הנמשכת הזאת המשיכה עד למועד שהייתה מזיגה עם המחשבה הפלילית.

יש אנשים שמאוד אוהבים את הדוקטרינות האלה כי הן מרגישות לנו נכון סובייקטיבי, יש אנשים ששונאים דוקטרינות אלו ואומרים כי צריך לדבוק בעיקרון המזיגה באופן אמיתי כדי שיוביל לזיכוי במקרים חמורים – במקום לפתח דוקטרינות שימסמסו את העיקרון ויובילו להרשעת אנשים.

יש הרבה מאוד מקרים בהם עקרון המזיגה לא יציק לאף אחד – ולכן בערכאה הראשונה יתעסקו בו בפסקה אחת, ובערעור לא התייחסו אליו כלל. יש מקרים בהם העדרה של מזיגה תהיה ברורה.

יש מקרי אמצע נדירים שבהם פירוש דבקני של עקרון המזיגה מוביל למסקנה שהוא לא מתקיים, ומצד שני הוא סותר את הצדק לאנשים – מקרים אלו מובילים לדוקטרינות. אלו שאוהבים אותם אומרים שמדובר בהוכחה שלא צריך להיות דווקניים ביישום עקרון המזיגה. המתנגדים אומרים כי הדוקטרינות פוגעות בעקרון המזיגה ויגרמו לאנשים חפים מפשע להיפגע.

03.05.17

**שיעור 9 – עצימת עיניים**

לדעת מה בן אדם יודע זה לא פשוט, בעיקר בגלל שאנו לא יודעים לקרוא את נפשו של האדם. בנוסף, חשודים בד"כ לא משתפים פעולה, ומסיבה זו נראה בשיעורים השונים לאורך הקורס שמפותחות דוקטרינות שונות בדיני העונשין שמטרתן להסיק מה מתרחש בנפשו של האדם.

אחת מדוקטרינות אלו היא **דוקטרינת עצימת העיניים.**

דוקטרינה זאת, מלבד לסייע לנו לבסס הנחות מסוימות לגבי ידיעתו של האדם, נועדה להתמודד עם בעיה נוספת – החשש לייצר סימפטום של **ראש קטן**.

אמרנו שכדי להרשיע בעבירות מחשבה נפשית, צריך להוכיח ידיעה/מודעות להתנהגות ולנסיבות, (ולעוד דברים שקשורים לעבירות תוצאה). לכן, אם אדם רוצה להקטין את הסיכוי שהוא יועמד לדין, לכאורה מומלץ לו לדעת כמה שפחות! דוקטרינת עצימת העיניים נועדה למנוע תמריץ שכזה, ע"י כך שהיא קובעת שדינו של אדם שחשד ונמנע מלברר הוא כדינו של אדם שידע –

**ס' 20 ג' 1**:

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

למעשה – לבן אדם שחושד שמתקיימות נסיבת העבירה/התנהגות העבירה במעשהו, צריך לברר ולבדוק האם מדובר במעשה פלילי, או לחלופין פשוט להימנע מביצוע ההתנהגות.

ס' 20 מדבר על חשד שנוגע ל**התנהגות** וחשד שנוגע ל**נסיבות**. אך מדוע דוקטרינת עצימת העיניים לא מתייחסת לחשד של **תוצאה?** כאשר אני מבצע את ההתנהגות התוצאה עדיין לא קרתה. בזמן ההתנהגות, לרוב הנסיבות מתקיימות וההתנהגות מתקיימת באותו זמן. לגבי התוצאה - התרחשותה הינה פוטנציאל עתידי בלבד. לכן, לגבי התוצאה, קיימות דוקטרינות אחרות (נלמד בהמשך) שמתמודדות עם העניין שהתוצאה היא התרחשותה ההסתברותית בשלב ההתנהגות.

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

1. **העמדה שבאה ואומרת שרק חשד גבוה דינו כידיעה** באה ואומרת, שאם לא נדרוש חשד גבוה, נפגע בעקרון החוקיות (עקרון החוקיות = מותר לאנשים לעשות כל דבר שלא נאסר מפורשות בחוק, וצריך להשאיר את חירותם של האנשים רחבה ככל שניתן)
2. **העמדה הנגדית שמסתפקת ברמת חשד נמוכה**, באה ואומרת שדרישה של חשד גבוה בעצם **תסכל** את מטרת הדוקטרינה (מטרת הדוקטרינה = להתמודד עם ראש קטן). אם נדרוש רמת חשד גבוהה – בפועל הדוקטרינה לא תממש את מטרתה. בפועל חשד גבוה יהיה מאוד דומה לידיעה – ואנו רוצים לתמרץ אנשים לברר.
3. **העמדה של הפסיקה** – עד תיקון 39 עמדת הפסיקה צידדה בעמדה של חשד גבוהה. רק חשד גבוהה דומה לידיעה. **מאז תיקון 39** – העמדה הרווחת היא ש**דיי בחשד נמוך**, כל עוד הוא מציאותי. הטיעון הפורמליסטי הוא – לו היה רוצה המחוקק לדרוש חשד גבוה היה כותב זאת בחוק.

נתחיל ממקרה שבטוח הדוקטרינה לא חלה – **מקרה בו אדם פשוט לא חושד**.

**דוגמא** – אני הולך לחנות יד-2, וקונה מטבע עתיק בלי שאני חושד לרגע שהמטבע גנוב. לא הייתה לי שום סיבה לברר כי לא חשדתי ולא חלה עלי הדוקטרינה.

עם זאת, הדברים מתחילים להיות יותר מורכבים – מה קורה כאשר יש בי כדי חשד מסוים, אבל אני לא יכול לברר אותו בזמן סביר, או שעלות הבירור היא אסטרונומית?

**כנען נ' U.S.A** (לא בסילבוס) – מדובר ביריד חד פעמי למכירה של ציורים. או שאקנה את הציור עכשיו או שאפספס את ההזדמנות, ואני חושב שאולי זה ציור גנוב.

אני אדם מן היישוב – או שאני קונה את הציור בכמה מאות שקלים בלי לברר, או שאני מזמין את המומחה היחידי שקיים בעולם לציורים שיסתכל האם זה הציור הגנוב או לא (יעלה כסף שאין לי).

יכול להיות מצב בו אני יכול לברר, אבל זה דורש ממני להפר את החוק (לפרוץ למאגרים מסוימים).

רכשתי את הציור ללא השקעת הזמן/כסף – האם ביצעתי עבירה של רכישת רכוש גנוב? ניתן לטעון כי דין החשד כדין ידיעה – וניתן להרשיע אותי.

**יש כאן דיון ברמה הפורמלית** – ניתן להתמקד במילה "**נמנע מלברר – חשד**". לחשוד זה כמו לדעת. מצד שני ניתן להתמקד במילה "**להימנע מלברר**" – צריך להיות יכול לברר – במקרה הנוכחי לא היה ניתן לברר. מדובר בוויכוח פורמליסטי על איך מפרשים את המילה **לברר** – האם המוקד צריך להיות בחשד או ביכולת הבירור?

ברמה העקרונית מתקיים וויכוח נוסף – אם חושבים שמשהו הוא עבירה, אין לעשותו. מצד שני עקרון החוקיות אומר שניתן לעשות את כל מה שאני רוצה אלא אם זה נאסר באופן מפורש.

זהו הוויכוח שמתנהל ברמה המוצהרת בפסיקה, כאשר יש **2 וחצי דעות/עמדות**.

**העמדה הראשונה – העמדה המוצהרת של הפסיקה** (מלבד בסיטואציה אחת של עבירת האינוס שנדבר עליה בהמשך). הפסיקה באה ואומרת שבד"כ כאשר יכולת הבירור אינה מציאותית, זה לא סיטואציה שהסעיף חל עליה – האדם לא נמנע מלברר, **אלא הוא לא יכול היה לברר**. הדגש קיים על המילה מוצהרת כי השופטים הינם בני אדם, ולבני אדם יש נטייה לשפוט דברים על פי חוכמת ה"בדיעבד". הם היו שופטים בלי קשר למקרה, אבל בפועל אנו שופטים דברים על פי המקרה הספציפי. כאשר אדם חושד ונמנע מלברר בעקבות קשיי כסף/יכולת, ובעקבות כך מבצע עבירה ומועמד לדין – הרבה פעמים השופטים, בגלל חוכמת הבדיעבד שהתרחשה עבירה, מעריכים הערכת חסר של קשיי הבירור שהיו לאדם. טיעוני הכרעת הדין יגידו כי הוא יכול היה לברר וזה לא היה כל-כך יקר (למרות שמבחינה תאורטית השופט היה יכול לפסוק אחרת). מדובר בהטיות פסיכולוגיות שעובדות על בני אדם, ושופטים הם גם בני אדם.

**העמדה השנייה – גישתו של קוגלר**. רוצה להוציא את **ההטיה** מהארון. לפעמים כשמדברים על דברים גלויים, עושים להם רגולציה יותר טובה. על עמדה זו מדבר **קוגלר** (אחד ממלומדי המשפט הפלילי הטובים בארץ). הוא בא ואומר, שהשאלה החשובה היא לא יכולת הבירור לכשעצמה – כי ברגע שמתעורר חשד, אני יכול פשוט להימנע מלעשות. לכן, צריך לבחון את שאלת הבירור כשאלה **נורמטיבית**. ראוי שביהמ"ש ישאל את עצמו מבחינת שיקולים מוסריים ושיקולי מדיניות אכיפה ציבורית – האם ראוי שמבחינת הסיטואציה שבה ניצב האדם, **ראוי** לדרוש ממנו לברר?

**בעיה ראשונה עם גישתו של קוגלר** – היא מכניסה אלמנט אובייקטיבי **מאוד מאוד חזק** לרכיב שאמור להיות הכי סובייקטיבי בהליך קביעת מודעותו של האדם. מודעות האדם יהפוך להיות מבחן של ביהמ"ש – האם ראוי היה האדם לברר, במקום מבחן סובייקטיבי.

**בעיה שנייה** – **עקרון החוקיות**. בשעת מעשה כשיש את הציור, אני אמור לדעת האם אני צריך לברר או לוותר (ולא בדיעבד ישפטו אותי לפי מה שהשופט חושב).

**העמדה השנייה+2/3** – גישות שננקטו בפסיקה בהקשר של **עבירת האינוס**. פתאום, בתי המשפט מפרשים את ס' 20 1 (ג) – דוקטרינת עצימת העיניים, באופן אחר. מכיוון שהם עושים זאת דרך דוקטרינת עצימת העיניים, ולא דרך פרשנות של עבירת האינוס – הרי שמחר על אותן גישות פרשניות שמוצגות בפסקי דין אלו, עשוי/עלול ביהמ"ש לקחת אותם וליישמם לגבי עבירה אחרת (שאינה אינוס).

**לדוגמא** – מעשה באדם שניצב מולו אדם אחר, מקיים איתו יחסי מין מבלי לברר אם הוא/היא מעוניינים בזאת מבעוד מועד. האדם לא חושד שיש סיכוי בכלל שהאדם האחר לא מסכים (יכול להיות שלא אכפת לו, או שהוא בטוח שאין דבר כזה שמישהו לא ירצה לקיים איתו יחסי מין).

**עבירת האינוס** מדברת על החדרת איבר מין/חפץ לאיבר מין האישה **בהיעדר הסכמה חופשית**. **מעשה סדום** – החדרת איבר/חפץ לפי הטבעת/פה **בהעדר הסכמה חופשית**.

אנו צריכים להוכיח שהאדם מודע לכך שאין הסכמה חופשית (הנסיבה של היעדר הסכמה חופשית – האדם מודע לה).

הנאשם יטען, כי לא היה מודע לכך שאין הסכמה חופשית. הוא היה בטוח שהקורבן מסכים/מסכימה. אם נסתכל על דוקטרינת עצימת העיניים – לכאורה היא לא רלוונטית. האדם לא חשד בכלל, ולכן לא בירר.

**פסה"ד טייב** –

מאשימים את המטפל באונס ובמעשה סדום. אישה מגיע לטיפול אצל פיזיותרפיסט. הוא מעסה אותה, מסביר לה שהיא צריכה להתפשט לצורך הטיפול, ואחרי עיסוי מאוד ארוך, הוא מוריד את המכנסיים, שולף את איבר מינו, ואומר לה "Suck it, Suck it". היא עושה זאת, מכניסה את איבר מינו לפיה (מעשה סדום), והוא גם מחדיר אצבע לאיבר מינה (עבירת אינוס).

המטפל בא ואומר כי לא הפעיל כוח, ויתרה מכך! מנקודת מבטו היא שיתפה פעולה. לכן המטפל טוען כי לא מתקיים היסוד הנפשי ולא ניתן להרשיעו.

אנו רוצים שהמטפל יברר, אבל דוקטרינת עצימת העיניים אומרת שצריך לברר אם הוא חושד, והמטפל אומר כי הוא לא חשד כלל – "דברים כאלו קורים".

ביהמ"ש בא ואומר, שדוקטרינת עצימת העיניים חלה גם על מצב של חלל תודעתי.

**חלל תודעתי** – מצב בו אתה לא חושד כי לא אכפת לך. זהו מקרה טייב.

**פסה"ד אזולאי** –

מגיע לתוצאה דומה בדרך פחות אלגנטית.

מדובר על נערה בת 14 שטענה שהיא בת 16, וגבר בן 34 שטען שהוא בן 22. נוצר ביניהם קשר ראשוני, הוא גרם לה להתנשק איתו ובסופו של דבר אנס אותה בבניין נטוש.

הנאשם טוען כי היה מדובר בבילוי, הם זרמו לנקודה שקטה, ובסיטואציה הזאת הם זרמו ליחסי מין. נכון שהנאשם היה יותר אקטיבי, **אבל לא היה לו שום חשד שאין הסכמה!** מדובר בתהליך שלם, והנערה שיתפה פעולה לטענתו.

ביהמ"ש במקרה הנ"ל, לוקח אלמנטים מסוימים בהתנהגותה של הנערה והגבר, ואומר כי על סמך האלמנטים הללו, ביהמ"ש לא מאמין לו. היה חשד למעשה, והנאשם נמנע מלברר. ביהמ"ש מגיע לאותה תוצאה כמו בטייב – אבל בלי להידרש לחלל תודעתי. ביהמ"ש פשוט מוריד את רמת החשד לחשד מאוד מאוד נמוך.

שתי הגישות (טייב ואזולאי) מיישמות בעצם את הגישה של קוגלר – מבחינת שיקולי מדיניות צריך לברר טוב מאוד בסיטואציות אלו, ואם לא ביררת טוב מאוד, נניח שחשדת ונרשיע אותך.

יש כאן מתח בין 2 נקודות מבט, שבכל אחת מהן יש אלמנט של אמת.

1. נקודה שאומרת שמדובר בסיטואציה שקל מאוד לברר מה קורה – פשוט צריך לשאול האם בן/בת הזוג מסכימים. זה לא דורש עלויות/זמן אדירות. בלי קשר לספק, צריך לברר.
2. נקודת המבט השנייה, באה וטוענת כי דינמיקה של אינטראקציה מינית לא עובדת כך – בהרבה פעמים עצם השאלה תקטע את הזרימה ותוביל לתשובה שלילית.

מה שקורה בעצם בפסיקה ב-20 שנה האחרונות זה ניסיון לייצר שינוי תרבותי לגבי איך מתרחשת הדינמיקה שמובילה ליחסי מין. זה לא דין הטבע שיעשה בלי לברר – החברה התרגלה לכך, וניתן להרגילה לדרך אחרת, וטוב שכך, כי המון נשים נפגעו ממעשים אלו, וכל מי שיפגע מכך הם גברים בודדים שלא יצא להם אינטראקציה מינית – יש עלות מול תועלת.

אנשים שנמצאים בסיטואציה אפורה ולא יודעים האם יש הסכמה – **לשאול ולברר**.

למעשה, הפסיקה בפסקי דין כמו טייב ואזולאי, בלי לומר זאת, מאמצת גישה מאוד דומה לגישתו של קוגלר. מכיוון שהפסיקה עושה זאת בדרך של פרשנות לדוקטרינת עצימת העיניים (ס' 20 1 (ג)), עשוי להיות מצב שבפסק דין עתידי גישה זו תיושם בהקשר של עבירה האחרת, למרות שברור שזאת לא כוונת השופטים. באזולי ובטייב השופטים רוצים להתמודד עם סוגיית ההסכמה החופשית.

לכן המרצה אומר כי הדרך הנכונה באזולי ובטייב הייתה פירוש ההגדרה "הסכמה חופשית", ולא דרך עצימת עיניים.

**תחולת דוקטרינת עצימת העיניים על עבירות מחדל**

גם כאן, נראה כי קיימות 2.5 גישות.

האם דוקטרינת עצימת העיניים צריכה לחול על עבירות מחדל? קיימת כאן בעיה מיוחדת, מהסיבה שבעבירות מחדל אנו דורשים מהאדם לבצע פעולה – אם הוא לא יפעל הוא מבצע עבירה.

1. **העמדה המתנגדת להחלה** - החלה של דוקטרינת עצימת העיניים על עבירות מחדל, **מרחיבה מאוד** את היקף הסיטואציות שבהן אנו דורשים מהאדם חובה אקטיבית לפעול, וכתוצאה מכך יש כאן פגיעה בזכות לחירות, ובעיקר בעקרון החוקיות.
2. **העמדה שתומכת בהחלת דוקטרינת עצימת העיניים על עבירות המחדל**:
3. **טענה פורמליסטית** – שום מקום בס' 20 (ג) 1 אומר כי הסעיף חל רק על עבירות עשה.
4. **טיעון מהותי** – המטרה של עבירות מחדל היא לגרום לאנשים לעשות דברים. אם לא נחיל בהקשר של עבירות אלו את דוקטרינת עצימת העיניים נסכל את התכלית של עבירות אלו. בד"כ אנשים חושדים ולא יודעים – ואם לא נחיל את דוקטרינת עצימת העיניים, לא רק שהאדם לא יפעל, אלא בכלל ימנע מלברר את הסיטואציה. במקום לעודד פעולה אקטיבית, עבירות אלו יעודדו פעילות פאסיבית במיוחד.
5. **עמדת הפסיקה** – באופן כללי דוקטרינת עצימת העיניים **חלה גם על עבירות מחדל**, **אבל** תיתכנה עבירות מחדל ספציפיות שלגביהן יקבע בפסיקה שדוקטרינת עצימת העיניים לא חלה עליהן. קביעה זו (שייתכנו עבירות חריגות) נקבעה בביהמ"ש העליון בנוגע לעבירת **אי מניעת פשע**.

הוויכוח בנוגע להחלת דוקטרינת עצימת העיניים בהקשרם של עבירות המחדל מתעורר באופן חד סביב **פסה"ד מרגלית הר-שפי**

מרגילת הר-שפי מועמדת על עבירה של **אי מניעת פשע** - עבירה שאומרת שאם אתה יודע שאדם זומם לבצע פשע , עליך לנקוט בכל האמצעים הסבירים בכדי למנוע את הפשע (להתקשר למשטרה).

מרגלית הר-שפי באה וטוענת, כי היא לא האמינה שיגאל עמיר מסוגר לבצע את הרצח, ולכן לא רק שלא ידעה, אלא גם לא חשדה.

**ביהמ"ש דוחה לחלוטין את טענתה**. הוא קובע שעובדתית, לא רק שהיא חשדה, היא **גם ידעה**.

יחד עם זאת, באוביטר, מתעוררת השאלה: האם ראוי להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים על עבירות מחדל באופן כללי, ועל עבירת המחדל של אי מניעת פשע באופן ספציפי?

ברמה הפרקטית, אנו בעצם שואלים האם אנו דורשים מאדם להתלונן במשטרה גם כשהוא חושד שאדם אחר זומם לבצע פשע?

אלה שמתנגדים להחלת דוקטרינת עצימת העיניים על העבירה הזאת, בנוסף לכל הטיעונים הכלליים, מצביעים על מספר טיעונים ספציפיים שרלוונטיים לעבירה (החלת עבירת עצימת עיניים):

1. **בעיה ראשונה** - האופי הייחודי של העבירה. עבירה זאת מייצרת חובת בילוש שחלה לגבי כל תושבי מדינת ישראל. מספיק שאני חושד שמישהו זומם לבצע עבירה – מיד תקום עליי החובה לברר.
2. **בעיה שנייה** – הנזק החברתי של עבירה כזאת. אנו מעודדים את תושבי מדינת ישראל להגיש ללא הפסקה תלונות אחד כלפי השני במשטרה. יש לכך מחיר חברתי, האם זאת החברה שאנו מעוניינים לחיות בה?
3. **בעיה שלישית** – הקושי לברר מה אנשים זוממים. לדעת מה בן אדם זומם זה לא כל-כך פשוט. ניתן לטעון כי ברמה הפרקטית ניתן לפנות למשטרה אם יש כל חשד, אבל כיצד המשטרה תברר?

מנגד, יש מלומדים שמבקרים את פסה"ד, ביניהם קרמניצר (מחשובי מלומדי המפשט הפלילי בישראל). מוטה קרמניצר מבקר את קביעותיו של חשין בכמה דרכים:

1. **מבחינת עיקרון החוקיות** זה מאוד בעייתי שביהמ"ש מתחיל להחריג את תכולת הסעיף הכללי (ס' 20 ג' 1) על עבירות ספציפיות. כל מטרת החלק הכללי הוא להיות כללי, והמחוקק הוא זה שצריך להחליט אם להחריג דברים או לא ממנו.
2. אי ההחלה של דוקטרינת עצימת העיניים בנוגע לעבירה של אי מניעת פשע – בעצם **מרוקנת את העבירה מתוכן**. קיימים מקרים מאוד חריגים בהם אנשים ממש יודעים – בד"כ זה רמות של חשד, ולכך בפועל, כמעט בכל המקרים, העבירה פשוט לא תהיה רלוונטית.
3. יש לנו אינטרס מאוד חזק להחיל את הדוקטרינה של עצימת העיניים על העבירה של אי מניעת פשע, והוא **מניעת הנזק שנגרם מהפשע**. פשעים אלו עבירות חמורות (מרגלית הר-שפי – פגיעה בחיי אדם).
4. הנתון הרלוונטי באמת הוא **אפשרות קרות הפשע**.

ניתן לדמיין 2 סיטואציות: בראשונה, אני יודע בוודאות שאדם הולך לבצע פעולה מסוימת, רק שאני לא בטוח אם מדובר בפשע או שלא.

בסיטואציה השנייה, אני בטוח שמעשה מסוים הוא פשע, אבל איני בטוח אם האדם יבצע את המעשה (אני רק חושד)

בשני המקרים – האינטרס שלנו זהה. אנו רוצים שהאדם יברר את המצב לאשורו. אם מדובר בהסתברות לביצוע פשע – עליו לנקוט באמצעים הסבירים למניעתו. דא עקא, אם נאמץ את גישתו של חשין (אי החלת עבירת עצימת העיניים על עבירת אי מניעת פשע), נוצר הבדל משפטי בין 2 המקרים.

אי החלת עבירת עצימת העיניים דורשת מודעות לגבי הנסיבות. לכאורה במקרה שבו אני יודע שהאדם עשוי לעשות מעשה אך איני יודע אם מדובר בפשע – יהיה עליי לבדוק. לעומת זאת, כאשר אני יודע שזה פשע אבל לא בטוח אם האדם יבצעה או לא – אני יכול לשחק אותה ראש קטן.

קרמניצר אומר כי אין שום סיבה לעשות הבחנה בין 2 סיטואציות אלו.

**טעות במצב הדברים**

טעות במצב הדברים עוסקת בסיטואציה שבה אין חשד. אדם לא מודע להתנהגות או לנסיבות, כי הוא חושב שהסיטואציה שונה ממה שהיא באמת.

**דוקטרינת טעות במצב דברים - ס' 34 י"ח:**

*"(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)."*

הדוקטרינה עוסקת בסיטואציה הזאת, והיא אומרת שאם אדם טעה במצב הדברים, תהיה לו הגנה.

**עבירת הביגמיה** – קובעת שזו עבירה עבור נשוי הנושא אישה אחרת. "נשוי" זה נסיבה, "נושא" זה התנהגות, "אישה אחרת" זו נסיבה – **עבירה התנהגותית**.

נניח שאני מתחתן עם אישה אחרת, אבל חושב שאיני נשוי (היו מקרים כאלו בשנות ה-50), זוהי טעות במצב דברים – אני חושב שאיני נשוי, אך בפעול אני נשוי.

נבוא ונשאל – רגע, אז למה צריך את הסעיף הזה? מהו הוא מוסיף לדרישה הכללית של מחשבה פלילית?

1. סיבה ראשונה לצורך בסעיף זה – **סייגים מדומים**
2. סיבה שנייה – **קטגוריית הנסיבות** (מוסברת בסיפא של ס' (א))

**סייגים מדומים**

מעשה של נער בפסגת זאב שרוצה להתאבד, ומכיוון שהוא פוחד שבשעת מעשה לא יהיה לו את האומץ – הוא יורד למחסום חיזמה, ומנופף בסכין – כדי שיחשבו שהוא מנסה לעשות פיגוע. כך ירו בו ויהרגו אותו. הנער נהרג.

עכשיו יש להסתכל על המאבטח שירה בו – הוא גרם למותו של אדם בכוונה תחילה. לא התקיימו נסיבות של הגנה עצמית לאמיתו של דבר (הבחור רק נפנף בסכין כדי שירו בו).

מה שמסיר את האחריות הפלילית מאותו מאבטח זה ס' 34 י"ח – דוקטרינת הטעות במצב הדברים. זאת בגלל שהוא דימה שהוא במצב בו לא מוטלת עליו אחריות פלילית.

**קטגוריית הנסיבות - מוסברת בסיפא של ס' (א)**

נניח מצב בו יש 2 עבירות בדין הישראלי – האחת עוסקת ביחסי מין עם קטין/קטינה מתחת לגיל 14, שעליה העונש חמור יותר, והשנייה עוסקת בקיום יחסי מין עם קטינה/קטין בין הגילאים 14-16.

נניח שיש ילדה בת 13 ו11 חודשים (מתחת לגיל 14) שמשקרת למישהו, ואומרת לו שהיא בת 15.5.

על פי ס' 34 י"ח, לא יהיה ניתן להרשיע את הנאשם, כי הוא לא היה מודע לנסיבה כי הקטין מתחת לגיל 14. במידה ואין לנו את ס' 34 י"ח, לא ניתן להרשיע את הנאשם בעונש הקל יותר – כי לא מתקיים הרכיב ביסוד העובדתי (גיל 14-16).

מה שמאפשר לנו להעמיד לדין את הנאשם על העבירה החמורה פחות – זה הסיפא של ס' (א): *"הנאשם דימה מצב עובדתי שבו מתקיימים כל רכיבי היסוד העובדתי של העבירה המקלה יותר".*

**דוגמא נוספת –** יש אדם שמסתובב ליד שעוני המים של בנייני, אני אומר לו ללכת, והוא לא מוכן. אני מרביץ לו ומשליך אותו מחוץ לבניין. בדיעבד מתברר שהוא עובד המשרד של התשתיות הלאומיות שאחראי לבדוק כי שעוני המים מתפקדים.

נניח בארץ יש 2 עבירות – תקיפה (קלה יותר) ותקיפת עובד ציבור (חמורה יותר).

בהנחה שלא היה מתקיים ס' 34 י"ח – לא ניתן להעמיד אותי לדין על תקיפת עובד ציבור, כי לא מתקיים היסוד הנפשי. ניתן עם זאת להעמיד אותי לדין על הסעיף הרגיל – "תקיפה".

**הסעיף לא נועד להתמודד עם סיטואציות בהן אני חושב שאני מבצע מעשה פלילי ובפועל לא כך**. **לדוגמא** – כאשר מישהו שוכב עם מישהי שהוא חושב שהיא בת 13, ובפועל היא בת 18, הסיפא של ס' 34 י"ח (א) לא נועדה לעסוק במקרים אלו – לא ניתן להעמיד אותי לדין – כי לא ביצעתי עבירה.

בסופו של יום, גם דוקטרינות טעות במצב הדברים וגם דוקטרינת עצימת עיניים קובעות האם להרשיע או לא להרשיע אדם, למרות שלא קיימת מודעות מלאה לכל הנסיבות ולהתנהגות.

08.05.17

**שיעור 10 – כוונה, מטרה, כוונה תחילה ומניע (מתרגל דביר הולנדר)**

מטרת העבודה הייתה לסגור אותנו על היסוד העובדתי וקש"ס..

לא התחילו לבדוק את העבודות – אבל המרצה אומר שהכל טוב. בכללי לשיעור לא צריך להיעלב המרצה מצטער שהוא לא אמר שצריך להגיש בלי קלסרים וניילוניות. לעבודות הבאות לא צריך קלסרים וניילוניות, לא צריך עבודה בצבע. צריך לבצע יישור שורות. צריך לכתוב ברור, מילים בעברית. להסביר את עצמנו כמו שצריך.

המרצה מציג בפנינו עבירה ומחליט לנתח אותנו איתה.

*"איש פנים בחברה העושה שימוש במידע פנים המצוי בידו, או מעביר המידע כל דרך, הן במישרין והן בעקיפין, לאחר העושה בו שימוש, וזאת בניגוד להוראות סעיף קטן (א), דינו..."*

איש פנים בחברה – נסיבה

העושה שימוש – מעשה

במידע פנים המצוי בידו – נסיבה

או מעביר מידע כל דרך – מעשה (חלופה לדרך עבירת העבירה)

הן במישרין והן בעקיפין – נסיבה המתארת את המעשה

לאחר העושה בו שימוש – למרות שזה נראה כמו תוצאה, מדובר בתיאור נסיבתי (העבירה היא עבירה התנהגותית). מדובר בעבירה קשה (סעיף (ג) לאחריו מדבר על תוצאה, אבל לא החלק הראשון של העבירה)

ההבדל בין הנסיבה לתוצאה הוא מאוד אפור, אבל זה לא תוצאה. זה פשוט צובע את העבירה בצבע שחור. **העבירה הזאת כמובן לא תהיה במבחן**, אבל המרצה לא מחויב להביא עבירות מחוק העונשין. המסקנה של השיעור היום היא שהכול בסוף זה **הבנת הנקרא**.

יש כל מני מושגים שאנו לא יודעים מה ההבדל ביניהם – כוונה, כוונה תחילה, כוונה מיוחדת, מניע, מטרה... לא סתם אנו מתבלבלים ביניהם – החוק בעצמו מבלבל בין מושגים אלו.

בעקבות החוק גם הפסיקה מאוד מתבלבלת.

**מחשבה פלילית** היא מודעות למעשה, לנסיבות ולתוצאה. בנוסף, צריך לבדוק מה היה היחס שלך לגרימת התוצאה – **רכיב חפצי**.

יש לנו מספר רכיבים חפציים:

1. **כוונה** – אני הנאשם רוצה שהתוצאה תקרה.
2. **פזיזות** –

**א)** **אדישות** - אני אדיש לתוצאה. לא אכפת לי שהיא תקרה.

**ב)** **קלות דעת** - אני לא רוצה שהתוצאה תקרה, אבל אני לא עושה הרבה על מנת למנוע אותה.

חריגים לכך זה עבירות הרצח ועבירות התוצאה.

**כוונה** – מתייחסת לאלמנט ביסוד הנפשי (הרכיב החפצי) של "המחשבה הפלילית", שקיימת בעבירות התוצאה.

**לדוגמא:** *"הגורם לאדם חבלה חמורה שלא כדין, מתוך* ***כוונה*** *לגרום לו חבלה חמורה..."*

כשאתה תגיע לרכיב החפצי לא מספיק קלות דעת – התביעה תצטרך להוכיח שהייתה כוונה ברורה.

אם פוגשים בעבירה תוצאתית ובמילה כוונה, אנו יודעים שהרכיב החפצי ביחס לתוצאה חייב להיות כוונה. הכלל הוא שאם זו עבירה תוצאתית שלא אומרת כלום ביחס לרכיב החפצי – מספיקה לנו קלות דעת – העבירה תגיד שמספיק אדישות או קלות דעת לקיום העבירה.

**הרציונל ביצירת עבירות שדרישת הסף המינימאלית שלהן היא כוונה ולא פזיזות**:

1. המחוקק סבור שרמת האשמה כשמדובר בפזיזות אינה מספיק גבוהה כדי להצדיק אחריות פלילית - אם אני הייתי רק אדיש להתרחשות התוצאה/קל דעת – אני לא מספיק אשם.

**לדוגמא** – ס' 144 ב'

1. דרישת הכוונה נשענת על הכוונה והרצון שלא לפגוע יתר על המידה בזכויות האזרח.
2. יש עבירות שבהן הערך החברתי המוגן נפגע רק כאשר האדם פועל בכוונה

צריך לשים לב שהעבירה הראשונה במצגת בעמוד זה היא לא עבירה תוצאתית – אין צורך להוכיח שאדם נקט בגזענות. העבירה השניה היא תוצאתית, כי יש שריפה.

**מטרה/כוונה מיוחדת** - סוג מיוחד של עבירות, בהן בנוסף לאלמנטים הרגילים של היסוד הנפשי, נדרש גם **יסוד נפשי חפצי מיוחד** שלא מתייחס לתוצאה, אלא לסוג של יעד עתידי שהעבריין היה רוצה שיקרה בעקבות ביצוע העבירה (מבלי שמתחייב שהיעד האמור יהיה התוצאה בפועל של ההתנהגות).

עבירות אלו מנוסחות בתבנית של: **העושה X ב(כוונה) לY**-. לא תמיד משתמשים במילה בכוונה.

**לדוגמא:**

**ס' 192** – **איומים** *"המאיים על אדם בכל דרך שהיא.... בכוונה להפחיד את האדם...."*

מדובר בעבירה התנהגותית, אין דרישה שהאדם יפחד.

מאיים – המעשה.

על אדם בכל דרך שהיא – נסיבות.

יסוד נפשי – נצטרך להוכיח **מודעות** למעשה. צריך להיות מודע לכך שאתה מאיים על אדם.

עם זאת, העבירה אומרת שהיסוד הנפשי לא נגמר פה. הייתי צריך לאיים על אותו אדם מתוך כוונה להפחידו. אני רציתי שהאדם יפחד – אם צעקתי על אדם אבל לא התכוונתי לגרום לו לפחדים, ולא התקיים היסוד הנפשי, לא התקיימה העבירה. מדובר בעבירה התנהגותית ללא תוצאה אבל עם יסוד חפצי.

בעקרון, בעבירות ללא תוצאה, יש לנו מעשה ונסיבות. אז ממילא ביסוד הנפשי נצטרך להוכיח מודעות למעשה ולנסיבות. אלו הן רוב העבירות ההתנהגותיות. עם זאת, לפעמים, החוק דורש גם שלנאשם יהיה רכיב חפצי – מטרה להשיג משהו, כמו בשביל למכור גופת חיה, או לאיים. כשיש מטרה להשיג משהו, החוק למעשה אומר לנו שצריך להוכיח גם כוונה לאותה מטרה של האדם.

לרוב עבירות מטרה הן עבירות התנהגותיות, אבל זה לא מתחייב. יש גם עבירות תוצאתיות של עבירות מטרה – ושם זה הרבה יותר טריקי:

ס' 397 - *"ההורג חיה הניתנת להיגנב בכוונה לגנוב את העור או את הגופה או חלק מהם, דינו כאילו גנב את החיה (4 שנים)"*

ההורג: מעשה + תוצאה

חיה: נסיבה

הניתנת להיגנב: נסיבה

בכוונה לגנוב את העור או את הגופה: מטרה

**ביסוד העובדתי** (יס"ע) יש לנו **מעשה** (גרימת הרג, הגורם), **נסיבות** (העובדה שמדובר בחיה הניתנת להיגנב), ו**תוצאה** – המוות של החיה.

**ביסוד הנפשי** (יס"נ) יש לנו **מודעות למעשה** (צריך להיות מודע לכך שאתה הורג חיה), **מודעות לנסיבות** (להיות מודע לכך שזו חיה שניתנת להיגנב) **ומודעות לתוצאה** (שאתה גורם למוות של החיה).

עכשיו צריך להוכיח את **הרכיב החפצי** (כוונה, פזיזות – אדישות/קלות דעת) **של התוצאה**. במקרה הזה זה קלות דעת. **כאשר העבירה שותקת** (וכאן העבירה ביחס לתוצאה שותקת) **כל מה שצריך להוכיח זו קלות דעת.** עם זאת – העבירה אומרת שכל זה נעשה בשביל מטרה – גניבת העור, הגופה או חלק מהן. **לכן נצטרך להוכיח רכיב חפצי של קלות דעת ביחס לתוצאה + מטרה.**

**איך מזהים עבירות מטרה?**

ס' 90 א' (2) – סעיף ממש גרוע של המחוקק (המרצה מקריא את הסעיף).

*(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*

סעיף זה למעשה אומר שאם העבירה אומרת את המונח בכוונה (לא רק), **אבל** כשהיא אמר בכוונה – היא לא התייחסה לתוצאת העבירה, יתפרש המונח כ**מניע** שמתוכו נעשה המעשה, או כמטרה להשיג ידע שנקבע בעבירה לפי ההקשר.

קיימות 2 צורות של עבירות מטרה:

1. עבירת מטרה יכולה להיות **צורה מוחמרת**. כמו עבירה מוחמרת של פזיזות.

**לדוגמא** – ריגול חמור: כאשר מישהו **התכוון** לפגוע במדינה בפעולתו, דינו מאסר 15 שנים. מטרה בעצם גורמת לצורה מוחמרת של העבירה.

1. **עבירות בסיס בפני עצמן** (כמו עבירת האיומים – אם לא התכוונתי להפחיד, בעצם לא איימתי) מדובר במקרים והתנהגויות שהמחוקק חייב עוד אלמנט ביסוד העובדתי כדי לצבוע את המעשה בשחור כדי שהיא תחשב כעבירה.

דוגמאות למילים שמשומשות בחוק לתיאור כוונה: **"כדי ולשם".**

החוק משתמש במילים "כדי ולשם" כמילות כוונה ומטרה שיכולות להיכנס ליסוד הנפשי.

1. אם יש לנו עבירה תוצאתית, והמילה כדי מתארת יחס בקשר לתוצאה – זה המקרה הקלאסי. המילה כדי באה לתאר רכיב חפצי של כוונה.
2. אם המילה כדי מתארת כוונה שלא מתקשרת לתוצאת העבירה – היא מבססת לנו עבירת מטרה.
3. אם המילה כדי/לשם מתייחסת למניע – היא יכולה לשמש כמניע לעבירה.

**ס' 348 – מעשה מגונה**

*"מעשה* ***לשם*** *גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים"* - המילה לשם מגדירה יסוד של מטרה.

**ס' 173 – פגיעה ברגשי דת**

*"מפרסם פרסום* ***שיש בו כדי לפגוע*** *פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים..."*

מפרסם פרסום – מעשה.

שיש בו כדי לפגוע – זה לא מטרה, אלא נסיבה. זה מתאר את הפרסום. המרצה הביא בכוונה את החוק הזה – כי אין כללים ברורים. לא צריך להכניס את זה לתבניות ברורות, אין מנוס מהבנת הנקרא ולהבין מה העבירה רוצה. מדובר בנסיבה שמתארת את הפרסום.

לא יהיה צריך להוכיח כאן מטרה – וזאת דוגמא למשהו ממש קריטי.

**מניע** – הגורם הנפשי שהוביל את האדם לבצע את העבירה

עוד מונח שיכול להופיע בעבירות. **מטרה מתייחסת לעתיד, ומניע מסתכל על העבר** (למה ביצעתי את העבירה).

בעבר בס' 16 של החוק (לפני תיקון 39 לחוק), היה כתוב שאין דבר כזה מניע לעניין עבירות פליליות. זה לא שינה למה ביצעתי את העבירה. זה אולי היה רלוונטי לעונש, אבל לא קיום העבירה.

לאחר תיקון 39, עשו 2 דברים:

1. ביטלו את ס' 16 – לא מעוגן בחוק שאין מניע.
2. החוק בעצמו הכיר במניע, וזה סוג של עבירת מטרה.

אז נוצר ויכוח בין המלומדים – **האם יש דבר כזה מניע?**

יש עבירות שבמפורש אומרות שצריך לעבור את העבירה עם מניע מסוים –ועל עבירות אלו אין מחלוקת (גם סעיף 16 הכיר בזה, למרות שהוא אמר שאין מניע).

לדוגמא, **ס' 144ו(א)** -

*"144ו.(א) העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א'1 או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר".*

העבירה בעצמה אומרת שאם אני אעבור את העבירות מתוך מניע של גזענות, אז יוכפל העונש. אין מחלוקת שיש כאן מניע.

אבל מה קורה כאשר סעיף החוק לא אומר במפורש שיש מניע? (מתאר את את הרקע שגרם לך לעבור את העבירה)? יש כאלה שאומרים שלא השתנה כלום למרות הלקונה של ס' 39 – וכשהחוק רומז למניע, הוא מתכוון למטרה – לא משנה מה התכוונת, אלא מה אתה רוצה להשיג בעתיד.

**לדוגמא** – ס' 167 - עבירה של פגיעה בדגל או סמל של מדינה ידידותית.

*"המוריד או הורס, בפומבי, דגל או סמל של מדינה ידידותית, או עושה מעשה אחר לפגוע בהם, והכל בכוונה להביע איבה או בוז לאותה מדינה, דינו - מאסר שלוש שנים".*

מדובר בעבירה שלא כוללת את המילה מניע, ואנשים אומרים ש"כוונה להביע איבה" זו מטרה – ואין מניע, אבל יש כאלו שאומרים שתיקון 39 הכניס בכוונה מניע לחוק הפלילי, וכעת אם העבירה מתארת את הרקע שגרם לאדם לעבור את העבירה, התביעה חייבת להוכיח את הרקע הזה (את המניע). במקרה של ס' 167 – "בכוונה להביע איבה או בוז למדינה" מתייחסת לרקע של האדם עם אותה מדינה.

הלכת הצפיות אומרת שאם צפיתי את התקיימותה של תוצאה מסוימת ברמת מסוימת– זה שקול לכך שהייתה לי כוונה. אני לא יכול לשרוף בית ולומר כי לא התכוונת להרוג אנשים - אפשר לומר שהתכוונתי. **עם זאת** – צפיות זה משהו עתידי. אני צופה שבעקבות המעשה שלי תתרחש תוצאה – וזו בדיוק הנפקא מינה (ההשלכה המעשית) ביניהן.

**לא ניתן יהיה להחיל את הלכת הצפיות אם מתייחסים למניע** – כי מניע מתייחס ל**עבר** של העבירה, והמטרה מתייחסת לעתיד.

(שיעור הבא יעסוק בהלכת הצפיות ויפרט זאת בצורה רחבה יותר).

**יסוד נפשי של כוונה תחילה** – יסוד נפשי מיוחד בנוגע לעבירה של "רצח" במובן הקלאסי

המרצה מקריא מחוק העונשין – **ס' 300 – רצח**

*"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.*

*(ב) מי שהורשע ברצח לפי סעיף 2(ו) לחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, תש"י-*

*1950, דינו – מיתה".*

אנו בטוח מכירים סיפורים על רצח שלא הביאו מאסר עולם לנאשם – כי יש חריגות, אבל ה-Default הוא שמקבלים מאסר עולם.

התייחסות המרצה לסעיפים:

1. מזיד = אין משמעות למילה מזיד. נשאר בדין האנגלי/עות'מאני. לא מדובר בכוונה אלא בקלות דעת (הכי נמוך במדרג). המרצה לא מבין למה סעיף זה הוא רצח – אם בקלות דעת גרמתי למות אבי/אמי/סבתי המרצה, זה לא נראה כמו רצח, אבל כך זה מוגדר.
2. הסעיף הקלאסי
3. מזיד – לא כוונה
4. המרצה גם מתקשה להבין.

סעיף 2 מדבר על כוונה תחילה – ואז זה ייחשב לרצח.

סיכום היסוד הנפשי הדרוש לעבירת הרצח:

רצח זו עבירה התנהגותית. צריך מודעות להתנהגות, מודעות לנסיבות ומודעות לתוצאה – מודעות לכך שנגרם מוות. עם זאת, ברכיב החפצי בעבירת הרצח – נדרשת **כוונה תחילה**.

**כוונה תחילה – הגדרה**

*301. (א) לענין 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) לענין ההחלטה וההכנה להמית, אין נפקא מינה אם החליט להמית את האדם*

*או את מישהו, מסויים או בלתי מסויים, מבני משפחתו או מבני גזעו.*

*(ג) כדי להוכיח כוונה תחילה אין צורך להראות שהנאשם היה שרוי בהלך נפש*

*מסויים במשך זמן פלוני או תוך תקופה פלונית שלפני ביצוע העבירה או*

*שהמכשיר שבו בוצעה הוכן בזמן פלוני שלפני המעשה.*

הסעיף בא להגיד לנו את מה שהפסיקה עשתה לבד – לא נחשוב ולא נחפש X זמן שבו הנאשם הכין את עצמו לרצח, או שהוא חייב להכין את המכשיר שבאמצעותו הוא יהרוג יומיים/שעה לפני הרצח. החוק משאיר בצורה סתומה כמה זמן צריכה להיערך ההכנה.

**לסיכום יסודות כוונת התחילה**:

1. **החלטה להמית**:
2. צפיית האפשרות. דומה להלכת הצפיות – אם צפיתי אז החלטתי להמית.
3. רצון שהתוצאה תתגשם.

כרגע – נראה כי אין הבדל בין כוונה להחלטה להמית. ההחלטה להמית יכולה להתפתח שניות לפני המוות – וההתגבשות יכולה להיות ספונטנית. בתי המשפט אומרים כי זה יכול להיות החלטה להמית גם אם מדובר בעניין של מאית השנייה.

1. **הכנה** – החוק אומר שצריך שתהיה לי איזושהי הכנה להריגה. בתי המשפט אומרים כי ההכנה יכולה להיערך מאיות בודדות. גם ההכנה נשחקה לגמרי – והיא יכולה להתרחש ממש ממש בסמוך למוות. בשנייה שהוצאתי, שלפתי והתקרבתי לאדם – זה נחשב להכנה.
2. **היעדר התגרות** – הרכיב המעניין יותר שבתי המשפט יתכתשו איתו יותר.

נדרש שהנאשם רצח ללא שיקול דעת, יישוב דעת, קור רוח ושליטה עצמית.

בתי המשפט שחקו את עבירת הרצח בצורה כה משמעותית, שמרבית מרכיבים אלו נשחקו.

**פסה"ד היילו (אתיופי נאנס חנק ורצח)**

יונתן היילו היה בחור אתיופי, שהיה ילד "הכאפות של השכונה", והוא הרג את האדם שהתעלל בו. שבועיים לפני הרצח, היילו תיאר שבוצע אונס כלפיו על ידי המנוח. בלילה של האירוע כולם היו שיכורים. ירון קרא להיילו לבוא מאחורי הפיצוצייה, ואיים עליו כי הוא חייב לו כספים. היילו הרגיש כעס וזעם, והרג את ירון.

**ביהמ"ש המחוזי** הרשיע אותו ברצח, ו**ביהמ"ש העליון** זיכה אותו מרצח והרשיע אותו בהריגה.

פסה"ד הזה מעלה שאלות בנושא של היעדר קנטור/התגרות.

רוב פסה"ד מתבסס על פסה"ד ביטון, כאשר הדגש העיקרי הוא שקיים מבחן כפול – אובייקטיבי וסובייקטיבי.

**המבחן הסובייקטיבי** על פי השופט ברק – היעדר שקילה מוסרית = התרחש כאן קינטור ואין עבירת רצח. אם הייתה לי שקילה מוסרית, אז בעצם לא היה קנטור מצד הנרצח, ואני נחשב לרוצח. אם לנאשם הרוצח הייתה העדר שקילה מוסרית - כלומר החלטה ללא שקילת התוצאות המוסריות במעשה ההמתה, התקיים העדר קנטור.

**השקילה המוסרית** - השופטים אומרים כי זהו באמת ההבדל בין כוונה תחילה לכוונה. זה מה שצובע את הרצח. אם הנאשם הבין לגמריי מה הוא עושה והוא בכל זאת עשה זאת, הוא רוצח. ברור שבעבירת ההריגה האירוע כל-כך ספונטני כך שאין שקילה מוסרית. לכן שקילה מוסרית עולה בעיקר סביב סוגיית הקנטור. **השקילה המוסרית היא המבחן הסובייקטיבי של היעדר קנטור**.

**המבחן האובייקטיבי** – יש הרבה ביקורת של מלומדים שאנו מכניסים ליסוד הנפשי מבחן אובייקטיבי. כל הקטע של מחשבה פלילית היא להיכנס לרוחו ונפשו של הנאשם. מה שהשופט ברק עושה בהכנסת הבחינה הסובייקטיבית של הרוצח הסביר, הוא למעשה הכנסת מימדים אובייקטיבים ליסוד הנפשי, ועל כך יש הרבה ביקורת.

**האדם הסביר** – האם האדם מן היישוב היה אמור לאבד את השליטה העצמית ולנהוג בדרך שבה נהג הנאשם.

ההצדקה לכך היא יצירת **איזון**, כך שמחד, לא כל אדם חמום מוח שמאבד את השליטה על עצמו בלי שום סיבה יזכה להיות לא רוצח. האדם הסביר לא היה דוקר בגלל תפיסת חנייה – ובגלל שהמבחן האובייקטיבי לא התקיים – אתה רוצח, למרות שהמבחן הסובייקטיבי התקיים.

מצד שני – הוא כן מאפשר פתח לאדם הסביר להיחשב כאילו התגרו בו.

בפסק דין היילו, נקבע שהמעשים של ירון כן נחשבו לקנטור. ברור שיונתן היילו בעצמו מבחינה סובייקטיבית לא שקל שקילה מוסרית כשהוא קפץ וחנק. הכל הצטבר לו, הדם רתח. גם האדם הסביר על פי השופט מלצר בנסיבות של היילו – היה רואה במעשיו של ירון כקנטור, ולכן יונתן היילו זוכה מרצח. שאלה נוספת שהועלתה היא "**קנטור מתמשך**" – ובמקרה הנוכחי מלצר קובע שהיה.

**הערות אחרונות לשיעור:**

יש המון ביקורת על עבירות ההמתה בישראל, בעיקר לכלליות. החוק לא מתחשב בכל מיני נסיבות מיוחדות –

1. הוא לא עושה הבחנה והניתוח ברכיב החפצי – להריגה מספיקה קלות דעת.
2. המתת חסד – הייתה ביקורת ספציפית על כך.

הייתה וועדה בראשות פרופסור קרמניצר שהמליצה לבצע 2 סוגי עבירות רצח:

1. כאשר יש **רצח בנסיבות מחמירות** – כאשר הנסיבות הן אלו שהופכות את הסיפור לרצח מסוג זה, ולא היסוד הנפשי – חובה לתת מאסר עולם.
2. לצידה יש **עבירת רצח בסיסית** – עד מאסר עולם. ככל שאומרים שצריך כוונה – זה מקשה על ההרשעה. לכן רצו לחייב כוונה – שלא יהיה דבר כזה "רצח באדישות". מצד שני הפרקליטות טענה כי אם אני אדיש לזה שאנשים ימותו, זה מספיק אנטי חברתי כדי לקרוא לי רוצח.
3. **המתה בנסיבות אחריות מופחתת** – עד 20 שנה.
4. **המתה בקלות דעת** – עד 12 שנים.

**לסיכום השיעור**:

דיברנו על מושגים שנוטים להתבלבל ביניהם, והסברנו למה כל מונח מתכוון. החידוש העיקרי של השיעור היה בעיקר עברות מטרה (עבירות מאוד נפוצות **ומאוד סביר שבמבחן תהיה עבירת מטרה**)

ראינו שאין כלל ברור – משתמשים המון במונח כוונה, שיכול להגיע במספר "טעמים". הוא יכול להתייחס לתוצאה או להתנהגות – והכלל הוא ש**אין כלל ברור**. בסופו של דבר צריך **הבנת הנקרא**.

צריך ללכת עם ההיגיון.

15.05.17

**שיעור 11 - פזיזות**

השיעור נלמד על פזיזות, כאשר בעיקר נתרכז בפזיזות מסוג **קלות דעת**.

כפי שאמרנו, **בעבירות תוצאה** צריך להיות מלבד **מודעות** לאפשרות קרות התוצאות, גם **רכיב נפשי חפצי** כלפי התוצאה. עד תיקון 39, היו בעבירות תוצאה עם יסוד נפשי של מחשבה פלילית 2 אופציות בנוגע לאותו רכיב נפשי חפצי:

1. כוונה (שעליה כבר הרחבנו בעבר).
2. פזיזות.

בתיקון 39 הגדירו 2 סוגים אפשריים של פזיזות:

1. קלות דעת.
2. אדישות.

עשו זאת כדי לתת אפשרות עתידית למחוקק לקבוע עבירות שבהן **קלות דעת לא תהיה מספקת**.

**בקלות דעת** חומרת האשמה קלה יותר. מדובר במקרה שבו האשמה חמורה פחות מאדישות. מצב נפשי של קלות דעת הוא מצב נפשי שבו בכלל האשמה היא פחותה מאשר מצב בו עבירה נעשית מתוך מצב נפשי של אדישות.

כיום יש עבירות שבהן לא מספיק פזיזות (נצטרך להוכיח כוונה), ויש עבירות שניתן להוכיח או כוונה או פזיזות, לא משנה איזה סוג של פזיזות (אדישות/קלות דעת). בעבירות שניתן להוכיח כוונה/פזיזות – דיי שנוכיח אחד מהם.

למעשה רמזו למחוקק שיהיה מאוד נחמד אם בעתיד ניצור עבירות שבהן הוכחת פזיזות מסוג קלות דעת לא תהיה מספקת לצורך הרשעה. 23 שנים עברו מאז, והמחוקק עדיין לא הבין את הרמז.

**הגדרת סוגי הפזיזות:**

המרצה מקריא את סעיף 20 (א) (2) לחוק העונשין.

*"20. (א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות*

*הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת*

*מאלה:*

*(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."*

ניתן למעשה להגדיר את הפזיזות ב2 דרכים:

1. **פזיזות מסוג אדישות**
2. **פזיזות מסוג קלות דעת** – מדובר על התנהגות שנעשית מתוך נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות, תוך תקווה למנוע את התרחשותן.

**ההבדל בין סוגי הפזיזות לבין מצב שבו אנו מוכיחים חלופת כוונה (מסתמכים על הלכת הצפיות)**

המרצה מזכיר כי הלכת הצפיות קובעת כי אלא אם הנאשם יוכיח אחרת, צפייה ברמת סבירות קרובה לוודאי לקרות התוצאה = לכוונה לבצעה.

**ההבדל בין חזקת הצפיות לפזיזות מסוג אדישות** - זה שהאדיש לא נמצא במצב בו הוא צופה את התוצאות באפשרות קרובה לוודאי. מדוע? **כי פשוט לא אכפת לו**. לאדיש לא אכפת אם התוצאה תתרחש או לא (הוא נמצא שלב אחד לפני). הוא לא מגיע לשלב שהוא בוחן את אפשרות קרות התוצאות.

**בנוגע לקל הדעת** – זה נכון שהוא צופה את התוצאות, אבל לגביו לא ניתן להניח שהוא פועל מתוך כוונה לגורמן, כי הרכיב בקלות הדעת זה **שהוא מקווה שהן לא יקרו**.

מצב של אדישות ניתן להבנה על ידנו. מדובר במצב רציונאלי – יש גבול למה שאכפת לנו בחיים. לגבי דברים מסוימים אנו אדישים.

עם זאת, המצב הנפשי של קלות דעת במבט ראשון נראה הרבה יותר מוזר. הוא נראה לא רציונאלי.

זאת בעיה - כי המשפט הפלילי מניח שאנשים רציונאליים. זה הבסיס להנחה שניתן להטיל אשם – אנשים בוחרים לעשות מעשים רעים.

לכאורה זה מצב לא רציונאלי – מה זה לרצות שמשהו לא יקרה, אבל לא לנקוט בצעדים סבירים כדי למנוע אותו? זה נראה כסתירה עצמית. זה מצב של חוסר רציונאליות.

בגלל שזה מצב מוזר – אנו נשקיע בו את מרבית השיעור. אנו נתחיל בניסיונות שונים להסביר מיהם האנשים הללו, ובאילו סיטואציות אנו יכולים להיתקל באנשים קלי דעת.

1. **הערכת חסר של הסתברות הסיכון/האמצעים שנלקחים:** קטגוריה אחת של מקרים שבהם אנשים הינם קלי דעת, אלו מקרים שבהם אנשים **מודעים** לאפשרות קרות התוצאות, אבל מעריכים בהערכת חסר את ההסתברות שהתוצאה תקרה, או את סבירות האמצעים. אנו נדבר על סוגי מקרים אלו בהמשך (נדון מהו סיכון סביר בהמשך).

**דוגמא**: מישהי יודעת שיש סיכון שהתינוק ייפול מידיה – אבל או שהיא מעריכה בהערכת חסר שהסיכון יקרה, או שהיא מעריכה בהערכה לא נכונה את הסבירות של האמצעים שהיא לוקחת.

1. **מצבים שבהם רוחב המודעות קיים, אך מידת ההתעמקות היא קטנה. קרן שפירא** אומרת משהו יפה (קריאת רשות) – השיח המשפטי נוטה לשטח את סוגיית המודעות. הוא מתייחס למודעות כמשהו חד מימדי, בעוד שבפועל, מודעות היא דבר רב-מימדי/דו-מימדי.

קרן שפירא אומרת כי צריך להבחין בין רוחב המודעות לעומק המודעות.

**רוחב המודעות** - עוסק בשאלה האם אנו מודעים או לא מודעים להסתברות הסיכון?

**עומק המודעות** - עוסק בשאלה עד כמה אנו מתעמקים במידע שיש בידנו? יש הרבה סיכונים שאנו מודעים לכך שהם יכולים לקרות.

ככל שנתעמק באפשרות קרות סיכון מסוים, כך גדל הסיכוי שננקוט באמצעים סבירים על מנת למנוע אותו. אם אנו לא מתעמקים בו, ככל הנראה לא נשקיע מאמצים רבים למנועו למרות שאנו מודעים לסיכון. **לדוגמא -** נופר מודעת לסיכון שקיים שתינוק שמוקפץ לאוויר ייפול לרצפה – אך היא לא מתעמקת בסיפור הזה, אלא בעניין אחר – הצחוק של התינוק. זו בחירה רציונאלית ולא רשלנות. זה בעצם הקטגוריה השנייה הגדולה של המקרים שבהן עוסקת אדישות.

1. **מקרה יחסית שולי של המהמר המטורף** קיים מקרה נוסף (יותר נדיר) של קרן שפירא – **המהמר המטורף** (לא במובן לא רציונאלי – אלא במובן הסלנג של המילה מטורף).

**לדוגמא:** אני רופא, ובמדף אחד יש לי עשרה בקבוקונים של רעל, ו30 בקבוקונים של תרופה. אני מודע להסתברות הסיכון שאם אשלח את היד בלי להסתכל, אני אקח בטעות בקבוק של רעל (1/4). אני לא קל דעת לאפשרות קרות התוצאה (אני לא רוצה שאנשים ימותו), אבל לאור ההסתברות הזאת זה נראה מאמץ גדול מידי להתחיל לבדוק בקבוק בקבוק, והרופא פשוט שולח את היד.

יש כל מיני סיטואציות בהן זהו המצב – אנו מודעים להסתברות הסיכון, אנו לא רוצים שהוא יקרה, אבל אנו **מתעצלים** לנקוט באמצעים סבירים על מנת למנוע אותו.

אנשים כאלו קיימים, אבל זהו מקרה נדיר. המרצה נותן אותו מכיוון שהוא קטגוריה ספציפית לקבוצת מקרים יותר גדולה (הקטגוריה השלישית של מקרים בהן אנשים הם קלי דעת).

למרצה יש 2 מטרות בכל ההתפלפלות הזאת:

1. יום אחד התעורר המחוקק ואמר כי יש 2 סוגים של פזיזות, כי אולי בעתיד הוא יחליט שיש עבירות שבהן קלות דעת לא מספיקה (כרגע אין עבירות כאלו) ברור שהאשמה בעבירת קלות דעת היא נמוכה יותר מאשר במצב של אדישות, העובדה שאדם הורשע רק בקלות דעת תשפיע יחד עם מכלול הנתונים הנוספים על חומרת העונש.
2. המרצה רוצה להראות שברמה הפרקטית הקו בין קלות דעת שהוא חלק נפשי ממחשבה פלילית, לבין רשלנות שהיא יסוד נפשי אובייקטיבי, הקו הזה ברמה הפרקטית קשה לזיהוי, וההבחנה בו היא סובייקטיבי.

ברמה הפורמליסטית הברורה חשוב להבין כי קלות דעת היא סוג של פזיזות, משמע היא רכב נפשי שרלוונטי לעבירות של אשם סובייקטיבי.

לעומת זאת, רשלנות היא יסוד נפשי אובייקטיבי. כלומר, ברמה התיאורטית בדין הישראלי מדובר ב-2 חיות שונות לחלוטין.

הזרקור שקרן שפירא מפנה להבדל בין רוחב המודעות לעומק המודעות הוא חשוב, כי הוא ממחיש ניגוד שקיים בין האופן שבו השיח המשפטי הפורמלי נוטה לתאר מצבים נפשיים, לבין המציאות.

האופן שבו השיח המשפטי הפורמלי בד"כ נוטה להגדיר מצבים נפשיים, הוא חד מימדי, בעוד שבמציאות למודעות יש מימדים שונים. הצגה של הרכיב הנפשי באופן חד מימדי – מובילה לתוצאה הפורמלית שקיימת בדין הישראלי, לפיה רשלנות היא חיה שונה לחלוטין מאדישות, שכן רשלנות היא יסוד נפשי אובייקטיבי, בעוד שאדישות הוא סוג של רכיב נפשי סובייקטיבי.

המציאות מראה לנו שיש מצב ביניים – והוא המצב של **קל הדעת**.

קל דעת שמצד אחד יש לו רוחב מודעות (הוא מודע לאינפורמציה), אך הוא לא מתעמק באינפורמציה לה הוא מודע. זהו מצב אמצע בין מצב של מודעות לבין מצב של רשלן שגם לא מודע – שאין לו לא עומק ולא רוחב ידיעה, הוא לא מודע לסיכון בעוד שהאדם הסביר היה מודע.

מה מערכות המשפט עושות עם מצב ביניים זה?

**בדין הישראלי** – מערכות המשפט מותחות קו ברור, ואומרות כי קלות דעת נופלת בצד של יסוד נפשי סובייקטיבי.

**בדין הגרמני** – מערכות המשפט מותחות קו ברור ואומרות כי קלות דעת נופלת כתת קטגוריה של יסוד נפשי אובייקטיבי.

יש מערכות משפט שפשוט מייצרות קטגוריות ביניים של עבירות שלהרשעה בהן נדרשת קלות דעת. למשל, בחלק ממערכות המשפט יש להן דרגות שונות של גרימת מוות. בחלק ממערכות משפט אלו יש עבירה מיוחדת של גרימת מוות בקלות דעת.

**ההבדל בין קלות דעת לבין רשלנות**

המשותף לרשלן ולקל הדעת הוא ששניהם נוטלים סיכון בלתי סביר.

**ההבדל** בניהם הוא שקל הדעת **מודע** לסיכון, רק שהוא אינו מתעמק בו/מעריך לא נכון את סבירות האמצעים שהוא לוקח, או שאינו מעריך נכון את עוצמת הסיכון, בעוד שהרשלן **בכלל לא מודע לסיכון** (האדם הסביר כן מודע, אבל לא הרשלן).

ברמה האנליטית התיאורטית למעשה קיימת הבחנה ברורה וקלה. דא עקא, במציאות ההבחנה הזאת לפעמים מאוד קשה לזיהוי, והמקרים שממחישים זאת באופן הברור ביותר הינם מקרים של

**תאונות הדרכים**.

**פס"ד אגאורד נ' גלפונד**

נהג אוטובוס מבצע עקיפה מטורפת בירידות לערבה, וכתוצאה מתהפך אוטובוס ונהרגים 24 אנשים.

מבחינת יסוד עובדתי – יש לנו 24 סעיפים של גרימת מוות לרשלנות או הריגה (התוצאה קרתה). מדובר בהבדל משמעותי בעונש – הבדל בין 3 שנות מאסר לכל הרוג ו20 שנות מאסר לכל הרוג.

הרכיב העובדתי במקרה זה זהה בשני המקרים, וההבדל הוא היסוד הנפשי והעונש.

כאן מידת העונש תלויה בשאלה האם נקבע שהוא התרשל או היה קל דעת, שזה בסופו של יום תלוי בשאלה האם היה מודע לאפשרות קרות הסיכון?

אם היה מודע – אז אופן הנהיגה שלו זה נקיטת אמצעים בלתי סבירים למנוע את התוצאה, קלות דעת ואז ניתן הרשיעו בהריגה.

אם הוא לא היה מודע (למרות שאדם סביר היה בטוח מודע שזה סיכון לא סביר) – ניתן יהיה להרשיע אותו רק בגרימת מוות ברשלנות.

אין לנו שום דרך להיכנס לנפשו של אדם, ולכן אנו צריכים אינדיקטורים עקיפים כדי להסיק מסקנות לגבי מה יודע האדם. אחד מאינדיקטורים אלו הוא חזקת המודעות הכללית.

**חזקת המודעות הכללית** קובעת שחזקה שאדם מודע להתנהגותו, לנסיבות שבהן היא נעשית, ולאפשרות קרות התוצאות הטבעיות של התנהגותו. החזקה אומרת שככלל אדם מודע להתנהגותו, לנסיבות ולאפשרות קרות התוצאות הטבעיות של התנהגותו. החזקה הזאת פותחה על סמך ההתנהגות של בני האדם באופן כללי – שזה באותה המידה אבן בוחן שמשמשת אותנו להכריע מה יודע האדם הסביר.

כלומר – המרצה אומר כי חזקת המודעות הכללית היא אמצעי שאנו עושים בו שימוש כאשר אנו רוצים להרשיע בעבירות של אשם סובייקטיבי. היא משמשת לנו כאן אמצעי כדי להגיע למסקנה שאדם הוא קל דעת. האדם הסובייקטיבי היה מודע לאפשרות קרות התוצאות. אבל **בפועל**, היא גורמת להבחנה מעשית בין מצבים של אשם סובייקטיבי שנסמכים על רכיב נפשי של קלות דעת, לבין מצבים של אשם אובייקטיבי (רשלנות) – להיות מאוד קשה לזיהוי.

במציאות מאוד קשה לזהות מתי מדובר באשם סובייקטיבי ומתי מדובר ברשלנות.

כאשר מדובר בחזקת המודעות הכללית זה לא חזקה חלוטה – זו חזקה שאדם יכול להפריך. הוא יכול לנסות להוכיח שלא היה מודע לאפשרות קרות הנסיבות הטבעיות של מעשיו. הבעיה היא שברוב המקרים לאדם אין שום דרך להוכיח חוסר מודעות כזאת. כך שבפועל, העובדה שאנו נותנים לו את האפשרות להפריך את החזקה הזאת לא מפחיתה בהרבה את הבעייתיות.

במילים אחרות – הקו במציאות בין אבחון קלות דעת לאבחון רשלנות הוא דק מאוד וקשה לזיהוי.

**במקרה הספציפי** – לאור המהירות, תוואי הדרך, העובדה שהוא נהג אוטובוס וכו'... – קשה לטעון שזה רק רשלנות.

הבעיה בעניין של הנהיגה ספציפית, היא שנהיגה ספציפית היא מצב שבו מצד אחד אנו עושים שימוש בכלי מאוד מסוכן, ומצד שני אנו עושים בו שימוש כל כך הרבה, כך שבד"כ אנו במצב נפשי של קלות דעת אם לא רשלנות, ויהיה קשה לזהות את הקו. אז בפסיקה יתחילו לבדוק פרטים שוליים כדי להצדיק הרשעה לכאן ולכאן.

מערכות משפט אחרות מצאו לכך פתרון – ייצור קטגוריה מיוחדת של עבירות שהיסוד הנפשי שלהן הינו קלות דעת, או לייצר עבירה מיוחדת של גרימת מוות תוך שימוש ברכב (אוסטרליה). באופן מפתיע העונש המקסימלי לעבירה זו הינו באמצע בין גרימת מוות ברשלנות לבין הריגה. בארץ בינתיים לא עשו אף אחד מדברים אלו.

כלל משפטי נוסף שמקשה על ההבחנה בין קלות דעת לבין רשלנות, הוא הכלל שקובע שאדם לא צריך להיות מודע לאופן המדויק שבו יקרה המוות (להשתלשלות האירועים המדויקת שתוביל למוות), מה שעוד יותר מקשה על זיהוי מתי מדובר במצב של אשם סובייקטיבי, ומתי מדובר במצב של אשם אובייקטיבי בלבד.

**דוקטרינת הסיכון הסביר בעבירות קלות דעת**

ס' 20 לקלות דעת: *"קלות דעת היא התנהגות בה אדם נוטל סיכון בלתי סביר"*

הקביעה אם סיכון סביר או אינו סביר (קביעה שגם רלוונטית בעבירות רשלנות) הינה קביעה נורמטיבית שנעשית על ידי ביהמ"ש. ביהמ"ש מגיע להכרעה בשאלה האם הסיכון היה סביר או לא סביר על סמך שיקול של 3 פרמטרים:

1. התועלת שבמעשה.
2. חומרת הנזק/חשיבות הערך המוגן.
3. מידת הסתברות התרחשות התוצאה.

כעת נדגים את ההערכה האם סיכון הינו סביר, באמצעות הפרטים העובדתיים של **פס"ד צור**. יש לציין כי ההלכה של פס"ד צור אינה רלוונטית כיום, אך עובדות פסה"ד עוזרות להמחיש את סוגיית הערכת הסיכונים. הרשלנות רבתי **בפס"ד דויטש** אינה רלוונטית כיום – אך עובדות המקרה עוזרות לנו.

אנו הולכים לדבר עכשיו על 2 פסקי דין, ששניהם מבחינת הדיון המשפטי בהם (שניהם פסקי דין ישנים) לא עסקו בקלות דעת. זה לא מעניין את המרצה.

מה שמעניין את המרצה ב-2 פסקי הדין (דויטש וצור) אלו הנתונים העובדתיים של פסק הדין. היום שניהם היו מועמדים לדין על עבירות של אשם סובייקטיבי ומואשמים על סמך קלות דעת.

**פס"ד דויטש** (מפולת)

עוסק במקרה בו אדריכל הולך עם פועלים לחצוב סלעים מצלע הר. פקח אומר כי במידה והסלעים ייחצבו – תיווצר מפולת. הפקח עוזב, דויטש מבצע את שיקולי הערכת הסיכון שלו, ומגיע למסקנה כי אפשר להמשיך לחצוב. מתרחשת מפולת ו-2 פועלים נהרגים.

לצורך העניין – אנו נניח כי דויטש מועמד לדין על הריגה. (היום הוא היה מועמד לדין על הריגה).

דויטש אינו אדיש – זה לא שלא אכפת לו אם התוצאות תקרנה או לא. דויטש הוא קל דעת, כי הוא מעריך בחסר את הסתברות הסיכון.

השאלה היא בעצם, **האם הסיכון הזה סביר**? כאשר מדובר במצב בו מצד אחד יש פקח שאומר כי קיים סיכון, ומצד שני יש שאלה של כסף ורווח אישי, אז ביהמ"ש בא וקובע שהסיכון לא סביר.

בתרגום ל-3 הפרמטרים:

1. **התועלת במעשה קטנה (רווח פרטי).**
2. **חומרת הנזק גדולה (פוטנציאל לפגיעה בחיים ובגוף).**
3. **מידת הסתברות ההתרחשות – הפקח אומר שהיא גבוהה.**

פרמטרים אלו משוקללים יחדיו – ככל שהסתברות ההתרחשות תהיה גבוהה יותר, אנו נאפשר יותר מעשים בהם התועלת קטנה יותר. לחלופין - ככל שההסתברות ההתרחשות תהיה קטנה יותר, נאפשר מעשים שפוטנציאל הנזק שלהם גדול יותר.

**פס"ד צור** (שיטפון בטיול)

החשש של המרצה לשים את פסק הדין בסילבוס היה ההתבלבלות עם רשלנות, אך למרצה היה חשוב לשים את פסק הדין – עקב האופן שבו ביהמ"ש מכריע בשאלה האם הסיכון היה סביר, שזו הערכה רלוונטית בין אם היו מועמדים לדין בגרימת מוות ברשלנות או בהריגה. למען האמת היה כנראה צריך להעמיד אותם לדין על הריגה, כי זה לא מצב שבו הם לא מודעים לסיכון – יש תחזית שאומרת כי יש אפשרות לקרות הסיכון. היום הם היו מועמדים לדין על הריגה וגם מורשעים בכך.

נניח למקרה הספציפי כי הם שמעו כי קיים סיכוי לשיטפון, והם מחליטים לצאת לטיול בכל זאת.

חשוב למרצה שנראה בצור כי **הערכת סבירותו של הסיכון**:

1. **כוללת אלמנט סובייקטיבי** (עשוי להשתנות בהערכה מאדם לאדם, דבר בעייתי כאשר מדובר בהרשעת אנשים).
2. **משתנה מתקופה לתקופה**.

הם לוקחים סיכון מסוים שהם יטיילו בנחל ויהיה שיטפון.

הם מזוכים בעליון, כי ביהמ"ש קובע שהתועלת מהמעשה מאוד גדולה – ערך אהבת הארץ דרך הרגליים. עם זאת – התרבות הישראלית השתנתה, ומידת הסיכונים שהחברה הישראלית מוכנה לקבל קטנה/המחיר שהחברה הישראלית מוכנה לשלם לצורך מימוש הערך של אהבת הארץ דרך הרגליים ירד. החברה הישראלית מוכנה לשלם מחירים קטנים מאשר בעבר.

סבירות כוללת אלמנט סובייקטיבי – וזה דבר בעייתי כי אנו עוסקים בהטלת אשם פלילי

**האם קיימת דרישה של נטילת סיכון בלתי סביר גם במקרים בהם מדובר באדישות או בכוונה?**

**האם הדרישה רלוונטית רק למקרים של קלות דעת? או גם אדישות וכוונה?**

**אדישות –** אדישות אומרת שמדובר בהתנהגות תוך שוויון נפש לגרימת התוצאה.

לכאורה, לא משנה הסיכון שאדם לקח כדי שתקרה התוצאה. לכאורה, אם יש לנו אדם שהוא אדיש לקרות התוצאות, אבל נוקט רק בסיכון סביר, ועדיין התוצאה מתרחשת, לכאורה ניתן עדיין להרשיע את האדם! **לדוגמא** – אני אדם שלא אכפת לו שאנשים יפגעו מאופן הנהיגה שלי, ואני דורס מישהו תוך נקיטת סיכון סביר לכאורה ניתן להרשיע אותי בהריגה – ההגדרה של אדישות לא דורשת שהסיכון שאקח הינו בלתי סביר.

**עם זאת**, כולם מסכימים כי פרשנות כזאת של הגדרת האדישות תהיה פרשנות אבסורדית. משמע, למרות שזה לא כתוב בהגדרה לאדישות שקבוע בס' 20, הפרשנות המקובלת היא ש**נדרש להוכיח לצורך הוכחת אדישות שהסיכון שנלקח ע"י האדם היה בלתי סביר.**

**כוונה –** אני פועל במטרה להשיג תוצאה מסוימת, אבל הפעולות שאני עושה כדי להשיג את התוצאה הן פעולות סבירות. מדובר בפעולות של נטילת סיכונים סבירים. האם במצב הזה יהיה ניתן להרשיע אותי על סמך יסוד נפשי של כוונה? כאן יש חילוקי דעות.

**עמדה אחת** באה ואומרת כי אם אני מתכוון ליצור כוונה פסולה – אנו לא נדרשים לבצע סיכונים לא סבירים. האשם נובע מכך שהתכוונתי לגרום לתוצאה.

**העמדה השנייה** אומרת כי גם כאן צריך לקחת סיכונים לא סבירים כדי להוכיח כוונה – וללא סיכונים לא סבירים, לא ראוי להרשיע את האדם.

**קלות דעת בשיטות משפט אחרות**

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

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

**מערכת המשפט הגרמנית** רואה בקלות דעת תת קטגוריה של אשם אובייקטיבי. הרציונל בבחירה ברציונל החיתוך הינו רציונל אלגנטי.

מערכת המשפט הגרמנית שואלת למעשה, האם האדם **בחר** לפגוע בערך המוגן? אם זה המצב, החיתוך צריך להיות כך שקלות דעת תהיה עם רשלנות. בכוונה אני לא פוגע בערך המוגן.

**בהלכת הצפיות** - אני מודע לכך שהמעשה שלי בפגיעה בערך המוגן יקרה, והוא עושה זאת (יש אלמנט של בחירה).

**באדישות** – לא אכפת לי אם הערך המוגן יפגע, אני עושה בחירה מודעת של חוסר אכפתיות (אני בוחר שזה לא יעניין אותי).

**בקלות דעת** – אני **לא רוצה** שהערך המוגן יפגע, אני רק לוקח סיכון לא סביר כדי למנוע את הפגיעה.

גם **ברשלנות** אני לא רוצה שהערך יפגע – אני אפילו לא מודע לכך, אבל האדם הסביר היה מודע כי תהיה פגיעה.

**במערכות משפט אנגלוסקסיות** באופן קלאסי, פשוט **לא הייתה הבחנה בין סוגי הפזיזות השונים** – היה אשם סובייקטיבי, ורשלנות הייתה אשם אובייקטיבי.

**המשפט הישראלי** בתיקון 39 עושה ערבוב בין המשפט הגרמני והאנגלוסקסי.

הוא מצד אחד בדומה למשפט הגרמני ובשונה ממערכות המשפט האנגלוסקסיות, מכיר בכך שיש הבדל בין מצב נפשי של אדישות למצב נפשי של קלות דעת, אבל בסוף מגיע לשורה התחתונה של הגישה הקלאסית של המשפט האנגלוסקסי – הוא אומר כי קלות דעת ואדישות שניהם סוגים של פזיזות, ופזיזות הינו רכיב נפשי שרלוונטי **לאשם סובייקטיבי**.

הועדה שניסחה את תיקון 39 רוצה לדחוק במחוקק הישראלי לנטוש את הגישה הקלאסית של מערכות המשפט האנגלוסקסיות ולאמץ את הגישה של המשפט הגרמני, אבל היא מודעת לכך שזו מהפכה גדולה מידי. לכן כל מה שהיא עושה זה להצעיד את המשפט הישראלי כמה צעדים לכיוון הזה – בתקווה ששאר הצעדים יינקטו בהמשך.

**הערת שוליים** – צריכים להיות מודעים לכך שכאשר גרמני וישראלי מדברים על רשלנות – הם לא מדברים על אותו הדבר. כשאנו מדברים על רשלנות אנו מדברים על האדם הסביר/האדם מן היישוב, כפי שהוגדר **בפס"ד בש.** משמע, אדם נורמטיבי כאשר הוא שואף לטוב – רשלנות אובייקטיבית.

כאשר גרמני מדבר על רשלנות, הוא שואל שאלה אחרת – האם אדם בעל **נתונים** דומים לנתונים של הנאשם הספציפי יכול היה להיות מודע לסיכון? זוהי רשלנות סובייקטיבית, שיותר מקלה עם הנאשם.

2 הערות לגבי הסיכום:

1. אם יש הערות לגבי שפה וכתב – להיות סלחנים.
2. מניסיון עבר, המרצה לא מחלק את סיכומיו – כי זה יוביל למחסור בסטודנטים בכיתה, ולסטודנטים יש אחר כך כישרון אדיר לקחת משפט של המרצה שנוסח בצורה אחת, ולבנות פרשנויות על הניסוח ועל בסיסו לערער. המרצה מבקש לא להיתלות על סיכומו כדי לבנות טיעונים יצירתיים לערעור. יש ללמוד אותו לבחינה, אך הוא מחייב יחד עם ההרצאה. ההרצאה הרחיבה ופיתחה דברים מעבר לסיכום – ולכן החומר המחייב הוא ההרצאה והסיכום.

17.05.17

**שיעור 12 – רשלנות ואחריות קפידה**

**רשלנות** זה מצב בו אדם לא מודע לאחד מרכיבי היסוד העובדתי, ואדם סביר היה יכול להיות מודע להם בנסיבות העניין. למרות חוסר המודעות הזאת, אנו נטיל עליו אחריות פלילית בכל זאת, מהסיבה שבאותן נסיבות, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לנסיבות.

אחת הסיבות להענשה על רשלנות – הרתעה. בנוסף, יש גם עקרון דאונטולוגי (אדם עשה משהו אסור, ונרצה להטיל עליו ענישה). יש כאן איזושהי פרצה שקוראת לגנב – אדם יחמוק מהטלת האחריות הפלילית. מתוך נקודת מוצא שמטילים אחריות פלילית בעבירות רשלנות – הבעיה הזאת נמצאה. איך אנו מגלים אם לאדם הייתה מחשבה פלילית?

המדד לבדוק האם אדם התנהל בצורה נכונה או לא היא בהתאם לאדם הסביר, אבל המונח הזה הוא מונח שסתום. מדובר בהגדרה יחסית פתוחה שתפגע בעיקרון החוקיות.

**רציונלים לאי הטלת אחריות פלילית בגין רשלנות:**

1. **עקרון האוטונומיה -** הטלת אחריות פלילית תלויה בבחירה, המותנית במודעות – תנאים הנעדרים מרשלנות. כאשר אדם נמצא במצב בו הוא לא מודע לאחד מרכיבי היסוד העובדתי – אין לו את אותה מודעות ובחירה שבגינה נרצה להטיל אחריות פלילית. בהטלת אחריות פלילית אנו רוצים שתהיה אוטונומיה לאדם – שהוא יוכל לבחור לעשות משהו.

**עם זאת**, למרות שלאדם באותו רגע לא הייתה בחירה, דווקא כן היה אלמנט של בחירה – אותו אדם נכנס למצב שיש לו חוסר מודעות, אבל הכניסה למצב הייתה בחירתו - בחירה לא להיות זהיר. יכול להיות מן הצד השני שיש לו הצדק בנוגע לבחירה - הוא ידע מה הוא עושה, אבל התוקף מנע ממנו לבחור אחרת.

1. **שלילת חירויות -** רשלנות מטילה **נטל כבד על הפרט**. הסיטואציה בה אנו מדברים, היא סיטואציה בה לאדם התקיימו רכיבי היסוד העובדתי אך הוא לא היה מודע אליהם. נוצרת כאן **הרתעה** – האדם לא יכול ללכת ברחוב סתם, או לקחת אקדח טעון בכיס ולחשוב שלא יקרה עם זה משהו – האדם צריך להיות הרבה יותר מודע וזהיר, ויש כאן מעין שלילת חירויות מאדם שהוא לא יכול ללכת סתם ברחוב ולהרגיש שהכול בסדר.

**ברגע שנטיל אחריות על רשלנות – אנו מונעים את הפריווילגיה של אדם לא להיות זהיר**.

1. **היעדרות היסוד הנפשי -** היסוד הנפשי אשר מעניק להתנהגות את האופי האנטי חברתי, נעדר מרשלנות. אנו אומרים שבאופן עקרוני, דרישת המודעות לא רק מתמזגת עם האוטונומיה, אלא שהיא גם נותנת את הגוון האנטי חברתי. האדם ידע כי משהו יכול לקרות, והוא בכל זאת עשה זאת. זה בעצם הפן השלילי. ברגע שאדם לא מודע, לא ניתן לומר שיש להתנהגותו הלא מודעת אנטי חברתית. עם זאת, ניתן להסתכל על הרשלנות עצמה כהתנהגות שלילית בעלת אופי אנטי חברתית.

**רציונלים להטלת אחריות פלילית בגין רשלנות:**

1. **חשיבות בהגנת ערכים מסוימים** – אי חשיבות להגנה על חירויות כאשר מדובר בערכים מסוימים, כגון חיי אדם. מצפים מאדם להתנהג בדרך מסוימת, כי יש ערכים מסוימים (כמו חיי אדם) שאנו רוצים לשמור עליהם, ולכן בכל זאת נפקיע את אי הזהירות שהאדם רצה להיות בה. יש כאן השוואה בין ערכים וחירויות מתנגשות, וחלק מהחירויות גוברות על האחרות. מדובר בהגנה על הערכים כמו חיי אדם. יש דברים שבגינם בכל מקרה נטיל אחריות פלילית.

הערך כל-כך חשוב שבכל זאת נגיד שהאדם היה חייב להיות מודע.

1. **זילות –** אי זהירות באשר לשמירה על ערכים מסוימים מבטאת זילות של אותם ערכים, ובעלת אופי אנטי חברתי. דווקא יש כאן פן אנטי חברתי: ברגע שאדם בוחר/לא בוחר להתנהג באופן לא מודע – יש זילות בין הערכים. כאן הדגש הוא בזילות בין הערכים – **הזילות היא אנטי חברתיות שבגינה נרצה להטיל סנקציות פליליות**. יש ערכים מסוימים שבהם חוסר הזהירות שכשלעצמה מבטאת חוסר זהירות – מה שמצביע על זילות ופן אנטי חברתי.
2. **אפילו רשלנות נושאת בחירה (פילסבורי)** – בחירה שלא להעניק תשומת לב. גם ברשלנות יש מימד של בחירה לא להעניק תשומת לב. פילסבורי אומר כי כן יש כאן פן של בחירה – האדם בחר לנהוג בחוסר זהירות, ובגלל אותה בחירה לא נפגעת האוטונומיה, ויכולה להיות אנטי חברתיות מסוימת שבגינה נטיל אחריות פלילית.

ס' 21 – **רשלנות**:

*"21. (א) רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה*

*לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה,*

*בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד –*

*(1) שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור;*

*(2) 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."*

**הערות המרצה לגבי הסעיף:**

1. כל הקונספט של הרשלנות מעוגן בס' 21 בחוק העונשין. ניתן לעבור את העבירה ברשלנות, והאדם לא היה מודע לאחד מרכיבי היסוד העובדתי. באותם נסיבות, האדם הסביר היה יכול להיות מודע לאותו פרט.
2. בשביל להטיל אחריות צריכה להיות **מחשבה פלילית**, ואם לא מחשבה פלילית, אז **חוסר מודעות** במצב שבו אדם מן הישוב היה צריך להיות מודע (רשלנות לגבי הרכיבים האחרים – אני לא מודע שאני בועט בכדור, או בזה שהוא יפגע במישהו, אבל אדם אחר היה יודע).
3. מלבד חוסר המודעות (כאשר אדם מן היישוב היה מודע), בעבירה תוצאתית צריך להראות כי לקחנו סיכון בלתי סביר לקרות התוצאה.

העבירה הזאת מחולקת למעשה ל-2 רכיבים (+1)

1. **מבחינה עובדתית** – אנו צריכים להראות שלא הייתי מודע לאחד מרכיבי היסוד העובדתי (התנהגות, נסיבות, קרות התוצאה).
2. **מבחינה נורמטיבית** – נצטרך להראות כי אדם מן היישוב (האדם הסביר) היה יכול להיות מודע לאותו רכיב של התנהגות/נסיבות/תוצאה.
3. **בעבירות תוצאתיות** – צריך להראות כי האדם לקח סיכון בלתי סביר כדי שהתוצאה תתרחש.

**טיב ה"אדם" – רקע היסטורי**

מהי הכוונה באדם מן היישוב? האם זה אדם סביר?

לפני תיקון 39, לא היה כתוב אדם מן היישוב, אלא האדם סביר.

טרם תיקון מס' 39 – האדם הסביר

**פס"ד בש**

מדובר על אדם שהיה לו מקרר. המקרר התקלקל והבעלים שם אותו בחצר שלו. ילדים שעברו בסביבה ראו את המקרר והחליטו לשחק בו וסגרו על עצמם את הדלתות (בזמנו מקררים היו ננעלים מבפנים), בפועל הילדים נתקעו במקרר, והם מתו.

רצו להטיל אחריות על בש, ולומר כי הוא אחראי למוות של אותם ילדים. רצו להראות כי הוא רשלן. לפני תיקון 39 היה כתוב "אדם סביר" – בש הגיע לבית המשפט, והביא אנשים רבים שאמרו כי הם עצמם לא היו מצפים שילדים יכנסו למקרר, בתקווה שיוכיח לביהמ"ש שלא צריך להרשיע אותו ברשלנות.

**השאלה שנשאלת** - היא האם האדם מן היישוב היה צופה שהילדים ייסגרו?

**ביהמ"ש** אמר בתגובה כי הבדיקה של האדם הסביר זה לא הסתברות – מדובר בהכרעה נורמטיבית של ביהמ"ש. מדובר בשיקולי מדיניות. ביהמ"ש הוא זה שמגדיר את האדם הסביר.

פס"ד בש לפני תיקון 39 אומר כי הבחינה נעשית לפי הכרעה נורמטיבית של ביהמ"ש.

יש כאן בעיה מסוימת – ביהמ"ש יכול להכניס מה שהוא רוצה. זה גם יכול לפגוע ב**עיקרון החוקיות** – איך אתה יכול לצפות מאדם משהו שלא תואם את ההתנהגות בחברה? אנו לא יודעים מיהו האדם הסביר, וזה יפגע ביכולת הצפייה שלנו (החוק לא באמת ירתיע).

מצד שני – יכול להיות שביהמ"ש מנסה לשנות התנהגות. ביהמ"ש יגדיר מיהו האדם הסביר.

פסה"ד הזה הביא מחלוקת רבה – ואפילו לחיקוק חוק לנפגעי מקררים.

אחרי תיקון מס' 39 – האדם מן היישוב

על פניו, נראה כי זה מבחן עובדתי – היה כאן שינוי לאור פסיקת בש. לכאורה זה מצביע על כך שהמחוקק רצה להפוך זאת לשאלה עובדתית בגלל בעיית עקרון החוקיות וחוסר היכולת של האדם לצפות את הכרעת ביהמ"ש. **יחד עם זאת** – **בפס"ד יעקובוב** ביהמ"ש אומר כי פרשנות הפסיקה היא שהאדם מן היישוב זה האדם הסביר, וזו הכרעה נורמטיבית (מבחן נורמטיבי) של האדם הסביר.

**רשלנות סובייקטיבית ואובייקטיבית**

*"אדם לא היה מודע לרכיב העובדתי, כאשר האדם מן היישוב היה יכול להיות מודע בנסיבות העניין"*

**נסיבות העניין** – הנסיבות החיצוניות במקרה (שלא קשורות לאדם המסוים, כמו גשם/צעקות).

יש בכך בעיה – חוסר התחשבות במאפייניו המיוחדים של הנאשם.

* **פרופ' קרמניצר**, בנסיבות העניין = גם הנסיבות האינדיבידואליות, המתחשבות בכישורי האדם המסוים. הוא ניסה למעשה לשלב גם נסיבות אינדיבידואליות בנסיבות החיצוניות. היתרון המרכזי של הצעתו היא הגינות – אנו לא מציבים דרישת אדם סביר לכל אדם אם הוא לא יכול לעמוד בה.
* **שיטת המשפט הגרמנית** **– בחינת יכולות האדם המסוים**. היא הולכת לקצה הסובייקטיבי – היא בודקת מה אותו אדם היה מסוגל בנסיבות בעניין – האם הוא יכול היה להתנהג בצורה יותר זהירה? או שהוא לא היה יכול? זה עוזר להתגבר על הפער בין האדם הסביר לאדם הספציפי.
* **בארץ – רשלנות אובייקטיבית** [**יעקובוב** – רמיזה להתחשבות אף בכישורי האדם המסוים (הרופא והמהנדס הסביר)] בשיטת המשפט הישראלית, הרשלנות נבדקת **בדגש האובייקטיבי - לא האדם המסוים אלא הסביר**. **עם זאת**, יש פער בין החוק בספרים ובפועל.

**בפועל**, ביהמ"ש לא יוכל לדרוש מהאדם דרישה שהוא לא יכול להיות מסוגל אליה.

**לדוגמא** - אם אותו אדם רופא/מהדנס, נבדוק מה הוא בעצמו היה מסוגל.

בעיה שיכולה להיווצר בהצעה של קרמניצר וביהמ"ש הגרמני - כאשר לא מסתכלים על האדם הסביר אלא האדם המסוים – זה עלול ליצור סטריאוטיפים, ואפילו גזענות שאנו לא בהכרח נרצה שתהיה.

**הערה פרקטית 1#** - כשפותרים את המבחן, צריך גם להתייחס לנסיבות המסוימות.

**הערה פרקטית 2#** - תיקון 39 שינה מספר דברים בחוק העונשין. הוא יצר פערים בין העבירות לפני ואחרי התיקון. אחד מהם הוא מצב של עבירות רשלנות עם מאסר של למעלה מ-3 שנים.

המרצה מציג את **ס' 90 ב**.

במקרה כזה – העונש יהיה מאסר 3 שנים ולא למעלה מכך. צריך לראות מתי העבירה חוקקה – ואם המאסר מצוין כמעל 3 שנים – צריך לכתוב כי לאחר התיקון לפי 90 ב, העונש מוגבל לעד 3 שנים.

**אבחון עבירת רשלנות**

**ס' 19 (1)** – באופן עקרוני, עבירות דורשות מחשבה פלילית, אבל עבירות שנחקקו לפני התיקון לא תמיד יכללו את המילה רשלנות. כדי לאבחן עבירות כרשלניות אחרי התיקון – צריכה להיות מצוינת בהם המילה רשלנות. עם זאת, בנוגע לעבירות לפני התיקון – צריך להסתכל על נוסח הסעיף ולהבין האם מדובר בעבירה מסוג רשלנות.

**לפני התיקון- לפרש את הסעיף (עולה מנוסח העבירה).**

**אחרי התיקון- צריך להיות כתוב במפורש.**

קודם צריך לבדוק מתי עבירה חוקקה. אם היא חוקקה לפני ולא כתוב רשלנות, צריך לנסות להבין. **לדוגמא**, ס' 340 מדבר על "יסוד סביר להניח" – מדובר בהיבט פרשני שצריך להפעיל, ולבדוק האם זו עבירה רשלנית.

**עבירות אחריות קפידה**

המרצה מציג את **ס' 22 – 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.*

*(ג) לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה*

*מחשבה פלילית או רשלנות."*

**הערות המרצה על הסעיפים:**

1. עבירות מסוג אחריות קפידה הן עבירות **שמספיק להוכיח את היסוד העובדתי בהן כדי להרשיע** – לא צריך יסוד נפשי. הסעיף הזה חוקק אחרי תיקון 39. לפני 39 היו עבירות אחריות מוחלטת – שמספיקה הוכחה של היסוד העובדתי ולא צריך הוכחה של היסוד נפשי. ההבדל הוא, שבניגוד לעבירות אחריות מוחלטת – כאן יש אפשרות לצאת מזה. (טענות הגנה).
2. על מנת לא להיות מורשע בעבירת אחריות קפידה – הנאשם יצטרך להוכיח שלא הייתה לו מחשבה פלילית, שהוא לא התרשל ועשה הכל כדי למנוע את העבירה.

עבירות מסוג אחריות קפידה נועדו למשהו מאוד ספציפי. ההוכחה של היסוד העובדתי ללא הנפשי מאפשרת לנו לפעול בצורה יותר מהירה עם עבירות אלו.

אבל **איך תוכל להוכיח שלא נהגת ברשלנות**? שלא היית עם מחשבה פלילית? שעשית ככל הניתן? זה דבר מאוד מקשה, ולכן למרות שעבירות אחריות קפידה שונות מאחריות מוחלטת בתיאוריה – בפועל הן עבירות מאוד דומות. העבירות של האחריות הקפידה לא באמת שינו את האחריות המוחלטת אחרי תיקון 39.

איך מאבחנים עבירה בחוק העונשין כעבירת אחריות קפידה?

**עבירות שחוקקו לאחר תיקון 39** – צריך להראות שממש כתוב בצורה פוזיטיבית בסעיף שאלו עבירות אחריות קפידה/לא צריך הוכחה של מחשבה פלילית/רשלנות.

**עבירות שחוקקו לפני תיקון 39** – החקיקה של סעיף 22 שמגדיר את עבירות אחריות קפידה לא מבטלת עבירות מסוג זה שחוקקו לפני 39.

איך מוכיחים עבירות שנחקקו לפני 39 שהן עבירות אחריות קפידה?

על מנת לעשות זאת, נצטרך לחלק את עבירות האחריות הקפידה לפני 39 לשני מקרים

1. יש עבירות שנחקקו לפני 39 – שהמחוקק/הפסיקה **קבעו במפורש** שזו עבירת אחריות קפידה/מוחלטת.
2. **עבירות שותקות** שנחקקו לפני תיקון 39, כאשר ביהמ"ש/המחוקק לא קבע אם אלו עבירות אחריות קפידה, אך הן יכולות להיות כאלו.
3. עבירות שנקבע בדין שהן מסוג אחריות מוחלטת לפני תיקון 39
4. ניתן להפוך עבירות אחריות מוחלטת לעבירות מסוג אחריות קפידה. אין לנו יותר את הקונספט של אחריות מוחלטת.
5. **השופט ברק –** לביהמ"ש סמכות להכריע פרטנית האם העבירה תהפוך להיות מסוג של אחריות קפידה (אוביטר, פס"ד אורן בנגב).
6. עבירות שותקות לפני תיקון 39
7. **השופט קדמי –** לא ניתן לקבוע כי הן "אחריות קפידה" (פס"ד **לקס**) כל עוד לא נקבע במפורש לפני תיקון 39 שעבירה היא מוחלטת/קפידה – ביהמ"ש לא יכול להכריע לאחר מכן.
8. **השופט ברק –** ביהמ"ש יכול לקבוע פרטנית שהעבירות הן מסוג "אחריות קפידה" ואף "אחריות מוחלטת" (אוביטר, **אורן בנגב**).
9. **השופט ביניש –** ביהמ"ש יכול לקבוע פרטנית את העבירה מסוג "אחריות קפידה" בתנאי שהן עבירות מסוג שנקבע (טרם תיקון מס' 39) כי הן מסוג "אחריות מוחלטת" (פס"ד **לקס**) (בהתאם לנוסח העבירה, תכליתה ועוד).

מדובר בדעה שמתחילה להיות רווחת – במצב בו עבירות שותקות לפני תיקון 39, ביהמ"ש כן יכול לקבוע שהן עבירות אחריות קפידה, אך הוא צריך להראות שבהתאם לנוסח ותכלית העבירה – מדובר בעבירת אחריות מוחלטת = אחריות קפידה.

22.05.17

**שיעור 13 – סייגים לאחריות פלילית**

השיעור הנוכחי והשיעור הבא יהיו על סייגים לאחריות הפלילית.

אחריות פלילית קיימת, מקום בו התקיים אצל אדם היסוד העובדתי והיסוד הנפשי, ולא התקיימו אצלו שום תנאים של כלל משפטי שמסיר אחריות משפטית – סייגים.

הבחנה בין 3 מונחים – סייגים, הגנות וחסינויות

**חסינות** היא כלל משפטי שמונע את העמדתו לדין של אדם בגלל שיקולי מדיניות חיצוניים לדיני העונשין, וזאת אף אם הוא אשם. **לדוגמא** – חסינות דיפלומטית, וחסינות חברי כנסת.

אם דיפלומט היה מבצע עבירה בארץ, כל עוד מדינתו לא החליטה להסיר לו את החסינות – לא ניתן להעמידו לדין. כל מה שהמדינה יכולה לעשות זה לגרש אותו.

**דוגמא 1** – כאשר שגריר ביצע מעשה של הטרדה מינית, הוא לא עמד לדין בארץ, אלא נסע לביקור בארץ ששלחה אותו – והארץ ששלחה אותו הודיעה כי הוא מסיים את תפקידו כשגריר

(שגריר מצריים. רקדנית בטן האשימה אותו שהוא הטריד אותה מינית).

**דוגמא 2** – עבירות החנייה בניו-יורק. העיר מלאה בשגרירים, וחסר לה חנייה. השגרירים חונים איפה שהם רוצים, מקבלים קנסות ולא משלמים.

**הגנות –** משמעות המונח "הגנה" מאז תיקון 39 - מדובר בכלל משפטי שמתייחס לעבירה אחת או מספר מצומצם של עבירות, שקובע תנאים שבהתקיימם מוסרת האחריות הפלילית בגין ביצוע העבירה הספציפית. כלומר, בשונה מסייג, שרלוונטי לכל העבירות בדיני העונשין בישראל, הגנה תמיד מתייחסת לעבירה אחת או למספר מצומצם של עבירות. אנו נראה בהמשך את ההשלכה של סיווג ההגנה והסייג.

הערת צד – ההגדרות שהמרצה ייתן לסייג ולהגנה מופשטות במידה מסוימת. השופטים נותנים הגדרות יותר מדויקות **בפסה"ד רוזוב**, וכדאי ללמוד לבחינה את ההגדרות משם.

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

חוק העונשין מעגן באופן מפורש את הסייגים הבאים: קטינות, העדר שליטה (אוטומטיזם), אי שפיות הדעת, שכרות, הגנה עצמית, הגנת בית מגורים/בית עסק/משק חקלאי מגודר (הגנת דרומי), סייג הצורך, סייג הכורך, סיג הצידוק, סייג זוטי הדברים, טעות במצב דברים, טעות במצב משפטי והגנה על הרשות השופטת.

בנוסף, אנו עשויים למצוא סייגים נוספים באחד מ-3 מקומות:

1. **לבתי המשפט** יש סמכות ליצור סייגים חדשים דרך הפסיקה.
2. יש **כללים משפטיים מסוימים שנמצאים בחוק העונשין**, אבל לא בפרק הסייגים, שהעמדה הרווחת היא שהם בכל זאת סייגים.
3. ייתכן שאי שם **בספר החוקים של מדינת ישראל**, מסתתרים כללים משפטיים שביהמ"ש ביום מן הימים יקבע שהם סייגים.

מהו מקור הבלבול בין הגנות לסייג? זה לא שלפני תיקון 39 לא הייתה קיימת הבחנה בין הגנות לסייגים. עם זאת, הבעיה הייתה שלא הייתה עקביות מבחינת המינוחים. היו פסקי דין שכללו הגנה כסייג, והפוך. עד כדי כך הבלבול הוא גדול, שגם היום יש מספר סייגים לאחריות פלילית, שהשם המקובל שלהם מתחיל בהגנה – כמו הגנה עצמית, או כל הגנות הצידוק (שהיו צריכות להיקרא סייגי צידוק). דוגמא נוספת – ההגנה שניתנת לרשות השופטת.

**מה שמשנה זה לא השם אלא המהות**. אין להניח שאם משהו נקרא סייג/הגנה – הוא באמת סייג/הגנה. צריך לשאול את השאלה המהותית – האם הוא רלוונטי לכל עבירה באשר היא, או שהוא רלוונטי לעבירה ספציפית בלבד?

**ההבחנה בין סייגים מסוג הצדק (Justification) לבין סייגים מסוג הפטר (Excuses)**

יש בכתיבה של דיני העונשין הבחנה בין סייגים מסוג הצדק והפטר. הבעיה היא שבעברית מלומדים מתרגמים את המונח הפטר בצורה שונה, ומספר תרגומים שונים למילה הצדק. המרצה אומר זאת, כדי שכאשר נקרא פסה"ד/מאמר/ספר – אנו צריכים לתרגם את המילה "פטור" כ"הפטר". המרצה אוהב את המונחים "הצדק" ו"פטור" כי הוא לא מבלבל אותנו עם הסייגים מסוג צידוק, ולפטור יש שימושים אחרים בניגוד להפטר. לכן המרצה משתמש במונח הפטר והצדק.

כאשר מדובר בסייג ה**הצדק**, מדובר בעצם בכלל משפטי שקובע, שבהתקיים תנאיו, **על אף** שהתקיימו כל יסודות העבירה, **לא בוצע מעשה שלילי** באופיו. אין אשם כי אין על מה להיות אשם.

– לא עשית משהו רע.

**הפטר** לעומת זאת, הוא כלל משפט שקובע שבהתקיים תנאיו, מחליטה החברה **לפטור** אדם מאחריות פלילית משיקולים ציבוריים שונים, **למרות** **שבוצע** מעשה פסול.

– עשית משהו רע ואנו מחלטים לסלוח לך.

**דוגמא של הצדק** – צידוק מתוך סמכות בדין, והגנה עצמית. **דוגמא של הפטר** – אי שפיות.

מה ההשלכות של סיווג הגנה של הפטר או הצדק? יש סדרה של השלכות.

1. קודם כל – **יש הבדל בסטיגמה החברתית**. אנו לא מסתכלים על אדם שביצע רצח בהגנה עצמית באותה צורה כמו אדם שביצע רצח עקב אי שפיות. בהצדק האדם עשה משהו מוצדק.
2. ההשלכה השנייה היא **משמעות הזיכוי בעבור צדדים אחרים לעבירה**. לרוב, לסוג הסייג יש השלכה לגבי צדדים אחרים לעבירה – ההשלכה היא ככלל ובכפוף לחריגים - אם קבענו שהסיבה לזיכוי היא הצדק, אז לא יהיה ניתן להטיל אחריות פלילית גם על צדדים אחרים בעבירה.

**לדוגמא** – אם היה מצב של הגנה עצמית, ומישהו אמר לי להביא את האקדח והוא יורה – אני סייעתי בהריגה של אדם שנעשתה בהגנה עצמית, ולכן גם אותי לא ניתן להעמיד לדין.

**לעומת זאת**, אם מדובר בהגנה מסוג הפטר, הזיכוי של האדם שנהנה מהסייג חל רק עליו וצדדים אחרים לעבירה לא ייהנו ממנו.

**לדוגמא** – אם אני מספק נשק למטורף שמאמין שהוא צריך להרוג מישהו כדי להציל את העולם, אותו יזכו בגלל אי שפיות, ואותי לא יזכו.

1. ככלל, אם אדם זוכה על בסיס הצדק, **קורבנות לא יכולים לתבוע ממנו פיצויים בנזיקין**. לעומת זאת, אם הוא זוכה על בסיס הפטר, קורבנות כן יכולים לתבוע ממנו פיצויים בנזיקין.
2. הכלל של **פרשנות לטובת הנאשם רלוונטי לסייגים מסוג הצדק**, אך לא רלוונטי לסייגים מסוג הפטר. הסיבה לכך היא שהפונקציה של ההצדקים דומה לפונקציית העבירה עצמה – מטרתם לתחם את מעגל ההפללה – את הקביעה מהו המעשה האסור. לגבי הקביעה מהו המעשה האסור – חל הכלל של פרשנות לטובת הנאשם.

**לעומת זאת**, הפטרים עוסקים במצב בו המעשה הוא אסור, והבסיס להפטר הוא קיומם של שיקולים ציבוריים שמובילים אותנו למסקנה שבכל זאת אין להטיל אחריות על הנאשם.

1. ההשלכה המרכזית האחרונה עוסקת במצב בו אדם הועמד לדין **וזוכה**. במצב כזה, במקרים מסוימים תחת תנאים מסוימים, **האדם יכול להגיש תביעת נזיקין כנגד המדינה**. **בפס"ד שיבלי** נקבע שאחד השיקולים שיקח ביהמ"ש בחשבון הוא האם האדם זוכה על בסיס הצדק או הפטר. אם זה היה על בסיס הפטר – יש פחות סיכוי שיפסקו לטובתו פיצויים, בהשוואה למצב בו האדם זוכה על בסיס הצדק או סיבות אחרות (כמו חוסר ראיות).

הערת צד לגבי הצדקים – יש בין ההצדקים לבין סעיפים שמגדירים את העבירות אלמנט משותף, והוא ששניהם נועדו לתחם את ההגדרה של "מהו המעשה האסור?" יחד עם זאת, יש הבדל משמעותי בין עבירות לבין הצדקים – הצדקים נועדו **להסדיר סיטואציות יוצאות מן הכלל**, ולכן ככלל זה לא ראוי לעשות שימוש בהצדקים כבסיס לרגולציה של קטגוריה של סיטואציות, וזאת בשונה מעבירות שמטרתן רגולטיבית.

**פס"ד הוועד הציבורי נגד העינויים** - הגנת הצורך צריכה לשמש כמגן ולא כחרב.

השב"כ תופס אדם החשוד כמתכנן פיגוע – והשאלה שהועלתה היא האם אפשרי להטיל עליו לחץ פיזי מתון? **עיקרון החוקיות** אומר כי לרשות אין סמכות לבצע שום מעשה מלבד מה שהחוק הסמיך אותה. שואל ביהמ"ש את השב"כ – מה הבסיס לסמכותך? והמדינה בשם השב"כ אומרת כי סייג הצורך הוא הבסיס.

ביהמ"ש אומר שלא כך – אם המדינה רוצה לקבוע שבסיטואציות מסוימות מותר להפעיל לחץ פיזי מתון כנוהל קבוע, יש לעשות זאת בחוק.

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

**יש לנו למעשה 3 קטגוריות**:

1. **סייגים שככלל מרבים לראות בהם כהצדקים**:
2. סייג ההגנה עצמית.
3. סייגי הצידוק השונים שרשומים בסעיף 34 ג.
4. הגנה של הרשות השופטת.
5. **סייגים שככלל מרבים לראות בהם כהפטר**:
6. סייג הקטינות.
7. סייג העדר השליטה.
8. סייג אי שפיות הדעת.
9. סייג השכרות המזכה בסייג.
10. סייג הטעות במצב משפטי.
11. **סייגים שיש ויכוח לגביהם**:
12. **טעות במצב דברים – טעות עובדתית/במצב העובדה**.

העמדה הרווחת רואה בטעות במצב הדברים כסייג מסוג הפטר. יחד עם זאת, יש הסבורים (ואקי ורבין) כי טעות במצב הדברים היא בכלל לא סייג, אלא מצב שבו לא מתקיים היסוד הנפשי. טעות במצב הדברים זה מצב בו אני לא מודע לאחת מהעובדות הרלוונטיות לעבירה. לדעתם של המצדדים בעמדה הזאת, רק כאשר טעות במצב דברים משתלבת עם סיג אחר, מדובר במצב של סייג מסוג הפטר.

**לדוגמא –** הגנה עצמית מדומה. נער מתחפש בפורים למחבל, ושוטר יורה בו, יש כאן מצב של הגנה עצמית מדומה – השוטר חושב שהוא פועל במצב של הגנה עצמית למרות שזה לא המצב. במצב הזה יש כאן סייג מסוג הפטר.

1. סייג שני שיש חילוקי דעות לגביו – **זוטי דברים**.

**העמדה המקובלת** רואה בזוטי דברים סייג מסוג הפטר. אנו סולחים למבצע שביצע מעשה פסול משיקולים ציבוריים שונים ( עלויות – לא כדאי להפעיל את כל המערכת הפלילית בשביל מקרה פעוט).

עם זאת, יש כאלה שאומרים שזה תלוי – יש מקרים בהם סייג זוטי הדברים הינו הפטר, ויש מקרים שבהם לא מדובר בהצדק/הפטר, אלא נורמה שבאופן דומה לעבירות ולהצדקים מתחמת וקובעת את גבול המעשה האסור. אם הסיבות לזוטי הדברים הן ייחודיות למקרה – אז מדובר בסייג מסוג הפטר. אבל אם מדובר במקרה שהבסיס לזיכוי הוא כללי יותר, כמו גניבה בעלת ערך פעוט – זה לא סייג הפטר, אלא קביעה נורמטיבית שגניבות פעוטות הן לא מסוג המקרים שראוי שדיני העונשין יעסקו בהם.

בשולי הדברים, חשוב להדגיש כי התפיסה הישראלית פירשה את סייג זוטי הדברים באופן צר מאוד. בפסה"ד **עזיזיין** – נקבע שסייג זוטי הדברים יתקבל רק במקרים שבהם אין במעשה עצמו **מידה מינימלית** של סכנה לערך החברתי המוגן, ואין המקרה הולם מבחינה עניינית את המושג של עבירה פלילית.

1. מקרה שלישי – **סייג הכורח, ס'34 יב חוק העונשין**

*34"יב. 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. אדם במצוקה לגבי חייו/גופו/רכושו פועל בדרך שמפרה את החוק כי הוא מרגיש אנוס. נוסח הסעיף משדר מצב בו אדם פועל מתוך מצוקה/חולשה. המרצה מדגים כאילו הוא איים על מישהו עם אקדח לרקה לעשות עבירה – מדובר בפעולה מתוך חולשה (העבירה – כמו לגנוב כשמישהו מאיים עליך), לכן העמדה המקובלת היא שמדובר בהגנה מסוג הפטר.

יחד עם זאת, יש האומרים כי דיני העונשין נכתבו עבור בני אדם. אם מדובר בסיטואציה בה אנו לא יכולים לדמיין אדם נוהג אחרת (אלא אם הוא מלאך) – זה הצדק, כי זה נורמה שמתחמת את גבול האיסור הפלילי.

בין שני אלו – יש מחנה גדול שאומר זה תלוי, יהיו מקרים שבהם סייג הכורח יהיה הפטרי באופיו, ויהיו מקרים שבהם הוא יהיה הצדקי באופיו.

1. מקרה רביעי – **סייג הצורך** **ס'34 יא חוק העונשין**.

*34"יא. 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."*

כאן האיום הוא ממצב דברים ובעצם השאלה היא סוג של עלות מול תועלת – האם יותר נזק היה נגרם אם היה מבוצע המעשה הפלילי, או ממאמציו לא לבצע את העבירה ולתת למצב הדברים לקרות.

**העמדה המקובלת** רואה בסייג הצורך כסייג מסוג הצדק, אבל יש גם כאלו אשר רואים בו כסייג מסוג הפטר, והוויכוח הוא בין התייחסות למצבים אלו כמצבים שבהם ההתנהגות המצופה היא לא להפר את החוק, אבל אנו סולחים לאדם כי הוא נמצא במצוקה, לבין פרשנות שדיני העונשין לא נועדו למלאכים אלא לבני אדם, והמבחן של הגנת הצורך הוא מבחן של עלות מול תועלת – אם התקיים הסייג, הרי שיותר תועלת הושגה מכך שהאדם הפר את החוק, מאשר שהייתה מושגת אם הוא לא היה מפר את החוק.

בין 2 מחנות אלו יש גם את המחנה שאומר שזה תלוי – יהיו מקרים שזיכוי על בסיס סייג צורך יהיה הפטרי, ויהיו מקרים שהוא יהיה הצדקי.

**נטלים**

**סעיף 34 ה** לחוק העונשין קובע, כי

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

לעומת זאת, **סעיף 34 כ"ב (ב)** קובע כי

*"במידה ויתעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג."*

לכאורה – נראה כי מדובר ב-2 סעיפים סותרים. הסעיף הראשון אומר כי ברירת המחדל היא שאנו מניחים שלא התקיים סייג, בעוד הסעיף השני מאתר כי ברירת המחדל היא ההנחה שכן מתקיים סייג. הכיצד? האם יכול להיות שהמחוקק קבע 2 סעיפים סותרים? למעשה היה כאן ניסוח רע.

אם (וזה לא המצב!) היה קיים רק **סעיף 34 ה'**, אז לכאורה היינו מבינים שחוק העונשין קובע חזקה שבדין, שבמצב הדברים הרגיל מעשים מבוצעים לא שקיים סייג. (בסיטואציה שלא מקימה סייג). אם זה היה המצב, הרי שמה שהיינו מבינים מהסעיף הוא שעל נאשם להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות שבמקרה שלו **כן** התקיים סייג. כל מה שנאמר כרגע יהיה פרשנות לא נכונה של הסעיף, וזאת לאור האמור בסעיף **34 כ"ב (ב)**.

קיומו של סעיף 34 כ"ב (ב) משנה 2 דברים:

1. **יוצר הבחנה בין 2 סוגי נטלים**.
2. **הוא מנמיך את גובה הנטל שקיים על הנאשם**.

משילוב שני הסעיפים ביחד נוצר מצב בו לתביעה אין צורך להוכיח שלא התקיים מצב של סייג.

סעיף 34 ה' אומר כי הראשון שצריך להעלות את הסייג הוא הנאשם. נטל הבאת הראיות הראשוני מוטל על הנאשם. זהו נטל פרוצדוראלי באופיו שנובע מההנחה הפשוטה שיש יותר סיכוי שלנאשם יהיו יותר ראיות לקיומו של הסייג. הנאשם מעלה טענה של סייג אם הוא יצר ספק סביר שהתקיים סייג – מספיק 5% סיכוי שהתקיים סייג. במידה והצליח – הנטל עבר לתביעה, ועליה מוטל נטל ההוכחה הסופי לכך שלא התקיים סייג.

בגלל שהנטל הראשון הוא נטל פרוצדוראלי באופיו, בעוד הקביעה שנאמרת ב34 כ"ב (ב) היא מהותית באופייה, **המהות גוברת על הפרוצדורה**.

**לדוגמא –** אם הנאשם לא הביא ראיות ואפילו לא טען כי מתקיים בעניינו סייג, אבל השופט מסתכל על ראיות התביעה, ואומר כי מראיותיהן יש ספק סביר לקיומו של סייג, אם התביעה לא תפריך את הספק הזה – הנאשם יזוכה. ברור שאלו מקרים חריגים.

נטל הבאת הראיות הראשוני הוא נטל רדום, שמי שמעיר אותו הוא הנאשם. לפעמים הוא יתעורר למרות שהנאשם לא העיר אותו.

**פס"ד רוזוב**

בפסה"ד רוזוב עולה השאלה האם הסדר הנטלים רלוונטי גם בשני מקרים נוספים?

האם הסדר הנטלים חל גם על הגנות? פסה"ד עסק בחוק ניירות ערך, שם יש סוגים של מעשים שאם ביצעת אחד מהם אתה ביצעת עסקה במידע פנים. לכל אחד מסעיפים אלו יש תת סעיף הקובע כי בסיטואציה הקבועה באותו תת סעיף, גם אם עשית שימוש במידע פנים – העבירה לא תחול. מדובר בהגנות.

**האם הסדר הנטלים רלוונטי גם להגנות?**

שאלה זו צצה כי תיקון 39 עשה סדר בנטלים, אבל לפני זה לכל סייג ולכל הגנה היה הסדר ספציפי משלו על ההגנות והסייגים החלים בענייניהם. תיקון 39 אומר בצורה מפורשת, שלגבי כל הסייגים שמפורטים בחוק העונשין בתת הפרק שעוסק בסייגים – יחול הסדר הנטלים המדובר. עם זאת, התיקון לא מתייחס מפורשות להגנות (הסדר הנטלים בהגנות) והוא לא מתייחס מפורשות להסדר הנטלים שיחול בנוגע לסייגים שמאמצים ממקום אחר (סייגים שהם יציר הפסיקה, ונורמות שנמצאות איפשהו במקום אחר בדיני עונשין) שמקובל לראות בהם סייגים.

**לדוגמא – ס' 34 לחוק העונשין –** פטור עקב חרטה של המשדל/המסייע לדבר עבירה – סעיף זה לא נמצא בפרק של חוק העונשין שהכותרת שלו היא סייגים, אבל הוא כותב כלל כללי אשר רלוונטי לכל העבירות, שעל פיו בהתקיים התנאים של הכלל – לא תוטל אחריות פלילית על משדל או מסייע, למרות שיכול להיות שבוצעה העבירה. **על פי זה, ס' 34 הוא סייג**.

**הסדר הנטלים** – מי שצריך לצעוק ראשון הוא הנאשם, הוא צריך להעלות ספק סביר (5%), ואז הכדור עובר לתביעה.

**מאזן ההסתברויות** - הכדור נשאר אצל הנאשם, והוא יצטרך להוכיח מעל 51%.

**הוויכוח הוא בעצם בין 2 אופציות**:

1. על הנורמות הללו יחול הסדר הנטלים.
2. יחול הסדר של מאזן הסתברויות – על הנאשם יהיה להוכיח כי התקיימו התנאים של אותה נורמה מעבר למאזן ההסתברויות.

**יש לנו כאן 3.5 עמדות:**

1. **הסנגוריה** אומרת כי הסדר הנטלים חל על כל הסייגים ועל כל ההגנות, כי רציונל ההגנה דומה לסייג, והסדר הנטלים צריך לחול בשניהם.
2. **התביעה** - המדינה מעלה את טענת כוונת המחוקק – הסייגים יחולו רק על סייגים שנקבעו בחוק העונשין – כל השאר (הגנות וסייגים שלא נמצאים בסעיף זה) יכללו את מאזן ההסתברויות.
3. **ביהמ"ש** – אומר כי הסדר הנטלים חל על כל נורמה שהיא סייג, ולא משנה היכן היא ממוקמת. לגבי ההגנות – ההגנות ככלל נניח כי מה שחל בעניינם זה מאזן ההסתברויות. יחד עם זאת, ייתכן מצב שבו לגבי הגנה ספציפית כזו או אחרת, יקבע ביהמ"ש שחל בהקשרן הסדר הנטלים.

הערה – ניתן גם לפרש את פסה"ד כך שאפילו לגבי סייגים שלא מופיעים בפרק של חוק העונשין שמקורם ממקום אחר, אולי ניתן לפרש את פסק הדין כנותן לביהמ"ש שיקול דעת, **אבל ההנחה היא שאם זה סייג – חל הסדר הנטלים. אם זו הגנה יחול מאזן ההסתברויות, אבל לביהמ"ש יהיה שיקול דעת לקבוע שלגבי הגנה ספציפית כזו או אחרת, יתקיים הסדר הנטלים.**

* 1. **חשין ובייניש** עד לכאן מסכימים, אבל דרכיהן נפרדות בשאלה מה יוביל את ביהמ"ש באותם מקרים נדירים לקבוע שבנוגע להגנה ספציפית זו או אחרת, מה שחל זה הסדר הנטלים ולא מאזן ההסתברויות?

**חשין** בא ואומר שהשיקול המרכזי צריך להיות **השיקול הראייתי**. בגדול ובהפשטה (המרצה מציע לקרוא את פסק הדין), חשין אומר כי השאלה המרכזית שביהמ"ש צריך לשאול את עצמו היא – **מי יש בידיו את עיקר הראיות? באיזה מידה לנאשם יש את השליטה על הבאת הראיות הרלוונטיות?**.

רק במקרים שבהם מדובר בהגנה שעוסקת במקרים שבהם השליטה של האנשים בראיות יחסית קטנה, יטה ביהמ"ש לקבוע שעל ההגנה חל הסדר הנטלים ולא מאזן ההסתברויות.

**בייניש** באה ואומרת כי הכל תלוי בתכלית החקיקה הספציפית וההגנה הספציפית, והכל צריך להיקבע בהתאם. בייניש נותנת מספר קווים פרשניים מנחים לא מחייבים: לשון החוק, אופיה של העבירה והמערך החקיקתי בו היא מופיעה, תחום החקיקה, מבנה העבירה.

החלק שעוסק בסעיפים 34 י"ד – ט"ו – סייגים לסייגים, צריך ללמוד בצורה עצמית. הדיון בפרק הזה של יאקי ורבין מאוד טוב – אז ללמוד על פי ואקי ורבין.

05.06.17

**שיעור 14 – סייגים לאחריות פלילית**

בשיעור הקודם התחלנו לדבר על סייגים לאחריות פלילית. בשיעור הנוכחי, נעשה מסע טעימות בין הסייגים המרכזיים. כל סייג שלא נעבור עליו היום, אנו רק צריכים לדעת אותו ברמה של מה אומר הסעיף + במידה ודיברנו על הסייג בשיעורים הקודמים – עלינו לדעת את מה שנאמר עליו בשיעורים הללו. 2 סייגים שלא צריך לדעת עליהם בכלל – סייג היעדר השליטה (אוטומטיזם) וסייג השכרות (למרות שמופיעים בסילבוס).

**סייג אי שפיות הדעת- ס' 34 ח'**

*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

נדרש **קש"ס** בין מחלת הנפש/הליקוי השכלי, לבין היעדר הבנה/היכולת להימנע.

השאלה היא – מהי מחלת נפש? בהקשר הזה, בשונה ממחלות פיזיות/רוב המחלות הפיזיות, עשויים להיות מומחים שונים חלוקים בדעותיהם. למרבית מחלות הנפש אין בדיקה פיזית.

יתרה מכך, לגבי תופעות נפשיות מסוימות יש חילוקי דעות בין המומחים.

בארה"ב יש מספר מומחים שטוענים כי קיים "**סינדרום הילד העשיר**" – אם גדלת בתנאים של פינוק מוחלט, אתה לא מסוגל להבדיל בין טוב ורע. לכן צריך לזכות אותך במעשה פשע – כי אתה לא יכול להבין את הפסול במעשה. טענה זו לא מקובלת. ניתן לראות בבירור שבתחום רפואת הנפש יש חילוקי דעות. מדובר בדוגמא קיצונית למקרה כזה. חילוקי הדעות יכולים להיות גם האם סינדרום מסוים קיים/לא קיים, האם אדם ספציפי לוקה בכלל בנפשו, או מהו הליקוי הנפשי בו הוא לוקה. ברמה השלישית חילוקי דעות בין המומחים יכולים להיות בקש"ס הסיבתי בין הליקוי הזה לבין חוסר יכולת להבין את המעשה/להימנע ממנו.

מכל הסיבות דלעיל, ההכרעה מהי מחלת נפש והאם אדם לוקה בה, והאם היה קשר סיבתי בין המחלה והמעשה, כל הכרעות אלו נעשות על ידי **ביהמ"ש**. ביהמ"ש יאזין למומחים, אבל הוא לא חייב לקבל את עמדתם.

**"חוסר יכולת של ממש"** –

מה זה חוסר יכולת של ממש? בהקשר הזה יש 2 גישות – המצמצמת והמרחיבה.

**הגישה המצמצמת** קובעת שהאדם צריך להיות חסר **כל** יכולת, על מנת לפטור מאחריות.

**הגישה המרחיבה** דורשת שלאדם תהיה חוסר יכולת מסוימת, גם אם לא מלאה.

**דוגמא:** אדון ברוכים ואדון ברוהן. אדון ברוכים מתקשר לאמונתו עם דמות שנקראת "המגיד". אדון ברוהן מתקשר לאמונתו עם "המשיח". שניהם במרבית תחומי חייהם מתנהלים ברמת סבירה, מלבד העובדה שברוכים מאמין שהמגיד אומר לו להצית מכון עיסוי, והמשיח אומר לברוהן לשרוף את מסגד אל אקצה.

יש לנו למעשה 2 אנשים, שככל הנראה יש להם ליקוי נפשי, יש קש"ס בין הליקוי הנפשי לבין המעשה הפלילי שכל אחד מהם עשה (ברוכים שרף מכון ליווי ו4 נשים נהרגו, ברוהן ניסה לשרוף את הר הבית), אבל, יש לנו אינדיקטורים מסוימים מהתנהגותם שיש להם מידה מסוימת של שליטה.

שניהם בעיקר יודעים להיזהר מהמשטרה, ולנסות לבחור מועד לפעולתם בו הם לא יתפסו. כך הם יוכלו לבצע את המעשה שהורתה להם הדמות לבצע מבלי להיתפס. יש להם שליטה מסוימת על הפעולות שקשורות לפשע.

ברוהן הוא **פס"ד מ-69**. ברוהן מורשע בהתאם לגישה המצמצמת שרווחה, וזאת לאור העובדה שהוא פעל באופן מתוכנן והיסס לפעול ליד שוטרים.

ברוכים הוא **פס"ד מ-2002**, והוא מזוכה על סמך הגישה המרחיבה, כאשר ביהמ"ש אומר, שהעובדה שתפקודו בתחומים שלא נוגעים לליקוי הנפש היה תקין, לא אומרת שהוא לא חוסה תחת הסייג.

ביהמ"ש רואה זאת במצב שיש לו שליטה על מתי הוא יבצע את המעשה שהורה לו המגיד לעשות, אבל אין לו שליטה על עצם הצורך לבצע את המעשה.

אין הצדקה להעניש מבחינה תוצאתנית וגמולנית אנשים כאלו – מבחינה גמולנית אין באמת אשם מוסרי ברמה כלשהי.

בנוגע להרחקה וסיכון – קביעה שלאדם יש ליקוי נפשי, אינה משחררת אותו, הוא מועבר למחלקה לטיפול. וישחררו אותו רק כשלא יהיה מסוכן.

**סייג ההגנה העצמית** – **ס' 34 י'**

*"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."*

**פס"ד ניר סומך**

לאישה של סומך יש יחסים רומנטיים עם בחור שנהיה אובססיבי. בשלב מסוים היא ובעלה מנסים לנתק מגע ממנו, והם עוברים לביתם החדש לקיבוץ. נוצרת קטטה כאשר ניר סומך, בעל האישה, ניסה למנוע מבן להוציא את כלי הנשק הקר ולפגוע בו – הוא ירה ירייה, ואז עוד 2 יריות.

**השאלה המשפטית –** האם התקיימה הגנה עצמית?

מה שאנו רואים בעצם זה שעולות שאלות נחיצות ומידיות. ביהמ"ש ניסה ליישם אל המקרה של סומך את התנאים השונים.

**ביהמ"ש העליון אומר שיש 6 תנאים מצטברים על מנת להקים את סייג ההגנה העצמית**.

1. תקיפה שלא כדין.
2. סכנה מוחשית.
3. מיידיות הסכנה.
4. היעדר כניסה למצב התנהגות פסול שנצפה מראש.
5. נחיצות.
6. מידתיות.

רק אדם שעומד בכל 6 התנאים הללו, יקום לזכותו הסייג של הגנה עצמית.

תקיפה שלא כדין

העמדה היא שההגדרה למונח תקיפה רחבה יותר מההגדרה של תקיפה בסעיף 378 (עבירת התקיפה) – כי לפעמים בהגנה עצמית אנו צריכים להגיב עוד בשלב האיום, וזאת בהנחה שהאיום הוא מיידי/קרוב למיידי.

סכנה מוחשית

אי אפשר לדרוש סכנה וודאית – הגנה העצמית היא פעולה שנועדה למנוע מעשה עתידי, ואף אחד מאתנו לא מסוגל לצפות את העתיד. לכן, כל מה שניתן לדרוש זה שהסכנה תהיה בהסתברות גבוהה להתממשות. ביהמ"ש אומר שעל בטוח לא דיי בסכנה ערטילאית ורחוקה.

דרישת המיידיות

דרישה זו תאבחן את ההגנה העצמית מהגנות הצורך והכורח שנדבר עליהן בהמשך. היא דורשת שהפעולה לא תעשה מוקדם מדי, ושתפסק ברגע שאין יותר סכנה (זה גם חלק מהדרישה של נחיצות), והיא מניחה שלא ניתן לדרוש מהאדם לחכות עד שמאוחר מדי.

דרישה של העדר כניסה למצב פסול

מדובר בדרישה מאוד פשוטה. קל להבין עם איזה מצב היא אמורה להתמודד – שלא כל בני אדם שנכנסים לתגרה אחר כך יטענו כי מעשיהם נבעו מהגנה עצמית. אנו לא רוצים לייצר תמריץ שבו אנשים יכניסו את עצמם למצבים מסוכנים, במחשבה שאחר כך הם יהיו מוגנים באמצעות הסייג.

דרישת הנחיצות

מתחלקת ל-2 דרישות:

1. **נחיצות איכותנית/איכותית** – דרישה שלא היה לאדם אפשרות לנקוט באופציה לא אלימה.
2. **נחיצות כמותית** – בוחנת האם לא היה ניתן להסתפק בכוח מצומצם יותר (אין להתבלבל בין דרישת הנחיצות הכמותית לבין דרישת המידתיות).

**נחיצות איכותית** –סוגיה שמועלת רבות בקשר לנחיצות זו היא **סוגיית הבריחה**. נותנים לך – קח, מרביצים לך – ברח. היסטורית (חזרה לפס"ד סומך), בהפשטה מאוד גדולה (מבט של מאות שנים), יש בגדול 3 שלבים בהתייחסות של מערכות המשפט המערביות לפעולות של סעד עצמי אלים.

1. **בתקופה שאין מערכת אכיפה מרכזית אפקטיבית**, הדין אפשר באופן יחסית מקל לאנשים לנקוט בסעד עצמי אלים (לאכוף בכוח את הדין בעצמם). התנ"ך קובע כי ניתן להרוג גנב במחתרת. זה גם מה שאמר המשפט הגרמני, הרומי והקנוני. לאור כל מערכות אלו (גם מערכות המשפט בימי הביניים), בגדול, היו 2 סוגים כללים לאפשרות לסעד עצמי:
2. אחד עסק בקטגוריה של מקרים שבהם היה **מותר לכל אדם להרוג את הפושע**, כי היה מדובר בפשע שברגע היה ברור ממנו שנפשו של האדם רקובה לחלוטין (רוצח בלילה, גנב שנתפס על חם, שודד, אונס, מצית – אם תפסתי אותם בשעת מעשה, אני יכול להרוג אותם).
3. סוג שני שאפשר לעשות סעד עצמי – כאשר **היה מדובר באדם שברח מאימת הדין**. אדם כזה היה מוכרז "פורע חוק" – Outlaw, ואז כל אדם היה רשאי לתפוס אותו – חי או מת.
4. באופן הדרגתי, בקצב משתנה ממערכת משפט אחת לשנייה, **ההיתר לבצע סעד עצמי אלים צומצם יותר ויותר, עד לכדי שהוא מתבטל**, ובמקומו מתפתחים הסייגים שאנו מכירים של הגנה עצמית, כורח וצורך. מדוע? עקב 2 סיבות:
5. **התפתחות המדינה** – יש לה רשויות לאכיפת חוק. לכן הן אלה שצריכות לאכוף את החוק ולהשתמש בכוח, ולא האדם הפרטי. מקס וונדר אומר כי "הדין המודרני מתבטא בכך שהסמכות הלגיטימית לעשות שימוש בכוח מתרכזת אך ורק בידי המדינה".
6. **ערך החיים** – עמדה עקרונית חדה וברורה שהתפתחה יחד עם המדינה, שאומרת, שגם חייהם של פושעים הם מקודשים.

ולכן, מתפתחת עמדה משפטית, שמצמצמת מאוד את האפשרות לזכות בסייג ההגנה העצמית. לא רק שאין רשות לסעד עצמי, הפרשנות של הדוקטרינות היא מאוד מצמצמת **בגלל** קדושת החיים.

אחת הדרכים שבהם בא לידי ביטוי צמצום זה, הוא ביצירת חובה חזקה **לברוח**. אם אתה נמצא באיום על חייך, גופך ורכושך, ואתה לא חבר ברשויות אכיפת החוק, מצופה ממך, בגלל ערך קדושת החיים שלך והצד השני – לברוח.

1. המרצה תקוע בשלב השני. הוא תקוע בשנות ה-80. דע עקא, ניתן לראות בארה"ב ובעקבות זאת, בחלק ממדינות המערב האחרות, התחלה של שלב **שלישי** – שלב ה**למה מי?!/למה מה?!**

אנו חיים בעידן שבו יש אמון הולך ופוחת ברשויות אכיפת החוק. האם הירידה באמון מוצדקת? התשובה היא לא.

יכולת האכיפה של המשטרה הם מאוד מצומצמות. יש קושי בלסמוך בעין עיוורת על המשטרה. **יחד עם זאת**, דווקא באותם עשורים שבהם מתפתח אותו שלב ה"למה מי?!", יש **ירידה ברמת הפשיעה**. קיימת אשליה בלבד שהפשיעה גוברת. השלב השלישי, הוא התפתחותן של דוקטרינות משפטיות ש**משחררות** במידה מסוימת ביחס למצבנו לפי 20-30 שנה, את הרסנים.

לדעת המרצה, **פס"ד סומך** הוא ביטוי מצער של המגמה הזאת. לב המרצה נמצא עם אדון סומך ואשתו (הוא לא מאחל לאף אחד להיות בסיטואציה הזאת, שכוללת חוסר אונים – כי יכולת המשטרה לעשות משהו היא מאוד מצומצמת). השאלה היחידה היא – האם זה אומר שזה צריך להסתיים בזיכוי? ההבדל בין הגישה היום לגישה לפני 10-12 שנה, מסתתרת במילים של השופט סולדברג – "אין עלינו לבחון את המצב בסיטואציה הסטרילית והשקטה של ביהמ"ש".

מה היה קורה אם אדון סומך היה לוחץ על הגז במקום על ההדק? זה לא מדע מדויק. השאלה היא **מה המסר שמערכת המשפט רוצה לשדר?** לכל מסר כזה יהיו מחירים. פסה"ד דרומי שעליו התבססה ההגנה הוא נורא ואיום בהקשר הזה.

מדובר באותם סיטואציות שכל בחירה היא רעה – ולכל בחירה יהיו מחירים. **השאלה היא כמה ניר סומך שלט ברסניו?** קשה למרצה להאמין שלא באים לידי ביטוי אלמנטים של "סעמק" או "זעם". האם ביהמ"ש רוצה להעביר מסר של קדושת החיים, או שהוא רוצה להגיד סעמק (לתת אפשרות לביטויים מסוימים של זעם)?

דרישת המידתיות (פרופורציונליות) - בשונה מהנחיצות, היא בוחנת פרופורציונלית בין הנזק שנגרם על ידי המתלונן, לנזק שהיה נגרם על ידי התוקפן. הדרישה היא לא יחס של אחד לאחד, אלא מעט יותר סלחני, כך שלמשל נטילת חיים תחשב כמענה מידתי במקרה שיש חשש שהתוקפן יגרום נזק גופני חמור – אם יש חשד שפעולתו של התוקפן תגרום לנזק גופני חמור ואני הורג אותו.

**סייג הגנה עצמית מדומה**

המבחנים של סייג ההגנה העצמית הם מבחנים יחסית אובייקטיביים. אבל מה קורה במצב שבו אובייקטיבית אין סיכון, אבל, האדם טועה לסבור שהוא נמצא במצב של סיכון?

יש מערכות משפט שבהן התשובה היא פשוטה – בעיה שלו. הטעות שלו גרמה למעשה לא מוצדק, ולכן הוא לא זכאי לסייג.

הדין הישראלי כיום יותר סלחן, ורואה בסיטואציה זאת כסיטואציה שבה יכול לקום לו סייג מסוג הפטר – אם הגנה עצמית היא סייג מסוג הצדק, הרי שטעות כנה שגורמת לאדם לסבור שהוא במצב של הגנה עצמית (הגנה עצמית מדומה) היא/הוא סייג מסוג הפטר.

סייג זה קם לא בגלל שיש סעיף בחוק העונשין שעוסק בהגנה עצמית מדומה, אלא משילוב הסעיף שעוסק בהגנה עצמית עם הסעיף שעוסק בטעות במצב הדברים.

לכאורה, הטעות של האדם במצב של הגנה עצמית מדומה, אינה חייבת להיות סבירה. דיי בכך שהיא **כנה**. דיי בכך שהאדם באמת סבר כי הוא נמצא במצב של הגנה עצמית, גם אם האדם הסביר לא היה מניח כך. **לדוגמא** – ילד עם אקדח קפצונים. אם תאמינו לי שהטעות היא כנה, אני אזכה בסייג.

עם זאת, ברמה הפרקטית, רק במקרים מאוד נדירים ביהמ"ש ישתכנע שמדובר בטעות כנה כאשר הטעות היא לא סבירה.

**לדוגמא**, המקרה של **היילו**. הוא לא היה נתון בסכנת חיים – הוא טען להגנה עצמית מדומה, והיה קשה מאוד לקבל את הטענה הזאת. המצב של היילו מבאס, אפילו יותר מהמצב של סומך. זה מקרה קלאסי ששווה לשקול בו חנינה, אבל לבוא ולומר שהיה צריך לפטור אותו מאחריות פלילית מראש? ולא לתת חנינה של חסד? המרצה מדגיש בשנית את המונח **"חיים! זה קדוש"**.

**פס"ד דרומי (רשות)**

המרצה אומר כי אין שום ספק שהסיטואציה בה דרומי הייתה מבאסת. לא היה ניתן לסמוך על המשטרה. המצב הוא עוד יותר מעצבן אם הולכים צעד אחד אחורה – גם האוכלוסייה שממנה יוצאים העבריינים, היא אוכלוסייה שהמדינה מזניחה – שמגדילה את הסיכויים לעבריינות (לא מצדיק). חידלון המדינה הוא עוד צעד אחד קדימה.

תמותת הילדים בקרב הפזורה הבדואית היא פי 4 מהממוצע הכללי במדינה.

על פי החוק החדש של דרומי, לדעת המרצה דרומי לא היה מזוכה. עם זאת, אנו בשלב של "סעמק". המצב לא צריך להיגמר בנטילת חיים, והחוק לא צריך לאפשר זאת (לדעת המרצה).

עלינו לקרוא את סייג ההגנה על מקום מגורים, ולהשוות בינו לבין סייג ההגנה העצמית – יש לשים לב להבדלים.

**סייג הצורך**

*"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה הכרחי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו שלו או של זוגתו מסכנה מוחשית הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היה לו דרך אחרת לעשותו".*

התנאים מעט שונים מאלו של הגנה עצמית:

1. **דרישה למיידיות** – המעשה צריך להיות דרוש באופן מיידי להצלת חיים, אבל הסכנה צריכה להיות מוחשית – לא מיידית. **לדוגמא** – אם אני כרב חובל אתקע בקרחון עוד מאה מטר אם אמשיך ישר – וכשאני שובר את ההגנה אני דורס דייג, הסכנה היא מוחשית ולא מיידית, אך הפעולה להצלת החיים של האנשים על הספינה צריכה להיעשות באופן מיידי.
2. ההבדל בין הגנה עצמית לצורך, זה שבהגנה עצמית הסכנה נובעת בתוקפן, וכאן **הסכנה נובעת ממצב דברים**.
3. מה זה "**לא הייתה דרך אחרת לעשותו**"? פרשנות מצרה תגיד שאלו רק מצבים של אילוץ – אין ברירה אחרת. פרשנות מקלה יותר, תבוא ותגיד שדיי בכך שזה הרע במיעוטו. במאזן הדברים – הנזק קטן יותר מהמעשה שעושה האדם ביחס לנזק שיגרם אם הוא לא יעשה.

**הפרשנות המקובלת כיום היא לפרשנות המקלה יותר – די בכך שזה הרע במיעוטו**.

1. הפרשנות המקלה מאוזנת, בגלל שהסייג קם רק כאשר יש סכנה מוחשית לפגיעה חמורה.

**סייג הכורח**

34 יב– *" 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."*

34 טז - *"הוראות סעיפים 34י, 34יא ו-34יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין*

*לשם מניעת הפגיעה."*

סעיף אחר בחוק העונשין מציב דרישה שהמעשה לא יכלול שום חריגה מן הסביר.

07.06.17

**שיעור 15 – הלכת הצפיות**

המרצה ישלח את הסיכום לכל השיעור הקודם. יש דברים שנאמרו בכיתה (אבל חיים!) שלא מופיעים בסיכום.

השיעור היום הוא בעצם חוב עבר – נושא שהקבוצה השנייה כבר למדה - הלכת הצפיות.

המרצה ייתן הקדמה קטנה על הרציונל של דוקטרינות כמו הלכת הצפיות, אחר כך הוא ידון במקרה הסטנדרטי בו עושים שימוש בהלכת הצפיות, כתחליף להוכחת כוונה בעבירות תוצאה.

לאחר מכן, אנו נשקיע את מרבית השיעור בלדון בשאלה - האם יש מקרים נוספים/הקשרים נוספים בהם ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות, כאשר נבחן 3 מצבים כאלה:

האם אפשר לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת מטרה?

האם אפשר לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת מניע?

האם אפשר לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת כוונה תחילה?

**הקדמה**

לדעת מה מתרחש בנפשו של אדם זו משימה לא פשוטה עד כדי כמעט בלתי אפשרית. אין לנו רנטגן שמאפשר לנו לקרוא מה קורה בנפש האדם, ובמיוחד לא מה התרחש בו בעבר.

לאור העובדה הזאת, התפתחו בדיני העונשין כללים משפטיים שונים שנועדו להקל את מלאכתו של השופט בהקשר זה (בהקשר של הוכחת קיומו של היסוד הנפשי).

הכללים המשפטיים הללו בדרך כלל עושים אחד מ-2 –

1. או שהם באים וקובעים שהיה והתקיימו נתונים עובדתיים מסוימים, הרי שביהמ"ש יכול להניח כי התקיים היסוד הנפשי.

**דוגמא – חזקת המודעות הכללית:** חזקה שאדם מודע בדרך כלל למשמעות התנהגותו מבחינת טיבה הפיזי להתקיימות הנסיבות שבהקשרן נעשית ההתנהגות ולאפשרות גרימת התוצאות שנובעות באופן טבעי מההתנהגות.

1. או שהם מנמיכים את הרף לגבי מה נדרש מביהמ"ש להוכיח.

**דוגמא - פזיזות:** ככלל, בעבירות תוצאה, במקום להוכיח כוונה, ביהמ"ש יכול להסתפק בהוכחת פזיזות באחת משני הצדדים. פזיזות קלה יותר להוכחה מאשר כוונה (פזיזות מצד אדישות או קלות דעת).

הלכת הצפיות שהיום קבועה מפורשות בחוק (מאז תיקון 39) קובעת כך –

*"לעניין כוונה, ראייה מראש שהתרחשות התוצאות כאפשרות קרובה למדי, כמוה כמטרה לגורמן"*. מדובר בדרך הכי מסורבלת ולא מובנת להגדיר את הלכת הצפיות.

מה זה אומר בעצם – אם הוכחנו שהאדם צפה בהסתברות גבוהה למדי את התרחשות התוצאות של ההתנהגות – הרי שכאילו הוכחנו שהוא התכוון לגרום אותם.

**לדוגמא:** יש לנו עבירת תוצאה. בעבירה הזאת נצטרך להוכיח מודעות להתנהגות, מודעות לנסיבות.

קודם כל צריכים להוכיח מודעות לקרות התוצאות. אחר כך צריך להוכיח אחד מ-2 דברים בנוגע לתוצאה – או כוונה או פזיזות.

מה הלכת הצפיות באה ואומרת? היה ואתה מנסה להוכיח כלפי האדם כוונה (ולא מסתפק בפזיזות בלבד) יש לך 2 אופציות:

1. או שתנסה להוכיח באמת כוונה (תוכיח שהאדם פעל מתוך רצון להביא לתוצאה), ואז גם אם האדם העריך שסיכוי התוצאה תתממש הוא קטן – אם הוכחת שהיה רצון, אז הוכחת כוונה.
2. אופציה אחרת – תסתפק בתחליף כוונה, או בשמה האחר – **הלכת הצפיות**. תוכיח שהאדם צפה כאפשרות קרובה למדי את קרות התוצאה, ואז "כאילו" הוכחת שהוא התכוון.

הערות (שימו לב):

1. צריך לשים לב שצריך להוכיח זאת כלפי הנאשם **הספציפי** (לא האדם הסביר היה צופה).
2. יחד עם זאת, בד"כ זו לא תהיה משימה קשה במיוחד, מכיוון שהלכת הצפיות תוכל לרכב על חזקת המודעות הכללית (שאומרת שחזקה על אדם שככלל צופה את התוצאות הטבעיות של מעשיו) למעשה, רק כאשר מדובר בתוצאות חריגות, הלכת הצפיות לא תוכל לרכב על חזקת המודעות הכללית. לשם הבהרה – חזקת המודעות הכללית אינה חלוטה – הנאשם יכול להפריכה, אך בהתאם למאזן ההסתברויות (והוא בדרך כלל לא יצליח ברמה הפרקטית).
3. למה אנו צריכים את זה? ממילא אם יש לנו קושי להוכיח כוונה, כמעט תמיד נוכל במקום זה להסתפק בלהוכיח פזיזות! יש לכך כמה סיבות:
4. **הלכת הצפיות היא תחליף כוונה** – אם עמדנו בדרישות הלכת הצפיות, זה כאילו הוכחנו כוונה. בלהוכיח כוונה בשונה מלהסתפק בפזיזות, כלולים 2 יתרונות:
5. ככלל – זה ישפיע על **חומרת העונש**. אם אדם אחד הורשע בעבירת התוצאה על סמך זה שהוכח כי הוא התכוון (על פי הלכת הצפיות), והאחר הואשם בפזיזות, ככלל העונש של השני יהיו נמוך יותר (זה של הפזיזות).
6. יש מספר עבירות תוצאה שבהם המחוקק הנחה אותנו **שפזיזות אינה מספיקה**, שבהם חייבים להוכיח כוונה. בעבירות אלו אוכל במקום כוונה להוכיח את הלכת הצפיות, שהיא תחליף כוונה.
7. מדובר במצב בו אתה צופה לאפשרות קרובה למדי ואתה עושה את ההתנהגות בכל זאת – זה מצב דומה בחומרתו למצב שבו התכוונת לגרום לתוצאה זאת, ובכך הוא **שולח את המסר שזה סיטואציה יותר חמורה מאשר מצב בו היית פזיז לגבי התוצאה**.

למה מצב שבו מתקיימים תנאים של הלכת הצפיות – המחוקק ראה בו מצב של אותה חומרה במצב של אדם שהתכוון לקרות התוצאה? יש כאן מצב שבן אדם יודע מה ההתנהגות שלו תעשה – זה מצב מאוד קרוב מבחינת חומרת האשם המוסרי למצב שבן אדם מתכוון שזה יקרה, זאת בשונה ממקרה של אדישות/פזיזות – המחשבה היא שזה חמור כמעט/באותה מידה כמו במצב שבן אדם התכוון.

**האם קיימים שימושים נוספים/הקשרים נוספים להלכת הצפיות?**

האם הלכת הצפיות אשר מהווה תחליף לכוונה – ניתנת לשימוש גם לא כתחליף כוונה, אלא כתחליף להוכחת מניע/מטרה/כוונה תחילה?

הלכת הצפיות לא נולדה בתיקון 39. הלכת הצפיות נוצרה בהלכה – עוד לפני שעוגנה בחוק (לכן המילה הלכה).

בשלב הזה (לפני תיקון 39), בתי המשפט עשו שימוש בהלכת הצפיות גם כתחליף למניע/מטרה וכו'..

הכלל היה – שכל עבירה שבה ייתכן וההלכה רלוונטית (עבירת תוצאה, מניע ,כוונה תחילה) יש לבחון בנפרד, פר עבירה, האם בהקשרה ראוי לעשות שימוש בהלכת הצפיות.

מה התשנה בתיקון 39?

לביהמ"ש אין יותר שיקול דעת בהקשר של עבירות תוצאה. החוק אומר במפורשות שבהקשר זה יש תחליף כוונה – צפייה כאפשרות קרובה למדי, כמוה כוונה (אין יותר בדיקה פר עבירה).

הוויכוח הוא האם גם התכוון המחוקק להורות לבתי המשפט **שאסור להם לעשות עוד שימוש** בהלכת הצפיות בהקשרים אחרים? (האם זה ביטוי משתמע או הסדר שלילי?) או שהוא התכוון להשאיר את המצב הקיים לגבי ההקשרים האחרים?

השאלה אינה מינוחית – המילה כוונה מופיעה בחוק העונשין בהקשרים שונים. זה לא מעניין אם המילה מופיעה, אלא האם מבחינה מהותית זה כוונה, מניע, מטרה או כוונה תחילה. סעיף 20 מדבר על כוונה במובן האמיתי שלה. האם במצבים אחרים ניתן להשתמש בהלכת הצפיות?

האם ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף **למטרה**?

**סעיף 144ב**' (א) - **הסתה לגזענות** קובע -

*"המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו 5 שנות מאסר.*

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

סעיף (ב) מבהיר לנו ללא כל ספק שמדובר בעבירה שאינה עבירת תוצאה, אלא עבירת **התנהגות**, לכן כוונה במובן האמיתי של המונח לא יכולה להיות רלוונטית כאן, אבל יש כאן עניין של מטרה.

**מטרה** – לא התוצאה הישירה של ההתנהגות, אלא זה שאתה פועל מתוך רצון שיקרה משהו עתידי רחוק יותר בהקשר של התנהגותי.

**פס"ד אלבה נ' מ"י**

**רקע:** הרב אלבה מפרסם ספר – הלכות הריגת גוי. מעמידים אותו לדין בטענה כי הסית לגזענות, והוא טוען כי לא הסית – רק סיכם את עמדת ההלכה היהודית בנוגע להלכות הריגת גוי.

ביהמ"ש לא קונה את הסיפור. יש מספיק ראיות המראות כי אלבה פעל מתוך מטרה להסתה לגזענות, אך טיעונו מעלה שאלה שעשויה לעלות במקרים אחרים, ואז ביהמ"ש בדיון ארוך שכולו הערת אגב, דן בשאלה מה קורה עם אדם שמפרסם פרסום, כאשר הוא יכול לצפות באפשרות קרובה לוודאי שהוא יסית לגזענות, אך זוהי לא מטרתו? הוא באמת רוצה לעשות זאת מתוך מטרה להציג את העמדה ההלכתית, אך בנסיבות ימנו חיינו הוא צופה באפשרות קרובה לוודאי שהפרסום הזה יסית לגזענות.

**השאלה המשפטית:** האם בהקשר זה ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות ולהרשיעו? או האם הלכת הצפיות יכולה לשמש תחליף להוכחת מטרה?

**ביהמ"ש העליון -** יש לכך 3 עמדות:

1. **Nein Nein Nein**. לא ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה! שני טיעונים לכך:
2. **טיעון פורמליסטי** – המחוקק אמר לנו שהלכת הצפיות היא תחליף לכוונה! אם הוא היה רוצה לומר שזה תחליף למשהו אחר – הוא היה אומר!
3. **טיעון מהותי** – עבירות מטרה הן חיה נדירה. יש מעט מאוד סיטואציות שבהן מה שהופך את המעשה לעבירה/עבירה חמורה יותר, זה **המטרה** שמתוכה פעל האדם. בכך שהעבירות הללו נדירות, המחוקק אומר לנו כי יש סיטואציות ספציפיות בהן המטרה מעידה על נכלוליות מסוימת (פיכסיות מיוחדת). בגלל שזה חריג, לא ראוי לעשות במקרים הללו הנחות! לא ראוי להרחיב את מעגל ההפללה! העבירות הללו נועדו למקרים צרים וחריגים.
4. **כן! גורף**. התומכים בה מסתמכים על 2 טיעונים:
5. **טיעון מהותי** – זה נכון שמטרה וכוונה הן חיות שונות, אבל בואו נודה בכך, שיש סיבה שהמחוק מבלבל ביניהן ומתבלבלים בהן – מטרה וכוונה קרובות באופיין. הן מספיק קרובות באופיין עד לכדי שאם הגענו למסקנה שראוי לעשות שימוש בהלכת הצפיות באופן גורף כתחליף לכוונה, הרי שראוי להגיע לאותה מסקנה גם בהקשר של מטרה.
6. **טיעון פורמלי** – לא ניתן להסיק מזה שהמחוקק הסדיר את הלכת הצפיות כתחליף כוונה, שהוא התכוון לאסור את השימוש שלה בהקשר של מטרה. במרומז הם גם אומרים להפך – אפשר לעשות **היקש**, ולהחיל את זה באופן גורף גם בהקשר של מטרה.
7. **גישת הביניים** – הכל בהתאם לעבירת המטרה הספציפית ולתכליתה.
8. **פורמלית** – אנו נשארים עם אותו הסדר נורמטיבי לפני תיקון 39.
9. **מהותית** – יהיו מקרים שזה יתאים ויהיו מקרים שזה לא יתאים – בואו נבדוק פר עבירה.

בפס"ד אלבה במרומז יש חילוקי דעות בין השופטים האם העבירה הספציפית המדוברת היא עבירה שראוי בהקשרה לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף מטרה. **ברק** אומר ספציפית בעבירה זו – התשובה היא **לא**. הסיבה לכך היא חופש הביטוי. שאר השופטים שתומכים בעמדת הביניים – רומזים שהתשובה בנוגע לעבירה זו היא **כן**. הם לא רואים סיבה למה לא בעבירה הזאת.

**כיום, העמדה הרווחת בפסיקה (ההלכה) היא עמדת הביניים**. בהמשך נדגים עבירת מטרה אחת שבה הפסיקה קבעה שניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף מטרה, ועבירה אחת בה הפסיקה קבעה שלא ניתן.

**שיבוש הליכי משפט -** דוגמא לעבירה שבה נקבע כי **ניתן לעשות שימוש** בהלכת הצפיות.

**פס"ד אלגד**

מעשה בשוטר, שלהשלמת הכנסה ובניגוד לדין עובד כמאבטח במועדון. במועדון מתפתחת קטטה, ואלגד נפצע בקטטה. אלגד חושש שהמשטרה שתחקור את האירוע תגלה כי הוא עבד במועדון ללא היתר – ולכן הוא משקר לרופא שמטפל בו לגבי איך הוא נפצע, ומשכנע חבר שלו לא להזכיר את המעורבות שלו בקטטה.

העבירה של שיבוש הליכי משפט היא עבירת מטרה, אשר דורשת שהמעשים שנעשו נעשו מתוך מטרה לשיבוש הליכי משפט. אלגד אומר כי לא ניסה לשבש את החקירה בדבר הקטטה - הוא רק ניסה למנוע את גילוי העובדה שעבד ללא היתר. ביהמ"ש משתכנע, אבל אומר שזה לא משנה. בהקשר של העבירה זאת, ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה, ולכן היה והוכחנו שאדם צפה כאפשרות קרובה למדי שמעשיו יובילו לשיבוש הליכי משפט, כאילו הוכחנו שהוא פעל מתוך מטרה לשבש את הליכי המשפט. (בייניש אומרת כי היא מאמינה לו – ומרשיעה אותו).

**עבירת לשון הרע** - עבירת מטרה שבה נפסק כי **לא ניתן לעשות שימוש** בהלכת הצפיות.

חוק איסור לשון הרע קובע את האיסור להוצאת לשון הרע ב-2 סעיפים:

**סעיף 7** – קובע עוולה אזרחית (עוולה נזיקית) –

*"פרסום לשון הרע לאדם או יותר, זולת הנפגע תהא עוולה אזרחית..."*

**סעיף 6** – קובע שבמקרים מסוימים, הוצאת לשון הרע תוכל להיות בנוסף גם עבירה פלילית.

*"המפרסם לשון הרע בכוונה לפגוע ל-2 בני אדם או יותר, זולת הנפגע – דינו מאסר שנה"*

2 אלמנטים יהפכו את פרסום לשון הרע מעוולה אזרחית בלבד לעבירה פלילית:

1. שפרסמתי את לשון הרע לעוד בן אדם נוסף אחד (בהשוואה לאחד נוסף בלבד בסעיף 7).
2. עשית זאת מתוך **כוונה** לפגוע (במקרה הזה המונח מטרה היה צריך להירשם ולא כוונה).

**ביטון נ' סולטן**

השאלה היא האם כאן, בהקשר לעבירה זאת, ראוי לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה?

**השופט ברק** אומר שלא, ונותן 3 סיבות:

1. מדובר בעבירות חופש ביטוי, וצריך לנקוט בכל פרשנות אפשרית שתצמצם את מעגל ההפללה.
2. ברק עושה הבחנה רכה בין עבירות מטרה תוצאתיות לעבירות מטרה התנהגותיות. זה לא שהוא אומר שבאחת תמיד יהיה אפשר להשתמש ובשנייה אף פעם, אלא הוא אומר כי ביהמ"ש צריך יותר להיזהר בשימוש בהלכת הצפיות כתחליף מטרה כאשר מדובר בעבירות מטרה שאינן תוצאתיות (עבירות מטרה התנהגותיות). הסיבה לכך היא שבעבירות תוצאתיות יש לנו אמצעי אחר שמסייע במניעת הרחבת יתר של מעגל ההפללה – **דרישת התוצאה**. לכן, מכיוון שאין בעבירות התנהגות את הbuffer הנוסף הזה – צריך יותר להיזהר.

המרצה עשה הפשטה מסוימת לטיעונו של ברק – ושווה לקרוא את מה שאמר.

1. במקרה הזה רואים שהמטרה של המחוקק הייתה לתחם את מעגל ההפללה למקרים הספציפיים שבהם האדם פועל מתוך מטרה להוציא לשון הרע. ההשוואה בין סעיף 6 לסעיף 7 ממחישה לנו באופן ספציפי לגבי לשון הרע שלמחוקק הייתה **כוונה לתחם את מעגל ההפללה**, רק למקרים שבהם הפעולה נעשית מתוך מטרה לפגוע, ולכן, במקרה הזה, שימוש בהלכת הצפיות (בתחליף) יהיה בניגוד לכוונתו הספציפית של המחוקק.

**החלת הלכת הצפיות כתחליף להוכחתו של מניע**

בשיעור לגבי כוונה, כוונה תחילה, מניע ומטרה – הראו לנו שהדרישה להוכחת מניע מופיעה בחוק העונשין ב-2 הקשרים:

1. ישנם עבירות שאם אתה עושה אותם סתם, אתה תקבל X שנים מקסימלי. אבל אם תעשה אותם מתוך מניע מסוים – העונש המקסימלי גדל (מניע מהווה נסיבה מחמירה).

**לדוגמא: סעיף 144 ו (א)** - מציין רשימה מאוד ארוכה של עבירות שאם אדם מבצע אותם מתוך מניע גזעני, הרי שהעונש המקסימלי חמור יותר.

1. הקשר שני שבו מופיע הדרישה למניע – הוא שנוי במחלוקת. ישנם עבירות שבהן אין שימוש במונח מניע אלא מטרה, אבל מלומדים אחרים טוענים שבעצמם מדובר בעבירות שדורשות הוכחת מניע (הפירוש הנכון של המילה כוונה/מטרה – הוא פירוש שרואה בדרישה למניע).

ב-2 הקשרים אלו, עולה השאלה האם ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת מניע? לכך יש 3 עמדות:

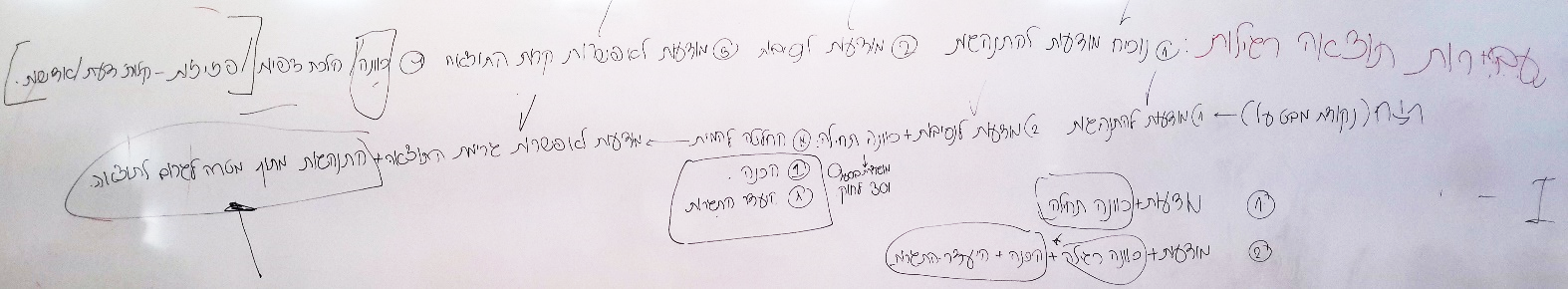
1. **לא**. היא אומרת זאת מאותם סיבות כמו בהקשר של מטרה, ומוסיפה טיעון נוסף שהוא ספציפי לגבי מניע: הטיעון הנוסף הוא שמניע **שונה** מכוונה ומטרה – מטרה וכוונה צופות פני עתיד, בעוד שמניע הוא הלך נפש שמתקיים בהווה. לכן, אם מדובר בהלך נפש שמתקיים בהווה, לא ראוי בהקשרו לעשות שימוש בקונסטרוקציה שמתייחסת למה שהאדם צפה בנוגע לעתיד.
2. **כן גורף**. היא אומרת כי "בתכלס", ההבדל בין מניע למטרה הוא הבדל דק. תחושתנו לא מוקפאות רק לעתיד או רק להווה – אנו מקרינים את תחושותינו לכל כיווני הזמן.

**לדוגמא –** אדם שרוצח אדם אחר מתוך כוונה לרשת אותו. זה מניע או כוונה? זה איפשהו באמצע – וזה ממחיש את הטענה, כי קיים קושי בלמתוח קוו ישר.

**דוגמא 2** – אדם שפועל מתוך מניע גזעני, לא רוצה להפוך אנשים לגזענים? זה גם וגם.

1. **עמדה גמישה** – לדעת המרצה, אם הוא מכיר את האופי של ביהמ"ש, אם הם אי פעם יאמצו גישה – הם יאמצו את הגישה הגמישה (החלטה באופן ספציפי לגבי העבירה), למרות שעל פי המלומדים העמדה הרווחת היא עמדה ש"לא".

**האם ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף לכוונה תחילה?**

**ציור מטורף של המרצה**

**עבירות תוצאה רגילות** – צריך להוכיח 1) מודעות להתנהגות 2) מודעות לנסיבות 3) מודעות לאפשרות קרות התוצאה 4) **כוונה** / הלכת צפיות / **פזיזות מסוג קלות דעת או אדישות**

**רצח** – אנו צריכים להוכיח 1) מודעות להתנהגות 2) מודעות לנסיבות + כוונה תחילה: א) צריך להוכיח החלטה להמית, ב) הכנה ג) העדר התגרות

I

מה זה החלטה להמית? היא דורשת מודעות לגרימת התוצאה + התנהגות מתוך מטרה לגרום לתוצאה

איפה מוגדרת כוונה תחילה? **בס' 301** לחוק העונשין.

**העמדה המתנגדת –**

אלה שמתנגדים להחלת הלכת הצפיות בהקשר של עבירת הרצח, באים ואומרים, שבעוד שבעבירות תוצאה רגילות יש לנו את 4 הרכיבים שפורטו לעיל, אחרי 2 הרכיבים הראשונים – משתנה אופייה של עבירת הרצח. בניסוח אחר – הם אומרים **שכוונה וכוונה תחילה הן 2 חיות שונות לחלוטין**.

הראייה לכך – הן מוגדרות בסעיפים שונים לחלוטין. כוונה תחילה בס' 301, וכוונה רגילה מהראשונים. מבחינה מהותית המחוקק החליט לעשות דין מיוחד, ולדרוש ברצח סוג מיוחד של כוונה.

מכיוון שרצח היא העברה הנכלולית ביותר – המחוקק החליט לקבוע הלך נפש מיוחד – שנקרא כוונה תחילה. באנגלית זה אפילו מילים שונות – intent & malice foresight.

יש כאן למעשה 2 טיעונים –

1. **פורמאלי** - המחוקק הביע בכוונתו שיש כאן 2 עברות שונות. לא סתם נקבע בעבירת הרצח הלך נפש ייחודי, ולכן לא ראוי להשתמש פה בהלכת הצפיות.
2. **מהותי** - אם נשתמש בהלכת הצפיות, לא יוותר הבדל גדול במיוחד בין עבירת הרצח לעבירת ההריגה!

**העמדה התומכת –**

1. **טיעון פורמאלי** - מה שמייחד את הרצח, זה לא המונח "כוונה תחילה", אלא הדרישות של הכנה והעדר התגרות. לאור זאת, אין שום בעיה להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת הרכיב השני של ההחלטה להמית.

למעשה, הם אומרים כי השוני האמיתי בין עבירת הרצח ועבירות התוצאה האחרות הוא לא שדורשים 2 רכיבים נפשיים שונים לגבי התוצאה (כוונה/כוונה תחילה). מה שדורשים ברצח זה למעשה כוונה, ודורשים עוד אלמנטים נוספים בגלל שהעבירה חמורה – הכנה והעדר התגרות. **"כוונה תחילה" זה כוונה + עוד מספר דרישות למעשה**.

1. **טיעון מהותי** – הם מסכימים שעבירת הרצח היא מיוחדת, אבל מה שמייחד אותה מבחינת חומרתה היא הוספת רכיבי ההכנה והעדר ההתגרות.

מעבר להתפלפלות הפורמאלית, ומעבר למס השפתיים ש-2 הצדדים משלמים בנוגע לכך שעבירת הרצח היא חמורה ונוראה, מה שמניע את העמדה הראשונה זה **הידיעה** שהדרישות להכנה והעדר התגרות **מאוד מאוד רוככו בפסיקה**. לגבי ההכנה – מספיק שהכנת ב-30 שניות את הסכין ודקרת – זה כבר הכנה. בנוסף, האפשרות שלא ירשיעו אותך בגלל התגרות מאוד מוסמסה – רק במקרים נדירים יכירו בכך שהיה קנטור.

**עמדת המרצה** – יבואו ויגידו לנו שהסיבה שברצח יש דרישה לכוונה תחילה, זה בגלל שזו עבירה מיוחדת באופייה, חמורה במיוחד ולכן התפתח היסוד הנפשי החפצי המיוחד לגבי התוצאה...

הסיבה ה**אמיתית** שקיים היסוד הנפשי של כוונה תחילה – זה בגלל שלפני 1000 שנה היה צריך להבחין בין 2 מערכות משפט בעלות ראייה שונה מאוד לגבי עבירות ההמתה.

במשפט הגרמני, כל עבירות ההמתה מלבד מקרים מאוד חריגים – היו זהות. הרגת מישהו? שלם.

לעומת זאת, במשפט הנוצרי לנפשו של האדם הייתה חשיבות רבה – והיה הבדל בין הריגה לרצח.

מה כן היה קונצנזוס? היה קונצנזוס שכמה סוגים של רצח הם **מגעילים** במיוחד – כמו רצח שנעשה בסתר.רצח שנעשה בסתר באמצעות רעל הוא חמור יותר. יש עבירות המתה שזה פיצוי כספי, ויש עונש מוות – כאשר הרצח הוא נכלולי. עם השנים השופטים לוקחים את המונח "גרימת מוות נכלולית" – וכך נולדה עבירת הרצח. הסיבה "כוונה תחילה" היא סיבה היסטורית לחלוטין – אף אחד לא עשה סדר בעבירות ההמתה. המשפט הישראלי עושה הלחמה בין המשפט הקונטיננטלי והאנגלו סקסי – כוונה תחילה.

לכן עמדת המרצה היא שצריך לעשות סדר – להיפטר מהעבירה המטופשת שנקראת רצח, ולעשות עבירות המתה שמתיישבות עם ההיגיון של דיני העונשין.

במערכת המשפט בשטחים אין רצח – יש עבירת מוות בכוונה. בתי המשפט הצבאיים כוללים שכל ישר – גרימת מוות בכוונה, לא רצח.

הסיכוי שיעשו רפורמה ויבטלו את עבירת הרצח – הוא אפסי. משפחות הקורבן והציבור רוצים שכאשר בן אדם גרם למותו של אחר – שתהיה לו את הסטיגמה של "רוצח". מהסיבה הזאת אין שום סיבה בעולם. מדובר בהרגל שמקוים על ידנו עד לכדי שאנו לא מוכנים לוותר עליו – Thingification – חפצון. ברגע שמשהו קיים ונקלט במערכת, הוא נראה לנו טבעי, עד כדי שהגיון ההיסטורי נעלם ואז אנו ממציאים רציונליזציות שיצדיקו זאת.

צריך לשמור על ביקורת – עבירת הרצח נראית הכי בסיסית בחוק העונשין, והמרצה אומר שזו עבירה מטופשת. צריך להיפטר מהסעיף ולעשות סעיף חדש והגיוני. אנו צריכים להיות ביקורתיים לגבי זה ולא לקבל זאת. זה יכול להיקרא "גרימת מוות חמורה/גרימת מוות מדרגה ראשונה. ניתן אפילו לקרוא לה רצח – אבל לא לקרוא לזה כוונה תחילה.

**לסיכום**, אין הלכה בנושא, אלא 2 גישות

1. ההלכה הראשונה אומרת כי הלכת הצפיות לא רלוונטית בהקשר של עבירת הרצח.
2. השנייה אומרת כי ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף לרכיב השני של דרישת ההחלטה להמית.
3. על פי גישה אחת – רצח זה מודעות ו[כוונה תחילה].
4. על פי גישה 2 – רצח זה מודעות + [כוונה רגילה] + [הכנה + העדר התגרות].

12.06.17

**שיעור 16 – הניסיון הפלילי**

היום נתחיל סדרה של שיעורים שיעסקו בצורות נגזרות של אחריות פלילית.

עם זאת, לפני כן המרצה יעשה חזרה קטנה על זיהוי העבירה הפלילית, ואם אנו נתקלים בקושי, הספר הטוב ביותר הוא של ואקי ורבין.

**ברירת המחדל היא שעבירה היא עבירה התנהגותית**.

**טיפים פרקטיים** – אנו מתלבטים? יש לנו יותר סיכוי להיות צודקים שמדובר בעבירה התנהגותית.

**טיפ נוסף** – אלא אם זה עבירת המתה/עבירת חבלה בגוף אדם/עבירה של היזק או רכוש – יש להניח כי קיים סיכוי גדול שמדובר בעבירה התנהגותית. אם זו עבירה בחוק העונשין, והיא לא עבירה מאחת הקטגוריות הללו – רוב הסיכויים שזו עבירה התנהגותית.

יש עוד קטגוריה אחת מוזרה – עבירות הגניבה. יש חילוקי דעות אם מדובר בעבירות תוצאה או התנהגות. זה לא חד ערכי בכיוון הזה, אבל בכיוון ההפוך – זה כן חד כיווני.

מבחינה פוזיטיבית – כדי לזהות שמדובר בעבירת תוצאה, ההגדרה של היסוד העובדתי שלה תכלול

1. אובייקט פיזי (רכוש, גוף).
2. דרישה לפגיעה בקיומו, שלמותו או איכותו של האובייקט הפיזי.
3. באופן מפורש או משתמע – דרישה לקיומו של קש"ס בין ההתנהגות המוגדרת בעבירה לבין אותה פגיעה.

**לדוגמא: עבירת החטיפה** –

*"הכופה על אדם בכוח ללכת מן המקום בו הוא נמצא בו – דינו מאסר 10 שנים."*

המרצה בכוונה נתן עבירה לא פשוטה. העבירה הנה עבירה **התנהגותית**. אינטואיטיבית זה מרגיש לנו תוצאה – האדם זז מ-X ל-Y. יחד עם זאת, אין כאן פגיעה בקיומו, שלמותו או איכותו של האובייקט הפיזי. ספציפית על עבירת החטיפה – אמרו שצריך להוכיח שהייתה מידה מסוימת של שלילת האוטונומיה. אבל קשה להגדיר את המידה הזאת.

**צורות נגזרות לאחריות פלילית/עבירות נגזרות**

בשיעור הזה נדבר בעיקר על **עבירות הניסיון**.

עד לרגע זה, דיברנו על המקרה הקל – אדם אחד מבצע לבדו את כל העבירה לשלמותה. אלה היו העבירות המושלמות. בשיעורים הקרובים נדבר על עבירות נגזרות/אחריות נגזרת לעבירות, שמדובר בעצם בצורות אחרות של אחריות פלילית (לא הטלת אחריות פלילית בגין ביצוע העבירה בשלמותה) שנגזרות מקיומו של איסור ביחס לביצוע העבירה המושלמת.

בגדול, יש 2 קטגוריות של עבירות נגזרות/צורות נגזרות לאחריות פלילית:

1. **עבירת הניסיון**.
2. האחריות הפלילית שמוטלת על צדדים לעבירה (**המשדל, המסייע**).

יש מספר נורמות שחלות על כל העבירות הנגזרות, ואנו נדון בהם בשיעור הבא בהקשר של הניסיון.

**מהותו של הניסיון וההצדקות להפללתו.**

למרצה ולשייקה יש יחסים מיוחדים, ולכן הוא רוצה לחסלו. המרצה מגיע לשיעור עם האקדח, הוא לא רואה טוב, חושב שסטודנט אחר הוא שייקה – מכוון את האקדח ויורה. המרצה פגע בסטודנט אחר. מהי העבירה שבוצעה? **רצח**. הגורם למות של אדם בכוונה תחילה, ומבחינת צפיות אני לא נדרש לצפיות מדויקת של מאפייני התוצאה, אלא רק סוג התוצאה. לא משנה מי מת כתוצאה מהירייה שלי.

**מקרה שני**: אני יודע ששייקה נסע לחו"ל, ואני יודע שהוא נוחת בשעה מסוימת במקום מסוים בנתב"ג. לכן המרצה מתכנן להתחבא בתוך קהל נהגי המוניות המפגין. המרצה מברר האם האקדח שלו עובד, ואז המשטרה עולה עליו. היא דופקת בדלת ואומרת לו כי הוא לא יהרוג את שייקה.

במקרה הזה – מדובר רק בשלבי הכנה. לא ניסיון ולא רצח.

**מקרה שלישי** – אותו סיפור בדיוק כמו המקרה השני, רק שהפעם המרצה מגיע לנתב"ג, מתחבא בתוך קהל נהגי המוניות המפגינים, יורה לעבר שייקה, מפספס ופוגע בעמוד. זהו ניסיון לרצח.

**מקרה רביעי** – דומה ל-2 ו-3. המרצה מתחבא בתוך קהל נהגי המוניות המפגינים, מכוון את האקדח לעבר שייקה, ואז השוטר עוצר – זה עדיין ניסיון (למעשה יש 2 סוגים של ניסיון – נדבר על כך בהמשך).

**הגדרת ניסיון** – ס' 25 לחוק העונשין מגדיר את הניסיון בצורה הבאה:

*"אדם שמנסה לעבור עבירה עם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה"* – בעצם, החוק אומר לנו שיש 3 קטגוריות של מצבים:

1. **הכנה**
2. **ניסיון**
3. **עבירה שהושלמה**

החוק בעצם מגדיר את הניסיון על דרך השלילה. מה שמחד – לא נופל בקטגוריה של עבירה שהושלמה, ומאידך אינו פעולת הכנה בלבד – הוא **הוא** הניסיון. זו הגדרה עמומה ובעייתית.

למה להפליל את הניסיון?

עד לתיקון 39, העונש על ניסיון היה חצי מהעונש על העבירה המושלמת (עבירה שהושלמה).

כיום – בכפוף לחריגים, העונש הוא זהה – העונש המקסימאלי האפשרי ככלל ועבור העבירה שהושלמה הוא זהה.

**מה ההיגיון בהטלת עונש זהה על המנסה?**

מבחינת **הרתעה** – אנו רוצים להרתיע אנשים לפני שהם מבצעים. שיקולי הרתעת הכלל זהים בין מקרים שבהם העבירה הושלמה לבין מקרים של ניסיון. מבחינת שיקולי הרתעת היחיד – יש שיטענו כי בשלב הניסיון השיקולים הללו חזקים יותר.

מבחינת **שיקולים גמולניים** – האם יש הבדל באשם המוסרי בין אדם שכשל לאדם שהצליח? **אין סיבה שבן אדם יקבל צ'ופר** על זה שהוא פושע לא מוצלח.

בעבר היו הרבה מאוד שיטות משפט שהתבססו על השקפה של גמול אובייקטיבי. יש איזון קוסמי בין טוב ורע בעולם, וכשמבוצע מעשה פשע – האיזון הזה מופר. תחת ההשקפה הזאת, יש הבדל בין הדרך שצריך להתייחס לעבירה שהושלמה, לבין איך שצריך להתייחס לניסיון. ואכן, אחד הביטויים המרכזיים לנטישת ההתבססות על גמול אובייקטיבי, ומעבר להתבססות על הצידוקים המודרניים, הוא השוואת היחס בין הניסיון לבין מצב של ביצוע העבירה בשלמותה.

**בכל זאת, מה ההבדל בחוק בין מבצע העבירה למנסה?**

תהליך זה הושלם ב-94. בכל זאת יש מספר הבדלים ביחס של החוק באופן שהחוק מתייחס למבצע העבירה בשלמותה לבין האופן שהוא מתייחס למנסה.

1. **חרטה**- למנסה יש אפשרות לקבל "פטור" עקב חרטה - במקרה שהוא לא ביצע את העבירה. במידה והוא ביצע עברות אחרות – הפטור עקב חרטה לא יחול עליהם. הסיבה היא, שאנו רוצים מבחינה תוצאתנית לגרום לאדם להתחרט. גם מבחינה גמולנית – אדם שהביע חרטה – האשם שלו הרבה יותר נמוך מאדם שאכן רוצה לאורך כל הדרך לבצע את העבירה.
2. **עונשי חובה ועונשי מינימום אינם חלים בהקשרים קיימים לעבירה המושלמת**. כאשר בעבירה המושלמת קיימים עונשי חובה ומינימום – המגבלות האלה על שיקול הדעת של ביהמ"ש לא חלות במקרים של הרשעה בניסיון. לרצח יש עונש חובה – מאסר עולם. אם מרשיעים אדם בניסיון לרצח – אין חובה לביהמ"ש להטיל עליו מאסר עולם על ניסיון.
3. **ס' 34 ג'** – הניסיון, השידול, הניסיון לשידול או הסיוע לעבירה שהיא חטא – אינם בני עונש – אין אחריות פלילית על ניסיון, שידול או ניסיונות לביצוע חטא. אם ניסיתי לנסוע במהירות מופרזת אבל לא הצלחתי – לא יהיה ניתן להאשים אותי בניסיון להפרת המהירות המותרת, כי אין דבר כזה. (נסיעה מעבר למהירות המותרת – עד 6 חודשי מאסר. ניסיון לכך – אין).

**למה יש את ההבדלים הללו ביחס בין המנסה למי שביצע עבירה מושלמת?**

1. אם מדובר בניסיון בלתי מושלם, **יש פוטנציאל שהאדם עוד יתחרט** – יכול להיות שתפסנו אותו לפני שהוא יכול היה להתחרט, ויכול להיות שזה היה קורה. למעשה, מנקודת מבט גמולנית של אשם מוסרי – יש פוטנציאל שהאשם המוסרי שלו במקרה הספציפי נמוך יותר משל זה שביצע את העבירה המושלמת. לכן אנו רוצים לתת לביהמ"ש את שיקול הדעת (ולא להגביל אותו על ידי עונשי חובה ומינימום) ולכן אנו מעדיפים לא להתעסק עם מקרים של חטא.
2. הנורמה שמטילה אחריות על המנסה **מרחיבה את מעגל ההפללה**. זה נורמה שמוגדרת באופן עמום, ובצד השני מחכות פעולות הכנה שאנו לא רוצים להטיל לגביהן אחריות. כיוון שקו הגבול בין מקרים של הכנה בלבד לבין מקרים שכבר נמצאים במתחם הניסיון – הוא קו גבול עמום. במקרים רבים, מאפייניו של המנסה יהיו דומים למכין, ולא למבצע העבירה המוגמרת. לכן אנו רוצים לאפשר לביהמ"ש שיקול דעת לקחת זאת לידי חשבון (בגלל זה אנו לא רוצים להגביל אותו על ידי עונשי חובה ומינימום), ולכן על מנת לא להרחיב יתר על המידה את מעגל ההפללה – קבענו **שהניסיון לבצע עבירה מסוג חטא, אינה ברת ענישה.**

**היסוד העובדתי של עבירת הניסיון**

ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון מבחינת העונש

כמו שאמרנו, חוק העונשין מגדיר את עבירת הניסיון על דרך השלילה. מה שלא נופל מחד בקטגוריה של מעשי הכנה בלבד, ומאידך לא נופל בקטגוריה של עבירה שהושלמה – הוא **הוא** הניסיון.

הוא בעצם אומר לנו במרומז שככלל, הכנה אינה ברת ענישה.

**מדוע אנו לא מענישים על הכנה?**

1. קשה לנו לזהות מעשה הכנה. קשה לנו להבחין מתי אדם עושה מעשים לא פליליים, לבין מקרים בהם אדם עושה מעשים פליליים, אם נפליל את המעשים בשלב ההכנה.
2. אם בשלב הניסיון הנחנו שאדם עשוי להתחרט ואנו נותנים לו פטור על כך, **על אחת כמה וכמה** בשלב ההכנה!
3. **למה כן?!** אני גורם נזק למישהו? יש איזה פגם מוסרי במעשיי שאני מוציא אגרסיות ולא מוציא אותם בסוף? ברירת החדל היא לא להפליל! אין סיבה טובה להפליל את ההכנה!

יחד עם זאת, קיימות מספר עבירות בחוק העונשין, שבעצם בהקשרים ספציפיים מפלילות הכנה.

**חשוב להבהיר** – כל 3 סוגי העבירות שהמרצה ידבר עליהן כרגע – הן עבירות **עצמאיות** – אם המרצה מבקש לנתח עבירה נגזרת של עבירת הרצח, לא ניתן להציף אותן. כל 3 הקטגוריות עצמאיות ולא נגזרות.

1. **עבירות הכנה ספציפיות** – מקרים ספציפיים שבהן הכנת משהו לפני העבירה – מהווה עבירה בעצמה.

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

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

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

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

הסיבה שעברות ההכנה הספציפית קיימות, היא שבמקרים הספציפיים הללו, ניסיון החיים הראה שהפוטנציאל שהעבירה המושלמת תגיע לידי מימוש הוא **גדול במיוחד**. לכן, המחוקק בהקשר הזה פרס את מעגל ההפללה כבר בשלב ההכנה.

1. ישנן עבירות שלא מנוסחות כעבירות הכנה, אבל בפועל הרציונל שלהם דומה – כמו חלק נכבד מעבירות הסטאטוס וההחזקה.

**ס' 186** לחוק העונשין קובע עבירת החזקת אגרופן / סכין שלא כדין: *"המחזיק אגרופן או סכין מחוץ לתחום ביתו או חצרו, ולא הוכיח שהחזיקם למטרה כשרה – דינו מאסר 5 שנים"*

הסיכוי שתסתובב עם אגרופן סתם כי זה עושה לך נעים באצבעות הוא קטן. תחת תנאים מסוימים יש פטור לאולר.

1. **מקרים של קשירת פשע** –

ס' 499 לחוק העונשין קובע עבירה שנקראת "**קשירת קשר לביצוע פשע**". לא מדובר בעבירה נגזרת – היא עבירה עצמאית שעומדת בפני עצמה. בכדי שהיא תתקיים, די ש-2 אנשים יפגשו ויסכימו ביניהם לבצע את העבירה. די בכך שעשו זאת – כדי שיענו על הגדרת העבירה. קשירת קשר היא עבירה עצמאית.

ההנחה היא שבני אדם מדרדרים אחד את השני. אם הגעת לשלב שאתה יושב עם אדם אחר ומסכים איתו לבצע עבירה, הסיכוי שהתהליך ייגמר בביצוע העבירה גדול בצורה משמעותית ממקרה בו אדם באופן בודד עושה הכנה לביצוע עבירה.

אם כבר לבצע פשע – המרצה ממליץ לעשות אותו לבד.

**ההבחנה בין העבירה המושלמת לבין הניסיון**

ככלל, ההבחנה בין שלב הניסיון לשלב העבירה המושלמת הוא פשוט – אם לא התקיימו כל רכיבי היסוד העובדתי, הרי שזה לא יכול להיות העבירה המושלמת.

יש 3 סוגי מצבים בהם לא התקיימו כל רכיבי היסוד העובדתי:

1. **האדם לא השלים את הרכיב ההתנהגותי**. המרצה נעמד בשדה התעופה, מכוון את הנשק אך מפריעים לו ללחוץ עליו.
2. **האדם השלים את ההתנהגות, אך הייתה חסרה התקיימותה של נסיבה כזאת או אחרת.** נניחשהאדם שרציתי שימות – חטף התקף לב. אני חושב שהוא ישן, ומשחיל בו כמה כדורים. ביצעתי כאן ניסיון לרצח ולא רצח – כי חסרה נסיבה – "אדם" – הוא כבר מת. לא היה אדם בכלל, הוא היה גופה.
3. קטגוריית מקרים שנוגעת רק לעבירות תוצאה **– האדם סיים את ההתנהגות, התקיימו כל הנסיבות אך התוצאה לא קרתה** – כמו המקרה שיריתי בנשק ופספסתי**.**

הסוג השלישי והשני של המקרים מכונים "מקרים של ניסיון מושלם", לעומת מקרים השייכים לקטגוריה הראשונה בה לא השלמתי את רכיב ההתנהגות – אשר מכונים "מקרים של ניסיון בלתי מושלם".

**ההבחנה בין שלב ההכנה לשלב הניסיון**

כאשר מדובר בניסיון מושלם, אין כל קושי לאבחן מקרים של ניסיון מושלם ממקרים של הכנה בלבד.

**לעומת זאת**, כאשר מדובר במקרים שייתכן שהם ניסיון בלתי מושלם – קיים צורך לזהות האם רצף המעשים שבוצעו אכן עבר למתחם הניסיון, או נותר עדיין בשלב ההכנה. (האם המעשים מהווים הכנה בלבד או כבר ניסיון בלתי מושלם?)

הזיהוי מתי מדובר בהכנה ומתי מדובר בניסיון בלתי מושלם -

1. תלוי עבירה ומקרה.
2. בכלל לא פשוט.

זה עד כדי כך לא פשוט, והשונות בין המקרים היא עד כדי כך גדולה, שהפסיקה כבר "התייאשה". העמדה המקובלת כיום היא שלא ניתן לקבוע מראש ובאופן גורף אבן בוחן להבחנה בין מקרים שנופלים במתחם ההכנה למקרים שנופלים במתחם הניסיון. כל מה שיש זה סדרה של מבחני עזר שלאחד אין עדיפות על השני. (ואז ביהמ"ש יצטרך להחליט האם מדובר בניסיון או לא).

**4 מבחני העזר המרכזיים שמופיעים בפסיקה:**

1. **מבחן הקרבה להשלמה** – ביהמ"ש מדמיין איך הייתה נראית העבירה לו היא הושלמה, מסתכל על מה נעשה בפועל, ובודק הן מבחינה כמותית והן מבחינה איכותית את הפעולות שנותרו על מנת להשלים את העבירה. ככל שהמרחק בין מה שקרה בפועל לבין מה שקרה עד לעבירה המושלמת מבחינת כמות ואיכות הפעולות קרוב יותר, כך גובר הסיכוי שביהמ"ש יכריע שמדובר בניסיון ולא בהכנה בלבד.
2. **מבחן החד משמעות (מבחן הסרט האילם)** – דמיינו שיש לנו מצלמה שעוקבת אחרי האדם, אבל אין סאונד. המבחן הזה אומר כי המעבר בין שלב ההכנה לשלב הניסיון הוא הנקודה בסרט שבה אנחנו נזהה את העבירה שהאדם רוצה לבצע (בלי כתובית/קול). השלב שעל פי פעולות האדם – נוכל להסיק מה הפשע שהוא רוצה לעשות.

**היתרון** במבחן זה על המבחן הקודם, זה שהוא מנסה לזהות באופן יותר מדויק את קו הגבול בין ההכנה לניסיון.

**החיסרון** במבחן זה - הוא שהוא מתמקד באופן מוגזם בפעולות החיצוניות.

**לדוגמא** – מקרה של חוואי שעומד ליד אסם, שם גפרור במקטרת שלו ומפיל את הגפרור על הרצפה. מהתבוננות רק בפעילויות הפיזיות – קשה לנו לדעת האם מדובר ברשלנות, או בניסיון הצתה. בשלב שבו הגפרור עומד ליפול – אנו צריכים לאבחן אם זה ניסיון או הכנה. מלבד נפשו של האדם – אין לנו דרך לזהות, וזו החולשה של המבחן הזה.

1. **גרסה מרוככת של מבחן החד משמעות (הסרט האילם)** – **מבחן הצעד**. מבחן זה לא מחכה לרגע בסרט שבו בוודאות נזהה רק מהפעולות, אלא הוא אומר שהמעבר משלב ההכנה לשלב הניסיון קורה כאשר האדם עושה פעולה שממנה ניתן ללמוד באופן חזק על כוונה לבצע את העבירה. התומכים במבחן הזה נותנים רשימה של מקרים שבהם לדעתם כבר מדובר בניסיון ולא בהכנה בלבד. הם יהיו יותר מוקדמים ממבחן הסרט האילם:
2. שכיבה בנקודת המארב כאשר אתה תר אחר הקורבן.
3. פיתוי הקורבן להגיע לנקודה שבה מתוכנן הפשע.
4. סריקה וחיפוש אחר מקום לבצע את העבירה.
5. כניסה בלתי חוקית למקום המיועד לביצוע העבירה.
6. החזקת חפצים בעלי אופי פלילי – כמו רעל, אקדח, חומרי נפץ, שעצם אחזקתם ללא קשר למיקום מהווה אינדיקציה חזקה שנעשה ניסיון לבצע עבירה.
7. החזקת חפצים שאינם בעלי אופי פלילי באופיים, במיקום שמקנה להם נופח כזה (רעל עכברים בצנצנת העוגיות האהובות על אשתי, במקום במחסן).
8. **מבחן תחילת הביצוע/מבחן הצעד האפקטיבי** – המבחן הזה מנסה לבדוק האם ננקט כבר צעד שבגלל הקרבה מבחינת מהות/זמן/מקום בין הצעד הזה לבין ביצוע העבירה המושלמת, הרי שניתן לצפות ששרשרת ההתנהגות הייתה מובילה לביצוע העבירה המושלמת לולא הופרעה.

**פס"ד סריס נ' מ"י**

אדון סריס מנסה לתפוס בחורה ולאנוס אותה. הוא מושך אותה, והיא נאבקת. את האירוע הזה רואה נהג שעובר בסביבה, מאיר עליהם בפנסים, וסריס נבהל ובורח. סריס מועמד לדין על ניסיון לאונס.

עבירת האונס מוגדרת כך - *"החדרת איבר מין או חפץ לאיבר המין של האישה".*

בא העורך דין שלו – ואומר: "איך אתם מאשימים אותו בניסיון לאונס?! המרחק בין מה שהוא עשה לניסיון אונס הוא אדיר – הוא אפילו לא הפשיט אותה! המרחק הוא בין שמיים וארץ".

**ביהמ"ש** שולל טענה זו נכון שמבחינת הקרבה יש עוד הרבה צעדים – אבל הצעד המשמעותי – תפיסת הקורבן בניסיון להביא אותה למצב שבו יוכל לקיים את האונס – את הצעד הזה הוא כבר עשה, ולכן הוא כבר בתוך מבחן הניסיון.

מבחינה תיאורטית, המנסה והמבצע – דינם אותו הדבר. אבל, קיים קושי אמיתי אם מדובר רק בניסיון – לנסות להבין מה באמת האדם ניסה לעשות. זה קושי שקיים. ביהמ"ש במקרה הזה אמר כי ניסיון החיים מוכיח שזה מה שהוא ניסה עשות.

**צריך לשים לב –** אף אחד מהמבחנים לא דורש שכבר חלק מההתנהגות המוגדרת בעבירה תבוצע. הרבה פעמים ההתנהגות היא רגעית/קצרת זמן. כל המבחנים מדברים על פעולה שבשרשרת שמובילה להתנהגות הזאת. השאלה היא מתי אנו מותחים קו על השרשרת ואומרים שזה לא רק הכנה, אלא גם ניסיון?

הדוגמאות הללו מראות – כי **בד"כ כל המבחנים יביאו למסקנה שמודבר בניסיון**.

המקרים המסובכים יותר הם מקרים בהם כל מבחן יביא לתוצאה אחרת.

**פס"ד אלדד**

העבירה היא אינוס קטינה – יש גיל שמתחתיו פשוט אין הסכמה, ויש איסור מוחלט.

מדובר בניסיון מ-2 סיבות –

1. גם אם הוא היה רוצה לנקוט בכל האמצעים, וגם אם הייתה בעילה – הוא לא היה מבצע את העבירה (היא לא קטינה).
2. בנוסף – הוא גם לא ביצע את העבירה.

כל מה שהוא עשה זה **הגיע לדירה**. הצעד הכי רחוק שהוא עשה זה להגיע לדירה. איך משם אתם קופצים להנחה שהיה ניסיון לאינוס קטינה? המרחק גדול מידי.

**מבחן הסרט האילם** - לא בטוח שהיינו מזהים שזאת הסיבה שלשמה הוא הגיע.

**מבחן הקרבה** - הסנגור יטען שלא, והתביעה תטען שכן. את הצעד המשמעותי של לפגוש אותך לאחר קבלת רמזים להסכמה – הוא עשה.

**מבחן הצעד המשמעותי** – נראה שכן. הוא כבר הגיע לדירה וניהל איתה את ההתקשורת המדוברת.

**מבחן הביצוע (הצעד האפקטיבי)** – אפשר לבוא ולומר שכאשר אתה נפגש בדירה מבודדת עם מישהי שאתה מניח שהיא קטינה, זה שלב שאילו ההליך לא היה מופרע – הפעולה הייתה מושלמת.

באותה מידה, היה ניתן לטעון כי המבחנים לא מתקיימים.

**לדעת המרצה** – רוב האנשים מסכימים שבמקרה שלו המבחנים מתקיימים, ולב המרצה איתו.

מבחינת המרצה – השלב הבעייתי היה לו היו תובעים אותו בשלב הצ'אט. אבל בשלב שאתה כבר הולך לדירה – אני אטען טיעון נגדך.

14.06.17

**שיעור 17 – המשך עבירות הניסיון**

היום נמשיך לדון בעבירת הניסיון. נתחיל בלדון בניסיון בלתי צליח, נעבור לאחר מכן ליסוד הנפשי של עבירת הניסיון, אז פטור עקב חרטה, ובסוף לעבירות ניסיון עצמאיות.

שיעור שעבר המרצה השתמש במונחים ניסיון מושלם/לא מושלם – ולא בלתי צליח, והסיבה הייתה שהמרצה רצה להשתמש בהבחנה בניסיון צליח ובלתי צליח במקום הנכון.

**מה זה ניסיון צליח/בלתי צליח?**

**ניסיון צליח** – ניסיון שיכול היה להסתיים בביצוע העבירה המושלמת.

**דוגמא –** הירייה והפספוס – דוגמא לניסיון צליח. אילולא הפספוס הייתה יכולה להיגרם עבירה שלמה

**דוגמא 2** – גם המקרה שבו המרצה עומד מאחורי נהגי המונית, ורגע לפני הירייה עוצר את המרצה שוטר – זה ניסיון צליח. אם השוטר לא היה עוצר אותי – זה היה נגמר בפשע.

**דוגמא 3** – גם מקרה שבו אני מתחיל לעשות את העבירה ומתחרט – זה מקרה של ניסיון צליח.

**ניסיון בלתי צליח** – לעומת זאת, ניסיון בלתי צליח עוסק במצב שבו מלכתחילה פעולת המנסה לא הייתה יכולה להסתיים בעבירה.

אני מניח מצב מסוים לא נכון, ולכן מנסה לבצע את העבירה. העבירה תכשל כי במצב הדברים כפי שהוא באמת לא יכולה להתקיים העבירה.

**לדוגמא –** הסיפור עם מורנוש. באותו מקרה לא הייתה קיימת באמת קטינה. עבירת האינוס בהסכמה לא יכלה להתקיים.

**ס' 26 לחוק העונשין** קובע שגם במקרה של ניסיון בלתי צליח, תוטל אחריות על האדם/המנסה.

*"לעניין ניסיון, אין נפקא מינה אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו".*

זה כאילו תמונת הראי של סייג הטעות במצב הדברים. בסייג הטעות במצב דברים, אני מבצע עבירה, אבל לא מוטלת עליי אחריות פלילית, מכיוון שבמצב הדברים אותו דימיתי – ההתנהגות שלי לא הייתה מהווה עבירה. כאן אומרים שאם במצב הדברים שדימיתי ההתנהגות שלי הייתה מהווה עבירה/מובילה לביצוע עבירה, ולכן היית מבצע אותה – אנו נעמיד אותך לדין על ניסיון.

בעצם יש לנו כאן כלל משפטי שמשקף את הרעיון שדינו של המנסה ראוי שיהיה ככלל כדינו של מבצע העבירה המושלמת. בשיעור הקודם אמרנו שמבחינת שיקולי הרתעה – עדיף להרתיע את המנסה. מבחינת שיקולי אשם מוסרי – המצב של המנסה ומי שביצע עבירה מושלמת זהה.

הקו המשפטי הזה הוא המשך של אותו קו.

מבחינת שיקולי הרתעה – אנו רוצים שאדם שחושב שמעשהו יהווה עבירה – לא יעשה אותו. מבחינת אשם מוסרי – אדם כזה כולל אשם מוסרי, כי הוא חשב שמדובר בעבירה והוא עשה אותה בכל זאת.

**סוגים שונים לנסיונות בלתי צליחים**

עד הדוגמא השלישית, המרצה מראה 2 קטגוריות כדי להגיע למסקנה שדינם אותו דין. ב-2 המקרים תוטל אחריות

**טעות לגבי נתון עובדתי**

חוסר צליחות יכולה לנבוע **מטעות שלי לגבי נתון עובדתי**. הטעות העובדתית הזאת יכולה להיות לגבי פרט שהוא רכיב ביסוד העובדתי של העבירה, והוא יכול להיות בגלל פרט עובדתי שהוא לא רכיב בעבירה.

**למשל** – אם אני עושה עבירה של סחר בסמים מסוכנים, אני צריך לבצע סחר בסם מסוכן. אבל אם המשטרה מחליפה לי את הסם בעמילן תירס בלי שאני יודע – אז חסר רכיב עובדתי שהוא חלק מהעבירה, ולכן יאשימו אותי על ניסיון. (בדומה ל**גרציאנו נ מי**)

אם אני מנסה לגנוב חפץ, וכשאני מגיע אני מגלה שהחפץ לא שם. יכולים להיות נתונים עובדתיים כמו רכב שנתקע – שמונע ממני לבצע את העבירה.

אין הבדל מבחינת 2 המקרים – קיימת הרתעה ואשם מוסרי בשני המקרים, ולכן בשניהם יחול הכלל שחל בס' 26.

הנקודה החשובה היא לא להתבלבל – כששואלים איך אפשר להאשים אותי אם לא היה באמת סם – אומרים לו **שהוא ניסה** לסחור בסמים, וזה מה שחשוב.

**האמצעי לא הולם באופן יחסי**

יש מקרים שבהם הניסיון לא מצליח בגלל **שהאמצעי שאני עושה בו שימוש לא הולם באופן יחסי**. אני רוצה להרעיל אדם – אני משיג בשביל זה סטריכנין (רעל מהמלון) אבל אני שם בכוס כמות לא מספיקה כדי להרוג, או שאני לוקח אקדח אך יש בו מעצור – השתמשתי באמצעי שככלל יכול להביא לתוצאה, אבל משהו ביחס, ובאופן השימוש באמצעי/במידה – מונע מהניסיון שלי להצליח.

מקרה אחר, הוא מקרה שאני פשוט משתמש באמצעי שלא יכול להשיג את המטרה – במחשבה שהוא כן יכול. אני רוצה לבצע שוד מזויין – ולוקח אקדח צעצוע בטעות. אני רוצה לסחור בסמים ולוקח בטעות עמילן תירס. אני רוצה להרעיל מישהו ובטעות שם סוכר.

בשני המקרים – סעיף 26 יחול.

**אמצעים אבסורדיים**

האם גם נרשיע בן אדם כאשר הסיבה שהניסיון שלו לא הצליח היא שהוא עשה שימוש באמצעים אבסורדיים? **לדוגמא -** אני מאמין שאם אני אנפנף בשרביט קסמים – ואומר את שם האדם שאני ארצה להרוג, במטרה שהוא ימות – הוא ימות. אם אני שם סוכר בכוונה כדי להרוג מישהו?

**קיימות 2 עמדות**:

1. **העמדה הפורמאליסטית** (כרגע אף אחד לא תומך בה) – מובילה למסקנה שכן, גם במקרה הזה צריך להרשיע את האדם. יש שיקולי אשם מוסרי, על הרתעה אפשר להתווכח, אבל באופן כללי אנו רוצים למנוע מאנשים לבצע את הפשע.

זה נקרא שיקול פורמליסטי – כי יש טיעון מאוד חזק לאימוץ הגישה הזאת – השוואה בין נוסח הסעיף כיום, לבין נוסח הסעיף לפני תיקון 39. לפני תיקון 39, אחד מהתנאים שנדרשו לצורך קיומה של עבירת הניסיון, הוא שהאדם עשה שימוש באמצעים המתאימים להגשמת העבירה. זה בעצם המילים שנועדו למנוע הרשעה במקרה של ניסיון אבסורדי. מילים אלו הושמטו.

כנראה שצריך להגיע למסקנה שגם במקרים של שימוש באמצעים אבסורדיים – הסעיף חל וצריך להרשיע –בעקבות שינויי המחוקק.

1. **העמדה הרווחת** – האינטואיציה אומרת שלא צריך לפרש את הסעיף בצורה הפורמלית שלו. **גולדברג בפס"ד גרציאנו** מנסה להסביר את העמדה הרווחת מעמדה פרשנית. הוא בא ואומר שהסעיף מנחה להרשיע את האדם תחת מצב הדברים שהוא הניח (בצורה שבה המציאות הייתה נראית אם מצב העניינים העובדתי היה כמו שהנאשם הניח).

גולדברג בא ואומר, שגם במצב הדברים העובדתי שמתקיים בעולם שבו חיי המנסה באמצעות אמצעים אבסורדיים, גם בעולם הזה האמצעי האבסורדי לא היה מוביל להשלמת העבירה, ולכן אין להרשיע את המנסה באמצעים אבסורדיים.

**מה שחשוב מבחינתנו** – למרות השינוי בנוסח ההסדר החוקי, **העמדה הרווחת היא שלא ניתן להרשיע את המנסה באמצעים אבסורדיים**. יחד עם זאת, צריך להיות מודעים לאפשרות הפרשנית השנייה (בבחינה לא להגיד שלא ניתן להרשיע אבסורדית, אלא צריך להגיד שהעמדה האחת היא שלא, העמדה השנייה היא שכן, והרווחת היא שלא).

**העדר צליחות בגלל מצב עניינים משפטי**

שאלה – אני רוצה לבצע עבירה מסוימת – **תקלה ציבורית**.

אני רוצה שכאשר אראה יונת דואר ברחוב – לתפוס אותה ולקרוא את המכתב.

הייתה עבירה בארץ שקבעה שאם אתה נתקל ביונת דואר ברחוב – אתה חייב לתפוס אותה ולהביא אותך למשטרה, בלי לפתוח את הפתק. אני הולך בכל הארץ עד שאני מוצא יונת דואר, לוקח אותה אל ביתי ופותח את הפתק. דא עקא, אחרי שביצעתי את העבירה הזאת, אני מגלה שהחוק בוטל כבר ב-88. במצב הדברים שאני דימיתי – המעשה שביצעתי הוא עבירה. האם זה אומר שצריך להרשיע אותי בעבירה? זה ניסיון בלתי צליח – אבל הסיבה שלא הצלחתי היא שהמחוקק שינה את החוק.

כאן העמדה היא ברורה – **ס' 26 – לא רלוונטי**. חוק העונשין נועד להגן מפני הפרה של מעשים שהמחוקק קבע שהן עבירות. אם המחוקק לא חושב שמשהו עבירה – רק בגלל שאני טועה וחושב שזה כן עבירה ומנסה לעשות זאת, לא נעניש אותך. אין אפילו פוטנציאל לפגיעה בערך שהמחוקק קבע שהוא ערך מוגן.

**היסוד הנפשי של עבירת הניסיון**

היסוד הנפשי של עבירת הניסיון מורכב מ-2 שכבות:

1. כדי להרשיע בעבירת הניסיון**, צריך להתקיים היסוד הנפשי של העבירה המושלמת**. אנו בודקים את מצב הדברים, אילו היה מצב הדברים שהמנסה דימה. אם מדובר בסם – אז קיום מודעות לסם.
2. השכבה השנייה היא **פעולה מתוך מטרה לבצע את העבירה** – סעיף 25 בחוק העונשין אומר *ש"אדם מנסה לעבור עבירה אם,* ***במטרה לבצעה****, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה"*. – פעולה מתוך כוונה לבצע את העבירה.

יש האומרים כי השכבה הנוספת הזאת ביסוד הנפשי היא בעצם פיצוי על כך שבהקשרו של המנסה לא מתקיים כל היסוד העובדתי.

**שחר אלל** טוען כי התיאור הזה הוא קשקוש בלבוש (והמרצה איתו). הטיעון מגוחך – הסיבה שאנו דורשים כוונה במקרה של ניסיון זו סיבה הוכחתית – בלי הכוונה אנו לא יודעים באמת אם אדם ייעד עצמו לבצע את העבירה. למרות דעתו של המרצה עליו – הוא מביא אותו, וניתקל בו הרבה בפסיקה.

רכיב הכוונה הזה נדרש בין אם מדובר בעבירת תוצאה, ובין אם מדובר בעבירה התנהגותית. אין לעשות סלט בין דרישת הכוונה שקיימת בעבירות התוצאה, לבין דרישת הכוונה הזאת שנדרשת כשכבה נוספת כדי להרשיע בניסיון.

**ס' 34 ד'** קובע שבהיעדר הוראת חוק ספציפית הקובעת אחרת, הדין שחל בנוגע לעבירה המושלמת חל גם בהקשרן של העבירות הנגזרות. – כלומר, גם בהקשר של עבירות ניסיון ניתן לעשות שימוש בעצימת עיניים כתחליף להוכחת מודעות, וזה אומר שעל פי **העמדה הרווחת**, הלכת הצפיות חלה כתחליף להוכחת כוונה בהקשרן של עבירות הניסיון.

יש הטוענים, שביהמ"ש לא תמיד (לא באופן אוטומטי) צריך לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת כוונה בהקשר של עבירות ניסיון, בגלל שלהוכחת הכוונה בהקשר של עבירת הניסיון יש פונקציה ייחודית. הוכחת הכוונה היא אבן הבוחן האמתית לבחינה האם היה מעשה פסול מבחינה פלילית – הוא התכוון לביצוע העבירה, ולכן הוא דומה למי שביצע את העבירה המושלמת.

לכן יש מומחים שאומרים שצריך להיזהר כאן משימוש בהלכת הצפיות. צריך לקחת ביותר רצינות את הוכחת הכוונה. לצער המרצה – מדובר בעמדת מיעוט. שופטים אוהבים כלים נוחים וקלים.

הערה - אין הרשעה על ניסיון ברשלנות שכן יש צורך בכוונה.

**פטור עקב חרטה**

**ס' 28 לחוק עונשין:**

*"מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לניסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד, ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה ותרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנת השלמת העבירה.* ***ואולם****, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת"*

הסיפא ברור – אם ביצעתי עבירות אחרות, אבל התחרטתי במרכזית, עדיין ניתן להרשיע אותי באחרות.

השאלה המעניינת – למה אנו נותנים פטור למנסה עקב חרטה? 3 שיקולים

1. **שיקול תוצאתני** – אנו רוצים לתמרץ את המנסים להתחרט.
2. **שיקול גמולני** – אם האדם מתחרט, כנראה שמידת האשם המוסרי שבו היא קטנה.
3. **שיקול עונשי** – מופיע בהצעת החוק והכי פחות משכנע. האדם התייסר כל-כך והוא התחרט ולא ביצע את העבירה – עד לכדי שאין כל סיבה להענישו עונש נוסף.

כפי שניתן לראות, כדי לזכות בפטור עקב חרטה, הלך הנפש של האדם צריך לכלול 2 רכיבים:

1. **הוא צריך לבצע את זה מחפץ נפשו בלבד** – לא בגלל שמישהו אחר לחץ עליו להפסיק, או לא בגלל שעצרו אותו, או שהנסיבות מנעו ממנו להמשיך, או בגלל שהקורבן התנגד

(**פסה"ד מצראווה** – אדם מנס לאנוס אישה שהיא אתלטית מקצועית. היא כיסחה אותו במכות, הוא ברח, וכשתפסו אותו הוא טען פטור עקב חרטה).

1. האלמנט השני שצריך להתקיים בהלך הנפש – **היא שהפעולה נעשית מתוך חרטה**.

בפסיקה, היה לאחרונה שינוי בעמדה הפרשנית בנוגע למשמעותה של אותה דרישה של חרטה.

**בפסה"ד מצראווה** ביהמ"ש הולך עם הפרשנות שנראית הגיונית בהתאם לנוסח הסעיף – על פיה, אנחנו ניתן את הפטור עקב חרטה רק כאשר באמת הסיבה שבגינה התחרט המנסה הייתה תהליך נפשי פנימי שעבר האדם – הוא באמת חזר בתשובה. מדובר בפרשנות מאוד צרה של הסעיף, שהאוריינטציה שלה היא גמולנית. רק אז אצל האדם אין את האשם המוסרי ולכן רק אז ראוי להעניק לו את הפטור. **יש 2 בעיות בהלכה הזאת**:

1. **היא נורא נורא צרה**. ולכן, יש הטוענים, שהיא לא יוצרת תמריץ מספיק להתחרט. אלה שמתחרטים מתוך ייסורים פנימיים לא מושפעים מהחוק. אם רוצים לתמרץ אנשים להתחרט – פרשנות כזאת לא תשיג את המטרה. השיקול התוצאתני מאחורי הסעיף לא מיושם.

אנו רוצים שהמנסה הפחדן ייבחר לא לבצע את העבירה – ויתחרט.

1. מלבד מקרים שבעלי התשובה המתחרטים באמת מתהליך פנימי – **רוב האנשים מתחרטים מקוקטיל של סיבות** – תשובה, פחד, דברים אחרים. פרשנות צרה תוביל לכך שגם אנשים שהיה בהם אלמנט תשובה (אך הוא לא היה היחיד שהשפיע) – כנראה שיורשעו.

עמדה ששמה דגש על הגמולניות – אומרת שזה אדם עם אשם מוסרי.

נקודת מבט תוצאתנית תגיד כי אתה לא נותן פטור לאנשים שמגיע להם.

לאור נוסח הסעיף הפסיקה אימצה פרשנות צרה שבאה באוריינטציה גמולנית – רק האדם שבאמת מסיבות של הליך תשובה מתחרט, רק הוא יהיה זכאי לפטור.

ממש ממש ממש ממש ממש **ממש** לאחרונה – ב**פלוני נ' מ"י**, ביהמ"ש העליון **חוזר בו**, והופך את הלכת **מצראווה**! ניתן לומר שביהמ"ש חוזר לעמדה שנקבעה בפס"ד **נחושתן**.

הפרשנות הזאת בעצם באה ואומרת שהפטור עקב חרטה יתקבל, כל עוד אי השלמת העבירה/הפסקת ביצוע העבירה על ידי הנאשם, אינן נובעות מנסיבות שאינן תלויות ברצון הנאשם. (מצרוה הפסיק כי הוא חטף מכות מהקורבן, ולא בגלל שהחליט לברוח).

בגלל שמדובר בשינוי יחסית חדש (קרה לאחרונה), יש אלמנטים בפסיקה (סוגיות צד) שבהן עדיין יש ביטוי לעמדה הדווקנית הצרה. אם היינו מניחים שביהמ"ש קוהרנטי – היינו מצפים ממנו לשנות את ההלכה הקיימת במקרים הבאים. עם זאת, נכון להיום העמדה הרווחת בנקודות האלה מבטאת את נקודת המבט הדווקנית

לבחינה אנו צריכים לדעת כי **מצראווה** היא עדיין השולטת, אבל זה יכול להתהפך.

1. בזמן שביהמ"ש תמך בעמדה הדווקנית, לאור העמדה הדווקנית הזאת הוא קבע **שמהפטור עקב חרטה לא יכולים ליהנות צדדים אחרים לעבירה.** לדוגמא - כאשר אני וחבר מחליטים לבצע עבירה, ואנו עוברים כבר לשלב הניסיון, הוא מתחרט, ובגלל החרטה שלו לא מתבצעת העבירה.

על פי הלכת **מצראווה** במקרה כזה – אני אף פעם לא אהנה מהפטור עקב חרטה. אותי יעמידו על ניסיון. עם זאת, על פי **נחושתן**, יכול להיות שיתנו לי את הפטור. כיום עדיין בהקשר הזה חלה פרשנות שנסמכת על העמדה הדווקנית – כיוון שהחרטה צריכה להיות אישית - רק המתחרט נהנה ממנו. בעולם נחושתן, לפחות בחלק מהמקרים יש סיכוי שאהנה.

1. **סוגיית נטל ההוכחה -** סוגיה נוספת שבה כרגע הפרשנות מושפעת מהעמדה הדווקנית. בתקופה שמשלה העמדה הדווקנית, פסק ביהמ"ש העליון שבנוגע לפטור עקב חרטה של המנסה, שנטל ההוכחה הוא על הנאשם, שצריך להוכיח את התקיימות הדרישות של הסעיף **מעל מאזן ההסתברויות**. לעומת זאת, יש סעיף אחר בחוק העונשין – **ס' 34** שקובע הסדר של פטור עקב חרטה למשדל ולמסייע. בנוגע לס' 34 – יש רבים שמפרשים אותו כסייג – מחילים עליו את מערך הנטלים שחל בנוגע לסייגים(מערך נטלים שמקל בצורה משמעותית על הנאשם).

ייתכן שבעתיד לאור נטישת הלכת מצרוואה, יאומץ מערך הנטלים גם בהקשר **סעיף 28**.

לגבי סעיף 34 – יש חילוקי דעות לגבי מתווה ההוכחה שחל, אבל יש שם עמדה חזקה מאוד שאומרת שמה שחל שם זה **מערך הנטלים** (נאשם צריך להוכיח 5%)

לגבי סעיף 28 - כאשר ביהמ"ש נדרש לסוגיה זו בפעם האחרונה, הוא עדיין החזיק בעמדה הדווקנית, ולאור עמדה זו, קבע שהנטל הוא על הנאשם ברמה של **מאזן ההסתברויות**.

ניתן לטעון, שנטישת הלכת מצראווה, תוביל בעתיד לשינוי בעמדות בהקשר זה.

**מהם המעשים שנדרשים לעשות כדי שמעשה האדם ייחשב כחרטה?**

אם מדובר בניסיון בלתי מושלם (לא בלתי צליח!), די בכך שהאדם **יחדל** מהשלמת המעשה.

אבל מה קורה אם מדובר בניסיון מושלם שבו העבירה לא הושלמה בנסיבות שלא תלויות באדם? נניח שאני שמתי רעל באוכל של האדם – הסיבה היחידה שזה עדיין לא רצח, היא שהוא עוד לא אכל. אם אני אמנע מלבצע עוד פעולות – העבירה תושלם (בהנחה שהוא יאכל).

בהקשר הזה, החוק אומר לנו שמה שנדרש, הוא שהנאשם יבצע תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנת השלמה העבירה.

עכשיו נשאלת השאלה – איך צריך לפרש דרישה זו?

יש שמפרשים זאת **כדרישה לתרומה אפקטיבית** – הוא צריך להצליח למנוע את השלמת העבירה.

יש שאומרים שהדרישה צריכה להיות מקלה יותר – ודי להסתפק בכך **שהנאשם נקט בצעדים שמבחינת מהותם,** בד"כ היו מסוגלים למנוע את התוצאות שבהן מותנית העבירה.

**לדוגמא** – רעל באוכל, שמתי את האוכל במטבח, המלצר לוקח את האוכל לכיוון הקורבן, ואז אני מתחרט.

**העמדה הצרה** – דורשת שתפיל את המלצר. אבל אם חסמו אותי והאזרח מת – זה לא יעזור לי.

עם זאת, על פי **העמדה המקלה** יותר יכול להיות שיגידו כי אני נהנה מהפטור.

זה נהיה יותר רלוונטי כשעבירות מבוצעות על ידי מספר גורמים. כדור השלג מתחיל להתגלגל בגלל השותפים שלי. שם יהיו הבדלים משמעותיים בין הגישות.

**עבירות ניסיון עצמאיות**

בדיני העונשין פזורות להן מספר עבירות עצמאיות (לא עבירות נגזרות) בהן המעשה המופלל הוא מעשה של ניסיון. בהקשרים מסוימים החוק קובע כי המנסה לעשות משהו זה עבירה עצמאית.

לפעמים הוא עושה זאת בדרך הפשוטה והקלה – הוא פשוט משתמש במילה "המנסה".

**לדוגמא**- **ס' 329/309 א' 2** לחוק העונשין. לפעמים המחוקק עושה לנו את החיים יותר מסובכים, ולא משתמש במילה מנסה, אבל מנוסח הסעיף עולה שההתנהגות המופללת היא התנהגות של ניסיון.

**דוגמא 2** – ס' 294 א' לחוק, שעוסק בחלופות שוחד – *"המבקש או נותן שוחד, אף שלא נענה, דינו כלוקח שוחד."*

**דוגמא 3** – ס' 471 1 לחוק – קובע דין שווה לאדם שיצר מטבע מזויף ולאדם שהתחיל להכין מטבע מזויף. לפעמים, יש מצבים שבהם ניתן לזהות שהמחוקק התכוון ליצור עבירת ניסיון באמצעות כותרת הסעיף בלבד – למשל, **ס' 403** שכותרתו – **ניסיון לשוד** (עבירה עצמאית).

ההלכה קובעת, שכל עוד לא משתמע אחרת, חלה על עבירת ניסיון ספציפית דיני הניסיון הכללי. משמע, גם כאן יש את הדרישה ליסוד נפשי של כוונה, גם כאן חל הפטור עקב חרטה, וכו...

בנוסף, אין לראות בעבירות הספציפיות הללו הסדר שלילי – נניח שאדם ניסה לבצע שוד ולא הצליח, אבל לא מתקיימים במקרה שלו הדרישות המאוד ייחודיות של עבירת הניסיון לבצע שוד שמוגדרת בס' 403 (יש שם דרישות מאוד ייחודיות בסעיף זה) – זה לא אומר שזהו ואין מה לעשות. אנו עדיין יכולים להעמיד אותו לדין מכוח עבירת הניסיון הנגזרת הכללית בהנחה שמתקיימים הכללים. עדיין נוכל להעמיד אותו לדין על פי סעיף 25 ו-402 (עבירת השוד המושלמת).

הסנגור לא יוכל לטעון שהמחוקק התכוון להרשיע רק בתנאים הייחודיים של סעיף 403.

אז למה עשו את עבירות הניסיון המיוחדות? סתם ככה.

יש מקרים שבהם העבירה נוסחה לפני התיקון. יש מקרים שהם ספציפיים לעבירה שלהם.

19.06.17

**שיעור 18 – צדדים לעבירה**

לפני 2 השיעורים אמרנו שקיימים 2 סוגים של עבירות נגזרות. קטגוריה אחת כוללת מקרים של ניסיון, בעוד שקטגוריה אחרת עוסקת בצדדים לעבירה.

בעצם, עד לרגע זה, עסקנו במצב שיש לנו עבריין אחד. או שהוא הצליח לעשות את העבירה המושלמת או שהוא לפחות ניסה. מעכשיו ועד תום הסמסטר, נעסוק בעבירות שביצוען נעשה על ידי מספר משתתפים.

יש 2 אבי טיפוס (קטגוריות טיפוסיות) של עבריינים כאשר אנו מדברים על עבירה מרובת משתתפים:

1. יש לנו מקרים שבהם יש מספר מבצעים עיקריים – "**מבצעים בצוותא**" – ועליהם נדבר בשיעורים האחרונים של הסמסטר.
2. יש גם עבריינים שהם **צדדים עקיפים לעבירה** – עליהם נדבר בשיעורים הקרובים.

עבריינים שהם שותפים לעבירה הם משלושה צדדים:

1. **המשדל** – אותו אדם שנוטע במוחו של המבצע העיקרי את הרעיון לבצע את עבירה.
2. **המבצע באמצעות אחר** – מי שהופך את המבצע ככלי בידיו לביצוע העבירה – **לדוגמא** – כאשר אני שולח קטין בן 10 – כדי שהוא יצליח לגנוב וכדי שלא יחשדו בו.
3. **המסייע**.

לגבי השותפים העקיפים – יש 2 גישות בנוגע לשאלה מאיזה מקום נגזרת אחריותם? (אמרנו שאלו עבירות נגזרת – אבל נגזרות ממה?)

1. גישה אחת אומרת שאחריותם נגזרת **מאחריותו של המבצע העיקרי**.
2. גישה שנייה אומרת שאחריותם נגזרת **מעצם התבצעותה של העבירה** ולאו דווקא מעצם אחריותו של המבצע העיקרי.

**1. אחריותם נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי**

בעולם הישן, היו הליכים במערכת המשפט שמטרתם הייתה לקבוע האם בוצעה העבירה באמצעות **קבלת סימן מהאל. לדוגמא** – אם אישה היא מכשפה, הרי שאם נדליק אותה היא לא תישרף. אם היא נשרפת, אז המסקנה ברורה – היא לא הייתה מכשפה.

**דוגמא אחרת** – הליך משפטי באמצעות דו-קרב – אלוהים ידאג שהצודק ינצח. אני מאשים אדם בביצוע עבירה, או אומר שלא ביצע – וקובעים שההכרעה האם ההאשמה נכונה או לא תעשה בדרך של דו-קרב. אם המאשים מת – סימן שהוא נענש על האשמת שווא. אם המואשם מת – סימן שהוא באמת ביצע את הפשע.

במקרה כזה – אבוי למבוכה אם היינו מאפשרים הליכים משפטיים בנוגע לצדדים עקיפים לעבירה לפני שהיינו מקיימים את ההליך המשפטי בנוגע למבצע העיקרי.

נניח שיש מכשפה – ואדם סייע לה בכישוף. עכשיו אנו עושים דו-קרב במקרה שלו, והוא מת (סייע לה לכשף), ואז אנו תופסים את המכשפה אך היא נשרפת – נוצר לנו מצב של סתירה בין התוצאות של ההליכים המשפטיים.

**מסייע הוא צד עקיף** – ויש לנו הליך בירור האם הוא סייע. בהליך הזה, הוא הפסיד בדו קרב – אלוהים אמר שהאדם אשם בסיוע לעבירת הכישוף. תפסנו את אותה מכשפה, אנו זורקים עליה שמן ומדליקים אותה – ואבוי להפתעה, היא נשרפת, כלומר היא לא מכשפה. אלוהים אמר שהיא לא אשמה. יש סתירה בין ההליך המשפטי הראשון להליך המשפטי השני – **אלוהים סותר את עצמו**.

**2. אחריותם נגזרת מעצם התבצעות העבירה ולאו דווקא מעצם אחריותו של המבצע העיקרי.**

כדי למנוע מבוכות כאלו לביהמ"ש, נקבע כלל משפטי שאומר שלא ניתן לקיים הליך משפטי בנוגע לצדדים העקיפים לפני שקוים ההליך המשפטי בנוגע למבצע העיקרי, **ויתרה מכך** – אם בהליך המשפטי בנוגע למבצע העיקרי נקבע שהוא זכאי, הרי שגם הם זכאים, כי אחריותם נגזרת מאחריותו.

ברור לנו שבעולם שבו האשם המוסרי הוא סובייקטיבי ונובע מנפשו של האדם, הרי שמבחינה תיאורטית, ראוי שאחריות המבצעים העקיפים תיגזר לא מהשאלה אם המבצע העיקרי אשם או לא, אלא מהיחס/מההקשר שקיים ביניהם לבין עבירה שבוצעה/שנעשה ניסיון לבצעה.

**לכאורה**, הגישה השנייה יותר נכונה (הגישה הראשונה נגמרה כשעברנו לאשם סובייקטיבי).

נהוג לומר ששיטות המשפט המקובל עדיין מצדדות בגישה הראשונה, ואילו גישות שיטות המשפט הקונטיננטליות מצדדות בגישה השנייה. בנוסף, **נהוג לומר** שהתייחסות מערכת המשפט למקרים של "סוכן תמים" הוא המקרה שממחיש את השוני בין הגישות.

**סוכן תמים** – הוא מקרה שבו המבצע העיקרי פטור מעונש עקב קיומו של סייג לאחריות פלילית.

לכאורה, במקרה כזה, גישה א' תוביל למסקנה שגם הצדדים העקיפים פטורים מעונש, בעוד שגישה ב' תוביל למסקנה שניתן להטיל אחריות על המבצעים העקיפים גם אם המבצע העיקרי פטור מעונש.

שני התיאורים הללו הם תיאורים פשטניים ("הדגש על המילה "**נהוג לומר**"). מה יותר מדויק?

**בנוגע לטענה הראשונה** – זה נכון שבמידה מסוימת נקודת המוצא של מערכות המשפט הקונטיננטליות היא גישה ב', ונקודת המוצא של מערכות המשפט המקובל היא עדיין במידה מסוימת גישה א'. **יחד עם זאת**, לאורך השנים התפתחו גם במשפט המקובל דוקטרינות שונות ומקובלות שהרחיקו את מערכות המשפט האלה מצידוד בגישה א' טהורה. ובמיוחד – קיימות דוקטרינות שונות במשפט המקובל, שמאפשרות במקרים מסוימים להטיל אחריות על מבצעים עקיפים במקרים בהם המבצע העיקרי הוא **סוכן תמים**.

אז מה בפועל ההבדל בין חלק נכבד ממערכות המשפט המקובל והקונטיננטלי כיום? ה**אוריינטציה**. **למערכות משפט מקובל** תהיה רתיעה מלהרחיב את מעגל ההפללה ככל שהדבר נוגע למבצעים העקיפים.

**למערכות המשפט הקונטיננטלי** תהיה נטייה להגדיר את המבצע העקיף באופן מצומצם יותר.

ישראל היא מערכת משפט ששייכת באופן כללי למשפט המקובל, **אבל**, יש גם במערכת המשפט הישראלית דוקטרינות שונות שממחישות את ההתרחקות מהגישה הראשונה במובנה הטהור.

**דוגמא 1**: כלל משפטי אחד כזה מופיע ב**ס' 29 (ג) – מבצע באמצעות אחר**.

הכלל המשפטי קובע שבמקרים בהם על המבצע העיקרי התקיים סייג מהסייגים שמנויים בסעיף (חלק נכבד מהסייגים המנויים בחוק) – יראו במבצע העקיף כאילו הוא היה המבצע העיקרי, אם ההתנהגות שלו הייתה עד כדי כך אקטיבית, שהמבצע בפועל היה כלי בידיו. (אני לקחתי ילד בן 9, שלהבתי אותו לבצע שוד. הוא פטור עקב קטינות, ולמרות שאני מצבע עקיף – רואים אותי כאילו אני המבצע העיקרי).

**דוגמא 2:** הכלל המשפטי השני מופיע ב**ס' 34 ב'** בחוק העונשין –

*"נתון שהוא תנאי להתהוות העבירה, כי אין לו נפקות לגבי כל צד לאותה העבירה, אף אם אינו מתקיים בו. ואולם – נתון אישי שנפקותו מכוח חיקוק להחמיר בעונש/להקל בו/לשנותו בדרך אחרת/או למונעו – תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא התקיים".* (סינית)

**המרצה מסביר** – ככלל, סייג מסוג הפטר הוא נתון אישי, בעוד שסייג מסוג הצדק הוא תנאי להתהוות העבירה. המשמעות של הסעיף היא, שככלל, רק אם תתקיים בהקשרו של המבצע העיקרי סייג מסוג הצדק, לא תוטל אחריות פלילית גם על הצדדים העקיפים.

**המסייע**

ס' 31 בחוק העונשין מגדיר את המסייע כך:

*"מי אשר לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאפשר אותו, או למנוע את גילוי המבצע, העבירה או לשללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, נחשב מסייע."*

בגדול – המסייע הוא כינור משני לעבירה. הוא לא צד עיקרי, אלא אדם שעושה פעולות משניות שמאפשרות את ביצוע העבירה.

נניח שהמרצה מנסה לסייע לאדם לבצע פשע, אבל הוא מעולם לא עובר את שלב ההכנה (לא עובר למתחם הניסיון) – האם אפשר להרשיע אותי בניסיון לסיוע? האם לפי גישה א' יש הפללה של ניסיון לסיוע? **לא**. כי המבצע העיקרי מעולם לא עבר את שלב ההכנה. האם לפי גישה ב' יכולה להיות הפללה של ניסיון לסיוע? **כן**.

**ההלכה בדין הישראלי** – ביהמ"ש הישראלי בפסה"ד **פלונית** קובע שנקודת המוצא של הדין הישראלי היא **עדיין** שאחריותו של השותף נגזרת ככלל מאחריותו של המבצע העיקרי, ולכן, אין הפללה של ניסיון לסיוע. לעומת זאת – **יש הפללה של סיוע לניסיון**.

**כדי להרשיע אדם בסיוע, צריך שהמבצע העיקרי עבר לפחות למתחם הניסיון.**

המרצה רוצה להראות לנו שעדיין יש משמעות לעובדה שנקודת המוצא של מערכת המשפט הישראלית היא נקודת המוצא של גישה א' – נגזרים מכך כללים פרשניים בחוק.

נניח שהמרצה נותן לאדם תכניות של בנק כדי שהוא יעשה שימוש בזה לשוד, אבל הוא רגע לפני ביצוע השוד, **מתחרט**, והחרטה שלו עומדת בתנאים של פטור עקב חרטה. האם ניתן להרשיע אותי כמסייע? **אפשר** – כי הוא כבר נמצא בשלב הניסיון. אבל זה רק חצי מהתמונה – החצי השני נמצא ב**ס' 34 ב'** שדיברנו עליו לא מזמן – הפטור עקב חרטה של המנסה **הוא נתון אישי**, וככזה, נפקותו רלוונטית רק לגבי אותו צד שבו הוא התקיים (המבצע העיקרי שהתחרט).

עוד מקרה טיפה מבלבל – נניח שהמרצה נותן לאדם אקדח כדי לבצע שוד, והוא בפועל מבצע את השוד עם אקדח אחר. האם אפשר להרשיע אותי בסיוע? **התשובה היא כן** – ההלכה קבעה שדי בפעולה שלי שיהיה בה פוטנציאל לסייע – ואין צורך שהיא בסוף תסייע בפועל.

**הרכיבי היסוד העובדתי של עבירת הסיוע**

**רכיב ההתנהגות** –

*"מי שעשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת התנאים."*

"עשה מעשה" – מדובר בהגדרה רחבה. זה יכול להיות מבוצע בשלל דרכי התנהגות. בהמשך נדון בשאלה האם ומתי הסיוע יכול להיות גם במחדל.

מהי המשמעות של המילים "כדי לאפשר את הביצוע/לתרום בדרך אחרת"?

1. **לעניין היסוד הנפשי** - במקור – נוסח הצעת החוק דיבר על מי שעשה מעשה שהיה בו כדי... הצרה היא שהמילים הללו **נשמטו** (אופסי...) המשמעות היא שניתן לטעון שהניסוח הזה – מי שעשה מעשה כדי לאפשר – לא מתייחס לפעולה, אלא יסוד נפשי חפצי – את המטרה שהניעה את המסייע. אם היו את המילים "שהיה בו כדי" – היה ברור שיש כאן התייחסות להתנהגות. כאשר מילים אלו נשמטו – הפרשנות הישירה מרמזת שההתייחסות היא לעושה. למעשה נדרש יסוד נפשי של מטרה.
2. **לעניין היסוד העובדתי** – המילים האלה הם הבסיס לקביעה שכל שנדרש הוא שלמעשים יהיה פוטנציאל לסייע.

**מתי צריכה להיעשות פעולת הסיוע?**

רכיב נוסף שהוא חלק מהיסוד העובדתי של עבירת הסיוע הוא נסיבה שמתייחסת לזמן שבו צריכה להיעשות פעולת הסיוע. צריך לבצע את מעשה הסיוע או לפני או בזמן העבירה.

אם סייעתי אחרי – יש עבירה עצמאית נפרדת שנקראת **סיוע לאחר מעשה** – ס' 260 ו-261.

הנה twist – שייקה רוצה לשדוד בנק. הוא מדבר עם המרצה ואומר לו שמה שתוקע לו את התוכניות, זה שהוא לא יודע איך לברוח מהמקום עם כל שקי הכסף. המרצה אומר לו שהוא יחכה לו עם המכונית ביציאה מהבנק, ויסיע אותו משם. יש להניח כי המרצה לא מבצע בצוותא – הוא מסייע.

האם מדובר בסיוע או בסיוע לאחר מעשה? **מדובר בסיוע** (העבירה החמורה יותר).

בעצם פעולת הסיוע שכבר עשיתי לפני המעשה – היא להבטיח לו שאני אעזור, והדברים האלה נטעו את הביטחון שאפשר לו לבצע את המעשה. לכן זה סיוע ולא סיוע לאחר מעשה. זה שונה ממצב שבו אני פוגש רנדומאלית את שייקה ברחוב – במקרה הזה זה יהיה סיוע לאחר מעשה.

מה קורה אם אני מסייע, אבל המבצע העיקרי לא מודע לכך שאני מסייע? אני עדיין מסייע.

סיוע יכול להיות פיזי, ויכול להיות רוחני.

**סיוע רוחני זה עידוד** – בהנחה שהעידוד אינו שידול. אם אני כבר עומד בתנאים של שידול (העידוד מהווה רכיב מאוד מרכזי) – אז יש שידול. אבל אם שייקה אומר שהוא חושב על שדידת בנק – והמרצה יגיד שזה נשמע רעיון נהדר – יכול להיות שהעידוד יהווה סיוע.

**דוגמאות לתרומה פיזית לסיוע**

יש שלל דרכים שבהם ניתן לתרום פיזית.

**בפס"ד פלונית** – הנערה משיגה כסף לקנות את הסכין. היא הולכת איתו לקנות את הסכין, היא מייעצת לו כיצד לפתות את המדריך. יש כאן רשימה מאוד ארוכה של פעולות שיכולות להיחשב סיוע.

פעולות אחרות שלא מופיעות בפסק הדין – השאלת רכב לביצוע הפעולה, לעיתים אבטחת הזירה בזמן שהמבצע מבצע את הפעולה (לעיתים – כי לפעמים זה ייחשב ביצוע בצוותא), לעיתים עצם הנוכחות של האדם במקום תהווה סיוע.

**פס"ד יוספוב** – הסנגורים של גברת אנג'לינקה טוענים שהיא במקסימום לא מנעה פשע. אבל סיוע? איך ניתן לטעון זאת כאשר לא עשתה דבר?

ביהמ"ש אומר שהיא כן סייעה – ההסתובבות שלה איתו אפשרה לו להיטמע בקהל.

ביהמ"ש קובע שהנוכחות מקימה חזקה ראייתית לכך שאדם סייע, אבל זו אינה חזקה חלוטה, והאדם יכול להפריך אותה באמצעות הבאת הסבר סביר לסיבת נוכחותו.

המעשה של האדם, כדי שייחשב מעשה מסייע – צריך להיות בעל ייעוד מוחשי וקונקרטי. אם אני נותן לבן אדם כלי נשק (לדוגמא), בהנחה שמתישהו בעתיד הלא נראה לעין – הוא יבצע בו עבירה, זה לא מספיק כדי שהמעשה שלי ייחשב מעשה מסייע.

**יחד עם זאת**, (המרצה מקדים ואומר שהחלק הזה שייך לייסוד הנפשי) – הדרישה הזאת שהמעשה יהיה בעל יסוד מוחשי וקונקרטי מעלה שאלה לגבי רמת **המודעות** שצריכה להתקיים אצל המסייע.

במקרה של **יוספוב** – בעצם אנג'לניקה אומרת כי היא לא הייתה מודעת לכך שהמעשה שלה מסייע באופן מוחשי וקונקרטי. ביהמ"ש בא ואומר שהוא לא דורש רמת קונקרטיזציה כה גבוהה בהקשר של המודעות. המסייע לא צריך להיות מודע לכל פרטי הפרטים של התוכנית העבריינית ולדרך המדויקת שבה פעולתו תסייע – אלא צריכה להיות לו יותר מידיעה בעלמה שהמבצע יבצע את העבירה – והוא צריך להיות מודע שלמעשים שלו יהיו פוטנציאל לסייע. אם היינו דורשים מהמסייע (שהוא שחקן משנה) מודעות לפרטי הפרטים ומודעות לגבי הדרך שבה פעולתו תסייע למבצע העיקרי – הרי שמעגל ההפללה היה יותר מידי קטן.

**סיוע על דרך המחדל**

האם הפעולה של המסייע יכולה להיות על דרך המחדל או שנדרש שהיא תהיה מעשה פעיל?

לכאורה, אין שאלה. הסעיף שעוסק בסיוע אומר "העושה מעשה", וס' 18 ב' מגדיר מעשה לרבות מחדל. **אבל**, כדי להרשיע במחדל, יש לנו רכיב נוסף שלא קיים כאשר אנו מרשיעים על דרך המעשה – והוא **הוכחת מקור החובה** – מקור שמטיל על האדם חובה לפעול.

עכשיו מתחיל הסיבוך. עולה השאלה מה ייחשב מקור לחובה כזאת?

**פס"ד וייצמן** (רשות – המרצה ממליץ לקרוא, כי חשין עושה עבודה טובה בקשר לסוגיה זו)

**רקע** – ארבעה חברים נוסעים במכונית. וייצמן, חברו ו-2 בנות מאחור. הנהג נוסע באופן פרוע ביותר, ומכיוון שהוא נוהג כך – הוא דורס שוטר שמסמן לו לעצור. עכשיו, אחרי שהוא דורס את השוטר, החבר שיושב לידו אומר לו **סע!** הוא מעודד אותו להפקיר את השוטר. הוא מסייע בדרך פעילה.

**עם זאת**, 2 הבנות ברכב **שותקות**. השאלה היא האם ניתן להרשיע אותן בסיוע להפקרה מהסיבה שהן לא פעלו? לכאורה הן היו צריכות לצעוק לו לעצור, או להתקשר למשטרה.

מדובר בפסק דין שמאוד ממחיש את הדילמה – לכאורה כל מה שהן עשו זה לשבת ברכב ולא לומר כלום, אבל האם זה מספיק חמור כדי לראות בכך סיוע? האם זה רק פיכסה, או שהן ביצעו עבירה של סיוע? (היום יש סעיף מיוחד שתוקן אחרי פסק הדין). האם ניתן להאשים את שתיהן בסיוע – על כך שהן ישבו ושתקו?

**חשין** בפסה"ד מציג 3 גישות – רק כדי לאמץ גישה רביעית.

1. **גישה צרה** – היא באה ואומרת, שאם אנו קוראים את סעיף 18 ג' – אנו רואים שהוא דורש לצורך הרשעה בגין מחדל קיומו של מקור חובה. מקור החובה יכול להיות בדין או בחוזה. תמצא לי מקור ספציפי לחובתו של המסייע לפעול, והוא לא פעל, הרי שנרשיע אותו כמסייע. אבל כל עוד לא מצאת לי מקור ספציפי בדין או בחוזה שמחייב את האדם לפעול – אתה לא יכול להרשיע אותו בסיוע על דרך המחדל.

\* כל שלושת הגישות הבאות מסכימות עם הגישה הראשונה – אם מצאת מקור ספציפי לקיומה של חובה (בית דין/חוזה) – אתה יכול להרשיע את המסייע. הוויכוח בין הגישות האלה לגישה הראשונה היא: האם יש מקרים נוספים בהם יהיה ניתן להרשיע בסיוע בגין התנהגות מחדלית?

1. **גישה מרחיבה** – אם הצלחת למצוא מקור חובה בדין או בחוזה זה מצוין, אבל אם לא הצלחת, הרי שהרבה פעמים פעילות מחדלית תחשב לסיוע מעצם מערכת היחסים בין האדם החודל לבין המבצע העיקרי.

**לדוגמא** – אם שייקה אומר כי הוא רוצה לשדוד בנק, דיי בזה שאני שותק – כדי שהוא יבין שהוא בדרך הנכונה. זה מעבר לאי מניעת פשע – זה סיוע.

ביחסים בין המבצע לחודל יש דינמיקה שמקימה את החובה לפעול – היא יוצרת מצב שבמחדל יהיה משום פעולת סיוע. על פי גישה זו – הבנות סייעו.

דיי בכך שבמערכת היחסים יש זיקה ספציפית בין המסייע לבין המבצע, הסכנה או הקורבן.

1. **גישת ביניים -** מסכימה שבמקרים שאיתרנו חובה מיוחדת מכוח הדין/חוזה, ניתן להרשיע על דרך המחדל. עם זאת, היא אומרת שבנוסף לכך, במקרים בהם העבירה שביצע המבצע העיקרי היא עבירת מחדל ספציפית, הרי שבנוסף למקרים של האסכולה הראשונה – גם במקרים כאלה ניתן להרשיע מסייעים על דרך המחדל.

אם הרשענו את המבצע העיקרי על דרך המחדל, והגענו למסקנה שלמבצע העיקרי הייתה חובה לפעול והוא לא פעל – במקרים כאלה אוטומטית אנו יכולים להגיע למסקנה שניתן להרשיע מסייע שהתנהג בדרך מחדלית. **לא צריך למצוא חובה עצמאית בהקשרו של המסייע**.

**ההיגיון של הגישה הזאת** – אם יש סיטואציה בה המחוקק רצה להפליל בהקשרה גם פעילות מחדלית, הרי שההיגיון אומר שצריך ליישם זאת גם בהקשרו של המסייע ולא רק בהקשרו של המבצע העיקרי.

**החולשות של הגישה הזאת**:

1. **מבחינה מהותית** – היא מקלה על אפשרות הרשעת המסייע. התנאים שהיא דורשת כלפי מסייע קלים יותר מהרשעת מבצע עיקרי (לא צריך חובה קונקרטית אצל המסייע).
2. **מבחינה פורמלית** – היא לא בדיוק מתיישבת עם **ס' 18 ג'** – היא הכי פחות מתיישבת מבין שלושת הגישות.

גישה 1 אומרת שההגדרה של המונח מעשה בס' 18 ב' וג' רלוונטית לשימוש של המונח מעשה בהגדרת המסייע – צריך לפרש את המונח העושה מעשה באמצעות סעיפים 18 ב' וג' – מעשה לרבות מחדל – צריך חובה בדין או בחוזה.

גישה 2 אומרת שס' 18 לא רלוונטי להגדרת המסייע – הגדרת המונח מעשה היא רחבה יותר.

גישה 3 לא אוכלת ולא מקיאה את סעיף 18 – הוא לא אומר האם הוא רלוונטי או לא.

1. **גישת חשין -** חשין מאמץ גישה רביעית. הוא טוען שהיא מתיישבת עם ס' 18 – אך לדעת המרצה היא מתיישבת אפילו פחות עם הסעיף. גישתו של חשין היא בעצם האסכולה השלישית עם אלמנט מצמצם. הוא בא ואומר שיהיו מקרים שבהם קיומה של חובה יילמד מעצם הגדרתה/מהותה של העבירה העיקרית, אבל זה לא כל מקרה של עבירת מחדל.

מה כן? ככל שמדובר בעבירה יותר חמורה, כך יותר ניטה להגיע למסקנה שמשתמעת חובת עשה מהעבירה המחדלית. זה גישה מס' 3 שמוסיפה אלמנט של העבירות החמורות יותר (ולא כל העבירות). בנוגע לעבירת הפקרת הולך דרך – חשין אומר כי העבירה מספיק חמורה כדי שהיא תקים אפשרות של סיוע על דרך המחדל. זה יוצר אי וודאות אדיר.

המרצה לא מסכים עם גישתו.

על פסק דין זה הועברה ביקורת גדולה מאוד – מכיוון של **עיקרון החוקיות**. הוסף בהקשר הספציפי סעיף חדש לפקודת התעבורה – **סעיף 64 א' 1** –

*"נוסע ברכב שהיה מעורב בתאונה בו נפגע אדם,* ***חייב*** *להתקשר לכוחות ההצלה בהקדם האפשרי בנסיבות העניין, אלא אם הנהג המעורב עצר והזעיק עזרה"* (חובת אי ההפקרה).

הסעיף אומר שאם לא נעשה כך – יוטל עליו עונש שהוא מחצית מהעונש של עבירת ההפקרה.

בנוסף, יהיה לאדם פטור אם הוא מתחת לגיל 16.

**היסוד הנפשי הנדרש בסיוע**

יש 3 גישות בהקשר זה. בגדול ובהפשטה – השאלה היא האם נדרשת רק מודעות, או שנדרש גם יסוד חפצי? (מטרה) – ואם כן, מטרה למה?

אם המחוקק היה מנסח את החוק כמו שעולה מהצעת החוק שהוא התכוון לנסח ("מי שעשה מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע") – מניסוח כזה ברור שהמילה כדי מתייחסת למעשה – היא חלק מהרכיב העובדתי. אם החוק היה מנוסח כמו שהמחוקק התכוון, הרי ברור היה שהמילה "כדי" מתייחסת למעשה – משמע שהיא נסיבה כחלק מהיסוד העובדתי (מתארת את המעשה), אך המילים "שהיה בו" נשמטו. אם הן לא היו נשמטות – ברור שכל מה שהיה נדרש זה מודעות – אדם היה צריך להיות מודע שהוא עושה מעשה שהיה בו כדי לסייע. אבל המילים "שהיה בו" נשמטו – והמשפט הוא "מי שעשה מעשה כדי...".

כמעט בכל מקום אחר בחוק העונשין – ניסוח כזה יובן כמנסח עבירת **מטרה**. זה לא מתאר את המעשה אלא את המטרה שהנחתה את האדם בזמן ביצוע המעשה. אז מה העניין?

הוויכוח בין הגישות השונות הוא האם אנו מפרשים את הסעיף בדרך שאנו יודעים שהמחוקק רצה (דרך שמרחיבה את מעגל ההפללה) או שאנו מפרשים את הסעיף בהתאם ללשונו (דבר שמצמצם את מעגל ההפללה, וגם מקיים את עקרון הפרשנות לטובת הנאשם).

הוויכוח הזה מתעורר אחרי תיקון 39 **בפס"ד פולייקוב**

מדובר באדם שלא היה שותף בתכנון הרצח, אבל במהלך הרצח הוא מסייע. לא מתוך כוונה לסייע – הוא פשוט מודע לכך שפעולותיו מסייעות. זה לא שהמניע שלו הוא לסייע.

**דעת הרוב** בפסק הדין מאמצת גישה של **דרישת מודעות בלבד**. הם מצדיקים זאת כך:

1. זאת **כוונת המחוקק** (למרות שלא יצאה בסוף כך – התפלק לו).
2. פרשנות כזאת גם מתיישבת עם סעיפים 19 ו-20 לחוק העונשין שאומרים לנו **שברירת המחדל היא להניח שעבירה דורשת מודעות בלבד**.
3. רכיבי היסוד הנפשי הנדרשים:
4. שהאדם יהיה **מודע לאפשרות ביצוע העבירה הפלילית על ידי המבצע העיקרי** לרבות עצימת עיניים.
5. הוא **מודע לכך שההתנהגות שלו כוללת פוטנציאל לסייע** לביצוע העבירה העיקרית.

**דעת המיעוט של הנגלמן** שואלת מה אתם עושים? ממלאים לקונה על דרך ההיקש? דיני העונשין הם לטובת **הנאשם**! הוא אומר שהיסוד הנפשי הנדרש הוא:

1. **מודעות לביצוע העבירה העיקרית על ידי המבצע + כוונה שהיא תבוצע**. האדם צריך לרצות שהעבירה העיקרית תבוצע.
2. **מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת**.
3. **מודעות לאפשרות כי היא תתרום לביצוע העבירה + כוונה לסיוע** להתממשות העבירה.

מה מציק להנגלמן? יש אנשים שמסייעים למרות שהם לא רוצים שהעבירה תתרחש משני סוגים:

1. יש אנשים שלא רוצים שהעבירה תתרחש, אך מערכת היחסים גורמת להם לרצות לעזור לו. הם לא רוצים שהעבירה תתקיים, אבל הם רוצים לעזור לעבריין בגלל מערכת היחסים – זוהי המטרה שמתוכה הם פועלים.
2. יש אנשים שלא פועלים מתוך מטרה לעזור – הם מודעים לכך שהמעשה שלהם יעזור, והם פשוט לא לא עוזרים – הם עושים פעולה ויודעים שהיא יכולה לתרום. אין להם כוונה.

הנגלמן רוצה שבמקרים של סיוע גבולי – לא נרשיע את האדם בסיוע. הוא גם מבין שפרשנותו יכולה להוביל למעגל הפללה צר מידי, ולכן הוא אומר שלעניין דרישות הכוונה שהוא קבע שהן מתחייבות – ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת כוונה.

הבעיה שלנו היא בעצם שגישה אחת לא מתיישבת עם לשון החוק ועקרון החוקיות, וגישה שנייה עשויה להוביל למעגל הפללה מצומצם מידי. לכן **ברק בפס"ד פלונית** – מציע **עמדת ביניים** שמתיישבת עם לשון החוק, ובמידה מסוימת גם עם כוונה המחוקק.

**פלונית** לא פועלת מתוך רצון לקדם את תכנית הרצח. היא פועלת מתוך רצון לסייע לחבר שלה – כי היא אוהבת אותו. במקרה של פלונית על פי גישת המודעות – היא תורשע. לעומת זאת, על פי גישת אנגלרד/הנדלמן – לא בטוח שהוא תורשע – זה תלוי האם תקום **הלכת הצפיות** או לא.

גם במקרה של ברק היא תורשע. ברק אומר שביסוד הנפשי

1. **צריך מודעות לאפשרות ביצוע העבירה** על ידי המבצע העיקרי,
2. בשונה מהנדלמן, הוא לא דורש כוונה להגשמת זממו של המבצע העיקרי (בן אדם **לא צריך לפעול מתוך מטרה לקדם את התוכנית של המבצע העיקרי**).
3. **נדרשת מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולאפשרות שהיא תתרום לביצוע העבירה העיקרית + כוונה לסייע** לעבריין (כמו בסיפור של פלונית). גם כאן – הלכת הצפיות יכולה לשמש תחליף לשם החלפת המטרה.

\*הערה לכל הגישות – כל מקום שיש מודעות – ניתן להשתמש בתחליף עצימת עיניים. למרות שעצימת עיניים והלכת הצפיות מצמצמות את ההבדלים – בסוף של יום השאלה היא כמה רחב יימתח מעגל ההפללה – כאשר נזכור כי גם אדם שלא סייע – לא בהכרח ייצא לחופשי (עבירת אי מניעת פשע). יהיו אנשים שיעשו דברים פיכסה ויצאו לחופשי על פי הנדלמן – אך הבעיה היא עם אנשים שהם בסך הכל בני אדם, שלא נוהגים תמיד הכי בסדר.

21.06.17

**שיעור 19 - המשדל**

מצד אחד, אחריותו פחותה – הוא לא עשה את העבירה. מצד שני, הוא זה שנוטע במבצע את הרעיון לבצע את העבירה. העבירה אומרת "המשדל לא הוליד רק עבירה, אלא גם עבריין".

הדין רואה בחומרה את פעולתו של המשדל.

ביטוי לכך ניתן לראות בכך ש:

1. העונש של שידול = לעונש על העבירה הראשית (הלא נגזרת), לעומת עונשו של המסייע שעונשו היא מחצית.
2. המחוקק הגדיר עבירה שהיא נגזרת לנגזרת של ניסיון שידול, וזאת לעומת המצב שבו

ניסיון לסיוע **הוא לא בר ענישה**.

**מבנה השיעור:**

היסוד העובדתי.

היסוד הנפשי.

ניסיון השידול.

שידול לשידול והמסייע לשידול?

עבירות השידול הספציפיות שפזורות בדיני העונשין.

דינו של אדם שהוא גם מסייע וגם משדל.

ס' 34 – פטור עקב חרטה למשדל ולמנסה לשדל.

**היסוד העובדתי**

**ס' 30** – *"המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה."*

לאור סעיף זה אנו יכולים להבין שההתנהגות האפשרית היא מאוד רחבה – איזושהי התנהגות שכוללת אפקט משדל.

השאלה שעולה – האם ניתן לעשות שידול על דרך המחדל?

**לדוגמא** – המרצה ואפרת חברים משכבר הימים. המרצה הוא גם מעריץ גדול שלה – כל דבר שהיא אומרת/חושבת – המרצה פועל על פיו. יום אחד היא והמרצה יושבים על כוס קפה, והמרצה אומר שהוא חושב על לשדוד בנק. יפעת שותקת. אבל במערכת היחסים ביננו, שתיקה – דיי בה להיות מה שיטה את הכף ויגרום לי לעשות את העבירה. אם היא הייתה אומרת לא – לא הייתי עושה, אבל דיי בכך ששתקה (שמהווה מחדל מוחלט), בכדי שהמרצה יבצע את הפעולה.

האם דבר כזה נחשב לשידול על פי חוק?

בעצם, מבחינה פורמליסטית, לא נראה שיש איזושהי מניעה בנוסח הסעיף להרשיע בשידול שנעשה במקרים שבהם ההתנהגות היא על דרך המחדל.

(בארה"ב יש חשש של מעסיקים שמי שמראיין יתקשר למעסיק הקודם, ואז המועמד לעבודה יתבע את המעסיק על הוצאת דיבה. התפתח קוד שברור שהבן אדם יגיד מחמאות – אבל השאלה היא **כמה הוא שותק**).

מבחינה פורמלית אין וויכוח. **העמדה המקובלת היא שלא ניתן להרשיע בשידול על דרך המחדל**, בדיוק בגלל שמדובר בהרחבה מאוד גדולה של מעגל ההפללה. בסופו של יום מדובר בהפללה של אדם שלא עשה שום פעולה אקטיבית, ויתרה מכך, המבצע עצמו הוא אדם אוטונומי. זה לא מקרה של ביצוע כאשר לאדם יש פטור מאחריות פלילית.

לאור העובדה שאין מניעה בנוסח החוק, ואנו יכולים למצוא אמירות שייתכנו מקרים כאלה – המרצה משער שיום אחד יגיע המקרה המובהק, ובגללו תאומץ הלכה גרועה.

**הרכיב הנסיבתי ביסוד העובדתי**

**צריכה להתקיים נסיבה של אדם אחר שהוא משודל**. המשודל הזה (וזה ההבדל מביצוע באמצעות אחר) הוא אדם שיכולה להיות מוטלת עליו אחריות פלילית.

מה שחשוב להבין זה, שכמו במקרה של הסיוע – **אין צורך שהמשודל ידע שהוא משודל**.

איך אדם יכול לא להיות מודע לכך שהוא משודל? באמצעות מניפולציות, או באמצעות כך שאני יוצר את הנסיבות שמובילות אותו לכך שזה הדבר שצריך לעשות, כאשר הכל נעשה מאחורי הקלעים (puppet master).

**רכיב התוצאה ביסוד העובדתי**

קיים רכיב נוסף ביסוד העובדתי של עבירת השידול – **רכיב התוצאה**.

השאלה אם עבירת תוצאה היא כזאת או התנהגות זו לא שאלה של היגיון אלא של ניסוח סעיף העבירה.

**עבירת הסיוע** – אם היא הייתה מנוסחת כ"העושה מעשה המסייע לביצוע העבירה **שהיה בו** כדי לסייע לביצוע העבירה" – כנראה שהיה מדובר בעבירה תוצאתית.

**עם זאת**, הסעיף של הסיוע לא מנוסח ככה. הוא מנוסח ב"העושה מעשה כדי לסייע" –

לפי דעה אחת ה"כדי לסייע" זה תיאור של המעשה, **ועל פי הדעה הרווחת זה יסוד נפשי**. אף אחד לא אומר שזו תוצאה.

העבירה צריכה להיעשות או לפני או אחרי ביצוע העבירה– זה אומר שהעבירה היא נסיבה.

בעוד שאם אנו מסתכלים על **עבירת השידול**: "המביא אחר **לכדי** עשיית עבירה" – ניסוח כזה **בוודאות** דורש **תוצאה** של עבירה.

מוסר השכל כללי – השאלה אם מדובר בעבירת התנהגות או תוצאה זאת לא שאלת היגיון, אלא שאלה של ניסוח הסעיף.

הדבר השני שחשוב שנזכור – מרגע שעבירה היא מסוג תוצאה, נוספים אלמנטים גם ליסוד העובדתי של העבירה (צריך פתאום להוכיח קש"ס בין ההתנהגות והתוצאה) וגם נוספים רכיבים ליסוד הנפשי של העבירה (מודעות לאפשרות קרות התוצאות ויסוד נפשי חפצי לגבי קרות התוצאה).

**דוגמא**: אפרת משדלת אדם לבצע עבירה. הוא מנסה ולא מצליח. הוא עשה פעולות שעברו את שלב ההכנה, אבל לא השלים את העבירה (יריתי ופספסתי). מה זה?

האם זה ניסיון לשידול לרצח? שידול לניסיון לרצח? שידול לרצח?

"המביא אדם לדבר עבירה" – ניסיון לרצח זה עבירה. אפרת הביאה אותי לדבר עבירה, והיא לא נשארה בניסיון לשידול. היא מילאה את דרישת הסעיף של שידול – שהעונש שלו חמור יותר.

אז האם זה שידול לניסיון או שידול לעבירה עצמה?

מצד אחד, השכל הישר אומר שזה **שידול**. אפרת לא רצתה שאני אנסה ולא אצליח. היא רצתה לרצוח – לכך היא התכוונה. לעומת זאת, תסתכלו על נוסח הסעיף! דבר העבירה שבוצעה – ניסיון לרצח.

יש לכך 2 עמדות, והסיבה שזה לא מוכרע – היא בגלל שהסיטואציות שדורשות תשובה לכך נמצאות בשוליים. היה מקרה שהיה אמור לקבוע זאת – **פס"ד סוגאקר**

**פס"ד סוגאקר**

בסוגאקר דורנר פשוט מניחה **שצריך להרשיע בשידול**.

**רקע** – נאשם אחד משכנע את נאשם 2 לפגוע במתחרה עסקי. נאשם 2 השתכנע, והוא משכנע את נאשמים 3 ו-4 לבצע את התקיפה, ונאשמים 3 ו-4 לא משלימים את העבירה (מבצעים רק ניסיון).

לגבי נאשם מס' 2 – **דורנר** מניחה שצריך להרשיע אותו בשידול לעבירה ולא בשידול לניסיון עבירה.

**קש"ס**

מכיוון שמדובר העבירה תוצאתית – צריך להוכיח קש"ס בין פעולת השידול לבין ביצוע העבירה על ידי המשודל. **המקרה המובהק**, הוא המקרה בו המשדל **נוטע** את רעיון ביצוע העבירה במוחו של המשודל. במקרה כזה ברור שיש קשר נסיבתי.

**עם זאת**, הפסיקה הרחיבה את ההגדרה של קש"ס גם לקטגוריה נוספת של מקרים. הקטגוריה הזאת היא קטגוריה שבה במוחו של המשודל **נמצא כבר הרעיון לבצע את העבירה, ופעולה השידול היא מה שמטה את הכף**, וגורמת לו להגיע להחלטה הסופית לבצע את העבירה.

זה הופך את הקו בין שידול במילים לבין סיוע רוחני ל**דק נורא!**

אם המרצה ואפרת היו יושבים בבית קפה, ואפרת הייתה מסכימה איתו שזה טוב לשדוד בנק – השאלה היא האם גם בלי שהיא הייתה אומרת שזה רעיון טוב – היא הייתה מבצע את העבירה? זה קו שהאפשרות להוכיח אותו באמת באופן אובייקטיבי היא הרבה פעמים כמעט בלתי אפשרית אם לא בלתי אפשרית.

בפועל ביהמ"ש מנסה להבין מהי מערכת היחסים בין המבצע העיקרי לבין הבן אדם שאמר את אותם מילים. אם מדובר במערכת יחסים בה האדם שאמר את המילים הוא דומיננטי מאוד (אפרת) – ביהמ"ש יטה לראות בזה שידול. **לעומת זאת** – אם מערכת היחסים שוויונית/האדם שאומר זאת הוא חלש יותר במערכת היחסים – ביהמ"ש עשוי לראות בזה רק סיוע רוחני. אם האמירה עוד יותר חלשה – זה צריך להיות רק אי מניעת פשע.

**פס"ד אסקין**

הקביעה שגם הטיית כף מהווה שידול, נקבעה בפסק דין אסקין.

שם המבצע "פקוביץ'" – ברור שהוא רואה באסקין כמורה הרוחני שלו. במקרה הזה – למרות שברור שהרעיון לביצוע העבירה התחיל אצל פקוביץ', ברור שלא היה עושה את הדברים ללא העידוד והתמיכה של אסקין!

**ביהמ"ש בא ואומר שזה לא רק סיוע רוחני, אלא מדובר כבר בשידול – וזו ההלכה**.

הבעיה בהלכה – זה מתחיל לייצר מצב בו האפשרות לזהות מיהו אדם שרק לא מונע פשע, לבין מסיע,לבין משדל, לבין מבצע בצוותא – פורמלית הופכת להיות עוצמת היחסים, אבל זה מעלה את החשש שמה שמרשיע את הכף זה כמה פיכסה חושב ביהמ"ש שהאדם עומד מולו הוא.

כדי להדגים את הבעייתיות הזאת, ניתן לקחת את המקרה של **הרצח של רוז ביזן**. (**רוני רון**)

יש לנו את האימא (מרי ביזן), שנישאת לאדם בצרפת ויולדת לו ילד. בשלב מסוים, היא מתגרשת ממנו ומתחתנת עם אביו. אבא שלו באופן מפתיע **תמיד** הוצג בתקשורת בשמו המלא, וכל הכתבים הרגישו שהם עושים לעצמם בדיחה פנימית – קראו לו **רוני רון**. הם עוברים לארץ.

בשלב מסויים שהם בארץ, דיי נשבר להם מהקטע של לגדל את הילדה, ובמוחו של רוני רון עולה הרעיון להרוג אותה. אבל הוא בן אדם של בלבלות (מתלבט).

ביהמ"ש אומר כי **האימא היא הדומיננטית** במערכת היחסים – **מרי ביזן**. אילולא הייתה משכנעת אותו לעשות את המעשה – הוא לא היה עושה זאת.

בזמן שהוא רוצח את רוז ונפטר מגופתה בירקון, היא מעודדת אותו בטלפון (לא נוכחת במקום).

אין ספק שמרי ביזן היא בן אדם פיכסה – ברמה שאני רוצה לקבוע שעשתה עבירה. השאלה היא איזה עבירה היא ביצעה? האם זה סיוע? (אם זה סיוע – אז זה רק מחצית העונש המקסימלי), האם זה שידול? (ואז העונש כמו העבירה העיקרית), או האם בכלל היא מבצעת בצוותא? (נדון בסוגיה זו בשיעורים האחרונים).

**במחוזי** – הסנגוריה אומרים שבמקסימום היא מסייעת. ביהמ"ש לא מסכים – הוא אומר שהיא האדם הדומיננטי. רוני רון חיכה למוצא פיה, ולכן היא משדלת.

**בעליון** – אומרים שלא כך. היא **גם ליוותה אותו טלפונית בזמן המעשה**. היא נכחה באופן וירטואלי בזירה. לכן בעליון קובעים שהיא מבצעת בצוותא.

הפואנטה של המרצה – ברגע שמגיעים אותם מקרים קלים לכאורה, ביהמ"ש מאמץ פרשנויות משפטיות שכמעט ממסמסות לחלוטין את הקטגוריות השונות, וזה לא טוב – כי במקרים פחות ברורים יהיה קשה לקבוע. אז תתחיל להיות שונות בפסיקה בין מקרים דומים, כי החוק לא מגביל מספיק את השופטים/מנחה מספיק.

**היסוד הנפשי של השידול**

אם מסתכלים על עבירת השידול, אזי מדובר בעבירת תוצאה שותקת – היא לא אומרת לנו שיש איזושהי מגבלה בדבר סוג היסוד הנפשי החפצי שנדרש.

במילים אחרות – היא **לכאורה**... אומרת לנו שאנו יכולים להסתפק בפזיזות, ולא צריך להוכיח כוונה.

הדגש על המילה לכאורה... באים ואומרים לנו שצריך להוכיח מודעות לנסיבות לאפשרות קרות התוצאה + כוונה/פזיזות לגבי אפשרות קרות התוצאה.

**אבל**, השופטת בייניש ב**פס"ד אסקין** קבעה שלא ניתן להסתפק בפזיזות, אלא צריך להוכיח כוונה מצד המשדל שהעבירה שאליה שדול המשדל תבוצע.

למה המרצה לא אמר לנו שפשוט צריך כוונה שהעבירה תבוצע?

1. זה לא מופיע מפורשות בלשון הסעיף.
2. בייניש באסקין מתחילה את דבריה במילים "ככלל" – כלומר יש פתח למקרים מסוימים אחרים.

**לבחינה – כל מה שאנו צריכים לומר זה שעבירת השידול דורשת ייסוד נפשי של כוונה.**

**למה בייניש אומרת שלא ניתן להסתפק בפזיזות ושנדרשת כוונה?**

1. **האופי התכליתי של השידול** – כשאנו חושבים על שידול, אנו חושבים על אדם שפועל מתוך כוונה שהעבירה תקרה. פסיקה שתדון בפזיזות תרחיק את ההגדרה המשפטית מהאינטואיטיביות.
2. צריך לזכור שבשידול יש לנו אדם שמבחינת פעולותיו – הם לא קידמו את היסוד העובדתי של העבירה. **במישור של היסוד העובדתי הוא לא עשה כלום** – הוא רק השפיע על היסוד הנפשי של המבצע העיקרי, **והמבצע העיקרי הוא אדם אוטונומי** – אנו מצפים ממנו להבחין בין טוב ורע – ומענישים אם לא עשה זאת. לאור זאת, ראוי יהיה להעניש את המשדלים שבאמת היה בהם אלמנט פסול משמעותי – הפעולה מתוך כוונה שהעבירה תתקיים.
3. **העונש שקבע המחוקק לגבי שידול** – זהה לעונש של העבירה עצמה (בשונה מן המסייע). כלומר, המחוקק רצה לשלוח מסר ששידול זה משהו ממש ממש פיכסה, אז בואו נשמור את זה למקרים שהם ממש פיכסה (חמורים במיוחד).
4. **רצון לבדל בין עבירת השידול לעבירת הסיוע**. ברכיבי היסוד העובדתי ההבחנה בין השניים במקרים מסוימים היא דיי קטנה. בייניש אומרת שביסוד הנפשי – נדרוש כאן כוונה שהעבירה תתממש. יש לשים לב, שבנוגע לסיוע – העמדה הרווחת בהלכה (הלכת פלונית) גם דורשת כוונה – אבל שם הכוונה היא לסייע לעבריין (ולא לביצוע העבירה כמו כאן). כאן הכוונה היא שהעבירה תקרה (ובסיוע – הכוונה היא לסייע למבצע העיקרי).

הערה 1 – אחרי שאמרנו שנדרשת כוונה, עולה השאלה האם ניתן בהקשר הזה להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף כוונה? אין הכרעה מפורשת בפסיקה – אבל כנראה ש**כן**. החוק אומר שהוכחת צפיות כהוכחת כוונה. כך מילותיה של בייניש למעשה הופכות לחלולות.

הערה 2 – בפס"ד פלוני (רצח מדריך בפנימייה) – הנערה נראית דומיננטית. בסופו של יום ההבחנה בין האם היא מסייעת או משדלת תהיה תלויה בשאלה האם הוא היה עושה זאת בכל מקרה (לא בהכרח), פרקטית בסוג מערכת היחסים (היא הייתה דומיננטית) ומה הייתה כוונתה (האם רצתה שהעבירה תקרה או שרצתה לעזור לבן זוגה).

בפעול לא נשאר מהבידול שעושים בפסיקה הרבה כשצריך להחליט. זה לא אומר שלא נשאר כלום, אבל לא הרבה (יש מקרים שהם הלכת הצפיות לא תעשה עבודה, ואז כן יחילו את דברי בייניש).

**עבירת הניסיון לשידול**

**ס' 33** בחוק העונשין קובע עבירה מיוחדת שנגזרת ממדרגה שנייה – **ניסיון לשידול**.

*"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"*

המרצה אומר כי לפעמים המחוקק משקיע. הוא נכנס לכל הפינות האפשריות.

**מתי מתרחש ניסיון לשידול?**

**מקרה 1** – אפרת משכנעת אותי לבצע עבירה, אני אחשוב, ואני משתכנע – אבל לא עובר את שלב ההכנה (הרי שזה ניסיון לשידול).

**מקרה 2** – אפרת מנסה לשדל אותי לבצע עבירה ואני לא משתכנע. היא מבצעת ניסיון לשידול.

**מקרה 3** – אפרת עושה את כל הצעדים כדי להשלים את השידול, אבל מסיבות שלא תלויות בה, הפעולות שלה (שעברו כבר את שלב ההכנה) לא חוצות את מתחם הניסיון.

**למשל** – אפרת כותבת לי מכתב מאוד משכנע לגבי למה לבצע שוד. אם המרצה היה קורא את המכתב הוא היה משתכנע באותו רגע, אבל המכתב נאבד בדואר (דוגמא "תיאורטית").

**מקרה 4** – אפרת רוצה לשדל אותי לבצע עבירה. היא מתחילה לשדל אותי – אבל המרצה אומר לה כי הוא כבר החליט לעשות זאת עוד לפני שניסתה – אין קש"ס בין השידול והעבירה שבוצעה.

הערה - צריך לשים לב שלא מוטלת על ניסיון לשידול אחריות פלילית כאשר מדובר בעבירת חטא. הדבר נכון גם בנוגע לשידול – אין שידול לעבירה מסוג חטא.

**האם אפשר לעשות נגזרת לנגזרת? האם קיים שידול לשידול או סיוע לשידול?**

האם מוטלת אחריות פלילית במקרים של שידול לשידול או במקרה של סיוע לשידול?

המקרה שממחיש טוב מהו שידול לשידול – הוא **פס"ד סוגאקר**.

יש שם נאשם 1 שמשכנע את נאשם 2 לבצע עבירה, אבל נאשם 2 לא מבצע את העבירה בעצמו, אלא משדל את נאשמים 3 ו-4 לבצע את העבירה. השאלה היא מה קורה עם אותו נאשם 1?

**דורנר** בלי דיון –

1. מניחה שאפשר להרשיע בשידול לשידול
2. במקום שבו המשדל הראשון הצליח במלאכת השידול שלו (שידל את נאשם 2), גם אם נאשמים 3 ו-4 בסוף נשארו רק בשלב הניסיון, הרי שלא מדובר בניסיון לשידול אלא **שידול ממשי**. (הוא הצליח לשדל את 2 לדבר עבירה – לשדל אחרים).

מול פסק הדין הלא מנומק של דורנר – יש אמירה שאומרת שעבירות שהן נגזרת שנייה, עקרון החוקיות מחייב שיעשו על ידי המחוקק (או בניסוח אחר – אין עבירות בנגזרת שנייה, אלא אם זה מצוין מפורשות בחוק – אם יעשו זאת, זו תהיה הרחבת יתר של מעגל ההפללה).

מצד אחד יש את פסק דין סוגאקר שבלי דיון מניח שניתן, ומצד שני יש אמירות שאומרות שאין לעשות זאת אלא אם המחוקק קבע זאת מפורשת – זה עלול להוביל להרחבה יתרה של מעגל ההפללה.

**עבירות שידול ספציפיות**

בדיני העונשין הישראלי פזורות עבירות שונות שהן עבירות עצמאיות שאם קוראים אותן מבינים שההתנהגות המופללת בהן היא פעולה של שידול שנעשה בנסיבות מסוימות. השאלה הנשאלת – למה הן קיימות?

**ס' 201** קובע עבירה של שידול למעשה זנות.

**ס' 202** קובע עבירה של שידול לעיסוק בזנות.

**ס' 245** קובע עבירה של הדחה בחקירה.

**ס' 246** קובע עבירה של הדחה בעדות.

**ס' 302** לחוק מגדיר עבירה של שידול להתאבדות.

**ס' 422** לחוק נותן רשימה של סדרת עבירות שידולי למרמה למיניהן.

למה העבירות הללו קיימות? אפשר לחלק זאת ל-3 סוגים של מקרים:

1. **עבירות שקיימות בלי שום סיבה טובה** – סתם סיבות היסטוריות או קוריוזיות.
2. **עבירות שמוסיפות משהו/מפלילות עוד מקרה/מחמירות את העונש** מעבר לשידול הרגיל.
3. **עבירות שידול שבהן לא היה ניתן להשתמש בעבירת השידול הכללית**, כי המעשה המשודל הוא לא עבירה (ביניש – המעשה נושא השידול).

למשל – זנות כיום היא אינה עבירה, אבל שידול לזנות היא עבירה.

עוד דוגמא – התאבדות כיום אינה עבירה, אבל שידול להתאבדות היא עבירה.

**מקרים בהם אותו אדם עושה גם פעולות סיוע וגם פעולות שידול**

המרצה חוזר לשיחה שלו עם אפרת בבית הקפה. אפרת לא רק משכנעת אותו לשדוד בנק – היא גם מביאה לו רובה M16 שיקל עליו לבצע את השוד. היא עשתה למעשה גם פעולת סיוע.

מה עושים עם אדם כזה? 2 אופציות:

1. להעמיד את אפרת לדין בכתב האישום גם על שידול לשוד וגם על סיוע לשוד. מכיוון ששתי העבירות נוגעות לאותו מעשה – העונש המרבי שהיא תוכל לקבל זה 1 ולא 2 – אבל נאשים אותה בשניהם.
2. אופציה אחרת – לבוא ולהגיד לא. ברגע שאפרת גם עשתה שידול וגם סיוע – המעורבות שלה בפשע היא כבר כל-כך גבוהה, עד כדי שצריך לראות באפרת מבצעת בצוותא.

**מהן ההשלכות?**

1. יש הבדלים שונים בנוגע לנורמות קשורות (פריפריאליות).

זה משליך על היכולת שלנו להאשים את אפרת בנוגע לעבירות שונות שקשורות לשוד.

החוק מאפשר ביתר קלות להטיל אחריות על אדם בגין עבירות שביצע צד אחר לפשע כאשר רואים באדם הזה מבצע בצוותא.

הכללים למתי מוטלת האחריות הרבה יותר מקלים/מחמירים כאשר מישהו מבצע בצוותא.

1. נוגע לשאלה איזה סעיף של פטור עקב חרטה יחול בהקשר של אפרת. אם אנו רואים באפרת מסייעת + משדלת – הרי שהסעיף הרלוונטי הוא סעיף 34. אם אנו רואים בה מבצעת בצוותא – הסעיף הרלוונטי הוא כנראה ס' 28.

**פטור עקב חרטה של המשדל – ס' 34 לחוק העונשין**

(נא לא לבלבל עם ס' 28 – שעוסק בפטור עקב חרטה של המנסה).

המרצה מקריא את הסעיף.

*"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' 34 בעצם אומר לנו שיש 3 מצבים שבהם המשדל/המסייע/המנסה לשדל יזכו בפטור שקבוע בסעיף (פטור מאחריות פלילית).

1. אם הוא מנע את עשיית העבירה/את השלמתה.
2. אם הוא הודיע לרשויות מבעוד מועד על העבירה (לשם מניעת עשייתה/השלמתה).
3. אם עשה למטרת מניעת השלמת העבירה כמיטב יכולתו.

קיימים מספר הבדלים בין הסעיף הזה לבין ס' 28 שעוסק בפטור עקב חרטה של המנסה:

1. הסעיף הזה אומר לנו מפורשות **שניתן לקבל את הפטור גם אם בסוף העבירה** **בוצעה**, וזה בשונה מהסעיף של הפטור עקב חרטה של המנסה – שם יש 2 דעות (מלצר, המבורגר, הרעלה – או שהוא חייב להצליח, אחרת אין פטור, או שיבצע פעולות למנוע את קרות התוצאה, ואז יקבל פרס על השתדלות).
2. הבדל ביסוד הנפשי. **בסעיף 34 לא נדרשת חרטה** – אנו רק מסתכלים על הפעולות (גם אם הוא עשה את זה רק כי הוא פחד מהמשטרה). נכון שהפער הצטמצם בעקבות השינוי בהלכה בצורה שבה מפרשים את ס' 28, אבל עדיין יש פער.

**מהו הרציונל?**

1. ברור לחלוטין שהתכלית של ס' 34 היא תכלית תוצאתנית. לנסות כמה שיותר לדרבן את המשדלים והמנסים לשדל – לעשות switch ולנסות למנוע את העבירה. כשזה מגיע לס' 28 – במינימום זה קוקטייל של שיקולים תוצאתניים וגמולניים. למה ההבדל הזה?
2. ההבדל הזה נובע מכך שאנו עוסקים באנשים שנמצאים במעגל השני. לכן הרצון לתפוס אותם הוא **קטן יותר** – אנו מראש יודעים שאנו עוסקים בנורמות שמרחיבות את מעגל ההפללה.
3. הבדל שלישי – ב**נטלי ההוכחה**. ייתכן שקיים הבדל בנטלי ההוכחה בין ס' 28 ו34 (הניסוח המדויק ניתן לפני 2 שיעורים). **בנוגע לס' 28 העמדה הרווחת היא שזה במאזן ההסתברויות** (המרצה מקווה שזה ישתנה), **ובנוגע לס' 34 יש עמדה חזקה שחל מערך הנטלים**.

בגלל השוני המהותי שקיים בין ס' 28 וס' 34, **קרמניצר** אומר שהמחוקק עשה **טעות** כאשר השתמש ב-2 הסעיפים באותה כותרת – פטור עקב חרטה. **נא לא לבלבל בין המקרים**. צריך לזכור שיהיו הרבה מקרים בהם זה לא יהיה וודאי. חס וחלילה אם מישהו במקרים מובנים מעליהם ידון ב-2 האופציות.

בעבודה המרצה נתן הנחיה לבודקים להוריד 3 נקודות לכל מי שבאיזושהי דרך הזכיר את המילה מחדל בסעיפים ב' וג'. אם ישתמע מדברי כי אני לא בטוח – המרצה יוריד (הקרנת חוסר מקצועיות).

26.07.17

**שיעור 20 - מבצעים בצוותא ועל ביצוע באמצעות אחר**

**ס' 29 א'** – **המבצע**. חוק העונשין מגדיר את המבצע בדרך הבאה:

*"מבצע עבירה לרבות מבצע בצוותא או באמצעות אחר".*

כלומר – החוק אומר לנו שמבחינת המבצע העיקרי של העבירה, בשונה מצדדים עקיפים לעבירה יש 3 סוגים:

1. מבצע יחיד (שייקה).
2. מבצע באמצעות אחר (אפרת).
3. מבצעים בצוותא.

מהי המשמעות של הסעיף?

הסעיף אומר לנו שהיחס שאנו צריכים לתת למבצע בצוותא ולמבצע באמצעות אחר הוא אותו יחס שאנו צריכים לתת למבצע העיקרי היחיד – משמע, לסוג הפטור עקב חרטה שיחול (ס' 28 ולא 34), לעניין העובדה שלביצוע עבירות מסוג חטא יש אחריות פלילית, ולעניין העונש המקסימלי.

ניסיון החיים מראה שהרבה יותר קל להבין את המבחנים למבצע בצוותא אחרי שלמדנו את הניסיון, הסיוע והשידול, ולכן, עכשיו כשאנו יודעים איך לזהות ניסיון, שידול וסיוע, יהיה לנו יותר קל בניסיון לזהות מיהו המבצע באמצעות אחר.

**מבצעים בצוותא**

**ס' 29 ב'** מגדיר את המבצעים בצוותא כ*"משתתפים בביצוע העבירה תוך עשיית מעשים לביצועה"* במילים אחרות, לא אכפת לחוק מה היה החלק של כל אחד מהמבצעים בצוותא, כל עוד הם פעלו כאורגן אחד. החוק בעצם מסתכל על המבצעים בצוותא כיחידה פלילית אחת.

ההסבר לחוק בא ואומר שזה לא משנה אם לא היה דיי בפעולות של האדם הספציפי מתוך הקבוצה כדי לקיים את יסודות העבירה, **כל עוד חלקו היה** **חיוני** לתוכנית המשותפת. על פי ההסבר בהצעת החוק – גם **נדרש שהפעולה של אותו אדם כשלעצמה לא הייתה בגדר מעשה להכנה בלבד**.

חשוב להבין גם **שביצוע בצוותא יכול להיות במחדל** –

**לדוגמא** – סיוע לאסיר לברוח מבית סוהר. שני שותפים מלבד האסיר – האחד מחכה מחוץ לכלא עם הרכב (פועל במעשה) והשני הוא סוהר בכלא שדואג לא לתפוס את האסיר הנמלט.

יכול להיות גם מצב שבו כלל החברים בקבוצה יבצעו את מעשיהם במחדל – כמו זוג הורים שמרעיב את הילד שלהם – האב והאם עשו את הפעולה במחדל.

החיים שלנו היו פשוטים אם המבצעים בצוותא היו מחלקים את עבודתם באופן שוויוני. העניין הוא שהם כוללים לפעמים היררכיות, מערכות יחסים שונות וחלוקת תפקידים שונה. המצבים האלה שבהם חלוקת התפקידים בין העבריינים השונים היא לא שוויונית יוצרת לנו בעיה.

איך נזהה האם הם מבצעים בצוותא? ומי מבניהם הם רק מסייעים/משדלים וכו' ?

הפסיקה פתרה את הבעיה בדרך "נפלאה" – הצגת סדרה של מבחנים חלופיים לזיהוי מיהו מסייע ומיהו מבצע בצוותא – אשר מאפשרים אבחון ביניהם.

אין הכרעה בין מבחנים אלו בפסיקה – וזה בעייתי: שופטים שונים יסתמכו על מבחנים שונים, ואנשים שעשו פעולות דומות עשויים לזכות ליחס שונה (פגיעה בעיקרון החוקיות).

**המבחנים**

1. **מבחן הפעולה החיונית שהיא מעבר להכנה** – זה בעצם המבחן שדברי ההסבר להצעת החוק (תיקון 39) מציג. המבחן הזה דורש 2 רכיבים שיתקיימו על מנת שנקבע שמישהו מבצע בצוותא ולא רק מסייע:
2. **שהפעולות שלו יהיו חיוניות לביצוע העבירה העיקרית**. מבחינת תפקידו בקבוצה – אנו רואים את תפקידו כתפקיד חיוני לשם ביצוע העבירה העיקרית.
3. **שהפעולות האלה כשלעצמן לא תהינה פעולות שהן בגדר הכנה בלבד**. מבחינת היסוד העובדתי המעשים שלו לבד צריכים להיות כאלה שחצו את מתחם ההכנה והם נמצאים לפחות בתוך מבחן הניסיון.

פרט עובדתי נוסף שתומך במסקנה שזה צריך להיות המבחן לזיהוי מבצע בצוותא הוא הרפורמה שנעשתה בעבירת קשירת הקשר כחלק מתיקון 39.

לפני תיקון 39 הכלל המשפטי קבע כי ברגע שניתן יהיה להאשים אותך בקשירה לביצוע פשע – ניתן יהיה להטיל עליך אחריות גם על כל עבירה שביצע מישהו מהקושרים לקשר במהלך תכנון העבירה העיקרית או במהלך ביצוע, **אפילו אם לא היית מודע לעבירה והיא לא היית חלק מהתוכנית**.

תיקון 39 מנסה לבטל את **האחריות הסולידרית** הזאת, וקובע במקום זה את **סעיף** **499 (ב)** – *"קושר קשר יישא באחריות פלילית גם לעבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו* ***רק אם היה צד לעשייתה****"*

משמע, רק אם אפשר לראות בו מנסה, מבצע בצוותא, מבצע באמצעות אחר, משדל או מסייע. למה כל זה גורם למרצה לומר שמבחן הפעולה החיוניות הוא המבחן לזיהוי המבצע בצוותא?

כי בגדול כל מה שאומרת לנו הרפורמה הזו, זה שאם כל מה שעשית בתור קושר קשר הם פעולות שנשארו בשלב ההכנה, לא ניתן להטיל עליך אחריות בגין עבירות שביצעו צדדים אחרים לקשר הפלילי. מכך אנו מסיקים שכדי לראות מישהו כמבצע בצוותא, הפעולות שלו בלבד צריכות להיות כאלו שחוצות את מתחם ההכנה אל תוך מתחם הניסיון או מעבר לכך.

1. **מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון** – לפי המבחן הזה אנו מסתכלים על כל אחד מהצדדים לעבירה – מסתכלים על הפעולות שלו בלבד, ושואלים אם לא היו לו שותפים לעבירה, האם היה דיי בפעולות האלה בלבד כדי לחצות למתחם הניסיון? או שהן היו נחשבות פעולות הכנה בלבד?

ההבדל בין המבחן הזה לראשון – **הוא לא דורש את דרישת החיוניות**.

לבחינה – המרצה אומר שאם יש לנו עבירה של ניסיון – צריך לפרט את כל המבחנים של ניסיון. אם עולה שאלה של מבצעים בצוותא, ומגיעים לשלב האנלוגיה לדיני הניסיון, לא לפתוח לופ ענק ששופך את כל מבחני הניסיון – אלא להיות יותר תמציתיים. אין צורך לרדת באותה רמת רזולוציה ופירוט – הכל בהתאם לשאלה.

1. **מבחן השליטה הפונקציונלית** – לדעת המרצה – זה אחד מהמבחנים הכי בעייתיים שקיימים, והפסיקה אוהבת להשתמש בו.

מבחן זה שואל האם האדם היה חלק מה"אדונים" של הפעילות העבריינית. האם תרומתו הייתה פנימית, דומיננטית ומרכזית? (ולא המילה חיונית! לא מסתכלים על מה היה קורה אם הוא היה חלק מהפעילות, אלא מה היה קורה אם הוא לא היה חלק מהפעילות).

**פס"ד פלונים** (כנהא)

ממחיש את ההבדל בין המבחן השלישי לבין שני המבחנים האחרים.

בעקבות רציחתו של כהנא, קבוצת נערים מחליטה לבצע רצח נקמה והם בוחרים בשוק הקצבים כיעד שלהם.

הם עושים ביחד תוכנית פעולה, ומחלקים את התפקידים באמצעות הגרלה. מתקשרים לאחד מהבחורים ביום שבו הם החליטו לבצע את המעשה – והוא אומר שזה לא יקרה היום. אז הם עונים לו "נעשה בלעדייך" – והוא אומר "תעשו" ומנתק מגע. הסיפור הזה נגמר ברצח של אדם אחד ובניסיון רצח של כמה אנשים. עכשיו השאלה היא מה אחריותו של אותו נער שנשאר שותף טלפוני לפני המעשה? הוא הרי לא נטל חלק בפעולות עצמן.

אם נלך לפי **מבחן האנלוגיה לדיני הניסיון** (המבחן השני) – הרי שהוא לא מבצע בצוותא, כי מעשיו לבד לא עברו את שלב ההכנה!

אם נלך לפי **מבחן החיונית** – א.) מבחן החיוניות דורש שהמעשים יעברו את שלב ההכנה והם לא, ו-ב.) מעשיו לא היו חיוניים כי הם ביצעו את העבירה בלעדיו!

**ביהמ"ש העליון** מאמץ את **מבחן הפונקציונאליות** – ואומר כי הפונקציה שלו הייתה המרכזית. הוא היה הרוח החיה, ומכיוון שהוא היה הרוח החייה, ואי ההשתתפות שלו לא נבעה מחרטה – הרי שיש לראות בו מבצע בצוותא.

הסטנדרטים ירדו - החיוניות הפכה לפונקציונלית, הדרישה של פעולה לשלב הניסיון יורדת לשלב ההכנה.

מה שברק אומר הוא, שאדם שעשה פעולת שידול ושידול לסיוע – מעשיו הופכים אותו למבצע בצוותא, וזה למעשה מבחן עזר למבחן הפונקציונאליות.

יש 2 ביקורות על גישה זו של ברק:

1. **ביקורת פורמלית** – זה בניגוד לכוונת המחוקק. זה בעצם מכניס את מבחן הסולידריות (שלמחוקק הייתה כוונה לבטל) **בדלת האחורית!** (ביטול מבחן הסולידריות – ס' 499 (ב)).

יש לנו כאן אדם שפעולותיו היו פעולות הכנה בלבד, ואנו מטילים עליו אחריות כמבצע בצוותא.

1. **ביקורת מהותית** - יש כאן הנמכת סטנדרט כלפי מה נדרש להגדרת מבצע בצוותא, או הרחבת יתר של מעגל ההפללה.
2. **מבחן חבות העונש** - המבחן אומר שהשופט צריך לשאול את עצמו מה לדעתו העונש שצריך להשית על האדם. אם הוא חושב שצריך להשיט עליו עונש חמור – הרי שהוא מבצע בצוותא, ואם לא הוא רק מסייע. זה "**כמה פיכסה השופט חושב שהבן אדם הוא**".

מבחן זה מנסה להיות כנה – הוא בא לבדוק האם הפעולות שהאדם ביצע חצו את הרף מההכנה לניסיון, ובהתאם להגיע למסקנה האם לראות בו כמבצע בצוותא – מדובר בניסיונות שלא מגיעים לתוצאות ברורות. יש לנו מקרים שבהם האדם מעורב מאוד בפעילות העבריינית במישור "**היסוד הנפשי**" - הוא חלק אמיתי מתוך הקבוצה העבריינית (שלא לדבר על ראש משפחת פשע, שלא יודע בכלל על חלק העבירות, אבל הן לא היו קורות ללא השתייכות העבריינים למשפחת הפשע).

כל הניסיונות להתמקד ביסוד העובדתי:

1. לא מגיעים לתוצאה מדויקת.
2. לא מגיעים לתוצאה הולמת לאינטואיציה שלנו כלפי אותו אדם. זו התייחסות לא נכונה לסיטואציה. המבחנים הפורמאליים מגיעים לתוצאה שנוגדת את המשמעות האמתית של הסיטואציה.

לכן, מבחן זה אומר – תנו לשופט את **שיקול הדעת** להכריע עד כמה הפעולה של אותו אדם חמורה, ובהתאם לקבוע האם לראות בו מבצע בצוותא (עונש חמור יותר) או לראות בו רק מסייע (מה שיגביל את האפשרות להטיל עליו עונש חמור).

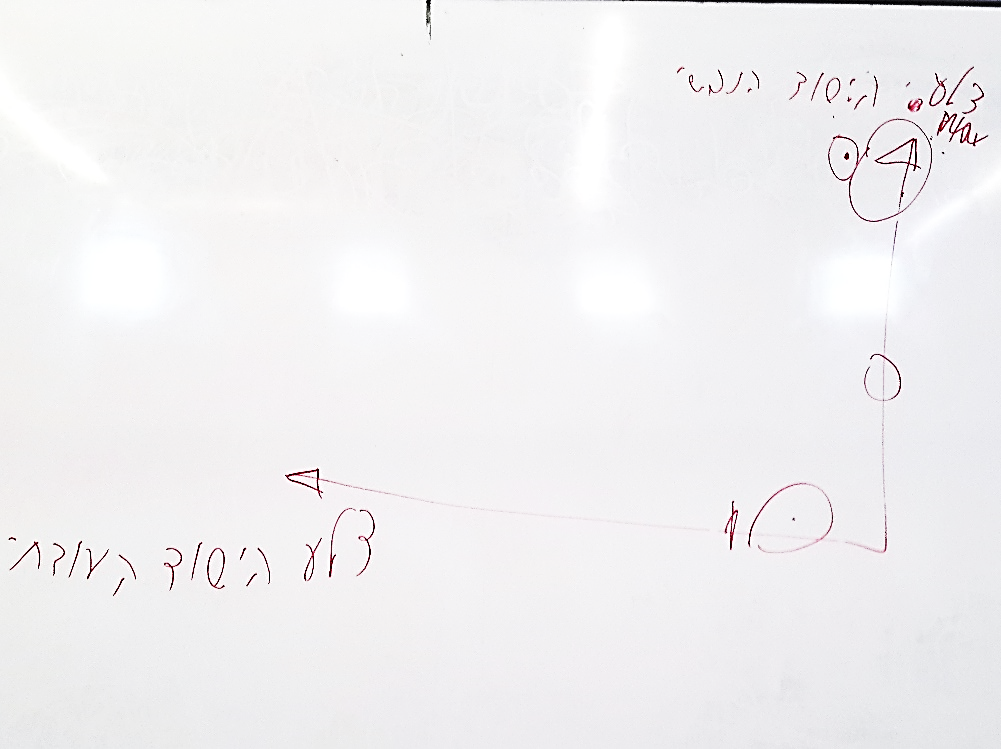
הנקודה החלשה של המבחן הזה – **מדובר במבחן של אינטואיציה מוחלטת**. ברור שאינטואיציה מבוססת על הנסיבות, אך הבעיה היא שברגע שהחוק לא מגביל את האפשרות של השופט לגבי האופן שבו יקבע את הנסיבות, אז גובר החשש ששופטים שונים יתייחסו באופן שונה למקרים דומים.

שתי דברים לזכות המבחן:

1. **הוא כנה**. עם כל הכבוד, גם המבחנים האחרים הם לא אלגברה ליניארית – הן לא משוואות מדויקות, אלא כוללים המון מונחי שסתום שכוללים המון שיקול דעת – שמאפשרים לשופטים לכסות את הכלים האמתיים.
2. המציאות מלאה במקרים שבהם ישנם גורמים שמבחינת היסוד העובדתי/הצלע העובדתית – מעורבותם קטנה בעבירה. אבל בצלע של היסוד הנפשי – הם בעצם הגורם המרכזי, והרוח החיה מאחורי הפעילות העבריינית. ראש משפחת פשע/ארגון טרור לא יודעים מה החיילים שלהם מבצעים, אבל לולא הארגון שיצרו – העבירות לא היו מתרחשות.

בעצם, ככל שניתן שיקול דעת לשופטים – יהיה להם יכולת להתמודד עם המציאות, במיוחד עם סיטואציות שבהם האנשים מעורבים בפעילות הרוחנית, כאשר ידיהם לא מתלכלכות בצד העובדתי.

1. **המבחן המשולב / מבחן מקבילית הכוחות**



כשאנחנו מסתכלים על פעילות עבריינית, אנו בודקים כמה היה מעורב האדם מבחינת היסוד העובדתי, וכמה היה פעיל ביסוד הנפשי.

אנו בודקים גם מה העוצמה/המשקל של הפעולות שעשה בפועל כדי לקדם את ביצוע העבירה.

בגדול, מה שאומרים לנו – הוא ש**ככל שהמעורבות שלו תהיה גבוהה יותר בצלע אחת/שנייה, ככה נסתפק בפחות בצלע האחרת**. במיוחד במקרים שבהם המעורבות ביסוד הנפשי גבוהה יותר, הרי שנסתפק בפחות בצלע של היסוד העובדתי.

זה הסיפור של אותו בחור מהרצח של שוק הקצבים (**פס"ד פלונים**) – מעורבותו בצלע הנפשי הייתה גבוהה מאוד, וזה מספיק כדי לראות בו כמבצע בצוותא, למרות שצלע היסוד העובדתי הייתה נמוכה.

המבחן הזה בעצם מנסה לסייע לנו להתמודד בעיקר עם 2 סיטואציות הפשיעה בימנו:

1. הקבוצה של משפחות פשע, או אותם אנשים שתרומתם ביסוד הפיזי היא קטנה, אבל הם הרוח החייה בפעילות הרוח העבריינית.
2. העובדה שבשונה מבעבר, לנוכחות פיזית יש משקל הרבה יותר קטן. בעולם של טלפונים ומחשבים, קשה לנו הרבה יותר להסתמך ביחס לעבר על אבן הבוחן של האם האדם נכח פיזית בזירת הפשע.

המבחן המשולב הוא מבחן מאוד פופולרי אם לא **הפופולרי בפסיקה**.

יש כאן בעיה שרקמנו סביבה את מבחן חבות העונש. הערכת מעורבות צדדים לעבירה היא לא מתמטיקה. אין פה באמת צלעות. אם אנו רוצים להיות ביקורתיים עד הסוף – ניתן לומר כי אין שום הבדל בין המבחן חבות העונש למקבילית הכוחות (לא לכתוב בבחינה). הוא פשוט נראה עמום יותר במבט ראשון, אבל אלו בעצם מילים יפות לאותו מבחן.

**ההבחנה בין המשדל למבצע בצוותא**

כמו שפס"ד **פלונים** מראה לנו, בעצם, ככל שאנחנו מנמיכים את הדרישה בצלע היסוד העובדתי, ומתמקדים בעוצמה חזקה בצלע של היסוד הנפשי – עולה החשש למסמוס ההבחנה בין מבצע בצוותא לבין המשדל.

ראינו בפלונים, שניתן להאשים אדם גם בשידול וגם בסיוע – הרי שהוא בעצם מבצע בצוותא. אבל מבחן מקבילית הכוחות יכול להביא אותנו למצב שבגלל שהמעורבות של האדם ביסוד הנפשי הייתה כל-כך גבוהה – שלא נצטרך להידרש לעובדה שהוא לא עבר את שלב ההכנה ביסוד העובדתי.

**פס"ד רון נ' מי**

הכלל שנקבע בפס"ד **- כדי שאדם ייחשב למשדל – צריך שהוא יעשה "שגר ושכח"**. ייטע את הרעיון של הפשע, ומאותו רגע יתנתק.

בגלל שיצרו הגדרה כזאת רחבה של מבצע בצוותא – צמצמו את ההגדרה של משדל, וזה בעייתי! לכמה משדלים חשוב לנטוע בראש מחשבה פלילית ואז מנתקים?

ראינו שיש לנו שני מבחני עזר להבחנה בין המשדל למבצע בצוותא – אין קונצנזוס בין המבחנים.

1. אם אפשר להאשים אותו **גם בשידול וגם בסיוע** – אז הוא מבצע בצוותא (ברק **בפלונים**).
2. **פס"ד רון** הולך צעד נוסף, ולאור המבחנים השונים של המבצע בצוותא שצמצמו את הדרישה בצלע העבדותית – בא ומספק הגדרה מאוד צרה לאדם המשדל, ביחס שאלה מי הוא המבצע בצוותא.

**מבחינתו** – משדל אדם אחר לביצוע העבירה, הוא זה שלאחר השידול מתנתק מהאירוע, בעוד שהמבצע בצוותא ממשיך להיות מעורב. צריך לזכור שהדברים הללו נאמרו על רקע הרצח של רוז.

במבט ראשון המבחן הזה נראה נפלא, אבל בפועל המבחן לא חף מבעיות, כי הוא נותן הגדרה צרה מדי לשאלה מי הוא המשדל, עד כדי כמעט בלתי מציאותית. כמה משדלים כבר עושים שגר ושכח?

האם כוונת המחוקק הייתה לצמצם את המקרים רק לשגר ושכח? המרצה לא חושב כך.

**היסוד הנפשי בביצוע בצוותא**

היסוד הנפשי בביצוע בצוותא כולל 2 שכבות:

1. נדרש שלמבצע בצוותא יהיה **היסוד הנפשי הנדרש עבור העבירה** שבוצעה בצוותא.
2. הוא צריך **להיות מודע לחלקו בעבירה, לחלקם של האחרים בעבירה ולמזימה העבריינית**. בכללותה במילים אחרות – אם אדם מבצע עבירה, והאחר מבצע אותה איתו, אך האדם לא מודע שהוא מבצע אותה איתו – אין ביצוע בצוותא.

מה קורה עם פעילות עבריינית ספונטנית? האם גם בהקשר של פעילות עבריינית ספונטנית יכול להתקיים ביצוע בצוותא? או שבמקרה הזה לא יוכל להתקיים ביצוע בצוותא כי לא תוכל להיות מודעות לקיומה של מזימה עבריינית?

שאלה זו עולה ב**פס"ד עזיזיאן** (מסיונרים)

באחד מלילות הסתיו של 1998 פורץ המון במאה שערים לשתי דירות שבהן נטען שגרים נוצרים, ומבצע מעשי ונדליזם בדירות – הורס ומשחית ציוד.

אדון עזיזיאן הולך ברחוב ורואה את הבלגן. הוא מצטרף, עולה לדירה, מסתכל, יוצא, ואז עולה חזרה, מסתכל שוב, והולך הביתה.

כאשר מעמידים לדין את האנשים שהיו מעורבים בוונדליזם, מעמידים לדין את עזיזיאן כמבצע בצוותא, ואדון עזיזיאן אומר שהוא בכלל מסיפור אחר! הם אנשים ירוקים ואני איש כחול!

השאלה בפסה"ד היא סביב האפשרות לקיומו של מבצע בצוותא ספונטני.

ביהמ"ש קובע שבעיקרון יכול להתקיים שותף ספונטני – אדם שרואה תכנית עבריינית טובה ומצטרף – אבל צריך להוכיח שהתקיים אצלו יסוד נפשי של מודעות לתוכנית העבריינית וכל שאר המבחנים שנדרשים לזיהוי מבצע בצוותא. הספונטניות לא מונעת את קיומו של היסוד הנפשי, אבל היא תדרוש ממנו לעשות עבודה משמעותית כדי להוכיח שהתקיים היסוד הנפשי.

העובדה כי מדובר בהצטרפות ספונטנית מקטינה את הסיכוי שנצליח להוכיח שהתקיים אצל אותו אדם היסוד הנפשי.

כל מה שעשה עזיזיאן זה להסתובב 10 דקות וללכת. קשה לנו להניח יסוד נפשי של מעורבות בתוכנית העבריינית, ולכן ספציפית לגבי עזיזיאן לא מתקיים היסוד הנפשי.

ביהמ"ש בחר שלא להרשיע אותו בביצוע בצוותא. יש גוונים של פיכסה – הגדרת האנושיות. זה לא אומר שמיד צריך להגיע עם הנבוט הגדול – הוא הורשע בהסגת גבול ובגניבה, אבל לא בביצוע בצוותא.

**לסיכום**: כאשר מדובר באדם שהצטרף לפעילות העבריינית ללא חבירה מוקדמת לקבוצה וללא היותו חלק לתכנון המוקדם, עדיין יש פוטנציאל שנקבע שאדם כזה הוא מבצע בצוותא, **אבל**, הדבר ידרוש אינדיקטורים/הוכחה שמתקיים אצלו היסוד הנפשי של מודעות למזימה העבריינית בכללותה.

ברור לנו שאם הוא היה בעל אותה כיפה כמו ההמון – ביהמ"ש לא היה משתכנע מטענותיו. אם הוא היה מאותה חסידות של ההמון – קשה למרצה להאמין שהוא היה מצליח (וזו לא צריכה להיות הדרך שבה בוחנים את המקרה).

**ביצוע באמצעות אחר**

**ס' 29 ג'**

*"המבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על ידי אדם אחר שעשהו ככלי בידיו כשהאחר היה נתון במצב* ***כגון*** *(לא רשימה סגורה) אחד המצבים הבאים:*

1. *מצבים שבהם האחר אינו מקיים את היסוד הנפשי הנדרש לעבירה.*
2. *לאדם שביצע את העבירה בפועל מתקיים סייג מהסייגים המפורטים בסעיף."*

**ככלי בידיו** - מה שמאבחן את המבצע באמצעות אחר מהמשדל – מי שמבצע באופן פיזי את העבירה הוא ככלי בידיו של המבצע באמצעות אחר, בשונה מהמשדל שמבצע העבירה עצמה הוא אדם אוטונומי.

במקור, הכלל של מבצע באמצעות אחר התפתח בעולם שהחזיק עדיין לחלוטין בגישה שאמרה שאחריות פלילית נגזרת היא אחריות פלילית שנגזרת מקיומו של המבצע העיקרי (גישה א').

אז, במקרה כזה, הבעיה שנוצרה היא שאם מדובר בביצוע באמצעות אחר – לא ניתן להרשיע את האדם. המבצע באמצעות אחר היה פטור בעולם הישן, בו שלטה גישה א'. אז פותחה הדוקטרינה של מבצע באמצעות אחר – אם הוא פטור ואתה השתמשת בו ככלי – אנו רואים בך כמבצע העיקרי.

כשאני גורם לקטין/אדם שלוקה בחוסר שפיות לבצע עבירה – רואים בי כמבצע העיקרי.

יש עדיין הקשרים שבהם הדוקטרינה משרתת בדיוק את המטרה המקורית – מקרים בהם המבצע באמצעות אחר יוכל לטעון שהוא פטור מכיוון שמי שביצע את הביצוע הפיזי פטור.

למה זה לא בכל המקרים?

**ס' 34** קובע שנתון שהיה תנאי להתהוות העבירה, תהיה לו נפקות לכל כלל באותה עבירה, בעוד שנתון אישי רלוונטי רק לגבי האדם בו הוא מתקיים.

**אי שפיות** הוא נתון אישי – ולכן היום לא היינו צריכים את הכלל של מבצע באמצעות אחר כדי למנוע מאותו מבצע באמצעות אחר להתחמק מעונש, אבל, סייגים מסוג הצדק הם נתון לגבי העבירה – לכן בהקשרם לכאורה, הפטור רלוונטי לכולם. האמנם?

**דוגמא** – אני מפקד בצבא, ונותן לחייל שלי פקודה בלתי חוקית (אינה בלתי חוקית בעליל) – צריך לבצע אותה. לחייל יש פטור מעונש עקב סייג הגנת הצידוק לציות לפקודה – העמדה המקובלת היא שמדובר בהצדק, ולכן אומר המפקד כי אם החייל זכה להגנה מסוג הצדק, הוא גם צריך להיות פטור.

למה יגידו לו לא? **כי הוא מבצע באמצעות אחר**. בס' 29 ג' יש סייגים למיניהם, לרבות הגנה זו.

דוקטרינה של מסייע באמצעות אחר מונעת ממנו להיות פטור – הוא הפך את החייל לכלי בידיו.

עם זאת, למרות שיש עדיין מקרים/סיטואציות שבהם הדוקטרינה הזאת משרתת את הרציונל המקורי שלה, כיום היא ככלל משרתת רציונל נוסף/אחר – והוא **לשדר את המסר הנורמטיבי שהמבצע באמצעות אחר הוא מבצע עיקרי**. האחריות שלו אינה נגזרת/שולית. בכל המקרים יש השלכות לקביעה שהאדם הוא מבצע באמצעות אחר.

**מהו היסוד הנפשי הנדרש מהמבצע באמצעות אחר?**

היסוד הנפשי הקבוע בעבירה של המבצע באמצעות האחר + מודעות לקיומן של הנסיבות כגון אלה המפורטות בס' 29 (ג) אצל האחר.

**ס' 1** – **שכנוע קטין/חולה בנפשו**.

שכנוע קטין להתגנב למקום שאני לא יכול להגיע אליו כדי שיגנוב לי דברים.

שכנוע אדם לא שפוי שאור הוא השטן בהתגלמותו – ולכן הוא "מטפל" באור.

**ס' 2** – **העדר שליטה**.

היפנוזה/לגרום למישהו להיות שיכור.

**ס' 3** – **ללא מחשבה פלילית**.

יהיו מקרים שבהם זה ישיק עם טעות במצב הדברים.

יש עבירה של שימוש ברכב ללא בעלים, ולשייקה נופלות המפתחות, המרצה אומר לאור

לקחת את הרכב לאילת, כי שייקה ביקש לשים אותו שם, והרכב נעלם לשייקה. זה מקרה

שבו לא מתקיים אצל האחר היסוד הנפשי כי אין אצלו מודעות לנסיבות העבירה.

**ס' 4** – **טעות במצב הדברים**.

אפרת היא השולפת המהירה במערב, ואז המרצה צועק לה להיזהר כי שייקה הולך לשלוף,

ואז היא דופקת לו 2 כדורים ברקה (חס וחלילה) – זה מקרה של טעות במצב הדברים –

אפרת האמינה ששייקה הולך לתקוף אותה, אבל אני השתמשתי בה ככלי.

**ס' 5** – **כורח או ציות**.

**ציות לפקודה** – אם זו פקודה בלתי חוקית בעליל, המפקד יהיה משדל/מבצע בצוותא, ואם

היא רק לא חוקית – אז ביצוע באמצעות אחרים.

**כורח** – המרצה מאיים על יסכה כי אם היא לא תחסל את שייקה הוא יחסל אותה, והיא

מחסלת את שייקה.

מה שצריך להבין, זה שיהיו מקרים שבהם האחר לא יהיה פטור לחלוטין מעונש. למשל, יהיו מקרים שבהם גם במצב של טעות בדברים המעשה הוא עבירה, אבל אחרת.

**לדוגמא** – המרצה אומר לאפרת כי שייקה הולך להתלונן עליו לדיקן, אז בואי נאיים עליו ונשתיל לו לבנת חבלת דמה למכונית. אפרת עוזרת, משתילים לרכב שלו לבנת חבלה, ואיך שהמרצה ואפרת הולכים לשתות קפה בגרג שומעים פיצוץ. היא לא ידעה שלבנת החבלה לא הייתה דמה – אפרת עשתה איומים, אבל בנוגע לרצח היא מהווה את "האחר" (הכלי) כאשר המרצה ביצע את עבירת הרצח דרכה.

**ס' 29 ד'** – *"מקום בו העבירה מותנית בעושה מיוחד, ייחשב המבצע באמצעות אחר כמבצע העבירה, גם אם התכונה הייחודית הנדרשת התקיימה רק אצל האחר שבאמצעותו הוא ביצע את העבירה".*

**דוגמא:** משה ורעייתו נשואים שנים, ואז המרצה בא ואומר לו יום אחד – "תשמע, אשתך נפטרה. כדי להתנחם – בואו ניסע לקפריסין, שם המרצה משכנע אותו להתחתן עם בחורה אחרת" – משה ביצע את עבירת הפוליגמיה – חתונה ליותר מאישה אחת. את המרצה יאשימו בפוליגמיה כמבצע באמצעות אחר. למרות **שהנתון האישי הנדרש התקיים אצל האחר** (משה), סעיף ס 29 ד' מאפשר להרשיע את המרצה כמבצע באמצעות אחר.

**דוגמא נוספת** – יש עבירות שיכול לבצע אותם רק עובד ציבור, או רק בעל תפקיד בתאגיד.

נניח שיש עבירה של מרמה של עובד ציבור – שחמורה ממרמה רגילה. אם אני מבצע באמצעות אחר עבירה והאחר הוא עובד ציבור, ירשיעו אותי בעבירת המרמה החמורה יותר של עובד הציבור – כי ביצעתי באמצעות האחר עבירה של עובד ציבור.

ביצוע באמצעות אחר **הוא לא שידול**.

1. **מבחינה מעשית** ההבדל ביניהם הוא שבמקרה האחד מדובר באדם שיש לו אחריות פלילית לעבירה שהוא ביצע. המשדל והמשודל אחראים על אותה עבירה. במקרה של ביצוע באמצעות האחר – האחר או לא אחראי בכלל, או אחראי לעבירה אחרת (במקרה של חוסר ביסוד הנפשי לעבירה שבוצעה דרכו).
2. **מבחינת הנורמות השונות** - למבצע ולמשדל לא חל אותו סעיף של חרטה. על אחד ניתן להטיל אחריות בנוגע לעבירות חטא ולשני לא ניתן. יש הבדל בעבירות שניתן להטיל אחריות בין המשדל והמבצע באמצעות האחר. בהקשר של המפקד - אם הפקודה היא בלתי חוקית "רגילה" - הוא מבצע, והוא עשוי להיות משדל אם זו פקודה בלתי חוקית בעליל.

28.06.17

**שיעור 21 – אחריות צדדים לעבירה שונה ונוספת**

היום נעבור על אחריות צדדים לעבירה שונה ונוספת (**ס' 34 א**), ואז נדבר מעט על הבחינה.

כלל ראשון ובסיסי לעבריינים מתחילים – אל תעשו עבירות עם שותפים. אחת הראיות לכך- ס' 34 א'.

*"34א.  (א)  עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר*

*בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –*

*(1)   יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;*

*(2)   יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.*

*(ב)  הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה*

*עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו."*

הסעיף אומר לנו בעצם שברגע שאנו עושים עבירה עם אחרים, האחריות הפלילית למעשים שלהם היא מחלה מדבקת, ואנו עשויים לשאת באחריות פלילית לעבירות המחשבה הפלילית שהם עשו, גם אם אנו לא היינו מעורבים בהם בשום דרך, ובתנאי שאדם מן היישוב (העבריין מן היישוב) היה צופה שהם יבצעו את העבירה הזאת בהקשר של העבירה המשותפת. (לגבי התנאים המדויקים נרחיב בהמשך). כאשר יש קבוצה של עבריינים, ובהקשר של העבירה שהם התקבצו ביחד – פתאום אחד העבריינים עושה עבירה שונה או נוספת, שלא הייתה חלק מהתוכנית – תחת תנאים מסוימים גם על העבריינים האחרים תוטל אחריות.

סעיף זה מרחיב באופן דרמטי את מעגל ההפללה כאשר הוא חורג מ-2 עקרונות בסיסיים של המשפט הפלילי:

1. **עקרון האשם**, שעל פיו אדם צריך לשאת באחריות בהתאם למידת אשמתו.

כאן אנו נטיל תחת תנאים מסוימים על אדם רשלן אחריות כאילו התקיימה אצלו אחריות פלילית.

1. **עקרון ההתנהגות** – אדם צריך לשאת באחריות פלילית ביחס להתנהגותו, אבל כאן אנו נושאים אחריות פלילית כלפי שותפנו לפשע – וסעיף זה סותר את עקרון זה.

הדוגמא הקלאסית שנותנים כדוגמא ללמה סעיף זה נועד – היא **דוגמת שוד הבנק**.

קבוצת עבריינים מחליטים לשדוד בנק ביחד. הם מסכימים שהם לא הולכים להרוג אף אחד.

מגיעים ליום, נכנסים לבנק עם גרביונים על הפרצוף, אקדחים שלופים כדי להפחיד, ואז פתאום אחד מהשומרים בבנק מנסה למנוע מאתנו לקחת את הכסף שהרווחנו בעמל, ושייקה יורה בו!

בהנחה שהאדם מן היישוב היה צופה שבסיטואציה הזאת אחד מהעבריינים יבצע עבירה כזאת של רצח, הרי שלא רק שיטילו אחריות על שייקה לרצח הזה, אלא גם על על זיו ואפרת!

**4 התנאים של הסעיף**

1. *עבר מבצע.*
2. *אגב עשיית העבירה.*
3. *עבירה שונה ממנה או נוספת לה.*
4. *כאשר בנסיבות העניין אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה*

אם התקיימו 4 תנאים אלה – יישאו באחריות גם המבצעים בצוותא הנותרים.

1. תנאי א' לאור תנאי ב' רוצה לומר לנו שאחריות נוגעת לצדדים לעבירה (הוא פחות חשוב).
2. **אגב עשיית העבירה** – שתי פרשנויות למה זה אומר:
3. **זיקה בזמן** - עבירה שונה/נוספת שנעשית במהלך ביצוע העבירה שלשמה התקבצו העבריינים יחדיו.
4. **זיקה מהותית** – העבירה השונה/הנוספת צריכה להיות בעלת זיקה לעבירה שלשמה התקבצו העבריינים יחדיו.

הפרשנות השנייה תהיה רחבה יותר בעבירות שנעשו לפני הזמן, וצרה יותר כאשר העבירות נעשו בזמן ביצוע העבירה והעבריין יעשה משהו שלא קשור לתוכנית העיקרית.

1. **עבירה שונה או נוספת** – מה שחשוב פה זה שהסעיף לא חל במקרים שבהם העבירה היא חלק מהתוכנית העבריינית. במקרה שמדובר בעבירה שהיא חלק מהתוכנית העבריינית, יחולו דיני הצדדים לעבירה הרגילים.
2. **כאשר בנסיבות העניין**.... –

התנאי הרביעי מנוסח באופן מטופש – אנו מצפים מהאדם מן היישוב לא לעשות עבירות. הסעיף לא מנוסח טוב – אך כוונתו ברורה. גם אם אני לא צפיתי ששייקה ירה בשומר, **סביר היה לצפות את זה**.

**מה קורה אם אני צפיתי את זה?** (זה לא היה חלק מהתוכנית אבל צפיתי זאת).

הפסיקה קבעה שנוסח הסעיף נועד ליצור הסדר שלילי – משמע, הוא **לא חל במקרה כזה**, ומה שחל זה דיני הצדדים לעבירה הרגילים. זה לא אומר שיהיה פחות קל להרשיע אותי בעבירה, אלא יותר קל כדי להרשיע אותי כמבצע בצוותא לעבירה שהייתי מודע (צפיתי) ששותף שלי יעשה במהלך התוכנית המשותפת.

מה ההשלכה המרכזית של זה?

1. יהיה ניתן להרשיע אותי כשותף עבירה כמבצע בצוותא – **צריך מודעות לחלק של האחרים**.
2. ההסדר בהמשך שמבטל עונשי חובה, **לא יחול במקרה בו אני ביצעתי בצוותא**.

בעצם יש כאן 4 מקרים שרק באחד מהם חל הסעיף.

1. אם **העבירה הייתה חלק מהתוכנית** – לא חל הסעיף וחלים דיני השיפוט הרגילים.
2. אם **העבירה הייתה חלק מהתוכנית ולא צפיתי אותה** – דינים רגילים (הסעיף לא חל).
3. אם **אני לא צפיתי והיא לא הייתה חלק מהתוכנית** – האדם הסביר צפה אותה – הסעיף חל.
4. אם **גם האדם הסביר לא צפה אותה** – אין אחריות (והסעיף לא חל).

לגבי אי התחולה של הסעיף על מקרה 2 – כאשר העבירה לא הייתה חלק מהתוכנית והשותף צפה את העבירה – הועברה ביקורת.

הביקורת טוענת כי הסעיף התכוון לחול כאשר במינימום האדם הסביר היה צופה, אז על אחת כמה וכמה הסעיף נועד לחול אם השותף עצמו צפה – אבל זאת לא כרגע ההלכה. ההלכה כרגע **מחמירה**.

**מה קורה אם התקיימו התנאים?**

אם התקיימו התנאים, אני כעבריין, למרות שכל היסוד הנפשי שהתקיים אצלי הוא רשלנות (לא צפיתי שחבר שלי יעשה עבירה נוספת) – מוטלת עלי האחריות בגין העבירה ששותפי לפשע ביצע, וזאת גם אם מדובר בעבירה של מחשבה פלילית.

המחוקק קצת נבהל מהשלכות הסעיף הזה, ולכן במהלך קריאה שניה ושלישית הוא הוסיף את הסיפא לסעיף (ס' 3 א' (א) 1), שנוסח בצורה רעה.

**ס' 3 א' (א) 1** – "*יישאו באחריות המבצעים בצוותא הנותרים, ואולם נעברה העבירה השונה/נוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים בה כעבירה של אדישות בלבד*."

*"יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים"* – **בעייתי**, חוק מגדיר 3 סוגים של מבצעים עיקריים – המבצע הבודד, המבצעים בצוותא והמבצע באמצעות אחר. איפה המבצע באמצעות אחר? **הדעה המקובלת** מכניסה את המבצע באמצעות אחר בדרך פרשנית באמצעות המילים "הנותרים".

הפרשנות המקובלת מניחה שהסעיף הזה חל גם במקרה של מבצע באמצעות אחר (לא כתוב בסעיף בצורה מפורשת).

*"ואולם נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד"* – כאן מתחיל הבלגן האמיתי.

דבר ראשון, קודם כל חסרים בסוף מספר מילים – "בהנחה שקיימת עבירה כזאת".

דבר שני, מה הסעיף ניסה להגיד אחרי הוספת המילים? נניח שיש עבירה שהיא עבירת תוצאה שכדי להרשיע בה לא ניתן להסתפק בפזיזות – המחוקק **דורש** שתראה כוונה לקרות התוצאה, וזו העבירה השונה/נוספת שביצע השותף לעבירה.

במקרה כזה, לא יהיה ניתן להרשיע את הצדדים האחרים לעבירה (את המבצעים בצוותא) בעבירה שנרשיע את המבצע העיקרי, אלא נרשיע אותם בעבירת התוצאה שכוללת את אותו יסוד עובדתי, אבל מאפשרת הרשעה באדישות.

**למה התכוון המחוקק ולמה זה לא חל על מה שהוא התכוון?**

כמה עבירות תוצאה בחוק העונשין דורשות הוכחה ליסוד הנפשי שלי? (לא ניתן להסתפק בפזיזות) – בין 1 ל-6 עבירות סה"כ.

העבירה היחידה שכולם מסכימים שהיא כזאת –

**ס' 329 א' 1** – *"הגורם לאדם חבלה חמורה מתוך כוונה לגרום לו חבלה חמורה."*

זאת העבירה היחידה שאין חילוקי דעות שהיא כזאת. (שאר העבירות – ואקי ורבין עמ' 415 – "יכול להיות שתשאל שאלה על עבירה כזאת, אבל לא צריך לדעת בע"פ")

**מה המחוקק רצה?**

המחוקק בעצם חשב על עבירה אחת – **עבירת הרצח**. הוא בעצם רצה להגיד – אם השותף ביצע רצח, ניתן להרשיע את הצדדים האחרים רק בהריגה. לא הלך לו פעמיים מ-2 סיבות:

1. יש הרבה מאוד אנשים שחושבים שכוונה תחילה זה לא כוונה פורטה אלא ייצור אחר – **יסוד נפשי חפצי מיוחד**. במקרה כזה, הסעיף לא יהיה רלוונטי בעבירת רצח – הוא לא מתייחס למקרה של רצח, ואז הם פשוט אחראים.
2. בנוסף, הפשלה עוד יותר גדולה – יש רשימה של מקרים שנחשבים לרצח, ורק אחד מהם הוא במובן הקלאסי – **גרימת מותו של אדם בכוונה תחילה** – מוגדר **בסעיף 300 (א) (2)**.

אבל **בס' 300 (א) (3)** – במקרה ששייקה רצח את השומר – ירשיעו אותו בסעיף הזה – **ס' 300 (א) (3) לא דורש יסוד נפשי חפצי של כוונה, ולכן בהקשרו לא חל הסיפא**, ודינם של המבצעים בצוותא – יהיה ניתן להרשיעם ברצח.

במקרה של שייקה, המרצה ואפרת - ירשיעו אותם לפי **ס' 300 א 3** שלא דורש כוונה – אז הסיפא לא חלה וירשיעו אותם ברצח. המקרה שהמחוקק ניסה למנוע – כן מתרחש! המחוקק לא חשב על **סעיף 300 א' 3** כאשר חוקק את הסיפא.

המקרה היחיד שעל בטוח אנו יודעים שהסעיף לא חל – שייקה **לא הורג** את השומר, אלא מרביץ לו וגורם לו לחבלה – והוא אומר כי הוא מרביץ כי הוא **רוצה לגרום חבלה חמורה**. לא יהיה ניתן להרשיע אותנו ברגימת חבלה חמורה (20 שנות מאסר) – אלא רק **בגרימת חבלה חמורה בפזיזות** (**ס' 333 לחוק**) – שהעונש המקסימלי שלה הוא 7 שנות מאסר. זה המקרה היחיד שאין בו חילוקי דעות שהסיפא הזו חלה.

**ס' 34 א' (ב)** – אומר שאם יש לעבירה השונה הנוספת שביצע השותף עונש חובה, הרי שבהקשר של המבצעים הנותרים, העונש הזה הופך להיות עונש מקסימלי (ניתן לתת עונש חמור יותר).

בדוגמא של שייקה ואפרת – מרשיעים את שייקה ברצח – מאסר עולם. לשותפים ניתן לתת עונש קל יותר.

**ס' 34 א' (א) (2)** – מתעסק במשדל והמסייע. הוא אומר כך – אני שידלתי/סייעתי לעבירה, והאדם ששידלתי/סייעתי לו ביצע עבירה שונה/נוספת, והאדם מן היישוב היה צופה שהוא היה עושה את העבירה הנוספת, הרי שאותי כמסייע/משדל ניתן יהיה להרשיע בעבירת רשלנות בהנחה שעבירה כזאת קיימת.

**משמע** – למשל אם המרצה רק שידל את שייקה לבצע שוד, ובמהלך השוד הוא פוצע את שומר הבנק, אותי ירשיעו כאילו ביצעתי עבירה של גרימת מוות ברשלנות.

אם אין עבירה מקבילה – נגיד האדם ששידלתי ביצע אונס (אין אונס ברשלנות) – אז הרווחתי. אין עבירה שניתן להרשיע אותי בה. ירשיעו אותי בשידול לשוד בנק / סיוע לשוד בנק – אבל לא באונס.

הערה - החלק החוקתי של סיגדו (פס"ד שניתן לשיעור היום) – צריך להתחבר לדיני העונשין. סילגדו בחוקתי מתואר מאוד יפה –שטרסטברג המרשעת וברק הצודק. לאור רקע השיוריות – בדיני עונשין אנו צריכים לומר כי **שיניהם טועים!** הסעיף לא צריך לעבור את מבחני החוקיות. לכן הייתה סיבה שניתן כל פסק הדין.

--- סוף מחברת. תחילת דיבור על הבחינה ---

הבחינה של המרצה מחולקת ל-3 חלקים (המרצה מתלוצץ – הכל תמיד מחולק ל3 בעונשין)

למה הבחינה בחומר סגור? מהסיבה שהניסיון מראה שבחינות בחומר פתוח הופכות להיות בדיקה של יכולת מי יכול לכתוב יותר מהר יותר קטן, ולא לבדוק **ידע**.

בנוסף, האויב הקרוב ביותר של העניין הזה זה שפיכת ידע – לא רק שהבחינה היא חומר סגור, אלא שעל כל אחת מהשאלות יש מגבלת מקום. מגבלת המקום היא לא מרושעת, אבל היא לא פשוטה. זה לא שתמיד קל לענות על השאלה במגבלת המקום. זה דורש מחשבה. לכן, כדי לאפשר לנו את המחשבה הזאת – המרצה נותן לבחינה את הזמן המקסימלי שהוא יכול לתת לבחינה (3 שעות)

זה לא בגלל שצריך את זה – הסטטיסטיקה אומרת שיהיו כמה שהם המתייאשים/המבריקים שיסיימו מאוד מוקדם, יהיו כאלו עם עקומה, ויהיו כמה שלא יסיימו בזמן כי יש בלאק-אוט. המרצה לא נותן זמן שאמור להיות מכשול למרביתנו.

חלק נכבד מאתנו – יהיה לו זמן להעתיק את הבחינה מחדש. למי שיש זמן לעשות את זה (באופן מלא/חלקי) – המרצה ממליץ. ניתן לראות הבנה הרבה פעמים באופן בניית הטיעון. אם מעתיקים את התשובה מחדש אנו משייפים את הטיעון והופכים אותו לברור יותר. כך אנו מראים רמת הבנה יותר גבוהה וזה יעלה לנו את הציון!

לא רק כדי להיות נחמדים לבודקי הבחינות ולהקל עליהם (כתב ברור) – אלא גם מבחינה מהותית. אם יש לנו זמן – עדיף לנצלו כדי להעתיק שאלות מחדש. כך אנו משייפים את תשובותינו ומראים הבנה יותר גבוהה.

מכיוון שזוהי בחינה עם חומר סגור שמחפשת הבנה – היא בודקת זאת בדרכים שונות.

**החלק הראשון** בודק זיכרון שליפה – הוא בנוי מהגדרות קצרות ואנו צריכים לתת את הידע – ידע גרידא. זיכרון. אם אני יודע – אני אקבל כנראה כמעט את כל הנקודות או את כולם. אם אני לא יודע, זה החלק היחיד שבו יש בחירה. אנו צריכים לענות על 2 הגדרות מתוך 3.

אין לעשות את הדבר הבא – לפתור את כל 3 השאלות ואז לצפות מאתנו שיינתן הציון הגבוה ביותר – מי שיפתור את כל ה3 – ייבדקו ה2 הראשונות.

מגבלת המקום בחלק הזה – ההגדרה שלקחה הכי הרבה למרצה – הוא מוסיף אליה עוד שורה או שניים, וכך נקבעת מגבלת המקום.

יכול להיות שמבקרה הזה יהיו לנו שורות אקסטרה. זה גם השאלה שהכי פחות מורידים על מריחת יתר, למרות שגם כאן יש סטודנטים מוכשרים שהצליחו שירדו להם נקודות על מריחת יתר.

**החלק השני** של הבחינה – בודק יותר הפנמה של החומר. הוא בדרך כלל בנוי משאלה קצרה או ציטוט עם שאלה, והוא עוסק בנושא אחד או שניים בחומר (או לפעמים 2 וחצי). הוא עוסק בתחומים מתוחמים יחסית.

**החלק השלישי** לעומת זאת – הוא חלק שבודק הפנמה ועיבוד **באופן מלא**. הוא קייס שנוגע בשלל נושאים שנלמדו בקורס, ובחיבורים בין הנושאים האלה. החלק הזה בודק הפנמה של החומר באופן המעמיק ביותר. זה החלק המועד לפורענות לגבי שפיכת יתר על.

שפיכת יתר בנויה על ההנחה שלנו שהבדיקה היא על דרך של צ'קליסט. אז שופכים מה רלוונטי ולא רלוונטי, ומה שלא רלוונטי – הוא יתעלם. לא בבית ספרנו! כאן כתיבת דברים לא רלוונטיים מעידה על אי הבנה ויורד על כך נקודות. שפיכת יתר בנושא רלוונטי – מעידה על חוסר הבחנה בין עיקר לטפל, ואי הפנמה מספקת של החומר (ואי הבנה).

על כל שפיכת יתר תהיה הערה – לפעמים, ירד גם ציון על כך. **נא לא לעשות שפיכת יתר**.

אבל איך אנו אמורים לדעת אם זו שפיכת יתר?

זה לא שהמרצה לא מוכן לקבל תשובות שלא חשבו עליהם. יהיו דברים שלא יורידו, ויהיו דברים שאפילו יתנו בונוס (סטודנט או שניים בבחינה) או עקב תשובה תמציתית שמעידה על הבנה של החומר.

עשינו בהקשר שלנו עוד דבר כדי להגדיל את הוגנות הבדיקה – מועד פר קבוצה (01 או 02) נבדק על ידי בודק אחד. מועד א' נבדק על ידי אדם אחד בלבד.

**צריך לדעת שמות וסעיפי חוק**. המרצה לא מחפש אותנו על שמות פסקי דין. המרצה כן ממליץ לדעת את פסקי הדין – אנו לא ממציאים מהאוויר את השאלות. בנוסף – לפעמים לדעת את שם הלכת פסק הדין – זה מקצר מילים. עם זאת, לא יורידו על בן אדם שלא ציין שם פסק דין.

כן צריך לדעת אם נהפכה ההלכה – אבל לא צריך לומר כי נהפכה ההלכה.

לא צריך לדעת שם של פסקי דין או שופטים.

לגבי **העבירות** – אם המרצה שואל לגבי העבירה – על פי הפתרון לדוגמא, מופיע סעיף חוק – ניסוח העבירה שהמרצה מצפה שננתח. מדובר בחומר סגור ללא ספר חקיקה.

הדבר היחיד שהמרצה מתלבט אבל רוב הסיכויים שהוא יעשה – לחלק אחרי 20 דקות/30 דקות סילבוסים מתומצתים של הקורס.

נוסח העבירה יהיה – אבל הסעיפים הקטנים שלה לא. **צריך לזכור את תוכן הסעיף ועוד איך**, אבל לא מספור הסעיפים.

אם נכתוב פטור עקב חרטה לס'... וס'.... במקום למסייע ולמשדל – זה יחסוך מקום.

סעיפים שלמדנו – צריך לדעת את התוכן ולא את המספר. עבירה שצריך לנתח – אם זה עבירה שלמדנו צריך לדעת את התוכן שלה. אם לא למדנו – היא תהיה כתובה במבחן.

אם למדנו עבירה לעומק (כמו רצח) – אז כן. אם לא למדנו אותה – לא. תוכן צריך לדעת, את מספור הסעיף לא, שמות פסקי דין ושמות שופטים לא. אם המרצה מבקש לנסח העבירה – נוסח העבירה יופיע בשאלון.

הדבר היחיד שיצא מהחומר זה "רב עבריין"

המרצה לא יכתוב עוד בחינה לדוגמא. זה לא שהוא זורק אותנו למים.

הבדיקה של הבחינה היא בדיקה רוחבית – הוא לא בודק מבחן מבחן, אלא כל השאלות בחלק א' או ב'.

אם נראה טעות שהיא חוזרת, זה יכול לגרום להוריד פחות נקודות או לא להוריד בכלל.

במצב של מבחנים – נגיד מבחנים של ניסיון – יש 5 מבחנים – צריך לבדוק על פי כל המבחנים.

בצדדים לעבירה – שם המבחן הוא האנלוגיה של ניסיון – אין לנתח את כל המבחנים.

המרצה סייג את עצמו רק פעם אחת – הוא אמר שבצדדים לעבירה צריך ליישם את מבחן האנלוגיה לדיני הניסיון, אם תתי המבחנים לא רלוונטיים – אין לשפוך אותם.

אם משהו לא רלוונטי – **לא לכתוב אותו**. אין צורך לכתוב שהוא לא רלוונטי. זה יעיד על אי הבנה.

יהיו מקרים אחרים שדווקא כן יהיה נכון לכתוב אותו.

שאלות בנוגע ללימוד החומר והמבחן – נא לשלוח למרצה.

כל שאלה שתקבל עליה תשובה – אחרי מקבץ שאלות מסוים – ישלח אימייל שאומר שאלו התשובות כי עקרון השוויון מחייב.

יש 2 סוגי שאלות שלא ניתן לענות עליהם – הראשון זה שאלות חליבה, והשני זה שאלות של הסברה מחדש של חומר מסוים (כמו דיני הניסיון) – צריך להסתכל על סיכום נוסף.

עניין נוסף – עלינו להניח כי 2 לילות לפני הבחינה – המרצה לא עונה על שאלות. עליהן להיות לפני זה.

בבחינה עצמה במועד א' המרצה והמתרגלים יסתובבו. הם לא עונים על שאלות חליבה – לא משנה באיזה חיוך נחמד או מבט היסטרי הן נשאלות. מרבית השאלות ייענו בתשובה "סליחה, אני לא פרה"

זה לא מתוך רשעות, אלא מתוך 2 סיבות פשוטות:

1. רוצים לבדוק את הידע שלנו
2. עקרון השוויון

שיהיה המון המון בהצלחה! היה כיף!