**שיעור 1 - 20.3.16**

**הענישה הפלילית: הצדקות ומטרות**

מיקום דיני העונשין בעולם המשפט

נהוג לחלק את דיני המשפט לשלושה חלקים: אזרחי (לרוב הסדרת יחסים בין פרטים), ציבורי (הסדרת יחסי פרט-שלטון, קביעת "כללי התנהגות" לגופים השלטוניים) ופלילי. משפט פלילי, בדומה למשפט האזרחי, קובע כללי התנהגות לפרטים; ובדומה למשפט הציבורי, עוסק ביחסי פרט-מדינה. יש משפטנים הרואים במשפט הפלילי כתת-תחום של המשפט הציבורי, עקב זיקתו הרבה ליחסים שבין הפרט למדינה. אלמנט נוסף שמייחד את המשפט הפלילי הוא הטלת סנקציות חריגות בחומרתן (בהשוואה למשפט ציבורי ואזרחי). הסנקציה המקובלת החמורה ביותר הינה מאסר, במקרים מצומצמים - אף עונש מוות.

המשפט הפלילי מחולק לשלושה תתי תחומים:

**1. סד"פ** (סדר דין פלילי) - עוסק באופן התנהלות ההליך הפלילי, משלביו הראשונים (חקירה, מעצר) ועד מתן גזר הדין.

**2. דיני הראיות של המשפט הפלילי -** דיני הראיות של המשפט הפלילים שונים מדיני הראיות במשפט האזרחי והציבורי. במשפט אזרחי צריך להוכיח מעל למאזן ההסתברויות (בהפשטה - מעל 50%). במשפט פלילי צריך להוכיח מעל לכל ספק סביר (בהפשטה - 95% או 99%).

**3. דיני העונשין -** עוסקים בשלושה נושאים מרכזיים: א. קביעת הענישה (איזה סוגי עונשים ניתן להטיל ובאיזה נסיבות) ב. קביעת האיסורים **ג. הכללים להטלת אחריות פלילית (עיקר הקורס).**

"דיני העונשין" מול "חוק העונשין"

יש להבחין בין דיני העונשין לחוק העונשין. חוק העונשין הוא דבר החקיקה המרכזי העוסק בדיני העונשין. עם זאת, יש דינים נוספים המהווים חלק מדיני העונשין, כגון חוקים הכוללים איסורים פליליים (דיני התעבורה).

שני חלקיו של חוק העונשין

**החלק הספציפי** בעיקרו מהווה רשימה ארוכה של עבירות. מרבית החלק הספציפי אינו חקיקה ישראלית אלא מבוסס על פקודת החוק הפלילי שנקבעה ע"י הבריטים (1936). פקודה זו נבעה מפקודת החוק הפלילי הקפריסאי, שהועתקה מפקודת החוק הפלילי בסודאן וכן הלאה.

**החלק הכללי** של חוק העונשין עוסק בעיקרו בנורמות כלליות החלות על מקרים פליליים ללא קשר לעבירה הספציפית (למשל, סייג הקטינות). עד 1994, חלק נכבד מהכללים בחלק הכללי נוצרו ע"י פסיקה. ב-1994 נעשתה רפורמה גדולה בחוק העונשין בשם "תיקון 39", שבין היתר הוסיפה חלק כללי לתוך חוק העונשין. השילוב בין הישן לחדש לעיתים יוצר בעייתיות מסוימת בחוק.

* יש נטייה לחלק את דיני העונשין בהתאם לחלקי החוק - דינים ספציפיים ודינים כלליים. בקורס נעסוק בעיקר בחלק הכללי של דיני העונשין.

ענישה פלילית פוגעת באופן חמור בזכויות האדם, ולכן יש צורך בהצדקות מוסריות מאוד משכנעות כדי שהענישה תהיה לגיטימית. הענישה מורכבת משני רכיבים - עונש פורמלי (מאסר או קנס) ועונש חברתי (סטיגמה כעבריין). לעיתים הענישה החברתית קשה יותר מהענישה הפורמלית, ולכן צריך למצוא צידוקים חזקים מאוד.

הצידוקים והמטרות של הענישה הפלילית

**צידוקים תוצאתניים** ("תועלתניים") אומרים שענישה פלילית גורמת נזק; פוגעת באדם ובחברה; ויקרה מבחינת עלויות - ולכן תוצדק רק אם הרווח שיופק ממנה עולה על הנזק שייגרם ממנה.

מנגד, ישנה **העמדה הגמולנית** - שעוסקת באיזון בין טוב ורע. כאשר אדם עושה עבירה, מטרת העונש היא להשיב את האיזון בין הטוב והרע. "גומלים" לאדם על מעשיו הרעים.

גישות תוצאתניות צופות **פני עתיד** (מה נרוויח מהעונש?) לעומת גישות גמולניות, הצופות **פני עבר** (אמצע לגמול על עוול שנעשה).

הבדל נוסף בין הגישות הוא *היחס לענישה כדבר חיובי או שלילי:* גישות תוצאתניות רואות בענישה **כדבר שלילי** שעדיין ניתן לעשות במידה והתועלת עולה על הנזק. גישות גמולניות רואות בעונש **דבר חיובי** במידה ואכן נעשתה עבירה. העונש, לפי גישות גמולניות, צריך להיות בהתאם לפשע שביצע האדם (בדגש על הלך רוחו של האדם בעת ביצוע המעשה).

נהוג להמחיש את ההבדל בין הגישות באמצעות משל *"האי של קאנט".* מעשה בספינה שנטרפת בלב ים, ואנשיה נלכדים על אי בודד. הם מקימים חברה ואחד מחבריה מבצע רצח. הוא נשפט ע"י החברה ורגע לפני ביצוע העונש מגיעה ספינה והם ניצולים. קאנט אומר שזוהי חובתם המוסרית של בני החברה על האי, כמעשה אחרון לפני עזיבתם, להוציא להורג את הרוצח על מנת לגמול לו על המעשה. גישה תוצאתנית אומרת שאין טעם בכך כי החברה מתפרקת.

רווח תוצאתני של ענישה:

**1. מניעה והרחקה -** בעת שהעבריין נמצא בכלא הוא לא מבצע עבירות אחרות.

**2. הרתעה -** התרעת היחיד והרתעת הרבים.

**3. שיקום -** העבריין עובר הליך של שיקום בכלא, שמטרתו השבת העבריין לחברה כאזרח תורם.

**4. חינוך -** הענישה מלמדת את העבריין והחברה שמעשים מסוימים אינם ראויים.

**5. הפונקציה הדקלרטיבית -** בהענשת מפר החוק נשלח מסר לכלל האזרחים שהם נוהגים כראוי.

**6. שיקום הקורבן -** בהענשת העבריין, הקורבן מקבל אישור לכך שמה שנעשה לו הוא מעשה רע.

*העמדה הרווחת היא שהענישה נעשית ע"י איזון בין השיקולים התוצאתניים והגמולניים.* איזון זה נעשה בכמה שלבים: **בשלב הראשון** המחוקק צריך לחשוב על המקרים הטיפוסיים החמורים, לאזן בהקשרם את השיקולים התוצאתניים והגמולניים ובכך לקבוע את עונש המקסימום (לעיתים גם עונש מינימום). **בשלב השני** השופט צריך לקבוע את העונש בהתאם למקרה הספציפי.

הבניית הענישה - תיקון 113

בעבר, במרבית העבירות השופט יכול היה לקבוע כל עונש שהוא עד המקסימום - מה שיצר שונות גדולה בין מקרים דומים. *יחס שונה למקרים דומים מהווה פגיעה קלאסית בעיקרון השוויון*, מה שיצר את תיקון 113 בדבר הבניית הענישה.

בשלב הראשון השופט צריך להעריך את המקרה ביחס למקרים דומים. השופט קובע **מתחם הלימה** למקרים מהסוג שלפניו. עקרונית, עיקר הקביעה מושפעת משיקולים גמולניים (חומרת המעשה וחומרת האשם), כאשר ישנה מעט השפעה לשיקולי הרתעה. ברמה הפרקטית נעשית השוואה למקרים קודמים (לרוב ע"י הקטגוריה והסנגוריה).

בשלב השני השופט קובע את העונש במקרה הספציפי - בד"כ בתוך הטווח. **מיקום העונש בתוך הטווח** נובע משיקולים ספציפיים הרלוונטיים למקרה (שיקום, הרתעת היחיד). לעיתים ניתן **לחרוג ממתחם ההלימה** - או עד לאפס או עד לעונש המקסימלי. ההליך הדו-שלבי מצמצם את השונות בין המקרים.

ביקורת על ההצדקות המקובלות לענישה הפלילית

נטייה גוברת להחמרה בענישה

דו"ח דורנר אומר שגם אחרי תיקון 113 ניכרת שונות לא מבוטלת בענישה הניתנת במקרים דומים (שרירותיות). בנוסף, הניסיון מראה שחקיקה להבניית הענישה גורמת לרוב **להחמרה בענישה הממוצעת**. כלומר, חקיקה שנועדה להטיב עם הנאשמים גורמת לתוצאה ההפוכה.

במדינת ישראל קיימת מזה שלושה עשורים ירידה בהיקף חומרת הפשיעה, אבל אין לה קשר להחמרה בענישה. קיימת הטיה פסיכולוגית בשם *"נוריסטיקת הזמינות".* אנו נוטים לחשוב שדברים שקל לנו לזכור הינם שכיחים. אולם, לעיתים אנחנו זוכרים דברים מסיבות אחרות, כגון תגובה אמוציונלית חזקה. התקשורת, שמעוניינת לגרום לנו לתגובה אמוציונלית חזקה, מדווחת על פשיעה באופן הזה - מה שיוצר הערכת יתר של כמות הפשיעה החמורה במדינה.

סיבה נוספת להחמרה בענישה נובעת ממשבר בשנות ה-70. עד אותו זמן האמונה הרווחת הייתה שהמטרה המרכזית של דיני העונשין היא שיקום (אנשים נכנסים לכלא כדי להשתקם). כשהתגלה שתוכניות השיקום לא באמת אפקטיביות, *מערכת המשפט הפלילי עברה שינוי ממערכת מוכוונת שיקום למערכת מוכוונת גמול והרחקה.* שתי התכליות האלו הובילו למגמה של החמרה בענישה.

**דו"ח דורנר** פורט את הבעייתיות ברעיון השיקום: 1. גם תכניות השיקום המוצלחות לא מתקרבות ל-100% הצלחה 2. מחסור בתקציב 3. שיקום מחוץ לכלא זול ואפקטיבי יותר.

בעייתיות בהנחות היסוד לענישה

**1. הרתעת היחיד:** מחקרים מראים שחומרת העונש כמעט ולא מגבירה את ההרתעה (בניגוד לסיכוי להיתפס, למשל).

**2. הרתעת הרבים:** כמעט ולא מוכחת. קיומה של מערכת אכיפה באופן כללי אמור להרתיע.

**3. חינוך הציבור וההצהרה הדקלרטיבית -** לא שיקול מרכזי, הקשר בין ענישה וחינוך מורכב.

**4. שיקום הקורבן:** קיימות דרכים טובות יותר לשיקום הקורבן (צדק מאחה, גישור). בנוסף, יש פשעים ללא קורבן.

**5. מניעה והרחקה:** שיקולי המניעה והרחקה לא אפקטיביים היות ושהות ממושכת בבתי כלא מגדילה את הסיכוי שאדם יחזור לפשיעה. בנוסף, ישנם פשעים שאין חשש שיעשו בשנית.

**6. גמול:** לא ניתן למדוד את האיזון בין טוב לרע. כיצד ניתן להחליט שחמש שנים מאזנות פחות משבע? בנוסף, למה מתמקדים רק במי שפשע? לפי ההיגיון הזה צריך לכלוא את כל מי שבחייו מתנהל בצורה לא מאוזנת. גמול מניח שאנחנו יודעים לכמת את חומרת האשמה של עבירות מסוימות. *היכולת שלנו להעריך חומרה של אשם מוגבלת.*

* **תאוריות הגמול המודרניות שואפות להנמיך את חומרת הענישה.** לרוב מאחורי המילה "גמול" מסתתר רצון לנקמה.

**שיעור 2 - 22.3.17**

**הפללת מעשים: הצדקות ומטרות**

ההליך הפלילי הוא פוגעני מאוד, הן בהקשרי העונש הפורמלי (מאסר או קנס) והן בהקשרי הפגיעה במוניטין (סטיגמה של עבריין או פוגע). פגיעה זו בזכויות האדם, שמתאפשרת במסגרת המשפט הפלילי, מתחילה עוד לפני הגשת כתב האישום (בחקירה משטרתית, למשל). ההליך הפלילי, מתחילתו ועד סופו, פוגע באופן חמור בזכויות האדם.

**בפס"ד שוורץ** אומר השופט ג'ובראן כי בגלל שמדובר בהליך פוגעני, הוא צריך לעמוד *בדרישות חוקתיות מחמירות.* דרישות אלו הן:

**1. הפללה לתכלית ראויה -** הפללה (קביעה שמעשה הוא עבירה פלילית) תהיה רק לתכלית ראויה.

**2. עיקרון המידתיות -** הביטוי המיוחד שמקבל עיקרון המידתיות הוא *עיקרון השיוריות*, שמשמעותו היא שגם אם התכלית בגינה נקבעת העבירה כפלילית היא ראויה, ניתן יהיה להשיג את התכלית בדרך של קביעת עבירה פלילית אך *רק אם אי אפשר להשיג את אותה תכלית באמצעות אמצעי אחר ודרסטי פחות.* למשל, נזיקין; דין משמעתי (בצבא); או רגולציה. השופט ג'ובראן אומר שרק אם אי אפשר להשיג את התכלית בדרך זו, הפללה מהווה כלי לגיטימי.

הצדקות להפללה

מהן תכליות ראויות? נהוג לחלק את ההצדקות להפללה לתוצאתניות או דאונטולוגיות.

* פילוסופיות דואונטולוגיות מניחות שלדברים יש ערך חיובי או שלילי מעצם מהותן, במנותק מהתוצאה שהם גורמים. למשל - רצח כרצח הוא רע. לא משנה מי האדם שנרצח.

בהקשר של הפללה, **גישות תוצאתניות מצדדות בעיקרון הנזק.** הפללה תהיה לתכלית ראויה כאשר היא מנסה למנוע נזק לגוף, לרכוש, למדינה וייתכן שגם לאינטרסים נוספים. עיקרון השיוריות בא לידי ביטוי כאשר הנזק שנמנע ע"י ההפללה גדול מהנזק שנגרם כתוצאה מהענישה.

לפי גישות דואונטולוגיות, **האיסורים הפליליים צריכים לשקף את הערכים המקובלים בחברה.**

דוגמאות לקושי בגישות הדאונטולוגיות:

1. **ויכוח דברין-הארט** התנהל בשנות ה-50 סביב האיסור על משכב זכר, ומייצג את הוויכוח בין תומכי הגישות התוצאתניות (עיקרון הנזק - הארט) לבין תומכי הגישות הדואונטולוגיות (המוסר החברתי - דברין). הוויכוח ממחיש כי במידה מסוימת, *הסתמכות על השקפה דואונטולוגית (אמירה שהומוסקסואליות=רע) סותרת עקרונות יסוד דמוקרטיים (פלורליזם ושוויון).*

2. באירופה התנהלה מלחמה בין מדינות קתוליות לבין מדינות פרוטסטנטיות. במדינות קתוליות, קיום מנהגים פרוטסטנטיים היווה עבירה שעונשה מוות - ולהיפך.

3. במאות ה-17 וה-18 באירופה, עבירת המין הנאכפת ביותר הייתה ניאוף. עבירת הניאוף הייתה קיימת בספרי החוקים של רוב מדינות אירופה עד שנות ה-70 ועודנה קיימת ברוב ארה"ב. למרות שמדובר בדבר רע מבחינה מוסרית, רוב האנשים יסכימו שלא מדובר במעשה שצריך להפליל.

לאור הניסיון ההיסטורי הרע של הגישות הדואונטולוגיות להפללה קרו שני דברים:

א. התפתחה תמיכה בעיקרון הנזק (גישות תוצאתניות)

ב. הגישות הדואונטולוגיות הסכימו כי לא כל מעשה שאינו מוסרי ראוי להפללה. ישנם שני תחומים שבהם הגישות הדאונטולוגיות ככלל נזהרות בהפללה: (1) פעולות בעלות אופי מיני המבוצעות בהסכמת הצדדים במרחב הפרטי (2) הימנעות מקביעת עבירות פליליות שתכליתן מניעת פגיעה ברגשות של אחרים.

ביקורות על ההצדקות המקובלות להפללה

בעיות עם עיקרון השיוריות

**בפס"ד שבתאי** השופט פוגלמן אומר כי בחברה מודרנית יש צורך לעשות שימוש נרחב בכלי הפלילי על מנת להקיף את האינטראקציות השונות בין בני אדם ולשמור על הסדר הציבורי. יש להבחין בין עבירות קלאסיות (רצח, אונס, גניבה וכו') לעבירות רגולטוריות. ההצדקה לכך היא שהעונש על העבירות הרגולטוריות הינו קטן יחסית ולרוב נטול סטיגמה.

* התוצאה אליה פוגלמן מגיע לא מתיישבת עם הדיון המשפטי שהוא עורך.

לדברי השופט פוגלמן, המציאות הוכיחה כי עבירות רגולטוריות הן (ברוב המקרים) לא יעילות (ההליך הפלילי יקר מדי בהשוואה להליכים מקבילים). בגלל שההליך לא יעיל, לעיתים המשטרה בוחרת לא לטפל בנושאים מסוימים - מה שגורר היעדר הסדרה בנושא ופגיעה בשלטון החוק. בנוסף, יש פגיעה מחמירה בזכויות אדם עקב הרישום הפלילי, שגורם לאיבוד מקום העבודה.

ביהמ"ש המחוזי הציע "טריק", להעניש אדם מבלי להרשיע אותו. ההלכה קובעת כי זהו כלי שניתן לעשות בו שימוש במקרים נדירים מאוד, אבל המחוזי חושב שיש לעשות בו שימוש נרחב יותר בעבירות רגולטוריות. פוגלמן הפך את החלטת המחוזי ואמר כי המדינה מחוקקת בשנים האחרונות יותר ויותר כלים מנהליים בסוגיות מסוימות, שאינן עומדות בעיקרון השיוריות. מותר לחוקק עבירה פלילית רק אם הוכח שאמצעים אחרים לא ישיגו את המטרה, ולכן אם יש כלים פחות פוגעניים (מנהליים) שהמדינה עדיין לא עשתה בהם שימוש - פוגלמן לכאורה היה צריך לפעול בדרך של "בטלות יחסית" ולקבוע כי העבירה מבוטלת עד שהכנסת תחוקק הסדר חלופי.

סיבה נוספת בגינה פוגלמן לא ביטל את העבירות היא **שעיקרון השיוריות כה עמום עד שלביהמ"ש אין נקודת אחיזה כדח לקבוע אם העבירה הפלילית עומדת בו או לא.** למעשה, בישראל מעולם לא בוטלה עבירה ע"ב שיוריות. עיקרון השיוריות במשפט הישראלי חסר שיניים.

ביקורת על עיקרון הנזק

**1. בפועל כמעט ולא ניתן ליישום.** אין דרך אמפירית לקבוע מה יגרום ליותר או פחות נזק.

2. בד"כ יהיו יתרונות וחסרונות שונים לכל אחד מההסדרים, **וההערכה אינה אובייקטיבית.** ההערכה מושפעת מהטיות סובייקטיביות.

**3. עמימות עיקרון הנזק.** יש ספקטרום אדיר של גישות תוצאתניות השונות אחת מן השנייה לפחות באחד משני דברים:

**א. אופן הגדרת הנזק -** בקצה אחד יש גישות הטוענות שנזק חייב להיות מוחשי לגוף, קניין או יציבות המדינה; בקצה השני ישנן עמדות המגדירות נזק באופן רחב בהרבה, שכמעט לא ניתן להבחין בינן לבין גישות דואונטולוגיות.

**ב. מידת הקשר בין האדם שמוענש לבין הנזק -** גישות צרות ידגלו בהענשת האדם שגורם את הנזק, בשעה שגישות מרחיבות יגרסו כי ניתן להעניש גם את מי שלא גורם בפועל את הנזק אבל הענשתו תקטין את הסתברות גרימת הנזק.

ביקורת על הגישות הדואונטולוגיות

במקרה של גילוי עריות, נפסק בגרמניה כי גילוי עריות פוגע בערכי המשפחה. ביהמ"ש האירופי לזכויות אדם נותן מתחם סבירות רחב לפעולות שלטוניות שנעשות במטרה לשקף ערכים תרבותיים. לפיכך, עורכי הדין של גרמניה טענו כי האיסור על גילוי עריות משקף ערכים של התרבות הגרמנית. בני הזוג טענו, מצדם, כי גישות דואונטולוגיות מבינות שככלל, בתחומים שנוגעים ליחסי מין בהסכמה במרחב הפרטי, לא צריך לקבוע עבירות פליליות שישקפו את העמדות המוסריות המקובלות. לראייה, עבירת גילוי העריות בוטלה ב-20 מדינות באירופה. עורכי הדין של גרמניה טענו כי מחצית המדינות באירופה עדיין מפלילות את גילוי העריות. ביהמ"ש האירופי לזכויות אדם קבע כי לא צריך לבטל את החוק והעבירה נותרת על כנה. מדוע? העבירה הינה בתוך התחום הסביר של שיקוף ערכים מוסריים.

מכאן, **שבאמצעות גישות דואונטולוגיות ניתן להגיע לשתי טענות שונות בתכלית.**

בעיה נוספת היא הפגיעה בדמוקרטיה, שמבוססת על כך שלכל בני האדם זכויות שוות (גם אם דעות שונות). העיקרון שמאפשר לאנשים שונים לחיות יחד בדמוקרטיה הוא "הרוב קובע". **עיקרון פרוצדוראלי זה לגיטימי כל עוד הוא משרת את העיקרון המהותי**, שהוא שוויון זכויות. אם ננצל את עיקרון הרוב לפגיעה בזכויות - דינו להתבטל, כי הפרוצדורה לא שירתה את המהות.

בנוסף, ישנם מקרים רבים בהם איסור פלילי לא נובע משיקולים ערכיים:

1. **מחוקקים אוהבים לחוקק עבירות פליליות אך לא מקפידים לבטלן.** לדוגמה, הלילות בלונדון במאה ה-19 התאפיינו בערפל שנבע מהמהפכה התעשייתית. הרחובות היו חשוכים ועל מנת להאיר את הרחוב הוחלט לחוקק חוק שיחייב את בעלי המלונות והאכסניות להדליק פנס בכניסה למלון ולא - יאסרו. חוק זה קיים עד היום בישראל של 2017.

**2. Thingification.** חוקים, ברגע שעוברים, הופכים להיות "דבר" שנראה לנו יחסית אובייקטיבי. כך, גם לאחר שהסיבה המקורית לחיקוקם אינה רלוונטית, החוקים נשארים והתרבות ממציאה הסברים שמצדיקים את המשך קיומם. לדוגמה, היעדר מושבעים בישראל.

דוגמא נוספת: באירופה של תקופת הדבר השחור שליש עד מחצית מאוכלוסיית אירופה מתה. מצב זה הוביל להבנה בקרב האריסים כי יוכלו לשפר את תנאי עבודתם כעובדי קרקעות. האצילים חוקקו חוק שקובע כי אדם המסתובב בשטח הציבורי (כלומר, יצא משטח אדונו) בנסיבות המעוררות חשש לשלום הציבור (כלומר, בלי אישור רשמי מהאדון) מבצע עבירה. עבירה זו, הקיימת עד היום, נקראת "שוטטות".

**3. שחיתות.** סעיף 65ב לפקודת התעבורה קובע כי נהג רכב מנועי שעוצר בצד הדרך ויוצא מהרכב חייב ללבוש אפוד זוהר. סעיף 62(1) קובע שמי שמפר את סעיף 65ב מבצע עבירה שעונשה המקסימלי הוא עד שנתיים מאסר. חוק זה נולד מלוביסטים שרצו למכור שאריות בד צהוב זוהר.

כל הסיבות הללו יוצרות מספר בעיות:

**1.** **אין היגיון מאחורי מה מופלל ומה לא מופלל.** חמץ בפסח מופלל, ונהיגה ביום כיפור לא; גילוי עריות אסור מתחת לגיל 21; מותר להשחית גופה למעט במקרים של פגיעה ברגשות דתיים; וכו'.

**2. לביהמ"ש אין נקודת אחיזה מספיק טובה על מנת להעביר ביקורת חוקתית ולבטל עבירות.**

לסיכום, המצב מורכב ולא שחור או לבן. יש חוקים שהסיבות לחיקוקם כבר לא רלוונטיות, אבל עדיין עוזרים לסדר הציבורי. יש לשאוף לביקורתיות ולראייה רחבה - זה שחוק קיים לא אומר שהוא טוב, והרבה מהעבירות "ההזויות" עדיין נאכפות ופוגעות בזכויות אדם.

**שיעור 3 - 27.3.17**

**עקרון החוקיות בחקיקת עבירות ופרשנותן**

עיקרון החוקיות במשפט הפלילי

לעיקרון החוקיות שני חלקים:

**א. לפרט מותר לעשות כל דבר שלא נאסר עליו בחוק**

**ב. לשלטון אסור לעשות דבר אלא אם הוסמך לכך בחוק**

במשפט הפלילי עיקרון החוקיות בא לידי ביטוי באופן מיוחד, בגלל שהוא פוגעני יותר לזכויות אדם מאשר תחומי משפט אחרים. הניסוח המיוחד אומר *ש"אין עונשים אלא אם מזהירים".* על מנת שנהיה רשאים להעניש אדם, הן הקביעה שהמעשה הוא עבירה והן העונש הרצוי צריכים להיות קבועים בחוק *עוד לפני ביצוע המעשה.*

הפסיקה, עוד בראשית המדינה, קבעה שמדובר שעיקרון החוקיות מהווה ערך יסוד של שיטת המשפט הישראלית. מאז שנות ה-90 עיקרון החוקיות זכה לשני עוגנים פורמליים:

**א. פסקת ההגבלה -** לא פוגעים בזכות אלא מכוח הסמכה מפורשת בחוק (חוק או חקיקת משנה).

**ב. חוק העונשין (תיקון 39) -** סעיף 1 לחוק העונשין קובע כי אין עבירה ועונש עליה אלא אם נקבעו בחוק או על פיו (חקיקת משנה).

מדוע נדרש עקרון החוקיות במשפט הפלילי? 4 צידוקים מרכזיים:

**1. הוגנות:** לא הוגן להעניש אדם אם הוא לא יודע שמעשיו מהווים עבירה ("אזהרה מוקדמת").

**2. שרירותיות (של עריצים):** הניסיון מראה ששלטונות דיקטטורים משתמשים בחקיקה פלילית נסתרת, ולכן במדינה דמוקרטית ראוי שנדרוש את עקרון החוקיות.

**3. מבחינה גמולנית,** אם האדם לא ידע שהמעשה הוא עבירה - היכן מתבטא אלמנט האשם?

**4. מבחינה תוצאתנית,** הדרך הטובה ביותר לכוון התנהגות היא ביידוע מראש של המותר והאסור.

הנגזרות המרכזיות של עקרון החוקיות במשפט הפלילי:

**(א) אין עבירות אלא בחוק**

חובת חיקוק עבירות

הנגזרת הראשונה של עקרון החוקיות במשפט הפלילי קבועה בסעיף 1 לחוק העונשין - **אין עבירה אלא אם נקבעה בחוק או לפי חוק**, וסעיף 2 מגביל **עבירות משמעותיות לחקיקה ראשית בלבד.**

* ביטוי ישיר ל עיקרון החוקיות הכללי - לאדם מותר לעשות הכל מלבד האסור בחוק.

איסור על קביעת עבירות בדרך ההיקש

לאקונה היא מצב שבו ברור כי המחוקק רצה להסביר סוגיה מסוימת בחוק אך "התפקשש" לו, ולכן יש חסר בהסדר הנורמטיבי. בכל תחומי המשפט (למעט המשפט הפלילי, בנוגע לעבירות) יש דרך מקובלת להתמודדות על לאקונה - היקש. הנגזרת השנייה של עקרון החוקיות במשפט הפלילי קובעת כי *אין עבירות על דרך ההיקש.*

**בפס"ד חרות** נקבע כי רשימה שרצה לכנסת רשאית לפרסם תשדיר תעמולה בטלוויזיה רק באישור יו"ר ועדת הבחירות המרכזית ובכפוף לתנאים שייקבע. במידה וסיעה מפרה את הדרישה, החוק קובע השלכות שונות:

1. ביצוע עבירה פלילית - מי שמפרסם תשדיר ללא אישור יו"ר הוועדה מבצע עבירה פלילית.

2. הענקת סמכויות ליו"ר הוועדה - בכוח היו"ר להורות לרשות השידור להפסיק את התשדיר.

אולם, המחוקק שכח להתייחס לתשדירים ברדיו - למרות שברור שהוא התכוון להחלת הסדר דומה. לכן, בכל מה שאינו פלילי, קובע בג"ץ - יחול אותו הסדר בדרך ההיקש גם על תשדירים בלילה. על מה לא יחול ההיקש? העניין הפלילי. כלומר, אדם שגורם לשידור תשדיר תעמולה בטלוויזיה בניגוד להוראות היו"ר מבצע עבירה פלילית, ויש ליו"ר סמכויות להפסיק את שידורו; אותו המעשה מזכה את היו"ר בסמכויות הקבועות בחוק, מבלי להיחשב כעבירה פלילית. אם המחוקק רוצה שהדבר ייחשב כעבירה פלילית, עליו לחוקק זאת.

איסור על קביעת עבירות משפט מקובל

נגזרת נוספת של עיקרון החוקיות היא איסור על יצירת עבירות בדרך השפיטה ("עבירות משפט מקובל"). בעבר, רוב העבירות במערכות משפט מערביות לא נקבעו ע"י המחוקק אלא ע"י ביהמ"ש. אדם היה עושה דבר מה "מעצבן" והשופט היה אומר שמדובר בעבירה ע"פ המשפט המקובל. מאותו רגע העבירה הייתה מעוגנת בהלכה שנלמדה מאותו פס"ד.

חשוב לציין כי יש אלמנט של אמת בעבירות המשפט המקובל: יש תחומים בהם, גם ללא הבנה מעמיקה בחוק, ישנן מוסכמות חברתיות. רוב האנשים לא פועלים בהתאם למה שהם מכירים בחוק אלא לפי הבנתם את המציאות. חרף העבירות ההזויות שנוצרו כתוצאה מהמשפט המקובל, לגישה זו יש מספר יתרונות: החוק מתעדכן מהר יותר (בניגוד למחוקק, שלא אוהב לעשות שינויים) ויש ריסון ביצירת העבירות (שופטים מפחדים ליצור עבירות בניגוד למחוקקים).

מערכות המשפט המערביות התחילו, כל אחת בזמנה, לוותר על סמכות זו ולקבוע שלאור עקרון החוקיות לשופטים אין את הסמכות הזו. מדוע? הם לא נבחרים; אין הפרדת רשויות; היעדר אזהרה מוקדמת; וכו'. חריגים לכך הם סקוטלנד (מערכת משפט פלילי נפרדת מאנגליה); ואנגליה (עד 1973, לביהמ"ש באנגליה הייתה סמכות ליצור עבירות משפט מקובל. בית הלורדים ויתר וולונטרית על הסמכות, ועבירות שכבר נקבעו המשיכו להתקיים אלא אם המחוקק ביטל אותן).

בארץ, ב-1948, יכלו השופטים הישראלים לטעון כי שאבו השראה מהמשפט האנגלי ולקבוע כי לשופטים במדינה יש סמכות ליצור עבירות משפט מקובל. אולם, עוד בראשית המדינה טענו השופטים הישראלים כי עיקרון החוקיות מחייב היעדר סמכות שכזו.

* אין איסור דומה על יצירת סייגים בדרך הפסיקה!

הרשימה המופיעה כיום בחוק העונשין אינה (המחוקק החליט באופן מודע להשאיר סמכות לביהמ"ש, אם יראה לנכון, ליצור סייגים חדשים). סנגורים יכולים לנסות לנצל את זה על מנת לטעון עבור ייצור סייג חדש. בפועל בתי המשפט מקמצים מאוד בשימוש בסמכות זו. זאת, משום שסייגים מטיבים עם הנאשם, ולכן אין את החשש שקיים ביצירת עבירות על דרך הפסיקה.

**(ב) האיסור על ענישה למפרע**

נגזרת נוספת הינה האיסור על ענישה רטרואקטיבית (למפרע). נגזרת זו מוגנת בסעיף 3 לחוק העונשין, הקובע כי חיקוק לא יחול על עבירות שחלו לפני פרסומן ברשומות. כלל זה בא לידי ביטוי בעקרון ה"אזהרה מוקדמת". *על אדם לכלכל את צעדיו בהתאם למה שהוא מכיר כמותר ואסור.*

בדין הישראלי יש רק חריג אחד לאיסור על קביעת עבירות רטרואקטיביות - חוק עשיית הדין בנאצים ובעוזריהם. הצידוק לכך הוא שהייתה לאנשים אלו אזהרה מוקדמת כי המעשים שביצעו מהווים הפרת ערכי יסוד של מוסר אוניברסלי; ואסורים ע"י המשפט הבינ"ל עוד בשעת המעשה.

כלל משפטי המהווה תמונת ראי לאיסור על חקיקה רטרואקטיבית הוא **"אי ידיעת החוק אינה פוטרת מעונש".** כלל זה נועד לעודד אנשים לדעת ולהכיר את החוק. למעשה, כלל הפוך היה מעודד אנשים להיות "ראש קטן".

עיקרון אי ידיעת החוק לא חל רק על מקרים בהם העבירה לא מוכרת לנאשם, אלא גם **במקרים בהם אדם פירש עבירה באופן מסוים ולאור פרשנותו הניח שמעשהו לא מהווה עבירה.** לדוגמה, אם אדם חושב שכעובד ציבור מותר לו לקבל מתנות יקרות ערך מחבריו.

**פס"ד ביילי** (שנת 1800) מדגים את אבסולוטיות "אי ידיעת החוק" במשפט האנגלי. בתאריך מסוים יצאה אונייה אל הים. על שטח אונייה חל הדין של הדגל שלה (דגל אנגלי = טריטוריה אנגלית). בעודה בים, המחוקק האנגלי קובע עבירה. זמן מסוים לאחר מכן, בעוד האונייה עדיין בים, ביילי מבצע את המעשה שנקבע כעבירה. האונייה חוזרת לאנגליה ומתברר לרשויות שביילי ביצע את המעשה האסור. הוא נעצר ומועמד לדין, אך טוען שלא היה ביכולתו לדעת כי מדובר בעבירה. ביהמ"ש לא מקבל את טענתו ומרשיע אותו, כי "אי ידיעת החוק אינה פוטרת מעונש".

בארץ, עד תיקון 39, צידדה מערכת המשפט הישראלי בשיטה האנגלית. כחלק מתיקון 39 חוקק סעיף 34ט, שמעגן גרסה מרוככת יותר של עיקרון אי ידיעת החוק. המחוקק בעצם הוסיף סייג לאחריות הפלילית של טעות במצב המשפטי *- אי ידיעת החוק פוטרת מעונש, אם אי ידיעת החוק הייתה בלתי נמנעת באורח סביר.*חשוב לציין כי הסיפא לא פוגע בהשגת העיקרון - ההגנה תתקיים רק אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר.

**(ג) דרישה מוגברת לבהירות בניסוח**

נגזרת נוספת של עיקרון החוקיות היא קיומה של דרישה מוגברת לניסוח בהיר. בכל תחומי המשפט קיימת שאיפה כללית לבהירות החוק. עם זאת, המציאות מלמדת שתמיד קיימים מקרים בהם החוק אינו ברור, וחשוב לזכור שחוקים נועדו להיות כלליים - כלל אחד אמור להכיל מקרים רבים. דרישה הכלליות משפיעה על מידת הבהירות - מדובר בשיקולים נוגדים שיש לאזן ביניהם.

*בהקשר של עבירות פליליות, עיקרון החוקיות יוצר שאיפה חזקה יותר לנורמות בהירות.* למה?

א. אין עונשים אלא אם מזהירים (אם הדין לא ברור אז האזהרה לא ראויה)

ב. דיני העונשין פוגעים באופן חמור בזכויות ולכן יש לקבוע במפורש מתי הזכויות יכולות להיפגע.

במדינות מערביות רבות קיימת דוקטרינה שאומרת כי עבירה פלילית עמומה מדי - בטלה כלא חוקתית. דוקטרינה זו נקראת **"בטל בשל עמימות"** (void for vagueness). במשפט הישראלי, מאז המהפכה החוקתית, יש שלל הערות אגב בפסיקה שאומרות שגם בארץ חלה דוקטרינה זו. אומנם עד היום לא בוטלה עבירה מסיבה זו, אבל במקרים רבים שופטים אומרים כי ייתכן מצב בו תבוטל עבירה - בהנחה שאינה מוגנת ע"י שמירת דינים - אם תהיה עמומה מדי.

נהוג בפסיקה ובספרות להדגים מהי עבירה עמומה יתר על המידה באמצעות העבירה של "תקלה ציבורית" (בעבר כונתה "היזק לציבור"). עבירה זו קבעה כי אדם העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית - דינו מאסר עד 3 שנים. **פס"ד אש"ד** עוסק בדיוק בנושא הזה.

**פס"ד אש"ד:** חברת אש"ד, ששלטה כמעט בלעדית בכל קווי האוטובוסים, שיתקה את המדינה בכך שהשביתה את שירותיה לחמש שעות. שלושת השופטים מסבירים עד כמה העבירה של היזק לציבור עמומה וראויה לביטול, אך עדיין דוחים את הערעור ומותירים את העבירה על כנה. זו דוגמא קלאסית לתקופה לפני האקטיביזם השיפוטי.

**בפס"ד שבס** השופט חשין אומר כי עבירת התקלה הציבורית ראויה לביטול, וכל עוד היא קיימת יש לפרשה בצמצום המרבי. בזכות אמירות אלו של ביהמ"ש העבירה בוטלה ב-2008.

לא כל עבירה עמומה תיפסל כלא חוקתית, כי תמיד תהיה עמימות מסוימת בחוק - גם פלילי. יש תחומים והקשרים שבהם נהיה מוכנים להתיר מידה רבה יותר של עמימות. לדוגמה, סוג האנשים אליהם מכוונת העבירה.

**פס"ד שבס** עוסק בעבירה העמומה של הפרת אמונים. ביהמ"ש לא מוכן לבטל את העבירה עקב עמימות ונותן שתי סיבות שלובות: (1) זו אינה עבירה שפונה לאוכלוסייה כללית אלא לעובדי ציבור, מהם יש ציפיות גבוהות יותר; (2) ניתן לבחור שלא להיות עובד ציבור ובכך לא להסתכן.

**(ד) השפעה על אופן פרשנותם של האיסורים הפלילים**

הנגזרת האחרונה נוגעת לאופן פרשנות העבירות. *הכלל אומר כי הפרשנות תמיד תיעשה לטובת הנאשם - "עיקרון הפרשנות המצמצמת".* כאשר יש עבירה שניתן לפרש בשתי דרכים סבירות, שאחת קובעת היקף מעשים רחב יותר כפלילי והשנייה יותר מצמצמת - עיקרון הפרשנות המצמצמת אומר שיש לבחור בפרשנות שפועלת לטובת הנאשם.

בעידן הפורמליסטי, השופטים העניקו לעיקרון זה פרשנות דווקנית. למשל, **פס"ד בר שלום.** ביהמ"ש העליון זיכה את בר שלום כי שלט החנייה ניתן היה להבנה בשתי דרכים. אולם, גרסה אחרת של עיקרון הפרשנות המצמצמת מדגימה בדיוק למה העידן הפורמליסטי היה בעייתי.

**פס"ד מזרחי** עסק באסיר שיצא מהכלא לחופשה בת 24 שעות חזר ממנה. במקרה הזה, היצמדות לגרסה הדווקנית תביא לתוצאה אבסורדית (מזרחי לא "ברח" אלא פשוט "לא חזר"). כך, השופט ברק יוצר קונספט חדש של **פרשנות תכליתית** - פירוש העבירה בהתאם לתכליתה. רק אז, אם לאור תכלית החוק יהיו כמה חלופות אפשריות, תיבחר האפשרות המקלה עם הנאשם.

*הגרסה התכליתית לעיקרון הפרשנות המצמצמת מקטינה את הסיכוי לתוצאות אבסורדיות.* גרסה זו אומצה ועוגנה מפורשות בתיקון 39 לחוק העונשין (סעיף 34כא).

זה לא אומר שמאז עידן הפרשנות התכליתית עיקרון הפרשנות המצמצמת הפך לאות מתה.

**בפס"ד אהובה לוי,** שעסק באישה שנהגה עם אוזנייה אחת (כאשר החוק אוסר על שתי אוזניות), הפרשנות התכליתית הניבה שתי אפשרויות סבירות, מתוכן נבחרה זו שהיטיבה עם הנאשמת.

**שיעור 4 - 29.3.17 (משה המתרגל)**

**מבוא ליסודות העבירה ופרטי היסוד העובדתי**

מבוא ליסודות העבירה

ס' 1 לחוק העונשין מדבר על עיקרון החוקיות, שעוסק בבהירות החוק - מה בדיוק אסור ומותר?

סעיף 34כא אומר כי במידה וניתן לפרש דין במספר אופנים, תמיד נבחר באפשרות המקלה עם הנאשם. שיטה זו יוצרת סימטריה במשפט הפלילי, שלרוב פוגע בזכויות האדם של הנאשם.

ס' 345 (עבירת האינוס) מציע מספר אלטרנטיבות לבעילת אישה באינוס. לרוב ההגדרה לעבירה נמצאת בראשית הפרק/סימן. לעיתים ההגדרה תהיה ב"סעיף סל". ס' 34כד הוא "סעיף הגדרות".

ס' 90א הוא סעיף הגדרות ליסוד הנפשי. בגלל שהסעיפים הללו הגיעו ממשפט זר, כל המילים המופיעות בסעיף (זדון, מזיד וכו') מתייחסות למחשבה פלילית.

כשאין הגדרה בסביבת העבירה, בראש הפרק או בחוק כולו, ביהמ"ש יכול לפנות לחוק הפרשנות או חוק אחר. רוב הזמן ההגדרות כבר קיימות בחוק או הוגדרו בפסיקה. לעיתים תופיע הגדרה ביותר ממקום אחד (גם בסעיף עצמו וגם בחוק הפרשנות), כאשר ההגדרה הספציפית יותר תגבר.

סיווג עבירות

סעיף 24 מסווג את העבירות לחטא, עוון ופשע, והסיווג נעשה לפי עונשי המאסר המקסימליים שניתן להשית בגין העבירה הספציפית: חטא (עד שלושה חודשים), עוון (מעל שלושה חודשים ועד שלוש שנים, כולל), פשע (מעל שלוש שנים).

חשיבות הסיווג היא לא רק לעניין זמן המאסר אלא גם לסמכות ביהמ"ש ולהסדרי טיעון. הסדרי טיעון אפשר להחיל רק על עבירת עוון. גם סמכויות מעצר נובעת מסיווג העבירות וכו'.

* עסקת טיעון = אחרי הגשת כתב אישום. מעין פשרה בין הפרקליטות לנאשם.
* הסדר טיעון = לפני הגשת כתב אישום, נועד להחליף את התהליך הפלילי.

ס' 261 עוסק במסייע לאחר מעשה - העבירה כבר נעשתה, אין תרומה לביצוע העבירה.

סיוע לפשע = מאסר לשלוש שנים; סיוע לעוון = מחצית מתקופת העונש של העבירה לה סייע.

היסוד העובדתי

סעיף 18(א) מדבר על מבנה היסוד העובדתי:

1. רכיב התנהגותי (מעשה או מחדל)

2. רכיב נסיבתי (לא חובה)

3. רכיב תוצאתי

**רכיב ההתנהגות** כולל פירוט אובייקטיבי של ההתנהגות שהעבירה אוסרת. מדובר למעשה בתרומה פיזית מצדו של הנאשם. תרומה זו תהיה אקטיבית לרוב, אך יכולה להיות גם פסיבית (יש עבירות שניתן לבצע במחדל, כגון אי מניעת פשע). דרישה זו באה לידי ביטוי בעיקרון שאומר *שאין עבירה ללא מעשה או התנהגות* - המוכר כ"אין עונשין על מחשבות שבלב".

הצדקות לעיקרון "אין עונשין על מחשבות שבלב":

**1. הכוונת התנהגות -** מטרתו הראשית של המשפט הפלילי היא להכווין התנהגות.

**2. היעדר סכנה -** כל עוד מדובר במחשבה, אין סכנה. הסכנה מופיעה רק בעצם המעשה.

**3. שמירה על זכויות הפרט -** ניסיון למקסום חירויות הפרט.

**4. פרקטיקה -** אי אפשר לאכוף מחשבות.

**5. מידת מסוכנות -** כשאדם חושב אי אפשר להעריך את מידת מסוכנותו והאם יבצע בפועל.

**6. בתי הכלא יתמלאו.**

**הרכיב הנסיבתי** מהווה את תפאורת העבירה - הנסיבות הן שצובעות את העבירה באופן מוחמר או מקל. מדובר בתנאים אובייקטיביים חיצוניים שהגדרת העבירה קובעת שצריכים להתקיים בזמן ביצוע רכיב ההתנהגות. עבירת החבלה החמורה, למשל, לא צריכה את הרכיב הנסיבתי כדי להשתכלל. הנסיבות משמשות לבחינת חומרת העבירה ורלוונטיות בעיקר לגובה העונש שייקבע.

**הרכיב התוצאתי:** ההפרדה בין עבירות התנהגות לעבירות תוצאה היא בעיקרה אקדמית. בעבירות תוצאה לרוב מדובר בעבירה דיכוטומית, שיכולה להתקיים או לא. לדוגמה, עבירת ההריגה - אם האדם לא מת אין עבירה. עבירת השוד, לעומת זאת, היא עבירה התנהגותית (לא חד משמעית).

טיפים לזיהוי עבירת תוצאה מול עבירת התנהגות:

ברירת המחדל היא שעבירה הנה התנהגותית.

עבירות מחוק העונשין שעוסקות בנזק לרכוש/חבלה לגוף/המתה - בסבירות גבוהה שהן עבירות תוצאה. עבירות גניבה שנויות במחלוקת. עבירות אחרות בחוק העונשין - בסבירות גבוהה שהן עבירות התנהגות.

כדי שעבירה תהיה עבירת תוצאה, יש למצוא ברכיבי היסוד העובדתי שלושה מאפיינים:

א. אובייקט פיזי (גוף, רכוש, חפץ)

ב. קיומה של פגיעה בשלמותו, תקינותו או איכותו של אותו אובייקט פיזי

ג. באופן מפורש או משתמע, יהיה קש"ס בין ההתנהגות המוגדרת בעבירה לאותה פגיעה

לדוגמה, עבירת החטיפה (ס' 369): הכופה אדם בכוח... ללכת מן המקום שהוא נמצא בו, הרי זו חטיפה, ודינו - מאסר עשר שנים.

זו עבירת התנהגות כי אין פגיעה באובייקט פיזי.

היסוד הנפשי

היסוד הנפשי הוא המצב התודעתי בו היה שרוי מבצע העבירה בעת ביצועה, ולו שני מישורים:

**1. מישור המודעות** - מודעות לטיב ההתנהגות, לנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאה.

**2. יסוד נפשי חפצי -** רצון בקרות העבירה באופן זה או אחר. קיים בעבירות תוצאה וכוונה.

* עבירת כוונה = עבירת מטרה, ביצוע פעולה מתוך רצון שיקרה משהו. השארת ילד ללא השגחה או *במטרה לנטשו* (ס' 361) - אם העבירה נעשתה במטרה לנטוש את הילד (גם אם לא ננטש בפועל) העבירה מתקיימת. מספיק שיש רצון, גם ללא קיום התוצאה בפועל.

למה צריך את היסוד הנפשי כדי לשכלל עבירה? ללא היסוד הנפשי, אדם שנוטל רכוש באמונה שלמה שהרכוש שייך לו היה עובר על עבירה. מדובר בטעות שמגולמת בהיעדר יסוד נפשי כלפי רכיבי היסוד העובדתי, שמקורה בשגגה.

בעבירות טיפוסיות ("עבירה שותקת") בהן לא כתוב "במטרה" או "בכוונת תחילה", היסוד הנפשי הנדרש הוא יסוד המודעות.

ישנם **מצבים חריגים בהם לא יתקיים יסוד נפשי ועדיין נרשיע** **- עבירות רשלנות**. רשלנות הינה אי מודעות לקיום המעשה או לאפשרות גרימת התוצאה, במצב שאדם סביר יכול היה להיות מודע לכך. זהו יסוד נפשי שמהווה סטנדרט התנהגותי. כך, למרות שאין מחלוקת שלא הייתה כוונה או מודעות, המעשה שבוצע מהווה קו אדום מבחינת החברה. נהג שפוגע בטעות בהולך רגל יואשם בגרימת מוות ברשלנות. לרוב העונש על עבירות רשלנות הוא נמוך.

סדר פעולות: בודקים 1. יסוד עובדתי 2. יסוד נפשי א. מודעות ב. יסוד נפשי חפצי (אם מדובר בעבירת תוצאה או כוונה). אם אין מודעות בודקים יסוד נפשי של רשלנות.

בשלוש עבירות ההמתה יש יסוד עובדתי זהה (גרימת מוות) אבל ההבדל הוא ביסוד הנפשי. ברצח יש צורך בכוונת תחילה; בהריגה המעשה נעשה מתוך מודעות; ובגרימת מוות ברשלנות אין מודעות. מדרג זה בא לידי ביטוי בענישה.

* **לעיתים היסוד הנפשי מסייע להקלה!** בעבירת המתת תינוק היסוד הנפשי בא להתחשב במצב שבו אישה סובלת מדיכאון אחרי לידה. על אף היות העבירה, לפי הנסיבות, רצח או הריגה - מאשימים את האישה בעבירה עם עונש מופחת.

בעבירות שיש ביניהן זיקה מסוימת (למשל, הגונב דבר ממעבידו - גם עבירת גניבה וגם עבירה בפני עצמה) *מאשימים לפי העבירה הספציפית יותר, שמכילה גם את העבירה הכללית.* לפעמים העבירות אינן בולעות זו את זו ואז מאשימים לפי שתי העבירות.

קשר סיבתי

קשר סיבתי בין ההתנהגות לתוצאה. החובל הוא שגרם לחבלה החמורה. למה נדרשת **סימולטניות** בין הרכיב ההתנהגותי לתוצאה ובין הרכיב הנפשי לעובדתי? כדי למנוע מצב של צירופי מקרים. דוגמה: דני נוהג ברכב. דני שונא את שמעון ומפנטז כיצד יהרוג את שמעון. בחוסר תשומת לב הוא מתנגש חזיתית ברכב מולו והנהג נהרג. מסתבר שהנהג הוא שמעון.

**עיקרון הסימולטניות דורש זיקה מהותית בין הרכיב הנפשי לרכיב העובדתי.**

המשחק שבין היסוד הנפשי ליסוד העובדתי יוצר את המגוון בעבירות הקיימות בחוק העונשין. יש עבירות בעלות מספר צורות (חמורות או מקלות) המושפעות מכך.

לכל כלל יש יוצא מן הכלל: **עבירות סטטוס** הן עבירות ספציפיות בהן המחוקק מעוניין להרשיע אדם מעצם הימצאותו במצב מסוים. לדוגמה, החזקת סם מסוכן. לא נדרשת פעולה פיזית (מספיק שהחפץ יהיה בבית) אלא די במצב ההחזקה על מנת לעבור עבירה.

**פס"ד חורי** עוסק בזיקת העיתוי בין הנסיבות להתנהגות. המערער גרם לתאונה במהלכה נפגעה אישה בהיריון. העובר שנפגע נולד ללא דופק, עבר החייאה ולאחר מכן נפטר. לכאורה מועד ההתנהגות לא חופף לנסיבות - העובר לא היה "אדם" במועד ההתנהגות (התאונה) ולכן לא יכולה להתקיים גרימת מוות ברשלנות. לפי זלמן פלר, ההתנהגות חייבת להתקיים בצוותא עם הנסיבות. השופט ג'ובראן לא מקבל את דעת המחוזי ואומר שאי אפשר לדרוש עיתוי בעבירה תוצאתית, כי אחרת גם אסון ורסאי, לכאורה, לא היה נופל תחת רשלנות. בנוסף, ג'ובראן אומר שמרגע שהחזירו לתינוק את הדופק הוא נחשב כאדם, ולכן מותו אכן נגרם כתוצאה מהתאונה.

השופטת ברק ארז הגיעה לתוצאה זהה אבל לא מסכימה לצמצום של ג'ובראן לשעות שאחרי לידת התינוק והשבת הדופק. היא שמה במרכז את אוטונומיית האישה ואומרת כי החקיקה אינה חייבת לנקוט עמדה בסוגיה השנויה במחלוקת - האם העובר נחשב אדם - אלא להכיר בערך החברתי שלעובר יש, לכל הפחות, פוטנציאל חיים והבאתו לעולם הינה חלק מאוטונומיית אמו.

**שיעור 5 - 3.4.17 (עם גאיה הררי)**

**המעשה הפלילי**

שיקולי הענישה

* **עמדה תוצאתנית** צופה פני עתיד, ומענישה במטרה להביא לכמה שפחות נזק בהמשך.

מעצר מנהלי הוא חריג גדול של המשפט הפלילי, שמביא לידי ביטוי את העמדה התוצאתנית בצורה קיצונית. לוקחים אדם שעדיין לא עשה דבר ומענישים אותו על דבר שעלול לעשות. הערך החברתי שעומד מנגד הוא ביטחון הציבור, ועל כן ניתן לחרוג.

* **עמדה גמולנית -** צופה פני עבר, ומענישה כדי לספק מענה הולם לאשם מוסרי של אדם.

איך קובעים מי טוב או רע? באנגליה נהגו להוציא להורג את מי שחלם על מותו של בן מלוכה.

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

**1. הכוונת התנהגות:** המטרה הראשית של המשפט הפלילי, שלא תתקיים ללא רשימת איסורים שמפרטת אילו התנהגויות אסור לעשות.

**2. שמירה על זכויות הפרט:** אם הענישה הפלילית תנסה להתמקד באופיו של האדם, ואפילו רק במחשבות ספציפיות אסורות, התוצאה תהיה משטרת מחשבות ופגיעה אדירה בפרטיות.

**3. היעדר יכולת אכיפה:** גם אם היינו רוצים להעניש על מחשבה שבלב, איך ניתן לקרוא את מחשבותיו של אדם? ביסוד העובדתי (לרבות ההתנהגות) יש ראיות מוחשיות. בנוסף, ביסוד העובדתי יכולות להיות אינדיקציות עקיפות בנוגע להלך רוחו של האדם.

**4. בתי הכלא יתמלאו:** אין אדם שלא חושב מחשבות שליליות, ואם נעניש על כך בתי הכלא יתמלאו מהר מאוד. בנוסף, מחשבות שליליות "משחררות לחצים" ולאו דווקא רעות לחלוטין.

בנוסף, יש פחות אשם מוסרי במחשבות (שיקול גמולני) וכן נשקפת מהן פחות מסוכנות (תועלתני).

היכן עובר הגבול? אילו התנהגויות חוצות את הגבול בין מחשבה גרידא ותחומי המשפט הפלילי? ככלל - רגע **תחילת תרגום המחשבות לפעולות** מצדיק את כניסתו של המשפט הפלילי, גם ללא השלמת העבירה.

* דוקטרינת הניסיון: ניתן להפליל בגין עבירה שהחלה את שלב ההכנה אך טרם הושלמה.

דוגמה חריגה: עבירת הקשר ("קשירת קשר") - מקרה מיוחד המצדיק התערבות פלילית למרות שמדובר בשלב יותר ראשוני מהכנה. מדוע? (1) מסוכנות גבוהה בדינמיקה עבריינית (2) כן קיימת פעולה - השיח בין האנשים מהווה את ההתנהגות הנדרשת לעבירה.

למה חשוב להדגיש את תפקיד "המעשה" בעבירה?

**1. מושג פונקציונלי המאפשר להבחין מי צריך לשאת באחריות לעבירה.** תכלית המעשה (רכיב ההתנהגות) הוא למקד את האחריות לביצוע העבירה לאדם ספציפי, ולייחס לו את האחריות.

**2. "המעשה" משמש אינדיקציה לפליליות המעשה או לסכנה שהמחוקק ביקש למנוע.**

3. הצורך במיקוד העבירה מהווה **חלק מעיקרון החוקיות.**

קיימים שלושה סוגי עבירות בהן ההתנהגות לא מתבטאת במעשה אקטיבי:

**1. עבירות סטטוס:** עבירות בעלות רכיב התנהגותי שלא דורש מעשה. די בכך שאדם נמצא במקום או מצב מסוים, ללא שום פעולה מצדו, על מנת שנראה בו כמי שביצע את העבירה. הדרישה בעבירות סטטוס היא הימנעות מהתנהגות מסוימת = הכוונת התנהגות.

דוגמאות לעבירות סטטוס הנוגעות להימצאות **במקום** אסור: שהייה במקום מוגבל - 115(א); נוכחות באימונים צבאיים אסורים - 143(א); שהייה במקום במטרה לבצע גניבה או פשע - 406(א).

דוגמה לעבירת סטטוס הנוגעת להימצאות **במצב** אסור: חבר להתאגדות אסורה - 147.

בפס"ד **Robinson V. California** נקבע כי עבירת הסטטוס (התמכרות לסמים) לא חוקתית כי הימצאות האדם בסיטואציה עשויה להיות לא רצונית (ולכן ללא אשם). לא ראוי להעניש על כך.

הקושי בעבירות סטטוס: ההצדקות המוסריות לענישה נובעות משליטה ויכולת להימנע מהמעשה.

**2. עבירות ההחזקה:** האיסור מתבטא בהחזקה ולא נדרשת עשיית פעולה פיזית בחפץ.למשל, החזקה בסמים (ס' 7 לפקודת הסמים המסוכנים).

**פס"ד הוכשטט**: לשליטה בחפץ יש רכיב פיזי עובדתי. שליטה משמעה שלאדם יש יכולת להגיע - על פי מהלך העניינים הרגיל - לעשייה פיזית בנכס או לקביעת גורלו אפילו אם הנכס אינו ברשותו הפיזית. שליטה דורשת מידה מסוימת של בלעדיות (אם במקום ציבורי אז חבוי).

ס' 34 מדבר על החזקה קונסטרוקטיבית. אם לחבר יש שליטה ואני מסכים לה (גם ידיעה וגם שליטה משותפת), אני שותף להחזקה (הגדלת מעגל ההפללה).

**3. עבירת המחדל:** האם הפסול בהתנהגות אקטיבית גרוע יותר מהפסול במחדל? למשל, מקרה בו פלוני זורק למים אדם שלא יודע לשחות, תוך ידיעה שזה עלול להביא למותו מול מקרה בו אלמוני עובר במקום, רואה את האדם מפרפר במים ולא מסייע לו, למרות שהוא צופה שהימנעותו תוביל למות האדם.

ההבדל הוא בין יצירת הנזק לאי-מניעת הנזק. בלי פלוני לא הייתה בעיה. בלי אלמוני עדיין הייתה בעיה. יש הבדל בין מי שיצר את הסיכון לבין מי שלא התערב. בפילוסופיה של המוסר, המקרה של יצירת נזק נתפס כחמור יותר - מעשה גרוע ממחדל.

* מחדל = הימנעות מעשייה.

דוגמה מורכבת יותר: אם שהורגת את ילדה (מעשה) לעומת אם שמרעיבה את ילדה (מחדל). לעיתים מחדל ייתפס כגרוע יותר מהמעשה.

למה מחדל, ככלל, נתפס כחמור פחות ממעשה אקטיבי?

**1. מידת פגיעה גדולה יותר בחירויות הפרט:** בצו "לא תעשה" יש פגיעה פחותה בחירויות הפרט מאשר "צו עשה", שמחייב את הפרט לנקוט בפעולה ספציפית.

* דוגמאות למקרים בהם המשפט הישראלי בחר להטיל חובות נרחבות על הפרט: אי מניעת פשע (ס' 262), חובת דיווח על ביצוע עבירה בקטין או חסר ישע (ס' 368).

**2. הבדל בעוצמת הזיקה בין ההתנהגות לבין הפגיעה בערך המוגן:** מעשה, לעומת הימנעות ממעשה, מאופיין בזיקה חזקה יותר לפגיעה בערך המוגן - הן בשליטה במהלך העניינים ומידת האנרגיה העבריינית המושקעת והן בשאלת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לבין התוצאה המזיקה.

**3. צו עשה נתפס כדרישה מוגזמת של סולידריות חברתית:** אומנם מדובר בדבר המוסרי לעשות, אבל האם ראוי לכפות זאת על אדם ולקבוע כי יישא באחריות פלילית אם לא יעשה כן?

**4. צו עשה פוגע יותר בעיקרון החוקיות וברצון לתחום בבירור את האחריות הפלילית:** עבירות מחדל מחייבות אדם לפעול ולא מסבירות לו בדיוק כיצד (חשש שאנשים "יקלקלו" ולא יסייעו).

המצב בארץ

ס' 18 לחוק העונשין אומר שמעשה כולל מחדל, אלא אם נאמר אחרת. כלומר - מעשה ומחדל הינם באותה רמה נורמטיבית (אבל בשלב גזר הדין נוטים להקל בעבירות מחדל).

**שיעור 6 - 5.4.17**

**המחדל**

כדי להוכיח שנעברה עבירה על דרך המחדל, קיימת דרישה שיתקיימו 3 תנאים מצטברים:

**1. קיומה של נורמה אוסרת שניתן לפי הגדרתה לבצע אותה על דרך המחדל** (למשל, הריגה).

2. **קיומה של חובה** על **הנאשם** לפעול. על חובת העשייה האמורה להיות מעוגנת ב"דין" או בחוזה.

3. הפרת חובת העשייה באופן שקיים את יסודות העבירה. תנאי זה בוחן את התממשות שני התנאים הקודמים בהקשר הספציפי.

* בעברית, למחדל יש רק משמעות אחת - אי עשייה. יש טעות נפוצה לפיה מחדל = פשלה.

תנאי 1: קיומה של נורמה אוסרת - סוגים שונים של עבירות מחדל

הסוג הפשוט ביותר של עבירות שניתן להפר על דרך המחדל נקרא **"עבירות מחדל פשוטות"** או "עבירות מחדל ישיר". מדובר בעבירות שמנוסחות כך שברור מהן שהפרתן היא על דרך המחדל, וכן הן כוללות את חובת "העשה" שאם תופר - תבוצע העבירה. דוגמה:

*262. מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו...*

כיצד עבירת אי מניעת פשע מבוצעת? בדרך של אי עשיית מעשה = מחדל. בנוסף, העבירה קובעת בעצמה את החובה - ברגע שאדם יודע שמישהו זומם לבצע פשע, קמה עליו חובה למנוע אותו.

סוג נוסף של עבירות מחדל נקרא **"עבירות מחדל מורכבות"** או "עבירות גרימה במחדל". עבירות מחדל מורכבות הן עבירות שבדומה לעבירות מחדל פשוטות, ברור לחלוטין מניסוחן שניתן לעבור עליהן בדרך המחדל. אבל, בשונה מעבירות מחדל פשוטות, העבירה עצמה לא מציינת מהו מקור חובת "העשה" שמוטלת על האדם. דוגמה:

*298. הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה...*

המחדל אסור כי קיימת חובת עשה, אך לא מצוין מהו מקורה ולכן זו עבירת מחדל מורכבת.

רוב עבירות המחדל שייכות לסוג שלישי, **"עבירות שהרכיב ההתנהגותי בהן מנוסח כמעשה אקטיבי".** בעברית, "מעשה" הוא פעולה אקטיבית, והמילה ההופכית היא "מחדל" - היעדר פעולה אקטיבית, אי עשייה. במשפטית זה יותר מורכב. לפי סעיף 18ב, אלמלא משתמע מהדין הספציפי אחרת, לעניין דיני העונשין - מעשה = לרבות מחדל. כלומר, *אלא אם עולה אחרת מהסעיף - כל עבירה ניתנת לביצוע גם על דרך המחדל.*

אם יש עבירה שעולה ממנה בוודאות שהמחוקק לא התכוון שניתן יהיה לבצעה על דרך המחדל - אין בעיה. אולם, רוב העבירות מנוסחות באופן שהרכיב ההתנהגותי שלהן הוא פועל אקטיבי, למשל - "הבורח ממשמורת חוקית", "הפוצע אדם" וכן הלאה.

קיים ויכוח פרשני האם לאור סעיף 18ב ניתן לבצע את כל העבירות הללו גם על דרך המחדל. ישנן שלוש עמדות בנושא:

**א. העמדה המקובלת והמרחיבה** (עמדתו של פלר) - את כל העבירות הללו יש לפרש כעבירות שניתן לעבור גם על דרך המחדל (בדומה לעבירות מחדל מורכבות).

**ב. העמדה המצמצמת** (עמדתו של קרמניצר) - פרשנות כזו פוגעת באופן חמור בעיקרון החוקיות, היות והיא מרחיבה משמעותית את מעגל ההפללה. הפרשנות הראויה היא פרשנות דווקנית - רק עבירות שנעשה בהן שימוש במילים "עשה" או "מעשה" ניתנות לפרשנות כמחדל. הבעיה בגישה זו היא שהמחוקק לרוב לא באמת חושב לעומק על כל מילה ומילה, והשימוש במילה "מעשה" הינו לרוב שרירותי. לא טוב לחפש היגיון בניסוחים הספציפיים של המחוקק.

**ג. עמדת ביניים** (עמדתו של קוגלר) - יש לבחון את הפועל הספציפי בעבירה והאם באופן אינטואיטיבי ניתן לבצעו גם בדרך של מחדל (אי עשייה). למשל, לדעת קוגלר כל הפעלים הבאים ניתנים לביצוע במחדל: החובל, הפוגע, ההורג, הפוצע, השובר. לעומת זאת, לדעתו "גונב" זה פועל שלא ניתן לבצע בדרך המחדל. ההגדרה של גונב היא "הנוטל רכושו של אחר במטרה לשלול שלילת קבע", ותיאור זה מניח כי מדובר בפעולה אקטיבית.

הבעיה בגישה זו היא שאינטואיציה היא דבר מסוכן שניתן לפרש בצורה שונה מאוד מאדם לאדם. למשל, קוגלר מגדיר את הפועל "ההורס" כדבר שניתן לעשות בצורה של מחדל, כי לדעתו "אי תיקון" מהווה הריסה בדרך המחדל. לא מדובר בניתוח אינטואטיבי כי לא כולם יסכימו לכך. בנוסף, לפי קוגלר, "בריחה ממשמורת חוקית" דורשת פעולה אקטיבית. **בפס"ד מזרחי** השופט ברק הגדיר בריחה גם כאי חזרה מחופשה מהכלא. כלומר, אינטואיציה עלולה לעורר מחלוקות בנוגע לאילו עבירות נכללות במחדל - בניגוד לגישות האחרות שיוצרות ודאות גבוהה יחסית.

איך מזהים אם פעולה היא מעשה או מחדל?

דרך הטיעון שנדרשת מעורכי דין במקום בו מדובר בעבירות מחדל שונה מדרך הטיעון בעבירה אקטיבית. עבירה על דרך המחדל דורשת *הוכחת רכיב נוסף - קיומה של חובה המוטלת על אותו אדם בהקשר הספציפי.* ככלל, בהינתן עבירה שניתן לעבור גם בדרך המעשה וגם בדרך המחדל, אם התביעה תצליח להוכיח שהאדם ביצע את העבירה בדרך של מעשה אקטיבי - העונש שיוטל יהיה חמור יותר.

* חריג לכך הוא מקרה של הורה שמרעיב את ילדו. ישנם מקרי הריגה אקטיביים שיקבלו עונש פחות חמור מאשר הורה שמרעיב את ילדו למוות.

דוגמה: רופא שמחליט לעשות ניסוי לתרופה ונותן למחצית מחוליו (ללא ידיעתם או הסכמתם) פלצבו. ניתן לטעון שעשה פעולה אקטיבית של מתן חומר לא פעיל ("הטעיית החולים") או לחלופין - ביצע מעשה במחדל (אי מתן התרופה). התובע יציג מקרים בהם רופאים לא טיפלו כראוי בחולים והסנגור ינסה לטעון שרובם בוצעו בדרך אקטיבית בשעה שהרופא עבר כאן על מחדל.

יש עבירות מסוימות שמהניסוח שלהן לא ברור אם מדובר בעבירות מחדל פשוטות או אקטיביות. לדוגמה, עבירת תעבורה של אי שמירת מרחק מהרכב שלפניך - האם מדובר בפעולה אקטיבית של היעדר בלימה או בעבירה של אי ביצוע הדרישה לשמירת מרחק?

חלק נכבד מהעבירות, בהינתן הפרשנות הרווחת לסעיף 18ב, ניתנות לביצוע גם בדרך של מחדל וגם בדרך של פעולה אקטיבית. בעבירות כאלו חשוב להבהיר אם מאשימים את הנאשם הספציפי בהתנהגות מחדלית או אקטיבית. מדוע?

**א. אם מאשימים בהתנהגות מחדלית יש להוכיח כי הייתה מוטלת עליו חובה.**

**ב. השפעה על חומרת הענישה**

**ג. דרך המלך היא קודם להאשים מישהו בכך שביצע בפועל את העבירה (אקטיבי בולע פסיבי)**

דוגמה: אדם חופר בור ולא מגדר אותו, ומישהו נופל לתוכו. חופר הבור מואשם בעבירה של גרימת חבלה - וקודם כל מתמקדים בפעולה האקטיבית (חפירת הבור) ולא בפעולה הפסיבית (אי גידור).

המבחן המשפטי לזיהוי בין מעשה אקטיבי למחדל:

בפסיקה אין מבחן ברור, אבל בספרות ישנן שתי עמדות. הראשונה הינה **מבחן התנועה הפיזית** - פעולה נחשבת לאקטיבית אם היא דורשת תנועת גוף (אנרגיה קינטית). הבעיה במבחן זה היא שהוא צר מאוד (ואולי צר מדי). כך, למשל, חיילים אנגלים מצטיינים זוכים להצטרף למשמר המלכה בארמון. לפי הגדרה זו של פעולה אקטיבית, הם לא שומרים על המלכה - כי אינם זזים.

עמדה אחרת (קרמניצר ושגב) מציעה מכלול של שיקולים כדי להגיע להכרעה בנושא, כאשר ישנם שני מבחנים חלופיים: 1. האם מדובר במצב של **יצירת נזק** או במצב של **אי מניעת נזק** 2. האם מדובר **בהרעת המצב הקיים** או **באי שיפור המצב הקיים**. היתרון בגישה זו היא היותה ניואנסית, מאפשרת לבחון את המצבים בצורה מדויקת יותר. חיסרון - עמימות.

הדגמה: אירע פיגוע רב נפגעים ושולחים רופא כונן למקום הפיגוע. בעוד הרופא נוסע למקום, הוא שומע ברדיו פרשן שאומר שאותו ארגון טרור אימץ מדיניות של פיגוע במעגל שני. הוא נתקף פחד וחוזר לביתו. במקרה הזה, ההתנהגות של הרופא הינה התנהגות מחדלית של אי עשייה. ביחס למצב הדברים לפני התנהגותו, המצב היה היעדר מניעת נזק והיעדר שיפור המצב.

לחלופין, אם אותו רופא נוסע במונית, ונהג המונית מחזיר את הרופא הביתה חרף דרישת הרופא להגיע למקום הפיגוע - התנהגות הנהג הינה אקטיבית. ביחס מצב הדברים לולא התנהגותו, הוא יצר נזק ומרע את המצב (אילולא נהג כך, הרופא היה מגיע לפצועים).

תנאי 2: קיומה של חובת עשה - המקורות מהן נגזרת החובה

סעיף 18 אומר שמקור החובה יכול להיות בדין או בחוזה.

**1. חובות שמקורן בחקיקת העונשין.**

**א. חובות המעוגנות בעבירת מחדל פשוטות.** אדם שעבר על אי מניעת פשע, ובעקבות הפשע נהרג אדם - האם ניתן להעמידו לדין על הריגה? לכאורה כן, כי באמצעות המחדל האסור (אי מניעת הפשע) הוא היה אחד הגורמים למותו של אדם. התשובה בפועל יותר מורכבת. אם נאמץ את הפרשנות הרווחת לסעיף 18, הרי **שחובה הקיימת בעבירת מחדל פשוטה יכולה להקים גם עבירות אחרות על דרך המחדל.** ספציפית לגבי אי מניעת פשע - שהעמדה הרווחת גורסת כי היא עבירה בעייתית - הפרשנות קובעת שלא ניתן לעשות בחובה שימוש בהקשר של עבירות אחרות.

* הבעייתיות באי מניעת פשע נובעת מכך שזהו תפקיד המדינה לאכוף את החוק.

**ב. חובות הקבועות בסעיפים 322-326 לחוק העונשין.** חובות אלו עוסקות במקרים בהם לאדם יש זיקה מיוחדת לנפגע מהעבירה או לסיכון שנוצר בהקשר לעבירה. למשל, חובות בין הורה לילד. סעיפים אלו אינם מציינים את העונש שכרוך בהפרת החובה (משמע, הם לא קובעים "עבירות מחדל פשוטות") אלא מהווים מקור לביסוס קיומה של חובה, מקום בו מדובר בעבירת מחדל שלא מצוין בה מקור החובה.

**ס' 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".* פס"ד מ"י נ' מוסאזאדי (לא בסילבוס) מדגים חובה זו: שני בחורים שניהלו קיוסק לקחו על עצמם לטפל בקשישה ערירית שגרה מעל הקיוסק ולסייע לה בענייניה הכספיים. תמורת הסיוע הקשישה רשמה להם בצוואתה את הדירה. בשלב כלשהו הבחורים הפרו את חובותיהם כלפיה וכתוצאה מכך הקשישה שהתה תקופה ממושכת בדירתה מורעבת ומוקפת בצרכים. השניים הורשעו בעבירה של הזנחת מושגח לפי ס' 362, בצירוף החובה הקבועה בס' 322 לחוק העונשין.

**ס' 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...מחמת שלא קיים את חובתו האמורה".* סעיף זה מבוסס על זיקה ביולוגית בין הורה לילדו או על קשר של אפוטרופסות. **פס"ד פרג'** מדגים את השימוש בס' זה כמקור לחובה, לאחר שאב הוריד את בנו בן ה-12 ב"כביש המנהרות" בירושלים, לאחר שהאחרון התחצף אליו.

**ס' 325 - "חובת הממונה על מעשה שיש בו סכנה":** *"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...מחמת שלא קיים את חובתו האמורה."*

**ס' 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...מחמת שלא קיים את חובתו האמורה". בפס"ד שכטר נ' מ"י (לא בסילבוס), מודגמת חובה זו, לאחר שעכוזו של רוחץ בבריכה נצמד בכוח היניקה אל סורג המתכת שבעומק הבריכה ונחבל קשה בשל העדר מכסה ביטחון. האחראי על הבריכה הועמד לדין על גרימת חבלה ברשלנות על דרך המחדל, בהתאם לסעיף 341 (חבלה ברשלנות), וזאת כיוון שלא קיים את חובתו האמורה בסעיף 326.

**2. חובות שמקורן במשפט האזרחי.** מדובר בעיקר בחובות דיני הנזיקין, כשהמרכזית שבהן היא חובת הזהירות. אדם שגורם סיכון חייב לנקוט בכל אמצעי הזהירות הסבירים כדי להקטין את הסיכוי שמישהו יפגע מכך. העמדה המקובלת היא שחובות אלו רלוונטיות גם לעבירות המחדל. כלומר, בהפרת חובה אזרחית - בהתקיים שאר נסיבות העבירה - הרי שבוצעה עבירה במחדל.

**פס"ד לורנס:** דעת הרוב הרשיעה את לורנס בפעולה אקטיבית, כי היה שותף ביצירת הפעילות המסוכנת (במיוחד כי היה מבוגר יותר ובעל ניסיון בנשק). השופט לוין מציע חלופה של מחדל, לפיה גם אחרי שהחל המשחק - לורנס לא מנע מיאיר לכוון את האקדח לרקה. מאיפה קמה ללורנס חובה לעשות כן? חובת הזהירות של המשפט האזרחי.

קיימת ביקורת חזקה על העמדה שמחילה את חובות המשפט האזרחי על עבירות מחדל, בכך שהיא מפרה את עיקרון החוקיות והשיוריות. עיקרון השיוריות אומר שבמשפט פלילי ניתן להשתמש רק כשאמצעים אחרים לא משיגים את המטרה. כאשר המחוקק יצר את החובות האזרחיות, הוא חשב על נזיקין בלבד. אם האמצעים הללו נועדו לדיני הנזיקין, איך אפשר לעשות בהם שימוש במשפט פלילי ובכך להרחיב את מעגל ההפללה? הפרשנות אמורה להיות מצמצמת!

**3. חובות "עשה" בדרך הפסיקה -** הפסיקה קובעת כי לשופטים יש סמכות לקבוע חובות "עשה" פליליות על דרך הפסיקה. לגישה זו שני יתרונות על הגישה הקודם: בפוטנציאל, היא יותר צרה - כי לא כל חובה אזרחית תחול אוטומטית גם בעבירות מחדל במשפט הפלילי. בנוסף, כאשר השופטים ישקלו אילו חובות לקבוע - הם יתמקדו בסוגיות הפליליות (בניגוד לסיטואציות הנזיקיות עליהן חשב המחוקק).

הבעיה בגישה זו היא *החלשה בפועל של האיסור על יצירת עבירות על דרך הפסיקה.* כמעט כל עבירה ניתן לבצע על דרך המחדל, ואם השופטים יתחילו לייצר חובות על דרך הפסיקה - מעגל ההפללה ילך ויתרחב. בפועל השופטים מקמצים מאוד ביצירת חובות שכאלו ודואגים לייצר רק חובות שיש להן מקבילות במשפט האזרחי.

**4. חובת ההצלה הכללית / החובה מכוח חוק "אל תעמוד על דם רעך" -** בארה"ב חוקקו חוקי "השומרוני הטוב", להם קיימת בעייתיות מוסרית. לא כל דבר שאינו בסדר צריך להפליל. לאדם יש את הזכות הטבעית המלאה להיות פחדן, וזה לא חייב להפוך אותו לפושע. ב-1998 חוקק בישראל חוק שקובע חובת הצלה מאוד מצמצמת. *העמדה המקובלת היא שהחובה הספציפית בחוק "אל תעמוד על דם רעך" לא רלוונטית לעבירות אחרות* (**פס"ד ויצמן**, השופט חשין), היות וברור מנוסח החוק (הסנקציה המרבית הינה קנס) שהמחוקק התכוון למשהו מאוד צר.

דוגמה: ישנה עבירה הקובעת כי הורה צריך לדאוג לילדו. אם ילד טובע וההורה לא קם להצילו - ההורה יועמד לדין על מחדל בגין הפרת חובת הורה ולא על "לא תעמוד על דם רעך".

**5. חובות "עשה" שמקורן בהתחייבות חוזית:** חוזה יכול להטיל אחריות כבדה על צדדים (לרבות אחריות לחיי אדם) ואין היגיון לפטור אדם מחובה כבדה אותה הפר רק משום שעיגונה הוא בחוזה ולא בחוק. דוגמה: חובת המציל למתרחצים בים מבוססת על חוזה העסקה מול העירייה.

עם זאת, *קיים ויכוח מלומדים באשר לחוזי אחריות בלתי מפורשים* ("חוזים מכללא"): האם ראוי 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.

תנאי 3: מתי נחשב אדם כמפר חובה?

כשמדברים על הפרת חובה, אדם ייחשב כמפר את חובתו רק אם לא עשה מאמץ אמיתי ורציני כדי למלא אותה. אם הוא עשה מאמץ אך נכשל בכך, זה לא ישקף עבירה פלילית - מילוי החובה לא מחייב את הצלחת הניסיון. עם זאת, אין וודאות בפסיקה לגבי איך יודעים מתי אדם עשה מאמץ אמיתי ורציני ובכך יצא ידי חובה, והדבר נתון להכרעת השופטים.

**שיעור 8 - 19.4.17**

**סוגיות בקשר סיבתי**

קשר סיבתי

בעבירות תוצאה, ליסוד העובדתי יש שני רכיבים נוספים שלא קיימים בעבירות התנהגות. משמע, גם בעבירות תוצאה וגם בעבירות התנהגות היסוד העובדתי כולל: (1) רכיב התנהגות (2) רכיב נסיבתי, ובעבירות תוצאה נוספים גם (3) רכיב תוצאה (4 )רכיב קש"ס (בין התוצאה להתנהגות).

סעיף 18 לחוק העונשין מהווה ביטוי פורמלי לדרישת התקיימותם של רכיבים אלו.

*18.  (א)  "פרט", לעניין 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.*

המילים "שנגרמה" מעגנת את הדרישה לקשר סיבתי. לעיתים קרובות קיומו של קש"ס הוא דבר פשוט (דקירה בלב מובילה למוות). אולם, הדברים נעשים מורכבים יותר בשני סוגים של מצבים:

**א. סיטואציות בהם מעורב יותר מגורם אחד בגרימת התוצאה.**

**ב. מקרים בהם יש מרחק יחסי (בזמן או במרחב) בין התוצאה לבין ההתנהגות.**

מבחן הקש"ס מחולק לשני מבחנים מצטברים: מבחן הקש"ס העובדתי ומבחן הקש"ס המשפטי.

קש"ס עובדתי

קיומו של קש"ס עובדתי נבחן באמצעות **"מבחן האלמלא"** או **"הסיבה שבלעדיה אין".** זהובמבחן עובדתי שבוחן האם אלמלא התנהגות העושה הייתה נגרמת התוצאה. *ההתנהגות לא צריכה להיות סיבה מרכזית או ישירה אלא די בכך שתיקח חלק בשרשרת הסיבתיות לתוצאה,* בכפוף להבהרות שנדון בהן בהמשך.

ניתן לטעון שפרשנות דווקנית של מבחן הקש"ס העובדתי מובילה למסקנה שבכל אשם האדם הראשון... פרשנות דווקנית של מבחן הקש"ס עשויה להטיל אחריות גם על אנשים שפעולותיהם רחוקות מאוד מהתוצאה. זו, בין השאר, אחת הסיבות שבגללה יש צורך גם בקש"ס המשפטי. אלו מבחנים מצטברים שבלעדי שניהם לא תתקיים דרישת הקש"ס.

דוגמאות למקרים בעייתיים מבחינת קש"ס עובדתי:

1**. גורמים משלימים:** א' וב' חברים בכנופיה הגובה דמי חסות ממסעדות. כאשר אחד המסעדנים מסרב לשלם, א' וב' דוקרים אותו. אם רק א' או ב' היה דוקר, המסעדן לא היה מת. היות ושניהם דקרו הוא איבד מספיק דם ומת. למרות שא' וב' הם חוליות נפרדות בשרשרת וכל אחד מהמעשים בפני עצמו לא היה גורם למוות, די בכך שהם מהווים חלק בשרשרת על מנת שיתקיים הקש"ס.

**2. גורמים חופפים:** אותם עבריינים דקרו שוב, אבל הפעם הדקירה של כל אחד הייתה יכולה לגרום למוות. כל אחד יוכל לטעון שלא התקיים קש"ס כי גם אלמלא מעשיו המסעדן היה מת (עקב מעשי האחר). בפרשנות דווקנית של המבחן, הטענה לכאורה הייתה מתקבלת וכל אחד מהם יועמד לדין רק על ניסיון לרצח (ולא על רצח). עם זאת, מבחינה אינטואטיבית ברור שזה בעייתי. קיים קונצנזוס **שבמקרה של גורמים חופפים יש לקבוע את קיומו של מבחן הקש"ס העובדתי,** אבל יש מחלוקת על האופן שבו צריך לרכך - בהקשר הספציפי הזה - את מבחן הקש"ס כדי להגיע לתוצאה המתאימה.

דרך אחת לריכוך מבחן האלמלא היא באמצעות **מבחן "דיות הפעולה".** תומכי הגישה טוענים כי בעת העמדתו לדין של א', יש לשאול האם די במעשה שלו כדי לגרום למוות. אותה השאלה נשאלת בעת העמדתו לדין של ב'.

גישה אחרת עושה בדיוק ההיפך, ותומכת **בקונקרטיזציה של מבחן האלמלא.** התומכים בגישה מציעים - בהקשר הספציפי הזה - לעשות הפוך מהנהוג בעת בחינת קש"ס משפטי. האם המוות היה נגרם - בדרך הקונקרטית שהיה נגרם - לולא הפעולה של א'? לא, כי צורת המוות הייתה שונה (אובדן דם שונה, פציעות שונות וכו').

**3. גורמים חליפיים:** שלוש משפחות פשע מסוכסכות. ראש משפחת בורר שולח את יד ימינו לשים מטען חבלה מתחת למכוניתו של ראש משפחת לוי. בחנייה יש שתי מכוניות והשליח מצמיד את המטען רנדומלית למכונית האדומה. ראש משפחת כהן שולח גם הוא את יד ימינו להצמיד מטען חבלה למכונית של לוי. הוא מצמיד אותו רנדומלית למכונית הירוקה. בבוקר אדון לוי נכנס לחנייה ובוחר אקראית באחת המכוניות, שמתפוצצת. השליח מועמד לדין וטוען כי גם אלמלא מעשיו אדון לוי היה מת, כי בשלב כלשהו היה נוסע במכונית השנייה - ולכן יש להרשיעו רק בניסיון לרצח. **העמדה המקובלת אומרת שיש להתעלם מחלופות תיאורטיות שלא קרו בפועל.**

קש"ס משפטי

קש"ס משפטי הוא מבחן נורמטיבי שבודק מי מבין הגורמים שבין מעשיהם לבין התוצאה מתקיים קש"ס עובדתי צריך לשאת באחריות. במבחן זה נבדקים לא רק שיקולים טכניים-עובדתיים אלא גם שיקולי מדיניות וצדק (מעין אמצעי בידי ביהמ"ש להתוות מדיניות שיפוטית).

המבחן לזיהוי קש"ס משפטי הוא **מבחן הצפיות הסבירה** (לא לבלבל עם מבחן הצפיות של היסוד הנפשי!). מבחן הצפיות הסבירה שואל האם האדם הסביר (האדם מן היישוב) יכול היה וצריך היה לצפות את התוצאה, ומורכב משני מבחני משנה:

**1. האם האדם הסביר יכול היה לצפות את התוצאה?** (מבחן מסוגלות)

**2. האם האדם הסביר צריך היה לצפות את התוצאה?** (מבחן נורמטיבי שמוכרע ע"י ביהמ"ש, משיקולי צדק ומדיניות).

**פס"ד יעקבוב:** אין ספק שקיים קש"ס עובדתי - התנהגות הבעל הייתה חלק משרשרת המעשים שהובילה לכך שהאישה המוכה קפצה מהחלון. אך האם התקיים קש"ס משפטי?

במשך שנים הגישה המקובלת הייתה שהאדם הסביר **לא יכול** לצפות התאבדות, כי האינסטינקט הבסיסי ביותר של האדם הוא להגן על חייו. ההשקפה המשפטית השתנתה עם השנים ואמרה שהאדם הסביר **לא צריך** לצפות התאבדות כי מדובר בהחלטה אוטונומית ליטול את החיים. קביעה שהאדם היה צריך לצפות התאבדות מהווה חוסר כבוד לאוטונומיה של המתאבד. הגלגול הנוכחי, שבא לידי ביטוי בפס"ד של השופטת דורנר, אומר *שבמקרה של בן זוג מוכה לאורך שנים, האדם הסביר גם יכול וגם צריך לצפות.*

היחס בין מבחן הצפיות הסבירה של סוגיית הקש"ס המשפטי לבין מבחן הצפיות הסובייקטיבי של עבירות תוצאה של יסוד נפשי סובייקטיבי:

יש שני מבחני צפיות בעבירות תוצאה במשפט הפלילי, ואל לנו להתבלבל ביניהם.

1. מבחן הצפיות הסבירה - חלק מבחינת **היסוד העובדתי** בכל עבירת תוצאה שהיא.

2. מבחן צפיות סובייקטיבי - האם הנאשם צפה את התוצאה? חלק מבחינת **היסוד הנפשי** בעבירות תוצאה שיש להן יסוד נפשי סובייקטיבי. כלומר, לא עבירות רשלנות ולא אחריות קפידה.

ישנם מקרים בהם נקבע שהאדם הסביר יכול והיה צריך לצפות את התוצאה, והנאשם עצמו לא צפה את התוצאה. במקרה כזה לא ניתן יהיה להרשיע בעבירות תוצאה שהיסוד הנפשי שלהן הוא סובייקטיבי. במצב הפוך, בו הנאשם צפה בפועל את התוצאה אבל האדם הסביר לא היה צריך או יכול לצפות את התוצאה - האם יתקיים קש"ס משפטי?

הגישה הוותיקה אומרת כי מרגע שידוע כי האדם הסובייקטיבי צפה, אין צורך לשאול מה היה עושה האדם הסביר (הלכת אבו ג'נאם). הקש"ס המשפטי מתקיים ביסוד העובדתי. עמדה זו רווחה לאורך שנים רבות במשפט הישראלי.

**דנ"פ פלוני** עסק במרוץ מכוניות לא חוקי, וביהמ"ש אימץ בו גישה אחרת. מרגע שנודע כי הנאשם צפה את התוצאה, מתייתר הצורך לתת המבחן הראשון של מבחן הצפיות (מבחן המסוגלות) אבל עדיין צריך לבדוק את תת המבחן השני (מבחן נורמטיבי של שיקולי מדיניות). לפעמים שיקולי מדיניות יובילו את ביהמ"ש לתוצאה כי האדם הסביר לא היה צריך לצפות, כך שאין להרשיע את הנאשם. למרות שמארגני התחרות צפו שיש סיכוי שמישהו ייהרג בתחרות, עדיין יש שתי סיבות שמובילות למסקנה כי האדם הסביר לא היה צריך לצפות זאת:

א. קיימת עבירה אחרת עם עונש מקסימלי זהה שניתן להרשיע בה (במקרה דנן - סיכון חיי אדם)

ב. המתחרים שנהרגו עשו החלטה אוטונומית להשתתף בתחרות, וכיבוד ההחלטה האוטונומית מחייב להגיע למסקנה של התקיים קש"ס. במקרים בהם יש ספק בדבר אוטונומיית המנוחים (למשל, קטינים), כן יגיעו למסקנה שהאדם הסביר היה צריך לצפות את התוצאה.

מה האדם הסביר נדרש לצפות?

העמדה המקובלת היא שבודקים רק אם האדם הסביר היה יכול וצריך לצפות את **סוג הנזק.** הוא לא צריך לצפות את ממדי הנזק או את אופן גרימתו. חשוב לציין שלפעמים הגבול בין סוג וממד אינו ברור. מוות, למשל, נופל תחת הקטגוריה של סוג נזק - נזק גוף. אם היה צריך לצפות נזק גוף וקרה נזק רכוש - אין קש"ס. אבל מה אם היה צריך לצפות נזק גוף מסוג חתך ונגרם נזק גוף מסוג מוות? לפעמים ההבדל לא חד בין סוג וממד.

חריגים לעמדה הזו: אין דרישה שהאדם הסביר יצפה את הנזק אם התוצאה קרתה **באופן חריג ביותר.** כלומר, אם אופן קרות הנזק קרה באופן חריג - יש קש"ס. אם קרה באופן חריג ביותר - אין קש"ס. כנ"ל לגבי ממדי הנזק, אם יש פער חריג בין הצפוי למצוי - ככה"נ לא יהיה קש"ס משפטי (חתך באצבע מול מוות) או יעבדו באמצעות דוקטרינת "הגולגולת הדקיקה".

**פס"ד פטרומיליו** מדגים את נושא סוג הנזק. האדם הסביר יכול וצריך לצפות כי במעשה כיוס בלתי אלים ייגרם נזק רכוש - אך לא נזק גוף (מוות).

**פס"ד ג'מאמעה** מדגים את אופן קרות התוצאה. הארוס חשב שארוסתו מתה ולכן השליך אותה לבאר. לכאורה, האדם הסביר לא יכול ולא היה צריך לצפות שהיא תמות בבאר, כי האדם הסביר כבר הניח שהיא מתה. אולם, *הדרישה היא לצפיית סוג הנזק ולא אופן קרות הנזק.* כלומר, די בכך שצפה כי תמות ולא כיצד תמות. רק במקרים בהם אופן קרות הנזק הוא חריג ביותר ניתן יהיה לקבוע היעדר קש"ס.

* בעבירות כוונה יש אינטואיציה מוסרית חזקה שאומרת כי אם קרתה התוצאה אליה התכוון המבצע, זה לא צודק לזכות אותו מעבירת הכוונה רק כי היא לא התרחשה באופן המדויק לו כיוון. לכן ביהמ"ש מפרש בצורה צרה מאוד את המונח "באופן חריג ביותר".

**"גורם זר מתערב":** טענה שאומרת כי בין הפעולה של הנאשם לבין התוצאה קרה משהו נוסף, שמחייב הגעה לתוצאה לפיה לא קיים קש"ס (האדם הסביר לא צריך לצפות). למשל, סנגורים יטענו כי מדובר בהתנהגות המנוח (כמו **בפס"ד יעקובוב)**, או רשלנות רפואית (כמו **בפס"ד בלקר**). הפסיקה קבעה כי טענה זו אינה דוקטרינה נפרדת אלא נבדקת בהתאם לכללי מבחן הקש"ס (עובדתי ומשפטי). טענה זו תתיישב לרוב בתוך מבחני הצפיות (האדם הסביר).

**"גולגולת דקיקה":** טענת נפוצה שאומרת כי בנפגע התקיימה תכונה רפואית חריגה ביותר שרק בעטיה נגרמה התוצאה בממד המדובר, שהאדם הסביר לא יכול היה לצפות. אם התכונה הרפואית היא גולגולת דקה, האדם הסביר יכול וצריך לצפות. אם התכונה הרפואית היא גולגולת דקיקה האדם הסביר לא יכול וצריך לצפות. מונח זה הוטבע **בפס"ד מלכה.**

**פס"ד מלכה:** מעשה בתאונת דרכים בה פעוט שובר את היד ומקבל שפשוף קל בראש. הרופאים לא ראו את השפשוף ולא חיסנו את הילד, שמת מזיהום טטנוס. נקבע שבמקרה כזה אופן קרות המוות וממדי הנזק הם כאלו שהאדם הסביר לא יכול היה וצריך לצפות.

**שיעור 9 - 26.4.17**

**מבוא ליסוד הנפשי**

*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.*

סעיף זה קובע כי בעבירה הטיפוסית ("עבירת המודל") נדרשת מחשבה פלילית. כלומר, האדם צריך להיות מודע לרכיבי היסוד העובדתי. בהתאם, סעיף 20א לחוק העונשין מגדיר מחשבה פלילית כ"מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולעניין התוצאות גם כוונה ופזיזות (אדישות או קלות דעת)".

סעיפים אלה מבטאים עיקרון יסוד של המשפט הפלילי המודרני - "עיקרון האשם על פיו המעשה בכלל אינו באשם אלא אם יש בו יסוד נפשי/מחשבה פלילית ("נפש אשמה").

* אקטוס ריאוס = יסוד עובדתי
* מנס ריאה = יסוד נפשי ספציפי מסוג המחשבה הפלילית אבל מקובל גם כיסוד נפשי כללי

הרציונל שבדרישת היסוד הנפשי

בעבר היו תרבויות בהן הגמול למעשים רעים לא תמיד הופנה לאשמים. דרישת היסוד הנפשי נועדה למנוע מצב של ענישת חפים מפשע (כפי שקורה במצבים של הריסת בתי מחבלים, נקמת דם וכו') שהייתה מקובלת בקרב משטרים חשוכים.

**הגישות הגמולניות המודרניות** מאמינות שהאשם טמון בנפשו של אדם, ולכן בהיעדר יסוד נפשי אין זה ראוי להענישו.

מרבית **הגישות התוצאתניות** מקבלות את העיקרון הגרעיני של כבוד האדם (איסור לעשות שימוש באדם כאמצעי) כעיקרון מגביל. בנוסף, הן מודעות לניסיון ההיסטורי הרע של משטרים שהענישו אנשים כאמצעי בלבד. מסיבות אלו גם גישות תוצאתניות מודרניות דורשות מחויבות לעיקרון האשם. *מטרת ההרתעה היא לכוון התנהגות, ולכן ככלל זה לא ראוי להעניש אנשים שלא יכולים לכוון את התנהגותם* (עקב חוסר מודעות).

ביטויו של עקרון האשם

לעיקרון האשם שני ביטויים מרכזיים: אין עבירה ללא אשם ודרישת ההלימה.

"אין עבירה ללא אשם"

דרישת "אין עבירה ללא אשם" אומרת כי בעבירה הטיפוסית, לא ניתן להרשיע אלא אם התקיימו שני רכיבים:

**1. התקיימות היסוד הנפשי של העבירה.**

היסוד הנפשי צריך להתקיים בכל רכיבי היסוד העובדתי (התנהגות, נסיבות ואם מדובר בעבירה תוצאתית - לגבי רכיב התוצאה). ברמה הפרקטית יש שלושה סוגי עבירות:

*א. עבירות המחשבה הפלילית -* עבירות טיפוסיות שדורשות אשם סובייקטיבי. כלומר, בעבירות התנהגות ישנה דרישה למודעות להתנהגות ולנסיבות. בעבירת תוצאה נדרשת גם מודעות לתוצאה וכוונה או פזיזות ביחס לתוצאה.

*ב. עבירות אשם אובייקטיבי (רשלנות) -* העבריין לא חייב להיות מודע לנסיבות, להתנהגות ולתוצאה אך עדיין יימצא אשם אם ניתן יהיה להוכיח מודעות מצד האדם הסביר. אם נעשה מעשה רע שאפילו האדם הסביר לא היה יכול להיות מודע לרכיביו - אין עבירה.

*ג. עבירות אחריות קפידה -* עבירות בהן ניתן להרשיע בהתקיים היסוד העובדתי.

**2. היעדר קיומו של סייג בפלילים (הגנה עצמית, כורח, קטינות וכו')**

דרישת ההלימה

דרישת ההלימה אומרת כי צריכה להיות הלימה בין מידת אשמתו של אדם לבין מידת האחריות הפלילית והעונש שמוטלים עליו. לדרישה זו שני ביטויים:

**א. רמת העונש -** שני אנשים שביצעו את אותו המעשה בנסיבות זהות, אחד ברשלנות ואחד במודעות, לרוב יקבלו עונשים שונים. ביטוי נוסף ניכר ברמת העונשים המקסימליים: החוק קובע כי לא ניתן להטיל עונש מאסר על עבירות אחריות קפידה ולא ניתן להטיל עונש מאסר של יותר משלוש שנים בגין עבירות רשלנות.

**ב. מידת האחריות הפלילית -** ברמת העיקרון, השאלה אם נפליל ומה יהיה גובה העונש המקסימלי נובעת משקלול של הערך המוגן והאשם של מבצע העבירה. לכאורה, עבירות רשלנות - בהן ניתן להניח כי האשם נמוך - מוצדקות רק כשהאינטרס הציבורי מאוד חשוב. ברמה התיאורטית לא היו צריכות להיות הרבה עבירות רשלנות אבל בפועל ישנה "מגפת הפללה" בישראל. קיימות לא מעט עבירות רשלנות סביב אינטרסים ציבוריים משניים יחסית.

הסבר קצר על עבירות אחריות קפידה ועבירות רשלנות

עבירות אלו חריגות לעיקרון האשם במובן הטהור שלו.

**עבירת רשלנות** היא עבירה בה נעניש את האדם חרף חוסר מודעותו להתנהגות, לטיב המעשה או לתוצאה - רק בגלל שהאדם הסביר היה יכול להיות מודע אליהן.

**עבירות אחריות קפידה** הן עבירות שבהן כל מה שהתביעה צריכה להוכיח הוא קיום היסוד העובדתי. בעבר (עד תיקון 39) הן נקראו "עבירות אחריות מוחלטת", אבל התיקון שינה את שמן והוסיף להן סייג - הנאשם יכול להיות זכאי גם בהינתן היסוד העובדתי, במידה שיוכיח במאזן ההסתברויות כי (1) לא הייתה מחשבה פלילית ורשלנות ו-(2) עשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה. ישנן עבירות מסוימות בהן זה בלתי אפשרי (עבירת נהיגה עם פנס שרוף).

דיון פורמלי יותר בדרישות של ס' 22-19 וכן דיון בס' 90א

סעיף 19: ברירת המחדל היא שעבירה הינה עבירת מחשבה פלילית, אבל קיימים שני סוגים נוספים של עבירות (רשלנות ואחריות קפידה).

סעיף 20: מגדיר את היסוד הנפשי של מחשבה פלילית.

סעיף 21: מגדיר את היסוד הנפשי של רשלנות.

סעיף 22: מסביר מהי אחריות קפידה.

אם עבירה לא מציינת מהו היסוד הנפשי שלה, *ברירת המחדל היא שמדובר בעבירת מחשבה פלילית.* אולם, ישנן עבירות מסוימות (לפני תיקון 39) שבעקבות פרשנות הפסיקה יש להניח כי מדובר בעבירות אחריות קפידה או רשלנות. גם עבירות שמופיעות בחוקים אחרים לא פועלות לפי הכללים שנקבעים בסעיפים 22-19. למשל, עבירות שיש בהן יסוד נפשי של "ביודעין" (סעיף 111, עבירת מסירה ביודעין של מידע לאויב). בעקבות זאת הוחלט על סעיף "מילון" (ס' 90א) שקובע כי בעבירה מלפני תיקון 39 שיש בה שימוש באחד מהביטויים המפורטים בסעיף "המילון", והביטוי הספציפי באותה עבירה מתייחס ליסוד נפשי - משמעותו תיקבע לפי ס' 90א.

בפועל התיקון לא נעשה כמו שצריך, כך שנוצרו עבירות זהות במהותן עם עונש שונה.

* לזיו יש ביקורת רבה על הסעיף שמנסח את אותן סוגי עבירות בצורות שונות (הגדרה שונה ל"מחשבה פלילית" בין "ביודעין" ל"במזיד").

סעיף 20 מדבר על מודעות לכלל רכיבי היסוד העובדתי - טיב המעשה, הנסיבות ובעבירות תוצאה גם מודעות לתוצאה וכוונה/פזיזות.

*176. נשוי הנושא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר, דינם מאסר חמש שנים.*

בעבירה שותקת (כמו בס' 176) יש מחשבה פלילית, ולכן צריך מודעות למעשה ולנסיבות. כלומר, אדם צריך להיות מודע להיותו נשוי, לעשיית מעשה הנישואים ולכך שמדובר באישה אחרת. במקרים שאדם לא מודע להיותו נשוי (כמו בשנות ה-50, לאחר השואה) לא מתקיימת העבירה.

בעבירת תוצאה של מחשבה פלילית היסוד הנפשי דורש את *כל רכיבי המודעות של עבירת ההתנהגות לצד מודעות לאפשרות קרות התוצאה.* בנוסף, צריך להתקיים אחד משניים: **כוונה** לגרימת התוצאה או **פזיזות** לגביה.

פזיזות יכולה לבוא לידי ביטוי **באדישות** (שוויון נפש לגבי קרות התוצאה) או **בקלות דעת** (מודעות לאפשרות קרות התוצאה אך תקווה שלא תקרה - למשל, נהגים שנוסעים במהירות מופרזת).

עיקרון המזיגה

יש צורך במזיגה בין היסוד הנפשי להתנהגות. כלומר, היסוד הנפשי צריך להתקיים באותו זמן של ההתנהגות והנסיבות שקשורות אליה. מלומדים רבים חושבים כי ראוי שעיקרון המזיגה ידרוש לא רק זיקת עיתוי אלא גם זיקה מהותית. הנימוק לכך הוא שלעיתים קרובות זה שגוי להניח שדברים שמתרחשים סימולטנית בהכרח קשורים זה לזה. יש צורך בקשר מהותי עקב ההטיה להניח סיבתיות גם במקרים שאין. עם זאת, *הפסיקה במשפט הישראלי לא קיבלה את הטענה הזו וכיום דורשת רק זיקת עיתוי.*

מתי ניתן לקבל זיכוי מאשם לפי עיקרון המזיגה?

1. במועד א' התקיים הרכיב ההתנהגותי. זמן מה לאחר תום ההתנהגות, התקיים היסוד הנפשי.

2. במועד א' התקיימה המחשבה הפלילית אבל בפועל ההתנהגות בוצעה זמן מה לאחר שכבר לא הייתה מודעות.

דוגמה לזיכוי עקב אי קיומה של מזיגה (זיו מותח עליו ביקורת רבה):

**פס"ד טל** (לא בסילבוס) מדבר על מקרה בו אישיות ציבורית נסעה לחו"ל וקיבלה החזר כספי על כך. כאשר הוא הגיע לכנס בחו"ל הוא גילה שמארגני הכנס מכסים את ההוצאות ולכן הכסף נותר בידו. טל הפקיד את הכסף בחשבון הבנק הפרטי שלו והועמד לדין על קבלת דבר במרמה. ביהמ"ש זיכה אותו מהעבירה עקב אי קיום מזיגה - בשלב בו קיבל את הכסף מהקרן לא היה מודע לכך שהוא מקבל כספים שלא מגיעים לו. בשלב בו נעשה מודע, ההתנהגות כבר נעשתה ונגמרה.

קיימות כל מיני טקטיקות משפטיות בהן מרוכך עיקרון המזיגה, כאשר הריכוך מתייחס למקרים בהם במועד א' התקיים אחד היסודות ובמועד אחר התקיים היסוד האחר - אבל חוש הצדק לא מאפשר לזכות את העבריין. מקרים כאלו הובילו את ביהמ"ש לפתח טקטיקות לריכוך העיקרון - כך שגם אם פרשנות דווקנית שלו תוביל למסקנה שלא מתקיימת מזיגה (כי במועד א' התקיים היסוד הנפשי ובמועד ב' התקיים היסוד העובדתי), ביהמ"ש יפסוק שכן התקיימה המזיגה.

**בפס"ד ג'מאמעה** הנאשם חשב שהרג את ארוסתו ולכן זרק את "הגופה" לבאר. הארוסה מתה בפועל מטביעה בבאר (היסוד העובדתי). היסוד הנפשי לא יכול לכאורה להתקיים באותו שלב, כי הנאשם חושב שהיא כבר מתה ולכן לא מעוניין להרוג אותה. בא כוחו של הנאשם טען כי ניתן להרשיעו רק בניסיון לרצח. ביהמ"ש משך אחורה את ההתנהגות. מתי התחילה גרימת המוות? בשלב שהנאשם חנק את הארוסה, ולכן יש רגע בזמן שבו יש חפיפה בין היסוד הנפשי לחלק מההתנהגות. כנ"ל לגבי **פס"ד טובי**, בו המוות מהתייבשות נגרם עקב הנפילה מהמצוק - מות הקורבן נבע מהזריקה מהמצוק, כי אחרת היה יכול ללכת לשתות...

*הפיכת ההתנהגויות לסדרה מתמשכת מאפשרת ריכוך של עיקרון המזיגה.* הביקורת על שיטה זו אומרת כי מדובר במסמוס עיקרון המזיגה. גם כך קשה להשיג סיבתיות, ופרשנות לא דווקנית ביישום עיקרון המזיגה יוצרת חשש להרשעה במקום בו אין באמת אשם. בדוגמאות שנתנו הנאשמים כנראה עדיין היו מואשמים במשהו, כך שלא צריך להוזיל את עיקרון המזיגה.

**פס"ד פייגן** עוסק במקרה שבו במועד א' התקיימה ההתנהגות ובמועד ב' התקיים היסוד הנפשי. פייגן התבקש לעצור בצד ע"י שוטר בריטי, ועצר על הרגל של השוטר. השוטר אמר לו "אתה על הרגל שלי" ופייגן ענה "וואלה? מגניב". פייגן הועמד לדין על תקיפת שוטר, וסנגורו טען כי יש לזכותו ולכל היותר להרשיע בגרימת חבלה ברשלנות. למה? בשלב בו פייגן עלה על הרגל של השוטר, לא התקיימה מודעות להתנהגות ("וואלה?"). לאחר מכן התקיים היסוד הנפשי ("מגניב"). ביהמ"ש קבע כי התקיפה נמשכה לכל אורך הזמן בו הרכב היה על הרגל - ההתנהגות נמתחת בזמן עד לקיומו של היסוד הנפשי.

עיקרון המזיגה לא מופיע בחוק העונשין גם לאחר תיקון 39, ולכן ניתן היה לטעון שבאי כלילתו בחוק התכוון המחוקק ליצור הסדר שלילי: עיקרון המזיגה אינו חלק מדיני העונשין במדינת ישראל. הפסיקה לא קיבלה את הטענה הזו, וגם לאחר תיקון 39 העמדה הרווחת היא שעיקרון המזיגה הוא חלק מדיני העונשין בישראל. כלומר, *עיקרון המזיגה הוא דוגמה לעיקרון שמהווה חלק בדיני העונשין ולא מעוגן בחוק העונשין* (אלא בפסיקה).

**שיעור 10 - 3.5.17**

**עצימת עיניים**

העבירה הטיפוסית היא עבירת מחשבה פלילית, וכדי להרשיע בה יש להוכיח מודעות למעשה (רכיב ההתנהגות) ומודעות לנסיבות ולתוצאה. דוקטרינת עצימת העיניים קובעת שבן אדם שחשד לגבי התקיימותן של הנסיבות ו/או חשד לגבי התקיימות ההתנהגות אך נמנע מלברר - רואים אותו כאילו היה מודע אליהן.

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

לדוקטרינה זו שתי תכליות קשורות:

א. הכללית יותר אומרת **שקשה לדעת מה מתרחש בנפשו של אדם** - ולכן יש סדרת דוקטרינות משפטיות במשפט הפלילי, שנועדו לסייע לנו לקבוע מה מתרחש בנפשו של אדם. דוקטרינת עצימת העיניים היא דוגמה לדוקטרינה כזו (חשד + היעדר בירור = כמו ידיעה).

ב. הספציפית יותר נועדה **למנוע "הקטנת ראש".** אם לא הייתה קיימת הדוקטרינה, הדרישה להוכחת מודעות הייתה מתמרצת אנשים לדעת כמה שפחות - כי כך יוכלו להקטין את הסיכון שיורשעו באחריות פלילית. כדי למנוע זאת יצרו את דוקטרינת עצימת העיניים (אם חשדת ולא ביררת - כאילו ידעת, ואז ניתן להטיל עליך אחריות פלילית). דוקטרינת עצימת העיניים אומרת לאדם החושב לעשות אחד משניים: לברר (ולבצע, אם גילית שזה לא פלילי) או לא לבצע.

למה דוקטרינת עצימת העיניים לא מתייחסת לתוצאה?

הסיבה לכך היא **שהתוצאה מתרחשת לאחר ההתנהגות,** בשונה מהנסיבות. בשלב ההתנהגות התוצאה עדיין לא התקיימה ויש רק פוטנציאל שתתרחש. יש דוקטרינות אחרות שפותחו על מנת לייצר חלופת מודעות בהקשר של התוצאה, והן דוקטרינות שמביאות את הנתון הזה בחשבון.

רמת החשד הנדרשת לצורך יישום הדוקטרינה

דוקטרינת עצימת העיניים דורשת מאדם לעשות פעולה אקטיבית (אם חושד - לברר) ובכך מגבילה מהותית את חירות הפרט. עקרון החוקיות לגבי פרטים אומר שלאדם מותר לעשות הכל למעט מה שנאסר בחוק - כלומר, השאיפה היא להותיר לבני אדם כמה שיותר חירות. מכך אפשר להבין *שניתן לדרוש מאדם לפעול רק אם החשד גבוה*. בנוסף, אם המטרה היא להטיל אשמה - ראוי להטילה רק במקרים של חשד רציני.

אולם, זה מנוגד לתכלית הדוקטרינה (מניעת ראש קטן). עד תיקון 39 העמדה הרווחת דרשה חשד מאוד גבוה מצד הנאשם. אחרי תיקון 39 (שלרוב משווק דווקא כמגן זכויות הנאשמים) השתנתה עמדת הפסיקה **ונקבע כי נדרש חשד - ולו קטן - כל עוד הוא ממשי ומציאותי.** הנימוק לכך פורמליסטי מאוד: המחוקק לא ציין בסעיף 20(1)(ג) רף חשד כלשהו, ומכך ניתן להניח שהוא לא רצה לקבוע רף חשד גבוה.

מקרים בהם קיים קושי לברר

הדוקטרינה חלה במציאות בה יש אפשרות לברר. אם אין אפשרות לברר - הסעיף לא רלוונטי. בסיטואציות בהן קשה לברר המצב נעשה מורכב יותר. ישנן שלוש סיבות מרכזיות לקושי:

**1. הבירור ידרוש זמן רב**

**2. הבירור ידרוש משאבים רבים**

את הזמן והכסף ניתן להדגים באמצעות **פס"ד כנען נ' ממשלת ארה"ב.** אדם שחושד שרכש משהו גנוב, צריך לבזבז זמן רב כדי לתור אחר הדוכן הזמני בו רכש את המוצר.

**3. הבירור ידרוש, כשלעצמו, ביצוע עבירה פלילית**

האם בסיטואציות כאלו דוקטרינת עצימת העיניים רלוונטית?

א. עמדתה הכללית של הפסיקה: מלבד בעבירות אינוס, הפסיקה מצהירה כי זמן וכסף בלתי סבירים שווי ערך להיעדר אפשרות לברר (בהתאם לתחושה האינטואיטיבית). הבעיה בגישה זו היא שהיא **מתעלמת מהטיה אנושית נפוצה ובלתי מודעת שנקראת "חוכמת הבדיעבד",** שפוגעת גם בשופטים. אנשים שיישאלו בסיטואציה תיאורטית מסוימת מה היו עושים, יגידו X. בדיעבד, אם אותו אירוע תיאורטי יקרה - הם יגידו Y ויהיו הרבה יותר שיפוטיים. בהרבה מקרים שופטים שמגיעים למקרים כאלו נעשים שיפוטיים יותר וקובעים כי הכסף והזמן לא היו בלתי סבירים (למרות שהיו יכולים להיות סלחנים בהרבה אם היה מדובר במקרה תיאורטי).

ב. גישתו של קוגלר: יש לאפשר לשופטים לקבוע קביעות נורמטיביות לגבי מהו זמן וכסף סבירים. כלומר, השופטים ייקבעו בהתאם לשיקולי מדיניות וצדק האם היה צריך לברר יותר או לא בכל סיטואציה נתונה. הנימוק לכך הוא שגם כאשר לא ניתן לברר - אדם יכול לבחור שלא לעשות. כלומר, לגישה של קוגלר יש שני יתרונות מרכזיים: (1) הפניית תשומת הלב לעובדה שגם אם אין אפשרות בירור, **לאדם תמיד יש חלופה שלא לבצע את המעשה** (2) היא **מוציאה לדיון הגלוי את מה שהשופטים עושים ממילא** - שיפוט נורמטיבי של מידת הפעולות שנקט האדם לבירור.

הבעיות בגישה הן: (1) פגיעה בעיקרון החוקיות. אם לאדם מותר לעשות כל מה שלא אסור, והוא חושד אך לא יכול לברר - מותר לו לעשות (2) קוגלר מכניס אלמנט אובייקטיבי חזק מאוד לתוך הבחינה של היסוד הנפשי הסובייקטיבי - עצימת עיניים היא חלופה למודעות סובייקטיבית.

ג. עמדת הפסיקה בהקשר לעבירת האינוס: בהקשר של עבירת האינוס ביהמ"ש מציג גישה פרשנית אחרת לאופן שבו מבינים את דוקטרינת עצימת העיניים. אולם, כיוון שזה נעשה בדרך של פרשנות לדוקטרינת עצימת העיניים (ולא לעבירת האינוס), מבחינה פורמלית אין מניעה מלהחיל את הפרשנות הזו על מקרים אחרים שאינם אינוס.

הגישה הפרשנית הראשונה היא **גישת "החלל התודעתי".** אדם שלא חושד - כי לא אכפת לו מספיק כדי לחשוד - לכאורה לא נכלל תחת עצימת העיניים (שאומרת כי חשד + היעדר בירור = תחליף לידיעה). לפיכך ביהמ"ש פיתח את דוקטרינת "החלל התודעתי", שאומרת כי אדם שהכניס את עצמו למצב מנטלי בו לא מספיק אכפת לו כדי לחשוד - דינו כדין חושד, שדינו כדין מודע.

* בעבירת האינוס (החדרת איבר מין או חפץ לאיבר מין של אישה בהיעדר הסכמה חופשית) או בעבירת מעשה סדום, מה שרלוונטי הוא *מודעות לנסיבה של היעדר הסכמה חופשית.*

**בפס"ד טייב** טוען המערער כי הוא לא חשד בכלל בהיעדר הסכמת המתלוננת, שלכאורה שיתפה פעולה עם מעשיו. הוא יוצא נגד התנהלות ביהמ"ש שמאמצת גישה דומה לזו של קוגלר - "יכולת לא לעשות". בתגובה, ביהמ"ש עושה דוקטרינת "חלל תודעתי" מבלי לקרוא לילד בשמו.

**בפס"ד אזולאי** טוען המערער כי המתלוננת "זרמה" איתו וגם תגובתה לאחר יחסי המין מעידה כי לא הייתה התנגדות. מטרתו היא להראות כי לא הייתה מודעות לחוסר קיומה של הסכמה חופשית. ביהמ"ש נתלה ברמזים "קטנים" כדי לטעון שכן היה חשד ללא בירור.

קיים מתח בין שתי טענות: נקודת מבט אחת שאומרת כי בסיטואציה של המגע המיני אין שום בעיה לברר - אפשר פשוט לשאול! נקודת מבט אחרת אומרת כי בדינמיקה של אינטראקציה מינית, עצם השאלה עשוי להרוס את הרגע ולגרום לתשובה שלילית.

המגמה בפסיקה בעשרים השנים האחרונות מציגה בחירה ערכית שמטרתה לשנות את הדינמיקה הזו. *המציאות הוכיחה שאי דרישת הסכמה מפורשת מובילה לכך המוני נשים נפגעות כתוצאה ממין בכפייה.* לעומתה, "המחיר הכבד" מהצד השני (הריסת "הרגע") לא פרופורציונלי למחיר שנשים משלמות. באמצעות שינוי המדיניות ביהמ"ש מנסה להוביל שינוי חברתי.

* הבעיה של זיו עם המטרה החיובית הזו היא שהיא נעשית דרך דוקטרינת עצימת העיניים - ולא דרך פרשנות רכיב ההסכמה החופשית בעבירת האינוס. ברגע שהמהלך נעשה דרך פרשנות דוקטרינת עצימת העיניים, **השימוש בגישות הללו עשוי לגלוש לעבירות אחרות.**

החלת עצימת עיניים בעבירות מחדל

ישנה עמדה שאומרת כי לא ראוי להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים בעבירות מחדל, שבהן אדם נדרש לפעול באופן אקטיבי. אם נחיל את דוקטרינת עצימת העיניים על עבירות אלו, *נדרוש פעולה אקטיבית לא רק מאנשים שמודעים אלא מכל מי שחושד.* כלומר, יש כאן **הרחבה משמעותית של מעגל ההפללה** - פגיעה חמורה מאוד בעיקרון החוקיות וחירותם של בני האדם.

מנגד, יש עמדה שאומרת שחייבים להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים על עבירות מחדל:

א. טיעון פורמליסטי - בנוסח של ס' 20(1)(ג) אין בסיס להבחנה בין עבירות מעשה לעבירות מחדל.

ב. טיעון מהותי - מטרת עבירות המחדל היא לגרום לאנשים לפעול בסיטואציות בהן נרצה שאנשים יפעלו. *אי החלת דוקטרינת עצימת העיניים בסיטואציות כאלו תסכל במידה רבה את תכלית העבירות.*מדוע? אנשים בד"כ רק חושדים, ובסיטואציה כזו אין להם תמריץ לפעול אלא להיות "ראש קטן". לפיכך, חייבים להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים על עבירות מחדל.

עמדת הפסיקה היא **שככלל, דוקטרינת עצימת העיניים חלה על עבירות מחדל - אבל ביהמ"ש רשאי בדרך פרשנית לקבוע שדוקטרינת עצימת העיניים לא תחול על עבירת מחדל ספציפית כזו או אחרת.** פסיקה זו נקבעה בפס"ד הר-שפי.

**פס"ד הר-שפי** עסק בעבירת המחדל של אי מניעת פשע. הר-שפי טענה כי לא האמינה שיגאל עמיר מסוגל לבצע את הרצח - כלומר, לא הייתה מודעת באמת לרצונו לבצע פשע. ביהמ"ש בוחן את טענותיה ולאור העדויות והראיות בתיק קובע כי מרגלית הר-שפי **ידעה**. עם זאת, בדיון שמובא כהערת אגב, דן השופט חשין בשאלת תחולת דוקטרינת עצימת העיניים על עבירות מחדל באופן כללי ובאופן ספציפי על עבירת אי מניעת פשע.

חשין אומר שבנוסף לקושי הכללי שקיים בדוקטרינת עצימת העיניים על עבירות מחדל, יש שלושה שיקולים נוספים כנגד החלת הדוקטרינה באופן ספציפי על עבירת אי מניעת פשע:

(1) החלה של הדוקטרינה על העבירה הנ"ל תייצר **חובת בילוש כללית.** די בכך שאדם חושד שמישהו מבצע עבירה וכבר הוא מחויב לברר ולחטט במעשי זולתו.

(2) העבירה קובעת שיש לנקוט באמצעים סבירים לסיכול העבירה. החלת הדוקטרינה תטיל **חובה על כל אדם שחושד להגיש תלונה** - ולכך יש מחיר חברתי לצד הגברת העומס על המשטרה.

**(3) קשה מאוד לדעת מה אדם זומם, מה שעשוי להוביל לטעויות בהערכת כוונותיו -** כלומר, במקרים רבים הבילוש והגשת התלונות יבוצעו לשווא, גם כאשר אדם לא באמת זמם לפשוע.

מכל הסיבות הללו חשין קובע כי דוקטרינת עצימת העיניים לא חלה על עבירת אי מניעת הפשע. בכך הוא מקיים את הקביעה הכללית שביהמ"ש יכול לקבוע שדוקטרינת עצימת העיניים לא חלה על עבירות מסוימות.

ביקורת על פסיקתו של חשין

על פסיקתו של חשין הייתה ביקורת גדולה, בעיקר מצד פרופסור מרדכי קרמניצר:

**(1) פגיעה בעיקרון החוקיות -** תכליתו של החלק הכללי היא להיות כללי, ואם המחוקק לא רוצה שעיקרון כללי יחול על עבירה מסוימת, זה תפקידו לומר זאת.

**(2) מלבד במקרים חריגים, בד"כ כל מה שיש לאדם הוא חשד על כוונה לבצע פשע.** אי החלת דוקטרינת עצימת העיניים על העבירה הנ"ל *מצמצמת משמעותית*את המקרים בהם היא תחול.

(3) מדובר בעבירת אי מניעת פשע - עבירות שהן פשע נועדו **להגן על אינטרסים ציבוריים מאוד** **חזקים,** ועבירת אי מניעת פשע לקיים את האינטרס הזה.

**(4) רציונל עבירת אי מניעת פשע הנו להקטין את ההסתברות שיקרה פשע**. כך, במקרה אחד אדם בטוח שמישהו הולך לבצע מעשה, אבל לא בטוח כי הוא מעשה פלילי - ואז דוקטרינת עצימת העיניים לא רלוונטית, אך עדיין צריך לברר אם מדובר במעשה פלילי. במקרה שני אדם יודע שמעשה מסוים הוא פשע, אבל לא יודע בוודאות שאותו אדם יבצע אותו - וחשין קובע כי אין על האדם חובה לברר! קרמניצר אומר כי בשני המקרים הללו יש רצון שהאדם יברר, במטרה להקטין את הסיכוי להתרחשות העברות. בראייתו, חשין יוצר הבחנה לא ראויה בין מקרים דומים. בשני המקרים קיימת אפשרות ממשית לביצוע הפשע, ולכן ראוי שבשניהם יידרש האדם לברר.

**טעות במצב דברים**

טעות במצב דברים עוסקת בסיטואציה בה אדם לא חושד פשוט כי הוא חושב שהסיטואציה שונה ממה שהיא באמת. כלומר, אין מודעות או חשד אלא הבנה לא נכונה של המצב.

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

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

לדוגמה, עבירת הפוליגמיה. אדם שלא מודע לכך שהוא נשוי ומתחתן עם אישה אחרת - זו טעות במצב דברים. לא ניתן להטיל אחריות פלילית על אותו אדם.

אם כך, מדוע צריך את הדוקטרינה? הרי בכל מקרה אין פה יסוד נפשי הדרוש להתהוות העבירה. התשובה היא שהדוקטרינה נועדה בעיקר לשני מצבים:

**א. הגנות מדומות:** נער שרוצה להתאבד ומפחד שיתחרט, בוחר ב"התאבדות באמצעות שוטר". הוא יורד לכיוון מחסום עם סכין - ללא כוונה לפגוע - מתוך ידיעה שיירו בו. יורים והורגים את הנער, וכעת יש להכריע במצבו של המאבטח שירה. המאבטח גרם למותו של אדם בכוונת תחילה, אך לא ביצע זאת בסיטואציה של הגנה עצמית (עובדתית, הנער לא תכנן לפגוע בו). המאבטח טעה לחשוב שהוא נמצא בסיטואציה של הגנה עצמית, ולכן במצב הנתון דוקטרינת טעות במצב דברים מהווה הבסיס היחיד לזכות אותו (כי מתקיימת מחשבה פלילית אך לא סייג ההגנה העצמית).

**ב. המצבים המופיעים בסיפא של 34יח(א):** מצב בו קיימות שתי עבירות - קיום יחסי מין בהסכמה עם קטין מתחת לגיל 14 (עונש חמור) וקיום יחסי מין בהסכמה עם קטין מתחת לגיל 16 (עונש פחות חמור) - וילדה בת 13.5 אומרת לגבר שהיא בת 15.5. הגבר ששכב עם אותה נערה לא יכול לעמוד לדין על העבירה החמורה יותר, כי אין את היסוד הנפשי (מודעות לגילה). ללא הדוקטרינה של טעות במצב דברים, לכאורה לא היה ניתן להעמידו לדין גם בעבירה הקלה יותר - כי לא מתקיים היסוד העובדתי (גילה אינו 14-16). דוקטרינת טעות במצב הדברים מאפשרת לעשות את הדין עם אותה אדם, למרות שבמציאות לא התקיים היסוד העובדתי במלואו.

חשוב לציין כי בסיטואציה בה אדם שוכב עם מי שהוא חושב לבן 13.5, אבל בפועל אותו אדם בן 19 - הטעות במצב הדברים לא רלוונטית. *לא ניתן להרשיע רק משום שדימה שהוא במצב פלילי.*

**שיעור 11 - 8.5.17**

**עבירות מטרה וכוונה**

כוונה (במובנה הנכון)

רכיב חפצי בתוך היסוד הנפשי של מחשבה פלילית **בעבירות תוצאתיות בלבד.** הכוונה מתייחסת לתוצאה שבעבירה. לפעמים בחוק יהיה כתוב "כוונה" אבל לא במובן הזה.

החוק אומר שאם יש עבירה תוצאתית, חוץ מהמודעות לנסיבות, למעשה ולתוצאה - יש להוכיח רכיב חפצי: כוונה (+) או פזיזות, שמורכבת מאדישות (0)/קלות דעת(-).

א. כוונה היא **גישה חיובית** לקרות התוצאה.

ב. אדישות היא **אדישות** לקרות התוצאה.

ג. קלות דעת אומרת **שאין רצון שהתוצאה תקרה** אבל נלקח סיכון בלתי סביר בנסיבות העניין.

* הכלל הוא שבעבירה שותקת (לא מפרטת איזה רכיב חפצי צריך) מספיקה קלות דעת - (לקיחת סיכון בלתי סביר בנסיבות העניין) עבור מילוי דרישת יסוד הנפשי לצורך הרשעה.

דוגמאות לעבירות לא שותקות, שדורשות כוונה מפורשת:

*1. "הגורם (מעשה) לאדם (נסיבה) חבלה חמורה (תוצאה), שלא כדין (נסיבה), מתוך כוונה (יסוד נפשי חפצי מסוג כוונה) לגרום לו חבלה חמורה"*

יסוד עובדתי (יס"ע): מעשה (גרימת חבלה), נסיבות (לאדם, שלא כדין) ותוצאה (חבלה חמורה).

יסוד נפשי (יס"נ): מודעות לכל רכיבי היס"ע (מודעות למעשה, לנסיבות ולעתים גם **לתוצאה**).

רכיב חפצי: עבירת תוצאה בה מתקיים רכיב חפצי של כוונה ("מתוך כוונה לגרום חבלה").

*2. "עובד ציבור (נסיבה) המזייף מסמך (התנהגות) שהוא ממונה על עשייתו או שמירתו (נסיבה) או שיש לו גישה אליו מתוקף תפקידו (נסיבה) ועשה כן בכוונה לקבל דבר (יסוד נפשי חפצי של כוונה), וקיבל דבר (תוצאה) באמצעות מסמך מזויף כאמור (נסיבה)"*

עבירות מטרה/כוונה מיוחדת (במובנן הנכון)

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 רצה להשיג באמצעות ביצוע העבירה - שאינו קשור בהכרח לתוצאה בפועל של ההתנהגות**.

עבירות אלו מנוסחות בתבנית של:

"העושה X ב[כוונה] ל-Y..." (לא תמיד החוק משתמש במילה כוונה).

דוגמאות:

*192. "המאיים (מעשה) על אדם (נסיבה) בכל דרך שהיא (נסיבה)... בכוונה להפחיד את האדם (יסוד נפשי חפצי)..."*

מרבית עבירות המטרה הן עבירות התנהגותיות, ולא עבירות תוצאה. למרות שאין תוצאה ולכן לכאורה אין רכיב חפצי, המחוקק מעוניין שהעבירה תתקיים רק אם יש יסוד נפשי מעבר למודעות - הוכחה שיש מטרה בגינה העבירה בוצעה (במקרה הזה, כוונה להפחיד). עם זאת, **יש מספר עבירות מטרה שהן כן עבירות תוצאה.**

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

המעשה והתוצאה - הריגת החיה. העבריין מודע לכך שהוא הורג חיה, והרכיב החפצי הוא קלות דעת ביחס למותה (עבירה שותקת). בנוסף לקלות דעת, יש יסוד נפשי של מטרה - גניבת העור.

איך מזהים עבירת מטרה?

*סעיף 90א(2): "בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של... תיקון מס' 39... ושבו היסוד הנפשי שבעבירה בא לידי ביטוי במונח '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."*

למשל, עבירת הריגת חיה בכוונה לגנוב את עורה מציגה מצב בו הכוונה לא מתייחסת למעשה ולתוצאה העולים מן העבירה אלא ליעד חיצוני.

צורות של עבירות מטרה:

**א. צורות מוחמרות של עבירות קיימות -** תהיה עבירת בסיס שהיסוד הנפשי הדרוש לה הוא מודעות (או עבירה תוצאתית שהיסוד הנפשי הדרוש לה הוא פזיזות) ותהיה עבירה חמורה יותר הדורשת כוונה.

דוגמה: ס' 113 (ריגול חמור) *(ג) "מי שהשיג, אסף, הכין, רשם, או החזיק ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך, דינו מאסר שבע שנים.* ***התכוון בכך*** *לפגוע בביטחון המדינה, דינו - מאסר 15 שנים."* העבירה הבסיסית היא עבירה התנהגותית רגילה, העבירה החמורה היא עבירת מטרה.

"כדי"; "לשם"

החוק משתמש במגוון מילים בשביל לתאר מטרה של הנאשם. המילים העיקריות שמחליפות את המילים "כוונה" או "מטרה" הן "כדי" ו-"לשם". דוגמאות למופעים שגרתיים של המילים הללו:

(1) אם המילה מתייחסת לתוצאה אז משמעותה היא "כוונה" (במובן הנכון של המונח)

* אם "כדי"/"לשם" מתייחסת **לתוצאה הרשומה בעבירה**, משמעותה = כוונה (רכיב חפצי).

(2) אם היא מתייחסת ליעד, אז משמעותה "מטרה"/"כוונה מיוחדת" (במובן הנכון)

* אם "כדי"/"לשם" מתייחסת ליעד של הנאשם **שלא קשור** **לתוצאת העבירה** = מטרה.

(3) אם היא מתייחסת למניע שמתוכו נעשה המעשה אז משמעותה היא "מניע" (במובן הנכון)

דוגמאות:

348. הגדרת מעשה מגונה: *"מעשה* ***לשם*** *גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים"*

"לשם" - **המטרה** שלשמה עושה האדם את המעשה המגונה.

173. פגישה ברגשות דת: *"מפרסם (מעשה) פרסום שיש בו* ***כדי*** *לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים (נסיבה)..."*

אין כאן תוצאה, לא נדרשת הוכחה שהפרסום באמת פגע ברגשות דתיים. זוהי עבירה התנהגותית. המילה "כדי" במקרה הזה מתארת נסיבה.

מניע (במובנו הנכון)

הגורם הנפשי שהוביל את האדם לבצע את העבירה. בעבר, לפי סעיף 16 לגרסה הישנה של החוק, העיקרון אמר כי זה לא משנה למה אדם עבר על עבירה (קנאה, כעס וכו') - אין לזה משמעות לעניין האחריות הפלילית. כלומר, אין דבר כזה "מניע".

לאחר תיקון 39 בוטל סעיף 16, וסעיף 90א(2) אומר במפורש כי יש דבר כזה מניע (בכל פעם שכתוב "בכוונה", ניתן לפרש או כמטרה או כמניע).

**ההבדל בין מטרה למניע הוא ההבדל בין עבר ועתיד.**

יש ויכוח בין מלומדים האם יש דבר כזה "מניע":

**א. יש הסוברים כי אין מניע והמצב החוקי-משפטי לא באמת השתנה בעקבות בטלות סעיף 16.** כלומר - "בכוונה" מתייחסת רק לעבירות מטרה (יעד עתידי שלשמו נעשתה העבירה).

ב. מנגד, יש הסוברים כי **יש דבר כזה מניע ולכן גם שונה החוק. ישנן עבירות שבשביל להרשיע בהן, יש צורך בהוכחת המניע והרקע לביצוע העבירה.**

לדוגמה, סעיף 167: *"המוריד או הורס, בפומבי, דגל או סמל של מדינה ידידותית, או עושה מעשה אחר לפגוע בהם, והכל* ***בכוונה להביע איבה או בוז לאותה מדינה****..."*

עבירת הרצח

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

***(2)   גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;***

יסוד נפשי של רצח - סיכום

1. מודעות להתנהגות

2. מודעות לנסיבה (הקורבן הוא בן אדם)

3. בנוגע לתוצאה, לא להוכיח רק מודעות אלא גם דרישה לכוונת תחילה.

כוונת תחילה

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

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

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

יסודות כוונת תחילה:

**1. ההחלטה להמית.**

(א) צפייה מראש של האפשרות שהתנהגותו תגרום להתרחשות התוצאה המעשית.

(ב) רצון שהתוצאה תתגשם (כוונה).

* אין דרישה לגיבוש היסודות לפני המוות (לא צריך מחשבה מעמיקה, למשל אדם שדוקר במועדון באופן ספונטני). לפיכך, ההחלטה להמית אינה יסוד משמעותי במיוחד.

**2. הכנה.**

ביהמ"ש "שחק" את היסוד כך שכיום, די גם בהכנה קצרה (שניות בודדות) עד לכדי שאין פסק זמן בינה לבין מעשה ההריגה (שליפת אולר, לדוגמה). כלומר, אפילו לא נדרש שמעשה ההכנה ומעשה גרימת המוות יהיו ניתנים להפרדה. אין דרישה בהשקעת משאבים מסוימת. ההלכה הישראלית קובעת שההכנה נמדדת בפרמטרים פיזיים (סוג של יסוד עובדתי בתוך יסוד נפשי). מדובר בבדיקה של מעשיו של האדם (ולא בניסיון לחדור לנבכי נפשו של האדם).

**3. היעדר התגרות.**

אם הנאשם "הביא את זה על עצמו" (התגרות) - אין רצח.

**פס"ד היילו:** בחור ממוצא אתיופי סבל מהצקות והתעללות מצד בחור בשם ירון. שבועיים לפני האירוע ירון ביצע בהיילו מעשה סדום. בערב האירוע השניים היו שיכורים, הלכו מאחורי פיצוציה והיילו קפץ על ירון, חנק אותו והיכה אותו עד שמת. האם היה קנטור? אם הייתה התגרות, הנאשם לא נחשב לרוצח כי ההתגרות הייתה כזו שדמו רתח והוא לא שלט במעשיו. כלומר, הוא הרג אבל לא רצח (כוונת תחילה). ביהמ"ש המחוזי הרשיע את היילו ברצח והשופט מלצר קבע כי לא היה רצח עקב קנטור מתמשך.

ביהמ"ש בפס"ד היילו, בניתוח של יסוד היעדר הקנטור, נשען על ניתוחו של השופט ברק **בפס"ד ביטון** - מבחן כפול שבודק היעדר קנטור גם בפן אובייקטיבי וגם בפן סובייקטיבי.

(1) האם הלך רוחו **הספציפי** של היילו היה כזה שדמו רתח, רוחו סערה ולא שלט במעשיו?

(2) האם הלך הרוח של **האדם הסביר** שקונטר באופן כזה יוביל לרצח של האדם שהתגרה בו?

מטרת המבחן האובייקטיבי למנוע מצב שבו חמומי מוח יוכלו לרצוח "בחופשיות". בשביל שיהיה קנטור "המצדיק רצח" חייבים להוכיח שגם הנאשם וגם האדם הסביר חוו קנטור.

בפס"ד היילו, השופט מלצר טוען כי יש לבדוק את *האדם הסביר שחווה עבירות מין.*

**היעדר שקילה מוסרית = קנטור. ולהיפך - שקילה מוסרית מעידה על היעדר קנטור.**

ס' 69 **לפס"ד היילו:**

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

**שיעור 12 - 10.5.17**

**הלכת הצפיות**

מבוא קצר על הקושי בהוכחת יסוד נפשי

לא קל להוכיח את שבנפשו של אדם. לפיכך התפתחו דוקטרינות שמטרתן להקל את חיי השופטים. כללים אלו שייכים לאחד משני סוגים:

**א. כללים שקובעים חזקות שאומרות** **שבהתקיים נתונים עובדתיים מסוימים** (שקל יותר להוכיח), **ביהמ"ש יכול להניח שהתקיים בנפשו של אדם האלמנט הנפשי הרלוונטי.**

**ב. כללים שמנמיכים את הרף -** לדוגמה, ברוב עבירות התוצאה צריך להוכיח כוונה או פזיזות. יותר קל להוכיח פזיזות.

חזקת המודעות

החזקה הבסיסית ביותר בהקשר של היסוד הנפשי היא חזקת המודעות הכללית. חזקה זו אומרת שאדם מודע למשמעות הטבעית של התנהגותו, לנסיבות הטבעיות שסובבות את התנהגותו ולתוצאות העתידיות שעשויות לנבוע מכך.

**פס"ד פלוני** (אריק קרפ ז"ל) אומרת שחזקת המודעות היא "חזקה שאדם מודע למשמעות התנהגותו מבחינת טיבה הפיזי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאות הטבעיות שעשויות לצמוח ממנו. חזקת המודעות אינה חזקה חלוטה וניתנת לסתירה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו".

כלל משפטי נוסף שלמדנו ונועד להקל על השופטים הוא דוקטרינת עצימת העיניים - הרבה יותר קל להוכיח שאדם חשד מאשר ידע. אולם, דוקטרינת עצימת העיניים לא רלוונטית לתוצאות - לשם כך יש דוקטרינות אחרות כמו הלכת הצפיות. **הלכת הצפיות נועדה לשמש תחליף לכוונה.**

מבוא קצר להלכת הצפיות ושימוש בה כתחליף לכוונה בעבירות תוצאה

הלכת הצפיות ותיקה מאוד ומעוגנת באופן מפורש בחוק (סעיף 20) שקובע:

*20 (ב)  לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.*

בעבירות תוצאה צריך להוכיח מודעות לנסיבות, מודעות למעשה ומודעות לאפשרות קרות התוצאה. בנוסף, יש צורך להוכיח כוונה לקרות התוצאה. כוונה מוגדרת בחוק כ"פעולה במטרה לגרום לתוצאה". סעיף 20 אומר כי **אם הוכח שאדם צפה כאפשרות קרובה לוודאי את קרות התוצאה, מבחינה משפטית - כאילו שפעל במטרה לגרום להתרחשותן** (כוונה).

כך, במקום להוכיח שאדם פעל במטרה להשיג את התוצאה - לתביעה מספיק להוכיח שצפה את התוצאה. איך עושים זאת? באמצעות כלי עזר שהוא חזקת המודעות הכללית. חזקה שאדם צופה את התוצאות הטבעיות של מעשיו. כך, במרבית המקרים חזקת המודעות הכללית תועמד על גבי הלכת הצפיות וניתן יהיה להוכיח בקלות - מבלי לדעת מה התרחש בנפשו של הנאשם הספציפי - כי התכוון לתוצאות מעשיו.

אולם, עדיין יהיו מקרים בהם התוצאות יהיו חריגות - ואז התביעה לא תוכל "לרכב" על הלכת הצפיות וחזקת המודעות הכללית. סיבה נוספת לכך שאין זה פתרון קסם היא שעדיין קיים נטל הוכחת המודעות הסובייקטיבית. גם בשלב חזקת המודעות הכללית וגם בשלב הלכת הצפיות מסתכלים על **הנאשם הסובייקטיבי,** שיכולותיו עשויות להיות נמוכות משל האדם הסביר.

יתרונות ההסתמכות על הלכת הצפיות ביחס להסתפקות בהוכחת פזיזות

**1. קיימות עבירות שבהן לא ניתן להסתפק בפזיזות.** בעבירות אלה כן ניתן יהיה להשתמש בהלכת הצפיות, כי היא מחליפה כוונה (הוכחת צפיות כמוה כהוכחת כוונה).

2. גם בעבירות שבהן ניתן להסתפק בפזיזות, בד"כ אם לא הסתפקנו בפזיזות והוכחנו כוונה - **תהיה לכך השפעה על העונש**. דין צפיות כדין כוונה, ולפיכך יש לה השפעה על חומרת הענישה.

החוק למעשה נתן לנו שתי דרכים להוכיח כוונה: (1) הוכחה כי האדם פעל מתוך מטרה להביא לתוצאה (2) הוכחה כי האדם צפה את התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי.

למה אדם שפועל מרצון אמתי לגרום לתוצאה זהה לאדם שצופה אך לא רוצה? המסר המהותי שהחוק רוצה להעביר הוא שפעולה במצב בו אדם צופה בוודאות קרובה לוודאי את התוצאה היא חמורה מאוד - כמעט כמו פעולה מתוך כוונה לגרום את התוצאה. מבחינה פרקטית, זה בלתי אפשרי להיכנס לנפשו של האדם ולקבוע בוודאות אם הייתה כוונה של ממש.

שימושים אפשריים נוספים להלכת הצפיות

למה מיישמים את הלכת הצפיות על דברים שונים בתכלית מכוונה (כוונת תחילה, מניע ומטרה)?

**1. סיבה היסטורית -** הלכת הצפיות פותחה לפני סעיף 20, ונעשה בה שימוש מעבר לכוונה.

לפני תיקון 39 הלכת הצפיות הייתה יציר הפסיקה שלא עוגן בחוק, וביהמ"ש החליט פר עבירה (בעלת מטרה, מניע או כוונה) אם ראוי או לא להחיל את הלכת הצפיות. אחרי תיקון 39 נלקח מביהמ"ש שיקול הדעת. כלומר, ביהמ"ש חייב לאפשר שימוש בהלכת הצפיות כתחליף כוונה.

אולם, זה לא השימוש היחיד למילה "כוונה" בחוק העונשין. ניתן להשתמש ב"כוונה" במשמעות של מטרה, במשמעות של מניע או במשמעות של כוונת תחילה. איך מיישמים זאת בהקשר של הלכת הצפיות?

עמדה אחת תטען *שבסעיף 20 התכוון המחוקק לייצר הסדר שלילי - לשלוח מסר שמעתה והלאה אסור להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה, למניע או לכוונת תחילה.* זו עמדתו של זיו.

עמדה שנייה תטען *שהמחוקק פשוט "שתק", ולכן נשאר לביהמ"ש חופש פעולה בנושא בדיוק כפי שהיה לו לפני כן.*

**2. סיבה נורמטיבית -** יש סיבה לבלבול בין כוונה, מניע, מטרה וכוונת תחילה. יש דמיון בין הארבעה ולכן יש הסבורים שהדמיון ביניהם מספיק חזק כדי שניתן יהיה לעשות בהם שימוש

האם אפשר להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת מטרה

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

*(ב)  לעניין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא.*

התוצאה היא פרסום, והמטרה - חיצונית לתוצאה (עבירת מטרה). מה קורה אם אדם לא מעוניין שפרסומו יסית לגזענות, אבל צופה בוודאות קרובה לוודאי שזה מה שיקרה?

**פס"ד אלבה** עוסק באדם שמפרסם הלכות הריגת גוי, וטוען שלא התכוון להסית לגזענות אלא לקיים דיון הלכתי. ביהמ"ש לא קונה את הטענה של אלבה אבל דן בשאלה מה קורה אם אדם באמת לא התכוון לגרום להסתה, אבל צופה שהפרסום יגיע לידי כך. האם ניתן להרשיע את אותו אדם באמצעות הלכת הצפיות?

**עמדה אחת** אומרת שלא, משלוש סיבות: (1) פורמלית - המחוקק אמר בפירוש שהלכת הצפיות מחליפה את הרכיב הנפשי של כוונה (ולא מטרה!). אם היה רוצה בכך, היה מחיל זאת גם על מטרה; (2) למרות שהמחוקק עשה זאת בדרך גרועה (לדעת זיו), תיקון 39 (וסעיף 90א) מבחין במופגן בין כוונה, מטרה, מניע וכוונת תחילה כנורמות נפרדות; (3) ספציפית בעבירות מטרה, שהן מיוחדות ונועדו לתפוס עבריינים חמורים במיוחד - איך ניתן לאפשר שימוש בחלופות? מדובר בהוזלה של הסטנדרט והרחבה של מעגל ההפללה מעבר לכוונת המחוקק.

**העמדה השנייה** אומרת שכן, כי: (1) מבחינה פורמלית, המחוקק לא אמר בשום מקום שאי אפשר להשתמש בה למקרים אחרים; (2) מבחינה מהותית, מטרה וכוונה הן מאוד דומות כך שניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות בהקשר של עבירת מטרה.

**העמדה השלישית** (עמדת הפסיקה) אומרת כי כל עבירת מטרה צריכה להיבחן לגופה וההכרעה תיעשה בהתאם לתכליותיה - האם ראוי לעשות בה שימוש בהלכת הצפיות או לא. זיו מבקר את הגישה הזו ואומר שהיא פותחת פתח גדול מאוד לאי ודאות. לשופטי ביהמ"ש העליון דעות שונות, וגם אם תהיה ביניהם תמימות דעים - בהרבה מאוד עבירות (שטרם יגיעו לביהמ"ש העליון) לא נדע מה ההלכה הפסוקה, ובתי המשפט יקבעו כל אחד לפי רצונו.

לגבי **עבירת ההסתה לגזענות**, ברק לא מאמין שניתן להחיל עליה את הלכת הצפיות מכיוון שהיא עבירת חופש ביטוי - בו יש להיזהר פי כמה וכמה. אולם, מי שאומר שניתן להחיל את הלכת הצפיות על הסתה לגזענות שואל - אם צפית שדבריך יסיתו לגזענות, מדוע עשית זאת? לדעת זיו, ברק שוכח שספק אם הסתה וגזענות נופלות תחת "דיבור מוגן" בחופש הביטוי.

עבירה נוספת בהקשר זה היא **עבירת שיבוש הליכי משפט.**

**בפס"ד אלגד** ביהמ"ש מאמין לאלגד שלא פעל מתוך מטרה לשבש הליכי משפט. ברור כי אדם רגיל - ובוודאי שוטר - צופה בוודאות קרובה לוודאי כי מעשיו ישבשו הליכי משפט, וכעת השאלה היא אם ניתן להרחיב את הלכת הצפיות או לא. השופטת ביניש בוחרת בגישה השלישית (תלוי עבירה) וקובעת כי בעבירת זו ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף למטרה - ואלגד מושעה.

עבירה שלישית בקטגוריה היא **עבירת לשון הרע**. סעיף 6 לחוק לשון הרע קובע עבירה פלילית וס' 7 לחוק קובע עוולה אזרחית. העבירה הפלילית היא פרסום לשון הרע על שני אנשים או יותר **במטרה לפגוע**. העוולה האזרחית נבדלת מהפלילית בשני הבדלים: מספיק אדם אחד ולא צריך כוונה לפגוע. כאן ביהמ"ש מאמץ את הגישה השלישית וקובע כי לא ניתן להחיל את הלכת הצפיות כי (1) כוונת המחוקק ברורה מההשוואה בין סעיפים 6 ו-7, שהיא רצון לתחם את העבירה הפלילית רק למקרים בהם אדם פועל מתוך מטרה לפגוע; (2) מדובר בעבירת חופש ביטוי; (3) הבחנה בין עבירות מטרה התנהגותיות לעבירות מטרה תוצאתיות, שבעבירות התנהגותיות צריך להיזהר יותר בהחלת הלכת הצפיות.

האם אפשר להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת מניע

יש שתי סיטואציות שבהן המניע רלוונטי:

**א. עבירות שבהן, אם נעשו מתוך מניע מסוים, המניע מהווה נסיבה מחמירה.** למשל, ס' 144 קובע שברשימה ארוכה של עבירות - אם נעשו מתוך מניע גזעני - העונש המקסימלי גדול יותר.

**ב. "עבירות מניע".** עבירות שלמרות שאינן משתמשות במילה מניע, יש פרשנים שמגדירים אותן כעבירות מניע. בעברות כאלה, אם נניח שהן קיימות, ניתן לקיים את הדיון הזה.

בהקשר הספציפי הזה, השאלה היא **איך מבינים מניע.**

העמדה של "לא" גורף אומרת כי מניע במובן הטהור הוא לא אלמנט צופה פני עתיד. אם מניע הוא אלמנט נפשי שמתרחש בהווה (זמן הפעולה), *אין בו אלמנט עתידי של צפייה ברמת וודאות - ולכן זה לא מתחבר להלכת הצפיות.*

הטענה הנגדית אומרת כי מניע הוא בעצם רצון מסוים ביחס להתנהגות של האדם אבל גם ביחס לתוצאה ולהשלכות ההתנהגות (לא התוצאה הישירה). במילים אחרות, *מניע הוא די קרוב למטרה ולכוונה - ולפיכך ניתן לעשות בו שימוש בהלכת הצפיות.*

האם ניתן להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת כוונה תחילה

נקודת מבט ראשונה אומרת כי פרשנות רכיבי היסוד הנפשי של עבירת הרצח מביאה למסקנה שהלכת הצפיות לא יכולה להחליף כוונה תחילה. ברמה הפורמלית, כוונה וכוונת תחילה הן שתי נורמות שונות. גם מבחינה מהותית מדובר בנורמות שונות - בכוונת תחילה יש אלמנטים נוספים שאין בכוונה רגילה (החלטה להמית, הכנה, היעדר התגרות).

נקודת מבט שנייה אומרת שההחלטה להמית מורכבת משני אלמנטים: מודעות לאפשרות גרימת התוצאה + התנהגות במטרה לגרום לתוצאה (כוונה במובן הרגיל). עבירת הרצח אינה עבירת תוצאה של מודעות. ישנו רכיב מיוחד של כוונת תחילה, זו עבירת תוצאה שבמקום רכיביה הרגילים מתווספים גם דרישה של הכנה והיעדר קנטור. אם החלטה להמית זה מודעות וכוונה במובן הרגיל, אז הלכת הצפיות יכולה על פי הטיעון הזה להחליף רק את הכוונה.

כלומר, יש כאן שתי נקודות פורמליות שונות לגבי **איך מחליטים מה מיוחד ביסוד הנפשי של עבירת הרצח** (האם המחוקק אמר שיש שתי חיות שונות, כוונה וכוונה תחילה; או שהתכוון להגיד שיש כוונה ויש "כוונה פורטה", שהיא מה שצריך להוכיח ברצח), ודיון מהותי המנסה להגיד שמלבד האלמנטים הייחודיים שלה, עבירת הרצח היא עבירה ככל עבירת התוצאה - למול גישה שאומרת כי רצח הוא דבר שיש לקחת ברצינות יתרה.

המחוקק רצה לשמור את עבירת הרצח הקלאסית למעשים נבזיים במיוחד, ואם היא נועדה להישמר לכך - אז לא ניתן להשתמש בכלים שעושים "הנחות", כמו הלכת הצפיות. רק אם נמצא כוונה להמית (ולא צפיות כתחליף), ניתן להרשיע ברצח. אם לא מצאנו - נרשיע בהריגה.

האם הרצון שלנו לייחד את עבירת הרצח מחייב אותנו להתייחס לכוונה תחילה כחיה מיוחדת (שלא ניתן להשתמש עליה בהלכת הצפיות), צריך להבין את מקומה של הכוונה להמית: הפסיקה בפועל מסמסה את האלמנטים הללו שלא מהווים מחסום אמתי בפני הרשעה ברצח (ב-99% מהמקרים), ולכן אם לא נתעקש על חיפוש כוונה להמית - לא יישאר הרבה מהייחוד של רצח.

זה בדיוק מה שראינו בעבירת המטרה של לשון הרע: יש מעשה מסוים שהוא עבירה חמורה (הריגה), ורק כשנוספים לו אלמנטים מחמירים במיוחד הוא הופך להיות רצח.

**שיעור 13 - 15.5.17**

**פזיזות וקלות דעת**

הגדרת פזיזות

בעבירות תוצאה, מלבד מודעות לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה, נדרש רכיב נפשי חפצי לגבי התוצאה. הרכיב הנפשי יכול להיות אחד משניים: כוונה או פזיזות. ישנן עבירות תוצאה ספציפיות שאומרות כי לא מספיק להוכיח פזיזות אלא נדרשת כוונה. סעיף 20 מגדיר שני סוגי פזיזות: פזיזות מסוג אדישות ופזיזות מסוג קלות דעת.

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

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

ההבדל בין כל אחד מסוגי קלות הדעת לבין תחליף הכוונה של הלכת הצפיות

פזיזות עוסקת במקרים בהם הלכת הצפיות לא תעזור. הלכת הצפיות אומרת כי צפייה של קרות הנסיבות בוודאות קרובה לוודאי, כמוה ככוונה. בשונה מכך, **פזיזות מסוג אדישות** עוסקת במצב שהאדם לא צפה את התוצאות באפשרות קרובה לוודאי - כי לא אכפת לו.

ההבדל בין **קלות דעת** להלכת הצפיות הוא שבקלות דעת לא מתקיימת ההנחה שבהלכת הצפיות. בהלכת הצפיות אנו מניחים שבגלל שהאדם צפה בוודאות קרובה לוודאי את התוצאה - זה כמו שהתכוון לכך. בקלות דעת אנחנו *יודעים שהוא לא התכוון לכך* (קלות דעת = "מתוך תקווה להצליח למנוע את התוצאה"). במקרה של קל הדעת לא ניתן להסיק מהמודעות בדבר התוצאה את זה הייתה כוונה.

הסיבה ליצירת האבחנה בין שני סוגי הפזיזות

נכון להיום, אין עבירה שבה חייבים פזיזות מסוג אדישות ולא ניתן להסתפק בפזיזות מסוג קלות דעה (במאמר מוסגר: האשם בקלות דעת פחות חמור). אולם, עדיין יש לעשות הבחנה בין השתיים, כי הוועדה שניסחה את תיקון 39 ניסתה לעודד את המחוקק לייצר עבירות שיש בהן מודעות לשוני בין קלות דעת לבין אדישות.

קלות דעת

אדישות הוא מצב שניתן להבין את הרציונל מאחוריו. יש לאדם זמן וקשב מוגבל ולכן הוא בוחר במודע ממה אכפת לו וממה לא. קלות דעת, לעומת זאת, נראית כמצב לא רציונלי. אם אתה לא רוצה שמשהו יקרה - למה אתה פועל באופן שיוצר סיכון שהוא יקרה? לכאורה, אין בכך היגיון. הסיבה לכך היא שיש שלוש סיטואציות שבהן התנהגות קלת דעת יכולה להיחשב כרציונלית:

**1. מודעות לסיכון תוך הערכת חסר את הסתברות התרחשות הסיכון או את סבירות הסיכון שנלקח.**

שתי סיטואציות נוספות לפי המאמר של קרן שפירא-אטינגר:

**2. "המהמר המוגזם" -** רופא מחזיק באותו ארון בקבוקי רעל ובקבוקי תרופה. בהנחה שיש 9 בקבוקי תרופה ובקבוק רעל אחד, הוא יודע בדיוק מה הסתברות הסיכון אם ישלח את היד מבלי להסתכל וישתמש בבקבוק (10%). זו לא אדישות כי יש מודעות להסתברות הסיכון וחוסר רצון שהוא יקרה. אם הרופא שלח יד ולרוע מזלו נתן לפציינט רעל, הוא לקח סיכון מוגזם (היה יכול להסתכל). לכאורה קל למניעה, אבל בחיים יש מצבים שבהם אנשים לוקחים סיכונים מוגזמים. בפועל אין הרבה אנשים כאלה ולכן לדעת שפירא-אטינגר זהו לא השיקול המרכזי לנושא.

**3. מקרים בהם יש רוחב מודעות אבל לא "עומק מודעות".** בהמשך לקטגוריה הקודמת - מודעות היא דבר רב ממדי. מצד אחד יש רוחב המודעות (בהקשר הנוכחי - המודעות להסתברות הסיכון, 10%). ממד אחר של המודעות, שנקרא "עומק המודעות", עוסק *בעד כמה אדם מתעמק במודעות שלו לסיכון.* אם אדם יישאל מפורשות הוא ישקיע מחשבה נוספת בסיכון שהוא לוקח.

* נקודה חשובה: המאמר של קרן שפירא מפנה את תשומת הלב לפער שקיים בין איך המודעות מתנהלת בפועל לבין איך שהוא בד"כ מיוצג בשיח המשפטי.

ככלל, השיח המשפטי מציג מודעות כדבר חד ממדי - או שיש או שאין. דרך ההצגה הזו גורמת להצגה של שני סוגי אשם שלכאורה שונים מהותית זה מזה: אשם אובייקטיבי (שלצורך קיומו יש להוכיח רשלנות) ואשם סובייקטיבי ובתוכו תת קטגוריות שונות (כוונה, פזיזות) שביניהם לבין רשלנות יש שוני מהותי. כך הנורמות המשפטיות מציגות את זה. המאמר של קרן שפירא ממחיש שבפועל, *קלות דעת נמצאת איפשהו בטווח הביניים בין אשם אובייקטיבי לסובייקטיבי.* באלמנט מסוים של רוחב המודעות, קלות דעת היא כמו אשם סובייקטיבי (מודעות להסתברות הסיכון) - אבל בעומק המודעות, קל הדעת דומה לרשלן (לא מתעמק במודעות), באופן שקרוב מאוד להיעדר מודעות.

למה זה חשוב?

**1. קלות דעת היא מצב נפשי מיוחד** ולכן יש היגיון מאחורי הניסיון של תיקון 39 לדחוק את המחוקק להתייחס אליה באופן נפרד.

**2. מערכות משפט אחרות בחרו להתייחס לקלות דעת באופן מיוחד.** מערכת המשפט הגרמנית, למשל, רואה בקלות דעת רכיב נפשי שמוכיח אשם אובייקטיבי (כמו רשלנות). מערכות משפט אחרות מייצרות עבירות מיוחדות שלצורך הוכחתן יש להוכיח קלות דעת - וחומרתן נמצאת בין רשלנות לבין אדישות (למשל, עבירת גרימת מוות בקלות דעת). עבירות אלו חמורות מעבירות של גרימת מוות ברשלנות אך פחות חמורות מגרימת מוות באדישות. מדינות אחרות מגיעות לאותה תוצאה בהקשר ספציפי של תאונות דרכים - כלומר, עבירה מיוחדת של גרימת מוות בהקשר תעבורתי.

3. באמצעות ההבחנה בין רוחב המודעות לעומק המודעות ניתן **לדון בקלות יתרה בהבדל שבין קלות דעת לרשלנות.**

היחס בין קלות דעת לרשלנות

מבחינה פורמלית מדובר בחיות שונות לחלוטין, ברמה המעשית (משלוש סיבות מרכזיות) היכולת לזהות מתי אדם הוא רק רשלן ומתי אדם הוא קל דעת אינה פשוטה.

**ברמה האנליטית, בישראל קלות דעת מהווה אשם סובייקטיבי** (בדומה לאדישות וכוונה). רשלנות, לעומתה, היא דבר שבהוכחתו בסה"כ מוכיחים **אשם אובייקטיבי** - סוג חמור פחות של אשם. כבר ברמה הפורמלית יש אלמנטים של דמיון בין קלות דעת ורשלנות. בשתיהן מדובר בסיטואציות בהן *אדם לוקח סיכון בלתי סביר.* ההבדל הפורמלי הוא שברשלנות האדם אינו מודע לאפשרות קרות הסיכון (בניגוד לאדם הסביר), בעוד שבקלות דעת האדם עצמו מודע לאפשרות קרות הסיכון (מה שמוסיף לחומרה).

ברמה הפרקטית, יש שלוש סיבות שבגללן היכולת להבחין בין רשלנות לקלות דעת אינה פשוטה:

**(1) ההבדל בין רוחב המודעות לעומק המודעות.** מעבר לנטילת הסיכון - גם באלמנט המודעות יש דמיון חלקי (היעדר עומק מודעות).

**(2) הקושי לזהות את המתרחש בנפשו של אדם.** ביהמ"ש פיתח כלים משפטיים שמאפשרים להניח הנחות באשר לנפשו של אדם - "חזקת המודעות הכללית". חזקה שאדם מודע להתנהגותו, לנסיבות שבהן היא מתרחשת ולאפשרות קרות התוצאות הטבעיות של התנהגותו. לכן, ברוב המקרים הדרך שבה מוכיחים מודעות היא על סמך חזקת המודעות הכללית. המקור דרכו נוצרו כלי "האדם הסביר" (לרשלנות) ו"חזקת המודעות הכללית" דומה. השוני העיקרי הוא שחזקת המודעות הכללית ניתנת להפרכה במאזן ההסתברויות - לא מדובר בחקיקה חלוטה. בכך טמון ההבדל המשמעותי בין הסתמכות על חזקת המודעות לבין האשמה על סמך רשלנות. אבל איך אדם יכול בפועל להוכיח שלא היה מודע לאפשרות קרות הנסיבות הטבעיות של מעשיו? ברוב המקרים זה בלתי אפשרי, מה שיוצר מצב בו לא באמת ניתן להבחין בין מצבי רשלנות לקלות דעת. הבעיה הזו באה לידי ביטוי באופן בולט במיוחד בתאונות דרכים.

נהיגה היא מצב בו רוב האנשים מתפעלים כלי מסוכן מאוד, שלרוב לא מושקעת מחשבה רבה בעובדת היותו מסוכן. בסיטואציה מסוימת אדם חורג מההתנהגות המקובלת ונגרם נזק (תאונת דרכים). היכולת לקבוע אם הנזק נגרם ברשלנות או בקלות דעת - מאוד מוגבלת. בתיאוריה, כולם יודעים שאם ייסעו מעל המהירות - מישהו עלול להיפגע. בפועל...

**פס"ד גלפרונד:** התהפכות אוטובוס בדרך לאילת שהובילה למותם של 24 הרוגים, עקב ניסיון של הנהג לעקוף אוטובוס אחרת באזור בו הכביש מתפתל. הריגה ברשלנות או הריגה בקלות דעת? קשה מאוד להבחין ללא "חוכמת הבדיעבד", שאומרת שברור שנהג מיומן המודע לתנאי הדרך יצפה את הסיכון.

**(3) ההלכה קבעה שלא צריך לצפות את אופן קרות הנזק במדויק אלא רק במאפיינים כלליים.** כך, רמת ההפשטה גדלה וקטן הפער בין רשלנות לבין קלות דעת.

בגלל הבעייתיות הזו, מדינות זרות יצרו עבירה מיוחדת של "גרימת מוות בהקשר תעבורתי". ברגע שיש עבירה ספציפית בנושא התעבורתי, והעונש המקסימלי עליה הוא בין הריגה לרשלנות - ניתן לשייך אליה את כל מקרי התעבורה. מדינות אחרות יצרו עבירות נפרדות לגרימת מוות בקלות דעת (פתרון כללי יותר).

דוקטרינת הסיכון הסביר בקלות דעת

הקביעה אם הסיכון הוא בלתי סביר או לא היא קביעה נורמטיבית שנעשית ע"י ביהמ"ש, כאשר ביהמ"ש לוקח שלושה פרמטרים מרכזיים בחשבון:

(1) התועלת שבמעשה

(2) חומרת הנזק ו/או חשיבות הערך המוגן

(3) מידת ההסתברות שהנזק יתרחש.

ככל שהסבירות שהנזק יתרחש נמוכה יותר, כך ביהמ"ש יתיר ביצוע פעולות שהתועלת בהן קטנה - ולהיפך. ככל שהפרמטר השלישי נמוך יותר, כך פרמטרים 1+2 יכולים להיות גבוהים יותר.

**פס"ד דויטש:** אדריכל שהולך עם פועלים לחצוב סלעים בהר. מגיע פקח, אומר להם כי זה מסוכן ועלולה להיגרם מפולת. דויטש מחליט שזה לא כל כך מסוכן. הפועלים ממשיכים לחצוב ונגרמת מפולת. התועלת במעשה של דויטש נמוכה (רווח אישי). חומרת הנזק גבוהה והערך המוגן הוא הגבוה ביותר - חיי אדם. מידת ההסתברות של ההתרחשות גבוהה (פקח מזהיר + הערכת חסר מצד דויטש). דויטש נטל סיכון בלתי סביר.

**פס"ד צור:** קבוצת מטיילים יוצאים לטייל בנחל דרגות, בעונה בה יש הסתברות לשיטפונות. בזמן שהמטיילים נמצאים בקניון, מגיע שיטפון ונהרגים אנשים. האם זהו סיכון סביר? הסתברות קרות הנזק בינונית. חומרת הנזק גבוהה וכן הערך המוגן (חיים). השאלה הנשאלת היא התועלת הציבורית במעשה, והיא הסוגיה שאמורה להכריע בהקשר זה אם הסיכון הוא סביר או לא. ביהמ"ש העליון קבע כי יש כאן ערך חשוב מאוד (אהבת הארץ ברגליים) ולאור חשיבותו - מדובר בסיכון סביר. לדעת זיו, היום ביהמ"ש היה קובע אחרת ומאזן באופן שונה בין ערך אהבת הארץ לערך החיים. פעם הייתה מנטליות שונה בנושא, שמומחשת בחדות בפסק הדין.

הרעיון בפס"ד הוא הדגמה של הקושי בקביעת סיכון סביר. הדעות בין הערכאות השונות היו חלוקות באשר למהו סיכון סביר. בנוסף, דעות לגבי מהו סיכון סביר יכולות להשתנות עם הזמן, לאור שינויים חברתיים. זה יוצר קושי גדול בקביעת אשם מוסרי של אדם. מילא בעבירות רשלנות, אבל בעבירות של מחשבה פלילית מדובר בבעיה של ממש שאין לה פתרון.

האם קיימת דרישה של נטילת סיכון סביר גם כשמדובר ב"אדישות" או ב"כוונה"

בהגדרת "קלות דעת" יש דרישה לסיכון בלתי סביר. בהגדרה של אדישות אין אף התייחסות לסבירות הסיכון. אדם שנוהג בכביש באדישות ודורס מישהו - האם ניתן להרשיע אותו? לכאורה, אין בהגדרת אדישות הגדרה של מידת הסיכון. אולם, הקונצנזוס הוא שהסיכון המדובר הוא בלתי סביר. במקרי של כוונה, לעומת זאת, יש חילוקי דעות:

א. דעה אחת אומרת שהפסול הוא בכך שאדם רוצה לגרום לתוצאה השלילית, כך שזה לא משנה אם הסיכונים שהוא לוקח בדרך הם סבירים או לא.

ב. דעה אחרת אומרת כי אם דורשים סיכון בלתי סביר ברכיבים נפשיים פחות חמורים, על אחת כמה וכמה צריך לדרוש אותו ברכיב הנפשי הכי חמור.

קלות דעת בשיטות משפט אחרות

הגישה הקלאסית של שיטות המשפט האנגלוסקסיות הייתה שיש "כוונה", יש "פזיזות" ויש "רשלנות". כוונה ופזיזות הם סוגים שונים של רכיבים נפשיים שמוכיחים אשם סובייקטיבי בעוד שרשלנות מוכיחה רק אשם אובייקטיבי שחומרתו נמוכה יותר.

המשפט הגרמני אומר כי אשם סובייקטיבי תקף במקרים בהם הוכחה כוונה/חלופת כוונה (הלכת הצפיות)/אדישות. לעומת זאת, ישנם שני סוגי מקרים בהם חל אשם אובייקטיבי: רשלנות או קלות דעת. מבחינת המשפט הגרמני, קלות דעת היא סוג של אשם אובייקטיבי. למה? הקריטריון של המשפט הגרמני להבחנה בין אשם אובייקטיבי וסובייקטיבי הוא השאלה "האם האדם בחר להפר את הערך המוגן?". כלומר, *כשאדם בוחר לעשות משהו - הוא מתכוון להפר את הערך המוגן.* כשאדם מודע להסתברות קרובה לוודאי שהתוצאה תקרה - יש בכך אלמנט של בחירה להפר את הערך המוגן. כשאדם מחליט שלא אכפת לו - ההחלטה להיות חסר אכפתיות מהווה בחירה. ברשלנות, לעומת זאת, אין מודעות לתוצאה (אין בחירה). גם בקלות דעת אין בחירה להפר את הערך המוגן, כי בהגדרה של קלות דעת נקבע כי האדם לא רוצה בקרות התוצאה.

הדין הישראלי (בעקבות תיקון 39), בשונה מהגישה הקלאסית של המשפט האנגלוסקסי, בא ומצהיר שישנם שני סוגי פזיזות - כלומר, קלות דעת ואדישות הם מצבים שונים. אבל, בשונה מהמשפט הגרמני, המשפט הישראלי כן כולל קלות דעת בצד של אשם סובייקטיבי.

השעטנז של שתי הגישות נעשה במטרה לדחוק את המחוקק הישראלי להתרחק מהגישה הקלאסית של המשפט האנגלוסקסי ולקרב אותו לגישה של המשפט הגרמני. אולם, אי אפשר היה לעשות באותו שלב את מלוא הדרך ולכן "ניטעו הזרעים הראשונים" - הצפה של העובדה שקלות דעת ואדישות הן מצבים נפשיים שונים. בפועל, לא נעשו מאז צעדים נוספים.

שוני נוסף בין המשפט הגרמני למשפט הישראלי - שגורם לכך שבמשפט הישראלי יש הבדל גדול יותר בין קלות דעת ורשלנות - נובע מכך שההגדרה של רשלנות במשפט הישראלי שונה מההגדרה של רשלנות במשפט הגרמני. במשפט הישראלי רשלנות אובייקטיבית היא מקרה בו אדם לא היה מודע אבל האדם הסביר היה מודע. במשפט הגרמני, לעומת זאת, רשלנות מוגדרת כמצב בו האדם לא היה מודע אבל אדם בעל אותם נתונים כשל אותו אדם ("בנעליו") היה יכול להיות מודע. כלומר, "רשלנות סובייקטיבית". במערכת משפט שבה נסמכים על רשלנות סובייקטיבית, המרחק בין רשלנות לקלות דעת קטן משמעותית - וכאן טמון ההבדל בין המשפט הישראלי לגרמני.

לסיכום, במשפט הישראלי, קלות דעת היא סוג של פזיזות - ובתור שכזו, היא רכיב שהוכחתו רלוונטית לאשם סובייקטיבי. עם זאת, ברמה הפרקטית מדובר במצב נפשי שהיכולת ברמה המעשית לאבחן בינו לבין רשלנות לא פשוטה ולעתים כמעט בלתי אפשרית.

**שיעור 14 - 17.5.17 (יואב גלזנר)**

**רשלנות ואחריות קפידה**

הטלת אחריות פלילית ברשלנות

ברשלנות ישנה הטלת אחריות פלילית על אדם שלא היה מודע לאחד מרכיבי היסוד העובדתי, כאשר אדם סביר יכול היה להיות מודע אליהם בנסיבות העניין.

יש בכך שיקול הרתעתי - אדם חייב להיזהר כי בעבירות מסוימות תוטל עליו אחריות גם אם לא היה מודע. מצופה מאדם להתנהג בהתאם.

* האדם הסביר היא התנהגות שביהמ"ש והמחוקק רוצים להכווין אליה.

גם במקרים שקיימת מודעות קשה מאוד להוכיח אחריות פלילית, ולכן עבירות הרשלנות בעצם מעניקה כלי נוסף להרשעה.

רציונלים להטלת אחריות פלילית בגין רשלנות

נגד הטלת אחריות פלילית:

**1. הטלת אחריות פלילית תלויה בבחירה, המותנית במודעות -** תנאים הנעדרים מרשלנות. ההליך הפלילי כמממש אוטונומיה. האדם צריך לבחור ביודעין לפגוע בערך מוגן.

**2. רשלנות מטילה נטל כבד על הפרט** (שלילת חירויות) - מכריח אנשים להיות אובר-מודעים למעשיהם.

**3. היסוד הנפשי הוא אשר מעניק להתנהגות את האופי האנטי-חברתי -** נעדר מרשלנות.

בעד הטלת אחריות פלילית:

**1. חשיבות בהגנת ערכים מסוימים -** ההגנה על חירויות מצטמצמת כאשר מדובר בערכים מסוימים, כגון חיי אדם.

**2. זילות -** היעדר זהירות בשמירה על ערכים מסוימים מבטאת זילות שלהם, ובעלת אופי אנטי-חברתי.

**3. רשלנות נושאת בחירה** (פילסבורי) - אדם בוחר שלא לנהוג בתשומת לב/או להיות זהיר.

רשלנות בחוק העונשין:

*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)   שלעניין הפרטים הנותרים הייתה לפחות רשלנות כאמור; (מחשבה פלילית כלשהי - מודעות להתנהגות, לנסיבות וכו')*

*(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.*

מבחינה עובדתית, צריך להוכיח שאדם לא היה מודע לפחות לאחד מרכיבי היסוד העובדתי. השלב השני הוא שלב נורמטיבי - להוכיח שאדם מן היישוב כן היה יכול להיות מודע באותן נסיבות. בעבירות תוצאה צריך להראות שגם ניטל סיכון בלתי סביר לקרות התוצאה.

**פס"ד בש:** מקרה שבו אדם זרק מקרר ישן בחצר ביתו, ושני ילדים קטנים נכנסו לתוכו, ננעלו בפנים ומתו. האדם הואשם בהריגה, למרות שהרבה אנשים העידו כי לא יכלו לצפות אירוע שכזה. ביהמ"ש קבע שהבדיקה מהו האדם הסביר היא לא בדיקה עובדתית אלא הכרעה נורמטיבית. ביהמ"ש יוצק תוכן לתוך האדם הסביר. בעקבות האירוע חוקק החוק למניעת מפגעי מקררים.

רשלנות אובייקטיבית וסובייקטיבית

* **רשלנות סובייקטיבית:** בנסיבות העניין, בוחנים את האדם עצמו ומה היה ביכולתו לעשות (לא מסתכלים על האדם הסביר).
* **רשלנות אובייקטיבית:** מתנתקת מהאדם הספציפי והולכת לפי האדם הסביר.

פרופסור קרמניצר מציע ש"רשלנות בנסיבות העניין" אומרת מה האדם הסביר היה עושה הן בהתאם לנסיבות החיצוניות והן בהתאם לתכונות האישיות של אותו אדם (נוטה לגישה הסובייקטיבית).

גישת המשפט הגרמני הולכת לקצה הסובייקטיבי - האם האדם הספציפי, בהתאם למאפייניו האישיים, היה יכול להתנהג בצורה סבירה יותר?

הפתח לבחינה סובייקטיבית בעייתי, כי ביהמ"ש עלול להיות חשוף להשקפות סטריאוטיפיות.

*באופן עקרוני, ההלכה בארץ היא לפי הגישה האובייקטיבית.* עם זאת, יש סטייה מכך במקרים מסוימים (למשל, בהתאם למקצועו של האדם - רופא, מהנדס וכו').

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

אחרי תיקון 39 הוקל העונש של עבירות רשלנות שנחקקו בעבר למקסימום 3 שנים.

איך מאבחנים עבירות רשלנות?

עבירות שנחקקו לאחר תיקון 39, צריכות להיכתב במפורש שניתן לעבור עליהן ברשלנות (ס' 19). אם העבירה נחקקה לפני תיקון 39, ההגדרה של ס' 19 לא חלה - וניתן לעבור עליה ברשלנות אם כך עולה מנוסח העבירה.

*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)   לעניין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות.*

בעבירות אחריות קפידה, די שהתביעה תוכיח את התקיימות היסוד העובדתי (ללא היסוד הנפשי). לפני תיקון 39 היו עבירות מסוג אחריות מוחלטת - שבדומה לאחריות קפידה, מצריכות רק יסוד עובדתי על מנת להטיל אחריות בפלילים. מנגד, אחריות קפידה אינה "מוחלטת" וכוללת מספר הגנות (ס' 22ב) - היעדר מחשבה פלילית, היעדר רשלנות ועשייה המקסימום למניעת את העבירה.

בשני סוגי העבירות מספיק יסוד עובדתי (ולא נפשי). עקרונית ההבדל הוא בהיקף האחריות (באחריות קפידה ניתן להתחמק). דה פקטו אין באמת הבדל ברוב המקרים.

אבחון עבירות אחריות קפידה

בודקים אם העבירה חוקקה לפני תיקון 39 או אחרי תיקון 39.

עבירה שנחקקה **לאחר התיקון** צריכה לומר במפורש שהיא מסוג אחריות קפידה/לא דורשת מחשבה פלילית לצורך אחריות.

עבירה שנחקקה **לפני תיקון** 39 מתחלקות לשתיים:

(1) עבירות שנקבעו בדין (לרבות הלכה פסוקה) שהן מסוג אחריות מוחלטת.

א. דעה ראשונה אומרת שלא משנה מה, לאחר תיקון 39 העבירות הופכות אוטומטית לאחריות קפידה.

ב. דעה שנייה (שעולה באוביטר של ברק **בפס"ד אורן בנגב**) אומרת שלביהמ"ש יש סמכות להכריע פרטנית לגבי כל עבירה האם היא עבירה מסוג אחריות קפידה או מוחלטת.

(2) עבירות שותקות, שלא כתוב בחוק עצמו (או בפסיקה) אם הן מסוג אחריות מוחלטת. ישנן שלוש דעות:

א. השופט קדמי **בפס"ד לקס** אומר כי עבירה שנחקקה לפני תיקון 39 ולא נקבע מפורשות בהגדרתה או בפרשנותה שהיא מסוג אחריות מוחלטת - לביהמ"ש אין סמכות להכריע שהיא מסוג אחריות קפידה.

ב. השופט ברק (אוביטר, **פס"ד אורן בנגב**) אומר שביהמ"ש יכול לפסוק פרטנית לגבי עבירות שנקבעו לפני תיקון 39 אם הן אחריות קפידה, אחריות מוחלטת, רשלנות וכו'.

ג. השופטת בייניש אומרת שאם עבירה נחקקה לפני תיקון 39 והיא שותקת, ביהמ"ש יכול לקבוע שיש בה אחריות קפידה, בתנאי שניתן שהיו בעבר עבירות מאותו סוג (מבחינת נוסח ותכלית) שנקבעו כאחריות מוחלטת (היקש). **זו העמדה הרווחת בביהמ"ש.**

**שיעור 15 - 22.5.17**

**סייגים לאחריות הפלילית**

אחריות מתקיימת במקום בו מתקיימים היסודות העובדתיים והנפשיים של העבירה, ולא מתקיימים בו התנאים שמסירים ממנו את האחריות הפלילית.

ההבדל בין: (1) חסינויות; (2) הגנות ו-(3) סייגים

(1) חסינויות הן כללים משפטיים שמונעים את העמדתו לדין של אדם **משיקולי מדיניות חיצוניים לדיני העונשין, אף אם הוא ככה"נ אשם.** לדוגמה: חסינות דיפלומטית וחסינות חברי כנסת.

* חסינות דיפלומטית נוצרה כדי למנוע מצב בו מפלילים את השגריר.

(2) סייגים הם כללים משפטיים שקובעים כי **בהתקיים תנאי הכלל, לא תוטל אחריות על אדם אף אם התקיים בו היסוד העובדתי והנפשי של העבירה.** סייגים הם נורמות כלליות, משמע - רלוונטיים לכל עבירה באשר היא.

(3) הגנות הן נורמות משפטיות שקובעות כי **בהתקיים תנאי ההגנה, לא יהיה ניתן להטיל אחריות פלילית על האדם אף אם התקיים אצלו היסוד הנפשי והעובדתי של העבירה.**

ההבדל בין סייג והגנה הוא שכל הגנה רלוונטית רק לעבירה ספציפית או למספר עבירות ספציפיות. משמע - הגנות, בשונה מסייגים, אינן נורמות כלליות. בפס"ד רוזוב יש הגדרות מדויקות יותר לסייגים והגנות (למבחן)

חשיבות ההבדל בין הגנות לסייגים

עד תיקון 39, הייתה הבחנה בין שתי הקטגוריות הללו מבחינה מהותית, אולם מבחינה מינוחית הפסיקה והספרות לא היו עקביות בשמות שנתנו לכל אחת מהקטגוריות. ניתן למצוא מקורות שמשתמשים במונח "הגנה" ומתכוונים לסייג, ולהיפך. תיקון 39 ניסה לעשות בכך סדר, אך קיימים מספר סייגים שמכוח ההרגל עדיין מכונים "הגנות". למשל, "סייג ההגנה העצמית" הינו סייג ולא הגנה. דוגמאות נוספות הם הסייגים שמכונים "הגנות צידוק" ("סייג הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה", "סייג ההגנה הניתנת לרשות השופטת").

* **כלומר, שם הנורמה לא משנה אלא מהותה!** אם היא כללית - היא סייג. אם היא ספציפית לעבירה אחת או מספר מצומצם של עבירות - היא הגנה.

הבחנה בין סייגים מסוג "הפטר" [Excuse], ומסוג "הצדק" [[JUSTIFICATION

ההבחנה הזו קיימת גם בשיטות משפט זרות, אך הפסיקה והספרות בישראל לא הייתה עקבית באופן בו היא תרגמה את המונחים מאנגלית. למונח "excuse" קראו "פטור", "הפטר" וכו'. לסייגים מסוג "Justification" יש מקורות שקוראים "צידוק", "הצדק" ו"הצדקה". זיו משתמש במונחים "הצדק" ו"הפטר" כדי למנוע בלבול וכפילויות עם מקומות אחרים שעושים שימוש במונחים.

**סייגים מסוג "הצדק"** קובעים כי בהתקיים תנאי הסייג, הרי *שלא בוצע מעשה פסול* - וזאת למרות שהתקיימו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של העבירה. למשל, אדם שהורג מישהו בהגנה עצמית לא מבצע מעשה פסול למרות שהתקיים היסוד הנפשי והעובדתי של גרימת מותו של אדם.

**סייגים מסוג "הפטר"** קובעים כי בהתקיים תנאי הסייג, *לא תוטל אחריות פלילית על האדם למרות שביצע מעשה פסול* - וזאת עקב שיקולים ציבוריים שונים המובילים למסקנה שראוי לפטור אותו מאחריות. למשל, אי שפיות או קטינות.

חמש סיבות מרכזיות לחשיבות ההבחנה בין "הצדקים" ו"הפטרים"

**1. הסטיגמה שונה:** מסתכלים בצורה שונה על אדם שהרג בהגנה עצמית ואדם שהרג מחוסר שפיות או בקטנותו.

**2. ההשלכות על צדדים לעבירה:** כאשר מבצע עבירה מזוכה מפאת סייג, יש שוני בהשלכות שיהיו לכך עבור צדדים אחרים לעבירה - כתלות בשאלה אם הסייג היה הפטר או הצדק. בעבירות של הצדק (הגנה עצמית נגד מחבל), גם המסייע לעבירה ייצא זכאי כי לא נעשה מעשה פסול. לעומת זאת, בעבירות של הפטר (הריגה ע"י קטין), המסייע לעבירה לא ייצא זכאי כי המעשה עצמו פסול (והפטור הוא עבור הקטין, לא עבור המוות).

**3. ככלל,** **אם אדם זוכה מחמת הפטר - הקורבנות יכולים לתבוע אותו בנזיקין ולקבל פיצויים.** לעומת זאת, אדם שזוכה מחמת הצדק - קורבנותיו לא יכולים לתבוע אותו בנזיקין. הקו המנחה גם כאן הוא אם המעשה הוא לגיטימי או פסול. לשני התרחישים הללו יש חריגים.

**4. אדם שמועמד לדין ומזוכה מחמת קיומו של סייג, יכול - תחת תנאים מסוימים - לתבוע פיצויים מהמדינה.** ביהמ"ש העליון **בפס"ד שיבלי** קבע שאחד השיקולים שיילקחו בחשבון כאשר ביהמ"ש ישקול אם ראוי להעניק לאותו אדם פיצויים הוא אם הזיכוי היה מחמת הצדק או הפטר. בהצדק יש יותר סיכוי לזכות בפיצויים.

**5. הכלל של פרשנות לטובת הנאשם רלוונטי לסייגי "הצדק" ולא רלוונטי לסייגי "הפטר".** סייגים מסוג "הצדק" בעלי מאפיין מסוים שדומה למאפיין בנורמות שקובעות את העבירה. המאפיין הזה הוא ששני סוגי הנורמות הללו עוסקות בתיחום המעשה הפלילי (מה אסור). בשאלות שנוגעות בקביעת מהו המעשה האסור - הכלל של פרשנות לטובת הנאשם רלוונטי. בסייגי "הפטר", לעומת זאת, הפטרים עוסקים במצב שהמעשה שבוצע הוא כנראה פסול - ובוחנים אם יש שיקולי מדיניות שדורשים לפטור את האדם מאחריות פלילית. בהקשר כזה מה שצריך להכריע את היקף תכולת ההפטר הם שיקולי המדיניות - ולכן הכלל הפרשני של טובת הנאשם לא רלוונטי, כי הנאשם לא היה צריך לעשות את המעשה האסור.

הערת הבהרה לגבי הצדקים (נועדו להסדיר מקרים יוצאים מן הכלל)

הצדקים, בדומה לעבירות, עוסקים בתיחום המעשה האסור. אבל, יש הבדל מהותי בין השניים: הצדקים אמורים לעסוק במקרים ייחודיים ויוצאי דופן, ולכן, ככלל לא יכולים לשמש כבסיס לרגולציה קבועה של תחום פעילות זה או אחר. לעומת זאת, ישנן עבירות שייעודן הוא להסדיר תחומי עיסוק (עבירות רגולטוריות).

ניתן ללמוד זאת **מבג"ץ העינויים,** שקבע כי לא ניתן להשתמש בהצדק (סייג הצורך) כדי "להכשיר" עינויים בחקירות. סייג הצורך נועד לשמש "מגן ולא חרב". אם השב"כ זקוק לנוהל של אמצעי חקירה מיוחדים, יש להסדיר זאת בחוק מסמיך לפי עיקרון החוקיות. זו אינה הפונקציה עבורה נועדו סייגי הצדק בפלילים. במקרה קונקרטי, בו חוקר שב"כ משתמש בעינויים מפאת צורך - יכול לעמוד לו סייג הצורך. השב"כ התחכם עם הפסיקה ופשוט פונה כל פעם ליועמ"ש כדי להכשיר עינויים, כי הוא יודע שלעולם לא יעבור חוק שמכשיר עינויים.

מיון הסייגים ל"הפטרים" ו"הצדקים"

**א. סייגים, שככלל, נהוג לראות בהם הצדקים:**

(1) סייג ההגנה העצמית

(2) סייגי הגנות הצידוק שמפורטים בסעיף 34יג

(3) סייג ההגנה הניתנת לרשות השופטת

**ב. סייגים, שככלל, נהוג לראות בהם הפטרים:**

(1) סייג הקטינות

(2) סייג היעדר השליטה (אוטומטיזם)

(3) סייג אי השפיות

(4) סייג הטעות במצב משפטי

(5) סייג השכרות (המזכה בסייג)

**ג. סייגים שהסיווג שלהם שנוי במחלוקת:**

*(1) טעות במצב דברים -* העמדה הרווחת היא שמדובר בסייג מסוג הפטר. האדם עשה מעשה פסול אבל המעשה נסלח כי הוא טעה. אולם, יש הסבורים שטעות במצב דברים אינה סייג אלא מצב בו לא מתקיים היסוד הנפשי של העבירה. לדידם של המחזיקים בעמדה זו, רק בקטגוריה מאוד צרה של מקרים טעות במצב דברים תיחשב סייג מסוג הפטר - וזאת כאשר הטעות במצב דברים נגעה לקיומו של סייג. למשל, אדם שהתחפש למחבל ונורה ע"י שוטר (הגנה עצמית מדומה).

*(2) סייג זוטי הדברים -* העמדה המקובלת רואה בו סייג מסוג הפטר. בוצע מעשה פסול אבל המבצע נפטר מאחריות משיקולי מדיניות שונים (למשל, עלות המשפט). יש הסבורים שלא תמיד סייג זוטי הדברים מהווה סייג מסוג הפטרים, ומבחינים בין שני מצבים: מצב בו זוטי הדברים נוגעים לנסיבות הייחודיות של המקרה (הפטר), ומצב בו הזיכוי עקב זוטי דברים נעשה עקב נסיבה שתמיד תוביל לזיכוי עקב זוטי דברים (למשל, גניבה של שקל). במצבים הללו, שיש מעין קריטריון כללי שמוביל לזיכוי, לסייג זוטי הדברים יש פונקציה שונה - הוא תוחם את המעשה הפלילי האסור (ולכן אינו הצדק או הפטר אלא נורמה מסוג מיוחד).

* הפסיקה במדינת ישראל פירשה באופן צר מאוד את היקף התחולה של סייג זוטי הדברים. **הלכת עזיזיאן** קובעת כי סייג זה יתקבל רק באותם מקרים בהם אין במעשה עצמו מידה מינימלית של סכנה לערך החברתי המוגן, ואין המקרה עולה מבחינה עניינית את המושג של עבירה פלילית.

*(3) סייג הכורח -* הסייג קובע שאדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה תוך כדי איום שהיה בו סכנה מוחשית. העמדה המקובלת רואה בסייג זה "הפטר". עם זאת קיימת עמדה נגדית שאומרת שדיני העונשין נועדו לבני אדם ולא למלאכים ואם מדובר בסיטואציה שבה אנחנו מניחים שכל אדם ינהג כמו הנאשם הרי שצריך להתייחס לכך כמו אל הצדק.

בין שתי העמדות יש עמדה שאומרת כי הדבר תלוי במקרה. יש מקרים בהם כורח יהיה "הצדקי" ויש מקרים שבהם כורח יהיה הפטרי באופיו. עקרונית, יש יותר מקורות שמוכנים לראות בסייג הצורך "הצדק" מאשר בסייג הכורח. השאלה היא אם התועלת מביצוע העבירה עולה על התועלת שהייתה נגרמת אם לא הייתה מבוצעת העבירה (בבג"ץ העינויים מובאת דעה שרואה בהגנת הצורך הצדק ברור).

הנטלים בהקשרם של הסייגים לאחריות פלילית

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

במצב תיאורטי בו הסעיף הזה היה עומד בפני עצמו ולבדו, המסקנה הייתה שנטל הוכחת סייגים מוטל על הנאשם ברמה של מאזן ההסתברויות. אבל, זה לא המצב הודות לסעיף 34כב(ב):

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

לכאורה, הסעיפים סותרים. אחד אומר שההנחה של ברירת המחדל היא שלא קיים סייג. השני אומר שההנחה של ברירת המחדל - אלא אם יופרך הסייג - היא שקיים סייג. בפועל לא מדובר בסתירה אלא בניסוח בעייתי של המחוקק. המצב בפועל הוא יצירת **מארג נטלים.**

סעיף 34ה אומר **שנטל הבאת הראיות הראשוני - על הנאשם.** התביעה לא צריכה להביא ראיות לכך שלא התקיים סייג. אולם, סעיף 34כב(ב) אומר כי **אם הנאשם הביא ראיות, הוא לא צריך "לעבוד קשה" אלא ליצור ספק קל** (במאזן ההסתברויות). אם הנאשם עשה זאת, **נטל ההוכחה מועבר לתביעה ועליה להפריך אותו** - כלומר, להוכיח מעל לכל ספק סביר שהוא אשם.

סעיף 34ה הוא סעיף פרוצדורלי וסעיף 34כב(ב) הוא הסעיף המהותי, שקובע כי אין אשם אלא אם הוכח מעל כל ספק סביר. ההשלכות של זה היא שהמהות גוברת על הפרוצדורה: במצב בו הנאשם לא הביא ראיות שמתקיים סייג (ואפילו לא טען שמתקיים סייג), אבל השופט מסתכל על ראיות התביעה ועולה לפניו ספק סביר (5%) שקם לנאשם סייג - במצב הזה, אם התביעה לא תצליח להפריך את הספק הסביר - הנאשם ייצא זכאי (זיו מסייג שמדובר במקרים מעטים מאוד).

עד לתיקון 39 היה בלאגן שלם בתחום הנטלים. ההלכה קבעה נטלים שונים להגנות וסייגים שונים. תיקון 39, אם מסתכלים עליו בצורה פורמליסטית לחלוטין, עשה סדר בנוגע לסייגים שמופיעים בתת הפרק "סייגים" בחוק העונשין - ואומר שבנוגע אליהם יחול מערך הנטלים שהזכרנו (מארג נטלים).

המחוקק בתיקון 39 לא התייחס לנטלים שנוגעים לשני סוגי נורמות נוספים:

א. סייגים שלא מופיעים באותו תת פרק של חוק העונשין (למשל, סייגים שהם יציר הפסיקה)

ב. סייגים שמופיעים בדין, אך לא באותו תת פרק (למשל, פטור עקב חרטה של משדל או מסייע)

מבחינה פורמלית צרה, הסדר הנטלים שדיברנו עליו לא חל על הסייגים הללו.

עוד סוג של נטלים שלא דיברנו עליו הוא הגנות. האם בהגנות חל מארג הנטלים או מאזן ההסתברויות (שדורש מהנאשם לעבוד קשה יותר ולהוכיח 51%)?

**פס"ד רוזוב** עוסק בשאלה הזו בדיוק. בחוק ניירות ערך יש סדרת מעשים שאם מבצעים אותם עוברים על שימוש לא חוקי במידע פנים. לגבי חלק מהמעשים הללו יש תתי סעיפים שפוטרים מאחריות פלילית ("הגנות"). הוויכוח שעולה בפס"ד רוזוב הוא מהם הנטלים לגבי אותן הגנות. הסנגוריה טוענת כי הגנות דומות באופיין לסייגים, ולכן ראוי שמערך הנטלים שנקבע ע"י המחוקק בנוגע לסייגים יחול גם בנוגע להגנות. המדינה טוענת כי זו לא כוונת המחוקק, ולו רצה בכך - היה אומר זאת (מארג הנטלים חל רק על הסייגים בפרק הספציפי).

ביהמ"ש מאמץ עמדת ביניים וקובע שמערך הנטלים יחול על סייגים ולא משנה היכן הם מעוגנים. לגבי הגנות, ככלל - הנטייה תהיה לקבוע לפי מאזן ההסתברויות. עם זאת, לביהמ"ש יש סמכות לקבוע שבנוגע להגנה כזו או אחרת יחול מערך הנטלים ולא מאזן ההסתברויות. ישנם חילוקי דעות בין השופט חשין לשופטת ביניש (חשוב להכיר למבחן!) בשאלה מהם השיקולים שביהמ"ש צריך לקחת בחשבון כדי להכריע שבהגנה מסוימת חל מערך הנטלים ולא מאזן ההסתברויות.

חשין אומר שיש להכריע בסוגיה בעיקר לפי נטלי ההוכחה - **יכולות הצדדים לספק ראיות.** אם הפער גדול (כך לרוב) הולכים לפי מאזן ההסתברויות כדי לתמרץ את הנאשם להביא ראיות).

ביניש אומרת כי ככלל, הגנות הולכות לפי מאזן ההסתברויות אבל בהגנות מסוימות הבחירה במערך הנטלים תיקבע לפי **אופי החוק** (לשון החקיקה, תכלית הסעיף, מיקום העבירה וההגנה במארג הנורמטיבי הכללי וכו').

* לקרוא טוב את פס"ד רוזוב בדגש על (1) ההגדרה של הגנות וסייגים ו-(2) מתי נקבע לגבי הגנה כזו או אחרת שחל מערך הנטלים (חשין וביניש).
* מאזן ההסתברויות הוא מונח מקובל. מערך הנטלים זו המצאה של זיו.
* קריאה מעמיקה של רוזוב יכולה לאפשר פרשנות בה בהקשר של סייג יציר הפסיקה, מה שיחול הוא מאזן ההסתברויות. זיו מסייג שכנראה השופטים לא התכוונו לכך וכי בעיניו מדובר בסיטואציה מאוד תיאורטית

**לימוד עצמי - ס' 34יד-טז [סייגים לסייגים]**

להסתמך על אקי ורבין!

**שיעור 16 - 5.6.17**

* סייגים שלא נלמדו בשיעור זה אך מופיעים בסילבוס צריך לדעת למבחן ברמת הכתוב בחוק והנלמד בכיתה לאורך הקורס. שני סייגים שלא יהיו בבחינה: שכרות ואוטומטיזם.

סייג אי שפיות הדעת

*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.*

הסייג דורש מצב בו אדם שבשל מחלת נפש או ליקוי שכלי לא יכול היה לשלוט במעשיו, להבין אותם או את הפסול בהם – וקשר סיבתי בין המעשה שנעשה למצב הנפשי/שכלי.

הכלל המשפטי שקובע מהו קש"ס ומחלת נפש (לצורך הסעיף) הוא ביהמ"ש. ביהמ"ש ייעזר במומחה, אבל בסופו של יום השופטים הם שיקבעו באשר לקיומם של מחלת נפש או ליקוי שכלי.

מהו "חוסר יכולת של ממש"?

**הגישה המצמצמת** אומרת שכדי שהסייג יעמוד, אדם צריך להיות חסר כל יכולת להבין את המעשה, את הפסול בו או להימנע מעשייתו. **הגישה המרחיבה** אומרת שלצורך קיום הסייג, די בכך שלאדם תהיה חוסר יכולת מסוימת - אף אם היא אינה מלאה.

**פס"ד רוהאן:** אדם שחשב שהוא מלך המשיח ורצה לשרוף את מסגד אל-אקצה.

**פס"ד ברוכים:** אדם שרף מכון ליווי וגרם למות 4 נשים כי האמין שצווה לעשות כן ע"י "המגיד".

העמדה הרווחת בעבר הייתה **העמדה המצמצמת**, לפיה לא הוכר סייג אי השפיות בהקשרו של רוהאן (שנת 1969). נקבע כי רוחאן היה מודע לשוטרים, תכנן את פעילותו בקפידה ושלט בצורה מסוימת במעשיו. כיום, לעומת זאת, **הגישה המרחיבה** היא העמדה הרווחת.

כשאדון ברוכים הועמד לדין בשנת 2002 הוא זוכה כי נקבע שיש לו שליטה בפעולות שאינן נוגעות למחלת הנפש - ובכל הנוגע למחלת הנפש, השליטה היחידה שיש לו נוגעת למתי ולאיך, אבל לא הייתה לו אפשרות להימנע מלנסות ולשרוף את מכון הליווי. סייג אי השפיות עומד גם אם לאדם יש שליטה באופן המעשים - אבל לא במעשים עצמם.

הסיכוי להיות מזוכה על בסיס אי שפיות קטן מאוד, גם בהינתן הגישה המרחיבה. המקרים בהם הנושא מועלה נדירים מאוד, ועוד יותר נדיר שהשופטים יקבלו את הטענה הזו. בנוסף, זיכוי על בסיס סייג זה לא מזכה בחופש מוחלט אלא בהעברה למוסד לחולי נפש. היות ואין אשם ואין דרישה להרתעה, השיקול המכריע הוא הסכנה לציבור.

* אם אדם חולה נפש אבל אין קש"ס בין המעשה למחלה - הוא יאושפז בתוך הכלא.

סייג ההגנה העצמית

*34י.   לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי 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 סומך** מלמד שכדי לזכות בסייג ההגנה העצמית יש לעמוד בשישה תנאים מצטברים:

**1. תקיפה שלא כדין -** תקיפה לצורך הסעיף רחבה יותר בהגדרתה מעבירת התקיפה, כי לעתים יש צורך בנקיטת הגנה עצמית בשלב בו האדם השני רק מאיים.

**2. דרישה שהסכנה תהיה מוחשית -** הסתברות גבוהה (לא וודאות, אי אפשר לחזות את העתיד).

**3. דרישה שהסכנה תהיה מידית -** מצופה מהאדם להפעיל כוח רק ברגע הנדרש (ולא לפני) וכן שיפסיק ברגע שהסכנה תחלוף. כמו כן, יש להפעיל את הכוח בזמן - ולא כשמאוחר מדי.

**4. לא מדובר במצב אליו האדם הכניס את עצמו בהתנהגות פסולה שתוצאותיה היו צפויות מראש** - למנוע מצב שבו לאנשים יש תמריץ להתגרות באנשים אחרים ובכך לזכות בסייג.

**5. דרישת נחיצות -** מתחלקת לשתיים: (1) *דרישת נחיצות איכותית,* שמשמעותה דרישה שלאדם לא הייתה חלופה לא אלימה (2) *דרישת נחיצות כמותית,* שדורשת שאדם לא ישתמש ביותר כוח ממה שנחוץ כדי להדוף את האיום (אין לבלבל דרישה זו עם דרישת המידתיות).

**6. דרישת המידתיות -** דורשת שהנזק שנגרם מהשימוש בכוח ע"י המתגונן יהיה מידתי ביחס לנזק שהיה נגרם אילולא נמנע מהתוקף לבצע את מעשיו. דרישה זו אינה ליחס מדויק, כלומר - הפסיקה הכירה בכך שגרימת מוות מצד המתגונן היא מידתית במקרה בו קיימת סכנה מוחשית לנזק פיזי **חמור**. זאת, היות ששימוש בכוח אינו מדע מדויק.

ההיסטוריה של ההיתר לעשות שימוש בכוח במערכות המשפט המערביות מגלה כי היחס המידתי מתחלק לשלוש תקופות:

**בתקופה הראשונה** היה היתר רחב לאנשים לבצע סעד עצמי אלים כדי לאכוף את החוק. זאת, בשתי קטגוריות עיקריות: עבירות שמבצען נתפס בשעת מעשה, וניתן להרוג אותו במקום (למשל יחסי מין עם בהמה, הצתה, גניבה בלילה, שוד, אונס); במקרים בהם אדם ברח מדין, היה אמור להתייצב למשפט והוכרז כפורע חוק - כל אדם יכול לתפוס אותו, חי או מת.

המערכת תפקדה באופן הזה עד ששתי סיבות הובילו לדעיכתה ההדרגתית ולהחלפתה בסייגים המוכרים כיום (שפורשו באופן מצומצם) - **התקופה השנייה.** סיבה ראשונה לכך היא העלייה ההדרגתית במעמד המדינה, כשהאחריות לאכיפת החוק מוטלת עליה. סיבה שנייה וערכית יותר היא התפתחות ההשקפה שחיי אדם הם ערך קדוש, גם של הפושע הנתעב ביותר. לכן במצב של סכנה שיש בה אפשרות בריחה - עדיף לברוח (ואז ניצלים גם חיי הקורבן וגם התוקף). בעשורים האחרונים (לדעת זיו, בהשפעת מדינות מסוימות בארה"ב) מתרחש מעבר **לתקופה שלישית** בה אנשים עושים כרצונם ("ס@@ק"). הביטויים לתקופה זו הם **חוק דרומי ופס"ד סומך.**

זיו מאמין שהתקופה השנייה היא הנכונה, וחושב שהתקופה הנוכחית נובעת מירידה באמון הציבור ברשויות החוק. מצד אחד רמת יכולת האכיפה של המשטרה מוגבלת באופן אינהרנטי, אבל היא הולכת ומשתפרת ואף נרשמת ירידה בכמות הפשיעה בכלל והפשעים המסוכנים בפרט. הסיבה העיקרית לירידה באמון נובעת מהשפעות התקשורת.

**פס"ד סומך** עוסק בבעל שירה במאהב הכפייתי של אשתו. סומך הורשע במחוזי וזוכה בעליון. השופט סולברג מסביר באריכות למה לא הייתה לסומך אפשרות לברוח במקום להרוג, אבל נפלטה לו האמירה "אי אפשר לבדוק את המקרה בעיניים הסטריליות של ביהמ"ש". זיו אומר שבכך הוא בעצם נותן לגיטימציה ללקיחת החוק בידיים - אין חילוקי דעות בין העליון למחוזי על עצם העובדות, אלא שהשאלה היא עד כמה אדם צריך להתאמץ כדי לברוח. עד כמה זה לגיטימי להתחשב בזעם ובתסכול של אדם? לדעת זיו, יש מקום להתחשב בחומרת העונש, אבל לזכות על סמך הגנה עצמית מהווה הרחבה של תנאי ההגנה על סמך השקפה שנותנת משקל פחות לקדושת החיים ויותר לזעם של אנשים נורמטיביים. האמירה הערכית של "חיים זה חיים" נחלשת.

הגנה עצמית מדומה

ההגנה הקמה משילוב סעיפים: 34י ו-34טז לחוק העונשין יחד עם סעיף 34יח, הנוגע לטעות במצב הדברים. לפי הגנה זו, נאשם הפועל מתוך אמונה מוטעית כי מתקיימים תנאיה העובדתיים של ההגנה העצמית, יישא באחריות פלילית רק במידה בה היה נושא אם היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו. בשונה מהיסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירה, בו המודעות ליסוד העובדתי בעבירה הנה רכיב נדרש לשם ההרשעה, והיעדרה שולל אחריות פלילית - *בהגנה העצמית המדומה, מחשבתו המוטעית של העושה המדמה לעצמו כי התקיימו יסודותיה העובדתיים של ההגנה, מהווה תחליף להתקיימותם של אלה בפועל וקיומה שולל אחריות פלילית.*

**"טעות כנה'" (תנאי סף) -** רק טעות כנה תאפשר בחינת שימוש בטענת "הגנה עצמית מדומה". לא נדרש כי טעותו של הנאשם תהא סבירה, אם כי סבירותה של הטעות תסייע בהערכת כנותה.

**"סבירות הטעות" -** לפי קביעת סעיף 34יח, לצורך שלילת אחריות פלילית בעבירות של מחשבה פלילית לא נדרש כי הטעות תהא "טעות סבירה", ודי בכך שהנאשם טעה טעות כנה באשר להתקיימות התנאים לתחולת ההגנה. עם זאת, ברור כי סבירות הטעות תשמש להערכת כנותה.

סייג הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר

*34י1. (א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור.*

*(ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול אם: (1) המעשה לא היה סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס; (2) האדם הביא בהתנהגותו הפסולה להתפרצות או לכניסה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.*

**פס"ד שי דרומי**: הנאשם, חוואי מאזור מיתר, התעורר בלילה מנביחות כלבו ונתקל בארבעה פורצים בשער החווה. הנאשם ירה אל עבר הפורצים, פצע אחד והרג פורץ נוסף בעת הימלטם. כתב האישוםייחס לו עבירת הריגה, חבלה בכוונה מחמירה ועבירה של החזקת נשק ללא רישיון. עיקר הדיון נסב בטענת הנאשם כי מעשיו נבעו מהגנה עצמית. הדיון בסוגיה נערך לאור תיקון 98 לחוק העונשין שהרחיב את ההגנה העצמית על קניינו של אדם במקום מגוריו ועסקו.

ההגנה בס' רחבה יותר מזו הקיימת לנאשם ב"הגנה עצמית", כי הגנת בית המגורים נעדרת שני יסודות בסיסיים המצויים ב"הגנה העצמית" הקלאסית: יסוד "תקיפה שלא כדין" ויסוד "סכנה מוחשית".

כלומר, מספיק שמעשה ההדיפה מתייחס לפעולת התפרצות או כניסה לבית מגורים במטרה לבצע עבירה כדי להקים את תוחלת הסייג - וזאת אף מבלי שקדם לכך מעשה תקיפה ומבלי שהנסיבות מצביעות על סכנה מוחשית, ובלבד שמעשה ההדיפה דרוש מידית וכי לא היה "בלתי סביר בעליל". בד בבד, המחוקק הותיר את המבחנים הדורשים את קיומו של הצורך במידיות התגובה, נחיצותו של מעשה ההדיפה לרבות המידתיות והסבירות שבמעשה במבחן חדש של "חוסר סבירות בעליל".

* לא רק שהמחוקק נתן לאדם את הלגיטימציה שלא לסגת מ"ביתו מבצרו", בעת שמותקף על ידי פורץ, אלא המחוקק מוסיף ומתיר לאדם לעשות מעשה אקטיבי ולהדוף פורץ - על אף שלא הותקף על ידו ומבלי שהייתה סכנה לחייו. לא חלה חובת הנסיגה!

תנאים ונקודות ציון להחלת הסייג:

**א. הרחבת הסייג גם למקרי ניסיון בלבד -** אף מבלי שקדם לכך מעשה תקיפה ומבלי שהנסיבות מצביעות על סכנה מוחשית לגופו או רכושו של האדם.

**ב. "בכוונה לבצע עבירה" -** צמצום ההרחבה מן התנאי הראשון ביחס להגנה העצמית. ישנה דרישה כי אותו אדם, לעברו מופעל הכוח, יפרוץ או ינסה לפרוץ בכוונה לבצע עבירה.

**ג. הפריצה / ניסיון הפריצה יהיו לבית מגורים / בית עסק / משק חקלאי של הנאשם או זולתו.**

**ד. המעשה לא היה "בלתי סביר בעליל בנסיבות העניין" לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס** - ראשית, הרחבה ביחס לסיגי הגנה עצמית, שם מבחן הנחיצות שלוב במסגרת דרישת הסבירות, והמבחן המקובל הוא 'מעשה שלא חורג מן הסביר'. שנית, מדובר במבחן נורמטיבי שאמות מידותיו יקבעו על-ידי ביהמ"ש.

**פס"ד דרומי -** "על פי ההגנה החדשה החלה בנדון, עת הורד רף "מבחן הסבירות" לרף נמוך יותר והוא מבחן ה"בלתי סביר בעליל", גילה בכך המחוקק דעתו שיש להעביר את נקודת האיזון לטובת נסיבותיו הסובייקטיביות של המתגונן בעת האירוע... כך, יכול שימצא כי על פי מבחן הסבירות הרגיל לא תוכר פעולת ההגנה של המותקף כפעולה סבירה אולם, על פי המבחן החדש לא יראו בה כבלתי סבירה בעליל."

**ה. מידיות -** על הטוען לו להצביע כי המעשה היה דרוש באופן מידי על מנת להדוף את הפריצה וייפסק משאינו נדרש עוד להשגת מטרה זו. עם זאת, אין לדרוש מהמותקף שימתין לתקיפתו ורק אז יפעל כנגד התוקף. נדרש כי הנסיבות תהיינה מצב של חירום או בנסיבות של התגוננות מונעת.

**ו. היעדר "התנהגות פסולה"** - שקדמה לתקיפה תוך צפייה מראש את התפתחות הדברים.

סייג הצורך

*34יא. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי 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.*

הסייג רחב, מאפשר גם הגנה על רכוש של צד שלישי. יש לעמוד בתנאים המופיעים בלשון הסעיף:

1. מידיות.

2. סכנה מוחשית - לא סכנה מידית, אך כזו שניתן לצפות כי תתרחש בעתיד הקרוב (למשל, רב חובל שאם לא נגרום לו לסובב את הספינה מיד עשוי להביא לטביעתה לאור תנאי מזג אוויר).

3. פגיעה חמורה - אחרת אין לגיטימיות להעברת הנזק מ-א' ל-ב'.

4. "ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו" - הדגשת חוסר הברירה. הכנסת מושג ה'סבירות' לתוך הסייג (למשל, במקרה בו יכול היה הנאשם לפתור את המצוקה בפניה לרשויות).

הערה: המחוקק אינו מבדיל בסייג זה בין "אילוץ" (חוסר ברירה) לבין "שקילות" (בחירת הרע במיעוטו). השקילות מקבלת למעשה ביטוי דרך 'הסבירות' - אם המעשה הוא סביר, חזקה עליו שהוא שקול.

ההבדל בין סייגי "ההגנה העצמית" ו"הצורך" הוא שבסייג הצורך אין תוקפן אלא הכשרת הפעולה שנובעת ממצב נתון.

סייג הכורח

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

**פס"ד אסתר אלון:** פרשת המעילה בבנק למסחר. טענה שפעלה מתוך כורח שכן חששה לחייו של אחיה שהיה שקוע בחובות הימורים. בית המשפט דן בהגנה: "הגנת הכורח נועדה לפטור מאחריות אדם שנקלע למצוקה בה, בשל איום ממשי שהופנה אליו על-ידי צד שלישי הדורש ממנו לבצע מעשה, הוא נאלץ לבחור בין שתי רעות: האחת, כניעה לאיום תוך כדי ביצוע עבירה פלילית, והאחרת, סירוב לבצע את העבירה תוך כדי כך שהוא חושף את עצמו לסכנה כי האיום - שכוון נגדו או נגד זולתו - ימומש." ביהמ"ש החליט כי סייג הכורח לא התקיים במקרה של אלון, כי האיומים לא הופנו כלפיה אלא לאחיה עופר. שנית, אלון היא שהגתה את רעיון הגניבה, ועשתה זאת מיוזמתה מבלי לנסות לפנות למשטרה. בנוסף, האיומים שהציג עופר לא היו מידיים.

סייג הכורח כולל שלושה יסודות:

**א. איום מוחשי -** יש להראות שלא היה זה איום סתמי או כללי, אלא איום מוחשי שנשקפה ממנו סכנה ממשית וקונקרטית לפגיעה חמורה בחיים, בחירות בגוף או ברכוש, של המאוים או זולתו.

**ב. "אנוס היה לעשותו" -** בשל האיום נקלע המבצע לדילמה בה הוא נאלץ לבחור בין כניעה לאיום, תוך כדי ביצוע עבירה פלילית, לבין התמודדות עם המאיים והסתכנות במימושו של האיום. לשון הסעיף מגלמת 'חוסר ברירה'. הרחבה - דרישת ה"אונס" איננה מבוססת על תפיסה לפיה האיום שלל ממבצע העבירה את כושר הבחירה. לכאורה, גם בנסיבות של כורח נותרת בידי המבצע האפשרות לבחור בין ביצוע העבירה ובין הימנעות ממנה (אף במחיר של מוות), אלא שהמחוקק הכיר ביצר ההישרדות של האדם, המניע אותו לנסות להיחלץ מסכנות הניצבות בדרכו ועלולות לפגוע בו, גם כאשר הדבר כרוך בביצועם של מעשים אסורים. במובן זה, כאשר המבצע לא היה אנוס להיכנע לאיום, כי אז ביצועה של העבירה לא היה נחוץ כדי להימנע מהסכנה.

**ג. סעיף 34טז לחוק העונשין, "חריגה מן הסביר" -** הגנת הכורח מיועדת לאותם מקרים שבהם ביצוע העבירה הייתה בבחינת דרך סבירה, בנסיבות העניין, להתמודדות עם האיום (אם ניתן היה להסתלק, להגיש עזרה, לפנות לרשויות וכד', עשיית המעשה תהא בלתי סבירה בנסיבות העניין).

**שיעור 17 - 12.6.17**

**צורות נגזרות של אחריות פלילית**

עבירות נגזרות

שני מונחים נרדפים הם "אחריות פלילית נגזרת" ו"עבירות נגזרות". עד כה עסקנו במקרים פשוטים, בהם עבריין אחד מבצע את כל רכיבי היסוד העובדתי של עבירה מסוימת בזמן שמתקיים אצלו היסוד הנפשי הנדרש לעבירה. עבירות נגזרות עוסקות בסיטואציות בהן מוטלת אחריות פלילית על אדם שלא ביצע את "העבירה המושלמת".

העבירות הנגזרות מתחלקות לשני סוגים עקרוניים:

**1. עבירת הניסיון -** מצב שבו לא הושלמו רכיבי היסוד העובדתי.

**2. צדדים לעבירה -** המשדל, המסייע, המבצע באמצעות אחר וכו'.

ישנן מספר נורמות המשותפות לכל העבירות הנגזרות, ונעסוק בהן בשיעור הבא.

מהותו של הניסיון והצדקות להפללתו

ס' 25 לחוק העונשין:

*25.  אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה.*

המחוקק מגדיר ניסיון על דרך השלילה, ומתאר שלוש קטגוריות של מעשים: (1) מעשים שיש בהם כדי לבצע את העבירה השלמה ומנגד - (2) מעשים שהם בגדר הכנה בלבד. ביניהם ישנה קטגוריה של (3) מעשים שאם אדם מבצע, הוא אשם בניסיון לביצוע העבירה.

**כלומר, אם זה לא הכנה וזה לא עבירה שלמה - זה ניסיון.**

הבחנה בין מקרים:

1. אדם שמנסה לרצוח אדם מסוים ורוצח בטעות אדם אחר - עובר על עבירת הרצח (ולא ניסיון לרצח), כי כוונת התחילה המדוברת בעבירה היא *לגרום למותו של אדם* (ולא ספציפי).

2. אדם שמתכנן לרצוח אדם אחר ונעצר לפני שהספיק לבצע את המעשה או אפילו לקנות את האקדח (רק בירר את מיקומו כדי להכין לו מארב) - נכלל בקטגוריית ההכנה.

3. אדם שמתכנן לרצוח אדם אחר אבל מחטיא - זהו ניסיון מושלם. רכיב ההתנהגות התקיים, רכיב הנסיבה התקיים ורק *רכיב התוצאה "התפקשש".*

4. אדם יורה באדם אחר, מבלי לדעת שהוא כבר מת (חטף התקף לב) - זהו ניסיון מושלם. רכיב ההתנהגות התקיים, רכיב התוצאה התקיים אבל *הנסיבה לא מתקיימת* (זהו לא אדם אלא גופה).

5. אדם מתכנן לרצוח מישהו, מכוון אליו אקדח אבל נתפס לפני שהספיק לירות - זהו ניסיון בלתי מושלם. *הרכיב ההתנהגותי* לא התקיים במלואו.

* **בניסיון מושלם -** הרכיב ההתנהגותי בוצע.
* **בניסיון בלתי מושלם -** חלק מהרכיב ההתנהגותי לא התקיים.

עד לתיקון 39, העונש המקסימלי בגין הרשעה בניסיון היה **חצי** מהעונש המקסימלי שניתן היה לקבל בגין ביצוע העבירה המושלמת. כיום העונש המקסימלי על הרשעה בניסיון **זהה** (בכפוף למספר חריגים) לעונש המקסימלי של העבירה המושלמת.

מבחינת **האשם המוסרי,** אין הבדל בין האדם המנסה לבין האדם המבצע את העבירה בשלמותו. השוני היחיד הוא עניין של מזל (או ביש מזל), אבל *מידת אשמתם זהה מבחינה מוסרית.* גם **מבחינה תוצאתנית** המצב שלהם דומה - כי מבחינת הרתעת הרבים, השיקולים זהים בענישה של המנסה ושל המבצע בשלמות. מבחינת הרתעת היחיד, השיקול אף מתחזק כשמדובר במנסה.

אם כך, מדוע היה בעבר הבדל בענישה בין ניסיון לעבירה מושלמת? הרבה מערכות משפט נטו להסתמך על השקפות מוסריות של גמול אובייקטיבי. השקפות אלו האמינו שיש בעולם איזון קוסמי בין טוב לרע, והאיזון הזה מופר כאשר נגרמת תוצאה שלילית. לפיכך, מנקודת מבט זו, לא צריך להעניש על ניסיון - כי המאזן לא השתנה.

אחד הסימנים הבולטים ביותר לנטישת מערכות משפט מערביות את ההשקפה הגמולנית-האובייקטיבית ואימוץ את צידוקי ענישה מודרניים הוא תהליך השוואת היחס המשפטי שנותנים לניסיון ליחס שנותנים לביצוע בשלמות. בישראל התהליך הושלם רק ב-1994, עם תיקון 39.

עם זאת, בשלושה דברים מרכזיים גם היום היחס למנסה שונה מהיחס למי שביצע את העבירה המושלמת:

1. לגבי המנסה, **ס' 28 לחוק העונשין קובע אפשרות לפטור עקב חרטה.** הסדר זה רלוונטי *למנסה בלבד,* ולא למי שהשלים את העבירה. זאת, כדי לתמרץ את המנסה לחזור בו מביצוע העבירה (לאחר שהשווינו את עונשו למבצע בשלמות, באופן שלכאורה לא משאיר לו סיבה שלא לבצע).

2. כלל משפטי שקובע כי **עונשי חובה ועונשי מינימום אינם רלוונטיים למקרה של ניסיון.** לדוגמה, עונש חובה לרצח במדינת ישראל הוא מאסר עולם. אדם שהורשע בניסיון לרצח יכול לקבל מביהמ"ש כל עונש שהוא, החל מכלום וכלה במאסר עולם.

זאת, משתי סיבות שמייצרות פוטנציאל לשוני בין המנסה למבצע העבירה המושלמת: ראשית, **ייתכן שהמנסה היה מתחרט** עוד לפני שנעצר - ולכן האשם המוסרי שלו קטן יותר; שנית, קו הגבול בין קטגוריית ההכנה לקטגוריית הניסיון אינו ברור - יהיו מקרים שייקבעו כניסיון אך באופיים יהיו **קרובים מאוד להכנה.** מקרים כאלו פחותים מבחינת אשם לעומת מבצע העבירה המושלמת. לפיכך, ניתן לביהמ"ש את שיקול הדעת המלא ולא מגבילים אותו בעונש חובה או עונש מינימום.

**3. החוק קובע כי אין עבירה נגזרת לניסיון לביצוע עבירה מסוג חטא**. למשל, אדם שנוסע בכביש ת"א-ירושלים ורוצה לעבור את המהירות המותרת אבל לא מצליח - לכאורה ביצע ניסיון לעבירת תנועה, אבל ס' 34ג קובע כי ניסיון זה אינו בר ענישה. בסופו של יום, *עבירת הניסיון כעבירה נגזרת היא נורמה משפטית שמרחיבה את מעגל ההפללה, ולכן יש לנהוג בה בזהירות.*

היסוד העובדתי של הניסיון

ההבדל בעונש בין מעשי הכנה לבין מעשי ניסיון

החוק מחלק את ההתנהגות לשלוש קטגוריות - הכנה, ניסיון וביצוע בשלמות.

מלבד מספר מקרים, **לא מענישים על הכנה.** הסיבה המרכזית נובעת מעיקרון השיוריות, שאומר *שללא סיבה טובה מאוד להפליל - לא מפלילים.* אם מבחינה תוצאתית אדם לא גורם לנזק וגם אין אשם מוסרי עמוק - אין סיבה להפליל. בנוסף, יש הרבה התנהגויות חוקיות לחלוטין שנראות כמו הכנה למעשה פלילי, ולכן קשה להבחין ביניהם. הכנה היא שלב אחד מיני רבים בו אפשר להתחרט, ולאט לאט אנו מתקרבים להפללה בגין דברים שבלב.

קיימים שלושה סוגים של נורמות שעוסקות במקרים ייחודיים שבהם כן מפלילים הכנה. אלו אינן עבירות נגזרות אלא עבירות עצמאיות:

**א. בדיני העונשין יש מספר עבירות הכנה ספציפיות - מקרים בהם עצם ההכנה מהווה עבירה.** למשל, ס' 472 קובע כי הכנת המתכת לצורך זיוף מטבע הנה עבירה בפני עצמה. ס' 487 קובע כי זו עבירה להכין את הדברים הנדרשים לצורך זיוף בולי דואר. ס' 497 עוסק בהכנה לעבירה באמצעות חומרים מסוכנים (למשל, חבלן מורשה שקונה באופן חוקי לבנת חבלה לצורך התנקשות).

**ב. ישנן עבירות מסוימות שלא מנוסחות כעבירות הכנה אך בפועל מיועדות להפליל את שלב ההכנה.** חלק נכבד מעבירות הסטטוס ועבירות ההחזקה הן כאלו. למשל, ס' 186 אוסר על החזקת אגרופן או סכין שלא כדין.

* בשני סוגי המקרים הללו, הניסיון מראה שהגעה לשלב ההכנה מצביעה על סיכוי גבוה להתממשות העבירה. *עבירות אלו אינן עבירות נגזרות והן ייחודיות למקרים ספציפיים.*

**ג. עבירת קשירת קשר לביצוע עבירה,** הקובעת כי אם שני אנשים או יותר מסכימים ביניהם על ביצוע עתידי של עבירה - הרי שבאותו רגע הם ביצעו עבירה של "קשירת קשר" (עבירה עצמאית ולא נגזרת!). הסיבה שעבירה זו חוקקה היא שהניסיון מלמד כי אנשים מדרדרים זה את זה - הסיכוי שאדם שהסכים לבצע עבירה עם אדם אחר יחזור בו קטן יותר. עם זאת, עבירה זו מגדילה משמעותית את מעגל ההפללה ולכן יש הטוענים שהיא אינה חוקתית.

ההבחנה בין העבירה המושלמת לבין הניסיון

ההבדל בין מצב בו התקיימה העבירה מושלמת לבין ניסיון נעוץ בכך **שבניסיון לא התקיים במלואו אחד מרכיבי היסוד העובדתי.** ישנם שלושה מצבים כאלו: (1) לא התקיימה נסיבה (2) לא התקיימה תוצאה (רלוונטי רק בעבירות תוצאה) (3) הרכיב ההתנהגותי לא התקיים במלואו.

ככלל, אפשר לזהות מתי מדובר בעבירה מושלמת ומתי רק בניסיון. הקושי האמתי הנו בהבחנה בין ניסיון והכנה.

ההבחנה בין ניסיון והכנה

כאשר מדובר בניסיון בלתי מושלם או במצבים שייתכן שהם ניסיון בלתי מושלם, קו הגבול בין מעשי הכנה בלבד לבין מעשים הנופלים במתחם הניסיון הנו עמום - ועשוי להיות קושי להכריע.

מתיחת הגבול בין הכנה לניסיון משתנה מעבירה לעבירה וממעשה למעשה, ולכן נוצר קושי להבחין באופן ברור בין פעולות הכנה לבין פעולות שכבר מהוות ניסיון. הקושי משמעותי עד כדי כך שמערכת המשפט "התייאשה", וכיום מוסכם כי **אין אבן בוחן אחת** כללית שמכריעה אם מעשה מסוים הוא רק בגדר הכנה או שמא מהווה ניסיון. קיימים סדרת מבחני עזר שנועדו לסייע לביהמ"ש להכריע במקרה הקונקרטי, וייתכנו מקרים בהם לפי מבחן עזר אחד יגיעו לתוצאה מסוימת ולפי מבחן עזר שני - התוצאה תהיה שונה.

**1. מבחן "הקרבה להשלמה":** מבחן הקרבה להשלמה מסתכל על העבירה המושלמת *והולך אחורה אל המקרה הספציפי, תוך בדיקת השלבים שנותרו בין השניים.* ככל שיש כמות גדולה יותר של שלבים חסרים - או שהשלבים החסרים איכותיים במיוחד - הרי שביהמ"ש יגיע למסקנה שמדובר בהכנה בלבד. ככל שיש פחות שלבים או שהם אינם איכותיים באופיים, המבחן ייטה להכריע כי מדובר בניסיון. החיסרון של מבחן זה הוא חוסר הדיוק.

**2. מבחן "הסרט האילם"/מבחן החד-משמעות:** מבחן זה מציע תרחיש שבו מצלמה "עוקבת" אחרי הפושע, אך לא קולטת צליל. אבן הבוחן למעבר משלב ההכנה לשלב הניסיון היא *אם הגענו לשלב בסרט האילם בו ניתן לזהות - באמצעות התבוננות בלבד - את כוונתו של האדם לבצע את הפשע.* החיסרון של מבחן זה הוא שימת דגש-יתר על הביטויים החיצוניים של ההתנהגות, ובעקבות זאת הוא נמתח בנקודה מאוד מאוחרת ולעתים לא יהיה מסוגל לזהות בין התנהגות תמימה להתנהגות של ניסיון מתקדם (למשל, הפלת גפרור ליד אסם).

**3. מבחן "הצעד המשמעותי":** גרסה מרוככת של מבחן החד-משמעות. מבחן זה *הולך כמה צעדים אחורה ומסתפק בחיפוש פעולה שמהווה אינדיקציה חזקה לכוונה לבצע את העבירה.* התומכים בגישה זו נותנים רשימת מצבים בהם, לדעתם, מתגלה ערכה המשמעותי של הגישה. למשל, אדם שנשכב במארב ומחפש את הקורבן; אדם שמפתה את הקורבן להגיע למקום המיועד לביצוע העבירה; סריקה וחיפוש אחר מקום לביצוע העבירה; כניסה באופן לא חוקי למקום שמיועד לביצוע העבירה (פריצה לבית של אדם בכוונה לרצוח); החזקת חפצים בעלי אופי פלילי שעצם החזקתם - ללא קשר למיקום ההחזקה - מעידה על ניסיון לביצוע עבירה; החזקת חפצים שאינם בעלי אופי פלילי מטבעם במיקום שמקנה להם אופי כזה (למשל, רעל עכברים בצנצנת עוגיות).

**4. מבחן תחילת הביצוע/מבחן הצעד האפקטיבי:** מחפש את *הנקודה שבה, אילולא היו עוצרים את העבריין, התהליך היה מתגלגל לכדי השלמת העבירה.* "הרגע המכונן".

השוני בין המבחן הזה למבחן הקרבה בא לידי ביטוי **בפס"ד סריס.** סריס ניסה לאנוס אישה, היא נאבקה, מכונית האירה עליהם והוא ברח. לאחר מכן הועמד לדין על ניסיון לביצוע אונס. עורך דינו טוען כי עבירת האונס השלמה כוללת החדרת איבר מין או חפץ לאיבר המין של האישה. היות שסריס אפילו לא הפשיט אותה, לפי מבחן הקרבה ישנו מרחק אדיר ומדובר לכל היותר בתקיפה והכנה לביצוע אונס. ביהמ"ש, בהסתמכות על מבחן תחילת הביצוע, קובע כי אילולא הקורבן ונהג הרכב היו "מפריעים" לסריס - הרי שננקט הצעד המשמעותי שהיה מוביל לביצוע העבירה.

**פס"ד אלדד** עוסק באדם שמנהל שיחות בצ'אט עם "מורנוש", מי שהוא מדמה לנערה בת 13. חוק העונשין קובע כי קיום יחסי מין עם קטין מתחת לגיל 14 הוא אונס, ולא משנה אם הקטין הסכים. אלדד קובע עם "מורנוש" להיפגש בדירה, בה השניים צפויים לקיים יחסי מין לפי שיחותיהם. אלדד מגיע לדירה, שבה מחכים לו שלושה אנשים: התחקירנית הבגירה שהתחזתה לילדה, כתב של ערוץ 10 ושוטר. הניסיון במקרה הזה נופל לשתיים מהקטגוריות שלמדנו: ניסיון לא מושלם (לא בוצע המעשה) וניסיון בו חסרה נסיבה - גם אם בעולם דמיוני הוא היה מבצע את המעשה, לא הייתה מבוצעת בעילה אסורה בהסכמה (כי "מורנוש" אינה קטינה). אלדד טען כי היה מרחק אדיר בין פעולתו לעבירה המוגמרת. ביהמ"ש קובע שלא, כי אלדד ביצע את הצעד האפקטיבי - כניסה לדירה לבד, במחשבה שנמצאת בה הקטינה, על רקע השיחות המיניות שביצעו.

**שיעור 18 - 14.6.17**

ניסיון בלתי צליח

ניסיון צליח הוא ניסיון שיכול היה להיגמר בהתממשות העבירה. ניסיון בלתי צליח הוא ניסיון שבו העבירה לא קרתה משום *שמלכתחילה הניסיון נועד לכישלון עקב הנתונים הקיימים.*

* לא לבלבל בין ניסיון לא מושלם לניסיון בלתי צליח! אלו אבני בוחן שונות בעליל.

סוגי ניסיון צליח:

1. אדם ניסה לבצע עבירה אבל משהו בהתנהגותו לא עבד (כיוון והחטיא).

2. אדם ניסה לבצע עבירה וגורם חיצוני הפריע לו (שוטר מנע את הירי).

3. אדם ניסה לבצע עבירה אבל התחרט.

ניסיון בלתי צליח עוסק במקרים שבהם *העבירה מלכתחילה לא יכלה להתממש.* למשל, אדם שרוצה לסחור בסמים אבל מישהו - ללא ידיעתו - החליף את ההרואין בעמילן תירס.

*26.  לעניין ניסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו.*

סעיף 26 לחוק העונשין אומר כי **ניתן להרשיע בגין ניסיון בלתי צליח.** זהו מעין *תמונת ראי לסייג הטעות במצב דברים:* גם אם מצב הדברים האמתי לא אפשר את ביצוע העבירה, ואדם דימה שביכולתו לבצע את העבירה - ניתן יהיה להרשיעו. מבחינת אשם מוסרי, מדובר באדם שרצה להפר את החוק ורק עניין טכני מנע ממנו מלעשות כן.

סוגי ניסיון בלתי צליח:

**1. ניסיון בלתי צליח יכול לנבוע מטעות שנוגעת לנסיבה,** הן נסיבה שמהווה חלק מהרכיב העובדתי של העבירה והן עובדה שאינה חלק מרכיבי העבירה.

למשל, סחר בסם מסוכן - שמתגלה כעמילן תירס (חלק מהגדרת העבירה); או ניסיון לשדוד בנק - שנסגר יום לפני כן (לא רכיב בעבירה).

**2. אין זה משנה אם הניסיון הבלתי צליח נבע מכך שנעשה שימוש באמצעי שאינו הולם באופן יחסי או באופן מלא.** בשני המקרים ניתן להרשיע.

דוגמה לאמצעי שאינו הולם באופן יחסי: ניסיון לירות באקדח שאינו תקין או ניסיון להרעיל אדם תוך שימוש במינון נמוך מדי של רעל. דוגמה לאמצעי שאינו הולם באופן מלא: ניסיון לירות באדם ובטעות להשתמש באקדח מים.

**3. מקרים שבהם אי הצליחות נובעת מכך שנעשה שימוש באמצעי אבסורדי.** העמדה המשפטית חלוקה: העמדה הפורמליסטית והלא פופולרית, אך המדויקת ביותר לפי לשון החוק, גורסת כי ניתן להרשיע, ולעומתה ישנה העמדה המקובלת (באופן גורף) שאומרת כי לא ניתן להרשיע.

דוגמה לאמצעי אבסורדי: אדם שמנסה להרוג מישהו עם שרביט קסמים.

מהסתכלות על לשון החוק, אין שום רמיזה לכך שניסיון בלתי צליח עקב שימוש באמצעי אבסורדי פטור מהרשעה. יתרה מכך, *השוואה של לשון החוק כיום ביחס לחוק לפני תיקון 39 יכולה לבסס טענה חזקה שהמחוקק התכוון שלא לפטור את המקרים הללו מאחריות פלילית.* מדוע? הסעיף הרלוונטי לפני תיקון 39 דרש לשם הרשעה בעבירת הניסיון שייעשה **שימוש באמצעים המתאימים** להשלמת העבירה. כלומר, היה סעיף דרכו ניתן היה להצדיק את הפטור שמוענק במקרים של שימוש באמצעים אבסורדיים. כיום מילים אלו לא מופיעות בסעיף, כך שגישה פורמליסטית נוקשה צריכה להוביל למסקנה שאין פטור. עם זאת, בתי המשפט כיום ממשיכים לראות במצבים האלו כנעדרי אחריות פלילית.

השופט גולדברג **בפס"ד גרציאנו** מנסה לבנות קונסטרוקציה משפטית שמסבירה למה הפטור הזה מתיישב עם נוסח הסעיף הקיים. גולדברג אומר שיש להרשיע בהתאם למצב הדברים כפי שדימה אותו המנסה, אך גם במצב זה האמצעי בו נעשה שימוש לא היה מגשים את המטרה.

**4. אי צליחות בגלל טעות משפטית.** אדם חושב שמעשה מסוים הוא עבירה והוא לא.

לדוגמה: אדם חושב שעדיין קיימת עבירה המחייבת תפיסת יוני דואר ולקיחתן למשטרה מבלי לפתוח את המכתב שלרגלן. הוא רוצה להפר את העבירה אז הוא מחפש בכל הארץ יוני דואר, תופס אחת ופותח את המכתב שלרגלה. האם ניתן להרשיעו? לכאורה כן, כי יש להרשיע בהתאם למצב הדברים שדימה. בפועל מצב הדברים נוגע לעובדות בלבד ולא לחוק. אדם שטעה בקשר לחוק - אין על מה להרשיע אותו היות ולא נפגע אף ערך מוגן.

היסוד הנפשי בעבירת ניסיון

היסוד הנפשי בעבירת הניסיון הוא מעין "עוגת שכבות".

**השכבה הראשונה הינה היסוד הנפשי של העבירה המושלמת, אבל עם "טוויסט"** - היות ולא הושלמה העבירה, יש להוכיח (1) מודעות להתנהגות (גם אם לא הושלמה); (2) מודעות לנסיבות (לפי מצב הדברים שדימה, גם אם לא התקיימו בשלמותן); (3) מודעות לאפשרות קרות התוצאה; (4) וכוונה או פזיזות לגבי קרות התוצאה.

**השכבה השנייה היא דרישה לכוונה להשלים את העבירה.** הכוונה לבצע את העבירה רלוונטית בעבירות הניסיון בין אם העבירה המדוברת היא עבירה התנהגותית או עבירה תוצאתית.

לדוגמה: עבירת המעשה המגונה בציבור. אדם נעמד ברחוב במטרה להתערטל ונתפס לו רוכסן המכנסיים. הוא לא הצליח לבצע את מעשה ההתערטלות בציבור. השכבה הראשונה דורשת להוכיח כי היה מודע ובשכבה השני - כי פעל במטרה להשלים את העבירה.

הסיבה המקובלת להוספת דרישה נוספת של כוונה נועדה *לפצות על החוסר ביסוד העובדתי החסר* (היות ולא מדובר בעבירה מושלמת). שחר אלדר אומר שזה נימוק מטופש (אם חסר קמח בעוגה לא מוסיפים ביצים, זה לא משרת את המטרה). זיו אומר שהגברת היסוד הנפשי נובעת בפועל מכך *שבלעדי היסוד הנפשי המוגבר יהיה קשה לזהות פליליות* - מכיוון שלא הושלם האלמנט העובדתי. אם הוא לא הושלם, איך אפשר להעניש? הדרישה נועדה למנוע הרשעת אנשים תמימים.

*34ד.  מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על ניסיון, שידול, ניסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה.*

סעיף 34ד אומר שהדין שחל בהקשר לעבירה המוגמרת חל גם בהקשר של העבירות הנגזרות ממנה - אלא אם קיימת הוראה מפורשת סותרת. כלומר, **גם בעבירות ניסיון ניתן להשתמש בעצימת עיניים כתחליף למודעות.** כמו כן, לפי העמדה המקובלת (שזיו פחות אוהב) אפשר להשתמש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת כוונה. פרופסור דן ביין אומר *שצריך להיזהר בשימוש בהלכת הצפיות בהקשר של ניסיון,* היות *שהכוונה משמשת כאבן הבוחן המרכזית לזיהוי פליליות המקרה.* שימוש בהלכת הצפיות בהקשר זה מסוכן ועשוי להרחיב יותר מדי את מעגל ההפללה.

* הבדל בין עבירה מושלמת לניסיון: **אין ניסיון ברשלנות.**

ניסיון מבוסס על *רציונל של כוונה* בעוד שרשלנות מבוססת על *רציונל של היעדר כוונה ואף היעדר מודעות* - ועל כן השניים לא מתיישבים זה עם זה.

פטור עקב חרטה

ס' 28 לחוק העונשין (לא לבלבל עם ס' 34):

*28. מי שניסה לעבור עבירה לא יישא באחריות פלילית לניסיון אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה.*

דוגמה: אדם שמתכנן לשדוד בנק וגונב לשם כך אקדח ואז מתחרט על השוד - עדיין עשוי להיות מועמד לדין על גניבת האקדח.

סיבות לקיומו של פטור עקב חרטה למנסה:

**1. סיבה תוצאתנית -** אילולא הפטור, הרי שבעצם החוק משווה את מעמדו של המנסה לזה של המבצע בשלמות. *הפטור נועד לייצר תמריץ לעצור מביצוע העבירה.*

**2. סיבה גמולנית -** אם אדם התחרט באמת, הרי ש"חזר בתשובה" ואין לו אשם מוסרי.

**3. סיבה פנולוגית -** מי שהתחרט עבר תהליך ארוך ורצוף ייסורים שלא מצריך השתת עונש נוסף.

הלך הרוח הנדרש לצורך קבלת הפטור צריך לכלול שני רכיבים:

**א. המנסה חדל ממעשיו מחפץ נפשו בלבד.** כלומר, המנסה החליט מרצונו ולא משום שהקורבן הכה אותו (כמו **בפס"ד מצראווה**).

**ב. המנסה חדל ממעשיו מתוך חרטה.**

מה הכוונה לחרטה? ביהמ"ש נוקט בעמדה דווקנית ומצמצמת מאוד באשר לפרשנות החרטה. **הלכת מצראווה** נותנת פרשנות נאמנה יחסית ללשון הסעיף שאומרת "חפץ נפשו בלבד" וכן "כוונה", ומשקפת אוריינטציה גמולנית. אוריינטציה זו אומרת *שהפטור יינתן רק לאדם שלא השלים את העבירה עקב חזרה בתשובה אמיתית.*

הבעיה בגישה זו היא *סיכול בפועל של תכליתו התוצאתנית של החוק.* אדם שמתחרט עקב תשובה פנימית לא מושפע מהפטור בחוק אלא מההליך הפנימי שעשה. אם נפרש כך את החוק, *לא יהיה הסדר חוקי שיתמרץ מנסים שלא להשלים את ביצוע העבירה.* פרשנות זו מגדילה את מעגל העבירה! בעיה נוספת עם הלכת מצראווה היא שבפועל, רק במקרים סופר מובהקים ניתן יהיה ליהנות מהפטור בסעיף. תשובה אמתית, כנה ומלאה שגם ניכרת לביהמ"ש הינה נדירה מאוד.

**בפס"ד פלוני** ביהמ"ש הפך את ההלכה ואימץ מחדש את **הלכת נחושתן,** על פרשנותו המרחיבה. ההבחנה המרחיבה ביותר של הלכת נחושתן אומרת כי *אדם לא יזכה בפטור עקב חרטה במקרים בהם אי-השלמת העבירה נבעה מסיבות שאינן תלויות בנאשם* (למשל, התנגדות הקורבן).

למבחן: להכיר את הגישה הדווקנית (מצראווה) והגישה המרחיבה (נחושתן).

יתרה מכך, ביהמ"ש הכריע בשתי סוגיות צד נוספות בתקופה בה דגל בגישה הדווקנית וטרם דן בהן מחדש. לפי זיו, קיים סיכוי שביהמ"ש ישנה את ההלכה בשתי הסוגיות הללו:

1. שני אנשים מחליטים לשדוד בנק ונכנסו למתחם הניסיון. הראשון חוזר בתשובה ומודיע לשותפו שהוא מתחרט. השני יכול להמשיך עם השוד לבד (אבל סיכויי ההצלחה שלו קטנו משמעותית) או לוותר. בתקופת הגישה הדווקנית, **ביהמ"ש פסק שהפטור עקב חרטה הוא אישי - רק המתחרט נהנה ממנו ולא צדדים אחרים לעבירה.** כלומר, לאדם השני אין מה להפסיד וייתכן שעדיף לו לשדוד... זיו מאמין שההגבלה האישית על הפטור תשתנה בעתיד.

**2. בנוגע לפטור עקב חרטה של מסייע או משדל,** רבים סבורים שסעיף 34 הוא במהותו סייג לאחריות פלילית. משמע, חל עליו "מערך הנטלים" (המשדל צריך ליצור ספק סביר של 5% ואז עובר נטל ההוכחה לתביעה). לעומת זאת, בתקופה הדווקנית ביהמ"ש קבע (מתוך הנחה שבמרבית המקרים, מלבד בתשובה אמתית, קיים אשם מוסרי אצל המנסה) שנטל ההוכחה בדבר קיום התנאים של סעיף 28 (פטור עקב חרטה למנסה) הוא על הנאשם, וברמה של מאזן ההסתברויות. במילים אחרות, **לגבי סעיף 34 יש חילוקי דעות, אבל עמדה מאוד מקובלת דוגלת במערך הנטלים (5%). בנוגע לסעיף 28 בהקשר של ניסיון, הפסיקה כיום אומרת כי הנטל על הנאשם הוא ברמה של מאזן ההסתברויות (51%).** עם זאת, הפסיקה עשויה להשתנות בעתיד.

המעשה הנדרש לצורך קבלת פטור עקב חרטה

אם מדובר **בניסיון בלתי מושלם, כל שצריך הוא שהמנסה המתחרט** **יחדל מפעולותיו.** אם מדובר **בניסיון מושלם** שבו העבירה עדיין לא התממשה בגלל נסיבות שחיצוניות לנאשם (לדוגמה: הרעלת מזון וחרטה על כך לפני שהוא הגיע לקורבן המיועד) על הנאשם לעשות **מעשה שיש בו תרומה של ממש למניעת התוצאות** שבהן מותנית השלמת העבירה.

הפסיקה עדיין לא הכריעה מה היא אותה תרומה של ממש, אך בספרות קיימות שתי עמדות:

1. עמדה ראשונה אומרת כי הכוונה היא לתרומה אפקטיבית - **על הנאשם למנוע את השלמת העבירה.** בהקשר של הדוגמה הקודמת: להפיל למלצר את המזון מהיד.

2. עמדה שנייה אומרת שניתן להסתפק בנקיטת צעדים שמבחינת מהותם **מסוגלים בד"כ למנוע את התוצאות בהן מותנית השלמת העבירה.** למשל, לנסות לעצור את המלצר אבל להיתקע בתור.

כאשר מדובר בעבירה שמבוצעת ע"י מספר משתתפים סיכול העבירה נעשה בעייתי יותר.

עבירות הניסיון העצמאיות

יש בחוק העונשין מספר עבירות ניסיון עצמאיות. עבירות ניסיון עצמאיות אינן עבירות נגזרות, אלא מקרים מיוחדים שבהם המחוקק קבע כי המעשה המופלל הוא פעולה של ניסיון.

שלוש דרכים לזיהוי עבירות ניסיון עצמאיות:

**1. עבירות שבהן רכיב ההתנהגות יהיה "המנסה".** למשל, ס' 329(2)(א) לחוק העונשין עוסק באחת החלופות של עבירת החבלה בכוונה מחמירה.

**2. עבירות שאינן עושות שימוש במונח "המנסה" אבל מתוכנו של הסעיף נראה שראוי לפרשו כסעיף שמפליל פעולת ניסיון.** למשל, ס' 294(א) לחוק העונשין קובע *שהמבקש* מתנה או שוחד - אף אם לא נענה - כמוהו כלוקח שוחד. ס' 477(1) קובע *שהמתחיל* לזייף מטבע כאילו זייף מטבע.

**3. עבירות שניתן לזהות שהן עבירות ניסיון עקב כותרת הסעיף.** למשל, ס' 403 - "ניסיון שוד".

ההלכה קובעת שדיני הניסיון הכלליים חלים גם על עבירות הניסיון הספציפיות (העצמאיות). כלומר, גם פה יש להוכיח שכבה שנייה ביסוד הנפשי; יחול ס' 28 העוסק בפטור עקב חרטה; וכו'.

**אין להבין את עבירות הניסיון כעבירות שיוצרות הסדר שלילי!** משמע, גם במקרים שבהם לא התקיימו היסודות של עבירת ניסיון עצמאית, אין זה אומר שאי אפשר להרשיע אדם בניסיון לבצע את העבירה המושלמת. לדוגמה: אדם שניסה לבצע שוד, אבל לא קיים את יסודות העבירה של "ניסיון שוד" כפי שהן מנויות בס' 403 - עדיין יכול לעמוד לדיון לפי ס' 402 (עבירת השוד).

למה? חלק גדול מעבירות הניסיון חוקקו בזמנים בהם היה הבדל ענישתי בין ניסיון ועבירה מושלמת, והמחוקק רצה להשוות ביניהם. בנוסף, ההסבר הרגיל של חוסר קוהרנטיות בחקיקה...

**שיעור 19 - 19.6.17**

**עבירות נגזרות - צדדים לעבירה**

השותפים העקיפים לפשע:

**משדל -** נוטע במוחו של המבצע העיקרי את הרעיון לבצע את הפשע.

**מבצע באמצעות אחר -** אדם שלא מבצע את הפשע אבל המבצע העיקרי הנו "ככלי בידיו".

**המסייע -** עיקר השיעור הנוכחי.

האחריות של השותפים העקיפים הנה אחריות פלילית נגזרת. נגזרת ממה? יש שתי גישות:

הגישה הקדומה יותר (וההגיונית פחות, לפי זיו) אומרת **שאחריות השותפים העקיפים נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי.** זו גישתו העקרונית של המשפט הישראלי, בכפוף לחריגים.

בעבר, מערכת משפט רבות היו מבוססות על גמול אובייקטיבי - הופר האיזון בין טוב לרע. ההליכים המשפטיים נועדו לקבל סימן אלוהי בשאלה אם הופר האיזון. למשל, אם מישהי נחשדת כמכשפה, מעלים אותה על המוקד - אם היא נשרפת היא לא מכשפה... לחלופין, אם אדם מאשים אחר בביצוע פשע, נקבע דו-קרב ביניהם היות ואלוהים יהיה לצד הצודק. במערכת משפט כזו יש בעיה מאוד גדולה לנהל הליך משפטי לגבי מבצע עקיף כאשר עדיין לא הושלם ההליך מול המבצע העיקרי - כי אם המבצע העיקרי יצא זכאי, גם החשודים המשניים צריכים לצאת זכאים.

הגישה השנייה אומרת **שאחריות השותפים העקיפים נובעת מקיומו של מעשה העבירה.** גישה זו מתבססת על כך שהאשם הוא אישי-סובייקטיבי ונטוע בנפשו של האדם.

נהוג לומר שגישות המשפט המקובל עדיין מצדדות בגישה הראשונה, בעוד הגישות הקונטיננטליות מצדדות בשנייה. אמירה זו אינה מדויקת כי גם מערכות משפט מקובל עכשוויות התרחקו מהגישה הראשונה הטהורה. *ההתרחקות באה לידי ביטוי בפיתוח דוקטרינות שונות שמטילות במקרים שונים אחריות על המבצעים המשניים, גם אם לא הוטלה אחריות על המבצע העיקרי.*

המקרה של **"הסוכן התמים"** הוא המקרה המובהק להמחשת ההבדל בין הגישות: כשבהקשר המבצע העיקרי חל סייג של אחריות פלילית, הגישה הראשונה תוביל למסקנה שגם לשותפים המשניים לעבירה אין אחריות פלילית. גישה שנייה, לעומת זאת, תגיע למסקנה - לפחות בחלק מהמקרים - שניתן להטיל אחריות על המבצעים המשניים.

במערכות המשפט המקובל פותחו דוקטרינות שונות שאומרות כי לפחות בחלק ממקרי "הסוכן התמים" מוטלת אחריות על המבצעים המשניים, למרות שלא מוטלת אחריות על המבצע העיקרי.

**אמירה נכונה יותר היא שמערכות משפט מקובל, שנובעות מהגישה הראשונה, נוטות פחות להטיל אחריות על מבצעים משניים.** כלומר - *מצמצמות את מעגל ההפללה.* מערכת המשפט הישראלית שייכת למשפחת "המשפט המקובל", אך יש בה דוקטרינות שונות שממחישות את ההתרחקות מהגישה הראשונה במובנה הטהור.

לדוגמה, **"מבצע באמצעות אחר":** (ס' 29(ג)) קובע כי במקרים בהם בהקשרו של המבצע העיקרי חל אחד הסייגים מרשימת הסייגים המנויה בסעיף, הרי שיראו בשותף עקיף כאילו הוא המבצע העיקרי - אם המבצע העיקרי היה כ"כלי בידיו". כלומר, אם אדם משכנע ילד בן 9 לבצע עבורו שוד, הוא נחשב כ"מבצע באמצעות אחר". למרות שלא עשה דבר, רואים בו כמבצע העבירה.

דוגמה נוספת (סיפא של ס' 34ב): ככלל, סייגים מסוג הצדק נחשבים נתונים שהם תנאי להתהוות העבירה. לעומת זאת, סייגים מסוג הפטר מהווים נתון אישי (כפוף לחריגים). כלומר, **אם למבצע העיקרי ניתן פטור מאחריות פלילית עקב קיומו של סייג מסוג הפטר, ניתן יהיה להטיל אחריות פלילית על המבצעים העקיפים.** לחלופין, לא ניתן יהיה להטיל אחריות פלילית על מבצעים עקיפים רק אם הסיבה שניתן למבצע העיקרי פטור מאחריות פלילית נובעת מקיומו של סייג מסוג הצדק. זאת, בניגוד לגישה הראשונה הטהורה שאומרים למבצעים העקיפים יש פטור ולא משנה ממה נובע הסייג של המבצע העיקרי.

המסייע

ס' 31 לחוק העונשין מגדיר את המסייע כמי שעשה מעשה לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה כדי לתרום ליצירת תנאים לשם עשייתה. מדובר על מי שתרומתו לביצוע העבירה משנית בלבד (אחרת נחשב "מבצע בצוותא").

*31. מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע.*

**פס"ד פלונית:** האם ניתן להאשים אדם בניסיון לסיוע? (מצב שבו אדם מסייע לביצוע עבירה, אבל המבצע העיקרי נותר במתחם ההכנה). ביהמ"ש קבע שלא - היות ומערכת המשפט הישראלית מצדדת בגישה הראשונה, בה אחריות המבצעים העקיפים נגזרת מאחריות המבצע העיקרי.

אם מערכת המשפט הישראלית הייתה מצדדת בגישה השנייה, בה אחריות המסייע הייתה נגזרת מקיומו של מעשה פסול - לא היה קושי בהרשעה בשל ניסיון לסיוע. אולם, *בעולם בו מערכת המשפט מצדדת בגישה בה אחריות המבצעים העקיפים נגזרת מאחריות המבצע העיקרי* (אלא אם נקבע אחרת בחוק) - *הרי שיש יותר קושי לקבל מצב של הטלת אחריות בשל ניסיון לסיוע.* זאת, היות והמבצע העיקרי עדיין לא עבר למתחם המעשה הפלילי.

שני מקרים מבלבלים:

1. אדם מסייע לאחר בכך שהוא מעביר לו את תוכניות הבנק כדי שישדוד אותו. האדם האחר מתחרט ומחליט שלא לשדוד את הבנק - האם ניתן להרשיע את האדם הראשון בניסיון לסיוע?

כן, משתי סיבות: (1) מדובר **בסיוע לניסיון** ולא בניסיון לסיוע (בעל פטור עקב חרטה עובר למתחם הניסיון). (2) פטור עקב חרטה הוא **נתון אישי** (לפי ס' 34ב) - ולא חל על המבצע העקיף.

2. אדם מסייע לשודד בנק בכך שהוא נותן לו אקדח, אבל השודד בסוף בוחר ברובה אחר. האם ניתן להרשיע אותו בניסיון לסיוע?

כן, כי די שבמעשיו של האדם יהיה פוטנציאל לסייע בביצוע העבירה.

היסוד העובדתי של עבירת הסיוע

מהו הקש"ס הדרוש בין המעשה של המבצע העקיף למעשה העיקרי?

**א. די בכך שלמעשה יש פוטנציאל לסייע לקיום העבירה.** המחוקק רצה להעביר את המסר הזה באמצעות המילים הבאות: "מעשה שהיה בו כדי לאפשר את הביצוע". אולם, איפשהו בתהליך החקיקה נעלמו המילים "שהיה בו". זה לא שינה דבר לעניין היסוד העובדתי, כיוון שהפרשנות נותרה "פוטנציאל לסייע". חילוקי הדעות המשמעותיים באים לידי ביטוי ביסוד הנפשי.

**ב. המעשה המסייע צריך להיעשות לפני ביצוע העבירה או בעת ביצועה**. אם הסיוע נעשה לאחר ביצוע העבירה הוא אינו סיוע אלא עבירה ייחודית ועצמאית (לא נגזרת) שנקראת "סיוע לאחר מעשה" (ס' 261-260 לחוק העונשין), שנחשבת לחמורה פחות. יש מקרים שבהם הסיוע נעשה לאחר העבירה, ועדיין מדובר בסיוע רגיל - **כאשר ההבטחה לסיוע נעשתה לפני או בזמן העבירה.** למה? כי זה נתן למבצע העיקרי ביטחון לעשות את העבירה.

דוגמה: אדם שמבטיח לשודד בנק שיאסוף אותו לאחר השוד עובר על העבירה הנגזרת של סיוע (למרות שהפעולה נעשתה לאחר המעשה). זאת, בניגוד לאדם שנוסע ברחוב, מוצא את חברו עם שקי כסף גנובים ונותן לו טרמפ ספונטני (עבירה עצמאית של "סיוע לאחר מעשה").

**ג. סיוע יכול להיות רוחני** (עידוד) **או פיזי** (השאלת רכב). רשימה מפורטת מופיעה **בפס"ד פלונית**.

*לפעמים עצם נוכחותו של אדם בזירת העבירה יש בה כדי להיחשב כסיוע.*

**בפס"ד יוסופוב** אנג'ליקה מועמדת לדין על סיוע, וטוענת כי היא יכולה להיות מואשמת רק באי מניעת פשע ולא בסיוע - כי בסה"כ עמדה בזירת העבירה. ביהמ"ש אומר כי נוכחותה אפשרה למבצע העבירה להסתובב במקום העבירה באופן מחשיד פחות, ולכן עצם נוכחותה מהווה סיוע. כך נקבע כלל ראייתי: *נוכחותו של אדם בזירת העבירה מקימה חזקה ראייתית להיותו מסייע.* לא מדובר בחזקה חלוטה - אדם יכול להפריך אותה אם יספק הסבר סביר לסיבת הימצאותו במקום.

**ד. המעשה המסייע צריך להיות בעל ייעוד מוחשי וקונקרטי -** לא די בכך שאדם ייתן לאדם אחר סכין מתוך ידיעה שמתישהו בעתיד ישתמש בו. מבחינת היסוד העובדתי, מעשה הסיוע צריך להיות *בעל פוטנציאל לסייע לתוכנית קונקרטית ומוחשית לביצוע העבירה.*

**אין צורך בכך שהמבצע העיקרי יהיה מודע לכך שהמסייע מסייע לו.**

האם סיוע יכול להיעשות במחדל?

לכאורה לא אמורה להיות בעיה - ס' 31 מתחיל במילים "העושה מעשה", וס' 18 מגדיר "מעשה" כ"לרבות מחדל". אז איפה מתחיל הוויכוח?

למדנו שכדי להרשיע בעבירה על דרך המחדל, צריך למצוא מקור (בדין או בחוזה) המטיל על האדם חובה לבצע את המעשה. השאלה מתי נקבע שעל המסייע הייתה חובה לפעול באה לידי ביטוי בעמדתו של חשין **בפס"ד ויצמן**, שם הוא מציג 3 גישות ובוחר באחת אחרת, רביעית.

**פס"ד ויצמן:** ארבעה חברים נסעו ברכב. הנהג נסע כמו מטורף ודרס שוטר שסימן לו לעצור. ישנה עבירה שנקראת "הפקרת עובר דרך" שמחייבת לעצור ולספק עזרה. הנהג לא עוצר והחבר שיושב לידו אמר לו "סע סע" (סייע רוחני במעשה אקטיבי). שתי החברות ברכב לא אמרו כלום, ונשאלת השאלה האם שתיקתן (פעולה מחדלית) מקימה עילת סיוע בעבירת ההפקרה של עובר דרך?

**1. הגישה הצרה** אומרת כי ניתן להרשיע בסיוע דרך מחדל רק במקום שנמצאת בדין או בחוזה חובה ספציפית על המסייע לפעול.

**2. הגישה המרחיבה** אומרת שבנוסף למקרים שנופלים תחת הגישה הראשונה, יש מקרים שבהם *מעצם קיומה של מערכת יחסים בין המואשם בסיוע למבצע העיקרי או מקיומה של זיקה בין המואשם בסיוע לבין הסכנה שיצר המבצע נוצרת חובה.*

**3. גישה שלישית** אומרת שהחובה לא נשאבת ממערכת היחסים אלא *ממקרים שבהם המבצע העיקרי מורשע בעבירה מחדלית* (מעין נגזרת). במקרה של ויצמן, המבצע העיקרי ביצע עבירה מחדלית (לא עצר) ולכן גם הסיוע יכול להיות במחדל. היתרון בגישה זו היא שהיא צודקת מבחינה אינטואטיבית. במקרים שבהם המחוקק רצה לאפשר הרשעה במחדל למבצע העיקרי, ואחריות המסייע נגזרת מזו של המבצע העיקרי – זה רק הגיוני שניתן יהיה להרשיע בסיוע על דרך המחדל.

חסרונות הגישה השלישית הם (1) הקלה על התביעה בהרשעה בסיוע בהשוואה למבצע העיקרי, שאצלו כן צריך להוכיח חובה (הרחבת מעגל ההפללה!) (2) לא מתיישבת עם לשון החוק. הגישה הראשונה מסתכלת על סעיף הסיוע ("העושה מעשה") ובוחרת לפרשו לפי ס' 18ב+ג. הגישה השנייה מתיישבת עם החוק ואומרת שהגדרת מעשה לא התכוונה לפרש את המילה כפשוטה בסעיף הסיוע. הגישה השלישית משתמשת רק בחלק מס' 18.

4. חשין מאמץ **גישה רביעית** שהיא בעצם הגישה השלישית עם תוספת של **שיקול דעת וקביעה פר עבירה.** לדעתו, השיקול המרכזי שישפיע אם בהעבירה המחדלית הספציפית כן תחול הגישה השלישית הוא חומרת העבירה. ספציפית לויצמן, הוא קובע שהעבירה מספיק חמורה ומרשיע.

בעקבות **פס"ד ויצמן,** בהקשר הספציפי של הפקרה עובר אורח, הוספה לפקודת התעבורה עבירה חדשה הקובעת כי נוסע ברכב שהיה מעורב בתאונה שבה נפגע אדם חייב להתקשר לגופי ההצלה בהקדם האפשרי בנסיבות העניין, אלא אם נהג הרכב עצר להושיט עזרה. אם לא עשה כן, הרי שעונשו חצי מהעונש על הפקרה (העבירה לא חלה אם נוסע הרכב הוא מתחת לגיל 16).

היסוד הנפשי בעבירת הסיוע

ישנן שלוש גישות, אבל כולן מסכימות על כך שנדרשת מהאדם מודעות לשני דברים:

**א. מודעות לאפשרות ביצוע העבירה ע"י המבצע העיקרי**

**ב. מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולכך שיש לה פוטנציאל לתרום לביצוע העבירה העיקרית**

* ניתן להשתמש בדוקטרינת עצימת העיניים כתחליף למודעות בהקשרים אלו.

האם נדרש יסוד נפשי חפצי של מטרה, ומה צריכה להיות מטרת המסייע?

המחוקק כנראה רצה להסתפק בדרישת מודעות (הניסוח בהצעת החוק - "מעשה **שיש בו כדי** לסייע"), אולם הניסוח השתנה ל"העושה מעשה **כדי**", שבד"כ מהווה דרישת מטרה. כלומר, יש כאן שני שיקולים נוגדים: העמדה שדורשת רק מודעות מסתמכת על כוונת המחוקק; אולם לעמדה שדורשת גם כוונה יש שני יתרונות חזקים - היא תואמת ללשון החוק ולכלל הפרשני של פרשנות לטובת הנאשם (יסוד נפשי חפצי של מטרה מצמצם את מעגל ההפללה).

הוויכוח בין העמדות התעורר אחרי תיקון 39, **בפס"ד פוליאקוב**: אדם שלא היה שותף בתוכנית לבצע רצח, אבל ראה את הרצח בעת התרחשותו ופעל באופן שהיה מודע לכך שיסייע לביצועו. עמדת הרוב בפסק הדין אימצה את גישת המודעות (לביצוע העבירה העיקרית; לטיב ההתנהגות המסייעת; ושיש לה פוטנציאל לתרום לביצוע). שופטי הרוב אמרו כי פרשנות זו מתבקשת לאור סעיפים 20-19 לחוק העונשין, שאומרים *שברירת המחדל היא שהיסוד הנפשי של עבירה היא מחשבה פלילית* (מודעות). דעת המיעוט מבקרת את דעת הרוב כי היא אינה מתכתבת עם נוסח החוק; עם עקרון הפרשנות לטובת הנאשם; ויוצרת עבירה על דרך ההיקש (כי מדובר בלקונה).

השופט אנגלרד (בדעת המיעוט) אומר שמעבר למודעות, יש צורך בדרישת כוונה אצל המסייע לגבי (1) המעשה של המבצע העיקרי (רצון שהעבירה תבוצע) וכן לגבי (2) מעשיו שלו (פועל מתוך מטרה שמעשיו יסייעו לביצוע העבירה). בהקשר לכל אחת מדרישות הכוונה האלו ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות. אם אדם ראה שמעשיו, כאפשרות קרובה לוודאי, יסייעו לעבירה - כאילו פעל מתוך כוונה לסייע. הוא מסביר שללא "הרוורס" שעשה (בהחלת הלכת הצפיות) היו שני סוגי אנשים שלא הייתה מוטלת עליהם אחריות: אדם שעשה פעולה מסייעת מתוך לחץ חברתי; ואדם שמסייע לא במטרה לקדם את העבירה אלא כדי לעזור לעבריין (**פס"ד פלונית**).

**ההבדל בין הגישות בא לידי ביטוי במקרים בהם פוטנציאל הסיוע קטן מוודאות קרובה לוודאי.**

בין שתי הגישות הללו, ברק **בפס"ד פלונית** מציע גישת ביניים שמתיישבת במידה רבה עם לשון החוק וכוונת המחוקק: בנוגע לפעולה של המבצע העיקרי, מה שנדרש מהמסייע זה מודעות לאפשרות ביצוע העבירה בידי המבצע העיקרי. בנוגע להתנהגותו שלו, המסייע צריך להיות מודע לטיב התנהגותו המסייעת, לכך שיש לה פוטנציאל לסייע לביצוע העבירה העיקרית וכן להוכיח כוונה לסייע לעבריין. גם כאן הלכת הצפיות יכולה לשמש תחליף להוכחת הכוונה. גישת הביניים הזו היא התקפה כיום.

מהי מידת המודעות הנדרשת מהמסייע? הקביעה של ביהמ"ש **בפס"ד יוסופוב** היא מעין פשרה. לא נדרש מהמסייע לדעת כל פרט בתוכנית העבירה אלא הכרה בקיומה של תכנית קונקרטית. לחלופין, לא די במתן סכין לאדם בעל מזג חם, שהגיוני שירצח מישהו בעתיד.

**שיעור 20 - 20.6.17**

**שידול**

*30.  המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה.*

שידול היא עבירה מוזרה. למרות שמעשית העבירה בוצעה ע"י אדם אחר - הפסול המוסרי גדול יותר ("המשדל הוליד גם עבירה וגם עבריין"). בעוד שעונשו המקסימלי של המסייע הוא מחצית מעונשו המקסימלי של המבצע, עונשו של המשדל שווה לעונש המקסימלי של העבירה לה שידל.

היסוד העובדתי של עבירת השידול

**א. הרכיב ההתנהגותי הוא כל התנהגות בעלת אופי משדל.**

שידול יכול לקרות גם במצב שבו הרעיון לבצע את דבר העבירה ניטע אצל המבצע באופן עצמאי, **אם ללא דברי השידול של המשדל האדם לא היה מבצע את העבירה.**

האם ניתן לשדל על דרך המחדל?

גישה ראשונה אומרת שכן. מבחינה פורמלית, אין דבר בנוסח הסעיף שמוביל למסקנה כי המחוקק התכוון לא להפליל פעולות שנעשות על דרך המחדל. מבחינה מהותית, יכול להיות מצב בו שידול נעשה על דרך המחדל. **יהיו מקרים שבהם מערכת היחסים בין אנשים היא כזו שדי בשתיקה כדי לשדל לדבר עבירה.**

גישה שנייה אומרת ששידול מעצם מהותו מדמה פעולה אקטיבית. ברמה המעשית, שידול לרוב כולל אקט כלשהו. ברמה המהותית, **מדובר בהפללת אדם שלא עשה שום פעולה למעט נטיעת רעיון במוחו של אדם אחר - ולכן, אם נרצה להפלילו, ראוי שלכל הפחות תהיה דרישה לפעולה אקטיבית.** אלמלא זאת, מעגל ההפללה יגדל משמעותית.

**העמדה הרווחת היא ששידול לא יכול להיות על דרך המחדל.** עם זאת, זיו חושב שבסוף יגיע לביהמ"ש המקרה המובהק שבגינו ייקבע שכן קיים שידול על דרך המחדל (ומבקר זאת).

**ב. הרכיב נסיבתי של עבירת השידול הינו קיומו של משודל.**

כמו במקרה של סיוע, *אין צורך בכך שהמשודל יידע שהוא משודל.* גם אם אדם מבצע עבירה ולא מודע לכך שמאחורי הקלעים מישהו השפיע עליו לעשות כן, עבירת השידול עדיין תקפה.

* ההבדל בין משדל למבצע באמצעות אחר: המבצע באמצעות אחר עוסק במקרה שבו המבצע העיקרי אינו אחראי מבחינה פלילית (למשל קטין או חולה נפש) בעוד שאצל המשדל המבצע העיקרי יכול לשאת באחריות פלילית מבחינה טכנית.

**ג. הרכיב התוצאתי של עבירת השידול הינו "הבאת אחר לידי עשיית עבירה".**

עבירת השידול, בניגוד לעבירת הסיוע, היא עבירת תוצאה. יש לכך השלכות בנוגע ליסוד הנפשי ולאלמנטים אחרים שנדרשים לצורך הרשעה.

במקרה מורכב, שבו המשדל שידל אבל המבצע העיקרי ביצע רק ניסיון - במה נאשים את המשדל?

עמדה ראשונה אומרת שאדם כזה צריך להיות מורשע בשידול לעבירה המושלמת. לדוגמה, מי ששידל לרצח אבל המבצע החטיא - צריך להיות מואשם **בשידול לרצח.** עמדה אחרת אומרת שהיות שהמבצע העיקרי ביצע עבירת ניסיון, יש להרשיע את המשדל **בשידול לניסיון לרצח.** עד כה לא הוכרעה הסוגיה.

היות שמדובר בעבירת תוצאה, נדרש **להוכיח קש"ס בין פעולת השידול לבין ביצוע הפעולה ע"י המשודל.** קש"ס זה יכול להתקיים בשני מצבים:

1. כאשר מדובר בשידול קלאסי, בו **המשדל נוטע את הרעיון במוחו של המשודל.**

2. כאשר אדם חושב באופן עצמאי לבצע עבירה **והמשדל הוא שמטה את הכף (פס"ד אסקין).**

ביהמ"ש העליון **בפס"ד אסקין** מרחיב את הגדרת השידול. קש"ס בין הפעולה המשדלת וביצוע העבירה מתקיים גם כאשר מדובר במעשה המטה את כפות המאזניים. *חשוב לציין כי לשם כך סוג הקשר בין האנשים צריך להיות כזה שלמשדל יש השפעה חזקה במיוחד על המשודל.* אלמלא כן, מדובר בסיוע רוחני. במקרה של אסקין, מערכת היחסים בינו לבין פקוביץ' היא כזו שבה פקוביץ' מחכה למוצא פיו של אסקין. כלומר, אלמלא האישור של אסקין הוא לא היה מבצע את הפעולה.

זיו מבקר את ביהמ"ש ואומר שהרחבת הפעולות של סיוע, שידול וביצוע בצוותא מעמעם את ההבדלים ביניהן, ובכך מאפשר לשופט לבחור בהתאם לרגשותיו כלפי הנאשם. הוא מציין את המקרה של **מארי פיזם** כדוגמה לכך: רוני רון כנראה חשב בעצמו על הרעיון לרצוח את רוז, אבל התייסר בנושא - ומה שהיטה את הכף הוא מעורבותה של מארי. האם מארי פיזם היא מסייעת לרצח, משדלת לרצח או מבצעת בצוותא? היא לא נכחה בזירת הפשע אבל ליוותה את רוני רון טלפונית בעת הרצח. בביהמ"ש המחוזי עורכי דינה טענו כי היא לכל היותר מסייעת. המחוזי לא קיבל זאת ואמר כי רוני רון היה כינור שני ומארי פיזם הייתה הדומיננטית בעבירה - ולכן היא אינה מסייעת אלא משדלת. ביהמ"ש העליון לקח צעד נוסף ואמר כי היא הייתה נוכחת וירטואלית בזירת הפשע, ולכן היא מבצעת בצוותא.

לדברי זיו, נוצר מצב שבו הגבול בין קטגוריות ברורות מתחילות להתמסמס.Easy case makes bad law - חומרת מעשיה של מארי פיזם גרמה לביהמ"ש למסמס את הדרישות כדי לתת לה את העונש הכי חמור שאפשר.

* חשוב: אם אין קש"ס בין השידול לביצוע העבירה, מדובר בסיוע!

היסוד הנפשי בעבירת השידול

היסוד הנפשי בעבירת השידול כולל שני רכיבים:

א. צריך להוכיח **שהמשדל היה מודע לכך שיש בהתנהגותו כדי להביא אחר לידי ביצוע העבירה.** כלומר, מודעות לטיב ההתנהגות המשדלת ולקיומה של נסיבה של משודל.

ב. על המשדל **להתכוון להביא את המשדל לידי ביצוע העבירה,** כך שהשידול צריך להיות מלווה בשאיפה (מטרה) מצד המשדל שהעבירה אליה שידל תבוצע.

כנראה שאין מניעה לעשות שימוש בהלכת הצפיות כתחליף להוכחת כוונה לשידול.

על פניו, עבירת השידול הנה עבירת תוצאה שותקת - כלומר, ניתן היה להרשיע בשידול בהוכחת כוונה או פזיזות. השופטת ביניש **בפס"ד אסקין** קבעה שנדרש **להוכיח כוונה** ולא די בפזיזות*.*

הסיבות לדרישת כוונה בעבירת השידול:

1. אופי השידול. **שידול ממהותו הוא פעולה שנעשית מתוך תכלית לגרום לעבירה לקרות.**

**2. הסתפקות בפזיזות עלולה להרחיב יתר על המידה את מעגל ההפללה.** בסופו של יום, המבצע העיקרי במקרה של שידול הוא אדם אוטונומי שמצופה ממנו להבחין בין טוב לרע (בניגוד לביצוע באמצעות אחר). היות והוא כבר נענש, ראוי להעניש אדם נוסף רק אם היה פסול ממשי במעשיו.

3. כיום **העונש על שידול זהה לעונש של המבצע העיקרי,** משמע - המחוקק מעביר מסר ששידול הוא דבר חמור במיוחד ולכן ראוי לייחד אותו למקרים הראויים.

**4. שמירת על הבחנה בין המשדל לבין המסייע.** אם דברי עידוד יכולים להיות גם סיוע וגם שידול, חשוב להיות מסוגלים להבחין בין השניים. דרישת כוונה יוצרת את הבידול הזה, בייחוד לאור הלכת ברק **בפס"ד פלונית** (כוונה לסייע לעבריין מול כוונה לגרום לעבירה).

ניסיון לשידול

על ניסיון לשידול, בניגוד לניסיון לסייע - ניתן להעניש! (ס' 33, מחצית מהעונש לביצוע העיקרי למעט חריגים). דוגמאות לניסיונות לשידול:

א. פלוני שידל אדם לבצע עבירה, אבל האדם נעצר עוד בשלב ההכנה מסיבה זו או אחרת. היות והעבירה עוד לא בוצעה, זהו **ניסיון לשידול**.

ב. פלוני מנסה לשדל אדם לבצע עבירה, אבל האדם לא משתכנע.

ג. פלוני מתחיל לעשות את הפעולות הנדרשות לצורך השידול ולא משלים אותם, אך חצה את הגבול למתחם הניסיון. למשל, כתיבת מכתב לשידול שהולך לאיבוד בדואר.

ד. פלוני מנסה לשדל אדם לבצע עבירה, אבל האדם כבר החליט על ביצוע העבירה באופן עצמאי.

* לא ניתן להרשיע בניסיון לשידול בעבירה שהיא חטא.

האם ניתן לעשות נגזרת לנגזרת?

האם ניתן להרשיע בשידול לשידול?

**בפס"ד סוגאקר** השופטת דורנר מניחה שאפשר להרשיע בשידול לשידול. נאשם 1 משדל את נאשם 2 לפגוע במתחרה עסקי. נאשם 2, אחרי שהשתכנע, פונה לנאשמים 3 ו-4 שיבצעו את הפגיעה, אך הם נכשלים ונשארים בשלב הניסיון. דורנר יוצאת מנקודת הנחה שאפשר להאשים את נאשם 1 - לעשות נגזרת שנייה, שידול לשידול. יתרה מכך, היא אומרת שלמרות שנאשמים 3 ו-4 לא הצליחו, לא מדובר בניסיון לשידול אלא בשידול - כי הוא הצליח לשדל את נאשם 2.

מול **פס"ד סוגאקר** (שלא מנהל דיון מעמיק בסוגיה אלא פשוט מניח שאפשר להרשיע בשידול לשידול), יש כתיבה אקדמית שאומרת כי לא ניתן לעשות נגזרת שנייה אלא אם קיימת קביעה מפורשת בחוק. כלומר, *נגזרת שנייה תיעשה רק בדרך של חקיקה מפורשת.*

אותו הדבר לגבי **סיוע לשידול:** או שכמו בסוגאקר, מניחים שזה אפשרי - או שמסתמכים על דעת האקדמיה שאומרת שנגזרת שנייה אפשרית רק בדרך של חקיקה מפורשת.

עבירות שידול ספציפיות

בדיני העונשין זרועות עבירות שידול ספציפיות - עבירות עצמאיות בהן המעשה הפלילי הוא שידול לעשות משהו. למשל, ס' 201 (שידול למעשה זנות) או ס' 302 (שידול להתאבדות).

למה עבירות אלו קיימות? חלקן קיימות מסיבות היסטוריות וחלקן נדרשות הן משום שהן **מרחיבות את אפשרות ההפללה** והן משום **שהמעשה המשודל עצמו לא מהווה עבירה**. למשל, שידול לזנות - הזנות עצמה אינה עבירה בישראל. גם התאבדות אינה עבירה, אבל השידול לכך כן.

מה קורה במצב שבו אדם גם מסייע וגם משדל?

עמדה אחת אומרת שיש **להאשים את האדם בשתי העבירות הנגזרות,** והעונש המקסימלי שניתן להשית עליו הוא העונש על העבירה החמורה מבין שתיהן (משמע - שידול).

עמדה אחרת אומרת כי **המעורבות של אדם שגם סייע וגם שידל הופכת להיות כל כך מרכזית עד כדי שניתן לראות בו מבצע בצוותא.** אין הבדל מבחינת העונש בין הרשעה כמבצע בצוותא או כמשדל + מסייע, אבל יש לכך השלכות לגבי נורמות נלוות. נרחיב בנושא בהמשך.

פטור עקב חרטה

*34.  (א)  משדל או מסייע לא יישא באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לניסיון לשידול, אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה, או אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה.*

* לא לבלבל עם הפטור עקב חרטה שניתן למנסה, הקבוע בס' 28!

ההוראה משותפת למסייע ולמשל. החלופות הן (1) מניעת העבירה/מניעת השלמתה (2) הודעה לרשויות לשם מניעתה/מניעת השלמתה (3) עשיית כל שביכולת למניעת עשיית/השלמת העבירה.

הבדלים בין פטור עקב חרטה למנסה לעומת פטור למשדל/מסייע

א. **חוסר ודאות לגבי האפשרות לתת פטור למנסה שלא הצליח למנוע את העבירה** (בניסיון מושלם). אצל מסייע ומשדל ברור שגם אם לא הצליחו (עשו כמיטב יכולתם), הם עשויים תחת תנאים מסוימים ליהנות מהפטור.

* מסייע ומשדל יסיימו את חלקם בשלב שבו לרוב העבירה עדיין לא הושלמה, ולכן יש לכך חשיבות רבה מבחינת הפטור (בניגוד למבצע בצוותא).

**ב. היסוד הנפשי.** גם הגישה החדשה והסלחנית יותר דורשת חרטה מהמנסה, בשעה שאצל המסייע והמשדל לא נדרש מניע של ממש אלא רק פעולות מסוימות.

**ג. ייתכן וקיים הבדל לגבי נטלי ההוכחה בין ס' 28 לס' 34.**

קרמניצר, לאור ההבדלים שציינו, אומר שזו הייתה טעות לתת לשני הסעיפים את אותה כותרת ("פטור עקב חרטה"). ברור לחלוטין שהתכלית שעמדה לעיני המחוקק בעת ניסוח ס' 28 היא תכלית תוצאתנית - תמריץ חזק למניעת העבירה. במקרה של מסייע ומשדל, היות ומדובר במעגל השני של העבירה, המחוקק פחות הושפע בעת ניסוח הסעיף משיקולים גמולניים (חרטה).

לדעת זיו, מה שצריך לקרות עם ס' 34 הוא שיפרשוהו בדומה לס' 28 - אבל זה עדיין לא המצב הקיים. המקרים הכי בעייתיים הם כשאדם נמצא על הגבול בין משדל/מסייע לבין מבצע בצוותא, ושם חשוב לשים לב לחרטה שלו ומה הס' הרלוונטי לעניינו (במבחן לא לשפוך את שני הסוגים!).

**שיעור 21 - 26.6.17**

**המבצע בצוותא והמבצע באמצעות אחר**

החוק אומר בס' 29 שיש שלושה סוגי מבצע עיקרי: המבצע הבודד, המבצע בצוותא והמבצע באמצעות אחר. ס' זה נועד להראות כי *דין המבצע בצוותא או באמצעות אחר שווה למבצע הבודד.* יש לכך משמעות לעניין העונש, לעניין אחריות פלילית בעבירות חטא וכן לעניין פטור עקב חרטה.

לכאורה היה צריך ללמוד על מבצע בצוותא לפני המסייע והמשדל (שהן עבירות נגזרות). אולם, הרבה יותר קל ללמוד לזהות אותם אחרי שלומדים לזהות מיהו משדל או מסייע לפי המבחנים.

מבצע בצוותא

*29(ב)  המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר.*

לא משנה מי עשה מה, החוק מתייחס אליהם כגוף אחד שביצע את היסוד העובדתי של העבירה.

**ביצוע בצוותא יכול להיעשות במחדל.** למשל, עדי נתפסה ויושבת בכלא. עמוס וזיו מתגייס לחלץ אותה (כפרעליהם). זיו דואג לרכב החילוץ ועמוס מתגייס לשב"ס. תפקידו של זיו כנהג הרכב הוא ביצוע פעיל, בעוד שעמוס כשומר מבצע במחדל - עליו פשוט להעלים עין מהבריחה. לחלופין, בהנחה שהרעבה זה מחדל - שני הורים המרעיבים את ילדיהם הם מבצעים בצוותא.

המקרה הקל של מבצעים בצוותא הוא מצב שבו שני השותפים פועלים שווה בשווה. כאשר החלוקה הופכת ללא שווה, קשה לזהות מתי מדובר במבצע בצוותא ומתי מדוע במסייע או משדל.

ההבחנה בין המבצע בצוותא לבין המסייע

בפסיקה הוצעו לפחות *חמישה מבחנים שאין ביניהם הכרעה.* בגלל שהמבחנים עמומים, התוצאות עלולות להיות שונות כלפי אנשים שעשו מעשים דומים.

**1. מבחן הפעולה החיונית שהיא מעבר להכנה:** מבחן זה מגיע מהצעת החוק שהסדירה את נושא מבצעים בצוותא בתיקון 39. הצעת החוק אומרת שלעניין האחריות של מבצעים בצוותא, יש שתי דרישות: (1) המעשה חייב להיות *חיוני לביצוע העבירה העיקרית* (2) המעשה של המבצע בצוותא לבדו, לו בודד, אינו מהווה פעולת הכנה בלבד *אלא נמצא במתחם הניסיון.*

חיזוק לכך שמבחן זה תואם את כוונת המחוקק הוא הרפורמה שנעשתה בעבירת קשירת הקשר בתיקון 39. עד אז, בעבירת קשירת הקשר חלה **דוקטרינת האחריות הסולידרית:** מרגע שאדם הורשע בקשירת קשר, הוטלה עליו אחריות פלילית על כל עבירה שביצע מי מבין קושרי הקשר, גם אם לא ידע עליה או תמך בביצועה. בעקבות תיקון 39 חוקק סעיף 499(ב) - הקושר קשר יישא באחריות פלילית על העבירה רק אם היה צד לביצועה. סעיף זה מרמז *שכדי לראות אדם כמבצע בצוותא, על פעולותיו להיות מעבר להכנה.*

**2. מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון:** מבחן זה מסתכל על פעולותיהם של כל אחד מהצדדים כאילו היה עבריין בודד, ובודק אם פעולותיו לבדן חצו את מתחם ההכנה למתחם הניסיון. בשונה מהמבחן הקודם, לא נדרשת חיוניות - ובכך מורחב מעגל האנשים שייחשבו כמבצעים בצוותא.

הערה לבחינה: אם יש שאלה על ניסיון, יש להרחיב על המבחנים השונים לזיהוי ניסיון. אם יש שאלה על הגבול בין ניסיון למבצעים בצוותא - להרחיב על שניהם. אם עוסקים במבצעים בצוותא ובמבחן האנלוגיה מדיני הניסיון, לא להיכנס לעומק ולשפוך את כל המבחנים הקיימים בניסיון!

**3. מבחן השליטה הפונקציונלית:** מבחן זה שואל אם האדם היה אחד מאדוני הפעולה העבריינית. זהו מבחן פוזיטיבי - האם תרומת הפעולה הייתה דומיננטית ומרכזית?

**פס"ד פלונים:** קבוצת נערים מחליטה לבצע רצח בעקבות רציחתו של כהנא. הם מחליטים שהרצח יתבצע בשוק הקצבים ומחלקים את התפקידים בהגרלה. ביום הפעולה שלושה מהם מתקשרים לרביעי והוא אומר שזה לא יקרה היום. הם מחליטים לבצע את הפעולה בלעדיו - שמסתיימת ברצח של אדם אחד ובכמה ניסיונות רצח של אחרים.

לפי *מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון*, הבחור הרביעי לא עבר את שלב ההכנה. גם לפי *מבחן הפעולה החיונית* הוא לא אשם, הרי הרצח בוצע בלעדיו (כך שהוא לא היה חיוני). ביהמ"ש בכל זאת מרשיע אותו בטענה *שמבחינה פונקציונלית* הוא היה אחד מאדוני הפעולה העבריינית. השופט ברק אומר כי מדובר באדם במעגל המרכזי של הפעולה מבחינה פונקציונלית, **והיעדרותו מהפעולה לא נבעה** **מחרטה** (מבחן עזר ראשון למבחן השליטה הפונקציונלי). לדעת ברק, **אדם שניתן להאשים גם בשידול וגם בסיוע - יש להרשיע כמבצע בצוותא** (מבחן עזר שני).

הבעיה שהגישה הפונקציונלית מנסה להתמודד איתה היא **מצב שבו אדם מאוד מעורב בפעילות העבריינית מבחינת היסוד הנפשי, אבל כמעט ולא מעורב ביסוד העובדתי.** תחושת הבטן היא שמדובר במבצע עיקרי, אבל מעורבותו העובדתית נמוכה. המקרה הקלאסי לכך הוא ראש משפחת פשע. מדובר באנשים שקשה לראות בהם רק בעלי אחריות נגזרת, אבל בפועל מעורבותם קטנה (ולעתים גם לא ניתן יהיה להרשיעם בשידול - כי אין הנחייה ספציפית. זאת, על אף שברור שהעבירות של חייליהם לא היו קורות אלמלא המסגרת שיצרו). הגישה הפונקציונלית מנסה להתמודד עם מצבים כאלה.

סיטואציה נוספת עמה מתמודדת הגישה הפונקציונלית היא **נוכחות וירטואלית.** היום עבריינים יכולים להיות מעורבים בעבירה גם מבלי לנכוח בה בפועל, הודות לטכנולוגיה.

החיסרון של הגישה הפונקציונלית הוא הכנסת דוקטרינת האחריות הסולידרית בדלת האחורית (ויתור על הדרישה שאדם צריך לחצות את מתחם הניסיון כדי לבצע בצוותא).

**4. מבחן חבות העונש:** מבחן זה מסיט את המיקוד מהיסוד העובדתי ומעביר אותו לפסול במעורבות של אותו צד בעבירה. אם מעורבות האדם בעבירה חמורה עד כדי רצון להשית עליו עונש חמור, נראה בו כמבצע בצוותא. אם מעורבותו פחות חמורה, נראה בו מסייע.

החיסרון העיקרי המבחן היא שהוא תלוי "תחושת בטן" וסלידת השופט מהנאשם, באופן שפוגע בשוויון, הוודאיות וההוגנות. היתרון שבו: מתן שיקול דעת רב לביהמ"ש, שמאפשר את את הגמישות הנדרשת לאור המציאות הבעייתית של משפחות פשע.

**5. המבחן המשולב/מבחן מקבילית הכוחות:** מבחן זה מסתכל על כל אחד מהצדדים לעבירה ובודק את מעורבותם בצלע של היסוד הנפשי (התוכנית העבריינית) ואת מעורבותם בצלע של היסוד העובדתי (ביצוע העבירה). ככל שהמעורבות בצלע היסוד הנפשי תהיה גבוהה, כך יסתפק ביהמ"ש במעורבות קטנה יותר ביסוד העובדתי כדי להגיע למסקנה שמדובר במבצע בצוותא.

החיסרון במבחן המקבילית הוא שקביעת אחריות פלילית אינה מתמטיקה. מבחן זה נותן אשליה של סדר וארגון, אבל מה שקובע בפועל הוא שיקול דעתו של השופט. כלומר, הוא לא פחות עמום ושרירותי ממבחן חבות העונש, אבל מכסה על כך באמתלה מתמטית.

בעיה נוספת שתקפה גם לגבי חלק מהמבחנים הקודמים: **ככל שהמבחן מרחיב את האפשרות לראות במישהו כמבצע בצוותא, הוא מצמצם את האפשרות לראות בהם כמשדלים או מסייעים.**

ההבדל בין המשדל לבין המבצע בצוותא

א. דעתו של ברק **בפס"ד פלונים** (שוק הקצבים) נותנת הבחנה אחת בין המשדל למבצע בצוותא - **אם אדם הוא גם משדל וגם מסייע הוא מבצע בצוותא.** זו דעה שאיננה מוסכמת על כולם.

ב. מבחן הפונקציונליות, מבחן חבות העונש ומבחן מקבילית הכוחות מאפשרים הבחנה מסוימת יותר - **ככל שבצלע של היסוד הנפשי הנאשם ממוקם גבוה יותר, תהיה דרישה פחות בצלע של היסוד העובדתי*.*** ככל שהפסיקה מרחיבה את הגדרת המבצע בצוותא, היא נאלצת לצמצם את הגדרת המשדל. דוגמה אחת לכך היא **בפס"ד עוזי משולם.** אם המעורבות בצלע של היסוד הנפשי היא אדירה, השופטים מוכנים להסתפק בכמעט כלום בצלע של היסוד העובדתי כדי להגדיר מישהו כמבצע בצוותא במקום משדל.

ג. ביטוי נוסף לצמצום הגדרת המשדל ניתן לראות **בפס"ד רוני רון,** עם מארי פיזם. העמדה שמובאת שם היא שההבדל בין המשדל למבצע בצוותא הוא **שהמשדל הוא מי שלאחר פעולת השידול מתנתק מהעבירה, שעה שהמבצע בצוותא ממשיך להיות מעורבות בעבירה עצמה.** לכאורה, מתיישב עם השכל הישר. בפועל, זה נותן הגדרה כמעט תיאורטית למשדל - רוב האנשים לא פועלים ב"שגר ושכח". פעם נוספת אנו נוכחים לגלות כי ככל שביהמ"ש מגדיר את מבצע בצוותא באופן רחב יותר, הוא לא משאיר מקום להגדרה של המשדל.

היסוד הנפשי של ביצוע בצוותא

היסוד הנפשי של המבצע בצוותא מורכב משתי שכבות:

א. בשכבה הראשונה צריכה להתקיים **היסוד הנפשי של העבירה המושלמת** (מודעות או כוונה).

ב. בשכבה השנייה צריכה להיות **מודעות לפעולת הצוות, משמע - על האדם להיות מודע (1) לחלקו בעבירה (2) לחלקם של אחרים בעבירה (3) למזימה העבריינית בכללותה.**

* המודעות לתלות ההדדית היא נשמת אפו של המבצע בצוותא!

האם ביצוע בצוותא מתקיים במקרים של השתתפות ספונטנית?

**פס"ד עזיזיאן:** עזיזיאן הלך ברחובות ירושלים וראה אנשים מתפרצים לבית, מתפרעים ומנפצים רכוש. הוא נכנס לדירה, "הרים" כמה דברים והלך הביתה. הפורצים הועמדו לדין וגם אדון עזיזיאן, כמבצע בצוותא. המדינה טענה כי יכולה להיות השתתפות בצוותא באופן ספונטני, כי עזיזיאן ביצע חלק מהפעולות שגרמו לנזק בדירה. יתרה מכך, יש כאן "כוח המסות" - בעצם זה שעזיזיאן נוכח בדירה, האחרים הרגישו לגיטימציה לנהוג כפי שנהגו.

ביהמ"ש הסכים ברמה העקרונית עם טענת המדינה לכך שביצוע בצוותא יכול להיות ספונטני, אבל קבע מבחן מצמצם יותר ממה שרצתה התביעה. **לפי הפסיקה, יכול להתקיים ביצוע ספונטני, אבל זה לא מונע את בירור היסוד הנפשי.** כלומר, ברגע שמדובר בהשתתפות ספונטנית, התביעה תצטרך לעבוד חזק יותר כדי להראות שהייתה מודעות לכך שהפעילות של עזיזיאן היא חלק ממזימה עבריינית כוללת. במקרה הנוכחי, כאשר מדובר בהשתתפות קצרה ומוגבלת בזמן, לא ניתן להטיל עליו אחריות של ביצוע בצוותא אלא רק למעשיו שלו.

**פס"ד עזיזיאן** מצמצם את מעגל ההפללה - זה שאדם נהג בצורה לא מוסרית לא אומרת שצריך להכות בו במלוא העוצמה. יש ספקטרום רחב בין שחור ולבן. זיו מבקר את פסק הדין ואומר כי מה שהטה את הכף במקרה הזה הוא כנראה "גודל הכיפה" - עזיזיאן לא השתייך לאותו מחנה חרדי של הפורצים, ולכן ביהמ"ש נטה להאמין שאינו חלק מהחבורה. זיו חושש שבעתיד, אם מישהו ששייך גם הוא לנטורי קרתא יקלע לסיטואציה דומה - לא יאמינו לו.

המבצע באמצעות אחר

*29 (ג)  מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה...*

המייחד את המבצע באמצעות אחר הוא שבהקשרו, מי שביצע את העבירה ממש היה ככלי בידיו. אותו אדם נמצא במצב שניתן לשלוט בהתנהגותו מכיוון שהוא **חסר היסוד הנפשי הנדרש לעבירה או מכיוון שחל עליו סייג מהסייגים המנויים בסעיף - או סייג דומה** ("כגון").

הכלל הזה נולד בעולם בו מערכות המשפט צידדו בגישה שאומרת שאחריות נגזרת של צדדים משניים לעבירה נגזרת מקיומו של המבצע העיקרי. בעולם כזה, לולא הדוקטרינה של המבצע באמצעות אחר, אדם כמו המבצע באמצעות אחר היה יוצא פטור מעונש - כי שכנע אדם בעל פטור מאחריות לבצע עבירה, ולכן לא יכולה להיגזר מכך אחריות פלילית לגביו. לאור המצב האבסורדי הזה התפתחה **דוקטרינת המבצע באמצעות אחר, שאומרת כי במצבים כאלו האדם נכנס בנעלי המבצע בפועל ומסתכלים עליו כאילו היה המבצע העיקרי.**

עד כמה זה רלוונטי כיום? ס' 34 אומר שנתון בדבר העבירה רלוונטי לכל הצדדים לעבירה, לרבות צד שאינו מתקיים בהקשרו - אך נתון אישי רלוונטי רק בנוגע לאדם שבהקשרו הוא מתקיים. לכאורה, ברגע שיש את ס' 34 לא צריך את דוקטרינת המבצע באמצעות אחר. למה רק לכאורה? במקרים מסוימים הדוקטרינה עדיין משרתת את תפקידה המקורי. לדוגמה, *חייל שמקבל פקודה לא חוקית מהמפקד שלו חייב לבצע אותה, אבל הוא יהיה פטור מאחריות.* הפטור יהיה מסוג הצדק - נתון בדבר העבירה. לכן, אלמלא הייתה דוקטרינת המבצע באמצעות אחר, המפקד היה יכול להגיד שאם החייל פטור גם הוא פטור.

יתרה מכך, לדוקטרינת המבצע באמצעות אחר חשיבות נוספת וכללית יותר - גם היום. היא **משדרת מסר** **שאדם המשתמש באחר כדי לבצע עבירות ראוי שייחשב למבצע העיקרי.** למסר זה יש השלכות לגבי הפטור עקב חרטה, לגבי הטלת אחריות בעבירות מסוג חטא וכן לגבי הטלת אחריות בנוגע לעבירות אחרות המבוצעות ע"י צדדים לעבירה.

היסוד הנפשי הנדרש לביצוע באמצעות אחר

מורכב משני שלבים:

**1. התקיימות היסוד הנפשי של העבירה שמבצע האחר**

**2. התקיימות מודעות (או עצימת עיניים) לנסיבת היות האחר "אחר" לפי המצבים בחוק.**

דוגמאות למצבים המפורטים בחוק:

**א. קטין או אי שפיות** (בקשה מקטין לגנוב או שכנוע מטורף שאדם מסוים הוא השטן ויש לחסלו)

**ב. היעדר שליטה** (אוטומטיזם או להפנט אדם לבצע עבירה)

**ג. ללא מחשבה פלילית** = אדם שאינו מודע לאחת מנסיבות העבירה (שימוש ברכב ללא רשות)

**ד. טעות במצב דברים**

* המבצע בפועל, אם פעל ללא מחשבה פלילית או מתוך טעות במצב דברים, ייבדק לפי המצב שדימה - ועשוי להימצא כנושא באחריות פלילית מסוימת.

**ה. כורח** (איום על אדם באקדח כדי שיהרוג מישהו) **או צידוק** (ציות לפקודה לא חוקית של מפקד)

29*. (ד)  לעניין סעיף קטן (ג), אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד.*

דוגמאות:

זיו עובד על עמוס שאשתו נפטרה, וגורם לו להתחתן בשנית. עמוס עובר על עבירת הפוליגמיה, אבל לא מתקיים אצלו היסוד הנפשי. זיו מורשע בעבירת ריבוי נישואין באמצעות אחר - למרות שהמצב לגביו מדובר בחוק חל על עמוס ("בעל אישה").

עבירת מרמה והפרת אמונים ע"י עובד ציבור חמורה מעבירת מרמה "רגילה". במבצע באמצעות אחר מרמה והפרת אמונים, ואותו אחר הוא עובד ציבור ומתקיימות נסיבות עבירת עובד הציבור - יורשע בביצוע באמצעות אחר של מרמה ע"י עובד ציבור. על אף שאינו עובד ציבור בעצמו.

ההבדל בין משדל למבצע באמצעות אחר

במקרה של מבצע באמצעות אחר, האחר הופך **לכלי בידיו** (חל עליו סייג או לא מתקיים היסוד הנפשי). בביצוע בשידול, האחר הוא **אדם אוטונומי** שהעבירה מתקיימת גם אצלו.

**שיעור 22 - 28.6.17**

**אחריות השותפים לעבירה שונה או נוספת**

ס' 34א מטיל אחריות פלילית על שותפים לעבירה כשהשותף ביצע את העבירה. ס' זה מאפשר להטיל אחריות גם במצב בו אחד השותפים לעבירה לא צפה את קיום העבירה ע"י השותף השני. זו הרחבה משמעותית של מעגל ההפללה!

*34א.  (א)  עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות העניין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –*

"אגב עשיית העבירה"

גישה אחת אומרת ש"אגב" היא **זיקת זמן.** העבירה השונה הנוספת היא **עבירה שנעשתה בזמן ביצוע העבירה הראשית.** למשל, שני שותפים מחליטים לשדוד בנק ואחד מהם מחליט תוך כדי השוד לבצע אונס בבת ערובה (זיקת זמן).גישה אחרת אומרת שמדובר **בזיקה מהותית.** למשל, שני שותפים מחליטים לשדוד בנק ואחד מהם מחליט יום לפני לרצוח את השומר (זיקה מהותית).

* עבירה שונה או נוספת היא עבירה שאיננה חלק מתוכנית העבירה המקורית.

לדעת זיו לא נבון להשתמש במילים "אדם מן היישוב", כי אדם מן היישוב לא עושה עבירות.

מתי חל הסעיף?

ביהמ"ש אומר שהסעיף יוצר הסדר שלילי לגבי עבריין שצפה כי שותפו יבצע עבירה שונה או נוספת. כלומר, יש ארבעה מצבים ורק בשלישי יחול הסעיף:

**1. העבירה היא חלק מהתוכנית העבריינית.** לא חל הסעיף אלא דיני צדדים לעבירה הרגילים.

**2. העבירה אינה חלק מהתוכנית, אבל הצד האחר לעבירה צפה ששותפו יבצע אותה.** לא חל הסעיף אלא דיני צדדים לעבירה הרגילים (יש על כך ביקורת גדולה מאוד. קרמניצר אומר שקל וחומר שהסעיף יחול; לדעת זיו היה נכון לקבוע שהסעיף יחול *אם לכל הפחות* העבריין היה רשלן. רלוונטי במיוחד בסוגיית עונש חובה).

**3. העבירה אינה חלק מהתוכנית, השותף לא צפה אותה אבל שהעבריין הסביר היה צופה אותה.** במקרה הזה חל הסעיף.

**4. העבירה אינה חלק מהתוכנית, השותף לא צפה את העבירה וגם לא היה סביר לצפות שיעשה את העבירה.** במקרה זה לא חל הסעיף ולא יהיה ניתן להטיל עליו אחריות לעבירה שביצע שותפו.

אחריות שותפים במבצעים בצוותא

*34א(א)(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;*

**ס' 34א(א)(1):** עוסק במבצעים בצוותא. יש שלושה מבצעים עיקריים - המבצע היחיד (לא רלוונטי לסעיף), מבצעים בצוותא והמבצע באמצעות אחר. ס' קטן 2 מתייחס למשדל ולמסייע וס' קטן 1 מתייחס למבצעים בצוותא - אין יחס למבצע באמצעות אחר. האם למבצע באמצעות אחר אין אחריות לעבירות אחרות? הפרשנות המקובלת מכניסה אותו לתוך המילים "הנותרים".

המחוקק רצה להגיד שבעבירת תוצאה שכדי להרשיע בה לא ניתן להסתפק בפזיזות כלפי התוצאה אלא נדרשת כוונה לגרימת התוצאה, המבצעים בצוותא או המבצע באמצעות אחר יורשעו בעבירת תוצאה בעלת יסוד עובדתי דומה, שכדי להרשיע בה ניתן להסתפק באדישות. למשל, ס' 329(1) "חבלה בכוונה מחמירה" לעומת ס' 333 - "גרימת חבלה חמורה בפזיזות".

*בפועל אין הרבה עבירות תוצאה שצריך להוכיח בהן כוונה ולא די בפזיזות.* רוב העבירות הללו הן איזוטריות, נוצרו על דרך "התאונה" ולא נכללו בכוונת המחוקק.

**למה כן התכוון המחוקק? עבירת הרצח.** אם שניים שודדים בנק ואחד רוצח את השומר, המחוקק חשב שמן הראוי להרשיע את השותף בהריגה ולא ברצח.

למחוקק היו שתי טעויות:

**א. היחס בין כוונה לכוונת תחילה -** יש שתי עמדות לגבי היחס בין השתיים. אחת טוענת כי מדובר בשני גורמים שונים בעליל והשנייה אומר כי כוונת תחילה היא "כוונה פורטה", עם תוספות. אין הכרעה בין הגישות בפסיקה. בהנחה שהשופט מצודד בגישה שכוונה וכוונת תחילה הן דברים שונים, הסעיף לא יחול במקומות שהמחוקק כן התכוון שיחול. פסק הדין היחיד שבחן את הסוגיה הזו הוא **פס"ד סילגדו,** אבל ברק החליט להשאיר את הנקודה הזו ב"צריך עיון".

**ב. יש כמה דברים שנקראים רצח -** הרצח הקלאסי, גרימת מוות בכוונת תחילה, מופיע בס' 300(א)(2) - הגורם במזיד למותו של אדם. אבל גרימת רצח תוך כדי שוד מתאימה גם לס' 300(א)(3) - "הגורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה", שאינו דורש כוונה! כלומר, רצון המחוקק שלא להרשיע את השותף ברצח לא יתממש, כי הפרקליטות תבחר להרשיע לפי סעיף קטן 3 ולא 2.

**בפס"ד סילגדו** עסק בחבורת נערים שביצעו שוד, במהלכו אחד מהם הרג אדם. הסעיפים הללו עלו לדיון בעליון, בהקשר לאחריות שאר הנערים. השופטים זרקו לפח את עיקרון השיוריות, במיוחד שטרסברג-כהן. הם לא ביטלו את הסעיף הרלוונטי אלא התעלמו מכוונת המחוקק.

*34א(א)(2) יישא באחריות לה [עבירה שונה או נוספת] גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.*

הסעיף מדבר על מצב בו אדם שידל מישהו לבצע שוד והשודד ירה בשומר. אומנם זה לא היה חלק מהתוכנית, אבל היה סביר לצפות שזה יקרה. היורה יורשע ברצח והמשדל יורשע בגרימת מוות ברשלנות (+שוד). **אם אין עבירה דומה שבה היסוד הנפשי הנדרש הוא רשלנות, אי אפשר להרשיע.** למשל, אדם שידל מישהו לשדוד בנק, ותוך כדי השודד אונס את הפקידה. כיוון שאין עבירת אינוס ברשלנות, המשדל יורשע בשוד בלבד. זו משמעות הסיפא של הסעיף.

*34א(ב)  הרשיע ביהמ"ש נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו.*

הקלה נוספת לעונשם של הצדדים האחרים נמצאת בסעיף 34א(ב). **במקרה שלעבירה כלשהי יש עונש חובה, ניתן להטיל על המורשעים בסעיף זה עונש אחר - כלומר, עונש החובה הופך לעונש מקסימום.** למשל, שני השותפים יורשעו ברצח כאשר הרוצח בפועל יקבל מאסר עולם והשותף יקבל כל עונש עד מאסר עולם.

**דגשים למבחן:**

* הבחינה בחומר סגור ויש מגבלת מקום. יורדו נקודות על שפיכת ידע מיותרת!
* הבחינה נפתחת בבדיקת זיכרון פשוט - הגדרות של מושגים מהחומר.
* אם נשאר זמן, להעתיק מחדש את התשובות - משייף את הניסוח ועוזר למגבלת המקום.
* החלק השני של הבחינה בודק הבנה מעמיקה יותר, ולרוב ייגע באחד עד שניים וחצי נושאים מתוחמים - די קל לזהות על מה מדובר בשאלה.
* החלק השלישי הוא קייס, שילוב בין נושאים שונים ובדיקה של עיבוד החומר.
* לא צריך לזכור שמות שופטים, פס"דים (למרות שזה יכול לחסוך מקום, כי מציינים הלכת X) וסעיפי חוק. צריך לזכור את תיקון 39, הגישות השונות ומה מהן היא הרווחת.
* שאלות לפני הבחינה יש לשלוח ישירות לזיו, עד יומיים לפני הבחינה.