דיני עונשין - שי פרבר

תוכן עניינים

[מבנה המשפט הפלילי 4](#_Toc114750156)

[מטרות המשפט הפלילי - הסדרת התנהגויות 5](#_Toc114750157)

[הקדמה 8](#_Toc114750158)

[הצדקות לענישה 9](#_Toc114750159)

[צידוקים גמולים 9](#_Toc114750160)

[צידוקים תוצאתניים (תועלתניים) 9](#_Toc114750161)

[שלילת הצידוק 12](#_Toc114750162)

[הבניית שיקול הדעת הדעת בענישה (תיקון 113) 12](#_Toc114750163)

[הרקע לתיקון 12](#_Toc114750164)

[מה קובע התיקון? 12](#_Toc114750165)

[עיקרון החוקיות 14](#_Toc114750166)

[ארבעה תתי-עקרונות 14](#_Toc114750167)

[עקרון ההתנהגות (עקרון היסוד העובדתי) 18](#_Toc114750168)

[עקרון המזיגה/סימולטניות 19](#_Toc114750169)

[עיקרון חלות החוק (החלות הטריטוריאלית) 20](#_Toc114750170)

[עקרון האשם 21](#_Toc114750171)

[היסוד העובדתי (Actus Reus) 23](#_Toc114750172)

[עבירות התנהגות 23](#_Toc114750173)

[עבירות התנהגותיות ללא מעשה אקטיבי (חריגות ליסוד העובדתי) 24](#_Toc114750174)

[עבירות תוצאה 28](#_Toc114750175)

[הוכחת העבירה 30](#_Toc114750176)

[בעבירות התנהגות + תוצאה: 30](#_Toc114750177)

[בעבירות תוצאה בלבד: 30](#_Toc114750178)

[היסוד הנפשי (Mens Rea) 35](#_Toc114750179)

[אפשרות א' ליסוד הנפשי - מחשבה פלילית 37](#_Toc114750180)

[מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות 37](#_Toc114750181)

[מודעות לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה 40](#_Toc114750182)

[מודעות לעניין התוצאה (א) - כוונה 42](#_Toc114750183)

[מודעות לעניין התוצאה (ב) - פזיזות 44](#_Toc114750184)

[קלות דעת 45](#_Toc114750185)

[אפשרות ב' ליסוד הנפשי - רשלנות 46](#_Toc114750186)

[הגדרת עבירת הרשלנות 48](#_Toc114750187)

[הדרישה לציון מפורש כי מדובר בעבירת רשלנות 49](#_Toc114750188)

[האבחנה בין קלות דעת לרשלנות 49](#_Toc114750189)

[אפשרות ג' ליסוד הנפשי - אחריות קפידה 50](#_Toc114750190)

[מאחריות מוחלטת לאחריות קפידה 51](#_Toc114750191)

[תחולתן של עבירות אחריות קפידה 52](#_Toc114750192)

[הרפורמה בעבירות המתה 52](#_Toc114750193)

[עבירות הכנה והניסיון הפלילי 53](#_Toc114750194)

[הצדקות להפיכת הניסיון לעבירה 55](#_Toc114750195)

[גודל העונש בעבירת הניסיון 55](#_Toc114750196)

[פטור עקב חרטה 55](#_Toc114750197)

[מבחני עזר לאבחנה בין הכנה לניסיון: 57](#_Toc114750198)

[טיב הניסיון 60](#_Toc114750199)

[שימוש בדוקטרינות היסוד הנפשי 63](#_Toc114750200)

[עבירות הניסיון העצמאיות 64](#_Toc114750201)

[צדדים לעבירה 64](#_Toc114750202)

[אפשרות א' - המבצע בצוותא 65](#_Toc114750203)

[אפשרות ב' - מבצע באמצעות אחר 69](#_Toc114750204)

[אפשרות ג' - המסייע 70](#_Toc114750205)

[זיהוי העבירה 70](#_Toc114750206)

[הוכחת העבירה 72](#_Toc114750207)

[היבטים נוספים של העבירה 73](#_Toc114750208)

[אפשרות ד' - המשדל 75](#_Toc114750209)

[זיהוי העבירה 75](#_Toc114750210)

[הוכחת העבירה 76](#_Toc114750211)

[העונש על שידול: 77](#_Toc114750212)

[היבטים נוספים של העבירה 77](#_Toc114750213)

[אחריות השותפים לעבירה שונה או נוספת 80](#_Toc114750214)

[אפשרות ה' - רב עבריינים 82](#_Toc114750215)

[איך מסווגים את "רב העבריינים"? 82](#_Toc114750216)

[סייגים לאחריות פלילית 86](#_Toc114750217)

[חובת ההוכחה 87](#_Toc114750218)

[סייג א' - קטינות 88](#_Toc114750219)

[סייג ב' - העדר שליטה 88](#_Toc114750220)

[סייג ג' - אי שפיות הדעת 90](#_Toc114750221)

[סייג ד' - שכרות 93](#_Toc114750222)

[סייג ה' - הגנה עצמית 95](#_Toc114750223)

[סייג ו' - הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר 97](#_Toc114750224)

[סייג ז' - צורך 98](#_Toc114750225)

[סייג ח' - כורח 98](#_Toc114750226)

[סייג ט' - צידוק 99](#_Toc114750227)

[סייג י' - זוטי דברים 99](#_Toc114750228)

[סייג י"א - טעות במצב משפטי 101](#_Toc114750229)

[סייג י"ב - הגנה תרבותית 102](#_Toc114750230)

המחברת מבוססת על המצגת של פרבר, מחברות אחרות ומידע מהאינטרנט.

כמובן שיכולות להימצא טעויות, אז קחו בעירבון מוגבל[[1]](#footnote-1) 😊

מבוא

כידוע, ענפי המשפט מתחלקים לשלושה תחומים:

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

קיימות נקודות דמיון בין המשפט הפלילי לתחומי משפט אחרים:

* דמיון למשפט אזרחי - קובע כללי התנהגות לפרטים
* דמיון למשפט הציבורי - עוסק ביחסי פרט-מדינה

ההבדל בין המשפט הפלילי לאזרחי:

|  |  |
| --- | --- |
| **פלילי** | **אזרחי** |
| המדינה היא זו שנוקטת באמצעים (מעצר, חקירה, כתב אישום וכו') | הפרט הוא זה שנוקט בהליך (תביעה כספית) |
| הוכחת האשמה חייבת להיות מעבר לכל ספק סביר. | סף ההוכחה הוא מאזן הסתברויות (מעל 50%) |
| בסופו של התהליך ישנה ענישה (מאסר, פיצוי, קנס וכו') | בסופו של ההליך ישנם סעדים |

הגשת כתב אישום פלילי אינה מייתרת את האפשרות להגיש תביעה אזרחית.

במקביל להליך פלילי יכול להתקיים הליך אזרחי, במה שמכונה "תביעה אזרחית נגררת להרשעה בפלילים". יתרונו של ההליך האזרחי הוא ביכולת לקבל פיצוי בלא צורך להוכיח מחדש את הנזק, כיוון שזה נקבע כבר בהליך הפלילי (ע"פ סעיף 11 לפקודת הראיות)

## מבנה המשפט הפלילי

* המשפט הפלילי המהותי: עוסק בעקרונות הכלליים של המשפט הפלילי. זה הקורס שלנו.
* המשפט הפלילי הדיוני**:** אופן התנהלות ההליך הפלילי; אותם כללים שבאמצעותם המשפט הפלילי המהותי נאכף. כל אותן הוראות חוק המסדירות את אכיפת הנורמה הפלילית המהותית. מתי מותר לעצור אדם? כמה זמן יוחזק במעצר? איזה חומר ראיות יש להעביר להגנה? (חוק סדר הדין הפלילי - סד"פ)
* תתי התמחויות: עבריינות צווארון לבן, ענישה פלילית, משפט פלילי וטרור, משפט צבאי, עבריינות נוער, פשיעת סייבר.

דיני העונשין עוסקים ב-3 נושאים מרכזיים:

1. **קביעת הענישה**: איזה סוגי עונשים ניתן להטיל ובאיזה נסיבות?
2. קביעת **האיסורים הפליליים** (רצח, שוד, אינוס)
3. הכללים ל**הטלת אחריות פלילית**.

**תפקידה של מערכת השיפוט הפלילית**:

* לקבוע ממצאים עובדתיים
* לפרש את הדין הפלילי
* לקבוע האם התנהגות מסויימת המובאת בפניה (באמצעות כתב אישום) היא פלילית
* לגזור את עונשם של עבריינים מורשעים
* כיום מקובלת ההבנה שהמשפט הפלילי הוא "**נשק יום הדין**", ועל כן משתמשים בו כמוצא אחרון מבין כלל הכלים העומדים לרשות המדינה.

סעיף 1: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו".

מקורות המשפט הפלילי:

1. **חקיקה**: חוקים שחוקקה הכנסת (למשל, חוק העונשין ופקודת הסמים)
2. **פסיקה**: הלכות ופסיקות של בתי המשפט
3. **כתיבה אקדמית**: משפיעה בעקיפין על 1 ו-2.

## מטרות המשפט הפלילי - הסדרת התנהגויות

המשפט הפלילי הוא חלק מהאמנה החברתית: הרעיון לפיו המדינה נוטלת לידיה באופן בלעדי את האחריות למלאכת אכיפת הדין הפלילי, כשבמקביל האזרחי עצמו מוותר על חירות לעשיית דין עצמית.

המשפט הפלילי מסדיר את החיים בתחומים רבים:

* מסדיר את ה**מִנְהָל**: איסור על שוחד ומרמה, עבירות מס.
* **ההיבט הפיזי של החיים**: איסור על סמים, תקיפה, שוד, פגיעה חבלנית ורצח.
* **החיים המיניים**: איסור על אינוס או מעשים מגונים.
* **תחומי חיים שונים**: לדוגמה איסור על ריבוי נישואין.
* החוק הפלילי כופה. גם אם יש הסכמות חוזיות בין אנשים, אם הן נוגעות בתחומים לעיל, החוק אינו מסכים להן.

המטרות הן:

1. גמול: עשיית צדק על ידי הענשת העבריין לפי חומרת מעשיו הפליליים.
2. שיקום: סיוע לפרט לעבור תהליך של שיקום, כך שיוכל לחזור לחברה.
3. הרתעה**:** הרתעת הציבור מלבצע התנהגות הפוגעת באינטרסים החיוניים של החברה; והרתעת היחיד באמצעות סנקציה על הפרט הבודד.
4. מניעה: מניעת הפרט מלפגוע בערכים המוגנים של החברה (כבוד האדם, חירות, צנעת הפרט, ביטחון המידה, טוהר המידות וכו').

המשפט הפלילי והחברה

**מעגליות המשפט הפלילי**: המשפט הפלילי מסדיר את הדרכים שבהן אנו נוהגים. מנגד, הדרכים שבהן אנו נוהגים או רוצים שהחברה תנהג, הן שמעצבות את החוקים.

דוגמאות:

* התאבדות: בעבר הייתה פקודה בחוק העונשין, הקובעת כי אדם שניסה להתאבד ולא הצליח יגזרו עליו 3 שנות מאסר. עם הזמן והשתנות החברה (תפיסת האוטונומיה של הפרט), בוטלה הפקודה ונקבע איסור על סיוע למתאבד.
* אינוס: בשנות ה-90, שינויים בתפיסת האוטונומיה של אישה על גופה הובילו לשינוי הגדרת אינוס משימוש בכוח/אלימות בלבד, לגם מצב של אי-הסכמה.
* אינוס במרמה: תוספת חדשה יחסית, הקובעת כי גם אם יחסי המין קוימו בהסכמה, אם הייתה מרמה בדבר מהותו של המעשה או בדבר זהותו של הפרטנר - הרי זה אינוס. מרמה בזהות היא אפילו בדברים קלים, כמו להציג את עצמי כטייס קרב למרות שיש לי רק רישיון רכב.
* בעילה שלא בהסכמה: החוק האנגלי (עליו מבוסס בין היתר המשפט הישראלי) הגדיר בעלות קניינית של אדם על אשתו, ועל כן בעל שבעל את אשתו שלא בהסכמתה לא נחשב אונס. בשנת 1988 בוטל הפטור.
* יחסים הומוסקסואליים: בעבר היה איסור על קיום יחסי מין "שלא כדרך הטבע". בשנת 1963 (ב**יוסף בן־עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה**) קבע השופט כהן כי אין מקום להכליל הגדרה זו בחוק הפליל, מכוח זכותו של אדם לעשות כרצונו בביתו. לבסו, בוטלה העבירה בשנת 1988.
* ישנו **פער בין המוסר העקרוני לבין המשפט הפלילי**. ישנם מעשים שיחשבו בלתי מוסריים (למשל, ניאוף) אבל אינם אסורים מבחינה פלילית; ולחלופין, נסיעה בצד שמאל של הכביש אינה בעייתית מבחינה מוסרית, אך העובר עליה עושה מעשה פלילי.

מושגי יסוד

**מבנה הליך פלילי בישראל**:

1. אירוע פלילי
2. חקירת משטרה
3. מעצר/עיכוב
4. הליכי מעצר בבית המשפט
5. הגשת כתב אישום
6. הליך

* עונשי מקסימום – ברירת המחדל של החוק. השופט רשאי לתת עד העונש שקבוע בחוק.
* עונשי מינימום – רף תחתון. במקרים מסוימים כגון: אונס במשפחה. החוק לרוב מאפשר חריגה.
* עונש חובה – למשל מאסר עולם לרוצח.
* הסדר טיעון – הסכמה שמגיעים אליה הצדדים לגבי סעיפי האישום ולעיתים גם על העונש. למעלה מ-92% מהתיקים מסתיימים בעסקאות טיעון. כ-98% מהתיקים מסתיימים בהרשעה. למרות זאת, עסקאות טיעון כלל לא נמצאות בחוק.
* סיווג העבירות: ס' 24, אלה סוגי העבירות לפי חומרתן:

1. "פשע" - עבירה שנקבע לה עונש חמור ממאסר לתקופה של שלוש שנים;

(2) "עוון" - עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים ושאינה עולה על שלוש שנים; ואם העונש הוא קנס בלבד - קנס העולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום;

(3) "חטא" - עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה שאינה עולה על שלושה חודשים, ואם העונש הוא קנס בלבד - קנס שאינו עולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום.

* הרשעה וזיכוי: קביעה כי התנהגות היא פלילית נקראת הרשעה; קביעה כי הנאשם לא עבר את העבירה הפלילית בה הואשם נקראת זיכוי.
* נטל ההוכחה: על התביעה להוכיח כי קיים אשם מעבר לכל ספק סביר, ומכאן שעליה להוכיח היעדר ספק סביר לגבי כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי ולגבי היסוד הנפשי.

החוק המרכזי שנתעסק בו הוא חוק העונשין, התשל"ז-1977.

ה**חלק הספציפי** מהווה בעיקרו רשימה ארוכה של עבירות. מבוסס על פקודת החוק הפלילי שנקבעה ע"י הבריטים (1936).

ה**חלק הכלל**י של חוק העונשין עוסק בעיקרו בנורמות כלליות החלות על מקרים פליליים ללא קשר לעבירה הספציפית (למשל, עיקרון החוקיות).

הצדקות לענישה

# הקדמה

ייחודו של המשפט הפלילי הוא בענישה.

ענישה פלילית פוגעת באופן חמור בזכויות האדם ולכן יש צורך בהצדקות מוסריות משכנעות כדי שהענישה תהיה לגיטימית.

יחד עם זאת, מעשה הנחשב כ"לא מוסרי" עשוי להיות מותר ואף רצוי אם יש לו צידוק מוסרי הגובר על הפסול המוסרי

שני סוגי ענישה עיקריים:

1. ענישה פורמלית: סנקציות מסוימות מאוד שמותר לתת על פי חוק: מאסר, קנס, עבודות שירות, שירות לתועלת הציבור.
2. ענישה בלתי פורמלית: רכילות, גינוי, ניתוק קשר, החרמה, נידוי.

הנושא של צידוק העונש נידון לאורך כל מהלך ההיסטוריה, אך עם החילון המואץ של העולם, הוגי דעות, משפטנים ופילוסופים החלו לעסוק בנושא בצורה מקצועית.

**חמשת כללי הענישה של הארט** (ה.ל.א. הארט, 1907-1992):[[2]](#footnote-2)

1. העונש גורם **סבל** (כאב, מצוקה, השפלה, ויתור על חיי נוחות)
2. העונש מוטל **כתוצאה מהליך משפטי** פורמלי.
3. העונש מוטל על העבריין במתכוון ע"י **גורם נוסף**.
4. **אינדיבידואלי**: העונש מוטל על מי שנקבע שעבר את העבירה.
5. העונש מוטל ע"י **רשות מוסמכת** לפי חוק.

צ'זארה בקאריה (Beccaria):

הוגה דעות איטלקי בן המאה ה-18. בתקופתו האמינו האליטות כי צדק פלילי צריך להיעשות וגם להיראות היטב, והענישה צריכה להיות אכזרית ולא פרופורציונלית כדי לטעת פחד אימים באנשים הצופים במראה המזוויע.

אך בקאריה הזדעזע מכך ולא קיבל זאת. בחיבורו רב ההשפעה "על פשעים ועל עונשים" הוא סבר שמטרת העונש אינה סבל גרידא אלא הרתעה.

* החוקים והעונשים צריכים להיות **מובנים וברורים** לכל אדם.
* צריך להיות קונטקס פלילי עם **מדרג של עונשים**.
* **שופט**: העונש יוטל ע"י אדם מוסמך בלבד.

או כלשונו: ״כדי שהעונש לא יהיה מעשה של אלימות שאדם אחד או רבים מבצעים נגד אזרח פרטי, חיוני ביותר כי הוא יהיה פומבי, מהיר, הכרחי, זעיר ככל האפשר בנסיבות הנתונות, וקבוע על פי חוק״.

# הצדקות לענישה

## צידוקים גמולים

כאשר אדם עושה עבירה, מטרת העונש היא להשיב את האיזון בין טוב ורע.

זו גישה צופה פני עבר (מידה כנגד מידה), שרואה בעונש דבר חיובי בעיקרו, שכן הוא מחזיר את הסדר החברתי. מדובר למעשה בצורה מוסדית של נקמה.

עמנואל קאנט (1804-1724):

תמך בגישה הגמולנית, ושלל כל ניסיון להצדיק את הענישה על סמך התועלת שתוכל לצמוח ממנה לחברה.

* **הציווי המוחלט**: ענישת הפושע היא חובה מוסרית והצידוק לכך כי הוא ביצע פשע. לא אכפת לי מה יקרה לו, וכנראה שהוא גם יחזור לחברה גרוע יותר ממה שנכנס. אך ענישת העבריין היא מחויבת המציאות ובלתי ניתנת לפשרות.
* **עקרון התגמול**: מידת העונש צריכה להיות כמידת הפשע (מידה כנגד מידה).

הביקורת על הגמול:

* סבל ללא מטרה: הגמול מהווה הטלת סבל על העבריין. לא ברור מה מוסרי בהטלת סבל אם אינו משרת מטרה חברתית.
* **מהי ה'מידה' הנכונה?** התגמול נועד להתאים את מידת הסבל של העבריין למידת חטאו או אשמתו אך לא ברור כלל איך עושים זאת והאם בכלל אפשרי.
* העתיד הוא החשוב: התגמול צופה פני עבר ואילו חברה נאורה צריכה להסתכל אל העתיד.
* הנחת היסוד לפיה העבריין הוא תמיד בעל חופש בחירה מוסרי וכי הוא מנותק מהקשרים של נחיתות חברתית ונסיבות - היא מוטעת.
* קיים חשש רציני שבמקום שתורת הגמול תעשה צדק על ידי סדר ושוויון בענישה, היא תיצור **הנחיות ענישה הנתונות ללחצים** פוליטיים, מוסריים וכלכליים.

במציאות, השיקולים הללו מעורבים ביחד.

## צידוקים תוצאתניים (תועלתניים)

לגרום לאדם אחר סבל זה לא טוב. מובן שצריך להעניש אנשים, אך נעניש רק אם יש תועלת בכך. צידוקים אלו מתחשבים בשאלה "מה יותר טוב לי כחברה?"

זו גישה צופת פני עתיד (מה נרוויח מהעונש?), שרואה בעונש דבר שלילי שיש לעשות אם התועלת עונה על הנזק.

ג'רמי בנת'ם (1832-1748)

הוגה אנגלי שהושפע מספרו של בקאריה, וממנסחי הגישה התועלתנית.

* כל התנהגות אנושית מבטאת אינטרס אישי המניע את האדם **לחפש עונג ולהימנע מכאב**.
* **בני אדם הם רציונליים**, הם מחשבים את הסיכויים אל מול הסיכונים ומקבלים החלטה. אנשים - וגם עבריין - לא רוצים כאב סתם, וגם הוא עושה חישוב סיכונים.
* ה**הרתעה** היא התכלית המרכזית של הענישה.

דוגמאות לסוגי גישה תועלתנית:

* מניעה והרחקה: בעת שעבריין נמצא בכלא הוא לא מבצע עבירות אחרות. החברה הרבה יותר בטוחה.

דוגמה לתיאוריה של מניעה - "תיאורית החלונות השבורים": מניעת העבירות הגדולות ע"י גילוי אפס סובלנות לעבירות הקטנות.

וגם: אוהדי כדורגל באנגליה התפרעו באצטדיון, פשוט כי היה להם זמן פנוי. ארגנו להם הסעות מיד לאחר המשחק ולאחריו - והפשע ירד.

* הרתעה:
  + הרתעה אישית: ע"מ שהעבריין הספציפי לא יחזור לבצע את הפשע שוב ("ראה הוזהרת").

ס' 40ו:

מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם מפני ביצוע עבירה נוספת, וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם.

* + הרתעת הרבים: ע"מ שעבריינים אחרים לא ינסו לבצע את הפשע ("למען יראו וייראו").

ס' 40ז:

מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם.

בנת'ם סבר כי ההרתעה מורכבת משלושה מרכיבים שיש לבחון את השפעתם בנפרד: חומרת הענישה, וודאות הענישה (מה הסיכוי שיתפסו אותי) ומהירות הענישה. (הרחבה בהמשך)

* **שיקום**: העבריין עובר הליך של שיקום בכלא, שמטרתו השבת העבריין לחברה כאזרח תורם. למודל השיקום מספר גישות המסבירות אותו:
  + פילנטרופית - העבירה בוצעה על רקע דלות, גנים, חוסר חינוך וסביבה של העבריין. לעבריין אין באמת "בחירה חופשית".
  + הומניטרית - החברה צריכה להיטיב עם מוכי גורל.
  + פוליטית (מרקסיטי) - אמצעי של שליטה בחלשים, אלא מה.
  + רפואית (ההסבר הפסכיאטרי-פסיכולוגי): כמו שברפואה אין מחלה בלי שיהיה לה גורם סיבתי פתלוגי, כך אין עבירה בלי שיש לה סיבה פתולגית אישית.

יצירת הרתעה יעילה

* **מה עם** החמרת ענישה**?** מחקרים מראים שהחמרת ענישה לא מורידה רצידיביזם (מוּעָדוּת, עבריין השב לבצע פשע). בימי הביניים - בזמן שתלו כייסים - כייסו את המשתתפים
  + **עונש מוות**: חוקר בשם סליין (Sellin) השווה את שיעור הרציחות במדינות שהתקיים בהן עונש מוות לעומת מדינות שביטלו אותו, ולא מצא הבדלים בשיעורי מעשי הרצח.

הוא גם השווה את שיעורי הרציחות במדינות ארה"ב ואירופה לפני ביטול עונש המוות ולאחריו, ושוב לא מצא הבדל.

* חומרה לא, ביוש כן: החוקר דיוויד וייסבורד הראה במחקר רחב היקף, כי לחומרת הענישה אין השפעה על אפקט ההרתעה אך לוודאות ועצם הביוש הכרוך בגילוי ובפומביות המשפט - יש השפעה מרתיעה.
* קבלת מידע על העונש והפעלתו: כדי שהעונש ירתיע - צריך שדבר קיומו יגיע לידיעת הציבור. מחקר בכלא השמור ביותר בקליפורניה הראה שבין אסירים "כבדים", המידע ההרתעתי הכי אפקטיבי הוא "מפה לאוזן".
* לא רק מוסר: מחקרים הראו שעבירות שאין מאחוריהן שיקולי מוסר כגון חניה, מתרבות כאשר אין אכיפה. לכן שיקולי מוסר אינם מספיקים, צריך אכיפה ע"י הרשויות.
* מחקרים מראים כי הרתעה – באמצעות נוכחות משטרתית ברחובות וחומרת הענישה - יעילה בעבירות אינסטרומנטליות (עבירות שהן אמצעי להשגת שהמטרה, שהיא רכוש או רווח חומרי),

אך לא בעבירות אקספרסיביות (ריגושיות, כדוגמת עבירות מין ואלימות, כולל רצח).

ההרתעה לא יעילה ב-100%, אך עדיפה על פני כלום.

הביקורת על התועלתנות:

* **בני אדם לא תמיד רציונליים**: נקודת ההנחה שאנשים הם רציונליים ומחשבים סיכונים היא לא נכונה, יש כאלו שאין להם שליטה. מחקרים עדכניים בפסיכולוגיה חברתית מראים כי רוב ההחלטות החשובות בחיים הן לא רציונליות.
* יש הבדל בין **עבירות תגובתיות** (למשל, אלימות עקב פרובוקציה) ולבין עבירות הדורשות **מחשבה ותכנון** (למשל, שוד בנק).

## שלילת הצידוק

השקפה אנרכיסטית, אשר העיקרון המרכזי בה הוא "שלילת סמכותו של כל אדם על אדם אחר". יש לפרק את המדינה ואת כל מוסדותיה, באשר תפקידם לדכא. סמכותה של המדינה להעניש היא ביטוי לדיכוי זה, ועל כן אין שום צידוק לענישה.

מרקסיסטים טוענים שהחלשים ביותר בחברה הם אלו שבכלא. למה? כי הכי קל.

## הבניית שיקול הדעת הדעת בענישה (תיקון 113)

בעבר, במרבית העבירות השופט יכול היה לקבוע כל עונש שהוא עד המקסימום (עונש מקסימום).

הבעיה היא שהוא יצר שונות גדולה בין מקרים דומים - פגיעה קלאסית בעיקרון השווין.

לכן נעשתה רפורמה חשובה ע"י תיקון מס' 113, התשע"ב–2012.

### הרקע לתיקון

* עיקרון החוקיות: יותר אחידות, שיטתיות בענישה.
* עיקרון השוויון: היה רושם ש-"כל שופט עושה מה שבראש שלו".
* משמעות מוסרית: רצו שעקרונות הענישה יקבעו על סמך ועדה ציבורית רחבה ולא כל שופט לעצמו.

40א - מטרה

מטרתו של סימן זה לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה

### מה קובע התיקון?

ס' 40ב - העיקרון המנחה בענישה – הלימה:

העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה – העיקרון המנחה)

40ג. - קביעת מתחם העונש ההולם וגזירת עונשו של הנאשם:

(א) בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט.

(ב) בתוך מתחם העונש ההולם יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40יא, ואולם בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור לפי הוראות סעיפים 40ד ו-40ה

1. קביעת מתחם הלימה: בשלב הראשון השופט צריך להעריך את המקרה ביחס למקרים דומים. השופט קובע מתחם הלימה למקרים מהסוג שלפניו, המושפע משיקולי הלימה (חומרת המעשה וחומרת האשם – תכנון מוקדם, הנזק שצפוי היה להיגרם וכו'), כאשר ישנה מעט השפעה לשיקולי הרתעה.
2. מיקום העונש בטווח: בשלב השני השופט קובע את העונש במקרה הספציפי - בתוך הטווח. מיקום העונש בתוך הטווח נובע משיקולים ספציפיים הרלוונטיים למקרה:

40יא. - נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה

בגזירת העונש המתאים לנאשם כאמור בסעיף 40ג(ב), רשאי בית המשפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם:

(1) הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו;

(2) הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם;

(3) הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשעתו;

(4) נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב;

(5) מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה;

(6) שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק; ואולם כפירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו;

(7) התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה;

(8) נסיבות חיים קשות של הנאשם שהיתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה;

(9) התנהגות רשויות אכיפת החוק;

(10) חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה;

(11) עברו הפלילי של הנאשם או העדרו.

לעיתים ניתן לחרוג ממתחם ההלימה - או עד לאפס או עד לעונש המקסימלי.

לסיכום - שיקולי ענישה המופיעים בחוק העונשין, לפי החשיבות:

1. הלימה
2. הרתעה (אישית/רבים)
3. שיקום

"העונש שעבריין צפוי לו משקף את עוצמת הגינוי שהחברה מגנה את מעשהו, וככל שהגינוי יִרְבֶּה כן יעֱצם וילך העונש" (חשין בפס"ד **פלונים** להלן)

להרחבה: הביקורת על קביעת מתחם ענישה במקרי טרור

יהודה יפרח, [מקור ראשון](https://www.makorrishon.co.il/opinion/471043/)

המשפט הפלילי המהותי

עקרונות במשפט הפלילי המהותי

## עיקרון החוקיות

1. לפרט מותר לעשות כל דבר שלא נאסר עליו בחוק.
2. לשלטון אסור לעשות דבר אלא אם הוסמך לכך בחוק.

ס' 1

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

במצב של לאקונה (חוסר בהסדר נורמטיבי), נהוג להשתמש בהיקש. במשפט הפלילי אין עבירות על דרך ההיקש.

הצדקות לעקרון החוקיות

1. הוגנות: לא הוגן להעניש אם אדם הוא לא יודע שמעשיו מהווים עבירה ("אזהרה מוקדמת")
2. **מניעת שרירותיות**: בניגוד למשטר דיקטטורי, המשתמשים בחקיקה פלילית "נסתרת" כדי לפגוע ביריבים.
3. גמול: אם האדם לא ידע שהמעשה הוא עבירה, היכן מתבטא אלמנט האשם?
4. תועלת: הכוונת התנהגות ע"י יידוע מראש.

המשפט הפלילי שונה משאר תחומי המשפט בכך שבמקרה של לקונה (כאשר חסר הסדר נורמטיבי) אין משתמשים בהיקש.

במשטרים לא דמוקרטיים (כמו בבריה"מ ובגרמניה הנאצית), נקבע כי ככל שהחוק פספס עבירה מסוימת ניתן יהיה לבצע היקש מחוקים דומים. מובן אם כן, שללא עיקרון החוקיות - אין דמוקרטיה.

### ארבעה תתי-עקרונות

1. בהירות וודאות בנוסח החוק: החוק הפלילי צריך להיות בהיר וברור, ואם הוא לא - הנאשם יזוכה!

בר-שלום נ' מדינת ישראל (ע"פ 281/69):

הנאשם נסע בעיר בשעות הצהריים, וחנה ליד שלט שקבע כי החניה "אסורה בין 7-19". טען כי אין להבין אם החניה אסורה מהערב עד הבוקר, או מהבוקר עד הערב - וזוכה.

1. עיקרון הפומבית (חובת פרסום): כל הוראת דין פלילית צריכה להיות מפורסמת ברשומות החוק. אם אינה רשומה, אין תוקף. מתקשר לנאמר לעיל: כדי שהעונש ירתיע - צריך שדבר קיומו יגיע לידיעת הציבור.
2. אין עונשין למפרע: אסור להטיל חיקוק רטרואקטיבית בצורה שתחמיר על העבריין שכבר עבר עבירה. כל נורמה פלילי שהיא לרעת הנאשם לא תפעל רטרואקטיבית, וכל נורמה חדשה שהיא לטובתו כן תחול עליו רטרואקטיבית.

הרציונל הוא יצירת ודאות באשר לדין.

* עבירה חדשה שנוספה לחוק - לא תפעל רטרואקטיבית (למשל, סוחר סמים שמכר סם שנאסר עליו רק מאוחר יותר, אינו אשם).

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

* החמרה בעבירה קיימת בדרישות האחריות הפלילית או העונש - לא תפעל רטרואקטיבית.

(ב) חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.

(למשל, שודד לא יכול לקבל עונש חמור יותר כאשר החוק נכנס לאחר ביצוע המעשה)

* ביטול עבירה:

ס' 4 - ביטול העבירה לאחר עשייתה:

נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה – תתבטל האחריות הפלילית לעשייתה; ההליכים שהוחל בהם – יופסקו; ניתן גזר-דין – יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה

* הפחתה בעונש - תפעל רטרואקטיבית (למשל, גזרו 10 שנים על שוד, והמחוקק הפחית ל-9).
* יצירת סייג/הגנה חדש - תפעל רטרואקטיבית (למשל, "הגנת בית המגורים". בעבר היה מותר לירות רק לשם הגנה עצמית, אך אם זה רק שוד אסור לירות. פרשת שי דרומי שינתה את ההגנה הנ"ל, כך שמותר גם לגבי שוד).
* הקלה בכללי האחריות לעבירה - תפעל רטרואקטיבית.

ס' 5 - שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה:

(א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" – לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה.

(ב) הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו – יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה.

חריג אחד: 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 בשעת מעשה.

1. עיקרון הפרשנות המצמצמת: אם יש שתי פרשנויות, בוחרים בזו שפועלת לטובת הנאשם. הסיבה היא ע"מ לצמצם את גדרי האיסור הפלילי.

ס' 34כא. - פרשנות:

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

ביקורת על עקרון החוקיות:

* בפועל יש הרבה מאוד עבירות סל שמכוחן מרשיעים אנשים.
* **שימוש נוקשה** מדי הופך את המשפט הפלילי לטכני, פורמליסטי (השופט גרוניס דרש את עליונות עקרון החוקיות גם אם זה יביא "לזיכויו של אדם שביצע מעשים מכוערים ובלתי מוסריים").
* **שימוש לרעה**: עבריינים מתוחכמים מהנדסים את הפשיעה שלהם כדי לחמוק בעונש (למשל, שינוי המרכיבים של סם כדי שלא יכנס תחת פקודת הסמים המסוכנים).

#### ביקורת על תת-עיקרון הבהירות

* בפועל ישנם סעיפים לא בהירים**:**
  + למשל, ס' 284 - מרמה והפרת אמונים:

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

מהו בדיוק מעשה של מרמה והפרת אמונים? גם לא ודאי ולא ברור.

מדינת ישראל נ' שבס (דנ"פ 1397/03) **-**פס' 28-31 לברק, פס' 2-4 לחשין:

עוסק בעבירה העמומה של הפרת אמונים.

ביהמ"ש אומר שזוהי עבירה עמומה ובעייתית וראוי היה לבטל אותה, אך במקרה הזה אין לבטלה.

הנשיא ברק: מן הראוי היה לבטלו בשל חוסר בהירותו שכן אין מקום בתחום הפלילי לעבירת-סל של הפרת אמונים. זו אכן בעיה אך זו אינה עבירה שפונה לאוכלוסייה הכללית אלא לעובדי ציבור, מהם יש ציפיות גבוהות יותר וניתן לבחור שלא להיות עובד ציבור ובכך לא להסתכן.

ביטולה של העבירה או אף צמצומה מעבר לנדרש יפגעו בכוחה של החברה להגן על עצמה מפני עובדי ציבור העושים שימוש לרעה בכוח השלטון. הסנקציה הפלילית נועדה להבטיח כי הנאמנות תישמר, וכי כוח השלטון לא יהפוך לשלטון הכוח.

* + **ס' 61(3) לחוק לשכת עורכי הדין**:

אלה עבירות משמעת:

(3) כל מעשה או מחדל אחר שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין.

סנקציה אפשרית היא הרחקה מהלשכה. סנגורים של עו"ד הנאשם בזה יטענו שזה נוגד את עקרון החוקיות. מה זה "הולם"?

* + **ס' 198 תקלה לציבור**: העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית - עונשו שלוש שנות מאסר בפועל.

אש"ד נ' היועץ המשפטי (ע"פ 53/54) - פס' 1-4 לחשין, פס' 2(א) לזילברג:

חברת אשד שבתה והועמדה לדין בגין סעיף תקלה לציבור.

ביהמ"ש: ביהמ"ש מותח ביקורית שהסעיף רחב מדי, נוגד את עיקרון החוקיות, ויש לבטלו. ב-2008 בוטל הסעיף.

מדינת ישראל נ' יעקב אלפרון (ב"ש [שלום תל אביב-יפו] 1750/06):

סכסוך שהיה בין קבוצת מולנר לקבוצת אלפרון, על פרטוקשין דמי חסות וכו'. הם באו לעשות סולחה במסעדה, ובלב מסוים נשלף אקדח. כלל הסועדים ברחו כל עוד נפשם בם. שתי הקבוצות הואשמו ב"תקלה ציבורית". השופטת מרשיעה אותם אך אומרת שזו עבירה שצריכה להיעלם, מאחר וסותרת את עיקרון החוקיות.

**דוקטרינת "בטל בשל עמימות"**: במדינות מסוימות קיימת דוקטרינה שאומרת כי עבירה פלילית שעמומה מדי - בטלה כלא חוקתית. במשפט הישראלי הכלל לא קיים. אם ישנה עמימות, ביהמ"ש יזכה ויציע למחוקק להסדיר את הנושא אך לא יבטל.

#### ביקורת על תת-עיקרון הפרשנות המצמצמת

* חיים מזרחי נ' מדינת ישראל (ע"פ 787/79):

המערער, אסיר שקיבל חופשה קצרה בת 24 שעות, לא שב לבית הכלא בתום חופשתו. הוא טען שהוא לא ברח, אלא שהוא פשוט לא חזר ועל כן לא ביצע עבירה.[[3]](#footnote-3)

השופט ברק: יש לתת פרשנות תכליתית, ורק אם לאור תכלית החוק יהיו כמה חלופות אפשרויות, תיבחר האפשרות המקלה עם הנאשם. ובמילותיו "חוק פלילי, כמו כל חוק אחר, אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה, אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה. מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק".

רק אז, אם לאור תכלית החוק יהיו כמה חלופות אפשריות, תיבחר האפשרות המקלה עם הנאשם.

משפטנים ביקרו את הטענה הזו, בכך ש"זה לא מה שכתוב בחוק".

* אהובה לוי נ' מדינת ישראל (רע"פ 3237/99):

נהגת נהגה כשלאחת מאוזניה צמודה אוזניה שמחוברת לנייד, והחוק אוסר זאת לכאורה לפי תקנה 169 לתקנות התעבורה: "לא ינהג אדם... כשלאוזניו צמודות אוזניות המחוברות למכשיר..".

הנאשמת טענה כי החוק לא חל עליה, מאחר ושמה רק אוזניה אחת.

ביהמ"ש: הואיל ותקנה 169 ניתנת לשני פירושים סבירים, נעדיף את הפרשנות המצמצמת.

* צבי לוין נ' מדינת ישראל (ע"פ 2940/94):

שליח שהיה צריך למסור מסמכים למשרד עו"ד, חנה במקום עם שלט "חניה אסורה למעט פריקה וטעינה". השליח טען שלא כתוב איזה כלי רכב מותר.

ביהמ"ש לא קיבל את טענתו, ופירש תכליתית את החוק, למרות שלכאורה היה ניתן פרשנות מצמצמת.

* יבגני קרופצקי נ' מדינת ישראל (רע"פ 5166/14):

המערער ישב במושב הנהג ברכב מונע, לאחר שנכנס אליו כשהוא שיכור כלוט, ושרוי בשינה עמוקה. ביהמ"ש פירש את המונח "נהיגה" בהתאם לתכליתו וקבע שעבר על עבירה של "נהיגה בשכרות".

פרשנות תכליתית או לטובת הנאשם (מצמצמת)? ויכוח נרחב בין שופטי העליון ובאקדמיה.

בפועל הסתירה איננה שכיחה, ולרוב מקבלים את עמדת ברק.

ויכוח נרחב בין שופטים בעליון/פרופ' באקדמיה (כדוגמת פרופ' קרמניצר או ס'נגרו).

בפועל – הסתירה בין הדברים איננה שכיחה. לרוב – גישת ברק התקבלה. (כלומר, שק"ד מלא לבתי המשפט)

## עקרון ההתנהגות (עקרון היסוד העובדתי)

"אין עונשין על מחשבות שבלב", אלא רק על מעשים בפועל, כולל מחדל. מטילים אחריות פלילית על אדם רק אם יש סכנה של ממש לאינטרס הציבורי.

1. הכוונת התנהגות**:** מטרתו הראשית של המשפט הפלילי היא להכווין התנהגות.
2. היעדר סכנה: כל עוד מדובר במחשבה, אין סכנה. הסכנה מופיעה בעיקר במעשה.
3. שמירה על זכויות הפרט: מניעת פליליות יתר. במשטרים לא דמוקרטיים מענישים גם ללא פעילות פיזית "חשבת על לצאת ולהפגין".
4. פרקטיקה: לא ניתן לאכוף מחשבות.

רק כאשר מחשבה מתורגמת למעשה, זו עבירה (למשל, הסתה)

## עקרון המזיגה/סימולטניות

לא די בכך שהתביעה מוכיחה יסוד נפשי ויסוד עובדתי, אלא עליה להוכיח שהיסוד הנפשי התגבש באותו זמן של המעשה הפלילי.

היסוד הנפשי יוליד את היסוד העובדתי, כלומר, שמתוך מחשבה פלילית יבוצע המעשה האסור.

המעשה והמחשבה צריכים להיות סמוכים בציר הזמן.

העיקרון מבקש לא לגרום להרשעות מקריות, אלא רק כאלו שקדמה להם מחשבה פלילית.

ג'מאמעה נ' מדינת ישראל (ע"פ 74/334):

ג'מאמעה ניסה לרצוח את אשתו וחנק אותה, ולאחר מכן זרק אותה לבאר. בנתיחה גילו בועות אוויר בריאה, וכך שהיא מתה לא מהחניקה אלא מטביעה.

הסנגור ביקש לזכות מרצח, מאחר ואין סימולטניות: מאחר והיה יסוד נפשי (רצה לרצוח בחניקה) אך לא עובדתי (כי לא התכוון לרצוח אותה בזמן ההשלכה לבאר)

ביהמ"ש: לא משנה מה גרם למוות, יש סדרה של פעולות שהכוונה בהן היא להרוג.

"מה לי כוונה להרוג את המנוחה במכה ובחניקה, מה לי כוונה להרגה בטביעה – כוונה להרוג היתה שם מכל מקום וסידרת הפעולות של המערער, שהיתה רצופה מבחינת הכוונה, השיגה את מטרתה, ואין נפקא מינה שבפועל, מבחינה אובייקטיבית, השיג המערער את מטרתו מאוחר יותר מאשר האמין..."

דרכי הוכחת העיקרון:

* סדרת פעולות
* עבירה נמשכת: במידה והרכיב ההתנהגותי מתבצע ללא המחשבה הפלילית, ובשלב מסוים מתגבשת אצלו המחשבה - הרי שיש מזיגה ומתייחסים לכך כאילו ביצע את העבירה לאורך כל תקופת ההתנהגות.
* דוקטרינת "התנהגות חופשית במקור": מי שפעולתו נעשתה מבחירה חופשית לא יהיה פטור מאחריות פלילית אם הכניס את עצמו למצב שבו, כביכול, לא עמדה לפניו בחירה חופשית.

(למשל, א' עייף אך חרף מודעותו לעייפות, המשיך לנסוע, נרדם ודרס את ב’. לכאורה, בעת שדרס היה ללא מודעות לתאונה. ביהמ"ש יאמר לו "נכנסת למצב זה באשמתך").

הביקורת של פלר: העיקרון איננו מופיע בחוק, משבש סדרי בראשית.

## עיקרון חלות החוק (החלות הטריטוריאלית)

ס' 12:

דיני העונשין של ישראל יחולו על כל עבירת-פנים.

הסמכות של המשפט הישראלי היא רק בנוגע לעבירות פנים.

ס' 7 - העבירות לפי מקומן:

(א) "עבירת-פנים" –

(1) עבירה שנעברה כולה או מקצתה בתוך שטח ישראל;

(2) מעשה הכנה לעבור עבירה, נסיון, נסיון לשדל אחר, או קשירת קשר לעבור עבירה, שנעשו מחוץ לשטח ישראל, ובלבד שהעבירה, כולה או מקצתה, היתה אמורה להיעשות בתוך שטח ישראל.

(ב) "עבירת-חוץ" - עבירה שאיננה עבירת-פנים.

(ג) "שטח ישראל", לענין סעיף זה - שטח הריבונות של מדינת ישראל כולל רצועת מימי-החופין שלה, וכן כלי-השיט וכלי-הטיס הרשומים בישראל.

מספיק שחלק מהעבירה בוצעה בישראל בשביל לקנות סמכות.

אם זו עבירה מתמשכת (עבירה המתבצעת בשלבים ובזמנים שונים,כמו עבירת סייבר) – מספיק שחלק מסוים התרחש בישראל.

מתי כן חלים דיני העונשין על עבירות חוץ?

ס' 13 - עבירות נגד המדינה או העם היהודי:

(א) דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ נגד –

(1) בטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או סודותיה;

(2) סדרי המשטר שבמדינה;

(3) הפעילות התקינה של רשויות המדינה;

(4) רכוש המדינה, כלכלתה או קשרי התחבורה והתקשורת שלה עם ארצות אחרות;

(5) רכוש, זכויות או פעילות תקינה של איגוד או גוף שפורטו בסעיף קטן (ג).

(ב) דיני העונשין של ישראל יחולו גם על עבירות-חוץ נגד –

(1) חיי אזרח ישראלי, תושב ישראל או עובד הציבור, גופו, בריאותו, חירותו או רכושו, באשר הוא כזה;

(2) חיי יהודי, גופו, בריאותו, חירותו או רכושו, באשר הוא יהודי, או רכוש מוסד יהודי, באשר הוא כזה.

(ב1) דיני העונשין של ישראל יחולו גם על עבירת חוץ שהיא עבירה על חוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986.

(ג) "איגוד או גוף" לענין סעיף קטן (א)(5) –

(1) ההסתדרות הציונית העולמית;

(2) הסוכנות היהודית לארץ ישראל;

(3) קרן קיימת לישראל;

(4) קרן היסוד - המגבית המאוחדת לישראל;

(5) גוף מבוקר, כמשמעותו בחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1958.

שר המשפטים רשאי, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בתקנות איגודים או גופים נוספים לענין סעיף זה.

עבירת חוץ מצריכה אישור יועמ"ש ועניין לציבור (והאדם לא נשפט בחו"ל).

עבירות שבוצעו באיו"ש - סמכות לבתי משפט צבאיים, אלא אם המבצע הוא ישראלי.

## עקרון האשם

הרחבה בהמשך.

כדי להטיל אחריות פלילית, יש צורך שההתנהגות תישא אשמה פלילית, הכוללת 4 רכיבים מצטברים:

1. אחריות אישית: כל אדם נושא באחריות אך ורק על חטאו האישי, ואין ענישה קולקטיבית.
2. כשרות פלילית: מדובר באדם בגיר שיש לו חופש בחירה ויכול לשאת באשמה הפלילית (ולא למשל, קטין או חולה נפש). אין אחריות פלילית בהיעדר הכושר, ולו המינימלי, לבחירה חופשית.
3. יסוד נפשי: כוונה לבצע את העבירה הפלילית. משתנה בין עבירה לעבירה (מודעות, כוונה, אדישות, רשלנות וכו').
4. העדר סייג לאחריות הפלילית: נסיבות מסוימות אשר בהן לא תחול אחריות פלילית (למשל, הגנה עצמית, שכרות, רפלקסיביות).

הגנת אי-שפיות

ברוכים נ' מדינת ישראל (ע"פ 8220/02)*:*

יריב ברוכים שרף אישה למוות, לאחר שלטענתו קיבל הוראה שהוא מלך המשיח וצריך לשרוף מכוני עיסוי וזנות. ביהמ"ש פסק שהוא היה שפוי, וביצע את הרצח מאידאולוגיה דתית. אולם בערעור לעליון נקבע כי עומדת לו הגנת אי-שפיות הדעת ואכן קיימת לו מחלת נפש, ולא חלה עליו האחריות הפלילית.

**אבו-חמאד***:* אב ששרף את בנו, וטען לאי שפיות.

ביהמ"ש: מחלתו של האב מתאפיינת ב"רגע צלול ורגע לא שפוי". באיזה מצב היה בעת הרצח? העליון פסק כי עקב הספק אם כאשר ביצע את העבירה היה הנאשם שפוי או לא - יש לזכותו.

טעות במצב משפטי: טענת הגנה הפוטרת אדם מאחריות למעשה פלילי בגלל שלא הייתה לו דרך סבירה לדעת שמעשהו אינו חוקי.

טעות במצב הדברים:

ס' 34יח

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

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

היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' סמיה בת שלמאן עסלה (54/49):

גברת עסלה ראתה אדם מנסה להכנס מהחלון לביתה בשעת לילה מאוחרת, וחשבה שזה פורץ. היא ירתה והרגה אותו, אך התברר שזהו בעלה שניסה להכנס מהחלון לאחר שהדלת הייתה נעולה. זוכתה.

השופט זילברג: "לא כל טעות כנה והגיונית בעובדות מצילה את הנאשם, אלא אך ורק טעות מסוג זה, המתייחסת לעובדות המהוות את יסוד העבירה".

אולם קיים סעיף 34כב(ב): "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג"

לסיכום עקרונות המשפט הפלילי המהותי, דוגמה לשימוש בעקרונות אלו:

אדם הכה את חברו.

לסנגור ישנם כמה טענות משפטיות לזיכוי:

* התביעה לא הוכיחה כי המעשה היה עם מחשבה פלילית (עקרון האשם)
* התביעה לא הוכיחה כי זה קרה סימולטנית (עקרון המזיגה)
* התביעה לא הוכיחה כי החוק חל בנסיבות העניין (למשל, המקרה לא קרה בארץ)
* בזמן ביצוע העבירה – לא הייתה "עבירה" כזו בספר החוקים (עיקרון החוקיות)

יסודות העבירה

כל עבירה פלילית כוללת שני יסודות מובחנים:

1. **יסוד עובדתי-פיזי (actus reus)**: העובדות המרכיבות את המעשה (דקרתי, שדדתי).
2. **יסוד נפשי (mens rea)**: הלך נפש, מצב מנטלי של העבריין. מה עובר לו בראש? האם התכוון? האם לא היה אכפת לו מהנפגע?

# היסוד העובדתי (Actus Reus)

"אין עבירה ללא מעשה" ("nullum Crimen sine Actus”)

ס' 18 - מבנה היסוד העובדתי (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994:

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

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

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

מרכיביו: רכיב התנהגותי, רכיב נסיבתי (בנוסף בעבירות תוצאה בלבד: רכיב תוצאתי, קשר סיבתי וייחוס האחריות)

## עבירות התנהגות

עצם המעשה, הפעולה - היא העבירה. ביסוד העובדתי של העבירות התנהגותיות יהיו רק שני מאפיינים: **התנהגות ונסיבות**.

דוגמאות בחוק:

* **ס' 381 גניבה**: "הגונב, דינו - מאסר שלוש שנים, והוא אם לא נקבע לגניבה עונש אחר מחמת נסיבותיה או מחמת טיבו של הדבר שנגנב". אין משמעות מה קרה לפריט שנגנב – האם הוא מזויף, האם הגיע לגנב וכו'. מה שרלוונטי הוא המעשה.
* **ס' 345א אינוס**: "הבועל {מעשה} אשה {נסיבה} - שלא בהסכמתה החופשית {נסיבה}; ... הרי הוא אנס ודינו…". אין צורך להוכיח תוצאה, מספיק מעשה ונסיבות.
* "המכה (מעשה) אדם (נסיבה), נוגע בו (מעשה), דוחפו (מעשה) או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת (מעשה), במישרין (נסיבה) או בעקיפין (נסיבה), בלא הסכמתו (נסיבה) או בהסכמתו (נסיבה) שהושגה בתרמית (נסיבה) - הרי זו תקיפה"
* **סעיף 368 התעללות** "העושה {מעשה} בקטין {נסיבה} או בחסר ישע {נסיבה} מעשה התעללות גופנית {מעשה}, נפשית {מעשה} או מינית {מעשה}, דינו - מאסר שבע שנים; היה העושה אחראי על קטין או חסר ישע, דינו - מאסר תשע שנים". היה אמון והפרת? תקבל עונש גדול יותר.
* **ס' 192 איומים** "המאיים {המעשה} על אדם {נסיבה} בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין {מעשה) בגופו {נסיבה), בחירותו {נסיבה), בנכסיו (נסיבה), בשמו הטוב או בפרנסתו (נסיבה), שלו או של אדם אחר (נסיבה), בכוונה להפחיד (מעשה) את האדם (הנסיבה) או להקניטו (מעשה), דינו - מאסר שלוש שנים".
* **ס' 144: החזקת נשק שלא כדי**ן "הרוכש {מעשה} או המחזיק {מעשה} נשק בלא רשות על פי דין להחזקתו {נסיבות}, דינו - מאסר שבע שנים. אולם אם היה הנשק חלק, אבזר או תחמושת כאמור בסעיף קטן (ג)(1) או (2), דינו - מאסר שלוש שנים".

### עבירות התנהגותיות ללא מעשה אקטיבי (חריגות ליסוד העובדתי)

עבירת התנהגות קלאסית מתבטאת במעשה, ברכיב התנהגותי ברור (דקירה, פציעה, גניבה, בעילה וכו').

אולם קיימות גם עבירות התנהגות ללא מעשה אקטיבי.

#### עבירות מיצב/סטטוס

היסוד העובדתי-התנהגותי שלהן מתבטא בהמצאות אדם במקום מסוים (למשל, איסור שהייה במקום במטרה לבצע גניבה או פשע - 406א; ס' 215ג, הנמצא במקום שעיסוקו זנות) או במצב מסוים (למשל, חבר בהתאגדות אסורה – ס' 147) - ללא מעשה.

לכאורה קיים קושי, כיצד ניתן לייחס עבירה ללא מעשה אקטיבי? התשובה נעוצה בבחירה החופשית. למבצע היו נקודות של בחירה חופשית בהן הוא יכל לבחור שלא להימצא במקום או המצב האסור, אך בכל זאת נשאר בהן.

#### עבירות החזקה

(Criminal possession)

סעיף 34כד:

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

המעשה האסור בהן מתבטא בהחזקת דבר מה ללא היתר. למשל החזקת סם, החזקת נשק, רכוש גנוב. לאו דווקא החזקה באופן ישיר אלא גם שליטה בנכס.

* החזקה ממשית: נגזרת מהרישא של הסעיף. **כאשר לאדם יש שליטה בלעדית המייחדת את המחזיק מכל אדם אחר**.

למחזיק יש יכולת עשייה פיזית בלעדית בדבר, גם אם לא בעלות. השליטה יכולה להתבטא אם באופן אישי ואם באמצעות אדם אחר הפועל מטעמו או יחד אתו.

* החזקה מיוחסת/קונסטרוקטיבית: נגזרת מהסיפא של הסעיף. **כאשר לאדם יש החזקה בדבר, בידיעתו ובהסכמתו, אך ללא שליטה בו**. כלומר, אדם יוכל להיחשב כמחזיק גם אם הדבר אינו מוחזק על ידו באופן ממשי ובלבד שהחזקת הדבר על ידי האדם האחר נעשית בידיעתו ובהסכמתו.

אין צורך שהאדם השני ידע שהוא מבצע עבירה - והמעביר אשם (למשל, עבריין נותן לקטין לשמור לו על תיק עם סמים)

* החזקה באמצעות אחר: מצב שונה מהחזקה מיוחסת, קשורה לצדדים לעבירה.

החזקה נמדדת במבחן השליטה:

* יסוד פיזי: יכולת הפיזית של אדם לעשייה בחפץ או לקביעת גורלו הפיזי. בין אם אצלו פיזית בין אם אצל אדם או מקום אחרים.
* יסוד נפשי: מידת המודעות או הרצון לשלוט או להחזיק בנכס, שבמסגרתו נבחנת למשל השאלה, אם נחוצה "שליטה מדעת" או שניתן לגבש שליטה למעשה ושלא מדעת.

אחת מאבני הדרך החשובות בהגדרת המושג "החזקה" הוא:

דן הוכשטט נ' מדינת ישראל (ע"פ 250/84):

אדם א' הזמין סמים על שמו של הוכשטט (המערער) ללא ידיעתו, וכאשר הגיע המשלוח לארץ נתן הוכשטט לראשון את המסמכים הדרושים לשחרור החבילה תמורת חופשה בחו"ל להוכשטט. האם למערער הייתה שליטה בחבילה?

ביהמ"ש: רק המערער יכל להוציא יפויי כוח לשחררה, גם עצם יכולתו של המערער למנוע מאחרים את שחרור החבילה די בה כדי להפכו לבעל השליטה. הערעור נדחה.

מטרות עבירות החזקה

* מניעת מעשה: פעמים רבות החזקת נשק/סם מעידה על עבירה שאמורה להתבצע.
* אינדקציה/ראיות למעשה בדיעבד: ההחזקה עשויה להעיד על עבירה שבוצעה (למשל, החזקת רכוש גנוב)

עבירת ההחזקה למעשה אומרת לעבריין: אל תפתח את האפשרות ליצירת שליטה אסורה או להיווצרותה.

סוגיית ההחזקה מעוררת בעיות ראיתיות: למי נייחס את העבירה?

לכן נוספו לחוק חזקות משפטיות (כלל משפטי שפועל לטובת המדינה):

* היפוך נטל ההוכחה: נטל ההוכחה והשכנוע הראייתי עובר אל הנאשם. בשונה מהמצב הרגיל, הוא צריך להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות שהרכוש לא שלו.

למשל, סעיף 144ד עבירות בנשק:

מקום שנמצא בו נשק, רואים את מחזיק המקום כמחזיק הנשק כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר

* חזקות פסיקתיות **(יציר פסיקה)**: למשל "חזקה תכופה": מי שנמצא ברשותו רכוש גנוב בסמוך לזמן ולביצוע הגניבה - חזקה שהוא הגנב.

להרחבה: [כאן](https://hamishpat.colman.ac.il/wp-content/uploads/2018/11/%D7%A9%D7%96-%D7%A4%D7%9C%D7%A8.pdf)



#### עבירות מחדל

(Crime of Omission)

ס' 18

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

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

הימנעות ממעשה המוגדר כחובה. "החובה היא-היא הקושרת הימנעות מעשייה פלונית עם פגיעה באינטרס חברתי – אותו אינטרס המגולם ביצירתה של החובה – וכך נבראת עבירה" (חשין ב**פס"ד ויצמן**. להלן)

ע"פ החוק, הרמה הנורמטיבית בין מעשה למחדל זהה, אך לרוב מחדל נחשב קצת "פחות חמור" (בשלב גזר הדין נוטים לא פעם להקל בעבירות מחדל). קיימת חומרה מוסרית עודפת לעבירה בה העבריין השקיע משאבים לביצועה.

דוגמאות:

* סעיף 262: אי מניעת פשע "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים"
* סעיף 368ד,א: חובת דיווח על ביצוע עבירה בקטין או חסר ישע "היה לאדם יסוד סביר לחשוב כי זה מקרוב נעברה עבירה בקטין או בחסר ישע בידי האחראי עליו, חובה על האדם לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו - מאסר שלושה חדשים"
* סעיף 491: אי מתן עזרה "המסרב להגיש עזרה, שיש ביכלתו להגיש, כשהוא נדרש לכך מאת עובד הציבור לנוכח עבירה בעיצומה או ספינה נטרפת או דליקה, שטפון, רעש או כל אסון אחר לציבור, דינו - מאסר חודש ימים"

מקורות החובה של המחדל:

עבירות מחדל הן בגדר חריג. בעוד החוק אוסר מעשה אקטיבי, הוא מתיר כל מעשה אחר בעולם. במחדל המחוקק מחייב לעשות מעשה ובכך מגביל את חירותו של האדם.

* מחדל מקצועי: מהנדס, עו"ד, רופא וכל בעל מקצוע שע"פ החובה המוטלת עליו במקצוע, לא מילא את חובתו לפי נורמות מקצועיות מחייבות (אסון מירון, אסון ורסאי, אי רישום בטאבו ע"י עו"ד, רופא שלא ביצע פרוצדורה רפואית ועוד)
* מחדל מוסרי: כאשר אדם לא ממלא את חובתו עפ"י מערכת נורמות מוסרית. יש סיטואציות שאי אפשר להתעלם מהם (תאונה, אדם מתמוטט ברחוב).
* מחדל חוקי: כאשר אדם לא ממלא את חובתו החוקית.

הוכחת מחדל - 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".
3. **הפרת חובת העשייה** באופן שקיים את יסודות העבירה.

האם כל מעשה פלילי יכול להיעשות באמצעות מחדל?

* **העמדה** המקובלת (פרופ' פלר והפסיקה): את כל העבירות יש לפרש כעבירות שניתן לעבור גם על דרך המחדל. [[4]](#footnote-4)
* **העמדה** המצמצמת (פרופ' קרמניצר): פרשנות כזו פוגעת באופן חמור בעיקרון החוקיות, היות והיא מרחיבה משמעותית את מעגל ההפללה. [[5]](#footnote-5)

דוגמה למחלוקת:

עבירת "בריחה ממשמורת חוקית" (ס' 257) - בה הואשם **מזרחי** לעיל:

לפי פלר והפסיקה, לא נאמר אחרת בסעיף ולכן - אדם שיצא לחופש ולא חזר מקיים "מחדל" של בריחה ממשמורת חוקית.

לפי קרמניצר המונח "בורח" מצביע "במשתמע" על פעילות אקטיבית, ולכן לא ניתן לקיים את הסעיף באמצעות מחדל.

דוגמאות בפסיקה למחדל:

מדינת ישראל נ' מוסאזאדי דוד (ת"פ 7839/99):

שני בחורים לקחו על עצמם לטפל בקשישה ערירית שגרה מעל הקיוסק ולסייע לה בענייניה הכספיים. תמורת הסיוע הקשישה רשמה להם בצוואתה את הדירה. הפרו את חובותיהם כלפיה וכתוצאה מכך הקשישה שהתה תקופה ממושכת בדירתה מורעבת ומוזנחת. הורשעו ע"פ הזנחת מושגח לפי ס' 362.

פס"ד פלונית:

אם ל-6 ילדים, אחד בגיר ואחת בת 7 עם פיגור קל. היא תופסת את הבגיר מבצע מעשה מגונה בקטינה. נוזפת בו ולא מדווחת. חודשיים לאחר מכן, משאירה את הבגיר והקטינה לבד.

כשהיא חוזרת מספרת לה הילדה על עבירות מין שביצע בה אחיה ושוב, לא עושה דבר בעניין. הורשעה בסעיף 368ד חובת דיווח: ["היה לאחראי על קטין או חסר ישע יסוד סביר לחשוב כי אחראי אחר על קטין או חסר ישע עבר בו עבירה, חובה עליו לדווח על כך"]

שלומי ויצמן נ' מדינת ישראל (רע"פ 3626/01) - הרחבה בהמשך:

4 חברים נסעו יחד ברכב, והרכב פגע בשוטר שניסה לעצור אותם. אחד הנוסעים אמר לנהוג לברוח ואכן הוא ברח. ביהמ"ש הרשיע בסיוע במחדל לעבירות תנועה של הפקרה לאחר פגיעה ואי-דיווח על תאונה. "הנוהג ברכב מצוּוֶה במצוות עשה של הושטת עזרה"

ג'ייסון לורנס נ' מדינת ישראל (ע"פ 119/93) (הרולטרה הרוסית):

לורנס משחק עם חבריו רולטרה רוסית, ואחד האנשים מת. לורנס טען שאין לו קשר למוות כי המנוח הכיר את המשחק וידע את ההשלכות.

ביהמ"ש: היה כאן מחדל מאחר והייתה לו אפשרות לעצור את המשחק, מכוח חובת הזהירות של המשפט האזרחי (ס' 36 לפקודת הנזיקין: "רמת הזהירות הנדרשת בסעיף 304לחוק העונשין נקבעת לפי קנה המידה של "אדם סביר ונבון". למעשה אותו אדם מעולם לא נולד, אלא הוא גולם שהוקם על-ידי בית המשפט כדי למדוד בו התנהגות הנדרשת מן הבריות").

ביקורת על התיק: "החלת חובות מהמשפט האזרחי על עבירות מחדל - מפרה את עיקרון החוקיות ומרחיבה מאוד את המשפט הפלילי" (קרמינצר)

לא תעמוד על דם רעך

בארה"ב חוקק חוק השומרוני הטוב, ובארץ חוקק ב-1998 חוק "לא תעמוד על דם רעך" שקובע חובת הצלה מאוד מצמצמת:

"חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו"

בפועל, לרוב החוק לא רלוונטי (מותר לאדם להיות פחדן). כתיבה אקדמית ענפה בנושא.

## עבירות תוצאה

לצורך התגבשותן נדרשת גם **תוצאה.**

דוגמאות בחוק:

* **ס' 198** ["הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם {תוצאה: אם האדם לא מת, אין עבירה}, יאשם בהריגה, ודינו - מאסר עשרים שנים"]
* עבירות המתה: צריך להוכיח שהמנוח מת בגלל הנאשם (אולי הוא מת עקב התקף לב מהלחץ? אולי המנוח מת בבית החולים עקב זיהום?
* **ס' 226: המתת תינוק** ["(א) אישה שגרמה במזיד, במעשה או במחדל, למות ולדה {תוצאה} שלא מלאו לו שנים עשר חדשים {מעל זה זו עבירת רצח}, ובשעת המעשה או המחדל הייתה במצב של ערעור שיקול הדעת {דיכאון לאחר לידה}.. דינה - מאסר חמש שנים"]
* **ס' 397: הריגת חיה לגונבה** ["ההורג {התנהגות} חיה {נסיבה} הניתנת להיגנב {להוציא חיה שמותר ליצודה} בכוונה לגנוב את העור או את הגופה או חלק מהם, דינו כאילו גנב את החיה"]
* **ס' 298** ["הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו - מאסר עשרים שנים"]
* **ס' 380: תקיפה הגורמת חבלה ממשית** ["התוקף {מעשה} חברו {נסיבה} וגורם לו בכך חבלה של ממש {תוצאה}, דינו - מאסר שלוש שנים"] מה זו חבלה של ממש? בפועל ביהמ"ש פוסק שמספיקה חבלה כלשהי.
* **ס' 302** ["המביא אדם {נסיבה} לידי התאבדות {תוצאה} שידול או עצה {מעשה} או מסייע {מעשה} אדם {נסיבה} להתאבד {תוצאה}"]

לרוב נזהה עבירה תוצאתנית כאשר מדובר בדרישה ל"משהו" מאוחר בזמן מההתנהגות האסורה.

לעיתים הניסיון להבדיל בין העבירות לא יהיה ברור. למשל, סעיף 334 – פציעה. ההגדרה היא "הפוצע חברו שלא כדין". "הפוצע" במקרה זה מהווה הן את ההתנהגות והן את התוצאה.

אבחנה בין עבירות התנהגות לעבירות תוצאה:

* רוב העבירות הן התנהגותיות, ואם הן תוצאתיות לרוב זה יהיה מפורש (למשל עבירות המכילות את המילה מוות).
* כאשר העבירה תוצאתית, אנחנו חייבים תוצאה, כדי שתתגבש עבירה. אם **אין תוצאה - אין עבירה**!
* בעבירות תוצאה התביעה צריכה להוכיח גם **מחשבה פלילית ביחס לתוצאה** שהעבריין רצה/לא היה אכפת לו.
* עבירה התנהגותית מסתיימת עם ביצוע הרכיב ההתנהגותי; עבירה תוצאתית מושלמת רק עם התרחשות התוצאה.

מבחני עזר לאבחנה:

* מטרת סעיף העבירה: האם סעיף העבירה "נולד" בכדי למנוע את ההתנהגות (למשל, סעיף "הגונב" נועד למנוע את הגניבה) או למנוע את התוצאה (למשל, מוות).
* היסוד הדומיננטי: מה הסיפור המרכזי, לב העניין בעבירה, ההתנהגות או התוצאה? למשל, "החובל בחברו חבלה", לא משנה איך חבל, אלא האם הייתה חבלה.
* אם יש עבירה שלא ברור מהי, כדאי לחפש בפסיקה.
* האם העבירה **נמשכה זמן** (אונס) או שיש **רגע בזמן** בו היא התרחשה (רצח)?

לעתים יופיעו מילים אשר טומנות בחובן גם יסוד העובדתי וגם יסוד נפשי, אשר מבחינה מושגית-לוגית אינן יכולות להתקיים במציאות ללא מודעות להתקיימותן (למשל: "המשדל", "המנצל", ה"בורח").

אדם אינו יכול לשדל, לנצל או לברוח בלי שהוא מודע להיותו משדל, מנצל או בורח.

## הוכחת העבירה

### בעבירות התנהגות + תוצאה:

#### א. רכיב התנהגותי

מעשה - פעולה אקטיבית; או מחדל - כאשר המחוקק הורה להיות אקטיבי. למשל, אי מניעת פשע או אי טיפול במטופל.

ס' 18

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

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

דוגמאות:

* **מעשה** - ס' 117:

עובד הציבור שמסר, ללא סמכות כדין, ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו, לאדם שלא היה מוסמך לקבלה, וכן מי שהגיעה אליו ידיעה בתוקף תפקידו כעובד הציבור, ולאחר שחדל מהיות עובד הציבור מסרה, ללא סמכות כדין, לאדם שלא היה מוסמך לקבלה, דינו – מאסר שלוש שנים

* **מחדל** - ס' 263:

מי שנצטווה כדין מפי עובד ציבורי, שוטר או אדם אחר, לעזור במניעת עבירות או במעצרו של אדם או במניעת הברחתו או בריחתו של אדם, והוא מסרב או נמנע מהגיש עזרה לפי יכלתו, דינו – מאסר שלוש שנים

#### ב. רכיב נסיבתי

המבטא את הנסיבות הרלוונטיות הדרושות להפיכת ההתנהגות לאסורה ("מה הופך את ההתנהגות לאסורה?") מדובר בתנאים אובייקטיביים חיצוניים שהגדרת העבירה קובעת שצריכים להתקיים בזמן ביצוע רכיב ההתנהגות.

דוגמאות:

* יחסי מין אינם אסורים, אך יחסי מין ללא הסכמה או בפער גילאים אסורים.
* "המכה {התנהגות} אדם בלא הסכמתו {נסיבה}".
* "החוטף {התנהגות} אדם {נסיבה} כדי לרוצחו או כדי להעמידו בסכנת רצח"

לרוב, הנסיבות הן המקנות להתנהגות עצמה את אופייה הפלילי (למשל, בלי שוחד אין עבירה).

## בעבירות תוצאה בלבד:

#### ג. רכיב תוצאתי

המבטא את התוצאה שגורמת ההתנהגות העבריינית. לא בכל עבירה יש תוצאה שכתובה בחוק (תוצאה כללית בוודאי שיש).

#### ד. קשר סיבתי וייחוס האחריות

קש"ס בין הפעילות (ההתנהגות) למצב שנוצר בעקבותיה (התוצאה). לרוב מדובר בדרישה ל"משהו" מאוחר בזמן מההתנהגות האסורה. ישנו רגע כלשהו בזמן, רגע מכונן בו נגרמה התוצאה.

לא כל כך קל להוכיח, לעתים אפילו קשה מאוד.

לרוב קיומו של קש"ס הוא דבר יחסית פשוט (דקירה בלב מובילה למוות; דריסה מובילה לפציעה בגוף וכו').

הדברים נעשים מורכבים יותר בשני סוגים של מצבים:

א. **שרשרת פעולות**: סיטואציות בהם מעורב יותר מגורם אחד בגרימת התוצאה.

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

הקשר הסיבתי מתחלק לשניים:

##### קשר סיבתי עובדתי

**מבחן האלמלא/גורם בלעדיו אין** (But-for test): גורם מסוים הוא גורם עובדתי לנזק - כאשר בלעדיו לא היה מתרחש הנזק.

במילים אחרות, האם הייתה העבירה מתרחשת גם לולא אשמו של הנאשם? אם התשובה חיובית - ישנו קש"ס; אם היא שלילית - לנאשם אין חלק בעבירה. רק גורם אשר גם גרם בפועל לנזק - להבדיל מגורם היפותטי - יחשב לגורם עובדתי.

שרשרת סיבתיות

ההתנהגות לא צריכה להיות סיבה מרכזית או ישירה, אלא די בכך שתיקח חלק בשרשרת הסיבתיות לתוצאה כדי לקיים קשר סיבתי. גם אם המעשה רק זירז את התוצאה יחשב שישנו קשר סיבתי.

דוגמאות לשרשרת סיבתיות

נתן בן יחזקאל בלקר נ' מדינת ישראל (ע"פ 341/82):

הנאשם ניסה לרצוח את אשתו, ולבסוף נגרם לה נזק מוחי. הרופאים החליטו לנתקה מהמכשירים. האם יש קש"ס בין הפעולות שביצע לבין המוות? האם בלקר גרם למותה?

ביהמ"ש: "אלמלא זרק אותה מהחלון גברת בלקר עדיין הייתה חיה". הפעולות שהוא ביצע הובילו למוות. אין הכרח שמעשהו של עבריין פלוני יהיה בגדר הגורם היחיד והבלעדי. כאשר מדובר על מספר פגיעות שנגרמו על-ידי אנשים שונים, אשר כל אחת מהן תרמה מהותית לאבדן החיים, הרי כל אחד ממבצעי הפגיעות ייחשב כגורם המוות.

ארמנד סטרול נ' היועץ המשפטי לממשלה (ע"פ 70/64):

לבורנט בבנק הדם בבית החולים שמקבל דגימה, לא עושה הצלבה ומניח את הבקבוק עם שם החולה במקרר. למחרת הוא בחופשה והאחות נותנת את הבקבוק לשליח שמעביר אותו למנהל חדר הניתוח שלא מבצע בדיקה. החולה מקבל את הדם ומת. סטרול מאשים את האחות שלא בדקה (כדרור למטה). האם יש קש"ס בין טעותו של סטרול לבין המוות?

השופט כהן: אלמלא נעשתה הטעות - החולה היה חי. האחות הייתה צריכה לבדוק את המבחנה, אך סטרול יצר את שרשרת הפעולות שגרמה למוות. אי אפשר לסמוך על אחרים שיבואו להציל אותו מטעותו.

בני ברדריאן נ' מדינת ישראל (ע"פ 418/77):

ברדריאן דקר אדם, מגיע חברו ודוקר את הפצוע. שתי הדקירות היו קטלניות. אם המנוח נדקר על-ידי שניים, איך ניתן לקבוע, אם בכלל, מי מן השניים נושא באחריות לגרימת המוות? איך ניתן להוכיח מעבר לכל ספק סביר?

השופט שמגר: אדם נחשב לגורם מותו של אחר גם כאשר הוא מחיש את מותו. כאשר אדם נפגע על-ידי שתי פגיעות או יותר, בזו אחר זו, וכל אחת מהן היא בעלת אופי קטלני, הרי נושא כל אחד מן הפוגעים באחריות הפלילית לגרם המוות.

להרחבה: [כאן](https://lawjournal.huji.ac.il/article/12/1412)

* **דוקטרינת "המימייה והרעל"**: שני אנשים לוקחים מימיה של הולך מדבר, האחד מרוקן אותה ממים והשני ממלא אותה ברעל. את מי נאשים במותו של הולך המדבר?

בד"כ נאשים את הגורם הישיר והקרוב ביותר למותו ולכן מרוקן המימייה הוא האשם.

#### קשר סיבתי משפטי (ייחוס האחריות)

האם על האדם הסביר לצפות כי כתוצאה ממעשהו תתרחש התוצאה?

הקש"ס העובדתי רוצה להראות שיש זיקה בין גורם מסוים לשרשרת האירועים. "להצביע על האשמים שהיוו גורם הכרחי או גורם מספיק לנזק". הקש"ס המשפטי מבצע מיון נוסף ובודק מי מאותם גורמים שמקיימים את הקשר הסיבתי, ראוי במישור הנורמטיבי להיחשב מבחינה משפטית הגורם לאותה התוצאה. מבחן זה בודק גם שאלות של צדק ומדיניות.

**מבחנים לקביעת הקש"ס המשפטי**:

* **מבחן הצפיוּת הסבירה**:

1. צפיות טכנית: האם האדם הסביר בנעלי הנאשם יכול היה לצפות את התוצאה?
2. צפיות נורמטיבית: האם האדם הסביר בנעלי הנאשם צריך היה לצפות את התוצאה? (מוכרע ע"י ביהמ"ש, משיקולי צדק ומדיניות).

יש לייחס אחריות לנאשם אם התוצאה הייתה ניתנת לצפיות סבירה.

זהו המבחן הנפוץ בפסיקה.

\*הלכת הצפיות: חזקה שיש פעולות מסוימות שיובילו לתוצאה מסוימת. יש הבדל בין מבחן הצפיות למול הלכת הצפיות (בהמשך הקורס)\*

דוגמאות למבחן הצפיות הסבירה

מחמד חסיין נ' מדינת ישראל (ע"פ 5870/01)**:** חסיין דקר את אחותו על רקע "כבוד" המשפחה, מגיעה לבית החולים ברמאללה ושם מתה מרשלנות רפואית. האם יש קש"ס בין הדקירה לבין המוות?

השופט אנגלרד: מעשיו של המערער היו הגורם התכוף ואף הגורם היחיד למותה של המנוחה. יש קש"ס עובדתי (אלמלא היה דוקר אותה הייתה חיה); יש קש"ס משפטי.

אם התוצאה נגרמה או הוחמרה מגורמים בלתי צפויים מראש, האם עדיין יישא המזיק באחריות? סייגים להלכת הצפיות הסבירה:

* **הִלְכַת הגולגולת הדקה**  (Eggshell Skull Rule) על הנאשם לצפות את התוצאה גם אם רגישותו של הצד השני הוא גורם שסייע לגרימת התוצאה ("קבלת הניזוק כמות שהוא, על חולשותיו ורגישיותיו"). לכן גם אם הנאשם לא צפה תוצאה קשה, הוא עשוי עדיין להיות אחראי לתוצאה.
  + ניתוק הקש"ס - **הִלְכַת הגולגולת הדקיקה**: ההבחנה לעיל היא עד גבול מסוים, כאשר לנפגע נתונים אישיים חריגים. כאשר סוג הנזק שנגרם שונה – לא תחול הִלְכַת הגולגולת הדקה.

אהרון פטרומיליו נ' מדינת ישראל (ע"פ 707/83): אדם ניסה לשדוד כמה נשים, אחת מהן מתה כתוצאה מהתרגשות נפשית (nervous shock), האם יש קש"ס בין הגניבה לבין המוות?

ביהמ"ש: יש קש"ס עובדתי (אלמלא ניסיון השוד היא לא הייתה מתה), אך אין קש"ס משפטי (הנאשם לא היה יכול וצריך לדעת שדבר כזה עלול לקרות). זוכה מאשמת ההריגה.

לא ניתן היה לצפות שרק ע"י הגניבה וללא אלימות ממשית יגרם מוות. האישה סבלה מנתונים רפואיים חריגים לרעה.

דוד מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה (ע"פ 47/56):

בתאונת דרכים פעוט שובר את היד ומקבל שפשוף קל בראש. הרופאים לא ראו את השפשוף ולא חיסנו את הילד - שמת מזיהום טטנוס. הסנגור טוען שאין קש"ס, ומדובר במבחן הגולגולת הדקיקה.

ביהמ"ש: זיכה את הנתבע לאור עובדת אי צפיותו של סוג הנזק. במקרה כזה אופן קרות המוות וממדי הנזק הם כאלו שהאדם הסביר לא יכול היה וצריך לצפות.

* ניתוק הקש"ס - **גורם זר מתערב** (Novus actus interveniens): טענה משפטית של ההגנה, כי בין הפעולה של הנאשם לבין התוצאה קרה משהו נוסף - אירוע שמחוץ לצפיות הסבירה - שמחייב הגעה לתוצאה לפיה לא קיים קש"ס (האדם הסביר לא צריך לצפות).

ההלכה שנקבעה מהפסיקה היא שיש לבחון: האם האדם הסביר בנעלי הנאשם היה יכול לצפות את ההתערבות של הגורם הזר?

הנחת היסוד של הטענה היא שמדובר בשני אירועים המשלימים זה את הפוטנציאל הגרימתי של זה, ואף אחד מהם לבדו, לא היה בו כדי להביא להתרחשות התוצאה.

במציאות, הטענה של גורם זר מתערב תתקבל במקרים חריגים ונדירים יחסית.

פס"ד פלוני **(1123/05/19):** נחש נכנס לתוך מנוע של רכב, השבית את המנוע וגרם לתאונה.

ביהמ"ש: הנחש הוא גורם זר מתערב, **נותק הקש"ס**. זוכה (פלוני, לא הנחש).

יהודה צברי נ' מדינת ישראל (ע"פ 311/72):

צברי ניסה לשדל בחורה לזנות. הוא בא לאיים עליה, והבחורה ניסתה לברוח דרך החלון - נפלה ומתה. צברי טוען שאין קש"ס בין האיום למוות, ואינו יכל לצפות שתקפוץ מהחלון.

ביהמ"ש: הקפיצה דרך החלון היא "התגובה הנראית טבעית, בכל הנסיבות המיוחדות, בעיניו של המנסה להציל את עצמו" - האדם הסביר בנעלי הנאשם צריך לצפות שדבר כזה עלול לקרות. כאשר התוצאה נגרמת בשל הנפגע, כתגובה טבעית למעשי הנאשם, **לא נותק הקש"ס**. הורשע.

ולדימיר יקירביץ' נ' מדינת ישראל (ע"פ 7193/04):

רופא מנתח שהפסיק את הטיפול הרפואי בחולים שהוא סבר שאין להם סיכוי לחיות. לאחת מהן היה כשל בשריר הלב, אך כתוצאה מטעות רפואית היא מתה.

ביהמ"ש: גם אם המטופלת הייתה מתה מהכשל בליבה, "דין החשת מותו של אדם כדין המתתו". **לא נותק הקש"ס**.

פס"ד ביטון:

ביטון איים עם סכין על בחור שניסה להתחיל עם חברתו, הבחור ניסה לברוח ונפצע מהסכין. ביטון טען יש ניתוק קש"ס.

ביהמ"ש: ע"פ מבחן הצפיות הסבירה, הנאשם היה צריך לצפות שהצמדת סכין תגרום לפציעה. הורשע. **לא נותק הקש"ס**.

פס"ד פלוני (פרשת החזיז): אוהד זרק חזיז למגרש, מאבטח ניסה להזיז את החזיז והוא התפוצץ לו ביד. האוהד טען שלא יכל לצפות את הסיטואציה.

ביהמ"ש: היה עליו לצפות. **לא נותק הקש"ס**.

**עבירת תוצאה מחייבת שיהיה בה גם קש"ס עובדתי וגם קש"ס משפטי. אם אין את שניהם – אין עבירה.**

**לסיכום**:

עבירה התנהגותית – דורשת את הרכיב ההתנהגותי, ואת הרכיב הנסיבתי.

עבירה תוצאתית – דורשת את הרכיב ההתנהגותי, הרכיב הנסיבתי, הרכיב התוצאתי, ואת הקש"ס.

# היסוד הנפשי (Mens Rea)

הצורך בהוכחת יסוד נפשי לעבירה פלילית מקורו בהשפעה של תאוריות גמול. עיקר הדגש של התפיסה הגמולית הוא על אחריות שנובעת מאשם, על הבחירה, מתוך רצון חופשי, להתנכר לערכים המוגנים בחוק. על כן, על מנת להחזיר את האיזון שהופר בביצוע העבירה, יש להראות כי הנאשם ידע מראש את התוצאות האפשריות של מעשיו ופעל מראש על מנת להגיע אליהן, תוך התעלמות ביודעין מהחוק או המוסר.

מבחינת גישת גמול: הדרישה ליסוד נפשי מהווה ביטוי לכך שהאדם המוסרי טמון בנפשו של האדם ובבחירתו כיצד לפעולה. בהיעדר בחירה, לא קיים אשם מוסרי.

מבחינת גישות תוצאתניות: הדרישה ליסוד נפשי נובעת מההנחה שלא ניתן לכוון את התנהגותו של אדם שלא היה מודע למעשיו.

חלק גדול מהזיכויים נופל על היסוד הנפשי: "ידע או לא ידע?"; התכוון או לא?"; "רצה שזה יקרה או לא"?.

**כיצד אדם מבצע עבירה?**

סעיף 19: "אדם מבצע עבירה רק אם עשאה ב**מחשבה 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 20א: "מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

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

(2) פזיזות שבאחת מאלה:

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

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

ע"פ סעיפים 19-20, אנו למדים שתי דרכים (ועוד אחת) לביצוע עבירה ע"פ יסוד הנפשי, לפי החומרה:

1. **עבירות מחשבה פלילית**: מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה. רוב העבירות כאן (גניבה, פציעה וכו')
2. **עבירות רשלנות** (אשם אובייקטיבי, negligence): העבריין לא חייב להיות מודע לנסיבות, להתנהגות ולתוצאה אך עדיין יימצא אשם כי 'אדם סביר', 'אדם מן היישוב' היה צריך להיות מודע לקיומם.

הדרך השלישית אינה מצריכה את היסוד הנפשי:

1. **עבירות אחריות קפידה** (strict liability): עבירות בהן ניתן להרשיע בהתקיים היסוד העובדתי בלבד. (למשל: נהיגה בשעות החושך ללא הפעלת פנסי הרכב, גרימת רעש, ריח או זיהום אוויר בלתי סבירים).

כלומר: רשלנות ואחריות קפידה הם חריגים ליסוד הנפשי

"מודעות לטיב המעשה" - תפיסה בחושים של נתונים עובדתיים והבנתם.

דוגמאות:

* בעבירה של **אינוס**: מודעות להתנהגות - מודעות שהאדם מבצע אקט של בעילה; מודעות לנסיבות – מודעות לכך שאין הסכמה.
* סעיף 176, **עבירת הנישואין**: ["נשוי הנושא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר, דינם - מאסר חמש שנים"] מודעות להתנהגות (שהוא עורך טקס נישואין) ומודעות לנסיבות (שהוא נשוי ושהוא נישא לאישה אחרת).
* סעיף 368ג. **התעללות בקטין או בחסר ישע**: מודעות למעשה (אי-מתן אוכל/הרעבה וכו'); מודעות לנסיבות (שמדובר בקטין או בחסר ישע).

פס"ד ג'בריה:

בעל קיוסק נכנס עם נשק לחנות מתחרה, וירה אליה למרות שהיו בה אנשים. אדם נהרג.

ביהמ"ש: מודעות לנסיבות (לקח נשק, ירה וכו'); מודעות לתוצאה (היחס שלו לאנשים שהיו בפנים כאדישות "לא היה אכפת")

היסוד הנפשי צריך להתקיים **בכל** רכיבי היסוד העובדתי (התנהגות, נסיבות ואם מדובר בעבירה תוצאתית - לגבי רכיב התוצאה). מבחינת היסוד הנפשי:

בעבירות התנהגות - יש צורך להתחשב רק במחשבה הפלילית (**המישור ההכרתי**);

בעבירות תוצאה - יש צורך להתחשב גם בכוונה ופזיזות (**המישור החפצי**)

כיצד יודעים איזה סוג של יסוד נפשי העבירה דורשת?

**עבירה שותקת**: בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין נאמר, כי כאשר המחוקק לא הורה לגבי עבירה איזה סוג של יסוד נפשי היא דורשת - זו עבירה אשר דורשת מחשבה פלילית (לפחות קלות דעת), זולת אם נקבע בגוף העבירה שהיא מסוג של רשלנות או אחריות קפידה.

עדיין צריך לזהות האם זו עבירת התנהגות או תוצאה.

אם זו עבירת התנהגות צריך להוכיח מודעות לנסיבות ולהתנהגות ואם זו עבירת תוצאה יש להוכיח מודעות לנסיבות, להתנהגות, לקרות התוצאה ויסוד חפצי מינימאלי בעבירות שאין מציינות כוונה, כלומר פזיזות מסוג קלות דעת.

דוגמאות לעבירה שותקת:

* סעיף 20, **הבאת אדם לידי עיסוק בזנות**: ["המביא אדם לידי עיסוק בזנות, דינו - מאסר שבע שנים"]

בסעיף זה העבריין צריך להיות מודע שהוא "מביא אדם לעיסוק בזנות" - מספיק להוכיח קלות דעת, כי לא מצוין בו אחרת.

* סעיף 218, **מעשה העלול להפיץ מחלה**: ["העושה בהתרשלות מעשה העלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות, דינו - מאסר שלוש שנים; עשה את המעשה במזיד, דינו - מאסר שבע שנים"]

זו עבירת רשלנות ובה העבריין לא מודע לאחת מן הנסיבות. יש לשים לב כי בסעיף זה הסיפא דורשת מחשבה פלילית "עשה את המעשה במזיד דינו מאסר שבע שנים"

* סעיף 225, **איסור הגרלות והימורים**: ["המארגן או עורך משחק אסור, הגרלה או הימור, דינו - מאסר שלוש שנים או כפל הקנס האמור בסעיף 61(א)(4)"]

עבירת התנהגות מסוג מחשבה פלילית. צריך להוכיח מודעות לנסיבות ולהתנהגות.

* סעיף 221, **זיהום מים**: ["המעכיר או מזהם מי מעין, מיכל או מאגר או מי מקום אחר, ועושה אותם בכך פחות מתאימים למטרה שהם משמשים לה כרגיל, דינו - מאסר שלוש שנים"]

זוהי עבירת תוצאה מסוג מחשבה פלילית ובה יש להוכיח מודעות ליסוד העובדתי (התנהגות + נסיבות + תוצאה) ויסוד חפצי מסוג קלות דעת.

* סעיף 496, **גילוי סוד מקצועי**: ["המגלה מידע סודי שנמסר לו אגב מקצועו או מלאכתו, שאינו סוד רשמי כמשמעו בסימן ה' לפרק ז', ואינו נדרש לגלותו מכוח הדין, דינו - מאסר ששה חדשים"]

עבירת תוצאה אשר דורשת מודעת ליסוד העובדתי + יסוד חפצי.

## 

## אפשרות א' ליסוד הנפשי - מחשבה פלילית

### מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות

"מחשבה פלילית - **מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות** ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1) כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2) פזיזות שבאחת מאלה:

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

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

הוכחת מחשבה פלילית

הוכחת מחשבה פלילית (הזדון) של נאשם איננה דבר קל - לא תמיד הנאשם יודה באשמה והרי אין לדעת מה קורה בנפשו של האדם.

לטובת פתרון בעיה זו פותחו כלים עקיפים (חזקות) שמטרתם לסייע בזיהוי מה שהתרחש בנפשו של האדם בזמן ביצוע העבירה. אלו נסמכות על ניסיון חיים והשכל הישר, ומהוות למעשה תחליפים לצורך להוכיח רכיבים שונים מהיסוד הנפשי.

כיום 2 החזקות הראשונות מופיעות גם בחוק.

#### דוקטרינת עצימת העיניים

(עיוורון מכוון, Wilful Blindness):

עד לתיקון 39 לחוק העונשין, היתה הדוקטרינה בדבר ”עצימת עיניים“ יציר הפסיקה, בעקבות אימוצה מן המשפט האנגלי.

לאחר תיקון 39 הוכנסה לחוק העונשין: סעיף 20(ג)(1)

"רואים אדם שחשד {עצימת עיניים} בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם"

אם חשדת ולא בררת - כאילו ידעת.

תחליף למודעות לטיב ההתנהגות ולנסיבות (אך לא לתוצאה, שכן קשה לברר אותה).

* זו דוקטרינה **נפוצה מאוד**, ניתן להשתמש בה בכל העבירות.
* הניסוח ”רואים אדם שחשד“ משמעו - **חשד סובייקטיבי בלבד** (חשד אישי שהתעורר בפועל בליבו של העושה עצמו). במידה והוא בירר וחשב שאין זה עבירה ובסוף זאת הייתה עבירה, אז הוא ישא באחריות של רק "רשלנות".
* **פחד מבירור** אינו הגנה.
* **חוסר יכולת לברר** אינו הגנה - יש אופציה להימנע מהמעשה.
* הכלל הזה רווח **בעבירות מין** במקרים הקשים והאפורים: כשנוצר חשד בליבו של הנאשם שמא מתקיימת נסיבה שעלולה להפוך את המעשה שלו לעבירה (למשל, אין הסכמה), השימוש בו נפוץ.
* עוד עבירות נפוצות בהן משתמשים בה הן עבירות **בלדרות סמים**. דוגמה: מבקשים ממני להעביר מזוודה לחו"ל בתשלום. אם אני חושד בתכולת המזוודה ולא פעלתי לברר מה היא מכילה, אני נחשב כמי שהיה מודע לכך.

**חשד + העדר בירור = עצימת עיניים**

ההצדקות לדוקטרינת עצימת העיניים

* **קשה לדעת מה מתרחש בנפשו של אדם** ולכן ישנן סדרת דוקטרינות משפטיות במשפט הפלילי, שנועדו לסייע לנו לקבוע מה מתרחש בנפשו של אדם.
* **למנוע "הקטנת ראש"**: נוצרה כדרך להתמודד עם עבריינות מתוחכמת - עבריינים שיודעים מהן הדרישות הבסיסיות של המשפט הפלילי, יודעים שאם הם יהיו מודעים הם יורשעו, ולכן מתרחקים מהעבירה ומהנוגע לה בצורה מכוונת ומודעת. גוון של חוסר תום-לב.

דוגמאות בפסיקה לעצימת עיניים:

הצבאי הראשי נ' סמל שובין דמיטרי (רע"פ 7560/01):

חייל נתפס כשהוא שואף אבקה בלתי מזוהה. הוא טען שהוא לא ידע בשום שלב שזהו סם מסוכן.

ביהמ"ש: "מקום בו מתעורר באדם חשד בדבר קיומו של מצב דברים מסוים אך הוא נמנע מלחקור בו, ניתן לראותו – כמי שהיה מודע אל אותו מצב דברים". הורשע.

סולומון המטפרסט נ' היועץ המשפטי לממשלה (ד"נ 8/68):

נשלח צו גיוס לבן קיבוץ. בקיבוץ לא מחלקים את הצווים אלא תולים אותם על לוח חדר האוכל, ולכן כדי להתחמק מהשירות הוא פשוט לא הגיע לחדר האוכל.

השופט אגרנט: "הנאשם חשד בנוכחותה של העובדה הנדונה אך נמנע מלחקור בדבר, הואיל 'ולא רצה לדעת' פן תתאשר העובדה ואז לא יוכל להכחיש, לאחר מעשה, כי ידע עליה"

מדינת ישראל נ' אופיר בארי - האונס בשומרת (ע"פ 5612/92):

שרשרת אירועי אונס קבוצתיים שביצעו בני 17 בבת 14, לטענתם בהסכמתה. זוכו במחוזי מחמת הספק, אך בערעור לעליון הורשעו.

הנשיא שמגר: כשאישה אומרת 'לא' היא מתכוונת ל-'לא', ואם הגבר מתייחד עמה למרות זאת, הייחוד הוא שלא בהסכמתה והמעשה הוא מעשה אינוס.

"עולה במחשבתו החשד שמא האישה אינה מעניקה לו הסכמה חופשית. אם הוא בוחר לבצע מעשהו על-אף החשד האמור, בלי לבדוק את הנסיבות ובלי שהוא מראה אכפתיות לדבר התקיימותן – יש בכך משום עצימת עיניים".

פסק דין זה נחשב ציון דרך בפסיקה העוסקת בפשיעה המינית.

חלל תודעתי

אריק (מוריס) טייב נ' מדינת ישראל (ע"פ 115/00):

פיזיותרפיסט אנס מטופלת. היא טוענת שלא הסכימה, ועולה השאלה האם הנאשם היה מודע לאי ההסכמה.

נקבע המושג "**חלל תודעתי**" (רחב יותר מחשד + לא בירר)

השופט גולדברג: מצב בו אדם "...אדיש לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לאו, לא הקדיש לה מחשבה, ונטל סיכון מודע כי ההסכמה לא נתונה... כמוהו כמצב נפשי של המנעות מכוונת מבדיקת המצב לאשורו ובירורו, וכהתעלמות מודעת מן האפשרות בדבר העדר הסכמה ... בכך הכניס עצמו לסיכון מחושב להעדר הסכמה, שגם אותו ניתן לסווג כ'עצימת עיניים".

השופט אנגרלנד: "לצורך "עצימת עיניים" נדרש חשד ממשי או "חלל תודעתי". "חלל תודעתי" הוא אדישות לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לאו, ללא הקדשת מחשבה בעניין זה ונטילת סיכון במודע כי ההסכמה אינה נתונה. מכל מקום, לא נדרש חשד ברמה גבוהה."

ביקורת על הדוקטרינה טוענת שדרישה כזו לחשד תמידי מהציבור אינה אפשרית ליישום.

האם ניתן להשתמש בעצימת עיניים גם בעבירות מחדל?

מרגלית הר-שפי נ' מדינת ישראל (ע"פ 3417/99):

הייתה מודעת לכוונתו של יגאל עמיר לרצוח את רה"מ רבין אך לא מנעה זאת.

השופט חשין(פס' 26-40): ניתן לומר כי הקביעה בעבירת אי מניעת פשע ס' 262 - "מי שידע" - כוללת לא רק ידיעה פשוטה אלא גם חשד. אולם "מסקנה זו קשה עלינו". עקב המאפיינים הייחודיים של עבירה זו, הנשענת כל כולה על יסוד "מי שידע", אין להחיל את דוקטרינת עצימת העיניים בעבירה זו. יש לצמצם את היסוד לידיעה בלבד ללא חשד. "ידיעה זו, ראוי לה שנדרוש כי תהיה ברורה ונקייה. ראויה היא כי תהא רחוקה מחשד גרידא". מדוע?

* הרחבה של מעגל ההפללה: פגיעה בעיקרון החוקיות וחירותם של בני האדם.
* מחיר חברתי: הרחבה זו עלולה להוביל לכך שאנשים "יבלשו אחד אחרי השני" כדי לא להסתכן בעצמם. יש לכך מחיר חברתי, יצירה של חברה שבה יש חוסר אמון בסיסי בין בני אדם.

"אם לרקע זה נמעט מן הדרישה ל"ידיעה" – פשוטה כמשמעה – ונספק עצמנו בחשד בלבד באשר לתכניותיו ולזממו של פלוני לעשות מעשה פשע, דומה כי נרחיק לכת במאוד, נרחיק למעלה מן הראוי והרצוי באשר ליחסי היחידים בחברה ביניהם-לבין-עצמם: בין ביחסים בין זרים בין ביחסים בין קרובים" (חשין)

* קושי פרקטי: קשה לברר מה אדם "זומם". אם אתה יודע מה אדם זומם אז זה קל. אם אתה רק חושד, נטל הבירור הוא נטל משמעותי.

"כיצד יעשה זאת אדם? יבלוש ויעקוב אחרי פלוני? ישאל אותו לתכניותיו?"

הביקורת של פרופ' קרמניצר על עמדת חשין: יש הצדקה להחלת עצימת עיניים גם בעבירות מחדל.

* אין מניעה משפטית להחיל גם עצימת עיניים בעבירות מחדל. החוק איננו מחריג עבירות מחדל מסעיף 20.
* מטרת עבירות המחדל היא לגרום לאנשים לפעול בסיטואציות בהן נרצה שאנשים יפעלו (שלא יהיו ראש קטן)
* אי החלת דוקטרינת עצימת העיניים בסיטואציות כאלו תסכל במידה רבה את תכלית העבירות.

בשורה התחתונה - עמדת הפסיקה היא שככלל, דוקטרינת עצימת העיניים חלה גם בעבירות מחדל.

להרחבה[[6]](#footnote-6)

### מודעות לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה

"מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ו**לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה**, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1) כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2) פזיזות שבאחת מאלה:

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

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

"הוכחתו של היסוד הנפשי של עבירות יכול שתיעשה הן בהתבסס על (1) אמירות של הנאשם עצמו, והן בהתבסס על (2) ראיות נסיבתיות-חיצוניות כמו גם (3) באמצעות חזקות ראייתיות-עובדתיות, המשקפות את ניסיון החיים והשכל הישר, כגון חזקת המודעות הכללית" (**גרידיש**).

#### חזקת המודעות הכללית

חזקה שאדם מודע בדרך כלל למשמעות התנהגותו מבחינת טיבה הפיסי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאות הטבעיות שעשויות לצמוח ממנה.

תחליף שני למודעות לאפשרות גרימת התוצאה (ומכאן שרלוונטית רק בעבירות תוצאה!).

בית המשפט בוחן את חזקת המודעות על ניסיון החיים אשר ניתן להניח שאדם "רוכש במהלך חייו".

דוגמאות לחזקת המודעות בפסיקה:

אוהד מגידיש נ' מדינת ישראל (ע"פ 3158/00):

מגידיש פגע בקשישה החוצה מעבר חציה בשטח עירוני ליד בית ספר, כאשר נסע במהירות כפולה מן המותר.

ביהמ"ש: שימוש בחזקת המודעות: עליך להסיק שנסיעה מופרעת כזו במקום כזה עלולה להוביל למוות, ניסיון החיים מלמד שזו התוצאה הטראגית שעלולה להתרחש. בנוסף, אין נדרשת מודעות לדרך המדויקת של השתלשלות הארועים לצורך הוכחת היסוד הנפשי בעבירת ההריגה. ונטל ההוכחה מוטל על הנאשם.

מדינת ישראל נ' שי בלזר (ע"פ 9723/03):

נהג מונית הכה נהג אוטובוס שחתך אותו בנסיעה. נהג האוטובוס שהיה אדם מבוגר וחולה בטרשת, מת כתוצאה מכשל חריף בלב.

ביהמ"ש: חזקה על אדם המפעיל אלימות קשה על אזור רגיש בגופו של אדם אחר, שהוא מודע לסכנה הנשקפת לחיי קורבן האלימות.

פס"ד חשוב לעניין היסוד הנפשי.

## מודעות לעניין התוצאה (א) - כוונה

**בעבירות תוצאה בלבד**

"מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

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

(2) פזיזות שבאחת מאלה:

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

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

#### הלכת הצְפִיוּת

תחליף להוכחת הכוונה בעבירות תוצאה (כאשר זו כמעט ולא קיימת)

חפציות: עד כמה רציתי בקרות התוצאה?

סעיף 20(ב) "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן"

הכלל מאפשר להרשיע נאשמים אשר ראו את אפשרות התרחשות התוצאות כאפשרות קרובה לוודאי, אף אם לא התכוונו לגרום לתוצאות. נשתמש בהלכת הצפיות כשהנאשם לא משתף פעולה וקשה להוכיח את כוונתו.

* אין אפשרות להרכיב את הכלל של עצימת עיניים על גבי הלכת הצפיות – חשד לא יכול לשדרג למודעות ברמה של קרבה לוודאי.

שימוש בהלכת הצפיות נעשה בד"כ בעבירות תוצאה שדרוש בהם כוונה או בעבירות מטרה ("לשם", "כדי", "במטרה").

ניתן למצוא בנבו חיפוש לפי עבירה ולחפש עבירות כוונה.

דוגמאות בחוק לעבירות הכוללות כוונה:

* ס' 329(א)(1) **חבלה חמורה בכוונה מחמירה**:

["הגורם לאדם חבלה חמורה שלא כדין, **מתוך כוונה** לגרום לו חבלה חמורה, דינו מאסר עשרים שנים"]

* סעיף 241 **זיוף בידי עובד ציבור**:

["עובד ציבור המזייף מסמך, שהוא ממונה על עשייתו, או על שמירתו, או שיש לו גישה אליו בתוקף תפקידו, ועשה כן **בכוונה** לקבל דבר, וקיבל דבר באמצעות מסמך מזויף כאמור, דינו מאסר שבע שנים"]

* בעבירות בהן נדרש שהעבריין יפעל בכוונה להשיג תוצאה מסויימת, (גם אם אין דרישה התוצאה אכן תתקיים בפועל). למשל, סע' 5 לחוק המחשבים (חדירה לחומר מחשב במטרה לעבור עבירה). (אם כי יש על כך מחלוקת רבה)

הלכת הצפיות בפסיקה:

פרופסור קורט סיטה נ' היועץ המשפטי לממשלה (ע"פ 45/61):

פרופ' סיטה מהאוניברסיטה העברית ריגל למען הצ'כים. עבירת הריגול דורשת כוונה, אך הנאשם טען כי היסוד הנפשי החפצי של כוונה לא התקיים, מאחר שהוא לא התכוון לפגוע בביטחון המדינה, אלא פעל מתוך כוונה לעשיית הון וממון.

השופט אגרנט: אף על פי שלא התכוון לפגוע בביטחון המדינה, די בכך שהוא ראה את אפשרות הפגיעה במדינה כאפשרות קרובה לוודאי.

פס"ד כהן:

כהן היה בלש שעצר פרוצה וביצע בה חיפוש, ובשלב מסוים זה הפך למעשה מגונה. הסנגור טוען שלא הוכחה הכוונה הפלילית, כיוון שכוונתו הייתה החיפוש.

ביהמ"ש: הלכת הצפיות יכולה להחליף את המטרה - סביר להניח שבידוק הדוק מדי יגרום לאותה אישה הרגשה לא נעימה, מעבר לצורך.

מורד אלרחמן נ' מדינת ישראל (ע"פ 5492/11):

גנב רכב חומק משוטר וכמעט דורס אותו. הועמד לדין בגין עבירת חבלה חמורה (נדרשת כוונה).

ביהמ"ש: "ברי כי המערער צפה אפשרות קרובה לוודאי לפגיעה בשוטר באמצעות רכבו… עצם נכונות המערער לפגוע בשוטר מתוך כוונה לחמוק ממעצר או עיכוב כדין, למרות הצפייה הקרובה לוודאי כי עלולה להיגרם לשוטר חבלה חמורה, שקולה לכוונה פלילית".

מדינת ישראל נ' מורדוך צברי (21600/09/10 ת"פ [ירושלים]):

בסכסוך שכנים, הנאשם ירה לעבר שכנו. הסנגור טוען שירי אחד בוצע לאוויר והשני נגרם כתוצאה מפליטת כדור.

ביהמ"ש: ניסיון לגרימת חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א)(2). אקדח הוא כלי קטלני מטבע ברייתו, וכי ירי מטווח קצר לכיוון אזור שבו מצויים אנשים עלול להסב להם חבלה חמורה, אם לא פגיעה בנפש, בין מפגיעה ישירה של הקליע ובין מנתזים.

מבחן הצפיות vs. הלכת הצפיות

* מבחן הצפיות: הוכחת קשר סיבתי משפטי (יסוד עובדתי).
* הלכת הצפיות: הוכחת מודעות בעבירות תוצאה מאחר שנדרשת כוונה (יסוד נפשי).

לסיכום עבירות מחשבה פלילית מסוג כוונה, התביעה יכולה להוכיח כוונה בעזרת:

א. **ראיות**: דרך המלך - להוכיח שהנאשם פעל מתוך כוונה לגרום לתוצאה, הוא רצה שהתוצאה תקרה (למשל ע"י הודאה). אם אם לא ניתן להוכיח הולכים לחזקות.

ב. **חזקות**: להוכיח שהנאשם צפה את התוצאה בהסתברות קרובה למדי. הלכת הצפיות.

ההבדלים בין החזקות:

**דוקטרינת עצימת העיניים** – תחליף למודעות להתנהגות ולנסיבות. רלוונטית לכל העבירות (גם לעבירות התנהגות) כי בכל עבירה נדרשת מודעות למעשה ולנסיבות.

**חזקת המודעות הכללית** – תחליף למודעות לאפשרות גרימת התוצאה (בעבירות שאינן כוונה).

**הלכת הצפיות** – תחליף להוכחת הכוונה. רלוונטית רק לעבירות תוצאה.

* כוונה מיוחדת: כאשר ניתן להרשיע גם אם הכוונה לא התממשה למשל רצח ע"מ להשיג את הירושה. לא נלמד בקורס הזה, לצורכנו זו כוונה לכל דבר. (בהמשך: עבירות מטרה)

## מודעות לעניין התוצאה (ב) - פזיזות

**בעבירות תוצאה בלבד**

"מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1) כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

**(2)** **פזיזות שבאחת מאלה:**

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

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

שני סוגי פזיזות:

1. אדישות: התנהגות שנעשית בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות (לא אכפת לו אם התוצאה תקרה).
2. קלות דעת: נטילה מודעת של סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות, מתוך תקווה להצליח למנוע אותן. (אכפת לו מהתוצאה, אך הוא מקווה שהיא לא תקרה). "לי זה לא יקרה" "יהיה בסדר". פרופ' קרמניצר מכנה את הדחקת הסכנה הזאת ׳דיאלקטיקה של החריג׳[[7]](#footnote-7)

קלות דעת היא הלך רוח ולאו דווקא סוג של מחשבה המצריכה נתינת דעת צרופה או קבלת החלטות מושכלת. קל יותר לטעון לקל דעת.

דוגמאות לפזיזות

איברהים טמטאווי נ' מדינת ישראל **(ע"פ 6026/11)**:

במהלך גניבת מתכות עם שותף, שוטר סימן לו לעצור אך הוא המשיך ודרס אותו. האם זו עבירת רצח, הריגה או גרימת מוות ברשלנות?

ביהמ"ש: אין כוונה, אך יש אדישות ביחס לתוצאה. הואשם בעבירת הריגה: "חזקה היא כי אדם מודע בד"כ לתוצאות הטבעיות של מעשיו, וכך הדבר גם בהתייחס לעבירת ההריגה".

כיום לאחר העברת "רפורמת עבירות ההמתה" הוא היה מואשם ברצח.

ד"ר סבטלנה רוסו-לופו נ' מדינת ישראל **(ע"פ 4512/09)** - הרופאה המרדימה:

ניתוח לתיקון פזילה הסתיים במותה של ילדה בת שלוש וחצי. המערערת, ששימשה כרופאה מרדימה והלכה לישון באופן מכוון בזמן הניתוח, הורשעה בהריגה.

ביהמ"ש: מודעות למעשה ולנסיבות – נמנה, עצמה עיניים, שמה כרית וכו'; מודעות לתוצאה - פזיזות. לקחה סיכון מודע ביחס לחולה.

### קלות דעת

פס"ד זיסרמן:

תוך כדי ניקוי הנשק, חייל הורג את חברו. הוא מודע לסכנה, אך מבחינת עומק המודעות זה לא יושב לו בראש.

ביהמ"ש:

דוגמאות לקלות דעת:

* מחפשי ריגושים – אנשים שמודעים לסיכון, אולם סיכון זה הוא שמניע אותם לעשות את שהם עושים. הם לא מעוניינים בתוצאה השלילית ומקווים שהיא לא תקרה, אולם הם לא נוקטים באמצעים הסבירים כדי למנוע אותה.
* מהמרים קיצוניים – אנשים שמודעים להסתברות קרות התוצאה השלילית וממשיכים בהתנהלותם הרגילה, ללא נקיטת אמצעי הזהירות המתאימים.

ד"ר שפירא-אטינגר[[8]](#footnote-8):

בשימוש במונח "מודעות" נעשה בפועל שימוש כדי לתאר שורה של מצבי תודעה מורכבים ונבדלים אלה מאלה. אולם שימוש במובן אחד של מודעות יוצר לעתיים מתח בין המובן המשפטי המקובל של ובין האינטואיציות היום־יומיות.

במפת מצבי התודעה היא בוחרת להתמקד ברכיב קלות הדעת שבחלק התוצאה, אשר "ראייה חד־ממדית שלו עלולה להחמיץ איכויות החיוניות להבנתו המלאה".

ההבדל בין אדישות וקלות דעת:

רופאה מבקשת לתת לחולה תרופה מסוימת. בארון התרופות היא מוצאת עשרה בקבוקים בלתי מסומנים, אך היא יודעת שרק תשעה מהם מכילים את התרופה, ואילו באחד יש סם קטלני. הרופאה בוחרת באופן שרירותי באחד הבקבוקים ונותנת אותו לחולה.

במקרה הראשון מקווה הרופאה, כי אכן מדובר ברעל, ואז החולה ימות, וכך תוכל לקדם את מחקרה על הפתולוגיה של מחלתו הנדירה. תקוותה מתגשמת והיא מואשמת ברצח.

במקרה השני מושכת הרופאה בכתפיה ומפטירה ״מה שיקרה יקרה״, שעה שהחולה ביש המזל בולע את הרעל, והפעם היא מואשמת בהריגה מתוך **אדישות**.

במקרה השלישי מקווה הרופאה בכל לבה, כי אכן מדובר בתרופה, אך תקוותה נכזבת והחולה מת. במקרה זה הרופאה מואשמת בהריגה, אך בדרגת חומרה קלה יותר, זו של **קלות הדעת**.

החוש המוסרי שלנו סבור כי ההתנהגות השלישית מתאימה למהמר מטורף או של אוויל מוחלט. כיצד ניתן להסביר את ההגיון בקלות דעת שכזו? בשילובם של אלו:

* רוחב המודעות: שוני בין מצבי מודעות. רוחב המודעות כמעט אפסי כאשר העושה מעריך את הסתברות התרחשות התוצאה כנמוכה מאוד או שכמעט אינה קיימת. ככל שהוא קטן - קל יותר להסביר את ההתנהגות קלת הדעת (למשל, אדם הנוסע במהירות מופרזת יכול להיות סבור שהסיכוי לתאונה נמוך מאוד ורחוק לעומת התועלת שהוא מפיק).
* עומק המודעות: מידת העוצמה או הריכוז שניחן בו מצב התודעה. מקרים טיפוסיים של קלות דעת מתאפיינים בדרגת מודעות שאיננה עמוקה, כלומר, שאיננה נמצאת בפסגת־ההכרה, במקום שכל פעולה מחושבת ומבוקרת.

ככל שהמודעות רחבה יותר ועמוקה יותר, היא מתקרבת למודעות המלאה, וככל שהיא רדודה וצרה, היא מתקרבת למצב של חוסר מודעות, ואזי יועבר הדיון למסגרת הרשלנות.

# אפשרות ב' ליסוד הנפשי - רשלנות

(אשם אובייקטיבי, negligence)

סעיף 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 21:

(א) רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד –

(1) שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור;

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

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

רשלנות היא מעין עבירת סל שלתוכה מכניסים תיאורים שונים של אירועים שמהווים התנהגות רשלנית.

בשונה מכוונה, אשר נבחנת באמצעות בחינה סובייקטיבית של אחריות הנאשם, רשלנות נבחנת באופן אובייקטיבי.

ככלל, אחריות פלילית על בסיס רשלנות הינה החריג בדיני העונשין. בעבר, היו שסברו שרשלנות צריכה להישאר בדיני הנזיקין והייתה מחלוקת בנוגע לשאלה האם ניתן להשתמש בכלים של המשפט הפלילי כאשר לנאשם לא הייתה מודעות ומאחר וברשלנות יש אלמנט של מזל. יש מקומות בעולם בהם רשלנות אינה קיימת במישור הפלילית.

טיעונים בעד ונגד:

* העדר אשם: אשם הוא תנאי הכרחי לקיומה של אחריות פלילית. בבסיס האשם עומדת קבלת החלטה מודעת ע"י הנאשם. לפיכך, אין זה מוצדק להטילה על נאשם שלא ידע.
  + טיעון נגד - **יש אשמה בחוסר המודעות**: כשמדובר בערכים חברתיים מהמעלה הראשונה - אין חירות לאדם לא לשים לב לכך שהוא עלול לסכן אותם.
* חוסר הגינות: כל האנשים מתרשלים כל הזמן (למשל, הסטת מבט בנהיגה לעבר פרסומת). כתוצאה מכך נכנס אלמנט של מזל לאחריות הפלילית: רק אדם אחד נתפס כשהוא מסיט את מבטו, בשל חוסר מזלו. היחס לאנשים שעשו אותו הדבר לא נמדד במידת האשם שלהם או במידת הסיכונים שלקחו על עצמם, אלא באלמנט המזל. ישנו עיוות בכך ששופט קובע שאדם צריך ללכת לכלא על מעשה שגם השופט בעצמו היה עושה.
* טיעון תועלתני: אין טעם באחריות על בסיס רשלנות. המשפט הפלילי צריך לתת תמריצים לא להתנהג באופן אנטי-חברתי. אולם, במקרה של רשלנות, הנאשם לא מודע בכלל להתנהגות, לכן עצם ענישתו לא תשנה דבר בהתנהגותם של אנשים.
  + טיעון נגד - עבירת הרשלנות מהווה **תמריץ לאנשים להיות מודעים**. אחריות לרשלנות מהווה אחריות פלילית על בורות האנשים, ומתמרצת את האדם לזהירות רחבה יותר.
* סכנה מפני הרתעת יתר: אם האחריות הפלילית מתוחמת ע"י גישת המודעות, הפרט יכול להסיק כי כל עוד אינו מסתכן באופן מודע, לא יסתבך עם החוק. במצב שבו מוטלת אחריות פלילית בגין רשלנות, ייווצר מצב בו אנשים יסתובבו בפחד מתמיד מאחריות פלילית, יפחדו להיכנס לסיטואציות מועילות חברתית, מתוך החשש להיכנס לגדרי אחריות פלילית.
  + טיעון נגד **- בחירה**: הגיוני יותר שאנשים יבינו שעליהם לעצור ולחשוב האם ההתנהגות שלהם היא אסורה או עלולה לגרום לתוצאות אסורות.
* אם החוק הפלילי לא יתייחס למקרים בהם ערכים אלו נפגעים ברשלנות, עשויה להיווצר זילות לערכים אלו.
* פרקטית: יש תחומים שברגע שבוחרים לעסוק בהם, צריך להיזהר במיוחד מאחר והם מסוכנים (נהיגה, החזקת נשק, תפעול חומרים רעילים וכדו').

קיימת גישה נוספת לפיה גם בעבירות רשלנות יש בחירה:

* בחרת לעשות פעולה שיש בה סיכון לפגיעה בערך חברתי חשוב, בחירה זו מצמיחה את החובה לדאוג לא ליצור את הסיכון.
* בחרת לעסוק בתחום שיש בו סיכון (מפעיל מנוף, אחראי אתר של מגדל קומות) - הרי שבאותו הרגע נטלת לעצמך את החובה לבצע את הבירור.

העונש על עבירות רשלנות הוא עד 3 שנים. נאשם ברשלנות עומד בדרגה מוסרית שונה מנאשם שפעל מתוך מחשבה פלילית (כוונה/פזיזות), והוא מהווה סיכון פחוּת לחברה.

דוגמאות בחוק:

סעיף 338(א)

"העושה אחת מאלה בדרך נמהרת או רשלנית שיש בה כדי לסכן חיי אדם או לגרום לו חבלה, דינו - מאסר שלוש שנים:

.(3) עושה מעשה באש או בחומר לקיח, נפיץ או רדיואקטיבי או אינו נוקט אמצעי זהירות מפני סכנה מסתברת הכרוכה באש או בחומר כאמור שבהחזקתו;

(4) עושה מעשה לגבי מכונות שבפיקוחו, שלו בלבד או עם אחרים, או אינו נוקט אמצעי זהירות נאותים מפני סכנה מסתברת הכרוכה בהן;"...

## הגדרת עבירת הרשלנות

1. עובדתית: היעדר המודעות של הנאשם לפחות לאחד מרכיבי היסוד העובדתי (התנהגות, נסיבות ותוצאה).
2. נורמטיבית: ביהמ"ש, כעניין של הכרעה שיפוטית מכריע האם בנוגע לאותו הרכיב לגביו לא הייתה מודעות של הנאשם "אדם מן היישוב היה צריך להיות מודע לכך".

בשנת 2016 נוסף תיקון 126:

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

כלומר, לשם הרשעה ברשלנות, יש להוכיח שהנאשם נטל סיכון בלתי סביר ביחס לתוצאה/לסכנה.

מטרת השינוי הוא יצירת איזון בין התועלת החברתית של ההתנהגות והעלות הכרוכה במניעת הסיכון לבין סוג הסיכון, עוצמתו והסתברותו.

בפועל התיקון הנ"ל לא שינה הרבה.

רשלנות בפסיקה:

היועץ המשפטי למושלה נ' מרדכי בש **(ד"נ 196/64**):

בש הותיר מקרר בחצרו האחורית, ושני ילדים שיחקו, נכנסו למקרר ומתו כתוצאה מחנק. הורשע בגרימת מוות ברשלנות. להגנתו הביא עדים שהעידו כי היו פועלים באותו האופן, וכי לא היו צופים את התוצאה שקרתה בפועל.

ביהמ"ש: כמובן שהמשיב לא חפץ שאסון כזה יתרחש, ואף היה זה מחוץ לכל מחשבה בראשו, אולם החוק בארץ הוא כי חובת הזהירות המוטלת על אדם תיקבע לפי מידות האדם הסביר, קנה מידה אובייקטיבי.... ביהמ”ש יכול להקפיד ולהחמיר כדי שלא יקופחו חיי אדם

**אדם סביר מול אדם מן הישוב**: המחוקק ביצע תיקון (תיקון 39) שאין יותר "אדם סביר" אלא "אדם מן היישוב". עלתה הטענה שמטרתו של התיקון הייתה לפתוח דף חדש וליצור פסיקה מרוככת יותר, שתהיה רגישה לאופן בו אנשים נוהגים בפועל (האדם הסביר הוא האדם הממוצע כאשר הוא שואף לעשות טוב). בפרקטיקה, לא חל שינוי במדיניות השפיטה, המותירה את הכוח בידי השופטים להכריע מיהו האדם הסביר, והלכת בש נותרה מחייבת.

בוריס יעקובוב נ' מדינת ישראל **(ע"פ 7832/00**):

הנאשם התעלל באשתו במשך 8 שנות נישואיהם. היא התלוננה נגדו, השוטרים הזהירו אותו. לאחר איומיו, האישה ביטלה את תלונתה, הוא המשיך להתעלל בה עד שקפצה אל מותה.

ביהמ"ש: הרשיע את העותר בעבירת גרימת מוות ברשלנות תוך שהוא קובע כי יש קשר סיבתי בין התנהגות העותר לבין התאבדות המנוחה. "מעשיו של העותר הוליכו אל מעשה ההתאבדות, ואדם מן היישוב היה חייב לצפות כי כך עלול לקרות".

האדם מן היישוב הוא האדם הסביר.

פרופ' קרמניצר[[9]](#footnote-9):

הביטוי "בנסיבות העניין" בסעיף הרשלנות אומר שלא צריך להסתכל על אדם נורמטיבי מופשט, אלא על אדם עם תכונות דומות לנאשם.

לגישתו – אין לבחון את כלל האוכלוסייה אלא אוכלוסייה הדומה במאפיינה לנאשם [בדומה לגישה הגרמנית].

הביקורת על גישתו:

* עלול להוריד את הסטנדרט (יש אוכלוסיות שמקובל להרביץ לאישה; רצח על כבוד המשפחה)
* מדובר בכר גדול ליצירת סטריאוטיפים (בן קהילה כזו או אחרת לא היה יכול לצפות, מתוקף כך שהוא בן אותה הקהילה)

דני בן שמואל ליכטנשטיין נ' מדינת ישראל **(ע"פ 84/85):**

ליכטנשטיין הסיע טרמפיסית, נסע מהר ותוך כדי נגרם פנצ'ר - האישה נהרגה.

ביהמ"ש: הורשע בגרימת מוות ברשלנות. "רשלנותו של המערער באה לידי ביטוי במהירות הגבוהה החורגת מן המותר בה נהג, שממנה עלה כי לא השית לבו לסכנות המוגברות הנובעות מנהיגה כזו, שלא תאפשר לו שליטה ברכב במקרים של אירועים צפויים בנהיגה"

### הדרישה לציון מפורש כי מדובר בעבירת רשלנות

ס' 19 לחוק העונשין קובע שכדי שעבירת רשלנות תהיה כזו, צריך שיהיה כתוב בה במפורש (למשל, גרימת

מוות ברשלנות).

עם זאת, הסעיף קובע שהוא רלוונטי רק לעבירות שחוקקו אחריו. לכן, יש עבירות בדיני העונשין (לרבות בחוק

העונשין) שאין בהן שימוש מפורש במילה רשלנות והן עדיין עבירות רשלנות.

### האבחנה בין קלות דעת לרשלנות

הדומה בין השניים הוא ש**שתיהן נוגעות בנטילת סיכון בלתי סביר**.

השונה ביניהם הוא שקל הדעת - מודע לסיכון ואילו הרשלן - לא מודע אליו, למרות שהיה יכול והיה צריך להיות מודע אליו.

בפרקטיקה – הבחנה לא תמיד קלה. אין אפשרות ודאית לדעת האם האדם היה מודע בעת ביצוע המעשה לסיכון.

למשל:

משחק בנשק ופליטת כדור – האם גרימת מוות ברשלנות או הריגה? (כיום – "המתה בקלות דעת").

תלוי בנסיבות: האם כיוון? האם הייתה דריכה מוקדמת? האם הייתה מחסנית מקום שאסור היה להיות

מחסנית? [הוכחת מודעות].

# אפשרות ג' ליסוד הנפשי - אחריות קפידה

סעיף 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 22:

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

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

(ג) לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות."

עבירות בהן ניתן להרשיע בהתקיים היסוד העובדתי בלבד, ללא צורך ביסוד הנפשי (למשל: נהיגה בשעות החושך ללא הפעלת פנסי הרכב, גרימת רעש, ריח או זיהום אוויר בלתי סבירים).

בעבירות אלו קיימת אחריות מוגברת, גבוהה יותר מסטנדרט הרשלנות. הנטל עובר לנאשם להוכיח

שלא ידע, לא התרשל ועשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה.

כיצד יכול להוכיח אדם כי עשה כל שניתן?

**סבירות**: האם הפעולה שנדרשת מהאדם למניעת העבירה היא סבירה או לא?

במקרה של גדיסי, לא סביר לדרוש ממנו לעצור בדרכו כל 2 דקות ולבדוק שהאורות עובדים.

בפועל, כמעט אף אחד לא מצליח להוכיח שעשה הכול כדי למנוע את העבירה.

"עבירות אחריות קפידה הן בדרך-כלל עבירות התנהגות, אשר ככל העבירות הן כוללות הן יסוד

עובדתי והן יסוד נפשי, אלא שבמובחן מהעבירות הרגילות, בעבירות של אחריות קפידה אין התביעה

חייבת בהוכחת היסוד הנפשי; בהתקיים היסוד העובדתי קמה חזקת המחוקק כי נתקיים גם היסוד

הנפשי (26/97)

הרציונל

עבירות האחריות הקפידה קיימות ככלל בתחומים מסוימים של חיי החברה אשר מצריכים הסדרה

ע"מ להבטיח את תקנת הציבור בהם. (כמו: איכות סביבה, תעבורה, עבודה, מזון) הן מיועדות

לתמרץ לנקיטת רמת זהירות גבוהה כדי להבטיח את שלום הציבור בתחום הרלוונטי.

כדי להבטיח אכיפה פשוטה ויעילה של אותם כללי התנהגות וכדי להעמיק את האכיפה באותם

תחומים, נקבעו עבירות שדרכי הוכחתן פשוטות, ומטעם זה פטר המחוקק את התביעה מהוכחת

היסוד הנפשי של העבירה.

### מאחריות מוחלטת לאחריות קפידה

עד תיקון 39 היו עבירות של אחריות מוחלטת – ברגע שהוכח שבוצע היסוד העובדתי, קיים אשם.

בעבירות בהן לא נאמר דבר על היסוד הנפשי, בית המשפט היה מפרשן כבעלות אחריות מוחלטת,

תוך הסתכלות על ענישה אפקטיבית (בד"כ היו אלה עבירות בלי עונש מאסר בצדן).

פסיקה מהדור הישן של אחריות מוחלטת

אהרן גדיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה **(ד"נ 11/65):**

גדיסי הוא בעלים של טרקטור. לטרקטור הייתה בעיה באור האחורי, ולכן הזמין טכנאי שיתקן אותו אולם לאחר התיקון, פגעה אבן באור האחורי והתקלה חזרה וגדיסי לא ידע על כך. עצר את גדיסי שוטר ורשם לו דו"ח, והסוגיה הגיעה עד לבית המשפט העליון. גדיסי טוען שטיפל בתקלה ולכן שלא ראוי להרשיע אותו, הוא מיקד את טענותיו בהיעדר אחריות פלילית מהתערבות גורם זר ובלתי צפוי. אולם, מדובר באחריות מוחלטת ולכן שום טענה מלבד טענה להיעדר אחריות לא הייתה מועילה.

ביהמ"ש: הכריע שלא היה סייג לאחריות פלילית וחייב אותו.

כחלק מתיקון 39, חוקק סעיף 22 שמשנה את העבירה - מהסדר של אחריות מוחלטת להסדר של אחריות קפידה.

פסיקה מודרנית

רפאל אוחנה נ' מדינת ישראל **(ע"פ [מחוזי ירושלים] 7629/03):**

אוחנה נסע ברכב שחל עליו איסור נסיעה (הודעת אי שימוש), אולם לא ידע על כך משום שההודעה נשלחה לאחר. אוחנה טען כי נדרשת הוכחתה של מודעות לנסיבה הרלוונטית להתהוות העבירה, לכך כי נמסרה על הרכב הודעת אי שימוש.

ביהמ"ש: "היום, שלא כמו בעת משטר ה”אחריות המוחלטת” ניתן לסתור את חזקת היסוד הנפשי, ולהראות כי הנדון עשה את כל שניתן כדי למנוע את העבירה. כדי לעמוד בדרישה זו נדרש בירור קצר עם בעל הרכב. אין זו הטלת דרישה שאין הציבור יכול לעמוד בה. לכן העבירה היא עבירה של אחריות קפידה".

### תחולתן של עבירות אחריות קפידה

כל הגישות מסכימות שעבירה שחוקקה אחרי תיקון 39 צריך שיהיה כתוב בה במפורש שהיא עבירת אחריות קפידה.

קיים ויכוח פרשני בנוגע לעבירות שחוקקו טרם תיקון 39 (שהן הרוב) - האם הן עבירות של אחריות מוחלטת או קפידה?

* **השופטת נאור** (העמדה הרווחת): תיקון 39 נועד לבטל את הרעיון של אחריות מוחלטת. לכן מאז יש להתייחס לכל עבירות אלו כעבירות אחריות קפידה.
* **השופט ברק**: המחוקק בחר שלא לשנות את המצב המשפטי בנוגע לעבירות שחוקקו לפני תיקון 39 (פס"ד אורן בנגב)
* תזכורת: **עקרון הסימולטניות (מזיגה)**:

לא די בכך שהתביעה מוכיחה יסוד נפשי ויסוד עובדתי, אלא עליה להוכיח שהיסוד הנפשי התגבש באותו זמן של המעשה הפלילי.

# הרפורמה בעבירות המתה

נכנסה ב-2019.

מטרת הרפורמה היא לסווג מחדש את עבירות ההמתה וקביעת מדרגי ביניים, שיאפשרו לבטא בצורה טובה יותר את האשמה של מי שהביא למותו של אחר. בעבר היו רק רצח (כוונה) והריגה (פזיזות).

מטרת הרפורמה להרחיב את מדרג עבירות המתה:

**1. רצח בנסיבות מחמירות** (ביהמ"ש חייב לפסוק מאסר עולם)

* מעשי טרור
* רצח חסר ישע
* רצח קטין ע"י האחראי עליו
* רצח אישה ע"י בן זוגה מתעלל

**2. רצח** (עונש מירבי של מאסר עולם)

* דקירה למוות במהלך קטטה
* תאונת דרכים קטלנית תחת השפעת סמים
* זריקת אבנים קטלנית

**3. המתה בנסיבות של אחריות מופחתת** (עד 20 שנות מאסר)

* נאשם שסבל מהתעללות חמורה ע"י הקורבן
* אדם שביצע "המתת חסד" בקרוב שסבל ממחלה קשה
* חריג: אישה שהרגה בן זוג מתעלל - עד 15 שנות מאסר

**4. המתה בקלות דעת** (עד 12 שנות מאסר)

* גרימת מוות לא צפוי במהלך קטטה
* מוות של ילד שנבע מהשגחה רשלנית של ההורה (כמו שכחת ילד)

ניתן להרשיע בעברות רצח גם ללא כוונה - אלא רק ע"י אדישות.

עבירות ההמתה הנוספות, דהיינו, המתת תינוק, גרם מוות ברשלנות, וגרם מוות בנהיגה רשלנית – נותרו ללא שינוי.

צורות נגזרות של אחריות פלילית

עד כה דנו בעבירה המושלמת, אולם, דיני העונשין מייחסים אחריות פלילית גם לאנשים שלא השלימו את העבירה. מדובר בצורות של אחריות פלילית שאין להן קיום עצמאי והן נגזרות מהעבירה המושלמת.

תחום העבירות הנגזרות מתחלק לשני סוגים:

* סוג שעוסק ב**נורמות הקשורות לדוקטרינת הניסיון**: דוקטרינת הניסיון היא דוקטרינה המטילה אחריות פלילית נגזרת שנלווית לעבירה המושלמת על אדם שניסה לבצע את העבירה המושלמת ונכשל.
* סוג שעוסק ב**נורמות הקשורות לצדדים לעבירה**: מדובר באנשים שאינם המבצעים הישירים של העבירה, ובכל זאת מעורבים בעבירה. (למשל, המסייע, המשדל, המבצע באמצעות אחר).

# עבירות הכנה והניסיון הפלילי

עבירות שאינן מושלמות משמעותן שלא התקיים בהן לפחות אחד מרכיבי היסוד העובדתי:

* **לא התקיימה נסיבה**: למשל, אדם חושב שהוא סוחר בקוקאין אך בעצם מדובר באבקת סוכר. ניתן להרשיעו בכל זאת על סחר, גם אם נסיבת "הסם המסוכן" אינה מתקיימת.
* **הרכיב ההתנהגותי לא התקיים במלואו**: למשל, נאשם שמנסה לאנוס את הקורבן אך המעשה שלו מסוכל.
* **לא התקיימה תוצאה** (רלוונטי רק בעבירות תוצאה): למשל, במקרה של ירי לעבר הקורבן והחטאה, מתקיימים כל הרכיבים למעט התוצאה (סוג המקרים הברור ביותר).

ס' 25:

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

הכנה לעבירה | **ניסיון** | עבירה מושלמת.

ההגדרה בסעיף היא עמומה. הניסיון מוגדר על דרך השלילה - מה שהוא לא הכנה ולא העבירה המושלמת;

התנהגות שיצאה מגדר ההכנה וטרם הגיעה לכדי מימוש העבירה המושלמת.

השוני בין ניסיון לעבירה המושלמת הוא עניין של מזל (או ביש מזל).

דוגמאות:

1. אדם רוצה לירות בפלוני ויורה - עבירה מושלמת.

אדם רוצה לירות בפלוני, מפספס ופוגע בקיר - ניסיון.

אדם רוצה להרוג את פלוני, מברר איפה הוא נמצא ונתפס ע"י המשטרה לפני שהוא מספיק לעשות זאת - הכנה בלבד.

1. אדם שמנסה לרצוח אדם מסוים ורוצח בטעות אדם אחר - עבירת מושלמת (ולא ניסיון לרצח). כל הרכיבים התקיימו

אדם שמתכנן לרצוח אדם אחר אבל מחטיא - ניסיון. רכיב ההתנהגות התקיים, רכיב הנסיבה התקיים ורכיב התוצאה לא התקיים.

אדם שמתכנן לרצוח אדם אחר ונעצר לפני שהספיק לבצע את המעשה (לדוגמה: רק בירר את מיקומו כדי להכין לו מארב) - הכנה.

ההגנה תנסה לטעון שהעבירה כמה שיותר קרובה לגדר "הכנה" (לרוב לא עניש; למעט חריגים), בעוד

שהתביעה תטען לכיוון של "עבירה מושלמת" (יסוד עובדתי+נפשי).

הכנה לעבירה אינה ענישה, זאת מאחר והטלת אחריות על הכנה תוביל להענשה על מעשים שההסתברות שהם יפגעו בערך המוגן היא קטנה. מבחינת המטען האנטי-חברתי, למעשי ההכנה אין מספיק ביטוי. הם לא מסכנים מספיק את הערך החברתי המוגן במידה שמצריכה התערבות פלילית. כל עוד האדם נמצא רחוק משלב הביצוע, ניתן לו להמשיך לחשוב, להתלבט ולשחרר כעסים - אולי ינטוש את הרעיון.

לעומת זאת, חציית הפער בין מעשי ההכנה לבין שלב הביצוע שהוא מבטא החלטה הרבה יותר מגובשת לפגוע בערך החברתי המוגן. הניסיון מגלם קפיצה "איכותית" לקראת ביצוע העבירה המושלמת - ולכן הוא כן פלילי (להוציא כמה ס' עבירה חריגים שכן מפלילים הכנה, למשל ס' 497- הכנת עבירה בחומרים מסוכנים).

### הצדקות להפיכת הניסיון לעבירה

* **שיקולים** תוצאתניים: הרתעת היחיד חזקה מאוד - את מי שכבר ביצע לא ניתן להרתיע מלבצע את אותה העבירה, אולם את מי שעוד נמצא בשלב הניסיון ניתן להרתיע. אדם כזה "מוכיח בכך בעליל שהוא מסוכן לציבור ולפיכך טעון טיפול עונשי מחנך ומרתיע. בהעדר טיפול כזה, ממשיך להתקיים במנסה 'פוטנציאל עברייני', כאשר תכליתו של טיפול עונשי לנטרל פוטנציאל זה".[[10]](#footnote-10)
* **שיקולים** גמולניים: אין הבדל בין עבירה מושלמת לבין ניסיון. המנסה עצמו הוא אדם "רע" באותה מידה כמו המבצע המושלם, לכן התערבות חיצונית שמנעה את קיום התוצאה הרצויה לא צריכה להיות רלוונטית לשיפוט המוסרי והטלת האחריות הפלילית על הנאשם.

### גודל העונש בעבירת הניסיון

עד שנת 1995, בתיקון 39, העונש על עבירת ניסיון היה מחצית מעונש העבירה המושלמת. הגישה בעבר

הסתמכה על השקפות מוסריות של גמול אובייקטיבי. השקפות אלו האמינו שיש בעולם איזון קוסמי

בין טוב לרע, והאיזון הזה מופר רק כאשר נגרמת תוצאה שלילית "במציאות". לפיכך, מנקודת מבט

זו, לא צריך להעניש על ניסיון - כי המאזן לא השתנה. אך התיקון השווה את העונש לזה של העבירה

המושלמת "מלבד אם נאמר בחיקוק... אחרת".

* עונשי חובה ועונשי מינימום אינם רלוונטיים למקרה של ניסיון.

לדוגמה, עונש חובה לרצח במדינת ישראל הוא מאסר עולם. אדם שהורשע בניסיון לרצח - עונש

אחר.

### פטור עקב חרטה

יחד עם זאת, תיקון 39 הוסיף פטור עקב חרטה:

ס' 28:

"מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לנסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה".

* נטל ההוכחה מוטל על הנאשם ("אם הוכיח") שכן מדובר בדברים שבלב, ודברים שבלב קשה לזולת להוכיחם.
* ההוכחה תתבסס בעיקר על עדותו ובתוספת ראיות חיצוניות אם ישנן.
* עליו לעמוד ברמת מאזן הסתברויות.

השיקולים העומדים ביסודו של מתן הפטור:

* **הרתעת היחיד**: שיקול תוצאתני לעודד את המבצע להפסיק את הביצוע מאחר וקיים סיכוי שיקבל פטור עקב חרטה.
* **שיקול גמולני**: קיימת עדות בנפשו של המבצע לטוב. ניתן לשער שהמבצע לא יחזור לסורו מאחר ומרגיש רע עם מה שעשה.

#### האם החרטה צריכה לבוא ממניע ערכי-מוסרי?

הלכת נחושתן **(7399/95)**:

נקבע כי די בכך שיש סיבה פנימית של המבצע שגורמת לו להפסיק את השלמת העבירה ע"מ לתת פטור עקב חרטה. אין צורך שתהיה סיבה מוסרית.

לאחר מכן שונתה הגישה:

* מצראווה נ' מדינת ישראל **(ע"פ 401/99**):

הנאשם לקח טרמפ אישה, אתלטית מקצועית, ובשלב מסוים פנה לדרך צדדית וניסה לאנוס אותה.

התפתח מאבק ביניהם שבסופו עזב הנאשם את המקום והאישה ברחה. הוא טען שהוא חשבה

לזונה, ולכן שזו "טעות במצב הדברים". ביהמ"ש קמא דחה את טענותיו שכן הוא לא ביצע פעולות

אשר הוכיחו זאת (כמו לשאול לגבי תשלום. הנאשם ערער לזיכוי מאשמת האונס עקב החזרה

הרצונית שלו מהמגע הפיזי. ומכאן הערעור שלפנינו.

השופט אילן: סעיף 28 לא מאפשר לטעון טענה חלופית "לא התכוונתי ואם התכוונתי התחרטתי".

החרטה צריכה לבוא מתוך שכנוע פנימי, ולא בגלל איזה קושי חיצוני (“מחפץ נפשו בלבד ומתוך

חרטה”). במקרה דנן,

חרטת הנאשם נבעה מנסיבות חיצוניות שכן האישה הפליאה בו את מכותיה. "הסעיף דן ב"בעל

תשובה" ולא במי ששוקל שיקולי כדאיות".

הערעור נדחה.

דיון:

* **הביקורת על פס"ד**: רוב העבריינים לא מתחרטים ממניעים אמיתיים אלא מבינים שזה שווה להם. יש לפרש את פטור החרטה בצורה רחבה, לכל מקרה בו החרטה רצונית, ע"מ לעודד כמה שיותר חרטה מביצוע עבירות והקטנת העבריינות.
* בעקבות הביקורת חזרה **הלכת נחושתן**.

אם כן, הנאשם צריך להוכיח שהוא עמד בשני תנאים מצטברים:

1. רצון פנימי אמיתי: גרסה עובדתית ברורה בדבר כוונה שהייתה לו ובדבר חרטתו וחזרתו בו מן הכוונה האמורה, שלא מנסיבות חיצוניות.
2. תרומה של ממש למניעת התוצאה: הנאשם אכן חדל מביצוע המעשה. הוא צריך לתרום תרומה של ממש במניעת התוצאה. הפסיקה לא הכריעה מה היא "תרומה של ממש", אך בספרות קיימות שתי עמדות:

* תרומה אפקטיבית: על הנאשם למנוע את השלמת העבירה באמצעות פעולה ממשית.
* אפילו פעולה קטנה: ניתן להסתפק בנקיטת צעדים שמבחינת מהותם מסוגלים בד"כ למנוע את התוצאות בהן מותנית השלמת העבירה (למשל, להתקשר למשטרה). גישה יותר נפוצה.

ההבדלים בין עבירת הניסיון לעבירה מושלמת:

* פטור עקב חרטה.
* עונשי חובה ועונשי מינימום אינם רלוונטיים למקרה של ניסיון. אם קיים עונש חובה בעבירה, על הנאשם בניסיון לאותה עבירה יגזר עונש שונה.
* אין עבירה נגזרת לניסיון לביצוע עבירה מסוג "חטא". למשל, ניסיון לעבור עבירות תנועה מסוימות

מדוע? ניסיון היא נורמה משפטית שמרחיבה את מעגל ההפללה, ולכן יש לנהוג בה בזהירות.

ישנן עבירות חריגות, הנחשבות ניסיון למרות שהן נראת כהכנה בלבד.

* **עבירות ספציפיות של הכנה**: מעשים שגם בהכנתם יש פוטנציאל גדול לקרות הפגיעה בערך המוגן, ומכאן שניתן להפליל את מעשה ההכנה (למשל, הכנת בקבוק תבעירה או פצצה).
* יש עבירות שלא מנוסחות כעבירות הכנה, אולם מטרתן להפליל פעולה שלא פוגעת בערך מוגן בפני עצמה אלא היא למעשה פעולת הכנה (למשל, החזקת אגרופן או סכין שלא כדין) [מעין עבירות החזקה]

הקושי בהבחנה בין ניסיון והכנה

קו הגבול בין מעשי הכנה בלבד לבין מעשים הנופלים במתחם הניסיון הינו עמום מאוד.

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, אלא יש סדרה של מבחני עזר שנראה בהמשך.

לדוגמה: אדם רוצה להרוג אדם אחר, ולטובת כך הוא מכין רעל ומאפסן אותו במקרר.

האם מדובר בהכנה או ניסיון?

אם התכנית הייתה להוציא את הרעל מהמקרר ולמזוג אותו לכוס של הקורבן - הכנה.

אם התכנית הייתה שהקורבן יפתח את המקרר ובטעות ישתה את הרעל - ניסיון מושלם.

הרחבה[[11]](#footnote-11)

### מבחני עזר לאבחנה בין הכנה לניסיון:

1. מבחן הקרבה להשלמה(הקרבה המסוכנת; proximity rule): בחינה כמה ההתנהגות בפועל הייתה קרובה לעבירה המושלמת, הן מבחינה איכותית והן מבחינה כמותית (כמה פעולות היו חסרות ע"מ להגיע מההתנהגות לעבירה המושלמת). נשאלות שאלות על ממדי זמן ומקום (כמה זמן נותר להשלמת העבירה, ועד כמה הוא קרוב לביצועה, לא בהכרח רק מבחינה פיזית).

* ככל שיש כמות גדולה יותר של שלבים חסרים - או שהשלבים החסרים איכותיים במיוחד - מדובר בהכנה בלבד.
* ככל שיש פחות שלבים או שהם אינם איכותיים באופיים, המבחן ייטה להכריע כי מדובר בניסיון.

סרור נ' מ"י **(ע"פ 180/83)**:

המתלונן חיזר אחרי חברתו של סרור. האחרון החליט "לגמור אותו, שאוכל לחיות בשקט" ולשם כך גנב 2 רימונים מהצבא, הלך לבית המתלונן, שם החליטו ליישב את ההדורים בדו קרב. בעודם יורדים במדרגות, שלף הנאשם את הרימון מהמעיל, שלף את הנצרה והחזיק אותו ביד. המתלונן, שלא ידע מהרימון, הפתיע את הנאשם, הסתובב לעברו ונתן לו אגרוף. הרימון התפוצץ ופצע 4 אנשים וביניהם המתלונן, וסרור הורשע בעבירת ניסיון לרצח ומכאן הערעור.

סרור טען כי מעשיו היוו מעשה הכנה בלבד שכן התכוון לזרוק את הרימון בחוץ ולא לסכן את האנשים בבניין ואין לראותם כניסיון פלילי.

השופטת בן פורת: "גם שלבים ראשונים של הביצוע יכולים להיות בגדר נסיון, ובלבד שהם קרובים קירבה מספקת השלמת המעשה הפלילי. קירבה מספקת כזאת נתקיימה גם נתקיימה בענייננו"

הערעור נדחה, הן על ההרשעה והן על חומרת העונש.

1. מבחן הסרט האילם/מבחן החד משמעות (The Unequivocality Theory): האם פעולות הנאשם כשלעצמן מבהירות באופן חד משמעי את התוכנית העבריינית של הנאשם? דגש על החזות (נראות הדברים; כמו צפיה ב"סרט אילם"). נקודת ההתחלה של המבחן היא שלב ההכנה – מתי ניכר ממעשיו של האדם שהוא כבר לא בשלב ההכנה וברור שהוא עבר לשלב הניסיון. הרעיון הוא לבודד את היסוד הנפשי של הנאשם ולקדם יסוד אובייקטיבי חזק.[[12]](#footnote-12)

ביקורת על מבחן זה: שימת דגש-יתר על הביטויים החיצוניים של ההתנהגות. כולל גם הפללת יתר וגם הפללת חסר.

הפללת חסר: עבריינים מתוחכמים יוכלו להנדס את פעילותם כך שתראה דו משמעית. הפללת יתר: התנהגות חד משמעית לכאורה עשויה להיות בפועל לא חד משמעית.

1. מבחן הצעד האפקטיבי/מבחן תחילת הביצוע: מתי בשרשרת האירועים קרה אותו מעשה, שברגע שהוא נעשה, הדבר מעיד על כך שבכוונת העושה להמשיך עם ביצוע המעשים עד להשלמת העבירה?  
   בוחנים את אותו מעשה אשר מהווה תחילת שרשרת מעשים; אם לא הייתה מופסקת – הייתה מביאה להשלמת המעשה.

כדאי להשתמש בכל המבחנים (כך גם עושים בפסיקה). בד"כ שימוש בכל המבחנים יחד מגיע לאותה התוצאה.

דוגמאות ליישום המבחנים:

פאיז סריס נ' מדינת ישראל **(ע"פ 5150/93)**:

הנאשם תפס את המתלוננת ומשכה אל עבר הסלעים בדרך עפר שוממה במטרה לאנוס אותה, אולם נאלץ לעוזבה ולברוח משהתקרבה מכונית למקום. הנאשם טען כי לא נתקיימו יסודות עבירת נסיון אונס, שכן התנהגותו לא הגיע לכדי “מעשה הגלוי לעין” לצורך מימוש העבירה המושלמת. ולפרטים, המערער לא הפשיט ואף לא נגע באבריה האינטימיים של המתלוננת. בגלל שהייתה עם הבגדים - לפי מבחן הקרבה ישנו מרחק ומדובר לכל היותר בהכנה לביצוע אונס.

השופט ברק: הרשעת סריס בניסיון אונס נותרה על כנה שכן הוכחו היסודות הנפשי והעובדתי, וכן הוכח שאילולא הופרע, היה משלים את העבירה. מעשים אלה הם חוליות ברורות בשרשרת ההתנהגותית, אשר לולא הופרעה, הייתה מסתיימת בבעילתה של המערערת ללא הסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח.

היסוד העובדתי הדרוש לעבירת הניסיון הוא **פעולות שמעבר לשלב ההכנה לביצוע עבירה**, פעולות המהוות חלק מסדרת מעשים, שאילו לא הופרעו, היו נכנסות לגדר העבירה המוגמרת מבחינת היסוד העובדתי של העבירה

לפי מבחן תחילת הביצוע, קובע כי אילולא הקורבן ונהג הרכב היו "מפריעים" לסריס - הרי שננקט הצעד המשמעותי שהיה מוביל לביצוע העבירה. מרשיע.

פס"ד אלדד:

בגיר מנהל שיחות בצ'אט עם "מורנוש". חשב שהיא נערה בת 13. קובע איתה בדירה כדי לקיים יחסי מין לפי שיחותיהם. בפועל – מגיע ורואה תחקירנית ושוטר. טען כי היה מרחק אדיר בין פעולתו לעבירה המוגמרת. (מבחן הקרבה).

ביהמ"ש: אלדד ביצע את הצעד האפקטיבי - כניסה לדירה לבד, במחשבה שנמצאת בה הקטינה, על רקע השיחות המיניות שביצעו.

נחום מנבר נ' מדינת ישראל **(ע"פ 6411/98‏)**:

איש עסקים שקיים קשרים עם אנשי עסקים איראניים, ומנסה למכור להם את סודות הגרעין של ישראל. מואשם בניסיון לסיוע לאויב. טען כי היה זה הכנה, לא ניסיון.

ביהמ"ש: ע"פ מבחן הצעד האפקטיבי היו כאן מגעים לעבירה. לפי מבחן הסרט האילם - מעשיו היו בגדר סדרת פעולות מתמשכת שאילולא נקטעה הייתה העבירה מושלמת.

מדינת ישראל נ' אמיר סנקר **(ע"פ 11068/08)**:

ניסיון חיסול של ניסים אלפרון במסעדה. הנאשמים ביצעו סביבו פטרול עם כלי נשק מסביב למסעדה. המשטרה עקבה אחריו וכך הוא ניצל.

ביהמ"ש: במחוזי - עדיין שלב ההכנה. בעליון - הפך את הפס"ד בטענה שהגיע שלב הניסיון על פי מבחן הסרט האילם. העליון מרשיע.

### טיב הניסיון

* ניסיון צליח: ניסיון שבאופן תיאורטי היה יכול להצליח (בהיעדר ההפרעה שגרמה לניסיון לא להצליח).

למשל: סרור, מצראווה. סיבות חיצוניות גרמו לכך שהוא לא הצליח לבצע את זממו.

מתחלק ל-3 אפשרויות:

1. ניסיון שלא הצליח (אדם ירה והחטיא). המבצע עשה כל מה שיכול היה לעשות כדי להצליח אבל נכשל.
2. ניסיון שסוכל ע"י גורם חיצוני שמנע/הפריע/הפסיק את ביצוע העבירה.
3. חרטה של המבצע.

* ניסיון לא צליח: ניסיון שמלכתחילה הביצוע נועד לכישלון. אובייקטיבית לא בוצעה כל עבירה והאינטרס המוגן לא נפגע, אך הנאשם האמין בטעות, שהוא אכן עובר עבירה ומתכוון לעבור אותה.

למשל: הגשת משקה ממותק בסוברו שזה רעל; אדם סבור שברשותו סם מסוכן כשלמעשה מחזיק קמח; האם ניתן להרשיע אדם בביגמיה, כאשר הוא מקיים טקס נישואין עם אישה תוך אמונה שאשתו הראשונה עדיין בחיים, ומסתבר, כי אשתו נפטרה לפני כן?

ס' 26:

"לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו"

החוק קובע כי ניתן להעניש גם על ניסיון לא צליח (למרות שדה פקטו עונשים על עבירות כאלו פחות חמורים)

אמנם אין עונשים אדם על כוונה פלילית גרידא ("אין עונשין על דברים שבלב"), אך עונשים אותו אם נצטרף לכוונתו מעשה, אף אם לא עלה בידו לממש את כוונתו.

"אין להמתין עד לביצוע העבירה המוגמרת, שעה שכוונותיו של המבצע כבר ברורות, וניתן לעצור אותו מלממשן עוד לפני שהרע יתרחש והנזק יהפוך לעובדה" (ע"פ 9849/05)

**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.

מדוע? מבחינת אשם מוסרי, מדובר באדם שרצה להפר את החוק ורק עניין טכני מנע ממנו.

דוגמאות למסגרות מתאימות לניסיון הבלתי צליח:

1. העדר קיומה של נסיבה שמהווה תנאי הכרחי לביצוע העבירה

נסיבות שהן חלק ממרכיבי העבירה, לגביהן העבריין חושב שהן מתקיימות כאשר בפועל הן לא.

ראובן בן חיים גרציאנו נ' מדינת ישראל **(ע"פ 675/85)**:

לגרציאנו נשלח בדואר אלבום תמונות ובו הוסתר סם מסוג קוקאין. המשטרה גילתה זאת, אך טמנה לו פח: היא החליפה את הסם בחומר שנראה זהה, טמנה כמות קטנה של הסם, מרחה את האלבום בחומר זוהר והחזירה אותו לדואר. למחרת באו גרציאנו ועוד אדם, קיבלו את האלבום ונסעו. השטרים עקבו אחריהם וגילו שהם נכנסו לדירה, פרצו אליה ומצאו כלים המשמשים לסמים, ואת גרציאנו מחזיק שקית קטנה (שאותה ניסה לבלוע) וידיו מוכתמות בחומר הזוהר.

להגנתו טען שכלל לא ידע שמדובר בסמים: הוא נסע לדואר לאחר שחברו ביקש זאת, לא ידע על תכולת החבילה, כאשר ראה את השקיות שאל את חברו מה זה אך זה ענה לו שעוד מעט יגיד. הוא החל לחשוב שמדובר בסם והחל לדפדף באלבום ואז בדיוק פרצו השוטרים לבית.

ביהמ"ש קמא קבע כי לא ניתן להרשיעו ביבוא הסם אך הרשיעו בעבירת החזקתו. ומכאן הערעור שלפנינו.

המערער טען כי לא ניתן להרשיעו בהחזקת כל הסם, אלא לכל היותר בכמות המזערית שהכניסה המשטרה, ולכן יש צורך להפחית בעונש. גם להרשיעו בניסיון להחזיק סם אינו נכון כי הסם האמור הוחזק בידי המשטרה.

השופט בך: אכן יש להרשיעו רק על קמצוץ הקוקאין.

"נראה לי כי עבירת הניסיון נעברת, כאשר ע"פ הידוע לנאשם הוא נקט אמצעים, אשר הם מסוג האמצעים אשר באופן אובייקטיבי יכולים להביא להשלמת העבירה. כך, לדוגמה, אם אדם מתכוון להרוג אדם אחר ומנסה לעשות זאת על-ידי אמירת מלת קסם, בהאמינו כי בכך ישיג את מטרתו, הרי סבורני, כי לא יתן להרשיעו ב"ניסיון לרצח".

מאידך גיסא, אם מנסה הוא לירות על קרבנו המיועד באקדח, שזהו אובייקטיבית אמצעי מתאים לגרימת מותו של אחר, ואין הוא יודע, כי חסר נוקר באקדח ושהאקדח אינו מסוגל איפוא לירות כדור, הרי יהיה הוא, לדעתי, אשם בניסיון לעבור את העבירה."

כך גם במקרה דנן - בהאמין המערער כי זהו הסם המיובא, נקט "אמצעים מתאימים" כדי להחזיק בסם ולכן היה במעשהו משום "ניסיון" לעבור את העבירה.

השופט גולדברג: התנהגות בת-ענישה אינה יכולה להיבחן לפי מצב דברים אובייקטיבי, שכן מובן הוא שלא היה ביכולתו של המנסה לעבור את העבירה, אלא ההתנהגות נבחנת לפי מסכת עובדתית שבקיומה האמין המנסה, ושאילו הייתה נכונה הייתה מאפשרת את השלמתה של העבירה

פלוני נ' מדינת ישראל **(ע"פ 295/10**):

המתלוננת, גרושתו של המערער, הובהלה לביה"ח, עקב הרעלה חמורה שנגרמה לה כתוצאה מטעימת סוכריית שוקולד מצופה ברעל עכברים. את הסוכרייה קיבלה המתלוננת מאת בנה הקטין, אשר שב לביתו לאחר ששהה בבית אביו, המערער, כשבידו שלוש סוכריות מורעלות. ביהמ"ש קמא קבע כי המערער הוא ששלח את הסוכריות המורעלות לשלוש בנותיו במטרה לגרום למותן (על רקע כבוד המשפחה וסירובו להשלים עם העובדה שבנותיו לא יגדלו בחזקתו). בשל כך, הורשע המערער בעבירות של ניסיון לרצח; שימוש ברעל מסוכן; ואיומים, והושת עליו עונש של 15 שנות מאסר בפועל.

המערער טען כי לא הוכח שדי בכמות הרעל בה השתמש בסוכריות כדי לגרום למות הבנות ולכן לא הוכח שימוש באמצעי מותאם לביצוע העבירה.

ביהמ"ש: עבירת הניסיון משתכללת גם אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית בשל מצב דברים שהמנסה לא היה מודע להן או טעה לגביהן.

1. היעדרה של נסיבה (שאינה רלוונטית בהכרח) להשלמת העבירה:

גנב פורץ לכספת, לאחר שכל הכסף הועבר ממנה.

אבי מגיע לבית של שמעון כדי להרביץ לו אך שמעון עזב את הבית.

1. שימוש באמצעי בלתי הולם:

חוסר הצליחות נוגע לאמצעי, אך אין בכך כדי לנקות מאשמתו של הנאשם כשברור שכוונתו הייתה

להמית את הקורבן.

למשל:

ניסיון לבצע רצח באמצעות רובה מקולקל או רובה שהוחלפו בו הכדורים לכדורי סרק.

**ע"פ 1368/96** איתן קהלני נ' מדינת ישראל - ניסיון לרצוח מישהו עם כמות רעל קטנה מאוד.

ניסיון להמית אדם באמצעות רובה מים

ניסיון להרעיל אדם באמצעות סוכר.

1. שימוש באמצעים אבסורדיים:

לדוגמה:  
שימוש במילות קסם/וודו/כישוף מתוך אמונה שהדבר ימית אדם אחר.

הכלל הוא שעל פניו, ניתן לייחס גם כאן ניסיון, אך על מנת "לא להרחיב יתר על המידה את הפליליות של מעשים" – לא מטילים אחריות פלילית במקרים אלה. יש מימד של שיקול דעת.

1. אי צליחות משפטית (נדיר):

לדוגמה: אני מסתיר סחורה במעבר גבול כדי לא לשלם מכס אך בפועל המכס בוטל לפני כמה שנים על סחורה זו.

אין לכך התייחסות מפורשת בחוק העונשין אך בהעדר איסור חוקי - לא ניתן להעניש את העושה.

"עבירה מדומה" איננה עבירה (פרופ' מרים גור אריה)

**היסוד הנפשי** של עבירת הניסיון

נחזור לסעיף 25:

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

היסוד הנפשי הינו "במטרה לבצעה".

יש להוכיח את היסוד הנפשי של העבירה עליה בוצע הניסיון, יחד עם דרישה מוגברת שלו:

1. **מודעות** להתנהגות (גם אם לא הושלמה); מודעות לנסיבות (לפי מצב הדברים שדימה, גם אם לא התקיימו בשלמותן); ובעבירות תוצאה - מודעות לאפשרות קרות התוצאה; וכוונה או פזיזות לגבי קרות התוצאה.
2. בנוסף: כוונה להשלים את העבירה.

בעבירות התנהגות – כוונה להשלמת הפעולה הפלילית.

בעבירות תוצאה – כוונה להשלמת התוצאה.

מדוע יש דרישה מוגברת?

העמדה המקובלת: היות ולא מדובר בעבירה מושלמת, יש צורך לפצות על החוסר ביסוד העובדתי.

פרופ' שחר אלדר[[13]](#footnote-13): מבקר עמדה זו.

בפועל - הגברת היסוד הנפשי נובעת בפועל מכך שבלעדי היסוד הנפשי המוגבר יהיה קשה לזהות את הפליליות של המעשה. [כזכור – קשה להבחין בין הכנה לניסיון]

### שימוש בדוקטרינות היסוד הנפשי

עקב היות העבירה ניסיון, רף התביעה הוא כוונה. לא קל להוכיח, מאחר והוכחת כוונה היא הרף הגבוה ביותר.

האם ניתן להשתמש בדוקטרינה של עצימת עיניים/הלכת הצפיות בניסיון?

כן.

סעיף 34ד:

"מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין {דוקטרינות, מבחנים} החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על ניסיון, שידול, ניסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה".

הדין שחל בקשר לעבירה המוגמרת חל גם בהקשר של העבירות הנגזרות ממנה (ניסיון, שידול, ניסיון לשידול או סיוע).

פרופ' דן ביין: אין להשתמש בהלכת הצפיות בניסיון. הכוונה משמשת כאבן הבוחן המרכזית לזיהוי פליליות המקרה. שימוש בהלכת הצפיות בהקשר זה מסוכן ועשוי להרחיב יותר מדי את מעגל ההפללה.

### עבירות הניסיון העצמאיות

אלו הן אינן אינן עבירות נגזרות, אלא מקרים מיוחדים שבהם המחוקק קבע כי המעשה המופלל הוא פעולה של ניסיון. בניגוד למה שהיה אפשר לחשוב, זו אינה עבירה רגילה, אך במהותה היא עבירת ניסיון ויש להוכיח יסוד נפשי מוגבר.

מאפיינים:

**1. עבירות שבהן רכיב ההתנהגות יהיה "המנסה".**

למשל:

* ס' 329(א)(2) עוסק באחת החלופות של עבירת החבלה בכוונה מחמירה

"מנסה שלא כדין לפגוע באדם בקליע, בסכין, באבן או בנשק מסוכן או פוגעני אחר"

* ס' 330 נסיון לחבול בחומר נפיץ:

"המניח בכל מקום שהוא חומר נפיץ שלא כדין, בכוונה לגרום חבלה לזולתו, דינו – מאסר ארבע-עשרה שנים"

* ס' 305 נסיון לרצח:

"העושה אחת מאלה, דינו - מאסר עשרים שנים:

(1) מנסה שלא כדין לגרום למותו של אדם;

(2) עושה שלא כדין מעשה, או נמנע שלא כדין מעשות מעשה שמחובתו לעשותו, בכוונה לגרום למותו של אדם, והמעשה או המחדל עלולים מטבעם לסכן חיי אדם."

2. **עבירות שניתן לזהות שהן עבירות ניסיון עקב כותרת הסעיף**.

למשל, ס' 403 - "ניסיון שוד".

# צדדים לעבירה

סעיפים 29 עד 34ב לחוק העונשין.

ס' 29:

(א) מבצע עבירה - לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר.

חוק העונשין מאפשר הטלת אחריות על אנשים שונים בפרויקט הפלילי המשותף/בעבירה רבת המשתתפים כשהאתגר הגדול הניצב בפניו הוא להכריע מהו קו הגבול של האחריות הפלילית.

העבירה המשותפת מתבצעת על-ידי כמה עבריינים, כאשר לכל אחד מהם תפקיד שונה ותרומה שונה בביצועה: מבצע (יחיד, בצוותא, באמצעות אחר); מסייע; משדל; רב-עבריינים.

לכל אחת מצורות השותפות לדבר עבירה יסודות עובדתיים ונפשיים משלה.

האבחנה בין מבצעים עיקריים לשותפים עקיפים

ההבחנות בין השותפים השונים עשויות להיות קשות. לאחר תיקון 39 ההבחנות חשובות לעניין מהות אחריותו של השותף ולעניין סמכותו של בית המשפט, שהרי עונשו של המסייע הוא מחצית העונש שנקבע למבצע העיקרי ולמשדל.

* מבצעים עיקריים(שותפים ישירים): **מבצע, מבצע בצוותא ומבצע באמצעות אחר**. אלו אנשים שהאחריות שלהם לעבירה שוות מידה. כולם מהווים מבצעים עיקריים (לדוגמה – מספר אנשים ששודדים בנק יחד, וכל אחד מבצע תפקיד אחר בשוד)
* שותפים עקיפים: אנשים שלא מבצעים את העבירה בעצמם אלא נוטלים בה חלק עקיף:
  + **משדל** – מי שנוטע במוחו של העבריין לבצע את העבירה.
  + **המסייע** – אדם שמאפשר את ביצוע העבירה או מקל עליו.

אחריותם של השותפים העקיפים הנה אחריות פלילית נגזרת. נגזרת ממה?

* הגישה המקובלת בישראל: אחריות השותפים העקיפים נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי. קודם יש לבסס את אחריותו של המבצע ורק מתוך אחריות זו נוכל לגזור את האחריות השניונית של המסייע והמשדל.
* הגישה המקובלת במשפט הקונטיננטלי: אחריות השותפים העקיפים נובעת מקיומו של מעשה העבירה. גישה זו מתבססת על כך שהאשם הוא אישי-סובייקטיבי.

דוגמה לשותפים העקיפים:

א' משכנע את ב' לבצע שוד בנק. ב' משתכנע.

ג', המעוניין בשוד, מספק ל-ב' מידע על שעות הפעילות המתות בבנק.

ביום המיועד הולך ב' ביחד עם ד' ו-ה' לבנק והם מבצעים את השוד, כאשר ד' מודע לפליליות המעשה ואילו ה' אינו מודע, מכיוון ש-ב' גרם לו לחשוב שהם עובדי הסניף המעבירים את הכסף כדין.

מהי אחריותו של כל אחד באשר לעבירת השוד?

א' – משדל: שכנע אך לא היה חלק מהמעשה.

ב' – מבצע: אמנם לא ידוע לנו אם אכן התקיים מוטיב האלימות שבשוד, אך זהו מבצע.

ג' – מסייע: נותן מידע אך הוא לא חלק מהמבצעים.

ד' – מבצע בצוותא: עם ב'.

ה' – פטור! ברגע שאין מודעות אז אפשר להאשים רק ברשלנות. אך אין שוד במודעות ולכן פטור.

**הכלל: כל מי שתורם לביצוע העבירה – אחראי לה; יש לו אחריות פלילית למעשה.**

ההבדל/אבחנה בין הצדדים השונים – לפי סוג התרומה לעבירה.

## אפשרות א' - המבצע בצוותא

ס' 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".

ביצוע בצוותא הוא **מצב בו שני אנשים או יותר חוברים יחד על מנת לבצע עבירה, כאשר לא בהכרח כל אחד מהם בנפרד משלים את היסודות העובדתיים של העבירה**. הם "גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. פעולתה של כל זרוע משויכת לגוף כולו, ולכל אחד ממשתתפיו"

זהו כלי רב עוצמה, במובן שהוא מאוד שימושי לתביעה להשיג הרשעות במצבים שלא יודעים מי בדיוק עשה מה מבחינת עובדות המקרה.

זהו המקרה הקלאסי של העבירה המשותפת, למשל:

שני אנשים ניגשו לסניף הבנק, האחד איים והשני לקח את הכסף. אחד ביצע עבירת איום (3 שנות מאסר) והשני גנב (3 שנות מאסר). יש להסתכל על העבירה כמכלול, ואין לבחון מי ביצע איזו עבירה ספציפית בפועל. ביצוע בצוותא אינו מבוסס בהכרח על אחידות המקום והזמן.

החוק מאפשר להסתכל על המציאות העבריינית בכללותו ולומר כי אנשים חברו יחדיו תוך תכנון משותף. לפיכך, ביחד הם ביצעו את עבירת השוד שהיא 14 שנים.

השקפה שמפרידה בין המעשים – מרוקנת מתוכן את מהות הפעילות העבריינית (משאירה רק עבירות קלות).

למשל, נהג השוד יכול להיות לכל היותר "מסייע".

הסעיף נועד "להזהיר את הפרט כי אל לו להסתבך עם אחרים במעשים אסורים: הוא עשוי לאבד כל שליטה על חבריו לעבירה, ועליו לדעת כי הוא מפקיר גורלו, מבחינת האחריות הפלילית, בידיהם, וכל עבירה אחרת או נוספת שתיעשה על-ידי אחד מן העושים, תיזקף גם לחובתו, אף במקום שלא עלה בדעתו כי היא עלולה להעשות"[[14]](#footnote-14).

דוגמאות בפסיקה לביצוע בצוותא:

משה סורג'ון נ' מדינת ישראל **(ע"פ 261/79)**:

שלושה עובדים בשדה התעופה תכננו וגנבו שק של תכשיטי זהב מאחד המטוסים המקורקעים בנמל. טוען כל נאשם, שהוא ביצע רק מעשה אחד בלבד (תצפית, תכנון וכו').

השופט בייסקי: מעשה הגניבה תוכנן על-ידי השלושה, ו"אין נפקא מינה לענין הגניבה עצמה מה התפקיד שהוטל על-פי התכנון על כל אחד מהם".

מרדכי לוי נ' מדינת ישראל **(ע"פ 4188/93)**:

חבורת שוטרים ניסתה לכפות בכוח על חשודה שנחשדה בבליעת סם, להוציאו מפיה. הלחץ על החשודה הביא למותה. טוען כל נאשם, שהוא ביצע רק מעשה אחד.

השופט גולדברג: כשמספר מעורבים בתוצאה אסורה פועלים בצוותא, ניתן לבחון את הבסיס המשפטי להטלת אחריות פלילית על כל אחד מהם משלוש נקודות מוצא:

1. לבודד חלקו של כל אחד ולבדוק אם יש בו להוות עבירה מושלמת, כאשר שיתוף הפעולה יצר תנאים להגשמתה.
2. **לבחון פעולתם כגוף אחד המבצע עבירה**. כל הפעולות שייכות לכולם ולכל אחד לחוד. התנאי הוא מודעות השותפים לכל רכיבי היסוד העובדתי. התוצאה היא עבירה אחת בעלת משתתפים רבים.
3. המעורבים פעלו לביצוע עבירה מסוימת, אך אחד סטה מהתוכנית וזה גרם לתוצאה האסורה, החסר ביסוד העובדתי מונע לכאורה להרשיע את המעורבים בעבירה המושלמת. אולם ס’ 34א בא להזהיר שלעיתים גוררת השותפות אחריות לעבירה אף מעבר לתכנון הראשוני.

ג'ו בן פרנסיסקו מטיאס נ' מדינת ישראל **(ע"פ 3006/96)**:

אחיינו של המערער ביצע מספר מעשי שוד ורצח, בעת שהמערער נכח במקום כבעל נוכחות מאיימת שכל תכליתה להבהיר לקורבנות שאין טעם להתנגד. הוא לא ביצע דבר למעט נוכחותו המאיימת. המערער טען כי איך ראיות חד-משמעיות שהוא נכח בזירה, ושלכל היותר ניתן להרשיעו כמסייע.

ביהמ"ש: ביהמ"ש ראה שהם יצאו מהבית עם החלטה, תכנון משותף וחלוקת התפקידים. על סמך הצלבה של ראיות (כמו זכירת פרטים קטנים שרוצח לא נוהג לשתף עם אחרים) קבע שהוא מבצע בצוותא למרות שלא ביצע אף מעשה, והורשע. כל הפעולות המקדימות היו לטובת המטרה.

"נוכחות" כזו, משקפת את חלוקת התפקידים שהיתה ואינה מותירה ספק, כי השניים נושאים באחריות של "מבצעים בצוותא" הן לענין השוד והן לענין הרצח.

פלונים נ' מ"י **(ע"פ 2796/95)**:

המערערים (כולם קטינים) נחמיה וגרשון הם חברי תנועת "כהנא חי" גנבו רימון רסס מאפוד צבאי, כאשר נסעו בטרמפ, והביאו אותו למערערים זאב וטל. הם תכננו לפוצץ אותו בשוק, עת רק ערבים אמורים להיות שם, ביום השנה להרצחו של כהנא. בפיגוע נרצח ערבי אחד ונפצעו אחרים. ביהמ"ש קמא הרשיע את נחמיה, המבצע העיקרי זורק הרימון, הורשע ברצח ובניסיון לרצח כן ועל חלקו כאחד הקושרים. זאב, גרשון וטל הורשעו בקשירת קשר לביצוע עבירה וכשותפים לעבירה.

שלושת האחרונים ערערו כנגד הרשעתם כשותפים לעבירת הרצח ולניסיון לרצח - גרשון (סבר שהרימון רק ירעיש. ולכן אין הוא מבצע בצוותא, שכן לא הייתה לו כל תרומה לזריקת הרימון וגם לא מסייע, שכן לא עשה כל מעשה שסייע לביצוע העבירה), זאב (טען שרק נגרר אחרי החבורה) וטל (טען שניתק עצמו מהקשר)

הנשיא ברק:

* למרות שלא זרק את הרימון, **זאב** הוא מבצע בצוותא עם נחמיה, שכן הוא לקח חלק אינטגרלי בתכנון ובאיסוף המידע.
* **גרשון** - גם הוא מבצע בצוותא. למרות היותו מודיע לתקשורת ושלא נכח בזירת העבירה אינה מעלה ואינה מורידה. הוא פעל, הלכה למעשה, להגשמת העבירה. ביצוע בצוותא עשוי להתקיים ללא נוכחות פיזית. "אין לראות בגרשון מסייע. הוא לא היה שותף עקיף ו"חיצוני". הוא היה שותף ראשי ו"פנימי". כמו כן, אין לראות בגרשון משדל. אמת, הוא היה מיוזמי הרעיון ומהפועלים להגשמתו. אך חלקו לא הצטמצם אך בשכנוע, בעידוד או בכל דרך שיש בה הפעלת לחץ לביצוע העבירה. הוא פעל, הלכה למעשה, להגשמת העבירה. נקבע תפקידו בביצוע ותפקיד זה בוצע על-ידיו"
* **טל** - אין לראות באי השתתפותו כחרטה, שכו זו צריכה להתבטא ביותר מאשר אי-השתתפות בהמשך העשייה. גם הוא מבצע בצוותא. הוא היה מנהיג החבורה, נטל חלק בתכנון. "אין הוא אך משדל, שהרי לא הסתפק אך בשידול, אלא בנוסף לכך עשה פעולות לביצוע כמבצע בצוותא. אין הוא אך מסייע, שכן הוא איש "פנים", וראש לחבורה"

עוזי אזולאי משולם ו-11 אח' נ' מדינת ישראל **(דנ"פ 1294/96)**:

עמד בראש עמותה שמטרתה היה לחשוף את סיבת היעלמותם של חטופי תימן. התבצרו בביתו שביהוד והגיעו לעימות קשה עם המשטרה. רק לאחר 7 שבועות של התבצרות, הוא הסכים להיפגש עם מפכ"ל המשטרה ושם הוא נעצר. אחד מהמתבצרים נהרג בזמן שמשולם היה במעצר.

ביהמ"ש: שופטי הרוב הרשיעו אותו כמבצע, ע"פ מבחן השליטה: הייתה לו אפשרות לשלוט על מה שקורה בבית גם כאשר הוא לא נמצא, אדם יכול להיות עדיין בעל השפעה.

גם כשמבחן השליטה לא מתקיים, עדיין יכול להיות שיחשיבו מישהו כמבצע בצוותא - ע"פ מידת ההזדהות שלו עם המטרה העבריינית, קרבתו של המשתתף למעגל המבצעים, "רב העבריינים כמבצע" (נעסוק גם בהמשך).

אין דרישה שתהיה נוכחות בזירה כדי להיות מבצע בצוותא, אין צידוק לדרישה זו [בעולם מודרני – עבירות נעשות בטלפון, מחשב], הנוכחות בזירה היא רק ראיה נסיבתית, החוק מעוניין שרב העבריינים יסווג כמבצע בצוותא ולא רק כמשדל.

**היסוד העובדתי** של המבצע בצוותא

כפי שנאמר בס' 29, לא נדרש כי כל אחד מהמבצעים בצוותא יבצע בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העבירה.

**היסוד הנפשי** של המבצע בצוותא

1. היסוד הנפשי הרגיל של העבירה המושלמת.
2. **מודעות לפעילות בצוותא**: על האדם להיות מודע:
   1. לחלקו בעבירה.
   2. לחלקם של אחרים בעבירה.
   3. למזימה העבריינית בכללותה.  
        
      "יש להוכיח שהצדדים מודעים שפועלים בצוותא" (פס"ד פלונים).

ביקורת – ד"ר רוני רוזנברג: הפסיקה הישראלית אינה ברורה בנושא. קיים חוסר האחידות ביחס ליסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בביצוע בצוותא.[[15]](#footnote-15)

## אפשרות ב' - מבצע באמצעות אחר

ס' 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:

(1) קטינות או אי שפיות הדעת;

(2) העדר שליטה;

(3) ללא מחשבה פלילית;

(4) טעות במצב דברים;

(5) כורח או צידוק.

אותו "אחר" - לא חלה עליו אחריות פלילית.

**היסוד העובדתי** לביצוע באמצעות אחר

1. התנהגות: המבצע רק צריך לתרום לכך שהאחר יבצע את העבירה.
2. נסיבות: המאפיין העיקרי. המבצע הופך את האחר ככלי בידיו.
3. **מדובר בעבירת תוצאה**: עשיית המעשה.

**היסוד הנפשי** לביצוע באמצעות אחר

1. היסוד הנפשי הרגיל של העבירה המושלמת, שמבצע האחר.
2. התקיימות מודעות (או עצימת עיניים) לנסיבת היות האחר "אחר" לפי המצבים בחוק.

לדוגמה:

א. קטין או אי שפיות (בקשה מקטין לגנוב או שכנוע מטורף שאדם מסוים הוא השטן ויש לחסלו)

ב. היעדר שליטה (להפנט אדם לבצע עבירה)

ג. ללא מחשבה פלילית = (שימוש ברכב ללא רשות)

החוק מגדיר קטגוריה צרה של מקרים בהם הוא רואה בצד המרוחק את המבצע, וזה המבצע באמצעות אחר:

1. **קטינות או אי שפיות הדעת**: חלק מהתנאים המוקדמים לאחריות פלילית.

לדוגמה: ראובן שכנע את שמעון - ילד בן 11 או אדם בלתי שפוי - להכות את לוי. שמעון יהיה פטור, ראובן

יישא באחריות בביצוע תקיפה באמצעות אחר.

1. **העדר שליטה**:

דוגמה: א' מהפנט את ראובן ללא ידיעתו ומורה לו להכות את דני. ראובן המהופנט מכה את דני, ראובן יהיה

פטור.

א' יישא באחריות לביצוע תקיפה באמצעות אחר.

1. **ללא מחשבה פלילית**: בעיקר מצבים בהם המבצע באמצעות אחר מטעה את האחר וגורם לו לחשוב שהפעילות שלו נטולת אשמה, למרות שהפעילות בפועל היא פעילות שיש בה אשמה.

טעות בהתקיימות יסודות העבירה.

דוגמה: א' מוסר לראובן את מפתחות רכבו של דני ומשקר לו: "דני ביקש שתעשה שימוש ברכב".

ראובן מאמין לא' בכל ליבו ועושה שימוש ברכב.

ראובן יהיה פטור מעבירה לפי ס' 413ג בהיעדר מודעות לנסיבה "ללא רשות בעליו" ו-א' יואשם כמבצע באמצעות אחר.

1. **טעות במצב דברים**: טעות במצבים, כלומר שיש לו הגנה פלילית מדומה.

דוגמה: הגנה עצמית מדומה – דני צועד לעבר ראובן. א' "הסכסכן" מטעה את ראובן לחשוב שדני עומד לתקפו

וראובן משתכנע ותוקף את דני כ"הגנה עצמית".

ראובן יהיה פטור מתקיפה בשל הרכבת הגנת הטעות על הגנה עצמית.

א' יואשם בביצוע תקיפה באמצעות אחר.

1. **כורח**: מצבים בהם אדם פועל כפי שפעל כי לא הייתה לו ברירה.

דוגמה: א' מאיים על ראובן "אם לא תשרוף את חפציו של דני- אהרוג אותך!"

ראובן המפוחד שורף בלית ברירה את חפציו של דני. ראובן יהיה פטור וא' יישא באחריות.

1. **צידוק**: מצבים בהם במסגרת היררכית חוקית מישהו מורה לאחר איך להתנהג.

דוגמה: א' מפקדו של ראובן נותן לו פקודה "בלתי חוקית סתם" לביצוע מעשה העוולה כדי עבירה פלילית.

ראובן יהיה פטור אך א' יישא באחריות לה כמבצע באמצעות אחר.

ביצוע המותנה בעושה מיוחד

(ד) לענין סעיף קטן (ג), אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד.

**עושה מיוחד** - עבירות אשר פליליותן נובעת מכך שהעושה הוא בעל מעמד מסוים.

למשל, בעבירת "ריבוי נישואין" על העושה להיות נשוי כאמור בסעיף 176. כך גם העבירה של "לקיחת שוחד" לפי סעיף 290 לחוק העונשין; תנאי לביצועה הוא עושה שהוא "עובד הציבור", נתון שבלעדיו לא הייתה נעברת העבירה

## אפשרות ג' - המסייע

### זיהוי העבירה

סעיף 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".

מדובר באדם שתרומתו לפעולה העבריינית היא עקיפה (במובן שלא נטל חלק בביצוע העיקרי). אין הוא היוזם או המחליט על הביצוע.

"תרומתו מתבטאת בכך שהוא מסייע (במעשה או במחדל) ביצירת התנאים לביצוע העבירה על-ידי העבריין העיקרי. תרומתו היא בגדר "אמצעי עזר" (פיזי או נפשי)" (ברק ב**פס"ד פלונים**)

אבחנה בין המבצע בצוותא למסייע

|  |  |
| --- | --- |
| **המבצע בצוותא** | **המסייע** |
| שותף ראשי | שותף משני |
| חבורת הפיקוד | בלתי ישיר |
| מצוי במעגל הפנימי של מתכנני הזימה | מצוי מחוץ למעגל הפנימי |
|  | אינו יוזם |
| אחראי על התפתחות העבירה | תרומתו מתבטאת ביצירת תנאים לביצוע העבירה |
| יש לו אפשרות לעצור את התהליך | מבצע מעשי עזר |

מבחנים לאבחנה בין סיוע לביצוע בצוותא

1. המרכזי - מבחן השליטה הפונקציונאלית: מבצע בצוותא הוא בעל שליטה מהותית על העשיה העבריינית. הוא חלק מההחלטה לבצע את העבירה. חלקו חיוני להגשמת העבירה.[[16]](#footnote-16)
2. מבחן הקרבה: קרבה לביצוע העבירה. ככל שיותר קרוב – כך יותר מבצע ופחות מסייע (מעגל חיצוני ומעגל פנימי).
3. מבחן הסנקציה הפלילית (השופט חשין): אם השופט סבור שיש להטיל עונש כבד על הנאשם בשל הפגיעה החברתית בערך מוגן – מבצע בצוותא. אם עונש "חלש" – מסייע.[[17]](#footnote-17)
4. **מבחן האנלוגיה מדיני ניסיון** (גור אריה): נדמה מצב שבו כל שותף פעל לבד. נבחן עפ"י היסוד העובדתי בלבד - אילו היה פועל לבד, האם ניתן לומר שמעשיו נכנסו למתחם הניסיון? אם כן, מבצע בצוותא. אם לא, מסייע.

אשמת המסייע תלויה במצב העבירה של המבצע העיקרי:

* אם העבירה **הושלמה** - העבריין העיקרי **ביצע** עבירה – זהו **סיוע** לעבירה.
* אם העבירה **לא הושלמה** - אם העבריין העיקרי **לא הצליח לבצע** את העבירה – זהו **סיוע לניסיון** עבירה.
* אם העבירה **כלל לא החלה** – אם העבריין העיקרי תיכנן לבצע את העבירה אך **לא ביצע אותה** אולם קיבל סיוע – זהו **ניסיון סיוע**. (לא עניש)

### הוכחת העבירה

**היסוד העובדתי** של המסייע

1. רכיב התנהגותי**:** "עשה מעשה…" - התנהגות אשר יש בה כדי ליצור את התנאים לביצוע העבירה על-ידי המבצע העיקרי.

אין צורך בתרומה אפקטיבית. גם אם פוטנציאל זה לא מומש (כגון סייע בסכין והרצח בוצע באקדח), עדיין יואשם, כיוון שהדגש הוא על יצירת הסיכון.

1. רכיב נסיבתי: "לפני זמן עשיית העבירה או בשעת עשייתה" -
   1. **לפני עשיית העבירה**: למשל, המוכר למבצע העיקרי כלי נשק לביצוע העבירה, או המזייף לבקשתו של אחר מסמך המשמש את אותו אחר לביצוע עבירה.
   2. או **בשעת עשייתה**: למשל, אדם הצופה ומזהיר את המבצעים העיקריים בשעת שוד. המעשה המסייע צריך להיעשות לפני ביצוע העבירה או בעת ביצועה.
   3. מעשה שנעשה לאחר עשיית העבירה נכלל בעבירה עצמאית "סיוע לאחר מעשה" (סעיפים 260-261), הנחשבת לחמורה פחות. ההיגיון: סיוע לפני - סיוע לביצוע העבירה. סיוע לאחר - סיוע לפושע.

סוגי סיוע

* סיוע רוחני: כמו תמיכה ועידוד.
* סיוע פיזי: למשל מתן אמצעים שהמבצע העיקרי יעשה בהם שימוש לביצוע העבירה. מתן עצות והמלצות לאופן ביצוע העבירה.
* נוכחות: לעיתים, עצם הנוכחות מהווה סיוע. ההלכה קבעה שנוכחות יוצרת חזקה ראייתית שהאדם סייע, אך היא אינה חזקה חלוטה. מותר לאדם לספק הסבר סביר להימצאותו בזירה. היא יכולה להוות חזקה לסיוע מחמת הספק.

דוגמה בפסיקה לסיוע באמצעות נוכחות:

אנג'ליקה יוסופוב נ' מדינת ישראל **(ע"פ 11131/02)**:

בן זוגה של יוסופוב היה פלסטינאי, שאחיו נהרג באינתיפאדה השנייה. הלה החליט לנקום את מותו במספר פיגועי דקירה, ירי, חבלה אשר חלקו צלחו וחלקם לא. בכל אותו הזמן הוא נעזר ביוסופוב ששכרה בעבורו מקומות לינה, ידעה על המזימות אך לא עשתה דבר ואף סייעה בדרכים שונות. ביהמ"ש קמא הרשיע אותה בעבירת סיוע.

השופט ריבלין: התקיימו היסוד העובדתי (יוסופוב הייתה התשתית הלוגיסטית של המחבל) והנפשי (הייתה מודעת לכך שהתנהגותה מקלה עליו את ביצוע העבירות. אין זה משנה שלא ידעה את פרטי העבירה כגון היכן ומתי).

עצם נוכחותה של המערערת לצד המחבל היה בה כדי לסייע לביצוע העבירה, שכן היא הקלה את ביצועה - נסעה איתו במונית והיצרה מראית עין של בני זוג רגילים.

**היסוד הנפשי** של המסייע

1. מודעותלטיב המעשה: טיב ההתנהגות המסייעת.
2. מודעות לקיום הנסיבות: לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה (אין משמעה מודעות לכל פרט מפרטי העבירה שהוא מתכנן).

* דוקטרינת עצימת העיניים בס' 20(ג)(1) (תחליף למודעות למעשה והנסיבות) קיימת גם כאן.

1. מטרה לסייע: למבצע העיקרי כדי שהוא יבצע באורח ישיר את העבירה (ברק ב**פס"ד 320/99 פלונית**) .[[18]](#footnote-18)

* הלכת הצפיות (תחליף לכוונה) קיימת גם כאן.

העונש על סיוע:

ס' 32:

הסיוע לעבור עבירה, עונשו - מחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי; ואולם אם נקבע לה –

(1) עונש מיתה או מאסר עולם חובה - עונשו מאסר עשרים שנה;

(2) מאסר עולם - עונשו מאסר עשר שנים;

(3) עונש מזערי - עונשו לא יפחת ממחצית העונש המזערי;

(4) עונש חובה כלשהו - הוא יהיה עונש מרבי, ומחציתו תהא עונש מזערי.

חריג: אם על המבצע העיקרי מאסר עולם אזי על המסייע 20 שנה.

### היבטים נוספים של העבירה

סיוע במחדל

סיוע יכול להיות במחדל, שכן סיוע מצריך "מעשה", וזה מוגדר בסעיף 18(ב): "מעשה" – לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת.

בוודאי כאשר קיימת חובה בחוק (למשל, עובד בנק שלא נעל את הכספת ובכך סייע לתוכנית עבריינית). המצב מורכב יותר כאשר אין מקור חובה להצביע עליו, אך מתקיים היסוד הנפשי.

שלומי ויצמן נ' מדינת ישראל **(רע"פ 3626/01):**

4 חברים נסעו יחד ברכב. שוטר אותת להם לעצור עקב מהירות מופרזת אך הנהג האיץ ודרס את השוטר למוות. אחד הנוסעים אמר לנהג לברוח ואכן הוא ברח. ביהמ"ש הרשיע בעבירת ההמתה - את הנהג בלבד, ובעבירה של הפקרה לאחר פגיעה ועבירה של אי-דיווח - את שלושת הנוסעים.

השופט חשין: מתי ניתן להרשיע בסיוע במחדל?

* הגישה הצרה - חובה מפורשת: רק כאשר קיימת חובה מן הדין, מהתחייבות או מאופי התפקיד.
* הגישה המרחיבה - חובות ספציפיות וזיקה מיוחדת(קרמניצר ולבנון): במקרים מסוימים - למרות אי קיומה של חובה מפורשת - נוצרת חובה כאשר קיימת מערכת יחסים מיוחדת היוצרת זיקה ספציפית בין המסייע לבין הסכנה או קורבן העבירה (למשל: לנוסע ברכב מערכת יחסים בינו לבין הנהג, והוא חייב להעיר לו אם נוסע במהירות מופרזת).

ביקורת: נוגדת את עיקרון החוקיות ואת הוראת ס' 18(ב).

* גישה שלישית - סיוע הנגזר מן העבירה הפלילית (פלר): מקור החובה הוא מתוך העבירה עצמה. המבצע העיקרי מסתמך על המחדל, וכך מבצע את העבירה.

בהנחה שקיימת מחשבה פלילית של עבירת ההפקרה, שכן שהנשים שותקות ולא במקרה של ויצמן, המבצע העיקרי ביצע עבירה מחדלית (לא עצר) ולכן גם הסיוע יכול להיות במחדל.

* גישה רביעית (חשין): מאמץ את הגישה השלישית עם תוספת של שיקול דעת בהתאם לעבירה הספציפית. לדעתו, השיקול המרכזי שישפיע הוא חומרת העבירה.

פסק הדין: על פי הגישה הרביעית, המקרה דנן עונה להגדרת אירוע חמור וכל כן יש להרשיעם.

בעקבות פס"ד ויצמן נוספה 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 (אולם העבירה לא חלה אם נוסע הרכב הוא מתחת לגיל 16).

דוגמאות נוספות בפסיקה לסיוע במחדל:

מדינת ישראל נ' רחל נקר **(תפ"ח [חיפה] 8033-03-09)**:

בין בני הזוג נקר לשכנה זקנה התגלע סכסוך כספי. באחד הביקורים חנק הבעל את השכנה באמצעות לולאה, ואשתו (המערערת) לא עשתה דבר.

ביהמ"ש: העבירה בוצעה בקורבן חלש (אישה זקנה ושתויה), המערערת ניצלה את יחסי הידידות ושימשה ככרטיס הכניסה לבית, ולבסוף נמנעה מלזעוק ולהיחלץ לעזרת המנוחה - ולכן יש להרשיעה בסיוע במחדל לרצח.

אולג פוליאקוב נ' מדינת ישראל **(ע"פ 4317/97)**:

חבורה של צעירים רצחו יצאנית והשליכו את גופתה באיזור רמאללה. הרצח בוצע בחניקה תוך כדי נסיעה ברכב, כאשר דימה הנהג לא היה שותף לתכנון, אך המשיך בנסיעתו ואף הביא את החבורה למקום בו הושלכה הגופה.

ביהמ"ש: "דימה, שקלט את פקודתו של אולג וצפה (מבעד למראה) בהתרחשות שמאחור, שאל לפשר המעשה. בתגובה הורו לו השלושה לשתוק ולהמשיך לנהוג." משכך, הייתה לו מודעות לתוצאה - ולכן יש להרשיעו בסיוע לרצח.

המסייע - פטור עקב חרטה

ס' 34 – מנע את עשית העבירה באופן ממשי והודיע לרשויות [כמו בניסיון].

(א) משדל או מסייע לא יישא באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לנסיון לשידול, אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה, או אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה.

(ב) "רשויות", לענין סעיף זה - משטרת ישראל, או גוף אחר המוסמך על פי דין למנוע את עשיית העבירה או את השלמתה.

שתי אפשרויות:

1. המסייע מנע את עשיית העבירה: עיקר הנפקות היא במצבים בהם המבצע ביצע לפחות ניסיון, ובשלב זה המסייע או המשדל סיכלו את התכנית העבריינית, ובכך יש להם פטור מסיוע/שידול לניסיון לעבור עבירה.
2. המסייע הודיע מבעוד מועד לרשויות על העבירה ועשה ככל יכולתו למנוע את העבירה: מדובר כאן בתנאים מצטברים. הנפקות כאן היא במקרה בו המבצע הצליח לבצע את זממו.

המטרה היא לעזור לאנשים לחזור בתשובה. מעבר לכך, יש הכרה בכך שהמסייע והמשדל הם גורמים משניים לאחריות המרכזית של המבצע, ולכן נציב דרישה נמוכה יותר לחרטה מאשר הדרישה שנדרשת מהמבצע, אשר נמצא בליבה של הפעילות העבריינית.

, בהסתברות של קרוב לווד

## אפשרות ד' - המשדל

### זיהוי העבירה

ס' 30

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

אדם שגורם לאדם אחר להחליט לבצע עבירה. "'המבצע האינטלקטואלי" (ברק ב**פלונים**).

תרומתו מתבטאת בהבאת אחר לידי ביצוע העבירה, קרי בתרומת המשדל ליצירת ההחלטה או לגיבושה לבצע את העבירה.

השידול התנ"כי – הנחש שידל את האשה לאכול מעץ הדעת.

הרציונל בעבירת המשדל הוא שמענישים אדם על זה שהוא גרם לשינוי תודעה אצל אדם אחר.

מצד אחד התרומה שלו לביצוע העבירה היא עקיפה (הוא לא נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה. במובן זה הוא דומה למסייע), ומצד שני יש לו תרומה מרכזית - הוא המוח מאחוריה.

באיזה מעגל נמצא המשדל? החוק קובע שבמעגל הפנימי, ע"פ העונש הזהה למבצע העיקרי.

אסקין נ' מדינת ישראל **(ע"פ 8469/99):**

אסקין הורשע בבית-המשפט המחוזי בשידול למעשה של כניסה ללא רשות למקום קבורה ובקשירת קשר לביצוע עוון בגין פעולה של הנחת ראש חזיר על קבר בבית קברות מוסלמי, ובשידול לביצוע מעשה הצתה ובקשירת קשר לביצוע פשע בגינו.

השופטת ביניש: המבצע ראה באסקין מנהיג.

היסוד העובדתי עשוי להתקיים גם במצבים שבהם הרעיון העברייני עלה לראשונה במחשבתו של המשודל, אך טרם גובשה אצלו ההחלטה לבצעו. במקרה כזה, אם ההתנהגות המשדלת היא שהביאה לגיבוש החלטתו הסופית של המשודל לבצע את העבירה, הרי נתקיים היסוד העובדתי הנדרש בעבירת השידול.

### הוכחת העבירה

**היסוד העובדתי** של המשדל

1. רכיב התנהגותי**:** "בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ"
2. רכיב נסיבתי: "אחר" - שידול בעל "אפקטיביות פוטנציאלית" העשויה להשפיע על המשודל. המשודל אינו צריך להיות מודע למהלך השידול שמופעל עליו. יתכן גם מצב בו רעיון ביצוע העבירה עלה בראשו של המשודל, אך המשדל דחף אותו לביצועה.
3. רכיב תוצאתי: "המביא… לידי עשיית עבירה"
4. קשר סיבתי: בין מעשה השידול לבין ביצוע העבירה על ידי המבצע.

* קל יותר להוכיח קש"ס בי**חסי שידול מובהקים** בהם המשודל היה חף ממחשבה פלילית.
* קשה יותר להוכיח כאשר המשודל כבר חשב על העבירה והמשדל הוא ש**הטה את כף המאזניים**. במקרה כזה, הקש"ס יצטרך להיות חזק יותר.

**היסוד הנפשי** של המשדל

1. **מודעות לטיב המעשה**: על המשדל להיות מודע לכך שיש בהתנהגותו כדי להביא את האחר (ה”משודל”) לידי ביצוע העבירה נושא השידול.
2. **מודעות לקיום הנסיבות**: מודעות לקיומו של אחר הזקוק להנעה מנטלית ע"מ לבצע את העבירה נושא השידול.
3. **מודעות לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה**: ביצוע העבירה על ידי המשודל (בגדר ניסיון או ביצוע מושלם).
4. מישור חפצי - כוונה (ביניש ב**אסקין**): מטרה מצד המשדל כי העבירה נושא השידול אכן תבוצע, על כל יסודותיה ע"י המשודל.

מטרת דרישת הכוונה:

* צמצום גדרי האחריות הפלילית - בסופו של יום, המבצע העיקרי במקרה של שידול הוא אדם אוטונומי שמצופה ממנו להבחין בין טוב לרע (בניגוד לביצוע באמצעות אחר).
* עונשו של המשדל הוא כעונשו של המבצע, מה שמראה על חומרת העבירה.

### העונש על שידול:

ס' 34ד - תחולת דין העבירה:

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

עונשו של המשדל זהה לעונשו של המבצע העיקרי.

המשדל העיקרי נתפס "כשותף המרכזי" של העבירה (לעומת המסייע – רק חצי).

דברי ההסבר להצעת החוק של תיקון 39:

"המשדל הוליד לא רק עבירה, הוא הוליד גם עבריין".

* "תיאור המשדל כמי שתורם תרומה “עקיפה” לביצועה של עבירה, מחטיא במשהו את העיקר. תרומתו של משדל הינה תרומה ישירה, ממש כתרומתו של המבצע העיקרי וניתן לומר כי חבותו אף רבה מחבותו של העבריין העיקרי. על–כן, בצדק נקבע כי דינו של המשדל יהיה כדין העבריין העיקרי" (השופט חשין ב**פלונים**)

### היבטים נוספים של העבירה

שידול לשידול

"שרשרת שידולים" – מה קורה אם א' משדל את ב' שמשדל את ג'?

מדינת ישראל נ' יצחק סוגאקר **(ע"פ 992/03):**

סוגאקר משדל אדם אחר לפגוע במישהו, שמצדו משדל שניים נוספים והם מנסים לפגוע באדם ללא הצלחה. השניים מורשעים בניסיון לגרימת חבלה חמורה, והגורם האמצעי וסוגאקר מורשעים בשידול. סוגאקר מערער על כך לעליון.

השופטת דורנר: סוגאקר מורשע בשידול, למרות שהעבריינים עצמם מורשעים רק בניסיון, שכן ברור שהגורם האמצעי קיבל על עצמו את המשימה הפלילית, ובכך הושלם מעשה השידול של סוגאקר.

בנוסף לכך, העליון אף מרחיב את העונש של סוגאקר, שלפני הערעור היה מחצית מעונשו של הגורם האמצעי, שכן בעיניו הוא העבריין העיקרי בפרשה, שהניע את שרשרת השידול.

ביקורת: קיימת כתיבה אקדמית שאומרת כי לא ניתן לעשות נגזרת שנייה אלא אם קיימת קביעה מפורשת בחוק. כלומר, נגזרת שנייה תיעשה רק בדרך של חקיקה מפורשת. (עקרון החוקיות).

האם ניתן לשדל על דרך של מחדל?

לכאורה, הסעיף מנוסח באופן הדורש פעולה אקטיבית, אך אנו יודעים שכל מעשה יכול להיות גם במחדל (ס' 18).

* פרופ' סנגרו לא ניתן לשדל במחדל.[[19]](#footnote-19)
* אפשר לחשוב על מצב בו קיים **יחס היררכי** בין המשדל למשודל (כמו מנהיג כת או ארגון פשע). אחד מחברי הארגון מגיע לעומד בראשו ומצהיר על כוונתו לבצע עבירה, אם המנהיג שותק ניתן לפרש זאת כברכת הדרך.

#### שידול לעבירות חטא

אינן ענישות (סעיף 34ג)

הנסיון, השידול, הנסיון לשידול או הסיוע, לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש.

חטא - עונש עד 3 חודשי מאסר.

#### ניסיון לשידול

מחצית מהעונש של העבירה העיקרית (סעיף 33).

הנסיון לשדל אדם לבצע עבירה, עונשו - מחצית העונש שנקבע לביצועה העיקרי

דוגמאות:

* מעשה השידול מצליח אך המשודל אינו נכנס למתחם הניסיון של ביצוע העבירה.
* מצבים בהם א' מנסה לשכנע את ב' לבצע את העבירה וב' אינו משתכנע.
* מעשה השידול לא הושלם.
* המשודל כבר משוכנע ולכן אין קשר סיבתי.

#### פטור עקב חרטה

34(א)

(א) משדל או מסייע לא יישא באחריות פלילית לשידול או לסיוע, או לנסיון לשידול, אם מנע את עשיית העבירה או את השלמתה, או אם הודיע בעוד מועד לרשויות על העבירה לשם מניעת עשייתה או השלמתה ועשה למטרה זו כמיטב יכולתו בדרך אחרת; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריות פלילית לעבירה מושלמת אחרת שבמעשה.

(ב) "רשויות", לענין סעיף זה - משטרת ישראל, או גוף אחר המוסמך על פי דין למנוע את עשיית העבירה או את השלמתה.

פטור עקב חרטה - ההוראה משותפת למסייע ולמשדל.

החלופות הן

1. מניעת העבירה או מניעת השלמתה (לא חייב להצליח למנוע אותה).
2. הודעה לרשויות לשם מניעתה או מניעת השלמתה.
3. עשיית כל שביכולת למניעת עשיית או השלמת העבירה.

הבדלים בין פטור עקב חרטה למנסה לעומת פטור למשדל/מסייע

* 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.
* היסוד הנפשי. המנסה – צריך להתחרט; המסייע והמשדל לא נדרש מניע של ממש.

הביקורת:

**קרמניצר**: טעות לתת לשני הסעיפים את אותה כותרת ("פטור עקב חרטה"). במקרה של מסייע ומשדל, היות ומדובר במעגל השני של העבירה, המחוקק פחות הושפע בעת ניסוח הסעיף משיקולים גמולניים (חרטה).

הטענה: צריך להשוות בין ס' 34 לס' 28 [בפועל – לא כך].

עבירות שידול ספציפיות

עבירות שידול ספציפיות - עבירות עצמאיות בהן המעשה הפלילי הוא שידול לעשות משהו. למשל, ס' 201 (שידול למעשה זנות) או ס' 302 (שידול להתאבדות).

חלקן קיימות מסיבות היסטוריות וחלקן נדרשות - מדובר במצבים בהם המחוקק לא יפליל את ההתנהגות עצמה כי בהפללה שכזו יש בעייתיות, אך היות ורואים בפעילות הזו פעילות שהיא בעייתית מבחינה חברתית, יפלילו את השידול לפעילות שכזו. דוגמאות לכך הן שידול להתאבדות ושידול לזנות. ככל שרוצים להפליל את הסיטואציה של השידול לזנות/התאבדות חייב שתהיה עבירת שידול ספציפית - כי אין עבירת זנות נפרדת שניתן לגזור ממנה אחריות למשדל

ההבדל בין משדל למבצע באמצעות אחר

* **מבצע באמצעות אחר** - האחר הופך לכלי בידיו (חל עליו סייג או לא מתקיים היסוד הנפשי).
* **משדל** - האחר הוא אדם אוטונומי שהעבירה מתקיימת גם אצלו ("הנעה מנטלית").

ההבדל בין משדל למסייע:

* **המסייע**:
  + שותף משני; נמצא במעגל החיצוני. תרומתו היא עקיפה ומשנית, ולכן העונש על סיוע הוא מחצית מהעונש המקסימאלי.
  + בסיוע הרוחני אין דרישה לקשר סיבתי היות ומדובר בעבירת התנהגות, וגם נוצר הבדל בין הדרישה ביסוד הנפשי.
* **המשדל**: שותף ראשי. טיב מערכת היחסים בין המשדלי לבין המבצע היא יותר היררכית, תלות, הנהגה מאשר המסייע הרוחני.
* ההבדל בין מבצע בצוותא למסייע "אין הוא אך הבדל דק: הבדל דק-דק הוא, דק-מכל-דק, דק-על-דק-עד-אין-נבדק" (חשין בפלונים)

בפועל – יש "מסמוס" בין שידול/סיוע/ביצוע בצוותא:

פס"ד מארי פיזם**:**

רוני רון כנראה חשב בעצמו על הרעיון לרצוח את רוז, אבל מה 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.

מחוזי: פיזם אינה מסייעת אלא משדלת.

העליון: הייתה נוכחת וירטואלית בזירת הפשע, ולכן היא מבצעת בצוותא. (במעגל הפנימי – מבחן השליטה)

## אחריות השותפים לעבירה שונה או נוספת

ס' 34א מטיל אחריות פלילית על שותפים לעבירה כשהשותף ביצע את העבירה.

(א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –

(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

(2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו.

למשל: אבי ואסי שודדים ביחד בנק. אבי נכנס לבנק ואסי ממתין לו בחוץ עם הרכב. אבי יורה בשומר והורג אותו.

אסי לא תכנן להרוג את השומר. האם יורשע?

הכלל: גם אסי עשוי להיות מורשע אם יכול היה להיות מודע לאפשרות עשיית העבירה.

ההצדקות:

* הסכנה בהגנת החבורה על עצמה: הביצוע המשותף מאפשר ביצוע עבירות בהיקף גדול יותר, חמור יותר, ובמהלכו יש "צורך" בהגנת שלומם של כל המבצעים וה"חשש" כי תפיסת אחד מהקבוצה תוביל גם ללכידת האחרים.
* הסכנה בצורת הביצוע המשותף: אופן הביצוע המשותף שולל מכל מבצע בודד את השליטה על דרך הביצוע, על התפתחות העבירה ואת יכולתו למנוע ביצוע העבירה המושלמת או את אפשרות החרטה.

תנאים להטלת אחריות

1. **"עבר מבצע"**: אם אני מסווג מישהו כמסייע, והוא עובר עבירה שונה או נוספת, יתר השותפים לא יישאו באחריות לעבירה זו.
2. **"אגב עשיית העבירה"**: מה הכוונה ב"אגב"?

**גישה א'**: **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.

**גישה ב':** **זיקה מהותית**. למשל, שני שותפים מחליטים לשדוד בנק ואחד מהם מחליט יום לפני לרצוח את השומר.

1. **"עבירה שונה ממנה או נוספת לה"**: מדובר על עבירה שחורגת מהתכנון המקורי. עבירה שהיא בבחינת הרחבה של מה שאמור היה להתבצע בפועל.
2. **"כאשר בנסיבות הענין"**: מבחן סובייקטיבי - האם סביר היה לצפות שהעבירה הנוספת תתפתח? (ידיעה בפועל)
3. **"אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה"**: מבחן אובייקטיבי - (ידיעה בכוח).
4. **היקף האחריות**:

* (א)(1): **מבצע בצוותא** יישא באחריות כעבירה של אדישות, אם המבצע עבר את העבירה הנוספת בכוונה.
* (א)(2): **משדל או מסייע** יישאו באחריות כעבירה של רשלנות, אם זו קיימת ביסוד בעובדתי של העבירה השונה או הנוספת. לדוגמה, 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.

פדרו סילגדו נ' מדינת ישראל **(ע"פ 4424/98):**

3 חברים קשרו קשר לביצוע שוד, ותוך כדי השוד ירה אחד מהם באדם והרג אותו. סילגדו טען שהטלת האחריות גם על מי שלא ביצע את העבירה הנוספת היא לא חוקתית.

השופט ברק: מטרת סעיף 34א(א)(1) היא **הרתעה** מפני ביצוען של עבירות נוספות, ומעצם כניסה לפעילות עבריינית כולה. הבוחר להשתתף כמבצע בצוותא בביצוע של עבירה מקורית חייב להביא בחשבון את העובדה שהדברים עלולים להסתבך, והוא עלול למצוא עצמו מעורב גם בעבירה נוספת שאינה בשליטתו.

לכן, הטלת האחריות הזו עומדת בפסקת ההגבלה.

השופטת שטרסברג-כהן: לכאורה הסעיף נוגד את עקרון האשמה. אולם מאחוריו עומד רציונל חברתי משפטי רב ערך, ולפיו מי שנקלע בהתנהגות שלא כדין למצב שבו נעשה מעשה נתון ייוחס לו כל הנובע מעבירה שבאותו מעשה.

## אפשרות ה' - רב עבריינים

ארגוני פשיעה בנויים בהיררכיה מסוימת, כשהלוגיקה הפנימית של ההיררכיה הזו היא להקשות על המשטרה מלתפוס (ולהרשיע) את העומד בראש ההיררכיה. ארגונים אלו דואגים שהעומד בראש לא ידע על הפשעים הקונקרטיים.

ראש ההיררכיה מספק את האסטרטגיה הפלילית הכללית - רב העבריינים לא יגיד: "תחסלו אותו" אלא יותר ירמוז לכיוון הפעולה, כמו: "הוא מפריע לנו בעסקים".

לכן מלאכת הסיווג מסובכת במיוחד – מתוקף זה שהוא עומד בראש ההיררכיה, מידת התרומה שלו במישור העובדתי היא אפסית. לעומת זאת, מידת התרומה שלו במישור הנפשי היא גדולה מאוד. "הם לא מלכלכים את הידיים".

כמו ב**פס"ד משולם** לעיל:

נזכיר כי מספר פעילים התבצרו בביתו של עוזי משולם וכאשר הגיעה המשטרה הם ירו לכיוונה. משולם היה נוכח בזירת ביצוע העבירות כמעט עד ביצוען.

מצד אחד - הוא היה בעל השליטה על המבצעים שהיו בבית שלו, נתן להם הנחיות ופיקח עליהם, וכן נמנע במתכוון מלהורות להם לחדול מביצוע העבירות.

מצד שני - הוא לא נתן הוראה לביצוע אף עבירה מהעבירות שבוצעו, וכן לא נכח בשטח בעת ביצוע העבירות.

### איך מסווגים את "רב העבריינים"?

במקרה בו חייל בארגון ביצע עבירה, מה הסיווג של ראש ההיררכיה ביחס לאותו הפשע?

אם נאמר שמשדל

* במקרה של רב העבריינים - מדובר במערכת יחסים בה **ההיררכיה הרבה יותר חזקה** מההיררכיה הקיימת ביחסי שידול קלאסיים.
* במקרה של רב העבריינים - דואגים שראש ההיררכיה **לא ייתן הוראות ספציפיות**, אשר נדרשות לשם התהוות השידול.

וכדברי ברק ב**משולם**: "מעמדו של משולם אינו מאפשר לראות בו משדל בלבד. משולם הוא ראש הקבוצה. הוא המנהיג. הוא תכנן את המבצע. זהו מבצע שלו. הוא איננו בעל רעיון עברייני; הוא איננו רק 'אב רוחני' של העבירה. הוא איננו אדם חיצוני המבקש כי מישהו אחר יבצע עבירה.

הוא בעל תרומה פנימית לביצוע העברייני... בידיו של משולם, כראש הקבוצה, השליטה האפקטיבית על הארוע העברייני, ואצלו המחשבה הפלילית הנדרשת לגיבוש אחריותו כמבצע בצוותא".

וחשין: "נדע מכאן, כי בסווגנו את רב-העבריינים כמשדל – להבדילו ממבצע-בצוותא – כמו הפחתנו באחריותו והקלנו עימו"

אם נאמר שמבצע באמצעות אחר

בעמדה זו מחזיקים למשל:

* קרמניצר[[20]](#footnote-20): "מי שנמצא בעמדת שליטה במערכת כזו (ולא רק ראש ההיררכיה) הנותן פקודה להמית אדם, איננו סתם משדל או מסייע לרצח כאשר פקודתו מתבצעת. האופי המיוחד של מעשהו מתבטא בכך שבעת מתן הפקודה הוא יכול לסמוך על כך שהוראתו תבוצע, מבלי שיהיה עליו להכיר את המבצע הפיזי. הוא יודע שאם אחד האורגנים הבאים בחשבון לביצוע לא ימלא את המשימה, יבוא אחר במקומו, והעיקר – המשימה תבוצע".
* **מרים גור-אריה**.[[21]](#footnote-21)

ביקורת:

שחר אלדר[[22]](#footnote-22)

הגישה המקובלת - מבצע בצוותא

ביחס למקרה הטיפוסי של המבצע בצוותא, מידת המעורבות של ראש ההיררכיה במישור העובדתי היא אפסית.

פס"ד משולם:

השופט ברק: רב-עבריינים אשר מנהיג קבוצת עבריינים המבצעת עבירות בשליחותו ועל-פי תכנונו והנחיותיו, איננו רק משדל: הוא נחשב כמבצע בצוותא בשל השליטה המלאה שיש לו על ביצוע העבירה ועל מבצעיה.

השופט מצא: יש לראות במשתתף כזה – שבידו שליטה מלאה על הביצוע ושעשייתו כוללת לא רק פעולות שידול והכנה, אלא גם הנחיית העבריינים הפועלים ופיקוח על פעילותם - מבצע בצוותא לכל דבר.

השופט קדמי: "במצב דברים זה, במקום שמעורבותו של מנהיג של חבורה, שהחליטה על ביצועה של עבירה, באה לכלל ביטוי בתכנון, בהנחיה ובחלוקת תפקידים, השאלה אם בפנינו 'מבצע בצוותא' או 'משדל', תוכרע על-פי אופייה של ה'מעורבות': אם היתה זו 'מעורבות' שיש בה תרומה של 'השתתפות' בביצוע; או שמא 'מעורבות' חיצונית של שידול בלבד.

כאשר מדובר במנהיג – או בראש חבורה – המציג לנוהים אחריו ולעושי דברו תכנית קונקרטית לביצועה של עבירה, כאשר זו כוללת חלוקת תפקידים ומתן הנחיות בדבר אורח הביצוע, לא יכול להיות ספק כי לא ב'משדל' המדובר, אלא במנהיג ש'השתתפותו' בביצוע באה לכלל ביטוי ב'מעשה התכנון'

ביקורת: פלר, קרמניצר וגור-אריה סבורים שכשהמעורבות במישור העובדתי אפסית לא ניתן לסווג את הנאשם כמבצע בצוותא.

משולם לא רק משדל אלא הוא מבצע בצוותא.

חילוקי דעות בין השופטים לגבי המבחן לזיהוי מבצע בצוותא.

בית המשפט - "מבחן השליטה הפונקציונאלית": משולם אמר לאנשיו "אל תיכנעו". ברגע שהוא אמר זאת הוא יודע שיבוצעו עבירות ושהן ימשיכו גם כשהוא במעצר.

דורנר בדעת מיעוט: משדל בלבד.

מדינת ישראל נ' מרואן בן חטיב ברגותי **(1158/02)**:

כתב האישום ייחס לברגותי שותפוּת, ארגון וביצוע של פעולות-טרור כגד מטרות ישראליות במהלך האינתיפאדה ויחס לו עבירות של רצח, סיוע לרצח וניסיון רצח ב-37 פיגועים שונים.

ביהמ"ש: זוכה ממרבית העבירות, הרשיע את הנאשם בביצוע 4 מבין הפיגועים.

לצורך הוכחת עבירות השידול יש להראות קש"ס בין השידול לבין ביצוע העבירה העיקרית בידי המשודל, ואף מטרה ושאיפה מצד המשדל שהעבירה אכן תבוצע. כאשר נאשם איננו מודע כלל לכוונה לבצע עבירה מסוימת, לא ניתן להוכיח את גורם הקשר הסיבתי.

לא ניתן להרשיע אדם בעבירת שידול או סיוע כללית לביצוע מעשי רצח, כאשר הוא קורא לביצוע פיגועים כנגד ישראל. ב-33 מבין הפיגועים נשואי כתב האישום לא הובאו ראיות הקושרות את הנאשם באופן אישי וישיר למעורבות בפיגועים נשוא כתב האישום. אף שישנו חשש ממשי כי הנאשם ידע הרבה יותר קיים פער בין אחריותו הכללית והקולקטיבית – ובוודאי המוסרית - של הנאשם לביצוע הפיגועים לבין האפשרות המשפטית לייחס לו אחריות פלילית לביצועם.

ידוע מה רב העבריינים עשה אך בשל עקרונות המשפט הפלילי לא ניתן להרשיעו.

ברגותי מספק את התשתית הכללית לביצוע העבירות, והעבריינים בארגון דואגים שלא יהיה לו קשר ישיר לעבירות הספציפיות.

מדוע ברגותי איננו מבצע בצוותא?

המינימום הנדרש על פי הפסיקה לצורך הטלת אחריות של מבצע בצוותא על מנהיג חבורה שאיננו נוכח בזירת העבירה, הוא השתתפות בתכנון העבירה או קשירת קשר לביצועה; מתן הנחיות או אישור לביצוע העבירה; פיקוח על ביצוע העבירה; או העלאת הרעיון לביצוע העבירה בצירוף סיוע או תכנון.

כל אחד מאלו עשוי להיחשב על פי הפסיקה כ"עשיית מעשים לביצוע העבירה", אשר מבססת אחריות של מבצע בצוותא.

"התביעה חייבת להוכיח שהנאשם קשור בדרך זו או אחרת לעבירה מסוימת – הן ביסוד העובדתי של העבירה, והן ביסוד הנפשי שלה, וזאת לא הוכיחה פרט לארבעת הפיגועים שיפורטו להלן. "

מדוע האבחנה בין צדדי העבירה חשובה?

1. עניין עקרוני: האם העבריין במעגל החיצוני או הפנימי?

2. לרוב, יש השפעה לגבי העונש.

3. חשיבות הסיווג של רב העבריינים היא לעניין עבירה "שונה או נוספת".

אם למשל מבצע בצוותא – יישא באחריות לעבירות האחרות (ואם מדובר בעבירות כוונה – יישא באחריות של עבירת אדישות).

אם מסייע – יישא באחריות לעבירה הנוספת כעבירה של רשלנות.

חוק מאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג-2003

הפתרון החלקי לבעיית "ראש הפירמידה".

דברי ההסבר להצעת החוק:

"הצעת חוק מאבק בארגוני פשיעה באה להתמודד במישור החקיקתי עם התופעות של פשיעה מאורגנת ועם המבנה של ארגוני פשיעה, הגורם לעתים קרובות קושי בהוכחת הקשר בין ראשיהם ומוביליהם של ארגונים מסוג זה לבין ביצוען של עבירות שנעברו על ידי אחרים; זאת לאור המבנה ההיררכי של אחדים מארגונים אלו, היוצר מרחק בין מקבלי ההחלטות ומתווי המדיניות לבין מבצעי העבירות".

סעיף 1

"ארגון פשיעה" – חבר בני אדם, מואגד או בלתי מואגד, שפועל בתבנית מאורגנת, שיטתית ומתמשכת לעבירת עבירות שלפי דיני ישראל הן מסוג פשע או עבירות המנויות בתוספת הראשונה, למעט עבירות מסוג פשע המנויות בתוספת השניה; לענין זה אין נפקא מינה –

(1) אם חברי הארגון יודעים את זהות החברים האחרים אם לאו;

(2) אם הרכב חברי הארגון קבוע או משתנה;

(3) אם העבירות כאמור ברישה נעברות או מיועדות להיעבר בישראל או מחוץ לישראל, ובלבד שהן מהוות עבירות הן לפי דיני ישראל והן לפי דיני המקום שבו נעברו, או שלפי הדין הישראלי חלים עליהן דיני העונשין של ישראל אף אם אינן עבירות לפי דיני אותו מקום;

(4) אם הארגון מבצע גם פעילות חוקית ואם הוא פועל גם למטרות חוקיות;

סעיף 2

פעיל בארגון פשיעה

(א) העומד בראש ארגון פשיעה, או העושה אחד מאלה באופן שיש בו כדי לקדם את פעילותו הפלילית של ארגון פשיעה, דינו – מאסר עשר שנים:

(1) מנהל, מארגן, מכוון פעילות בארגון פשיעה או מפקח עליה, והכל במישרין או בעקיפין;

(2) מממן במישרין או בעקיפין פעילות של ארגון פשיעה או מקבל מימון לצורך הפעלת הארגון, או מחליט בענין חלוקת כספים בארגון פשיעה.

(ב) הנותן שירות ייעוץ לארגון פשיעה במטרה לקדם את פעילותו הפלילית של ארגון הפשיעה, דינו – מאסר עשר שנים.

(ג) נעברה עבירה כאמור בסעיפים (א) ו-(ב), לענין ארגון פשיעה שפעילותו כוללת גם עבירה שהעונש הקבוע לה עולה על 20 שנות מאסר, דינו של עובד העבירה – מאסר 20 שנים.

נוצרה עבירת סטטוס חדשה (פעיל בארגון פשיעה) של אדם שעומד בראש ארגון פשיעה שהיא פשע עצמאי, המנותקת מהעבירות הפרטיקולריות שארגון הפשיעה מבצע. יתרונה שהיא לא דורשת להוכיח מודעות כלפי עבירה בעלת יעד קונקרטי.

הפסיקה קבעה פרמטרים שונים כמבחני עזר במטרה להכריע האם הוא ארגון פשיעה (היררכיה לדוגמה)

הגורמים לחוק זה:

* ההבנה כי קיים "פשע מאורגן" בישראל שהוא קטלני ופוגע בחפים מפשע.
* הכרה בחולשת המשפט הפלילי כדי להאשים ראשי משפחות פשע.
* "העדר היכולת, על פי המצב החוקי הקיים, להרשיע מנהיג של ארגון פשיעה או ארגון טרור בביצוע, בשידול או בסיוע לעבירות ספציפיות המבוצעות על ידי אנשי הארגון". (ברגותי)
* אמנת האומות המאוחדות נגד פשע מאורגן חוצה גבולות, ניו יורק, דצמבר 2000.

ביקורת:

* עדיין עונשו של ראש הארגון, רב המבצעים, עשוי להיות פחות מהעונש של חייליו שביצעו למשל רצח.
* חוק המאבק בטרור (התשע"ו-2016) - נקבע הסדר דומה לגבי ראש ארגון טרור – 20 שנות מאסר. ואם כן, מה החידוש?

לסיכום:

מבצע בצוותא: משתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה.

מבצע באמצעות אחר: מבצע עיקרי שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו (קטינות או אי שפיות הדעת, העדר שליטה, ללא מחשבה פלילית, טעות במצב דברים, כורח או צידוק).

מסייע: אדם המסייע ביצירת התנאים לביצוע העבירה ע"י המבצע העיקרי.

משדל: אדם המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ.

# סייגים לאחריות פלילית

אחריות פלילית מוטלת על אדם כאשר הוא מפר הוראת חוק המוגדרת כחלק מהחוק הפלילי, וכאמור זו מורכבת מיסוד עובדתי ויסוד נפשי.

יחד עם זאת, ישנם סייגים לעבירות בקודקס הפלילי.

כלומר, על אף שהדין מכיר בכך שנעברה עבירה, קיים פטור מהרשעה בדין, מחמת נסיבות, הצדקות או ערכים שרואה החברה כחשובים יותר.

הסייג – היסוד הנגטיבי של האחריות הפלילית

הסייגים חלים על כל העבירות ולכן מצויים בחלק הכללי של חוק העונשין, סעיפים 34ו-כ.

העבירות הינן פרטיקולאריות, בעוד הסייגים כלליים ולפיכך אין חזרה על הסייגים בכל עבירה.

מבחינה משפטית, סייגים הם טענות שאינן מכחישות את יסוד העבירה.

ההבדל בין הצדק לפטור

הסייגים מתחלקים לשתי קטגוריות:

* **הֵצְדֶק**: המעשה הוא מותר או אינו אסור; הוא קשור לנסיבות האירוע ולא לנסיבותיו האישיות של העושה. "מוצדק היה לעשות זאת". (הגנה עצמית, הגנת הבית, צורך, כורח, צידוק).
* **פטור**: המעשה עצמו אסור ויש פגיעה בערכים המוגנים. אך לא ראוי לראות במבצע בעל אחריות הוא בשל נסיבות הקשורות בו (קטינות, העדר שליטה, אי שפיות הדעת, שכרות, טעות משפטית).

האבחנה אינה קיימת בדין הישראלי, אך תופסת מקום בשיח האקדמי.

### חובת ההוכחה

34ה.

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

"חזקה על המערער כי עשה את אשר עשה, שלא מתוך שכרות, וכי אין סייג לאחריותו הפלילית; על מנת לסתור את החזקה, מוטל הנטל על המערער – נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות – להוכיח כי מאזן ההסתברויות נוטה לטובתו; אם בגמר המשפט נותר ספק סביר בקיומו של הסייג, כי אז תופרך החזקה ויחול הסייג" (סולברג ב**אשתיי** וגם[[23]](#footnote-23))

## סייג א' - קטינות

ס' 34ו לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה בטרם מלאו לו שתים עשרה שנים.

## סייג ב' - העדר שליטה

סעיף 34ז

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה ולא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועותיו הגופניות, לענין אותו מעשה, כמו מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית שהעושה לא יכול להתגבר עליה, תוך תגובה רפלקטורית או עוויתית, בשעת שינה, או במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה.

אדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה במקום שלא היה בידו לבחור אלטרנטיבות.

"תוך תגובה רפלקטורית או עוויתית"

למשל, ביצוע עבירה תוך כדי פרפור הנובע ממחלת הנפילה/תסמונת טורט/מחלה אחרת.

"בשעת שינה"

למשל, אדם המבצע עבירה תוך כדי שהוא הולך מתוך שינה.

"במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה"

אוטומטיזם - "בשעת האירוע הנדון היה הנאשם נטול הכרה (או מודעות) על הנעשה אתו ומסביבו ועקב כך, לא שלט על תנועותיו".[[24]](#footnote-24) למשל עוותיות כתוצאה מהתקף אפילפטי, עוותית כתוצאה ממחלות במוח או במערכת העצבים, שבץ, פציעת ראש, העדר הגעת חמצן למוח, עודף סוכר קיצוני.

שני מצבים:

1. אוטומטיזם גופני **(שפוי)**: פעולה אוטומטית הנובעת מתוך חוסר שליטה גופנית. למשל, נהג שחטף התקף לב, עבר באור אדם וגרם לתאונה.
2. אוטומטיזם נפשי **(בלתי-שפוי)**: פעולה אוטומטית הנובעת ממחלה נפשית השוללת יכולת שליטה גופנית.

פס"ד צ'ארלסון **(אנגלי):**

צ'ארלסון זרק את בנו מהחלון, הרג אותו והואשם ברצח. הגנתו הייתה היעדר שליטה שכן נוכח גידול במוח הוא לא היה מודע למעשיו.

ביהמ"ש: הכיר בסייג וזיכה אותו.

נחום חמיס נ' מדינת ישראל **(ע"פ 382/75):**

ניתן צו להריסת בית, והמשטרה נערכה לסייע לנהג הטרקטור לבצע את ההריסה. בגלל הפחד מהאיומים שהוטחו כלפיו על-ידי אנשי המקום, הוא נטש את הטרקטור. אחד מאנשי השכונה שהיה גם בעל רישיון נהיגה בטרקטור, נכנס לתא הנהג והחל להשתולל עמו. המערער הורשע בעבירות של ניסיון לרצח, תקיפת שוטרים בנסיבות מחמירות וגרימת נזק לרכוש בזדון.

טען לסייג היעדר שליטה, שכן לטענתו כאשר השוטר השתלט על הטרקטור הוא חבט בראשו ועקב החבטה הוא איבד שליטה.

ביהמ"ש: "מקום שנאשם במשפט פלילי מבקש להתנער מהאשמה על-סמך טענת אוטומטיזם, מצווה ביהמ"ש לבחון אותה בזהירות רבה, כדי שלא יולך שולל על-ידי מה שלאמיתו של דבר איננו אלא "המפלט האחרון של הגנה הנדונה לכישלון מראש". הערעור נדחה.

טאדסה גטאהון נ' מדינת ישראל **(ע"פ 1839/15):**

המערער רצח ביריות אקדח את עורך הדין ששימש בעבר בהליכי גירושין מאשתו, יחד עם ביתו של העו"ד. המערער הודה במיוחס לו, אך כפר באחריותו הפלילית בטענת הגנת "העדר שליטה" מסוג אוטומטיזם - בעקבות תאונת עבודה שעבר, הוא סובל מפוסט-טראומה המגבירה את הסבירות לכניסה למצב דיסוציאטיבי (ניתוק רגשות) בעקבות הצפה חרדתית (עו"ד קילל אותו במפגש).

ביהמ"ש קמא בחן את הטענה: הבסיס שעליו מושתתת חוות הדעת הרפואית; עוצמתו של הגורם שהכניס את הנאשם למצב הדיסוציאטיבי; קיומם של מקרים שבהם הנאשם הגיב בצורה דומה לאותו גורם בעבר; וכן קיומו של מניע.[[25]](#footnote-25) ודחה את טענתו, ומכאן הערעור.

השופטת ברק-ארז: יש לדחות את הערעור, שכן "חוות הדעת הרפואית שעליה ביקש המערער להסתמך נשענה על מסד עובדתי רעוע ולא ניתן לתת לה משקל של ממש". בנוסף אליה יש לבחון גם את יתר הראיות, ובכלל זה את התנהגות הנאשם ואמירותיו בסמוך לאירוע ובמהלכו, ועל בסיס אלו אין לקבל את הערעור.

מדינת ישראל נ' חלילי יעד **(תפח [ב"ש] 37418/12/10‏):**

הנאשם דקר אדם אחר למוות, אך להגנתו טען שלפני כן הכה אותו המנוח ומהרגע הזה חש "ערפול" וטשטוש מוחלט, עד שלמעשה אינו זוכר דבר וחצי דבר ממה שאירע באותה העת. לכן, לא פעל מתוך מודעות למעשיו, כי אם מתוך אוטומטיזם.

ביהמ"ש: "הנאשם לא עמד ולו בנטל המינימלי להוכחת סייג זה, כאשר תיאור מעשיו רק מוכיחים את ההיפך הגמור של הדברים… טענה של "היעדר שליטה" יש להוכיח כדבעי ואין היא יכולה להוות מפלט לעוברי עבירה".

מדינת ישראל נ' צדקה **(ת"פ 8536/04/13):**

בקניון דיזינגוף סנטר בתל אביב, דקר הנאשם אדם אחר באמצעות סכין וגרם לפציעתו. כאשר המאבטחים ניסו להשתלט עליו, הבחינו שאינו מרגיש בטוב והזעיקו עזרה רפואית. הנאשם טען להגנתו שאינו זוכר דבר, מאחר שהיה תוך התקף אפילפטי חריף. חו"ד הרפואית סברה ש-"בזמן ההתקף הוא פעל בהיעדר רציה, עקב כפיה גופנית בשל ההתקף האפילפטי שלקה בו…".

ביהמ"ש: אכן, סיבת הדקירה עלומה. אין שום קשר בין הנאשם לנפגע, ולכן יש לזכותו. האירוע האלים המתואר בכתב האישום הוא תולדה של התקף אפילפטי חלקי מורכב, אשר גרם לנאשם לשינוי הכרתי ותודעתי ולא אפשר לו שליטה על התנהגותו, תנועותיו ותגובותיו.

"בזמן ההתקף האמור, פעל הנאשם, בהיעדר רציה, עקב כפיה גופנית, בשל ההתקף האפילפטי בו לקה".

כניסה למצב בהתנהגות פסולה

המחוקק החליט להקשיח את תנאי הכניסה לסייגים ודרש מהנאשם לגלות אחריות.

אדם שעל אף המצב המסוכן בו הוא נמצא (לדוגמא: סיכון חמור להתקף לב / אפילפסיה) נהג ברכב, קיבל

התקף לב ופגע באחר עקב היעדר שליטה - **הוא כמו אדם שהביא את המצב על עצמו ולפיכך לא יזכה להגנה**.

סעיף 34יד

(א) הוראות סעיפים 34ז, 34יא ו-34יב לא יחולו אם העושה היה מודע או אם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה, ואם העמיד את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה באותו מצב; ובלבד שענינו של המעשה שנעשה במצבים האמורים בסעיף 34יא או בסעיף 34יב, לא היה הצלת אינטרס הזולת.

(ב) במקרה כאמור בסעיף קטן (א), רואים את האדם כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה; נכנס אדם למצב כדי לעבור את העבירה, והיא מותנית גם בתוצאה, רואים אותו כמי שעבר את העבירה בכוונה.

## סייג ג' - אי שפיות הדעת

ס' 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.

שלושה תנאים מצטברים לתחולת אי שפיות הדעת

1. "בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי" - על הנאשם לסבול ממחלה נפשית או מליקוי בכושרו השכלי. הפסיקה קובעת שלא כל הפרעה או מחלה נחשבת למחלת נפש לצורך המשפט הפלילי. רק **מחלת נפש קשה שפוגעת בכוחות השליטה המוסריים או ביכולת ההבנה** של האדם תיחשב למחלת נפש לפי המשפט הפלילי.
2. "היה חסר יכולת של ממש…" - על הנאשם להיות **חסר יכולת של ממש** להבין את הנעשה או את הפסול במעשה שבגינו הוא מואשם, או להימנע ממעשה זה ("דחף לאו בר-כיבוש").
3. "בשל" - נדרש **קשר סיבתי בין התנאי הראשון לבין זה השני**. כלומר, לא די במחלת נפש כשלעצמה, אלא יש להראות כי בעטיה נשללה יכולת הנאשם להבין את מעשיו או להימנע מהם.

יש לשים לב:

* **סוגי אי שפיות**:
  + אי שפיות משפטית – נקבע על ידי בית המשפט (לא פעם בניגוד לעמדת הפסיכיאטרים)
  + אי שפיות בזמן ביצוע העבירה – אדם שלא ידע להבחין בין טוב לרע בזמן ביצוע העבירה הוא לא בר שיח במונחי המשפט הפלילי, אין אשמה במעשים שלו ואין טעם להעניש אותו. למשל, סכיזופרן שחושב שהקורבן הוא השטן. לאחר ביצוע העבירה – חוזר להיות "רגיל".
  + אי שפיות לאחר ביצוע העבירה – היה שפוי ואיבד את שפיותו (למשל במעצר).
* בעבר, ההגנה הייתה צריכה להוכיח אי שפיות מעבר למאזן ההסתברויות (הלקוח לא שפוי ב-50 אחוז ומעלה). כיום, ההגנה צריכה להראות "**ראשית ראיה**" לאי שפיות ואז על התביעה להוכיח מעבר לכל ספק שהוא שפוי
* די בפעירתו של ספק סביר ביחס לשפיות הנאשם, על פי התנאים לעיל, לשם פטירתו מנשיאה באחריות פלילית.[[26]](#footnote-26)
* לא מספיק עצם קיומה של מחלת הנפש כדי לחסות תחת הסייג, אלא יש לבחון את מידת השפעת מחלת הנפש על גיבוש המחשבה הפלילית של העושה.[[27]](#footnote-27)

אילן אדנני נ' מדינת ישראל **(ע"פ 9045/16):**

לאחר פיטוריו של אדנני מתפקידו כמנהל עבודה במפעל, החליט המערער לרצוח את הבוס שפיטר אותו, ולשם כך שיסף את גרונו בסכין יפנית. בביהמ"ש קמא, המערער טען לסייג אי שפיות הדעת, אך זה דחה את הטיעון.

השופט אלרון: שלושה מומחים פסיכיאטריים נתנו חו"ד שונות, אולם מחלוקת בין מומחים אינה בהכרח מקימה את הספק הסביר הנדרש.[[28]](#footnote-28) כאשר מומחים חלוקים זה על זה, יש לבדוק את:

1. מועד עריכת חוות הדעת: היחס בין מועדי הבדיקות שערכו המומחים השונים לבין מועד ביצוע העבירה.
2. מעמדו המקצועי של המומחה: יש לשקול את רמתם המקצועית של המומחים אשר חיברו את חו"ד, ובכלל זאת טיב הכשרתם והיקף ניסיונם.
3. התשתית העובדתית שביסוד חוות הדעת: ואת מידת מקצועיותו של ההליך אשר הוביל לחיבורן (למשל, על יסוד עובדות חלקיות).
4. איזון בחוות הדעת: הפסיכיאטריה אינה מדע מדויק ולכן יש להשקיף בחשדנות על חו"ד פסיכיאטרית אשר מתיימרת להציג תשובה נחרצת וחד-ממדית, תוך התעלמות מתזות נוגדות ומספקות שטבעם להתעורר בעת התבוננות אל תוך נפש האדם.
5. הלימה בין חו"ד לבין המארג הראייתי: על ביהמ"ש לבחון באופן עצמאי, על סמך ניסיון החיים והשכל הישר, את מעשיו של מבצע העבירה ואת התנהגותו.

בסופו של יום, ההכרעה בדבר כשירותו של נאשם לשאת באחריות פלילית אינה עניין מדעי, כי אם סוגיה שבמשפט, ומשום כך דינה של חוות דעת אשר אינה מתיישבת עם המארג הראייתי שנפרש בפני המותב היושב בדין – להיוותר תלויה על בלימה, ולהידחות - כמו במקרה זה.

יוסף גראמה נ' היועץ המשפטי לממשלה **(ע"פ 181/62):**

אדם הרג את אשתו כי חשב שהיא שד. אדם שמשפחתו עלתה ממדינה שבה האמינו בשדים.

גראמה הואשם ברצח והורשע בהריגה, משום שחסרה ההכנה לרצוח.

השופט אגרנט: האמונה הזאת (בשדים) שהכתיבה לו את ההתנהלות היום-יום היא בעיה תרבותית ולא נפשית ולכן הורשע. יש להבדיל בין מעשה שנעשה עקב אמונה תרבותית שגויה לבין עקב אי שפיות נפשית.

פס"ד קרני: הלך לרופא שיניים והחליט שהרופא הזריק לו הרעלת כספית לדם והדביק את הבת שלו.

בעקבות זאת הוא רצח את בתו.

נשלח לאשפוז כפוי להרבה שנים.

ברוכים (לעיל עמ' 13):

חשב שהוא "מלך המשיח"ו- "המגיד" אמר לו לשרוף מכוני עיסוי.

ביהמ"ש המחוזי לא קיבל את הטענה של אי שפיות הדעת, וקבע כי זו היתה אידאולוגיה דתית.

אמנם מחלת הנפש תרמה למעשה, אך אין קש"ס, הוא לא פעל בגלל מחלת הנפש, ולכן הורשע.

בערעור לעליון נקבע כי אכן מדובר במחלת נפש. לא היה יכול להימנע מעשיית המעשה. שיבוש המחשבה.

ערן רוט נ' מדינת ישראל **(מ"ח 4609/06)**:

סבל מאובססיה להטריד ואיים על אנשים בטלפון. חו"ד פסיכיאטרית- כשיר ונגזר דינו.

במשפט השני שלו - חו"ד שהוא לא כשיר.

ההגנה: משפט חוזר על המשפט הראשון.

עליון: זה שעכשיו הוא לא כשיר לא משליך על המשפט הקודם, והוא כשיר. לא כינויהּ של ההפרעה בה לוקה הנאשם בפי המומחים הוא אשר מנחה את הכרעתו, אלא נפקותהּ על התנהגותו ותפיסתו.

המחלוקת על סייג האי-שפיות

בעד:

* **נימוק משפטי**: מחלת נפש מבטלת את רצונו החפשי של אדם.
* **נימוק מוסרי**: אין זה צודק להטיל עונש על מי שפעל כתוצאה מטירוף. הגנה על חולי נפש.
* **נימוק תכליתי**: אין כל טעם להעניש מי שאינו כשיר. הענישה לא אפקטיבית.

נגד:

* **משמש פרצה** לאנשים המבקשים לחמוק מעונש (יש אנשים רעים שהם נורמליים).
* מחלוקות ברפואה מה זה בדיוק "חולה נפש".

ההבדל בין חזקת אי שפיות הדעת לחזקת העדר שליטה

מדוע זה חשוב?

אנשים שמורשעים באי-שפיות הדעת לרוב נשלחים לבתי חולים ואילו העדר שליטה – לא.

לדוג': הליכה תוך שינה –הוכרה גם באי שפיות וגם העדר שליטה (כנ"ל אפילפסיה).

מבחני עזר לאבחנה:

* העדר שליטה – פועל יוצא של גורמים חיצוניים על האדם.
* אי שפיות – גורמים פנימיים (מחשבה).

המבחן המעשי:

* העדר שליטה – אין דרישה לליקוי נפשי.
* אי שפיות – נדרשת התקיימות ליקוי נפשי ממשי.

## סייג ד' - שכרות

ס' 34ט

"(א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה במצב של שכרות שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו.

(ב) עשה אדם מעשה במצב של שכרות והוא גרם למצב זה בהתנהגותו הנשלטת ומדעת, רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה.

(ג) גרם אדם למצב השכרות כדי לעבור בו את העבירה, רואים אותו כמי שעבר אותה במחשבה פלילית אם היא עבירה של התנהגות, או בכוונה אם היא מותנית גם בתוצאה.

(ד) בסעיף זה "מצב של שכרות" – מצב שבו נמצא אדם בהשפעת חומר אלכוהולי, סם מסוכן או גורם מסמם אחר, ועקב כך הוא היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה.

הרעיון העומד מאחורי הגנה זו היא שאדם הנמצא תחת השפעת חומרים משכרים – אינו מסוגל לגבש את האשם הנדרש בפלילים כדי שהתנהגותו תחשב לעבריינית.

שכרות מתחלקת לשניים:

* שכרות כפויה: אדם שעשה מעשה פלילי במצב של שכרות שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו, מאחר ואינו מסוגל לבצע "בחירה חופשית" - לא יישא באחריות ("מישהו הזריק לי סם ולאחר מכן רצחתי")
* שכרות מכוונת: אדם שגרם למצב השכרות כדי לעבור בו את העבירה - יישא באחריות.

הגנת שכרות היא "הגנה מדומה": אדם החושב כי אי הכרתו ושליטתו בסיטואציה עקב שכרות, תוכל לעמוד לו כהגנה - מובהר לו שאין זה כך.

"במצב של שכרות שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו" **- הגנת השכרות תקפה רק במקרי שכרות כפויה!**

בבואו להכריע בשאלה האם נשללה כוונתו של מבצע עבירה בשל השפעת אלכוהול, ישקול בית המשפט את השיקולים הבאים:[[29]](#footnote-29)

* **עדויות** **של אנשים או שוטרים** שראו את הנאשם בסמוך למעשה, לגבי כמויות האלכוהול ששתה או לגבי סימנים המעידים על שכרות.
* **עדויות מומחים** באשר למצב שכרותו של הנאשם על פי בדיקת דמו, ועל בסיס חישוב מדעי של קצב ירידת רמת האלכוהול בגוף, תוך בחינת מצבו הקוגניטיבי של הנאשם בהתייחס למאפייניו האישיים.
* **פעולות מורכבות שביצע הנאשם** לפני, במהלך ולאחר ביצוע המעשה, שמצביעות על מודעות ורצון בתוצאת מעשהו, או על כך שלא היה שיכור בעת האירוע.
* עד כמה מסתברת תוצאת העבירה מן המעשה, ועד כמה היא נפרדת ממנו.
* **הצהרות שהשמיע הנאשם** בעת או בסמוך לביצוע המעשה, המעידות על כוונתו.
* עד **כמה זוכר הנאשם את הפרטים** הנוגעים לביצוע העבירה לאחר ביצועה.

שלושת התנאים לתחולת השכרות:

1. האם הטוען לסייג היה בשעת המעשה תחת השפעה של חומר אלכוהולי, סם מסוכן אן גורם מסמם אחר?
2. האם היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה, או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה?
3. האם קיים קשר סיבתי בין שכרותו לבין אי יכולתו לגבש את הכוונה?

רף השכרות הנדרש הוא "רף גבוה עד-אין-גבוה".[[30]](#footnote-30)

סייג השכרות החלקית

(ה) סעיפים קטנים (א), (ב) ו-(ג) חלים גם על מי שלא היה חסר יכולת כאמור בסעיף קטן (ד), אך עקב שכרות חלקית לא היה מודע, בשעת מעשה, לפרט מפרטי העבירה".

סייג השכרות החלקית עוסק במבצע עבירה אשר היה נתון תחת השפעת חומר משכר או מסמם, אולם חומר זה לא השפיע עליו עד כדי שהתקיים בו אחד מן הסממנים המצויינים לעיל, אלא ההשפעה התבטאה בכך שלא היה מודע בשעת מעשה **לפרט מפרטי העבירה**.

גם המבקש לחסות בסייג השכרות החלקית זה לעמוד בשלושת התנאים שלעיל, רק שבתנאי ב' הוא "אי-מודעותו לפרט מפרטי העבירה". גם הרף להוכחתה של שכרות חלקית הוא גבוה מאוד.[[31]](#footnote-31)

בפסיקה:

**פס"ד ג'ון[[32]](#footnote-32)**: חברתו של ג'ון נפרדה ממנו. בעת הפרידה, הייתה ערה למצוקתו הנפשית, נתנה לו כדורי הרגעה וציינה בכי השימוש בכדורים בטוח. ג'ון נכנס למצב של שכרות והצית את הדירה של חברתו.

ביהמ"ש לערעורים באנגליה: זיכוי.

יאסר אשתיי נ' מדינת ישראל **(ע"פ 6331/11):**

אשתיי התגורר ועבד בהוסטל. בעקבות סכסוך עם דייר אחר, מנהל ההוסטל פיטר את אשתיי והאחרון החליט לרצוח אותו. להגנתו טען שהיה תחת השפעת אלכוהול וקלונקס ולכן לסייג השכרות. ביהמ"ש קמא שלל טענות אלו, בכך שמנת האלכוהול האחרונה שצרך הייתה כ-24 שעות לפני. בכל מקרה, נקבע כי היה מודע למעשיו והייתה לו שליטה עליהם.

**השאלה המשפטית**: האם תנאי סייג השכרות התקיימו כאן?

השופט סולברג: השפעת האלכוהול והכדורים בפועל על המערער לא עלתה כדי הרף הנדרש בפסיקה לצורך הוכחת "מצב של שכרות";

## סייג ה' - הגנה עצמית

ס' 34י.

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

הצדקות לסייג

"אדם הנקלע על לא עוול בכפו אל תוך מצב של צורך לעמוד על נפשו או למנוע נזק חמור מעצמו או מאלה שלשלומם הוא אחראי, מותר לו לנקוט אמצעים ראויים לשם הדיפת סכנה כזאת, גם בדרך עשיית מעשים שבדרך כלל אסורים באיסורי החוק הפלילי".[[33]](#footnote-33)

ששת התנאים המצטברים לתחולת הגנה עצמית:

1. "להדוף תקיפה שלא כדין" **- יסוד ההדיפה**: מעשה התגוננותמפני תוקף שלא כדין (בניגוד לצו של גורם. אך אם שוטר מבקש לעצור אדם שלא כדין, מותר לו להתנגד למעצר) ולא מעשה שאופיו התקפי (ולמעט הדיפת תוקף הפועל מתוך אחד הסייגים לאחריות פלילית).
2. "שנשקפה ממנה סכנה מוחשית" - יסוד המוחשיות**:** הסתברות התממשותה של הסכנה לא תהיה ערטילאית או רחוקה, כי אם סכנה ממשית ומוחשית.
3. "באופן מיידי" - יסוד המיידיות**:** מעשה ההתגוננות יתבצע רק מרגע שזה דרוש באופן מיידי על מנת להדוף את התקיפה וייפסק משאינו נדרש עוד להשגת מטרה זו (אולם אין לדרוש מהמותקף להמתין עד התקיפה, בבחינת "הקם להורגך השכם להורגו").
4. "דרוש" - **יסוד הנחיצות:**
   1. נחיצות איכותית - על המותקף להראות כי פנה לכוח רק משנוכח כי לא ניתן להדוף את התוקף באמצעות שימוש בחלופות אחרות, פוגעניות פחות, כגון פנייה לרשויות החוק או נסיגה.[[34]](#footnote-34) עם זאת יש לתת את הדעת למצוקה שבה נתון המתגונן במהלך התקיפה ולכן יש להיזהר ממתן פרשנות דווקנית של דרישת הנחיצות האיכותית.
   2. נחיצות כמותית - האם היה באפשרותו של הטוען, להגן על עצמו בדרך שפגיעתה בתוקף הייתה פחותה (מידתיות).
5. יסוד אי התנהגות פסולה: היסוד השולל את תחולת ההגנה במקרה שבו המתגונן "הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים." (למשל, אם המתגונן התחיל במריבה).
6. יסוד הפרופורציה (סבירות): הבטחה כי מעשה ההתגוננות לא יגרום רעה גדולה יותר מזו שהמתגונן ביקש למנוע. אם ימצא כי תגובתו הייתה בלתי סבירה ומעל לדרוש כדי להדוף את התקיפה - עלול הוא למצוא עצמו חב בפלילים.

34טז. - חריגה מן הסביר

הוראות סעיפים 34י, 34יא ו-34יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה.

פס"ד פרץ: סכסוך שכנים אלים.

ביהמ"ש: הנאשם לא קיים את **יסוד הנחיצות** שכן יכול היה לחזור לביתו (לסגת) אך הוא העדיף להשיב להם מכות.

לא הדף/לא נסוג אלא השיב. הורשע.

בוריס פרידמן נ' מדינת ישראל **(ע"פ 1713/95):**

פרידמן חזר הביתה ומצא את אשתו שיכורה עם גבר זר. לאחר עזיבת הזר, התפתחה מריבה שבמהלכה ניסתה אשתו להרוג אותו, ותוך כדי הדיפת הסכין נפצעה האישה ודם רב זרם. פרידמן הציע לחבוש, אך היא אמרה שתטפל בה בעצמה. פרידמן הלך וכשחזר מצא אותה ללא רוח חיים.

ביהמ"ש: אם אדם נטל את הסכין מהתוקף זו מגננה, אך אם הוא דקר את התוקף כשזה לא היה הכרחי - זו מתקפה אסורה (**יסוד ההדיפה**).

מיכאל בן אנטולי ויניצקי נ' מדינת ישראל **(ע"פ 11/99)**:

סכסוך חניה בין וינצקי לקשיש. מכת אגרוף שהמיתה.

ביהמ"ש: **יסוד המוחשיות**. פעולת הנאשם חרגה בבירור מהסביר לצורך מניעת פגיעה בו.

פס"ד דבעאת נ' מדינת ישראל **(ע"פ 1717/19):**

ביהמ"ש: תגובת המערערים הייתה בלתי מידתית בעליל (**יסוד המידתיות**) ובעלת מאפיינים התקפיים מובהקים, השוללים את תחולתם של סייג ההגנה העצמית.

## סייג ו' - הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר

ס' 34י1

(א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי 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.

(ג) לעניין סעיף זה, "משק חקלאי" – לרבות שטח מרעה ושטח המשמש לאחסון ציוד וכלי רכב במשק חקלאי.

הגנה זו מפני פורצים נוספה בשנת 2008 - עקב פרשת דרומי - והיא רחבה יותר מההגנה העצמית ('מקרה פרטי' של הגנה עצמית). די שאדם יתפרץ למקום מגוריו / עסקו של אדם אחר בכדי לבצע עבירה, על מנת שניתן יהיה לנקוט בהגנה עצמית.

יסודות הסייג:

**יסוד המיידיות**, **יסוד הנחיצות,** **יסוד אי התנהגות פסולה,** **יסוד הפרופורציה** (סבירות).

אין דרישה ליסוד ההדיפה ("תקיפה שלא כדין"),

אין דרישה ליסוד המוחשיות ("סכנה מוחשית").

## סייג ז' - צורך

ס' 34יא.

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

לרוב – בחקירות של "פצצות מתקתקות".

**חריג**:

34טו.

הוראות סעיפים 34יא ו-34יב לא יחולו כאשר היתה מוטלת על האדם חובה על-פי דין או מכוח תפקידו לעמוד בסכנה או באיום.

## סייג ח' - כורח

ס' 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 חסוס **(ע"פ 3964/00):**

מריה חסוס ואשה נוספת, שתיהן אזרחיות קולומביה, הובילו סמים קשים מארצן לישראל. הן עשו כן משום שהיו זקוקות להלוואה בשל מצבן הכלכלי הקשה, ועבריינים קולומביאנים התנו את מתן ההלוואה בהובלת סמים. טרם טיסתן לישראל הן התחרטו, אך העבריינים איימו עליהן כי יפגעו בבני משפחותיהם הקרובים והן נכנעו לאיום. במשפטן טענו להגנת הכורח אך זו נמנעה מהן בשתי הערכאות.

ביהמ"ש: שלל מהן את סייג הכורח (זאת, בניגוד לאמור בחוק). האיום שהופנה כלפיהן לא היה מוחשי דיו; הן היו יכולות להימנע מהאיום על ידי פנייה למשטרה; הן נכנסו למצב הכורח בהתנהגות נשלטת ופסולה כמשמעותה בסעיף 34יד (אם לא היו פונות לקרטל הוא לא היה מאיים עליהן).

בית המשפט פירש את הסעיף בצורה רחוקה מאוד מלשון החוק.

ההבדלים בין צורך לכורח

בחוק הישראלי אין הבדל עקרוני בין צורך וכורח וההבדל ביניהם הוא בעיקר בנסיבות:

* כאשר מקור הסיכון הוא **מצב דברים נתון** - תהיה רלוונטית הגנת צורך.
* כאשר מדובר ב**איום שמגיע מצד ג'** - תהיה רלוונטית הגנת כורח.

על אף שרק מקור הסיכון שונה ואין צורך בשניהם, ישנה מסורת אנגלית של הפרדה בין שני הסייגים.

**חריג**:

34טו.

הוראות סעיפים 34יא ו-34יב לא יחולו כאשר היתה מוטלת על האדם חובה על-פי דין או מכוח תפקידו לעמוד בסכנה או באיום.

## סייג ט' - צידוק

ס' 34יג

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה:

(1) הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו;

(2) עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין;

(3) במעשה הטעון לפי דין הסכמה, כאשר המעשה היה דרוש באופן מיידי לשם הצלת חיי אדם, שלמות גופו, או למניעת נזק חמור לבריאותו, ואם בנסיבות הענין לא היה בידו להשיג את ההסכמה;

(4) עשהו באדם בהסכמה כדין, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם טובתו או טובת הזולת;

(5) עשהו תוך פעילות ספורטיבית או משחק ספורטיבי, שאינם אסורים לפי דין ואינם נוגדים את תקנת הציבור, ובהתאם לכללים הנהוגים בהם.

אדם פעל כפי שפעל כי לא הייתה לו ברירה.

הגנת הצידוק מערטלת את המעשה הפלילי מאי חוקיותו ומכשירה אותו, אם נעשה על פי נורמה משפטית או כגון ציות לצו של רשות מוסמכת (למשל, חייל שיורה לפי פקודה שקיבל).

סמ"ר דוד אנקונינה נ' הצבאי הראשי **(ע"פ 486/88):**

המערער שימש כמפקד מחסום בצומת שנחסם בעקבות פיגוע, וכלי-רכב רבים עוכבו בו. המנוח, שהגיע למקום בכלי-רכבו, ביקש להסתובב ולהסתלק; המערער ציווה על המנוח לעצור, ומשלא שעה לצעקותיו, ירה המערער יריות באוויר ולאחר-מכן לכיוון גלגלי הרכב. המנוח נהרג מהירי. לטענת המערער הוא פעל בהתאם לנוהל מעצר לגבי רכב שלא נשמע להוראות אנשי מחסום.

ביהמ"ש: זיכוי, מותר להפעיל כוח קטלני במהלך מעצר אם: המעצר היה חוקי, היה חשש לביצוע עבירה חמורה, לא הייתה דרך אחרת לממש את המעצר.

## סייג י' - זוטי דברים

ס' 34יז.

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך.

חוסר התאמה בין הגדרת העבירה, לבין המקרה הספציפי שעומד בפני ביהמ"ש. בכל עבירה יש הגדרה פורמלית, אך יש מקרים שנמצאים ברף התחתון

נימוקים לסייג:

* החוק אינו עוסק בזוטות De Minimis Non Curat Lex).).
* המשפט הפלילי צריך להיות המוצא האחרון, ורק במקרים חמורים.
* לא מדובר "בעבריינים".
* לחברה אין אינטרס ציבורי שמקרים קלים יידונו בהליכים פליליים.

במשפט הרומי- "אין להטריד את הדיין בזוטות".

במשפט האנגלי – מבחן הנזק/אומדן הנזק. נדרש נזק שאינו של "מה בכך"

ההלכה הנוהגת: גורם שיוצר סיכון חברתי נמוך בהתנהגותו – כאילו לא גיבש את האשם הפלילי הנדרש.

מדינת ישראל נ' חיים עזיזיאן **(ע"פ 807/99):**

מתפרעים השחיתו רכוש של תושבים נוצרים שהתגוררו בשכונת מאה שערים, והמשיב (שלא היה מהם) גנב מהדירה כמה כלי איפור. ביהמ"ש קמא זיכה אותו מכל ההאשמות.

השופט אילן [החלק של זוטי דברים]: אדם שנכנס לדירה לאחר שכבר נפרצה ולא היה כלל בתחילת האירוע אך מצטרף להמון ומרשה לעצמו ליטול משהו מן הרכוש של בעלי הדירה, שלא על-מנת להשיבו לבעליו, ויהיה זה אפילו רכוש בעל ערך אפסי, לא יוכל ליהנות מהגנתו של הסעיף.

האם ניתן להתחשב בנסיבות אישיות במסגרת זוטי דברים?

הגנת זוטי דברים תתקבל רק באותם מקרים בהם אין במעשה עצמו מידה מינימלית של סכנה לערך החברתי המוגן ואין הוא הולם מבחינה עניינית את המושג של עבירה פלילית.

זאת תוך הותרת השיקולים שעניינם אופיו של הנאשם, עברו, גילו, תנאי ביתו, בריאותו הגופנית ומצבו השכלי לשלב ההכרעה בבקשה לביטול ההרשעה.

א. דינמיקה שרותים 1990 בע"מ נ' מדינת ישראל **(ע"פ [ארצי] 29785/07/13):**

חברה המעניקה שירותי ניקיון למזמינים שונים באמצעות עובדים שאותם היא מעסיקה באופן ישיר. במסגרת ביקורת שנערכה ע"י מפקחות מטעם משרד התעשייה והמסחר, נמצא כי המערערת העסיקה את העובד מבלי שניהלה "פנקס שעות עבודה" שכלל תיעוד של שעות העבודה, שעות העבודה במנוחה השבועית והגמול המגיע בגינן.

ביהמ"ש: זוכתה מעבירה של אי מתן הודעה לעובד על תנאי עבודה נוכח עקרון החוקיות והסייג של "זוטי דברים".

עמוס בן מאיר מימון נ' מדינת ישראל **(ע"פ [תל אביב-יפו] 70363/08):**

יצרו מצג שווא, כאילו הרכב שמכרו הוא מיד ראשונה בבעלות פרטית, שעבר מספר ק"מ נמוך – כשבפועל היה זה רכב מיד שניה, שהיה מצוי בעבר בבעלות חברה ועבר כ- 150,000 ק"מ .

ביהמ"ש: הסייג בדבר "זוטי-דברים" אינו חל על המקרה הנדון. המדובר במעשה מרמה במהלך עסקה שגרתית, הנעשית מדי יום ביומו בין אזרחים, בעלת תמורה כלכלית משמעותית, ואשר למדינה ולחברה יש אינטרס מובהק בהגנה על השוק ועל האזרחים העתידים להשתתף בו כרוכשים

דניאל פרידמן[[35]](#footnote-35): יש צורך להפעיל שיקול דעת בנוגע לנחיצות או להצדקה של ההליך הפלילי בשל "התפשטות העצומה של המשפט הפלילי וחדירתו לתחומים רחבים" בתחומי התעבורה, התכנון והבניה, ניירות ערך, הגנת הצרכן, מיסוי ורישוי מקצועי…

הנורמה הפלילית עשויה לחול אולי בלי משים על התנהגות אשר ספק אם מוצדק להגדירה כמעשה פלילי.

## סייג י"א - טעות במצב משפטי

34יט.

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

טענת הגנה הפוטרת אדם מאחריות למעשה פלילי בגלל שלא הייתה לו דרך סבירה לדעת שמעשהו אינו חוקי. סעיף זה מאזן בין הכלל שלפיו אי ידיעת החוק אינה פוטרת מאחריות פלילית לבין העיקרון שלפיו אין עבירה ללא אשמה.

בעבר היה מקובל שאי ידיעת החוק אינה פוטרת.

כיום - "זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר" טעות בדין שהינה בלתי נמנעת תשמש כהגנה לנאשם.

בעבירות צווארון לבן - נוח להגיד "לא ידעתי"; "לא שמעתי"; לא ראיתי"; או: "עורך הדין שלי אישר לי לעשות עסקת מס כזו"

פלר: טעות במצב משפטי לא תחול על עבירות שהן "רע כשלעצמו" (per se) כגון רצח, אלימות, גניבה וכו'. יחס החברה למהותן של עבירות אלו ידועה לכל, ואיש לא יעלה על דעתו שהעבירות אינן אסורות.

אליהו הורביץ נ' מדינת ישראל **(ע"פ 1182/99):**

אלי הורוביץ ז"ל הואשם בעבירות מס. המחוזי הרשיע והעליון זיכה אותו. טען שהסתמך על חו"ד עו"ד לא טובה.

במקרים בהם מדובר בעסקאות מסובכות או בתחומים מורכבים (תכנוני מס) - ברגע שמסתמכים על עצת "עו"ד סביר" תוך גילוי לעו"ד את מלוא המידע – ניתן להסתמך על טענת ההסתמכות.

השופט אור: הסתמכות בתום-לב על עצה שיקבל בקשר לכך מעורך-דין, שעליו הוא יכול לסמוך כבעל הידע המשפטי הנדרש, ואשר ידועות לו כלל העובדות והנסיבות הדרושות לעניין, עשויה לשלול את קיומה של כוונה פלילית מצדו לפעול שלא כדין.

מדינת ישראל נ' תנובה **(ע"פ 845/02):**

בשנת 1993 הממשלה מאפשרת לחברות לייבא בשר קפוא כשר. "תנובה" ומאיר עזרא החליטו להקים מיזם משותף לייבוא בשר. חילקו בניהם את השוק ותיאמו בניהם מחירים.

כתב האישום שהוגש נגד ייחס להם הסדר כובל שמנע תחרות בשוק הבשר הקפוא.

ביהמ"ש: "בענייננו, המשיבים לא טעו בכנות ובתום לב באשר לעצם היות הוראות פרוטוקול תמ"ע הסדרים כובלים אסורים, באשר הן בוטות, חד משמעיות ומצויות בגרעין הקשה של דיני ההגבלים העסקיים ונכנסות לגדר החזקות החלוטות שבס' 2(ב) לחוק בהיותם נוגעים למחירים מוסכמים ולחלוקת שוק. המשיבים היו בעלי רקע עסקי מבוסס בתחום קביעת המחירים והשיווק, ואף נטלו חלק בבירורים המוקדמים בעניין.

הסתמכות על חוו"ד משפטית בע"פ ללא פירוט והנמקה אינה עולה כדי טעות בלתי נמנעת באורח סביר. לפיכך, דין הערעור להתקבל.

מדינת ישראל נ' אברהם בלילי **(ת"פ [ירושלים] 1126/00):**

בכתב אישום שהוגש נטען כי הם עסקו בייבוא, ושיווק לולבים ממצרים לישראל, והיו צדדים להסדר כובל בשוק הלולבים. ביהמ"ש המחוזי הרשיע את המערערים בעבירה לפי חוק ההגבלים העסקיים.

ערעור - הגנת הסתמכות על ייעוץ משפטי

ביהמ"ש: סדרה של מבחנים:

* **האם הלקוח פעל בתום לב**: אדם שחשד שהוא מבצע עבירה, בכל זאת מבצע אותה גם אחרי שקיבל חוו"ד. נדרש שגם עוה"ד פועל בתום לב.
* האם ההסתמכות על אותה חוו"ד הייתה "**הסתמכות סבירה**"? ככל שהשאלה המשפטית היא מורכבת יותר, הגיוני שיפעל ע"פ חוות הדעת.
* **גילוי כל הפרטים**: על הלקוח לגלות לעו"ד את כל הפרטים הרלוונטיים על מנת שיוכל להסתמך על חוות הדעת.
* **מומחיות**: האם עו"ד שנתן את חוות הדעת הוא אכן מומחה בתחום של חוות הדעת?

"אם אכן נקט הנאשם באמצעים סבירים, בהתחשב בסוג העבירה ובמורכבותה ובהתחשב בנתונים שיכול היה להשיב במאמץ סביר בנסיבות העניין לשם בירור הדין הפלילי, ולמרות כל אלה הוא טעה בדין, מן הראוי שטעותו של הנאשם תיחשב לבלתי נמנעת באורח סביר." (השופטת בינייש בעניין תנובה).

## סייג י"ב - הגנה תרבותית

לא כ"כ מקובל בארץ.

בפועל – הטענות הללו לא מתקבלות מאחר שהן מערערות את כל המשפט הפלילי המדינתי.

**פס"ד kimura:**

זוג אמריקנים ממוצא יפני. הבעל בגד. האם לקחה את הילדים לאוקיינוס על מנת "להסיר את הבושה".

האם שרדה והואשמה ברצח כפול.

טענת ההגנה: לפי התרבות המקובלת ביפן, המעשה איננו פלילי.

**פס"ד dincer (אוסטרליה):**

אב מוסלמי דקר את בתו בת ה-16 מאחר שקיימה יחסי מין עם זרים.

הטענה: שוני תרבותי מוצדק "הנאשם פעל לפי הנורמות המקובלות בתרבותו"

פלוני נ' מדינת ישראל **(ע"פ 1421/10):**

רצח על "כבוד המשפחה".

ביקש הקלה בערעור על רקע הגנה תרבותית

ביהמ"ש: מקום שעסקינן בעבירה של נטילת חיים, אין בשום אופן לקבל את הטענה שתכתיב תרבותי גורע מרמת האשמה המוסרית של הנאשם

"על אף מרכזיותה של התרבות בחיי חברה והיותה מאפיין המכונן את אישיות חבריה ומשפיע על מעשיהם והתנהגותם, ברוב המכריע של המקרים, אין בכוחן של טענות הנשענות על תרבות להפחית מן האשמה המוסרית של מבצע עבירה שתוצאתה קיפוח חיי אדם. על מערכת המשפט לשדר מסר ברור ומרתיע"

**‏**מיכאל ניאזוב נ' מדינת ישראל **(ע"פ 8828/08):**

ויכוח אלים במסעדה בערד. חזר עם אקדח ורצח. טענה: יש להתחשב בארץ המוצא שלו (קווקזי)

ביהמ"ש: עובדה כי המערער עלה מארצות הקווקז, שם, לטענתו, יש "חברה של כבוד" אינה משפיעה..

איסמעיל אזברגה נ' מדינת ישראל **(ע"פ 10358/08):**

נקמת דם במשפחה אחרת.

ביהמ"ש: חשוב להבהיר כי "מסורת" ו"מנהג" מעוררי סלידה כגון נקמת דם, אין לקבל ויש להוקיעם באמצעות ענישה מרתיעה ביותר. המשפט, כמובן, מכיר בעולם הרב-תרבותי, ברם שונים פני הדברים עת עסקינן בהעלאת טענה זו במסגרת הגנה בפלילים ("הגנה תרבותית"). לפני ההכרה בזכותו של נאשם לתרבותו, יש להגן על זכות הקורבן על חייו ועל שלמות גופו.

חריגה מן הסביר

34טז. הוראות סעיפים 34י {הגנה עצמית}, 34יא ו-34יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה.

1. ותגידו לי! שאעדכן 058-6416880 [↑](#footnote-ref-1)
2. Henry M. Hart, The Aims of the Criminal Law, 23 LAW & CONTEMP. PROBS. [↑](#footnote-ref-2)
3. 😂 [↑](#footnote-ref-3)
4. ש"ז פלר "משחק מסוכן כארוע עברייני - הערות למבנהו" **משפטים** כו 169 )תשנ"ה(. [↑](#footnote-ref-4)
5. מרדכי קרמניצר וראם שגב, "המחדל בדין העונשין", **ספר תמיר** 197 [↑](#footnote-ref-5)
6. על העיוורון )המכוון) - אריאל סלטו [כאן](https://skiramishpatit.com/wp-content/uploads/maamar-229.pdf) [↑](#footnote-ref-6)
7. מ׳ קרמניצר ״על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני״ גבורות לשמעון אגרנט (תשמ״ז) 325

   343 , [↑](#footnote-ref-7)
8. קרן שפירא-אטינגר, "קלות הדעת במשפט הפלילי – האם יש משקל לדעת?", מחקרי משפט יד ) 1997 ,)

   179 [↑](#footnote-ref-8)
9. מרדכי קרמניצר, "תיקון 39 לחוק העונשין", מגמות בפלילים (2001). [↑](#footnote-ref-9)
10. מ' קרמניצר, "עוד על היסוד ההתנהגותי ב'אקטוס ראוס' של הניסיון" משפטים ט (תשל"ח - ל"ט), 274, .285 [↑](#footnote-ref-10)
11. מרים גור- אריה, "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון", משפטים לב )תשס"ב( 5 [↑](#footnote-ref-11)
12. מ' גור-אריה, "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב (תשס"ב) 505, 531 [↑](#footnote-ref-12)
13. שחר אלדר, "**ארבע תהיות בעקבות השוואת העונש בגין הניסיון לעונש שבצד העבירה המושלמת**", מגמות בפלילים - לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 35( עורכים: אלי לדרמן, קרן שפירא- אטינגר, ושי לביא, התשע"א(. [↑](#footnote-ref-13)
14. ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, כרך ב', תשמ"ז) עמ' 326 [↑](#footnote-ref-14)
15. ספר אדמונד לוי "ביצוע בצוותא: רכיב התנהגותי, יסוד נפשי ורציונלים" [↑](#footnote-ref-15)
16. פלונים, פס' 28 לברק. [↑](#footnote-ref-16)
17. ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, נ(3) 239, פס' 3 לפסק דינו של השופט חשין (1996). [↑](#footnote-ref-17)
18. ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב) [20], בעמ' 260-261. [↑](#footnote-ref-18)
19. סנגרו, שידול במחדל – האמנם בלתי אפשרי? משפטים 1987. [↑](#footnote-ref-19)
20. מ. קרמניצר "המבצע בדיני העונשין קווים לדמותו", פלילים-א' (תש"ן-1990) 65, בעמ' 72. [↑](#footnote-ref-20)
21. "צדדים לעבירה-תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה", מגמות בפלילים, עמ' 83. [↑](#footnote-ref-21)
22. שחר אלדר, "כלי אדם – שימוש בבני אדם לביצוע עבירות". [↑](#footnote-ref-22)
23. ע"פ 2788/96 אבלים נ' מדינת ישראל. [↑](#footnote-ref-23)
24. עניין חמיס, להלן. [↑](#footnote-ref-24)
25. כללים שנקבעו בפס"ד הקנדי R v. Stone [1999] 2 S.C.R. 290 [↑](#footnote-ref-25)
26. ע"פ 3321/16 הברה נ' מדינת ישראל, פסקה 57 (22.2.2018) [↑](#footnote-ref-26)
27. ע"פ 7876/15 חמאמרה נ' מדינת ישראל, פסקה 19. [↑](#footnote-ref-27)
28. ע"פ 224/88‏ איזראלוב‎ ‎נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 661, 671 (1991) [↑](#footnote-ref-28)
29. ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל, פסקה 38 [↑](#footnote-ref-29)
30. ע"פ 7164/10 ג'אן נ' מדינת ישראל, פס' 14. [↑](#footnote-ref-30)
31. ג'אן פס' 17 לעמית. [↑](#footnote-ref-31)
32. כמו פלוני, רק באנגליה. [↑](#footnote-ref-32)
33. ע"פ 410/71 מרדכי הורוביץ נ' מדינת ישראל. [↑](#footnote-ref-33)
34. בועז סנג'רו, "הגנה עצמית במשפט הפלילי" (2000). [↑](#footnote-ref-34)
35. ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט כרך לה 155 (1983) [↑](#footnote-ref-35)